التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزاماته في الظروف القاهرة

الباحث

د. محمد مصطفى الطراونة

Dr. Muhammad Mustafa Al-Tarawneh

المسمى الوظيفي: دكتور/ محامي محاضر غير متفرغ

Mohammadtarawneh012@gmail.com

التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزاماته في الظروف القاهرة

محمد مصطفى بركات الطراونه .

قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة مؤتة ، الكرك ، الأردن .

البريد الإلكتروني: mohammadtarawneh012@gmail.com

ملخص البحث:

يعتبر موضوع التعويض المستحق في حال تأخر المدين في تنفيذ التزاماته وخاصة في الظروف القاهرة باعتباره يمثل أحد حالات استحقاق التعويض في اطار المسؤولية العقدية وهو من اهم المواضيع لأن دراستها تم تقسيمها بين أحكام القانون المدني المقارن وأحكام الفقه الاسلامي حيث قسم هذا النوع من التعويض إلى تعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل والنوع الثاني وهو التعويض المستحق بمبلغ من النقود وهو ما اصطلح على تسميته بالفائدة القانونية وقد بحثت كل ما يتعلق بهذا الموضوع في هذا البحث.

الكلمات المفتاحية: مدين ، تعويض ، مسؤولية عقدية ، تنفيذ التزامات ، ظروف قاهرة.

Compensation for the debtor's delay in fulfilling his obligations in force majeure

Mohammad Mustafa Barakat Al- tarawneh.

Department Private Law, College Law, University Mu'tah Part-time Lecturer , Karak , Jordan.

E- mail: mohammadtarawneh012@gmail.com

Abstract:

The subject of the compensation due in the event of the debtor's delay in fulfilling his obligations, especially in force majeure, is considered one of the cases of compensation entitlement within the framework of contractual liability, and it is one of the most important topics because its study was divided between the provisions of the comparative civil law and the provisions of Islamic jurisprudence, where this type of compensation was divided into compensation for Delay by the debtor in carrying out his obligation, which is to do an act or abstain from work, and the second type is compensation due with an amount of money, which has been termed as legal interest, and everything related to this topic has been discussed in this research.

Key words: Debtor, Compensation , Contractual liability , Fulfillment Of Obligations , Under Aforce Majeure.

المقدمة:

يعتبر موضوع التعويض المستحق في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وخاصة في الظروف القاهرة باعتباره يمثل أحد حالات استحقاق التعويض في إطار المسؤولية العقدية، من المواضيع ذات الأهمية لان دراستها قد وزعت فيما بين أحكام القانون المدني المقارن، وأحكام الفقه الإسلامي المعاصر، حيث يقسم هذا النوع من التعويض وفقاً لأحكام القانون المدني المقارن إلى نوعين، أولهما، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه بوجه عام، أياً كان هذا الالتزام، سواء أكان التزاماً بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو تسليم شيء ما، أما النوع الثاني، فهو التعويض المستحق عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه المتمثل بأداء مبلغ من النقود، وهو ما اصطلح على تسميته بالفائدة القانونية أو بفائدة التأخير ومدى تأثير الظروف القاهرة على تلك الفائدة القانونية وهو محور تلك الدراسة .

ومن هنا فقد بدانا بدراسة مفهوم التعويض من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، وشروط استحقاق التعويض في إطار المسؤولية العقدية، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية والإعذار، وأنواع التعويض، وهي التعويض الاتفاقي والقانوني والقضائي، كما تم دراسة وضع التعويض عن التأخير ضمن سياقه القانوني الصحيح، بتحديد موقعه من أحكام التعويض في إطار المسؤولية وهناك انقسام بين مؤيد ورافض له، ولأن القوانين المدنية العربية المقارنة اختلفت مواقفها منه، لذلك تم البحث في هذه المسألة وتصنيف بعض هذه القوانين حسب موقفها من هذا النوع من التعويض إلى ثلاثة اتجاهات.

الاتجاه الأول، القوانين التي رفضت الأخذ بالتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام وبالفائدة القانونية، ويمثل هذا الاتجاه القانون المدني الأردني، أما الاتجاه الثاني، فهو القوانين التي أخذت بكلا النوعين، وهو القانون المدني المصري وقانون الموجبات والعقود اللبناني، والاتجاه الثالث، القوانين التي أخذت بالنوع الأول دون الثاني، وشمل ذلك القانون المدني اليمني والكويتي والإماراتي، ومشروع القانون المدني الفلسطيني.

مبحث الدراسة

يعتبر التعويض أحد المواضيع المهمة في إطار المسؤولية العقدية بعد التنفيذ العينـي للالتزام وخاصة الحالة التي نحن بصددها هنا والمتعلقة بحالة تأخر المدين في تنفيذ التزاماته في الظروف القاهرة الذي يحتل المرتبة الأولى في الأهمية باعتباره يمثل الغاية المرجوة مـن وراء العقـد، ولكن في ظل غياب التنفيذ أو تأخره، تبرز أهمية التعويض كونه الوسيلة التي من خلالهـا يـتم جبر الضرر الذي يصيب الدائن، وينصب البحث في هذه الموضوع على التعويض الذي يستحقه الدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه وخاصة اذا ما تعلق الامر بالظروف القاهرة وما اكثرها في تلك الأيام المعاصرة، وسوف أقوم بدراسة هذا الموضوع بتقسيمه إلى المبحث الاول: التعويض في اطار المسؤولية العقدية وسوف أقسمه إلى المطلب الأول مفهوم التعويض في إطار المسؤولية العقدية وشروط استحقاقه وحالاته، الفرع الأول: مفهوم ومضمون التعويض الغصن الاول مفهوم التعويض الغصن الثاني التعقيب على مفهوم التعويض، الفرع الثاني أنواع التعويض، القسم الأول التعويض الاتفاقي، الغصن الثاني التعويض القانوني، الغصن الثالث التعويض القضائي، والمطلب الثاني: أحكام التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه الفرع الأول شروط التعويض عن التأخير وكيفية تقديره، الفرع الثاني: التعويض الذي يستحقه الدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه في الظروف القاهرة وسيكون ذلك من خلال ذلك المبحث وسيكون متفرع عنه مطالب وفروع.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للتعويض في المسؤولية العقدية

يتناول هذا المطلب دراسة التعويض من حيث المفهوم، وذلك من خلال البحث عن معناه اللغوي والاصطلاحي الوارد في كتب اللغة والفقه، من خلال التعرض للعديد من التعريفات التي حاول واضعوها تحديد مفهوم التعويض، وكذلك دراسة العلاقة القائمة بين مصطلحي التعويض والضمان فيما إذا كانا يؤديان نفس المعنى أم لا؟

ودراسة أنوع التعويض وطرق تقديره، وكذلك سيتم البحث في شروط استحقاق التعويض في إطار المسؤولية العقدية والمتمثلة بالخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية والإعذار، وما يتفرع عن دراسة هذه الشروط من مسائل قانونية، وحتى تكون دراسة التعويض شاملة ستكون أنواع التعويض الثلاث، القضائي والاتفاقي والقانوني وحالات استحقاقه محلاً للدراسة والبحث، وتتوزع دراسة هذه المواضع على فرعيين، يتناول الفرع الأول، مفهوم التعويض وأنواعه، أما الفرع الثاني، فيتناول شروط استحقاق التعويض في إطار المسؤولية العقدية وحالاته.

الفرع الأول

تعريف التعويض ومضمونه

يرتبط المعنى الاصطلاحي للتعويض الوارد في كتب الفقه بمعناه اللغوي، ولتحديد وبيان هذه العلاقة لا بد من البحث في كلا المعنيين على حدا، ومن ثم الربط بينهما، ، وفي الغصنين التاليين سيتم دراسة هذه المواضيع.

أولاً: تعريف التعويض

مفهوم التعويض :

التعويض لغة، قبل الخوض في المعنى الاصطلاحي للتعويض لا بد أولاً من البحث في المعنى اللغوي له، فالأصل اللغوي لكلمة التعويض هو العِوضُ، والعوض معناه البَدلُ [١] والخَلَفُ ويقال (عاضَهُ) بكذا وعنه ومنه- عَوضاً: أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، فهو عائض.

ومن ذلك أيضاً أن العِوَض يعني البدل، وتعوّض منه، واعتاض: أخذ العوض، [٢]وعاضه أصاب منه العوض، وعُضتُ: أصبت عِوضاً.

فلفظ التعويض مأخوذ من الفعل عوَّض، حيث يقال عوَّض الشيء عن فلان معناه أعطاه عوضا أي بدلا أو خلفا، ويقال أيضا تعوَّض منه أي أخذ العِوَض، و إعتاض

---

[١] المعجم الوسيط، ج٢ .مصر: مطبعة مصر. ١٩٦١ .ص ٦٤٣ .

[٢] أبن منظور، العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم. معجم لسان العرب. م ٧ .بيروت – لبنان: دار صادر. ص ٢.

فلانا أي سأله العِوَض، وإعتاض منه أي أخذ العوض[١]، وعوض عليه أي أعطاه بدل الضرر، وجمع عوض هو أعواض[٢]، والتعويض هو البدل والخلف في الاستقبال.

وجاء في لسان العرب، العوض، البدل، والجمع أعواض، عاضه منه و به، والعوض مصدر قولك عاضه عوضًا و عياضًا ومعوضة و عوضه و أعاضه و عاوضه، و الاسم المعوضة[٣].

و فقهاء الشريعة الإسلامية لا يستعملون اصطلاح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر وإنما يستعملون اصطلاح الضمان، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عند فقهاء القانون المدني[٤].

وذكر الشيخ علي الخفيف أن الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو: "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل والمراد ثبوته فيها مطلوبًا أداؤه شرعًا عند تحقق شرط أدائه"[٥].

كما عرفه باحث آخر بأنه "الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"[٦] .

مما سبق يتبين أن المعنى اللغوي لمصطلح التعويض عند البحث في أصله الثلاثي وهو (العِوض) يأتي بمعنى البدل والخلف بأن يقوم شيء مقام شيء آخر، وعند الربط ما بين المعنى اللغوي للتعويض ومعناه الاصطلاحي تظهر العلاقة بينهما. أما التعويض اصطلاحاً، فيعرّف بأنه عبارة عن مبلغ من النقود، أو أي ترضية من جنس الضرر، يساوي المنفعة التي كان يحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو [٧]الذي يقضي به مبدأ حسن النية في التعامل ويعرّف كذلك التعويض بأنه: الحق الذي يثبت للدائن نتيجة لإخلال مدينه بتنفيذ التزامه، والذي قد يتخذ شكل النقد أو أية ترضية معادلة للمنفعة التي سينالها الدائن، ولو لم يحصل الإخلال بالالتزام من جانب المدين[٨].

---

[١] المنجد في اللغة والإعلام، الطبعة ٢٦، دار المشرق، بيروت، ١٩٨٦، ص ٥٣٨.

[٢] المنجد الأبجدي، الطبعة الثامنة، دار المشرق، بيروت، ١٩٨٦، ص ٧٢٢.

[٣] ـ ابن منظور، لسان العرب، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ص55 .مادة عوض.

[٤] ـ السيد، عبد السميع أسامة ، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية 2007،ص21 .

[٥] ـ الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، محاضرات ألقيت على طلبة قسم البحوث والدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1971، ص5 .

[٦] ـ علي صالح أيمن، حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سنوية رقم العدد٤، رقم الطبعة 119 المملكة الأردنية الهاشمية، ص3 .

[٧] الذنون، حسن علي ، ود. محمد سعيد الرحو،: الوجيز في النظرية العامة للالتزام. ج٢ .ط ١ .عمـان – الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. ٢٠٠٤ .ص٩١.

[٨] الحسناوي، حسن حنتوش رشيد ،: التعويض القضائي في المسؤولية العقدية. دون ط. عمـان- الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ١٩٩٩ .ص ٣٩.

أما في الاصطلاح فيعرف التعويض على أنه المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال أو شرف، كما يقصد به جبر الضرر الذي لحق المصاب، وهو في ذلك يختلف عن العقوبة التي يقصد بها مجازاة الجاني على تصرفاته وردع غيره، ولهذه التفرقة أهميتها، حيث يترتب عنها أن التعويض يقدر بقدر الضرر، بينما العقوبة تقدر بخطأ الجاني ودرجة خطورته[١].

و يعرف أيضا على أنه التزام يفرضه القانون الدولي أو الوطني بوصفه أثر لتحقق المسؤولية الدولية أو المسؤولية المدنية أو الجنائية في إطار القوانين الوطنية، ونتيجة لانتهاك الشخص القانوني الالتزام الذي يفرضه عليه القانون، فهو بهذا الوصف التزام تبعي، ونتيجة لارتكاب العمل غير المشروع، وعليه إذا ما ثبت ذلك، فان الطرف المتضرر يكون مخولا في مواجهة مرتكب العمل غير المشروع بالحصول على التعويضات بما يؤدى إلى إصلاح ما لحقه من أضرار بطريقة كافية[٢].

ويقصد به كذلك مضمون التزام يلقى على عاتق دولة في أعقاب حرب بتقديم تعويضات كافية عن الأضرار التي أصابت دولة أخرى أو رعاياها بسبب الحرب، وقد استخدم اللفظ بهذا المعنى في معاهدة فرساي لعام ١٩١٩.

التعقيب على مفهوم التعويض

مما سبق يتبين بأنه يوجد علاقة ما بين المعنى اللغوي للتعويض ومعناه الاصطلاحي، ذلك أن معناه اللغوي يشير إلى أنه البدل والخلف ومعناه الاصطلاحي يفيد بأن التعويض يمثل للدائن البديل الذي يحصل عليه ليخلف المال الذي تسبب المدين بفقدانه من الدائن بسبب إخلال المدين بتنفيذ التزامه.

وبكلمات مختصرة وبمعنى آخر يعرّف التعويض على أنه جزاء المسؤولية عند يستشف من هذا التعريف بأن التعويض بمثابة عقوبة [٣] القول: أن جزاء المسؤولية المسؤولية هو التعويض تقع على الشخص المطالب بأدائه (أي المدين) جزاء له على إخلاله بتنفيذ التزامه، مع أن الغاية من التعويض في المقام الأول تتمثل في محاولة جبر الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة لتقصير المدين في تنفيذ ما عليه من التزامات تجاه الدائن.

---

[١] - ليلى بن حمودة، المسؤولية الدولية في حالة الأضرار التي تلحق الأجانب، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم السياسية، ١٩٧٧ ص١٣١.

[٢] - البروفيسور/عز الدين الطيب آدم، التعويضات بعد الأزمات أهميتها في خلق الاستقرار ودعم المصالحة الوطنية، أنظر الموقع :

http://www.bahrainmonitor.com/hadath/h-036-01.html

[٣] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (١ (نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام). مجلد٢ .ط٣ .بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. ٢٠٠٠ .ص ١٠٩٠.

أما عن تعريف التعويض في القانون فإن المشرعين الأردني والمصري لم يضعا تعريفاً له، وهذا ما يتماشى مع المنهج التشريعي السليم الذي يتجنب وضع التعريفات للمصطلحات القانونية ويترك ذلك للفقه، لأن من أهم ما يجب أن يتسم به التعريف بأن يكون جامعاً مانعاً، جامعاً لكل عناصر الشيء المعرف ومانعاً من دخول عناصر غريبة عنه، وحسناً فعل المشرع عندما تجنب وضع تعريف لمصطلح التعويض[1] فبالعودة إلى نصوص القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ الأحكام الخاصة بالتعويض في إطار المسؤولية العقدية، يتبين بأنها لم تعرّف التعويض وإنما أكتفت ببيان الأحكام الخاصة به من حيث حالات استحقاقه وأنواعه.

كما يلاحظ على المشرع الأردني أنه استعمل مصطلحين للدلالة على التعويض، هما، التنفيذ بطريق التعويض ومصطلح الضمان تأثراً بالفقه الإسلامي، وذلك في المواد من (٣٦٠) وحتى المادة (٣٦٤) من القانون المذكور، مع الفارق الموجود بين هذين المصطلحين والذي سيتم توضيحه في هذا الجزء من البحث عند البحث في مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي ، أما قانون التجارة الأردني فقد استعمل المشرع الأردني فيه مصطلح التعويض فقط، حيث جاء في [2].المادة (٩٧) ما يلي:((إن الموكل الذي يلغي الوكالة وكذلك الوكيل بالعمولة الذي ينكل عن وكالته يلزم بالتعويض إذا وقع الإلغاء أول النكول بدون سبب مشروع ، إذ أن المشرع ١ وكذلك الحال في القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ لم يضع تعريفاً للتعويض وإنما اكتفى بمعالجة الأحكام الخاصة به بأن حدد أنواعه، وهي التعويض القانوني الذي يحدده القانون، والتعويض القضائي الذي يقدره القاضي، والتعويض الاتفاقي الذي يحدده أطراف العقد وينظمه القانون، ومن نقاط الاختلاف الموجودة بين القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري على مستوى الأحكام الخاصة بالتعويض والمرتبطة بالموضوع الرئيسي لهذه البحث، هو أن القانون المدني المصري قد أخذ بالتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المطلوب تنفيذه هو دفع مبلغ من المال وفقاً لما نصت عليه المادة (٢٢٦) بينما تجاهل القانون المدني الأردني النص على مثل هذا الحكم.

أما بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية فهي لم تضع تعريفاً للتعويض أو للضمان – كما تسميه- فهي بذلك تكون قد سارت على النهج الموجود في القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري، إلى جانب ذلك لا يوجد في مجلة الأحكام العدلية أحكاماً عامة للتعويض في إطار المسؤولية العقدية كما هو الحال في القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري، دون إنكار أنه قد ورد في مجلة الأحكام العدلية نصوصاً عامة تتعلق

---

[1] نشر هذا القانون في الصفحة (٢ (من العدد (٢٦٤٥ (من الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ ١٩٧٦/٨/١.

[2] نشر هذا القانون في الصفحة (٤٧٢ (من العدد (١٩١٠ (في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ (١٩٦٦/٣/٣٠.

بوجوب التعويض عن الضرر، ومن ذلك ما تنص عليه المادة (٢٠ (من المجلة بأن ((الضرر يزال)) وفي شرح هذه المادة يقول الأستاذ علي حيدر[١]: ((لأن الضرر ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه. وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع أيضاً فيجب إزالته فتجويز خيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار النقد، وخيار الغبن، والتغرير، ورد المبيع بخيار الشرط، والحجر والشفعة، وتضمين المال المتلف وتمثل هذه المادة ٢ للمتلف، والإجبار على قسمة الأموال المشتركة إنما هو بقصد إزالة الضرر.، وهنالك نصوص أخرى واردة في المجلة [٢] قاعدة فقهية تعبر عن وجوب إزالة الضرر وآثاره الأحكام العدلية لها علاقة بموضوع التعويض منها المادة (٣٣) والتي تنص على أن((الاضطرار لا يبطل حق الغير)) ومثال ذلك إذا اضطر إنسان لأكل طعام غيره بسبب الجوع ، وهذا الحكم يتعلق بالتعويض الواجب في المسؤولية [٣] فإنه يلزم بتعويض صاحب الطعام التقصيرية لا العقدية. .

وتمثل المادتان (٨٥ و ٨٦ (في مجلة الأحكام العدلية مبادئ عامة للتعويض في إطار المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، إذ تنص المادة (٨٥ (على أن ((الخراج بالضمان)) وتنص المادة (٨٦)على أن ((الأجر والضمان لا يجتمعان))، فمقتضى المادة (٨٥)أنه طالما كان حائز الشيء مسؤولاً عن تعويض مالكه في حال تلف ذلك الشيء أو هلاكه فإن أي منافع لذلك الشيء تكون من حق الحائز، ومثال ذلك لو حاز شخص مركبة بعقد بيع وانتفع بها مدة من الزمن ومن ثم ردها لصاحبها كونها معيبة، فإن ما حصل عليه من منفعة نتيجة لاستعماله للمركبة خلال مدة حيازته لها تكون من حقه وغير مطالب بدفع مقابل ذلك لصاحبها طالما أنه مسؤول عنها في حال هلاكها خلال مدة حيازته لها.

والمقصود بالخراج هو ما كان غير متولد. وذلك كالمنافع والأجرة، أما الزوائد المتولدة، ومثال ذلك ولد الدابة ولبنها وصوفها وثمر الشجر، فهي لمالك [٤]المال وليست للحائز وكذلك الحال بالنسبة للمادة (٨٦) من المجلة والتي تبين بأن المسؤول عن التعويض لا يكون مطلوباً منه دفع الأجرة للشيء الذي هلك عنده في حال كان قد استعمله قبل هلاكه، وأيضاً لو كان مطلوباً منه دفع الأجرة في حال لم يكن مسؤولاً عن التعويض فإنه يدفع الأجرة دون التعويض، ومثال ذلك ولو استأجر شخص مركبة

---

[١] حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام. مجلد١ .دون ط. بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية. دون سنة نشر. ص33.

[٢] الزرقا، مصطفى أحمد: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. ج٢ .ط ١٠ .دمشق –سوريا: مطبعة طربين. ١٩٦٨ ص982.

[٣] اللبناني، سليم رستم باز: شرح المجلة. مجلد١ .ط ٣ .بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية. دون سنة نشر. ص٣٣.

[٤] الزرقا، مصطفى أحمد: مرجع سابق. ص ١٠٣٤.

وهلكت عنده بلا تعدٍ منه، عندئذ لا يكون مسؤولاً سوى عن دفع الأجرة دون تعويض صاحبها عن قيمتها [١]

ومن المواد التي وردت في مجلة الأحكام العدلية والتي تمثل حكاماً عاماً للتعويض المستحق في إطار المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، المادة (٩١) والتي جاء فيها ((الجواز الشرعي ينافي الضمان)) يفهم من هذه المادة أنه لو فعل شخص ما أجيز له فعله شرعاً ونشأ عن فعله هذا ضرر ما فلا يكون ضامناً للخسارة الناشئة عن ذلك، ومن الأمثلة على ذلك لو حفر إنسان في ملكه بئراً فوقع فيه حيوان مملوك لغيره ومات، فلا يتحمل حافر البئر مسؤولية، لأن تصرف المالك في ملكه غير مقيد بشرط السلامة، أما لو هلك الحيوان في بئر حفره شخص في الطريق العام فإنه ملزم بالتعويض [٢] وعند البحث في الأحكام الخاصة بالعقود التي نظمتها مجلة الأحكام العدلية يتبين بأنها

قد عالجت موضوع التعويض أو الضمان – كما تسميه- من خلال الأحكام التفصيلية الواردة في كل عقد من هذه العقود مع ضرب الأمثلة أحياناً لحالات المسؤولية، ففي موضوع التعويض المستحق في إطار المسؤولية العقدية تنص المادة (٧٧١ (من المجلة على أنه ((إذا هلك مال شخص عند آخر قضاء فإن كان أخذه بدون إذن المالك يضمنه على كل حال وإن كان أخذه بإذن صاحبه لا يضمن لأنه أمانة في يده ما لم يكن أخذه بصورة سوم الشراء وسمي الثمن فهلك المال لزمه الضمان. مثلاً إذا أخذ شخص إناء بلور من دكان البائع بدون إذنه فوقع في يده بلا قصد أثناء النظر وانكسر لا يلزمه الضمان ولو وقع ذلك الإناء على إناء آخر فانكسر ذلك الإناء لزمه ضمانه فقط وأما الإناء الأول فلا يلزمه ضمانه لأنه أمانة في يده وأما لو قال لصاحب الدكان بكم هذا الإناء فقال له صاحب الدكان بكذا قرشاً خذه فأخذه بيده فوقع على الأرض وانكسر ضمنه ثمنه((..... فهذه المادة فرّقت بين التعويض المستحق في المسؤولية العقدية والتعويض المستحق في المسؤولية التقصيرية– مع أن مجلة الأحكام العدلية لم تأخذ بمسمى المسؤولية التقصيرية أو العقدية – عندما ألزمت الغاصب بالتعويض في حال تلف المال المغصوب في يده بغض النظر عن سبب تلف ذلك المال، وبين التعويض المستحق في حال كانت يد الشخص على المال الحائز يد أمانة، ففي حال تلف المال في يد الشخص الذي أخذه على سبيل الأمانة من غير تعدٍ أو تقصير من جهته لا يلزم بالتعويض، أما إذا أخذ المال ليشتريه وتلف في يده بعد تسمية الثمن فإنه ملزم بالتعويض، أي بدفع الثمن كونه في مركز قانوني قريب من مركز المشتري الذي انتقلت إليه ملكية ذلك الشيء.

---

[١] حيدر، علي: مرجع سابق. ص ٧٨ - ٧٩ .و اللبناني، سليم رستم باز: مرجع سابق. ص ٥٧ -٥٨

[٢] حيدر، علي: مرجع سابق. ص ٨١ .ويرتبط بالحكم الوارد في المادة (٩١ (من مجلة الأحكام العدلية العديد من الأحكام الخاصة المتفرعة عنه، والواردة في نصوص مواد خاصة في المجلة، وهذه المواد هي: (٦٠٥ و ٧٩٩ و ٧٩٦ و ٨٢٢ و و ١٠٧٥ و ٨٢٤)

ومن نصوص المواد التي لها علاقة بالمسؤولية العقدية في مجلة الأحكام العدلية وما يترتب على هذه المسؤولية من تحمل تبعة التعويض، ما ورد عليه النص في المادة (٢٩٣) والتي جاء فيها ((المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري)) وما ورد في المادة (٢٩٤ (والتي تنص على أنه ((إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع.((من خلال ما سبق عرضه من نصوص مواد ورد النص عليها في مجلة الأحكام العدلية يتبين أن موضوع التعويض المستحق في إطار المسؤولية العقدية تمت معالجته في ثنايا النصوص القانونية التي نظمت العقود على اختلاف مسمياتها مثل عقد البيع وغيره من العقود، ومن الملاحظ أن مجلة الأحكام العدلية استعملت مصطلح الضمان بدلاً من مصطلح التعويض، ومن خلال الآتي سيتم توضيح مفهوم الضمان في الفقه الإسلامي – باعتباره مصطلحاً متداولاً فيه- وبيان العلاقة القائمة ما بين مصطلحي التعويض والضمان.

عند البحث عن معنى التعويض في الفقه الإسلامي يتبين بأنه مصطلح غير مستعمل ، ويمكن القول في تعريف الضمان بأنه شغل [١] وإنما يستعاض عنه بمصطلح آخر وهو الضمان الذمة بحق، أو بتعويض عن ضرر، وشغل الذمة هو الالتزام من الشرع للاعتداء جزاء المخالفة أو الالتزام بالعقد ونحوه والتعويض عن الضرر يشمل:

١- الأضرار الواقعة على النفس الإنسانية، المقدر منها كالديات، وغير المقدر كالأروش، مما يدخل في نطاق المسؤولية الجنائية.

٢- الأضرار المالية، ضمن العقود، عينية وغيرها، مما يدخل في نطاق المسؤولية العقدية.

٣- الأضرار المالية في غير دائرة العقود، عينية كانت كالغصوب ووضع اليد، أم غير عينية كالإتلافات، مما يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية[٢].

ويعرّف كذلك الضمان بأنه شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد بثبوته فيها مطلوباً أداؤه شرعاً عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوباً أداؤه في الحال كالدين وبكلمات أخرى يعرّف الحال، أم في الزمن المستقبل المعين، كالدين المؤجل إلى وقت معين [٣]

فيعرف الضمان بأنه شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء به إذا توافرت شروطه وقد يطلقونه على ما يجب أداؤه من مال تعويضاً عن مال فقد. وعند البحث في أحكام

---

[١] الخصاونه، تالا عقاب: الأساس القانوني للتعويض (دراسة مقارنة). (أطروحة دكتوراة غير منشورة). جامعة عمان العربية للدراسات العليا. عمان. الأردن. ٢٠٠٥م. ص ٩.

[٢] د. فيض الله، محمد فوزي: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام. دون ط. الكويت. دون دار نشر. ١٩٨١ .ص ١١

[٣] الخفيف، علي: الضمان في الفقه الإسلامي. مرجع سابق .ص ٥

الضمان في الفقه الإسلامي يتبين بأن له حالات ثلاث، وهي ما اصطلح على تسميتها بضمان العقد وضمان اليد وضمان الإتلاف، فإذا توفرت حالة من الحالات الثلاث المذكورة يكون الشخص عندئذ مطالب بالتعويض، وهذه الحالات الثلاث هي:

١- ضمان العقد، ويعرّف على أنه تعويض مفسدة مالية مقترنة بالعقد، ومثال ذلك تلف المبيع في يد البائع عندئذ يكون البائع مسؤولاً عن ذلك وملزم برد الثمن للمشتري، وضمان العقد كمصطلح وارد في الفقه الإسلامي هو ما يقابله في الوقت الحاضر المسؤولية العقدية التي إذا وجدت وتحققت شروطها تنهض مسؤولية المدين بالتعويض تجاه الدائن، مع الفارق الموجود بينهما.

٢- ضمان الإتلاف، يعرّف على أنه تعويض مفسدة مالية لم تقترن بعقد ومثال ذلك إتلاف مال الآخرين كقطع شجرة أو كسر زجاج ، وهي المسؤولية التقصيرية التي تلزم المسؤول عن وقوع الضرر بالتعويض.

٣- ضمان اليد، يمكن تعريفه بأن تعويض تلف المال المحجوز، بائتمان أو بغير ائتمان، ومعنى ذلك أن الشخص الذي يكون حائزاً لشيء ما فيتلف ذلك الشيء وهو في يده بذلك يكون مسؤولاً عن تلف هذا الشيء، وتختلف مسؤوليته عن تلف هذا الشيء وفقاً لوصفه في الفقه الإسلامي، حيث يقسم ضمان وضع اليد في الفقه الإسلامي إلى ما يلي:

أ- يد مؤتمنة على المال، كيد الوديع والمستعير، فهم غير مسؤولين عن هلاك ما تحت أيديهم إلا إذا كان نتيجة تعدي أو تقصير صدر منهم.

ب-يد غير مؤتمنة، لكنها موضوعة في عقد من عقود الضمان، كيد البائع على المبيع قبل القبض، والمشتري بعد القبض، فهؤلاء مسؤولون عن هلاك المال بغض النظر عن سببه وما إذا كان قد صدر منهم تعدٍ أو تقصير أم لا.

ج- يد غير مؤتمنة، كيد السارق على المال المسروق فهو مسؤول عن هلاكه في كل الأحوال لأنه حصل على هذا المال بغير عقد ولا إذن.

ومما تجدر الإشارة إليه أن ضمان العقد الذي يعرفه الفقه الإسلامي غير المسؤولية العقدية، فضمان العقد يكون التعويض فيه عن مال تالف بسبب العقد، أما المسؤولية العقدية فالتعويض فيها ليس عن مال تالف وإنما عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي، لذلك فإن قيام المسؤولية العقدية يتطلب وجود عقد صحيح لم يقم الملتزم (المدين) بتنفيذ ما عليه من التزام فيه .

كما أنه ووفقاً للتعريفات الواردة في كتب الفقه الإسلامي لمفهوم الضمان يتبين بأن الضمان كمصطلح له دلالات أوسع وأعم من المعنى الذي يحمله مصطلح التعويض، لأن التعويض في إطار المسؤولية العقدية يشير إلى المبلغ المالي الذي يطلب من المدين أداؤه للدائن عند تحقق سبب أدائه المتمثل بالضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة لتقصير المدين في تنفيذ التزامه العقدي على الوجه الصحيح وفي الوقت المطلوب، أما

مصطلح الضمان وفقاً للمعنى الوارد في ، ذلك أن [١] كتب الفقه فإنه يشمل التعويض ويشمل كذلك في دلالته معنى الالتزام بصورة عامة التزام الكفيل في عقد الكفالة يسمى ضمان الكفيل، والتزام المستعير يسمى ضمان، فالضمان قد ينقلب إلى تعويض في بعض الحالات كما لو قصّر المكفول في أداء الدين الذي عليه لدائنه عندئذ تنهض مسؤولية الكفيل في تسديد ما على مكفولة من دين، وفي ذلك يقول الأستاذ علي الخفيف: ((ولما كان الضمان شغل الذمة بما قد يطلب الوفاء به إن تحقق شرط طلبه وقد لا يتحقق شرطه فلا يطلب كان أعم من الدين، ذلك لأن الضمان لا يستتبع مطالبة الضامن بما يشغل ذمته في جميع الأحوال، وإنما يستتبعه في بعض الأحوال دون بعض، وذلك عندما يتحقق شرط وجوب الأداء)) [٢].

ثانياً: التعويض وأنواعه

ويتفرع التعويض من الناحية القانونية من حيث الطريقة التي يتم فيها تحديد مقداره إلى ثلاثة أنوع، هي: التعويض القضائي، الذي يتولى القاضي أمر تقديره، والتعويض الاتفاقي الذي يحدد مقداره طرفا العقد ويكون للقاضي أحياناً سلطة تعديله، والتعويض القانوني الذي ينفرد المشرع في تحديد مقداره دون أن يكون للمحكمة أو لأطراف العقد في الغالب دور فيه.

قد يكون التعويض نقدياً وهو الغالب، وقد يكون عينياً، ويكون التعويض نقدياً بقيام المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن، أما التعويض العيني فيكون بغير النقود، ويهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب الدائن، كما لو أتلف المستأجر العين المؤجرة فإنه يلتزم بإصلاحها وإعادتها إلى الحال التي كانت عليه. فكما أن الأصل في التنفيذ أن يكون عينياً، فكذلك الأصل في التنفيذ بمقابل أي التعويض أن يكون عينياً كلما كان ذلك ممكناً، ويتصور التنفيذ العيني في المسؤولية ، بينما يغلب الحكم العقدية في بعض الحالات التي يخل فيها المدين بالتزامه بالامتناع عن عمل [٣]، ومع ذلك لا يحكم بهذا النوع من التعويض (التعويض العيني) في دعاوى المسؤولية التقصيرية [٤]

بالتعويض العيني إذا كان ذلك سيلحق ضرراً جسيماً بالمدين يفوق ما هو لاحق بالدائن، ومثالذلك أن يحكم بالتعويض على من أنشأ بناءاً في أرض غيره دون أن يحكم

---

[١] الأحمد، محمد سليمان: المدخل لدراسة الضمان (دراسة تحليلية مقارنة). ط١ .عمان- الأردن: دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع. ٢٠٠٢ .ص ٢٧-٢٩.

[٢] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق. ص ٧ .٢

[٣] دواس، أمين: أحكام الالتزام. ط١ .رام الله- فلسطين: دار الشروق للنشر والتوزيع. ٢٠٠٥ .ص ٦٧

[٤] داغي، علي محي الدين القره: أنواع التعويض ومدى شموله لغير المال. الموقع الالكتروني 2011/7/22. تاريخwww.qaradagi.com

عليه بإزالته، في حال[1]كانت إزالة البناء سوف تلحق ضرراً جسيماً بمن أنشأه يفوق الضرر اللاحق بصاحب الأرض ،وذلك تطبيقاً لحكم المادة (٢٧ (من مجلة الأحكام العدلية، والتي جاء فيها أن ((الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.((وبما أن الحكم بالتعويض العيني مجاله المسؤولية التقصيرية وحالاته قليلة في إطار المسؤولية العقدية، لذلك سيتم البحث في طرق تقدير التعويض النقدي، حيث تنص المادة (٣٦٣) من القانون المدني الأردني على أنه ((إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه))، وتنص كذلك الفقرة (١ (من المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري على أنه ((١ -إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره،....))، بذلك يتبين أن المشرع الأردني حيث أن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية أن الطلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريقة التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ويتكافئان فوراً بحيث يجوز الجمع بينهما اذ أن تنفيذ الالتزام اما أن يكون تنفيذا عينيا فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به أو تنفيذا عن طريق التعويض في حالة استحالة التنفيذ العيني أو اذا كان ينطوي على ارهاق المدين وهو ما نصت عليه المادة ٢٠٣ مدني مصري ولذلك يكون المشرع الأردني وكذلك المصري قد حددا للتعويض ثلاثة أنواع أو ثلاث طرق لتقدير التعويض الواجب دفعه من المدين جبراً للضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي، إذ يمكن لإرادة طرفي العقد أن تحدد مقدار التعويض الواجب في حال إخلال أحد طرفيه بأي من الالتزامات المترتبة عليه وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي، أما النوع الثاني للتعويض فهو الذي يحدده القانون كما هو الحال بالنسبة للفائدة القانونية وللتعويض الذي يحدده قانون العمل، والتعويض القضائي الذي يقدره القاضي بالاعتماد على ما يقدم له من بينات هو النوع الثالث من أنواع التعويض، ومن خلال الآتي سيتم دراسة كل نوع من هذه الأنواع.

أ- التعويض الاتفاقي

أعطى المشرع لطرفي العقد الحق في تحديد مقدار التعويض المستحق في حال أخل أحد المتعاقدين بأي من الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد، وهذا النوع من التعويض اصطلح على تسميته بالتعويض الاتفاقي، ويعرّف بأنه الاتفاق مقدما، سواء عند إبرام العقد أو في اتفاق لاحق قبل وقوع الضرر على قيمة التعويض التي تستحق للدائن عند إخلال المدين.

[1] لفته، نصير صبار: التعويض العيني (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة صدام. العراق. ٢٠٠١ .ص ٦٧-٦٨

ويعرّف أيضاً التعويض الاتفاقي على أنه الاتفاق بين الدائن [١] بالتزام من التزاماته العقدية والمدين على التقدير مقدماً لقيمة التعويض عند عدم تنفيذ الالتزام عيناً أو التأخير في تنفيذه [٢]

، وبكلمات أخرى يعرف التعويض الاتفاقي بأنه اتفاق يقدر فيه الطرفان مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه وسمي بالشرط الجزائي [٣] لأنه رغم أن يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه الفقه استعمل مصطلح الشرط الجزائي إلا أنه أنصب اهتمامه في تعريفه على الوظيفة المقصودة منه وهي تحديد مقدار التعويض، وبذلك يكون من الأنسب استعمال مصطلح التعويض الاتفاقي.

وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذا النوع من التعويض وذلك في المادة (٣٦٤،) حيث نصت الفقرة (١ (منها على أنه ((١ -يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون)) ، وكذلك الحال بالنسبة حيث نصت المادة (٢٢٣ (منه على أنه ((يجوز للمتعاقدين أن يحددا ٤ للقانون المدني المصري مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد ٢١٥ ،٢٢٠ ،((أما بالنسبة لموقف مجلة الأحكام العدلية من التعويض الاتفاقي، يمكن وكذلك الحال بالنسبة للمادة (٢٤٠ (من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي جاء فيها، أنه ((يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون.

والقول بأنها لم تنظمه بالصورة المنظم فيها في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري، فلم تضع له أحكاماً خاصة، ولكن هل يجوز في ظل النصوص الموجودة في مجلة الأحكام العدلية الخاصة بالشرط بصورة عامة الاتفاق على التعويض مقدماً قبل وقوع الضرر؟ للإجابة على هذا التساؤل يمكن الاعتماد على ما جاء في المادة (٨٣)من المجلة بأنه ((يلزم مراعاة الشروط بقدر الإمكان)) أي انه يجب احترام وتنفيذ الشرط المتفق عليه في العقد إذا كان متوافقاً والقانون ولا يخالف مقتضى العقد وكان تنفيذه ممكناً، حيث تقسم هذه المادة الشروط إلى أنواع ثلاثة، جائزة وفاسدة ولغو، والذي يجب مراعاته منها، هي الشروط الجائزة، ومن الأمثلة على الشروط الجائزة التي سيقت في معرض شرح هذه المادة، أنه إذا اشترط الدائن في الدين المقسط بأنه إذا لم يدفع المدين الأقساط في أوقاتها يصبح الدين معجلاً، إذ يجب مراعاة

---

[١] الأهواني، حسام الدين كامل: النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام). ج ٢ .دون طبعة. مصر: دار أبو المجد للطباعة. ١٩٩٦ .ص ٧٦

[٢] دواس، أمين: أحكام الالتزام. مرجع سابق. ص ٧٤

[٣] سعد، نبيل إبراهيم: النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام). ج٢ .دون ط. الإسكندرية- مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر. ١٩٩٩ .ص ٦٣.

هذا الشرط[1]، فإذا لم يفِ المدين القسط الأول مثلاً عند حلول أجله يصبح الدين جميعه معجلاً وقياساً على ذلك وبما أن التعويض الاتفاقي لا يخالف مقتضى العقد فهو اتفاق جاز وملزم بشرط تناسب التعويض مع الضرر وإلا كان للمحكمة تعديله بما يتناسب والضرر الواقع.

ب- التعويض القانوني

يتولى القانون أحياناً مسألة تحديد مقدار التعويض الواجب دفعه للدائن في حال أخل المدين بأي من التزاماته العقدية، والتعويض القانوني يكون في إطار المسؤولية العقدية كما هو الحال بالنسب للفوائد القانونية وكذلك بالنسبة للتعويضات التي يستحقها العامل في حال إخلال ، ويكون كذلك في إطار صاحب العمل بأي من التزاماته العقدية التي نظمها قانون العمل من الأمثلة للتعويض القانوني الذي يحدده قانون العمل ويعطيه للعامل تعويضاً له عن إخلال رب العمل بالتزامه العقدي. في المادة (٤٥)من ذات القانون الخاصة بمكافأة نهاية الخدمة .

وبما أن موضوع هذا البحث يتمحور حول التعويض المستحق للدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي في الظروف القاهرة، لذلك سيتم التركيز على التعويض القانوني المتمثل بالفوائد القانونية، إذ تعرّف الفائدة القانونية بأنها مبلغ من النقود قدره القانون مسبقاً وأوجب على المدين دفعه للدائن عند تأخره في الوفاء بالتزام محله مبالغ نقديه ومع أن المشرع الأردني لم يورد في القانون المدني نصاً خاصاً بالفائدة القانونية الواجبة للدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه، انطلاقا من مبررات قانونية وفقهيه سيتم دراستها لاحقاً في المبحث الثاني من هذا الفصل، إلا أنه وفي مقابل ذلك نص المشرع الأردني على الحكم الخاص بالتعويض الذي يستحقه الدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام دفع مبلغ من النقود، وذلك في المادة (١٦٧ (من قانون أصول المحاكمات المدنية ، دون أن يشترط المعدل بالقانون رقم (١٦ (لسنة (٢٠٠٦ ([2]الأردني رقم (٢٤)لسنة ١٩٨٨ لاستحقاق هذا التعويض الذي حدده بنسبة (٩ (%سنوياً أن يثبت الدائن تضرره من التأخر في التنفيذ، وقت معين وامتنع عن أدائها عند حلول الأجل يحكم عليه بالفائدة دون أن يكلف الدائن إثبات تضرره من عدم الدفع.

-إذا كان في العقد شرط بشأن الفائدة يحكم بما قضى به الشرط. أما بالنسبة للقانون المدني المصري فقد نظم الأحكام الخاصة بالتعويض القانوني (الفائدة القانونية) حيث نصت المادة (٢٢٦ (منه على أنه ((إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في

---

[1] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق. ص ٧٤-

[2] نشر هذا القانون في الصفحة (٧٣٥ (عدد (٣٥٤٥ (في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ تاريخ ١٩٨٨/٤/٢

المائـة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفـاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره.((بذلك يكون المشرع المصري قد أخذ بالتعويض القانوني على خلاف ما عليه الحال في القـانون المدني الأردني.

ج- التعويض القضائي

في حال عدم اتفاق أطراف العقد على مقدار التعويض الواجب دفعـه إذا أخـل أي طرف من طرفي العقد بأي من الالتزامات العقدية المترتبة عليه للطـرف الآخـر، وهـو مـا اصطلح على تسميته بالتعويض الاتفاقي، وكذلك عند عدم وجود نص في القانون يحدد مقدار التعويض الواجب دفعه، عندئذ يتوجب على القاضي تحديد مقدار التعـويض بالاعتمـاد علـى الأحكام العامة الواردة في القانون، فالقاضي يقوم بتحديد مقدار التعويض في حال سكوت العقد ، وهذا ما يستفاد من نص المادة (٣٦٣ (من القانون المـدني الأردنـي – ١ والقانون عن تقديره سالفة الذكر- والتي جاء فيها بأنه ((إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة

تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه.((وكذلك فعل المشرع المصري عندما أعطى القاضي سلطة تحديد مقـدار التعـويض الواجب دفعه للدائن نتيجة لإخلال المدين بأي من التزاماته العقدية، حيث نصت المـادة (٢٢١) فقرة (١ (على أنه ((إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضـي هـو الذي يقدره، ويشمل التعويض كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب. ((... وعند المقارنة ما بين الحكم الوارد في القانون المدني الأردني الخـاص بـالتعويض الذي يقدره القاضي (التعويض القضائي) بالاعتماد على ما جاء في المادة (٣٦٣ (منـه، وبـين الحكم الوارد في القانون المدني المصري بخصوص ذات التعويض الوارد فـي المـادة (٢٢١) منه، يتبين بأن القانون المدني الأردني يعوض الدائن عن الخسارة اللاحقـة بـه دون الكسـب [١]الفائت ، أما القانون المدني المصري فإنه يعوض عن الخسارة اللاحقة وعن الكسب الفائت. مع أن المشرع الأردني يعوض عن الكسب الفائت في حال المسؤولية التقصيرية، فقد نصت المادة) 266) من القانون المدني الأردني على أنه ((يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر مـا لحـق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعـل الضـار((،ولذلك يتوجب التمييز بين التعويض المستحق في إطار المسؤولية العقدية [٢]، والتعويض المستحق في إطار المسؤولية التقصيرية فيما

---

[١] دواس، أمين: أحكام الالتزام. مرجع سابق. ص ٧١ .و د. سلطان، أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي). ط٢ .دون بلد نشر: المكتب القانوني. ١٩٩٨ .ص ٢٧٧-٢٧٨ .و د. الفـار، عبـد القادر: مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني). دون ط. عمان- الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشـر والتوزيع. ١٩٩٦ .ص ١٤٧.

[٢] الحلالشه. عبد الرحمن أحمد جمعه: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (أحكام الالتزام). ط١ .عمان- الأردن: دار وائل للنشر. ٢٠٠٦ .ص ٩٦.

يخص الكسب الفائت وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني، وهذا ما جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (١٩٩٧/١٥٨٧ (تمييز حقوق [١]وحتى يحكم القاضي بالتعويض يجب ابتداء أن يثبت الدائن أن ضرراً قد لحق به نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي (الخطأ) بعد أن يكون قد أعذره إذا كان الإعذار ، أي أن الدائن ملزم في حال مطالبته بالتعويض القضائي أن [٢]شرطاً لقيام المسؤولية العقدية يثبت شروط المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر والإعذار إذا كان له مقتضى، حتى يحكم له بالتعويض، بينما الدائن في حال التعويض الاتفاقي غير مطالب بإثبات الضرر كونه مفترض وكذلك الحال بالنسبة لعلاقة السببية، أي أن الدائن في التعويض الاتفاقي ملزم بإثبات عدم قيام المدين بالتزامه (الخطأ العقدي) فقط دون أن يكون ملزماً بإثبات الضرر أو علاقة السببية. وكذلك الحال بالنسبة للتعويض القانوني، مع الفارق الموجود بينهما- أي بين التعويض الاتفاقي والتعويض القانوني- ففي حال التعويض القانوني فإن الضرر مفترض وغير قابل لإثبات العكس من جانب المدين، أما في التعويض الاتفاقي فإن الضرر مفترض ولكن يمكن للمدين نفيه.

---

[١] فقد جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (١٩٩٧/١٥٨٧ (تمييز حقوق المنشور في المجلة القضائية صفحة ١) 194)لسنة ١٩٩٧ ما يلي ((إن مسؤولية الناقل هي مسؤولية عقدية وطبقاً للمادة (٣٦٣ (مدني فإن المحكمة تقدر الضمان بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه ويخرج عن مفهوم الضمان التعويض عما فات الدائن من كسب أو لحق من خسارة. إن المشرع قد فرّق بين التعويض عن الضرر بين ما هو ناشئ عن الفعل الضار المسؤولية التقصيرية والضرر الناشئ عن المسؤولية العقدية وأن ما ورد في المادة (٢٦٦ (مدني يتعلق بالمسؤولية التقصيرية ولا يشمل حكمها المسؤولية العقدية وبالتالي فإن عدم قضاء محكمة الاستئناف للمدعي بالكسب الفائت يكون متفقاً وحكم القانون (قرار تمييزي رقم الإلكتروني الموقع عن نقلاً).....)) ١٧/٦/١٩٩٧ تاريخ ٧٧٤/٩٧ رقم وتمييز ٢٦/٥/١٩٨٧ تاريخ ٣٨٣/٨٧ وتاريخ ٢٠١١/٧/١٤ .وأنظر أيضاً قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (١٩٩٩/٥٢٦ (تمييز حقوق المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين صفحة رقم (١٨٣٥ (سنة ١٩٩٩ والذي جاء فيه، أنه ((إذا كانت طبيعة العلاقة بين طرفي الدعوى هي علاقة تعاقدية وكان السكن الوظيفي ناشئاً عن هذه العلاقة فإنه بذلك يكون محكوماً بالعلاقة التعاقدية وتكون المطالبة بأي أضرار مستندة إلى المسؤولية العقدية وحيث أنه ووفقاً للمادة ٣٦٣ من القانون المدني بأن التعويض يكون بما يساوي الضر الواقع فعلاً أي لا يحكم بالضرر الأدبي ولا بما فات من كسب أو ربح.....)) نقلاً عن 2009/9/5. تاريخ www.qanoun.com الإلكتروني الموقع.

[٢] . الذنون، حسن علي ود. الرحو، محمد سعيد. مرجع سابق. ص ٩.

المطلب الثاني

التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه وأحكامه

الفرع الأول

كيفية استحقاق التعويض عن التأخير وشروطه وكيفية تقديره

حتى يستطيع الدائن مطالبة المدين الذي تأخر في تنفيذ التزامه بالتعويض عن التأخير لا بد من توفر مجموعة من الشروط الخاصة لاستحقاق هذا النوع من التعويض، تتفق في جانب منها مع الشروط العامة لاستحقاق التعويض في إطار المسؤولية العقدية، وتختلف في بعضها نظراً لخصوصية هذا النوع من التعويض وبالذات فيما يتعلق بالفائدة القانونية وما يجب أن يتوفر فيها من شروط لاستحقاقها.

ويمتاز هذا النوع من التعويض من حيث طريقة تقديره بميزة خاصة كونه تتوزع طريقة تقديره بين القانون الذي يتولى تحديد نسبة الفائدة القانونية، وبين القضاء الذي يتولى تقدير التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ الالتزام بوجه عام، فهو تعويض قانوني في جزء منه، وتعويض قضائي في الجزء الآخر وقد يكون تعويضاً اتفاقياً في بعض الحالات، وهذه المواضيع سيتم دراستها في هذا المبحث موزعة على مطلبين، المطلب الأول مخصص للبحث في شروط استحقاق التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام، أما المطلب الثاني سيتم فيه تحديد طريقة تقدير هذا النوع من التعويض.

أولا: شروط استحقاق التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام طالما كان البحث يدور حول نوع خاص من التعويض، وهو التعويض الذي يستحقه الدائن من مدينه في حال تأخر الأخير في تنفيذ ما عليه من التزامات عقديه، وطالما كان هذا النوع من التعويض مرتبط بالمسؤولية العقدية، فإن وجود العقد الناظم للعلاقة القائمة ما بين الدائن والمدين هو أساس البحث، وهو الشرط الأول الذي تنشأ منه مسؤولية المدين تجاه الدائن، وفي إطار هذا العقد ينشأ خطأ المدين المتمثل بتأخره في تنفيذ ما عليه من التزامات عن الموعد المتفق عليه، وبما أن الوظيفة الأساسية للتعويض هي جبر الضرر، لذلك لا بد لاستحقاق التعويض بصورة عامة من وجود ضرر لحق بالدائن، ولكن هذا الشرط وهو الضرر له خصوصية في هذا النوع من التعويض سيتم دراستها، وأما الشرط الأخير، فهو تعبير الدائن عن إرادته بمطالبة مدينه بالتعويض من خلال الإنذار والمطالبة، فهذه الشروط هي :

ا- وجود عقد صحيح مرتب لأثاره.

تنبع مسؤولية المدين العقدية تجاه الدائن من العقد المبرم ما بين الطرفين، والذي تتحدد فيه التزامات كل طرف منهما، فالعقد يعد من أهم الأنظمة القانونية وأكثرها شيوعاً في الحياة ومن أهم مصادر الالتزام، أو ما يطلق عليه بمصادر الحق الشخصي، ذلك أن

الشخص قد يبرم عدة عقود في اليوم الواحد بيعاً وإيجاراً ووكالة وغير ذلك من أنواع العقود التي لا يمكن حصرها

ويعتبر العقد أهم مصدر إرادي للالتزام[١]، ويعرّف بأنه اتفاق إرادتين متقابلتين أو أكثر ، ويعرّف الالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين تخول لأحدهما، وهو [٢] على إنشاء التزام الدائن، أن يقتضي من الآخر، وهو المدين، أداء مالياً معيناً. وقد يتمثل هذا الأداء المالي في التزام المدين بإعطاء أو بأداء عمل، أو بالامتناع عن أداء عمل وعرّفت المادة (٨٧ (من القانون المدني الأردني رقم العقد بأنه ((العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر))[٣].

أما القانون المدني المصري فلم يعرّف ، وذلك في المادة (٨٩) منه، والتي جاء فيها ((يتم العقد بمجرد أن [٤] يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد. ((والعقد الذي يرتب آثاراً تمثل التزامات لكل طرف تجاه الطرف الآخر، هو العقد الصحيح الذي استوفى كافة الأركان، وهي ثلاثة، التراضي والمحل والسبب وأن يتوفر في كل ، حيث [٥] ركن منها الشروط التي يستوجب القانون توفرها، ودون أن يقترن بالعقد شرط يفسده عرفت المادة (١٦٧ (من القانون المدني الأردني العقد الصحيح، بأنه ((العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن به شرط مفسده له.((والحديث عن العقد باعتباره أحد مصادر الالتزام وما يرتبط به من تفرعات سواء من حيث أركانه، وما يتفرع عن كل ركن منها من شروط يتوجب توفرها للقول بصحة العقد، موضوع يطول البحث فيه، ومجال البحث هنا لا يتسع لمثل هذه المواضيع، فالمهم في العقد الذي على أساسه تنشأ المسؤولية العقدية للمدين، والتي ينبني عليها حق الدائن في طلب التعويض من مدينه في حال تأخره في تنفيذ التزامه، أن يكون عقداً صحيحاً، أي خارج دائرة البطلان أو الفساد، وقد تكون الالتزامات الواردة فيه محددة بإرادة طرفي العقد على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وقد تكون منظمة من خلال

---

[١] منصور، أمجد محمد: النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام). ط١ .عمان- الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. ٢٠٠٠، ص ٢٩.

[٢] عبد الرحمن، حمدي: الوسيط في النظرية العامة للالتزامات. الكتاب الأول. ط١ .القاهرة- مصر: دار النهضة ١ العربية. ١٩٩٩. ص٧٦.

[٣] عبد الرحمن، حمدي: المرجع السابق. ص ٨ .

[٤] و في ذات المعنى جاءت المادة (٧٤)من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وإن كان بمفردات مختلفة نوعاً ما، حيث نصت هذه المادة على أنه ((ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاده).

[٥] الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص ٩٨ .

القواعد القانونية المكملة التي تتولى تحديد المسؤول عن القيام ببعض الالتزامات العقدية، وذلك في حال سكوت إرادة طرفي العقد عن ذلك، فالعقد باعتباره مصدر من مصادر الالتزام لا بد أن يكون صحيحاً حتى يترتب أثراً بأن ينشأ التزامات على كلا طرفيه، وهذا ما يمثل الشرط الأول الواجب توفره، الذي لولاه لما وجدت المسؤولية العقدية التي يتمخض عنها حق الدائن في طلب التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

ب- تأخر المدين في تنفيذ التزامه

يعتبر الخطأ العقدي أحد الشروط الواجب توفرها للمطالبة بالتعويض، والخطأ كذلك شرط لقيام المسؤولية العقدية التي ينبني عليها المطالبة بالتعويض، ويتحقق الخطأ العقدي عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، إضافة لذلك فإن الخطأ العقدي يتحقق لو نفذ المدين التزامه العقدي ولكن تنفيذه كان على وجه معيب يختلف عما اتفق عليه المتعاقدان، أو كان قد تأخر المدين في إتمام هذا التنفيذ فالتأخير في تنفيذ الالتزام هو أحد صور الخطأ العقدي الذي إذا توفر إلى جانب الضرر وعلاقة السببية والإعذار، يمكن للدائن عندئذ المطالبة بالتعويض من مدينه، ويمكن تصنيف عملية التأخر في تنفيذ الالتزام العقدي إلى جانب كونها إحدى صور الخطأ العقدي، على أنها إحدى حالات استحقاق التعويض إلى جانب عدم التنفيذ والتنفيذ المعيب [١].

وحتى يكون المدين متأخراً في تنفيذ التزامه، يجب أن يكون الالتزام قد استحق أداؤه بان يحل الأجل المحدد للوفاء به ومن ثم لا يقوم المدين بذلك، فإذا كان الالتزام لم يحن موعده بعد، فلا يكون هنالك تأخير ولكن هل من حق الدائن المطالبة بالتعويض في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه أياً [٢]كان نوع هذا الالتزام، سواء أكان التزاماً ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة، أو التزاماً بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو أداء مبلغ من المال؟ يجب التمييز بين التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام وبين التأخير في تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من المال، لأن التزام المدين بدفع مبلغ من المال هو التزام بتحقيق نتيجة، فخطأ المدين في هذه الحالة هو مجرد التأخر في الوفاء بالمبلغ المعلوم المقدار وقت الطلب عن الموعد المتفق عليه. فهنالك تطابق بين الغاية المبتغاة من هذا الالتزام، وهي نقل ملكية مبلغ من النقود ومضمون أداء الدين، وهو نفس الشيء، أي نقل ملكية مبلغ من النقود، فعدم تحقق هذه النتيجة يعتبر في ذاته عدم تنفيذ الالتزام. فالخطأ العقدي في حال الفائدة القانونية لا شيء غير التأخير في الوفاء بالمبلغ عن الأجل المعين أما بالنسبة للالتزامات الأخرى غير الالتزام بدفع مبلغ من المال (الفائدة القانونية)[٣]، سواء

---

[١] منصور، أمجد محمد: مرجع سابق. ص ١٧٨.

[٢] العدوي، محمد شكري الجمل: سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني. ط١ .الإسكندرية- مصر: دار الفكر الجامعي. ٢٠٠٨. ص ٤٨٤.

[٣] أبو السعود، رمضان: أحكام الالتزام. دون ط. الإسكندرية- مصر: دار الجامعة الجديدة. ٢٠٠٤ . ص ٦٥.

أكانت تلك الالتزامات تصنف ضمن الالتزام بتحقيق نتيجة أو الالتزام ببذل عناية، فإن ، لأنه وبالعودة إلى التأخير في تنفيذ هذه الالتزامات يعطي للدائن الحق في طلب التعويض نصوص القوانين التي أخذ واضعوها بالتعويض عن التأخير يتبين أنها لا تفرق في موضوع التعويض عن التأخير بين الالتزام ببذل عناية أو الالتزام بتحقيق نتيجة كما أنها لم تفرق بين الالتزام بالقيام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل.

الفرع الثاني

حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه في الظروف القاهرة والتعويض المستحق عنها

فالأحكام التي تتعلق بالتعويض الذي يستحقه الدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزامه، واعتماداً على المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وبالوقوف عند النصوص القانونية ذات العلاقة بهذا النوع من التعويض وتحليلها بالاستعانة بالمراجع الفقهية السابق عرضها، وبمقارنتها مع غيرها من نصوص قانونية، توصل الباحث إلى العديد من النتائج المرتبطة بهذا الموضوع، وهي:

١- إن تأخر المدين في تنفيذ التزامه في الظروف القاهرية، يمكن وضعه في موضعين ضمن الأحكام الخاصة بالتعويض في إطار المسؤولية العقدية، فالموضع الأول له، أنه يمثل أحد صور الخطأ العقدي، والموضع الثاني، أنه يصنف ضمن حالات استحقاق التعويض.

٢- لم يرد في مجلة الأحكام العدلية تنظيم للأحكام الخاصة بالمسؤولية العقدية كما هو الحال بالنسبة للقانونين المدني الأردني والمصري، وغيرهما من القوانين المدنية المقارنة، لذلك جاءت نصوصها خالية من تلك الأحكام وبالتالي فإن التعويض المستحق في حال إخلال المدين في تنفيذ التزامه، تتحدد أحكامه حسب كل حالة على حدى. ولكن يمكن القول بأن مجلة الأحكام العدلية تفرق بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، مع أنها لم تستعمل هذين المصطلحين، ويستدل على ذلك من كونها تفرق بين الالتزام الذي لا يطلب من المدين فيه تحقيق نتيجة، وإنما يطلب منه القيام بواجبه، كالتزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة، وبين الالتزام الذي يطلب من صاحبه تحقيق نتيجة معينة، كالتزام البائع بتسليم العين المباعة.

٣- أن الآراء الفقهية المعاصرة حول موضوع التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام، أنصب اهتمام أصحابها حول علاقة المديونية القائمة بين البنوك الإسلامية وعملائها، وعلى الضرر الذي يمكن أن يلحق بالبنك في حال تأخر العميل في الوفاء بدينه عن الموعد المتفق عليه، ولم تعالج تلك الآراء ولم تتطرق لعلاقة المديونية القائمة ما بين شخصين طبيعيين ليس البنك طرفاً فيها، كما أن جوهر الخلاف القائم بين الفقهاء المعاصرين حول موضوع التعويض عن التأخير، أو ما يسمى بتعويض ضرر المماطلة، يتمثل بمدى الارتباط والعلاقة القائمة بين هذا النوع من التعويض والربا

(الفائدة)، مع أن التعويض عن التأخير ضمن الضوابط التي وضعها من قالوا بجوازه تجعله متميزا عن الربا ومختلفاً عنه.

٤- يعتبر موقف المشرع الأردني القاضي برفض الأخذ بالتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، ضمن النصوص القانونية الواردة في القانون المدني الأردني، موقفاً متناقضاً، فمن جهة، برر رفضه للأخذ بهذا النوع من التعويض على أساس كونه شبيه بالربا، دون أن يميز بين التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام والذي يتولى أمر تقديره القاضي بالاعتماد على ما يلحق الدائن من ضرر، وبين الفائدة القانونية التي يقدرها القانون، والتي يؤدي الحكم بها في حال عدم وقوع الضرر في جانب الدائن، إلى إعطائه – أي الدائن- تعويضاً دون وجود سبب لاستحقاقه ، ومن جهة ثانية، وإلى جانب هذا الموقف الذي ظهر في القانون المدني الأردني، قام المشرع الأردني بتنظيم الفائدة القانونية (فائدة التأخير) في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني المعدل، وأطلق الحرية للبنك المركزي الأردني ليحدد فوائد القروض دون أن يلتزم بالضوابط الواردة في نظام المرابحة العثماني، فموقفه يتسم بالتشدد غير المبرر في القانون المدني الأردني، وبالتنظيم غير المنضبط في القوانين الخاصة.

٥- يمتاز موقف المشرع الكويتي بأنه أفضل المواقف التشريعية العربية التي كانت محلاً للمقارنة في هذه البحث، في تنظيمه للأحكام الخاصة بالتعويض عن التأخير، عندما أعطى للقضاء صلاحية تقدير التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه بشقيه، التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بوجه عام والتعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من المال، وذلك في المادتين (٢٩٣ و ٣٠٦) من القانون المدني الكويتي، وكونه قد اشترط لاستحقاق التعويض عن التأخير في أداء مبلغ من المال أن يكون المدين موسراً ومماطلاً، وأن يلحق بالدائن ضرر، ولكن يؤخذ عليه أمران، أولهما، أنه أعطى للمحكمة سلطة تقدير التعويض من عدمه (سلطة جوازية)، وثانيها، أنه حصر التعويض بالضرر غير المألوف دون سواه.

٦- إن افتراض الضرر باعتباره أحد شروط استحقاق التعويض عن التأخير في أداء مبلغ من المال في الظروف القاهرية، افتراضاً غير قابل لإثبات العكس، يمثل خروجاً عن القواعد العامة للمسؤولية العقدية، التي تشترط لاستحقاق التعويض وقوع الضرر وإثباته، وأن ما قيل في تبرير ذلك من يتعامل مع الاحتمالات على أنها حقائق، فإذا تأخر المدين في الوفاء بدينه قد يلحق بالدائن ضرر وقد لا يلحق، فهذا أمر احتمالي، ويجعل التعويض في الحالات التي لا يصيب فيها الدائن ضرر أو يصيبه ضرر أقل من الفائدة القانونية، قد أثرى بلا سبب، وفي حال زيادة الضرر عن قيمة التعويض، فإن الدائن في هذه الحالة لا يحصل على التعويض الذي يستحقه.

كما إن توافق القطاع القانوني على اعتبار فيروس كورونا من امثله القوة قاهرة، من شأنه أن يوفر كثيراً من الوقت والجهد والالتزامات على المحاكم.

فهناك أربع حالات قد يثار الأمر بشأنها إذا ما تأثر عمل أو عقود ملزمة للجانبين بالوضع الحالي الناتج عن فيروس كورونا المستجد:

***الحالة الأولى:**

إذا كان العمل العقود أو النشاط لم يتأثر مباشرة بالوضع الحالي الناتج عن فيروس كورونا إطلاقاً. بمعنى إن كان المصنع ينتج ويورد المواد، وكان بالإمكان توفير المواد الأولية والعمالة لتنفيذ الالتزام، وبالتالي لم يتأثر إنتاج المصنع أو أي مؤسسة بشكل مباشر بوضع القوة القاهرة، عندها تكون الالتزامات مستمرة لعدم انطباق القوة القاهرة على طبيعة النشاط، وتوافر جميع المكونات اللازمة لتنفيذ الجانبين لالتزامهما التعاقدي.

***الحالة الثانية:**

إذا كانت القوة القاهرة بسبب فيروس كورونا المستجد تجعل تنفيذ الالتزام بالنسبة لأحد أطراف العقد أو لكليهما مستحيلاً، يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بحكم القانون، بحيث يكون العقد لا وجود له مع وجود القوة القاهرة الحالية.

***الحالة الثالثة:**

إذا كانت الاستحالة أو القوة القاهرة وقتية، فيمكن استقطاع هذا الجزء من التعاقد إذا ما كان ممكناً تنفيذ باقي الالتزامات التعاقدية. مثالاً على ذلك، إذا كان عقد من العقود المستمرة التي يستدعي تنفيذها عنصر الاستمرارية لتنفيذ العقود، بحيث يستقطع جزء من هذا العقد ويتم تنفيذ الجزء الآخر بعد انقضاء حالة القوة القاهرة، بشرط ألا يسبب هذا الإجراء إرهاقاً جسيماً لأحد المتعاقدين في الاتفاق. وعليه يمكن تنفيذ الالتزام بتعديل قيمته أو مدته أو استقطاع جزء منه أو تمديد مدته.

***الحالة الرابعة:**

حتى مع استحالة تنفيذ العقد جزئياً، فإنه يجوز لأحد طرفي العقد طلب فسخ العقد لكونه مرهقاً، حتى لو كانت الاستحالة جزئية أو وقتية بسبب وضع القوة القاهرة.

الخاتمة

من خلال دراسة الأحكام المتعلقة بالتعويض الذي يستحقه الدائن في حال تأخر المدين في تنفيذ التزاماته فقد قمت بالوقوف عند النصوص القانونية ذات العلاقة بهذا النوع من التعويض وتحليل هذه النصوص والاستعانة بالمراجع الفقهية ومقارنة هذه النصوص بغيرها من النصوص وتبين أن التعويض قد يكون في صورة الخطأ العقدي أو ضمن حلات استحقاق التعويض

ومن المؤكد أن العديد من الشركات والافراد في كافة دول العالم في علاقاتها الاقتصادية ومبادلاتها التجارية والقانونية والدولية ستصطدم بكثير من هذه الاشكاليات التي يتعذر الخوض في تفاصيلها التقنية والمالية، والتي ستؤثر سلبا على عدد من خدماتها وإنتاجاتها والتزاماتها، وذلك بعد ما ظهر من ظروف طارئة في ظل الجائحة السابقة ، الأمر الذى سيثير معه الحديث بشكل أوسع حول تطبيق نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة ومدى إمكانية الاستفادة من هذه النظريات للتحلل من التزاماتها العقدية وتعديلها أو التخفيف منها في ظل تلك الأوضاع الراهنة.

التوصيات:

١. وضع قواعد واضحة من أجل اللجوء لطلب التعويض خاصة في ضل تطور الحالات الطارئة التي تحدث في العالم وذلك من أجل تشجيع الشركات والأفراد على الاستمرار في أعمالهم دون الخوف من الخسارة التي تلحق بهم اذا ما تعرضوا لأي ظرف طارئ.
٢. قيام التشريعات بوضع اطار معين وتشجيع الشركات والأفراد على الاطمئنان من أن أعمالهم لا تكون عرضة للتغيرات التي قد تحدث في العالم والتي يترتب عليها التوقف عن أعمالهم دون الحصول على أي تعويض في حال تعرضهم للخسارة.
٣. توضيح أنواع التعويض التي يستحقها من يتعرض للخسارة بشكل واضح وتفصيلي في التشريعات المتعلقة بهذا الموضوع.

قائمة المراجع

- أبن منظور، العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم. معجم لسان العرب. م ٧ .بيروت – لبنان: دار صادر.
- الأحمد، محمد سليمان: المدخل لدراسة الضمان (دراسة تحليلية مقارنة). ط١ .عمان- الأردن: دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع. ٢٠٠٢ .
- أمجد محمد منصور،: النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام). ط١ .عمان- الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. ٢٠٠٠،
- حسام الدين كامل: النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام). ج ٢ .دون طبعة. مصر: دار أبو المجد للطباعة. ١٩٩٦ .
- حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام. مجلد١ .دون ط. بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية. دون سنة نشر.
- الخصاونه، تالا عقاب: الأساس القانوني للتعويض (دراسة مقارنة). (أطروحة دكتوراة غير منشورة). جامعة عمان العربية للدراسات العليا. عمان. الأردن. ٢٠٠٥م.
- د. حسن حنتوش رشيد الحسناوي،: التعويض القضائي في المسؤولية العقدية. دون ط. عمان- الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ١٩٩٩ .
- د. حسن علي الذنون، ود. محمد سعيد الرحو،: الوجيز في النظرية العامة للالتزام. ج٢ .ط ١ .عمان – الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. ٢٠٠٤ .
- د.أبو السعود، رمضان: أحكام الالتزام. دون ط. الإسكندرية- مصر: دار الجامعة الجديدة. ٢٠٠٤ .
- داغي، علي محي الدين القره: أنواع التعويض ومدى شموله لغير المال. الموقع الالكتروني 2011/7/22. تاريخwww.qaradagi.com
- دواس، أمين: أحكام الالتزام. ط١ .رام الله- فلسطين: دار الشروق للنشر والتوزيع. ٢٠٠٥ .
- سعد، نبيل إبراهيم: النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام). ج٢ .دون ط. الإسكندرية- مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر. ١٩٩٩ ..
- سلطان، أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي). ط٢ .دون بلد نشر: المكتب القانوني. ١٩٩٨ .

- سليم رستم باز اللبناني،: شرح المجلة. مجلد١ .ط ٣ .بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية. دون سنة نشر.
- عبد الرحمن أحمد جمعه الحلالشه.: الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (أحكام الالتزام). ط١ .عمان- الأردن: دار وائل للنشر. ٢٠٠٦
- عبد الرحمن، حمدي: الوسيط في النظرية العامة للالتزامات. الكتاب الأول. ط١ .القاهرة- مصر: دار النهضة ١ العربية. ١٩٩٩.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري،: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (١ (نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام). مجلد٢ .ط٣ .بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. ٢٠٠٠ .ص ١٠٩٠.
- عبد السميع أسامة السيد، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية 2007
- عز الدين الطيب آدم، التعويضات بعد الأزمات أهميتها في خلق الاستقرار ودعم المصالحة الوطنية، أنظر الموقع
- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، محاضرات ألقيت على طلبة قسم البحوث والدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1971،
- علي صالح أيمن، حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سنوية رقم العدد٤، رقم الطبعة 119المملكة الأردنية الهاشمية،
- الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني). دون ط. عمان- الأردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. ١٩٩٦ .
- فيض الله، محمد فوزي: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام. دون ط. الكويت. دون دار نشر. ١٩٨١
- لفته، نصير صبار: التعويض العيني (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة صدام. العراق. ٢٠٠١ .
- ليلى بن حمودة، المسؤولية الدولية في حالة الأضرار التي تلحق الأجانب، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم السياسية، ١٩٧٧
- محمد شكري الجمل العدوي،: سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني. ط١ .الإسكندرية- مصر: دار الفكر الجامعي. ٢٠٠٨.

- مصطفى أحمد الزرقا،: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. ج٢ .ط ١٠ .دمشق – سوريا: مطبعة طربين. ١٩٦٨
- المعجم الوسيط، ج٢ .مصر: مطبعة مصر. ١٩٦١ .
- المنجد الأبجدي، الطبعة الثامنة، دار المشرق، بيروت، ١٩٨٦، ابن منظور، لسان العرب، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ص55 .مادة عوض.
- المنجد في اللغة والإعلام، الطبعة ٢٦، دار المشرق، بيروت، ١٩٨٦،