مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية

اسم المقال: التعويض العيني وسلطة القاضي في تحديد كيفية تنفيذ الالتزام
اسم الكاتب: د. أيمن أبو العيال
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/1872
تاريخ الاسترداد: 2026/11/02 02:07 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

التعويض العيني وسلطة القاضي في تحديد كيفية تنفيذ الالتزام

د. أيمن أبو العيال*

الملخص

استهدفت هذه الدراسة بيان ماهية التعويض العيني عن الإخلال بالالتزام وتمييزه عن التنفيذ العيني للالتزام.

وقد خلصنا إلى أن الأداء يعد تنفيذاً عينياً إن حصل المدعي بموجبه على عين حقه تجاه المدعى عليه وإلا فإنه يعد تعويضاً عينياً. وفي الحالة الأولى يتعين على القاضي الحكم به إن طلبه الدائن ما دام لا يسبب إرهاقاً للمدين، أو كان يصيب الدائن ضرر جسيم إن حكم القاضي بدلاً عنه بالتعويض النقدي ولو كان يسبب إرهاقاً للمدين.

وأما في الحالة الثانية فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية في الاكتفاء بالحكم بالتعويض النقدي بدلاً من التعويض العيني الذي يطلبه الدائن أو الذي يعرضه المدين ما داما لم يتفقا عليه. ولو لم يكن الحكم بالتعويض العيني يسبب إرهاقاً للمدين متى سبب القاضي قراره تسبيباً صحيحاً وسائغاً.

* كلية الحقوق – قسم القانون الخاص_ جامعة دمشق

THE SPECIFIC PERFORMANCE VERSUS THE CORPOREAL REPARATION OF THE BREACH OF THE OBLIGATION

Prof .AIMAN ABOU ALAIAL*

Abstract

This study is aimed to clarify the nature of corporeal reparation for the breach of obligation , and to differentiate it from the specific performance of the obligation.

We have concluded that the settelement is considered specific performance by which the plaintiff receives his real right against the defendant . Otherwise, it is counted as corporeal reparation

In the first case , however, the judge is obliged to rule in the favor of the creditor , should he request , as long as the debtor is not overburdened by such ruling.

As for the second case , the judge enjoys discretive power to settle for the monetary compensation instead of the corporeal reparation , which had been sought by the creditor , or been offered by the debtor , considering, they have not come into agreement . eventhough , the corporeal reparation is not something that would overburden the debtor , giving the fact that the judge's decision is based on solid ground and sound reasons.

* DEPARTMENT OF PRIVET LAW - FUCLTY OF LAW

المقدمة:

تثير نظرية التعويض في المسؤولية المدنية عدداً من الإشكالات القانونية، من بينها تلك التي تتصل بشكل هذا التعويض، وتحديداً ما يطلق عليه التعويض العيني. فلا تزال فكرة هذا الشكل من أشكال التعويض وماهيته وما يعد من تطبيقاته وما لا يعد كذلك، ومدى ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية في الحكم به؛ محل خلاف وجدل في الفقه والقضاء لايزال محتدماً.

وإذ تتباين الأنظمة القانونية في تحديد الأصل في تنفيذ الالتزام وهل هو تنفيذه عينياً أم تنفيذه بطريق التعويض؟ ومن ثمَّ تختلف سلطة القاضي التقديرية في اختيار الجزاء القانوني والمؤيد المدني لتوفير الحماية القضائية للدائن بالالتزام؛ كما تتباين الأنظمة القانونية في تحديد الأصل في التعويض هل هو التعويض النقدي أم التعويض العيني؟ كما تختلف الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية في معيار التفرقة بين ما يعد تعويضاً عينياً وبين ما يعد تنفيذاً عينياً للالتزام. لذا كان اختيارنا لهذا البحث لتعميق الفكرة وبيان ماهية التعويض العيني وتمييزه عن التنفيذ العيني وبيان الأصل فيهما عند الإخلال في تنفيذ الالتزام.

وقد اخترت مادة البحث بصفة أساسية في التقنينات المدنية ذات الأصول الفرنسية وهي السوري والمصري، مع الإشارة في بعض المواضع إلى النظام الأنجلو أمريكي والفقه الإسلامي واتبعت المنهج التحليلي التأصيلي وفق خطة البحث الآتية:

المبحث الأول

ماهية التعويض العيني وتمييزه عن التنفيذ العيني للالتزام

نتناول في هذا المبحث ماهيّة التعويض العيني في مطلب أول، ثم نميزه عن التنفيذ العيني للالتزام في مطلب ثان.

المطلب الأول

ماهية التعويض العيني

الشراح منقسمون حول فكرة التعويض العيني بين مؤيد للفكرة ومنكر لها، أو منكر لمصطلح التعويض العيني من دون فكرته.

أولاً–الاتجاه المؤيد لفكرة التعويض العيني:

1– تعريف التعويض العيني:

يعرَّف التعويض العيني عند علماء القانون بأنه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الخطأ وما أدى إليه من ضرر[1]، أي إزالة المخالفة عيناً[2].

وعند بعض الشراح فإن التعويض العيني هو أداء عيني، أي عمل يزيل به المسؤول الضرر الذي لحق المصاب فيرد الشيء الذي أعطبه إلى حالته الأصلية أو يعطي المصاب شيئاً من جنس الشيء الذي أتلفه له[3]. وفي الفقه الإسلامي هو إعطاء مثل الشيء المثلي.

[1] – عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – دار النهضة العربية – القاهرة– 1967 – ج2– الفقرة 643. سليمان مرقس– الوافي في شرح القانون المدني – 2– في الالتزامات المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية – القسم الأول في الأحكام العامة – ط5– 1989– فقرة 189.

[2] – ابراهيم الدسوقي أبو الليل – التقدير القضائي للتعويض بحث منشور في مجلة المحامي الكويتية –سنة (8) – أعداد ابريل ومايو ويونيو – 1985– ص71– 72.

[3] – مرقس– السابق– ص527 وقد أشار سيادته إلى أن القضاء الفرنسي في أثناء الحرب العالمية الثانية وفي أعقابها فرض تسعيرة جبرية لأغلبية السلع، مما جعل الحكم بتعويض نقدي محسوب على أساس التسعير الجبري غير كاف لجبر الضرر الحقيقي لتعذر إصلاحه بالأسعار الجبرية، بسبب ذلك جرى القضاء الفرنسي على الاتجاه نحو الحكم بالتعويض العيني أي بإلزام المسؤول بالإصلاح العيني للتلف الذي أحدثه أو بأن يستبدل بالشيء الذي أعطبه شيئاً جديداً مماثلاً أو معادلاً له، واستبعد التعويض النقدي لعدم مشروعية تقديره بالسعر الفعلي المعمول به في السوق الحرة، ويدخل ذلك في سلطة قاضي الموضوع التقديرية ولا يتقيد فيه بطلبات الخصوم.

فالتعويض العيني يستهدف مصدر الضرر، مثل الحكم بإزالة مصدر الضرر، فهو ينصب على مصدر الضرر مباشرة وليس على أثره المالي، وذلك بإصلاح الشيء التالف أو بإحلال شيء آخر محله. وبهذه الماهية فالتعويض العيني أكمل في جبر الضرر من التعويض النقدي؛ لأن التعويض العيني يعمل على محل الضرر مباشرة بالإصلاح أو الإزالة أو الاستبدال بالمثل، وأما التعويض النقدي فيعمل على الأثر المالي للضرر، ويترك للمضرور حرية التصرف بالمبلغ الممنوح تعويضاً، ولا يؤدي بالضرورة إلى إزالة مصدر الضرر. على أن تخصيص مبلغ نقدي لإزالة مصدر الضرر هو تعويض عيني أيضاً[4] لأنه يتم على نفقة المسؤول.

2-حجج الاتجاه المؤيد لفكرة التعويض العيني:

احتج مؤيدو هذا الاتجاه بعدد من الأدلة من أبرزها في الفقه الفرنسي:

1-إن المادة (1142) من التقنين المدني الفرنسي والتي تقرر أن كل التزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، يؤدي إلى التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام من المدين، والمادة (1382) من التقنين المدني الفرنسي وما يليها من مواد، ليس فيها ما يستبعد فكرة التعويض العيني، كل ما في الأمر أنها تستبعد إمكانية الإكراه الشخصي لتنفيذ الالتزام، لأنه يتنافى مع قواعد العرف والأخلاق.

ومن ثم ليس هنالك ما يدعو إلى رفض فكرة التعويض العيني كلما كان الحكم بهذا التعويض أقرب للعدالة من الحكم بالتعويض النقدي.

2-عزز أنصار هذا الاتجاه مذهبهم ببعض اجتهادات محكمة النقض الفرنسية. فقد نقضت محكمة النقض الفرنسية قراراً لمحكمة الموضوع لأنها لم تأخذ بالحسبان عرض شركة النقل المحكوم عليها، في أن تعوض المضرور بإصلاح الأثاث المتضرر أثناء قيامها

[4] – سافتيه، المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي – فقرة رقم 596 مشار إليه في: نصير صبار لفتة – التعويض العيني – رسالة ماجستير من حقوق جامعة النهرين -2001 م – ص89 – 90.

بنقله. على أنه يستبعد الحكم بالتعويض العيني عند أصحاب هذا الاتجاه بالنسبة للأضرار الجسدية والمعنوية [5].

وتتسع فكرة التعويض العيني عند بعض أنصار هذا الاتجاه لتشمل الحكم بالتدابير اللازمة لمنع وقوع الضرر. مثل الحكم بتنفيذ الالتزام جبراً على نفقة المدين عند امتناعه عن التنفيذ عندما لا تكون شخصيته محل اعتبار. فإلزام المدين بنفقات التنفيذ العيني هو تعويض عيني، كما يعدُّ الحكم بإزالة آثار ما قام به المدين خلافاً لالتزامه بالامتناع تعويضاً عينياً عندهم[6].

ويؤيد فكرة التعويض العيني عدد من شراح التقنين المدني المصري[7]؛ فالتعويض الذي يحكم به القاضي قد يكون عينياً وقد يكون نقدياً، ويكون التعويض العيني بإزالة المخالفة التي وقعت إخلالاً بالالتزام، أو بإزالة الضرر. فيرد الشيء الذي أتلفه المدين إلى حالته الأصلية، أو يعطي المضرور شيئاً من جنسه، فيلزم القاضي المسؤول بإصلاح السيارة وإعادتها إلى حالتها الأولى، أو بإزالة الجدار الذي حجب النور والهواء عن الجار تعسفاً في استعمال الحق، أو يهدم المبنى الذي شُيِّد خلافاً لحقوق الارتفاق. وإذا كان الضرر معنوياً كالقذف، فإنه يمكن الاكتفاء لمحوه بإلزام المسؤول بنشر الحكم الذي يقرر مسؤولية المدين في الصحف[8].

ويرى بعضهم – خلافاً لمقتضى صراحة نصوص المواد (175 مدني سوري و 174 مدني مصري) أن الأصل في التعويض هو التعويض العيني لأنه أصلح في أغلب الحالات لجبر

---

[5] – أنظر رأي الأستاذ بلاينول واسمان وايكوني في الفقه الفرنسي واجتهاد محكمة النقض الفرنسية مشار إليها في لفتة – السابق – ص30.

[6] – انظر رأي الفقه الفرنسي الفقرة رقم 2302 و2321، مشار إليه في لفتة ص31.

[7] – عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – السابق–440/2.

[8] –سليمان مرقس – الوافي –السابق– ص528.

الضرر، وذلك بمحوه أو بمنع استمراره في المستقبل، كالحكم بترقين قيد رهن على عقار موعود ببيعه، إضراراً بالموعود بشرائه، وكالحكم بهدم بناء وإعادته إلى ما كان عليه، أو إصلاح منقول أتلفه المدين، فإذا كان التعويض العيني مستحيلاً فلا مناص من اللجوء إلى التعويض النقدي[9].

ويرى بعضهم بأنه لا محل قانوناً للتعويض العيني في القانون الإداري تطبيقاً لمبدأ فصل السلطات، إذ لا سلطة للقضاء أياً كان، عادياً أم إدارياً أن يصدر قرارات على الإدارة تلزمها بالقيام بعمل معين، فليس للقضاء إلاّ الحكم بفرض التزامات مالية أو نقدية.

يضاف إلى هذا المانع القانوني من الحكم على الإدارة بالتعويض العيني مانع عملي، وهو أن الحكم بالتعويض العيني سيكون على حساب حسن سير المرافق العامة التي تتولى الإدارة تسييرها، وأن التعويض العيني في الغالب لا يكفي لجبر الضرر ويكون مصحوباً بتعويض نقدي لأنه لا يزيل الضرر إلا بالنسبة للمستقبل، وليس له هذا الأثر بالنسبة للماضي[10].

على أن بعضهم يرجحون إمكانية الحكم بالتعويض العيني على الإدارة إذا لم يؤد إلى المساس بحسن سير المرافق العامة، ولكن على سبيل الإباحة؛ فالقاضي الإداري يتمتع بسلطة تقديرية عندما يحكم على الإدارة بالتعويض النقدي، إذ يخيرها في حكمه- وحيث لا يتأثر سير المرفق العام- بأن تعوّض المضرور عينياً إن طلب ذلك[11].

[9] – محمود جمال الدين زكي – مشكلات المسؤولية المدنية – مطبعة جامعة القاهرة – 1978 – ج1-- ص50.

[10] – سليمان الطماوي – القانون الإداري – الكتاب الثاني – قضاء التعويض والإلغاء – دار الفكر العربي – القاهرة – 1986- ص479.

[11] – سعاد الشرقاوي – قضاء الإلغاء والتعويض – دار النهضة العربية – القاهرة – 295.

ثانياً – الاتجاه الرافض لفكرة التعويض العيني:

يرى بعض الشراح في فرنسا أن إزالة المخالفة ليست تعويضاً عينياً فالقاضي عندما يحكم بإزالة المخالفة مثل الحكم بإيقاف الاستعمال غير القانوني لأسماء الآخرين وألقابهم فإنه لا يعوّض. فالمسؤولية لا تترتب في مثل هذه الحالات إلا إذا سببت ضرراً مالياً، وأن إنهاء حالة العمل غير المشروع ليس من أحكام المسؤولية ولا هو تعويض عيني[12].

إن الاعتداء على الحق إن نتج عنه ضرر فالجزاء التعويض، وإن لم يمسه ضرر فإن الحكم بوجوب احترامه هو إجراء لحماية هذا الحق، فلا يعد الحكم بالتدابير لحماية حق لصيق بالشخصية اعتُدي عليه تعويضاً عينياً[13].

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن القضاء الفرنسي يستند إلى المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي عند الحكم بالتدابير اللازمة لتلافي الخلط بين اسمين تجاريين لمحلين، ومن ثم فإن الحكم بتنظيم ممارسة الحقوق يعد تعويضاً عينياً، مثل تنظيم حق ممارسة التجارة، وتنظيم استعمال حق الملكية، وحق استعمال المياه.

ولعل في نص المادة (51) مدني مصري ما يساند هذا التمييز بين احترام الحق وبين التعويض العيني والتي تنص على أنه:" لكل من نازعه غيره في استعمال اسمه بلا مبرر ومن انتحل غيره اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر. ". ومثلها في الحكم نص المادة (50) مدني مصري حيث تنص على أنه:" لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر."[14].

---

[12] – روبيه– الفصل بين دعوى التزييف ودعوى المنافسة غير المشروعة – طبعة 1952– ص167 – مشار إليه في لفتة ص19.

[13] – ربيير وبولانجيه – مشار إليه في لفتة – ص20.

[14] – مثل هذين النصين في الحكم نص المادتين (52 و53) من التقنين المدني السوري.

ومن بين أنصار الاتجاه الرافض لفكرة التعويض العيني من يرى أن الضرر إذا وقع فلا يمكن محوه أبداً، وأن الوسيلة الوحيدة لتعويض المضرور هي الحكم بتعويض نقدي، وأن كل ما يمكن أن يحكم به القاضي إضافة إلى النقود هو منع استمرار الضرر في المستقبل، فإذا لم يقع الضرر فإن الحكم عينياً بالإجراءات التي تمنع وقوعه هو نظام لا صلة له بالمسؤولية[15].

ويعد بعضهم إعادة الحال إلى ما كانت عليه تنفيذاً عينياً جبرياً للالتزام، لأنه يُلجأ إلى التعويض عند عدم إمكان إجبار المدين على التنفيذ العيني، ولا يكون هذا التعويض إلا بمبلغ من النقود [16]. والصورة النموذجية للتعويض العيني عند بعضهم هو رد المثل في المثليات[17].

والحقيقة فإنه لا يمكن إغفال نصوص التقنينات المدنية السوري والمصري عند ترجيح اتجاه من الاتجاهات السابقة فقد نصت المادة (1/172 مدني سوري و2/171 مدني مصري) على أنه:" يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض.".

فالأصل في التعويض هو النقد، ولكن صياغة النصوص المتقدمة تفيد أنه ليس هو الشكل الوحيد للتعويض وإنما توجد أشكال أخرى، وإن لم يسمها المشرع تعويضاً عينياً.

إن مصطلح التعويض العيني- بلا شك- من عمل الفقه، وهذا يعني أن التعويض إما أن يكون بالنقود- وهو الأصل- وقد يكون بعين معينة من الأعيان – وهو ما يمكن بحق

[15] – لوسيان ريبر – ص19 و38و39 – مشار إليه في لفتة – ص21.

[16] عبد المجيد الحكيم – أحكام الالتزام – ج (2) – ص15 –مشار إليه في لفتة – ص23.

[17] – عبد الباقي البكري – شرح القانون المدني العراقي ج3- أحكام الالتزام – دراسة مقارنة – مطبعة الزهراء – بغداد – 1971- ص136- مشار إليه في لفتة –ص23.

تسميته بالتعويض العيني–؛ أي التعويض بعين من الأعيان، وهو معروف في الفقه الإسلامي في ضمان المثليات عند إتلافها.

إن حكم ضمان الفعل في الفقه الإسلامي هو التعويض بالمثل أو بالقيمة؛ فالمادة (890) من مجلة الأحكام العدلية تنص على أنه:" يلزم الغاصب في الأصل برد المغصوب عيناً.". وهذا تنفيذ عيني للالتزام بالرد. وتنص المادة (891) منها على أنه:" إذا استهلك الغاصب هذا المال أو تلف أوضاع بتعديه أو من دون تعدي كان عليه إعطاء مثله إن كان من المثليات، وإعطاء قيمته إن كان من القيميات.". والمثلي هو:" ما يوجد مثله في السوق من دون تفاوت يعتد به. " (م 145مجلة الأحكام العدلية) وأما القيمي فهو:" ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة." (م 146مجلة الأحكام العدلية).

والمالك في استعمال ملكيته مقيد بعدم الإضرار بجاره ضرراً فاحشاً، وهو الذي يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكن، أو يضر البناء أي يجلب له وهناً يكون سبب انهدامه." (م 1119 مجلة الأحكام العدلية). فإذا ألحق به ضرراً فاحشاً فإنه يؤمر بدفعه وإزالته.

على أن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه بإلزام المدين بعمل معين لإزالة المخالفة كهدم الحائط الذي شيده تعسفاً في استعمال حق الملكية، أو إزالة الجدار الذي وضعه في سبيل منع صاحب حق الارتفاق من استعماله؛ فليس من موارد التعويض العيني، ولو كان كذلك لجاز للقاضي حسب النصوص القانونية المتقدمة أن لا يجيب الدائن إلى طلبه فيه أو أن يتجاهل عرض المدين لإزالة المخالفة، مادام المشرع في النصوص المتقدمة قد استعمل عبارة: " يجوز للقاضي"، مع أن القاضي لا يجوز له أن يتجاهل مثل هذا الطلب أو العرض وإلا لفقدت الحقوق كل قيمة عملية لها، فيكفي أن يعتدي الطامع في جزء من أرض جاره المحاذية لأرضه ليبني عليها عنوة ويعوضه عن قيمتها بالنقود مع أن الاستملاك حسب الدساتير لا يكون إلا للمنفعة العامة.

إن إزالة المخالفة – كما يرى بحق بعض أنصار هذا الاتجاه– من موارد تنظيم ممارسة الحقوق، وإن بقي ضرر بعد إزالة المخالفة فإن تعويضه لا يكون إلاّ بالنقود.

ولكن لا يعني هذا أنه لا وجود للتعويض العيني، فهو بلا شك موجود ويكون بعين مالية معينة، وخاصة عند إتلاف المثليات.

كما أنه يدخل في شمول هذا التعويض ما يمكن أن يأمر به القاضي الجاني من عمل يتصل بالعمل غير المشروع كإلزامه بإصلاح الشيء الذي أعطبه أو إلزامه بنشر الحكم بإدانته وببراءة المضرور في جرم القذف على نفقة الجاني، فالضرر الأدبي يناسبه مثل هذا التعويض ذي الطابع الأدبي.

المطلب الثاني

التمييز بين مفهومي التعويض العيني والتنفيذ العيني للالتزام

إن التنفيذ العيني للالتزام عند بعض الشراح يقتصر على الوفاء به اختياراً من المدين؛ فإذا أخل المدين بتنفيذ التزامه، فإن تنفيذ الالتزام جبراً عنه من خلال دعوى التنفيذ هو تعويض عيني، لأن التنفيذ الجبري يزيل الضرر بإعادته الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الإخلال[18]. وهذا هو رأي بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، فرد المغصوب هو تعويض عيني يلتزم به الغاصب[19].

وهذا منتقد من نواح عدة:

–أن التنفيذ الجبري لا يزيل الضرر ولا يمحوه بالضرورة فيكون من المتوجب الحكم بتعويض نقدي للدائن إضافة إليه.

– فيه توسيع لمفهوم التعويض العيني على حساب التنفيذ العيني.

[18] – هنري مازو وليون – الفقرة رقم 100 ورقم 2302 مشارإليه في لفتة – السابق– ص68.

[19] – وهبة الزحيلي – نظرية الضمان – دار الفكر المعاصر – بيروت – لبنان – ط (7) –– ص94.

– هو منتقد أيضاً لفظاً ومضموناً؛ فالمشرع سماه تنفيذاً وقد ميز فيه بين تنفيذ اختياري سمّاه وفاء وعالجه في باب انقضاء الالتزام، وبين تنفيذ جبري سمّاه تنفيذاً عينياً– وهذه التسمية تتفق مع حقيقته– وعالجه في باب آثار الالتزام.

لكن من جهة أخرى يعدّ بعض الشراح التنفيذ على حساب المدين ونفقته تعويضاً عينياً، وهو توسيع لمفهوم التعويض العيني. وكذلك إزالة ما أجراه المدين بالمخالفة لالتزامه الامتناع عن عمل، فمن الشراح من يعده تنفيذاً عينياً لأن الدائن يحصل على عين ما التزم به المدين، وهو معيار التفرقة عندهم بين التعويض العيني وبين التنفيذ العيني، فالعبرة بما يحصل عليه الدائن لا فيما يؤديه أو يقوم به المدين[20]. وينطلق هؤلاء في هذا التوسيع لمفهوم التنفيذ العيني، من أنه يكون هناك تنفيذ عيني كلما حصل الدائن على عين ما كان يحصل عليه لو قام المدين بالوفاء بالتزامه اختياراً[21]. في حين أن هناك من الشراح من يعد إزالة ما تم بالمخالفة للالتزام بالامتناع تعويضاً عينياً؛ لأنهم يعرفون التعويض العيني بأنه الذي يزيل الضرر بإعادة الحالة إلى ما كان يجب أن تكون عليه لو لم يقع الخطأ، فيُعدُّ حكماً بالتعويض العيني الحكم الذي يقضي في الالتزام الإيجابي بإلزام المدين بتنفيذ ما التزم به، أو في الالتزام السلبي بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام، إذ من شأنه في الصورة الأولى أن يزيل الوضع الضار الناتج من تخلف المدين عن التنفيذ، وهو يؤدي في الثانية إلى إعادة الحالة إلى ما كان يجب أن تكون عليه لو لم يرتكب العمل الممنوع[22].

---

[20] – اسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام والإثبات – مكتبة عبد الله وهبة عابدين مصر – 1967– الجزء الثاني – ص113.

[21] – دارجو – التنفيذ – ص41 و69 و103 – مشارإليه في لفتة – السابق– ص69.

[22] – وهو رأي الأستاذ مازو في الفقه الفرنسي مشار إليه في أحكام الالتزام والإثبات – غانم – السابق– ص108.

وبعض الشراح يرى بأنه يوجد تنفيذ عيني في كل ما يمحو الضرر ويزيله ويعيد الحال إلى ما كانت عليه قبل الإخلال، في حين أن التعويض العيني لا يرفع الضرر فيبقى الإخلال بالالتزام قائماً ويقدم للدائن بديلاً عنه[23] .

والحقيقة فإن مع اتفاقنا مع هذا الرأي في أن التنفيذ الجبري هو تنفيذ عيني وليس تعويضاً عينياً؛ إلا أننا لا نوافق بأن التنفيذ الجبري يزيل الضرر ويمحوه كلياً بالضرورة فقد لا يزيله كلياً وتثور الحاجة عندئذ إلى تعويض نقدي إلى جانبه عن الأضرار التي قد يسببها تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

وعند هؤلاء فإن التعويض العيني لا يرفع الضرر ولا يمحوه ويبقى الاخلال بالالتزام قائماً ويلزم المدين بأن يقدم للدائن مثل الشيء الذي أتلفه إن كان من المثليات وهذا التعويض يعد كافياً، أو يلزم بإصلاح ما أتلفه كإلزامه بإعادة بناء الجدار الذي أتلفه بخطئه، وهذا التعويض يعد شافياً، فعند هؤلاء يكون تنفيذاً عينياً إن حصل الدائن على عين حقه، ويكون تعويضاً عينياً إن حصل على بديل عن حقه ولو كان مماثلاً له[24].

في حين يرى بعضهم أن التنفيذ العيني هو حصول الدائن على عين ما التزم به المدين، أما التعويض العيني فهو إعادة وضع المتضرر إلى الحالة التي كانت قبل وقوع المخالفة لمحو الضرر وإزالته إن كان ممكناً، فالتنفيذ العيني هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام وبصفة خاصة إذا كان عقدياً، أما التعويض العيني فهو جزاء لتحقق المسؤولية، وطريق استثنائي

[23] – مازو – السابق – مشار إليه في لفتة – السابق– ص72.

[24] – محمود جمال الدين زكي – السابق– ص61–62. وطلبة وهبة خطاب – أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون – ط1– دار الفكر العربي – 1983 – ص66.

من طرق التعويض يغلب الحكم به في المسؤولية التقصيرية، لأن التنفيذ العيني للواجبات القانونية – أي غير التصرفية– هو مجرد عدم الإضرار بالآخرين[25].

وتفريعاً على المعايير المتقدمة التي يختلف بشأنها الشراح، فقد اختلف الشراح في الطبيعة القانونية لتنفيذ الدائن التزام المدين بنفسه على حساب المدين بعد استئذان القاضي أو من دون استئذانه في حالات الاستعجال؛ فبعضهم عده تعويضاً عينياً تأسيساً على أن المدين عند امتناعه عن التنفيذ لا يلزم إلا بتعويض نقدي يمثل نفقات العمل أو الحصول على الشيء الذي التزم المدين بالقيام به أو تقديمه[26].

في حين يعدّه بعضهم تنفيذاً عينياً بحسبان أن الدائن قد حصل على عين حقه أياً كانت طريقة حصوله عليه[27]، وهو الرأي الراجح الذي يسلم به الفقه الفرنسي[28]، وهو الرأي الذي نرجحه لأنه حتى لو أردنا أن نعد ما يلزم المدين به تجاه الدائن في هذه الحالة تعويضاً ، فلن يكون تعويضاً عينياً، لأنه يسلم أنصار الرأي المرجوح بأن المدين لا يلتزم إلا بمبلغ نقدي هو ثمن الشيء أو العمل الذي حصل عليه الدائن أو نفذه على حساب المدين. والحقيقة أن هذا المبلغ النقدي لا يلتزم به المدين بوصفه تعويضاً، بل بوصفه ثمناً لتنفيذ التزامه الأصلي المترتب في ذمته تجاه الدائن الذي أحله القانون محل المدين وعده نائباً عن مدينه في القيام بالأعباء المادية لتنفيذ التزامه عينياً، ولأن ماهية الالتزام تتمثل فيما يحصل عليه الدائن أكثر من ظهورها فيما يقدمه المدين كما مر.

---

[25] – سعدون العامري – تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية – وزارة العدل – بغداد – 1981 – ص149 – مشار إليه في لفتة – ص72.

[26] – حسن علي الذنون– المبسوط في المسؤولية المدنية – بغداد – 1999م – الجزء (1) – الضرر – ص208. وهو رأي بعض الفقه الفرنسي – مشار إليه في محمود جمال الدين زكي – السابق– ص62.

[27] – حلمي بهجت بدوي – أصول الالتزامات – نظرية العقد – القاهرة – 1942 – ج(1) – فقرة رقم 293 .

[28] – مشار إليه في محمود جمال الدين زكي – السابق – ص63.

والخلاف ذاته وقع في إزالة ما وقع من المدين بالمخالفة لالتزامه بالامتناع عن عمل معين؛ فعدّه بعضهم تنفيذاً عينياً للالتزام بالامتناع بالنسبة للمستقبل، تأسيساً على أن الدائن بالنسبة للمستقبل يحصل على عين ما التزم به المدين بمنع العمل الذي التزم بالامتناع عنه ولم يحصل الدائن على بديل لهذا الحق من المدين[29].

في حين عدّه بعضهم تعويضاً عينياً تأسيساً على أن التنفيذ العيني للالتزام بالامتناع لا يتم إلا بمحض الامتناع لا بإزالة المخالفة[30].

والحقيقة فإن بعض الشراح قد خلط بين التنفيذ العيني وبين التعويض العيني[31]، وأعطاهما حكماً واحداً، ثم ميزهما عن التعويض غير النقدي وأسند الأنظمة الثلاثة إلى المادة

---

[29] – حلمي بهجت بدوي – السابق– ص293 – جلال العدوي – أحكام الالتزام – دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني – الدار الجامعية – 1986 – ص130 – 136 – وعبد المنعم البدراوي – النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري – أحكام الالتزام – مطبعة مدني – القاهرة – 66/2 – واسماعيل غانم – السابق– ص113 – ومحمود جمال الدين زكي – السابق– ص64. وقد أشار الأستاذ زكي إلى أن هذا هو رأي جمهور الفقه الفرنسي.

[30] – السنهوري – السابق – 798/2 – وحسين عامر – السابق– ص529 – والذنون – المبسوط – السابق– ص 28.

[31] –" يقول الأستاذ السنهوري تحت فقرة بعنوان التنفيذ العيني " التعويض العيني أو التنفيذ العيني هو الوفاء بالالتزام عينياً ويقع هذا كثيراً في الالتزامات العقدية ، أما في المسؤولية التقصيرية فيمكن كذلك في قليل من الفروض أن يجبر المدين على التنفيذ العيني ، ذلك أن المدين في المسؤولية التقصيرية قد أخل بالتزامه القانوني من عدم الإضرار بالغير دون حق ، وقد يتخذ الإخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل تمكن إزالته ومحو أثره ، كما إذا بنى شخص حائطاً في ملكه ليسد على جاره الضوء والهواء تعسفاً منه ، ففي هذه الحالة يكون الباني مسؤولاً مسؤولية تقصيرية نحو الجار بتعويض ما أحدثه من الضرر ، ويجوز هنا أن يكون التعويض عينياً بهدم الحائط على حساب الباني ، أو عن طريق التهديد المالي .

وهذا ما قصد إليه التقنين المدني الجديد عندما ينص في الفقرة الثانية من المادة (171) على أنه " يجوز للقاضي تبعاً للظروف، وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ". والقاضي ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني، ولكن يتعين عليه أن يقضي به إذا كان ممكناً، وطالب به الدائن. " وقال الأستاذ السنهوري في الهامش عند الفقرة ذاتها " ... أما إذا كان العمل الذي التزم به المدين يقتضي تدخله الشخصي، فيمكن الوصول إلى التنفيذ العيني عن طريق التهديد المالي المنصوص عليه في المادتين (213و 214) من التقنين المدني الجديد.". ثم في الفقرة التالية بعنوان " التعويض غير النقدي " قال الأستاذ السنهوري: " ... كما يجوز للقاضي في حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه، أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد ببنائه (م 1/680). وفي دعاوى السب والقذف يجوز للقاضي أن

(2/171) مدني مصري، وهو خطأ واضح. فالتعويض غير النقدي والتعويض العيني ولا شك في أنهما يندرجان تحت نص المادة (2/171 مدني مصري) و(2/172 مدني سوري)؛ إلا أن كلا منهما يتميز عن التنفيذ العيني للالتزام الذي يخضع بدوره لنص المادة 1/203 مدني مصري والمادة 1/204 مدني سوري، ولا يقبل مثل هذا الخلط، لأن الأحكام القانونية للتعويض العيني أو غير النقدي عموماً تختلف عن تلك التي يخضع إليها التنفيذ العيني وبصفة خاصة شروط الحكم بكل منهما وسلطة القاضي التقديرية إزاء طلب كل منهما – كما سيأتي.

وقد حرر بعض الشراح ماهية التعويض العيني بالقول: " إذا كان التنفيذ المطلوب من شأنه أن يؤدي إلى حصول الدائن على عين ما التزم به المدين فهو تنفيذ عيني، ولا عبرة بعد ذلك بما يقوم المدين فعلاً بأدائه بنفسه ... وبخلاف ذلك إذا لم يكن التنفيذ المطلوب مؤدياً إلى حصول الدائن على عين ما التزم به المدين فهو تنفيذ بمقابل؛ أي بطريق التعويض، فإذا لم يكن المقابل نقدياً كان التعويض عينياً."[32].

وبناء على هذه الماهية للتعويض العيني، انتهى أنصار هذا الرأي بحق إلى أن تسليم شيء مماثل للشيء الذي أتلفه المدين هو تعويض عيني، لأن الدائن لم يحصل على عين ما التزم به المدين فيجوز للقاضي أن يرفض الحكم به ويكتفي بإلزام المدين بدفع قيمة الشيء نقداً[33].

يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى عليه وهذا ما عناه التقنين عندما نص على أنه:" يجوز للقاضي أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض ". راجع الفقرتين 643 و 644 وحواشيهما في الوسيط للسنهوري ج(1) – المجلد الثاني – ص1092 – ط1998 – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان .

[32] – غانم – السابق– ص112.

[33] – ولن يكون حكم القاضي مسوغاً تسويغاً صحيحاً إن رفض الحكم بأداء شيء مماثل واكتفى بالحكم بالتعويض النقدي بقيمة الشيء إذا كان الشيء مما يخضع للتسعيرة الجبرية ويتعذر الحصول عليه من السوق بهذه التسعيرة ما لم يحكم القاضي بتعويض يزيد على السعر الرسمي ويعادل الفرق.

على أن توصيف أنصار هذا الرأي لإعطاء شيء مماثل للشيء الذي أتلفه المدين على أنه تعويض عيني، يخالف المعيار الذي تبناه هؤلاء للتعويض العيني من أنه كل تعويض غير نقدي ولا يحصل بموجبه الدائن على عين حقه، لأن إعطاء الشيء المماثل، يعد تنفيذاً عينياً بالنسبة للمستقبل، وهو حتى قد لا يجبر كامل الضرر بالنسبة لفوات المنفعة والأضرار الأدبية بالنسبة للماضي.

وما دامت صورة الأداء الذي يقوم به المدين لا تغير في طبيعة ما يقوم به، فإن الدائن يحصل على عين ما التزم به المدين بالنسبة للمستقبل في حالة قيام المدين بالعمل الذي يلتزم بالامتناع عنه، ومن ثم فإن الحكم بإزالة المخالفة يكون تنفيذاً عينياً للالتزام بالامتناع بالنسبة للمستقبل وليس تعويضاً عينياً، فإذا طلب الدائن الإزالة وجبت إجابته إلى طلبه ولا يجوز للقاضي أن يقتصر على الحكم بالتعويض النقدي إلا إذا كان في الإزالة إرهاق للمدين طبقاً للمادة (2/203 مدني مصري و 2/204 مدني سوري)[34]. ويؤيد صحة هذا الاتجاه أن نص المادة (213مدني سوري و212 مدني مصري) التي أجازت للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل إنما وردت بين نصوص مواد التنفيذ العيني للالتزام وليس في الفرع الخاص بالتعويض.

[34] – غانم – السابق– ص111 وقد أشار الأستاذ غانم إلى أن الأستاذ السنهوري يعد إزالة المخالفة تعويضاً عينياً، لأنه إن أتى المدين العمل الممنوع فإن التنفيذ العيني يصير مستحيلاً بمجرد الإخلال بالالتزام، فلا يكون هناك مجال إلا للتعويض العيني. ويرد عليه بحق أن ذلك يصح إذا استحال إزالة المخالفة كما لو أفشى الطبيب أو المحامي سر المهنة، أو كان الالتزام بالامتناع محدداً بالفترة التي أخل فيها بالتزامه، أما إذا أمكن الرجوع في العمل الممنوع فإن التنفيذ العيني يكون ممكناً بالنسبة للمستقبل، بأن يعود المدين إلى احترام التزامه فيزيل ما وقع مخالفاً للالتزام وهذا تنفيذ عيني اختياري، أو يمنعه من الاستمرار في الإخلال به، وهذا تنفيذ عيني قهري يتم بإزالة المخالفة جبراً – غانم – السابق– ص112.

ويبدو أن هذا ما اتجه إليه الاجتهاد في القضاء السوري في معرض الحكم بدعاوى إزالة التجاوز الحاصل على العقارات المسجلة. فمحكمة النقض السورية عدت الهدم وإزالة التجاوز من قبيل التنفيذ العيني وبشروطه القانونية ومن أهمها شرط عدم الإرهاق[35].

كما أن محكمة النقض السورية لا تعد الحكم بالتعويض النقدي من قبيل التمليك بالالتصاق فقد ذهبت إلى أنه:" في دعاوى إزالة التجاوز لا يعتد بحسن النية لأن العبرة لقيود السجل العقاري ولواقع الحال "[36].

فالاجتهاد القضائي السوري لم يميز في حكم التجاوز بين حُسن النية وسوئها وعد الهدم تنفيذاً عينياً لا يستطيع القاضي الحكم به إن سبب إرهاقاً للمتجاوز. في حين قيد القانون المدني المصري (المادة 928) هذا الحكم بحسن نية مالك العقار المتجاوز حيث تنص على أنه:" إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك نظير تعويض عادل.". وهذا يعد من وجهة نظر بعض الشراح، تطبيقاً للقاعدة العامة في تحديد شكل التعويض بناء على طلب المضرور الذي تقرر بنص المادة 2/171 مدني مصري و2/172 مدني سوري[37].

في حين يتجه القضاء الفرنسي إلى وجوب الحكم بالهدم والإزالة سواء كان الباني حسن النية أم سيء النية، لأنه لا يمكن نزع الملكية إلا للمنفعة العامة، ولأنه ينبغي احترام قدسية حق

---

[35] –" 1– في حال ثبوت التجاوز على عقار من المتوجب الحكم بإزالته ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن التنفيذ العيني مرهق للمدعى عليه، وعندها تحكم المحكمة بالتعويض بدلاً من الهدم وفق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي قرار نقض رقم /2052/أ/840 في 1983/10/26. 2– ولا يجوز الفصل في دعوى إزالة التجاوز قبل أن يرد تقرير الخبرة وقبل التأكد من أن التنفيذ العيني بالهدم مرهق أم لا ". نقض مدني سوري (2) ق/3133/أ/1868 في 1993/11/21 – سجلات محكمة النقض – محمد أديب الحسيني– موسوعة القضائي المدني– 1874/2.

[36] – نقض مدني سوري (2) ق/462/أ/1833 في 1997/10/26 – المحامون (7– 8) لعام 2000 – ص912.

[37] – الوسيط للسنهوري – السابق– ف– 44.

الملكية، والتجاوز يلحق ضرراً بحق الملكية مهما كانت قيمة التعدي(م 545 و555 مدني فرنسي)[38].

وهو ما نرجحه في ظل خلو القانون السوري من نص يجيز الاستملاك للمنفعة الخاصة عند وجود حسن النية أسوة بالقانون المدني المصري.

على أنه يمكن تأصيل اجتهاد القضاء السوري- شريطة حسن نية المتجاوز- في الحكم بالتعويض العادل بدلاً من الحكم بإزالة التجاوز في دعوى إزالة التجاوز على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق لا بوصفه تنفيذاً عينياً افتقد أحد شروطه وهو شرط عدم الإرهاق، لأن إزالة التجاوز لا تعد تعويضاً عينياً ولا تنفيذاً عينياً ؛لأن هذا المصطلح خاص بالالتزامات الناشئة عن مصادر الالتزامات أي بالمعنى الاصطلاحي لعبارة الالتزام[39]؛ أما واجب رد الغاصب للعين أو إزالة المخالفة وإعادة الحال بدعوى أصل الحق أو بدعوى الحيازة فهو مقتضى مضمون الحق العيني أو المركز القانوني العيني للحائز، وما يخوله الأول لصاحبه من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف أو بعض هذه السلطات، ومنع الآخرين من معارضتهم للمالك في ممارستها، وكذلك تتبع الشيء، وما يخوله الثاني من استرداد الحيازة أو منع التعرض لها أو وقف الأعمال الجديدة.

وبناء على الاتجاه بأن إزالة المخالفة هي تنفيذ عيني للواجب القانوني باتخاذ الحيطة والتبصر لعدم الإضرار بالآخرين بالنسبة للمستقبل؛ فإن المادة (2/171 مدني مصري 2/172 مدني سوري) تكون غايرت في حكمها حكم المادة 1/204 والمادة 1/203 مدني

---

[38] – أكثم الخولي – التعويض العيني بالفرنسية – ص133 مشار إليه في لفتة – السابق- ص164. وقد أشار إلى أن الأستاذ أكثم الخولي أشار إلى أن المحكمة العليا الفرنسية لسنة 1934 قد سمحت في أحد قراراتها لمالك الأرض أن يتملك البناء عن طريق الشفعة مقابل أن يدفع إلى الباني الزيادة التي طرأت على قيمة العقار، مبررة قرارها من وجهة النظر الاقتصادية بأن الهدم يكون حلاً سيئاً وضد وجهة نظر الإغناء الوطني – التعويض العيني بالفرنسية – ص134.

[39] – وهو الواجب الخاص ذو القيمة المالية.

مصري)، فالأولى تعطي القاضي سلطة تقديرية في الحكم بالتنفيذ العيني للواجب القانوني بالحيطة والتبصر ولو لم يكن التنفيذ العيني مرهقاً للمدين في حين أن الثانية لا تعطيه هذه السلطة التقديرية، إلا إذا كان التنفيذ العيني يرهق المدين ولا يلحق الدائن ضرر جسيم بالعدول عنه إلى التعويض النقدي وهي مغايرة في الحكم لا مسوغ لها[40].

والحقيقة أنه لا يوجد مغايرة في الحكم أو في سلطة القاضي إزاء طلب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، لأن إزالة المخالفة لا تأخذ صورة واحدة فإذا كانت في صورة حصول الدائن على عين ما التزم به المدين بالنسبة للمستقبل فإنها تكون عندئذ تنفيذاً عينياً وتخضع لحكم المادة (1/204 و1/20و1/245)،" وطالما يمكن التنفيذ عينياً فلا لزوم للحكم بالتعويض."[41]؛ ولا يجوز للقاضي أن يرفض الحكم بها إلا إذا كان هناك إرهاق للمدين ولا يلحق الدائن في العدول عنها إلى التعويض النقدي ضرر جسيم؛ وأما إذا كانت إزالة المخالفة في صورة لا تؤدي إلى حصول الدائن على عين حقه تجاه المدين كإصلاح الشيء الذي أعطبه، فإنها تعد عندئذ تعويضاً غير نقدي يملك القاضي سلطة تقديرية في رفض الحكم به ولو لم يكن مرهقاً للمدين ولو طلبه الدائن.

والأدق أن نقول: إن واجب الكافة بالامتناع عن المساس بحقوق الكافة، ليس من عناصر الذمة المالية السلبي للأشخاص، ولا يوصف فرض احترامه جبراً بأنه تنفيذ عيني، بل هو محض تنظيم لممارسة الحقوق واستعمالها لا يتمتع القاضي في الإجبار على تنفيذه بأي سلطة تقديرية، ولا يخضع لأحكام المواد (1/204 و1/203و1/245)، وهو غير الواجب

---

[40] – غانم – السابق– ص109 وقد أشار إلى أن هذه المغايرة في الحكم مقصودة من المشرع بدلالة المذكرة الايضاحية التي تشير إليه بالقول " إذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية التعاقدية فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ وهو يقتضي إعادة الحال إلى ما كانت عليه، كهدم حائط بني بغير حق أو بالتعسف باستعمال الحق – إلا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية – مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري– 2/396.

[41] – نقض مدني سوري ق/745/أ/620 في 1999/5/16 – المحامون (11– 12) لعام 2000 – ص1328.

الخاص بالامتناع كعنصر في الذمة، ففرض احترام هذا الأخير جبراً هو تنفيذ عيني بالنسبة للمستقبل، ويخضع لحكم النصوص المذكورة.

في حين يعد بعض الشراح التعويض غير النقدي تعويضاً عينياً؛ فكلما كان التعويض بغير مبلغ من النقود فهو تعويض عيني، لأن المقابل غير النقدي يتصل بالضرر ذاته الناشئ عن الإخلال بالالتزام، مثل نشر القرارات أو تبديل المادة التالفة، ويرى أنصار هذا الرأي بحق أنه لا ثمرة عملية ترجى من التمييز في التعويض بمقابل غير نقدي بين تعويض عيني، وتعويض غير عيني وغير نقدي.

وفي رأي آخر يميز في التعويض غير النقدي بين تعويض عيني وتعويض بمقابل غير نقدي. فهؤلاء يمثلون للتعويض بمقابل غير نقدي إلزام المدين بأداء سيارة مشابهة للسيارة التي أتلفها بخطئه كلياً للدائن من حيث النوع والمتانة، أو الحكم للدائن بأرض مماثلة للأرض المستملكة للنفع العام[42]مساحة وموقعاً، وهو ما يعده بعض الشراح بحق تعويضاً عينياً[43]، ومثل أمر المحكمة للمدين بتعلية المدخنة حتى لا يتضرر الجوار من دخانها.

فالتعويض بمقابل يشتمل على شيء آخر غير النقود دون أن يصل إلى حد إزالة الضرر[44]، مثل الحكم بفسخ العقد عند الإخلال به فهو عند هؤلاء نوع من التعويض بمقابل غير نقدي وكذلك الحكم بتسجيل الملكية الكاملة[45]. وعند هؤلاء رد المثل في المثليات تعويض عيني أما رد شيء في القيميات –كالسيارات– فهو تعويض بمقابل غير نقدي ولا يعد تعويضاً عينياً[46].

---

[42] – حسن علي الذنون – المبسوط – السابق– ص284.

[43] – سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – السابق– ص527.

[44] – مازو وليون – فقرة 2316 مشار إليه في لفتة– السابق– ص86.

[45] – سافتيه – المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي – فقرة رقم 595 – مشار إليه في لفتة – السابق– ص87.

[46] – سعدون العامري – تعويض الضرر في المسؤولية التقصرية – بغداد – 1981 – ص152 – وعبد الباقي البكري – شرح القانون المدني – الوافي – أحكام الالتزام – السابق– ص136 – مشار إليهما في لفتة – ص87.

فالتعويض العيني يستوجب إزالة مصدر الضرر بعمل ينفذه المسؤول أو الدائن أو شخص آخر. ويعد تعويضاً عينياً الحكم بنفقة التعويض العيني المنفذ من المضرور، فإزالة ما التزم المدين بامتناع الدائن عنه على نفقة المدين بعد استئذان القاضي هو تعويض عيني عند هؤلاء لا تنفيذ عيني[47].

بخلاف هذه الماهية فإن محكمة النقض الفرنسية – كما مر– نقضت الأحكام التي قضت برفض طلب الدائن إزالة الأبنية التي أقامها المدين خلافاً لتعهده اكتفاء بالتعويض النقدي تأسيساً على عدم ثبوت ضرر للدائن أو على انعدام التناسب بين الضرر الذي لحقه والنفقات الباهظة التي تقتضيها إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وبين الفائدة التي تعود على الدائن بهدمها ومصلحة الآخرين– كالمشترين لهذه الأبنية– في بقائها، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية حق الدائن في التنفيذ العيني، فعدت الإزالة بحق تنفيذاً عينياً لا تعويضاً عينياً، متى كان ممكناً دون حاجة لإثبات ضرر لحق الدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه[48].

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تحديد كيفية تنفيذ الالتزام

سنتناول في هذا المبحث مدى سلطة القاضي في تحديد كيفية تنفيذ الالتزام في ضوء ما يطلبه الدائن أو ما يعرضه المدين من تنفيذ عيني أو تنفيذ بطريق التعويض ومدى سلطته في تحديد شكل التعويض في مطلبين.

[47] – سافتيه – السابق– فقرة رقم 596 – مشار إليه في لفتة – السابق– ص90. هذا على القول بأن الإزالة هي تعويض عيني وأما على القول الذي نرجحه وهو أن الإزالة هنا هي تنفيذ عيني فإن نفقة الإزالة هي تنفيذ عيني على حساب المدين.

[48] – مشار إلى قرارات النقض الفرنسية في محمود جمال الدين زكي – السابق– ص 58.

المطلب الأول

سلطة القاضي إزاء التنفيذ العيني للالتزام

أولاً–القاعدة العامة في القوانين المدنية:

للدائن في التقنين المدني الفرنسي حق مطلق في إجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً، حيث تنص المادة (1243) منه على أنه لا يجبر الدائن على قبول شيء غير محل الالتزام حتى ولو كان أكثر قيمة؛ فمن واجب القاضي الحكم بالتنفيذ العيني للالتزام بناء على طلب الدائن، ولا يستطيع في ظل المبادئ التقليدية المسلم بها في فقه التقنين المدني الفرنسي أن يحرم الدائن من حقه في التنفيذ العيني للالتزام أو أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض عنه ما دام التنفيذ العيني للالتزام ممكناً.

وهو ذاته ما ينص عليه التقنين المدني السوري والمدني المصري. حيث تنص 1/204 مدني سوري والمادة 1/203 مدني مصري على أنه: " يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً.". وهو ما يؤكده نص المادة (339مدني سوري و341 مدني مصري) من أن الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره، ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى. ولا يقيد حق الدائن في اقتضاء حقه عيناً إلا ما استثنته المادة (2/204 مدني سوري و2/203 مدني مصري) من أنه: " إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع بدل نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.".

وينبني حق الدائن في التنفيذ العيني لحقه تجاه المدين على مبدأ القوة الملزمة للتصرف القانوني[49]. ولا محل لهذا الاستثناء في ظل التقنين المدني الفرنسي لأنه يبدو أنه لم يرد النص عليه. فقد نقضت محكمة النقض الفرنسية أحكاماً قضت برفض طلب الدائن إزالة أبنية أقامها المدين خلافاً لما تعهد به، مكتفية بالتعويض النقدي تأسيساً على عدم ثبوت ضرر للدائن أو على انعدام التناسب بين الضرر لذي لحقه والنفقات الباهظة التي تقتضيها إعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو على انعدام التناسب بين الفائدة التي تعود عليه من هدمها، وبين مصلحة الغير – كالمشترين لهذه الأبنية – في بقائها، مؤكدة – أي النقض الفرنسية – كما مر–حق الدائن في التنفيذ العيني متى كان ممكناً دون حاجة لإثبات ضرر لحقه نتيجة مخالفة المدين التزامه[50].

والحقيقة فإن اختلاف اجتهاد النقض الفرنسية مع أحكام محاكم الموضوع الفرنسية يحتمل– من وجهة نظرنا– أن يكون مستنداً إلى الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية لطلب إزالة ما تم بالمخالفة للالتزام، هل هو تنفيذ عيني للالتزام فلا تملك محكمة الموضوع سلطة تقديرية في رفض إجابته متى كان ممكناً وهو رأي محكمة النقض الفرنسية[51]، أو أنه تعويض عيني عن مخالفة الالتزام بالامتناع عن البناء ومن ثم تملك محكمة الموضوع سلطة تقديرية في

---

[49] – هذا إن كان مصدر الحق الشخصي هو التصرف القانوني – أي العقد أو الإرادة المنفردة حيث تكون هذه الأخيرة مصدراً مباشراً للالتزام – أما حيث يكون مصدر الحق الشخصي واقعة قانونية أخرى غير التصرف القانوني فعلى أساس الصبغة الالزامية للقواعد القانونية.

[50] – مشار إلى أحكام محكمة النقض الفرنسية في – محمود جمال الدين زكي – مشكلات المسؤولية المدنية – مطبعة جامعة القاهرة – 1978 – ج1– ص58.

[51] – ومع ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية بخصوص مخالفة الوعد ببيع عقار من جانب الواعد، فقد نقضت قرار قاضي الموضوع الذي اكتفى بالحكم بالتعويض النقدي، وأوجبت عليه الحكم بترقين الرهن الذي رتبه المدعى عليه الواعد على العقار الذي وعد ببيعه للمدعي وذلك تحت تسمية التعويض العيني– مشار إلى هذا القرار في: حسن علي الذنون– المبسوط في المسؤولية المدنية – بغداد – 1999م – الجزء (1) – الضرر – ص280.

رفض إجابة الدائن إليه والاكتفاء بالحكم بتعويض نقدي ولو كان التعويض العيني ممكناً ولا إرهاق فيه للمدين، وهو ما ذهبت إليه بعض محاكم الموضوع الفرنسية.

ويفيد التنويه بأن اجتهاد النقض الفرنسي لم يكن يسمح للقاضي إن رفض الحكم بالتنفيذ العيني الذي طلبه الدائن ولم يطلب سواه في دعواه أن يحكم له بالتعويض، ثم هجر هذا الاجتهاد وصار يعد طلب التعويض مطلوباً ضمناً في طلب التنفيذ العيني، ثم عمم هذا الاجتهاد عند طلب التعويض العيني ورفض القاضي إجابته لتعذره، فإن للقاضي أن يحكم بالتعويض النقدي ولو لم يكن المدعي قد طلبه صراحة[52]. فشكل التعويض الذي يطلبه الدائن يكون مدرجاً فيه ضمناً الشكل الآخر للتعويض إن لم تزَ المحكمة إجابة الدائن إلى شكل التعويض الذي يطلبه.

خلاصة القول : إن الأصل في التقنين المدني الفرنسي والتقنينات التي تنتمي إلى عائلته القانونية هو التنفيذ العيني للالتزام متى كان ممكناً[53] .

ثانياً–القاعدة العامة في النظام الأنجلوأمريكي:

بخلاف ذلك في النظام الأنجلو أمريكي؛ فإن الأصل هو التعويض وإن المحاكم لا تأمر بالتنفيذ العيني specific performance للعقد حيث يكون التعويض علاجاً كافياً. فالتنفيذ العيني في النظام الأنجلو أمريكي من أهم التدابير القانونية التي ابتدعتها محاكم العدالة equity وهو يعني أنه إذا امتنع أحد الأطراف عن أداء ما تعهد به، كان للطرف

[52] – انظر المراجع الفرنسية بهذا الخصوص مشار إليها في – نصير صبار لفتة – التعويض العيني – رسالة ماجستير من حقوق جامعة النهرين –2001 م – ص130.

[53] – ويكون التنفيذ العيني للالتزام ممكناً دوماً إن كان الالتزام بعمل طبيعة محله تجعل حكم القاضي يقوم مقام تنفيذه (م 211مدني سوري وم 210 مدني مصري) وكذا إذا كان بمقدور الدائن تنفيذه على حساب المدين بإذن القاضي أو من دون إذنه في حالة الاستعجال (م 206 و210 مدني سوري وم 205 – 209 مدني مصري).

الآخر أن يقاضيه ويستصدر أمراً بالتنفيذ العيني أي بوجوب جعل الأداء مطابقاً لما نص عليه العقد[54].

على أن التنفيذ العيني في النظام الأنجلو أمريكي كوسيلة قانونية من وسائل العدالة فإنه يتيسر فقط حيث لا تكون هناك وسيلة وافية في القانون المشترك common law أو بموجب التشريع. فمنح الأمر بالتنفيذ العيني أو الامتناع عن منحه يكون في ضوء السلطة التقديرية للمحكمة، وهي إذ تمارس هذه السلطة فإنها تمارسها على ضوء مبادئ مؤكدة وراسخة تتمثل في الآتي:

1- لا يمنح التنفيذ العيني أبداً حيث يكون التعويض ملائماً ووافياً .2- سوف تدخل المحكمة في اعتبارها سلوك المدعي لأنه من يأتي إلى العدالة ينبغي أن يأتي نظيف اليدين. 3- يجب أن تقام الدعوى في عجلة معقولة لأن التأخير يعطل العدالة. 4- لا يحكم بالتنفيذ العيني حيث يسبب جوراً لا مسوغ له للمدعى عليه. وهو نظير شرط عدم الإرهاق في التقنين المدني السوري والمدني المصري.5- الوعد بدون مقابل لا يقبل التنفيذ العيني وإن كان شكلياً. 6- لا يحكم بالتنفيذ العيني لأجل الإخلال بالتزام موضوعه تقديم خدمات شخصية. وهو نظير شرط عدم المساس بالحرية الشخصية للمدين في التقنين المدني السوري والمدني المصري. 7- لا يحكم بالتنفيذ العيني لأجل الإخلال بالتزام موضوعه تنفيذ سلسلة من الأفعال تحتاج إلى إشراف متواصل من المحكمة. فيكون التنفيذ العيني وسيلة مناسبة في حالات الإخلال بعقد بيع أو إيجار أرض أو الإخلال بعقد بيع شيء لا يكون متيسراً في السوق مثل كتاب نادر[55].

---

[54] – محمد محمد بدران – القانون الإنجليزي – دراسة في تطوره التاريخي ومصادره القانونية وانعكاساتها على التفرقة بين القانونين العام والخاص – دار النهضة العربية – القاهرة – 1989– ص59.

[55] - major : the low of contract sixthe dition (1983) p. 241

وفي الفقه الإسلامي فإن الأصل هو التنفيذ العيني وامتناع المدين عن تنفيذ التزامه عيناً يعد معصية تستوجب التعزير ويجبر شرعاً على الوفاء عيناً بما التزام به متى كان ممكناً، أما إلزامه بمال على وجه التعويض عما أحدثه بامتناعه من ضرر لا يتمثل في فقد مال أو تلفه للدائن، فلا تبيحه الأصول الشرعية التي تقضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعاً أو في مقابلة مال أخذ أو أتلف وإلا كان أكلاً له بالباطل[56].

المطلب الثاني

سلطة القاضي إزاء التنفيذ بطريق التعويض

سنتناول في هذا المطلب سلطة القاضي إزاء التنفيذ بطريق التعويض من حيث المبدأ، ثم نتناول مدى سلطته في تحديد شكل التعويض.

أولاً – سلطة القاضي إزاء طلب الدائن التعويض:

إذا طلب الدائن الحكم له بالتعويض، وكان التنفيذ العيني لا يزال ممكناً ولا يسبب إرهاقاً للمدين فإن بمقدور القاضي ألّا يجيب الدائن إلى طلبه ويصدر حكمه بإلزام المدعى عليه بالتنفيذ العيني، وعندئذ ينحصر حق الدائن في التعويض عن ضرر التأخير في تنفيذ الالتزام عينياً[57] من تاريخ إعذار المدين للتنفيذ، وإن لم يكن الدائن أعذره فمن تاريخ رفع الدعوى بطلب التنفيذ بمقابل على القول بأن استدعاء الدعوى بمنزلة الإعذار[58].

وينبغي أن يعد طلب التنفيذ العيني في هذه الحالة مندرجاً ضمناً في طلب التنفيذ بطريق التعويض، فيحكم القاضي بالتنفيذ العيني عند رفضه إجابة طلب الدائن التنفيذ بطريق التعويض ولو لم يطلب الدائن التنفيذ العيني صراحة. وهذا هو موقف الفقه الإسلامي كما

---

[56] – على الخفيف– الضمان في الفقه الإسلامي– المطبعة الفنية الحديثة – 1971 – ص20.

[57] – الذنون – السابق– ص281.

[58] – " استدعاء الدعوى يغني عن الإنذار وعلى هذا استقر الاجتهاد ". نقض مدني سوري 1256/1981 في 2000/4/27 – المحامون (3– 4) لعام 2003 –ص285.

مر. فالامتناع عن التنفيذ العيني معصية يعزّر المدين على فعلها، ويجبره القاضي على التنفيذ العيني متى كان ممكناً، لأن الأصل العام في الضمان إزالة الضرر عيناً كرد المال المغصوب بعينه[59]، وهذا تنفيذ عيني للالتزام بالرد[60].

في حين رأينا أنه لا سلطة للمحكمة في النظام الأنجلو أمريكي للحكم بالتنفيذ العيني إن لم يطلبه الدائن، لأن الأصل –كما رأينا – في هذا النظام هو التعويض وليس التنفيذ العيني متى كان علاجاً وافياً للدائن من وجهة نظره.

ولكن إذا كان هذا هو الحكم بخصوص سلطة القاضي عند المقارنة بين تنفيذ الالتزام عيناً وبين تنفيذه بطريق التعويض، فما مدى سلطة القاضي عند المقارنة بين التعويض العيني والتعويض النقدي؟

ثانياً– سلطة القاضي في تحديد شكل التعويض:

تعددت الاتجاهات الفقهية والقضائية بهذا الخصوص، وسنتناول هذا الموضوع في القوانين الفرنسي والمصري والسوري وفي النظام الأنجلو أمريكي، ثم نبين وجهة نظرنا مع الاستعانة بما هو مقرر في الفقه الإسلامي.

1– في القانون الفرنسي:

ذهب بعض الشراح في فرنسا[61] إلى أن التعويض في المسؤولية العقدية يكون حتماً مبلغاً من النقود، وأنه ليس للقاضي أن يجعل موضوعه شيئاً آخر غير النقود.

---

[59] – وهبه الزحيلي – نظرية الضمان – دار الفكر المعاصر – بيروت – لبنان – ط(7) – ص94.

[60]–" الرد التزام مدني يتعلق بالذمة يوم ارتكاب الجريمة، ولا علاقة له بالعقوبة، وإذا تعذر تنفيذه عينياً استبدل بتعويض نقدي.". نقض جنايات سوري.أ.386.ق.412في1964/6/14.أديب استانبولي ـ شرح قانون العقوبات ـ 120/1وقد اعتبرته وزارة العدل في كتابها الموجه إلى المحامي العام في حلب برقم400تاريخ1966/4/12من قبيل التعويض المتولد من جرم جزائي ويجوز طلب الحبس لتنفيذه. فتحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالرد ذات أثار عملية. بكل الأحوال فإن هذا الاجتهاد لوزارة العدل لا يلزم القضاء بشيء لأنه غير صادر عن محكمة النقض.

ويصف هؤلاء الشراح هذه القاعدة بأنها قاعدة تقليدية في النظام القانوني الفرنسي وإن لم ينص عليها التقنين المدني الفرنسي، لكنه ينص على تطبيق هام من تطبيقاتها في المادة (1142) منه بأنه:" كل التزام بعمل أو بامتناع يتحول إلى تعويض في حالة عدم تنفيذ المدين له."، والتي تعد بدورها تطبيقاً لمبدءٍ روماني عتيق. في حين ذهب آخرون إلى التشكيك في وجود هذه القاعدة، وأجازوا أن يكون التعويض أمراً آخر غير النقود، إذا رآه القاضي أكثر ملاءمة لطبيعة الضرر. وقد أيدت هذا الاتجاه الفقهي بعض أحكام قضاء الموضوع في فرنسا، لكن محكمة النقض الفرنسية رفضته تأسيساً على عدم وجود نص في القانون يجيز لقضاة الموضوع الحكم على المدعى عليه القيام بعمل لا يفرضه عليه القانون أو العقد ولا يريد القيام به، وذلك تعويضاً عن ضرر يسأل عنه[62].

فلا يجوز لقاضي الموضوع إذا تمثل الضرر في تلف منقول أثناء نقله بالسكك الحديدية أن يرفض عرضاً تقدم به أمين النقل بدفع تعويض نقدي عنها، وأن يحكم عليه بإجراء الاصلاحات اللازمة[63].إلا أن القضاء الفرنسي ضيق من نطاق تطبيق هذه القاعدة في إعمال حكم المسؤولية العقدية وصار يقصرها نزولاً عند حرفية نص المادة (1142) على حالات الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع؛ فإذا كان محل الالتزام تسليم شيء استحال على المدين تنفيذه بخطئه، فإنه يجوز لقاضي الموضوع أن يأمر المدين بتسليم شيء مثله، وأن يعمد إلى الغرامة التهديدية لحمله على تنفيذ أمره، ولا تحول دون أمره بذلك الصعوبات

---

[61] – مشار إلى هذا الرأي والآراء الأخرى في الفقه والقضاء الفرنسي في: محمود جمال الدين زكي – السابق – ص52وما بعدها.

[62] –ولا يستثنى من قاعدة التعويض النقدي في المسؤولية العقدية من وجهة النظر هذه إلا حكم المادة (1143مدني فرنسي) التي تجيز للدائن أن يطلب إزالة ما أحدثه المدين بالمخالفة لما التزم به. ومع ذلك فقد رأينا أن محكمة النقض الفرنسية تعد الإزالة تنفيذاً عينياً للالتزام وليس تعويضاً عينياً، فلا ينطوي بالتالي نص المادة (1143) على أي استثناء.

[63] – مشار إلى حكم النقض الفرنسي في – محمود جمال الدين زكي – السابق– ص53.

الناشئة عن عدم توفر المادة في السوق أو اللوائح الإدارية في توزيع السلع[64]. فقضى مثلاً على الوديع برد مثل الأشياء المودعة التي تسبب بخطئه في سرقتها. وقد استطاع القضاء الفرنسي بهذا التضييق لقاعدة لزوم التعويض النقدي في إعمال حكم المسؤولية العقدية أن يرفع الغبن اللاحق بالدائن – فيما لو حكم له بتعويض نقدي – إذا كان محل الالتزام بالرد بضائع تخضع للتسعير الجبري، لأن القاضي لن يستطيع أن يحكم بنقد يزيد على سعرها الرسمي[65].

فإذا لم يمتثل المدين لحكم القاضي بالتسليم عيناً، وأصر على عدم تنفيذه على الرغم من التهديد المالي فإنه يجوز للقاضي أن يحكم للدائن زيادة على الثمن الرسمي، بتعويض تكميلي عن الضرر الذي يعانيه نتيجة عدم استطاعته الحصول على تلك الأشياء بالسعر الرسمي، بحيث يمثل هذا التعويض التكميلي الفرق بين سعر السلعة في السوق وسعرها الرسمي.

وعلى خلاف ذلك ذهب اتجاه آخر في الفقه الفرنسي إلى أن الطلب الأصلي الذي يتحتم على المدعي التقدم به إلى المحكمة هو طلب التعويض العيني على غرار ما وجدناه إزاء طلب التنفيذ العيني، وأن الدائن لا يستطيع أن يطلب التعويض النقدي إلاّ على سبيل الاحتياط، ولا يستطيع القاضي أن يحكم على المدين بالتعويض النقدي إلا إذا رفض القيام بمقتضى التعويض العيني[66].

---

[64] – مع أن الالتزام بالتسليم والإعطاء يدخل في عموم عبارة الالتزام بعمل، والالتزام بالتسليم صورة من صور الالتزام بعمل.

[65] – ومع ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية في 7/26سنة 1948، قضاء – ص535 – قضت بأن القانون الذي جمد أثمان جميع السلع وأجور جميع الخدمات كما كانت عليه في أول أيلول سنة 1939 ينطبق على المبادلات، ولا يسري على التعويض الذي يلتزم بدفعه الوديع المسؤول عن ضياع الشيء الذي أودع لديه. مشار إليه في زكي – السابق– ص54.

[66] – وهو رأي كولان وكابيتان في الفقه الفرنسي مشار إليه في الذنون – السابق– ص280.

في حين ذهب بعض الشراح –على الرغم من أنهم لم يشكّكوا في وجود هذه القاعدة الفرنسية– أي التعويض النقدي كحكم لازم للمسؤولية العقدية – إلى القول بعدم سلامتها، إذ لا يوجد من وجهة نظرهم مسوغ للتفرقة في شكل التعويض بين نوعي المسؤولية المدنية، مفضلين القاعدة– في حكم المسؤولية التقصيرية– التي تعطي القاضي سلطة كاملة في اختيار شكل التعويض الأكثر ملاءمة لطبيعة الضرر. وصار هذا الاتجاه الفقهي تؤيده أحكام محاكم الموضوع الفرنسية ويبرز واضحاً في أسبابها أن:" للقضاة سلطة مطلقة في تحديد أشكال التعويض ولهم على الخصوص مكنة الأمر بالتعويض العيني طالما كان غير مخالف لبنود العقد، ولا يمس الحرية الفردية[67].

فللقاضي في النظام القانوني الفرنسي حرية الانتقال من التعويض العيني المطلوب إلى التعويض النقدي والانتقال من التعويض النقدي المطلوب إلى التعويض العيني، لأن حكم المسؤولية المدنية هو التعويض مطلقاً، فيكون القاضي حراً في اختيار الشكل الذي يراه أكثر ملاءمة لطبيعة الضرر، بحيث يكون أجدى للدائن وأقل ضرراً بالمدين المدعى عليه، فطلب المدعي في هذا الرأي لا يقيد سلطة القاضي التقديرية في تحديد شكل التعويض.

والحقيقة فإن صياغة المادة (1142) من التقنين المدني الفرنسي لا تستبعد إمكانية اللجوء إلى التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية إذا ما راعينا أن الهدف من تقرير حكمها وهو التأكيد على استبعاد اللجوء إلى الإكراه البدني على التنفيذ. وحتى إن سلمنا جدلاً بأن نص المادة (1142مدني فرنسي) يستبعد فكرة التعويض العيني من نطاق المسؤولية العقدية، فإنه لا يعدو أن يكون تقريراً للأصل في التعويض فيها، وهو أنه التعويض النقدي فلا يحق

[67] – أنظر في عرض كل ما تقدم – زكي – السابق– –ص54 وما أشار إليه من مراجع في الفقه الفرنسي ومن أحكام القضاء الفرنسي ومنها حكم محكمة استئناف ليون حيث منحت القاضي سلطة تقديرية في اختيار التعويض العيني بشرطين ألا يكون مخالفاً لبنود العقد وألا يكون ماساً بالحرية الفردية للمدين.

للقاضي أن يحكم بالتعويض العيني في المسؤولية العقدية إلا إن عرضه المدين، أو طلبه الدائن ولم يكن يحتاج إلى تدخل شخصي من المدين. وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها حيث نقضت حكم محكمة الموضوع الذي لم يأخذ بالحسبان عرض المدين إصلاح الأثاث المتضرر بخطئه[68]، ثم عادت محكمة النقض الفرنسية وتشددت في الحكم بالتعويض العيني ورفضت الحكم به، حيث نقضت قرار محكمة الموضوع الذي ألزم المستأجر بإعادة بناء البيت المحروق بخطئه معللةً قرارها بأن الحكم بهذا التعويض العيني يؤدي إلى إثراء الدائن المحكوم له على حساب المدين من دون سبب[69].

والحقيقة فإن أهمية التفرقة في شكل التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، تكمن في أن الضرر غير المتوقع- في غير حالات الغش والخطأ الجسيم- لا يعوض في المسؤولية العقدية، مما يتعين معه استبعاد التعويض العيني فيها إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى جبر ضرر غير متوقع.

وأما في المسؤولية التقصيرية فقد ظل منعزلاً في الفقه وغريباً عن قضاء الفرنسيين الرأي الذي اتجه إلى أن التعويض في المسؤولية التقصيرية ينبغي أن يكون بالضرورة مبلغاً نقدياً، تأسيساً على أن النقود هي مقياس القيم، ومن ثم تكفي لجبر الأضرار المادية والأدبية على السواء. وصار من المسلم فقهاً وقضاء في فرنسا بأن للقاضي سلطة كاملة في اختيار شكل التعويض الأكثر ملاءمة لطبيعة الضرر تأسيساً على أن المادة (1382)، التي تقرر حكم المسؤولية التقصيرية بالتعويض لم تحدد شكل التعويض، فيجوز أن يكون التعويض نقدياً أو عينياً ما دام يحقق المقاصد من تقرير حكم المسؤولية التقصيرية وهي إعادة التوازن الذي

---

[68] – مشار إلى حكم النقض الفرنسي في – لفتة – السابق- ص95 – وقد نقله عن رسالة الدكتور أكثم أمين الخولي بالفرنسية – ص70- بعنوان التعويض العيني.

[69] – مشار إلى حكم النقض الفرنسي في –لفتة – السابق- وقد نقله عن رسالة الدكتور أكثم أمين الخولي بالفرنسية- عنوانها التعويض العيني – ص69.

اختل بسبب خطأ المدين على نفقة هذا الأخير، بحيث تجعل المضرور في مركز قانوني كما لو أن الضرر لم يقع[70]؛ أي إعادة المدين إلى الوضع الذي كان مفروضاً أو متوقعاً أن يكون عليه لو أن الضرر لم يقع.

2- في القانونين السوري والمصري:

المادتان (222مدني سوري) و(221مدني مصري) تنصان على أنه: " 1- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ...إلخ "؛ فهذا النص لا يشير إلا إلى التعويض النقدي في إطار المسؤولية العقدية، وهذا يوهم بالقول بأنه ليس للدائن بالتزام عقدي عند استحالة التنفيذ بخطأ المدين إلا المطالبة بالتعويض النقدي. ولا يقبل بعض الشراح في مصر هذا التفسير لكن من دون بيان أساس قانوني لرفضهم، حيث يرى هؤلاء أن الأصل في التعويض هو التعويض العيني حتى في المسؤولية العقدية[71]، لأنه يكون في أغلب الحالات أصلح لجبر الضرر الذي لحق الدائن[72].

والحقيقة فإننا مع تأييدنا لوجهة النظر في عدم قبول تفسير نص المادة (222مدني سوري و221مدني مصري) بأنه يستبعد إمكانية اللجوء إلى التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية، فإننا نرى ضرورة بيان الأساس القانوني لوجهة النظر هذه. ونرى أن نص المادة

---

[70] – زكي – السابق– ص55.

[71] – زكي – السابق– ص55 – ويرى سيادته أن حكم المادة (212مدني مصري) تقابلها المادة (211مدني سوري) الخاصة بطلب إزالة ما وقع خلافاً للالتزام بالامتناع لا يعد استثناء من هذا الحكم؛ لأن الإزالة من وجهة نظره تنفيذ عيني للالتزام وليست تعويضاً عينياً.

[72] – والحقيقة أن التعويض العيني ما لم يتمثل في إلزام المدين بإعطاء شيء مماثل للدائن فإنه لا يجبر الضرر كاملاً، فإصلاح السيارة كتعويض عيني لا يزيل الضرر كاملاً ولا بد أن يعوض المضرور نقدياً عن نقص قيمتها وأجرة مدة تعطيلها عن العمل.

(172مدني سوري و171 مدني مصري) هو الأساس القانوني للقول بإمكانية التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية. لأن نص الفقرة الأولى من هاتين المادتين لا يتحدث برأينا عن شكل التعويض، وإنما يتحدث عن طريقة أداء المدين التعويض النقدي للدائن، ويترك النص للقاضي حرية اختيار الطريقة الملائمة وذلك بأن يحكم به دفعة واحدة أو على أقساط أو في طريقة إيراد مرتب مدى الحياة؛ وأما الذي يمنح القاضي سلطة تقديرية في اختيار شكل التعويض، فيما إذا كان نقدياً أو غير نقدي، فهو نص الفقرة الثانية من المادة (172مدني سوري و171 مدني مصري) والتي تنص على أنه: " يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين يتصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض.".

فالنص المذكور برأينا – لا يجيز للقاضي حتى في المسؤولية التقصيرية أن يحكم بتعويض غير نقدي من تلقاء نفسه ومن دون طلب، وإنما يقرر هذا النص الأصل في التعويض وهو أنه التعويض النقدي، وهذا واضح من صياغة مطلع النص " أن التعويض يقدر بالنقد "، فلا يستطيع القاضي أن يحكم بالتعويض العيني إلا بناء على طلب المضرور، فإن طلب الدائن التعويض النقدي فلا يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض العيني.

وأرى أن عموم لفظ التعويض في نص المادة (2/171 مدني مصري و2/172 مدني سوري) يسوغ لنا القول بأن حكمه ينطبق على التعويض في المسؤولية العقدية على الرغم من أن هذين النصين قد وردا في التنظيم الخاص بالمسؤولية التقصيرية، وعلى الرغم من أن المادة (221 مدني مصري و222 مدني سوري) الخاصة بآثار الالتزام قد أغفلت الإحالة على المادة 2/172 مدني سوري و2/171 مدني مصري).

وتستند سلامة هذا التأصيل للتعويض النقدي – برأينا – إلى الصعوبة التي قد يثيرها التعويض العيني، لأن التعويض ينبغي أن يقدّر على قدر الضرر من دون زيادة أو نقصان،

ومن ثم فإن قاعدة الإثراء من دون سبب مشروع تحول دون جعل التعويض العيني هو الأصل لأن من شأنه في حالات كثيرة وخاصة في حالات إصلاح الشيء المتلف أن يؤدي إلى الإثراء على حساب المسؤول من دون سبب.

وهو ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية حيث نقضت قرار قاضي الموضوع الذي ألزم المستأجر بإعادة بناء البيت الذي تسبب في حريقه بخطئه، وسوغت محكمة النقض قرارها بأن التعويض العيني بالحكم بإلزام المستأجر بإعادة بناء البيت المحروق، يعد سبباً غير قانوني لإثراء الدائن على حساب افتقار المدين[73].

وتتأكد صحة هذا التأصيل في أن نص المادة (216 مدني سوري و 215 مدني مصري) الوارد في الباب الخاص بآثار الالتزام لم يحدد شكل التعويض الواجب طلبه أو الحكم به عند إخلال المدين بالتزامه[74].

في حين ذهب بعض الشراح – كما مر – إلى أن الأصل في التعويض هو التعويض العيني لأنه أكمل في جبر الضرر[75].

وهو ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية في بعض اجتهاداتها إذ حكمت بأن:" التعويض العيني هو الأصل ولا يصار إلى التعويض النقدي إلا إذا استحال التعويض العيني، فإذا رفع المتضرر دعواه مطالباً بتعويض نقدي وعرض المدعى عليه التعويض عيناً – كرد الشيء المغصوب– وجب قبول عرضه ولا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها، إذا هي أعملت موجب هذا العرض، ولو لم يطلب المدعي ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي."[76].

---

[73] – مشار إلى حكم القضاء الفرنسي في – نصير صبار لفتة– السابق– ص97.

[74] – تنص المادة (216 مدني سوري والمادة 215 مدني مصري) على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي ... إلخ ". ومثلها في الحكم المادة.

[75] – زكي – السابق– ص55.

والحقيقة فإن هذا الرأي على الرغم من أنه يتفق مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من أن الأصل في التعويض هو إزالة الضرر عيناً كإصلاح الحائط، فإن تعذر فإنه يصار إلى التعويض النقدي[77]؛ إلا أن نصوص التقنين المدني المصري والتي تطابق نصوص التقنين المدني السوري لا تؤيده من نواح عدة :

1- فالمادة 172 مدني سوري و171 مدني مصري تنص على أن التعويض يقدر بالنقد.
2- إن سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالتعويض العيني منوطة بأن يطلبه الدائن المتضرر لا بأن يعرضه المدين المسؤول.
3- إن محكمة النقض المصرية في قرارها المذكور خلطت بين التنفيذ العيني- بلا شك- كما رأينا- في أنه الأصل- وبين التعويض العيني؛ فرد المغصوب هو تنفيذ عيني للالتزام بالرد وليس تعويضاً عينياً- كما سنرى.

ولذلك نرجح في ظل نصوص التقنين المدني السوري والمدني المصري أن الأصل في التعويض هو التعويض النقدي، وأن القاضي يتعين عليه الحكم به إن طلبه الدائن، وتتقيد سلطته عندئذ في الحكم بالتعويض العيني.

ولكن ما مدى سلطته في الحكم بالتعويض العيني إن طلبه الدائن أو إن عرضه المدين، أو إن اتفق الدائن والمدين على التعويض العيني قبل وقوع الضرر؟

رأينا في الاجتهاد الفرنسي فقهاً وقضاء الاتجاه الذي يمنح القاضي حرية في اختيار شكل التعويض الأكثر ملاءمة لجبر الضرر حسب طبيعة الضرر سواء في المسؤولية العقدية أم التقصيرية، وبصرف النظر عما يطلبه الدائن أو يعرضه المدين المسؤول؛ فما مدى سلطة القاضي في ظل القوانين المدنية السوري والمصري وما حذا حذوها عند طلب الدائن

---

[76] -نقض مدني مصري في 1948/2/16 – مشار إليه في عبد المعين لطفي جمعة- موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية – عالم الكتب – القاهرة – 1979- الكتاب الأول- الجزء الأول- ص 216.

[77] – وهبة الزحيلي – نظرية الضمان- السابق- ص94.

التعويض العيني أو عرضه من المدين المسؤول أو اتفاق الطرفين عليه، في تحديد شكل التعويض؟

آ- سلطة القاضي إزاء طلب الدائن التعويض العيني:

للقاضي سلطة تقديرية في الانتقال من التعويض العيني الذي يطلبه الدائن إلى التعويض النقدي، لأن للقاضي الحرية في اختيار شكل التعويض الذي يجده أكثر سهولة في ضمان تنفيذ حكمه وأكثر جدوى بالنسبة للدائن وأقل ضرراً بالنسبة للمدين المسؤول[78].

ذلك لأن الحكم القضائي بالتعويض العيني قد يثير منازعات جديدة عند تنفيذه؛ فلو ألزم حكم القاضي المدين المسؤول بإصلاح الشيء الذي أعطبه بخطئه، فقد يثور النزاع بين الدائن والمدين في الإيفاء بهذا الالتزام القضائي، فيقول المدين بأنه أصلح الشيء، ويقول الدائن إن الإصلاح الذي قام به المدين لا يفي بما ألزمه به القاضي. ثم إن اقتضاء التعويض النقدي أكثر سهولة من استيفاء التعويض العيني إذ يمكن في الأول استيفاءه قهراً بالتنفيذ على أموال المدين وبيعها بالمزاد العلني، أما الثاني فإنه يتطلب تدخلاً من المدين.

وسيؤول الأمر أخيراً بالضرورة إلى التعويض النقدي إن أصر المحكوم عليه على رفض القيام بما يقتضي منه التعويض العيني على الرغم من الغرامة التهديدية التي قد يفرضها حكم القاضي[79].

---

[78] – حسن الذنون – السابق– ص281. ويراعى بأن القضاء الفرنسي يتجه إلى أنه " إذا كان طلب المتضرر للتعويض العيني متعذراً فإن للقاضي عندئذ أن يحكم بالتعويض النقدي حيث يعد طلب التعويض النقدي مدرجاً ضمن الطلب الأصلي بالتعويض العيني – مشار إلى أحكام القضاء الفرنسي في بلانيول وريبير واسمان – دراسة عملية في القانون المدني الفرنسي – ط2 – باريس – 1952 – بند رقم 783 – مشار إليه في لفتة – السابق– ص 120.

[79] – وهي إحدى حجج الرافضين لفكرة التعويض العيني ولن تكون من فائدة للحكم بالتعويض العيني ثم تحويله عند رفض المدين تنفيذ الالتزام الذي فرضه عليه القضاء إلا زيادة التعويض النقدي بسبب تعنت المدين، وهو رأي لوسيان ريبير في الفقه الفرنسي – مشار إليه في لفتة – السابق– ص120.

لهذه الاعتبارات العملية كان التعويض العيني منوطاً بطلب الدائن، وكانت للقاضي سلطة تقدير ما إذا كان التعويض العيني ملائماً أم غير ملائم، فلا يخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة النقض[80]، شريطة أن يسبب حكمه في العدول عن التعويض العيني المطلوب أو المعروض إلى التعويض النقدي تعليلا سائغاً.

والحقيقة فإن هذه الاعتبارات العملية كان ينبغي أن تجعل الحكم بالتعويض العيني بناء على سلطة القاضي التقديرية منوطة بعرض المسؤول للتعويض العيني لا بطلبه من جانب الدائن.

ب-عرض التعويض العيني من قبل المدين:

يشير شراح القانون المدني في مصر بحق إلى أن المادة (2/171 مدني مصري)[81]، يجب أن تطبق بطريق القياس في المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام المعنى الدقيق بما في ذلك المسؤولية العقدية، وهي تجعل من التعويض النقدي الطريق الأصلي في التعويض، فإذا طلبه المضرور فليس للقاضي أن يحكم بتعويض عيني ولو عرض المسؤول ذلك، لأن النص صريح في أن الحكم بأمر آخر غير النقود وعلى سبيل التعويض إنما يجوز بناء على طلب المضرور، وإذا طلب هذا الأخير فالنص صريح في أن الأمر جوازي بالنسبة للقاضي، فيجوز له أن يقدر تبعاً للظروف ما إذا كان طريق التعويض العيني الذي يطلبه المضرور مناسباً أم غير مناسب، وقد يرى أن من الأنسب الاقتصار على تعويض نقدي[82].ولهذا يؤكد

[80] -اسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام والإثبات – مكتبة عبد الله وهبة – عابدين- مصر – 1967- الجزء الثاني – ص110.

[81] – تقابلها 2/172 مدني سوري.

[82] -غانم -السابق- -ص 110.

أنصار هذا الاتجاه من الشراح أنه ليس من حق المسؤول عرض التعويض العيني، وإن عرضه ورفضه المضرور فلا يجوز للمحكمة أن تحكم إلا بمبلغ من النقود تعويضاً نقدياً[83].

والحقيقة أن الصعوبات العملية التي قد يثيرها الحكم بالتعويض العيني وبصفة خاصة تلك التي ترجع إلى ضرورة تدخل المدين في القيام بموجبات التعويض العيني شخصياً، كان ينبغي – كما مر– أن تجعله خاضعاً لسلطة القاضي التقديرية إذا عرض المسؤول القيام بالتعويض العيني، لا بناء على طلب الدائن في أن يكون التعويض عينياً؛ ولذا نجد رأياً في الفقه اتجه إلى القول بأن للمسؤول الحق في أن يعرض التعويض العيني ولا يسوغ للدائن عندئذ أن يرفضه ويطلب بدلاً من ذلك مبلغاً من النقود[84] .

والحقيقة فإنه على الرغم من أن صياغة نص المادة (2/171مدني مصري و2/172 مدني سوري) تفيد بترجيح الرأي الذي لا يمنح للمسؤول الحق في عرض التعويض غير النقدي والذي يعطي الحق للدائن في رفضه، فإن ذلك إذا نزلنا عند ظاهر صياغة هذا النص، وأما إذا غلبنا روح النصوص– والتي ينبغي أن تنطبق على المسائل التي تتناولها بلفظها أو بفحواها –(م 1 مدني سوري و م1 مدني مصري) فإنه ينبغي ترجيح الرأي الثاني الذي لا يتيح للمتضرر أن يرفض التعويض العيني الذي يعرضه المسؤول متى رآه القاضي كافياً لجبر الضرر وإصلاحه، لأن رفض الدائن لمثل هذا التعويض العيني يعد تعسفاً في

---

[83] –عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني العراقي – في أحكام الالتزام – ط3– بغداد – 1977 – 517/2.

[84] – محمد كامل مرسي – شرح القانون المدني الجديد – القاهرة – 1955– 902/2. وعوض أحمد ادريس – الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن – دار مكتبة الهلال – بيروت – ط1– 1986 – ص505. وعاطف النقيب – النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي – الخطأ والضرر – ط3– منشورات عويدات – بيروت – 1984– ص486 – وأصول الشرائع لبنتام – ترجمة أحمد فتحي زغلول – طبعة 1309 هـ – ص202.

استعمال الحق يتيح للقاضي أن يعوض المدين بالاستناد إليه، وخير تعويض هو إجبار الدائن على قبول التعويض العيني الذي يراه القاضي ملائماً لإصلاح الضرر[85].

خلاصة القول: إن للقاضي سلطة تقديرية في تحديد شكل التعويض في صورة عينية أو نقدية متى عرض المسؤول التعويض العيني الذي يراه القاضي كافياً لجبر الضرر ولو رفضه الدائن، وله السلطة التقديرية ذاتها إن طلب الدائن التعويض العيني ولو رفض المسؤول القيام بموجبات التعويض العيني. ويمكن التغلب على الصعوبات العملية المتمثلة في استحالة إجبار المدين على القيام بموجبات التعويض العيني بإجازة الدائن القيام بها على نفقة المدين، فإن كانت تستلزم تدخلاً شخصياً من المدين فلا مناص من لجوء القاضي إلى الغرامة التهديدية وزيادة التعويض النقدي إن تعنت المدين ورفض القيام بها.

في حين لا يملك القاضي سلطة تقديرية في تحديد شكل التعويض إن طلب الدائن التعويض النقدي ولم يعرض المدين تعويضاً عينياً، فيجب على القاضي أن يحكم بالتعويض النقدي، وكذلك إن طلب الدائن التعويض العيني أو عرضه المسؤول ولم يعارض فيه الطرف الآخر فينبغي على القاضي أن يحكم بالتعويض العيني المطلوب أو المعروض عندئذ[86].

ج- اتفاق الأطراف:

لا شك – كما مر- في أن عرض المسؤول التعويض العيني أو طلب الدائن له وعدم معارضة الآخر، يسلب القاضي سلطته التقديرية في تحديد شكل التعويض، ويتعين عليه الحكم بالتعويض العيني المطلوب أو المعروض والذي لم يعارض فيه الطرف الآخر. هذا

---

[85] – قرب ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري 308/2 حيث جاء فيها " في حالة عرض التعويض العيني من المسؤول يبقى القاضي حراً ضمن هذا العرض ".

[86] – " يملك القاضي سلطة اختيار طريقة التعويض التي يراها أكفل من غيرها بجبر الضرر ويسترشد في ذلك بطلبات المصاب وظروف الأحوال ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض " مدني مصري في 1955/4/14 مجموعة أحكام النقض 6- 1187- 187 – مشار إليه في مرقس – الوافي في شرح القانون المدني- أحكام الالتزام – ص529.

بالنسبة لاتفاق الأطراف بعد وقوع الضرر، ولكن ما حكم الاتفاق المسبق بين الدائن والمدين على شكل التعويض العيني؟ من المعلوم أن الشرط الجزائي هو تعويض نقدي اتفاقي وهو صحيح في المسؤولية العقدية يجعل وقوع الضرر وصلته السببية بالخطأ مفترضاً فرضاً قابلاً لإثبات العكس، بحيث يعفي الدائن من إثبات الضرر وصلة السببية بمجرد أن يثبت إخلال المدين بالتزامه، إلى أن يثبت المدين عدم تضرر الدائن من إخلاله بالالتزام. فإذا كان الشرط الجزائي أقل من قيمة الضرر الحقيقية كان بمنزلة اتفاق على تخفيف المسؤولية التعاقدية وهو صحيح إلا في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم حيث يكون باطلاً، ويعد باطلاً عندئذ في الحالات جميعها في إطار المسؤولية التقصيرية. فإن كان الشرط الجزائي أكبر من قيمة الضرر فهو بمنزلة تشديد للمسؤولية وهو صحيح في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية؛ ولكن يتمتع القاضي عندئذ بسلطة تقديرية في إعادة النظر في مقدار الشرط الجزائي إن كان مرهقاً للمدين ومقدراً بصورة مبالغ فيها إلى حد كبير بحيث يعامل معاملة الغرامة التهديدية[87]، فالشرط الجزائي لا يزيل سلطة القاضي التقديرية.

ولا نرى أن الاتفاق المسبق على التعويض العيني إلا خاضعاً للأحكام القانونية ذاتها التي يخضع لها الشرط الجزائي. فهو ملزم للطرفين بعد وقوع الضرر بخطأ المسؤول ما دام غير مرهق للمسؤول، وملائماً بالنسبة للمضرور يجبر ضرره ولا يقل عن مقدار الضرر في حالة المسؤولية التقصيرية أو في حالة المسؤولية العقدية مع جسامة خطأ المسؤول أو غشه.

فالاتفاق المسبق على التعويض العيني يقتصد ويوفر الوقت والجهد والنفقات كنفقات الخبرة والمعاينة[88].

من خلال ما تقدم فإنه قد تبينت أهمية تحديد ما يطلبه الدائن أو يعرضه المدين، وهل هو تنفيذ عيني للالتزام أم تعويض عيني عن الإخلال به. فللدائن الحق في استيفاء حقه عيناً

[87] – راجع المواد من 224 – 226 مدني سوري و223 – 225 مدني مصري.

[88] – الذنون – السابق – ص262.

وللمدين الحق أن يعرضه مادام ممكناً ومجدياً، وإن عدول القاضي عنه إلى التنفيذ بمقابل يعرض حكمه للنقض. في حين أن للقاضي أن يحكم بالتعويض النقدي ولو كان الدائن قد طلب التعويض العيني إن عارض فيه المدين، ولو كان التعويض العيني غير مرهق لهذا الأخير.

وبصفة خاصة فإنها تتجلى أهمية تحديد ما يطلبه الدائن- أتنفيذ عيني هو أم تعويض عيني- عند القائلين بأنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض العيني ولو عرضه المدين ما دام الدائن لم يطلبه بل طلب التعويض النقدي[89].

3- في النظام الأنجلو أمريكي:

يترتب على الإخلال المدني، أي المسؤولية التقصيرية TORT في النظام الأنجلو أمريكي إن نتج عن الخطأ- والذي هو عبارة عن تجاوز أو سلوك غير مقبول اجتماعياً UNRESONABLE ضرر خاص PRIVATE HARM ، حق المضرور في طلب التعويض النقدي من خلال الدعوى المدنية: MONEY DAMAGES IN ACIVIL ACTION وله الخيار أيضاً في أن يطلب استصدار أمر إنصاف قضائي EQUITABLE RELIEFضد المدعى عليه للكف عن القيام بالعمل الضار، أو بالقيام بعمل معين أو بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه[90].

---

[89] - غانم - السابق- ص111.

[90] وتنقسم أوامر المنع القضائية إلى أوامر نهائية FINAL INGUNCTION تصدرها المحكمة بعد أن تفصل في النزاع وأوامر عارضة

INTERLOCUTORY INJUNCTION

تصدرها المحكمة قبل الفصل في النزاع راجع في النظام الأنجلو أمريكي:

- THEODORE SCHUSSLER , TORTS , 1974 , NEWYORK , P.Z .
- COLMAN JULES , MORAL THEORY OF TORTS , 1982 .

مشار إليها في مصطفى عبد الحميد عدوي - الإخلال المدني - المسؤولية التقصيرية في القانون الأمريكي - 1994- ص23.

الخاتمة

أولاً – النتائج:

خلصنا من الدراسة في هذا البحث إلى النتائج الآتية:

1- التنفيذ العيني للالتزام يكون بحصول الدائن على عين حقه أياً كانت وسيلة وصول الدائن إلى هذا الحق. وسواء أكانت في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين أم بالحصول على حكم قضائي أو بإزالة ما تم بالمخالفة للالتزام بالامتناع عن عمل، ولا يملك القاضي سلطة تقديرية بالعدول عن الحكم به على الرغم من طلب الدائن والاكتفاء بالتعويض النقدي؛ إلا إذا كان مرهقاً للمدين ولا يصيب الدائن من العدول عن الحكم به ضرر جسيم.

2- التعويض العيني بالمعنى الواسع هو جبر الضرر الحاصل بسبب الإخلال بغير النقود، كالأمر بنشر الحكم ببراءة المقذوف؛ ويملك القاضي سلطة تقديرية في العدول عن الحكم به والحكم بتعويض نقدي ولو لم يكن مرهقاً للمدين شريطة أن يسبب حكمه تسبيباً صحيحاً.

3- إن إزالة المخالفة وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه بالرد في معرض الاعتداء على الحقوق العينية وإزالة التجاوز على العقارات، لا يعد تعويضاً عينياً يخضع لسلطة القاضي في الحكم بناء على طلب صاحبه أو العدول عنه إلى التعويض النقدي؛ بل هو إجراء قانوني يتوجب على القاضي الحكم به لاحترام الحقوق وتنظيم استعمالها. فلا يوصف الواجب برد العين، أو إزالة المخالفة بأنها تنفيذ عيني، لأن هذا المصطلح خاص بالالتزامات الناشئة عن مصادر الالتزامات أي بالمعنى الاصطلاحي لعبارة الالتزام؛ أما واجب رد الغاصب للعين أو إزالة المخالفة وإعادة الحال بدعوى أصل الحق أو بدعوى الحيازة فهو مقتضى مضمون الحق العيني أو المركز القانوني العيني،

وما يخوله لصاحبه من تتبع الشيء، وما يخوله من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف أو بعض هذه السلطات ومنع الآخرين من معارضتهم للمالك في ممارستها.

ثانياً–المقترحات:

1–تعديل نص المادة (172مدني سوري و171مدني مصري) على النحو الآتي:

" 1–يقدر التعويض بالنقد ويعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً يتغير وفق معيار موضوعي يراعي تغير قيمة النقود، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.

2–يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أو عرض المسؤول أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض.".

2–تنظيم أحكام التجاوز على العقار في القانون السوري بنص على غرار نص المادة 928 مدني مصري.

3–تنظيم أحكام التملك بالالتصاق بسوء نية في القانون المدني السوري بتعديل المادة 890 وفق المادة 924 مدني مصري.

المراجع

1- ابراهيم الدسوقي أبو الليل – التقدير القضائي للتعويض بحث منشور في مجلة المحامي الكويتية –سنة (8) – اعداد ابريل ومايو ويونيو – 1985.

2- أحمد فتحي زغلول- أصول الشرائع لبنتام- ترجمة — طبعة 1309 هـ.

3- اسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام والإثبات – مكتبة عبد الله وهبة عابدين مصر – 1967- الجزء الثاني.

4- حسن عكوش – المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد – ط (2) دار الفكر العربي – القاهرة – 1970 .

5- سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني – 2- في الالتزامات- المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية – القسم الأول في الأحكام العامة – ط5- 1989.

6- سعاد الشرقاوي – قضاء الالغاء والتعويض – دار النهضة العربية – القاهرة.

7- طلبة وهبة خطاب – أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون – ط1- دار الفكر العربي – 1983.

8- عاطف النقيب – النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي – الخطأ والضرر ط3- منشورات عويدات – بيروت – 1984.

9- عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – دار النهضة العربية – القاهرة- 1967 – ج2.

10-عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني العراقي – أحكام الالتزام – ط3- بغداد – 1977.

11-عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية – عالم الكتب – القاهرة – 1979- الكتاب الأول- الجزء الأول.
12-عبد المنعم البدراوي – شرح القانون المدني المصري في الحقوق العينية الأصلية – القاهرة –ط2 – 1960.
13-عبد الودود يحيى – أحكام الالتزام – دار النهضة العربية – القاهرة.
14-علي الخفيف- الضمان في الفقه الإسلامي- المطبعة الفنية الحديثة – 1971.
15-عوض أحمد ادريس – الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن – دار مكتبة الهلال – بيروت – ط1- 1986.
16-ماجور – قانون العقد – الطبعة السادسة- 1983.
17-محمد كامل مرسي – شرح القانون المدني الجديد – القاهرة – 1955- 2/.
18-محمد محمد بدران – القانون الإنجليزي – دراسة في تطوره التاريخي ومصادره القانونية وانعكاساتها على التفرقة بين القانونين العام والخاص – دار النهضة العربية – القاهرة – 1989.
19-محمد وحيد الدين سوار- النظرية العامة للالتزام – المصادر غير الإرادية – ط(2).
20-محمود جمال الدين زكي – مشكلات المسؤولية المدنية – مطبعة جامعة القاهرة – 1978.
21-مصطفى عبد الحميد عدوي – الاخلال المدني – المسؤولية التقصيرية في القانون الأمريكي – 1994.
22-نصير صبار لفتة – التعويض العيني – رسالة ماجستير من حقوق جامعة النهرين – 2001 م.
23-وهبة الزحيلي – نظرية الضمان – دار الفكر المعاصر – بيروت – لبنان – ط(7).