

٤٣٦ - الالتزام باجبار عمل معين غير ممكن التنفيذ عبنا دون

نرسل المدين : وخلافاً للأصل المتقدم ، قد يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن دون تدخل المدين الشخصي في هذا التنفيذ ويرجع ذلك إما إلى الاتفاق فيشترط الدائن على المدين أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه . وإما إلى طبيعة الالتزام ذاتها فهناك من الالتزامات ما تقتضى طبيعته أن يكون تنفيذه العيني على يد المدين شخصياً . مثل هذه الالتزامات الأخيرة أن يتعهد مغن أو ممثل بالفناء أو بالتبثيل في حفلة فتتطلب التزامه بقنضى أن يغنى أو يمثل هو بنفسه ، أو أن يتعهد رسام برسم لوحة فنية ، أو نحاح بصنع تمثال ، أو جراح معروف باجراء عملية جراحية .

فاذا كان التنفيذ العيني للالتزام يقتضى تدخل المدين الشخصي على النحو المتقدم ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين نفسه . كما نصت على ذلك المادة ٢٠٨ . فاذا امتنع المدين من أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزامه ، كان للدائن أحد طريقتين : (أولهما) أن يلجأ إلى طريق التهديد المالى (astreintes) . وسنيسط أحكام هذا الطريق تفصيلاً فيما يلى . (والثاني) أن يطالب المدين بالتعويض التقدى لتعذر التنفيذ العيني . وقد يكون هناك شرط جزائى متفق عليه بينهما ، فيطالب

= ه (م ٦٥٠ فقرة أول مدنى) وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل (م ٧١٧ فقرة ٢ مدنى) . وإذا تعاقده المؤلف مع الناشر ، وجب على المؤلف أن يبصر الناشر تنفيذ التزاماته بأن يسلمه الأصول في الوقت المناسب وأن يقوم بتصحيح التجارب (البروفات) دون إبطاء . وكما يجب على الدائن معاونة المدين ليبصر له تنفيذ التزاماته ، كذلك يجب على المدين أن يخضع لرقابة الدائن حتى يستوثق هذا من دقة تنفيذ الالتزام . فاذا نص في العقد مثلاً على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق في جزء من أرباح رب العمل ، أو في نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بمه كل جرد بياناً بما يستحقه من ذلك . ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل ، أو إلى شخص موثوق به يمينه ذبوا الشأن أو يمينه القاضى ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان، وأن يأذن له في ذلك بالاطلاع على دفاتره (م ٦٩١ مدنى) . (أنظر في مبدأ التعاون بين الدائن والمدين وتطبيقات هذا المبدأ وفى رقابة الدائن على المدين ديموج ٦ فقرة ١٢ - فقرة ٣٠).

الدائن بتنفيذه طبقاً لأحكام الشرط الجزائي التي سنبسطها في مكان آخر (١) .

٤٣٧ - الالتزام بانجاز عمل معين بقوم حكم القاضى مقام

تنفيذه : وهناك نوع من الالتزامات بانجاز عمل معين تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضى مقام تنفيذه العيني . وقد نصت المادة ٢١٠ على هذا النوع من الالتزامات ، فجعلت حكم القاضى فيه هو التنفيذ العيني . وأكثر الأمثلة شيوعاً في ذلك هو التزام البائع بالتصديق على إمضائه في عقد البيع تمهيداً لتسجيل العقد . فان امتنع البائع عن تنفيذ التزامه ، جاز للمشتري أن يطلب الحكم باثبات صحة التوقيع ، فيكون الحكم الصادر بذلك بمثابة تصديق على الإمضاء يمكن بعده تسجيل عقد البيع . وإذا وقع نزاع في صحة البيع نفسه ، جاز الحكم بثبوت صحة البيع ، ويكون هذا الحكم بمثابة عقد مصدق فيه على الإمضاء فيسجل . كذلك في الوعد بالتعاقد ، إذا أظهر الموعود له رغبته في أن يتم التعاقد ، وامتنع الواعد من إمضاء العقد ، كان للموعود له أن يستصدر حكماً باثبات التعاقد ، ويقوم هذا الحكم مقام العقد الموعود بإبرامه (٢) .

كذلك في التزام الدائن المرتهن بشطب الرهن بعد سداد الدين ، إذا امتنع الدائن من التقدم إلى قلم كتاب المحكمة لإجراء هذا الشطب ، جاز للمدين أن يستصدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العيني ويشطب بمقتضاه الرهن .

وإذا أفرغ الوعد باجراء رهن رسمي في الشكل الرسمي الواجب ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، وامتنع الواعد بعد ذلك من تنفيذ وعده باجراء الرهن ، جاز للدائن أن يستصدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العيني ، ويقيد هذا الحكم فيكون لقبه جميع آثار الرهن . وهذا بخلاف ما إذا كان الوعد باجراء

(١) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « إذا كان الالتزام الواجب تنفيذه التزاماً بعمل ، فينبغي التفريق بين حالة ضرورة قيام المدين نفسه بالوفاء وحالة انتفاء هذه الضرورة . ففي الحالة الأولى يتعين على المدين أن يتولى أداء ما التزم به شخصياً كما إذا كان مثلاً أو مغنياً أو مصوراً ، فأن امتنع عن ذلك كان للدائن أن يلجأ للقرارات التمهيدية أو التمويص النقدي عند عدم اشتراط جزاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٩

الرهن الرسمي لم يفرغ في الشكل الرسمي الواجب ، فان تنفيذه في هذه الحالة لا يكون إلا عن طريق التعويض^(١) .

المبحث الثالث

الالتزام بالامتناع عن عمل

(obligation de ne pas faire)

٤٣٨ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢١٢ من القانون المدني

على ما يأتي :

« إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين »^(٢) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٥ - ونقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العيني أحياناً ، رغم ضرورة وفاء المدين نفسه بما التزم به . فاذا امتنع البائع مثلاً عن التصديق على إضائه في عقد البيع ، فلم ينسر التسجيل ، جاز للمشتري أن يستصدر حكماً بصحة التعاقد ، فيكون هذا الحكم بمنزلة العقد ، وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاه عند تسجيله . وكذلك إذا وعد شخص بإبرام عقد وامتنع عن الوفاء بوعده ، جاز للمحكمة أن تحدده سبباً للتنفيذ ، فاذا لم يتم بالوفاء في خلال هذا الميعاد ، حل حكم القضاء محل العقد المقصود إبرامه . فن كل من هذين التطبيقين يقوم الحكم مقام التنفيذ العيني ويعنى به (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ - ص ٥٣٠) . انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وعد شخص بضمان المقرض وامتنع عن تنفيذ وعده ، جاز للمقرض أن يستصدر حكماً ضد الواعد يقوم مقام الضمان (١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠) ، وقضت أيضاً بأنه إذا امتنع البائع عن إضائه عقد البيع النهائي ، فالحكم يقوم مقام العقد النهائي ويسجل فتنقل الملكية (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) - وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٥٧ ص ١٦٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤^(١). ولا فرق في الحكم بين التقنينين الجديد والقديم .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢١٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٥٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢١٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥٠ فقرة ٣^(٢) .

٤٣٩ - أمثلة للالتزام بالامتناع عن عمل : والالتزام بالامتناع

عن عمل له أمثلة كثيرة . فبائع المتجر قد يلتزم بعدم منافسة المشتري في المتجر الذي يباعه منه ، فيكون التزامه بعدم المنافسة التزاماً بالامتناع عن عمل . وإذا استخدم مهندس في مصنع ، وتمهد المهندس ألا يعمل في مصنع منافس ، فهذا أيضاً التزام بالامتناع عن عمل . ومقدم العمال إذا التزم ألا يقدم عمالاً غير متممين

= ما وقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين وفي حالة الاستجمال يكون له أن يزيل المخالفة دون ترخيص . وفي لجنة المراجعة حذفت العبارة الأخيرة « وفي حالة الاستجمال ... » لأن هذا الحكم قد يوقع في اضطراب يحسن تجنبه ، وأصبح رقم المادة ٢١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٤ — ص ٥٣٦) .

(١) كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤ من التقنين المدني السابق — كما رأينا — تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الإذن من المحكمة بعمل ما تمهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفاً لتمهده مع إلزامه بالمصاريف ، وهذا وذاك مع مراعاة الإمكان بحسب الأحوال » .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٣ (مطابقة للمادة ٢١٢

من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٥٢ : إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إذا كان له محل . (ولم يرد في نص التقنين العراقي أن يطلب الدائن من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ، ولكن ليس في المبادئ العامة لتقنين العراقي .) يمنع من هذا الطلب .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٥ (مطابقة للمادة ٢١٢ من التقنين المدني

المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ فقرة ٣ : كما يحق له أن يطلب إزالة ما أجرى خلافاً لموجب الامتناع ، وذلك على حساب المدين . (ولا فرق في الحكم بين التقنينين اللبناني والمصري) .

لنقابتهم يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . والممثل أو المغمى إذا تعهد ألا يمثل أو الأيغنى في غير مسرح معين يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . كذلك البائع والمؤجر بتعهد كل منهما بعدم التعرض للمشترى أو للمستأجر ، فهذا التزم بالامتناع عن عمل . وفي كل هذه الأمثلة نرى الالتزام بالامتناع عن عمل مصدره العقد .

وقد يكون مصدر هذا الالتزام هو القانون . فالجار ملتزم ألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، فهذا التزم قانوني بالامتناع عن عمل . والطبيب والمحامي ملتزمان بعدم إفساء سر المهنة ، والتزامهما مصدره القانون . والالتزام بعدم الإثراء على حساب الغير التزم قانوني بالامتناع عن عمل ، يترتب على الإخلال به مسؤولية الإثراء بلا سبب .

والالتزام بالامتناع عن عمل ، كالاتزام بنقل حق عيني ، هو التزم بتحقيق غاية . ومن ثم يكون الالتزام بعدم الإضرار بالغير عن خطأ ، وهو التزم ببذل غاية ، ليس التزم بالامتناع عن عمل ، إذ هو في حقيقته التزم باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو التزم بعمل^(١) .

٤٤٠ - الأفعال بالالتزام بالامتناع عن عمل : ومادام المدين ممتنعاً

عن العمل الذي التزم بالامتناع عنه ، فهو قائم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً . ويتغير الموقف إذا أخل بهذا الالتزام ، وأتى العمل الممنوع . عند ذلك لا يكون هناك مجال لإلا التعويض . أما التنفيذ العيني نفسه فقد أصبح مستحيلًا بمجرد الإخلال بالالتزام^(٢) .

وقد لا يمكن إلا التعويض النقدي . مثل ذلك إذا أفضى المحامي أو الطبيب سر المهنة ، ففي مثل هذه الحالة لا يكون أمام الدائن إلا أن يطالب بتعويض نقدي . وقد يكون التعويض عينياً لا نقدياً ، ويتم ذلك بإزالة المخالفة التي وقعت

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٤ في الهامش .

(٢) هذا إذا كان العمل الممنوع عملاً واحداً لا يتكرر . أما إذا كان عملاً يتكرر ، فلفاضى أن يأمر باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تكرار الإخلال بالالتزام ، إذا كان هذا ممكناً . وفي هذه الحالة يكون المنع تنفيذاً عينياً للالتزام عن المستقبل (ديموج ٦ فقرة ١٤٥ ص ١٥٢) .

إخلالا بالالتزام . والفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الإخلال به ، والثاني يكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون هي التعويض العيني . مثل ذلك أن يضر الجار بجاره ضرراً فاحشاً باقاة حائط يسد عليه منافذ النور والهواء ، عند ذلك يجوز الدائن أن يطلب التعويض العيني بإزالة هذا الحائط ، فإذا امتنع المدين عن الإزالة ، جاز للدائن أن يطلب من القضاء إزالة الحائط على نفقة المدين^(١) . وهذا ما تنص عليه المادة ٢١٢ وقد تقدم ذكرها . ويلاحظ هنا أن الدائن لا يحق له ، حتى في حالة الاستعجال ، أن يقوم بالإزالة دون استصدار حكم على أن يرجع إلى القضاء بعد ذلك ، خلافاً لما رأيناه في الالتزام بنقل حق عيني وفي الالتزام بعمل حيث يكون له هذا الحق . ذلك أن إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف ، فلا يصح للدائن أن يتولاه بنفسه دون استصدار حكم بذلك ، وهنا نرى المبدأ القاضى الأيستأدى الدائن حقه (se faire justice) يطبق تطبيقاً دقيقاً . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يبيح للدائن أن يزيل ما وقع مخالفاً للالتزام دون استصدار حكم بذلك على أن يرجع إلى القضاء بعد إزالة المخالفة، ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة للاعتبارات المتقدمة الذكر^(٢).

وكثيراً ما يكون هذا التعويض العيني غير كاف لتعويض الضرر تعويضاً كاملاً ، فيضاف إليه تعويض نقدي . ففي مثل الحائط الذى أقامه الجار لإضراراً بجاره وأزيل على نفقته بحكم من القضاء ، يلاحظ أن الإزالة وحدها قد لا تكفى إذ يغلب أن يكون الجار قد أصابه ضرر من قيام الحائط المدة التي كان فيها قائماً ، وهذا الضرر لا علاج له إلا التعويض النقدي ، فيحكم القاضى بإزالة الحائط وتعويض نقدي عما حدث من الضرر للجار إذا كان هناك مقتضى لذلك . ويلاحظ أخيراً أن التعويض العيني ، حتى إذا كان ممكناً ، قد يكون مرهقاً

(١) وليس من الضروري أن يجيب القاضى الدائن إلى طلبه ، بل للقاضى سلطة التقدير ، فقد يرى من المناسب الانتصار على الحكم بتعويض نقدي (أنظر في هذا المعنى ديموج ٦ فقرة ١٤٦ ص ١٥٥) .

(٢) أنظر آنفاً ، في تاريخ نص المادة ٢١٢ ، فقرة ٤٣٨ في الهامش .

للمدين ولا ينجم عن الاقتصار على التعويض النقدي ضرر جسيم يباحق الدائن .
مثل ذلك أن يقيم الجار بناء فيجور بحسن نية على جزء من الأرض الملاحقة ،
فلمحكمة في هذه الحالة ، بدلا من أن تأمر بازالة البناء ، أن تقتصر على تعويض
صاحب الأرض الملاصقة تعويضا نقديا ، بأن ينزل هذا عن ملكية الجزء المشغول
بالبناء في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدني) وقد سبق تفصيل ذلك (١) .

ويصح أيضا الالتجاء إلى طريق التهديد المالي إذا تكرر الإخلال بالا لزام ،
أو كان هذا الإخلال مستمرا ، وذلك إلى أن يزبله المدين بنفسه .

الفرع الثاني

وسائل التنفيذ العيني

٤٤١ - كيف يكون التنفيذ العيني : رأينا فيما تقدم أن التنفيذ العيني
قد يكون اختياراً يقوم به المدين طوعاً ، وهذا هو الوفاء (paiement) ، وسنبتط
أحكامه عند الكلام في انقضاء الالتزام في الجزء الثالث من هذا الكتاب .
وقد يكون التنفيذ العيني جبراً على المدين . وهنا تختلف وسائله :

(١) فأكثر ما يكون بالتنفيذ القهري ، فتقوم السلطة العامة باجبار المدين
على تنفيذ التزامه . والسلطة العامة لها أعوان ثرودهم بالسلطة اللازمة لهذا الإجبار ،

(١) وقد جاء في الدرس الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « إذا التزم المدين
بالامتناع عن عمل ، فجرد إخلاله بالتزامه يرتب مسئوليته ، ويكون بذلك ملزماً بأداء تعويض
نقدي . وقد يكون الوفاء العيني (إفرا التعويض العيني) ممكناً من طريق إزالة ما استحدث إخلالاً
بالالزام ، وفي هذه الحالة يكون للدائن أن يستصدر إذناً من القضاء بأن يقوم بهذه الإزالة عل
نفقة المدين . وأخيراً تحسن الإشارة إلى أمرين : أولهما جواز الجمع بين التنفيذ (التعويض)
العيني والتعويض النقدي عند أول إخلال يقع من المدين . والثاني جواز المدول من التنفيذ
(التعويض) العيني ولو كان ممكناً والاكتفاء بالتعويض النقدي وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من
المادة ٢٧٩ (م ٢٠٣ فقرة ٢ مدني) إذا كان يصيب المدين من جراء التنفيذ على هذا الوجه ضرر
فادح (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٥) . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع
التهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨ .

وأهم هؤلاء الأعوان هم المحضرون . فاذا كان لدى المدين سند تنفيذي بحقه ، وامتنع المدين عن أداء هذا الحق طوعاً ، استطاع الدائن أن يكلف أحد المحضرين باجبار المدين على التنفيذ قهراً (manu militari) ، كأن يجبره على تسليم الأرض التي التزم بتسليمها للدائن . والغالب أن يكون التنفيذ القهري عن طريق الحجز على أموال المدين .

(٢) وقد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان تدخل المدين الشخصي غير ضروري في هذا التنفيذ ، ويرجع الدائن بعد ذلك إلى القضاء على النحو الذي فصلناه فيما تقدم .

(٣) وقد يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك ، كما رأينا في الالتزام بالتصديق على الإمضاء ونحوه مما سبق بيانه .

(٤) وقد يتكفل القانون نفسه بأجراء التنفيذ العيني فتنقل ملكية العين المعينة إلى الدائن بحكم القانون في الالتزام بنقل الملكية ، كما رأينا فيما مر .

وهناك وسيلتان أخريان للتنفيذ العيني لم يسبق لنا تفصيلهما ، فنفردهما الآن بالبحث ، وهما : (أولاً) الإكراه البدني (ثانياً) التهديد المالي .

البحث الأول

الإكراه البدني

(Contrainte par corps)

٤٤٢ - التنفيذ عن طريق الإكراه البدني ونظيره - القانون

الروماني والقانون الفرنسي : كان المدين في العصور القديمة يلتزم بالدين في جسمه لا في ماله . فكان القانون الروماني القديم يبيح للدائن أن يملك المدين الذي لا يني بدينه ، فيسترقه ، بل ويقتله . ثم تطور القانون الروماني ، فلم يصبح للدائن إلا حق حبس المدين وإجباره على العمل لمصلحته . ثم تحول الالتزام من الجسم إلى المال ، فلم يصبح للدائن إلا حق التنفيذ على أموال المدين .

على أن حبس المدين في الدين ، كاجراء تهديدى للضغط عليه وإجباره على الوفاء بدينه إذا كان قادراً على ذلك ، بقى مدة طويلة ، وانتقل إلى التقنين المدنى الفرنسى نفسه ، فنصت المواد ٢٠٥٩ إلى ٢٠٧٠ من هذا التقنين على التنفيذ بطريق الإكراه البدنى ، وفى أى الديون يكون ذلك^(١) . ونصت المواد ١٢٦٥ لى ١٢٧٠ من التقنين المدنى الفرنسى على طريقة بتنادى بها المدين الإكراه البدنى ، وهى النزول عن جميع أمواله (cession de biens) يستولى الدائنون على ريعها ويبيعونها لاستيفاء حقوقهم . ولا تبرأ ذمة المدين إلا بقدر ما استوفى الدائنون من هذه الحقوق .

وبقى الأمر على هذه الحال فى القانون الفرنسى حتى ألغى التنفيذ بطريق الإكراه البدنى فى المواد المدنية والتجارية بقانون ٢٢ بوليه سنة ١٨٦٧ ، ولم يبق له تطبيق إلا فى المواد الجنائية^(٢) .

٤٤٣ - التنفيذ من طريق الإكراه البدنى فى القانون المصرى :

أما فى القانون المصرى فالإكراه البدنى ، سواء فى التقنين السابق أو التقنين الجديد ، غير جائز . ذلك أن فكرة الإكراه البدنى - حتى باعتبارها وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء - تخالف المبادئ المدنية الحديثة . فالمدين يلتزم فى ماله لافى شخصه ، وجزاء الالتزام تعويض لا عقوبة . فحبس المدين فى الدين رجوع بفكرة الالتزام إلى عهدهما الأول ، حيث كان المدين يلتزم فى شخصه ، وحيث كان القانون الجنائى يختلط بالقانون المدنى فيتلاقى معنى العقوبة مع معنى التعويض

(١) كان الحبس يجوز فى بعض الديون المدنية التى تنسم بطابع النش ، وفى جميع الديون التجارية إذا بلغ الدين مائتين من الفرنكات (قانون ١٥ جرمينال السنة السادسة لثورة وقانون ١٧ أبريل سنة ١٨٣٢) ، وفى المواد الجنائية . وكان أهم غرض يتوخى من الإكراه البدنى هو الضغط على المدين القادر على الوفاء بدينه حتى يخرج ما أخفى من ماله ، أو على كل حال حتى يملونه أهله على الوفاء بدينه .

(٢) وذلك فى الغرامة (amende) والرد (restitution) والتعويضات (dommages-intérêts) والمصروفات (frais) . فكل تعويض عن جريمة يجوز حبس المدين لوفاء به ، حتى لو كانت المحكمة التى قضت بالتعويض هى محكمة مدنية ، بشرط أن يصدر حكم بإدانة المدين من محكمة جنائية (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٣٠٧) .

في الجزاء الواحد (١) .

على أن الإكراه البدني في القانون المصري - ولو أنه غير جائز في المواد المدنية والمواد التجارية - جائز في بعض المواد الشرعية وفي المواد الجنائية .

٤٤٤ - الإكراه البدني في دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن :

نصت المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه « إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجره الحضانة أو الرضاع أو المسكن ، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي بدأرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وأمرته ولم يمثل ، حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً . أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ، أو أحضر كفيلاً ، فإنه يخلى سبيله . وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

ويستخلص من هذا النص أن حبس المدين في الدين جائز بالشروط الآتية :

(١) أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادراً في نفقة أو في أجره حضانة أو رضاع أو مسكن .

(٢) أن يكون المحكوم عليه قادراً على القيام بما حكم به ، وقد أمرته المحكمة بذلك فلم يمثل . ويؤخذ من هذا الشرط أن الحبس ليس إلا وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء بديونه ، وإنما يمتنع عن الوفاء تعنتاً ، فالحبس يراد به التغلب على هذا التعنت من جانب المدين .

(٣) أن يصدر حكم بحبس المدين من المحكمة الجزئية الشرعية التي بدأرتها محل التنفيذ .

(٤) ألا تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً ، يخلى سبيله بعد انتهائها ، أو قبل

(١) الموجز للمؤلف لفقرة ٤٣٦ - أما في الفقه الإسلامي - في المذهب الحنفي - فيرى أبو حنيفة عدم جواز بيع مال المدين عليه وفاء لديونه ، لأن في البيع الجبري إهداراً لأدميته ، ولكن يحبس المدين في الدين على سبيل التمييز . ويرى صاحبان بيع مال المدين عليه ، وقولها هو المفتى به في المذهب . راجع في حبس المدين في الدين في القانون اللبناني الدكتور صبحي الحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٥٣ - ص ٥٤ .

انتهائها إذا أتم الضغط على المدین فادی ما حکم به أو أحضر کفیلاً .
ویلاحظ أن حبس المدین فی هذه الحالة لا یغفیه من تنفيذ الحکم علیه
بطریق الحجز علی ماله . فالحبس إذن لیس إلا إکراهاً بدنياً غیر مبریء للذمة .

٤٤٥ - الإکراه البدنی فی المسائل الجنائیة : نصت المادة ٥١١ من
نقین الإجراءات الجنائیة علی أنه « یجوز الإکراه البدنی لتحصیل المبالغ الناشئة
عن الجريمة المقضی بها للحکومة ضد مرتکب الجريمة ، ویكون هذا الإکراه
بالحبس البسیط » .

والمبالغ الناشئة عن الجريمة المقضی بها للحکومة ضد مرتکب الجريمة هی :
(١) الغرامة (٢) المصاریف والرد والتعویضات للحکومة . ولا بد أن تكون هذه
المبالغ ناشئة عن الجريمة ، ولو كانت المحكمة التی أصدرت الحکم الجنائی لجنة
إدارية لها اختصاص قضائی . فاذا قضی ببراءة المتهم مع الحکم بالتعویض ،
أو حکم بتعویض مدنی من محكمة مدنیة دون حکم جنائی بالعقوبة من محكمة
جنائیة ، أو نال المحکوم علیه عفواً أو إعادة اعتبار ، أو سقطت العقوبة بمضی
المدة (م ٥٣٤ إجراءات جنائیة) ، فلا تكون المبالغ فی هذه الحالات ناشئة عن
الجريمة ولا یجوز فیها الإکراه البدنی . كذلك لا یحکم بالإکراه البدنی علی من
نقل سنه عن خمس عشرة سنة وقت ارتکاب الجريمة ولا علی من حکم لمصلحته
بوقف التنفيذ (م ٥١٢ إجراءات جنائیة) . أما التعویضات الواجبة لمدع مدنی غیر
الحکومة ، فیجوز لاستیفائها صدور حکم من محكمة الجنح التی بدائرتها محل
المحکوم علیه بالحبس مدة لا تزيد علی ثلاثة شهور ، إذا ثبت للمحكمة قدرة
المدین علی الوفاء وأمرته فلم یتمثل ، وهذا بخلاف المبالغ المقضی بها للحکومة
فلا یشرط فیها لا البسار ولا صدور حکم .

والإکراه البدنی فی الغرامة یرى ذمة المدین : عشرة قروش عن کل یوم ،
فالإکراه البدنی هنا هو إحلال عقوبة الحبس محل عقوبة الغرامة . أما الإکراه
البدنی فی المصروفات والرد والتعویضات ، سواء للحکومة أو لغيرها ، فانه
لا یرى ذمة المدین ، وإنما هو مجرد ضغط علیه لإجباره علی الوفاء . ومن ثم
یجوز التنفيذ علی ماله بعد الإکراه البدنی .

وللحبس في الإكراه البدني مدد قصوى نصت عليها المادة ٥١١ من تقنين الإجراءات الجنائية . ويجوز إبدال الحبس بعمل يدوي أو صناعي (م ٥٢٠ إجراءات جنائية) ، فيستنزل من المبالغ المستحقة للحكومة من الغرامة والمصاريف والرد والتعويضات ما يقابل شغل المحكوم عليه باعتبار مبلغ عشرة قروش عن كل يوم (م ٥٢٣ إجراءات جنائية) . وزى من ذلك أن الحبس إذا كان لا يبريء الذمة في المصروفات والرد والتعويضات المستحقة للحكومة ، فإنه إذا استبدل به عمل يدوي أو صناعي كان هذا العمل مبرثا للذمة على النحو المتقدم^(١) .

المبحث الثاني

التهديد المالي

(Les astreintes)

٤٤٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٣ من التقنين المدني على

ما يأتي :

١٥ - إذا كان تنفيذ الالتزام عبئا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك .

٢٥ - وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين المتمنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة .

وتنص المادة ٢١٤ على ما يأتي :

(١) انظر في الإكراه البدني في المواد الجنائية الأستاذ على زكي العراقي في المبادئ الأساسية

للإجراءات الجنائية جزء ٢ فقرة ٩٣٨ - فقرة ٩٧٤ .

* مراجع : ماسان (Massin) في التنفيذ الجبري للالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل

رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ - كرواسان (Croissant) في التهديد المالي رسالة من باريس

سنة ١٨٩٨ - تيرلان (Turlan) في التهديد المالي رسالة من تولوز سنة ١٩٢٥ - جليز

(Gleizes) في التهديد المالي رسالة من مونبيلييه سنة ١٩٣٥ - كينيو (Cunéo) في التهديد المالي

رسالة من باريس سنة ١٩٥٠ - كايزر (Kayser) مقال في المجلة الفصلية للقانون المدني

سنة ١٩٥٣ ص ٢٠٩ وما بعدها .

« إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين، مراعيًا فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعت الذى بدا من المدين» (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن أحكام التهديد المالى كما هى مبسوطه فى التقنين الملى الجديد كان معمولًا بها قضاءً فى عهد التقنين السابق ، وليست نصوص التقنين الجديد إلا تقنينًا لأحكام هذا القضاء (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢١٣ : ورد هذا النص فى المادتين ٢٩٠ و ٢٩١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليهما لجنة المراجعة تحت رقى ٢١٩ و ٢٢٠ من المشروع النهائى . ووافق عليهما مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ أدمجت المادتان فى مادة واحدة وأصبح رقبها ٢١٣ ، وفسرت عبارة « غير ملائم » بالمثل الذى التزم بعدم التمثيل على صرح آخر ثم أخل بالتزامه ، فالتنفيذ العيني هنا ممكن ولكنه غير ملائم . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٦ - ص ٥٣٨) .

م ٢١٤ : ورد هذا النص فى المسادة ٢٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد فيما عدا أن المشروع التمهيدى اشتمل على لفظ « نهائياً » بعد عبارة « حدد القاضى » ، واستعمل لفظ « التعت » بدلا من لفظ « العنت » . وأقرت لجنة المراجعة المشروع التمهيدى بعد حذف لفظ « نهائياً » . وقد سأل أحد الأعضاء فى اللجنة هل الحكم بالفرامة التهديدية يكون قابلاً للتنفيذ إذا كان صادراً من محكمة آخر درجة أو كان الحكم الأصل مشمولاً بالتنفيذ إلا بعد أن يحدد القاضى نهائياً قيمة التعويض وأن فائدة الحكم بالفرامة التهديدية بالنسبة إلى الحكم بالتعويض المادى تنحصر فى أن التحديد النهائى للتعويض فى حالة الفرامة التهديدية يلحظ فيه التعت الذى يبدو من المدين ، هذا إلى أنه إذا أصر المدين على رفض التنفيذ كان هذا كافياً ليحدد القاضى نهائياً مقدار التعويض . وأصبح رقم المادة (هو ٢٢١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ بعد استبدال لفظ « العنت » بلفظ « التعت » ، وأصبح رقم المادة هو ٢١٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩ - ص ٥٤١) .

(٢) وكان القضاء المصرى فى عهد التقنين السابق — كالقضاء الفرنسى حتى الآن — يجرى أحكام التهديد المالى دون نص تشريعى . وعانى القضاء المصرى ، كما يعانى القضاء الفرنسى ، فى سبيل التماس سند تشريعى لم يكن موجوداً . فقنن التقنين المدنى الجديد هذا القضاء فى النصوص التى تقدم ذكرها ، فارتكز نظام التهديد المالى فى التقنين الجديد على أساس تشريعى واضح . ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « من الملوم أن القضاء المصرى كثيراً =

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢١٤-٢١٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٥٣-٢٥٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢١٦-٢١٧ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥١ (١) .

== ما عانى في سبيل التماس سند من التشريع لنظام الغرامات التهديدية . وإزاء ذلك عمد المشروع إلى إقرار هذا النظام إقراراً تشريعياً ، فاخصه بمواد ثلاث ، ليست في حقيقتها إلا تقنياً لما انتهى إليه القضاء في هذا الشأن . ويقصد من أعمال نظام الغرامات التهديدية إلى حمل المدين على الوفاء عيناً بالالتزام بمنع تنفيذه بغير تدخله شخصياً ، فإذا امتنع المدين عن الوفاء بمثل هذا الالتزام ، حكم القاضي عليه بغرامة تهديدية ليثنيه عن عتاده ، وعلى أن يعيد النظر في حكمه عندما يستبين ما استقر عليه رأى المدين . ويعتبر القاضي في تقدير التعويض النهائي بما يكون من أمر ممانعة المدين في التنفيذ تمتناً وعتاداً من غير مقتض « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨) .

وتقول المذكرة الإيضاحية أيضاً في موضع آخر : « لعل أهم ما عيب على نظام الغرامات التهديدية ، في وضعه الراهن ، أنه لا يستند إلى نص من نصوص التشريع ، بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشروع إلى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه المواد الثلاث باعتبارها سنداً تشريعياً يركن إليه عند التطبيق ، وهي بمد ليست إلا تقنياً لما جرى عليه القضاء من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٤-٢١٥ (مطابقتان

لنص المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٥٣ (مطابقة في الحكم للمادة ٢١٣ من التقنين المصري ، إلا أن

المادة ٢٥٣ من التقنين العراقي لم تورد الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من التقنين المصري التي تجيز للقاضي أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة — ولكن لا يوجد ما يمنع القاضي العراقي من زيادة الغرامة التهديدية إن رأى داعياً لذلك ، فإن هذه هي طبيعة الغرامة التهديدية بالرغم من عدم ورود نص في هذا الشأن : انظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨ ص ٢٤ — ويذهب الدكتور الذنون إلى أن وسيلة التهديد المسالي لا تنسجم مع روح القانون ولا مع قواعد العدالة انظر ص ٢٥) .

م ٢٥٤ (مطابقة في الحكم للمادة ٢١٤ من التقنين المصري ، وتكاد تكون مطابقة لها في اللفظ أيضاً) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٦-٢١٧ (مطابقتان للمادتين ٢١٣ - ٢١٤

من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥١ : غير أنه لا يمكن تطبيق هذه المعاملة (التنفيذ

العيني) على الموجبات التي يستلزم إيفاؤها عيناً قيام المديون نفسه بالعمل . فيحق للدائن حينئذ أن يطلب الحكم على المديون بغرامة عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر يتأخر فيه أو كل =

ونتكلم في مسألتين : (أولاً) شروط الحكم بالتهديد المالى ومميزاته وطبيعته
وسنده القانونى (ثانياً) أثر الحكم بالتهديد المالى .

المطلب الأول

شروط الحكم بالتهديد المالى ومميزاته وطبيعته وسنده القانونى

٤٤٧ - معنى التهديد المالى : تلخص وسيلة التهديد المالى . وفقاً

للتصوص التى تقدم ذكرها ، فى أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عيناً فى
خلال مدة معينة ، فاذا تأخر فى التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن هذا
التأخر ، مبلغاً معيناً عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى
من الزمن ، أو عن كل مرة يأتى عملاً يخل بالتزامه ، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ
العينى أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام . ثم يرجع إلى القضاء فيما
تراكم على المدين من الغرامات التهديدية ، ويجوز للقاضى أن يخفف هذه الغرامات
أو أن يحوها بتاتاً (١) .

= نكول يرتكبه ، رغبة فى إكراه المديون المتورد وإخراجه من الجمود . وبعد تنفيذ الموجب
عيناً يحق للمحكمة أن تعق من الغرامة أو أن تبقى منها ما يعوض الدائن من الضرر الذى لحقه بسبب
الامتناع غير المشروع الذى بدأ من المديون . (والحكم واحد فى التقنين البنائى والتقنين المصرى
رغم اختلاف العبارة - ويقول الأستاذ صبحى المحمصانى فى كتابه آثار الالتزام فى القانون المدنى
البنائى ص ٧ أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ مصرى « زيادة الغرامة التهديدية إذا وجد داع
لزيادة » وإن لم ترد صراحة فى القانون البنائى ، إلا أنها تدخل دلالة فى معنى الغرامة التهديدية
التي هى بطبيعتها حكم موقوف تتوقف نتيجته على موقف المدين النهائى إزاء التنفيذ العينى المطلوب ،
لذلك كانت الغرامة قابلة للتعديل بحسب ما يراه القاضى ضرورياً لتنفيذ الغاية المقصودة ، وهى
إكراه المدين على التنفيذ العينى فى التزام العمل) .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٨ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى :
« تسرى قواعد الغرامات التهديدية على كل التزام بمثل أو بامتناع عن عمل ، أياً كان مصدره ،
مضى كان الوفاء به عيناً لا يزال فى حدود الإمكان ، وكان هذا الوفاء يقتضى تدخل المدين نفسه .
والغرامة التهديدية هى مبلغ من المال يقضى بالالتزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو
أية فترة معينة من الزمن ، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام . ويقصد من هذه الغرامة إلى التغلب
على مانعة المدين المتخلف ، ولهذا أجاز للقاضى أن يزيد فيها إزاء تلك المائة كلما آنس أن ذلك
أكفل بتحقيق الغرض المقصود (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) . =

ومما تقدم نستطيع أن نستخلص: (١) شروط الحكم بالتهديد المالى (٢) ومميزات هذا الحكم (٣) وطبيعته (٤) والسند القانونى الذى يقوم عليه .

٤٤٨ - شروط الحكم بالتهديد المالى : يشترط فى الالتجاء إلى وسيلة التهديد المالى والحكم بغرامة تهديدية الشروط الآتية : (أولاً) أن يكون هناك التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أن تنفيذه العيى لا يزال ممكناً^(١) . (ثانياً) أن يكون التنفيذ العيى لهذا الالتزام يقتضى تدخل المدين الشخصى ، وإلا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم . (ثالثاً) أن يلجأ الدائن إلى المطالبة بتوقيع غرامة تهديدية على المدين كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيى .

٤٤٩ - الشرط الاول - التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أنه

تففيذه العيى لا يزال ممكناً : لا بد أن يكون هناك التزام امتنع الدائن عن تنفيذه . فاذا لم يوجد التزام فلا محل للتهديد المالى . ومن ثم لا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى لإجبار المدعى عليه على الحضور إلى المحكمة ، فانه غير ملزم بالحضور ، وقد نظم تقنين المرافعات ما يترتب على غيابه من نتائج^(٢) . ثم لا بد من أن يكون

= ويلاحظ أن التهديد المالى يرمى إلى حل المدين على التنفيذ العيى إذا كان التزامه التزاماً بعمل ، وإلى حله على التعويض العيى إذا كان التزامه التزاماً بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام . ويستوى فى هذا الصدد ، من الناحية العملية ، التنفيذ العيى والتعويض العيى ، ومن ثم لا نرى بأساً من إطلاق عبارة « التنفيذ العيى » على كل من التنفيذ العيى والتعويض العيى .

(١) فإذا كان الالتزام التزاماً بالامتناع عن عمل وأخل به المدين ، فيشترط أن يكون التعويض العيى عن الإخلال بالالتزام لا يزال ممكناً . وقد تقدم أن التعويض العيى يعدل التنفيذ العيى فى هذا الصدد ، وأن عبارة « التنفيذ العيى » قد يقصد بها التعويض العيى .

(٢) ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٥-٥٤٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠٠ — كذلك لا يحكم بغرامة تهديدية على متهم لإجباره على أن يذكر أسماء شركائه ، إذ لا يوجد عليه التزام قانونى بذلك (كازير فى إنجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٣ ص ٢٢٠ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٥٤ ص ٧٢ — ومع ذلك انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٩) — هذا ويجوز أن يكون المدين الذى يحكم عليه بغرامة تهديدية هو الدولة ذاتها كصلحة التليفونات ، أو شخص من أشخاص القانون العام كإحدى الجامعات أو أجد المجالس البلدية . (انظر فرجيفيل (Zréjaville) فى أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ Astreinte فقرة ٣٤) .

المدين ممتنعاً عن تنفيذ التزامه ، بأن تطلب إليه المحكمة هذا التنفيذ فلا يمتثل . أما إذا امتثل فلا محل للحكم عليه بتهديد مالى ، وكذلك إذا حكم عليه فبادر إلى تنفيذ التزامه فى الميعاد الذى حددته المحكمة فلا يسرى عليه هذا الحكم لأن سرىانه مشروط بعدم التنفيذ .

ولا بد أن يكون الالتزام لا يزال ممكناً تنفيذه عينياً . أما إذا أصبح تنفيذه العيى مستحيلاً ، كأن هلك الشئ المطلوب تسليمه أو أتى المدين العمل الذى التزم بالامتناع عنه ولم يعد فى الاستطاعة الرجوع فى ذلك ، فلا محل للالتجاء إلى التهديد المالى ، فان الالتجاء إلى هذا الطريق إنما هو تهديد للمدين حتى يقوم بالتنفيذ ، وقد أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً ، ومن ثم أصبح التهديد المالى غير ذى موضوع^(١) .

٤٥٠ - الشرط الثانى - تدخل المدين ضرورى والا فلا التنفيذ

غير ممكن أو غير معلوم : ويشترط ثانياً أن يكون تدخل المدين الشخصى ضرورياً لتنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، بحيث إن هذا التنفيذ يصبح من غير تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم^(٢) . ونستعرض من هذه الناحية الالتزام بنقل الملكية والالتزام بالعمل والالتزام بالامتناع عن العمل .

فى الالتزام بنقل الملكية إذا كان محل الالتزام عينياً معينة ، انتقلت ملكيتها بحكم القانون إلى الدائن كما رأينا ، فأصبح الالتزام منفذاً ولا حاجة للتهديد المالى . كذلك إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فلا حاجة فى تنفيذ هذا الالتزام إلى تهديد مالى ، لأن تنفيذه عينياً دون تدخل المدين ممكن عن طريق الحجز على أموال

(١) فإذا كان هناك التزام بتقديم مستندات مثلاً ، وثبت أن هذه المستندات قد أعدت ، فلا محل للحكم بفراغة تهديدية ، وإنما يقضى بالتعويض إذا توافرت شروطه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا محل للحكم بتهديد مالى إذا أصبح التنفيذ العيى مستحيلاً ببيع العين المرفوع بشأنها دعوى الاستحقاق (١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٤) .

(٢) لأن أمكن التنفيذ العيى دون تدخل المدين الشخصى ، فلا محل للالتجاء إلى التهديد المالى : استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ - ٢١ مارس سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٢٣٠ ص ٢٥٥ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥٢ ص ١٠٩ - أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

المدين (١). بقى الالتزام بنقل ملكية شيء لم يعين إلا بنوعه ، وفي أغلب أحواله يمكن التنفيذ العيني دون تدخل المدين بأن يحصل الدائن على حكم بالتنفيذ على نفقة المدين كما رأينا ، وفي الحالات النادرة التي لا بد فيها من تدخل المدين ليكون التنفيذ العيني ممكناً أو ملائماً يجوز للدائن أن يلجأ إلى وسيلة التهديد المالى (٢).

والالتزام بعمل هو الميدان الذى يتسع عادة للتهديد المالى (٣). ففى نطاق المعاملات المدنية حيث يكون التنفيذ العيني للالتزام دون تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم ، يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى ، كما هو الأمر فى الالتزام بتقديم حساب (٤) ، وفى الالتزام بتقديم مستندات ، وفى الالتزام بالقيام بعمل فى كفاءة أو تمثيل أو تصوير (٥) ، وفى التزام شركات الاحتكار بتقديم خدماتها للمستهلكين كإعادة المواصلة التليفونية وتوصيل التيار الكهربائى ، وفى الالتزام بإخلاء عين مؤجرة أو تسليمها . وبعض هذه الالتزامات غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل المدين ، وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل ، ويكون فى إكراه المدين على التدخل حرج على الحرية الشخصية . وفى نطاق الأحوال الشخصية يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى فى الالتزام بتسليم الأولاد إلى من له حق

(١) قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٨٩٨ — وانظر ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٦ .

(٢) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٨ — مثل ذلك أن يكون الشيء الذى لم يعين إلا بنوعه وتمهد المدين بنقل ملكيته نادر الوجود ، ويكون من اليسير نسبياً على المدين أن يعثر عليه ، فيحكم عليه بغرامة تهديدية إذا لم يقم بتنفيذ التزامه عينياً (فريجافيل : أنسيكلوبيدى داللو ١ astreinte . فقرة ٢٣) .

ويفسر القضاء الفرنسى فكرة عدم الملامة تفسيراً واسعاً ، فيكفى أن يكون التهديد المالى من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عينياً أبسط فى الإجراءات من التنفيذ القهرى حتى يلجأ إليه القضاء ، ذاهباً إلى أن التنفيذ القهرى فى هذه الحالة يكون غير ملائم ، والواقع أن التنفيذ القهرى ملائم ولكن التهديد المالى أكثر ملامة (نقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٢٧ داللو الأسبوعى ١٩٢٧ - ٢٧٤ - ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ داللو الأسبوعى ١٩٣٠ - ٦٠٥ - انظر فى هذا المعنى فريجافيل : أنسيكلوبيدى داللو ١ astreintes فقرة ٢٤) .

(٣) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ .

(٤) استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ .

(٥) استئناف مصر ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٤ ص ٤٥٢ .

حضانتهم (١) ، وفي التزام الزوجة أن تذهب إلى محل الطاعة ، وهذان التزامان يمكن تنفيذهما جبراً على المدين - وينفذان فعلاً على هذا النحو في كثير من الأحوال في المحاكم الشرعية - ولكن التنفيذ القهري يكون عادة غير ملائم ، فيصح الالتجاء إلى التهديد المالي (٢) .

وفي الالتزام بالامتناع عن عمل قد يكون الإخلال بالالتزام من شأنه أن يجعل التعويض العيني مستحبلاً ، فلا يكون هناك محل للتهديد المالي . مثل ذلك أن يفشى الطبيب أو المحامي سر المهنة ، فيتعين في هذه الحالة الاقتصار على الحكم بالتعويض . أما إذا كان التعويض العيني ممكناً ولكن عن طريق تدخل المدين الشخصي كوسيلة ضرورية أو ملائمة ، جاز الالتجاء إلى التهديد المالي . مثل ذلك التزام الممثل بالأداء في مسرح معين (٣) ، والتزام المهندس بالأداء في مصنع منافس ، والتزام بائع المتجر بالامتناع عن منافسة المشتري ، فإنه يجوز الحكم في هذه الحالات على المدين بغرامة تهديدية عن كل مرة يأتي فيها بالأمر المنوع أو حتى يكف بتاتاً عن هذا الأمر . وبلاحظ هنا أن الغرامة التهديدية تلتبس بالتعويض ، فقد تكون هذه الغرامة تعويضاً عن الضرر الذي يصيب المدين من جراء إخلال المدين بالتزامه في كل مرة . ويمكن مع ذلك تمييز الغرامة التهديدية عن التعويض بمقدار المبلغ المحكوم به ، فإذا تبين أنه يقارب التعويض عن الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام بعد أن يذكر القاضي عناصر هذا الضرر في أسباب حكمه ، كان هذا المبلغ تعويضاً ، وإلا فهو غرامة تهديدية (٤) .

(١) وقد أصبح الإخلال بهذا الالتزام جريمة جنائية في فرنسا بقانون ٦ ديسمبر سنة ١٩٠١ .

(٢) انظر في تنفيذ هذين الالتزامين في فرنسا عن طريق التهديد المالي بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ .

(٣) انظر تاريخ نص المادة ٢١٣ آنفاً فقرة ٤٦ ، الهامش - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٧ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠١ - ديموج ٦ فقرة ٥١٣ - وقد يكون تدخل المدين ضرورياً في تنفيذ الالتزام ، ومع ذلك لا يجوز إجبار المدين على التدخل ، فلا يصح الالتجاء في هذه الحالة إلى التهديد المالي . مثل ذلك أن يكون الأمر متعلقاً بحق المؤلف الأدبي ، كما إذا تعهد مؤلف لناشر أن يضع كتاباً يقوم الناشر بنشره ، ثم قرر المؤلف أن العمل الذي أنتجه غير جدير بالعرض على الجمهور كعمل صادر منه ، فلا يجوز للناشر إجباره على هذا =

٤٥١ - الشرط الثالث - النجاء الدائن الى المطالبة بالتهديد

المالى : والرأى الراجع أنه يجب أن يطلب الدائن بالتهديد المالى ، فلا يجوز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بغرامة تهديدية على المدين إذا لم يطلب الدائن منها ذلك (١) . على أن هناك رأياً يذهب إلى جواز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية إذا وجدت أن شروطها متوافرة (٢) .

ومهما يكن من أمر ، فللدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية فى أية حالة كانت عليها الدعوى . بل ويجوز له أن يطلب ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يعتبر هذا الطلب جديداً (٣) .

وللمحكمة ، إذا طلب الدائن منها الحكم بغرامة تهديدية ، سلطة التقدير فى أن تجيبه إلى هذا الطلب أو ألا تجيبه إليه ، وهذا على فرض أن شروط التهديد المالى متوافرة (٤) . ولا تخضع المحكمة فى استعمال سلطة التقدير هذه لرقابة محكمة النقض ، إذ هى تقضى فى مسألة موضوعية . أما أن للتهديد المالى شروطاً يجب توافرها حتى يجوز الحكم بغرامة تهديدية ، فهذه مسألة قانون تخضع محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض .

ويجوز لأية جهة مختصة الحكم بالغرامة التهديدية : محكمة مدنية ، أو محكمة تجارية ، أو محكمة جنائية تقضى فى التزام مدنى (٥) . ويجوز لقاضى الأمور

= العرض عن طريق التهديد المالى . ولكن إذا كان المؤلف قد اتفق مع ناشر آخر ، مخلا بالتزامه مع الناشر الأول ، فإنه يجوز إجباره على التنفيذ العيني عن هذا الطريق (الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٥٦) .

(١) انظر فى هذا المعنى كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٣٤ - ص ١٣٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ - مازو فقرة ٢٥٠٧ رقم ١٠ .

(٢) انظر فى هذا المعنى كينيو فقرة ٤٧٠ - الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٥٦ ص ٧٤ - ص ٧٥ - وقارب ديموج ٦ فقرة ٥١٠ - فقرة ٥١١ - فريجايل فى أنسيكلوبيدى دالوز ١ (astreintes) فقرة ٢١ .

(٣) ديموج ٦ فقرة ٥١٠ ص ٥٤٧ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ .

(٥) ولا يجوز لمجلس الدولة فى فرنسا أن يقضى على الحكومة بغرامة تهديدية ، لأنه لا يستطيع

أن يصدر لها أمراً (فريجايل : أنسيلكوبيدى دالوز ١ astreintes فقرة ٢٨) .

المستعجلة أن يحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم في الموضوع تنفيذاً عينياً ، ومن باب أولى يجوز له أن يقضى بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم المؤقت الذي يصدره هو . ولكن تحويل الغرامة التهديدية الوقتية إلى تعويض ، على النحو الذي سنسطة ، ليس من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة ، بل هو من اختصاص قاضي الموضوع (١) .

٤٥٢ - مميزات الحكم بالتهديد المالي : ويمكن الآن أن نستخلص

مميزات الحكم بالتهديد المالي ، فهي ثلاثة :

(أولاً) يقدر التهديد المالي عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه ، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه ، ولا يقدر مبلغاً مجمداً دفعة واحدة (٢) . وذلك حتى يتحقق معنى التهديد ، فان المدين يحس أنه كلما طال وقت تأخره عن التنفيذ كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم بها (٣) .

(ثانياً) التهديد المالي تحكمي (arbitraire) ، لا مقياس له إلا القدر الذي يرى القاضي أنه منتج في تحقيق غايته ، وهي إخضاع المدين وحمله على أن يقوم بتنفيذ التزامه عينياً . فلا يشترط فيه أن يكون مقارناً للضرر الذي يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام ، بل إنه لا يشترط للحكم به وجود ضرر أصلاً . فليست غايته التعويض عن الضرر ، بل الضغط عن المدين وتهديده حتى يقوم بتنفيذ التزامه . فينظر القاضي إذن ، لا إلى الضرر بل إلى موارد المدين المالية وقدرته على المطاولة والمضي في عدم تنفيذ التزامه ، فيقدر مبلغاً يكون من شأنه أن يؤدي في النهاية بالمدين إلى الرضوخ والإذعان ، ويكون عادة أكبر من الضرر بكثير (٤) . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ على أنه : « إذا رأى القاضي

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٠ - ترى ماننا من أن تحكم محكمة شرعية أو مجلس ملي بغرامة تهديدية في مسائل الحضانة والطاعة بدلاً من الحكم بالتنفيذ القهري (manu militari) . ويجوز من باب أولى ، بعد إلغاء هذه المحاكم وتوحيد القضاء ، أن يصدر حكم بذلك من دوائر الأحوال الشخصية التي ستحدث في المحاكم الموحدة .

(٢) وكان في بداية الأمر في فرنسا يقدر مبلغاً مجمداً (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٧ ص ٩٧ - ديموج ٦ فقرة ٥٠٧ ص ٥٤٢) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٣ .

(٤) انظر مع ذلك استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٩ - ٢٨ أبريل =

أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع من التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة». فللقاضي إذن إذا قدر في البداية مبلغاً ، ثم رآه غير كافٍ للتغلب على عناد المدين ، أن يزيد في هذا المبلغ إلى القدر الذي يراه كافياً . ولا يمنع من ذلك حجبة الأمر المقضى ، فإن الحكم بالتهديد المالى لا يجوز هذه الحجبة كما سنرى (١) .

(ثالثاً) التهديد المالى حكم وقته وتهديده (provisoire et comminatoire).
ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) الحكم بالتهديد المالى لا يكون نهائياً واجب التنفيذ ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة ، أو كان الحكم الأصيل مشمولاً بالنفاذ المعجل ، بل يبقى الحكم معلقاً على رأس المدين ، مهدداً له ليحمله على تنفيذ التزامه ، ولا يجوز تنفيذه إلا إذا تحول إلى تعويض نهائى كما سيأتى (٢).

(٢) ما دام المدين لم يخط خطوته الحاسمة في تنفيذ الالتزام أو في الإصرار على عدم تنفيذه ، فإن مصير الحكم بالتهديد المالى يبقى غير مبتوت فيه ، فلا يطلب من المدين مثلاً أن يدمج الغرامة التهديدية في عرض حقيقى للدين المترتب في ذمته (٣) ، ولا تدخل هذه الغرامة ضمن الطلب الأصيل لتقدير قيمة الدعوى من حيث النصاب الجائز استئنافه (٤) .

= سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (حيث يعتبر التهديد المالى حكماً بتمويض مقدر سلفاً عن المستقبل «ad futurum» ، وسنعود للإشارة إلى ذلك) .

(١) وفي إحدى القضايا في فرنسا (نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢٨٩) زيدت الغرامة التهديدية من مائة فرنك في اليوم إلى عشرة آلاف من الفرنكات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩١ ص ١٠٥) .

(٢) انظر آنفاً تاريخ نص المادة ٢١٤ فقرة ٤٤٦ في الهامش - ديموج ٦ فقرة ٥١٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكرر ثالثاً - الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٤ -

استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٥٥ - ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٢٠ -

٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٦١ - اسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة

١٢ ص ١٠٢٥ . بل ولا يجوز حجز ما للمدين لدى الغير بمقتضى غرامة تهديدية (الأستاذ عبد الحجازى في النظرية العامة للالتزام ٣ ص ١٩٠ - ص ١٩٢) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٤ .

(٤) مصر الكلية الوطنية ٢٤ مارس سنة ١٩٠٨ المحقوق ٢٤ ص ٨٤ .

(٣) لا يجوز الحكم بالتهديد المالي حجية الأمر المقضي^(١) ، لأنه حكم وقفي تهديدي كما قدمنا . فيجوز أولاً أن يزيد فيه القاضي إذا رآه غير كاف كما سبق القول . ويجوز ثانياً ، عند تحويله إلى تعويض نهائي ، أن ينقص منه أو يلبه كله ، مراعيًا في ذلك الضرر الذي أحاق بالدائن كما سنرى .

(٤) الحكم بالتهديد المالي لا يكون قابلاً للطعن فيه بطريق النقض ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يقبل الطعن بطريق النقض في الحكم الصادر بعدم جواز استئناف حكم ابتدائي قضى بالزام مصلحة الضرائب بتقديم الملف الفردي مع إلزامها بغرامة تهديدية في حالة عدم التنفيذ ، بحجة أنه حكم قطعي ، ذلك لأن الحكم المستأنف لم يمه الخصومة الأصلية أو جزءاً منها ، وإنما قضى بإجراء فيها ، أما احتواؤه على الغرامة التهديدية فليس من شأنه أن يجعله هو أو الحكم الاستئنافي المطعون فيه حكماً وقتياً في معنى المادة ٣٧٨ من تقنين المرافعات^(٢)

٤٥٣ - طبيعة الحكم بالتهديد المالي : تبين مما قدمناه أن الغرامة التهديدية ليست تعويضاً فهي لا تقاسن بمقياس الضرر ولا تتوقف عليه إطلاقاً ، وإذا حكم القاضي بغرامة تهديدية لا يسبب حكمه بخلاف الحكم بالتعويض فإنه واجب التسبيب ، وقد كان القضاء الفرنسي في بداية الأمر يخلط ما بين التهديد المالي والتعويض عمداً حتى يجد سنداً قانونياً للتهديد المالي ، ثم ما لبث أن ميز تمييزاً واضحاً ما بين الاثنين^(٣) .

والغرامة التهديدية ليست عقوبة خاصة (peine privée) ، وإن كانت تشبه العقوبة . والفرق بينهما أن العقوبة نهائية يجب تنفيذها كما نطق بها ، أما للغرامة التهديدية فهي شيء وقفي كما قدمنا ، ولا تنفذ إلا عندما تتحول إلى تعويض

(١) استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ .

(٢) نقر مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٣٤ ص ٩٤٢ .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٢ - وقد وصل هذا التمييز إلى حد أن نقض المحكمة في حكم واحد بتعويض نهائي عن الضرر الذي وقع في الماضي وبغرامة تهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزام في المستقبل (نقر فرنسي ٧ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دي تريبينو ١٩٢٢ - ١ - ٢١٤ - ديموج ٦ فقرة ٥١٢ ص ٥٤٩) .

نهائي ، وهي في هذا التحول قد تنتقص أو تلغى ، فالذى ينفذ في الواقع من الأمر ليس هو الغرامة التهديدية الوقتية بل هو التعويض النهائي (١) .

وإنما الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على المدين والتغلب على عناده حتى يحمل على تنفيذ التزامه (٢) . فهي إذن وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبرى . وهي وسيلة غير مباشرة (٣) ، تتفق في هذا مع الإكراه البدنى الذى هو أيضاً وسيلة غير مباشرة ، وتختلف عن التنفيذ القهرى وهو وسيلة مباشرة . ولما كانت الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة ، فهي قد تنجح وقد لا تنجح تبعاً لما انتهى إليه المدين من تنفيذ التزامه أو الأصرار على عدم التنفيذ (٤) .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٣ — وقارن الموجز للمؤلف فقرة ٤٤١ .
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويتضح مما تقدم أن الغرامة التهديدية ليست ضرباً من ضروب التعويض ، وإنما هي طريق من طرق التنفيذ رسمها القانون ، وقصر نطاق تطبيقها على الالتزامات التى يقتضى الوفاء بها تدخل المدين نفسه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) . وجاء في الموجز للمؤلف : « وسرى أن المدين لا يحكم عليه في آخر الأمر إلا بتعويض مناسب لما أصاب الدائن من الضرر . ومع ذلك يبقى التهديد المالى وسيلة لإجبار المدين على التنفيذ ، لأن الحكم عليه بتهديد مالى من شأنه أن يلقى في نفسه القلق والانزعاج ، إذ لا يعرف على وجه الدقة المبلغ الذى سيحكم به القاضى نهائياً على سبيل التعويض . ثم هو من جهة أخرى يعلم أن مبادرته إلى تنفيذ التزامه تجعل القاضى أكثر استعداداً لرفع التهديد المالى عنه أو لتخفيفه إلى درجة كبيرة ، وأن إصراره على عدم التنفيذ من شأنه أن يجعل القاضى متشدداً في تقدير التعويض ، ويزيد التعويض كلما كان الإصرار لا مبرر له ، وقد ينهى الأمر بالحكم عليه نهائياً بكل المبلغ الذى حكم عليه به مبدئياً على سبيل التهديد . كل هذه الاعتبارات من شأنها أن تجعل التويد المالى وسيلة ناجمة لإجبار المدين على القيام بتنفيذ التزامه ، دون أن يكون هناك حبر على حريره الشخصية » (الموجز ص ٤٣٣ هامش رقم ١) .

(٣) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ — أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

(٤) ديموج ٦ فقرة ٥١١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٤ — وقد رتب القضاء الفرنسى على أن الغرامة التهديدية إنما هي وسيلة غير مباشرة للتنفيذ وليست تنفيذاً مباشراً أنها تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائى بها ، حتى لو كان هذا الحكم غير قابل للتنفيذ واستؤنف فصدر حكم استئنافى يؤيده . أما القضاء المصرى فيجعلها تسرى من وقت صدور الحكم الاستئنافى لا من وقت صدور الحكم الابتدائى ، فهي أمر من المحكمة لا يبدأ سريانه إلا من وقت صيرورته نهائياً . وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا المعنى : « وقد كان من مقتضى ذلك - أى من مقتضى أن التهديد المالى أمر - ألا يبدأ سريان الحكم بالتهديد المالى إلا من وقت صيرورة هذا الأمر نهائياً ، فإذا استؤنف حكم بتهديد مالى ، وجب انتظار الفصل النهائى من محكمة الاستئناف ، حتى يعلم =

٤٥٤ - **النشر القانوني للشهرير المالي** : لا يوجد في التقنين المدني الفرنسي ولا في التقنين المدني المصري السابق نص يصلح أن يكون سنداً تشريعياً للحكم بالغرامة التهديدية .

وقد استند القضاء الفرنسي ، بطريق غير مباشر ، إلى المادة ١٠٣٦ من تقنين المرافعات الفرنسي ، وهي تقضى بأنه يجوز للمحاكم ، في القضايا التي تعرض عليها ، وتمشيا مع ما توحيه الظروف من الخطورة ، أن تصدر أوامر (injonctions) ، ولو من تلقاء نفسها ، وأن تعدم أوراقا مكتوبة تعلن أنها قد تضمنت قدفا ، وأن تأمر بطبع أحكامها ونشر هذه الأحكام . فالحكم الصادر بالغرامة التهديدية هو أمر (injonction) يصدر من المحكمة ، بما لها من سلطة الأمر (imperium, judicia ordinatoria) ، لا بما لها من ولاية الحكم (jurisdictio, judicia decisoria) ، للمدين المتعنت الممتنع عن تنفيذ التزامه بتنفيذ هذا الالتزام ، فإن لم يفعل فجزاؤه على العصيان غرامة تهديدية^(١) . ولا شك في أن النص الذي استند إليه القضاء الفرنسي إنما قصد به بسط سلطة القاضي في إدارة الجلسة ، والتهديد المالي حكم موضوعي لا علاقة له بإدارة الجلسة . ولا شك في

= المدين أن الأمر بالتنفيذ قد تأيد نهائياً ولا مناص من الطاعة . مثل ذلك أن يصدر حكم بإلزام المدين بالتنفيذ العيني في مدة شهر وإلا دفع مبلغاً معيناً عن كل يوم يتأخر فيه عن التنفيذ ، ثم يستأنف هذا الحكم ، ويستغرق نظره في الاستئناف مدة أربعة أشهر ، ثم تؤيد محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي . في مثل هذه الحالة يجب إعطاء المدين مهلة شهر لتنفيذ العيني ، وتسرى هذه المهلة من وقت صدور حكم الاستئناف لا من وقت صدور الحكم الابتدائي . وبهذا تقضى المحاكم المصرية (استئناف أهلي ٢٢ يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٥٨ - محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ١٢٢٥ - استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٩٧ - ٢١ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٦) . ولكن محكمة النقض الفرنسية تجعل المهلة تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائي (١٥ نوفمبر سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢ - ١ - ١٣٤) مخالفة في ذلك أحكام المحاكم الاستئنافية والابتدائية الفرنسية (باريس الاستئنافية ١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ - ٢ - ١١٣ - البين الابتدائية ١٥ يولييه سنة ١٩٠٩ دالوز ٩١١ - ٢ - ٣٠٣) (الموجز ص ٤٣٦ هامش رقم ٢) .

(١) أسبان في مقال له في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٣ ص ٥ - ص ٥٢ - بودري وبارد ١ فقرة ٤٧٩ مكررة .

أن القضاء الفرنسي قضاء اجتهادى لا سند له من النصوص التشريعية ، وأن نظرية التهديد المالى نظرية خلقها القضاء لا المشرع^(١).

وفى عهد التقنين المدنى السابق سار القضاء المصرى على أثر القضاء الفرنسى فى اجتهاده فى الحكم بالتهديد المالى ، وفى اعتباره حكماً وقتياً تهديدياً للقاضى تخفيفه أو إلغاؤه^(٢).

أما فى التقنين المدنى المصرى الحديث فقد وجد السند التشريعى لنظرية التهديد

(١) وكثير من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى عدم مشروعية التهديد المالى ، وإلى أن القضاء لا يستند فى ذلك إلى أى أساس قانونى (ديمولومب ٢٤ فقرة ٤٩٦ - فقرة ٤٩٧ - لوران ١٦ فقرة ٣٠١ - هيك ٧ فقرة ١٣٦ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٩ ص ٦١ - ص ٦٨ - بودرى وبارد ١ فقرة ٤٧٩ - ديموج ٦ فقرة ٥٢٤ - نيرة ٥٢٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٤٤٨ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٦٥٣ - كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٧٧ - جورسان ٢ فقرة ٦٠٠) . هل أن المشرع الفرنسى أصدر قانوناً فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ ، خاصاً بالمساكن الصغيرة ، وقد ورد فى الفقرة الثالثة من المادة السادسة من هذا القانون نص يرتب إلزاماً قضائياً ، وأجاز للقضاء أن يصدر حكماً تهديدياً عن كل يوم يتأخر فيه الملتزم عن تنفيذ هذا الالتزام (à peine d'une astreinte pour chaque jour de retard) ، وفى هذا إقرار تشريعى لنظرية التهديد المالى فى مسألة معينة (الموجز للمؤلف ص ٤٣٧ هامش رقم ١) . انظر أيضاً قانون ١٨ يوليه سنة ١٩٣٧ ، وقانون ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، وقانون ٢١ يوليه سنة ١٩٤٩ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانياً ص ١١٢ هامش رقم ٢ وفقرة ٧٩٥ مكررة رابعاً ص ١١٦ - ص ١١٧) .

وانظر فى أن القضاء البلجيكي لا يسلم بنظرية التهديد المالى دى باج ٣ فقرة ١٦١ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانياً ص ١١٢ هامش رقم ١ . ولكن هذا القضاء يقر مشروعية التعمييض عن المستقبل (ad futurum) يقدر سلفاً إذا طلب الدائن ذلك ، مع اصطناع الحيلة فى هذا الطلب (دى باج ٣ فقرة ١٦٢ - فقرة ١٦٤) . وانظر فى عدم التسليم بنظرية التهديد المالى فى أسبانيا والبرتغال وهولندا والأرجنتين والبرازيل وسويسرا وألمانيا : ديموج ٦ فقرة ٥٢٩ .

(٢) استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩ - ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ - والتون ٢ ص ٢٤٩ - ص ٢٥١ - الموجز فقرة ٤٤١ - على أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت فى بعض أحكامها بأن القضاء المختلط لا يمتد بالتهديد المالى على أساس أنه حكم وقتى تهديدى (astreinte comminatoire) ، بل يقره على أساس أنه حكم بتعمييض مقدر سلفاً عن المستقبل (astreinte compensatoire) : استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (وانظر جبريل بسطوروس فى تعليقاته على التقنين المدنى المختلط جزء ٢ ص ٢٤٨ هامش رقم ٣) .

المالى فى النصوص التى تقدم ذكرها ، ولم نعد فى حاجة إلى سند قانونى آخر .
على أن هذه النصوص ذاتها ليست كما قدمنا إلا تقنيناً للقضاء المصرى فى عهد
التقنين المدنى السابق .

المطلب الثانى

أثر الحكم بالتهديد المالى

٤٥٥ - موقف المدين من التهديد المالى : إذا حكم على المدين
بغرامة تهديدية ، فإما يقصد بذلك كما قدمنا إلى الضغط عليه والتغلب على عناده
حتى يدعى فىقوم بتنفيذ التزامه .

وهو فى النهاية يقف أحد موقفين : إما أن يحدث التهديد المالى فيه أثره
فيقلع عن عناده ويعمد إلى تنفيذ التزامه^(١) ، وإما أن يصر على موقفه ويصمم
على ألا يقوم بتنفيذ الالتزام .

وفى الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائياً ، عن التنفيذ أو عدم التنفيذ ،
فلم تعد هناك جلوى من استبقاء التهديد المالى بعد أن استنفد أغراضه . ومن ثم
وجب النظر فى مصير الغرامة المالية وتحويلها إلى تعويض نهائى .

٤٥٦ - تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى : وقد نصت
المادة ٢١٤ كما رأينا على أنه «إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض
التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين ، مراعيًا فى ذلك
الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين» . ويستخلص من هذا
النص أنه لما كانت الغرامة التهديدية قد استنفدت أغراضها ، لم يعد بد من تحويلها
إلى تعويض نهائى . فيجب إذن أن يلبجأ الدائن إلى محكمة الموضوع طالبا تصفية

(١) هذا وقد يقوم المدين بتنفيذ الالتزام خشية تراكم الغرامة التهديدية ، لا لأنه راض
بالحكم ، ولا يمتنع تنفيذ الالتزام فى هذه الحالة من استئناف الحكم ولا يحتج عليه بأنه رضى به
بسبب هذا التنفيذ (ديموج ٦ فقرة ٥١٦) .

الغرامة التهديدية والحكم على المدين بتعويض نهائى يستطيع أن ينفذ به على أمواله ، فقد رأينا أن الغرامة التهديدية لا يستطيع أن ينفذ بها .

هذا وليس ثمة ما يمنع الدائن من أن يطلب التنفيذ الجبرى للالتزام بعد أن يتبين أن التهديد المالى لم يثمر فى التغلب على عناد المدين . ويتحقق ذلك إذا كان التنفيذ القهرى دون تدخل المدين ممكنا وإنما التجأ الدائن إلى التهديد المالى لأن هذا التنفيذ غير ملائم ، فلما أصر المدين على عدم التنفيذ وكان التنفيذ القهرى لا يزال ممكنا ، جاز للقاضى أن يحكم به مع التعويض عن الضرر الذى أصاب الدائن من جراء التأخير فى هذا التنفيذ^(١) .

٤٥٧ - عناصر التعويض : على أن القاضى فى الكثرة الغالبة من

الأحوال لا يقضى بالتنفيذ القهرى ، وإلا كان قضى به منذ البداية بدلا من أن يقضى بالتهديد المالى . وإنما تقتصر مهمة القاضى فى الغالب على تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى كما قدمنا .

وعناصر التعويض النهائى هى نفس عناصر التعويض العادى : ما أصاب الدائن من ضرر وما فاته من نفع من جراء عدم التنفيذ إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ ، أو من جراء التأخر فى التنفيذ إذا كان المدين قد رجع عن عناده وقام بتنفيذ التزامه .

على أن هناك عنصراً جديداً - وهو العنصر البارز فى التعويض الذى يعقب التهديد المالى ، بل هو العنصر الذى يخرج التعويض عن معناه المألوف إلى المعنى الذى يتفق مع فكرة التهديد المالى - يجب أن يدخله القاضى فى حسابه عند تقدير التعويض النهائى . هذا العنصر هو العنت الذى بدأ من المدين . فيستطيع القاضى أن يزيد فى التعويض فى مقابل الضرر الأدبى الذى أصاب الدائن من جراء عناد المدين وتعتته واصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد فى هذا التنفيذ .

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ - بل ويجوز أن يكون الالتزام بما يمكن للدائن نفسه أن ينفذه دون تدخل المدين ، ولكن الدائن لجأ إلى التهديد المالى لكونه أكثر ملاءمة ، فلما لم يجد قام الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين . ففى تم التنفيذ على هذا الوجه يكون الموقف هنا أيضاً قد تكشف ، ويجب النظر فى تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى (ديموج - فقرة ٥١٥) .

ويلاحظ أن تعويض الدائن عن العنت الذى بدأ من المدين يمكن أن يتحقق ، حتى لو كان المدين انتهى بعد تباطؤ إلى القيام بتنفيذ التزامه ، فلا يزال هناك عنت من المدين أصاب الدائن بضرر أدبى ، فيجب تعويضه عنه . ولكن عنصر العنت إنما تبرز أهميته فى حالة ما إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ ، إذ يكون العنت فى هذه الحالة أكثر وضوحاً وأبلغ ضرراً . هذا ولا يخفى ما للتعويض عن عنت المدين من أهمية بالغة ، فهو الذى يجعل للتهديد المالى مزية ليست له فى القانون الفرنسى حيث يقتصر القاضى على تقدير التعويض بقدر الضرر الذى أصاب الدائن دون أن يزيد شيئاً ، فيعلم المدين مقدماً أنه لن يحكم عليه بتعويض يزيد على الضرر ، ويفقد التهديد المالى ميزته ولا يصلح أداة للضغط على المدين والتغلب على عناده^(١) . وقد أمكن فى التقنين المصرى الجديد إضافة عنصر العنت إلى التعويض بفضل النص على ذلك صراحة فى المادة ٢١٤ كما رأينا^(٢) . أما فى فرنسا فلا يوجد نص يسمح للقاضى بإضافة هذا العنصر ، فلا يستطيع إلا أن ياتزم القواعد العامة فى تقدير التعويض .

(١) ومن أجل ذلك يشكو الفقه الفرنسى من أن التهديد المالى ، فى الوضع الذى أقره القضاء ، ليس له تأثير كبير فى التغلب على عناد المدين . وقد ذهبت بعض المحاكم فى فرنسا ، حتى يكون التهديد المالى التأثير المطلوب ، إلى أن تقضى بفرامة نهائية لا تكون قابلة للتخفيض ، ولكن محكمة النقض الفرنسية (نقض فرنسى ١٣ أبريل سنة ١٩٥١ جازيت دى پاليه ١٩٥١ - ١ - ٢٢) أبت أن تقر هذا الموقف (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥٠ مكررة) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « بيد أن الحكم الصادر بالفرامة التهديدية حكم موقوت ، تنتفى علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه ، إما بوفائه بالالتزام وإما بإصراره على التخلف . فإذا استبان هذا الموقف ، وجب على القاضى أن يعيد النظر فى حكمه ليفصل فى موضوع الخصومة . فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الفرامة إزاء استجابته لما أمر به ، وألزمه بتعويض عن التأخير لا أكثر . وإن أصر المدين على عناده نهائياً ، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء ، ولكن ينبغى أن يراعى فى هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض . وفى هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعقل القوة فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٥٤٠) . ولا يؤخذ مما تقدم أن عنصر العنت لا يحسب حسابه إذا أوفى المدين بالتزامه ، يبدو من ظاهر العبارة الواردة فى المذكرة الإيضاحية من أن الفرامة فى هذه الحالة تحط عن المدين ويلزم بتعويض عن التأخير لا أكثر . فإنه إذا كان هذا هو الغالب ، إلا أن ذلك لا يمنع من إدخال عنصر العنت فى الحساب ، حتى لو أوفى المدين بالتزامه ولكن بعد تباطؤ ملحوظ ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

ومتى تم للقاضي تقدير التعويض النهائي على النحو الذي بسطناه، قضى به على المدين، واستطاع الدائن عندئذ أن ينفذ به على أموال المدين، لا على أنه تهديد مالي، بل على أنه تعويض نهائي. والغالب أن يكون هذا التعويض أقل من التهديد المالي^(١)، بل قد لا يرى القاضي في بعض الحالات وجهاً للحكم بتعويض ما لانعدام الضرر وعدم إمعان المدين في العنت، فيلغى الغرامة المالية دون أن يجل مكانها أى تعويض^(٢). على أن التعويض قد يكون في بعض الحالات معادلاً للغرامة المالية، لاسيما إذا أمعن المدين في العنت والاصرار على عدم تنفيذ التزامه، فيستبقى القاضي التهديد المالي كما هو دون أن ينقصه، ولكن التهديد المالي يتغير مع ذلك طبيعته فينقلب من تهديد مالي إلى تعويض نهائي^(٣). ويجب على القاضي في جميع الأحوال، عند تحويل التهديد المالي إلى تعويض نهائي، أن يسبب حكمه وأن يبين في الأسباب أن التعويض قد قيس بمقياس الضرر الذي أصاب الدائن، وقد كان الحكم القاضي على المدين بدفع غرامة تهديدية غير مسبب كما سبق القول^(٤).

= ويترتب على أن عنصر العنت الذي بدأ من المدين منصوص عليه في التفتين أن القاضي إذا أغفل هذا العنصر في تقدير التعويض، خضع لرقابة محكمة النقض، إذ القانون يلزمه بمراعاة هذا العنصر، فإذا هو لم يراعه كان هذا إخلالاً منه بمسألة قانونية (انظر الأستاذ عبد الحى حجازى في النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٨ - ص ١٨٩ - وانظر في تقدير نظام التهديد المالي الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٨).

(١) والحكم القاضي بتخفيض الغرامة المالية لا يلغى التنبيه (commandement)، ولكن يقصر أثره على المبلغ المحفّض (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمحكمة أن تلغى الغرامة التهديدية التي قررت لإلزام خصم بها، متى اتضح أن الخصم المذكور نفذ أمر المحكمة بعد الميعاد الذي حددته له بمدة قصيرة، وأن هذا التأخر ناشئ عن عذر مقبول، ولكن في هذه الحالة تلزمه بمصروفات الدعوى التي رفعها بطلب إعفائه من الغرامة (٣ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٨٠).

(٣) استئناف أهل ١١ يونيو سنة ١٩١٧ الشرائع ٥ ص ٤٧ - بنى سوييف الكلية ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٤ ص ١٧٠ - النيا الجزئية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٨٥ - استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ - ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦

(٤) نقض فرنسي ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجلة الأسبوع القانوني سنة ١٩٥١ ص ٦٠٨٩ - الأستاذ عبد الحى حجازى في النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٧ وهامش رقم ١.

الباب الثالث

التنفيذ بطريق التعويض

(Exécution par équivalent - Dommages - intérêts)

٤٥٨ - متى يكون التنفيذ بطريق التعويض : رأينا فيما تقدم متى يكون التنفيذ العيني للالتزام . ويمكن أن يستخلص من ذلك متى يكون تنفيذ الالتزام بطريق التعويض (١) .

فاذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً بخطأ المدين ، لم يبق إلا التنفيذ بطريق التعويض . ويعتبر التنفيذ العيني مستحيلاً إذا كان هذا التنفيذ يقتضى تدخل المدين الشخصى ، وامتنع هذا عن التنفيذ ولم يجد التهديد المالى فى التغلب على عناده . وقد مر القول فى ذلك .

وحق إذا كان التنفيذ العيني ممكناً دون تدخل المدين ، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يتقدم المدين به ، فان التنفيذ بطريق التعويض يحل محل التنفيذ العيني كما رأينا .

وحق إذا طلب الدائن التنفيذ العيني ، ولكن هذا التنفيذ كان مرهقا للمدين ، وكان عدم القيام به لا يعود بضرر جسيم على الدائن ، فان القاضى يقتصر على الحكم بتعويض ، وقد سبق تفصيل ذلك .

ثم إنه يجب للتنفيذ بطريق التعويض ، كما يجب للتنفيذ العيني ، إعدار المدين ، وسنتكلم تفصيلاً فى الأعدار عند الكلام فى تقدير التعويض عن طريق القاضى .

(١) وقد سبق أن رأينا أن التعويض ليس التزاماً تمييزياً أو التزاماً بديلاً ، وأن الالتزام ، سواء نفذ تنفيذاً عينياً أو نفذ بطريق التعويض ، هو واحد لم يتغير ، والذي تغير هو محل الالتزام لبعد أن كان تنفيذاً عينياً أصبح تعويضاً ، فتبقى الضمانات التى كانت تكفل التنفيذ العيني كافة لتعويض (انظر آتياً فقرة ٤٠٩ والمواش) .

٤٥٩ - التنفيذ بطريق التعويض يناول كل التزام أبناً له

مصدره : وكل التزام ، أياً كان مصدره ، يجوز تنفيذه عن طريق التعويض . فالالتزام العقدي ، سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن عمل ، يكون تنفيذه بطريق التعويض في الحالات التي تقدم ذكرها في الفقرة السابقة ، وبخاصة إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بخطأ المدين . وبصبح التنفيذ العيني مستحيلاً في الالتزام بنقل ملكية شيء معين إذا هلك هذا الشيء أو انتقلت ملكيته إلى الغير^(١) ، وفي الالتزام بعمل إذا انعدمت الوسائل اللازمة للقيام بهذا العمل أو كان ينبغي أن يتم القيام به في مدة معينة وانقضت هذه المدة ، وفي الالتزام بالامتناع عن عمل إذا أتى المدين الأمر الممنوع . وقد مر بيان ذلك تفصيلاً فيما تقدم .

والالتزامات التي لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذها بطريق التعويض . فالالتزام التقصيري ليس إلا نتيجة للإخلال بالالتزام قانوني هو أن يتخذ الشخص الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بغيره ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض ، وهذه هي المسؤولية التقصيرية . والالتزام الناشئ من الإثراء بلا سبب ليس إلا نتيجة للإخلال بالالتزام قانوني آخر ، هو ألا يثرى الشخص على حساب غيره ، دون سبب ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض . وكثير من

(١) أما إذا كان الالتزام بنقل الملكية هو التزام بدفع مبلغ من النقود فالنفيذ العيني والتعويض فيه يتويان ، لأن التعويض لا يكون إلا في دفع المبلغ محل الالتزام فيتلاق مع التنفيذ العيني ، إذ أن النقود لا تعين بالتميين .

فالالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون إذن قابلاً للتنفيذ العيني في جميع الأحوال . ولا يمكن أن يقال هنا إن التنفيذ العيني يتحول إلى تعويض ، فكلاهما شيء واحد ، والأولى أن نسمى هذا الشيء تنفيذاً عينياً لا تعويضاً لأن الأصل هو التنفيذ العيني . ولا يكون هناك تعويض عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، إلا إذا كان تعويضاً عن التأخر في التنفيذ ، لا تعويضاً عن عدم التنفيذ . ولا يصح القول إن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يصبح تنفيذاً عيني مستحيلاً إذا كان المدين معسراً ، فإن استحالة التنفيذ العيني ليس معناها صعوبة استيفاء الدين لإعسار قده يعقبه يسار ، بل الاستحالة معناها عدم إمكان التنفيذ مطلقاً في أي حال من الأحوال . ويترتب على ذلك أن الإعسار ، ولو كان بقوة قاهرة ، ليس سبباً في انقضاء الالتزام ، لأنه لا يجعل تنفيذه مستحيلاً (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٧ هامش رقم ٣ — انظر بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٣) .

الالتزامات القانونية الأخرى ويكون تنفيذها بطريق التعويض ، كالتزام البحار ألا يضر بحاره ضرراً فاحشاً والالتزام بعدم إفشاء سر المهنة . وهناك من الالتزامات القانونية ما يمكن تنفيذه عينا ، كالاتزام بالنفقة والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام ، ومع ذلك يجوز عند الإخلال ببعض هذه الالتزامات أن يكون التنفيذ بطريق التعويض .

٤٦٠ - وسائل تنفيذ التعويض : ووسائل تنفيذ التعويض ، كوسائل

التنفيذ العيني ، هي التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري . فاذا حكم على المدين بدفع تعويض للدائن ، ولم يدفع المدين هذا التعويض اختياراً - وهذا هو الوفاء (paiement) - جاز للدائن إجباره على الدفع بطريق التنفيذ القهري . ولما كان التعويض عادة هو مبلغ من النقود ، فإنه يمكن دائماً تنفيذه بطريق الحجز على أموال المدين . ولكن قد يكون التعويض عينياً في بعض الحالات ، فيجوز الالتجاء إلى التهديد المالي للوصول إلى هذا التعويض العيني بطريق غير مباشر . ويصلح الإكراه البدني وسيلة غير مباشرة لتنفيذ التعويض ، على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم .

٤٦١ - كيفية تقدير التعويض : والمهم في التنفيذ بطريق التعويض

أن نستعرض الطرق المختلفة لتقدير التعويض .

فتارة - وهذا هو الأصل - يقوم القاضي بتقدير التعويض ، وهذا هو التعويض القضائي .

وطوراً يكون تقديره مقدماً باتفاق الطرفين ، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي .

وثالثة يكون التقدير عن طريق القانون ، كما وقع ذلك في تحديد سعر الفائدة ، وهذا هو التعويض القانوني (١) .

فستعرض هذه الطرق المختلفة في فصول ثلاثة :

(١) وقد نصت المادة ٢٥٩ من تفنين المراجبات والمعقود البنائي على « أن تعيين قيمة بدل المقرر يكون في الأساس بواسطة القاضي ، وقد يكون بنص قانوني أو باتفاق بين المتعاقدين .

الفصل الأول

التعويض القضائي

٤٦٢ - الاعذار وتقرير القاضي للتعويض : يجب إعدار المدين ومطالبته بتنفيذ التزامه . وقد رأينا أن هذا واجب في التنفيذ العيني ، وهو واجب أيضاً في التنفيذ بطريق التعويض . بل إن الإعدار في التنفيذ بطريق التعويض ، وبخاصة في التعويض عن تأخر المدين في التنفيذ ، له أهمية بالغة كما سنرى .

وأكثر ما يبرز الإعدار في التعويض القضائي ، وإن كان واجباً أيضاً في التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) كما سيأتي . فأثرنا أن نبحت الإعدار في هذا المكان ، متوخين في ذلك الناحية العملية .

وبعد أن يعذر الدائن المدين ، يقيم عليه الدعوى بطالبه بتنفيذ التزامه . ونحن هنا في صدد التنفيذ بطريق التعويض ، فيطلب الدائن إلى القاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ومن جراء تأخره في هذا التنفيذ .

فتكلم إذن في مسألتين : (أولاً) الإعدار (ثانياً) تقدير القاضي للتعويض .

الفرع الأول

الاعذار

(La mise en demeure)

٤٦٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٨ من القانون المدني

على ما يأتي :

« لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ، ما لم ينص على غير ذلك » .

وتنص المادة ٢١٩ على ما يأتي :

« يكون إعدار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعدار

عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات . كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر .

وتنص المادة ٢٢٠ على ما يأتي :

والضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية : (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع (ج) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه^(١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢١٨ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٥ - ص ٥٥٦) .

م ٢١٩ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يكون إعذار المدين بإبذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعذار بأى طلب كتابي آخر ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذار » . وفي لجنة المراجعة حلت عبارة « أى إجراء آخر » محل كلمة « إبذاره » الواردة في آخر المادة ، لأن الإعذار بالاتفاق عليه مقدماً يعتبر أعذاراً تم بإجراء معين ، ولا يدخل في الحالات التي لا ضرورة للإعذار فيها وهي الحالات المنصوص عليها في المادة التالية . وأصبح رقم المادة ٢٢٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ مثل عما إذا كان الإعذار بكتاب عادي يكفي ، فأجيب بأنه يكفي لأن المراد بالإعذار هو تنبيه المدين إلى أن الدائن غير تهاون في حقه في التنفيذ فلم تأخذ اللجنة بهذا الرأي ، وجملت الإعذار من طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات ، جائزاً بدلاً من جواز الإعذار بطريق الكتاب العادي ، وعدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢١٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٦ - ص ٥٥٨) .

م ٢٢٠ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا ضرورة ، في إعذار المدين ، لأى إجراء في الحالات الآتية : (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو التيسام بعمل وكان لا بد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل به المدين . (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . (ج) إذا كان محل -

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٧٨/١٢٠ (١) . ولا فرق ما بين التقنينين الجديد والقديم في الإعذار وأحكامه ، وإن كانت نصوص التقنين الجديد أكثر تفصيلاً ، على أنها ليست إلا تقنياً لأحكام القضاء في عهد التقنين السابق (٢) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢١٩ - ٢٢١ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٥٦ - ٢٥٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٢١ - ٢٢٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٢٥٣ و ٢٥٧ و ٢٥٨ (٣) .

= الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . (د) إذا أعلن المدين كتابة أنه لا يريد القيسام بالتزامه . وفي لجنة المراجعة وضعت كلمة « صرح » بدلا من كلمة « أعلن » في البند (د) ، وأصبح رقم المادة ٢٢٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى فأصبحت تجرى على الوجه الآتي : « لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية » ، وحذفت من البند (١) عبارة « وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام . . . الخ » لأنها تورد تطبيقات يجزى عن إيرادها عموم العبارة، وأضافت بعد عبارة « غير ممكن » في البند (١) عبارة « غير مجد » حتى يكون النص شاملا لجميع الصور . وأصبح رقم المادة ٢٢٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٩ — ص ٥٦٢) .

(١) وقد كانت المادة ١٧٨/١٢٠ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « لا تستحق التضمينات المذكورة إلا بعد تكليف المتمد بالوفاء تكليفاً رسمياً » .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « اقتصر المشروع في شأن الإعذار بوجه عام على ضبط حدود بعض الأحكام ضبطاً قصداً به إلى علاج ما يمتور من نصوص التقنين الحال (السابق) من اقتضاب محل . ويراعى باديء ذي بدء أنه لم يأت على وجه الإطلاق بجديد فيما يتعلق بقاعدة وجوب الإعذار وما يرد عليها من استثناءات . على أن ذلك لم يصره عن استحداث أحكام أخرى ، قد يكون أهمها ما يتصل بإصلاح الإجراءات المثبتة في إعذار المدين ، فقد قضى المشروع بجواز الاكتفاء بمجرد طلب كتابي في المواد المدنية . وهو بهذا يخالف ما جرى عليه القضاء المصري دفماً لحرص الفلوق في التثبت بشكليات الإجراءات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤) . وقد رأينا أن هذا التجديد الذي كان يقضى بالاكتفاء في الإعذار بطلب كتابي قد حذفته لجنة مجلس الشيوخ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٩ - ٢٢١ (مطابقة

للمواد ٢١٨ - ٢٢٠ من التقنين المدني المصري ، مع ملاحظة أن الإنذار في التقنين السوري يكون بواسطة الكاتب العدل وأنه يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في القوانين الخاصة : م ٢٢٠ سوري) .

ويتبين مما قدمناه من نصوص التقنين المدني المصري أن التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين ، وأن الإعذار يتم باجراءات معينة ، وأن هناك حالات

■ التقنين المدني العراقي م ٢٥٦ (مطابقة للمادة ٢١٨ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٥٧ : يكون إعذار المدين بإنذاره . ويجوز أن يتم الإعذار بأى طلب كتابي آخر ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين مذكراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذار . (وهذا النص — كالمشروع التمهيدى للتقنين المصري — يميز الإعذار بطلب كتابي غير رسمي) .

م ٢٥٨ (مطابقة للمشروع التمهيدى لنص المادة ٢٢٠ من التقنين المصري ، ولا تختلف في الحكم من التقنين المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٢١-٢٢٣ (مطابقة للمواد ٤١٨ — ٢٢٠ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والمقود البناني م ٢٥٣ — يجب لاستحقاق بدل العطل والضرر : أولاً - أن يكون قد وقع ضرر . ثانياً - أن يكون الضرر معزواً إلى المديون . ثالثاً - أن يكون قد أُنذر المديون لتأخره فيما خلا الأحوال الاستثنائية . (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري) .

م ٢٥٧ — إن تأخر المديون الذي يدونه لا يستهدف لأداء بدل العطل والضرر ينتج في الأساس عن إنذار يرسله إليه الدائن بطريقة ما . وإنما يجب أن يكون خطأً (ككتاب مضمون أو برقية أو إخطار أو إقامة الدعوى عليه أمام المحكمة وإن لم تكن ذات صلاحية) . وإن هذا الإنذار لواجب مع قطع النظر عن ماهية الموجب وعن أصله أو أصل بدل الضرر . (وهذا النص يميز الإعذار بكتاب - سجل أو برقية أو إخطار مكتوب ، فهو كالمشروع التمهيدى للتقنين المصري وكالتقنين العراقي : انظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٦) .

م ٢٥٨ - لا يبقى الإنذار واجباً : ١ - عندما يصبح التنفيذ مستحيلاً . ٢ - عندما يكون الموجب ذا أجل حال موضوع لمصلحة المديون ولو بوجه جزئي على الأقل . ٣ - عندما يكون موضوع الموجب المطلوب أداءه رد شيء يعلم المديون أنه مسروق أو كان المديون قد أحرزه عن علم بوجه غير مشروع . ففى الحالات الثلاث المتقدم بيانها يكون المديون حتماً في حالة التأخير بدون أى تدخل من قبل الدائن . (وهذا النص يختلف عن التقنين المصري في أمرين : (١) يجعل حلول الأجل في ذين مؤجل لمصلحة المدين ولو جزئياً كافياً ولا حاجة لإعذار المدين في هذه الحالة ، وهذا الحكم أقرب إلى التثنيبات الهرمانية وبعض التثنيبات اللاتينية كما سئى . (٢) لا يجعل من حالات عدم ضرورة الإعذار حالة ما إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالترامه . ويذهب الدكتور صبحي المحمصاني — في كتابه آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٧ — إلى أن عدم ضرورة الإعذار في حالة تصريح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالترامه ، بالرغم من إغفال النص عليه ، مقبول في لبنان ، وفقاً لقياس والمبادئ العامة ، فالإنذار لا يلزم لعدم الفائدة منه ولثبوت خطأ المدين بإقراره) .

لا ضرورة فيها للإعذار . وإذا تم الإعذار ترتبت عليه نتائج قانونية معينة .
فتكلم إذن فيما يأتي : (١) معنى الإعذار (٢) كيف يتم الإعذار (٣) الحالات
التي لا ضرورة فيها للإعذار (٤) النتائج القانونية التي تترتب على الإعذار .

٤٦٤ - معنى الإعذار : إعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر
في تنفيذ التزامه (mise en demeure, mora, retard) . ذلك أن مجرد حلول
أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني (dies non
interpellat pro homine) ، بل لابد من إعداره^(١) . فقد يحل أجل الالتزام ،
ومع ذلك يسكت الدائن عن أن يتقاضى التنفيذ من المدين ، فيحمل ذلك منه
محمل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، وقد رضى
ضمناً بمدد الأجل ما دام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك . أما إذا
كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزامه الذي حل أجله ، فعليه أن يشعره
بذلك عن طريق إعداره بالطرق التي رسمها القانون^(٢) . وعند ذلك يصبح المدين
ملزماً بتنفيذ التزامه فوراً ، وكل تأخر في التنفيذ يستوجب التعويض^(٣) .

(١) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ وهامش رقم ٤ .
(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الالتزام واجب التنفيذ في محل
إقامة الدائن ، ولم يحضر المدين للتنفيذ يوم حلول الأجل ، اعتبر معذراً دون حاجة إلى أي
إجراء (٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣) ، وإذا كان الدين يدفع على أقساط في مدد
قصيرة ، وأعد المدين لأحد هذه الأقساط ، فلا يمكن أن يعتبر في حاجة إلى الإعذار في كل
قسط لاحق يحل بمدد قصيرة (١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣ - انظر أيضاً
ديموج ٦ فقرة ٢٣٨) .

(٣) استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٣ ص ٢٢٣ -
ويكون الإعذار عند حلول أجل الدين أو بعده ، ولكن لا يكون قبله (استئناف مختلط ٧ يناير
سنة ١٨٨٦ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١١ ص ٢٨) . ويصح أن يمنح الدائن للمدين في
الإعذار أجلاً لتنفيذ الالتزام دون أن يؤثر الأجل في قوة الإعذار ، فتي حل الأجل الممنوح
أصبح المدين معذراً (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨) . وإذا شطب
الدائن دعواه بعد أن استوفى جزءاً من دينه ، حمل هذا على تنازل الدائن عن أثر الدعوى في إعذار
المدين (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) .

ويقابل إعذار المدين إعذار الدائن ، فقد يعذر المدين الدائن إذا رفض هذا قبول الوفاء دون
مبرر ، بأن يعرض عليه الدين عرضاً حقيقياً وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون (م ٣٣٤ -
٣٤٠ مدني - انظر دي باج ٣ فقرة ٨٦ - فقرة ٨٧) .

وفكرة الإعذار هذه من تقاليد القانون الفرنسى (١) ، نقلها عنه التقنين المدنى المصرى السابق ، واستبقاها التقنين المدنى المصرى الجديد . وقد عدلت عنها القوانين الجرمانية وبعض القوانين اللاتينية ، واعتبرت أن مجرد حلول أجل الالتزام كاف لإشعار المدين بوجوب التنفيذ دون حاجة لإعذار ، وأن تأخر المدين عن تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل يجعله مسئولاً عن التعويض (٢) .

٤٦٥ - كيف يتم الإعذار : الأصل فى إعذار المدين أن يكون بانذاره ، والإنذار (sommation) ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن فى وضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه . وهذا هو الطريق المعتاد لإعذار المدين ، حتى صح أن يقال : « قد أعذر من أنذر (٣) » .

وقد بين تقنين المرافعات (م ٧-١٤) كيف يعلن المحضر الإنذار : بسلام صورة الإنذار إلى المدين نفسه فى موطنه ، فإن لم يجده سلمها إلى وكيله أو خادمه أو من يكون ساكناً معه ، وإلا سلمها إلى جهة الإدارة على الوجه الذى بينه تقنين المرافعات فى النصوص المشار إليها . ولما كانت المادة ٢١٩ مدنى تقضى بأنه يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى تقنين المرافعات ، وجب الرجوع إلى هذا التقنين أيضاً فى ذلك . وقد قضت المادة ١٥ من التقنين

(١) وكان القانون الرومانى يستوجب الإعذار ، أما القانون الفرنسى القديم فكان لا يستوجبه فى القرنين السادس عشر والسابع عشر ، وفى القرن الثامن عشر عاد بوتيبه إلى تقاليد القانون الرومانى فاستوجب الإعذار (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٥١) .

(٢) انظر التقنين المدنى الألمانى (م ٢٨٤) ، وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٠٢) ، والتقنين المدنى النمساوى (م ١٣٣٤) ، وتقنين الالتزامات البولونى (م ٢٤٣) ، والتقنين المدنى البرازيلى (م ٩٦٠) ، والتقنين المدنى البرتغالى (م ٧١١) ، والتقنين المدنى الصينى (م ٢٢٩) ، والتقنين المدنى اليابانى (م ٤١٢) ، وتقنين الالتزامات التونسى والمراكشى (م ٢٥٥/٢٦٩) . أما المشروع الفرنسى الإبطالى (م ٩٥) والتقنين المدنى الإبطالى الجديد (م ١٢١٩) فيستوجبان الإعذار ، ولكن يكفى فيه كتاب غير رسمى . انظر فى هذه المسألة والتون ٢ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٤ .

(٣) فالإعذار هو إذن إرادة منفردة تصدر من الدائن ، ويعلن بها المدين (déclaration réceptive) ، وتفرغ فى شكل خاص (ديموج ٦ فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٤) . ومن ثم يجوز صدور الإعذار من الدائن أو نائبه أو من فضولى (وتكون مطالبة الدائن بالتمويض إجازة منه) ، ويشترط فيما يصدر عنه الإعذار أهلية الإدارة دون أهلية التصرف (ديموج ٦ فقرة ٢٣٧) .

المشار إليه بأن « الإعلان على يد المحضر يكون بطريق البريد في الأحوال التي بينها القانون ، وكذلك يجوز الإعلان بهذا الطريق إذا اختاره الطالب كتابة على أصل الورقة في الأحوال التي يكون فيها الإعلان في قلم الكتاب أو في الموطن المختار بشرط أن يكون هذا الموطن مكتب أحد المحامين ». وبفهم من هذا النص أن القانون بين أحوال يجوز فيها الإعلان بطريق البريد، وإعذار المدين حالة من هذه الحالات نصت عليها المادة ٢١٩ من التقنين المدني كما رأينا . فيصح إذن أن يكون الإعذار عن طريق البريد متى طلب الدائن ذلك ، سواء أُنذر المدين في موطنه المختار أو في موطنه الأصلي . وفي هذه الحالة يقدم المحضر صورة الإنذار لمكتب البريد في غلاف محتوم ومبين فيه اسم المدين ولقبه وموطنه وعنوانه وتوقيع المحضر وبصمة خاتم قلم المحضرين ، ويؤشر المحضر في ذيل أصل الإنذار بأنه سلم صورته لمكتب البريد على الوجه المتقدم (م ١٦ مرافعات) . وبسلم عامل البريد صورة الإنذار للمدين على الوجه المبين في المادة ١٧ من تقنين المرافعات ، ثم يعيد لقلم المحضرين علم الوصول مؤشراً عليه بما حصل ، وعلى المحضر التأشير بما يتم من ذلك على أصل الإنذار ، ثم يسلمه للطالب مع علم الوصول (م ١٨ مرافعات) . وبذلك يتم إنذار المدين عن طريق البريد ، فيصبح معذراً .

وليس الإنذار هو الطريق الوحيد لإنذار المدين . فهناك ما يقوم مقام الإنذار^(١) . وأية ورقة رسمية تظهر منها بجلاء رغبة الدائن في أن ينفذ المدين التزامه تقوم مقام الإنذار . من ذلك التنبيه الرسمي (commandement) الذي يسبق التنفيذ . ومن ذلك أيضاً صحيفة الدعوى (citation en justice) : ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة . ومن ذلك محضر الحجز ، وهو من أعمال

(١) ولا يقوم مقام الإنذار إقرار المدين في دعوى أخرى أن الدائن قد أنذره ، بل يجب على الدائن تقديم أصل الإنذار حتى تتبين المحكمة استيفاءه للشروط الواجبة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكفي لترتيب الأثر القانوني للإنذار أن يكون المشتري قد قال في دعوى أخرى أن البائع أنذره ، ما دام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على المقعد المتنازع فيه مطروحاً ، بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين إن كان يترتب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنه ، لأنه قد يكون حاصلًا قبل الميعاد المعين للوفاء أو قبل قيام البائع بتعهداته التي توقفت عليها تعهدات المشتري (نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) .

التنفيذ^(١) . وكثيراً ما يتبع أن يندرج الدائن المدين في نفس صحيفة الدعوى ، فنكون هذه الصحيفة إنذاراً ومطالبة قضائية في وقت واحد ، ولكن إذا بادر المدين في هذه الحالة إلى التنفيذ بمجرد أن تعلن إليه صحيفة الدعوى كانت مصروفات الدعوى على الدائن . لأن المدين يكون قد نفذ التزامه بمجرد إعداره^(٢) .

أما إذا كانت الورقة غير رسمية ، ككتاب ولو كان مسجلاً أو برقية ، فلا تكفي للإعذار في المسائل المدنية^(٣) ، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على أنها تكفي . ذلك أنه يجوز الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء ، فمن باب أولى يجوز الاتفاق على أن الإعذار تكفي فيه ورقة غير رسمية أو إخطار شفوي^(٤) .

(١) استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ - ٢٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٩ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٢ .

(٢) ولا يكون في الإعذار الطلب الذي يقدم للجنة المعاقاة القضائية (ديموج ٦ فقرة ٢٣٣ ص ٢٥٤) .

(٣) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ (إخطار شفوي لا يكون) - ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ - ومع ذلك انظر : استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٦ ص ١٧٤ - ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢١٨ - استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ الخماصة ٢ رقم ١١٩ ص ٣٧٩ . وقارن ديموج ٦ فقرة ٢٣٥ .

(٤) ويجب على الدائن إثبات حصول الإخطار الشفوي وفقاً للقواعد العامة في الإثبات . هذا وقد كان المشروع التمهيدي ينص على جواز أن يتم الإعذار بطلب كتابي ولو غير رسمي ، ولكن حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ (انظر آنفاً تاريخ نص المادة ٢١٩ : فقرة ٤٦٣ في الهامش) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه «يجوز الإعذار بالكتابة أيًا كانت صورتها ، ولو كانت من قبيل الخطابات أو البرقيات» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦١) ، وذلك قبل التعديل الذي أدخلته لجنة مجلس الشيوخ .

ويميل القضاء في فرنسا إلى عدم التثبت بشكلية الإعذار ، ويجعل لقاضي الموضوع سلطاناً لا يخضع لرقابة محكمة النقض في تقدير ما إذا كانت الورقة المرسلة إلى المدين تقطع فيما اشتملت عليه من العبارات برغبة الدائن في أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه ، فتعتبر مضمون الورقة أهمية أكبر مما تعبر الشكل (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٤ - ديموج ٦ فقرة ٢٣٤) . وفي بلجيكا يكفي في الإعذار بكتاب غير رسمي أو برقية ما دام إثبات ذلك ممكناً ، وإذا أقر المدين بورود الكتاب أو البرقية كان في هذا الإقرار إثبات كامل ، ويعتبر المدين في هذه الحالة «

(٥٣ الوسيط - ج ٢)

وأما في المسائل التجارية فيكفي في الإعذار أن يكون بورقة غير رسمية وفقاً للعرف التجاري، بل إن مجرد الإخطار الشفوي يكفي إذا كان العرف التجاري يقضى بذلك. والمهم أن يبيء الدائن ما يثبت أن الإعذار قد تم على هذا الوجه^(١).

٤٦٦ - الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار : هناك حالات

لا ضرورة فيها للإعذار، ويعتبر مجرد حلول الدين إشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه وإلا كان مسئولاً عن التعويض. وهذه الحالات ترجع إما إلى الاتفاق، وإما إلى حكم القانون، وإما إلى طبيعة الأشياء، وقد نص عليها جميعاً في المادتين ٢١٩ و ٢٢٠ من التقنين المدني.

فقد يتفق الطرفان مقدماً على أن المدين يكون معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء^(٢). ويكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً. ومثل الاتفاق الضمني أن يوجب رب العمل على المقاول إتمام البناء في تاريخ معين، وأن يشترط الدائن في عقد التوريد وجوب التسليم فوراً (librable de sirite)^(٣).

= معذراً (دى پاچ ٣ فقرة ٨٠) ويعتبر حصول إعذار المدين مسألة واقع لا مسألة قانون، فلا يخضع لرقابة محكمة النقض (دى پاچ ٣ فقرة ٨١).

وقد رأينا أن كلا من التقنين المدني العراقي (م ٢٥٧) وتقنين الموجبات والمعقود البناني (م ٢٥٧ كذلك) يكتفي في الإعذار بكتاب غير رسمي (انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ في الهامش).

(١) استئناف مخلط ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٠ - ١٣ يناير سنة ١٩٠٩

م ٢١ ص ١١٤ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ - ١٢ فبراير سنة ١٩١٣

م ٢٥ ص ١٧٠ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٦

جازيت ٢٨ رقم ٧٤ ص ٨٤ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧٣ - انظر أيضاً في

فرنسا بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٣ .

(٢) وقد ورد في تاريخ نص المادة ٢١٩ (انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ في الهامش) أن لجنة

المراجعة ذهبت إلى أن الإعذار بالاتفاق عليه مقدماً يعتبر إعذاراً تم بإجراء معين هو هذا الاتفاق،

فلا يدخل في الحالات التي لا ضرورة للإعذار فيها. ولم نجار اللجنة في هذا الرأي، بل أدجنا

حالة الاتفاق مقدماً ضمن الحالات الأخرى التي لا ضرورة فيها للإعذار، ففي هذه الحالات جميعاً

يعتبر المدين معذراً بمجرد حلول الدين دون حاجة إلى أي إجراء. ولا يمكن اعتبار الاتفاق

مقدماً لإجراء إعذار المدين، بل هو اتفاق على ألا يكون هناك إجراء لهذا الإعذار.

(٣) پرو : أنسيكلويدي داللو ٣ (Mise en demeure) فقرة ٧.

ويجب أن يكون الاتفاق الضمني غير محل للشك ، فوضع شرط جزائي في العقد لا يفهم منه الإعفاء من الإعذار^(١) ، واشتراط حلول جميع الأقساط عند تأخر المدين في دفع قسط منها لا يمنع من وجوب الإعذار إلا إذا كان هناك اتفاق واضح على العكس^(٢) . وقد يوجد اتفاق على عدم الحاجة إلى الإعذار . ولكن الدائن ينسخ هذا الاتفاق بتصرفه ، كما إذا اشترطت شركة التأمين على المؤمن عليه عدم الحاجة إلى الإعذار في اقتضاء أقساط التأمين ثم تتعود بعد ذلك أن تعذره كلما تأخر أو أن ترسل إليه عامل التحصيل ليتسلم الأقساط المستحقة^(٣) .

وقد يقضى القانون بعدم الحاجة إلى الإعذار . وقد نص فعلا في المادة ٢٢٠ على ألا ضرورة للإعذار في حالات معينة . بعضها كان في حاجة إلى هذا النص . وبعضها يرجع إلى طبيعة الأشياء .

فأما ما كان في حاجة إلى النص فالحالة التي يكون فيها محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . ففي هذه الحالة يكون المدين سيء النية ، ويكون واجبا عليه أن يرد الشيء إلى الدائن . وليس الدائن - بمقتضى النص - في حاجة إلى إعذاره . ومن ثم يجب على المدين أن يبادر فوراً إلى رد الشيء للدائن ، دون إعذار . وإلا كان مسئولاً عن التأخر في الرد^(٤) . وهناك حالات أخرى متفرقة في نواحي القانون ، نص فيها

(١) دافيد : مقال في الإعذار منشور في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٩ ص ١٠٩ .
(٢) كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠ - والتون ٢ ص ١٢٢ -
تارن مع ذلك استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ . ويجرد أن يشترط في عقد البيع أن يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن لا يعنى من الإعذار ، وإذن فباطل زعم المشري أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عم ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ هامش رقم ٢ .
(٤) وقد كان هذا هو أيضاً الحكم في عهد التقنين المدني للسابق ، دون أن يكون هناك نص صريح يقضى بذلك (الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢ - استئناف مختلط =

على وجوب تنفيذ المدين لا لزامه دون حاجة إلى إعدار. منها ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٠٦ مدني من أن الوكيل ملزم بفوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وكانت القاعدة العامة تقضي بأن الفوائد تستحق ، لامن يوم الإعدار فحسب ، بل من يوم المطالبة القضائية كما سنرى ، وهنا استحققت الفوائد دون مطالبة قضائية بل ودون إعدار من يوم استخدام الوكيل المبالغ لصالحه . ومنها ما قضت به المادة ٧١٠ مدني من أن الموكل يلتزم بأن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق ، وهنا أيضاً تستحق الفوائد لامن وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإعدار بل من وقت الإنفاق (١) .

وأما ما يرجع إلى طبيعة الأشياء وورد مع ذلك فيه النص فثلاث حالات :
(أولاً) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (٢) .

= ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٨ — اسكندرية الكلية المختلطة ١٥ مايو سنة ١٩١٥
جازيت ٥ رقم ١٣٩ ص ٣٤٥ — انظر مع ذلك استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩
٣١٢ ص ١٦٥) .

(١) انظر أيضاً المادة ١٩٥ مدني وتنص على أن «يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعمهات التي عقدها الفضول لحسابه ، وأن يعرضه عن التعمهات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ...» .

والمادة ٥٨ ٤ فقرة أولى مدني وتنص على أنه «لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره» . والمادة ٥١٠ مدني وتنص على أنه «إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من يوم استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكبيل عند الاقتضاء» . والمادة ٥٢٢ مدني وتنص على أنه «١ — إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته فوائده هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تعويض تكبيل عند الاقتضاء . ٢ — وإذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق في مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائده هذه المبالغ من يوم دفعها» . والمادة ٨٠٠ فقرة ٣ مدني وتنص على أن «يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع» .

(٢) قارن استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ .

فلا معنى إذن لإعذار المدين، وهذا ما تقضى به طبائع الأشياء . لأن الإعذار هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه وقد أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله ، فاستحق عليه التعويض دون حاجة إلى إعذار . ولو كانت استحالة التنفيذ نشأت بغير فعل المدين لانقضى الالتزام . ولما كان المدين مسئولاً حتى عن التعويض . وتحقق الحالة التي نحن في صددنا في فروض مختلفة . منها أن يكون تنفيذ الالتزام غير مجد إلا في وقت معين فيفوت هذا الوقت دون أن ينفذ المدين التزامه . كأن يلتزم مقاول ببناء مكان في معرض لأحد العارضين وينتهي المعرض قبل أن ينفذ المقاول التزامه ، وكأن يلتزم محام برفع استئناف عن حكم وينتهي ميعاد الاستئناف قبل أن يرفعه (١) . ومنها أن يكون الالتزام بالامتناع عن عمل ثم يخل المدين بالتزامه ويأتي العمل الممنوع ، فلا فائدة من الإعذار في هذا الفرض إذ أصبح التنفيذ العيني غير ممكن (٢) . ومنها أن يبيع شخص من آخر عقاراً . ثم يبيعه من ثان ويسجل هذا عقده قبل أن يسجل الأول ، فيصبح تنفيذ التزام البائع نحو المشتري الأول غير ممكن ، ومن ثم لا ضرورة للإعذار . ومنها التزام المؤجر بإصلاحات في العين المؤجرة ، فمافات من الوقت دون إجراء هذه الإصلاحات مع حاجة العين إليها لا يلزم فيه إعذار ، على أن يخطر المستأجر المؤجر بحاجة العين إلى الإصلاحات مجرد إخطار ليس من الضروري أن يكون في شكل الإعذار . بل لو أخطره شفويًا - وله أن يثبت الإخطار بجميع الطرق لأنه يعتبر هنا واقعة مادية - فان هذا يكفي (٣) . وفي العقود الزمنية أو المستمرة (successifs) لا ضرورة للإعذار إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه الزمني ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن ، فالتزام شركات المياه والنور والغاز بتوريد ما تقوم عليه من مرافق للمستهلكين ، والتزام المتعهد بتوريد الغذاء لمستشفى أو لمدرسة ، والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، كل هذه التزامات زمنية إذا أخل بها المدين استحق عليه

(١) استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٣٧٩ .

(٢) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢٣٥ - استئناف مختلط ١٧

أبريل سنة ١٩١١ جازيت ٣ رقم ١٥٩ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ .

(٣) كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٨٥٣ ص ١١٤ - پرو : أنسيلكويدي

دالوز ٣ (Mise en demeure) فقرة ٢٥ .

التعويض ولو قبل الإعذار^(١) .

(ثانياً) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ذلك أن العمل غير المشروع إنما هو إخلال بالالتزام الشخص أن يتخذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير . ومتى أخل الشخص بهذا الالتزام فأضر بالغير ، لم يعد التنفيذ العيني للالتزام ممكناً ، فلا جدوى إذن في الإعذار^(٢) . ويمكن القول أن كل التزام ببذل عناية - ومن ذلك الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير - يكون الإخلال به غير ممكن تداركه ، ومن ثم لا يلزم الإعذار لاستحقاق التعويض عن هذا الإخلال . ويرد ذلك إلى القاعدة التي بسطناها في الحالة الأولى ، إذ أنه متى أخل المدين بالالتزام في ذمته ببذل عناية فقد أصبح التنفيذ العيني لهذا الالتزام غير ممكن ، فلا ضرورة إذن للإعذار . ونرى من ذلك أن هذه الحالة الثانية ليست في الواقع إلا تطبيقاً من تطبيقات الحالة الأولى^(٣) .

(ثالثاً) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . فبعد هذا التصريح الثابت بالكتابة لا جدوى في إعذاره ، فهو قد رد سلفاً أنه لا يريد القيام

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ٦٠ - هذا وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٢٠ (انظر آتياً فقرة ٤٦٣ في الهامش) أن المشروع التمهيدى لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : « إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو القيسام بعمل ، وكان لا بد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأخل به المدين » . وقد حذف لجنة مجلس الشيوخ هذه العبارة من أول كلمة « وعلى الأخص » ، لأنها تورد تطبيقات يجزئ عن إيرادها عموم العبارة ، ثم أضافت بعد عبارة « غير ممكن » عبارة « أو غير مجد » حتى يكون النص شاملاً لجميع الصور .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ - ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧

ص ١٠٣ .

(٣) وقد قدمنا أن الصحيح أن يقال إن العمل غير المشروع هو إخلال بالتزام اتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو إخلال بالالتزام بعمل ، لا إخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل هو عدم الإضرار بالغير . ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام فقرة ١٤ ص ٢٦ و فقرة ٤٢ ص ٥٢) إلى أن الالتزام بعدم الإضرار بالغير - أو باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير على الوجه الذي ذهبنا إليه - ليس التزاماً بالمعنى الدقيق ، بل هو واجب قانوني عام « باحترام الحدود التي رسمها القانون لكي يستطيع كل عضو في المجتمع أن يزاوِل نشاطه =

بالتزامه^(١) . ولا يكفى التصريح أمام شهود ، فالقانون قد اشترط الكتابة . على أن الظاهر أن الكتابة هنا للإثبات ، فلو أقر المدعى أنه صرح بعدم إرادته القيام بالتزامه ، أو نكل عن اليمين التي وجهت إليه في ذلك ، لكان ذلك كافياً في إثبات التصريح المطلوب للإعذار^(٢) .

ولما كانت هذه الحالات الثلاث^(٣) إنما تقضى بها طبائع الأشياء كما قدمنا ، فقد كان معمولاً بها في عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص يقابل نص التقنين المدني الجديد الذي سبق أن أوردناه^(٤) .

= دون جور على غيره ، ولذلك لم يتحدد فيه شخص الدائن ، ولا يتصل معنى العبء إذ يتساوى فيه الجميع . وإنما الالتزام بالمعنى الفني الدقيق هو الالتزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ ، وبالنسبة إلى هذا الالتزام من المتصور أن يدعو الدائن المدعى إلى القيام به عن طريق الإعذار ، ولكن لما كان المدعى مقصراً من يوم نشوء التزامه ، فقد رأى القانون في ذلك سبباً كافياً لإعفاء الدائن من الإعذار .

(١) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ - ٢٣ يناير سنة ١٩١١ م ٣٠ ص ١٦٨ - أول يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٥ - النظر أيضاً أوبري ورو ، فقرة ٣٠٨ ص ١٣٩ - ديموج ٦ فقرة ٢٢٦ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٦٣ ص ٨٥ - قارن دي باج ٣ فقرة ٧٦ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأن القانون لا يتطلب إعذار الملتزم متى كان قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ، واستخلاص هذا الإصرار من الدليل المقدم لإثبات حصوله هو مسألة موضوعية لا سلطان فيها لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . فيكون التقنين الجديد قد استحدث أن يكون الدليل بالكتابة - هذا وإذا أقر المدعى بتقصيره و القيام بالتزامه ، قام هذا الإقرار مقام الإعذار (اسكندرية الأهلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٨ ص ٢٢٢) .

(٣) انظر في هذه الحالات الثلاث المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠ - ص ٥٦١ - ويلاحظ أنه في الحالات التي لا تكون فيها حاجة للإعذار ، ويكون المدعى مطلوباً (quérable) لا محمولاً (portable) ، لا يعنى عدم الحاجة إلى الإعذار الدائن من أن يسمى لتقاضى الدين في موطن المدعى (كولان وكانيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٥٣ ص ١١٤ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٤٠) .

(٤) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢٢ - ص ٤٢٣ - وأحكام القضاء في عهد التقنين المدني السابق في هذا المعنى . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن الإعذار ليس لازماً في جميع الأحوال ، فقد يتفق المتعاقدان على الإعفاء منه ، وقد لا يكون له محل بحكم طبيعة التعهد ذاته (نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧٢ ص ٧٤٦) . وقضت =

٤٦٧ - نتائج القانونية التي تنرب على الاعذار : ينرب على

اعذار المدين نتيجتان رئيسيتان :

(النتيجة الأولى) يصبح المدين مسئولاً عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام ، وذلك من وقت الإعذار . أما في الفترة التي سبقت الإعذار ، فلا يعرض المدين الدائن عن التأخر في التنفيذ ، فالمفروض كما قدمنا أن الدائن قد رضى بهذا التأخر ولم يصبه منه ضرر مادام أنه لم يعذر المدين^(١) . والنص صريح في هذا المعنى ، فقد قضت المادة ٢١٨ مدني بأنه «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار

= بأنه متى كان ثابتاً أن الوفاء أصبح متعذراً ، أو كان المتعهد قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ، في هذه الأحوال وأمثالها لا يكون للتبني من مقتضى (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٩ ص ٣٧٣ - ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥) . وقضت بعدم ضرورة الإعذار في حالة المسؤولية التقصيرية وفي حالة المسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزام سلبى (أول يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ ص ٥١٣ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) انظر أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ - ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ - ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٠ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ - ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٨ جازيت ٩ رقم ٢٨ ص ٣٩ .

(١) نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٦ ص ٢٩٢ - استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ . ويعدل عدم الإعذار الرجوع في الإعذار ، فقد يعذر الدائن المدين مرة أولى ، ثم يرجع في إعذاره الأول بإعذار ثان يمنح فيه المدين مهلة للوفاء ، فالمعبرة بالإعذار الثاني لا بالإعذار الأول . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد اعتد في تعيين تاريخ التقصير بإعذار صادر في تاريخ معين دون الإعذار الصادر بعده المشتمل على منح مهلة للوفاء ، وذلك من غير أن يوضح علة اطراحه الإعذار الأخير ، فإنه يكون قاصراً (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٩ ص ٦١٤) .

كذلك لا يستحق تعويض ، إذا قام المدين بوفاء جزئي ثم توقف بعد ذلك عن الوفاء ، إلا من وقت إعذار المدين بعد توقفه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا سلم البائع جزءاً من المبيع متأخراً عن الميعاد المتفق عليه ، ثم توقف ، عن تسليم الباقي حتى أعذره المشتري ، ولم يثبت من وقائع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذي حصل فيه تسليم ذلك الجزء ، بل كانت تلك الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه في العقد قد عدل عنه برضاء الطرفين ، فإن التضمينات لا تكون مستحقة إلا من الوقت الذي امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً . وإذا تمسك البائع بسبب ارتفاع الأسعار باستحقاق التضمينات من تاريخ التسليم الجزئي باعتبار أنه هو التاريخ الذي ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقي ، وقضت المحكمة بذلك ، كان حكمها مخطئاً في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٨ ص ٥٥٢) .

المدنية^(١) . وبلا حظ أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، فالتعويض عن التأخر - أى الفوائد - لا يكون مستحقاً بمجرد إعدار المدين ، بل لابد من رفع الدعوى ، ولا تسرى الفوائد إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى ، وسيأتى تفصيل ذلك .

(النتيجة الثانية) ينتقل تحمل التبعة (risque) من طرف إلى آخر . وقد قدمنا أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاماً تبعياً ، وتكون على المالك إذا كان التزاماً مستقلاً . ورأينا أن الإعدار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر في كلتا الحالتين على التفصيل الذى قدمناه . ورأينا أيضاً أن المدين المعذر إذا أثبت أن الشيء كان يهلك في يد الدائن لو أنه سلم إليه ، اندفعت عنه تبعة الهلاك بالرغم من إعداره ، وانقضى التزامه . ورأينا أخيراً أنه يتحمل مع ذلك التبعة إذا كان الشيء مسروقاً متى كان هو السارق ، ولو أثبت أن المسروق كان يهلك عند المالك لو أنه رد إليه . وبلا حظ أن كل هذه الأحكام كان معمولاً بها في عهد التقنين المدنى السابق^(٢) .

(١) نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٢٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٠٣ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ٤٥ - استئناف أهل ٧ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ٥٨ - ٢ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ - ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٠٧ - استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ - ٢ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩٨ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ - ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٢٣ - ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ - ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣ .

والإعدار - وهو إرادة منفردة كما قدمنا - ضرورى ، لا فحسب للمطالبة بالتعويض عن التأخر في التنفيذ ، بل أيضاً لاستحقاق الدائن لهذا التعويض (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ هامش رقم ٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٤٦٨ مكررة) . ومن ثم يستحق الدائن التعويض عن التأخر في التنفيذ بسبب واقعة قانونية مركبة ، تتكون من عنصرين : عنصر التأخر في التنفيذ وهذه واقعة مادية ، وعنصر الإهدار وهذا تصرف قانونى . وعنصر الواقعة المادية هو العنصر المتطلب .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٤٢٧ .

الفرع الثاني

تقدير القاضى للتعويض

٤٦٨ - نرعا التعويض : والتعويض الواجب على المدين ، إذا لم
يقم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، نوعان : (١) تعويض عن عدم التنفيذ
(dommages-intérêts compensatoires) (٢) تعويض عن التأخر فى التنفيذ
(dommages-intérêts moratoires) (١).

والتعويض عن عدم التنفيذ يحل ، كما رأينا ، محل التنفيذ العيني ، ولا يجتمع
معه (٢) . أما التعويض عن التأخر فى التنفيذ فانه تارة يجتمع مع التنفيذ العيني
إذا نفذ المدين التزامه متأخراً فيجتمع عليه إلى جانب هذا التنفيذ العيني التعويض
عن التأخر فيه ، وطوراً يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين
بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً فيجتمع عليه تعويضان : تعويض عن عدم التنفيذ
وتعويض عن التأخر فى التنفيذ (٣).

والإجماع منعقد على أن الإعذار واجب فى التعويض عن التأخر فى التنفيذ ،
وقد رأينا فيما قدمناه أن هذا التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين . أما
التعويض عن عدم التنفيذ فقد اختلف الرأى فيه . هناك رأى يذهب إلى وجوب
الإعذار أيضاً لإطلاق النص ، إذ لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين . دون
تمييز بين تعويض عن التأخر فى التنفيذ وتعويض عن عدم التنفيذ (٤) . وهناك

(١) انظر المادة ٢٥٢ من تقنين الموجبات والمعقود البنائى .

(٢) إلا إذا كان هناك تنفيذ جزئى ، فيجتمع التنفيذ العيني الجزئى مع تعويض عن عدم تنفيذ
بقية الإلتزام (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٣ ص ٢٠٦) . وإذا سلم المدين العين ،
ولكن بعد أن أحل بالتزامه فى المحافظة عليها فأصاها تلف ، فانه يدفع تعويضاً عن التلف إلى
جانب تسليم العين . ويس فى هذا جمع بين التنفيذ العيني والتعويض عن عدم التنفيذ ، بل هو
تنفيذ عيني للإلتزام (وهو التزام التسليم) وتعويض عن عدم تنفيذ الإلتزام الآخر (وهو الإلتزام
بالمحافظة) (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٣ ص ٢٠٧)

(٣) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٤ - دى باج ٣ فقرة ١٢٨ - فقرة ١٣٤ .

(٤) كولييه دى سانتير ٥ فقرة ٦٢ مكررة - ديموج ٦ فقرة ٢٤٢ - جوسران ٢

فقرة ٦٢١ - دى باج ٣ فقرة ٧٣ - فقرة ٧٤ .

وأى آخر يذهب إلى عدم وجوب الإعذار ، لأن التعويض عن عدم التنفيذ مستحق عن واقعة لاشأن للإعذار بها ، فلا جدوى في الإعذار^(١) . ونحن نميل إلى التمييز ما بين فرضين في حالة ما إذا طالب الدائن المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ : فاما أن يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكناً . وإما أن يكون هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن . ففي الفرض الأول يجب الإعذار لاستحقاق التعويض ، لأن التنفيذ العيني لا يزال ممكناً ، والإعذار دعوة للمدين أن يقوم بهذا التنفيذ وإلا دفع تعويضاً ، فيكون للإعذار معنى إذ يحتمل أن يقوم المدين بالتنفيذ العيني عقب إعذاره . وفي الفرض الثاني ، إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن ، لم نعد هناك جدوى في الإعذار ، إذ نكون في إحدى الحالات الاستثنائية التي لا حاجة للإعذار فيها^(٢) . وهذا الرأي الذي نقول به يؤدي إلى أن الإعذار واجب لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ وجوبه لاستحقاق التعويض عن التأخر في التنفيذ ، وذلك فيما خلا الحالات الاستثنائية التي يصبح فيها الإعذار غير ضروري ، سواء للتعويض عن عدم التنفيذ أو للتعويض عن التأخر في التنفيذ .

وسواء كان التعويض عن عدم التنفيذ أو عن التأخر في التنفيذ ، فإن القواعد التي تتبع في تقديره واحدة لا تختلف .

٤٦٩ - عناصر التعويض : والذي يقوم بتقدير التعويض عادة هو القاضي كما قدمنا . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من التقنين المدني على أنه « إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد

(١) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٧٦ : - كولان وكايبان ومورانديير ٢ فقرة ١٥٤ - مازو ٣ فقرة ٢٢٧٦ - الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٧١ - انظر أيضاً الموخر للمؤلف ص ٤٣٩ هامش رقم ٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى : بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢ : ص ٥٠١ - بلانيول وريبير رردوان ٧ فقرة ٨٢٨ ص ١٥٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٥١٨ .

معقول^(١) .

ونرى من هذا النص أن للتعويض عنصرين : ما أصاب الدائن من الخسارة (damnum emergens) ، وما ضاع عليه من الكسب (lucrum cessans)^(٢) ، ومن هنا جاءت التسمية : (dommages - intérêts) . فالقاضي إذن في تقديره للتعويض - سواء التعويض عن عدم التنفيذ أو التعويض عن التأخر في التنفيذ - يدخل في حسابه هذين العنصرين . فيقدر أولاً ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ . ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب . ومجموع هذين هو التعويض^(٣) .

فالمدين الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه عن تسليم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن يدفع تعويضاً عما أصاب الدائن من خسارة بسبب اضطرابه لشراء هذه البضاعة بثمن أعلى ، وعما ضاع عليه من ربح بسبب فوات صفقة رابحة ثبت أنه كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه وسلمه البضاعة في الميعاد المتفق عليه . والممثل الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه من إحياء ليلية تمثيلية يدفع تعويضاً للدائن عما أصابه من خسارة بسبب ما أنفق في تنظيم هذه الليلة ، وعما ضاع عليه من ربح كان يجنيه لو أن الممثل قام بالتزامه . وهكذا^(٤) .

وغنى عن البيان أنه لا يكون هناك محل للتعويض إذا لم يصب الدائن ضرر ولم يفته كسب من جراء عدم قيام المدين بالتزامه أو من جراء تأخره في ذلك . وكثيراً ما يتحقق هذا الأمر في حالة مجرد تأخر المدين في تنفيذ التزامه . وقد يتحقق أيضاً في حالة عدم التنفيذ ، كما إذا لم يقم محام بالتزامه نحو موكله من التقدم باسمه في قائمة توزيع أو من قيد رهن لمصلحته ، ويتبين أن تخلف المحامي عن

(١) انظر تاريخ هذا النص في الوسيط جزء أول ص ٩١١ هامش رقم ١ .
(٢) وتنص المادة ٢٦٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبني على أنه « يجب أن يكون بدل المثل والضرر معادلاً تماماً للضرر الواقع أو الربح الفائت » .
(٣) نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٨ ص ٧٤٤ - استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧١ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٨ - وقد لا يوجد إلا عنصر واحد فيقتصر التعويض عليه : استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٥٧ .
(٤) الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤٠ - ص ٤٤١ .

القيام بالتزامه لم يلحق بالموكل ضرراً ولم يفوت عليه نفعاً ، إذ أنه لو كان تقدم باسمه في قائمة التوزيع لما أصاب الموكل شيء من المبلغ الموزع ، ولو أنه كان قيد الرهن لمصلحته لما كان هذا القيد منتجاً لأن العقار مثقل برهون سابقة تستغرقه . والدائن هو الذى يقع عليه عبء الإثبات ، فيثبت مقدار ما أصابه من ضرر ومقدار ما فاته من كسب^(١) .

٤٧٠ - الضرر المباشر والضرر المتوقع المحصول : وقد سبق أن

بيننا^(٢) أن الضرر غير المباشر (indirect) لا يعوض عنه أصلاً ، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية^(٣) . فلا يعوض إذن في المسئوليتين إلا عن الضرر

(١) استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٨ - قارن استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣١ . وانظر في كل هذا الموحز للمؤلف لفقرة ٤٤٥ ص ٤٤١ .

وتقدير التعويض من سلطة قاضى الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن في القانون نص ملزم باتباع معايير معينة أو خصوصه هو من سلطة قاضى الموضوع . فإذا كان الحكم ، في تقديره التعويض الذى قضى به للمؤجر على مستأجر استمر في وضع يده على الأرض المؤجرة دون رضاه المؤجر ، قد استهدى بفئات الإيجار السنوية المقررة بمرسوم بقانون معلوم لكافة الناس لنشره في الجريدة الرسمية ، وبالعلم العام بارتفاع أجور الأطنان للحالة الاقتصادية السائدة في السنوات المعاصرة واللاحقة لعقد المستأجر ، وبقبول المستأجر لفئة الإيجار بواقع كذا جنياً للقدان إذا ما استمر وضع يده على العين برضاه المؤجر ، فلا يصح أن ينمى عليه أنه أخل بحق المستأجر في الدفاع إذ اعتبر ضمن ما اعتبر به في تقدير التعويض بفئات الإيجار السنوى الواردة بذلك المرسوم بقانون الذى لم يكن بين أوراق الدعوى ولم يتمسك به أحد من الخصوم (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) . ولكن يجب بيان عناصر الضرر في الحكم ، والحكم الذى يقضى بمبلغ معين على سبيل التعويض ، إذا لم يبين عناصر الضرر الذى قضى من أجله بهذا المبلغ ، فإنه يكون فاصراً فصوراً يستوجب نقضه (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٩ ص ٦٩٣) .

وانظر في مقياس التعويض عن الضرر المباشر وفي الظروف الملازمة التى من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض عن المسؤولية التقصيرية والضرر المتغير والوقت الذى يقدر فيه : الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٤٧ - فقرة ٦٤٩ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٥١ .

(٣) قارن المادة ٢٦١ من تقنين الموجبات والعقود البنائى ، وتنص على : « إن الأضرار غير المباشرة ينظر إليها بعين الاعتبار كالأضرار المباشرة ، ولكن بشرط أن تثبت كل الشىء صلحتها بعدم تنفيذ الموجب » .

المباشر (direct) . والضرر المباشر هو - كما تقول المادة ٢٢١ سالفه الذكر - ما يكون « نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول»^(١).

ولكن في المسؤولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقفاً (prévisible) كان أو غير متوقع (imprévisible) . أما في المسؤولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتى الغش والخطأ الجسمي . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من التقنين المدني صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسمياً إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد»^(٢) . وقد سبق أن بينا تفصيلاً ما هو الضرر المباشر، وما هو الضرر المباشر المتوقع ، وما الذى يبرر قصر التعويض فى المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع ، وتحديد الضرر المتوقع من حيث توقع سبب الضرر ومقداره^(٣).

٤٧١ - تفسير التعويض بمبلغ من النقود : والقاضى بقدر التعويض

عادة بمبلغ من النقود ، سواء فى ذلك المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية أو أى التزام منشؤه مصدر آخر . ومع ذلك قد يكون التعويض غير نقدي فى بعض الحالات . فى دعاوى السب والقذف يجوز للقاضى أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضى بادانة المدعى عليه فى الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبى الذى أصاب المدعى عليه . بل قد يكون التعويض تعويضاً عينياً فيجوز للقاضى أن يحكم بهدم حائط أقامها المالك تعسفاً لحجب النور والهواء عن جاره ، ويجوز له أيضاً فى حالة ما إذا هدم صاحب السفلى سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه أن يأمر ببيع السفلى لمن يتعهد

(١) وقد سبق أن بسطنا ذلك تفصيلاً فى الوسيط جزء أول فقرة ٦١٠ .

(٢) انظر تاريخ هذا النص فى الوسيط جزء أول ص ٦٨٤ هامش رقم ١ - وتنص المادة ٢٦٢ من تقنين الموجبات وللعقود اللبناى على « أن التعويض ، فى حالة التعاقد ، لا يشمل سوى الأضرار التى كان يمكن توقعها عند إنشاء العقد ، ما لم يكن المديون قد ارتكب خذاعاً » .

(٣) انظر فى كل ذلك الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٥١ - فقرة ٤٥٣ . وانظر المذكرة

الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤ .

بينائه (م ٨٦٠ فقرة ١ مدني) (١) .

٤٧٢ - شروط استحقاق التعويض - النصوص القانونية :

وقد نصت المادة ٢١٥ من التقنين المدني على أنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يدر له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه (٢) » .

(١) انظر في التعويض التقدي والتعويض غير التقدي في المسؤولية التصيرية ديموج - ٦ فقرة ٢٩٦ - فقرة ٣٠٠ مكررة - الوسيط الجزء الأول فقره ٦٤٤ - فقرة ٦٤٥ . وانظر في التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ - إذا أتلّف عامل النقل البضاعة أو تأخر في تسليمها ، أو أساء الصانع صنع أثنائ عهد إليه في صنعه ، ونحو ذلك - عن طريق ترك الشيء التالف للمدين المقصر (laisse pour compte) وتقاضي قيمة الصحيح كاملة منه : بودرى وبارد ١ فقرة ٤٤٩ - ديموج ٦ فقرة ٢٩٢ - فقرة ٢٩٥ وفقرة ٢٩٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٢ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٧١ ص ٤١٢ - جوسران ٢ فقرة ٦٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٩٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٢ في المشروع الهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٦ - ص ٥٤٨) . وانظر المذكرة الإيضاحية لهذا النص في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧ . ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٧٧/١١٩ و ٢٤١/١٧٨ : م ١٧٧/١١٩ - التضييقات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزئه أو المترتبة على تأخير الوفاء لا تكون مستحقة زيادة على رد ما أخذه المتعهد إلا إذا كان عدم الوفاء أو التأخير منسوباً لتقصير المتعهد المذكور . م ٢٤١/١٧٨ : إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الإمكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً ألزم بالتضييقات . (ولا يختلف أحكام التقنين المدني الجديد عن هذه الأحكام) .

ويقابل النص في التقيينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣١٦ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٦٨ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري ، غير أنها مقصورة على المسؤولية العقدية - وانظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٦ - فقرة ٣٨) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٨ (مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري) .

وقد بينا في الجزء الأول من الوسيط^(١) أن هذا نص جوهرى فى كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، وقد وضع من أجل ذلك فى الباب المعقود لآثار الالتزام^(٢). ويتضح منه أن شروط التعويض هى نفس أركان المسئولية، عقديّة كانت أو تقصيرية. وهذه الأركان هى: (١) الخطأ (٢) والضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ أو الضرر.

٤٧٣ - الخطأ (إهمال): والخطأ إما أن يكون عقدياً أو تقصيرياً.

وقد بينا فى الجزء الأول من الوسيط^(٣) ما هو الخطأ العقدى فى الالتزام بتحقيق غاية وفى الالتزام ببذل عناية، وتكلمنا فى المسئولية العقدية عن الغير وعن الأشياء. وبيننا أيضاً^(٤) ما هو الخطأ التقصيرى بركنيه المادى والمعنوى، وتكلمنا فى المسئولية التقصيرية عن عمل الغير والمسئولية التقصيرية الناشئة عن الأشياء. فلا نعود هنا إلى ذلك، ونقتصر على هذه الإحالة^(٥).

٤٧٤ - الضرر (إهمال): كذلك بينا فى الجزء الأول من الوسيط^(٦)

ما هو الضرر فى المسئولية العقدية، وعلى من يقع عبء إثباته، وكيف يتحقق

= تقنين الموجبات والمعقود البنائى م ٢٥٤: فى حالة التعاقد يكون المديون مسئولاً عن عدم تنفيذ الموجب إلا إذا أثبت أن التنفيذ أصبح مستحيلًا فى الأحوال المبينة فى المادة ٣٤١ - م ٢٥٥: فى بعض المعقود وعلى وجه الاستثناء لا يكون المديون مسئولاً بمجرد عدم تنفيذ العقد، بل يكون إلحاق التبعة به موقوفاً على ارتكابه خطأً يجب على الدائن إثباته، ويمين القانون درجة أهميته - م ٢٥٦: أن شروط نسبة الضرر، فى حالة عدم التعاقد، معينة فى المادة ١٢٢ وما يليها. (وجملة هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى).

(١) فقرة ٤٢٤ ص ٦٥٤.

(٢) وقد عالجتنا شروط استحقاق التعويض عند الكلام فى المسئولية العقدية وفى المسئولية التقصيرية، فنكتفى بالإحالة إليها هنا حيث نقتصر على افتراض الالتزام بالتعويض قائماً بعد أن استوفى شروطه، دون نظر إلى مصدره هل هو عقد أو غير عقد (انظر فى هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٩٨).

(٣) فقرة ٤٢٧ - فقرة ٤٣٥.

(٤) الوسيط جزء أول فقرة ٥٢٦ - فقرة ٥٤٣ وفقرة ٦٦٢ - فقرة ٧٢٦.

(٥) انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢

ص ٥٤٢ - ص ٥٤٤.

(٦) فقرة ٤٤٢ - ٤٤٩.

كل من الضرر المادي والضرر الأدبي في هذه المسؤولية ، وكيف يجب التعويض عن كل منهما . وبيننا الضرر في المسؤولية لتقصيرية^(١) ، وكيف يتحقق بنوعيه من ضرر مادي وضرر أدبي ، وكيف تكفلت المادة ٢٢٢ من التقنين المدني^(٢) بالنص على وجوب تعويض الضرر الأدبي سواء كان ذلك في المسؤولية التقصيرية أو في المسؤولية العقدية^(٣) .

٤٧٥ - **عقوبة السببية (امالة) :** وكذلك في علاقة السببية في كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية نكلمنا في السبب الأجنبي وفي السبب المنتج وفي السبب المباشر ، فنكتفي هنا بالإحالة^(٤) . وعند الكلام في السبب الأجنبي عرضنا للخطأ المشترك^(٥) ، وكيف يجوز فيه للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما^(٦) .

٤٧٦ - **التعريف اللاتغاضي لفروع المسؤولية (امالة) .** وقد نصت

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٦٨ - فقرة ٥٨٠ .
(٢) انظر النص وتاريخه في الوسيط الجزء الأول ص ٨٦٨ وهاش رقم ١ .
(٣) انظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٤٢ هاشم رقم ١ - وقد نصت المادة ٢٦٣ من تقنين الموجبات والعقود البنائي على أنه «يمتد بالأضرار الأدبية كما يمتد بالأضرار المادية بشرط أن يكون تقدير قيمتها بالنقود ممكناً على وجه معقول» . ونصت المادة ٢٦٤ من نفس التقنين على أنه « يمكن الاعتداد بالأضرار المستقبلية على الشروط وعلى القياس المنصوص عليها للتعويض المخصص بالإجرام في المادة ١٣٤ فقرتها السادسة » . وقضت المسادة ٢٠٥ من التقنين المدني العراقي بأن حق التعويض يتناول الضرر الأدبي . وهذا النص قد ورد بين النصوص المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية ، ولا نص على الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية . ومن ثم ذهب الدكتور حسن الذنون (أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٥٤) إلى أن حق التعويض يتناول الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية العقدية ، ويلاحظ على هذا الرأي أن الفقه الحديث قد أصبح مجتماً على جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، وأن نص المادة ٢٠٥ مدني عراقي ، وإن كان قد ورد في المسؤولية التقصيرية إذ هي الميدان الأكثر اتساعاً للضرر الأدبي ، ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة هي جواز التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام .

(٤) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٥٤ - فقرة ٤٥٥ وفقرة ٥٨١ - فقرة ١١٠ .
(٥) انظر نص المادة ٢١٦ مدني وتاريخ النص في الجزء الأول من الوسيط ص ٨٨٩ وهاشم رقم ٢ .
(٦) الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٩٦ .

المادة ٢١٧ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١ - يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجيء والقوة القاهرة .

٢ - وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسمي ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسمي الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

٣ - ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع^(١) .

وقد سبق أن بينا في المسئولية العقدية كيف يجوز الاتفاق على تعديل قواعدها ، فيجوز التشديد فيها كما يجوز التخفيف ، بل ويجوز الإعفاء منها في حدود بينها النص^(٢) . وبيننا كذلك في المسئولية التقصيرية كيف لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها أو التخفيف ، وكيف يجوز الاتفاق على التشديد ، فنكتفي هنا أيضاً بالإحالة^(٣) .

(١) انظر في تاريخ النص الوسيط الجزء الأول ص ٦٧٢ هامش رقم ١ .

(٢) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣٧ - فقرة ٤٤١ .

(٣) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٢ - فقرة ٦٥٤ - وانظر أيضاً المذكرة

الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٣ .

الفصل الثاني

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

(La clause pénale)

٤٧٧ - ماهو الشرط الجزائي : يحدث كثيراً أن الدائن والمدبر لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل ، بل يعمدان إلى الانفاؤ مقدماً على تقدير هذا التعويض . فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقيم المدين بالتزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير . هذا الاتفاقي مقدماً على التعويض يسمى بالشرط الجزائي .

وسمى بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه . ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد^(١) (م ٢٢٣ مدني) ، بل لا شيء يمنع من أن يكون اتفاقاً على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقد كالعامل غير المشروع^(٢) وإن كان هذا يقع نادراً^(٣) .

(١) ولكن قيل وقوع الضرر الذي يقدر الشرط الجزائي التعويض عنه ، وذلك حتى لا يلتبس بالصلح أو بالتجديد (دى باج ٣ فقرة ١٢٠) .

(٢) ومن الأمثلة على شرط جزائي يقدر التعويض عن عمل غير مشروع الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة الإخلال بوعده بالزواج ، إذ الإخلال بهذا الوعد تترتب عليه مسؤولية تقصيرية لا عقدية (قارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢) . كذلك الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة إبطال بيع ملك الغير تقدير لتعويض عن مسؤولية تقصيرية . وإذا حدد المتعاقدان مبلغ التعويض في حالة فسخ العقد ، فالمسئولية التي تتخلف عن فسخ العقد إما هي مسؤولية تقصيرية حدد المتعاقدان بشرط جزائي مبلغ التعويض عنها (قارب دى باج ٣ فقرة ١٢١ مكررة ثالثاً وفقرة ١٢٣) . وإذا كان الإخلال بالعقد جريمة جنائية - كجريمة التبيد - واتفق المتعاقدان على شرط جزائي ، فإن هذا يكون اتفاقاً مقدماً على التعويض عن جريمة أي عن عمل غير مشروع (دى باج ٣ فقرة ١١٧) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ .

والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة متنوعة . فشروط المقاولة (caber des charges) قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود اليه إنجازاً . ولائحة المصنع (règlement d'atelier) قد تتضمن شروطاً جزائية تقضى بخصم مبالغ معينة من أجره العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة . وتعريفه مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذي تدفعه المصلحة للمتعاقد معها في حالة فقد « طرد » أو فقد رسالة . واشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين في دفع قسط منها هو أيضاً شرط جزائي ولكن من نوع مختلف ، إذ هو هنا ليس مقداراً معيناً من النقود قدر به التعويض ، بل هو تعجيل أقساط مؤجلة . ومثل ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه إذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر عند انتهاء إجارته الأطنان المؤجرة إليه خالية من الزراعة ، وشرط في العقد تعويض المؤجر عن الإخلال بهذا الاتفاق بأن الزراعة التي عسى أن تكون قائمة عند انتهاء الإيجار تكون ملكاً للمؤجر ، كان الاتفاق الأصلي صحيحاً وكان الشرط الجزائي صحيحاً معه (١) .

(١) ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢١٤ — ويقول ديموج في هذا الصدد ان الشرط الجزائي يصح أن يكون مبلغاً من النقود ، كما يصح أن يكون شيئاً أو عملاً أو امتناعاً أو تقصير ميماد في استعمال الحق أو تشديداً في شروط استعماله أو اشتراط ترخيص أو تغيير مكان تنفيذ الالتزام (ديموج ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٤٨٨) — انظر أيضاً : نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ٣٠ — محكمة مصر الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٩٠١ الحقوق ١٧ ص ٩ — ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٣٤٩ — طنطا الكلية الوطنية ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٨٢ — مصر الوطنية الاستئنافية ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ ص ٢٤٥ — وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٨ .

هذا والأصل في الشرط الجزائي هو أن يكون تقديراً مقدماً للتعويض كما أسلفنا القول . ولكن قد يستعمله المتعاقدان لأغراض أخرى . من ذلك أن يتفقا على مبلغ كبير يزيد كثيراً على الضرر الذي يتوقمانه ، فيكون الشرط الجزائي بمثابة تهديد مالي . وقد يتفقا على مبلغ صغير يقل كثيراً عن الضرر المتوقع ، فيكون الشرط الجزائي بمثابة إعفاء أو تخفيف من المسؤولية . فإذا ستر الشرط الجزائي غرضاً غير مشروع ، كأن أخفى إعفاء غير مشروع من المسؤولية ، كان الشرط باطلاً (انظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ — دي باج ٣ فقرة ١١٩ — وقارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٤٥) — وقد يكون الغرض من الشرط الجزائي تأكيداً للالتزام المتعهد عن الغير ، بتحديد مبلغ التعويض الذي يكون مستولاً عنه إذا لم يتم =

وبعد أن عرفنا بالشرط الجزائي على هذا النحو . نتكلم في : (١) شروط استحقاقه وتكليفه القانوني (٢) ما يترتب عليه من الأثر .

الفرع الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائي وتكليفه القانوني

٤٧٨ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« يجوز للمتعاقدين أن يمددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ، وبراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠^(١) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٥٢/٩٨ ، وهي بالرغم مما اشتملت عليه من عيوب ملحوظة في الصياغة لا تختلف في الحكم عن نص

- بحمل الغير على التمهيد . وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الجزائي متى تعلق بالتزام معين وجب التنفيذ به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الالتزام ، أياً كان الوصف الصحيح للمقد الذي تضمنه ، فيما كان أو تمهداً من جانب الملتزم بالسعى لدى الغير لإقرار البيع ، وإذن فإذا كان الحكم ، مع إثباته إخلال الملتزم بما تمهد به بموجب العقد من السعى لدى من ادعى الوكالة عنهم لإتمام بيع منزل في حين أنه التزم بصفته ضامناً متضامناً بهم بتنفيذ جميع شروط العقد ، لم يعمل الشرط الجزائي المنصوص عليه في ذلك العقد قولاً بأن المقد في حقيقته لا يبدو أن يكون تمهداً شخصياً بحمل معين من جانب المتعهد ، فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٢ ص ١٨٠) . وقد بوضع شرط جزائي في الاشتراط لمصلحة الغير لتقدير التعويض المستحق للمشرط في حالة إخلال المتعهد بالتزامه نحو المنتفع ، فيمثل الشرط الجزائي في هذه الحالة المصلحة المادية للمشرط في اشتراطه لمصلحة الغير ، وكان وضع الشرط الجزائي (stipulatio poenae) على هذا النحو في القانون الروماني سبيلاً لتصحيح الاشتراط لمصلحة الغير ذاته (بلائيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ - دى باج ٣ فقرة ١١٩) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٠١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين الجديد، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٠ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٩ - ص ٥٧٠) .

التقنين المدني الجديد^(١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٢٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٧٠ فقرة أولى ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٢٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٦٦ فقرة أولى^(٢) .

٤٧٩ - المميز للشرط الجزائي : ويتبين من النص السالف الذكر أن

الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، فلا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض ، ولكن يتولد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين ، وشروط استحقاق هذا الالتزام هي نفس شروط الالتزام الأصلي ، وتكليفه القانوني . هو أنه التزام تابع لالتزام أصلي^(٣) .

(١) وكانت المادة ١٥٢/٩٨ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان العهده بنى معين مقرر حكمه في القانون أو متفق عليه بين المتعاقدين بأن يكون جزاء للتمهده عند عدم وفائه بشئ تمهده به في الأصل ، كان الخيار للتمهده إليه في طلب وفاء التمهده الأصلي أو التمهده الجزائي بعد تكليف التمهده بالوفاء تكليفاً رسمياً » . وهذا النص يوهم أن الشرط الجزائي التزام تخييري ، للدائن أن يطالب به أو أن يطالب بالالتزام الأصلي . وهذا خطأ تشريعي (قارن مصر الكلية ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ رقم ١٣) . أما التقنين المختلط (م ١٥٢) فقد أضاف الصارة الآتية : « انما يجوز دائماً للتمهده منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التمهده الأصلي بتمامه ، ما لم يكن التمهده الجزائي منصوصاً على وجوبه لمجرد التأخر » . وهذه الإضافة يكون التقنين المختلط أكثر دقة من التقنين الوطني (انظر والتون ٢ ص ٣٩٥ - ص ٣٩٦ - الموجز للمؤلف ص ٤٤٥ هامش رقم ١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٤ (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري) - التقنين المدني العراقي م ١٧٠ فقرة أولى (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري) - التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٢٦ (مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري) . تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٦ فقرة أولى : للمتعاقدین أن يمينوا مقدماً في المقدم أو في صك لاحق ، قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المديون عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري) .
(٣) ومن أجل ذلك لا يجتمع الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ مع التنفيذ العيني ، ولكن يجتمع مع التنفيذ العيني الشرط الجزائي عن التأخر في التنفيذ (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٥) .

المبحث الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائي

٤٨٠ - سبب استحقاق التعويض : قدمنا أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، وإنما نشأ التعويض من مصدر آخر ، يغلب أن يكون عقداً كما مر القول . وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ من هذا العقد هو السبب في استحقاق التعويض عن عدم التنفيذ ، وكذلك تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي هو السبب في استحقاق التعويض عن التأخير^(١) . والشرط الجزائي إنما هو تقدير المتعاقدين مقدماً لكل من التعويضين .

٤٨١ - شروط استحقاق الشرط الجزائي : فشروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض . وقد قدمنا أن شروط استحقاق التعويض هي وجود خطأ من المدين ، وضرر يصيب الدائن ، وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر ، وإعذار المدين . فهذه هي أيضاً شروط استحقاق الشرط الجزائي ، وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢٢٣ حيث أحالت على المواد ٢١٥ - ٢٢٠ . وهذه المواد بعضها - م ٢١٥ - ٢١٧ - يتناول الشروط الثلاثة الأولى ويدخل في ذلك التعديل الاتفاقي لقواعد المسؤولية ، وبعضها - م ٢١٨ - ٢٢٠ - يتناول شرط الإعذار^(٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاق للتعويض الواجب أدائه . فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقدي في بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى . فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، وهي الخطأ والضرر والإعذار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٢) .

(٢) وكان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق : استثناء مصر (الدوائر المجتمعة) ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ - المهامة ٧ ص ٢٣١ -

٤٨٢ - **سُرط الخطأ** : فلا يستحق الشرط الجزائي إذن إلا إذا كان هناك خطأ من المدين^(١) . والغالب أن يكون هذا الخطأ خطأ عقدياً كما أسلفنا القول . فاذا لم يكن هناك خطأ من المدين^(٢) . فلا مسئولية في جانبه ، ولا يكون التعويض مستحقاً . ومن ثم لا محل لإعمال الشرط الجزائي ، فما هو إلا تقدير لتعويض قد استحق ، ولم يستحق التعويض كما قدمنا .

٤٨٣ - **سُرط الضرر** : ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض ، فاذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً ، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة^(٣) .

ومع وضوح هذا الحكم فإنه غير مسلم به في القانون الفرنسي ، وكان محلاً للتردد في عهد التقنين المدني السابق .

أما في القانون الفرنسي ، فقد نصت المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الفرنسي على أنه « إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يتسمر في تنفيذه يدفع مبالغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الأخر مبلغ أكثر أو أقل^(٤) » . فذهب القضاء الفرنسي إلى أن الشرط الجزائي يستحق حتى

= استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٢ ، رقم ٧ ص ١٦٥ - استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٢٨ ص ٩١ - ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ .

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ .

(٢) ووقوع خطأ من المدين يترك إلى تقدير محكمة الموضوع بعد استيفاء الشرط الجزائي للخطأ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نص في العقد على شرط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به ، فلمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في اعتباره مقصراً أو غير مقصر حسبما يترأى لها من الأدلة المقدمة ، ولا سلطة لمحكمة النقض عليها في هذا التقدير (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص ٣٠) . والدائن بالشرط الجزائي هو الذي يقع عليه عبء إثبات خطأ المدين (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(٤) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي :

Art. 1157 Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommage - intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

للم يثبت الدائن أن هناك ضرراً أصابه ، فإن اتفاق الطرفين على شرط جزائي ، وتقديرهما مقدماً للتعويض المستحق ، معناه أنهما مسلمان بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضرراً اتفاقاً على المقدار اللازم لتعويضه^(١).

أما في مصر في عهد التقنين المدني السابق ، فقد كانت المادة ١٢٣/١٨١ من هذا التقنين تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثره . ومع أنه كان واضحاً أن هذا النص مأخوذ من المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الفرنسي سالفه الذكر ، فإن القضاء المصري ظل متردداً ، تقضى بعض أحكامه بعدم اشتراط إثبات الدائن لوقوع ضرر أصابه على غرار القضاء الفرنسي ، وتقضى أحكام أخرى بوجود إثبات وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية . ثم انحسم الخلاف ، واستقر القضاء المصري على الرأي الثاني وهو المتفق مع القواعد العامة ، وقضت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف في كل من القضايا الوطنية والمختلطة بأنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي أن يكون هناك ضرر أصاب الدائن^(٢).

وجاء التقنين المدني الجديد فنص صراحة على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، فتمشى بذلك مع القواعد العامة ، وقن القضاء المصري الوطني والمختلط على الوجه الذي قدمناه . وهذا هو ما جرت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ من هذا التقنين : « لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر » . ويلاحظ من هذا النص أن الشرط الجزائي ، بالنسبة إلى وقوع الضرر ، لا يخلو من فائدة . فوجود هذا الشرط يجعل الضرر

(١) ويكون الفرض من الشرط الجزائي منع أي جدل يدور حول وقوع الضرر ومقدار تعويضه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٨) .

(٢) كان القضاء الوطني متردداً في أول الأمر . فبعض الأحكام كانت تقضى بوجود وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي : استئناف أهل ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٦ ص ٨٥ — ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ٤٦ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٢٩ ص ٤٤ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٠٩ — ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ ص ٣٢ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٣ . وكانت أحكام أخرى لا تشترط إثبات وقوع الضرر : استئناف أهل ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ =

واقعا في تقدير المتعاقدين ، ولذلك يفترض وقوع الضرر ، ولا يكلف الدائن إثباته . وعلى المدين ، إذا ادعى أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، أن يثبت ذلك . فعليه إثبات الضرر إذن - خلافاً للقواعد العامة - ينتقل من الدائن إلى المدين بفضل وجود الشرط الجزائي (١) .

= ص ٢٥٨ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٦٩ ص ١٢٨ - ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١١٧ . ثم حسمت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، وقضت بوجود وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي (٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ - المحاماة ٧ ص ٣٣١) . غير أن محكمة استئناف مصر قضت في حكم لها ، بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة ، بأن وقوع الضرر لا يشترط : ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١/٤٢٥ ص ٨٦٠ .

وكان القضاء المختلط متردداً كذلك . فن الأحكام ما قضت بوجود وقوع الضرر : استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤٥ - ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٢ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ - ٦ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٨ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧١ - ومن الأحكام ما قضت بعكس ذلك ولم تشترط وقوع الضرر : استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ - ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٧٠ - ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ . ثم حسمت محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، وقضت بوجود وقوع الضرر كما فعلت بعد ذلك محكمة الاستئناف الوطنية (استئناف مختلط دوائر مجتمعة ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ - انظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧) . وبقى الخلاف هل مع وجود الشرط الجزائي يقع عبء إثبات الضرر على الدائن (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤ - ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١) أو ينتقل عبء الإثبات إلى المدين فيكلف بنق وقوع الضرر (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٧ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ - ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧ : يعتبر سكوت الدائن مدة طويلة قرينة على انتفاء الضرر) . وينص التقنين الجديد - كما سنرى - أن عبء الإثبات ينتقل إلى المدين ، وهو الذي عليه أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرراً (انظر في القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق الموجز للمؤلف ص ٤٤٤ هامش رقم ١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن اتفق مع المظنون عليه على أن يحصل من ابنه على إجازة المقعد الخاص بإشراكه في إدارة عمل رسا على ابن الطاعن ، كما اتفقا على أنه إذا أخل الطاعن بهذا الالتزام فيدفع للمظنون عليه مبلغاً معيناً بصفة تمويض ، وكان مقتضى هذا الشرط الجزائي أن يكون على الطاعن الذي أخل بالتزامه - فحق عليه التمييز - عبء إثبات =

٤٨٤ - شرط عموق السببية : ولا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر . أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي ، أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشراً ولكنه غير متوقع ، فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ، ولا يستحق التعويض ، فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائي (١) .

٤٨٥ - شرط الإعذار : والإعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي ، في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين . أما في الأحوال التي لا ضرورة فيها للإعذار ، فإنه لا يشترط (٢) . وقد تقدم ذكر كل ذلك تفصيلاً . وما دام التعويض لا يستحق إلا بالإعذار في الأحوال التي يجب فيها ، فإنه إذالم يتم الدائن بإعذار المدين في هذه الأحوال لم يكن التعويض مستحقاً ، ولا يكون ثمة هناك محل لإعمال الشرط الجزائي (٣) . وقد أشارت المادة ٢٢٣ مدني في استحقاق الشرط

أن ابنه قد خسر في الصفقة وأنه بذلك لا يكون قد أصاب المظنون عليه ضرر نتيجة عدم إشراكه في العمل المذكور ، وكان بين من الأوراق أن الطاعن قصر دفاعه على مجرد القول بأن ابنه خسر في الصفقة دون تقديم ما يؤيد ذلك ، فيكون فيما جاء بالحكم ، بناء على الأسباب التي أوردتها ، من عدم التعويل على دفاع الطاعن بأنه لم يلحق المظنون عليه ضرر ، الرد الكافي على ما يدعى به لطاعن من أن الحكم لم يتحدث عن الضرر (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠ ص ٥٤) .

(١) ومع ذلك يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم ، ويكون هذا بمثابة اتفاق على التشديد من المسؤولية وتحميل المدين تبعه الحادث الفجائي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فيشترط أولاً توافر الخطأ . ويتفرع على ذلك أن الجزء المشروط لا يجوز استيفاؤه متى أصبح الوفاء بالاتزام مستحيلًا من جراء سبب أجنبي لا يد للمدين فيه (م ١٦٣ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسري و م ٦٧٧ من التقنين البرتغالي) . بيد أن الاتفاق على مخالفة هذا الحكم يقع صحيحاً بوصفه اشتراطاً من اشتراطات التشديد من المسؤولية ، بقصد منه إل تحميل المدين تبعه الحادث الفجائي (مجموعة أحكام التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ - ص ٥٧٤) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ (لا ضرورة للإعذار في شرط جزائي لاتزام بالامتناع عن عمل) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ - ص ٥٧٥ . وكان هذا هو أيضاً الحكم في عهد التقنين المدني السابق (م ٩٨ مدني أهل) : استئناف أهل ٢ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ - ٢١ يونيو سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ -

الجزائي إلى وجوب تطبيق النصوص المتعلقة بالإعذار (م ٢١٨ - ٢٢٠ مدني) (١).
وقدمنا أن مجرد وجود شرط جزائي لا يعفي من الإعذار ، ولا يعتبر وجود هذا
الشرط اتفاقاً صريحاً أو ضمناً على إعفاء الدائن من إعذار المدين (٢) .

المبحث الثاني

التكليف القانوني للشرط الجزائي

٤٨٦ - الالتزام بالشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي: قدمنا
أن الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع لا التزام أصيل . أما الالتزام الأصلي
الذي يتبعه الالتزام بالشرط الجزائي فهو ما التزم به المدين أصلاً بالعقد أو بغيره
من مصادر الالتزام ، فقد يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل ،
ثم يتفق مع الدائن على مبلغ معين يقدران به التعويض فيما إذا أخل المدين بالتزامه .
ويترتب على أن الالتزام بالشرط الجزائي التزام تابع أمران : (أولاً) أن
العبرة هي بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي . (ثانياً) بطلان الالتزام الأصلي
يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان
الالتزام الأصلي .

٤٨٧ - العبرة بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي : لا يستطيع
الدائن أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلي ما دام تنفيذه ممكناً . كذلك

- ص ٤٩ - استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٤ ص ٦٧ -
مصر الكلية الوطنية ١٩ أغسطس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٣٥ - استئناف مختلط
١١ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٠٧ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٤ - ٣٠ مايو
سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٦ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ - ٣١ أكتوبر
سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩ .

(١) انظر أيضاً المادة ١٢٣٠ من التقنين المدني الفرنسي .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ .

لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي (١). وإنما يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي ، ويستطيع المدين أن يعرضه على الدائن ، إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً بخطأ المدين . أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً بسبب أجنبي ، فقد انقضى هذا الالتزام ، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة بالشرط الجزائي ، لأن الشرط الجزائي ليس إلا تقديراً لتعويض مستحق ، وهنا لا يستحق الدائن تعويضاً ما .

ويبنى على ما تقدم أن الشرط الجزائي - كالتعويض - لا يعتبر التزاماً تخبيرياً ولا التزاماً بديلاً . فهو ليس بالالتزام تخبيرى ، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما ، بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام هذا ممكناً (٢) . ولأن المدين هو أيضاً لا يملك هذا الخيار ، بل هو لا يستطيع إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصلي ما أمكنه ذلك . والشرط الجزائي ليس بالالتزام بديلي ، لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي، إذا كان ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي (٣) .

(١) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٩ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٣٤ .

(٢) ومن ذلك تعيين عدم دقة المادة ٩٨ من التقنين المدني الوطني السابق والمادة ١٢٢٨ من التقنين المدني الفرنسي . فالمادة ٩٨ من التقنين المدني الوطني السابق كانت توهم أن الشرط الجزائي التزام تخبيرى الخيار فيه للدائن ، وهذا خطأ تشريعى سبقت الإشارة إليه . وقد أصلحت المادة ١٥٢ من التقنين المدني المختلط هذا الخطأ بأن أضافت : « إنما يجوز دائماً للتمهّد منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التمهّد الأصل بتمامه ، ما لم يكن التمهّد الجزائي منصوصاً على وجوبه بمجرد التأخر » . وقد مر ذكر ذلك (أنظر آنفاً ص ٨٥٤ هامش رقم ١) .

أما المادة ١٢٢٨ من التقنين المدني الفرنسي فنص على أنه « يجوز للدائن ، بدلا من مطالبة المدين المعذر بالشرط الجزائي ، أن يطالب بتنفيذ الالتزام الأصلي » . وهذا النص يوجب أيضاً أن الشرط الجزائي التزام تخبيرى الخيار فيه للدائن . ولكنه يفسر في فرنسا على الوجه الصحيح ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بالشرط الجزائي إذا عرض المدين بتنفيذ الالتزام الأصلي ، ولا يجوز للمدين أن يعرض الشرط الجزائي إذا طالب المدين بتنفيذ الالتزام الأصلي وكان هذا التنفيذ ممكناً ، وكل ما يعنيه النص هو أن وجود الشرط الجزائي لا يمنع الدائن من المطالبة بتنفيذ الالتزام الأصلي (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٦٥) .

(٣) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٦٠ =

وإنما الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي ، يبقى ببقائه وينقضى بانقضائه ، فإذا ما أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً بخطأ المدين ، تغير محل الالتزام الأصلي وأصبح تعويضاً تكفل الشرط الجزائي بتقديره .

٤٨٨ - بطوره الالتزام الأصلي يستتبع بطوره الشرط الجزائي

والعكس : وإذا كان الالتزام الأصلي باطلا ، كان الشرط الجزائي وهو التزام تابع باطلا كذلك . فإذا عقد الالتزام الأصلي غير ذي أهلية أو غير ذي صفة ، أو تعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا دفع مبلغاً معيناً كشرط جزائي ، كان كل من الالتزام الأصلي والشرط الجزائي باطلاً (١) .

ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلا ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلا ، لأن الشرط الجزائي التزام تابع ، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي . مثل ذلك أن يشترط الدائن المرهن ، كشرط جزائي إذا لم يستوف

= فقرة ١٣٦١ - ديموج ٦ فقرة ٤٤٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ -
دى باج ٣ فقرة ١٢٣ .

كذلك لا يمكن اعتبار الالتزام الأصلي التزاماً معلقاً على شرط ، بل هو التزام بسيط والالتزام المعلق على شرط هو الالتزام بالشرط الجزائي ، فإنه لا يستحق إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً بخطأ المدين (لاروميير ٤ المسادة ١٢٢٨ فقرة ٥ - لوران ١٧ فقرة ٤٣١ - هيك ٧ فقرة ٣٧٠ - ديمولومب ٢٦ فقرة ٦٤٨ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ - ديموج ٦ فقرة ٤٤٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ - دى باج ٣ فقرة ١٢٦) . وانظر في تكييف الشرط الجزائي مقالا للأستاذ سيرانوفاشيو (Seirano Facio) في الطبيعة القانونية للشرط الجزائي في القانون الفرنسي وفي القوانين اللاتينية الأمريكية (المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٤٩ ص ٣١٥)

(١) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ - وقد يقترن بيع ملك الغير بشرط جزائي ، ولا يميز المالك الحقيقي العقد فيبطل المشتري البيع ويتقاضى الشرط الجزائي . والسبب في ذلك أن الشرط الجزائي هنا ليس تابعا لالتزام باطل نشأ عن بيع ملك الغير ، وإلا كان الشرط الجزائي ذاته باطلا أيضاً ، وإنما هو تابع لالتزام نشأ عن مسؤولية البائع لملك غيره ، وهي مسؤولية تقصيرية قائمة ، فيقوم معها الشرط الجزائي (انظر آنفا فقرة ٧٧ في الهامش . وقارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ وهامش رقم ٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦) . وهذا بخلاف ما إذا اقترن عقد صحيح بشرط جزائي ، فيكون الشرط الجزائي تابعا للالتزام الناشئ من العقد الصحيح ، فإذا فسخ العقد سقط بنفسه الشرط الجزائي ، وسيأتي بيان ذلك .

الدين عند حلوله ، أن يبيع العين المرهونة دون اتباع الإجراءات الواجبة قانوناً أو أن يملك العين ، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلاً دون أن يبطل الالتزام الأصلي^(١) .

ويترتب على تبعية الشرط الجزائي أيضاً أن الدائن إذا اختار ، عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي ، فسخ العقد بدلاً من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي ، سقط الالتزام الأصلي بمجرد فسخ العقد، وسقط معه الشرط الجزائي لأنه تابع له ،

(١) وقد نصت المادة ١٢٢٧ من التقنين المدني الفرنسي على أن « بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي » . وأنظر هيك ٧ فقرة ٣٦٨ - لوران ١٧ فقرة ٤٢٨ - أوبري ودرر ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥٧ - ديموج ٦ فقرة ٤٦١ - فقرة ٤٦٢ .

وجاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد : « إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً ، كان الشرط الجزائي وهو التزام تبعي باطلاً مثله . مثل ذلك أن يتعهد شخص بالابتلاع زوجته حتى لو خانت = الأمانة الزوجية ، وإلا دفع لها مبلغاً معيناً على سبيل التعويض هذا الشرط الجزائي باطل ، لأنه تابع لتعهد باطل مخالفته للنظام العام وللأداب (انظر استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤) ولكن للرجوع شرعاً أن تشترط على زوجها تطبيق شرطها ، كما لها أن تشترط عليه ألا يتزوج عليها ، وإلا طلقت منه واستحقت تعويضاً ، وليس للمحكمة أن تمتنع عن التصديق على التعويض المقدر إلا إذا ثبت أنه جائز وغير مقبول وغير متناسب بالمرّة مع الضرر الذي سببه الطلاق (شين الكوم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٥٤٠) . ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلاً ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلاً ، لأن الشرط الجزائي التزام تابع منفصل يتصلق به مصير الالتزام الأصلي . مثل ذلك أن يتعهد ممثل بألا يظهر على مسرح معين ، وإلا التزم بأن يعيش في مكان مقفل طول حياته . الشرط الجزائي في هذا الفرض باطل لمخالفته للنظام العام إذ هو قيد خطير على الحرية الشخصية ، ولكن الالتزام الأصلي صحيح ، فيبقى الممثل ملتزماً بألا يظهر على هذا المسرح المعين ، فإن فعل كان مستولاً عن التعويض ، وتولى القاضي تقديره . ويمكن في هذه المناسبة أن نميز بين الشرط الجزائي والالتزام الشرطي . فلوحورنا المثل المتقدم وجملناه التزاماً شرطياً ، بأن يتعهد الممثل في الأصل أن يعيش في مكان مقفل طول حياته إذا ظهر على مسرح معين ، فإن الالتزام الأصلي هنا يكون إقامة الممثل في مكان مقفل طول حياته ، وهذا الالتزام معلق على شرط ظهوره على مسرح معين . ولما كان الالتزام الأصلي باطلاً ، فالشرط باطل كذلك ، ويكون الممثل غير ملزم ، في هذا الفرض المحور وهو فرض الالتزام الشرطي ، بالامتناع عن الظهور على المسرح معين ، وهو ملزم بهذا الامتناع في الفرض الآخر وهو فرض الشرط الجزائي . على أننا نرى أن تكليف الالتزام بأنه التزام شرطي أو بأنه شرط جزائي ينظر فيه إلى نية المتعاقدين ، ولا شيء يمنع القاضي ، حتى بعد التحوير المتقدم ، من تكليف الالتزام بأنه شرط جزائي » (الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٩ ص ٤٤٥ - ص ٤٤٦) .

قارب أيضاً أدى باج ٣ فقرة ١٢٦ ، وقارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ .

ويطالب الدائن في هذه الحالة بالتعويضات التي يقدرها القاضى وفقاً للقواعد العامة التي تقدم ذكرها ، ولا يطالب بالتعويض المقدر في الشرط الجزائى (١) .

٤٨٩ - تمييز الشرط الجزائى عما يشتهر به من أوضاع : ويتبين من

تكييف الشرط الجزائى على النحو الذى قدمناه أن هذا الشرط قد يشتهر بأوضاع قانونية أخرى ، وبخاصة يشتهر بالعربون وبالتهديد المالى ، فيجب تمييزه عما يشتهر به .

٤٩٠ - تمييز الشرط الجزائى عن العربون : إذا كانت دلالة

العربون هي جواز العدول عن العقد ، فإنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يرجع فى العقد بعد إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون ، فيشتهر العربون بالشرط الجزائى ، وقد يحمل على أنه شرط جزائى لتقدير التعويض فى حالة العدول عن العقد (٢) .
ولكن الفرق كبير بين العربون والشرط الجزائى ، ويظهر هذا الفرق من الوجوه الآتية :

(١) العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، فمن أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد كان له ذلك فى مقابل دفع العربون ، أما الشرط الجزائى فتقدير لتعويض عن ضرر قد وقع ويترتب على ذلك أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أى ضرر ، أما الشرط الجزائى فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن كما قدمنا (٣) .

(١) كذلك جميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصيل ، من شرط وأجل وتضامن ونحو ذلك ، تلحق بالتبعية الشرط الجزائى ، فيصير هذا الشرط موصوفاً وصف الالتزام الأصيل (لوران ١٧ فقرة ٤٤٦ - هيك ٧ فقرة ٣٧٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٤٨ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦ - دى باج ٣ فقرة ١٢١ مكررة ثالثاً - قارن ديموج ٦ فقرة ٤٧١)

(٢) أنظر ديموج ٦ فقرة ٤٥٠ - وقد قضت محكمة النقض بأن اشتراط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به جائز فى كل مشاركة ، سواء أكانت بيعاً أم معاوضة أم إجارة أم أى عقد آخر ، والعربون بهذا المعنى ليس خاصاً بعقود البيع وحدها (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ٣٠) .

(٣) استئناف مختلط ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ - أول فبراير سنة ١٩٢٢

(٢) العربون لا يجوز تخفيضه ، سواء كان الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر من جراء العدول عن العقد مناسباً للعربون أو غير مناسب ، بل إنه يجب دفع مبلغ العربون كما هو حتى لو لم يلحق هذا الطرف الآخر أى ضرر من العدول عن العقد كما قدمنا . أما الشرط الجزائي فيجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر ، وسيأتي القول في ذلك .

(٣) يمكن تكييف العربون بأنه البديل في التزام بدلي . ففي البيع مع العربون مثلاً ، يلتزم المشتري التزاماً أصلياً بدفع الثمن في مقابل أخذ المبيع ، وله إذا شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلي - دفع الثمن في مقابل أخذ المبيع - إلى محل بدلي هو دفع مبلغ العربون في غير مقابل . أما الشرط الجزائي فتكيفه القانوني هو تكييف التعويض كما قدمنا : لا هو بالتزام تخيري ولا هو بالتزام بدلي . ومن ثم لا يكون المدين حراً - بخلاف المشتري في المثل المتقدم - في العدول عن تنفيذ التزامه الأصلي إذا كان هذا التنفيذ ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي ، بل يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه الأصلي إذا طلب إليه الدائن ذلك^(١) .

وينبغي - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي - الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها ، أو تقدير تعويض اتفاق يجوز انتقاصه ، لاسيما إذا كان الجزاء المشروط فادحاً^(٢) .

٤٩١ - تمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالي : ونستطيع مما قدمناه عن كل من التهديد المالي والشرط الجزائي أن نميز بينهما من الوجوه الآتية :

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ - وأنظر في الفروق ما بين العربون والشرط الجزائي الوسيط الجزء الأول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤ وص ٢٦٤ هامش رقم ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥ - وقد قضت محكمة النقض بأن استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها بما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه . فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وفهمها أن المتعاقدين قصدوا به أن يكون البيع بيعاً تاماً منجزاً بشرط جزائي ، ولم يقصدوا أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً مطلقاً على شرط فاسخ (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) .

(٥٥ الوسيط - ج ٢)

(١) فالتهديد المالي يحكم به القاضي ، أما الشرط الجزائي فينتفق عليه الدائن والدين .

(٢) والتهديد المالي تحكى لا يقاس بمقياس الضرر ، وإنما يقصد به التغلب على عناد المدين ، فينظر إلى موارده المالية وقدرته على مقاومة الضغط . أما الشرط الجزائي فالأصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر .

(٣) والتهديد المالي حكم وقفي تهديدي ، فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حول من غرامة تهديدية إلى تعويض نهائي كما سبق القول . أما الشرط الجزائي فليس بوقفي ولا تهديدي ، وإنما هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله . وإذا جاز تخفيض الشرط الجزائي للمبالغة في التقدير كما سنرى ، فالأصل فيه عدم التخفيض . أما التهديد المالي فالأصل فيه التخفيض ، لأنه يكون عادة أزيد بكثير من الضرر الحقيقي ، فيغلب تخفيضه عند تحويله إلى تعويض نهائي .

(٤) وليس التهديد المالي إلا وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني ، أما الشرط الجزائي فعلى العكس من ذلك يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني .

(٥) والتهديد المالي يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخجل فيها المدين بالتزامه . أما الشرط الجزائي فلا يقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، فاذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ فإنه يقدر عادة مبلغاً مقطوعاً (forfaitaire) .

على أن الشبهة تزيد إذا كان الشرط الجزائي يقدر التعويض عن التأخر في التنفيذ . فقد يدق التمييز بينه وبين التهديد المالي إذا ما حكم القاضي على مقاول متأخر في تسليم العمل بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه ، أو انفق المتعاقدان مقدماً على أن يدفع المقاول مبلغاً كبيراً - يقرب من الغرامة التهديدية - عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل . ففي الحالتين يبدو أن المبلغ المقدر إنما وضع للتهديد أكثر مما وضع للتعويض عن ضرر . وفي الحالتين ينخفض القاضي هذا المبلغ المقدر : في الغرامة التهديدية عندما يحولها إلى تعويض نهائي ، وفي الشرط الجزائي عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة كما سنرى . ولكن الذي يميز بين الوضعين في مثل هذه الأحوال أن الغرامة التهديدية

حكم يصدر من القاضي ، أما الشرط الجزائي فاتفق يتم مقدماً بين الطرفين (١)

الفرع الثاني

ما يترتب على الشرط الجزائي من الأثر

٤٩٢ - التصوصى القانونية : تنص المادة ٢٢٤ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه

أى ضرر .

(١) وهناك أوضاع أخرى تلتبس بالشرط الجزائي :

من ذلك الشرط الذى يضع حداً أقصى لمقدار المسئولية (clause de maximum) ، فقد يتنازع الطرفان على حد أقصى لمقدار مسئولية المدين لأنصح مجاوزته ، فتشترط مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد مثلاً ألا تتجاوز مسئوليتها مبلغاً معيناً في ضياع « طرد » أو رسالة ، فإذا زاد الضرر على هذا المبلغ المعين لم تدفع المصلحة إلا هذا المبلغ ، وإن قل عنه نزل التعويض إلى مقدار الضرر الفعل . أما في الشرط الجزائي ، فلا ينزل التعويض عن المبلغ المقرر ، حتى لو كان الضرر أقل ، إلا إذا تبين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (انظر في هذه المسألة ديموج ٦ فقرة ٤٤٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧١ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٩٠) . ومن ذلك ما يتفق عليه المتعاقدان من شروط لتحديد الثمن أو الأجرة أو المقابل بوجه عام . فإذا اتفق المفاوض مع رب العمل على ميعاد معين إذا سلم العمل قبله زيد في أجره بنسبة معينة ، أو سلم العمل بعده نقص أجره بنسبة معينة ، كان هذا الاتفاق تحديداً للأجر لا شرطاً جزائياً (ديموج ٦ فقرة ٤٤٦) . وإذا اشترط في عقد إيجار الأطليسان أنه « في حالة زراعة القطن مكرراً يزداد الإيجار المستحق بما يوازي الإيجار الأصل عن القدر الذى يزرع قطعاً مكرراً » ، ورأت المحكمة أن هذا الشرط ليس شرطاً جزائياً يستلزم القضاء به التحقق من أن المؤجر قد لحق ضرر بسبب مخالفته عقد الإيجار ، وإنما هو اتفاق على مضاعفة الأجر في حالة معينة ، وهو تكرار زراعة القطن في الجزء الواحد من الأرض المؤجرة سنتين متواليتين ، ثم أعطته على هذا الاعتبار حكمه ، وهو القضاء بالأجرة المضاعفة طبقاً لمقد الإيجار ، فلا تقبل المناقشة في ذلك لدى محكمة النقض مادام للتفسير الذى أخذت به المحكمة متفقاً تمام الاتفاق مع مدلول عبارة العقد (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٨ ص ٥٨) . وإذا رضى الدائن أن ينزل من جزء من الدين إذا واطب المدين على دفع الأقساط في مواعيدها الميمنة ، فإن اتفاه مع المدين على ذلك لا يتضمن اتفاقاً على شرط جزائي (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ - ٥٢٢ ص ١٧٩) .

- ٢١ - ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدعي أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .
- ٣١ - ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين .
- ونص المادة ٢٢٥ على ما يأتي :

« إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدعي قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً »^(١).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ١٢٣/١٨١^(٢).

= وقد يلتبس الشرط الجزائي بالصلح وبالتجديد ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وليس يبق بعد ذلك سوى أمر التفريق بين الشرط الجزائي وبين ما قد يشبهه به من أوضاع . فهو يقوم على تحديد مقدار التعويض الواجب أدائه مقدماً قبل استحقاقه ، سواء أدرج في صلب العقد أو ذكر في اتفاق لاحق . وهو بهذا يفترق عن الصلح أو التجديد ، إذ ينقذ كلاهما بعد أن يصبح التعويض مستحقاً ، إما لحسم نزاع بشأن تقدير هذا التعويض ، وإما للاستعاضة عنه بدين جديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » الواردة في الفقرة الثانية ، فقد كانت في المشروع التمهيدى : « أن التقدير كان فادحاً » . وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى وأصبح رقم المادة ٢٣١ من المشروع النهائي . ورائى عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » بعبارة « أن التقدير كان فادحاً » ، لأن كلمة « فادحاً » تفيد أن التقدير غير ممكن تحمله مع أن المقصود هو أن التقدير غير متناسب ، فتكون العبارة الأولى أقرب إلى الإفصاح عن المقصود ، وأصبح رقم المادة ٢٢٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧١ - ص ٥٧٢) .

م ٢٢٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ و ص ٥٧٥) .

(٢) وقد كانت المادة ١٢٣/١٨١ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان مقدار التضمين في حالة هدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز المحكم بأقل منه ولا بأكثر » . (هذا والتضمين المصرح به في القانون - كما ورد في النص - هو فوائد التأخر عن الوفاء بمبلغ من النقود ، وهو لا يدخل في الشرط الجزائي) .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى ، في التقنين المدني السوري المادتين ٢٢٥ - ٢٢٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٧٠ الفقرتين الثانية والثالثة ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٢٧ - ٢٢٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود البناني المادتين ٢٦٦ (فقرة ٢ و ٣) و ٢٦٧^(١) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٥ - ٢٢٦ (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ - ٢٢٥ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ١٧٠ (فقرة ٢ و ٣) (مطابقة لنص المادتين ٢٢٤ - ٢٢٥ من التقنين المدني المصري فيما عدا كلمة « فادحا » بدلا من عبارة « مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ») .
التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٢٧ - ٢٢٨ (مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ - ٢٢٥ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٢٦٦ (فقرة ٣ و ٢) : ولقد وضع البند الجزائي التعميضي الدائن من الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب . فلا يحق له أن يطالب بالأصل والغرامة معاً ، إلا إذا كان البند الجزائي قد وضع لمجرد التأخير أو على سبيل إكراه المدينون على الإيفاء . ويحق للقاضي أن يخفض غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة . وللقاضي أن ينقص البند المعين في البند الجزائي إذا كان قد نفذ قسم من الموجب الأصل . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

م ٢٦٧ : إن البند الجزائي صحيح ممول به وإن كان موازياً في الواقع لبند ناف للتعبة . وإنما تستثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المدينون . (وهذا الحكم ممول به دون نص في التقنين المدني المصري) .

ويلاحظ أن التقنين البناني لم يعرض لمبدأ اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، مع أنه نص على تخفيض الشرط الجزائي (في صورة غرامة الإكراه) إذا وجدته القاضي فاحشاً . ويقول الدكتور صبحي المحمصاني في هذا الصدد ما يأتي : « إما بخصوص الضرر ، فإن قانون الموجبات البناني لم يذكر شيئاً عنه ، ولكن اجتهاد القضاء (قرار محكمة الاستئناف الخاصة بتوحيد الاجتهاد الصادر في ١٢ تشرين الأول سنة ١٩٤٥ عدد ١٦ وقرار الغرفة الأولى من محكمة استئناف بيروت الصادر في ١٩ أيار سنة ١٩٥٣ عدد ٦٧٢ النشرة القضائية اللبنانية ١٩٥٣ ص ٥٣٧) سار وفقاً للاجتهاد الفرنسي على إعفاء الدائن من إثبات حقيقة الضرر ومقداره ، على اعتبار أن الغاية من تعيين التعميضي مقدماً هي تحديد التعميضي بوجه مقطوع قاطع للزراع ، ومانع مبدئياً من سماع الدعوى بالزيادة أو النقصان » . هذا ويعصب التوفيق ، في تقنين كالتقنين البناني يبيح للقاضي تخفيض الشرط الجزائي (ولو في صورة غرامة الإكراه) إذا وجدته فاحشاً ، بين هذا المبدأ ومبدأ عدم اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، فإنه إذا جاز تخفيض الشرط الجزائي حتى يجعل متناسباً مع الضرر ، فأولى ألا يستحق أصلاً إذا كان الضرر غير موجود . والقضاء الفرنسي لا يقع في هذا التعارض ، فهو لا يشترط إثبات الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، ولكنه في الوقت ذاته لا يميز تخفيض هذا الشرط ليكون متناسباً مع الضرر .

ونهى من نصوص التقنين المدنى المصرى سالفة الذكر أنه متى وجد الشرط الجزائى على النحو الذى بسطناه ، وأصبح مستحقاً ، لم يبق إلا القضاء به على المدين ، فانه تعويض مقدر ارتضاه مقدماً ، فالحكم عليه به حكم بما ارتضاه على نفسه . ولكن الشرط الجزائى لا يستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، وقد مر القول فى ذلك . يبقى بعد هذا أن الشرط الجزائى — كما تقول المادتان ٢٢٤—٢٢٥ من التقنين المدنى — قابل للتخفيض وقابل للزيادة . فنبحث متى يجوز تخفيضه ، ومتى تجوز زيادته

المبحث الأول

متى يجوز تخفيض الشرط الجزائى

٤٩٣ — مآلناه : يتبين من نص الفقرة الثانية للمادة ٢٢٤ أنه يجوز للقاضى أن يخفض الشرط الجزائى فى حالتين : (أولاهما) إذا نفذ المدين الالتزام الأصيلى فى جزء منه . (والثانية) إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض فى الشرط الجزائى كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة .

٤٩٤ — تنفيذ الالتزام الأصيلى فى جزء منه : يوضع الشرط الجزائى عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلاً ، فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه ، فان القاضى يكون قد احترم إرادة المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائى بنسبة ما نفذ المدين من التزامه (١) . ويعتبر الأساس هو المبلغ

(١) استئناف أهلى ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ — استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ — والتون ٢ ص ٤٠٦ — ص ٤٠٨ .

ويتفق فى هذا الحكم كل من التقنين المدنى الجديد بنص صريح ، والتقنين المدنى السابق بالتطبيق للقواعد العامة ، والتقنين المدنى الفرنسى إذ نصت المادة ١٢٣١ من هذا التقنين على أن الشرط الجزائى يجوز للقاضى تغييره إذا نفذ الالتزام الأصيلى فى جزء منه . وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ . ثم أنظر : نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ .

المقدر في الشرط الجزائي ، فيخفف هذا المبلغ إلى النسبة التي تنفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام الأصلي (١) . ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين .

وقد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائي إذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلي تنفيذاً سليماً، سواء كان ذلك بأن لم ينفذه أصلاً أو نفذه تنفيذاً معيباً . وفي هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كله إذا كان هناك عيب في التنفيذ . نزولاً على اتفاق الطرفين (٢) . ولكن إذا كان هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائي ، كتعويض عنه ، مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة . جاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد المناسب كما سنرى (٣)

٤٩٥- تقرير التعويض في الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة

كبيرة : وهنا نفرض أن المدين لم يتم بتنفيذ التزامه أصلاً ، أو تأخر في التنفيذ مدة استحق من أجلها التعويض المقدر في الشرط الجزائي ، فلا يوجد إذن سبب لخارجي لتخفيض الشرط الجزائي كما كان الأمر في حالة التنفيذ الجزئي التي سبق ذكرها . فهل يجوز مع ذلك الخروج على الاتفاق وتخفيض الشرط الجزائي ؟ رأينا أن التقنين المدني الفرنسي (م ١١٥٢) يقضى بأنه «إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض ،

(١) ويطبق القضاء المصري هذا الحكم على الشرط الجزائي القاضي ، عند تأخر المدين في دفع الأقساط المستحقة ، بفسخ العقد وباعتبار ما سبق دفعه من الأقساط حقاً للدائن ، فيعتبر أن هناك تنفيذاً جزئياً للعقد يستوجب تخفيض الشرط الجزائي (استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ص ٤٦٤ - ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧ - أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ص ١٥٠) . ويؤخذ على هذا التطبيق أن الشرط الجزائي إنما اشترط هنا لعدم التنفيذ الجزئي لا لعدم التنفيذ الكلي ، وأن التخفيض إنما يجوز في هذه الحالة إذا كان الشرط الجزائي يصبح مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة بالنسبة إلى ما لم يتم تنفيذه من الالتزام .

(٢) قارب استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ - ولكن إذا وضع الشرط الجزائي لتأخر المدين في التنفيذ ، فإنه يصبح غير ذي موضوع إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه أصلاً (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢) .

(٣) أما في القانون الفرنسي فلا يجوز التخفيض حتى في هذه الحالة (قارب بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥١ - ديموج ٦ فقرة ٤٨٩ ص ٥٢٣ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٠) .

فلا يجوز أن يعطى التعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل . وقد طبق القضاء الفرنسي هذا النص تطبيقاً دقيقاً ، فهو لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي أبداً كان تقدير التعويض ولو ثبت أنه مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . وببرر القضاء الفرنسي هذا الموقف بأن الفائدة المتوخاة من الشرط الجزائي إنما هي قطع السبيل على المدين في الحاجة والجدل في مقدار التعويض المستحق ، فقد اتفق مقدماً مع الدائن على تقديره ، فلا محل لإعادة النظر فيما تم الاتفاق عليه . وقد قدمنا أن القضاء الفرنسي يذهب إلى أبعد من ذلك ، فلا يشترط في استحقاق الشرط الجزائي إثبات ضرر يلحق الدائن ، فوجود الشرط الجزائي يفترض أن هذا الضرر قد وقع فعلاً ، ولا يجوز إثبات عكس ذلك (١) . وغني عن البيان أن الالتزام الأصلي إذا كان مبلغاً من النقود ، وكان الشرط الجزائي خاصاً بالتعويض عن تأخر المدين في الوفاء بهذا الالتزام ، واتفق المتعاقدان على فوائد أكثر من الحد الأقصى الذي يسمح به القانون ، فإنه يجب في هذه الحالة تخفيض الشرط الجزائي وإزالة الفوائد إلى الحد المسموح به (٢) .

وفي عهد التقنين المدني المصري السابق كان القضاء المختلط يذهب هو أيضاً ، كالقضاء الفرنسي ، إلى عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي ولو بدا أن التقدير المتفق عليه في هذا الشرط مبالغ فيه إلى درجة كبيرة (٣) ، وقد كان نص التقنين السابق صريحاً في هذا المعنى كمنص التقنين الفرنسي ، فقد رأينا أن المادة ١٢٣/١٨١

(١) وقد كان القانون الفرنسي القديم يجيز تخفيض الشرط الجزائي (بوتيه في الالتزامات فقرة ٣٤٥) ، ولكن التقنين المدني الفرنسي عدل ، بعد تردد أثناء مناقشة مشروع هذا التقنين في مجلس الدولة ، عن تقاليد القانون الفرنسي القديم ، ولم يجز التخفيض حتى يجعل الشرط الجزائي يحقق الغرض المتوخى منه (بودري وبارد ١ فقرة ٤٩٠ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣) .

(٢) وهذا الحكم واجب التطبيق في مصر وفي فرنسا على حد سواء (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٤ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٤ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥٢ - ديموج ٦ فقرة ٤٥٦ ص ٤٩٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨٢ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٥٩٣ - جوسران ٢ فقرة ٦٤٢) .

(٣) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٨ - ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٦ - ١٩ مارس سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ١٣٥ ص ٢٨٧ - ومع ذلك انظر العكس : استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٢ ص ٣٧٥ .

كانت تقضى بأنه ، إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثره . وقد استقر القضاء المختلط على هذا الرأي مذ قضت به محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة (١) . أما القضاء الوطني فإنه ، بعد تردد وتضارب في الأحكام ، استقر على جواز تخفيض الشرط الجزائي إذا اتضح أن تقدير التعويض في هذا الشرط كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، وذلك بالرغم من صراحة نص المادة ١٢٣ من التقنين المدني الوطني (٢) .

(١) استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ - استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٦٧ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٧٥ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٢ ص ٥٣ - ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٣ - ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٩ .

(٢) وقد كانت بعض أحكام القضاء الوطني تقضى بأن المادة ١٢٣ صريحة في وجوب القضاء بالشرط الجزائي على وجه الإطلاق ، فليس للمحاكم أن تحكم بأقل منه أو أكثر (استئناف أهل ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ - ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩٥ ص ١٤٩ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧ ص ١٣) - وتقضى أحكام أخرى بأنه إذا تبين للمحكمة أن الشرط الجزائي المنصوص عنه في العقد مبالغ فيه ، فلها أن تعتبره شرطاً تهديدياً لا يلتفت إليه ، وأن ترجع في تقدير الضرر ، إن وجد ، إلى القواعد العامة (استئناف أهل ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٣ ص ٩١) . ثم حست محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، فقضت بأنه إذا ثبت لدى القاضي أن مقدار الشرط الجزائي جائر وغير مقبول وغير متناسب مع الضرر الذي حصل فعلاً للمتهدد إليه ، وبعبارة أخرى إذا تبين له أن الشرط الجزائي إنما هو في الواقع ونفس الأمر شرط تهديدي ليس إلا - وهذا أمر واقعي محض وخاص بكل قضية على حدتها - فإن نه في مثل هذه الحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على هذا التعويض الجائر ، وأن يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف وقائع الدعوى (٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ - المحاماة ٧ ص ٣٣١ - انظر أيضاً : استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ ص ١١١٨) . وبالرغم من حكم الدوائر المجتمعة صدر حكان بعد ذلك من محكمة استئناف مصر في يوم واحد عدلت فيهما عن هذا المبدأ ، فقضت بأن القانون أباح الشرط الجزائي لفائدتين : الأولى إقتال باب المنازعة في أهمية الضرر ، والثانية إعفاء الدائر من إثبات تحقق الضرر . فاتفق الطرفين على التعويض ومقداره عند وقوع مخالفة ينصن إقراراً بالضرر ، ويجب الأخذ بما تدون في الاتفاق لأنه ارتباط قانوني له قوته ، وهو شريعة المتعاقدين يقوم مقام القانون في بيان حقوق كل منهما وواجباته (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٣٠٥) ، وبأن الاتفاق على تحديد مقدار التعويض في العقد في حالة عدم تنفيذ =

وقد جاء التقنين المدني الجديد مقتناً للقضاء الوطني في هذه المسألة ، فعدل من نص المادة ١٢٣/١٨١ من التقنين المدني السابق بأن نص في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ، كما رأينا ، على أنه «يجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدعي أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة»^(١). والتقنين المدني الجديد، في هذا الحكم الذي أورده من جواز تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، لا يقن القضاء الوطني فحسب، بل هو أيضاً يجاري نزعات التقنينات الحديثة، فإن التقنين المدني الألماني (م ٣٤٠ و ٣٤٣) وتقنين الالتزامات السويسري (م ١٦١ و ١٦٣) والتقنين المدني الإيطالي الحديث (م ١٣٨٤) تجيز كلها تعديل الشرط الجزائي نقصاً أو زيادة . وقد بررت محكمة الاستئناف الوطنية في دوايرها المجتمعة هذا الحكم بأن الشرط الجزائي ، إذا كان مبالغاً فيه، يكون الطرفان على علم بهذه المبالغة، بل يكونان قد قصدا إليها وجعلا الشرط الجزائي شرطاً تهديدياً لحمل المدعي على عدم الإخلال بالتزامه . ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائي المبالغ فيه ينطوي في الواقع من الأمر على عقوبة فرضها اللذان

= المتعهد معناه التسليم فعلا من المتعاقدين بأنهما يعتقدان أن عدم التنفيذ يترتب عليه ضرر حتماً ، وأن هذا الضرر يقدر بالمبلغ المتفق عليه ، لأنه لا يمكن الانتقال للتكلم عن مقدار التعويض إلا بعد الفراغ من مسألة استحقاقه واعتبارها مقطوعاً بها ، فلا يقبل بمد ذلك من المدعي مطالبة الدائن بإثبات حصول الضرر ولا قيامه هو بإثبات عدم حصوله ، كما لا تقبل منه المناقشة في مقدار التعويض (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المهامة ١٣-ص ٨٦٠ — وانظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٤٨ هامش رقم ٣) . ولكن محكمة النقض أيدت قضاء الدوائر المجتمعة في حكم لها صدر بعد نفاذ التقنين الجديد ، ولكن عن وقائع حدثت قبله ، إذ قضت بأنه متى كان يبين من الحكم أن المحكمة لم تأخذ بشرط التعويض الجزائي المتفق عليه بالمقد ، وقدرت التعويض الذي طلبت المظنون عليها عدم الحكم به على الطاعنين بمبلغ معين بناء على الاعتبارات التي استمدتها من واقع الأوراق المقدمة في الدعوى ، ورأت معها أنه تعويض مناسب للضرر الذي لحق المظنون عليها ، فإن هذا الذي أخذت به المحكمة لا عيب فيه لدخوله في سلطتها الموضوعية واستقلالها بتقديره (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٦ ص ٦٧٦ . وانظر أيضاً : نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦) .

وزي مما تقدم أن هناك تدرجاً في موقف كل من القضاء الفرنسي والقضاء المختلط والقضاء الوطني : فالقضاء الفرنسي لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي بل ولا يشترط وقوع الضرر، والقضاء المختلط لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي ولكن يشترط وقوع الضرر ، والقضاء الوطني يشترط وقوع الضرر ويجيز تخفيض الشرط الجزائي في وقت واحد (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٠ ص ٤٤٩) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

على المدین ، فيكون باطلا ، ويعمد القاضي عند ذلك إلى تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة في تقدير التعويض بواسطة القاضي^(١) . ويمكن أن يضاف إلى هذا التبرير أن الشرط الجزائي لا يعرض إلا لتقدير التعويض المستحق ، فهو ليس سبباً في استحقاق التعويض ، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدماً وفقاً لما قام أمام الطرفين وقت الاتفاق من اعتبارات وظروف . فإذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذي وقع لم يكن بالمقدار الذي ظنه الطرفان قبل وقوعه ، وأن تقديرهما للتعويض عن هذا الضرر كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، فإن الأمر لا يخلو عنده من غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان أو ضغط وقع على المدین فقبل شرطاً يعلم مقدماً أنه مجحف به^(٢) ، وفي الحالتين يكون الواجب تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر .

على أنه يلاحظ أن الشرط الجزائي ، بالرغم من عدم الحكم به عند انعدام وقوع الضرر أو تخفيضه إذا كان غير متناسب مع الضرر الذي وقع ، لا تزال فائدته محققة للدائن من وجوه ثلاثة .

(أولاً) إن وجود الشرط الجزائي يجعل ، كما قدمنا ، وقوع الضرر مفروضاً لا يكلف الدائن إثباته . فإذا ادعى المدین أن الدائن لم يلحقه ضرر ، فعليه هو لأعلى الدائن عبء الإثبات .

(ثانياً) إن وجود الشرط الجزائي يجعل من المفروض أن تقدير التعويض الوارد في هذا الشرط هو تقدير صحيح للضرر الذي وقع . فإذا ادعى المدین أنه تقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فعليه هو لأعلى الدائن عبء الإثبات^(٣) .

(١) نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم .

(٢) ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة شرطاً تهديدياً قبله المدین ، إما تحت تأثير الضغط وإما لإمتقاده أنه سيقوم حتماً بتنفيذ التزامه فلن يتعرض لتوقيع الشرط الجزائي عليه ، فقبوله لشرط الجزائي يكون إذن عن إكراه أو عن اندفاع وتصرع .

(٣) ويترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ، فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من المتهم بتوريد الأغذية لأحد الملاجمي • هو أمر خطير فيه تعريض لصحة اللاجئات للخطر ، فضلاً عما فيه من إفساد للمستخدمين الموكول إليهم حمايتهم والمحافظة على سلامتهم • ، ثم رأت أن التعويض المشروط في عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر ، فحكمت بإلزام المتهم به ، فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٣) .

(ثالثاً) ولا يكفي أن يثبت المدعي أن التقدير الوارد في الشرط الجزائي يزيد على مقدار الضرر الذي وقع فعلاً . فما لم يثبت أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فإن القاضي لا يخفض الشرط الجزائي حتى لو زاد التقدير الوارد فيه على الضرر زيادة غير كبيرة . وحتى إذا أثبت المدعي أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وخفض القاضي الشرط الجزائي ، فإن التخفيض يكون إلى حد يتناسب مع الضرر ولا يتحتم أن يكون مساوياً للضرر^(١) ، ومن ثم إذا وجد القاضي أمامه شرطاً جزائياً سخياً في التقدير ، كان هذا من شأنه أن يجعل سلطة القاضي التقديرية في حساب التعويض تسخو لمصلحة الدائن ، فيبقى غالباً في التعويض بعد تخفيضه سعة ينتفع هذا بها

٤٩٦ - هذه الامطام تعتبر من النظام العام : والأحكام التي

قدمناها - وقوع ضرر لاستحقاق الشرط الجزائي وجواز تخفيض هذا الشرط للتنفيذ الجزئي أو للمبالغة في التقدير - تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٤ من التقنين المدني صراحة على ذلك إذ تقول : « ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » .

ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يضيفا إلى الشرط الجزائي أنه واجب الدفع على كل حال ، حتى لو لم يقع ضرر أو قام المدعي بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو تبين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . ولو تم الاتفاق على ذلك ، كان هذا الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام ، وجاز للقاضي بالرغم من وجوده ألا يحكم بأى تعويض إذا أثبت المدعي أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، وأن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدعي أنه قام بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة . فالقانون هنا يحمي المدعي ، ويعتبر أن رضاه بمثل هذا الاتفاق أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول .

(١) وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٢٤ أن المشروع التمهيدى لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : « إذا أثبت المدعي أن التقدير كان فادحاً ، فعذلت هذه العبارة في لجنة مجلس الشيوخ إلى العبارة التي استقرت في التقنين الجديد : « إذا أثبت المدعي أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » (انظر آنفاً فقرة ٤٩٢ في الهامش) . ولا يستفاد من هذا التعديل أنه يكفي أن يكون التقدير أزيد من الضرر الحقيقي ، بل يجب أن يكون أزيد بكثير من هذا الضرر ، وإن لم يكن من الضروري أن يصل إلى درجة الفداحة والإرهاق .

المبحث الثاني

متى تجوز زيادة الشرط الجزائي

٤٩٧ - **هائنه** : رأينا أن المادة ٢٢٥ تقضى بجواز زيادة الشرط الجزائي إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المقدر وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً . كذلك لا يجوز - تطبيقاً للقواعد العامة - أن يجعل المدين من الشرط الجزائي تكتة للتحايل على قواعد التعديل الاتفاقي للمسئولية ، فبعض هذه القواعد يعتبر من النظام العام ولا تجوز مخالفته حتى تحت ستار الشرط الجزائي (١) .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين .

٤٩٨ - زيادة الضرر على التعويض المقدر وقدره تكب المدين

غشاً أو خطأً جسيماً : إذا تبين ، على العكس مما تقدم ، أن التعويض المقدر ليس مبالغاً فيه بل هو أقل من الضرر الواقع ، فإن القاضى مع ذلك لا يزيده ليكون مساوياً للضرر ، بل يحكم به كما هو . ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسئولية المدين ، والاتفاق على التخفيف من المسئولية أو الإعفاء منها جائز ، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ بجواز الاتفاق على إعفاء المدين

(١) وإذا اشترط الدائن ، إلى جانب الشرط الجزائي ، تمويصاً من نوع آخر ، بأن اشترط على المدين إذا لم يسلم له كذا قطاراً من القطن مثلاً وجب أن يدفع الفرق بين ثمن القطن وقت التنفيذ والثمن الذى اشترى به الدائن هذا القطن مع حساب المدين ، وهذا بالإضافة إلى شرط جزائي مقدر ، لم يجز للدائن أن يجمع بين التمويصين ، ولكن له أن يختار أحدهما (استئناف مخلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٤ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٦٤ - ١١ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣١ - أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤) . عل أنه يجوز الجمع بين التمويصين إذا كان كل تمويص يؤسس على ضرر غير الضرر الذى يؤسس عليه التمويص الآخر (استئناف مخلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٠٠ - ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢) .

من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذه التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم (١)

ومعنى ذلك أنه إذا زاد الضرر على التعويض المقدر ، ولكن الدائن أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، فإن الشرط الجزائى الذى جاز أن يخفف من مسئولية المدين فى حالة الخطأ العادى لا يستطيع أن يخفف من مسئوليته فى حالتى الغش والخطأ الجسيم . وينبنى على ذلك أن القاضى يزيد فى مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذى وقع ، ولا يمنع من ذلك أن التعويض مقدر فى الشرط الجزائى ، فإن الدائن فى اتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل فى حسابه غش المدين أو خطأه الجسيم ، ولا ينبغى أن يحسب هذا الحساب (٢)

على أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تضيف إلى ما تقدم أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه . وينبنى على ذلك أنه يجوز الاتفاق على شرط جزائى يقدر

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .
(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه متى ثبت أن الإخلال بالتعهد كان عن سوء قصد ، وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشرط الجزائى ، لأن الملعوظ بين المتعاقدين عند تقديرهما التعويض بنفجها تبادل حسن القصد بينهما ، فإذا اتفق ذلك وتبدلت النية ، وجب الرجوع إلى المساعدة العامة ، وهى التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته (٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٦٥) . انظر أيضاً بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ . وقد نصت المادة ٢٦٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبائى على « أن البند الجزائى صحيح معمول به ، وإن كان موازياً فى الواقع لبند ناف للثبته ، وإنما تستثنى حالة الخداع الذى يرتكبه المديون » .

هذا ويلاحظ أن الشرط الجزائى يكون تطبيقه على الحالة التى نظر إليها المتعاقدان ، فالشرط الجزائى المتفق عليه فى حالة التأخر لا يسرى على حالة عدم التنفيذ ، فإن لم ينفذ المتعهد التزامه تقدر التعويضات طبقاً لمبادئ القانون العام (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ — ٢٣ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢١٥ — المنصورة الجزئية الأهلية ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ ص ٩٦) .

وغنى عن البيان أن الطرفين لا يستطيعان أن يضيفا إلى الشرط الجزائى أنه غير قابل لزيادة حتى فى حالة غش المدين أو خطئه الجسيم ، فإن هذا الاتفاق يعتبر مخالفاً للنظام العام ، ولا حاجة إلى نص خاص بهذه الحالة كالنص الذى سبق ذكره فى أحوال تخفيض الشرط الجزائى (م ٢٢٤ فقرة ٣) ، فإن نص المادة ٢١٧ فقرة ٢ كافى فى ذلك .

التعويض الذى يستحق من جراء تحقق مسئولية الأشخاص الذين يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه ، ولا يجوز للقاضى زيادة هذا التعويض حتى لو تجاوز الضرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأ جسيم من الأشخاص الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه . ذلك أن الشرط الجزائى فى هذه الحالة يعتبر اتفاقاً على تخفيف المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من تابعى المدين ، ومثل هذا الاتفاق جائز كما قلنا .

٤٩٩ - الشرط الجزائى تمايل لموعفاء من المسئولية اعفاء بتعارض

مع النظام العام : وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على أنه ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع . ويتبين من ذلك أنه لا يجوز أن يتفق الطرفان على إعفاء المدين من مسئوليته التقصيرية ويكون هذا الاتفاق باطلا لو تم لتعارضه مع النظام العام .

وكما لا يستطيع الطرفان أن يبرما هذا الاتفاق بطريق مباشر ، كذلك لا يستطيعان إبرامه بطريق غير مباشر ، بأن يتفقا على شرط جزائى يكون من التفاهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين إلى اشتراط إعفائه من مسئوليته التقصيرية^(١) . ففى هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلا ، وللقاضى أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذى ورد فى الشرط الجزائى ، متوخياً فى ذلك تطبيق القواعد العامة فى التقدير القضائى للتعويض^(٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(٢) استئناف مغلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٧ - بلانيول وريبير وردو أن ٧

فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ .

الفصل الثالث

التعويض القانوني أو الفوائد

(Les intérêts)

٥٠٠ - فربما يتكفل القانون بتحديد مقدار التعويض : قدمنا أن الأصل هو أن يقوم القاضى بتقدير التعويض وفقاً للقواعد التي بسطناها فيما تقدم. وقد يتفق المتعاقدان على تقدير التعويض مقدماً في شرط جزائي على النحو الذي سبق بيانه .

أما أن المشرع هو الذي يتكفل في نصوص تشريعية بتحديد مقدار التعويض، فهذا أمر ينبغي عدم الإقدام عليه إلا في حالات نادرة يقوم فيها مبرر قوى لمثل هذا الإجراء ، ويكون في هذا المبرر القوى ما يكافئ الضرر الذي ينجم عن انطواء نصوص تشريعية جامدة على مقادير معينة من التعويض ، في حالات متنوعة قد تختلف ظروفها ، وقد يتفاوت الضرر الذي يقع في كل حالة منها ، ومع ذلك يبقى مقدار التعويض عن هذا الضرر المتفاوت جامداً في النص لا يتغير .

ومن هذه الحالات النادرة التعويضات المقدرة التي حددها القانون في شأن إصابات العمل . فقد قضى قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠^(١) (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل ، وفي أثناء تأديته ، الحق في الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر في هذا القانون بحسب جسامه الإصابة ، ولا يعنى صاحب العمل من التعويض إلا إذا أثبت أن العامل قد تعمد إصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سلوك فاحش ومقصود

(١) وفي فرنسا توجد تشريعات مماثلة سبقت التشريعات المصرية ، من ذلك قانون ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ الذي يقرر مقادير مقطوعة من التعويضات عن إصابات العمل ، تقوم على أساس أجر العامل ، وتتفاوت بتفاوت حسامة الإصابة (انظر جوسران ٢ فقرة ٦٣٧) .

من جانب العامل^(١) . ومن هذه الحالات أيضا القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة ، وهو يلحق أمراض المهنة باصابات العمل من حيث إلزام صاحب العمل بتعويض مقدر عن هذه الأمراض دون حاجة إلى إثبات خطئه . ومن هذه الحالات كذلك القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب ، ويقضى على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة (الربان وضباط الملاحة والمهندسين البحريين والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل في السفينة) . وبلا حظ أن المبرر القوي في هذه الحالات هو أن المشرع اختار أن يقيم المسؤولية فيها على فكرة تحمل التبعة (risque) ، والمسؤولية على هذا الوجه أمر خطير لم ير المشرع أن يسير في طريقه إلى النهاية، وآثر أن يتولى تحديد التعويض بمقادير معينة ضمنها نصوصا تشريعية، وأغفل فيها أن يكون مقدار التعويض مساويا للضرر ، بل جعلها مقادير مقطوعة نعوض عن بعض الضرر لا عن كله ، وذلك حتى لا يتقل عبء المسؤولية كاهل

(١) وبالمثل إذا أثبت العامل خطأ جسيما في جانب رب العمل ، كان له أن يرجع عليه بتعويض كامل عن الضرر الذي أصابه ، ولو زاد على المقدار المقطوع المقرر في القانون ، إذ لا يجوز إعفاء رب العمل لإعفاء كلياً أو جزئياً من مسؤوليته عن الخطأ الجسيم . ويستوى في تطبيق قانون إصابات العمل أن تنشأ الإصابة من آلات العمل وأدواته أو تنشأ من شيء آخر ، مادام العامل قد أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون إصابات العمل ، إذ نصت على أن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته الحق في الحصول من صاحب العمل على تعويض عن إصابته ، قد جاء نصها هاما شاملا لأي من الحوادث يقع فيصيب العامل بسبب العمل وأثناء تأديته . وإذن فلو كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن تطبيق هذه المادة والقضاء بالتعويض للعامل بموجبها مقصور على الحوادث التي تنشأ من آلات العمل وأدواته ، فإن هذا الذي قرره غير صحيح في القانون . وإذا كان خطأ رب العمل الذي نشأ عن الحادث فاحشا ، فإنه يجوز للعامل المضرور التدرع بالقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية ، دون تقييد بالجزم إلى قانون إصابات العمل ، وذلك عملا بالمادة الرابعة منه . وإذن فإن الحكم ، وإن كان قد أخطأ في فهم قانون إصابات العمل بما قرره من وجوب أن يكون الحادث قد نشأ من آلات العمل وأدواته ، إلا أن النقص عليه بهذا الفهم الخاطيء يكون غير متج ، متى كان قد أقام قضاءه على دعواه يستقيم بها ، وهي وقوع خطأ فاحش من جانب رب العمل يسوغ للعامل طلب تطبيق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٢ ص ٢٤٩) .

من يحملها وهو إنما يساءل عن أحداث لا يد له فيها وحمله القانون مع ذلك تبعها (١) .

٥٠١ - التعويض القانوني عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود :

وأهم حالة عمد فيها المشروع إلى التدخل وتكفل بتحديد مقدار التعويض في نصوص تشريعية هي حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فان التعويض الذي يجوز أن يرتبه القانون على هذا الالتزام - سواء كان تعويضاً عن التأخر في دفعه أو كان تعويضاً عن الانتفاع برأس المال (٢) - تحده النصوص التشريعية في صورة فوائد (intérêts) ، ويتكفل القانون بتحديد مقدار هذه الفوائد . والسبب في ذلك كراهية تقليدية للربا ، لا في مصر فحسب ، ولا في البلاد الإسلامية وحدها ، بل في أكثر تشريعات العالم . فالربا مكروه في كل البلاد وفي جميع العصور . ومن ثم لجأ المشرع إلى تحديده للتخفيف من رزاياه ، وهذا هو المبرر القوي الذي حمل القانون في هذه الحالة على التدخل ، وتحديد التعويض تحديدا قانونيا في نصوص تشريعية (٣) .

وسنرى فيما يلي كيف كره المشرع المصري الربا ، فحدد لفوائد رؤوس الأموال ، تأخيرية كانت أو تعويضية ، سعرا قانونيا وسعرا اتفاقيا ، وكيف تشدد في مبدأ سريان هذه الفوائد فجعله عند عدم الاتفاق لامن وقت الإعذار بل من وقت المطالبة القضائية ، وكيف أجاز استرداد ما يدفع زائداً على السعر المقرر ، وكيف أعنى المدين في حالات معينة من دفع الفوائد حتى في الحدود التي قررها ، وكيف منع تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، وكيف وقف بمجموع

(١) انظر أيضاً التمريضات المقدرة في قانون العمل الفردي .
(٢) أما التعويض عن عدم التنفيذ فلا يتصور في الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فإن التنفيذ العيني يكون دائماً مستطاعاً ، وقد مر القول في ذلك (انظر آنفاً فقرة ٤٢١ وفقرة ٤٥٩ في الهامش) .
(٣) ثم ان النقود يمكن عادة استغلالها بسمر ليس فيه كثير من التفاوت ، ومن ثم تيسر للمشرع أن يقرر سعراً للفائدة القانونية وحداً أقصى للفائدة الاتفاقية (انظر فقرة ٥٠٨ فيما يلي) .

الفوائد التي يتقاضاها الدائن عن أن تجاوز رأس المال (١). في هذه وغيرها آيات على كراهية المشرع للربا . وعلى الرغبة في التضييق منه حتى لا يستفحل فيهرق المدين ، وقد يؤذنه بالإفلاس والخراب .

ولعلاج هذا الموضوع نستعرض : (أولاً) شروط استحقاق الفوائد .
(ثانياً) مقدار الفوائد كما حددها القانون .

الفرع الاول

شروط استحقاق الفوائد

٥٠٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٦ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب . وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن . على سبيل التعويض عن التأخر ، فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » .

وتنص المادة ٢٢٧ على ما يأتي :

« ١ - يجوز للمتعاقدین أن يتفقا على سعر آخر للفوائد ، سواء أ كان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة . فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة ، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر » .

(١) وقد زاد التقنين الجديد على التقنين القديم في كراهية الربا : فنزل بسعر الفوائد وكانت مرتفعة في التقنين القديم ، ومنع تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وكان ذلك جائزاً ، وحدد مجموع الفوائد بما لا يزيد على رأس المال وكان هذا التحديد غير موجود ، وأعطى المدين في بعض حالات من دفع الفوائد حتى في الحدود التي قررها ولم يعرف التقنين للقديم هذا الإعفاء .

٢- وكل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، إذا زادت هي والفائدة المنفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة .

وتنص المادة ٢٢٨ على ما يأتي :

ولا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير^(١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٦ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا عبارة « وكان معلوم المقدار وقت الطلب » فقد ورد بدلا منها في المشروع التمهيدى عبارة « وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام » . وقد أقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى ، وأصبح رقم المادة ٢٣٣ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في تخفيض سعر الفائدة ، ثم استبق السعر كما ورد في المشروع . واقترح حذف عبارة « كان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام » حتى تستحق الفوائد على المبالغ التي تم المطالبة بها أمام القضاء ولو لم يكن مقدارها معلوماً وقت رفع الدعوى كالتعمييض عن عمل غير مشروع مثلا (١) . ويستند الاقتراح إلى أن القيد ينافى قاعدة أن الأحكام مقررّة للحق ... وفيه حماية للمساطل وانتقاص لحق الدائن ... ولا يوجد له نظير في التشريع المقارن المشار إليه في المذكرة الإيضاحية . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب الدائن بها على سبيل التعمييض عن عمل غير مشروع . والاستناد إلى قاعدة اعتبار الأحكام مقررّة غير وارد ، إذ يدخل التعمييض القانونى عن التأخير في تقدير التعمييض القضائى فلا يتأثر مركز الدائن من هذه الناحية . وقد يكون تقدير التعمييض بطبيعته غير ميسور إلا بعد إجراءات طويلة ، فلا يكون للمدين يد في هذا التأخير ، وقد استقر القضاء على هذا الحكم دون نص . ولكن اللجنة رأت من جهة أخرى تعديل العبارة على النحو الآتى : « وكان معلوم المقدار وقت الطلب » ، لأن العبرة في تعيين المقدار بوقت المطالبة لا بوقت نشوء الالتزام . وأصبحت المادة رقمها ٢٢٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٦ وص ٥٧٨ - ص ٥٨٠) .

م ٢٢٧ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٥ من المشروع التمهيدى مقتصرأ على الفقرة الأولى منه دون الفقرة الثانية . وفى لجنة المراجعة أضيفت الفقرة الثانية وأصبح رقم المادة ٢٣٤ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « إذا ما ثبت أن » الواردة في الفقرة الثانية بعبارة « إذا ما أثبت المدين أن » ، وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الإثبات خاضعاً للقواعد العامة . وأصبحت المادة رقمها ٢٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق (المعدل بالمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨) المواد ١٢٤-١٢٥/١٨٢-١٨٥^(١).

= عل المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٢ و ص ٥٨٤ - ص ٥٨٦) .
م ٢٢٨، ورد هذا النص في المادة ٣٠٦ من المشروع التمهيدى عن وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٧) .
(١) كانت المادة ١٨٢/١٢٤-١٨٤ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى :
« إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من الدراهم ، فتكون فوائده مستحقة من يوم المطالبة الرسمية فقط إذا لم يقض العقد أو الاصطلاح التجارى أو القانون فى أحوال مخصوصة بغير ذلك . وتكون الفوائد باعتبار خمسة فى المائة سنوياً فى المواد المدنية وستة فى المائة فى المواد التجارية ما لم يحصل الاتفاق على غير ذلك » . وكانت المادة ١٢٥/١٨٥ من نفس التقنين تجرى على الوجه الآتى : « لا يجوز مطلقاً أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على فوائد تزيد على ثمانية فى المائة سنوياً . ويجوز تخفيض هذا الحد إلى سبعة فى المائة بمرسوم ، وفى هذه الحالة لا يطبق سعر الفائدة الجديد إلا بعد مضى ستة أشهر من تاريخ نشر المرسوم . ويجوز رد الحد المحقق إلى أصله بنفس الشروط والأوضاع المذكورة . وكل اتفاق نص فيه على فائدة تزيد على هذا الحد تخفض بحكم القانون إلى الحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها . وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها المقرض ، إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مسترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ما أثبت المقرض أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون المقرض قد أداها ولا نفقة مشروعة » .

وكان التقنين المدني السابق فى مبدأ الأمر يجعل سعر الفائدة القانونية ٧٪ فى المواد المدنية و ٩٪ فى المواد التجارية . ثم عدل هذا السعر إلى ٥٪ و ٧٪ بالأمر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . وبقى هذا الأمر العالى معمولاً به إلى أن صدر مرسوم بقانون فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يجعل السعر ٥٪ و ٦٪ . ثم زل السعر فى التقنين الجديد ، كما رأينا ، إلى ٤٪ و ٥٪ . وكان سعر الفائدة الاتفاقيه فى مبدأ الأمر ، فى التقنين المدني السابق ، ١٢٪ . ثم عدل بالأمر العالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ إلى ٩٪ ، دون أن يلاحظ فى هذا التعديل أن يعدل تبعاً لذلك نص المادة ٥٨٢/٤٧٨ ، فبقيت هذه المادة تنص على أن الفائدة الاتفاقيه فى عارية الاستهلاك لا يجوز أن تزيد على ١٢٪ . ثم صدر المرسوم بقانون فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يجعل السعر الاتفاقيه للفائدة ٨٪ ويجوز تخفيضه بمرسوم إلى ٧٪ . وعدلت المادة ٥٨٢/٤٧٨ فى هذه المناسبة ، فأصبحت متشبهة مع المادة ١٢٥/١٨٥ . وأضاف المرسوم بقانون المذكور النص الآتى : « لا يسرى حد الفائدة التى يجوز الاتفاق عليها المقرر بهذا المرسوم بقانون أو بمقتضى أحكامه على الاتفاقيات المعقودة قبل تاريخ العمل به أو قبل تاريخ العمل بالمرسوم المشار إليه فى المادة ١٢٥/١٨٥ : أى المرسوم الذى يصدر منخفضاً الحد الأقصى للفائدة الاتفاقيه من ٨٪ إلى ٧٪ ثم قد يصدر بعد ذلك معيداً له إلى ٨٪ . ثم خفض التقنين الجديد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقيه إلى ٧٪ كما رأينا .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٢٧-٢٢٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ١٧١-١٧٣ فقرة أولى و ١٧٦ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢٢٩-٢٣١ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢٦٥ فقرة أولى و ٧٦٧ (١) .

ويؤخذ من هذه النصوص أن هناك نوعين من الفوائد : (١) فوائد تأخيرية للتعويض عن التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود . (٢) وفوائد تعويضية للتعويض

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٧-٢٢٩ (مطابقة لنص المواد ٢٢٦-٢٢٨ من التقنين المصري ، فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاقي في التقنين السوري هو ٩٪) .

التقنين المدني العراقي م ١٧١-١٧٣ فقرة أولى (مطابقة لنص المواد ٢٢٦-٢٢٨ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن المادة ١٧١ عراقى تجعل معلومية المقدار وقت نشوء الالتزام ، وأن المادة ١٧٢ فقرة أولى عراقى أسقطت عبارة : « سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ») .

م ١٧٦ : في حساب الفوائد يكون التقويم الشمسي هو المتمد . (وهذا يطابق الحكم في القانون المصري ، ويؤكد المسادة ٩ من التقنين المدني العراقي : انظر في عدم ضرورتها الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٧٢ ص ٦٧) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٢٩-٢٣١ (مطابقة لنص المواد ٢٢٦-٢٢٨ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن الحد الأقصى للسعر الاتفاقي في التقنين الليبي هو ١٠٪) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٥ فقرة أولى : إذا كان موضوع الموجب مبلغاً من النقود ، فإن عوض التأخير يكون بأداء فائدة المبلغ المستحق محسوبة على المعدل القانوني ، ما لم يكن ثمة نص مخالف في العقد أو في القانون . (ملاحظة : جعل قانون المراجعة العماني الصادر في ٩ رجب سنة ١٣٠٤ - ٢٢ مارس سنة ١٨٨٧ - وهو المعمول به في لبنان ، سعر الفائدة للقانونية في المسائل المدنية ٩٪ . وجعل قانون التجارة اللبناني هذا السعر في المسائل التجارية ٩٪ أيضاً) .

م ٧٦٧ : إذا اشترط الفريقان أداء فائدة ولم يعين معدلاً ، وجب على المقرض أن يدفع الفائدة القانونية . وفي المواد المدنية يجب أن يعين خطأ معدل الفائدة المتفق عليها حينما يكون زائداً على الفائدة القانونية . وإذا لم يعين خطأ فلا تجب الفائدة إلا على المعدل القانوني .

(ملاحظة - يظهر من نص المادة ٧٦٧ من التقنين اللبناني أن هذا التقنين لا يشترط حداً أقصى للسعر الاتفاقي ، ولكن انظر في القيود التي ترد على الفائدة الاتفاقية في لبنان الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٢٩ - ص ٣٠ - وفي لبنان يكنى الإنذار الخطي لسريان الفوائد : الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٢٤) .

عن الانتفاع برؤوس الأموال . ولحل من هذين النوعين من الفوائد شروط استحقاق خاصة به . ثم إن هناك شروطاً عامة تحدد المنطقة التي تستحق في دائرتها الفوائد . سواء كانت تأخيرية أو تعويضية . فنبداً بهذه الشروط ، ثم نستعرض شروط استحقاق الفوائد التأخيرية . فشروط استحقاق الفوائد التعويضية .

§ ١ - الشروط التي تحدد منطقة استحقاق الفوائد

٥٠٣ - **تحرير هذه المنطقة** : يمكن تحديدها بأنها المنطقة التي تنسح لكل التزام بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، وهذا ما نص عليه التقنين المدني في صدر المادة ٢٢٦ كما رأينا .

فيجب إذن أن يكون هناك : (١) التزام بدفع مبلغ من النقود (٢) وهذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب .

٥٠٤ - **الالتزام برفع مبلغ من النقود** : أى التزام بدفع مبلغ من النقود يدخل في منطقة استحقاق الفوائد . فالعبرة إذن بمحل الالتزام ، وما دام هذا المحل هو دفع مبلغ من النقود فمن الجائز أن تكون هناك فوائد مستحقة . ولا عبرة بمصدر الالتزام ، فقد يكون هذا المصدر عقداً ، وهو الغالب . مثل ذلك التزام المقرض برد النقود التي اقترضها ، والالتزام المشتري بدفع الثمن ، والالتزام المستأجر بدفع الأجرة إذا كانت نقوداً ، والالتزام الشريك بتقديم حصته في الشركة إذا كانت هذه الحصّة مبلغاً من النقود . وقد يكون مصدر الالتزام غير العقد ، كالاتزام برد غير المستحق إذا كان ما دفع دون حق نقوداً ، والالتزام بدفع النفقة إذا قدرت مبالغاً من النقود كما هي العادة (١) .

(١) قارن دى باج ٣ فقرة ١٣٩ ، حيث يذهب إلى وجوب أن يكون محل الالتزام ابتداءً (initialement) هو مبلغ من النقود ، وهذا صحيح . ولكنه يخرج بهذا القيد الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، باعتبار أن التعويض هنا - وهو مبلغ من النقود - ليس إلا تنفيذاً بمقابل (exécution par équivalent) لالتزام أصل هو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الأضرار بالغير ، وليس تنفيذاً عينياً لهذا الالتزام . فالنقود إذن ليست محل الالتزام ابتداءً . انظر أيضاً ديموج ٦ فقرة ٣٧١ ص ٤١٥ . وإذا كان صحيحاً أن النقود ، في التعويض =

٥٠٥ - معلوم المقرار عند الطلب : والالتزام بدفع مبلغ من النقود إما أن يكون معلوم المقدار وقت نشوئه ، وأما إلا يكون معلوم المقدار إلا وقت المطالبة به . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٦ بشرط أن يكون الالتزام معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام ، فكان هذا الشرط يخرج من منطقة استحقاق الفوائد الالتزام بالتعويض إذا كان ناشئاً عن عمل غير مشروع ، واقترح في لجنة مجلس الشيوخ حذف هذا الشرط ، « ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع » . ولكن اللجنة مع ذلك عدلت الشرط ، فأصبح الواجب أن يكون الالتزام « معلوم المقدار وقت الطلب »^(١) . وهذا التعديل يفقد الشرط أهميته ، فكل التزام بدفع مبلغ من النقود يكون معلوم المقدار وقت أن يطالب به الدائن ولو كان غير خال من النزاع . ذلك أن الدائن بقدر حتماً عند المطالبة المبلغ الذي يطالب به ، سواء في ذلك الالتزام برد القرض أو الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، وينحصر تقديره في جميع الأحوال لحكم القاضي . لذلك لم يعد لاشتراط « معلومية المقدار عند الطلب » أهمية عملية ، مادام كل التزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر مستوفياً لهذا الشرط ، وما دام الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، الذي أريد بوضع الشرط لإخراجه ، هو أيضاً التزام « معلوم المقدار عند الطلب » .

عن عمل غير مشروع ، ليست إلا تنفيذاً بمقابل لالتزام أصل ، إلا أن هناك التزاماً آخر أنشأه القانون جزاء لهذا الالتزام الأصل ، هو الالتزام بالتعويض عن العمل غير المشروع . وهذا الالتزام ، إذا قدر التعويض بمبلغ من النقود كما هو الغالب ، يكون محله إبتداء هو النقود . فهناك إذن التزامان : (١) التزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، ومحله ابتداء هو اتخاذ هذه الحيطة الواجبة ، فهو التزام بعمل ، والنقود بالنسبة إلى هذا الالتزام ليست إلا تنفيذاً بمقابل : (٢) التزام بالتعويض عن عمل غير مشروع أنشئ جزاء للالتزام الأول ، ومحله هذا الالتزام الثاني إبتداء هو دفع مبلغ من النقود . أما من وجهة نظر دي باج فيبدو أنه لا يوجد إلا التزام واحد ، هو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، والمحل الأصل لهذا الالتزام هو اتخاذ هذه الحيطة ، فإذا ما أدخل المدين بالتزامه تبدل المحل وأصبح تعويضاً أى مبلغاً من النقود ، فيتغير محل الالتزام دون أن يتغير الالتزام ذاته . وسنعود إلى الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع فيما يلي :

(١) انظر آنفاً — في تاريخ نص المادة ٢٢٦ — فقرة ٥٠٢ في الهامش . وانظر مجموعة

ثم إنه لا ضير من إدخال الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع في منطقة استحقاق الفوائد ، لأن الذي يقع هو أن القاضى يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن الضرر ، ويدخل في تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصلي الناشئ عن خطأ المسئول ، والضرر الناشئ عن التأخير إلى يوم النطق بالحكم ، فيجمع التعويضين في مبلغ واحد . . . ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم ، ويحق للمضروور أن يطالب به بدعوى جديدة ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة (١) . وقد يطلب المضروور في الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصيل ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت صدور الحكم في الدعوى الأصلية ، ومن ثم لا يحتاج إلى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير (٢) .

وجملة القول إنه لا حاجة لقيد « معلومية المقدار وقت الطلب » ، فهو إما قيد صورى ، وإما قيد غير ضرورى . وتصبح منطقة استحقاق الفوائد تتسع لكل التزام بدفع مبلغ من النقود ، أياً كان مصدر هذا الالتزام (٣) .

(١) قانون الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٨٩ ، حيث يذهب ، في الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، إلى أنه « إذا صدر حكم القاضى بتحديد المبلغ الذى على المدين أدائه ، فإن الدائن يستحق فوائد التأخير بمجرد صدور حكم القاضى دون حاجة إلى مطالبة قضائية جديدة أو إنذار ، تطبيقاً للمادة ٢٢٠ ب » .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٣٨ ص ٩٦٣ وهامش رقم ١ — انظر أيضاً في استحقاق الفوائد التأخيرية من مبلغ التعويض عن عمل غير مشروع منذ المطالبة القضائية : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٦ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ ، وفى جواز أن يضيف القاضى إلى التعويض الأصيل تعويضاً تكليفاً عن التأخير : استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٨٠ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ . ومع ذلك انظر فى أن التعويض من حادث (عمل غير مشروع) تستحق عليه الفوائد من وقت وقوع هذا الحادث إذا رأى القاضى أن هذا ما يقتضيه التعويض الكامل عن الضرر : استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ ، وفى أن القاضى يقدر في بعض الحالات تعويضاً كافياً لتغطية الضرر من وقت وقوع الحادث إلى وقت الحكم : استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ — ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ — ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٤٥٢ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٥ .

(٣) وفى قضية عرضت على محكمة النقض ، قامت الحكومة بتقوية جسر النيل وأخذت أربعة هكتاراً من أرض المطمون عليها ، فرفعت هذه قضية على الحكومة وطالبتها بتعويض =

والفوائد التي تستحق عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هي ، كما قدمنا ، إما فوائد تأخرية وإما فوائد تعويضية . فننتقل الآن إلى بيان شروط الاستحقاق في كل نوع من هذين .

= قدرته بمبلغ معين وأضافت المطالبة بفوائد عن هذا المبلغ بسم ٥ / . فحكم لها بذلك ، ابتدائياً واستثنائياً . فطلعت الحكومة بالنقض . وقالت محكمة النقض في أسباب حكمها : « ومن حيث إن الطعن مبني على سبب واحد ، يتحصل في أن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفوائد عن المبلغ المحكوم به قد خالف القانون ... وذلك أنه بمقتضى المادة ٢٢٦ مدى أن كل دين لا يكون معلوم المقدار عند الطلب لا يكون محلاً للقضاء بالفوائد عنه على سبيل التعويض عن التأخير في الوفاء به ، ولا يكون كذلك إلا من تاريخ الحكم باعتبار أن الحكم وحده هو الذي يحدد الالتزام . وواضح من وقائع الدعوى أن الوزارة كانت تنازع المطعون عليها في أحقيتها للمبلغ المطالب به كما نازعتها في مقداره إن كان ثمة موجب للقضاء عليها بشيء ، ولم تكن الطاعنة تعلم إلى أن صدر الحكم النهائي مبلغ ما يتعين عليها دفعه ، والحكم هنا منقضى . لا مقرر ، ومن ثم كان القضاء بالفوائد على خلاف ما يقضى به القانون ... ومن حيث إن سبب الطعن مردود بأن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالفوائد القانونية عن المبلغ المحكوم به ابتداء من تاريخ المطالبة الرسمية عملاً بالمادة ١٢٤ مدى (قديم) المنطبقة على واقعة الدعوى أسس قضاءه على أن المبلغ المطالب به عبارة عن مبلغ من المال مستحق في ذمة المدعى عليها (الطاعنة) وإن اختلف في تقديره ، إلا أن هذا الحكم قد حسم الخلاف بتقدير مبلغ معين تكون ذمة المدعى عليها مشغولة به منذ مطالبتهما رسمياً ، لأن الأحكام مقررة للحقوق وليست منشئة لها . وهذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه . ولا محل للتحدى بنص المادة ٢٢٦ مدى جديد لأنه تشريع مستحدث ليس له أثر رجعي فلا يسرى على واقعة الدعوى ، ومن ثم يتعين رفض الطعن » (نقض مدى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦ ص ٧٢) . وقد كان يكفي محكمة النقض - في رأينا - أن تقف بأسباب حكمها عند القول بأن الحكم المطعون فيه لم يخطئ . إذ هو لم يخطئ فعلاً لا على مقتضى التقنين القديم ولا على مقتضى التقنين الجديد . وما دامت المدعية قد حددت التعويض الذي تطالب به مبلغاً معيناً من النقود ، فقد صار الالتزام الذي تطالب به التزاماً بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار عند الطلب ، على مقتضى التقنين الجديد ، وكان من حقها أن تطالب بفوائد تأخرية عن هذا المبلغ تسرى من وقت المطالبة القضائية بها . وهذا ما فعلته ، فقضى لها به ابتدائياً واستثنائياً .

على أن محكمة النقض أخذت بالرأي الذي نذهب إليه ، في الالتزام بدفع مبلغ من النقود إذا كان مصدره ليس هو العمل غير المشروع ، بل أخذ غير المستحق . فقضت بأن الاحتجاج بأن المبالغ المحكوم على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر معلومة المقدار إلا من تاريخ الحكم النهائي بردها ، فيكون حكم التعويض المقضى به من عمل غير مشروع (الذي يبيح الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عملاً بالمادة ٢٢٦ مدى) - هذا الاحتجاج مردود بأنه قياس مع الفارق . ذلك بأن سلطة محكمة الموضوع في تقدير التعويض تخولها أن تدخل في حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التنازع ، مما يفنى المدعى عن طلب فوائد التأخر عن دفع مبلغ التعويض ... ولكن هذا الاعتبار لا ينطبق على طلب الممول رد ما أخذ منه بغير حق ، ذلك أن =

§ ٢ - شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

٥٠٦ - شروط المسؤولية عن التأخير في دفع مبلغ من النقود -

كيف هو مت : حتى تتحقق مسؤولية المدين بوجه عام ، وفقاً للقواعد العامة ، يجب أن يكون هناك خطأ في جانب المدين وضرر يلحق الدائن وعلاقة سببية تقوم بين الخطأ والضرر . يضاف إلى هذه الشروط الثلاثة ، ووفقاً للقواعد العامة أيضاً ، إغذار المدين . ونستعرض هذه الشروط الأربعة بالنسبة إلى مسؤولية المدين عن التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود ، وسنراها تتحور عما كانت عليه في الأصل .

أما خطأ المدين في التأخر عن الوفاء بالمبلغ فهو عبارة عن التأخر في ذاته . ذلك أن التزام الوفاء بمبلغ من النقود في ميعاد معين هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام ينقل ملكية (obligation de donner) . فمجرد التأخر في الوفاء بالمبلغ عن الميعاد المعين هو الخطأ ، والخطأ هنا لا شيء غير ذلك . ومن ثم نستبدل بشرط الخطأ شرط التأخر في الوفاء (١) .

أما عن الضرر وعلاقة السببية ، فقد رأينا أن المادة ٢٢٨ مدني تنص على أنه لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير . فالقانون يفرض فرضاً غير قابل للإثبات العكس

المطعون عليه قد حدد في عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذي طالب مصلحة الضرائب برده على أساس أنها أخذته منه بغير حق ، وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصبح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ، رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ، رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ - ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ٦٠٣) . ونلاحظ أن محكمة النقض تستطيع أن تتحدث عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشئ عن عمل غير مشروع ، من حيث معلومية المقدار وقت الطلب ، على النحو الذي تحدثت به عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشئ عن أخذ غير المستحق . ففي كليهما يحدد المدعي في عريضة دعواه منذ البداية المبلغ الذي يطالب به المدعى عليه ، وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصبح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب .

(١) قارن كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٦٨ حيث يبدو أن الخطأ يختلط بعلاقة سببية ، وحيث لا يتبين أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هو التزام بتحقيق غاية بمجرد التأخر في تنفيذه يكون خطأ .

أن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بالمبلغ من النقود الذي في ذمته يحدث ضرراً للدائن . فلا الدائن في حاجة إلى إثبات هذا الضرر ، ولا المدين يستطيع أن ينفي وقوعه . ويفرض القانون كذلك ، فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، أن هذا الضرر هو النتيجة المباشرة لخطأ المدين وهو تأخره في الوفاء . فعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر هي أيضاً - كالضرر - مفروضة فرضاً غير قابل لإثبات العكس^(١) . والسبب في افتراض الضرر وعلاقة السببية معقول . فالدائن الذي لم يستوف المبلغ من النقود الذي له في ذمة مدينه في الميعاد الواجب يكون حتماً في أحد موقفين . فاما أن يكون في حاجة إلى هذه النقود ، فهو إذن مضطر أن يقترضها مترتباً في سداد القرض وفاء مدينه بالتزامه ، وعندئذ يكون قد أصابته

خسارة من جراء تأخر المدين هي الفوائد التي يدفعها عادة لاقتراض المبلغ ، ومن ثم كان له أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض . وإما أن يكون في غير حاجة إلى النقود ، ولكن النقود يمكن عادة استغلالها ، فلو أن المدين وفي بالتزامه في الميعاد لكان في مكنة الدائن أن يستغل نقوده ، وعندئذ يكون قد فاته ربح من جراء تأخر المدين ، فقد كان يربح الفوائد التي يتقاضاها عادة في استغلال المبلغ ، ومن ثم كان له هنا أيضاً أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض . ويتبين من ذلك أنه لا حاجة إلى استبقاء هذين الشرطين - الضرر وعلاقة السببية - ضمن شروط مسئولية المدين عن التأخر في الوفاء بالمبلغ من النقود ، ما دام القانون يفترض تحققهما افتراضاً لا يقبل فيه إثبات العكس . أما إعدار المدين ، وهو الشرط الرابع ، فيتحوّر هنا بوضاً ، بل يتشدد القانون فيه فيستبدل به ، كقاعدة عامة ، المطالبة القضائية .

وزرى من ذلك أن الشروط الأربعة قد تحورت فيما يتعلق بالمسئولية عن التأخر في دفع مبلغ من النقود ، وأصبحت تنحصر في شرطين اثنين لا بد من توافرها

(١) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح في هذا المعنى (الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥٠ - استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ بوريللي م ١٨٢ فقرة ٩ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٠) . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدني الفرنسي (م ١١٥٣ فقرة ٢ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٧) .