



الجامعة العربية الأمريكية
كلية الدراسات العليا
قسم العلوم القانونية
برنامج الماجستير في القانون المدني

مدى المسؤولية المدنية للمدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء في
القانون الفلسطيني - دراسة مقارنة -

رائد ذياب تركي زوارع

202020247

أسماء لجنة الإشراف:

الدكتور عماد حمد الإبراهيم

الدكتور بشار ضراغمة

الدكتور وليد عبيات

تم تقديم هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير

في تخصص القانون المدني

فلسطين، شباط / 2025

© الجامعة العربية الأمريكية، جميع حقوق الطبع محفوظة



الجامعة العربية الأمريكية
كلية الدراسات العليا
قسم العلوم القانونية
برنامج الماجستير في القانون المدني

صفحة إجازة الرسالة

مدى المسؤولية المدنية للمدين المוסر عند امتناعه عن الإيفاء في القانون
الفلسطيني - دراسة مقارنة -

رائد ذياب تركي زوارع

202020247

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 2025/02/26 من لجنة المناقشة التالية أسماؤهم وتواقيعهم:

التوقيع

الاسم

المشرف الرئيس

1. الدكتور عماد حمد الإبراهيم

عضو لجنة الرسالة

2. الدكتور بشار ضراغمة

عضو لجنة الرسالة

3. الدكتور وليد عبيات

فلسطين، شباط / 2025

الإقرار

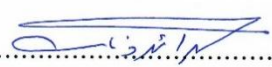
أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة الموسومة:

مدى المسؤولية المدنية للمدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء في القانون الفلسطيني -دراسة
مقارنة-

أقر بأن ما اشتملت عليه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وإن هذه الرسالة ككل، أو جزء منها لم يقدم من قبل لنيل درجة علمية أو بحث لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

اسم الطالب: رائد ذياب تركي زوارع

الرقم الجامعي: 202020247

التوقيع: 

تاريخ تسليم النسخة النهائية من الرسالة: 2025/08/08م

الإهداء

إلى والدي العزيز على قلبي رحمه الله

وإلى والدتي حفظها الله

وإلى زوجتي الغالية وأبنائي محمد وعبد الرحمن وأحمد ويوسف

وإلى كل من له حق علي من معلمين وأصحاب فضل فيما تحصلت عليه من علم

وإلى وطني العزيزي المكلم أهدى هذا البحث المتواضع.

رائد ذياب تركي زوارع

الشكر والتقدير

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من لا يشكر الناس لا يشكر الله)، إن من فضل الله علي في إتمام هذه الرسالة وإنهاء دراستي لمرحلة الماجستير كان ولا يزال بمن سخرهم الله لإيقاد منارات العلم في ربوع هذا الوطن، وأخص بالذكر الكادر التعليمي من الدكتورة الأجلاء في الجامعة العربية الأمريكية -دراسات عليا، فلهم الفضل بعد الله فيما تم إنجازه في هذه الرسالة فكل التقدير والاحترام لهم كل باسمه ولقبه ودرجته العلمية راجيا من الله أن يحفظهم ويديمهم ذخرا للأمة.

رائد ذياب تركي زوارع

مدى المسؤولية المدنية للمدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء في القانون اللسطيني -دراسة مقارنة-

رائد نياب تركي زوارع

أسماء لجنة الإشراف:

الدكتور عماد حمد الإبراهيم

الدكتور بشار ضراغمة

الدكتور وليد عبيات

ملخص

يتلخص موضوع الرسالة بمدى مسؤولية المدين المدنية عن عدم الإيفاء بما عليه من التزام تجاه الدائن رغم مقدرته على الإيفاء، والبحث في نصوص القانون الفلسطيني (قانون المخالفات المدنية ومجلة الأحكام العدلية) على ما يفيد بتحقيق هذه المسؤولية عبر البحث في نص واضح بهذا الخصوص، مع مقارنة هذا النص بما يقابله في القانون المدني الأردني، وسواء كانت هذه المسؤولية عقدية أم تقصيرية، والبحث في التوجه القضائي بهذا الخصوص، ومدى توافق هذه المسؤولية مع أحكام الشريعة الإسلامية، وشملت الدراسة موضوع تعويض الدائن عن المدة التي تلي إخطار المدين بوجوب تنفيذ التزامه وكذلك عن المدة التي تستغرقها إجراءات المحاكمة، وقد بينت الدراسة أوجه القصور التي يمكن معالجتها عبر سن تشريع حديث ضمن القانون المدني، كما شملت الدراسة البحث في عدة أمور منها تعويض الدائن عما لحق به من ضرر أو فاته من كسب، وعن التعويض بطريق التنفيذ على حساب المدين في حال إخلاله أو امتناعه عن الإيفاء أو تنفيذ التزامه، كما بينت الدراسة أهمية إعطاء الحق للقضاء في النظر في كل شرط اتفاقي (الشرط الجزائي) وتعديله زيادة أو نقصان أو إقراره كما هو أو الغائه تحت قاعدة جبر الضرر دون زيادة أو نقصان وألا يترك الأمر للأفراد، كما تحدثت الدراسة عن أهمية الخبرة في موضوع تحديد مقدار الضرر، كما تم البحث بشكل مفصل حول الراي الفقهي المخالف لمبدأ تعويض الدائن والراي المؤيد لذلك وسرد اسانيد كل فريق منهما وترجيح الباحث بين هذين الرايين .

الكلمات المفتاحية: التعويض العادل، الفائدة القانونية، الكسب الفائت.

فهرس المحتويات

الرقم	المحتوى	الصفحة
أ	الإقرار
ب	الإهداء
ج	الشكر والتقدير
د	ملخص
ح	المقدمة
ط	أهمية الدراسة
ط	مشكلة الدراسة
ي	أهداف الدراسة
ي	أسئلة الدراسة
ك	حدود الدراسة
ك	مصطلحات الدراسة
ل	الدراسات السابقة
ل	منهجية الدراسة
1	الفصل الأول: مفهوم المسؤولية المدنية للمدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء
1	المبحث الأول: ماهية المسؤولية المدنية
2	المطلب الأول: المفهوم العام للمسؤولية المدنية
2	الفرع الأول: مفهوم كلمة المسؤولية لغة واصطلاحاً
6	الفرع الثاني: مفهوم المدين الموسر
8	المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية
9	الفرع الأول: الخطأ
17	الفرع الثاني: الضرر

22	الفرع الثالث: علاقة السببية.....
26	المبحث الثاني: طبيعة المسؤولية المدنية للمدين الموسر وطبيعة التعويض عنها.....
26	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية.....
27	الفرع الأول: المسؤولية العقدية للمدين الموسر.....
32	الفرع الثاني: المسؤولية التصديرية للمدين الموسر.....
36	المطلب الثاني: التعويض وطبيعته.....
36	الفرع الأول: المقصود بالتعويض عن إخلال المدين وصوره وتاريخ استحقاقه.....
39	الفرع الثاني: أنواع التعويض وطريقة تقديره.....
45	الفصل الثاني: التوجه القانوني وصعوبات التطبيق الفقهي والقضائي.....
45	المبحث الأول: النصوص القانونية الملزمة للمدين المخل بالتعويض والتوجه القضائي.....
46	المطلب الأول: النصوص القانونية في القانون الفلسطيني والأردني.....
46	الفرع الأول: النصوص القانونية في القانون الفلسطيني.....
50	الفرع الثاني: النصوص القانونية في القانون المدني الأردني.....
53	المطلب الثاني: التوجه القضائي للحكم بالتعويض.....
53	الفرع الأول: التوجه القضائي الفلسطيني (محكمة النقض).....
60	الفرع الثاني: التوجه القضائي الأردني (محكمة التمييز).....
63	الفرع الثالث: آلية تقدير التعويض في القضاء الفلسطيني والأردني.....
68	المبحث الثاني: أوجه القصور في النصوص التشريعية وموقف الفقه الإسلامي.....
68	المطلب الأول: أوجه القصور في النصوص التشريعية.....
68	الفرع الأول: اقتصار التعويض عن مدة عدم الإيفاء على الديون النقدية فقط.....
70	الفرع الثاني: التحديد المسبق لقيمة التعويض بما يسمى بالفائدة القانونية بـ 9%.....
	المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من مسؤولية المدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء.....
72
	الفرع الأول: الرأي المؤيد لتعويض الدائن عما لحق به من ضرر نتيجة ممانعة المدين الموسر.....
76
	الفرع الثاني: الرأي المعارض لتعويض الدائن عما لحق به من ضرر نتيجة ممانعة المدين الموسر.....
79

82	الخاتمة والنتائج والتوصيات
86	المراجع
91	Abstract

المقدمة

إن الأصل في الحقوق تمتعها بالحماية من أي اعتداء أو مساس ينتقص منها بأي شكل كان، وإن استقرار المجتمعات لا يكون إلا إذا امن الإنسان على ماله وعلى نفسه، كما أن الشريعة الإسلامية جعلت صون المال وحفظه من الهلاك من الضرورات الخمس، وعليه ولازدهار كل حضارة وتقدم كل مجتمع كان لابد من تشريعات توفر الحماية الكافية للأفراد والجماعات داخل هذه المجتمعات، وبعبكس ذلك سيكون الاقتصاد الوطني لكل مجتمع محل قلق وشك من قبل أفراده ومستثمريه، فإذا لم يشعر المستثمر بالأمان على حقوقه المالية، فلا شك بأنه سيبحث عن البيئة المناسبة ذات الاستقرار القضائي الحديث.

ومن هنا كان موضوع الرسالة حول حق الدائن بالحصول على التعويض العادل نتيجة فعل المدين بعدم الإيفاء بالتزامه مع القدرة عليه، وهنا الحديث يكون عن المدين الذي يستغل عامل الوقت لعدم الإيفاء بالتزامه وبالتالي الإثراء على حساب الدائن، وللوقوف على هذا الحق كان لا بد لنا من الوقوف بداية على المفهوم الشامل لمسؤولية المدين في هذه الحالة، والطبيعة القانونية لمسؤوليته.

كما اننا ملزمون بالبحث في أركان فعل المدين وما أقره القانون الفلسطيني المتمثل بقانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944 وتعديلاته الساري المفعول في الأراضي الفلسطينية، ومجلة الأحكام العدلية من نصوص وصيغ قانونية توفر الحماية للدائن في حالتنا هذه، مع مقارنتها بما ورد في القانون المدني الأردني لسنة 1976 من نصوص ضمن دراسة مقارنة والبحث في القصور التشريعي في هذه النصوص، كما سنبين التناقض في الحكم بالتعويض عن مدة التقاضي، كما سنتحدث عن الخلط بين الحق في التعويض والربا المحرم ومدى تداخل الأمرين ببعضهما، والخروج بتوصيات في هذا الصدد مع توصيات تساهم في إيجاد حلول لهذا القصور، ولإنصاف الدائن في حالة عدم إيفاء المدين.

ولتحقيق أهداف هذه الدراسة استخدم الباحث المنهج التحليلي القائم على تحليل نصوص القانون ومفرداته والمقارنة بين كل من القانون الفلسطيني والقانون الأردني بهذا الصدد.

أهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة كما أسلفنا في مقدمة الرسالة، بأن المجتمعات لا تنمو ولا تزدهر إلا ضمن حد معقول من الأمن الاقتصادي بكافة جوانبه، وأن موضوع الرسالة يبحث في حق جوهري لأفراد المجتمع تجاه بعضهم البعض في الحصول على التعويض العادل نتيجة إخلال أحدهم بالتزامه تجاه الآخر، وعليه تكمن أهمية البحث في مدى فاعلية النصوص القانونية التي توفر الحماية لهذا الحق ومدى توافقها مع الاجتهادات الفقهية الحديثة ومدى وخلق هذه النصوص لحالة من الأمن والاستقرار في وجدان الدائن تجاه حقوقه، والبحث في القصور التشريعي في هذه النصوص مع اقتراح توصيات وحلول قد تكون مساهمة للمشرع عند النص على هذه الحقوق ضمن قانون مدني جديد وحديث يتلاءم مع التطور الثقافي والاجتماعي والاقتصادي الحالي.

مشكلة الدراسة

تتلخص مشكلة الدراسة في البحث في مدى اشتمال القانون الفلسطيني المتمثل من قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944 م وتعديلاته الساري المفعول في الأراضي الفلسطينية، ومجلة الأحكام العدلية، على نصوص قانونية كافية عند طلب التعويض عن الضرر اللاحق بالدائن نتيجة امتناع المدين الموسر عن الوفاء بالتزامه، سواء كانت هذه المسؤولية عقدية أو تقصيرية، وسواء كان الضرر لحق بالدائن قبل رفع الدعوى أو خلال إجراءات التقاضي طويلة الأمد أو بعد الإخطار، وكذلك البحث في القصور التشريعي بهذا الخصوص، والذي يجعل القضاء الفلسطيني في

حالة إرباك وتناقض لافتقاده للنص القانوني الملزم، ومقارنة ذلك بما ورد من نصوص قانونية في القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

أهداف الدراسة

تهدف الدراسة إلى البحث في مدى إنصاف النصوص القانونية في القانون الفلسطيني المتمثل من قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944 وتعديلاته الساري المفعول في الأراضي الفلسطينية ومجلة الأحكام العدلية، للدائن طالب التعويض عن اضرار المدين له عند عدم إيفائه بما التزم به، والبحث في القصور التشريعي في هذا الصدد والبحث في التوجه القضائي في حالات الحكم بالتعويض لعدم الإيفاء، والتعويض عن فترات التقاضي أمام المحاكم والخروج بتوصيات تكون حلا للقصور التشريعي ومقترحات تعالج الخلل في هذا الأمر.

أسئلة الدراسة

1- ما مدى اشتمال القانون الفلسطيني المتمثل في قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944 وتعديلاته الساري المفعول في الأراضي الفلسطينية، ومجلة الأحكام العدلية على نصوص قانونية يمكن الاعتماد عليها في دعوى التعويض عن الضرر اللاحق بالدائن نتيجة إخلال المدين، وما هو موقف المشرع الأردني من ذلك؟

2- ما مدى القصور في القانون الفلسطيني المتمثل في قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944 وتعديلاته الساري المفعول في الأراضي الفلسطينية، ومجلة الأحكام العدلية فيما يتعلق

بالنص على حق التعويض عن الضرر اللاحق بالدائن نتيجة إخلال المدين، وما هو موقف
المشرع الأردني من ذلك؟

3- ما هي الحلول والاقتراحات لتدارك القصور والإبهام بخصوص التعويض عن الضرر اللاحق
بالدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه الوارد في القانون الفلسطيني المتمثل من قانون المخالفات
المدنية رقم (36) لسنة 1944 وتعديلاته الساري المفعول في الأراضي الفلسطينية، ومجلة الأحكام
العدلية، وما هو موقف المشرع الأردني وموقف الفقه الإسلامي من هذا التعويض؟

حدود الدراسة

ان حدود الدراسة ستكون ضمن القانون الفلسطيني المتمثل بقانون المخالفات المدنية رقم (36)
لسنة 1944 وتعديلاته الساري المفعول في الأراضي الفلسطينية، ومجلة الأحكام العدلية ومقارنتها
بما ورد في القانون المدني الأردني لسنة 1976 والوقوف تحديدا على نص كل من هذه القوانين.

مصطلحات الدراسة

1. المسؤولية المدنية للمدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء: ويقصد بها سؤال المدين عن فعله
السليبي أو الإيجابي الذي تسبب بموجبه للدائن بضرر محقق، ويستوي الأمر حال كون هذه
المسؤولية عقدية أو تقصيرية أو ضمت الاثنتين معا.
2. التعويض العادل: ويقصد به ما يستحقه الدائن من جبر للضرر الذي أصابه نتيجة فعل المدين،
وقد يأخذ هذا التعويض عدة أشكال منها إعادة الحال إلى ما كان عليه أو التعويض النقدي أو
العيني أو الاعتذار عن الضرر الأدبي، وفي كل الأحوال لا يجوز أن يزيد أو ينقص عن قيمة
الضرر الذي أصاب الدائن تحت قاعدة جبر الضرر.

3. الفائدة القانونية: ويقصد بها الفائدة السنوية التي فرضها قانون المرابحة العثماني والقانون المدني الأردني بسقف أعلى قدره 9% على المداينات والمعاملات التجارية بين أفراد المجتمع، بحيث يقع باطل الاتفاق على نسبة مئوية تزيد على هذه النسبة، وإلزام القضاء بعدم الحكم بنسبة تزيد على هذه النسبة عن مدة التقاضي أو عن أي تعويض يتعلق بالمداينات المالية بين الأفراد والمؤسسات.

الدراسات السابقة

عند قيام الباحث بالرجوع إلى الدراسات السابقة التي تصب في ذات الموضوع تبين وجود دراسة عبارة عن رسالة ماجستير مقدمة من الباحث / حازم ظاهر عرسان صالح بإشراف الدكتور علي السرطاوي والتي تحدثت بالتفصيل عن التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة) بين القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري والقانون الفلسطيني، وإن أوجه الاختلاف بين بحثنا هذا وبين هذه الدراسة أن بحثنا توجه لدراسة مدى المسؤولية المدنية للمدين الموسر عند عدم الإيفاء ومدى معالجة نصوص قانون المخالفات المدنية ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني بإنصاف الدائن في هذا الموضوع، وذلك كله عبر البحث في النصوص القانونية ذات الصلة في هذه القوانين مع الوقوف على التوجه القضائي لكل من القضاء الفلسطيني والقضاء الأردني في تفسير وتطبيق هذه القوانين وتوضيح أوجه القصور فيها سواء ما تعلق بالتطبيق أو في النقص.

منهجية الدراسة

استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن، القائم على وصف وتحليل نصوص القانون ومفرداته والمقارنة بين كل من القانون الفلسطيني والقانون الأردني بهذا الصدد.

الفصل الأول: مفهوم المسؤولية المدنية للمدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء

يرتبط مفهوم المسؤولية المدنية بشكل عام ارتباطاً وثيقاً بسؤال الأشخاص الطبيعيين والمعنويين بما عليهم من التزام تجاه الغير سواء أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، وإن منشأ هذا الالتزام سيكون إما عقدياً وإما تقصيرياً، وللمسؤولية مفهوم وأركان لا بد من الوقوف عليها ضمن تعريف المسؤولية المدنية مع ربط هذه الأركان بالطبيعة الخاصة لمسؤولية المدين الموسر الممتنع عن الإيفاء مع توضيح وشرح وافٍ لطبيعة المدين الموسر، كما سيشتمل هذا الفصل على مبحث ثاني سيتم البحث من خلاله في عناصر المسؤولية وطبيعتها القانونية كما سيشتمل المبحث الثاني على طبيعة التعويض عند تحقق هذه المسؤولية بشيء من التفصيل والتحديد.

المبحث الأول: ماهية المسؤولية المدنية

يبدأ الحديث في هذا المبحث عن ماهية المسؤولية المدنية للمدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء يقودنا وبلا شك للحديث عن ماهية ومفهوم المسؤولية المدنية بشكل عام، وما يندرج ضمنها من مسؤوليات بما يشمل موضوع بحثنا-مسؤولية المدين الموسر- والتي و بلا شك ستكون ضمن ذات الأركان مع التوضيح اللازم في خصوصية موضوع الرسالة، وما ينطوي على هذا الموضوع من أمور شائكة ومفاهيم بحاجة لتوضيح ونصوص قانونية في قانون المخالفات المدنية ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني، وسيضمن هذا المبحث مطلبين، يتحدث الأول عن المفهوم العام للمسؤولية المدنية، والثاني عن أركان المسؤولية المدنية.

المطلب الأول: المفهوم العام للمسؤولية المدنية

يشير مفهوم المسؤولية المدنية إلى الواجب القانوني الذي يفرضه القانون على أفراد المجتمع، سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين، وهو تحديداً يتعلق بمسؤولية كل فرد تجاه الآخر فقط عند إخلاله بهذا الواجب الذي يفرضه القانون، ويكون مضمون هذه المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون. (السنهوري، 2009، ص 115)

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن الالتزام المقصود ينقسم إلى قسمين، القسم الأول عقدي ويسمى فقها المسؤولية العقدية، والقسم الثاني قانوني ويسمى فقها المسؤولية التقصيرية وتكون حالاته أقل فيما يتعلق بمسؤولية المدين الموسر عن عدم إيفائه، وقبل الدخول في الشرح التفصيلي لهذا المفهوم لا بد من معرفة المقصود بالمسؤولية لغة واصطلاحاً بشكل عام ليتسنى لنا فهم هذه العبارة ابتداءً، كذلك الوقوف على النصوص القانونية في القانون الفلسطيني والأردني بهذا الشأن وسيكون ذلك ضمن الفرع الأول في هذا المطلب وسيتناول الفرع الثاني مفهوم المدين الموسر.

الفرع الأول: مفهوم كلمة المسؤولية لغة واصطلاحاً

إن المفهوم اللغوي الشامل لهذه الكلمة يكون بوصف من انطبق عليه حال المسؤول، حيث عرفت بأنها: "عبارة عن حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته". (مصطفى، الزيات، عبد القادر، والنجار، د.ت، ص 411)

أما تعريف المسؤولية القانونية اصطلاحاً فهي تعني: "التزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقاً لقانون" (ص 411) وعرفت أيضاً بأنها: "حالة الشخص الذي تسبب في حدوث شيء ما، أو حال الشخص الذي قبل المسؤولية الكاملة عن الحدث، أو الاعتراف بأن الحادث كان خطأه، وهي أيضاً واجب أو مهمة مطلوبة ومتوقعة من شخص ما". (اللحام، 2022)

ومن هنا تكون المسؤولية هي مساءلة المخل بهذا الواجب عن إخلاله وإلزامه بتصويب الوضع وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الإخلال، وإلزامه بتحمل تبعه أعماله فكل انسان يتحمل نتيجة تصرفه سلبا وإيجابا، وحيث ان الدراسة هي دراسة مقارنة بين قانون المخالفات المدنية ومجلة الأحكام العدلية من جهة، وبين القانون المدني الأردني من جهة أخرى فلا بد من التطرق للنصوص القانونية التي تتحدث عن المسؤولية ضمن عنوان هذا البحث وعليه يمكن القول.

إن مفهوم المسؤولية المدنية وحالات تطبيقها في قانون المخالفات المدنية ومجلة الأحكام العدلية جاءت عبر نصوص شملت ما جاء في التعريف الاصطلاحي أعلاه، وتمثل ذلك فيما أورده قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944 م وتعديلاته الساري المفعول في الأراضي الفلسطينية عند تطرقه لحالات المسؤولية المدنية، عبر نصوص هذا القانون الواردة بالتفصيل حول حالات وجوب التعويض، والذي لم يتطرق بنص محدد وواضح يشمل موضع الرسالة، إلا من خلال استثناء وارد في نص المادة الثالثة منه والتي جاءت حول الحق في النصفة بسبب المخالفات المدنية، حيث جاء فيها: "...ومع مراعاة أحكام هذا القانون، يحق لكل من لحق به أذى أو ضرر، بسبب مخالفة مدنية ارتكبت في فلسطين، أن ينال النصفة التي يخوله إياها هذا القانون من الشخص الذي ارتكب تلك المخالفة، أو المسؤول عنها..." (1)

وعليه يمكن لهذا النص أن يشكل مرجعا فيما يتعلق بهذه الدراسة بخصوص المسؤولية التقصيرية تحديدا، حيث اعتبر قانون المخالفات سالف الذكر أن محور المسؤولية هو إلحاق الضرر أو الأذى بشخص تجاه آخر سواء شخص طبيعي أو معنوي.

(1) انظر المادة الثالثة من قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944 م وتعديلاته الساري المفعول في الأراضي الفلسطينية.

ويمكن القول بأن قانون المخالفات المدنية سالف الذكر وإن لم ينص صراحة على وجوب تعويض الدائن عن مماثلة المدين عن السداد رغم يسره، إلا أن في هذا النص ما يسعف ويجعله ركيزة أساسية ونص يمكن الاعتماد عليه في مثل هذه المطالبة.

كما يضاف لقانون المخالفات المدنية ما أورده مجلة الأحكام العدلية من نص قانوني في مادتها رقم (20) بإلزام المدين بالتعويض عند عدم الإيفاء للدائن بما عليه من التزام حيث جاء في نص هذه المادة "الضرر يزال"⁽¹⁾، وهنا يتضح بأن هذا النص من مجلة الأحكام العدلية جاء عاماً في ظاهره حيث شمل المسؤولية بنوعها العقدية والتقصيرية، بمعنى أن الضرر يزال ويكون ذلك بإلزام المتسبب فيه بإزالته بغض النظر عن طريقة الإزالة.

كما أن محور نص مجلة الأحكام سالف الذكر يتعلق بالمسؤولية الملقاة على المتسبب في الضرر بوجوب إزالته وإعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل، كما لا بد من الإشارة بأن كلمة النصفة في قانون المخالفات سالف الذكر يقابلها التعويض أو الضمان في الفقه الإسلامي، حيث جاء في تعريف مجلة الأحكام العدلية للضمان في المادة رقم (416) منها بأنه: "الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمه إن كان من القيميات"، وقد أكد القرآن الكريم هذا المعنى بقوله تعالى: "فإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به"⁽²⁾

أما القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 فقد جاء فيه حول هذا الأمر وعند حديثه عن الفعل الضار في مادته رقم (256) بأن: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، وعليه تكون كل القوانين محل الدراسة والمقارنة قد تساوقت في هذا الصدد بالحديث

(1) انظر المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية.

(2) الآية 126 من سورة النحل من القرآن الكريم.

الشمولي عن وجوب التعويض عن الضرر بشكل عام ودون تحديد لمصدر المسؤولية عن التعويض أو الخوض في طبيعة الفعل المسبب لضرر.

وقد تماها القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) مع ذات المفهوم عند نصه في مادته رقم (163) بأن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن عدم النص تحديداً بوجوب التعويض عن المسؤولية المدنية للمدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء - وهو موضوع الدراسة - في القوانين سالفه الذكر إنما كان لأمر إيجابي، وفرصة يعطيها المشرع لأي صاحب ضرر باللجوء إلى القضاء للتعويض عما أصابه من ضرر، كما يعتبر العقد المبرم فيما بين الدائن والمدين هو القانون في حال عدم وجود نص قانوني يحكم هذه العلاقة وذلك لأن العقد قانون المتعاقدين. (مرقس، 1998، ص 619)

ومن خلال هذه الدراسة سيتبين لاحقاً اتساع الدائرة التي ستشمل العديد من الحالات التي يستحق فيها الدائن للتعويض من المدين عن التزامات قد تتعدد أشكالها، أما بالنسبة لما ورد من نصوص في القوانين محل الدراسة فإنها ستكون كافية كمستند نصي يمكن الإعتماد عليه في المطالبة القانونية.

وهنا لا زال الحديث عن مفهوم المسؤولية المدنية بشكلها المطلق التي يمكن إجمالها بعبارة مبسطة وهي: "المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول" (الدناصوري والشواربي، 2000، ص 11).

وعليه تكون مسؤولية المدين الموسر وتتحقق عند امتناعه عن الإيفاء وإخلاله بالتزام تجاه الدائن، وذلك بحبس مال الدائن لديه ورفض تسليمه، علماً بأنه قادر على السداد وإبراء ذمته تجاه الدائن.

الفرع الثاني: مفهوم المدين الموسر

يقصد بمصطلح المدين الموسر محل الدراسة هو عدم تعرض المدين لأمرين، وهما الإعسار أو الإفلاس، فنحن لن نتحدث عن حالة المدين المفلس أو المعسر، والتي رسم القانون إجراءاتها وما يجب اتباعه في حال وجود الإفلاس، وهو نظام يتعلق ويطبق على التاجر دون المدين المدني، وهو حالة يتصف بها المدين التجاري عندما يتوقف عن سداد الدين التجاري في موعد استحقاقه، وهذا النظام وضع لحماية حقوق الدائنين. (سامي، 1993، ص34)

وعلى سبيل المثال ما شرع حديثاً في فلسطين ضمن المادة رقم (257) من القرار بقانون رقم (42) لسنة (2021)، وهو أحدث قرار يتحدث عن الإفلاس وإشهار الإفلاس والتي تحدثت عن الشركة بصفتها مدين غير قادر على الوفاء بالتزاماته، حيث جاء في الفقرة الأولى منها: "تعتبر الشركة مفلسة إذا أصبحت غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها عند استحقاقها"، وهنا تحدث القانون عن الحالة التي تكون فيها الشركة مفلسة وهي عدم القدرة على الإيفاء بالتزاماتها تجاه الدائنين.

وعليه لا يمكن السير بالإجراءات القانونية إلا وفق أحكام القانون المعتمدة في هذه الحالة ووفق ما يقتضيه أحكام قانون الإفلاس رقم (3) لسنة (1936) والمطبق في فلسطين⁽¹⁾.

وكذلك فعل المشرع الأردني عندما نص على هذا الأمر وفق قانون خاص عندما أعطى أحكام خاصة للمدين المفلس، وذلك عندما عرف حالة الإفلاس في قانون التجارة بأنها: "يعتبر في حالة

(1) لقد فصلت المادة رقم 50 من قانون الإفلاس رقم 3 لسنة 1936. وبالتحديد الإجراءات الواجب اتباعها لمواجهة المدين المفلس بموجب الفقرة الأولى منها ويمن هو المناط به تمثيل المفلس والقيام على أمواله، حيث جاء فيها: "إناطة أموال المفلس بالحارس القضائي أو القيم" ريثما يعين قيم على طابق الإفلاس يكون الحارس القضائي هو القيم إيفاء للغاية المقصودة من هذا القانون، وحالما يحكم بإفلاس المدين يناط التصرف بأمواله في القيم.

إفلاس كل تاجر يتوقف عن دفع ديونه التجارية، وكل تاجر لا يدعم الثقة المالية إلا بوسائل يظهر بجلاء أنها غير مشروعة" (1)

أما المدين المعسر فيطبق عليه نظام الإعسار وهو نظام أقل قسوة وشدة في إجراءاته من نظام الإفلاس الخاص بالتجار (سامي، 1993، ص34)، وذلك في حال كون أموال المعسر غير كافية لوفاء ديونه مستحقة الأداء، وتتاح للمدين المعسر فرصة تصفية ديونه وديا في أفضل الظروف لملاءمة له، ويكون من حقه في هذه الحالة التصرف في ماله دون الرجوع للدائنين على أن يكون هذا التصرف بئمن المثل، وفي طبيعة الحال يجب إيداع هذا المبلغ لخزينة المحكمة لتوزيعه على الدائنين حسب قرار المحكمة المختصة بشأن إعلان إعسار المدين. (السنهوري، 2009، ص72، 73)

وكما تم الإشارة بأن موضوع هذه الرسالة لا يشمل في نطاقه المدين المفلس أو المعسر وإنما المدين الموسر، وفي حقيقة الأمر أن الأصل في أي شخص معنوي أو طبيعي أن يكون قادر على الإيفاء بالالتزامات الملقاة على عاتقه سواء كانت هذه الالتزامات ناتجة عن عقد التزم بموجبه

هذا الشخص، أو كان الالتزام ناتج عن مسؤولية تقصيرية فالأصل في المدين القدرة على الإيفاء والاستثناء هو الإفلاس أو العسر، والمقصود بالإعسار هو توقف المدين أو عجزه عن سداد الديون المستحقة عليه بانتظام أو عند تجاوز إجمالي الالتزامات المترتبة عليه إجمالي قيمة أمواله⁽²⁾.

وقد أضاف القرار بقانون رقم (12) لسنة 2022م بشأن تعديل قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005م إلى القانون الأصلي حالة من الحالات التي يمنع فيها حبس المدين، وذلك وفق الفقرة ج من المادة رقم (17) من هذا التعديل على المادة الاصلية رقم (163) حيث جاء في هذه الفقرة: "لا يجوز الحبس لأي من: ...ج. المدين المفلس أثناء معاملات الإفلاس أو المدين طالب

(1) انظر المادة (316) من قانون التجارة الأردني رقم 12 سنة 1966.

(2) انظر المادة الثانية من قانون الإعسار الأردني رقم (21) لسنة 2018.

الصلح الواقى، وهنا يتبين مما سبق بأن التعديل الوارد أعلاه على قانون التنفيذ الفلسطيني جعل من الإفلاس وفق القانون حالة من حالات منع حبس المدين.

وقد ورد في الحديث الشريف النهي عن هذا النوع من الأفعال المنكرة، والتي نهى عنها الشرع الحنيف واعتبرها نوعاً من أنواع الظلم المحرم محددًا في نصوصه صراحة حالة اليسر عند المدين، حيث ورد في السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم: "مطل الغني ظلم" (البخاري، 2012، ص392)، وهذا الحديث هو منطلق الفقه الإسلامي نحو مسؤولية المدين موضوع الدراسة هذه، ففي هذه الكلمات الخمس الواردة في الحديث الشريف يتبين لنا حقيقة ومفهوم مسؤولية المدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء.

كذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لي الواجد يحل عقوبته وعرضه"، وهو ذات سياق انعقاد مسؤولية المدين تجاه الدائن، وحيث تبين أن هذا الفعل يجعل من فاعله مسؤول عن فعله بوصف هذا الفعل هو ظلم، والظلم بلا شك سواء بالفقه الإسلامي أو الفقه الحديث له تبعات لا بد على المدين من تحملها، ولم يترك الحديث الشريف مجالاً للخلاف في هذا المجال من حيث نوع التبعة الملقاة على عاتق المدين فهي قد تكون مادية أو قد تكون غير ذلك وسيتم التفصيل في هذا الأمر لاحقاً. (ص392)

وعليه يمكننا الخروج بمفهوم لهذه المسؤولية يتحدد بفعل المدين وهو الامتناع عن الإيفاء وهذه المسؤولية يتبعها لزوم التعويض عن هذا الفعل الضار تجاه الدائن.

المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية

للمسؤولية المدنية سواء العقدية أو التقصيرية في الفقه والقانون ثلاثة أركان لا بد من توافرها لنكون أمام مسؤولية معتبرة قانوناً وفقها، فالحديث عن وجوب التعويض ضمن المسؤولية المدنية وكما

جاء في التعريف لا يكون إلا بناء على فعل صادر عن المسؤول عن هذا الفعل، وسواء كانت مسؤولية هذا الشخص عقدية أم تقصيرية، فهو ملزم بجبر الضرر الناتج عن هذا الفعل وهذا هو الركن الثاني وجوب تحقق الضرر، أما الركن الثالث فهو وجود علاقة تصل بين الفعل والنتيجة بمعنى أن أحدهما أي الفعل أدى إلى الآخر وهو الضرر ويسمى هذا الركن علاقة السببية، وعليه سنفصل هذه الأركان بثلاثة فروع نتحدث فيها عن كل ركن وما يشملها من أوجه، ونفصل ذلك بما يلي:

الفرع الأول: الخطأ

يقصد بالخطأ في المسؤولية المدنية بشكل عام عدم تنفيذ التزام ناشئ في العقد وتنفيذه بشكل غير المتفق عليه في المسؤولية العقدية، أما الخطأ في المسؤولية التقصيرية سيثمل وبلا شك كل سلوك صادر عن شخص هو في الواقع لا يصدر عن مثله في ذات الظروف الموضوعية، والتي لو وضع فيها شخص معتاد لما تصرف بمثل هذا التصرف، بخلاف الخطأ العقدي الذي لا يزيد عن عدم الالتزام بما ورد في بنود العقد وسواء كان ذلك الخطأ عن عمد أو عن إهمال. (السنهوري،

2009، ص736)

وقبل السرد بما يشمل الخطأ من أركان وشرح تفصيلي، لا بد من الإشارة ابتداءً أن للخطأ مفهوم واسع، بما يجعل من حصره في نص قانوني أمر صعب للغاية، وأيضاً إن الخطأ قد يكون عمداً وقد يكون سهواً كما جاء في اللغة العربية في تعريف الخطأ: "أخطأ فلان: أذنب عمداً أو سهواً" (مصطفى، الزيات، عبد القادر، والنجار، د.ت، ص242)، وعليه سيكون لنا قول في هذا التعريف ضمن ما سيتم توضيحه.

أما بالنسبة لتعريف الخطأ في القوانين محل الدراسة فنجد أنهما قد تغاضيا عن وضع تعريف محدد ضمن نص واضح لمفهوم الخطأ، الذي هو أحد أركان المسؤولية المدنية في هذه القوانين وفي

حقيقة الأمر إن هذا التغاضي أو الإغفال الذي عمد إليه المشرع كان لحكمة بالغة، وذلك نظرا لكثرة الحالات التي تشمل فكرة الخطأ الواجب التعويض عنها لارتباطها بالتزامات وواجبات لاحصر لها، وإن حصرها بلا شك سيُجلب المشقة ويضيع الكثير من الحقوق، بحيث إن المسؤولية المدنية قد تشمل آلاف الحالات التي يصعب حصرها ضمن نصوص قانونية بل إن التطور الكبير في المعاملات المالية والإنفجار المعرفي في كل يوم جعل من حصر هذه المسؤولية أمرا لا يمكن مسايرته ضمن تشريع محدد وتجدد تبعا لنشاط الإنسان. (الجبوري، 2011، ص 511)

فإذا كان هنالك تسمية محدده في القانون للخطأ فسنبكون أمام تقييد غير مقبول عدالة، بحيث لا يمكن تجاوز تعريف النص القانوني الملزم لأطراف العدالة، لذلك كان لابد من ترك أمر تحديد وقوع الخطأ من عدمه للقضاء عند عرض كل حالة ادعاء بوجود خطأ على حده، وهو وبلا شك بحاجة إلى مرونة وإدراك واسع لتحديد ذلك .

فقد ورد على مدى العصور العديد من التعريفات ومن شتى فقهاء القانون، وهي بمجملها تدور حول السلوك السلبي أو المضر للشخص الملتزم تجاه الغير، وإن من أشمل ما ورد من تعريف للخطأ هو ما أورده الدكتور أحمد عبد الدائم في كتابه شرح القانون المدني بأن الخطأ عبارة عن: "انحراف الشخص عن السلوك المعتاد مع إدراكه لهذا الانحراف" (مرشدي، 2016)

وعليه يمكن القول بأن الخطأ يجب أن يشمل ركنين الأول مادي يتمثل بعمل يصدر عن المخطئ والثاني معنوي يتمثل في الإدراك لكنه هذا التصرف وما ينتج عنه من اضرار بالدائن وفيما يلي سيتم التطرق لكلا الركنين.

أولاً: الركن المادي: (التعدي)

لا شك بأن الخطأ هو انحراف في السلوك وتجاوز للحدود التي رسمها القانون بما يتعلق من التزامات تجاه الآخرين سواء كان هذا الالتزام مصدره عقدي أو تقصيري، وكما أشرنا في بداية حديثنا

عن تعريف اللغة العربية للخطأ بأنه قد يكون هذا التعدي (الخطأ) عمداً، كأن يعتمد الشخص الإضرار بالغير أو التقصير بالتزامه مع إدراكه الكامل لحقيقة ونتائج عمله، وقد يكون الخطأ ناتج عن مجرد تهاون وتقصير في حق الغير وبما يفرضه عليه القانون أو العقد من التزام.

وهنا لابد من الإشارة أن المعيار المعتبر في تحديد الإنحراف في السلوك هو معيار بلا شك معيار موضوعي لا شخصي، بمعنى آخر يجب البحث لا بذات الشخص المخطئ وبما لديه من قدرات وإمكانيات وإنما يقاس الأمر برمته وبما صدر عن المخطئ من سلوك بما يسمى فقها سلوك الرجل المعتاد. (الجبوري، 2008، ص406)

والرجل المعتاد في الفقه والقانون يقصد به الشخص العادي من أوساط الناس عقلا وادراكا وكفاءة، لو وضع في ذات الظروف وذات الموقف ما كان ليصدر عنه هذا الخطأ، فإن كان ذلك كذلك فلا نكون أمام خطأ أما إذا كانت النتيجة غير ذلك فنكون أمام خطأ واجب التعويض، وهذا طبعا يختلف من حالة لأخرى فلو تحدثنا عن خطأ صادر عن مهندس أو فني بحرفه معينة فإن الرجل المعتاد يكون شخص من ذات الفئة ومن أوساط فنته حنكة وقدرة وكفاءة.

ونظرية الرجل المعتاد تشمل المسؤولية التقصيرية والعقدية وإن كانت المسؤولية العقدية ليست إلا عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد (السنهوري، 2004، ص257)، إلا أنه وفي حال كانت المسؤولية العقدية عبارة عن الالتزام ببذل عناية فإن المدين يعتبر قد أخل بالتزامه العقدي إذا هو لم يبذل في تنفيذه العناية المطلوبة منه، وحقيقة فإن جعل الرجل المعتاد كمعيار في البحث بوجود الخطأ من عدمه هو معيار منصف يمكن التعويل عليه بين طرفي الإدعاء. (الجبوري، 2011،

ص404)

وتكون نسبة التعويض وفق مقدار الضرر الحاصل فقد تكون كلية وقد تكون جزئية، حيث إن الأساس في المسؤولية المدنية هو البحث في التعويض وجبر الضرر بمقداره، ولا يقصد في حال من الأحوال إثراء الدائن على حساب المدين.

كما يجب الإشارة إلى أن الخطأ قد يكون نتيجة فعل إيجابي صادر عن المعتدي وكذلك قد يكون نتيجة فعل سلبي بامتناع المخطئ عن فعل هو ملزم بفعله بنص القانون، ولا يشمل هذا الامتناع بإلزام شخص بالعمل لمصلحة الغير بهدف تجنيبه خسارة أو تمكينه من مكسب ما لم ينص القانون صراحة على ذلك. (سليم، 2003، ص 80)

أما الحديث عن الفعل الصادر عن المخطئ والذي يسمى أيضا التعدي في القانون المدني، سواء ان ذلك التعدي كان نتيجة فعل ايجابي أو سلبي لم يتطرق إليه المشرع الأردني أو القانون الفلسطيني الساري المفعول في الأراضي الفلسطينية، وكما أشرنا أن هذا الامر كان إيجابيا وليس سلبيا وذلك صونا للحقوق وحفاظا على مفهوم العدالة بمعناه الشامل.

ثانيا: الركن المعنوي

يقصد بالركن المعنوي إدراك الفاعل لماهية فعله، وهذا الركن تم فيه الاختلاف بين القوانين بشكل كبير، فمنها من أخذ بوجود توفر هذا الركن كالقانون المدني المصري، ومنها من اتبع أحكام الفقه الإسلامي في عدم لزوم توافر هذا الشرط، كالقانون الأردني وأيضا سار في هذا الاتجاه العديد من التشريعات الحديثة كالقانون الألماني والسوفيتي والسويسري والبولوني والأخذ بالقاعده العامة التي تحدث عنها الفقه الاسلامي ألا وهي تحمل التبعة. (سلطان، 2019، ص 313)

ويمكن إجمال هذا الركن بشكل عام وبشكل خاص، أما بشكل عام فيجب لانعقاد المسؤولية أن يتوافر ركني الخطأ من مادي يتمثل في الفعل الضار ومعنوي يتمثل في القصد وإدراك كنه الفعل،

وعند الحديث بشكل خاص عن التعويض أو المسؤولية المدنية، فيمكن القول بأن التعويض عن الفعل الضار لا يستلزم وجود الركن المعنوي حسب نص القانون الأردني وهو موضوع الدراسة، وبالتالي فإن غير المميز مسؤول عن التعويض هو أو القائم على شؤونه، وهذا ما أكدته المادة رقم (256) من القانون المدني الأردني والتي نصت صراحة على مسؤولية غير المميز عن التعويض بقولها "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

وهذا ما ذهب إليه الفقه الإسلامي حيث إن المسؤولية المدنية تقوم على أساس تحمل التبعة وجبر الضرر دون البحث في شخص المخطئ، وإن توفر شرط الإدراك الذي ذهب إليه القانون المصري يكون في المسؤولية التقصيرية ولا يتصور هذا الأمر في المسؤولية العقدية إلا إذا طرء عدم التمييز لاحقاً على إبرام العقد، حينها سيكون الطريق الذي رسمه القانون من وجوب مقاضاة المدين عبر من يمثله قانوناً وعبر إجراءات محددة بموجب نصوص القانون.

وعليه يمكن القول والاحمال تبعا لما سبق أن الخطأ في المسؤولية المدنية بشكل عام يقصد به عدم تنفيذ التزام ناشئ في العقد أو تنفيذه بشكل غير المتفق عليه أو ارتكاب مخالفة قانونية توجب التعويض، وبالتالي انشغال الذمة المالية للمدين تجاه المضرور والذي يصبح الدائن في هذه الحالة، وهنا وقبل الحديث عن المسؤولية العقدية والتقصيرية بتفصيلاتها نرى بأن هذا المفهوم يشمل كلتا الحالتين، وحيث أن موضوع الرسالة يختص في خطأ المدين الموسر تجاه الدائن بعدم السداد تحديداً (تنفيذ الالتزام) فيجب الوقوف عند عدة نقاط بالخصوص اعلاه .

1. إن تصرف المدين هو إخلال بالتزام بسداد دين معين خلال مدة معينة، وهنا الحديث لا يشمل فقط الدين النقدي بمعناه الضيق بمعنى الالتزام النقدي، ولكي لا ينصرف الذهن إلى أن المقصود بسداد المدين لدينه هو التزامه النقدي فقط، فإنه لا بد من التوضيح أن مفهوم المال في الفقه الإسلامي مفهوم واسع يشمل كل ما يمكن أن يقوم، بل إن فكرة المال وما يمكن تقويمه مع اتساع

الحضارة وتطور الفقه جعل من الأفكار والملكيات الأدبية مال يمكن تقييمه، بما يشمل الالتزام سالف الذكر.

كما قد يسبب الخطأ أضرار أدبية تجاه شخص تم النيل من شرفه أو اعتباره أو عاطفته أو شعوره، وإن كان من الصعب تقديره، لكن يبقى في الرأي الفقهي الراجح ضرر يمكن التعويض عنه، فمهمة القاضي نظر كل حالة على حدا في تحقق الضرر الأدبي من عدمه ومدى التعويض عنه كوجود حسن النية أو سوءها أو غيره من القرائن التي تكون فيصل في ذلك. (حامد، 2003، ص300، 301)

2. إن الخطأ الناتج عن فعل المدين يشمل فعله الإيجابي والسلبي، ويترتب على ذلك الخطأ أيا كان انشغال ذمته نتيجة ذلك الخطأ، وفي هذه الحالة نجد بأن خطأ المدين وإن لم يكن نتيجة فعل وتصرف حقيقي إيجابي إلا أنه إخلال بالمعنى السلبي، وذلك بالامتناع عن تنفيذ التزام ملقى على عاتقه بموجب اتفاق والتزام في الغالب متقابل، وعليه إن مفهوم الخطأ في موضوع الامتناع، هو مفهوم يشمل الفعل الإيجابي كالأضرار المباشر بفعل يصدر عن المخطئ، أو بفعل سلبي بعدم القيام بفعل يفرضه القانون ذلك أن الامتناع أو الترك يعتبر عمل غير مشروع إذا كان هناك واجب قانوني، والحالة الثانية هي ما يندرج تحتها موضع البحث إذ أن الامتناع عن التسليم في الوقت المتفق عليه خطأ يسبب ضرر للدائن كما أن التأخر في سداد الدين يندرج ضمن ذات مفهوم الخطأ السلبي. (سلطان، 2019، ص303)

كما أن تصرف المدين بعدم الالتزام بما عليه وإن كان تصرف سلبي إلا أنه يندرج أيضا تحت مسمى الخطأ، فبامتناعه عن الوفاء بما عليه فإنه والحالة هذه قد انحرف بسلوكه عن الرجل المعتاد، وقد أخل بما ألزم به نفسه بموجب عقد بينه وبين الدائن.

وهنا وللتوضيح نبين بأن الامتناع المذكور أعلاه بعدم الوفاء بالالتزام يقصد به عدم التزام أي مدين بأي التزام مهما كان نوعه، ولا يتوقف الأمر على الالتزام النقدي فقط فهو يشمل الالتزام بالمعنى الشامل، والذي هو في الحقيقة يتعلق في نهاية المطاف بالتعويض النقدي أو العيني أو بما يمكن تقويمه، وقد تم التفصيل في هذا الموضوع أعلاه، وهنا فإننا نتحدث عن الالتزام المتقابل في العلاقة العقدية، وقد يكون الامتناع موضوعا غير مباشر في الالتزام العقدي، فيكون من لوازم العقد ومقتضياته بحسب المبادئ الشرعية العامة وإن لم يصرح به في العقد. (الجبوري، 2011، ص 515)

ولتوضيح ذلك نضرب المثال التالي، إن التاجر الوكيل لسلعة معينة يقوم بإعطاء حق بيع وتسويق هذه السلعة حصرا لتاجر آخر ضمن منطقة جغرافية معينة ومتفق عليها فعندها لا يحق للتاجر الوكيل تسويق بضاعته في ذات المنطقة الجغرافية.

وحيث لازال الحديث عن الخطأ بشقيه من الفعل الإيجابي والسلبي بالامتناع عن عمل، لهذا يمكن القول: "ان قوام الخطأ هو الانحراف في السلوك، وهذا السلوك إما أن يكون سلوكا إيجابيا متمثلا بالقيام بعمل، أو سلوكا سلبيا متمثلا في الامتناع عن القيام بعمل". (عنان، 2012، ص 6) ومما لا شك فيه أن التركيز على الخطأ السلبي في هذه الرسالة يكمن في موضعها، وهو امتناع المدين عن الإيفاء للدائن، وهو عمل سلبي يقع ضمن التعريف أعلاه ولإزالة أي خلط أو مزج بين السلوك السلبي في المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية نبين بأن القانون قد فرض على أشخاص عمل معين وفي حال امتناعهم عنه فإنهم يسألون قانونيا، أما في المسؤولية العقدية فإن المدين ملزم بعمل ما او الامتناع عن عمل ما ، وفي حال امتناعه عنه وإن كان تصرفه سلبي إلا أنه يسأل عن ذلك أيضا عقديا.

أما عند القول بلزوم التعدي كركن للخطأ فيلزم الوقوف على معنى هذه الكلمة بداية قبل الحديث عن معناها الفقهي، ومن معاني الخطأ لغة: "حاد عن الصواب" (مصطفى، الزيات، عبد

القادر، والنجار، د.ت، ص242)، وهو تعريف لا يتعد كثيرا عن المعنى الفقهي والقانوني للخطأ بحيث انه يمكن إيجاز مفهوم ومعنى الخطأ في القانوني بعبارة مبسطة ألا وهي تجاوز الحدود وبإسقاط هذا المعنى على ركن الخطأ بالمسؤولية، فيمكن القول بأن خطأ المدين يكمن في تجاوزه للحدود التي رسمها القانون أو العقد، وانحراف بسلوكه عن هذه الحدود التي تلزمه بالبقاء على التزامه تجاه الدائن وخاصة إذا كان محل الالتزام ناشئ عن عقد ملزم بموجبه بذل عناية وليس تحقيق نتيجة وكذلك الأمر إن كان الالتزام ناشئ عن مسؤولية تقصيرية.

وللتحديد أكثر فيمكن القول بأن المدين يكون مخلا بالتزامه وان الاخلال سلبي وذلك بعدم السداد أو الإيفاء رغم المقدرة على ذلك، فنحن نتحدث في هذه الرسالة عن حالة معينة بالذات، ألا وهي عدم الالتزام بما استحق للدائن تجاه المدين ، ومما لا شك فيه بأن إفسار المدين أو عدم قدرته عن الإيفاء بالتزامه لأمر خارج عن إرادته يخرج من ضمن ما نتحدث فيه عن هذه الرسالة.

3. إن شرط الإدراك ذو تشعب كبير ولا يمكن الإسهاب به لخروجه عن مضمون الرسالة، فالالتزام الملقى على عاتق المدين اما يكون التزام عقدي متبادل لا يمكن تصويره من شخص غير مدرك، أما إذا تحدثنا عن فقدان هذا الركن بفقدان الأهلية بشكل طارئ ولاحق لنشوء الالتزام فيمكن القول بأنه في هذه الحالة لا بد من العودة للقواعد العامة لفاقد الأهلية، من وجوب مطالبته عبر الوصي أو الولي الشرعي قضائيا واتخاذ المقتضى القانوني الذي نص عليه الشارع.

وحيث ان الالتزام موضوع الرسالة يتحدث عن التزام مادي في ذمة المدين فلا شك بأن أمواله تكون محلا لتعويض الدائن عما لحقه من ضرر، أما الحديث عن ركن الادراك فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية فما ذهب إليه القانون المدني الأردني من وجوب التعويض حتى في حال كون المتسبب بالضرر غير مميز أو مدرك لأفعاله هو اقرب ما يكون لروح العدالة، وإن الاعتداد بشرط الإدراك يفوت على المتضرر حق التعويض، وإن اشتراط الإدراك لتقرير وجود الخطأ من عدمه سيقود بلا

شك إلى نتائج تجافي العدل وتخالف المنطق، فالمسؤولية تتحقق بمجرد وجود الفعل الضار كما ذهب إليه الفقه الإسلامي ونقل عنه هذا التوجه القانون المدني الأردني، وأما التوجه القائل بوجوب الإدراك أو التمييز لوجوب التعويض فقد تعرض لانتقادات كثيرة لمخالفته كما أشرنا لأبسط قواعد العدالة. (الجبوري، 2011، ص522، 521)

الفرع الثاني: الضرر

إن الخوض في الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية، يوجب علينا ابتداء فهم ما ترمي له هذه الكلمة والمراد منها، وماذا أراد الفقه عند اختياره لهذا المصطلح تحديداً، وعليه نقول بأن مفهوم الضرر يتلخص في عبارة ألا وهي "النقص في الأموال والأنفس" (مصطفى، الزيات، عبد القادر، والنجار، د.ت، ص538)، وبهذا المعنى يمكننا القول بأن الضرر حسب هذا المفهوم هو تغير من حال إلى حال وهذا التغير هو تغير للأسوء كونه بالنقص وليس بالزيادة، وهو في المفهوم الفقهي أذى أو تغير في ذمة الدائن المالية نتيجة خطأ المدين، وهو في الحقيقة نتيجة طبيعية للخطأ، وعليه يتوجب التعويض.

وفي حقيقة الأمر عند الحديث عن الضرر فيما يتعلق بموضع بحثنا فإننا نتكلم وبلا شك عن التعويض عن الضرر بكافة أنواعه وبمفهومه العام مادي وأدبي وجسدي، وقد يشتمل الضرر على جانب مادي وأدبي في ذات الوقت، ومثال ذلك أن يترتب على عدم إيفاء المدين بالتزامه أضرار أدبية بالإضافة إلى الأضرار المادية والتي تلحق بالدائن وتؤثر سلباً على مكانته أو مظهره أو مشاعره أو سمعته التجارية، بحيث يعرض مركزه التجاري للأذى ويجب البحث في مدى الارتباط بين هذا الخطأ وبين العمل الذي يزاوله المدين ومدى تأثير ذلك عليه وعلى مركزه، بحيث إذا تعرض هذا الدائن لمنافسة غير مشروعته فإن التعويض سيكون في اتجاهين الأول يتمثل في تعويض عيني بإزالة

ووقف هذه المنافسة الغير مشروعة، والثاني التعويض النقدي عن الأضرار التي تسبب بها المدين في هذه المنافسة غير المشروعة في حال إثباتها. (جبر، 1998، ص169)

وسواء كان الضرر جسدياً أم مالياً أم معنوياً فإن التعويض يكون نقدياً لأن النقد وظيفته إصلاح الضرر الناتج عن الفعل الضار، بالإضافة إلى التعويض العيني في بعض الحالات كما أشرنا سابقاً بحيث ان الضرر كالمنافسة الغير مشروعة يمكن التعويض عنه نقداً في حال تسبب في أضرار مالية للدائن تم اثباتها فعلاً، ولكن تكمن المعضلة هاهنا في استمرار الأضرار بالدائن بحيث يكون هذا الضرر مستمر لا يمكن جبره بالتعويض النقدي فقط، بل يلزم إزالته عبر التعويض العيني بوقف هذه المنافسة غير المشروعة. (الفضل، 1996، ص428)

أما الضرر الجسدي نتيجة عدم الإيفاء بالالتزام فيما يتعلق بموضوعنا فهو أيضاً يقع ضمن حدود ضيقة تشمل كل من المسؤولية العقدية والتقديرية، وإن حصل كل من الضرر المادي والأدبي والجسدي نتيجة خطأ المدين فهو في حالاته الثلاث واجب التعويض، والحقيقة إن للضرر شروط ثلاثة لابد من توافرها، وهي:

الشرط الأول: يجب أن يكون الضرر محققاً

حيث يشترط لقيام المسؤولية ومن ثم إمكانية الحكم بالتعويض أن يكون هناك ثمة فعل أدى إلى حدوث ضرر، وبمعنى آخر أن يكون هذا الضرر حالاً وحاصلاً فعلاً أي أنه قد وقع فعلاً تجاه المضرور بتأثر مركزه بالسلب كما أسلفنا ألا يكون افتراضياً أو احتمالياً. (الجبوري، 2011، ص554)

وهنا يثور التساؤل هل تقويت الفرصة يدخل ضمن الضرر المحقق؟ سيما وأن امتناع المدين على الإيفاء بما عليه من التزام يكون قد حرم الدائن من فرصة تنمية ماله خلال مدة امتناعه عن سداد الدين، وإن مماتلة المدين تكون قد أضاعت فرصة أو أكثر على الدائن في الربح، ونحن نرى

أن فرصة استغلال المال من قبل الدائن فيما لو تم تحصيله من المدين كان وبلا شك يمكن استثماره، ولا يمكن اعتبارها فرصة غير مؤكدة وعلى سبيل الإحتمال، وذلك أن من حق الدائن أخذ فرصته فيما يتعلق باستثمار ماله ولولا تدخل المدين بحجب هذه الفرصة كانت لتسير الأمور حسب طبيعتها ما دامت الفرصة حقيقية وجادة ولها أسباب معقولة ومقبولة لدى القاضي الذي ينظر هذا النوع من الضرر. (العربي، 2015، ص525)

وعليه لا يكون تقويت الفرصة من الأضرار المحتملة أو الافتراضية، وإن كان يصعب تقديرها على أرض الواقع، بل هو ضرر حقيقي ومحقق للدائن، ولكن بالنسبة للقانون المدني الأردني أو قانون المخالفات الفلسطيني فلم ينص صراحة عن حق التعويض عن تقويت الفرصة.

الشرط الثاني: أن يصيب الضرر حقا أو مصلحة مالية مشروعة للمضرور.

ونحن نتحدث هنا تحديدا عن مماثلة المدين، فلا شك بأن الالتزام المقصود هو ضمن ما شرعه القانون وليس خارجا عنه، وهنا فإن أي تعاقد خارج نطاق القانون يخرج من ضمن الحماية التي يقرها القانون.

الشرط الثالث: أن يكون الضرر مباشرا

وهو مثار جدال كبير وخاصة فيما يتعلق بموضوع الرسالة، ويقصد بالضرر المباشر ما لحق بالدائن من أضرار نتيجة مباشرة وفعليه لإخلال المدين بالتزامه، ولا يكفي لانعقاد هذه المسؤولية مجرد وجود إخلال بتنفيذ التزامه، أو بالامتناع عن القيام بما التزم به في العقد أو تأخره في تنفيذ الالتزام بل لا بد من وجود أضرار مباشرة لهذا الإخلال، وإن نكل عن العقد جملة وتفصيلا فلا بد من توافر هذا الشرط بوجود الضرر المباشر. (حسين، 2014، ص56، 57)

وعليه فإنه لا يتصور اعتبار الضرر الغير متوقع من مسؤولية المدين كونه ضرر غير مباشر ولا يمكن توقعه وبالتالي لا يمكن سؤال المدين عنه، وفي هذا الصدد لا بد من التوضيح ان الأضرار

المتوقعة تكون بلا شك مخاوف كل من المتعاقدين عند إبرام العقد وهي في معيار الرجل المعتاد لا تخرج عن هذا النطاق.

وأما الضرر المتوقع فهو الضرر الذي كان متوقعا في سببه ومقداره، وعليه يمكننا التفريق بين الضرر المتوقع وغير المتوقع عبر الوقوف على المخاطر التي توقعها أو افترضها الدائن في حال عدم التزام الطرف الاخر بما عليه نتيجة العقد، ويكون مقدر القيمة بحيث ان مسؤولية كل من يتعاقد تكون محدودة في نطاق العقد، وبما ينتج عن الاخلال ببوده كنتيجة مباشرة فقط. (ابو حطب، 2018، ص46)

وعليه نقول وعلى سبيل المثال إذا تم التعاقد مع أحد الاشخاص (متعهد بناء) التزم بموجبه المتعهد بالقيام ببناء حسب مخططات وتعليمات هندسية محددة، وبموجب عقد موقع بين الطرفين ولكن إخلال المتعهد بما عليه من التزام أدى إلى سقوط البناء ونتج عن ذلك أضرار مادية، وكذلك أدى لوفاة الدائن صاحب البناء نتيجة الصدمة أو الحسرة على بنائه فإنه لا مجال للتعويض إلا عن الضرر المباشر وهو تهدم البناء، وما نتج عنه من أضرار مادية أخرى وخسارة مباشرة فقط، أما وفاة الدائن نتيجة الصدمة لهذا الحدث فلا مجال للتعويض عنها كونها لم تكن متوقعة ولم يكن بالإمكان توقعها.

وهذا الشرط نص عليه صراحة قانون المخالفات المدنية الساري في الأراضي الفلسطينية، والذي اشترطه لقيام المسؤولية المدنية، وذلك عند نصه على حق النصف أو التعويض، والذي لا يكون حسب النص إلا لمن لحق به أذى أو ضرر هذا فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية، أما فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية فيجب أن ينتج عن الإخلال العقدي ضرر للمتعاقد الاخر، وكما ورد في مجلة الأحكام العدلية في المادة (20) الضرر يزال وهو مفهوم عام لجميع أنواع الضرر بما يشمل الضرر الناتج عن الإخلال العقدي أو التقصيري.

وعليه فلن تقوم المسؤولية المدنية إلا بتوافر هذا الشرط وكذلك فعل القانون المدني الأردني ونص المادة (256) سالف الذكر عن وجوب وجود الاضرار بالغير للزوم التعويض، بمعنى أن الفعل أو ركن الخطأ وحده لا يكفي لانعقاد المسؤولية المدنية.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن قانون المخالفات سالف الذكر تحدث عن الضرر والأذى بقوله من لحق به اذى أو ضرر، وذلك بعكس القانون المدني الأردني الذي تحدث فقط عن الاضرار وهو ذاته الضرر وعليه سنبحث في المقصود من هذا التفريق في قانون المخالفات.

وعليه نقول وعند العودة الى كلمة أذى لغة تبين لنا بأن الأذى هو "الضرر غير الجسيم" (مصطفى، الزيات، عبد القادر، والنجار، د.ت، ص12)، بينما تبين أن معنى كلمة (الضرر) هو "ما كان من سوء حال أو فقر أو شدة في بدن" (ص538)، وعليه يمكن القول بأن الفرق بين النصين يعود لاشتمال قانون المخالفات المدنية على التعويض عن الأذى والضرر، فيمكننا القول بأن المقصود كان هو التأكيد على أن كل فعل سبب ضرر كبير أو صغير يلزم فاعله التعويض.

أما تعريف الضرر بأنه ما كان من سوء حال يأخذنا إلى أمر هام، وما يشملته الضرر من أشكال قد تكون على شكل ضرر مادي أو أدبي أو جسدي، حيث سوء الحال لا يتعلق فقط بما أصاب ذمة المضرور المالية وتأثر سلبي حصل في وضعه الاقتصادي، بل أيضا ما أصاب جسده أو عاطفته أو شعوره، وعليه إن المشرع وعند وضعه لكلمة ضرر كان موقفا دون الإشارة الى أنواع الضرر صراحة ولشمول تعريف الضرر لأمر لا يمكن حصرها كما سلف عن ماهية المسؤولية المدنية.

وقد يجتمع الضرر المادي والأدبي معا فيكون المتسبب في الضرر مسؤول عن التعويض عن كليهما كأن يقوم شخص بالتشهير بشخص صاحب اسم تجاري فيكون أضره بشخصه وبتجارته معا.

وعليه وفي هذه الحالة يكون المدين مسؤول عن التعويض في كلا الحالتين، كذلك يعتبر ضرراً مادياً كل مساس بحقوق الشخص المالية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الدائنية وحقوق المؤلف والمخترع. (العقرباوي، 2019)

وعليه يمكن القول بأن الضرر بمستأجر العقار ومنعه من الانتفاع بالمأجور وفق عقد الإيجار يعتبر ضرراً واجب التعويض، وكذلك الأمر بالنسبة لحق الارتفاق وكذلك الأمر بالنسبة لحقوق الملكية الفكرية فهي تتدرج تحت الأضرار المادية والأذى الذي يصيب الذمة المالية للمؤلف أو صاحب حق النشر، وقد يجمع في هذه الحالة -الحقوق الفكرية- كل من الضرر المادي والأدبي كما أسلفنا.

الفرع الثالث: علاقة السببية

إن علاقة السببية بين الخطأ والضرر هي مطلب لا بد من توافره لتحقيق مسؤولية المدين، وذلك إن علاقة السببية هي من بديهيات الأمور والتي لا خلاف عليها فقهاً وعقلاً، علماً أن قانون المخالفات المدنية النافذ في فلسطين قد نص صراحة على هذا الركن بقوله لكل من لحق به أذى أو ضرر، بسبب مخالفة مدنية وهنا كان النص، بأن يكون الضرر بسبب هذه المخالفة ليحق له المطالبة بالتعويض أو النصف كما ورد في المادة الثالثة من قانون المخالفات المذكور فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية.

وهذا ما أكده القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 في المادة (261) حيث جاء فيها: "إذا أبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك".

وهنا نجد بأن المشرع الأردني قد مثل على السبب الأجنبي دون حصرها بكلمة مفصلية في تحديد السبب الأجنبي بقوله (لا يد له فيه)، وهذا يشمل أمور أكثر بكثير مما تم ذكره في هذه المادة على سبيل المثال لا الحصر، وعليه كان المشرع الأردني موفق بهذا النص لأنه أقرب لروح العدالة من حيث عدم حصر هذه الحالات.

أيضا فإن الضرر قد ينتج عن أكثر من شخص وبالتالي يتم توزيع المسؤولية المدنية على كل من المتسببين فيه كل بمقدار الضرر الذي تسبب فيه للمتضرر.

كما ان المقصود بوجود وجود علاقة سببية لا يقصد به في حال من الأحوال ربط أي ضرر نتيجة الإخلال بعلاقة السببية مهما كان هذا السبب بعيدا أو غير مباشرا، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، وتنتفي علاقة السببية في حال كان الخطأ هو السبب في الضرر ولكنه ليس السبب المنتج أو السبب المباشر في تحقق الضرر، وهذا الأمر تشترك فيه كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية. (السنهوري، 2009، ص774، 775)

وهنا حتى لا نكرر ما ورد سابقا نقول أن المقصود بعلاقة السببية إنما هو ربط الفعل الضار أو الإخلال العقدي بالنتيجة المباشرة له فقط ولا يتعدى ذلك إلى كل ضرر غير متوقع.

كما أن الحديث عن الضرر المتوقع يلزمنا بالحديث عن حالتين يجب التفريق بينهما في حالة الإخلال العقدي، الأولى يكون فيها المدين وبموجب العقد المبرم ملزم بأداء ما عليه من التزام وعليه بذل الجهد وقد ينشأ عن ذلك تقصير وإخلال، وفي هذه الحالة لا يكون ملزم إلا بالتعويض عن الضرر المباشر والمتوقع.

أما الحالة الثانية فتكون في حال صدور غش أو تدليس أو خداع من قبل المدين أثناء تنفيذه لبنود العقد فإنه والحالة هذه ملزم بالتعويض بكل ما صدر عنه من إخلال، وبالتالي فإن التعويض

يكون ملزم للمدين في كل الأحوال وإن تم الاتفاق العقدي على إعفاء المدين من المسؤولية في حال إخلاله بالعقد وعدم تنفيذه لبنوده، لأنه والحالة هذه يكون الاتفاق غير مشروع. (ص754)

وحيث أن علاقة السببية ركن أساس في دعوى التعويض فكان لا بد من إثبات تحققها قبل الحكم بالتعويض، وحيث أن الأصل في المعاملات براءة الذمة فكان لا بد من جعل إثبات علاقة السببية بين الفعل والضرر تقع على عاتق الدائن وليس المدين، وذلك عبر تقديم قرائن أو أدلة تربط بين الخطأ والضرر، ولا يطلب من الدائن أدلة قاطعة، وهذه الأدلة تكون كافية لنقل عبء الإثبات ليصبح على المدين ويستطيع المدين أن ينفي علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر الذي أصاب الدائن، وذلك بإثبات السبب الأجنبي. (نصره، 2006، ص21)

وبناء على ما ذكر أعلاه فإنه لا مجال للتعويض إذا عجز الدائن عن ربط إخلال المدين بالضرر المتحصل له عبر علاقة سببية مباشرة تقود للحكم بالتعويض بمقدار الضرر المتوقع. وقد يشترك بهذا الحدث -الخطأ- عدة أشخاص ولكن يجب البحث في السبب الذي أدى إلى النتيجة وهي الضرر، فعلى سبيل المثال قد يلقي عدة أشخاص في الطريق العام نفايات أو مخلفات بناء قد تسبب حادث ينتج عنه ضرر فلا يمكن محاسبة كل من ألقى في الطريق هذه المخلفات وإنما فقط من تسببت نفايته بالحادث، هذا وإن كانوا جميعا مخالفين للقانون جزائيا، ولكن الحديث هنا عن المسؤول عن التعويض عن الاضرار بمن وقع عليه الضرر فقط.

وبهذا المعنى في حال ثبوت وجود سبب أجنبي لا يد للمدين فيه كقوة قاهرة أو خطأ من المضرور نفسه أو من الغير، كان المدين غير ملزم بتعويض هذا الضرر، إلا طبعا في حال وجود اتفاق عقدي واضح وصريح يوجب التعويض حتى في حال وجود السبب الأجنبي كما سلف.

كما يجب الإشارة أن الخطأ قد ينتج عنه ضرر مرتد وقد تمتد آثاره لتصيب أشخاص آخرين تربطهم بذلك المتضرر رابطة معينة تجعلهم يتأثرون ماديا أو معنويا، وفي هذه الحالة فإن المتسبب

بالضرر ملزم بتعويض المتضررين من الضرر المرتد وإن لم يقع عليهم الفعل الضار مباشرة. (جبر،

1998، ص25)

المبحث الثاني: طبيعة المسؤولية المدنية للمدين الموسر وطبيعة التعويض عنها

إن الحديث في هذا المبحث عن عناصر المسؤولية المدنية للمدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء يلزمنا بالوقوف على جانب مهم لتوضيح هذه العناصر، وذلك بالبحث في الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية عبر شقيها من مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية وستكون ضمن المطلب الأول لهذا المبحث، أما المطلب الثاني فسيتم التطرق للمقصود بالتعويض عن إخلال المدين الموسر وطبيعته.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية

للبحث في الطبيعة القانونية لمسؤولية المدين عن عدم إيفائه بشقيها العقدية والتقصيرية، يلزم الباحث العودة إلى طبيعة ونشأة هذه المسؤولية، فإذا كان هذا الالتزام قد استحق في ذمة المدين نتيجة إخلاله باتفاق مسبق بينه وبين الدائن، فإننا نكون أمام علاقة عقدية وبالتالي تكون المسؤولية عقدية ناتجة عن رابطة عقدية بين الدائن والمدين، وهذه ستكون ضمن الفرع الأول تحت عنوان المسؤولية العقدية للمدين الموسر.

أما في حال كون الالتزام تجاه الدائن ناتج عن مخالفة قانونية تحقق بموجبه على المدين التزام مالي تجاه الدائن، فإننا نكون أمام مسؤولية تقصيرية وسيتم بحثها ضمن الفرع الثاني تحت عنوان المسؤولية التقصيرية للمدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء، وسيتم التفصيل والبحث في كل من الفرعين مع ضرب الأمثلة التوضيحية للوقوف على حقيقة كل منهما.

الفرع الأول: المسؤولية العقدية للمدين الموسر

يقصد بالمسؤولية العقدية للمدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء تتجسد بنوع العلاقة التي أنشأت هذه المسؤولية، ففي هذه الحالة يكون مصدرها إخلال المدين بالتزام قد ألزم به نفسه، بموجب اتفاق عقدي بينه وبين الدائن فتكون مسؤوليته عقدية يحكمها ويحدد مداها العقد من جهة والقواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية من جهة أخرى (الدناصوري والشواربي، 2000، ص 11).

وهنا نكون أمام إحدى فرضين أما أن ينص ذات العقد على طبيعة التعويض عن عدم الالتزام، بحيث يتفق الفريقان بموجب بنود العقد على قيمة التعويض وافترضاها في حال الإخلال أو عدم النص صراحة على وجوب التعويض وبالتالي يتم الالتجاء إلى القضاء لتحديد مقدار التعويض عبر الخبراء.

ولانعقاد المسؤولية العقدية يجب أن تتوافر ثلاثة أركان ، الأول وجود عقد بين المدين والدائن، وأن تكون عناصر الانعقاد متوافرة من حيث التراضي فهو عقد رضائي، فتسري القواعد العامة في نظرية العقد، من ذلك التعبير عن الإرادة تعبيرا صريحا أو تعبيرا ضمنيا، والوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره (السنهوري، 2021)، وأيضا ألا يكون التعاقد في مرض الموت لتعلق حقوق الدائنين والورثة بالتركة من وقت حدوث ذلك المرض، وغيره من الشروط التي افترضها القانون لصحة التعاقد وكافة الأحكام العامة التي تنظمها نظرية العقد في هذا الصدد. (البعلي، 1985، ص 104)

أما الركن الثاني لانعقاد المسؤولية العقدية هو أن تكون هذه المسؤولية ناتجة عن الإخلال بالتزام عقدي صحيح وفق أحكام القانون وقواعده ليحظى بالحماية التي يفرضها القانون، وإلا فلا مجال لمسؤولية منبثقة عن التزام عقدي مخالف للقانون وأحكامه، وعليه فلا بد أن ينشأ العقد بين الدائن والمدين ابتداء صحيحا، وذلك لنكون أمام مسؤولية ضمن نصوص القانون.

فلا مجال للمطالبة بالتعويض عن الإخلال بالالتزام نتيجة عقد باطل، وقد ورد في مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة (2012) تفصيلا وافيا بما يتعلق بصحة العقود وبطلانها من المادة (72) وما يتبعها من مواد مفصلة عن أركان العقد، وعن طبيعة العقد الصحيح فلا بد للرجوع لنص القانون المدني الأردني لسنة 1976 حيث عرف العقد الصحيح بالمادة رقم (167) بأنه: "العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادرا من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم".

أما الركن الثالث لانعقاد مسؤولية المدين تجاه الدائن نتيجة إخلاله، فهو تحقق الضرر نتيجة هذا الإخلال وعليه إذا كان التزام المدين في العقد المبرم بينه وبين الدائن على سبيل المثال هو تسليم البضاعة المتفق عليها في يوم محدد وأخل المدين بالتزامه وقام بتسليمها خلافا للعقد في اليوم الذي يليه ولم يتحقق الضرر للدائن فلا مجال للتعويض عن هذا الإخلال، إذا ان التعويض منوط بالضرر وهذا ما أكدته القانون المدني الأردني وكذلك التشريع النافذ في فلسطين، فالتعويض يقوم في إحدى حالتين هما الحاق الخسارة او فوات الربح وقد تجتمع هاتين الحالتين ، فيتمثل حينها جبر الضرر بتعويض الدائن عما لحق به من أضرار نتيجة فعل المدين، بالإضافة عن تعويضه عما فاتته من ربح ويخضع الأمر برمته للقضاء في الفصل في كل دعوى على حده.

وتأسيسا على ذلك كان الارتباط وثيقا بين تحقق الضرر والمسؤولية المدنية، عند الحديث عن التعويض بالقول إن كل من تسبب بضرر للغير فإنه ملزم بالتعويض. (عبد الجبار، 2016، ص 83) وعليه فإن مجرد الإخلال لا يوجب التعويض وإلا ان الوصف لهذا هو الإثراء غير المشروع، ولكن يبقى على الدائن إثبات عنصر الضرر، فكما أشرنا في المثال السابق حول التأخر في تسليم البضاعة في اليوم المتفق عليه، فإن نتج عن هذا الإخلال في التسليم ضرر فلا بد من قيام الدائن بإثبات ذلك عبر البيئة وإقناع المحكمة بذلك، لكي يتسنى الحكم له بالتعويض.

وأيضاً في حال امتناع المدين بتسليم البضاعة كلياً فإننا نكون أمام ادعائين لجبر الضرر، الأول الطلب بإلزام المدين بتنفيذ التزامه العقدي وهو موضح ضمن بنود العقد والاتفاق بين الطرفين، ويكون ملقى على عاتق المدين التخلص من هذا الإيداع عبر اثبات إيفائه بالتزامه، أما الادعاء الثاني فيكون بطلب التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم إيفاء المدين بالتزامه العقدي، والضرر المباشر يشمل عنصرين الأول الخسارة التي لحقت المضرور والثاني الكسب الذي فاتته بسبب الفعل الضار، ويكون في هذه الحالة وكما أسلفنا قد ألقى على عاتق الدائن إثبات الضرر بعكس الطلب الأول وهذا يعود لأمر أساساً ان تنفيذ العقود يخضع من حيث الأساس لمبدأ حسن النية. (الفكاهاني، **جميعي، حسني، مذكور، وحتوت، 2001، ص 1389**)

ورغم ما ورد في مجلة الأحكام العدلية ان شروط العقد تخضع لسلطان الإرادة لأطرافه، وبأن العقد شريعة المتعاقدين إلا أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها، وبالتالي فإن هنالك عدة عوامل يجب الوقوف عليها قبل الحكم بتحقيق الإخلال أو الضرر من عدمه وهذه العوامل لا يمكن حصرها، فهي على سبيل المثال قد تتعلق بظروف تنفيذ التزامات العقد والعادة والعرف والظروف الطارئة ومدى تأثير تنفيذ الالتزام العقدي بها، وحول وجود شروط مجافية للعدالة فإذا تبين للقاضي وجود شرط مجحف بحق فريق جاز للقاضي إعفاء المدين من هذا الشرط أو تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة او فسخه .

وقد نص على ذلك كل من القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني بإطلاق يد القاضي في الوقوف على طبيعة وحقيقية شروط العقد، وهذا لا يتناقض مع ما أقره كل من الفقه والتشريعات المدنية الحديثة مع مبدأ سلطان الإرادة عند إبرام العقود وإنشاء التصرفات القانونية المنبثقة عنه، فإن تصرف الفرد مع الجماعة مناطها الإرادة الحرة، فالإرادة الحرة هي إذا مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها، ولكن هذا السلطان يجب أن يكون ضمن حدود مقبولة لغايات تحقيق

التوازن ما بين الإرادة والعدالة، فيما بين أطراف هذه العلاقة والمصلحة العامة التي هي مقدمة على الصالح الخاص وحقوق وامتيازات كل من طرفي العقد. (نصره، 2006، ص211)

وعليه وإن أعطي الحق في حرية التعاقد من عدمه والوقوف على شروط العقد وآثاره، إلا أنه لا يجوز الخروج على الحدود التي رسمها القانون وفق الصالح العام، فالتعسف في استعمال الحق وطلب التعويض وإن كان ناتج عن اتفاق عقدي وموافقة المدين إلا أنه قد يكون مخالفاً لمبدأ حسن النية وقواعد العدالة والنظام العام. (السنهوري، 2009، ص153)

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفلسطينية حيث جاء في حيثيات أحد أحكامها: "ومن ثم إذا قام شخص مرخص بقيادتها دون أن يستأذن لقيادتها قبل أن يستعملها فإن ذلك لا يبزر امتناع شركة التأمين عن دفع التعويض الناتج عن الحادث لأن قيادتها دون إذن لا أثر له في وقوع الحادث، ويكون الشرط تعسفياً كذلك كان المؤمن له حسن النية في إخلاله بالتزامه ولم يترتب على هذا الإخلال ضرر للمؤمن"⁽¹⁾، ومن هنا يتبين بأن وجود حسن النية لدى الدائن وعدم تأثير الإخلال الذي حصل من قبله على بنود العقد جعل من الشرط الوارد في العقد -بوليصة التأمين- شرطاً تعسفياً وإن خضع لموافقة الطرفين.

وكذلك كان الرأي لمحكمة التمييز الأردنية في حيثيات إحدى قراراتها حول حدود مبدأ سلطان الإرادة وقد جاء فيه: "لما كان ذلك وكانت العلاقة بين الطاعن والمميز ضده تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة فإن قرارات البنك المركزي لا تعتبر على إطلاقها من قبيل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام ولا يترتب البطلان على مخالفتها فيما تعقده البنوك مع عملائها من عقود مصرفية إلا إذا تجاوز سعر الفائدة المتفق عليها الحد الأقصى الذي تحدده تلك القرارات، اعتبار

(1) انظر قرار محكمة النقض الفلسطينية نقض حقوق رقم 81/2004 قرار رقم 127 موقع المقتني الإلكتروني منظومة القضاء والتشريع في فلسطين جامعة بيرزيت، تاريخ الاقتباس 2022/12/21 الساعة 8 مساءً.

بأن الحد الأقصى المقرر للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها قانونا هو مما يتصل بقواعد النظام العام التي تستوجب حماية الطرف الضعيف في العقد من الاستغلال. ومؤدى ذلك أن العقود السابقة على صدور قرار برفع الفائدة تبقى محكمة⁽¹⁾، وعليه فلا مجال لإعمال مبدأ سلطان الإرادة كما ارتأت محكمة التمييز في الاتفاق على فائدة قانونية تزيد على ما نظمها القانون.

وعليه لا بد من التأكيد بأن الحق في التعاقد ليس مطلقا فيرى أحد أساتذة القانون بأن: "القانون حين إنشائه لالتزامات على عاتق أفراد المجتمع، لا ينشئها اعتباطا، بل يكون مدفوعا باعتبارات ومعايير اجتماعية أو اقتصادية، تركز على مبادئ التضامن الاجتماعي" (الجبوري، 2011، ص758)، وبالتالي فإن الأمر برمته يخضع لتقدير قاضي الموضوع والمحكمة المختصة لنظر طلب التعويض وجودا وعدما.

وقبل الانتقال للمطلب الثاني لا بد من التوضيح بأن التعويض الناتج عن العقد يأخذ إحدى صورتين، الصورة الأولى النص صراحة على مقدار التعويض في حال إخلال أحد الأطراف بالالتزام الملقى على عاتقه من خلال شرط جزائي محدد القيمة في حال الإخلال، وهذا التقدير يكون جزافيا ، وفي هذه الحالة يكون للمحكمة التي تنتظر طلب التعويض إحدى ثلاثة حالات إما الحكم بقيمة الشرط الجزائي إذا تبين لها أن الضرر الحاصل نتيجة إخلال المدين يتساوى مع قيمة الشرط الجزائي، أو الحكم بأكثر أو أقل من قيمة الشرط الجزائي تبعا لمقدار الضرر، وأما الخيار الثالث وهو عدم الحكم بقيمة الشرط الجزائي لعدم إثبات الضرر. (الذنون والرحو، 2004، ص108)

(1) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1208 لسنة 2019 الصادر بتاريخ 2019/12/31، موقع قسطاس الالكتروني مكتبة الجامعة العربية الامريكية، تاريخ الاقتباس 2022/12/221 الساعة 8 مساء.

كما أن القاضي وفي كل الأحوال غير ملزم بالحكم بالتعويض إلا بتحقق الضرر، وإن وجود الشرط الجزائي المتفق عليه بين الفريقين بالتعويض لمجرد الإخلال هو شرط لا سند قانوني له وإثراء غير مشروع مخالف للقانون.

أما الصورة الثانية وهي عدم النص صراحة على وجوب التعويض في حال الإخلال وتحقق الضرر، وفي هذه الحالة يكون العود للقواعد العامة في التعويض وما اشترطه القانون باشتراط أمور ثلاثة فعل ضار وضرر وعلاقة سببية، وعليه نقول بأنه ورغم عدم وجود نص على التعويض في حال الإضرار فإن للمتضرر الحق في اللجوء إلى القضاء والحصول على التعويض.

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية للمدين الموسر

تنشأ المسؤولية المدنية التقصيرية نتيجة قيام شخص بعمل غير مشروع خلاف نصوص القانون تجاه شخص آخر، وينتج عنه ضرر وهنا يكون المتسبب في الضرر مدينا تجاه المتضرر وهو الدائن بقيمة التعويض عن الضرر وهو الدين.

وإذا كانت المسؤولية العقدية هي التي ترتب تعويض على المدين نتيجة عدم التزامه بما القى على عاتقه من التزام بموجب العقد، فإن المسؤولية التقصيرية هي التي ترتب وجوب التعويض على الشخص نتيجة الإخلال بالتزام يفرضه القانون، وهو وجوب عدم إلحاق الضرر بالغير بأي طريقة كانت، وإن كان سبب الضرر هو امتناع المتسبب عن عمل هو ملزم به قانونا، كامتناع مصلحة التنظيم عن وضع إشارات تنبيهية بوجود خطر حفر أثناء عملها بالطرقات، وعليه يكون المتسبب في

الضرر (المدين) ملزم بتعويض المتضرر عما لحقه من ضرر. (سليم، 2003، ص83)

وهنا وبإسقاط هذه المسؤولية على عنوان الدراسة -المسؤولية المدنية للمدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء- وكيفية الربط بينهما، فإننا نقول بأنه ومجرد تحقق الضرر أصبحت ذمة المدين

مشغولة تجاه الدائن-المتضرر - بالإضافة إلى توافر باقي أركان المسؤولية كما سلف، وعليه فإن أي ماطلة في تعويض الدائن ترتب ضرر إضافي يلقي على عاتق المدين.

وعليه فإن المسؤولية التقصيرية هي إخلال قانوني، وإن استحقاق الدائن - المتضرر - للتعويض كان نتيجة قيام المدين بفعل مخالف للقانون تجاه الدائن مما تسبب عنه ضرر، وقد ينتج عن المسؤولية التقصيرية بالإضافة إلى المسؤولية المدنية (التعويض) مسؤولية جزائية فقد يترتب على العمل الواحد مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية كالقتل والسرقة والسب والقذف. (السنهوري، 2004، ص308)

وذلك بعكس المسؤولية العقدية التي لا يتصور وجود مسؤولية جزائية نتيجة الإخلال العقدي إلا إذا نتج عن الإخلال العقدي مسؤولية تقصيرية، ومثال على ذلك أن يكون هنالك عقد توريد بين مقاول بتوريد أسطوانات اكسجين لأحد المشافي فيقوم المورد (المتعاقد) بتوريد أسطوانات بها خلل معين، وينتج عنه حادث يؤدي لوفاة أحد المرضى أو العاملين في المشفى عندها ستكون مسؤولية المتعاقد تتجاوز بنود العقد لمخالفة قانونية جزائية، وعليه فإن كان هذا المورد ملتزم بتوريد هذه الأسطوانات فإنه ضامن لها من حيث مطابقتها للمواصفات حيث إن عقود المعاوضات تستوجب الضمان بصورة عامة. (الاحمد، 2002، ص17)

كما أن هنالك عدة فروق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية سنذكرها للتوضيح ولأهمية هذا التمييز في البحث في التعويض الناتج عن كل منهما وهذه الفروق تتلخص بعدة أمور:

أولاً: من حيث الأهلية حيث يشترط الأهلية للشخص المتعاقد وما تم سرده من شروط يستوجبها القانون لصحة التعاقد بخلاف المسؤولية التقصيرية التي يكفي فيها التمييز والإدراك للشخص وعواقب تصرفاته.

ثانيا: إن الخطأ في المسؤولية العقدية هو تحقيق غاية أو بذل عناية فإذا كان الالتزام تحقيق غاية تتحقق المسؤولية عن عدم تحقيق النتيجة، إلا بحدوث سبب أجنبي أما إذا كان الالتزام ببذل عناية فإن الخطأ يقاس بمعيار الرجل العادي ولا تقوم المسؤولية عن الخطأ البسيط عكس المسؤولية التقصيرية.

ثالثا: إن الاعذار في المسؤولية العقدية أمر لا بد منه، ولا تتحقق المسؤولية العقدية إلا بعد إخطار وإنذار المدين من قبل الدائن عكس المسؤولية التقصيرية التي لا تحتاج إلى إخطار للمطالبة بالتعويض وإنما يكفي حصول المخالفة القانونية وتحقق الضرر.

رابعا: إن أحكام المسؤولية التقصيرية أفضل للمضروب من جهات عديدة لأنها أوسع نطاق من المسؤولية العقدية، كذلك في المسؤولية التقصيرية يعرض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع أما في المسؤولية العقدية فلا يعرض إلا عن الضرر المباشر المتوقع ويمتد للضرر المرتد كما أسلفنا سابقا.

خامسا: إن المسؤولية العقدية هي إخلال بالالتزامات العقدية أما المسؤولية التقصيرية هي الإخلال بالالتزام قانوني وهو عدم الإضرار بالغير (جميل، 2021، ص73، 74)، وهنا لا بد من التأكيد على أن شرط التمييز الوارد لانعقاد المسؤولية المدنية التقصيرية لم يأخذ به القانون المدني الأردني عندما نص صراحة على أن المتسبب بالضرر ملزم بالتعويض ولو كان غير مميز كما جاء معنا سابقا وذلك بعكس القانون المدني المصري الذي لم يوجب التعويض في حال عدم الإدراك. (حسين، 2014، ص41)

سادسا: إن الإثبات في المسؤولية العقدية ملقى على عاتق المدين وذلك بإثبات أنه قام بما عليه من التزام بعكس الإثبات في المسؤولية التقصيرية فإنها تكون على الدائن بإثبات قيام المدين بخرق القانون.

سابعاً: من حيث التقادم إن المسؤولية العقدية تتقادم بمرور خمسة عشر سنة أما المسؤولية التصيرية فيحدد مدة تقادمها القانون المدني في كل دولة، وتختلف من تشريع لآخر أما قانون المخالفات المدنية والذي هو بمثابة القانون المدني الساري في فلسطين فقد حددها بمدة عامين فقط، كما أن أمر الإخطار الوارد في الاختلاف الثالث بين المسؤوليتين على قدر كبير من الأهمية، حيث إن على الدائن في الالتزام العقدي واجب بإخطار المدين بوجوب تنفيذ التزامه وما تحصل له من ضرر نتيجة الإخلال، بعكس المسؤولية المدنية التي لا تتطلب الإخطار. (السنهوري، 2004، ص311)

وتجدر الإشارة بأن هنالك أهمية كبيرة لأمر الإخطار في الإلتزامات العقدية فإذا لم يتم الدائن بإخطار المدين بوجوب التزامه بما تم الاتفاق عليه أو ترك هذا الإخلال والضرر يتفاقم، فإن المدين لا يكون مسؤولاً إلا بالقدر المتعارف عليه في مثل هذا النوع من العقود، وإن أي يد للدائن في زيادة الضرر وإن كان بمجرد سكوته تكون المسؤولية عليه فلا يحق له التعسف في استخدام هذا الحق. وحول كيفية إسقاط موضوع المسؤولية التصيرية على موضوع البحث وهو -المسؤولية المدنية للمدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء- فيمكن القول بأنه لا شك بأن المدين في حالتنا هذه لم يخل بالتزامه وفق إطار معين معلوم الحدود مسبقاً، وإنما كان عمله المخالف للقانون هو من جعل منه مدين تجاه المضرور (الدائن).

وعليه فإننا نرى بأن للدائن في هذه الحالة حق والتزام على المدين مستحق الأداء بالتعويض من لحظة تحقق المسؤولية بأركانها الثلاثة الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وألا يكون تاريخ منطوق الحكم هو تاريخ الالتزام، فعلى سبيل المثال إذا قام شخص بأعمال حفر بجوار بناء وتسبب بضرر لجاره أدى إلى انهيار جزء من مبناه فإن صاحب البيت يكون الدائن المستحق للتعويض من لحظة حصول الضرر، وعليه إذا قام المتسبب بالضرر بعدم الإيفاء بهذا الحق مباشرة عبر كسب مزيد من

الوقت ومماثلة المتضرر فيحق للمتضرر المطالبة بتعويض يضاف إلى مبلغ التعويض الأصلي، وسيتم التفصيل في هذا الأمر لاحقاً في هذا البحث عند الحديث عن التعويض. (جبر، 1998، ص183)

وعليه فإن المطالبة بالتعويض نتيجة تحقق المسؤولية التقصيرية ومن ثم تحقق الضرر أمام القضاء يأخذ صورتين كما أسلفنا، الأول المطالبة بالتعويض عن الضرر والثاني المطالبة بالتعويض عن المماثلة في دفع التعويض وهنا نقول، ان كان الحكم بالتعويض عن الضرر لا خلاف فيه وهو أمر حتمي أمام القضاء بعد الإثبات إلا إنه يدب الخلاف في أمر الحكم بالتعويض عن مدة التقاضي، وهنا يختلف القضاء الفلسطيني والقضاء الأردني في هذا الصدد وحيث سيتم التفصيل في هذا الأمر في السطور اللاحقة فلا داعي لذكرها في هذا الفصل.

المطلب الثاني: التعويض وطبيعته

سيتم خلال هذا المطلب الوقوف على مفهوم التعويض عن الأضرار التي تسبب بها المدين للدائن سواء لانعقاد مسؤوليته العقدية أو التقصيرية أو كلاهما معاً، وذلك عند تحقق الضرر وكذلك البحث في صور التعويض وتاريخ استحقاقه، وكذلك سيتم البحث من خلال فرع ثان في هذا المطلب بأنواع التعويض وطريقة تقديره عند إخلال المدين وذلك كله من خلال فرعين.

الفرع الأول: المقصود بالتعويض عن إخلال المدين وصوره وتاريخ استحقاقه

سيتم خلال هذا الفرع البحث في المقصود بالتعويض عبر جبر الضرر بتعويض الدائن بأشكال تتعدد سيتم ذكرها وذلك حسب طبيعة الضرر المتحقق بحيث يأخذ جبر الضرر صور عدة، كما سيتم البحث في تاريخ استحقاق هذا التعويض من حيث وقت تقدير التعويض عن الضرر.

أولاً: التعريف الشامل للتعويض يكمن في فهم الغاية من فرضه على المدين لصالح الدائن، فنجد أن الغاية كانت جبر الضرر أو الخلل أو الأذى الذي الحقه المدين بالدائن، بمعنى أن التعويض هو جبر الضرر وإعادة حال المضرور إلى ما كان عليه قبل فعل المتسبب في الضرر، ويشمل ذلك الضرر المادي الأدبي أو المعنوي أو الجسدي.

وكان الأصل في الفقه الاسلامي جبر الضرر يكون بتعويض الدائن تعويضا عينيا ما أمكن لذلك سبيلا، فإذا تعذر التعويض العيني فيصار إلى التعويض القيمي، وكذلك التعويض في الفقه الغربي فيكون تعويضا عينيا بإرجاع الحال إلى ما كان عليه المضرور قبل فعل المدين، ومثال ذلك كمن يبني جدار دون منفعة وكان القصد من ذلك هو إيذاء جاره بإغلاق منافذه، فيكون في الحالة هذه متعسفا في ذلك ومسؤول تقصيريا عن هذا الضرر ولا يمكن جبر الضرر إلا بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل فعل المدين، وبالعكس ذلك إي إذا استحال التنفيذ العيني لأي سبب يصار إلى التعويض النقدي. (الفكاهاني، جميعي، حسني، مذكور، وحتوت، 2001، ص1386)

ومن هذا التعريف يتبين لنا أن التعويض يأخذ إحدى صورتين وهما:

1. التعويض غير النقدي، ويختلف عن التعويض النقدي من حيث أخذه لصور عدة لا يمكن حصرها، فهي تتعدد تبعا لالتزام المدين فمن الممكن أن تكون على شكل إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل فعل المدين، أو الزام المدين بتنفيذ التزامه وهذا يسمى التعويض العيني، وقد تكون تعويضا أدبيا عبر الاعتذار أو التبرئة وذلك بالنشر في الصحف، ويشترط لأن يصار إلى التعويض غير النقدي أن يكون ممكن وألا يكون مرهقا للمدين، وإلا يصار إلى التعويض النقدي وهو غالبا ما تلجأ إليه محكمة الموضوع في حال تعذر الحكم بالتنفيذ العيني أو كان ذلك التنفيذ مرهقا للمدين، فالأصل في التعويض هو جبر الضرر دون زيادة أو نقصان فمتى تحققت هذه الغاية وجبر الضرر برأت ذمة المدين. (الفضل، 1996، ص428)

2. التعويض النقدي هو التعويض الذي يتم من خلاله جبر الضرر في معظم حالات التعويض، سواء كانت أضرار مادية أو معنوية أو جسدية، وذلك عبر النقد ويكون هذا النوع من التعويض الأعم الأغلب في دعاوي المسؤولية التقصيرية، والأصل في التعويض النقدي أن يكون عبر مبلغ محدد يدفع دفعة واحدة لصالح المضرور، ولكن جاز للقاضي الحكم بالتعويض عن طريق تقسيط مبلغ التعويض على دفعات، أو قد يكون التعويض على شكل مرتب مدى الحياة، أو الحكم بمرتب للمضرور حتى شفائه التام وعودته الى العمل، ويكون ذلك غالبا في التعويض عندما تكون شركة التأمين هي المسؤولة عن التعويض، وأمر التقسيط والتجزئة يعود لظروف كل دعوى وفق تقدير قاضي الموضوع. (باشا، 2005، ص218-220)

ثانيا: وقت تقدير التعويض

إن من أصعب العوارض في تقدير التعويض القضائي هي العوارض المتعلقة بالضرر ذاته وتفاقمه مع مرور الزمن و تحديدا بالمدة الزمنية التي أحجم فيها المدين عن الإيفاء بالتزامه، والذي ينصب مباشرة على موضوع الدراسة وهو امتناع المدين الموسر عن الإيفاء رغم أنه موسر وقادر على الإيفاء، والحديث هنا ينصب مباشرة عن المدة الواقعة بين حدوث الضرر وبين التعويض الفعلي عن هذا الضرر، فالتساؤل الذي يثور في كثير من الأحيان عند حكم محكمة الموضوع بالتعويض العادل، على أي وقت تستند فيه لتقدير الضرر هل هو وقت حدوث الضرر أم وقت الحكم فيه؟ (جبر، 1998، ص182)

وهو أمر مثار للجدل انقسم فيه الفقه إلى قسمين ولكل حجته وأسانيده، فذهب رأي إلى وجوب التعويض من تاريخ الحكم، وأيد رأيه بما قد يطرق على الضرر من تغيرات في الضرر ذاته من تفاقم وازدياد حالة المضرور سوءا، وبالتالي زيادة مقدار التعويض، وقد تتغير القيمة المالية بالنسبة لقيمة الضرر من وقت الفعل لحين الحكم، وبالتالي زيادة خسارة الدائن وقد يكون العكس تماما بتحسن حالة

المضرور، لذا كان يرى هذا الجانب من الفقه بأن الأصل في وقت احتساب التعويض هو وقت صدور الحكم وهو أقرب لروح العدالة كما يرى هذا الجانب من الفقه.

أما الاتجاه الثاني فيرى أن تاريخ وقوع الفعل الضار وتحقق أركانه هو التاريخ الذي يستحق فيه المضرور التعويض، ويؤيد رأيه بأن قرار المحكمة هو قرار كاشف للحق وليس منشيء له، وقد كان القضاء الفرنسي يأخذ بالرأي الثاني بالحكم بالتعويض من تاريخ صدور الفعل الضار إلا أنه عدل عن ذلك للرأي الأول وذلك ليتسنى له معرفة درجة الضرر، والوقوف على الحالة النهائية للضرر عند استقراره، وفي حقيقة الأمر فإن كل من القانون المدني الأردني وقانون المخالفات المدنية ومجلة الأحكام العدلية لم تتطرق في نصوصها لأي من هذين الرأيين وتركت الأمر على غاربه. (حسين، 2014، ص 361) وهنا يمكن القول بأن الأساس الذي قام عليه موضوع الضرر برمته هو جبر الضرر، وذلك ان يكون دون زيادة او نقصان وعليه ومما لاشك فيه بان الانصاف يتطلب استحقاق التعويض من لحظة المطالبة به وليس بعد ذلك بسنوات و عند صدورالحكم النهائي بالتعويض، وذلك ان هذا القرار هو كاشف لحقيقة انشغال ذمة المدين للدائن بهذا الحق وليس منشيء له .

الفرع الثاني: أنواع التعويض وطريقة تقديره

تتعدد أشكال التعويض تبعاً لطبيعة الضرر المتحقق، فمنها ما يأخذ شكل الاتفاق المسبق بين الأفراد، ومنها ما يستوجب تدخل القضاء بطلب أحد الفرقاء، ومنها ما يتم النص عليه في القانون وعليه سيتم تفصيل هذه الأنواع بالإضافة إلى طريقة تقدير التعويض من قبل القضاء في هذا الفرع بما يلي:

أولاً: أنواع التعويض

1. التعويض القضائي

في هذه الحالة من أنواع التعويض يتولى القضاء تقدير التعويض عند رفع دعوى لديه فيقوم وبناء على ملابسات الدعوى وبناء على مبدأ جبر الضرر بالتقدير، وذلك بعد التأكد من تحقق أركان المسؤولية المدنية والاعذار في الحالات التي يشترط فيها الاعذار، ويكون التعويض بإعادة حال الدائن إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وجبر الخسارة التي لحقت به نتيجة فعل المدين، كذلك التعويض عن الكسب الفائت نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو المماثلة فيه، ويكون التعويض للضرر المباشر دون الغير مباشر في حالة إخلال المدين بالتزامه سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية، كما يكون التعويض عن الضرر المباشر للأضرار المتوقعة فقط بالنسبة للمسؤولية العقدية، بينما تشمل في المسؤولية التقصيرية الضرر المباشر للأضرار المتوقعة وغير المتوقعة. (الذنون والرحو، 2004، ص 99-101)

وكما سلف فإن قاضي الموضوع ملزم بأخذ جميع ملابسات وظروف كل دعوى على حده، والبحث أيضاً فيما كان الدائن يتحمل جزء من المسؤولية عبر تقصيره في منع الضرر أو منع تفاقمه رغم مقدرته على ذلك، ويشمل التعويض القضائي كل من المسؤولية التقصيرية والعقدية.

2. التعويض الاتفاقي:

إن التعويض الاتفاقي هو عبارة عن مبادرة طرفي العقد في تقدير الضرر مسبقاً، ويكون ذلك لحظة إبرام العقد وقبل حدوث الضرر، وذلك عبر فرض شرط جزائي على المخل منهما بشروط العقد، ولم تنص أي من القوانين محل الدراسة صراحة هذا الحق، بل كان ضمن المفهوم العام فيها فيخضع لمبدأ حرية التعاقد، ولا يطلق هذا الحق على غاربه، بل كان للقضاء الحق في تعديل الشرط

الجزائي أو إلغائه أو إبقائه كما هو، بخلاف القانون المدني العراقي الذي نص على ذلك صراحة وجعل سقف التعويض هو المبلغ المذكور في الشرط الجزائي ولا يزيد عنه في حال من الأحوال، وإن كان الضرر أكثر من ذلك¹.

يأخذ الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) صور عدة فقد يكون الشرط الجزائي لعدم تنفيذ الالتزام، أو يكون لمجرد التأخر في تنفيذ الالتزام، وقد يكون عند التنفيذ الجزئي للالتزام، وكثيرا ما يتم اللجوء إلى مثل هذا النوع من التعويض بالشرط الجزائي في عقود المقاولات والنقل والتوريد، وهذا الشرط يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، ويكون سقفه أحكام القانون. (مرقس، 1992، ص177، 178) ولا يسري الشرط الجزائي إلا في حال عدم اعتراض أحد الفريقين عليه، ففي حال تم اللجوء إلى القضاء نكون أمام ثلاثة حالات، الحكم بالغاءه أو تعديله أو ابقائه كما هو، وقد يشمل التعويض الاتفاقي كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية إلا أنه في المسؤولية التقصيرية يكون بحالات أقل، كان يتفق صاحب مصنع بخصوص التعويض عن الأضرار التي تسببها دخان مصنعه للجيران مستقبلا، والحقيقة أنه لم يرد في قانون المخالفات المدنية ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني أي نص بهذا الخصوص. (ابو ليلى، 2007، ص52، 51)

¹ انظر المادة 170 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 والتي نصت على أنه: "1. يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام 168 و256 و257 و258. 2. ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين أن التقدير كان فادحا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة 3. أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا ثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما".

3. التعويض القانوني:

يستمد التعويض القانوني مضمونه من اسمه، حيث إنه وفي هذه الحالة يقوم القانون بتحديد مقدار التعويض وطريقة احتسابه، عبر فرض نصوص قانونية معينة لا يمكن للقضاء الحكم بما يزيد عليها، ومن أكثر الأمثلة وضوحاً على هذا النوع من التعويض أحكام المادة 146 و 145 من قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005¹، والذي أسس المشرع الفلسطيني بموجبه حدود المسؤولية المدنية لتعويض مصابي حوادث الطرق، حيث تضمن القانون نصوص قانونية تحدد مسؤولية المؤمن والمؤمن له وصندوق التعويضات الفلسطيني عن أي أضرار مادية أو جسمانية أو معنوية تلحق بالمضرور، وذهب هذا القانون إلى وجوب التعويض في حال كان السائق مخطئاً أو لم يكن مخطئاً بحيث جعل مسؤولية السائق قائمة على جبر الضرر.

ومن أشكال التعويض القانوني عن الضرر الفائدة القانونية، وذلك عندما يكون محل الالتزام مبلغ من النقود سواء كان مصدره العقد أم القانون أم العمل غير المشروع، فتكون الفائدة القانونية عوضاً عن تأخر المدين عن الإيفاء بالتزامه، وتكون على شكل فوائد تأخيرية وفوائد تعويضية، وتكون الفوائد التأخيرية باتفاق أطراف العقد عند إبرامه كشرط جزائي، بشرط ألا تتجاوز الفائدة المحددة بالقانون، وهي ملزمة للمدين وإن لم يتم الاتفاق عليها، أما الفائدة التعويضية فلا تستحق إلا بناء على

¹ انظر المادة 145 من قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005: "يسأل المؤمن والمؤمن له أو الصندوق حسب مقتضيات الحال عن تعويض المصاب الذي لحق به ضرر جسماني أو مادي أو معنوي نتيجة حادث طرق"، انظر أيضاً المادة 146 من ذات القانون والتي جاء بها: "تسري الأحكام الآتية إذا اشتركت في حادث الطرق أكثر من مركبة:

- (1) يكون كل سائق مركبة مسؤولاً عن الأضرار الجسمانية التي أصابت ركاب مركبته.
- (2) يكون السائقون مسؤولين مسؤولية تضامنية عن تعويض كل مصاب أصيب خارج أية مركبة من مركباتهم المشتركة في حادث الطرق، أما فيما بينهم فيوزع عبء التعويض بالتساوي.
- (3) يشترط لتطبيق الفقرة (2) من هذه المادة توافر الاتصال المادي بين المركبات ذاتها أو بين أحدها والمصاب، ويكفي لتوافر الاتصال تلامس المركبات فيما بينها أو بين إحداها والمصاب."

اتفاق فالأصل في القروض أن تكون بلا فائدة، والاستثناء هو حصول الدائن على فائدة، ويشترط للتعويض بنوعيه التأخيري أو التعويضي الاعذار والمطالبة القضائية وأن يكون محل الالتزام مبلغ من النقود معلوم المقدار عند الطلب. (أبو عمرو، 2010، ص61-75)

وهذا التعويض بالفائدة القانونية متعلق في كثير من الأحيان بالمعاملات الربوية لدى البنوك التجارية.

ثانياً: طريقة تقدير التعويض عن الضرر الذي لحق بالدائن

إن تقدير التعويض عن الضرر الذي لحق بالدائن لا يخرج عن نطاق قاعدتين أساسيتين في هذا الأمر، الأولى وجوب أن يكون التعويض لجبر الضرر كاملاً دون زيادة أو نقصان، والثانية وجوب مراعاة ملاسبات وظروف كل حالة تعويض على حده، وعليه يمكن القول بأن للقاعدة الثانية الأثر الأكبر في تقدير قيمة التعويض، وذلك عبر البحث في الملاسبات المصاحبة لكل حالة تعويض في ظل اعتبارات العدالة عند الحكم بالتعويض، وهذه الملاسبات تنقسم إلى قسمين الأول يتعلق بظروف الخطأ ذاته الصادر عن المدين ومدى جسامةه والثاني متعلق بوضع المتضرر وظروفه ونفصل بما يلي.

1. الملاسبات المتعلقة بجسامة الخطأ

لقد اختلف الفقه والقضاء عند الحديث عن جسامة الخطأ، بحيث يرى فريق أن الأصل عند الحديث عن ملاسبات وظروف كل حالة تعويض إنما يكون ببحث جسامة الضرر وليس الخطأ، ولكن في الحقيقة قد تكون الظروف والملاسبات لبعض حالات التعويض تتعلق بجسامة الخطأ عند تقدير التعويض (الاهواني، 1995، ص678، 679)، وعليه يجب البحث في ملاسبات الخطأ

الواقع على المضرور ذاته وما يترتب عليه بالنتيجة من زيادة أو نقصان في مدى الضرر الواقع عليه.

2. الملابس المتعلقة بالمضرور

في هذه الحالة يكون البحث في الظروف المحيطة بالمتضرر ذاته، ويكون تقدير التعويض في هذه الحالة على أساس شخصي وليس موضوعي، منها على سبيل المثال الحالة الصحية للمضرور قبل الحادث والتي لو أصبت شخص سليماً ستختلف عن إصابة شخص مريض من حيث تأثيره في هذه الإصابة، وكذلك البحث في الوضع العائلي للمضرور وكم يعيل ومقدار عمره، فعلى سبيل المثال ستختلف قيمة التعويض إن كان المتضرر رجلاً مسناً عن شخص في مقتبل العمر، كما يحدث في التعويض عن حوادث السير فيتم احتساب عدة أمور منها على سبيل المثال لا الحصر مقدار دخل المتضرر قبل الإصابة والمدة الزمنية المتبقية له لبلوغ سن الستين وغيره من الظروف المتعلقة بشخص المضرور ذاته. (العدوي، 1997، ص 497)

الفصل الثاني: التوجه القانوني وصعوبات التطبيق الفقهي والقضائي

ينقسم هذا الفصل لمبحثين سيتم البحث في المبحث الأول في النصوص القانونية المتعلقة بتعويض الدائن عما أصابه من ضرر نتيجة فعل المدين ومدى اشتمال القوانين محل الدراسة على نصوص تكون مرجع للقضاء في هذا الصدد والتوجه القضائي عند الحكم بالتعويض عبر البحث في مجموعة من الأحكام ذات الصلة في موضوع التعويض، أما المبحث الثاني فسيتم البحث في أوجه القصور في النصوص التشريعية في القوانين محل الدراسة كما سيتم الوقوف على الفقه الإسلامي من موضوع تعويض الدائن عما أصابه من ضرر نتيجة عدم إيفاء المدين لالتزامه والبحث في كل من الرأي المؤيد والمعارض لهذا التعويض مع البحث في أدلة كل فريق.

المبحث الأول: النصوص القانونية الملزمة للمدين المخل بالتعويض والتوجه القضائي

تتعقد مسؤولية المدين المוסر عند امتناعه عن الإيفاء بمجرد توافر أركانها، وإن لم يتم النص صراحة على كل حالة من حالات التعويض في القوانين محل الدراسة، وخاصة عند الحديث عن اختفاء النص الصريح في حالات انعقاد هذه المسؤولية، فلا بد من وجود تطبيق قضائي سليم لروح القانون والاجتهاد عند غياب النص الصريح، وسيكون البحث في هذه النصوص ضمن المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسيتضمن استعراض واستقراء بعض أحكام محكمة النقض الفلسطينية ومحكمة التمييز الأردنية بهذا الخصوص.

المطلب الأول: النصوص القانونية في القانون الفلسطيني والأردني

للمتمتع والناظر في النصوص التشريعية سواء في قانون المخالفات المدنية أو مجلة الأحكام العدلية أو القانون المدني الأردني بشكل عام لا يخفى عليه عدم مواكبة القوانين المذكورة للتطور السريع في العلاقات بين الأفراد والجماعات، فقانون المخالفات المدنية قد أقر في العام 1944 ومن قبله مجلة الأحكام العدلية، أما القانون المدني الأردني فقد نظم في العام 1976.

وعليه يمكن القول بأن القوانين محل الدراسة لم يكن لها نصيب من الاجتهادات الفقهية الحديثة حول موضوع مصادر الالتزام خلال الخمسون عام الفائتة، حيث إن التطور الفقهي فيما يتعلق بإجبار المدين على الالتزام تجاه الدائن قد وصل حالات متعددة منها على سبيل المثال ما يسمى الغرامة التهديدية كوسيلة غير مباشرة لإجبار المدين بالإيفاء بالتزامه تجاه الدائن، مثل القانون المدني الفرنسي، وتحديدا المادة 1142 بحيث تفرض هذه الغرامة على المدين وعلى كل وحدة زمنية يقوم بها في المماثلة بإيفاء ما عليه من التزام (خصاونة، 2010، ص16-18)، وعليه وبغياب النصوص المستحدثة في هذا الصدد بقي البحث بما يسعف ويمكن الالتجاء إليه في المطالبة بتعويض الدائن عما لحق به من ضرر نتيجة عدم إيفاء المدين بالتزامه في هذه القوانين.

الفرع الأول: النصوص القانونية في القانون الفلسطيني

اشتمل قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944م وتعديلاته، ومجلة الأحكام العدلية على نصوص قانونية تتعلق بالمسؤولية المدنية، وتحديدا نص المادة الثالثة والخامسة والخمسون من قانون المخالفات والذي يمكن اعتباره الركيزة عند الحكم للدائن الذي لحق به ضرر نتيجة وبسبب مخالفة مدنية قام بها الغير هذا فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية .

أما مجلة الاحكام العدلية فكانت نصوص قواعدها أشمل مما ورد في قانون المخالفات سالف الذكر، فقد شمل التعويض فيها كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية بالنص الواضح والصريح الذي كان الركيزة في الحكم بالتعويض عن كل من المسؤولية التقصيرية والعقدية، وهو ما جاء من قاعدة عامة في المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية (الضرر يزال)، وهذه قاعدة يبني عليها الكثير من أبواب الفقه، على أساس متين من القول بأن الضرر يزال متفرعه من القاعدة الأعم عدم جواز الضرر والضرار، ويشمل ذلك كثير من الأضرار التي لا يمكن حصرها كأضرار جار السوء و والمهياة لتدفع ضرر الشراكة وضمن المتلفات وكذلك ما جاء في نص المادة 83 (يلزم مرعات الشرط بقدر الامكان) والمادة 85 (الخراج بالضمنان) والمادة 86 (الاجر والضمنان لا يجتمعان) والمادة 92 (المباشر ضامن وان لم يتعمد). (الأتاسي، 2017، ص49، 50 - ص 225، 246)

اما عند التفصيل في المادة رقم (19) من المجلة (لا ضرر ولا ضرار) فلا يقصد بها عدم وجود الضرر ونفيه كما يفهم من سياق العبارة، بل الضرر موجود بين الناس منذ القدم ولا زالوا يفعلونه، ولكن كان المقصود منها بأنه لا يجوز الإضرار ابتداء.

وهذه القاعدة تشمل أمرين من الأحكام الأول عدم جواز الإضرار ابتداء بعدم جواز الإضرار بالنفس أو الغير في النفس أو المال، أما الحكم الثاني لهذه القاعدة فهو عدم جواز مقابلة الضرر بضرر مثله وفي حال لحق الشخص ضرر في ماله أو نفسه فإن اللجوء الى القضاء عبر الصور المشروعة هو السبيل لاسترداد الحقوق والتعويض عن الضرر الذي لحق به، كما أن الضرر ظلم لا بد أن يزال فخيار العيب في المبيع شرع لصالح المشتري عند وجود العيب في المبيع، وكذلك في حال كان الضرر عبارة عن أذية الجار لجاره عبر تدلي أغصان أشجاره إلى دار جاره فلا بد من إزالة الضرر عبر قطع هذه الأغصان. (حيدر، د.ت، ص32، 33)

كما ورد بالإضافة الى ما ذكر من نصوص قوانين خاصة أخرى بشكل محدد جدا ومعالج لجزئيات بسيطة من حالات اضرار المدين بالدائن مثل قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة (2005) الذي تحدث عن التعويض في حالات الإصابة نتيجة حوادث الطرق أو إصابات العمل، ومثل قانون الربا الفاحش رقم (20) لسنة (1934) الساري المفعول في الضفة الغربية.

وكذلك قانون المراجعة العثماني وقانون التجارة رقم (12) لسنة (1966)¹ واللذان لم يتحدثا سوى عن الديون والالتزامات النقدية فقط، دون أن تشمل كافة الالتزامات، فمما يؤخذ بعين الاعتبار عند الحكم للدائن بمثل هذا الحق قانون المراجعة العثماني، ولكن هذا القانون تحدث فقط عن الديون النقدية ولم يتحدث عن كافة الالتزامات الأخرى والتي هي في حقيقتها أيضا مال، ولكن لم يرد المشرع التوسع في غير النقد في هذه الحالة حيث جاء في نص المادة الأولى من قانون المراجعة العثماني: "اعتبار من تاريخ نشر هذا النظام تعين تسعة في المائة فائدة سنوية جدا اعظما لكل انواع المداينات العادية والتجارية"، ويقصد بهذه المداينات النقدية فقط.

وعليه فإن قانون المراجعة العثماني لم يشمل أي التزام غير نقدي، وكذلك فعل قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966م الساري المفعول في الأراضي الفلسطينية بعدم تطرقه لموضوع التعويض عن المماثلة في إيفاء الحق، بل إن ما جاء فيه وتحديدا في المادة (67) والتي تحدثت عن استيفاء الدين من ثمن المرهون بطريق الامتياز في فقرتها الأولى بأنه: "عند عدم الدفع في الاستحقاق يحق للدائن مراجعة المحكمة المختصة، وبعد صدور الحكم وتنفيذه يستوفي الدائن دينه من ثمن المرهون بطريق الامتياز".

¹ انظر الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966: "يتضمن هذا القانون من جهة القواعد المختصة بالأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص مهما كانت صفته القانونية ويتضمن من جهة أخرى الأحكام التي تطبق على الأشخاص الذين اتخذوا التجارة مهنة".

وهنا يتبين بأن الحديث في هذا النص عن حق الدائن باستيفاء دينه فقط دون التطرق لموضوع التعويض، كما تحدث قانون الربا الفاحش المطبق عن الحالات التي يقوم فيها الدائن بفرض فائدة ربوية تزيد عن الفائدة المحدده قانونا بسقفها الأعلى وهي 9% وتفصيلات الإجراءات المتخذة في حال حدوث ذلك، وذلك ضمن المادة الثانية من هذا القانون⁽¹⁾ فالحديث في هذه المادة كان محددًا جدًا ولا يشمل ما يزيد عما ورد فيها.

كما أن قانون التجارة سالف الذكر قد أعاد الأمر برمته إلى القانون المدني والعرف في كافة العقود التي لم ترد في نصوصه حيث جاء في نص المادة (59) من قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966م: "ان عقود البيع والقرض والتأمين وجميع العقود التي لم تحدد قواعدها في هذا القانون تخضع للقانون المدني وللعرف".

إن هذا القصور في النصوص التشريعية وربط الفائدة القانونية بالديون النقدية فقط يعبر عن غياب لنصوص تشريعية تفصل آلية استيفاء هذا الحق، وإن الفائدة القانونية لا تزال تأخذ المفهوم الربوي، بأنها ما يتحصل للدائن من فوائد ربوية نتيجة إقراض ماله ويعود هذا القصور كما تم الإشارة إلى عدم مواكبة هذه القوانين إلى التحديث عبر ما استجد من اجتهادات في هذا الصدد.

¹ انظر المادة الثانية من قانون الربا الفاحش رقم 20 لسنة 1934 حيث نصت على أنه: "إذا أقيمت إجراءات أمام أية محكمة لتحصيل دين ووجدت بينة تقنع المحكمة بأن الفائدة المستوفاة عن الدين الحقيقي، سواء كانت مذكورة في العقد كفائدة أو مضمومة إلى رأس المال أو مستحقة الدفع بأية صورة أخرى، تزيد على المعدل الذي يجيزه القانون، فيجوز للمحكمة أن تدقق في المعاملة ثانية وأن تجري محاسبة بين الدائن والمدعى عليه ويجوز لها أيضاً، بالرغم عن وجود أي حساب أو مخالصة أو اتفاق آخر بين الدائن والمدعى عليه يستدل منه إغلاق المعاملات السابقة بينهما وتكوين التزام جديد، أن تدقق في أي حساب تم بينهما فيما مضى وأن تعفي المدعى عليه من دفع أي مبلغ يزيد على المبلغ الذي تحكم المحكمة باستحقاقه وإذا كان المدين قد دفع مبلغاً يزيد عما يجب عليه دفعه أو أجاز ذلك في الحساب، فيجوز للمحكمة أن تأمر الدائن بإعادة ذلك المبلغ الزائد إليه".

الفرع الثاني: النصوص القانونية في القانون المدني الأردني

كان لصدور القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 بعد عدة عقود من قانون المخالفات سالف الذكر نصيب أكبر من الحداثة والتأثر بغيره من القوانين الحديثة، فقد جاءت نصوصه بتفصيل ووضوح أكبر حول مسألة التعويض مما ورد في قانون المخالفات سالف الذكر، مما جعل من مهمة قاضي الموضوع أسهل عند نظر دعوى التعويض، فهذه النصوص تشمل الحق في المطالبة بالتعويض عن الالتزام التقصيري والعقدي، فنجد بأنه قد أفرد الفصل الثالث كاملاً للفعل الضار وأحكامه واستهلها بالمادة رقم 256 التي جاء فيها أن: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

كما تحدث عن طريقة احتساب الضرر وقيمة التعويض وكان الحديث صراحة عن التعويض، وما لحق بالمضور من ضرر وما فاتته من كسب حيث جاء في مادته رقم (266) مايلي: "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار"، وهنا كان النص بالعموم ودون تفصيل والذي يجعل من الأمر برمته متروكا للقضاء للبحث في كل حالة طلب تعويض على حده، تاركة أمر التعويض للخبرة الفنية التي تحدد قيمة الضرر إن وجد.

كما جاء في القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وتحديدا في المادة رقم 288 منه ما يشمل التعويض عن المسؤولية التقصيرية بتوسع كبير¹، بافتراض مبدأ شامل وعام للمسؤولية عن

¹ انظر المادة (288) من القانون المدني الأردني: "1- لا يسأل أحد عن فعل غيره. ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضور إذا رأت مبرر أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر: - من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية الا إذا اثبت انه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية ب. من كانت له على من وقع منه الاضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حرا في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها 1. ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع، على المحكوم عليه به.

فعل الأشخاص الخاضعين للرقابة، فجعلت رابطة مباشرة بين الضرر والخطأ في الرقابة، وذلك بغض النظر عن العلاقة التي تربط متولي الرقابة بمن هو تحت رقابته، فالأساس المعتمد هنا هو افتراض الخطأ بالرقابة، كما أراد المشرع من افتراض هذه المسؤولية تسهيل دعوى المضرور عند مطالبته بالتعويض، وهي قرينة غير مطلقة قابلة لإثبات بالعكس، ويستطيع متولي الرقابة نفي هذه المسؤولية بقرائن مستساغة قانوناً. (الحيارى، 2003، ص 2008_2010)

كما تحدثت المادة 361 من القانون المدني الأردني عن موضوع الاعذار وأنه لا يستحق الضمان إلا بعد اعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد¹، وإن لهذه المادة الأثر الكبير في أمر التعويض وطريقة المطالبة به فلا بد من تنبيه المدين بأنه متأخر في تنفيذ ما تم الالتزام به وأن هذا التأخير سيعرضه للمساءلة القانونية، بل وسيزيد من مدى مسؤوليته المالية فمجرد تأخر المدين في تنفيذ التزامه لا يكفي لاعتباره مقصراً، وكما يمكن أن يأخذ المدين سكوت الدائن على سبيل التسامح والتساهل معه وعليه فعلى الدائن نفي ذلك باعذاره ووضعه أمام مسؤوليته ليتسنى له بعد ذلك رفع دعوى التعويض. (الذنون والرحو، 2004، ص 94، 95)

كما أن ورود نص الاعذار عاماً دون تحديد آلية الاعذار يجعل من حق الدائن الاعذار بالطريقة التي يراها مناسبة دون التقيد بشكل محدد، فقد يكون عن طريق كاتب العدل أو البريد المسجل أو غيرها من الطرق المقبولة والمستساغة قانوناً، كما أن ذات المادة لم تجعل الانذار شرطاً للمطالبة في التعويض بشكل مطلق فقد أوردت على سبيل الاستثناء حال وجود نص قانوني أو اتفاق عقدي يعفي الدائن من الاعذار، وقد حددت المادة 362 من ذات القانون الحالات التي يعفى الدائن فيها من الاعذار².

¹ انظر المادة 361 من القانون المدني الأردني

² انظر المادة 362 من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976) والتي نصت على: "لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية: 1. إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين. 2. إذا كان محل الالتزام

كما جاء القانون المدني الأردني بالعديد من المواد ذات العلاقة في موضع التعويض في الفصل الثالث سالف الذكر، والتي أشار فيها إلى موضوع الأضرار المباشرة والتسبب، وعن الغرر وضمان التعويض عن الغرر، وعن السبب الأجنبي، والآفات السماوية والقوة القاهرة وعلاقتها بالضرر، وتحدث أيضا عن تعدد المسؤولية في حال اشتراك أكثر من شخص في المسؤولية عن الضرر، كما تحدث عن الضرر الأدبي ووجوب التعويض عنه، كما تحدث عن آلية دفع التعويض عن الأضرار وإجازة أن تكون على شكل أقساط أو راتب شهري أو أن يكون التعويض بإعادة الحال إلى ما كان عليه وكذلك ماجاء من تفصيل حول تقادم الضرر في المادة 360 .

كما أكدت عدم جواز الاتفاق على أي شرط يعفي من المسؤولية عن الفعل الضار، وحددت مدة دعوى الضمان بثلاثة سنوات لا تزيد، وغيرها من المواد التي أوجدت للقاضي مسار واضحا يسلكه عند نظر دعوى التعويض بعكس ما ورد في قانون المخالفات ومجلة الأحكام العدلية، حيث لم نجد سوى نصيين عامين في موضوع التعويض.

تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع. 3. إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك. 4. إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه".

المطلب الثاني: التوجه القضائي للحكم بالتعويض

سيتم خلال هذا المطلب استعراض واستقراء بعض أحكام محكمة النقض الفلسطينية ومحكمة التمييز الأردنية بخصوص الحكم بالتعويض عن عدم الإيفاء، والتعليق عليها والبحث في توجه كل منهما في الحكم للدائن بالتعويض عن ماطلة المدين وفترة التقاضي وآلية تقدير التعويض.

الفرع الأول: التوجه القضائي الفلسطيني (محكمة النقض)

باستعراضنا لأحكام القضاء الفلسطيني من محكمة النقض الفلسطينية تبين لنا عدة أمور تتعلق بالتعويض عن ماطلة المدين، منها ربط المبلغ المطالب به في الدعاوى المرفوعة أمامها بالفائدة القانونية وعلاوة غلاء المعيشة عندما يكون التعويض مبلغ مالي، كالتعويض عن فترة التقاضي فيحكم بها أحيانا وأحيانا لا يتم الحكم بهذه الفائدة (التعويض).

أما بخصوص مبدأ التعويض عن المسؤولية العقدية أو التقصيرية بشكل عام فإنه ثابت ضمن أحكام محكمة النقض الفلسطينية، أن بعض الأحكام قد توسعت في الحكم بالتعويض على المدين لإخلاله في التزاماته تجاه الدائن وتحقيق الضرر له، ضمن ما توفر من نصوص، وكذلك الحال في حال الحكم بالفائدة القانونية، والتي تشكل في كثير من الأحيان تعويض للمدعي المتضرر نتيجة طول فترة التقاضي، وتكون من تاريخ الحكم بالدين الأصلي في كثير من الأحيان وليس من لحظة المطالبة به، علما بأنه لا مرجع لنص قانوني لهذا الاحتساب، وجل ما يتم الرجوع إليه في هذا الصدد هو الأمر العسكري رقم 980 الصادر عن قوات الاحتلال عام 1982 والذي لم يحدد تاريخ

احتساب الفائدة القانونية بشكل محدد وواضح ضمن مواده بل ترك لقاضي الموضوع الحرية في ذلك بشكل كبير⁽¹⁾

أما عند الحكم بالتعويض عن الإخلال العقدي فيكون الموجه لطبيعة التعويض هي بنود العقد وطبيعة الالتزامات الواردة فيه، كما أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو المعيار الذي تتحدد فيه طبيعة التعويض ومقدار الإخلال في العقد، أما في حال ثبات المسؤولية التقصيرية على المدين فيكون حجم الضرر المتحقق للمدين هو المعيار في تحديد التعويض.

وفي حالات كثيرة يتم رفض الحكم بأي تعويض يطلبه الدائن (المدعي) نتيجة الفترة الزمنية التي قد تستغرقها المحاكمة أو حتى المماثلة في تنفيذ الالتزام قبل رفع الدعوى وما يسببه عدم الإيفاء من ضرر، ومن الملاحظ في الأحكام القضائية بأن ما جرى عليه العرف والعادة في هذا الصدد بأن المدعي يقوم ليس بطلب تعويض عن مدة التقاضي، وإنما يقوم بطلب ربط المبلغ المطالب به بالفائدة القانونية، وهو وكما تمت الإشارة أمر خاضع لتقدير القاضي موافقة أو رفضاً، مع التأكيد بأن أمر التعويض برمته لا يتجاوز كونه اجتهاد قضائي لا يخضع لنص قانوني أو معيار محدد يمكن الاعتماد عليه في القضاء الفلسطيني، مع اختلاف كبير في هذا التوجه مع القضاء الأردني، وسيوضح ما تم سرده من خلال أحكام قضائية عدة في هذا الصدد ترد لاحقاً.

ومن الأحكام المتعلقة بالتعويض عن الإخلال العقدي من قبل المدين تجاه الدائن ما أورده محكمة النقض من حكمها في الدعوى رقم 2016/1549، والتي من خلاله أكدت على عدة قواعد

¹ انظر المادة السادسة من الأمر العسكري رقم 980 لسنة 1982 الصادر عن قوات الاحتلال في فلسطين والتي جاء فيها: "أ. تكون فترة الفائدة في الحكم وفقاً للبند 2 من يوم تقديم الدعوى أو من يوم آخر، ابتداء من يوم حدوث سبب الدعوى التي قررت عنها المحكمة - وإلى يوم الدفع، ففي نفقات المحكمة - من صرفها وحتى دفعها وفي بدل أتعاب المحامي من يوم إصدار الحكم حتى القيام بالدفع - وكل ذلك إن لم تقرر المحكمة بفترة أقصر. ب. بالرغم مما ورد في البند (أ) إن المحكمة التي حكمت بمبلغ لصالح أحد الطرفين من أجل فقدان قدرة تقاضي الأجر والنفقات في المستقبل فيحكم بالفائدة من يوم إعطاء الحكم إذا حكم بمبلغ واحد ومن يوم تسديد أي دفعة إذا حكم بعدة دفعات."

منها أن العقد شريعة المتعاقدين حيث جاء في منطوق حكمها: "وحيث أن محكمة النقض لا تقر محكمة الاستئناف على هذا النهج المرتبط بالنتيجة على اعتبار ان العقد هو شريعة المتعاقدين...واخذ الطرفان هذه المسألة بعين الاعتبار بالمادة العاشرة المتصل بالشرط الجزائي الذي ربط الإخلال و/أو التأخر أو مماثلة الفريق الأول الجهة المدعى عليها البائع والكفيل بتنفيذ أي بند من بنود الاتفاقية من شأنه أن يؤدي إلى عدم اتمام صفقه البيع أو عدم تشغيل الشركة او انهاء سريان أي من الرخص التي حصلت عليها الشركة من شأن تعويض الجهة المدعية بمبلغ تم تحديده دونما حاجة لإثبات الضرر او الحصول على أي قرار قضائي".

وعليه وكما ذكرنا بأن للعقد شأن معتبر يجب على قاضي الموضوع الوقوف عند كل بند من بنوده، وخاصة تلك التي تتعلق بالتزامات كل طرف والتعويض في حال الإخلال.

وعليه كان نقض محكمة النقض للقرار أعلاه دليل على تخطئة محكمة الموضوع، كما يتبين لنا من استعراض قرارات محكمة النقض أن التعويض لا يكون إلا بإثبات الإخلال بالالتزام والضرر ومقداره بالخبرة الفنية وفق المادة 150 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001م وليس وفق ما يقدمه الدائن (المتضرر) من أدلة وإن كانت على شكل تقارير من جهات خاصة، وإلا كانت كمن يصطنع الدليل لنفسه وهذا الأمر كان جلي وواضح في قرار محكمة النقض رقم 2016/627¹، كما نجد بأن محكمة النقض قد قضت في بعض أحكامها بالتعويض المتفق

¹انظر قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2016/627: "خلاصة ما تقدم ان الدعوى الماثلة اتصلت بالتعويض عن إخلال المدعى عليه بالتزامه في عقد المقاولة المبرز م/1 الناظم للعلاقة بين الطرفين من حيث سعر المتر المربع الواحد وكيفية تسليم المبلغ الى المقاول المدعى عليه علاء والالتزام بالصيانة لمدة ثلاث سنوات على أن يتحمل خلالها الأخطاء الناشئة عن عمله كما هو مبين اعلاه .وحيث نجد أن المدعي وفي سبيل اثبات قيمة المطالبة الناشئة عن أخطاء المدعى عليه المتصل بعمل فرنده القرميد أبرز إلى محكمة أول درجة تقرير الكشف /2 هذا التقرير المنظم من قبل الشركة الهندسية للاعمار/ المهندس المرخص توفيق جبارين الذي أشار إلى حصول خلل في المصنعية وسوء في التركيب وعدم توافر دعم كافي مقدرا كلفة اعادة الاصلاح بمبلغ عشرة الاف شيكل وحيث نجد أن محكمة البداية بصفتها الاستئنافية قد استبعدت هذا التقرير لاثبات المطالبة على اعتبار أن هذا التقرير يدخل في اعمال المعاينة والخبرة التي لم تتم حسب الطرق القانونية المرسومة لتتطبق عليه قاعدة

عليه كشرط جزائي في كثير من الأحكام وهنا يعود التساؤل حول غياب النص القانوني في طريقة تقدير التعويض عن الضرر.

فهل يعتبر الشرط الجزائي المبالغ فيه والظالم لأحد طرفي العقد مرجعا مقبولا لتقدير الضرر أم يجب العودة للقاعدة الأساس ألا وهي جبر الضرر، في حقيقة الأمر نجد بأن هنالك أحكام مختلفة لمحكمة النقض منها ما حكم بالشرط الجزائي كتعويض متفق عليه مع التعديل أحيانا¹، ومنها ما حكم بالتعويض عبر الخبراء في تقدير قيمة التعويض وهذا الأكثر والأعم الأغلب.

هذا فيما يتعلق بالإخلال بالالتزام العقدي وانعقاد المسؤولية التقصيرية وحق الدائن بالمطالبة عن الضرر المتحقق، أما المطالبة بالتعويض عن المماثلة خلال فترة التقاضي فإنه وباستعراض لأحكام محكمة النقض الفلسطينية تبين وجود تناقض واختلاف جوهري في الأحكام، ما بين من مقرر للتعويض عن فترة التقاضي تحت تسمية هذا التعويض (الفائدة القانونية)، وبين أحكام رافضة لهذا التعويض كليا بذريعة غياب النص القانوني الملزم للمحكمة.

وسنبدأ بالاجتهاد الرافض للتعويض منها على سبيل المثال القرار رقم 2017/591 والذي جاء فيه: "وعن السبب السادس وحاصله النعي على المحكمة عدم الحكم بربط المبلغ بجدول غلاء المعيشة

عدم جواز ان يصطنع المرء دليلا لنفسه. وحيث ان محكمة النقض تقر محكمة البداية بصفتها الاستئنافية على هذا النهج لتوافقه مع القانون فالمعينة والخبرة خاضعة لأحكام ناظمة لها والتي اوكلت اجرائها معرفة المحكمة طبقا لاحكام المادة 150 وما بعدها من قانون البينات وعلى نحو يجعل الكشف المبرز م/2 فاذا لأية قيمة قانونية له وعلى نحو يستتبع معه القول بان المدعي لم يقدم البينة القانونية على مطالبته". منقول عن موقع مقام موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية بتاريخ الاقتباس 2023/5/29 الساعة 6 مساء

¹ قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2018/159: " فالشرط الجزائي تعويض إتفق على تقديره المتعاقدين عن الضرر الذي ينشأ عن الاخلال بالعقد ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغ فيه لدرجة كبيرة". منقول عن موقع مقام تاريخ الاقتباس 2023/5/29 الساعة 6 مساء

والفائدة القانونية، وفي ذلك نجد أن محكمة الاستئناف قد أصابت صحيح القانون بعدم الحكم بذلك لعدم وجود أساس له وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي مما يتعين معه رد هذا السبب⁽¹⁾ وكذلك في القرار رقم 2014/873 والذي جاء فيه: "وعن السبب الثاني وحاصله تخطئة المحكمة بعدم ربط المبلغ المحكوم به بجدول غلاء المعيشة والفائدة لا سيما المصاريف الطبية والتعويض المعنوي بدل الالم والمعاناة، وفي ذلك نجد أن المحكمة غير ملزمة بالحكم بربط المبلغ المحكوم به بمختلف مفرداته بالفائدة القانونية أو بجدول غلاء المعيشة أو بفروق القيمة والارتباط الأمر الذي يجعل هذا السبب حريا بالرد"⁽²⁾

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن محكمة النقض لم تتحدث عن صحيح قرار محكمة الموضوع برد المطالبة بالفائدة القانونية أو ربط المبلغ المدعى به بجدول غلاء المعيشة أو فروق القيمة فقط، وإنما كان الحديث بأن محكمة الموضوع غير ملزمة بالحكم بأي مما ذكر ومرجع ذلك لعدم وجود النص القانوني، وهنا نود أن نؤكد الافتقار إلى النص القانوني بهذا الصدد والذي هو بلا شك المرجع الذي يسير ضمنه القضاء جعل أي قرار يصدر بهذا الصدد هو من قبيل الاجتهاد القضائي وليس التطبيق السليم للنص القانوني.

وفي ذات الصدد وبالعكس تماما ورد عن ذات المحكمة قرار مخالف لما جاء أعلاه من قرارات وتم التعويض عن مدة المحاكمة، وذلك عبر ربط المبلغ المحكوم به بجدول غلاء المعيشة حيث جاء

(1) قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2017/591 منقول عن موقع المقتفي منظومة القضاء والتشريع في فلسطين تاريخ الاقتباس 2022/12/12 الساعة 8 مساء .

(2) قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2014/873 منقول عن المقتفي تاريخ الاقتباس 2022/12/12 الساعة 8 مساء .

في قرارها رقم 2012/711: "لهذه الأسباب تقرر المحكمة...ربط المبلغ المحكوم به للمدعي

بجدول غلاء المعيشة من تاريخ الحكم وحتى السداد التام كونها لم تكن محل طعن بالنقض"⁽¹⁾

وهنا ومن خلال هذا الحكم يتبين بأن الحكم بهذه الفائدة ما كان إلا تعويض للدائن المحق عما

لحق به من ضرر عن فترة التقاضي، أما الدين الأصلي المدعى به فهو قائم قبل رفع الدعوى وان

ما صدر بتقرير هذا الحق ما هو إلا كشف له، وعليه يمكن القول بأن الحكم بالتعويض يجب أن

يشمل الدين الأصلي المطالب به لحظة رفع الدعوى وتعويض متمثل بفرق القيمة أو الفائدة القانونية

-كما اصطلح على تسميتها- عن مدة التقاضي.

وعليه يمكننا إيعاز هذا التناقض لأمر واحد غياب النص القانوني الملزم لمحكمة الموضوع

بالحكم بالتعويض عن مدة المحاكمة، وأوضح ما جاء في القرارات السابقة عبارة أن المحكمة غير

ملزمة بالحكم - والمقصود النص القانوني - بربط المبلغ المحكوم به بمختلف مفرداته بالفائدة القانونية

أو بجدول غلاء المعيشة أو بفروق القيمة، والمقصود بهذه المفردات أي نوع من التعويض وأيا كان

شكله ومضمونه بما يزيد عن المبلغ المستحق أصلاً للدائن.

وإن من الأحكام المؤيدة لمبدأ التعويض عن مدة التقاضي ما جاء في حيثيات حكم محكمة

النقض رقم 2009/281 بقولها: "وفي ذلك نرى أن الحكم بالفائدة القانونية من تاريخ الادعاء لا

تشريب عليه كونه يأتي منسجماً مع أحكام المادة الرابعة من الأمر رقم 980 لسنة 1982 والتي

أعطت للمحكمة صلاحية الحكم بها إما من تاريخ تقديم الدعوى أو من يوم آخر ابتداء من يوم حدوث

سبب دفعها"⁽²⁾

(1) قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2012/711، المقتفي، تاريخ الاقتباس 2022/12/12 الساعة 8 مساءً.

(2) قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2012/281، طلب رقم 2009/46، المقتفي، تاريخ الاقتباس 2022/12/26

الساعة 8 مساءً

ومن هذا القرار يتبين لنا مدى التناقض الحاصل في أمر التعويض والجدل القضائي الحاصل بخصوصه، إذ أن القرار الأول يتحدث عن عدم وجوب الحكم بالفائدة القانونية لانعدام النص، بينما يتحدث القرار الآخر بأنه لا مانع من الحكم بالفائدة، وذلك نتيجة الاعتماد على نص قانوني هو في حقيقة الأمر صادر بموجب أمر عسكري عن سلطات الإحتلال الإسرائيلية، وبغض النظر عن منشأ هذا النص الأخير إلا أننا نرى بأن التوجه الغالب للقضاء الفلسطيني برفض التعويض عن مدة التقاضي، والتي كما جاء في القرار المؤيد للتعويض عن هذه المدة بأن تاريخ احتساب التعويض متروك للمحكمة.

وقد ذهبت ذات المحكمة في أحد قراراتها إلى أبعد من ذلك بكثير إذ اعتبرت بأن التعويض المالي الحاصل للعامل كحقوق عمالية تعتبر ديناً نقدياً في ذمة المدين من لحظة مطالبته بها قضائياً، وبالتالي فإنها تكون ضمن ما أقره قانون المرابحة العثماني من خضوعها إلى أحكام الفائدة القانونية، وإن الحكم بهذه الفائدة من تاريخ المطالبة بها كان أيضاً ضمن الاجتهاد لغياب النص كما أوردنا سابقاً عند الحديث حول الأمر العسكري رقم 980.

وفي هذا نجد تطور كبير وتوجه هو أقرب لروح العدالة وذلك بالتأكيد على أن المال هو المال سواء أخذ شكل النقد أو الذهب أو متاع، وإن كل ما يقوم بالمال هو مال قل أم كثر، وهذا التوجه القضائي كان في حيثيات ذات المحكمة والتي جاء فيها: "وبخصوص الحكم بالفائدة القانونية فإننا نجد أن الحقوق العمالية التي تترتب للعامل في ذمة صاحب العمل بعد إنهاء عقد العمل تعتبر ديناً في ذمة صاحب العمل فإذا لم يتم بدفعها بعد مطالبته بها يحكم عليه بالفائدة القانونية من تاريخ الادعاء وحتى السداد التام في حال الادعاء بها"⁽¹⁾

(1) نقض مدني رقم 182/ 2004 محكمة النقض الفلسطينية قرار 207، المقتفي، تاريخ الاقتباس 2022/12/12 الساعة 8 م

ولكن وكما أشرنا فإن ذات المحكمة متناقضة ومنقلبة على ذاتها حيث جاء في حيثيات قرار آخر لذات المحكمة: "وحيث ان موضوع الدعوى محل النظر هو المطالبة بحقوق عمالية وان قانون العمل رقم 7 لسنة 2000 لم ينص على جواز الحكم بالفائدة على مبلغ التعويضات العمالية المستحقة وفق أحكام القانون فإن هذا السبب يكون والحالة هذه غير وارد وحرى بالرد"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التوجه القضائي الأردني (محكمة التمييز)

لقد أقر القضاء الأردني مبدأ قضائي عبر رفض التعويض عن طريق الفائدة القانونية لأي التزامات لا يكون محلها النقد، وقد كان ذلك جليا وواضحا في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1985/780 والذي جاء فيه أنه:

"ليس هناك ما يوجب الحكم بالفائدة لان المبلغ المحكوم به هو تعويض عن اضرار والفائدة هي بمثابة ضرر... ولا يجوز الحكم بهذا لان موضوع هذه القضية لم يكن مستندا الى تعهد بتادي ة مبلغ نقدي معين في زمان ومكان معينين بل طلب تعويضات عن اضرار"⁽²⁾

وقد كان اعتماد القضاء الأردني في هذا القرار على نص قانوني واضح بعكس القضاء الفلسطيني، فنجد أن قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني لسنة 2006 والذي يقرأ مع القانون رقم (24) لسنة 1988 قد جاء بنصوص تفصيلية، تحدث فيها عن الفائدة القانونية عن عدم إيفاء المدين بالتزامه حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة رقم 167 من هذا القانون: "إذا كان المدين قد

(1) نقض مدني رقم 2009/91 محكمة النقض الفلسطينية، المقتفي، تاريخ الاقتباس 2022/12/12 الساعة 8.

² قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1985/780، موقع قسطاس.

تعهد بتأدية مبلغ من النقود في وقت معين وامتنع عن أدائها عند حلول الأجل يحكم عليه بالفائدة دون أن يكلف الدائن إثبات تضرره من عمد الدفع" (1)

كما تحدثت باقي الفقرات عن مبدأ سلطان الإرادة حول الاتفاق المسبق على نسبة الفائدة وطريقة احتسابها وتاريخ احتسابها، والتي بينت كذلك بشيء من التفصيل تاريخ سريان احتساب الفائدة في حال عدم الاتفاق عليها فحددت تاريخ الاحتساب من تاريخ إخطار الدائن للمدين بوجوب الإيفاء بالتزامه المالي، وإلا فإن تاريخ احتساب الفائدة القانونية يكون من تاريخ الإدعاء أمام الجهات القضائية، وليس قبل ذلك كما أكد هذا القانون بأن تاريخ احتساب الفائدة يبدأ من لحظة المطالبة أمام القضاء، وليس من لحظة الحكم به، كما حدد القانون بأن نسبة الفائدة القانونية لا يجوز ان تتعدى الـ9% في كل الأحوال وان أي اتفاق على خلاف ذلك لا يجوز، وفي حال تم الاتفاق على أكثر من ذلك فإنه يتم إعادة النسبة للحد الأعلى المقررة قانوناً ولا يحق للقضاء الحكم بأعلى من هذه النسبة أو أقل إلا بنص. (2)

وهنا يتضح بأن الحديث يدور حول الالتزامات التي يكون محلها مبلغ من النقود، وفي ذلك تشابه كبير مع قانون المرابحة العثماني الذي أكد ذات المبدأ وذات النسبة المئوية وهي 9%، وهنا نقول بأن يد القضاء الأردني في موضوع تعويض الدائن عما لحقه من ضرر نتيجة ماطلة المدين ليست مقيدة كما يد القضاء الفلسطيني، وإن كان الحديث يدور حول الالتزامات النقدية فقط.

أما بخصوص التعويض عن إخلال المدين بالتزاماته تجاه الدائن، فقد كان لمحكمة التمييز العديد من الأحكام التي تنصف من خلالها الدائن عبر فرض التعويض العادل عن إخلال المدين، ومنها على سبيل المثال لا الحصر ما جاء في حيثيات قرار محكمة التمييز رقم 2476 لسنة 2017

(1) الفقرة الأولى من المادة 167 قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني لسنة 2006 والذي يقرأ مع القانون رقم (24) لسنة 1988.

² المادة 167 قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني لسنة 2006 والذي يقرأ مع القانون رقم (24) لسنة 1988.

والذي جاء فيه أنه: "مما سلف نخلص إلى أن تقدير التعويض الناشئ عن الإخلال العقدي إذا لم يحدده العقد أو القانون يتمثل بالضرر المحقق الفعلي الذي لحق بالدائن ولا يمتد ليشمل الكسب الفائت والضرر المعنوي أما في حالتي الغش والخطأ الجسيم فإن تقدير التعويض الناشئ عن الإخلال العقدي يتمثل بكافة الأضرار المادية المتحققة والكسب الفائت والضرر المعنوي وفي حالة فسخ العقد قضائياً فإن تقدير التعويض يكون على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية أي يشمل كافة الأضرار المادية والكسب الفائت والضرر المعنوي. وحيث من الثابت أن المدعى عليها ارتكبت خطأ جسيماً بفعلها العمدي بإنكار وجود الاتفاق والعدول عنه محض إرادتها دون أي مبرر كما وتقرر فسخ العقد قضائياً وعليه فإن ما تستحقه المدعية من تعويض يشمل كافة الأضرار اللاحقة بها سواء كانت المتحققة أو الكسب الفائت أو الضرر المعنوي كنتيجة للخطأ الجسيم وفسخ العقد قضائياً في حال ثبوتها خلافاً لما توصلت إليه محكمة الاستئناف بقرارها المطعون فيه مما يجعل هذين السببين واردين على الحكم الاستئنافي يوجبان نقضه"⁽¹⁾، ومن خلال هذا القرار يمكننا استقاء العديد من المبادئ القانونية المتعلقة بالزام المدين بتعويض الدائن عن إخلاله بالتزامه تجاهه.

فقد رسخ هذا القرار القول بأن المرجع لتحديد التعويض الناشئ عن إخلال المدين بالتزاماته العقدية هو العقد أو القانون، وفي حال تخلفهما يتمثل التعويض عن الضرر المحقق الفعلي، بتعويض الدائن بمقدار ما لحق به من ضرر فقط وهذا يتوافق مع ما ورد في مجلة الأحكام العدلية من القول بأن الضرر يزال.

كما نجد بأن محكمة التمييز الأردنية قد أكدت بأن الكسب الفائت والضرر المعنوي لا يدخل ضمن نطاق الضرر المحقق الفعلي، وبالتالي لا يحق للدائن المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر، إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم، وهنا وبإسقاط هذا الحكم على موضوع البحث والتي تتعلق بمدى

¹ قرار محكمة التمييز رقم 2476 لسنة 2017 موقع قسطاس.

المسؤولية المدنية للمدين المוסر عند امتناعه عن الإيفاء، يمكن التساؤل هل يمكن اعتبار امتناع المدين على الإيفاء بالتزامه رغم المقدره عليه من قبيل الخطأ الجسيم؟

في الحقيقة نجد بأن ذات القرار قد أجاب على هذا السؤال عندما ذهب إلى القول بأن المدعى عليه قد ارتكب خطأ جسيم بإنكاره العقد والعدول عنه بمحض إرادته ودون مبرر، وعليه فإن المدين الذي يرفض تنفيذ التزامه بمحض إرادته ودون مبرر وبوجود القدرة على تنفيذ الالتزام يكون فعله هذا ضمن مفهوم الخطأ الجسيم، وملزم بالتعويض عن كل ضرر لحق بالدائن بما يشمل الضرر الفعلي المحقق وكل كسب فائت وكل ضرر معنوي لأن فعله يدخل ضمن دائرة الخطأ الجسيم.

كما ذهبت محكمة التمييز في هذا القرار إلى القول بأن التعويض وإن كان ناتج عن الإخلال بالتزام عقدي ويقع ضمن حدود أحكام المسؤولية العقدية إلا أنه وفي حال تم فسخ العقد قضائياً، فإن التعويض سيكون وفق أحكام المسؤولية العقدية بما يشمل كافة الأضرار.

الفرع الثالث: آلية تقدير التعويض في القضاء الفلسطيني والأردني

نجد بان المستخلص من أحكام محكمة النقض الفلسطينية حول آلية احتساب الضرر الناتج عن إخلال المدين بالتزامه تجاه الدائن لا يخرج عن إحدى حالتين، الأولى أن يتم الاتفاق صراحة على مقدار التعويض بين طرفي الالتزام، وفي هذه الحالة يتم الرجوع إلى هذا التقدير المتفق عليه والذي يسمى في أغلب الأحيان الشرط الجزائي، وألا يكون هنالك تعسف ولا مبالغة في هذا الشرط، ويحق لقاضي الموضوع تعديل هذا الشرط وفق قواعد العدالة، كما ذكرنا سابقاً فيما ذكر من أحكام محكمة النقض.

وأما الحالة الثانية في تقدير التعويض فتكون عبر انتداب محكمة الموضوع وبمعرفة للخبراء لتقدير التعويض وفق ما يسمى بالخبرة الفنية المنصوص عليها في المادة 150 من قانون البينات

في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001م والتي لا يمكن الاستعاضة عنها ببينة أخرى من قبل المدعي.

أما القضاء الأردني فقد اعتمد على نصوص القانون في تحديد قيمة التعويض ولا سيما نص المادة (266) من القانون المدني الأردني سالف الذكر¹، والتي حددت مقدار التعويض بما لحق بالمضرور من ضرر أو ما فاتته من كسب، وهنا نجد بأن المشرع الأردني تحدث عن الضرر وطريقة تقديره دون الحديث عن طريقة اثبات الضرر كما فعل القانون الفلسطيني والذي اشترط الخبرة الفنية لتقدير الضرر عن طريق وبمعرفة محكمة الموضوع.

أما فيما يتعلق بتقدير قانون المراجعة العثماني للتعويض عبر النص على الفائدة القانونية في حال الديون الاتفاقية أو التجارية والتي يكون محلها مبلغ من النقود، فيتضح من خلاله أن النص بهذه الفائدة لا يتعلق بمقدار الضرر الحاصل للدائن وإنما يتعلق بنص قانوني محدد قد افترض مقدار التعويض العادل عن ضرر مفترض، يتمثل في حبس المدين لمال الدائن لديه، وهذا التعويض لا يتجاوز 9% سنويا من قيمة الدين المطالب به.

وهنا يتبين بأن هذا التقدير المفترض لا يحقق العدالة لأطراف النزاع، فقد يكون الضرر المتحصل للدائن أكبر من ذلك عندها يلحق الظلم بالدائن، وقد يكون الضرر أقل من ذلك وفي هذه الحالة يلحق الظلم بالمدين، كما أن التناقض في الأحكام سالف الذكر حول تاريخ بدأ سريان هذه الفائدة هل هو تاريخ المطالبة أم تاريخ الحكم قد رفع من مقدار الضرر المتحقق للدائن، وذلك في حال تم الاحتساب من تاريخ الحكم في دعوى المطالبة.

¹ انظر المادة 266 من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976: "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار."

وهذا التناقض واضح وجلي في أحكام القضاء الفلسطيني وتحديدا بين الحكامين سالفني الذكر في هذا الفرع وهما قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2012/711، والقرار رقم 2012/281، والذي احتسب الأول منهما تاريخ بدأ سريان الفائدة من تاريخ الحكم في الدعوى، بينما القرار الثاني جعل من تاريخ رفع الدعوى هو تاريخ احتساب هذه الفائدة.

وهذا الأمر كان بعكس ما سار عليه القضاء والقانون الأردني الذي حسم الأمر بأن الاحتساب يكون من تاريخ المطالبة وليس الحكم، حيث قضت محكمة التمييز الأردنية بأن السريان يبدأ من تاريخ المطالبة كما جاء في حيثيات قرارها رقم 2010/2279: "في ذلك نجد بأن المطالبة موضوع الدعوى هي مطالبة بحقوق عمالية رتبها قانون العمل فان سريان الفائدة القانونية يبدأ من تاريخ إقامة الدعوى باعتبار المبلغ المحكوم به يمثل دينا بذمة صاحب العمل باستثناء الفصل التعسفي الذي تسري الفائدة القانونية عليه من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية وفق الفقرة (167/3) من قانون أصول المحاكمات المدنية باعتباره ان الحكم فيه يمثل تعويضا"⁽¹⁾

إلا أن هنالك العديد من الأحكام التي تجعل تاريخ الفصل في الدعوى هو تاريخ الاحتساب لهذه الفائدة، كما يلاحظ في هذا القرار أن التعويض لا يشمل إلا المطالبات النقدية وحتى هذه المطالبات لازالت تخضع للاجتهاد الشخصي للقضاة كما تبين معنا في هذا القرار والذي قرر ان احتساب الفائدة القانونية 9% للحقوق العمالية من تاريخ إقامة الدعوى، وهذا أمر جيد إجمالاً ولكن التفريق بين حقوق عمالية وأخرى هو أمر غير مستساغ، وذلك عند إشارة القرار إلى أن احتساب مدة التعويض عن الطرد التعسفي يكون من تاريخ الحكم فيه وهذا أمر في غاية الغرابة والتناقض.

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية في الحكم رقم 2010/2279 حقوق، موقع قسطاس، المكتبة الالكترونية الجامعة العربية الامريكية، تاريخ الاقتباس 2022/12/26 الساعة 8 مساء.

وهنا وبوجود النص القانوني الصريح والواضح بالفقرة الثالثة من المادة 167 والتي جاء فيها:
"تترتب الفائدة على التعويض و التضمينات التي تحكم بها المحكمة لأحد الخصوم وتحسب الفائدة
من تاريخ إقامة الدعوى"⁽¹⁾ كانت مستند للقضاء في أحكامه بهذا التعويض.

وهذه الفقرة أكدت وجوب الحكم بالفائدة من تاريخ إقامة الدعوى عن أي تعويضات أو
تضمينات لأحد الخصوم فما هو سبب التعليل لا شك بأنه غير واضح، ولم تبين سبب هذا الاختلاف،
فإذا كان الاستقرار بأن الحكم للعامل بالحق بالتعويض عن فصل رب العمل له فصلا تعسفيا، فإن
قرار المحكمة لا يكون منشئ لهذا الحق في التعويض وإنما يكون كاشفا له، وعليه كان أحرى بالقضاء
الحكم للمدعي بالفائدة القانونية عن الفصل التعسفي من تاريخ المطالبة وليس من تاريخ الحكم، ولم
يكن في الفقرة الثالثة من المادة 167 من قانون أصول المحاكمات الأردني ما يسعف في هذا الصدد،
بل جاء القرار على خلاف هذا الحكم.

وقد ذهب الاجتهاد القضائي الأردني إلى البحث في آلية التقرير بوجود الضرر من عدمه
وآلية تحديد الضرر ومقداره، وهذا أمر على غاية من الأهمية إذا لم ينص القانون على آلية التقدير
للتعويض.

وقد جاء في حيثيات إحدى قرارات محكمة التمييز الأردنية حول هذا الأمر أنه: "لا يجوز في
المنطق القضائي بناء الأحكام بالاستناد إلى الفرضيات ذلك أن الاحكام تبنى على البيانات القانونية
المقدمة في الدعوى وتستخلص منها النتائج هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن التعويض عن الضرر
المادي والمعنوي الذي يطالب به المدعي لا تقرر وجوده من عدمه محاكم الموضوع من تلقاء نفسها
بل لابد من اللجوء إلى الخبرة لتقرير وجود الضرر من عدمه ثم تقدير مقداره"⁽²⁾

(1) الفقرة الثالثة من المادة 167 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية في الحكم رقم 2006/2662 حقوق، موقع قسطاس، المكتبة الالكترونية الجامعة
العربية الأمريكية، تاريخ الاقتباس 2022/12/26 الساعة 8 مساء.

إذا إن تقدير الضرر لا يكون إلا بناء على تقدير الخبير المنتدب من المحكمة، لئيسنى لها الوقوف على مقدار الضرر وهذا جانب آخر يتبين لنا من خلال هذا النص بالإضافة إلى ما ذكر ان للخبير الحق في تقدير مقدار الضرر الذي يطالب به المتضرر (الدائن)، وفي كل الأحوال فالمدين هو ضامن للعقد ولا يحق له في حال من الأحوال التنصل من مسؤوليته. (الأحمد، 2002، ص31)

أما في حال كون الالتزام المطالب بالتعويض عنه نقدي، فلا يكون التعويض إلا وفق نص القانون، وهو ثابت لا يزيد ولا ينقص بتحديد المشرع الأردني له بـ 9% وهو ما يعرف بالتعويض القانوني (أبو صيني، 2020، ص393-399)، وكذلك فعل المشرع في القانون الفلسطيني.

المبحث الثاني: أوجه القصور في النصوص التشريعية وموقف الفقه الإسلامي

سيتم البحث خلال هذا المطلب حول أوجه القصور في النصوص التشريعية المتعلقة بإلزام المدين بتعويض الدائن عن إخلاله تجاه الدائن، وموقف الفقه الإسلامي من مسؤولية المدين، وتوضيح كل من الرأي المؤيد والمعارض لتحميل المدين هذه المسؤولية وبالتالي الحكم عليه بالتعويض.

المطلب الأول: أوجه القصور في النصوص التشريعية

بالنظر فيما سلف من النصوص القانونية في كل من القانون الفلسطيني والقانون الأردني والبحث في التطبيقات القضائية لكل منهما ومواطن التناقض واللبس في تفسير النص تبين وجود عدة ملاحظات على هذ النصوص تتلخص بما يلي.

الفرع الأول: اقتصار التعويض عن مدة عدم الإيفاء على الديون النقدية فقط

بالرجوع إلى النصوص القانونية في القانون الفلسطيني يتبين اعتماده لقانون المرابحة العثماني فقط لتعويض الدائن عن مدة التقاضي، والتي كما أشرنا هي الفترة المعتدة كون استحقاق التعويض يبدأ من لحظة المطالبة الفعلية للدين من المدين، وقد تبين بأن هذه النصوص قد وضعت حدا أعلى للتعويض عن هذه المداينات أو الالتزامات تحت مسمى الفائدة القانونية، وذلك فيما يتعلق بالمداينات العادية والتجارية أي ترتيب للفوائد الربوية وليس للتعويض عن الأضرار اللاحقة بالمدين بشكل عام، حيث ان الفوائد على الديون إذا اطلقت تكون فوائد ربوية محرمة، وهذا الأمر يخرج من نطاق البحث.

وقد تبين من خلال إسقاط ما نص عليه قانون المراجعة العثماني من فرض لهذه الفائدة على واقع التقاضي أمام المحاكم الفلسطينية لجوء بعض القضاة للاعتماد على هذا القانون في تعويض الدائن عما لحق به من ضرر نتيجة طوال فترة التقاضي وامتناع المدين عن السداد.⁽¹⁾

وأيضاً نجد السلبية في هذا التوجه ان قد فرق بين مال وآخر بحيث تم استثناء باقي الأموال المعتبرة فقهاً وشرعاً، حيث إن موضوع البحث هو عدم إيفاء المدين بما عليه من التزام تجاه الدائن، وفي هذه الحالة إذا كان موضوع الالتزام تسليم بضاعة أو إنشاء مبنى أو أي التزام آخر فإنه يخرج من هذا الاعتبار، وهذه الحماية قاصرة أصلاً.

وعليه وفي هذه الفكرة نجد بأن على المشرع وفي حال فرض التعويض للدائن عما لحق به من ضرر نتيجة طوال إجراءات التقاضي ومماثلة المدين في التنفيذ أن يشمل هذا التعويض كافة أنواع الالتزامات سواء نقدية أو عينية أو غيره، بل يجب أن يشمل التعويض ما ذهبت إليه التشريعات الحديثة كاتفاقية فيينا لعقود البيع الدولية لعام 1980 (CISG)، ومبادئ عقود التجارة الدولية (UPICC) من إمكانية التنفيذ على حساب المدين لصالح الدائن عن طريق إبرام صفقات أخرى بديلة للصفقة التي أخل بها المدين بشرط عدم التعسف في هذا الحق بأن تكون المخالفة لنصوص العقد جوهرية إلى جانب عدم التقيد أصلاً أو الإهمال في التقيد. (عطية، 2017، ص 125-127)

وقد كان لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة في هذا الصدد تطور إيجابي ورأي آخر فيما يتعلق في إنصاف الدائن عند إخلال المدين، إذ جعل من مجرد التأخر في تنفيذ

¹ نقض مدني رقم 182 / 2004 ونقض مدني رقم 2012/711 صادر عن محكمة النقض الفلسطينية: "وبخصوص الحكم بالفائدة القانونية فإننا نجد ان الحقوق العمالية التي تترتب للعامل في ذمة صاحب العمل بعد انتهاء عقد العمل تعتبر ديناً في ذمة صاحب العمل فإذا لم يتم بدفعها بعد مطالبته بها يحكم عليه بالفائدة القانونية من تاريخ الادعاء وحتى السداد التام في حال الادعاء بها"، المقتفي، تاريخ الاقتباس 2022/12/12 الساعة 8 م.

المدين لالتزاماته حق للدائن في التعويض كما يشمل التعويض كافة الالتزامات¹، وعليه فإن هذا الشمول الذي تحدث عنه هذا القانون جعل للمتضرر الحق في التعويض عن أي ضرر يلحق به وبغض النظر عن طبيعة الالتزام.

كما نجد بأن قانون أصول المحاكمات الأردني كان اشمل من القانون الفلسطيني وعند نصه عن موضوع التعويض تحدث عن الالتزام الذي محله مبلغ من النقود، وعند تأخر المدين عن الدفع في الوقت المحدد حكم عليه بالفائدة القانونية، والتي حددها بـ 9% مع نقل عبء إثبات عدم التضمر على المدين إذ اعتبرت هذه المادة أن الضرر في النقد مفترض ولا حاجة لإثباته، ونرى في هذا الافتراض جنوح نحو للعدالة، إذا أي حبس للأموال سيسبب ضرر محتما سواء بالمنع من استثمارها أو من حيث منع الاستفادة منها وتنميتها ، كما تحدث صراحة عن في المادة 360 عن وجوب مراعات الضرر اللاحق الذي قد يصيب الدائن نتيجة فعل المدين واصراره على عدم الإيفاء بالتزامه.

الفرع الثاني: التحديد المسبق لقيمة التعويض بما يسمى بالفائدة القانونية بـ 9%

جاء النص القانوني وفق قانون المرابحة العثماني أو ما جاء في قانون أصول المحاكمات الأردني باعتماد نسبة 9% كتعويض لبعض الديون في حال تم التعويض عن فترة عدم الإيفاء، بتناقض كلي مع المبدأ العام الذي شرع لأجله التعويض، وهو مبدأ جبر الضرر، وعليه فإن فرض هذه النسبة سيكون وبلا شك مجحف في معظم الأحيان، إذ أن الضرر اللاحق بالدائن قد يكون أكبر

³⁴ انظر المادة 386 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985 والتي جاء فيها: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

من هذه النسبة وبالتالي عدم جبر الضرر الذي لحق به، وأيضا قد يكون الضرر الذي لحق به أقل من ذلك، وحينها سيكون قد أثرى على حساب المدين.

وفي حقيقة الأمر نجد بأن هذا النص وهذه النسبة قد اعتمدت قبل قرابة مئة عام وفق قانون لا زال ساري دون التفكير في تحديثه أو الوقوف على صلاحيته في عصر التطور الذي نحيا، كما أن اعتماد هذه النسبة للتعويض منذ تلك الفترة حتى يومنا هذا دون توضيح الأساس العلمي الذي قامت عليه سيجعل وبلا شك هذا الاعتماد مثار للشك في تحقيق العدالة.

كما اتضح لنا بأن قانون أصول المحاكمات الأردني قد اعتمد ذات النسبة ودون تحديد سبب للأخذ بها، بحيث أصبحت هذه النسبة من المسلمات بل إن القانونين الأردني والفلسطيني قد أجمعا ببطلان أي اتفاق على تعويض قد يفوق هذه النسبة.

وللإنصاف نقول بأن مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 جاء بنصوص أكثر نضوج بالرغم من كونه مشروع ولم يقر بعد، إلا ان في نص المادة 186 منه ما يوضح هذا التطور، وهو أقرب لروح العدالة من نصوص قانون المخالفات المدنية ومجلة الأحكام العدلية إذ جاء فيه: "يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر، وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار"، وتجدر الإشارة في هذا النص إلى الحديث عن التعويض بما يشمل ما فات الدائن من كسب هذا بالإضافة إلى ما أصابه من ضرر.

كما أن الحديث عن جبر الضرر والخلل الوارد في هذه النسبة (9%) يثير التساؤل ألا يتعارض تحديد نسبة التعويض مسبقا أو حتى رفض التعويض أصلا كما جاء في أحكام القضاء الفلسطيني تحديدا عن مدة التقاضي مع قاعدة الضرر يزال، فعلى سبيل المثال إذا قام القضاء بالحكم للدائن بإلزام المدين بدفع قيمة ما عليه من التزام بعد عشرة سنوات من التقاضي، فهل يكون بهذا الحكم قد أزال الضرر؟ وهل يستقيم هذا المنطق مع مفهوم العدالة وأبسط قواعدها؟

في الحقيقة لا، وإن الضرر لم يزال وإن عاد الدين الأصلي، ولكي يكون التعويض عن الضرر كاملاً وعادلاً فلا يجوز إهمال العوامل التي لها تأثير في تقدير قيمة التعويض، وهذه العوامل قد استقرت عليها التشريعات الوضعية والفقهاء المدني، فالبحث عن العوامل المعتمدة في تقدير الضرر مثل جسامه الخطأ المسؤول عن الفعل الضار، وبالتالي جسامه الضرر ذاته وأيضا العوامل التي تتعلق بالتضخم الاقتصادي وارتفاع الأسعار يجب أن تؤخذ بالحسبان. (الفضل، 1996، ص 432،

(433)

كما نجد بأن مشروع القانون المدني الفلسطيني قد تحدث صراحة عن مفهوم التعويض العادل في المادة 180 منه¹، وهنا وبلا شك تناقض بين التعويض العادل وما يطبق على أرض الواقع، فكل النصوص تتحدث عن التعويض العادل وحق النصفه ولكن يخل الأمر عند التطبيق كما رأينا في أحكام محكمة النقض ومحكمة التمييز الأردنية، كما يتبين بأن هذه النصوص جميعا لم تتطرق لنص واضح وصريح يلزم القضاء بالحكم للدائن عن مدة التقاضي بالإضافة الى أي تعويض آخر استحقه الدائن عن عدم تنفيذ الالتزام بما يضمن للدائن النصفه التي تحدث عنها القانون أو التعويض العادل الوارد في مشروع القانون المدني الفلسطيني.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من مسؤولية المدين الموسر عند امتناعه عن الإيفاء

كان موقف الفقه الإسلامي حول مسؤولية المدين الموسر عن عدم الإيفاء أو بما يسمى إلزام المدين المماطل على التعويض أو الضمان مدار بحث طويل، وقد تم الحديث سابقا وحديثا بين

¹ انظر نص المادة 180 من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 والتي جاء بها: " 1. يكون الشخص مسؤولاً عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز. 2. إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مع مراعاة مركز الخصوم".

العلماء ومجمعات البحوث للوقوف على معيار واضح ودقيق يفصل بين الربا المحرم والمعروف قبل الإسلام والمحرم في الشريعة الإسلامية دون خلاف فقهي معتبر بخصوص هذا التحريم، وبين التعويض المنشود في هذا البحث.

كما أن الوقوف في هذه الدراسة على موقف الفقه الإسلامي مرجعه ان كثير من الدساتير العربية قد جعلت من الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع، ولاسيما دستور المملكة الأردنية الهاشمية والقانون الأساسي في فلسطين، حيث جاء في المادة الثانية من الدستور الأردني بأن: "الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية"، وكذلك ما جاء في المادة الرابعة من القانون الأساسي الفلسطيني بأن: "1. الإسلام هو الدين الرسمي في فلسطين ولسائر الديانات السماوية احترامها وقدسيتها 2. مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع 3. اللغة العربية هي اللغة الرسمية".

وعليه كان لابد من بحث مدى اتساق القانون الخاص مع الدستور والذي هو القانون الأعلى في الدولة، وتبيان التناقض وذلك بإباحة الفوائد الربوية دون تأصيل شرعي يفرق بين الربا المحرم والتعويض العادل، فالاختلاف بين هذان الأمرين أمر شائك لا بد من الوقوف عليه، فمما لا خلاف عليه بأن دستور الدولة هو القانون الأسمى في الدولة وبأنه يعلو على كافة القوانين ولا يعلى عليه. لقد انقسم الفقه الاسلامي بين مجيز لهذا النوع من التعويض ضمن ضوابط شرعية ثابتة وبين محرم لها، باعتباره نوع من أنواع الربا المحرم شرعاً، وقبل الحديث حول كل رأي وأسانيده والعلماء الذين أيدهم والرافضين له، لابد من الوقوف على عدة نقاط لا بد من ذكرها في هذا الصدد:

1. و يخرج من ضمن مفهوم التعويض المراد في هذا البحث هو اتفاق أطراف العقد بشرط

مسبق في حال إخلال أحد الأطراف بالتزامه، وذلك بتحديد قيمة التعويض مسبقاً وخصوصاً

ما يحدث في المؤسسات المصرفية والبنوك، والتي هي الزيادة الربوية وذلك لقاء الأنظار

لزم معين طال أم قصر. (الختلان، 2017، ص48)

حيث ان هذا الاتفاق هو اتفاق خارج عن هذه الدراسة لسببين رئيسيين، الأول أن التعويض المراد في هذا البحث هو ما شرع لجبر الضرر وليس الإثراء والإضرار بالغير فإن وجد ضرر لزم التعويض والعكس بالعكس، أما الاتفاق المسبق على الفائدة فهو خارج موضوع الضرر، ثانياً إن من شأن الاتفاق على قيمة تعويض محدد بمبلغ محدد يجعل من المدين حر التنفيذ والالتزام بالوقت المحدد من عدمه، وبالتالي يكون هذا الشرط أقرب إلى الربا المحرم، فإن شاء المدين التزم وإن شاء تأخر مع دفع الزيادة وهذه تسمى النسيئة، وهو ذاته الربا المحرم، وكذلك الفائدة القانونية فإنها تعتبر كالفائدة المصرفية تخضع لذات النظام القائم على الفائدة الربوية المحرمة والمجرمة وفق الشرعية الإسلامية (أبو صيني، شاويش، والمنصور، 2016، ص15-27)، وكلتاها تخرج من نطاق هذه الرسالة.

قال تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين (278) فإن لم تفعلوا فآذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون (279) وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون (280) واتقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون (281))⁽¹⁾. صدق الله العظيم

2. إن ما يشمل مفهوم التعويض المراد في هذه الدراسة، هو التعويض في حال كان الالتزام بمال يؤدي في موعد محدد أو التزم بإنجاز عمل محدد، وعليه نضرب المثال التالي إذا كان محل الالتزام حفر بئر ماء لري المزروعات وسقاء الانعام وقام المدين بالإخلال بموعد حفر البئر فيجب النظر إلى مدى الضرر الذي سببه المدين بهذا العمل.

(1) سورة البقرة، الآية (278 - 281).

فإن كان الهدف من حفر البئر ملأها من مياه الأمطار وكان التأخير في الحفر خلال فصل الصيف وإن استمر التأخر عدة شهور فلا مجال للتعويض لأن المقصد من حفر البئر ملؤها من مياه الأمطار وبالتالي عدم تضرر الدائن في هذه الحالة، أما إذا تم حفر البئر بعد انقضاء موسم الأمطار وتكلف الدائن بري المزروعات والمواشي على نفقته وبشراء الماء، فإن المدين ملزم بتعويض الدائن عما شراه من ماء حتى الموسم المطري القادم.

وعليه نقول بأن الاتجاه الفقهي القديم وقبل الحديث عن التعويض جعل من مسألة الربا وعظم تحريمه الفزاعة التي تثير حفيظة كل مجتهد، بل إن التوجه إلى التحريم وعند تمسكه بهذه الفتوى كان لسد الذرائع والأخذ بالأحوط، متجاهلين ما سبب مطل الغني من ضرر حقيقي وفعلي، مع التأكيد على أن فقهاء الفقه الإسلامي وبالإجماع ودون استثناء قد أجمعوا على حرمة فعل المدين الغني المماطل وإمساكه مال الدائن دون وجه حق بل إن بعضهم اعتبره غصب لهذا المال موجب العقوبة، وإن فعله هذا من كبائر الأمور.

وقد شرع التعويض ضماناً للحقوق ورعاية للعهود وزجراً للجناة ومنعاً للاعتداء في نصوص القرآن والسنة النبوية وإجماع العلماء، ولكن وعند الحديث عن تعويض الدائن بسبب هذا الظلم وهذا الحبس للمال دون وجه حق يظهر الخلاف. (القضاة، 2020، ص 35)

3. كما إن مسألة تعويض الدائن عما لحق به من ضرر نتيجة مماطلة المدين، هي من الأمور المطروحة ضمن الفقه الحديث واستجابة طبيعية للقيمة الاقتصادية التي تحملها النقود، حيث إن المفهوم الحقيقي للإقتصاد وتطوره الهائل وما بني عليه من حقيقة أن الوقت هو مسألة جوهرية في الإقتصاد ونموه والذي تبني عليه المجتمعات المتحضرة والاقتصادات الكبيرة لم يكن وارد في السابق. (أبو صيني، 2020، ص 407)

وإن ما واكب الاقتصاد والعمليات التجارية الحديثة من تعقيدات وسرعة في التعاقد وإنهيار
أحيانا لشركات يكون في دقائق وأسهم أخرى تربح ملايين في دقائق أخرى، لهو أمر معاكس تماما
لما كانت عليه الحياة والتجارة في العهود التي سبقت الثورة الصناعية والمالية الحديثة، إذ كانت تلك
التجارة تمتاز بالبساطة وعدم التعقيد والبطء في كل شيء من تواصل ونقل وإنتاج وغيره، لهذا كان
لابد من فقهاء العصر الحديث من الاعتماد على النصوص الشرعية والرأي الفقهي المواكب لهذا
التطور دون البقاء في بوتقة الاجتهاد السابق، من وقوف عند نص التحريم دون أخذ بمصادر التشريع
الأخرى ودون التمترس خلف قاعدة درء المفاسد وسنتناول هذين الرأيين.

الفرع الأول: الرأي المؤيد لتعويض الدائن عما لحق به من ضرر نتيجة ماطلة المدين الموسر

من خلال هذه الدراسة وبالعودة إلى العديد من المراجع، يتبين بأن الذين يؤيدون هذا الرأي
هم علماء الشريعة في العصر الحديث، وهذا يرجع كما أسلفنا للتطور الاقتصادي والاحتياجات
العصرية وظهور أهمية الوقت فيما يتعلق في حركة التعامل والتجارة، كما أن الفصل في مثل هذه
المنازعات كان سريعا وميسورا بعكس النظام القضائي الحالي والذي يتسم بالبطء للبحث في هذه
المسألة والوقوف على الحد الفاصل في التفريق بينها وبين الربا المحرم ومن العلماء الذين يؤيدون
هذا الرأي العالم الجليل الدكتور مصطفى الزرقا -رحمه الله- وقد كتب في هذه المسألة العديد من
البحوث. (الزرقا، 1996، ص12)

وقد أفرد هو وغيره من العلماء أمثال الدكتور عبد الله بن منيع مساحة تفصيلية لا بأس بها
تبين الأحكام والشروط المتعلقة بجواز تعويض الدائن عما لحق به من ضرر نتيجة ماطلة المدين
الموسر، وقد ساق المؤيدون لهذا الرأي بوجوب التعويض عدة أدلة شرعية نوجزها بما يلي:

أ) أن الله عز وجل قد أمر الناس على اختلاف مشاربهم بأداء الحقوق لأصحابها، وقد جاء الأمر الإلهي بذلك بقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)⁽¹⁾، وقوله تعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها)⁽²⁾

فإيفاء الانسان بالعقد هو أمر لازم وفق نص القرآن الكريم، وهو ليس على سبيل التأخير أو على سبيل الندب، بل إن المدين المماطل يعتبر عند عدم إيفائه بداية مخالف للشرع ومن ثم مسبب للضرر للدائن، بل إن حلول الموعد بالإيفاء وتمنع المدين عن السداد دون عذر يجعل من المال الذي بين يديه للدائن أمانة هو ملزم بردها وهو ضامن لها في حال الهلاك، وهو بفعله هذا حسب رأي هذا الفريق ظالم مسؤول عن ظلمه " كما أن تأخير أداء الواجب المستحق عن مواعده بلا عذر شرعي، هو أكل لمنفعة المال بلا إذن صاحبه مدة التأخير". (الختلان، 2017، ص35)

ويؤخذ على هذا الرأي بأن الضرر ليس مؤكد بحيث أن الدائن إذا استوفى دينه في الميعاد المحدد يبقى المال دون استثمار، وكذلك أيضا في حال استثماره قد تكون الخسارة في هذا الاستثمار كما الربح، وإنما نرى في الرد على هذا النقص للدليل الأول بأن الأمر لو صح لما استقامت الحياة، إذ أن هذا النقد قد جعل من المدين وصي على الدائن بحبس ماله وحرمانه من الفرصة التي قد تحقق له الربح فلو أخذنا بهذا المنطق من القول وهذه الجدلية الفقهية لما استطاع متضرر من إثبات ضرره، فعلى سبيل المثال إذا حبس المدين مركبة لديه ولم يقم بتسليمها للدائن في الوقت المحدد لتذرع المدين بأن الضرر ليس بحتمي، فقد تكون أعمال الدائن ليست بحاجة إلى هذه المركبة في الوقت الذي ماطل به المدين وعليه يمكن فتح باب جدلي لا حدود له ولا معيار.

(1) سورة المائدة، الآية 1.

(2) سورة النساء، الآية 58.

ب) كما يسوق هذا الرأي من أدلة شرعية قول الرسول صلى الله عليه وسلم بما ورد في بداية الدراسة من حديث شريف ومنطق قويم ألا وهو قوله الرسول الأعظم صلى الله عليه وسلم: "مطل الغني ظلم"، ومما لا خلاف عليه بأن الظالم معتدي وبالتالي يجب رد هذا الاعتداء، وكذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته" (البخاري، 2012، ص392) وكما أسلفنا وكما يرى هذا الجانب من الفقه بأنه لا يوجد ما يمنع بأن تكون عقوبة المماطل مالية لجبر ضرر الدائن المتضرر وان لم يوجد ما يؤيد هذا القول "لأن الفقهاء فسروا العقوبة بالحبس والتعزير ولم يفسروها بالتعويض المالي". (الختلان، 2017، ص37)

وهذا التحديد للعقوبة من قبل المفسرين لا يستند إلى نص شرعي، إنما كان ضمن اجتهاد الفقهاء المفسرين وان حديث الفقهاء على اقتصار العقوبة على الحبس وغيره لا ينفي إرادة المشرع بغيرها من العقوبات التي قد تكون أكثر إنصاف للدائن.

وعليه وفي هذا الصدد يقول الدكتور مصطفى الزرقا -رحمه الله-: "وقد رأى ائمة الفقه السابقون أن تكون هذه العقوبة هي الحبس حتى يفي بالدين جزاء له على المماطلة، والتأخر في أداء الواجب عليه، وهو أداء الدين لصاحبه مع قدرته على هذا الأداء، وهذا لا يمنع من عقاب المدين المماطل القادر على الوفاء بإلزامه بتعويض الدائن عن الضرر الذي يلحقه بسبب تأخره في الوفاء بما عليه من الدين لأن كلمة (عقوبته) الواردة في الحديث مطلقة، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يعم الدليل على تقييده". (الزرقا وشعبان، 1989، ص217)

ج) وكذلك من الأدلة الشرعية التي يسوقها هذا الرأي، قول الرسول صلى الله عليه وسلم: لا ضرر ولا ضرار"، ومن هذا الحديث الذي يعتبر أصل في التشريع ومن القواعد الواردة في مجلة الأحكام العدلية والتي يبنى عليها الكثير في هذا الصدد، وتشمل هذه القاعدة على حكمين الأول أنه لا يجوز الإضرار ابتداء، أي لا يجوز للإنسان أن يضر شخصا آخر في نفسه وماله لأن الضرر

هو ظلم والظلم ممنوع في كل دين وجميع الكتب السماوية قد منعت الظلم، أما حكم الفقرة الثانية من هذه المادة وهو أنه لا يجوز مقابلة الضرر بمثله، بل يجب عليه أن يراجع الحاكم ويطلب بإزالة الضرر بالصورة المشروعة. (حيدر، د.ت، ص32، 33)

وعليه يمكننا القول بأنه ليس من حق الدائن مقابلة اضرار المدين له بالمماطلة بأي ضرر من أي نوع كان، وإنما يحق له المطالبة بجبر الضرر الذي لحق به نتيجة هذه المماطلة وهذا الاضرار بما يتناسب مع مقدار الضرر الحاصل له نتيجة فعل المدين غير المشروع.

الفرع الثاني: الرأي المعارض لتعويض الدائن عما لحق به من ضرر نتيجة مماطلة المدين

الموسر

لقد ساق المعارضون لتعويض الدائن عن مماطلة المدين بعض الأدلة الشرعية على حرمة التعويض منها ما هو ذاته من أدلة الرأي المؤيد للتعويض ولكن بفهم مختلف، ونفصلها بما يلي:

قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لي الواجد ظلم يحل عرض وعقوبته"، وهنا يسوق الفقهاء المعارضين لمبدأ التعويض عن مماطلة المدين هذا الحديث الشريف والوصول في تأويله لمنحنى يحمل الوجهين في التأويل. حيث يؤكد هذا الرأي بأن مماطلة المدين ليست بالأمر المحدث وأنها كانت منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم وأنه قد أحل للمظلوم الدائن عرض المدين وعقوبته، وبأن الحديث الشريف لم يفيد بأن العقوبة تشتمل على إحلال مال المدين للدائن، وأنه إذا أراد ذلك لنص عليه صراحة، وان العلماء السابقون لم يقوموا بتأويل هذا الحديث على هذا النحو من إباحة مال المدين في هذه الحالة.

كما يؤكد هذا الفريق من الفقهاء المعارضين لمبدأ التعويض، بأن التعويض المالي للدائن ما هي إلا ذات الفوائد الربوية التي تفرضها البنوك على عملائها حال تأخرهم عن سداد القرض. (الختلان، 2017، ص45- ما بعدها)

وهنا يمكن القول بأن الحديث عن سكوت الرسول صراحة عن عدم ذكر العقوبة المالية لا يعني بالضرورة عدم مشروعيتها، وأما إذا سكت العلماء السابقون عن تأويل الحديث بما يستفاد منه مشروعية اشتغال العقوبة على التعويض المالي فإنه لم يرد بتأويلهم ما يستفاد منه بعد جواز ذلك، ومع ذلك فإن علماء العصر الحديث قد فصلوا فيه بما يتوافق مع منطق العدالة، وبما لا يخالف نصا شرعيا ذو دلالة قطعية.

أما الحديث عن تشابه التعويض المالي للدائن مع فوائد البنوك الربوية، فإننا نقول بأن الفرق شاسع ما بين الأمرين ومن عدة وجوه من عدم وجود اتفاق مسبق على هذه الفائدة أو التعويض المالي، كما أن مقدار الفائدة محدد مسبقا في البنوك أما في حالتنا هذه فإنها تتناسب طرديا مع مقدار الضرر.

كما أن الحديث عن المدين الواجد في الحديث الشريف لا علاقه له بما يتم من معاملات في البنوك والتي لا تفرق بين موسر ومعسر، وكذلك الأمر بالنسبة للفائدة القانونية الواردة في قانون المرابحة العثماني والواردة في المادة (167) من قانون أصول المحاكمات الأردنية فهي ضمن مفهوم الربا أعلاه مع أخذها لشكل التعويض، وذلك أن حق المطالبة بهذه الفائدة يكون بمجرد تأخر المدين عن السداد في الموعد المحدد، وبغض النظر عن سبب تأخر السداد وإذا كان للمدين يد فيه أم لا، كما أن القانون في الحالتين الأردنية والفلسطينية قد افترض افتراضا لا يقبل العكس بأن الضرر قد تحقق فعلا بمجرد التأخر عن الدفع. (أبو صيني، شاويش، والمنصور، 2016، ص15)

وبناء على ما تقدم نجد بأن لكل رأي أدلته، ولكن من الملاحظ بأن الرأي المعارض لمبدأ التعويض يجعل من الأخذ بمبدأ الحيطة السبب الرئيس في رفضه للتعويض خوفا من الوقوع في شبهة الربا المحرم أكثر من لجوئه إلى دليل شرعي ذو دلالة قطعية، وعليه كان الفريق الأكبر من العلماء من مؤيدي هذا الرأي.

الخاتمة والنتائج والتوصيات

للمسؤولية المدنية للمدين الموسر مسوغها القانوني والمنطقي، فكل شخص طبيعي ملزم بإيفاء ما عليه من التزام تجاه الغير، وقد تم البحث من خلال هذه الدراسة في أركان المسؤولية بشكل عام من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وقد بينا بأن الخطأ يشمل عدة حالات وأوجه لا يمكن حصرها، وأنه قد يأخذ شكل الفعل السلبي بالامتناع عن فعل وإيجابي، وقد تم التوضيح بأن لا عبء كون الخطأ صدر عن قصد أو عن غير قصد، فالأصل هو تحقق الضرر للدائن واتصال الضرر بالفعل بعلاقة السببية، كما تم التفصيل في المسؤولية المدنية للمدين الموسر عن عدم الإيفاء بشكل خاص، وتم البحث في طبيعة هذه المسؤولية بشقيها المسؤولية العقدية والتقصيرية، فمسؤولية المدين قد تشمل أي منهما وقد تشمل كلاهما في بعض الحالات، كما تم التطرق لآلية تقدير التعويض واحكام الفائدة القانونية، كما تم التطرق للنصوص القانونية والصعوبات القضائية عند التطبيق، وموقف الفقه الإسلامي من مسألة التعويض محل الدراسة.

النتائج:

1- ان افتقار القانون الفلسطيني لنص صريح وواضح حول المسؤولية المدنية للمدين الموسر، وبعكس القانون المدني الأردني الذي كان أكثر حداثة، جعل من مهمة القضاء الفلسطيني مهمة صعبة في الحكم للمتضرر في قضايا التعويض والتي اتضح من خلالها وجود التناقض الكبير بين أحكام القضاء لغياب النص، فمن هذه الأحكام جاءت مؤيدة لمبدأ التعويض، ومنها ما جاء رافضاً لذلك معللاً رفضه لغياب النص القانوني الصريح.

2- إن ورود الفائدة القانونية والتي كانت من أوجه القصور في النصوص القانونية بتحديد نسبة التعويض بحد أعلى بغض النظر عن حقيقة الضرر الذي أصاب الدائن، له الأثر الأكبر في إيقاع الظلم على المدين أحيانا وعلى الدائن أحيانا أخرى.

3- إن تفريق المشرع في القوانين محل الدراسة بين المال النقدي وغيره من باقي الأموال المعتمدة فقها وشرعا من مسألة التعويض في بعض الحالات، كان له الأثر في إيقاع الظلم على الدائن، بحيث إذا كان موضوع الالتزام غير نقدي فإنه يخرج من اعتبارات التعويض وفق أحكام الفائدة القانونية سالفة الذكر.

4- إن موقف الفقه الإسلامي حول حق الدائن في التعويض عن ماطلة المدين قد انقسم إلى رأيين فقهيين، رأي رافض قد أخذ بالاجتهاد الأحوط بتحريم تعويض الدائن عن ماطلة المدين لأخذه حكم الربا المحرم شرعا، واسند الأدلة الشرعية المؤيدة لرأيه، ورأي مؤيد لتعويض الدائن عما لحقه من ضرر والذهاب بعدم حرمة هذا النوع من التعويض والذي ساق الأدلة الشرعية ذات الاعتبار والأقرب لروح العدالة والإنصاف.

التوصيات

إن مستخلص ما يمكن الخروج به من توصيات من هذه الرسالة يتلخص بما يلي:

- 1- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بتحديث التشريعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية وخصوصا القانون المدني الفلسطيني، وجعله مواكبا للتشريعات المتطورة والمستحدثة في هذا الصدد.
- 2- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بأن يشمل تحديث القوانين على نص واضح وصريح في انعقاد مسؤولية المدين عن عدم الإيفاء وإلزامه في تعويض الدائن عن إخلاله بهذا الالتزام، سواء كان هذا الإخلال جزئيا أو كليا.

3- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بأن يكون التعويض شاملاً لفترة التقاضي وما قبلها من مدة تلت الإخطار.

4- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بأن تشمل هذه النصوص القانونية ما استقر عليه الفقه الحديث عند حديثه عن أوجه التعويض، بأن يشمل التعويض ما لحق الدائن من ضرر أو فاته من كسب، وأن ينص القانون أيضاً على إمكانية التنفيذ على حساب المدين في حال إخلاله أو امتناعه عن الإيفاء بالتزامه، وكذلك يجب النص على الغرامة التهديدية في بعض حالات عدم الإيفاء.

5- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بأن يتجنب التفرقة بين المال العيني والنقدي عند احتساب التعويض كما هو الحال في أحكام الفائدة القانونية.

6- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بالنص صراحة على حق القضاء في النظر في كل شرط اتفاقي (الشرط الجزائي) ومدى تناسبه مع الضرر الحاصل للفريق المتضرر، بحيث يجعل من حق القضاء وضمن نص واضح وصريح حق تعديل الشرط الاتفاقي زيادة أو نقصان أو اقراره كما هو أو الغائه، تحت قاعدة جبر الضرر دون زيادة أو نقصان.

7- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني تجنب النص المسبق بالتعويض عبر الفائدة القانونية باعتبارها مقياس لتعويض الدائن عما أصابه عندما يكون محل الدين مبلغ من النقود، واللجوء إلى خبير مختص لتحديد قيمة الضرر الحقيقي يكون ضمن قائمة خبراء معتمدة مسبقاً لدى القضاء.

8- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني استحداث نصوص قانونية تحدد آلية تقدير تعويض الضرر حسب طبيعته يعتمد عليها الخبير بعد مراعاة العوامل المعتبرة والمذكورة في الرسالة عند تقدير التعويض، والبعد عن التحديد المسبق لبعض أنواع التعويض بما يسمى بالفائدة القانونية (9%)

ليكون كل ما ذكر بتوافق وانسجام كامل مع أحكام الشريعة الإسلامية التي جعلها القانون
الأساسي المصدر الرئيس للتشريع.

المراجع

أولاً: المصادر

- القرآن الكريم.
القانون الأساسي الفلسطيني.
الدستور الأردني.
مشروع القانون المدني الفلسطيني غير الساري رقم 4 لسنة 2012.
القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
قرار بقانون فلسطيني رقم 42 لسنة 2022.
قانون الإفلاس رقم 3 لسنة 1936.
قانون الإعسار الأردني رقم (21) لسنة 2018.
قرار بقانون رقم (12) لسنة 2022م بشأن تعديل قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005.
قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005.
القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
قانون الربا الفاحش رقم 20 لسنة 1934.
قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966.
الأمر العسكري رقم 980 لسنة 1982 الصادر عن قوات الاحتلال في فلسطين.
قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985.

ثانياً: المراجع

- ابو حطب، ه. ن. (2018). دراسة تحليلية مقارنة في التعويض عن الضرر المعنوي . [رسالة ماجستير، جامعة الأزهر]. غزة.
أبو صيني، ف. م.، شاويش، و. م.، والمنصور، ا. م. (2016). التنظيم القانوني لأحكام الفائدة القانونية في القانون الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. [رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة العلوم الإسلامية العالمية]. عمان.

<http://search.mandumah.com/record/866111>

أبو صيني، ف. م. (2020). تعويض الدائن عن تأخر المدين بالوفاء في القانون الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. *المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية*، (14).

أبو عمرو، م. أ. (2010). *موجز أحكام الالتزام*. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

أبو ليلى، ط. م. (2007). *التعويض الاتفاقي في القانون المدني - دراسة مقارنة -* [رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية]. فلسطين.

الأتاسي، م. خ. (2017). *شرح المجلة: الجزء الأول*. دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الأحمد، م. س. (2002). *المدخل لدراسة الضمان - دراسة تحليلية مقارنة -* (ط.1). الأردن: دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع.

الأهواني، ح. ا. ك. (1995). *النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول مصادر الالتزام -* (ط.2). باشا، م. ك. (2005). *شرح القانون المدني الالتزامات - الجزء الثاني -*. الاسكندرية: منشأة المعارف.

البخاري، م. (2012). *صحيح البخاري* (ط.2). القاهرة: دار الفجر للتراث.

البعلي، ع. ا. م. (1985). *ضوابط العقود في الفقه الإسلامي الجزء الأول* (ط.1). مؤسسة الشرق للعلاقات العامة والنشر والترجمة.

جبر، ع. ك. (1998). *الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)*. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الجبوري، ي. م. (2008). *الوجيز في شرح القانون المدني: الجزء الأول مصادر الحقوق الشخصية مصادر الالتزام دراسة موازنة* (ط.1). دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الجبوري، ي. م. (2011). *الوجيز في شرح القانون المدني: مصادر الحقوق الشخصية مصادر الالتزام دراسة موازنة* (ط.2). دار الثقافة للنشر والتوزيع.

جميل، ن. ع. ا. (2021). *الضرر أحد أركان المسؤولية المدنية. مجلة أكاديمية شمال أوروبا المحكمة - الدنيمارك*، (12).

حامد، ع. ا. ح. (2003). *الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة: الجزء الأول مصادر الالتزام* (ط.1). مطبعة الفجيرة الوطنية.

حسين، ف. ح. (2014). *عوارض المسؤولية المدنية - دراسة تحليلية مقارنة -* (ط.1). منشورات الحلبي الحقوقية.

الحيارى، ا. ا. (2003). *المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير* (ط.1). دار وائل للنشر.

حيدر، ع. (د.ت). *درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، الكتاب الأول، البيوع*. بيروت: دار الكتب العلمية.

- الختلان، س. ب. ت. (2017). *الزمن في الديون وأحكامه الفقهية (ط.1)*. الرياض: دار أطلس الخضراء للنشر والتوزيع.
- خصاونة، م. ق. (2010). *النظام القانوني للغرامة التهديدية التهديد المالي: دراسة مقارنة*. دار الكتب القانونية.
- الديناصور، ع. أ.، والشواربي، ع. أ. (2000). *المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء (ط.7)*. الذنون، ح.، والرحو، م. (2004). *الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني احكام الالتزام دراسة مقارنة (ط.1)*. الاردن: دار وائل للنشر والتوزيع.
- الزرقا، م. أ.، وشعبان، ز. أ. (1989). هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟. *مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي، 1، 215-219*
- الزرقا، م. أ. (1996). *حول جواز إلزام المدين المماطل بتعويض للدائن. دراسات اقتصادية إسلامية، 4، 3 (ع1، 2)، 9-80*.
- سامي، ف. م. (1993). *شرح القانون التجاري الأردني: الجزء الأول (ط.1)*. دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- سلطان، أ. (2019). *مصادر الالتزام في القانون المدني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي*. دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- سليم، أ. س. (2003). *الامتناع مصدر للمسؤولية المدنية دراسة مقارنة*. القاهرة: دار النهضة العربية.
- السنهوري، ع. أ. أ. (2004). *الوجيز في النظرية العامة للالتزام*. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- السنهوري، ع. أ. أ. (2009). *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام (ط.3)*. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
- السنهوري، ع. أ. أ. (2009). *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: المجلد الثاني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام (3 ط.)*. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
- السنهوري، ع. أ. (2021). *الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الخامس العقود التي تقع على الملكية الهبة - الشركة - القرض والدخل الدائم - الصلح (ط.1)*. دار الشروق.
- عبد الجبار، س. ر. (2016). *الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية*. *مجلة الكوفة، (29)*.
- العدي، ج. ع. (1997). *أصول الالتزام - مصادر الالتزام*. الاسكندرية: منشأة المعارف.
- العربي، ب. (2015). *مصادر الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والاجتهادات القضائية العربية والفرنسية - دراسة مقارنة*. دار الثقافة للنشر والتوزيع.

عطية، و. خ. (2017). التنفيذ على حساب المدين عن طريق إبرام صفقات بديلة -دراسة مقارنة بين القوانين الأنجلو أمريكية والمدنية وعقود البيع الدولية - منشورات الحلبي الحقوقية.

العقرباوي، ع. ح. (2019). ضمان الضرر في مجال المسؤولية المدنية في القانون المدني الأردني. المجلة الالكترونية الشاملة متعددة المعرفة لنشر الأبحاث العلمية والتربوية (MECS) ، (12)

عنا، م. م. (2012). الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية. [رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية]. فلسطين.

الفضل، م. (1996). النظرية العامة للالتزام: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية. دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الفكهازي، ح.، جميعي، ع. ا.، حسني، ع. ا.، مذكور، م.، وحتوت، ع. (2001). الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 الجزء الرابع. القاهرة: الدار العربية للموسوعات.

القضاة، س. م. (2020). سقوط المسؤولية المدنية -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني-. دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع.

اللاحام، أ. (2022). تعريف المسؤولية. موقع موضوع الإلكتروني. استرجع 22 مايو، 2023، من https://mawdoo3.com/%D8%AA%D8%B9%D8%B1%D9%8A%D9%81_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B3%D8%A4%D9%88%D9%84%D9%8A%D8%A9

مرشدي، ا. (2016). الخطأ في المسؤولية التقصيرية. استرجع 23 أكتوبر، 2023. مرقس، س. (1992). الوافي في شرح القانون المدني (ط.2). القاهرة: مكتبة صادر. مرقس، س. (1998). الوافي في شرح القانون المدني: المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني (ط.6). بيروت: منشورات مكتبة صادر.

مصطفى، إ.، الزيات، ا.، عبد القادر، ح.، والنجار، م. (د.ت). المعجم الوسيط: الجزء الأول (ط.2). اسطنبول: المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع.

نصره، ا. س. (2006). الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري. [رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية]. فلسطين.

قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2004/81 قرار رقم 127.

قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2016/1549.

قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2017/591.

- قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2014/873.
- قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2016/627
- قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2018/159
- قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2012/711.
- قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2012/281، طلب رقم 2009/46.
- قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2004/ 182.
- قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2009/ 91.
- قرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2004/ 182 ورقم 2012/711.
- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1985 / 780.
- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2017 /2476
- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2010/2279
- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2006/2662.
- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2019/1208.

Extent of Civil Debtor's Liability When Failing to Meet Comparison Study

Raed Thyab Turkey Zawari

**Supervision Committee:
Dr. Imad Hamad Al- Ibraheem
Dr. Bashar Daraghmeh
Dr. Walid Ibeyat**

Abstract

The basis of rights is that they enjoy protection from any aggression or infringement that diminishes them in any way. The stability of societies cannot be achieved unless a person is safe regarding his money and himself. Islamic law has made the preservation of money and its protection from destruction one of the five necessities. Therefore, for every civilization to flourish and every society to advance, legislation is necessary to provide adequate protection for individuals and groups within these societies. Otherwise, the national economy of every society will be a source of concern and doubt for its individuals and investors. If the investor does not feel secure regarding his financial rights, he will undoubtedly seek a suitable environment with modern judicial stability. Hence, the subject of the thesis was about the creditor's right to obtain fair compensation as a result of the debtor's failure to fulfill his obligation despite his ability to do so. Here, the discussion is about the debtor who exploits the time factor to fail to fulfill his obligation and thus enriches himself at the expense of the creditor. To understand this right, we must first understand the comprehensive concept of the debtor's liability in this case and the legal nature of his liability. We are also obligated to investigate the elements of the debtor's action and what is stipulated by Palestinian law represented by the Civil Violations Law No. (36) of 1944 and its amendments in force in the Palestinian territories, and the Judicial Rulings Magazine of legal texts and formulas that provide protection to the creditor in our case here. By comparing it with the texts contained in the Jordanian Civil Code of 1976 within a comparative study and research into the legislative shortcomings in these texts, we will also demonstrate the contradiction in the ruling on compensation for the duration of litigation. We will also discuss the confusion between the right to compensation and prohibited usury and the extent to which the two matters overlap, and come up with recommendations in this regard, along with recommendations that contribute to finding solutions to this shortcoming, and to providing justice to the creditor in the event that the debtor does not pay.

Keywords: Fair Comensation, Legal Interest, Lost Profits.