جـامعـــة النجاح الوطنية

كليـــة الدراســـات العليـــا

التنفيذ العيني بقوة القانون وضماناته وفقاً للقوانين النافذة في فلسطين: دراسة تحليلية مقارنة

إعداد

نغم باسل مصطفى سلامه

إشراف

د. علي سرطاوي

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول علي درجه الماجستير في القانون الخاص، من كلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس– فلسطين.

2021

الإهداء

إلى من ألبسني ثوب العلم ببركة أنفاسه.....أبي الغالي.

إلى نبع الحنان ورمز العطاء.....أمي العزيزة.

إلى الرجل الداعم والسند ورفيق الدرب..... زوجي العزيز.

إلى ابني الحبيب وقرة عيني..... عمر.

إلى من كانوا عوناً لي في مراحل حياتي إخوتي وأهلي جميعاً.

إلى كل من علمني حرفاً طيلة مسيرتي التعليمية وأضاء لي طريق العلم والمعرفة.

الشكر

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الدكتور الفاضل" علي السرطاوي" لقبوله الإشراف على رسالتي، وأيضا لما بذله من ملاحظات وتوجيهات قيِمة لإنجاز تلك الدراسة.

كما أتقدم بالشكر الموصول لأعضاء لجنة المناقشة الدكتور ياسر زبيدات ممتحناً خارجياً والدكتور أشرف ملحم ممتحناً داخلياً ولجميع أعضاء الهيئة التدريسية في كلية القانون في جامعة النجاح الوطنية وأخص بالذكر الدكتور" نعيم سلامه" الذي لم يبخل علي من المساعدة والعلم والمعرفة بشيء والدكتور "مؤيد حطاب" الذي كان له الدور الأكبر في تأسيسي بقواعد البحث العلمي.

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل عنوان:

التنفيذ العيني بقوة القانون وضماناته وفقاً للقوانين النافذة في فلسطين: دراسة تحليلية مقارنة

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة اليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

اسم الطالب: _____

التوقيع: _____

التاريخ: _____

فهرس المحتويات

الإهداء	ج
الشكر والتقدير	د
الملخص	ط
المقدمة	1
أهمية الدراسة	3
إشكالية الدراسة	5
نطاق ومحددات الدراسة	5
منهجية البحث	6
الدراسات السابقة	6
خطة الدراسة	9
الفصل الأول: الإطار القانوني للتنفيذ العيني	**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**
المبحث الأول: طبيعة وماهية التنفيذ العيني.	13
المطلب الأول: التنفيذ الاختياري.	17
الفرع الأول: التنفيذ العيني الاختياري.	18
الفرع الثاني: التنفيذ الاعتياضي.	27
المطلب الثاني: التنفيذ العيني الإجباري.	39
الفرع الأول: التنفيذ العيني بقوة القانون	39

الفرع الثاني: التنفيذ بطريق التعويض. 47

المبحث الثاني: الشروط الأساسية للتنفيذ العيني. 52

المطلب الأول: إمكانية التنفيذ العيني وقابليته للتطبيق. 54

المطلب الثاني: إخلال المدين ليس مشروعاً. 61

المطلب الثالث: التنفيذ ليس مرهقاً على المدين. 69

المطلب الرابع: الالتزام بالقيام بعمل ليس قائماً على الاعتبار الشخصي. 74

المطلب الخامس: طلب الدائن للتنفيذ العيني و إعذاره للمدين. 76

المبحث الثالث: موقف القوانين من التنفيذ العيني. 82

المطلب الأول: موقف التشريعات النافذة في فلسطين من التنفيذ العيني. 83

المطلب الثاني: موقف التشريعات المقارنة من التنفيذ العيني. 87

الفصل الثاني: ضمانات حق الدائن ووسائل التنفيذ العيني. 90

المبحث الأول: ضمانات حق الدائن. 92

المطلب الأول: الضمانات الوقائية. 93

الفرع الأول: الدعوى غير المباشرة 93

الفرع الثاني: الدعوى المباشرة 97

المطلب الثاني: الضمانات العلاجية. 102

الفرع الأول: الدعوى الصورية. 102

الفرع الثاني: دعوى عدم نفاذ التصرف(الدعوى البوليصية). 105

المبحث الثاني: الوسائل المباشرة للتنفيذ العيني. 114

المطلب الأول: الحجز على أموال المدين. 114

المطلب الثاني: بيع أموال المدين المحجوزة 121

المبحث الثالث: الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني 134

المطلب الأول: الوسائل المالية. 134

الفرع الأول: الغرامة التهديدية. 135

الفرع الثاني: الشرط الجزائي. 145

المطلب الثاني: الوسائل الشخصية. 154

الفرع الأول: حبس المدين. 156

الفرع الثاني: المنع من السفر. 164

الخاتمة **170**

التوصيات 173

قائمة المصادر والمراجع **خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

ABSTRACT B

التنفيذ العيني بقوة القانون وضماناته وفقاً للقوانين النافذة في فلسطين: دراسة تحليلية مقارنة

اعداد

نغم باسل مصطفى سلامه

إشراف

د. علي سرطاوي

الملخص

تناولت الدراسة موضوع التنفيذ العيني بقوة القانون وضماناته باعتباره من موضوعات القانون المدني الذي تقوم المسؤولية العقدية بموجبه، شملت الدراسة القوانين النافذة في فلسطين كمجلة الأحكام العدلية وقانون التنفيذ وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية ومشروع القانون المدني الفلسطيني ومقارنتها مع القوانين الأردنية والمصرية.

قسمت الباحثة الدراسة إلى فصلين، في الفصل الأول تم الحديث عن مفهوم التنفيذ العيني وأنواعه، النوع الأول تحدث عن تنفيذ الدائن لالتزاماته بمحض إرادته واختياره سواء كان محل التنفيذ عين الالتزام أو ما يحل محله كالوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد والإنابة واتحاد الذمة، أما النوع الثاني هو التنفيذ العيني الإجباري وفقاً لشروط قانونية معينة، فإن تخلف أحد الشروط تُطبَق الوسيلة الثانية وهي التعويض، وهذا ما تم بيانه في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فتحدث عن شروط تطبيق قاعدة التنفيذ العيني وهي إمكانية التنفيذ، وألا يكون التنفيذ مرهقاً والإخلال به مشروعاً، وأن يتم بطلب الدائن بعد إعذاره للمدين، مع الأخذ بعين الاعتبار الالتزامات القائمة على الاعتبار الشخصي حيث يتعذر عندها التنفيذ العيني منعاً للمساس بحرية المدين وحقوقه الأساسية، ويشار أن مجلة الأحكام العدلية تناولت الشروط المذكورة في نصوصها القانونية العامة، وفي المبحث

الثالث تم توضيح موقف القوانين من القاعدة المذكورة، بالنسبة لموقف مجلة الأحكام العدلية انقسمت الآراء، البعض اعتبر المجلة معترفة بالتنفيذ العيني استناداً إلى القواعد القانونية العامة والبعض أنكر وجود تلك القاعدة لعدم وجود نص قانوني خاص بها.

الفصل الثاني خُصِص لبيان ضمانات حق الدائن والوسائل البديلة عن التنفيذ العيني، في المبحث الأول تم بيان الضمانات القانونية التي تكون على شكل دعاوٍ يتقدم بها الدائن كالدعوى المباشرة وغير المباشرة والصورية ودعوى عدم النفاذ، وموقف التشريعات الفلسطينية من تلك الضمانات، بينما المبحث الثاني تناول الوسائل المباشرة للتنفيذ العيني المتمثلة بالحجز على أموال المدين وبيعها، ويُلاحظ أن قانون التنفيذ الفلسطيني بيَن إجراءات تلك الوسائل بشكلٍ مفصل، وفي المبحث الثالث تناولت الباحثة الوسائل غير المباشرة التي قد تكون مالية كالغرامة التهديدية التي تقتصر على الالتزام بالقيام بعمل القائم على الاعتبار الشخصي والشرط الجزائي الذي يُشترط تساويه مع الضرر تطبيقاً لقواعد المسؤولية العقدية الواردة في المجلة والقانون المدني الأردني، أو شخصية كالحبس الذي يُطبق على المدين الموسِر، فتلك الوسيلة تتناسب مع قواعد الفقه الإسلامي، والمنع من السفر الذي يُعتبر وسيلة تحفظية مستعجَلة.

في النهاية وضعت الباحثة خاتمة سجلت فيها الاستنتاجات والملاحظات والتوصيات بخصوص قاعدة التنفيذ العيني وتطبيقاتها القانونية والقضائية، حيث أكدت على اعتراف مجلة الأحكام العدلية بقاعدة التنفيذ العيني، فالتنفيذ العيني هو الأصل، والتعويض ليس التزاماً بديلاً أو تخييرياً بل يُحكم به في حال تعذر تطبيق قاعدة التنفيذ العيني لتخلف شرطٌ من شروطها، مع الإشارة إلى اتفاق الوسائل البديلة عن التنفيذ العيني كالحبس والمنع من السفر مع الحقوق الأساسية، فتلك الدراسة حرصت على تنفيذ الالتزامات التعاقدية وتحقيق التوازن ما بين الأطراف ضمانةً لحقوقهم.

المقدمة

قال تعالى في كتابه العزيز" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] صدق الله العظيم.

الالتزامات المتبادلة بين الأفراد تنشأ بأحد مصادر الالتزام والتي قد تكون إرادية أو غير إرادية، ويُعتبر العقد مصدر من مصادر الالتزام الإرادية الأكثر شيوعاً، حيث تتنوع العقود وتتعدد، فهي ليست حديثة العصر بل نشأت في العصور السابقة وما زالت تنمو وتتطور من حيث طريقة إنشائها وأركانها وقواعدها والأسس التي تقوم عليها وكذلك من ناحية شروط صحتها وشروط إثباتها، فالعقود لا مجال لحصرها بل نطاقها واسع المجال وهي من الأمور التي يعتمد عليها الأفراد في دنياهم قديماً وحديثاً.

تناولت مصادر التشريع الإسلامي تنظيم العقود وما يترتب عليها من آثارٍ بشكلٍ عام، فذكر الله تعالى في كتابه العزيز العديد من الآيات القرآنية التي تحمل بمعناها العقود وتنظيمها، حيث قال تعالى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعونَ﴾[2] صدق الله العظيم، تناولت الآيه الكريمة نداءً من الله عز وجل للمؤمنين بالوفاء بالعقود التي يبرمونها كما يوجد العديد من الآيات القرآنية التي تناولت تلك الفكرة، كذلك بينت السنة النبوية الشريفة أهمية العقود المبرمة ما بين الأفراد حيث قال صلى الله عليه وسلم ﴿الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا فَإِنْ صَدَقَا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وكَتَمَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا﴾[3] فقول الرسول الكريم يدل على إلزام المتبايعين بالصدق مع بعضهم البعض عند التعاقد دون كذبٍ أو غشٍ أو خيانة، وبالرجوع للفقه الإسلامي يُلاحَظ اختلاف المذاهب حول

---

[1] القرآن الكريم، سورة المائدة، آيه رقم(1).

[2] القرآن الكريم، سورة المؤمنون، آيه رقم(8).

[3] البخاري: **صحيح البخاري**. ج3. ط1. باب البيعان بالخيار. رقم(1947): دار طوق النجاة. 1422هـ. ص64.

تعريف العقد من ناحية لفظية[1] لكن بشكلٍ عام كان هناك إجماع واتجاه شمولي فيما بينهم على أن العقد يطلق على أي اتفاق ما بين شخصين وتوافقهما على الآثار والالتزامات المترتبة عليه.[2]

إذن العقد من التصرفات القانونية الأساسية التي تحكم العلاقات ما بين الأفراد، وهو مصدر من مصادر الالتزام الإرادية، ويُعرَف العقد من الناحية القانونية" أنه اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء أو نقل أو تعديل أو إلغاء التزام"[3] ويترتب على إبرام أي عقد آثار، تتمثل تلك الآثار بالحقوق والالتزامات ما بين الأطراف كافَة، فلا يوجد عقد دون آثار وإلا فقد صفته القانونية، ومن ضمن الالتزامات المترتبة على عاتق الأطراف تنفيذ بنود العقد، فكل منهم مدين بتنفيذ التزامه وإلا بقيت ذمته مشغولة حتى يتم التنفيذ.[4]

بناءً على ما سبق قيام المدين بتنفيذ الالتزام المتفق عليه بكامل إرادته وحريته ودون طلب من الدائن أو اللجوء لوسائل الضغط والإكراه أو الوسائل المجحفة بكرامته والماسَة بحريته هو الأصل العام، والمفروض أن ينفذ الالتزام المتفق عليه بعينه دون تغييرٍ أو تعديلٍ وإلا فيضطر الدائن للجوء للوسائل القانونية لمطالبة المدين بالتنفيذ كون الأخير لم يقم بذلك من تلقاء نفسه وهذا ما يسمى بالتنفيذ العيني بقوة القانون، لكن ذلك لا يتم إلا بشروط محددة ومبيَنة في القانون سيتم بيانها والحديث عنها في تلك الدراسة، فهناك التزامات يتطلب تنفيذها تدخلاً شخصياً من المدين نفسه ولا يمكن أن يحل محله طرف آخر، وفي بعض الحالات لا يمكن اللجوء للوسائل القانونية الإجبارية

---

[1] جمهور الفقهاء وأبي حنيفة يطلقون على العقد أنه" تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر على وجه يظهر أثره في الآخر" وجاء تعريف آخر" ارتباط إرادتين بكلامٍ أو غيره، ويترتب عليه التزام بين طرفيه" انظر السرحان، عدنان. خاطر، نوري: **شرح القانون المدني– مصادر الحقوق الشخصية**. ط1. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2000م. ص47.

[2] حسين، أحمد: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. الإسكندرية. مصر: دار الجامعة الجديدة. 2005م. ص127.

[3] السنهوري، عبد الرزّاق: **نظرية العقد**. دون ط. بيروت. لبنان: المجمع العلمي العربي الإسلامي. دون سنة نشر. ص80.

[4] م.(104) من مجلة الأحكام العدلية العثمانية الصادرة سنة 1876م / م.(318) من القانون المدني الأردني رقم (43) الصادر سنة 1976م.

بل يمكن استعمال وسائل غير مباشرة للتنفيذ في الدول التي تبنَت تلك الوسائل، كما أن القانون منح الدائن ضمانات يمكنه اللجوء لها لضمان حقه ضمن شروط معينة، وسيتم بيان ذلك في إطار القوانين المطبقة في فلسطين ومقارنتها مع ما هو وارد في القانون الأردني والمصري.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في:

الأهمية العلمية: الآثار المترتبة على إبرام العقود من المواضيع الهامة في القانون المدني، والموضوع محل الدراسة يتناول تنفيذ المدين للالتزامات الواقعة على عاتقه كأثر من تلك الآثار والذي تقوم المسؤولية العقدية بموجبه، لذلك لا بدَ من بيان المقصود بالتنفيذ العيني الذي من خلاله يتم اللجوء لوسائل الضغط لإجبار المدين على التنفيذ، علماً أن حق الدائن في اللجوء لتلك الوسائل ليس مطلقاً بل يتطلب الأمر توافر الشروط المذكورة في القانون والتي يجب التأكد منها قبل اللجوء لتلك الوسائل وهذا ما سيتم توضيحه في إطار مجلة الأحكام العدلية، فالأصل العام أن ينفذ المدين التزاماته مباشرة وإلا فيتم اللجوء لوسائل الإجبار إن توافرت شروطها، ومع ذلك لا بدَ من مراعاة الجانب الإنساني واحترام حرية المدين وحقوقه الدستورية، حيث اختلفت الدول حول القواعد العامة التي تخص التنفيذ العيني والوسائل التي يتم اللجوء إليها في تلك الحالة.

الأهمية العملية: لا بدَ من الإشارة وتوضيح الآراء الفقهية والأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الفلسطينية ذات العلاقة بالموضوع، حيث يُلاحظ إنكار بعض الأحكام القضائية لقاعدة التنفيذ العيني، في حين أن البعض يعترف بها ويطبقها.

أهداف الدراسة

1- توضيح المعنى المقصود بالتنفيذ العيني بقوة القانون، مع الإشارة إلى أن ليس كل الالتزامات يمكن فيها اللجوء للتنفيذ العيني بل هناك مجموعة من الشروط الواجب توافرها مع بيان الأسس والقواعد التي يقوم عليها التنفيذ العيني، فتلك القواعد تختلف حسب طبيعة الالتزام، حيث سيتم بيان موقف مجلة الأحكام العدلية من قاعدة التنفيذ العيني مع الإشارة إلى مشروع القانون المدني الفلسطيني والقوانين المقارنة.

2- بيان الوسائل البديلة للتنفيذ العيني في حال تعذر تطبيقه لاختلال شرط من شروطه، أو لاتفاق الأطراف على استبدال محل الالتزام.

3- بيان الضمانات القانونية ووسائل التنفيذ والإكراه الموجهه للمدين سواء من حيث تقييد الحرية أو الضغط المادي أو البدني، فلا عبرة بالاتفاق أو بإبرام العقود دون تنفيذها.

4- إعطاء فكرة عن المصطلح القانوني المسمى" بالغرامة التهديدية" وبيان القواعد الخاصة بها والدول التي تطبقها وتأخذ بها.

أسباب اختيار الموضوع:

تنفيذ الالتزامات من أهم المواضيع المطروحة في القانون المدني، حيث تبين تلك الدراسة التنفيذ العيني بشكلٍ العام، وحالات رفض المدين لتنفيذ التزاماته مع أنواع الالتزامات التي يلتزم فيها المدين سواء أكانت إعطاء شيء أو القيام بعملٍ ما أو الامتناع عن القيام بعمل، لذلك كان لا بدَ من الحديث عنها والتطرق للأحكام الخاصة بها، فلها دور وأهمية كبيرة في الفصل في المنازعات ما بين الأفراد، فالمنازعات والمشاكل ما بين الأفراد تزداد بشكلٍ سريع وكل فرد يسعى للحصول على حقوقه.

ومن ناحية عملية قد يرفض المدين رفضاً قطعياً تنفيذ التزاماته، فقد يكون من الممكن إلزام المدين وإجباره على التنفيذ وقد لا يكون ذلك ممكناً، وهذا يعتمد على طبيعة الالتزام نفسه وفيما إذا كان قائماً على أساس الاعتبار الشخصي أم أنه مجرد التزام عادي بإمكان أي شخص آخر أن يحل محله، وتم اختيار هذا الموضوع لتناول طريقة التنفيذ العيني والضمانات القانونية التي تكفل حق الدائن والوسائل البديلة عن التنفيذ العيني عند تعذر الحصول عليه، فكان لا بدَ من البحث في ذلك الموضوع لملاحظة الفرق بين القوانين النافذة في فلسطين والأردن من ناحية القواعد الخاصة بالتنفيذ العيني ووسائله المباشرة وغير المباشرة.

إشكالية الدراسة:

تثير دراسة التنفيذ العيني بقوة القانون وضماناته العديد من الإشكاليات، فكيف يتم التنفيذ العيني للالتزام وما هي ضماناته وما هي الوسائل البديلة عنه وفقاً لمجلة الأحكام العدلية والتشريعات الناظمة له في فلسطين والتشريعات المقارنة؟

نطاق ومحددات الدراسة:

تناولت الباحثة في تلك الدراسة التنفيذ العيني بقوة القانون في إطار النصوص القانونية المذكورة في مجلة الأحكام العدلية العثمانية الصادرة سنة 1876م باعتبارها القانون المدني النافذ في فلسطين كون مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 الصادر سنة 2012م لم تتم المصادقة عليه مع الإشارة إلى القواعد الواردة به بخصوص ذلك الموضوع فهو نافذ في قطاع غزة منذ سنة 2012م، وكذلك النصوص الواردة في قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005 وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001م، ومقارنتها مع ما هو مطبق في المملكة الأردنية الهاشمية بالاستناد إلى القانون المدني الأردني رقم(43) الصادر سنة 1976م

وغيره من القوانين العربية الأخرى، مع البحث في الأحكام القضائية والآراء الفقهية للاستناد إليها والاسترشاد بها.

منهجية الدراسة:

اعتمدت الباحثة في تلك الدراسة على المنهج التحليلي المقارن عبر دراسة وتحليل النصوص القانونية السارية في الضفة الغربية التي عالجت موضوع التنفيذ العيني بقوة القانون، وكذلك من خلال الرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية ومشروع القانون المدني الفلسطيني ومقارنتها مع القانون المدني الأردني رقم(43) الصادر سنة 1976م، وكذلك بعض التشريعات العربية المقارنة عند الحاجة، والاسترشاد والاستناد إلى الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الفلسطينية وكذلك الحال بالنسبة للآراء الفقهية مع الاستفادة والاطلاع على المؤلفات الفقهية والعامة بالقدر اللازم لتحقيق أهداف هذه الدراسة.

الدراسات السابقة:

يُلاحظ أن هناك العديد من الدراسات التي تناولت موضوع التنفيذ العيني بقوة القانون على مستوى العالم، فيوجد الكثير من الحالات الشائعة التي يكون عدم تنفيذ الالتزام راجع إما لسبب من المدين نفسه أو يكون السبب خارجاً عن إرادته كاستحالة تنفيذ الالتزام، وبغض النظر عن سبب عدم التنفيذ إلا أنها حالة شائعة وموجودة وليست غريبة عن المجتمع الفلسطيني، ورغم ذلك فيُشار خلال تلك الدراسة إلى قلة الأبحاث العلمية والدراسات التي تناولت التنفيذ العيني داخل فلسطين بالتحديد، رغم سعتها في الأردن ومصر ومنها:

أولاً: تناول الباحث **الدكتور عادل جبري محمد حبيب في كتابه" التنفيذ العيني للالتزامات العقدية دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة"** موضوع التنفيذ العيني، ويُلاحَظ أن الباحث تناول مفهوم التنفيذ

العيني بشكلٍ مفصل فبيَن المعايير الفقهية المحددة لمفهوم التنفيذ العيني، ووضَح النظريات المعمول بها في ذلك الشأن، واتبع التسلسل التاريخي بشأن فكرة التنفيذ العيني على مرِ العصور، وكذلك تطرَق للضوابط والقيود التي ترد على فكرة التنفيذ العيني، ووضحَ فكرة الاستحالة والآثار المترتبة على الالتزامات العقدية.

فالباحث أعطى لشخص المدين أهمية واعتبار بالنسبة للالتزامات التي تقوم على الاعتبار الشخصي وهذا يرفع من قيمة وكرامة الإنسان فهو من الحقوق الأساسية الواجبة الاحترام، مع تفصيل الوسائل التي تحل محل التنفيذ، فكانت الدراسة شاملة بشأن الموضوع محل البحث وفقاً للقوانين المصرية، ويُلاحظ اقتصار تلك الدراسة على القوانين المصرية دون غيرها، وهذا سيتم أخذه بعين الاعتبار في الدراسة الحالية التي ستكون موجهة للقواعد القانونية الفلسطينية والنصوص الواردة في مجلة الأحكام العدلية ومشروع القانون الفلسطيني فلا بدَ من التركيز على القوانين الفلسطينية المطبقة على مسألة التنفيذ العيني وتحليلها تحليلاً دقيقاً مع الإشارة إلى الأحكام القضائية والآراء الفقهية ذات الصلة بالموضوع.

ثانياً: تناول الباحث **الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن في كتابه بعنوان" جزاء الإخلال بأركان العقد في القانون المدني في الفقه والقضاء المصري والفرنسي"** جزئية التنفيذ العيني، كما تحدث عن مدى إجبار المدين على تنفيذ التزاماته من حيث الشروط الواجب توافرها للإجبار على التنفيذ ونطاق تطبيقه، كذلك تطرق للغرامة التهديدية وبيَن دور القضاء في تحديد قيمتها، فتم تحليل النصوص القانونية الواردة في القانون المدني المصري والاستعانة بالأحكام القضائية المصرية وخصوصاً الصادرة عن محكمة النقض المصرية دون مقارنة تلك النصوص بقوانين أخرى، فكانت تلك الدراسة متعمقة في النصوص والقواعد القانونية المصرية على سبيل الحصر وهذا ما ستكمله

الباحثة، فالقواعد القانونية الخاصة بالتنفيذ العيني في فلسطين غير واضحة وبحاجة إلى تفسير وتحليل مع بيان أوجه الشبه والاختلاف مع القوانين المقارنة وهذا من أهم الأهداف التي يُسعى لها في تلك الدراسة.

ثالثاً: بحث بعنوان" **الفسخ بوصفه ضماناً للتنفيذ" للباحث الدكتور سليمان براك دايح،** مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك– كلية القانون والعلوم السياسية، المجلد4– العدد13، 2015، فالباحث تناول موضوع التنفيذ العيني باعتباره وسيلة للضغط على المدين بحرمانه من منافع العقد، حيث تطرَق لفكرة أن الأصل هو تنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتق المدين حسبما تم الاتفاق عليه، وامتناع المدين عن ذلك يرتب حق للدائن ويخوله طلب فسخ العقد سواء كان التنفيذ مستحيلاً أو ممكناً والدائن لم يطلب ذلك جاز للأخير طلب الفسخ، وخلال البحث تمت الإشارة إلى أن طلب الفسخ يسري على العقود الملزمة لجانبين وكانت دراسة ذلك الموضوع في إطار القانون المدني العراقي، وعليه ستبين الباحثة في دراستها الضمانات التي نظمها المشرع على شكل دعاوى في إطار مجلة الأحكام العدلية وقانون العمل الفلسطيني وقانون التأمين الفلسطيني وكذلك الوسائل المباشرة وغير المباشرة التي يشرَعها القانون في سبيل التنفيذ العيني.

رابعاً: تناول **الباحث المستشار أنور طلبة في كتابه" انحلال العقود الفسخ– التفاسخ– الإنفساخ– البطلان– استحالة التنفيذ– الظروف الطارئة– التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض**" موضوع التنفيذ العيني كجزئية أساسية في الدراسة، فوضَح شروط التنفيذ العيني بشكلٍ مفصل مع تضمينه بالنصوص القانونية الواردة في القانون المدني المصري والاستعانة بالمذكرات الإيضاحية، كذلك أعطى خيار آخر عند تعذر التنفيذ العيني وهو التنفيذ بطريق التعويض ودور القضاء في تقدير استحالة التنفيذ، كما تمت الإشارة في كل جزئية من الجزئيات إلى الأحكام

القضائية الصادرة عن المحاكم المصرية، وفي الدراسة الحالية ستتطرق الباحثة لتفاصيل التنفيذ العيني والوسائل البديلة عنه في نطاق القواعد القانونية المطبقة في فلسطين والأسس المعتَمد عليها عن إصدار الأحكام القضائية الصادرة من قِبل المحاكم الفلسطينة.

خطة الدراسة:

ستقسم الباحثة الدراسة إلى فصلين أساسيين، الفصل الأول سيُبيَن فيه الإطار القانوني للتنفيذ العيني والأساس القانوني له، وسيُقسَم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث أساسية، المبحث الأول سيتناول الطبيعة القانونية للتنفيذ العيني وماهيته من خلال بيان أنواعه، وهذا المبحث يتضمن مطلبين، الأول سيتحدث عن التنفيذ الاختياري والذي قد يكون عينياً أو اعتياضياً باتفاق الأطراف، والثاني سيبين التنفيذ الإجباري والذي قد يكون بقوة القانون أو بطريق التعويض، بينما في المبحث الثاني سيتم استخلاص الشروط الأساسية للحكم بالتنفيذ العيني على شكل مطالب متتالية، أما المبحث الثالث فسيخرج بالنتيجة الأساسية وهو موقف القانون الفلسطيني من قاعدة التنفيذ العيني ومقارنته مع القوانين الأخرى.

بخصوص الفصل الثاني سيتحدث عن الضمانات القانونية التي تكفل حق الدائن ووسائل التنفيذ العيني حيث سيضمَ الفصل ثلاثة مباحث، الأول يتحدث عن الضمانات القانونية والتي قد تكون وقائية تتمثل بالدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة وعلاجية تتمثل بالدعوى الصورية ودعوى عدم النفاذ، وذلك في إطار القواعد القانونية الواردة في القوانين النافذة في فلسطين ومقارنتها مع ما هو مطبق في الأردن، والمبحث الثاني سيبين الوسائل المباشرة للتنفيذ العيني والوارد شرحها بشكلٍ مفصل في قانون التنفيذ الفلسطيني وهي الحجز على أموال المدين المنقولة وغير المنقولة وبيعها، أما المبحث الثالث فسيكون عن الوسائل غير المباشرة للتنفيذ والتي تكون إما منصبة على مال

المدين وهي ما تسمى" بالإكراه أو التهديد المالي" وهي الغرامة التهديدية والشرط الجزائي من حيث دورها والأساس القانوني الذي تقوم عليه والقيمة العملية لها ومدى تطبيقها في فلسطين، أو منصبة على شخص المدين مقيده لحريته بحدود القانون وتسمى " بالإكراه البدني" وتشمل الحبس والمنع من السفر، حيث سيتم بيان الأساس القانوني الذي تستند إليه والآثار المترتبة عليها، وذلك في إطار القوانين المطبقة في فلسطين ومقارنتها مع ما هو نافذ في الأردن.

الفصل الأول

الإطار القانوني للتنفيذ العيني.

العقد مصدر من مصادر الالتزام الإرادية وهو منظَم بموجب القانون، والقانون قسم العقود من حيث القوة الإلزامية إلى عقود ملزِمة لجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد.[1]

العقود الملزمة لجانبين هي التي تُنشِئ التزامات متبادلة على الطرفين فيكون كل منهما ملزماً بالتزامٍ معين تجاه الآخر، أي دائن ومدين في نفس الوقت كما هو الحال في عقد البيع والإيجار،[2] أما القسم الثاني هو العقد الملزم لجانب واحد وهو الذي يرتب التزامات في ذمة طرفٍ من الأطراف دون أن يكون على الطرف الآخر أي التزام، فيكون الطرف الأول مدين ويقع عليه التزام، سواء كان الالتزام إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام عمل، أما الطرف الآخر فيكون دائناً ومن ناحية قانونية لا يقع عليه التزام وإنما نشأ له حق في ذمة مدينه ويكون له حق المطالبه به حسبما تم الاتفاق عليه كما هو الحال في عقد الهبه فالواهب هو المدين والموهوب له هو الدائن.[3]

المدين هو الطرف الملتزم المترتب في ذمته التزامات مختلفة تختلف وتتنوع حسب طبيعة العقد المبرم، والمدين طرف من أطراف العقد وطالما أن العقد أُبرم بطريقة قانونية صحيحة وتوافرت فيه

---

[1] بكر، عصمت: **نظرية العقد في القوانين المدنية العربية**. دون ط. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية. 2015م. ص60.

[2] م.(262، 405، 475) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(562) من مشروع القانون الفلسطيني رقم(4) الصادر سنة 2012م المنشور في العدد الممتاز في الوقائع الفلسطينية.

[3] م.(833) من مجلة الأحكام العدلية. / م.(562) من مشروع القانون الفلسطيني رقم(4) الصادر سنة 2012م المنشور في العدد الممتاز في الوقائع الفلسطينية.

شروط انعقاد العقد من تراضي[1] ومحل وسبب[2] وشروط الصحة فكان خالياً من عيوب الإرادة سواء إكراه أو غلط أو غبن أو تغرير،[3] فتترتب آثاره القانونية ويكون أطرافه ملزمين به.

المدين ملزَم بالعقد مهما كان نوعه فيخضع لأحكامه ويتقيد بشروطه وينفذ الالتزامات حسبما ورد فيه، والأصل في العقود تنفيذها والالتزام بها وإلا قامت مسؤولية المدين وتحت طائلة القانون، والأصل أن المدين يبادر لتنفيذ التزاماته المفروضه عليه بموجب العقد بمحض إرادته دون الحاجة للجوء لوسائل الإجبار والإكراه، حيث قال تعالى في كتابه العزيز﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾[4] لكن في حال امتنع المدين عن تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه يتم اللجوء للمحكمة للمطالبة بالتنفيذ العيني، حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم ﴿مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ ﴾[5] أي إذا كان المدين غنياً موسراً قادراً على سداد دينه ولم يقم بذلك يكون ظالماً ويتقاضى أمام المحكمة، فإن كان للمدين مدين وأحال دائنه لمطالبته بالدين فليس للدائن أن يرفض إذا كان مدين المدين قادراً على السداد.[6]

هذا الفصل سيتمحور حول مواضيع أساسية بخصوص التنفيذ العيني، المبحث الأول سيبين ماهية التنفيذ العيني وطبيعته القانونية وأنواعه والأسس القانونية المعتمَد عليها للانتقال من نوع لآخر، والمبحث الثاني سيتحدث عن الشروط الأساسية الواجب توافرها للجوء للتنفيذ العيني والآثر المترتب

---

[1] (167،175) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] م.(165،157) من القانون المدني الأردني/ م.(150) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(130،135) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ باشا، محمد قدري: **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان م.(173)**. ط2. بولاق: المطبعة الكبرى الأميرية. 1891م. ص28.

[3] الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام(مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)**. دون ط. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2012م. ص85-98.

[4] القرآن الكريم، سورة النساء، آيه رقم(58).

[5] النووي، محي الدين: **رياض الصالحين**. ط1. باب تحريم الغني بحق طلبه صاحبه رقم(284). الاسكندرية. مصر: دار العقيدة. 2000م. ص398.

[6] العباد، عبد المحسن: **شرح سنن أبي داود للعباد**. ج255: المكتبة الشاملة الحديثة. دون سنة نشر. ص3.

على تخلف شرط منها، أما المبحث الثالث سيتمحور حول موقف القوانين والتشريعات النافذة في فلسطين والدول المقارنة من التنفيذ العيني.

المبحث الأول: طبيعة وماهية التنفيذ العيني.

التنفيذ العيني والإشكاليات المتعلقة به من أبرز المواضيع المطروحة والمتداولة على مستوى الدول، وبعض القوانين تناولت وتطرقت للموضوع بشكلٍ واضح، ففكرة التنفيذ العيني والاختلاف على الالتزامات المترتبة في ذمة المدين من أهم وأكثر المواضيع شيوعاً.

قبل بيان المعنى الاصطلاحي والقانوني للتنفيذ لا بدَ من بيان المعنى اللغوي له، الأصل اللغوي للتنفيذ من الفعل نَفَذَ، ونَفَذَ الشيء يعني" مضى أي صار معمولاً به، أي وَقَعَ وتحقَق، وأنفذ الحكم أي قضاه، ونفَذ الحكم أي أمضاه، وأخرجه إلى العمل حسب منطوقه، ونفَذ القانون أي طبقه، والنفذُ يعني إمضاء الشيء وإبرامه"[1] ومضى في الأمر أي نفذ، وأمضى الأمر أي أنفذه، وأمضيت الأمر أي أنفذته، وفي الحديث" ليس لك من مالك إلا ما تصدقت فأمضيت أي أنفذت في عطاءك ولم تتوقف فيه، وهو قضاء الأمر فيقال نفذ المأمور الأمر أي قضاه وأجراه".[2]

فالمعنى اللغوي لكلمة التنفيذ يُقصد بها" الوقوع والتحقق وإخراج العمل إلى حيز التنفيذ"، أما المعنى الاصطلاحي" فهو الإجراء العملي لما قُضِيَ به أي إنجازه والمباشرة في تحقيقه"[3] كما يُقصَد به" الوفاء بالالتزام عيناً أو الوفاء بما يقابل ما هو وارد في العقد بحيث يرضى به الدائن ويقبله وبذلك يكون المدين قد أوفى بالتزاماته المفروضة عليه وينقضي التزامه".[4]

---

[1] مجمع اللغة العربية: **المعجم الوسيط** . ج2. القاهرة: دار الدعوة. دون سنة نشر. ص939.

[2] ابن منظور، أبي الفضل: **معجم لسان العرب**. مج6. ط1. بيروت. لبنان: دار صادر. 1990م. ص4496.

[3] مجمع اللغة العربية: **مرجع سابق**. ج2. ص940.

[4] هندي، أحمد: **أصول التنفيذ الجبري**. دون ط. الإسكندرية. مصر: دار الجامعه الجديدة. 2005م. ص4.

أما الدعوى التنفيذية أو الحق في التنفيذ فيقصد به" حق صاحب المصلحة وصاحب الصفة طلب تطبيق الجزاء لغايات القيام بتنفيذ الالتزامات المفروضة على المدين، ويشترط في رافع تلك الدعوى كما يشترط في الدعوى العادية من حيث كمال الأهلية وتوافر الصفة والمصلحة".[1]

يُلاحَظ ثمة ارتباط كبير ما بين المعنى اللغوي والاصطلاحي لمصطلح التنفيذ حيث أن كلا التعريفين ينصب في مجالٍ واحد ويميل إلى الإنجاز والتحقق والوفاء والسداد وبراءة الذمة المالية.

تلك الدراسة منصبة على الإطار القانوني، وبناءً على ذلك فالأولى أن يتم بيان ماهية التنفيذ العيني من الناحية القانونية، ويتم ذلك بالبحث في النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع، لأن التشريع مصدرٌ أساسيٌ من مصادر القواعد القانونية الملزمة للأفراد،[2] وحدود الدراسة في القانون المدني المطبق في الضفة الغربية وهي مجلة الأحكام العدلية وقانون التنفيذ الفلسطيني وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني ومشروع القانون المدني الفلسطيني رغم عدم تطبيقه في الضفة الغربية، وبالاطلاع والبحث في النصوص القانونية يُلاحَظ عدم بيان المجلة لمفهوم التنفيذ بشكلٍ عام، فلم تتطرق لموضوع التنفيذ العيني أو حتى على الأقل لم توضح المقصود بالتنفيذ كمصطلح قانوني، وهذا نقص يعتري المجلة نظراً لكثرة الخلافات التي قد تصل إلى نزاعات منظورة أمام المحاكم جراء إخلال المدين في تنفيذ التزاماته، في حين أن مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012م قيد الإصدار أورد نصوص قانونية تحسم تلك الخلافات وتجيب عن كافة التساؤلات الخاصة بالتنفيذ، وتجدر الإشارة إلى أن المشروع راعى مسألة حسَاسة جديرة الملاحظة وهو تنفيذ الالتزامات بحسن نية في المادة 148 منه.

---

[1] هندي، أحمد: **الصفة في التنفيذ**. دون ط. الإسكندرية: دار الجامعه الجديدة. 2000م. ص13.

[2] السنهوري، عبد الرزاق: **علم أصول القانون**. دون ط. مصر: مطبعة فتح الله الياس وأولاده. 1963م. ص75.

بالمقارنة مع القانون المدني الأردني رقم 43 الصادر سنة 1976م يُلاحظ أن تنفيذ الالتزامات بشكل عام والتنفيذ العيني بشكل خاص احتل مساحة كبيرة، فالمشرع أورد العديد من النصوص القانونية التي تحدثت عن الموضوع بجزئياته وتفاصيله وهذا إن دلَ على شيء فهو حتماً يدل على أهمية الموضوع على الصعيد العلمي والعملي.

بالنسبة لما بيَنه الفقه والكُتَاب لتعريف التنفيذ العيني من الناحية القانونية، فالتنفيذ العيني هو وسيلة التنفيذ المباشرة والرئيسة ويقصد به" إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتفق عليها بموجب العقد دون إخلال أو انحراف في التنفيذ"، والأصل أن المدين يُجبر على تنفيذ التزاماته، فإذا كان العقد المبرم عقدَ بيع مثلاً يكون البائع مدين بتسليم المبيع محل عقد البيع ويكون المشتري مدين بدفع الثمن المتفق عليه كون عقد البيع من العقود الملزمة لجانبين،[1] وإن كان العقد عقد هبة يكون الواهب مديناً وملزماً بنقل ملكية الشيء وتسليمه للموهوب له طالما أن العقد صحيحٌ نافذ.[2]

كما يُعرَف التنفيذ العيني بأنه" إلزام المدين(الملتزم) على تنفيذ_ أي الوفاء والسداد_ عين ما التزم به، حيث يلتزم ببنود العقد وبمحل العقد ذاته، والأصل أن يكون ذلك بإرادته الكاملة دون اللجوء إلى الإجبار أو الإكراه أو الضغط والقضاء"[3] فإن رفض المدين التنفيذ بإرادته المنفردة يتم اللجوء للتنفيذ العيني الإجباري.

الالتزام الواقع على المدين مرتبط بذمته المالية وماله، فهو التزام مدني وليس طبيعياً، والالتزام المدني مرتبط بعنصر المسائلة القضائية فيخوِل الدائن حق رفع دعوى قضائية على المدين في

---

[1] هندي، أحمد: **أصول التنفيذ الجبري**. مرجع سابق. ص4.

[2] عمرو، محمد يوسف: **الميراث والهبة(دراسة مقارنة)**. دون ط. عمان. الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع. 2008م. ص263- 271.

[3] عبد الرحمن، أحمد: **جزاء الإخلال بالعقد في القانون المدني في الفقه والقضاء المصري والفرنسي**. دون ط. الاسكندرية. مصر: منشأة المعارف بالاسكندرية. 2010م. ص127.

حال عدم تنفيذه لالتزاماته، فتنشأ للدائن حمايةٌ قانونية جرَاء تخلف المدين عن تنفيذ التزامه، لأن الالتزام قانوني تام يتوافر فيه عنصري المديونية والمسؤولية.[1]

عنصر المديونية هو جوهر الالتزام وأساسه والركيزة التي يقوم عليها، وليتمكن الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ التزامه لا بدَ من وجود رابط بينهم، فيكون المدين مكلَفاً بأداءٍ قانوني سواء أكان ذلك الأداء إعطاءَ شيء كإعطاء مبلغ معين من النقود لسداد دينٍ ما أو القيام بعمل كالتزام البائع بتسليم البضائع للمشتري، أو الامتناع عن القيام بعمل كامتناع الممثل في مسرحٍ ما من التمثيل في مسرح آخر خلال فترة العقد فانعدام المديونية يعني انعدام الالتزام.[2]

أما عنصر المسؤولية فيُقصد به أن الدائن يستطيع مطالبة المدين بتنفيذ التزامه وإجباره على ذلك، فإن رفض التنفيذ يكون من حق الدائن اللجوء للمحاكم ومطالبة المدين بتنفيذ التزامه قضائياً، فالدائن يخضع للحماية القضائية كونه صاحب حق ويطالب بحقه، ووجود عنصر المسؤولية هو أساس التنفيذ العيني وعدم وجوده يعني عدم إمكانية المطالبة بالحق قانوناً أو اللجوء للتنفيذ العيني الإجباري وهو جوهر تلك الدراسة.[3]

بناءً على ذلك ستقسم الباحثة المبحث إلى مطلبين أساسين، الأول سيتناول التنفيذ الاختياري بمحض إرادة المدين، فهل يُشترط أن يوفِ المدين عين التزامه أم يُقبل منه شيٌ آخر أم يخضع لإرادة الأطراف واتفاقهم، والثاني سيتحدث عن التنفيذ العيني الإجباري ومدى تدخل المحكمة في تنفيذ الالتزامات العقدية، وبيان الحل القانوني في حال كان الإجبار على التنفيذ العيني يمس حرية

---

[1] التكروري، عثمان: **أحكام التزام(آثار الحق الشخصي)**. دون ط. الخليل. فلسطين: المكتبة الأكاديمية. 2014م. ص14.

[2] م.(158) من القانون المدني الأردني/ السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. مج3. القاهرة. مصر: دار النهضة العربية. ص721.

[3] م.(221) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ م.(313) من القانون المدني الأردني/ دواس، أمين: **القانون المدني/ أحكام التزام"دراسة مقارنة"**. ط1. رام الله. فلسطين: دار الشروق للنشر والتوزيع. 2005م. ص7.

المدين الشخصية بالإشارة إلى موقف مجلة الأحكام العدلية ومشروع القانون الفلسطيني والقوانين المقارنة من ذلك، والثاني سيكون عن سيتم الإجابة عن تلك التساؤلات وغيرها في ذلك المبحث.

المطلب الأول: التنفيذ الاختياري.

يتم إبرام العقد لتنفيذه والحصول على محل الالتزام، والعقد متى وقع صحيحاً تترتب عليه جميع آثاره القانونية، والأصل أن المدين يسعى لتنفيذ التزاماته بإرادته الكاملة وحريته المطلقة رغبةً منه في إتمام العقد دون ضغط أو إكراه أو أساليب قانونية وقضائية تُنفَذ عليه من قِبل السلطة العامة، حيث قال تعالى في كتابه العزيز{وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا}[1] صدق الله العظيم.

التنفيذ الاختياري طريقة من طرق التنفيذ تتم ما بين الأطراف بالاتفاق والتراضي والإرادة دون تدخل السلطة القضائية أو استعمال وسائل الإجبار والقوة، لكن هل التنفيذ الاختياري يعني تنفيذ عين ما تم الاتفاق عليه، أم يصح حلول شيء آخر محله؟ وهل التنفيذ الاختياري يجب أن يتم من المدين بشخصه أم يصح أن يتم من الغير؟ وهل يحق للدائن رفض التنفيذ أو حلول الغير محل المدين؟

مشروع القانون المدني الفلسطيني أجاب على تلك التساؤلات وبين تفاصيل التنفيذ الاختياري وكذلك الحال في القانون المدني الأردني والمصري، لذلك سيتم تقسيم المطلب إلى فرعين، الأول سيتناول التنفيذ العيني الاختياري من حيث أطراف الوفاء والمحل والحلول وغيرها، والثاني سيبين التنفيذ الاعتياضي(بمقابل) من حيث طبيعته القانونية وشروطه وغيرها، مع بيان موقف مجلة الأحكام العدلية من ذلك.

[1] القرآن الكريم. سورة الإسراء. آية رقم(34).

الفرع الأول: التنفيذ العيني الاختياري.

الوفاء لغةً يعني" الوفاء بالعهد والوعد، وأوفى فلان العمل أي أدَاه وقام به"[1] أما من ناحية قانونية" هو النتيجة الطبيعية والأثر المترتب على العقد، ويكون في إطار اتفاق قانوني ما بين طرفين هما الموفي والموفى له على إتمام العقد وتنفيذه وترتيب آثاره على الوجه المتفق عليه في العقد"[2] وللوهلة الأولى يتبادر للذهن أن الوفاء يكون في الالتزام بدفع مبلغ من النقود، لكن بدراسة النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع يتبين أن الوفاء يكون في جميع أنواع الالتزامات سواء كانت دفع مبلغ من النقود أو إعطاء شيء(نقل حق عيني) أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، ويُشار أن أغلب التشريعات المدنية العربية أوردت أحكام الوفاء عند تنظيمها لأسباب انقضاء الالتزام كالقانون المصري والجزائري، في حين أنفردت بعض التشريعات بتنظيم الوفاء ضمن آثار الالتزام كالقانون الأردني.

الوفاء تصرفٌ قانوني قائم على إرادة الأطراف واتفاقهم، ويُشتَرط أن تتوافر فيه جميع أركان العقد وشروطه القانونية، حيث أن الوفاء لا يكون في جميع الأحوال صحيحاً نافذاً بل قد يقع باطلاً أو موقوفاً أو قابلاً للإبطال حسب الكيفية التي يتم فيها من حيث الأطراف والمحل، وسيتم بيان تلك التفاصيل وفقاً للقوانين محل الدراسة.

بالرجوع لمجلة الأحكام العدلية فخلت من نصوص قانونية خاصة بالوفاء وآثاره، أما مشروع القانون المدني الفلسطيني فقد عُنِي بالموضوع وبيَن تفاصيله وفرضياته، إلى جانب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان المطبق في فلسطين والمعتمِد بشكلٍ أساسي على المذهب الحنفي حيث سيتم

---

[1] مجمع اللغة العربية: **مرجع سابق**. ج2. ص1047.

[2] البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**. مج2. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. دون سنة نشر. ص283.

بيان النصوص القانونية ذات العلاقة بالدراسة مع الإشارة إلى ما ورد في القانون المدني المصري حيث يتطابق مع مشروع القانون المدني الفلسطيني، والقانون المدني الأردني الذي اختلف معه مشروع القانون الفلسطيني في بعض الجزئيات.

سبق القول أن الوفاء تصرفٌ قانوني يجب أن تتوافر فيه أركان العقد ومنها أهلية العاقدين، فيشترط في الموفي كمال الأهلية سواء أكان المدين أو نائبه الاتفاقي(أي وكيله بموجب عقد الوكالة)، فإن كان ناقص الأهليه فيصدر التصرف من النائب القانوني(الولي أو الوصي أو القيم على المال) وهذه هي الصورة الأول للموفي(المدين أو النائب).

الصورة الثانية للموفي شخصٌ ليس طرفاً في العقد ولا ينوب عن المدين اتفاقاً أو قانوناً بل له مصلحة من الوفاء كالكفيل مثلاً، فللدائن حق مطالبة الكفيل بالوفاء كونه يحل محل المدين، ومن مصلحة الكفيل ذلك، أما الصورة الثالثة فيكون الموفي شخصاً ليس له صفة أو مصلحة من الوفاء ومع ذلك يقوم به كالفضولي، لكن التساؤل ما مدى صحة الوفاء في الصور السابقة؟ أيكون الوفاء صحيحاً أو باطلاً أو موقوفاً أم قابلاً للإبطال؟

مشروع القانون الفلسطيني أشار إلى صحة الوفاء الصادر في الصورتين الأولى والثانية طالما توافرت شروط وأركان العقد ومنها اتفاق وتراضي الأطراف، فإن لم يتفق الأطراف على ذلك بل تم الاشتراط المسبق على الوفاء من المدين شخصياً فللدائن حق الرفض، وإلا فيبطل الوفاء ولا تترتب عليه آثاره القانونية، وكذلك الحال إن كانت طبيعة الالتزام تتطلب تنفيذه من المدين شخصياً.[1]

[1] م.(1/351) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ م.(196) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الأنسان.

أما بخصوص الصورة الثالثة وهو صدور الوفاء ممن ليس له مصلحة، فأصل الوفاء صحيح وليس للدائن الرفض طالما أن المدين قَبِل ذلك ولم يعترض، أما إن اعترض وأبلغ الدائن بذلك الاعتراض فيكون مصير الوفاء بيد الدائن إن شاء قبله وإن شاء رفضه،[1] وفي تلك الحالة هل يحق للغير الرجوع على المدين ومطالبته بما أوفاه؟

مشروع القانون الفلسطيني اتبع موقف القانون المدني المصري بالتفرقة ما بين حالتين، إن تم الوفاء بأمر المدين فللموفي حق الرجوع على المدين ومطالبته حيث يصبح محل الوفاء ديناً في ذمة المدين، أما إن تم الوفاء دون أمره فليس للموفي الرجوع عليه بل يعتبر متبرعاً شريطة إثبات المدين مصلحته من رفض الوفاء والاعتراض عليه، فإن لم يثبت ذلك كان للموفي حق المطالبة.[2]

بناءً على ما سبق يمكن استخلاص شروط صحة الوفاء، حيث يشترط صدوره من الموفي قانوناً حسب الصور المذكورة سابقاً، وأن يكون الموفي كاملَ الأهلية وإلا كان تصرفه قابلاً للإبطال لمصلحته،[3] إلا إن إجازه بعد بلوغه سن الرشد أو إجازه النائب القانوني أو المحكمة، وأن يكون مالكاً للشيء الموفى به وإلا كان تصرفه باطلاً.[4]

---

[1] م.(2/351) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ م.(197) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الأنسان.

[2] م.(354) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ م.(301) من القانون المدني المصري، ويشار أن موقف القانون المدني الأردني مختلف، فالمادة(301) منه اعتبرت الغير الذي يقوم بعمل نافع لمصلحة المدين دون أمره بعد حصوله على إذن المحكمة نائباً وله مطالبة المدين بالنفقات المدفوعة منعاً للإثراء بلا سبب، أما مرشد الحيران فرق بين حالتين، م.(198) تحدثت عن حالة وفاء الغير بأمر المدين فعندئذٍ للموفي حق الرجوع على المدين ومطالبته بما أوفاه سواء سواء اشترط ذلك أم لم يشترط، أما م.(205) فاعتبرت وفاء الغير دون أمر المدين تبرعاً وليس للغير مطالبة المدين بما أوفاه.

[3] العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح نافذ منتج لآثاره إلا أنه غير لازم فقد يتم إبطاله وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد إن لم يجزه من تقرر لمصلحته ويُلاحَظ أن مشروع القانون الفلسطيني استعمل مصطلح(قابل للإبطال) كما هو الحال في القانون المصري في م.(2/325) والقوانين الغربية كالقانون الفرنسي علماً أن ذلك النوع من العقود غير دارج في الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية/ انظر هيلدر، أحمد: **نظرية الغش في العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني**. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية. 1971م. ص329. أما مرشد الحيران في م.(219) فاعتبر الوفاء الصادر من ناقص الأهلية صحيحاً، بالمقارنة مع القانون المدني الأردني في م.(318) اعتبر وفاء ناقص الأهلية موقوفاً على الإجازة.

[4] م.(352) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ م.(221) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

حتى تبرأ ذمة المدين وينقضي الالتزام يُشترط أن يتم الوفاء للأصيل وهو الدائن وأن يكون كاملَ الأهليه، ويصح الوفاء للغير إما بالاتفاق كما في الوكالة أو بالقانون إن كان ناقص الأهلية أو لشخص آخر شريطة إقرار الدائن بالوفاء[1] أو حصوله على منفعه أو لحائز الدين شريطة حسن نية الموفي، لكن في حال وُجِد اتفاق على الوفاء للمدين شخصياً كان الوفاء لغيره باطلاً.[2]

محل الوفاء ركن من أركان التصرف والأصل أن يتم الوفاء بالشيء المتفق عليه، فلا يحل محله شيء آخر ولو كان يفوق عنه بالقيمة، وللدائن حق الرفض إلا بالاتفاق ما بين الأطراف،[3] وتلك القاعدة لها ضوابط حسب طبيعة الالتزام، فإن كان محل الالتزام إعطاء شيء قيمي فتُطبق تلك القاعدة حيث لا يصح أن يحل محله شيءٌ آخر وكذلك الحال إن كان محل الالتزام القيام بعمل يتطلب تدخل المدين شخصياً، أما إن كان الشيء مثلياً فيقوم مقامه مثله فليس للدائن الرفض ولا تُطبَق تلك القاعدة.[4]

قد يكون محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، لكن قيمة النقود تنخفض وترتفع من وقت لآخر حسب ظروف الدولة الاقتصادية كالليرة التركية مثلاً فقيمتها انخفضت بشكلٍ ملموس أمام الدولار الأمريكي في الآونة الأخيرة، فما الوضع القانوني لو اختلفت قيمة العملة من وقت نشوء الالتزام لوقت الوفاء؟

---

[1] م.(1453) من مجلة الأحكام العدلية، فإن أقر الدائن بالوفاء يكون الغير بمثابة وكيل والدائن بمثابة موكل، وتُطبق أحكام عقد الوكالة.

[2] اعتبر مشروع القانون الفلسطيني في م.(362) و مرشد الحيران في م.(217،218) أن الوفاء لغير كامل الأهلية لا يبرئ الذمة بل يقع باطلاً وكأنه لم يتم وكذلك الحال في م.(321) من القانون المدني الأردني، أما مجلة الأحكام العدلية فاعتبرته موقوفاً على إجازة الولي فهو تصرفٌ دائرٌ بين النفع والضرر في المادة(967)، أما بخصوص القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م المنشور في جريدة الوقائع المصرية العدد 108 اتخذ موقفاً مغايراً واعتبر تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر في م.(2/111) منه.

[3] م.(371) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ م.(222) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

[4] الجبوري، ياسين. القضاة، ياسين: ***مدى جواز إجبار الدائن على قبول الوفاء بغير الشيء المستحق ذاته في القانون المدني الأردني.*** **مجلة المنارة للبحوث والدراسات.** م3 ع20/ 2014م.ص88-92.

يُلاحظ أن مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني كلاهما تصدى لتلك الفرضية فألزم المدين بعدد النقود المتفق عليها بين الأطراف بغض النظر عن القيمة الشرائية سواء انخفضت أو ارتفعت،[1] وهذا يعني أن العبرة بالقيمة الشرائية وقت الانعقاد لا التنفيذ.

تأسيساً لما تم بيانه من الحالات التي يحق للدائن فيها رفض الوفاء بغير الشيء المستحق، هل تمسك الدائن بتنفيذ الشيء العيني وإصراره عليه رغم أن البديل قد يفوقه بالقيمة من قبيل التعسف في استعمال الحق؟

إن مطالبة الدائن بالشيء العيني حقٌ له، فإبرام العقد لم يتم لولا رغبته به، وبما أن العقد شريعة المتعاقدين فعلى المدين الوفاء به وتنفيذ التزامه، إلا أن إصرار الدائن على الشيء العيني رغم استعداد المدين بتقديم بديلٍ يفوقه في القيمة حيث في ذلك العرض نفعٌ محضٌ للدائن ولا مجال لإلحاق الضرر به، فيه تعسف وإجحاف وتعنت، ويتنافى مع مبدأ حسن النية والذي يُفترض أن يكون أساس التعاملات التعاقدية.[2]

سبق بيان حالات تمسك الدائن بالتنفيذ العيني ومطالبة المدين بالوفاء بالالتزام، في المقابل هل يمكن للدائن رفض وفاء المدين رغم عرضه عليه؟ وما الموقف القانوني من ذلك؟

الوفاء تصرف قانوني قد يتم بإرادتين إذا تم الإيجاب والقبول واتفق الأطراف عليه، وقد يتم بإرادة واحدة إن رفض الدائن ذلك، ومشروع القانون المدني الفلسطيني تعرَض لتلك الفرضية واعتبر قبول الدائن شرطاً للوفاء، فرفض الأخير يعطي المدين حق اللجوء للأساليب القانونية المتمثلة في البداية

[1] م.(133) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، ويُلاحَظ اتفاق القانون المدني الأردني والمصري والمشروع الفلسطيني على ذلك.

[2] انظر القضاة، عمار: **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**. ط1. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2015م. ص340.

بإعذار الدائن لمدة مناسبة للقبول، حيث تنتقل تبعة هلاك الموفى به إلى الدائن خلال تلك المدة مع حقه بالمطالبة بالتعويض إن توافرت شروطه،[1] ويوقَف سريان الفوائد إذا كان الالتزام نقوداً منتجة لفوائد قانونية أو اتفاقية، مع حق المدين في إيداع الشيء على نفقة الدائن ومطالبته بالتعويض إن كان له مقتضى.[2]

وقد يتم إيداع الموفى به أو اتخاذ إجراء من ذلك القبيل وعلى نفقة الدائن دون اشتراط إعذاره إن كان الأخير مجهولَ الشخصية أو الموطن أو ليس أهلاً للقبول ولا نائب يحل محله أو أن الدين متنازعٌ عليه أو لأسباب أخرى تبرر اتخاذ ذلك الإجراء،[3] فإن كانت طبيعة الشيء لا تحتمل الإيداع فعندئذٍ يتم بيعه بإذنٍ قضائي وإيداع الثمن محله،[4] أما إن كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات كسيارة مثلاً جاز للمدين بعد توجيه إعذار للدائن الحصول على إذن قضائي بإيداعه وتعيين حارس قضائي عليه[5] وبالنتيجة فالعرض الذي تلاه إيداع يعتبر وفاءً للالتزام وإبراءً لذمة المدين وإسقاطاً لضمانات الدين إن قبله الدائن أو صدر حكمٌ نهائيٌ بصحته وعندئذٍ ليس للمدين الرجوع عنه إلا بقبول الدائن، فإن حصل يعتبر الوفاء كأنه لم يتم وتنشغل ذمة المدين دون الملتزمين معه من الكفلاء فهؤلاء تبرأ ذمتهم نهائياً،[6] ويشار إلى اتفاق مشروع القانون المدني الفلسطيني مع القانون المدني الأردني والمصري في حيثيات جزئية رفض الدائن للوفاء.

---

[1] م.(363، 364) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(322، 323) من القانون المدني الأردني/ م.(209) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان تناولت فرضية رفض الدائن للوفاء بشكلٍ عام دون بيان الأثر المترتب عليه، وفي حال رفض الدائن قبول الوفاء للمدين رفع الأمر للقاضي دون إتباع إجراءات الإعذار والعرض والإيداع كما في مشروع القانون الفلسطيني والقانون الأردني والمصري.

[2] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص333.

[3] م.(367) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(326) من القانون المدني الأردني.

[4] م.(366) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(325) من القانون المدني الأردني.

[5] م.(365) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(45) من القانون المدني الأردني.

[6] م.(367،368) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(327، 328) من القانون المدني الأردني/ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص339.

قد يعرض المدين على الدائن الوفاء بجزء من الدين وليس بالدين أكمله، وفي تلك الحالة يكون الخيار بيد الدائن بالقبول أو الرفض، إلا إذا وُجِد نص قانوني يجيز الوفاء الجزئي فحينئذٍ ليس للدائن الرفض[1] كما في حالة المقاصة حيث ينقضي الدين الأقل قيمة ويبقى جزءٌ من الدين الأكبر، وفي حالة المدين المعسر فالقاضي يقسط له الدين، وفي حال تعدد الكفلاء غير المتضامنين مما يجعل الدائن يستوفي منهم بشكل جزئي،[2] وكذلك الحال عند وفاة المدين وتوزيع تركته على الورثة قبل سداد الدين فيوزع عليهم حسب حصة كل منهم،[3] فإن اختلف الأطراف على وجود الالتزام ذاته فعلى الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات الوفاء به.[4]

تنشغل ذمة المدين فور ترتب الدين، وعليه الوفاء مباشرة إلا إذا وُجد اتفاق بين الأطراف على تعليق الدين على أجل، أو إذا طرأت حالة قانونية تعطي القاضي حقَ تأجيل الدين كما لو كان المدين معسراً شريطة ألا يلحق بالدائن ضرر جراء التأجيل،[5] وبعكس ذلك لو بادر المدين بالوفاء بالدين قبل حلول الأجل فليس للدائن الرفض إن كان الأجل لمصلحة المدين كوجود فوائد على الدين شريطة عدم الإضرار بالدائن،[6] حيث يوفي المدين بالالتزام في موطن المدين أو مركز عمله إن كان الالتزام له علاقة بالعمل تطبيقاً لقاعدة أن الدين مطلوبٌ وليس محمولاً إلا إن كان محل الالتزام تسليم شيء قيمي فيتم الوفاء بمكان وجوده وقت نشوء الالتزام إلا إن تم الاتفاق على خلاف

---

[1] م.(372) من مشروع القانون الفلسطيني، يلاحظ اتفاق مرشد الحيران في م.(215) مع المشروع الفلسطيني بعدم جواز إجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي إلا بالاتفاق أو بالقانون، كما أورد مرشد الحيران حالة من الحالات القانونية التي يجبر فيها الدائن على الوفاء الجزئي وهي حال إعسار المدين.

[2] م.(193) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الأنسان.

[3] التكروري، عثمان: **أحكام الالتزام**. مرجع سابق. ص.25.

[4] وفقاً للمادة (2) من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 الصادر سنة 2001م والمنشور في العدد 38 من جريدة الوقائع الفلسطينية، انظر الحكم القضائي رقم 88 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية لسنة 2012م حيث كلَفت المستأجر بإثبات دفع الأجرة حتى يعتبر الوفاء مقبولاً قانوناً https://qistas.com/ar/search?c=2&pc=-1

[5] م.(376) من مشروع القانون الفلسطيني، يُلاحظ أن م.(215) من مرشد الحيران جعلت حق تأجيل الدين بيد الدائن وليس للقاضي كما في المشروع الفلسطيني.

[6] م.(1/377) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(212) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

ذلك، فالقاعدة ليست من النظام العام،[1] فإذا تطلب الوفاء بالالتزام مصاريف ونفقات فتكون على المدين ويصح الاتفاق على المخالفة.[2]

سبق القول عن حق الغير(الموفي) بالرجوع على المدين ومطالبته بما أوفاه مع التفرقة إذا كان بأمره أو دون أمره، وبصورة أخرى مطالبة الغير للمدين بما أوفاه يعني حلول ذلك الغير محل الدائن في المطالبة، ولما كانت تلك المطالبة مجرَده من أي ضمانات أو تأمينات مقترنة بالدين الأصلي حيث تكون دعوى شخصية عامة، فالقانون ضَمِن للموفي حقه فأصبح الوفاء مع الحلول قاعدةً قانونيةً لها أحكامها وحالاتها وآثارها، وذلك حتى يتمكن الموفي من الاستفادة من ضمانات وتأمينات الدين الأصلي.

مشروع القانون الفلسطيني نظم أحكامَ الوفاء مع الحلول، والوفاء مع الحلول قد يكون قانونياً ضمن حالات مذكورة على سبيل الحصر،[3] وقد يكون اتفاقياً، والحلول الاتفاقي له صورتان من حيث أطرافه، فقد يكون بين الغير والدائن، حيث يتفق الدائن المستوفي لحقه مع الموفي(الغير) أن يحل

[1] م.(378) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(285) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(223) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

[2] م.(379) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(288) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(466،467) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

[3] م.(355) من مشروع القانون الفلسطيني، يُلاحَظ أن قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد(62) بتاريخ 2006م في م.(14) ذكر حالة من حالات الحلول القانوني وهي حق المؤمِن بالحلول محل المؤمن له في مطالبة من تسبب بالضرر بالتعويض وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفلسطينية في حكمها القضائي رقم 155 لسنة 2019م حيث بينت أن ذلك الحلول يتم دون موافقة المدين أو المؤمن له، كون المؤمن يستوفي حقه بموجب القانون وليس الاتفاق https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1/ م.(199، 200، 201، 202) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان مع الإشارة إلى الفرق بين المشروع الفلسطيني ومرشد الحيران في حق الموفي بالرجوع للمدين إن كان بأمر الأخير أو دون أمره كما سبق بيانه، وكذلك من حالات الحلول القانوني حلول المدين المتضامن محل الدائن في مطالبة باقي المدينين المتضامنين بما أوفاه، كون المدين المتضامن ملزم بالوفاء بالدين جميعه إن طلبَه الدائن وليس له إجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية في الحكم القضائي رقم 716 لسنة 2018م https://qistas.com/ar/search?c=2&pc=-1

الأخيرُ محل الدائن في مطالبة المدين بالدين حيث ينتقل له تأمينات الدين والرهن والكفلاء إن وجدوا ويكون ذلك بقوة القانون بغض النظر عن قبول المدين لذلك الاتفاق.[1]

وقد يكون الاتفاق ما بين الغير والمدين، إلا أن تلك الحالة لها أحكام خاصة، فيُشتَرط وجود عقد قرض ما بين المدين والغير، وأن يكون بهدف الوفاء بدين المدين، وأن يُذكر في عقد القرض هدف المدين بالوفاء، وأن يُذكر في مخالصة الدائن أن الوفاءَ تم من القرض، فإن توافرت تلك الشروط يحل المُقرِض(الدائن الجديد) محل الدائن القديم في المطالبة بالدين دون اشتراط موافقة الدائن حيث ينشأ للدائن حقُ التأمين والتوابع وغيره،[2] فإن حل الموفي بشكلٍ جزئي أي أوفى بجزءٍ من الدين فحلوله يكون بمقدار وفائه، إلا أن حق الدائن القديم بالجزء المتبقي يتقدم على حق الدائن الجديد إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك، وقد يحل شخصان محل الدائن في مطالبة المدين كلٌ منهما بجزء، ففي تلك الحالة يكون رجوعهم على المدين بمقدار دينهم فإن لم تكفِ الأموال فتُجرى قسمة غرماء.[3]

يلاحظ أن مشروع القانون المدني الفلسطيني استمد قاعدة الوفاء مع الحلول من القانون المدني المصري[4] علماً أن أصل تلك القاعدة يعود للقانون الروماني،[5] أما بخصوص موقف القانون المدني الأردني فخلا من نصوص لها علاقة بتلك القاعدة، رغم محاولة بعض الفقهاء تشبيه نصوص قانونية واردة في القانون المدني الأردني[6] بحالات الحلول الواردة في القانون المصري، أي أنه تعذر

---

[1] م.(356، 358) من مشروع القانون الفلسطيني.

[2] م.(357،358) من مشروع القانون الفلسطيني.

[3] م.(359) من مشروع القانون الفلسطيني.

[4] م.(326، 327، 328، 329، 330) من القانون المدني المصري.

[5] ناهي، صلاح الدين: **الوجيز في النظرية العامة للالتزامات**. دون ط. مكتبة القاني. 1950م. ص456.

[6] كما هو الحال في م.(309) إلا أن تلك المادة تطبيقٌ عمليٌ لعقد الوكالة وتقوم بموجبها دعوى شخصية لا دعوى حلول، كذلك م.(890) عن حق الكفيل بالرجوع على المدين، ففي حال كان الكفلاء غير متضامنين فتكون مطالبة كل منهم للمدين على حدا بدعوى

ذلك لعدم تطابق الحالات أو توافر الشروط، عدا عن ذلك لا يمكن القياس على تلك القاعدة فهي استثناء لا يُقاس عليه، وكذلك لا يمكن تطبيق فكرة الحلول دون وجود نص قانوني يحكمها ويعترف بها، فتلك القاعدة غير واردة في القانون المدني الأردني.

بعد بيان الإطار القانوني للتنفيذ العيني الاختياري وتطبيقاته العملية كان لا بدَ من البحث عن الطبيعة القانونية للتنفيذ الاختياري، إن القوانين التي تناولت موضوع الوفاء لم تبين وصفه القانوني بشكلٍ صريح، أما بالنسبة للفقه فقد وُجِد خلاف حول ذلك، فمنهم من اعتبروا الوفاء تصرفاً قانوناً، ومنهم من اعتبره واقعة قانونية(عمل مادي)، وترى الباحثة أن الوفاء ما هو إلا اتفاقٌ بحت، فسبقت الإشارة إلى اشتراط توافر الأركان العامة لأي اتفاق، كما أن إرادة الأطراف اتجهت إلى إحداث الأثر القانوني المترتب على الوفاء ألا وهو انقضاء الالتزام والإبراء منه، وبناءً عليه فيُفترض حالتين، الحالة التي لم تتطلب قيام الدائن بإجراءات قبول كما هو الحال في الالتزام بتسليم شيٍ ما أو الامتناع عن عمل فعندئذٍ يكون اتفاقاً قانونياً قائماً على إرادة المدين، أما الحالة التي تتطلب من الدائن القيام بإجراءات لإتمام التنفيذ كصرف شيك مثلاً فيكون اتفاقاً قانونياً بإرادة ثنائية.[1]

الفرع الثاني: التنفيذ الاعتياضي.

سبق القول بعدم جواز إجبار الدائن على قبول غير الشيء العيني، فالمدين مجبر بالتنفيذ العيني متى توافرت شروطه، لكن قد يتفق الأطراف على أن يكون محل الالتزام شيئاً آخر غير الشيء المتفق عليه، فيحل محله وتبرأ ذمة المدين به ويكون سبباً لانقضاء الالتزام، وقد أدرج مشروع

شخصية عادية وليست دعوى حلول/ انظر محاسنة، نسرين: ***موقف القانون المدني الأردني من نظرية الوفاء مع الحلول(دراسة تحليلية تقييمية)***. **مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية/** جامعة السلطان قابوس. اليرموك. 2014/9/30م.

[1] الجبوري، ياسين. القضاة، ياسين: ***مرجع سابق***. ص86-88.

القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني والمصري حالات التنفيذ بما يعادل الوفاء إن اتفق الأطراف عليها.

أولا: الوفاء بمقابل.

اختلف الفقهاء حول تعريف الوفاء بمقابل نظراً لاختلاف التشريعات على محل الالتزام الجديد، ويُلاحظ أن مشروع القانون الفلسطيني تبنى موقف القانون المدني المصري الذي ضيَق من مجال الوفاء بمقابل حيث قصر محله على إعطاء شيء(نقل حق عيني سواء أكان قيمياً أو مثلياً)، على عكس القانون المدني الأردني الذي وسَع مجال محل الالتزام الجديد ليشمل كذلك القيام بعمل والامتناع عن القيام بعمل،[1] ومن ذلك المنطق يمكن تعريف الوفاء بمقابل ليشمل الشقين الضيق والواسع.

إذن الوفاء بمقابل" هو اتفاق طرفي العقد(الدائن والمدين) على استبدال محل الالتزام بشيء معين في القوانين التي تأخذ بالمفهوم الضيق، وبشيء أو التزام في القوانين التي تأخذ بالمفهوم الواسع"، أما بالنسبة للفقه الإسلامي فاطلق عليه اسم الصلح وهو من المصالحة " وهو عقد لرفع المنازعة"[2] وهذا ما أكدت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة(1548) فهي تطبيقاً عملياً للوفاء بمقابل، ويُلاحظ أن المجلة فتحت المجال واسعاً لجميع أنواع الالتزامات فأخذت بالمفهوم الواسع للوفاء بمقابل فقد يكون المقابل عيناً أو حقاً أو منفعة.[3]

---

[1] م.(381) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ م.(340) من القانون المدني الأردني/ م.(350) من القانون المدني المصري

[2] ابن عابدين، محمد: **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**.ج8. مرجع سابق. ص405/ كذلك أشارت م.(2/118) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني لعقد الصلح الذي يكون له قوة السند التنفيذي في حال صادقت المحكمة عليه، فهو تطبيق لمفوم الوفاء بمقابل/ انظر الحكم القضائي الصادر عن محكمة استئناف القدس رقم 710 لسنة 2018م https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[3] حيدر، علي: **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**. ج1. ط1: المكتبة الشاملة الحديثة. 1991م. ج4. ص31-34.

الوفاء بمقابل اتفاقٌ قانوني يتطلب أركان الاتفاق العامة لكي تترتب عليه الآثار القانونية، فلا بد من تراضي الأطراف بالإيجاب والقبول، سواء أكان قبول الدائن صريحاً أم ضمنياً، ويكون قبول الدائن ضمنياً بمجرد عدم اعتراضه على المقابل عند العلم به،[1] وكون الوفاء بمقابل من التصرفات الدائرة ما بين النفع والضرر فيتطلب توافر أهلية التصرف في العاقدَين وإلا كان التصرف قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر كما هو الحال في مشروع القانون الفلسطيني المأخوذ عن القانون المدني المصري، وموقوفاً حسب مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني كما سبق بيانه.

أما بخصوص المحل فينبغي أن يكون شيئاً أو التزاماً جديداً– مع الأخذ بعين الاعتبار الفرق السابق بين القوانين محل الدراسة– مختلفاً عن محل الالتزام السابق ولا يكون بدلاً عنه أو خياراً من متعدد إن كان محل الالتزام السابق تخييرياً، أما بالنسبة للسبب فيكون بغاية الوفاء بالدين الأصلي.[2]

من ذلك المنطق، ماذا لو توافرت الشروط السابقة لكن التنفيذ مؤجل؟ هل يعتبر تأجيل التنفيذ خللاً يحول دون صحة الاتفاق؟ وهل يفقد الوفاء بمقابل صفته القانونية ويقتصر على كونه مجرد وعد بالوفاء بمقابل، أم أن التنفيذ يعتبر أثراً مترتباً على الالتزام؟

اختلفت القوانين محل الدراسة في تكييف تنفيذ الالتزام في الوفاء بمقابل، مجلة الأحكام العدلية اعتبرت الاتفاقَ صحيحاً نافذاً بمجرد توافر أركانه المذكورة سابقاً، وتنفيذ الالتزام ما هو إلا أثر

---

[1] خاطر، محمود: **القانون المدني معلقاً عليه بأحكام محكمة النقض**. دون ط. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. 2018م. ص185.

[2] الصرايرة، محمود: ***الوفاء بمقابل وأثره في براءة ذمة المدين وفقاً للقانون الأردني***. **علوم الشريعة والقانون**. مج21 ملحق1/ 2014م. ص632-634.

مترتب على الاتفاق ويصح تعليقه على أجل، فلا يُشترط التنفيذ الفوري بل يكون استحقاق أجل الدين حسب اتفاق الأطراف[1] وكذلك بخصوص موقف القانون المدني الأردني.[2]

أما مشروع القانون الفلسطيني فسار على نهج القانون المدني المصري واتبع موقفه واعتبر التنفيذ الفوري للوفاء بمقابل شرطاً لصحته، فإن كان الالتزام بتسليم سيارة مثلاً يقتضى إتمام إجراءات التسجيل، وإن كان الالتزام تسليم شيء مثلي فلا بد من إفرازه، فإن لم يتم التنفيذ مباشرة اعتبر بعض شرَاح القانون المصري أن الاتفاق أصبح تجديد التزام بتغيير محله وليس وفاءً بمقابل وهذا ما يميز الوفاء بمقابل عن تجديد محل الالتزام.[3]

لكن ترى الباحثه أن تنفيذ الالتزام لا يمكن أن يشكل فارقاً أساسياً للتفرقة ما بين الوفاء بمقابل وتجديد الالتزام، فالتجديد لا يقتصر على الدين فقط بل يشمل كذلك الأطراف كما سيتم بيانه لاحقاً، علاوةً على ذلك فمجال الوفاء بمقابل أوسع من أن يتم حصره بمجرد تنفيذه خصوصاً أن مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني كلاهما لم يعتبر التنفيذ المباشر شرطاً للقول بوجود الوفاء بمقابل.

رغم اختلاف القوانين محل الدراسة على نوع الالتزام المقابل وشروطه إلا أن الآثار المترتبة عليه باعتباره تصرفاً قانونياً متفقٌ عليها، فالوفاء بمقابل تترتب عليه آثار الوفاء حيث تبرأ ذمة المدين وينقضي الالتزام وتسقط الضمانات والتأمينات حتى لو أُستُحِق الشيء للغير وهذا ما أكد عليه مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري،[4] إلا أن القانون المدني الأردني جعل

---

[1] حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج4. ص31-34.

[2] الصرايرة، محمود: ***مرجع سابق***. ص634.

[3] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج3. مرجع سابق. ص714.

[4] م.(908، 383) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ م.(351، 783) من القانون المدني المصري/ انظر العمروسي، أنور: **الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة**. ط5. القاهرة. مصر: دار العدالة. 2015م. ص261

استحقاق المقابل للغير سبباً لانشغال ذمة الكفيل فيبقى ملزماً أمامه ويكون للدائن حق المطالبة بفسخ اتفاق الوفاء بمقابل حيث يعود الالتزام الأصلي مع تأميناته وضماناته[1] وهذا الحق لم يعترف به مشروع القانون الفلسطيني، كما تُطبق أحكام الوفاء إن تبين أن المدين أوفى بدينٍ غير موجودٍ وكان يعتقد وجوده، فحينئذٍ تُرفع دعوى استرداد غير مستحق إن كان المقابل المدفوع ثمناً.[2]

من ناحية أخرى تُطبَق أحكام عقد البيع على الوفاء بمقابل إن كان المقابل عيناً، فإن اُستُحِقت العين من قِبل الغير كان للدائن رفع دعوى استحقاق والطعن بتصرف المدين بنقل الملكية كون الاتفاق على الوفاء بمقابل لا رجوع عنه،[3] كذلك إن تبين وجود عيبٍ خفي في المقابل فتُطبق الأحكام القانونية الخاصة بالعيوب الخفية، فإن كان العيب قديماً للدائن الفسخ أو الالتزام بالاتفاق دون حق المطالبة بنقصان القيمة أما إن كان العيب جديداً فليس له إلا التعويض، كما أن إخطار الدائن بالعيب في الوقت المناسب شرطٌ لاستحقاق الضمان.[4]

ثانياً: تجديد الالتزام.

مجلة الأحكام العدلية لم تعترف بتجديد الالتزام كوسيلة لانقضاء الالتزام بل استعاضت عنه بالحوالة (حوالة الدين والحق)[5] وكذلك القانون المدني الأردني فلم يدرجه ضمن وسائل انقضاء

---

[1] م.(977،342،341) من القانون المدني الأردني.

[2] البكري، عزمي: **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**. مج5. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. ص33.

[3] عبد الوهاب، أشرف. أحمد، إبراهيم: **عقد الكفالة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء**. ط1: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2018م. ص84.

[4] م.(345،337) من مجلة الأحكام العدلية ويلاحظ اتفاق القانون المدني الأردني في م.(513–518، 195،196) مع المجلة في ذلك، أما مشروع القانون الفلسطيني فاختلف مع المجلة في حال كان العيب قديماً حيث أعطى الدائن حق المطالبة بالفسخ أو البقاء على الاتفاق مع المطالبة بفارق القيمة في م.(471، 1/473، 476) منه / انظر الحكم القضائي رقم 937 الصادر عن محكمة استئناف رام الله لسنة2016م. https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[5] يشار أن م.(250) من مرشد الحيران اعترفت بتجديد الالتزام حيث ورد فيها" يجوز فسخ عقد المداينة الأولى وتجديدها في عقد آخر بتراضي المتداينين".

الالتزام بل أفرد له نصاً قانونياً واحداً،[1] على العكس من مرشد الحيران الذي نظم أنواعه وآثاره ومشروع القانون الفلسطيني الذي أفرد له مجالاً وخصص له نصوصاً قانونية واعتبره وسيلة لانقضاء الالتزام نقلاً عن القانون المدني المصري.

التجديد الشخصي قد يكون بشخصيته المدين فيتفق الدائن مع شخصٍ أجنبي عن الالتزام على حلول الأخير محل الدائن ليصبح مديناً بالالتزام عوضاً عن المدين القديم دون اشتراط موافقته، وقد يتفق الدائن مع الغير مع المدين على ذلك فيكون الاتفاق ثلاثياً، أما إن كان التجديد بتغيير شخصية الدائن فيجب أن يكون الاتفاق ثلاثياً ما بين الدائن والمدين والغير على حلول الأخير محل الدائن، وقد يكون التجديد بتغيير شخصية الدائن والمدين بنفس الوقت، أما التجديد الموضوعي فيتضمن اتفاق طرفي الالتزام(الدائن والمدين) على تغيير الالتزام ليحل محله التزامٌ جديدٌ مختلفٌ عن السابق، قد يكون التغيير بالمحل كالاتفاق على تسليم الدائن أرضٍ بدلاً من سيارة مثلاً، وقد يكون بالمصدر حيث تتغير طبيعة العقد المبرم كأن يكون الالتزام ما بين الطرفين مصدره عقد تأجير بيت ليصبح عقدَ بيعٍ مثلاً.[2]

يمكن القول أن تجديد الالتزام هو اتفاقٌ ما بين طرفي الالتزام على استبدال عنصر من عناصره سواء أكان المحل أو طرف الدائن أو المدين بموجب القانون، فينقضي الالتزام القديم ويقوم مقامه التزامٌ جديدٌ يفرق عن الالتزام القديم بتغيير عنصر منه، وبناءً عليه فالتجديد قد يكون شخصياً بتغيير أحد طرفي الالتزام، وقد يكون موضوعياً بتغيير محل الالتزام نفسه سواء بالمحل أو بالمصدر.

---

[1] م.(429) من القانون المدني الأردني.

[2] م.(384) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(352) من القانون المدني المصري/ انظر الحكم القضائي رقم 10721 الصادر عن محكمة النقض المصرية لسنة 1980م. https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

إذن تجديد الالتزام هو تصرفٌ قانونيٌ قائمٌ على إرادة الأطراف واتفاقهم، وحتى تترتب آثاره القانونية لا بدَ من توافر شروط التصرف القانونية العامة، فالأهلية المطلوبة أهلية التعاقد كون التصرف من التصرفات الدائرة ما بين النفع والضرر، كما ينبغي الاتفاق على التجديد وأن يكون اتفاقاً صريحاً، ولا يقصد بذلك أن يكون مكتوباً أو بشكليةٍ معينة بل أن تكون نية الأطراف بتجديد الالتزام واضحةً، وتستخلص من الظروف المحيطة بالعقد وفي حال الخلاف فالأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي.[1]

كما يُشترط وجود التزامين متعاقبين مختلفين عن بعضهما بعنصرٍ من العناصر المذكورة سابقاً فلا يكفي إضافة شرط أو وصف أو أجل أو تغيير بتفاصيل التسليم أو بضمانات التنفيذ للقول بوجود تجديد، مع صحة الالتزامين المتعاقبين، فإن كان الالتزام الأول باطلاً بَطل الثاني، فما بني على باطل فهو باطل، أما إن كان الثاني باطلاً فلا أثر مترتب على التجديد ويبقى الحال على ما هو عليه وينفذ العقد الأول.[2]

بما أن مشروع القانون الفلسطيني معترفٌ بالعقد القابل للإبطال، فما مصير الاتفاق على التجديد إن كان أحد العقدين قابلاً للإبطال؟

---

[1] م.(386) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(354) من القانون المدني المصري/ م.(251) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان/ انظر التكروري، عثمان: **أحكام الالتزام(آثار الحق الشخصي)**. مرجع سابق. ص60/ انظر حكم محكمة النقض المصرية رقم 17430 لسنة 1989م https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[2] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. ج3. مرجع سابق. ص740.

سبق القول بماهية العقد القابل للإبطال، ونتيجة لذلك إن كان العقد الأول قابلاً للإبطال والثاني صحيحاً، كان الثاني إجازةً له، أما إن كان الثاني قابلاً للإبطال فتسري القواعد القانونية الخاصة بطبيعة العقد حيث تسري آثاره إلا إن تمسك بالإبطال من له حق ذلك.[1]

إن توافرت الشروط المذكورة فتترتب آثار التجديد القانونية، حيث ينقضي الالتزام الأول مع توابعه إلا إن تم الاتفاق على انتقال التوابع للالتزام الجديد شريطة أن يكون الاتفاق على التجديد وانتقال التوابع متزامناً ومراعياً لقواعد التسجيل مع عدم الإضرار بالغير، ثم ينشأ الالتزام الجديد وتترتب آثاره القانونية حسب طبيعته.[2]

ثالثاً: الإنابة في الوفاء.

لم تتناول مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني أحكام الإنابة في الوفاء بل تم الاستعاضة عنها بأحكام الحوالة، إلا أن مشروع القانون الفلسطيني والقانون المدني المصري أدرجها ضمن وسائل انقضاء الالتزام، حيث تمثلت بنوعين، الإنابة الكاملة التي يترتب عليها براءةُ ذمة المدين بشكل كامل، وناقصة لا تبرئ ذمة المدين فهي قاصرة عن ذلك.

الإنابة الكاملة هي تجديد الالتزام بتغيير شخص المدين، حيث يتفق المناب لديه(الدائن) والمنيب(المدين القديم) والمناب(الغير) على حلول الأخير محل المنيب فتبرأ ذمة المنيب وتنشغل ذمة المناب بالالتزام، وكون الإنابة تجديد بتغيير الشخص يشترط توافر شروط التجديد السابق

[1] م.(385) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(353) من القانون المدني المصري.

[2] م.(251) من مرشد الحيران/ م.(388-390) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(356-358) من القانون المصري.

ذكرها بالإضافة لشرط ملاءة المناب وقت إبرام عقد الإنابة فيكون موسراً قادراً على الوفاء بالالتزام.[1]

بناءً على ذلك تنشأ علاقات قانونية بين الأطراف الثلاثة تحكمها قواعدٌ قانونية، بما يتعلق بالمنيب والمناب فالأخير أوفى بالدين عن المنيب، فإن كان ذلك لوجود علاقة مديونية سابقة فتبرأ ذمة الطرفين، فإن انتفت علاقة المديونية السابقة للمناب حق الرجوع على المنيب بدعوى وكالة أو إثراء بلا سبب إن أراد ذلك وإلا عُدَ عقدَ تبرع وذلك حسب طبيعة الاتفاق بينهم، فتبرأ ذمة المنيب تجاه المناب لديه شريطة صحة الالتزام الجديد، أما علاقة المناب بالمناب لديه من حق المناب لديه مطالبة المناب بالوفاء بالدين وإلزامه به وليس للأخير الاحتجاج ببطلان العقد بينه وبين المنيب، فهو خارج إطار القاعدة وليس له التمسك بقاعدة الاحتجاج بالدفوع إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك.[2]

أما الإنابة الناقصة فهي اتفاق المدين الأصلي(المنيب) والغير(المناب) على ضم ذمة الأخير إليه أمام الدائن(المناب لديه) فيصبح كلاهما مديناً أمامه، علماً أن رضا الدائن لا يعتبر شرطَ انعقاد بل شرطَ نفاذ، إلا أن التزام كلٍ من المنيب والمناب قائمٌ ومستقلٌ لوحده وليس بالتضامن،[3] ولا يشترط وجود علاقةٍ أو التزامٍ سابقٍ بينهما.[4]

---

[1] م.(1/392) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(1/360) من القانون المدني المصري.

[2] م.(393) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(361) من القانون المدني المصري/ انظر السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. ج3. مرجع سابق. ص767-771.

[3] هذا ما يميز الإنابة الناقصة عن الكفالة، فالتزام الكفيل احتياطيٌ في حال تخلف الأصيل عن الوفاء كما أن آثار العقد تنصرف للأخير، أما في الإنابة الناقصة فالتزام المناب كالمنيب مستقلٌ أصلي قائمٌ بحد ذاته لاختلاف مصدر التزام كل منهما، وللمناب لديه مطالبة أي منهم دون ترتيبٍ معين كما أن آثار العقد تنصرف للمناب، كما أن للوكيل حق مواجهة الغير بالدفوع التي للموكل على عكس الإنابة. انظر الدفراوي، عصام: **أثر الوفاة على عقد الوكالة في الفقة الإسلامي والقانون المقارن دراسة مقارنة**. دون ط. بيروت. لبنان: دار عالم الكتب. 1971م. ص576.

[4] م.(2/391) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(2/359) من القانون المدني المصري.

أما بالنسبة للآثار المترتبه على الإنابة الناقصة، فعلاقة المنيب والمناب سبق بيانها في الإنابة الكاملة، وُيوَد الإشارة إلى حق المناب بالاحتجاج بالدفوع التي للمنيب الدفع بها كبطلان الالتزام بين المنيب والمناب لديه،[1] على العكس في حال بطلان الالتزام بين المنيب والمناب حيث يكون المناب لديه خارج نطاق تلك العلاقة ولا مجال لتطبيق قاعدة الاحتجاج بالدفوع.[2]

رابعاً: المقاصة

هي وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام المعترف بها في مجلة الأحكام العدلية[3] والفقه الإسلامي[4] والقوانين الحديثة، حيث يُلاحظ اتفاق مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني والمصري على أحكام المقاصة والتي قد تكون إجباريةً وبقوة القانون، وتتحق تلك الحالة إن كان طرفا العقد دائناً ومديناً كل منهما للآخر في نفس الوقت مما يُسقِط الدين كاملاً في حال تساوي الدينين أو يسقط الأقل وتنشغل ذمة المدين بالجزء الباقي من الدين الأكبر في حال اختلاف القيمة، ويكون ذلك بناءً على طلب صاحب المصلحة، فالمقاصة ليست من النظام العام بل متوقفة على طلب أحد الأطراف وإلا كان ذلك تنازلاً عنها.[5]

توافر صفة الدائن والمدين في طرفي العقد لا يعني بالضرورة الحكم بالمقاصة الإجبارية، فلا بدَ من تقابل الدينين بمعنى أن يكون الدينان بين شخصين كل منهما يمثله بصفة الشخصية بغض النظر

---

[1] لم ينص مشروع القانون الفلسطيني على تلك الحالة، لكن من ناحية فقهية يحق للمناب مواجهة المناب لديه بالدفوع التي للمنيب نتيجة اتصال الدينين مع بعضهم البعض/ انظر الشنطي، ريم: **الإنابة في الوفاء دراسة مقارنة(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2007م. ص124-126.

[2] م.(393) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(361) من القانون المدني المصري.

[3] م.(1111) من مجلة الأحكام العدلية/ انظر حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج3. ص77-78.

[4] ورد تعريف المقاصة في الفقه الإسلامي" متاركة مطلوب بمماثل صنفاً ما عليه لما له على طالبه فيما ذُكر عليهما" انظر البخاري، برهان: **الذخيرة البرهانية المسمى ذخيرة الفتاوى في الفقه على المذهب الحنفي**. ج9. بيروت. لبنان: دار الكتب العالمية. 1971م. ص217.

[5] م.(400) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(350) من القانون المدني المصري/ م.(354) من القانون المدني الأردني/ م.(224، 227) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

عن مصدر الالتزام، ويشترط تماثل الدين فيكون كل منهما شيئاً مثلياً متساوياً مع الآخر بالقوة والضعف والجنس والجودة والضمان، كما يشترط أن يكون مؤكداً ثابتاً محددَ المقدار خالياً من النزاع ومستحقَ الأداء وتصح المطالبة به قانوناً(فيكون قابلاً للحجز عليه)[1] شريطة حسن نية الأطراف وعدم إلحاق الضرر بالغير جرَاء إيقاع المقاصة[2] مع مراعاة حالات منع المقاصة قانونياً،[3] حيث تترتب آثار المقاصة الإجبارية من تاريخ تحقق شروطها، لكن تخلف شرطٌ من الشروط المذكورة يحول دون إيقاع المقاصة الجبرية لكن يمكن للأطراف الاتفاق على إيقاعها وهذا ما يسمى بالمقاصة الاختيارية، حيث تترتب آثارها من تاريخ الاتفاق عليها.[4]

أما بشأن المقاصة القضائية فهي التي يحكم بها القاضي إن لم تتوافر شروط المقاصة القانونية أو الاتفاقية، فيكون الالتزام المتنازع عليه منظوراً أمام المحكمة، لكن القاضي لا يحكم به من تلقاء نفسه بل بطلب أصليٍ أو عارضٍ من صاحب المصلحة، حيث تترتب آثار تلك المقاصة من تاريخ صدور الحكم بها.[5]

سبق القول عن الأثر المترتب على المقاصة بأنواعها، حيث ينقضي الالتزام وتبرأ ذمة المدين بقدر سقوط الدين بناءً على طلب صاحب المصلحة فهي ليست من النظام العام، علاوة على ذلك فالمقاصة تشكل وسيلةَ ضمان تمنح صاحبها حق الامتياز والتقدم على غيره من الدائنين، لكن تلك

---

[1] م.(395) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(345) من القانون المدني الأردني، انظر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: **الموسوعة الفقهية**. ج38. ط1. الكويت: مطابع دار الصفوة. 1998م. ص331-333.

[2] م.(401) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(352) من القانون المدني الأردني.

[3] م.(399) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(348،349) من القانون المدني الأردني ويلاحظ أن م.(228) من مرشد الحيران أوردت حالة من حالات منع المقاصة قانوناً وهي في حال كان الدين مودَعاً لدى الطرف الآخر فليس للمودع لديه الامتناعُ عن تسليمه بحجة المطالبة بالمقاصة وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفلسطينية في الحكم القضائي رقم 1363 لسنة 2017م https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[4] م.(398) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(364) من القانون المدني الأردني/ البكري، عزمي: **موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد**. مج 6. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. ص362.

[5] كحلون، علي: **التعليق على مجلة المرافعات المدنية والتجارية**. ط1. تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص. 2016م. ص404

القاعدة لا يكون لها مجالٌ للتطبيق في حال ترتب عليها إضرارٌ بالغير، فتوافر شروط المقاصة في أحد الحاجزين على مال المدين يمنعه من المطالبة بها لتعلق حق الغير بالمال وكذلك إن تنازل المدين عن التمسك بالمقاصة وأوفى بدينه ثم طالب بالضمانات المتعلقة بالدين إلا إذا أثبت جهلَه وأقام عذرَه.[1]

خامساً: اتحاد الذمة.

اتفق القانون المدني المصري ومشروع القانون الفلسطيني على أن اتحاد الذمة سببٌ لانقضاء الالتزام، لكن جوهره ليس كذلك، بل هو مانعٌ طبيعيٌ يحول دون مطالبة الدائن بدينه، أما القانون الأردني فاعتبره طريقة من طرق الوفاء الاختياري، ويمكن تعريفه" أنه اجتماع صفة الدائن والمدين في شخصٍ واحدٍ في التزامٍ واحدٍ مما يُبرئ ذمة المدين ويقضي الالتزام بالقدر الذي اتحدت في الذمة"[2] وتتحقق تلك الحالة في الحقوق العينية كاجتماع حق الانتفاع وحق الرقبة في شخصٍ واحد، وفي الحقوق الشخصية حال الحياة كشراءٍ المستأجر للعين المؤجرة فيصبح مالكاً لها فهو مؤجرٌ ومستأجرٌ بنفس الوقت، وحال الوفاة كأن يكون المدين مورثاً أو موصاً له،[3] ويُلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية أوردت حالات اتحاد الذمة، كحالة وراثة المدين للدائن[4] حيث ينقضي الدين بقدر

---

[1] التكروري، عثمان: **أحكام الالتزام(آثار الحق الشخصي)**. مرجع سابق. ص55-57/ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص349.

[2] م.(1/406) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(1/370) من القانون المدني المصري/ م.(1/353) من القانون المدني الأردني/ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص350.

[3] إن كان الدائن وارثاً فلا تتوافر حالة اتحاد الذمة لأن لا تركة إلا بعد سداد الدين وبعد السداد تقسم التركة فعندئذ لا تجتمع في المذكور صفتان في الوقت ذاته، وكذلك إن كان الدائن موصاً له فتلك الحالات موانع لاتحاد الذمة، وحسناً ما فعل المشرع الأردني حيث بيّن تلك الحالات في م.(2/353) على العكس من مشروع القانون الفلسطيني، انظر التكروري، عثمان: **أحكام الالتزام(آثار الحق الشخصي)**. مرجع سابق. ص67.

[4] ورد في م.(667) من مجلة الأحكام العدلية حالة وفاة الدائن ووجود وريثٌ واحد له وهو المدين، حيث تتحد ذمة الأخير وتبرأ ذمة الكفيل، فإن وجد وريثٌ آخر يصبح دائناً وله مطالبة المدين وكفيله، فذمة الكفيل تبقى مشغولة بالنسبة للوريث الآخر/ انظر حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج1. ص845. كذلك م.(700، 442) من المجلة.

اتحاد الذمة، فإن زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة كبطلان الوصية مثلاً فلا يترتب على اتحاد الذمة أثرٌ بل يعود الالتزامُ الأصلي وملحقاته كما كان.[1]

المطلب الثاني: التنفيذ العيني الإجباري

التنفيذ العيني الإجباري وسيلة مباشرة ورئيسية يتم اللجوء إليها في حال رفض المدين تنفيذ التزاماته، فإبرامه للعقد يُلزمه بكافة البنود الواردة فيه وأهمها تنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمته، فالمدين ملزم بالوفاء بالشيء ذاته متى كان ذلك ممكناً وكان قادراً عليه، فالمقصود بالتنفيذ العيني الإجباري" إجبار الملتزم(المدين) على أداء عين ما التزم به بموجب العقد، ولا يُقبل منه أداء غير ما هو وارد في العقد، لأن المدين مُلزَم بما هو متفق عليه وبعين التزامه لا بشيءٍ آخر".[2]

إذن ما الطبيعة القانونية للتنفيذ العيني الإجباري؟ ما الأسس القانونية المعتمد عليها؟ وإلى أي مدى يمكن للمحكمة إجبار المدين على التنفيذ العيني؟ وماذا لو كانت حرية المدين وحقوقه الأساسية حائلاً دون التنفيذ العيني، ستتم الإجابة على تلك الأسئلة وغيرها من التفاصيل في ذلك المطلب.

الفرع الأول: التنفيذ العيني بقوة القانون.

محل الالتزام شرط أساسي من شروط انعقاد العقد،[3] وهو ما يلتزم المدين به تجاه الدائن، وتقسم الالتزامات من حيث المحل إلى التزامات إيجابية وهي الالتزامات التي يكون المدين ملزماً خلالها بإعطاء شيءٍ أو القيام بعمل، والتزامات سلبية وهي تلك الالتزامات التي يكون محلها امتناع المدين

[1] م.(2/406) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(2/370) من القانون المدني المصري/ م.(354) من القانون المدني الأردني.
[2] عبد الرحمن، أحمد: **مرجع السابق**. ص127.
[3] م.(150) من مجلة الأحكام العدلية.

عن القيام بعملٍ،[1] فإن لم يلتزم المدين بها يتم اللجوء للتنفيذ العيني وإلزامه بها من خلال النصوص القانونية، حيث يتم التعامل مع كل التزام حسب طبيعته القانونية وطريقة تنفيذه.

أولاً: الالتزام بإعطاء شيء (نقل حق عيني).

هو الالتزام الذي بمقتضاه يقوم المدين بنقل ملكية العين محل الالتزام، ويؤدي ذلك إلى خروج المال من ذمة المدين إلى ذمة الدائن، كأن يُبرَم عقد بيع مثلاً فيلتزم البائع بصفته مديناً بنقل ملكية المبيع إلى الدائن،[2] أو التزام المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر بموجب عقد الإيجار فيكون المستأجر مديناً بالأجرة ومُلزَماً بها بقوة القانون، وفي حال رفض المدين إعطاء الشيء المكلف به تُطبق القواعد القانونية الخاصة بالتنفيذ العيني عليه، وتطبيق تلك القواعد يقتضي تحديد نوع ذلك الشيء، فقد يكون معين بنوعه وقد يكون معين بذاته حيث يختلف تنفيذ كلٍ منهما حسب طبيعته القانونية.

عرَفت مجلة الأحكام العدلية الشيء المعين بالنوع بشكلٍ صريحٍ ومباشر وأطلقت عليه مصطلح الشيء المثلي" وهو ما يوجد مثله في السوق دون تفاوت يعتد به"،[3] كالحبوب والنقود والكيل والموزون والعدديات المتقارب " وهي التي لا يوجد ما بين آحادها وأفرادها تفاوت"،[4] كالجوز والبيض مثلاً، لكن تلك القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها فليس كل مكيل أو موزون يُعتبر مثلي،

---

[1] كحلون، علي: **استخلاص الديون العامة والخاصة**. دون ط. تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص. 2013م. ص5/ م.(68) من القانون المدني الأردن بينت أنواع الالتزامات بشكل مباشر في نص قانوني واحد، مشروع القانون الفلسطيني اتفق مع القانون المدني الأردني في أنواع الالتزامات لكنّه لم يطرحها بنفس الطريقة بل تُستخلص من مجمل النصوص القانونية.

[2] عجيل، طارق: **الوسيط في عقد البيع(دراسة مقارنة)**. ج1. ط1. عمان: دار الحامد. 2009م. ص33.

[3] م.(145) من مجلة الأحكام العدلية.

[4] م.(147) من مجلة الأحكام العدلية / م.(1/66) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(1/56) من القانون المدني الأردني/ م.(305) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

فالكأس يُعتبر مثلياً في حال كان مصنوعاً من الزجاج، أما إن كان مصنوعاً من فضة أو ذهب فلا يكون كذلك.[1]

الشيء المعين بالنوع تنتقل ملكيته بالإفراز،[2] وقيام المدين بإفراز الشيء يعني أنه نقل ملكيته وأوفى بالتزامه، فإن لم يقم بذلك باختياره كان للدائن أن يحصل على حقه رغماً عن المدين وبالقانون، حيث له أن يحصل على الشيء المتعاقد عليه بشرائه من السوق بنفس التفاصيل المتفق عليها وعلى حساب المدين، لكن ذلك التصرف مقيَد بالحصول على إذنٍ قضائي إلا إن توافرت حالة مستعجلة،[3] علماً أن المحكمة هي التي تحدد وتقدر وجود حالة استعجال من عدمها، فإن تبين للمحكمة عدم وجود حالة استعجال تستدعي إسقاط الدائن لشرط الإذن القضائي فلها أن تعفي المدين من أي زيادة في النفقات جرَاء استعجال الدائن.[4]

أما الشيء المعين بالذات فهو الشيء الذي أطلقت مجلة الأحكام العدلية عليه مسمى الشيء القيمي" وهو ذلك الشيء الذي لا يوجد مثله في السوق أو يوجد مثله ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة"[5] كالحنطة المخلوطة بشعير والأغنام والخيل وغيرها من الأشياء التي تتفاوت أفرادها في القيمة[6] وهي ما تُسمى بالعدديات المتفاوتة،[7] فإذا كان الالتزام المترتب في ذمة المدين نقل ملكية

---

[1] حيدر، علي: مرجع سابق. ص121.

[2] م.(158) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(1/227) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(1147) من القانون المدني الأردني/ م.(344) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

[3] م.(2/356) من القانون المدني الأردني، اتفق مشروع القانون الفلسطيني في م.(2/227) مع القانون الأردني بذلك الخصوص، لكن المشروع منح الدائن خياراً آخر وهو الحصول على قيمة الشيء أي ثمنه فيصبح حق الدائن عبارة عن مطالبة المدين بمبلغ من النقود بعد الحصول على إذن المحكمة إلا إذا اقتضت الضرورة غير ذلك وهذا ما أكد عليه القانون المدني المصري.

[4] الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتزام**. ج2. ط1. القاهرة. مصر: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 1998م. ص34.

[5] م.(146) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(2/66) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(1/56) من القانون المدني الأردني.

[6] حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج1. ص121.

[7] م.(148) من مجلة الأحكام العدلية/ الشرقاوي، جميل: **مرجع سابق**. ص32.

شيء معين بالذات ولم يقم المدين بذلك، فالالتزام محميٌ بقوة القانون، لكن طبيعة الحماية القانونية تختلف حسب طبيعة الشيء المعين بالذات فإما أن يكون منقولاً أو عقاراً.

إن كان الشيء المعين بالذات منقولاً كحصان مثلاً فالالتزام ينفذ تلقائياً بحكم القانون لأن طبيعته سمحت بذلك، حيث تنتقل ملكيته مباشرة بمجرد انعقاد العقد ولم يبقَ على المدين إلا الالتزام بتسليمه،[1] أما إن كان الشيء عقاراً فمشروع القانون الفلسطيني والقانون المدني الأردني كلاهما صرَح بشأن شروط انتقال ملكية العقار واعتبر التسجيل شرطاً أساسياً لذلك، وبالاستناد إلى قانون تسوية الأراضي والمياه فقد نص صراحةً على أن ملكية العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل لدى الجهات المختصة، وهذا يعني أن ملكية العقارات لا تنتقل مباشرة بمجرد انعقاد العقد بل تنتقل بالتسجيل، فهو شرط من شروط الانعقاد وهذا ما يتعلق بملكية العقارات التي تمت تسويتها،[2] أما العقارات التي لم تتم تسويتها فتنتقل ملكيتها بسند عادي شريطة تصرف المشتري بها تصرفاً فعلياً مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمس عشرة سنة في الأراضي المملوكة،[3] فإن لم يتم اتباع الشكلية التي رسمها القانون كان العقد باطلاً، وليس للدائن حقٌ عيني فلا تنتقل الملكية بل

---

[1] انظر م.(262، 263) من المجلة حيث اعتبرت أن العقد يتم وتترتب آثاره بمجرد انعقاده دون الحاجة إلى القبض/ م(228) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(566،485/2) من القانون المدني الأردني، تبين تلك النصوص القانونية أن ملكية المنقول تنتقل مباشرة بمجرد انعقاد العقد ويكون نافذاً دون أن تتطلب أي إجراء من إجراءات التسجيل، ولا يكون على المدين إلا تسليم الشيء محل العقد وهذا هو المقصود بكلمة" القبض" كذلك م.(1/199) من القانون ذاته.

[2] م.(226) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(1148، 2/105، 497) من القانون المدني الأردني/ م.(3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 1113 والصادر بتاريخ 1952/6/16م اشترطت التسجيل عند إبرام أي عقد بخصوص العقارات/ انظر كحلون، علي: **النظرية العامة للالتزام**. ط1. تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص. دون سنة نشر. ص155/ يُلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية لم تنص صراحة على تسجيل العقار كشرط لانتقال ملكيته، لكن بالرجوع للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الفلسطينية اعتبرت أن تسجيل الأرض باسم المشتري شرط لانعقاد العقد، راجع الحكم القضائي رقم2017/886 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية، فاعتبرت المحكمة العقد غير منعقد لانتفاء شرط تسجيل العقار، والقرار القضائي الصادر عن محكمة التمييز الأردنية رقم 1198 لسنة 1989م. https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[3] م.(3) من القانون المعدِل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم(51) الصادر سنة 1958م المطبق في الضفة الغربية والمنشور في الجريدة الرسمية الأردنية العدد 1410 الصفحة 50.

حق شخصي يخول المشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع وضمان التعرض والاستحقاق،[1] وفي تلك الحالة يحق للدائن اللجوء للمحكمة المختصة والحصول على حكم قضائي، حيث أن حكم المحكمة يقوم مقام التنفيذ،[2] فبعد أن تتأكد المحكمة من صحة العقد المبرم تقوم بإجراءات التسجيل ويكون حكمها نافذاً في حق الأطراف والغير ويكون التنفيذ العيني تم بقوة القانون.[3]

ثانياً: الالتزام بالقيام بعمل.

هو الالتزام الذي يكون محله قيام المدين ببذل جهد أو بتصرفات قانونية من شأنها أن تُبرئ ذمته، كالتزام العامل بالقيام بالعمل المتفق عليه بموجب عقد العمل، والتزام الممثل بأداء الدور الفني المتفق عليه، والتزام الطبيب بإجراء العملية الجراحية المتفق عليها للمريض، والتزام المهندس برسم التصميم الهندسي المتفق عليه، فتلك الأمثلة تبين التزام المدين بالقيام بعمل،[4] ومن واجبات المدين في ذلك الإطار أن يقوم بالتنفيذ، فهو طرف من أطراف العقد، إلا أن قيام المدين بتنفيذ التزامه لا يشترط تدخله شخصياً في جميع الحالات، وفي الجهة المقابلة قد لا يتناسب تنفيذ الالتزام من غير المدين فالعقد لم يُبرم لولا وجوده، فهذا يتوقف على طبيعة الالتزام نفسه.

إن بعض الالتزامات تتطلب تدخل المدين شخصياً، فالاعتبار الشخصي للمدين عنصرٌ أساسيٌ لإبرام العقد، وهناك التزامات ليس لشخصية المدين الأهمية الكبيرة لتنفيذها، بل الأهم من ذلك النتيجة المرجوة من تنفيذ العقد، وفي الحالتين يوجد عقد واجب التنفيذ، لكن يظهر الاختلاف ما بين الحالتين عند رفض المدين تنفيذ العقد، فأحكام التنفيذ العيني تختلف باختلاف نوع الالتزام، فالحالة الأولى سيتم بيانها في الفرع الثاني.

---

[1] الأزهري، محمد: **النظرية العامة للالتزام– مصادر الالتزام**. ج1. طرابلس. ليبا: مكتبة الوحدة. 2018. ص38.

[2] م.(449) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(357) من القانون المدني الأردني عالجت الأحكام المتعلقة بالقيام بعمل بشكلٍ عام.

[3] عبد الرحمن، أحمد: **مرجع سابق**. ص139.

[4] كحلون، علي: **استخلاص الديون العامة والخاصة**. مرجع سابق. ص17/ م.(172) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

أما الحالة الثانية وهي الحالة التي لا تتطلب تدخل المدين شخصياً، كامتناع المقاول المتعاقد عن إتمام البناء رغم إمكانية التنفيذ العيني، ففي تلك الحالة يمكن لشخص آخر أن يقوم مقام المدين ويحل محله، ويستطيع الدائن استيفاء حقه والحصول على عين ما التزم به المدين بطلب تنفيذ ذلك الالتزام من شخص آخر غير المدين وعلى نفقة الأخير، شريطة حصول الدائن على إذن قضائي بذلك، إلا إذا اقتضت الضرورة وظروف الاستعجال غير ذلك،[1] والقانون جعل الأمور الضرورية والظروف المستعجلة مفتوحة ولم يفصلها بل ترك الأمر لتقدير القاضي حسب ظروف القضية ومستجداتها، والحكم الصادر من المحكمة يكون بمثابة تنفيذ[2] وتلك الحالة من حالات التنفيذ العيني بقوة القانون.

لكن ماذا لو أن المدين نَفَذ التزامه المفروض عليه إلا أنه لم يحقق النتيجة المبتغاة، حينئذٍ هل يحق للدائن الاستعانة بالحالة المذكورة سابقاً واللجوء للتنفيذ من شخص آخر وعلى حساب المدين؟

الحالة السابقة أشارت إلى حق الدائن بطلب التنفيذ من الغير على نفقة المدين إن رفض المدين التنفيذ العيني رغم القدرة والإمكانية، أضف لذلك أن الالتزامات العقدية قد تكون ببذل جهد كالتزام الطبيب، فالمطلوب منه بذل عناية الشخص المعتاد والقيام بالواجبات الطبية والمهنية المفروضة عليه دون غش أو خطأ جسيم وإلا قامت مسؤوليته المدنية والجزائية،[3] فعدم تحقيقه للنتيجة لا يعني قيام مسؤوليته العقدية وواجبه بالتنفيذ العيني، وهذا ما أشارت إليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 813 فاعتبرت أن العارية أمانة في يد المستعير، فهلاكها أو ضياعها دون تعدٍ أو تقصير لا

---

[1] م.(232) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(2/356) من القانون المدني الأردني/ م.(209) من القانون المدني المصري.

[2] م.(233) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(357) من القانون المدني الأردني.

[3] م.(234) من مشروع القانون الفلسطيني/م.(358) من القانون المدني الأردني/ انظر التكروري، عثمان: **أحكام الالتزام(آثار الحق الشخصي)**. مرجع سابق. ص79/ انظر الحكم القضائي رقم 5 الصادر عن محكمة استئناف رام الله لسنة 2015م. https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

يوجِب الضمان وهذا تطبيق لفكرة الالتزام ببذل جهد،[1] كما أن لجوء الدائن للتنفيذ من قِبل الغير وعلى نفقته في حال كان الالتزام ببذل جهد فيه تعسف وإجحاف ومخالفة لأسس التنفيذ العيني، فوفقاً للقواعد العامة تبرأ ذمة المدين إن بذل العناية المألوفة لشؤونه الخاصة حتى لو لم تتحقق النتيجة المطلوبة وليس للدائن اللجوء للفرضية السابقة إلا إن تم الاتفاق على بذل عناية أعلى ولم يحصل ذلك،[2] أما إن كان التزامه بتحقيق نتيجة ولم تتم فعندئذٍ من حق الدائن الاستعانة بالفرضية السابقة إن توافرت شروط التنفيذ العيني التي ستُبيَن في المبحث الثاني.

ثالثاً: الامتناع عن القيام بعمل.

هو ما يسمى بالالتزام السلبي، وهو الالتزام الذي يتطلب من المدين أن يمتنع عن القيام بعمل ما، أي أن المدين يمتنع عن القيام بعمل كان يحق له القيام به قبل إبرامه للعقد، فيكون مضمون ذلك الالتزام الحد من حرية المدين التي كانت مقررة له من قبل، كالتزام اللاعب الرياضي بعدم اللعب لصالح فريق آخر طوال فترة إبرام العقد، والتزام التاجر بعدم فتح محل تجاري يمارس نفس النشاط في نفس الشارع، فقبل إبرام العقد كانت تلك الممارسات مسموحة أما بعد ذلك أصبحت مقيدة،[3] وهذا في حال كان الالتزام بالمنع مصدره العقد، ويلاحظ أن الالتزام بالامتناع عن عمل قد يكون مصدره القانون أيضاً كمنع المستأجر من ترك المأجور خلال مدة تزيد عن ستة شهور،[4] ومنع

---

[1] حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج2. ص347.

[2] م.(780،781) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(705) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان/ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص358.

[3] الجبوري، ياسين. القضاة، ياسين: *مرجع سابق*. ص91.

[4] م.(1/4/د) من قانون المالكين والمستأجرين رقم 62 الصادر سنة 1953م. http://muqtafi.birzeit.edu/pg/

المحامي من شراء الحقوق المتنازع عليها،[1] وسواء كان المنع مصدره العقد أو القانون فكلاهما التزامات بتحقيق نتيجة.[2]

الالتزامات السلبية المدين ملزم بها وليس له مخالفتها، والمقصود بمخالفتها، أي يُقدِم على القيام بها، فإن فعل ذلك كان مخالفاً للقانون أو العقد، وللدائن حق اللجوء للتعويض العيني أي (إزالة المخالفة)، وفي حال رفض المدين إزالة المخالفة يكون من حق الدائن طلب ذلك من شخصٍ آخر وعلى نفقة المدين بعد الحصول على الإذن القضائي.[3]

تكمن الإشارة إلى أن هناك خصوصية بشأن الإخلال بالالتزام المتمثل بالامتناع عن عمل، فيتضح أن المخالفة والضرر قد حصل، وعليه فتتم التفرقة ما بين أمرين، إن كانت المخالفة قابلة للإزالة كقيام شخص بفتح محل تجاري يمارس نفس النشاط في نفس الشارع بعد الاتفاق على الامتناع عن ذلك، فيمكن إزالة المخالفة وجبر الضرر بتسكير المحل، حيث أن الضرر يمكن إزالته وإعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل ويسمى ذلك بالتعويض العيني فلا تنفيذ عيني بعد وقوع المخالفة، أما إن كانت المخالفة لا يمكن إزالتها كقيام ممثل مسرحي بالتمثيل لصالح مسرح آخر حيث تم تصويره وانتشاره على المواقع الإلكترونية، ففي تلك الحالة يتم اللجوء للتعويض النقدي فجبر الضرر لا يتم إلا بتلك الطريقة.[4]

---

[1] م.(2/28) من قانون تنظيم مهنة المحاماة رقم 3 الصادر سنة 1999م. https://maqam.najah.edu/legislation/65/

[2] ورد في م.(479) من المجلة" مَنْ اسْتَأْجَرَ حَانُوتًا وَقَبَضَهُ ثُمَّ عَرَضَ لِلْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ كَسَادٌ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ إعْطَاءِ أُجْرَةِ تِلْكَ الْمُدَّةِ بِقَوْلِهِ إنَّ الصَّنْعَةَ مَا رَاجَتْ وَالْحَانُوتَ بَقِيَ مُوصَدًا" النص المذكور فيه منع قانوني/ كذلك م.(637) من مشروع القانون الفلسطيني/ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص360.

[3] م.(235) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(359) من القانون المدني الأردني/ م.(212) من القانون المدني المصري.

[4] كحلون، علي: **استخلاص الديون العامة والخاصة**. مرجع سابق. ص25-29/ م.(315) من القانون المدني الأردني.

الفرع الثاني: التنفيذ بطريق التعويض.

يُبرم العقد بهدف حصول الدائن على محل الالتزام(عين الالتزام)، فالتنفيذ العيني هو الغاية الأساسية، لكن قد تطرأ أسباب ومعيقات تحول دون ذلك، ولأجل إتمام العقد وتحقيق توازن المصالح وحتى لا يصبح إبرام العقد مصدراً للإثراء بلا سبب أو للإجحاف بحقوق أحد الأطراف، أوجد القانون التنفيذ بطريق التعويض، وذلك التنفيذ لا يتم إلا إن توافرت حالة من الحالات التالية.

الحالة الأولى: إن طبيعة بعض الالتزامات يتطلب تنفيذها تدخل المدين شخصياً، فلا يمكن لشخص آخر أن يحل محله وينفذ الالتزام بدلاً عنه، فلشخصيته محل اعتبار ولولا وجوده لما أُبرِم العقد، كالمغني الملتزم بالغناء بحفل فني، والفنان الملتزم برسم لوحة فنية معينة، والممثل الملتزم بأداء دور مسرحي، فالأصل أن ينفذ التزامه فإن امتنع عن التنفيذ لا يمكن إجباره رغماً عنه،[1] وإلا كان فيه مساسٌ بحريته الشخصية ومخالفة للحقوق الأساسية،[2] فالحرية الشخصية مانعٌ من الموانع الأدبية التي تحول دون الإجبار على التنفيذ العيني.[3]

إن إصرار المدين على رفض التزامه في الحالة السابقة مخالِفٌ للعقد، ومع ذلك لا يمكن للدائن إجباره منعاً لمخالفة القانون، فلم يبقَ أمام الدائن إلا اللجوء إلى الوسائل البديلة، حيث يحكم القاضي على المدين بمبلغ نقدي معين(تعويض قضائي) بناءً على الضرر اللاحق بالدائن حسب تقدير القاضي،[4] وقد يحكم بالغرامة التهديدية إن كان القانون يسمح بها ويطبقها حيث تختلف

---

[1] سلطان، أنور: **أحكام التزام(الموجز في النظرية العامة). دون ط.** القاهرة: دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع. 1974م. ص2.

[2] م.(11) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل الصادر سنة 2003م.
http://muqtafi.birzeit.edu/pg/getleg.asp?id=14138

[3] هندي، أحمد: **أصول التنفيذ الجبري**. مرجع سابق. ص5.

[4] م.(3/236) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(360) من القانون المدني الأردني/ م.(214) من القانون المدني المصري.

قوانين الدول في الاعتراف بها أو بوسائل أخرى مباشرة وغير مباشرة لتنفيذ الالتزام سيتم بيانها في الفصل الثاني.[1]

يكون حكم القاضي بالتعويض حسبَ قواعد المسؤولية العقدية فيتم مراعاة توافر الشروط الأساسية (الخطأ والضرر والعلاقة السببية) ويُلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية عُنيت بتلك المسؤولية وخصصت نصوصاً قانونية للتعويض عن الضرر فالضرر يزال ولا ضرر ولا ضرار[2] وهذا اعتراف ضمني من المجلة بقواعد التنفيذ العيني.

الحالة الثانية: تنفيذ بعض الالتزامات لا يقتضي تدخل شخص المدين، بل يتم بأكمل وجه سواء وُجِد المدين أم لم يوجد فيحل محله شخص آخر كالمقاول مثلاً، ومع ذلك يتفق الأطراف على تدخل المدين شخصياً مع أن طبيعة الالتزام لا تتطلب ذلك، فإن تخلف المدين عن التنفيذ العيني رغم توافر شروطه وأصر على ذلك حتى بعد لجوء الدائن للوسائل البديلة للتنفيذ، فيتم اللجوء للتنفيذ بمقابل أي للتعويض، حيث يُعامل معاملة الحالة السابقة احتراماً لإرادة الأطراف.[3]

الحالة الثالثة: إذا كان الالتزام المفروض على المدين التزام بالامتناع عن عمل، إلا أنه لا مجال للتعويض العيني" أي تنفيذ عين الالتزام بعد وقوع المخالفة وإعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل"[4] حيث أصبح إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل المخالفة مستحيلاً أو مرهقاً بشكلٍ يعود على المدين

---

[1] الشرقاوي، جميل: **مرجع سابق**. ص38.

[2] م.(53،31،30،20،19) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(60) من مرشد الحيران اشترطت أن يكون الضرر فاحشاً.

[3] اتفق مشروع القانون الفلسطيني في م.(231) مع القانون المدني الأردني في م.(1/356) بإدراج تلك الحالة حيث تُحترَم إرادة الطرفين فالعقد شريعة المتعاقدين وكذلك الحال في م.(208) من القانون المدني المصري/ جرادات، أحمد: **نظرية تنفيذ الأحكام القضائية المدنية في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة)**. دون ط. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع. 2006م. ص252.

[4] فاضل، شروق. علوان، أسماء: **المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة**. ط1. القاهرة. مصر: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2017م. ص119.

بضرر يفوق ضرر الدائن،[1] كأن يقوم الممثل بإفشاء أسرار العمل الفني على المواقع الإلكترونية، ففي تلك الحالة لا يمكن جبر الضرر اللاحق بالدائن إلا بالتعويض،[2] ويشار إلى أنه قد يجتمع التعويض العيني(إزالة المخالفة) مع التعويض النقدي إذا تبين أن إزالة المخالفة لا تغطي الضرر اللاحق بالدائن بل تكلف الدائن أضرار تفوق ذلك.[3]

الحالة الرابعة: إذا تبين أن تنفيذ المدين لعين الالتزام مستحيلاً لانعدام المحل مثلاً كتلف البضائع وهلاكها إن كان الالتزام يتمثل بالقيام بتسليمها، أو تعرض المدين لعجز جسدي أقعده ولم يتمكن من القيام بالعمل المتفق عليه إن كانت طبيعة الالتزام تتطلب تدخله شخصياً، ففي تلك الحالات أصبح التنفيذ العيني غير ممكن بجميع الحالات، لكن يتحدد مصير الالتزام بمواجهة الدائن حسب سبب الاستحالة، وحتى تقوم مسؤولية المدين بتعويض الدائن نتيجة استحالة التنفيذ يجب أن يكون سبب الاستحالة راجعاً لخطأ المدين أو تقصيره وإهماله،[4] وهذا ما أكدت عليه مجلة الأحكام العدلية،[5] وبشكلٍ عام اختلال أي شرط من شروط التنفيذ العيني يجعل التعويض بدلاً عنه وهذا ما سيتم بيان تفاصيله في المبحث الثاني.

---

[1] علي، إيلاف: **مخاطر العمليات المصرفية الإلكترونية(دراسة مقارنة)**. ط1. القاهرة. مصر: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2019م. ص180.

[2] الشرقاوي، جميل: **مرجع سابق**. ص41/ انظر الحكم القضائي رقم 856 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية لسنة 2017 حيث أكدت على صحة البند الوارد في عقد العامل ومضمونه" منع العامل من إفشاء أسرار العمل بعد ترك العمل" إلا أن الأخير لم يلتزم به، ولما كان التعويض العيني غير ممكناً حكمت المحكمة عليه بالتعويض النقدي.

[3] م.(235) من مشروع القانون الفلسطيني، لم ترد حالة اجتماع التعويض العيني مع التعويض النقدي في القانون المدني الأردني والمصري، وكأن المشرع أوكل المهمة لتقدير القاضي بناءً على طلب الدائن، فتلك من قواعد المسؤولية العقدية العامة شريطة إثبات الضرر على عكس مشروع القانون المدني الفلسطيني حيث صرّح بذلك. / فاضل، شروق. علوان، أسماء: **مرجع سابق**. ص123.

[4] م.(237، 293) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(315) من القانون المدني الأردني/ الجبوري، حامد: **أهمية الالتزام بالعقود وضماناتها للحقوق التعاقدية وفقاً للقوانين المدنية العربية دراسة مقارنة**. دون ط. عمان. الأردن: شركة دار الأكاديميون للنشر والتوزيع. 2015م. ص195.

[5] م.(92، 370، 573، 607) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(366) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

الحالة الخامسة: خصص مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري نصاً قانونياً لمطالبة المدين بالتعويض، وهي في حال كان التزام المدين بنقل حق عيني(شيء معين بالنوع)، فعلاوة على حقه بالحصول على الشيء من النوع ذاته على نفقة المدين فالمشرع منحه حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى قانوني،[1] أي اجتمع التنفيذ العيني مع التعويض في حال تأخر المدين في التنفيذ وأصاب الدائن ضرر جرَاء ذلك، أما القانون المدني الأردني فلم يشر لتلك الحالة، وترى الباحثة أن مشروع القانون الفلسطيني بالغ وتكلف في إدراج تلك الحالة، أما القانون المدني الأردني فأصاب كونه اعتمد على القواعد العامة للمسؤولية العقدية، فتوافر شروط التعويض تقتضي المطالبة به في جميع الأحوال ولا داعي للتخصيص.

نتيجة لما سبق يُستنتج أن مطالبة المدين بالتعويض لا يكون إلا بتوافر شروطه، فالقول بوجود المسؤولية العقدية يتطلب وجود عقد صحيح نافذ لازم ما بين الطرفين فالعقد الباطل لا أثر له،[2] وقيام المدين بخطأ في التنفيذ، كأن لا يقوم بالتنفيذ نهائياً كما هو في الحالات السابقة، وخطأ المدين لا يقتصر على عدم التنفيذ، بل قد يُنفذ بشكل متأخر عن الموعد المتفق عليه، أو ينفذ بخلاف ما هو متفق عليه في العقد،[3] وتوافر صورة من صور الخطأ المذكورة يعني أن الشرط الثاني للتعويض تحقق، ويُستنتج أن التنفيذ قد يجتمع مع التعويض في حالة التأخير أو مخالفة

[1] م.(2/227) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(2/205) من القانون المدني المصري/ أحمد، طارق: **نظرية الحق**. ط1. القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. 2016م. ص118.

[2] م.(107) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(1/139) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(1/168) من القانون المدني الأردني/ م.(219) من مرشد الحيران.

[3] م.(237) من مشروع القانون الفلسطيني.

شروط التنفيذ، كما يُشترط أن يلحق بالدائن ضررٌ نتيجة ذلك الخطأ، أي توافر العلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر،[1] فيقع على الدائن عبء الإثبات لأن البينة على من ادعى.[2]

أما الشرط الأخير للمطالبة بالتعويض، فمشروع القانون الفلسطيني والقانون المدني الأردني والمصري اشترطوا إعذار المدين قبل مطالبته بالتعويض، لكن تلك القاعدة ليست من النظام العام بل مكملة ويصح الاتفاق على مخالفتها،[3] والقانون لم يحصر طريقة الإعذار فقد تكون بالبريد أو بواسطة كاتب العدل أو بطريقة أخرى طالما أنها تحقق الغاية المرجوة،[4] لكن القانون بيَن الحالات التي لا يُشترط فيها الإعذار بل تتم المطالبة بالتعويض مباشرة بمجرد حلول الأجل، واتفق مشروع القانون الفلسطيني والقانون المدني الأردني والمصري على تلك الحالات.[5]

بما أن المسؤولية القائمة ما بين الأطراف عقدية فيتم التعويض عما لحق المدين من خسارة وكسب فائت شريطة أن تكون الخسارة مباشرة أي نتيجة طبيعة للخطأ المرتكب" وهو الضرر الذي لم يتمكن الدائن من دفعه بجهدٍ معقول" وأن تكون مُتوقَعة إلا إذا صدر عن المدين غش أو خطأ جسيم فعندئذٍ يعوض كذلك عن الأضرار غير المتوقعة، وفي جميع الأحوال يتم التعويض عن

---

[1] م.(62) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] م.(76) من مجلة الأحكام العدلية.

[3] الإعذار" هو عمل صادر عن الدائن لتنبيه المدين واستعجاله لتنفيذ التزامه وإلا تقوم مسؤوليته العقدية "/ م.(243) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(361) من القانون المدني الأردني/ م.(218) من القانون المدني المصري/ انظر المزوري، بشار: **المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية(دراسة مقارنة)**. ط1. القاهرة. مصر: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2018م. ص94.

[4] م.(244) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(218) من القانون المدني المصري.

[5] م.(245) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(362) من القانون المدني الأردني/ م.(220) من القانون المدني المصري.

الأضرار المادية والأدبية اللاحقة بالدائن،[1] أما بخصوص الغير كالخلف العام مثلاً فلا يشملهم التعويض عن الضرر الأدبي إلا إذا تم الاتفاق أو حكمت المحكمة بخلاف ذلك.[2]

يُلاحظ أن موقف القانون المدني المصري من التعويض عن الأضرار في إطار المسؤولية العقدية كما هو في مشروع القانون المدني الفلسطيني، أما القانون المدني الأردني فاتخذ موقفاً مغايراً، ففي إطار المسؤولية العقدية يتم التعويض عن الخسارة اللاحقة فقط دون الكسب الفائت رغم أنه يعوض عن الكسب الفائت في المسؤولية التقصيرية،[3] والتعويض لا يُشترط أن يكون نقدياً فقد يتمثل بإعطاء شيء غير المتفق عليه أو إزالة المخالفة أو رد الاعتبار وذلك حسب طبيعة الالتزام، لكن جرت العادة أن يكون التعويض نقدياً.[4]

المبحث الثاني: الشروط الأساسية للتنفيذ العيني.

سبق تعريف التنفيذ العيني وتوضيح المقصود به، فالمدين ملزمٌ بالوفاء بما ورد في العقد، أي بمحل العقد نفسه دون تغييرٍ أو تبديل وإلا كان ذلك نقصاً وإخلالاً بجوهر العقد، فمحل العقد من الأركان الأساسية ويترتب على مخالفة ذلك الركن بطلان العقد.[5]

---

[1] م.(1،2/239) من مشروع القانون الفلسطيني/ وهذا ما أكدت عليه محكمة استئناف رام الله في الحكم القضائي رقم 1022 الصادر سنة 2016م حيث أن الشركة لم تلتزم ببنود العقد وكانت على علمٍ مسبق بوجود موزع سابق(منافس) خلال فترة العقد مما يثبت حق المدعي(الدائن) بالتعويض عن الأضرار المتمثلة بالخسارة اللاحقة والكسب الفائت.https://qistas.com/ar/search?c=2&pc=-1

[2] م.(3/239) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[3] م.(221) من القانون المدني المصري/ م.(363،266) القانون المدني الأردني/ انظر التكروري، عثمان: **أحكام التزام(آثار الحق الشخصي). مرجع سابق.** ص91/ انظر حكم محكمة مأدبا الأردنية رقم 636 الصادر سنة 2020م والذي يؤكد ما تم بيانه بشأن الأضرار التي يتم التعويض عنها.https://qistas.com/ar/search?c=2&pc=-1

[4] إبراهيم، غسق: **المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد المعلوماتية.** ط1. القاهرة. مصر: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2019م. ص235.

[5] م.(362،361، 363) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(157) من القانون المدني الأردني/ م.(130) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

قيام المدين بتنفيذ التزامه والخضوع لأحكامه مفترضٌ وبديهي، وتوافر عنصري المديونية والمسؤولية يقوده ويجبره على ذلك، فالتزام الأطراف بتنفيذ الالتزاماتهم حسبما ورد في العقد تصرفٌ صحيحٌ ومتفقٌ مع القانون لأن العقد شريعةُ المتعاقدين والأصل الالتزام بما ورد في العقد وعدم مخالفته.[1]

لكن يبقى التساؤل بخصوص نية المدين عند تنفيذ الالتزام، فالأصل تنفيذ الالتزام بحسن نية، حيث تكون نية المدين ورغبته متَجهة نحو التنفيذ، فحُسن النية قاعدة مفتَرَضة ولا داعي للنص عليها في بنود العقد أو الاتفاق عليها بين الأطراف عند إبرام العقد،[2] وحتى لو كان لأحد طرفي العقد حق ينبغي أن يستعمله دون تعسف، فالهدف من الحق استئثار شخص على شيءٍ ما للحصول على المصلحة،[3] دون مبالغة أو مغالآه بشكلٍ يؤدي لإلحاق الضرر بالطرف الآخر، وتنفيذ الالتزام بحسن نية لا يتعارض مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لكن يبقى الدورُ الأكبر للدائن فهو طرفٌ أساسيٌ وأصيلٌ من أطراف الالتزام، وهو صاحب الحق الأصيل الذي يطالب به ويدافع عنه، وهو الذي يُلزِم المدين ويكلِفه ويجبره على تنفيذ التزامه، وهو الذي يرفع الدعوى القضائية ضد المدين مطالباً إياه بتنفيذ الالتزم، فهو المتحكم بزمام الأمور.

إذن هدف المطالبة بالحق الحصول على المصلحة، وصاحب الحق هو الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية، لكن حقه مقيدٌ بشكلٍ نسبي من أجل توازن العلاقات وتساوي الأطراف، وهذا يعني أن يد

---

[1] م.(14) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت أنه "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص". وكذلك في م.(2) من القانون المدني الأردني.

[2] م.(1/148) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ م(202) من القانون المدني الأردني، حيث يتحدد نطاق تنفيذ العقد بما يتوجبه العادة والعرف، حيث ورد في مجلة الأحكام العدلية العديد من النصوص التي تُرشد لذلك" فالعادة محكمة والعبرة بالغالب الشائع لا النادر" كما يؤخذ بعين الاعتبار طبيعة الالتزام نفسه من حيث التوابع والمحلقات وما شابه ذلك فالتابع تابع، انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص204.

[3] م.(69) من القانون المدني الأردني/ انظر: الفار، عبد القادر: **المدخل لدراسة العلوم القانونية(مبادئ القانون– النظرية العامة للحق)**. دون ط. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2011م. ص129.

الدائن ليست مطلقةً بل مقيدةً بعدم التعسف في استعمال الحق، فحقه موجود ومحمي بالقانون دون مبالغة أو مغالاة أو تعسف وإلا كان ذلك مخالفةً قانونية.

للدائن حق مطالبة المدين بالتنفيذ العيني ويستطيع مقاضاته في حال الرفض إن توافرت الشروط الأساسية، وسيتم بيان ذلك في هذا المبحث في إطار مجلة الأحكام العدلية ومشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني، وسيُقسم المبحث إلى خمسة مطالب، كل مطلبٍ سيتناول شرطاً من الشروط.

المطلب الأول: إمكانية التنفيذ العيني وقابليته للتطبيق.

لجوء الدائن للتنفيذ العيني ومطالبة المدين وإلزامه به قانوناً مرتبطٌ بمدى استطاعة الأخير وقدرته على القيام بذلك، بمعنى القدرة والإمكانية على تنفيذ الالتزام وإلا كانت المطالبة مستحيلة، فلا تكليف بمستحيل، ويُلاحظ اتفاق مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني في مضمون الحكم، فالمجلة لم تنص على إمكانية التنفيذ كشرطٍ للتنفيذ العيني بشكلٍ مباشر بل أُستُخلِص الحكم من النص القانوني الذي بمقتضاه يبطل العقد لانعدام المحل، فاستحالة وجوده يعني استحاله تسليمه (تنفيذه) مما يجعل العقدَ باطلاً، والعقد الباطل لا تترتب عليه آثار قانونية كما هو الحال في استحالة التنفيذ لسببٍ خارجٍ عن إرادة المدين وسيتم بيان تفاصيل ذلك لاحقاً.[1]

[1] م.(363) من مجلة الأحكام العدلية حيث ورد فيها" الْمَحَلُّ الْقَابِلُ لِحُكْمِ الْبَيْعِ عِبَارَةٌ عَنْ الْمَبِيعِ الَّذِي يَكُونُ مَوْجُودًا وَمَقْدُورَ التَّسْلِيمِ وَمَالًا مُتَقَوِّمًا. فَبَيْعُ الْمَعْدُومِ وَمَا لَيْسَ بِمَقْدُورِ التَّسْلِيمِ وَمَا لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ بَاطِل" وكذلك في م.(157) من القانون المدني الأردني و م.(132) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

بيان أثر الشرط المذكور على التنفيذ يتطلب توضيح معناه، الإمكانية من ناحية لُغوية" هي المقدرة والوسع والاستطاعة" أي استطاعة تحقيق مشروعٍ ما، فالإمكانية تعني" إنجاز ما يُرغَب فيه".[1]

في إطار الدراسة القانونية لا بدَ أن يتبع المعنى اللغوي السابق المعنى القانوني، بالرجوع لمجلة الأحكام العدلية نصت على" يشترط أن تكون المنفعة ممكنة الحصول عليها"،[2] أي أن المقصود الذي أُبرِم العقد لأجله ممكنُ الحصول عليه، ويتخلف ذلك الشرط إن كانت المنفعة المراده من العقد ممكنة الحصول عليها في غير فترة إبرام العقد كأن يكون العقدُ من العقود المؤقتة كاستئجار أرضٍ لزراعة محصول معين في غير موسمه مما يجعل المنفعة المرجوة من العقد مستحيلة الحصول عليها،[3] كما ورد في المادة(1212) ما يدل على أن تنفيذ التزامٍ ما مهما كان نوعه يتطلب الإمكانية وإلا بَطل العقد، ومصير الالتزام يتحدد حسب سبب الاستحالة،[4] وهو ما سيتم بيانه في تلك الدراسة.

كما اشترطت المادة 63 من قانون التنفيذ الفلسطيني[5] إمكانية التنفيذ كشرط من شروط التنفيذ المباشر، وبالرجوع للنصوص القانونية الواردة في القانون المدني الأردني يلاحظ أن المشرع اشترط الإمكانية لتطبيق قاعدة التنفيذ العيني، فمتى كان التنفيذُ ممكناً يتم الحكم بالتنفيذ العيني حسب ظروف الدعوى وشروط التنفيذ الأخرى حيث ورد في القانون" يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ ما

---

[1] مجمع اللغة العربية: **مرجع سابق**. ج2. ص879.

[2] م.(457) من مجلة الأحكام العدلية.

[3] حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج1. ص509.

[4] م.(1212) من مجلة الأحكام العدلية ورد فيها: "إذَا أَنْشَأَ أَحَدٌ كَنِيفًا أَوْ بَالُوعَةً قُرْبَ بِئْرِ مَاءِ أَحَدٍ وَأَفْسَدَ مَاءَ تِلْكَ الْبِئْرِ فَيُدْفَعُ الضَّرَرُ فَإِذَا كَانَ غَيْرَ مُمْكِنٍ دَفْعُ الضَّرَرِ بِوَجْهٍ مَا فَيُرْدَمُ الْكَنِيفُ أَوْ الْبَالُوعَةُ، كَذَلِكَ إذَا كَانَ مَاءُ الْبَالُوعَةِ الَّتِي أَنْشَأَهَا أَحَدٌ قُرْبَ مَسِيلِ مَاءٍ يَصِلُ الْمَاءَ وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ فَاحِشٌ وَكَانَ غَيْرَ مُمْكِنٍ دَفْعُ الضَّرَرِ بِصُورَةٍ غَيْرَ الرَّدْمِ فَتُرْدَمُ تِلْكَ الْبَالُوعَةِ".

[5] قانون التنفيذ الفلسطيني رقم(23) المنشور في العدد 63 في جريدة الوقائع الفلسطينية سنة 2006م.

التزمه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً"[1] يلاحَظ اتفاق مجلة الأحكام العدلية مع القانون المدني الأردني والمشروع في هذا الشرط، فيتم تنفيذ الالتزام وإجبار المدين في حال رفض التنفيذ، حيث أُستعمِلت كلمة" ممكن" في النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع، وهذا يتفق مع العقل والمنطق السليم.

الالتزام القابل للتنفيذ هو الالتزام الممكن الذي يجعل المدين قادراً على التنفيذ، فينشأ للدائن حقٌ في إجبار المدين على ذلك، لكن يقابل الالتزام الممكن الالتزام المستحيل، واستحالة الالتزام تعني عدم القدرة أو الاستطاعة على التنفيذ، حيث يصبح القيام به غير ممكنٍ لعجز المدين وعدم قدرته على الوفاء بدينه وتبرئة ذمته، فالدائن ليس قادراً على إتمام العقد حيث تعطلت التزاماته وحقوقه المتفق عليها بموجب العقد، ولم يستطع الحصول على عين الشيء الذي أبرم العقد لأجله مع المدين، ولم يستطع إجبار المدين على التنفيذ بموجب القانون لأن التنفيذ أصبح مستحيلاً، ومع ذلك فلا يسقط حقه، فاستحالة التنفيذ لا تعني بالضرورة سقوط حق الدائن، بل تعتمد النتيجة المترتبة على استحالة تنفيذ الالتزام على سبب الاستحالة، وسيتم التفرقة بين حالتين أساسيتين لهما دورٌ وأثرٌ كبيرٌ على التزام المدين وحق الدائن.[2]

كل سبب له نتيجة، وكل فاعل مسؤولٌ عن فعله، وكل مخطئٍ مسؤولٌ عن خطئه، فإن كان سبب الاستحالة المدينَ نفسه، أي أنه أخطأ في تنفيذ التزاماته خطأً أدى إلى استحالة التنفيذ، فأهمل وقصَر وارتكب أخطاءً من شأنها أن تؤثر على قدرته على تنفيذ وإتمام العقد سواء أكان قاصداً أم لم يقصد، فالنتيجة واحدة وهي عدم حصول الدائن على حقه، وبناءً على ذلك وتفادياً لظلم الدائن

[1] م.(355) من القانون المدني الأردني/ م.(1/225) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[2] خير الله، محمد: **الواقعة سبب من أسباب الحقوق والالتزامات في الشريعة الإسلامية والقانون**. دون ط. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية. 1971م. ص71.

ولعدم تشجيع المدين على الإهمال والتقصير فيتكلف بالضمان بإلزامه بتعويض الدائن طالما أنه سببُ ذلك، وتم استخلاص ذلك الحكم من مجلة الأحكام العدلية[1] ويمكن الاستعانة بنص مادة أخرى من المجلة، فالمباشرُ ضامنٌ وإن لم يتعمد، وطالما أن المدين هو السبب في عدم إمكانية تنفيذ الالتزام فهو المسؤول والضامن بغض النظر عن نيته وقصده، فيضمن حتى ولو لم يكن قاصداً.[2]

كذلك ما نصت عليه المادة (315) من القانون المدني الأردني، حيث أوجب القانون أن يتم الوفاء بالدين عند توافر شروط الوفاء به، فالمدين يجبر على التنفيذ العيني إذا كان ممكناً،[3] وبالمقارنة بين المجلة والقانون المدني الأردني ومشروع القانون الفلسطيني يلاحظ أن القانون الأردني والمشروع كلاهما أفرد فصلاً كاملاً خاصاً بالتنفيذ بشكلٍ عام والتنفيذ العيني بشكلٍ خاص، في حين أن مجلة الأحكام العدلية لم تفرد باباً خاصاً ولا حتى فرعاً بشأن التنفيذ بشكل صريح، لكن ذلك لا يعني عدم اعتراف المجلة بإلزامية التنفيذ العيني حيث تم استخلاص ذلك من القواعد القانونيه العامة، كما تعتبر النصوص القانونية الخاصة بالعقود كالبيع والإيجار والرهن تطبيقاً عملياً لحالات التنفيذ العيني.

الاستحالة في تنفيذ الالتزام ليس بالضرورة أن تكون بسبب المدين، فقد تكون تلك الاستحالة لسببٍ أجنبي، ويؤدي ذلك السبب إلى عدم إمكانية تنفيذ المدين للالتزام المفروض عليه بموجب العقد،

---

[1] م. (89) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] م.(92) من مجلة الأحكام العدلية، كذلك ورد في المجلة نصوص قانونية من شأنها تضمين المدين وتحميله المسؤولية إن كان هو السبب في استحالة التنفيذ راجع م.(293، 602،741).

[3] راجع المادة (315) من القانون المدني الأردني والتي جاء بها" يجب الوفاء بالحق متى استوفى شرائط استحقاقه قانونا فإن تخلف المدين فقد وجب تنفيذه جبرا عليه تنفيذا عينيا أو تعويضيا طبقا لنصوص القانون".

مجلة الأحكام العدلية لم تتطرق للأسباب الأجنبية التي تحول دون تنفيذ العقد كالقوة القاهرة بشكلٍ صريح ومباشر لذلك تم استخلاص الحكم من النصوص القانونية العامة ذات العلاقة بالموضوع.

ورد في مجلة الأحكام العدلية" تلزم الأجرة أيضاً في الإجارة الصحيحة بالاقتدار على استيفاء المنفعة" وكذلك ورد في المادة التي تليها مباشرة" ولا تلزم الأجرة ما لم يحصل الانتفاع حقيقةً"[1] وهذا يعني إذا مكّن المؤجر المستأجرَ من الانتفاع ومكّنه من الحصول على المنفعة تلزم الأجرة والعكس صحيح، فإن وُجِدَ مانعٌ أو طارئٌ أو أمرٌ عرضيٌ يحول دون تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين لسببٍ خارجي لا تلزم الأجرة، إذن استحالة التنفيذ لسببٍ خارج عن إرادة المدين يُسقِط التزامه.[2]

كما أوردت مجلة الأحكام العدلية في المادة 443 حكماً خاصاً بالعذر المانع من استيفاء المصلحة المرجوة من العقد، فالعذر" هو الظرف الذي لا يمكن استيفاء المعقود عليه إلا بضررٍ يلحق بالنفس أو المال مما يُثبِت حق الفسخ" وفي تلك الحالة قد يستحيل التنفيذُ أو يكون ممكناً ولكن بضررٍ غير مستحقٍ بموجب العقد يلحق بأحد المتعاقدين، حيث يكون مصدر ذلك العذر ظرفاً طارئاً خارجاً عن العقد،[3] لذلك لا بدَ من التفرقة بين العذر العام والخاص، فالعذر العام هو الظرف الطارئ الذي يحول دون استيفاء المنفعة لسبب لا يمس بالعاقد نفسه بل لظرفٍ خارجي كانتشار وباءٍ مثلاً، أما

---

[1] م.(470،471) من مجلة الأحكام العدلية، كذلك نصت م.(457) على الإمكانية كشرط لصحة العقد.

[2] حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج1. ص535- 539./ كذلك يمكن تطبيق نص المادة(478) من المجلة والتي جاء فيها" لَوْ فَاتَ الِانْتِفَاعُ بِالْمَأْجُورِ بِالْكُلِّيَّةِ سَقَطَتْ الْأُجْرَةُ مَثَلًا لَوْ احْتَاجَ الْحَمَّامُ إلَى التَّعْمِيرِ وَتَعَطَّلَ فِي أَثْنَاءِ تَعْمِيرِهِ تَسْقُطُ حِصَّةُ تِلْكَ الْمُدَّةِ مِنْ الْأُجْرَةِ وَكَذَلِكَ لَوْ انْقَطَعَ مَاءُ الرَّحَى وَتَعَطَّلَتْ تَسْقُطُ الْأُجْرَةُ اعْتِبَارًا مِنْ وَقْتِ انْقِطَاعِ الْمَاءِ وَلَكِنْ لَوْ انْتَفَعَ الْمُسْتَأْجِرُ بِغَيْرِ صُورَةِ الطَّحْنِ مِنْ بَيْتِ الرَّحَى يَلْزَمُهُ إعْطَاءُ مَا أَصَابَ حِصَّةَ ذَلِكَ الِانْتِفَاعِ مِنْ بَدَلِ الْإِجَارَةِ"، فتلك المادة تبين أنه في حال عدم قدرة المستأجر على الانتفاع من المأجور لسببٍ خارجٍ عن إرادة المؤجر كالتعطل أو الدمار أو غيرها من الأسباب الأجنبية التي تحول دون انتفاع المستأجر من المأجور تسقط الأجرة ولا تُستَحق أي ينقضي الالتزام، وهذا الحكم قابلٌ للتطبيق في حالة استحالة تنفيذ التزامات المدين لأسبابٍ خارجية، انظر **المرجع السابق**. ص546- 550.

[3] هذا التعريف مأخوذ عن الفقه الحنفي، انظر الحنفي، إبراهيم: **ملتقى الأبحر في الفقه على المذهب الحنفي**. ج3. دون ط. بيروت. لبنان: دار الكتب العالمية. 1971م. ص221- 225.

العذر الخاص فيمس بشخصِ العاقد سواء المؤجر أو المستأجر كأن يستأجر أحدهما سيارةً ويُحبَس أو يُفلس المؤجر.[1]

ويُشار لاختلاف المذاهب حول تأثير العذر العام والخاص على العقد،[2] لكن يُرجح القول حسب المذهب الحنفي بفسخ العقد بسبب العذر العام والعذر الخاص بالمؤجر والمستاجر، لأنه يحول دون استيفاء المنفعة من العقد وإلا عُد العقد مصدراً للإثراء بلا سبب لانعدام محل العقد،عدا عن ذلك لو تم الحكم بصحة العقد رغم وجود العذر للحِق بالعاقد ضررٌ جرَاء تنفيذ العقد مما يخالف القواعد القانونية" درء المفاسد أولى من جلب المنافع والضرر يدفع بقدر الإمكان والمشقة تجلب التيسير" وتأسيساً على ذلك عدم القدرة على استيفاء المنفعة لعذرٍ عام أو خاص يؤدي إلى انفساخ العقد،[3] ومن ذلك المنطلق اختلف الفقهاء، فمنهم من يرى أن العقد يُفسخ مباشرة دون حكم القاضي ومنهم من يرى أن العقد يبقى صحيحاً مرتباً لآثاره إلا إذا صدر حكمٌ قضائي بالفسخ،[4] أما الرأي الأخير والذي أخذ به المذهب الحنفي هو تحقيق توازن بين الرأيين السابقين، فإن كان العذر واضحاً ظاهراً

---

[1] أبو يحيى، علي. أبو سرحان، أحمد: ***فسخ الإجارة بالعقد في الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني الأردني***. **علوم الشريعة والقانون**. مج40 ع1/ 2013م. ص112/ كما أورد الفقه الإسلامي حالة الجوائح والمقصود بها" الآفات التي تصيب الثمار فتتسبب بهلاكها كالحشرات والأمراض والآفات السماوية" وتعتبر تلك الحالة سبباً لإنقاص الثمن يستدعي فسخ العقد مع الملاحظة أن مجلة الأحكام العدلية لم تتطرق إلى أحكام الجائحة في بيع الثمار بل تُطبق أحكام عقد البيع العامة عليها، انظر الزحيلي، وهبة: **الفقه الإسلامي وأدلته**. ج4. ط2. دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر. 1985م. ص302.

[2] الزحيلي، وهبه: **المرجع السابق**. ج4. ص753-757.

[3] بكر، عصمت: **نظرية العقد في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين المعاصرة)**. ط1: دار الكتب العلمية. 2009. ص358.

[4] ابن عابدين، محمد: **رد المحتار على الدرَ المختار شرح تنوير الأبصار**. ج9. الرياض: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. 2003م. ص110.

فلا حاجة لاستصدار حكمٍ قضائي كالوفاة مثلاً أما إن كان مخفياً والعلم به غير مفترض فيتطلب صدور حكمٍ قضائي بالفسخ[1] وهذا هو الأقرب للمنطق والعقل ويتناسب مع قواعد الإشهار.

بخصوص موقف القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني من استحالة التنفيذ بسبب أجنبي، كلاهما أعطى الحكم واضحاً وصريحاً دون الحاجة لاستنباط الحكم والقياس عليه، فالسبب الأجنبي قد يكون حادثاً مفاجئاً أو قوة قاهرة أو بفعل الغير أو المتضرر،[2] ولا يُحكم على أي قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أنه سببٌ أجنبي ينقضي به الالتزام إلا في حال عدم القدرة على توقعِه أو دفعه مما يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً،[3] والاستحالة المرادة في ذلك الموضع هي الاستحالة المطلقة سواء كانت مادية أو قانونية،[4] حيث يتعذر تنفيذ الالتزام من المدين أو من غيره شريطة أن تكون لاحقةً لتنفيذ الالتزام فينشأ ثم ينقضي، أما إن كانت سابقة له فأساس العقد باطل،[5] أما الاستحالة النسبية التي بموجبها يتعذر على المدين فقط دون غيره تنفيذ الالتزام، يبقى الالتزام قائماً ويُسأَل المدين عنه ويلتزم بالتعويض سواء كان سبب الاستحالة سابقاً أو لاحقاً لنشوء الالتزام، ويكون العقد قابلاً للفسخ إن كان ملزماً للجانبين.[6]

---

[1] محمد، سيد علي: **العلاقة الإيجارية بين المالك والمستأجر في ضوء الشريعة الإسلامية**. الإسكندرية. مصر: دار التعليم الجماعي. دون سنة نشر. ص135،134/ يلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية في م.(518) رتبت فسخ عقد الإجارة باتفاق الأطراف وإلا فلا يكون للفسخ أثر/ انظر الزحيلي، وهبة: **مرجع سابق**. ج4. ص303.

[2] م.(261) من القانون المدني الأردني/ م.(181) من مشروع القانون الفلسطيني.

[3] البكري، عزمي: **موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد**. مج6. مرجع سابق. ص600/ لا فرق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ من حيث الأثر المترتب عليها، انظر السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. ج1. مصر: دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع. 2011م. ص735.

[4] الفار، عبد القادر: : **أحكام الالتزام(آثار الحق في القانون المدني)**. **دون ط**. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص212.

[5] البكري، عزمي: **موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد**. مج2. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. ص373.

[6] المرجع السابق. ص374.

إذن استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة ناشئة بعد إبرام العقد لسببٍ أجنبي ينقضي بها الالتزام وينفسخ العقد ويعتبر كأنه لم يكن ويعاد الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد،[1] فإن استحال ذلك تتوقف آثار العقد المستقبلية كعقد الإيجار مثلاً، فلا مسؤولية على المدين دون الحاجة لإعذار الدائن، وعلى المدين إحالة جميع الحقوق ودعاوى التعويض لمصلحة الدائن،[2] شريطة إثبات المدين أن سبب الاستحالة أجنبيٌ[3] وهذا يتناسب مع مبادئ العدالة والإنصاف، لأن إلزام المدين بتكليفٍ ما يشكل ظلماً وعبئاً ثقيلاً يتنافى مع منطق القانون والعدالة لأن الأمرَ خارجٌ عن إرادتِه ورغبتِه.

المطلب الثاني: إخلال المدين ليس مشروعاً.

العقد شريعة المتعاقدين، وكل متعاقدٍ مكلفٌ بما التزام به إن كان العقد صحيحاً نافذاً، وللدائن مطالبة المدين بالتنفيذ العيني وإلا كان إخلال المدين ليس مشروعاً والعكس صحيح، فالعقد الباطل لا تترتب عليه آثارٌ قانونية ومن ضمنها التنفيذ العيني حيث يكون إخلال المدين به مشروعاً، وفي هذا المطلب سيتم بيان حالات الإخلال المشروع التي يتعذر عندها التنفيذ العيني.

أولاً: تخلف شرطٍ من شروط محل العقد القانونية.

المدين هو الطرف المكلَف بأداءِ الالتزامات المتعاقَد عليها، ويُفترَض أن يكون الالتزام قانونياً مشروعاً، لكن قد يحصل العكس فيكون الالتزام ليس مشروعاً من ناحية قانونية، فالمحل ركنٌ من أركان العقد ويترتب على أي خلل فيه البطلان، فعدم مشروعية المحل كذلك تؤدي للبطلان،[4] وحسبما ورد في مجلة الأحكام العدلية من شروط المبيع أي(محل العقد) أن يكون مالاً متقوماً"

---

[1] م.(247،448) من القانون المدني الأردني/ م.(237،409) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ م.(254،255) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 314 لسنة 2018م.

[2] نضرة، بن ددوش: **انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي(رسالة دكتوراه غير منشورة)**. جامعة وهران. 2010. ص102-115.

[3] انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص442.

[4] م.(110) من مجلة الأحكام العدلية حيث ورد فيها" الْبَيْعُ الْبَاطِلُ مَا لَا يَصِحُّ أَصْلًا يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَكُونُ مَشْرُوعًا أَصْلًا"/ م.(1/168) من القانون المدني الأردني/ م.(1/139) من مشروع القانون الفلسطيني.

وهو ما يُباح الانتفاع به"[1] كذلك الحال بالنسبة للقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني، فكلاهما منع مخالفة محل العقد للنظام العام أو الآداب العامة وإلا ترتب البطلان.[2]

بالرجوع للمعنى اللغوي لكلمة مُباح تعني" الأمور الجائزة وما هو جائٌز ومسموحٌ به، فاستباح الأمر أي عدَه مباحاً غير ممنوعاً".[3]

المحل غير المشروع" هو المحل الذي يحرِمه القانون أو يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة"،[4] أي أن الالتزام الوارد على محلٍ غير مشروعٍ هو التزامٌ باطل، وأي اتفاقٍ بين طرفي العقد محله مخالفٌ للنظام العام كالاتفاق مثلاً على مخالفة المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والمعاملات المالية والقواعد الخاصة بالأهلية والنفقة والولاية والوصاية والقوامة، أو كان مخالفاً للآداب العامة كالاتفاق على إقامة علاقات جنسية غير مشروعة، أو الاتفاق على فتح بيوت الدعارة والمقامرة وغيرها،[5] يكون مخالفاً للقانون، وتكون العقود باطلةً لمخالفتها شرط مشروعية المحل، وبطلان العقد يعني أن العقد معدوم ولا يترتب عليه أي أثر كعقد بل كواقعة مادية[6]علماً أن القواعد المتعلقة بالمشروعية من النظام العام وهي قواعدٌ آمرة لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على ذلك.[7]

---

[1] م.(127، 199) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(302) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

[2] م.(2/163، 1/158) من القانون المدني الأردني/ م.(131) من مشروع القانون الفلسطيني.

[3] مجمع اللغة العربية: **مرجع سابق**. ج1. ص75-76.

[4] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج1. مرجع سابق. ص325.

[5] المرجع السابق. ص334- 338.

[6] م.(370) من المجلة" الْبَيْعُ الْبَاطِلُ لَا يُفِيدُ الْحُكْمَ أَصْلًا. فَإِذَا قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ فِي الْبَيْعِ الْبَاطِلِ؛ كَانَ الْمَبِيعُ أَمَانَةً عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَلَوْ هَلَكَ بِلَا تَعَدٍّ لَا يَضْمَنُهُ". أي سواء تم تسليم المبيع أو لم يتم فلا يكون للعقد أي أثر، وإذا تم التسليم فيكون أمانة، انظر حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج2. ص393.

[7] الفار، عبد القادر: **المدخل لدراسة العلوم القانونية**. مرجع سابق. ص53.

كما يُشترط تعيين محل العقد تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة" أي التفاوت الفاحش في القيمة" والنزاع ما بين المتعاقدين حول طبيعة الشيء المتعاقد عليه كتحديد نوعه وجنسه ومقداره، كأن يُباع شيءٌ قيميٌ دون تحديد موصفاته التفصيلية وإلا كان العقد باطلاً ويقتصر ذلك الشرط على عقود المعاوضات دون التبرع، حيث اتفقت المجلة والقانون الأردني والمشروع الفلسطيني على ذلك،[1] كما اشترطت المجلة أن يكون المحل موجوداً وقت إبرام العقد ومقدور التسليم وإلا بَطل العقد حتى لو كان الشيء مقدورَ التسليم في المستقبل،[2] أما القانون المدني الأردني ومشروع القانون الفلسطيني فاعتبروا بيع الشيء المستقبل إذا انتفى الغرر صحيحياً.[3]

إذا اتفق الأطراف على إبرام العقود الباطلة سابقة الذكر فالاتفاق لا يُعتبر، والقانون لا يعترف بتلك العقود، حتى وإن نشأت بموجب تلك العقود التزاماتٌ متبادلة، فالقانون لا يحمي تلك الالتزامات ولا يوجد إلزامية على المدين ولا حماية للدائن، فيكون الدائن الطرفَ الخاسر ولا حماية قانونية له وإن امتنع المدين عن تنفيذ التزاماته يكون امتناعه امتناعاً مشروعاً ووقفه عن تنفيذ الالتزام قانونياً، ولا يستطيع الدائن اللجوء للقضاء للإجبار التنفيذ، ولا تُطبق قواعد التنفيذ العيني، لأن ما بني على باطل هو باطل.[4]

[1] م.(200–204) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(303) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان/ م.(161) من القانون المدني الأردني/ م.(131) من المشروع المدني الفلسطيني.

[2] م.(197،198) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(304) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ويلاحظ اتفاق الفقهاء على ذلك انظر الزهيلي، وهبة: مرجع سابق. ج4. ص435–340.

[3] م.(160) من القانون المدني الأردني/ م.(134) من المشروع المدني الفلسطيني/ الغرر" عدم القدرة على التسليم" انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص136،137.

[4] م.(51) من مجلة الأحكام العدلية" الساقط لا يعود، كما أن المعدوم لا يعود". كذلك م(230) من القانون المدني الأردني.

ثانياً: سبب العقد ليس مشروعاً.

السبب هو ركن أساسي من أركان العقد ويُعنى به" الباعث الدافع إلى التعاقد"[1] علماً أنه لم يرد تعريفٌ صريحٌ للسبب في المجلة ومشروع القانون المدني الفلسطيني، في حين أن القانون المدني الأردني بيَن المقصود بالسبب كمصطلحٍ قانوني وهو" الغرض المباشر المقصود من العقد".[2]

أهم الشروط الواجب توافرها في السبب المشروعية، ويترتب على اختلال أي شرطٍ من شروطه البطلان،[3] وورد في مجلة الأحكام العدلية" لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحدٍ دون سببٍ شرعي"[4] كذلك نص القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني" أن السبب يجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالفٍ للنظام العام أو الآداب العامة"، فالأصل أن يحمل العقد في طياته منفعةً مشروعة وأن يكون ذلك هو الهدف والغاية من إبرام العقد، والطبيعي أن يسعى كلُ طرف من أطراف العقد للحصول على منفعته الخاصة جرَاء إبرام العقد، ولتكون تلك المنفعة قانونيةً صحيحةً مرتِبةً لآثارها يُشترَط مشروعيتها واتفاقها مع القانون فلا تخالف النظام العام أو الآداب العامة،[5] فالأصل صحة السبب وحقيقيته ومشروعيته ومن يدعي عكس ذلك عليه الإثبات.[6]

السبب غير المشروع يعني أن العقد غير مشروعٍ، مما يجعل العقدَ باطلاً فلا تترتب آثاره،[7] ومن تلك الآثار الالتزامات المفروضة على طرفي العقد، حيث لا يمكن إجبار المدين على تنفيذ التزاماته، ولا يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني كما هو الحال في المحل غير المشروع.

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون**. ج1. مرجع سابق. ص 382.

[2] م.(1/165) من القانون المدني الأردني.

[3] م.(362) من مجلة الأحكام العدلية.

[4] م.(97) من مجلة الأحكام العدلية/ انظر السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون**. ج1. مرجع سابق. ص389.

[5] م.(165،166 /2) من القانون المدني الأردني/ م.(137) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[6] م.(136، 138) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، يلاحظ أن المشرع تكلف بإيراد تلك النصوص فهي من القواعد العامة.

[7] م.(370) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(168) من القانون المدني الأردني.

يُود الإشارة إلى أن الحالات المذكورة سابقاً لإخلال المدين المشروع هي حالات لبطلان العقد وهي واردة على سبيل المثال لا الحصر، فأسباب بطلان العقد تزيد عن ذلك كتخلفِ شرط العقل والتمييز أو شرط اتحاد مجلس العقد أو مطابقة الإيجاب والقبول، فتلك الأسباب تجعل إخلالَ المدين مشروعاً وتسقِط التزامَ المدين بالتنفيذ العيني،[1] ولم يتم التوسع في تلك الأسباب منعاً للإطالة والخروج عن موضوع الدراسة الحالية.

ثالثاً: الدفع بعدم التنفيذ.

سبق بيان أقسام العقود من حيث القوة الإلزامية، ومن بينها العقد الملزِم لطرفين والتي بموجبه يحق لكلٍ طرف أن يطالب الآخرَ بتنفيذ ما التزم به في حال الإخلال، لكن قد يرفض أي من الطرفين أو يمتنع عن تنفيذ التزامه المتفق عليه رغم إلزامية ذلك حيث يُفترض أن العقد صحيحٌ نافذ، وعليه يحصل خللٌ في توازنِ الالتزامات العقدية، فليس من العدل أن يمتنع أحدُهما عن التنفيذ فيضر بالطرف الآخر ويباشر الآخر على التنفيذ بما فيه منفعة ومصلحة للأول، حيث يتنافى ذلك مع قواعد الشرع والقانون.

رفض المدين تنفيذ التزامه في الحالة المذكورة أعلاه يعطي الطرف الآخر حقَ التمسك بالقاعدة القانونية التي تُسمي" بالدفع بعدم التنفيذ" أو بالامتناع المشروع، وتلك القاعدة واردة في القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني في العقود الملزمة للجانبين، فإذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكلٍ من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقدُ الآخر بتنفيذ ما التزم به،[2] فقاعدة الدفع بعدم التنفيذ تتطلب وجود التزاماتٍ متقابلةٍ مترابطةٍ ما بين طرفي العقد فيكون مصدرها واحداً بغض النظر عن نوعها فتشمل جميع أنواع الالتزامات

[1] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص152.

[2] م.(203) من القانون المدني الأردني/ م.(149) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

العقدية،[1] وحسناً ما فعل مشروع القانون المدني الفلسطيني حيث أدرج ذلك النص تحت عنوان آثار العقد، فالنص المذكور يشير إلى تنفيذ الالتزامات والتنفيذ من آثار العقد، فلم يتبع منهج القانون المدني المصري الذي أدرج مثل ذلك النص في المادة 161 تحت عنوان انحلال العقود، وهذا خلطٌ للقواعد القانونية.

القانون المدني الأردني والمشروع المدني الفلسطيني كلاهما بيَن فكرة الدفع بعدم التنفيذ كفكرةٍ قانونية مباشرة لها أحكامها وشروطها، وبخصوص مجلة الأحكام العدلية فالدفع بعدم التنفيذ كمصطلح قانوني لم يرد بشكل صريحٍ ومباشر، إلا أن الفكرة كعلاقة مديونية ما بين الأطراف موجودةٌ ومذكورة،[2] كذلك ورد في القوانين المذكورة ما يسمى بحق الحبس وينبغي الإشارة إلى أن حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ فكرةٌ واحدة، لكن الحق في الحبس هو الأصل وهو القاعدة الأساسية التي تنبثق عنها قاعدةُ الدفع بعدم التنفيذ، فالدفع بعدم التنفيذ متفرعٌ عن الحق في الحبس، ووجود عقدٍ ملزم لجانبين يتطلب تطبيق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ حيث يمتنع الدائن عن تنفيذ التزاماته التبادلية بجميع أنواعها، أما إذا كان تصرفاً قانونياً آخر كالتحسينات الضرورية أو المطالبة بالتعويض عن فعل ضار– أي ليس في نطاق عقد ملزم لجانبين– فتُطبَق قاعدة الحق في الحبس وللدائن حق حبس الشيء لحين استيفاء دينه.[3]

كما ورد في مجلة الأحكام العدلية" فِي الْبَيْعِ بِالثَّمَنِ الْحَالِّ أَعْنِي غَيْرَ الْمُؤَجَّلِ لِلْبَائِعِ أَنْ يَحْبِسَ الْمَبِيعَ إلَى أَنْ يُؤَدِّيَ الْمُشْتَرِي جَمِيعَ الثَّمَنِ"، فالنص القانوني المذكور يتناول حق الحبس، وهذا يعني أن المجلة اعترفت بتلك القاعدة، ويكون للبائع حق حبس المبيع(محل البيع) أي الامتناع

[1] الطوالبة، منصور: **الدفع بعدم التنفيذ دراسة مقارنة**. ط1. عمان. الأردن: دار يافا للنشر والتوزيع. 2009م. ص97–100.

[2] م.(262،379) من مجلة الأحكام العدلية/ انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص205.

[3] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. ج1. مرجع سابق. ص602–604/ البكري، عزمي: **فسخ العقود**. ط1. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. 2017م. ص142.

عن الوفاء بالالتزام المترتب في ذمته طالما أن المشتري لم يؤدِ الثمن كاملاً،[1] كذلك ورد في القانون المدني الأردني ومشروع القانون الفلسطيني حق البائع في حبس المبيع والامتناع عن التنفيذ لحين استفاء الثمن،[2] إذن الدفع بعد التنفيذ كقاعدة قانونية لا تطبق في جميع الأحوال، فلكلِ قاعدةٍ نطاقٌ لتطبيقها، وكما سبق ذكره يكون نطاق تطبيق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ حصراً على العقود الملزمة لجانبين.

تجدر الإشارة أن توافر العقد الملزم لجانبين لا يعني أن إخلال أي طرفٍ من أطراف الالتزام يخول الآخر الدفع بعدم التنفيذ، فاللجوء لتلك القاعدة يكون حسب تاريخ استحقاق الدين المترتب في ذمة المدين، ولكي يتمكن أي طرفٍ من الأطراف الدفع بعد تنفيذ مدينه للالتزام المترتب عليه يجب أن يكون الالتزامُ الذي تم الإخلال به حالَ الأداء أي(مستحق الأداء) وليس مؤجلاً، فإن كان مؤجلاً فهذا يعني أنه ليس مستحقَ الأداء في الوقت الحالي ولا يحق للدائن المطالبة به في الوقت الحالي، بالتالي لا يستطيع الدفع بعدم التنفيذ، أما إن كان الثمنُ حالاً غير مؤجلٍ فللبائع وقف المبيع حتى يقبض ثمنه.[3]

إن حق الدائن في المطالبة بدينه حقٌ مكفولٌ بالقانون لا يستطيع أحدٌ أن يجرِده منه، لكنَ لكلِ حقٍ قيوداً تقيده، ومن أهم القيود التي تقيد استعمال الحق عدم التعسف، فإن نفَذ المدين جزءاً كبيراً من التزامه ولم يبقَ إلا القليل فلا يحق للمتعاقد معه الدفع بعد تنفيذ الالتزام المفروض عليه وإلا كان

---

[1] م.(278) من مجلة الأحكام العدلية، انظر حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج1. ص239/ كذلك ما ورد في م.(280، 284) من مجلة الأحكام العدلية تطبيقاً عملياً لقاعدة حق الحبس/ م.(454،455) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الأنسان/ انظر الحكم القضائي الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية رقم 160 لسنة 2014م. https://qistas.com/ar/search?c=2&pc=-1

[2] م.(523، 387،388) من القانون المدني الأردني/ م.(258، 487) من مشروع القانون الفلسطيني، يلاحظ أن القانون المدني الأردني خلط ما بين استعمال مصطلح الحبس والاحتباس في حين أن المشروع الفلسطيني حصر الاستعمال في كلمة حبس وحبذا لو أُستُعمل مصلح احتباس لأن مصطلح الحبس يدخل في نطاق القانون الجنائي.

[3] م.(278) من مجلة الأحكام العدلية/ الزحيلي، وهبة: **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني**. ط8. دمشق، بيروت: دار الفكر. 2014م. ص96.

متعسفاً في استعمال حقه حسب القواعد العامة وهذا يعني أن الدفع بعدم التنفيذ قابلٌ للتجزئة إن كان الالتزامُ المقابلُ يُجزأ وأُوفيَ بالجزء الأكبر منه،[1] على عكس الحق في الحبس الذي لا يُجزأ لأن الشيء المحبوس يشكل ضمانةً للوفاء بكل جزءٍ من الدين ولا مجال لتطبيق قاعدة عدم التعسف في استعمال الحق في تلك الحالة.[2]

تجدر الإشارة أن هناك بعض العقود الملزمه لجانبين يُحدَد فيها الطرف البادئ في تنفيذ التزامه، فإن تخلف ذلك الطرف عن التنفيذ فلا يحق له الدفع بعدم التنفيذ لأنه المتسببُ في ذلك، فهو المُخِل بالتنفيذ، ولا تسعفه تلك القاعدة ولا يمكن الدفع بها للتحلل من التزامه،[3] أما إن كان المكلَفُ بالبدء بالتنفيذ نفَذ التزامه وتخلَف الطرفُ الآخر عن ذلك فيحق لمدينه الامتناع عن التنفيذ وتكون تلك الحالة من الحالات التي يكون إخلال المدين في تنفيذ التزامه إخلالاً مشروعاً.

بعد بيان القواعد الخاصة بالدفع بعدم التنفيذ لا بدَ من بيان الطبيعة القانونية له، فهو نظامٌ قانونيٌ له أحكامٌ وقواعدٌ خاصة، فالدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضمان يلجأ لها الدائن للضغط على المدين في ماله والتزاماته لدفعه على التنفيذ لاستيفاء حقه وتنفيذِ العقد المبرم، وفي الوقت ذاته تعتبر وسيلة إكراهٍ غير مباشرة للضغط على المدين بشكلٍ ماديٍ ومعنوي بالامتناع عن تسليم حقه لدفعه على التنفيذ، إلا أن الالتزام لا ينقضي به بل ينحصر أثره بتوقيف تنفيذ الالتزام بشكلٍ مؤقت، فالدفع

---

[1] م.(1197) من مجلة الأحكام العدلية، انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص205/ انظر القضية رقم219 المنعقدة في محكمة استئناف رام الله بتاريخ17-11-2016 https://maqam.najah.edu/legislation/158/item/8752/

[2] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: **الموسوعة الفقهية**. ج 16. مرجع سابق. ص46.

[3] م.(262) من مجلة الأحكام العدلية" الْقَبْضُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْبَيْعِ إلَّا أَنَّ الْعَقْدَ مَتَى تَمَّ كَانَ عَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ يُسَلِّمَ الثَّمَنَ أَوَّلًا ثُمَّ يُسَلِّمَ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ إلَيْهِ"، هذا يعني في حال حصل خلافٌ أو نزاعٌ حول البدء بتنفيذ الالتزام كان على المشتري البدءُ في تنفيذ التزامه وهو تسليم الثمن للبائع أو لمن يحل محله، وبعد ذلك يكون على البائع تسليمُ المبيع للمشتري أو لمن يحل محله، فإن أخل المشتري بالتزامه كان للبائع الدفع بعدم التنفيذ، لكن إن أخل البائعُ بتنفيذ التزامه ولم يسلم المبيع لأن المشتري لم يلتزم، فليس للمشتري الدفع بعد التنفيذ لأن الأخير هو الطرف المكلَف بالبدء بالتنفيذ، انظر حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج1. ص227./ كذلك م.(522) من القانون المدني الأردني والتي تشير إلى نفس الفكرة، أما مشروع القانون المدني الفلسطيني فأوجب دفع الثمن إن كان مستحق الوفاء وتسليم المبيع في الوقت ذاته إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك انظر م.(485) منه.

المذكور قائمٌ على أساس الارتباطِ القانوني ما بين طرفي الالتزام والمقصود بذلك أن مجالَ تطبيقه في العقود الملزمة لجانبين.[1]

المطلب الثالث: التنفيذ ليس مرهقاً على المدين.

سبق القول في المطلب الأول أن من شروط التنفيذ العيني ألا يكون مستحيلاً فلا تكليف بمستحيل، لكن قد يكون تنفيذ المدين للالتزام ليس مستحيلاً بل ممكناً وقابلاً للتنفيذ وبمقدوره القيام به لكنَه مرهق، أي يلحق بالمدين ضرراً جرَاء التنفيذ، فالضرر اللاحق بالمدين لا يتناسب مع المصلحة أو المنفعة المرجوة من التنفيذ، ولجوء الدائن لمطالبة المدين بالتنفيذ يعتبر تعسفاً في استعمال الحق، فحق الدائن في المطالبة بالتنفيذ مكفولٌ ومعترفٌ به قانوناً، لكن إن كان التنفيذ يلحق ضرراً بالمدين فهذا يعني أنه تعسف في المطالبة بحقه.[2]

فالإرهاق من ناحية قانونية قد يتعلق بالتنفيذ ذاته لسببٍ طبيعي خاص بمحل العقد، حيث يلحق بالمدين ضرر غير مألوف جرَاء التنفيذ، ونتيجة لذلك قد يحكم القاضي بالفسخ،[3] فإصرار الدائن على التنفيذ العيني رغم الضرر الحاصل من قبيل التعسف في استعمال الحق، فالمنفعة المرجوة من العقد لا تتناسب مع الضرر اللاحق بالمدين،[4] وانعدام التوازن ما بين المنفعة والضرر يسبب التعسف سواء تساوى الضرر مع المنفعة أو فاق عليها، مما يجيز للمدين الاستعاضة عن التنفيذ العيني بالتعويض.[5]

---

[1] صالح، فواز: ***الطبيعة القانونية للحق في الحبس دراسة مقارنة.*** **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية.** مج29 ع1/ جامعة دمشق. 2013م.

[2] عبد الرحمن، أحمد: **جزاء الإخلال بالعقد في القانون المدني في الفقه والقضاء المصري والفرنسي.** مرجع سابق. ص133.

[3] الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام(آثار الحق في القانون المدني).** مرجع سابق. ص59.

[4] م.(66، 1021) من القانون المدني الأردني/ م.(5) من مشروع القانون الفلسطيني.

[5] الدريني، فتحي: **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.** ط1. بيروت: مؤسسة الرسالة.1967م. ص345.

ويشار أن الإرهاق لا يقتصر على التنفيذ ذاته لسببٍ طبيعي بل قد يكون نتيجةً لظرفٍ طارئ غير متوقع، ومبدأ الظرف غير المتوقع مشروطٌ بإلحاق ضررٍ جسيمٍ،[1] ويُلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية استعملت مصطلح الضرر الفاحش وليس الجسيم" وهو كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضر بالبناء أي يجلب له وهناً ويكون سبباً في انهدامه"[2] فإن كان ما مُنِع ليس من الحوائج الأصلية فلا يعتبر الضرر فاحشاً ولا يُصنَف من ضمن الالتزامات المرهقة.[3]

القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني كلاهما أورد نصاً قانونياً صريحاً بخصوص نظرية الطروف الطارئة التي تجعل التنفيذ مرهقاً" إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق الى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[4] تُلاحظ الباحثة أن القانون المدني الأردني اتفق مع مشروع القانون المدني الفلسطيني في تكييف الظرف الطارئ غير المتوقع، فمعياره ما يترتب عليه من ضررٍ أو خسارةٍ فادحةٍ أو فاحشةٍ(حسب مجلة الأحكام العدلية).[5]

وفقاً للقواعد العامة العقد شريعة المتعاقدين وليس لأي منهم تعديله أو تغييره إلا بالاتفاق، وسلطة القاضي تنحصر في مهمة تفسير العقد فلا تصل لدرجة التدخل في تفاصيل العقد المبرم

---

[1] المرجع السابق. ص133.

[2] م.(1199) من مجلة الأحكام العدلية.

[3] حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج3. ص218.

[4] م.(205) من القانون المدني الأردني/ م.(151) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[5] الدريني، فتحي: **مرجع سابق**. ص346.

والالتزامات المتفق عليها وإلا قامت مسؤولية القاضي القانونية،[1] إلا أن القانون لم يقيد تلك السلطة بشكلٍ مطلق بل أطلق يدَ القاضي إن توافرت الحالة المسماه" بالطوارئ غير المتوقعة "[2] وللقول بتوافر تلك الحالة يتأكد القاضي من نشوء سببٍ استثنائي طارئ غير متوقع[3] ولا يمكن دفعه مما يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وُيهدِد بخسارةٍ أو ضررٍ فادحٍ غير مألوف ولا يمكن تفاديه ببذل جهدٍ عاديٍ بل يكون غير طبيعيٍ أو معتادٍ كالارتفاع أو الانخفاض المفاجئ في سعر العملة، شريطة نشوء ذلك السبب بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه، وتتوافر تلك الفرضية في حالة العقود المتراخية حيث يوجد ميعادٌ ما بين إبرام العقد وتنفيذه مما تطرأ ظروفٌ استثنائيةٌ تؤثر على طبيعة التنفيذ.[4]

بناءً على الشروط المذكورة أعلاه تقوم سلطة القاضي التقديرية في إنقاص أو زيادة الالتزام المترتب في ذمة المدين ليصل للحد المعقول الطبيعي الذي بموجبه يبذل المدين الجهدَ المتفق عليه، مع تقييد ذلك الحكم بمراعاة ما تقتضيه قواعد العدالة والإنصاف، وتتم الموازنة بين مصالح الأطراف ليتشارك كلاهما في تحمل تبعة الخسارة الواقعة،[5] فالضرر الجسيم أو ما يسمى بالفاحش واجب الإزالة، ولا يمكن إلزام المدين بتنفيذ الالتزام المرهق الذي يُلحِق به ضرراً فاحشاً، فالضرر الفاحش يدفع ويُزال،[6] فإن كان المدين هو الطرف الخاسرَ والمتضرر لا يُنفذ الالتزام حتى لو كان في ذلك مصلحة مؤكدة للدائن، حيث يتم تخفيف العبء عن المدين وإرجاعه للحد الطبيعي المعقول الذي

---

[1] العمروسي، أنور: **الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء**. مرجع سابق. ص459.

[2] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص206.

[3] هذا ما أكدت عليه محكمة استئناف رام الله في الحكم القضائي رقم 588 الصادر سنة 2010، حيث حكمت برد الاستئناف واعتبرت أن ارتفاع الأسعار من الأمور المتوقعة والمأخوذة بالحسبان عند إعداد الجدوى الاقتصادية لأي مشروع. https://qistas.com/ar/search?c=2&pc=-1

[4] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج1مرجع سابق. ص515.

[5] عبد الوهاب، أشرف. أحمد، إبراهيم: **الالتزامات المترتبة على التعاقد وأسباب فسخ العقود في ضوء آراء الفقهاء والتشريع والقضاء**. ط1. القاهرة. مصر: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2018م. ص35-40.

[6] ورد في مجلة الأحكام العدلية نصوصاً تسمح للقاضي استبدال التنفيذ العيني بالتعويض م.(1200، 17، 18، 19، 20، 28، 30)" فالمشقة تجلب التيسير والأمر إذا ضاق اتسع والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ويختار أهون الشرين والضرر يدفع بقدر الإمكان".

لا يكلِفه إلا ما جرت العادة عليه كأي مدينٍ آخرٍ يلتزم بمثل هذا الالتزام، فإعمال المصلحتين أولى من إهمال إحداهما.

توافر الحالة المذكورة تمنع إصرارَ الدائن على التنفيذ العيني، وامتناع المدين عن التنفيذ في تلك الحالة امتناعٌ مشروع، ويكون للقاضي التدخل ما بين الأطراف لتعديل الالتزام، ويتم التعديل بشكلٍ يراعي مصلحة الأطراف المتعاقدة ولا يضر بأيٍ منهم، وفي الوقت ذاته يخفف من حده العبء الواقع على عاتق المدين،[1] ويُشار أن القواعد الخاصة بالنظرية المذكورة من النظام العام، فالاتفاق على حرمان أحد الأطراف من طلب إنقاص الالتزام للحد المعقول باطلٌ.[2]

إذن الالتزام المرهق بشكلٍ عام استثناءٌ على قاعدة" عدم جواز العدول عن التنفيذ العيني للتعويض طالما أن التنفيذَ ممكنٌ" فقد يُحكَم القاضي بالفسخ أو بالتنفيذ العيني بحدٍ معقول، وقد يحل التعويض محلَ التنفيذ العيني[3]، وقد يوقف تنفيذ العقد مؤقتاً لحين زوال السبب الطارئ،[4] وذلك حسب ظروف الحالة، علماً أن توافر الشروط لا يخوِل القاضي حق التدخل بتعديل الالتزام أو الفسخ من تلقاء نفسه بل بطلبٍ المدين، وللقاضي حق الرفض حيث تخضع تلك الحالة لسلطته التقديرية حسب الظروف المحيطة بالعقد والمتعاقدين.[5]

---

[1] م.(2/355) من القانون المدني الأردني/ م.(2/225) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ انظر: الشرقاوي، جميل: **مرجع سابق.** ص29.

[2] م.(205) من القانون المدني الأردني/ م.(151) من مشروع القانون المدني الفلسطيني

[3] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص355.

[4] البكري، عزمي: **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد.** مج8. مرجع سابق. ص232.

[5] فهمي، خالد: **التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية(دراسة مقارنة).** الإسكندرية. مصر: دار الفكر الجامعي. 2019م. ص90 وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفلسطينية في الحكم القضائي رقم 59 الصادر سنة 2021م حيث قضت برد الطعن رغم توافر شروط نظرية الطوارئ غير المتوقعة، نتيجة خلو لائحة دعوى الطاعن من الوقائع والشروط وعدم طلب تحقيق التوازن التعاقدي ورد الالتزام إلى الحد المعقول.1-=https://qistas.com/ar/search?c=2&pc

يُلاحظ أن القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني فرَقوا بين الأسباب الأجنبية التي يستحيل عندها التنفيذ وينقضي بها الالتزام- المذكورة في المطلب الأول- وحالة الطوارئ غير المتوقعة التي يمكن عندها التنفيذ ولكنه مرهق، فيتدخل القاضي ليوازن مصالح الأطراف حسب سلطته التقديرية، وبالتمعن بالشروط الخاصة بنظرية الطوارئ غير المتوقعة الواردة في القوانين المذكورة والآثار المترتبة عليها يُستنتَج أن أصلَ تلك النظرية يعود للفقه الإسلامي الذي أقر مبدأ فسخ الإجارة بالأعذار، إلا أن مبدأ فسخ الإجارة بالأعذار كان أكثر توسعاً، فلم يُقصِر سلطة القاضي على تعديل العقد بل منحه سلطة فسخ العقد إن تعذر استيفاء المنفعة سواء كان العذر عاماً أو خاصاً بطرفي العقد،[1] وكذلك حالة الجوائح التي تصيب الثمار المعتَرف بها لدى الفقه المالكي والحنبلي المذكورة في المطلب الأول، وهذا يعني أن مجلة الأحكام العدلية اعترفت بنظرية الطوارئ غير المتوقعة المذكورة في القوانين الحديثة، فتصحيح العقود أولى من إبطالها، ويشار أن الأحكام القضائية الفلسطينية ذات العلاقة بالموضوع حكمت بنظرية الطوارئ غير المتوقعة(الظروف الطارئة) بالاستناد إلى المواد(17،19،20،30) من مجلة الأحكام العدلية وكذلك بالاعتماد على ما ورد في القوانين المقارنة كالقانون المدني الأردني والمصري وعلى ما أورده الفقيه السنهوري.[2]

المطلب الرابع: الالتزام بالقيام بعمل ليس قائماً على الاعتبار الشخصي.

تُقسم العقود حسب صفة العاقدين إلى عقود قائمة على الاعتبار الشخصي وعقود قائمة على الاعتبار الموضوعي،[3] وما يهم في هذا المطلب العقود القائمة على الاعتبار الشخصي حيث يكون

---

[1] بكر، عصمت: **نظرية العقد في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين المعاصرة)**. مرجع سابق. ص358.

[2] انظر الحكم القضائي الصادر عن محكمة استئناف رام الله رقم 588 سنة 2010، حيث رأت المحكمة إمكانية تطبيقة نظرية الظروف الطارئة بتعديل الالتزام برده إلى الحد المعقول لا فسخ العقد، والحكم القضائي رقم 540 لسنة 2012م الصادر عن المحكمة ناتها، حيث بينت المحكمة شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة. https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[3] بكر، عصمت: **نظرية العقد في القوانين المدنية العربية**. مرجع سابق. ص72.

لشخصية المتعاقد أو لصفة من صفاته اعتبارٌ عند إبرام العقود، وبالرجوع للقوانين محل الدراسة لم يُعثر على المعنى القانوني لمصطلح الاعتبار الشخصي، بل تُستنتَج قواعده الخاصة من النصوص القانونية العامة، ويُبرز التطبيق الفعلي للمصطلح المذكور في الالتزام بالقيام بعمل، فإتمام الالتزام يتطلب تدخلاً من قِبل المدين، والغلط في شخصية المدين يُعتبر غلطاً جوهرياً، ومن حق الدائن رفض التنفيذ من الغير.

استند الفقه في تعريف الاعتبار الشخصي لأركان العقد ذاته، فمنهم من عرَفه" أنه اعتداد العاقد بشخصية الطرف الآخر أو بصفة من صفاته، حيث يكون لها دورٌ في إرضاء المتعاقد"[1] وورد تعريفه" أن شخصية المتعاقد هي الدافع أو الباعث للتعاقد أي أنها سبب الالتزام كعقد التبرع"[2] وكذلك" شخصية المتعاقد هي محل الالتزام كالطبيب والفنان" فقاعدة الاعتبار الشخصي استثناءٌ على قاعدة انصراف أثر العقد إلى الخلف،[3] كما أنها من الحالات الاستثنائية على قاعدة نسبية آثار العقد التي بموجبها تترتب آثار العقد على العاقدين وخلفهم فقط، فالالتزامات القائمة على الاعتبار الشخصي تمس العاقدين حصراً دون غيرهم سواء كانوا خلفاً عاماً أو خاصاً.[4]

ويُشار أن مجلة الأحكام العدلية بيَنت أحكام العقود القائمة على الاعتبار الشخصي وفقاً للقواعد الخاصة ببعض العقود كعقد الوكالة مثلاً وكذلك الحال في مشروع القانون الفلسطيني والقانون

[1] الغبان، عقيل: **الاعتبار الشخصي في عقد المقاولة(دراسة مقارنة)**. دون ط: دار الكتب والدراسات العربية. 2020م. ص7.

[2] بكر، عصمت: **نظرية العقد في القوانين المدنية العربية(دراسة مقارنة)**. مرجع سابق. ص72.

[3] بكر، عصمت: **نظرية العقد في القوانين المدنية العربية(دراسة مقارنة)**.المرجع السابق. ص516.

[4] عبد الوهاب، أشرف. أحمد، إبراهيم: **مرجع سابق**. ص11.

المدني الأردني، فليس للوكيل أن يوكل غيره للقيام بالعمل إلا بإذن الموكل،[1] كما أن وفاة الوكيل أو إصابته بعارضٍ من عوارض الأهلية سببٌ لانتهاء عقد الوكالة.[2]

مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني كلاهما تضمن نصاً قانونياً خاصاً بالتنفيذ من قِبل المدين بشخصه في حال تم الاتفاق على ذلك أو إذا كانت طبيعة العمل تستوجب ذلك،[3] فالاعتبار الشخصي عنصرٌ جوهريٌ في تنفيذ الالتزام، ويُلاحَظ اقتصار النص القانوني على الالتزام بالقيام بعمل دون غيره من الالتزامات، لأن القيام بعمل يتطلب من المدين بذل جهدٍ معين أو القيام بتصرفات قانونية معينة حسب طبيعة العقد ليكون المدين أوفى بالتزامه، تأسيساً على ذلك فالالتزام بالقيام بعمل القائم على الاعتبار الشخصي لا يجتمع مع قاعدة التنفيذ العيني ولا يمكن تطبيق أحكامها عليه، فلا يصح إجباره وإكراهه على التنفيذ منعاً للمساس بحقوقه الأساسية وحريته، ولا يصح حلول الغير محل المدين أو التنفيذ من قِبل الغير على نفقة الأخير، وعندئذٍ لم يبقَ أمام الدائن إلا اللجوء للوسائل البديلة كالغرامة التهديدية، فإن أصر على الرفض يتم اللجوء للمحكمة لفسخ العقد والمطالبة بالتعويض وهذا ما تم بيانه في المبحث السابق، ويشار أن الغرامة التهديدية خُصِصت بنصٍ قانوني لمثل تلك الحالة، وسيتم بيان تفاصيلها في الفصل الثاني.

المطلب الخامس: طلب الدائن للتنفيذ العيني و إعذاره للمدين.

الدائن هو صاحب الحق وصاحب المصلحة المرجوة من المدين، وهو المكلَف بمطالبة المدين بالوفاء بدينه، ولا مانع أن يبادر المدين بذلك من تلقاء نفسه، فإن لم يحصل ذلك على الدائن مطالبته، فوجود دينٍ مترتبٍ في ذمة المدين يُوقِع على الدائن عبءَ المطالبة بالسداد.

---

[1] م.(1466) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(808) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(843) من القانون المدني الأردني.

[2] م.(1529، 1530) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(823) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(862) من القانون المدني الأردني.

[3] م.(231) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(1/356) من القانون المدني الأردني.

حيث ورد في مجلة الأحكام العدلية" إذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا لزم تسليمة في المحل المذكور وأن مطلق العقد يقتضي أن تسليم المبيع يكون في محل وجوده"[1] وبالاستناد إلى كتاب درر الحُكَام في شرح مجلة الأحكام للنص القانوني المذكور أعلاه بيَن أن اتفاق طرفي العقد على مكانٍ معينٍ لتسليم المبيع محل العقد هو اتفاقٌ صحيح، وفي حال عدم اتفاق طرفي العقد على مكان التسليم فيتم في مكان وجود المبيع حين إبرام العقد، فالبائع يكون مديناً للمشتري فيما يخص تسليم المبيع، ولا يكون ملزماً بتسليمه في مكان وجود المشتري، بل على المشتري المبادرة لاستلام المبيع، وهذا يعني أن على الدائن المطالبة بدينه،[2] كذلك الحال بالنسبة للفقه الحنفي حيث أوجب الوفاء بالدين في مكان إبرام العقد إن لم يكن مؤجلاً، وفي مكان وجود المبيع إن كان مؤجلاً، إلا إذا تم الاتفاق على مكانٍ آخر.[3]

يُلاحظ أن القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني اتبعوا موقف المجلة والفقه الحنفي بخصوص المطالبة بالدين، فيتم الوفاء في موطن المدين إن لم يكن محل الالتزام شيئاً مثلياً، والموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً أي في مكان إقامته،[4] فالدائن يسعى لاستيفاء دينه تطبيقاً لقاعدة" الدين مطلوب وليس محمول"،[5] وبربط النصوص القانونية المذكورة مع الشرط الخامس من شروط التنفيذ العيني فتؤكد على التزام الدائن وتكليفه بمطالبة المدين بالتنفيذ إن

---

[1] م.(285،287) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(223) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

[2] حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج1. ص269.

[3] الحنفي، أبي بكر: **المبسوط في الفقه الحنفي**. ج15. بيروت. لبنان: دار عالم الكتب. 1971م. ص127.

[4] م.(39) من القانون المدني الأردني/ م.(49) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[5] م.(336) من القانون المدني الأردني" أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بتلك الأعمال"/ كذلك ما ورد في المادة(2/526) من القانون ذاته والتي تدل على أن يكون الوفاء في موطن المدين/ م.(378،485) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، مع الأخذ بعين الاعتبار الحالات الاستثنائية كالفعل الضار حيث يتم الوفاء في مكان وقوعه.

امتنع الأخير عن ذلك،[1] أما قانون التنفيذ الفلسطيني فصرَح في المادة(1/2)بالشرط المذكور فلا يتم التنفيذ إلا بطلب من ذي الشأن.

إن كان التنفيذ العيني ممكناً حيث توافرت شروطه، هل يمكن للدائن طلب التعويض عوضاً عنه؟

مجلة الأحكام العدلية لم تشتمل على نصوصٍ خاصة بالتعويض في حال تعذر التنفيذ العيني، بل أوردت نصوصاً قانونيةً للتعويض عن الضررٍ بشكلٍ عام، فلا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال،[2] وبالرجوع لشرح النص المذكور في كتاب درر الحكّام يتبيَن أن الضررَ ظلمٌ وغدرٌ ويجب إزالته ولا يجوز إيقاعه،[3] كما توجَد نصوصٌ قانونيةٌ أخرى تصب في موضوع التعويض بشكلٍ عام.[4]

أما القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني فكلاهما أورد نصوصاً قانونيةً خاصةً بالتنفيذ العيني والتعويض كما سبق بيانه في المبحث السابق، فالأصل أن يتم تنفيذ الالتزام عينياً، والتعويض ليس التزاماً تخييرياً أو بديلاً عن التنفيذ العيني،[5] ولا يمكن اللجوء إليه إلا إن تعذَر التنفيذ العيني كأن يختل شرطٌ من شروط تطبيقه، أو في حال اتفق الأطراف على الاستعاضة عن التنفيذ العيني بالتعويض وهذا ما أورده الكُتاب عند تفسيرهم النصوص القانونية الخاصة بالتنفيذ العيني،[6] بالاستعانة بالأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الأردنية أكدت محكمة التمييز

---

[1] الشرقاوي، جميل: **مرجع سابق**. ص30/ كذلك ما ورد في عبر الرحمن، أحمد: **مرجع سابق**. ص130.

[2] م.(19،20) من مجلة الأحكام العدلية.

[3] حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج1. ص37.

[4] م.(33، 85،86،293،294) من مجلة الأحكام العدلية.

[5] طلبة، أنور: **انحلال العقود**. دون ط. الإسكندرية. مصر: المكتب الجامعي الحديث. دون سنة نشر. ص449/ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص354.

[6] م.(2/246، 360) من القانون المدني الأردني/ انظر المرجع السابق. ص450/ منهل، علي: **نظرية الإخلال الفعّال في العقد دراسة مقارنة في ضوء التحليل الاقتصادي للقانون**. ط1: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2020م. ص106.

الأردنية على ذلك وحكمت بخطأ الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف كونها لم تراعِ قواعد التنفيذ، فالتدرج في تنفيذ الالتزام هو الأصل.[1]

بالرجوع إلى ما بيَنه السنهوري بخصوص التنفيذ العيني فقد أخذ بعين الاعتبار مدى تحقق شروط التنفيذ العيني، فإن لم يكن التنفيذ العيني ممكناً فيؤخذ بالخيار الآخر وهو التعويض، وهذا الحل لا خلاف عليه، أما إن كان التنفيذ العيني ممكناً ولكن طلب الدائن التعويض ولم يبدِ المدين استعداده للتنفيذ العيني فيؤخذ بالتعويض كقبولٍ ضمنيٍ من المدين،[2] وهذا تطبيقٌ فعليٌ لقواعد التنفيذ العيني، فالتنفيذ العيني وسيلةٌ لإجبار المدين على التنفيذ وليس لتبديل الشيء محل الالتزام أو الاستعاضة عنه، فعندما يكون التنفيذ العيني ممكناً فالأصل بقاء ما كان على ما كان،[3] فالاستعاضة عن التنفيذ العيني بالتعويض يعني تبديل محل الالتزام، أي تعديل العقد، والتعديل لا يكون إلا باتفاق الأطراف، وليس للدائن سلطة تبديل محل الالتزام بإرادته المنفردة، فالمدين طرفٌ أساسيٌ من أطراف العقد ولا يمكن تجاهل دوره.[4]

كما ورد في القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني أن التنفيذ قد يكون عينياً أو بالتعويض،[5] والدائن ليس صاحبَ الحق في اختيار أياً منهما، فلم ينص القانون على ذلك ولم يأتِ لتخيير الدائن بل وضع خيارات، لكلٍ منهما خاصيته وشروط تطبيقه المذكورة سابقاً، ففي النتيجة التعويض يكون إما في حال تعذر التنفيذ العيني أو بالاتفاق.

---

[1] انظر الحكم القضائي رقم(4583) الصادر عن محكمة التمييز الأردنية لسنة 2020م.
https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-

[2] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج1. مرجع سابق. ص535.

[3] م.(5) من مجلة الأحكام العدلية.

[4] الأزهري، محمد: **مرجع سابق**. ص197.

[5] م.(2/316) من القانون المدني الأردني/ م.(225) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

مطالبة الدائن للتنفيذ العيني وإجبار المدين عليه لا بد أن يسبقه شرطٌ قانونيٌ وهو الإعذار، ويقصد به تنبيه المدين وجعله على علمٍ ودرايةٍ ومعرفةٍ بثبوت الالتزام عليه وأن إرادة الدائن تتجه لاستيفائه، فتوجيه تنبيه للمدين قبل القيام بإجراءات التنفيذ العيني الإجباري شرطٌ منصوصٌ عليه في القانون، أما التنفيذ العيني الاختياري فيتم دون الحاجة للجوء لمثل تلك الإجراءات، وبالرجوع إلى النصوص القانونية يُلاحظ أن الإعذار شرطٌ أساسيٌ لتنفيذ العقود، أي أنه محصورٌ في نطاق المسؤولية العقدية،[1] دون المسؤولية التقصيرية، فإن كان الالتزام المفروض على المدين بسببِ عملٍ غير مشروعٍ فلا يقع على الدائن عبء إعذاره قبل مطالبته بالتنفيذ.[2]

كما أن الفقه الإسلامي اشترط إعذار الخصم قبل الحكم عليه واعتبر الإعذار واجباً ليكون للمدعي حجة على المدعى عليه وإلا كان الحكم باطلاً،[3] أما القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني كلاهما اعتبر إعذار المدين شرطاً للمطالبة بالتنفيذ العيني والتعويض،[4] والقانون أجاز الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إن أخل أحدهما بالتنفيذ، ولا يُعتبر ذلك الاتفاق بديلاً عن الإعذار، بل يبقى الإعذار شرطاً قانونياً لتنبيه الطرف المخل قبل القيام بأيِ إجراءٍ قانوني، لكن يجوز للأطراف الاتفاق على التنازل عن ذلك الشرط ويحق للمدين التنازل عن حقه في الإعذار بشكلٍ صريح،[5] فالإعذار ليس من النظام العام بل هو قاعدةٌ مكملة.[6]

---

[1] الشرقاوي، جميل: **مرجع سابق**. ص30.

[2] م.(2/362) من القانون المدني الأردني/ م.(3/245) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[3] التسولي، أبي الحسن: **البهجة في شرح التحفة**. ج1. بيروت. لبنان: دار الكتب العالمية. 1971م. ص107-109/ الدسوقي، محمد: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**. ج4. دون ط: دار الفكر. دون سنة نشر. ص229.

[4] م.(355) من القانون المدني الأردني/ م.(225) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[5] م.(4/362) من القانون المدني الأردني/ م.(5/245) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[6] م.(245) من القانون المدني الأردني/ م.(171) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ انظر الحكم القضائي رقم 1002 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية لسنة 2017م.

إذن الوصف القانوني للإعذار أنه إجراءٌ قانونيٌ سابقٌ على المطالبة القضائية بالتنفيذ العيني أو التعويض، هدفه قطع احتمالية تنازل الدائن عن حقه أو منح المدين أجلٌ إضافي، فلا تقبل دعوى المطالبة بالتنفيذ العيني إن تخلف ذلك الشرط، شريطة دفع المدين بالدفع المذكور فهو ليس من النظام العام.[1]

من المفترض أن يوجَه الإعذار وقت حلول أجل الوفاء بالالتزام إن كان مؤجلاً، لكن لا يوجد نصٌ قانونيٌ يمنع توجيهه قبل حلول الأجل للتأكيد عليه تفادياً للتأخير والمماطلة، وتجدر الإشارة أن مشروع القانون المدني الفلسطيني حدَد طرق الإعذار على سبيل الحصر كما في القانون المدني المصري،[2] فإما أن يتم بالإنذار بتحرير محضرٍ يتضمن إعلام المدين بضرورة الوفاء بالالتزام وموعده ووضعه في حالة المتأخر عن تنفيذ التزامه،[3] أو بما يقوم مقام الإنذار كورقةٍ تتضمن إعلام المدين بالالتزام أو بالبريد، مع الملاحظة أن المشرع لم يشترط شكليةً أو نهجاً أو بياناتٍ معينة إلا أن الفقه والقضاء جرى على اتباع الطرق الواردة في القانون المدني،[4] أما القانون المدني الأردني فلم يورِد مثل ذلك النص بل جعل للأطراف حريةَ اختيار الطريقة المناسبة.

رغم الاشتراط القانوني للإعذار قبل المطالبة بالتنفيذ، إلا أن الشرط المذكور ليس مطلقاً بجميع الأحوال، فأورد القانون حالاتٍ للإعفاء منه،[5] كأن يصبح التنفيذ مستحيلاً فحينئذٍ لا داعي للإعذار، لأن التنفيذ لم يتم أصلا، أو إذا نتج عن عملٍ غيرِ مشروعٍ، كأن يقيم أحدٌ جداراً في حديقته ويتسبب ذلك الجدار في حجب ضوء الشمس وإغلاق مجرى الهواء فيكون الأخير ملزماً بالتنفيذ

---

[1] لواني، مجيد: **الإعذار في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة الجزائر. م2004. ص13-14.

[2] م.(244) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ م.(219) من القانون المدني المصري.

[3] ساسي، رمزي: **إشهار الحق العيني العقاري**. ط1. تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص. 2015م. ص289

[4] البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد**. مج2. مرجع سابق. ص37-38.

[5] م.(245) من مشروع القانون المدني الفلسطيني/ م.(362) من القانون المدني الأردني.

العيني أو بالتعويض حسب حكم القاضي،[1] وهناك حالات ضمنية يسقط بها شرط الإعذار كاستحالة إعذار المدين لغيابه أو لجهل مكانه، كما أن الإعذار الموجه للمطالبة بالقسط الأول يُسقِط الشرط عند المطالبة بالأقساط الأخرى.[2]

استيفاء الدائن للشرط المذكور يعطيه حق المطالبة إما بتنفيذ العقد باللجوء للقضاء أو المطالبة بفسخ العقد، وهذا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي والذي بدوره يقدر ظروف وأسبابَ امتناع المدين عن التنفيذ ويحكم بناءً عليه،[3] كما تبرأ ذمة الكفيل من الكفالة في حال أُستُحِق الدين وأَنذَر الأخير الدائن لاتخاذ الإجراءات القانونية لكنه لم يقم بذلك خلال ستة شهور،[4] كذلك إعذار المدين من شأنه قطع مدة التقادم وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفلسطينية.[5]

كما وردت في مشروع القانون الفلسطيني نقلاً عن القانون المدني المصري النتيجةُ المترتبةُ على الإعذار حيث تنتقل تبعية هلاك محل الالتزام للمدين حتى وإن كانت قبل الإعذار على الدائن، إلا إذا أثبت المدين أن الهلاك سيقع على محل الالتزام حتى لو كان تحت يد الدائن أي بسبب قوةٍ قاهرة، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك، فتعود المسؤولية على المدين،[6] في حين أن القانون المدني الأردني لم يورد مثلَ ذلك النص، فالإعذار يمنح المدين فرصةً جديدةً للتراجع عن موقفه وتنفيذ التزامه، فإن جَهِل المدين ميعاد تنفيذ الالتزام مثلاً يكون الإعذار تنبيهً له لإعلامه بإرادة دائنه

---

[1] السنهوري. عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج1. ص816.

[2] لواني، مجيد: **مرجع سابق**. ص56.

[3] م.(246) من القانون المدني الأردني/ م.(170) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[4] م.(981) من القانون المدني الأردني/ م.(2/910) من مشروع القانون المدني الفلسطيني

[5] انظر الحكم القضائي رقم 1286 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية سنة 2015م.

[6] م.(229) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(207) من القانون المدني المصري.

بالتنفيذ العيني، ولكي لا يُفسَر سكوتُ الدائن أنه تنازلٌ عن حقه أو الاستعاضة عن محل الالتزام بشيء آخر يقوم مقامه.

المبحث الثالث: موقف القوانين من التنفيذ العيني.

اختلف القضاء في الاعتراف بالتنفيذ العيني كوسيلةٍ مطبقةٍ على الواقع الفلسطيني، فمنهم من اعترف بها وفقاً للقواعد العامة،[1] ومنهم من أنكر وجودها لعدم وجود نصٍ خاصٍ يحكمها،[2] وفي ذلك المبحث سيتم ترجيح إحدى المواقف وفقاً للنصوص القانونية الواردة في مجلة الأحكام العدلية وقانون التنفيذ الفلسطيني وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني ومقارنتها مع القوانين المقارنة كالقانون المدني الأردني والمصري وهذا من أهم الأهداف التي تسعى لها الباحثة من تلك الدراسة.

المطلب الأول: موقف التشريعات النافذة في فلسطين من التنفيذ العيني.

نُظِم إبرام العقود وأركانها بفصلٍ خاص في مجلة الأحكام العدلية باعتبارها القانون النافذ في فلسطين، إلا أنها لم تفرد فصلاً خاصاً للآثار المترتبة على العقود وتنفيذها بشكلٍ مباشر، لكن ذلك لا يعني عدم اعتراف المجلة بالتنفيذ العيني، فالفقه الإسلامي والمجلة تميزوا باستنباط واستخلاص الأحكام والقواعد من مصادرها، وسيتم اتباع ذلك المنهج لبيان الموقف القانوني من التنفيذ العيني.

العقد شريعة المتعاقدين وتلك القاعدة أصبحت نظاماً أساسياً يحكم العلاقات التعاقدية في مختلف دول العالم، ورجوعاً للمادة 262 من المجلة " الْقَبْضُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْبَيْعِ إلَّا أَنَّ الْعَقْدَ مَتَى تَمَّ كَانَ عَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ يُسَلِّمَ الثَّمَنَ أَوَّلًا ثُمَّ يُسَلِّمَ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ إلَيْهِ" والمادة 369" حُكْمُ الْبَيْعِ الْمُنْعَقِدِ

[1] الحكم القضائي الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية رقم 640 لسنة 2016م.

[2] الحكم القضائي الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية رقم 1187 لسنة 2017/ الحكم القضائي الصادر عن محكمة استئناف رام الله رقم 1124 لسنة 2018.-1&pc=c?search/ar/com.qistas.https://

الْمِلْكِيَّةِ يَعْنِي صَيْرُورَةَ الْمُشْتَرِي مَالِكًا لِلْمَبِيعِ وَالْبَائِعِ مَالِكًا لِلثَّمَنِ" فتلك المواد تشير للالتزامات المترتبة على عقد البيع، حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري مقابل قيام الأخير بتسليم الثمن للبائع، وهذا تطبيقٌ عمليٌ لقاعدةِ التنفيذ العيني وأكدت على ذلك المادة 343 من مرشد الحيران.

فالوفاء بالالتزام العقدي واجبٌ دينيٌ قبل أن يكون واجباً قانونياً لقوله تعالى في كتابه العزيز{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}[1] ومن المستقر أن الواجب الديني الذي لا يُنفَذ اختيارياً يُجبَر على تنفيذه بقوة القانون، وحسب م.(1212) من مجلة الأحكام العدلية لا يُلجَأ للفسخ أو التعويض طالما أن التنفيذ العيني ممكن.

كما أشارت المادة 483 من المجلة إلى حق المستأجر بحبس الأجرة لحين التزام المؤجر بالوفاء بالتزاماته، ولم ينحصر الأمر في تلك المادة بل كذلك الحال في المواد(284،280،278)، فالحق في الحبس وسيلةٌ تحمل في طياتها أساليبَ ضغطٍ وإجبارٍ وإكراهٍ للمدين وهذا من باب التنفيذ العيني، كما ورد في الفقه الحنفي حق الدائن بإلزام المدين على تنفيذ التزامه إن كان ذلك ممكناً وأُعتُبِر ذلك شرطاً أساسياً لقبول الدعوى،[2] أضف لذلك أن تنفيذ الالتزامات بحسنِ نية من أهم القواعد التي تضبط العقود، والتنفيذ العيني صورةٌ من صوره، وهذا أمرٌ مفترضٌ ومعروفٌ وشائعٌ دون الحاجة للنص عليه، فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والعادة محكمة والعبرة بالغالب الشائع لا النادر وتلك النصوص مذكورة في مجلة الأحكام العدلية.

كذلك أكدت محكمة النقض الفلسطينية في الحكم القضائي رقم 640 لسنة 2016م أن التنفيذ العيني هو الأصل والتعويض ليس تخييرياً أو بديلاً عنه، وورد عن محكمة الاستئناف الفلسطينية

[1] القرآن الكريم، سورة المائدة. آية رقم(1).

[2] الزحيلي، وهبة: **مرجع سابق**. ج6. ص774.

حكمٌ قضائيٌ رقمه 1331 سنة 2017م يُلزِم المؤجر بمنع معارضة المستأجر مع حق الأخير في إلزام المؤجر على تنفيذ التزاماته وهذا تطبيقٌ للتنفيذ العيني، مما يُرجِح الرأي القائل بتطبيق قواعد التنفيذ العيني في فلسطين.[1]

لم يقتصر مجال الدفع بتطبيق قواعد التنفيذ العيني على مجلة الأحكام العدلية، بل تناول قانون التنفيذ الفلسطيني قواعد التنفيذ العيني بشكلٍ صريحٍ ومباشر، ففي بداية الأمر اشترطت المادة(1/2) أن التنفيذ يتم بطلبٍ من صاحب المصلحة(الدائن) مع وجود سندٍ تنفيذي، وقد يسعى المدين لذلك من تلقاء نفسه باتباع إجراءات العرض والإيداع مع اشتراط إمكانية التنفيذ القانونية كما هو في المادة(62،63).

كما أشار قانون التنفيذ الفلسطيني إلى أنواع الالتزامات التعاقدية في المواد(64،65،66)، فقد يتمثل الالتزام بتسليم شيءٍ ما، فإن كان ظاهراً للعيان يُنزع ويسلم للدائن، أما إن كان غير ذلك فللمدين حقُ إثبات استحالة التنفيذ لسببٍ أجنبيٍ وإلا يتم حبسه، وإن كان الالتزام يتطلب قيام المدين بعملٍ لا يقتضي تدخله بشكلٍ شخصي فيتم التنفيذ على نفقته عن طريق دائرة التنفيذ، أما إن تطلب الأمر الامتناع عن القيام بعملٍ وكان ذلك ممكناً فتتولى دائرة التنفيذ ذلك، ويشار إلى أن الحالات المذكورة تطبيقاتٌ لقواعد التنفيذ العيني المذكورة سابقاً.[2]

كذلك منح قانون التنفيذ الفلسطيني الدائن وسائلَ مباشِرة لإجبار المدين على تنفيذ التزاماته، تتمثل تلك الوسائل بالحجز على أموال المدين وبيعها ليتمكن الدائن من استيفاء دينه، وكذلك وسائل تنفيذٍ

[1] الأحكام القضائية الفلسطينية المذكورة منشورة على موقع قسطاس التابع لجامعة النجاح الوطنية https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[2] التكروري، عثمان: الوجيز في شرح قانون التنفيذ رقم 23 لسنة 2005. ط1. الخليل. فلسطين: دون دار نشر. 2020م. ص115-121.

غير مباشرة كحبس المدين للضغط على إرادته وإجباره على التنفيذ، والمشرع خصص للوسائل المذكورة نصوصاً خاصة حمايةً لحق الدائن، وسيتم الحديث عن تفاصيل تلك الوسائل في الفصل الثاني

أضف لذلك الحماية القانونية المقدمة من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني[1] فالدعوى هي الوسيلة الأساسية والأولية لاستيفاء الحق، فلا يمكن التنفيذ على أموال المدين إلا بسندٍ تنفيذي صادرٍ من دائرة التنفيذ حسب الحكم الصادر من المحكمة المختصة وبعد تبليغ المحكوم عليه حسب المواد(180،181) من القانون المذكور، كما أشارت المادة(192) إلى صلاحية المحكمة بإصدار القرارات القابلة للتنفيذ الجبري والتي لا يجوز الطعن بها إلا مع الحكم الفاصل في الدعوى.

تجدر الإشارة إلى أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني في المواد(259-265) نظم قواعد خاصةً" بدعوى الإجراءات المختصرة" التي ينحصر فيها طلب المدعي بدفع مبلغٍ معينٍ من النقود حال الأداء أو منقولٍ معينٍ بذاته أو بنوعه شريطة أن يكون مثبتاً بالكتابة، حيث يتعين على المدعى إخطار المدعى عليه بأداء الحق خلال خمسة عشر يوماً وإلا فتقام الدعوى، فإذا أقر المدعى عليه بجزءٍ من الدين تحكم المحكمة بذلك الجزء مع قابليته للتنفيذ، كما أجازت المادة(279) لأيٍ من الخصوم إيداع مبلغٍ من المال في صندوق المحكمة لتسديد الادعاء واعتبرت ذلك سبباً لإنهاء الخصومة إن قبله المدعى عليه، كما خصص القانون المذكور فصلاً خاصاً يتعلق بتعيين قيمٍ على مال المدين ومنعه من السفر وإيقاع الحجز التحفظي على أمواله فتلك القواعد تطبيقاتٌ عمليةٌ لقاعدة التنفيذ العيني.

[1] قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم(2) لسنة 2001م.

كما أولى مشروع القانون الفلسطيني قاعدة التنفيذ العيني عنايةً كبيرة، فأفرد لها نصوصاً خاصةً لتنظيمها، كما اشتمل على الوسيلة البديلة عنها وهو التعويض في حال تعذر تطبيقها، وكذلك الوسائل غير المباشرة كالشرط الجزائي والغرامة التهديديه حيث اتبع موقف القانون المدني المصري بذلك الخصوص وهذا ما سيتم بيانه في الفصل الثاني.

إذن سبق إدراج نصوصٍ قانونية واردة في القوانين النافذة في فلسطين مع تدعيمها بأحكامٍ قضائية فلسطينية تشير لإلزام المدين بالتنفيذ، رغم أن بعضَها يُصرِح بعدم تطبيق التنفيذ العيني على الواقع الفلسطيني لكنه يؤكد في الحكم ذاته على تنفيذ الالتزام بأي صورةٍ كانت سواء من قِبل المحكمة والدوائر الرسمية أو بالاستعانة بشخصٍ آخرٍ على نفقة المدين أو باللجوء للوسائل غير المباشرة كالحبس والغرامة والتي سيتم الحديث عن تفاصيلها في الفصل الثاني، فالمحصِلة المستخلَصة بنهاية المطلب أن قواعد التنفيذ العيني مطبقة في فلسطين سواء بالاعتماد على القواعد العامة المذكورة في المجلة أو وفقاً للدارج حسب العرف والعادة أو بالاستناد إلى القوانين المقارنة والتي سيتم بيانها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: موقف التشريعات المقارنة من التنفيذ العيني.

الدراسة الحالية معتمدة على المنهج التحليلي المقارن، وأغلب القوانين المعتَمد عليها في تلك الدراسة هو القانون المدني الأردني لأنه مستمَدٌ من الفقه الإسلامي وكذلك القانون المدني المصري الذي استند إليه مشروع القانون المدني الفلسطيني في معظم الأحيان، وسيتم بيان مواقف تلك القوانين من التنفيذ العيني، وهذا المطلب يُعتبر بمثابة تلخيصٍ لما ورد في المباحث السابقة.

القانون المدني الأردني اعترف بقاعدة التنفيذ العيني بشكلٍ صريحٍ ومباشر ضمن نصوصه القانونية واعتبرها السبب الرئيسي لبراءة ذمة المدين ووفائه بالتزاماته فلا مجال لإنكار تطبيقها أو التخمين

والقياس لاستنباط قواعدها، حيث يُجبَر المدينُ على الوفاء متى كان التنفيذ ممكناً وليس مرهقاً بطلبٍ من الدائن شريطة إعذار المدين، والتنفيذ العيني قد يكون اختيارياً بمحض إرادة المدين أو بقوة القانون وتدخل المحكمة إن كانت طبيعة الالتزام تسمح بذلك وورد ذلك في المواد(355-359)، لكن هذا لا يعني أن القانون المذكور أجحف بحق المدين بل أعطاه وسيلةً أخرى لتنفيذ التزامه وإبراءِ ذمته، وتلك الوسيلة تحل محلَ التنفيذ العيني في حال تخلَف شرطٌ من شروطه، فقد يتم التنفيذ بطريق التعويض لجبر ضرر الدائن مع الأخذ بعين الاعتبار مقدار تعنت المدين والشروط الأساسية لاستيفاء التعويض مع اشتراط الإعذار على وجه الخصوصية وبُيِنَت تلك القواعد في المواد(360-364).

كذلك أشار قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الأردني[1] لقواعد التنفيذ العيني بإصدار قرار إيقاع الحجز التحفظي ورفع يد المدين عن أمواله وتسليمها إلى القيم على المال، وكذلك الحال بالنسبة لقانون التنفيذ الأردني[2] الذي اشتمل على تفاصيل إجراءت الحجز على أموال المدين المنقولة وغير المنقولة في المواد(150-157) وإصدار قرار المنع من السفر والحبس، فتلك القرارات تطبيقٌ لقواعد التنفيذ العيني وسيتم بيان تفاصيلها في الفصل الثاني.

كما حكمت محكمة التمييز الأردنية في الحكم القضائي رقم 1930 الصادر سنة 2020 أن التنفيذَ العيني هو الأصل والأساس، كما أشرت إلى شروط الحكم به، كما أكدت بحكمها القضائي رقم 2958 لسنة 2019م على احتمالية اجتماع التعويض مع التنفيذ العيني في حال التأخير شريطة إثبات أركانه، كذلك قضت في الحكم القضائي رقم 5202 الصادر سنة 2019م بعدم جواز الحكم بنفقات إعادة الحال طالما أن إزالة الضرر ممكنٌ حيث بينت أن الحكم الصادر عن محكمة

[1] قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الأردني رقم 24 لسنة 1988م.

[2] قانون التنفيذ الأردني رقم(25) والمنشور في الصفحة 2262 من العدد 4821 في الجريدة الرسمية بتاريخ 2007م.

الاستئناف مخالفٌ للقانون ويستوجب النقض، فالأحكام القضائية المذكورة تشير إلى تطبيق قواعد التنفيذ العيني على الواقع القانوني الأردني.[1]

لم تقتصر المقارنة على القانون المدني الأردني، فكذلك الحال في القانون المدني المصري الذي بيَن أحكامَ وقواعد التنفيذ العيني وشروطه في المادة(203)، كما أشار إلى أنواع الالتزامات التي يمكن تطبيق التنفيذ العيني عليها، فأخذ بعين الاعتبار شخصية المدين واقتضى الأمر عدم المساس بحقوق المدين الأساسية وحريته المكفولة بموجب الدستور المصري كالالتزام المتعلق بالإبداع الفني والأدبي في المواد(204-213)،[2] كذلك الحال في مشروع القانون المدني الفلسطيني في المواد(225-236).

كذلك اعتبر التعويض وسيلةً لانقضاء الالتزام عند تعذر التنفيذ العيني أو إصرارِ المدين على الرفض حيث لشخصيته محل اعتبار كما ذُكِر سابقاً في المواد(216-225) في القانون المدني المصري والمواد(237-245) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، كذلك اتَبع وسائلَ غير مباشرة كالغرامة التهديديه والشرط الجزائي من باب الضغط على المدين وإكراهه حيث سيتم بيان حيثيات تلك الوسائل في الفصل الثاني، كما قضت محكمة النقض المصرية في الحكم القضائي رقم 8577 الصادر سنة 1982 على المستَأجر المحدِث لتغييراتٍ جوهريةٍ في العقار بإزالتها وإعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل أي تطبيق التنفيذ العيني أو فسخ عقد الإيجار مع التعويض إن كان له مقتضى قانوني.[3]

---

[1] الأحكام القضائية المذكورة منشورة على الموقع الإلكتروني قسطاس التابع لجامعة النجاح الوطنية.
https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[2] م.(67) من الدستور المصري رقم 38 الصادر سنة 2019م.https://manshurat.org/node/14675

[3] https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

كما أولى قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري[1] موضوع التنفيذ أهميةً كبيرة، فتضمن تنفيذ الأحكام القضائية المحلية والأجنبية وموضوع الحجز التحفظي والتنفيذي وبيع أموال المدين، لكنه لم يشر لقرارات الحبس والمنع من السفر بل اعتبر تلك القرارات منتهكةً لحقوق الإنسان وسيتم بيان ذلك بالتفصيل في الفصل الثاني.

[1] قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 19 لسنة 1968م.

الفصل الثاني

ضمانات حق الدائن ووسائل التنفيذ العيني.

حق الدائن بالمطالبة بالتنفيذ العيني مكفولٌ بالقانون، وأموال المدين وأملاكه ضمانٌ عام للدائن، فالذمة المالية للمدين هي الأساس، ومن مصلحة الدائن أن تكون تلك الذمة ممتلئةً بالقدرِ الكافي لسداد ديونه، فجميع الدائنين متساوون أمام ذلك الضمان، إلا من كان له منهم حق امتياز،[1] لكن لن يتم بيان أولوية الدائنين بالنسبة للضمان فهو خارجٌ عن نطاق الدراسة الحالية.

ضمانات حق الدائن تدخل في نطاق القانون المدني، فما موقف مجلة الأحكام العدلية والقوانين المقارنة من تلك الضمانات؟ وما النصوص القانونية المعتمدة من قِبَل المحاكم الفلسطينية بذلك الخصوص؟ سيتم الإجابة على تلك التساؤلات خلال المبحث الأول، وسيتم تقسيمه إلى مطلبين، في المطلب الأول ستُبيَن الوسائل الوقائية التي يحق للدائن اللجوء إليها قبل تصرف المدين بالأموال، وفي المطلب الثاني سيتم الحديث عن الوسائل العلاجية التي شرَعها القانون للدائن والتي يتم اللجوء إليها بعد تصرف المدين بأمواله.

أما بخصوص وسائل التنفيذ العيني فهي طرقٌ يتم اللجوء إليها إما لاسيفاء الدائن لحقه، أو للضغط عليه وإجباره على التنفيذ، فمنها ما يشكل ضغطاً مالياً عليه ليتراجع عن موقف الرفض، فيتم الحجز على أمواله حجزاً تحفظياً في البداية، فإن أصر على ذلك يصل الأمر لمرحلةٍ ليس لديه حق التصرف بأمواله فيفقد سيطرته عليها وتتولى الجهات المختصة مهمة بيع تلك الأموال

[1] م.(729، 1602) من مجلة الأحكام العدلية/م.(1424) من القانون المدني الأردني/ م.(40) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ انظر الشرقاوي، جميل: **مرجع سابق**. ص81.

لتحصيل ديون الدائنين، فيستوفي الدائن حقه بطريقةٍ مباشرة في إطارٍ قانوني، حيث تم تنظيم طرق الحجز على أموال المدين وبيعها في قانون التنفيذ الفلسطيني وهذا ما سيُناقَش في المبحث الثاني.

أما المبحث الثالث سيتناول الوسائل غير المباشرة، وهي وسائل التنفيذ المالية وهي طرق ضغطٍ على المدين لتخييره أما بتنفيذ التزامه أو تكليفه بوسائل ماليةٍ قد تفوق تنفيذ التزامه عيناً مما يعود عليه بخسارة، أما الوسيلة الثانية من الوسائل غير المباشرة فتمس حرية المدين دون الخروج عن القواعد القانونية، لأن احترام حرية المدين وسلامة جسده وعقله من حقوق الإنسان التي لا يُسمح لأي شخصٍ أن يعتديَ عليها مهما كانت الظروف، فالاعتداء عليها يعرِض مرتكبها للمسؤولية، لكن تقييد تلك الحرية جائزٌ من ناحيةٍ قانونية وشرعية، ولربما تكون الوسيلة مجدية إلى درجة تجعل المدين مقبلاً على تنفيذ التزامه دون رفضٍ أو إنكار، وهذا ما سيُختَم به الفصل.

وفي صدد الحديث عن الوسائل البديلة للتنفيذ العيني، تتساءل الباحثة هل تلك الوسائل متفقةٌ والقانون أم أنها تشكل خرقاً له كونها تمس الحقوق الأساسية؟ وهل يتمكن الدائن خلالها من استيفاء حقه كاملاً أم أن حقه يكون منتقصاً؟ الإجابة ستكون واضحةَ عن التساؤلات السابقة خلال هذا الفصل.

المبحث الأول: ضمانات حق الدائن.

الضمانات القانونية تختلف قوتها حسب نوعها، فمنها ما تعطي الدائن حقَ التحفظ على أموال المدين، فتكون أمواله تحت رقابة الدائن دون أن يكون له حق منع المدين من التصرف بها إلا إذا قصد الإضرار بدائنيه وهي ما تسمى" بالوسائل التحفظية"[1] ومنها ما ترفع يدَ المدين عن التصرف

[1] الربضي، عيسى. الحوامدة، أحمد: ***دور الدعوى المباشرة في المحافظة على حقوق الدائنين***. **علوم الشريعة والقانون**. مج 46 2009/1. ص118.

بأمواله بالحجز عليها ثم بيعها وهي ما تسمى" بالوسائل التنفيذية" وسيتم الحديث عن ذلك الجانب في المبحث الثاني.[1]

هناك نوعٌ آخرٌ من الوسائل تكون ما بين النوعين المذكورين سابقاً، فتكون أقوى من النوع الأول، وأخف من الثاني وسيتم بيانها في هذا المبحث، وسيُقسَم المبحث إلى مطلبين، الأول يتناول الضمانات الوقائية والثاني يتحدث عن الضمانات العلاجية، وتلك الضمانات على شكل دعاوٍ يرفعها الدائن، وتلك الدعاوى نص عليها القانون ونظَم قواعدها وأحكامها، وسيتم بيانها على شكل فروعٍ متتالية.[2]

المطلب الأول: الضمانات الوقائية.

الضمانات الوقائية يلجأ لها الدائن للمطالبة بحقه قبل أن يتصرف المدين بأمواله ويرتب للغير حقوقاً عليها، فيتقي بها خطرَ تصرفات المدين ويتدارك ضررَه، وتلك الضمانات في فرعين، الأول سيتناول الدعوى غير المباشرة فهي دعوى عامة من حيث أحكامها والآثار المترتبة عليها، والثاني سيتحدث عن الدعوى المباشرة فهي دعوى استثنائية.

الفرع الأول: الدعوى غير المباشرة.

هي الدعوى التي يرفعها الدائن باسم مدينه وبالنيابة عنه للمطالبة بحقوقه، فحصول المدين على حقوقه من مدينيه فيه إدخالٌ إيجابيٌ لذمة المدين وهذا يصب بمصلحة الدائن، فالدائن يحل محل مدينه ويقوم مقامه، وتكون أموال المدين ضامنةً للوفاء بديونه،[3] فالدعوى غير المباشرة وسيلةٌ

---

[1] هندي، أحمد: **الصفة في التنفيذ**. مرجع سابق. ص10-12.

[2] انظر الحكم القضائي رقم(2008/1546م) الصادر عن محكمة التمييز الأردنية.

[3] بن عودة، لزرق: **وسائل حماية الضمان العام(رساله ماجستير غير منشورة)**. جامعة وهران. الجزائر. وهران. 2014م. ص7.

قضائية يتقدم الدائن بها للمحكمة لمباشرةِ جميع حقوق المدين المتقاعس عن تنفيذ التزاماته،[1] وتجدر الإشارة أن هذا الحق لا يقتصر على رفع الدعوى بل بإمكانه القيام بتصرفاتٍ قانونيةٍ أخرى كتسجيل مالٍ معينٍ باسم المدين، أو قيد رهنٍ باسمه حيث تدخل عناصرٌ إيجابية لذمة المدين ضمانةً لحقوق دائنيه،[2] والقانون المدني الأردني أفرد نصوصاً خاصةً بالدعوى غير المباشرة، ويُلاحَظ أن المشرع كيَف تلك العلاقة واعتبرها صورةً خاصةً من صور النيابة القانونية، فالمدين بمثابة أصيلٍ والدائن بمثابة نائبٍ عنه، علماً أن مجال تلك النيابة ينحصر في حق الاستعمال دون التصرف،[3] والأصل العام أن النيابة لمصلحة الأصيل، لكن في تلك الدعوى لها شكلٌ آخر، فالنائب هو المستفيد، والهدف الأول منها استعادة قدرة المدين على تنفيذ التزامه للدائن.[4]

على كل حال، وجود دينٍ أو التزامٍ في ذمة المدين لا يعني أن للدائن حقَ رفع تلك الدعوى، بل يعتمد ذلك على الدين وأطرافه، واتفق مشروع القانون المدني الفلسطيني مع القانون المدني الأردني والمصري على الشروط الخاصة بالدعوى، فما يتعلق بالشروط الخاصة بالدين، للدائن مباشرة حقوق المدين كافَة كرفع الدعوى وتقديم البينات والدفوع التي من شأنها أن تُكسِب المدين حقوقه، إلا إن كانت متصلة بشخص المدين، فليس للدائن المطالبةُ بها، لأن الأمر يرجع لشخص المدين،[5] كالمطالبة بالتعويض عن ضررٍ أدبي لحِق بالمدين بسبب جريمة قذفٍ مثلاً، كما لا يصح أن يكون

---

[1] الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام(آثار الحق في القانون المدني)**. **مرجع سابق**. ص83.

[2] عبد الرحمن، أحمد: **مرجع سابق**. ص174.

[3] م.(367) من القانون المدني الأردني إلا أن مشروع القانون المدني الفلسيطني خلا من التكييف القانوني لتلك العلاقة/ التكروري، عثمان: **أحكام الالتزام(آثار الحق الشخصي)**. مرجع سابق. ص103/ انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص374.

[4] البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**. مج 3. القاهرة: دار محمود. ص623.

[5] م.(1/366) من القانون المدني الأردني/ م.(1/247) من مشروع القانون الفلسطيني.

محل الدعوى الأموال الممنوعة من الحجز كالنفقة مثلاً،[1] وراتب الموظف بما يزيد عن الربع،[2] فلا جدوى ولا نتيجة محققة للدائن.

الدائن يحل محل المدين في الدعوى المذكورة ويمثله بتصرفاتٍ قانونية، لكن حقه مقيدٌ ومبنيٌ على أساس تصرفات المدين وقدرته المالية، ولصحة الدعوى يُشترط إعسار المدين الفعلي، أي أن ديونه تفوق حقوقه،[3] فليس لديه القدرة المالية لسداد دينه وتنفيذ التزامه، وبمعنى آخر للمدين حقٌ على مدينه لكنَه قصر وتراخى وأهمل لدرجةٍ أدت لعجزه عن التنفيذ مما ألحق ضرراً بدائنه، وعلى الدائن إثبات ذلك كشرطٍ لصحة الدعوى،[4] لكن إن سعى المدين وبادر للمطالبة بحقه لكنه لم يحصل عليه لسببٍ ما، فليس للدائن التدخل بأموره ورفع دعوى باسمه إلا إن خشي تواطؤ المدين، فعندئذٍ له التدخل والدفع بالصورية وهذا ما سيتم بيانه في المطلب الثاني.[5]

حق الدائن في تلك الدعوى معترفٌ به طالما أنه موجودٌ وليس متنازعاً عليه، بغض النظر عن نوع الالتزام ومصدر الحق وإن لم يحل أجله،[6] ولكي تُقبَل الدعوى يُشتَرط إدخال المدين خصماً في الدعوى وإلا فتُرد أو يُحكم بعدم قبولها.[7]

تأسيساً على ما سبق، حق الدائن في رفع الدعوى غير المباشرة لا يعني إسقاط حق المدين في ذلك، فحقه مكفولٌ ومحميٌ بالقانون، فهو الأصيل الذي تُقدَم الدعوى باسمه، والدائن يحل محله في

---

[1] م.(49) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[2] م.(51) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[3] سلطان، أنور: **مرجع سابق**. ص121.

[4] م.(2/247) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(2/366) من القانون المدني الأردني.

[5] بكر، عصمت: **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**. مرجع سابق. ص330.

[6] القضاة، ياسين: **الدعوى المباشرة في القانون المدني دراسة مقارنة**. دون ط. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1984م. ص49.

[7] م.(2/366) من القانون المدني الأردني/ م.(2/247) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(235) من القانون المدني المصري.

رفع الدعوى وليس في اكتساب الحق، فالحق يدخل في ذمته، وله التنازل عنه أو التصالح فيه، وإن كان في ذلك إجحافٌ بحق الدائن له اللجوء لدعوى أخرى سيتم بيانها في المطلب الثاني،[1] فالحق المكتسب من تلك الدعوى من الضمان العام، وللدائن المطالبة بحق المدين جميعه وليس فقط بحدود دينه لأنه يتساوى مع باقي الدائنين دون أولوية،[2] فالدائن حتى وإن بذل جهداً وثمناً يبقى كسائرِ الدائنين، ورفعه للدعوى لم يعطِه أي امتياز، وترى الباحثة أن ذلك يضعف من قوة الدعوى في حماية حق الدائن طالما أنه يبقى كغيره رغم الجهد المبذول والمبادرة في المطالبة، وحبذا لو أن لرافع تلك الدعوى امتيازاً لسعيه وبذله في استيفاء الحق، فليس عدلٌ أن يبقى كغيره دون تقدمٍ أو امتياز.

أما مدين المدين فهو طرفٌ من أطراف الدعوى وهو المطالَب بالتنفيذ، ومن حقه أن يدفع تلك الدعوى بالدفوع والبينات المتاحة لديه حسب القواعد العامة، فمن حقه الدفع بسقوط الحق بالتقادم أو بالمقاصة مثلاً، فهو خصمٌ للمدين.[3]

خلاصة القول أن القانون المدني الأردني تناول الدعوى غير المباشرة من جميع جوانبها واعتبرها وسيلةً لضمان حق الدائن، رغم أنها وسيلةٌ ضعيفةٌ تُرهِق المدين وتساويه مع غيره وهذا الجانب يضعفها ويقلل من أهميتها، والقانون المدني المصري[4] ومشروع القانون المدني الفلسطيني كلاهما اتفق مع القانون الأردني في تفاصيل تلك الدعوى، حيث وُجِد نفس النص القانوني الخاص بها بالحرفية والمضمون، أما مجلة الأحكام العدلية خلت من أي نصٍ أو إشارةٍ لتلك الدعوى، وكأن

---

[1] البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**. مج3. مرجع سابق. ص623/ م.(248) من مشروع القانون الفلسطيني.

[2] القضاة، ياسين: **مرجع سابق**. ص30.

[3] عبد الرحمن، أحمد: **مرجع سابق**. ص183.

[4] م.(235) من القانون المدني المصري.

المجلة اعتبرت أن كلَ صاحب حقٍ يمثل نفسه ويطالب بحقه، وليس لأحدٍ أن يحل محل أحد، فلا يوجد نصٌ قانونيٌ قريبٌ من فكرة الدعوى غير المباشرة للقياس عليها، ونص المادة(1640) من المجلة تؤكد على ذلك، حيث بيَنت أن مدين المدين ليس خصماً للدائن[1] وهذا يقلل من وسائل الضمان العام التي شرعَها القانون حمايةً لحق الدائن، بالاستناد لقانون التنفيذ الفلسطيني اشترط تقديم طلب التنفيذ من صاحب الصفة(المنفِذ/ الدائن) ضد المنفَذ ضده سواء أكان أصيلاً أو تابعاً كالكفيل مثلاً، حيث تثبت صفته بالسند التنفيذي المقدم، وليس للدائن تقديم الطلب ضد مدين مدينه لانعدام الصفة حتى لو كان الطلب باسم المدين،[2] فقانون التنفيذ الفلسطيني لم يعترف بالدعوى غير المباشرة، ولم يُعثَر على حكمٍ قضائيٍ له علاقة بالموضوع.

الفرع الثاني: الدعوى المباشرة.

الدعوى المباشرة وسيلةٌ من الوسائل القانونية المقررة لمصلحة الدائن، يلجأ لها الدائن إذا لم يُنفذ المدين التزاماته العقدية، وهي دعوىٌ استثنائيةٌ للمحافظة على ضمانات الدائن،[3] والقانون المدني الأردني تطرق للدعوى المباشرة بنص خاص وهي الدعوى التي يرفعها مالك المواد على صاحب الأرض إذا أحدث شخص غراساً أو منشئات بمواد مملوكة لغيره على أرض أحد،[4] ويتضح أن حق رفع الدعوى المباشرة ليس مطلقاً بالنسبة للدائن بل مقيداً، فلا يمكن رفعها بجميع الحالات التي يتعذر على المدين تنفيذ التزامه، فالدعوى المذكورة يرفعها الدائن على مدين مدينه دون علاقةٍ

---

[1] " إن كان للدائن دينٌ في ذمة شخص غائب أو متوفى وكان ذلك الشخص دائن لآخر، فليس للدائن الأول أن يثبت دينه ويواجه مدين مدين لانتفاء العلاقة بينهما، بل يثبت ذلك في مواجهة الخصم الشرعي" تلك المادة تثبت ما تم توضيحه بخصوص موقف المجلة من الدعوى غير المباشرة/ انظر حيدر، علي: **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**. ج4. **مرجع سابق**. ص246.

[2] قانون التنفيذ الفلسطيني اعترف بحالة قانونية واحدة لإنشاء علاقةٍ ما بين الدائن ومدين مدينه وهي حوالة الدين، بموجبه ينفِذ الدائن السند التنفيذي بمواجهة مدين مدينه دون اشتراط قبوله، لكن تلك الحالة لا تعتبر دعوى غير مباشرة بل لها أحكامٌ وشروطٌ خاصة. انظر التكروري، عثمان: **الوجيز في شرح قانون التنفيذ الفلسطيني رقم** 23 لسنة 2005. مرجع سابق. ص103-109.

[3] القضاة، ياسين: **مرجع سابق**. ص59.

[4] م.(1143) من القانون المدني الأردني.

بينهما للمطالبةِ بحقوق مدينه ليتمكن المدين من تنفيذ التزاماته للدائن، فالحق يخرج من ذمة مدين المدين إلى ذمة الدائن مباشرةً دون تدخلٍ من المدين، فالدائن له سلطةٌ قانونيةٌ مباشرة وليس للمدين التصرف بحقه لدى مدينه إلا بعد استيفاء الدائن لكاملِ حقه،[1] فتلك الدعوى منحةٌ أقرها المشرع للدائن ليستأثر بالحق دون مدينه،[2] وحالات رفع الدعوى المباشرة مذكورةٌ على سبيل الحصر، متفقٌ على وجود بعضها، ومختلفٌ على البعض الآخر، فالدعاوى المتفق عليها هي:

أولاً: الدعوى التي يرفعها المرسَل إليه على الناقل.

قانون التجارة الأردني المطبق في الضفة الغربية[3] واضحٌ وصريحٌ بشأن الدعوى المباشرة، حيث أعطى للمرسَل إليه وهو ليس طرفاً في عقد النقل حق إقامة دعوى على الناقل إن لم يوفِ الأخير بالتزاماته بموجب العقد ما بين المرسل والناقل كالالتزام بتسليم البضائع مثلاً أو الالتزام بدفع تعويض نتيجة التأخير،[4] فحين يسلم الناقل البضاعة للمرسل إليه يلتزم الأخير بفحصها والتأكد من صحتها وعدم تعرضها للتلف أو التبديل،[5] ويشترط لذلك أن يقدم المرسَل إليه وثيقة الشحن إن كانت قد سُلِمت إليه من قَبل.[6]

ثانياً: الدعوى المباشرة التي يرفعها المقاول من الباطن على رب العمل.

---

[1] شربا، أمل: **القانون المدني3**. دون ط. الجمهوية العربية السورية: الجامعة الافتراضية السورية SVU. 2018م. ص45.

[2] عبيدات، محمد: ***تقييم الدعوى المباشرة في القانون الأردني: دراسة مقارنة***. **دار المنظومة**. جامعة اليرموك- عماة البحث العلمي. مج24 ع4/ 2008م.

[3] قانون التجارة الأردني رقم(12) والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 1910 بتاريخ 1966/3/30م.

[4] م.(73) من قانون التجارة الأردني.

[5] سامي، فوزي: **شرح القانون التجاري**. ج1. ط1. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2008م. ص230-234.

[6] **مشروع صك الأونسيترال بشأن النقل البحري للبضائع واتفاقيات أخرى خاصة بالنقل**. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. الجمعية العامة. 2003م. ص83

قانون العمل الأردني[1] ذكر حالةً من حالات رفع الدعوى المباشرة، فعقد المقاولة من العقود الملزمة للطرفين، ومن أهم الالتزامات الواقعة على عاتق رب العمل دفع أجر المقاول لديه، فالأجر من عناصر العقد وبدونه يختل التكييف القانوني للعقد ويتحول لعقد تبرع، في المقابل يلتزم المقاول بأداء الأعمال المتفَق عليها دون تغييرٍ أو تحريف،[2] كما أن بعض عقود المقاولة تتطلب أعمالاً متعددةً لها اختصاصاتٌ مختلفة، فيضطر المقاول للاستعانة ببعض العمَال لإنجاز العمل المتفق عليه، فالمقاول الأصلي يعمل كمقاولٍ لدى صاحب العمل ويحصل على أجره منه بموجب عقد المقاولة، والمقاول من الباطن يعمل بمثابة عاملٍ لدى المقاول الأصلي ويتقاضى أجرته منه كذلك بموجب عقد المقاولة من الباطن دون علاقةٍ بينه وبين صاحب العمل فيعتبر من الغير، فصاحب العمل مدينٌ للمقاول الأصلي بالأجر، والمقاول الأصلي مدينٌ للمقاول من الباطن بأجره، وبشكلٍ عام المقاول الأصلي هو المسؤول عن المقاول من الباطن وهو الذي يمثله،[3] فإن تخلَف صاحب العمل(المدين) عن دفع الأجر للمقاول الأصلي سيؤثر على حق المقاول من الباطن ويعيق حصوله على أجره، فإن حصل ذلك كان للمقاول من الباطن حق رفع دعوى مباشرة باسمه على صاحب العمل ومطالبته بأجر المقاول الأصلي وفي حدود القدر الملتزم به الأخير تجاه دائنه عند رفع الدعوى،[4] فإن كان ما أوفاه صاحب العمل للمقاول الأصلي يقل عمَا يستحقه المقاول من الباطن فليس للأخير إلا الرجوع على مدينه بما تبقى له.[1]

---

[1] قانون العمل الأردني رقم(8) المنشور في الصفحة 1173 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4113 بتاريخ 1996.

[2] عبد الوهاب، أشرف. أحمد، إبراهيم: **عقد المقاولة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء**. ط1. القاهرة: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2018م. ص8.

[3] مازة، حنان: **التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء(رسالة دكتوراه غير منشورة)**. جامعة وهران2. الجزائر. 2015-2016م. ص6.

[4] م(15/هـ/1) من قانون التجارة الأردني/ م.(1/757) من مشروع القانون الفلسطيني أعطت العمال والمقاولين من الباطن حق مطالبة صاحب العمل بالأجر بشكلٍ مباشر دون ذكر كلمة" دعوى" لكن يمكن اعتبارها حالة من حالات الدعوى المباشرة، والمادة(651) ألزمت

أما النوع الآخر للدعوى المباشرة، المصدر التاريخي للدعوى المباشرة القانون الفرنسي المأخوذ عن القانون الروماني، وهذا القانون تضمن دعواى مباشرة لا يمكن تعميمها أو تطبيقها في الوقت الحالي لعدم صراحة النصوص القانونية.[2]

ما يثير الجدل الدعوى التي يرفعها المتضرر من حوادث السيارات على شركة التأمين، فتلك الحالة مختَلفٌ على تكييفها بين الشرَاح،[3] فالبعض يعتبرها حالةٌ من حالات الاشتراط لمصلحة الغير لأن الدائن ليس طرفاً في العقد ومع ذلك يحصل على حقٍ ناتجٍ عن العقد، وهو في ذلك كالمستفيد في عقد الاشتراط لمصلحة الغير،[4] لكن لا يمكن أخذ ذلك بعين الاعتبار، فقانون التأمين الأردني صرَح بعبارة" يحق للمتضرر مطالبة شركة التأمين مباشرة بالتعويض عن الأضرار..." فالفرق واضحٌ بين الاشتراط لمصلحة الغير والدعوى المباشرة، ففي الدعوى المباشرة ليس للمدعى عليه مواجهة المدعي بالدفوع التي بإمكانه أن يدفع بها تجاه دائنه حيث يكون حق المتضرر مستقلاً عن حق المؤمن،[5] على عكس الاشتراط لمصلحة الغير،[6] كما أن هدف عقد التأمين تعويض المتضرر عن الأضرار اللاحقة به، فقد يكون المؤمن معسراً مما يحول دون حصول المتضرر على حقه وهذا هو

المستأجر من الباطن بدفع الأجرة للمؤجر بشكلٍ مباشر وهذا تطبيق للدعوى المباشرة، وم.(808) جعلت العلاقة من بين الموكل والوكيل الثاني مباشرة ولكل منهما الرجوع للآخر، فيمكن القول أن المشروع اعترف بالدعوى المباشرة.

[1] م(15/هـ/2) من قانون التجارة الأردني/ البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع**. مج8. مرجع سابق. ص262

[2] من الأمثلة على حالات الدعوى المباشرة المذكورة في القانون الروماني، رفع المؤجر دعوى مباشرة على المستأجر من الباطن للمطالبة بالأجرة ودعوى إدارة الأعمال التي يرفعها شخصٌ غائبٌ على من يدير أمواله دون علاقةٍ عقديةٍ بينهما وغيرها من الأمثلة انظر القضاة، ياسين: **مرجع سابق**. ص50– 53.

[3] الموسى، ريم: **الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية المدنية دراسة مقارنة (رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2010م. ص11.

[4] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج1. مرجع سابق. ص466.

[5] م.(13/ب) من نظام التأمين الإلزامي رقم(12) المنشور على الصفحة 2192 في الجريدة الرسمية عدد 5025 لسنة 2010م.

[6] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج1. مرجع سابق. ص477.

هدف الدعوى المباشرة، كذلك المؤمن يتعاقد باسمه ولمصلحته على خلاف الاشتراط لمصلحة الغير حيث يتعاقد المتعهد باسمه الشخصي لكن لمصلحة شخصٍ آخر.[1]

قانون التامين الأردني تناول التأمين من جميع جوانبه، فالمؤمن يتعاقد مع شركة التأمين وتلتزم الأخيرة بتعويضه عن الأضرار التي تلحق به حسب نوع الضرر المتفق عليه، فوقوع الحادث المتفق عليه يعطي المؤمن حقَ الرجوع على الشركة للمطالبة بتغطية الضرر الحاصل وتعويض المتضرر،[2] فالقانون أعطى المتضرر الخيار إما بالرجوع إلى المؤمن ومطالبته بالتعويض والذي بدوره يعود للشركة لتتحمل المسؤولية كاملة، أو يعود على الشركة بشكلٍ مباشر دون عقد بينهما،[3] وهذه حالة من حالات الدعوى المباشرة.[4]

الدعوى المذكورة من أقوى الدعاوى التي تضمن حق الدائن، وتتميز عن غيرها من الدعاوى بالمنحة التي تمنحها للدائن، حيث يكون له ميزه الأفضلية ويتجنب مزاحمة دائني مدينه،[5] لكن تلك الدعوى لا تحميه من مزاحمه دائني مدين مدينه،[6] فالدعوى المباشرة هي من الدعواى المتعلقة بالنظام العام،[7] لكن حتى يتمتع الدائن بالامتياز لا بدَ أن يكون له حقٌ ثابتٌ مؤكدٌ موجودٌ مستحقُ

---

[1] السنهوري، عبد الرزّاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج2. مرجع سابق. ص1672.

[2] عبد الوهّاب، أشرف. أحمد، إبراهيم: **عقد التأمين في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء**. ط1. القاهرة: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2018م. ص7-11.

[3] م.(13/ب) من نظام التأمين الإلزامي رقم(12) لسنة 2010م.

[4] السنهوري، عبد الرزّاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج7. مج2. بيروت. لبنان: دار إحياء التراث العربي. ص1647.

[5] عبد الرحمن، أحمد: **مرجع سابق**. ص185.

[6] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج2: دائرة المعارف القانونية. 1899م. ص922.

[7] القضاة، ياسين: **مرجع سابق**. ص78.

الأداء وخاليٌ من النزاع مع توافر حالةٍ من حالات الدعوى المباشرة المذكورة في السابق، فتلك الدعوى لا تتم إلا بنصٍ قانونيٍ خاص.[1]

بالتمعُن في النصوص القانونية الواردة في مجلة الأحكام العدلية يمكن استنتاج تطبيق على تلك الدعوى في المادة(427) المتعلقة بإعادة الإيجارة حيث يُعطى المؤجر حق مطالبة المستأجر الثاني دون وجود عقدٍ بينهما وهذا تطبيق لفكرة الدعوى المباشرة،[2] كذلك المادة(1466) تُنشِئ علاقةً ما بين الموكل والوكيل الثاني رغم انتفاء العقد بينهما،[3] وهذا يعني أن المجلة أخذت بالدعوى المباشرة وطبَقت أحكامها دون أن تبين الأثر المترتب عليها، لكن مشروع القانون الفلسطيني تكفل بذلك في المادة 651، بالنسبة لقانون التأمين الفلسطيني اعترف بالدعوى المباشرة وأورد حالة من حالاتها، فأعطى المتضرر حق رفع الدعوى المباشرة على شركة التأمين ومطالبتها بالتعويض بعد إدخال المؤمَن له كخصمٍ في الدعوى وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفلسطينية واعتبرت انتفاء ذلك الشرط سبباً لرد الدعوى،[4] كذلك قانون العمل الفلسطيني منح العامل حق إقامة دعوى مباشرة للمطالبة بالتعويض عن إصابات العمل ضد الغير، وحق العامل بإقامة دعوى ضد صاحب العمل القديم والجديد بالتضامن،[5] فتلك الحالات تطبيق للدعوى المباشرة وهذا ما صرَحت به محكمة النقض الفلسطينية،[6] على عكس قانون التنفيذ الفلسطيني الذي لم يتضمن مثل تلك الحالات.

---

[1] الجبوري، ياسين: ***الدعوى المباشرة في القانون الأردني*. مجلة الشريعة والقانون**. مج 26 ع52/ الإمارات. 2012م. ص295-300.

[2] حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج1. ص463.

[3] المرجع السابق. ج3. ص571/ م. (808) من **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**.

[4] م.(45، 151) من قانون التأمين الفلسطيني/ انظر الحكم القضائي رقم 493 الصادر سنة 2013م عن محكمة النقض الفلسطينية https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[5] م.(2/127، 37) من قانون العمل الفلسطيني رقم 7 المنشور في العدد 39 في جريدة الوقائع الفلسطينية لسنة 2000م.

[6] انظر الحكم القضائي رقم 1292 الصادر سنة 2018م عن محكمة النقض الفلسطينية https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-

المطلب الثاني: الضمانات العلاجية.

سميت الضمانات بالعلاجية لأن الدائن يعالج ما سببه المدين من ضررٍ عليه، فتُتَخذ بعد إقدام المدين على إبرام تصرفاتٍ قانونيةٍ تؤثر على حقه، وبهذا المطلب سيتم بيان تلك الضمانات، في الفرع الأول سيتم الحديث عن الدعوى الصورية، وفي الفرع الثاني سيتم بيان دعوى عدم النفاذ(البوليصية).

الفرع الأول: الدعوى الصورية.

تتمحور فكرة الصورية حول إرادتين، إحداهما ظاهرةٌ والأخرى باطنة، فما هو ظاهرٌ للعيان يخالف ما هو باطن، وورد تعريف الصورية" أنها إرادة المتعاقدين لإخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه لسببٍ قام عندهما، وبناءً على ذلك يكون بالصورية عقدان قائمان، أحدهما صوريٌ وهو العقد الظاهر للعيان، والآخر حقيقيٌ وهو المستتر أو المخفي وهو ما يطلق عليه مسمى" ورقه الضد"[1] كما عُرفت الصورية في الموسوعة الفقهية ب" المواضعة أو التلجئة وهو التظاهر بإنشاء عقدٍ صوريٍ خوفاً من ظلم جائر، ولكنهما لا يريدانه في الحقيقة، فمصيره إما البطلان أو الفساد أو الجواز".[2]

كذلك عُرِفت صورية العقد" اتفاق الطرفين في العقد يكون ظاهرياً، وانتفاء الإرادة الحقيقية في أصل العقد" والصورية لها أكثر من شكل، فقد تكون مطلقة أي كاملة وهو ما أُطلِق عليها بالمواضعة في أصل العقد، حيث لا يوجد العقد ذاته بل عقدٌ آخر يختلف عن العقد الصوري أو ما يسمى بالوهمي كوجود عقدِ هبة لكنَ صوريته عقد بيعٍ لتهريب الأموال مثلاً للإضرار بالدائنين أو الورثه، أما الشكل الآخر للصورية فتكون نسبيةً أي جزئية، أو ما تسمى بالمواضعة في البدل[3] فالعقد الظاهر

---

[1] السنهوري، عبد الرزّاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج2. مرجع سابق. ص994.

[2] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: **الموسوعة الفقهية**. ج12. ط 2. الكويت: مطبعة ذات السلاسل. 1988م. ص158.

[3] الزرقا، مصطفى: **المدخل الفقهي العام**. ج1. ط2. دمشق: دار القلم. 2004م. ص439- 443.

هو نفسه العقد الحقيقي، لكن الصورية تكون في جزءٍ منه كالثمن مثلاً،[1] كما عرفت محكمة النقض الفلسطينية الصورية" اتفاق العاقدين على إخفاء التعاقد الحقيقي بينهما بعقدٍ ظاهرٍ غير حقيقي، ويشترط فيها اتحاد العاقدين واتحاد موضوع التعاقد وتزامن العقدين الظاهر والمستتر والاتفاق على إخفاء إرادتهما الحقيقية،[2] ولرفع تلك الدعوى يجب أن يُراعى مدى توافر شروط صورية العقد.

الشرط الأول: يشترط وجود عقدين، أحدهما ظاهرٌ صوريٌ والآخر خفيٌ حقيقيٌ، سواء أكان العقد ملزماً لجانبٍ واحدٍ أو لجانبين، فلا فرق للحكم بوجود الصورية، بل ما يولِد الفرق اختلاف ماهية العقدين أو بندٍ منه.[3]

الشرط الثاني: أن يتم إبرام العقدين بالتزامن أي في الوقت ذاته، لكن تجدر الإشارة أن احتمالية اللبس والخلط ما بين صورية العقد وتعديله واردة، وتجنباً لذلك يُراعي زمن إبرام العقد، فإن كانوا متزامنين وبنفس اللحظة فالأرجح أن تكون صورية، أما إن كان وقت إبرامهم متعاقباً، فالاحتمالية الأقوى تعديلٌ أو تغييرٌ لماهية العقد أو لبندٍ من بنوده فيكون بمثابة عقدٍ ثانٍ وهذا يخضع لتقدير القاضي،[4] لكن شرط التزامن لا يعتبر شرطاً جازماً للفصل بين حالة توافر الصورية من انتفائها، فيخضع ذلك لإرادة الأطراف ونيتهم، لكن الوصول لنية المتعاقدين ليس أمرٌ سهلاً، ولا يمكن محاسبة المتعاقدين على نيةٍ باطنةٍ خفيةٍ، فالعبرة بالثابت قطعاً.[5]

---

[1] البكري، محمد: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**. دون ط. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. 2017م. ص13.

[2] انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 186 لسنة 2004م.

[3] انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 106 لسنة 2004م والذي ورد فيه تعريف الثمن الصوري.

[4] م.(176) من مجلة الأحكام العدلية/ انظر حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية رقم 19 لسنة 2004م والذي بيّن شروط صورية العقد. ملاحظة: الأحكام القضائية المذكورة في هوامش تلك الصفحة منشورة على موقع المقتفي التابع لجامعة بيرزيت. http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=49800

[5] م.(74) من مجلة الأحكام العدلية، لا يجوز إثبات حكم قائمٍ على وهمٍ أو مجرد ظن، انظر حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج1. ص73.

الصورية يتم اللجوء لها إما للإضرار بالدائنين بتهريب الأموال دون تنفيذ الالتزام أو بالخلف الخاص،[1] فالمتضرر من الصورية إما أن يكون الدائن أو الخلف الخاص أو شخص آخر كالشفيع مثلاً، والقانون أعطى طرفي العقد والغير حق اللجوء للمحكمة والادعاء بالصورية،[2] والأطراف المذكورة عليهم الإثبات فالبينة على من ادعى،[3] فيكون لهم إثبات صورية العقد والتمسك بالعقد الحقيقي أو التمسك بالعقد الصوري المستتر وإثبات حقيقته وصحته، فكلٌ منهم يتمسك بالعقد الذي يصب في مصلحته، أما إن تعارضت مصلحة الطرفين، أحدهما يتمسك بالصورية الظاهرة والآخر يتمسك بالعقد الحقيقي، فالحكم للطرف الأول المتمسك بالصورية،[4] والمحكمة لها الظاهر لصعوبة إثبات الإرادة الخفية، أما بخصوص وسائل الإثبات إن كانت الدعوى مرفوعة من أحد طرفي العقد يتم الإثبات حسب القواعد العامة الواردة في قانون البينات الفلسطيني رقم 4 الصادر سنة 2001،[5] أما إن رُفعت من الغير فيتم إثبات الصورية بجميع الوسائل باعتبارها واقعة مادية بالنسبة للغير.[6]

إذن اتفق المشروع المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري مع القانون الأردني بما يخص دعوى الصورية، أما مجلة الأحكام العدلية فلم تُصرِح بنصٍ قانونيٍ خاصٍ بالصورية، لكن يمكن القول بتطبيق المجلة للصورية بناءً على القاعدة العامة" العبره في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" [7] فالمجلة أخذت بنية الأطراف وقصدهم الدفين في تكييف نوع العقد، بغض

---

[1] انظر السنهوري: عبد الرزّاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج2. مرجع سابق. ص1009. عرّف الخلف الخاص" هو كل من كسب حقاً عينياً من أحد طرفي العقد على الشيء محل التصرف الصوري، سواء اكتسب ذلك الحق قبل أو بعد التصرف الصوري" فالخلف الخاص طرفٌ له علاقة بالعقد لكنه ليس من المتعاقدين وليس من الخلف العام كأن يكون مشترياً ثانياً لمحل العقد الصوري.

[2] م.(1/368) من القانون المدني الأردني.

[3] م.(76) من مجلة الاحكام العدلية.

[4] م.(368) من القانون المدني الأردني/ م.(256) من مشروع القانون الفلسطيني.

[5] انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 14 لسنة 2004م. منشور في الموقع الإلكتوني http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=36393

[6] م.(368) من القانون المدني الأردني/ م.(256) من مشروع القانون الفلسطيني.

[7] م.(3) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(220) **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.**

النظر عن اللفظ المطلق على العقد، وبغض النظر عن مسمى العقد الخاص بالمتعاقدين، وهذا ما تعتمد عليه المحاكم الفلسطينية للفصل في دعوى الصورية المنظورة أمامها.[1]

الفرع الثاني: دعوى عدم نفاذ التصرف(الدعوى البوليصية).

هي دعوى قضائيةٌ يرفعها الدائن بصفته واسمه الشخصي على مدينه مطالباً عدم نفاذ تصرفات الأخير القانونية كونها تضر به وتُعدِم العناصر الإيجابية الموجودة في ذمة المدين أو تنقص منها بشكلٍ يحول دون تنفيذ العقد،[2] وتلك الدعوى معتَرفٌ بها في القانون المدني الأردني والمصري ومشروع القانون الفلسطيني مع وجود بعض الاختلافات التي سيتم بيانها لاحقاً.

المدين قد يكون سيء النية يهدف لإلحاق الضرر بدائنيه بإبرام عقودٍ لتهريب أمواله والدخول بحالة إعسارٍ وعجزٍ مالي، لذلك القانون أعطى لدائن حق التدخل في تلك التصرفات والطعن بها والمطالبة بإبطالها،[3] وهناك شروطٌ خاصة إن توافرت مجتمعه كان للدائن المطالبة بحقه برفع دعوى عدم النفاذ.

مجرد وجود الدين لا يعطي الدائن حق رفع تلك الدعوى، بل يُعتَمد على مقدرة المدين المالية، فالقانون المدني الأردني اشترط أن يكون المدين في ضائقةٍ مالية، فديونه تساوي ما يملك أو حتى تفوق أمواله سواء أكانت تلك الديون مستحقة الأداء أو مؤجلة،[4] وهذا ما يسمى بالإعسار الفعلي الذي يشترط توافره للطعن بتصرف المدين،[5] ويتبين أن إعسار المدين أو كفاية أمواله ليست مجرد

---

[1] الحكم القضائي الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية رقم(235) لسنة 2020م https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-

[2] السنهوري: عبد الرزّاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج2. مرجع سابق. ص926.

[3] الشرقاوي، جميل: **مرجع سابق**. ص105.

[4] م.(370) من القانون المدني الأردني لم تشترط حلول أجل الدين لرفع الدعوى على عكس مشروع القانون المدني الفلسطيني الذي اشترط استحقاق أداء الدين في م.(249) منه.

[5] السنهوري: عبد الرزّاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج2. مرجع سابق. ص956. حيث عرَف الإعسار الفعلي" عدم قدرة المدين على الوفاء بديونه الحالة والمستقبلية".

ادعاء بل يقع على عاتق الدائن عبء إثبات ذلك لقبول دعواه، فيثبت ما في ذمة المدين من أموال وما نقص منها، إلا إذا استطاع المدين دحض ذلك بإثبات العكس، فيُثبِت أن لديه أموالاً كافيةً للوفاء بديونه كافَة، واتفق القانون الأردني والمصري والمشروع الفلسطيني على ذلك.[1]

مع الإشارة إلى نية المدين وقصده الإضرار بدائنيه، فالقانون الأردني لم يعتبر الغش والتواطؤ شرطاً لرفع الدعوى، سواء أكان العقد معاوضة أو تبرع بل اكتفى بعلم المدين بالإعسار،[2] أما مشروع القانون الفلسطيني والقانون المصري فكلاهما اعتبر الغش شرطاً أساسياً لرفع الدعوى إن كان العقد المُبرَم معاوضة، ويُلاحَظ أن إقدام المدين المعسر على إبرام عقدٍ منقصٍ من ذمته المالية ليس له سببٌ أو مبررٌ إلَا إلحاق الضرر بدائنيه، أما الطرف الآخر المتعاقد لا يكون للدعوى أثرٌ عليه إلا إن كان عالماً بإعسار المدين وقت إبرامه للعقد، أما إن كان العقد تبرعاً فلا يُشترط توافر الغش بغض النظر عن نية المتعاقد الآخر، فمصلحة الدائن تُقدم عليه،[3] وحبذا لو أن المشرع الأردني بين حالات الغش والعقود التي ينبغي أن يتوافر فيها الشرط المذكور لغايات الطعن ووقف النفاذ، فعدم نفاذ العقد يوقِف العقد المبرم وربما تضيع حقوق المتعاقد الآخر الذي قد يكون حسن النية ولا يعلم بإعسار المدين، فإن كان العقد معاوضة وقف التنفيذ سيلحق به ضرراً، وإن كان عقد تبرع فكذلك سيلحق به ضرراً من ناحيةٍ معنويةٍ ومادية لأنه قد يكون أنشأ التزامات مالية أو أبرم عقوداً، فلو كان المشرع واضحاً وبيَن تفاصيل الدعوى بشكل أوسع لسهَل على المحاكم عوضاً عن الدخول في حيثيات إثبات النية والتي يصعب في أغلب الأحيان الوصول إليها بشكلٍ دقيق.

---

[1] م.(372) من القانون المدني الأردني/ .(239) من القانون المدني المصري/ م.(253) من مشروع القانون الفلسطيني. / انظر الحكم القضائي رقم(2003/4304) الصادر عن محكمة التمييز الأردنية https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[2] م.(371) من القانون المدني الأردني/ انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص376.

[3] م.(238) من القانون المدني المصري/ م.(2/250) من مشروع القانون الفلسطيني/ انظر الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام(آثار الحق في القانون المدني). مرجع سابق.** ص108- 109/ انظر الحكم القضائي الصادر عن محكمة استئناف رام الله رقم 510 لسنة 2015م والذي اشترط توافر الغش كسببٍ لرفع الدعوى في عقد المعاوضة دون التبرع، والحكم القضائي الصادر عن محكمة استئناف رام الله رقم 729 لسنة 2013م https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

أما بشأن التصرف المبرم فينبغي أن يكون تصرفاً قانونياً مفقراً" وهو التصرف الذي يُقدم عليه المتصرف بإرادته الحرة قاصداً القيام به" والتصرفات القانونية مصدرها إما العقد أو الإرادة المنفردة، على خلاف الواقعة المادية التي تنشأ وترتب التزاماً على مسببها دون أن يكون له إرادةٌ للقيام بها كقيامه بحادث سير رتَب عليه تعويضاً،[1] والمراد بخصوص دعوى عدم النفاذ للطعن به هو التصرف القانوني الناشئ عن الإرادة وليس الواقعة القانونية التي تنشأ دون إرادته،[2] كذلك أن يكون التصرف مفقراً" وهو التصرف الذي من شأنه أن ينقص من حقوق المدين أو يزيد ويُنشئ عليه التزامات"[3] سواء أكان التصرف معاوضةَ كعقد الإيجار فيُؤجِر بأجرةٍ بخسة للإضرار بدائنيه، أو تبرعاً،[4] كما يؤخذ بعين الاعتبار تاريخ إبرام التصرف، فيشترط أسبقة تاريخ دين الدائن على تاريخ صدور التصرف، وإلا سقط حق الدائن في رفع الدعوى، حيث تنتفي نية إلحاق الضرر به.[5]

لكن حق الدائن في المطالبة بعدم نفاذ تصرفات المدين ليس مطلقاً بمجرد وجود الدين، بل يُشترط استحقاقه وهذا ما صرَح به القانون المصري والمشروع دون تفرقة بين عقد معاوضة أو تبرع،[6] أما القانون الأردني فلم يصرح بذلك، لكن بالتمعن بالنصوص ذات العلاقة بالموضوع ذُكِرَت عبارة" إذا طلب الدائنون" وطلب الدين لا يتم إلا بحلول أجله، وبناء عليه يجب التفرقة بين عقد المعاوضة

---

[1] الزرقا، مصطفى: **المدخل إلى النظرية العامة في الفقه الإسلامي**. ط1. دمشق: دار القلم. 1999م. ص101- 103.

[2] الزيود، نور. العبادي، حمدان: ***دعوى عدم نفاذ التصرف وفقاً لأحكام قانون الإعسار الأردني***. **مجلة كلية الشريعة والقانون. جامعة مؤتة. الأردن**. 2020م. ص4503.

[3] المرجع السابق.

[4] طلبة، أنور: **الصورية وأوراق الضد**. ج1. ط1: المكتبة القانونية(المكتب الجامعي الحديث). ص156.

[5] انظر الحكم القضائي رقم(1369/ 2001) الصادر عن محكمة التمييز الأردنية https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[6] م.(237) من القانون المدني المصري/ م.(249) من مشروع القانون الفلسطيني.

والتبرع، فإن كان معاوضة تُطبَق نص المادة 371 التي تشترط الطلب، أي استحقاق الدين، أما إن كان تبرع فتُطبق المادة 370 والتي لا تشترط الطلب أي الاستحقاق.[1]

القانون المدني الأردني لم يتطرق للأحكام الخاصة بالخلف الخاص، أما القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني فكلاهما خص الخلف الخاص بنصوصٍ للحكم على تصرفه بالأموال التي تلقاها من المدين، مع الأخذ بعين الاعتبار حق المتصرف إليه، فإن كان التصرف ما بين المدين والخلف الخاص معاوضة، وما بين الأخير والمتصرف إليه معاوضة فعلى الدائن إثبات غشِ المدين وعلمِ الخلف الأول والثاني بذلك، أما إن كان كلا التصرفين تبرعاً فلا يشترط الغش أو سوء النية لرفع الدعوى، أما إن كان التصرف الأول معاوضةَ والثاني تبرعاً فيجب إثبات غش المدين وعلم الخلف الأول بذلك، أما عكس الحالة المذكورة فيشترط علم المتصرف إليه بإعسار المدين وعجزه.[2]

إذا كان الحكم الصادر في دعوى عدم النفاذ يصب في مصلحة الدائن يُوقَف نفاذ التصرف المبرم ولا أثرٌ يترتب عليه بالنسبه للدائنين،[3] دون أن يبطل التصرف بحد ذاته إن كان مبرماً بشكلٍ قانونيٍ سليم، بل يبقى التصرف في مواجهة العاقد الآخر صحيحاً، ويُعتبر تنفيذه التزاماً على المدين دون مزاحمة الدائنين في حقهم، وللعاقد الآخر المطالبة بحق الاستحقاق ويستطيع الأخير الدفع بالدفوع

---

[1] الفار، عبد القادر: **أحكام التزام(آثار الحق في القانون المدني)**. مرجع سابق. ص103. يُلاحَظ أن محكمة التمييز الأردنية لم تفرق بين ما إذا كان الدين مستحقاً أو مؤجلاً في عقود المعاوضة والتبرع، بل ما عُنيت به أن يكون الدين موجوداً وثابتاً وخالياً من النزاع بغض النظر عن تاريخ استحقاقه، وفي ذلك الصدد أشارت م.(371) إلى حالة" التفليس العام" والتي تتمثل بقيام الدائنين على المدين في حال عدم قدرته الوفاء بدينهم المستحق الأداء دون أن يتم رفع الأمر للقاضي، فتكون آثاره على المدين أشدَ من الحالة المذكورة في م.(370) نظراً لقيام الدائنين عليه، فيمنع من التبرع وعقود المعاوضة ولو بغير محاباة ومن الوفاء بديونه الحالة. انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص378.

[2] م.(3/238) من القانون المدني المصري/ م.(3/250) من مشروع القانون الفلسطيني/ انظر التكروري، عثمان: **أحكام الالتزام(آثار الحق الشخصي)**. مرجع سابق. ص118- 119.

[3] الزيود، نور (العبادي، حمدان): **مرجع سابق**. ص4514.

القانونية في مواجهة المدين،[1] ويشار أن المشرع لم يأخذ بعين الاعتبار الوقت والجهد والتكاليف بل ركَز على المساواة بين الدائنين دون تفضيل أحدهما على الآخر،[2] وهذا يجعل إقبال الدائنين على ذلك النوع من الضمانات خفيفاً كونه لا يحظى بأي مقابلٍ يتفوق به على غيره.

المدين قد يكون شخصاً عادياً كما سبق بيانه وقد يكون تاجراً، والتاجر له خصوصيه بما يتعلق بعجزه عن الوفاء بديونه وبالأخص بإفلاسه، والإفلاس" نظامٌ قانونيٌ يطبق على التاجر العاجز عن سداد ديونه باستصدار حكمٍ من المحكمة لتنظيم أموره الماليه وديونه وفقاً لأحكام قانون التجارة تحقيقاً للمساواة ما بين الدائنين ومراعاةً لترتيب الأولوية بينهم"[3] وبصدور حكم المحكمة بإشهار إفلاسه ما موقف الدائنين من تصرفاته القانونية؟ هل لهم حق الطعن بتصرفاته أو رفع دعوى عدم النفاذ؟

دعوى عدم النفاذ من الدعاوى المشمولة والمطبق عليها قاعدة وقف الإجراءات الفردية، تتمثل تلك القاعدة بمنع الدائنين العادين وأصحاب حق الامتياز العام من رفع دعوى فردية ضد المدين بعد شهر إفلاسه وذلك لتصفية أمواله ولضمان حقوق الدائنين وترتيبهم، حيث تطبق الإجراءات القانونية الجماعية ويتحكم بها أمين التفليسة،[4] فمشروع قانون التجارة الفلسطيني[5]عُني بذلك وخصص نصاً قانونياً بشأن دعوى عدم النفاذ المرفوعة ضد الدائن(التاجر)، فقصر حق رفع

---

[1] طلبة، أنور: **الصورية وأوراق الضد:** مرجع سابق. ص181

[2] م.(373) من القانون المدني الأردني/ م.(240) من القانون المدني المصري/ م.(254) من مشروع القانون الفلسطيني.

[3] البكري، عزمي: **موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد الإفلاس والصلح الواقس من الإفلاس**. ج4. دون ط. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. ص4/ انظر الحكم القضائي الصادر عن محكمة استئناف رام الله رقم 143 لسنة 2004م. http://muqtafi.birzeit.edu/welcome.aspx.

[4] حسان، أمجد. عبد الرحيم، أحمد: ***آثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين*. مجلة الأبحاث المالية والمصرفية**. مج2 ع1/ رام الله. فلسطين. 2015م. ص60-62.

[5] م.(635) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014م. وكذلك الحال في م.(603) من قانون التجارة المصري المنشور في الجريدة الرسمية عدد 19 بتاريخ 1999/5/17م.

الدعوى على أمين التفليسة وحده، فلا يكون للدائنين حق رفعها، والحكم الصادر في الدعوى يسري بحق جميع الدائنين حتى لو نشأ الدين بعد صدور التصرف،[1] على عكس القانون المدني الذي اشترط أسبقة الدين على التصرف، كما خصص القانون التصرفات غير النافذة بحق الدائن مع جعل المساحة مفتوحة لأي تصرفٍ ضارٍ صادرٍ عن المدين شريطة أن يتم في الفترة ما بين توقفه عن الدفع وصدور حكم الإفلاس مع علم المتصرف إليه بذلك.[2]

بخصوص موقف مجلة الأحكام العدلية واعترافها بدعوى عدم النفاذ، بناءً على دراسة وتحليل النصوص القانونية، يُلاحظ أن تلك الدعوى غير مذكورة في المجلة أو الفقه الحنفي بل في الفقه المالكي، أما المجلة فتصدت لفكرة الحجر على المدين المفلس المقابلة لفكرة الحجر على المدين المعسر في القوانين المذكورة رغم أن الفقه الحنفي لم يعترف بالحجر بل اعتبره إهداراً لكرامة الإنسان وآدميته.

أشارت مجلة الأحكام العدلية للقواعد الخاصة بالحجر على المدين المفلس كما أطلقت عليه،[3] فاشترطت صراحةً أن تتساوى ديون المدين المستحقة الأداء أو تزيد عن أمواله، ويُلاحَظ أن مشروع القانون الفلسطيني اتخذ موقفاً مغايراً فاشترط أن تفوق ديون المدين الحالة أموالَه، أما إن كانت مساويةً لها فلا يُعتبر ذلك سبباً للحجر،[4] وقرار الحجر يصدر عن القاضي بطلبٍ من الغرماء إن توافرت الشروط المذكورة، وأجاز المشروع طلب الحجر من المدين نفسه فلم يقصِره على الدائنين

---

[1] البكري، عزمي: **موسوعة الفقه والقضاء الأعمال التجارية**. المرجع السابق. ص176.

[2] م.(630،631) من مشروع قانون التجارة الفلسطيني.

[3] المجلة والفقه الإسلامي يطلقون مسمى" المفلس" على المدين المحجور عليه سواء أكان شخصاً عادياً أو تاجراً، رغم أن هذا المصطلح يقتصر على التاجر في القوانين الحديثة، وقد تدارك مشروع القانون الفلسطيني ذلك حين استعمل لفظ" الإعسار" في إطار القانون المدني، أما القانون الأردني فسار على نهج الفقه الإسلامي في التسمية.

[4] يُلاحظ اتفاق القانون المدني الأردني مع مشروع القانون الفلسطيني على ذلك الشرط وكذلك الحال بالنسبة للفقه المالكي ،إلا أنه قد يُمنَع من التبرع في حال المساواة حسب المالكي/ انظر ابن طاهر، حبيب: **الفقه المالكي وأدلته**. ج5. بيروت. لبنان: مؤسسة المعارف للطباعة والنشر. دون سنة نشر. ص382. / انظر م.(263) من المشروع وم.(375) من القانون المدني الأردني.

كما في المجلة،[1] خشية ضياع الأموال أو تبديدها أو تسجيلها باسم شخصٍ آخر،[2] وقد أعطى المشروع القاضي حق تقدير الظروف المالية المحيطة بالمدين الحالية والمستقبلية،[3] مع الأخذ بعين الاعتبار قواعد التسجيل والتأشير لغايات الإثبات.[4]

أما بخصوص الأثر المترتب على صدور قرار الحجر، صرَحت مجلة الأحكام العدلية بعدم نفاذ تصرفات المدين خلال الحجر عليه إن كانت ضارة أي إذا انقصت من ذمته المالية شريطة حضور المدين من قِبل القاضي أو علمه بإيقاع الحجر إن صدر الحكم غيابياً وإلا فتكون تصرفاته نافذة، أما بعد الحجر فتكون عقوده نافذةً وإقراره نافذاً حيث أن الحجر يُطبَق على أمواله الموجودة حينها، أما ما اكتسبها بعد ذلك فليس للحجر أثرٌ عليها،[5] واتفق مشروع القانون الفلسطيني مع المجلة من ناحية عدم نفاذ التصرفات الضارة بحق الدائنين لكن المشروع الفلسطيني منح المدين حقَ إبرام عقود معاوضة خلال فترة الحجر شريطة حصوله على إذن القاضي وألا فتكون ضارة،[6] أما القانون المدني الأردني اختلف بذلك الأثر مع المجلة، حيث لا تنفذ جميع تصرفات المدين في ماله خلال فترة الحجر ولا الذي اكتسبه بعد ذلك ولا يُؤخَذ بإقراره.[7]

---

[1] أخذ مشروع القانون الفلسطيني بموقف القانون الأردني من ناحية تقديم الطلب من المدين نفسه أو الدائنين ولربما سمح القانون للمدين بطلب إفلاس نفسه للاستفادة من المنح القانونيه كاقتطاع مبلغ للنفقة ونظرة الميسرة مع أن المجلة في م.(1000) تمنح المدين المحجور عليه نفقةً له ولمن تلزم نفقته كذلك الحال في المشروع الفلسطيني والقانون الأردني، في حين جاء في الفقه المالكي" ليس للمدين أن يفلس نفسه" بل بطلبِ أحد الدائنين أو جميعهم/ انظر بن طاهر، حبيب: **الفقه المالكي وأدلته**. ج5. المرجع السابق. ص382. / م.(264) من المشروع وم.(376) من القانون المدني الأردني م.(959) من المجلة.

[2] م.(999) من مجلة الأحكام العدلية.

[3] انظر م.(265) من المشروع وم.(377) من القانون المدني الأردني.

[4] م.(961) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(267) من المشروع/ م.(378) من القانون المدني الأردني.

[5] م.(962،1001،1002) من مجلة الأحكام العدلية.

[6] م.(268،273) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

[7] م.(381) من القانون المدني الأردني، يلاحظ أن القانون الأردني تبنى موقف الفقه المالكي بذلك الخصوص/ انظر بن طاهر، حبيب: **الفقه المالكي وأدلته**. ج5. مرجع سابق. ص383/ انظر الزحيلي، وهبة: **الفقه الإسلامي وأدلته**. ج5. مرجع سابق. ص454-470/ الدسوقي، محمد: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**. ج3. دون ط: دار الفكر. دون سنة نشر. ص413-414.

استكمالاً للأثر السابق تُباع أموال المدين المحجور عليها للوفاء بديونه وتُقسَم على الدائنين، ويُلاحَظ اختلاف المجلة مع القانون الأردني بخصوص الديون المؤجلة، فالفقه الحنفي والذي اعتمدت عليه نصوص المجلة لا يعتبر الحجر على المدين سبباً لسقوط آجال الديون، بل يُوزع من أمواله المباعة لأصحاب الديون المستحقة، وعند حلول آجال الديون يعود أصحابها لأصحاب الديون الحالة ويطالبونهم بحصصهم حسب نسبة الديون،[1] فتتحقق المساواة الفعلية باتخاذ إجراءاتٍ جماعية، أما مشروع القانون الفلسطيني وكذلك القانون الأردني فاتبعوا موقف الفقه المالكي الذي جعل الحجر سبباً لإسقاط أجال الديون، فتقسم أموال المدين على أصحاب الديون الحالة والمؤجلة وإن لم تكفِ فتُقسَم قسمة غرماء مع الأخذ بعين الاعتبار أصحاب حق الامتياز،[2] فالحجر يحقق المساواة القانونية ولكل دائن اتخاذ إجراءاتٍ فردية للمطالبة بدينه فما حصل عليه لا يشاركه به غيره،[3] ثم إن زال سبب الحجر زالت الآثار المترتبة عليه، فالديون التي حل أجلها بسبب الحجر تعود لآجالها بطلب المدين في القوانين التي رتبت سقوط الأجل على قرار الحجر شريطة الوفاء بالديون المستحقة.[4]

ترى الباحثة أن ما اعتمده مشروع القانون الفلسطيني والقانون الأردني بالنسبة للديون المؤجلة أقرب للعدالةِ والمنطق، فانتظار أصحاب الديون المؤجلة لحلول آجال ديونهم يعني تفضيل أصحاب الديون المستحقة وإعطائهم الأولوية، فمرحلة حجر المدين هي مرحلةٌ طارئة كما في إفلاس التاجر، والأصل رفع يد المدين عن التصرف بأمواله لإحصائها وتوزيعها على جميع الدائنين دون أدنى تأجيل، والقول برجوع أصحاب الدين المؤجل على أصحاب الدين الحال ليس حلاً، حيث لا مانع

[1] م.(999) من المجلة/ حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج2. ص721/ التكروري، عثمان: أحكام الالتزام. مرجع سابق. ص153.

[2] م.(3/275) من مشروع القانون الفلسطيني/ م.(1/380،383) من القانون المدني الأردني/ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص388.

[3] انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص384.

[4] م.(23،24) من المجلة/ م.(277) مشروع القانون الفلسطني/م.(385) القانون المدني الأردني.

أن يتصرف أصحاب الديون المستحقة بديونهم مما يولد مشكلة مطالبة جديدة وخلافات بين الدائنين، ومع أن سقوط آجال الديون لا يعني انتهاء ذمة المدين لكنها تكون مهددة بالخطر والخراب.

المبحث الثاني: الوسائل المباشرة للتنفيذ العيني.

تتمثل تلك الوسائل بالحجز على ما للمدين من أموال ومنعه من التصرف بها كإنذارٍ له بتنفيذ التزامه، وهذا يوصِل المدين لمرحلةِ غل يده عن التصرف بالأموال، وسيتم الحديث عن مرحلتين متتاليتين، المرحلة الأولى هي الحجز على أموال المدين حسب قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني وقانون التنفيذ الفلسطيني وهذا سيرد في المطلب الأول، أما المطلب الثاني سيتناول النتيجة المترتبة على تقاعس المدين عن تنفيذ التزاماته وهي مرحلة بيع أمواله لسداد ديونه، فالمبحث سيتناول قواعدَ إجرائية عملية، وتلك القواعد تمس الذمة المالية للمدين، لكن لا يمكن تطبيقها إلا إذا كان لدى الدائن سندٌ تنفيذيٌ صادرٌ عن المحكمة المختصة يثبت حقه ويمنحه شرعيه اللجوء لتلك الوسائل،[1] فبدونه يبقى حق الدائن ثابتاً بصورةٍ نظريةٍ غير ملموسة، ويشار أن تلك الوسائل لا يُلجَأ لها إلا إذا كان التزام المدين دفع مبلغٍ من النقود حصراً، فيتم استيفاء تلك النقود بالحجز والبيع ويتم التنفيذ بشكلٍ مباشر،[2] أما الأنواع الأخرى من الالتزامات فلا يمكن اعتبار الحجز والبيع وسائل لتنفيذها بل يتم اللجوء للوسائل غير المباشرة المذكورة في المبحث الثالث.

[1] م.(8) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ م(6) من قانون التنفيذ الأردني.

[2] منهل، علي: **مرجع سابق**. ص2.

المطلب الأول: الحجز على أموال المدين.

الحَجز لغةً هو" المَنع أو وَضع اليد، وحَجَزَ الشيء أي حازه ومَنَعَه عن غيره وأبقاه لنفسه، وحجز القاضي على ماله أي منعه من التصرف فيه حتى يفض مشكلته مع العدالة".[1]

الحجز التحفظي قانوناً" هو إجراءٌ يُقصَد به منع المدين من التصرف بماله بشكلٍ مؤقتٍ حفاظاً على حقوق دائنيه، حيث تقرر المحكمة منع المدين من التصرفات القانونية على المال المحجوز"[2] ويطلق عليه مسمى الحجز المستعجل وهو" الإجراء الذي تتخذه المحكمة إن كان يخشى الدائن فقدانَ حقه،[3] فالمشرع الفلسطيني أطلق عليه مسمى الحجز التحفظي، في حين أن الأردني أطلق عليه مسمى الحجز الاحتياطي.[4]

ويشار أن الحجز التحفظي لا يُطلِق حق الدائن بل يتطلب بياناتٍ ومستنداتٍ لإثبات حقه سواء كانت تلك السندات موجودةً بين يديه أو موجودةً لدى الغير،[5]مع تقديم كفالة تضمن حق المدين وتعوضه عن الأضرار التي لحقت به إن تبيَن أن طلب الدائن ليس محقاً سواء أكانت الكفالة نقدية أو عدلية،[6] أما ما يتعلق بحق الدائن ذاته فلا بدَ أن يكون الدين معيناً ومستحقَ الأداء وواجبَ السداد وقت تقديم الطلب، مع ضرورة توافر صفة الاستعجال والتي تستدعي حماية أموال المدين بشكلٍ طارئ.[7]

---

[1] مجمع اللغة العربية: **مرجع سابق**. ج1. ص157.

[2] الحكم القضائي رقم 721 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية بتاريخ 2015/6/29م.
https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[3] حشيش، أحمد: **مرجع سابق**. ص28، 215.

[4] م.(1/266) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني/ م.(141) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

[5] برسوم، سليمان: **إجراءات الإثبات في قانون المرافعات**. الاسكندرية. مصر: الدار المصرية للنشر والتوزيع. 1953م. ص39.

[6] انظر حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2205 لسنة 2020م https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[7] انظر الحكم القضائي رقم 738 الصادر سنة 2015م عن محكمة استئناف رام الله/ انظر الحكم القضائي رقم 104 لسنة 2019 الصادر عن محكمة التمييز، والذي ورد فيه تعريف الاستعجال" هو الخطر الحقيقي المحدق الذي يهدد الحق المراد الحفاظ عليه والذي

تحقق الشروط المذكورة يعطي الدائن حقَ استصدار قرار الحجز إلا إذا اتفق الأطراف على المصالحة مما يرفع قرار الحجز،[1] أما إن أصر المدين على الرفض رغم إيقاع الحجز التحفظي على أمواله فليس أمام الدائن إلا اللجوء إلى الخيار الأخير، وهو إقامة دعوى خلال ثمانية أيامٍ من تاريخ صدور القرار،[2] يطالب بها الدائن بإيقاع الحجز التنفيذي وتسمى بالدعوى تنفيذية.[3]

الحجز التنفيذي" هو الإجراء الذي يتخذ الدائن به صفة المنفِذ والمدين صفة المنفذ ضده، ويتم جعل أموال المدين بمسؤولية السلطة القضائية، فيفقد المدين حقه بالتصرف بأمواله المحجوزة، وهذا ينصب بمصلحة الدائن ليتمكن من استيفاء ديونه من ثمن تلك الأموال"[4] والحجز التنفيذي قائمٌ على وجود سندٍ تنفيذي بيد الدائن سواء كان حكماً أو قراراً أو أمراً قضائياً أو محضَر تسوية أو صلحاً مصادقاً عليه من قِبل المحكمة النظامية أو الشرعية أو حتى لو كان حكماً قابلاً للتنفيذ صادراً عن محكِم، فالقانون نصَ صراحةً على اكتساب تلك السندات للصفة التنفيذية، حيث تبقى للسند قوتُه التنفيذية ما لم ينص القانون على وقفه بحكمٍ قضائي،[5] فالسند التنفيذي هو الفاصل بين الحجز التحفظي والتنفيذي، لكن الأمر لا يقتصر عليه، بل يقع على عاتق الدائن مهمة اللجوء لدائرة التنفيذ وتقديم طلب حجز، ويشتمل الطلب على المبلغ المراد الحجز عليه، فليس له طلب الحجز

يتطلب إبعاده عنه بشكلٍ مستعجل، علماً أن تقدير الاستعجال هي مسألةٌ موضوعيةٌ تعود لتقدير قاضي الأمور المستعجلة والتي يقدرها بناءً على الظروف المحيطة به"https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[1] م.(118) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني/ م.(78) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الأردني.

[2] م.(267) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني/ م.(152) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الأردني.

[3] الضمور، علي: **أحكام الحجز التحفظي(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة مؤتة. الكرك. الأردن. 2014م. ص99.

[4] التكروري، عثمان: **الوجيز في شرح قانون التنفيذ رقم 23 لسنة 2005**. مرجع سابق. ص151.

[5] م.(8،26) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

على أموال المدين كافَة إن كان دينه يقل عنها، بل على ما يساوي مقدار دينه،[1] ثم يبقى موقف الدائن سلبياً لحين صدور قرارٍ من قاضي التنفيذ بقبول طلبه حيث يصدر أمر الحجز.[2]

مجلة الأحكام العدلية لم يكن موقفها سلبياً بشأن الحجز على أموال المدين، بل تطرقت لتلك الجزئية دون ذكر تفاصيل الحجز بشكلٍ كبير حيث ورد فيها" لَوْ ظَهَرَ عِنْدَ الْحَاكِمِ مُمَاطَلَةُ الْمَدِينِ فِي أَدَاءِ دَيْنِهِ حَالٍ كَوْنِهِ مُقْتَدِرًا أَوْ طَلَبَ الْغُرَمَاءُ بَيْعَ مَالِهِ وَتَأْدِيَةَ دَيْنِهِ حَجَرَ الْحَاكِمُ مَالَهُ، وَإِذَا امْتَنَعَ عَنْ بَيْعِهِ وَتَأْدِيَةِ الدَّيْنِ بَاعَهُ الْحَاكِمُ وَأَدَّى دَيْنَهُ فَيَبْدَأُ بِمَا بَيْعُهُ أَهْوَنُ فِي حَقِّ الدَّيْنِ بِتَقْدِيمِ النُّقُودِ أَوَّلًا فَإِنْ لَمْ تَفِ فَالْعُرُوضُ فَإِنْ لَمْ تَفِ الْعُرُوض أَيْضًا فَالْعَقَارُ" واتفق القانون المدني الأردني مع المجلة على ذلك،[3] أما قانون التنفيذ الفلسطيني فبذل عنايةً شديدةً بشأن إجراءات التنفيذ احتلت مساحةً كبيرةً من ذلك القانون.

المدين طرفٌ من أطراف الدعوى التنفيذية فهو المنفذ ضده، وحسب القواعد العامة واجب تبليغ المدعى عليه من النظام العام، فعلى دائرة التنفيذ إخطار المنفذ ضده بدعوى الحجز،[4]علماً أن التنفيذ يكون على أموال المدين ضمن حدود ديون الدائن، والحجز يبدأ بالأموال التي يسهل الحجز عليها وهي النقود السائلة ثم الأموال التي تتطلب إجراءاتٍ رسميةٍ مشدَدة وهي أموال المدين لدى الغير وبعد ذلك ينتقل للأصعب وهي الأموال المنقولة وغير المنقولة.[5]

---

[1] م.(2) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ م.(10) من قانون التنفيذ الأردني/ حيدر، علي: مرجع سابق. ج2. ص717. حيث أُعتُبِر طلب الدائن بالحجر على أموال المدين شرط، واستعملت المجلة لفظ الحجر وليس الحجز، والحَجر هو المنع شرعاً من التصرف في المال. انظر مجمع اللغة العربية: **مرجع سابق**. باب الحاء. ج1. ص157. يُلاحظ اقتراب المعنى اللغوي بين الكلمتين فلا فرق بينهما في الحكم أو الأثر القانوني.

[2] م.(3) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ م.(5) من قانون التنفيذ الأردني.

[3] م.(998) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(2/376) من القانون المدني الأردني.

[4] م.(9) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[5] م.(41) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ م(998) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(164) من مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان.

إن الحجز على أموال المدين الموجودة في حيازة شخصٍ آخر ترتب مسؤولية ذلك الأخير، فهو يمثل صفة الحائز كأن يكون مودعاً لديه مثلاً، فالأموال المراد حجزها موجودةٌ لديه، وهو المكلَف بالمحافظة عليها وتسليمها بمجرد إخطاره بإيقاع الحجز وفقاً للقواعد القانونية، فيُمنع عليه تسليمها للمدين وإلا قامت مسؤوليته أمام الدائن ودائرة التنفيذ، كما أن القانون أوجب تبليغ المدين بذلك،[1] وكأن المشرع أراد إرهاب المدين وتخويفه، فمطالبة الدائن بحقه أصبحت جدَية وتدخلت بها دائرة التنفيذ والقضاء، فالأمر ليس بالهيِن، فقد يرتدع ويباشر بالتنفيذ بإرادته دون أن يصل الأمر إلى مرحلة البيع النهائي.

يتفق قانون التنفيذ الفلسطيني مع الأردني في إجراءات الحجز نوعاً ما،[2] وترى الباحثة أنه اتفاقٌ سليم، فالإجراءات التي تُتَبع لإتمام الحجز قانونية وفقاً للأصول، وربما يكون لها جانبٌ إيجابي وسلبي في الوقت نفسه، فالجانب الإيجابي أن تلك الإجراءات تفصيليةٌ مطوَلةٌ قائمةٌ على اعتبار الإمهال والتحذير والتنبيه للمدين أكثر من مرة قبل التصرف بأمواله، أما الجانب السلبي فهي إجراءاتٌ مطوَلة تستغرق وقتاً لإتمامها عدا عن إجراءات الحجز التحفظي وإجراءات المطالبة التي يقوم بها الدائن قبل ذلك، مما يعود على الأخير بنتائج سلبية، فقد يتنازل عن حقه مقابل التخلص من تلك الإجراءات والدوائر الرسمية.

[1] م.(72،73،74) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[2] الاختلاف ما بين القانونين كان في المادة(32) المضافة على قانون التنفيذ الأردني والتي تعطي الدائن حق الحجز على أموال المدين التي تكون تحت يده حيث يكون حائزاً لها، بينما خلا القانون الفلسطني من مثل ذلك النص، لكن وجود ذلك النص ليس بالقاعدة الأساسية والجوهرية، بل هي قاعدة بديهية ومن الأساسيات العامة حيث إنه دائن فمن الطبيعي أن يحجز على ما يملكه مدينه إن كان تحت يده أو يد غيره. انظر التكروري، عثمان: **الوجيز في شرح قانون التنفيذ**. مرجع سابق. ص188.

فيما يخص إجراءات الحجز على الأموال المنقولة هناك نصوصٌ قانونية تناولت تلك الإجراءات،[1] حيث يُشترط أن يكون المال منقولاً مادياً وليس معنوياً كالدين في ذمة الغير حيث يُطبَق عليه قواعد الحجز على الأموال تحت يد الغير، وأن يكون للمدين أو لمن يحل محله حيازةٌ على تلك الأموال،[2]ويشار أن الأموال المنقولة تكون في موضع خطر، فقد تتعرض للتلف إن كانت من الثمار أو للفساد إن لم تحفظ بطريقةٍ سليمة كالمنتجات الغذائية مما يضطر القاضي لإصدار قرارٍ ببيعها على الفور دون إتمام إجراءات البيع حسبما نص القانون،[3] فيكون المدين أضاع فرصة سداد دينه دون بيع أمواله حيث تُعتبر فترة الحجز فرصةً يمكن للمدين خلالها التراجع عن موقفه وتنفيذ التزامه وإلغاء قرار الحجز، ومن ضمن العراقيل الأخرى التي تواجه إجراءات الحجز على الأموال المنقولة ادعاء ملكيتها من قِبل الغير عن طريق ما يسمى بدعوى الاسترداد مع إنكار ملكيتها من قِبل المدين كوسيلةٍ لتهريب الأموال من الحجز،[4] وقد تتعرض للسرقة مما يرتب مسؤوليةً جديدة على عاتق مَن وُضعت تحت إدارته وإشرافه حيث يتعين حارسٌ يتولى تلك المسؤولية،[5] وهذا يعني أن الحجز على أموال المدين ليس بالأمر السهل بل تبقى الأموال مهددةً بالخطر، وقد يؤدي الأمر إلى منازعاتٍ جديدة ومسؤولياتٍ أخرى.

النوع الأخير من الحجز يتطلب إجراءات مضاعفة كونه يشترط إجراءَ تسجيلٍ رسمي، وهو الحجز على الأموال غير المنقولة، فقانون التنفيذ شدَد تلك الإجراءات إلى حد المبالغة علاوةً عن المدد التي تؤخذ بعين الاعتبار والتي يترتب على مخالفتها بطلان الإجراءات، ويُشتَرط أن تتم الإجراءات

---

[1] م.(80-109) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[2] التكروري، عثمان: **الوجيز في شرح قانون التنفيذ**. مرجع سابق. ص190.

[3] العيسى، عطا الله: **امتناع المدين عن تنفيذ الأحكام القضائية: دراسة مقارنة على ضوء نظام التنفيذ السعودي**. ط1. الرياض: مكتبة الاقتصاد والقانون. 2014م. ص184/ م.(83) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[4] م.(85) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ انظر الحكم القضائي رقم 1268 الصادر عن محكمة استئناف رام الله سنة 2019م. https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[5] حشيش، أحمد: **مرجع سابق**. ص251.

بطلبٍ من الدائن لدائرة التنفيذ، فالدائرة ليست حرةً بإيقاع الحجز من تلقاء نفسها،[1]مع ضرورة تبليغ المدين وإخطاره بذلك وإلا تبطل الإجراءات التي تتم بعد ذلك.[2]

تشير الباحثة إلى أن الحجز على العقارات لا يقتصر على العقار تحت يد المدين، بل الأمر يتعدى ويصل إلى العقارات تحت يد الحائز، وتلك الحالة بناءً على ما ورد في قانون المرافعات المصري، فيكون العقار في الأصل ملك المدين إلا أنه أنشأ عليه حقَ رهنٍ للدائن، وبعد نشوء حق الرهن باشر المدين في نقل ملكية العقار لشخصٍ آخر بغض النظر عن السبب والذي بدوره بادر في تسجيل العقار باسمه الشخصي قبل صدور تنبيه الحجز على أموال المدين، فينشأ حق الدائن بالتنفيذ على العقار ومواجهة الشخص الذي يحمل صفة الحائز،[3] في المقابل يكون من حق الحائز الدفع بدفوعِه القانونية، كأن يدفع بأنَ عقد الرهن تم بعد ثبوت حقه في حيازة العقار،[4] علماً أن قانون التنفيذ الفلسطيني والأردني لم يذكرا تلك الحالة، بل قصر أمر الحجز على أموال المدين تحت يده إلا أن القضاء الفلسطيني تعرض لتلك المسألة وفقاً لقانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين الأردني.[5]

كما أن الحجز يطال أموال الكفيل العيني الذي وضع عقاره تأميناً لدين مدينه، فإجراءات التنفيذ تباشر بحق الكفيل كونه مالك العقار على عكس الحجز على الأموال بيد الحائز لأن العقار في الأصل كان مملوكاً للمدين، فيُنبَه الكفيل بإجراءات الحجز،[6] ويكون من حق الدائن مطالبة الكفيل

---

[1] م.(110) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ م.(70) من قانون التنفيذ الأردني.

[2] م.(112) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ م.(78) من قانون التنفيذ الأردني.

[3] م.(411) من قانون المرافعات المصري/ م.(747) من مجلة الأحكام العدلية.

[4] هندي، أحمد: **أصول التنفيذ الجبري**. مرجع سابق. ص445.

[5] انظر الحكم القضائي رقم 174 الصادر عن محكمة استئناف رام الله بتاريخ 2016/12/14م.
https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[6] هندي، أحمد: **الصفة في التنفيذ**. مرجع سابق. ص175-177.

كونه يقوم مقام الأصيل،[1] إلا أن الحجز يبقى في حدود المال المرهون، فلا يتعدى أموال الكفيل الأخرى، وهذا حسبما ورد في قانون المرافعات المصري،[2] إلا أن قانون التنفيذ الفلسطيني والأردني لم يتطرقا لتلك الحالة بشكلٍ خاص، إلا أن قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين المطبق في فلسطين تطرق لأحكامها.[3]

الحجز على الأموال غير المنقولة يعني وضع إشارةٍ عليها لتقييد حرية المدين بالتصرف بها، لكن لا يمكن إنكار أصل ملكية المال فهو لم يخرج من ملك المدين، فتصرفه بالمال بعد إيقاع الحجز عليه لا يبطل التصرف، بل يكون صحيحاً لصدوره من صاحب الحق به، لكن يبقى موقوفاً بحق المتصرف إليه لوجود احتمالية الحجز على المال وبيعه رغم التصرف به،[4] وقد يتم التصرف بالمال بحصول المدين على إذنٍ من قاضي التنفيذ مع اشتراط عدم حصوله على مقابل التصرف إلا بعد سداد قيمة الدين.[5]

المطلب الثاني: بيع أموال المدين المحجوزة.

المرحلة السابقة لم تنقل ملكية المال للدائن، فلم يحصل على حقه بطريقةٍ فعليةٍ ملموسة، لذلك لا بدَ من اتخاذ الخطوة الجريئة التي تلي مرحلة الحجز وتُعتبر مصيريةً بحق أموال المدين وتشكل نقلةً نوعيةً في اكتساب الدائن لحقوقه التي طالما انتظارها دون جدوى، وهي مرحلة بيع أموال المدين المحجوزة، فبيع مال المدين المحجوز حقٌ معترفٌ به بالقانون بقرارٍ من قاضي التنفيذ،[6] إلا أن

---

[1] م.(634) من مجلة الأحكام العدلية" حُكْمُ الْكَفَالَةِ الْمُطَالَبَةُ يَعْنِي لِلْمَكْفُولِ لَهُ حَقُّ مُطَالَبَةِ الْمَكْفُولِ بِهِ مِنْ الْكَفِيلِ".

[2] م.(405) من قانون المرافعات المصري.

[3] م.(6/13) من قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم 46 لسنة 1953م.

[4] شاهين، دعاء: **إشكاليات الحجز على الأموال غير المنقولة والتنفيذ عليها بالبيع وفقاً لقواعد قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005م(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2013م. ص57.

[5] م.(117) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[6] م.(3) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

القانون يمنح المدين فرصاً جديدة للاعتراض على البيع، فالمشرع الفلسطيني لم يخرِج المال من ذمة المدين بمنتهى السرعة، بل فرض العديد من الإجراءات المطوَلة والتي تُعتبر إجراءات تهيئة للمال تمهيداً لبيعه، فالبيع ليس كبيع المالك لماله بل يكون منظَماً عن طريق جهة رسمية مسؤولية عن تلك الإجراءات وهذا ما سيتم توضيحه في هذا المطلب.

أولاً: بيع الأموال المنقولة.

حصر القانون إجراءات بيع الأموال المنقولة بفترةٍ محدودة، فلا يتم البيع إلا بمرور سبعة أيام على الأقل من تاريخ تسليم المدين صورة عن محضر الحجز وتبيلغه به وبعد يوم واحد على الأقل من تاريخ الإعلان والنشر،[1] إلا أن فترة الحجز لا يجوز أن تتجاوز فترة الشهرين وإلا كانت الإجراءات ملغية وكأنها لم تكن، علماً أن تلك القاعدة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها على أن يكون الاتفاق مقيَداً بنص القانون، وقد يوقَف البيع بقوة القانون[2]، أو بالقضاء[3].

إن بيع الأموال المنقولة لا يتم إلا بمراعاة قواعد الإشهار من خلال النشر والإعلان، فيتم جردها أي بيان مقدارها وأوصافها،[4] ثم يتم البيع بالطريقة المقررة بالقانون وهي طريقة المزاد العلني، ويشار أن

---

[1] م.(97) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[2] م.(96) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ رفع دعوى الاسترداد لأول مرة يُعتبر سبباً قانونياً لوقف التنفيذ/ انظر المادة (4/85) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ انظر الحكم القضائي رقم(2019/1268) الصادر عن محكمة استئناف رام الله والمؤيد للنص القانوني المذكور. https://qistas.com/ar/search?c=2&pc=-1

[3] كأن يقرر القاضي وقف التنفيذ عند رفع دعوى مستعجلة أخرى، أو خشية وقوع ضرر جسيم/ م.(26،58) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[4] يقصد بالجرد" إحصاء الأموال المحجوزة والأموال غير المحجوزة، مع بيان نوعها ومقدارها وأثمانها وتوابعها، وحصر الأموال التي تم إيقاع الحجز عليها حتى لا تحجز مرة أخرى من قِبل مأمور الحجز" / انظر أبو الوفا، أحمد: **إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية**. دون ط. الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية. 2015م. ص512.

الأموال المنقولة يمكن تجزئتها فلا يباع منها إلا ما يكفي لسداد دين الدائن،[1] فمراعاة القواعد القانونية المتعلقة ببيع تلك الأموال في غاية الدقة، فتتطلب إجراءاتٍ مطولةٍ ومددٍ محسومة بالقانون، ومع ذلك قد تطرأ أسبابٌ تعرقل تلك الإجراءات وتبطلها، كأن يتقدم أحد الأشخاص بدعوى استرداد ملكية المال المحجوز مما يوقف البيع ويعطل الاجراءات لحين البت في موضوع الدعوى،[2] فتلك الدعوى تنحصر في الأموال المنقولة دون غيرها، فتكون احتمالية ثبوت الملكية ممكنة على عكس الأموال غير المنقولة التي تكون ذات سندات رسمية، وفي حال حكمت المحكمة بثبوت الملكية فتُهدَر إجراءات الحجز وتبطل.[3]

دعوى الاسترداد" هي دعوى موضوعية ترفع من قِبل الغير، ضد الحاجز أو الحاجزين جميعاً في حال تعددهم والمحجوز عليه،[4] مدعياً ملكية المال المحجوز عليه والمراد بيعه، واشترط القانون صراحةً أن يتقدَم المدعي بالبينات والأدلة الكافية على ملكيته للمال كشرطٍ لقبول الدعوى، وتكون تلك الدعوى من اختصاص محكمة الموضوع،[5] وعلى المدعي إيداع المستندات لدى قلم المحكمة عند تقديم الدعوى وإلا فتكون الدعوى قابلةً للبطلان"،[6] فتلك الدعوى هي دعوى عينية منقولة، عينية لأنها تتعلق بملكية مالٍ فينشأ عنها حقٌ عيني، ومنقولة لأنها تتعلق بالمال المنقول الذي

---

[1] م.(100،103) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[2] م.(4/85) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[3] شرف، عبد الحكم: **نطاق دعوى الاسترداد المنقولات المحجوزة وآثارها**. ط1. القاهرة: مطبعة السعادة. 1987م. ص50.

[4] اتفق القانون الفلسطيني مع القانون المصري في بيان الأشخاص الذين ترفع عليهم دعوى الاسترداد وفي ذلك منطق، الحكم سيكون حجةً عليهم، انظر م(3/85) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ م.(394) من قانون المرافعات المصري.

فدعوى الاسترداد تهدف إلى إبطال إجراءات الحجز والتي يُعنى بها الحاجز أو الحاجزون إن تعددوا، وإثبات ملكية المال المنقول للمسترد والتي يُعنى بها المحجوز عليه، إلا أنه لم يتم بيان الأثر المترتب على عدم إقامة تلك الدعوى على أحد المذكورين، وعليه فإن إغفال أحد الحاجزين يؤدي إلى عدم نفاذ الحكم بحقه حيث لا يصح الاحتجاج به عليه، وإغفال الدائن الحاجز يعني أن الدعوى ملكية وليس استرداد، فالدعوى لا تكون استرداد بالمعنى المقصود. انظر أبو الوفا، أحمد: **مرجع سابق**. ص525.

[5] انظر حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية رقم 1268 لسنة 2019م. https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[6] أبو الوفا، أحمد: **مرجع سابق**. ص516-526.

ينتقل من مكانٍ لآخر دون ضررٍ يلحق به،[1] أما ما يتعلق بإثبات تلك الدعوى فالمسألة تعتمد على حيازة تلك الأموال إن كانت بيد المسترد رافع الدعوى أم بيد المدين المحجوز على أمواله، فحيازة الأموال المنقولة سندٌ لملكيتها،[2] وحسب قواعد الإثبات ما هو ظاهر للعيان لا داعي لإثباته، وإنما يُثبَت ما يخالفه، فإن كانت الأموال بيد المسترد وتحت حيازته فلا يُكلَف بإثبات ملكيته لتلك الأموال بل يقع على عاتق الدائن إثبات ملكية المدين للأموال، مع العلم أنه لا مجال لمثل تلك الفرضية، فطالما أن الأموال تحت يده لا داعي لرفع دعوى الاسترداد، أما إن كانت الأموال بحيازة المدين فيقع على عاتق المسترد إثبات ملكيته للمال لأن ذلك مخالفٌ للظاهر.[3]

المشرع الفلسطيني بيَن الأثر المترتب على رفع دعوى الاسترداد وفرَق بين الدعوى الأولى والثانية، فدعوى الاسترداد الأولى توقف إجراءات البيع مباشرة وبقوة القانون، أما الدعوى الثانية سواء تم رفعها من شخصٍ آخر أو من قِبل الشخص الأول نفسه بعد شطب الدعوى الأول أو ردها أو لسببٍ آخر، فإجراءات التنفيذ لا توقف إلا بقرارٍ من القاضي،[4] ويشار لاختلاف المشرع الفلسطيني مع المصري الذي أجاز استمرار السير في إجراءات التنفيذ عند رفع دعوى الاسترداد الأولى بقرارٍ من قاضي التنفيذ،[5] أما بالنسبة لدعوى الاسترداد الثانية فتتوقف إجراءات التنفيذ بتقدير القاضي، وترى الباحثة أن منح القاضي تلك السلطة يعطي مرونة لإجراءات التنفيذ والتي حبذا ألا تتوقف إلا بأدلةٍ قويةٍ كافيةٍ لإثبات حق المسترد منعاً للمماطلة، كما أن القانون حكم على المسترِد بغرامة إن

---

[1] السيد صاوي، أحمد: **الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية**. دون ط. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 2010م. ص245.

[2] م.(1171، 1189) من القانون المدني الأردني" الحيازة هي السيطرة الفعلية من الشخص نفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه"/ م.(1071، 1099) من مشروع القانون الفلسطيني.

[3] شرف، عبد الحكم: **مرجع سابق**. ص27-29.

[4] م.(106) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[5] م.(393) من قانون المرافعات المصري.

خسرت دعواه إن لم يكن محقاً بها،[1] وفي ذلك مراعاةً لحق الدائن الذي تأخر عن استيفاء حقه جرَاء رفع تلك الدعوى.

يترتب على بيع تلك الأموال انتقال ملكية الثمن للدائن فيستوفي دينه بعد توزيع حصيلة التنفيذ ومراعاة الأولوية، ويصبح البائع أجنبياً عن المبيع،[2] ويقع على عاتق مأمور الحجز استيفاء الثمن من المشتري فتنتقل ملكية المبيع له بعد دفع الثمن وإلا سقط عقد البيع وتمت المزايدة مرة أخرى، أما المبيع فيزول عنه الحجز، فإن كان مرهوناً وكان الدائن المرتهن من المشاركين في التنفيذ، فمشاركته تنازلٌ ضمنيٌ عن حقه في الرهن،[3] وتجدر الإشارة أن وجود المال المرهون بيد الدائن أو الغير المتفق عليه بين المتعاقدين يحافظ على حق الرهن ويبقيه ويمكن للدائن مواجهه الغير به،[4] فحسبما ورد في مجلة الأحكام العدلية أن عقد الرهن رضائيٌ ينعقد بالإيجاب والقبول لكنه لا ينفذ بحق المتعاقدين والغير إلا بالقبض(التسليم)،[5] وهذا يعني أن وجود المال المرهون بيد الدائن المرتهن أو من يحل محله سببٌ لمواجهة الغير.[6]

ثانياً: بيع الأموال غير المنقولة.

[1] م.(397) من قانون المرافعات المصري/ م.(60) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[2] الزهرة، قليب: **الحجز على المنقول في القانون الجزائري(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة الجزائر. 2015-2016م. ص114.

[3] هندي، أحمد: **أصول التنفيذ الجبري**. مرجع سابق. 321.

[4] م.(1399،1405) من القانون المدني الأردني.

[5] م.(706) من مجلة الأحكام العدلية/ انظر الحكم القضائي رقم 78 الصادر سنة 2014 عن محكمة النقض الفلسطينية https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[6] جمعة، مالك: **التنظيم القانوني للرهن الحيازي في فلسطين" دراسة مقارنة(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2017م. ص16.

بيع الأموال غير المنقولة يتطلب إجراءاتٍ سابقة للبيع تكون بمثابة إجراءات تمهيدية، تتمثل بإعداد قائمة تسمى قائمة شروط البيع، يُبيَن بها السند التنفيذي الذي تم الحجز بناءً عليه وبيانات ومستندات أخرى، علماً أن حق المدين في التبليغ والاعتراضات يبقى قائماً.[1]

الاعتراض على قائمة شروط البيع حقٌ للمدين والدائن والحائز ولكلِ من له مصلحة، ويتمثل الاعتراض بتقديم ملاحظات وإبداء منازعات سواء على شروط البيع أو على إجراءات التنفيذ بعد إخطارهم بذلك وإلا كانوا من الغير وليس لهم تقديم اعتراض بل رفع دعوى استحقاق[2] والتي ستبينها الباحثة لاحقاً، والاعتراض يوقف السير في إجراءات التنفيذ، ويسقِط جلسة البيع إن كانت محددة، والقاضي إما أن يقبل الاعتراض ويعدل ما تم الاعتراض عليه أو يرفضه ويحدد جلسة المزايدة.[3]

الطريقة القانونية المعتمدة لبيع أموال المدين المزايدة العلنية لتحصيل ثمن عالٍ كفيل لسداد دين الدائن وفي ذلك مصلحة للطرفين حيث يُلجَأ لها عند الحاجة للسيولة النقدية، كما أنه يُرغِب الجمهور بالمبيع من خلال المناداة والتشهير به،[4] لكن هل المشرع الفلسطيني جعل بيع الأموال غير المنقولة عن طريق المزايدة تتم على مرحلة واحدة أم على مرحلتين؟

التشريع الفلسطيني لم يكن ذا مرحلة واحدة، بل اعتمد طريقتين للمزايدة، أولى تلك الطرق الإحالة المؤقتة، ويقُصد بها رسو المزاد على المشتري بالبدل الأكثر، حيث يوثق ذلك في قائمة المزايدة وتتم المصادقة عليه من قبل دائرة التنفيذ،[5] فيكون العرض المقدَم من المشترك إيجاباً يسقطه عرضٌ

---

[1] م.(119، 120،121) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[2] هندي، أحمد: **الصفة في التنفيذ**. مرجع سابق. ص290.

[3] التكروري، عثمان: **الوجيز في شرح قانون التنفيذ رقم 23 لسنة 2005م**. مرجع سابق. ص254.

[4] الفقي، محمد: ***بيع المزايدة(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)***. **مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدمنهور**. مج 5 ج1/ 2020م. ص821.

[5] التكروري، عثمان: **الوجيز في شرح قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005**. مرجع سابق. ص221/ م.(128) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ م.(84) من قانون التنفيذ الأردني.

أعلى منه، وقرار الإحالة يكون بمثابة قبول، ثم يُبرم عقدُ البيع وتترتب عليه الآثار القانونية،[1] ويتلو القرار السابق قرار القاضي بالإحالة القطعية، ويتضمن القرار الإعلان عن المزايدة مرة ثانية بين من رسى عليه المزاد في الإحالة المؤقتة والمشتركين في المزايدة، فتكون بمثابة منافسة يكسبها دافع البدل الأعلى،[2] ويلاحَظ اتفاق المشرع الأردني مع الفلسطيني في اتباع مراحل نقل ملكية المال للدائن دون تعسفٍ أو إجحاف بحق المدين بل بأقصى درجات المراعاة والأخذ بعين الاعتبار القيمة المادية والمعنوية لماله.

لكن بالرجوع للنصوص القانونية ذات العلاقة بتلك الجزئية، قرار الإحالة القطعية ليس بالقرار النهائي الحاسم والناقل لملكية المال، بل المشرع أوجد طريقةً أخرى كمنفَذٍ لإعطاء فرصة للمدين للتراجع عن قراره ولتنفيذِ التزامه من تلقاء نفسه من خلال إخطاره وتبلغيه بقرار الإحالة القطعية، إلا أن تلك المهلة مقيدةٌ بخمسة عشر يوماً، يكون على المدين خلالها اتخاذُ قرارٍ مصيري بشأن أمواله، فإما أن يسدد دينه وينفذ التزامه أو أن يراجع دائرة التسجيل لإتمام إجراءات معاملة البيع والإفراغ، فإن لم يقم بأي من الخيارين تُوكَل دائرة التسجيل مهمة إتمام معاملة التسجيل ونقل الملكية.[3]

تجدر الإشارة إلى مراعاة كل من المشرع الفلسطيني والأردني لتفاصيل بيع أموال المدين سواء المنقولة أو غير المنقولة أو الأوراق المالية سواء من ناحية التبليغات أو المدد القانونية التي يترتب على مخالفتها بطلان إجراءات البيع، وفي ذلك جهدٌ كبير من قبل المشرعين، إلا أن مراحل بيع أموال المدين غير المنقولة ونقل ملكيتها لا تخلو من العقبات التي تعترض طريق التنفيذ وتعرقل

[1] م.(103) من القانون المدني الأردني/ انظر الأزهري، محمد: **مرجع سابق**. ص62.

[2] م.(129) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ م.(85) من قانون التنفيذ الأردني.

[3] م.(1/130) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

إجراءات نقل الملكية وتوقفها لحين البت فيها، ومن ضمنها عدم مراعاة المدد القانونية مما يتطلب الأمر تأجيل المزايدة لمرةٍ أخرى، وقد تتأخر الإجراءات لأسبابٍ قانونية ولعدم تتبع الدائن لها، أو لادعاء التصرف بالمال من قبل الغير مما يستعدي الأمر إمهاله مدة معينة لمراجعة المحكمة المختصة لتأخير المزايدة.[1]

أما ما يُعطل الإجراءات بشكلٍ مطوَل ومبالغ فيه هو رفع دعوى استحقاق من قبل الغير بملكية العقار المحجوز عليه ككل أو بجزءٍ منه،[2] وبالعموم دعوى الاستحقاق قد تكون أصليةً تُرفع بشكل مستقل للمطالبة بثبوت ملكية العقار محل النزاع، ولا يترتب عليها وقف البيع، وقد تكون فرعيةً تابعةً لدعوى أخرى وهذا ما سيتم بيانه لاحقاً،[3] لكن قانون التنفيذ الفلسطيني لم يوضح تفاصيل دعوى الاستحقاق والتي تُعتبر من أكثر الأسباب المعرقِلة لإجراءات التنفيذ وأكثرها شيوعاً أمام المحاكم بشأن منازعات الملكية وإثباتاتها وعرقلة سير التنفيذ، وترى الباحثة أن ذلك نقصٌ يعتري القانون، وهناك استفسارات بشأن تلك الدعوى والتي كان على المشرع الإجابة عليها وبيان تفاصيلها بشكلٍ أوسع، وفي ظل اقتصار قانون التنفيذ الفلسطيني على نصين قانونيين فقط بشأن دعوى الاستحقاق والتي بُينت آثارها بشكلٍ مبسط على خلاف قانون المرافعات المصري الذي كان واضحاً في ذلك الصدد، كان علينا الاستعانة بالقوانين الأخرى وشروحات الفقهاء وأحكام القضاء، وحبذا لو أنَ المشرع الفلسطيني زاد في النصوص القانونية ذات العلاقة بالدعوى المذكورة.

---

[1] م.(137، 138) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[2] م.(139) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ الاستحقاق حسبما ورد في الشرح الصغير" رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله وأساسه ثبوت البينة على تلك الملكية" انظر الدردير، أبي البركات. المالكي، أحمد: **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**. ج3. دون ط. القاهرة: دار المعارف. ص613.

[3] خاطر، محمود: **مرجع سابق**. ص243-245.

بالرجوع للنصوص القانونية الأردنية، المشرع لم يتطرق لدعوى الاستحقاق الفرعية ولم يعطِ لها أي اعتبار،[1] بل تناول دعوى الاستحقاق الأصلية التي لا تتعلق بالعقار المحجوز وهي بتلك الحالة خارجة عن نطاق الدراسة الحالية، على عكس ما هو وارد في القانون الفلسطيني والمصري وعليه سيتم البحث بالنصوص القانونية ذات العلاقة بدعوى الاستحقاق الفرعية في القانون الفلسطيني ومقارنتها مع ما هو وارد في القانون المصري، فالمشرع المصري أولى تلك الدعوى أهمية بالغة.

دعوى الاستحقاق الفرعية" هي دعوى موضوعية يرفعها شخصٌ أجنبيٌ عن إجراءات التنفيذ أمام المحكمة المختصة مدعياً ملكية العقار المحجوز والمطروح للبيع ومطالباً بوقف إجراءات الحجز والبيع وإلغائها ونقل ملكية المال إليه، مما يعرقل إجراءات التنفيذ"[2] فالمدعي ليست له علاقة بإجراءات التنفيذ كالوارث بصفته الشخصية مثلاً، أما إن كانت له علاقة فتكون الدعوى مرفوضة ولصاحب الصفة إبداء اعتراض وفقاً لإجراءات تقديم الاعتراضات الواردة في قانون التنفيذ،[3] ومع ذلك دعوى الاستحقاق بشكلٍ عام لا تسقط بالتقادم، لأن غايتها اكتساب ملكية، وعدم استعمال الملكية لا يسقط بالتقادم،[4] إلا أن رفع دعوى الاستحقاق الفرعية التي تعطل إجراءات التنفيذ وتعيقها غير مقيدة بفترة إبداء الاعتراضات على قائمة شروط البيع سابقة الذكر، بل تُرفع إما خلال فترة الاعتراض على قائمة شروط البيع أو حتى بعد انتهاء تلك الفترة، فهي لا تُدرج ضمن قائمة

---

[1] قانون التنفيذ الأردني اتخذ موقفاً خاصاً بشأن العقار المحجوز، فلم يعتبر الغير سبباً من أسباب عرقلة إجراءات التنفيذ، بل اعتبر المدين بحد ذاته سبباً لذلك، حيث قيّد حق الدائن بالتصرف في العقار رغم ثبوت ملكيته لمدة سنة كاملة لاحتمالية قيام المدين بدفع بدل المزايدة، وترى الباحثة أن في ذلك تكلُف وتزُيد من قبل المشرع ومخالفة للقواعد القانونية حيث لا يصح تقييد حق الملكية، فطالما سُجل العقار باسمه انتقلت له الملكية وأصبحت له حرية التصرف المطلقة بملكه. م.(104/أ) من قانون التنفيذ الأردني.

[2] اعديم، حسن: ***عبء الإثبات في دعوى الاستحقاق العقارية***. **مجلة المنارة**. المنهل/ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا. 2015م. ص1.

[3] التهامى، محمد: **الموسوعة الشاملة في صيغ العقود والدعاوى**. ج2. ط1. القاهرة. دار العدالية للنشر والتوزيع. 2015م. ص225.

[4] حسبما قضت محكمة النقض المصرية في حكمها القضائي رقم 14615 بتاريخ 2019/5/12م/ البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**. مج11. مرجع سابق. ص197.

الاعتراض، بل هي دعوى قائمة بحد ذاتها لها عناصرها وشكلياتها وشروط رفعها،[1] إلا أن عدم تقييدها محصور بميعاد تقديم الاعتراضات دون غيرها، وما عدا ذلك يكون مقيداً بميعادٍ محدد، وهذا ما يميزها عن دعوى الاستحقاق الأصلية، فبقاء تكييفها كدعوى استحقاق فرعية يتطلب أن يتم رفعها بعد إيقاع الحجز على العقار وقبل إتمام البيع وإلا فتصبح دعوى ملكية أو دعوى استحقاق أصلية ليست من اختصاص قاضي التنفيذ.[2]

ما يتعلق بشروط رفع تلك الدعوى قانون التنفيذ الفلسطيني لم يبينها إلا أن محكمة استئناف رام الله تداركت ذلك النقص وبينت شروطها الأساسية، حيث تُرفَع من قبل مالك العقار أو لقسم منه، ويُؤشَر على ملكية العقار من قِبل المدعي بوضع إشارة حجز على صحيفة العقار، وإلا فيتطلب الأمر وجود سند رسمي بيد المدعي تاريخه يسبق تاريخ الإشارة الموضوعة على صحيفة الحجز مما يدل على ثبوت ملكية ما ادعاه،[3] وكان على المشرع الفلسطيني بيان ذلك أسوةً بالمشرع المصري، كما يشترط أن يكون محل دعوى الاستحقاق المرفوعة المال الواقع عليه الحجز والموجود وقت الحجز، أي المال المملوك قبل الانتهاء من إجراءات الحجز، فلا يكون محلاً للدعوى المال المملوك بعد انتهاء إجراءات الحجز،[4] إلا أن السؤال المطروح مَن هم الأشخاص الذين تُرفع عليهم دعوى الاستحقاق الفرعية؟

قانون التنفيذ الفلسطيني لم يبين الأشخاص الذين ترفع عليهم دعوى الاستحقاق على عكس دعوى الاسترداد التي ذُكِر بها الفئات الواجب رفع الدعوى عليها، فدعوى الاستحقاق ترفع من قِبل الشخص المالك للعقار دون أن يكون طرفاً من أطراف التنفيذ(المدعي)، أما الطرف المدعى عليه

---

[1] التهامى، محمد: **الموسوعة الشاملة في صيغ العقود والدعاوى القانونية**. ط1. القاهرة: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2014م. ص253.

[2] م.(138) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[3] انظر الحكم القضائي رقم(1242/ 2014) الصادر عن محكمة اسئناف رام الله.https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[4] م.(1001) من مجلة الأحكام العدلية.

فمن المفترض أن تُرفع الدعوى على من يباشر إجراءات التنفيذ وهو الدائن الحاجز وجميع الدائنين المشتركين في إجراءات التنفيذ وكذلك على المدين،[1] وحبذا لو صرَح المشرع الفلسطيني في تعداد المدعى عليهم، وترى الباحثة أن تُرفَع الدعوى على كل مَن يؤثر على إجراءات التنفيذ وذلك من باب الإعلام والإخبار وحتى يكون الحكم الصادر عن المحكمة سارياً بحقهم فلا يحتجوا بعدم العلم، حيث يتضح الفرق بين القانون الفلسطيني والمصري، فالقانون المصري اشترط إقامة الدعوى من الغير[2]على الحاجز المباشِر لإجراءات التنفيذ والمدين أو الحائز أو الكفيل العيني وأول الدائنين المقيدين،[3] إلا أن عدم مراعاة المدعى عليهم لا يرتب بطلان الدعوى المقامة بل تكون مقبولة، لكن لا يترتب الأثر التي رُفعت من أجله وهو وقف البيع بل يُحتج بالحكم الصادر على من رُفعت عليهم الدعوى دون غيرهم.[4]

أما ما يتعلق بإجراءات دعوى الاستحقاق فتُتبع إجراءات رفع الدعوى المعتادة الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، مع الإشارة إلى خصوصيتها الواردة في قانون التنفيذ الفلسطيني، فيفرَض على المدعي تقديم كفالة عطلٍ وضرر إن كان غير محقٍ في دعواه، كما يُعطى مهلةً قانونيةً محددة لإثبات حقه من خلال الحصول على حكمٍ قضائي وإلا فطلبه غير معتَبر،[5] وبرأي الباحثة أن المشرع أصاب بذلك، فالمدعي يطالب بإثبات حقه في الملكية وبتأخير المزايدة لذلك لا بدَ أن يكون حقه مثبتاً قانوناً، فالكفالة ضرورية لضمان حق الدائن إن تبين أن الدعوى كيدية أو غرضها التحايل والمماطلة، بالمقارنة مع قانون المرافعات المصري فأضاف على

---

[1] شاهين، دعاء: **مرجع سابق**. ص138.

[2] الحكم القضائي الصادر عن محكمة النقض المصرية رقم 12421 الصادر سنة 2013/12/17م اعتبر الوارث ليس من الغير ولا يحق له رفع دعوى استحقاق فرعية إلا إذا أقام الدعوى مطالباً بحقٍ له وليس لمورثه وإلا فكان له الاعتراض.

[3] م.(454) من قانون المرافعات المصري، بعكس دعوى الاسترداد حيث ترفع الدعوى على الحاجز والمحجوز عليه والحاجزين المتدخلين.

[4] أبو الوفا، أحمد: **مرجع سابق**. ص931.

[5] م.(138) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

البيانات المطلوبة للدعوى المعتادة إيداع مصاريف الدعوى وأتعاب المحاماة مع تقديم إثباتات لملكية العقار أو وقائع الحيازة وإلا فلا تعطل إجراءات البيع،[1] وحسناً ما فعل المشرع المصري، فإيقاف إجراءات البيع ما هو إلا إهدارٌ وإضاعةٌ للوقت والجهد والمال، وإن حصل ذلك فليكن لحقٍ ثابتٍ بشكلٍ قطعي وإلا فالأولوية لمصلحة الدائن.

الآثار المترتبة على رفع الدعوى تعتمد على العقار المطالَب بملكيته، فإن كانت الدعوى متعلقة بالعقار ككل فرفع الدعوى يوقِف جميع إجراءات التنفيذ، أما إن كان محل الدعوى جزءاً من العقار فتوقف تلك الإجراءات فيما يتعلق بذلك الجزء، مع استمرار التنفيذ فيما يخص باقي العقار، إلا أن تلك الاستمرارية جوازية وتعود للسلطة التقديرية القضائية،[2] فقرار الوقف لا يكون بقوة القانون بل بقرارٍ من قاضي التنفيذ بطلب المدعي، حيث تعتبر تلك الدعوى من ضمن الدعاوى المستعجلة التي ليس لها تأثيرٌ على إجراءات البيع إلا بقرارِ القاضي حسب تكييفه للظروف،[3] فمنح القاضي تلك السلطة له تأثيرٌ إيجابي على إجراءات التنفيذ، فبدوره يُقدِر ويكيَف الدعوى المرفوعة أمامه بادعاء الملكية حسبما تشير ظروف الدعوى والأدلة المطروحة تحسباً لأي طلباتٍ كيدية هدفها عرقلة إجراءات التنفيذ.

لكن السؤال المطروح في فرضية استحقاق قسمٍ من العقار، ماذا لو كان العقار بيت مساحتُه صغيرة، وأُستُحِق من قِبل الغير الذي قد يكون وارثاً له مع المدين مثلاً، فهل سيتم تقسيم البيت وتجزئته لوقف إجراءات البيع عن القسم المستحق واستكمال إجراءات التنفيذ على القسم الباقي؟

---

[1] م.(455) من قانون المرافعات المصري.

[2] م.(139) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[3] انظر الحكم القضائي رقم 973 الصادر عن محكمة استئناف رام الله بتاريخ 2018/11/29م والذي قررت المحكمة خلاله رفض طلب وقف التنفيذ لعدم جديّته حيث لا وجود لأي نوع من الخطر، حيث اعتبرت المحكمة أن الطلب في غير محله. https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

المشرع الفلسطيني اختصر إجراءات دعوى الاستحقاق وفرضياتها المحتملة، وكان عليه أن يتوسع في تلك الدعوى ويدرج لها فصلاً خاص، لأن آراء الفقهاء واجتهادات القضاء تفتح مجال الخلاف والاعتراض والرفض ما بين أطراف النزاع، أما بشأن تلك الفرضية فالأصل أن يتناسب الحل مع طبيعة العقار المطروح، فتقسيم البيت قبل الفصل في دعوى الاستحقاق قد يلحق به ضرراً، لأن مساحته صغيرة وتقسميه يضر به، وعند استكمال إجراءات التنفيذ وطرح ذلك القسم للمزايدة قد لا يوجَد له راغب مما يعطل الإجراءات لضرر يمس بالمبيع نفسه هذا من جهة، ومن جهةٍ أخرى فهناك ضرر آخر بحق مال المدين، فقد تهدر أدلة المدعي وترفض الدعوى بعد إلحاق الضرر بالعقار، وبوجود مثل تلك الفرضية حبَذا لو يتم وقف إجراءات التنفيذ بحق العقار ككل لحين الفصل في الدعوى، وبعد ذلك يتم التصرف في العقار حسب الحكم الصادر في دعوى الاستحقاق، فرغم أن الاقتراح يؤخر إجراءات التنفيذ، لكنه يحمي المال ككل" فالضرر الأشد يزال بالضرر الأخف".[1]

بالحديث عن آثار ما بعد الفصل في الدعوى يتوقف ذلك على حكم القاضي، فإن حَكم بصحة ادعاء المدعي وبثبوت ملكية العقار تبطل جميع إجراءات التنفيذ السابقة وتُلغَى مراحل التنفيذ ويعود الحال إلى ما كان عليه وتباشَر إجراءات التنفيذ بخصوص ملكية العقار للمحكوم له، أما إن حكم القاضي ضد مصلحة المدعي فتُباشر إجراءات التنفيذ من نقطة توقف الإجراءت، علماً أن الحكم الصادر في تلك الدعوى حكمٌ فاصلٌ قابلٌ للاستئناف.[2]

[1] م.(27) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] الصالح، قروي. سهام، قادري: **التنفيذ الجبري على العقار(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة 08 ماي 1945 كلية الحقوق والعلوم السياسية. الجزائر. 2013- 2014. ص39- 40.

تم الحديث في هذا المبحث عن وسائل فعّالة لتنفيذ المدين لالتزامه، وهي الحجز على أمواله وبيعها، فتم بيان الدرجة التي قد تصل إليها أموال المدين نتيجة رفضه الالتزام ببنود العقد، فرغم مرونة القانون إلا أن إصراره على الرفض أدى بنهاية المطاف إلى تجريده من أمواله وبيعها لتصفيه ديونه والتزاماته رغماً عنه، والوسائل المذكورة في المبحث قد يكون لها دوران في الوقت ذاته، فإما أن تشكل وسيلة ضغط وإجبار تدفع المدين للتراجع عن موقفه فتؤدي مهمة التنفيذ العيني، أو أن يرفض المدين التنفيذ رغم التهديد القانوني لأمواله فيتم الحجز عليها حجزاً تنفيذياً ثم بيعها، فتكون تلك الوسائل بديلة للتنفيذ العيني وتعويضاً للدائن، علماً أن الخيار بيد المدين طالما أن تنفيذ الالتزام ممكنٌ من الناحية المالية والوظيفية، وسواء تم تطبيق الدور الأول أو الثاني فالنتيجة المبتغاة والمرجوة هو إنصاف الدائن وإكسابه لحقوقه القانونية.

المبحث الثالث: الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العيني.

تلك الوسائل هي أساليب مختلَف عليها بين الدول، فبعض الدول تعترف بقانونيتها وتنص عليها في قوانينها، والبعض الآخر لا تعترف بها وتعتبرها انتهاكاً للحقوق الأساسية للإنسان، وتلك الوسائل تمس حقين من حقوق الإنسان الأساسية وهما حريته وأمواله، ومع اختلاف تلك الوسائل في الحق المنصبَة عليه إلا أنها تشترك في خاصية الضغط والإكراه على المدين لتنفيذ التزاماته العقدية، فالوسائل التي تمس أموال المدين يُطلق عليها مسمى الوسائل المالية وتشكل عبئاً مالياً على أموال المدين للضغط عليه وإكراهه، فيكون مخيراً بالتنفيذ أو بدفع ما يُفرَضُ عليه نتيجةً لتخلفه عن التنفيذ، إضافةً لذلك تُعتبر تلك الوسائل عقابية مختلَفٌ على شرعيتها وهو ما سيتم بيانه في المطلب الأول، أما الشق الثاني منها فتمس حق المدين في الحرية ويُطلق عليها مسمى الوسائل الشخصية حيث تقيد حرية المدين وحركته لدفعه على التنفيذ وهذا ما سيتم بيانه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الوسائل المالية.

الإلمام بتلك الوسائل ودورها في حل النزاع القائم بين الأطراف يتطلب بيان الوسيلة الأولى من تلك الوسائل وهي الغرامة التهديدية التي شاع واتسع الخلاف بين الدول من حيث الاعتراف بها وطبيعتها القانونية، فما الأساس القانوني الذي استندت إليه؟ وهل يكون حكمُ القاضي بها قطعياً أم أن لها مراحل انتقالية؟ لكن ما هو أساسي وجوهري التطرق لدور مجلة الأحكام العدلية وبيان موقفها تجاه الغرامة التهديدية، فهل اعترفت بها وأفردت لها نصوصاً خاصة أم تجاهلت دورها؟ فتلك الأسئلة وغيرها سيتم بيانها في الفرع الأول من المطلب، أما الوسيلة الثانية والتي يبرز بها دور اتفاقِ الأطراف بشأن الأثر المترتب على الإخلال بالتزام هي الشرط الجزائي، لكن ما مدى تناسب ذلك الاتفاق مع الضرر اللاحق بالطرف الآخر؟ فهل يراعي قواعد المسؤولية العقديه، وهل للقاضي التدخل ما بين طرفي العقد بزيادة قيمة الشرط أو تخفيضه أم أن العقد شريعة المتعاقدين؟ وهل كان ذلك الشرط مراعياً للأحكام القانونية أم أنه مخالفٌ لها؟ جميع تلك الأحكام وغيرها سيتم الإجابة عليها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الغرامة التهديدية.

في بداية الحديث يُشار أن مجلة الأحكام العدلية لم تنص على ما يُسمى بالغرامة التهديدية ولم تعترف بها، وبالرجوع للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الفلسطينية لم يوجد حكمٌ قضائيٌ له علاقة بالموضوع، إلا أن مشروع القانون الفلسطيني تناول تلك الجزئية، فالأحكام القضائية المستقبلية سيكون لها مساحةٌ واسعةٌ بهذا المجال، وخلو العالم القانوني الفلسطيني الحالي من تلك الوسيلة لا يعني عدم اعتراف القوانين المقارنة بالغرامة التهديدية، فالقانون المدني المصري بذل عنايةً كثيفة واهتماماً واسعاً بتلك الوسيلة، علاوةً على أحكامه القضائية التي ستتم الإشارة إليها

بشكلٍ كبير، كما أن القانون المدني الأردني ذكر تلك الوسيلة بنصٍ قانوني رغم ضيق وإنكار التطبيقات القضائية لها في بعض الاحيان.[1]

ورد في القانون المدني الأردني نصٌ قانونيٌ واحدٌ يتناول فكرة الغرامة التهديديه بشكلٍ صريح،[2] إلا أن النص لم يبيِن المقصود بالغرامة أو شروطها، لكن يتبيَن من خلال النص المذكور أن تلك الغرامة تصدر بحكمٍ قضائي، فسلطة القاضي التقديرية تلعب دوراً كبيراً عند صدور الحكم، فللقاضي الإعفاء من الحكم الصادر،[3] ويتضح من خلال النص إدراج الغرامة التهديديه ضمن موضوع الكفالة بالنفس، وحسب التطبيقات القضائية المحاكم الأردنية تقر بأحكامها القضائية أن القانون الأردني لم يعترف بالغرامة التهديديه ولم يتطرق لها بشكلٍ مستقلٍ أو تبعي،[4]علاوة على ذلك المشرع لم يُفرد لها نصاً قانونياً خاصاً بل كانت تابعة للكفالة بالنفس كأثرٍ مترتب على عدم التزام الكفيل بمضمون العقد دون بيان الأثر المترتب عليها أو الهدف من فرضها.

أما القانون المدني المصري فخصَص نصاً قانونياً صريحاً بخصوص الغرامة التهديديه يمكن من خلاله التوصل لأحكام الغرامة وشروطها،[5] وبالتدقيق في مشروع القانون المدني الفلسطيني يُلاحظ اعترافه بالغرامه[6]واتباعه لموقف المشرع المصري بما يتعلق بتفاصيلها، لكنه لم يكن واضحاً في

---

[1] الحكم القضائي رقم(1227) الصادر سنة 2018عن محكمة بداية مأدبا بصفتها الاستئنافية.
https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[2] م.(1/961) من القانون المدني الأردني" الكفالة بالنفس تُلزم الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له فإن لم يفعل جاز للمحكمة أن تقضي عليه بغرامة تهديدية ولها أن تعفيه منها إذا اثبت عجزه عن إحضاره".

[3] يُلاحظ أن مصدر النص المذكور المادة(58) من المجلة والتي تشترط اقتران تصرف القاضي في الأمور الحياتية بجلب مصلحة للأطراف وإلا كان تصرفه باطلاً، انظر حيدر، علي: مرجع سابق. ج1. ص57/ المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص601.

[4] انظر الحكم القضائي رقم(826) الصادر سنة 2005عن محكمة بداية حقوق شمال عمان.
https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[5] م.(213) من القانون المدني المصري.

[6] م.(236) م مشروع القانون المدني الفلسطيني.

تعريف الغرامة أو بيان الوصف القانوني لها، لذلك سيتم الاستعانة بالفقه الذي توكَل له مهمة توضيح وتفسير المصطلحات القانونية.

أُطلق مصطلح" التهديد المالي" على الغرامة التهديدية بالاعتماد على الهدف من تلك الوسيلة، فهي تهدف لتهديد المدين والضغط عليه وإجباره على التنفيذ بطريقة غير مباشرة، وبالبحث في الكتب القانونية تجد الباحثة أن البعض استعمل لفظ الغرامة التهديدية والآخر استعمل لفظ التهديد المالي دون فرق في المعنى أو الوصف القانوني أو الآثر المترتب عليها، فكلاهما بنفس المعنى، وفي الدراسة الحالية سيتم استعمال مصطلح الغرامة التهديديه تماشاً مع القانون، أما بشأن تعريفها" هي وسيلة يلجأ لها القضاء لإلزام المدين على التنفيذ العيني لالتزامه وإلا فتحكم عليه المحكمة بغرامة تهديدية عن كلِ مدةٍ معينة ككل يومٍ أو أسبوعٍ أو شهرٍ إلى أن ينتهي الأمر إما بالتنفيذ العيني أو بالإصرار على رفض التنفيذ مما يدفع القضاء لإصدار حكمٍ نهائي بالغرامة التهديدية عليه".[1]

والفقه لم يهمل فكرة الغرامة التهديدية بل عُرِفت" أنها وسيلةٌ قانونيةٌ شرعها القانون لكسر عناد المدين وإصراره على رفض تنفيذ التزاماته إن كان الالتزام يتطلب تدخُل المدين شخصياً وذلك باستصدار حكم قضائي بالتنفيذ العيني مع إصدار حكم تهديدي في حال الامتناع عن التنفيذ حيث أن ذلك الحكم وقتيٌ وليس نهائياً".[2]

إذن يمكن تعريف الغرامة التهديديه" أنها وسيلة غير مباشرة من وسائل التنفيذ العيني، تهدف إلى تهديد المدين وحمله على التنفيذ العيني وإلا فيُحكَم عليه بغرامةٍ تهديديه عن وحدة زمنية معينة

[1] السنهوري، عبد الرزّاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج2. مرجع سابق. ص756.

[2] الشرقاوي، جميل: **مرجع سابق**. ص41.

شريطة أن يكون التنفيذ العيني ممكناً ولا يتم إلا بتدخل المدين شخصياً، وبانتهاء المدة إما أن يتم التنفيذ أو تحكم المحكمة على المدين بالغرامة التهديدية القطعية.

يمكن الاستنتاج أن حكم القاضي بالغرامة التهديدية لا يتم إلا بناءً على طبيعة الالتزام المطلوب تنفيذه، فيُشتَرَط وجود التزام مدني في ذمة المدين، وسبق بيان عناصر الالتزام المدني في الفصل الأول وهما المديونية والمسؤولية، كما يُشترط أن يكون تنفيذ الالتزام ممكناً،[1] والإمكانية كشرط للغرامة التهديدية تميل إلى جانب المنطقية كون الغرامة التهديديه تهدف بطبيعتها إلى الضغط على إرادة المدين ودفعه إلى تنفيذ عين الالتزام، ولا يتم ذلك إلا إن كان التنفيذ ممكناً فلا تكليف بمستحيل،[2] أما إن أصبح تنفيذ عين الالتزام مستحيلاً فلا مجال لفرض الغرامة التهديديه بغض النظر عن سبب الاستحالة، فسبب الاستحالة يلعب دوراً أساسياً في بقاء الدين في ذمه المدين من عدمه كما تم بيانه في الفصل الأول.[3]

القانون المصري ومشروع القانون الفلسطيني كلاهما أخذ بالغرامة التهديديه في الالتزام بالقيام بعمل القائم على تدخل المدين بشخصه، فإن كان تنفيذ الالتزام يتطلب تدخُلاً شخصياً من المدين فمن حق الدائن استصدار حكم من المحكمة بالغرامة التهديديه للضغط عليه وحمله على التنفيذ،[4] فالتصرف لا يشكل مساساً أو اعتداءً على حرية المدين الشخصية حيث يكون له حق الاختيار، فإن رفض التنفيذ يحكم عليه بالغرامة، أما إن كان التنفيذ لا يتطلب تدخله الشخصي فليس هناك

---

[1] سلطان، أنور: **مرجع سابق**. ص59.

[2] م.(293) من مجلة الأحكام العدلية.

[3] كحلون، علي: **النظرية العامة للالتزامات**. مرجع سابق. ص433.

[4] خصاونة، منال: **النظام القانوني للغرامة التهديديه– التهديد المالي دراسة مقارنة**. مصر: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات. دون سنة. ص88.

ضرورة لاستصدارِ مثل ذلك الحكم حيث يكون التنفيذ بالاستعانة بشخصٍ آخر وعلى نفقة المدين كما ورد في الفصل الأول.

اختلف الفقه بما يتعلق بأحقية إصدار الحكم بالغرامة التهديديه، فهناك من يعتبر أن سلطة القاضي تتعدى لتصل إلى درجة الحكم بها دون طلب الدائن،[1] والبعض الآخر يعتبر أن سلطة القاضي مقيدةٌ في حدود ما يطلبه الخصم،[2] فحسب طبيعة الغرامة التهديديه كحكمٍ قضائيٍ صادرٍ عن المحكمة المختصة وبالرجوع إلى أحكام القواعد العامة المحكمة مقيَدة بالحكم في حدود طلب المدعي، وليس لها الحكم بما لم يطلبه وإلا فيكون ذلك سبباً لإعادة المحاكمة،[3] لذلك تُرجَح فكرة أن حكم المحكمة بالغرامة التهديديه يكون بطلب الدائن، ومع ذلك يبقى للمحكمة سلطة تقديرية سواء في إصدار الحكم[4] أو في تقدير الغرامة حتى لو توافرت الشروط.[5]

أما بالنسبة للشرط الأخير الذي لم يتطرق له جميع الكتَاب فهو مراعاة الحق الأدبي للمدين، فهذا الشرط لا يكون في العقود كافَة، بل في العقد القائم على الأساس الأدبي الذي يكون فيه حق المؤلف وحقوق الملكية الفكرية محمية بموجب قانون الملكية الفكرية الخاص بها، وهذا في حال كان المدين أديباً أو كاتباً حيث تكون حواسه الفكرية والملكية الأدبية محل العقد، فيكون له حمايةٌ خاصة لحساسية محل الالتزام، فلا مجال للضغط عليه لنشر مؤلفه كونه يتعلق بحقه الأدبي، فلا

---

[1] الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام(آثار الحق في القانون المدني)**. مرجع سابق. ص66.

[2] الشرقاوي، جميل: **مرجع سابق**. ص44.

[3] م(5/250) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني.

[4] م.(1/213) من القانون المدني المصري حيث ورد فيها عبارة" جاز للدائن أن يحصل على حكم... " وهذا يعني أن إصدار المحكمة لحكم الغرامة التهديديه سلطةٌ جوازيه للقاضي.

[5] م.(2/213) من القانون المدني المصري/ السنهوري، عبد الرزَاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج2. مرجع سابق. ص760.

مجال لفرض الغرامة التهديديه التي أساسها الضغط والتهديد، ولم يبقَ أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض المادي.[1]

أما بشأن تقدير قيمة الغرامة التهديديه، هل يصح أن يُبنى تقدير القاضي لقيمة الغرامة على أساس الضرر اللاحق بالدائن فقط دون الإشارة أو الالتفات إلى أسسٍ أخرى؟

دور السلطة القضائية فعَالٌ بشكلٍ كبيرٍ بذلك الخصوص، والقانون منح القضاء سلطة التدخل في تقدير قيمة المبلغ المفروض على المدين في نهاية المطاف، علماً أن تلك السلطة ليست مطلقة بل هناك عدة معايير تؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد المبلغ، ومن تلك المعايير مدى رفض المدين وإحجامه عن التنفيذ، كذلك القدرة الفعليه للمدين على التنفيذ وصعوبات قيامه بذلك، ومدى حاجه الدائن للتنفيذ، ومقدار الضرر الذي لحق بالدائن جرَاء ذلك الرفض[2] دون أن يختلط الفهم ما بين الغرامة التهديديه والتعويض القضائي الذي أساسه الضرر حيث ستتم التفرقة بينهما لاحقاً.

يلاحَظ أن القانون المصري ومشروع القانون الفلسطيني كلاهما صرَح بالأسس التي يجب على القاضي اتخاذها بعين الاعتبار عند تقدير مبلغ الغرامة، حيث يُحدد ذلك المبلغ بناءً على الضرر اللاحق بالدائن جراء عدم التنفيذ مع مقدار عنت المدين،[3] وذلك تفرقة ما بين الغرامة التهديديه والتعويض، إلا أن ما يُؤخَذ على ذلك النص أنه ذكر بشكل صريح كلمة" تعويض" مع أنه لم يُقصَد بتلك المادة التعويض القضائي، فلو أراد ذلك لقصره على أساس الضرر فقط، وبرأي الباحثة أن تلك النقطة لا بدَ أن تؤخذ بعين الاعتبار لأن الأساس القانوني القائم عليه التعويض يختلف عن

[1] عبد الرحمن، أحمد: **مرجع سابق**. ص148.

[2] حبيب، عادل: **التنفيذ العيني للالتزامات العقدية دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة**. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2004م. ص454.

[3] م.(214) من القانون المدني المصري/ م.(3/236) من مشروع القانون الفلسطيني.

القائم عليه الغرامة التهديديه، والأفضل لو استعمل كلمة الغرامة التهديديه بشكل صريح منعاً لاختلاط المفاهيم القانونية.

في ظل الحديث عن الضرر اللاحق بالدائن جرَاء عدم التنفيذ، هل يعتبر الضرر شرطاً للحكم بالغرامة التهديديه أم أن أثره يقتصر على أنه أساسٌ من أسس تقدير مبلغ الغرامة التهديديه؟ سبق وأن ذُكرت الأسس المبني عليها مبلغ الغرامة، والضرر من ضمن تلك الأسس، والمتفق عليه أن الغرامة التهديديه ليست تعويضاً قضائياً قائماً على ثلاثة أركان وهم الخطأ والضرر والعلاقة سببية، فالضرر ليس شرطاً أساسياً عند فرض الغرامة التهديديه المؤقتة،[1] وفي ذلك منطقيه، لأن الضرر تم الاعتماد عليه كمعيار ويستعمل كوسيلة يمكن اللجوء إليها لتقدير المبلغ، وهدف الغرامة التهديديه الضغط على إرادة المدين وليس تعويضه عن ضررٍ لحق به للقول بأن الضرر شرطٌ للحكم بها، فاعتبار الضرر شرط للحكم بالغرامة التهديديه يعني أنه يقع على عاتق الدائن إثباته، وهذا إجحافٌ بحق الدائن وتكليفٌ عليه، فهو بالنهاية يطالب بحقه في تنفيذ بنود العقد، ولا يجوز تحميله ثمن مطالبته بحقه بزيادة العبء عليه، وإلا يكون بذلك ميلاً لجانب المدين المتخلف عن التزاماته القانونية، لكن في المقابل ثبوت حكم الغرامة التهديديه وتصفيتها بشكلٍ نهائي يعني أن الدائن سيحصل على مبلغ الغرامة بشكلٍ فعلي، وهذا يتطلب أساساً قانونياً يُثبِت حق الدائن بالمطالبة بالمبلغ، والضرر هو ذلك الأساس، فيمكن القول أن الضرر ليس شرطاً للغرامة ابتداءً ولكنه شرطاً لها عند التصفية، وبهذا يكون الضرر شرطاً لحصول الدائن على مبلغ الغرامة القطعية وكذلك من ضمن أسس تقدير المبلغ.

[1] صالح، فواز: ***النظام القانوني للغرامة التهديديه(دراسة قانونية مقارنة).*** **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية.** مج 28 /2 جامعة دمشق. 2012م. ص17.

أما ما يتعلق بمقدار الغرامة المحددة من قِبل القاضي فقد لا تكون كافية بالقدر اللازم لتحقيق الغاية من فرضها، فيجوز للقاضي التراجع عن ذلك التقدير وتعديله بالزيادة عليه، أو إذا كان تقديره للغرامة ليس رادعاً أو محققاً للغاية منه،[1] ولذلك يمكن القول أن تقدير القاضي لمبلغ الغرامة يبقى تقديراً مؤقتاً يحتمل التعديل والتغيير والإلغاء حيث تستمر صفته المؤقتة إلى حين أن يصبح قطعياً.[2]

لكن في المرحلة التي تكون فيها الغرامة التهديديه مؤقتة، هل يترتب عليها الآثار القانونية المترتبة على أي دين آخر أم أن لها تكييفاً قانونياً خاصاً؟

القانون مع ضمان حق الدائن وفقاً للأصول القانونية، فليس للدائن اللجوء للحجز على مبلغ الغرامة التهديديه طالما أنها مؤقتة حتى لو كان الحجز تحفظياً لا ينقل الملكية، فذُكِر سابقاً شروط الحجز التحفظي، وبالمجمل فالغرامة التهديديه المؤقته لم يتوافر فيها تلك الشروط وخصوصاً أنها معلقة على شرط عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وطالما أن الحجز التحفظي على الغرامة التهديديه المؤقتة لا يمكن فمن باب أولى عدم إمكانية إيقاع الحجز التنفيذي عليها لأنه يتطلب سنداً تنفيذياً،[3] فالغرامة التهديديه ما زالت مؤقتة وتعتبر ديناً متنازعاً عليه، فلا تكون محلاً لإيقاع الحجز التنفيذي عليها لحين صدور حكم المحكمة بالغرامة التهديدية القطعية،[4]

وفي صدد طرح فكرة الغرامة التهديديه القطعية هل يمكن تعديلها بالزيادة أو النقصان؟

---

[1] م.(2/213) من القانون المدني المصري/ انظر الحكم القضائي رقم 9303 الصادر سنة 1976م عن محكمة النقض المصرية. https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[2] خصاونة، منال: **مرجع سابق**. ص31- 33.

[3] م.(8) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[4] جبر، بسام: **ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديديه ودورهما في منع تراخي تنفيذ العقود" دراسة مقارنة" (رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة الشرق الأوسط. عمان. الأردن. 2011م. ص69.

الحكم القطعي حكمٌ غير قابل للطعن به أو العدول عنه من المحكمة المصدرة له،[1] أما بخصوص الغرامة التهديديه القطعية فتمت الإشارة سابقاً أن القوانين التي تناولت فكرة الغرامة التهديديه لم تبين التفاصيل بشأنها، أما الفقه فقد فرض ألا تكون الغرامة التهديديه القطعية قابلة للتعديل بالزيادة أو النقصان إلا في حالتي القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ،[2] وفي ذلك دقة وقانونية حيث أن الأحكام القطعية بشكلٍ عام لا يطعن بها ولا تعدل إلا وفقاً للأصول والمدد القانونية.[3]

سبق القول أن القانون المدني الأردني اعترف بالغرامة التهديديه بشكلٍ شكلي، ويُعنَى بالاعتراف الشكلي" أن نصاً قانونياً تضَمِن ذِكر الغرامة التهديديه دون تطبيقٍ فعلي أو تفصيلٍ جزئي لها"،[4] وبالبحث في النصوص القانونية الأخرى هناك نص قانوني[5] يتضمن المعنى المطروح سابقاً للغرامة دون ذكرٍ لفظي لها، وعليه يمكن القول أن ذلك النص يتضمن معنى الغرامة التهديديه، ويلاحَظ أن النص المطروح تضمن جزئية التعويض حيث لا يوجد في القانون المدني الأردني جزئية خاصة بالغرامة التهديديه، وهذا لا يبرر ذلك الإدراج والذي قد يجعل ثمة اختلاط ما بين مصطلحين قانونيين احتمالية الخلط بينهما واردة.

إن ما يلفت الانتباه بخصوص الغرامة التهديديه أن التشريع القانوني وشروحات الكُتَاب كانت أكثرَ ميلاً لاستعمال المصطلحات القانونية الواردة في القانون الجنائي كمصطلح الغرامة والذي يُعرَف بشكلٍ عام أنه نوعٌ من أنواع العقوبات الجنائية، وكذلك مصطلح التهديد الذي يشكل جريمةً قائمة بحد ذاتها، رغم أن موضوع الدراسة تابعٌ للقانون مدني، لكن قد يحقق هذا الاستعمال انسجاماً مع

---

[1] الفوزان، محمد: **الوافي في أصول المحاكمات الشرعية**. ط1. الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد. 2016م. ص957.

[2] حبيب، عادل: **مرجع سابق**. ص440.

[3] الفوزان، محمد: **مرجع سابق**. ص957.

[4] م.(1/961) من القانون المدني الأردني.

[5] م.(360) من القانون المدني الأردني، يلاحَظ الأسس التي اعتمدها المشرع في تحديد قيمة الغرامة رغم عدم تصريحه بذلك الشأن/ انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ص360.

الغاية التي تسعى الغرامة التهديديه لأجلها وهي ردع للمدين، فمن أهم خصائص الغرامة التهديديه اعتمادها على التهديد، فهذا الاستعمال أشد حدة وأقوى تأثير، وفي صدد الحديث في إطار القانون الجنائي المشرع الأردني في قانون العقوبات تناول جزئية إصرار المدين على رفض التنفيذ واعتبرها جريمة،[1] وبذلك يكون قد ساند القانون المدني في تولي تلك المهمة.

بخصوص الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية ترى الباحثة أنه حكمٌ إمهاليٌ تقريريٌ يهدف لإمهال المدين فيعطيه مدة زمنية ليراجع بها إرادته الخاصة وقدرته المالية والتي بناءً عليها يتحدد مصير الغرامة التهديديه، فمصيرَها بيد المدين بناءً على ما يقرره بشأن تنفيذه للالتزام، فقرار المدين محدود من حيث الخيارات المطروحة والمدة التي سيقرر خلالها، فإما أن ينفذ الالتزام المفروض عليه أو يرفض، وسواء اختار الخيار الأول أو الثاني فسيترتب على خياره أثرٌ قانوني، فقرار المدين بتنفيذ الالتزام يعني انتهاء أثر الغرامة التهديديه،[2] أما إن أصر على الرفض فحتماً سيُحكم بقرار الغرامة التهديدية القطعية التي لا رجوع عنها إلا في الحالات التي تم ذكرها، لكن هل تنفيذ المدين لالتزامه المفروض عليه بعد تهديده عن طريق القضاء كتنفيذ مدين آخر لالتزامه دون اللجوء للقضاء واستصدار أحكام قضائية؟

بشكلٍ عام لا يمكن أن يعامل المدين الأول بشكلٍ مساوٍ مع المدين الثاني، وإلا كان ذلك إجحافاً بحق دائن المدين الأول، فذلك يفتح الطريق أمام المدين سيء النية الذي هدفه مماطلة دائنه ليتمادى ويلحق الضرر به فهو يعلم مسبقاً أن له مهلة زمنية ليراجع بها نفسه، كما أن تنفيذ المدين لالتزامه بعد الحكم عليه بالغرامة التهديدية يعني أن المدين لم ينفذ الالتزام في الوقت المحدد

[1] م.(441) من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 وهذا القانون مطبق في الضفة الغربية.

[2] انظر الحكم القضائي رقم 10888 لسنة 1979م الصادر عن محكمة النقض المصرية.

والمتفق عليه بموجب العقد، والتأخير يقيم المسؤولية المدنية،[1] وبناءً عليه يمكن التساؤل، أيمكن أن يتم الجمع بين الغرامة التهديديه والتعويض في الوقت نفسه؟

الغرامة التهديديه أساسها التهديد والردع مع مساواتها لمقدار الضرر الحاصل عند التصفية، وبشأن معايير تقديرها فسبق ذكرها إلى جانب سلطة القاضي التقديرية، والتعويض هدفه الوحيد جبر الضرر والذي يدور معه وجوداً وعدماً وهو نفسه معيار تقديره حيث لا مجال للافتراض أو التقدير،[2] فكلاهما يتطلب الضرر كشرطٍ لتحصيل القمية، فدور القاضي مساواة المبلغ مع قيمة الضرر دون زيادة حتى لا يكون سبباً للإثراء بلا سبب، فتوافر الخطأ والضرر والعلاقة السببية يقيم مسؤولية المدين التي تقتضي التعويض عن الضرر الحاصل حسب القواعد العامة،[3] فيطالَب الدائن بالتعويض نتيجة التنفيذ المتأخر إن توافرت شروطه، وإن لم يتم التنفيذ بالمطلق يتم اللجوء للغرامة التهديديه،[4] فتدخل السلطة القضائية في تحديد مبلغ الغرامة التهديدية يقلل من قوتها القانونية ومن فاعليتها كوسيلة تنفيذ غير مباشرة، فهي بالنهاية تعويض عن ضرر.

الفرع الثاني: الشرط الجزائي.

سبقت الإشارة للقاعدة القانونية العامة" العقد شريعة المتعاقدين" وأن الالتزام بالعقد واجبٌ قانونيٌ يرتب المسؤوليتة في حالة الإخلال أو المخالفة، وهذا مدخلٌ للحديث عن الوسيلة الثانية من الوسائل المالية وهو الشرط الجزائي الذي يعتبر وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني قائماً على اتفاق

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج2. مرجع سابق. ص767.

[2] العبدلاوي، إدريس: **شرح القانون المدني– النظرية العامة للالتزام**. ج2. المغرب: الدار البيضاء مطبعة النجاح. 1996م. ص119.

[3] المرجع السابق. ص114.

[4] الشرقاوي، جميل: **مرجع سابق**. ص46.

الأطراف، بالرجوع لمجلة الأحكام العدلية لم تنص على الشرط الجزائي، لكن يمكن استباط الأحكام الخاصة به بالاستناد إلى النصوص القانونية العامة لأن الشرط الجزائي نوعٌ من أنواع التعويض[1].

بعض الفقهاء اعترفوا بالشرط الجزائي الوارد في الفقه الأجنبي انسجاماً مع تطور الحياة الاقتصادية، واعترافاً بمبدأ حرية التعاقد وبإلزامية الشروط غير المخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة ومن ضمنها الشرط الجزائي المتفَق عليه بين المتعاقدين نتيجة الإخلال أو النكول عن التنفيذ، وكان ذلك من قِبل المذاهب التي تبنت فكرة حرية الاشتراط،[2] فبالنسبة لتلك المذاهب تطبيق الشرط الجزائي نتيجة الإخلال بتنفيذ الالتزام لا يعني بالضرورة الالتزام بقواعد المسؤولية العقدية، فلا يشترط أن تكون قيمة الشرط الجزائي مساوية لقيمة الضرر، بل يُغلَب اتفاق الأطراف عليها.

أما مجلة الأحكام العدلية فالتزامت بقواعد المسؤولية العقدية بشكلٍ واضحٍ وصريح،[3] فحصول الدائن على التعويض مرتبطٌ بقيمة الضرر الحاصل دون زيادة أو نقصان، وتلك القاعدة من النظام العام، أما بخصوص الشرط الجزائي فيكون لإرادة المتعاقدين الأولوية في التطبيق وإن خالفت قواعد المسؤولية، وهذا يؤكد على موقف المجلة من عدم تطبيق الشرط الجزائي، أما مشروع القانون المدني الفلسطيني فاعترف بالشرط الجزائي بشكلٍ صريح[4] وتبنى موقف القانون المصري بخصوص تعديل قيمته وهذا ما سيتم بيانه لاحقاً.

---

[1] م.(19،92،20) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] الزرقا، مصطفى: **المدخل الفقهي العام**. ج2. ط2: المكتبة الوقفية الشاملة. 2004م. ص760-765.

[3] م.(19، 20، 92) من مجلة الأحكام العدلية.

[4] م.(240) من مشروع القانون الفلسطيني/ ورد في م.(326) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان" يجوز الاشتراط في حال لم يوفِ المدين بقسط من الأقساط يتعجل الثمن جميعه" هذا تطبيق للشرط الجزائي.

التطبيقات القضائية الفلسطينية أكدت على موقف المجلة برفضها تطبيق الشرط الجزائي باعتباره مخالفاً لقواعد المسؤولية العقدية، فمحكمة استئناف رام الله وضحت المقصود بالمصطلح،[1] مع تأكيدها على شرط إثبات الدائن لوقوع الإخلال ولقيمة الضرر، فلا عبرة لاتفاق الأطراف المسبق على تحديد قيمة التعويض بل يجب أن يتساوى مع الضرر اللاحق بالدائن، وهذا يؤكد أن المجلة لم تأخذ بالشرط الجزائي لمخالفته لقواعدها القانونية، كما أكدت محكمة النقض الفلسطينية وصرَحت بعدم تطبيق الشرط الجزائي في النظام القانوني الفلسطيني لمخالفته قواعد المسؤولية العقدية حتى لا يكون وسيلةً للكسب غير المشروع.[2]

أما القانون المدني الأردني فكان صريحاً في الحديث عن الشرط الجزائي ومضمونه دون أن يطلق عليه المسمى بل طبَق مبدأ التعويض الاتفاقي، فيكون خاضعاً لقواعد الضمان ويكون للمحكمة سلطة تعديل القيمة بما يساوي الضرر الواقع تطبيقاً لقواعد المسؤولية العقدية، لكن ذلك لا يعني أن القانون الأردني لم يعترف به، بالعكس فقد أعطى المشرع طرفي العقد حق الاتفاق بشكلٍ مسبق على مقدار الضمان بما يتفق وأحكام القانون،[3] إضافةً للتطبيقات القضائية.

القانون المدني المصري ومشروع القانون الفلسطيني كلاهما صرَح في اطلاق المسمى القانوني على الشرط الجزائي وهو" التعويض الاتفاقي"[4] حيث كان المشرع موفَق في تلك التسمية على أساس تناسبه مع الهدف من الشرط الجزائي، ورجوعاً لما ذكره السنهوري بخصوص الشرط الجزائي

---

[1] انظر حكم محكمة استئناف رام الله رقم (9) لسنة 2018م والتي جاء بها أن الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق ما بين طرفي العقد من خلاله يحدد الأطراف قيمة التعويض إن تم الإخلال بتنفيذ العقد أو التأخير فيه، ويكون ذلك قبل حصول الإخلال". https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[2] انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 1430 لسنة 2017. https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[3] م.(364) من القانون المدني الأردني.

[4] م.(1/224) من القانون المدني المصري/ م.(1/241) من مشروع القانون الفلسطيني.

يمكن تعريف الشرط الجزائي" أنه اتفاقٌ ما بين طرفي العقد، سابقاً لوقوع الضرر سواء كان سابقاً أو لاحقاً لإبرام العقد، يتفق الأطراف من خلاله على الأثر المترتب في حال إخلال طرف من الأطراف بتنفيذ التزامه، فقد يكون مبلغاً نقدياً، أو فسخ عقد، أو تعجيل سداد الدين وغيره، حسب طبيعة العقد المبرم.[1]

إذن يمكن تصنيف الشرط الجزائي من ناحية قانونية باعتباره وسيلة للتنفيذ العيني بشكلٍ غير مباشر، فالمدين يعلم مسبقاً وعند إبرامه للعقد بالأثر المترتب في حال الإخلال، وإن لم يناسبه الشرط يمكنه التراجع عن إبرام العقد، فإصراره على التعاقد مع وجود الشرط يعني استعداده للتنفيذ كونه على علمٍ مسبق بالنتيجة المترتبة على الإخلال، وفي الوقت نفسه يكون ذلك الشرط بديلاً عن التنفيذ العيني إن لم يلتزم المدين بالتنفيذ، فيكون للدائن حقَ تطبيق الشرط عليه وتحت طائلة القانون، إذن يمكن القول أن التكييف القانوني للشرط الجزائي يعتمد على موقف المدين من التزاماته التعاقديه.

إن مطالبة الدائن بتطبيق الشرط الجزائي على المدين حقٌ قانوني مترتب على الإخلال بالتنفيذ، لكن حقوق أطراف العقد بشكلٍ عام مقيدةٌ بقواعدٍ قانونية، والشرط الجزائي بشكلٍ خاص مقيدٌ بشروطٍ لاستحقاقه، فمجرد إخلال المدين بالتزامه لا يخوِل الدائن تنفيذ الشرط مباشرة، فيجب التأكد من إمكانية تنفيذ الالتزام من جانب المدين وأنه قادرٌ على ذلك ولم يفعل، وإن استحال فالسبب راجعٌ لخطأ المدين وإهماله، فانتفاء الخطأ ينفي الحكم بالشرط الجزائي كما جاء في قرار محكمة النقض

[1] السنهوري، عبد الرزاق: **شرح القانون المدني**. ج2. مرجع سابق. ص795- 796

المصرية،[1] وأن يلحق بالدائن ضررٌ جرَاء تصرف المدين، حيث يعتبر الضرر شرطاً لاستحقاق مبلغ التعويض الاتفاقي وإلا فللقاضي أن يحكم باستبعاده، مع وجود علاقة سببية تربط بين الشرط الأول والثاني، وذلك بعد إعذار المدين بالوفاء بالتزامه،[2] حيث لا تعويض دون إعذار، إلا إذا اتفق الأطراف صراحةً على خلاف ذلك أو إن توافرت حالة من حالات الإعفاء منه كما ذُكر في الفصل الأول.

يُستنتَج أن الشروط المذكورة هي شروطٌ أساسيةٌ وبديهية، فالشرط الجزائي هو نوع من أنواع التعويض، فتلك القواعد عامة، إلا أن القول بتوافر تلك الشروط لا جدوى منه طالما أنها لم تُثبَت بوسائل الإثبات القانونية، حيث يقع على عاتق الدائن إثبات وقوع الخطأ أو الإهمال والتقصير من جانب المدين، وبإثباته لذلك يكون الشرط الثاني(الضرر) من شروط استحقاق التعويض الاتفاقي ثابتاً وليس على الدائن إثباته، بل تقوم مسؤولية المدين ويكون مكلفاً بقيمة الشرط الجزائي إلا إذا أثبت عدم تحقق الضرر،[3] فالمشرع المصري طرح تلك الخصوصية للإثبات ولم يوكل المهمة لقانون البينات ويتضح ذلك التفصيل من حكم محكمة النقض المصرية التي أشارت إلى افتراض الضرر، مع افتراض تناسبه مع مقدار التعويض إلا إذا أثبت المدين عكس ذلك وكذلك الحال بالنسبة لمشروع القانون الفلسطيني،[4] وبرأي الباحثة أن مشروع القانون الفلسطيني أصاب، لأنه

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق: **شرح القانون المدني**.ج2. مرجع سابق. ص799/ انظر الحكم القضائي رقم(15487) لسنة 1988م الصادر عن محكمة النقض المصرية والتي رفضت الحكم بالشرط الجزائي على أساس انتفاء الخطأ من جانب المدين وهذا يعني عدم توافر شرط استحقاق الشرط الجزائي.https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[2] الخويلدي، أمجد: **الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين(دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية) رسالة ماجستير غير منشورة**. جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية. أندونيسيا. 2016. ص63.

[3] م.(1/224) من القانون المدني المصري/ م.(1/241) من مشروع القانون الفلسطيني.

[4] م.(1/241) من مشروع القانون الفلسطيني ويؤكد على ذلك حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 361لسنة 2016م https://qistas.com/ar/search?c=2&pc=-1

أخلى مسؤولية الدائن من عبء إثبات الضرر، واكتفى بتكليفه بإثبات الخطأ وفي ذلك تحميل المدين مسؤولية تقصيره دون إجحاف أو مبالغة في تلك المسؤولية فله الحق بإثبات خلاف ذلك.

سبقت الإشارة إلى أن الشرط الجزائي قائمٌ على إرادة الأطراف واتفاقهم المسبق وليس للسلطة القضائية دورٌ في ذلك الاتفاق طالما أنه متفقٌ مع القواعد القانونية، إلا أن دور القضاء يبرز ويأخذ موضعه الطبيعي عند وصول الأمر إلى تحقق الشروط المذكورة سابقاً، فتحقق تلك الشروط يعني استحقاق التعويض، وهنا يبرز دور اتفاق الأطراف الأساسي في تقديرهم المسبق لمقدار التعويض، حيث تقديرهم له لا يكون بمطلق إرادتهم، بل يبقى للقضاء حق الإشراف وتقدير التناسب ما بين مقدار التعويض المتفق عليه والضرر المتحقق، مع الإشارة إلى أن سلطة القاضي في ذلك التعديل من النظام العام،[1] ولا بدَ من التركيز على كلمة" التناسب" حيث يُشار إلى اختلاف القانون الأردني مع القانون المصري في ذلك الشأن، فالقانون الأردني أعطى القاضي سلطةً جوازية يمكن خلالها تعديل قيمة الشرط الجزائي بالزيادة أو النقصان بناءً على طلب أي من الطرفين لتصبح قيمة التعويض مساويةً للضرر اللاحق بالمدين.[2]

أما القانون المصري فأعطى للقاضي سلطة جوازية لتعديل قيمة الشرط الجزائي، لكن ذلك التعديل مقيد بقيدين، القيد الأول أن يكون ذلك التعديل لتخفيض القيمة دون زيادتها– حيث تكون زيادة قيمة التعويض الاتفاقي بطلب الدائن بعد إثباته لارتكاب المدين لخطأ أو غشٍ الجسيم[3]– والقيد الثاني أن سلطة القاضي في تعديل قيمة الشرط الجزائي بالتخفيض ليست مقيدة بمساواة تلك القيمة لمقدار الضرر، بل تلك السلطة تخوله الحق في تقدير مدى التناسب ما بين قيمة التعويض ومقدار

[1] م.(2/364) من القانون المدني الأردني/ م.(3/224) من القانون المدني المصري.

[2] م.(2/364) من القانون المدني الأردني/ حيث لا يصح أن تتجاوز قيمة الشرط الجزائي القيمة المحددة للتعويض القانوني وإلا كان مخالفاً للنظام القانوني والنظام العام انظر الحكم القضائي رقم 1211 الصادر سنة 2021م عن محكمة التمييز الأردنية.

[3] م.(225) من القانون المدني المصري/ م.(3/241) من مشروع القانون الفلسطيني.

الضرر، ويُستخلص ذلك من عبارة" إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً به إلى درجة كبيرة"،[1] وبخصوص مشروع القانون الفلسطيني فاتخذ موقف القانون المصري بما يتعلق بسلطة القاضي بتعديل قيمة الشرط الجزائي،[2] مع تخصيص نصٍ قانوني للالتزام بالامتناع عن المنافسة، فوجود مبالغة في قيمة الشرط تعطي القاضي حق الإلغاء أو التعديل حسب تقديره للظروف وفي ذلك ترجيح لحقوق العامل على اتفاق الأطراف.[3]

يُعنى بالتناسب" ألا يكون قيمة الشرط مبالغاً به لدرجة كبيرة تجعله سبباً لخضوع طرفٍ من أطراف العقد للآخر دون مصلحة وإلا فيكون مصدراً للإثراء بلا سبب"[4] فإن كان التقدير مبالغاً فيه بشكلٍ بسيط ليس للقاضي تخفيض المقدار وعلى المدين عبء الإثبات،[5] فمعيار تقدير مدى تناسب قيمة الشرط مع الضرر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فالمشرع ضغط على المدين بشكل غير مباشر إن هو أعرض عن التنفيذ أو ماطل به، وبنفس الوقت قيَد سلطة القاضي فجعل التعويض متناسباً مع الضرر احتراماً لاتفاق الأطراف المسبق وللتمييز ما بين التعويض الاتفاقي القائم على اتفاق المتعاقدين والتعويض القضائي المحدد من قِبل القاضي وفقاً للقواعد الخاصة به، فلم يطلق يد الدائن ليتحكم بالمدين الذي قد يكون الطرف الأضعف عند إبرام العقد، لذلك كان للقاضي حق تخفيض القيمة إن كان الدائن تعسف به للموازنة ما بين مصالح الطرفين، لكن التناسب مع الضرر دون المساواة يسبب خرقاً لقواعد المسؤولية سواء زاد أو نقص عن قيمة الضرر، فترى الباحثة أن القانون الأردني أصاب باشتراط تساوي قيمة الشرط مع الضرر تطبيقاً لقواعد المسؤولية،

---

[1] الروازق، فراس: **الحماية القانونية من الشروط التعسفية– دراسة مقارنة–**. ط1: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2017م. ص126–128/ م.(2/224) من القانون المدني المصري.

[2] م.(2/241) من مشروع القانون الفلسطيني.

[3] م.(782) من مشروع القانون الفلسطيني.

[4] العمروسي، أنور: **مرجع سابق**. ص272

[5] انظر الحكم القضائي رقم(4304) لسنة 1977م الصادر عن محكمة النقض المصرية.

فالتعويض أساسه الضرر ويجب أن يتساوى معه، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت برد الطعن لعدم تقديم الطاعن بينة تثبت مقدار الضرر الحاصل فعلاً، وهذا يعني أن المحكمة تؤكد على وجوب تساوي التعويض مع الضرر.[1]

إن عقود الفيديك من العقود الشائعة الاستعمال[2] في ظل التطورات الاقتصادية الحالية، إلا أن إبرام تلك العقود قد يؤدي إلى منازعات بين طرفي العقد بما يتعلق بتنفيذ الالتزام من حيث الموعد والكيفية والتأخير في التسليم والتكاليف وغيره، فأغلب العقود تتضمن شروطاً جزائية يسعى الأطراف لاشتراطها في العقد قبل التنفيذ ضمانةً لحقوقهم، لكن تلك الشروط قد تفوق قيمة الضرر الحاصل وقد تقل عنه، فما موقف عقود الفيديك من الشرط الجزائي؟

عقد الفيديك فرق بين القوانين من حيث تطبيق الشرط الجزائي، ففي القوانين الأنجلوسكسونية يُؤخَذ بالتعويض الاتفاقي القائم على تعويض المتضرر بمقدار الضرر الحاصل مراعاةً لقواعد المسؤولية العقدية والضمان، أما القوانين اللاتينية فتطبِق الشرط الجزائي القائم على اتفاق الأطراف المسبق مع تدخل سلطة القاضي التقديرية لتحديد تناسب قيمة الشرط مع الضرر الحاصل وحقه في الزيادة أو الإنقاص حسب الشروط المذكورة سابقاً،[3] وبالرجوع للقرار الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم 109(3/12)[4] ورد فيه" إن فُرِضَ زيادة في الثمن بسب التأخير في التنفيذ تُطبَق أحكام التعويض عن الضرر وليست أحكام الشرط الجزائي لأنه يُعتبر دين ولا يجوز اشتراط الزيادة

---

[1] انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم 135 لسنة 2015م https://qistas.com/ar/search?c=2&pc=-1

[2] عقد الفيديك" هو عقدٌ نموذجي صاغه وأعده الاتحاد الدولي للمهندسيين الاستشاريين في مجال الإنشاءات الهندسية والمقاولات، منظِم من قِبل هيئة دولية، يعتبر مرجعاً أساسياً لعقود المقاولات والإنشاءات، فلا يستطيع أي مكتب هندسي إبرام عقود إلا بشكلٍ متفق مع أحكام هذا العقد، بموجبه وُضعت أسسٌ وقواعدٌ خاصة تحكم تنفيذ تلك العقود حفاظاً على حقوق أطرافها" انظر اليامي، علي: **فض المنازعات في عقود الفيديك(دراسة مقارنة)**. ط1. الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد. 2017م. ص12-20.

[3] عبد الصاحب، علي. علي، علي: ***المطالبات في عقود الإنشاءات(الفيديك)***. **مجلة العلوم القانونية**. جامعة بغداد. ص286.

[4] https://www.iifa-aifi.org

في الديون"[1] مع الإشارة إلى أن عقد الفيديك من العقود المطبقة في فلسطين لتنظيم عقود المقاولات وهذا ما أكدت عليه محكمة استئناف رام الله.[2]

وجود الشرط الجزائي لتنفيذ العقد وترتيب آثاره القانونية، فلو افترضنا أن العقد المبرم باطلٌ، فما مآل الشرط الجزائي؟ وماذا لو أن العقد لم يبطل بل طرأ عليه سبب من الأسباب الداعية لفسخه؟

حسب القواعد القانونية العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثرٌ قانوني،[3] فلا يكون له قيمة ويتم إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد وكأن العقد لم يتم، فبطلان العقد يعني بطلان كل ما نتج عنه أو تَبِع له، والشرط الجزائي يُعتبر شرطاً تابعاً للعقد وقائماً عليه، فهو يدور مع الالتزام الأصلي وجوداً وعدماً، والشرط الجزائي يهدف لتنفيذ الالتزام، وبطلان العقد يعني انتهاء أثره فلا يتم تنفيذه، ومن الطبيعي أن ينتهي أثر الشرط لانتفاء الغاية منه ولعدم وجود الالتزام أصلاً، بالنتيجة بطلان العقد يعني بطلان الشرط الجزائي.[4]

هناك سبب آخر يجرد العقد من آثاره القانونية وهو فسخ العقد، حيث يتم حل الرابطة العقديه وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد إن كان ذلك ممكناً نتيجة عدم التزام أحد طرفي العقد بتنفيذ التزامه العقدي مما يدفع الطرف الآخر للمطالبة بالفسخ،[5] فيكون ذلك إما باتفاقٍ مسبق على الفسخ ما بين الأطراف إن حصل الإخلال وهو ما يسمى بالفسخ الاتفاقي، لكن لا يتم ذلك إلا ب صدور

---

[1] جمعة. سيد الشحات: ***عقود الفيديك وموقف الفقه الإسلامي منها دراسة مقارنة***. كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات. مج 4/ 36 الإسكندرية. ص634.

[2] انظر الحكم القضائي الصادر عن محكمة استئناف رام الله رقم 608 لسنة 2018م. https://qistas.com/ar/search?c=2&pc=-1

[3] م.(355،370) من مجلة الأحكام العدلية/ م.(168) من القانون المدني الأردني.

[4] الأزهري، محمد: **مرجع سابق**. ج1. ص175.

[5] البكري، محمد: **فسخ العقود**. مرجع سابق. ص7.

حكمٍ قضائي حيث يكون للقاضي سلطة تقديرية في إصدار الحكم،[1] وتلك السلطة مقيدة بتقدير مدى توافر شروط الفسخ من عدمها، فإن تحققت وجب إصدار حكم بفسخ العقد احتراماً لإرادة الطرفين،[2] أو أن يتم بدعوى فسخ يرفعها الدائن على المدين نتيجة الإخلال بتنفيذ العقد بسبب خطأ المدين وهذا ما يسمى بالفسخ القضائي،[3] أما إن استحال تنفيذ العقد لسببٍ أجنبي فينفسخ العقد بقوة القانون وهو ما يسمى بالفسخ القانوني،[4] ومهما كان نوع الفسخ فالأثر المترتب عليه هو سقوط الالتزام الأصلي والرابطة العقدية وكل ما يتبع لها، ومن ضمن ذلك الشرط الجزائي، فهو يدور مع الالتزام الأصلي وجوداً وعدماً،[5]حيث يقدِر القاضي التعويضات المستحقة للدائن حسب الأصول القانونية.[6]

المطلب الثاني: الوسائل الشخصية.

عدم قدرة وسائل التنفيذ العيني المطروحة سابقاً على تحقيق الهدف المقصود يفتح المجال للحديث عن نوعٍ آخر من الوسائل والتي أُطلِق عليها مسمى" الوسائل الشخصية"، إلا أنه وعبر تعاقب العصور اختلف الحق المنصب عليه التنفيذ، ففي زمن الجاهلية كان يُعامل المدين على أنه سلعة تباع وتشترى وتُؤجَر لسداد دينه فكان التنفيذ ينصب على جسد المدين، إلا أن ذلك يتنافى مع

---

[1] م.(158) من القانون المدني المصري م.(245) من القانون المدني الأردني م.(171) من مشروع القانون الفلسطيني/ انظر الشامسي، عمر: **فسخ العقد**. ط1. مصر. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القومية. 2010م. ص73-74.

[2] يحيى، إبراهيم: **الإقالة فسخ العقد برضا الطرفين دراسة مقارنة(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2010م. ص48.

[3] م.(157) من القانون المدني المصري م.(246) من القانون المدني الأردني م.(170) من مشروع القانون الفلسطيني.

[4] م.(159) من القانون المدني المصري م.(247) من القانون المدني الأردني م.(172) من مشروع القانون الفلسطيني.

[5] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج2. مرجع سابق. ص807/ انظر الحكم القضائي الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية رقم(376) لسنة 2012م.1-=pc&1=c?search/ar/com.qistas.https://

[6] السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج1. مرجع سابق. ص585، 598. بما يتعلق بالفسخ الاتفاقي والقضائي فالقاضي يقدر التعويض بناءً على الضرر اللاحق بالدائن على أساس المسؤولية التقصيرية وليست العقدية لعدم وجود العقد أصلاً، فيكيَف على أنه واقعة مادية، أما بالنسبة للفسخ القانوني فلا تعويض لانتفاء مسؤولية المدين من الضرر الحاصل.

كرامة الإنسان وهذا ما نهت عنه الشريعة الإسلامية،[1]وبعد ظهور الإسلام وانتشاره حُرِم التنفيذ على جسد المدين وأوجد الإسلام وسائل مشروعة ومتفقة مع حقوق الإنسان وكرامته وبنفس الوقت تضمن حق الدائن، وهي حبس المدين، فالحبس جائزٌ شرعاً إلا أن تلك الوسيلة لم تكن مطلقة على جميع المدينين، فالفقه الإسلامي فرَق بين المدينين حسب حالة المدين المالية، فإن تبين للقاضي أن المدين موسرٌ قادرٌ عن تنفيذ التزامه وسداد دينه وثبت ذلك بالأدلة القطعية فيكلفه بالأداء وإلا حبَسَه حتى يوفي دينه، أما إذا كان المدين معسراً غير قادرٍ على السداد فيُمهل ويترك لحين استعادة قدرته المالية حيث لا جدوى من حبسه[2] تطبيقاً لقوله تعالى{ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ}،[3] أما إن لم يتبين للقاضي يساره من إعساره وطلب دائنيه حبسه فيم ذلك إلا إن أثبت إعساره.[4]

كما كان للتعزير النفسي والنظرة الاجتماعية أثرٌ كبيرٌ في نفس المدين يدفعه لتنفيذ الالتزام، فكان المدين المماطل يتعرض للتشهير به أو مقاطعته وعدم التعامل معه وتوبيخه وتوجيه الكلام العنيف له، وكانت تلك الوسائل فعَالة نظراً لأساليب التعامل سابقاً، فكانت للكلمة معناها وأثرها في النفس،[5] إلا أن تلك الوسائل لا يمكن اللجوء إليها في الوقت الحالي نظراً لتغير النفس البشرية وعدم اكتراثها بنظرة المجتمع، وكان لا بدَ من اللجوء إلى وسائل أخرى لها أثر على المدين فتدفعه للتنفيذ العيني حيث تقيد من حرية المدين وتعطل حياته ومساره.

---

[1] البنا، محمد: **القرض المصري دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**. دون ط. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية. 1971م. ص23.

[2] ذو عسرة" أي أنه معسرٌ بأموالكم التي لكم عليه قبل الإرباء"، والميسرة" عليكم أن تنظروه حتى يوسر بالدين الذي لكم فيصير من أهل اليُسر" انظر الدمشقي، إسماعيل: **تفسير القرآن الكريم تفسير ابن كثير ابن حزم**. ط1: دار ابن حزم. 2000م. ص338.

[3] القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية رقم(280).

[4] الزحيلي، وهبة: **الفقه الإسلامي وأدلته**. ج6. مرجع سابق. ص508.

[5] حبيب، عادل: **مرجع سابق**. ص590-595.

أولى الوسائل المقيدة لحرية المدين حبسه وتقييد حريته، فتلك الوسيلة معترفٌ بها في الفقه الإسلامي للموسرِ الواجد كما تم بيانه،[1] كما أنها منظمة في القوانين فلها أحكامها وخصوصيتها وشروطها، وعليه سيتم الحديث في الفرع الأول عن حبس المدين حسب قانون التنفيذ الفلسطيني ومقارنته مع القوانين الأخرى مع الإشارة إلى مدى فاعلية تلك الوسيلة وأثرها في دفع المدين على التنفيذ ومراعاتها للقانون الأساسي الفلسطيني، أما الوسيلة الثانية التي تحد من حرية المدين هي منعه من السفر وسيتم بينها في الفرع الثاني حسب قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني وغيره من القوانين المقارنة مع بيان أحكامها ومدى توافقها مع دستورية حق الحرية.

الفرع الأول: حبس المدين.

حبس المدين من إجراءات التنفيذ التي تنصب بشكلٍ عام على شخص المدين وبشكل خاص على حريته من خلال تقييده مما يشكل عبئاً حركياً وضغطاً نفسياً يدفع به لتنفيذ التزامه، وتلك الوسيلة اعترف بها قانون التنفيذ الفلسطيني وأفرد لها فصلاً خاصاً لبيان حيثياتها وتفاصيلها وكذلك قانون التنفيذ الأردني، مع الإشارة إلى بعض الفروقات بين القانونين سيتم بيانها في تلك الجزئية.

يمكن تعريف حبس المدين بالمعنى الفقهي" هو إيداع المدين الذي عليه دين ولم يوفيه بالسجن حيث يشكل ذلك نوعاً من أنواع العقوبات له"[2] لكن ما يُعنى به بشكلٍ خاص في الدراسة الحالية تعريف الحبس بالمعنى القانوني" هو وسيلة من الوسائل المعترف بها قانوناً لتنفيذ المدين لالتزامه من خلال الضغط عليه وتقييد حريته وإبقائه في السجن لإكراهه على التنفيذ"،[3] إلا أن ذلك التعريف

---

[1] قال الرسول صلى الله عليه وسلم" ليُ الواجدُ ظلم يحل عرضه وعقوبته" اللَي " المماطلة"، الواجد " المدين القادر على السداد"، فالحبس عقوبة لقضاء الدين، وللدائن أن يطلب من القاضي ذلك، فإن تحقق القاضي من توافر الشروط يحكم به، فالفقه الإسلامي اعترف بالحبس كوسيلة لتنفيذ الالتزامات والوفاء بالعقود إن كان المدين موسراً قادراً على السداد لكنه يماطل بذلك/ انظر العباد، عبد المحسن: مرجع سابق. ص3.

[2] شموط، حسن: **حبس المدين في الشريعة الإسلامية**. جرش. الأردن: مكتبة عين الجامعة. دون سنة. ص272.

[3] التكروري، عثمان: **الوجيز في شرح قانون التنفيذ رقم 23 لسنة 2005م**. مرجع سابق. ص270.

اعتراه النقص فلم يشر للأساس القائم عليه والذي يمثل حجر الأساس والسند القانوني له ولم يبين حالة المدين المالية التي هي أساس إصدار قرار الحبس من عدمه، بالتالي عرفت الباحثة حبس المدين" أنه وسيلة من وسائل التنفيذ غير المباشرة التي تمثل إجراءً تنفيذياً وتطبيقاً فعلياً لحكمٍ قضائي بناءً على سندٍ تنفيذي بيد الدائن، حيث يصدر قرار الحبس من قاضي التنفيذ بناءً على طلب الدائن لغاية إكراه المدين القادر على السداد والتضييق عليه وتقييده لدفعه إلى تنفيذ الالتزام أو عرض التسويه، فيتخذ المدين موقف مراضاة للدائن لحل النزاع وإلا فيتم حبسه".

ويمكن القول أن ذلك النوع من الحبس يسمى بالتنفيذي وعلى ذلك أجمعت الكتب القانونية، وكذلك تمت تسميته بالإكراهي، لكن حبَذا البعد عن تلك التسمية كون الإكراه بشكلٍ عام ومن ناحيةٍ قانونية يمثل عيباً من عيوب الإرادة،[1] وترجِحُ الباحثة تسميته بالحبس المدني، لتمييزه عن الحبس الجزائي، فالحبس بشكلٍ عام عقوبة جزائية، وفي أغلب الأحيان يتبادر للذهن أن الحبس كان نتيجة ارتكاب جريمة ما، فيُفضَل تخصيصه وتقييده بكلمة مدني ليتضح أنه حقٌ خاصٌ تابعٌ للقانون المدني، وليس للحق العام وجودٌ أو أثرٌ فيه كما في القانون الجنائي.[2]

فالحبس التنفيذي إجراءٌ من إجراءات التنفيذ الخاضعة للقانون المدني والذي أساسه الحق الخاص، فليس للمحكمة الحكم على المدين من تلقاء نفسها وليس للنيابة العامة تحريك الدعوى أو السير بها، فتُتخذ إجراءات حبس المدين بطلبِ صاحب المصلحة وهو الدائن، حيث أن مطالبة الدائن بدينه حقٌ قانوني وعليه السعي لاسيتفاء ذلك الحق، كما يُفترَض وجود دينٍ ثابتٍ في ذمة المدين

[1] م.(1006) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] ويس، عدنان: **التبسيط في إجراءات الدعوى الجزائية(دراسة تحليلية مقارنة)**. ط1: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2018م. ص21، 122.

غير متنازع عليه مؤكد بسند تنفيذي،[1] وهذا الشرط مفترض فقاضي التنفيذ لا يحكم إلا بناءً على سندٍ تنفيذي، والسند التنفيذي لا يصدر إلا لدينٍ ثابتٍ مؤكدٍ محددِ القيمة، أما ما يُشتَرط ويقتصِر حصراً على وسيلة الحبس هو شرط الملاءة المالية، بمعنى" القدرة الفعلية للمدين على سداد الدين مع مماطلته ورفضه"،[2] ونتيجةً لذلك ثبوت حالة الإفلاس والإعسار للمدين تنفي عنه حكم الحبس وتشكل مانعاً له حيث فُقِد شرط الملاءة، وقانون التنفيذ الأردني نص على تلك الحالة واعتبرها مانعاً من موانع الحبس،[3] وبرأي الباحثة أن ذلك تكلُفٌ ومبالغة فتلك الحالة ضمنية ومفترضة على أساس أن شرط الملاءة غير مراعى وهذا ما اتبعه قانون التنفيذ الفلسطيني.

إضافةً لما سبق يُشترط ألا يكون المدين من الأشخاص المستثنيين من قرار الحبس بموجب القانون،[4] وخاصة الأزواج والأصول دون تقييد الدرجة، مع الإشارة إلى اختلاف الحكم القانوني حسب نوع الدين، فإن كان ديناً عادياً لا يحبس تطبيقاً لأحكام قانون التنفيذ الفلسطيني، أما إن كان سببُ الدين نفقة يُلزَم المكلَف بذلك، والمحكمة المرفوع إليها الأمر تكلِفُ المدين بالأداء وإلا فتُصدِر أمرَ حبسه[5] بغض النظر عن ملاءته[6] تعزيراً له[7].

ما يهم في الدراسة هو تنفيذ المدين لعين التزامه، لكن الالتزام قد لا يكون مبلغاً من النقود، فقد يتوسع نطاق ذلك الالتزام حسب طبيعة العقد المبرم، وبجميع الأحوال فالخيارات محدودة قانوناً،

---

[1] وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية: **الموسوعة الفقهية**. ج 39. ط1. الكويت. 2000م. ص15/ انظر الحكم القضائي رقم 53957 الصادر سنة 2008م عن محكمة استئناف عمان والذي بموجبه تقَدم طلب حبس المدين من مدين آخر مما يجعل الطلب مقدَم من غير صاحب المصلحة وكذلك لعدم وجود سند تنفيذي وعليه فيكون الطلب سابق لأوانه ويتعين فسخه https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

[2] م.(156/2/أ) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[3] م.(23/أ/4) من قانون التنفيذ الأردني.

[4] م.(163) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[5] البكري، محمد: **الحبس في دين النفقة وجريمة هجر العائلة**. ط1. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 2015-2016م. ص21،8.

[6] م.(161/3) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

[7] وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية: **الموسوعة الفقهية**. ج 39. مرجع سابق. ص16.

فإما أن تتمثل في إعطاء شيء ما أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، والتساؤل المطروح هل يُحكم بحبس المدين فقط إذا كان الالتزام المراد تنفيذه دفع مبلغ من المال أم أن النطاق أوسع من ذلك ليشمل الالتزامات الأخرى؟

قانون التنفيذ الفلسطيني لم يتعرض لتلك الحالة بل جعلها مطلقة، وحسب القواعد العامة الالتزامات التعاقدية لم تقتصر على دفع مبلغ من النقود، فلِما سيُقصَر قرار الحبس عليه إذن، فلا مبرر لذلك، خصوصاً أن قانون التنفيذ الفلسطيني استعمل كلمة" التزام" وجعلها مطلقة، والمطلق يبقى على إطلاقه ما لم يوجَد ما يقيده،[1] ورجوعاً إلى المادة 64 من قانون التنفيذ استعمل كلمة" شيء" والشيء قد يكون نقوداً أو بضاعةً أو أثاثاً وغير ذلك، فقرار الحبس يصدر عند الإخلال في تنفيذ أي التزام من الالتزامات التعاقدية مهما كان نوعها.

بعد الحديث عن مفهوم الحبس وتكييفه القانوني وأساسه المبني على تقييد حرية المدين للضغط عليه وإكراهه، هل تلك الوسيلة غير المباشرة للتنفيذ العيني فيها مساس بنصوص الدستور، بمعنى آخر هل تتعارض مع القانون الأساسي الفلسطيني كونها تمس الحقوق الأساسية المكفولة بموجبه؟

رجوعاً للقانون الأساسي الفلسطيني ذُكِرت عبارة صريحة" أن حرية الإنسان مكفولةٌ ومحميةٌ ولا تُمس"[2] يُلاحظ أن النص القانوني لم يكن عاماً دون تقييدٍ أو حصر، بل تبِعَه نصٌ آخرٌ فسَر معناه وبيَن شرعيته،[3] فالحبس الذي يكون في إطار حكمٍ قضائي هو تنفيذٌ لحكم المحكمة الواجب الاتباع، فطالما أن إجراء الحبس تنفيذٌ لحكم المحكمة دون الخروج عنه أو تجاوزه أو مخالفته فلا يمكن القول بتعارضه مع القانون الأساسي الفلسطيني، بل بالعكس هناك انسجام واتفاق ما بين النص

[1] م.(64) من مجلة الأحكام العدلية.
[2] م.(1/11) من القانون الأساسي الفلسطيني.
[3] م.(2/11) من القانون الأساسي الفلسطيني.

القانوني المشير إلى حبس المدين في قانون التنفيذ والنص القانوني المانع للحبس في القانون الأساسي، حيث أن القانون الأساسي جاء ليدعم قانون التنفيذ ويساند نصوصه القانونية حيث أنه لم يمنع الحبس القانوني، ولو اعتبرنا أنه مَنَعَ الحبس بشكلٍ مطلق لكان من باب أولى أن يمنع الحبس الجزائي، بل بالعكس فالحبس عقوبةٌ جزائيةٌ قانونيةٌ رادعة، فالقانون الجزائي وقانون التنفيذ من القوانين الواجبة التطبيق بجميع نصوصها القانونية إلا ما أُلغيَ أو عُدِل منها.

أضف إلى ذلك ما ورد في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م" لا يجوز سجن أي شخص لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزامه العقدي"[1] والمقصود بالعجز أي عدم القدرة على السداد (عدم الملاءة)، بمعنى آخر إن تخلُف شرط الملاءة سببٌ لمنع حبس المدين وهذا يتفق بشكلٍ مباشر مع قانون التنفيذ الفلسطيني وهذا ما تمت الإشارة إليه في البداية.

تطبيقاً لما أورده قانون التنفيذ الفلسطيني في نصوصه القانونية تبقى مدى فاعلية الحبس والأثر المترتب عليه هي الغاية المبتغاة من تلك الوسيلة، فالنتيجة المرادة من حبس المدين دفعه لسداد دينه وتنفيذ التزامه، وهذا أثرٌ إيجابيٌ لوسيلة الحبس، وينبغي الإشارة إلى أن حبس المدين لا يعني سقوط حق الدائن بل يبقى قائماً طالما لم يتنازل عنه،[2] وفي تلك الجزئية يُستنتَج أن تلك الوسيلة قائمةٌ على أساس فكرة الجمع ما بين الحبس والتنفيذ على مال المدين،[3] إلا أن الأمر لا يقتصر على ذلك، فسبق وأن أُشترِطت الملاءة لحبس المدين إلا أن ملاءة المدين قد لا تتعدى لتصل إلى درجة سداد الدين بأكمله دفعة واحدة، وقانون التنفيذ افترض ذلك مع إيجاد حل قانوني يناسب الأطراف وهو ما يسمى قانوناً" بعرض التسوية" من خلالها يتفق الأطراف على عدد الأقساط وقيمة

---

[1] م.(11) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م والذي تم توقيعه والتصديق عليه والانضمام إليه بقرارٍ من الجمعية العامة للأمم المتحدة.

[2] التكروري، عثمان: **الوجيز في شرح قانون التنفيذ رقم 23 لسنة 2005م**. مرجع سابق. ص285.

[3] سلامة، محمد. آغا، خلوق: ***حبس المدين في الفقه الإسلامي والقانون الأردني***. **مجلة الشريعة والقانون**. ع47/ 2011م. ص437.

كل قسطٍ تحت إشراف دائرة التنفيذ،[1] ويُشار لاتفاق القانون الأردني مع الفلسطيني في ذلك الحل القانوني والذي يشكل وسطيةً ما بين الأطراف، إلا أن قانون التنفيذ الأردني لم يُطلِق أمر تقدير قيمة القسط الأول لاتفاق الأطراف تحت إشراف قاضي التنفيذ، بل تبنى المشرع موقفاً مغايراً بفرض نسبةٍ لا يصح تجاوزها[2] وهذا تدخلٌ تشريعيٌ يقلل من دور السلطة التقديرية للقاضي، ومع ذلك فالمشرع الأردني تدارك ذلك التقييد إن لم يتفق الأطراف على تلك النسبة حيث تعود مهمة التقدير لقاضي التنفيذ، وحبذا لو اتخذ المشرع الفلسطيني بموقف المشرع الأردني، ففي ذلك حصر للمدين وإلزامه بنسبةٍ معينة وإشعاره بالحزم منعاً للتساهل معه إلا إن أثبت فقره، ففي نهاية المطاف يكون للقاضي سلطة اتخاذ القرار المناسب،[3] ومع ذلك يبقى هناك ثغرة لا بدَ من توضيحها، ماذا بالنسبة للأقساط ما بعد الدفعة الأولى وما هي مقدارها وما المدة الكلية لسداد الدين بأكمله؟ إن تلك الثغرات تعتبر أوجه نقصٍ لا بدَ من اتخاذها بعين الاعتبار عند إجراء تعديلات قانونية.

تأسيساً على سبق، إن الاحتمال الأول المترتب على الحبس هو التنفيذ، والاحتمال الثاني عرض التسوية، أما الاحتمال الثالث هو عدم التزام المدين بالتنفيذ، فإما أن يكون موسراً ومماطِلاً بسداد دينه فيتم حبسه وخروجه إن أتم المدة القصوى للحبس دون تنفيذ الالتزام، أو أن يكون معسراً والدائن ليس له وسيلة لجبره، وعلى فرض أنه حُبِس فيكون ذلك دون جدوى، خصوصاً أن الحبس مقيدٌ بمدةٍ قانونية لا يصح تجاوزها ولا يصح ضغطه بتكرار حبسه لنفس الدين،[4] عدا عن المدة التي تستغرقها الدعوى في المحكمة وتأجيلاتها وكل ذلك يعود بنتيجةٍ سلبية على الدائن الذي طالما انتظر دينه دون جدوى، خاصةً إن كان من الأشخاص العاديين فهو ليس كالبنك الذي يؤمن على

[1] م.(155) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ انظر الحكم القضائي رقم 830 لسنة 2013 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية.

[2] م.(22) من قانون التنفيذ الأردني.

[3] محمد، شادي: **حبس المدين وفقاً لقانون التنفيذ الفلسطيني(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2008م. ص55.

[4] م.(157)(158) من قانون التنفيذ الفلسطيني.

دينه بطريقةٍ فعَالة كتقديم كفلاء وضمانات قانونية، ومع كل المماطلة التي يتعرض لها الدائن فقد يتعرض شخصه لفرض وسائل التنفيذ عليه كالحبس وغيره إن كان مرتبطاً بالتزاماتٍ أخرى الوفاء بها متوقف على وفاء مدينه، ومع كل الأزمات التي يتعرض لها الدائن لمجرد أنه يطالب بدينه فهناك مَن يطالب بإلغاء حبس المدين على الرغم من عيوبه وعدم فاعليته بالضغط على المدين كون القيود القانونية تحصر الدائن عدا عن موانع الحبس واستثناءاتها، وتلك مشكلة اقتصادية ومجتمعية لا بدَ من تدخلٍ تشريعي وقضائي عاجل لحلها، وبنفس الوقت نحن لسنا ضد المدين الذي قد تعرَض لمواقف دفعته إلى العجز، ومن ذلك المنطق تقوم مسؤولية الدولة في تأمين الأفراد وتوفير فرص عمل تمكنهم من التعاقد والاستثمار بدلاً من الكساد والإعسار دون إلغاء الحبس كوسيلة تنفيذ مهما كان مدى فاعليتها إلا أنها قد تؤثر على المدينين غير الراغبين في السداد رغم مقدرتهم المالية.

في ظل التعقيدات الحالية بخصوص سداد الدين قد يأبى بعض الدائنين التعاقد بل يميلون لتجميد أموالهم خوفاً من التعرض لمسائل الحجز والبيع والحبس وغيرها مما يؤثر سلباً على القطاع الاقتصادي، والبعض الآخر يضطر إلى التماشي مع الأمور الحياتية والتجارية التي لا غنى عنها مما يجعله يتماشى مع المدين ويبرم عقوداً، لكن لا يمكن تجاهل الضمانات القانونية التي وضعها المشرع لمثل تلك الحالات، فقد يبرم الدائن عقداً ما، إلا أنه يكلِف الدائن بتأمينٍ نقدي أو كفيلٍ في حال تخلف عن تنفيذ التزامه، ومع ذلك فقد يتخلف المدين (المكفول عنه) عن الوفاء بالتزاماته العقديه، فهل يكون الكفيل عرضةً للحبس وهل تُطبق عليه الشروط المذكورة سابقاً؟

مجلة الأحكام العدلية عرفت عقد الكفالة" أنه ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء يعني أن يضم أحد ذمة آخر ويلتزم أيضاً بالمطالبة التي لزمت في حق ذلك"[1] وهذا يعني أن الدين يبقى ثابتاً في ذمة الأصيل، لكن يحق للدائن مطالبة الكفيل بأداء الدين، فلو أنكر الأصيل الدين كان للدائن حق مطالبة الكفيل بالأداء، حيث تصح مطالبة الكفيل بأداء مالٍ أو دينٍ[2] إن كانت الكفالة من نوع الكفالة بالمال،[3] وينطوي على ذلك مسؤولية الكفيل الذي قد يرفض سداد الدين لعدم درايته بتلك المسؤولية أو لأنه لا يرغب بالسداد مما يدفع الدائن إلى طلب حبسه، وبالاستناد للقواعد الخاصة الواردة في قانون التنفيذ الفلسطيني ذُكِرت عبارة صريحةٌ وواضحة على حق الدائن في المطالبة بحبس الكفيل إن امتنع عن السداد ودون الحاجة إلى إثبات ملاءته أو قدرته المالية، لاتحاد ذممهم المالية،[4] إلا أن قانون التنفيذ الأردني خلا من تلك الحالة بشكلٍ خاص وكأنه أوكل تلك المهمة للقواعد العامة إلا أن التطبيقات القضائية الأردنية تعرضت لتلك الحالة وحكمت بحبس الكفيل لتخلف المدين عن السداد حسبما صدر عن محكمة التمييز الأردنية،[5] فقانون التنفيذ الأردني اعتراه النقص، في حين أن المشرع الفلسطيني أصاب عندما صَرح بشكلٍ مباشر على مسؤولية الكفيل وأنه عرضةٌ للحبس في حالة الإخلال بالالتزام، فمن باب العدالة تطبيق قواعد الحبس على الكفيل، فكونه أبرم عقدَ الكفالة ستطبق عليه آثارها كما لو كان المدين بشخصه ومن ضمن تلك الآثار حبس الكفيل، ولو لم تُطبَق لما كان لذلك العقد فاعلية، فالهدف الأساسي منه تحميل المسؤولية لغير المدين إن عَجِز أو أهمل لضمان حق الدائن، ولو لم يتم تطبيق الحبس عليه لأصبح كل مدينٍ يبرم عقداً ما بضمانة كفيل، وعند مطالبته يتبين أنه معسر والكفيل لا يحبس، وستدور الدائرة

---

[1] م.(612) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] حيدر، علي: **مرجع سابق**. ج1. ص723-733.

[3] م.(614) من مجلة الأحكام العدلية.

[4] م.(1/161) من قانون التنفيذ الفلسطيني/ انظر الزحيلي، وهبه: **الفقه الإسلامي وأدلته**. ج5. مرجع سابق. ص133-151.

[5] انظر الحكم القضائي 6720 رقم الصادر سنة 2018م عن محكمة التمييز الأردنية.

على ما كانت عليه من قبل ويصبح عقد الكفالة بلا جدوى بل مجرد شكليات لمراضاة الدائن وإسكاته، وتصريح المشرع الفلسطيني على تخصيص تلك الحالة للتأكيد والتشديد.

الفرع الثاني: المنع من السفر.

اعترفت مجلة الأحكام العدلية بوسيلة المنع من السفر كوسيلةٍ قانونيةٍ مشروعة، للدائن حق المطالبة بها،[1] أما قانون التنفيذ الفلسطيني فلم يتطرق لها كوسيلةٍ قانونية تُطبق على المدين المتخلِف عن تنفيذ التزامه وفقاً لشرائطها الخاصة، إلا أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني تصدى لذلك الموضوع بشكلٍ صريح ومباشر، وبالمقارنة مع التشريع الأردني فقانون التنفيذ الأردني اعترف بتلك الوسيلة من ضمن وسائل التنفيذ القانونية، إلا أن التكييف القانوني لتلك الوسيلة لم يكن مصنَفاً بشكلٍ حاسم مما يتطلب الأمر الاستعانة بآراء الفقهاء والتطبيقات القضائية رغم قلة المراجع والدراسات ذات العلاقة بالموضوع.

أما القانون المدني المصري فلم يعترف بتلك الوسيلة سواء كانت تحفظية أو تنفيذية بشكلٍ واسع، بل أشار لذلك قانون التجارة المصري فأجاز منع الشخص المفلس من مغادرة البلاد،[2] وحسبما ورد في الدستور المصري" منع أي شخص من مغادرة البلد مهما كانت صفته غير مسموحٍ إلا لأسبابٍ محددة ولمدةٍ مقيدة،[3] وفي ذلك تقييد للقضاء وإطلاقٌ ليد المدين في التصرف بأمواله وتهريبها دون

---

[1] م.(656) من مجلة الأحكام العدلية اعترفت بتلك الوسيلة دون بيان شروطها، في حين تصدى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني لذلك/ أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من قرار المنع من السفر فجميع المذاهب اعترفت به كوسيلةٍ قانونية مشروعة، إلا أنهم اختلفوا من حيث شروطها، فالشافعي اعتبر تأجيل الدين سبباً مانعاً لإصدار ذلك القرار بغض النظر عن موعد حلول الدين أو سبب السفر، أما الآخرون فأخذوا بعين الاعتبار موعد حلول الأداء، فإن حلّ الموعد أثناء السفر يكون سبباً رئيسياً لإصدار القرار إلا إن قُدِم كفيلاً أو رهناً، أما إن حلّ الموعد بعد انتهاء السفر فيُؤخَذ بعين الاعتبار سبب السفر، إن كان للجهاد يمكن إصدار قرار المنع نظراً لوجود مخاطرة وهلاك، أما إن كان سبباً آخر فلا يتم إصداره، انظر البنا، محمد: **مرجع سابق**. ص232.

[2] م.(586) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999م.

[3] م.(62) من الدستور المصري رقم 38 لسنة 2019م.

رقابة عليه، وهذا نقص تشريعي لا بدَ من تداركه، فوسيلة المنع من السفر من شأنها ضبط تصرف المدين والرقابة عليه وتقييد أمواله لكفالة حق الدائن.

ورد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان" لكلِ فردٍ حرية التنقل وحق مغادرة البلاد والرجوع إليها"،[1] وهذا الحق دستوريٌ، وقرار المنع من السفر لا يتعارض معه، ودليل ذلك أنه ورد في نفس الإعلان حق الإنسان بالتمتع بالحماية القانونية، واستيفاء الدائن لحقه عند استصدار ذلك القرار من منطلق تلك الحماية، وطالما أن قرار المنع يصدر بأمرٍ قضائي فيكون في إطارٍ قانوني سليم ولا يخالف الدساتير والحقوق الأساسية.

إذن يمكن تعريف قرار المنع من السفر من ناحيةٍ قانونية" هو إجراءٌ تحفظي قانوني صادر عن الجهة المختصة يقوم على أساس حرمان المدين المتعلق في ذمته التزام من التنقل أو الانتقال إلى خارج حدود دولته بناءً على طلب الدائن خشية تهريب المدين لأمواله وتفريغ ذمته المالية إضراراً بالدائن، علماً أن ذلك القرار يُعتبر من ضمن الأمور المستعجلة التي يحكم بها القاضي بناءً على سلطته التقديريه وقناعته بجدية أسباب إصدار ذلك القرار،[2] إلا أن ذلك لا يرفع يد محكمة الموضوع عن النظر بالطلب إن قُدِم أثناء السير في الدعوى".[3]

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني اعتنى بجزئية المنع من السفر أشد عناية، ويمكن التوصل لشروط استصدار ذلك الأمر من خلال النص القانوني، وما هو مفترض دون النص عليه صراحة من قِبل المشرع ثبوت الحق وتأكيد وجوده، حيث لا يُعقل منع شخص من

[1] م.(13) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمَد من قبل الجمعية العامة بتاريخ 10 كانون الاول/ 1948م.

[2] م.(111،277) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني/ م.(20) من القانون الأساسي الفلسطيني اعتبرت حرية التنقل من ضمن الحريات المعترف بها قانوناً وقرار منع المدين من السفر لا يتعارض مع ذلك النص القانوني، فتلك الحرية مقيدةٌ بحدود القانون وقرار المنع من ضمن تلك الحدود/م.(32) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الأردني.

[3] م.(103) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني/ م.(157) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الأردني.

السفر وتقييد حريته والمساس بحقوقه الأساسية بناءً على حقٍ متنازعٍ عليه أو محتمل الوجود وإلا اعتُبِر تعدياً على حقوق الغير، فلربما لم يثبت حق المستدعي أو ألا تحكم المحكمة بثبوت حقه مما يعطل مصالح الغير، فلا يشترط وجود سنداً تنفيذياً لاستصدار ذلك القرار لأنه إجراءٌ تحفظي، وخصوصاً أن النص القانوني في المادة 277 ذكر عبارة" لحين الفصل في الدعوى" أي يمكن إصدار القرار والدعوى ما زالت منظورة أمام المحكمة طالما أن الحقَ ثابتٌ ومؤكدٌ وموجودٌ.[1]

كما أن حلول أجل الدين من ضمن الشروط الأساسية، فلا يصح منع المدين من السفر وموعد استحقاق دينه بعد سنة مثلاً، وإلا لأصبح في ذلك مبالغة وتعنت بحق المدين، فحلول أجل الدين يعني أن للدائن حق مطالبة المدين بسداد الدين، وعندئذٍ يكون له حق اتخاذ الإجراءات الوقائية لحماية تهريب تلك الأموال فيستصدر ذلك الأمر، أما ما يتعلق بتحديد نوع ومقدار الالتزام فالمشرع لم يشترط ذلك لإصدار أمر المنع،[2] وترى الباحثة أن ذلك ليس بالشرط الأساسي لإصدار قرار المنع طالما أن الدين موجودٌ وحالُ الأداء، فعدم تعيينه لا يشكل عقبة إن كان قابلاً للتعيين من القاضي المختص بناءً على العقد المبرم أو طبيعة الالتزام.

أما بالنسبة للشروط الخاصة والمذكورة بالتحديد في القانون[3] يُلاحَظ أن قناعة القاضي تلعب دوراً أساسياً في إصدار قرار المنع حسب تقديره للبينات المنظورة أمامه[4] إن أثبت أن المدين هرَب أمواله

---

[1] محمود، سيد: **حول منع المدين من السفر**. ط1. مصر: دار الكتب العلمية. 2008م. ص124.

[2] السبيعي، إبراهيم: ***المنع من السفر كعقوبة تعزيرية في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي في العصر الحديث***. **مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية**. مج 22.ع71/ جامعة الكويت.2007م.

[3] م.(277) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، م.(26) من قانون التنفيذ الأردني، يلاحظ اتفاق القانونين على شروط إصدار قرار المنع من السفر مع الاختلاف فيما بينهما بشأن نوع الكفالة المقدَمة، حيث اقتصر القانون الفلسطيني على الكفالة المالية أما الأردني فوسَع نطاقها لتشمل العدلية كذلك، وفي ذلك مساحةٌ تشريعيةٌ للمدين للتسهيل عليه إن كان يعجز عن تقديم الكفالة المالية دون الإخلال بحق الدائن لأن الكفالة ما زالت قائمة.

[4] يُلاحظ أن النص القانوني أشار إلى تقديم البينات كأساس لتكوين قناعة القاضي، وهذا يعني أن إصدار قرار المنع من السفر يكون مبنياً بشكلٍ أساسي على طلب المستدعي(الدائن) وليس للقاضي إصداره من تلقاء نفسه، فإن اتفق الخصوم على حيثيةٍ معينة بخصوص

خارج دولته أو تصرَف بها وأنه على وشك مغادرة البلاد تصدياً لتنفيذ أي قرار بحقه،[1] ومع ذلك فإصدار القرار لا يكون مباشرةً وإنما عن طريق إرسال مذكرة حضور بحقه للنظر بجدية الطلب، وقد تكلفه بكفالةٍ مالية لضمان عدم تهريب أمواله، ويُعتبر تخلُفه عن تقديم تلك الكفالة سبباً لإصدار قرار المنع إلا إذا اقتنعت المحكمة بسبب التخلُف، فقناعة القاضي عاملٌ أساسي لإصدار ذلك القرار.[2]

لكن ماذا لو كان المدين مكفولاً وتوافرت شروط استصدار قرار المنع من السفر بحقه، هل يمكن منع كفيله من السفر أم أن ذلك القرار يعتبر شخصياً بحق المدين ولا يطال الكفيل؟

في السابق تم بيان طبيعة العلاقة ما بين المدين(المكفول) والكفيل واتحاد الذمة المالية لهما، فقيام أي منهما بالتنفيذ يؤدي إلى انقضاء الالتزام، وإبرام الكفيل لعقد الكفالة يعني موافقته بأنه يحل محل المدين في التزاماته المتفق عليه، بمعنى أصبح يحمل صفة المدين وتطبق عليه جميع الإجراءات القانونية سواء التحفظية أو التنفيذية المتخذة بحق المدين، وكما تم تبني فكرة حبس الكفيل فمن باب أولى تبني موقف منعه من السفر باعتبار أن ذلك تقييدٌ جزئي مقارنةً بالحبس لإنصاف الدائن ولجديه آثار عقد الكفالة،[3] ويكون من حق الكفيل استصدار أمر المنع من السفر بحق المدين إن توافرت شروط إصداره ضمانةً لحقه وخشيةً من تهريب الأخير لأمواله مما تقوم مسؤولية الكفيل تجاه الدائن(المكفول له).[4]

استصدار ذلك الأمر يكون الاتفاقُ صحيحاً متماشياً مع أحكام القانون، وهذا يدل على أن إصدار أمر المنع ليس من النظام العام، فإن تنازل المستدعي عن أمر المنع يكون مقبولاً قانوناً / م.(3/152) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الأردني.

[1] انظر الحكم القضائي رقم 144 الصادر سنة 2014م عن محكمة استئناف القدس وكذلك الحكم القضائي رقم 744 الصادر سنة 2015م عن المحكمة ذاتها، حيث اعتبرت المحكمة إثبات تصرف المدين بتهريب أمواله شرطاً لإصدار قرار المنع من السفر.

[2] انظر الحكم القضائي رقم 22163 الصادر سنة 2008م عن محكمة استئناف عمان.

[3] انظر الحكم القضائي رقم 17354 لسنة 2013 الصادر عن محكمة استئناف عمان.

[4] م.(984) من القانون المدني الأردني.

سبق الحديث عن فرضية منع الكفيل من السفر وعن الرأي القانوني والقضائي في تلك المسألة كون القانون غفِل عن تناول تلك الفرضية، ولا يقتصر الأمر على ذلك بل هناك فرضيات أخرى لم يتطرق لها القانون ولم يعطِ الحل القانوني لها، مما يدفع للبحث في القواعد العامة والآراء القانونية، كفرضية مرض المدين مثلاً حيث تستدعي حالته المرضية سفره للعلاج في الخارج، فالقانون الفلسطيني والأردني لم يتعرضا لتلك الحالات وبما أن "الضرورات تبيح المحظورات" فمرض المدين يمكن تكييفه من ضمن الضروريات والحالات الإنسانية التي يمكن من خلالها إباحة ما هو محظور، لكن ذلك يتيح المجال واسعاً أمام المدين لتخطى أمر المنع من السفر، فحبذا لو أن المشرع يتبنى تلك الفرضية في التعديلات التشريعية كتحديد نوع المرض المستدعي السفر حيث يستحيل علاجه داخل دولته، وأن ذلك المرض قد يودي بحياته للهلاك بشهادةٍ طبية معتمدة ومرخصة، والأمر لا يتوقف على تلك الفرضية فقد يكون المريض غير المدين إلا أن وجود الأخير معه ضروري، فلا بدَ من تحديد درجه القرابة التي تخول المدين تخطي قرار المحكمة.[1]

في ذلك الصدد يُطرح تساؤل، هل أمر المنع يقتصر على سفره خارج دولته أم كذلك داخل حدود الدولة؟ قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني تصدى لتلك الفرضية بشكلٍ صريح عندما صرح بعبارة" خارج فلسطين" وكذلك أورد قانون التنفيذ الأردني عبارة" مغادرة البلاد" وهذا يعني أن أمر المنع يقتصر أثره على خارج حدود الدولة، عدا عن ذلك فهدف المنع من السفر بشكلٍ عام خشية تهريب المدين لأمواله إضراراً بدائنيه، إلا أن السفر داخل حدود الدولة لا يؤدي لتلك النتيجة، فهو يبقى تابعاً لدولةٍ واحدة وسلطةٍ قضائيةٍ واحدة ويبقى خاضعاً لأحكامها وتُنَفَذ عليه أوامرها وهذا ينفي الغاية من إصدار أمر المنع فلا جدوى منه.

[1] محمود، سيد: **مرجع سابق**. ص191-192.

يُستنتج مما سبق أن قرار المنع من السفر للوهلة الأولى هو إجراءٌ تحفظي يهدف للمحافظه على أموال المدين منعاً لتبديدها أو تهريبها، لكن ذلك لا يعني الحجز عليها ومنعه من التصرف بها وبيعها، بل هو إجراءٌ وقائيٌ تحفظيٌ، وما سلكه قانون التنفيذ الفلسطيني من عدم الإشارة إلى ذلك القرار يميل إلى الصواب على أساس افتراض أننا ما زلنا في مرحلة ما قبل التنفيذ الفعلي والتي تعتبر من ضمن موضوعات قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، أما ما اتبعه قانون التنفيذ الأردني من إدراج موضوع المنع من السفر تلو موضوع حبس المدين يعني اعتباره جزءاً منه، فحتى لو تشابهت الوسيلتان في الحق المنصبه عليه وهو تقييد حرية المدين، إلا أنهما تختلفان في موقف المدين من التزامه، ففي الحبس يكون المدين رافضاً الوفاء بالدين، أما المنع من السفر فهو لمجرد احتمال تهريب أمواله، بالتالي لا يكيَف القرار المذكور على أنه وسيلةٌ تنفيذيةٌ قائمةٌ بحد ذاتها، ومع ذلك فلا يقتصر على مجرد التحفظ والاحتياط، بل يمكن القول أن الطبيعة القانونية لإجراء المنع من السفر لم يفصح عنها القانون بشكلٍ خاص، لكن بدراسة النصوص والأبحاث القانونية ذات العلاقة بالموضوع لا يُنكَر دور ذلك القرار وأثره على الناحية المادية والنفسية والاجتماعية للمدين والذي قد يدفعه بالنهاية إلى تنفيذ عين الالتزام، وهذا يدل على مدى فاعليته كوسيلةٍ غير مباشرة للتنفيذ العيني.

إذن طبيعة قرار المنع من السفر القانونية لا تقتصر على أنه قرارٌ تحفظي فحسب، بل وجود سند تنفيذي بيد الدائن يكسِبه الصفة التنفيذية، فيكون إجراءً تنفيذياً على ذمة القضية المنظورة لحين

الوفاء بالالتزام، ويبقى قرار المنع مستمراً نافذاً لحين انتهاء القضية،[1] وعليه فقرار المنع من السفر إجراءٌ تحفظيٌ وتنفيذيٌ حسب الشروط الخاصة به.

الخاتمة

من خلال ما تم دراسته من أحكام التنفيذ العيني بقوة القانون وضماناته وفقاً للتشريعات النافذة في فلسطين، واعتماداً على المنهج التحليلي المقارن للنصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع ومقارنتها مع القوانين الأخرى، مع الإشارة إلى المراجع الفقهية والأحكام القضائية التي تناولت ذلك الموضوع، توصلت الباحثة إلى النتائج التالية:

1- خلت مجلة الأحكام العدلية من قاعدة التنفيذ العيني بشكلٍ مباشر، لكن بالرجوع للنصوص القانونية الواردة بها تم استباط شروط تلك القاعدة من حيث الإمكانية وقابلية التطبيق وحالات الإخلال المشروع وطلب الدائن للتنفيذ بعد الإعذار، مع الأخذ بعين الاعتبار الالتزامات القائمة على الاعتبار الشخصي، ويُلاحظ اتباع القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني لنهج المجلة بذلك الشأن، خاصةً ما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة حيث تم استباط تلك النظرية من الفقه الإسلامي، فهي نظرية أصليه واردة فيه، إلا أن الفقه الإسلامي أخذ بالمفهوم الواسع لتطبيق تلك النظرية من حيث سلطة القاضي وطبيعة العذر الموجِب للفسخ.

---

[1] الجغبير، محمد: **النظام القانوني لمنع المدين من السفر في ظل القانون الأردني" دراسة مقارنة" (رسالة دكتوراه غير منشورة)**. جامعة العلوم الإسلامية العالمية. عمان. الأردن. 2014م. ص13.

2- اعترفت مجلة الأحكام العدلية ببعض الوسائل الاعتياضية عن التنفيذ العيني كالوفاء بمقابل والمقاصة واتحاد الذمة وتجاهلت البعض الآخر كالتجديد والإنابة حيث يحل محلها عقد الحوالة واتبع القانون المدني الأردني موقفها بذلك الشأن، أما مشروع القانون المدني الفلسطيني فقد نحى منحى القانون المدني المصري وتأثر به لدرجةِ تبنيه لعقودٍ خارجة عن إطار الفقه الإسلامي والمجلة كالعقد القابل للإبطال، كما بالغ في إدراج وسائل التنفيذ بمقابل كالتجديد والإنابة في الوفاء، لذلك خلت الدراسة من أحكامٍ قضائيةٍ فلسطينيةٍ لها علاقة بالأنظمة المذكورة.

3- وفقاً للقانون الأردني والمصري تتفق نظرية القوة القاهرة مع نظرية الطوارئ غير المتوقعة من حيث شروطها، وتختلف من حيث الأثر المترتب عليها، فالأولى ينقضي بها الالتزام لاستحالة تنفيذه، والثانية تقوم سلطة القاضي التقديرية بطلبٍ من المدين لاتخاذ الحكم المناسب بناءً على ظروف العقد والعاقدين.

4- نظمت مجلة الأحكام العدلية القواعد الخاصة بالحجر على المدين المفلس واتفق مشروع القانون الفلسطيني والقانون المدني الأردني على ذلك، مع الاختلاف في بعض الشروط والآثار المترتبة عليه خاصةً ما يتعلق بالديون المؤجلة حسب آراء المذاهب الفقهية، أما بشأن ضمانات حق الدائن الأخرى فاحتلت مساحةً كبيرةً في القوانين النافذة في فلسطين كالمجلة وقانون التأمين وقانون العمل، وإن لم تكن المجلة صرحت بها بشكلٍ مباشر.

5- انتقال إجراءات التنفيذ لمرحلة البيع لا يعني بالضرورة استيفاء الدائن لحقه، فهناك العديد من الأسباب التي تعرقل تلك الإجراءات، وتتمثل تلك الأسباب بدعاوٍ قانونيةٍ معترف بها لدى قانون التنفيذ الفلسطيني كدعوى الاسترداد والاستحقاق، حيث تكون تلك الدعاوى كفيلةً بإهدار

إجراءات التنفيذ وإبطالها كافَة، فلجوء الدائن لوسائل التنفيذ المباشرة قد توفي له بحقه عيناً وقد تسقط حقه وتحيله لوسائل أخرى كالوسائل غير المباشرة.

6- الغرامة التهديديه وسيلةٌ قضائيةٌ غير مباشرة للتنفيذ العيني، ابتدعها القانون الفرنسي في الالتزام بعمل القائم على الاعتبار الشخصي منعاً للمساس بالحقوق الأساسية للإنسان، يتحدد مقدارها عن كل وحدة زمنية، إلا أن تصفيتها وتحولها لغرامةٍ قطعية يجعل الضرر شرطاً أساسياً للحكم بها ولتحديد قيمتها حتى لا تكون سبباً لإثراء الدائن بلا سبب.

7- الشرط الجزائي وسيلةٌ مختَلف على شرعيتها حسب ترجيح قواعد المسؤولية العقدية أو اتفاق الأطراف، فمجلة الأحكام العدلية تطبق قواعد الضمان وتفرِض تساوي التعويض مع الضرر وكذلك بالنسبة للقانون المدني الأردني وهذا ما أكدت عليه التطبيقات القضائية، على عكس القانون المصري ومشروع القانون الفلسطيني حيث اعتبروا الشرط الجزائي وسيلةً لتنفيذ الالتزام مع تغليب اتفاق الأطراف على قواعد الضمان طالما أن مقدار التعويض متناسبٌ مع الضرر إلى حدٍ ما حسب تقدير القاضي.

8- تطرق قانون التنفيذ الفلسطيني لجزئية الحبس باعتبارها وسيلة قانونية لتحصيل الديون وتنفيذ الالتزامات، مع ملاحظة اتفاق تلك الوسيلة مع الحقوق الدستورية، فالقانون الأساسي الفلسطيني أقر صراحةً بإلزامية تنفيذ الأحكام القضائية، مع العلم أن حبس المدين لا يعني سقوط حق الدائن بل بالعكس، فتلك الوسيلة جمعت ما بين حبس المدين وتحصيل حقوق الدائن، مع الإشارة إلى أن للقاضي سلطةً واسعة في تقدير قيمة وعدد الأقساط في حال اتفق الأطراف على التسوية وبتلك الجزئية يتضح الفرق مع القانون الأردني في تلك السلطة.

التوصيات

لتطبيق أحكام التنفيذ العيني بقوة القانون وفقاً للقوانين النافذة في فلسطين بشكلٍ متكامل يُوصَى بما يأتي:

1- الدعوى غير المباشرة من الدعاوى الضامنه لحق الدائن، ومشروع القانون الفلسطيني اعترف بها، فتتمنى الباحثة على المشرع وقبل دخول القانون حيز النفاذ إضافة ميزة التقدم والأولوية للدائن رافع الدعوى لتمييزه عن غيره من الدائنين نظراً لجهده المبذول، فليس من المنطق مساواته مع غيره الذي لم يبادر في المطالبة بحقه.

2- دعوى الاسترداد من العقبات التي تواجه إجراءات التنفيذ على المال المنقول، لكن قد يكون رافع الدعوى غير محق في دعواه، فتتمنى الباحثة على المشرع الفلسطيني إضافة نصٍ خاص للحكم على المسترد بغرامة إن تبين أنه غير محق في دعواه، وبصدد الحديث عن العقبات التي تحول دون إتمام إجراءات التنفيذ، فالمشرع الفلسطيني قصر الحديث عن دعوى الاستحقاق بنصين قانونيين فقط، ونظراً لشيوع تلك الدعوى فحبَذا لو يوسِع المشرع نطاق تلك الدعوى ويفرد لها فصلاً خاصاً أسوةً بقانون المرافعات المصري من حيث البيانات المطلوبة لتلك الدعوى والفئات المدعى عليهم.

3- مشروع القانون الفلسطيني تضمن بنداً خاصاً بتجديد الالتزام لكن يمكن الاستعاضة عنه بأحكام حوالة الحق والدين الموجودة في مجلة الأحكام العدلية، وحبَذا لو يتم حذف ذلك البند، كذلك حذف الفقرة الثانية والثالثة من المادة 399 ذات العلاقة بالمقاصة حيث تكلَف المشروع بإدراج تلك الحالات، فحسب القانون لا يجوز الحجز على تلك الأموال ولا يمكن خضوعها للمقاصة الإجبارية فلا داعي لتخصيصها، فتلك القواعد عامة.

4- اتبع مشروع القانون الفلسطيني الأحكام الواردة في القانون المدني المصري بحذافيرها كتبني فكرة العقد القابل للإبطال رغم انتفاء ذلك العقد من مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي، مما جعل احتمالية الخلط واللبس بين العقد المذكور والعقد الموقوف واردة، وحبذا لو اتبع المشرع منهج الفقه الحنفي والمجلة كما هو الحال في القانون المدني الأردني الذي لم يتأثر بالقوانين الحديثة الغربية.

5- تتمنى الباحثة تعديل نص المادة 406 من مشروع القانون المدني الفلسطيني لتصبح معنونة ب" اتحاد الذمتين" كما هو الحال في القانون المدني الأردني وهذا يتناسب مع الطبيعة القانونية لتلك القاعدة والقائمة أساساً على اتحاد ذمة المدين مع ذمة الدائن في أحدهم، وإضافة فقرة جديدة تضمنت حالات موانع اتحاد الذمة بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

المراجع العلمية

أولا: المصادر

القرآن الكريم

معاجم وقواميس اللغة العربية

ابن منظور، أبي الفضل: **معجم لسان العرب**. مج6. ط1. بيروت. لبنان: دار صادر. 1990م.

مجمع اللغة العربية: **المعجم الوسيط** . ج2. القاهرة: دار الدعوة. دون سنة نشر.

كتب تفسير القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة

البخاري: **صحيح البخاري**. ج3. ط1. باب البيعان بالخيار. رقم(1947): دار طوق النجاة. 1422هـ.

الدمشقي، إسماعيل: **تفسير القرآن الكريم تفسير ابن كثير ابن حزم**. ط1: دار ابن حزم. 2000م.

العباد، عبد المحسن: **شرح سنن أبي داود للعباد**. ج255: المكتبة الشاملة الحديثة. دون سنة نشر.

النووي، محي الدين: **رياض الصالحين**. ط1. باب تحريم الغني بحق طلبه صاحبه رقم(284). الاسكندرية. مصر: دار العقيدة. 2000م.

شروحات مجلة الأحكام العدلية

باز، سليم: **شرح المجلة**. ج1. ط1. بيرروت. لبنان: دار الكتب العلمية. 2010م.

حيدر، علي: **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**: المكتبة الشاملة الحديثة. 1991م.

القوانين

مجلة الأحكام العدلية الصادرة عن مجلس شورى الدولة العثمانية سنة 1876م.

مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان الصادر عن المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق سنة1891م.

القانون المدني المصري رقم (131) المنشور في جريدة الوقائع المصرية العدد 108 سنة 1948م

قانون تسوية الأراضي والمياه رقم(40) المنشور في الجريدة الرسمية رقم 1113 سنة 1952.

قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم(46) لسنة 1953م.

قانون المالكين والمستأجرين رقم(62) الصادر سنة 1953م.

/http://muqtafi.birzeit.edu/pg

القانون المعدِل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم(51) الصادر سنة 1958م المطبق في الضفة الغربية والمنشور في الجريدة الرسمية الأردنية العدد 1410 الصفحة 50.

قانون العقوبات الأردني الساري في الضفة الغربية رقم(16) لسنة 1960.

قانون التجارة الأردني رقم(12) والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 1910 بتاريخ 1966/3/30م.

قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم(13) المنشور في الجريدة الرسمية رقم 19 لسنة 1968م.

القانون المدني الأردني رقم (43) المنشور في العدد 2645 في الجريدة الرسمية سنة 1976م.

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الأردني رقم(24) لسنة 1988م.

قانون العمل الأردني رقم(8) المنشور في الصفحة 1173 في الجريدة الرسمية رقم 4113 ستة 1996.

قانون تنظيم مهنة المحاماة رقم(3) الصادر سنة 1999م.

قانون التجارة المصري رقم(17) المنشور في الجريدة الرسمية عدد 19 بتاريخ 1999/5/17م.

قانون العمل الفلسطيني رقم(7) المنشور في العدد 39 في جريدة الوقائع الفلسطينية لسنة 2000م.

قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم(2) لسنة 2001م.

قانون البينات الفلسطيني رقم(4) المنشور في العدد 38 من جريدة الوقائع الفلسطينية سنة 2001م.

القانون الأساسي الفلسطيني المعدل الصادر سنة 2003م. http://muqtafi.birzeit.edu/pg/

قانون التأمين الفلسطيني رقم(20) لسنة 2005 المنشور في الجريدة الرسمية عدد(62) سنة 2006م.

قانون التنفيذ الفلسطيني رقم(23) المنشور في العدد 63 في جريدة الوقائع الفلسطينية سنة 2006م.

قانون التنفيذ الأردني رقم(25) المنشور في العدد 4821 في الجريدة الرسمية بتاريخ 2007م.

نظام التأمين الإلزامي رقم(12) المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5025 لسنة 2010م

مشروع القانون الفلسطيني رقم(4) المنشور في العدد الممتاز في الوقائع الفلسطينية سنة 2012م.

مشروع قانون التجارة الفلسطيني رقم(2) لسنة 2014م.

المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني الصادرة عن دار الثقافة للنشر والتوزيع إعداد الدكتور عمار القضاة سنة 2015م.

الدستور المصري رقم (38) الصادر سنة 2019م. https://manshurat.org/node/14675

الاتفاقيات الدولية

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمَد من قبل الجمعية العامة بتاريخ 10 كانون الاول/ 1948م.

العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966م والذي تم توقيعه والتصديق عليه والانضمام إليه بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة.

مشروع صك الأونسيترال بشأن النقل البحري للبضائع الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 2003م.

ثانياً: المراجع

كتب الفقه الإسلامي

ابن طاهر، حبيب: **الفقه المالكي وأدلته**. ج5. بيروت. لبنان: مؤسسة المعارف للطباعة والنشر. دون سنة.

ابن عابدين، محمد: **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**. ج8. الرياض: دار عالم الكتب. 2003م.

ابن عابدين، محمد: **رد المحتار على الدرَ المختار شرح تنوير الأبصار**. ج9. الرياض: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. 2003م.

البخاري، برهان: **الذخيرة البرهانية المسمى ذخيرة الفتاوى في الفقه على المذهب الحنفي**. ج9. بيروت. لبنان: دار الكتب العالمية. 1971م.

التسولي، أبي الحسن: **البهجة في شرح التحفة**. ج1. بيروت. لبنان: دار الكتب العالمية. 1971م.

الحنفي، إبراهيم: **ملتقى الأبحر في الفقه على المذهب الحنفي**. ج3. دون ط. بيروت. لبنان: دار الكتب العالمية. 1971م.

الحنفي، أبي بكر: **المبسوط في الفقه الحنفي**. ج15. بيروت. لبنان: دار عالم الكتب. 1971م.

الدردير، أبي البركات. المالكي، أحمد: **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**. ج3. دون ط. القاهرة: دار المعارف.

الدريني، فتحي: **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**. ط1. بيروت: مؤسسة الرسالة.1967م.

الدسوقي، محمد: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**. ج3. دون ط: دار الفكر. دون سنة نشر.

الدسوقي، محمد: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**. ج4. دون ط: دار الفكر. دون سنة نشر.

الزحيلي، وهبة: **الفقه الإسلامي وأدلته**. ج4. ط2. دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر. 1985م.

الزحيلي، وهبة: **الفقه الإسلامي وأدلته**. ج5. ط2. دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر. 1985م.

الزحيلي، وهبة: **الفقه الإسلامي وأدلته**. ج6. ط2. دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر. 1985م.

الزرقا، مصطفى: **المدخل إلى النظرية العامة في الفقه الإسلامي**. ط1. دمشق: دار القلم. 1999م.

الزرقا، مصطفى: **المدخل الفقهي العام**. ج1. ط2. دمشق: دار القلم. 2004م.

الزرقا، مصطفى: **المدخل الفقهي العام**. ج2. ط2: المكتبة الوقفية الشاملة. 2004م.

شموط، حسن: **حبس المدين في الشريعة الإسلامية**. جرش. الأردن: مكتبة عين الجامعة. دون سنة.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: **الموسوعة الفقهية**. ج12. ط2. الكويت: مطبعة ذات السلاسل. 1988م.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية:**الموسوعة الفقهية**. ج38. ط1. الكويت: مطابع دار الصفوة. 1998م.

وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية: **الموسوعة الفقهية**. ج39. ط1. الكويت. 2000م.

الكتب القانونية

إبراهيم، غسق: **المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد المعلوماتية**. ط1. القاهرة. مصر: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2019م.

أبو الوفا، أحمد: **إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية**. دون ط. الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية. 2015م.

أحمد، طارق: **نظرية الحق**. ط1. القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. 2016م.

الأزهري، محمد: **النظرية العامة للالتزام– مصادر الالتزام**. ج1. طرابلس. ليبا: مكتبة الوحدة. 2018م.

برسوم، سليمان: **إجراءات الإثبات في قانون المرافعات**. الاسكندرية. مصر: الدار المصرية للنشر والتوزيع. 1953م.

بكر، عصمت: **نظرية العقد في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين المعاصرة)**. ط1: دار الكتب العلمية. 2009.

بكر، عصمت: **نظرية العقد في القوانين المدنية العربية**. دون ط. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية. 2015م.

البكري، محمد: **الحبس في دين النفقة وجريمة هجر العائلة**. ط1. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. 2015–2016م.

البكري، محمد: **فسخ العقود**. ط1. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. 2017م.

البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**. مج2. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. دون سنة نشر.

البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**. مج3. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. دون سنة نشر.

البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**. مج 5. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. دون سنة نشر.

البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد**. مج11. القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع. دون سنة نشر.

البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد**. مج 2. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع.

البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد**. مج 6. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع.

البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد**. مج 8. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع.

البكري، محمد: **موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد الإفلاس والصلح الواقس من الإفلاس**. ج4. دون ط. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع.

البكري، محمد: **الصورية في ضوء الفقه والقضاء**. دون ط. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. 2017م.

البنا، محمد: **القرض المصري دراسة تاريخية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**. دون ط. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية. 1971م.

التكروري، عثمان: **أحكام التزام(آثار الحق الشخصي)**. دون ط. الخليل. فلسطين: المكتبة الأكاديمية. 2014م.

التكروري، عثمان: **الوجيز في شرح قانون التنفيذ رقم 23 لسنة 2005**. ط1. الخليل. فلسطين: دون دار نشر. 2020م.

التهامى، محمد: **الموسوعة الشاملة في صيغ العقود والدعاوى القانونية**. ط1. القاهرة: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2014م.

الجبوري، حامد: **أهمية الالتزام بالعقود وضماناتها للحقوق التعاقدية وفقاً للقوانين المدنية العربية دراسة مقارنة**. دون ط. عمان. الأردن: شركة دار الأكاديميون للنشر والتوزيع. 2015م.

جرادات، أحمد: **نظرية تنفيذ الأحكام القضائية المدنية في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة)**. دون ط. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع. 2006م.

حبيب، عادل: **التنفيذ العيني للالتزامات العقدية دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة**. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2004م.

حسين، أحمد: **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**. الإسكندرية. مصر: دار الجامعة الجديدة. 2005م.

حشيش، أحمد: **مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات**. دون ط. القاهرة: دار النهضة العربية. 2016م.

خاطر، محمود: **القانون المدني معلقاً عليه بأحكام محكمة النقض**. دون ط. القاهرة. مصر: دار محمود للنشر والتوزيع. 2018م.

خصاونة، منال: **النظام القانوني للغرامة التهديديه– التهديد المالي دراسة مقارنة**. مصر: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات. دون سنة.

خير الله، محمد: **الواقعة سبب من أسباب الحقوق والالتزامات في الشريعة الإسلامية والقانون**. دون ط. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية. 1971م.

الدفراوي، عصام: **أثر الوفاة على عقد الوكالة في الفقة الإسلامي والقانون المقارن دراسة مقارنة**. دون ط. بيروت. لبنان: دار عالم الكتب. 1971م.

دواس، أمين: **القانون المدني/ أحكام التزام" دراسة مقارنة"**. ط1. رام الله. فلسطين: دار الشروق للنشر والتوزيع. 2005م.

الروازق، فراس: **الحماية القانونية من الشروط التعسفية– دراسة مقارنة–**. ط1: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2017م.

الزحيلي، وهبة: **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني.** ط8. دمشق، بيروت: دار الفكر. 2014م.

ساسي، رمزي: **إشهار الحق العيني العقاري.** ط1. تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص. 2015م.

سامي، فوزي: **شرح القانون التجاري.** ج1. ط1. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2008م.

السرحان، عدنان. خاطر، نوري: **شرح القانون المدني– مصادر الحقوق الشخصية.** ط1. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2000م.

سلطان، أنور: **أحكام التزام(الموجز في النظرية العامة) دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني.** دون ط. القاهرة: دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع. 1974م.

السنهوري، عبد الرزاق: **علم أصول القانون.** دون ط. مصر: مطبعة فتح الله الياس وأولاده. 1963م.

السنهوري، عبد الرزَاق: **نظرية العقد.** دون ط. بيروت. لبنان: المجمع العلمي العربي الإسلامي. دون سنة نشر.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد.** ج1. القاهرة. مصر: دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع. 2011م.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني.** ج2: دائرة المعارف القانونية. 1899م.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. ج3. القاهرة. مصر: دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع. دون دار نشر.

السنهوري، عبد الرزَاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**. ج7. مج2. بيروت. لبنان: دار إحياء التراث العربي.

السيد صاوي، أحمد: **الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية**. دون ط. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 2010م.

شربا، أمل: **القانون المدني3**. دون ط. الجمهوية العربية السورية: الجامعة الافتراضية السورية SVU. 2018م.

شرف، عبد الحكم: **نطاق دعوى الاسترداد المنقولات المحجوزة وآثارها**. ط1. القاهرة: مطبعة السعادة. 1987م.

– الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتزام**. ج2. ط1. القاهرة. مصر: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. 1998م.

طلبة، أنور: **انحلال العقود**. دون ط. الإسكندرية. مصر: المكتب الجامعي الحديث.

طلبة، أنور: **الصورية وأوراق الضد**. ج1. ط1: المكتبة القانونية(المكتب الجامعي الحديث).

الطوالبة، منصور: **الدفع بعدم التنفيذ دراسة مقارنة**. ط1. عمان. الأردن: دار يافا للنشر والتوزيع. 2009م.

عبد الرحمن، أحمد: **جزاء الإخلال بالعقد في القانون المدني في الفقه والقضاء المصري والفرنسي**. دون ط. الاسكندرية. مصر: منشأة المعارف بالاسكندرية. 2010م.

العبدلاوي، إدريس: **شرح القانون المدني– النظرية العامة للالتزام**. ج2. المغرب: الدار البيضاء مطبعة النجاح. 1996م.

عبد الوهاب، أشرف. أحمد، إبراهيم: **الالتزامات المترتبة على التعاقد وأسباب فسخ العقود في ضوء آراء الفقهاء والتشريع والقضاء**. ط1. القاهرة. مصر: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2018م.

عبد الوهاب، أشرف. أحمد، إبراهيم: **عقد الكفالة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء**. ط1: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2018م.

عبد الوهاب، أشرف. أحمد، إبراهيم: **عقد المقاولة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء**. ط1. القاهرة: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2018م.

عبد الوهَاب، أشرف. أحمد، إبراهيم: **عقد التأمين في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء**. ط1. القاهرة: دار العدالة للنشر والتوزيع. 2018م.

عجيل، طارق: **الوسيط في عقد البيع(دراسة مقارنة)**. ج1. ط1. عمان: دار الحامد. 2009م.

علي، إيلاف: **مخاطر العمليات المصرفية الإلكترونية(دراسة مقارنة)**. ط1. القاهرة. مصر: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2019م.

عمرو، محمد يوسف: **الميراث والهبة(دراسة مقارنة)**. دون ط. عمان. الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع. 2008م.

العمروسي، أنور: **الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة**. ط5. القاهرة. مصر: دار العدالة. 2015م.

العيسى، عطا الله: **امتناع المدين عن تنفيذ الأحكام القضائية: دراسة مقارنة على ضوء نظام التنفيذ السعودي**. ط1. الرياض: مكتبة الاقتصاد والقانون. 2014م.

الغبان، عقيل: الاعتبار الشخصي في عقد المقاولة(دراسة مقارنة). دون ط: دار الكتب والدراسات العربية. 2020م.

الفار، عبد القادر: **المدخل لدراسة العلوم القانونية(مبادئ القانون– النظرية العامة للحق)**. دون ط. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2011م.

الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام(مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)**. دون ط. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2012م.

الفار، عبد القادر: **أحكام الالتزام(آثار الحق في القانون المدني)**. دون ط. عمان. الأردن. دار الثقافة للنشر والتوزيع.

فاضل، شروق. علوان، أسماء: **المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة**. ط1. القاهرة. مصر: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2017م.

فهمي، خالد: **التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية(دراسة مقارنة).** الإسكندرية. مصر: دار الفكر الجامعي. 2019م.

الفوزان، محمد: **الوافي في أصول المحاكمات الشرعية.** ط1. الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد. 2016م.

القضاة، ياسين: **الدعوى المباشرة في القانون المدني دراسة مقارنة.** دون ط. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1984م.

كحلون، علي: **النظرية العامة للالتزام.** ط1. تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص. دون سنة نشر.

كحلون، علي: **استخلاص الديون العامة والخاصة.** دون ط. تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص. 2013م.

كحلون، علي: **التعليق على مجلة المرافعات المدنية والتجارية.** ط1. تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص. 2016م.

محمد، سيد علي: **العلاقة الإيجارية بين المالك والمستأجر في ضوء الشريعة الإسلامية.** الإسكندرية. مصر: دار التعليم الجماعي. دون سنة نشر.

محمود، سيد: **حول منع المدين من السفر.** ط1. مصر: دار الكتب العلمية. 2008م.

المزوري، بشار: **المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية(دراسة مقارنة).** ط1. القاهرة. مصر: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2018م.

منهل، علي: **نظرية الإخلال الفعّال في العقد دراسة مقارنة في ضوء التحليل الاقتصادي للقانون.** ط1: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2020م.

ناهي، صلاح الدين: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات. دون ط. مكتبة القاني. 1950م.

هندي، أحمد: **الصفة في التنفيذ.** دون ط. الإسكندرية: دار الجامعه الجديدة. 2000م.

هندي، أحمد: **أصول التنفيذ الجبري.** دون ط. الإسكندرية. مصر: دار الجامعه الجديدة. 2005م.

هيلدر، أحمد: **نظرية الغش في العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني.** بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية. 1971م.

ويس، عدنان: **التبسيط في إجراءات الدعوى الجزائية(دراسة تحليلية مقارنة).** ط1: المركز العربي للنشر والتوزيع. 2018م.

اليامي، علي: **فض المنازعات في عقود الفيديك(دراسة مقارنة).** ط1. الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد. 2017م.

المجلات والدوريات

أبو يحيى، علي. أبو سرحان، أحمد: ***فسخ الإجارة بالعقد في الفقه الإسلامي وموقف القانون المدني الأردني.* علوم الشريعة والقانون.** مج40 ع1/ 2013م.

اعديم، حسن: ***عبء الإثبات في دعوى الاستحقاق العقارية. مجلة المنارة.*** المنهل/ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا. 2015.

الجبوري، ياسين. القضاة، ياسين: ***مدى جواز إجبار الدائن على قبول الوفاء بغير الشيء المستحق ذاته في القانون المدني الأردني.*** **مجلة المنارة للبحوث والدراسات.** م3ج ع20/ 2014م.

الجبوري، ياسين: ***الدعوى المباشرة في القانون الأردني.*** **مجلة الشريعة والقانون.** مج 26 ع52/ الإمارات. 2012م. 2012م.

جمعة. سيد الشحات: ***عقود الفيديك وموقف الفقه الإسلامي منها دراسة مقارنة.*** كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات. مج 4 36/ الإسكندرية.

حسان، أمجد. عبد الرحيم، أحمد: ***آثار حكم شهر الإفلاس على جماعة الدائنين.*** **مجلة الأبحاث المالية والمصرفية.** مج2 ع1/ رام الله. فلسطين. 2015م.

الربضي، عيسى. الحوامدة، أحمد: ***دور الدعوى المباشرة في المحافظة على حقوق الدائنين.*** **مجلة علوم الشريعة والقانون.** مج 46 ع1/2009.

الزيود، نور.العبادي، حمدان: ***دعوى عدم نفاذ التصرف وفقاً لأحكام قانون الإعسار الأردني.*** ***مجلة كلية الشريعة والقانون.*** **جامعة مؤتة. الأردن.** 2020م.

السبيعي، إبراهيم: ***المنع من السفر كعقوبة تعزيرية في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي في العصر الحديث.*** **مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية.** مج 22.ع71/ جامعة الكويت.

سلامة، محمد. آغا، خلوق: ***حبس المدين في الفقه الإسلامي والقانون الأردني.*** **مجلة الشريعة والقانون.** ع47/ 2011م.

صالح، فواز: ***النظام القانوني للغرامة التهديدية(دراسة قانونية مقارنة).*** **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية.** مج 28 2/ جامعة دمشق. 2012م.

صالح، فواز: ***الطبيعة القانونية للحق في الحبس دراسة مقارنة.*** **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية.** مج29 ع1/ جامعة دمشق. 2013م.

الصرايرة، محمود: ***الوفاء بمقابل وأثره في براءة ذمة المدين وفقاً للقانون الأردني.*** **علوم الشريعة والقانون.** مج21 ملحق1/ 2014م.

عبد الصاحب، علي. علي، علي: ***المطالبات في عقود الإنشاءات(الفيديك).*** **مجلة العلوم القانونية.** جامعة بغداد.

عبيدات، محمد: ***تقييم الدعوى المباشرة في القانون الأردني: دراسة مقارنة.*** **دار المنظومة.** جامعة اليرموك– عماة البحث العلمي. مج24 ع4/ 2008م.

الفقي، محمد: ***بيع المزايدة(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي).*** **مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدمنهور.** مج 5 ج1/ 2020م.

محاسنة، نسرين: ***موقف القانون المدني الأردني من نظرية الوفاء مع الحلول(دراسة تحليلية تقييمية).*** **مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية.** جامعة السلطان قابوس. اليرموك. 2014م.

الرسائل الجامعية

بن عودة، لزرق: **وسائل حماية الضمان العام(رساله ماجستير غير منشورة).** جامعة وهران. الجزائر. وهران. 2014م.

جبر، بسام: **ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديديه ودورهما في منع تراخي تنفيذ العقود" دراسة مقارنة" (رسالة ماجستير غير منشورة).** جامعة الشرق الأوسط.. عمان. الأردن. 2011م.

الجغبير، محمد: **النظام القانوني لمنع المدين من السفر في ظل القانون الأردني" دراسة مقارنة". (رسالة دكتوراه غير منشورة).** جامعة العلوم الإسلامية العالمية. عمان. الأردن. 2014م.

جمعة، مالك: **التنظيم القانوني للرهن الحيازي في فلسطين" دراسة مقارنة(رسالة ماجستير غير منشورة).** جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2017م.

الخويلدي، أمجد: **الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين(دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية) رسالة ماجستير غير منشور**ة. جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية. أندونيسيا. 2016.

الزهرة، قليب: **الحجز على المنقول في القانون الجزائري(رسالة ماجستير غير منشورة).** جامعة الجزائر. 2015-2016م.

شاهين، دعاء: **إشكاليات الحجز على الأموال غير المنقولة والتنفيذ عليها بالبيع وفقاً لقواعد قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005م(رسالة ماجستير غير منشورة).** جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2013م.

الشنطي، ريم: **الإنابة في الوفاء دراسة مقارنة(رسالة ماجستير غير منشورة).** جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2007م.

الصالح، قروي. سهام، قادري: **التنفيذ الجبري على العقار(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة 08 ماي 1945 كلية الحقوق والعلوم السياسية. الجزائر. 2013- 2014.

الضمور، علي: **أحكام الحجز التحفظي(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة مؤتة. الكرك. الأردن. 2014م.

لواني، مجيد: **الإعذار في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة الجزائر. م2004.

مازة، حنان: **التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء(رسالة دكتوراه غير منشورة)**. جامعة وهران2. الجزائر. 2015-2016م.

محمد، شادي: **حبس المدين وفقاً لقانون التنفيذ الفلسطيني(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2008م.

الموسى، ريم: **الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية المدنية دراسة مقارنة (رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين. 2010م.

نضرة، بن ددوش: **انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي(رسالة دكتوراه غير منشورة)**. جامعة وهران. 2010.

مواقع الإنترنت

/https://maqam.najah.edu/legislation/65

/http://muqtafi.birzeit.edu/pg

https://qistas.com/ar/search?c=1&pc=-1

https://manshurat.org/node/14675

https://www.iifa-aifi.org

An-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

EXECUTION IN KIND BY LAW ENFORCEMENT AND ITS GUAARANTEES ACCORDING TO THE PALESTINIAN LEGISLATIONS

” A COMPARATIVE STUDY”

By

Nagham Basil Mustafa Salameh

Supervisor

Dr. Ali Sartawi

This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master Private Low program name, Faculty of Graduate Studies, An-Najah National University, Nablus - Palestine.

2021

EXECUTION IN KIND BY LAW ENFORCEMENT AND ITS GUAARANTEES ACCORDING TO THE PALESTINIAN LEGISLATIONS: A COMPARATIVE STUDY

By
Nagham Basil Mustafa Salameh
Supervisor
Dr. Ali Sartawi

Abstract

This study deals with the in-kind implementation of the inforcement the court orders as a subject of the civil law under which contractual responsibility is done.

It includes all the current legislations in Palestine state as the journal of(Judicial rulings), the law of execution, the civil and the commercial procedure law and the project of the new Palestinian civil law and compares it with the Jordanian and Egyption ones.

This study corsists of two chapters , the first one is about the implementation of the creditor to his commitments on his own choice, the implementation, whether is of the place of commitment or what replace it, such as fulfillment in the exchange for, set off, the renewal, the representation and the union of liability ,the second type talks about the concept of the in-kind implementation and its types, the first is the compulsory(enfored) in-kind implementation according to certain legal conditions.The second mean will be applied if one of the conditions is missed, which is compensation and that is what is explained in the first study.

The second topic, though, deals with the conditions for applying the rule of the in-kind implementation, that is the possibility of implementing, in which, the implementation should not be tiring and its breach should not be legal.

This is also done at the request of the crediter after he has notified the indebted. taking in to concideraion, the existing commitments on the personal consideration, where the specific implementation is impossible to prevent harming the debtors freedom and his fundamental rights. It is pointed out that the journal has had the mentioned conditions in its general legal texts.

The opinions are divided in the journal of the judicial rulings. some consider the journal admits of the in-kind implementation, based on the general legal rules, others deny this rules because of the absence of a special legal text of its own.

The second chapter is devated to illustrate the assurance of the creditors right and the alternative methods on the in-kind implementation, in the first study, it has been declared the legal guarantees, that are in the form of cases which are submitted by the creditor, such as the direct claims and the indirect ones, and the Palestinian position of the legislations of those guarantees, mean while, the second section discasses the direct mean of the in-kind implementation of the attachment of debtors money and selling it. It is noticed that the Palestinian Execution Law discusses the procedures of such methods in detailes.

The third study though, has covered the indirect means which might be financial .for example, Threatening fine which is limited to the obligation to take action based on the personal consideration and the penalty clause that is required to be equal with the harm. It has been applied to the rules of the contractual responsibility, which is listed on the journal and the Jordanian civil law, or personal as imprisonment which is also applied on the affluent (wealthy) debtors.

That medium is commensurate with the Islamic jurisprudence rules, and the travel ban that is seen as amean of urgent interim.

Finally, this study includes the main conclusions, notes and recommdations which have related to the rules of law enforcement and all its legal and judicial applications.

The study confirms the legal positioning of the in-kind implementation, where thisnapplication of the rule is the base and the compensation is not an alternative obligation, but is being judged when the rule of the in-kind implementation has been impossible to be applied due to the failure of one of its conditions. It is also referred to the agreement of the alternative means about he law, such as imprisonment and travel ban with the basic rights. this study has keen to carry out the contractual commitments and to achieve balance among parties to assure their rights.