



بسم الله وبعد: تم الرفع بحمد الله من طرف بن عيسى
ق متخرج من جامعة المدية سنة 2007

للتواصل وطلب المذكرات :

بريد الإلكتروني: benaissa.inf@gmail.com

MSN : benaissa.inf@hotmail.com

Skype :benaissa20082

هاتف : 0771087969

دعاة صالحة بظاهر الغيب....

التعويض العيني

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها

نصير صبار لفته

إلى

مجلس كلية الحقوق / جامعة النهرين (جامعة صدام - سابقًا)

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون

الخاص

بإشراف

الأستاذ المساعد الدكتور

صبري حمد خاطر

آذار ٢٠٠١ م ١٤٢٢ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على رسول الله محمد (ص) وآلـهـ الطـيـبـيـنـ الطـاهـرـيـنـ

م / ملخص الدراسة

- اذا كان التعويض العيني مألفاً من جهة وروده في لغة الفقه فهذا لا يعني ان له معنى دقيقاً يعرف به. ذلك ان للتعويض العيني _ كما يبدو _ اوجهها شتى وتحليل ما ورد بصدره عند الفقه يدل على وجود اختلاف حول مدلوله.
 - ولصعوبته الموضوعية والمنهجية وجد الرافضون في دراسة التعويض العيني سبباً مضافاً، ودعماً لحاجتهم القائلة ان الوسيلة الوحيدة لتعويض المتضرر هي الحكم له بمبلغ نقدى، وان محو الضرر ضرب من الخيال والرافاهية الفكرية غير المجدية.
 - وتجد مثل هذه الحجج وغيرها قبولاً هنا وهناك. ومما يساعد على ذلك موقف البعض من الزمان على اساس ان الماضي لا ينمحى.
 - ولعل حالة التردد في مواقف الفقه والقضاء فيما بينهما التي اعتبره بعضها تتفيداً عينياً والبعض الآخر تعويض بمقابل، تلك المواقف المشتبه لم تَفْ في عضدنا ولم تشرع فينا حالة التردد.
 - لقد الحت على ذهنا اسئلة كثيرة حول طبيعة هذا التعويض ؟ وطبيعة الاثر المترتب على الاخلاص بالالتزام أ تتفيداً عيني هو ام تعويض عيني ؟ و اذا كانت طريقة التعويض العيني هي الطريقة المثلث لجبر الضرر، فهل يعني ذلك بأن نطاق تطبيقها في نطاق المسؤوليتين العقدية والتقصيرية على حد سواء ؟ ام ان تطبيقها قاصراً على احدهما من دون الاخر ؟
 - وفي ضوء تضارب الاراء حول امكانية التعويض العيني تبرز اشكالية "سلطة القضاء التقديرية ازاء التعويض العيني". ان هذه الاشكالية هي الاشكالية الاكاديمية التي تحاول رسالتنا، عبر توظيف المنهج العملي، الى محاولة استشفاف صورتها الاكثر احتمالاً. لهدف وضع نظرية عامة للتعويض العيني.

- اعتمدت خطة البحث اسلوب الدراسة المقارنة والمناقشة التحليلية للتعويض العيني بكل جوانبه التي استطعنا الاحاطة بها. وانحصرت المقارنة ما بين القانون المدني الفرنسي والقانون المدني العراقي والتقنيات العربية الاخرى. ولم نغفل عن بيان موقف الفقه الاسلامي، ايماناً منا بعمق هذا الفقه وشموليته، لكون الشريعة الاسلامية هي المنبع الذي نشأ منه هذا التعويض.
- هذه السياحة الصعبة الممتعة والتي اضحت بمشيئة الله تعالى سهلة بعد ان كانت ممتعة عشناها بين الوصول الى وضوح الفكرة وسلامة التعبير وبين السعي لتجنب الحشو والتكرار، الى جانب التركيز على الموضوعية والعلمية فجاءت الرسالة بما فيها التي تتسرب الى ذهن القارئ بيسراً وهدوء معتمدين الايجاز والتکثيف حيناً والابتعاد عن الاطناب الممل حيناً اخر.
- فأشتملت الرسالة بالإضافة الى مقدمتها على بابين وخاتمة:-
- فأما عن الباب الاول فيبحث الجانب النظري للدراسة وذلك ببيان مفهوم التعويض العيني. قسمنا هذا الباب على فصلين، خصص اولها: لتأصيل فكرة التعويض العيني. اما الفصل الثاني فقد خصص لنطاق التعويض العيني.
- اما الباب الثاني فيبحث الجانب العملي للدراسة، اذ يتناول موضوع وضع التعويض العيني موضع التطبيق. وقد قسمنا هذا الباب على فصلين. مستهلين البحث في هذا الجانب للنظر في مدى سلطة القاضي التقديرية ازاء التعويض العيني في الفصل الاول، ومستثنين من بعد لعرض مختلف انواع التعويض العيني في الفصل الثاني.
- اما الخاتمة فقد بينا في النتائج ان التعويض العيني هو التعويض غير النقي الذي يحكم به لمحاجمة مصدر الضرر او مادته مباشرةً، بمعنى ازالة مصدر الضرر وذلك بأزالة المخالفة عيناً او منع استمرار الضرر في المستقبل.
- كما نقترح تبني موقفاً تشعرياً يتسم بالوضوح والشمول لطرق التعويض وشروطه وتقديره كافة، وذلك بفصل خاص مع مراعاة احكام المسؤولتين العقدية والتقصيرية.
- كما نقترح تعديل الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني

العرافي على النحو الاتي (عند القضاء بتعويضضرر تلزم المحكمة المسؤولة عن الضرر، تبعاً لظروف القضية، بتعويض المتضرر عيناً، وذلك بأصلاح الشيء الذي أصابه التلف او ازالة الاضرار المتنسبية بالكامل. او ان تحكم بأداء امر معين، او رد المثل في المثليات. وادا لم يكن ذلك ممكناً او لم يكن كافياً لتغطية الضرر فيكون التعويض عندئذ بالفقد).

- كما نقترح تعديل المادة (٢٥٢) من القانون المدني على النحو الاتي (اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام، جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ترخيصاً في ان يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين مع التعويض اذا كان له محل). ونقترح نقل هذه المادة الى مواد المسؤولية العقدية وذلك تجنباً للغموض الذي قد يقع فيه بعض الشرح مما يؤدي الى خلط التعويض العيني بالتنفيذ العيني.
- كما نقترح تعديل الفقرة الثانية من المادة (٧٦٤) من القانون المدني العرجي على النحو الاتي (ان المستأجر الذي يستعمل المأجور على خلاف المعاد يلزم بإعادة العين المؤجرة الى الحالة التي عليها وبالتعويض اذا كان له مقتضى).
- ويتحمل الباحث عثرات عمله بصدر رحب وتواضعاً جم ولا يدعى الاحاطة في العلم قياساً لأسانته الاجلاء، وخير ما نستجير به قوله تعالى (ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا او اخطأنا).
- وفي الختام اتقدم بخالص الشكر والتقدير الى استاذي المشرف لما احاطني به من اخلاق كريمة ورعاية اخوية صادقة وما ابداه من توجيه ونصح.
- كما اتقدم بالامتنان والتقدير الى السيد رئيس لجنة المناقشة والسيدین اعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة رسالتي وما بذلوه من جهد وعناء في قراءة وتقديم هذه الرسالة.

ABSTRACT

The subject of this thesis is **the natural reparation**; this subject has been chosen due to the ambiguity of its concept despite its importance in the legal life.

The aim of this thesis comes as an attempt to put out a general theory to **the natural reparation**, through defining it, determining the scope which takes place with in and declaring the types, then to distinguish it from other similar legal order. Especially there are some who consider it the same as the natural execution.

The importance of **the natural reparation** don't include the juristic dialectic only, but the legislator in many legality systems made it ,in formulation the general framework of reparation judgments , ambiguity of its concept .There fore this kind of reparation stayed prisoner the public formulation and lit the judgment in it for judge according to his discretionary power with out subtle and detailed specification of different elements that the judge must look after them in this field .And the place of this reparation , in obligation judgment ,is not in its place the art (252) of Iraqi civil law is found in the specialist chapter for the nature execution in the second part specialized for obligation effects .

However, this thesis is divided into an introduction, two parts and Conclusion.

The introduction has concentrated on the importance of the subject.

The first part is devoted to the concept of the natural reparation, which has been subdivided into two chapters:

1-Rooting the concept of the natural reparation.

2-The scope of the natural reparation.

The second part is devoted to the practical applications of “the natural reparation “which has been subdivided into two chapters:

1-Power the discretionary judge.

2-The types of the natural reparation.

المحتويات

المقدمة

الباب الأول:- مفهوم التعويض العيني

الفصل الأول:- تأصيل التعويض العيني

المبحث الأول:- التأصيل الفقهي للتعويض العيني

المطلب الأول:- الاتجاه الرافض لفكرة التعويض العيني

أولاً:- الاتجاه الرافض للمصطلح

ثانياً:- الاتجاه الرافض للمضمون

١- عرض الاتجاه الرافض للمضمون

٢- تقوم هذا الاتجاه

المطلب الثاني:- الاتجاه القابل للتعويض العيني

أولاً:- حجج أنصار الاتجاه القابل للتعويض العيني في ظل القانون المدني

ثانياً:- قبول فكرة التعويض العيني في ظل القانون الإداري

المبحث الثاني:- التأصيل التاريخي

المطلب الأول:- التعويض العيني في الشرائع القديمة

الفرع الأول:- التعويض العيني في الشرائع الوضعية القديمة

أولاً:- القوانين العراقية القديمة

ثانياً:- التعويض العيني في القانون الروماني

الفرع الثاني:- التعويض العيني في الشريعة الإسلامية

أولاً:- التعويض العيني في حالة الغصب والإتلاف

ثانياً:- التعويض العيني في حالة التعسف في استعمال الحق

المطلب الثاني:- التعويض العيني في التشريعات الحديثة

الفرع الأول:- التشريعات الغربية الحديثة

الفرع الثاني:- التعويض العيني في التشريعات العربية الحديثة

أولاً:- المبادئ العامة في التعويض العيني

ثانياً:- التعويض العيني في التشريعات الخاصة

أ- التعويض العيني في قانون الإستملاك النافذ

ب- قرارات مجلس قيادة الثورة الخاصة بالتعويض العيني

الفصل الثاني:- نطاق التعويض العيني

المبحث الأول:- نطاق التعويض العيني بالنسبة للأوضاع القانونية المشابهة

المطلب الأول:- نطاق التعويض العيني بالنسبة لتنفيذ العيني

الفرع الأول:- الخلط بين التعويض العيني وتنفيذ العيني

الفرع الثاني:- استقلال التعويض العيني عن التنفيذ العيني

المطلب الثاني: - نطاق التعويض العيني بالنسبة للتعويض بمقابل

الفرع الأول: - نطاق التعويض العيني بالنسبة للتعويض غير النقي

الفرع الثاني: - نطاق التعويض العيني بالنسبة للتعويض النقي

المبحث الثاني: - نطاق التعويض العيني بوصفه أثراً للمسؤولية

المطلب الأول: - التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية

الفرع الأول: - التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية في القانون الفرنسي

الفرع الثاني: - التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية في القانون العراقي

المطلب الثاني: - التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية

الفرع الأول: - التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي

الفرع الثاني: - التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية في القانون العراقي

الباب الثاني: - وضع التعويض العيني موضع التطبيق

الفصل الأول: - سلطة القضاء التقديرية إزاء التعويض العيني

المبحث الأول: - سلطة القضاء

أولاً: - التعريف بالسلطة التقديرية للقاضي المدني

ثانياً: - مراحل أعمال السلطة التقديرية للقاضي

ثالثاً: - تحديد هذه السلطة في نطاق التعويض العيني

المبحث الثاني: - عدم وجود حق في التعويض العيني

المطلب الأول: - حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض

أولاً: - في القانون الفرنسي

ثانياً: - في القانون العراقي

المطلب الثاني: - القيود الواردة على حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض

أولاً: - طلب التعويض العيني من المتضرر

ثانياً:- عرض التعويض العيني من المسؤول

ثالثاً:- اتفاق الأطراف

الفصل الثاني:- أنواع التعويض العيني

المبحث الأول:- التعويض العيني المادي

المطلب الأول:- الإصلاح المادي "التعويض العيني بموجب أحكام المسؤولية".

المطلب الثاني:- التعويض العيني والضرر الجسدي

المطلب الثالث:- التعويض العيني وجزاء الحق العيني

أولاً:- في حماية حق الملكية

ثانياً:- في حماية الحيازة

ثالثاً:- في حماية حقوق الارتفاق

رابعاً:- حالة نزع الملكية

المطلب الرابع:- مضائقات الجوار

أولاً:- تحديد نوع الضرر

ثانياً:- أساس مسؤولية المالك

ثالثاً:- حكم الضرر الفاحش أو غير المألوف

١- منع استمرار الضرر

٢- إزالة مصدر الضرر

رابعاً:- الضوابط التي يسترثد بها القاضي في اختيار طريقة تعويض الأضرار

الناشئة عن مضائقات الجوار

١- العرف

٢- طبيعة العقارات والغرض الذي خصصت له

٣- موقع العقار بالنسبة للعقار المجاور

٤- أثر الرخصة الإدارية

٥- الأسبقية في التملك أو الاستغلال

٦- التهديد بحصول الضرر من جراء الأعمال المحدثة التي ينوي المالك القيام بها .

المبحث الثاني:- التعويض العيني القانوني

المطلب الأول:- التعويض العيني ونشوء الالتزام الأرادي

أولاً:- التعويض العيني والبطلان

ثانياً:- التعويض العيني وتصحيح العقد الباطل

١- التعويض العيني والإبقاء على العقد

٢- التعويض العيني بإبرام العقد على الرغم من غياب أرادة أحد المتعاقدين

أ- صيانة العرض والمفاؤضات العقدية

ب- الإيجاب القائم الملزم

ج- السكوت في معرض الحاجة بيان

د- التعاقد بين غائبين

المطلب الثاني:- التعويض العيني وحجية التصرف القانوني بالنسبة للغير

المبحث الثالث:- التعويض العيني المعنوي أو (أصلاح الضرر الأدبي عيناً)

الخاتمة

المراجع

إقرار المشرف

أشهد بأن أعداد هذه الرسالة الموسومة بـ(التعويض العيني - دراسة مقارنة) جرى تحت إشرافي في كلية صدام للحقوق - جامعة صدام، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

التوقيع /
الأستاذ المساعد الدكتور
صبري حمد خاطر
السبت ١٧ / ٣ / ٢٠٠١ م

إقرار المقوم الفكري
راجعت رسالة طالب الماجستير المنسوب إلى كلية السيد نصیر صبار لفته - رسالته المعروفة بـ(التعويض العيني - دراسة مقارنة) - من الناحية الفكرية فأصبحت صالحة للمناقشة بقدر تعلق الأمر بالسلامة الفكرية.

التوقيع
الدكتور
عادل ناصر حسين
الاثنين ١٩ / ٣ / ٢٠٠١ م.

إقرار المقوم اللغوي

راجعت رسالة طالب الماجستير المنسوب إلى جامعتكم الموقرة السيد نصیر صبار لفته- لرسالته المعروفة بـ (التعويض العيني - دراسة مقارنة)- من الناحية اللغوية والنحوية والصرفية فأصبحت خالية من الأخطاء وتنسق بالأسلوب اللغوي الفصيح. ولأجله وقعت.

التوقيع /

الأستاذ المساعد

الدكتور سعد محمد جبر

كلية الآداب - الجامعة المستنصرية

معهد تعليم اللغة العربية لغير الناطقين بها

السبت ٣١ / ٣ / ٢٠٠١ م

بناءً على التوصيات المتوافرة أرشح هذه الرسالة للمناقشة.

التوقيع /

الأستاذ المساعد

زهير البشير

رئيس قسم القانون الخاص

الاثنين ٢٠٠١/٥/٢١

قرار لجنة المناقشة

نشهد بأننا أعضاء لجنة المناقشة ، قد أطلعنا على الرسالة الموسومة بـ (التعويض العيني / دراسة مقارنة)، وقد ناقشنا الطالب (نصير صبار لفته) في محتوياتها ، وفيما له علاقة بها، ونرى أنها جديرة للقبول بتقدير (جيد جداً) لنيل درجة الماجستير في اختصاص (القانون الخاص) ، في يوم الخميس المصادف ٢٠٠١/٧/١٩.

التوقيع:

الاسم: أ. م . زهير سعيد طه البشير

رئيس قسم القانون الخاص

التوقيع:

الاسم: أ. د. عصمت عبد المجيد بكر

مستشار في مجلس شورى الدولة

التوقيع:

الاسم: أ. م . د . إبراهيم طه الفياض

مقرر الدراسات العليا

التوقيع:

الاسم: أ.م. صبرى حمد خاطر

عضو و مشرف

رئيس لجنه المناقشة

صدق من مجلس كلية صدام للحقوق - جامعة صدام - .

الأسناد الدكتور باسم محمد صالح

عميد كلية صدام للحقوق

التاريخ: ٢٠٠١ / ٧ / ٣٠

المقدمة

تتمتع المسؤولية المدنية بأهمية خاصة تجعل لها مكاناً متميزاً مرموقاً في عالم القانون نظراً لما تتميز به من تطور وتقديم في أحكامها يتافق وتطور المجتمع وتقديمه، ويتماشى مع ما يسوده من أفكار وأنشطة . لذلك تكثر الكتابات والأبحاث وتتعدد في هذا المجال الرحيب الفسيح^(١).

والملاحظ: أن موضوعات المسؤولية المدنية متعددة ومتعددة، ومهما حظت بالبحث والاهتمام تبقى حاجة لتلمس ما يطرأ عليها من تطور؛ أيًّا كان النطاق الذي يظهر فيه سواء : تعلق بأسباب قيامها أم بأركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية أو بأثرها ، عليه يظل موضوع التعويض بحاجة للدراسة لما له من أهمية عملية فهو الهدف النهائي من بحث المسؤولية ودراستها ، وهو ما يبغي المتضرر الوصول إليه في دعوى المسؤولية ، ويسعى المسؤول إلى استبعاده. لذلك فإن المسائل التي يثيرها موضوع التعويض تبعد عن مشكلات المسؤولية ذاتها ، من حيث أساسها وفلسفتها . إذ يأتي التعويض في مرحلة لاحقة لقيام المسؤولية والانتهاء من تقريرها. والتعويض يثير

(١) يقول الدكتور محمود جمال الدين زكي في ذلك : لعل المسؤولية المدنية ، في الوقت الحاضر ، هي مهد مشكلات القانون المدني ، ... ، ولازال الخلاف يستعر أواهه في أمehات مسائل المسؤولية المدنية، وظللت تبعاً لهذا ، مجالاً واسعاً للاجتهاد ، بغية حسم النزاع فيها بالوصول إلى حلول مرضية ، ... الخ. مشكلات المسؤولية المدنية، ج ١، في ازدجاج ، أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ف ١، ص ١.

بدوره- العديد من المسائل والمواضيعات العامة، تأتي في مقدمتها طرق التعويض ، وخاصة التعويض العيني : موضوع دراستنا الحالية، وعلى الرغم من ذلك فقد لمسنا ان مشكلة هذا التعويض ما زالت قائمة من دون أن يقال فيها القول الفصل.

ولا تقتصر أهمية التعويض العيني على الجدل الفقهي، بل أن المشرع في غالبية الأنظمة القانونية جعله في صياغة الإطار العام لأحكام التعويض محل غموض. فظل هذا الطراز من التعويض حبيس الصياغة العامة، وترك الحكم فيه لقاضي وفقاً لسلطته التقديرية. من دون تحديد تفصيلي ودقيق للعناصر المختلفة التي يتعين على القاضي مراعاتها في هذا المجال^(١). كما أن مكان هذا التعويض في أحكام الالتزام في غير موضعه: إذ نجد المادة (٢٥٢) من القانون المدني العراقي ضمن الفصل الخاص بالتنفيذ الجيري من الباب الثاني المخصص لأثار الالتزام^(٢).

وأخيراً ، وهذا هو الجانب الأكثر حيوية والأكثر انسجاماً في دراستنا ، ينبغي علينا إبراز الاعتبارات التي تملأ القبول أو الرفض من الفقه والقضاء للتعويض العيني، ولماذا يكون التعويض العيني معلناً في حالات معينة وغير معلن في حالات أخرى ؟ وما هو التفسير القضائي أو الاجتماعي للحكم بالتعويض العيني أو التعويض النقيدي ؟ وما هي أهداف هذا الحكم ؟

وللأقرب من النقاط التي تثيرها الدراسة ومحاولة النظر في إشكالياتها ، ألينا أن نتخذ منهاجاً موازناً ، منهاجاً نتعرف فيه على الحلول المقارنة من دون إغفال الجوانب العملية. فحاولنا -قدر المستطاع- تفصي العمل القضائي في أكثر من موقع، فالدراسة

(١) انظر المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي. والمواد المقابلة لها: (م ١٧١ مدني مصري) و (م ١٧٢ مدني سوري) و (م ١٣٦ موجبات لبني) و (م ١٧٤ مدني ليبي) و (م ١٦٤ مدني سوداني) و (م ١٣٢ مدني جزائري).

(٢) يقول الأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم في ذلك : يلاحظ على نص المادة (٢٥٢) انه يتعلق بالمسؤولية العقدية وعندئذ فمكانها هناك . الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ٢ في أحكام الالتزام، ط، ٣، ١٩٧٧م، ص ١٤ هامش رقم ٨.

الحالية مثل غيرها من الدراسات التي تمس المسؤولية المدنية غنية بالمفولات والتساؤلات ، وتدعو بأستمرار إلى المراجعة والتقويم.

إن هذا المنحى الموازن لموضوع الدراسة جعلنا نبدأ البحث بالباب الأول نضمنه مفهوم التعويض العيني وقد قسم هذا الباب على فصلين ، خصص أولها لتأصيل فكرة التعويض العيني لدى الفقه والتشريعات القانونية والتاريخية وذلك في مبحثين : تناولنا في المبحث الأول التأصيل الفقهي للتعويض العيني وفي المبحث الثاني موقف التشريعات المختلفة من التعويض العيني . أما الفصل الثاني فقد خصص ل نطاق التعويض العيني وقد قسمناه على مبحثين : تناولنا في المبحث الأول نطاق التعويض العيني بالنسبة للأوضاع القانونية المشابهة ، وفي المبحث الثاني نطاق التعويض العيني بوصفه أثراً للمسؤولية.

تعقب ذلك دراسة الموضوع من جانبه التطبيقي في الباب الثاني من هذه الرسالة، والذي يتناول موضوع وضع التعويض العيني موضع التطبيق: مستهلين البحث في هذا الجانب بالنظر في مدى سلطة القاضي التقديرية إزاء التعويض العيني في الفصل الأول، وقد قسم هذا الفصل على مبحثين: المبحث الأول يتناول سلطة القضاء، في حين يتناول المبحث الثاني عدم وجود حق في التعويض العيني. ومستثنين من بعد لعرض مختلف أنواع هذا التعويض في الفصل الثاني، وعبر ثلاثة مباحث يتناول المبحث الأول التعويض العيني المادي، ويتناول المبحث الثاني التعويض العيني القانوني، في حين يتناول المبحث الثالث التعويض العيني الأدبي.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن الأسلوب المشتمل على عرض الحلول الثابتة لا يوافق موضوعنا، كما أن غموض فكرة التعويض العيني والمجادلات حول نظامه القضائي يجعلنا دراستنا التطبيقية، في الباب الثاني مستحيلة من دون مساعدة القواعد المبينة في الباب الأول. بعبارة أخرى إننا ننسلح بالمبادئ المكتسبة في الباب الأول، عند التفكير في حالات صريحة للتعويض العيني.

وبعد ..

نرى انه مهما بذلنا من جهد في عرض الموضوع وفي المقارنة بين النتائج وتبني ما نراه صواباً، فإنه يبقى بحثاً جهاداً إنسانياً يحتمل الخطأ والنسيان وهذا من طبيعة البشر والكمال لله وحده. ولكن نأمل أن تشفع لنا صعوبة البحث. وخير ما نستجير به قوله تعالى : ((ربنا لا تؤاخذنا أن نسيينا أو أخطأنا)).

الباب الأول

مفهوم التعويض العيني

يُعرفُ التعويض العيني "La Reparation en Nature" بأنه، الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر. والتعويض العيني بهذا المعنى يُعدُّ أفضل من التعويض النقدي ذلك أنه يؤدي إلى محو الضرر وإزالته بدلاً من بقاء الضرر على حاله واعطاء المتضرر مبلغاً من المال عوضاً عنه كما هو الحال في التعويض النقدي^(١). بعبارة أخرى انه يحقق للمتضرر

(١) يقول الاستاذ السنهوري في ذلك ((الابقى من الاخلاص او العمل غير المشروع سوى الذكرى)). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١ في مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٢م، ٦٤٣ ص ٩٦٦. وانظر في تبني هذا التعريف كلاً من د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني في الالتزامات، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الاول في الاحكام العامة، ط٥، مطبعة

ترضية من جنس ما أصابه من ضرر وذلك بطريقة مباشرة أي من غير الحكم له بمبلغ من النقود^(١). بهدف إزالة الضرر عيناً^(٢). أي ازالة المخالفة^(٣).

ومع ذلك فلابد من التوقف عند الفقه في معرفة هذا المفهوم وكذلك تأصيله في التشريعات المختلفة، ثم تحديد نطاق التعويض العيني بالنسبة للأوضاع القانونية المشابهة وذلك ببيان الخصائص التي تميز هذا المفهوم عن غيره من الأفكار القانونية الأخرى وكذلك تحديد نطاق التعويض العيني بوصفه أثراً للمسؤولية . لذلك فقد تم تقسيم هذا الباب على فصلين، نتناول في الفصل الأول تأصيل التعويض العيني، وفي الفصل الثاني والأخير نطاق التعويض العيني.

السلام، القاهرة، ١٩٨٨م، ف ١٨٩ ص ٥٢٧. د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي- الخطأ والضرر، ط ٣، بيروت، ١٩٨٤م، ص ٣٨٤. د. جلال علي العدوبي، اصول الالتزامات، مصادر الالتزامات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧م، ص ٤٨٧. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١ في الضرر، مطبعة التايمس، بغداد، ١٩٩١م، ف ٣٩٨-٣٩٩ ص ٢٧٨-٢٧٩. د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، ١٩٨١م، ص ١٤٩ . وانظر المعنى نفسه في الفقه الفرنسي:-

Mazeaud Henri et Leon: Traite theorique et pratique de la responsabilite civil delectuelle et contractuelle, t3, 4ed, , Paris. 1948-1950, n°2302. Savatier: Traite de la responsabilite civil en droit Fransais, t2 2ed, , Paris, 1951, n° 593. Planiol, Ripert et Esmeien: Traite pratique de droit civil Fransais, obligatisns, tv1, 2 ed, Paris 1952, 860.

(١) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الاول، مطبعة الجيلاوي، القاهرة، ١٩٧١م، ف ٦١٩ ص ٦٠٢.

(٢) د. اكرم ياملكي ود. فائق الشمام، القانون التجاري، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠م، ص ٩٢١. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، التقدير القضائي للتعويض، بحث منشور في مجلة المحامي الكويتية، السنة ٨، اعداد ابريل - مايو - يونيو، ١٩٨٥م، ص ٧٢-٧١.

(٣) الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج ٢، اثار الالتزام، دار احياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٥٦م، ف ٤٠ ص ٧٩٧.

الفصل الأول

تأصيل التعويض العيني

نتناول في هذا الفصل الموقف الفقهي في تبيان فكرة التعويض العيني في المبحث الأول ومن ثم موقف التشريعات من التعويض العيني في المبحث الثاني.

المبحث الأول

التأصيل الفقهي للتعويض العيني

يختلف الفقه في تحديد مفهوم التعويض العيني من الناحية القانونية، وبرز اتجاهان، الأول يرفض فكرة التعويض العيني والثاني يقبل بها. وهذا مانبيه في المطلعين الآتيين:

المطلب الأول

الاتجاه الرافض لفكرة التعويض العيني

إذ كان تعريف التعويض العيني يعني محو الضرر بإعادة حالة الأشياء إلى ما قبل وقوع الضرر. إلا أن هذا التعريف قوبل بانتقادات كثيرة إلى حد إنكار وجوده، وذلك من خلال اتجاهين، الأول يرفض المصطلح والثاني يرفض المضمون. وذلك كالتالي:-

إذ كان التعويض كجزاء للمسؤولية المدنية يمثل منفعة بإزالة الضرر. إلا أنه بعض الاراء اعترضت على ان ازالة الضرر تعويض عيني.

إذ لا يرى الاستاذ سافاتيه "Savatier" إن إزالة المخالفة تعويض عيني، وإنما هو اصلاح للشيء التالف لأن القاضي لا يعوض وإنما يحكم بازالة المخالفة. مثل توقف المنافسة غير المشروع او توقف الاستعمال غير القانوني لاسماء الآخرين والقابهم^(١).

ويقول "سافاتيه" بأنه، لا تترتب المسؤولية في هذه الفرضيات، إلا اذا كانت المخالفة قد سببت ضرراً، او اذا كانت المخالفة مقترنة بالغرامة المالية. وبال مقابل، ستكون قضية المسؤولية او التعويض تجديداً للشيء التالف. وان التعويض العيني سيشتمل على اصلاح شيء ما مدمّر او تالف، مثل إبطال الغش. كما أن التعويض العيني ملائم جداً لوصف التدابير التي ترمي لمنع تحقق الضرر^(٢).

ويلاحظ ان هذا التمييز يستمد امثلته - غالباً - من موضوع المنافسة غير المشروع من خلال إغتصاب الاسم التجاري، عناوين المحلات، السمات الخاصة لمصنع او العلامات التجارية والصناعية الاخرى، هذا من جهة. ومن جهة اخرى، بأنه حيث المسؤولية فإنه يوجد حتماً مخالفة.

ويرى "سافاتيه" ان القضاء الفرنسي لم يأخذ بالفكرة المصطنعة للتعويض العيني، استناداً للتمييز اعلاه، إذ لا يكون الحكم بازالة المخالفة سوى فعل المسؤولية وان القرارات في جزاء المنافسة غير المشروع تكون مزودة بإنثبات^(٣).

^(١) Savatier, OP, cit, n° 593.

^(٢) Savatier, OP, cit, n°76.

^(٣) Ibid, n° 594.

ويرى روبيه **"Roubier"** انه، اذا كان الغرض من الحكم هو إنهاء حالة التصرف غير المشروع فلansa بصدق مسؤولية. بمعنى اخر ان ذلك ليس تعويضاً عينياً^(١).

وانتقد هذان الرأيان من حيث كونهما قائمين على الافتراض، إذ يعتمد القضاء الفرنسي على المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي بنصها ((كل فعل أياً كان- يقع من الانسان ويحدث ضرراً بالغير يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه بتعويض هذا الضرر))^(٢)، عند ترتيب التدابير الخاصة بالامتناع: للتلافي الخلط بين إسمى محلين تجاريين، وترتبا المنافسة غير المشروعة المسؤولة^(٣). وبالمقابل، اذا كان استعمال اسم محل تجاري اخر لا يشكل خطراً في نشوء الخلط لمعرفة البعد بين المنافسين وغياب الفروع، بعبارة اخرى انه اذا كان المدعي عليه يمارس حقه بطريقة لاتؤذ الاخرين. فإنه تُرد دعوى المدعي لطلبه التدخل بشأن هذا الاستعمال لتنظيم ممارسة الحق او الحكم بالتدابير الخاصة لتجنب الخلط (الارتباك) او الحكم بإزالة المخالفة^(٤). كما ويُعد الحكم بتنظيم ممارسة الحق تعويضاً عينياً، وذلك بتدخل القضاء فيما يخص المنافسة غير المشروعة. ويكون نفسه في كل الحالات، مثل تنظيم حق الملكية وحق استعمال

^(١) Roubier: Distinction entre l'ction en contrefacon et l'action en concurrence de loyale Rev. Trim, 1952, P. 167.

^(٢) L'art 1382:- ((Toute fait que l'conque de L'homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute de quel il est arrive, a le reparer)).

^(٣) انظر قرارات القضاء الفرنسي المشار اليهما في:-

Aktham El-Kholy: la reparation en nature, these, Paris, 1954, P.16.

^(٤) يمكننا هنا ان نستشهد بالمادة (٤١) من القانون المدني العراقي بنصها على انه ((كل من نازعه الغير في استعمال لقبه بلا مبرر وكل من انتحل الغير لقبه، أن يطلب وقف هذا التعرض وان يطلب التعويض اذا لحقه ضرر من ذلك)) تقابلها المواد (٥٠، ٥١ مدني مصري) و (٥٢ مدني سوري). ويبدو من هذا النص ان التوقف للتعرض غير المشروع يتميز بوضوح عن التعويض. ولكن استعمال لقب الاخرين بلا مسوغ قانوني يحدث في الاقل ضرراً معيناً: وهو خطر الارتباك او الالتباس. وبصورة اوسع سوف نرى بأن القانون العراقي يحتوي على نصوص ضمن معنى منع التعرض بشأن حق الملكية.

المياه إذ يخضعان لقواعد حق ممارسة التجارة نفسها، ويكون التنظيم باعادة الحال الى ماقانت عليه.

واثمة رأي آخر يرفض التعويض العيني. ويتبادر هذا الرأي من خلال طرح الاستاذان ربير وبولانجيه "Ripert (G.) et Boulanger" ، اذ يذهب هذان الكاتبان الى ان التعويض هو الحكم بمبلغ من النقود، اما سوى هذا الطراز من التعويض فيتمثل الحكم باحترام الحق: ففعل الاعتداء على الحق إما ان يمسه بأذى بمعنى الضرر وإما ان يخالفه- ومعالجة الضرر تعويض، اما احترام الحق فهو اجراء لحماية هذا الحق^(١). وعليه، لا يكون طلب المدعى للحكم بالتدابير لحماية حقه الشخصي المنهك تعويضاً عينياً. مثل الابطال لعمل احتيالي او التدابير المانعة للارتكاك فيما يخص المنافسة غير المشروعة^(٢).

ويبدو إذن، بالنسبة لـ"ربير و بولانجيه" إن كل اجراء يميل الى احترام حق شخصي منهك لا يكون تعويضاً^(٣). وبعبارة اخرى لا يرتب المسؤولية.

وبدورنا لانتفق مع اصحاب هذا الرأي بالقول بأن جزاء حماية الحق الشخصي المنهك غريب عن المسؤولية^(٤)، ولا يمكن القول بأن حمايته تتحقق من خلال اجراءات اخرى وليس من خلال المسؤولية. ويمكن في جزاء انتهك كل حق من الحقوق الشخصية [مثل الاسم التجاري والعلامة التجارية واسرار الصناعة وبراءات الاختراع والتصاميم والنماذج والعلامات المسجلة]، التمييز بين الذي يرتب المسؤولية من الذي

^(١) Ripert (G.) et Boulanger: Traite elementaire de droit civil de Planiol, t2, 4ed, 1952, n 1146.

^(٢) في حالة استمرار المخالفة، فتتميز التدابير من خلال ميل الاجراءات لحماية الحق بالنسبة للمستقبل. انظر في هذا المعنى: Ibid, n 1147.

^(٣) Ibid, n 1147.

^(٤) سوف نعود ثانية الى بحث هذه القضية ضمن المبحث الخاص بالتعويض العيني المادي- ضمن تطبيقات التعويض العيني في الباب الثاني، ونكتفي هنا بمحض الاعتراض بعموميته.

لائرتها. اذ ان في حالة انتهاك الحق، فإن طريقة التعويض في هذه الحالة يجب ان تكون طريقة تؤدي الى اعادة احترام الحق، ومثال ذلك:- اعادة المال المغصوب لصاحبها، ابطال عقد مزور، تنظيم طريقة الاستفادة من اسالة الماء وحق الاجابة في الصحافة^(١).

بناءً على ما تقدم فإن الاصل في هذا الاتجاه هو أن المضمون واحد بوجود إجراء آخر لازالة الضرر الى جانب الحكم بمبلغ من النقود. لكن الاختلاف حول المصطلح في عدم تسمية هذا الاجراء تعويضاً عيناً.

ثانياً:- الاتجاه الرافض للمضمون:-

نعرض لهذا الاتجاه اولاً ومن ثم نقومه ثانياً وعلى النحو الاتي:-

١- عرض الاتجاه الرافض للمضمون:- فضلاً عن رفض المصطلح فإن هذا الاتجاه يرفض التعويض العيني مضموناً.

إذ ثمة رأي يأتي في مقدمة الاراء التي رفضت التعويض العيني وانكرت وجوده. اذ ترى لوسيان ريبير "Lucienne Ripert" بأن النظر بدقة في تعريف التعويض العيني^(٢) يفيد ان محوره التعويض. لذا من الخطأ الاعتقاد بوجود التعويض العيني المتمثل في محو الضرر عندما يتم اعادة الحال الى ما كانت عليه. وان الوسيلة الوحيدة لتعويض المتضرر هي الحكم له بمبلغ نقدى. وكل ما يمكن الحكم به فضلاً عن التعويض النقدي هي الحيلولة من دون وقوع الضرر وليس محوه^(٣). بيد ان الاجراءات الازمة

(١) انظر قريباً من ذلك، د. حسن الخطيب، تعويض الاضرار المحدثة، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد ٣، ايلول (السنة الاولى)، بغداد، ١٩٦٢م، ص ٣٢.

(٢) انظر التعريف السابق في مقدمة الباب الاول من هذه الرسالة.

(٣) Lucienne Ripert: La reparation du prejudice dans la responsabilite delictuelle, these, Paris, 1933, P.38.

للحيلولة من دون وقوع الضرر لا يمكن اعتبارها تعويضاً عينياً لأن التعويض يفترض وقوع الضرر في حين ان الضرر هنا غير محقق وانما محتمل. اما اذا وقع الضرر فإنه لا يمكن محوه ابداً، وفي هذه الحالة فإننا لانستطيع سوى منع استمرار الضرر في المستقبل: ومن هنا يجب التمييز بين ما يتضمنه الحكم بالتعويض النقيدي عن الضرر الماضي وبين التدابير المخصصة لتجنب الضرر في المستقبل^(١). إذ ترى صاحبة هذا الرأي ان القضاء الفرنسي يأخذ بعين الاعتبار الضرر المتوقع، فتقول ((ان القضية بأكملها هي التعرف على الضرر الحال- ماعدا حالة حدوث الضرر فجأة عن طريق حادث، وفي هذا الصدد فإن الضرر الحال يبدأ بالظهور أي ان الضرر يتحقق تدريجياً بسلسلة متزايدة^(٢)). فعلى سبيل المثال: اذا كان جاري يملك بيته قديماً في حالة غير جيدة، اذاً يوجد مصدر سابق للضرر الحال. ولكن لا يمكن ان تتوقف على هذه الحالة من قدم البيت لاثبات مسؤولية الجار^(٣). وعليه انا- كما تقول "لوسيان ربيير" ، لا استطيع الادعاء او التشكي من ان بيت جاري يمكن ان ينهار في يومٍ ما. ولكن منذ اللحظة التي تنتج التصدعات والشقوقات في هذا البناء والذي يبدأ بالانهيار بصورة جدية، عندها سأعاني من ضرر مؤكّد وحال. وعليه فأنا لا استطيع بيع او تأجير بيتي ضمن ظروف غير ملائمة جداً^(٤).

اذاً خلاصة هذا الرأي ان التعويض النقيدي محدد بالضرر المحقق والثابت^(٥)، ويكون الحكم بمنع استمرار الضرر في المستقبل تابعاً للحكم الاصلي بمبلغ من النقود.

^(١) Ibid, P.39.

^(٢) Ibid, P.39.

^(٣) يلاحظ ان الحياة في المجتمع تكون مصدراً لمخاطر متنوعة جداً. اذ ان فعالية كل انسان تقضي جزء من المخاطر لاجل اقربائه مثلا، وبدون ذلك يكون وضع هؤلاء عديم التأثير في حياة هذا الانسان.

^(٤) Lucienne Ripert, these precitee, P.39.

^(٥) لمناقشة فكرة "لوسيان ربيير" والاسئلة التي وجهت اليها انظر:-

Mazeaud(Hetl), OP, cit, t3, n°76. Savatier, OP, cit, t2, n°593.

اما تجنب الضرر غير المحقق بالحكم عيناً بالإجراءات الازمة لمنع تحققه، فيكون بالكامل غريب عن المسؤولية^(١).

في حين ذهب رأي ثان، الى استحالة التعويض العيني لأنه لايمكن محو الضرر المفاجئ. كما أن اخذ كلمة "محو" حرفيًا من تعريف التعويض العيني فهذا يعني أن التعويض النقي لايمحو الضرر. لذلك لايمكن اعادة المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر، وعليه يحكم بالتعويض النقي عن الضرر المحقق^(٢).

وهناك رأي ثالث، مفاده أن مبلغًا كافياً من النقود يمكنه تجنب حدوث الضرر، اما التدابير المخصصة لمنع استمرار الضرر في المستقبل فلا تعد وسيلة لاصلاح الضرر على افتراض ان الماضي لاينمحى. وفي حالة غياب النص، فإننا نلحق هذه التدابير بالمادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي. لذلك لايمكن ازالة الضرر وانما يصار الى الحكم بمبلغ من النقود للتعويض عن الضرر المتحقق^(٣).

وثره رأي رابع، يذهب الى تسمية التعويض العيني (بالتتنفيذ العيني الجبري) تمييزاً له عن (امتياز المدين عن القيام بالعمل الذي التزم بالامتياز عن القيام به) والذي هو (التنفيذ العيني الاختياري). اذ يرى صاحب هذا الرأي، إن التعويض إنما يلجأ اليه عند عدم امكان اجبار المدين على التنفيذ العيني ويكون التعويض دائمًا بمبلغ من النقود^(٤).

^(١) Lucienne Ripert, these precitee, P.19 et 39.

^(٢) Lalou (H.): Traite Pratique de la responsabilite civil, 4ed, Paris, 1949, n88, P.53.

^(٣) Leyat: La responsabilite dans les rapports de voisinage, these, Toulouse, 1936, P.352 et 355.

^(٤) د. عبد المجيد الحكيم، ج ٢ في احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص ١٥ هـ ١٠. في حين كان يرى هذا الاستاذ "ان التعويض العيني بإعادة الحال الى ماكانت عليه قبل وقوع الضرر هي الطريقة المثلثة للتعويض وعند استحالته نلجأ للتعويض النقي" ولأنرى هناك سبباً لعزوف هذا الاستاذ عن رأيه وانكار تسمية التعويض العيني واعتماد التعويض النقي فقط. انظر د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١ في مصادر الالتزام، ط ٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣م، ص ٤٧٧.

ويفضل رأيُ خامس تسمية التعويض العيني، (بالتنفيذ العيني الجيري للالتزام)، وذلك لأنَّ امر اعادة الحالة الى ما كانت عليه لا يُعدَّ تعويضاً وإنما تفيضاً عينياً. في حين ان ردَّ المثل في المثليات هي صورة التعويض غير النقيدي الجدير بتسميته تعويضاً عينياً^(١).

٢- تقويم هذا الاتجاه:-

إنَّ كلاً من التعويض العيني والنقيدي لا يتنافى أحدهما مع الآخر بل على العكس إنَّهما يتكملان، سواء أكان التعويض العيني لا يصلح سوى جزء من الضرر أم إذا كان لا يستطيع، لقوة الأشياء، تغطية الضرر المصلح سابقاً بالماضي فقط، هذا من جانب. ومن جانب ثانٍ، إنَّ المتضرر يتطلع قبل كل شيء الى إزالة الضرر، على الرغم من الافتراض بأنه لا يمكن محو الماضي. لذلك فإنَّ الأصل في التعويض عن الضرر يكون بطلب تخصيص مبلغ من النقود، أما إزالة الضرر فيكون بطلب فرعي ضمن هذا الطلب^(٢). ومن جهة ثالثة، لأنَّى كيف تحول المسؤولية الى هدف منع تحقق الضرر- كما ترى صاحبة الرأي الاول^(٣). اذ يحكم القاضي عيناً في حين يكون المتضرر مقتعاً بالتعويض العيني.

(١) الاستاذ عبد الباقى البكري، شرح القانون المدنى العراقى، ج-٣ في احكام الالتزام- دراسة مقارنة، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١، ف ٩٦ ص ١٣٦.

(٢) انظر في هذا المعنى: د. عاطف النقيب، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات، الجامعة اللبنانية، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٢٠٨. د. طلبة وهبة خطاب، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون- دراسة مقارنة، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٦٦. د. وحيد رضا سوار، القانون المدنى الجزائري، ج ١ في التصرف القانوني، دار الشعب، القاهرة، ١٩٧١، ف ٩٤٨ ص ٢٨٨.

(٣) Lucienne Ripert, these precitee, n43.

وإذا استبعدت فكرة الوقاية عن نطاق المسؤولية في حالة تدارك الضرر غير المحقق، إلا إننا نجد أن المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي لم تمنع من أن يشتمل التعويض على مبدأ الوقاية: لأنه إذا كان هدف المسؤولية إزالة الضرر فذلك يشتمل حتماً على معنى تدارك الضرر كلما كان ذلك ممكناً^(١). وبعبارة أخرى منعه قبل وقوعه، فإن الوقاية خيرٌ من العلاج^(٢). وعليه يمكن القول بأنه إذا دفعنا هذا الامر إلى أقصى حدود المنطق لهذه الفكرة "مبدأ الوقاية" فسوف نصل إلى رؤية تعويض عيني في القواعد القانونية جماعتها، إذ سيكون الدافع هو تجنب الضرر. حيث حماية الآخرين ويكون الضرر العنصر الوحيد للمسؤولية المفترضة في هذه الحالة. ويقول الاستاذ "بلانيول" أن هدف الالتزامات التقصيرية وغير التقصيرية بأنه الحيلولة من دون وقوع غبن غير عادل، وان وقع فيجب اصلاحه^(٣). بعبارة أخرى يمكن المطالبة باتخاذ الاجراءات اللازمة للوقاية من وقوع الضرر، وانه يجب وجود ضرر محقق وثابت بالنسبة لنشوء المسؤولية ومن ثمة شرط ضروري للحكم بالتعويض^(٤).

ومن جانب اخر، اذا كانت فرضية البيت الآيل للانهدام في المثال المتقدم، تتحل مكانة خاصة في القانون الروماني لحد وضع الجار المهدد به على البناء المعيوب اذا لم يقدم مالكه ضماناً^(٥). وإذا كان القانون المدني الفرنسي النافذ لم ينص على التزامات

^(١) Aktham El-Kholy, these precitee, n6, P.7.

^(٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٦، اصدار وزارة العدل المصرية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٢٨.

^(٣) Planiol, Traite elementaire de droit civil, t2, 9ed, 1923, n 807.

^(٤) يقول د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل في ذلك، " تستند المسؤولية المدنية الى الضرر والضرر هو اساس التعويض ومناطه" ، التقدير القضائي للتعويض، المصدر نفسه، ص ٧٣ . وانظر في نفس المعنى في الفقه الفرنسي الاستاذ "ديموج" ، اذ يعد الضرر شرطاً للصلاح وليس لوجود العمل غير المشروع.

Demogue (R.): Traite des obligations en general, t4, Paris, 1923-1933, n 392.

^(٥) انظر رسالة "ماركوفيتش" في نظرية إساءة استعمال الحقوق في القانون المقارن، باريس، ١٩٣٦، ص ٣٢ . اشار اليها: د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه، ص ٣٣٠-٣٣١.

الجوار^(١). فأن القضاء الفرنسي لم يتخلف أبداً عن حماية الجار المهدد، وتستند قراراته على المواد (١٣٨٦ و ١٣٨٢)^(٢) من القانون المدني الفرنسي. ويكون الاجراء المتبعة هو تعويض عيني مطابق لعمل المسؤولية. وللدلالة على ذلك قررت محكمة النقض الفرنسية "عندما تكون الملكية خطرة من خلال سقوط عمارة المجاورة فإنه لا يمكن اجبار مالك هذه العمارة على الهدم او الاصلاح، واد لا يمكن في هذه الحالة تطبيق المادة (١٣٨٦ مدني فرنسي). لذلك فإنه لكل مالك التصرف لاجل حفظ ملكيته عندما تكون ملكيته معرضة الى خطر وشيك الوقوع من قبل الجار"^(٣). وفي قرار اخر قضت هذه المحكمة بأنه، "يلزم المالك بعدم اقامة دهاليز بملكه من شأنها أن تؤدي الى احداث اضرار بالمنزل المجاور"^(٤). كما سبق لهذه المحكمة ان قررت في عام ١٨٥٠^(٥) على ان "الضرر المستقبل الذي يظهر للمحكمة كامتداد محقق و مباشر للوضع الراهن يستوجب التعويض. فإذا تصدعت جدران منزل المجاور لمصنع بسبب ما اقام به صاحب هذا المصنع من الاعمال، واصبح المنزل متداعياً وآيلاً للانهيار، فإن لمالكه ان يطالب

(١) على الرغم من ان القانون الفرنسي القديم قد عرف فكرة مسؤولية المالك عما يسببه استعماله لحقه من اضرار تصيب الجار. الا انه لم ترد في القانون المدني الفرنسي "قانون ١٨٠٤" نصوص تنظم مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة. ولكن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء الفرنسيين من تقرير هذه المسؤولية. ويرجع ذلك الى تطور الحياة من خلال زيادة النشاط الاقتصادي وكثرة المصانع التي تبعث الضوضاء والدخان والروائح الكريهة وغير ذلك مما يؤذى الجيران ويقلق راحتهم. انظر: محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢م، ص ٧٠-٧٣.

(٢) تنص المادة (١٣٨٦ مدني فرنسي) على انه "يسأل مالك البناء عن الاضرار التي تحدث من تهدمه، متى كان هذا التهدم قد حدث نتيجة نقص في الصيانة او عيب في البناء".

Aktham El-Kholy, these precitee, P.10, note 1.

(٣) نقص فرنسي اشار اليه:-

(٤) نقص فرنسي اشار اليه:-

Hassen Aberkane: Essai d'une d'unetheorice, general. L'obligation propter rem droit positif Francais, 1958, n 35, P.30-37..

(٥) نقص فرنسي اشار اليه:-

Mazeaud (H et L) et Tunc (A.): Traite de la responsabilite civile, t1, 5ed, n 218, P.274.

بتعويض يكفي لاعادة بناء المنزل كاملاً مادام الضرر الحادث سيؤدي حتماً الى انهيار المنزل في المستقبل".

ومما يلاحظ، ان القضاء الفرنسي وسع في مفهوم التعويض العيني قياساً على تجنب وقوع الانهيار، وذلك بالزام مالك البناء المترعرع لاخطر الحريق- كالافران والمخابز- باتخاذ وسائل الحماية الضرورية من اجل ازالة هذا الخطر^(١). وبذلك يكون حكم القضاء الفرنسي موافقاً للفقه^(٢)، بالتعويض عن الضرر المستقبل^(٣) لأن الخطر يشكل لاحقاً ضرراً مادياً ومعنىأ.

كما طبقت هذا المبدأ محكمة النقض المصرية على مسؤولية المقاول والمهندس عن الخلل الذي يظهر في البناء و يجعل هدمه امراً لامفر منه، اذ قررت "ان التعويض كما يكون عن ضرر حال، فإنه يكون ايضاً عن ضرر مستقبل متى كان محقق الواقع، فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية الى ان هدم المبنى أمر محتم، ولا يحيص منه. فإنه لا وجہ لتضرر الطاعن من تقرير التعويض على اساس هدم المنزل واعادة بنائه لاصلاح العيب في اساس المبنى- وهو ما كان يقتضيه الحكم بالتنفيذ العيني.."^(٤).

وقد اورد المشرع العراقي نصاً خاصاً لحماية الجار المهدد وكان في صياغته لهذا النص اقرب الى صياغة الفقه الاسلامي، كما اقتبس احكامه من هذا الفقه. اذ قضت الفقرة الثانية من المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي بأنه "وللمالك المهدد بأن يُصيب عقاره ضرر من جراء حفر او اعمال أخرى تحدث في العين المجاورة، ان

Aktham El. Kholy, these precitee, P.10, note. 1.

(١) نقض فرنسي مشار اليه:-

(٢) Mazeaud (H et L), OP, cit, n°1405. Savatier, OP., cit, n° 71. Demogue, OP, cit, n° 1107.

(٣) الضرر المستقبل هو "ضرر تحقق سببه وتراحت اثاره كلها او بعضها الى المستقبل". د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥.

(٤) نقض مصري (مدني) في ١٠ يونيو ١٩٦٥ مشار اليه. د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية- القسم الاول، المصدر نفسه، ص ١٣٣.

يطلب اتخاذ كل مايلزم لاتقاء الضرر ..^(١). ولمحكمة التمييز العراقية قرارات تدعم مانقوله، اذ قضت برفع الضرر اذا كان جدار المدعى عليه آيلاً للانهيار او انه يخشى ان ينهدم ويسبب ضرراً للمدعى^(٢).

كما ان اعتراض صاحبة الرأي الاول "لوسيان ربير" المستمد من فكرة الوقاية لاينحصر بالضرر المادي فقط^(٣)، بل نراه يظهر ايضاً فيما يتعلق بالضرر القانوني^(٤). اذ ان خطر الضرر القانوني يكون ضرراً محققاً وثابتاً حيث التعويض العيني سيكون الابطال او المحافظة على التصرف القانوني^(٥). عندما يشوب الغش "التلليس" العقد فأن المتضرر سيعاني من ضرر مؤكّد. وهذا لا يكون وقتياً. مثال ذلك: تنازل مدين عن ثروته بقصد تهريبها عن دائنه او حرمانهم منها، وبالنسبة للغير تكون الملكية منقوله للمتنازل اليه، والذي ربما من جانبه يتنازل عن الثروة نفسها الى شخص ثان^(٦). وخلاصة ذلك، انه عندما يتعلق الامر ببساطة بضرر مادي او بضرر قانوني، فأن القضاء لا يأخذ بعين الاعتبار سوى الضرر المحقق والثابت. وفي حالات تجنب وقوع الخطر جميعها، تكون امام تدبير الاصلاح في المعنى التقني لكلمة التعويض، وليس

(١) تقابلها المواد (٨٠٧ مدني مصري) و (٧٦٦ مدني سوري) و (٨١٦ مدني ليبي) و (٦٥ من قانون الملكية العقارية اللبناني).

(٢) القرار المرقم ١٢٢ / حقوقية / ١٩٥٧ (النحو) في ١٩٥٧/١٢٤ م. منشور في كتاب الاستاذ سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج ٢، شركة النشر والطباعة الاهلية، بغداد، ١٩٦٢، ص ٤٣٧.

(٣) انظر : - V. Lucienne Ripret, these precitee, n 42, 43, 46.

والتي تذكر بمقتضى هذا الاعتراض فكرة التعويض العيني عن دعوى فقدان الحقوق، عقوبة الاحتيال، مشروعية اتفاق القاصر الذي ارتكب خدعة او خطأ بالمتعاقد، وفي دعوى الفسخ بحكم القانون.

(٤) الضرر القانوني هو الضرر الذي ينتج منه بطلان مشروعية التصرف القانوني.

(٥) د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، ١٩٨٧، ١٧٦-١٧٨، ص ١٩٢-١٩٤.

(٦) د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج ٢ في احكام الالتزام، مطبعة المدنى، القاهرة، بلا سنة طبع، ف ١١٦ ص ١٣٥. وكذلك انظر ما نصت عليه المادة (٢٦٤) من القانون المدني العراقي بشأن دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن "الدعوى البوليسية".

الوقاية البسيطة. ولا يوجد هناك سوى اختلاف في الدرجة والزمن بين الخطر والضرر^(١).

إذن يحدد القاضي التعويض على وفق أحد الشكلين (عيني أو مالي) عند تحقق أركان المسؤولية بالنسبة للمتضرر. كما وقد يحكم القاضي بعمل آخر إلى جانب التعويض النقدي كما هو الحال في المصالحة القضائية. وعلى الرغم من أن هؤلاء الكتاب ينكرن عن الحكم العيني صفة التعويض إلا أنه يكون مرافقاً غالباً للحكم بالتعويض، هذا من جانب.

ومن جانب آخر فإن ثمة فرقاً بين التنفيذ العيني وهو قيام المدين بتنفيذ عين ما إلتزم به والتعويض العيني وهو إعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر وذلك بمحو الضرر وإزالته إذا كان ممكناً. لأن التنفيذ العيني هو الطريق الطبيعي لتنفيذ الالتزام خاصة إذا كان هذا الالتزام عقدياً. أما التعويض العيني فهو جزاء لتحقق المسؤولية وطريق استثنائي من طرق تعويض الضرر^(٢).

وبناءً على ذلك فإن الاعتراض على التعويض العيني قد أعطى له مكاناً استثنائياً يميزه عن غيره من طرق التعويض^(٣).

بيد أن مانقدم لا يعني التسليم في الفقه بالتعريف الذي تمت صياغته للتعويض العيني فإذا قيل بأنه أزاله المخالفة، وبذلك يشتمل على إعادة البناء أو الانشاء أو رفع التجاوز وما إلى ذلك من أمثلة، فإن ذلك لا يتجاوز ما يعترف به من نقص وعليه سند تعريف

V. Savatier, OP, cit, t2, n 523, P.91.

(١) انظر:-

(٢) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٤٩، هامش ١٠.

(٣) Lalou, OP, cit, n88, P.51 et 52. Capitant (H.) et Colin (A.) et Julliot de la Morandiere: cours élémentaire du droit civil Français, t2, 10ed, 1948, n322, P.244 et 245.

التعويض العيني الى المكان الذي عنده نبلور فكرته بعد تحديد نطاقه بالنسبة للاوضاع القانونية المشابهة^(١).

المطلب الثاني

الاتجاه القابل للتعويض العيني

لم يستبعد جانب من الفقه الحكم بالتعويض العيني في نطاق المسؤولية المدنية. ولبيان ذلك نعرض الاراء التي قيلت بهذا الصدد في ظل القانون المدني اولاً، ومن ثم في القانون الاداري. وعلى الشكل الاتي:-

اولا. حجج انصار الاتجاه القابل للتعويض العيني في ظل القانون المدني:-

في الفقه الفرنسي، يورد الاستاذ "أسمان" P. Esmein المادة (١١٤٢) من القانون المدني الفرنسي بنصها ((كل التزام بالقيام بعمل او بالامتناع عن عمل، يؤدي الى التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام من المدين)). ويستنتج من هذا النص ان المشرع الفرنسي لم يستبعد الا الاكراه الشخصي كونه يتنافى مع العرف والقاعدة الخلقية. وهو بذلك لم يستبعد أي اسلوب اخر للتعويض. إذن ليس ثمة ما يدعوه لرفض فكرة التعويض العيني كلما كان هذا التعويض اقرب الى العدالة من التعويض النقدي. ويدلل صاحب هذا الرأي، على رأيه هذا بما اورده القضاء الفرنسي في نطاق

(١) انظر التعريف الذي توصلنا اليه في نهاية الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الاول من الفصل الثاني من الباب الاول من هذه الرسالة.

المسؤولية العقدية بالحكم بالتعويض العيني في كل مرة يكون هذا التعويض متفقاً ومقتضيات العدالة، اذ تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بقرارها الاتي:-
(يجب ان ينقض القرار الذي حكم على احدى شركات النقل للقطار- دون ان تأخذ محكمة الموضوع بنظر الاعتبار ما عرضته الشركة من نوع التعويض- بأن تعمل بنفسها على تعويض الاضرار باصلاح الاثاث المتضررة من خلال عملية النقل)^(١).

وتماشياً مع هذا الرأي، يدل الاستاذ "ايكوني" على هذا الاتجاه بما اورده القضاء الفرنسي من قرارات تؤيد ذلك ومنها: قرار المحكمة التجارية في روان "Rouen" والذي يقضي ((بأنه لانستنتج من نص المادة (١١٤٢) مدني فرنسي بأنها استبعدت الاشكال الاخرى من التعويض)). وقرار محكمة ريوم "Riem" الاكثر صراحةً اذ يقضي ((بأنه مع إن الحكم بالتعويض النقدي اكثر شيوعاً، الا ان نصوص المواد (1382,1142) والمواد التي تليها من القانون نفسه لاتستبعد او تتقاض الحكم بالتعويض مع اشكال اخرى غير النقود)).^(٢).

ويرى بعض انصار هذا الاتجاه ايضاً، بأنه للقاضي سلطة تقديرية في اختيار طريقة التعويض، فله ان يحكم بالتعويض العيني عن الضرر المادي: بأن يرتب على المدين الالتزام بالقيام بعمل وهو الاصلاح او ازالة الضرر، الا ان هذا الالتزام عند عدم تنفيذه يؤدي ايضاً الى اللجوء الى التعويض عن عدم التنفيذ. كما أن للقاضي ان يحكم بالتعويض العيني وان يؤدي المدين نفقات هذا التعويض. ويستبعد الحكم بالتعويض العيني، اذا كان المتضرر قد اصيب بأضرار جسيمة او كانت الاضرار معنوية^(٣).

(١) رأي الاستاذ أسمان. اشار اليه، د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية، مطبعة حداد، البصرة، ١٩٦٨م، ص ٢٤٨. اصل الكتاب اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون- جامعة باريس سنة ١٩٥٥م.

(٢) رأي الاستاذ ايكوني. اشار اليه، د. حسن الخطيب، المصدر السابق، ص ٢٤٩.

(٣) Planiol, OP, cit, n° 680.

ويلاحظ البعض، ان تعويض الخطأ يمكن ان يتخذ شكلاً اخراً وليس التعويض النقدي، مثل الحكم بالامتناع عن القيام بعمل في حالة حماية المتضرر في دعوى التعسف في استعمال الحق، عندما لا يرتكب المالك خطأ. وانه اذا سلمنا ان اثر المسؤولية المدنية يكون في نفسه، تعويضاً. واذا لم يكن هناك أي مانع منطقي من اعتبار الامتناع عن القيام بعمل عبارة عن تعويض. فهذا يؤدي الى ان الحكم بالامتناع عن القيام بعمل سيكون عبارة عن تعويض عيني^(١).

ونجد في رأي آخر، ميلاً واضحاً جداً الى توسيع فكرة التعويض العيني الى حد يجعله يفقد القيمة الخاصة بالكامل، اذ يرى اصحاب هذا الرأي: ان التعويض اما عيناً او بمقابل، اذ ان الاول لمحو "ازالة" الضرر في حين الثاني يسعى الى تعويضه بتقديم مقابل. وضمن هذا المعنى الواسع، فأن التعويض العيني يشمل الحكم الذي يلزم المسؤول بتنفيذ الالتزام الذي امتنع عن تنفيذه، او اخل بتنفيذ سوء بالامتناع عن العمل ام ازاله اثار مقام به خلافاً للالتزام، ام بأخذ التدابير الالزامية لمنع وقوع الضرر. كما ولا يمكن الاعتراض بعدم كون هذا الحكم تعويضاً عيناً اذ يحكم القاضي بالاداء عيناً على فعل مبني على خطأ المدين^(٢). وان كل حكم بالاداء يرضي المتضرر يُعد تعويضاً عيناً وان كانت المادة عبارة عن مبلغ من النقود، مثل الحكم بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين عند امتناعه عن التنفيذ اذا لم تكن شخصيته محل اعتبار، فالحكم بدفع هذه النفقات يكون تعويضاً عيناً^(٣). اما اذا كانت الاشياء غير قابلة للاصلاح مثل الضرر الجسدي والاعتداء على الشرف، فإنه يستحيل الحكم بالتعويض العيني^(٤).

^(١) Josserand (L.), la responsabilite envers soi-même, Chronique D.H. 1934, P.73.

^(٢) Mazeaud (H et L), OP, cit, n°2303.

^(٣) Ibid, n° 2321, note 2.

^(٤) Ibid, n°2302, note 3.

ويلاحظ ان الرأي الاخير، يمثل بدون شك تقدماً على الاراء السابقة. بالنسبة لكتاب الملترمين بفكرة التعويض بمحو الضرر. بيد أن الوضوح الذي تحلت به فكرة التعويض العيني عند صاحب هذا الرأي، تقدّه من خلال المعنى الواسع جداً للتعويض. وعليه فإذا وجدنا في احكام القضاء العديد من احكام الاداء عيناً، فإن واجبنا لا يكون بشرحهما، بل علينا تحليلها بفصلٍ مستقلٍ فيما يخص كل نوع وتحت أي عنوان قد أُعلن حكم الاداء العيني هذا. وهذا يدعو للتساؤل: هل يستند هذا الحكم للمسؤولية او لأساس اخر غير التعويض؟ في الواقع، ان كل حكم ينفصل عن الاخر لأن المدعي يعُدُ نفسه متضرراً بسبب عدم تنفيذ المدين للالتزام. بيد أننا لانعرف اين يمكن التوقف عند هذا المعنى الواسع للتعويض^(١)، وخاصة عند عدم تنفيذ الحكم بالاصلاح او ازالة المخالفة. ولكن التمييز الذي أخذ به اصحاب هذا الرأي -كما سنراه-^(٢) سوف لا يكون بدون فائدة عملية.

ويرى جانب من الفقه المصري، انه قد يكون التعويض عيناً لانقدياً، ويتم ذلك بازالة المخالفة التي وقعت اخلالاً بالالتزام. بمعنى ان الحكم بالتعويض العيني يكون بعد وقوع الاعمال بالالتزام^(٣).

(١) وهذا يفسر لماذا اصحاب هذا الرأي يذهبون ومن دون برهان، الى ان دعوى عدم نفاذ التصرف للبطلان بسبب الغش (المادة ١١١٦ مدني فرنسي) تكون تعويضاً عيناً. في حين الفسخ بسبب عدم التنفيذ لا يكون سوى تعويض بمقابل عيني، انظر :- Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2319, note 6.

(٢) في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة. انواع التعويض العيني.

(٣) الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج ٢، ف ٤٤٠ ص ٧٩٧-٧٩٨. ومما تجدر الاشارة اليه ان الاستاذ السنهوري، كان قد سار على نهج الاستاذين "هنري وليون" مازو - في توسيع معنى التعويض العيني المتضمن معنى التنفيذ العيني. اذ يطلق الاستاذ السنهوري، على التعويض العيني تعبير التنفيذ العيني من دون التمييز بينهما هذا من جهة. ويميز بين التعويض العيني والتعويض بمقابل عيني من جهة اخرى. انظر: الوسيط، ج ١، ف ٦٤٢ ص ٩٦٦. وكذلك: احكام الالتزام، القاهرة، ١٩٣٨، ف ٤٤٧ ص ٤٤٢. وانظر رأي الاستاذين "هنري وليون" مازو، في الصفحة السابقة من هذه الرسالة. بيد ان الاستاذ السنهوري يترازن [في الوسيط، ج ٢، ف ٤٠ ص ٧٩٨] عن رأيه هذا الى الحد من مفهوم التعويض العيني الواسع وذلك بأن يميز

وذهب رأي اخر الى انه، يلزم المدين بأداء التعويض للدائن (المتضرر) لجبر الضرر الذي لحقه بسبب الفعل الضار. وقد يكون هذا الاداء اداءً عينياً أي بعمل يزيل به المسؤول الضرر الذي لحق المتضرر، فيرد الشيء الذي اعطبه الى حالته الاصلية او يعطي المتضرر شيئاً من جنس الشيء الذي اتلفه له. ويوصف هذا التعويض بأنه تعويض عيني. ولاشك في ان هذا التعويض هو خير وسيلة لجبر الضرر. كاعادة السيارة التي اتلفت مؤخرتها الى حالتها الاولى، او ازالة الجدار المرتفع الذي اقامه المالك لمجرد حجب النور والهواء عن جاره، او هدم المبني الضخم الذي انشيء خلافاً للقوانين والأنظمة او خلافاً لحقوق الارتفاق. واذا كان الفعل الضار قدفاً امكنا الاكتفاء في محو الضرر الناشيء بنشر الحكم القاضي بالمسؤولية في الصحف^(١).

ويضيف اخرون القول بأنه، الى ان التعويض العيني في حالات كثيرة يكون اصلاح لجبر الضرر الذي لحق بالمتضرر. وذلك بمحو الضرر او بمنع استمراره مستقبلاً. ومثال ذلك: يعد محو الضرر تعويضاً عينياً، (مثل الحكم برفع رهن قيد على عقار خلال مدة الوعد ببيعه، اضراراً بالموعود بشرائه. او الحكم بإعدام نسخ مؤلف طبع اعتداءً على حق صاحبه. او القضاء بنشر حكم او اذاعته على امواج الاثير في دعاوى القذف والمنافسة غير المشروعة). ويعد منع استمرار الضرر مستقبلاً تعويضاً عينياً، (مثل هدم بناء او اعادته الى مكان عليه. او اصلاح منقول. او اعادة تعبيد طريق خاص. او منع استعمال كلمة في الاسم التجاري توجد لبساً مع اسم تجاري اخر). وإنه

بين التنفيذ العيني والتعويض العيني. انظر تفصيل ذلك، في الفرع الثاني من المطلب الاول من المبحث الاول من الفصل الثاني من الباب الاول من هذه الرسالة.

(١) د. سليمان مرقس، الوفافي، مصدر سابق، ص ٥٢٧ و ٥٢٨.

لايكون للدائن حق في التعويض العيني عند استحالته، ويتعين الالتجاء بالتعويض النقدي^(١).

ويرى جانب من الفقه العراقي، بأن النتيجة المثالية لحكم الادانة الصادر في المسؤولية المدنية هي ان يؤدي هذا الحكم الى ازالة الضرر ومحو اثاره، وعندما يؤدي الحكم الى هذه النتيجة تكون في صدد تعويض عيني^(٢). وذهب رأي اخر، الى اعتبار التعويض العيني افضل من التعويض بمقابل ذلك انه يؤدي الى محو الضرر وازالته بدلاً من بقاء الضرر على حاله واعطاء المتضرر مبلغًا من النقود عوضاً عنه كما هو الحال في التعويض بمقابل^(٣). ويضيف اخرون القول، بأن اصلاح الضرر يختلف باختلاف طبيعة المواد المتضررة فاذا امكن ازالة الضرر نهائياً باعادة الشيء الى مكان عليه سابقاً كان التعويض عينياً. اما في الحالات التي يتذرع فيها التعويض العيني فلا بد ان يصار الى تعويض نقدي او غير نقدي^(٤).

ثانياً: قبول فكرة التعويض العيني في ظل القانون الاداري:-

إذ كان الحكم بالتعويض العيني ممكناً في القانون المدني، الا ان الحكم به في ظل القانون الاداري يكون تخريرياً إذ قد يستبعد هذا التعويض ولو كان ذلك ممكناً عملياً. إذ ان جزاء المسؤولية بهذا الصدد وباستمرار التعويض النقدي. ويفسر ذلك بأسباب عملية وقانونية:-

(١) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ف ١١ ص ٥٠ وما بعدها. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ٧١.

(٢) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ف ٣٩٩ ص ٢٧٨.

(٣) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٤٩.

(٤) د. سهيل حسين الفلاوي، حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي - دراسة مقارنة، منشورات وزارة الثقافة والفنون، بغداد، ١٩٧٨، ص ٣١١ و ٣١٢. وانظر: د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

فمن الناحية العملية، يفسر هذا المسلك بأن التعويض العيني اذا كان ممكناً، فإنه يجب هدم كل ماتم من تصرفات ادارية لتحقيق منفعة خاصة، بمعنى انه س يتم على حساب المصلحة العامة وهذا قد يؤدي الى شل الادارة. كما ان التعويض العيني سيكون في الغالب مصحوباً بتعويض نقي، لأن النوع الاول اذا امكن أن يزيل اثار الضرر بالنسبة للمستقبل، فإنه لا يتحقق هذا الاثر بالنسبة للماضي^(١).

بيد أن السبب القانوني هو القاطع في هذا الصدد، وهو يتعلق بموقف القاضي من الادارة. فاستقلال الادارة عن القضاء (سواء أ كان ادارياً ام عادياً)^(٢) يتنافي مع تخويل القاضي سلطة اصدار اوامر للادارة^(٣). والذي يعد تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، اذ يقضي هذا المبدأ بأن القاضي سواء أ كان ادارياً ام عادياً لاسطة له في اصدار احكام على الادارة الا اذا كانت تفرض التزامات مالية او نقدية، ويستثنى من ذلك حالات الغصب^(٤). وعلى الرغم من ان هذا المبدأ متفق عليه في الفقه فإنه لا يطبقه بحذافيره الا مجلس الدولة الفرنسي. اما المحاكم العادية الفرنسية فإنها لا تاحترمه وتويدتها في ذلك

(١) د. سليمان محمد الطماوي، القانون الاداري، الكتاب الثاني في قضاء التعويض والالغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦م، ص ٤٧٩.

(٢) ولهذا فإن القضاء يحكم بعدم الاختصاص كلما كان المطلوب الحكم على الادارة بعمل معين. وهذا ما يردده مجلس الدولة الفرنسي باستمرار. من ذلك على سبيل المثال حكمه الصادر في ١٩٤٧/١١/٧ في قضية Alexis et Wolff، اذ طلب المدعي نشر قرار في الصحف واداعته في المذيع فرفض المجلس الطلب بناء على توجيه المفوض "Celier" الذي اوضح ان المجلس لا يملك أن يلزم الادارة بعمل معين. وهذا ما رددده مجلس الدولة المصري كذلك... اشار اليه، د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٤٨٠.

(٣) انظر: دوبيز ودي بير، المطول في القانون الاداري، ص ٤٤٨. اشار اليه، د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٤٧٩ هـ ١.

(٤) اذ أن اختصاص المحاكم العادية في حالة الغصب، لا يقف عند الحكم بالتعويض، ولكنها تستطيع - خلافاً للقاعدة العامة لمبدأ الفصل بين السلطات - ان تحكم على الادارة بعمل معين كالرد او الطرد او الهدم او عدم التعرض.

محكمة التنازع^(١). ويدهب الرأي الراجح إلى أنه، لما كان التعويض العيني أفضل للمتضرر فإن القاضي الإداري، تخفيفاً من اثار المبدأ الذي يسير عليه (مبدأ الفصل بين السلطات)، قد يقترح على الادارة ان تقوم بالتعويض العيني. وهو بذلك يفتح امامها باب الاختيار بين التعويض العيني والتعويض النقدي^(٢).

ولاتعارض بين هذا التمييز وبين المبدأ الذي اختطه مجلس الدولة لنفسه، والذي يحرص مجلس الدولة على تردده في رأس الاحكام التي تعرض هذا الخيار على الادارة. ذلك أن التعارض يقوم لو أن القاضي فرض على الادارة ان تقوم بالتعويض العيني وذلك بتنفيذ عملٍ ما، أما وقد ترك لها حرية الاختيار فضلاً عن ان الحكم يكون أساساً بدفع مبلغ نقدي، فيستطيع المسؤول - أي الادارة - التخلص من هذا الالتزام عن طريق القيام بالتعويض العيني. ولا يستطيع المتضرر الذي تدفع له الادارة التعويض النقدي ان يدعي أن الادارة لم توفي بالتزاماتها لأنه يريد التعويض العيني لأن التعويض العيني تخيري وليس الزامياً. كما ان صياغة الاحكام لاتدع مجال للشك في طبيعة التعويض العيني، فالقاضي لا يحكم الا بدفع مبلغ نقدي ويعرض على الادارة حق التحرر من هذا التعويض ان فضلت ذلك بأن تقوم بالتعويض العيني. والتحليل السليم لهذه الصيغة هو ان الحكم لا يصدر على الادارة بالتعويض العيني ابداً^(٣).

(١) يرى بعض الفقهاء، ان لاخير من موقف المحاكم العادلة ومحكمة التنازع لأن الهدف النهائي من تأكيد استقلال الادارة هو الرغبة في توفير الاستقرار للمرافق العامة حتى تسير بانتظام فإذا لم يؤد التعويض العيني الى المساس بحسن سير المرافق العامة فلا مانع من الحكم على الادارة بالقيام بعمل. انظر:- د. سعاد الشرقاوي، قضاء الالغاء وقضاء التعويض، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٢٩٥ و ٢٩٦ و ١ ص ٢٩٦. وانظر كذلك النتائج المترتبة على هذا المبدأ وقرارات مجلس الدولة الفرنسي والمصري، اشار اليها، د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص ٤٨٠ - ٤٨٦.

(٢) د. سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٣٠٥.

(٣) المصدر السابق والصفحة نفسها.

ولما كان الامر يجب ان يترك للقاضي فإن اعتباراً عملياً هاماً يجب ان يحسم اختياره للتعويض النقدي او العيني، وهو الحرص على استمرار سير المراقبة العامة بحيث اذا كان من شأن الحكم بالتعويض العيني المساس بسير المراقبة العامة فإنه يتبعين عليه ان يحجب عنه^(١). فالمسألة اذن متروكة لتقدير القاضي بحيث يختار ما هو مناسب.

خلاصة القول، ان التردد يكتفى فكرة التعويض العيني ونجد ذلك حتى في المؤلفات الحديثة، اذ يتحرر هذا المفهوم بصورة التخلص من الضرر او التنفيذ العيني او التعويض بمقابل^(٢). وكما يبدو ان مفهوم التعويض العيني في الفقه الفرنسي، ليس له أي محتوى خاص او بيان لمفهوم معاكس (والذي نتمنى ان يختفي عدم الوضوح هذا من اللغة القانونية). ومع ذلك، فإن فكرة التعويض العيني ذات روحية خاصة في هذا الفقه. وفي الوقت نفسه، تكون مفيدة لأنها تبرر الحقائق الثابتة للحكم بالاداء عيناً.

اما في الفقه العربي، فعلى الرغم من عدم التمييز بين التنفيذ العيني والتعويض العيني^(٣)، الا اننا وجدنا ان هذا الفقه لم يخلُ من اراء سديدة منحت للتعويض العيني مفهوماً واضحاً ومحدداً^(٤).

ولما كان هذا الطراز من التعويض قد نشأ في احضان الشرائع القديمة، وكان له فيها دوراً بارزاً وعلى وجه الخصوص في الشريعة الاسلامية. لذا ينبغي ان نعرض للدور الذي أداه التعويض العيني في هذه الشرائع والتشريعات الحديثة. وهذا ما سيكون موضوع المبحث الثاني من هذا الفصل.

(١) المصدر السابق، ص ٣٠٦.

(٢) ويتعين لذلك، رسم الحدود الفاصلة بين التنفيذ العيني للالتزام عن التعويض العيني والتعويض العيني عن التعويض بمقابل. وسوف نسعى الى ذلك ضمن المبحث الاول من الفصل الثاني من هذا الباب من هذه الرسالة.

(٣) انظر ص ٣٢٤ هـ - ٣٠٤ و ص ٣٣٥ هـ - ٣ من هذه الرسالة.

(٤) انظر ص ٣٣ و ٣٤ من هذه الرسالة.

المبحث الثاني

التأصيل التاريجي

نتناول في هذا المبحث التعويض العيني في الشرائع القديمة والتعويض العيني في التشريعات الحديثة وكما يلي:-

المطلب الأول

التعويض العيني في الشرائع القديمة

نبين في هذا المطلب التعويض العيني في الشرائع الوضعية القديمة والشريعة الإسلامية الغراء في فرعين وعلى الشكل الآتي:-

الفرع الأول

التعويض العيني في الشرائع الوضعية القديمة

يندرج تحت هذا الفرع دراسة القوانين العراقية القديمة والقانون الروماني وذلك على النحو الآتي:-

اولاً: القوانين العراقية القديمة:-

امتازت قوانين وادي الرافدين^(١) بخلوها من مظاهر القسوة والانتقام التي كانت سائدة في ذلك الشطر من الزمن^(٢). وان التعويض العيني في تلك القوانين ليس نظرية عامة خصها هذا القانون او ذاك بأحكام معينة او تناولها بالتفصيل، وانما هنالك نصوص متفرقة بين ثنايا هذه القوانين تعدد تطبيقاً لفكرة التعويض العيني، والتي مانزال نجد صداتها في القوانين المعاصرة. وبناءً على ما تقدم فإنه لابد من الرجوع الى هذه النصوص وهذا ما سنتناوله فيما يأتي:-

١- قانون اور- نمو (٢١١٣-٢٠٩٥ ق.م.)

يعد قانون (اور-نمو) أقدم قانون مكتشف في العراق والعالم^(٣). وعلى الرغم من النقص الموجود في النصوص المكتشفة الا انه يمكن تصنيف المواد المتبقية الى مجموعات متميزة تعالج موضوعات مستقلة. والمجموعة التي تخصنا هي المجموعة الاخيرة المواد (٢٧-٢٩) المتضمنة احكام التجاوز على حقول الغير. اذ عالجت هذه المواد مسؤولية المتجاوز على حقول الغير بأن يخسر النفقات جميعها^(٤)، وانه اذا ما أغرق شخص حقل اخر فإنه يعوض صاحب الحقل بكمية من الشعير تقدر بنسبة مساحة

(١) يعد مؤرخو الحضارة تلك القوانين اولى واقدم محاولات للانسان لتنظيم المجتمعات. انظر، د. عامر سليمان، القانون في العراق القديم- دراسة مقارنة، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٨٧م، ص ١٦٧.

(٢) عبد الرحمن البزار، الموجز في تاريخ القانون، دار دجلة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٤٨م، ص ٥٤.

(٣) حول تاريخ هذه السلالة، انظر، طه باقر، مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة، ج ١، بغداد، ١٩٧٣م، ص ٣٧٨-٤٠٠.

(٤) المادة (٢٧) من قانون اور-نمو. انظر في هذه المادة ومقارنتها بالمادة (١٨) من قانون لبث عشتار والمادة (٣٠) من قانون حمورابي، د. عامر سليمان، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

الحقل^(١)، واذا ما اهمل مستأجر الحقل ولم يزرع الحقل المستأجر فإنه يدفع لصاحب الحقل كمية من الشعير بنسبة مساحة الحقل ايضاً^(٢).

ويلاحظ عدم وجود اية اشارة صريحة الى التعويض العيني في هذه المجموعة، الا اذا فسناه بالاهتمام بالتعويضات العينية بواسطة كميات محددة من الشعير^(٣).

٢- قانون حمورابي (١٧٢٨-٦٨٦ق.م)^(٤)

يعد قانون حمورابي من اكمل القوانين التي عرفتها المجتمعات القديمة من حيث تنظيمه للاحكم^(٥). إذ نص هذا القانون، على اعادة املاك الهارب من اداء الخدمة العسكرية اليه عند عودته الى وطنه اذا كانت غيبته لمدة سنة واحدة^(٦).

وسار هذا القانون على نهج قانون (اور-نمو)، عندما حدد مسؤولية الفلاح في حالة اهاله الارض الزراعية التي كان قد استأجرها من مالكها، فأن على الفلاح المهمل ان يدفع تعويضاً لصاحب الارض بقدر ماينتجه الحقل المجاور^(٧). وكذلك في حالة ما اذا تسبب اهال الفلاح في اغراق الارض المجاورة، فعلى الفلاح المهمل ان يعوض

^(١) المادة (٢٨) من قانون اور-نمو، تقابلها المواد (٤٥ و ٥٥) من قانون حمورابي. انظر، المصدر السابق، ص ٢٠٣.

^(٢) المادة (٢٩) من قانون اور-نمو، تقابلها المادة (٤٢) من قانون حمورابي. انظر، المصدر السابق، ص ٢٠٣.

^(٣) يرى: د. سعدون العامري، ((بأن هذه الطريقة هي طريقة التعويض غير النقيدي)), مصدر سابق، ص ١٥١.

^(٤) وقد حدثت السنة الاربعون من حكم الملك حمورابي على انها السنة التي اصدر فيها حمورابي قوانينه. د. عامر سليمان، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

^(٥) د. عباس العبدلي، تاريخ القانون، مطبوعات جامعة الموصل، بلا سنة طبع، ص ٩٣-٩٤.

^(٦) المادة (٣١) من قانون حمورابي. اشار اليها. د. عامر سليمان، مصدر سابق، ص ٢٣٥.

^(٧) المواد (٤٢ و ٤٣) من قانون حمورابي، انظر، المصدر السابق، ص ٢٣٧.

صاحب الحقل المجاور عن الحبوب التي تسبب في اتلفها نتيجة اهماله^(١)، اما اذا كان الزرع قد نبت ومضى عليه مدة من الزمن ولم يعد بالامكان اعادة زراعته بعد ان اغرقه الفلاح المهمل فعلى الفلاح المهمل ان يعوض المتضرر بما يقابل انتاج الحقل المتوقع بالنسبة للحقل المجاور^(٢).

وحدد قانون حمورابي مسؤولية صاحب الدار الذي يقوم بترميم داره المؤجرة خلال مدة وجود المستأجر فيها، فإن حدث ان فقد المستأجر بعضاً من اثاثه في اثناء ذلك فعلى صاحب الدار تعويضه بما فقده من اموال ومتلكات^(٣).

كما حدد القانون مسؤولية الدائن الذي يأخذ حبوب من عنبار المدين من دون علمه، فإن ثبت عليه ذلك، فعليه ان يعيد الحبوب التي اخذها الى صاحبها اضافة الى معاقبته بخسران دينه كاملاً^(٤).

وحدد القانون مسؤولية الطبيب الذي اجرى عملية لعبد مولى وسبب وفاته، فعليه ان يعوض عبداً بعد^(٥). كما حدد القانون مسؤولية متعهد البناء عن اعماله العمرانية جميعها، فاذا ماتهدمت الدار على اموال صاحبه فان على متعهد البناء ان يعوض صاحبها بما تلف، بالإضافة الى اعادة بناء الدار من امواله الخاصة^(٦). اما اذا انهار

(١) المادة (٥٣) حمورابي. تقابلها (م/٣) من القوانين الاشورية الوسيطة. انظر، المصدر السابق، ص ٢٣٩ و ٢٩٨.

(٢) المادة (٥٥) حمورابي. اشار اليها، المصدر السابق، ص ٢٤٠.

(٣) المادة /G من قانون حمورابي، انظر المصدر السابق، ص ٢٤٣.

(٤) المادة / ١١٣ من قانون حمورابي، المصدر السابق، ص ٢٤٨.

(٥) المادة / ٢١٩ من قانون حمورابي، انظر د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، بغداد، ١٩٧٣م، ص ١٢٩.

(٦) المادة / ٢٣٢ من قانون حمورابي، المصدر السابق، ص ١٣٠.

جدار البيت نتيجة عدم اتقان البناء لعمله فأن على البناء اعادة بناء الجدار من حسابه الخاص^(١).

وسار قانون حمورابي على نهج قانون اشنونا عندما حدد مسؤولية ملاح السفينة الذي يسبب بأهمله في غرق السفينة بما فيها من اموال، فقد الزمه القانون بتعويض اصحاب الاموال التي غرقت بسبب اهمله بمثل الاموال المفقودة^(٢).

وكذلك حدد القانون بأنه اذا كان موت الحيوان نتيجة اهمال المستأجر وضربه الحيوان، فعليه ان يعوض صاحب الحيوان بحيوان مماثل^(٣). وكذلك ان تسبب المستأجر بكسر قدم الحيوان او قطع عصب رقبته فعليه ان يعوض صاحب الحيوان بحيوان مماثل^(٤).

ثم اتجه قانون حمورابي بعد ذلك الى معالجة مسؤولية الاجير الذي يقوم بأعمال لصالح رب العمل، عن اعماله جميعها، فقد الزمه القانون بمراعاة الاعمال الموكلة له واتمامها بالصورة المطلوبة منه، فاذا ما استأجر رجل راعياً للبقر، واضاع البقر او الغنم التي سلمت اليه، فعليه ان يعوض صاحبها مثل البقر التي فقدها وشيهاً مثل الشياه التي فقدها^(٥).

وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح يشير الى التعويض العيني الا انه يمكن الاستدلال على معرفة قانون حمورابي بالتعويضات العينية واستشعاره بأهميتها من خلال الامور الآتية:-

(١) المادة/ ٢٣٣ من قانون حمورابي، انظر د. عامر سليمان، مصدر سابق، ص ٢٦٩.

(٢) المادة/ ٢٣٧ من قانون حمورابي، انظر د. فوزي رشيد، مصدر سابق، ص ١٣١.

(٣) المادة/ ٢٤٥ من قانون حمورابي، انظر د. عامر سليمان، مصدر سابق، ص ٢٧٠.

(٤) المادة/ ٢٤٦ من قانون حمورابي، المصدر السابق، ص ٢٧٠.

(٥) المادة/ ٢٦٣ من قانون حمورابي، انظر د. فوزي رشيد، مصدر سابق، ص ١٣٥.

١- الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، كما في حالة إعادة أملاك الهارب من الخدمة العسكرية عند عودته (م ٣١ من قانون حمورابي). والزام الدائن الذي يأخذ حبوب من عنبار المدين من دون علمه بإعادة تلك الحبوب (م ١٣ من قانون حمورابي). والزام متعدد البناء باعادة بناء الدار التي انهدمت بسبب عدم اتقان البناء لعمله (المواد ٢٣٢ و ٢٣٣ من قانون حمورابي).

٢- الحكم بالتعويض بمثل الشيء التالف أو الضائع أو المسروق. ويلاحظ أن القصد من هذه التعويضات هي لتهيئة ثورة المتضرر ومنعه من الانتقام من محدث الضرر إلى جانب ردع محدث الضرر.

ثانياً: التعويض العيني في القانون الروماني:-

لم يصل القانون الروماني في أية مدة من مدد تطوره إلى تقرير قاعدة عامة في المسؤولية المدنية، العقدية منها والتقصيرية، تقضي بأن كل من احدث ضرراً غير مشروع بالغير يُلزم بتعويض هذا الضرر. بل كانت هناك اعمال معينة تحددها النصوص القانونية، هي وحدها التي ترتيب المسؤولية^(١).

وبتطور الاحوال القانونية بصدور قانون اكويлиا (Lex Aquilia) سنة ٢٨٧ ق.م، قسم هذا القانون تلك الاعمال على ابواب ثلاثة. والذي يخصنا منه الباب الثالث، الذي يعطي للمتضرر حق اقامة الدعوى في الحالات جميعها التي يقع فيها تعدد على أي

^(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص ٢٧.

شيء سواء أكان هذا التعدي بالحرق او بالاتلاف او بالكسر^(١). أي الاعتداءات على الاشخاص من دون وجه حق وتسمى *injuria* - أي على وجه التعدي^(٢).

ونجد من اثار العقد في القانون الروماني، بأن للمعير دعوى على المستير بمثل الاشياء المعاشرة مقداراً ونوعاً، وليس المعير هنا دائناً بشيء معين بل شيء مثلي، فلا يسقط حقه اذا هلكت الاشياء المعاشرة قضاءً وقدراً عند المدين قبل انتقامته بها^(٣). وهذا هو معنى القاعدة الرومانية الشهيرة ((المثليات لاتهاك))^(٤).

وإذا كان القانون الروماني لم يعرف فكرة اساءة استعمال الحق، كما هي الان في القانون الحديث، فإنه في الواقع، لم يخلُ من وسائل لمحاربة اساءة استعمال الحق في حالات معينة^(٥). فأعد المالك الذي يقوم بحفريات في ملکه وسبب بذلك ضرراً لملك جاره مسؤولاً عن ذلك^(٦). وإذا بنى شخص بحسن نية في ملك غيره، كان البناء يؤول إلى مالك الأرض على ان يعوض هذا الاخير الباني عما انفق، فإذا كان مالك الأرض لاقبل له بدفع التعويض، ثبت للباني حق نزع مابناه على الاّ يمس بسلامة ملك صاحب الأرض^(٧).

(١) نفس المصدر السابق ونفس الصفحة.

(٢) د. محمد عبد المنعم بدر، ود. عبد المنعم البدراوي، مباديء القانون الروماني تأريخه ونظمها، مطبع دار الكتاب العربي بمصر، ١٩٥٤م، ص ٤٨٩.

(٣) د. هاشم الحافظ ومحمد طه البشير، القانون الروماني، ج ٢ في الاموال والالتزامات، بغداد، ١٩٨٨م، ص ١٦٩.

(٤) أي ان الاشياء المثلية موجودة دائمأ في السوق ومن الممكن الحصول عليها لاحلال بعضها محل بعض. د. صبيح مسكوني، القانون الروماني، ج ١، ط ٢، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧١م، ص ٥٢.

(٥) حسن كيره، رسالته في اساءة استعمال الحقوق في القانونين الفرنسي والمصري، باريس، ١٩٥٢م، المشار إليها في، د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه، ص ٣٣٠.

(٦) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٣٣٠.

(٧) انظر ماركوفيتش، رسالته في نظرية اساءة استعمال الحقوق في القانون المقارن، باريس، ١٩٣٦م. المشار إليها في، د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٣٣٠.

وفي علاقات الجوار، نص القانون الروماني: انه اذا اقام احدهم في ملكه منشآت تبعث الدخان الكثيف فوق ملك جيرانه لا لغرض سوى مضايقة هؤلاء الجيران، كان مسؤولاً عن ازالة ذلك^(١).

وعلى الرغم من ان البدل النقدي او الغرامة النقدية هي التي كانت مقررة في القانون الروماني، على إنها جزاء للافعال غير المشروعة التي تُلحق الغير وتصيبهم بالضرر^(٢). الا ان ذلك لا يبعد التعويض العيني، بازالة المخالفة، متى ما كان ذلك ممكناً.

الفرع الثاني

التعويض العيني في الشريعة الإسلامية

يتسم التعويض في الشريعة الإسلامية بفكرة موضوعية اساسها تعويض المال بعوض يساويه لا يقل ولا يزيد، فهو قائم على اساس ازالة الضرر^(٣). وهذا ما يعرف في الفقه الإسلامي "اي التعويض"، بالضمان^(٤)، وللضمان صور متعددة^(٥). بيد أن ابرز هذه

(١) انظر ماركوفيتش، مشار إليه في المصدر السابق، ص ٣٣١.

(٢) محمد حنون جعفر ال حمرة، الاعتبارات المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، رسالة ماجستير، كلية صدام للحقوق- جامعة صدام، لسنة ٢٠٠٠م، ص ١١.

(٣) د. علي الخيفي، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحث والدراسات العربية، من دون مكان طبع، ١٩٧١م، ص ٦. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مكتبة دار التراث، الكويت، ١٩٨٦م، ص ١٥٩.

(٤) الضمان هو، اشغال الذمة بالتعويض عن النّفّ و الالتفاف في الاموال والابدان. د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ج ١، ط ٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٢م، ص ١٦٦.

(٥) تحصر دراستنا هنا على الاعتداء على المال والذي يتمثل جزاؤه في الشريعة الإسلامية بالضمان، اما الجزاءات المترتبة على الاعتداء على نفس الانسان وجسمه فأمرها منوط بأحكام الديمة والارش وحكومة العدل والقصاص وبالامكان الرجوع اليها في كتب الفقه الإسلامي.

الصور هي: ضمان الغصب والاتلاف^(١). وقد عدّ الفقهاء الضمان في كلاًّ من الحالتين جزاءً مدنياً خالصاً، يقصد به مجرد جبر الضرر وحال من معنى العقوبة^(٢). وهو أقرب ما يؤدي المعنى المراد من مصطلح (المسؤولية المدنية) في الفقه الحديث^(٣). هذا بالإضافة إلى التعويض عن الأضرار التي تقع نتيجة التعسف في استعمال الحق. وسنتناول ذلك بالبحث تباعاً على النحو الآتي:-

اولاً: التعويض العيني في حالي الغصب والاتلاف:-

استمد الفقهاء أدلة قاعدي الغصب والاتلاف من الكتاب والسنة والاجماع، الدالة على وجوب احترام حق المالك في ماله وتداركه عند اتلافه. ومن تلک المدارک والادلة ما يأتي:-

(١) الغصب لغة ((أخذ الشيء ظلماً وقهرأً، وغصبه غصباً أي أخذه ظلماً وقهرأً فهو غاصب والشيء غصب ومحضوب)), ابن منظور، لسان العرب (المحيط)، دار لسان العرب، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٦٤٨ . والغصب اصطلاحاً ((هو الاستيلاء على حق الغير عدواناً))- عبد الجبار احمد شراره، احكام الغصب في الفقه الاسلامي، مؤسسة الاعلمي، بيروت، ١٩٧٥ م، ص ٣٦ .

الاتلاف لغة ((هو الهلاك، واتفاق فلان ماله اتلافاً اذا افاته، والتلف هو الهلاك والعطب وتلف معنى هلك))- ابن منظور، لسان العرب، المصدر نفسه، ص ٣٢٦ .

والاتلاف اصطلاحاً ((فهو اخراج الشيء من ان يكون منتفعاً به المنفعة المطلوبة عادة))- ابن جزي (محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي الكلبي ت ٧٤١هـ)، قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملاتين، بيروت، ١٩٨٥ م، ص ٣٣٢ .

(٢) د. محمد ابراهيم الدسوقي، تقدیر التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٧٢م، ص ٧٢ .

(٣) محمود شلتوت، الاسلام عقيدة وشريعة، ط٤، ١٩٩٧م، ص ٣٩٢ .

الدليل الاول/ القرآن الكريم:- ومن آياته:-

١- قوله تعالى:- ((فمن اعدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعدى عليكم))^(١).

نستدل من الآية الكريمة ان اتلاف مال الغير من دون رضاه اعتداء عليه، فهو مدلول الآية. وعندئذ يؤخذ من المعندي ما يماثل المخالف وليس هو الا المثل او القيمة، وذلك تعبير عن كونه ضامناً. ولا ينحصر مورد الآية الكريمة بالجنيات البشرية- على اعتبار ان تعبير الآية جاء بالاعتداء بالمثل، وain ذلك من الضمان ؟

وذلك لعدم اختصاص الآية بمورد القصاص بل تعم بطلاقها وعمومها الجنائيات البشرية والمالية المختلفة، وان جزاء الاعتداء قد يكون مقاصدة وقد يكون تضميناً^(٢)،

- ويحلل ((ابن قيم الجوزية)) وجاه تضمين المال لا اتلاف نظيره بقوله ((لأن المخالف ماله اذا اخذ نظيره صار كمن لم يفت عليه شيء وانفع بما اخذه عوض ماله، فاذا امكنه من اتلافه كان زيادة في اضاعة المال، وما يراد من التشفى واداقة الجاني المخالف فحاصل بالغرم غالباً))^(٣)، اما التعبير بالاعتداء عن المقاصدة او الضمان فللمشاكلة^(٤)، كقوله تعالى: ((وجزاءً سائلاً سائلاً مثلاً))^(٥).

^(١) الآية (١٩٤) من سورة البقرة.

^(٢) علي السيد عبد الكريم الصافي، الضمان في الفقه الاسلامي (أسبابه و مجالاته في العقود) - دراسة مقارنة، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، ١٩٧٥-٧٤م، ص١٠٧ . اصل الكتاب رسالة ماجستير - كلية الاداب جامعة بغداد، ١٩٧٤-١٩٧٥.

^(٣) ابن قيم الجوزية (ابو عبد الله محمد بن ابي بكر)، اعلام الموقعين عند رب العالمين، ج٢، ط١، مطبعة السعادة بمصر، ١٣٧٤هـ/١٩٥٥م، ص١٠٤ .

^(٤) البجنوردي (السيد ميرزا حسن الموسوي)، القواعد الفقهية، ج٢، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، ١٣٩١هـ/١٩٧١م، ص١٧ .

^(٥) الآية (٤٠) من سورة الشورى.

٢- قوله تعالى: ((وَانْ عَاقِبُتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَوْقَبْتُمْ بِهِ))^(١). وجده الاستدلال السابق اتٍ في هذه الآية أيضاً. ومن استدل بها على أن المتألفات تضمن بالجنس: ابن قيم الجوزية^(٢)، وابن حزم الظاهري^(٣).

الدليل الثاني/ السنة:-

١- قول النبي (ص): ((لَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ جَادًا وَلَا لَاعِبًا، فَمَنْ أَخْذَ عَصَا أَخِيهِ فَلَيْرِدَهَا))^(٤).

٢- ويجب رد المغصوب على مالكه وجوباً فورياً أجمعأً^(٥)، لقوله (ص): ((وَعَلَى الْيَدِ مَا أَخْذَتْ حَتَّى تُؤْدِي))^(٦)، مادامت العين باقية يمكن ردتها، سواء كانت على هيئتها يوم غصبها أم زائدة أم ناقصة^(٧).

(١) الآية (١٢٦) من سورة النحل.

(٢) ابن قيم الجوزية، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٣) ابن حزم الظاهري (أبو محمد علي بن احمد الاندلسي)، المحتوى، ج ٨، المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٣٥.

(٤) الطوسي الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن، المبسوط، ج ٣، مطبعة حيدري، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٥٩. ومن كتب الحديث كل من:- النوري الحاج ميرزا محمد حسين الطبراني، مستدرك الوسائل ومستبطن المسائل، ج ٣، مطبعة دار الخلافة، بيروت، ١٤٦٥هـ، ص ١٣٢١هـ. الترمذى أبو عيسى، صحيح الترمذى شرح ابن العرب، ج ٩، ط ١، المطبعة المصرية بالازهر، ١٣٥٠هـ، ص ٥.

(٥) ولاريب في أن الواجب أولاً إداء العين نفسها، لانشغال الذمة بها ابتداءً. فما دام المكلف متمنكاً من تأدية نفسها فلا تصل التوبة إلى تأدية بدلها. أما في صورة عدم التمكن فالواجب عليه دفع بدلها وعوضها. الشهيد السعید زین الدین البجعی العاملی ((الشهید الثانی ٩١١-٩٦٥هـ))، الروضۃ البھیۃ فی شریح اللمعۃ الدمشقیۃ، تعلیق السيد محمد کلانتر، ج ٧، ط ١، مطبوعات جامعۃ النجف الدینیۃ، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، ١٣٨٠هـ/١٩٦٨م، ص ٣٧ هـ ٥.

(٦) الامیر السيد محمد بن اسماعیل الكھلاني الصناعي (ت ١١٨٢هـ)، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج ٣، تعلیق محمد عبد العزیز الخلی، دار الجبل، بيروت، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، ص ٧٠.

(٧) الروضۃ البھیۃ فی شریح اللمعۃ الدمشقیۃ، مصدر سابق، ص ٣٦.

٣- وما استدل به، تغريم النبي (ص) احدى زوجاته- وقد كسرت إماء صاحبته-
إماء بدله قائلًا: ((إماء بإماء وطعام بطعام))^(١).

ويلاحظ بصدق هذا الحديث، ان بعض الكتاب^(٢) اكتفى بهذا الحديث للدلالة على التعويض العيني في الفقه الاسلامي، وبدورنا نتفق مع الرأي الآخر الذي اعده من طرق التعويض غير النقي^(٣).

٤- قول النبي (ص): ((من عمل عملاً ليس عليه امرنا فهو رد))^(٤)، وهذا الحديث من جملة ما استدل به ((ابن حزم الظاهري)) على وجوب الرد وضمان المثل قائلًا ((ولم يستثن عليه السلام عالماً من غير عالم، ولا مكلفاً من غير مكلف، ولا عاماً من غير عالم))^(٥).

٥- قول النبي (ص): ((لاضرر ولا ضرار))^(٦)، وهذا يعني وجوب دفع الضرر ورفعه وعدم اقراره^(٧).

(١) الامير الصناعي، سبل السلام شرح بلوغ المرام، المصدر نفسه، ص ٩٠٤. ورواه البخاري والترمذى وسمى الصاربة عائشة، وزاد فقال النبي (ص): ((طعام بطعام واء بإماء)). انظر تعليق التعليق على صحيح البخاري، الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني (المتوفى سنة ٤٨٥٢هـ)، ج ٥، ط ١، دار عمار الاردن، المكتب الاسلامي/ بيروت، ١٩٨٥م، ص ٧٧.

(٢) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص ٢٨٥.

(٣) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥١.

(٤) ابو عبد الله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، ج ٢، مطبعة دار احياء الكتب العربية، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٧.

(٥) ابن حزم الظاهري، المحتوى، ج ٨، المصدر نفسه، ص ١٣٥.

(٦) محمد بن يعقوب الكليني، الفروع للكافي، ج ٥، ط ٣، دار التعارف، بيروت، ١٤٠١هـ، ص ٢٨٠. وقد اقتبس المشرع العراقي هذه القاعدة الشرعية من الحديث الشريف بالنص عليها في المادة (٢١٦/١) من القانون المدني.

(٧) سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، الكتاب الاول، ط ٣، المطبعة الادبية، بيروت، ١٩٢٣م، ص ٢٩. المادة (١٩).

٦- قول النبي (ص): ((من اخرج من حده شيئاً فأصاب انساناً فهو ضامن))، وماروي عن الامام علي (ع) قوله: ((من اخرج رحأ من ركن داره فعقرت رجلاً ضمن)).^(١)

٧- وعن الامام جعفر الصادق (ع)، ان الرسول (ص) قال: ((من اخرج ميزاباً او كنيفاً، او اوتد وتدأ، او اوثق دابة، او حفر بئراً في طريق المسلمين، فأصاب شيئاً فعطب، فهو له ضامن)).^(٢)

الدليل الثالث/ الاجماع:-

نص بعض الاعلام على تسامم الفقهاء على مضمون قاعدي الغصب والاتلاف، وتكلموا فيها على انها من ارسال المسلمين^(٣). واستعمل الفقهاء مصطلحي: المثل^(٤)، والقيمي^(٥) للدلالة على نوع التعويض^(٦) عيناً أ كان أم نقداً. اذ ذهب غالبية الفقهاء

(١) ابن حزم الظاهري، المحيى، ج ١٠، المصدر نفسه، ص ٥٢٦-٥٢٧.

(٢) الطوسي الشيخ ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي، تهذيب الاحكام، ج ١٠، مطبعة النعمان، النجف الاشرف، بلا سنة طبع، ص ٢٣٠. الحر العاملی الشيخ محمد بن الحسن، وسائل الشيعة الى تحصیل مسائل الشريعة، ج ١٩، دار احياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٨٢. النوري الحاج میرزا محمد حسین الطبری، مستدرک الوسائل ومستبیط المسائل، المصدر نفسه، ص ٢٦٩.

(٣) البنجوردي، مصدر سابق، ص ١٧. لمزيد من مصادر الفقه الاسلامي ومناقشتها انظر، علي السيد عبد الحکیم الصافی، مصدر سابق، ص ١١٣.

(٤) المثل ((وهو المتساوي الاجزاء والمنفعة المتقا رب الصفات الذي تتفاوت به القيمة زيادة ونقيصة، مثل الحنطة والشعير او كانت امثاله كثيرة، مثل الظروف المصنوعة بالمكان)). الروضۃ البهیۃ في شرح المعنة الدمشقیۃ، المصدر نفسه، ص ٣٦.

(٥) القيمي ((الملايكون له مماثل في الاوصاف والجهات التي بها المآلية زيادة ونقيصة. وهذا يختلف بحسب الا زمان والبلدان. فالثواب وان كان معدوداً من القيمي الا انه في عصرنا الحاضر مع وجود هذه المعامل يعد مثیاً. ومن هنا يظهر ان تعريف المثل بـما تتساوى اجزاؤه من حيث القيمة ناظر الى الغالب)). المصدر السابق، ص ٣٨ هـ ٥.

ال المسلمين الى انه، اذا كان للعين التالفة في الخارج مایماثها من حيث الاوصاف الموجبة لاختلاف القيمة زيادة ونقيسة وجب على المكلف دفعها الى مالكها، لانه اقرب عند العرف والعقلاء الى رد العين^(٢)، فاذا لم يتمكن المكلف من رد نفسها وجب رد ماثها^(٣). واما اذا لم يكن لها في الخارج مماثل فالواجب على المكلف دفع قيمة العين لانها اقرب الى العين بنظر العرف. وهذا هو معنى قول "الفقهاء رضوان الله عنهم": (ان البدل في الواجب هو المثل في المثليات، والقيمة في القيمتيات)^(٤).

وجاءت مجلة الاحكام العدلية بأحكام الفقه الحنفي، فوضعت القواعد القانونية العامة في التعويض، ووضعت تعاريف متقدمة في التعويض العيني والتعويض النقدي، على حد سواء. فالمادة (١٤٥) من المجلة نصت على ان ((المثلي ما يوجد مثله في السوق من دون تفاوت يُعتد به)). وجاءت المادة (١٤٦) منها بتعريف القيمي اذ نصت بأن ((القيمي ما لا يوجد له مثيل في السوق او يوجد لكن مع التفاوت المعتمد به في القيمة)). وقضت المادة (٨٩٠) من المجلة بأنه ((يُلزم الغاصب في الاصل برد المغصوب عيناً))، في حين قضت المادة (٥٣) منها بأنه ((اذا بطل الاصل يُصار الى البدل)).

كما قضت المادة (٨٩١) من المجلة بأنه ((اذا استهلك الغاصب هذا المال او تلف او ضاع بتعديه او من دون تعديه كان عليه اعطاء مثله ان كان من المثليات، واعطاء قيمته ان كان من القيمتيات)). وحددت الفقرة الاولى من المادة (٩٠٠) من المجلة بأنه

(١) لمزيد من التفصيل في ضمان المثلي والقيمي وواجه الاستدلال ومناقشة الادلة والرد عليها، انظر، على السيد عبد الحكيم الصافي، مصدر سابق، ص ٣٤٥.

(٢) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، المصدر نفسه، ص ٣٧ هـ ٥.

(٣) ليس للمثل حقيقة شرعية او مترتبة، بل هو بمعناه اللغوي والعرفي وهو المماثل. انظر، المصدر السابق، ص ٣٧ هـ ٥.

(٤) يجب على السارق اعادة العين المسروقة، وان ثفت اغرم ماثها او قيمتها ان لم يكن لها مثيل وان نقصت عليه ارشى النقصان". انظر في هذا المعنى "ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الاسلام في مسائل الحال والحرام، ج ٤، الطبعة المحققة الاولى، النجف الاشرف، ١٩٦٩ م، ص ١٧٨.

((لا يكفي اداء الشيء المغصوب عيناً وحده احياناً. فإذا طرأ عليه نقصان بسبب تغيير اسعاره في السوق فلا ضمان على الغاصب. اما اذا كان النقص بسبب استعمال الغاصب او صنعه، فعلى الغاصب ضمان مقدار هذا النقصان)).

وذهب الماده (٩٠٣) منها لقوله، بأنه ((وفوق رد الاصل مع تعويض النقصان عند وجوده، يلزم الغاصب ان يرد الزيادة المتولدة من المغصوب))^(١).

والقضاء العراقي له تطبيقات متعددة في موضوع الترققة بين القيمي والمثلي، اذ قضت محكمة التمييز بأنه اذا كان المال المغصوب من المثليات فعلى الغاصب ان يعيد مثل المال المغصوب^(٢). كما قررت المحكمة نفسها، بأنه تقضى الديون بأمثالها، ولهذا لا يجوز الحكم بالدنانير اذا تعين الدين بالليرات^(٣).

ويلاحظ، أن الادلة من النص القرآني والسنة والاجماع، متوافرة وواضحة على ضمان الغصب والالتفاف، ضماناً عينياً. وذلك لاريب فيه لأن الواجب اداء العين نفسها، لانشغل الذمة بها ابتداءً فمادام المكلف متمكناً من تأدية نفسها فلا تصل النوبة الى تأدبة بدلها^(٤).

ثانياً: التعويض العيني في حالة التعسف في استعمال الحق:-

ونتناول معالجات الفقهاء لبعض تطبيقات التعويض العيني للاضرار التي تقع نتيجة التعسف في استعمال الحق، وذلك على الشكل الاتي:-

(١) مثلاً، لو اغتصب احد بيت نحل العسل مع نحلة واستردها المغصوب منه، يأخذ ايضاً العسل الذي حصل عند الغاصب. د. صبحي المحمصاني، مصدر سابق، ص ١٦١.

(٢) القرار رقم ١٩٤٢/٣١٤ في ١٩٤٢/٣/٢٨. ((اذا كان المغصوب من المثليات، فتلاف اوضاع، الزم الغاصب باعطاء مثل ماغصب ولا يصار فيه الى القيمة)). اشار اليه. د. حسن الخطيب، تعويض الاضرار المحدثة، البحث نفسه، ص ٤٠ هـ ١.

(٣) القرار رقم ١٦٥٠/ص ٩٤٩ في ١٩٤٩/١١/٢٢. مشار اليه في المصدر السابق، ص ٤٠.

(٤) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، المصدر نفسه، ص ٣٧ هـ ٥.

١- منع الاشراف على المنازل:-

استأثرت هذه المسألة بعنایة الفقهاء لما في ذلك من انتهاك لحرمة المسكن ومساس براحة ساكنيه، مستدلين في ذلك لقوله تعالى: ((وبالوالدين احساناً وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب))^(١). وجاء في الحديث الشريف قول الرسول (ص): ((لايؤمن احدكم حتى يحب لأخيه او لجاره مايحب لنفسه))^(٢). ومن صور ذلك:-

تعلية البناء، او فتح نافذة تطل على بيت الجار، فأن هذا التصرف يمنع، اذا كان من شأنه الاضرار بالجار. اذ جاء في المدونة الكبرى ((إن من بنى قصراً، او رفعها على جاره، او فتح فيها نوافذ تطل على جاره، يمنع من ذلك))^(٣). وجاء في تبصرة الحكام ((إذا ثبت ضرر الاطلاع، يحكم بسدتها. وان كان باباً فإنه يغلق غالقاً حسيناً، وتقلع منه العتبة، لئلا يكون حجة عند تقادم الزمان))^(٤)، وفيه ايضاً ((ان من احدث على جاره كوه للضياء، فقام جاره عليه من ذلك فإنه ينظر : فإن كان فيه ضرر بجاره منع واغلق))^(٥). وذهب "ابن جزي" الى انه ((من فتح نافذة يكشف منها على جاره فإنه يؤمر بسدتها او سترها))^(٦).

^(١) الآية (٣٦) من سورة النساء.

^(٢) الامام مسلم بن الحاج بن مسلم القشري النيسابوري ابو الحسين حافظ، صحيح مسلم، بشرح النووي الشافعى، تحقيق عبد الله احمد ابو زينة، المجلد الاول، مطبع الشعب، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٢٢٠.

^(٣) الامام مالك بن انس الاصبحي (ت ١٧٩هـ)، المدونة الكبرى، ج ٦، دار صادر، بيروت، مصورة عن طبعة مطبعة السعادة بمصر، ١٣٢٣هـ، ص ١٩٧.

^(٤) القاضي برهان الدين ابراهيم المالكي المدنى (ت ٧٩٩هـ)، تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام، ج ٢، بدون مكان طبع وبلا سنة طبع، ص ٣٥٦.

^(٥) المصدر السابق، ص ٣٦٠.

^(٦) ابن جزي، مصدر سابق، ص ٢٩٢.

واستحسن متأخروا الحنفية ذلك^(١)، اذا كانت النافذة تؤدي الى الضرر او تشرف على مجلس النساء^(٢). وهذا كله فيما اذا لم يعتد فعلاً على جاره بنظر متعمد ونحوه، فإن فعل ذلك فإنه يؤدب زيادة على سد النوافذ والابواب المشرفة^(٣).

وجاء في المغني ((ليس للرجل التصرف في ملکه تصرفًا يضر بجاره نحو ان يبني فيه حماماً بين الدور او يفتح خبازاً بين العطارين او يجعله دكاناً قصارة يهز الحيطان ويخربها او يحفر بئرا الى جانب بئر جاره يجذب ماءها))^(٤).

وجاء في كتاب منهاج الصالحين ((يجوز لكل مالك ان يتصرف في ملکه ما يشاء ما لم يستلزم ضرراً على جاره والا فالظاهر عدم جوازه كما اذا تصرف في ملکه على نحو يوجب خللاً في حيطان دار جاره او حبس ماء في ملکه بحيث تسري الرطوبة الى بناء جاره او احدث بالوعة بقرب بئر الجار فأوجب فساد ماؤها او حفر بئر بقرب بئر جاره فأوجب نقصان ماؤها. والظاهر عدم الفرق بين ان يكون النقص مستنداً الى جذب

(١) في حين ان المتقدمين من ائمة الحنفية في القرن الثاني للهجرة، قد قرروا ان الاصل للمرء ان يتصرف في ملکه كيف يشاء ولو اضر بالغير ضرراً فاحشاً. ((روي عن ابي حنيفة، ان رجلاً شكا اليه من بئر حفرها جاره في داره. فقال احفر في دارك بقرب البئر بالوعة، ففعل، فنجست البئر، فكبسها صاحبها. ولم يفته بمنع الحفر بل هدأه الى هذه الحيلة)). شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ١٥، ط ٢، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٢١. اما المتأخرون من الحنفية، فقد وجدوا ابتداءً من القرن السادس الهجري، ان الحياة في المجتمع تتطلب الحد من حق الملكية، فقيدوا استعماله- على خلاف القياس- بشرط عدم احداث ضرر بين للغير. انظر تفصيل ذلك مع الامثلة والادلة:- د. سليمان مرقس، الوفي، المصدر نفسه، ص ٣٥٧-٣٦٣.

(٢) محمد بن علي بن محمد علي الملقب بعلا الجعفري (ت ١٠٨٨هـ)، رد المختار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، ج ٤، مطبعة دار احياء الكتب العربية الكبرى، بلا سنة طبع، ص ٤٠٢-٤٠١.

(٣) سليمان بن عمر بن منصور المعروف بالجمل (ت ١٢٠٤هـ)- حاشية الجمل على المنهج، ج ٥، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٦٥.

(٤) الامامان موفق الدين بن قدامة وشمس الدين بن قدامة المقدسي، المغني، ج ٥، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٣م، ص ٥١.

البئر الثانية ماء الاولى وان يكون مستنداً الى كون الثانية اعمق من الاولى. نعم لامانع من تعلية البناء وان كانت مانعة من الاستفادة من الشمس او الهواء^(١).

وعلى غرار الشريعة الاسلامية، عنت مجلة الاحكام العدلية كثيراً في التزامات الجوار، إذ قيدت حق المالك في تصرفه بملكه بقيد عدم الاضرار الفاحش بالجار^(٢). ومن امثلة مانصت عليه في ذلك الشأن، ان يقيم المالك جداراً عالياً يحجب النور والهواء كليه عن ملك جاره^(٣). او ان يتخذ شخص في اتصال دار دكان حداد او طاحونة بحيث يحصل ضرر للبناء من طرق الحديد او دوران الطاحونة، او ان يحدث فرناً او معصرة لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأديه من الدخان او المعصرة^(٤). او ان يفتح مطلاً على نساء جاره^(٥). فهذا كله ضرر فاحش يلزم دفعه وازالته. وكما لو احدث رجل بناء مرتفعاً في قرب بيت آخر وسد مهب ريحه، فإنه يكلفه رفعه للضرر الفاحش^(٦). وان سد الضياء بالكلية ضرر فاحش، فاذا احدث رجل بناء فسد بسببه شباك جاره وصار بحال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة، فله ان يكلفه برفعه للضرر الفاحش^(٧).

يبدو من الاراء الفقهية المعروضة آنفاً، ان التزام الجوار في الشريعة الاسلامية تكليف على المالك بسبب ملكيته لعين معينة يوجب عليه عدم الاضرار بالجار بسبب ما

(١) السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي، منهاج الصالحين في المعاملات، ج ٢، ط ٨، مطبعة النعمان، النجف الاشرف، ١٣٩٧هـ، المسألة رقم ٧٢٦، ص ١٧١.

(٢) عرفت المادة (١١١٩) من المجلة، الضرر الفاحش بأنه ((كل ما يمنع الحوائج الاصلية، يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى، او يضر البناء أي يجلب له وهذا يكون سبب انهدامه)).

(٣) المادة (١١٩٨) من المجلة. تقابلها المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي.

(٤) المادة (١٢٠٠) من المجلة.

(٥) المادة (١٢٠٢) من المجلة.

(٦) المادة (١٢٠٠) من المجلة.

(٧) ولا يقال الضياء من الباب كافٍ لأن باب البيت يحتاج الى غلقه للبرد وغيره من الاسباب. المادة (١٢٠١) من المجلة.

ينشأ عن واقعة الجوار من تنازع بين الحقوق العينية المجاورة. وعليه يجب الضمان بإزالة الضرر عيناً^(١)، ويُجبر المتألف باعادته صحيحاً كما كان، متى كان ذلك ممكناً. فالشرعية الإسلامية تأبى ان يكون تصرف الشخص بسبب ملكيته لعين معينة مصدراً للضرار بالآخرين. لذلك فإن رؤية المحل الذي هو مقر النساء وكصحن الدار او المطبخ تعد ضرراً فاحشاً، يؤمر محدثه برفعه^(٢). كما ان فتح شباك على دار المجاورة يعدّ ضرراً اذا كان يحد من تصرف صاحب الدار في ملكه^(٣). وان فتح نوافذ مطلة على حديقة الجار يعدّ ضرراً فاحشاً ويجب ازالته^(٤).

٢- وعلى سبيل الاستدلال، نجد في قضايا الاحوال الشخصية تطبيقاً للتعويض

العيني في حالة التعسف في استعمال الحق، ومن صور ذلك:

أ- الفيء من الآلياء:- الآلياء لغةً: الحلف. وشرعًا: حلف زوج على الامتناع عن وطء زوجته مطلقاً او اكثر من اربعة اشهر، وهو حرام للياء^(٥).

ودليل تحريمها قوله تعالى ((الذين يؤلون من نسائهم تربصُ اربعة اشهرٍ فإن فاعوا فإنَّ اللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ))^(٦). وبغية ازالة هذا الضرر ذهب الفقهاء الى ان على الزوج

(١) المادة (٢٠) من المجلة تنص على ان ((الضرر يزال)) اصل هذه القاعدة الحديث الشريف ((الاضرر ولا ضرار)) وقد مر تخریج هذا الحديث في ص ٤٨ من هذه الرسالة. وانظر . سليم رستم باز اللبناني، مصدر سابق، ص ٢٩ المادة (١٩).

(٢) المادة (١٢٠٢) من المجلة.

(٣) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٧، حقوقية/ ١٩٦٨. اشار اليه، القاضي ابراهيم المشاهدي، المباديء القانونية في قضاء محكمة التمييز، بغداد، ١٩٨٨، ص ٤٥٩ و ٤٦٠.

(٤) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٧٦٣ / حقوقية/ ١٩٦٥. مشار اليه، في المصدر السابق، ص ٤٥٥.

(٥) ابو الوليد محمد بن احمد ابن رشد (ت ٤٥٢٠ هـ)، المقدمات الممهدات، ج ٢، مكتبة المتنى، بغداد، بلا سنة طبع، ص ٤٧٨.

(٦) الآية (٢٢٦) من سورة البقرة.

مجامعة زوجته بعد مضي اربعة اشهر او يطلقها^(١). فهنا نلاحظ ان السبب المولد للضرر هو ترك الجماع، لذلك يجبر على العودة الى ما كانت عليها الحال قبل الابلاء^(٢).

ب- مراجعة المطلقة طلاقاً رجعياً:-

ومما يمثل التعويض العيني بالمعنى الدقيق، الرجعة في الطلاق. وذلك بأن يراجع المطلق رجعياً مطلقته في العدة، إذ ذكر الفقهاء ان المتعة تسلية للزوجة عن المفارق. ثم ذكروا، ان تعويضها بإعادتها الى الحياة الزوجية اعظم من فراقها وإمتناعها^(٣).

ج- قضاء الزوج نصيب الزوجة من القسم اذا فوته:-

القسم هو العدل بين الزوجات في البتوة، وعليه يجب على الزوج ان يبيت عند كل واحدة مثل ما يبيت عند ضرتها^(٤). ويحرم على الزوج ان يدخل في نوبة واحدة على الاخرى لغير ما ضرورة او حاجة تدعو الى ذلك، فأن كان هناك ضرورة كعيادتها لمرض مخوف، او شدة طلاق، او خوف او نهب او حرق جاز. لكن يشترط الا يطيل المكث، فإن طال قضى لضرتها مثل وقت العيادة، ولو اكرهه السلطان على الخروج من ليلتها جاز، لأنه موضع ضرورة وعليه القضاء للآخرى، كما يترك الصلاة اذا اكره على تركها وعليه القضاء^(٥). وذهب الامام احمد بن حنبل لقول ((ان الرجل ان سافر

(١) ابن حزم الظاهري، المحلى، ج ١٠، المصدر نفسه، ص ٤٢. ابن رشد، المقدمات الممهدات، المصدر نفسه، ص ٤٨٠.

(٢) انظر، د. فاروق عبد الله كريم البرخي، الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة بغداد، ١٩٩٠م، ص ٧٨.

(٣) محمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)، نيل الاوطار شرح منقى الاخبار من احاديث سيد الابرار، ج ٤، مطبعة دار الجليل، بيروت، ١٩٧٣م، ص ٢٩.

(٤) ابن جزي، مصدر سابق، ص ١٨٤.

(٥) عبد القادر بن عبد الكريم الورديغي، سعد الشموس والاقمار، شركة الشرق للطباعة المحدودة، بغداد، ١٩٨٩م، ص ١٠٨.

بإحدى زوجاته وكان اختياره لها عن طريق القرعة، فلا قضاء عليه، أما إذا لم يقرع فعليه القضاء^(١).

د- قطع التمادي في الخطبة:-

ذهب ابن حزم الظاهري إلى أن، ((المخطوبة إذا ردت الخطاب، عليه قطع الخطبة، لأن تماديها في ذلك يضر بها))^(٢).

ويتبين مما سبق أن الفقهاء، عرّفوا التعويض العيني، وهذه الصور بشكل عام، تدرج ضمن القواعد الفقهية، التي تقضي برفع الضرر وازالته.

ونختتم هذا الفرع بالقول مع ما ذهب إليه الاستاذ شفيق شحاته ((من ان التعويض في الشريعة الاسلامية يهدف إلى الموازنة بين الذمتين الماليتين بإعادة مانقص من الذمة المالية المتضررة إلى الحالة التي كانت عليها))^(٣).

(١) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج ٥، تحقيق شعيب الارنؤوط، ط ٤، مدرسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الاسلامية/الأردن، ١٩٨٦م، ص ١٥٢.

(٢) ابن حزم الظاهري، المحتوى، ج ١٠، المصدر نفسه، ص ٣٤.

(٣) شفيق شحاته، النظرية العامة للاتصالات في الشريعة الاسلامية، ج ١، بلا مكان طبع ولا سنة طبع، ف ٢٣٣.

المطلب الثاني

التعويض العيني في التشريعات الحديثة

نريد بالتشريعات الحديثة تلك التشريعات التي صدرت بعد صدور تفنين نابليون (عام ١٨٠٤م) حتى ولو كان قد مضى على صدورها مائة عام او اكثر^(١). وينطوي تحت دراسة هذا المطلب دراسة التشريعات الغربية الحديثة والتشريعات العربية الحديثة وذلك بفرعين وعلى النحو الاتي:-

الفرع الاول

التشريعات الغربية الحديثة

تفيد التشريعات عادةً المبدأ العام القاضي بالتعويض عن كل ضرر غير مشروع اصاب الغير، من دون بيان نوع التعويض. بل انماطت ذلك لسلطة القاضي^(٢)، وسنتناول بالدراسة ابرز تلك القوانين وذلك على النحو الاتي:-

اولاً: القانون المدني الفرنسي (تفنين نابليون الصادر في عام ١٨٠٤م):-

تستند المسؤولية التقصيرية في هذا القانون على المواد (١٣٨٦-١٣٨٢) منه. ومن استقراء هذه النصوص^(٣) يظهر جلياً بأن نص المادة (١٣٨٢) - سالف الذكر^(٤) - هو الذي يبحث التعويضات المدنية. ونجد ان المشرع الفرنسي اورد في هذه المادة (١٣٨٢)، مبدأً عاماً يقضي بتعويض الضرر من دون بيان طريقة التعويض. وبعبارة

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف ٥٩ ص ٤٩.

(٢) انظر الفصل الاول من الباب الثاني من هذه الرسالة.

(٣) إذ قضت (م ١٣٨٣ منه) بمساعدة كل شخص صدر عنه اهمال او تقصير، اما المواد التالية فقد عرضت لصور المسؤولية التقصيرية سواء [اکانت مسؤولية انسان عن فعل الغير (م ١٣٨٤)، أم مسؤولية انسان عن اذى الحيوان (م ١٣٨٥)، او مسؤولية الانسان عن الاشياء غير الحية (م ١٣٨٦)]. انظر: د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ف ٣٥ ص ٣٢.

(٤) المادة مشار اليها سابقاً في الطلب الاول من المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة.

اخرى ان المشرع الفرنسي في هذا النص اطلق مفهوم عبارة التعويض "Riparer" من دون تحديد. بيد إن هذا الامر لا يمنع من الحكم بالتعويض العيني، على الرغم من تردد الفقه والقضاء في تأييد او انكار التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية^(١).

وكذلك هو الحال في المسؤولية العقدية، إذ إن نص المادة (١١٤٢) سالفة الذكر^(٢) لا تستبعد الحكم بالتعويض العيني في كل مرة يكون فيها هذا التعويض اقرب الى تحقيق العدل من التعويض النقدي^(٣).

وقد أجاز المشرع الفرنسي الاخذ بطريقة التعويض العيني صراحةً، عندما نص في المادة (٨٠٩) من قانون المراقبات المدنية الفرنسي على انه:- (يجوز دائمًا لرئيس المحكمة ان يأمر بصفة مستعجلة باتخاذ اجراءات اعادة الحالة الى اصلها... لوقف التعرض الواضح لعدم مشروعيته)^(٤).

(١) انظر المبحث الاول من الفصل الاول وانظر المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الاول من هذه الرسالة.

(٢) المادة مشار اليها سابقاً في المطلب الثاني في المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة.

(٣) انظر المطلب الثاني في المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الاول وانظر الفرع الاول من المطلب الاول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الاول من هذه الرسالة.

(٤) Starck: Droit civil , T2, 1ed, Paris, 1985, P468, n 1050.

ثانياً: قانون الالتزامات السويسري (صدر في عام ١٨٨١م):-

تنص المادة (٤١) من هذا القانون على انه (كل من يحدث عمداً ضرراً بالغير، بأعمال مخالفة للآداب، يلزم بإصلاح هذا الضرر)^(١). وتنص المادة (٤٩/٢) من القانون نفسه بأنه (يجوز للقاضي أن يحل أو يضيف إلى هذا القانون طريقاً آخر من طرق التعويض)^(٢). ويتبين من هذه النصوص جواز الحكم بالتعويض العيني، على الرغم من عدم وجود نص صريح بذلك.

ثالثاً: القانون المدني الإسباني:-

نهج المشرع الإسباني على منوال القانون المدني الفرنسي نهجه، فالمادة (١٩٠٢) من القانون المدني الإسباني تضمنت حكماً عاماً يقضي بأن، ((كل فعل أحدث ضرراً للغير يلزم فاعله بتعويض الضرر سواء تسبب بعمل ام بامتناع عن عمل))^(٣).

رابعاً: القانون المدني الألماني الاتحادي (السنة ١٩٠٠):-

منح هذا القانون التعويض العيني المرتبة الثانية بنصه في المادة (٢٥٣) بأنه (يكون التعويض بوساطة النقد، وللإطراف أن يتفقوا على أسلوب آخر للتعويض وذلك بإعادة الشيء إلى مكان عليه بالعمل)^(٤).

^(١) انظر: حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، ط١، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٦٠، ص ٥٧١.

^(٢) انظر: ابراهيم محمد شريف، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩، ص ٢٣٠.

^(٣) انظر: المصدر السابق، ص ١٣٥.

^(٤) انظر: نظام جبار طالب الموسوي، فكرة الضرر الجمالي - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية صدام للحقوق، جامعة صدام، ٢٠٠٠م، ص ٣٣.

خامساً: القانون الانكليزي:-

اشار القانون الانكليزي الى التعويض العيني وذلك بإزالة الضرر، عند تنظيمه لاحوال متاعب الجوار. إذ نص على انه (اذا احدث أحد الجيران ضرراً مستديماً وجدياً وغير عادي- وعلى الاخص اذا كان بسبب حرفته- فإنه يلزم بتعويض هذا الضرر او ازالة اسبابه)^(١).

الفرع الثاني

التعويض العيني في التشريعات العربية الحديثة

لفرض الوقوف على الوضع القانوني للتشريعات العربية الحديثة سنقسم هذا الفرع على فقرتين نبين فيها التعويض العيني في المباديء العامة للتشريعات ثم التشريعات الخاصة بالتعويض العيني. وذلك على النحو الآتي:-

اولاً: المباديء العامة في التعويض العيني:-

تقرر القواعد العامة بأنه يقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه او ان تحكم بأداء امر معين او برد المثل في المثلثات وذلك على سبيل التعويض (الفقرة الثانية من المادة ٢٠٩ مدني عراقي)^(٢)، مطابقة للقوانين مصرى، سوري، اردني، ليبي، كويتى،

^(١) انظر: حسين عامر، مصدر سابق، ص٥٧٥.

^(٢) تقابلها المادة (٤٣٥) من مشروع القانون المدني العراقي - طبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٦م.

لبناني^(١). وبذلك اتجهت هذه التقنيات لاقرار مبدأ التعويض العيني صراحة^(٢)، ومنحته المرتبة الثانية بعد التعويض النقدي وذلك ضمن سلطة القاضي التقديرية^(٣).

ويُعطي القانون المدني العراقي، حقاً للدائن في تعويضه عينياً، اذ تنص عليه المادة (٢٥٢) منه، بأنه ((اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام جاز للدائن ان يطلب ازالة مأوقع مخالفاً للالتزام مع التعويض اذا كان له محل))^(٤). ويلاحظ من نص هذه المادة بأنه، اذا كان مؤدي الالتزام ان يمتنع المدين عن اقامة بناء، فأن قيامه بالبناء يجبر الدائن ان يطالب بهدم البناء، وتلك هي اعادة الشيء الى اصله^(٥). ومن جهة اخرى، قد تقتصر المحكمة على الحكم بالتعويض من دون الازالة، وذلك كما في حالة ما اذا كان الحكم بالازالة من شأنه ان يلحق بالدائن ضرراً جسيماً، مثل ذلك: - ان يقيم الجار بناء ويحول بحسن نية على جزء ضئيل من ارض جاره، فيجوز للباني ان

(١) المواد (٢/١٧١) مدني مصري) و (١٧٢ مدني سوري) و (٢٦٩ مدني اردني) و (١٧٤ مدني ليبي) و (٢٤٣ مدني كويتي) و (١٣٦ قانون الموجبات والعقود اللبناني). كما زاد النص العراقي على النصوص المقابلة عبارة ((ان جاز الحكم برد المثل في المثليات)). وذلك عملاً بحكم الشريعة الاسلامية الذي جاءت به المادة (٨٩١) من مجلة الاحكام العدلية، المشار اليها آنفاً في المطلب الاول من المبحث الثاني من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة.

(٢) وخاصة المشرع اللبناني اذ نص في المادة (١٣٦) موجبات على انه ((يحق للقاضي ان يلبسه شكلاً يكون اكثر موافقة لمصلحة المتضرر، فيجعله حينئذ عيناً، ويمكن ان يكون على الخصوص بطريق النشر في الجرائد)). انظر: زهدي يكن، المسؤولية المدنية او الاعمال غير المباحة، ط١، شركة الطبع والنشر اللبنانية، المكتبة العصرية، بيروت، بلا سنة طبع، ف٦٦ ص ١٣١.

(٣) ونجد ان المشرع الجزائري، ترك امر تعيين طريقة التعويض للقاضي وبحسب ظروف الدعوى. اذ نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني الجزائري على انه ((يُعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف)). مما يعني بأن التعويض العيني، ضمن صلاحية القاضي للحكم لجبر الضرر بحسب الظروف. انظر: د. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة، ط١، دار الحادثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٥، ص ٢٢٠. اصل الكتاب اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر.

(٤) وتقابلاً لها المواد (٢١٢ مدني مصري) و (١٧٣ مدني جزائري) و (٣/٢٥٠ موجبات لبناني).

(٥) انظر: حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط١، مطبعة شركة مساهمة، القاهرة، ١٩٥٦م، ص ٥٢٩.

يجب الجار على أن يتنازل عن ملكية الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل^(١).

وجاء نص المادة (٢٥٥) من القانون المدني العراقي، التي تصدرت أحكام التنفيذ بطريق التعويض، بمبدأ عام لا يشترط في التعويض أن يكون نقدياً. اذ قضت هذه المادة بما يأتي ((ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الاحوال وطبقاً لاحكام التي نص عليها القانون))^(٢). ولم يرد في القانون نص اخر يتطلب من التعويض أن يكون مقداراً من النقود^(٣). ومثال ذلك:- في حالة التزام شخص بالمحافظة على شيء وتسليمها، اذا اصاب الشيء تلف بخطأ المدين، فإن التعويض في هذه الحالة، قد يشتمل على قيام المدين باصلاح التلف الذي اصاب الشيء، وفي هذه الحالة تكون بصدق تعويض عيني لاتعويض نقدي.

ومن تطبيقات فكرة التعويض العيني في القانون المدني العراقي، ما قضت به المادة (٤١) بالقول بأنه ((لكل من نازعه الغير في استعمال لقبه بلا مبرر وكل من انتحل الغير لقبه ان يطلب وقف هذا التعرض وان يطلب التعويض اذا لحقه ضرر من

(١) وهذا مانصت عليه المادة (٩٢٨) من القانون المدني المصري. انظر: الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج، ٢، ف ٤٤٠ ص ٧٩٩. وما تجدر الاشارة اليه ان القانون المدني العراقي قد خلا من نص يماثل حكم القانون المصري هذا. ويقتصر نزع الملكية ومهما كان مساحة او حجم الملك او العقار فقط للمصلحة العامة نظير تعويض عادل. انظر: رابعاً من المطلب الثالث من المبحث الاول من الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة.

(٢) كما نص القانون المدني المصري في المادة (٢١٥) على انه ((اذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عيناً، حكم عليه بالتعويض)). من دون ان تتحتم هذه المادة ان يكون التعويض نقدياً. انظر: د. عبد الوهود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الثاني في احكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م، ف ٢٥ ص ٤٣.

(٣) انظر: الاستاذ عبد الباقى البكري، ج ٣ في احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص ١٣٥.

ذلك^(١)). فوق التعرض يعُد تعويضاً عينياً^(٢). ونص المادة (١٩٢ مدني عراقي) الذي يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه...، فرد المال المغصوب يعُد تعويضاً عينياً. ومقتضت به المادة (٩١١) من القانون المدني العراقي^(٣)، من ان يطالب رب العمل بازالة المخالفة الواقعة من العامل بإخلاله بتعهد من عدم المنافسة ولحق رب العمل ضرر من ذلك. وما قضت به المادة (١٠٨٤ مدني عراقي)، من اجبار صاحب السفل الذي هدم سفله تعدياً على اعادة بنائه. وكذلك مانصت عليه المادة (٢/١٠٨٨ مدني عراقي)^(٤) بأنه ((وإذا انهم الحائط المشترك واراد احدهما اعادة بنائه وابي الآخر يجر الابي على البناء. ويجوز لشريكه بإذن المحكمة ان يعيد بناءه، وان يرجع على الابي بنصيبيه من نفقات البناء)). فاللزم الشريك بإعادة بناء الحائط هو تعويض عيني^(٥). كما وقضت المادة (١١١٩ مدني عراقي)^(٦)، بإعطاء صاحب الارض حق طلب قلع المغروبات او المنشآت الاخرى التي اقيمت على ارضه ومن يعلم انها ليست ملكاً له. فالحكم بقلع المنشآت على نفقة المحدث يعُد تعويضاً عينياً^(٧).

واخيراً، يجوز للمحكمة اذا رأت ان التعويض العيني غير كافٍ ان تحكم بالإضافة إليه بتعويض نقيدي^(٨)، وخاصة التعويض عن المدة الواقعة بين وقوع الضرر وازالته

(١) تقابلها المواد (٦٨ من مشروع القانون المدني العراقي) و (٥١ و ٥٢ مدني مصري) و (٥٣ و ٥٢ مدني سوري) و (٥٠ ليبي).

(٢) د. حسن علي الذنون، المبسط، المصدر نفسه، ف ٤٠١ ص ٢٨٠. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٠.

(٣) تقابلها المواد (٦٨٦ مدني مصري) و (٦٥٣ سوري) و (٦٨٥ ليبي).

(٤) تقابلها المادة (١٧٢) من مشروع القانون المدني العراقي.

(٥) د. حسن علي الذنون، المبسط، المصدر نفسه، ف ٤٠١ ص ٢٨٠. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٠.

(٦) تقابلها المادة (٢٠٠) من مشروع القانون المدني العراقي.

(٧) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ف ٤٠١ ص ٢٨٠. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٠.

(٨) الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج ٢، المصدر نفسه، ف ٤٤٠ ص ٧٩٩.

فأن هذه المدة لا يمكن ان يعوض عنها عيناً لذلك يعوض المتضرر عنها بمبلغ من النقود.

ثانياً: التعويض العيني في التشريعات الخاصة:-

حظي التعويض العيني بتنظيم شرعي خاص في العراق يتماشى مع اهمية هذه الطريقة من طرق التعويض، وستتناول في هذه الفقرة بحث احكامه في قانون الاستملك العراقي النافذ^(١)، وقرارات مجلس قيادة الثورة المتعلقة بالتعويض العيني^(٢) وذلك على النحو الاتي:-

أ) قانون الاستملك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ م النافذ:-

خصص قانون الاستملك الباب الثالث للتعويض، وافرد الفصل الاول منه للتعويض العيني، موزعها على مادتين هما (٢٩ و ٣٠) من هذا القانون. اذ اجاز في المادة (٢٩ منه) للمستملك ان يعوض المستملك منه ارضاً زراعية او بستاناناً معادلة من حيث القيمة ضمن حدود الوحدة الادارية للارض او البستان المطلوب استملكها او بمتلها خارج حدود الوحدة الادارية بموافقة المستملك منه^(٣). اما اذا كان العقار المطلوب استملكه من غير الاراضي الزراعية او البستانين فأنه قد اجاز للمستملك كذلك ان يعرض عقاراً او اكثر او حقوقاً عينية اصلية اخرى تعويضاً عن العقار المطلوب استملكه ولكنه اشترط في هذه الحالة موافقة المستملك منه. وقضت المادة (٣٠) من

(١) صدر قانون الاستملك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ م، وفق قرار مجلس قيادة الثورة رقم/٤٠٤/ في ٣١/١/١٩٨١ م ونشر في جريدة الواقع العراقية في العدد/ ٢٨١٧ بتاريخ ١٦/٢/١٩٨١ م.

(٢) قرارات مجلس قيادة الثورة العراقي، لها قوة القانون وفقاً للمادة ٤٢/أ من الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ النافذ.

(٣) الزمت ف ٢٩ من هذا القانون، المستملك بالتشاور مع وزارتي المالية والزراعة لتعويض المستملك منه في هذه الحالة.

هذا القانون بأنه: يتم تقدير قيمة العقارين او العقارات او الحقوق العينية الاصلية المطلوب استتمالكها والمعدة للتعويض بها من هيئة التقدير بتاريخ الكشف والتقدير ويكمel الفرق بين القيمتين - ان وجد - بمعدل من النقود^(١)، كما يجوز للمستملك منه تقسيط المبلغ المترتب بذمته عن الفرق بين القيمتين الى ما لا يزيد على خمسة اقساط سنوية وفي هذه الحالة تسجل معاملة المبادلة بدائرة التسجيل العقاري على ان يبقى العقار العوض به متقدلاً بحق امتياز لصالح المستملك لحين تسديد الاقساط كاملة.

يتضح من ذلك بأن قانون الاستملك فرق فيما اذا كان العقار المطلوب استتمالكه ارضاً زراعية او بستان او عقار من غير الاراضي الزراعية او البساتين، على ان يعوض المستملك منه عقاراً من نفس العقار المطلوب استتمالكه وضمن حدود الوحدة الادارية نفسها او بموافقة المستملك منه يعوض بعقار من النوع نفسه خارج الوحدة الادارية، على ان يكمel الفرق بين قيمة العقارات او الحقوق العينية الاصلية المطلوب استتمالكها والمعدة للتعويض بها، بمعدل من النقود، ان وجد هناك فرق. ولم يغفل القانون من التساهل مع المستملك منه، وذلك بتقسيط المبلغ المترتب بذمته عن الفرق بين القيمتين وبالطريقة التي وردت في هذا القانون.

ب) قرارات مجلس قيادة الثورة الخاصة بالتعويض العيني:-

١- نص قرار مجلس قيادة الثورة رقم /٨١٧/ بتاريخ ٢١/٦/١٩٨١م بأنه^(٢) لا يجوز تسجيل التصرفات العقارية على البساتين والاراضي الزراعية المملوكة ملكاً صرفاً للأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة (باستثناء الجمعيات التعاونية لبناء المساكن) الواقعة ضمن المرحلة قيد التنفيذ من التصاميم الاساسية، اذا كانت التصاميم

(١) فصل هذا القانون احكام التعويض النقدي واسس تقديره في المواد (٣١-٣٦) منه.

(٢) القرار منشور في جريدة الواقع العراقية بالعدد /٢٨٣٩/ في ١٣/٧/١٩٨١م.

المذكورة تقرر لها استعمالات غير زراعية، وتملك الى الدولة وتسجل باسم امانة العاصمة او البلديات ذات العلاقة (تبعاً لموقعها) ويتم التعويض عنها عيناً من اراضي الاصلاح الزراعي خارج حدود امانة العاصمة او البلديات. وان تعذر ذلك او عدم رغبة صاحبها في التعويض العيني يصار الى التعويض النقدي الذي يقدر بحسب اسس التقدير والتعويض المنصوص عليها في قانون الاستملك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ م من لجنة تشكل بأمر وزير الزراعة...

٢- اما قرار مجلس قيادة الثورة رقم/٩٠ بتاريخ ٢١/٨/١٩٩٦ م فأنه^(١)، حدد في المادة الاولى: أسس التعويض العيني عن العقارات المستملكة او المطفاً حق التصرف بها من اراضي الاصلاح الزراعي الشاغرة، بأن يكون التعويض العيني بذات مساحة الارض الزراعية او البستان المستملكة او المطفاً حق التصرف فيها اذا كانت مساحة الارض المعرض بها من ارض الاصلاح الزراعي تساويها قيمة. وبما لايزيد على الحد الاعلى المقرر قانوناً للملكية الزراعية اذا كانت الارض المعرض بها من اراضي الاصلاح الزراعي اقل قيمة من مساحة الارض او البستان المستملكة او المطفاً حق التصرف فيها على ان يسدد الفرق بين القيمتين من الجهة المستفيدة نقداً.

وقضت المادة الثانية من هذا القرار، بتعويض الشركاء في العقارات المشمولة بهذا القرار بمساحة تساوي مساحة سهامهم في الارض المستملكة او المطفاً حق التصرف فيها.

كما فررت المادة الثالثة منه بأنه، في حالة تعذر التعويض العيني على وفق احكام هذا القرار، او عدم رغبة مالك الارض او البستان او صاحب حق التصرف في التعويض العيني، يصار الى التعويض النقدي المقدر من لجنة مختصة على وفق الاسعار السائدة وقت الكشف. الا انه على وفق المادة الرابعة من هذا القرار، لايجوز

(١) القرار منشور في جريدة الواقع العراقية بالعدد/٣٦٣٣ في ٩/٢/١٩٩٦ م.

التعويض عيناً من اراضي الاصلاح الزراعي الموزعة او المتعاقد عليها في حالة إلغاء التوزيع او عقد الايجار لأي سبب كان.

٣- وقد الغى قرار مجلس قيادة الثورة رقم/ ١٠٣ بتاريخ ١٩٩٧/٨/١١م^(١)، قرارات التعويض العيني الصادرة عن لجان الاستملك والتقدير والتعويض المشكلة على وفق احكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم/ ٢٢٢ في ٢٦/٢/١٩٧٧م في مديرية زراعة محافظات بغداد وديالى وواسط للسنوات (١٩٩٢ و ١٩٩٣ و ١٩٩٤ و ١٩٩٥) وتعاد الاراضي المغوض بها عيناً بموجب تلك القرارات الى الدولة اذا كانت مسجلة بأسماء المستملك منهم او الاشخاص الذين حلوا محلهم عن طريق حواله الحق. وقضت المادة الثانية من هذا القرار، بإعادة الاراضي المستملكه الى المستملك منه اذا كانت الجهة المستملكة لم تحدث عليها منشآت تلحق بها ضرراً واضحاً، اما اذا ظهر ان الارض المستملكة لايمكن اعادتها الى المستملك منه لاي سبب كان فيتم تعويضه عنها عيناً على وفق احكام قرار مجلس قيادة الثورة المرقم/ ٩٠ في ١٩٩٦/٨/٢١، بعد اعادة تقدير القيمة الحقيقية للارض المستملكة وقت الاستملك والارض المراد التعويض بها عيناً. ويضاف الى القيمة المقدرة للارض المستملكة الفائدة السنوية المقررة في المصارف العراقية للمرة من تاريخ الاستملك الى تاريخ التعويض. كما قضت المادة الثالثة من القرار بأنه، اذا ظهر ان الارض المغوض بها عيناً قد انتقلت ملكيتها من المستملك منه او من حل محله عن طريق حواله الحق الى شخص حسن النية فيتم التعويض العيني المنصوص عليه في الفقرة (٢) من المادة الثانية من هذا القرار له، وتسحب منه المساحة الزائدة من الارض المغوض بها عيناً، وله الرجوع على من تلقى الارض منه بما يدعوه من حقوق عليه.

(١) القرار منشور في جريدة الواقع العراقية بالعدد/ ٣٦٨٣ في ١٨/٨/١٩٩٧م.

ويلاحظ اخيراً، ان هذه النصوص الخاصة: جاءت بمبدأ مفاده ان تقضي لصاحب الارض التي انتزعت ملكيتها للنفع العام بأرض مشابهة من حيث الموقع والمساحة، ومن جهة اخرى اطلق المشرع العراقي على هذا المبدأ تسمية "التعويض العيني". بيد ان ذلك لا يتفق مع الفكرة الراجحة للتعويض العيني اذ ان هذه النصوص لاتعني اعادة الحال الى ما كانت عليه^(١)، كما انها لاتعني ازالة الضرر اذ ان نزع ملكية ارض شخص ما وأن كانت للنفع العام، الا انه قد يولد لديه ضرراً معنوياً، على الرغم من تعويضه بأرض مماثلة او اعطائه فرق البدل ان وجد. اذ لا يمكن غالباً ازالة هذا الضرر الذي مس ارتباطه الفطري بالارض التي قد يكون ورثها عن سلفه ولها هوية تاريخية لا يمكن التفريط بها مهما كان الثمن. لذلك فإن الطريقة الوحيدة في هذا الصدد والتي يجدر بنا تسميتها بالتعويض العيني هي فقط، حالة اعادة الارض نفسها الى المستملك منه.

الفصل الثاني

نطاق التعويض العيني

يستلزم بحث نطاق التعويض العيني ان نقسم الموضوع على مباحثين: نتناول في الاول؛ نطاق التعويض العيني بالنسبة للاوضاع القانونية المشابهة. وفي المبحث الثاني؛ نطاق التعويض العيني بوصفه اثراً للمسؤولية.

المبحث الاول

(١) يذهب الرأي السائد في الفقه الى اعتبار تعويض ارض بأرض مماثلة تعويضاً غير نقدي. انظر: الدكتور سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥١.

نطاق التعويض العيني بالنسبة للأوضاع القانونية المشابهة

نطرح في هذا المبحث بعض الأوضاع القانونية التي قد تلتبس بفكرة

التعويض العيني، اذ سنقوم بتأصيل التعويض العيني بالنسبة لنظامين متباينين:-

التنفيذ العيني والتعويض بمقابل - وينقسم التعويض بمقابل على تعويض غير نقي

وتعويض نقي -، لأن غموض آية سمة من سماته ترج به اما في نطاق التنفيذ

العيني واما في نطاق التعويض بمقابل، وهذا هو موضوع المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول

نطاق التعويض العيني بالنسبة للتنفيذ العيني

إختلف الفقهاء في التنفيذ العيني وذهبوا في ذلك مذاهب شتى. اذ خلط البعض بين التعويض العيني والتنفيذ العيني، في حين خرج الآخرون من هذا الخلط^(١). وهذا ما سنتناوله تباعاً:

الفرع الأول

الخلط بين التعويض العيني والتنفيذ العيني

يخلط بعض الفقهاء بين التعويض العيني والتنفيذ العيني من جهتين: (الأولى)، هي ان مصطلح التنفيذ العيني يرادف التعويض العيني، وان ليس في احدهما اصطلاحين الا

^(١) يقول الدكتور محمود جمال الدين زكي في ذلك ((ان مبدأ التمييز بين هاتين الفكرتين يكتنفه الغموض، مما جعله يمثل مجالاً واسعاً في الفقه))، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص ٦٠.

تعيناً عن الآخر^(١). و (الثانية) من حيث نطاق التنفيذ العيني والتعويض العيني على نحو استعمال أحدهما مكان الآخر، فقد ذهب رأي إلى توسيع نطاق التعويض العيني، إلى حد بعيد، على حساب التنفيذ العيني. إذ يعطي أصحاب هذا الرأي لفكرة التعويض العيني مدلولاً واسعاً يستغرق التنفيذ العيني للالتزام جبراً على المدين، تأسساً على أن دعوى التنفيذ، إذ تؤدي إلى إزالة الضرر الذي يترتب على الالخلال بالالتزام، تهدف إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوعه، ومن ثم إلى التعويض العيني لنتائج الالخلال به^(٢). بمعنى أن الالتزام بالتعويض ينشأ بمجرد امتناع المدين عن تفويض التزامه، أو بإساءة تفويضه، يقتصر التنفيذ العيني للالتزام على وفاء المدين اختياراً به^(٣).

وقد انتقد الرأي المتقدم من جهة: أن عدم التنفيذ لاينهي الالتزام، بل على العكس، أنه يحرك الالتزام ويطلق القوة الاجبارية للالتزام. وازد كان الضغط العام يكتفي بتبديل ارادة المدين، فإنه يوجد تنفيذ بسيط للالتزام، أي التنفيذ العيني وليس التعويض العيني^(٤).

في حين ذهب رأي آخر إلى مد دائرة التنفيذ العيني، إلى حد بعيد، على حساب التعويض العيني فائلاً، بأنه يوجد طريقتان يدخلهما الجمهور في نطاق التعويض العيني

(١) حسين عامر، المسؤولية المدنية النصيرية والعقدية، المصدر نفسه ف ٥٥٢ ص ٥٢٩ . د. عبد الحميد الشواربي وعز الدين الديناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٠٣٦ . كما وانظر الخلط الذي وقع فيه، د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ١٢٢ . كما ان الاستاذ السنهوري، كان يطلق على التعويض العيني تعيناً عن التنفيذ العيني من دون تمييز بينهما، (الوسيط، ج ١، ف ٦٤٣ ص ٦٦٩ . وكذلك السنهوري، احكام الالتزام، القاهرة، ١٩٣٨، ف ٤٤٧ ص ٤٤٢). ثم يعود الاستاذ السنهوري إلى عكس ذلك، انظر الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الرسالة. وانظر في الفقه الفرنسي رسالة "مارسيل" التنفيذ العيني للالتزامات القيام بعمل والامتناع عن عمل:-

Marcille: De l'execution en nature des obigations de faire ou de ne pas faire, these Rennes, 1931, P.58.

(٢) Mazeaud (H et L), OP, cit, t3, n 2302.

(٣) Mazeaud (H et L), OP. cit, t1, n 100.

(٤) Aktham El-Kholy, these precitee, n33, P.32.

وهما: التنفيذ بمقابل "وهو التعويض العيني"^(١) والتنفيذ العيني المشتق او المترعرع^(٢). وذلك اما باصلاح المدين الشيء الذي اعطبه بخطئه او بترك الدائن الشيء الذي اتلفه المدين مقابل التعويض عنه. الى جانب وجود التنفيذ القهري للالتزام بمعاونة السلطة العامة، مثل تسليم العين المؤجرة الى المستأجر جبراً على المؤجر^(٣). اذ ان التنفيذ بمقابل والتنفيذ العيني المشتق ليست تتنفيذ عينياً، وإنما طرق خاصة لتعويض الضرر الذي ترتب على عدم التنفيذ العيني. إذ يحصل الدائن بالتنفيذ العيني على مكان يحصل عليه، تماماً، لو كان المدين قد قام، اختياراً، بوفاء التزامه، في حين يتغير وضع الدائن في التعويض العيني، عما يكون عليه في حالة وفاء المدين اختياراً به^(٤).

ويلاحظ ان غموض التمييز بين التنفيذ والتعويض ينتشر في الفقه العراقي^(٥)، وذلك، لأن المشرع العراقي، كان قد رسم ذلك باستعماله المصطلحات التقليدية ويظهر هذا في طريقة ب التقسيم مواضع القانون المدني^(٦).

(١) التنفيذ بمقابل-وهو التعويض العيني- بما يصفه الاستاذ دراجو "Dragur" بالتنفيذ العيني الذي به يحصل الدائن على عين حقه بطرق اخرى غير قهر المدين على تنفيذ التزامه جبراً. كتنفيذ الالتزام على نفقة المدين الذي اشارت اليه المادة (١١٤٣ مدني فرنسي) والتي تقابلها المواد (٢٥٠ مدني عراقي) و (٢٩٠ مدني مصري)، وازالة ما اجراه المدين مخالفة لالتزامه المادة (٢٥٢ مدني عراقي) والتي تقابلها المادة (٢١٢ مدني مصري). انظر الاشارة الى هذا الرأي عند د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص ٦١-٥٧٢.

(٦) ويطلق عليه بالفرنسية "Execution ne nature derivce".

(٣) Dragur: L'execution en nature des contrats, these, Paris-1939, P.34 et 41.

(٤) Dragur, these precitee, P.41 et 69 et 103.

(٥) انظر رأي د. عبد المجيد الحكيم ورأي الاستاذ عبد الباقى البكري، المشار اليهما في ص ٢٤ من هذه الرسالة. ومن ثم عدول الاستاذ السنهوري عن هذا الرأي، في ج ٢، من الوسيط، المشار اليه في ص ٧٣ من هذه الرسالة وكذلك انظر في الفقه المصري رأي الاستاذ السنهوري، في ج ١ ، من الوسيط ، المشار اليه في الصفحة السابقة من هذه الرسالة. وبعد هذا العدول تطوراً في الفقه العربي، مال اليه الكثير من الفقهاء العرب، انظر: د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٤٩ ، هـ ١٠، د. حسن الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص ٢٧٨.

فإننا نجد أن الباب الأول (المواد ٧٣-٤٥) لكتاب الأول للقسم الأول من القانون المدني العراقي مخصصة لمصادر الالتزام. وأن الباب الثاني من الكتاب نفسه مخصصة لآثار الالتزام (المواد ٢٤٦-٢٨٤). وأن هذا الأخير يحتوي فصلين: الأول التنفيذ الجيري (المواد ٢٤٦-٢٥٩)، والثاني لوسائل ضمان حقوق الدائنين (المواد ٢٦٠-٢٨٤). إذ ينقسم الفصل الأول - أي التنفيذ الجيري - على ثلاثة فروع هي: التنفيذ العيني (المواد ٢٤٦-٢٥٢)، والتنفيذ بطريق الغرامات التهديدية (المواد ٢٥٣-٢٥٤)، والفرع الثالث والأخير تحت عنوان التنفيذ بطريق التعويض (المواد ٢٥٥-٢٥٩).

ومما يؤخذ على التقسيم أعلاه ما يأتي:-

أولاً: يكون التنفيذ من الدائن وعلى نفقات المدين بعد استئذان المحكمة، وفي حالة الاستعجال، ينفذ الدائن الالتزام من دون استئذان المحكمة^(٢). وهذا الوصف أو التسمية بالتنفيذ^(٣)، يمكن أن نطلقها على الحالة نفسها عند إزالة المخالفة^(١)، إذا ما قام المدين بمخالفة التزامه بالامتناع عن عمل^(٤).

(١) وذلك لأن القانون المدني العراقي، معارض لنظرية ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية، إذ أنه يعالج أمور الالتزامات بصورة عامة، إذ أن الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الثاني عنوانه "التنفيذ العيني" يكون تقريباً بصورة كاملة مخصص للالتزامات العقدية. وتنقضي النصوص في الفرع الثاني والثالث من الفصل نفسه بـ (التنفيذ بطريق الغرامات التهديدية) و (التنفيذ بطريق التعويض). وذلك لاجل وضع التحفظات في اتساع التطبيق لهذا أو لآخر من أنظمة المسؤولية. وتحت المادة (٢٥٥) من القانون المدني العراقي تكون ازدواجية الانظمة ظاهرة بالرغم من وحدة العنوان. وانظر مثلاً المادة (٢٥١) الخاصة باتفاقات عدم المسؤولية والمادة (٢٥٧) الخاصة بالاعذار. (وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري، انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢، ص ٥٤٧. وانظر كذلك مواد القانون المدني المصري المقابلة لمواد القانون المدني العراقي المذكورة أعلاه)).

(٢) انظر في القانون المدني العراقي المواد (٢٤٨ و ٢٥٠) الالتزام بعمل. والمادة (٢/٧٥٠)، تنفيذ الترميمات بوساطة المستأجر على نفقة المؤجر. والمادة (٨٦٩)، تنفيذ البناء على نفقات المقاول. والمادة (١٣٣٨)، صيانة المرهون من الدائن المرتهن على نفقات المدين المرتهن. وكذلك انظر مواد القانون المدني المصري المقابلة على التوالي: (٢٠٥ و ٢٠٩ و ٥٦٨ و ٥٧٧ و ٦٥٠ و ١١٠).

(٣) انظر في هذا المعنى، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢، ص ٥٢٧.

ثانياً: ان اطلاق مصطلح التنفيذ بطريق التعويض على المواد (٢٥٥-٢٥٩) من القانون المدني العراقي، ادى الى تداخل المصطلحين (التنفيذ والتعويض). وكان من الاجدر بالمشروع العراقي ان يهجر هذا المصطلح التقليدي^(٣) وذلك للاسباب الآتية:-

١- ان اطلاق هذا المصطلح امرٌ يتعارض مع ظاهر نصوص المواد (٢٥٥-٢٥٩) من القانون المدني العراقي. اذ تناولت هذه المواد دراسة الاعذار على انها شرط من شروط التعويض (المواد ٢٥٦ و ٢٥٧)، وكذلك حالات الاعفاء من الاعذار (المادة ٢٥٨) واتفاق تشديد او استبعاد المسؤولية العقدية (المادة ٢٥٩). ومن ذلك يتضح ان ماحتواه هذا الفرع من نصوص مبعثرة لا تختص بالتعويض مباشرةً.

٢- ينتهي التنفيذ عندما يبدأ الاعمال، ويبدأ التعويض. وذلك لأن التنفيذ يكون قبل الاعمال بالالتزام الذي يكون التنفيذ عن طريق عدم الاعمال به. وان التعويض يبدأ من لحظة وقوع الاعمال بالالتزام.

٣- مما تجدر الاشارة اليه، اننا نتوقع ان نجد تنفيذ عيني في الحكم بالالتزام بالتعويض المترتب عن العمل غير المشروع^(٤). وذلك لأن المشروع العراقي نص على حالة اعفاء الدائن من توجيهه الاعذار للمدين المخطيء ينبعه فيه الى انه متاخر عن

^(١) المادة (٢٥٢) مدني عراقي. وتقابلاً لها المواد (٢١٢ مدني مصري) و (٢١٣ مدني سوري) و (٣/٢٥٠ موجبات لبناني) و (٢١٥ مدني ليبي) و (٢١٠ مدني كويتي) و (١٩٥ مدني سوداني). وانظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المصري، ج ٢، ص ٥٠٨ و ٥٣٥.

^(٢) انظر مناقشتنا للمواد (١١٤٥ و ١١٤٣)، من القانون المدني الفرنسي، ص ٧٨ من هذه الرسالة.

^(٣) نهج المشروع العراقي في ذلك على منوال المشرع المصري الموارد (٢١٧-٢١٥) من القانون المدني المصري. ويذهب فريق من الفقه في تسمية ذلك بالتعويض بمقابل. انظر: عز الدين الديناصوري ود. عبد الحميد الشورابي، مصدر سابق، ص ١٠٥٩، وانظر في الفقه الفرنسي رأي "دراجو" المشار اليه سابقًا في ص ٦٩ من هذه الرسالة.

^(٤) نصت المادة (٢٥٨) من القانون المدني العراقي على انه ((لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية:-
أ- ب- اذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع). انظر المعنى نفسه: مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢، ص ٤٩٦ و ٥٦٠.

التعويض المترتب على العمل غير المشروع، نص على هذه الحالة ضمن الفصل الخاص بالتنفيذ العيني. وكان الاجدر بالمشروع ان يلحق نص الفقرة (ب) من المادة (٢٥٨) بالاحكام المشتركة للاعمال غير المشروعة المواد (٤-٢٠٤) من القانون المدني العراقي.

وبدورنا نقترح على المشرع العراقي ان يخصص فصلاً خاصاً للتعويض وشروطه وتقديره، مراعياً في ذلك احكام كلا المسؤولتين العقدية والقصيرية. لا ان يترك النصوص الخاصة بالتعويض مبعثرة بين مصادر الالتزام تارةً وبين احكام الالتزام تارةً اخرى.

الفرع الثاني

استقلال التعويض العيني عن التنفيذ العيني

لما كان التعويض العيني نظاماً متميزاً عن التنفيذ العيني فقد وصفت الاستاذة روجودي بوبيه "M.E. Roujou de Boubee" ، الخلاف بين انصار فكري التعويض العيني والتنفيذ العيني، بأنه تلاعب بالالفاظ "Une simpls querelle de mots" ، لاتفاق الفريقين في فصل التفرقة بينهما، وان اختلفت عباراتهما في التعبير عنه. إذ ان التنفيذ العيني يمحو او يزيل الضرر الذي ينجم عن الاخلال بالالتزام بحيث يؤدي الى اعادة الدائن الى الوضع الذي كان عليه، على حين ان التعويض العيني لايرفع ذلك الضرر، فيبقى الاخلال بالالتزام قائماً ويقدم للدائن بديل عنه^(١)، يكون كافياً مثل تقديم شيء مماثل لما التزم المدين بردده. او شافياً، كإصلاح الشيء الذي اعطبه المدين بخطئه. فيعدّ تعويضاً عينياً الزام المدين برد مثل المنقول الذي ضاع او تلف باهمله، او

Mazeaud (H et L), OP, cit, t3, n 2303 et 2304.

(١) انظر في المعنى نفسه:-

بإعادة بناء الجدار الذي أنهم بخطئه، لأن الدائن، في هذه الحالة او تلك، لا يحصل على عين حقه، وإنما على بديل عنه، ولو كان يفضله، الا انه لا يعده وان يكون بديلاً^(١).

وتساقاً مع هذا الرأي يرى البعض، ان التنفيذ العيني يوفر للدائن عيناً محل حقه، حين لا يوفر له التعويض العيني سوى بديل عنه ولو كان مشابهاً تماماً له^(٢).

ونجد في رأي آخر، ان الفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، هو ان الاول قبل وقوع الاخلاص بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الاخلاص به، والثاني بعد وقوع الاخلاص بالالتزام، فازالة المخالفة تكون هي التعويض العيني^(٣).

ويلاحظ البعض، ان هناك فرقاً بين التنفيذ العيني وهو قيام المدين بتنفيذ عين مالتزم به والتعويض العيني وهو اعادة المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وذلك بمحو الضرر وازالته اذا كان ذلك ممكناً، لأن التنفيذ العيني هو الطريق الطبيعي لتنفيذ الالتزام خاصة اذا كان هذا الالتزام عقدياً. اما التعويض العيني فهو جزاء لتحقق المسؤولية وطريق استثنائي من طرق تعويض الضرر ويغلب الحكم به في المسؤولية التقصيرية لأن التنفيذ العيني بالنسبة للالتزامات القانونية هو مجرد عدم الاضرار بالغير^(٤).

ويرى بعض انصار هذا الرأي ايضاً، بأن التنفيذ العيني يكون قبل وقوع الاخلاص بالالتزام، في حين ان التعويض العيني يتم بعد وقوع هذا الاخلاص. وذلك لأن التعويض جزاء الاخلاص وهو لا يتصور الا بعد وقوع هذا الاخلاص وتحقق المسؤولية^(٥).

(١) الاستاذة روجودي بوبيه، دراسة لفكرة التعويض، رسالة بالفرنسية، تولوز، ١٩٧٣، ص ١٤٣ و ٢٠٧ - ٢٠٨ اشار اليها د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه ص ٦١.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٦٢ و ٦١. طلبه و به خطاب، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون - دراسة مقارنة، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٦٦.

(٣) الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج ٢، ف ٤٤٠ ص ٧٩٨.

(٤) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٤٩ - ١٠.

(٥) د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج ١، المصدر نفسه، ف ٣٩٩ ص ٢٧٨.

ويضيف اخرون القول بأن، السبب في الخلط بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، يرجع إلى عدم التمييز بين التعويض باعتباره وسيلة احتياطية يلجأ إليها المتضرر في حالة تأخر المسؤول عن الوفاء بالتزامه، او عند استحالة التنفيذ العيني باعتباره الأصل^(١).

وإذا كان نؤيد مثل هذه المحاولة في التفرقة بين التعويض العيني والتنفيذ العيني، فإننا لأنؤيد ما آلت إليه. إذ من الواضح أن هذه الآراء تمثل إلى اعتبار التعويض العيني استثناءً من التنفيذ العيني تارة، وتارةً أخرى اعتباره جزاءً لالخلال بالالتزام من دون التفريق بين إذا كان هذا الالتزام قياماً بعمل أو امتيازاً عن عمل.

ويقيناً أن الآثر المترتب على الالخلال بالالتزام هو اجبار المدين على تنفيذ التزامه. فإذا كان هذا الالتزام بعمل فإن انتهاك هذا الالتزام الإيجابي يتمثل بعدم تنفيذ العمل، أما انتهاك الالتزام السلبي "الامتياز عن عمل" فإنه يتمثل بتنفيذ العمل الذي تعهد المدين بالامتياز عنه.

ويُثار التساؤل عن طبيعة هذا الآثر أتفيد عيني هو أم تعويض عيني؟
تحتاج الإجابة عن هذا السؤال، تبعاً لما إذا كان الالتزام بعمل أو بالامتياز عن عمل، وكما يأتي:-

١- في حالة الالخلال بالالتزام بعمل:-
تقضي القاعدة العامة التي جاء بها القانون المدني، بأن يستوفي الدائن محل دينه عيناً من المدين، فإن لم ينفذ هذا الأخير ما إلتزم به، اجبر على ذلك وفقاً لقواعد التنفيذ

(١) د. مقدم السعيد، مصدر سابق، ص ٢٢٥.

العینی الجبیری^(١) وهذا ماتصرح به الفقرة الاولی من المادة (٢٤٦) من القانون المدنی العراقي بالنص علی: "يجب المدين علی تنفیذ التزامه تنفیذاً عینیاً متى كان ذلك ممکناً".

وتعطی فكرة استحالة التنفيذ مكاناً للمسؤولية^(٢). وذلك لأنه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بنفسه علی الرغم من ان هذا التنفيذ ممکن، فنحن نكون في نطاق الالتزام وليس في نطاق المسؤولية. والذي يعنيانا من عدم التنفيذ هو عدم استحالة التنفيذ، أي فيما اذا كانت عناصر الالتزام بعمل باقیة نفسها، فإن الحكم بتنفيذ الالتزام بعمل يجب يجبر المدين علی التنفيذ. أي يغير ارادة المدين، لاجل اثارة وتحريك الالتزام^(٣). وفي هذا الصدد تكون امام حالتين:-

الحالة الاولی: - ان تكون شخصية المدين محل اعتبار:-

ففي هذه الحالة، إذا صرخ المدين برفضه للتنفيذ، فإن هذا التصریح البسيط ينهی مدة التنفيذ. و اذا عاد المدين وغير رأيه وبادر بالتنفيذ فللدائن أن يطلب من القاضی الحكم بالتعویض عن تأخر المدين في تنفیذ التزامه، وهذا ما قضت به المادة (١٦٨) من القانون المدنی العراقي^(٤). و اذا رفض المدين في النهاية القيام بتنفيذ التزامه بعمل، فللدائن أن يطلب الفسخ القضائي للعقد، وفقاً لاحکام الفقرة الاولی من المادة (١٧٧) من

^(١) زهیر المارتینی، الوجیز فی نظریة الالتزام، مدیریة الكتب والمطبوعات الجامعیة، ١٩٦٦-١٩٦٧، ص ٣٥٦.

^(٢) تقابلها المواد (٢٠٣/١) مدنی مصري و (٢٠٤) مدنی سوري و (٢٠١) مدنی کویتی و (٢٠١) موجبات لبناني).

^(٣) الى جانب الاستحالة المادية "المطلقة" (خسارة او ضياع الشيء) يوجد استحالة قانونية، واستحالة اخلاقية (مثل الاتجاء الى العنف غير المحتمل). انظر في هذا المعنى:- الاستاذ السنھوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجلد الاول، ج ٣، محل العقد، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٥٣-١٩٥٤، ص ١١ و ١٢.

^(٤) وذلك لأن التنفيذ ممکناً.

^(٥) تقابلها المواد (٢١٥) مدنی مصري و (٢١٦) مدنی سوري و (٢٥٤-٢٥٦) موجبات لبناني) و (١٦٢) مدنی کویتی).

القانون المدني العراقي^(١). مثل الاتفاق مع رسام او مغن، او طبيب. ففي هذه الحالة لا يجوز التنفيذ القهري لأن فيه مساساً بحرية المدين، وإنما ينقلب التنفيذ إلى تعويض نقدي. بعبارة أخرى تكون أمم استحالة التنفيذ.

الحالة الثانية: ان لا تكون شخصية المدين محل اعتبار:-

وفي هذه الحالة، اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً اختيارياً جاز للدائن ان يستأنف المحكمة في تكليف شخص اخر بالقيام بهذا العمل على نفقة المدين وفي حالة الاستعجال من دون استئذان المحكمة. سواء أكان محل الالتزام عمل، -وفقاً للمادة (٢٥٠) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ان: (١- في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورة ان ينفذه بنفسه جاز للدائن ان يستأنف من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ٢- ويجوز في حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة).^(٢)، او كان محل الالتزام نقل حق عيني (على شيء لم يعين إلا ب النوع)، وحصل الدائن، وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٢٤٨) من القانون المدني العراقي (على شيء من النوع ذاته) على نفقة المدين، بعد إستئذان القاضي، او في حالة الاستعجال، من دون استئذانه.^(٣).

لقد اختلف الفقه في تفسير هذه الحالة وتبينت الاراء والافكار، فقد ذهب رأي الى عدم اعتبار التنفيذ على نفقة المدين في هذه الحالة تنفيذاً عيناً، وإنما مساوياً وبصورة تطبيقية للحكم بالتعويض العيني. استناداً الى كون المدين، الذي يمتنع عن تنفيذ التزامه، غير ملتزم الا بدفع مبلغ نقدي، يمثل قيمة العمل الذي نفذه الدائن، او الشيء الذي حصل

(١) تقابلها المواد (١٥٧) مدني مصري و (١١٨٤) مدني فرنسي).

(٢) تقابلها المواد (٢٠٩) مدني مصري و (٢١٠) مدني سوري و (٢٠٧) مدني كويتي).

(٣) المادة (٢٤٨) مدني عراقي. تقابلها المواد (٢٠٥) مصري و (٢٠٦) سوري و (٢٥٠) موجبات لبناني).

عليه، على نفقته، للقول بتغيير محل الالتزام، تغيراً يؤدي إلى انقضائه، وحلول التعويض العيني محله^(١).

ويذهب الرأي الراجح إلى عدم التسليم بهذا الرأي، وذلك لأن قوام الالتزام يتمثل فيما يحصل عليه الدائن أكثر من ظهوره فيما يقدمه المدين، ومادام الدائن قد حصل على عين حقه، كان ما أدى إليه، أياً كانت طريقة، تتفيداً عينياً لالتزام المدين، لا تعويضاً عن عدم تتفيد^(٢). ويسلم الجمهور، في الفقه الفرنسي^(٣)، بهذا التكيف، على الرغم من عدم صراحة المادة (١١٤٤ مدني فرنسي) التي تقرر تلك الحلول عنده، وتنص هذه المادة على أنه (في حالة عدم التنفيذ وكان التنفيذ ممكناً، ينفذ الالتزام على حساب المدين)^(٤). وهذا هو الرأي الراجح.

٢- في حالة الأخلاص بالالتزام بالامتناع عن عمل:-

تنص المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية على أنه "ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواءً كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أم أي

(١) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ف ٤٠ ص ٢٨٠ . ورأي بلانيول والاستاذين "هنري وليون" مازو، المشار إليه في المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة. ورأي لارومبيير، المشار إليه في مؤلف د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ص ٦٢ هـ ٨٢ . وكذلك رأي: Aktham El-Kholy, these Precitee, n38

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٦٢ . د. حلمت بهجت بدوي، اصول الالتزامات، ج ١، في نظرية العقد، القاهرة، ١٩٤٢، ف ٢٩٣ . وانظر في الفقه الفرنسي رأي فيني "Vigny" ورأي م.أ. روجودي بوبيه. مشار إليهم في مؤلف د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٦٣ هـ ٨٣ و ٨٤ . الاستاذ عبد الباقى البكري، مصدر سابق، ص ٥٨ هـ ١ .

(٣) انظر /رأي: لوران، ريبرو بلانجية، جودمي، فيني، ستارك، كاتلا، دراجو. مشار إليهم في د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٦٢ هـ ٨١ .

(٤) Art (1144):- "Le creancier peut aussi, en cas d'inexecution, etre autorise a faire executer lui-même l'obligation aux depens du debiteur".

حق عيني اخر او التزاماً بعمل او بامتناع عن عمل،...". ونستنتج من ذلك: بأنه ينشأ الالتزام بالتعويض من كل مخالفة لالتزام سلبي "بامتناع عن عمل". وبعبارة اخرى، بمجرد إتيان العمل الممنوع.

بيد أنه، من غير الممكن ان يكون هذا الالتزام بالتعويض، دائماً مبلغاً من النقود. واذا كان هكذا في حالة استحالة التنفيذ العيني؛ وذلك لأنه لايمكن الرجوع في العمل الممنوع، كما في مثل إفشاء الطبيب او المحامي سر المهنة^(١)، وكما لو كان الامتناع المفروض على المدين مطلوباً عن تلك المدة التي أخل فيها بالتزامه. وإنه لا يحكم بالتعويض النقدي اذا امكن الرجوع في العمل الممنوع، بمعنى ان يكون ممكناً بالنسبة للمستقبل، بأن يعود المدين الى احترام التزامه فيزيل مأوقع مخالفاً لالتزام اختياراً، او بمنعه من الاستمرار في الاخلاص به بازالة المخالفة جبراً^(٢). في الحالات التي ينشأ فيها الاخلاص بالالتزام (حالة مستمرة)^(٣).

ويمكن للدائن ان يدعي ان مخالفة الالتزام السلبي بإتيان العمل الممنوع، يكون مخالفاً للمادة (٢٥٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (اذا كان التزام المدين بالامتناع عن عمل واخل بها الالتزام جاز للدائن ان يطلب ازالة مأوقع مخالفاً لالتزام مع التعويض اذا كان له محل)^(٤). اذ تجيز هذه المادة، للدائن ان يطلب ازالة محدث مخالفة لالتزام، استثناءً من قاعدة التعويض النقدي.

وقد أعدّ هذا التطبيق منسجماً مع ماورد في نصوص القانون المدني الفرنسي، فالمادة (١١٤٥ مدني فرنسي) تنص على ذلك بمادة تعاقدية، بأنه (كل مخالفة لالتزام

(١) الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج ٢، ف ٤٤٠ ص ٧٩٧.

(٢) المصدر السابق، ف ٤٤٠، ص ٧٩٧ هـ ١.

(٣) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة لالتزامات، مصادر وأحكام الالتزام، بغداد، ١٩٧٦، ص ٣٤٥.

(٤) تقابلها المواد (٢١٢) / الشطر الاول، من القانون المدني المصري) و (٢١٣ سوري) و (٢١٠ كويتي) و (٣/٢٥٠ موجبات لبناني).

بالامتناع عن عمل توجب التعويض، وهو ليس مثل التزام القيام بعمل^(١). وتنص المادة (١١٤٣) مدنی فرنسي على ان (الدائن ان يطلب ازالة ما احدث مخالفة للالتزام، استثناء من قاعدة التعويض النقدي)^(٢).

ويجيز القانون المدني المصري في الشرط الثاني من المادة (٢١٢) ان، (الدائن ان يطلب من القضاء ترخيصاً في ان يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين). ونرى توسيع حكم المادة (٢٥٢) من القانون المدني العراقي^(٣). لجعلها مماثلة لحكم المادة (٢١٢) من القانون المدني المصري، ولتشمل ايضاً حالة طلب الدائن من المحكمة ترخيصاً في ان يقوم بإزالة المخالفة على نفقة المدين على الرغم من انه؛ ليس في المباديء العامة للقانون المدني العراقي ما يمنع هذا الطلب^(٤).

وبذلك تتجلى اهمية تحديد ما يطلب الدائن، أتفيد عيني هو ام تعويض عيني؟ بعبارة اخرى يطرح التساؤل عن طبيعة إزالة المخالفة في ظل هذه النصوص. لذا ذهب جمهور الفقه، الى القول بأنه، في الالتزام بالامتناع عن عمل، اذا قام المدين بالعمل الممنوع فطالب الدائن بإزالة المخالفة التي وقعت، كانت الإزالة تفيضاً عينياً للالتزام بالنسبة للمستقبل، فهي ليست تعويضاً عينياً، إذ ان الدائن في هذه الحالة لن يحصل بالنسبة للمستقبل على مقابل لما التزم به المدين، بل على عين ما التزم به بمنع العمل الذي التزم المدين بالامتناع عنه^(٥).

^(١) Art (1145):- "Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et interets par le seul fait de la contravention".

^(٢) Art (1143):- "Nenmois le créancier le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention a l'engagement, soit détruit, et il peut se faire autoriser a le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu".

^(٣) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، اعداد ضياء شيت خطاب. (وآخرون)، ج ٢، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص ٧٥.

^(٤) عبد الباقى البكري، مصدر سابق، ص ٥٩. د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ٢، ص ٧٩٦ هـ ٢.

^(٥) الاستاذ السنهورى، مباديء الالتزام، القاهرة، ١٩٣٤، ص ٤٣٠. د. حلمت بهجت بدوى، اصول الالتزامات، المصدر نفسه، ص ٢٩٣. د. جلال علي العدوى، احكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين

ويؤيد ذلك في القانون المدني العراقي ان المشرع قد اورد المادة (٢٥٢) في الفصل المخصص للتنفيذ العيني. وكذلك فأن المشرع المصري قد نص على المادة (٢١٢)- سالفه الذكر- في الفصل المخصص للتنفيذ العيني^(١).

في حين اعد رأي ثانٍ إن، ازالة المخالفة، تعويض عيني عن الاخال بالالتزام، تأسساً على ان تنفيذ الالتزام السلبي يكمن في مجرد الامتناع، لا في ازالة المخالفة^(٢).

وبدورنا نرجح الرأي الثاني، على اعتبار ان مجرد الاخال بالالتزام السلبي يؤدي الى استحالة التنفيذ العيني، لأن تنفيذ الالتزام السلبي يكمن في الامتناع عن العمل. هذا من جانب. ومن جانب ثانٍ، فإن هذا الرأي يستقيم مع فكرة التعويض العيني، فلا يوجد حائل يحول من دون اعتبار ازالة المخالفة تعويضاً عينياً ولاسيما ان هذه المسألة تؤدي الى ازالة مصدر الضرر. ومن جانب اخر، ان التعويض في هذه الحالة يبدأ من لحظة الاخال بالالتزام السلبي.

المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٨٦، ص ١٣٠ و ١٣٦. د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج ٢، احكام الالتزام، مطبعة مدنى، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٦٦ هـ ١٠. د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، احكام الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٤١. د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٦٤. وانظر في المعنى نفسها مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢، ص ٥٣٥. الاستاذ عبد الباقى البكري، مصدر سابق، ص ٥٨. وانظر رأي جمهور الفقه الفرنسي، المشار اليه في مؤلف د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٦٤ هـ ٨٩.

(١) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٢) الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج ٢، مصدر سابق، ف ٤٤، ص ٧٩٨. حسين عامر، مصدر سابق، ص ٥٢٩. د. حسن علي الذنون، المبسوط ، المصدر نفسه، ف ٤٠، ص ٢٨٠. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٤٩ هـ ١٠. وانظر رأي Aktham El. Kholy, these precitee, n 36, P.35.

والقياس على ماتقدم، يفيد ان نضع معياراً لتمييز التنفيذ العيني الاختياري والجبري عن التعويض العيني في الافتراضين المتقدمين: الاخال بالالتزام الايجابي والاخال بالالتزام السلبي. وذلك على وفق المعايير الآتية:-

١- نكون امام تنفيذ عيني اختياري في حالتين: الاولى، حالة تنفيذ المدين لالتزامه الايجابي طوعاً واختياراً. والثانية، حالة امتاع المدين عن الاضرار بالدائن في الالتزام السلبي - لأن التنفيذ العيني في الالتزامات القانونية هو عدم الاضرار بالآخرين^(١).

٢- نكون امام تنفيذ عيني جبري في حالة امتاع المدين عن تنفيذ التزامه الايجابي. مع عدم استحالة التنفيذ، بعبارة اخرى إن تكون عناصر الالتزام بعمل باقية نفسها^(٢). وعند امتاع المدين عن تنفيذ الحكم بالتنفيذ الجبري فإنه يمكن للدائن ان يستأنف المحكمة في تكليف شخص اخر بالقيام بهذا العمل على نفقة المدين، بل ان له في حالة الاستعجال ان يعهد الى شخص اخر بتنفيذ هذا الالتزام من دون استئذان المحكمة (٢٠٥ مدني عراقي). وتعذر هذه الحالة- الزام المدين بدفع النفقات- تنفيذاً عينياً جبرياً، وذلك لأن الدائن قد حصل على عين محل حقه ايًّا كانت طريقة الاداء، هذا من جانب، ومن جانب آخر، ان ماهية الالتزام تتمثل بما يحصل عليه الدائن اكثر من ظهورها فيما يقدمه المدين.

٣- نكون امام تعويض عيني، في حالة ازالة المخالفة الناتجة عن الاخال بالالتزام السلبي، بشرط ان ينشيء الاخال بالالتزام حالة مستمرة^(٣). وذلك لسبعين:- اولاً، يبدأ التعويض من لحظة الاخال بالالتزام. ثانياً، في ازالة المخالفة لن يحصل المدين على

(١) د. سعدون العامري- مصدر سابق، ص ١٤٩ هـ ١٠.

(٢) في حالة استحالة التنفيذ تكون امام تعويض نقيدي.

(٣) اما في حالة استحالة ازالة المخالفة فاننا تكون امام تعويض نقيدي. كأن يقوم الممثل بالتمثيل على المسرح الذي تعهد بعدم التمثيل عليه، او عمد التاجر الى المنافسة غير المشروعه او افشي المحامي اسرار عملائه او افشي العامل اسرار رب العمل الصناعية والتجارية. ففي هذه الحالات لا يمكن إزالة الضرر بمعنى عدم امكان اعادة الحال الى ما كانت عليه.

عين حقه لأن المخالفة وقعت ومسه ضرر من ذلك. بمعنى انتهاء حمرة الحق. لذلك لابد من اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر. (كأن يتلزم المدين بعدم بناء جدار يحجب منظر الشارع او النهر عن الدائن، ثم يقوم ببناء الجدار، فللهائن ان يلجأ للمحكمة طالباً الحكم بإزالة الجدار (م ٢٥٢ مدني عراقي). وكذلك اخلال العامل بتعهده بعدم المنافسة ولحق رب العمل ضرراً في مصالحه جراء الاعمال الصادرة عن العامل، يجوز لرب العمل ان يطالب بإزالة المخالفة (م ٩١١ مدني عراقي).

وعليه فقد ثار الجدل في الفقه في تكيف حلول التعويض العيني محل التنفيذ عند عدم تنفيذ الالتزام الاصلي^(١)، في الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل؟ وكذلك الحال في عدم تنفيذ الالتزام في المسؤولية التقصيرية؟ لأن التنفيذ العيني للالتزامات القانونية هو مجرد عدم الاضرار بالغير.

اذ ذهب رأي لقول بأن التعويض يحل محل التنفيذ العيني مع بقاء الضمانات والتأمينات التي كانت تضمن الالتزام الاصلي، اذ لا يعد التعويض التزاماً جديداً حل محل الالتزام القديم، وانما هو وسيلة لتنفيذ الالتزام الاصلي، لذلك تبقى الضمانات التي تكفل الالتزام الاصلي لتضمن هي الاخرى الوفاء بالتعويض^(٢).

بيد إن تنفيذ الالتزام ينتهي من لحظة وقوع الاعلال بالالتزام وعندها ينشيء التزام التعويض هذا من جانب، ومن جانب اخر ان المشرع حدد وسائل حمل المدين على التنفيذ العيني وخاصة في الحالات التي تتطلب تدخله الشخصي بإحدى وسائلين هما:-

(١) اما حالة التأخير في تنفيذ الالتزام، فانها خارج نطاق بحثنا، لأن الحكم فيها يكون بالزام المدين بالتنفيذ مع التعويض النقدي.

(٢) د. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، دراسة مقارنة بين القانوني المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٢، ص ٦٨. محمد شكري سرور، موجز النظرية العامة للالتزامات، ط ١، القاهرة ١٩٨٥، ص ٣٨. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٧٦٣. د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الثاني، احكام الالتزام، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٣. د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص ٥٠.

الغرامة التهديدية وفقاً للمواد (٢٥٣ و ٢٥٤) من القانون المدني العراقي، وحبس المدين الممتنع عن التنفيذ لحمله عليه وفقاً للمواد (٩٦-٨٣) من قانون التنفيذ العراقي.

في حين ذهب رأي ثان، إلى القول بأن التعويض ليس التزاماً بدلياً، لأن المدين لا يملك الزام الدائن بقبوله مادام التنفيذ العيني ممكناً. في حين ان الالتزام البدللي: عبارة عن التزام ينصب على محل واحد ولكن ذمة المدين تبرأ باداء شيء آخر بدلأ منه، ويشترط ان يكون محل الالتزام محدد ابتداءً ويكون الخيار للمدين. وهو ليس التزاماً تخييرياً، وذلك لأن لاختيار الدائن ولا للمدين في التعويض فللدائن ان يرفض التعويض اذا عرضه عليه المدين وللمدين ان يرفض التعويض ويقوم بتنفيذ التزامه. في حين ان المحل في الالتزام التخييري متعدد وتبرأ ذمة المدين بالوفاء بوحد منها وان الخيار قد يكون للدائن وقد يكون للمدين. وهو -اي التعويض العيني- ليس تجديداً للالتزام: لأن في التعويض لايقضى الالتزام الاصلي ليحل محله التزام جديد يختلف عنه في أحد العناصر الجوهرية، في حين في التجديد الدائن يرضى ان يتنازل عن دينه مقابل دين جديد يحل محله. وإنه ليس وفاء بمقابل، لأن في الوفاء بمقابل يعاتض الدائن عن دينه بشيء اخر ويطلب اتفاق الطرفين (الدائن والمدين)، في حين ان المدين يلزم بالتعويض لجبر الضرر الذي لحق الدائن ولا يتطلب موافقة المدين بالحكم الصادر. ويصرح اصحاب هذا الرأي بالقول حلول التعويض محل الالتزام الاصلي يعد من قبل الحلول العيني. لأن هذا الاخير مفاده ان يحل شيء او محل او مال محل شيء او محل او مال اخر، مضيفاً بأن أساسه هو الالتزام الاصلي لذلك فإن التأمينات التي كانت تضمن هذا الالتزام تظل ضامنة للوفاء بالتعويض ايضاً^(١).

(١) د. عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، المصدر نفسه، ف ٤٤-٤٦ ص ٢٥. عبد الباقى البكري، مصدر سابق، ص ٨٢. د. حسن على الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المصدر نفسه، ص ٣٤٩. سلام منعم مشعل العلي، الحلول العيني وتطبيقاته في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، كلية صدام للحقوق، جامعة صدام، ١٩٩٩، ص ٥٠.

بيد انه اذا كان هذا الرأي يستقيم مع فكرة الحلول العيني في حالة اذا كان المدين ملزماً باداء مال او شيء او محل معين وأخل بهذا الالتزام وحكم عليه بالتعويض. ان التعويض العيني لا يُعد حلو لا عينياً في حالة اذا كان الالتزام المُلزقي على عاتق المدين هو عدم القيام بعمل ويخل بهذا الالتزام ويُلزم بالتعويض، وذلك لأنه لم يوجد محل او شيء او مال استبدل بشيء او محل او مال آخر.

وبدورنا نعتقد، إن اساس التعويض العيني هو الالتزام الاصلي وانه يحل محل التنفيذ العيني بقوة القانون، مع بقاء الضمانات والتأمينات التي كانت تضمن الالتزام الاصلي. وهذا مانصت عليه المادة (٢٥٥) من القانون المدني العراقي بأنه ((ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الاحوال وطبقاً للاحكم التي نص عليها القانون)) وكذلك في حالة الاخال بالالتزام السلبي فإن طلب ازالة المخالفة يُعد تعويضاً أنشأه القانون في المادة (٢٥٢) سالفه الذكر - على اعتبار إن التنفيذ قد انتهى منذ لحظة الاخال بالالتزام السلبي. وكذلك مانصت عليه المادة ((١٦٨) مدني عراقي - من انه يحكم بالتعويض عند استحالة تنفيذ الالتزام العقدي عيناً)).

واخيراً، اننا يمكن ان نستعمل التمييز بين التنفيذ والتعويض لاجل تفسير عدد معين من الحلول المتعلقة بالقانون المدني العراقي. بعبارة اخرى لاعطاء التبرير الملائم لقرار القاضي وفقاً للقانون، في فرض التزام معين على المدين عند اخلاله بالالتزام القانوني سواء أكان التزام عقدي ام تقصيرى.

المطلب الثاني

نطاق التعويض العيني بالنسبة للتعويض بمقابل

و هذه الطريقة (التعويض بمقابل) من التعويض تتمثل بإدخال قيمة في ذمة المتضرر تعادل القيمة التي فقدها^(١). والاصل في المقابل الذي يُراد به ازالة الضرر او اصلاحه ان يكون مبلغاً من النقود^(٢)، ومع هذا فقد يكون التعويض احياناً غير نقدي، وهذا ما يذهب اليه الفقه والقضاء في فرنسا، ومانصرح به معظم نصوص قوانين البلاد العربية^(٣). أي ان التعويض بمقابل^(٤)، اما يكون تعويضاً غير نقدي^(٥) واما ان يكون تعويضاً نقدياً^(٦). وسنقوم بتأصيل التعويض العيني بالنسبة لهذين النوعين من التعويض في فرعين متتالين.

الفرع الاول

نطاق التعويض العيني بالنسبة للتعويض غير النقدي

يقصد بالتعويض غير النقدي هو ان تأمر المحكمة باداء أمر معين على سبيل التعويض^(٧). وبعبارة اخرى في صورة اجراء اخر مناسب لازالة اثر الضرر غير الحكم بالنقود^(٨).

(١) د. عبد الحي حجازي- النظرية العامة للالتزام - ج ٢- مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٥٤، ف ١٤٠ ص ٦٧.

(٢) المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي ((ويقدر التعويض بالنقد على انه...)). وانظر المواد العربية (المقابلة).

(٣) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف ٤٠٨ ص ٢٨٣. تنص المادة (٢٠٩) مدين عراقي على انه ((للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان... او ان تحكم باداء امر معين او... وذلك على سبيل التعويض)). وانظر المواد العربية المقابلة (١٧١ مدني مصري) و (١٧٢ مدني سوري).

(٤) التعويض بمقابل: - (reparation par equivalent) او (condamnation en equivalent).

(٥) التعويض غير النقدي: - (reparation non pecuniaire) او (equival non pecuniaire).

(٦) التعويض النقدي: - (reparation pecuniaire) او (dommage-interets). ويسميه مجمع اللغة العربية في القاهرة (التضمينات). د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف ٤٠٩ ص ٢٨٣.

(٧) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥١.

ويثار التساؤل بهذا الصدد عن طبيعة هذا المقابل (اي المقابل غير النقدي)؟^(٢)

للاجابة عن هذا السؤال هناك رأيان:- (الاول) يرى ان التعويض بمقابل غير النقدي لا يكون سوى صنف من اصناف التعويض العيني، والذي يكون الهدف منه تأكيد المنفعة للمتضارر، مثل تسجيل الایرادات. وذلك لأن اجراءات التعويض بمقابل غير نقدي، تدور في مصدر الضرر نفسه مثل نشر القرارات او تبديل المادة التالفة. وان المقابل غير النقدي، عملياً، يمثل اكثراً منفعة للمتضارر من ان يكون مجرد اجراء للتعويض العيني. مثلاً لتغيير شيء تالف فإنه يستوجب الكثير من الضمانات للمتضارر، اكثراً من تعويضه الحقيقي من المسؤول^(٣).

ولايوجد - طبقاً لهذا الرأي - سوى نوعين من التعويض: التعويض العيني والتعويض النقدي، ويكون التمييز بين التعويض العيني والتعويض غير النقدي مجرد من المنفعة العملية. وان مصطلح "التعويض العيني" يفرض منطقياً بأن موضوع الحكم بالتعويض يكون شيئاً ما عيني. مثل ذلك الحصص العينية فيما يخص الترکات. أي المقصود دائماً شيء غير المال^(٤).

ويأخذ موضوع الحكم الامامية ثانية، عندما يكون محظوظاً بالضرر مستحيلاً. ويصبح المعيار الوحيد لتمييز المقابل العيني والم مقابل النقدي. اذ ان الحكم بأداء مبلغ من النقود يكون مؤهلاً للتعويض العيني، ومن جهة اخرى، نضع في نوع المقابل العيني،

(١) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٨١م/ص ٥٠٦.

(٢) اثار هذا التساؤل الاستاذ د. حسن علي الذنون، متفقاً مع فريق من الفقهاء بأن للقاضي الحكم بهذا النوع من التعويض، مع طرح امثلة من القضاء الفرنسي من دون الاجابة عن هذا السؤال. انظر المبسوط، المصدر نفسه، ف ٤١١ ص ٢٨٤.

(٣) Aktham EL-Kholi: these precitee, n 44 P. 42.

وانظر في المعنى نفسه بحث د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ٧١ و ٧٢.

(٤) Aktham EL-Kholi: these precitee, n 45 P. 43.

وانظر في المعنى نفسه د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص ٦٦.

اجراءات، والتي، (من دون محو الضرر اديباً)، تستطيع ان تمثل منفعة كبيرة من ان تكون مجرد تعويض عيني^(١).

واخيراً، تكون هذه الطريقة (التعويض غير النقي) مطلوبة ايضاً لتبني فكرة التعويض. (المحو) الازالة^(٢).

اما (الرأي الثاني): وهو الراجح فهو الذي يؤكّد ان هذا النوع من التعويض (التعويض غير النقي)، لا هو بالتعويض العيني ولا هو بالتعويض النقي، ولكنه قد يكون انساب مانقصنيه الظروف في بعض الصور^(٣). وقد يكون من مصلحة المتضرر ان يطالب بتعويض غير نقي وذلك في فترات القحط والتموين اذ لا يستطيع المتضرر بالمثل الذي يدفع له على انه تعويض ان يحصل على مثل الشيء الذي اصابه الضرر^(٤).

ولكن من جهة اخرى، فأن للقضاء الحكم بالتعويض النقي في الوقت نفسه عن الاضرار التي لا يكفي التعويض غير النقي لجبرها^(٥). ومن امثلة التعويض غير النقي: انه يجوز للمحكمة ان تحكم لصاحب السيارة التي اصابها تلف كلي بخطأ الغير بسيارة مشابهة من حيث النوع والمتانة^(٦)، او ان تقضي لصاحب الارض التي انتزعت

^(١) Ibid. n 45.

^(٢) Ibid. n 45.

^(٣) انظر في هذا المعنى مجموعة الاعمال التحضيرية لقانون المدني المصري، ج ٢، ص ٣٩٧. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥١.

^(٤) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥١. د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف ٤٠، ص ٢٨٣. وانظر بنفس المعنى في الفقه الفرنسي: - Mazeaud (H et L) et Tunc, OP, cit, n 2317.

^(٥) د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٥٠٦.

^(٦) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥١. د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص ٢٨٤. وانظر عكس ذلك في اعتبار الحكم باستبدال السيارة التالفة واحلال سيارة محلها من نفس النوع والطراز

ملكيتها للنفع العام بأرض مشابهة من حيث الموقع والمساحة^(١). وكذلك ان تقضي المحكمة بالزمام صاحب الموقد بأن يجهز موقده بمدخنة على ارتفاع يصد ضرر الدخان عن يجاوره من السكان، او ان تأمر صاحب المدخنة بتعليقها بصورة يزول معها الضرر الذي يلحق بالجار^(٢). اما الحكم بإزالة هذه المدخنة فإنه يمحو الضرر عيناً ويعود هذا الحكم تعويضاً عينياً^(٣).

بيد أنه اذا كان التعويض النقدي لا يكفي لتعويض المتضرر تعويضاً كافياً مجزياً، فإن للقاضي الحكم بالتعويض غير النقدي. ومثال ذلك:-

أن يكون من لحقه الضرر قاصراً تحت الوصاية وليس المحكمة على يقين من ان الوصي سوف يستعمل مبلغ التعويض - الذي سوف تقضي به للصغير المتضرر - فيما يعود على هذا الصغير بالفائدة والنفع، في هذه الحالة يستطيع القاضي ان يحكم للصغير بترتيب (حق الانتفاع) لمصلحته على ارض من اراضي المسؤول لمدة معينة من الزمن^(٤).

والقيمة المالية- تعويضاً عينياً، د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه، ص ٥٢٧. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ٧٢. وكذلك انظر،

Aktham El- Kholy, these, Precitee, n 133, P.177.

(١) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥١. وانظر عكس ذلك في اعتبار هذه الطريقة تعويضاً عينياً، ماذهب اليه المشرع العراقي في قانون الاستملاك وقرارات مجلس قيادة الثورة. المشار اليها في نهاية المبحث الثاني من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة.

(٢) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٣) قرار محكمة الاستئناف المصرية الصادر في ٢٥/حزيران/١٨٨٠م. اورده بإيجاز د. محمود سعد الدين شريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج ١ في مصادر الالتزام، مطبعة العانى، بغداد، ١٩٥٥م، ص ٤٠٩.

(٤) قرار القضاء الفرنسي في ١٩٢٦/٣/١٩. اشار اليه د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص ٢٨٦.

ومن خلال ما تقدم، وبناءً على الفكرة الراجحة للتعويض العيني^(١)، فإن التعويض بمقابل غير النقدي، يشتمل على شيء آخر غير مبلغ من النقود- من دون الذهاب إلى حد إزالة الضرر-^(٢)، مثل: الحكم بتسجيل الملكية الكاملة وفسخ العقد لتأخر المدين في تنفيذ التزاماته أو لامتناعه عن التنفيذ^(٣).

ويلاحظ أنه إذا كان الامر متعلقاً باتفاق او سرقة اموال مثيلة، فإن تعويض المتضرر بأشياء مثيلة من النوع نفسه والمقدار يعد تعويضاً عينياً^(٤)، اما إذا تعلق الامر بأشياء قيمة فإن تعويضها بأشياء قيمة أخرى من النوع نفسه يعد تعويضاً بمقابل غير نقدي^(٥). وعلى هذا الاساس قضت المحاكم الفرنسية، بالزام الوديع الذي تسبب في ضياع العين المودعة، وكانت عدداً من السندات الرسمية بأن يدفع إلى المودع عدداً مماثلاً من السندات نفسها. قضت بالزام وديع آخر تسبب في ضياع اطارات سيارة كانت قد اودعت لديه بأن يدفع للمودع اطارات من النوع نفسه والقياس. قضت في قضية أخرى، بالزام من تسبب في اتلاف سيارة معينة بأن يدفع إلى صاحبها- على سبيل التعويض- سيارة من النوع والانموزج والقوة نفسها. قضت محكمة فرنسية ثالثة بالزام شخص بأن يدفع إلى المتضرر كمية من المشمش تساوي الكمية التي حصدتها من ارض هذا المتضرر من دون وجه حق^(٦).

(١) انظر مقدمة الباب الاول من هذه الرسالة.

(٢) انظر في هذا المعنى:-

Savatier: Traite de la responsabilite civil en droit Francais, t2, 2 ed, Paris, 1951, n 595. Aubry et Rau: obligations, t6, 1951, par Esmein, n 445, P.501.

(٣) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف ٤١٣ ص ٢٨٦.

(٤) ويرى الاستاذ عبد الباقى البكري ((ان صورة رد المثل في المثليات، هي صورة التعويض غير النقدي الجدير بتمسيته تعويضاً عينياً)). احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص ١٣٦.

(٥) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٦) قرارات القضاء الفرنسي اشار اليهما، د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف ٤١١ ص ٢٨٤.

خلاصة القول:- اذا كان تعريف التعويض العيني، في رأي الكثير من الكتاب^(١)، لا يكون سوى تعويض غير نقي، بمعنى ان مادة التعويض شيء اخر غير دفع مبلغ من النقود، فإن القضاء من جهته، وبصورة عامة، لا يقضي سوى عن التعويض بشيء اخر غير التعويض بمبلغ من النقود^(٢). أي بالترضية العينية، وقد تكون هذه الترضية العينية (تعويضاً عيناً او تعويضاً بمقابل غير نقي).

الفرع الثاني

نطاق التعويض العيني بالنسبة للتعويض النقدي

يعرف التعويض النقدي^(٣) بأنه مبلغ من النقود يقضى به على المسؤول سواء كنا في صدد مسؤولية عقدية ام مسؤولية تقصيرية^(٤). ويتعين على المحكمة، في الاحوال جميعها التي يتغدر فيها التعويض العيني ولا ترى امامها سبيلاً الى تعويض غير النقدي، ان تحكم بتعويض نقدي^(٥).

وقد سبق ان اشرنا الى رأي البعض ان التعويض لا يكون الا مبلغاً من النقود^(٦)، وكذلك أشرنا الى اننا لا نأخذ بهذا الرأي ونذهب الى ان التعويض قد يكون شيئاً اخر غير النقود^(١).

^(١) Planiol, OP, cit, t3, n 895. Ripert et Boulanger, OP, cit, t2, n 1146.

^(٢) انظر القرارات المشار اليها اعلاه. وكذلك القرارات التي اشار اليها. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص ٦٠ وما بعدها.

^(٣) يذهب قسم من الكتاب الى تسمية التعويض النقدي بالتنفيذ بمقابل. انظر في ذلك المعنى. د. جلال علي العدوى، مصدر سابق، ص ١٣٧. وفي الفقه الفرنسي انظر: Dragu, OP, cit, P.34, 41, 69, 103.

^(٤) د. حسن علي الذنون، المبسوط المصدر نفسه، ف ٩ ص ٤٠٩ . ٢٨٣

^(٥) د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه، ف ١٨٩ ص ٥٢٨ . د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٣ .

^(٦) انظر المطلب الاول من المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة.

ويبدو انه لاتثار اية صعوبة لتمييز التعويض العيني عن التعويض النقدي، وذلك بعد رسم الحدود الفاصلة بين التعويض العيني والتنفيذ العيني والتعويض غير النقدي. ولكن يثير التساؤل مرة اخرى: هل يجب ان يكون محل الالتزام مجدداً (متبصراً envisage) من وجهة نظر المتضرر (La victime) او المسؤول (le responsable)؟

يرى بعض الكتاب^(٢)، ان الذي يميز التعويض العيني، انه انشاء لالتزام بعمل على نفقة المسؤول، لغرض عدم دفع مبلغ من النقود.

ويذهب الاستاذان هنري وليو مازو (H et L Mazeaud)، الى انه يجب الاخذ بمعايير التعويض (او الترضية la satisfaction) التي يحصل عليها المتضرر نهائياً. و اذا مارجعنا الى المواد (١١٤٣ و ١١٤٤) من القانون المدني الفرنسي^(٣)، نجد انها تتحلل في التنفيذ العيني والتعويض العيني وليس التعويض النقدي، وذلك لأن الدائن يحصل على الترضية العينية (satisfaction en nature)، في حين المدين يدفع مبلغاً من النقود^(٤).

ويرى دراجو (Dragu)^(٥)، بأنه اذا كانت مصلحة الدائن، تحيط بمسألة التعويض. فإنه يوجد هناك حكم الزام عيني في كل مرة يحصل الدائن فيها على الترضية العينية. وانه في حالات كثيرة، يستوجب التعويض خلق "creation" لالتزام بعمل على نفقة المدين ولكن لا يوجد معيار لذلك، هذا من جهة. ومن جهة اخرى، بالنسبة للنظام العام

^(١) انظر المطلب الثاني من المبحث الاول من الفصل الاول من الباب الاول من هذه الرسالة.

^(٢) Ripert et Boulanger, OP, cit, n 1146. Lucienne Ripert, OP, cit, n 19, 20, 24.

Planiol, Ripert et Esmein, Obligations, TV11, 1954, n 780.

^(٣) المواد سالفة الذكر في ص ٧٧ و ٧٨ من هذه الرسالة.

^(٤) Mazeaud (H et L), T3, OP, cit, n 2309.

^(٥) Dragu, OP, cit, P.72.

فإن الأخذ بطلب المتضرر يكون تعسفياً جداً. إذ لابد من مراعاة ظروف المسؤول وطبيعة الضرر كي لايزيد التعويض على مقدار الضرر الحالى.

نستنتج من ذلك إنه: لابد من التفكير بالضرر نفسه الذي يسبب العمل بالمسؤولية. ونفترض انه اذا كان الضرر بلا قيد ولاشرط حل محله مبلغ من النقود. عندئذ نكون امام تعويض نقي. اما اذا كنا نسعى الى مهاجمة مصدر الضرر، مثل: الحكم بإزالة مصدر الضرر، فعندئذ نكون امام تعويض عيني. وكذلك اذا كان المسؤول محكماً بمبلغ من النقود مخصص لازالة الضرر. وفي كلا الوصفين يكون التعويض لازالة اصل الخسارة. وهذا اذا صح القول استبدال التعويض بتوقف الضرر الذي يميز التعويض العيني من التعويض النقي^(١). وهذا الاخير لايعمل على مصدر الضرر ويترك للمتضرر التصرف الحر بالمبلغ الممنوح.

وان التعويض العيني، بال مقابل، يستوجب دائماً ازالة مصدر الضرر، فاما ينفذ العمل من المسؤول نفسه، او ينفذ من الدائن او شخص اخر، بمبلغ من النقود مخصص لهذا الغرض على نفقة المدين. ومثال ذلك:- اننا نكون وجهاً لوجه مع التعويض العيني، عند الحكم على المسؤول بالتعويض نفسه او تعويض المادة التي اخرها- التزام بعمل- او الحكم بنفقة التعويض المنفذ من المتضرر^(٢).

(١) انظر مناقشة رأي الباحثة لوسيان ريبير (Lucienne Ripert) ص ٢٢ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٢) يتكلم سافاتيه:- عن التعويض النقي الميال الى دفع تعويض عيني. ويوجد هناك تعويض عيني بلا زيادة بمقتضى فكرة الازالة او استبدال التعويض النقي غير الكافي باخر. وان التعويض النقي ليس سوى طريق غير مباشر لجبر الضرر.
M. Savatier: T2, Op, cit, n 596.

واخيراً، ان التنفيذ على نفقة المدين وفقاً للمادة (٤١٤ مدني فرنسي) والمادة (٢٤٨/٢ مدني عراقي)^(١) يكون تنفيذاً عينياً، وليس تعويضاً نقدياً، وذلك لانه يؤدي الى حصول الدائن على عين ما التزم به المدين.

ويلاحظ، ان ازالة المخالفة (التعويض عن المخالفة) وفقاً للمادة (١٤٣ مدني فرنسي) والمادة (٢٥٢ مدني عراقي)^(٢)، تكون تعويضاً عينياً، مع انه قد يكون عمل الازالة هذا منفذاً من المتضرر على نفقة المسؤول. وذلك لانه يوجد هنا ايضاً هذا التخصيص في التعويض لاجل ترضية الدائن عيناً.

وعليه لابد من الاخذ بالاعتبار محل الالتمام بالتعويض من خلال فكرة الازالة او استبدال التعويض. واما كانت الصفة التامة للتعويض العيني توجد في تعريفه على انه تعويض غير نقدي، فأن الفكرة المألوفة للتعويض - بإزالة الضرر - تستند في الواقع على هذه الصفة. ويكتفي التعويض النقدي، بنقل الضرر الى وحدات النقود. في حين يعمل التعويض العيني على الضرر نفسه، ويكون اكتمالاً بحسب طبيعة الضرر من التعويض النقدي. واما كان الضرر مستمراً فأن التعويض العيني سيعمل على استنزاف مصدره من خلال الالتفاف او تأكيد لحالة قانونية. وبالعكس، اذا كان الضرر مفاجئاً، فأن التعويض غير النقدي غير قادر على الوصول الى مصدره، ويمكنه دائماً التصرف على مادته.

ومثال ذلك:- اذا اتلفنا شيء ما للاخرين، فأن التعويض غير النقدي يعمل بصورة مباشرة على مصدر الضرر، الالتفاف نفسه، وليس انعكاسه المالي، من خلال تعويض فعال باصلاح الشيء التالف او من خلال التعويض باحلال شيء اخر محله. وبذلك

(١) تقابلها المواد (٢٠٥ مصري) و (٢٠٦ سوري) و (٢٠٨ ليبي) و (٢٠٣ كويتي) و (١٨٨ سوداني) و (٢٥٠ موجبات لبناني). وانظر ص ٧٧ من هذه الرسالة.

(٢) تقابلها المواد (٢١٢ مصري) و (٢١٥ ليبي) و (٢١٣ سوري) و (٢١٠ كويتي) و (١٩٥ سوداني) و (٣/٢٥٠ موجبات لبناني) انظر ص ٧٩ من هذه الرسالة.

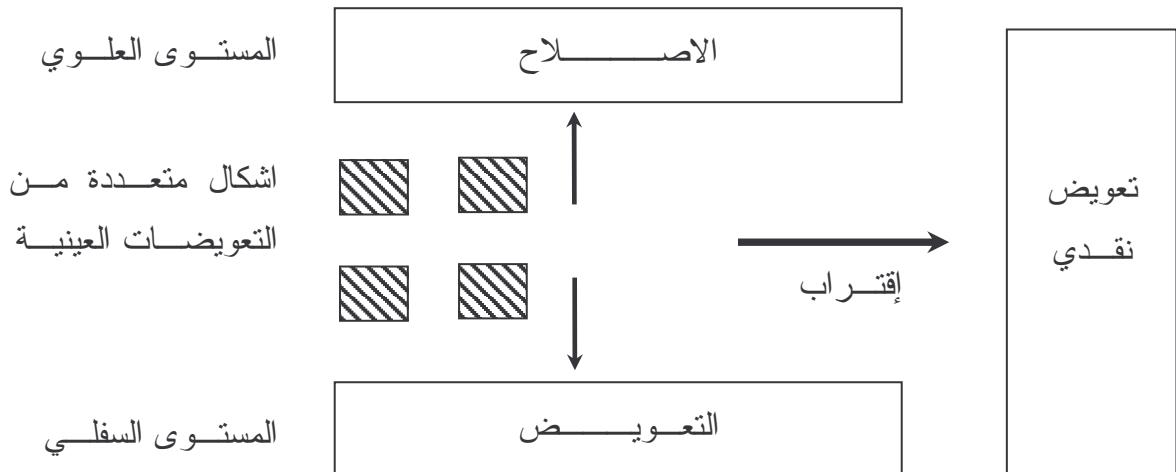
يكون التعويض العيني الذي يعمل على مصدر الضرر، اكتمالاً لطبيعة الضرر من التعويض النقدي.

ويلاحظ، ان التعويض النقدي وان لم يكن هو الطريق الاكثر ملائمة لاعادة المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر، وبالتالي لا يتحقق معه الجبر الكامل للضرر الذي اصاب المتضرر، الا انه الاكثر شيوعاً امام صعوبة اللجوء الى التعويض العيني والتعويض غير النقدي في الكثير من الحالات، باعتبار ان النقود يمكنها ان تحل محل كل شيء^(١). كما أن الاشكال المتعددة للتعويض العيني تتباين فيما بينها من وجة النظر الخاصة بدرجة تأثير هذا العمل على الضرر. ويبقى الاصلاح دائماً الهدف المجرد لكل تعويض. وينبغي ان نقر بوجود سلسلة من التعويضات العينية مارة بفوارق محسوسة للاجراءات مقتربة من التعويض النقدي^(٢)، على المستوى السفلي للتعويض- الاصلاح على المستوى العلوي.

(١) هامل (Hamel) اشار اليه. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ٧٢. وانظر بنفس المعنى د. محمد كامل مرسى، الالتزامات، ج ٢، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٢٠٧.

(٢) يعني بالاقرابة من التعويض النقدي، حالة اصلاح الضرر على نفقة المسؤول. انظر ص ٨٩ من هذه الرسالة.

كما في المخطط الآتـي:-



وان ارضاء المتضرر بتعويض كامل يكون التعويض المثالي الجيد لكل تعويض،
وان التعويض غير النقدي ينفذ هذه الوظيفة افضل من التعويض النقدي^(١). الا ان
الاشكال المختلفة التي تستطيع تغطية التعويض غير النقدي تتنوع فيما بينها نسبة الى
درجة الترضية التي تستطيع ان تتحققها للمتضرر.

لقد سبق تحديد معنى التعويض، وتمييز التعويض العيني من الانواع الاخرى من
التعويض، وذلك بتحديد نطاقه بالنسبة للاوضاع المشابهة، ونعتقد الان بوجود القدرة
على اعطاء تعريف، في مقدار الترضية الممكنة، للتعويض العيني، بالشكل الآتي:-

((ان التعويض العيني هو التعويض غير النقدي الذي يحكم به لمحاجمة مصدر
الضرر او مادته مباشرةً، بمعنى ازالة مصدر الضرر وذلك بازالة المخالفة عيناً او منع

^(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف ٤١٣ ص ٢٨٥ .

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com
استمرار الضرر في المستقبل. ويكون اكثراً تكاملاً لطبيعة الضرر من التعويض
النقي)).

المبحث الثاني

نطاق التعويض العيني بوصفه اثراً للمسؤولية

اذا كانت طريقة التعويض العيني هي الطريقة المثلث لجبر الضرر. فهل يعني ذلك بأن نطاق تطبيقها في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية على حد سواء؟ ام ان تطبيقها قاصر على احدهما من دون الاخر؟ للاجابة عن هذا السؤال. سنوزع هذا المبحث على مطلبين: نتناول في الاول التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية، ونتناول في الطلب الثاني التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية.

المطلب الاول

التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية

المسؤولية العقدية هي الجزاء الذي يرتبه القانون على اخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي، وتُعدُّ اثراً للالتزام العقدي لا مصدراً. وتنشئ المسؤولية العقدية الالتزام بالتعويض بذمة المدين^(١). فهل التعويض العيني نوع من انواع هذا التعويض؟ هذا ما نجيب عنه في القانون الفرنسي، في فرع اول وفي الفرع الثاني سوف نتناول بيان هذا الموضوع في القانون العراقي^(٢).

^(١) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المصدر نفسه، ف ٢٠٢، ص ١٧٨.

^(٢) تجنبأً للتكرار سوف نقتصر على دراسة القانون المدني العراقي، والاشارة الى التطابق اينما ورد.

الفرع الاول

التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية في القانون الفرنسي

لقد كانت المادة (١١٤٢) من القانون المدني الفرنسي -سالفة الذكر-^(١) محل عناية الفقه على الصعيد النظري والقضاء في التطبيق العملي، عما اذا كانت هذه المادة تعارض الحكم بالتعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية، وذلك كالاتي:-

اولا: موقف الفقه:-

لقد اختلف الفقه في تفسير هذه المادة وتبينت الاراء والافكار، فذهب فريق الى ان التعويض في المسؤولية العقدية يكون حتماً مبلغاً نقدياً، وليس للقاضي ان يجعل موضوعه شيئاً اخر غير النقود. وتعذر تلك قاعدة تقليدية في القانون الفرنسي وذلك تطبيقاً للمادة (١١٤٢ مدني ف)^(٢).

ويذهب الرأي الراجح، الى انه لا يستبعد التعويض بغير النقود من نطاق المسؤولية العقدية. واجاز اصحاب هذا الرأي ان يكون التعويض امراً اخر، يراه القاضي اكثر ملائمة لطبيعة الضرر. وان نص المادة (١١٤٢) -سالفة الذكر- على الرغم من انه لا تستبعد التنفيذ العيني الجبري، فإنها لا تهدف سوى الى استبعاد اللجوء الى الاقراء الجسدي^(٣).

^(١) انظر ص ٣٠ من هذه الرسالة.

^(٢) Lucienne Ripert, OP, cit, n 13. Ripert et Boulanger, OP, cit, n 742. Josserand, OP, cit, n 605.

^(٣) Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 822. Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2308. Demogue, OP, cit, n 292.

وانظر انفأ ص ٣٠ من هذه الرسالة.

ثانياً: موقف القضاء

يلاحظ في هذا الموضوع ان القضاء الفرنسي كان يحكم بالتعويض النقدي عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي وذلك تطبيقاً للمادة (١١٤٢) مدني فرنسي). الا انه مالبث ان عدل موقفه فانتهج سبيلاً اخر يختلف عما سبق. وهذا ما يتجلّى في القضايا الآتية:-

عبر القضاء الفرنسي في البداية عن رفضه التعويض بغير النقود عند الاخال بالالتزام العقدي. وفي قضية ذهبت محكمة الموضوع الى الحكم بتمديد عقد الاجار الى ان يتم تنفيذ الترميمات المفروضة على المستأجر والتي امتنع عن القيام بها. ولكن المستأجر طعن في الحكم على اساس ان حكم محكمة الموضوع بتمديد عقد الاجار ادى الى نشوء التزام جديد في ذمته (المستأجر)، وان ليس للمحكمة ان تنشأ هذا الالتزام، ويعدّ هذا الحكم خرقاً للمادة (١١٤٢) من القانون المدني الفرنسي والتي تلزم المدين بالتعويض عند عدم التنفيذ. وقد قبلت محكمة النقض الفرنسية طلب الطعن ونقضت القرار مسببة ذلك بأنه لا يجوز الحكم سوى بالتعويض النقدي عند عدم تنفيذ المستأجر لالتزامه بالترميمات المفروضة عليه، وذلك وفقاً لاحكام المادة (١١٤٢) من القانون المدني الفرنسي^(١). وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى ابعد من ذلك، عندما ذكر قضاة الموضوع بعدم وجود نص في القانون يجيز لهم الحكم على خصم في الدعوى، تعويضاً عن ضرر يُسأل عنه، بالقيام بعمل لا يفرضه عليه العقد، او القانون، ولا يريد القيام به^(٢). فلا يجوز للقاضي، اذا لحق المنقولات تلف في اثناء نقلها بالسكك الحديدية، ان يرفض عرضاً تقدم به امين النقل بدفع تعويض عنها، ويحكم عليه باجراء الاصلاحات الالزامية لها^(٣).

(١) نقض فرنسي مشار اليه في: Aktham El-Kholy, OP, cit, n76, P69.

(٢) نقض فرنسي مشار اليه في: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه،

ص ٥٣ - ٣١.

(٣) نقض فرنسي مشار اليه في: د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص ٥٣ - ٣٣.

بيد ان القضاء الفرنسي هجر هذا الاتجاه في قرار له صدر في عام ١٩٢٤: "يجب ان ينقض القرار الذي حكم على احدى شركات النقل للقطار بالتعويض النقدي، من دون ان تأخذ محكمة الموضوع في نظر الاعتبار ما عرضته شركة النقل بأن تعمل بنفسها على اصلاح الاثاث المتضررة من خلال عملية النقل. مسيبة قرارها هذا بأنه في هذا الموضوع نجد غياب نص يحدد التعويض المعروض من الناقل، لذلك يكون القاضي حرًّا في اختيار طريقة التعويض الانسب لجبر الضرر الحاصل"^(١).

وقد كان لهذا القرار صدىً في الفقه الذي وجد فيه المناسبة لتأكيد الاتجاه القائل بجواز التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية. فذهب "اسمان" وتبعه "ايكوني"^(٢). الى ان نص المادة (١١٤٢) من القانون المدني الفرنسي، لا يستبعد امكانية الحكم بالتعويض العيني من دون المساس بحرية المدين الشخصية.

وقد هجر القضاء الفرنسي القاعدة التقليدية، والتي يكون التعويض بمقتضها نقياً تطبيقاً للمادة (١١٤٢) - سالفة الذكر -، وذلك ابان الحرب العالمية الثانية. اذ اجازت محكمة النقض الفرنسية لقاضي الموضوع - اذا كان محل الالتزام، الذي استحال تفيذه بخطأ المدين، تسلیم شيء - ان يأمر المدين بتسلیم شيء مثله، وان يعمد الى الغرامة التهديدية لحمله على تنفيذ امره. فقضت محكمة السين التجاریة عام ١٩٤٧، على الوديع برد مثل الاشياء المودعة التي سرقت بخطأ منه^(٣). واستطاع القضاء الفرنسي بهذه الطريقة، رفع الغبن الذي يتعرض له الدائن نتيجة الحكم له بتعويض نقي لا يمكن قانوناً ان يزيد على السعر الرسمي، وذلك اذا كان محل الالتزام بالرد اشياء تخضع

Aktham El-Kholy, OP, cit, P.70, n 78.

(١) نقض فرنسي مشار اليه في:-

(٢) تعلیق اسمان وايكون، المشار اليه في د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنیة، المصدر نفسه، ص ٢٤٨ و ٢٤٩ .

(٣) القرار مشار اليه:- د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٥٣ هـ ٣٦ .

للتسعير الجبri^(١). وهكذا اظهرت ظروف الحرب العالمية الثانية، بما ترتب عليها من نقص في السلع وهبوط في قيمة النقود، عيوب القاعدة التقليدية وعجزها عن ان توفر للدائن تعويضاً كاملاً^(٢).

ويلاحظ ان القضاء الفرنسي بعد قبوله بالتعويض العيني في المسؤولية العقدية. عاد فشدد في التمسك بشروط نظرية الاتراء من دون سبب، ليحول من دون التعويض العيني. وذلك حين نقض قرار محكمة الموضوع الذي الزم المستأجر باعادة بناء البيت المحروق من جراء خطأه. مسببة قرارها بأن التعويض العيني، بالحكم بالزام المستأجر باعادة بناء البيت المحروق، يعُد سبباً غير قانوني لاتراء الدائن على حساب افقار المدين^(٣).

ويبدو لنا ان هذا التوجه، يستند على ضرورة التمييز بين التنفيذ العيني والتعويض العيني. ان المادة (١١٤٢) مدني فرنسي) وان كانت تهدف الى منع الاكراه الشخصي لاجل التنفيذ، الا انها ليست ذات اهمية كبيرة بالنسبة للحكم بالتعويض العيني في الزام المدين بغير الضرر الحاصل. فالرأي^(٤) ان تطبيق اجراءات المادة (١١٤٣) مدني فرنسي) يتعارض مع المادة (١١٤٢) موضوع البحث، يكمن ذلك في عدم تنفيذ المدين للالتزام بعمل او بالامتناع عن عمل هذا من جانب، ومن جانب اخر ان للدائن الحق في

^(١) Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2403.

^(٢) اذا لم يمتثل المدين لحكم القاضي بالتسليم عيناً، واصر على عدم التنفيذ على الرغم من الغرامة التهديدية التي سلطت عليه، يجوز للقاضي ان يحكم للدائن زيادة على الثمن الرسمي، بتعويض تكميلي عن الحرمان الذي يعانيه نتيجة عدم استطاعته الحصول على تلك الاشياء بالسعر الذي قضى له به، ويحصل الدائن بهذا التعويض التكميلي على الفرق بين قيمتها الرسمية في جداول التسعير وقيمتها الفعلية في الاسواق.

Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2403.

Aktham El-Kholy, OP, cit, P69, n 76.

^(٣) نقض فرنسي مشار اليه:-

^(٤) انظر افأ ص ٩٥ هـ ٣ من هذه الرسالة .

طلب ازالة هذه المخالفة وفقاً للمادة (١١٤٣)، ولقد بینا ان المادة (١١٤٣) تختص بالتعويض العيني في المسؤولية العقدية^(١).

ذلك اخذ القضاء الفرنسي، بنص المادة (١١٤٢ مدني فرنسي). يقصر تطبيق القاعدة التقليدية على الالتزام بعمل او بامتلاع عنه، اما اذا كان محل الالتزام الذي استحال تتفيذه بخطأ المدين تسلیم شيء، يجوز للقاضي ان يأمر المدين بتسلیم شيء منه، وان يعمد الى التهديدات المالية لحمله على التنفيذ. وان المادة (١١٤٢) لاتعارض التعويض العيني الا ضمن الاجراءات، وهذا يعني ضمن الحدود اذ قد يؤدي التعويض العيني الى النيل من حرية المسؤول. وان اللجوء الى التعويض العيني ضمن نص المادة (١١٤٢)، لا يكون سوى طريقة ملائمة تسمح باستبعاد عدد معين من الحلول. مثل: الحكم بالزام المدين بالترميم يكون عبارة عن التزام جديد بالنسبة للالتزام العقدي الاصلي. ويستطيع القاضي ان ينسب الى هذا الالتزام موضوع التعويض العيني، وكذلك الحال بالحكم بنفقات ازالة الضرر. ويمكن تبرير موقف القضاء هذا بأنه يستجيب للحاجات العملية.

الفرع الثاني

التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية في القانون العراقي

تقرر القواعد العامة في القانون المدني العراقي انه يجوز للمدين في الالتزام العقدي في حالة استحالة التنفيذ فعلاً او حكماً ان يقتصر على دفع التعويض النقدي. اذ تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي على انه (اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً)^(٢).

(١) انظر انفاً ص ٧٨ من هذه الرسالة.

(٢) تقابلها المادة (٢٠٣/٢) مدني مصري.

وأجيز للدائن بموجب المادة (٢٥٢) من القانون نفسه، في حالة كون محل الالتزام امتناعاً عن عمل ان يطلب ازالة مأوقع مخالفأً له مع التعويض اذا كان له محل. وعلى الرغم من ورود هذه الازالة في القانون المدني العراقي بين احكام التنفيذ العيني، وتعذر الازالة هذه تعويضاً عينياً للدائن^(١). بيد انه اذا كان نص المادة (٢٥٢) المذكورة، تؤدي باختصارها على الاعمال المادية، مخالفة للالتزام بالامتناع عن القيام به، مثل : اقامة جدار اخلالاً بالالتزام بالامتناع عن بنائه او فتح متجر اخلالاً بالالتزام بعدم المناسة^(٢)، فليس فيها ما يمنع تطبيقها بطريق القياس على التصرفات القانونية التي تبرم، اخلالاً بالالتزام بالامتناع عن ابرامها. وذلك لأن كل عقد يتضمن التزام كلا عاقديه بالامتناع عن ابرام تصرف يؤدي الى اعاقة تنفيذه. فالواعد بالبيع يلزم، في خلال مدة الوعد، بالامتناع عن بيع الشيء الذي وعد ببيعه. فاذا اخل بالتزامه، وتصرف فيه اضراراً بالموعد له. قبل انقضاء تلك المدة، كان الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف "ازالة مأوقع مخالفأً للالتزام". فاذا ما قضى به كان عدم النفاذ تعويضاً عينياً للموعد له^(٣). اذ يعتبر التصرف الذي اجراه المدين (الواعد) مخالفأً للالتزامه لأن لم يكن اصلاً ليصيير الدائن (الموعد له) في ذات الوضع الذي يكون فيه لو لم يخل المدين بالتزامه.

وبدورنا نعتقد ان هذه الحالة تؤكد ان الاصل في المادة (٢٥٢) مدني عراقي). هو التعويض العيني، وذلك في الحالات التي ينشيء فيها الاخلال بالالتزام حالة مستمرة (بمعنى كونه ضرراً مستمراً).

واما رجعنا لنصوص المواد (١٦٨ او ١٦٩) من القانون المدني العراقي، لوجدنا ان المادة (١٦٨) منه تنص على انه (اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً

(١) انظر انفأً ص ٧٩ من هذه الرسالة.

(٢) د. حسن علي الذنون، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ص ٣٤٥.

(٣) انظر عكس ذلك في اعتبار هذا الحكم تنفيذاً عينياً رأي: د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٦٥.

حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لايد له فيه...^(١). وتقضى المادة (١٦٩) منه على انه (١- اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد او بنص القانون فالمحكمة هي التي تقدرها. ٢- ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد...^(٢)). فأن هذه النصوص تنشأ التزاماً جديداً في ذمة المدين بتعويض الدائن على اساس اخلال المدين بالتزامه العقدي. ويبدو ان ظاهر النصوص لا يحدد نوع التعويض، اذ يترك للقاضي حرية كاملة في اختيار طريقة التعويض الاكثر ملائمة لظروف الدعوى، يمارسها من دون رقيب عليه^(٣). حين ان سلطة القاضي في الحكم بالتعويض النقيدي على الرغم من امكان التنفيذ العيني، محاطة بقيود دقيقة، يخضع في تقدير توافرها، رقابة محكمة التمييز^(٤).

ومما يلاحظ، انه قد يؤدي تنفيذ الالتزام الى تحديد مدة خاصة بالتعويض. وذلك عندما يكون كل طرف من اطراف الالتزام قد انجز التزامه، وكل يقبل العمل الذي قدمه الاخر، فإن التنفيذ يكون منجزاً. ومثال ذلك: انجاز البناء في عقد المقاولة، اذ يوجد هناك تسليم وتسلم للاعمال مع دفع باقي الثمن. وكذلك، تسلم المشتري للشيء المباع وقبوله اياه مع دفع باقي الثمن للبائع. وفي هذه الحالات، ينقضى الالتزام على اعتبار ان العقد قد انتج اثاره، وكل طرف يعتقد بتنفيذ التزام الطرف الاخر.

بيد انه، اذا كانت العلاقة العقدية في هذه الامثلة تقتضي. فان اكتشاف العيب الخفي فيما بعد يثير التزاماً جديداً بالضمان، مع انه يرتبط بالعقد الذي انشأ الالتزام الاساسي

(١) تقابلها المواد (٢١٥ مدني مصري) و (٢١٦ سوري) و (١٦٢ كويتي) و (٢٥٦-٢٥٤ موجبات لبناني).

(٢) تقابلها المواد (٢٢١ مدني مصري) و (٢٢٢ سوري) و (١٦٣ كويتي) و (٢٦١-١٣٤ موجبات لبناني).

(٣) انظر: د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، القاهرة، ١٩٦٧، ف ٤٦ ص ١١٠-١١١.

(٤) انظر: د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٥٩.

للتنفيذ. وعندئذ يكون التزام الضمان عبارة عن التزام بالتعويض (الاصلاح). وهذا مايسى بضمان الاستحقاق^(١)، وفي الوقت نفسه لايختلف عن ضمان العيوب الخفية^(٢).

وبدورنا نعتقد ان الحكم بالزام المدين في هذه الحالة بالتعويض وذلك باصلاح العيب الموجود يكون عبارة عن تعويض عيني تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي، وذلك بالحكم باعادة الحال الى ماكانت عليه وذلك على سبيل التعويض^(٣). وعلى العكس من ذلك، اذا رفض احد الاطراف قبول العمل المقدم من الاخر، بحجة ان التنفيذ ناقص^(٤)، او وجود عيب^(٥)، ففي هذه الحالة نبقى ضمن نطاق التنفيذ العيني وليس نطاق التعويض.

ومن جانب اخر، تنص المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي على انه (يضمن المهندس المعماري او المقاول مايحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيدوه من مباني او اقاموه من منشآت ثابتة اخرى..)، ان الزام المهندس المعماري او المقاول باصلاح (تعويض) العيوب الموجودة في البناء في خلال المدة العقدية (المدة عشر سنوات)، عبارة عن تعويض عيني تطبيقاً لاحكام الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي - سالفه الذكر^(٦). وذلك لاسباب الآتية:-

١- ان التزام الضمان وفقاً للمادة (٨٧٠) -سالفه الذكر- التزاماً مقرراً بنص القانون استقلالاً عن ارادة ذوي الشأن (المقاول ورب العمل). ويكون اصلاح العيوب

^(١) المواد (٥٥٧-٥٤٩)، (٨٧٠) مدنی عراقي.

^(٢) المواد (٥٧٠-٥٥٨)، (٢/٨٧٥) مدنی عراقي.

^(٣) وانظر بالمعنى نفسه:-

Mazeaud (H et L), OP, cit, T1, n 96, note 2.

^(٤) المادة (٢/٢٧٣) مدنی عراقي.

^(٥) المادة (١/٥٦٠) مدنی عراقي.

^(٦) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسلیمه، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٧٥، ص ٢٩٠.

تعويضاً عينياً وفقاً لاحكام المسؤولية التقصيرية. وكذلك الحال عند الحكم على المقاول او المهندس باعادة بناء البناء المتهدم.

٢- في اثناء مدة العقد وقبل تسليم البناء الى رب العمل فان الحكم بالاصلاح او ازالة الضرر او العيوب او اعادة بناء البناء المتهدم، يعد تنفيذاً عينياً وفقاً لاحكام المادة (٢٤٦ مدني عراقي) وذلك لاننا مازلنا في نطاق تنفيذ العقد.

٣- بعد انتهاء مدة الضمان العشري المقررة قانوناً في المادة (٨٧٠) مدني عراقي، فان الحكم بالزام المقاول او المهندس بازالة العيب الخفي او اعادة البناء، يعد كذلك تعويضاً عينياً في نطاق المسؤولية التقصيرية.

وكذلك الحال في عقد الاعلان المحدد المدة، مثل ذلك:- يتعاقد صاحب مصنع مع شركة الاعلانات، للاعلان عن منتوجاته في خلال مدة شهر. فعند اخلال شركة الاعلانات بهذا العقد وامتناعها عن تقديم الاعلان فاننا نكون امام حالتين:-

(١) في اثناء مدة العقد - الشهر - فان الزام المدين (شركة الاعلانات) بتقديم الاعلان الذي امتنع عن تقديمها، يعد تنفيذاً عينياً. وفقاً لما قررته القواعد العامة واحكام المادة (٢٤٦) مدني عراقي.

(٢) بعد انتهاء مدة العقد - اي الشهر - فان الزام المدين (شركة الاعلانات) بتقديم الاعلان مع تمديد مدة العقد لمنتهى المدة التي في خلالها امتنع المدين عن تقديم الاعلان، فان ذلك يعد تعويضاً عينياً وفقاً لاحكام المسؤولية العقدية وما قررته الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) مدني عراقي.

ويلاحظ انه لا يمكن للمدين ان يتمسك باستحالة التنفيذ على اساس انتهاء مدة العقد. مادام يمكن جبر الضرر بتقديم الاعلان، اما التعويض النقدي ورد المبلغ المتبقى عليه في العقد فانه لا يشكل اهمية لما فقده الدائن عندما ضاعت عليه فرصة الاعلان عن

منتوجاته. وقد عبر المشرع الفرنسي عن ذلك صراحة في المادة (١١٤٣) - سالفه الذكر^(١).

المطلب الثاني

التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية

توجب المسؤولية التقصيرية الزام من احدث ضرراً غير مشروع بالغير بتعويض هذا الضرر^(٢). وتخالف المعالجة الفقهية لطريقة التعويض في المسؤولية التقصيرية في ظل القانون المدني الفرنسي والقانون المدني العراقي، وهذا مانعرضه بفرعين وكما يأتي:-

الفرع الاول

التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي

تلزم المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي^(٣) محدث الضرر بالتعويض، من دون تحديد اخر، ومع ذلك تبأينت الاراء في الفقه الفرنسي في تطبيق هذه المادة. وقد ذهب رأي في الفقه، الى ان التعويض في المسؤولية التقصيرية يكون حتماً مبلغاً نقدياً، استناداً الى كون النقود مقياس القيم ومن ثم كافية لجبر الاضرار المادية وشافية للاضرار الادبية^(٤).

بيد ان هذا الرأي قد ظل منعزلاً في الفقه وغريباً عن القضاء وذلك لاسباب الآتية:-

(١) انظر انفا ص ٧٨ هـ ٣ من هذه الرسالة.

(٢) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للألتزامات، المصدر نفسه، ص ٢١٤.

(٣) انظر ص ١٩ من هذه الرسالة.

(٤) Lucienne Ripert: OP, cit, n 12. Ripert (G) : OP, cit, P25, n5.

- ١- ان المادة (١٣٨٢) مدنی فرنسي. تعطی للقاضی امکانیة تقسیر النص بصورة واسعة وفقا لتقویم الواقع والحوادث^(١). وهذا ما تجھت اليه محکمة النقض الفرنسيّة بالقول (لقاضی الموضع، في حدود طلب المدعی، سلطة تقديرية مطلقة في تحديد طریقة ومدی تعویض الضرر الناشیء عن الجنة)^(٢).
- ٢- ان المادة (١٣٨٢) من القانون المدنی الفرنسي، لاتستبعد الحكم بالتعویض العینی^(٣). وهذا ما ذهبت اليه محکمة النقض الفرنسيّة عندما قضت بأنه (اذا كان تعویض الضرر يقدر في الغالب بالنقود، فان نص المادة (١٣٨٢) لا يمنع، مع ذلك اطلاقاً، اية طریقة اخری للتعویض)^(٤).
- ٣- اتنا نجد في احكام القضاء الفرنسي ما يؤید الحكم بالتعویض العینی في المسؤولیة التقصیریة وذلك من خلال فكرة مفترضة للمادة (١١٤٢) من القانون المدنی الفرنسي. اذ جاء في المنطوق الحكم بأنه، (يجب مقابلة التزام اعادة شيء معین بالالتزام بقيام بعمل. مثل الحكم بالالتزام الاداری باعادة سيارة كانت مملوکة بصورة غير مشروعة)^(٥)، فان هذا الحكم على الرغم من انه استند الى المادة (١١٤٢) مدنی فرنسي وفقا لمفهوم المادة (١٣٨٢) من القانون نفسه، الا انه يكون المقصود هو التزام الاعادة وليس التزام القيام بعمل. وذلك لأن المادة (١١٤٢) مبنیة على مصطلحات عامة (كل التزام بعمل او بالامتناع عن عمل) وبالتمسک بموضوع الالتزام، فانه يجب وبصورة منطقیة التطبيق على كل التزام من هذا النوع وایاً كان مصدر الالتزام. مع مراعاة هدف المادة (١١٤٢) الى استبعاد اللجوء الى الاکراه الشخصی^(٦).

^(١) Mazeaud, OP, cit, n 2317. Savatier, OP, cit, n 593.

^(٢) نقض فرنسي مشار اليه في:- د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٤٨ هـ ٣.

^(٣) Mazeaud (H et L), OP, cit, n2303.

^(٤) نقض فرنسي مشار اليه في:- د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٤٨ هـ ٣.

Lucienne Ripert, OP, cit, n 14.

^(٥) نقض فرنسي مشار اليه:-

^(٦) Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 780.

ويذهب الرأي الراجح، إلى القول: - تكون المسائلة في المسؤولية التقصيرية أقل صعوبة من المسؤولية العقدية، وذلك لعدم وجود نص خاص بنوع التعويض. حيث للقاضي سلطة كاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لطبيعة الضرر، وذلك لأن المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي، لم تحدد طريقة التعويض، هذا من جانب. ومن جانب آخر، أن قوام المسؤولية المدنية، تصحيف التوازن الذي أخل واهدر نتيجة وقوع الضرر واعادته إلى مكانه، وذلك باعادة المتضرر على حساب المسؤول الملزם بالتعويض إلى الحالة التي كان مفروضاً أو متوقعاً أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار^(١).

الفرع الثاني

التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية في القانون العراقي

تنص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي على انه (كل تعد يصيب الغير باي ضرر اخر غير ماذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض)^(٢)، ويتبين من هذا النص، انه جاء بمبدأ عام هو تعويض الضرر من دون ان يحدد طريقة التعويض^(٣).

بيد ان المشرع العراقي عاد ليترك للمحكمة سلطة تحديد نوع التعويض تبعاً للظروف وذلك في الفقرة الاولى من المادة (٢٠٩ مدني عراقي)، كما اجاز المشرع للمحكمة العدول عن التعويض النقدي - تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر - إلى

^(١) Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2303. Demuge, OP, cit, n 489. Planiol, OP, cit, n 895.

^(٢) تقابلها المواد (١٦٣ مدني مصري) و (١٦٤ مدني سوري) و (١٢٣-١٢١ موجبات لبناني).

^(٣) وهذا مايقابل نص المادة (١٣٨٢ مدني فرنسي). انظر د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص ٢٨٥.

الحكم بالتعويض باعادة الحالة الى ما كانت عليه او ان تحكم باداء امر معين او برد المثل في المثليات وذلك في الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي.

ويلاحظ من نص الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) ان المشرع العراقي اعطى للتعويض العيني المرتبة الثانية^(١) لذلك فقد ثار الجدل في الفقه حول منزلة التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية.

ثمة رأي، بأن التعويض العيني شائع الوقع في المسؤولية العقدية. ولا يكون له في نطاق المسؤولية التقصيرية الا منزلة الاستثناء^(٢)، فالتعويض النقيدي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية^(٣). ويجوز اجبار المدين على التنفيذ العيني اذ ان المدين في المسؤولية التقصيرية اخل بالتزامه القانوني من عدم الاضرار بالغير^(٤).

(١) وكذلك الحال في التقنيات العربية. انظر الاشارة للنصوص المقابلة للنص العراقي، في ص ٦٠ من هذه الرسالة.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقى البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدنى العراقي، ج ١ في مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة بغداد، من دون سنة طبع، ف ٨٩٩ ص ٥٥٤.
د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٧٠، ف ٩٠٩ ص ٤٨٢. د. مقدم السعيد، مصدر سابق، ص ٢٢١. د. يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات القانون الجرم وشبيه الجرم، الجزائر، ١٩٧٨، ف ٤١٥ ص ٢٥٠. ابراهيم محمد شريف، رسالته السابقة، ص ٢٢٥. همزة خسرو عثمان، نظرية تحمل التبعية وتطبيقاتها في التشريع المقارن، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٨٨، ص ٧٤. وكذلك انظر ماتبنته مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، ج ٢، مطبوعات دار الكتاب العربي، بدون سنة طبع، ص ٣٩٦.

(٣) انظر: د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، ط ١، ١٩٨٣، ص ٣٨٤.

(٤) انظر: حسن عكوش، المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، ط ٢، دار الفكر العربي، ١٩٧٠، ص ٢٠٠.

في حين ذهب رأي اخر الى القول، بأن التعويض العيني ليس غريبا على المسؤولية التقصيرية اذ انه يتلائم معها اكثر من ملائمة مع المسؤولية العقدية^(١)، وان التنفيذ العيني بالنسبة للالتزامات القانونية هو مجرد عدم الاضرار بالغير^(٢). وانه لا يمكن ان يكون هناك تفينا عينيا في المسؤولية التقصيرية^(٣).

ونرجح هذا الرأي وذلك لأسباب الآتية:-

١- ان تعويض الضرر باعادة الحال الى ما كانت عليه، يحقق الصورة المثالية للتعويض. وحالة جيدة تسعى اليها التشريعات. وقد اخذ المشرع العراقي في المادة (٢٠٩) - سالفه الذكر - بهذا النوع من التعويض. كما اخذت بالحكم نفسه المادة (٤٣٥) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد اذ تنص على انه (اذا تعذر التعويض العيني قضت المحكمة للمتضرر بتعويض نقدی يدفع له دفعه واحدة. او على اقساط او ايراد مرتب مدى الحياة) . ويلاحظ ان مشروع القانون المدني العراقي الجديد قد قدم التعويض العيني على التعويض النقدي.

٢- اذا كنا نتفق مع من يرى وجود فارق بين التعويض العيني والتنفيذ العيني^(٤)، الا اننا لانؤيد من يذهب الى عدم استبعاد التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية باعتباره جزء يترب على قيمتها^(٥). ذلك ان الالتزام القانوني بعدم الاضرار بالغير قد خرق بانتهاك المدين له (حدث الضرر) عندما اخل به. ومادمنا امام حالة

(١) انظر: السنهوري، الوسيط، ج ١، ف ٦٤٣ ص ٩٦٦ . د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٤٩ . د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية - دراسة مقارنة، كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩١ ص ١٥٣ و مابعدها.

(٢) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٤٩ هـ ١٠ .

(٣) انظر: د. عبد المنعم فرج الصدح، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧١م، ص ٦٢٥ .

(٤) انظر افرا ص ٧٣ من هذه الرسالة.

(٥) حسن عكوش، مصدر سابق، ص ٢٠٠ .

اخلال بالالتزام فاننا سنكون امام تعويض ولسنا بصدد تنفيذ، هذا من جانب، ومن جانب اخر، فان هدف التعويض سواء أكان عينيا ام غير عيني، ينحصر في اعادة التوازن بين محدث الضرر والمتضرر، والذي اختل بالفعل غير المشروع، الى سابق عهده. ولذلك فان الحكم باعادة الحال الى مكانه عليه عن طريق ازالة عين المخالفة هو تعويض المتضرر وليس تنفيذا للالتزام.

٣- ان للتعويض العيني مكانا بارزا في المسؤولية التقصيرية. فالشخص الذي يتلف مالا مثليا لآخر لا يستطيع الحصول عليه بيسرا او انه لايمكن ان يحصل عليه الا بسعر يزيد عن سعره المقرر. وهذا مايحدث في كثير من الاحيان وفي البلدان المختلفة وبخاصة في اوقات القحط والتموين والتسعيرة الجبرية. فان الزام المسؤول بتعويض نقيي لا يجعله ينصف المتضرر في اصلاح الضرر الذي اصابه. وعليه فان الزامه بأن يؤدي الى المتضرر منقولاً من النوع نفسه يكون اقرب الى تحقيق العدالة و اكثر انصافا للمتضرر. وهذا هو التعويض العيني الذي قد لا يكون هناك طريقا اخر غيره يجبر الضرر الى اقصى حد ممكن.

٤- ان التعويض العيني لايزيل ماحدث في خلال المدة الواقعة من حدوث الضرر واعادة الحالة الى ماكانت عليه، ففي هذه المدة لابد من ضرر^(١)، فهناك مدة تفصل بين حدوث الضرر وبين الاعادة، ولذلك يجب ان يعوض الدائن عن المدة التي حرم في خلالها من الاستفادة من الشيء المضرور او من الشيء المفقود^(٢). زيادة على ذلك فان تعويض المتضرر مقررونا بالزام محدث الضرر بالتعويض العيني لا يقتصر فقط على المدة بين وقوع الفعل الضار وبين اصلاحه وانما يتعداه حتى اذا لم تكن هناك اية مدة تستحق التعويض عنها او كانت هناك مدة ولم يتضرر من اجزائها المتضرر. فاذا صدم شخص بسيارته سيارة اخرى واتلف بعض اجرائها والزمناه بأجزاء اخرى جديدة وفعل

(١) وذلك لا يقتصر على المسؤولية التقصيرية وانما يشمل المسؤولية العقدية كذلك.

(٢) د. مقدم السعيد، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

ذلك. يكون قد نفذ التزامه وعوض صاحب السيارة المتضررة تعويضاً عينياً، الا ان ذلك لا يعني ان صاحب السيارة المصدومة لم يتضرر. في بعض الاسواق ومنها اسواقنا يؤدي ذلك الى انتهاك ملحوظ في قيمتها مما يقتضي التعويض عنه نقداً. اضافة الى التعويض العيني^(١).

استنتاج:- يتبيّن مما تقدّم النتائج الآتية:-

- ١- لانجد مبرراً للتفرقة قضائياً في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، بين نوعي التعويض سواء أكان عينياً أم نقدياً. اذ يكمن دور القاضي في اختيار طريقة التعويض الاكثر ملائمة لجبر الضرر على اساس:- ان هدف المسؤولية المدنية هو تصحيح التوازن الذي اخل او اهدى بسبب الضرر، وذلك باعادته الى مكانه. وظهر في اسباب الاحكام للقضاء الفرنسي، مابينبيء عن تحول القضاء الى هذا الاتجاه فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف ليون عام ١٩٤٥، (ان للقضاء سلطة في تحديد اشكال التعويض: لهم على الخصوص مكنة الامر بالتعويض العيني طالما كان غير مخالف لبنود العقد، ولا ماس بالحرية الفردية)^(٢).
- ٢- ان المدين في المسؤولية العقدية، ليس افضل معاملة من المدعى عليه في المسؤولية التقصيرية. ويقرر القاضي في نوعي المسؤولية المدنية، انشاء التزام جديد في ذمة المدين بتعويض الدائن. ويستطيع ان يخصص له طريقة اخرى غير التعويض النقي من اجل الوصول الى تعويض اكثراً اكتمالاً لطبيعة الضرر.

(١) انظر قرار محكمة جنح كركوك الصادر بتاريخ ١٩٨٩/١١/٢٢ وبالاضبارة عدد ٣٦٣ ج/٩٨٩ والمصادق عليه من هيئة التمييز الجزائية في رئاسة محكمة استئناف منطقة التأمين بقرارها المرقم ٢١٤/٩٨٩ في ١٩٨٩/١٢/٢٨، والذي احتفظ للمشتكي شكر محمود بحقه في اقامة دعوى مدينة للمطالبة بتعويض عن نقص قيمة السيارة المتضررة والمرقمة ٤٧٨١/تأمين، واجور مدة وقوفها عن العمل بعد ان حكمت له المحكمة بتعويض نقي مقداره الفان ومائة وواحد وثمانون ديناراً عن الاضرار الملحة بسيارته المشار اليها. القرار مشار اليه في:- د. عزيز كاظم جبر، مصدر سابق، ص ١٥٥ هـ.

(٢) القرار مشار اليه في:- د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٤١ هـ.

٣- ان التفرقة الثانية في نظام التعويض سواء أكان عينياً أم نقدياً، لاتقيم وزناً واعتباراً، الا في حالة استبعاد التعويض العيني اذا خاطر بتغطية ضرر مباشر غير متوقع في المسؤولية العقدية. اذ لايسأل المدين في المسؤولية العقدية الا عن الضرر المباشر المتوقع، الا اذا ارتكب غشاً او خطأ جسيماً فيسأل عنده عن الضرر المباشر غير المتوقع وتلحق مسؤوليته في هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية^(١).

٤- لايمكن معاملة الحالات المماثلة بطرق تعويض مختلفة، ماعدا اصل الالتزام المنتهك. مثال ذلك: يلزم الوديع برد مثل الاشياء المودعة التي سرقت او تلفت بخطأه وفقاً لاحكام المسؤولية العقدية^(٢). في حين ان اتلاف او سرقة الاشياء نفسها من الغير، فانه يلزم (الغير) برد مثل هذه الاشياء وفقاً لاحكام المسؤولية التقصيرية^(٣). وفي كاتي الحالتين يعد الحكم تعويضاً عينياً للدائن.

٥- يستطيع التعويض العيني، رفع الغبن الذي يتعرض له الدائن نتيجة الحكم له بتعويض نقيدي لايمكن قانوناً ان يزيد على السعر الرسمي، اذ كان محل الالتزام بالرد اشياءً تخضع للتسعييرة الجبرية، وذلك للاسباب الآتية^(٤):-

أ- تقر الحكومة التسعييرة الجبرية نتيجة اختلال التوازن بين العرض والطلب مما يؤدي الى ظهور السوق السوداء. وان القضاء عليها والتخفيض من حدتها امر يعني الحكومة او السلطة التنفيذية.

ب- واجب القضاء الاول، هو اقرار العدل واعطاء كل ذي حق حقه، وایة ذلك في نطاق المسؤولية المدنية : تعويض المتضرر عما لحقه من ضرر ، وان يكون هذا

(١) د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ط٢، ١٩٦٣، ص٣٥٦. د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص٢٩٠.

(٢) لأن المدين اخل بالالتزام العقدية.

(٣) لأن المدعي عليه اخل بالالتزام قانوني بعدم الاضرار بالغير.

(٤) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف٤١٣ ص٢٨٥.

التعويض شاملاً يغطي الضرر كله. والتعويض العيني هو التعويض الامثل في كثير من الحالات. زيادة على ان نص الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي تجيز بأن يكون التعويض بأداء امر معين اورد المثل في المثلثات، وبذلك تبيح للقاضي الالذ بالفكرة المقدمة.

٦- ونرى انه، في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني العراقي، لا يوجد أي نص يمنع التعويض العيني في نطاق المسؤوليتين العقدية والقصيرية.

٧- اذا كانت مسألة تقدير التعويض مسألة وقائع يترك امرها لتقدير قاضي الموضوع وفطنته^(١). لذلك فان التعويض العيني لايمكن ان يكون الا بمقدار جبر الضرر باعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار. فلايجوز ان يزيد على الضرر الذي لحق بالمتضرر والا كان هذا المتضرر بدوره مثيأً على حساب المسؤول من دون سبب. وعندئذ تكون امام ضرر جديد قد لحق بالمسؤول وهو افقاره. حيث الافتقار في دعوى الاثراء من دون سبب يقابل الضرر في دعوى المسؤولية المدنية^(٢). وقد كان للقضاء الفرنسي دوراً بارزاً في اقرار هذا المبدأ (تحول دعوى الاثراء من دون سبب عند تحقق شروطها، من دون الحكم بالتعويض العيني) . في قضية البيت المحروق^(٣).

وبدورنا نعتقد ان الحكم بالتعويض العيني يجب ان يكون في حدود نظرية الاثراء من دون سبب، وذلك يعني ان التعويض يكون لازالة الضرر فقط. وبذلك ينتفي عن التعويض العيني صفة العقاب، ومن الاثار التي تترتب على كون التعويض العيني ليس عقوبة هي: ان العبرة في تقدير التعويض بمقدار الضرر لابدرجة الخطأ، ولا عبرة في تقدير التعويض بمعنى او فقر المتضرر، كما انه اذا كان الفعل الذي سبب الضرر متجدداً

(١) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات ، المصدر نفسه، ص ٣٥٢.

(٢) المصدر السابق، ص ٣٢١.

(٣) انظر ص ٩٧ من هذه الرسالة.

ومستمراً فللمتضرر الحق في اللجوء إلى القضاء طالباً الحكم بایقاف هذا الفعل، أو اتخاذ الاجراءات الالزمة لمنع الضرر الناشيء عنه باعتبار ان التعويض يرجى به الاصلاح، واصلاح الضرر يكون قبل كل شيء بمحو سببه متى كان ممكناً^(١).
مع ذلك فإن التعويض العيني قد يثير افكاراً اخرى تتعلق بسلطة القاضي وحدودها وهذا ما سيكون موضوع الفصل الاول من الباب الثاني.

الباب الثاني

وضع التعويض العيني موضوع التطبيقي

تم تقسيم هذا الباب على فصلين، الفصل الاول يتناول سلطة القضاء التقديرية ازاء التعويض العيني، اما الفصل الثاني، فيتناول الحالات التطبيقية لفكرة التعويض العيني التي اقرتها التشريعات الحديثة.

الفصل الأول

سلطة القضاء التقديرية ازاء التعويض العيني

(١) انظر، محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والادبي والورث، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٩٥م، ص١٢٨.

لأشك ان القضاء بماله من خبرة ومايتمتع به من سلطة، يعَدّ الجهة التي تعين طريقة التعويض المناسبة لجبر الضرر الحاصل، اكثر من غيرها. وهذا ماجعل التشريعات المختلفة تتبنى هذه الفكرة وتتصـلـعـ عـلـيـها صـرـاحـةـ فيـ مـتـوـنـهـ، وـذـلـكـ تـجـبـاـ لـلـاشـكـالـاتـ العـدـيدـةـ التـيـ يـمـكـنـ انـ تـحـصـلـ لـوـ انـ المـشـرـعـ قدـ نـصـ عـلـىـ الزـامـ القـاضـيـ بـاتـبـاعـ طـرـيقـةـ منـ دـوـنـ غـيرـهـ، فـيـمـاـ يـتـعـلـقـ بـكـلـ نـوـعـ مـنـ اـنـوـاعـ الـضـرـرـ، هـذـاـ مـنـ جـهـةـ. وـمـنـ جـهـةـ اـخـرـىـ، اـنـ الـاـضـرـارـ التـيـ يـمـكـنـ انـ تـقـعـ فـيـ حـيـاـتـ الـعـمـلـيـةـ لـاـحـصـرـ لـهـاـ وـلـيـسـ بـامـكـانـ أـيـ مـشـرـعـ اـنـ يـحـيـطـ بـهـاـ اـحـاطـةـ تـامـةـ، فـلـذـلـكـ وـعـلـىـ اـفـتـرـاضـ حـصـولـهـ لـاـيـحـقـقـ الـعـدـالـةـ فـيـ الـاحـوالـ كـلـهـاـ^(١).

وعـلـيـهـ فـأـنـ المـشـرـعـ الـفـرـنـسـيـ، لـمـ يـحـدـدـ طـرـيقـةـ مـعـيـنـةـ لـلـتـعـوـيـضـ، بـلـ مـنـحـ لـقـاضـيـ الـمـوـضـوـعـ فـيـ حـدـودـ طـلـبـ الـمـدـعـيـ سـلـطـةـ تـقـدـيرـيـةـ مـطـلـقـةـ فـيـ تـحـدـيدـ طـرـيقـةـ التـعـوـيـضـ الـاـكـثـرـ مـلـاءـمـةـ لـطـبـيـعـةـ الـضـرـرـ^(٢).

اما المـشـرـعـ الـعـرـاقـيـ فـقـدـ ذـهـبـ فـيـ المـادـةـ (١/٢٠٩ـ) مـنـ الـقـانـونـ الـمـدـنـيـ إـلـىـ القـوـلـ:-
(تـعـيـنـ الـمـحـكـمـةـ طـرـيقـةـ التـعـوـيـضـ تـبـعـاـ لـلـظـرـوفـ...ـالـخـ). وـهـوـ الـاـمـرـ الـذـيـ تـنـاـولـتـهـ الـكـثـيرـ
مـنـ التـشـرـيعـاتـ الـعـرـبـيـةـ لـتـؤـكـدـ دـوـرـ الـقـاضـيـ فـيـ اـخـتـيـارـ طـرـيقـةـ الـمـثـلـىـ لـلـتـعـوـيـضـ^(٣).

إـلـىـ جـانـبـ ذـلـكـ ثـارـ التـسـاؤـلـ عـمـاـ اـذـاـ كـانـتـ سـلـطـةـ الـقـاضـيـ تـتـشـيـءـ الـالـتـزـامـ
بـالـتـعـوـيـضـ؟ـ وـمـدـىـ ضـرـورـةـ الرـجـوـعـ إـلـىـ فـكـرـةـ السـلـطـةـ الـاـمـرـةـ لـلـقـاضـيـ فـيـ بـعـضـ
حـالـاتـ التـعـوـيـضـ الـعـيـنـيـ مـنـ عـدـمـ فـائـدـتـهـ فـيـ اـكـثـرـ الـحـالـاتـ؟ـ

(١) دـ.ـ عـزـيزـ كـاظـمـ جـبـرـ،ـ مـصـدـرـ سـابـقـ،ـ صـ1ـ٥ـ١ـ.

(٢) نـقـضـ (ـجـنـائـيـ)ـ فـرـنـسـيـ،ـ سـنـةـ ١٩٥٢ـ (ـلـقـاضـيـ الـمـوـضـوـعـ،ـ فـيـ حـدـودـ طـلـبـ الـمـدـعـيـ،ـ سـلـطـةـ تـقـدـيرـيـةـ مـطـلـقـةـ فـيـ تـحـدـيدـ طـرـيقـةـ وـمـدـىـ تـعـوـيـضـ الـضـرـرـ النـاشـيـءـ عـنـ الـجـنـحةـ).ـ مـشـارـ إـلـيـهـ فـيـ مـؤـلـفـ دـ.ـ مـحـمـودـ جـمـالـ الـدـينـ زـكـيـ،ـ مـشـكـلـاتـ الـمـسـؤـلـيـةـ الـمـدـنـيـةـ،ـ الـمـصـدـرـ نـفـسـهـ،ـ صـ4ـ٨ـ،ـ هـ٣ـ.

(٣) وـمـنـهـ الـقـانـونـ الـمـدـنـيـ الـمـصـرـيـ (ـمـ ١٧١ـ)،ـ وـالـمـدـنـيـ الـسـوـرـيـ (ـمـ ١٧٢ـ)،ـ وـالـمـوـجـبـاتـ الـلـبـنـانـيـ (ـمـ ١٣٦ـ)،ـ وـالـمـدـنـيـ الـلـيـبـيـ (ـمـ ١٧٤ـ)،ـ وـالـمـدـنـيـ السـوـدـانـيـ (ـمـ ١٦٤ـ)،ـ وـالـمـدـنـيـ الـجـزـائـريـ (ـمـ ٣٢ـ).ـ وـهـذـهـ النـصـوصـ تـقـابـلـ
مـنـ الـقـانـونـ الـمـدـنـيـ الـعـرـاقـيـ (ـمـ ٢٠٩ـ).

وكيف يتم هذا النوع من التعويض؟ أهو مبدأ ام ان للمتضرر الحق في الحصول عليه؟

تلك هي التساؤلات الرئيسية التي تثار بهذا الصدد، والاجابة عنها وعن غيرها من التساؤلات تتعلق بجوهر الموضوع الذي نتناوله ادناه في مبحثين: نعالج في الاول سلطة القضاء، وفي الثاني عدم وجود حق في التعويض العيني او (انتقاء الحق في التعويض العيني).

المبحث الأول

سلطة القضاء

نبين اولاً المقصود بالسلطة التقديرية للقاضي المدني، ثم نبين مراحل اعمال السلطة التقديرية للقاضي ثانياً، ثم تحديد هذه السلطة في نطاق التعويض العيني ثالثاً وذلك كالاتي:-

اولاً: التعريف بالسلطة التقديرية للقاضي المدني.

يمارس القاضي عمله الذي استمد من ولاية القضاء، وذلك بانزال حكم القانون على واقع النزاع المطروح، وخلال عمله هذا الذي ينتهي بانزال حكم القانون على اعتبار ان هذا الحكم يعبر عن نتيجة القياس القانوني عن نشاطه الذهني بانزال حكم القانون على واقع النزاع المطروح^(١).

(١) د. احمد محمود السعد، مفهوم السلطة التقديرية ، للقاضي المدني ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص١٩.

ومادامت دراستنا تتناول فرع من فروع القانون الذي يمارس القاضي عمله من خلال تطبيقه وهو القانون المدني وفي نطاق احد موضوعات هذا القانون وهو تقيير التعويض، فاننا سنتعرض لهذه السلطة في هذا النطاق فحسب، ولانعني بذلك ان القاضي عند ممارسته لعمله القضائي لا يمارس السلطة التقديرية الا في هذا النطاق فقط، بل على العكس من ذلك فالسلطة التقديرية لصيقة بممارسة القاضي لنشاطه القضائي ايًّا كان موضوع المنازعه المطروحة عليه، سواءً أ كانت منازعه ادارية ام جنائية، وايا كانت طبيعتها سواءً أ كانت منازعه اجرائية ام منازعه موضوعية، تتطلب ازالت حكم قانوني على واقع المنازعه المطروحة، فأينما وجدت السلطة القضائية امكن الحديث عن وجود السلطة التقديرية التي يمارس القاضي من خلالها ولایة القضاء.

فلتعريف السلطة التقديرية للقضاء لابد ان نبين ان كلمة التقدير - لغوياً - تعني
امكانية التقدير الحر بمعنى الكلمة او التصرف طبقاً لارادة صاحب التصرف، وفي
المجال القانوني فإن حرية التقدير تعني القدرة على الاختيار بين احكام عدّة وهذا يعني
بدوره تعدد القرارات المتاحة^(١). لذلك فان الصفة التقديرية في سلطة القاضي تنشأ من
حالة قانونية معينة مصدرها بالطبع القانون، بمعنى انه يجب ان نتصور دائماً ان فكرة
السلطة التقديرية مرتبطة مع التنظيم القانوني من دون الفصل بينهما، فالسلطة التقديرية

^(١) د. نبيل اسماعيل عمرو، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجاري، ط١، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٤ ، ف ٢١ ص ٣٠ و مابعدها.

لاتظهر الا في نظام الدولة القانونية حيث لا تكون الدولة القانونية فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية لاننا في هذه الحالة سنكون في اطار سلطة تحكمية لا تقديرية^(١). ويمكن القول هنا ان السلطة التقديرية للقاضي تمارس عن طريق ضوابط لاتسمح بفرض التحكم والاستبداد^(٢)، فالقاضي حينما يعمل تقديره عن الاثر القانوني في النص انما يطبق في الوقت ذاته القاعدة القانونية في مضمونها وماترمي اليه من اهداف.

وهذا التقدير ضرورة لاعمال القانون وبالتالي استنفاد القاضي لولايته فولاية القضاء تحتوي ولاية التقدير او سلطة التقدير كما ذكرنا، وقد ساعد الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي مسلك المشرع نفسه، فهدف الافراد في معاملاتهم ان تسود المباديء العادلة التي ترغب الجماعة في تحقيقها. ويكون ذلك عن طريق اقرار المشرع لمراسيم القانون عن طريق النصوص التشريعية الا ان هذه النصوص لايمكن ان تعطي المنازعات والوقائع المختلفة كل الحلول المناسبة، كما انه قد تطرأ ظروف وملابسات جديدة لم تكن تخطر بذهن المشرع وقت سن القانون مما يفسح المجال للقاضي لاعمال نشاطه التقديرى لاقرار المراسيم القانونية المتنازع عليها، لذا فاعمال النشاط التقديرى للقاضي وعدم الاعتداد بحرفية النص التشريعى هو ترجمة حقيقية لواقع العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية السائدة في المجتمع والتي تتبدل من دون ان يلتحقها تبديل موازٍ للنصوص التشريعية^(٣). ومن ثم فإن القاضي يلعب دوراً بارزاً في موائمة هذه النصوص مع سنة التطور وهو ما يظهر جلياً ازاء فكري النظم العام والاداب.

فالنشاط التقديرى للقاضي هو وليد نشاط عقلي لاحادث التطابق بين المقدمات الكامنة في عناصر النزاع والمقدمات الانموجية المنصوص عليها في القانون، الامر

(١) د. احمد محمود السعد، مصدر سابق ، ص ٣٥.

(٢) انظر في تفصيل هذه الضوابط، المصدر السابق، ص ٣٩٠ وما بعدها.

(٣) المصدر السابق، ص ٥٤.

الذى يسمح بوجود فروق فردية تختلف من قاضٍ إلى آخر^(١)، على أن هذه الفروق في النشاط التقديرى للقاضى يجب أن لاتصل إلى حد التحكم ومخالفة القاعدة القانونية الملزمة للقاضى والمبدأ القانونى الذى ارسته تلك القاعدة.

وعلى ضوء ذلك نخلص إلى تحديد المقصود بالسلطة التقديرية بأنها نشاط ذهنى يقوم به قاضى الموضوع، بالاختيار بين قرارات عدة لانزال احدها على واقع النزاع المطروح.

ثانياً: مراحل اعمال السلطة التقديرية للقاضى:-

من المؤكد أن نشاط القاضى الذهنى بقصد اعماله لسلطته التقديرية ازاء الدعاوى المعروضة امامه تمر بمرحلتين على التوالى^(٢):-

المرحلة الأولى:- وتعتبر هذه المرحلة بفهم القاضى للقاعدة القانونية سواء في جانب مجموع العناصر التي تخيلها المشرع وصاغها في انموذج القاعدة القانونية "مفترضها" ام في فهمه للاثر المترتب عليها.

ولايوضح ذلك، فانه اذا طرح النزاع على القاضى، فإنه يتساءل بصفة مبدئية عن القاعدة الواجبة التطبيق في هذا المجال، ويقوم بنشاط ذهنى يهتمي من خلاله إلى القاعدة المحتملة للتطبيق. اذ ينصب هذا النشاط على فحص تمهدى لواقع النزاع. أي اننا مازلنا في دائرة الواقع البحتة غير الموصوفة بأى وصف قانونى، ففي هذه المرحلة يقوم القاضى بنشاط ذهنى مستهدفاً منه التقرير بين الواقع وبين قاعدة قانونية يراها

(١) د. نبيل اسماعيل عمرو، مصدر سابق ، ف ٦٥ ص ٧٩.

(٢) لمزيد من التفصيل انظر :- د. احمد محمود السعد، مصدر سابق ، ص ٦٥ ٤ وما بعدها. ابراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضى المدنى ، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، ١٩٨٩ ، ص ١٤١.

-هو- اقرب الى احتوائها على هذا الواقع المطروح^(١). فنشاط القاضي في هذه المرحلة هو اقرب للعودة بالقاعدة القانونية الى اصلها الطبيعي، على انها واقع. فعلى ضوء فهمه للقاعدة القانونية (مفترضها والاثر المترتب عليها) نستطيع القول انه قد انتهى في المرحلة الاولى من نشاطه الذهني الى تكيف اولي، حدد بموجبه القاعدة القانونية محتملة التطبيق. ثم ينتقل الى المرحلة الثانية من نشاطه الذهني والمتمثلة في اجراء مقارنة بين مجموع الواقع المطروحة من جانب الخصوم والنموذج الوارد في هذه القاعدة.

وعلى ضوء المعطيات سالفة الذكر، نستطيع ان نقرر ان نشاط القاضي الذهني بقصد عملية التكيف يتم من خلال مرحلة اولى يجري فيها تكيفات احتمالية عده بقصد تصفية القواعد القانونية التي تتصارع في اولويتها بمطابقة المفترض الوارد فيها والواقع المطروح^(٢)، اذ يكون اختيار قاعدة من هذه القواعد رهناً بتوفر عاملين اولهما يتمثل في فهم القاضي ل الواقع المطروح وثانيهما يتمثل في فهمه للمفترض الوارد في تلك القاعدة. وحتى الان مازلنا في دائرة الواقع البحثة، تلك الواقعه التي لم يتوصل القاضي بعد لمطابقتها مع مفترض القاعدة القانونية، فهذه المرحلة تتعلق بفهم القاعدة القانونية في ذاتها وذلك بتصنيفها من خلال فهمه للموضوع الذي تتناوله.

وعلى الرغم من القناعة بهذا الشمول للقاعدة القانونية التي سنها المشرع على اعتبار انها تهيمن على الواقع وتحكمه، الا ان القاعدة القانونية بمجرد صدورها من المشرع فانها تفصل عن الواقع الذي منه تم تشييدها وتسمو الى ارتقاض خاص بها، فهي بمجرد صدورها تكتسب صفات خاصة، تتمثل في العموم، والتجريد والالزام وهذه

(١) انظر، هشام فالح طاهات، سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقد - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، ١٩٩٨م، ص ٦.

(٢) ابراهيم بن حميد، مصدر سابق ، ص ١٤١.

الصفات تجعلها فوق الواقع على الرغم من أنها منه، وتظل صالحة نظراً لتجريدها لحكم أي واقع يتطابق مع مفترضها^(١).

ومهمة القاضي في هذه المرحلة هي اجراء نشاط ذهني يرمي الى تكيف اولي لهذه القاعدة القانونية ينتهي فيه الى فهم هذا الواقع المجرد والاثر المترتب عليه، ويساعده في اعمال هذا التكيف الاولى فهمه لمعطيات النزاع، اذ يقوده هذا الفهم من اول وهلة، الى هذه القاعدة القانونية.

المرحلة الثانية: وفيها يستمر هذا النشاط بإجراء ما يسمى بالقياس القانوني، وهو مساعد الشرط الواجب توافره لالانتقال من نطاق القاعدة القانونية المحتملة التطبيق الى نطاق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق.

أي انه لكي يعَد التكيف الاولى تكييفاً نهائياً ينبغي ان يجري القاضي نشاطاً ذهنياً ينصب على قياس قانوني تكون نتيجته بالضرورة تدل على ان مجموع الواقع توجد في هذه القاعدة القانونية، ويتحقق هذا التواجد من خلال مفترض هذه القاعدة. فاذا توافرت في الحالة الواقعية مجموع العناصر التي تخيلها المشروع وصاغها في انموذج القاعدة القانونية، فاننا نكون بصدده حالة من الحالات التي يقف فيها مؤقتاً تجريد القاعدة القانونية، لكننا امام قاعدة قانونية مجسدة^(٢).

ثالثاً: تحديد هذه السلطة في نطاق التعويض العيني:-

لأجل منح التعويض تأثيراً مباشراً على مصدر الضرر او موضوعه، لابد ان يتمتع القاضي بحق اصدار الاوامر للحكم بتجنب وقوع الضرر او منع استمراره. الا ان المعارضين للتعويض العيني يرفضون اعطاء هذا الحق لقاضي الموضوع: وذلك لانه

(١) د. احمد محمود السعد، مصدر سابق ، ص ٤٦٩.

(٢) ابراهيم بن حميد، مصدر سابق ، ص ١٤٢.

اذ كان القاضي يحدد موضوع الالتزام بالتعويض الا انه لainshieء هذا الالتزام، لأن القاضي يقرر وجود الالتزامات العقدية او القانونية ويجد في القانون الالتزام الذي يقررها. بيد ان القانون المدني الفرنسي لا يحدد نوع التعويض، وفي هذه الحالة كيف يستطيع القاضي اعطاء الالتزام بالتعويض مادة ايً كانت؟^(١).

يذهب الاستاذان "ربير و بولانجييه" الى القول: ان حق القاضي بمنح تعويض غير نقدي محدد بعدم امتلاك القاضي الفرنسي سلطة مطلقة مماثلة للحق الخاص بالبريتور الروماني، ولا يستطيع القاضي تحديد كل انواع الالتزامات ماعدا الحالات التي نص عليها القانون. وانه لا يوجد التزامات ذات اصل قضائي في القانون الفرنسي^(٢).

بدورنا نرجح رأي "ربير و بولانجييه" بعدم وجود التزامات ذات اصل قضائي في القانون الحديث. ولكن هذا يدعو للتساؤل: كيف ينشأ التزام المسؤول بالتعويض؟

يجيب الاستاذان "هنري وليون مازو"، عن هذا السؤال بالقول: يكون التزام التعويض عبارة عن التزام جديد نسبة الى الالتزام الذي وقع الاخلاص به - عقدي او قانوني-. وبعبدا عن فكرة انشاء الالتزام فان القاضي يقرر وجود الالتزام عند الحكم بالتعويض النقدي، هذا من جانب. ومن جانب اخر، اذا كان القانون ساكنًا بالنسبة للتعويض غير النقدي، اذ لم يحدد القاضي طريقة التعويض، لأن القانون لا يجعل القاضي آلة لحساب الضرر. ويجب الافتراض بأن القانون الذي عهد الى القاضي بمهمة التعويض الهي اكثـر من ان يكون انسانيا^(٣) ويمنحه كل السلطات الضرورية لهذه المهمة وفي المقام الاول منها، حق اعطاء الاوامر لاجل تجنب وقوع الضرر او منع استمراره^(٤).

^(١) Lucienne Ripert, OP, cit, n 20.

^(٢) Ripert et Boulanger, OP, cit, n 1146.

^(٣) ويطلق عليه بالفرنسية : "Plus divine qu 'humaine" .

^(٤) Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2307.

ويتفق الفقه والقضاء الفرنسيان مع هذا الرأي، فإنه عند تحديد مادة ايًّا كانت لاللتزام بالتعويض فإن القاضي لاينشيء التزاماً قضائياً. بل انه يقرر هذا الحق ضمن القانون نفسه الذي عهد اليه بمهمة التعويض^(١).

وفي هذه الحالة يثور التساؤل عن الاعتراف للقاضي الحديث بسلطة مميزة من وظيفته القضائية تماماً؟ إذ اجاز رأي ذلك، اذ ان القاضي ورث هذه السلطة واحتفظ بها من القانون الفرنسي القديم، وان العمل القضائي هو القرار من حيث التناقض بين الفعل والحق المنتهك^(٢). وان الحكم بالإجراءات لاتبين الوظيفة القضائية للقاضي بحصر المعنى وانما تبين وظيفته الادارية^(٣)، وذلك الجانب المهم من سلطته. اذ يرجح القاضي بين المصالح المتعارضة ودوره ليس استنباطياً، بل انه يحتمل اضافة الى وظيفته في قول الحق نوعاً من تنظيم المصالح. ومثل كل الاداريين يستطيع القاضي في حالات الضرورة ان يعيد تنظيم المصالح من دون ان ينتهك حجية الشيء المقضى به، وذلك بشرح الصفة الادارية لهذا النوع من القرارات من خلال قرارات توضح هذا المبدأ^(٤).

في حين ذهب رأي اخر الى عدم الاعتراف للقاضي بغير وظيفته القضائية وذلك وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات. وان الحكم بتنفيذ الالتزام لا يكون سوى تطبيق بلا قيد ولاشرط للسلطة القضائية للقاضي. اذ يوجد دور للقاضي في جزء كبير من حالات التعويض العيني وخاصة في الحالات المتعلقة بازالة الضرر لمخالفة مستمرة. مثل هدم جدار مبني على نقيس الالتزام بعدم البناء او الامر بايقاف بيع المواد المزورة. وفي

^(١) Demogue, OP, cit, n 496. Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 545.

وكذلك انظر القرارات المشار إليها في هذين المصادرين.

^(٢) Demogue, OP, cit, P. 534.

^(٣) تظهر وظيفة القاضي الادارية في احكام القضاء المستعجل والامر الولائي واجراءات الدعوى.

^(٤) Demogue, OP, cit, P.496.

هذه الحالات لا يعمل القاضي سوى اقرار حق منتهك واصعاً نهاية لحالة العمل المضاد لهذا الحق. وبعبارة اخرى انه يتصرف ضمن وظيفته القضائية^(١).

بيد ان فكرة الاصلاح محدودة جدا لاجل ضم كل حالات التعويض العيني. ويحتوي الاخير غالباً على اجراء اخر غير الاصلاح. وذلك عندما ينشأ ضرر من إصدام نشطين مشروعين، واجل فصل هذا النزاع فان القاضي يفرض على احد او كلا الطرفين التزامات تهدف الى تنظيم الممارسة وتجنب اصدام كلا النشطين^(٢). ومثال ذلك: ان يلزم القاضي المسؤول بتغيير استغلاله لاجل تجنب ازعاج الجيران او الآخرين، او فرض الاجراءات المسموحة لتجنب الغموض بين اسماء اثنين من التجار المنافسين.

الا ان ثمة رأياً يقول بأنه لا يوجد تعويض عيني في موضوع المنافسة غير المنشورة، وذلك لأن تنظيم ممارسة المصالح لا يعود حكماً على المسؤول^(٣).

ويرد على هذا الرأي، بأن قرار الحكم في موضوع المنافسة غير المنشورة يضم جانبيين، قضائياً وادارياً أي حكم بالتعويض واداري بتنظيم الممارسة لتجنب الاخال بالتنظيم. لذلك لابد من استعادة فكرة سلطة القاضي، وان الاعتراض بعدم وجود هذا الحق للقاضي الجديد، لم يمنع القضاة من اكمال مهمتهم بالاصلاح وذلك بالاستعمال الواسع لوظائفهم الادارية^(٤).

وخلاصة مما تقدم نستنتج:-

١- لاضرورة لرفض التعويض العيني المستمد من سلطة القاضي في التشريعات الحديثة. وذلك لأن مصدر الحق في التعويض ليس هو الحكم الصادر عن دعوى

^(١) Kayser, L'astreinte juridicaine et la responsabilite civil, Rev. Trim, 1953, n4926.

^(٢) Aktham El-Kholy, OP, cit, P. 85, n97.

^(٣) Roubier, le droit de la proprete industrielle, Paris, 1952, P..597.

^(٤) Savatier, OP, cit, n79. Demogue, OP, cit, n707.

المسؤولية، فالحكم ليس الا مقرراً لهذا الحق لا منشأ له. وحق المتضرر في التعويض انما نشأ عن العمل غير المشروع الذي اتاه المسؤول فرتب في ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام اركان المسؤولية الثلاثة (الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما). وعليه فان القانون وليس القاضي ينشيء الالتزام بالتعويض، واياً كانت طريقة التعويض.

٢- ان الاعتراض على سلطة القاضي يكون عديم الفائدة لعدد معين من حالات التعويض العيني، وبخاصة في موضوع المنافسة غير المشروعة، وذلك لأن القاضي يحكم بتنظيم الممارسة لتجنب الغموض وازالته.

ولقد اثارت رفض فكرة التعويض العيني الاستحالة العملية على اعتبار انها تحول من دونه. يقول ريبير "Ripert":- لنفترض ان القضاء سلم بفكرة التعويض العيني فانه استنادا الى هذا التعويض يضع التزاما على عاتق المسؤول ومن ثم يتم الجزاء بالاجبار^(١). ونعود الى الصيغة ذاتها وهي ان الاخلاص بالالتزام ادى الى نشوء التزام: وبذلك ندخل في مرحلتين من الوقت من دون فائدة لأن النتيجة هي في النهاية (التعويض بمبلغ نقدي). ليس من الافضل ان نحكم مباشرة عليه بهذا التعويض^(٢). وتقول لوسيان ريبير "L. Ripert" ايضاً، ان كل تعويض ينتهي الى منح "مبلغ من النقود". وبذلك لايفهم التعويض العيني الا انه عقوبة احتياطية: ولو حدد الاخلاص سلفا ثم لم يحكم الا بتعويض عيني؛ ففي حالة عدم التنفيذ سيحكم بتعويض يتجاوز حدود ذلك الضرر وذلك لتعنت المدين^(٣).

وبدورنا نعتقد ان هذا النقد محل نظر، وذلك للاسباب الآتية:-

١- ان الصعوبة لاتحول من دون التمسك بفكرة التعويض العيني مادامت الفكرة جيدة في ذاتها.

^(١) يتم الجزاء بالاجبار وذلك باللجوء الى وسائل اجبار المدين على التنفيذ.

^(٢) Ripert G., les dommages-interets en monnaie etrangere, Rev. Crit, 1926, n 5.

^(٣) Lucienne Ripert, OP, cit, n 19et 24.

٢- ان نطاق هذه المشكلة ضيق جداً: ويجب ان نعرف ان التعويض العيني لا يقتصر على اعادة الحال الى مكان عليه: بترتيب الوضع المادي، إذ ان مجرد صدور قرار يكفي كما في الضرر القانوني والضرر الادبي^(١). فضلاً عن ان التنفيذ قد لا يتم من المسؤول نفسه وانما يمكن ان يتم التنفيذ على حسابه. ولا يعد الحكم بنفقات هذا التنفيذ تعويضاً نقدياً^(٢).

٣- واذا تم تحليل التعويض العيني على انه التزام بالقيام بعمل: عندما يجد القاضي ان الحكم بالتعويض العيني الاكثر ملائمة لجبر الضرر. فان ذلك لا يمنع -كما يقول اهونك- من دعوة القاضي المدني الى ان يلجأ الى فكرة الغرامة التهديدية لجبر المدين على التنفيذ، فالاجبار سلاح فعال يتم به حماية العدالة وان كان القاضي المدني لا يملك حق حبس المدين. واذا لم يوجد جراء جنائي فان القاضي المدني ليس عاجزاً: فاذا كان الحكم يؤدي الى مبلغ كبير للتعويض، فان ذلك يشتمل على عنصر جرائي^(٣).

وفكرة التنفيذ عن طريق الغرامة التهديدية كانت محل عناية المشرع العراقي في المواد (٢٥٣ و ٢٥٤) من القانون المدني العراقي^(٤).

المبحث الثاني

^(١) Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 680.

^(٢) انظر انفاص ٧٨ من هذه الرسالة.

^(٣) Ihering, De oeuvres Choisies de l'interet dans les contrats, T2, 1893, P.145.

^(٤) وكذلك التشريعات العربية المقارنة مثل المواد (٢١٣ و ٢١٤ مدني مصري) و (٢١٤ و ٢١٥ مدني سوري) و (٢٤١ و ٢٥١ موجبات لبناني) و (٢٠٦ و ٢١٧ مدني ليبي) و (٢١١ و ٢١٢ مدني كويتي) و (١٥٦ و ١٩٦ مدني سوداني).

عدم وجود حق في التعويض العيني

- او (انتفاء الحق في التعويض العيني)

سنعالج ذلك من خلال مطابقين اولهما حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض وثانيهما القيود الواردة على هذه الحرية. وذلك بمطابقين كما يأتي:-

المطلب الاول

حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض

ان مبدأ حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض، لا يظهر أي نزاع جدي. ومن يعرض اعترافاً للمتضرر بحق اختيار التعويض، فإنه يخلط بين التنفيذ العيني والتعويض العيني من جهة، وبين التعريف السائد للتعويض العيني بوصفه تعويضاً يزيل المخالفة او تعويضاً مثالياً، من جهة اخرى. ولبيان ذلك سنعالج موقف القانونين الفرنسي والعربي وكما يأتي:-

ولا: في القانون الفرنسي:-

هناك اجماع على صعيد العقد حول مبدأ التنفيذ العيني. اذ لا تضع المادة (١٤٢) مدني فرنسي^(١) أي عقبة، بين المادة (١١٣٤)^(١) والمادة (١٢٤٣)^(٢) مدني

^(١) تنص هذه المادة ((في الالترامات بعمل او بالامتناع عن عمل يتحول الى التعويض في حالة عدم التنفيذ من المدين)) المادة سبق وان بحثت في الباب الاول من هذه الرسالة .

فرنسي. اذ نصت هذه المادة الاخيرة على انه ((لايجبر الدائن على قبول شيء غير محل الالتزام حتى ولو كان اكثرا قيمة)). ومن خلال هذا النص؛ يكون التنفيذ حقاً للدائن، ويجب على القاضي ان يقرره، ويستطيع المدين دائماً فرضه "imposer" على المدين، ولا يكون المدين حرراً من التزامه الا اذا نفذه او عرض بتنفيذه^(٣).

ولقد حافظت محكمة النقض الفرنسية على احترام هذا الحق. ونقض كل القرارات التي ترفض الحكم بترتيب التنفيذ العيني على المدين اذا لم يبين الحكم، ان التنفيذ كان مستحيلاً او مرهقاً للمدين. وكذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى امكانية التنفيذ العيني عند نقضها لقرار قاضي الموضوع الذي قدر وبصورة غامضة استحالة التنفيذ^(٤).

ويذهب رأي الى ان اتجاه القضاء هذا الذي يحمل على الاعتقاد بأن التنفيذ العيني يكون استثناء من القاعدة، ليس له هدفاً سوى احترام روح المادة (١٤٢ مدني فرنسي) بعدم الاعتداء على حرية المدين الشخصية^(٥).

(١) تنص هذه المادة بأن ((الاتفاقات القانونية الخاصة تكون قانوناً بالنسبة للأطراف، ولا ينقض هذا الاتفاق إلا بموافقة الأطراف أو لأسباب قانونية أخرى. ويجب أن ينفذ الاتفاق بحسن نية)). بعبارة أخرى (العقد شريعة المتعاقدين).

(٢) Art.1243. le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoi que la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande.
تقابلاً لها المادة (٣٩٠) مدني عراقي و (٣٤١) مصري و (٣٣٩) سوري و (٣٢٨) ليبي و (٢٩٩) موجبات لبناني و (٣٢١) كويتي و (٣١٦) سوداني.

(٣) Planiol, Ripert et Esmein, OP, Cit, n 781. Demogue, OP.Cit, n 138. Dragu, OP,Cit,P.36. Aubry et Rau, obligations, TIV, 1942, n 299, P.60. Colin et Capitant, Cours élémentaire du droit civil français, T2, 1953, n 156.

(٤) قرارات محكمة النقض الفرنسية مشار إليها في: عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، حلب، سوريا، ١٩٦٦، ص ١٤٦-١٤٧.

(٥) Aktham El-Kholy, OP, cit, P. 91.

بيد انه اذا كان للدائن حق التنفيذ، فإنه لا يملك حق للتعويض. واذا كان القضاء الفرنسي قد اعترف بهذا الحق في عدم اللجوء الى المواد (١١٤٣) و (١١٤٤)^(١)، فان الفقه اختلف في هذه المسألة.

فالبعض في اثناء وصف الاجراءات في هاتين المادتين ينتقد هذا القضاء الذي ينكر حق الدائن في التنفيذ^(٢). والبعض الاخر استحسن او رضي بتوضيحه^(٣).

ويرى قسم اخر من الفقه، استناداً الى الاختلاف بين المادة (١١٤٣) والمادة (١١٤٤)، ان حجج التفسير هذه لم تؤثر في القضاء، ناشئة من معنى حرية القاضي نسبة الى عمل هذين الشكلين من التعويض العيني. لاحل التأكيد بأن للدائن الحق المطلق في ازالة المخالفة وعدم التنفيذ من شخص ثالث على نفقة المدين^(٤).

نستنتج اذاً:- يلزم القاضي بالحكم بالتنفيذ العيني وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويجب اجبارهما على التنفيذ مادام ذلك ممكناً. في حين لا يلزم القاضي بالحكم بالتعويض العيني.

ويلاحظ ان مبدأ حرية القاضي في اختيار التعويض يبدو جلياً من خلال التطبيق العملي المتمثل بعملية البناء في عقد المقاولة، اذ تكون امام حالتين:-

(١) قبل تسلم الاعمال ودفع الاجرة، فان أي عيب او نقص في البناء. فان حكم القضاء يكون باجبار المقاول على التنفيذ العيني.

(٢) بعد تسلم الاعمال ودفع الاجرة، فان أي خلل خلال مدة الضمان العشري، فان ضمان المقاول يكون بتعويض رب العمل عن العيوب التي تظهر في خلال تلك المدة.

^(١) تنص المادة (١١٤٣) على انه ((يجوز للدائن ان يطلب ازالة ما احدث مخالفة لالتزام)) وتنص المادة (١١٤٤) على انه ((في حالة عدم التنفيذ ينفذ على نفقة المدين)).

^(٢) Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2308.

^(٣) Demogue, OP, cit, n145. Drague, OP, cit, P. 79.

^(٤) Aubry et Rau, OP, cit, TIV, n 229, P .62 et 63.

ويكون حكم القاضي باصلاح هذه العيوب تعويضاً عينياً يحكم به بحرية من قاضي الموضوع^(١).

في المسؤولية التقصيرية: يتتأكد مبدأ حرية القاضي الكاملة في اختيار طريقة التعويض الاكثر ملائمة لطبيعة الضرر^(٢).

اذ يستطيع قاضي الموضوع اختيار أي شكل من اشكال التعويض النقدي تبعاً للظروف: على شكل مبلغ معين يعطى للمتضرر دفعه واحدة أو على شكل اقساط او ايراد مرتب مدى الحياة او استثمار التعويض الذي يحمي مصالح الضرر^(٣).

ويستطيع القاضي الاختيار بين التعويض العيني والتعويض النقدي^(٤)، وتصاغ هذه القاعدة فيما يتعلق بمتاعب الجيران، والضرر المتسبب من اكتشاف المناجم، والحوادث المتسببة من خلال الحفر (التنقيبات) فوق ارض مجاورة^(٥)، ونشر القرارات^(٦).

ومع ذلك فان قرار محكمة النقض الفرنسية، الخاص بعقوبة مخالفة لوعد بيع عقار من الواعد، قد نقض قرار محكمة الموضوع الذي اكتفى بالحكم بالتعويض النقدي، لانه يجب عليه ترتيب الحكم بفك الرهن تحت عنوان التعويض العيني^(٧). ويلاحظ على هذا القرار انه قيد حرية قاضي الموضوع في اختيار طريقة التعويض، بأن على القاضي ان ينزل عند طلب المتضرر للتعويض العيني^(٨).

(١) انظر انفاص ١٠٠ من هذه الرسالة.

(٢) انظر انفاص ١٠٢ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٣) انظر في هذا المعنى: د. سعدون العامري، مصدر سابق ، ص ١٥٣.

(٤) انظر في هذا المعنى: د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٤٩.

(٥) انظر في هذا المعنى: د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه ، ص ٣٦٤.

(٦) انظر في هذا المعنى: د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٥٠.

(٧) قرار محكمة النقض الفرنسية اشار اليه د. حسن علي الذنون، المبسوط ، المصدر نفسه ، ف ٤٠٢ . ص ٢٨٠.

(٨) Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 680. Aubry et Rau, OP, cit, P. 500. Leyat, OP, cit, P. 350.

وخلال ماقررنا: في نظام المسؤولية، يقرر القانون المدني الفرنسي حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض. في حين تسمح محكمة النقض الفرنسية بالسلطة المطلقة للقضاء في تحديد أشكال التعويض: خصوصاً إمكانية الامر بالتعويض العيني طالما كان غير مخالف لبنود العقد، وغير ماس بالحرية الفردية^(١).

ويثير التساؤل بهذا الصدد، كيف نستطيع اثبات حرية القاضي هذه؟ ولماذا يكون القاضي مشغولاً بترتيب التنفيذ العيني وليس التعويض العيني؟

في نطاق المسؤولية العقدية، يكون القاضي مشغولاً بترتيب التنفيذ وليس التعويض العيني، ويكون السبب الجوهرى هو التنظيم العملى للعقد^(٢).

وهذا مادعا محكمة النقض الفرنسية إلى التقييد الدقيق بأحكام القانون، لترفع عن قاضي الموضوع، إزاء التنفيذ العيني، كل سلطة تقديرية اذ لا يستطيع متى كان تنفيذ الالتزام ممكناً، الاً اجابة طلب الدائن. ونقضت الأحكام التي قضت برفض طلب الدائن ازالة الابنية التي اقامها المدين خلافاً لتعهده، اكتفاء بالتعويض النقدي، تأسيساً على عدم ثبوت ضرر للدائن او على انعدام التنااسب بين الضرر الذي لحقه والنفقات الباهضة التي تقتضيها اعادة الحال إلى ما كانت عليه، او بين الفائدة التي تعود على الدائن من هدمها ومصلحة الغير (المشترين لهذه الابنية) في بقائها مؤكدة حق الدائن في التنفيذ العيني متى كان ممكناً دون حاجة لاثبات ضرر لحقه نتيجة مخالفة المدين لالتزامه^(٣).

اذن يحدد القاضي محل الالتزام، ومن خلال سلطته التقديرية للحكم بالتنفيذ العيني الجبri او التعويض حسب اختياره، اذ منحه القانون السلطة لتنظيم وتحديد نتائج مخالفة الالتزام العقدى^(٤).

(١) قرار محكمة استئناف ليون، اشار اليه د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٢) د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام -أحكام الالتزام- القاهرة- ١٩٥٦ / ص ١٤٠.

(٣) قرارات محكمة النقض الفرنسية، اشار اليها د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٥٨.

(٤) Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 783.

اما في نطاق المسؤولية التقصيرية، فان المسألة لاتتعقد من خلال الاعتبارات المستمدة من سلطان الارادة. و النص الذي عالج الموضوع هو المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي، اذ يعطي القاضي الحق في التعويض من دون تحديد اخر. و تكفي الاعتبارات العملية لتأييد سلطته في التعويض.

ثانياً: في القانون العراقي:-

ان القانون العراقي^(١)، وكما رأينا سابقاً خلط بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، في نطاق المسؤولية العقدية^(٢). ويلاحظ ان المادة (٢٤٦)^(٣) وبعد اعلان مبدأ التنفيذ العيني في فقرتها الاولى، تضيف في الفقرة الثانية: ((على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقيدي اذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضرراً جسيماً)). مثال ذلك: ان يقيم الجار بناء فيجور بحسن نية على جزء من الارض الملاحقة، فللمحكمة ان تقتصر على تعويض صاحب الارض الملاصقة تعويضاً نقيدياً، في هذه الحالة بدلاً من ان تأمر بازالة البناء^(٤). اذ على القاضي ان يتتجنب فرض التزام مرافق على المدين لاجل منع ضرر طفيف للدائن^(٥). وكذلك في حالة بناء جدار كبير مخالفة لالتزامه بعدم بنائه.

(١) تجنبأً للتكرار سوف نذكر ارقام مواد التقنيات المدنية العربية المقابلة في محلها.

(٢) انظر انفا ص ٦٩ من هذه الرسالة.

(٣) تقابلها المواد (١٩٩ و ٢٠٣ مصري) و (٢٠٤ سوري) و (٢٠١ كويتي) و (٢٠١ لبني) و (٢٠٦ ليبي) و (١٨٦ سوداني).

(٤) انظر في هذا المعنى: السنهوري، الوسيط، ج ٢، ف ٤٤٠، ص ٧٩٩. وانظر مailyi رابعاً: حالة نزع الملكية في المطلب الثالث من المبحث الاول من الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة.

(٥) يترك للقاضي تماماً، تقدير كلفة التنفيذ. انظر: مجموعة الاعمال التحضيرية لقانون المدني المصري، ج ٢، بلا سنة طبع، ص ٥١٠-٥١٢.

ويلاحظ في مجال التعويض العيني اذا ركزنا على حرفة الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ (مدني عراقي) سالفه الذكر - وفيما يخص التعويض العيني بازلة المخالفة وفقاً للمادة (٢٥٢ مدني عراقي) ، يمكن ان نستنتج ما يأتي:-

١) ان القاضي عند تقديره لازلة المخالفة وفقاً للمادة (٢٥٢ مدني عراقي) يسترشد في هذا الموضوع بالفقرة الثانية من المادة (٢٤٦ مدني عراقي) لاستبعاد التعويض العيني المرهق للمدين. وذلك لأن الطبع المفترض لنظام التنفيذ العيني في هذا النص يشير في الواقع وانسجاماً مع حكم المادة (٢٥٢ مدني عراقي) الى التعويض العيني. وكذلك هو الامر عند الحكم بتنفيذ هذه الازلة على نفقة المدين^(١).

٢) اذا استبعد القاضي التعويض العيني فإنه لا يستطيع الحكم الا بالتعويض النقدي.

٣) ولا يملك القاضي الحد الادنى من الحرية للحكم بازلة المخالفة او تنفيذ هذه الازلة من الدائن على نفقة المدين، الا بطلب من الدائن.

ومما تجدر الاشارة اليه: انه لا يمكن ان ننكر حق القاضي في اختيار طريق التعويض في نطاق المسؤولية العقدية ضمن التشريع العراقي والذي عهد للقاضي بمهام ذات اهمية كبيرة. ونجد تطبيق ذلك:- في نظرية الظروف الطارئة وفقاً للمادة (٢/١٤٦)^(٢) والتي اجازت للمحكمة بعد الموارنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك. او لاجل الحكم برفع الغبن الى الحد المعقول عن الطرف الذي استغل عدم خبرته او حاجته او طيشه او هواه او

^(١) انظر ص ٧٧ من هذه الرسالة. وكذلك انظر: مجموعة الاعمال التحضيرية لقانون المدني المصري، ج ٢، ص ٥٣٥.

^(٢) تقابلها المواد (١٤٧ مدني مصري) و (١٤٨ مدني سوري) و (١٧٤ مدني ليبي) و (١٤٦ مدني كويتي) و (١٣٧ مدني سوداني).

ضعف ادراكه وفقاً للمادة (١٢٥)، وكذلك ما قالت به المادة (٩٤٠)^(١) التي تخضع اجرة الوكيل لتقدير المحكمة، والمادة (٩٧٦)^(٢) والتي تجيز للمحكمة ان تخفض مقدار الرهان المبالغ فيه.

وبدورنا نعتقد انه اذا كان القاضي وفقاً للنصوص اعلاه يتدخل لموازنة مصالح الاطراف بطرق مختلفة ملائمة لكل حالة فإن للقاضي في نطاق المسؤولية العقدية استبعاد نوع معين من التعويض و اختيار الطريقة الاكثر ملائمة لكل حالة. وكذلك الامر في التشريعات العربية المقابلة.

اما في المسؤولية التقصيرية، فان التعويض العيني قد جاء على انه طريقة ثانية للتعويض اذ ان التعويض النقدي هو الطريق الاول لمحو الضرر^(٣). و هذا مانصت عليه المادة (٢٠٩/٢٠٩ مدنی عراقي) الا ان حرية القاضي تبقى كاملة وفقاً لهذه المادة. وانه لا يمكن للقاضي ترتيب تعويض عيني من دون طلب المتضرر هذا من جانب، ومن جانب اخر ان على القاضي ان يراعي كل الظروف وليس فقط ارهاق التعويض العيني للمسؤول "يجوز للمحكمة وتبعاً للظروف...".

وعليه فأن التعويض العيني منوطاً بطلب المتضرر، وللقاضي سلطة تقديرية فيما اذا كان التعويض العيني المطلوب ملائماً او غير ملائم ولا يخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة التمييز^(٤).

^(١) تقابلها المواد (٧٠٩ مدنی مصري) و (٦٧٥ مدنی سوري) و (٧٠٩ مدنی ليبي) و (٥٨٤ سوداني) و (٧٧٠ و ٧٩٤ و ٧٩٥ لبناني).

^(٢) تقابلها المواد (٧٤٠ مصري) و (٧٠٦ سوري) و (٧٤٠ ليبي) و (١٠٢٥ لبناني) و (١٤٥٧ كويتي) و (٦٦٦ سوداني).

^(٣) د. عماد الملا حويش، تعويض الاضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٠م، ص ٢٠٧.

^(٤) انظر في هذا المعنى: د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١٤١.

المطلب الثاني

القيود الواردة على حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض

اذا كان مبدأ حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض قد رسم لنا الدائرة التي يمارس القاضي فيها هذه الحرية، وان طلب التعويض العيني من المتضرر لا يقل من هذه الحرية. في هذه الحالة يثار التساؤل: أ يستبعد عرض المسؤول للتعويض بمقابل سلطة القاضي للحكم بالتعويض العيني ؟ ام ان اتفاق الاطراف يستبعد هذه السلطة ؟ وهل للمتضرر الحق في طلب التعويض العيني او لا ؟ للاجابة عن الاسئلة المتقدمة نتفقى دراسة كل حالة من هذه الحالات على الوجه الاتي:-

اولاً: طلب التعويض العيني من المتضرر

اذا لم يكن للمتضرر الحق في طلب التعويض العيني، فاننا نواجه الاسئلة الاتية:-
هل للمتضرر الحق في استبعاده عند المطالبة بالتعويض بمقابل؟ وهل يستطيع القاضي ابدال التعويض المطلوب بتعويض عيني؟

تتعلق الاجابة عن هذه الاسئلة بمسألة اكثرا عمومية لمعرفة اذا كان محل الحكم بالمسؤولية أ يكون تتنفيذ عينياً أم تعويضاً.

يذهب د. حسن علي الذنون للقول بأنه: لاتقييد حرية القاضي بطلب المدعي الا اذا كان هذا المدعي قد تقدم بطلب التنفيذ العيني، وكان هذا التنفيذ ممكناً ولم يكن فيه ارهاق بالمدين. اما اذا كان المدعي قد طلب الحكم له بالتعويض فإن بامكان القاضي رفض هذا الطلب واصدار حكمه بالزام المدعي عليه بالتنفيذ العيني. لكن هذا الحكم لا يعفي المدعي عليه من التعويض عن التأخير في التنفيذ⁽¹⁾.

(1) د. حسن علي الذنون، المبسوط، مصدر سابق ، ف ٤٠٣ ص ٢٨١.

ومما تجدر الاشارة اليه، الى ان القضاء الفرنسي كان يتمسك بأنه اذا لم يطلب المدعي سوى التنفيذ العيني للالتزام ورفض هذا الطلب فإنه ليس للقاضي منح المدعي تعويضاً لم يطالب به. الا ان القضاء الفرنسي هجر هذا الاتجاه وسمح فيما عدا بعض الاستثناءات بأن طلب التعويض يكون مدرجاً ضمن الطلب الاصلي بالتنفيذ العيني. وسار هذا القضاء على النهج نفسه في حالة اذا كان طلب المتضرر للتعويض العيني متعدراً فعندئذ فإن للقاضي ان يلجئ الى التعويض بمقابل^(١).

بيد انه اذا كان القاضي يستطيع الانتقال من التعويض العيني الى التعويض بمقابل بحرية، فهل يستطيع الانتقال من الثاني المطلوب الى التعويض العيني ؟

يذهب رأي للقول: - إن للقاضي مثل هذا الحق، اذ ان موضوع المسؤولية يكون التعويض بصورة عامة وليس طريقة مشابهة للتعويض المطلوب^(٢). وان للقاضي من خلال هذه القاعدة، ان ينتقل من التعويض العيني المطلوب الى التعويض بمقابل وللسبب نفسه يستطيع القاضي الحكم بالتعويض العيني عند طلب التعويض بمقابل^(٣). اذ ان القاضي حرّ في اختيار الطريق الذي يراه اسهل تفزيذاً لحكمه واجدى على الدائن واقل ضرراً بالمدعي عليه^(٤). نخلص من ذلك: ان طلب المتضرر لا يقل من حرية القاضي لاختيار طريقة التعويض.

وذهب رأي اخر الى ان الطلب الاصلي الذي يتحتم على المدعي التقدم به الى المحكمة هو طلب التعويض العيني شأنه في هذا شأن (التنفيذ العيني) وان المدعي لا يستطيع ان يتقدم بطلب التعويض بمقابل الا على شكل طلب احتياطي، وان القاضي

(١) Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 783. Demogue, OP, cit, n 494.

(٢) Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2108.

(٣) Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2306. Demogue, OP, cit, n 494.

(٤) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه ، ف ٤٠٣ ص ٢٨١.

لا يستطيع الحكم على المدعي عليه بالتعويض بمقابل الا اذا رفض القائم بالتعويض العيني^(١).

ويرد على هذا الرأي بإنه لا يصح الا في حالة ما اذا عرض المدعي عليه استعداده للتعويض العيني، اما في غير هذه الحالة فإن في امكان المتضرر ان يختار من بين طرق التنفيذ تلك التي يراها اسهل تنفيذًا ويسهل اقتضاء واقعًا^(٢). وان اجبار المتضرر على طلب التعويض العيني نسبة الى حرية القاضي، مسألة شكليّة مجردة من كل معنى، وان المتضرر يستطيع المطالبة بصورة مباشرة بالتعويض النقدي^(٣).

اما بالنسبة للتشريع العراقي:- فانه وفقاً للمادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني العراقي^(٤)، لا يستطيع القاضي الحكم بالتعويض العيني الا بناءً على طلب المتضرر وتبعاً للظروف. وينتتج من المواد (١٠٨٤ و ١٠٨٥) من القانون المدني العراقي^(٥)، بأن تجديد البناء يجب ان يكون بطلب من المتضرر. وكذلك ما قضت به المادة (١١١٩) مدني عراقي، والتي تعطي لصاحب الارض حق طلب قلع المغروبات او المنشآت الاخرى التي اقيمت على ارضه ومن يعلم انها ليست ملکاً له.

(١) رأي (كولان وكابيتان) مشار اليه في:- د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ف ٤٠٣ ص ٢٨٠.

(٢) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ف ٤٠٣ ص ٢٨٠. همزة خسرو عثمان، نظرية تحمل التبعية وتطبيقاتها في التشريع المقارن، المصدر نفسه، ص ٧٦.

(٣) Mazeaud, OP, cit, n 2306. Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 680, 781. Demoge, OP, cit, n 141 et 494. Leyet, OP, cit, P.350. Aktham El-Kholy, OP, cit, P. 104.

(٤) تنص المادة (٢/٢٠٩) مدني عراقي على انه (... يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان تأمر باعادة الحال الى ما كانت عليه... الخ). تقابلها المواد (١٧١ مصرى) و (١٧٢ سوري) و (١٣٦ موجبات لبناني) و (١٧٤ ليبي) و (١٦٤ سوداني) و (١٣٢ جزائري).

(٥) تنص المادة (١٠٨٤) مدني عراقي على انه (اذا هدم صاحب السفل سفله تعدى، يجب عليه تجديد بنائه ويجبر على ذلك) وتنص المادة (١٠٨٥) منه على انه (١- اذا انهدم السفل او احتاج الى ترميم فعلى صاحبه بناؤه او ترميمه. فان امتنع وعمره صاحب العلو بإذنه او بإذن المحكمة، فله الرجوع عليه بما انفقه على العمارة بالقدر المعروف. وان عمره بلا اذن فليس له الرجوع الا بالاقل من قيمتي البناء وقت العمارة او وقت الرجوع). تقابلها المواد: (٨٦٠ مدني مصرى) و (٨١٥ سوري) و (٨٦٤ ليبي).

وبدورنا نعتقد ان الحكم في المواد (١٠٨٤ و ١٠٨٥ و ١١٩٦) مدنی عراقي، لا يتاسب مع سلطة القاضي في القانون المدنی العراقي^(١). فأن نص المادة (٢/٢٠٩) مدنی عراقي صريح في ان الامر جوازي للقاضي لذلك يكون له ان يقدر تبعاً للظروف ما اذا كان التعويض العيني الذي يطلبه المتضرر مناسباً ام غير مناسب. ويذهب الدكتور اسماعيل غانم: الى انه من الانسب الاقتصر على التعويض النقدي. إذ ان الحكم بالتعويض العيني قد يكون في بعض الاحوال سبباً لمنازعات جديدة. مثال ذلك: ان يلزم القاضي المدين بأن يقوم على سبيل التعويض باصلاح الشيء الذي تسبب في تلفه، فقد يثور النزاع بعد ذلك بين المدين والدائن، فيدعى الاول انه قد قام بما أمر به ويدعى الثاني ان ماتم من اصلاح لم يكن كافياً. ومن ناحية اخرى، اذا اصر المدين على الا يؤدي التعويض العيني على الرغم من الغرامة التهديدية فينتهي الامر الى الحكم عليه بتعويض نقدي^(٢).

ثانياً: عرض التعويض العيني من المسؤول:-

تقتضي الموازنة بين مصلحة المسؤول ومصلحة المتضرر ان نلاحظ امكان قيام المسؤول بعرض التعويض العيني. وهنا يثار التساؤل هل للمسؤول هذا الحق ؟ وهل يمكن في اثناء عرض التعويض العيني اجبار القاضي على الحكم به ؟

يذهب رأي في الفقه الى القول انه يحق للمسؤول عرض التعويض العيني وليس التعويض غير النقدي، ويلزم القاضي بالحكم به، مثيراً بعض التحفظات منها: ان اسلوب التنفيذ على نفقة المدين لا يفرض على الدائن، هذا من جانب، ومن جانب اخر،

^(١) انظر ص ١٣١، هـ ٤ من هذه الرسالة .

^(٢) د. اسماعيل غانم، مصدر سابق ، ص ١٤٠ .

لإلزام المتضرر في كل الحالات بقبول العرض المقدم من المسؤول باصلاح الشيء التالف. واحيراً ان ازالة المخالفة يمكن ان تكون تفيذاً مفروضاً على الدائن^(١).

ويفهم من الاخذ بهذا الرأي، بأن المادة التي تكون محلًّا للتعويض العيني لاتساوي المادة السليمة قبل ان يصييها الضرر، هذا من جانب. ومن جانب ثان، ان المتضرر غير ملزم بقبول التعويض بازالة المخالفة. واحيراً، ان التمييز بين التعويض العيني والتعويض غير النقدي يوضح اتجاه هذا الرأي، ولقد رأينا ان المقابل غير النقدي يمكن ان يكون اكثراً ملائمة نسبة الى طبيعة الضرر من التعويض العيني^(٢)، وبحسب تعبيير الاستاذان "هنري وليون" مازو: فان عرض التعويض غير النقدي - الذي لا يكون دائماً تقريبياً - لا يقل من حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض^(٣).

في حين ذهب رأي اخر الى القول بأنه لا يستطيع المتضرر رفض عرض المسؤول لمادة مساوية لدینه (تعويض غير نقدي) وبالعكس فان التعويض العيني لايزود المتضرر بمادة مساوية للمادة المتضررة. وان اسلوب التنفيذ على حساب المدين غير مفروض على المتضرر. وان ازالة المخالفة لاتقدم للدائن سوى فائدة قليلة جداً، هذا من جانب. ومن جانب اخر، يمتلك المتضرر الدوافع الجدية والمشروعة لرفض التعويض العيني وذلك رغبةً منه بادال رأس المال باخر اكتمالاً^(٤).

وذهب رأي ثالث الى انه ليس من حق المسؤول عرض التعويض العيني وفقاً للمادة (٩/٢٠٩) من القانون المدني العراقي، وعليه فاذا عرض المسؤول التعويض العيني ورفضه المتضرر فلا يجوز للمحكمة ان تحكم الا بالتعويض النقدي^(٥).

^(١) Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2306. Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 680. Aubry et Rau, OP, cit, P.500. Dragu, OP, cit, P.79. Leyet, these precitee, P.350.

^(٢) انظر انفأً ص ٨٤-٨٨ من هذه الرسالة.

^(٣) Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2306.

^(٤) Demogue, OP, cit, n300.

^(٥) د. عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص ٥١٧.

بيد أن رأياً رابعاً يرى انه اذا عرض المسؤول التعويض العيني فانه من غير المستساغ ان يرفضه المتضرر ويطلب بدلاً عن ذلك مبلغاً من النقود^(١).

وتذهب مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الى القول (في حالة عرض التعويض العيني من المسؤول يبقى القاضي حرّاً ضمن هذا العرض)^(٢). وبهذا الاتجاه سارت محكمة النقض المصرية اذ قضت: (التعويض العيني هو الاصل ولا ينصار الى التعويض النقدي الا اذا استحال التعويض العيني. فإذا رفع المتضرر دعواه مطالباً بتعويض نقدي وعرض المدعي عليه التعويض عيناً - كرد الشيء المغتصب - وجب قبول عرضه. بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها اذا هي عملت موجب هذا العرض، ولو لم يطلب المدعي ذلك او أصر على ما يطلبة من تعويض نقدي)^(٣).

وبدورنا نعتقد، ان تقدير القاضي فقط، وليس قاعدة عامة، يستطيع ان يأخذ بنظر الاعتبار ظروف كل حالة. وان عدم وجود حق للمسؤول في فرض التعويض العيني (في ظل القانون المدني العراقي) لايمكن ان يصل الى تعسف المتضرر ولكن الى تقدير القاضي الذي يستطيع ان يحكم بالتعويض العيني على الرغم من رفض المتضرر المتعنت من دون مبرر.

(١) د. عوض احمد ادريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الاسلامي المقارن، ط١، دار مكتبة الهلال، بيروت، ١٩٨٦، ص٥٠٥. د. محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني الجديد، ج٢، القاهرة، ١٩٥٥، ص٢٠٩. د. عاطف الفقيب، النظرية العامة للمسؤولية، المصدر نفسه، ص٤٨٦. اصول الشرائع لبنتام -ترجمة احمد فتحي زغلول، ج١ طبعة عام ١٣٠٩هـ، ص٢٠٢. د. عماد الملا حويش، مصدر سابق، ص٢٠٧.

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، المصدر نفسه، ص٣٠٨.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية في ٢١٦/٢١٤٨، مشار اليه:- عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية (القصيرية والعقدية)، الكتاب الاول، ج١، الناشر عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٩، ص٥٣١. ٢١٦. وانظر الاشارة الى القرار نفسه عند:- د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه، ص٥٩.

ثالثاً: اتفاق الاطراف:-

هل الاتفاق السابق للاطراف يمكن ان يتحقق هذا الذي لا تستطيع ان تتحقق مشيئة احد الاطراف الى الاطراف الاخر؟ بعبارة اخرى هل يمكن الغاء حرية القاضي عند وجود هذا الاتفاق؟

يذهب الرأي الراجح في هذا الصدد الى تقرير هذا الحق (في اتفاق الاطراف على التعويض العيني) وذلك لأن حرية القاضي لم تكن قاعدة عامة^(١). وهذا هو الرأي السليم من الناحية العملية، اذ ان هدف تقدير القاضي يكون محدوداً بحماية مصالح الاطراف وبخاصة المسؤول ضد تعويضاً عيناً مرهقاً وعندئذ فان اتفاق الاطراف على اعتماد طريقة التعويض غير ملزم للقاضي. بيد انه اذا كان هذا الاتفاق يحقق الغرض من التعويض وحسم النزاع في الدعوى، فاننا نرى ان هذا الاتفاق ليس غريباً عن القضاء: اذ ان هذا الاتفاق يشبه الشرط الجزائي لذلك يجب ان يحترم من القاضي. واما كان الامر كذلك فهل يجوز اشتراط التعويض العيني؟ وكيف؟

لاشك ان الشرط الجزائي تعويض اتفاقي^(٢)، وقد اشارت المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي^(٣) الى هذه الصفة صراحة عندما قالت بأنه، يجوز للمتعاقدين ان يحددا

^(١) Demogue, OP, cit, n148.

^(٢) د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج ١، المصدر نفسه، ف ٣٦٨، ص ٢٥٨.

^(٣) تنص المادة (١٧٠) مدني عراقي على انه:- ((١- يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام المواد ١٦٨ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨ . ٢- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحفاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اي ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الاصلی قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة. ٣- اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأ جسيماً)). تقابلها المواد (٢٤ مدني

مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق. كما ان هذا الاتفاق لا يستبعد حرية القاضي^(١). ويفهم من نص المادة (١٧٠ مدني عراقي) ان للتقدير الاتفاقي للتعويض صورتان^(٢):-

الصورة الاولى:-

ان يتم الاتفاق على التعويض بين الطرفين مقدماً قبل وقوع الضرر وذلك هو الشرط الجزائي، اذ ان في امكان المتعاقدين ان يتفقا مقدماً على تحديد مسؤولية من يخل منهما بتنفيذ التزامه او يتأخر في تنفيذه، غالباً ما يدرج المتعاقدان هذا الشرط في صلب العقد عند ابرامه. و اذا كانت صحة الشرط الجزائي في نطاق العقد مما لا يرقى اليها الشك لصراحة النصوص، فاننا نتساءل هنا عن طبيعة هذا الشرط في نطاق العمل غير المشروع، وهل يعد صحيحاً او باطلاً؟.

يذهب الاستاذ الدكتور حسن علي الذنون عند مناقشته لهذه الحالة الى القول: ((صحيح ان الاتفاق على الاعفاء من المسئولية التقصيرية او على تحديد نطاقها امر قليل الوقع في الحياة العملية لكنه مع ذلك محتمل الوقع في حالات معينة. فهناك حالات يستطيع فيها الانسان ان يقدر مقدماً من هم الاشخاص الذين يتحمل ان يصيبهم نشاطه بضرر معين، فيتفق معهم على اعفائهم من المسئولية او تحديد مقدار التعويض الذي يلتزم به عند وقوع الضرر. وان ابرز الامثلة على تصور وقوع الشرط الجزائي في المسئولية التقصيرية هي حالة (مضار الجوار)، فليس هناك ما يمنع انساناً يريد انشاء مصنع يقدر انه سوف يسبب لجيرانه مضايقات تفوق مضايقات الجوار المعتادة

مصري) و (٢٢٥ مدني سوري) و (٢٢٧ مدني ليبي) و (١٦٤ مدني كويتي) و (٢٠٦ سوداني) و (المادة ٢٢٦ ف ٢ و ٣ موجبات لبناني). وتقابلاً لها المادة (١١٥٢ من القانون المدني الفرنسي).

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف ٣٧٢، ص ٢٦١.

(٢) المصدر السابق، ف ٣٧٧، ص ٢٦٤.

من ان يتفق مع هؤلاء الجيران على ان يتحملوا هذه المضائقات لقاء مبلغ معين من النقود او أي تعويض اخر^(١).

ويلاحظ ان المشرع العراقي لم يمنع -صراحة او ضمناً- (تحديد) التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية وكل مافعله انه منع (الاعفاء) من هذه المسؤولية، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي على انه يقع باطلأ كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع، وفرق كبير بين الاعفاء من المسؤولية وبين تحديد مقدار التعويض الناشيء عنها، يضاف الى ذلك ان القول بصحة الشرط الجزائي في نطاق العمل غير المشروع ينسجم مع رغبة المشرع في حماية المتضرر وتوفير الضمانات له حتى يحصل على حقه، ذلك ان العلة التي دفعت المشرع الى تحريم اتفاقات الاعفاء من المسؤولية التقصيرية هي حماية هذا الجانب الضعيف وهو المتضرر، فاذا ما عرفنا ان مقدار التعويض الذي ينطوي عليه الشرط الجزائي يكون في معظم الحالات اكثرا من مقدار الضرر الذي تحقق بالفعل اتضح لنا ليس في قبول الشرط الجزائي واقرار صحته في المسؤولية التقصيرية أي ضير على المتضرر يضاف الى هذا كله ان وجود الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية يعدّ وسيلة من وسائل الضمان التي يحصل المتضرر عن طريقها على حقه في التعويض لان وجود هذا الشرط يعفي المتضرر من اقامة الدليل على خطأ الفاعل وقد يكون هذا العبء من الثقل بحيث يضيع على المتضرر حقه في التعويض^(٢).

(١) المصدر السابق، ف ٣٧٤، ص ٢٦٢.

(٢) نقلأ عن المصدر السابق، ف ٣٧٥ ص ٣٦٣.

ومما تجدر الاشارة اليه، انه ليس هناك ما يمنع الطرفين (سواء في نطاق المسؤولية العقدية ام في نطاق المسؤولية التقصيرية) من ان يتفقا على هذا الشرط في اتفاق لاحق على شرط ان يتم هذا الاتفاق اللاحق قبل وقوع الالخلال بالالتزام^(١).

الصورة الثانية:-

اذا ماتم الاتفاق على التعويض بعد وقوع الضرر، فأن هذا الاتفاق عندئذ لا يسمى شرطاً جزائياً وانما يكون صلحاً او تجديداً للالتزام بحسب الاحوال^(٢).

فإذا تم الاتفاق بين الطرفين على ان يتوليا بأنفسهما تقدير التعويض الذي يستحقه المتضرر، من دون حاجة الى التقاضي او احالة الامر الى التحكيم، فاننا نكون هنا في صدد عقد صلح، لأن الغاية من هذا الاتفاق اللاحق على وقوع الضرر تقادى النزاع وقطع الخصومة بالتراضي بينهما^(٣)، ويخلصع هذا الاتفاق للقواعد العامة في الالتزامات وللقواعد الخاصة الواردة بشأن عقد الصلح. ويترتب على هذا انه يجوز الصلح عن الاضرار التي تقع على المال وعن تلك التي تقع على النفس حتى لو كان الفعل الذي نشأ الضرر عنه يعدّ جريمة في نظر قانون العقوبات^(٤). واذا تم ابرام عقد الصلح واتفق الطرفان على تحديد مقدار التعويض فقد اصبح هذا الاتفاق ملزماً لهما لا يجوز لاي منهما الرجوع عنه، وتسقط بهذا الاتفاق دعوى المتضرر بطلب التعويض ان كان قد اقامها ولا تقبل منه دعوى جديدة ان لم يكن قد طالب بالتعويض من قبل^(٥). وينبغي

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج ١، المصدر نفسه، ف ٣٦٠ ص ٢٥٥ . والنظرية العامة للالتزامات، المصر نفسه ، ف ٣٦٢ ص ٥٥٣ . د. اسماعيل غانم، مصدر سابق ، ص ١٤٧ .

(٢) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف ٣٦٠ ص ٢٥٥ .

(٣) المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي.

(٤) المادة (٧٠٤) من القانون المدني العراقي.

(٥) المادة (٧١٢) من القانون المدني العراقي.

لصحة عقد الصلح هذا ان يكون قد تم عن معرفة و اختيار، وبعبارة اخرى ان يكون قد تم بين الطرفين بعد معرفة سببه والدافع اليه. ومعنى هذا ان الغلط في الباущ الدافع يجعل العقد قابلاً للابطال، او موقوفاً على ما يقضى به القانون في مثل هذه الحالة^(١).

وبناءً عليه، نعتقد ان الاتفاق على التعويض العيني، اذا ما وجد وكانت هناك مصلحة جدية في اشتراطه وليس مرهقاً للمسؤول، فإنه شرط صحيح في نطاق المسؤولية المدنية عقدية اكانت ام تقصيرية، الا اذا نص القانون على خلاف ذلك. كما ان هذا الاتفاق يؤدي الى الاسراع في حسم النزاع وتجنب الطرفين مصاريف لاضرورة لها (مثل: الاستعانة بالخبراء والكشف او المعاينة) هذا من جانب. ومن جانب اخر، ان هذا الشرط الجزائي (الاتفاق على التعويض) يسbug على القوة الملزمة للعقد قوة فوق قوتها القانونية العادلة، اذ يعرف كل متعاقد (مقدماً) انه اذا ما اخل بتنفيذ التزامه فانه سيكون ملزماً بدفع التعويض المقدر في هذا الشرط^(٢).

ومن خلال ما تقدم نلاحظ:- انه اذا كنا قد حددنا ان التعويض العيني يكون اكثراً ملائمة لطبيعة الضرر من التعويض النقي، فلماذا لا يملك المتضرر حق الحصول عليه؟ والواجب ان يرضى به اذا كان مقدماً له؟ وكيف ثبتت حرية القاضي في استبعاد هذا التعويض الملائم؟، هذا من جانب. ومن جانب اخر، اذا كان التعويض العيني ملائماً لطبيعة الضرر، فإنه لا يكون دائماً مستحيباً. ويمكن ان يكون مرهقاً بالنسبة للمسؤول. ويمكن ان لا يكون ملائماً بالنسبة للمتضرر. إن استمرارية ضرر ما يكون سبباً للحصول على مبلغ من النقود، واسناد حق المتضرر في الحصول عليه، وحق المسؤول في فرضه. اذ يمتلك القاضي سلطة اختيار طريقة التعويض التي يراها اكفل من غيرها لجبر الضرر ويسترشد في

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف ٣٧٧، ص ٢٦٥.

(٢) المصدر السابق، ف ٣٧٣، ص ٢٦٢.

ذلك بطلبات المتضرر وظروف الاحوال ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز^(١). كما ان القاضي ليس ملزماً بالحكم بالتعويض العيني ولكن يتعين عليه ان يقضي به اذا كان ممكناً وطالب به المتضرر او تقدم به المسؤول^(٢). اذ ان القضاء يمتلك نظرة مختلفة للاشياء. وسوف نرى من خلال الفصل الثاني- المخصص لانواع التعويض العيني - كيف تستخدم حرية القاضي هذه لكل حالة من الحالات.

الفصل الثاني

انواع التعويض العيني

نعرض في هذا الفصل احكام التعويض العيني في اطار التطبيقات الاساسية. اذ ان مخالفة كل التزام تثير مشكلة نوع التعويض. واخترنا عدداً معيناً من الحالات تتجلى في دراستها خصوصية هذا الطراز من التعويض. وذلك في ثلاثة ميادين وهي:- التعويض العيني المادي، والتعويض العيني القانوني، والتعويض العيني الادبي.

ونرمي من خلال ذلك الى هدفين، اولهما: تحديد الحدود المناسبة لفكرة التعويض العيني وذلك بفصله عن بقية انواع التعويض المؤكدة لجبر الضرر. وتحليل القرارات القضائية من خلال التكيف والتوصل الى ابراز فكرة التعويض العيني.

وثانيهما: ابراز الافكار التي تتجلى فيها العلة في كل حالة من هذه الحالات، لماذا كان الاختيار لنوع معين من التعويض بدلاً من الآخر؟.

(١) د. سليمان مرقس، الوفي، المصدر نفسه ، ص٥٢٩.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج٢، ف٦٤٣، ٩٦٧. د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ج١، ص٤٧٨.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com

وهذا ما نتناوله في ثلاثة مباحث وعلى الوجه الآتي:-

المبحث الأول

التعويض العيني المادي

يظهر هذا الطراز من التعويض في إطار التزامات العمل أو الامتناع عن عمل عن طريق الضرر المادي الناجم عن استعمال الأشياء، ولما كان ذلك يشمل إطاراً عاماً متسعًا فأننا سنبينه عبر فرضيات محددة، تخصه وهي: الاصلاح المادي، والتعويض العيني والضرر الجسدي، والتعويض العيني وجذاء الحق العيني، ومضائقات الجوار. وعلى الشكل الآتي:-

المطلب الأول

الاصلاح المادي

((التعويض العيني بموجب احكام المسؤولية))

يظهر الاصلاح المادي في ظل فرضية تتعلق بالتعويض العيني. ففي فترات الاستقرار النقدي وزيادة الاموال في السوق فان المتضرر لا يميل الى التعويض النقدي وانما الى ابدال او تعويض مادته بنفسه. وعلى الرغم من ان التعويض يمثل دائمًا منفعة للمتضرر الا انه يستبدل الشيء التالف لاجل تجنب تقديرًا قد لا يكفي عند التعويض النقدي^(١).

^(١) Lalou, OP, cit, n 88, P.52.

وقد لزم القضاء الفرنسي الناقل باصلاح المواد التالفة في اثناء عملية النقل، فقد اجاز منذ بداية القرن العشرين ذلك، مستنداً الى التزام الناقل بتسلیم الشيء الى مكان الوصول في حالة جيدة^(١). كذلك اصدر هذا القضاء قرارا حمل شركة السكك الحديدية مسؤولية اصلاح الاثاث التالفة^(٢). وفي سنة ١٩٢٦، نقض قرار محكمة الموضوع الذي اعتمد على مبدأ التنفيذ العيني للحكم بالزام السكك الحديدية بالتعويض النقدي نتيجة تضرر الاثاث اثناء عملية النقل، اذ سببت محكمة النقض الفرنسية قرارها بأنه يوجد التزام الاصلاح في عقد النقل^(٣). وقد أيد بعض الكتاب هذا الحكم القضائي بأن التزام الناقل باصلاح الشيء يضاف الى التزامه في عقد النقل^(٤). الا ان ثمة رأياً انتقد هذا الحكم القضائي بناءً على ان التعويض بالاصلاح يفهم في التزام التسلیم في حالة جيدة وليس التزاماً جديداً مضافاً لعقد النقل^(٥).

وبمناسبة عقد الایجار، رفض القضاء الفرنسي الحكم على المستأجر باعادة بناء المنزل المؤجر المحروق بسبب خطئه، وعللت قرارها بالاستناد الى نظرية الاثراء من دون سبب اذ ان اعادة البناء يكون لصالح المالك، عليه حكم على المستأجر بدفع الفرق بين قيمة البناء قبل وبعد الحريق^(٦)، وعلى الرغم من ان المستأجر قد تعهد باعادة البناء الى حالته الكاملة في نهاية الایجار. فأن القضاء الفرنسي لم يعتد بهذا التعهد فعقد

(١) نقض فرنسي في ١٧/حزيران ١٩١٣ م مشار اليه في:-

Aktham El-Kholy, these precitee, n 129, P.113.

(٢) نقض فرنسي في ٤/حزيران ١٩٢٤ م مشار اليه في:- د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص ٢٤٩. وأشار اليه، د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص ٥٣ هـ ٣٣.

(٣) نقض فرنسي في ١٩/كانون الثاني ١٩٢٦ م مشار اليه في:

Aktham El-Kholy, these precitee, n 129, P.113.

(٤) Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 780. Josserand, OP, cit, n 614.

(٥) Dragu, OP, cit, P.122-126.

(٦) القرار مشار اليه سابقاً ص ٩٨ من هذه الرسالة.

الإيجار ينتهي بهلاك الشيء المؤجر ليدفع المستأجر الفرق بين قيمة البناء قبل وبعد هلاك البناء المؤجر كلياً^(١).

ويثير الاصلاح المادي، ايضاً، صعوبة فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية من البائع، وطبقاً للمادة (١٦٤٦) من القانون المدني الفرنسي للمشتري الاختيار بين بقاء العقد او انفاسن الثمن. ولكن أ يستطيع المشتري عند اختيار بقاء العقد ان يطلب اصلاح الشيء المعيب من البائع ؟

في الاجابة عن هذا السؤال رأيان: الاول هو مذهب اليه القضاء الفرنسي، اذ لم يعط للمشتري الحق في المطالبة باصلاح الشيء المعيب على اساس ان القاضي لا يستطيع زيادة التزامات البائع حسن النية بالقيام بالاصلاح قائمة مقام انفاسن الثمن^(٢).

اما الرأي الثاني، فذهب الى ان حق الاصلاح المادي للشيء ينبع عن حق المشتري في الانتفاع الكامل من الشيء او الحق العام، فضلاً عن ذلك قد يحكم القضاء على البائع بالاصلاح المادي وذلك عندما يكون البائع سيء النية متعمداً في اخفاء العيوب وهذه القضية تحكمها القواعد الخاصة بالبيع من خلال المادة (١١٥٠) من القانون المدني الفرنسي^(٣).

وعلى الرغم من اننا لم نلاحظ في وقائع القرارات مايكشف الاساس الذي بنيت عليه مسؤولية المدين بالاصلاح، الا ان مما لا شك فيه ان القضاء الفرنسي لا يريد ان يفرض على احد الاطراف التزام غريب عن التزامه الاصلي. لذلك فان الزام الناقل في عقد النقل باصلاح المنقولات التالفة في اثناء عملية النقل، يكون منصوص عليه ضمن

^(١) Aubry et Rau, OP, cit, n367, P.243.

^(٢) Aktham El-Kholi, these precitee, n129, P.113.

^(٣) Mazeaud (H et L), OP, cit, n 2190 et 2304.

التزام الناقل بتسلیم البضاعة بحالة جيدة^(١). الا ان الحكم بالزام الناقل بالاصلاح لايمكن تنفيذه في حالة كون المادة قد اصبحت غير ملائمة للاستعمال وذلك للاستحالة العملية.

ويطبق المبدأ اعلاه نفسه عند الحكم على المقاول باصلاح عيوب البناء. والفكرة نفسها تبرر رفض القضاء للحكم على المستأجر باعادة بناء البيت المحروق بخطئه. وعليه فأن مبدأ الاستحالة العملية يحول من دون التعويض العيني، ويترك للمتضرر حرية الاستفادة من التعويض النقدي.

اما القانون العراقي، نلاحظ ان الاصلاح المادي ثابت في نطاق المسؤولية العقدية، وان لم ينص عليه في العقد. وقد عالج المشرع العراقي بعضًا من هذه التطبيقات في العقود الأساسية: وبحسب المادة (٢/٦٨٧)^(٢) المتعلقة بقرض الاستهلاك، يستطيع المستقرض طلب اصلاح العيب من المقرض الذي تعمد اخفاء العيب سواء أكان القرض بفائدة ام كان بغير فائدة. ومن جانب اخر: ان المستأجر الذي يستعمل المأجور على خلاف المعتاد يضمن الضرر المتولد (المادة ٢/٧٦٤) من القانون المدني العراقي. الا اننا نجد ان المشرع المصري نص صراحة على ان المستأجر الذي يحدث في العين المؤجرة تغييرًا غير مسموح به يلزم باعادة العين الى الحالة التي كانت عليها وبالتعويض ان كان له مقتضى (المادة ٢/٥٨٠ مدني مصري).

وبدورنا نقترح ان تعدل المادة (٢/٧٦٤) من القانون المدني العراقي كي تتضمن ذات الحكم المنصوص عليه في المادة (٢/٥٨٠) من القانون المدني المصري وذلك:

لأن عدداً غير قليل من التشريعات العربية قد اخذت بما يقضي به القانون المدني المصري في هذا الصدد هذا من جانب، ومن جانب اخر، ان تحديد ضمان المستأجر في هذه الحالة باعادة العين المؤجرة الى الحالة التي كانت عليها اقرب الى العدالة من

(١) تكون كلفة اصلاح الاضرار بالنسبة للناقل، اقل من ان يؤدي تعويضاً نقدياً. وبذلك تتميز احكام هذا القضاء بالاعتبارات العملية من خلال الحكم بالاصلاح المادي.

(٢) تقابلها المادة (٢/٥٤١) من القانون المدني المصري.

اطلاق مصطلح الضمان وترك المؤجر تحت رحمة المستأجر في ان يدفع له تعويض نقدي او ان يقبل المؤجر الاستعمال غير المعتمد من المستأجر.

فقد قضت محكمة التمييز العراقية: يضمن المستأجر الاضرار التي تحصل في المأجور جراء الاستعمال غير الاعتيادي^(١). وعلى المحكمة ان تأخذ بنظر الاعتبار المدة اللازمة لاصلاح الضرر في المأجور عند تقدير كلفة الضرر^(٢).

اما فيما يتعلق بالالتزامات المؤجر، فإنه يلزم باصلاح وترميم ماحدث من خلل في المأجور، ادى الى اخلال في المنفعة المقصودة منه وفي حالة امتياز المؤجر عن الترميم، كان للمستأجر ان يفسخ الاجارة او ان يقوم بالترميم بأذن المحكمة، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف وفقاً للمادة (٧٥٠ مدني عراقي)^(٣). وفي حالة استحالة اصلاح العين المؤجرة فللمستأجر الحق في طلب انقصاص الاجرة او فسخ الاجارة (المادة ٢/٧٥١ مدني عراقي)^(٤). ويلاحظ، ان الاحكام الواردة في المادتين (٧٥٠ و ٢/٧٥١ مدني عراقي) ليست الا تطبيقاً للقواعد العامة^(٥).

وتنص المادة ٨٦٠ من القانون المدني العراقي على انه ((١- متى انتهت الاعارة وجب على المستعير ان يرد العارية الى المعير بنفسه او على يد امينة.... الخ. ٢- اذا اخل المستعير بالالتزام المتقدم ذكره وتلفت العارية او نقصت قيمتها، لزمه الضمان)).

(١) القرار رقم ٥٤٩-٥٤٨ / مدنية اولى/ ٩٠ في ١٠/٤/١٩٩١ . والقرار رقم ٥٩٩/١٧/٨ في ١٩٩٢ . والقرار رقم ٩٠٤ / مدنية اولى/ ٩٢ في ٣٠/٨/١٩٩٢ . القرارات منشور في مجموعة، ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، ج ٤، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص ١٣٤ و ١٤٢ .

(٢) القرار رقم ١٣٤ / مدنية اولى/ ٩٠ في ٢٥/٩/١٩٩٠ . القرار منشور في المصدر السابق، ص ١٠٥ .

(٣) تقابلها المادة (٥٦٨) من القانون المدني المصري.

(٤) تقابلها المادة (٢/٥٦٩) من القانون المدني المصري.

(٥) د. محمد علي عرفه، التقنين المدني الجديد- شرح مقارن على النصوص، ط١، الناشر مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٤٩، ص ٣٨٨ .

ويلاحظ على هذا النص انه اطلق مصطلح الضمان وترك تحديد طريقة التعويض لتقدير قاضي الموضوع. وحكمت محكمة التمييز ((بالزام المستعير الذي أخل بالتزامه برد العارية بدفع القيمة او بالضمان وذلك لتف العارية (السيارة) عندما كانت بحوزته وفي غير المحل الذي حدده لاستعمالها عملاً بحكم المادة ٨٦٠ مدني عراقي))^(١).

ويتجلى التعويض العيني، على وفق صورة الاصلاح المادي في حالي ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئي. اذ يلزم البائع باصلاح عيوب الشيء وفقاً للمادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي، اذا كان هذا البائع قد اكد للمشتري خلو المبيع من هذا العيب او اخفى العيب غشاً منه^(٢). وينطبق الحكم نفسه في حالة الاستحقاق الجزئي، فيما لو اثر المشتري استبعاد الباقي من المبيع، وفقاً للمادة (٢/٥٥٥) من القانون المدني العراقي^(٣). ويلاحظ على نص المادة (٢/٥٥٥ مدني عراقي) انه لم تصنع تمييزاً بين البائع حسن النية والبائع سيء النية، لذلك فأنه يجب الاخذ بنظر الاعتبار المادة (٣/١٦٩) من القانون المدني العراقي^(٤).

(١) قرار رقم ٦٦٤ / مدنية اولى / ٩٢ في ١٩٩٢/٧/٢٢. منشور في مجموعة ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق ، ج ٤، ص ١٣٤ .

(٢) تنص المادة (٥٥٩ مدني عراقي) على انه ((لايضمن البائع عيباً قد يعترض عليه او كان يستطع ان يتبيّنه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبع من العناية، الا اذا اثبت ان البائع قد اكده له خلو المبيع من هذا العيب او اخفى العيب غشاً منه)). تقابلها المواد (٦٤١ مدني فرنسي) و (٢/٤٤٧ مدني مصرى). وقارن: د. حسن علي الذنون، عقد البيع، بغداد، ١٩٥٤م، ص ٢٤٤-٢٤٥. وكذلك، د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبوعات جامعة الموصل، ١٩٨٩م/ص ١٤٠.

(٣) تنص المادة (٢/٥٥٥ مدني عراقي) على انه ((وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع فله ان يطلب بالتعويض عما اصابه من ضرر يسبب الاستحقاق)). تقابلها المادة (٤٤٤ مدني مصرى). وقارن، د. جعفر الفضلي، مصدر سابق ، ص ١١٨ .

(٤) تنص المادة (٣/١٦٩ مدني عراقي) على انه ((فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً او خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد...)). تقابلها المواد (١١٥٠ مدني فرنسي) و (٢/٢٢١ مدني مصرى).

ويتجسد التعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية، بأنه تطبيق عملي في حالي الغصب والاتلاف. اذ تنص المادة (١٩٢) من القانون المدني العراقي على انه (يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمها الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجوداً... ومن دون اخلال بالتعويض عن الاضرار الاخرى)^(١). اذ يترتب على المدين -وفقاً لهذا النص-، نوعين من الالتزام، (الاول) رد المال المغصوب عيناً و(الثاني) التعويض عن الاضرار الاخرى، مثل اصلاح المال المغصوب واعادته الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع فعل الغصب. فقد قضت محكمة التمييز بأنه (اذا كان الثابت من الواقع ان الثلاجة وماكينة الخياطة تعود للمدعي فان الحائز يعدّ غاصباً ويتquin القضاء بردهما وتسليمها للمدعي)^(٢).

وتنص المادة ١/١٨٦ من القانون المدني العراقي على انه (اذا اتلف احد مال غيره او انقض قيمته مباشرة او تسبباً، يكون ضامناً، اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تدعى) وقد اتجه القضاء العراقي الى الزام المسؤول باصلاح الاضرار مادياً واعادة الشيء المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، فقد الزمت المحكمة الشركة المدعى عليها باصلاح الاضرار الذي الحقته بالكيل العائد لوزارة الدفاع لعدم اتخاذ الشركة الحيطة والحذر عند تنفيذ اعمال المقاولة في مشروع الطيفية^(٣). وفي

(١) تقابلها المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري.

(٢) القرار المرقم ٥٦٨ / مدنية اولى / ٩٢ في ١٩٩٢/٦/٢٨ . ((اذا زم القرار المدعى عليها برد الثلاجة وماكينة الخياطة وتسليمها للمدعي، بعد ان اثبت المدعي بالبينة الشخصية انه كان يعمل في حانوت للخياطة عائد للمدعي عليها وان الثلاجة وماكينة الخياطة كانت في الحانوت المذكور الى ان تم اخلاوته لغرض الهمم. وعزز بينته بوصلي شراء الماكينة والثلاجة من الشركة الافريقية العراقية)). القرار منشور في مجموعة: ابراهيم المشاهدي، ج ٥، مصدر سابق، ص ١١٥.

(٣) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٧٥٨-٧٥٧ / مدنية اولى / ٨٩ في ١٩٩٠/٥/٢٣ ، القرار منشور في مجموعة، ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ج ٣، ص ٢٦. وكذلك انظر القرار رقم ٢٩٦ / مدنية اولى / ٩١ في ١٩٩١/٨/٢١ الذي زم الشركة اليوغسلافية بكلفة اصلاح الكيل المحوري الذي تسببت باتلافه. القرار منشور في المصدر السابق، ج ٣، ص ٤٠.

قضية اخرى، الزمت المدعي عليه باصلاح الاثار العائدة للمدعي والتي تضررت نتيجة سقوط الجدار عليها بفعل الحفر الذي حدث بجانب الجدار من المدعي عليه^(١). وقضت في دعوى اخرى بالزام المدعي عليه باصلاح سيارة المدعي نتيجة اصطدام سيارة المدعي عليه بسيارة المدعي^(٢).

ويلاحظ في نطاق العقد الدولي لنقل التكنولوجيا ان التزام المدين ينقض عن طريق التعويض العيني. وعلى سبيل المثال ماورد في هذا الصدد: اذ ينقضي التزام المدين عن طريق التعويض العيني بمعالجة اوجه النقص التي تم التثبت منها عند فشل التجارب التي اجرتها المتألقي. ويثبت فشل هذه التجارب بعد التسليم، وقد يثبت عدم مطابقة عناصر محل العقد لما تم الاتفاق عليه، على ان فشل التجارب يتم بمعرفة الخبراء والفنين، وقد يثبت عدم المطابقة بعد مدة من البدء باستغلال محل العقد وهو المعرفة الفنية على ان تصبح اقل فعالية بشكل يتناقض فيه تحقيق النتائج يوماً بعد يوم، وفي كل هذه الفروض يبقى المورد ملتزماً بالتعويض العيني ويجب عليه معالجة ما ظهر في المعرفة من عيوب^(٣). فاذا كان محل العقد طريقة فنية لانتاج مادة الكلور، وبعد اقامة المصنع والبدء في استغلال الطريقة انتجت مادة البنزين. ففي هذه الحالة يلزم المورد بالتدخل لتعديل هذه الطريقة واكتشاف مكان الخطأ للوصول بها الى انتاج الكلور، وهذا التعويض يتلقى مع مصلحة المتألقي^(٤). كما ويستطيع المتألقي ان يعهد بالتعويض العيني الى الغير ويعود بما انفق على المورد، ففي حكم صدر عن محكمة التحكيم في غرفة

(١) قرار محكمة التمييز رقم ١٠٥٤ / مدنية اولى/ ٩٢/١٠/٦ في ١٩٩٢/٩٢. منشور في المصدر السابق، ج ٤، ص ١٤٩.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم ٩١٣ / مدنية اولى/ ٩٢/٩/٧ في ١٩٩٢/٩٢. منشور في المصدر السابق، ج ٤، ص ١٤٣.

(٣) د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية الفنية، جامعة القاهرة، ١٩٨٤، ص ٩٦.

(٤) د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا- دراسة تطبيقية، مطبعة عيير، حلوان، مصر، ١٩٨٨، ص ٧٤١.

التجارة الدولية بتاريخ ١٦/١٩٨٥ في نزاع بين شركة عمانية وآخر انكليزية ازمعت الشركة الانكليزية بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بالشركة العمانية نتيجة تعاقدها مع الغير لاصلاح عيوب ظهرت بعد تشغيل مصنع الجير، الذي التزمت الشركة الانكليزية بتوریده وتسليمها ومرافقته انشائه واعداده وصيانته وفقا للعقد، وبعد ستة اشهر من التشغيل تم اكتشاف عيوب في احد الافران فاغلق وانذرت الشركة الانكليزية بان تقوم بعض الاصلاحات واجراء اختبار جديد للمتانة، غير انها لم تقم بذلك، وانكرت مسؤوليتها عن الاصلاحات او اعادة اختبار الكفاية، مما كان من الشركة العمانية الا ان كلفت شركة اخرى لاستكمال اعداد الفرن وتوريد قطع الغيار والمعدات الناقصة او التالفة وتوقفت الشركة العمانية عن دفع الاقساط المستحقة^(١).

المطلب الثاني

التعويض العيني والضرر الجسدي

أثير تساؤل عما اذا كان التعويض العيني ممكناً عن الضرر المادي الجسدي^(٢) يتصور وجود هذا التعويض في حالة، التزام المسؤول عن الفعل الضار بمعالجة من تضرر في جسمه او عقله من جراء فعله- وذلك بأن يتحمل مباشرة نفقات اقامة المتضرر في مستشفى او مصح وطوال المدة التي تقتضيها المعالجة او العناية او

(١) المصدر السابق، ص ٤٧٣.

(٢) الى جانب هذا الضرر ذي الطبيعة المالية، هناك اضرار اخرى يتمثل بعضها في الالم الجسدي والالم المعنوي اللذين غالبا ما يرافقان الاصابة الجسدية. وكذلك الضرر المتمثل في المساس بعاطفة القريبين من المصاب. وهذه الاضرار يكون التعويض عنها بمبلغ من النقود. انظر محمد صبري الجندي، في ضمان الضرر المعنوي الناتج عن فعل ضار، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٢٦، جامعة اليرموك، الاردن، ١٩٩٩، ص ٥٧٥.

المراقبة الطبية^(١). وكذلك الزام الطبيب او المستشفى بعلاج مصاب نتيجة لارتكاب فعل ضار غير مشرع من الطبيب او المستشفى^(٢). وقد يتمثل هذا التعويض في زراعة الاطراف والاعضاء لمن يفقد احد اعضائه كالكلية او العين نتيجة اصابته في حادث ما^(٣).

والواقع ان هذا النوع الاخير من التعويض العيني المتمثل في زراعة الاطراف والاعضاء، يعتمد في نجاح تطبيقه على العملية الجراحية. اذ نقوم هذه الطريقة على اساس الزام محدث الضرر باعطاء ما يسمى بالفقه الطبي (المادة التأمينية)^(٤) وقيد هذا التعويض بشروط عديدة جعلت من الصعوبة الحكم به الا بعد تحقق هذه الشروط وهي^(٥):-

- ١- كون الاعتداء على الكيان الجسدي عمداً، اذ لامجال للمطالبة بهذا الشكل من التعويض في الاضرار الجسدي التي تقع بطريق الخطأ.
- ٢- مطالبة المتضرر بهذا النوع من التعويض، فلا يحكم به القاضي من تلقاه نفسه.

(١) د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي- الخطأ والضرر، المصدر نفسه، ص ٣٨٥.

(٢) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب- المصدر نفسه، ص ١٠٣.

(٣) د. حسام الدين كامل الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين الشمس، ١٩٧٥، ص ٦٢. إذ يشير الى احد الفقهاء الالمان: Karl Engisch. وانظر: د. صبحي: المحمصاني، مصدر سابق ، ص ١١٠ ومابعدها.

(٤) يقصد بالمادة التأمينية:- الاجزاء التي تماطل الاجزاء المتضررة من الكيان الجسدي والتي بالامكان طبياً قلعها وزراعتها في جسد ثان مثل شبکية العين والجلد ورموش العين والاعصاب وعظام الفك،... الخ)). انظر اطروحة الاستاذ :

Benain Ohayon: Responsabilite du medecin en chirurgie esthetique, these, Paris, 1996, P.232.

(٥) Ibid, P. 232-233.

٣- التماطل في عضو المسؤول من جهة والمتضرر من جهة أخرى، من ناحية الصحة والمنفعة.

٤- الملامعة الطبية الجراحية والمؤثقة بشكل اصولي من الخبر الطبي على (المتضرر المسؤول) والتي تقييد صلاحية اجراء عمليات قلع الاعضاء البشرية وزرعها في جسديهما، فاذا وجد ان العملية محمودة العواقب فيحكم بها واذا كانت في طياتها علائم الخطر على الطرفين فلا يحكم بها.

٥- يتحمل المسؤول عن الضرر تكاليف اجراء العملية ويسقط حق المتضرر في المطالبة بالتعويض النافي حال فشل العملية.

ولقد شجع التطور المذهل والسريع في عمليات زرع الاعضاء البشرية^(١) المحاكم وعلى وجه الخصوص الالمانية على الحكم بالتعويض العيني لاصلاح الضرر المادي الجسدي. اذ جاء في قرار المحكمة العليا في المانيا: ((يقضى بالتعويض للمتضرر بأن يرد الحال الى مكان عليه قبل وقوع الضرر، في حالات الاعتداء العمدى على الكيان الجسدي، وكان بالامكان طبياً اذا خلا الامر من خطورة حقيقة على المسوول والمتضرر)).^(٢) وقد قضت محكمة براغ في ١٩٨٩/٢/١٧، بنقل (٢٥ سم) من وجه المسؤول عن الضرر الى المدعية نتيجة القاء مادة محرقة على وجه المدعية في عملية اختطاف^(٣). وحكم القضاء الالماني في ١٩٩٢/٤/١٣، في قضية ملخصها قيام احد

^(١) اذ بلغ التقدم الطبي شوطاً اصبح معه بالامكان جمع عظام الفك المتتاثرة، وان يعوض الانسان عن أي جزء يفقد من جسمه، فيعطي له ذقن او انف جديد من العظام او الغظاريف او تركب له اجفان متحركة من شرائح الجلد، بل لقد اصبح بالامكان زرع حتى رموش العين، وتقدمت عمليات ترقيع الجلد حتى امكن اجراؤها على مساحات كبيرة قد تصل الى قدم -للتفصيل انظر:- د. شوقي عمر ابو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الاعضاء البشرية، ط٢، مطبعة جامعة المنصورة، مصر، ١٩٩٤، ص٢٤. (اصل الكتاب اطروحة دكتوراه الدولة في القانون من جامعة ليماوج، فرنسا ١٩٨٧)).

^(٢) Benain Ohayon, these precitee, P.175.

^(٣) Ibid, P.234.

الأشخاص بضرب الآخر على عينه محدثاً تمزق في شبکية العين، وطالب المتضرر بالتعويض العيني وتم نقل الشبکية من عين المسؤول عن الضرر الى المتضرر بنجاح تام^(١). وكما حكم هذا القضاء بنقل وزراعة الكلية من الجاني لإنقاذ المجنى عليه بسبب تعرض الاخير للضرب المتعمد من الجاني^(٢).

ولكن ما الذي يميز التعويض العيني بنقل وزراعة الاعضاء عن العقوبة؟- ان الذي يميز هذا النوع من التعويض عن العقوبة هو امكانية تقديم المادة التأمينية من غير المسؤول عن الضرر. كأن يتحقق المسؤول عن الضرر مع ورثة الميت او مع بعض الاصحاح المحكومين بالاعدام او المرضى الذين لا يرجى شفائهم او غيرها من الطرق، ولكن بشرط التوافق بين المادة التأمينية المنقوله والجسم المستقبل بنسبة عالية تفوق او تساوي نسبة التوافق مع المادة التأمينية للمسؤول عن الضرر هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى عدم مخالفة الاحكام القانونية الواردة عليه الاف الاستثناءات المتعلقة بهذا الشأن، مثل الاستفادة من اجسام الموتى بموافقة الورثة والمحكمين بالاعدام في جريمة القرصنة البحرية- ... وغيرها^(٣).

وبدورنا نتفق مع الرأي^(٤) الذي يذهب الى، ان هذا النوع من التعويض بنقل وزراعة الاعضاء يحقق العدالة. وعند مراجعة الكيفية التي طبق فيها الفقهاء المسلمين القصاص في الاضرار الواقعه من دون النفس، ويلاحظ ان اغلب الشروط التي نص

^(١) Ibid, P.180.

^(٢) القرار اشار اليه، د. حسام الدين كمال الاهواني، مصدر سابق ، ص ٦٢ .

^(٣) Benain Dhayon, OP, cit, P.232.et Boiron Jeanlouis, Dommage Corporel, these, Paris, 1995, P.202.

ولمزيد من التفصيل انظر: د. عبد الحميد اسماعيل الانصاري، ضوابط نقل وزراعة الاعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية- دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٤١ وما بعدها.

^(٤) نظام جبار طالب الموسوي، فكرة الضرر الجمالي، المصدر نفسه، ص ١٥٩.

عليها فقهاء القانون الوضعي مطابقة للشروط الموضوعة من الفقهاء المسلمين^(١)، ولما كان الامر في القصاص يحقق هدفين (الاول) العدالة و (الثاني) الردع والزجر، فالطريقة الحديثة تحقق هدفاً ثالثاً هو اعادة الحال الى ما كان عليه قبل الاصابة الجسدية وفي هذا العمل درء للمفسدة التي تلحق بالمتضرر^(٢).

والمبدأ ذاته يبرر القول بأنه اذا كان الضرر الجسدي تمثل في تشويه او ضرر جمالي، وكان بالامكان طبياً ازالة هذا التشويه او التخفيف منه بعملية ترقيع او تجميل، وكان المدعي المتضرر قد اصر على هذا الشكل من التعويض العيني فانه يكون للقاضي الذي اقر المسؤولية على المدعي عليه ان يلزمته بنفقات تلك العملية لغرض اجرائها.

ولكن يرى الاستاذ "Benain Ohayon" ان الضرر الجمالي هو الاثر النفسي الناتج عن الاصابة الجسدية اما الاصلاح الجراحي بوساطة الجراحة التجميلية فهو تعويض عن الضرر الجسدي، لذلك فلا يوجد تعويض عيني عن الضرر الجمالي ويقتصر الامر على التعويض النقدي^(٣).

ويلاحظ على هذا الرأي، انه خلط بين السبب والسبب من ناحية، ومن ناحية اخرى ينظر الى التعويض العيني بمفهومه الضيق. فالسبب وهو الضرر الجسدي إذا زال بالتدخل الجراحي يزول السبب وهو الضرر الجمالي^(٤). و التعويض العيني بمفهومه العام يعني اعادة الحال الى ما كانت عليه. والحال الذي كان عليه المتضرر قبل الاصابة

^(١) للتفصيل انظر: علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧، ط ١، القاهرة(بدون سنة طبع)، ص ٣٠٨ - ٣١٠.

^(٢) انظر خلاف هذا الرأي: هيثم حامد خليل المصاره، عمليات زرع الاعضاء البشرية، دراسة مقارنة في القانون المدني، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة الموصل، ١٩٩٩م، ص ٩٢. اذ لا يوافق على عملية نقل و زرع الاعضاء على انه تعويض عيني ويرجح الحكم بالتعويض النقدي في الاصابة الجسدية.

^(٣) Benaim Ohayon, these precitee, P.225.

^(٤) انظر:- نظام جبار طالب الموسوي، مصدر سابق، ص ١٥٦.

الجسدية هو الاستقرار النفسي، ولن يعود هذا الاستقرار او يقل الا بزوال الاصابة عن طريق التعويض العيني. وعليه فالجراحة التجميلية تحقق الاستقرار النفسي أي يزول الضرر الجمالي^(١).

ومن المحتمل وبعد اكتشاف اشعة (الليزر-ارغون)- والتي تعمل على تصغير وتنظيم العظام بدقة متناهية وفي معالجة الاورام والتشوهات، والتي بفضلها حقق الطب في مجال زراعة ونقل الاعضاء البشرية وكذلك في مجال الجراحة التجميلية قفزة كبيرة- ان يصبح هذا النوع من التعويض العيني هو التعويض الاصلي بعد ان كان يمثل التعويض الاستثنائي في مسائل الضرر الجسدي^(٢).

ويلاحظ انه في حالة استحالة التعويض العيني، فيعمد الى تعويض الضرر الجسدي بتعويض نقي. فاليد التي قطعت والساقي التي بترت نتيجة حادث سيارة او فعل ضار غير مشروع، لن توصل، والعين التي فقئت لن يعود اليها نورها وابصارها^(٣).

ولانرى ان زراعة وتركيب الاطراف والاعضاء الاصطناعية الا تعويضاً عينياً ناقصاً..، وذلك لان زراعة وتركيب مثل هذه الاطراف والاعضاء، لا يؤدي الى زوال الضرر واصلاح الاصابة الجسدية التي لحقت بالمتضرر هذا من جانب، ومن جانب اخر ان هذه الاعضاء قاصرة على ان تؤدي الوظيفة الجسدية نفسها التي كان يقوم بها

^(١) انظر المؤيدین لهذه الفكرة: د. عاطف النقیب، مصدر سابق ، ص٤٠٤ وعبد السلام التونجي، مصدر سابق ، ص١٠٥ ود. شوقي عمر ابو خطوة، مصدر سابق ، ص٢٤ ونظام جبار طالب الموسوي، مصدر سابق ، ص١٥٦ . وباسم محمد رشدي، الضرر المادي الناتج عن الاصابة الجسدية، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٨٩ / ص١٦٢.

^(٢) M. Ruban et J. Vasslon et C. Burillon-Traitement desxanthe Lasmas par le Laser a argon- Technique, resultats a propos de 101 Cas. masson, Paris, 1996, P.442-445.

^(٣) د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ص١٨١ ف٤٠٥ . د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة الفجالة الجديدة/ مصر / ١٩٥٣ ، ص٥٦.

العضو الاصلي الذي فقد بسبب الاصابة الجسدية^(١). وبذلك فان مثل هذه الاطراف لن تتحقق هدف التعويض العيني الكامل والذي يتمثل بصورة عامة باعادة الحال الى ما كانت عليه قبل الضرر الجسدي^(٢).

وان العملية الجراحية اذا نتج عنها الحد من العطل او العجز او التخفيف من التشویه فان الضرر الاصلي يقل مداه فلابيقي للمتضارر الحق في التمسك بتعويض كامل عن هذا الضرر. لكن القضاء بصورة عملية لا يتوقف عند امكانية الحد من العجز الدائم او التشویه من خلال عملية طيبة ملائمة، بل يعمد الى تقدير الضرر الجسدي الاصلي بمبلغ مقطوع يعده مغطياً للعجز الدائم واثره في الدخل. او يعده مبلغاً مصلحاً للضرر الناتج عن تشویه الجمال، ويرى جانب من الفقه جواز الجمع بين اجراء عملية جراحية للحد من العجز الدائم او التشویه باعتبارها تعويضاً عينياً عن الضرر الجسدي وبين اعطاء المتضارر مبلغاً على انه تعويض بدللي يعد مقبلاً للضرر الباقي بعد اجراء العملية لان العملية لاتؤدي الى ازالة كل العجز او التشویه. وليس التعويض العيني مما يصعب او يستحيل تقديره واقراره، فالقاضي يستعين بالخبرة الطبية في تقديره لهذا التعويض، خاصة في مجال الطب الجمالي وهو طب متتطور الان^(٣).

المطلب الثالث

^(١) فيما عدا ذلك اذا كان الامر بعمل طقم اسنان جديد بدل الذي تحطم بسبب خطأ الطبيب او فعل ضار اخر. اذ ان عمل الاسنان الاصطناعية من شأنه ان يحقق نسبة عالية تماثل عمل او وظيفة الاسنان التالفة. قارن: اسماء صبر علوان العيثاوي، المسؤلية المدنية لطبيب الاسنان- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة صدام، ٢٠٠٠م، ص ١٤٥.

^(٢) انظر خلاف ذلك:- باسم محمد رشدي، مصدر سابق ، ص ١٦٢. اذ أعد زراعة وتركيب الاعضاء الاصطناعية تعويض عيني.

^(٣) انظر : د. عاطف النقبي، مصدر سابق ، ص ٤٠٥.

التعويض العيني وجزاء الحق العيني

يقصد بالحق العيني، سلطة يقررها القانون لشخص على شيء مادي معين تمكّنه من استعمال هذا الشيء والانتفاع به على نحو او على اخر^(١). ويتميز هذا الحق عن الحق الشخصي بخصائص هي: حق التتبع، وحق الافضليّة، وانه حق مؤبد، ويكتسب بالتقادم^(٢). ومنتّحت هذه الخصائص لهذا الحق حماية موضوعية خالصة في التشريعات المختلفة، بمعنى اخر بفضل هذه الخصائص تتمتع هذا الحق بحماية كبيرة جداً اكبر من الحقوق الالى (الحقوق الشخصية والحقوق الفكرية). اذ يلزم الكافة بالامتناع عن التعرض لما يكفله القانون لصاحب هذا الحق من سلطة على الشيء محل الحق^(٣).

ويلاحظ ان اهم ما يميز الحماية الموضوعية للحق العيني عن الحماية

الشخصية للحقوق الالى مايأتي:

١- من حيث الضرر:- يوجّب الضرر في الحماية الشخصية المسؤولية عند وجود خطأ لدى المسؤول. في حين الضرر نفسه وبحسن نية ومن دون تعدّى على ملكية الآخرين ينشيء ضرراً من دون تعويض واحياناً مجرد انتهاك الحق وان لم يوجد ضرر. لذلك فإنّ الضرر ليس اساساً للحماية الموضوعية للحق العيني^(٤).

٢- من حيث الجزاء:- تطالب الحماية الموضوعية للحق العيني، دائماً، بالجزاء العيني وذلك بالاسترجاع، وهذا ينشأ من حق التتبع: لذلك فالملك الذي يخرج الشيء المملوك من يده يمكنه ان يتبعه ويحتاج بحقه ضد أي حائز له. في حين في الحماية

^(١) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١، المصدر نفسه ، ص ٥. د. حسن كيره، الحقوق العينية الاصلية، ج ١، القاهرة ، ١٩٦٥ ، ١٩٦٥، ف ١٩.

^(٢) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق ، ج ١، ص ٨٧ و ٨٦.

^(٣) Ripert et Boulanger, Traite de droit civil, T2, Paris, 1957, n 42.

^(٤) Demogue, OP, cit, n 416 et 491.

الشخصية فان الحق الشخصي لا يخول صاحبه مثل هذا الحق، بل يخوله مطالبة مدينه بالقيام بعمل او بالامتناع عن عمل: اذ يكون الجزاء مناً جداً وذا فارق بفضل حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض^(١).

ويرى جوسران "Josserand" ان الفاعل قد انتهك الحق بصورة متعمدة او خطأ، بوعي او من دون وعي، وقد تمرد ضد القانون: وعليه فان الحالة التي نجمت عن ذلك لاتكون ثابتة ويجب ان تزول وبأسرع وقت ممكن^(٢).

بيد انه اذا كانت الحماية الموضوعية لاتوجب الخطأ او الضرر وتتتج دائمًا عقوبة عينية فأنها تبدو، للوهلة الاولى، غريبة عن دراسة التعويض العيني. والواقع ان حق الملكية يكون ضامناً ضد تعتدي الاخرين متلماً تجد المسؤولية اساسها في الضرر. وهذا ما يظهر من دراسة حماية حق الملكية وحماية الحيازة وحقوق الارتفاق وحالة نزع الملكية، وسنتناول ذلك بالشكل الاتي:-

اولا: في حماية حق الملكية:

من تطبيقات القانون المدني العراقي بشأن اعتبار حماية الملكية تعويضاً عينياً، هو ما قضت به المادة (١٠٨٤ مدني)^(٣) من اجبار صاحب السفل الذي هدم سفله تعدياً على اعادة بنائه. وكذلك مانصت عليه المادة (٢/١٠٨٨ مدني)^(٤) بأنه ((وإذا انهدم الحاجط المشترك واراد احدهما اعادة بنائه وأبى الآخر يجبر الابي على البناء. ويجوز لشريكه بإذن المحكمة ان يعيد بناءه، ويرجع على الابي بنصيبه من نفقات البناء)). فالالتزام الشريك باعادة بناء الحاجط هو تعويض عيني. ومنها ما قضت به المادة (١١١٩

^(١) Planiol, Ripert et Picard, Traite pratique de droit civil Francais, T3, 2ed, les biens, Paris, 1952, n195.

^(٢) Josserand, OP, cit, n 261. V. aussi "Savatier", OP, cit, n 593.

^(٣) تقابلها المادة (٨٦٠) مدني مصري.

^(٤) تقابلها المادة (٨١٥) مدني مصري.

المدني^(١)، التي تعطي لصاحب الأرض حق طلب قلع المغروبات أو المنشآت الأخرى التي أقيمت على أرضه ممن يعلم أنها ليست ملكاً له. فالحكم بقلع المنشآت على نفقة المحدث يعد تعويضاً عينياً. وهذا مذهب إليه القضاء العراقي بالحكم بقلع المحدثات التي أنشأها المدعي عليه في قطعة المدعي وتسليم القطعة لمالكها حالياً من الشواغل^(٢). وحكم هذا القضاء برفع التجاوز بازالة المنشآت عن أرض المدعي^(٣).

وتتص المادة (١٠٩٧) من القانون المدني العراقي على أنه ((ليس لغير الشركاء في الطريق الخاص حق المرور فيه او فتح باب عليه)). وقد حكم القضاء العراقي بالزام المدعي عليهم بغلق الباب الخلفية والمطلة على أرض المدعي^(٤).

هذا ويلاحظ أن المادة (١٢٥٨) من القانون المدني العراقي^(٥)، أجبرت المالك الذي تسبب بهلاك العين بخطئه على إعادة الشيء إلى أصله مع تعويض المنتفع عن المدة التي حرم خلالها من الانتفاع. وبالعكس إذا كان الهلاك بخطأ المنتفع، كان ملزماً باعادة الشيء إلى أصله على سبيل التعويض^(٦). وهذا ما قضت به محكمة التمييز

^(١) تقابلها المادة (٩٢٤) مدني مصري.

^(٢) قرار محكمة التمييز رقم ٣٥٤ / مدنية أولى / ٩٠ في ١٩٩٠/١٠/٣٠ منشور في مجموعة ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق ، ج ٢، ص ١٦٢.

^(٣) قرار محكمة التمييز رقم ١٠٣٧ / مدنية أولى / ٩٠ في ١٩٩١/٩/٤ منشور في المصدر السابق، ج ٢، ص ١٦٤ . وكذلك القرار رقم ٩٧ / موسعة أولى / ٩٢ في ١٩٩٢/٥/١٦ منشور في المصدر السابق، ج ٢، ص ١٧١ .

^(٤) وذلك في دعوى رفعها المدعي طلب فيها غلق الابواب المحدثة على قطعته من المدعي عليهم، وقد تبين للمحكمة من خلال الكشف بأن دار المدعي عليهم لها باب رئيسي مطل على الشارع العام في قرية الزهيرات (ناحية أبي صيدا- محافظة ديالى) وتبين كذلك ان فتح الباب الخلفي لدار المدعي عليهم لامبرر له اذ لا يوجد حق مرور لهم على القطعة العائدة للمدعي. قرار محكمة بداعية أبي صيدا في الدعوى المرقمة ٨١/ب/٢٠٠٠ في ١٢/٥/٢٠٠٠ - (القرار مكتسب الدرجة القطعية) - القرار غير منشور.

^(٥) تقابلها المادة (٢٩٩٤) مدني مصري.

^(٦) انظر : د. محمد علي عرفة، مصدر سابق، ص ٦٧٥.

العراقية، بأنه يجب ان يكون تقدير كلفة اعادة الاجزاء المتضررة الى حالتها السابقة متناسباً مع الضرر ومن دون مغalaة^(١).

وتنص المادة (١٠٥٧) من القانون المدني العراقي على انه ((حريم الابار واللينابيع والترب الخاصة والمساقي والقنوات والمصارف ملك اصحابها، ولا يجوز لغيرهم ان يتصرف فيها بوجه من الوجوه. فمن حفر بئراً في حريم بئر مملوك لشخص اخر اجبر على ردمه. لكن اذا حفر البئر خارج هذا الحريم، فلا يجبر على الردم حتى لو اخذ بئره ماء البئر الاول)).

ويلاحظ على هذا النص، ان حريم الابار مظهر من مظاهر حق الملكية وليس قيداً يرد على حق الملكية^(٢). فاذا حفر احد بئراً في حريم بئر مملوك لآخر فانه يجبر على ردمه. وهذا يعني ان لمالك البئر ان يستأثر بالانتفاع بها ويحول من دون انتفاع الغير بها.

ثانياً: في حماية الحيازة:-

عرفت المادة (١٤٥/١) مدني عراقي) الحيازة بأنها ((وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالوساطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق)) فيتضح اذن ان الحيازة بمعناها القانوني مجرد وضع واقعي ينطوي على مباشرة الحائز سلطة فعلية على الشيء، سواء كانت هذه السلطة مستندة الى حق ام لا تستند الى أي حق^(٣).

^(١) قرار محكمة التمييز رقم ١١٤١/١٠٦/١٩٩٢. القرار منشور في مجموعة، ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٤٨.

^(٢) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ج ٢، ص ٨١.

^(٣) Ripert et Boulanger, OP, cit, n 2282.

ويحمي القانون الحيازة لذاتها ويرتب عليها اثارها سواء أ كانت تستند الى حق للحائز ام لا تستند الى أي حق^(١). ويلاحظ ان هذه الحماية الخاصة للحيازة والتي لا تكون سوى حماية لحق عيني مفترض تبدو انها تقترب من المسؤولية المدنية. ويدعو الاستاذ ديموج "Demogue" الى القول بهذا الصدد "يشتمل التعويض العيني على اعادة الملكية او الحيازة للشيء الذي انتزعت حيازته"^(٢). وهذا يمنح التعويض العيني معناً واسعاً جداً. وبدورنا نتفق مع هذا القول ونرى بأنه لا يكفي لاجل تمييز الحيازة عن التعويض العيني التركيز على الاختلافات بينهما كالأهلية وسنوية الحيازة وصفاتها هادئة وظاهرة وغير غامضة.. الخ. فان هذه الشروط تشير الى وجود الحيازة وليس الى حمايتها. ولايسعنا البحث عن طرق حماية الحيازة بعد ان حدد المشرع العراقي ثلاث دعاوى لحماية الحيازة هي:- دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف

^(١) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ج ١، ص ٢٠٠.

^(٢) Demogue, OP, cit, n 491.

الاعمال الجديدة^(١). وستتناول فيما يأتي كل دعوى من هذه الدعاوى من دون الخوض في تفاصيلها^(٢):

١- دعوى استرداد الحيازة:- ترمي هذه الدعوى الى اعادة وضع يد الحائز على العقار الذي سلبت منه حيازته^(٣). ويشترط في هذه الدعوى ان يطلب حائز العقار الذي انتزعت منه الحيازة استردادها في خلال سنة من تاريخ انتزاعها. واذا كان انتزاع الحيازة خفية فان سريان المدة تبدأ من وقت ان ينكشف ذلك. واذا اراد الحائز استرداد العين وكان المسترد ومنتزع الحيازة لم تمض على حيازته سنة كاملة حكم لمصلحة من كانت حيازته افضل. والحيازة الفضلى هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني. فاذا لم يكن لدى أي من الحائزين سنه او تعادلت سنداتهما كانت الحيازة الاحق بالتفضيل الحيازة الاسبق في التاريخ (المادة ١١٥٠ مدنى عراقي)^(٤).

وترى لوسيان ريبير "Ripert L." ان فكرة التعويض العيني في دعوى استرداد الحيازة تفترض:- ان الملكية تنتقل الى المغتصب ويشتمل التعويض العيني على اعادة الشيء مرة ثانية الى المالك الحقيقي^(٥).

ونعتقد ان هذا الرأي منتقد للاسباب الآتية:-

^(١) لاتحمي هذه الدعاوى سوى حيازة العقارات اما بالنسبة للمنقولات فأن قاعدة ((الحيازة في المنقول سند الملكية)) تجعل هذه الدعاوى عديمة الجدوى، كما وان المنقولات غالباً ماتكون قليلة الاممية بالقياس الى العقارات. ولهذا فان القوانين الحديثة قصرت هذه الدعاوى على حماية العقار من دون المنقول. انظر في هذا المعنى: محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ج ١، ص ٢١٥.

^(٢) فالمجال المعتمد لتفاصيل الدعاوى هو في شروح قوانين المرافعات، وهذا خارج نطاق رسالتنا.

^(٣) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق ، ج ١، ص ٢١٦.

^(٤) تقابل المواد (٩٥٩ و ٩٥٨) من القانون المدني المصري. والحكم نفسه في القانون المدني الفرنسي .

^(٥) Lucienne Ripert, these precitee, n 45.

أ- لا يمكن وصف دعوى استرداد الحيازة بأنها تعويض عيني الا اذا رفعت هذه الدعوى في خلال اقل من سنة من تاريخ انتزاع الحيازة. وفقاً لشروط هذه الدعوى المبينة اعلاه.

ب- انه يمكن اقامة هذه الدعوى على حائز حسن النية وبسبب صحيح وهذا مانصت عليه المادة (١١٦٤) مدني عراقي) بأنه (...، يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا كان قد اضاعه او خرج من يده بسرقة او غصب او خيانة امانة ان يستردء من يكون حائز ا له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاثة سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة^(١)). وعليه وفقاً لهذه المادة فانه لا يشترط ان يكون الحائز مغتصباً.

٢- دعوى منع التعرض:- تهدف هذه الدعوى الى حماية يد الحائز من كل تعويض يعكر عليه حيازته وقد يكون هذا التعرض مادياً، كاقامة اسلام الكهرباء على سطح البناء او البناء على الارض او بذر البذور فيها او حفر حفرة في الارض. وقد يكون هذا التعرض قانونياً^(٢)، كالانذار الذي يوجه الى الحائز بطلب ازالة الزراعة او قلع المحدثات القائمة على الارض او تنفيذ حكم على عقار في حيازة شخص لم يكن طرفاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم. فللائز ان يلتتجيء الى القضاء لوقف التعرض وحماية حيازته من الاعتداء بشرط ان تكون حيازته للعقار قد استمرت لمدة سنة على الاقل قبل حصول التعرض، وان ترفع دعوى منع التعرض في خلال سنة من تاريخ التعرض (المادة ١١٥٤ مدني عراقي)^(٣).

^(١) تقابلها المادة (٩٦٠) من القانون المدني المصري.

^(٢) يراد بال تعرض القانوني، كل عمل قانوني يتعارض مع حقوق الحائز ويكون من شأنه ان يجعل الحيازة محل نزاع او خصومة امام القضاء. انظر :- محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق ، ج ١، ص ٢١٦.

^(٣) تقابلها المادة (٩٦١) من القانون المدني المصري.

وبذلك فان دعوى منع التعرض تعد تطبيقا من تطبيقات التعويض العيني وان كانت شروط هذه الدعوى تضيق من نطاق هذا التطبيق بتحديد اقامة الدعوى في خلال اقل من سنة.

٣- دعوى وقف الاعمال الجديدة:- هذه الدعوى يرفعها الحائز الذي يخشى التعرض له من اعمال جديدة تهدد حيازته ويطلب فيها وقف هذه الاعمال. ويراد بالاعمال الجديدة الاعمال المادية، كما لو بدأ شخص ببناء حائط لو تم لسد النور على مطل للجار وتقدير ما اذا كانت هذه الاعمال لو تمت ستهدد حيازة المدعي ام لا امر متrox لفطنة القاضي^(١). ويشترط ان يكون المدعي قد وضع يده على العقار لمدة لاتقل عن سنة وان ترفع هذه الدعوى قبل تمام الاعمال الجديدة، وعلى كل حال قبل انقضاء سنة على البدء فيها (المادة ١١٥٥ مدني عراقي)^(٢).

وقد اكد القضاء الفرنسي ان المالك يستطيع رفض كل فعل غير ضار منجز على ارضه او داخل المجال الجوي الذي يمكن ان يكون مالكه^(٣).

ويلاحظ ان هذه الدعوى تعد من تطبيقات التعويض العيني وذلك بالحكم بمنع الاعمال الجديدة وازالة الضرر.

ثالثا: في حماية حقوق الارتفاق

يقصد بحق الارتفاق، حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه مالك اخر. ويتقييد مالك العقار المرتفق بقيدين في مباشرته الاعمال الضرورية لاستعمال حق الارتفاق: (الاول) ان يكون الاستعمال باقل ضرر ممكن، فلا يجوز له ان يسلك في

^(١) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، ج ١، مصدر سابق ، ص ٢١٧.

^(٢) تقابلها المادة (٩٦٢) من القانون المدني المصري.

^(٣) نقض فرنسي في ٧/اذار ١٩٣٤ وفي ٣/حزيران ١٩٤١ مشار اليه في:-

استعماله سبلاً مضرًا إذا كان هنالك سبيل أقل ضررًا منه، مثل: الحكم بالزام المدعي عليه في حق المسيل باستعمال الانابيب الحديدية لاجراء المياه القذرة عبر العقار المرتفق به؛ لأنها أقل ضررًا من استعمال انابيب من الفخار^(١). (الثاني) عدم جواز ترتيب آية زيادة في عبء الارتفاع بسبب ما يستجد من حاجات العقار المرتفق. (المادة ١٢٧٦ مدني عراقي)^(٢).

وفرضت المادة (١٢٧٨)^(٣) من القانون المدني العراقي، على مالك العقار المرتفق به التزاماً سلبياً: هو الامتناع عن كل عمل من شأنه أن يؤدي إلى الانتهاص من استعمال حق الارتفاع او يعرقل الاستفادة منه او يجعله أكثر مشقة. ويتربى على ذلك ان ليس لمالك العقار المرتفق به، على الرغم من كونه مالكاً ان يعرقل استعمال صاحب حق الارتفاع لحقه لأن يضع ما يمنع مرور الماء في المجرى^(٤). ويجب على مالك العقار المرتفق به الامتناع عن تغيير موضع حق الارتفاع، الا اذا اصبح هذا الارتفاع مانعاً من احداث التحسينات في العقار المرتفق به فيجوز له طلب نقل الارتفاع الى موضع اخر من العقار او الى عقار اخر يملكه اجنبي اذا قبل الاجنبي ذلك مع مراعاة عدم الاضرار بحقوق صاحب الارتفاع حالاً او مستقبلاً^(٥)، ويجوز لمالك العقار المرتفق

^(١) عبد الرحمن خضر، شرح القانون المدني، بغداد، ١٩٥٣، ص ٢٥٩.

^(٢) وقد تأثر المشرع العراقي في اقرار هذين القيدين بالقانون المدني الفرنسي (المادة ٤٠٢ منه) والقانون المدني المصري (المادة ١٠٢٠ منه).

^(٣) تقابلها المادة (١٠٢٣) من القانون المدني المصري.

^(٤) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق ، ج ١، ص ٣٣٤.

^(٥) اذ قضت محكمة التمييز العراقية بانه ((اذا ادعى المدعي عليه قام بردم مجرى النهر وتغيير مساره الاصللي فيتعين - بعد اثبات الدعوى - ان تستعين المحكمة بخبراء للوقوف عما اذا كانت الاعمال الجديدة المذكورة تمنع المدعي من سقي ارضه او تسبب ضررًا له ثم الفصل في الدعوى في ضوء تقريرهم)) القرار رقم ٥٨٤ / مدنية اولى / ٩٢ في ١٩٩٢/٦/٢٨. القرار منشور في مجموعة ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق ، ج ٣، ص ٢٠٩.

المطالبة بتغيير موضع الارتفاق اذا كان هذا التغيير يزوده بفائدة محسوسة من دون الاضرار بالعقار المرتفق به (المادة ٣/١٢٧٨ مدني عراقي)^(١).

وقد اشار القانون المدني العراقي الى الارتفاقات السلبية في المادة (١/١٢٧٤)^(٢) ويكون الارتفاق سلبيا، اذا كان لا يخول صاحب العقار المرتفق الحق في القيام باعمال ايجابية على العقار المرتفق به (مثل: المرور والجرى والمسيل) بل يقتصر اثره على الزام صاحب العقار المرتفق به بالامتناع عن القيام ببعض الاعمال التي يملك اصلاً صاحب العقار القيام بها مثل: الارتفاق بعدم البناء او بعدم الارتفاع بالبناء اكثرا من حد معين. وقضت المادة (٢/١٢٧٤ مدني عراقي) على انه ((وكل ضرر ينشأ عن مخالفة هذه القيود، تجوز المطالبة باصلاحه عيناً، الا اذا تبين ان الحكم بالتعويض جزء عادل فيه الكفاية)).

اذ يتضح من ظاهر المواد السابقة ان المشرع العراقي نص على ان يكون الاصل في الجزاء المترتب على انتهاك الالتزام السلبي في حقوق الارتفاع الحكم بالاصلاح العيني. سواء أكان المسؤول مالك العقار المرتفق ام مالك العقار المرتفق به.

بيد انه استثنى في المادة (٢/١٢٧٤ مدني عراقي) حالة اذا كان الحكم بالتعويض النقيدي جزءا عادلا فيه الكفاية. كما اذا تبين للقاضي ان الاصلاح العيني فيه ارهاق لصاحب العقار المرتفق به، ومثال ذلك:- اذا طلب المدعي ازالة بناء ضخم اقامه مالك العقار المرتفق به مخالفا لما فرض عليه من التزامات، فيجوز في هذه الحالة الاكتفاء بالحكم بالتعويض النقيدي. ويلاحظ ان هذه الفقرة تحيلنا الى الحكم الخاص بعجز المدين عن تنفيذه التزامه الوارد في المادة (٢/٢٤٦ مدني عراقي) -سالفه الذكر-، وبما ان هذه المادة الاخيرة تطبق فكرة الحكم بالتعويض النقيدي اذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين مع مراعاة ان لا يلحق بالدائن ضررا جسيما، فإنه يمكن القول ايضا ان مسلك

(١) لا يوجد في القانون المدني المصري نصا يقابل حكم المادة (٣/١٢٧٨) من القانون المدني العراقي.

(٢) تقابلها المادة (١٠١٨) من القانون المدني المصري.

المشرع العراقي واحد في المادتين (٢٤٦ و ٢٤٧). ويجب الالتفات الى ان هذا الحكم (بالتعويض النقدي) لا يبتعد احتمالية الحكم باطفاء حق الارتفاق وان كان مالك العقار المرتفق حسن النية في تجاوزه. ونرى ان فكرة الحماية الموضوعية لحقوق الارتفاق تقترب من الحماية الشخصية للمسؤولية وذلك لتحقق ثلاثة شروط لترتيب الحماية الموضوعية وهي^(١):- لزوم الضرر ولزوم خطأ ما وحرية القاضي في اختيار الجزاء (عينياً او نقدياً).

رابعاً:- حالة نزع الملكية:-

بدءاً، لابد من القول: انه لا يجوز نزع الملكية الخاصة الا للمنفعة العامة وفي الاحوال التي يقررها القانون، وذلك لأن الملكية حق مصون لا يجوز الاعتداء عليه وحرمان المالك منه. ولهذا فقد نصت المادة (١٠٥٠) من القانون المدني العراقي على انه ((لا يجوز ان يحرم احد من ملكه الا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها. ويكون ذلك مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً)). وقد حرص المشرع العراقي في قانون الاستملك الع Iraqi رقم (١٢) لسنة ١٩٨١، على تنظيم احكام التعويض بشكل مفصل^(٢).

وقد يثار التساؤل الاتي، هل يمكن ان نسمح بنزع الملكية للمصلحة الخاصة في حالة التعدي على الارض المجاورة، من مالك لainum بحق الارتفاق؟ وثارت هذه المشكلة في اكثر الاحيان عملياً في حالة تعدي المالك في البناء بلا ترو على عقار الجار من خلل بنائه.

^(١) انظر انفا ص ١٥٥ من هذه الرسالة، بشأن الحماية الشخصية والحماية الموضوعية.

^(٢) انظر الباب الاول من هذه الرسالة، ص ٦٢ .

ذهب القضاء الفرنسي الى الحكم بهدم البناء سواء أكان الباني سيء النية ام حسن النية، وان كان الجار قد اهمل تحرير خارطة لخطيط حدوده، وذلك لانه لايمكن نزع الملكية الا للمنفعة العامة هذا من جانب. ومن جانب اخر، ان خطأ الجار بعدم تحريره للخارطة لايعادل خسارة ملكه، ومهما قلت قيمة التعدي فانه يلحق ضررا بالملكية، ويجب احترام الحق المقدس للملكية وفقا للمواد (٥٥٥ و ٥٤٥) من القانون المدني الفرنسي^(١). ومع ذلك، فقد سمحت المحكمة العليا في احد قراراتها لمالك الارض ان يتملك البناء عن طريق الشفعة مقابل ان يدفع الى الباني الزيادة التي طرأت على قيمة العقار، مبررة قرارها من وجهة النظر الاقتصادية فان الهدم يكون حلا سائلا وضد وجهة نظر الاغناء الوطني^(٢).

غير ان القانون المدني المصري والقوانين المتأثر به جاءت بحكم مغاير للحكم المتقدم، وهو نص المادة (٩٢٨) التي تنصي: - ((اذا كان مالك الارض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الارض الملاصقة، جاز للمحكمة اذا رأت محلا لذلك ان تجبر صاحب هذه الارض على ان يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك نظير تعويض عادل)).

ويلاحظ على هذا النص، ان المشرع المصري عالج مسألة عملية هامة هي حالة ما اذا كان الباني يبني اصلا في ارضه فجاوزها بحسن نية الى جزء صغير ملاصق من ارض جاره^(٣). فللمحكمة في هذه الحالة، بدلا من ان تأمر بازالة البناء، ان تقتصر على تعويض صاحب الارض الملاصقة تعويضا نقيضا، بأن ينزل هذا عن ملكية الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل. وذلك لان التعويض العيني، حتى وان كان

^(١) انظر قرارات محكمة النقض الفرنسية اشار اليها: - Aktham El-Kholy, these precitee, P.133.

^(٢) قرار المحكمة العليا الفرنسية لسنة ١٩٣٤ مشار اليه في المصدر السابق، P134.

^(٣) د. محمد علي عرفه، مصدر سابق ، ص ٦٣٤ .

مكنا قد يكون مرهقاً للمدين، ولا ينجم عن الاقتصر على التعويض النقدي ضرر جسيم يلحق بالدائن^(١).

المطلب الرابع

مضائقات الجوار

تمثل دراسة طريقة التعويض فيما يخص مضائقات الجوار أهمية عملية. اذ يمارس القاضي حرية في اختيار طريقة التعويض، وخير دليل على ذلك كثرة الدعاوى المتعلقة بعلاقات الجوار. وبذلك سنوضح الصفة العملية لمشكلة الجزاء العيني. في هذا السياق ونبدأ بتحديد نوع الضرر، والاساس الذي تبني عليه هذه المسؤولية، ومن ثم حكم المسؤولية، وآخر نبين الضوابط التي يسترشد بها القاضي في اختيار طريقة التعويض. ولبيان ذلك يقتضي دراسة كل حالة من هذه الحالات دراسة مفصلة وعلى الشكل الآتي:-

اولاً:- تحديد نوع الضرر:-

نصت المادة (١٠٥١) من القانون المدني العراقي على انه (لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً. والضرر الفاحش، يزال سواء أكان حديثاً ام قدماً)^(٢).

ويلاحظ على هذا النص ان المشرع العراقي لم يبين المقصود بالضرر الفاحش، ولهذا ينبغي الرجوع الى الفقه الاسلامي الذي اقتبس منه المشرع هذا المعيار.

^(١) د. السنهوري، الوسيط، مصدر سابق ، ف ٤٠ ص ٧٩٩.

^(٢) تقابلها المادة (٢٤٨) من مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ و (المادة ٦٥) من قانون الملكية العقارية اللبناني.

والضرر الفاحش، كما عرفته المادة (١١٩٩) من المجلة (هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء مثل السكنى او يضر بالبناء ويكون سبب انهامه)^(١) وقد ذهبت محكمة التمييز الى ان ما يعذّب ضررا فاحشا في الشريعة الإسلامية يمكن اعتباره كذلك في ظل القانون العراقي^(٢).

ويترافق مع الضرر الفاحش الضرر غير المألف. بيد وقد رجح معيار الضرر غير المألف في القانون المدني المصري^(٣)، اذ نصت المادة (٨٠٧ مدني مصري) على انه ((على المالك الا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار. وليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المألفة التي لا يمكن تجنبها، وانما يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألف، على ان يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة الى الاخر، والغرض الذي خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر عن الجهات المختصة من دون استعمال هذا الحق)).

يتضح مما تقدم ان المبدأ الاساس الذي وضعه المشرع العراقي، هو ان على المالك التزاما سلبيا بالامتناع عن استعمال حقه فيما يضر بملك الجار ضررا فاحشا او غير مألف. فمناط المسؤولية اذن هو تجاوز الحد المألف في استعمال المالك. وفيما يحدث للجار من ضرر، فليس كل عمل ضار بالجار موجب لمسؤولية المالك حتما، بل يجب

(١) اما الضرر غير الفاحش فهو الذي يؤدي الى منع او تعطيل المنافع التي لا تتعذر من الحوائج الأصلية كسد الهواء والنضارة ومنع دخول الشمس. اما سد الضياء بالكلية فهو ضرر فاحش. فاذا احدث رجل بناء فسد بسببه شباك بيت جاره وصار بحال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة فله ان يكلفه ببرفعه (م ١٢٠١ مجلة).

(٢) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٨٣٠/ص ٩٦٨ في ١٤/٥/١٩٦٨. القرار مشار اليه في : محمد طه البشير و د . غني حسون طه ، ج ١ ، مصدر سابق ، ص ٧٢ ، ٥-١ .

(٣) المصدر السابق ، ص ٧٢ .

التسامح في الضرر الذي تقتضيه طبيعة الجوار. وبعبارة أخرى لامسؤولية عما يعذّ من مضائقات الجوار العادلة، والا غلت ايدي المالك عن استعمال حقوقهم^(١).

ثانياً:- اساس مسؤولية المالك:-

لم ترد نصوص في القانون المدني الفرنسي تنظم مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة. ولكن ذلك لم يمنع الفقهاء والقضاء الفرنسيين من تقرير هذه المسؤولية. على انه يلاحظ ان الفقهاء وان افروا جميعاً مبدأ تقييد سلطات المالك لمصلحة الجوار ومساعلته عن الاضرار غير المألوفة التي يسببها لجيرانه، فانهم قد اختلفوا في الاساس الذي تبني عليه هذه المسؤولية.

اما في الفقه العربي مع ان هذه المسؤولية قد تقررت بنصوص صريحة في القوانين العربية، فان الرأي لم يستقر بعد على اساس هذه المسؤولية.

ويمكنا تلخيص الاراء المختلفة بشأن اساس هذه المسؤولية بما يأتي:-

الرأي الاول:- يقيم اصحاب هذا الرأي هذه المسؤولية على نظرية التعسف في استعمال الحق ويرون في النصوص التي تقرر هذه المسؤولية مجرد تطبيق من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق^(٢).

^(١) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المصدر السابق ، ص ٧٠. د. محمد علي عرفه، مصدر سابق، ص ٥٥٨

^(٢) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق ، ص ٧٧. د. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الاصلية، بغداد، ١٩٥٤ ، ف ٣٨. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، بغداد، ١٩٦٠، ص ٨٦. د. حسن كيره، الحقوق العينية الاصلية، المصدر نفسه ، ص ٥٠. د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المصري، القاهرة، ١٩٦٥ ، ف ٢٥. د . جميل الشرقاوي ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١، حق الملكية ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، القاهرة ، ١٩٧٤ م ، ص ٨١ و ٨٢ . وفي الفقه الفرنسي انظر:-

Planiol, OP, cit, T2, n 872. Leyet, OP, cit, P.158. Colin et Capitant et Juliet, Traite Pratique de droit civil. T2, Paris, 1959, n 142.

وقد اصدرت محكمة النقض الفرنسية قراراً بأن اقامة عواميد عالية في ارض المالك بقصد عرقلة هبوط الطائرات في ارض جاره لاجباره على شرائها منه، يعدّ اساءة لاستعمال الحق لانه لم يكن له قصد سوى اذى جاره^(١).

ويؤخذ على هذا الرأي^(٢)، ان التعسف يقتصر على حالات معينة لاتدرج تحتها حالة مضار الجوار الفاحشة^(٣). اذ ان اول صورة^(٤)، للتعسف هي التي يتعدّد فيها المالك الاضرار بجاره يضاف اليها صورتان اخريان هما رجحان مصلحة الجار رجحانًا كبيراً وقصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة ولا شيء من هذه الصور تتحقق في حالة مضار الجوار الفاحشة^(٥). وقد قضت المحاكم الفرنسية بالتعويض مع عدم وجود نية الاضرار بالغير بل لان الضرر محتم، مثل الدخان الذي يتتصاعد من المدفآت او المصانع او الروائح التي تنتشر من المعامل^(٦).

^(١) نقض فرنسي في ١٣/١٣/١٩١٥. مشار اليه في :- د. عبود عبد اللطيف البلداوي، التزامات الجوار، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد (١) و (٢)، السنة ٢٩، بغداد ، كانون - حزيران عام ١٩٧٤ ، ص ٤٥ .

^(٢) لمزيد من التفصيل انظر:- د. محمد احمد رمضان، المسؤلية المدنية عن الاضرار في بيئة الجوار، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية، اطروحة دكتوراه، مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٣م، ص ١١٨-١١٥.

^(٣) يلاحظ ان التشريعات المدنية العربية في كل من الكويت والاردن والسودان والامارات، لم تجتازيء بمعايير المعايير الثلاثة الواردة في المادة (٧) من القانون المدني العراقي بل اضافت معياراً رابعاً:-
يقوم تارة على اعتبار استعمال الحق غير مشروع اذا تجاوز ماجرى عليه العرف والعادة كما في القانون المدني الاردني (٦٦)، و القانون السوداني (٢٩)، والقانون الاماراتي في (١٠٦). ويقوم تارة اخرى على اعتبار استعمال الحق غير مشروع اذا كان من شأنه ان يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألف كما في القانون المدني الكويتي في (٣٠).

^(٤) انظر المادة (٧) من القانون المدني العراقي. والمواد (٥ مدني مصري) و (٦ مدني سوري) و (١٢٤ موجبات لبناني) مقابلة.

^(٥) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج ٨، دار النهضة العربية للنشر والطباعة، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٤٧٠-٤٧٠.

^(٦) نقض فرنسي في ٢٣/١٣/١٩٢٧. مشار اليه في، د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص ٤٦ .

كما ان التوسع في نظرية التعسف في استعمال الحق يؤدي الى طمس معالم هذه النظرية واختفاء حدودها ويفوت الغرض الذي قصد اليه المشرع من وضعه لمعايير تهيء للقاضي ضوابط محددة ولايتراكم امامه مجالا للاجتهداد^(١).

الرأي الثاني:- يرى البعض ان مبني المسؤولية هو طبقاً لنظرية تحمل التبعية. فالمالك قد الحق بنشاطه وهو يستعمل حق ملكيته ضرراً فاحشاً بالجار. اذ الاولى ان يتحمل تبعية نشاطه في استعماله حق ملكيته. فهذا المستفيد من هذا الاستعمال فعليه الغرم كما كان له الغنم^(٢). وعلى هذا الاساس حكم: ((بأنه مهما يكن من شأن ما اتخذ من اتقان في بناء المصنع، وماروعي من حيطة في منع تسرب الدخان وانتشار الرائحة، فان صاحبه يلزم بالتعويض عما يصيب الغير من مضار بسبب هذا الجوار، اذا كانت هذه المضار جسيمة، او لايمكن تحملها))^(٣).

بيد ان هذا الرأي محل نظر، فهو لايستقيم الا بوجود نص قانوني ولايمكن اعماله في المدونات التي خلت من النص على التزامات الجوار (مثل القانون المدني الفرنسي والكويتي)^(٤)، اضافة الى ذلك يبدو ان عبارات المادة (١٠٥١ مدني عراقي) لاتشير الى ملامح هذه النظرية^(٥).

(١) د. عبد المنعم فرج الصدحه، حق الملكية، ط٢، مطبعة مصطفى الجلبي، القاهرة، ١٩٦٧، ص٩١.

(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح الحقوق العينية الاصلية، بغداد، ١٩٧٣م، ص٥٣. وانظر في الفقه الفرنسي: - Josserand, De L'esprit de droit, 2 ed, Paris, 1939, P.335.

(٣) محكمة استئناف بروكسل في ٢٠ /مايس ١٨٥٧م. اشار اليه، حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، المصدر نفسه ، ص١١٦.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٨، ص٧٠٧.

(٥) وليد خالد عطية الجابري، فكرة الالتزام العيني وتطبيقاتها في القانون المدني - دراسة المقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٧م، ص١٣٤.

الرأي الثالث:- ويرى هذا الرأي ان مبني المسؤولية على اساس الاتراء بلا سبب. فالمالك قد اثر على حساب الجار والجار قد اصابه ضرر فاحش فافقر فوجب على المالك المثري ان يرد للجار المفتقر اقل القيمتين.

بيد ان هذا الرأي محل نظر اذ انه اذا كان من المحقق ان الجار الذي اصابه ضرر فاحش قد افتقر فليس من المحقق ان المالك الذي كان مصدر هذا الضرر قد اثرى^(١).

الرأي الرابع:- يرى جانب من الفقه الفرنسي ان مسؤولية المالك تبني على اساس الضرورة فمضائقات الجوار ضرورة اجتماعية لابد من تحملها وفقا لمقتضيات المصلحة الاجتماعية. ولكن تقدر الضرورة بقدرها فإذا وجب للضرورة ان يتحمل الجار الجوار من دون تعويض اذا كان الضرر لايتجاوز الحد المألف، فإنه اذا جاوز الحد غير المألف وجب التعويض عنه- فمسؤولية المالك تقوم على مجاوزة حد الضرورة انما تقتضي بتحمل الضرر المألف فإذا جاوز المالك هذا الحد واصاب الجار بضرر غير مألف وجب عليه التعويض ولو لم يوجد خطأ في جانبه^(٢).

وهذا الرأي في تصورنا لا يستقيم في فرنسا لعدم وجود نص قانوني يحكم التزامات الجوار في فرنسا.

الرأي الخامس:- ذهب هذا الرأي الى إن استعمال المالك ملكه استعمالا استثنائيا يلزم التعويض ، ومعنى ذلك ان المالك اذا استعمل حق ملكيته من دون غلو فلا جناح عليه في ذلك^(٣).

^(١) انظر في هذا الرأي ومناقشته: د. سنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٧٠٣ في الهاشم.

^(٢) Savatier, Regles generales de la responsabilite civil. Rev. Crit. 1934, P.409.

ومن المؤيدین لهذه النظرية : الاستاذ شاكر ناصر حيدر، الموجز في الحقوق العينية الاصلية، مطبعة سعد، بغداد، ١٩٧١، ص ١١٣.

^(٣) Planiol et Reperiet Picard, OP, cit, n 471- P444.

بيد ان هذا الرأي يتطلب اثبات ان استعمال حق الملكية استعمالا استثنائيا يستلزم التعويض وهو لا يستقيم في البلدان التي لم تنص قوانينها على التزامات الجوار^(١).

الرأي السادس:- يقول انصار هذا الرأي، ان اساس مسؤولية المالك يقوم على التزام فرضه القانون على الجار بالا يلحق بجاره ضررا فاحشا ويقولون ان هذا الالتزام القانوني يستخلص من نصوص قانونية. والادل على ذلك بحسب رأيهم : من ان هذه الالتزامات لم ترد في القانون المدني فقط وانما تناولتها تشريعات اخرى ولو بصورة غير مباشرة، فنظام الطرق والابنية مثلا اورد قيودا على المالك في التصرف بملكه لمصلحة الجار مثل القيود الواردة بشأن الشرفات من حيث علوها او بعدها عن الجار، وبعض الانظمة الصحية مثل نظام المكاره الذي لم يجوز لاصحاب العقارات خزن المياه الوسخة والاقذار او بقائها في المنزل او طرحها في الطريق لما تسببه من اضرار للساكنين في المنطقة جميعهم^(٢).

بيد اننا لانوافق هذا الرأي لان الالتزام القانوني لا يصلح ان يكون ذاته اساس المسؤولية لان الاخلاص بذلك الالتزام لا يمكن تطبيقه وهو الذي يشكل اساس المسؤولية، اما الالتزام الواجب ذاته فانه محل ذلك الاخلاص. اضافة الى انه لا يمكن تطبيقه في البلاد التي لم تشر تشريعاتها الى نص يحكم التزامات الجوار مثل القانون المدني الفرنسي^(٣).

الرأي السابع:- يرى البعض ان اساس المسؤولية هو العمل غير المشروع، طبقا للمادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي -سالفه الذكر-. اذ ان مجرد الحق مالك

^(١) انظر قريب من ذلك السنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٧٠٥ و ٧٠٦.

^(٢) حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١١٨ . د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١١٦ . د. عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٥٢ .

^(٣) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص ٤٨ .

العقار الضرر بجاره في اثناء ممارسة حقه يشكل شبه جريمة مدنية يؤاخذ عليها^(١). وعلى هذا الوجه تكون المسئولية هنا تقصيرية.

الا ان ما يؤاخذ على هذه النظرية هو ان استعمال الانسان لحقه اذا كان غير مخالف للقوانين والأنظمة، لايمكن ان يكون جريمة مدنية او شبه جريمة، ولايتصور وجود عمل غير مشروع. فمن يحفر في عقاره حفرة وينشيء فيه مصنعا او يجفف فيه الجلود وينشأ عن ذلك ضرر لجاره لايمكن اعتباره عمل غير مشروع لانه لم يرتكب اي خطأ في اثناء ممارسة حقه ونظرية المسئولية عن الخطأ توجب وجود ضرر وخطأ، ولما انتفى الخطأ هنا فلا محل لتطبيق المادة (١٣٨٢ مدني فرنسي) في مثل هذه الاحوال. اذ ليس من حق مقرر يحصل الاخلال به^(٢).

الرأي الثامن:- يذهب الى ان مسؤولية المالك مبنها قيام الالتزامات المتبادلة بين المالك والجار وهذه المسئولية ناشئة عن شبه عقد الجوار. اذ يقول بوتيه "Pothier" :- ((ان الجوار من شأنه ان يلزم الجيران بأن يستعمل كل منهم ملکه بطريقة لاتضر بجاره))^(٣). وبعبارة اخرى، انه قد ابرم بين افراد الجماعة شبه تعاقد يلتزم فيه كل منهم، بأن لا يستعمل حقاً فيما يمتلك، بطريقة تعيق غيره في استعمال ماله من حق، وان من يخل بهذا الالتزام فيحدث ضرراً للآخر، يلزم بالتعويض.

(١) د. عبد المنعم البرداوي، شرح القانون المدني المصري في الحقوق العينية الأصلية، ط٢، القاهرة، ١٩٦٠، ص٨٦. وكذلك انظر رأي بعض المحاكم الفرنسية التي تبنت هذا الرأي المشار اليها في : حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١١١.

(٢) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص ٤٤. حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١١٤. وانظر في الفقه الفرنسي رأي كامبيون (Campion) اشار اليه، حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١١٤، هـ ٣.

(٣) انظر رأي بوتيه (Pothier) اشار اليه:- حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١١٥.

وعلى هذا الوجه، تكون المسؤولية هنا تعاقدية وليس تقصيرية. ويكون التزام المالك، في امتناعه عن عمل معين طبقاً للمادتين (١١٤٥ و ١١٤٧) مدني فرنسي^(١)، وذلك مع الاخذ بما تشير اليه المادة (١٥٠) مدني فرنسي^(٢).

بيد ان هذا الرأي منتقد من ناحية خلوه من السند القانوني الصحيح^(٣).

الرأي التاسع: وهو رأي الاستاذ السنهوري بقوله: ((ان التزام المالك بالا يحد ضررا غير مألف بجاره قياداً يرد على حق الملكية، وهو اقرب الى ان يكون التزاما عينيا. لانه يرافق المالك وينتقل معه اينما ذهب))^(٤). بعبارة اخرى، ان التزامات الجوار تؤدي الى حدوث صراع وتنازع بين الحقوق العينية المتجاورة وذلك التنازع لا يمكن حلها الا عن طريق الالتزامات العينية فوظيفة الالتزامات العينية حل المنازعات بين الحقوق العينية المتجاورة اضافة الى ثبوتها في العين وانتقالها معها^(٥). وعلى هذا الوجه يكون اساس مسؤولية المالك مبنها التزاما عينيا، ناشئة عن قيد يرد على حق الملكية.

وبدورنا نرجح هذا الرأي، اذ يوظف الالتزام العيني في الحماية الموضوعية لمضايقات الجيران، اذ يلتزم المالك سلبياً بالامتناع عن استعمال حقه فيما يضر بملك الجار ضرراً فاحشاً او غير مألف. وقد قضت محكمة التمييز برفع الضرر، اذا كان جدار المدعى عليه مائلاً للانهدام او انه يخشى ان ينهمم فيسبب للمدعى ضرراً^(٦).

^(١) تنص المادة (١١٤٥) مدني فرنسي على انه (يجب على الملتم دفع التعويض في حالة الاعمال بالالتزام الخاص لامتناع عن عمل) وتنص المادة (١١٤٧) مدني فرنسي على انه ((لزム المدين بدفع التعويض بسبب عدم تنفيذ الالتزام او التأخير في التنفيذ، الا في حالة ان عدم التنفيذ نشأ عن سبب اجنبي-لايمكن نسبته اليه- على ان لا يكون سوء نية من ناحيته)).

^(٢) وذلك فيما يختص بمسؤولية المالك عن الاضرار المتوقعة او التي يمكن توقعها (م ١٥٠ مدني فرنسي).

^(٣) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص٤٤ . حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١١٥.

^(٤) د. السنهوري، الوسيط، ج ٨، ص ٦٨٦.

^(٥) وليد خالد عطيه الجابري، فكرة الالتزام العيني وتطبيقاتها في القانون المدني ، المصدر نفسه ، ص ١٣٥.

^(٦) القرار المرقم ١٢٢٩ / حقوقية/ ١٩٥٧/١٢٤ النجف في ١٩٥٧، منشور في كتاب الاستاذ سلمان بيات، مصدر سابق ، ص ٤٣٧.

ثالثا:- حكمضرر الفاحش او غير المألف

اذا تحقق ان المالك باستعماله لملكه يسبب للجار ضررا فاحشا فانه يمنع من ذلك ويكلف بازالته. وهذا مانصت عليه العبارة الاخيرة من المادة (١٠٥١/١) من القانون المدني العراقي بقولها: ((والضرر الفاحش يزال سواء أكان حادثا ام قدما)). وازالة الضرر الفاحش هي من فروع القاعدة العامة القاضية بأن ((الضرر يزال)) وان ((الضرر ولاضرار))^(١). اما اذا لم يكن الضرر فاحشا فانه لا يمنع^(٢).

ولا يستوجب ازالة الضرر، ازالة مصدره عن الوجود بل يتقرر رفعه بالطريقة التي تضمن زواله. ويمكن تمييز نظامين واضحين بهذا الصدد:- (الاول) منع استمرار الضرر من دون زوال مصدره. و (الثاني) ازالة مصدر الضرر. وسنتبين هذين النظامين للتعويض العيني تعاقبيا وعلى الوجه الاتي:-

١- منع استمرار الضرر:-

قد يسبب المالك لجيرانه ضررا فاحشا او غير مألف، عند استعمال حقه. وذلك لانه اهمل اخذ الاحتياطات الالزامية للحيلولة من دون الاضرار بالجار. فاذا كان الضرر مستمرا (وهذا مايسمى بمضائقات الجيران) فان الطريقة الافضل لتعويض هذا الضرر هي الزام المالك باتخاذ بعض الاجراءات الكفيلة لمنع وقوع الضرر مستقبلا مع بقاء ذلك الاستعمال قائما^(٣). فلو حفر انسان (باللوحة) في ملكه ثم تسرب منها الماء الى الجار، فان قيام المالك بطلبي (باللوحة) بالقار او السمنت يكفي اذا كان ذلك يمنع تسرب الماء ولايكلف بردم البالوعة. وكذا الحال في مدخنة الحمام التي ينبعث منها دخان يؤذى

^(١) انظر المادة (٢١٦/١) من القانون المدني العراقي.

^(٢) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، ج ١، مصدر سابق ، ص ٧٣.

^(٣) بهذا قضت محكمة التمييز العراقية بقرارها المرقم ١٦٧٩/٥٨ في ١٩٥٨/١١/٢٠ منشور في مجلة القضاء لعام ١٩٥٩ العددان ٢ و ٣ ص ٢٨٥.

الجار، فان تعليتها او تحويل اتجاهها على ان يوقف عبور الدخان الى الجار يعد ازالة للضرر، ولايكلف المالك برفع المدخنة في هذه الحالة. وكذلك فان ازالة الضرر عن الاشجار المتولية على الجار، يكون بازالة الاغصان والفروع لابقاع هذه الاشجار^(١). وكذلك الزام المدعي عليه برفع الضرر، من جراء احداث شبابيك ومنافذ في بناء داره، تطل على دار المدعي في داره المشيدة قبل دار المدعي عليه، مما يقييد حرية النساء، وذلك بتعلية السياج الفاصل بين الحديقتين وسد النافذتين في الطابق العلوي^(٢). وفي قضية اخرى قضت محكمة التمييز العراقية، ((رؤية المحل الذي هو مقر للنساء يعد ضررا فاحشا وبالتالي يجب ازالة الضرر غير ان الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف ويتعين على المحكمة ان تطلب الى الخبراء بيان ايسر السبيل واقلها كلفة لدفع ذلك الضرر، كأن يجري تثبيت فردات الشباك باللحيم بحيث لايمكن فتحها مع استعمال الزجاج المعتم غير الشفاف بدل الزجاج الاعتيادي))^(٣).

ويمكن ان تقضي المحكمة بالاجراءات الالزمة على المشاريع المرخص بها من الجهة الادارية المختصة، وذلك لازالة الضرر الذي يتحمله الجار مع السماح بحفظ اساس فعالية المشروع. مثال ذلك:- الحكم على الصناعي بتزويد مكائنه بالمسكتات او مداخنه بمبتلعات الدخان، وملتزم المنجم بأخذ الاحتياطات الالزمة لمنع تصريف المياه الملوثة على ارض الجار، والخباز بتعلية مدخنته، ومدير المرقص بأخذ الاحتياطات الالزمة لتخفييف الضوضاء الزائدة^(٤)، وصاحب المصنع بأخذ الاحتياطات الالزمة لمنع

^(١) انظر قرار محكمة التمييز بقرارها المرقم ٧٠٧/٥٩/٤/٦ في ١٩٥٩ -منشور في مجلة القضاء لعام ١٩٥٩ العدد الرابع ، ص ٥٤٩.

^(٢) قرار رقم ٢٧٦٣ / حقوقية/٦٥ في ١٩٦٦/٤/٢٠ -منشور في قضاء محكمة التمييز ، المجلد الرابع، قرارات سنة ١٩٦٦-١٩٦٧ ، ص ١٢٣.

^(٣) قرار رقم ٤١ / مدنية ثلاثة/٨٠ في ١٩٨٠/٤/١٦ -منشور في مجموعة ابراهيم المشاهدي، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٩٨.

^(٤) قرارات القضاء الفرنسي مشار اليها في :- Aktham El-Kholy, these precitee, P.143.

تصاعد الاذارة المضرة بالصحة او غازات كريهة^(١). كما يمكن ان تفرض هذه الاجراءات على تلك المشاريع عندما لا تكفي الاحتياطات التي اتخذها لدفع الضرر عن الجيران.

ويلاحظ مما تقدم، ان الحكم برفع الضرر الذي يتحمله الجار وذلك بمنع استمراره في المستقبل، يتعلق بالتساهل او التسامح البسيط المفروض بين الجيران عند اهمال اتخاذ الاجراءات الالزمة لمنع وقوع الضرر، وعليه فان الضرر لا يزال بمتنه والضرر الاشد يزال بالضرر الاخف^(٢)، هذا من جانب. ومن جانب اخر، يؤدي الحكم بمنع استمرار الضرر من دون رفع مصدره الى الحفاظ على اساس فعالية المشروع المجاز من الادارة من دون غلقه. وعليه فان هذا النظام (منع استمرار الضرر) يرقى بالوظيفة الادارية للقاضي للحكم بالاجراءات الالزمة لرفع الضرر. وهذا لا يمنع من ان يراجع القاضي حكمه ويبطله او يغيره بحكم جديد عند تغير الظروف المتعلقة بالاستعمال والجوار. مثل تغيير استغلال المصنع او يقوم الجار بتحويل داره السكنية الى مصنع مثل المصنع المجاور الذي كان يتضرر منه سابقا. كما ويمكن ان نعفي المالك من اخذ الاحتياطات الباهضة جدا نسبة الى الضرر المحتمل للجار وذلك نوع من التسامح في المجتمع.

- ٢ - ازالة مصدر الضرر:-

^(١) قرار محكمة النقض الفرنسية مشار اليه، حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١١٠، هـ ٣.

^(٢) وهذا هو اتجاه محكمة التمييز العراقية في كثير من قراراتها، انظر القرار اعلاه المشار اليه في هـ ٤ من الصفحة السابقة، من هذه الرسالة .

يجبر المالك على تغيير طريقة استعماله لملكه، اذا لم يمكن اتخاذ الاجراءات الكفيلة لمنع وقوع الضرر^(١). بعبارة اخرى يلزم المالك على ازالة مصدر الضرر اذا تعذر عليه اتخاذ الاحتياطات الازمة لتجنب وقوع الضرر بالعقارات المجاورة بسبب استعماله لحقه بصورة صحيحة. مثال ذلك:- المالك الذي يقيم بناء في ارضه اذا استعمل لوضع الاسس طريقة (سمبلكس Simplex)^(٢) من دون ان يدرس ويفحص حالة المبني المجاورة، ومن دون ان يتخذ الاحتياطات الهندسية الازمة لمنع الضرر الحاصل للمنازل المجاورة من الرجات الشديدة التي تحدثها الة سمبلكس^(٣).

وقد يتخذ المالك الاحتياطات الازمة للحيلولة من دون الاضرار بالجار عند استعماله لحقه بصورة صحيحة، ولكن الضرر يقع على الجار على الرغم من ذلك - بمعنى ان الضرر ملازم للنشاط نفسه ولا يستطيع المالك فصله. وهذه الحالة تسمى بمضائقات الجيران^(٤). وفي هذه الحالة يكون امام القاضي اختيار نوعين من التعويض: اما الحكم بإيقاف النشاط او الاستعمال نفسه وهذا يعني ازالة مصدر الضرر، او الحكم بحفظ الاستعمال مع التراضي مع الجار المتضرر بتعويضه بمبلغ من النقود. ومثال ذلك، الحكم بالتعويض على:- مدير المدارس، بسبب صرخ الأطفال وما يحدثونه من ضوضاء. ومنظمي الاحتفالات العامة، بسبب ضوضاء الموسيقى وجلبة المجتمعين. وأصحاب المعامل وأمناء النقل، لما يحدث من صخب السيارات. وشركات السكك الحديدية، من اجل التلف الناشيء عن تطاير دخان وشرار قاطراتها^(٥). وفي تلك الأحكام

^(١) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، ج ١، مصدر سابق ، ص ٧٣.

^(٢) هي طريقة تستعمل في العمارت لذك الارض بقطعة حديدية وزنها نحو الفي كيلو غرام تسقط من علو كبير.

^(٣) قرار محكمة مصر المختلطة في سنة ١٩٢٦م. وقد رأت المحكمة وجوب التعويض عن الضرر جميعه الذي يصيب المبني المجاورة سواء أ كانت هذه المبني قديمة ام غير متينة مadam الضرر واقعا محققا. القرار اشار اليه المستشار حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١١٠ هـ ٦.

^(٤) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص ٤٣.

^(٥) انظر قرارات القضاء الفرنسي. المشار اليها في حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١١٣-١١٢.

جميعاً تتعذر نية الإضرار لدى المالك عند استعماله لحقه. أما إذا اقتضى قاضي الموضوع بتوفير نية الإضرار لدى المالك في استعماله لعقاره، فإن القاضي يحكم بازالة مصدر الضرر وایقاف النشاط المؤذن . اذ ان المالك قصد من استعماله لحقه في عقاره الإضرار بالجار فهو غير مباح قانونا ؛ لأن قصد الإضرار بذاته سبب غير شرعي يجرد الحق من مشروعيته. وان نية الإضرار هي العنصر الجوهرى والتي اذا اقتضى قاضي الموضوع بتوفيرها، حكم بجبر الضرر عينا بإزالتة^(١). مثال ذلك:- ماقضى به القضاء الفرنسي بازالة المدخنة التي اقامها المالك بسطح منزله والتي تواجه تماما نافذة الجار بقصد ايدائه. وقضى بهم حاجز من الواح اقامها المالك لحجب الضوء عن جاره، لما تبين من ان قصد المعاكسة هو الغرض الوحيد من ذلك وانعدام المصلحة الحقيقية لاقامة هذا الحاجز. كما حكم بالتعويض على المالك الذي بنى موقفاً بجوار الجدار الذي يفصل بينه وبين جاره، فتسبب عن ذلك انتشار الدخان من مدخنة الموقف على عقار الجار، لما تبين من انه كان من الممكن لهذا المالك ان ينشيء موقفه في موضع اخر ولكنه اختار هذا المكان عدما لايذاء الجار. والحكم بالتعويض على امين النقل الذي يترك عربات النفايات قبلة عقار جاره طويلا وفي اوقات كثيرة من غير ضرورة. وقد حكم ايضا بالتعويض على احدى شركات التعدين، التي كان لها حق اجراء بعض اعمال معينة وكان للوصول الى ذلك وسيلتان، ولكنها من غير موجب اختارت الوسيلة الضارة بجارها، فرأىت المحكمة في ذلك استعمالا غير عادي لحق الملكية. كما حكم بالتعويض بازالة فناء الدواجن المتواضع او زريبة الخنازير والارانب المبنية في عقار المالك على مقربة من الجار بنية ازعاجه. وامررت المحكمة بهدم جزء من الجدار الذي اقامه المالك على حدود ملكه فقد وصلت قمته الى نصف ارتفاع الطبقة الثالثة من عقار الجار فصارت الغرف المجاورة بسبب ذلك مظلمة^(٢). وقضت محكمة

(١) حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١٠٦ . د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص ٤٢ .

(٢) انظر قرارات القضاء الفرنسي المشار اليها في:- حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١٠٥-١٠٩ .

النقض البلجيكية، في قضية محلين من المحلات التجارية الكبيرة، كانا متباورين في بقعة اهلة، وقد اقام احدهما اعلانا من النور، فأقام الاخر على الفور اعلانا مشابها له تماما، ولكنه حجب الاول عن انتظار الخارجين من محطة قريبة. فرأى هذه المحكمة: ان الاعلان الثاني ليس بذري ضرورة الا للاضرار بالاول - وامر بذريه^(١).

ويلاحظ ان الحكم بازالة الاعمال التي احدثها المالك بنية الحق الاذى بالجار، تحمل اهمية رئيسة بالنسبة للتعويض. وذلك لان الحكم بالازالة يكون الحل الافضل من وجها النظر النفسية ووجهة النظر الاجتماعية. فمن وجها النظر النفسية لان نية المسؤول انصرفت الى الاضرار بالجار وهو يتوقع انه سيحكم عليه بتعويض نقدي. لذلك فان الحكم بالازالة سوف يرضي بالمرة الحاجة الى معاقبة المسؤول الذي بحث عن طريقة لاغاثة جاره، وبذلك سوف يتحمل المسؤول اضافة الى نفقات الاعمال التي قام بها كذلك نفقات ازالة الاعمال نفسها. وكذلك يرضي هذا الحكم الرغبة في التأثر للمتضارر.

اما من وجها النظر الاجتماعية، فان الازالة هي الحل الافضل لوضع نهاية للنزاع بين الجيران، ويكون كذلك وسيطا للسلام والتحية.

ومما تجدر الاشارة اليه، انه لاريب في ان المالك يلزم بالإصلاح المادي إذا كان الضرر كاملاً. سواء أكان هذا المالك اتخذ الاحتياطات الازمة للhilولة من دون الاضرار بالجار ام أهمل للأخذ بها، وان كان يستعمل حقه استعمالاً صحيحاً بحسن نية. مثال ذلك:- المالك الذي يجري حفراً من دون اتخاذ ما يجب اتخاذه من احتياطات التقوية، فيتسبب عن ذلك انهيار عقار الجار. ومالك البناء الذي يتتصدع بناؤه فيتألف عقار جاره. والبلدية لاهماها في صيانة أنبوب المياه الموضوع بالشارع اذا ترتب عن ذلك كسره، واحدثت المياه الخارجة منه اضراراً للغير^(٢). ويلاحظ ان ازالة الضرر والhilولة من دون وقوعه في المستقبل، لا يعوض الضرر الذي اصاب الجار في

(١) انظر قرار محكمة النقض البلجيكية سنة ١٩١٧ مشار اليه في :- المصدر السابق ، ص ١٠٨.

(٢) انظر قرار محكمة النقض المصرية المشار اليها في:- المصدر السابق ، ص ١١٠-١١١.

الماضي، لذا كان للأخير حق اقامة دعوى مطالبا بتعويض نقي للاضرار التي اصابته قبل ازالة الضرر اذا كان هناك مبرر لها^(١).

ويجوز للقاضي في ان يقرن حكمه بإزالة الضرر بتهديد مالي، أي بفرض غرامات تهديدية تجري على المالك في حالة عدم الامتثال، أو التأخير في تنفيذ الحكم^(٢).

رابعا: الضوابط التي يسترشد بها القاضي في اختيار طريقة تعويض الاضرار الناشئة عن مضائقات الجوار:-

لم يتبع القضاء (في فرنسا او مصر او العراق) ضابطا واحدا بعينه، فيما يعرض عليه من منازعات، بل ان الضوابط تختلف لديه باختلاف الموضوع المطروح للفصل فيه، ما يبدو معه انه من غير اليسير حصر تلك الضوابط حسبما تستخلص من الاحكام العديدة في هذا النطاق.

والواقع ان كثيرا مما يعول عليه في اختيار طريقة التعويض في مضائقات الجوار إنما يرجع في حقيقته الى تقدير القاضي وبراعته الفنية، ورعاية الملاعنة في الحياة القانونية، ومراعاة الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية والاتجاهات الخلقية. وعلى هذا فانه ليس من الممكن وضع قاعدة قانونية تتضمن حكما معينا، او احكاما بذاتها، او قياسا محددا، ليكون بعضها او كلها المرجع فيما يثيره هذا الموضوع، الذي قد يفقد اهميته العلمية، لو حصر في نطاق معين من الصيغ والضوابط. نرى بعد ذلك، ان نشير الى أهم الضوابط التي ينبغي ان تؤخذ بنظر الاعتبار في العراق، وعلى الشكل الاتي:-

١- العرف:-

^(١) د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق ، ص ٣٠٥ . حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١٢٥ د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص ٥٩ . محمد طه البشير ود. غني حسون طه، ج ١، مصدر سابق ، ص ٧٣ .

^(٢) شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق ، ص ١١٧ .

على المجاورين ان يتحملوا الاضرار المتأتية من مجاوريهم اذا كان عرف البلد وعاداته والظروف الاجتماعية تقضي بها وتقبلها، فما يحدثه الجار من اصوات عالية في المآتم والافراح، وما يحدث عادة في اثناء الاعياد والمواسم وما يسببه الاطفال من ضجيج وجبلة كل هذه امور يألفها الناس ويجري بها العرف وعلى الجار ان يتحملها من دون الاحتجاج على جاره المالك او مقاضاته^(١).

ويلاحظ ان العرف يختلف من بيئة الى اخرى، فما اعتاده الناس في الريف يختلف عما اعتاده سكان المدن الكبيرة بل حتى داخل المدن هناك احياء تزدحم بالسكان وتعج بأصوات الاطفال او الباعة فالضجيج فيها مأثور في حين هناك احياء اخرى يسودها الهدوء ولم تتألف الضوضاء والاصوات العالية. لذا فأن قاضي الموضوع عليه ان يراعي الظروف الاجتماعية والتطور الحضاري في المناطق التي تخص القضايا المعروضة عليه بشأن المطل، والشبابيك والنوافذ، فليس من المنطق والعدل ان يكون الحكم في موضوعها سواء، في المحلات القديمة حيث الدور منشأة على الطراز الشرقي، وحيث التقاليد تفرض منع الجار من الاطلال على جاره، وفي الاحياء الحديثة، حيث الدور مصممة على الطريقة الغربية والاسيجة التي تحيطها لاتقاد تستر الحدائق والسطوح^(٢).

وعلى هذا فقد قررت محكمة التمييز العراقية، بأن فتح نوافذ مطلة على حديقة الجار يعدّ ضررا فاحشا يجب ازالته^(٣)، وان فتح الشبابيك المطلة على دار الجار ومقر نسائه فيه ضرر فاحش يجب ازالته، وان كان الطرفان من ذوي القربي^(٤).

(١) انظر في هذا المعنى : حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١٠٣ .

(٢) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص ٥٦ .

(٣) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٧٦٣ /٢٠١٩٦٦ في ٦٥ /٢٠١٩٦٦ منشور في (قضاء محكمة التمييز - المجلد الرابع، مصدر سابق ، ص ١٢٣) .

(٤) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٣٨٧ /٦٦ في ١٩ /٤ منشور في (المصدر السابق ص ٣٩٠) .

ونود هنا ان نبين بان القانون المدني العراقي لم يتناول موضوع "المطل" ، ولم يرتب عليه الحقوق والالتزامات التي رتبها القانون المدني المصري في المواد (٨١٩) وما بعدها . فقد جاء في المادة (٨١٩) مدني مصري^(١):- ((لا يجوز للجار ان يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة نقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل او من حافة المشربة او الخارجه . واذا كسب احد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة نقل عن متر ، فلا يحق لهذا الجار ان يبني على اقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل)) .

ولم يحدد المشرع العراقي المطل ويعود ذلك -كما يبدو- الى انه ترك هذه المسألة للعرف ، لأن الضرر الناجم عن المطل يختلف من مكان لآخر .

٢- طبيعة العقارات والغرض الذي خصت له:-

وطبيعة العقارات هي الاخرى احد الضوابط والمعايير التي سيسترشد بها القاضي في تقدير الضرر غير المألوف لاختيار طريقة التعويض . فهناك عقارات بطبيعتها او بطبيعة مخصوصت له مثل الملاهي والمقاهي ومشائطها من المحلات العامة تتحمل الضجيج والحركات والصخب ، او المدابغ ومصافي المياه القدرة و (المراحيض العامة) التي تألف الروائح النتنة او المزعجة ، او المعامل والمتاجر التي اعتادت على حركة العمل واصوات الدواوين والمحركات ، بخلاف المستشفيات او المكتبات العامة او المعابد والمساكن او منتجعات الراحة والاستجمام التي تقتضي الهدوء والسكون^(٢) .

٣- موقع العقار بالنسبة للعقار المجاور:-

والعقارات نفسها تختلف في موقعها وفيما الفت من موضوع فالمساكن القرية من السكك الحديدية او المصانع او الشوارع العامة والميادين تتحمل من الضجيج اكثر مما

^(١) تقابلها المواد (٩٧٠) مدني سوري) و (٨٢٨) مدني ليبي) و (٦٦٦ و ٦٩٦ من قانون الملكية العقارية اللبناني).

^(٢) حسين عامر ، مصدر سابق ، ص ١٢١ . د. عبود عبد اللطيف البلداوي ، مصدر سابق ، ص ٥٧ .

تحمله المساكن البعيدة عن هذه الامور. وكذلك في العقار الواحد فان صاحب الطابق الاسفل يتحمل من صاحب الطابق الاعلى ما لا يتحمله هذا من ذلك^(١). فموقع العقار نفسه له اثر كبير في تقدير الضرر الفاحش وطريقة التعويض.

٤- اثر الرخصة الادارية:-

قد يؤدي الاستغلال الذي يقوم به المالك الى الاضرار بالجار مرخصا به من الجهة الادارية المختصة، كما هو الحال بالنسبة الى المحلات المقلقة للراحة او المضرة بالصحة او الخطورة. فيثار التساؤل عن اثر هذا الترخيص الاداري في مسؤولية المالك عن الضرر الفاحش الذي يسببه لجاره ؟ وبعبارة اخرى كيف يمكن التوفيق بين سلطة الادارة التي تجيز الاستغلال مع معرفتها بما يتربى على ذلك من ضرر لانها لا تصدر مثل هذه الاجازة الا بعد الكشف والتحقيق - وبين سلطة القاضي الذي تعرض عليه الدعوى بالمطالبة بالتعويض ؟ أي بين طلب ازالة الاضرار والتعويض عنها وبين الترخيص الممنوح لصاحب العقار من السلطة الادارية المختصة ؟.

ان الفقه والقضاء مجمعان على ان اعطاء الاجازة او الترخيص من الادارة لا يحول من دون قيام مسؤولية المالك عن الاضرار التي يسببها لجاره. ذلك ان هذا الترخيص يراد به ضمان توفر شروط معينة لمباشرة ا نوع معينة من الاستغلال، ولا يقصد منه اباحة الضرر الفاحش بالجار^(٢). وعلى ذلك فقد حكم بالتعويض على صاحب المصنع، بسبب المضایقات الناجمة عن الدخان والاتربة وانتشار الابخرة الكريهة المؤذنة، حتى ولو كان قد رخص له اداريا بادارته^(٣).

(١) حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١٢٠ . د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص ٥٧.

(٢) د. السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٦٩٦ . د. عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق ، ص ٩٨ . د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق ، ص ٩٠ . وانظر بالفرنسية:-

Aktham El-Kholi, OP, cit, n 157. Leyat, OP, cit, P187-200.

(٣) انظر قرار محكمة النقض الفرنسية المشار اليه في:- حسين عامر، مصدر سابق ، ص ١١٢ .

وقد نص القانون المدني المصري صراحة على ذلك من المادة (٨٠٧) بقوله:-
ولايحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة من دون استعمال هذا الحق) . أي
من دون طلب ازالة المضار اذا تجاوزت الحد المأولف^(١) .

ولم يرد في القانون المدني العراقي، نص صريح بشأن هذه المسألة. ولاشك ان في
ذلك نقصاً تشريعياً، والراجح في الفقه ان يطبق الحكم ذاته الوارد في التشريع المصري
بالاستناد الى القواعد العامة^(٢). وذلك ان الضرر الفاحش يدفع باي وجه كان، وليس من
شأن الاذن الصادر عن الادارة ان يعصم المالك من المسؤولية عما يسببه لجاره من
ضرر فاحش^(٣). وعلى هذا فقد قررت محكمة التمييز بأن الاصوات المنبعثة من مكائن
منصوبة في معمل مجاور لدار تعدّ ازعاجاً واقلاقاً لراحتهم وتكون ضرراً فاحشاً
يتوجب ازالته^(٤). كما ويمكن للمحكمة ان تأمر بعدم اشتغال المصنع في خلال الليل كي
لايقلق راحة الجيران.

٥- الاسبقيّة في التملك او الاستغلال:-

وبثور التساؤل عن آثر اسبقية تملك او استغلال العقار في تحقيق مسؤولية المالك؟
مثال ذلك لو بنى شخص متنلاً للسكنى بجوار مصنع كان قائماً من قبل، فهل يحق
لمالك المنزل ان يتضرر من المضائقات التي يسببها له هذا المصنع؟ ذهب رأي الى
ان الاسبقية تجعل مالك المصنع غير مسؤول عن المضائقات التي يسببها مصنعه لمالك
المنزل لأن هذا الاخير جار طارئ ولا انه تخير في بناء منزله نقطة ظاهرة

(١) د. عبد المنعم فرج الصدّه، المصدر السابق، ص ٩٨.

(٢) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص ١١٧ . د . صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٩٠ . د .
حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، بغداد ، ١٩٥٤ ، ف ٣٩ .

(٣) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، ج ١، مصدر سابق ، ص ٧٩ .

(٤) قرار محكمة التمييز المرقم ٦٦٩/٢٢٧ في ١٩٦٢/٣ حقوقية/ ٦٢ منشور في مجلة القضاء سنة ١٩٦٢/العدد
الاول/ ص ١٣٢ .

العيب^(١) ولكن هذا الرأي على اطلاقه غير مقبول، لانه يؤدي الى اضطرار المالك اللاحق الى اختيار نوع الاستغلال الذي اختاره من سبقه والا كان عليه ان يتحمل الاضرار الفاحشة من دون ان يكون له حق الرجوع على المالك السابق^(٢). ولهذا فان الرأي الراجح، فقها وقضاء، يذهب الى ان الاسبقية لا تؤثر في مسؤولية المالك الا اذا كانت جماعية بحيث يكون من شأنها ان تحدد طبيعة المنطقة فالعبرة اذن هي بظروف المكان لا بمجرد الاسبقية^(٣).

اما في القانون المدني العراقي فالظاهر ان من شأن الاسبقية في التملك او الاستغلال ان تحول من دون مسؤولية المالك^(٤). فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٠٥١) على انه:- ((اذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء اخر واحد في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه ان يدفع ضرره بنفسه)). وينبغي الا يفهم من العبارة الاخيرة من هذا النص ان للمالك ان يزيل الضرر بنفسه لأن يسد نافذة جاره المشرفة على بيته، فان ما اريد من هذه العبارة هو ان على من يتضرر ان يدفع ضرره بنفسه أي ان شاء اتخذ من الاحتياطات ما هو كفيل بدفع الضرر عنه، وان شاء تحمل الضرر، والا فلا يجبر احدهما على دفع الضرر^(٥).

مثال ذلك:- ان عقارا اتى به ضرر من جواره صاحب العقار الاول، كان على الثاني ان

(١) د. عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص ٦٢.

(٢) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، ج ١، مصدر سابق ، ص ٧٨.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدحه، مصدر سابق ، ص ٩٦. د. حسن كيره، مصدر سابق ، ف ٩٩. د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق ، ف ٢٣.

(٤) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، ج ١، مصدر سابق ، ص ٧٨.

(٥) انظر : علي حيدر، درر الحكم، شرح مجلة الاحكام، ج ٣، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٢٣٤.

يتخذ الاحتياطات الازمة لوقاية عقاره وليس له حق مطالبة مالك المقهى او المصنوع بازالة الضرر او التعويض عنه^(١).

وعلى هذا فيجب التثبت من عمر البناء المتضرر وعمر البناء الذي جاء الضرر منه لتعيين المسؤول عن اتخاذ الاحتياطات الازمة لرفع الضرر وفقاً للمادة (٣/١٠٥١) مدني عراقي^(٢). فإذا كان البناء الذي سبب الضرر اقدم من البناء الذي اصابه الضرر فليس لصاحب البناء الجديد الادعاء بازالة الضرر او ازالة مصدره^(٣). وكذلك لو بنى شخص داراً، وكان دار جاره المشيدة من قبل فيه نافذة تطل على نسائه، فليس له ان يطلب سد النافذة او تعليتها، وانما عليه ان يتخذ هو الاحتياطات للhilولة من دون الاطلال^(٤). ولكن اذا زاد الادى وتلاشى الضرر عما كان عليه كان له حق الشكوى لعدم رضاه عنى بما استجد من ضرر^(٥).

٦- التهديد بحصول الضرر من جراء الاعمال المحدثة التي ينوي المالك القيام بها:-

ان للجار حق اقامة دعوى مستعجلة يطلب فيها وقف الاعمال التي ينوي المدعي عليه القيام بها في ملكه اذا كان الضرر منها متوقعاً وفقاً للمادة (٢/١٠٥١) من القانون

^(١) شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق ، ص ١١٧. د. عبد المنعم فرج الصدحه، مصدر سابق ، ص ٩٦ و ١٠٠.

^(٢) هذا ما قضت به محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٦٠٠ / حقوقية ١٩٥٨ في ١٩٥٩/١/٢٤. القرار منشور في مجلة القضاء سنة ١٩٥٩ العددان ٢ و ٣ ص ٣١٥. وقضت ايضاً في قرار اخر بانه ((يجب ان يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير الاضرار ما يقابل قدم البناء و حجمه و اخر اجرائه من مقدار الاضرار)) قرار رقم ١٩٥١ / حقوقية ٥٨ في ١٩٥٨/١٢/١٨. منشور في المصدر السابق، ص ٢٨٤.

^(٣) انظر قرار محكمة التمييز رقم ١٤٥١ / حقوقية ٥٤ في ١٩٥٤/٩/٢٥ منشور في مجلة القضاء سنة ١٩٥٥ العدد الاول ص ٤٥.

^(٤) بهذا قضت محكمة التمييز بقرارها المرقم ٢٥٩٨ / حقوقية ٥٦ في ١٩٥٧/١/١٦. منشور في قضاء محكمة التمييز، يصدرها المكتب الثقافي في محكمة التمييز - وزارة العدل - جمهورية العراق، الجزء السادس، قرارات سنة ١٩٥٧، ص ٩٣.

^(٥) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، مصدر سابق ، ص ٦٢.

المدنى العراقي. وفي هذه الحالة يطلب من المدعي تقديم كفالة بمبلغ معين لتكون ضماناً لما قد يترتب على وقف الاعمال من اضرار للمالك في حالة ظهور المدعي غير محق بدعواه^(١). كما ان للمالك المهدد بأن يصيب عقاره من جراء الاعمال المحدثة في العين المجاورة اتخاذ كل مايلزم لانتقاء الضرر، فإذا ظهر للجار ان انشاء الجدار لجاره يسد الهواء والنور، كان عليه ان يلزم جاره باتخاذ الحيلة بالسماح لتخل الهواء لغرفة هذا الجار^(٢). كما قضت محكمة التمييز (بنقض قرار محكمة البداءة الذي رد دعوى المدعي، الذي طلب بها بمنع المدعي عليه من انشاء غرفة جديدة ملائقة لغرفتين في داره مما سبب في اغلاق اربعة نوافذ هوائية لدار المدعي، اذ ان عمله هذا قد الحق ضرراً فاحشاً والضرر الفاحش يزال سواءً أكان حديثاً أم قدماً (المادة ١٠٥١ مدنى عراقي)^(٣). وللمدعي ان يطلب ايضاً اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة كأن يطلب نصب دعائم تحول من دون انهيار الجدار مثلاً بسبب الحفر الذي يقوم به المالك ريثما تفصل المحكمة في النزاع (المادة ٢/١٠٥١).

وبذلك ننهي دراستنا في التطبيقات الاساسية للاصلاح المادي. الذي يرد غالباً على التعويض العيني عن كل ضرر يلحق بالملكية. ويظهر ذلك باعادة الحال الى ما كان عليه. أي التعويض العيني، والذي لا يشار اليه صراحة في الاحكام

(١) وقد قضت محكمة التمييز بان التهديد بحصول الضرر يعتبر ضرراً يتعين ازالته. (لاحظ قرارها المرقم ١٧٧٧/١١/١٤ في ١٩٥٦ حقوقية). منشور في مجلة القضاء سنة ١٩٥٧ العدد الاول ص ١٠٥.

(٢) بهذا قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٤٦٠/٤٦٠ في ٣/٣/١٩٥٩ حقوقية. منشور في مجلة القضاء سنة ١٩٥٩ العدد الرابع ص ٥٦٧.

(٣) قرار رقم ١٠٣٢/٦٥٧ في ٤/٧/١٩٦٥، منشور في قضاء محكمة التمييز - وزارة العدل، المجلد الثالث قرارات سنة ١٩٦٥، ص ٩٣-٩٤.

خاص بموقع المنشاوي للدراسات والبحوث www.minshawi.com
القضائية. بيد ان مدلولاته ترد بالاشارة الى ازالة المخالفة او رفع التجاوز او
اصلاح الضرر.

المبحث الثاني

التعويض العيني القانوني

ان تركيب التصرف القانوني ضمن النظرية التقليدية يكون تبعاً لارادة
الاطراف. اذ لا يوجد التصرف القانوني بين الاطراف اذا لم توجد الارادة، بمعنى
ان الارادة منعدمة او ناقصة.

وبالنسبة للغير - الغريب عن العقد، يكون التصرف القانوني واقعة مادية. بمعنى انه
لainفع ولا يضر الغير الا من الناحية المادية. اما اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات فهذا
اثر نسبي للعقد ولا يتجاوز غير اطرافه.

وستنبع في هذا المبحث ما للمسؤولية المدنية ومن خلال التعويض العيني والدور
الذى تلعبه في الية ولادة الالتزام الارادي او لحجيته بالنسبة للغير. وتجلى اهمية
التعويض العيني هنا بصورة خاصة، لانه وسيلة فعالة (مؤثرة) ذات تأثير مباشر على
مصدر الضرر، ونأمل ان نبين مهامه التعويض العيني الحقيقية وهي ازالة الضرر.
لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، (الاول) التعويض العيني ونشوء الالتزام الارادي
و (الثاني) التعويض العيني وحجية التصرف القانوني بالنسبة للغير.

المطلب الاول

التعويض العيني ونشوء الالتزام الارادي

ان الارادة هي جوهر التصرف القانوني. واذا انعدمت او كانت ناقصة فانه لainshie e al-tizam⁽¹⁾، ويكون التصرف القانوني لاقيمه له. ولاعادة وضع الاشياء في الحالة نفسها التي سبقت وقوع العقد (التصرف القانوني)، فانه يتقرر البطلان. ولكن هل يعني ذلك ان البطلان ليس سوى طريق للتعويض العيني-انطلاقا من الفكرة الراجحة للتعويض العيني بأنه اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر ؟

اذا اخذنا بالتعويض فان ذلك يقودنا الى دعوى المسؤولية. ولكن المسؤولية لاحقة للبطلان هذا من جهة. ومن جهة اخرى ان دعوى المسؤولية لانحصل من خلالها الا على تعويض نقيدي، وذلك تأكيدا لاحترام القاعدة التي تقر بعدم وجود التصرف القانوني من دون ارادة. ومع ذلك فانه في بعض الحالات نتمسك بالتعويض العيني لتصحيح البطلان من اجل الابقاء على العقد مقابل دفع تعويض نقيدي للطرف الاخر، وفي حالات اخرى يكون التعويض العيني هو ابرام العقد على الرغم من غياب ارادة احد الطرفين. وسنبين التعويض العيني والبطلان اولا، ثم نبين التعويض العيني وتصحيح العقد الباطل.

اولا: التعويض العيني والبطلان:-

يشترط لنشوء العقد: الرضا والمحل والسبب، فاذا تخلف احد هذه العناصر لا ينعقد العقد وكان باطلاً⁽²⁾. وعليه لا يترب على العقد الباطل حكمه الشرعي، فهو عدم والعدم لا ينتج الا عدم⁽³⁾. بمعنى ان مع البطلان يختفي العقد تماماً، فيعاد المتعاقدان الى الحال

(1) بعبارة اخرى، ان العقد تصرف اقامه الارادة ولا ينعقد بدونها.

(2) بمعنى ان اسباب البطلان هي اما اذا لم يطابق القبول الایجاب او لم يتحد مجلس العقد او لم يكن هناك عاقدان، او كان احد العاقددين فاقد التمييز: بأن كان صبيا غير مميز او مجنونا او معتوها او سكرانا لا يعرف ما يقول. كما ويكون العقد باطلا اذا لم يكن المعقود عليه قابلا لحكم العقد، بان كان غير مقدر التسليم او غير معين وغير قابل للتعيين او غير قابل للتعامل فيه. انظر : د. عبد الحميد الحكيم، مصادر الالتزام، ط، ٢، ١٩٦٣، ص ٢٧٠.

(3) انظر في هذا المعنى: المصدر السابق، ص ٢٦٩ و ٢٧٠.

التي كانا عليها قبل العقد، ذلك ماتنص عليه الفقرة الثانية من المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي، من انه (فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل).

ويتبين من هذا النص بأنه إذا حكمت المحكمة ببطلان العقد أو ببطله زال كل اثر له إلى وقت ابرامه، ويجب عندئذ إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا لم يكن أحد الطرفين قد نفذ التزامه فلا صعوبة في الامر، ذلك أن اثر البطلان إنما يكون في عدم امكان اجبار أحد الطرفين على تنفيذ العقد. وإذا حصل التنفيذ من أحد الطرفين، أو من كليهما معاً، فعندئذ يجب على كل منهما أن يرد للآخر ماتسلم له منه^١. وإذا كان هناك مجال للحكم بالتعويض فالمحكمة تحكم به ولكن على أساس المسئولية التقصيرية لا العقدية، لأن العقد باطل^(٢).

وتقرر المحكمة بطلان العقد إذا كان هذا العقد باطل بطلاناً مطلقاً، والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً هو الذي ينقص فيه ركن رئيس^(٣). ولما كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً فلا يعير الحكم القضائي منشأ له بطلاله، ولا حاجة لمن له مصلحة في البطلان أن يرفع الدعوى بذلك أمام القضاء. وإذا رفع أحد المتعاقدين الدعوى على الآخر طالباً تنفيذ العقد، كان لهذا أن يدفع الدعوى ببطلان العقد. ولكن قد تقتضي الضرورة برفع الدعوى للحصول على حكم ببطلان العقد، وذلك يتحقق في حالة ما إذا كان أحد الطرفين المتعاقدين قد نفذ العقد واراد أن يسترد ماتسلم له للطرف الآخر^(٤).

(١) اذ قضت محكمة التمييز ((في العقد الباطل يجب إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيلزم المشتري باعادة المبيع ويلزم البائع برد البدل....)) القرار المرقم ٦٠٨/٨٨١٥١٩ في ٨٨ في ١٩٨٨، منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي، المصدر نفسه، ج ٥، ص ٤١.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ف ٤٩٠ ص ٢٦٠.

(٣) انظر : د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري- دراسة مقارنة، ط ١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٢٩٦.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

كما تقرر المحكمة ابطال العقد، اذا كان باطلا بطلانا نسبيا. والعقد الباطل بطلانا نسبيا هو الذي لا تتوافق للرضا فيه اسباب الصحة^(١). بمعنى ان العقد حتى يتقرر ابطاله ولا يتقرر هذا البطلان الا بالتراضي او بحكم القاضي. و اذا رفع الامر الى القضاء وتأكد القاضي من وجود سبب البطلان، فعليه ان يحكم ببطل العقد، ولا يتمتع بسلطة تقديرية في هذا الموضوع^(٢).

وبدورنا نعتقد ان البطلان ليس سوى طريقة للتعويض العيني. وذلك للاسباب الآتية:-

١- ان البطلان بالنسبة لظروفه وشروطه، متلائم تماما مع التمثيل لطريق التعويض. اذ انه يتشرط لوجود الالتزام بالتعويض الخطأ لدى المسؤول. واننا نجد هذا الخطأ في دعوى البطلان يستند الى تقصير المدعى عليه الذي ما كان عليه ان يقدم على ابرام العقد، لانه كان يعلم العقبة التي تمنع من ذلك وهي ان التصرف باطل. والواقع اننا نستند الى فكرة الخطأ اساسا للدعوى وذلك لانه، من دون التقصير ي عدم الالتزام بالتعويض التبرير والتفسير القانونيين اللازمين له، وتظل صياغتها منعزلة تماما لاتنظمها فكرة فنية عامة. اما عن طريقها - اي فكرة الخطأ- فانها تدرج تحت المبدأ التعاقدية العام الذي يقضي بمسؤولية كل متعاقد قبل من احدث له ضررا بخطئه، فمن دونها تكون امام دعوى تعويض لا تتطلب الخطأ لدى المدعى عليه- اما عن طريقها فتقنادي هذا الوضع الشاذ وتحتفظ الدعوى بطبيعتها كاملة دعوى تعويض^(٣). وتبقى قواعد المسؤولية التقصيرية كافية بذاتها لمعالجة كل احتمالات المسؤولية عن البطلان، -(وذلك بعد ان فشلت نظرية اهرنك "الخطأ في تكوين العقد" والتي:- اضطر اهرنك

(١) د. وليم سليمان قلادة، مصدر سابق، ص ٢٩٦.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٢٦٠. يلاحظ ان القانون العراقي لم يأخذ بالبطلان النسبي وانما بالعقد الموقوف.

(٣) انظر قريبا من ذلك الفقيه (ريمون سالي) اشار اليه د. وليم سليمان قلادة، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

من خلالها الى تقرير الصفة العقدية لهذه المسؤولية كي يتضمن التحلل من ضيق الخطأ التنصيري ولكنه لم يستطع القول بالالتزام بالتعويض العقدية من دون وجود عقد سابق- الامر الذي لا يستطيع الادعاء به هنا، فلم تبق اذن الا فكرة الخطأ يبرر بها هذا الالتزام ويسنده اليها^(١)، وتقضي قواعد المسؤولية اول كل شيء بضرورة اثبات خطأ عند عدم استيفاء شروط التعاقد. ونحن نصل الى تحديده، كما في كل حالات الخطأ التنصيري: هل تصرف من صدر منه هذا الفعل كما يعمل الرجل الحازم ؟ هل اتخاذ الاحتياطات جميعها التي كان يجب على الشخص الحريص ان يتخذها عند الاقدام على هذا التعاقد ؟^(٢) ان اجيب بنعم، فلا مسؤولية- والا فانه يجب مساعلته لانه بهذا التنصير احدث ضرراً لشخص اخر^(٣).

ثم نطبق باقي قواعد المسؤولية التنصيرية في ركنيها الاخرين: **الضرر وعلاقة سببية**. فالعقد الباطل ليس الا واقعة قانونية، قد تستكمل عناصر المسؤولية فتوجب التعويض. وكون هذه الواقعة عقداً لم يتم ابرامه لا يغير من الموقف شيئاً.

٢- وبعد ان حدنا موقع المسؤولية في البطلان، فانه يجب ان ينظر الى ابطال بأنه يشكل ضرراً في اطار التصرفات القانونية، لذلك لابد من ازالة هذا الضرر، وذلك بتقرير ابطال العقد. وهذا يؤدي الى معنى التعويض العيني بازالة الضرر. اذ يرتبط التعويض العيني بالمسؤولية المدنية اذ ان التعويض اثر وجزاء المسؤولية المدنية. وبعبارة اخرى، التعويض العيني هنا يكون ابطال العقد الذي أُبرم بنتيجة الخطأ الذي اعدم اراده من ابرامه وتضرر منه، وبالتالي ازالة اثاره^(٤).

(١) انظر في تقدير نظرية اهرنوك "الخطأ في تكوين العقد"، المصدر السابق، ص ٣٠٥-٣٠٩.

(٢) انظر رأي كولان وكابيتان، المشار اليه في، المصدر السابق، ص ٣٠٩.

(٣) السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ف ٣١١.

(٤) د. عاطف النقيب، الخطأ والضرر، مصدر سابق ، ص ٣٨٥.

٣- ويجب بالتعويض ان لا يتجاوز المقدار المحدد لجبر الضرر. وكذلك الحال بالنسبة للبطلان فأن آثر البطلان يكون بهدم التصرف القانوني بأثر رجعي. وتسقط حقوق الغير سيء النية المستندة لهذا التصرف الباطل.

٤- و اذا كان مع البطلان يختفي العقد تماما، فيعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد. فان فكرة اعادة الحال الى ما كانت عليه تمثل الفكرة الراجحة للتعويض العيني- وذلك بأن التعويض العيني هو اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر.

و اذا اصبح التعويض العيني مستحيلاً جاز للقاضي الحكم بتعويض مقابل. بمعنى اذا تعذر ارجاع المتعاقدين الى الحال التي كانوا عليها قبل العقد، كما اذا هلك المباع في يد المشتري، في هذه الحالة يجب التمييز بين حالة ما اذا كان الهاك بخطأ المشتري او من دون خطأه. فاذا كان بخطأه فعليه تعويض البائع، ويكون التعويض برد قيمة المباع وقت هلاكه^(١). واذا لم يكن بخطأه بل لقوة قاهرة، أي ان المشتري كان حسن النية لاعتقاده بصحة العقد وبأنه انما كان يتسلم ما هو مستحق له، فلا يلزم بالتعويض. ولكنه اذا كان قد استفاد من المباع الهاك فانه يرد ما يقابل المنفعة التي حصل عليها منه. ويرد كذلك بقايا الشيء الهاك اذا كان هناك بقايا^(٢).

كما انه، يرد على نظرية البطلان استثناءان لهما حكمهما الخاص خلافا للقواعد المتقدمة و هما:-

(١) اذ قضت محكمة التمييز ((اذا كان المعمل موضوع العقد الباطل قد ادمج بمعمل اخر واصبح من المتعذر اعادة الطرفين الى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد الباطل فيتعين التحول الى التعويض التقدي)) القرار المرقم ٢٩٢ / موسعة اولى / ٨٩ في ٢٢٩٠/٢٢٨ م، القرار مشار اليه في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي، ج ٥، ص ٤٥.

(٢) انظر د. عبد الحميد الحكيم، مصدر سابق، ص ٢٦١. وكذلك: د. وحيد رضا سوار، التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري، معهد البحوث والدراسات العربية، دار الشعب، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٢٠٠.

١- اذا كان القصد السيء مشترك بين الطرفين او كان القصد السيء موجودا لدى من قام بالتسليم فقط، ففي هاتين الحالتين لايجوز استرداد مادفع. وذلك لانه في الحالة الاولى كان كل من طرفي العقد مخطئاً، وفي الحالة الثانية كان الخطأ يصدر من جانب الطرف الذي قام بالتسليم ولم يشترك معه الطرف الآخر. لذلك فإنه لايجوز الاسترداد لانه اذا اجزنا الاسترداد تكون قد ساعدنا الطرف السيء على الاستفادة من خطئه اما اذا كان القصد السيء موجودا لدى من تسلم الشيء فقط، جاز لمن قام بالتسليم ان يسترد مادفعه لانه لم يرتكب خطأ^(١).

٢- لايلزم ناقص الاهلية اذا أبطل العقد لنقص اهليته ان يرد غير ماعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد. وذلك وفقا للفقرة الثالثة من المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي. وذلك لان الاهلية من شروط صحة العقد، فناقص الاهلية اذا ابرم عقدا فانه لا يكون ملزما بتنفيذها، و اذا كان قد تسلم شيئا تنفيذا لهذا العقد فعليه ان يرده. فاذا كان شيئا واتفقه، او نقودا وصرفها، فإنه يرد الى الطرف الآخر مقدار المنفعة التي حصل عليها من الشيء^(٢).

ويلاحظ ان العقد يبطل باعتباره تصرفا قانونيا، وان الاثار التي تختفي مع بطلانه هي الاثار التي اتجهت اليها الارادة. اما الاثار الواقعية فيمكن ان تبقى، ويمكن تنظيمها حينئذ باعتبارها وقائع قانونية لا باعتبارها تصرفات قانونية ارادية. واهم هذه الاثار هي التي تترتب على عقد النكاح اذا اعقبه الدخول، وانتقال الضمان الى المشتري في عقد البيع^(٣).

(١) انظر د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٢٦٢ و ٢٦٣.

(٢) انظر المصدر السابق، ص ٢٦٦.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٢٧١. د. وليم سليمان قلادة، مصدر سابق، ص ٢٩٩ في الهاشم.

بقي ان نشير الى، اثر تقرير البطلان بالنسبة للغير : اذ نجد ان في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، ان هذه المسألة ليست بهذه السهولة في الاحوال جميعها، فعن التصرف القانوني المنعدم قانونا، قد تنشأ مراكز قانونية، تستوجب تدخل المشرع من اجل حمايتها مثل: الغير حسن النية، قد يوجب ان يبقى هذا الامر او ذاك من اثار التصرف الباطل^(١). وهكذا يتجدد وجود العقد وبطلانه طبقا لتلك الغايات التي يهتم بها القانون. هذه الغايات تستخدم اثار التصرف وسائل من اجل ان تتحقق فتأمر بأن تبقى هذه النتيجة، او ذلك الامر، او تلك العلاقة على الرغم من بطلان المصدر. فليس للجزاء اذن من فائدة او من سبب الا حين يرعى هذه القاعدة التي وضع من اجلها. أي من اجل ان يصلح بقدر الامكان اثار مخالفتها، بأن يحمي ضد اثار هذه المخالفة، المصالح التي كانت القاعدة موضوعة لتقريرها^(٢). وهكذا يتبع الجزاء تلك المصالح المختلفة، فيتوسع ويتکيف ليلائم كل مركز، ويحقق التوازن بين المصالح المحيطة بالتصرف المختلف.

ومقتضى ذلك ان الغير اذا ما اكتسب بحسن نية حقا عينا على عقار قبل تسجيل دعوى البطلان او التأشير بالحكم الصادر فيها، فان هذا الحق يظل قائما لا يؤثر فيه البطلان لذاك يستحيل رد المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد. ولذاك فلا مناص من الحكم بتعويض معادل على المتعاقد الذي استحال عليه الرد. وكذلك الحال اذا كان المتصرف اليه بعد بطلان قد اجر الشيء المتصرف اليه فيه فإن هذا الاجار يظل قائما لصالح المستأجر اذا ما كان حسن النية^(٣).

اما في القانون المدني العراقي، فإنه اذا تقرر بطلان العقد زال كل اثر له، لافيمما بين المتعاقدين فقط، بل بالنسبة للغير ايضا. فاذا باع شخص عينا ثم رتب المشتري

(١) د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٧م، ص ١٩٧.

(٢) د. وليم سليمان قلادة، مصدر سابق، ص ٢٩٢.

(٣) د. مصطفى الجمال، مصدر سابق ، ص ١٩٧-١٩٩.

عليها حقاً عينياً، كرهن أو حق ارتفاق مثلاً، أو باعها، ثم تقرر بطلان العقد، فالبائع الأول يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري، ويستردتها كذلك من المشتري الثاني^(١). كما ويترتب الحكم نفسه، في حالة فسخ العقد، بمعنى أن البائع يسترد العين من المشتري الثاني إذا كان المشتري الأول قد باعها، ويستردتها من المشتري الأول خالية من الحقوق العينية التي رتبها عليها، ولكن يرد على حالة فسخ العقد هذه استثنائين^(٢):-

(الأول)، يتعلق بعقود الادارة المبرمة بحسن نية، كعقد الایجار ثابت التاريخ المبرم بين المشتري والمستأجر حسن النية فان عقد الایجار يبقى ولايفسخ، ولا يستطيع البائع ان يسترد العين من يد المستأجر قبل انتهاء الایجار.

والاستثناء (الثاني)، يتعلق بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإذا كان المباع منقولاً وتسليم المشتري ثم باعه من شخص آخر حسن النية وسلمه إياه ثم فسخ العقد، فالبائع الأول لا يستطيع استرداد المباع من المشتري الثاني^(٣). إلا في حالة اضاعة المنقول أو سرقته أو غصبه أو خيانة الامانة اذ يستطيع مالك المنقول ان يسترد المباع على الرغم من الحيازة في خلال ثلاثة سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة^(٤).

مع ذلك فان التعويض العيني قد يثير افكاراً أخرى تتعلق بتصحيح العقد الباطل وهذا ما سيكون موضوع الشق الثاني من هذا المطلب.

(١) د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ف ٥٠٠ ص ٢٦٦. ويمكن حماية الغير حسن النية في هذه الحالة بالالتزام المشتري الثاني بتعويض هذا الغير تعويضاً نقدياً.

(٢) انظر : المصدر السابق، ص ٣٨٠.

(٣) المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي.

(٤) المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي.

ثانياً: التعويض العيني وتصحح العقد الباطل:-

ستبين في هذا النطاق التعويض العيني بحفظ العقد والذي يتمثل بحرمان الطرف الاثم من الحق في ابطال العقد، ومن ثم التعويض العيني بابرام العقد على الرغم من غياب ارادة احد الطرفين.

١- التعويض العيني والابقاء على العقد

الاصل، ان المتعاقدين لا يعدهم مسؤولاً عن التعويض عند عدم تنفيذ العقد تجاه المتعاقدين الاخر، اذا كان العقد باطلاً منذ تكوينه. فالمسؤولية العقدية لا محل لها، الا اذا كان العقد صحيحاً. ومع ذلك فقد تترتب المسؤولية استثناءً على احد الطرفين ليس بسبب العقد الباطل، ولكن بمناسبة بطلان العقد، استناداً الى قواعد المسؤولية التقصيرية. كما لو لجأ ناقص الاهلية (قاصر، سفيه) الى طرق احتيالية لاخفاء نقص اهليته، وكانت هذه الطرق قد حدت بالعاقدين الاخر الى التعاقد ففي هذه الحالة يجب على ناقص الاهلية ان يقوم بالتعويض عن خطئه التقصيرية^(١). على انه يتبع هنا ان يكون ناقص الاهلية قد

ارتكب احتيالاً حقيقياً لا مجرد كذب، فمجرد تصرير ناقص الاهلية برشده يعد كذباً لا يعتد به في هذه الحالة لعدم اقترانه بطرق احتيالية، ومن هذه الطرق ان يقدم القاصر شهادة ميلاد مزوره. او كان يسمى باسم اخ له اكبر منه، ويستعمل شهادة ميلاده، ليوهم من يتعاقد معه بأنه كامل الاهلية، لاتمام العقد.

استناداً لما تقدم، فقد اجاز المشرع المصري التعويض، وذلك بالنص على هذه الحالة في المادة (١١٩) من القانون المدني المصري تقول: ((يجوز لناقص الاهلية ان

(١) د. وحيد رضا سوار، مصدر سابق ، ص ٢٠٤.

يطلب ابطال العقد، وهذا مع عدم الالخل بالزامه بالتعويض، اذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفي نقص اهليته^(١).

وورد في مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بصدق هذا النص تطبيقا خاص لنظرية الخطأ المتعتمد، حيث لجوء ناقص الاهلية الى الغش يسقط اساس الحماية القانونية التي تستند على افتراض عدم خبرة او قلة تجربة ناقص الاهلية^(٢). ويلاحظ انه في هذا النص ترك المشرع المصري للقاضي الحرية في اختيار طريقة التعويض، وعلى القاضي في هذه الحالة الموازنة بين حماية ناقص الاهلية وحماية الطرف الآخر حسن النية.

ويذهب الرأي الراجح في هذا الصدد الى ان خير تعويض في هذه الحالة هو التعويض العيني ، ويتمثل في حرمان ناقص الاهلية المخطيء من الحق في ابطال العقد^(٣). وبدورنا نرجح ذلك، وذلك لأن فائدة الابقاء على العقد ستكون في اكثر الاحيان افضل من التعويض النقدي الذي سيدفع للطرف الاخر اذا كان العقد باطلا. كما وانه لابد من حماية مظهر الثقة المشروعة في العقود وذلك بتوطيد هذا المظهر لحفظ العقد بدلا من التعويض النقدي، وبذلك فان حفظ العقد يكون افضل تعويض عن خطأ ناقص الاهلية.

اما المشرع العراقي فانه لم يجز الاختيار الذي سمح به القانون المدني المصري في المادة (١١٩)- سالفه الذكر-، فنجد ان الفقرة الثانية من المادة (١٣٧) من القانون

(١) تقابلها المادة (١٢٠) مدني سوري، والمادة (١٣٠٧) من القانون المدني الفرنسي .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢، ١٣٤-١٣٨ .

(٣) د. وحيد رضا سوار، مصدر سابق ، ص ٤٠٥ . وانظر في الفقه الفرنسي:-

Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, Tvl, n79. Planiol, Traite elementaire de droit civil, T.II, 9 ed, 1923, n 1088. Demogue, OP, cit, t.II, n 698. Josserand, Cours de droit civil positif francais, 3 ed, 1939, P.111-112. Brun, Rapports et domaines des responsabilite contractuelle et delictuelle, these, Lyon, Paris 1931, n 155.

المدنى العراقى تنص على انه ((فيكون العقد باطلا اذا كان في ركنه خلل كأن يكون الايجاب والقبول صادرين عن من ليس اهلا للتعاقد...)).

ويتضح من هذه المادة انه يبطل العقد الذى يكون احد اطرافه ليس اهلا للتعاقد، ولайлزمه ناقص الاهلية بتعويض الطرف الاخر حسن النية وانما وفقاً للمادة (٣/١٣٨) من القانون المدنى العراقى يلزم ناقص الاهلية برد ماعاد عليه من منفعة بسبب تفويض العقد.

كما ويمكن ان نجد تطبيقاً اخر للبقاء على العقد على سبيل التعويض، في حالة التدليس الصادر عن الغير، وفي هذا الشأن يقول الاستاذ السنهوري ((وهذا عدل. لاننا اذا ابطلنا العقد في هذه الحالة فلم يتعاقد الاخر وهو حسن النية ان يطلب تعويضاً، وخير تعويض هو بقاء العقد على سبيل التعويض، لا على الارادة الحقيقية للتعاقد)).^(١)

ويذهب الرأى الراجح الى انه يبرر ابقاء العقد في هذه الحالة بتعويض عيني، لمشروعية العقد. حيث الطرف الاخر لم يعلم ولا يستطيع ان يعلم بالخطأ او غش الشخص الاخر^(٢). ويستند هذا التعويض على اساس ان المظهر الخداع - وهو العمل الضار - قد فوت على من اطمأن اليه الاثر الذي كان يقصده من التعاقد، فيجب تعويضه عن فواته. وذلك حماية للثقة المنشورة بين الناس^(٣).

فضلاً عن ذلك فان التعويض العيني ببقاء العقد يتحقق في حالة ما اذا كان الخطأ كبيراً جداً من المتعاقدين فيكون التعويض الكامل هو الرفض للابطال. فالطرف المتعاقد الذي يرتكب خطأ يجب ان يتحمل هنا النتائج. وخاصة فيما يتعلق بضمان العيوب

(١) ويرى السنهوري بأنه (يصح القول هنا بأن القانون المدنى المصرى اخذ بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة، وعندئذ يقوم العقد على توافق الارادتين). الوسيط، ج ١، ص ١٨٤، ص ٣٣١. وانظر في المعنى نفسه. د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالزام، المصدر نفسه، ص ٦١.

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، ج ٢، ص ١٥٢ و ١٧٦. وانظر في الفقه الفرنسي. Ripert (G.), La regle morale dans les obligations civiles, 4 ed, 1949, n 44. Aktham El-Kholy, n 193.

(٣) انظر د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٦١.

الخفية. ونحن هنا لا نريد ان نتحقق من وجود الخطأ او عدمه وذلك لأن الخطأ يكون كبيراً جداً على ان لا يشك الطرف الآخر بعده، وهنا يُراعى المعيار الموضوعي لهيئة العيب الواضح بعد التنفيذ او التجربة. وعلى القاضي ان يهتم بالموازنة بين المصلحة السلبية^(١) القابلة للتعويض النقدي والمنفعة الايجابية^(٢) التي تقضي ببقاء العقد على انه تعويض عيني قانوني اضافة الى اصلاح العيوب على انها تعويض عيني مادي^(٣).

٢- التعويض العيني بابراام العقد على الرغم من غياب ارادة احد المتعاقدين:-

يشتمل التعويض العيني على ابرام العقد على الرغم من غياب ارادة احد المتعاقدين. والذي يجب ان يكون باطلا تطبيقا لقواعد البطلان وذلك لخلف ركن الرضا لافقاره لارادة الطرف الآخر. ويفسر هذا الميل ضمن اجراء معين من خلال الرغبة في مواجهة نظرية التعهد بالارادة المنفردة، لتبرير بعض الحلول المترنة في القانون المدني. ومن هذه التطبيقات:-

أ- صيانة العرض والمفاوضات العقدية:-

يسبق التعاقد عادة عرض يتقدم به احد الطرفين لآخر، يعقبه مفاوضات قد تطول وقد تقصير. والاصل ان هذه المفاوضات غير ملزمة ولا يترتب على قطعها ايّة مسؤولية، الا اذا اقتنى قطعها بخطأ سبب للطرف الآخر ضررا، فيسأل من قطعها عندئذ وتكون مسؤوليته تقصيرية لاعقدية^(٤). لقد اختلف الفقه بشأن امكانية الحكم بابراام

(١) التعويض عن المصلحة السلبية، يقتصر على الخسارة الحالة التي تتمثل في نفقات النقل ونفقات العقد والجهد المبذول والتكاليف وكل خسارة يتسبب بها الابطال.

(٢) التعويض عن المصلحة الايجابية، يتمثل بالتعويض عن الكسب الفائد أي الارباح والمزايا التي كان سيحصل عليها المتعاقد لو انه تم تنفيذ العقد.

(٣) Planiol, Ripert et Esmein, OP, cit, n 180 et 189. Ripert et Boulanger, OP, cit, n 216.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ص ٦٤.

العقد على انه تعويض عيني لجبر الضرر الذي اصاب المتضرر، بعبارة اخرى هل يستطيع القاضي ان يلزم الدائن والمدين بابرام العقد النهائي اذا وجد الدائن نفسه مضطرا لقطع المفاوضات العقدية لعدم حصوله -مثلا- على المعلومات الضرورية للتعاقد؟^(١).

فقد ذهب رأي الى جواز الحكم بالتعويض العيني وذلك بابرام العقد جبرا على ارادة المتقاوض الذي قطع المفاوضات^(٢).

ويذهب الرأي الراجح الى انه، لا يكفي التبرير بابرام العقد على انه تعويض عيني لتعويض الضرر الناجم عن خطأ ارتكبه المدين للحيلولة من دون ابرام العقد. وآية ذلك ان مثل هذه السلطة لاتعطى لقاضي في حالة الالخل بالتزام قبل التعاقد الا اذا تدخل المشرع فاستلزم مثل هذا التعويض، وذلك لأن ابرام العقد نتيجة لوقوع اخلال بالالتزام ناشيء في مرحلة المفاوضات العقدية يعني وجود الزام بالتعاقد وهذا الالزام يحتاج الى نص تشريعي^(٣). بعبارة اخرى، لا يمكن ان يؤخذ بالتعويض العيني الا بعد صدور الایجاب، لانه ليس في يد القاضي قبل ذلك، تحديد شروط العقد الذي يريد ابرامه جبرا على ارادة المتقاوض الذي قطع المفاوضات^(٤). كما ان سلطة القاضي مهما بلغت من القوة لا يمكن ان تحل محل ارادة الطرفين لا برام عقد لم تلتقي الارادات في سبيل ابرامه، والقول بخلاف ذلك يزعزع مفهوم العقد برمته، فاذا كان العقد تصرفا قوامه الارادة

(١) د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات المتعلقة بالعقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد (١١)، العدد الاول، ١٩٩٦م، ص ١٨٤.

(٢) Weill (A.), Droit civil, les obligations, 4 ed, D, 1986, P.149.

(٣) Viney (G), Traite de droit civil, les obligations, la responsabilite: Conditions. L.G.D.J. Paris, 1982, P.235.

(٤) سليمان براك دايج الجميلي، المفاوضات العقدية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية صدام للحقوق، جامعة صدام، ١٩٩٨م، ص ١٠٩.

فكيف يعقد من دونها^(١). والى جانب هذا فإن التعويض بهذه الصورة لا يؤدي الى اصلاح الضرر فحسب وإنما يؤدي الى اثراء الدائن على حساب المدين، فبدلاً من أن يعوض عما أصابه من ضرر نتيجة عدم تزويده بالمعلومات الازمة عن مضمون العقد، سيثري عن مضمون عقد جديد اثراءً ما كان سيحصل عليه طبقاً للجرى العادي للأمور^(٢). وإذا كان ابرام العقد سيقضي به من دون حصول الدائن على المعلومات فهو بذلك سيقضي بوجود عقد لا يكون الرضا فيه مستيراً^(٣). لذلك يقتصر التعويض عن الالخل بالمفاوضات العقدية على التعويض النقدي، وذلك بتعويض المتضرر عن النفقات التي صرفت في سبيل ابرام العقد، والفرص التي ضاعت عليه بسبب وثوقة بالمفاوضات^(٤).

ب- الایجاب القائم الملزم:-

اذا صدر الایجاب باتاً وحدد الموجب مدة للطرف الآخر ليقبل في خلالها او يرفض فإنه يكون ملزماً بالبقاء على ايجابه حتى نهاية المدة التي حددتها. فإذا عدل عن ايجابه ثم صدر القبول في خلال المدة المحددة، فلا عبرة بعده ويتام العقد ويكون كل من المتعاقدين ملزماً بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد على عاته. واساس التزام الموجب بالبقاء على ايجابه هو الارادة المنفردة بنص القانون وفقاً للمادة (٨٤) من القانون المدني العراقي^(٥).

^(١) Viney, OP, cit, P.232.

^(٢) Ibid, P.235.

^(٣) د. صبري حمد خاطر، بحثه السابق، ص ١٨٥.

^(٤) سليمان براك دايم الجميلي، مصدر سابق ، ص ١١٠.

^(٥) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٦٧. الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٢١١. د. عبد الحفيظ جاري، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي - دراسة مقارنة، ج ١ في مصادر الالتزام، المصادر الارادية (العقد والارادة المنفردة)، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢م، ص ٦١٤-٦١٥. وانظر كذلك،

ويقول الاستاذ السنهوري في هذا السياق: ((يعدّ رجوع الموجب في الایجاب القائم الملزم خطأً لكونه سابقاً لوانه، وقد يكون خيراً تعويضاً عن الضرر الذي يصيب الموجب له، هو اعتبار العقد قائماً على سبيل التعويض العيني))^(١).

كما يرى الاستاذ اسمان ”Esmein“، ان رجوع الموجب عن الایجاب الملزم، يفسر للقاضي حرية اختيار طريقة التعويض (عينياً او نقدياً) تبعاً لأهمية الضرر. لذلك فإن القاضي لا يعدّ العقد قائماً الا اذا كان الضرر مهماً ويكتفي تبرير هذا الحكم^(٢).

وقد انتقد البعض هذا الرأي المتقدم قائلاً، ان اعتبار العقد منعقداً على سبيل التعويض، امر يتنافى وحقيقة العقد الذي يقوم على توافق ارادي طرفيه، لذلك يقتصر التعويض على دفع مبلغ نقداً لجبر الضرر الذي آلم بالمتقاوض الآخر عن خسارة تحل او كسب يفوت^(٣).

وبدورنا نرجح تطبيق حكم التعويض العيني على اساس ان العقوبة العينية اكثراً مطابقة لروح القانون، وذلك لحماية الآخرين. اذا لا اثر للرجوع عن الایجاب الملزم، ومن ثم فإنه يبقى صالحاً لنشوء الرابطة العقدية ان صادفه قبول موافق له.

ج- السكوت في معرض الحاجة بيان:-

اذا سكت من وجهه الایجاب، ولكن ظروف الحال كانت توجب عليه ان يفصح عن ارادته بالقبول او الرفض، فالشارع يعدّ سكوته دليلاً على موافقته وقبوله^(٤). وقد

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢، ص ٣٦٠. د. عباس زبون العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، اطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٤م، ص ٩٦.

(١) الاستاذ السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٣٤، ف ٢٤٢، ص ٢٤٥. وانظر د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٦١٣.

(٢) Planiol, Ripert et Esmein, t6, OP, cit, n 132.

(٣) سليمان براك دايم الجميلي، مصدر سابق ، ص ٢٢٦ و ٢٢٧.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر نفسه ، ص ٧٢.

عبر القانون المدني عن ذلك بقوله في المادة (٨١): ((... ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعد قبولا)). وقد نص المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة نفسها على ثلث حالات يعد السكوت فيها قبولا وهذه الحالات هي:-

١) اذا كان هناك تعامل سابق واتصل الايجاب بهذا التعامل.

٢) ان يتم خصم الايجاب لمنفعة من وجه اليه.

٣) اذا تسلم المشتري البضاعة التي اشتراها وسكت، فان سكوته يعد قبولا لما ورد في قائمة الثمن من شروط. وليس فيما تقدم الا امثلة على سبيل الحصر. فكل سكوت تلازم ملابسات تدل على الرضا فهو سكوت ملابس، ويعد قبولا^(١).

وبهذا الصدد اذا كان الموجب لم يتلق رفضا من الموجب له، بمعنى ان هذا الاخير ظل صامتا. وقد قام الموجب استنادا الى القاعدة المقررة في النص اعلاه، بتصنيع البضاعة وارسلها الى الموجب له، ولكن الموجب يفاجأ برفض البضاعة بمعنى رفض العقد. وهنا يتضرر الموجب من فعل الموجب له هذا، وعندئذ كيف يعوض الموجب عن خسارة حالة وكسب فائت؟.

يذهب الرأي الراجح، الى انه خير تعويض في هذه الحالة الحكم بابرام العقد على انه تعويض عيني لجبر الضرر الذي لحق بالموجب. وذلك استنادا الى نص المادة (٨١) من القانون المدني العراقي. كما ان الحياة في المجتمع تفرض على الفرد عدد معين من الواجبات ومنها التزام الكلام في حالات معينة، اذ ان الاصل في التعاقد ان لا ينسب الى ساكت قول، ولكن إن صمت الموجب له استثناء يعد قبولا بالايجاب وفقا للمادة (٨١) سالفه الذكر- فان رفض هذا الايجاب لابد ان يكون باتخاذ وضع ايجابي

^(١) انظر في هذا المعنى : السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٢٢٤.

وذلك بالتصريح واعلان الرفض^(١)، والا فأن الموجب له يرتكب خطأ ويكون التعويض لهذا الخطأ منسوبا الى ارادة الموجب له. وقد تبني جانب من الفقه فكرة الالتزام القانوني للجواب^(٢)، وتبني جانب اخر فكرة التعسف بسكت الموجب له^(٣) وذلك لايجاد اساس لمسؤولية هذا الاخير.

ولاجل ابرام العقد بهذا الصدد فاننا نفترض وجود الارادة بمعنى قبول الموجب له الضمني، كما اننا نهدف من ذلك ابطال (احباط) حساب الموجب له الذي يريد ان يبقى الايجاب قائما ليعطي نفسه القدرة على قبول العقد او رفضه تبعا لنقلبات الاسعار في السوق. وبذلك يكون الالتزام القانوني للموجب له هو التزام الجواب (بمعنى التصريح يرفض الايجاب) وليس التزام الموافقة (لان الموافقة في هذه الحالة تصدر عن مجرد وضع سلبي يتخذ الموجب له وذلك هو السكت).

كما يلاحظ ان اتباع فكرة التعويض العيني بابرام العقد في هذا الصدد، يوسع فكرة التعويض العيني. اذ تحتوي على معنى مزدوج: (الاول) على اساس التزام حفظ الجهد الذي قام به الموجب. و (الثاني) جراء لعدم تنفيذ الموجب له لالتزامه اذ ان مجرد سكته عن الايجاب يعده متعاقدا ويلتزم بتنفيذ العقد. وتذهب مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري للقول بهذا الصدد. ((ان انقضاء الميعاد المعقول او المناسب هو الذي يحدد وقت تحقق السكت النهائي الذي يعدل القبول ويكون له حكمه، وفي هذا الوقت يتم العقد)).

(١) ويقول السنهوري بهذا الصدد (اذ لو كان الساكت اراد ان يعرض لتكلم، ولكنه سكت في معرضه الحاجة للكلام)، الوسيط، ج ١، س ٤٢٤.

(٢) Demogue, T1, OP, cit, n 185. Barrault (J.), Essai sur le role du silence createur d'obligations, these, Dijon, 1912, P.90.

(٣) Josserand, Esprit des droits, n 102. Cours, t 2, n 45.

(٤) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢، ص ٥٧٥ و ٥٨٥.

د- التعاقد بين غائبين:-

يكون التعاقد بين غائبين اذا لم يجمع المتعاقدين مجلس واحد. ويتم ذلك بواسطة رسالة او برقية او بوساطة رسول يحمل الكلام ولا تكون له صفة النيابة. ويعدّ التعاقد قد تم بين غائبين اذا فصل فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب له. كأن يصدر الايجاب والمتعاقدان في مجلس واحد، ولكن عندما يصدر القبول لا يكون المتعاقدان في مجلس واحد. او كما اذا حدد الموجب ميعاداً للقبول وافترق المتعاقدان، ثم ارسل الموجب له القبول باحدى الوسائل المذكورة انفا^(١). فالعبرة ليست اذن باتحاد المجلس او اختلافه، بل يتخلل مدة من الزمن بين صدور القبول وعلم به^(٢).

ولكي ينتج القبول اثره، وهو ابرام العقد، لابد ان يجد ايجاباً صالحاً للاقتران به وان يوافق القبول الايجابي بشكل عام، وفقاً للمادة (٨٥) من القانون المدني العراقي. وان القبول الذي ينعقد به العقد هو الذي يصدر وقت قيام الايجاب، ويكون الايجاب قائماً عند قيام مجلس التعاقد، ومجلس التعاقد بين غائبين هو مجلس استلام القبول (المادة ٨٧ من القانون المدني العراقي)^(٣).

بيد انه قد يسقط الايجاب قبل وصول القبول وبذلك فان القبول عند وصوله للشخص - الذي رجع عن ايجابه- لا يصادف ارادة يقترن بها حتى يبرم العقد، وبذلك فان هذه الارادة أي ارادة القبول، تتحول الى ايجاب جديد موجه الى الموجب الاول، ومن ثم فان ارادة القبول هذه تؤدي الى نقل صلاحية ابرام العقد الى الموجب الاول، الذي عليه، ان اراد ابرام العقد ان يصدر قبوله بها^(٤).

(١) د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر نفسه ، ص ٨١.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ٢٣٨.

(٣) انظر د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ف ١٢٦ ص ٨٣.

(٤) د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام - دار المعارف، مصر، ١٩٦٢، ص ١٣٠.
ف ١٠٠. د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني - نظرية العقد والارادة المنفردة، بلا مakan طبع، ١٩٨٤، ص ١٣٤، ف ٦٢.

ويبدو لنا الى جانب ما نقدم ان السؤال يثار فيما اذا كان الموجب قد رجع عن ايجابه بعد وصول القبول، فهل يمكن في هذه الحالة الحكم بابرام العقد على سبيل التعويض العيني كي لانتكر حق الموجب له الذي اطمأن او احتمى بالثقة المنشورة بالتعاقد واوصل قوله مراسلة الى الموجب ؟

يذهب الرأي الراجح الى ان، الرجوع عن الايجاب لا اثر له بعد وصول القبول وان خير تعويض هو الحكم بابرام العقد وذلك على انه تعويض عيني عن الضرر الذي لحق بالموجب له سواء عن خسارة حالة ام كسب فائت^(١).

ويدعم انصار هذا الرأي، رأيهم هذا، بالقول ان القضاء الفرنسي يحافظ دائما على مبدأ الايجاب الموجه الى الشخص الاخر، ويعد الموجب متعسفا في رفضه للتعاقد عند العدول عن ايجابه بعد وصول القبول. اذ كان للموجب الوقت الكافي للرجوع عن ايجابه قبل وصول القبول. وان رفض ابرام العقد في هذه الحالة قد سبب ضررا للموجب له، لذلك وحماية للثقة المنشورة بين الناس فانه يعد العقد قائما على سبيل التعويض. كما وان بعض قرارات القضاء الفرنسي لم تحكم بالتعويض العيني بابرام العقد وانما لجأت الى الحكم بالتعويض النقيدي عن الخسارة الحالة وذلك لان الخسارة الحالة (المصلحة السلبية) اقل من الكسب الفائت (المصلحة الايجابية)^(٢).

وبدورنا نرجح هذا الرأي نظرا لاستناده الى قاعدة استقرار المعاملات من خلال حماية الثقة المنشورة بالعقد.

المطلب الثاني

التعويض العيني وحجية التصرف القانوني بالنسبة للغير

^(١) Chabos (J.), De la declaration de volonté en droit civil français, these, Paris, 1931, P.108. Martin de la Moutte (J.), L'acte juridique unilateral these, Toulouse, Paris, 1951, n 310, 311.

^(٢) Chabas, OP, cit, P.200. Martin de la Moutte, OP, cit, n 306-316.

ان التصرف القانوني بما ينشئه بين طرفيه من التزامات شخصية يكون حجة على الغير الذي لم يكن طرفا فيه، ويجب عليه احترام الوضع القانوني الذي انشأه. واذا لم يكن الغير مسؤولاً عن تنفيذ الالتزامات العقدية، فان عليه ان يحترم هذه الالتزامات وان لا يتسبب في اعاقة تنفيذها بما يلحق الضرر بالدائن^(١).

هذا المبدأ قد استقر في الفقه والقضاء الفرنسيين^(٢)، بعد ان اختفى التفسير المتردّم للمادة (١١٦٥) من القانون المدني الفرنسي^(٣).

اما في الفقه العراقي، فان مبدأ حجية التصرف القانوني بالنسبة للغير يعرض كحقيقة مسلم بها على الرغم من ان المشرع لن ينص عليه صراحة. وذلك لأن المفهوم المخالف لانصراف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام - كما نصت على ذلك المادة (١٤٢) من القانون المدني -يعني ان اثر العقد لا ينصرف الى الغير^(٤). لذلك يقال في شرح هذا المبدأ، ان اثر العقد لا يسري في حق الغير او ان العقد لا ينفذ في حقه كذلك^(٥).

(١) د. اسماعيل غانم، النظرية العامة العامة لالتزام، مصادر الالتزام، الناشر مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٦م، ص ٣٣٩. وانظر كذلك، د. حمدي عبد الرحمن، الحقوق والمراسيم القانونية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٤٩.

(٢) Aussel (J.), Essai sur la notion de tiers en droit civil Franscias, these, monpellier, 1953, p.26 et V.aussi Weill(A.), le principe de la relativite de convention, en droit prive Francais, these, Paris, 1936, n 6.

(٣) تقضي المادة (١١٦٥ مدني فرنسي) بان العقد لا ينفع "الغير ولا يضره". ويعرف "جوسران" الغير بأنه، الشخص الذي لا تربطه اية علاقة التزام بأحد اطراف العقد لا في الحاضر ولا في المستقبل. وقد دأب الفقه الفرنسي التقليدي في ظل هذه المادة على ان الاثر الملزم للعقد يقتصر على المتعاقدين، بمعنى انه لا يرتب التزاما على "الغير" ولا يقرر له- من حيث المبدأ- حقا. انظر، د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد دراسة في النظرية العامة لالتزام، ط١، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠١، اصل الكتاب اطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٢م، ص ٥٠.

(٤) المصدر السابق، ص ٦١.

(٥) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ١ في مصادر الالتزام، ط٥، بغداد، ١٩٧٧م، ص ٣٣٨.

او ان القاعدة هي ان الغير لايتاثر بالعقد ولا ينهض حجة ضده فهو لايفيد من عقد كهذا او لايلترم باي التزام^(١).

ولما كان التصرف القانوني حجة على الغير فانه من الممكن ان يصبح وسيلة للاضرار به وبالتالي وجوب حماية الغير من الضرر فيما لو ظل العقد حجة عليه. وبذلك الاستثناء فان التصرف القانوني لايعد حجة على الغير، اذا كان القصد من هذا التصرف الاضرار بحقوق الغير. الناشئة من عقد سابق، فيكون لصاحب الحق المتولد عن عقد^(٢): ان يتجاهل التصرف القانوني الذي لم يكن طرفا فيه، اذا كان هذا التصرف يؤدي الى الاضرار بحقوقه الناشئة عن العقد. ولكن ما هي طبيعة دعوى عدم الحجية، هي تعويض عيني ام لا ؟ فذهب رأي لقول بانها دعوى غش، وذهب رأي اخر لقول بانها دعوى مسؤولية تقصيرية لمسؤولية الغير عن الاخلاص بالعقد. ونرى من المناسب عرض هذين الرأيين في سبيل تحديد الراجح منهما، وذلك على النحو الاتي:-

الرأي الاول:- يستند الى مبدأ ان الغش يفسد كل شيء، هذا القول المأثور يصوغ مبدأ يعلو في سموه على كل قاعدة قانونية^(٣). وتأسيسا على هذا المبدأ حاول اصحاب هذا الرأي محاولة وضع نظرية عامة في الغش لدعوة القضاء لمنع الغش اينما كان كامنا، ومحاربته حتى ولو لم يكن هناك نص في القانون^(٤).

وكان لمحكمة النقض الفرنسية فضل السبق في ارساء دعائم هذا المبدأ، وبالتالي عدم حجية التصرف القانوني اذا كان مشوبا بالغش اضرارا بالمشتري الاول. فقضت

(١) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول في مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٧١م، ص ٣٢١.

(٢) كما ويمكن ان ينشيء الحق عن واقعة قانونية كال فعل الضار. ويحفظ الغير حقه عن طريق الدعوى البوليسية.

(٣) Planiol, Ripert et Picard, OP, cit, P664, n 650.

(٤) د. شمس الدين الوكيل، اثر الغش على الاسبقية في التسجيل، بحث منشور في مجلة الحقوق السنة (٨) العدد الثاني، مطبعة جامعة الاسكندرية، ١٩٥٩، ص ٦٤ وما بعدها.

في ٨/كانون الاول ١٨٥٨م بأن، ((الغش يبرر الاستثناء من القواعد كافة)). وجاء في حكمها ان الغش يجرد التصرف القانوني من كل اثر اذا كان نتيبة تواطئ او تدبير مشوب بالتدليس بين البائع والمتصرف اليه الثاني. ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على اعتقاد هذا المسلك في منع الغش واهدار اثر التصرف القانوني المشوب به^(١).

بيد ان هذا الرأي منتقد من الوجه الآتية:-^(٢)

١- لايمكن الاحتجاج بمبدأ الغش يفسد كل شيء، لأن هذا المبدأ لم ينص عليه القانون الوضعي. وغاية الامر انه يعدّ من مبادئ القانون الطبيعي، فلا يصح ان يلجا اليه الا عند وجود نقص او غموض في التشريع. وغني عن البيان انه لايجوز الاخذ بمبدأ من مباديء القانون الطبيعي اذا كان يخالف قصد المشرع.

٢- ان هذا المبدأ لايعطي معيار واضح لتحديد الغش. ولكن انصاره يقولون بأنه النية السيئة او القصد في الحق الاذى. الا ان القصد مسألة نفسية يصعب اثباتها.

٣- هناك غموض في تحديد اثار الغش، وهل يتترتب عليه بطلان التصرف؟ بيد انه لايمكن تقرير البطلان لأن بطلان التصرف لايمكن ان يطلبه الغير ضمن النظرية التقليدية للبطلان، هذا فضلا عن ان النصوص الخاصة بعدم حجية التصرف لم تنص على البطلان.

ويرد اصحاب هذا الرأي على ذلك بالحجج الآتية:-

(١) المصدر السابق، ص ٦٧.

(٢) انظر في تفصيل هذه الحجج والرد على المذهب السابق، د. سليمان مرقس، الموجز في البيع والإيجار، القاهرة، ١٩٥٨، ف ٢١٠، ص ٢٧٨ وما بعدها.

١- ان هذا المبدأ من المبادئ الاولية الطبيعية لاحاجة للنص عليها، لانه يجب التعويض عن الغش وذلك بازالته. وان الفقه الذي يستند الى قاعدة قانونية منصوص عليها لتأصيل حكم يرى وجوب اتباعه، فانه بهذه المثابة يزج الاراء في التحرج من الابداع، واللجوء الى قاعدة يأخذ بها المشرع، وذلك لتبصير حلول جديدة تملئها المبادئ العامة او قواعد العدالة والاخلاق^(١). وجاء في حكم محكمة النقض المصرية بأن "قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجربها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخداع والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في المعاملات والتصرفات والاجراءات عموماً صيانة لمصلحة الافراد والجماعات".^(٢) ويقول اصحاب نظرية الغش بصدق هذا الحكم، "ولعله ليس من البسيط التوفيق في اختيار صياغة اصدق تعبيراً من عبارات محكمة النقض للاستدلال على اصالة هذا المبدأ في الفكر القانوني المعاصر".^(٣).

٢- ان الاسناد الى القصد السيء، يعني عدم مشروعية السبب وهو ظاهرة نفسية تكمن في العقد فتبطله بصرف النظر عن النتائج التي تترتب عليها ويجيز للقاضي وكل ذي مصلحة ان يتمسّك بهذا الجزء. اما الغش فهو يجاوز هذا الاطار النفسي ويفترض تحقيق نتيجة مخالفة للقانون، وهي تتمثل في صورة التواطؤ والذي يؤدي الى تمكين البائع من عدم تنفيذ التزامه عيناً في مواجهة المشتري الاول وحرمان هذا الاخير من تملك المال^(٤).

٣- لما كان الغش يتضمن الافلات من قاعدة امرة عن طريق استعمال وسيلة فعالة لادراك هذا الغرض، فان الواجب هو تقدير الجزاء الملائم لتفويت هذا الغرض. ومن ثم

(١) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق ، ص ٩٥.

(٢) نقض مصري في ٩/شباط/١٩٥٦م، مشار اليه في، المصدر السابق، ص ١٠٨.

(٣) انظر : المصدر السابق، ص ١٠٨.

(٤) Jozie Vedale, Theorie generale de la fraude de droit Francais, these, Toulouse, 1957, P.333.

فيمكن ايجاد الجزاء في انه اهدار الاثار المترتبة على استعمال هذه الوسيلة الفعالة. وعلى هذا النحو لاينفذ في حق اصحاب المصلحة النتيجة التي تطلع اليها مرتكب الغش ومن شاركه فيه. هكذا مثلا لا يكون البيع الثاني نافذا في مواجهة المشتري الاول، وبذلك تأخذ دعوى الغش صورة دعوى عدم النفاذ^(١).

الرأي الثاني:- وذهب رأي اخر الى ان دعوى عدم حجية التصرف القانوني بالنسبة للغير هي دعوى مسؤولية تقصيرية، أي دعوى تعويض عن فعل خاطئ: فالمدين المعسر الذي يتصرف بأمواله غشاً بدائنيه يرتكب خطأ يقيم المسؤولية التقصيرية . وهكذا يتتوفر في دعوى عدم حجية التصرف القانوني في مواجهة الغير الركينين الاساسيين للمسؤولية التقصيرية وهما الخطأ والضرر. وخير طريق لاصلاح الضرر، هو اعتبار العقد الثاني الذي ابرمه المدين اضرارا بالمشتري الاول، غير نافذ في مواجهته^(٢). واننا نسلم مع هذا الرأي بالامتنال لأن يكون التعويض هنا تعويض عيني لانقدي، يكون في صورة عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن، والسامح له بعد ذلك باقتضاء حقه من المال الذي تصرف فيه مدينة. ولكن يلاحظ في هذا الشأن، ان اطلاق تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية يقتضي نسبة الخطأ الى المشتري الثاني لمجرد اقباله على شراء المبيع وهو عالم بسبق التصرف فيه لمشتري اول، فهذا السلوك وحده يكشف عن سوء النية، ويكتفي لتوفر الخطأ التقصيرى الذي يلزم صاحبه بالتعويض عن الضرر المترتب عليه.

بيد ان هذا الرأي هو الاخر منتقد، من اصحاب مبدأ ان الغش يفسد كل شيء^(٣)، من جهة انه اذا امكن اعتبار التواطؤ عملا غير مشروع، فهنا ينبغي القول باستحالة

^(١) Jozie Vedale, OP, cit, P.390.

^(٢) بمعنى عدم سريان البيع الثاني في مواجهة المشتري الاول. انظر د. عبد الفتاح عبد الباقى، محاضرات في العقود المسميات، مطبوعات جامعة القاهرة، ١٩٥٢، ص ١٧٣.

^(٣) انظر د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق ، ص ١٠٢.

التعويض العيني (عدم نفاذ التصرف) والاكتفاء فقط بالتعويض النقدي. وفضلاً عن ذلك، ومع التسليم جدلاً بأن الخطأ لا يتتوفر إلا بالتواء، فالمعلوم أن تقدير التعويض وطريقته يترك للقضاء أمر الفصل فيه. وهذا قد يؤدي إلى إغراء القضاء بعدم المساس بالبيع الثاني واطلاق اثره، والاكتفاء بتعويض نقي يحكم به على البائع والمشتري الثاني، في حدود الضرر الذي أصاب المشتري الأول، والذي يتمثل في الخسارة التي لحقته والكسب الذي فاته. في حين أن جزاء الضرر بالغير لا ينبغي أن يقتصر على إزالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض، بل يشتمل بصفة خاصة في منع الضرر من أن يقع^(١).

هذه هي خلاصة رأي الفريقين، وخلاصة الاعتراضات التي وجهت إليهما. ويظهر من نقاش الشرح أن جانباً منهم يقتصر بمجرد الغش لاهدار التصرف القانوني. وأيا كان الامر في تقديرهما، فالذى يبدو لنا هو أن دعوى الغش وان ادت في بعض الاحيان إلى عدم نفاذ التصرف القانوني الا انه لابد من القول ان ثمة نوعين للغش هما:-

اولهما، غش نحو القانون:- اذ يمكن تقرير البطلان لأن الطرفين يهدفان إلى استبعاد تطبيق احدى القواعد القانونية الامر.

ثانيهما، غش نحو الأشخاص:- اذ يهدف الطرفان إلى الحق الأذى بالغير وليس استبعاد تطبيق القانون، وهذا الفعل لا يكون باطلًا فهو يتعلق باحكام المسؤولية، اذ انه من الممكن الحق الأذى بالغير من خلال تصرف قانوني مثلاً يكون من خلال عمل مادي. وقد يطلب المتضرر التعويض وهذا التعويض قد يكون عينًا: المشتمل في هذه الحالة، في تجاهل التصرف (بمعنى عدم حجية التصرف تجاه الغير). اذن الغش نحو الغير من خلال التصرف القانوني هو النية في الحق الأذى بالغير بوساطة هذا

(١) المصدر السابق، ص ١٠٣.

التصرف، وهذا هو خطأ تقصيرى يخضع لاحكام المسؤولية التقصيرية. وعليه من العبث البحث عن مفهوم للغش نحو الغير بعيدا عن الخطأ التقصيرى^(١).

وبسبب غموض الجزاء الذى ترتبه قاعدة الغش يفسد كل شيء، فان القول بأنه طبيعة دعوى عدم الحجية هي دعوى مسؤولية تقصيرية يكون اكثرا قبولا. اذ يبقى التصرف نافذا بين اطرافه عديم الاثر بالنسبة للغير. فالتعويض العيني لا يقصد به سوى ازالة الضرر، والضرر هنا ليس شرعية التصرف وقيامه بين طرفيه وانما في حجيته بالنسبة للغير وعليه فان تعويض المتضرر يكفى بتقرير عدم نفاذ العقد بالنسبة للمتضرر "الغير" من دون الحاجة الى تقرير بطلان العقد^(٢). وبذلك لانرى لماذا يرفض التعويض العيني في عدم حجية التصرف القانوني بالنسبة للغش. لذلك نعتقد ان عدم الحجية نظام قانوني مستقل. وضمن موضوعنا انها تكون في تناقض كامل مع قواعد التعويض. ويلاحظ انه في حالة التصرف الصحيح فان المتضرر وحده يستطيع المطالبة بعدم الحجية بدلا من التعويض النقدي . كما وان الاخذ بالقول المؤثر " الغش يفسد كل شيء" يؤدي بنا الى نتيجتين متضادتين هما عدم النفاذ او البطلان المطلق.

عليه يلاحظ ان الرأى الاول (القائل بالغش) يستند بالدرجة الاولى على الدعوى البوليسية. وهذه الدعوى ليست دعوى بطلان لان التصرف يبقى نافذا بين طرفيه، كما انها ليست دعوى مسؤولية الا اذا فهمنا المسؤولية من خلال قواعد الكسب من دون سبب: اذ انه لا يشترط لاقامة هذه الدعوى غش المتصرف اليه فيما لو كان التصرف

^(١) Comb: Demogue, OP, cit, n 339.

^(٢) قرار محكمة التمييز العراقية المرقم /٦٨٢ مدنية اولى/ ١٩٨٨ في ١١/٥/١٩٨٨ . وكذلك القرار رقم /٣٨٤ مدنية اولى/ ٩١ في ١٠/٣١ م. منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي، ج ٥، مصدر سابق، ص ٨ وص ١٦.

تبرعا، كما لا يمكن تفسير هذه الدعوى بناء على فكرة تحمل التبعة. ويبدو ان الفقه يراها دعوى عدم حجية التصرف^(١).

ولكن نحن لانرى سببا لاعتبار عدم الحجية هنا في الدعوى البوليسية نوعا خاص من البطلان، اذ ان الية عدم الحجية تتوافق مع اعتباره نوعا من انواع التعويض، وبخاصة فيما يتعلق بحماية المتصرف اليه حسن النية^(٢). ولذلك قيل ان التعويض هنا تعويض عيني لانقدي: يكون في صورة عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن، والسامح له بعد ذلك باقتضاء حقه من المال الذي تصرف فيه مدينه^(٣).

بيد ان الدعوى البوليسية لها ذاتية خاصة، وهي انها تابعة للغش^(٤)، وهي طريقة لحماية حق الدائن العادي من خطر اعسار مدينه عندما يحاول اضعاف ذمته المالية التي تمثل الضمان العام للدائن، وعندما لا يوجد غش او عندما لا يوجد اعسار فانه لا يمكن التعلق الا بالاحكام العامة للمسؤولية^(٥). فان لم يوجد الغش الخاص الذي تتطلبه الدعوى البوليسية، فان الغير يستطيع المطالبة بالتعويض على اساس المسؤولية، هذا من جانب. ومن جانب اخر فان الاصل في الدعوى البوليسية ان يكون الاعسار مخلا بالضمان العام، أي ان يترتب على تصرف المدين زيادة ديونه على حقوقه^(٦). وكذلك ان لم يوجد

(١) د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج ٢، في احكام الالتزام، مطبعة المدنى، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ١٣٥ و مابعدها. وانظر كذلك، الاستاذ عبد الباقى البكري، احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص ٣١٦.

(٢) قارن د. انور سلطان، احكام الالتزام، المصدر نفسه، ف ١٣٢، ص ١٣٨.

(٣) انظر في عرض هذا الرأي د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق ، ص ١٣٦.

(٤) اذ قضت محكمة التمييز ((ان اساس دعوى عدم نفاذ التصرف هو الحيلولة من دون وقوع الغش من المدين يحول من دون استيفاء الدائن حقه من اموال المدين)). القرار المرقم ٣١٩ / موسعة اولى / ٩٢ في ١٥/١٢/١٩٩٢. منشور مجموعة ابراهيم المشاهدي، ج ٥، ص ٢٣.

(٥) د. السنهوري، الوسيط، ج ٢، ف ٢٨١.

(٦) قرار محكمة التمييز المرقم ٦١٧ / مدنية اولى / ٨٨ في ١٩٨٨/١٠/٥. منشور في مجموعة ابراهيم المشاهدي، ج ٥، المصدر السابق، ص ٦.

الاعسار الخاص، فلا توجد الدعوى البوليسية. ويمكن ان يتوافر الاعسار الخاص في علاقه المدين بدائنه معين بالذات وبشأن عين محددة بالذات: فاذا فرض ان حق الدائن يتركز في عين مملوكة للمدين، ثم باع المدين العين ذاتها لشخص اخر، ففي هذه الحالة يمكن القول ان المدين (وهو البائع) في حالة اعسار خاص في مواجهة الدائن (وهو المشتري الاول)، مادام الدائن لا يستطيع الحصول على العين ذاتها وهي التي تركز حقه فيها. وعلى هذا النحو يجوز له الطعن بالدعوى البوليسية حتى ولو كان عند المدين اموال كافية لاداء التعويض، بمعنى لايمكن تغيير هذه الدعوى للحصول على تنفيذ الالتزامات على العموم^(١). لهذا كان من الاصح اعتبار الدعوى البوليسية دعوى خاصة، دعوى الغرض منها عدم نفاذ التصرف لمواجهة الدائن^(٢). فهي لو كانت دعوى تعويض لكان اثرها يقتصر على الدائن رافع الدعوى وحده، اذ لا يحكم بالتعويض الا بموجب طلب من المتضرر. في حين انه متى ما تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من هذا الحكم الدائنوين جميعهم الذين كانت حقوقهم سابقة على تاريخ التصرف المطعون فيه حتى وان لم يشاركوا في هذه الدعوى^(٣).

من هنا يتجلی التعويض العيني المترتب على الاخال بالعقد في ان العقد الذي ابرمه الغير مع المدين بالالتزام العقدي، لاينفذ في مواجهة الدائن. فيكون للدائن الحق في اجبار المدين العقدي على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، حتى لو كان هذا التنفيذ يؤدي بالمقابل الى اخال المدين بالعقد الذي ابرمه مع الغير، فالعقد الثاني لاحجية له تجاه الدائن^(٤). ولاجل اثبات هذا الحل كان القضاء الفرنسي يستند في حالة عدم حجية

(١) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق ، ص ٧٩.

(٢) د. عبد المنعم البرداوي، مصدر سابق، ص ١٣٦.

(٣) اذ تنص المادة (٢٦٦) من القانون المدني العراقي على انه (متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرار بهم). كما اننا لا نعتبر كل حالات عدم الحجية تعويضاً عينياً لذلك لا نعتبر الدعوى البوليسية تعويضاً عينياً للأسباب الواردة اعلاه مع الانتقادات عليها.

(٤) Aktham El-Kholy, OP, cit, n 216.

التصريف للمواد (١١٦٧ و ١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي ، في ان حق المتصرف اليه حسن النية يكون محميا دائما^(١). وقد اتخذت محكمة النقض الفرنسية موقفا صريحا وحاسما في الاصرار على التعويض العيني، وعلى هذا الاساس قررت هذه المحكمة عدم نفاذ العقد الذي ابرم اخلالا بحق ناشيء عن وعد بالبيع او بالتفضيل او أي عقد اخر^(٢).

وتابعت محكمة النقض الفرنسية سيرها على هذا الاساس، اذ قضت بنقض حكم رفض اجابة المدعي الى طلب التعويض العيني في قضية تناقص وفائعا في: ان شخصا وعد اخر ببيع عقار له اذا اعلن الموعد له عن رغبته في الشراء في خلال مدة معينة وقبل ان تنتهي هذه المدة وقبل ان يفصح الموعد له عن رغبته في قبول الوعد او رفضه قام مالك العقار الذي صدر عنه الوعد برهنه لدى مرتهم سيء النية يعلم بصدور هذا الوعد، ثم اعلن الموعد له عن قبول الوعد الذي وجه اليه، وطالب بشطب الرهن فقضت محكمة الموضوع برفض طلبه وقصرت حقه على (تعويض نقي) من الوعاد الذي اخل بوعده وعند عرض الموضوع على محكمة النقض قررت نقض الحكم وشطب الرهن تعويضا عينياً للمتضارر^(٣). وتجاوب جانب كبير من الفقه مع قضاء محكمة النقض الفرنسية في ان اساس عدم حجية التصرف القانوني بالنسبة للغير يستند الى التعويض العيني لخطأ الشخص الآخر الشريك وفقا لاحكام المسئولية التقصيرية^(٤).

^(١) Ibid, P.227, note 4-8.

^(٢) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسئولية المدنية، المصدر نفسه، ص ٤٩.

^(٣) نقل عن د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف ٤٠٢، ص ٢٨٠.

^(٤) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ٢٨٠ و د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٤٩.
Mazeaud (H et L), T3, OP, cit, n 2303. Demogue, OP, cit, n489.
وانظر في الفقه الفرنسي:-

وإذا جاز القول باحتمال أن يكون التعويض عينياً، أي عدم نفاذ التصرف القانوني وتملك المشتري الأول للمبيع فإن الذي لاشك فيه أن الخيار بين التعويض العيني والنقيدي، هو مجرد رخصة ترك للقاضي بحرية مطلقة. لذلك حاول البعض، ان يتتجنب فكرة التعويض اطلاقاً: على اعتبار ان المسألة لاتتعلق بتعويض المشتري الأول، وإنما بعدم نفاذ البيع الثاني، لأن البائع كان ملزماً بعدم التصرف، وخلفه الخاص وهو المشتري الثاني يتلقى عنه هذا الالتزام^(١).

وهنا يبدو لنا مرة اخرى، ان مثل هذا التخريج ينقصه مواجهة اصل المشكلة، اذ ما زلنا امام تساؤل من دون جواب عن علة عدم نفاذ التصرف. وهكذا تظل المشكلة قائمة لتحديد الوسيلة التي يمكن بها الحكم بعدم نفاذ التصرف القانوني.

ويذهب رأي الى، رد عدم حجية التصرف القانوني في هذه الحالة الى مقتضيات العدالة. فنجد الاستاذ السنهوري يقول: ((ان هذا الحكم تبرره مقتضيات العدالة، فاذا كانت العدالة تقضي بحماية الخلف الاول لحسن نيته، فان العدالة تقضي بحماية الخلف الثاني لحسن نيته ولو كان سلفه سيء النية))^(٢).

وبدورنا نرجح الرأي الذي استند للتعويض العيني للمسؤولية التقصيرية على انه اساس لعدم حجية التصرف القانوني في مواجهة الغير. وذلك لأن هدف فكرة عدم حجية التصرف القانوني هو حماية الغير من اطراف التصرف، اما اخلال الغير بالتصرف القانوني فالهدف منه حماية اطراف التصرف من انتهاك الغير لحرمة حجية التصرف القانوني، هذا من جانب. ومن جانب اخر، فان الجزاء في حالة عدم حجية التصرف بأن يتجاهل الغير لوجود التصرف القانوني وعدم اعترافه بحجية في مواجهته، اما الجزاء في حالة اخلال الغير بحجية التصرف فهو الزامه بالتعويض للطرف المتضرر.

(١) د. جمال زكي، حسن النية في كسب الحقوق في القانون الخاص، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٢، ص ١٧٤.

(٢) د. السنهوري، الوسيط، ج ٢، ف ٥٣٩.

وتختلف حجية التصرف القانوني تبعاً لما اذا كان القانون قد تطلب اشهار هذا التصرف اولاً، وعليه سنتناول هذا الموضوع في فقرتين وعلى الشكل الاتي:-

اولاً:- التعويض العيني بصدق حجية التصرفات الخاضعة للتسجيل:-

لكي نفهم التعويض العيني بصدق التسجيل يجب ان نسترشد بالاثر المترتب على التسجيل^(١)، والغرض من التسجيل: اذ ان القاعدة في موضوع التسجيل هي ان النقضيل عند تزاحم المشتررين يتحدد وفقاً للاسبقية في التسجيل، بغض النظر عن الاسبقية في التعاقد. أي ان المشتري اللاحق يفضل على المشتري السابق اذ بادر قبله بإجراء التسجيل^(٢). وبعبارة اخرى، ان المتصرف اليه الذي يبادر بالتسجيل لا يرتكب خطأ باستفادته من مزية يمنحها القانون، بل لعله جدير بها لانه اكثر حرصاً ونشاطاً ممن سبقه في التعامل على العقار^(٣).

اما الغرض من التسجيل، هو حماية للاغيار ولضمان الثقة في المعاملات العقارية واستقرارها حيث عن طريق هذا النظام يتم اعلان التصرفات التي ترد على العقارات فيتيسر لكل ذي مصلحة العلم بالملكية او بأي حق عيني اخر وبما قد يرد عليها

(١) وهو ليس نفس الاثر في القانونين الفرنسي والمصري والعربي حيث، في القانون الفرنسي ينعقد البيع وتنتقل ملكية العقار فيما بين المتعاقدين ولا ينفذ في مواجهة الغير الا بالتسجيل. اما في القانون المصري فان العقد ينعقد ولكن الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل سواء فيما بين المتعاقدين او في مواجهة الغير. انظر: د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٦٣ و ٦٥. اما في القانون العراقي فان عقد بيع العقار لا ينعقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري. انظر: د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص ٨٤. ولا نروم طرح احكام الاشهر والتسجيل فذلك امر غير منوط بموضوعنا.

(٢) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٦٥.

(٣) نقض فرنسي مشار اليه في المصدر السابق، ص ٦٨.

وبالأشخاص الذي ثبت لهم^(١). او كما يقول الاستاذ "بارتان" ان التسجيل في علاقته بالتصرف ذاته يعد بمثابة "اشعاع ضوئي لا يؤثر على كيان الجسم المضيء"^(٢).

وهنا حاول "Boissionade" ، تمثيل الافضلية للاسبق في التسجيل على انه تعويض عيني، ويرى ان المشتري الاول الذي لم يسجل تملكه يرتكب خطأ تصيري بالسوء عن اعلام الاخرين بانتقال ملكية العقار له وان البائع لم يعد مالكا للعقار، وتتبيههم الى خطورة التعامل مع مثل هذا البائع، وافضل تعويض لهذا الخطأ يكون بحرمانه من حق المطالبة بالعقار وان يفضل عليه المشتري الثاني الذي اسرع الى تسجيل عقده، ولو لم ينص المشرع على التسجيل لكان الحق مع المشتري الاول^(٣).

ولاتطبق قاعدة الاسبقية استثناء، وهذا الاستثناء هو تعويض عيني للمشتري الاول، وذلك في حالتين:-

١- حالة علم المشتري الثاني بالبيع الاول، فأن مجرد العلم يمنع المشتري الثاني من التمسك بأسبقية التسجيل^(٤). وذلك لأن التسجيل لا يهدف سوى حماية من حسنت نيته. اما سوء النية فهو غير جدير بالحماية، لذلك فأن مجرد العلم بسبق التصرف في العقار يكفي لتوافر سوء النية، وبالتالي تجريد التسجيل من اثاره. ويستقىد سوء النية من ان هذا الشخص قد استحدث البائع وعاونه على اتياه فعل غير شريف، وهو اعادة التصرف في عقار سبق له ان تصرف فيه^(٥).

(١) د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص ٨٤.

(٢) انظر د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٦٥. وقد جاءت فيه هذه العبارة المنقوله عن الاستاذ "بارتان".

(٣) Boissonade (G.): Essai d'une explication nouvelle de la theorie de la transcription, Rev. Prat. de droit francais 1870, P.358, n 24.

(٤) Ibid, P.357, n 23.

(٥) انظر : " سافاتيه" ، اشار اليه د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٦٨.

٢- حالة توافق الغير مع البائع بقصد حرمان المشتري الاول الذي لم يسجل^(١). وهذا التوافق وحده هو الغش الذي يفسد التصرف اللاحق، وبالتالي يهدر اثر التسجيل^(٢). وهذا مأيدته قضاء محكمة النقض الفرنسية في ان اهدار اثر التسجيل لا يكون الا بالنسبة للبيع الذي تم بتوافق البائع والمشتري الاخير^(٣).

وقد اتخذت محكمة التمييز موقفا صريحا وحاسما في الاصرار على انكار اثر التوافق. فقضت بعدم نفاذ تصرف المدعى عليه الاول ببيعه للعقار الى المدعى عليه الثاني وذلك لكونه قد باع هذا العقار في اثناء المراقبة التي اقامتها المدعية لتملكها العقار نفسه لسبق شرائها لهذا العقار منه، على الرغم من وجود اشارة عدم التصرف فيه بدعوى التملك^(٤).

ومما يلاحظ على قرار محكمة التمييز هذا انها استندت في حكمها الى المادة (٢٦٤) من القانون المدني العراقي- الخاصة بدعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليسية). وكان على هذه المحكمة ان تستند الى قواعد التعويض في المسؤولية التقصيرية على اساس مسؤولية الغير عن الاعمال بالعقد ومن ثم تقرر بعدم حجية البيع الثاني، على انه تعويض عيني على هذا الاساس.

يتبيّن مما تقدّم انه لا يعتد بسبق التسجيل الا اذا كان المشتري الثاني حسن النية، اما اذا كان سوء النية أي عالما بسبق التصرف في العقار، فانه لا يستطيع الايجاج

(١) محمد عبد سليمان الحراشة، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة بابل، ١٩٩٩م، ص ١٠١.

(٢) Jozie Vedale, OP, cit, P.287.

(٣) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٤) القرار رقم ١٦٣٨/١٦٣٩م/١٩٩٢م في ١٩٩٣/٣/٣. منشور في الموسوعة العدلية، العدد (٧٧)، السنة (٢٠٠٠)، مكتبة شركة التأمين الوطنية، ص ٦.

بالتسجيل حتى ولو لم يكن متواطئاً مع البائع^(١). وخير طريق لاصلاحضرر الواقع على المشتري الاول هو عدم سريان البيع الثاني في مواجهته. وهذه المسألة فيما يبدو لنا ينبغي ان يترك للقضاء تقديرها على وفق ظروف الواقع وملابساته.

ثانياً:- التعويض العيني بصدق حجية التصرفات غير الخاضعة للتسجيل:-

يبدو لنا الى جانب ما تقدم ان السؤال يثار ايضا فيما اذا كان المبيع منقولاً وقد تصرف به البائع للمشتري الثاني بعد ان باعه للمشتري الاول. فهل يستطيع المشتري الاول الاحتجاج بعده تجاه المشتري الثاني؟ ويتجلّى جواب هذا السؤال، في ان من يحوز فعلياً يعد هو المالك حتى وان كان عقده لاحقاً في التاريخ للعقد، لأن ملكية المنقول تنتقل بالتسليم، شريطة ان يكون حائزها حسن النية. أي لا يعلم بالعقد الاول^(٢). ولا يملك المشتري الاول سوى مطالبة البائع بالتعويض فقط.

وعلى العكس اذا كان المشتري الثاني سيء النية فيكون مسؤولاً نحو المشتري الاول بتواطئه مع البائع في مخالفة الالتزام لهذا الاخير بالنسبة للمشتري الاول، ولله حق شخصي في تتبع البائع الاول والثاني من خلال دعوى الغش والافضل دعوى المسؤولية التقصيرية، وهذا الصدام يوصف بتعويض عيني.

اما لماذا اشترط حسن النية؟ فالجواب لان العقد حجة عليه مثلاً هو حجة على الكافية: بيد ان الحيازة الفعلية هي مصدر اكتساب الملكية وليس عقد البيع. اذ يعد البيع

(١) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ١١٦-١١٨. وانظر: كذلك محمد عبد سليمان الحراثة، مصدر سابق، ص ١٠١-١٠٠.

(٢) د. صبري حمد خاطر، الاحتفاظ بالملكية- دراسة تأصيلية في عقد البيع، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن جامعة صدام، المجلد الرابع، العدد الخامس، السنة/تموز ٢٠٠٠م، ص ٩٨.

دليلًا او سندًا للحائز حسن النية، وان للحيازة دور الاعلان الذي يشترط في حجية الحق: وعليه تطبق احكام الحيازة مالم يكن المال ضائعا او مسروقا^(١).

ومقصود بحسن النية هنا، ان يجهل الحائز انه يعتدي على حق الغير، أي انه يعتقد بأنه تلقى المنقول من مالك، شريطة الا يكون هذا الجهل ناشئًا عن خطأ جسيم او ان تكون حيازته قائمة على الغصب والاكراه^(٢).

وان دعوى المشتري الاول ضد المشتري الثاني تكون اذن دعوى الاسترداد والتي يعاد بها المنقول الى المشتري الاول اذا توافر القصد السيء لدى المشتري الثاني. وعليه فأن تصرف البائع باعادة بيع المنقول مرة ثانية لمشتري ثان، يكون هذا التصرف لاحجية له في مواجهة المشتري الاول. بمعنى عدم سريان البيع الثاني بالنسبة للمشتري الاول. وبذلك يجبر الضرر الذي اصاب المشتري الاول باعادة المبيع الى حيازته. وهذا الاصلاح يوصف بالتعويض العيني.

على ضوء كل ما تقدم نتخد الان موقفا من المشكلة الاساسية التي نعالجها، اذ تثار قضية حجية التصرف القانوني في مواجهة الغير. وقد تبين من عرض مسلك الفقه والقضاء ان التعويض العيني يقدم غالبا الحل لهذه المشكلة.

اما فيما يخص الاختيار بين التعويض العيني والنقيدي: فنجد ان التعويض العيني يفترض اثبات مسؤولية الغير عن الاخلاص بالعقد. واما لم توجد هذه المسؤولية فان المتضرر يستطيع ملاحقة البائع بالتعويض.

اما فيما يخص التسجيل في العقارات، فنرى انهما تتعلق بقواعد المسؤولية التقصيرية والتعويض العيني (وفقا للمادة (٢٠٩/٢ مدني عراقي)). فضلا عن ان المسؤولية تؤكد حماية الغير حسن النية.

(١) المصدر السابق والصفحة نفسها.

(٢) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٥٣.

ولكن هل يكفي التعويض العيني لاصلاح الضرر الذي تعرض له الدائن ؟

الواقع ان الحكم بعدم نفاذ العقد قد لا يكفي لاصلاح الضرر الذي يتعرض له الدائن، وذلك لأن الضرر - كما يرى البعض - يتحقق حتى لو كان الدائن يستطيع اجبار مدينه على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا مادام خطأ الغير يحول من دون تنفيذ الالتزام طوعا واختيارا. وذلك على اعتبار ان الدائن لا يستفيد من تنفيذ الالتزام جبرا مثلا لو تم تنفيذه طوعا^(١).

ومن جانب اخر، هناك حالات عديدة يتذرع فيها التنفيذ العيني، كما في حالات الاستحالة الطبيعية او القانونية بخطأ المدين. كما لو التزم المدين بانجاز عمل معين في وقت محدد وفات الوقت من دون الوفاء بهذا الالتزام^(٢)، او كان محل الالتزام القيام بعمل وكانت شخصية المدين محل اعتبار، فلا يمكن اجباره على القيام بهذا العمل^(٣)، او اذا تلقى الغير ملكية الشيء وتصرف به الى شخص حسن النية ومن ثم يتذرع استرداد الشيء^(٤). ففي هذه الحالات ليس امام المتضرر سوى المطالبة بالتعويض النقدي لمعالجة الاموال بالعقد.

المبحث الثالث

التعويض العيني المعنوي

(١) د. صبرى حمد خاطر، الغير عن العقد، المصدر نفسه، ص ٣١٣.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص ١٤.

(٣) المصدر السابق، ص ١٢ ود. حسن علي النون، المبسوط، المصدر نفسه، ف ٤٠٦، ص ٢٨٢.

(٤) طبقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. (م ١١٦٣ من القانون المدني العراقي).

أو إصلاح الضرر الأدبي عليناً

يتميز الضرر الأدبي بأنه لا يصيب المتضرر في ذمته المالية، وإنما في ذمته الأدبية، فلا يترتب عليه خسارة مالية مباشرة، وإنما خسارة أدبية نتيجة المساس بمعنوياته المتعددة، والتي بتنوعها تتعدد صور الضرر وانواعه^(١).

فقد يتحقق الضرر الأدبي استقلالاً نتيجة الاعتداء المباشر على معنويات الأفراد كالقذف والسب والتشهير والاهانة وإيذاء السمعة العامة، وكذلك المساس بالعاطفة والشعور لدى الإنسان. وهذا النوع من الضرر يمس الجانب الاجتماعي للذمة الأدبية^(٢).

كما يتحقق الضرر الأدبي في الاعتداء على الحقوق الشخصية اللصيقة بشخص الإنسان، التي تتميز بقيمتها الأدبية غير المالية كالضرر الذي يلحق بالاسم أو اللقب أو البيئة أو الاسم التجاري. وهذه حقوق معترف بها للشخصية القانونية^(٣) (٤).

ولأن الضرر الأدبي يصيب معنويات الإنسان وقيمتها غير المالية، فيصعب تقدير التعويض المقابل له، إذ تستعصي نتائجه واثاره على التقدير المالي، ويتعذر تقييمها بالنقد^(٥). إلا أنه يكون مناقضاً للمنطق، ومخالفاً للضرورات الاجتماعية، إن تعجز المسؤولية المدنية عن حماية القيم الأدبية غير المالية، على الرغم من أنها في الغالب هي الأكثر أهمية، والأكثر حاجة للرعاية والحماية لدى الإنسان. هذا بالإضافة إلى أن الفعل الخطأ، غير المشروع، الذي أحدث هذا الضرر، بالاعتداء على شخصية

(١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، التقدير القضائي للتعويض، المصدر نفسه، ص ١٣٩.

(٢) محمد صبري الجندي، في ضمان الضرر المعنوي الناتج عن الفعل الضار، المصدر نفسه، ص ٥٦.

(٣) المصدر السابق، الصفحة نفسها.

(٤) أما الجروح التي تصيب الجسم والالم الذي ينجم عنها ومايعقب ذلك من التشويه في الجسم او الاعضاء فانها تؤلف ضرراً مادياً وادبياً في الوقت ذاته. وقد سبق الاشارة إليها في كيفية التعويض العيني عن هذه الاضرار الجسدية والجمالية. انظر مطلب التعويض العيني والضرر الجسدي، الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة.

(٥) انظر: "اسمان" اشار اليه د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ١٤٠.

الانسان وقيمةه الادبية، يمثل ولاشك اعتداءً صارخاً على روح القانون والشعور به لدى المتضرر ولدى الغير^(١).

لذلك احتل الضرر الادبي مكاناً خاصاً في نظرية المسؤولية المدنية، واختلف الفقه في اساس تعويضه بين ترضية المتضرر وفكرة عقوبة او ردع المسؤول.

هذا الخلاف يحمل غالباً على الحكم بالتعويض النقي عن الضرر الادبي، الا اننا نجد هنا صدأ للتعويض غير النقي وخاصة التعويض العيني في هذا المجال.

واثير التساؤل عما اذا كان من قبيل التعويض العيني، القضاء بنشر الحكم او اذاعته على امواج الاثير على نفقات المسؤول، في دعوى الضرر الذي يمس الجانب الاجتماعي للنسمة الادبية وفي دعوى المنافسة غير المشروعة ؟ وكانت هذه المسألة محل اهتمام الفقه الذي افرز بشأنها اراء مختلفة. وعلى الشكل الاتي:-

ذهب الرأي الاول الى اعداد القضاء بنشر الحكم في هذه الدعوى على نفقة المدعي عليه، تعويضاً غير نقي عن الضرر الادبي الذي اصاب المدعي. بل يعذّب الحكم بالمصروفات على المدعي عليه تعويضاً كافياً عن الضرر الادبي الذي اصاب المدعي وهو تعويض غير نقي لان الملحوظ فيه هو المعنى الذي يتضمنه^(٢).

(١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٢) تبني هذا الرأي : مجموعة الاعمال التحضيرية لقانون المدني المصري، ج ٢، ص ٣٩٧. الاستاذ السنهوري، الوسيط، ج ١، ف ٦٤٤. د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ص ٥٠٦. د. انور السلطان، الموجز في مصادر الالتزام، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٠، ص ٣٨٠. د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر نفسه، ف ٤١٤، ص ٢٨٦. الاستاذ عبد الباقى البكري، احكام الالتزام، المصدر نفسه، ص ١٣٦. د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٢. حسن عكوش، المسؤولية العقدية والنقصيرية في القانون المدني الجديد، ط ٢، دار الفكر الحديث، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٢٠٥. د. ادوار غالى الدهبى،

ولايり البعض في اعلن الحكم سوى تعويضا نقديا، وذلك لأن الحكم الزم المسؤول بدفع نفقات الاعلان، بمعنى ان الاعلان لا يمتلك سوى صفة متممة اذ ان التعويض الحقيقي الذي يتضمنه الحكم هو الحكم المالي بالزام المدعى عليه بالنفقات^(١).

واتجه رأي اخر الى اعتبار هذا الامر تعويضا عينيا ناقصا لانه لا يتضمن مفهوم التعويض العيني كاملا. اذ لا يوجد ما يدل على ان الذين سمعوا بواقعة القذف او علموا بالمنافسة غير المشروعة جميعهم، قد علموا بالحكم الذي امر بنشره. لذا فانه ليس من شأن هذا النشر او الاعلان ان يمحو الضرر بازالة الكذب الذي نسب الى المتضرر^(٢).

في حين ذهب رأي اخر الى اعتبار الامر بنشر الحكم او اذاعته تعويض عيني. يقصد به محو الضرر الذي نجم عن القذف او اذاء السمعة العامة، باحاطة الناس علما بكذب مانسب الى المتضرر، وازالة الضرر الذي نجم عن الفعل الضار^(٣). وفي هذا

٥٩. اختصاص القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى المدنية، ط١، مطبعة المعرفة، القاهرة، ١٩٦٤، ص٥٩.
١٢٦. محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والادبي والمورث، المصدر نفسه، ص١٢٦.

(١) وذلك لأنكار صفة التعويض العيني على نشر الحكم. انظر في هذا المعنى:-

Lucienne Ripert, these precitee, n 31 et 54.

(٢) تبني هذا الرأي:- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، المصدر نفسه، ص٥٠-١٥. وكذلك انظر اتجاه القضاء المصري اذ قضى ((باعتبار نشر الحكم في الجرائد بمثابة تعويض عيني لجزء من الضرر الادبي الذي لحق طالب التعويض من اثر وقائع القذف والبلاغ الكاذب)). اشار اليه، د. ادوار غالى الذهبي، مصدر سابق، ص٦٠. وانظر الاتجاه نفسه لمحكمة الاستئناف بمصر والذي اشار اليه، حسن عكوش، مصدر سابق، ص٢٠٥ و٢٠٦. وانظر في المعنى نفسه بالفرنسية:-

Aktham El-Kholy, these precitee, n 229.

(٣) د. سليمان مرقس، الوافي، المصدر نفسه، ص٥٢٨. د. عبد المنعم البدراوي، مصدر سابق، ص٦٦.
نجيب شقر، المسؤولية، ج١، ط١، مطبعة المعرفة بمصر، ١٩٠٤، ص٥٨٣. د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي- المصدر نفسه، ص٣٨٥. ابراهيم محمد شريف، مصدر سابق، ص٢٢٨. محمد صبرى الجندى، مصدر سابق، ص٥٦٦. وانظر في المعنى نفسه في الفقه الفرنسي:-
Mazeaud (H et L), OP, cit,t3, n2319. Demogue, OP, cit, n490. Planiol et Ripert, OP, cit, t6, n 680. Colin et Capitant, OP, cit, t2, n 332.

السياق قضت محكمة استئناف مصر الاهلية في قرار جاء فيه (... ، كما ان نشر الحكم في احدى الجرائد فيه الكفاية لتعويض الضرر الادبي من أي تعويض مالي اخر) .

ونرجح بدورنا هذا الرأي وذلك لأن، التعويض العيني يكون الافضل فيما يخص الاضرار التي تمس الجانب الاجتماعي وخاصة اذا رافق هذا الحكم الامر بنشر الحكم. ويمكن ان لانعده تعويضا عينيا ناقصا ولاتعويضا غير نقيدي، اذا اجزنا بنشر الحكم في الصحيفة نفسها التي اعلنت المقالة القذفية او نشر حكم ادانة واقعة القذف في صحف اقليمية او ذات انتشار اكبر بحسب انتشار الضرر الادبي. ولا نرى فيه تعويضا نقيديا، لأن المقصود تعويض عيني بفضل تعيين او تخصيص الحكم الذي رد اعتبار المتضرر، كما وان هناك قرارات تكتفي بترخيص النشر او الاعلان او ببساطة حكم ادانة بتعويض رمزي، كما قد يكون التعويض الرمزي اقل من ثمن الاعلان وهذا يعني ان حكم الادانة هو الاساس وليس الاعلان. واخيرا، يعد نشر الحكم او الاعلان عنه بمثابة طريقة لانذار وتخويف الاخرين بهدف تحويلهم عن ارتكاب فعل مشابه، كما وان الاعلان سيسعى الى ا يصل الحكم الى علم الاشخاص الذين لا يعلمون بالخطأ وعندئذ يجد المسؤول نفسه موضع لوم من خلال اذاعة الفعل.

اما نشر الحكم في الصحف في حالة الاعتداء على الحقوق الشخصية للصيغة بشخص الانسان، مثل: انتهاك لقب شخص او علامته التجارية. فان هذا الحكم يُعد تعويضا عينيا. فمن شأن هذا الحكم ان يمحو الضرر وذلك بازالة متعلق بأذهان الناس من التباس^(٢).

(١) رقم القرار (٦٢) محكمة استئناف مصر الاهلية في ٢٦/١١/١٩٣١ . اشار اليه : عبد المعين لطفي

جامعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص ٢٢٣ .

(٢) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٢ .

ويلاحظ ان الحكم بالمسؤولية عن الفعل الخاطئ في القرار وبخاصة اذا كان مصحوبا بالاعلان يزود المتضرر بترضية ادبية لمجرد احساسه بأنه أنصف^(١). كما وانه في بعض القضايا، يكتفي في التعويض الادبي لمجرد صدور الحكم في صالح المتضرر يرد اليه احيانا اعتباره، ويكتفي القضاء بهذا الحكم في حالة قلة جسامته الخطأ، وهذا ما يميزه الميزة الطفيفة للضرر. مثال ذلك: في حالة تتحي موظف ما عن وظيفته وحرمانه من ترقيات كانت محتملة مدة الفصل. ولأنه تعويضا في هذه الحالة وانما مبادرة شخصية من القاضي لتبسيط الفعل (حيث الضرر قليل). وهذا مانجده في حيثيات الحكم خصوصا اذا لم يكن الضرر ماس بشخصية المتضرر او بالمسعة التجارية او الثقة المالية التي كان يحرص عليها^(٢).

اما عن الحكم بتعويض رمزي فهو حكم المسؤولية الوحيد بالنفقات^(٣)، وذلك عندما يكون جزاء القذف الذي اضر بالحق من دون ان يسبب ضررا ماديا - مثال ذلك: النقد الموجه للنقابة، والاضرار بالحرية الانتخابية من خلال تمزيق اوراق الناخبين، وملحقة النقابة للمدير الذي خالف القوانين التي تنظم استمرارية العمل، وكذلك الاضرار بالاسم التجاري من دون ان يسبب ضرر مادي^(٤).

ويرفض البعض فكرة التعويض الرمزي، على اعتبار ان الحكم بمثل هذا التعويض يعني الرفض الكامل للحكم بالتعويض عن الضرر الادبي، وبعبارة اخرى يعني ان الضرر الذي تحمله المتضرر يكون غير معرض عنه، ومن جهة المحكمة امتناع القاضي عن الحكم به^(٥).

(١) د. سعاد الشرقاوي، قضاء الالغاء وقضاء التعويض، المصدر نفسه، ص ٣٠٧.

(٢) المصدر السابق، ص ٣٠٧. وانظر كذلك د. سليمان محمد الطماوي، القانون الاداري، المصدر نفسه، ص ٤٩٥.

(٣) د. سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٣٠٧.

(٤) Demogue, OP, cit, n 146.

(٥) Lucienne Ripert, these precitee, n 30 et 154.

ونعتقد، ان الحكم بالتعويض الرمزي، يعدّ تعويضاً شرط ان يكون رمزاً فعلاً وذلك عندما يفسر الاعتراف بالحق المنهك من العدالة، هذا من جانب. ومن جانب اخر، ان الحكم بالتعويض الرمزي كونها عقوبة للقذف او النقد السيء يدل على رفض القضاء لفعل المسؤول. وكذلك الحال بالنسبة للاحقة المدير من النقابة لانتهاكه قوانين ممارسة المهنة اذ انها تؤكد المصلحة الاخلاقية للنقابة في ملاحقة المخالفه. وعليه فأنه في هذا المجال عند الحكم بالتعويض الرمزي فأنه لا يعني امتاع القاضي عن الحكم او انه لا يوجد تعويض عن الضرر الادبي^(١). كما ان طلب المتضرر للحكم بالتعويض الرمزي يكون محتملاً لان المتضرر يرى فيه الترضية الكاملة واثباته لعدم مبالاته بالضرر، هذا من جهة. ومن جهة اخرى، اذا سمحنا بالتعويض الرمزي فأن ذلك يعني منح القاضي السلطة للحكم به عندما يطلب المتضرر تعويضاً كبيراً. وعليه نرى ان التعويض الرمزي الذي رد الاعتبار للمتضرر او ازال الضرر الادبي غير الجسيم تعويض ادبي عيني. على الرغم من انه حكم بمجرد مبدأ التعويض الا ان ذلك يقصد به اساساً اثبات حق المتضرر في مواجهة المسؤول وتأكيد صفة الاعتداء على م الواقع من افعال.

بيد ان الضرر الادبي يكون نتيجة لضرر سابق، ضرر مادي او ضرر جسدي. بمعنى ان الضرر الادبي يكون ممزوجاً بالضرر المادي. وعندما لا يمس القاضي حق المتضرر هنا، يلجأ الى الترضية الادبية بتعويض نقيٍ أي يبدل طريقة التعويض عن طريق نشر الحكم بأخر. كما ان قرار الحكم بالمسؤولية عن الفعل يتوجه الى رأي الجمهور في سمعة المتضرر فقط ولكنه عاجز عن تعويض المعاناة الداخلية للمتضرر. لذلك ذهب رأي الى انه، يتعدى التعويض العيني عن الضرر الادبي والتعويض النقي.

^(١) قارن، د. ابراهيم الدسوقي ابوالليل، مصدر سابق، ص ١٤٣.

فقط يستطيع ان يلعب دور الترضية نسبة الى الحزن الشخصي للمتضمر^(١). بعبارة اخرى ان طبيعة الضرر الادبي تستعصي على التعويض العيني الذي يؤدي الى اعادة الحال الى ما كانت عليه او ازالة الضرر^(٢).

وقد تعرضت الطريقة السابقة لتعويض الضرر الادبي بالنقد، للانتقاد وذلك لاسباب الآتية:-

١- ان فكرة الترضية المالية، التي يقوم عليها تعويض الضرر الادبي، تبعد كلية عن فكرة التعويض، ولا تهتم بمساعدة المتضرر على التغلب على حزنه، ولذلك فهي بقدر ما تبتعد عن فكرة التعويض، تقترب من فكرة العقوبة، اذ لا تهدف الى جبر الضرر، وانما الى كظم الغيظ ولهب المصاب، وتخليصه من شعوره بالحقد والكراء، وال الحاجة الى الانتقام، بصفة خاصة عندما ينسب الى المسؤول خطأ جسيم، او عندما تكون عواقب الحادث على قدر كبير من الالهامية^(٣).

تماشيا مع النقد السابق فقد رأى البعض ان تعويض الضرر الادبي ليس في حقيقته سوى عقوبة خاصة تجاري الاخلاقي بواجب ادبي، لذلك فلا تكون له صفة تعويضية، وانما صفة ردعية او زجرية^(٤).

٢- ان الضرر الادبي ليس من طبيعة مالية، وطلب تعويضه ماليا يبدو مجافيا للمنطق، اذ ان دور التعويض الاساس هو جبر الضرر وازالته، والحصول على مال

(١) د. حسن الخطيب، تعويض الاضرار المحدثة، المصدر نفسه، ص ٣٨. همزة خسرو عثمان، مصدر سابق، ص ٧٥.

(٢) د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتدى وتعويضه في المسؤولية التقصيرية ، المصدر نفسه، ص ١٥٦. وانظر، زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج ٣، ط ٢، دار الثقافة، بيروت، من دون سنة طبع، ص ١٩.

(٣) راجع في عرض هذا النقد. روجيه بيرو، دراسة في فكرة التعويض، اشار اليه، د. ابراهيم الدسوقي ابوالليل، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٤) Ripert (G): Laregle morale, OP, cit, n 181.

ليس من شأنه ازالة الضرر الادبي ولا جبره، فهو من طبيعة مختلفة عنه. فطلب احلال المال محل الالم مثلا هو مبادلة في غير مطحها لتبين العناصر الداخلة فيها واختلاف قيمتها، والاصل ان التعويض يكون اعدل ما يكون عندما يكون من جنس محدث من ضرر^(١).

٣- ان طلب مبادلة الضرر الادبي بالنقود، امر لا يخلو من اسفاف، فطلب التعويض بالنقود من جراء الالم، هو شخص يتاجر بدموعه- كما يقال^(٢).

٤- كيف يمكن للقاضي ان يقدر الضرر الادبي، وان يحاول تحقيق العدالة في التقدير ؟ اذ هو ان اجزل التقدير يشجع المتاجرة بألم النفس، ويتقل على مرتكب الفعل الضار ويزيد في قيمة التعويض، وهو ان خف التعويض يستخف بمشاعر الناس وعواطفهم ويبخسها حقها^(٣).

٥- يلاحظ، اختلاف المال عن ألم النفس من حيث طبيعة كل منهما، فان الحصول على المال يبدو اثراء من دون سبب^(٤).

هذه الاعتراضات الجادة كانت السبب في تردد الفقه في قبول التعويض عن الضرر الادبي. بيد ان هذا النقد لا يغير من حقيقة ثابتة، وهي ان النقود يمكن ان تسدي العون للمتضرر في ازالة ما الم به من حزن والالم وحسرة وغير ذلك من ضروب الضرر الادبي، وذلك عن طريق تقديم نوع من الترفية بإعفائنه من بعض حاجياته المادية، وتوفير الامكانيات المتعددة لخلصه من التفكير الكئيب الذي يتملكه^(٥). واحيراً، المال

^(١) Mazeaud (H et L) et Tunc, Traite theorique et pratique de la responsabilite civil, T1, 6 ed, Paris, 1965, n 310,P .404.

^(٢) د. عبد المنعم فرج الصدفه، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٨، ف ٤٦٩ ص ٥٩٠.

^(٣) Viney, OP, cit, P.327.

^(٤) د. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج ٢، ط ٢، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٩، ف ٦٣٥ ص ٣١.

^(٥) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق ، ص ١٤١ و ١٤٢.

ووهد هو الذي يرضي المتضرر، وهذا لا يعني اننا اعطيينا للمتضرر ثمن شرفه او سمعته وانما اعطيينا المال لمواساته بدلا من ان يتحمل ووهد اثار الضرر جميعه^(١).

وفي محاولة للرجوع عن امكان التعويض النقدي، ذهب رأي اخر الى ان التعويض الممكن الوحيد عن الضرر الادبي هو التعويض العيني^(٢). بدورنا نرجح هذا الرأي وذلك للاسباب الآتية:-

١- ان المتضرر من ضرر يمس الجانب الاجتماعي، لا يبحث عن صك النقود للاصابة التي تکدها. وذا تعلق الامر بحماية سمعة المتضرر فانه سوف يرضي بصدور حكم يثبت خطأ المسؤول^(٣).

٢- هذا التمييز بين الالم عن المعاناة الداخلية لتعويضها بمبلغ من النقود والضرر الاجتماعي القابل للتعويض بالترضية الادبية يكون مصطنعا. وذلك لانه في كثير من الاحيان لا يعاني المتضرر في الداخل لا لأنه يرى نفسه قليل الاعتبار في عيون الآخرين. بل لانه يعاني من تشويه سمعته ظلماً امام المجتمع، وان رد اعتباره من خلل تعويض معنوي (ترضية ادبية) يمحو الرأي السيء للمجتمع ويذهب حزنه الداخلي. كما ويعوض المتضرر عن الفعل الذي يبيمه معرضا او محلا للشك من الآخرين، بوساطة قرار القاضي الصريح الذي اعلنه في الصحف^(٤).

^(١) Lucienne Ripert, these precitee, n 27 et 28.

^(٢) انظر رأي روبيه دي روبيه، اشار اليه، Viney, OP, cit, P.311 et 312.

^(٣) وفي ذلك يقول الاستاذ عبد المجيد الحكيم، (قد يكتفي من تعرض لضرر بسمعته او مركزه الاجتماعي من جراء مقال لصحفي افتراء، بنشر الحكم الذي يدين الصحفي في الصحف، على انه تعويض ادبي. ولا يطلب مبلغا من المال تعويضا عن الضرر الذي اصابه نتيجة نشر المقال). مصادر الالتزام، ط ٢، ١٩٦٣، ف ٥٥٧، ص ٤٧٨. وكذلك بالمعنى نفسه وللاستاذ نفسه، مصادر الالتزام، ط ٣، ١٩٦٩، ف ٩٠٤، ص ٨٥٩.

^(٤) اذ قضت محكمة الاستئناف المصرية (اذا تبين ان نشر الحكم في احدى الجرائد فيه تعويض كاف للضرر الادبي نظرا لعدم سهولة تقويمه ولانه لا يصح ان يكون اساسا للاتجار بالمال فلا محل للحكم بتعويض مالي اخر). اشار اليه:- حسن عکوش، مصدر سابق ، ص ٢٠٦.

٣- واذا سمح لنا بالقول بأنه لايمكن التصرف بالنسبة للضرر الادبي الا بترضية المتضرر، فاننا نعتقد ان الترضية الادبية (المعنوية) التي تؤكد التعويض العيني تكون اولى كثيرا من الحكم بالتعويض النقيدي على انها نوع من التسلية للمتضرر. اذ ان تسلية المتضرر ذات اهمية قليلة للمجتمع من رد الاعتبار لاعضائه ومن تتأثر سمعتهم بالضرر. وبهذا الصدد يقول ايكوني "Hugueney" على سبيل التهكم: (ان التسلية قد تعني اعطاء الى ملاردير مدقوق في حقه ثمن رحلة حول العالم، على انها تعويض لتسلية الالم الذي اصابه من واقعة القذف. ومن جهة اخرى الحكم لرجل مسكون ثمن قذح من الشراب ليقضي به على حزنه عن واقعة القذف نفسها)^(١). اذ ان قيمة الشرف تكون بالنسبة لكل الاشخاص الشرفاء نفسها، هذا من جانب، ومن جانب اخر ان التعويض العيني لايهمل الجانب النفسي للعقوبة. بمعنى ان الترضية الادبية، هي التي يتطلع لها كل شخص اذ تكون روحه محررة وللرغبة في تقدير حزنه ونيل ثأره من الشخص المسؤول.

كما وان التعويض العيني - وبخاصة اذا كان الامر بنشر الحكم- لا يتضمن اية زيادة للتعويض المفروض على المسؤول ولايمثل اثراء للمتضرر.

ومما تجدر الاشارة اليه، انه اذا لم يكن من شأن نشر الحكم في الصحف ان يعرض الضرر بحال من الاحوال كما في حالة الالام الجسمية او حالة موت المريض الناشئ عن خطأ الطبيب في التخخيص او في اجراء العملية الجراحية، فلا بد عندئذ من التعويض النقيدي^(٢).

ومن امثلة التعويض العيني الادبي لنشر الحكم:-

^(١) Hugueney L.: L'idee de peine privee en droit contemporain, these, Dijon, 1904, P.722.

^(٢) د. سعدون العامري، مصدر سابق ، ص ١٥٢ . د. ادوار غالى الذهبي، مصدر سابق ، ص ٦٠ . كما وقضت محكمة الاسكندرية بأنه لايجوز نشر الحكم في حالة وفاة احد المرضى بسبب خطأ الطبيب في تشخيص المرض. اشار اليه، د. ادوار غالى الذهبي، مصدر سابق، ص ٦٠ .

قضى في فرنسا على متهم سافر في قطار السكة الحديد من دون تذكرة، بأن ينشر الحكم في بعض المحطات^(١)، وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن المتهم الذي رفعت عليه الدعوى الجنائية بطريق الادعاء المباشر يجوز له طلب نشر الحكم الصادر ببراءته عن التهمة المنسوبة اليه، وذلك على انها تعويض له عن رفع الدعوى عليه^(٢). وقضت محكمة الاسكندرية في مصر بنشر الحكم الصادر في دعوى التعويض عن بلاغ كاذب او قذف بالتصريح لمن اصابه الضرر، على نفقة المحكوم عليه باعتبار ان هذا النشر بمثابة تعويض عيني لجزء من الضرر الادبي الذي لحق طالب التعويض من اثر اذاعة وقائع القذف والبلاغ الكاذب^(٣). وكذلك الحكم بنشر الحكم في صحيفة واحدة او اكثر او الصاقه على الجدران بشأن الجرائم التي ترتكب بوساطة الصحف^(٤).

وعليه اننا ندعو القاضي للحكم بتعويض عيني في كل مرة يكفي فيها هذا التعويض لاعادة اصلاح الضرر الادبي. وذلك كي تقضي المحاكم على روح الكسب المالي تحت لون الترضية المزعومة. وبخاصة اذا كان الضرر غير جسيم فانه يفضل الاكتفاء فقط بمبدأ الحكم باثبات حق المتضرر. وعلى الرغم من ان هذا الاخير لايلائم رغبة المتضرر، ولكنه يكون اكثرا ملائمة لطبيعة الضرر من المكافأة بمبلغ من النقود. بعبارة اخرى ان المتضرر يرى في الحكم الذي رتب على خصمته المسئولية الوسيلة المناسبة للتعويض عليه معنويا. ومن امثلة التعويض العيني الادبي الذي من شأنه ان يزيل

(١) ولا يجوز الحكم بنشر الا بناء على طلب المتضرر، مع ملاحظة ان هذا الطلب يخضع لتقدير المحكمة. القرار مشار اليه:- د. ادور غالى الذهبي، مصدر سابق، ص ٥٩.

(٢) ولا تمتلك المحكمة تحديد الجرائم التي ينشر فيها الحكم، وانما تترك ذلك لاختيار المجنى عليه. القرار مشار اليه في المصدر السابق، الصفحة نفسها.

(٣) قرار محكمة الاسكندرية في ١٤/١/١٩٣٠، مشار اليه في المصدر السابق، ص ٦٠.

(٤) المصدر السابق، ص ٦٠.

الضرر الادبي:- الحكم بتزوير اعلان يحتوي على معلومات كاذبة او مزيفة تتعلق بسمعة شخص^(١).

وعموما اذا كان المشرع العراقي في المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي قد نص بالتعويض عن الضرر الادبي من دون ان يحدد طريقة التعويض. فان ذلك يعني بامكاننا الاستدلال بالمادة (٢/٢٠٩) للحكم بالتعويض العيني ترضية للمتضرر عن الضرر الادبي اذ نصت المادة الاخيرة على ان (...يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناء على طلب المتضرر ان تأمر باعادة الحال الى ما كانت عليه...) ولما كان النص المذكور جاء بشكل مطلق ولم يقيد المشرع بنوع الضرر، فان الضرر الادبي فضلاً عن الاضرار الاخرى يكون مشمولاً به، انتلاقاً من القاعدة العامة، المطلق يجري على اطلاقه ما لم يحدده نص.

وتبرز عادة صورة التعويض العيني المعنوي عند التعسف باستعمال الحق او لدى الاخالل بواجب عدم الاضرار بالغير، كما في حالة الحكم باتفاق العالمة التجارية المزيفة^(٢). وايضا لدى صدور قرار قضائي بازالة التشویه من المصنف او بنشر المصنف مرة ثانية بعد حذف التشویه عنه او إعادة ما اقتطع منه، فاذا قام شخص بتأليف قصة وارسلها الى احدى المجلات، وقامت هذه بنشرها بصورة مشوهة جاز للمحكمة ان تأمر صاحب المجلة او الجريدة بنشرها في صورتها الاصلية قبل التشویه^(٣). واذا كان المصنف مسجلاً على اشرطة تسجيل تحقق التعويض العيني عن طريق محو ماورد فيه واعادة تسجيجه بصورة مطابقة للاصل. وكذلك الحكم باعادة

(١) د. مقدم السعيد، مصدر سابق، ص ٢٨٨.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدّه، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ص ٦٢٥.

(٣) د. سهيل حسين الفتلاوي، حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي، المصدر نفسه، ص ٣١٣.

تداول المصنف بين الجماهير بعد ان قام شخص بسحبه من التداول من دون موافقة المؤلف^(١).

ويلاحظ انه لاشك ان افضل الوسائل بالنسبة لحماية حق المؤلف هو قيام المدعى عليه بالتعويض العيني، من اجل اصلاح الضرر. وفي هذا السياق نشير ايضا:- الى انه اذا قام الناشر بحذف فقرات معينة من المصنف او نشره من دون الاشارة الى اسم المؤلف، او غير الموعد المتفق عليه، فيمكن للمحكمة في هذه الحالة، ان تلزمه بوضع الفقرات المحذوفة حتى يعود المصنف الى حاليه الاصليه، وان يضع اسم المؤلف على مصنفه، كونه دليلا على ابنته له، ويمكن للمحكمة في الحالة الاخيره، ان تحكم على الناشر بسحب المصنف من التداول حتى الموعد المحدد للنشر. او الزامه بنشر المصنف في الحال اذا كان قد تلکأ في اظهاره، بهدف تقوية فرصة عرضه في اللحظة المناسبة التي اختارها المؤلف^(٢).

وإذا كان الاعتداء على حق المؤلف قد اساء الى سمعته بين المواطنين، فان التعويض العيني يكون عن طريق نشر قرار الحكم في جريدة او مجلة او اكثر على نفقة المسؤول^(٣). وقد نصت على ذلك المادة (٤٧) من قانون حماية المؤلف^(٤) بقولها على انه ((يجوز للمحكمة في كل الحالات بناء على طلب الطرف الآخر الذي لحق به الضرر ان تأمر بنشر الحكم بأسبابه او بدونها في جريدة او مجلة او اكثر على نفقة المسؤول)).

ولكن قد يكون اصلاح الخطأ مستحيلاً، وذلك في حالة قيام المدعى عليه باعتداء خطير، جعل من الصعب على المحكمة ان تعيد المصنف الى حاليه الاولى، وهنا يمكن

(١) المصدر السابق والصفحة نفسها.

(٢) د. عبد الرحيم مامون شديد، الحق الادبي للمؤلف، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٤٦٥.

(٣) د. سهيل حسين الفتلاوي، مصدر سابق، ص ٣١٣.

(٤) قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

للقضاء الحكم بتدمير المصنف المعيب حتى يتخلص من ارتباط اسمه بمصنف مشوه، لا يعبر عن افكاره في شيء^(١).

وقد طبقت محكمة باريس مبدأ التعويض العيني، حينما رفضت طلب الرسام بارجاع الثلاجة التي رسم على الوالحها صورا ولوحات زيتية، عندما قام المالك بتعسف في استعمال حق الملكية، بفصل هذه اللوحات كي يبيعها منفردة. ولكن المحكمة الزمت المالك بوضع المصنف في حالة متكاملة اذا اراد بيعه، بحيث تعرض الثلاجة بكاملها وعليها اللوحات جميعا^(٢).

كما والزمنت محكمة باريس المدعى عليه باحترام أبوبة المؤلف، عندما قام بنشر صورة فوتوغرافية لعمارة من دون الاشارة الى اسم المهندس المعماري الذي صممها، ورفضت المحكمة ما ادعاه الدفاع من ان هذا العمل يمثل امرا عاديا^(٣).

وقد ذهبت احدى المحاكم اللبنانية في قضية حكم فيها على المدعى عليه بالتعويض العيني في صورة ازالة التشويه وباعادة نشر القصة كما وردت في الاصل مع غرامة تهديدية قدرها عشرون ليرة لبنانية عن كل يوم تأخير منذ انذارها بذلك^(٤).

كما وللمحكمة ان تأمر باتفاق النسخ او الصور التي نشرت بوجه غير مشروع والمواد التي استعملت في النشر، بشرط الا تكون صالحة لعمل اخر، والمحكمة بذلك تقوم بتعويض عيني من اجل تعويض المؤلف المتضرر. ويجوز للمحكمة ان تأمر بتغيير معالم الصور او النسخ او المواد، وجعلها غير صالحة للعمل، وما تأمر به المحكمة جميعه يكون على نفقة المسؤول. وذلك وفقا للمادة (٤٧) من قانون حماية حق المؤلف.

(١) د. عبد الرحيم مأمون شديد، مصدر سابق، ص ٤٦٦.

(٢) انظر المصدر السابق، ص ٤٦٧.

(٣) المصدر السابق، ص ٤٦٧.

(٤) د. سهيل حسين الفتلاوي، مصدر سابق، ص ٢١٢.

كما وحدد المشرع العراقي في المادة (٤٧) من قانون حماية حق المؤلف، الحالات التي يمكن فيها الحكم بالتعويض النقدي بدلاً من التعويض العيني، وهما حالتان، راعى فيها المشرع العراقي ضرورة التوفيق بين اعتبارات المصلحة العامة ومصلحة المؤلف. لذلك كان لابد في بعض الحالات من الاحتفاظ بالمصنف مع الاكتفاء بدفع مبلغ من النقود تعويضاً للمؤلف، عما أصابه من اضرار: فقد يكون المصنف محل الاعتداء رسوم لمهندس معماري، أقيم على أساسها مبني ضخم كلف مبالغ باهضة. أو قد تكون المدة الباقية لانقضاء حق المؤلف تقل عن سنتين، فلا يوجد أي مبرر على الاطلاق للحكم بتدمير المصنف^(١). وإذا كان الاعتداء على حق المؤلف قد اساء الى سمعته بين المواطنين، فان التعويض العيني يكون عن طريق نشر قرار الحكم في جريدة او مجلة او اكثر على نفقة الطرف المسؤول (٤٧م) من قانون حماية حق المؤلف.

كما ان المشرع العراقي عالج في المادة (٤٦) من قانون براءة الاختراع والنمذج الصناعية^٢. مسألة حماية حقوق المخترعين والمؤلفين فقد نصت هذه المادة:- ((المحكمة ان تقرر في اية دعوى مدنية او جنائية مصادرة الاشياء المحجوزة او التي تحجز فيما بعد لاسترداد ثمنها من الغرامات او التعويضات او للتصريف فيها باية طريقة اخرى تراها المحكمة مناسبة كما لها ان تأمر باتلافها عند الاقتضاء ولها ان تأمر باتخاذ الاجراءات المناسبة وللمحكمة نشر الحكم في نشرة اخبارية وفي صحيفة واحدة او اكثر على نفقة المحكوم عليه)).

وخلاله القول: ان الضرر المعنوي ينبع من حفظ حالة مادية معينة للاشياء عند الاعتداء على حق المؤلف. لذلك فان التعويض العيني يكون بالحكم بتغيير او الغاء هذه الحالة، لاصلاح الضرر.

^(١) قارن د. عبد الرحيم مأمون شديد، مصدر سابق، ص ٤٧٣.

^(٢) قانون براءة الاختراع والنمذج الصناعية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل.

وانه يشمل الضرر الماضي اذا كان هذا الحكم مرافقا للامر بنشره واعلانه. وكما هو الحال في الضرر المادي، فان اصلاح الضرر يمكن ان يكون كليا او جزئيا وذلك بحسب حالة مصدر الضرر. مثال ذلك قد يرفض الحكم بحجز ولغاء الرواية القذفية اذا كان بالامكان تنظيم التغيير على ان الاشخاص المشار اليهم لا يكونوا معروفين بسهولة. كما وانه ليس هناك ما يمنع قانوننا من جمع طرفيين للتعويض، فالكاتب الذي شوهدت قصته في اثناء نشرها في مجلة ما، له الحق بالتعويض العيني عن طريق الحكم بنشرها مجددا من دون تشويه او تحريف، فضلا عن التعويض النقدي عن المدة بين حدوث الضرر وبين اعادة النشر مجددا بالصورة الصحيحة^(١).

الخاتمة

لا نروم في نهاية المطاف العودة الى تكرار النتائج والمقترنات جميعها التي انطوت عليها تفاصيل هذه الرسالة ، وإنما الغاية هي أن نركز في هذه الخاتمة ابرز ما توصلنا إليه وما نراه من مقترنات ، وذلك على النحو الآتي :-

اولاً : النتائج :-

١- تبين ان التعويض العيني هو التعويض غير النقدي الذي يحكم به لمحاجمة مصدر الضرر او مادته مباشرةً، بمعنى ازالة مصدر الضرر وذلك بأزالة المخالفة عيناً او منع استمرار الضرر في المستقبل. ويكون اكثرا تكاملاً - او الملائم - لطبيعة الضرر من التعويض النقدي.

(١) اما التعويض النقدي فلا يجوز للمتضرر ان يحصل عليه مرتين عن الفعل الضار نفسه. وفي هذا السياق حكمت محكمة التمييز في قرار لها برقم ١٨٠/س/١٩٦٩ في ١٩٧٠/٣/٧ وجاء في المبدأ القانوني مأيدا:- (لايجوز تعدد التعويض عن الواقعة نفسها..) اشار اليه الاستاذ ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، بغداد، ١٩٨٨، ص ٢٦٢.

- ٢- لا يزيل التعويض العيني ما حدث خلال المدة الواقعة من حدوث الضرر واعادة الحالة الى ما كانت عليه، ففي هذه المدة لابد من ضرر، فهناك مدة تفصل بين حدوث الضرر وبين الأعادة، ولذلك ينبغي ان يعوض المتضرر عن المدة التي حرم في خلالها من الاستفادة من الشيء المضرور او من الشيء المفقود.
- ٣- تكون نظرية التعويض العيني سهلة البناء ، اذا تم تجنب الخلط بين التعويض و التنفيذ. إذ ان كل تردد بين التنفيذ والتعويض يؤدي الى غموض مسألة التمييز.
- ٤- إن تميز التعويض العيني من بقية الانظمة القانونية المشابهة ، يوجد في قاعدة كل حكم قضائي خاص بآثار الالتزام. و اذا اجزنا ان التعويض العيني هو اعادة الاشياء الى الحالة السابقة قبل وقوع الضرر ، فإن هذا التمييز يفرض نفسه اذا حرصنا على فهم الحكم القضائي.
- ٥- أن نظرية التعويض العيني عامة ، اذ لا يوجد أي نص يمنع الحكم بالتعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية. اذ ان المدين في المسؤولية العقدية ليس افضل معاملة من المدعى عليه في المسؤولية التقصيرية. ويقرر القاضي في نوعي المسؤولية المدنية، انشاء التزام جديد في ذمة المدين بتعويض الدائن. ويستطيع ان يخصص له طريقة اخرى غير التعويض النقدي من اجل الوصول الى تعويض اكثراً اكتمالاً لطبيعة الضرر.
- ٦- يستطيع التعويض العيني، رفع الغبن الذي يتعرض له الدائن نتيجة الحكم له بتعويض نقدي لا يمكن قانوناً ان يزيد على السعر الرسمي، اذ كان محل الالتزام بالرد اشياء تخضع للتسعيرة الجبرية.
- ٧- تخضع حرية الاطراف في اختيار التعويض العيني لسلطة القاضي التقديرية إزاء الموضوع.

- يقارن القاضي الضرر او الارهاق الذي يسببه التعويض العيني للمسؤول ، بالذى ينتجه التعويض النقدي للمتضمر. إذ يرفض طلب المتضرر بالتعويض العيني اذا انتاج نفقات زائدة في التفاوت مع الضرر القابل للاصلاح. وبعبارة اخرى فأن نظرية الاثراء من دون سبب تحول من دون الحكم بالتعويض العيني .

- وفي اختيار طريقة التعويض ، يستفهم القاضي المصلحة العامة لأجل تحقيق التوازن بين مصالح الاطراف. بعبارة اخرى يتحدد اختيار القاضي بالمنفعة الاجتماعية . كما نجد أن القضاء الذي امتنع عن أن يصبح عبارة عن (آلة لعد الاضرار) ينفر ايضاً من آلية العقوبة العينية ويلجأ غالباً للتعويض النقدي .

ثانياً : المقترنات :

١- نقترح تبني موقفاً تشريعياً يتسم بالوضوح والشمول لطرق التعويض وشروطه وتقديره كافة ، وذلك بفضل خاص مع مراعاة احكام المسؤولتين العقدية والقصيرية .

٢- فيما يخص الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي، نقترح بتعديل هذه الفقرة على النحو الاتي:- (عند القضاء بتعويض الضرر تلزم المحكمة المسؤول عن الضرر ، تبعاً لظروف القضية، بتعويض المتضرر عيناً ، وذلك بأصلاح الشيء الذي اصابه التلف او إزالة الاضرار المتنسبية بالكامل. أو أن تحكم بأداء امر معين، او برد المثل في المثلثات. و اذا لم يكن ذلك ممكناً او لم يكن كافياً لتعطية الضرر فيكون التعويض عندئذ بالنقد) .

٣- وفيما يتعلق بالمادة (٢٥٢) من القانون المدني العراقي، نقترح بتعديل هذه المادة على النحو الاتي:- (اذا التزام المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ؛ جاز للدائن أن يطلب من المحكمة ترخيصاً في ان يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين مع التعويض اذا كان له محل). ونقترح نقل هذه المادة الى مواد المسؤولية العقدية،

وذلك تجنباً للغموض الذي قد يقع فيه بعض الشرح مما يؤدي الى خلط التعويض العيني بالتنفيذ العيني.

٤- وفيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة (٧٦٤) من القانون المدني العراقي، نقترح بتعديل هذه الفقرة على النحو الآتي :- (ان المستأجر الذي يستعمل المأجور على خلاف المعتاد يلزم بأعادة العين المؤجرة الى الحالة التي كانت عليها وبالتعويض اذا كان له مقتضى).

المراجع

المصادر باللغة العربية بعد القرآن الكريم :

اولاً : كتب الفقه الإسلامي واللغة العربية:-

- ١- ابن جزي ، محمد بن احمد الغرناتي المالكي الكلبي (١٥٧٤هـ) - قوانين الاحكام الشرعية وسائل الفروع الفقهية ، دار العلم للملاتين ، بيروت ، ١٩٨٥م.
- ٢- ابن رشد ، ابو الوليد محمد بن احمد (ت ٢٥٥هـ) - المقدمات الممهدات ، ج ٢ ، مكتبة المثلث ، بغداد، بلا سنة طبع.
- ٣- ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الدمشقي- أعلام الموقعين عند رب العالمين، ج ٢ ، ط ١، مطبعة السعادة بمصر، ١٣٧٤هـ، ١٩٥٥م.
- ٤- زاد المعاد في هدي خير العباد، ج ٥، تحقيق شعيب الأثوبي، ط ٤، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٦م. مدرسة الرسالة، بيروت، ومكتبة المنار الإسلامية، الأردن.
- ٥- ابن منظور - لسان العرب، المحيط ، دار لسان العرب، بيروت ، بلا سنة طبع.
- ٦- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل- صحيح البخاري، ج ٢ ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، بيروت ، بلا سنة طبع.

- ٧ الأصبهي، الإمام مالك بن أنس (ت ١٧٩ هـ) - المدونة الكبرى، ج ٦، دار صادر بيروت، مصورة عن طبعة مطبعة السعادة بمصر، ١٣٢٣ هـ.
- ٨ الإمام موفق الدين بن قدامة وشمس الدين بن قدامة المقدسي- المغني، ج ٥، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت ، ١٩٨٣ م.
- ٩ الجنوردي ، السيد ميرزا حسن الموسوي- القواعد الفقهية، ج ٢ ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف، ١٣٩١ هـ، ١٩٧١ م.
- ١٠ بعلا الجعفري، محمد بن علي بن محمد علي (ت ١٠٨٨ هـ) - رد المختار على الدر المختار، حاشية أبن عابدين، ج ٤ ، مطبعة دار أحياء الكتب العربية الكبرى، بلا سنة طبع.
- ١١ الترمذى، أبو عيسى - صحيح الترمذى بشرح أبن العرب، ج ٩ ، ط ١ ، المطبعة المصرية بالآزهر ' ١٣٥٠ هـ.
- ١٢ الجمل، سليمان بن عمر بن منصور، (ت ١٢٠٤ هـ) - حاشية الجمل على المنهج، ج ٥ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، بلا سنة طبع.
- ١٣ الحر العاملى، الشيخ محمد بن الحسن- وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، ج ١٩، دار أحياء التراث العربي، بيروت ، بلا سنة طبع.
- ١٤ الحلى، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ١٤ ، الطبعة المحققة الأولى، النجف الأشرف، ١٩٦٩ م.
- ١٥ الخوئي، أبو القاسم الموسوي- منهاج الصالحين في المعاملات، ج ٢ ، ط ٨ ، مطبعة النعمان ، النجف الأشرف، ١٣٩٧ هـ.
- ١٦ السرخسي، شمس الدين- المبسوط، ج ١٥ ، ط ٢ ، بيروت ، بلا سنة طبع.
- ١٧ الشهيد الثاني، الشهيد السعيد زين الدين البجعى العاملى (ت ٩٦٥-٩١١ هـ) - الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، تعليق السيد محمد كلاتر، ج ٧، ط ١، مطبوعات جامعة النجف الدينية، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، ١٣٨٠ هـ.
- ١٨ الشوكاني، محمد بن علي (ت ١٢٥٠ هـ) - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأئم، ج ٤ ، طبعة دار الجبل، بيروت، ١٩٧٣ م.
- ١٩ الصناعي، الأمير السيد محمد بن أسماعيل الكحلاوي (ت ١١٨٢ هـ)- سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج ٣، تعليق محمد عبد العزيز الخولي، دار الجبل، بيروت، ١٤٠٠ هـ/ ١٩٨٠ م.
- ٢٠ الطوسي، الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي- تهذيب الأحكام، ج ١٠ ، مطبعة النعمان ، النجف الأشرف، بلا سنة طبع.
- ٢١ الطوسي، الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي- المبسوط ، ج ٣، مطبعة حيدري ، بيروت ، بلا سنة.

- ٢٢- الظاهري، ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي- المحلى (ج ٨ و ج ١٠)، المكتب التجاري للطباعة والنشر ، بيروت بلا سنة طبع.
- ٢٣- العسقلاني، الحافظ أحمد بن علي ابن حجر (المتوفي سنة ٥٨٥ هـ) - تعليق التعليق على صحيح البخاري، ج ٥ ، ط ١، دار عمارالأردن، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٥ م.
- ٢٤- على حيدر ، درر الحكم ، شرح مجلة الأحكام، ج ٣، بيروت ، بلا سنة طبع.
- ٢٥- الكاساني، علاء الدين بن مسعود- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧ ، ط ١، القاهرة ، بلا سنة طبع.
- ٢٦- الكليني، محمد بن يعقوب- الفروع الكافي، ج ٥ ، ط ٣، دار التعارف، بيروت، ١٤٠١ هـ.
- ٢٧- اللبناني، سليم رستم باز - شرح المجلة ، الكتاب الأول، ط ٣ ، المطبعة الأدبية، بيروت ، ١٩٢٣ م.
- ٢٨- المدني، القاضي برهان الدين إبراهيم المالكي (ت ٧٩٩ هـ) - تبصره الحكم في إصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج ٢ ، بلا مكان طبع ولا سنة طبع.
- ٢٩- النوري، الحاج ميرزا محمد حسين الطبرى- مستدرك الوسائل ومستبطن المسائل، ج ٣ ، مطبعة دار الخلافة، بيروت ، ١٣٢١ هـ.
- ٣٠- النيسابوري، الأمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري أبو الحسن حافظ- صحيح مسلم، بشرح النووي الشافعى، تحقيق عبد الله أحمد ابو زينة، المجلد الأول ، مطبع الشعب، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٣١- الورديجي، عبد القادر بن عبد الكرييم- سعد الشموس والأقمار ، شركة الشرق للطباعة المحدودة، بغداد ، ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٩ م.

ثانياً: الكتب القانونية:-

- ١- أحمد فتحي زغلول (المترجم) - أصول الشرائع لبنتام، ج ١، بدون مكان طبع، طبعة عام ١٣٠٩ هـ.
- ٢- د. أحمد محمود السعد - مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ م.
- ٣- د. أدوار غالى الذهبى- اختصاص القضاء الجنائى بالفصل فى الدعوى المدنية، ط ١ ، مطبعة المعرفة، القاهرة ، ١٩٦٤ م.
- ٤- د. إسماعيل غاتم - النظرية العامة للألتزامات ، أحكام الألتزام ، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٩ م.
- ٥- -----، النظرية العامة للألتزام ، مصادر الألتزام، الناشر مكتب عبد الله وهبة، مصر ، ١٩٦٦ م.

- ٦- د. أكرم ياملي و د. فائق الشماع- القانون التجاري ، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠ م.
- ٧- د. أنور سلطان- النظرية العامة للألتزام ، مصادر الألتزام، دار المعارف، مصر، ١٩٦٢ م.
- ٨- _____ - الموجز في مصادر الألتزام، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، ١٩٧٠ م.
- ٩- _____ - الموجز في النظرية العامة للألتزام ، أحكام الألتزام ، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت ، ١٩٧٢ م.
- ١٠- د. توفيق حسن فرج- الحقوق العينية الأصلية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، القاهرة، ١٩٨٨ م.
- ١١- د. جعفر الفضلي- الوجيز في العقود المدنية، مطبوعات جامعة الموصل، ١٩٨٩ م.
- ١٢- د. جلال علي العدوي- أحكام الألتزام- دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية ، ١٩٨٦ م.
- ١٣- _____ ، أصول الألتزامات ، مصادر الألتزامات ، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٩٧ م.
- ١٤- د. جمال زكي- حسن النية في كسب الحقوق في القانون الخاص، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٢ م.
- ١٥- د. جميل الشرقاوي- الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ في حق الملكية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة ، ١٩٧٤ م.
- ١٦- _____ ، النظرية العامة للألتزام، الكتاب الأول، مصادر الألتزام، القاهرة ، ١٩٨١ م.
- ١٧- د. حسام الدين الأهواني- المشاكل القانونية التي تشيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين الشمس، ١٩٧٥ م.
- ١٨- د. حسن الخطيب- نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية ، مطبعة حداد، البصرة، ١٩٦٨ . أصل الكتاب أطروحة دكتواره مقدمة الى كلية القانون- جامعة باريس سنة ١٩٥٥ م.
- ١٩- حسن عكوش- المسئولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد ، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠ م.
- ٢٠- د. حسن علي الذنون- الحقوق العينية الأصلية ، بغداد ، ١٩٥٤ م.
- ٢١- _____ - عقد البيع، بغداد، ١٩٥٤ م.
- ٢٢- _____ - النظرية العامة للألتزامات، مصادر وأحكام الألتزام، بغداد، ١٩٧٦ م.
- ٢٣- _____ - المبسط في المسؤولية المدنية، ج ١ في الضرر، مطبعة التايمز، بغداد، ١٩٩١ م.
- ٢٤- د. حسن كيره- الحقوق العينية الأصلية، ج ١، القاهرة ، ١٩٦٥ م.

- ٢٥- المستشار حسين عامر - المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ، ط١ ، مطبعة شركة المساهمة، القاهرة، ١٩٥٦ م.
- ٢٦- _____ - التعسف في إستعمال الحقوق وألغاء العقود ، ط١ ، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، ١٩٦٠ م.
- ٢٧- د. حلمت بهجت بدوي - أصول الالتزامات ، ج ١ في نظرية العقد، القاهرة، ١٩٤٢ م.
- ٢٨- د. حمدي عبد الرحمن - الحقوق والمراكز القانونية، القاهرة، ١٩٧٥ - ١٩٧٦ م.
- ٢٩- د. زهدي يكن - المسئولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، ط١، شركة الطبع والنشر اللبنانيّة، المكتبة العصرية، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٣٠- _____ - شرح قانون الموجبات والعقود، ج ١، ط٢ ، دار الثقافة ، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٣١- زهير المارتيني - الوجيز في نظرية الالتزام، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ١٩٦٦ م.
- ٣٢- د. سعاد الشرقاوي - قضاء الألغاء وقضاء التعويض، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
- ٣٣- د. سعدون العامري - تعويض الضرر في المسئولية التقصيرية، وزارة العدل ، بغداد، ١٩٨١ .
- ٣٤- د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح الحقوق العينية الأصلية، بغداد، ١٩٧٣ م.
- ٣٥- د. سلمان محمد الطماوي - القانون الأداري، الكتاب الثاني في قضاء التعويض والألغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦ م.
- ٣٦- د. سليمان مرقس - الموجز في البيع والإيجار، القاهرة، ١٩٥٨ م.
- ٣٧- _____ - المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، مطبعة الجيلاوي، القاهرة ، ١٩٧١ م.
- ٣٨- _____ - الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني في الالتزامات ، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، ط٥ ، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٨ م.
- ٣٩- د. سهيل الفتلاوي - حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي- دراسة مقارنة، منشورات وزارة الثقافة والفنون، بغداد، ١٩٧٨ م.
- ٤٠- الأستاذ شاكر ناصر حيدر - الموجز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة سعد، بغداد، ١٩٧١ م.
- ٤١- شفيق شحاته- النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ، ج ١، بلا مكان طبع ولا سنة طبع.
- ٤٢- د. شوقي عمر أبو خطوة- القانون الجنائي والطب الحديث- دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ط٢ / مطبعة جامعة المنصورة بمصر، ٤١٩٩٤ م، أصل الكتاب أطروحة دكتوراه الدولة في القانون من جامعة ليموج ، فرنسا، ١٩٨٧ م.

- ٤٣- د. صبحي المحمصاني- النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ج ١، ط ٢ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٢ م.
- ٤٤- د. صبري حمد خاطر- الغير عن العقد (دراسة في النظرية العامة للالتزام) ، ط ١ ، الناشر الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن ، ٢٠٠١ م. (أصل الكتاب أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٢ م- دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والعربي).
- ٤٥- د. صبيح مسكوني- القانون الروماني ، ج ١، ط ٢ ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٧١ م.
- ٤٦- د. صلاح الدين الناهي- الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بغداد ، ١٩٦٠ م.
- ٤٧- د. طلبة وهبة خطاب- احكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون- دراسة مقارنة ، ط ١ ، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣ م.
- ٤٨- د. طه باقر - مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة ، ج ١، بغداد ، ١٩٧٣ م.
- ٤٩- د. عاطف النقيب- النظرية العامة للموجبات ، مصادر الموجبات ، مطبوعات الجامعة اللبنانية، بيروت ، بلا سنة طبع.
- ٥٠- _____ - المسؤلية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، ط ١ ، بيروت ، ١٩٨٣ م.
- ٥١- _____ - النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ و الضرر، ط ٣ ، منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٨٤ م.
- ٥٢- د. عامر سليمان- القانون في العراق القديم- دراسة مقارنة ، دار الشؤون الثقافية العامة، ط ٢ ، بغداد ، ١٩٨٧ م.
- ٥٣- د. عباس العبودي- تاريخ القانون، كلية القانون والسياسة، جامعة الموصل ، ١٩٨٨ م.
- ٥٤- الأستاذ عبد الباقى البكري- شرح القانون المدنى资料الى العاشرى ، ج ٣ في أحكام الالتزام- دراسة مقارنة ، مطبعة الزهراء، بغداد ، ١٩٧١ م.
- ٥٥- عبد الجبار احمد شراره- أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، مؤسسة الأعلمى، بيروت ، ١٩٧٥ م.
- ٥٦- د. عبد الحميد إسماعيل الأنصارى- ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، دراسة مقارنة ، ط ١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٠ م.
- ٥٧- د. عبد الحميد الشواربى والمستشار عز الدين الديناصورى- المسؤلية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، القاهرة ، ١٩٨٨ م.
- ٥٨- د. عبد الحي حجازي- النظرية العامة للالتزام ، ج ١ في مصادر الالتزام، مطبعة الفجالة الجديدة، مصر ، ١٩٥٣ م.
- ٥٩- _____ - النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، في مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٥٤ م.

- ٦٠ - النظرية العامة للالتزام وفقاً لقانون الكويتي - دراسة مقارنة ، ج ١ ، في مصادر الالتزام ، المصادر الأدارية (العقد والأرادة المنفردة) ، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢ م.
- ٦١ - د. عبد الرحمن البزار - الموجز في تاريخ القانون ، دار دجلة للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٤٨ م.
- ٦٢ - عبد الرحمن خضر - شرح القانون المدني ، بغداد ، ١٩٥٣ م.
- ٦٣ - د. عبد الرزاق أحمد السنوري - نظرية العقد ، دار الفكر للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٣٤ م.
- ٦٤ - د. عبد الرزاق أحمد السنوري - أحكام الالتزام ، القاهرة ، ١٩٣٨ م.
- ٦٥ - د. عبد الرحمن البزار - الموجز في شرح القانون المدني الجديد ، ج ١ ، في مصادر الالتزام ، دار أحياء التراث العربي ، القاهرة ، ١٩٥٢ م.
- ٦٦ - د. عبد الرحمن البزار - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، المجلد الأول ، ج ٣ ، محل العقد ، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٥٣ م.
- ٦٧ - د. عبد الرحمن البزار - الموجز في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٢ ، في آثار الالتزام ، دار أحياء التراث العربي ، القاهرة ، ١٩٥٦ م.
- ٦٨ - د. عبد الرحمن البزار - الموجز في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٨ ، دار النهضة العربية للطباعة للنشر والطباعة ، القاهرة ، ١٩٦٧ م.
- ٦٩ - د. عبد الرحيم مأمون شديد - الحق الأدبي للمؤلف ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨ م.
- ٧٠ - د. عبد السلام التونجي - المسؤلية المدنية للطبيب - في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي ، حلب ، سوريا ، ١٩٦٦ م.
- ٧١ - د. عبد العزيز عامر - دروس في حق الملكية ، دار النهضة العربية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٧ م.
- ٧٢ - د. عبد الفتاح عبد الباقى - محاضرات في العقود المسميات ، مطبوعات جامعة القاهرة ، ١٩٥٢ م.
- ٧٣ - د. عبد الفتاح عبد الباقى - موسوعة القانون المدني ، نظرية العقد والأرادة المنفردة ، بدون مكان طبع ، ١٩٨٤ م.
- ٧٤ - د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ط ٢ ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ م.
- ٧٥ - د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج ١ ، في مصادر الالتزام ، ط ٥ ، بغداد ، ١٩٧٧ م.
- ٧٦ - د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج ٢ ، في أحكام الالتزام ، ط ٣ ، بغداد ، ١٩٧٧ م.

- ٧٧ د. عبد المجيد الحكيم وعبد البافي البكري ومحمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١ في مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة بغداد، بدون سنة طبع.
- ٧٨ د. عبد المنعم البدراوي - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج ٢، في احكام الالتزام ، مطبعة المدنى، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٧٩ _____ - شرح القانون المدني المصري في الحقوق العينية الأصلية، ط ٢، القاهرة ، م. ١٩٦٠.
- ٨٠ د. عبد المنعم فرج الصدة - حق الملكية ، ط ٢، مطبعة مصطفى الجلبي، القاهرة ، ١٩٦٧ م.
- ٨١ _____ - مصادر الالتزام ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت ، ١٩٧١.
- ٨٢ _____ - نظرية الالتزام ، دار النهضة العربية، بيروت ، ١٩٧٨ م.
- ٨٣ د. عبد الودود يحيى - الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، القسم الثاني، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ م.
- ٨٤ د. علي الخفيف - الضمان في الفقه الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١ .
- ٨٥ علي السيد عبد الكريم الصافي - الضمان في الفقه الإسلامي (أسبابه و مجالاته في العقود) - دراسة مقارنة ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، ١٩٧٥-٧٤ م. أصل الكتاب رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الآداب ، جامعة بغداد ، ١٩٧٥-٧٤ م.
- ٨٦ د. عوض أحمد أديس- الديمة بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن ، ط ١، دار مكتبة الهلال، بيروت ، ١٩٨٦ م.
- ٨٧ د. غني حسون طه- الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول، مصادر الالتزام ، بغداد، ١٩٧١ م.
- ٨٨ د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، بغداد، ١٩٧٣ م.
- ٨٩ د. محسن شفيق- نقل التكنولوجيا من الناحية الفنية، جامعة القاهرة، ١٩٨٤ م.
- ٩٠ د. محمد إبراهيم الدسوقي- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٧٢ م.
- ٩١ المستشار محمد عابدين - التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٩٥ م.
- ٩٢ محمد شكري سرور- موجز النظرية العامة للالتزامات ، ط ١، القاهرة ، ١٩٨٥ م.
- ٩٣ محمد طه البشير و د. غني حسون طه- الحقوق العينية، ج ١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ، ١٩٨٢ م.
- ٩٤ د. محمد عبد المنعم بدر و د. عبد المنعم البدراوي- مبادئ القانون الروماني تأريخه ونظمها، مطبع دار الكتاب العربي بمصر ، ١٩٥٤ م.

- ٩٥ - د. محمد علي عرفة- التقين المدني الجديد، شرح مقارن على النصوص، ط١، الناشر مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٤٩م.
- ٩٦ - محمد فوزي فيض الله- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مكتبة دار التراث ، الكويت ، ١٩٨٦م.
- ٩٧ - د. محمد كامل مرسى- شرح القانون المدني الجديد، ج٢، في الالتزامات ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٥م.
- ٩٨ - د. محمد وحيد الدين سوار- النظرية العامة لالتزام ، مصادر الالتزام ، ج٢، ط٢، المطبعة الجديدة، دمشق ، ١٩٨٩.
- ٩٩ - د. محمود جمال الدين زكي- مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، في أزدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٨م.
- ١٠٠ - محمود شلتوت- الإسلام عقيدة وشريعة، ط٤، ١، دار الشروق، القاهرة ، ١٩٩٧م.
- ١٠١ - د. محمود سعد الدين شريف- شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام، ج ١ ، في مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٥م.
- ١٠٢ - د. محمود الكلاي- عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، دراسة تطبيقية ، مطبعة عبير، حلوان ، ١٩٨٨م.
- ١٠٣ - د. مصطفى الجمال- النظرية العامة لالتزامات ، الدار الجامعية، الأسكندرية، ١٩٨٧م.
- ١٠٤ - د. مقدم السعيد- التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة، ط١ ، دار الحادثة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٥م.
- ١٠٥ - د. منصور مصطفى منصور- حق الملكية في القانون المدنى المصرى، القاهرة ، ١٩٦٥م.
- ١٠٦ - د. نبيل إسماعيل عمرو- سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ط١، منشأة المعارف الأسكندرية ، ١٩٨٤م.
- ١٠٧ - نجيب شقر- المسؤولية ، ج١، ط١، مطبعة المعارف بمصر ، ١٩٠٤م.
- ١٠٨ - د. هاشم الحافظ ومحمد طه البشير- القانون الروماني، الأموال والالتزامات، ج٢، بغداد ، ١٩٨٨م.
- ١٠٩ - د. وحيد رضا سوار- القانون المدنى الجزائري، ج١، في التصرف القانوني، دار الشعب ، القاهرة ، ١٩٧١م.
- ١١٠ - _____ - التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري، معهد البحوث والدراسات العربية، دار الشعب ، القاهرة ، ١٩٧٥م.
- ١١١ - د. وليم سليمان قلادة - التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري- دراسة مقارنة ، ط١، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة ، ١٩٥٥م.
- ١١٢ - د. يوسف نجم جبران- النظرية العامة للموجبات ، مصادر الموجبات القانون الجرم وشبه الجرم، الجزائر ، ١٩٧٨م.

ثالثاً: البحوث:-

- ١- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل- التقدير القضائي للتعويض، بحث منشور في مجلة المحامي الكويتيه، السنة (٨)، إعداد (إبريل - مايو - يونيو) ، ١٩٨٥ م.
- ٢- د. حسن الخطيب- تعويض الأضرار المحدثة، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد (٣)، أيلول (السنة الأولى) ، بغداد، ١٩٦٢ م.
- ٣- د شمس الدين الوكيل- أثر الغش على الأسبقية في التسجيل، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة (٨) ، العدد الثاني، مطبعة جامعة الإسكندرية، ١٩٥٥ م.
- ٤- د. صيري حمد خاطر- الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات المتعلقة بالعقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون جامعة بغداد، المجلد (١١)، العدد الأول، ١٩٩٦ م.
- ٥- _____ - الاحتفاظ بالملكية- دراسة تأصيلية في عقد البيع، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن جامعة صدام، المجلد الرابع، العدد الخامس، السنة/ تموز ٢٠٠٠ م.
- ٦- د. عبد اللطيف البلداوي- التزامات الجوار، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد (١) و (٢) ، السنة (٢٩)، كانون - حزيران عام ١٩٧٤ م.
- ٧- محمد صيري الجندي- في ضمان الضرر المعنوي الناتج عن فعل ضار، بحث منشور في مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون ، المجلد (٢٦) ، جامعة اليرموك، الاردن، ملحق عام ١٩٩٩ م.

رابعاً/ الرسائل الجامعية :-

- ١- إبراهيم بن الحديد- السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ١٩٨٩ م.
- ٢- إبراهيم محمد شريف- الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩ م.
- ٣- أسماء صبر علوان العيثاوي- المسئولية المدنية لطبيب الأسنان- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق، جامعة صدام ، ٢٠٠٠ م.
- ٤- باسم محمد رشدي- الضرر المادي الناتج عن الأصابة الجسدية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٨٩ م.
- ٥- سلام منعم مشعل العلي- الحلول العيني وتطبيقاته في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق، جامعة صدام ، ١٩٩٩ م.
- ٦- سليمان براك دايع الجميلي- المفاوضات العقدية- دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق، جامعة صدام ، ١٩٩٨ م.

- ٧- د. عباس زبون العبودي- التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٩٤ م.
- ٨- د. عزيز كاظم جبر- الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقتصيرية- دراسة مقارنة، كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩١ م.
- ٩- د. عماد الملا حويش- تعويض الاضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٨٠ م.
- ١٠- د. فاروق عبد الله كريم البرخي- الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستر مقدمة الى كلية الشريعة ، جامعة بغداد، ١٩٩٠ م.
- ١١- د. محمد أحمد رمضان- المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٩٣ م.
- ١٢- د. محمد جابر الدوري- مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمها - دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٧٥ م.
- ١٣- محمد حنون جعفر آل حمرة- الاعتبارات المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق ، جامعة صدام ، ٢٠٠٠ م.
- ١٤- محمد عبد سليمان الحراشة- فكرة عدم سريان التصرف القانوني- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بابل، ١٩٩٩ م.
- ١٥- نظام جبار طالب الموسوي- فكرة الضرر الجمالي- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق ، جامعة صدام ، ٢٠٠٠ م.
- ١٦- هشام فالح طاهات- سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقد- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بابل، ١٩٩٨ م.
- ١٧- همزة خسرو عثمان- نظرية تحمل التبعة وتطبيقاتها في التشريع المقارن، رسالة ماجستير مقدم الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٨ م.
- ١٨- هيثم حامد خليل المصاره- عمليات زرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة في القانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل، ١٩٩٩ م.
- ١٩- وليد خالد عطيه الجابري- فكرة الالتزام العيني وتطبيقاتها في القانون المدني- دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٧ م.

خامساً/ الموسوعات والأعمال التحضيرية:-

- ١- مشروع القانون المدني العراقي الجديد، أصدار وزارة العدل، جمهورية العراق، ١٩٨٦ م.
- ٢- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي النافذ، إعداد الاستاذ ضياء شيث خطاب (وآخرون) ، ج ٢، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠ م.

- ٣- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢، أصدر وزارة العدل المصرية، مطبوعات دار الكتاب العربي بمصر، بلا سنة طبع.
- ٤- الموسوعة العدلية، العدد (٧٧) ، لسنة ٢٠٠٠م، تصدر عن مكتبة شركة التأمين الوطنية.

سادساً/ المجموعات الفضائية والمجلات:-

- ١- قضاء محكمة التمييز، يصدرها المكتب الثقافي في محكمة التمييز، وزارة العدل، جمهورية العراق، ج ٦، قرارات سنة ١٩٥٧م.
- ٢- قضاء محكمة التمييز - المجلد الثالث، قرارات سنة ١٩٦٥م.
- ٣- قضاء محكمة التمييز - المجلد الرابع، قرارت سنة ١٩٦٦ / ١٩٦٧م.
- ٤- القضاء المدني العراقي، إعداد الاستاذ سلمان بيات، ج ٢، شركة النشر والطباعة الأهلية، بغداد، ١٩٦٢م.
- ٥- المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، إعداد (الاستاذ إبراهيم المشاهدي)، بغداد، ١٩٨٨م.
- ٦- المختار من قضاء محكمة التمييز، إعداد (الاستاذ إبراهيم المشاهدي، القسم المدني ، الأجزاء (٢ و ٣ و ٤ و ٥) ، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠م.
- ٧- مجلة القضاء لسنة ١٩٥٥م/ العدد الأول
- ٨- مجلة القضاء لسنة ١٩٥٧م/ العدد الأول
- ٩- مجلة القضاء لسنة ١٩٥٩م/ الأعداد (٢ و ٣ و ٤)
- ١٠- مجلة القضاء لسنة ١٩٦٢م/ العدد الاول.

سابعاً/ القوانين:-

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.
- ٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م
- ٣- القانون المدني السوري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩م
- ٤- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٤م
- ٥- القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٤م
- ٦- القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥م
- ٧- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م
- ٨- القانون المدني الكويتي لسنة ١٩٨١م
- ٩- قانون المعاملات المدنية لدولة السودان الديمقراطية لعام ١٩٨٤م
- ١٠- قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات المتحدة لسنة ١٩٨٥م
- ١١- قانون الملكية العقارية اللبناني

١٢- مجلة الاحكام العدلية

١٣- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ م المعدل.

١٤- قانون الاستملك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ م المعدل

١٥- قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ م المعدل

١٦- قانون براءة الاختراع والتمازج العراقية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ م المعدل

١٧- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١ م المعدل

١٨- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ م

١٩- تشريع الالتزامات السويسري لسنة ١٨٨١ م

٢٠- قانون الالمانيا الاتحادي لسنة ١٩٠٠ م

٢١- القانون المدني الاسباني

ثامناً/ قرارات مجلس قيادة الثورة:-

١- القرار المرقم ٨١٧ في ٢١/٦/١٩٨١ م/ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٢٨٣٩ في ٧/١٣ م ١٩٨١

٢- القرار المرقم ٩٠ في ٢١/٨/١٩٩٦ م/ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٦٣٣ في ٩/٢ م ١٩٩٦

٣- القرار المرقم ١٠٣ في ١١/٨/١٩٩٧ م / المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٦٨٣ في ٨/١٨ م ١٩٩٧

المراجع الاجنبية باللغة الفرنسية

- 1- Aktham El- Kholy – La reparation en nature, these , paris , 1954.
- 2- Aubry et Rau- Obligations, t6, 1951. Par Esmein.
- 3- _____ - Obligations, t4, 1942.
- 4- Aussel (j.) – Essai sur La notion de tiers en droit civil Francais, these, Monpellier, 1953.
- 5- Barroult (j.)- Essai sur Le role du silence createur d' obligations, these, Dijon , 1912.
- 6- Benain Ohayon – Responsabilite, du medecin en chirurgie esthetique, these, paris , 1996.
- 7- Boiron Jeanlouis – Dommage corporel , these, Paris , 1995.

- 8- Boissonade (G.) – Essai d'une explication nouvelle de la theorie de la transcription, Rev. Prat. de droit Francais, 1870.
- 9- Brnn- Rapports et domaines des responsabilite contractuelle et de l'ictuelle, these ,Lyon , Paris, 1931.
- 10- Capitant (H.) et Colin (A.) et Julliot de la Morandiere- Cours elementaire du droit civil Francais, t2 , 10 ed , 1948.
- 11- _____ - Traite Pratique de droit civil, t2 , Paris , 1959.
- 12- Chabas (j.) – De la declaration de volonte en droit civil Francais, these, Paris, 1931.
- 13- Colin et Capitant- Cours elementaire du droit civil Francais , t2, 1953.
- 14- Demogue (R.) – Traite des obligations en generl , t4 , Paris , 1923- 1933.
- 15- Dragur – L' execution en nature des contrats, these , Paris , 1939.
- 16- Hassen Aberkane – Essai d'une d'unetheorice general L'obligation Propter rem droit positif Francais, 1958.
- 17- Hugueney (L.) – L'idee de peine privee en droit contemporain, these , Dijon, 1904.
- 18- Josserand (L.) - La responsabilite envers soi- meme, Chronique D. H. 1934.
- 19- _____ - L'esprit de droit , 2 ed, Paris , 1939.
- 20- _____ - Cours de droit civil Positif Francais, 3ed, 1939.
- 21- Jozie Vedale- Theorie generale de la fraude de droit Francais, these , Toulouse , 1957.
- 22- Kayser- L'astreinte juridicaire et la responsabilite civil , Rev. Trim, 1953.
- 23- Ihering- De oeuvres choisies de L'interet dans les contrats, t2 , 1893.
- 24- LaLou (H.)- Traite Pratique de la responsabilite civil , 4ed, Paris, 1949.
- 25- Leyat- La responsabilite dans les rapports de voisinage , these , Toulouse, 1936.
- 26- Lucienne Ripert – La reparation du prejudice dans la responsabilite delictuelle, these , Paris , 1933.
- 27- Marcille – De L'execution en nature des obigations de fair ou de pas faire, these , Rennes , 1931.
- 28- Martin de la Moutte (j.) – L'acte juridique unilateral, these , Toulouse, Paris , 1951.
- 29- Mazeaud Henri et Leon – Traite theorique et Pratique de la responsabilite civil deleictuelle et cinctractuelle, (t1 et t3) , 4ed, Paris, 1948- 1950.
- 30- Mazeaud (Henri et leon) et Tunc (A.) – Traite de la responsabilite civil , t3, 5ed, Paris.
- 31- _____ - Traite theorique et Pratique de la responsabilite civil , t1, , 6ed , Paris , 1965.

- 32- Planiol- Traite elementaire de droit civil, t2, 9ed , 1923.
- 33- Planiol , Ripert et Esmein – Traite Pratique de droit civil Fransais , Obligatisns, t6, 2ed, Paris, 1952.
- 34- Planiol , Ripert et Picard- Traite Pratique de droit civil Fransais, t3, Les biens , 2ed , paris , 1952.
- 35- Ripert (G.) – Les dommages – interets en monaie etrangere. Rev. crit. 1926.
- 36- _____ - La regla morale dans les obligations civiles, 4ed, 1949.
- 37- Ripert (G.) et Boulanger – Traite elementaire de droit civil de Planiol , t2 , 4ed , 1952.
- 38- _____ - Trite de droit civil, t2 , Paris , 1957.
- 39- Roubier – Distinction entre L'action en contrefacon et L'action en concarrence deloyale . Rev. Trim, 1952.
- 40- _____ - Le droit de la proprete industrielle, Paris , 1952.
- 41- Roujou De Bou bee – Essai sur la notion de reparation, Toulouse, 1973.
- 42- Ruban et J. Vasslon et C. Burillon- Traitement desxanthe lasmas par le laser a argon – Technique , resultats a propes de 101 cas . masson, Paris, 1996.
- 43- Savatier- Traite de la responsabilite civil en droit Fransais, t2 , 2ed, Paris, 1951.
- 44- _____ - Regles generales de la responsabilite civil. Rev. Crit. 1934.
- 45- Starck- Droit civil, t2, 1ed, Paris , 1985.
- 46- Viney (G.)- Trite de droit civil , les obligations, la responsabil: condition. L. G. D. J. Paris , 1982.
- 47- Weill (A.) – Le Principe de la relativite de convention, en droit prive Francais, these, paris, 1936.
- 48- _____ - Droit civil,Les obligation, 4ed, D, 1986.