

جمهورية السودان
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة شندى
كلية الدراسات العليا والبحث العلمي
قسم القانون

التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون السوداني (دراسة مقارنة) بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالب : أسامة محمد يس فضل
إشراف الدكتور : أحمد محمد أحمد الزين

1439هـ / 2018م

إستهلال

قال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)⁰¹

فيما روى أن رجلاً أتى عمر بن عبد العزيز ، فقال : (زرعت زرعاً ، فمر به جيشاً من أهل الشام فأفسدوه ، فعوضه عشرة ألف ردهم)⁰²

¹ سورة المائدة ، الآية (1) 0

² مصنف بن أبي شيبة ، أبو بكر بن أبي شيبة ، مكتبة الرشد الرياض ، (1409) _ كلام عمر بن عبد العزيز ، رقم الحديث (35100) ج7 ص175 - ، حليه الأوليا وطبقات الأصفيا ، أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق ، دار السعادة مصر ط(بدون) 1394 هـ (1974) رقم الحديث (بدون) ج5 ص325 -

إهداء

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة إلى نبي الرحمة ونور العالمين
(سيدنا محمد صل الله عليه وسلم)
إلى روح والدي ووالدتي.

شكر وعرفان

الحمد لله وحده ، والشكر له سبحانه على نعمه التي لا تُعد ولا تُحصى أن
فضل على بالتوفيق لإنجاز هذه الدراسة العلمية ، وأُصلى وأُسلم على نبينا
محمد وعلى آله وصحبه وسلم وبعد ..

ثم أتقدم بجزيل الشكر والعرفان للمؤسسة التعليمية العملاقة جامعة شندی
مُتمثلة في كُلية الدراسات العليا والبحث العلمي التي أتاحت لي الفرصة وشرفتنی
بأن أكون من بين طلابها 0

ويمتد شكري للدكتور / أحمد محمد الزين / الذي أشرف على هذا البحث وحثني
علي إنجازة فله مني كل التقدير والإحترام مع صادق الدعاء بأن يسعد الله أيامه
0

كما لا يفوتي أن أشكر كُلية القانون جامعة النيلين وجامعة أدرمان
الإسلامية والمكتبة المركزية جامعة النيلين 0

وأتقدم بشكري أيضاً لمكتبة السُلطة القضائية وأسرة مكتبة أفريقيا العالمية
وفى الختام أشكر كل الذين أسدوا إلى النصُح والمشورة من الزملاء الذين لا
يتسع المجال لذكر أسمائهم فجزاهم الله جميعاً خير الجزاء 0
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين 0

مُستخلص البحث

جاءت الأطروحة بعنوان التعويض مُتضمنة الضرر الذى يختلف مداه وقت التعويض عنه عما إذا كانت عليه وقت وقوعه سواء من حيث حجمه زيادة أو نُقصان أو من حيث قيمته ، ويحصل كل ذلك قبل صدور الحكم بالتعويض أو قد يطول أو يقصر بعد صدور الحكم بالتعويض .

وَاستعرضت هذه الأطروحة تحديد مقدار التعويض عن الضرر وذلك من خلال تحديد الوقت الذى ينبغى مُراعاته من قبل القاضى وهو يتولى النظر فى دعوى التعويض ، هل وقت حدوث الضرر أم على ضوء التغيير الحاصل سواء كان بالزيادة أو النقصان ؟ وتم إعتقاد المنهج التحليلى والمقارن من المناهج بالفقه الإسلامى مع المُقارنة بين القانون المدنى 1948م المصرى وقانون المعاملات المدنية لسنة 1984م هـ السودانى والقوانين العربية الأخرى ، والقانون المدنى الفرنسى ، مع الأخذ فى الإعتبار موقف التشريعات الأخرى وموقف الفقه الإسلامى وما إستقر القضاء السودانى ، على أن تقدير التعويض يكون بالنظر الى يوم صدور الحكم بالتالى أدى الى إستقرار الفقه والقضاء على مبدأ أن العبرة فى تقدير التعويض عن الضرر إنما تكون بحالة الضرر وقيمته وقت الحكم بالتعويض .

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين

و بعد ،،،

أن من أهم خصائص دين الإسلام الذى إرتضاه الله تعالى لعبادة ، أنه عقيدة وشريعة وأخلاق ، وأنه يوائم بين مصالح الإنسان المادية والمعنوية ويجمع بين الدنيا والآخرة ويُنظّم علاقة الإنسان بربه ومجتمعه ، وبغيره من البشر ، على صعيد واحد . إن الشريعة الإسلامية حرصت على صيانة حقوق الإنسان ، وحمايتها ، فحرّمت إلحاق الضرر بها ، فى أى صورة من الصور ، أو شكل من الأشكال ، (لا ضرر ولا ضرار)¹ .

كما حذرت من الإهمال وترك الإحتياط المفضى الى إلحاق الضرر بالآخرين والشريعة حينما حرّمت إلحاق الضرر بالآخرين إبتداءً أوجبت إزالته بعد وقوعه بمنع إستمراره بأعيانها ، ومحو وترميم آثارها ، وجبر النقص الذى أحدثته وردّ الحال الى ما كان عليه قبل حدوث الضرر ما أمكن (الضرر يُزال) ويكون ذلك بالتعويض المالى الذى يُغطى الضرر الواقع فعلاً ، فضلاً عما يلحق المتسبب من المسؤولية .

أن موضوع التعويض يبسط ظلاله على الكثير من أبواب الفقه ، ولا يقتصر على باب الضمان وحده ، إنما يمتد الى العديد من الأبواب الأخرى ، كالدعوى ، والقضاء ، والأهليه .

لذا فقد تولدت لدى الباحث الرغبة فى دراسة موضوع التعويض مع تطور الحياة وسرعة إيقاعها وتطور الصناعات ووسائل الإتصال ، وسعى الإنسان لجمع المال لمواجهة مُطالبات الحياه ، تكثر الأخطاء التى تُسبب أضراراً للغير مما جعل الأنظمة القانونية المختلفة تتجدد بصورة أو بأخرى .

وقد إستدعى إنتباهى موضوع التعويض لما له من أهميه عظمى ، إذ أن هذا الموضوع له وجود فى الواقع العملى ، وهُنالك الكثير من القضايا المتعلقة بالتعويض .

¹ أخرجه ابن ماجه فى سننه ، فى كتاب الحكام ، بأب من بنى فى حقة ما يضر بجاره ، ج 2 ، ص 784 ، ح 234 .

أهمية البحث :

تتمثل أهمية البحث بأنه من أكثر المواضيع التي لها وجود في مجال المحاكم وتعد أكثر القضايا لتعلقها بحبر الضرر الذي يسببه الإنسان في ماله الذي يعد من الكليات الخمس .

أهداف البحث :

- 1/ توفير مادة تجمع بين الفقه الإسلامى والقانون معاً .
- 2/ التعرف على ماهية التعويض ومفهومه وما يتعلق به من أحكام وما يُثيره من مشاكل وقضايا جديرة بالإهتمام .
- 3/ التعرف على أنواع التعويض .
- 4/ معرفة كيفية تقدير التعويض ووقت تقديره .

أسباب إختيار موضوع البحث :

1/ من خلال دراستى الجامعية وأثناء تجربتى العملية أثار إنتباهي موضوع التعويض لما له من أهمية عظمى ، إذ أنه يُثير عدد من المبادئ القانونيه التى تعتبر جديرة بالبحث .

مُشكلة البحث :

يُثير البحث عُدّة مشاكل يسعى الباحث لحلها وهى :

- 1/ ماذا يعنى التعويض ؟
- 2/ ماهى الأسباب الموجبة للتعويض ؟
- 3/ ما هى أنواع التعويض ؟
- 4/ ماهى أركان دعوى التعويض ؟
- 5/ ماهو الوقت الذى ينقص أن يتم تقدير قيمة التعويض على أساسه ؟

حدود البحث :

تتمثل حدود هذه الدراسة فى الفقه الإسلامى قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م
ة السودانى والقانون المدني لسنة 1948م به المصرى وبعض التشريعات الوطنية الأخرى
كلما كان ذلك لازماً ، وما إستقر عليه العمل فى القضاء السودانى .

منهج البحث :

إتبع المنهج الوصفى الإستنباطى التحليلى ، فعزوت الأيات الى سورها والأحاديث
الى مظانها وبينت آراء الفقهاء والمذاهب ما أمكن ووضحت القواعد الفقهية الواردة فى
البحث ، وعقدت المقارنه بين الفقه الإسلامى وقانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ه
والقانون المدني المصرى ، وترجمت الإعلام الواردة وراجعتها الى أمهات الكتب .

الدراسات السابقة :-

بمراجعة المكتبات المتاحة لم أقف على دراسة سابقة تناولت هذا الموضوع .

صعوبات البحث :

من المعلوم أى عمل يقوم به المرء لا يخلو من بعض الصعوبات ومن أهم
الصعوبات التى وأجهتني عدم التفرغ للدراسة لظروف العمل .

هيكـل البـحث

قسـمت البـحث الى ثـلاثـة فـصول وقـد جـاء كـالآتـى :

الفصل الأول

مفهوم التعويض ومشروعـيته والحـكمة منه وأنواعه وأركان دعوى التعويض

المبحث الأول

مفهوم التعويض

المبحث الثاني

مشروعـيته التعويـض والحـكمة منه

المبحث الثالث

أنواع التعويض

المبحث الرابع

أركان دعوى التعويض

الفصل الثاني

أحكام دعوى التعويض وكيفية تقديره

المبحث الأول

شروط إستحقاق التعويض

المبحث الثاني

تقدير التعويض

المبحث الثالث

عدم سماع دعوى التعويض

الفصل الثالث

إنقضاء المسؤولية عن التعويض

المبحث الأول : فوات المنفعه

المبحث الثاني : القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

المبحث الثالث : خطأ المضرور

الفصل الأول

مفهوم التعويض ومشروعيته والحكمة منه وأنواعه

المبحث الأول : مفهوم التعويض

المبحث الثانى : مشروعيه التعويض والحكمة منه

المبحث الثالث : أنواع التعويض

المبحث الرابع : أركان دعوى التعويض

المبحث الأول :

المطلب الأول : مفهوم التعويض في اللغة :

يُعرف التعويض لغةً بأنه العِوَض و العَوَضَ (عوض) بفتح العين والواو والضاد والعوض هو الخلف والبدل ، نقول تعويضاً إذا أعطيته بدل ماذهب منه ، الأسم منه العِوَض والمُعَوِضَة ، والمُستعمل منه التعويض ، والجمع منه أعواض .
وعِضت فلاناً ، أو عوضته أو أعضته ، إذا أعطيته بدّل ماذهب منه وتعوض منه إذا أخذ العوض ، وكذلك إعتاض وإعتاضني فلان وإستعاضني : إذا جاء طالباً للعوض . وأعتضت إذا أصبت عوضاً وكذلك عضت² .

وفي الحديث القدسي روى البخاري عن عبد الله بن يوسف بسنده من حديث أنس بن مالك رضى الله عنه قال : (سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول ان الله قال إذا ابتليت عبدي بحبيبتيه فصبر عوضته عنهما الجنة يريد عينيه)³ ، من مشتقات مادة العوض التعويض ، وهو المصطلح محل البحث فالعوض في اللغة هو مطلق البدل أو الخلف ، والتعويض البدل أو الخلف دالاً على الإستقبال⁴ .

2 الزبيدي محمد مرتضى الحسين في تاج العروس من جواهر القاموس ، تحقيق على بشرى ج1 ص1.5 ، 1.6 . الف منظوره ، محمد بن مكرم ، لسان العرب ، مادة (عوض) باب الضاد فصل العين ، ص67. - ابن الفيروز أبادي ، محمد بن يعقوب القاموس المحيط ، مادة (عوض) باب الضاد فصل العين ص67. ، بن فارس أحمد _ معجم مقابيس اللغة ، وضع حواشيه في إبراهيم شمس الدين ، ج2 ص199 - 200 .

3 البخارى محمد بن إسماعيل بن إبراهيم : الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وسننه وأيامه ، وضع فهارسه وأرقامه : محمد زعير بن ناصر الناصر ، كتاب المرضى ، باب فضل من ذهب بصره ، ج4 ، ص256 . .

4 بوساق ، محمد بن المدني التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامى ص15 . .

المطلب الثاني : مفهوم التعويض عند الفقهاء القدامى :

يكاد يجمع كل من كتب في (الضمان) أو (التعويض) في الفقه الإسلامى من الكتاب المعاصرين على أن الفقهاء القدامى لم يعرفوا التعويض ، ويقولون : أن الفقهاء القدامى كان يستعملون لفظاً آخر للدلالة على التعويض ، هو الضمان وبعد البحث تم العثور على ثلاثه تعاريف للتعويض ولكن أصحابها قد أوردوها بمسميات مُشابهة للفظ التعويض :

1/ عرّف العلامة ابن قيم الجوزيه ، العوض بأنه مقابل المتلف من مال الأدمى⁵ . ويلاحظ على هذا التعريف أنه قيّد العوض _ أى التعويض _ بحالة التلف مع أن العوض هذا يمكن أن يجب بالتلف وبغير التلف أيضاً ، كالتعويض على فوات المنافع المغصوب مدة الغصب مثلاً ، مما يعنى أن التعريف غير جامع من هذه الناحيه .

2/ عرّف الشيخ ميارة الملاكى _ المعاوضة بأنها: (آخر ما يخالف الشى المدعى به إما في الجنس أو الصّفه)⁶ .

3/ عرّف البجرمي الشافعى⁷ . المعاوضة بأنها: (عدوله عن حقه المُدعى به الى غيره) . وفي تقديرى أن التعريفان الأخيران أن يكونا مقبولين ، لولا أنهما قيّد آخر التعويض أو العدول عنه ، بحالة الدعوى .

وعلى كل حال فإن من المتفق عليه اليوم أن جلّ الفقهاء القدامى قد إستعمل لفظ الضمان بدلاً من لفظ التعويض إذن فما هو الضمان وما أقسام إستعمال لفظ الضمان ؟

الضمان لغةً : هو الكفالة والإلتزام يُقال ضمن الشى وبه كعلم ضماناً وضمن فهو ضامن وضمن كفه وضمنته الشى تضمينا فضمنه عنى : غرّمته فالتزمه ضمن الشى ضماناً فهو ضامن من ضمن أى :كفله⁸ وقال في لسان العرب الضمين الكفيل ضمن الشى وبه ضماناً

5 ابن القيم الجوزيه ، محمد بن أبى بكر الزرعى: إعلام الموقعين عن رب العالمين _ راجعه وعلق

عليه : طه عبد الروؤف (دار الجيل بيروت _ لبنان _ الطبعة الثانية 397) ج5 ص2 117..

6 ميارة : محمد بن أحمد الفارس: الإلتقان والاحكام فى شرح تحفة الاحكام ، المعروف شرح ميادة

دار المعارف بيروت _ لبنان ، ج1 صفح143 ..

7 البجيرمى سلمان بن محمد : التجديد لنفع العبيد المعروف بحاشيه البجيرمى على منهج الطلاب

مطبعة مصطفى البابى الحكيم . القايره ، مصر ، 1369هـ ، ج3 ، ص97..

8 الفيروز أبادى ، محمد بن يعقوب القاموس المحيط ج2 ص1564 ..

وضماناً كفل به فأنا ضامن وهو مضمون ، وضمنت الشيء تضميناً فضمنه عنى مثل غرّمته⁹ ،
وقد ردّ ابن فارس معاني مادة ضمن الى أصل واحد فقال الضاد والميم والنون أصل صحيح
وهو جعل الشيء في شيء يحويه . ومن دين قولهم ضمّنت (الشيء) إذا جعلته في وعائه .

9 ابن منظور ، محمد بن مكرم ، لسان العرب ج9 ص65 ، 66 . .

المطلب الثالث : مفهوم التعويض عند الباحثين المعاصرين :

بذل الباحثون والشرح المعاصرون جهوداً في بيان المراد بالتعويض وقد إستعمل بعضهم لفظ الضمان على مصطلح الفقهاء القدامى ، وفضل آخرون إستعمال لفظ التعويض توخياً بالدقه وخشية الإلتباس بين معنى الضمان ومن هذه التعريفات مايلي :

التعويض هو : بدل التالف ¹⁰ .

الضمان هو : الغرامة لقيمة الشئ أو نقصانه ¹¹ .

الضمان هو لزوم إعطاء مثل الشئ أو قيمته ¹² .

الضمان هو : الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف مادي أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانيه ¹³ .

الضمان هو : شغل الذمة عما يجب الوفاء به من مال أو كل أو شرط أدائه ¹⁴ .

الضمان هو : شغل الذمه بحق مالى أوجب الشارع أدائه جبراً لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره ¹⁵ .

التعويض هو : المال الذى يحكم به من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال أو شرف ¹⁶ .

التعويض هو : المال الذى يُحكم به أوقع ضرراً على غيره في نفس ¹⁷ .

-
- 10 المحمصانى ، صبحى : النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلاميه ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية 1972 ص158 .
- 11 الزرقاء ، أحمد بن محمد ، شرح القواعد الفقهييه ، بتصحيح وتعليق أبى المؤلف أحمد الزرقاء ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، الطبعة الثانية 1412هـ / 1993م ص431 . .
- 12 القارى ، أحمد بن عبد الله : مجلة الأحكام الشرعيه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، دراسة وتحقيق عبد الوهاب ابو سليمان ، و محمد إبراهيم أحمد على دار تهامة ، جدّه _ المملكة العربيه السعوديه الطبعة الأولى 14 هـ ، 1981م المادة 218 ص114 . .
- 13 الزحيلي ، وهبه : نظرية الضمان أو أحكام المسؤليه المرتبه الجنائيه فى الفقه الإسلامى ص15 . .
- 14 الحفيف ، على : الضمان فى الفقه الإسلامى ص5 . .
- 15 سراج محمد أحمد ، ضمان العدوان فى القفة الإسلامى ،الموسسه الجامعيه للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الاولى 1414هـ ص47 . .
- 16 شلتوت ، محمود المسؤليه المدنيه والجنائيه عن فعل الغير فى الشريعة الإسلاميه / مكتبه الجامع الأزهرى للشؤون العامه القايره ص35 . .

أن التعويض : أداء المسؤول للمضروب مثل الحق العام أو قيمة¹⁸

ويلاحظ على التعريفات السابق ذكرها ، فهي غير جامعة مانعة ففي التعريف الأول حصر التعويض في حالة التلف فقط فضلاً عن أن لفظ (رد) في أول التعريف توجب يسبق الآخر ، أما التعريف الثاني فصدر بكلمة (غرامة) وهي بحاجة لتعريف ، وكلمة (نقصانه) مجهله لا يتضح المقصود منها هل النقص في قيمة الشئ ، أم في كميته ، أم في صفة من صفاته، أم في كل ما ذكر ؟ ونجد أن التعريفين الثالث والرابع أقرب ما يكونا في تعريف الحكم بالضمان أو التعويض .

والتعريفين الخامس والسادس وإن كانا يتناولان الضمان ومعناه العام إلا أنهما شاملين لما يشغل الذمه بالزام الشرع أو إلزام المُكلف أو غير ذلك من أسباب الضمان . مع حصر الأخير منها لنوع مايجب الوفاء به بقوله وكذلك بيان أنواع الضرر الذي يلحق بالنفس أول المال وهم الضرر المادى وهو الضرر الأدبى وبصور التعريفان السابع والثامن التعويض على أنه حكم قضائى مع أن التعويض لا يكون قضائياً فقط فضلاً عن أن التعويض لا يعد إلا بادائه لمستحقه ، فلا يكفي صدور الحكم به ، مع أن التعريف الثامن حذف منه كلمة (شرف) لتفادى ما لا يسلم به الفقهاء القدامى بالتعويض عن الضرر الأدبى ، غير أن التعريف التاسع حرص كاتبه على تلافى أوجه القصور وعدم الشمول وتجنب ذكر أنواع الضرر بإختيار كلمة المضروب ليكون شاملاً لما يُعد ضرر غير أن كلمة الحق تتضمن البذل .

هذه أهم التعريفات المتداولة للضمان بمعنى التعويضات بمعنى التعويض في كتابات الفقهاء المعاصرين ، ونلاحظ أنه لا يخلوا واحد منها من مآخذ أو أكثر وهو ما يحملني على إقتراح تعريف التعويض لعله يكون مقبولاً فالتعويض هو ما يُجبر به المُتسبب الضرر عن عين أو قيمة .

17 أبو وساق ، محمد بن المدين : التعويض عن الضرر فى القفه الإسلامى صد155 .

18 الميتهى ، عبد العزيز محمد دعاوى التعويض النأ شئه عن المسئوليه التصيريه والفقديه

ونطبقاتها فى القفه والقضاء الإدارى ج1 صد73 -

المطلب الرابع : مفهوم التعويض في القانون :

لم يتعرض فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض بوضع نصوص محدده تبين تعريفه ، وإنما يتعرضون مباشرة لبيان طريقته عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤليه ، وذلك ربما يرجع الى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج الى زيادة إيضاح ، ومع ذلك حاول بعض فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض ومن هذه التعريفات : أن التعويض هو ما يلتزم به المسؤل في المسؤليه المدنيه تجاه ما أصابه ضرر فهو جزاء المسؤليه¹⁹ .

أي أنه إذا وقع على غير مشروع ، نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه²⁰ وعلى هذا ينبغي مقابله هذا الضرر بمال عوض عنه²¹ .

وعرفه صاحب معجم المصطلحات القانونية بأنه ما يعطى للمرء مقابل ضرر لحق به ، ويقدر المسؤليه غير التعاقدية طبقاً لحجم الضرر²² .

وعرف أيضاً بأنه : جبر الضرر الذي لحق المصاب وتأكيداً لهذا المعنى جاء في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م السوداني بما يلي : (كل فعل يسبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض وأن كان غير مميز)²³ .

وقد عالج القانون المدني المصري موضوع المسؤليه فقد جاءت المادة 1/163 بمايلي : (كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض).

والحكم بالتعويض يكون بإعادة المضرور الى ماكان عليه قبل وقوع الضرر ما أمكن ، والا كانت الإعادة بالتضمنين ، وهو الحكم بالضمان وذلك يكون بإلزام المعتدى بمثل ما يلزم من المال أو بقيمته .

يتضح مما سبق من تعريفات ، يمكن القول أن التعويض في القانون هو جبر وإزالة الضرر الناشئ عن المسؤليه المدنية وإعادة المضرور الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر وبذلك يرتبط التعويض بالضرر ويقم على أساسه إعمالاً للقاعدة الضرر يُزال²⁴ .

19 الوسيط في شرح القانون المدني _ عبد الرازق أحمد السنهوري ج1 / 1.9 .

20 مصادر الإلتزام ، عبد المنعم فرح الصده ص518 .

21 حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني : محمد فتح الله الشّاد ص35 ..

22 معجم المصطلحات القانونية أحمد زكي بدري ص29 .

23 المادة 138 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م .

المبحث الثاني

مشروعية التعويض والحكمة منه

المطلب الأول : مشروعية التعويض

أولاً : مشروعية التعويض في الشريعة الإسلامية :

جبر الأضرار بالتعويض أمر مُقرّر في الشريعة الإسلامية وهذا المبدأ من خصائصها وصفتها شريعة عامة سمحاء خالدة ، فقد دلت مصادر التشريع على مشروعية التعويض عن الأضرار وتأكّد ذلك بآيات كريمة وأحاديث شريفة وهذا أيضاً مما يوجبه العقل السليم والنظر المُستقيم .

أ _ مشروعيته التعويض في القرآن الكريم :

قال تعالى : (وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ)²⁵ ، وقوله : (وَحَزَّوْاْ سَيِّئَةً سَيِّئَةً مِّثْلَهَا)²⁶ ، إذ أن الله جلّ وعلا قد أحلّ في المماتلة في العقاب والمماتلة في العقاب تعنى أن يفعل بالجاني مثل ما فعل في غيره من غير نقص أو زيادة . ومن هنا نجد أن النصوص القرآنية توجب مبدأ المماتلة بين الضرر وبين ما يجبره ومما دل على مشروعية التعويض عن الضرر أيضاً قوله تعالى :

(دَاوُدُ وَسُلَيْمَانُ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ)²⁷ . ووجه الإستشهاد بالآية أن الحكم من داود وسليمان عليهما السلام كان بعد أن نفست غنم القوم ف الحرث ، وذلك لا يكون إلا بالتعويض ، حيث أنه لا يمكن إعادة الحال الى ما كان .

ب _ مشروعية التعويض في السنة المُطهرة :

وأما من السنة النبوية الشريفة أحاديث عديدة منها ما أخرجه الترمذى عن محمود بن غيلان وأبى داود الحفرى بسنده من حديث أنس قال: أهدت بعض أزواج رسول الله صلى الى النبي صلى الله عليه وسلم طعاماً في قصعه فضربت عائشة القصعه بيدها فألقت مافيهما فقال

24 الحكمة من التعويض : التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي : بوساق محمد المدني

ص 161 . .

25 (سورة النحل الآية 126) .

26 (سورة الشورى الآية 4) .

27 (سورة الأنبياء الآية 78) .

النبي (صلى الله عليه وسلم) طعام بطعام وإناء بإناء²⁸ وهذا الحديث صريح في تقرير مشروعية التعويض عن الضرر .

ومنها ما أخرجه الإمام أحمد عن عبد الرزاق بسنده من حديث عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه جاداً ولا لاعباً وإذا وجد أحدكم عصاً صاحبه فليردها عليه²⁹ والحديث يلزم الآخر برّد الشئ بعينه ، فإن فوته على صاحبه فالإلتزام حينئذ بالبدل _ وهو المثل أو القيمة _ .

ومنها ما أخرجه البيهقي عن أبي حازم الحافظ بسنده من حديث نعمان بن بشير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أوقف دابةً في سبيل من سبيل المسلمين أوفي أسواقهم فأوطت بيد أو برجل فهو ضامن³⁰ وأخرجه أبو داؤد عن مُسَدَد بن مسرهد بسنده من حديث سمره مع النبي صلى الله عليه وسلم قال (على اليد ما أخذت حتى تؤدى)³¹ .

28 أخرجة الترمزى فى سننه ، كتاب الأحكام باب ماجاء فيمن يكسر له الشئ ج 3 ص 64 . ، ج 1359 قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح وقال الشيخ الالبانى : أنظر رواء الغليل تخرج أحاديث منار السبيل ج 6 ص 358 . ، وأخرجة أبو داؤد فى فى سننه ، كتاب البيوع بأن فيمن (خسر شيئاً يقرم مثله) ، ج 3 ص 297 . 3568 . وأخرجة أحمد فى مسنده ج 3 ص 1.5 - 12.46 ، وعلق عليه شعيب الإرنؤوط ، سناوه صحيح على شرط الشيخين .

29 أخرجة أحمد من مسنده ج 2 ص 21 . ح 696 وعلق عليه شعيب الأرنؤوط ، أسناده صحيح وأخرجة أبو داؤد فى سننه ، كتاب الأدب باب من يأخذ الشئ على المزاح ج 4 ص 719 . ح 3.5 . وقال الالبانى حسن ، أنظر صحيح سنن أبى داؤد س ، وأخرجة الترمزى فى سننه كتاب الفتن ، باب ما لا يحل لمسلم أن يروعه مسلماً ج 4 ص 4.2 . ح 216 ، وقال حسن غريب ، وقال الشيخ الالبانى صحيح لغيره أنظر صحيح سنن الترمزى ج 2 ص 454 ح 216 .

30 البيهقي : أحمد بن الحسن بن الحسن بن على بن موسى : سنن البيهقي الكبرى ، تحقيق محمد عبد القادر عطا / وقال عنه البيهقي وهذا لا يصح فى سنن الدار قطنى تحقيق السيد عبد الرحمن هاشم ج 3 ص 179 ، ح 285 وقال عنه المرتضى الهندى : ضعيف ، أنظر كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال (مؤسسه الرسالة بيروت ، لينان 1989م ج 15 ص 115 . ح 111 .

31 أخرجة أبو داؤد فى سننه ، كتاب الإجارة ، باب فى تضمين العاديه ج 3 ص 296 . ح 3561 قال الألبانى حديث ضعيف ، أنظر تخريج أحاديث منار السبيل ج 5 ص 348 . وأخرجة الترمزى فى سننه كتاب البيوع باب ما جاء فى العاديه أنها مؤداه ج 3 ص 566 حديث 1266 وقال حسن صحيح ، وقال الالبانى حديث ضعيف أنظر سنن الترمزى ص 144 ح 1266

المطلب الثاني : الحكمة من التعويض :

إن الإلزام بالتعويض عن الضرر بالمثل أو القيمة له حكمةً بالغه ، منها عدم تجرؤ الناس على أموال بعضهم البعض ، أو تساهلهم من الإحتراز عن الإضرار بالآخرين وممتلكاتهم ولمنع التهاجر والتقاتل، فالمرء لا تهدأ نفسه إذا أعتدى على ممتلكاته عمداً أو خطأ ، إلا إذا إسترد ما يُقابل أو يساوى ممتلكاته فإذا لم يتمكن من ذلك نازعته نفسه ، فيعم التقاتل ، ويؤدي الى القتل وتهلك النفوس وتنتشر الفوضى ويأكل القوي مال الضعيف ويعم الفساد .

إن في إلزام من يلحق الضرر بالآخرين بالتعويض ما يحمل على اليقظة والتبصر الإنتباه ، وفي ذلك حفظاً للمال ، مما يؤكد إهتمام الشريعة الإسلامية بمنع الإفساد في الأرض وتحقيق العدل بين الناس .

ومن الحكم الظاهرة في مشروعية التعويض أنه لم يشرع القصاص في الضرر الذي يترتب عليه إتلاف الأموال ، وإنما شرع جبر المتلفات بالتعويض وذلك للتقليل من دائرة الضرر .³²

32 الوسيط في شرح القانون المدني ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ص192-1.

المبحث الثالث

أنواع التعويض

المطلب الأول : أنواع التعويض في الفقه :

ان أصل التعويض في الفقه الإسلامي هو جبر الضرر عن المضرور ، وأعلى مراتب جبر الضرر عن المضرور ، إنما يكون في رد الحق له بعينه فإذا تعدّر ذلك فبمثله إن كان مثلياً ، فإن لم يكن مثلياً فبقيمته فهذه هي مراتب ثلاث متتالية لأنواع التعويض :

النوع الأول : رد الحقوق بإعيانها :

أن كلمة التعويض كما تدل بمادتها اللغوية _ تعنى بذل العوض _ والعوض وهو بذل الشئ مكان آخر فكيف يكون رد الحقوق بإعيانها نوعاً من أنواع التعويض والجواب من حيث الأصل لا يُعدّ رد الحقوق بأعيانها نوعاً من أنواع التعويض ، وإن كان في الحقيقة جبراً للضرر ، وشكلاً من أشكال إعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوعه³³ .
وبناء على ذلك يمكن القول أن كل تعويض هو جبر ضرر ، وليس كل جبر ضرر تعويضاً فبين جبر والضرر والتعويض عموم وخصوص .

والأصل في جبر الضرر عن المضرور في الفقه هو رد الحقوق بإعيانها وردّ الحقوق بأمثالها أو قيمتها ، إنما هو بدل عن الأصل ولا يصح اللجوء اليه إلا إذا إستحال الأصل وتعدّر ، وهذا هو معنى القاعده الفقهية: (إذا بطل الأصل يُعاد الى البديل)³⁴ وإذا كان الأصل في جبر الضرر عن المضرور هو ردّ الحقوق بأعيانها فان ذلك لا يكون إلا إذا كانت هذه الأعيان قائمة وسليمه وخالية عما يمكن أن يلحق بها من ضرر أو يحدث فيها من عيب ، تفوت معه منافعها كلياً أو جزئياً³⁵ .

أخرج أبو داؤد عن ممدد بن مسرهد بسنده من حديث سمرة عن رسول (صلى الله عليه وسلم) قال (على اليد ما أخذت حتى تؤدى)³⁶ وهذا ما أجمع عليه المسلمون قديماً وحديثاً

33 وهبه النجلى ، نظرية الضمان وأحكام المسئوليه الجنائية ، مرجع سابق ص 16 . .

34 المتبهي عبد العزيز محمد دعاوي التعويض الناشئة عن المسئوليتين التصيرية والعقدية

وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري ج 1 ص 73 . .

35 مجلة الأحكام العدلية المادة 3 . .

36 المتبهي عبد العزيز محمد دعاوي التعويض الناشئة عن المسئوليتين التصيرية والعقدية ج 1

ص 168 . .

فعدن الحنفية : من غضب شيئاً فعليه رده في مكان غضبه لقوله صلى الله عليه وسلم (على اليد ما أخذت حتى ترده) ³⁷ .

وقال عليه الصلاة والسلام : (لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لا جاداً ولا لاعباً ، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها إليه) ³⁸ ولأنه يجب عليه رفع الظلم وذلك بما ذكرنا ويرده في مكان غضبه ، لأن القيمة تتفاوت بتفاوت الأماكن ³⁹ .

وعند المالكية أنه : لو كان المثلّى المغضوب موجوداً ببلد الغضب ، وأراد به أخذه ، وأراد الغاضب إعطاء مثله فعليه أخذه ، لأنه أحق بعين شيء ، وإن كانت المثليات لا ترد لأعيانها لكن إتفقوا على أن المثليات تتعين بالنسبة لمن كان ماله حراماً أو كان في ماله شبه فرب المغضوب له عرض في أخذ شيء لأنه حلال ومال الغاصب حرام ⁴⁰ . وعند الشافعية فإذا كان باقياً بحاله إرتجعه المالك المغضوب منه فإن ضعف عن إرجاعه فعلى ولي الأمر إسترجاعه وتأديب الغاصب ، وإن كان ممالاً أجرة لمثله كالطعام والدرهم ، والدنناير فقد برئ بعد رده من حكم الغضب وسواء كانت قيمته قد نقصت في الأسواق لرخص الأسعار أم لا ، لأن بقاء العين لا يُغير فيه نقص السوق وإن كان مما لمثله أجرة كالذواب والالات فعليه مع رد العين أجرة المثل إن كان لمثل زمان الغضب أجرة وعليه مؤنة الرد إن كان لرده مؤنة ⁴¹ . وعند الحنابلة " فمن غضب شيئاً لزمة رده ما كان باقياً ، بغير خلاف نعلمه ، " لقول النبي (صلى الله عليه وسلم) (على اليد ما أخذته حتى تؤديه) ولأن حق المغضوب منه معلق بعين ماله وماليته ، ولا يتحقق ذلك إلا برده ⁴² .

-
- 37 سنن أبي داود والحاكم ، صحح الشوكاني نيل الأوطار _ ج5 ط 1 القاهره ص54 . .
- 38 الموصلى عبد بن حمود بن مردود : الأختيار لتعليق المختار ، تحقيق عبد اللطيف محمد عبد الرحمن ، دار الكتب العلميه ، بيروت، لبنان ، الطبعة الثالثة 1426 ج3 ص68 . .
- 39 الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج3 ص445 . .
- 40 الماوردى على بنحبيب الحاوى الكبير فى فقه مذهب الأمام الشافعى دار الكتب العلميه بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1414 هـ ، 1994 م ج7 ص136 . .
- 41 إبن قوامه ، عبد الله بن أحمد بن محمد : المغنى : تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو ج7 ص361 .
- 42 المتيهي عبد العزيز محمد : دعاوى التعويض الناشئة عن المسئوليتين التقصيريه والعقدية ج1 ص171 . .

ومن إستعراض النصوص السابقة يتضح لنا مدى حرص كافة المذاهب على ردّ الحقوق بأعيانها لان المالك أحق بعين شئيه ، وهو أعلى درجات جبر الضرر عن المضرور وذلك إن كان الشئ المغصوب أو المعتدى عليه لم ينقص منه شئ ولم يتلف منه جزء ولا فاتت منه منفعة فإن حدث ضرر في العين وأمكن إصلاحها وإعادتها الى حالتها قبل حدوث الضرر لزم الغاضب أو المعتدى عليها إصلاحها وردها الى ربهأولا ضمان عليها إذا لم ينقص منه شئ بعد الإصلاح ، أما إذا حدث فيها نقص أو عيب مؤثر في المنفعة أو القيمة وإختار صاحبها إستردادها فيجب ردها مع جبر نقصان المنفعة أو القيمة أم إذا إختار صاحبها عدم إستردادها أو كان النقص أو التلف مُفوتاً للمنفعة أو القيمة فلا بد من فهذه الحالة الإنتقال الى التعويض بالمثل وهو النوع الثانى من أنواع التعويض في الفقه .

النوع الثانى : - ردّ الحقوق بأمثالها :-

إن التعويض يتنوع حسب تنوع المال ، ينقسم الى : مثلى وقيمي والواجب في المثلي جبره بمثله ، لان الجبر بالمثل أعدل وأتم ، وقد أجمع الفقهاء على وجوب ضمان المثلي بمثله . فالمال المثلي : ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتدبه كالكيل والموزون والعدييات المتقاربه مثل الجوز البيض .

والمال القيمي : مالا يوجد مثله في السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتدبه فى القيمة كالمثلي المخلوط بغيره وهو مثل الحنطة المخلوطة بشعير أو زرة وما أشبه ذلك من الأشياء التى توجد تفاوت بين أفرادها يبحث تفاوت في الأثمان تفاوتاً بعيداً⁴³ .

يقول أبو حنيفة فان هلك _ أى مال _ وهو مثلى ، فعليه مثله⁴⁴ ، وأكّد ذلك المالكيه وان كان قد فات رد اليه مثله أو قيمته فيرد المثل فيما له مثله⁴⁵ ، ونقلوا عن الأمام مالك أنه قال : (من غصب لرجل طعاماً أو ادا ما فاستهلكه فعليه مثله بموضع غصبه منه)⁴⁶ .

43 حيدر على : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب فهمى الحسين المادة (145) ص 1.5 .

44 الموصلى عبد بن حمود بن مردود : الأختيار لتعليل المختار ، تحقيق عبد اللطيف محمد عبد الرحمن ، ج3 ص68 . .

45 إبن جزى ، محمد بن أحمد : قوانين الأحكام الشرعيه ومسائل الفروع الفقهيه ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ط 1979 م ص358 . .

وعند الشافعيه " أن تكون من ذوات الأمثال فتجبر بما يماثلها في الماليه وجميع الأوصاف الخلقية كضمان البر بالبر ، والزيت بالزيت ، والسسم بالسسم والشيخ " 47 بالشيخ ، وإنما يجب جبره من جميع الوجوه وجميع الأعراض 48 .

وعند الحنابلة "ويضمن مكيلاً أو موزوناً تلف أو أتلفه بمثله " 49 وقد إستدل الفقهاء على وجوب المثل في المثلى بأدلة أهمها مايلي :

1/ قوله سبحانه وتعالى: (فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعِدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ) 50 أوجب الله عز وجل ردالمثل في ضمان العدوان ، ولا يعدل الى غيره مادام أنه ممكناً ونظير ذلك قوله تعالى : (وَحَزَّوْنَا سَيِّئَةً سَيِّئَةً مِثْلَهَا) 51 .

2/ وقوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ) 52 . أوجب الله تعالى على من قتل صيداً متعمداً وهو محرم أن يكفر عن ذلك بذبح مثل ماقتل من النعم ويتصدق به على فقراء الحرم ، ولا يعدل عنه الى الصيام إلا في حالة عدم قدرته .

3/ أخرج الترمزي عن محمود بنغيلان بسنده من حديث أنس قال : (أهدت أحد أزواج رسول الله (صلى الله عليه وسلم) طعاماً في قصفه فضربت عائشه القصفه بيدها فالقت ما فيها فقال النبي (صلى الله عليه وسلم) "طعام بطعام وإناء بإيناء" 53 .

46 محمد بن يوسف : التاج والأكليل المختصر خليل (دار الفكر ، بيروت _ لبنان الطبعة الثانية ، 1398 ج5 ص278 ..

47 الشيرج : معرب من شيره وهو دهن من السسم وربما قيل للدهن الأبيض ، أنظر الفيومي ، أحمد بن محمد بن علي المقدى ، المصباح المنير فى غدير الشرح الكبير للرافعى ، أنظر ابن منظور : محمد بن مكرم : لسان العرب ج8 ص48 . .

48 السلمى / عبد العزيز عبد السلام : القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام فى إصلاح الانام (دار المعرفه بيروت ، لبنان ج1 ص152 ..

49 المقدسى ، محمد بن مفلح : الفروع وتصحيح الفروع ، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضى (دار لكتب العلميه بيروت لبنان ، الطبعة الأولى 1418 هـ) ج4 ص38 ..

50 سورة البقرة الآية 194 .

51 سورة الشورى الآية 4 .

52 سورة المائدة الآية 95 .

53 سبق تخريجه ص12.

أوجب النبي صلى الله عليه وسلم في الطعام طعام مثله وفي الإناء مثله ، ولم يوجب القيمة مع إمكان تقيمها .

4/ ولان حق المالك ثابت في الصورة والمعنى ، وقد أمكن إعتبارها بإيجاد المثل فكان أعدل واتم في جبر الفائت ⁵⁴ .

5/ ولان المثل أقرب الى الإنضباط من القيمة ، فالمماثلة ثابتة من طريق الصورة والمشاهده ، وأما القيمة فليست مماثله من طريق طريق الصورة والمشاهده ، وإنما تعذر مساواتها بالفكر والرأى ، وماكان طريق الإدراك فيه بالصورة والمشاهده أولى ماكان طريق الإدراك فيه بالفكر والرأى ⁵⁵ .

وينصح مما سبق أن إيجاب المثل في المثلي ثابت بإتفاق الجمهور .

النوع الثالث : رد الحقوق بقيمتها :

سأتناول في هذا النوع من خلال أمرين هما :

أ/ تعريف المال القيمي :

يفرق جمهور الفقهاء المال القيمي بأنه : المال الذى لا مثيل له ، أو هو عكس المال المثلي ، أى ما كان غير مكيل ، أو موزون ، والعددي المتقارب كالثياب والنبات والحيوان والمثلي المخلوط بخلاف جنسه كالحنطه المخلوطة بالشعير والخل المخلوط بالزيت ونحو ذلك ، والموزون الذى دخلته صنعه ، أو كان في تبيعضه ضرر قانوني ⁵⁶ .

وقد أجمعت كتب الفقهاء في مختلف المذاهب ، على وجوب تعويض المال القيمي بالقيمة فقد نص الحنفية " وإن كان مما لا مثل له من المزروعات والمعدودات المتفاوتة فعليه قيمته لا ته تعزر إيجادالمثل صورة ومعنى لانه لامثل له فيجب ⁵⁷ .

بل أنهم ينقلون الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة ومن ذلك قولهم (وما لا مثل له فقيمته يوم غصبه) أى ما لا يضمن بالمثل تعتبر قيمته يوم غصبه وهذا بالإجماع لانه تعزر إعتبار

54 المتبهي عبد العزيز محمد: دعاوى التعويض الناشئة عن المسئوليتين التقصيرية والعقدية

وتطبيقاتها فى الفقه والقضاء الإدارى ج1 ص189 ..

55 الكاساني ، مسعود بن أحمد : بدائع الصانع فى ترتيب الشرائع ج7 ص15..

56 الزيلعى ، فخر الدين عثمان بن على : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (دار الكتب الإسلاميه _ القايره ، مصر الطبعة الأولى 1413 .

57 الكاسانى ، مسعود بن أحمد : بدائع الصانع فى ترتيب الشرائع ج7 ص15..

المثل صورة ومعنى ، وهو الكامل فيجب إعتبار المثل معنى وهو القيمة لأنها تقوم مقامه ويحصل بها مثله وإسمها ينبى عنه ⁵⁸ .

وعند المالكيه : ويرد القيمة فيما لا مثل له ، كالعروض والحيوان والعقار ⁵⁹ .

وعند الشافعيه ويضمن متقوم أثلف بلا غصب بقيمته ⁶⁰ وعندهم وأما الغاصب فيضمن التالف غير المثلى بأكثر قيمة من حين الغصب الى حين التلف ⁶¹ ، وعندهم فأن أثلفه متلف ليس في يده بأن أحرق داراً ليست في يده أو قتل عبداً في يد سيده أو أثلف دابه في يد ركبها فانه يجبر ذلك بقيمته ⁶² .

وعند الحنابله " وإن لم يكن المغصوب مثلياً كالثوب والعبد والدابه وتلف أو أثلفه الغاصب أو غيره ضمنه بقيمته ⁶³ وكذلك قولهم " وإن لم يكن مثلياً ضمنه بقيمته هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب .

ب/ رد قيمة المال المثلى :

أن الأصل ضمان المثلى بمثله ، لأنه يقوم مقامه من كل وجه ، وبالتالي فلا يصار الى القيمة مع القدرة على المثلى لقصورها ، ولكن هُنالك حالات يجوز فيها التعويض بالقيمة عن المثل ، لاسباب إقتضتها الضرورة ، أو مراعاة أحد طرفى الضمان كى لايلحقه حيف أو ظلم ، ومن هذه الأسباب :

1/ إذا تعذر وجود المثلى .

2/ أن تكون للمثلى قيمة .

58 الزيلعى ، فخر الدين عثمان بن على : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج5 ص223 ..

59 أبى جزى محمد بن أحمد : قوانين الأحكام الشرعيه ومسائل الفروع الفقيهيه ص358 .

60 الأنصارى زكريا : فتح الوهاب شرح منهج الطلاب (دار المعرفه للطباعة والنشر بيروت ، لبنان ، ج1 ص233 ..

61 الأنصارى : زكريا أسنى المطالب فى شرح روض الطالب ، تحقيق : محمد محمد تامر ، دار الكتب العلميه ، بيروت _ لبنان ، الطبعه الأولى 1422 هـ ج2 ص347 ..

62 السلمى عبد العزيز بن عبد السلام ، كشف القناع عن الأقناع ج9 ص286 ..

63 المرادوى ، على بن سليمان: الأنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد خليل ، تحقيق : محمد حامد الفقى ج6 ص193 .

ف عند الحنفية " وإن إنعدم المثلي فقيمه⁶⁴ وعند الشافعية " تعذر المثل فالقيمة هي الواجب إذ هو الآن كما لا مثل له⁶⁵ ويتضح أن الجمهور يرون بأنه يصار الى القيمة حال وجود المثلي ، لان القيمة هي البديل المباشر للمثلي ، وقد خالف المالكيه رأى الجمهور في ذلك ، إذ يرون أن على المتلف أن ياتى بالمثل غصبه منه ، فإن لم يجده هنالك مثلاً لزمه أن يأتى بمثله⁶⁶ .

وقال الخرشي : " إذا تعذر عليه وجود المثل فانه يجب عليه أن يصبر لوجود الشئ المغصوب بأن كان للمثل إبان فانقطع⁶⁷ وقال أشهب يخير الطالب في الصبر أو القيمة⁶⁸ /2 إن كان المثلي قيمة في مكان أو زمان معين ، ثم يذهب الناس في زمان أو مكان آخر ، أما لكثرته أو لإنعدام نفعه .

ومن أمثلة ذلك الماء في المفازة ، وسبب ذلك أن قيمته في المفازة أكثر إرتفاعاً لندرته ، ولشدة الحاجة اليه ، فقد جاء في مطالب أولي النهى يستثنى من ضمان المثلي بمثله الماء في المفازة فانه يضمن بقيمته في البرية⁶⁹ .

وأكد الشافعية ذلك : " فإن خرج المثلي عن القيمة كما لو أتلف ماء بمفازة ثم إجتمعا بمحل لا قيمة للماء فيه أصلاً لزمه قيمته بمحل الإلتلاف بخلاف ما إذا بقيت له قيمة ولو تافهة⁷⁰ ، مشترطين الاتكون للماء قيمة أصلاً ولو زهيدة ، أما إن كانت له قيمة رد مثله وإن كانت زهيدة .

64 الزيلعي ، عثمان بن علي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج5 ص223 . .

65 المحتاج لى شرح المناهج (دار الفكر للطباعة ، بيروت ، لبنان /14.4 / 1984 ، ج5 ص162 . .

66 مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه : زكريا عميرات (علم الكتب الرياض ، المملكة العربية السعودية 1423 هـ / 2002م ج7 ص314 . .

67 الخرشي ، محمد بن عبد الله بن علي : الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي (دار صادر بيروت _ لبنان ج6 ص123 . .

68 الخطاب ، محمد بن عبد الرحمن المغربي : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه : زكريا عميرات ج7 ص316 . .

69 الدحياني ، مصطفى السيوطي : مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى (المكتب الإسلامى دمشق ، سوريا 1961 ج4 ص54 . .

70 نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج5 ص162 . .

وذكر المالكية نحو ذلك " من إستهلك طعاماً في شدة ، ضمن في حالة الرخاء بقيمته في الشدة ⁷¹

وخالف في ذلك الحنفية : أن الماء ليس بمثلئ ، لان ليس مكياً ولا موزوناً عادة والمثلئ هو ما كان مكياً أو موزوناً في العادة ⁷² .

3/ أن يكون المثلئ مخلوطاً بغير جنسه ، كالحنطة المخلوطة بالشعير ، والخل المخلوط بالزيت ، فقد ذكر الزيلعي : (والمراد بما لا مثل له غير المكيل والموزون والعددي المتقارب كالثياب والحيوان والمثلئ المخلوط بخلاف جنسه كالحنطة المخلوطة بالشعير والخل المخلوط بالزيت ونحو ذلك ⁷³ .

4/ المثلئ مما لا يجوز للمسلم تملكه ، فلا يلزم برده ، كالخمر لذمي ، فيرى الحنفية والمالكية أن على المسلم دفع قيمتها لصاحبها الذمي .

ويتضح مما سبق أن كل ما لا يمكن إعتباره مثلياً ، يعد قيمياً ويضمن بالقيمة .

وبما أن القصد من التعويض هو جبر الضرر الواقع على المتضرر ، فان الشريعة الإسلامية توضح لنا الطريقه المثلى لتعويض المتضرر .

71 الخطاب ، محمد بن عبد الرحمن المغربي : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ضبطه وخرج آياته وأحاديثه : زكريا عميرات ج7 ص316 . .

72 الكاساني : مسعود بن أحمد ، بدائع الصانع في سترتيب الشرائع ج7 ص147 . .

73 الزيلعي ، عثمان بن علي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج5 ص224 . .

المطلب الثاني : أنواع التعويض في القانون : -

إن القصد من التعويض هو جبر الضرر الواقع على المتضرر والطريقة المثالية للتعويض عن الضرر هي إزالته كلما كان ذلك ممكناً وهو ما يُسمى بالتعويض العيني ، فإن لم يمكن ذلك فينتقل الى التعويض النقدي ، على أن التعويض يمكن أن يكون أدبياً أو معنوياً في بعض الحالات الإستثنائية ، وأنواع التعويض نص عليها القانون السوداني حيث جاء فيها :

1/ يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مُقسطاً ويمكن أن يكون إيراد مرتب ويجوز في الحالتين إلزام المدين أن يُقدّم تأميناً .

2/ يُقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضى تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال الى ما كان عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر مُعين مُتصل بالفعل الضار وذلك على سبيل التعويض ⁷⁴ .

وكذلك نص عليها القانون المصرى في المادة (171/ مدنى) :

1/ يُعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مُقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين أن يُقدّم تأميناً .

2/ يُقدر التعويض بالنقد غير أنه يجوز لقاضى تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال الى ما كان عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين مُتصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض ⁷⁵ ويبدو فيما سبق إتفاق القانون السوداني والمصرى فى طريقة التعويض .

النوع الأول : التعويض العيني : -

توجد أمام القاضى وقبل أن يصدر حكمه بالتعويض عدة طرق ، وإختيار أحدها دون الآخر يكون له أثر بالغ في تحقيق الغاية منه ، وإذا كانت الطريقة المثالية لتعويض الضرر هي إزالته ومحوه كلما كان ذلك مُتيسراً ، بحيث يعود المتضرر الى الحالة نفسها التي كانت عليها قبل وقوع الضرر وهذا هو التعويض العيني ⁷⁶ .

74 المادة (2/1/154) من قانون المعاملات المدنيه لسنة 1984 هـ .

75 الوسيط ، عبد الرازق أحمد السنهورى ، دار النهضة العربية القايره ، ط 1 ج 1 ص 65 .

76 الحسنوى : التعويض القضائى فى نطاق المسؤولية العقديه (دار الثقافة للنشر والتوزيع _ عمان ، الأردن ط 1999م ص 14..) .

وعلى ذلك يقصد بالتعويض العيني هو الوفاء بالالتزام عيناً ويحصل في الإلتزامات العقدية وفي قليل من حالات المسؤولية التقصيرية عندما يتمثل الضرر في وجود شئ يمكن إزالته ، كما إذا بنى شخص حائطاً في ملكه ليسد على جاره الضوء والهواء تعسفاً منه ، فيجوز في مثل هذه الحالة التعويض بهدم الحائط على حساب الشخص الذي قام ببنائه ⁷⁷ .

هذا التعويض لا يستطيع القاضى القضاء به إلا إذا طلب الدائن ، كذلك إذا طلب الدائن التعويض العيني فللقاضى أن يرفض القضاء به ⁷⁸ .

ويكون التعويض عينياً متى ما ضمن الحكم بإعادة الحال الى ما كان عليه ولم يحصل الإخلال من جانب المتعاقد في تنفيذ الإلتزام العقدى . وهذا الطريق من طرق التعويض يُعدّ أفضل من غيره فيؤدى الى إصلاح الضرر بصورة كاملة لذا فهو أكثر إنسجاماً مع ما يهدف اليه التعويض ⁷⁹ .

ومتى ما كان التعويض العيني منفرداً فإنه يحكم بالتعويض بالطرق الأخرى لجبر الضرر عن المضرور .

النوع الثاني : التعويض النقدي : -

الأصل العام في التعويض أن يكون التعويض نقدياً ، وهذا يعنى ان القاضى يملك الحكم بإلزام الإدارة المسببه في الضرر أو الجهة المختصة بتقدير الضرر بدفع مبلغ معين من المال للمضرور ⁸⁰ .

والإلتزام بالتعويض ينتهى حال قيام الجهة المختصة بصرف المبلغ الذى قدره القاضى للمضرور ، ومن ثم لا يحق للمضرور طالما كان الحكم نهائياً أن يطلب إعادة النظر في مبلغ التعويض ، إلا إذا زادت خطورة الضرر وتفاقت نتائجه عما كان عليه الحال وقت

77 المسؤولية التقصيرية : عبيد حاج على ، مرجع سابق ص 192 . .

78 أحكام الإلتزام : مصطفى الجمال ، الدار الجامعية ط يدون ص 244 . .

79 الوجيز فى النظرية العامة فى الإلتزام : حسين على الزنن وأخر ، مرجع سابق ج 2 ص 97 .

80 أحكام الإلتزام : مصطفى الجمال ، مرجع سابق ص 248 .

صدور الحكم ، فإن المضرور يستطيع أن يلجأ للقاضي مرة أخرى مُطالباً بزيادة التعويض بما يتناسب مع تفاقم الضرر الذي لحق به ⁸¹ .

ويجب أن يشمل التعويض النقدي في حالة الحكم به على جميع النفقات التي أنفقها المضرور لمواجهة ما أصابه من ضرر إضافة إلى مصاريف الدعوى _ أتعاب المحاماه _ التي أقامها المضرور ⁸² ، ونجد أن التعويض النقدي هو مبلغ من النقود يدفعه المسؤول إلى المضرور لجبر الضرر الذي سببه وهذا المبلغ إما أن يكون مبلغاً مجمداً يدفعه إلى المضرور دفعه واحده أو أقساط ، وأما أن يكون مرتباً له مدى الحياه أو مدة مُعينه ⁸³ .

ويملك القاضي سلطة إختيار طريقة التعويض التي يراها أفضل من غيرها ، ويسترشد في ذلك بطلبات المضرور وظروف الحال وهذا هو الغالب في جميع الأحوال التي يُقرر فيها التعويض العيني ويحكم بالتعويض النقدي .

وأكد القانون السعودي الإلتزام بالتعويض النقدي للمضرور فالمادة التاسعة والأربعون من اللائحة التنفيذية لنظام الثروة الحيوانية تضمنت شروط وإجراءات صرف التعويض ، تنص الفقرة الثالثة منها على : تقوم لجنة مكونه من الوزارة _ وزارة الشؤون البلدية _ ووزارة الماليه - بتقدير ثمن الثروة الحيوانيه التي تم إعدامها حسب السعر السائد بالأسواق وتدوّن محضر بقيمتها ومن ذلك التعويض لمتضررين من حمى الوادي المتضرع في عام 1421هـ والذي أصاب منطقة جازان جنوب غرب المملكة العربية السعودية ، ومن الأمثله أيضاً صرف تعويضاً لأصحاب سوق الطيور بمبلغ والإستراحات والمزارع المتضرره من مرض أنفلونزا الطيور بمبلغ يزيد عن ثمانية وعشرون مليون ريال لعدد (1.15موقعاً) وذلك في العام 1428هـ .

والتعويض النقدي مُتميز عن غيره من طرق التعويض الأخرى فهو صالح للحكم به أياً كان نوع الضرر المُحدث مالياً أو معنوياً .

81 مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية ، فكرى فتحى ، دار النهضة ، القاهرة ، مصر ، ط1995 ص35.

82 المسؤولية التقصيرية : عبيد حاج على ، مرجع سابق 2.3

83 مصادر الإلتزام : نبيل إبراهيم وأخر ، مرجع سابق ص 256.

النوع الثالث : التعويض غير النقدي (معنوي) :

وهو أن تأمر المحكمة بأداء أمر مُعين على سبيل التضمين ، ومثل هذا التعويض لا هو بالتعويض النقدي ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الأضرار⁸⁴ ، ومثال هذا التعويض إذا إنتحل شخص إسم آخر أو مؤلف لأخر كان التعويض وإعتزازه عن ذلك نشر الإعتذار أو التأكيد في الصحف⁸⁵ يُعتبر النشر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي⁸⁶ وهذا ماطبقته المحاكم السودانية حيث قرّرت المحكمة العليا في سابقة حكومة السودان ضد مهدي إبراهيم وأخر حيث جاء فيها (أن التعويض النقدي ليس هو الوسيلة لجبر الضرر المُتعلق بالسمعه بل أن هُنالك وسائل أفضل منه مثل نشر الحكم على نفقة المحكوم عليه أو الإعتذار لمحكوم له بعلائية وأن التعويض المعقول والعاقل يكفي في معظم الأحوال)⁸⁷ .

إن الأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي ضماناً أخلاقية وقانونية في إستقرار المجتمع ، فالمساس بالقيم الإعتبارية للأشخاص في مشاعرهم أو أحاسيسهم ومكانتهم لا يتوقف عند تحقيق الضرر ، بل يمتد الى خلق اضطراب وإختلال بالمتعم وبالنسيج الإجتماعي الذي تحكّمه المبادئ السامية من أخلاق وقواعد العدالة ، بالتالي فإن الأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي يوفر الضابط القانوني الذي يحد من حالة الإخلال والإضطرابات الناتجة عن فعل الإعتداء ، أو الإخلال بالإلتزامات.

فقد يكون التعويض الذي يُحكم به القاضي جبراً لضرر تعويض غير نقدي ، فهو ليس بالتعويض النقدي لأنه يتضمّن إلزام الشخص المُخلّ بتنفيذ إلتزامه وأداء مبلغ من النقود للمضرور ، كما أنه ليس بالتعويض العيني على إعتبار لا يتضمّن إلزام الشخص المُخلّ بتنفيذ إلتزامه أداء مبلغ من النقود للمضرور وإن ما التزم بأدائه⁸⁸ .

84 شرح القانون المدني : عدنان إبراهيم وأخر ، مرجع سابق ص469 .

85 أحكام الإلتزام : سليمان مرقص ، مرجع سابق ص 128 .

86 التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث ، محمد أحمد عابدين مرجع سابق ص126

87 مجلة الأحكام القضائية لسنة 1989 م ه ، ص597 .

88 أحكام الإلتزام : سليمان مرقص ، مرجع سابق ، ص135 .

ومن ذلك يتضح أن التعويض الأدبي ذلك الإجراء الذي تلزم الإدارة بالقيام به لترضية من أصابه الضرر نفسياً وإشعاره بالعدالة ومثاله نشر الحكم القاضى بإدائه الإدارة في الصحف ، بل أن مجرد صدور الحكم لصالح المضرور بإلغاء القرار الإداري مثلاً ، وبالزام الإدارة بمصروفات الدعوي ، يُعتبر بحد ذاته رد إعتبار أدبي .

المبحث الرابع : أركان دعوى التعويض

المطلب الأول : أركان دعوى التعويض في الفقه :

إن إستحقاق التعويض للمتضرر ، لا بد من توفير أركانه ، وهي ثلاثة

الركن الأول : الأذى :

ويُعبّر عنه الفقهاء بالضرر ، إلا أنى أرى أن التعبير عنه بالأذى أولى ، وذلك لأمور⁸⁹
1/ أن الأذى يُشرك فيه ما يقع على الشخص بحق العقوبة وما يقع عليه بغير وجه حق هو
الضرر .

2/ ان الضرر يختص بالأذى الذى يقع على الشخص بغير وجه حق ، وعندها لا يكون الركن
التعدي الذي يفصل بين الأذى المشروع وغير المشروع فائدة ، إذ الأذى غير المشروع يستحق
التعويض بخلاف المشروع .

الركن الثاني : التعدي :

والتعديّ : مُجاوزة الشئ الى غيره ، يُقال : عداه تعديّةً ، فتعدى ، أى تجاوز ، والعدوان
الظلم الصريح ، وما عليه ، وتعدى عليه⁹⁰ .

ومعنى هذا الركن أن يكون هذا الأذى الذي حصل لهذا الشخص في نفسه ، أو ماله ،
أوسمته ، أو إعتباره ، ونحو ذلك ، تعدياً بغير حق ، فالقاعدة الفقهية تقول : (الجواز الشرعي
ينافي الضمان)⁹¹ أي أنه لا يترتب على الشخص ضمان ، أو تعويض ، بسبب فعله ، أو عدم
فعله شيئاً ، إذا كان ذلك منه جائزاً شرعاً لأن تسويغ الشارع ذلك الفعل ، أو الترك ، يقتضي
رفع المسؤولية عنه وإلا لم يكن جائزاً ، والجواز المطلق يخرج المقيد ، فانه لا ينافي الضمان
فلذلك يضمن المضطر قيمة طعام الغير إذا أكله لدفع الهلاك عن نفسه مع أن أكله واجب
بحفظ حقوق الغير⁹² .

وهذا الركن قد خصص الأذى ، بالأذى الذى يُصيب الشخص بغير حق ، فكان ضرراً .

الركن الثالث :

89 الزحيلي: وهبة : نظرية الضمان وأحكام المسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي ص 18 ..

90 الرازي ، محمد بن أبوبكر بن عبد القادر : مختار الصحاح (دار ومكتبة الهلال ، بيروت لبنان
، الطبعة الأولى 1983م صفح 419 ..

91 حيدر علي:دررالحكام شرح مجلة الأحكام ،تعريب فهمي الحسين المادة(91) ج 1 ص 81 ..

92 الزحيلي:وهبة : نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية(مرجع سابق ص 200).

الإفضاء الى الضّرر (علاقة السببية) :

لابد من توفر الركن الرابط بين الأذى والتعدي ، حيث لا بد من وجود علاقة سببية بين الأذى والتعدي ، بمعنى أن الأذى لم يكن ليوجد لو لا وجود التعدي ، أما إذا إنتفت الرابطة أو العلاقة السببية بين الأذى والتعدي ، فإن مسؤولية من وقع منه الأذى لا تنشأ، لان الأذى لا يُضاف الى فعله حينئذ ، فالأصل أن الشخص مسئول عن ضمان الضّرر الذي ينشأ عن فعله لا عن فعل غيره⁹³

يتضح مما سبق لابد من توفر الأركان الثلاثة الأذى ، التعدي ، الإفضاء الى الضرر لإستحقاق التعويض للمضرور .

93 سراج ، محمد أحمد ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي (بدون) ص155 . .

المطلب الثاني : أركان دعوى التعويض في القانون

الركن الأول : الخطأ

أولاً : تعريفه : هو عدم تنفيذ المدين إلتزامه العقدي⁹⁴ وفي تعريف آخر هو التأخير في الوفاء بإلتزام أو عدم الوفاء به كليةً سواء نتج عن عمد المدين أو تقصيره⁹⁵ لم ينص القانون السوداني على تعريف الخطأ العقدي صراحة ولكن قرّر الآتي (في العقود المُلزمة للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إنذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى)⁹⁶ يستفاد من نص المادة أعلاه أنه إذا لم يقم أحد المتاقدين بتنفيذ إلتزامه جاز للمتعاقد الآخر خيارين ، الأول: أن يُطالب بتنفيذ العقد ، الثاني : أن يُطالب بالفسخ مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى ، فيفهم من ذلك أنه في حالة عدم تنفيذ الإلتزام يعتبر إخلالاً بالعقد ، وهذا ما أقرته المحاكم السودانية حيث أرست المحكمة العليا في قضية _ عثمان صالح/ضد/حكومة السودان (إذا أخل أحد طرفي العقد بإلتزاماته التعاقدية فإن المضرور يكون له أحد الخيارين إما فسخ العقد والمُطالبة بالتعويض أو الإصرارعلى تنفيذ العقد)⁹⁷ وأرست نفس المبدأ المحكمة العليا في سابقة المؤسسة العالمية للزراعة الآلية /ضد/ أعمال عبد الباقي عمر عطية حيث جاء فيها (إذا خُل

94 الوجيز في شرح القانون المدني : عبد الرازق السنهورى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ط (1) 1991م ص265 . .

95 الخطأ المفترض في المسئوليه المدنيه : حسن عبد الباسط جميعى دار (بدون) ط (بدون) ص6 -

96 الماده (1/128) من قانون المعاملات المدنيه لسنة1984م ه .

97 مجلة الأحكام القضائيه لسنة1976م ه ص73 .

أحد الطرفين بالعقد فإن أمام المضرور الخيار في إتخاذ أحد سبلين _ إما أن يصّر على الإلتزام بالعقد وأن ينتظر الى أن يحل ميعاد الوفاء ثم يُطالب بالتعويض أو يفسخ⁹⁸ .

أما في القانون المصري فقد نص عليه في المادة (215 مدني) حيث قرّر أنه إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عيناً حُكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالإلتزامه ، مالم يثبت أن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ الإلتزامه⁹⁹ .

على ما تقدّم يبدو الفارق واضحاً بين القانون السوداني والقانون المصري وذلك في أن القانون المصري كان أكثر وضوحاً من القانون السوداني في النص على الخطأ العقدي . أما بالنسبة للخطأ العقدي في الفقه الإسلامي فهو عدّم تنفيذ العقد¹⁰⁰ وعرف أيضاً بأنه هو عدّم تنفيذ المدين لإلتزامه العقدي ، سواء أكان عدّم التنفيذ عن عمد أو إهمال¹⁰¹ . يتضح من أعلاه إتفاق الفقه الإسلامي والقانون على تعريف الخطأ وهو عدم تنفيذ المدين لإلتزامه .

ثانياً : عبء إثبات الخطأ : -

عدم تنفيذ الإلتزام الذي يوجب مساءلة المدين هو ذلك الذي يكون راجعاً الى خطئه ، ومن ثم يثور التساؤل عند وقوع الإخلال هل يُكلف الدائن بإثبات عدم تنفيذ الإلتزام أم يُكتفى بإثبات عدم تنفيذ الإلتزام مع إفتراض الخطأ من جانب المدين ؟
الإجابة على هذا التساؤل يتطلب الأمر التمييز بين نوعي الإلتزام¹⁰² .

أ _ الإلتزام بتحقيق نتيجة : -

يُقصد بالإلتزام بتحقيق نتيجة أو غاية ، أنه يجب على المدين فيه أن يُحقق غاية مُعينة أو يُحقق نتيجة مُعينة وهي مقصود التعاقد¹⁰³ .

98 مجلة الأحكام القضائية 1979م ص 368 .

99 النظرية العامة للإلتزامات : عبد المنعم البداوري ، مكتبة سيد عبد الله . ط 2. ص 412 ..

100 مصادر العقد في الفقه الإسلامي : عبد الرازق أحمد السنهوري ، دار الفكر _ ط (بدون) ج 6 ص 138 .

101 نظرية الضمان : وهبه الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 235 .

102 الإلتزامات الإدارية (العقد والإدارة المنفردة) محمد الشيخ عمر : (بدون) ط 3 ج 1 ص 222 .

مثال ذلك : إلتزام الناقل بتوصيل المُسافر أو الشئ الى مكان مُعين والناقل يلتزم بتحقيق النتيجة وهي توصيل المُسافر أو الشئ الى المكان المُحدد فيعتبر الناقل مُخلاً بِإلتزامه إذا لم تتحقق النتيجة هُنا لا يستطيع المدين نفي هذا الخطأ أن ثبت أنه بذل مافي وسِعه من جهد لتحقيق النتيجة ولكي ينفي المسؤولية عليه أن يقيم الدليل على أن عدم تحقيق النتيجة المُتفق عليها يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه أو فعل الدائن نفسه ¹⁰⁴.

أما فيما يتعلق بوجود الإلتزام بتحقيق غاية في الفقه الإسلامي فيكون الإلتزام تنفيذه لا يتم إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الإلتزام ¹⁰⁵ فالإلتزام البائع بتسليم المبيع إلتزام بتحقيق غاية معينة هي نقل الحق العيني ¹⁰⁶ وقد صح بالإتفاق أن هلاك المبيع قبل القبض من ضمان البائع ¹⁰⁷ ولا يُعتبر البائع أنه نفذ إلتزامه من نقل المبيع إلا إذا قبض المشتري المبيع ¹⁰⁸.

من خلال ماسبق يتضح أن إلتزام البائع بنقل المبيع إلتزام بتحقيق غاية ، فيُعتبر البائع مُخلاً بِإلتزامه إذا لم يستطع نقل ملكية المبيع الى المُشتري لأنه لم يُحقق الغاية المرجوة ، والمقصودة من العقد مما يؤدي الى القول بإتفاق الفقه الإسلامي على الإلتزام بتحقيق غاية

ب _ الإلتزام ببذل عناية :-

ويُسمى الإلتزام بوسيلة وهو الذي لا يلزم المدين بتحقيق نتيجة وإنما يقتصر على إلتزامه ببذل جهد مُعين في سبيل تحقيق نتيجة مُحددة فيكون محل إلتزام المدين وهو القدر المُعين من الجهد ، فإذا كان بذله وفي بالتزامه ولو لم يبلغ النتيجة المُرتقبة . وإذا قصر في بذل الجهد الملتزم به كان مُخلاً بِإلتزامه ومُرتكباً خطأ يوجب مُسألتة عما ترتب عليه من ضرر للدائن .

103 نظرية الإلتزام : سمير عبد السيد شاغو ، منشأ المعارف بالإسكندرية ، ط(بدون) ص155 . ، المبسوط في شرح القانون المدني : يس محمد الجبوري ، دار وائل _ عمان ط(بدون) ص313 .

104 مصادر الإلتزام : نبيل إبراهيم سعد وآخر ، مرجع سابق ص 1.4 . .

105 مصادر الحق في الفقه الإسلامي : السنهوري _ مرجع سابق ص139 . .

106 نظرية الضمان: وهبة الزحيلي : مرجع سابق ص235 . .

107 المبسوط للسرخسي ، مرجع سابق ج 3 ص171 . القوانين الفقهية ، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد عبد الله بن جزئى الغرناط . بدون دار ط(بدون) ص164. مغنى المحتاج الى معرفه الفاظ المتهاج _ شمس الدين محمد أحمد الشرييني _ دار الكتب العلمية ط(1) 1415 هـ ، 1994م ص456 ، 472 . .

108 مصادر الحق في الفقه الإسلامي : السنهوري ، مرجع سابق ج 6 ص14.

والعناية المطلوبة من المدين في هذا الإلتزام هي عناية الرجل المعتاد¹⁰⁹ ومثال ذلك إلتزام الطبيب بعلاج المرضى ، فإن عدم تنفيذ الإلتزام يتحقق بعدّم بذل العناية الواجبة ، وعلى الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل العناية الواجبة ، فإذا أثبت ذلك فإن ركن الخطأ يتحقق من جانب المدين ، ولكي يدفع المدين مسؤوليته عليه أن يثبت أنه بذّل العناية الواجبة أو يثبت عدّم تنفيذ العناية الواجبة إنه يرجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه حتى ينفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر¹¹⁰ .

أما بالنسبة للإلتزام ببذل عناية في الفقه الإسلامي فمن الممكن وجوده في الفقه الإسلامي فهو إلتزام ببذل الجهد لوصول الى غرض ، تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق ، المهم في هذا الإلتزام أن يبذل المدين في تنفيذه قدرًا معينًا من العناية .

والأصل أن يكون القدر هو العناية التي يبذلها الرجل المعتاد فإذا لم يبذل المدين هذا القدر من العناية أعتبر مُقصرًا فيكون المدين مسؤولاً عن الخطأ¹¹¹ ومثال ذلك إلتزام الوديع بحفظ الوديعة للمالك ، فيلتزم الوديع بحفظ الوديعة حتى يردها لصاحبها ، وإلتزام الوديع ببذل العناية¹¹² فيلتزم الوديع بأن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد .

بناء على ما تقدّم يتضح أن إلتزام الوديع بحفظ الوديعة إلتزام ببذل عناية فإذا أودع الوديع الوديعة بغير إذن المودع أو بغير عذر أخل بإلتزامه ، لأنه لم يبذل العناية المطلوبة مما يقود الى القول بإتفاق الفقه الإسلامي والقانون على الإلتزام ببذل عناية .

وغني عن الذكر أن الخطأ قد يكون شخصي إرتكبه المدين ، أو خطأ الغير في حالة المسؤولية عن عمل الغير وهو مانص عليه قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م في المواد (138 وحتى 147) .

الركن الثاني : الضرر :

109 نظرية العقد : سليمان مرقص ، دار النشر لجامعات المصرية القاهرة ط(بدون) ص351 .
شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق للشخصية : عدنان إبراهيم السرحان وآخر ، دار الثقافة ط1
8..2 ص3.2 ، 2.3 ..

110 النظرية العامة للإلتزامات : د. يس محمد يحيى _ مرجع سابق ج1 ص212 .

111 مصادر الحق في الفقه الإسلامي : السنهوري ، مرجع سابق ج6 ص149 ..

112 نظرية الضمان : وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ص248 ..

أولاً : تعريفه : هو ما يُصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة¹¹³ .
 جاء تعريف الضرر في تعريف آخر : هو إلحاق الأذى بشخص معين¹¹⁴ .
 أما تعريف الضرر في الفقه الإسلامي فهو (إلحاق مفسدة بالغير)¹¹⁵ .
 وعُرف كذلك بأنه (كل أذى يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته¹¹⁶ وهذا ما نص عليه القانون السوداني حيث قرّر : (كل فعل سبب ضرراً لغير يلزم مرتكبه بالتعويض)¹¹⁷ ، أما القانون المصري فقد نص عليه في المادة (163) مدني (كل خطأ سبب ضرراً لغير يلزم مرتكبه بالتعويض)¹¹⁸ .
 عليه مما سبق يتضح إتفاق القانون السوداني والقانون المصري على إعتبار الضرر ركن من أركان المسؤولية العقدية .

ثانياً : أنواع الضرر :

النوع الأول : الضرر المادي :

1/ تعريفه : هو ما يُصيب المضرور في جسمه أو ماله¹¹⁹ و يجب فيه التعويض¹²⁰ .
 ويتضح مما سبق أن الضرر المادي هو ما كان تأثيره وأقعاً على جسم الشخص أو ماله .

2/ شروطه : للضرر المادي ثلاثة شروط هي :

الشرط الأول : أن يكون الضرر واقع أو مُحقق الوقوع :

الضرر الواقع هو الضرر الحال الذي وقع فعلاً ، أما إذا لم يقع الضرر في الحال فيجب أن يكون مُحقق الوقوع في المستقبل ومثال ذلك : أن يتعاقد مصنع على إستيراد خامات ليوفرها لوقت الحاجة فيُخل المورد بالتزامه ، فالضرر لا يلحق المصنع في الحال ولكن يلحق به في

113 نظرية الإلتزام : أحمد حشمت ، مرجع سابق ج 1 ص 435 .

114 النظرية العامة للإلتزامات : يس محمد يحيى ، مرجع سابق ج 1 ص 271 ..

115 المدخل الفقهي العام : مصطفى أحمد الزرقا ، دار الفكر ط(1) 1387 هـ 1968 م ج 2 ص 977 .

116 نظرية الضمان : وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ص 23 ..

117 المادة (138) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ه .

118 نظرية الإلتزام : د. سمير عبد السيد ، مرجع سابق ، ص 248 ..

119 الوسيط السنهوري ، مرجع سابق ص 855 ..

120 نظرية الضمان : وهبة الزحيلي مرجع سابق ص 24 ..

المستقبل ، عندما تنتهي الخامات التي عنده ، ويصبح في حاجة للحديد الذي تعاقد على إستيراده¹²¹ ولا يلتزم في هذه الحالة أن ينتظر الدائن ريثما يتحقق الضرر لكي يرفع دعوى المسؤولية بل له أن يرفع الدعوى فوراً مادام يمكن تقدير التعويض في الحال عن ذلك الضرر المستقبلي المحقق الوقوع .

أما إذا كان الضرر غير محقق الوقوع فإنه يُسمى عندئذ الضرر المحتمل وهذا الضرر لا تنشأ به المسؤولية العقدية ، وتتصل بالضرر المحتمل مسألة دقيقة هي مسألة الضرر الناشئ عن فوات فرصة ومثال ذلك إذا تأخرت السكك الحديدية في نقل الحصان الى المكان الذي يجري فيه السباق وترتب على ذلك عدم إشتراك ذلك الحصان في السباق فضاعت على صاحبه فرصة الكسب فهذا يقتضي لصاحبه بالتعويض لمجرد فوات الفرصة¹²²

الشرط الثاني : أن يكون الضرر مباشراً :

ويكون الضرر في المسؤولية العقدية إذا كان نتجة طبيعية لإخلال المدين بالتزامه ، ويُعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن بإستطاعة الدائن أن يتجنبه ببذل جهد معقول ويُقاس جهد الدائن بمعيار الرجل المعتاد إذا وجد نفسه في ظروف الدائن¹²³ . ومثال لذلك . إذا تأخر الناقل في تسليم البضاعة حتى تُلغ بعضها فباعها صاحبها بخسارة ، وأدى ذلك الى إفلاسه والى مرضه ، فلا يسأل الناقل إلا عما تُلغ من البضاعة لأن هذا هو المُباشر ، أما المرض فيُعتبر ضرر غير مُباشر¹²⁴ .

الشرط الثالث : أن يكون الضرر مُتوقفاً :

يُشترط في الضرر حتى يُسأل عنه المدين الذي يُخل بالتزامه ، أن يكون ضرراً مما يمكن توقعه عادة وقت إنعقاد العقد .

121 الوجيز في شرح القانون المدني : السنهوري ، مرجع سابق ج1 ص218 ..

122 المسؤولية التقصيرية العقدية : أنور العمروسي ، مرجع سابق ، ص337 ..

123 شرح القانون المدني (شرح الحقوق الشخصية) عدنان إبراهيم واخر ، مرجع سابق ، ص313 ، 314 . .

124 أحكام العقود والمسؤولية العقدية : تاج السر محمد حامد ، مرجع سابق ص215 ..

والمعيار الذي يرجع اليه في تحديد مدى توقع المدين للضرر هو معيار الشخص العادي ، وهو معيار موضوعي يُقصد به الرجوع الى ما يمكن أن يتوقعه الشخص العادي إذا وُجد في نفس الظروف التي وجد فيها المدين حين إبرام العقد¹²⁵ .

ومثال الضرر المتوقع إذا تعهدت مصلحة السكك الحديدية بنقل حقائب مسافر ، وفُقدت هذه الحقائب ، وكانت تحتوي على أشياء مرتفعة القيمة كالمجوهرات، فلا تلتزم المصلحة في هذه الحالة إلا بالقيمة المألوفة للحقائب بحسب ما تحتويه حقائب المسافرين عادةً ، لأن مثل هذه الأشياء القيمة لا يُتوقع وجودها في الحقائب عند التعاقد ، وكان يجب على المسافر أن يُبين حقيقة ما في حقائبه حتى تتخذ الإجراءات المناسبة للحفاظ عليها¹²⁶ .

أما الضرر غير المتوقع فلا يُسأل عنه المدين إلا إذا كان خطأ المدين راجعاً الى غش أو خطأ جسيم¹²⁷ .

النوع الثاني : الضرر الأدبي :

1/ تعريفه : - هو الألم الذي يُصيب الشخص لسبب يمس عاطفته أو شعوره أو كرامته أو سمعته¹²⁸ .

أما تعريفه في الفقه الإسلامي هو ماكان تأثيره واقعاً على النفس سواء كان بالقذف أو بالإهانة ، أو بتشويه السمعة أو بأي مؤثر كان¹²⁹ .

وفي تقديري أن الضرر الأدبي هو ماكان تأثيره واقعاً على النفس ، سواء مس عاطفته، أو شعوره ، أو كرامته ، أو سمعته .

الضرر الأدبي لا يُترك في الشريعة الإسلامية بلا عقاب بل فيه التعزيز¹³⁰ .

125 المبسوط : يس محمد الجبوري ، مرجع سابق ، ج 1 ص 363 ..

126 نظرية العقد : محمد عبد الرحمن محمد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ط(بدون) ص 728 ، .. 729 ،

127 المبسوط : يس محمد الجبوري .

128 نظرية الإلتزام : سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ص 165 . النظرية العامة للإلتزام يس محمد يحيى ، مرجع سابق ج 1 ص 273 ..

129 المفصل في القواعد الفقهية : يعقوب عبد الوهاب الباحسين ، مرجع سابق ص 346 ..

130 المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي : سيد أمين ، دار عزه الخرطوم ط(2) (2..2) ص 4 ..

الغالب في الضرر في المسؤولية العقدية هو أن يكون ضرراً مادياً غير أن الضرر لا يقتصر على هذا النوع فحسب ، بل من الممكن أن يكون ضرراً أدبياً كما في حالة الناشر ، الذي يتفق مع المؤلف على نشر كتاب له فيقوم بتشويهه وإحداث تغييرات فيه يترتب عليه ضرر مادي وأدبي للمؤلف¹³¹ أشار إيمان التعويض عن الضرر الأدبي فيه المسؤولية العقدية خلافاً فقد ذهب رأى منهم الى عدم إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي ، بينما ذهب آخر الى إمكانية التعويض عن بعض الأضرار الأدبية دون البعض الآخر ، لكن الفقه الحديث كالقضاء يحدّ التعويض عن الضرر الأدبي في كافة صورته¹³² والأخير ما أخذ به القانون السوداني حيث جاء فيه (يشمل التعويض الضرر الأدبي ، فكل من تعد على الغير في حرته أو في عرضه أو شرفه أو في سمعته أو في مركزه الإجتماعي أو في إعتباره المالي يوجب مسؤولية المتعدى عن التعويض)¹³³ وكذلك أخذ به القانون المصري في المادة (222) من القانون المصري المدني (يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً)¹³⁴ .

2/ عبء إثبات الضرر :

يقع عبء إثبات الضرر على الدائن ، فهو المُدعي في دعوى المسؤولية ويستثنى من ذلك حيث يكون موضوع الإلتزام مبلغاً من النقود فإن التأخير في الوفاء بالإلتزامات النقدية يُفترض فيه أنه أصاب الدائن بضرر ، بحيث يستحق الدائن تعويضاً عن التأخير في صورة فواته عن التأخير ، دون أن يكلف أثبات ضرر أصابه¹³⁵ .

لم ينص القانون السوداني على ذلك صراحة لكن نص على : (إذا كان محل الإلتزام دفع مبلغ من النقود إلتزم المدين قدر عددها في العقد دون أن يكون لإرتفاع قيمة هذه النقود أو إنخفاضها وقت الوفاء أي أثر)¹³⁶ ، أما في القانون المصري في المادة (228) مدني بقولها (

131 المبسوط في شرح القانون المدني : يس محمد الجبوري ، مرجع سابق ج1 ص356،355

132 نظرية الإلتزام : أحمد حشمت ، مرجع سابق ، ج1 ص44...

133 153/ المادة (1/153) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1983 ع .

134 نظرية العقد : سليمان مرقص ، مرجع سابق ص355..

135 النظرية العامة للإلتزامات : عبد المنعم البدرابي ، مرجع سابق ج1 ص42. / الوسيط :

السنهوري ، مرجع سابق ص68..

136 المادة (82) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 ه .

لا يشترط لإستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو إتفاقية أن يثبت ضرراً لحقه من هذا التأخير¹³⁷ .

وهناك حالة أخرى ينتقل فيها عبء الإثبات من الدائن الى المدين وهي الحالة التي يتفق فيها على مقدار التعويض في العقد وهو ما يُسمى بالشرط الجزائي بالرغم من هذا الإتفاق فإن التعويض لا ينبغي أن يزيد عن الضرر ، فإذا ادعى المدين أن التعويض المُتفق عليه يزيد على الضرر الذي أصاب الدائن أو عدم الحكم به مُطلقاً ، فعليه هو أن يثبت هذا الإدعاء ، وفي هذا تقرّر المادة (224) مدني من القانون المصري : (لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر)¹³⁸ ، الأمر الذي لم ينص عليه القانون السوداني .

الركن الثالث : علاقة السببية بين الخطأ والضرر :

أولاً : تعريفها : هي العلاقة المُباشرة التي تقوم بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول (المدين) والضرر الذي أصاب المضرور (الدائن)¹³⁹ وفي تعريف آخر يُقصد بها وجود إرتباط بين الخطأ والضرر¹⁴⁰ .

يتضح مما سبق أن علاقة السببية هي إرتباط مباشر بين الخطأ الذي ارتكبه المدين والضرر الذي أصاب الدائن ، مما يؤدي الى تعريف علاقة السببية بالنسبة لمسئولية الشخص الإعتباري بأنها إرتباط مباشر بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص الإعتباري والضرر الذي أصاب المضرور .

وهذا ما جاء في القانون السوداني حيث نص على (كل فعل سبب ضرر للغير يلزم من إرتكبه التعويض)¹⁴¹ .

لا يكفي لتحقيق مسؤولية المدين أن يكون قد أخل بالتزامه العقدي بل يجب أن يكون عدم تنفيذه للإلتزام هو الذي سبب الضرر للدائن ، أي أنه يشترط أن توجد رابطة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي لحق بالدائن فإذا إنتفت هذه الرابطة إنتفت المسؤولية¹⁴² .

137 النظرية العامة للإلتزام : أنور سلطان ، مرجع سابق ص 357 ..

138 نظرية الإلتزام : سمير عبد السيد ، مرجع سابق ص 163 ..

139 نظرية العقود : محمود عبد الرحمن محمد ، مرجع سابق ص 736 ..

140 الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات : عبد الرسول عبد الرضا واخر ص 223 .

141 المادة (138) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ه .

وهذا ما أقرته المحاكم السودانية حيث أرست محكمة الإستئناف في قضية البنك التجارى ضد داؤود يوسف (ضرورة قيام رابطة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه المدعى عليه والضرر الذى لحق المدعى) ¹⁴³ .

أما فيما يتعلق بعلاقة السببية في الفقه الإسلامى فقد حدد هذه الصلة أو الرابطة إما على سبيل المباشرة أو السببية فلا ضمان في غير المباشرة والتسبب ¹⁴⁴ فالمباشر ضامن وان لم يتعهد ¹⁴⁵ :

بناء على ما تقدم من تعاريف يمكن تعريف التسبب بأنه (إرتباط بين الفعل والضرر بحيث يتخللها واسطة أى فعل آخر) .

يتلخص معنى القاعدة في أن المتسبب هو الذى يكون فعله مفضياً الى الحكم دون مباشرة ، فيكون مُسبباً للضرر بان يفعل مايفضى ويوصل إليه ، وبالتالي لا يضمن ما يفضى اليه فعله إلا أن يكون متعدياً لانه من خلاله لا يُصبح علة مُستقلة إلا إذا كان مُتعدياً ويكفي في كونه متعدياً أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوغ له ، وكان فعله مقروناً بالتعمد ، لان الحكم لا يضاف لى السبب الصالح إلا بالقصد ، ويعنى التعمد أن يقصد بالفعل الأثر المترتب عليه ولا يشترط أن يقصد ما يترتب على ذلك الأثر ¹⁴⁶ .

فالتسبب يضمن شروط وهى :-

1/ أن يحدث تعدى من فاعل السبب .

2/ أن يقع الضرر بتعمد المتسبب .

3/ أن يؤدى السبب الى نتيجة قطعاً دون تدخل سبب آخر حسب العاده ¹⁴⁷ .

بإستقراء ما سبق يمكن تعريف علاقة السببية في الفقه الإسلامى بأنها إرتباط بين الفعل والضرر بغير واسطة كقاعده عامه وإرتباط بين الفعل والضرر بواسطة إستثناء بشروط معينه .

142 الوجيز : السنهوري ، مرجع سابق ، ج 1 ص 324 ..

143 مجلة الأحكام القضائية لسنة 1979م هـ ص 467 ..

144 نظرية الضمان : وهبة الزحيلي : مرجع سابق ص 26 ..

145 الأشباه والنظائر ، مرجع سابق ص 243 ..

146 شرح قواعد الفقيهيه ، أحمد الزرق ، مرجع سابق ص 455 . القواعد الفقيهيه وتطبيقها في

المذاهب الأربعة : مصطفى النجلى دار الفكر دمشق ، ط(1) (1427 هـ 2006م) ج 1 ص 568

147 نظرية الضمان د. وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ص 27 ..

ثانياً : إنتفاء علاقة السببية :

المفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة ، فلا يكلف الدائن إثباتها ، بل إن المدين هو الذي يُكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى إتها غير موجوده فعبد الإثبات يقع عليه لا على الدائن ، والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع الى قوة قاهرة أو حادث فجائى أو يرجع الى خطأ الدائن أو يرجع الى فعل الغير¹⁴⁸ .

وهذا ما نص عليه القانون السودانى حيث قرّر (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كقوة قهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير كان غير مُلزم بتعويض هذا الضرر)¹⁴⁹ .

وكذلك مانص عليه القانون المصرى في المادة (165) مدنى (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير كان غير مُلزم بالتعويض)¹⁵⁰ .

148 الوسيط : د. السنهورى _ مرجع سابق _ ج 1 ص 688 . .

149 المادة (141) من قانون المعاملات المدنيه لسنة 1984م ه .

150 النظرية العامة للإلتزامات : د. ياسين محمد يحيى مرجع سابق _ ج 1 ص 277 . .

الفصل الثاني

أحكام دعوى التعويض وكيفية تقديره

- المبحث الأول : شروط إستحقاق التعويض
- المبحث الثانى : تقدير التعويض
- المبحث الثالث : عدم سماع دعوى التعويض

المبحث الأول : شروط إستحقاق التعويض

المطلب الأول : شروط إستحقاق التعويض في الفقه :

لا يشترط أن يتسبب شخص ما ضرراً لآخر حتى يستحق هذا المُتضرّر تعويضاً ، وإنما يجب أن تتوفر علاوة على ذلك مجموعة من الشروط التي يشترطها الفقهاء ، والتي لا يد منها لإستحقاق المُتضرّر للتعويض ، ومن أهم تلك الشروط مايلي :

1/ أن يكون الضرر قد أصاب المُتضرّر في ماله أو بدنه يخص هذا الشرط ما يعد مالملاً شرعاً و عرفاً لتطبيق مبدأ التعويض إذا عن الضرر ، فما كان مالملاً تثبت له أحكام الجبر فيه ، لأن الجبر بالتعويض خاص بما يُصيب المال ، وكذلك ما يُصيب البدن من ضرر نتيجة نتيجة تعدي أو تفريط¹⁵¹ ، دون الشرف أو السمع أو العواطف أو ماشابه ذلك ن فجل الفقهاء بمذاهبهم الأربعة إنتهوا الى أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر في البدن والمال .

ولا يختلف الفقهاء في تحديد ماهو البدن ، فهو واضح ولا يتحمل الخلاف فيه ، وإنما اختلفوا في المال ماهو ، فما كان مالملاً ثبت له أحكام الجبر بالتعويض إذا تلف ، ومالم يكن مالملاً فلا جبر فيه ، لان التعويض خاص بما يُعد مالملاً¹⁵² .

ذكر الإمام السيوطي تعريف الشافعي للمال ، فقال : " لا يقع مال إلا على ما له قيمه يُباع بها وتلزم متلفه "¹⁵³ .

وعليه فيكون مضمون المال كل ما يمكن تملكه من كل شئ ن فيشتمل جميع ما يملكه الإنسان من أراضي ، ومنازل ، وسيارات ، وآلات ، وذهب ، ... الخ .

وهذا التعريف تقرر أن الماليه ثابتة لأعيان والمنافع على السواء ، وهو ما جرى عليه الجمهور من المالكيه والشافعيه والحنابله¹⁵⁴ .

فيعرف المالكيه المال : " ما يقع عليه الملك ، واستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وهبه "¹⁵⁵ .

151 بوساق ، محمد بن المدني : التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي صد177 . .

152 المتيبي ، عبد العزيز محمد ، مرجع سابق ج6 صد216 . .

153 السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن : الإشباه والنظائر في قواعد ودفع فقهاء الشافعيه (دار الكتب الفقهيه ، بيروت ، لبنان) ج1 صد5

154 ابو ساق محمد بن المدني ، مرجع سابق ، صد177 . .

وهذا التعريف ينطلق من كون المال محل الملك ، لا ملك إلا لما له قيمة بين الناس ، وهذا الإعتبار الذى يقوم عليه مفهوم المال هو مناط الصفه المالىه للاشياء، ماديه كانت أو معنويه ، وبذلك يشمل الاعيان والمنافع وسائر الأمور المعنويه كالحقوق ، لقوله (ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك فكل ذلك يقع عليها الملك ، وللمالك الحق في أن يستبد بها ويتصرّف بها¹⁵⁶ .

ويُعرّف الشافعية المال : المال ما كان مُنتقاً به ، أى مستمداً لان ينتفع به وهو أعيان أو منافع¹⁵⁷ .

وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطى : أما المال فقال الشافعى لا يقع إسم المال إلا على ما له قيمة يُباع بها وتلزم متلفه ، وأن قلّت وما لا يطرحه الناس ، مثل الفلس وما أشبه ذلك إنتهى¹⁵⁸ والتعريفان السابقان يشملان الأعيان والمنافع ، كما صرح به التعريف الأول منها ، إذ أن كلاً من الأعيان والمنافع له قيمة ، ويلزم من كون الشئ ذا قيمة أن تكون له منفعة ، إذ لا قيمه لها لا نفع فيه ، فلا يكون مالاً ، ولهذا يطرحه الناس ولذا لزم من أتلف شيئاً مما له قيمة التعويض .

كما أن الأعيان وأن انقضت منافعها بكثرة الإستعمال ، أو بما أصابها من البلى ، فان عدم طرح الناس لها دليل على بقاء شئ من منافعها وإن قل مما يدّل على أن المالىه منوطة بالمنفعه وإن قلّت فاذا أدركنا أن المنفعة هى مناط المالىه الثانيه عرفاً ، وأن القيمة أساسها المنفعة ، نتج عن ذلك أن المنفعة هى الأصل في التقييم والإعتبار ، لان المنافع هى الغرض الأظهر من جميع الأموال¹⁵⁹ .

155 الشاطبى : إبراهيم بن موسى اللخمي ، الموافقات فى أصول الشريعة تصحيح وعنايه : عبد

الله درار (المكتبه النجارىه القايره مصر) ج2 ص17 . .

156 أحمد سليمان محمد : ضمان المتلفات فى الفقه الإسلامى (مطبعة السعادة القايره _ مصر الطبعة الأولى 1985م ص 5 -) .

157 الذركشى : محمد بن بهادل بن عبد الله المنشور فى القواعد ، تحقيق محمد حسن إسماعيل دار الكتب العلميه ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2... ص3... .

158 السيوطى : جلال الدين عبد الرحمن ، الاشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعيه (دار الكتب العلميه ، بيروت لبنان ، ج1 ص1.5 . .

159 السلمى ، عبد العزيز بن عبد السلام : القواعد الكبرى ج 1 ، ص155 . ، أحمد سليمان محمد : ضمان المتلفات فى الفقه الإسلامى ص94 . .

ويعرّف الحنابلة المال : " مافيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضروره " 160 .

ويعرّف كذلك " ما يُباح لنفع مطلقاً ، أو يُباح إقتناه بلا حاجة " 161 .

التعريفان السابقان لا يشملان المنافع ، ولا تدخل فيهما ، مع أن المنافع مال عند الحنابلة ، فكان ينبغي أن يعرّف المال بما يعُم الأعيان والمنافع 162 . إذ أن مناط المالية فيهما المنفعة لا العينية في حد ذاتها ، فلا يُعدّ مالاً ما لا نفع فيه أصلاً كالحشرات ، إلا إذا صارت ذات نفع ، كالديدان مثلاً أعيان في ذاتها ، لكنها ليست أموالاً ، فاذا صارت طُعماً في شراك الصيد مثلاً صار لها قيمة ماله ، لا بالنظر لعينتها أو ماديتها بل النظر لهذه المنفعة التي ظهرت لها .

كما لا يُعدّ مالاً مافيه منفعة محرّمة كالخمر ، ولا ما منفعة مباحة للحاجة كالكلب ، أو مافية منفعة للضروره كالميته في حتال المخرصة .

ومن خلال تعريفات المذاهب الثلاثة السابقة المالكيه والشافعيه والحنابلة نستخلص أن أساس الماله في نظرهم :

. أن يكون الشئ له قيمة بين الناس .

- أن تكون هذه القيمة ناتجة من أنه ينتفع به إنتفاعاً مشروعاً فلا قيمة لاية منفعة إعتبرتها الشرعيه غير مشروعة 163 .

وتعريف الشافعيه السابق للمال يؤكّد هذا الأساس بشكل أشمل من التعريفات الاخرى ، حيث جعل مناط قيمة الشئ في منفعته ، وإجتماع القيمة والمنفعة للشئ أدعى لإملاكه والإستبداد به .

1/ أن يكون المال متقوماً مملوكاً للمتلف عليه

ذكر الكاساني في بدائع الصنائع ، وأما شرائط وجوب الضمان فيها أن يكون المتلف مالا فلا يجب الضمان بإتلاف الميته والدم وجلد الميته وغير ذلك مما ليس بمال وقد ذكرنا ذلك

160 السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن ، الأشباه والنظائر ، مرجع سابق ، ص52 .

161 ابن النجار ، محمد بن أحمد بن عبد العزيز القوصي ، تحقيق ، عبد الملك عبد الله بن دهيش (دار حضر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1416هـ ، ج4 ص13 .) .

162 أحمد سليمان محمد ، ضمان المتلفان ، مرجع سابق ، ص95 .

163 العبادي ، عبد السلام دأوود محمد ، المالكيه في الشريعة الإسلامية طبيعتها وظيفتها وقبورها ، دراسته مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية ج1 ص179 .

في كتاب البيوع ومنها أن يكون متقوماً فلا يجب الضمان بإتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً¹⁶⁴

والتقويم يعنى الإباحة ، والمباح ماكان غير مُحرمًا ، ولا يندرج في ذلك حالة المخصه والعطشه الشديد ، فلها حُكم الضروره ، والضرورات تبيح المحظورات .

جاء في درر الحكام : المتقوم : هو المال المحرز الذى يباح الإنتفاع به شرعاً¹⁶⁵

وعليه فكل من أتلف لأحد مالاً متقوماً لزمه التعويض عما لحقه من ضرر في ماله ، ولا شك أن ماليس مُباحاً _ أى ما كان مُحرم الإنتفاع به _ لايلزم من أتلفه شئ ، ولذلك وقد أجمع الفقهاء على أنه لا تعويض في إتلاف خمر وخنزير لمسلم سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً ، لان الخمر والخنزير حرام على المسلمين ، فلا يُحل لهم الإنتفاع بهما شرعاً ويحسن من أتلفهما في حقهم ولا يجب عليه شئ¹⁶⁶ .

2/ أن يكون في إيجاب التعويض فائدة : -

القصد من هذا الشرط أن يكون في القدرة الوصول للحق ودفع الضرر ، كى لا يكون في إيجاب الحق في التعويض عبثاً ، لعدم القدرة للوصول الى ذلك الحق ، وعدم إمكانية الوصول الى الحق ينشأ من عدم الولاية أو السُلطة ، إذ ليس لحاكم بلد سُلطة أو ولاية لتنفيذ الأحكام على رعايا بلد آخر ، وهو ما يُعرّف في العصر الحديث بمبدأ أقليميه القوانين ، كما لا يُمكن الوصول الى الحق إذا إتعدمت السُلطة والولاية على الأشخاص وإن كانوا في دار الإسلام كما في حالة البغاة إذا أتلفوا مال العادل¹⁶⁷ .

فقد جاء عن الحنفية أن من شرائط الضمان : أن يكون في الوجوب فائدة فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربى على الحربى إتلاف مال المسلم في دار الحرب وكذلك لا ضمان في على العادل إذا أتلف مال الباغى على الباغى إتلاف مال العادل لانه لا فائدة في الوجوب بالعدم وإمكانية الوصول الى الضمان لإتعدام الولاية¹⁶⁸ .

164 الكاسانى ، أبوبكر بن سعود ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج7 ص167 . .

165 حيدر على ، درر الحكام :شرح مجله الأحكام ، تعريب فهمى الحسين ج2 ص443 . .

166 بوساق ، محمد بن المدنى ، التعويض عن الضرر فى الفقه الإسلامى ص188 . .

167 بوساق ،محمد بن المدنى:التعويض عن الضرر فى الفقه الإسلامى،مرجع سابق ص188..

168 الكاسانى ، أبوبكر بن سعود ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج7 ص168 . .

وجاء عن الشافعية " ولا يضمنه ما أئلفه باغ على عادل وعكسه حال القتال وحرى على معصوم ¹⁶⁹ .

جاء عند الحنابلة فيما لا يضمن به المال من غير غصب ومن أئلف ولو خطأ أو سهواً مالاً محترماً لغيره بغير إذنه ضمنه ، سواء أئلف حرى مال مسلم وغير المحترم ونحوه لا يضمنه ¹⁷⁰ ويترتب على إشتراط كون إيجاب الضمان مفيداً ما أشار اليه الكاسانى بقوله : (ولا يلزم إذا أئلف مال بإذنه أنه لا يجب الضمان ، لانعدم الوجوب ليس لعدم العصمة بل لعدم الفائدة ، لانه لو وجب الضمان عليه لكان له أن يرجع عليه بما ضمن فلا يفيد) ¹⁷¹ .

3/ أن يكون المتلف من أهل الضمان :

نص الحنفية على هذا الشرط كما في بدائع الصانع أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان عليه ¹⁷² وتثبت أهليه ضمان المالك لكل إنسان بدون قيد ولا شرط سواء كان مميزاً أو غير مميز حراً كان أو عبداً عاقلاً أو مجنوناً مُستيقظاً أو نائماً وتثبت الأهليه كذلك للسكران فيضمن ما يتلف حال سكره ¹⁷³ .

جاء في بدائع الصانع " وكذلك يكون المتلف مال الغير ليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو أئلف مالاً ظن أنه ملكه ثم ثبت أنه ملك غيره ضمن لأن الإلتلاف أمر حقيقى لا يتوقف وجوده على العلم ¹⁷⁴ .

وجاء عند الحنابلة كما في الإنصاف " ومن أئلف مالاً محترماً لغيره ضمنه ، سواء كان عمداً أو سهواً ¹⁷⁵ .

169 الرملى ، محمد بن أبو العباس أحمد بن حمزه ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ج5 ص152 . .

170 الحجاوى ، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم ج2 ص195 . .

171 الكاسانى ، أبوبكر بن سعود ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق ج7 ص168 . .

172 الكاسانى ، مرجع سابق ج7 ص168 . .

173 بوساق ، مرجع سابق ، ص2.6 . .

174 الكاسانى ، أبوبكر بن سعود ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، ج7 ص168 .

175 المرادوى ، على بن سليمان ، الإنصاف فى معرفة الرابح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ج6، ص216 . .

وقال صاحب قواعد الأحكام " الجوابر مشروعة لجلب مافات من المصالح والزواجر مشروعه لدرء المفسد، والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عبادة ، وال يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر أثماً وكذلك شرع الجبر مع الخطا والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان ، وعلى المجانين والصبيان¹⁷⁶ وهو ما عليه جمهور المالكية ، فيذكر صاحب الشرح الكبير " المذهب أن الصبي غير المميز ، والمجنون يضمنان المال في مالهما والديه على العاقلة إن بلغت الثلث ، وإلا ففي مالهما وأن التمييز لا يحدد بسن¹⁷⁷ .

الإتلاف أمر حقيقى لا يتوقف وجوده على العلم وغيره ، كما أن أساس الضمان في الأموال الجبر ، وليس الجزاء والعقوبه ، وحالة الجبر ينظر فيها الى عصمة المحل ، ولذلك فلا فرق في ضمان المتلف المخطئ والعامد والجاد واللاعب ، والعاقل والمجنون والبالغ والصبي ، والفرق الوحيد بين الفعل المتعمد والخطئ : وهو في كون البالغ العالم بفعله ويأثم ، وفي غير ذلك يضمن ولا يأثم والإثم وعدمه لا يؤثران في الضمان ويترتب على اشتراط المتلف من أهل الضمان أيضاً ، انتفاء الضمان فيما أتلفته البهائم، وذلك ما اشار اليه الكاسانى . "حتى لو أتلفت مال إنسان بهيمة لا ضمان على مالكة لان فعل العجماء جبار فكان هدراً ولا إتلاف من مالكة فلا يجب الضمان عليه¹⁷⁸ ، لانه لا يتصور توجيه الخطاب إليها على الإطلاق في الحال ، أو في المال فلا ضمان على مالك الحيوان ولم يكن بسبب من مالكة كالتفريط في حفظة ، أو إقتناءة كلباً ، كما في الراكب والسائق والقائد. فعلى متسعله حينئذ أو مالكة ضمان ما أحدث من من ضرر و في غير ذلك فلا ضمان فيما تحدث العجماء من أضرار، كما لا ضمان أيضاً في الأضرار الناجمة عن الجمادات، إلا ما يرجع الإتلاف فيه الى فعل الإنسان عن طريق المباشرة أو التسبيب¹⁷⁹ وإذا ثبتت أهلية

176 السلمى ، عبد العزيز بن عبد السلام ، القواعد الكبرى المرسوم بقواعد الاحكام فى إصلاح

الأنام ج1 ، ص15.. .

177 الدرديرى ، أحمد بن محمد ، الشرح الكبير (دار أحياء الكتب العربية ، القاهرة ، مصر ، ج3

ص343.. .

178 الكاسانى ، أبوبكر بن سعود ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج7 ص168.. .

179 بوساق ، محمد بن المدنى ، التعويض عن الضرر فى الفقه الإسلامى ، مرجع سابق ص2.8

الضمان لشخص عند حدوث الفعل الضار ، فلا تنتفي هذه الأهلية عند التلف ، أى وقت تحقيق الضرر¹⁸⁰

4/ أن يكون الضرر مُحقق الوقوع بصفه دائمة : -

إن العبرة بالتعويض جبر النقص الحاصل في مال المُتضرر أو بدنه ، ولذلك لا يجب شئ في الضرر غير المُحقق ، كالضرر المُحتمل الوقوع ، الضرر المتوقع بتفويت الفرصه كون هذه الأضرار غير مُحققه الوقوع ، ومن هنا لا يجب العويض بمجرد حدوث الفعل الضار . بل أن هذه الشرط يقتضى أن يكون الضرر مُحققاً بصفة مُستمرة فبقول الكاسانى "شرط الوجوب وهو العجز عن الإنتفاع على طريق الدوام¹⁸¹ ، وعليه فإذا رجع الشئ الى الحالة التى كان عليها ، فلا ضمان . كما لو نبتت سن الحيوان المجنى عليه ، أو عُولج الجرح الواقع على الحيوان أيضاً ، لعدم تحقيق الضرر بصفة دائمه ، لان صاحب الحق يستطيع الإنتفاع بماله الذى كان عليه قبل حدوث الضرر ، ولان سبب الضمان زأل بزوال الضرر الذى أحدثه فعل الجاني ، فصار الضرر كأن لم يكن فتبين بذلك أن هذا الضرر لم يكن موجبا للضمان ولعدم تحقيقه بصفة دائمة¹⁸² .

وهذا الحكم يعتد به فيما لو كان النقص متوقفاً خلفه ، كسن الصغير وما شابهها ، أما إذا كان النقص غير متوقع عوده ، فقد اختلفوا في حكمه على النحو التالى : -
راى إبي حنيفه والحنابله وأحد الرايين عند الشافعيه : أنه إذا عادت سن الكبير بعد أخذ ديتها،وجب عليه رد ما أخذ ، قياساً على سن الصغير. رأى مالك ويوسف من الحنفيه، والرأى الثانى عند الشافعيه : أن رجوع الحاله الى ما كانت عليه، لا يقتضى رد المال الذى أخذه المُتضرر قبل رجوع الحاله الى ما كانت عليه . ويعدون ما أخذه المُتضرر هبة ونعمة ساقها الله اليه .

وذكر الكاسانى صاحب بدائع الصانع : وإن سقطت فإن نبتت مكانها أخرى ينتظر أن تنبت صحيحه فلا شئ فيها في قول إبي حنيفه رضى الله عنه ، وقال أبى يوسف أنه

180 السرخسى ، محمد بن أحمد : المبسوط (دار المعرفه بيروت ، لبنان 1414هـ ج 21 ،

ص 1.1 ..

181 لكاسانى ، أبوبكر بن سعود ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج 7 ص 175 .

182 بوساق ، محمد بن المدنى ، التعويض عن الضرر فى الفقه الإسلامى ، مرجع سابق ص 21.

فوت السن والناابت لا يكون عوضاً عن الغائب لان هذا العوض من الله تبارك وتعالى فلا يسقط به الضمان الواجب كمن أتلف مال إنسان ، ثم أن الله تبارك وتعالى رزق المتلف عليه مثل المتلف ¹⁸³ .

وجاء عن الخرشى قوله : أن من قلع سن لشخص كبيراً أى بلغ حد الاسفار _ أى تبدلت أسنانه - ثم ردها صاحبها فثيب قبل أن يأخذ عقلها فإنه يأخذ ¹⁸⁴ .

وذكر الشيرازى في المذهب : فإن قلع سن من أقر ، وجبت ديتها في الحال لان الظاهر أنه لا ينبت له مثلها ، فإن أخذ الدية ، ثم نبتت له مثلها في مكانها ، ففيه قولان : أحدهما يجب رد الدية ، لان عاد له مثلها ، فلم يستحق بدلها كالذى لم يثقر ، والثانى أنه لا يجب رد الدية ، لأن العاده جرت في سن من يسفر ، أنه لايعود ، فإن عادت كان ذلك هبة مجده فلا يسط به ضمان ما اتلف عليه ¹⁸⁵ .

وذكر ابن قدامه في المغنى : إذا سقطت أخواتها ولم تعد هى أخذت الدية وإن نبت مكانها أخرى لم تجب ديتها كما لو نتف شعره فعاد مثله ¹⁸⁶ .

183 لكاسانى : أبوبكر بن سعود : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج7 ص315..

184 الخرشى : محمد بن عبد الله بن على : الخرشى على مختصر سيدى خليل وبهامشه حاشية الشيخ على العدوى ج8 ص42..

185 الشيرازى : إبراهيم على ابن يوسف : المهذب فى فقه الإمام الشافعى ج2 ص2.5..

186 ابن قدامه ، عبد الله بن أحمد بن محمد ج9 ص612..

المطلب الثاني : شروط إستحقاق التعويض في القانون : -

- 1/ خطأ المدين ويشمل الإخلال بالعقد ، والخطأ في المسؤولية التقصيرية .
- 2/ ضرر يصيب الدائن .
- 3/ علاقه السببية بين الضرر والخطأ.
- 4/ إعدار المدين

فالشروط الثلاثة الاولى ماهي الا اركان المسؤولية المدنية سواء كانت عقديه او تقصيرية¹⁸⁷ ، وهذا ما أرسته المحاكم السودانية حيث قررت المحكمة العليا في سابقة بنك النيلين ضد صادق سليمان(د) الشيك دون صرفه خطأ مع وجود رصيد يشكل اخلالا من جانب البنك مما يوجب التعويض ، لكن على المضرور اتخاذ الاجراءات يتحقق الضرر فاذا لم يثبت المضرور خسارة مادية لحقته من جراء ارتداد الشيك فان تعويض هذه الحالة ، سواء اسس على الاخلال بالعقد او المسؤولية التقصيرية يكون اسماً¹⁸⁸ .

وطبقت نفس المبدأ المحكمة العليا في قضية يس عباس ضد / حسن بابكر الحاج حيث جاء فيها (... اعطاء الشخص المضرور كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب طالما كانت رابطة السببية متصلة بين الخطأ والضرر¹⁸⁹ .

أما الشرط الرابع فهو الإعدار وهذا الشرط خاص بالمسؤولية العقدية ، فلا يجوز للمضرور المطالبة بالتعويض الا بعد إعدار المدين في المسؤولية العقدية ، اما المسؤولية التقصيرية فلا حاجة لإعدار¹⁹⁰ .

وهذا نص عليه القانون السوداني قرر (في العقود الملزمة للجانبين اذا اخل احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او فسخه مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى) .

(... الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدين صراحة على الاعفاء منه¹⁹¹ .

187 النظرية العامة للإلتزام أ.د : يس محمد يحي ، دار النهضة العربية القاهرة ط(بدون) ج2 ص22 . .

188 مجلة الاحكام القضائية 198. ص 222 . .

189 مجلة الاحكام القضائية لسنة 1975م ص 15 . .

190 النظرية العامة للإلتزام ، انور سلطان ح ا ص 42 . .

191 المادة 129/128 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ه .

وكذلك نص عليـة القانون المصري في المواد التالية :
فـنصت المادة (218) من القانون المدني المصري على ان (لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ، مالم ينص علي غير ذلك ¹⁹² .
وتقضى المادة (219) على ان (يكون اعذار المدين بإنذاره ، او بما يقوم مقام الإنذار عن طريق البريد علي الوجه المبين في قانون المرافعات كما يجوز ان يكون مترتباً على اتفاق خاص يقضي بان يكون المدين متضرراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى أي اعذار اخر ¹⁹³ .

وتقضى المادة (22) .) بانه : (لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية :
أ/ اذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن .
ب/ اذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع .
ج/ اذا كان الالتزام رد شي بعلم المدين انه مسروق او شي تسليمه دون حق وهو عالم بذلك .
د/ اذا صرح المدين كتابه انه لا يريد القيام بالالتزام ¹⁹⁴ .

ومن جملة هذه النصوص يتبين ان التعويض لا يستحق الا باعذار المدين ، وان يتم الاعذار بطريقة معينة وهناك حالات لا ضرورة فيها لهذا الاعذار ، وان الاعذار ترتب عليـة عدة اثار قانونية معينة ¹⁹⁵ ، وسوف يتم البحث في هذه المسائل فيما يلي :.

1/ تعريف الاعذار :-

هو تنبيه المدين الى انه متاخر في التنفيذ تاخراً يرتب عليه القانون بعض الآثار ، ودعوته لتنفيذ التزامه مع وضعه امام المساءلة القانونية عند امتناعه عن ذلك ¹⁹⁶ .

192 احكام الالتزام : سليمان مرقص مرجع سابق ص 112 .

193 التعويض بين الضرر المادي والادنى والموروث د: محمد احمد عابدين ، مناشط المعارف الاسكندرية ط (بدون) 1995 ص 15 . . .

194 الوجيز في شرح القانون المدني ، السنهوري مرجع سابق ج 1 ص 846-847 .

195 احكام الالتزام : رمضان ابو السعود دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ط(بدون) ص 67 . . .

196 الوجيز في النظرية العامة للالتزام : حسن على الزنون واخر مرجع سابق ح 2 ص 94 .

وجاء تعريفه ايضا بانه وضع المدين قانوناً في حالة التأخر في تنفيذ التزامه ، فمجرد حلول
اجل الالتزام لا يكون في جعل المدين في هذا الوضع ¹⁹⁷ .

2/ نطاق الاعذار : -

التعويض الواجب على المدين ، اما ان يكون تعويض عن عدم التنفيذ او يكون تعويض
عن التأخر في التنفيذ ¹⁹⁸ .

ومن المتفق عليه وجوب الاعذار لاستحقاق التعويض عن التأخر في التنفيذ ، ولكن اختلف
الراي في وجوب الاعذار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ .

ذهب فريق الى ان الاعذار واجب بالنسبة لنوعي التعويض ، التعويض عند عدم التنفيذ
، وهذا فريق اخر الى انه يجب التفرقة في هذا الشأن بين فرضين ، الاول وفيه التنفيذ العيني
غير ممكن وفي هذه الحالة لا داعى للإعذار ، والثاني وفيه التنفيذ العيني مازال ممكنا
ويبقى الإعذار لاستحقاق التعويض .

وذهب فريق ثالث الى ان الإعذار لا يشترط الا بالنسبة للتعويض عن التأخر ، اما بالنسبة
عن عدم التنفيذ فلا حاجة له مادام قد تحقق عدم تنفيذ المدين لإلتزامه ، لان التنفيذ في هذه
الحالة يرتبط بعدم التنفيذ دون ان يتعلق استحقاقه على شرط الاعذار ¹⁹⁹ .

ويتضح فيما سبق ان القانون السوداني والقانون المصري قد خذا بالرأي الاول وهو وجوب
الاعذار في نوعي التعويض وهذا هو الرأي الصائب ، لان اعذار المدين اذا كان واجب
عن التأخر في التنفيذ ، فمن باب اولى ان يكون واجب عن عدم التنفيذ .

197 الوجيز في شرح القانون المدني : السنهوري مرجع سابق ج 1 ص 247 - .

198 الوجيز في شرح القانون المدني : السنهوري مرجع سابق ج ص 852 - 853 . .

199 النظرية العامة للالتزامات (احكام الالتزامات) د/ انور سلطان دار المطبوعات الجامعية ط
(بدون) 1997م ، ص 196 ، 17 . .

احكام الالتزام : رمضان ابو السعود مرجع سابق ص 47 النظرية العامة للالتزام احكام الالتزام ،
نبيل ابراهيم دار المعرفة الجامعية الاسكندرية ط (بدون) 1992م ج 2 ص 47 - 48 .

3/ شكل الإعذار : -

الأصل ان يتم الاعذار عن طريق الإنذار ، والإنذار ورقة رسمية من اوراق المحضرين بين فيها الدائن بوضوح فيها انه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام²⁰⁰.

ويقوم في إعذار المدين ، مقام الإنذار اية ورقة رسمية تعلن الى المدين ، يتبين منها ان الدائن يرغب في ان ينفذ المدين التزامه . من ذلك التنبيه الرسمي على المدين بالوفاء والسابق على إجراء التنفيذ بطريق الحجز والتكليف بالحضور امام المحكمة ولو رفعت الدعوى امام محكمة غير مختصة²⁰¹ .

اما الاوراق غير الرسمية كا لكتاب ولو كان مسجلاً او برقية ، فلا تكفي للإعذار فيه المسائل المدنية ، إلا اذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على انها تكفي ، لأنه يجوز الاتفاق على ان يكون المدين معذراً بمجرد حلول الاجل دون الحاجة الى أي اجراء فمن باب اولي يجوز الإتفاق على أن الإعذار تكفي فيه ورقة غير رسمية أو إخطار شفوي ولكن في الحالة الأخيرة قد يصعب على الدائن اثبات حصول الاعذار²⁰² اما في المسائل التجارية جرى العرف التجاري على الاكتفاء بالورقة غير الرسمية للإعذار جل ان مجرد الاخطار الشفوي يكفي اذا كان العرف التجاري يقضى بذلك²⁰³ .

لم ينص القانون السوداني على شكل الإعذار ولكن حددته المحاكم السودانية حيث قررت المحكمة العليا في سابقه حسن الفاضل خالد ضد محي الدين محمد خالد حيث جاء فيها (الإعذار للسداد ليس متطلباً ان يأخذ شكلاً رسمياً بإخطار بواسطة محامى او انذاراً كتابياً ويكفي فيه المهاتفة بالهاتف او الاخطار شفاهةً او المطالبة بالمبلغ²⁰⁴ .

200 احكام الالتزام : رمضان ابو السعود مرجع سابق ص 68 .

201 النظرية العامة للالتزام : نبيل ابراهيم ج 2 ص 53 . .

202 الوجيز في شرح القانون المدني : السنهوري مرجع سابق ج 1 ص 149 . .

203 احكام الالتزام : رمضان ابو السعود ، مرجع سابق ص 69 . .

204 مجلة الاحكام القضائية لسنة 2004 ص 295 . .

4/ الحالات التي لا يلزم فيها الاعذار :-

هنالك حالات لا ضرورة فيها للإعذار ، ويعنى مجرد حلول اجل المدين اشعارا كافيا للمدين بوجوب تنفيذ التزامه وإلا كان مسؤولاً عن التعويض ، وهذه الحالات ترجع الى الاتفاق او بحكم القانون او طبيعة الاشياء ²⁰⁵ .

• الاتفاق على الاعفاء من الاعذار :-

قاعدة وجوب الاعذار ليس من النظام العام لأنها قد تأسست رعاية لمصلحة المدين وحده ، وعلى ذلك يجوز الاتفاق مقدماً على ان يكون معذراً بمجرد حلول اجل الالتزام دون حاجة الى أي اجراء . ومثل هذا الاتفاق قد يكون صريحا وقد يكون ضمناً يستخلص من بنود التعاقد ، ومثل الاتفاق القسمي ان يشترط الدائن في عقود التوريد على ان يتم التسليم فوراً ²⁰⁶ .

وهذا ما قرره المحاكم السودانية حيث ارست محكمة استئناف الخرطوم في قضية سامى يوسف ضد / بله مصطفى حيث جاء فيها: (الدفع بعدم الاعذار ليس من النظام العام وبالتالي لا ينبغى للمحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها) ²⁰⁷ .

• الحالات المستثناة بطبيعتها من الاعذار :-

هنالك من الحالات تقضى فيها طبيعة الأشياء اعفاء الدائن من واجب الاعذار والحالات هي :-

أ/ إذا اصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير مجدى بفعل المدين فلا معنى لأعذار المدين ويستحق التعويض عليه دون حالة الى إعداره ²⁰⁸ .

205 الوسيط : السنهوري ، مرجع سابق ج 2 ص 779 .

206 احكام الالتزام : رمضان ابو السعود ، مرجع سابق ص 7 . . 71 . .

207 مجلة الاحكام القضائية لسنة 1991م ، ص 243 . .

208 النظرية للالتزام : نبيل ابراهيم ج 2 ص 49 . 5 . .

ب/ اذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عليه عمل غير مشروع ذلك ان المدين هنا قد اخل بالالتزامه ان يتخذ الحيطة الواجبة لعدم الاضرار بالغير ، فلا يعد التنفيذ العيني لهذا الإلتزام فلا جدوى من الاعذار ²⁰⁹ .

ج/ اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالالتزامه ، ففي هذه الحالة لاجدوى الاعذار ان الغاية منه حث المدين وتنبيهه على تنفيذ التزامه فاذا ما أعلن المدين رفضه ذلك صراحة فيكون من العبث توجيه الاعذار ²¹⁰ .

• الاعفاء من الاعذار بنص القانون : -

وقد يقضى القانون في بعض الحالات بعدم الحاجة الى اعذار ومثال ذلك اذا كان محل الالتزام رد شئ يعلم المدين انه مسروق او شئ تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . فاساس الالتزام بالرد في هذه الحالات هو الفعل الضار ومنطق الإعفاء من الإعذار في هذه الحالات مفهوم من حيث لايتصور ان يعذر السارق بدون الشئ المسروق او ان يعذر من تسلم شيئاً بدون وجه حق وهو يعلم بذلك في الحالتين شخص سئ النية ويلزم بالرد او بالتعويض دون حاجة الى اعذاره ²¹¹

4/ اثار الاعذار :-

يصبح المدين مسؤولاً عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام وذلك من وقت الاعذار . اما المدة التي سبقت الاعذار فلا يعرض المدين الدائن عن التأخر في التنفيذ ²¹² . الهلاك من طرف الى آخر ²¹³ ففي عقد الوديعة مثلاً أن أنزار المودع الوديع المودعة ثم هلك العين بعد ذلك من غير خطأ أو تقصير من الوديع فإنها تهلك يستلزم بتعويض

209 الوجيز في شرح القانون المدني : السنهوري ، مرجع سابق ج 1 ص 851 . .

210 الوجيز في النظرية العامة للالتزام :حسن على الزنون واخر، مرجع سابق ج2 ص 96 .

211 احكام الالتزام د/ رمضان ابو السعود . مرجع سابق ج 2 ص78 ص71 ، 72 . . الوسيط :

السنهوري مرجع سابق ج2 ص781 . .

212 الوجيز في شرح القانون المدني : السنهوري ، مرجع سابق ج 1 ص 852 . النظرية العامة

لالتزام : نبيل ابراهيم ، مرجع سابق ج 2 ص 52 ، 54 . .

مالكها المودع عن قيمتها لان يد الوديع إنقلبت بعد تبليغه الاعذار ، أمانه الى يد ضمان ،وبذلك يصبح مسؤولاً عن التعويض حتى عند ماتهلك العين بسبب أجنبي²¹⁴.

ويتضح اتفاق القانون السوداني والقانون المصري على وجوب الاعذار في المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية ولكن الفارق يبدو واضحاً أن القانون المصري ، الذي نص صراحةً على شكل الاعذار والحالات التي لايجب فيها الإعذار بينما لم ينص عليها القانون السوداني .

213 أحكام الالتزام : رمضان أبو السعود مرجع سابق ص76 -

214 الوجيز في النظرية العامة في الإلتزام : حسن على الزنون وآخر مرجع سابق ج 2 ص97 .

المبحث الثاني

تقدير التعويض

الأصل أن يُقدر القاضي التعويض ، وهذا هو التعويض القضائي ، وقد يكون تقدير التعويض بإتفاق الطرفين مقدماً ، وهذا هو التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي ، و أخيراً يكون التقدير عن طريق القانون كما في تحديد سعر الفائدة وهذا هو التعويض القانوني²¹⁵ المطالب الأول : التعويض القضائي :

نص عليه المشرع السوداني حيث قرر الآتي : (تقدر المحكمة التعويض بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب مراعية في ذلك الظروف الملائمة ويشترط أن كل ما أصاب المضرور نتيجة طبيعية للفعل الضار فإذا لم يتيسر لها أن تعين مقدار تعويض تعيناً نهائياً فلها أن تحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة و إعادة النظر في التقدير²¹⁶ .

وكذلك نص عليه المشرع المصري في المادة (221) مدني حيث جاء فيها: (1/ اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد او بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض مالحق الدائن من خساره وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة لعدم الوفاء بالالتزام او التأخر في الوفاء به ، 2/ ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيم الأ بتعويض الضرر الذي كان توقعه عادة وقت العقد²¹⁷ .

وكذلك نصت المادة (7./مدني) على (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور وطبقاً لأحكام المادتين (222/221) مراعيأ في ذلك الظروف الملائمة ، فأن لم يتيسر له وقت الحكم أن يُعين مدى التعويض تعيناً نهائياً فله أن يحتفظ بالمضرور بالحق في أن يُطالب له خلال مدة معينة بإعادة النظر الى التقدير)²¹⁸ .

215 الوجيز في شرح القانون المدني : السنهوري ، مرجع سابق ج1 ، ص 84 . .

216 المادة (153) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 .

217 التعسف في استعمال الحق و الغاء العقود : حسين عامر ، مطبعة مصر ، ط (1) (196).
ص 646 . .

218 المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء : عز الدين الصوري ، مطبعة القاهرة الحديثة ،
ط(بدون) 1988م ص977 . .

أولاً : تعريف التعويض القضائي :

هو عبارة عن تعويض يتولى القضاء تقديره والحكم به على المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه أو المتأخر عن ذلك²¹⁹ .

ثانياً : عناصر التعويض :-

عنصر التعويض هما ما لحق الدائن من خسارة ، وما فاتته من كسب أى ماضع عليه من ربح كان يتوقعه ، وهذان العنصران يجب أن يدخلهما القاضي في حسابه عند تقدير التعويض للدائن لما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه . على أن هذان العنصران لا تتأثر بهما المسؤولية العقدية بل رعايتهما تكون أيضاً في نطاق المسؤولية التقصيرية ، وذلك لأنه إذ لم يكن من المستطاع جعل المضرور في الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر ، فلا أقل من تعويضه عما لحقه من خسارة و ما حرمة من ربح كان سيعود اليه²²⁰ .

وهذا ما أقرته المحاكم السودانية حيث أرست المحكمة العليا في سابقة يس ضد / حسن بابكر الحاج حيث جاء فيها (التعويض يعني إعطاء الشخص المضرور كل ما لحقه من خسارة و ما فاتته من كسب²²¹ .

وطبقت نفس المبدأ المحكمة العليا بسابقة حكومة السودان ضد صدام وآخر حيث قررت لا يكون تمام جبر الضرر إلا بتعويض عما فات من كسب²²² .

ثالثاً : وقت الضرر :-

لتحديد وقت الضرر يمكن التردد بين وقتين وقت وقوع الضرر وقت الحكم على المسؤول عن الضرر .

وعليه تبدو أهمية التساؤل عن وقت التقدير هل هو وقت وقوع الضرر أم وقت الحكم ؟ ذهب رأى الى أنه يجب الإعتداد بقيمة الأشياء وقت وقوع الضرر وذهب رأى آخر الى أن يجب الإعتداد بقيمة الشئ وقت الحكم النهائي .²²³

219 الوجيز في النظرية العامة في الالتزام : حسن على الزنون وآخر ، مرجع سابق ج2 ص99 . .

220 المسؤولية المدنية : حسن عامر وآخر ، ص538 النظرية العامة للالتزام : نبيل إبراهيم ج2

61 ، التعسف في إستعمال الحق حسن عامر ، ص646 . .

221 مجلة الاحكام القضائية لسند1975م ه ص15 . . .

222 مجلة الاحكام القضائية لسند8..2م ه ، ص325 . .

أستقر الفقه والقضاء على أن تقدير التعويض يكون على أساس يوم النطق بالحكم النهائي ،
وبعنى الحكم النهائي لو صدر حكم ابتدائي وطعن فيه بالإستئناف فان التعويض يُقدر بتاريخ
صدور حكم الإستئناف لا بتاريخ صدور الحكم الابتدائي .²²⁴

وهذا ما أرسته المحاكم السودانية حيث قرّرت المحكمة العليا في سابقة حكومة السودان
حيث جاء فيها (العبرة بقيمة الضرر وقت الحكم وليست بقيمته وقت وقوعه وبالتالي فان
مقدار التعويض الواجب يرتبط بحجم الضرر الناجم وحتى يكون جابراً للضرر وقت الحكم
بالتعويض)²²⁵ .

رابعاً : تقدير الضرر المتغير :-

الضرر المتغير هو ما يتردد بين التناقض والنقصان بغير استقرار في اتجاه بذاته .
وقد يحدث تبعاً لظرف طارئ بين فترة ارتكاب الخطأ وحصول ذلك الضرر²²⁶ .
أذا تعذر على القاضي تقدير التعويض تقديراً قطعياً وقت الحكم بسبب عدم وضوح حجم
لضرر واستقرار الحالة مثلاً ، فللمحكمة أن تحكم للمضرور بتعويض مؤقت وتترك له
المطالبة بالتعويض النهائي عند استقرار الحالة وللدائن كذلك أن يعيد النظر في التعويض
خلال فترات مناسبة اذا لم يكن التعويض نهائياً²²⁷ .

وإذا كان الضرر متغير منذ أن وقع الى يوم النطق بالحكم ، مثل ذلك شخص صدمته سيارة
بخطأ سائقها واصيب بكسر في يده وعندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور فاصبح
اشد خطورة مما عليه وعند صدور الحكم كانت خطورته اشتدت وانقلبت الى عاهة مستديمة
، لا شك في أن القاضي يدخل في حسابه عند تقدير التعويض الإصابة من يوم وقوعها الى
يوم صدور الحكم فيقدر القاضي باعتبار ان الكسر قد انقلب الى عاهة مستديمة²²⁸ .

223 مصادر الالتزام : نبيل إبراهيم واخر ، مرجع سابق ، ص371 . شرح القانون المدني :

عدنان إبراهيم واخر ، مرجع سابق ص421 . .

224 الوجيز في النظرية العامة للالتزامات : عبد الرسول عبد الرضا واخر ، مرجع سابق ج3

ص387 . .

225 مجلة الاحكام القضائية لسنة 2005م ص223 . .

226 المسؤولية المدنية : حسن عامر واخر ، مرجع سابق ص559 . .

227 الوجيز في النظرية العامة للالتزامات : انور سلطان ، مرجع سابق ج2 ص1.2 . .

228 الوسيط : سنهورى ، مرجع سابق ج1 ، ص824 ، 852 . .

اما اذا تحسنت حالة المضرور عما كانت عليه وقت حدوث ذلك الضرر وقبل صدور الحكم فان على القاضي ان يدخل في الحساب هذه الحالة التي انتهى اليها الضرر فهذا الضرر لما وصل اليه من تحسن هو ما ترتب عليه العمل الخاطئ²²⁹ .

أما إذا نقص الضرر بعد الحكم بالتعويض فان هذا لا يخول المسؤول أن يطالب برّد ما يعادل ذلك النقص لأن الحكم بشأنه كان نهائياً قد حاز قوة الشيء المقضى به²³⁰ .

أما إذا كان الضرر لم يتغير منذ وقوعه الى يوم صدور الحكم والذي تغير هو السعر النقدي الذي يُقدر به التعويض أو أسعار السوق بوجه عام ، فالعبرة يوم الحكم منذ وقوع الضرر أو إنخفاض .

وإذا كان المضرور قد تولى إصلاح الضرر قبل أن يقضى له عنه فان تقدير التعويض يكون على أساس قيمة الضرر في اليوم الذي تم فيه إصلاحه ، إذ لا يستحق المضرور إلا ما قام بصرفه فعلاً²³¹ وتقدير التعويض أمر خاضع للسلطة التقديرية للمحكمة ولا رقابة للمحكمة الأعلى عليه إلا على محكمة الموضوع²³² .

وهذا ما طبقته المحاكم السودانية حيث قرّرت محكمة الإستئناف في سابقة شركة التأمينات العامة ضد ورثة الشيخ محمد الحسن حيث جاء فيها (لقد إستقر قضاءً ، أن محاكم الإستئناف لا تتدخل في سلطات المحاكم الدنيا التقديرية في التعويض)²³³ .

خامساً : الظروف الملايسة التي تؤثر في تقدير التعويض :-

المقصود بالظروف الملايسة الظروف التي تلابس المضرور ، لا الظروف التي تلابس المسؤول ، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور هي التي تدخل في الإعتبار سواء كانت جسيمه أو صحيه أو عائلية ، لان التعويض يُقاس بمقدار الضرر الذي أصاب

229 المسؤولية المدنية : حسن عامر وآخر مرجع سابق ص56 . .

230 شرح المسؤولية المدنيه ، بدرية عبد المنعم حسوننه مرجع سابق ، ص99 . .

231 الوسيط : السنهورى ، مرجع سابق ص561 . 56 . .

232 حقوق المجنى عليه فى الإجراءات الجنائية ، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون

الجنائى ، مرجع سابق . 415 . .

233 مجلة الأحكام القضائية لسنة1976م ه ، ص514 ، 515 . .

المضّرور بالذات فالمعيار هذا معيار شخصي وليس موضوعي ، فمريض السكرى الذى يُصاب بجرح تكون خطورة الجرح عليه أشد بكثير من خطورة الجرح الذى يُصيب الشخص السليم .

وهذا ماأرسته المحاكم السودانية حيث قرّرت المحكمة العليا في سابقة حكومة السودان ضد أم سلمى قسم السيد (عند تقدير التعويض فان الظروف المحلية ومستوى المعيشه هي أحد العوامل الواجب أخذها في الإعتبار)²³⁴ .

والاصل عند تقدير التعويض لا ينظر لجسامة الخطأ بل ينظر لجسامة الضرر ، مهما يكون الخطأ يسيراً فيجب التعويض عن كل مالحق المضّرور من ضرر مادام أحته هذا الخطأ²³⁵ .

أما حالة المسؤل الإجتماعية والمالية فإنها لا تؤثر في تقدير التعويض إذ لا يهم أن يكون المسؤل غنياً أو فقيراً فلا تدعو الحالة الأولى منها لزيادة التعويض ولا الثانية تدعو الى تخفيضه فالعبرة دائماً بظروف المضّرور ولا ظروف المسؤل²³⁶ .

سادساً النفقة المؤقتة :-

قد يرى القاضى أثناء نظر الدعوى المسؤلية أن المضّرور في حاجة قصوى الى نفقة موقته يدفعها المسؤل من حساب التعويض الذى يقضى له به في النهاية فيجوز عندئذ أن يحكم بهذه النفقة مع مراعاة الشروط التالية :

- 1/ أن يكون مبدأ المسؤلية قد تعذر ، ولم يبقَ إلا تقدير التعويض .
- 2/ أن تكون عناصر التقدير لا تزال لإعدادها في حاجة الى مدة طويلة .
- 3/ أن يكون المضّرور في حاجة ملحة الى هذه النفقة .
- 4/ أن يكون المبلغ الذى يقدره القاضى للنفقة أقل من مبلغ التعويض الذى ينتظر أن يُقدر الضرر²³⁷ موضوع النفقة المؤقتة هذا غير معمول به في السودان وهذا الوضع يستقله

234 مجلة الاحكام القضائية لسنة 1997م هـ ص 442 . .

235 الوسيط : السنهورى ، مرجع سابق ، ج 1 ص 821، 823 . المسؤلية التقصيرية : عبيد حاج على مرجع سابق ص 194، 195 . .

236 التعسف فى إستعمال الحق : حسين عامر ، مرجع سابق ، ص 649 . ، شرح المعاملات

المدنية السودانى : محمد صالح على ، ج 2 ص 151 . .

بعض المدعى عليهم ، ويكون عنصر ضغط لبعض المدعين الذين يتعرضون لإصابات معقده ، فتدفعهم الحاجة القبول بتسويات بسيطة جداً ، والمستفيد من هذا خاصة شركات التأمين وإدخال هذا النظام سيمنع أساليب التسويق والمماطلة التي يلجا اليها البعض²³⁸ .

بإستقراء ما تقدم يتضح إتفاق القانون السودانى والقانون المصرى على التعويض القضائى ، ولكن تجدر الإشارة الى عدم نص القانون السودانى والقانون المصرى على النفقة الموقته ، الأمر الذى يفتح الباب لأصحاب النفوس الضعيفة الى إستغلال حاجة المضرور المادية لنزول عن حقة الشرعى في أخذ التعويض كاملاً مما يقضى على بعض القواعد للعدالة في رد الحقوق لأصحابها ودفع الظلم .

237 الوسيط : السنهورى ، ج1 ص 825 ، 826 ، المسؤولية التقصيرية : عبيد حاج على ، مرجع سابق ص196 . .

238 المسؤولية التقصيرية : عبيد حاج على ، مرجع سابق ص196 . .

المطلب الثاني : التعويض الإتفاقي (الشرط الجزائي) :

وقد نص عليه المشرع السوداني حيث جاء فيه (يجوز دائماً أن يتفق الأطراف على قيمة التعويض)²³⁹.

أما القانون المصري فقد نص عليه في المواد التالية :

تنص المادة (223مدنى) (بأنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق)²⁴⁰.

وتنص المادة (224 مدنى) أنه (1/ لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر ، 2/ يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت أن التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيره أو أن الالتزام الأصيل قد نفذ في جزء منه) .

ونصت المادة (525 مدنى) على أنه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد إرتكب غشاً أو خطأ جسيم)²⁴¹.

1/ تعريف التعويض الإتفاقي : -

هو إتفاق مسبق من الطرفين على قيمة التعويض الذى سوف يدفعه المدين عند عدّم تنفيذ إلتزامه أو التأخير في تنفيذه²⁴².

نجد ان التعويض الاتفاقي كثير الوقوع في الحياة العملية اذ لا يخلو من اى عقد تبرمه المؤسسات الحكومية مع المتعاقدين ، بل شاع استعماله في العقود العادية المبرمة بين الاطراف عقد البيع والشراء والايجار والمقاولات وفي عقود العمل وغير المسماة منها²⁴³. ومثال ذلك ما يرد في عقد المقاوله من شرط يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم او اسبوع أو مدة أخرى يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل محل العقد .

239 المادة (3/154) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 .

240 احكام الالتزام : مصطفى الجمال ، مرجع سابق ص247 . .

241 المسؤولية المدنية : عز الدين الديناصورى ، مرجع سابق ص 976 . .

242 محاضرات فى أحكام العقد : أسامه محمد عثمان خليل ، دار (بدون) 6..2 ص 186 . ،

النظرية العامة للإلتزام : أنور سلطان ، مرجع سابق ص171 . .

243 الوجيز في النظرية العامة في الإلتزام : حسن على الزنون واخر ، مرجع سابق ج 2 ص1.3 .

وقد يرد التعويض الاتفاقي بصدد المسؤولية التقصيرية ، ومثال ذلك ان يتفق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار التعويض عن الضرر الذي قد يصيبهم مستقبلاً من الدخان المتصاعد من مداخن المصنع أو من الضجة الناجمة عن آلات المصنع ²⁴⁴ .

للتعويض الاتفاقي قيمة عملية في كل الاحوال بالنسبة للمحكمة والطرفين حيث يجعل من السهل تقدير التعويض باعتبار أن الطرفين هما الاقدر على تحديد الخسائر التي تنشأ من جراء الاخلال بالعقد مما يؤدي الي تقليل المنازعات التي يمكن تثار بشأن التعويض ²⁴⁵ .
كذلك الغاية من التعويض الاتفاقي تأكيد القوة الملزمة للعقد ²⁴⁶

2/ خصائص التعويض الاتفاقي :

يتميز التعويض الاتفاقي بعدة خصائص منها :

أ / التعويض الاتفاقي التزام تابع للالتزام الاصلي :

الالتزام بالتعويض الاتفاقي التزام تابع للالتزام الاصلي أما الالتزام الاصلي هو ما التزم به المدين اصلاً بالعقد او بغيره من مصادر الالتزام ²⁴⁷ ويترتب على ذلك أن الالتزام بالتعويض يتبع الالتزام الاصلي في صحته ، وعلى ذلك إذا بطل الالتزام الاصلي بطل التعويض الاتفاقي ²⁴⁸ .

ب/ التعويض الاتفاقي يعد طريقاً احتياطياً :

التعويض الاتفاقي ليس الا تعويضاً مُستحقاً في حالة عدم التنفيذ أوالتأخير فيه بمقابل من حيث كونه طريقاً احتياطياً ، ويبقى التنفيذ العيني هو الأصل وبناء على ذلك إذا عرض المدين التنفيذ العيني ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بالتعويض الاتفاقي عند عدم التنفيذ .

244 احكام الالتزام : رمضان ابو السعود ، مرجع سابق ص8. ..

245 العقد ولارادة المنفردة ، ابو ذر الفاغفارى ص199 ، / احكام الالتزام : سليمان مرقص ، مرجع سابق ، ص 136 ..

246 الوجيز في النظرية العامة بالالتزام : حسن على الزنون واخر ، مرجع سابق ص1.5 .

247 الوجيز في شرح القانون المدني : السنهورى، مرجع سابق ج1 ، ص7 63 .

248 النظرية العامة للالتزام : نبيل إبراهيم مرجع سابق ، ج2 ، ص67 . احكام الالتزام : رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص83 ..

كما أن الدائن لا يكون ملزماً بقبول التعويض الا في الأحوال التي يتخلف فيها شرط من شروط التنفيذ العيني للالتزام الاصيلي²⁴⁹ وبناءً على ذلك لا يعتبر الالتزام بالتعويض الاتفاقي التزام تخييري أو التزام بدلي فهو ليس التزام تخييري ، لان الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الاصيلي و التعويض الاتفاقي فيطلب تنفيذ أيهما يريد ، بل غير انه الا أن يطلب تنفيذ الالتزام الاصيلي ما دام هذا ممكناً .

وكذلك المدين لا يملك هو أيضاً الخيار وليس له إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الاصيلي ما امكنه ذلك والتعويض الاتفاقي ليس التزام بدلي ، لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الاصيلي اذا كان ممكناً الي تنفيذ التعويض الاتفاقي بديلاً عن الالتزام الاصيلي²⁵⁰ .

سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي :-

الأصل انه اذا تحققت شروط التعويض وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الواقع ، تعين علي القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة او نقصان ، غير أنه إستثناء من هذا الأصل يجوز للقاضي تعديل التعويض الاتفاقي بالتخفيض أو الزيادة²⁵¹ / تخفيض التعويض الإتفاقي :-

يجوز للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي في حالتين :-

الحالة الأولى :

اذا كان التعويض الاتفاقي مبالغاً فيه الي درجة كبيرة ، وهذا هو ما يعبر عنه بالتعويض الاتفاقي الفاحش²⁵² ويقع عبء إثبات هذا علي المدين وعليه هذا الاستثناء أنه إذا محل الالتزام مبلغ من النقود ، فيكون المقصود من التعويض الاتفاقي المبلغ فيه اخفاء فوائد ربويه بتعين تخفيضها الي الحد القانوني .

249 النظرية العامة للالتزام : نبيل ابراهيم ، مرجع سابق ج2 ص 73.72 ..

250 الوجيز في شرح القانون المدني : السنهوري مرجع سابق ج1 ص 263 ، الوجيز في النظرية

العامة للالتزام : حسن علي الزنون واخر ، مرجع سابق ج2 ص 1.6.1.5 .

251 النظرية العامة للالتزام : أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص35. . .

252 أحكام الالتزام : مصطفى الجمال ، مرجع سابق ، ص25. . .

أما إذا كان محل الالتزام من غير النقود ، قد يكون المقصود من هذه المبالغة في التعويض الاتفاقي في ان يكون شرطاً تهديدياً ففي هذه الحالة يكون للقاضي إعادة النظر في تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة²⁵³ .

فالتعويض الاتفاقي ما هو إلا تقدير للتعويض وليس سبباً له ويُقدر على ظروف واعتبارات معينه ، وعلى ذلك إذا اتضح من بعد أن الضرر الذي وقع لم يكن بالقدر الذي ظنه المتعاقدان قبل وقوعه وان تقديرها للتعويض عن هذا الضرر كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة ،فمعنى ذلك أن المتعاقدين قد وقعا في غلط في التقدير أو أن المدين كان مكرهاً جعله يقبل شرط يعلم مقدماً انه كان مجعماً له²⁵⁴ .

الحالة الثانية :

إذا قام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً جزئياً قبله الدائن وإن لم يتضرر منه فيتم التعويض الاتفاقي بنسبة ما تم تنفيذه²⁵⁵ .

• زيادة التعويض الاتفاقي :

إذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن الضرر الواقع ، فتجرى عليه أحكام شرط أن يحكم بالتعويض الاتفاقي في هذه الحالة ولو كان يقل في مقداره عن الضرر الواقع ، وطبيعي أن هذه الإرادة لا يعتد بها الا بالنسبة للخطأ العادي ، وهو المتضرر ، فإن تجاوز الخطأ هذه الدرجة بأن لجأ المدين الى الغش أو ارتكب خطأ ، وعلى الدائن إثبات ذلك ، وقع الاتفاق باطلاً وتعين على القاضي تقدير التعويض بما يتفق والضرر اللاحق بالدائن²⁵⁶ .

أما شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية ، فهو شرط باطل ، والعلة في هذا البطلان أن أحكام المسؤولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام²⁵⁷ .

وهذا ما نص عليه القانون السوداني حيث قرّر (يقع الفعل باطلاً كل شرط أو نص يقضى بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار)²⁵⁸ .

253 النظرية العامة للالتزام : أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص325 . .

254 أحكام الالتزام : رمضان ابو السعود : مرجع سابق ص87 . .

255 احكام الالتزام : سليمان مرقص _ مرجع سابق ص146 . .

256 الوجيز في شرح القانون المدني : السنهورى ، مرجع سابق ، ج1 ص869 . النظرية العامة للالتزام : أنور سلطان ، مرجع سابق ص354 . .

257 مصادر الالتزام : نبيل إبراهيم واخر : مرجع سابق ص272 . .

اما القانون المصري فقد نص في المادة (2/217 مدنى) على أنه يقع باطلاً كل ما يقضى بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع²⁵⁹ .

وبناء على ما سبق يتبين أنه لا يجوز للقاضي زيادة التعويض الاتفاقي في المسؤولية العقدية إذا كان يقل عن الضرر الواقع إلا إذا أثبت الدائن أن المدين لجأ إذا ارتكب خطأ جسيماً ، أما في المسؤولية التقصيرية فيجوز للقاضي زيادة التعويض إذا كان يقل عن الضرر الواقع لأن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الإعفاء أو التخفيف منها .

3 /عدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي :

لا يجوز للدائن أن يجمع بين التنفيذ العيني للالتزام و التعويض الاتفاقي إلا اذا كان التعويض الاتفاقي نتيجة للتأخر في تنفيذ للالتزام أما اذا كان التعويض الاتفاقي نتيجة لعدم التنفيذ العيني للالتزام فلا يجوز الجمع في المطالبة بينه وبين التنفيذ العيني ، لان التعويض الاتفاقي في هذه الحالة يكون بديلاً عن التنفيذ العيني للالتزام ، أما التعويض الاتفاقي عن التأخير ، فلا يمنع من المطالبة به مع المطالبة بالوفاء العيني²⁶⁰ .

من خلال ما تقدم يظهر إتفاق القانون السوداني والمصري علي التعويض الاتفاقي ، ولكن يبدو الفارق واضحاً بين القانون المصري والقانون السوداني و ذلك في نص القانون المصري علي سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة والنقصان الأمر الذي لم ينص عليه القانون السوداني ، كما أن القانون السوداني جعل التعويض الإتفاقي شاملاً للمسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية بينما قصرها القانون المصري علي المسؤولية العقدية.

ثالثاً : الفوائد :

258 المادة (158) من قانون المعاملات المدينة لسنة 1984 هـ .

259 الوسيط : السنهاورى ، ج1 ص828 . .

260 النظرية العامة للالتزامات : يس محمد يحي ، مرجع سابق ج2 ص 39 ، أحكام الالتزام :

سليمان مرقص ، مرجع سابق ص 48 . .

لم ينص القانون السوداني علي هذا النوع بسبب التزامه بالفقه الإسلامي الذي حرم الربا²⁶¹ حيث قرر: (لا تحكم المحكمة بالفائدة بأي حال من الاحوال)²⁶².

أما المشرع المصري فقد نص عليه في المواد التالية : -

تنص المادة (226) مدني علي : (إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوماً وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن علي سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية و تسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية لها ، إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخ آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون علي غيره²⁶³ وتقضي المادة (1/227) مدني : (يجوز للمتعاقدين أن يتفقا علي سعر آخر للفوائد سواء كان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في ايه حالة أخري تشترط فيها الفوائد ، علي الا يزيد هذا السعر علي سبعة في المائة . فإذا أتفقا علي فوائد تزيد علي هذا السعر وجب تخفيضها الي سبعة في المائة ، وتعين رد ما دفع زائداً علي هذا القدر²⁶⁴.

وتنص المادة (228) مدني علي : (لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية او إتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير)²⁶⁵.

وتنص المادة (229) مدني علي : (إذا تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقة ، في إطالة أمر النزاع ، فللقاضي أن يخفف الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية ولا يقضي بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر)²⁶⁶.

وتنص المادة (231) مدني علي : (يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الي الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذي يتجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية)²⁶⁷.

261 في اللغة من ربي يربو وهو الزيادة شرعاً هو كل كل زيادة مشروطة في العقد خاليه عن عوض مشروط ، وهو نوعان ، ربا النسبئة ويعنى الزيادة ، و ربا الفضل ويعنى بيع الشئ من الأموال الربوية بحسنه متفاضلاً _ معجم لغة الفقهاء ، محمد رواس واخر ، مرجع سابق ، ص218 . .

262 قانون الاجراءات المدنية لسنة1983م .

263 المسؤولية المدنية : عز الدين الديناصوري ، مرجع سابق ص975 . .

264 أحكام الالتزام : رمضان أبو السعود مرجع سابق ص9 . . .

265 شرح القانون المدني : السنهوري ، مرجع سابق ج1 ص781 . .

266 النظرية العامة للالتزام : أنور سلطان ، مرجع سابق ص373 . .

تعريف الفوائد (التعويض القانوني):-

هو التعويض التأخيري الذي يتولى القانون تقديره إجمالاً ، كما في الفوائد التي تستحق عن مجرد التأخر في الوفاء ، بغير حاجة الي أن يثبت الدائن وقوع ضرر له ، اذ أن الضرر مفترض في الديون النقدية ، للحرمان من استثمارها إقتصادياً²⁶⁸ .

اذا كان الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فهذا الالتزام قد يكون مصدره عقداً ، وهو الغالب كالإلتزام المشتري بدفع الثمن واللتزام المستأجر بدفع مبلغ الأجرة ، أو أن يكون مصدره العمل الضار بالالتزام المسؤول بدفع التعويض الي المضرور .

فالتعويض في الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يثور أمره عن عدم التنفيذ وإنما يثور موضوع التعويض عن التأخر في التنفيذ ويكون التعويض عندئذ في شكل فوائد²⁶⁹ .

إفتراض القانون تحقق الضرر في هذه الفوائد إفتراضاً غير قابل لاثبات العكس بمجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام ونكول المدين عن هذا الوفاء²⁷⁰ .

انواع الفوائد :-

يستحق علي الالتزام بأداء مبلغ من النقود نوعان من الفوائد هما :-

1/ فوائد التأخير:-

هي تمثل التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود عند الأجل المحدد لوفائه ، وهي تقدر علي أساس نسبة مئوية من راس المال تحتسب سنوياً²⁷¹ .

فوائد التأخير قد يتولي الطرفان تحديد نسبتها بالإتفاق ويطلق عليها فوائد التأخير الاتفاقية ، لكن إذا لم يحدد الطرفان فائدة تستحق كتعويض عن التأخير فالقانون يجيز للدائن أن يطالب المدين بفائدة عن التأخير بالسعر الذي يحدده القانون ، وتلك هي فوائد التأخير القانونية²⁷² .

267 نظرية الالتزام : مصطفى الجمال ، مرجع سابق ص255.256 ..

268 التعسف في استعمال الحق : حسين عامر ، مرجع سابق ، ص634 ..

269 أحكام الالتزام : رمضان أبو السعود مرجع سابق ص91 ..

270 أحكام الالتزام : مصطفى الجمال ، مرجع سابق ص255 ..

271 النظرية العامة للإلتزام : نبيل إبراهيم ، مرجع سابق ج2 ص86 ..

272 أحكام الالتزام : رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ص92 ..

وهي تستحق مقابل إنتفاع المدين بمبلغ لمدة معينة ، وهي مدة الأجل وتقدر بنسبة مئوية من راس المال تحتسب سنوياً وهذه الفوائد لا تكون الأ إتفاقية²⁷⁴

3/ شروط إستحقاق الفوائد :

تتقسم شروط استحقاق الفوائد إلي قسمين هما :

أولاً : شروط إستحقاق فوائد التأخير :

يشترط لأستحقاق فوائد التأخير توافر الشروط التالية :

أ/ أن يكون محل الإلتزام مبلغاً من النقود :

يشترط أن يكون محل الإلتزام مبلغاً من النقود وحتى يمكن أن يستحق عليه فوائد ، وإذا كان محل الإلتزام شيئاً اخذ غير النقود كتسليم سيارة فلا محل لدفع فوائد .

ب/ تأخير المدين في الوفاء :

يشترط أن يتأخر المدين في الوفاء بمبلغ النقود عند حلول الأجل المحدد ، فاذا لم يحل الأجل المحدد للوفاء فلا يستحق الدائن فوائد تأخير .

ج/ المطالبة القضائية :

يشترط أن يطالب الدائن المدين بها قضائياً ، أى أن يقيم دعوى أمام القضاء لمطالبه بها ، وتسرى هذه الفوائد إعتباراً من تاريخ رفع الدعوى بالمطالبه بهذه الفوائد²⁷⁵ .

ثانياً : شروط إستحقاق الفوائد الإستثمارية :

شروطها الإتفاق ، فالمدين لا يلزم بالفوائد الإستثمارية إذا لم يكن هنالك إتفاق عليها المفترض لا يدفع فوائد إستثمارية عن مبلغ الغرض إلا إذا إتفق على ذلك الدائن والمدين

276

273 النظرية العامة للإلتزام : رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ص 92 . .

274 النظرية العامة للإلتزام : نبيل إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 68 . .

275 النظرية العامة للإلتزام : يسن محمد يحيى ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 41 ، 40 . أحكام الألتزام

: رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ص 92 . ، أحكام : سليمان مرقص مرجع سابق ص 169 . .

276 النظرية العامة للإلتزام : نبيل إبراهيم ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 92 . ، الوسيط : السنهورى ،

مرجع سابق ، ج 2 ، ص 842 . .

مقدار التعويض :

يقتضى سعر الفائدة ، وقد تدخل القانون مُحددًا السعر القانوني للفوائد ، واضعاً حداً للاتفاق والسعر القانوني للفوائد التأخيرية فيجب ألا يزيد عن أربعة في المائة في المسائل المدنية ، وخمس في المائة في المسائل التجارية ، إذا السعر الإتفاقي للفوائد التأخيرية فيجب ألا يزيد على أربعة في المائة سواء في المسائل المدنية أو التجارية أما سعر الفوائد الإستثمارية فليس لها إلا سعر واحد وهو السعر الإتفاقي وهو سبعة في المائة²⁷⁷

• سُلطة القاضى في تعديل قيمة الفوائد :

أجاز المُشرّع المصرى للقاضى أن يُعدّل قيمة الفوائد سواء كانت إتفاقية أو قانونية أو تخفيضها أو زيادتها فيجوز للقاضى أن يخفض من قيمة الفوائد المُتفق عليها أو التى نص عليها القانون ولا يقضى بها إذا كان الدائن قد تسبب وهو يطالب بحقه في أطالة أمر النزاع إضراراً ومن جهة أخرى يجوز للقاضى أن يزيد من قيمة الفوائد إذا أثبت الدائن أن المدين قد قصد بسؤ نية في إحداث ضرر أصابه يجاوز قيمة الفوائد ، وتكون هذه الزيادة بمثابة تعويض تكميلى يُضاف الى الفوائد²⁷⁸ .

أما بالنسبة للتعويض في الفقه الإسلامى فقد قرّرت الشريعة الإسلامية مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الأحرين وأنفسهم وجبراً للضرر وقمعاً لعدوان ، وزجراً . وذلك في مناسبات كثيرة في القرآن الكريم والسنة النبوية²⁷⁹ وفيما يلي أمثله على ذلك : -
أولاً القرآن الكريم :

1/ قوله تعالى : (ومن إعتدى عليكم فعتدوا عليه بمثل ما أعتدى عليكم)²⁸⁰ .

277 أحكام الالتزام : رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ص 98 . ، أحكام الالتزام : مصطفى الجمال ، مرجع سابق ص 256 . .

278 النظرية العامة للالتزام : يسن محمد يحيى ، مرجع سابق ، ج 2 ص 42 . ، أحكام الالتزام : سليمان مرقص ، مرجع سابق ، 167 ، الوجيز فى شرح القانون المدنى : السنهورى ، مرجع سابق ج 1 ص 885 . .

279 نظرية الضمان : وهبة النجلى ، مرجع سابق ، ص 16 . .

280 سورة البقرة الآية (194) .

وفي هذه الآية سُمى الجزاء إعتداءً لأنه ممثلة في الجنس وقدّر الاستحقاق على ماوجبه فسمى بإسمه على وجه المجاز²⁸¹ ، والقصد أن يكون الجزاء على قدر الإعتداء بلاجيف ولاظلم²⁸² .

2/ وقوله تعالى : (وجزاء سيئة سيئة مثلها)²⁸³ .

ومن الآية إنما يجازى السيئة بمثلها²⁸⁴ ، أى يجب ترد السيئة بمثلها من غير إعتداء على مقدار ما فعل به²⁸⁵ .

3/ وقوله تعالى : (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به)²⁸⁶ والمعنى إن صنع بكم صنيع فقابلوه بمثله ولا تزيدوا عليه²⁸⁷ لان الله تعالى يأمر بالعدل في إستيفاء الحق فإن أخذ منكم رجل شيئاً فخذوا منه بمثله²⁸⁸ .

4/ قوله تعالى (وداود وسلمان إذ يحكمان إذ نفثت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين)²⁸⁹ .

الحدث هو إثارة الأرض وثقليب التربة ، لتكون صالحة للزراعة . في الآية السابقة قصة خصومة بين طرفين إحتكما الى سيدنا داوود عليه السلام رجل عنده زرع وأحد عنده غنم ، فالغنم شردت في غفله من صاحبها فأكلت الزرع فأثتكى صاحب الزرع

281 أحكام القرآن ، أبو بكر الرازى الجصاص ، دار أحيا التراث ، بيروت ط(بدون) (14.5) هـ ج1 ص325 ..

282 تفسير المنار : محمد رشيد بن على بن رضا ، الهيئة المصرية العامة لكتاب ، ط (بدون) (199) . ج2 ص171 ..

283 سورة الشورى الآية (4) .

284 الوجيز فى تفسير الكتاب العزيز ، أبو الحسن على بن محمد بن على الواحدى ، دار القلم ، دمشق ، ط(1) (1415) ص967 ..

285 الجامع لأحكام القرآن ، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبى بكر بن الفرج الأنصارى القرطبى ، دار الكتب المصرية القاهرة ، ط(2) (1384 هـ) ج1 ص4 ..

286 سورة النحل الآية (127) .

287 تفسير النسفى _ أبو البركان عبد الله بن أحمد حافظ الدين النسفى ، دار الكلام الطيب _ بيروت (ط1) (1419 هـ) ج2 ص242 ..

288 تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير ، مرجع سابق ، ج2 ، ص613 ..

289 سورة الأنبياء الآية (78) .

صاحب الغنم لسيدنا داؤود عليه السلام ، فحكم في هذه القضية بأن يأخذ صاحب الزرع الغنم وربما وجد سيدنا داؤود عليه السلام الزرع الذى أتلفه الغنم يساوى ثمنها .
 فحينما خرج الخصمان لقيهما سليمان عليه السلام ، وعرف منهم حكم أبيه في هذه القضية ، فقال : (غير هذا أرفق بالفريقين) سأل أبيه ما الرفق بالفريقين ؟ قال سليمان عليه السلام تعطى الغنم صاحب الزرع يستفيد من لينها وأصوافها ، وتعطى الأرض لصاحب الغنم يُصلحها حتى تعود كما كانت ، ساعتها يأخذ صاحب الغنم غنمه ، وصاحب الزرع زرعه ²⁹⁰ .

وفي هذه القصة حكم سيدنا داؤود عليه السلام بقيمة المتلف وبما أنه وجد الغنم بقدر القيمة ، فدفعها الى صاحب الحرث ، لأنه لم يكن لصاحب الغنم مال ، أو يتعذر بيعها ورضى بتسليمها ، ورضى صاحب الحقل بأخذها بدلاً عن القيمة .
 وأما سيدنا سليمان عليه السلام ففضى على صاحب الغنم بدفع المثل ، بأن يعمرّ البستان حتى يعود كما كان ²⁹¹ .

من خلال العرض السابق للآيات يتضح أن الفقه الإسلامى حرّم الإعتداء على أموال الآخرين ، وإذا وقع الإعتداء وجب تعويض الضرر الذى يسببه الإعتداء ، بشرط أن يُقدر التعويض بقدر الضرر الذى حدث من غير زيادة ولا نقصان ، وهذا هو التعويض القضائى

ثانياً : السنة النبوية :

عن أنس ²⁹² قال (أهديت بعض أزواج النبی صلى الله عليه وسلم الى النبی صلى الله عليه وسلم طعام في قصفه ²⁹³) فضربت عائشة ²⁹⁴ القصفه يدها ، فأتلفت ما فيها فقال النبی صلى الله عليه وسلم (طعام بطعام وإناء بإناء) ²⁹⁵ .

290 تفسير الشعراوى ، محمد متولى الشعراوى ، مطابع أخيار اليوم ط(بدون) 1997م _ ج 5 صد9599 ، تفسير البيضاوى _ ناصر الدين أو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازى اليبضاوى ، دار أحياء التراث العربى ، بيروت ، ط(1ط) (1418هـ) ج4 صد57 ، تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير ، مرجع سابق ، ج5 ، 355 .

291 نظرية الضمان : وهبة النجلى ، مرجع سابق صد89 . .

292 أنس ابن مالك بن النصر بن ضمضم بن زيد حرام بن جندب بن عامر بن غنم غندى البخارى أبو حمزة وأمه أم سلمه بنت ملحان الأنصارية صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو غلام

(طعام بطعام وإناء بإناء) معناها القيمة بضمن بمثله ولا يضمن القيمة إلا عند عدّم المثل ، وإن المثل يضمن بمثله (296 .

وهذا المعنى ورد في قاعدة فقهية (المثلى مضمون بمثله والمنقوم بقيمته) 297 .

المثلى ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت بين أجزائه يمتد به ، وما لا يكون كذلك فهو قيمي 298 والقيمي ماليس له مثل في الأسواق 299 وعرف أيضاً بأنه (ماليس له مثل في الاسواق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة) ومثال المثلى القمح ومثال القيمي الدار 300 .

يستفاد مما سبق عدة أمور منها :

أ/ وجوب التعويض عند الضرر .

بخدمة وكان أحد الرماه المصيبين وروى عنه (2286) حديثاً ودعا له رسول صلى الله عليه وسلم بكثرة المال والولد الى قبض ثم رجع دمشق ومنها البصره فمات فيها وهو آخر من مات بالبصرة من الصحابة ، أسد الغابه إبن الأثير ، مرجع سابق ج 1 ص 152 . الإستيعاب فى معرفة الأصحاب ، أبو عبيده يوسف بن عبد الله ، مرجع سابق ج 1 ص 1.9 . الإعلام الزوكلى مرجع سابق ج 2 ص 52 ، 26 . .

293 القصفة هو قدراً أو ماعون ، المزهرة فى علوم الفقه وانواعها _ عبدالرحمن بن أبى بكر جلال الدين السيوطى ، دار الكتب العلميه بيروت ط(1) (1418 هـ) ج 1 ص 331 . .

294

295 سسن الترمزى ، الترمزى ، مرجع سابق ، كتاب الاحكتم باب ما جاء فمين يكسر الشى له من مال الكاسر ، رقم الحديث (1359) ج 2 ص 632 . المتقى من السنن المسنده : أبو محمد عبد الله بن على الجادور ، مؤسسة الكتاب الثقافيه بيروت ط(1) (14.8 هـ) كتاب الطلاق ، بأب ما جاء فى الاحكام وقما الحديث (1.22) ص 55 . .

296 الأحوزى بشرح جامع الأحوزى أبو العلاء محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم ، دار الكتب العلميه بيروت ط(بدون) ج 4 ص 1.2 . .

297 الأشباه والنظائر ، السبكي ، مرجع سابق ج 1 ص 46 . . .

298 مجمع الأنهر فى ملتقى الابحر ، عبد الرحمن بن محمد ، دار إحياء التراث العربى _ ط(بدون) ج 2 ص 456 .

299 دار الحكام شرح غرر الاحكام _ د. محمد بن فرامدز _ مرجع سابق ج 2 ص 262 . .

300 نظرية الضمان : وهبه النجلى ، مرجع سابق ص 92 ، 93 . .

ب/ أنواع التعويض العيني ، والنقدي ، فالعيني هو المثلي ، والنقدي هو القيمي وهذا أيضاً ما قرر في حكم سيدنا سليمان وداوود عليه السلام على أن يقدر التعويض بمقدار الضرر من غير زيادة ولا نقصان وذلك واضح من قوله عليه الصلاة والسلام (طعام بطعام وإناء بإناء) وهذا هو التعويض القضائي .

فيما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (على اليد ما أخذت ثم تؤدى)³⁰¹ .
معنى الحديث يجب على الإنسان رد ما أخذت يده من مال غيره الى مالكه)³⁰² .
ورد نفس المعنى في القاعده الفقهيّة (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)³⁰³ أى من اخذ شى بغير حق كان ضامناً له ولا تبرأ ذمته حتى يرده)³⁰⁴ يظهر مما تقدم على الشخص رد الحق الى أهله ، وأذا هلك عليه ضمانه يجب به التعويض

ج/ فيما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)³⁰⁵ .

فالمسلمون ثابتون على شروطهم لا يرجعون عنها إلا شرط باطل وهو الشرط الذى يحل الحرام ويجرم حلالاً³⁰⁶ .

كذلك فيما يتعلق بشروط القاعده الفقهيّة (يلزم مراعاة الشروط بقدر الإمكان)³⁰⁷ .

301 سنن أبى داود مرجع سابق كتاب البيوع رقم الحديث (3561) ج3 ص296 . _ سنن الترمزى ، مرجع سابق - كتاب البيوع ، باب ماجاء فى العادية موداه رقم الحديث (1266) ج3 ص558 . .

302 الاحوزى ، أبو العلاء محمد بن عبد الرحمن ، مرجع سابق ج4 ص42 . .

303 شرح القواعد الفقهيّة : أحمد محمد الزرقا ، مرجع سابق ص484 . .

304 الوجيز فى شرح إيضاح القواعد الفقهيّة : محمد صدقى ، مرجع سابق ص372 . .

305 الترمزى مرجع سابق كتاب الأحكام باب مانكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الصلح بين الناس ج2 ص626 . المستد الأعلى الصحيحين أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله محمد ، دار الكتب العلمية بيروت _ كتاب الاحكام باب (بدون) رقمالحديث (7.59) ج4 ص113 . .

306 الأحوزى : أبو العلاء محمد بن عبد الرحمن مرجع سابق ج4 ص487 . .

307 قواعد الفقه : محمد عميم الإحسان المجددى البركتى ، دار الصدف كراتش ط(1) (14.7) هـ ص43 . .

أن الشرط يلزم مراعاته بالوفاء به بقدر الإمكان ومازاد عن الطاقة فلا يجب مراعاته ولا إعتباره ، والأصل في الشروط إعتبارها ما أمكن³⁰⁸

يستفاد مما سبق تنفيذ الشرط ما أمكن ، وهذا الشرط قد يكون جزائى مما يؤدي الى التعويض الإتفاقي .

ما رواه عمر بن العاص³⁰⁹ هو أمير مصر أنه قال لرجل يا منافق فأتى عمر بن الخطاب³¹⁰ فكتب عمر الى عمر بن العاص : إن أقام البينه عليك جلدتك تسعين فنشد فأعترف عمرو حيث شهد عليه زعموا أن عمر قال لعمرو أكذب نفسك على المنبر³¹¹ يستفاد من الحديث السابق أن التعويض قد يكون غير نقدى وذلك يظهر في قول سيدنا عمر بن الخطاب ب (أكذب نفسك على المنبر) فهو بمثابة النشر في الصحف .

308 شرح القواعد الفقهية : أحمد الزرقا _ مرجع ابق ص 419 ، 42. - الوجيز فى إيضاح القواعد الفقهية : محمد صدقى ، مرجع سابق ص 85 . .

309 أبو عمر بن العاص بن وائل بن هشام بن سعيد السهمى القرشى وأمه النابغه بنت حرملة سبيه من بنى جلان بن عنزه ولد سنة 5. ق وأحد عظماء العرب ودهاتهم وأولى الراى والحزم والمكيدة فيهم كان فى الجاهلية من الأشد على الإسلام وأسلم فى الهدنه بين على ومعاويه كان مع معاويه فولاه مصر وتوفى فى القاهرة سنة 43 هـ _ 644 م _ الاستيعاب فى معرفة الأصحاب ، الطبقات الكبرى ، بن سعد ، دار الكتب العلميه ، بيروت ط(1) (141. هـ) ج 7 _ الإعلام الزركلى ، مرجع سابق ج 5 ص 79 . .

310 عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رياح بن عبد الله القرشى العدوى ، وأمه جنتمه بنت هشام بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم ولد سنة 4. ق. هـ _ 584 م ثانى الخلفاء الراشدين واول لقب بأمير المؤمنين ، الشجاع الحازم صاحب الفتوحات بضرب يعد له المثل كان فى الجاهلية من أبطال قريش وأشرفهم ، وهو أحد الهرمين الذين كان النبى صلى الله عليه وسلم يدعو ربه أيام خالفته ثم فتح الشام والعراق والفرس والمدائن ومصر والجزيرة وهو أول من وضع للعرب التاريخ ، قتله أبو لؤلؤه الفارسى سنة 23 هـ ، 644 م ، الاعلام الزركلى ، مرجع سابق ج 5 ص 45 ، 46 . .

311 المصنف ، أبو بكر عبد الرزاق نافع الحميدى ، المتب الإسلامى بيروت ، ط(2) (14.3) هـ) ، كتاب الطلاق ، باب القول رقم الحديث (13743) ج 7 ص 427. ، كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال مؤسسة الرسالة ط(5) (14.1 هـ) كتاب الحدود باب أنواع الحدود ج 5 ص 564 . .

فيماورى (أن رجلاً أتى عمر بن عبد العزيز فقال : زرعت زرعاً فمر به جيش من أهل الشام فأفسدوه فعوضه عشرة الف).

المبحث الثالث

عدم سماع دعوى التعويض

المطلب الأول : عدم سماع دعوى التعويض في الفقه :

للحديث عن عدم سماع الدعوى في الفقه الإسلامي فإن ذلك يتم من خلال معرفة أثر تقادم الحقوق في الفقه الإسلامي ، وهل يؤدي ذلك الى عدم سماعها ، وذلك أنتقال الحق في التعويض الى الورثة من خلال فرعين على النحو التالي :

أولاً : عدم سماع دعوى التعويض :

إذا ثبت الحق للمتضرر ، ثم مضت مدة ولم يُطالب بحقه ، فهل يسقط حقه شرعاً بمضى المدة ؟

وبمعنى آخر : هل يؤدي تقادم الحقوق في الفقه الإسلامي الى إسقاطها ؟

وقبل الإجابة على هذا السؤال ، لابد من الإشارة الى الأساس التي تشيد عليه فكرة التقادم وهو عدة إعتبارات عملية ، يُمثل كل واحد منها المصلحة العامة من وجه ، ولعل أهمها مصلحة إستقرار التعامل ولنا أن نتصور مجتمعاً تخلف نظمه الشرعية من نظام خاص لندرك الى أي مدي يتزعزع فيه التعامل ويضطرب .

فنظام التقادم يعنى من له حق في التعويض كالمدين أو ورثته عن حفظ وثائق المخالصات فيما وفاه من ديون أكثر من مدة التقادم التي حددها القانون التي تأخذ بفكرة التقادم عادة ، لان الزمن نفسه يصبح وثيقة في يده ، وشاهداً له ، فلا يبقى للدائن أو ورثته حق المطالبة الى مالا نهاية . هذا بخلاف أن سكوت من له الحق في التعويض مدة طويلة عن المطالبة بحقه يحمل في طياته دلالة على أنه إستوفاه ، أو أبدأ المسؤول منه ، وإلا لما أهمله هذا الإهمال³¹² ، فإن بعد مضي هذه المدة الطويلة مستحقاً لسقوط حقه من حماية النظام له ، وذلك لعدم الإطمئنان الى معرفة الحقيقة بل طول الزمن ، وإما جزاء إهماله حقه فصاحب الحق إذا ترك ترك .

ويجدر التنبيه الى أن التقادم ، أو مضي المده ، أو وضع اليد لا يعتبر في الشريعة الإسلامية سبباً صحيحاً من أسباب كسب الحقوق ، فلا يجوز لأحد أن ياخذ مال أحد بلا سبب شرعي ، فمن أخذ دون إذن منه يُعتبر غاصباً ، وإنما هو فقط مانع للقاضي من

312 المنتهى : عبد العزيز محمد : دعاوى التعويض الناشئة عن المسؤولين التصيرية والعقدية

وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري ج 1 ص 317

سماع الدعوى بالحق ، حماية لمبدأ الإستقرار في الأوضاع الحقوقية ، وتجنباً لأثار المشكلات في الإثبات ونحوه ، وذلك لأن القضاء في الإسلام مظهر لحق ولا مُثبت له ، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانته مرور وتقدم العهد ، لان مبدأ الإسلام العام هو إحترام ملكية الأموال لأخرين ، إلا أن القضاء مع هذا يقبل التخصيص بالزمان والمكان والخصومة ، وبناء عليه يصح للحاكم العام منع القاضي من سماع دعوى على شخص مضى على وضع يده مدة طويلة ، فيعتبر قضاء القاضي بعدئذ غير نافذ ³¹³ .

وقد ذهب الحنفية الى أن مدة تقادم المانعة من سماع الدعوى هي ثلاثاً وثلاثون سنة ، وقبل إن مؤخرهم قدروها بست وثلاثون سنة ، ومنهم من قدروها بثلاثين سنة . وقد أفتى الحنفية أيضاً بمنع القاضي من سماع الدعوى بعد مرور خمس عشره سنة ، إلا في الوقف والأرث ، تبعاً لأمر السلطان .

ذكر ابن نجيم في البحر الرائق : قال ابن الفرس وفي المبسوط رجل ترك الدعوى ثلاثة وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الدعوى ثم ادعى لم تسمع دعواه لانترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهر وقد مانفهم ان القضاء الباطل يسقط الحق بمضي سنتين لكن في المبسوط لا يخالفه فإنه ليس فيه قضاء بالسقوط وإنما فيه عدم سماعها ³¹⁴ .

وقال ابن عابدين في العقود الدرية لكن أفتى المتأخرون بذلك فيما بعد ثلاثين سنة ³¹⁵ . وذكر الحموري في حاشية على الأشباه والنظائر لابن نجم " الحق لا يسقط بتقدم الزمان ، قذفاً أو قصاصاً أو لعاناً أو حقاً للعبد ، كذ في لعان الجوهرة ، قال المصنف رحمة الله في كتاب الدعوى في آخر باب التحالف : قال ابن الفرس مانصه في المبسوط : رجل ترك الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة بلا مانع لا تسمع ثم قال وقد افتيت بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشر سنة ³¹⁶ .

313 وهبه النحلي : نظرية الضمان ، مرجع سابق ، ص 1.2 . .

314 ابن نجيم : زين الدين بن إبراهيم بن محمد : البحر ارائق شرح كنز الدقائق ج 7 ص 386 ، 387 . .

315 ابن عابدين : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز : العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامديه (دار المعرفة بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ج 2 ص 3 ، 4 . .

316 ابن عابدين : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز : العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامديه ج 2 ص 4 . .

وقد بين عابدين " ثم اعلم انه نقل العلامة ابن الفرس عن المبسوط : إذا ترك الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة ولم يكن مانع من الدعوى ثم ادعى لا تُسمع دعواه لان ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهر وقال المتأخرون من أهل الفتوى : لا تسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة ، إلا أن يكون المدعى غائباً أو صبيّاً أو مجنوناً ليس لهما ولى ثم علم عدم سماعها ليس مبيناً على بطلان الحق ، حث يرد أن هذا قول مهجور ، لانه ليس حكماً ببطلان الحق ، وإنما هو إمتناع من القضاء عن سماعها خوفاً من التزوير والدلالة الحال كما دل عليه التحليل ، والآ فقد قالوا : أن الحق لا يسقط بالتقادم .

ومن الواضح أن المالكية يميزون في مدة التقادم المانعه من سماع الدعوى بين الأقارب من جهة ، وغير الأقارب من جهة أخرى ففي الأقارب يقول الأمام مالك إن مدة التقادم هي خمسون سنة ، أما في غير الأقارب فلم يؤثر عنه نص صريح في هذه المدة واجتهد فقهاء المالكية فقدها بعشر سنوات ، قال آخرون من ثمانية الى عشر سنوات .

وأما الشافعية فلم يعرف عنهم أى تحديد لمدة التقادم، وأفتى المتأخرون منهم بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشر سنة ، تبعاً لأوامر ولاية الأمر .

وقال العجلى : "أفتى أن الحق إذا مضى عليه خمس عشرة سنة لا تسمع به الدعوى لمنع ولى الأمر القضاة من ذلك فلم يجد صاحبه قاضياً يدعيه عنده ³¹⁷ .

وأما الحنابلة فإنه لم يؤثر عنهم نص صريح في تحديد مدة مُعينه لتقادم ونقلت ببعض كتب المذهب الحنفي أن فقهاء الحنابلة المتأخرون أفتوا بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشر سنة .

وقد ثبت أن المتأخرين من حكام المسلمين أمروا قضاتهم بعدم سماع الدعوى بعد مضى خمس عشر سنة ، إلا في الأثر والوقف ، وعدم وجود عذر شرعي .

وبالتالي فإن التقادم في الشريعة الإسلامية يُعتبر مانعاً من سماع دعوى التعويض ويُلاحظ أن التقادم في القانون على بثلاث أقسام تقادم مكسب ، ومسقط ، وتقادم مانع ، أما في الفقه الإسلامى فإن التقادم مانع فقط ، فالأنظمة تعتبر بعضاً من أنواع التقادم سبباً من أسباب كسب الملكية بشكل خاص ، وسائر الحقوق بشكل عام وهذا هو التقادم المكسب ، وفي المُقابل له التقادم المُسقط ، فهو سبب من أسباب سقوط الملكية بشكل

317 العجلى ، سليمان بن عمر بن منصور ، حاشيه سليمان الجمل على شرح المنهج ج5

خاص ، وسائر الحقوق بشكل عام وهذا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحة ، وبالتالي فإن الشريعة الإسلامية لا تتفق مع الأنظمة إلا في التقادم المانع .

ثانياً : إنتقال الحق في التعويض الى الورثة :

مامن ضرر إلا وله سبب ، وسبب الضرر المادى هو ذلك الحدث الذى الحق الضرر بالمضرور خساره مالىه ، أو أدى الى إتلاف عضو من أعضاء الجسد ، أو أى ضرر مادى يُصيب الشخص يمكن فيها لو توفى قبل إستفائه أن ينتقل الى ورثته الشرعيين . حيث يُحق لهؤلاء مُطالبة المسؤول أو الجهة المسؤولة عنه ولو قضاءً إذا لزم الأمر وهم يفتسمونه وفقاً لحصصهم الإرثيه في تركه المضرور (المورث) وهذا أمر واضح لا إشكال ولا خلاف فيه ، ومن ثم فلا حاجة الى التذليل عليه ، أو الى إثباته .

ولكن الإشكال يثور فعلاً فيما يتعلق بالضرر المعنوى ، فالضرر المعنوى ينشأ أصلاً نتيجة الإعتداء على حق الإنسان في سلامة حياته أو شرفه أو سمعته ، ولذلك كان من حق الذى يقع عليه هذا الإعتداء المطالبه بدفعه عنه ، لانه حق شخصى خالص له ، ولكن إذا توفى هذا المضرور ، فهل ينتقل هذا الحق الى ورثته أم لا ؟

قبل الإجابة على هذا السؤال ، فانه من المناسب معرفة الاقسام الثلاثه للحقوق ، للوقوف من خلالها على ماينتقل منها بالإرث وما لا ينتقل .

فالقسم الأول : الحقوق الخالصة لله تعالى: وتُنسب الى الله جل وعلا لعظم خطرها وشمول نفعها ، فهى حقوق لا تُورث ، كالعبادات والحدود ماعدا القذف على خلاف مافيه

القسم الثانى : الحقوق الخالصة للعبد ، وهى متعلقه بالعبد وحده ويقصد منها حماية مصلحة العبد الشخصية ، كحق المالك في ملكه ، وحق الشخص في بدل ماله المتلف وفي إسترداد المال المغصوب ، وهذه حقوق يجوز لصاحبها التنازل عنها ، وإسقاطها بالعفو ، أو الصلح .

القسم الثالث : الحقوق المُشتركة بين الله والعبد ، ويلحق بأحد القسمين الأول أو الثانى بحسب غلبه الحق فيه ، فإن كان حق الله عز وجل وعلا هو الغالب الحق بالقسم الأول ، ومثاله عدم سقوط عدة المُطلقه ولو تنازل عنها الزوج المطلقه لغلبة حق الله فيها ، وإن كان حق العبد فيها الغالب بالقسم الثانى ، ومثاله القصاص الثابت لولى المقتول³¹⁸

إذا عُرف هذا ، فإن الحق بالتعويض الذى يثبت للشخص المضرور نتيجة إصابته بالضرر لا يخرج عن هذين الحقيين ، فإن كان حقاً لله ، أو كان حقاً لله فيه غالباً فلا يورث وإن كان حقاً للعبد ، أو كان حقاً للعبد فيه غالب .

والتعويض عن الضرر الأدبى (المعنوى) عند من يقول به لا يخرج عن كونه مالاً متقوماً أو مجرد حق شخصى في تحريك الدعوى وإن هذا الحق الشخصى نفسه ، ربما يصلح لأن يقوم بالمال من خلال عقد صلح يبرمه صاحب الخق الشخصى من جهة والمضرور من أخرى ، وعندها يصبح مالاً متقوماً لأن ينتقل الى الورثة .

هذا بالنسبة للحق غير المالى، أما إذا كان التعويض عن الضرر مالياً ، سواء أكان الضرر مادياً أو معنوياً ، فلا شك ف إنتقال هذا الحق من المورث الى وارثه بإجماع الفقهاء³¹⁹ .

319 أنظر السرخسى : محمد بن أحمد : المبسوط ، ج5 ، ص113 . ، الكاسانى : أبو بكر بن مسعود : بدائع الصانع فى ترتيب الشرائع ، ج7 ص55 . المذهب فى فقه الإمام الشافعى ج2 ص275 . ، وهبة النجلى : الفقه الإسلامى وأدلته ، ج6 ، ص86 . .

المطلب الثاني : عدم سماع دعوى التعويض في القانون :

والكلام عن عدم سماع الدعوى في القانون ، فإن من المناسب تناول ذلك في قسمين ، الأول عدم سماع دعوى التعويض في القانون والثاني إنتقال الحق في التعويض الى الورثة :

أولاً : عدم سماع دعوى التعويض :

من أهم ما يُميز الأنظمة ، أنها وضعت لتحقيق غايات وأهداف مرجوه ، فهي عبارة عن قواعد تنظم علاقات الأفراد بالمجتمع لتحقيق إستقرار الأوضاع الإقتصادية والإجتماعية والقانونية ولهذا نجد الأنظمة والتشريعات الوضعية التي حملت من مرور مدة معينه إما سبباً لإكتساب الحقوق ، وإما سبباً لإسقاط الحقوق .

ومن جانب آخر فإن النُظم والتشريعات الوضعية لم تترك الحق للمضرور في إقامة دعوى التعويض وقت ماشاء فقيدت الأمر من حيث الزمان فنصت صراحة على مقتضيات نظاميه تجد من سريان ذلك الحق ، كي لا يسرى الى مُدة خير مُحددة .

وبعبارة أخرى فإن من أهم المبادي التي أقرتها النظم والتشريعات الوضعية مبدأ تقادم الحق في التعويض ، الذي قيدت فيه الحق في طلب التعويض ، بمدة زمنية مُحدده يتقادم بتجاوزها الحق ، وإشترط لذلك شروطاً لا بد من توافرها عندما يلزم الأمر .

وأما عن مُدة تقادم الحق في التعويض ، فالثابت أنه يجب على من ينشأ له الحق في طلب التعويض ، إستناداً الى الفعل الضار ، أو عمل غير مشروع من أى نوع ، أن يطلب هذا التعويض قضاءً خلال فتره معينه ، إختلفت الأنظمة الوصفية في تحديدها ، فذهبت القوانين المدنية في معظم الدول العربية والأجنبيه الى تحديدها بثلاث سنوات من تاريخ علم المضرور بالضرر الذى الذى أصابه ، ومعرفته في الوقت نفسه للشخص أو الجهة المسؤوله عن التعويض عن هذا الضرر ، وإلا سقط حقه في المطالبه القضائية ، أما إذا لم يعلم بالضرر ، أو علم به ولم يتمكن من معرفة المسؤول عنه ، فإن حقه في إقامة دعوى التعويض لا يسقط حتى تنقضى خمس عشر سنة من وقت وقوع الضرر ويسقط حقه في طلب التعويض بعد ذلك ، حتى ولو لم تكن قد مضت على علمه بالضرر ومعرفته بالمسؤول مدة ثلاث سنوات ، كأن علم بالضرر أو عرف المسؤول عنه بعد أربع عشرة سنة ونصف من تاريخ وقوع الضرر مثلاً حيث لا يكون لديه فرصة في هذه الحالة إلا

سته أشهر فقط ، وكذلك يسقط حقه في إقامة دعوى التعويض لو لم يعلم بالضرر أو يعرف المسؤول عنه ، حتى إنقضت خمس عشر سنة على تاريخ وقوع الضرر³²⁰ وإذا علم المضرور بوقوع الضرر ، وبالشخص المسؤول أو لأى جهة المسؤوله عن التعويض جراء هذا ، ثم سكت عن حقه ثلاث سنوات دون وجود أى مبرر لهذا السكوت ، ولم يتقدم بدعوى التعويض لمطالبه بجبر الضرر ، فإن ذلك يُعد قرينه على إستفائه لهذا الحق ، وعلى تنازله عنه ، وهذا ما يمنع سمع دعواه بعد ذلك ولكن في حالة عدم توفر الشرطين المذكورين أعلاه ، أو أحدهما ، فإن الدعوى لا تتقدم إلى بمرور الفتره العاديه وهى خمس عشر سنة ، تُحسب من تاريخ وقوع الضرر³²¹ .

ويجدر التنبيه الى مسالة أن التقادم لا يسلب المضرور حقه بسبب التقادم ، وغايه ما يفعله هذا التقادم ، أنه يعطى المسؤول حقاً في دعوى المضرور ، أما ذكرها مرور ثلاث سنوات على الضرر في حالة توفر شرطى المعرفه السابق ذكرها أو بعد مرور خمس عشر سنه على أى حال ، فمتى ما تمسك المسؤول بهذا الحق ، وطلب من المحكمة ردّ دعوى المضرور فله ذلك ، وإن لم يتمسك بهذا الحق وسائر المضرور في دعواه ، فلا تملك المحكمة أن تثير الدفع بهذا التقادم من تلقاء ذاتها .

ثانياً : إنتقال الحق في التعويض الى الورثة :

يتوقف أمر إنتقال الحق في التعويض الى الورثه في القانون ، على معرفه أصل الضرر الذى أصاب المورث المضرور ، فالحكم في هذا الأمر يختلف في الضرر المادى عنه في الضرر الأدبى .

أ _ **حالة ما إذا كان الضرر مادياً** ، وكان المضرور المتوفى قد طالب المسؤول أو الجهة المسؤوله عن التعويض جراء الضرر قبل موته ، فإنه ينتقل حكماً الى الورثه مع

320 النظرية العامه للإلتزام : الشرقاوى ، جميل ، دار النهضة العربيه ، القايره ، مصر 1981م ، ص.5.8 . .

321 حسن على أحمد :التقادم فى المواد المدنيه والتجارية فقهاً وقضاءً (منشأة المعارق ، الإسكندريه ، مصر ، 1985 ، ص.317 .).

باقى عناصر ذمة المورث المالىه ، ويرجع ذلك الى طبيعة هذا النوع من الضرر الذى يقبل التحويل ، فيصبح عبارته عن حق مالى يدخل فى الذمة المالىة للمورث ³²² .

وعلى أى حال ، فالإجماع فى الأنظمة والقوانين الوضعية منعقد دون أى شبهة أو تردد ، على الحق فى التعويض عن الضرر المادى ينتقل الى الورثة دون قيد أو شرط ، سواء كان المضرور قد حصل على حكم نهائى قبل وفاته أم لا ، بل سواء طالب به أمام القضاء أم لم يطالب به ، ذلك أن الضرر المادى حق مالى مثل سائر حقوق الدائنين ، ومثل كافة الحقوق المالىة ، ويدخل ذلك الضرر المادى الذى يُصيب المضرور فى جسمه إصابته تعجزه عن مباشرة عمله ، وتجعله يستحق تعويضاً عنها وعن المصاريف تحملها نتيجة علاجها ، فكل هذه الأضرار تأخذ حكم سائر موجودات التركة ، التى يقتسمها الورثة ، كل حسب نصيبه الإرثى ، سواء منهم من لحقه ضرر شخصى خاص نتيجة للضرر الذى وقع على المورث الأسمى ، أو لم يلحقه أى ضرر ، إلا من لحقه ضرر شخصى خاص نتيجة لضرر الذى وقع على المورث الأسمى ، يثبت له على المسؤول أو الجهة المسؤولة عن الضرر فوق حقه حقاً فى التعويض عما إصابه هو من ضرر شخصى .

وجدير بالذكر أن للورثة حق مُطالبة المسؤول بالتعويض عن الضرر المادى الذى أصابهم شخصياً نتيجة وفاة مورثهم ، وكذلك مُطالبته بالتعويض عن ما يستحقه المتوفى قبل وفاته من فاته من تعويض ، مادام أنه لم يتنازل عنه صراحة أو ضمناً ، على إعتبار أن هذا الضرر يتحول فى النهاية الى مال مُورث عن المضرور ³²³ .

لابد للفرقة بين دعوى التعويض التى يرفعها الورثة للمُطالبه بحق مورثهم المتوفى فى التعويض ، والذى إنتقل اليهم منه بالإرث ، وهى دعوى يُباشرها الورثة بصفتهم الخلف العام للمتوفى ، وبين دعوى التعويض عن الضرر المادى والأدبى ، الذى أصابهم هم شخصياً من جراء وفاة مورثهم ³²⁴ .

وإذا كان المدعى عليه فى الدعوتين واحد فإن المدعى فى هاتين الدعوتين مختلف ، وإن كان متحداً فى الواقع والصورة فى معظم الحالات وكذلك موضوع الدعوى مختلف أيضاً

322 سليمان مرقص : الوافى فى شرح القانون المدنى (دار الكتب القانونيه) القاهرة _ مصر _ الطبعة 199 ج1 ص57..

323 سليمان مرقص ، الوافى فى شرح القانون المدنى ، ج2 ص163 ..

324 التعويض عن الضرر فى الفقه الإسلامى : بوساق محمد المدنى ص223 ..

فالمدعى في الدعوى الأولى هو المتوفى ، أو تركته المتوفى ، ويُباشرها الورثة عادة بإعتبارهم الخلف العام لمورث ، وقد يباشرها في بعض الأحيان شخص آخر هو _ مُصفي التركة _ الذى تعينه المحكمة في حالة تدخلها لتصفية التركة ، عند التنازع عليها بين الورثة ، وأما موضوع الدعوى فهو المُطالبه بالتعويض الذى كان قد إستحقه الميت قبل وفاته ، أما الدعوى الثانية فالمدعى فيها كل واحد من الورثة على حده ، وهى قد تتعدد بعد د الورثة الذين يطالبون بالتعويض ، ولربما يصفح بعضهم ولا يحرك دعوى المطالبة بالتعويض ، أما موضوع هذه فهو المطالبه بالتعويض عن الضرر الذى أصاب كل واحد على حده جراء موت مورثهم

ب _ حالة الضرر الأدبي :

وفي حالة تعرض شخص لضرر أدبي ، وثبت حقه بمطالبة المسؤول أو الجهة المسؤولة بالتعويض عن هذا الضرر ، إلا أن المضرور ما لبث أن توفى قبل إنتهاء مدة تقادم دعوى التعويض ، لسبب آخر لا علاقة له بالضرر _ فهل ينتقل حقه بالتعويض عن ذلك الضرر الأدبي الى ورثته ؟³²⁵

نجد أن المُستقر في معظم الأنظمة الوضعية فهو أن الحق في الضرر الأدبي لا ينتقل من المورث الى الورثة إلا في إحدى الحالتين حصراً وهما :

1/ أن يكون المضرور "المورث" قد إتفق قبل وفاته ، مع المسؤول عن التعويض عن هذا الضرر ، على مقدار التعويض ، أو على المبادئ والأسس التى سوف يتم تقديره بالإستناد إليها .

2/ أن يكون (المضرور) (المورث) قد لجأ الى القضاء ، وطالب المسؤول بالتعويض عن الضرر أى أنه رفع دعوى تعويض فعلاً أمام المحاكم ويُعلل شُراح النظم القانونيه هذا الحكم بأن القانون عندما يقيد إنتقال الحق بالتعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة بهاتين الحالتين فقط فإنه يُراعى في ذلك الطبيعة الشخصية البحتة للضرر الأدبي ، ويُراعى أن الناحية الماليه في هذا النوع من الضرر لا تظهر ، إلا حين يتولى المصاب نفسه إظهارها عن طريق المطالبه بالتعويض ، وتحديد مقداره لأنها تتعلق بشخصه وحده ، ومن ثم فهو وحده الذى يستقل تقديرها ، فإذا لم يتفق المضرور مع المسؤول علي تحديدها أو لم يُقدرها

325 غانم إسماعيل : النظرية العامة للإلتزام (مطبعة النصر _ القايره _ مصر ج 1 ص 419..

ويُطالب بها قضاءً فإنها تبقى حقاً من الحقوق التي لا تُورث ن أما إذا تم هذا التحديد على ذلك النحو الذي تم بحياته ، فقد أصبح هذا الحق قابلاً للانتقال بوصفه عنصراً مالياً في الذمة³²⁶ .

على أن الملاحظ شرح القانون الفرنسي ، أخذ ينادى بوجوب إعتبار الحق في التعويض عن الضرر الأدبي بحد ذاته ، بمجرد ثبوته للمضّرور ، عنصراً من عناصر الذمة المالية ، بحيث يصبح بهذه الصفة قابلاً لأن ينتقل الى الورثة ، ويكون في مقدورهم بالتالي المطالبة به قضاءً ، إستناداً الى أن التركة قد دخلت نمتهم وأصبحت ملكهم³²⁷ .

ونجد أن خلاصة القول أن الضرر المادي إذا أصاب مال المتوفى مباشرة فلا نزاع في أن الضرر هنا يخوله حقاً في التعويض ويُعتبر حقاً مالياً يثبت الذمه الماليه ويبقى في تركته بعد وفاته ، ومن ثم ينتقل الى ورثته ، أما الضرر الأدبي فلا يخول المجنى عليه إلا حقاً شخصياً بحتاً ، لا ينتقل من بعده الى ورثته .

326 عبد المنعم فرح : مصادر الإلتزام ، دراسة في القانون اللبناني والمصري ص593 . .

327 الموجي مصطفى حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية مع مقدمة في حقوق الإنسان (موسىه نوافل القاهرة مصر مصر الطبعة الأولى 1989م ص337 . .

الفصل الثالث

إنقضاء المسؤولية عن التعويض

المبحث الأول : فوات المنفعة

المبحث الثاني : القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

المبحث الثالث : خطأ المضرور

المبحث الأول

فوات المنفعة

أن المنفعة التي يجب التعويض عنها بسبب تفويتها إنما هي المنفعة التي تأكد حصولها بمعنى أنه وجدت القرائن والدلائل على وجودها ، والمعتبر هو ما يفيد اليقين .

وعليه تخرج المنفعة التي لم يتأكد وجودها فلا يجب التعويض عنها

وتفويت المنفعة يُقابلة في القوانين الوضعية مُسمى تفويت المصلحة ، أو تفويت الفرصة

ومن الأمثلة على تفويت المنفعة التي انعقدت بسبب وجودها :

1/ عندما يترك العامل العمل في المزرعة دون فسخ العقد فانه يجب عليه التعويض عما تلف

من نصيب المالك لانه إستولى على الأرض وفوت نفعها .

2/ إذا إشتري شخص من آخر أقمشة صوفية على أن يسلمها له فى الموعد المُحدد، وفوت

عليه أرباحاً هائلة والحق به مفسدة .

3/ عندما يتفق مزارع مع تاجر على شراء رشاش محورى وتركيبه فى ارض خلال مُدة مُحدده

، بحيث يكون صالحاً للعمل قبل بداية موسم الزراعة من العام نفسه ، ثم تأخر التاجر فى

تنفيذ ذلك ، حتى فات المزارع الموسم ، وهذا ضرر لحق بالمزارع يستحق التعويض التعويض

عنه ، وقد يُضاف لذلك التعويض عن الأضرار المُتعلقة والتابعه لهذا الضرر الأساسى ،

كفساد الأسمده والبزور .

4/ عدم قيام المتعهد بتوريد السلعة فى الوقت المُحدّد ، أو عدم الوفاء بشحن البضاعة

وتصديرها فى زمن مُعين ³²⁸ .

وفى تقديري أن ما ذكرناه كافى لإيضاح المسألة وننبه إلى أنه يلزم التأكد من تحقيق شرط

كون هذه المنفعة التي حصل لها تعويض ، قد إنعقد سبب وجودها إن لم يكن ظاهراً ، لأن

هذا ماختلف فيه الوقائع ³²⁹ .

تأصيل التعويض عن تفويت المنفعة التي إنعقد سبب وجودها :

لابد من بيان الخلاف بين الجمهور والحنفيه فى ضمان المنافع بالإتلاف ، فذهب

الجمهور ³³⁰ الى ضمانها وذهب الحنفية ³³¹ الى عدم ضمانها .

328 المسؤولية التقصيرية : عبيد حاج على ، مرجع سابق ص 133 . .

329 الأشيباه والنظائر لابن نجيم ص 45 . .

الأدلة من الكتاب والسنة وقواعد الشريعة على التعويض عن تفويت المنفعة التي إنعقد سبب وجودها :

أولاً : حقيقة تفويت المنفعة التي إنعقد سبب وجودها هو أنه نوع من أنواع الأتلاف إذ الإتلاف نوعان :

1/ إعدام موجود

2/ تفويت لمعدوم إنعقد سبب وجوده و الإتلاف سبب من أسباب الضمان ، سواء أكان عن طريق المباشرة أو عن طريق التسبيب وقد نص جمع من الفقهاء على ذلك³³² وعليه فالتعويض عن المنفعة التي إنعقد سبب وجودها تشملها أدلة مشروعية الضمان ، ومن ذلك نذكر مايلي :

1/ قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا) النساء الآية (92)³³³ ووجه الدلالة من الآية : إن الله جعل موجب قتل المؤمن عن طريق الخطأ الدية وهذه الدية تمثل تعويضاً لولى المقتول أما تحرير الرقبة فهي كفارة لهذا الفعل .

2/ قوله (صلى الله عليه وسلم) : (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)³³⁴ .

3/ قوله (صلى الله عليه وسلم) : (إناء مثل إناء وطعام مثل طعام)³³⁵ .

4/ قوله (صلى الله عليه وسلم) : (من تطبب ولم يُعلم من الطب قبل ذلك فهو ضامن)³³⁶ .

330 الفواكه الروانى ج2 ص192 . وقواعد الأخيام ج1 ص172 . ، ومعنى المحتاج ج2

ص286 . والإقناع ج2 ص352 . ، وكاشف القناع ج4 ص111 . .

331 بدائع الصنائع ج7 ص145 ..

332 الفروق ج4 ص111 . والأشباه والنظائر للسيوطى ص362 . ، والقواعد لإبن رجب

ص24 . ، والقواعد والإصول الجامعة ص51 . .

333 سورة النساء الآية (92) .

334 أخرجة الترمذى في سننه كتاب البيوع ، باب ما جاء في العادبة مؤاده ج4 ص566 . وأبو

داود في سننه كتاب البيوع باب تضمين العاديه ج2 ، ص294 ..

335 أخرج ابن ماجه في سننه كتاب الأحكام باب الحكم فيمن كسر شيئاً ج3 ص68 . ، و681- ، وأبو

داود في سننه كتاب البيوع باب فيمن أفسد شيئاً يغرّم مثله ج2 ص295 ، 296 . .

336 أخرجة ابن ماجه في سننه كتاب الطب ، باب من تطبب ولم يلم منه طب ج4 ص13 .

وأبو داود في سننه كتاب الديات ، باب فيمن تطبب بغير علم ج4 ص194 . والحديث حسن ،

ثانياً : أن تقويت المتفعة التي أنعقد سبب وجودها بحيث أصبحت في حكم المنفعة المُتحققة يترتب عليه ضرر ، وقواعد الشريعة تنص أنه لا ضرر ولا ضرار وأن الضرر يُزال³³⁷ .

وضمن المتفان يدخل تحت هذه القواعد دخولاً أولاً ودلالة هذه القواعد الشرعية والفقهية عامة ، فيدخل فيها دفع الضرر الحاصل بسبب تقويت المنفعة التي إنعقد سبب وجودها ، ولا يتحقق دفع هذا الضرر إلا بالتعويض العادل عنه ويُشترط هنا أن يكون الإلتلاف بالتسبب المكون للفعل المُوجب للتعويض صدر عن طريق التعدي ، سواء أوقع من مُكلف أم غير مُكلف³³⁸ .

كما يشترط للتعويض هنا أن يكون هذا التقويت حصل نتيجة لهذا التعدي ، أما أن إنقطعت العلاقة بينهما فلا تعويضاً أيضاً والمُكلف بإثبات العلاقة هنا هو المضرور أو وليه ، لقوله صلى الله عليه وسلم (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)³³⁹ .

لأن المدعى عليه هنا مُتمسك بالأصل ومُستصحب له ، والأصل براءة الذمه³⁴⁰ كما أن التعدي وعلاقته بالضرر أمر عارض من الأمور العارضة العدم³⁴¹ .

أنظر صحيح الجامع الصغير مع زيادته ج2 ص159 . الحديث رقم (6153) وصحيح سنن إبي داؤد ج3 ص866 .
337 أخرجه أبو داؤد .
338 مواهب الجليل ج5 ص278 . وبداية المجتهد ج2 ص386 . وقواعد الحكام ج1 ، ص15 . وإعلام الموقعين ج2 ، ص152 .
339 أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الأفضية باب اليمين على المدعى عليه ج3 ص1336 .
وأبن ماجه في سننه كتاب الأحكام باب البيه على المدعى واليمين على المدعى عليه ج1 . ص252 . ، والذي جاء في صحيح البخارى وسنن إبي داؤد عن نافع ابن عمر قال كتب لى ابن عباس فكتبت الى أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن اليمين على المدعى عليه ، صحيح البخارى كتاب الرهن في الحضر باب إذا إختلف الراهن والمرتهن ج3 ص16 . ، وسنن إبي داؤد كتاب الأفضية باب اليمين على المدعى عليه ج3 ص31 . .
340 الأشباه والنظائر لابن نجيم ص59 . ، والأشباه والنظائر لسيوطى ص122 . وقال : وذلك لم يقبل في شغل الذمه شاهد ، مالم يعترض بأخر ، أو يمين المدعى عليه ولذا أيضاً كان القول قول المدعى عليه لموافقته الأصل

ثالثاً : نصوص بعض الفقهاء التي تتعلق بالتعويض عن تفويت المنفعة التي إنعقدت بسبب وجودها:

1/ قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله ³⁴² وإذا ترك العامل العمل حتى فسد الثمر فيجب عليه ضمان نصيب المالك وينظر كم يجبيء لو عمل بطريق الإجهاد كما يضمن لو يبس الشجر ، وهذا لأن ترك العمل من غير فسخ العقد حرام وغدر ، وهو سبب في عدم هذا الثمر فيكون كما لو تلفت التمره تحت اليد العاديه ، مثل أن يغصب الشجر غاصب ويعطيها عن السقى حتى يفسد ثمرها إذا الضمان باليد العاديه وإستيلاؤه على الشجر مع عدم الوفاء بما شرطه . وحاصله أن الإلتلاف نوعان : إعدام موجود و تفويت لمعدوم إنعقد سبب وجوده وهذا تفويت .

وعلى هذا فالعامل في المزرعة إذا ترك العمل إستولى على الأرض وفوت نفعها فينبغي أن لا يضمن أيضاً ضمان إلتلاف ويد لكن هل : يضمن أجرة المثل ، أو يضمن ماجرت به العاده في مثل تلك الأرض مثل أن يكون الزرع في مثلها معروفاً فيقاس بمثلها ؟ ³⁴³ .
وأجاب على ذلك شيخ الإسلام رحمه الله قرّر بوضوح الضمان بسبب تفويت المنفعة التي إنعقد سبب وجودها ، وبين أن تفويت المنفعة التي إنعقد سبب وجودها يدخل ضمن الإلتلاف الموجب للضمان لأن الإلتلاف نوعان :

النوع الأول : إلتلاف موجود

والنوع الثاني : إلتلاف معدوم ، إنعقد سبب وجودها هي من النوع الثاني .

أما قوله : (فينبغي أن لا يضمن أيضاً ضمان إلتلاف ، أو ضمان إلتلاف يد فهو يتعلق بالواقعة التي يتكلم عنها وهي ترك العامل في المزرعة العمل دون فسخ عقد ، وليس المقصود منه أن ذلك ليس من قبيل الإلتلاف ، بل هو يدخل في الإلتلاف كما قرره في صدر كلامه عن

341 الوجيز لبرنو ص122 ..

342 هو تقى الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الدمشقي ولد سنة 661هـ وتوفى سنة

728 هـ العلامة العلامة الفقيه المحدث المجتهد له مؤلفات كثيرة جداً ، أنظر ذيل طبقات

الحنابلة ج 2 ص516 . ، والدرر الكامنه ج 1 ص154 . طبقات الحفاظ ص516 ..

343 الإختيارات العلميه ، الفقيهيه ، أحد أئمه المذهب الحنبلي ، ولد سنه 432 هـ سمع الحديث من

القاضي أبي بعلی ، ودرس الفقه عليه ولزمه حتى برّع في المذهب .

هذه المسألة ، وقد بين أن الأصوب في هذه المسألة ، في أنه يضمن يمثل ما يثبت وعليه فلا يكون من قبيل ضمان اليد بل هو من قبيل ضمان التقدير .

وسئل شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله عن رجل أستاذ أرضاً بجزء من زراعتها ، وتسلمها ولم يزرعها ، فهل لمالك عليه أجره المثل ؟

فأجاب ظاهر المذهب عندنا صحتها ، سواء سميت أجاره أو مُزراعاه وقال أبو الخطاب³⁴⁴ وغيره ، هي المزارعة ببذر العامل ، أما القاضي³⁴⁵ وغيره فصحوا وأبطلوا المزارعة بذر العامل وإذا كانت صحيحة ضمننت بالمسمى الصحيح وهنا ليس هو في الذمة وإذا جعلنا مزارعه وصححناها فينبغي أن تضمن بمثل ذلك لأن المعنى واحد ، وإن فسرناها وسميناها إجارة ففي الواجب قولان: إحداهما أجره المثل ، والثاني : قسط المثل ، وهذا هو التحقيق .

وأجاب بعض الناس أن هذه إجارة فاسدة فيجب بالقبض فيها أجره المثل³⁴⁶

فهذه المسألة التي سئل عنها شيخ الإسلام رحمه الله هي إحدى الصور التي فيها تفويت لمنفعة أنعدت وجودها وقد بين رحمه الله أنه يجب فيها التعويض في جميع الحالات ، أى سواء كانت مزارعه أم إجارة ، وسواء كانت صحيحة أم فاسده ، والإختلاف في الواجب فيها هل هو القسط المسمى ، أو أجره المثل ، أو قسط المثل لا يعارض التعويض ولا ينافيه ، بل أنه يصدقه عليه التعويض في جميع هذه الحالات .

وقال جواباً لسؤال عن تفريط المزارع في نصف فدان فحلف رب الأرض لياخذن عوضه من الزرع الطيب وإذا كان العامل قد فرط حتى فات المقصود نأخذ المالك مثل ذلك من أرض أخرى ، وهل ذلك له يبحث لا يكون فيه عدوان ، لم يحنث في يمينه ولا حنث عليه³⁴⁷ .

344 هو محفوظ بن أحمد بن الحسن بن حمد الكلوزاني أبو الخطاب البغدادي ، الفقيه ، أحد أئمة المذهب الحنبلي ، ولد سنة 432 هـ ، سمع الحديث من القاضي أبي علي ، ودرس لفته عليه ولزمه حتى برع في المذهب .

345 هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن أحمد أبو يعلى ولد سنة 38 هـ وكان عالم زمانه وفريد عصره وكان له في الأصول والفروع ، توفي سنة 458 .

346 مجموع فتاوى شيخ ابن تيمية ج3. ص122 ، 123 - ، أنظر مختصر الفتاوى المصرية ص365 . .

347 مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج3 ص118 . .

فهذه أيضاً تمثل صورة جلية قدر فيها ابن تيمية رحمه الله جواز التعويض عن تفويت المنفعة التي أنعد سبب وجودها وبيان ذلك أن هذا المزارع فرط في نصف فدان ، وهذا التفريط يُمثل التعدي الموجب للتعويض ، وترتب على هذا التعدي ضرر على صاحب الأرض يتمثل في تفويت المنفعة عليه مما يقتضى تعويض عن ذلك قال ابن رجب³⁴⁸ رحمه الله والثاني الحر المحض هل تثبت عليه اليد فيترتب عليه الضمان أم لا المعروف من الذهاب أن الحر لا تثبت عليه اليد فلا يضمن بحال ، إذا كان تابعاً لمن تثبت عليه اليد وذكره القاضى في خلافه مما يشعر أنه محل وفاق وحكى القاضى خلافه أيضاً .

قال القاضى في مواضع مُتعدده من خلافه فتثبت اليد على الحر الكبير بالعقد دون اليد وبُني على ذلك أن الأجير الخاص إذا سلم نفسه الى مستاجر فلم يستعمله إستقرت له الاجره لتلف منافعه تحت يده وكذلك يجب المهر بالخلوه في النكاح الفاسد عندنا لدخول المنفعة تحت اليد ، بالتكمن من الاستيفاء³⁴⁹ ففي النص السابق نجد مسألتين هما من قبيل تفويت المنفعة التي أنعد سبب وجودها .

المسألة الأولى : فوات منافع الأخير الخاص عندما يسلم نفسه الى مستأجره فلم يستعمله والتعويض عن هذه المنافع بدفع أجرته .

المسألة الثانية : فوات منفعة البضع في الخلوة في النكاح الفاسد لان المنفعة أصبحت تحت اليد بالتمكن من الإستيفاء والتعويض عن هذه المنفعة يتمثل في ايجاب المهر .

ورّد عن شريح³⁵⁰ أنه قضى في الكسر إذا إنجبر قال لا يزيده ذلك إلا شده يعطي أجره الطبيب وقدر ماشغل عن صنعته³⁵¹ .

فإعطائه قدر ما شغل عن صنعته هذا يمثل التعويض عن المنفعة التي فاتت عليه بسبب هذا التعدي المُتمثل في الكسر .

348 هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامى البغداى ، أبو الفرج زين الدين الحنبلى ولد فى

بغداد ، توفى فى دمشق سنة 795 هـ .

349 القواعد الفقيهيه القاعده 91 ص2.8 . .

350 هو شريح بن الحارث بن قيس الكندى الكوفى ، الفقيه ، القاضى ويقال شريح بن شرحبيل

مات سنة 78 هـ وقيل سنة 12 هـ ، أنظر تذكره الحفاظ ج1 ص95 . ، والبدايه والذهايه ج5

ص79 . .

351 المحلى ج1. ص457 . .

جاء في المعيار أن من أخذ وثيقة لرجل فأحرقها وفي الوثيقة دين أو منفعة فإن يلزمه ما في الوثيقة من دين على حسب ما أهلك من ذلك³⁵² فتحريق الوثيقة التي فيها دين أو منفعة أو تحريقها يُعد صورة من صور تفويت المنفعة التي إنعقد سبب وجودها وقد قرر في هذه الصورة لزوم المتعدي عليها بالإحراق وما فيها من الدين وهذا يُمثل التعويض عنها وهو المراد .
جاء في شرح الدر المختار رجل جرح رجلاً فعجز المجرع عن الكسب يجب على الجرح النفقة والمداواة³⁵³ .

فهنا المنفعة التي حصل لها التعويض هي الكسب ، والسبب في تفويتها التعدي بالجرح ، والتعويض عنها هو إيجاب النفقة على الجرح .

التفويت عما فات من كسب في القانون السوداني: -

ان المحاكم السودانية من وقت ليس بالقصير قد جاء في أحكامها في عدد من الدعاوى التي رُفعت اليها ما يفيد الأخذ بمبدأ تعويض تفويت الفرصه ، كما أن هُنالك من الأحكام ما لم يأخذ بهذا المبدأ .

لم بنص القانون على ذلك صراحةً ، وإنما تناول بعض صور تفويت الفرصه مثل ما فات من كسب ، وتفويت الفرصه في حاله إيجار المسكن .

التفويت عما فات من كسب :

قضت المحكمة العليا الدائرة الجنائية بأن للمدعى الحق في طلب التعويض عما فاتته من كسب بسبب توقف الحافله وهو حق كفلته المادة (138) من قانون المعاملات المدنيه وفق أحكام المسؤولية التقصيرية الوارده في الباب الثاني من قانون المعاملات المدنيه لسنة 1984هـ مرقوه مع المادة 151 ، 152 من قانون المعاملات المدنيه ذاته .

وذهب أيضاً الى أن المحكمة الجنائية تملك إختصاص الحكم بالتعويض أياً كان نوع التعويض وأساسه طالما أثبت طالباً التعويض أن الضرر ناجم عن الجرم ومُرتبط بها وأثبت علاقة السببيه بين الضرر والجريمة .

وذهب الى أن مسؤوليه شركة التامين وحدود إلزامها يرجع الى نص عقد التامين وفق أحكام المواد 59 ، 6 ، 62 من قانون الحركة فما على شركة التامين بالتعويض عما فات صاحب الحافله من كسب بسبب توقف الحافله فقد قامت المحكمة أخيراً بتأييد الحكم .

352 الأشباه والنظائر لإبن جيم ص48 . .

353 المحلى ج1 ص458 . .

نوجز الإجراءات في أن محكمة جنابات الكلاكله من الدرجة الأولى قد أدانت المتهم تحت المواد 23/49/ب/ج من قانون حركة المرور وحكمت عليه بالغرامة تحت المادة (23/حركه) كما حكمت عليه تحت المادة (49/ب/ج) بالديه لأولياء الدم وتعويض صاحب العربة عن الأضرار التي أصابت العربة ورفضت الحكم له بالتعويض عما فات صاحب سياره النقل من كسب بسبب توقف العربة رغم تقديم البيئه على مقدار التعويض .

إستأنف محامى المدعى حكم المحكمة برفض الحكم بالتعويض عما فات المدعى من كسب حيث قضت المحكمة العامه التي فصلت في الطلب حيث قضت بإعادة السير في الدعوى فيما يتعلق بالتعويض إستأنف المدعى عليه قضاء المحكمة العامة لدى محكمة إستئناف الخرطوم ، والتي أصدرت الحكم بتأييد حكم محكمة الموضوع فيما يتعلق بالإدانه والعقوبه وقضت بإعادة السير في الدعوى بالنسبه لطلب المدعى الحكم له بالتعويض عما فات من كسب بسبب توقف الحافله .

ومن خلال الوقائع السابقة أعلاه وما توصلت اليه المحكمة العليا وفي تقديري أن المحكمة العليا قد أصابت عندما قامت بتأييد الحكم القاضى بإعادة السير في الدعوى فيما يتعلق بالتعويض عما فات المدعى من كسب حيث أن من الواضح أن المتهم قد تمت إدانته بموجب قانون الحركة .

وتم تعويض الشاكى عن الأضرار التي لحقت بالعربة من تاريخ الحادث حتى إصلاحها .
ويتمثل الضرر الذى لحق بمالك العربة في تفويت فرصة الدخل لا سيما إنها حافلة أجره وذلك يسبب الحادث الذى تسبب فيه المتهم ، الأمر الذى أدى لتفويت فرصة الكسب .

تفويت الفرصة في حالة إيجار المسكن :

لا وجه للحكم للموجر بما فات من عائد الإجارة خلال فترة الصيانة لان إيجار المبنى خلال تلك الفترة أمر إحتمالى : يتلخص وقائع هذا الطعن أن الطاعن هو المدعى في الدعوى التي أقامها المالك محكمة الأبيض الجزئية ضد المطعون ضدها تاسيساً على أنه المالك المسجل للمنزل موضوع الدعوى وأنه بصفته هذه قام بإيجاره للمدعى عليها بإجره شهريه قدرها خمسين الف دينار بموجب عقد إيجار التزمت المدعى عليها بالمحافظة على المنزل وتسليمه عند الإخلاء بذات الحاله التي كان عليها عند إبرام العقد أخلت المدعى عليها المنزل ولم تقم بالصيانه المتعاقد عليها فكانت هذه الدعوى المطالبه بمبلغ (8.947) دينار

قيمة الأضرار التي أسفر عنها سوء استعمال المدعى عليها زائد (2..) دينار لما فاته من كسب بسبب حاجة المنزل للصيانة اللازمه التي تجعل منه سكناً صالحاً .

رَدت المدعى عليها وأقرت بالإيجار والأجرة وواقعه تسليم المنزل بحاله التي كان عليها عند الإخلاء وناهضت طلبات المدعى فيما يتعلق بقيمة الصيانة وطالبت المدعى عليها بشطبها وصاغت محكمة الموضوع نقاط النزاع وسمعت قضيتي الإِدعاء والدفاع ثم قضت بأن تدفع المدعى عليها مبلغ مائة وإثنى عشر الف وثمانمائة دينار وتتحمل المدعى عليها الرسوم والأتعاب ، لم ينل حكم محكمة الموضوع رضا المدعى عليها (الطاعن) وتقدّم بإستئناف لمحكمة العامه قضت بشطب الإستئناف إيجازياً مؤيده بذلك حكم محكمة الموضوع لم يرضّ المدعى بحكم المحكمة العامه فتقدّم بإستئناف وقضت بتأييد حكم المحكمة العامه والموضوع فحكم محكمة الإستئناف يستحق فقط مبلغ الصيانة أما المُطالبه بما فاته من كسب فلم تحكم للمدعى الطاعن حيث ذكرت³⁵⁴ (إما المطالبه بما فاته من كسب فلا أجد لها سبب يبرر الحكم بها ذلك أن المنزل المعد للإيجار قد يظل شاغر بالرغم من صلاحيته للسكن من جميع الوجوه ، فلا يوجد سبب يبرر الحكم ومافات من عائد إيجار³⁵⁵ .

التعويض عند فقدان الحياة :

أسس تقدير التعويض :

1/ إن محكمة الإستئناف كبقية المحاكم مُقيده بتطبيق المبادئ التي إستقرت قضاء في السودان خاصه ماصدر من المحكمة العليا ومحكمة الإستئناف المدنية عندما كانت السلطة النهائية وقد أرست تلك السوابق أسباب التقاضى وأركان التعويض المتعلقة بالمسئوليه التقصيريّه ولا يجوز الخروج عنها .

2/ لقد إستقر قضاء أن محاكم الإستئناف لا تتدخل في سلطات المحاكم الدنيا التقديرية في التعويض إلا في حالتين : -

الأولى : إذا كان التعويض مُبالغاً في كثرته ، أو مُبالغاً في قلته للوهلة الأولى .

الثانية : لا بد للمحكمة أن تُبدي أسبابها ولا تُقدر التعويض جزافاً دون أسانيد .

3/ لورثة المتوفى الحق في المُطالبة بالتعويض عند فقده لحياته ولا يستثنى من التعويض من كانوا مستقلين مادياً عن مورثهم .

354 مجلة الأحكام القضائية لسنة 1975 ة

355 مجله الأحكام القضائية لسنة 1975 هـ .

رأى مُعارض :

1/ لما كانت عقيدتنا تقضى بأن (لكل أجل كتاب) فيستعبد بفكرة التعويض عن تقصير الحياة المتوقعه للمتوفى فيقتصر التعويض على الدفع الذى سيحصل عليه ورثة المتوفى في حياة موروثهم بالإضافة للتعويض عن الضرر الأدبي .

عند تقدير التعويض يدخل في الإعتبار عمر المتوفى وقت وفاته مع النظر لطلبات الحياة ومصائبها غير المتوقعة .

2/ لما كان نص المادة التاسعة من الدستور تقضى بأن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي في التشريع وإما لم يكن لدينا قانون مكتوب يحكم مسألة التعويض فعلينا الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية بالقدر الذى لا يتعارض مع أى قانون مكتوب لدينا .

الوقائع :

هذا طعن بطريق الإستئناف ضد حكم السيد قاضى المديرية بأمرمان الصادر بتاريخ 1976/7/6م في الدعوى المدنية رقم (45/73) لصالح المُستأنف ضدهم بمبلغ (5) الف جنيه كتعويض عام عن وفاة مورثهم زائداً الرسوم والأتعاب فقد أصدرت المحكمة حكمها المطعون فيه بعد أن توصلت المُستأنف عند الحادث الذى تسبب في وفاة مورثهم ومذكرة الإستئناف تقتصر على الطعن في مبلغ التعويض الذى كُلف به دُون الطعن في مسألة المسؤولية .

أشارت المحكمة في البداية أنه لا خلاف على الوقائع التى سيتم تقدير التعويض بناءً عليها ذلك أن المُستأنف يعتمد كلياً على إفادة شهود الإدعاء وهم من أفراد أسرة المتوفى .

يبدأ المُستأنف مذكرته بالإشارة الى التفرقة بين التعويض الذى يدفع لورثة المتوفى عن تقصير الحياة المتوقعه له والتعويض الذى يُدفع على أساس إعتقاد من بدفع لهم المتوفى في معيشتهم ويرى أن عريضة الدعوى تطالب بالتعويض على أساس الأول بينما ذوى قرباء حتى من الدرجة الثانية وبذلك يكون كل المُستأنف ضدهم مستحقين التعويض ، ولما كان موت أحد أفراد الأسرة لا يمكن أن يتخذ زريعة للإثراء باقى الأفراد ولما كان من العسير تقدير المشاعر بالمال .

أن عريضة الدعوى تُطالب بتعويض عام للورثة ويدخل ضمن ذلك التعويض عن فقد الحياة والتعويض عن فقد المادي بإعتبار المتوفى مصدر دخل الأسرة³⁵⁶ .

أخذ القانون الأنجليزي مبدأ انتقال الحق للورثة في التقاضي بسبب فقدته لحياته وقد أقرت هذا المبدأ المحاكم السودانية وبتطبيق إكتسب ثباتاً وصار من المبادئ القانونية المعمول بها المسلم بصحتها على المحكمة أن تستجيب لطلب المجنى عليه أو أوليائه بأن تحكم بالتعويض إن ترتب أي ضرر على إرتكاب الجريمة³⁵⁷ وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية الواردة في المادة (138) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ه والذي قضى بأن :

كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه التعويض ، ولو كان غير مميز³⁵⁸ عليه فإن الكاتب يتفق مع ما ذهبت اليه السابقة في تقديرها للتعويض على الذفع الذي يحصل عليه ورثة المتوفى في حال حياة مورثهم .

رابعاً: تطبيقات المحاكم العربية في التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة :

نجد أن الأحكام القضائية لها أهمية عظمى ، لأنها تمثل جانباً كبيراً للتطبيق الفقهي والقانوني ، وهي تشتمل على الإجتهد والإستنباط وتنزيل الأحكام عن الوقائع ، بل يوجد فيها من دقائق المسائل ما لا يوجد في كثير من كتب الفقه ذلك أن آراء الفقهاء مهما بلغ من الدقة إلا أنه يظل بعيداً عن الواقع العلمي ، ولذا نجد كثيراً من المسائل قد لا ترد على الفقيه إلا عند العمل . ونظراً لأهمية الأحكام القضائية من الناحية الفقهية إعتني علماء السلف بها بل أفردوا بعضهم بالمصنفات ، بل أننا نجد كثيراً من الفقهاء يصرحون بأنه ينبغي للقاضي ان يكون عالماً بقضاء من سبقه .

تطبيقات التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة في المحاكم الفرنسية :

تفويت الفرصة في حالة إيجار المسكن :

قد يتعرض المالك لتفويت فرصة الحصول على الأجرة المُستحقة لدى المستأجرين بسبب الأخطاء التي إرتكبها الوكيل العقاري الذي وكله في تحصيلها ، وهو ما يبدو واضحاً في الدعوى التي فصلت فيها إستئناف باريس في فبراير /1988م وتتلخص وقائع هذه الدعوى في

356 مجلة الأحكام القضائية لسنة 1976م ه .

357 3/1./2.17 8:22 gool Dr. yousif zakariae ISSA .

358 المادة 138 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ه .

أن شركة معنيه وكلت بإدارة عدة شقق إلا أنها لم تبزل العناية اللازمة في هذا الصدد حيث لم توجه الى بعض المستأجرين أى إنذارات ولم تتخذ ضدهم أي إجراءات رغم إستحقاق ثلاثة أشهر من الأجرة وهو ما يعنى أنها تجاهلت واجبها في الحفاظ على المصالح المشروعة لموكلها أما بالنسبة لباقي المستأجرين فقد تباطأت الشركة لمدة شهرين في إتخاذ الإجراءات اللازمة لطردهم رغم أن المالك طالب بذلك صراحة من الشركة .

وتوضح هذه الأخطاء التي أثبتها المالك أنه فقد فرصة تحصيل الأجرة المستحقه الأداء تفويت الفرصة في حالة المقاوله في الباطن .

نُشير في هذا الصدد الى الي دعوى هامة فصلت فيها محكمة إستئناف تتلخص وقائعها في أن مشروعاً رئيسياً عهد تنفيذ بعض الأعمال المُكلف بها الى مقاول من الباطن وتم تنفيذ جميع هذه الأعمال بالفعل بشكل سليم وفي الميعاد المُتفق عليه ، إلا أن المقاول من الباطن لم يحصل على أجرة بسبب تصفية المشروع الرئيسي قضائياً ، وأصبح دينه بالتالي في عهدة ممثل الدائنين ، فقام برفع الدعوى المباشرة المُشار اليها في المادتين (12،13) ، بخصوص المقاوله في الباطن والتي تسمح له بالحصول على مُستحققاته مُباشره من الباطن بقبول الوفاء له 359

قضت محكمة الإستئناف بأن صاحب العمل أو المنشأة لا يجوز له الإدعاء بعدم العلم بوجود المقاول من الباطن في منشاته لأنه تقبل هذا الوجود بالفعل خاصة وأنه يصدر عنه أى إنتقاد بنوعية الأعمال أو جودتها .

وقد رى القضاة أن المُقاول من الباطن أصابه ضرر ناتج عن تفويت الفرصة لأنه إضطر للخضوع .

تفويت فرصة البقاء أو الشفاء في حالة التشخيص الخاطئ للأمراض كثيراً ما يترتب على التشخيص الخاطئ للأمراض نقل معلومات غير صحيحة قد تؤدي تفويت فرصة البقاء أو الشفاء ويمكن أن نُشير هنا الى دعوتين على سبيل المثال :

تتلخص وقائع الدعوى الأولى في أن طبيب أطفال قام بفحص طفل صغير يبلغ من العمر ثلاثة أعوام ونصف كان يعاني من حمى شديده مصحوبة بقي وقرّر في النهاية أنه مُصاب بالحصبة وبعد يومين لاحظ طبيب آخر تصلباً في رقبة الطفل فأمر بدخوله المستشفى حيث

يتم تشخيص المرض على وجه السرعة بأنه التهاب سحائي . قضت محكمة الإستئناف بمسؤولية الطبيب الأول³⁶⁰.

التطبيقات التقليدية لفكرة تفويت الفرصة :

لاشك أن تفويت فرصة الفوز في سباق الخيول هو من أهم التطبيقات التقليدية تماماً ويمكن أن يتخذ عدة صور فتأخر الناقل مثلاً . في نقل الحصان قد يتسبب في عدم إشتراكه في السباق ويحرم مالكة كم فرصة الفوز بجائزة بهذا السباق بما أن المدرب الذي أصيب بجراح لم تمكنه ن تدريب الحصان بشكل كافٍ يستحق تعويض عن الضرر الناتج عن تفويت فرصة الفوز في السباق أما بالنسبة لتفويت الفرصة في المسائل القضائية فله تطبيقات متعددة في القضاء فالمحامي مثلاً الذي يرتكب خطأ يفوت على موكله فرصة قبول الإستئناف ويلتزم بتعويضه على أساس تفويت الفرصة³⁶¹

تطبيقات من أحكام التمييز القضاء الكويتي :

نجد أن المحاكم الكويتية قد أخذت أيضاً بمبدأ التعويض عن تفويت الفرصة واعتبرت أن الحرمان من الفرصة حتى فواتها هي في حد ذاته ضرر حال محقق حتى ولو كانت الإستفادة من الفرصة بالنسبة للمضرور الذي فاتت عليه هذه الفرصة بسبب المسؤول عن فواتها أمر محتملاً . وقد قضت في ذلك (بأن الحرمان من الفرصة حتى فواتها ضرر هو ضرر حال محقق ولو كانت الإفادة منها امراً محتملاً) .

وقد جاء في الحكم رقم (121) الصادر من محكمة التنفيذ بدولة الكويت ومن خلال ملخص الوقائع وما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق يتحصل أن المطعون ضدهما أقامتا على الطاعن بصفة الدعوى رقم (1.72) لسنة 1995م هـ مدنى بطلب الحكم بإلزامه أن يودى إليها على سيل التعويض النهائي (85...) دينار .

قد توصلت المحكمة الى أن الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرر محققاً بمعنى أن يكون قد وقع أو أنه سيقع حتماً أما الضرر الإحتمالي الغير محقق الوقوع فان التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلاً وأنه وإن كان فوات الفرصة أمر محققاً إلا أن التعويض عنه

360 مجلة الأحكام القضائية لسنة 1976م ص 465 . .

361 13/1./2.17 9:5 goal Dr. yousif zakariae .

مشروط بوقوع ضرر يتمثل في حرمان المضرور من كسب كان يأمل الحصول عليه ، وكان لهذا الكسب أسباب مقبولة يترجح منها وقوعه وليس مجرد احتمال³⁶².

تطبيق من أحكام المحكمة الإدارية الرباط :

ان المحكمة الإدارية الرباط بدولة المغرب قد أخذت أيضاً بمفهوم التعويض عن تفويت الفرصة شأنها في ذلك شأن التميز الكويتية وذلك عندما قامت بإلغاء قرار رفض ملف التأهيل الجامعي والحكم بتعويض (1). الف درهم للطاعن ضد المطعون ضدها لمخالفة القانون حيث أن رفض ملف التأهيل الجامعي خلال موسم (2/5/6..2) فوت على المدعي فرصة الحصول على التأهيل الجامعي خلال سنة بذاتها وأدى الى حرمانه من المزايا المادية التي تترتب على ذلك من زيادة الراتب أو على نوع المهام العلمية الممكن إسنادها اليه و يتلخص وقائع هذا الطعن .

ان المدعي قدم ملف يتضمن الوثائق المطلوبة لمبادرة التأهيل الجامعي (2/5/6..2م) المعلنة من طرف كلية الحقوق بمكناس ويعد الإنتظار حصل قرار من العميد قضى برفض ملفه إستناداً الى المعايير التي أقرتها اللجنة العلمية بتاريخ 19/4/2016م أسس المدعي طلب التعويض على عدم شرعية قرار رفض ملف التأهيل الجامعي وما نتج عنه من تفويت الفرصة للمدعي للمناقشة أمام لجنة التأهيل الجامعي ومن ثم فرصة الحصول على ذلك التأهيل خلال موسم (2/5/6..2م) ما نتج عنه أضرار مادية ومعنوية وقد قضت المحكمة له بالتعويض بإعتباره وسيلة للتقليص من آثار القرار غير المشروع وليس غاية في حد ذاته

تطبيق من أحكام النقض المصرية :

أن المحاكم المصرية و منذ فترة طويلة قد أخذت تطبق مبدأ تفويت الفرصة في مختلف الوقائع التي ترفع اليها ، حيث نجد أن المحاكم المصرية غنية بالأحكام الصادرة منها في مجال تفويت الفرصة وفي ما يلي نتعرف علي بعض النماذج ومن ذلك قضت محكمة النقض بأن إدخال تفويت الفرصة ضمن عناصر الضرر هو كسب فائت اذا كان المضرور يأمل لأسباب معقولة للحصول عليه.

كذلك قامت المحاكم في مصر منذ فترة طويلة بالتعويض المناسب للطالب الذي يحرم دون وجه حق من دخول الامتحان لعدم إعطائه الفرصة التي أباحها القانون .حيث نجد أن محكمة النقض المصرية قد ذهبت الى أن (المقرّر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرضة أمر محتملاً فان تفويتها أمر محقق يجوز للمضروور أن يطالب بالتعويض عنها لا يمنع القانون من أن يدخل في عناصر التفويت ما كان المضروور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذه الفرصة إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الأمل قائماً على أسباب مقبولة من شأنها طبقاً للمجرى الطبيعي للأمر قد صبح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع³⁶³ .

وفي تقديري ومن خلال الاستعراض للسوابق القضائية في القانون السوداني والمصري ، والقانون الكويتي وأيضاً المغرب قد أخذت بمبدأ تعويض تفويت الفرصة من وقت ليس بالقريب ، بل واعتبرت أن إدخال تفويت الفرصة في عناصر الضرر هو كسب فائت ، واعتبرت أن مجرد الحرمان من الفرصة عنصر من عناصر الضرر .

المبحث الثاني

القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

يرى أغلبية الفقهاء عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي فهما إسمان مختلفان لمعنى واحد ، فهو إذا نظر اليه من حيث أنه غير متوقع الحصول فهو حادث فجائي ، وإذا نظر اليه من حيث أنه لا يتمكن دفعه فهو قوة القاهرة .

ومن الأمثلة على القوة القاهرة الحرب ، الثورة ، الفيضانات ، العواصف ، وصور تشريع أو أمر إداري واجب التنفيذ ذلك من الحوادث³⁶⁴ وعواصف وتحدث خسائر بشرية ، ومادية ، وأزمات اقتصادية يصعب على الدولة توقع أثارها أو وقوعها أو وانتفاء الضمان على الدولة هو انتفاء لمسئوليتها العقدية أو التقصيرية التي قامت نتيجة إخلالها بالالتزام إستحال عليها تنفيذه بسبب الأفة السماوية أو الجائحة ، ولا يعنى ذلك انتفاء مسئوليتها عما يصيب رعاياها من ضرر ناتج عن الأفة السماوية ، بل تظل مسئوليتها كدولة تجاههم قائمة وعليها القيام بواجبها نحوهم في الظروف التي تفرضها الكارثة الطبيعية ، فتلزمها الاغاثة ، والإنقاذ والإخلاء ، والإيواء ، وتقديم المساعدات والمعونات ، والعلاج للمصابين ، لأن الإخلال بشي من ذلك يقتضي قيام مسئوليتها التقصيرية عند الضرر الذى لحق رعاياها بفعلها الضار ، المتمثل في التقصير والإهمال ، وعدم القيام بواجبها في مثل هذه الظروف ، مما يترتب عليها تعويضهما لمن تضرر³⁶⁵ حتى يوصف الحادث بأنه قوة القاهرة أو حادث فجائي يجب أن تتوفر فيه ثلاث شروط :

- 1/ أن يكون من المستحيل توقعه ، وان تكون الاستحالة في هذا الشأن مطلقة لا نسبية ، بحيث يستحيل على اي شخص أن يتوقع الحادث .
- 2/ أن يكون الحادث من المستحيل دفعه وأن تكون الاستحالة مطلقة لا نسبية .
- 3/ أن يترتب على الحادث أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً وأن تكون الاستحالة لا نسبية ، ويستوى أن تكون الاستحالة مادية أو معنوية³⁶⁶ .

364 الوجيز في شرح القانون المدني : السنهورى . مرجع سابق ، ج1 ص376،372 . ، نظرية

الالتزام ، أحمد حشمت ج1 ص335 . .

365 الحسنى ، إسماعيل مهدى أحمد ، ضمان الدولة للضرر في الفقه الاسلامي ص274 ..

366 الوسيط ، د. السنهورى ، مرجع سابق ج1 ص879،877 . نظرية الالتزام : سمير عبد

السيد ، مرجع سابق ص3.7 . .

عبر الفقه الاسلامي عن القوة القاهرة بالأفة السماوية وهو أمر ليس في الإمكان الإحتراز عنه ولا في الوسع توقعه ويجعل الالتزام مستحيلاً³⁶⁷ .

وجاء ذلك مؤيداً بالقاعدة الفقهية (ما لا يمكن الإحتراز عنه فهو معفو عنه) وتعنى هذه القاعدة أن كل مالا يستطيع المكلف التحفظ منه والابتعاد عنه ، ومن الأمور المطلوبة منه تركها لكونها تفسد عبادته ومعاملاته ، يتجاوز عنها ، ولا يؤاخذ بها ، لانها خارجة عن طاقته ، والتكليف بما هو خارج عن حدود طاقة المكلف فيه حرج ومشقة وهما مرفوعان عنه³⁶⁸ .

أكد محامون وأكاديميون أن الحصار الذي تتعرض له قطر يُعتبر قوة القاهرة بحكم كل القوانين ، حيث أنه حادث خارجي لم يكن متوقفاً حدوثه ويستحيل دفعه ويترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام .

وأكدوا أن القوة القاهرة تحول دون امكانية الأفراد أو المؤسسات أو حتى بعض الدول من تنفيذ التزاماتها بسبب تلك القوة .

وقال : د : ثاني بن على آل ثاني عضو مجلس إدارة مركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم خلال ندوة (القوة القاهرة في أزمة الحصار) والتي تم تنظيمها بالتعاون بين جامعتي قطر وحمد بن خليفة وغرفة قطر ومكتبي الشيخ ثاني بن على آل ثاني للمحاماه والمحامي سلطان آل عبد الله (أن المشرع القطري نظم مفهوم القوة القاهرة في نصوص عديده في شتى القوانين ، حيث عرفها بأنها الحادث الذي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه ، وهي صورة من صور السبب الأجنبي الذي ينفي علاقة السببية .

وأضاف: (تختلف القوة القاهرة عن بعض النظم المتشابهة كالحادث الفجائي والظروف الطارئة وحالة الضرورة ومن أثار القوة القاهرة أنها قد تؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية وبالتالي نفي المسؤولية عن المدين لأنها تقطع علاقة السببية بين فعل المدين وبين الضرر ويظهر بوضوح تأثير القوة القاهرة على العلاقات والعقود الدولية وعقود النقل وعقود الاشغال) .

367 مصادر الحق : السنهورى ، مرجع سابق ، ج6 ص177 ، 178 ..

368 القواعد الفقيهه : مصطفى الزحيلي ، دار الفقه دمشق ط11 (1427هـ . 2006م) ج1 ص658

، ، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير ، عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف ، عمادة البحث

العلمي بالجامعة الإسلامية المدينة المنورة ط1 (1423هـ ، 2003م) ج1 ص281 ..

استعرض اشرف الفيشاوي من مكتب سلطان آل العبد الله ومشاركوه موضوع القوة القاهرة من جانب التطبيقات القضائية ، مُشيراً الى أن العقد هو اتفاق ادارتين أو أكثر علي إحداث اثر قانوني معين ، وأن العقد يرتبط بمجرد إرتباط الايجاب والقبول وأن الرضا هو الركن الاساسي من اركان العقد، وأن الاصل أن مبدأ سلطان الإرادة لا يُجيز لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض الإتفاق او تعديله ، الا بموافقة المتعاقدين أو لسبب قانوني ، اما خلاف ذلك فليس له سوي الالتزام بتنفيذ الاتفاق ، طوعاً أو جبراً ، الآ ان تحول دون ذلك قوة قاهرة او حادث فجائي .

واشار الي أن قطر أخذت بنظرية القوة القاهرة ونصت في المواد (187، 188، 258، 259) من القانون المدني ذلك وان القضاء القطري أخذ بنظرية القوة القاهرة في أحكامه وإستقر على ان توافرها ينفي المسؤولية من عدم تنفيذ الالتزام بل أن توافرها يؤدي الى وقف سريان التقادم . قالت: الدكتورة نسرین محاسنه / الاستاذة بكلية القانون جامعة قطر أن الاثار القانونية للقوة القاهرة في القانون المدني القطري تظهر في نص القانون على أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه وبأثر رجعي ويعود كل طرف الى المركز القانوني الذي كان عليه قبل العقد .

كما أشار المشرع القطري للاستحالة الجزائية ولكنه لم يُشير الى الاستحالة المؤقتة التي عرفها الفقه الإسلامي ويترتب عليها وقف تنفيذ العقد فترة من الزمن .

وأضافت ان المقاول على سبيل المثال يستحق تمديد وقت الوفاء والحصول على النفقات التي تكبدها بسبب القوة القاهرة ولكن إستثنى من ذلك القوة القاهرة المتعلقة بالكوارث الطبيعية ، وأنه وفي كل ما سبق يفترض أن القوة القاهرة مؤقتة ويستأنف تنفيذ العقد بعد زوالها ، وانه إذا ترتب على القوة القاهرة عدم القدرة جوهرياً على إستكمال الأعمال لمدة (84) يوماً متصلة أو (14). يوماً متقطعة جاز لأي طرف من الطرفين (صاحب العمل والمقاول) توجيه اخطار للأخر بإنهاء العقد يأخذ الفخ أثره بعد مرور (7) أيام من تاريخ توجيهه .

استعرض المحاضر المهندس تحسين صالح النماذج التي تنفذ بموجبها العقود الرئيسية في قطر مشيراً الي أن ما جاء في القانون ينطبق على الحصار المفروض على قطر ، بالتالي يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك أن الحصار يُعد قوة قاهرة ، وبالتالي أي من طرفي العقد يستطيع إنهاءه بحكم القوة القاهرة .

وقال أنه في حال تحقق الظروف الاستثنائية خلال (14) يوم يقوم المتضرر بتقديم إخطار بالضرر أو توقع الضرر ، بالتالي يتم احتساب أثر الحدث الاستثنائي من تاريخ تقديم الاخطار وانه في حال انتهاء الظروف الطارئة في أي تاريخ ينتهي الضرر على ان يلتزم

الطرفان بسريان العقد قبل الاحداث الطارئة مؤكداً ضرورة بذل كافة الاطراف جهود كبيره لعدم تأثير الظروف الطارئة على الالتزام بالعقود³⁶⁹ ومن الامثلة على القوة القاهرة (الآفة السماوية) الحريق الغالب ، وأمر السلطات ، وغرق السفينة³⁷⁰ هلاك الشاة عند السقي بآفة سماوية ، وأكل الذئب الغنم والراعي عنده إذا كان الذئب أكثر من واحد³⁷¹ .

على ما تقدّم أن الآفة السماوية (القوة القاهرة) تسقط الضمان مما يقود بانتفاء علاقة السببية بالقوة القاهرة في الفقه الاسلامي .

وفي تقديري أنه لا يوجد تمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي إسمان مختلفان لمسمى واحد

المبحث الثالث

خطأ المضرور

إذا أثبت المدين ان فعل المضرور عن وجود الذي أحدث الضرر فلا يكون مسؤولاً ويسقط حق المضرور في التعويض .

369 جريدة الرأيه القطريه اصدار 2.17/.1/26م الساعة 3:3. صباحاً بالتوقيت المحلي لمدينة الدوحة 2.17/.1/28م LXO 9 م goal .

370 مصادر الحق : السنهوي ، مرجع سابق ج 1 ص 177 . .

371 مجمع الضمانات : أبو محمد بن محمد البغدادي مرجع سابق ص 29 . .

أما إذا أجمع خطأ المضرور وخطأ المدين وكان الضرر لخطئهما مشتركاً وزعت المسؤولية بينهما فلا يقضى بالتعويض كاملاً³⁷² وهو ما جاء به القانون السوداني حيث قرّر (للمحكمة أو للقاضي إنقاص مقدار التعويض بنسبة إشراك المضرور في إحداث الضرر) (وتكون المسؤولية فيما بين الشركاء في ارتكاب الفعل الضار بالتساوي إلا إذا عينت المحكمة نصيب كل منهم في التعويض)³⁷³ .

هذا ما أرسته المحاكم السودانية في قضية تسجيلات أراضى أمدرمان ضد نعيمة إسماعيل قرّرت المحكمة العليا (تعدد المسؤولين عن الضرر لا يعنى تساوى كل منهم في تسبب الفعل الضار لذا أجاز للمحكمة تعيين نصيب كل منهم في التعويض حسب مساهمته)³⁷⁴ .

أما بالنسبة للقانون المصرى فقد نص في المادة (216 مدنى) على (يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد إشتراك في إحداث الضرر أو زاد فيه) كما نص في المادة (169مدنى) على (إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض)³⁷⁵ .

ويبدو فيما سبق إتفاق القانون السودانى والقانون المصرى على إنتفاء علاقة السببية بخطأ المضرور .

أما فيما يتعلق بخطأ المضرور في الفقه الإسلامى إذا كانت يد المدين يد أمانه وهلك الشئ بخطأ الدائن أى خطأ المضرور لم يضمّن المدين الهلاك ، فقد قام بواجبة ، والهلال قد حدث بسبب أجنبى عنه وهو خطأ المضرور ، وإذا كانت يد المدين يد ضمان كيد البائع قبل تسليم المبيع ، وكان هلاك المبيع بخطأ المشتري ، لم يضمّن البائع ولو قبل القبض³⁷⁶ .

372 مصادر الحق : السنهورى ، مرجع سابق ج1 ص232 . .

373 المواد (157 ، 158) على التوالى من قانون المعاملات المدنية لسنة1984 ع .

374 مجلة الاحكام القضائية لسنة2...ة صفح15. ع .

375 النظرية العامة للإلتزامات : مرقص سليمان ، مرجع سابق ، ص42 . .

376 الوجيز فى النظرية العامة : عبد الرسول عبد الرضا ، مرجع سابق ، ص325 . .

ويتضح مما سبق أن خطأ المضرور يُسقط الضمان مما يؤدي الى القول بإنتفاء علاقة السببية بخطأ المضرور في الفقه الإسلامي .

يثور السؤال لو أن الضرر الذي يسببه شخصان لبعضهما البعض بسبب خطأ مستقل فكل شخص مباشر للضرر وكل شخص مضرور ؟

ونجد في الإجابة على هذا السؤال رايان في الفقه الإسلامي الحنيف

أ/ كان رأى الأمامين أبو حنيفة وصاحباه وأحمد إبن حنبل أن كل واحد منهما مسؤول عن كامل الضرر الذي يصيب الشخص الآخر .

ب/ أما الأمامين مالك والشافعي فقد ذهبوا الى أنه يجب نصف الدية اذا ما إصطدم فارسان ببعضهما البعض وقتل كل منهما الآخر فكون كل منهم اشترك بالفعل والضرر وأن كل واحد منهم مات بفعل غيره وفعل نفسه .

وقد رجح الاستاذ مصطفى الزرقا الرأى الثانى فهذا المذهب الذى ذهبت اليه محكمة التمييز الاردنية³⁷⁷ .

ويرى الباحث أن ماذهب إليه قضاء المحاكم السودانية والمُشار إليه سابقاً هو الأولى بالإتباع حيث يكون أمر التقدير متروكاً للقاضى إذا عين وحدد نسبة مشاركة المضرور فى تسبب الضرر ، وهو مادلت عليه السابقة القضائية .

الخاتمة

الحمد لله الذى فضله تتم الصالحات وبِعونه تناء البصائر ويهتدى للغايات،
والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى
أله وصحبه ومن تبعهم وسلم تسليماً كثيراً الى يوم الدين .

فهذه دراسة التعويض والتي يسر الله عز وجل تمامها بفضله ومنته ، فاسأل الله
سبحانه وتعالى أن يكون عملي خالصاً صورياً ، وأن ينتفع به كاتبه وقارئه ولقد
توصلت الدراسة الى عدد من النتائج والتوصيات على النحو الأتى

أولاً : النتائج :

1/ أن الفقهاء القدامى لم يعرفوا التعويض ، لانهم إستعملوا لفظاً آخر للدلالة على التعويض وهو "الضمان" وبعد البحث تمكنت من العثور على ثلاثه تعاريف للتعويض ، وأضف إليها عدداً من تعاريف التعويض عندالفقهاء المعاصرين وشُراح القانون وإنتهيت الى تعريف التعويض بـ (ما يُجبر به الضرّر المتسبب للضرر من عين أو قيمة) .

2/ أن الضرر هو عله وجوب التعويض (الضمان) في الفقه الإسلامى فإذا وقع الضرر وجب التعويض وإذا إنتفى الضرر إنتفى معه التعويض .

3/ جبر الأضرار بالتعويض أمر في الشريعة الإسلاميه وهذا المبدأ من خصائصها بصفتها شريعة عامه سمحه خالده وقد دلت مصادر التشريع على مشروعيه التعويض على الأضرار وتؤكد ذلك بآيات كريمة ، وأحاديث شريفه ، وهو أيضاً مما يوجه العقل السليم والنظر المستقيم .

4/ التعويض في تكليفه الفقهي تكليف شرعي مالي بدلى يُقدر بقدر الضرر .

5/ الضرر المادي هو الضرر الذى يُصيب الشخص فى ماله أو جسمه أما الضرر الأدبي فهو الأذى الذى يُصيب الشخص فى حق ، أو مصلحه غير مالية كالضرر الذى يُصيب الشخص فى شرفه أو عرضه ، أو عاطفته أو ألمّ فى جسمه .

6/ لا خلاف في التعويض عن الضرر المادي في الفقه والقانون ، بينما الإختلاف في التعويض عن الضرر الأدبي لدى الفقهاء المعاصرين على قولين والراجح جواز التعويض .

7/ يتم تقدير التعويض وقت الحكم في الدعوى وليس وقت حدوث الضرر .

8/ التقادم في الشريعة الإسلامية مانع من سماع الدعوى فقط ، وعلى هذا فلا تسقط أو تُكتسب به الحقوق ، خلافاً للأنظمة الوضعيه ، وبين أن مدته عند الفقهاء المتأخرين الى خمسة عشر سنه .

9/ محاكم الإستئناف لا تتدخل في سلطات المحاكم الدنيا والتقديرية في التعويض

10/ سبب سقوط الحق في المطالبه بالتعويض في القانون هو مرور خصمه سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به مالم يكن ثمة عذر شرعى حال دون رفع الدعوى .

11/ الحق في التعويض عن الأضرار الماديه ينتقل الى الورثه في الفقه الإسلامى والقانون .

12/ هُنالك ثلاثة مصادر رئيسيه لتقدير التعويض القانون ، التقدير الإتفاقي ، والتقديرى القضائى .

13/ المسؤولىه التصيريه والعقديه يتخلف تقدير التعويض فيها بالرغم من ضرر توفر الخطأ _ الضرر والعلاقه السببيه مالم ينص القانون السودانى على التعويض القانونى بسبب تأثره بالفقه الإسلامى الذى حرم للربا بينما نص القانون المصرى .

ثانياً : التوصيات :

وبعد عرض أهم التى توصل اليها الباحث وأن أهم التوصيات التى يأمل الباحث لأخذها :

1/ يأمل الباحث من واضعى القانون أقرار مبدأ التعويض عن الأضرار الأدبيه ، لتحقيق إرضاء المضرور وتطبيب نفسه .

2/ يُوصى الباحث على أن ينص المُشرع السودانى على النفقه المُوقتة لأن المضرور فى حاجة ماسه للنفقة المُوقتة .

3/ أوصى بإضافة نص قانونى فى إعطاء القاضى سُلطة تعديل التعويض الإتفاقي بالزيادة أو النقصان .

4/ يوصى الباحث أن ينص المُشرع السودانى على شكل الإعذار .

5/ أوصى بالمزيد من البحث فى هذا الموضوع لأهميته .

فهرس الفهارس	
الصفحه	الفهرس
116	فهرس الأيات
117	فهرس الأحاديث
118	فهرس الأعلام
119	فهرس المراجع والمصادر
125	فهرس الموضوعات

فهرس الآيات

الصفحة	رقم الآية	السورة	طرف الآية	
18	194	البقرة	(فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ)	1
18	95	المائدة	(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ)	2
12	126	النحل	(وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ)	3
12	.4	الشورى	(وَحَزَّوْا سَيِّئَةً سَيِّئَةً مِّثْلَهَا)	4
12	78	الأنبياء	(وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ)	5

فهرس الأحاديث	
الصفحة	طرف الحديث
2	إذا ابتليت عبدى بحبيته فصبر ...
2	أن إعرابياً أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكره ...
	أهدت بعض أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم الى النبي صلى الله عليه وسلم طعاماً في قصفه ...
7	(لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه جاداً ولا لاعباً)
9	(أتدرون ما المفلس قالو المفلس فينا من لادرهم له ولامتاع ...)
21	(لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى ...)

فهرس الأعلام		
رقم الصفحة	الإسم	الرقم
8	إبن الجوزيه	1
8	مياهه الملاكى	2
8	البجرمي	3

❖ أولاً : القران الكريم : -

❖ ثانياً كتب التفسير : -

1/ أحكام القران : أحمد بن علي أبوبكر الرازي الجصاص الحنفى : دار الكتب العلميه بيروت

2/ تفسير القران العظيم : ابو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشى البصرى : دار الكتب العلميه بيروت : الطبعة الأولى 1419.

❖ ثالثاً : كُتُب الحديث : -

1/ سنن الترمزى ، الترمزى عن أحمد بن منيع ، مصطفى البابى الحلبي ، مصر _ ط الثانية 1365 .

2/ صحيح البخارى ، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخارى ، دار طوق النجاة : ط الأولى 1422هـ

3/ سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد ، دار إحياء الكتب العربيه _ ط بدون سنه بدون

4/ سنن القرطنى ، أبو الحسن على بن عمر بن أحمد ، مؤسسة الرساله _ بروت _ ط الأولى 1424هـ.

❖ رابعاً : كُتُب شروح الحديث : -

1/ الأحوزى . بشرح جامع الترمزى ، أبو العلا محمد عبد الرحمن : دار الكُتُب العلميه _ بيروت ط بدون ، سنه بدون .

2/ عون المعبود : شرح سنن اب داؤد _ محمد شرف بن أمير بن حيدر أبو عبد الرحمن : دار الكُتُب العلميه بيروت ط الثانية 1415 هـ .

3/ فتح البارى شرح صحيح البخارى ، أحمد بن على بن حجر أبو الفضل دار المعرفه ، بيروت _ ط بدون 1379 .

❖ خامساً : كُتُب أصول الفقه : -

1/ أصول الفقه الإسلامى ، وهبه الزحيلي ، دار الفكر ، بيروت _ لبنان ط 2 1418هـ

2/ فواعد الأحكام في مصالح الأنام ، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبى القاسم بن الحسن ، السلمى الدمشقى _ مكتبه الكليان الأزهرية _ القايره ط بدون

1414هـ

❖ سادساً : كُتُب القواعد الفقهية : -

- 1/ الأشباه والنظائر ، على مذهب ابى حنيفه النعمان ، زين الدين بن إبراهيم محمد المعروف بن نجيم المصرى ، دار الكُتب العلميه بيروت _ لبنان ط الأولى 1419هـ
- 2/ الأشباه والنظائر ، عبد الرحمن بن ابى بكر جلال الدين السيوطى ، دار الكُتب العلميه ط الأولى 1419هـ
- 3/ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، محمد مصطفى الزحيلي _ دار الفكر ، دمشق . ط الأولى ، 1141هـ .
- 4/ المدخل الفقهى العام : مصطفى أحمد الزرقا ، دار الفكر ط (1) 1387هـ .
- 5/ ضمان الدولة للضرر في الفقه الإسلامى الحسين إسماعيل مهدي أحمد .

❖ سابعاً : كُتُب الفقه : -

أ/ الأحناف : -

- 1/ بدائع الصانع في ترتيب الشرائع أبوبكر بن مسعود الكاسانى ، دار الكُتب العلميه . الطبعه الثانيه ، 14.6 هـ
- 2/ ترتيب الحقائق بشرح كنز الدقائق ، فخر الدين الزيلعى ، المطبعه الكبرى الأميريه ، القاهرة _ الأولى 1313هـ .
- 3/ رد المختار على الدر المختار : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقى الحنفى ، دار الفكر _ بيروت _ الثانيه 1412 هـ
- 4/ المبسوط ، أبوبكر أحمد بن سهل السرخسى ، دار المعرفه ، بيروت ، ط بدون 1414هـ

ب/ المالكيه : -

- 1/ التاج والأكليل لمختصر خليل ، أبو عبد الله ، دار الكُتب العلميه الأولى 1416 هـ
- 2/ حاشية الدسوقى على شرح الكبير ، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى المالكى دار الفكر ط بدون سنه بدون .
- 3/ شرح مختصر خليل للخرشي ، محمد بن عبد الله الخرشى ، دار الفكر بيروت ط بدون سنه بدون .

ج/ الشافعية : -

- 1/ الأم الشافعي : دار المعرفة _ بيروت ط بدون

2/ البيان في مذهب الإمام الشافعي _ أبوالحسين يحيى بن سلم ، دار المنهاج ؛ جده ، الأولى ، 1421هـ .

3/ الحاوي الكبير _ الماوردي - دار الكُتب العلمية _ بيروت _ الأولى 1419هـ

4/ المهذب عنى فقه الإمام الشافعي _ الشيرازي _ دار الكُتب العلمية ط بدون سنة بدون .

د/ الحنابلة : -

1/ الشرح الكبير على متن المقنع _ ابن قدامه دار الكتاب العربي ط بدون سنة بدون .

2/ كشف القناع عن متن الإقناع _ البهوتي ، دار الكُتب العلمية _ بيروت ، ط بدون سنة بدون .

3/ المغنى بن قدامه _ مكتبة القاهرة _ ط بدون سنة 1388هـ .

ه/ كتب الفقه الحديث : -

1/ الشخصية الاعتبارية ف الفقه الإسلامي ، د. أحمد عبد الله دار بدون ط بدون .

2/ المسؤولية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي ، د. سيد أمين _ دار عزة _ الخرطوم _ السودان ط 2 _ 2002م .

3/ مصادر الحق في الفقه الإسلامي د. عبد الرازق أحمد ، دار الفكر ط 2 سنة بدون

4/ نظرية الضمان ، وهبة الزحيلي دار الفكر _ بيروت _ لبنان ط بدون 1424هـ .

5/ ضمان العدوان في الفقه الإسلامي : سراج محمد أحمد بدون صد 15... .

❖ ثامناً : كُتب القانون : -

1/ الوسيط شرح القانون المدني _ عبد الرازق أحمد السنهوري ج 1 صد 1910 .

2/ مصادر الإلتزام _ عبد المنعم فرح الصده ط بدون صد 518.. .

3/ دار الحكام شرح مجلة الأحكام . حيدر على ، تعريب فهمى الحسين ج 1 صد 811 .

4/ الوجيز في شرح القانون المدني د. عبد الرازق السنهوري _ دار النهضة العربية _

القاهرة _ ط (1) 1991م صد 265.. .

5/ الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية د/ حسن عبد الباسط جميعي _ دار بدون

ط(بدون) صد 6 .

- 6/ النظرية العامة للإلتزامات د. عبد المنعم البداورى - مكتبة سيد عبد الله ط(2) ص412 .
- 7/ الإلتزامات الإدارية (العقد والإدارة المُنفردة) محمد الشيخ عمر (بدون) ط(3) ج(1) ص222.
- 8/ نظرية الإلتزام د.سمير عبد الله السيد شاغو _ مشاة المعارف بالأسكندرية ط(بدون) ص155 ..
- 9/ المبسوط في شرح القانون المدني ، الجبورى ، دار وائل _ عمان ط(بدون) ص313 ..
- 1./ نظرية العقد : د:سليمان مرقص _ دار النشر لجامعات المصرية القاهرة ط(بدون) ص351 ..
- 11/ شرح القانون المدني _ مصادر الحقوق الشخصية د.عدنان إبراهيم السرحان ، دار الثقافة ط(1) 8..2 ص3.2 ..
- 12 نظرية الإلتزام د. أحمد حشمت ج(1) ص435 ..
- 13/ النظرية العامة للإلتزامات د. يس محمد يحي ج1 ص212 ..
- 14/ المدخل الفقهي العام : مصطفى أحمد الزرق دار الفكر ط(1). 1387 هـ 1968م ج2 ص977 ..
- 15/ المسؤولية التقصيرية العقدية : د. أنور العمروسي ط(بدون) ص337 ..
- 16/ أحكام العقود والمسؤولية العقدية : د. تاج السر محمد حامد : دار النهضة العربية ط(2) 8..2 ص215 ..
- 17/ نظرية العقد :د. محمد عبد الرحمن محمد _ دار النهضة العربية - القاهرة ط(بدون) ص728 .
- 18/ النظرية العامة للإلتزام ، إدريس محمد يحيى . دار النهضة العربية . القاهرة ط(بدون) ج2 ص22 ..
- 19 / التعويض بين الضّرر المادي والأذي المورث : د. محمد أحمد عابدين _ مناشط المعارف الإسكندرية ط(بدون) 1995م ص15..
- 2./ الوجيز في النظرية العامة للإلتزام د. حسن على الزنون ج2 ص94 ..
- 21/ النظرية العامة للإلتزام د. نبيل إبراهيم ج2 ص52 - .

- 22/ التعسف في إستعمال الحق وإلغاء العقود : د. حسين عامر مطبعة مصر ط(1)196. صد646 . .
- 23/ المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء د. عز الدين صوري مطبعة القاهرة الحديثة ط(بدون) 1988م صد977 ..
- 24/ الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات د. عبد الرسول عبد الرضا ج3 صد387 . .
- 25/ شرح المسؤولية المدنية : د. بدرية عبد المنعم حسنونه ط(1) 2.11م .
- 26/ المسؤولية التقصيرية : أ: عبيد حاج على صد194 . .
- 27/ شرح المعاملات المدنية السوداني : د. محمد صالح على ج2 صد151 . .
- 28/ محاضرات في أحكام العقد: د. أسامة محمد عثمان خليل دار (بدون) 2.6م صد186 . .
- 29/ العقد والإدارة : أبونر الغفاري دار (بدون) ط2 2.8م .
- ❖ تاسعاً : - كُتُب اللّغة : -
- 1/ تاج العروس من جواهر القاموس ، محمد بن محمد بن عبد الرازق الحسين ، الملقب بمرتضى ، الزبيدي ، دار الهوية ط(بدون) سنة (بدون) .
- 2/ لسان العرب ، محمد بن مكرم بن علي ، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري _ دار صادر ، بيروت ط(الثالثة) 1414هـ .
- 3/ مختار الصحاح ، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي _ المكتبة العصرية _بيروت ط(الخامسه) 142هـ .
- 4/ المصباح المتير في غريب الشرح الكبير أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المكتبة العلمية _ بيروت _ ط(بدون) سنة (بدون) .
- ❖ عاشراً : كُتُب الإعلام : -
- 1/ أعلام الموقعين عن رب العالمين . راجعه وعلق عليه :طه عبد الرؤوف (در الجيل ،بيروت ،لبنان _ الطبعة الثانية 397 ج2 صد177 . .
- 2/ الإتيقان والأحكام في شرح تحفه الحكام _ دار المعارف _ بيروت _ لبنان ج1 صد143 . .
- 3/ الإسيعاب في معرفة الأصحاب _ ابن عبد البر _ دار الجيل _ بيروت _ الطبعة الأولى _ 1412هـ .

4/ الإغلام خير الدين الزركلى _ دار العلم للملايين الخامسه عشر 2..2م

❖ الحادى عشر : المجلات القضائية والعدلية : -

1/ مجلة الأحكام العدليه المادة 31

2/ مجلة الأحكام 1975م

3/ مجلة الأحكام القضائية 1976م .

4/ مجلة الأحكام القضائية 1979م .

5/ مجلة الأحكام القضائية 198م .

6/ مجلة الأحكام القضائية 2.1م .

7/ مجلة الأحكام القضائية 4..2م .

8/ مجلة الأحكام القضائية 5..2م .

9/ مجلة الأحكام القضائية 8..2م .

❖ ثانى عشر : القوانين : -

1/ قانون المعاملات المدنية السودانى للعام 1984م

2/ قانون الإجراءات المدنية السودانى للعام 1983م

3/ القانون المدنى المصرى

ثالث عشر : المواقع الألكترونية :

1/ Dr . yousif Zakariae IssA

2/ جريدة الراية إصدار 2.17/.1/26م

فهرست الموضوعات

الرقم	الموضوع	الصفحة
1	إستهلال	أ
2	الإهداء	ب
3	شكر وعرفان	ج
4	مستخلص البحث	د
5	المقدمة	1
الفصل الأول :		
مفهوم التعويض ومشروعيته والحكمة منه وأنواعه وأركان دعوى التعويض		
7	المبحث الأول : مفهوم التعويض	7
8	المبحث الثاني : مشروعية التعويض والحكمة منه	13
9	المبحث الثالث : أنواع التعويض	16
.1	المبحث الرابع : أركان دعوى التعويض	.3
الفصل الثاني		
أحكام دعوى التعويض وكيفية تقديره		
12	المبحث الأول : شروط إستحقاق التعويض	44
13	المبحث الثاني : تقدير التعويض	59
14	المبحث الثالث : عدم سماع دعوى التعويض	.8
الفصل الثالث		
إنقضاء المسؤولية عن التعويض		
15	المبحث الأول : فوات المنفعة	91
16	المبحث الثاني : القوة القاهرة	1.7
17	المبحث الثالث : خطأ المضرور	111