

في ضمان الضرر المادي الناتج عن فعل ضار

دراسة في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية

لدولة الإمارات(*) - موازنة مع الفقهين الإسلامي والغربي(**)

(القسم الأول)

الدكتور/ "محمد صبري" نصار الجندي
أستاذ القانون المدني المشارك
جامعة الزيتونة الأردنية
المملكة الأردنية الهاشمية

ملخص:

عادة ما لا يثير "الضرر المادي"، في كتب الفقه، أسئلة أو شكوكاً حول قابليته للتعويض. فهذا الضرر مقبول بشكل عام للتعويض في كل صوره، سواء تعلق الأمر بضرر مادي نتج عن إتلاف شيء، أو مساس بحق، أو بضرر مادي نتج عن الإضرار بإنسان في جسده أو فيما اتصل بشخصه من حقوق.

بيد أن تقرير هذا الحكم لا يغطي في الواقع المشكلات الدقيقة التي يثيرها هذا النوع من الضرر. فحتى لو اقتصر البحث على إحدى الصور التي يتمثل فيها هذا الضرر، وهي الصورة التي تخص الإضرار بالأشياء والمساس بالحقوق - وهو ما وقفنا عليه في هذا البحث - فإن الضرر

(*) سنشير إليهما في البحث بلفظ "القانونين"، ما لم يقتض الأمر تحديداً نقوم به في حينه.

(**) أجزى البحث بتاريخ ١٩/٩/٢٠٠٦م.

المادي ما زال يستوقف النظر ويستحث الجهد في كثير كثير من زواياه. إذ يثار التساؤل عن الشيء الذي يسوغ إتلافه أو إفساده الحصول على تعويض، كما يثار التساؤل أيضاً عن المقصود بـ "الإتلاف" و "التعيب أو الإفساد" وعن المقصود بـ "المساس بالحقوق"، وهل تتماثل هذه المفاهيم في الأنظمة القانونية المختلفة. ثم وصولاً إلى التعويض، فإن مسائل أخرى لا تفتأ في الظهور، مسائل تتعلق بتقدير التعويض في كل حالة وفي كل نظام قانوني، ومسائل تتعلق بالشكل الذي يمكن أن يتخذه التعويض.

ويكفي أن نشير هنا إلى أن وقت تقدير التعويض يختلف في الفقه الغربي عنه في الفقه الإسلامي عنه في القانون الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، اللذين خصصناهما أصلاً بهذه الدراسة، كما أن "المساس بالحقوق" أو "إتلاف الأشياء وإفسادها" ليس هو دائماً كل ما يجيز الحصول على تعويض.

ولا نغالي إذا أشرنا إلى الأهمية القصوى لمثل هذا البحث. فالبحث في إطاره المقارن - وهو الذي سعيينا إلى تحصيله - يقدم فائدة لاشك فيها للقارئ العادي، كما للقارئ المدقق، في أكثر من زاوية من زوايا الموضوع، آملين أن نكون قد وفقنا في العرض وفي تسليط الضوء على مناحيه الرئيسية، والله من وراء القصد....

المقدمة وخطة البحث:

١ - يفهم الضرر المادي على أنه ما يلحق بالذمة المالية، فيؤدي إلى افتقارها. فالضرر المادي، إذًا، هو الضرر المالي، بغض النظر عنه إذا ما كان قد نجم عن أذى أصاب الذمة المالية مباشرة (الضرر المادي في معناه الأخص) أو عن أذى أصاب شخصاً في جسده (الضرر الجسدي) أو أصاب شخصاً في أحاسيسه أو حقوقه الطبيعية (الضرر المعنوي). فالإيذاء الجسدي له نتائجته المالية (نفقات طبية وحرمان من أجور العمل مثلاً) كما أن الإيذاء المعنوي قد يرتب هو الآخر أضراراً تلحق بالمال.

وسواء تعلق الأمر بضرر أصاب الشخص في جسده أو في أحاسيسه أو بضرر أصاب شيئاً، فإن تعبير "الضرر المادي" ينصرف إلى ما أصاب المال.

٢ - أنه على الرغم من انسحاب "الضرر المادي"، في مفهومه العام، على ما

يترتب على صنوف الأضرار جميعاً من افتقار يلحق بالذمة المالية، إلا أن ما نقصده في هذه الدراسة أساساً هو الضرر المالي الذي لا يترتب على الإضرار بإنسان. فلن نعرض للضررين الجسدي والمعنوي إلا لماماً وحيث تقتضي المحافظة على وحدة الموضوع الإشارة إليهما. ذلك أنه على الرغم ما قد تسفر عنه الأضرار الجسدية والأضرار المعنوية والأضرار التي تصيب الأشياء، مثلاً، من نتائج متشابهة، فإن الضررين الجسدي والمعنوي لا يزالان يختلفان عما يصيب سواهما، من حيث طبيعة محل الضرر، وهو الإنسان وما يلحق به من حقوق وخصائص. وهذا الاختلاف يبرر - فيما نرى - وجوب الفصل في معالجة هذه الأضرار. فلا تكون هذه الدراسة محلاً إلا لمعالجة الأضرار التي تصيب المال مباشرة.

٣ - وما يصيب المال قد يأتي عن طريق المساس بالأشياء. ولا حاجة بنا، هنا، إلى الإسهاب في تبيان الفرق بين الشيء والمال. فمن المعروف أن لفظ الشيء أوسع نطاقاً في دلالته من لفظ المال. فالشيء لا يصلح أن يكون مالاً أو، بالأدق، محلاً لحق مالي، إلا إذا كان موضوعاً للتداول. وهو بدهية لا يكون موضوعاً للتداول إلا إذا أشبع إحدى حاجات الإنسان وأمكنت حيازته أو التسلط عليه.

وإذ وضح أن ما نقصد بـ "الأشياء" هي الأشياء التي تدخل في نطاق الأموال؛ أي تلك التي تصلح محلاً للحقوق المالية، فإن من الأهمية بمكان أن نشير إلى أن الأشياء التي نعني لا تقتصر على ما له وجود مادي محسوس فقط. فالشيء كما قد يكون ذا كيان حسي، قد يكون شيئاً معنوياً - دون أن يمثل مع ذلك أيّاً من خصائص الشخصية القانونية أو أيّاً من امتداداتها(**). فنتاج

(**) لا يتسع المجال هنا للتمييز بين الشيء وبين ما يرد عليه من حقوق. فالمصنفات أشياء، ولكنها قد تكون محلاً لحقوق مالية أو غير مالية. والجانب غير المالي من حق المؤلف هو - بلا شك - أحد حقوقه الشخصية.

المؤلفين والملحنين أشياء، ولكنها أشياء غير حسية، وكذا الأمر بالنسبة للرسوم والنماذج الصناعية.

٤ - وإجمالاً، فإن ما يصيب الذمة المالية من افتقار قد يلحق بجانبها الإيجابي كما قد يلحق بجانبها السلبي. فإذا لحق بجانبها الإيجابي، فإنه إما أن يتمثل في ضرر يصيب شيئاً مادياً أو معنوياً، حين يقع المساس بحق عيني أو بحق معنوي أو بمصلحة معتبرة^(***)، وإما أن يتأتى عن طريق إهدار أو تعطيل مكنة الاستيفاء التي تقوم عليها الحقوق الشخصية. أما إذا لحق الضرر بالجانب السلبي، فإنه يأتي حينها في صورة زيادة للالتزامات، أي ارتكاب فعل يترتب عليه إلزام شخص آخر القيام بعمل، أو إلزامه امتناعاً، ذا قيمة مالية. ومثاله، ما لو قام شخص بتزوير نتج عنه إلزام مستشفى علاج مريض أو إلزام شركة هندسية بتصميم بناء أو الإشراف عليه، أو، ببساطة، كما لو شهد أشخاص على شخص بأنه قارف جريمة، فالزم لذلك التعويض.

٥ - فما موقف الأنظمة القانونية المختلفة من هذه الأضرار، وكيف يتم تحديدها، ذلك ما سنعرضه من خلال النظر في "مفهوم الضرر المادي" (الفصل الأول) وفي "عناصر هذا الضرر" (الفصل الثاني).

(***) يبدو من الملائم أن نذكر هنا بأن المصالح ليست حقوقاً، ومع ذلك فهناك من المصالح ما يعدّ مصالح معتبرة، أي قميّة بالحماية، وهي ما يؤدي المساس بها إلى الحيلولة دون دخول عناصر مالية إلى الذمة.

الفصل الأول

مفهوم الضرر المادي

المقدمة وخطة البحث:

٦ - ألمحنا إلى أن ما نقصده بالضرر المادي في هذه الدراسة هو الضرر الذي يصيب المال مباشرة، أي ما يلحق بواحد أو أكثر من الحقوق المالية، سواء كانت هذه الحقوق عينية أو شخصية^(١).

فإذا لحق الضرر حقاً عينياً، فإنه قد يصيبه عن طريق محله، أي من خلال الشيء الذي يرد عليه الحق - سواء كان الشيء مادياً أو معنوياً - حين يسمى الحق، في الحالة الأخيرة، حقاً أدبياً أو معنوياً، أو حتى فكرياً (المبحث الأول)^(٢).

٧ - بيد أن الضرر الذي يلحق بمحل الحق العيني ليس هو الصورة الوحيدة للإضرار بهذا الحق: فالضرر قد يلحق، أيضاً، بالحق المالي، عينياً كان الحق أم شخصياً، عن طريق المساس بالمصالح والسلطات التي يتضمنها الحق أو عن طريق العبث بوسائل إثباته.

ونظراً لتعدد صور الإضرار بالحقوق عن غير طريق محلها، ولصعوبة جمع هذه الصور تحت مسمى واحد، فإننا سنعالجها تحت مسمى "الإضرار بالحقوق المالية عن غير طريق محلها" (المبحث الثاني).

(١) ر سابقاً ف ٣.

(٢) ر في اعتبار الحقوق الذهنية حقوقاً عينية، لاحقاً ف ٥٨.

المبحث الأول الإضرار بالحقوق عن طريق محلها

مقدمة وتمهيد:

٨ - من نافلة القول الإشارة إلى اختلاف الحقوق من حيث محلها. فإذا كان محل الحق العيني دائماً شيئاً^(٣)، فإن هذا الشيء قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً. وفي هذه الحالة الأخيرة، فإن الحق يتخذ اسماً آخر هو الحق الأدبي أو الفكري^(٤).

أما الحق الشخصي، فإن محله إما أن يكون عطاءً يقدمه المدين أو عملاً يؤديه أو امتناعاً^(٥). ولا تخرج هذه الصور عن كونها نشاطاً أو عملاً، فالإعطاء في جوهره عمل يلزم المدين تأديته حتى تخلص الملكية للدائن، وذلك في الحالات التي لا يقضي فيها القانون بخلوص الملكية فور نشوء الالتزام. أما الامتناع فهو إحجام، أي نشاط سلبي، أو بالأدق عمل سلبي^(٦).

٩ - وإذا لم يكن من المتصور المساس بذات العمل الذي يمثل محل الحق الشخصي، وإنما المتصور هو المساس بسلطات صاحب الحق، فإن بحثنا في "الإضرار بالحقوق المالية عن طريق محالها"، يقتصر حينئذ على الحقوق العينية في صورتها التقليدية أو في صورتها الأخرى، حين تعطى

(٣) ر: MALAURIE (ph) et AYNES (L), Les biens, La publicité foncière, Cujas, Paris, 1992, No 350, p. 77.

ر كذلك: شحاته (شفيق) - شرح القانون المدني الجديد في الأموال، القسم الأول، النظرية العامة للحق العيني، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥١، ف٩، ص ١٧ - ف ١١، ص ٢١.

(٤) ر لاحقاً ف ٥٨.

(٥) ر المراجع المشار إليها آنفاً في هامش ٣.

(٦) ر: CARBONNIER (J), Droit Civil - obligations, thémis, preses univer. De France, 7 éme, éd. 1972, No.4, p.17; rapp. STARK (B), Droit civil-Obligations, Lib. Techniques, Paris, 1972, No 1733, p. 522.

تلك الحقوق مسمى "الحقوق الذهنية أو الأدبية". ومتى كان ذلك، فإن عرضنا سينقسم هنا تبعاً لاختلاف طبيعة محل الحق العيني إلى النظر في الإضرار بالأشياء المادية (الفرع الأول) لتتوقف بعد ذلك على الإضرار بالأشياء المعنوية (الفرع الثاني).

الفرع الأول الإضرار بالأشياء المادية

مقدمة وتمهيد:

١٠- نعالج هنا الحالات التي يقع فيها الضرر على شيء مادي؛ والمقصود حسي، سواء تمثل الضرر في إتلاف كلي أو في إتلاف جزئي. والأشياء الحسية (objets corporels) هي التي يكون لها كيان ووجود يمكن إدراكهما بالحواس^(٧). فلو أُلُف شيء، أو تعيب، نتيجة فعل ضار لوجب على مرتكب الفعل أن يعرض. والتعويض إما أن يكون عينياً أو نقدياً^(٨). فإن كان نقدياً فإنه يقدر، من حيث المبدأ، بالنظر إلى القيمة السوقية للشيء التالف (Valeur Vénale)^(٩)، وبداهة، فإن ما يجب دفعه هو كامل القيمة إذا تعلق الأمر بتلف كامل؛ أي بهلاك، وهو ما يكفي لإعادة الشيء إلى حاله قبل الفعل الضار إذا تعلق الأمر بتلف جزئي.

هذا الحكم يعمل به سواء تعلق الأمر بمنقول (أولاً) أو بعقار (ثانياً)، على تفصيل لا بد من الوقوف عليه.

(٧) ر: شحاته (شفيق)، السابق، ف ٢٦، ص ٤٢. ر كذلك: MALAURIE (ph) et AYNES (L), Les biens Cujas, Paris 1992, No 200, p. 57.

(٨) ر في أنواع التعويض من بين مراجع كثيرة: MARTY (G) et RAYNAUD (P), Les Obligations, Sirey, Paris, 1962, No 511, p.555;

كذلك، أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، الكويت، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م، ف٣، ص ١٣.

(٩) قارن: أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، السابق، ف ٦٠، ص ١٠٤ و ١٠٥.

أولاً - الإضرار بالمنقولات^(١٠):

١١- الإضرار بالمنقول إما أن يأتي في صورة هلاك (أو استهلاك)، وإما أن يأتي في صورة غضب، وإما أن يأتي أخيراً في صورة تلف جزئي^(١١). ويختلف التعويض بحسب طبيعة الضرر وبحسب المنقول إذا ما كان قيمياً أو مثلياً. فالقيمي يعوض في حالة الهلاك بقيمته كاملة^(١٢)، أما في حالة الغضب، فالواجب، أصلاً، هو ردّ عين الشيء^(١٣). فإن استحال الرد، بقوة قاهرة أو بفعل الغاصب، وجب دفع قيمة المغصوب كاملة^(١٤). ويطبق حكم مماثل في حالة إذا ما وقع الغضب على منقول مثلي، فالواجب هو رد مثل ما غُصب، فإن هلك المنقول أو استهلك، وجب التعويض الذي سيقوم حينئذ على رد مثل المثلي جنساً ونوعاً وصفة وكماً^(١٥)، فإن تعذر الرد، لانقطاع المثل، وجب دفع كامل القيمة كما هو الحال في القيمي^(١٦). ولا يبقى بعد

(١٠) أضحي واضحاً أن ما نقصده بالمنقولات في هذا المقام، هو المنقولات المادية.

(١١) قارب في الفقه الإسلامي: أحمد (سليمان محمد)، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط ١، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م، ص ١٠٧، بالنسبة للغصب - ص ٦٧ وما بعدها بالنسبة للإتلاف، وبشكل أكثر إيجازاً:

ر: سراج (محمد أحمد)، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م، ف ١٧٥، ص ١٢٤.

(١٢) ر: STARCK (B), ROLAND (W) et BOYER(L) Obligations - Responsabilité délictuelle, Litec, Paris, 4ème édit. 1991, No 1439, p. 587.

أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، السابق، ف ٥٨ و ٥٩، ص ١٠٢ و ١٠٣.

(١٣) شحاته (شفيق)، السابق، ف ١٠٦-١١٠، ص ١٣٢ و ١٣٣.

(١٤) ر المرجع السابق، الموضوع السابق، وأضف: الخفيف (علي)، الضمان في الفقه الإسلامي، محاضرات بمعهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١، ص ١٢٣.

(١٥) ر في الفقه الإسلامي: المحمصاني (صبحي)، النظرية العامة للموجبات والعقود، دار العلم للملايين، بيروت، ط ٢، ١٩٧٢، ص ١٥٩.

(١٦) ر أيضاً في الفقه الإسلامي المادة ٨٩١ من مجلة الأحكام العدلية. وفي الفقه الغربي، فإن الغاصب يسأل عن أعلى قيمة وصل إليها الشيء الهالك، ر: شفيق شحاته، السابق، ف ١٠٨، ص ١٣٢ و ١٣٣. لاحقاً، هامش ٧٨.

ذلك إلا تقدير التعويض إذا اختلفت قيمة المغصوب، قيمياً كان أم مثلياً بين يوم الغصب من ناحية ويوم الهلاك (أو الاستهلاك) من ناحية أخرى. وبالإمكان القول لغايات التبسيط: إنه إذا انخفضت قيمة المغصوب، فإن الواجب هو القيمة يوم الغصب^(١٧)، أما إن ارتفعت فالمسألة محل خلاف. فمن قائل بأن قيمة التعويض تقدر بقيمة المغصوب يوم الغصب وهو ما أخذ به القانونان (م ٢٧٩ أردني، و م ٢/٣٠٤ معاملات^(١٨)). ومن قائل بأن القيمة تقدر وقت رفع الدعوى^(١٩)، ومن قائل أخيراً، وهو الأرجح، أن الغاصب يلزم دفع أعلى سعر وصلت إليه قيمة المغصوب^(٢٠). ويبقى، بعد ذلك، أن نشير إلى التعويض الواجب في حال ردّ الشيء عيناً، وقد تغيرت قيمته باتجاه النقص والتعويض المترتب على حرمان المالك من استعمال الشيء بسبب حيازة الغاصب. الواقع أن التعويض يتعلق هنا بتعويض عن فوات فرصة من ناحية وعن منافع الشيء من ناحية أخرى. وفيما يتعلق بالتعويض عن فوات الفرصة - والمقصود فرصة بيع الشيء أو مبادلته بآخر - فإن التعويض عنها جائز في الفقه الغربي غير جائز في الفقه الإسلامي^(٢١). أما

- (١٧) ر: الزحيلي (وهبة)، نظرية الضمان، دار الفكر، ١٣٨٩هـ، ١٩٧٠م، ص ٩٦ وما بعدها.
 (١٨) وهذا هو رأي الحنفية والمالكية، ر المادة ٨٩١ من مجلة الأحكام العدلية، وأضف، المحمصاني (صبحي)، السابق، ص ١٥٩.
 (١٩) وهذا هو رأي الإمام أبي حنيفة إذا كان المغصوب مثلياً وانقطع مثله، أما أبو يوسف، فيبقى على الحكم بأن الغاصب يلزم القيمة وقت الغصب، ر المرجع السابق، الموضع السابق.
 (٢٠) وهذا هو رأي الشافعية إذا كان المغصوب من القيميات وتلف كما أنه الرأي الذي يذهب إليه الفقه الغربي: ر:

DEMOGUE (R): Traité des obligations, Arthur Rousseau, Paris, t., 3.1923, No. 178.

- (٢١) ومن ثم، فإن الغاصب لا يضمن شيئاً إذا رد عين المغصوب وقد نقصت قيمته عما كانت عليه وقت الغصب، وذلك باتفاق مذاهب السنة، ر: الزحيلي (وهبة)، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ص ١٢٨. ومع ذلك، فإن المالكية يضمنون الغاصب نقصان القيمة في حال التعدي (أي قصد الاستيلاء على المنفعة). ر: الخفيف (علي)، السابق، ص ٥٢.

التعويض عما فات من منفعة، فإنه أيضاً سائغ في الفقه الغربي^(٢٢)، محل خلاف في الفقه الإسلامي، الذي يمكن أن نلاحظ فيه اتجاهات ثلاثة حول الموضوع^(٢٣):

- فهناك من يرى أنه لا بد من التعويض عن منافع المغصوب. وهذا الاتجاه يوافق ما ذهب إليه الفقه الغربي، وبه أخذ القانونان (م ٢٧٩ / ٤ أردني، م ٣٠٤ / ٤ معاملات).
 - وهناك من يرى أن المنافع لا يعوض عنها، باعتبار أن هذا الفريق - وهم الحنفية - لا يرون في المنافع أموالاً.
 - وهناك أخيراً من يرى أن المنافع تصلح أساساً للتعويض إذا كانت هي هدف الغصب ومحلّه، حين يستحق التعويض سواء جرى تفويت المنافع (إفادة الغاصب منها كركوبه الدابة) أو فواتها (كحبس الدابة عن صاحبها).
- ١٢- هذا إن تعلق الأمر بغصب أو بهلاك كلي، أما إن تعلق بتلف جزئي، فإن طريقة التعويض تختلف بحسب طبيعة الضرر ومدى إمكانية إصلاحه. فإن كان الضرر مما يمكن إصلاحه، وكان من شأن الإصلاح أن يعيد للمنقول صورته ومنفعته، كقطعة أثاث كسرت وبالإمكان إعادتها إلى سابق وضعها، فإن التعويض يكون حينئذ بالقيام بالإصلاح أو بتحمل نفقاته^(٢٤). أما إن كان الضرر قد أودى نهائياً بمنفعة المنقول، فإن الحالة تلحق بالهلاك؛ أي بالتلف

(٢٢) ر لاحقاً ف ٨١.

(٢٣) ر حول هذه الاتجاهات: أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٢٥٤-٢٦٧؛ الخفيف (علي)، السابق، ص ٦٠-٦٤؛ سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ١٨٣-٢٠٤، ص ١٣٠-١٤٤.

(٢٤) ر في الفقه الغربي، حكم الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية: د

Crim. 19 déc. 1957, Bull. Crim. No.356-17 déc. 1969, D. 1970, 190.

ر حول الحكم الأخير ملاحظات دوري (Durry) في المجلة الفصلية للقانون المدني، ١٩٧٠، ص ٥٧٩. ر كذلك: أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، السابق، ف ٥٧، ص ١٠٠ و ١٠١. ر في الفقه الإسلامي: البغدادي (أبو محمد بن غانم بن محمد)، مجمع الضمانات، عالم الكتب، ط ١، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م، بيروت، ص ١٤٧؛ ابن قاضي سمانونة (محمود بن إسرائيل)، جامع الفصولين، ج ٢، ط ٢، بولاق - مصر، ١٣٠٠هـ، ص ٩٣. ر في القضاء الأردني: تمييز (حقوق)، ٨٧/٥٥٠، مجلة النقابة ١٩٩٠، ص ٦٣٨.

الكلي، ويتعين في هذا الفرض تقديم شيء بديل مع احتفاظ المتلف بما أُلُف، إن كان الشيء مثلياً، أو دفع قيمته كاملة إن كان قيمياً^(٢٥). وإن كان الضرر - أخيراً - مما يمكن إصلاحه، ولكن الإصلاح لن يعيد الشيء إلى ما كان عليه منفعة أو صورة، فإن الأصل أن يخير صاحب الشيء بين أخذ شيء بديل أو الحصول على تعويض عما نقص في القيمة^(٢٦).

١٣- هذه الأحكام هي محض تطبيق للقواعد العامة في الفقهين الغربي والإسلامي، وهي القواعد التي يثير تطبيقها تساؤلات في بعض الفروض:

١٤- من تلك الفروض حالة الأمر إذا ما تعلق بتلف لحق بمنقول، وكان الضرر مما يمكن إصلاحه عن طريق الاستبدال بالقطع التالفة قطعاً أخرى. ولا يثير الفرض أية مشكلة إذا أمكن إيجاد قطع مماثلة للقطع التالفة، إذ سيتم التعويض في هذه الحالة عن طريق تقديم القطع وأجرة العمل^(٢٧). ولكن الأمر لن يكون كذلك إذا لم تتوافر قطع مماثلة، وتعيّن استبدال قطع جديدة بالقطع التالفة. ففي هذه الحالة، يذهب القضاء الفرنسي إلى إلزام مرتكب الفعل الضار بنفقات استبدال القطع دون أن يخفض التعويض بما يقابل ما زاد في قيمة الشيء نتيجة استبدال قطع جديدة بقطع كانت مستعملة^(٢٨).

(٢٥) ر المراجع المذكورة في الهامش السابق، وأضف شحاتة (شفيق) في ١٠٨، ص ١٣٣ والهامش.
(٢٦) ر: الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ٩٠-٩٤؛ أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٥٨٦؛ المحمصاني (صباحي)، السابق، ص ٢١٦. ر كذلك، البغدادي (أبو محمد)، السابق، ص ١٤٧. ر في الفقه الغربي: MALAURIE (Ph) et AYNES (L), Les Obligations, Cujas, Paris, 1992, No 244, p. 132. Civ. 10 janv. 1990, Bull. Civ. II. No. 9, p. 5.

(٢٧) ر المراجع المذكورة في الهامش السابق.

(٢٨) ر مثلاً أحكام النقض الفرنسي:
Civ. 9 mai. 1972, Bull. Civ. II. No. 132-rev. trim. dr. civ. 1972, 690; Civ. 13 janv. 1988, Gaz. Pal. 1989, I, 182.

ر: كذلك، متى كان استبدال قطع الشيء المتلف غير ميسور:
Civ. 9 juill. 1981, Bull. Civ. II, No 156-Gaz. Pal. 1982, 2, 502-Note BARBIERI (J.F) AU J.C.P. 1982, II, 19894 - Note CHABAS (F), au J.C.P. 1982, II, 1975;
BARBIE R I (J-F), Dommage au bien in J-Cl. Fasc. 100. ر:

ولا حاجة للإشارة إلى أن ما يأخذ به القضاء الفرنسي، هنا، لا يتفق وما يقرره الفقه الإسلامي. فقواعد الفقه الإسلامي تقتضي في مثل هذه الحالة أن يخفض التعويض بما يوازي الفرق بين قيمة الجديد وقيمة المستعمل^(٢٩). ونعتقد أن هذا هو ما يجب الأخذ به أيضاً في القانونين.

١٥- ومن تلك الفروض حالة إذا ما كان المضرور يعتمد في أدائه لعمله على الشيء الذي جرى إتلافه أو تدميره بالفعل الضار، كأن يتعلق الأمر بطبيب أو مهندس كان يعتمد على سيارته في مباشرة نشاطه. فهل يجب على المسؤول أن يعرض المضرور عن تلف السيارة الذي حدث وعن الحقوق التي فقدت بسبب التوقف عن العمل؟ الواقع أن القضاء الفرنسي يذهب إلى أن على المضرور أن يستأجر شيئاً بديلاً يمكنه من ممارسة نشاطه، وأن التعويض يشمل في هذا الفرض مقابل التلف ومقابل ما اضطر المضرور إلى دفعه أجرة^(٣٠) بل تذهب بعض الآراء في الفقه الغربي إلى أنه إذا لم يتيسر

(٢٩) ر الخفيف (علي)، السابق، ص ٥٦؛ سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٣٦٩، ص ٣٢٦.

(٣٠) ر في القضاء: Douai, 26 Sept. 1970, J.C.P. 1970, IV. 1; Colmar, 20 mars 1969, 1986, Gaz. Pal. 1987, I, 282.

وانظر التعويض الذي أعطي إلى سائق عمومي بعد إصابة مركبته، حيث زاد مبلغ التعويض بالنظر إلى اضطراب السائق دفع نفقات من أجل الحصول على ترخيص جديد من السلطة المختصة:

Versailles, 23 fev 1990, D. 1990, I. 103.

وفي الفقه الإسلامي، فإن التعويض قد قبل في هذه الفروض بقيود تختلف في مذهب عنها في آخر. فالمالكية يلزمون غاصب الأثمان ضمان الربح الذي كان سيتحقق لو بقي المال لدى صاحبه، وذلك بشرط أن يتعلق الأمر بأثمان - بنقود - معدة للتجارة. ر: الخرخشي على مختصر سيدي خليل، ج٦، ط٢، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق- مصر، ١٢١٧هـ، ص ١٤٣، والنص هو أن: "... من غصب دراهم أو دنانير لشخص، فحبسها عنده مدة، فإنه يضمن الربح لو اتجر ربها بها...". أما الحنفية، فإنهم يضمنون الغاصب منافع ما هو معد للاستغلال، ويذهب الشافعية إلى تضمين الغاصب منافع العين المغصوبة إجمالاً. ر في المذهب الحنفي المادة ٥٦٩ من مجلة =

استئجار شيء بديل، فإن على المضرور، إذا دعت الضرورة، أن يشتري شيئاً آخر يمكنه من مزاولة عمله، تجنباً لتفاقم الضرر وللحيلولة دون تحميل المسؤول تعويض توقف المضرور عن نشاطه^(٣١). ومفاد ما سبق، أن الضرر الذي يصيب المنقول (والقاعدة، لاشك، تجد لها تطبيقاً فيما يصيب العقارات وما يلحق بالأشياء المعنوية) قد لا يقدر بالنظر فقط إلى ما أصابه من تلف أو تعيب، وإنما بالنظر أيضاً إلى ما ترتب من أضرار أخرى^(٣٢). وتطبيقاً للحكم ذاته، فإن الضرر الذي يلحق بالمنقولات يجب ألا يقتصر على الخسارة التي تحققت بهلاكها أو تلفها يوم وقوع أيهما، وإنما يجب أن يشمل أيضاً ما حدث في قيمتها من زيادة^(٣٣). فالناقل قد لا يلزم فقط دفع قيمة البضاعة عند هلاكها أو تلفها، وإنما يلزم أيضاً بما طرأ على قيمتها من زيادة في موعد وصولها إلى الجهة المقصودة^(٣٤). والتطبيق الأخير يشير في

= الأحكام "وفي المذهب الشافعي، الشيرازي (أبو إسحق إبراهيم..) المذهب، ج١، ط٢، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ، ١٩٥٩، ص ٣٤٧: "... فإن كان له منفعة (أي المغصوب)، تباح بالإجارة، فأقام في يده مدةً لمثلها أجرة، ضمن الأجرة.."، أما المذهب الحنبلي، فإنه يضمن الغاصب منفعة الأثمان والدنانير إذا استخدمت. ر المادة (١٣٩٦) من مجلة الأحكام الشرعية.

(٣١) STARCK (B), Obligations, Librairies techniques Paris, 1972, No. 107, p. 34; STARCK (B), ROLAND (H) et BOYER (L), op. cit. No. 1495, p. 607.

(٣٢) ر: السنهوري (عبدالرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، ج١، ١٩٥٢، ف ٦٤٨، ص ٩٧١ و ٩٧٢ والهوامش.

(٣٣) RODIERE (R), Droit des transports, 2 éme éd. 1977. Sirey, Paris, No. 561, p. 639-641; DERRIDA (F), L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation J.C.P. 1951, I, 918; Encycl. Dalloz, rep. de dr. Civil, 2 éme édit. Dommages intérêts, No. 107 et ss.

(٣٤) ر: مرقس (سليمان)، الوافي في شرح القانون المدني، ط٥، ١٩٩٢، ف ١٩٢، ص ٥٣٧ والأحكام العديدة التي يشير إليها. ر في القضاء: Amiens, 9 nov. 1948, Gaz. Pal.1948, II, 250.

الواقع إلى قاعدة عامة هي أن الضرر لا يقدر فقط بالنظر إلى ما وقع من خسارة وما فات من كسب وإنما أيضاً بما ضاع من فرصة^(٣٥).

١٦- هذا الحكم الذي يجري عليه القضاء وبعض من الفقه في فرنسا، لا يبدو ممكن القبول في الفقه الإسلامي. فإذا كان من الجائز، وفقاً للجمهور، أن يعرض الشخص عما أصاب شئيه من تلف وما حرم منه، نتيجة ذلك، من منافع، فإنه ليس من الجائز أن يشمل التعويض ثمن الشيء الذي قد يضطر المضرور إلى شرائه للحيلولة دون فقدانه عمله أو انتقاص مداخيله^(٣٦)، أما ضمان ما زاد في قيمة المنقول، فإنه غير مقبول ما لم يتعلق الأمر بأثمان معدة للتجارة والاستغلال، وهو ما يقارب ما ذهب إليه الفقه الغربي في هذه الحال.

١٧- ولقد حذا القانونان (م ٢٦٦ أردني و م ٢٩٢ معاملات) حذو الفقه الغربي في تحديد عناصر الضرر التي يغطيها التعويض، وقررا أن يشمل التعويض الخسارة اللاحقة والكسب الفائت^(٣٧)، وبما أن الكسب الفائت الذي يعرض عنه، فيهما، هو ما كان نتيجة طبيعية للفعل الضار، فإن مفاد ذلك عدم التعويض عن فوات الكسب إذا كان بالإمكان تجنبه. وما دام فوات الكسب، في الفرض محل البحث، قد جاء نتيجة طبيعية للفعل الضار، فإننا لا نرى ما يمنع الأخذ، في القانونين، بما ذهب إليه القضاء الفرنسي من إمكان تعويض المضرور عن نفقات استئجار، أو شراء شيء بديل، إذا كان ذلك ضرورياً

(٣٥) فالتعويض في هذه الحالات يلحق في الواقع بالتعويض عن فوات الفرص، وسنرى أن الفقه الإسلامي لا يعرض عن فوات الفرصة. ر لاحقاً ف ١٦٧.

(٣٦) سنرى أن الفقه الإسلامي لا يعرض عن الربح الفائت إلا إذا كان (الحرمان من الربح) قد حدث فعلاً، ر لاحقاً ف ١٥٨.

(٣٧) ر كذلك المادة ٢٣٠ من القانون المدني الكويتي، المادة ٢٢١/١ مصري، المادة ١٧١ سوري، المادة ١٧٣ لبيي، المادة ١٦٣ سوداني، المادة ١٦٧ صومالي، المادة ١٣١ جزائري، المادة ٢٠٧ عراقي، المادة ١١٤٩ فرنسي، المادة ١٢٢٧ إيطالي، المادة ٢٥٢ ألماني، المادة ١٣٢٣ نمساوي، المادة ١٥٧ بولوني، والمادة ١٠١٩ برازيلي.

ولازماً لمباشرة عمله؛ وذلك بداهة، بشرط أن يتعلق الأمر في حالة الشراء بهلاك أو تلف جسيم.

١٨- ومن تلك الفروض، أخيراً إذا ما كان المنقول (والحكم يشمل في الواقع جميع الأشياء الحسية بل كثيراً من الأشياء غير الحسية أيضاً) مؤمناً عليه، وتولى التأمين دفع التعويض، فإن المضرور لن يكون له الرجوع على المسؤول. فالضرر بالنسبة للمضرور يكون قد زال، وتنتقل دعوى المضرور ضد المسؤول إلى شركة التأمين بمقتضى ما تقررته التشريعات من حلول قانونية^(٣٨)، وذلك، طبعاً، ما لم يكن المسؤول هو المؤمن له أو أحد أفراد عائلته^(٣٩). والحكم يصح في القانونين، صحته لدى فقهاء الشريعة ممن يجوزون التأمين^(٤٠).

١٩- ما سبق كان يتعلق بتحديد الأضرار التي تلحق بالمنقولات، أما ما يلحق بالعقارات، فإن بالإمكان أيضاً تصنيفه في أكثر من فئة.

ثانياً - الإضرار بالعقارات:

٢٠- كالأضرار التي تلحق بالمنقولات، فإن ما يلحق بالعقارات قد يتمثل في تلف كلي (هالك) أو في تلف جزئي أو في غصب^(٤١). وتتعرض العقارات لصورة

(٣٨) ر المادة ٩٢٦ من القانون المدني الأردني (المادة ١٠٣٠ من قانون المعاملات).

(٣٩) ر النصين المشار إليهما في الهامش السابق وأضف:

VINEY (G), Traité de droit civil - Les obligations - La responsabilité - conditions, L.G.D.J, Paris 1982, No. 286, p. 352, 353; STARCK (B), RO-LAND (W) et BOYER (L), op. cit, No. 131, p. 85.

(٤٠) ر حول مدى جواز التأمين في الفقه الإسلامي: الزرقاء (مصطفى أحمد)، عقد التأمين - السوكرة - وموقف الشريعة الإسلامية منه، محاضرة ألقى في مؤتمر أسبوع الفقه الإسلامي، الذي أقيم في دمشق من ١-٦ نيسان / ١٩٦١، مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٢؛ عبده (عيسى)، التأمين بين الحل والتحريم، ١ط، دار الاعتصام، ١٣٩٨هـ، ١٩٧٨، والآراء والفتاوى المختلفة التي تضمنها الكتاب...

(٤١) ر حول بعض هذه الصور: زكي (محمود جمال الدين)، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ٣ط، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ف ٢٦٥، ص ٥٥٣.

من الأضرار لا يتصور تعرّض المنقولات لها، وهي الأضرار المتمثلة في مضار الجوار والمساس بالبيئة. وأخيراً، فإن مجرد انتهاك حرمة العقار trespass قد يعطي الحق في طلب التعويض، كما تقرره بعض الأنظمة القانونية...

وسنعالج كلاً من هذه الصور على حدة.

١- إتلاف العقارات كلياً أو جزئياً:

٢١- ما يلحق بالعقار قد يؤدي إلى إتلافه كلياً أو إلى تعييبه أو إتلافه جزئياً. ومثال الحالة الأولى ما لو تسبب شخص في انهدام بناء، كأن يترك ماء الصرف تنساب من عقاره إلى البناء المجاور فتفسد أساسه وتؤدي إلى انهدامه^(٤٢)، أو كأن يحدث انفجار في مصنع فيؤدي إلى هدم العقار أو العقارات المجاورة. ومثال الثانية، فيضان المياه من أرض ما إلى بناء الجار مما يؤدي إلى تفسخ أحد جوانبه، أو انهيار جدار في ملك واصطدامه ببناء الجار، الأمر الذي يؤدي إلى تصدع في الملك الأخير، تصدعاً لا يستوجب هدمه كلياً^(٤٣). في هذه الحالات وأمثالها لا شك في وجوب التعويض، ما لم يأت الفعل الضار نتيجة سبب أجنبي^(٤٤). ولا تخرج كيفية التعويض عما أَلْمَحْنَا إليه فيما يصيب المنقولات. فالتعويض المستحق يجب أن يساوي ما تستلزمه

(٤٢) ر أمثلة على هذه الأضرار في: Civ. 28 oct. 1965, Bull. Civ. 1965, II, 566; 20 nov. 1968, D. 1969, Somm. 50-J.C.P. 1970, II, 16567-Gaz. Pal. 1969, I, 129; 21 janv. 1982, Gaz. Pal. 1982, 2, 374, Observ. CHABAS (F).

ر حول الأضرار التي تسببها الأشجار:

Civ. 5 mai 1975, Gaz. Pal. 1975, 2, 582 note PLANQUEEL (A); 20 Fév. 1985, Bull. Civ. II, No. 41.

(٤٣) ر أمثلة من القضاء الأردني: تمييز (حقوق)، ٨٩/١٤٨، مجلة النقابة ١٩٩٠، ص ٢١٥١، ٨٩/١١٩، مجلة النقابة ١٩٩٠، ص ٢١٧٥.

(٤٤) ر حول استبعاد التعويض في حالة نسبة الضرر إلى سبب أجنبي: المادة ٢٦١ أردني (م) ٢٨٧ من قانون المعاملات)، ر كذلك: المادة ٢٣٣ كويتي، ١٦٥ مصري، ١٦٦ سوري، ١٦٨ ليبي، ١٥١ سوداني، ٢١١ عراقي، ١٠٤ تونسي و ٩٥ مغربي.

إعادة البناء كلياً أو جزئياً^(٤٥)، مع زيادة التعويض ليقابل ما فات على صاحب البناء ومستأجره إن وجد، من منفعة وما تحمله من خسارة. ويبدو أن الاتجاه هو تقدير المنفعة بما يوازي، بالنسبة للمالك، أجره العقار، وبالنسبة للمستأجر نفقات الانتقال وما اضطر إلى دفعه من زيادة في الأجرة للحصول على مسكن مماثل، فضلاً عما يقابل ما تحمله من عنت واضطراب في مجرى حياته المعتاد^(٤٦).

٢٢- أما عن تقدير قيمة الأضرار إذا لم يشأ المالك إعادة البناء أو إصلاح التلف،

(٤٥) ر هذا الحكم مفصلاً في المادة ١٨٧ عراقي، وقارب: STARCK (B), ROLAND (H) et BOYER (L), op. cit Nos. 1442-1445, pp. 588 et 589.

ويجدر التنويه إلى أن تعويض المالك عن هدم العقار أو تعييبه لا يخفض بالنظر إلى ما زاد في قيمة العقار نتيجة استبدال الجديد بالقديم، ولكنه يخفض بداهة نتيجة تنفيذ ما طلبه صاحب البناء من تعديلات أو إنشاءات كان أغفلها عندما شيد البناء. ويصح الحكم بعدم تخفيض التعويض لاستبدال الجديد بالقديم خصوصاً في الحالة التي يتعذر فيها وجود أشياء قديمة مماثلة. ر من هذا الرأي السنهوري (عبدالرزاق)، المرجع السابق، ف ٦٤٨، ص ٩٧٢. ر حول عدم جواز التخفيض بسبب استبدال الجديد بالقديم: STARCK (B), Obligations, op. cit. No. 968, p.328.

(٤٦) والأجرة التي تستحق هي الأجرة الفعلية التي يتقاضاها المالك، أما التعويضات المذكورة التي يستحقها المستأجر فتأتي تطبيقاً للقاعدة العامة: أن المضرور - وكل مضرور - يجب أن يحصل على تعويض يسمح له بالعودة إلى ما كان عليه قبل الفعل الضار. ويثور التساؤل عن الحالة التي يضطر فيها المستأجر إلى ترك العقار واستئجار عقار مماثل إذا كانت أجرة العقار الأخير أكبر مما اعتاد المستأجر على دفعه. ففي هذه الحالة، هل يلزم مرتكب الفعل الضار دفع فرق الأجرة، قد يقال إن إلزامه ذلك هو إلزام تعويض لم يكن هو السبب في حدوثه، وذلك لأن فرق الأجرة يأتي غالباً بسبب زيادة السكان أو ظروف عامة أو بسبب - وهو الأغلب - انخفاض قيمة النقد. ومع ذلك، فإن عدم حصول المستأجر المضرور على فرق الأجرة، يعني تحميله هو هذا الفرق، مما يعني أن التعويض لن يعيده إلى الوضع السابق للفعل الضار.

ر: مرقس (سليمان)، السابق، الموضوع السابق، (خصوصاً هامش ٧٦) و ص ٥٣٨.

فإن القواعد العامة في الفقه الغربي، وهي تقضي بوجوب تعويض الضرر، كل الضرر، توجب تحديد التعويض وفق أعلى قيمة وصلتها العقارات المتضررة. فلو كانت قيمة المتلفات قد انخفضت عند الحكم، وهو فرض نادر في أيامنا، فإن لصاحب العقار أن يحصل على ما وصلته قيمة المتلف حين وقوع الفعل أو على ما كانت ستصل إليه قيمته عند رفع الدعوى أو في أي تاريخ آخر سابق على الحكم، طبعاً بشرط إثبات تلك القيمة. فارتفاع قيمة العقار المتلف قبل الحكم كان يمكن، مثلاً، أن يغري مالكة ببيعه والإفادة من ثمنه في أي نشاط نافع. ولا يبدو ممكناً، في نظرنا، استبعاد هذا الاحتمال (البيع واستثمار الثمن)، حتى عندما يكون احتمال البيع ضئيلاً، كأن يكون العقار، عندما ارتفعت قيمته، مثقلاً بحقوق عينية تستغرقه، أو كأن يكون العقار محلاً لنزاع شائك بين الشركاء فيه، أو كأن يكون المالك متوفى دون أن يوجد، وقت ارتفاع القيمة، من يملك صلاحية البيع، أو كأن يكون العقار أخيراً واقعاً ضمن مخططات الاستملاك (على الرغم من أن تقدير تعويض الاستملاك لا يتم إلا بالنظر إلى قيمة العقار عند اتخاذ إجراءات نزع الملكية)^(٤٧).

٢٣- ولا حاجة، من بعد، إلى التوقف طويلاً على بعض الفروض التفصيلية التي تتعلق ببعض صور الإتلاف الخاصة بالأرض الزراعية، فلو أدى الفعل الضار

(٤٧) وذلك لأن تلك الظروف التي كان من شأنها الحرمان من الإفادة من زيادة القيمة لا تمثل أسباباً أجنبية يصح الاعتماد عليها لتخفيض التعويض. ر حول وقت تقدير تعويض الاستملاك (نزع الملكية):

DE LAUBADERE (A): Traité de droit administratif. T. II, sixième édit: L.G.D. Paris, 1974, No. 458, p. 247.

الذي يشير إلى القانون الصادر في ١٠ يوليو ١٩٦٥ القاضي بوجوب تقدير العقارات التي تقرر استملاكها عند صدور حكم الاستملاك من القاضي الإداري. ر في القانون الأردني: الفقرة (ب) من المادة ١٠ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٧ التي تقضي بأن تقدر قيمة العقارات المستملكة عند نشر إعلان الاستملاك من قبل الجهة الحكومية الطالبة له. ر في مصر: نقض في ١٣/١١/١٩٥٨، المكتب الفني، س ٩، ص ٦٨٤؛ ٣١/١٠/١٩٥٧، المكتب الفني س ٨، ص ٧٥٤.

إلى تغيير في صفة الأرض، فجعلها غير صالحة للزراعة بعد أن كانت كذلك، أو جعلها غير صالحة لزراعة أصناف ذات أسعار مرتفعة كان يمكن قبل الفعل زراعتها فيها، فإن الأمر يجب أن يحلّ، فيما نرى، بإعطاء الخيار لصاحب الأرض إن شاء تركها وأخذ قيمتها، وإن شاء استبقاها وأخذ ما يوازي ما حدث من نقص في القيمة^(٤٨).

٢٤- هذه الأحكام التي يأخذ بها الفقه الغربي، يأخذ ببعضها الفقه الإسلامي والقانونان. فإتلاف العقار أو تعييبه يلزم التعويض، والتعويض يجب أن يوازي ما يكفي لإعادة العقار إلى ما كان عليه صورة ونفعاً^(٤٩). ومتى كان التلف بسيطاً، فإن التعويض المستحق لن يجاوز ما نقص في قيمة العقار^(٥٠). وجمهور فقهاء الشريعة يعوض مالك العقار عما فات من منافعه بين يوم

(٤٨) قارب حكم النقص المصري المشار إليه في ١٣/١١/١٩٥٨. وأضاف لهذا الحكم في حالات الإتلاف بشكل عام:

MAZEAUD (H.L) et TUNC (A): Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, 5^{ème} éd. Montchrestien, Paris, 1960 t.3, No. 2404, p. 545; PLANIOL (M), RIPERT (G) et ESMEIN (P), Traité, pratique de droit civil, t. VI. 2^{ème} édité, L.G.D.J., Paris, 1952, No.684, p. 973; DEMOGUE (R), op. cit. t. VI, 1932, Nos. 292, 293, pp. 325-328; RODIERE (R), op. cit. No. 551, pp.625 et 626.

(٤٩) اختلف الحنفية في طريقة الضمان، فذهب أبو حنيفة إلى أن من أتلف حائط غيره أجبّر على بناء مثله، وهو ما ذهب إليه الشافعي، فإن تعذرت المماثلة وجب دفع القيمة، أما في رأي مجموعة من فقهاء الحنفية، فإن المتلف أو المعتدي لا يجبر على البناء، لأن البناء ليس من الأموال المثلية، وطريقة الضمان في هذا الاجتهاد هو أن يخير المالك بين أخذ الانقضاء وتضمين المتلف بقيمة القيمة، وإما أن يترك النقص ويضمن المتلف كامل القيمة. وبهذا الرأي الأخير أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٩١٨. ر: الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ١٠٤؛ البغدادي (أبا محمد...)، السابق، ص ١٢٨؛ ابن قاضي سمانه (محمود بن إسرائيل...)، السابق، ص ٩٠-٩١؛ الفتاوى الخانية، بهاش الهندية، ط٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م، ص ٢٤٢.

(٥٠) ر: البغدادي (أبو محمد...)، السابق، الموضوع السابق، ر كذلك، المرجع نفسه، ص ١٤٧. ر: المحمصاني (صبحي)، السابق، ص ٢١٦.

الإتلاف ويوم أداء دين التعويض^(٥١)، كما أنه يعوض المستأجر عما اضطر إلى دفعه من نفقات انتقال وما تحمله من زيادة في الأجرة^(٥٢). ولكنه لا يعوض المستأجر عما تحمله من عنت ومشقة نتيجة اضطرابه للانتقال، فالتعويض يستحق هنا عن ضرر أدبي ونفسي، والمبدأ في الفقه الإسلامي عدم جواز تعويضه^(٥٣). هذا عند الجمهور وفي القانونين، أما عند الحنفية، فإن الأصل هو عدم جواز التعويض عن منافع العقار إلا إذا كان العقار، وفقاً لما ذهب إليه متأخروهم، مغصوباً ومعداً للاستغلال (كأن يكون معداً للإيجار) أو كان مملوكاً ليتيم أو كان مال وقف^(٥٤). وإذا كان لا يصح التعويض عن المنافع في غير هذه الحالات، فإنه لا يصح أيضاً تعويض المستأجر، فما فات عليه كان حق منفعة وهو لا يعوض.

٢٥- ولا نخال أن بالإمكان، في القانونين، تعويض المالك عما نقص في قيمة عقاره بسبب تغير الأسعار، فلقد ورد النص فيهما صريحاً - كما سيجيء -^(٥٥) بأن إتلاف المغصوب أو هلاكه يلزم الغاصب دفع قيمته يوم

(٥١) ر آنفاً ١١ وأضف في حالة الإتلاف وموقف مختلف المذاهب منه، سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ١٨٣-٢٠٥، ص ١٣٠-١٤٥، ر كذلك لاحقاً ف ٨٦. ويجدر التنويه إلى أن التعويض عن المنافع لا يجوز إلا عن المنافع التي ضاعت بين يوم الإتلاف ويوم دفع التعويض، أما بعد دفع التعويض (الضمان)، فلا يجوز التعويض عنها؛ لأن القاعدة في الفقه الإسلامي أن "الخارج بالضمن". ر بشكل خاص سراج (محمد أحمد)، السابق، ص ٤٠٤.

(٥٢) ويأتي الحكم تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بالتعويض عن كل الأضرار التي وقعت نتيجة الإتلاف، ر حول القاعدة: أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٣٩٥-٣٩٧؛ الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ٤٧ و ٤٨.

(٥٣) ر من بين مراجع عديدة: الخفيف (علي)، السابق، ص ٥٥؛ المحمصاني (صبحي)، السابق، ص ١٧١.

(٥٤) ر: ابن نجيم (زين العابدين بن إبراهيم)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠ هـ، ١٩٨٠ م، ص ٢٨٤؛ الخفيف (علي) السابق، ص ٦٢؛ أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٢٥٩، سراج (محمد أحمد)، ف ١٩٠، ص ١٣٥. ر كذلك لاحقاً ف ٨٦.

(٥٥) ر لاحقاً ف ٣٥.

الغصب وفي مكان الغصب. وليس بالوسع، بدهاة قبول اختلاف مقدار تعويض التلف الذي يأتي بعد غصب عن تعويضه دون غصب.

٢ - غصب العقارات:

٢٦- تحمي الحقوق العينية، في الفقه الغربي، بدعاوى ثلاث تقابل عادة ما يعترف به للحائز من دعاوى^(٥٦). ودعاوى صاحب الحق هي دعوى الاستحقاق وهي مقررة لحماية الملكية، ودعوى الإقرار بالحق إذا تعلق الأمر بغصب حق آخر، ودعوى إنكار حق المعتدي Action négatoire^(٥٧). ومفاد ذلك أن صاحب الحق الواقع على عقار، وهو هنا موضع البحث، مخوّل برفع الدعوى التي تحمي حقه مالكاً كان أو غير مالك، وإن على من غصب العقار في ملكيته أو فيما يرد عليه من حقوق، أن يرده إلى مالكه أو إلى صاحب الحق عليه^(٥٨). وبالمقابل، فإن المالك أو صاحب الحق لا يستطيع، مادام العقار قائماً، أن يطالب بصفة أصلية إلا بالرد، وإن كان له طبعاً أن يطالب بصفة تبعية بفوات الكسب^(٥٩) وبما تحمله من خسارة تمثلت في نفقات الدعوى وفي النفقات الأخرى التي ترتبت على فعل الغصب^(٦٠).

(٥٦) ر حول دعاوى الحيازة: شحاته (شفيق)، السابق، ف ١٣١، ص ١٤٨ و ١٤٩. ر كذلك: MALAURIE (Ph) et AYNES (L), Droit civil - Les Biens, op. cit, No. 504, p. 136.

(٥٧) ر شحاته (شفيق)، المرجع السابق، ف ١٠٥، ص ١٣١؛ شنب (محمد لبيب)، موجز في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ف ٢٧، ص ٢٦ و ص ٢٧؛ ر كذلك: CARBONNIER (J), Droit civil - Les biens, Thémis, Paris, édit. 15 éme, 1992, No. 205, p. 346.

(٥٨) ر المراجع المذكورة في الهامش السابق.

(٥٩) ر: CARBONNIER (J), op. cit. No. 208, p. 350 et 351; MALAURIE (Ph) et AYNES (L), op. cit. No. 515, p. 142.

ر: شحاته (شفيق)، السابق، ف ١٠٩، ص ١٣٣.

(٦٠) ويأتي الحكم تطبيقاً لقاعدة عامة في المرافعات، بأن من يخسر الدعوى يتحمل مصروفاتها، ر المادة ١٦١ من قانون أصول المحاكمات الأردني المعدل بالقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١.

٢٧- ومتى رفعت دعوى الغصب، فليس للغاصب أن يمتنع عن الرد لاسترداد ما أنفقه على العقار أو لاسترداد قيمة ما أحدثه فيه من منشآت^(٦١). فالقاعدة أن للمالك، أو صاحب الحق، استرداد عقاره خالياً من أية محدثات أو منشآت، كما أن له أن يستبقي المنشآت على أن يدفع قيمتها مستحقة الإزالة^(٦٢)، ويتوجب الرد حتى لو كان الغاصب تصرف في العقار إلى شخص آخر. إذ ليس بإمكان الأخير أن يمتنع عن الرد متذرعاً بحسن نيته^(٦٣). فالحق العيني في الفقه الغربي، حق مطلق - كما يقال. وبدهي ألا يكون للمتصرف إليه - وبغض النظر عن نيته - الامتناع عن الرد لاستيفاء ما قد يكون دفعه من ثمن، وإن كان له حبس العقار حتى يسترد ما تحمله من نفقات ضرورية وما أداه للحائز السابق (الغاصب) من نفقات أنفقها الأخير على العقار^(٦٤). ويثار التساؤل، في الفرض الأخير: أباًمكان المسترد، وقد أدى هذه النفقات،

(٦١) ذلك أن مالك العقار يملك ما أقيم فيه من منشآت فور التصاقها ما دام الباني سيئ النية. وبداهة فإنه يملك الأصل وما أنفق عليه. ر المادة ٩٢٤ مصري، ٨٩٠ / ٣ سوري، و ١١٤٠ أردني (م ١٢٦٩ من قانون المعاملات). ر كذلك المادة ٨٨٢ من القانون الكويتي. ويلاحظ أن الحكم في حال الغصب يختلف عن الحكم متى كان الحائز حسن النية. فالحائز حسن النية له حبس العقار حتى يسترد ما أنفق. ر: شحاته (شفيق)، السابق، ف ١١٣، ص ١٣٥. ر: حول الحائز حسن النية في القانون: المادة ٩٢٥ مصري، ٨٨٣ كويتي، ٨٨٩ سوري، ١١٢٠ عراقي، ٤ / ٣٦ تونسي، والمادتين ٩٢٩ و ٩٣٠ ليبي، ر كذلك المادة ٥٥٥ فرنسي. وهذه النصوص إن كانت لا تشير إلى الحق في الحبس الذي يتمتع به الحائز حسن النية، فإن تطبيقها وما يذهب إليه الفقه يؤكدان ثبوت هذا الحق. ر مثلاً:

CARBONNIER (J), Les biens, op. cit, No. 211, p. 357; PLANIOL (M) et RIPERT (G) et PICARD (M), Traité pratique de droit civil, t. III, 2^{ème} éd. L.G.D.J, Paris, 1952, No. 271, p. 268 et les arrêts y cités.

(٦٢) ر: النصوص القانونية المذكورة في الهامش السابق.

(٦٣) ر: شحاته (شفيق)، السابق، ف ١١١، ص ١٣٤ قارب:

CARBONNIER (J), op. cit. No. 208, p. 350 et 351.

(٦٤) ر: شحاته (شفيق)، السابق، الموضوع السابق، وبالنسبة لإمكانية الحبس، ر. الهامش السابق رقم (٦١).

الرجوع بها على الغاصب؟ والحكم هنا أن إمكانية الرجوع تتاح ما دامت النفقات ضرورية أو نافعة^(٦٥).

٢٨- هذا إذا كان العقار قائماً، أما إذا كان العقار هلك كلياً أو جزئياً، لأي سبب، فإن لصاحب العقار أن يطالب الغاصب بقيمته كلها أو أن يطالب برده معيباً مع الحصول على مقابل ما تلف فيه^(٦٦). ولا يحد من سلطة مالك العقار أو صاحب الحق، هنا، إلا قيدان: الأول، يتمثل فيما تقرره التشريعات المأخوذة من الفقه الغربي، من أن دعوى التعويض، عن التلف الكلي أو الجزئي، لن تنجح إذا أثبت الحائز أن العقار كان سيهلك أو يتلف لو كان بقي في حيازة المالك أو صاحب الحق، وهو حكم تسحبه تلك التشريعات أيضاً على حيازة المنقولات^(٦٧). الثاني، وهو كذلك قيد عام، يشمل حيازة العقارات والمنقولات، متعلق بعدم جواز التعسف؛ إذ لن يكون بمقدور المالك أو صاحب الحق المطالبة بكامل القيمة، وترك العقار للغاصب، إذا كان ما لحق بالعقار مجرد تلف بسيط^(٦٨).

(٦٥) والحكم يستنبط من المادة ٣/٢٨٦ أردني التي تلزم المالك الذي يختار الاسترداد بدفع ما زاد في العقار من أموال الغاصب. وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للغاصب فهو كذلك أيضاً بالنسبة لمن تصرف إليه الغاصب. ر المادة ٣/٣١١ من قانون المعاملات. (٦٦) ر. المادة ٩١٧ من مجلة الأحكام العدلية والحكم هنا خاص بالفرض الذي يكون التلف فيه يسيراً.

(٦٧) ر المادة ١٣٠٢ من القانون الفرنسي، المادة ٩٨٤ مصري، ٢/٩٣٤ كويتي، المادة ٩٣٥ سوري، ٩٨٨ ليبي، ١١٦٨ عراقي، و ٧٩٤ سوداني، ر في الفقه: شحاته (شفيق)، السابق، ف ١١٠، ص ١٣٣؛

CARBONNIER (J), op. cit. No. 208, p. 351.

وهذا الحكم لا مقابل له في القانون الأردني وقانون المعاملات. فالمادة ١١٩٦ أردني (المادة ١٣٣٢ معاملات) تجري على أنه: "إذا كان الحائز سيئ النية، فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو وقع ذلك بسبب لا يد له فيه". وهذا النص يكرر الحكم الذي سبق إيراده في تنظيم الغصب م ٣/٢٧٩ أردني و م ٢/٣٠٤ قانون المعاملات.

(٦٨) ر حول مدى التعويض في حال الإتلاف الجزئي STARCK (B) et ROLAND (H) et LAUREN (B), No. 1441, p. 588.

ر كذلك أبو الليل (إبراهيم الدسوقي)، ف ٦٤، ص ١١٠ والأحكام التي يشير إليها.

٢٩- هذا إذا وجهت دعوى المطالبة بالتعويض إلى الغاصب أو إلى حائز آخر سيئ النية، كمن اشترى من الغاصب وهو عالم بصفته. أما إذا وجهت إلى حائز حسن النية، كمن تلقى الحيازة بسبب صحيح من الغاصب، معتقداً أن الأخير مالك، أو صاحب حق، فإن الحائز لا يسأل عن التلف، كلياً كان التلف أو جزئياً؛ ذلك أن الحائز حسن النية، وهو يحوز شيئاً معتقداً بأنه صاحب الحق عليه، غير مكلف المحافظة عليه^(٦٩). فإذا هلك الشيء بفعله، أو بسبب أجنبي، فإنه لا يكون ملزماً بالتعويض^(٧٠). وليس أمام المالك أو صاحب الحق، في هذا الفرض، إلا حصر مطالبته بالغاصب أو بورثته^(٧١). وبدهي أن حسن نية الحائز يتوقف إذا علم الحائز بعيوب حيازته؛ ولذلك، فإنه يسأل عن الهلاك الذي يحدث في العقار، بتقصيره، إذا حدث الهلاك بعد رفع دعوى الاستحقاق^(٧٢).

(٦٩) ر: شحاته (شفيق)، السابق ١١٢، ص ١٣٤ و ١٣٥؛ CARBONNIER (J), op. cit. 208, p. 351; WELL (A), droit civil - Les biens, 2^{ème} édit. Dalloz, 1974, 529, pp. 457 et 458.

الذي يقرر بأن الحائز حسن النية إذا تصرف بالشيء تبرعاً، فإنه لا يلزم بأي تعويض تجاه المالك.

(٧٠) انظر الهامش السابق.

WELL (A), op. cit. loc. cit.

(٧١) قارب:

ولكن يلاحظ هنا أن الغاصب في التشريعات ذات الأصل الغربي، يستطيع التخلص من التعويض إذا أثبت بأن الهلاك كان سيقع لو كان الشيء بقي لدى مالكة. هذا، ويلاحظ أيضاً أن الحكم الذي نقرره هو نتيجة التوفيق بين المادتين ١١٩٥/٢ أردني (١٣٣١ / ١ معاملات) التي تعفي الحائز حسن النية من الضمان في حال الهلاك، والمادة ٢٨١ ذ أردني (٣٠٦ معاملات) التي تجيز الرجوع على الغاصب ومن تصرف له، دون تمييز بين حسن نية وسوء نية.

(٧٢) ر: شحاته (شفيق)، السابق، ص ١٣٥. ويثار التساؤل، هنا، هل الحائز - الذي أصبح سيئ النية - يسأل أيضاً عن الهلاك أو التلف الذي يقع بسبب أجنبي؟ الواقع أنه يجب أن يكون الجواب بالإيجاب، ذلك أن حسن النية أو سوءها يجب أن يقدر عن وقوع الهلاك أو التلف.

٣٠- وإذا كان الحائز حسن النية لا يسأل عن الهلاك أو التلف، فإن له مراعاةً لحسن نيته، أن يحبس العقار عن طالب رده، حتى يستوفي ما أنفق عليه من نفقات ضرورية^(٧٣). أما النفقات النافعة، فإن حكمها يعتمد على حسن نية الحائز أو سوء نيته عند بذلها^(٧٤). فإن كان سيئ النية، كان للمالك طلب إزالتها أو إبقائها مع دفع قيمتها مستحقة الإزالة، وإن كان حسن النية في ذلك الوقت، فإن المالك، طالب الرد، لا يستطيع طلب الإزالة، وإنما يخير بين دفع قيمة المواد وأجرة العمل أو دفع ما زاد في قيمة العقار نتيجة هذه

(٧٣) ر آنفاً هامش رقم ٦١. ويطرح التساؤل كذلك، هنا: أيتاح الحق في الحبس للحائز حسن النية فقط أم يتاح كذلك لمن كان سيئها؟ المسألة خلافية في القانون والفقه الفرنسيين. فمن قائل إن الحق في الحبس يتاح أيضاً للحائز سيئ النية: CARBONNIER (J), op. cit. No.211, 357

ومنهم من يرى أن الحبس يقتضي حسن نية الحائز، ر: PLANIOL (M), RLPERT (G) et PICARD (M), op. cit. loc.cit.
والأمر في التشريعات العربية يثير اللبس أيضاً. فالمادة ٣٨٩ أردني (م ٤١٦ معاملات)، تعطي حق الحبس دون قيد لمن أنفق على شيء غيره. وهذا يبدو متعارضاً مع النصوص التي تلزم الغاصب ومن تلقى الشيء منه بالرد، كما أنه يتعارض مع المادة ١١٤٠ أردني (م ١٢٦٩ من قانون المعاملات)، التي تعطي لصاحب الأرض حق استرداد أرضه وتكليف من أحدث فيها منشآت (وهو يعلم أن الأرض ليست له)، بالقلع على نفقته، وهو ما يعني أن الحائز سيئ النية لا يستطيع أن يمتنع عن رد الشيء حتى يسترد ما أنفق.

أما القانون المصري، فهو يقصر في المادة ٢/٢٤٦ حق الحبس على الحائز الذي لم تنشأ حيازته عن عمل غير مشروع. وهذا لا يعني أن الحبس قاصر على الحائز حسن النية، فاصل الحيازة قد يكون مشروعاً (إيجار مثلاً)، ولكن الحائز يصبح سيئ النية، فيكون له الحبس إذا أخذنا بحرفية النص. ر ذات الوضع في القانون الكويتي المادة ٣١٨ / ١ و ٢.

(٧٤) ر المادة ٩٨٠ مصري التي تحيل بالنسبة للنفقات النافعة إلى المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ من القانون ذاته، المادة ٩٣١ كويتي التي تحيل إلى المادتين ٨٨٢ و ٨٨٣، المواد ٩٣٣-٩٣١ سوري، ١١٦٧ عراقي، المواد ٩٨٤ - ٩٨٦ ليبي و المواد ٧٩٠ - ٧٩٢ سوداني.

النفقات^(٧٥). وأخيراً، فإن الحائز لا يستطيع المطالبة بالنفقات الكمالية، وإن كان له خلع وإزالة ما أحدثه بشرط عدم الإضرار بالعقار^(٧٦).

٣١- والحائز حسن النية يستطيع، من بعد، الاحتفاظ بالثمار التي جناها، ولكنه في مقابل ذلك لن يستطيع المطالبة بنفقات الصيانة^(٧٧).

هذا، إذا كان الحائز حسن النية، أما إذا كان سيئها، والعقار قد هلك، فإنه يلزم كسلفه الغاصب التعويض عن الهلاك أياً كان سببه. وتقدر قيمة العقار بالنسبة لهذا الحائز، كما تقدر بالنسبة لسلفه، بأعلى ما وصلت إليه قيمة العقار^(٧٨). ذلك أنه إذا كان صحيحاً أن الرأي الشائع يقرر أن تحدد قيمة العقار

(٧٥) هذا ما تقرره النصوص المشار إليها في الهامش السابق، أما المادة ١١٩٣ أردني (١٣٢٩ معاملات) - والأولى تحيل إلى المادتين ١١٤١ و ١١٤٢ والثانية إلى المادتين ١٢٧٠ و ١٢٧٢ - فإن الأمر يسوى على أساس المقارنة بين قيمة المحدثات وقيمة الأرض. فإن كانت قيمة الأرض تساوي أو تزيد على قيمة المحدثات، عادت ملكية المحدثات لمالك الأرض نظير دفع قيمتها قائمة، والحكم الذي يأخذ به القانونان هو الحكم الذي يأخذ به القانون الفرنسي إذا تعلق الأمر بمحدثات أو إنشاءات أضيفت إلى إنشاءات موجودة أصلاً، ر المواد ٨٦١، ١٦٧٣ و ٢١٧٧ من القانون المدني الفرنسي.

(٧٦) ر المادة ٣/٩٨٠ مصري، المادة ٣/٩٣١ كويتي - وهو الحكم نفسه الذي يأخذ به القانونان (المادة ١١٩٣ / ٣ أردني و ١٣٢٩ / ٣ من قانون المعاملات).

(٧٧) ر حول مكنة الاحتفاظ بالثمار للحائز حسن النية المادة ٥٤٩ فرنسي، ر في الفقه: CARBONNIER (J) op. cit. No. 208, p. 350 et 351; MALAURIE (Ph) et Aynes (L), op. cit, No. 515, p. 142.

وبالنسبة لعدم إمكانية مطالبة الحائز بنفقات الصيانة نظير حصوله على الثمار: ر كذلك: شحاته (شفيق)، السابق، ف ١١٣، ص ١٣٦.

(٧٨) ر: شحاته (شفيق)، السابق، من ١٠٩، ص ١٣٣ - وهو يقرر إلزام الغاصب دفع أعلى قيمة، ولا يجوز بداهة أن يختلف الحكم بالنسبة لمن تلقى عن الغاصب بسوء نية؛ على أن هذا الرأي لا تؤيده جمهرة الشراح. إذ تذهب غالبيتهم إلى أن القيمة التي يلزمها الحائز سيئ النية، هي قيمة الشيء وقت وقوع الهلاك أو التلف. ر في القانون المصري، السنهوري (عبدالرزاق)، الوسيط، ج٩، دار النهضة العربية، ١٩٦٨، ف =

يوم الهلاك أو التلف، إلا أن هذا الرأي يغفل، في الحقيقة، عن أن التعويض يجب أن يغطي الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، وزيادة قيمة العقار بعد يوم التلف أو الهلاك هو كسب يكون من حق المالك، أو صاحب الحق أن يُعوّض عنه. وفي تقديرنا، أن ما صح في حالة الإلتلاف يصح في حالة الغصب^(٧٩)، فيلزم الغاصب التعويض على أساس أعلى سعر وصلت إليه قيمة العقار المغصوب حتى لو ثبت أن المالك، أو صاحب الحق، لم يكن قادراً على التصرف في العقار لو كان العقار بقي في يده. ولا يمكن - فيما نرى - إعفاء الغاصب من دفع هذه القيمة قياساً على الحكم الذي يعفيه من التعويض؛ إذا ثبت أن العقار كان سيتلف لو كان بقي في يد المالك أو صاحب الحق. ويتمثل الفارق بين الحكمين في أن التلف يعزى في الحكم الأخير إلى سبب أجنبي عن الغاصب، في حين يرجع الحرمان من الاستفادة من ارتفاع القيمة، في الحكم الأول، إلى فعل الغصب.

٣٢- والغصب، في الفقه الإسلامي، يلزم كذلك الرد عند الجميع^(٨٠)، فيضمن المغصوب ضمان يد^(٨١). لأن الغصب عند المالكية والشافعية والحنابلة

= ٣٦٢، ص ٩٨١ و ٩٨١؛ الشرقاوي (جميل)، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٧٤، ف ١٠٨، ص ٣٤٩.

وهذا الرأي الأخير هو الذي يأخذ به القانونان، ر المادتين ٢٧٩ / ٣ و ٢٨٢ / ١ أردني والمادتين ٣٠٤ / ٣ و ٣٠٧ / ١ من قانون المعاملات.

ويبدو أن القانون الفرنسي يلزم الحائز دفع قيمة ما أهلك أو أتلف يوم الدفع، والحكم يمكن استخلاصه من المادة ٥٤٨ بصيغتها الواردة في القانون رقم ٦٠ / ٤٦٤ الصادر في ١٧ أيار ١٩٦٠، التي تقضي بأن الحائز سيئ النية يلزم رد منتجات الشيء الهالكة بقيمتها يوم الدفع.

(٧٩) ر آنفاً ف ٢٢.

(٨٠) ر: سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٢٧٩، ص ٢٠٩؛ الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ٩١، المحمصاني (صبحي)، السابق، ص ١٥٩. ر كذلك المادة ٨٩٠ مجلة الأحكام العدلية، الخفيف (علي)، السابق، ص ١٢١ وما بعدها.

(٨١) ر: أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٦٣ وما بعدها؛ الخفيف (علي)، السابق، ص ١٠٩ وما بعدها.

ومحمد وزفر من الحنفية هو إثبات اليد العادية وإزالة اليد المحقة. وهو ممكن في العقار - كما هو في المنقول^(٨٢). أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، فإن غصب العقار ليس سبباً للضمان؛ لأن الغصب عندهما هو إزالة يد المالك عن ملكه بفعل في المال نفسه، وذلك من خلال نقل هذا المال وتحويله وتغييره عن ماله، وهذا غير متصور في العقار، وهو، عندهما، الأرض وحدها^(٨٣). وما دام لا يتصور نقل الأرض وتغييرها عن مالكها، فإن الاستيلاء عليها هو حيلولة بين المالك وملكه، والحيلولة ليست سبباً للضمان عند الحنفيين^(٨٤). ومفاد ذلك أن مالك العقار ما زال قادراً على استعمال عقاره والتصرف فيه، كما لو أن الغصب لم يقع.

٣٣- ويترتب على الاختلاف بين الحنفية وغيرهم، من فقهاء السنة، النتائج التالية:

- فلو هلكت الأرض بأفة سماوية (بركان، زلزال، فيضان)، فإن الغاصب ضامن عند الجمهور، غير ضامن في منهج الشيخين^(٨٥).
- ولو أتلّف شخص الأرض، بعد غصبها، فالضمان على المتلف عند الشيخين، وعلى الغاصب أو المتلف، حسب اختيار المغصوب منه، عند الفقهاء الآخرين^(٨٦).

(٨٢) ر حول موقف الحنفية من إمكانية غصب العقار، الخفيف (علي)، السابق، ص ١١٩؛ سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٢٦٨، ص ١٩٦؛ الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ١١٧؛ المحمّصاني (صبحي)، السابق، ص ١٥٧ و ١٥٨.

(٨٣) ر حول مواقف باقي مذاهب السنة، الزحيلي (وهبة)، السابق، الموضوع السابق، المحمّصاني (صبحي)، السابق، الموضوع السابق؛ سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٢٦٩، وما بعدهما.

(٨٤) فالحيلولة ليست من أسباب الضمان عند الحنفيين إلا إذا تعلق الأمر بمنقول، ر: الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ٣٣، ٣٤ و ١١٧؛ سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٣٢٦، ص ٢٦٥.

(٨٥) ر: الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ١١٨.

(٨٦) ر: سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ١٨١، ص ١٢٩.

- ولو غصب أرضاً وترك زرعها أو شجرها دون عناية، فتلف دون تدخل منه، لا يضمن عند الشيخين (وفيما رجع لدى المالكية)، ويضمن عند الباقيين^(٨٧).
- ولو غصب أرض خراج، لكانت للغاصب عند الشيخين غلتها، وعلى المالك خراجها، ولا يلزم الغاصب في هذا الفرض إلا ضمان ما انتقص من الأرض بزراعتها^(٨٨).
- والاستيلاء على عقار الغير، إذا لم يعقبه تصرف في العقار أو إتلاف جسيم له، لا يتيح للمالك عند الشيخين، طلب القيمة (فالعقار لا يضمن عندهما إلا ضمان إتلاف)، أما عند العديد من فقهاء الجمهور، فإن الإتلاف اليسير يتيح للمغصوب منه طلب القيمة^(٨٩).
- وعند الشيخين، والحنفية عموماً، فإن من استولى على أرض لا يضمن منافعها^(٩٠)، فالمنافع لا تضمن عند الحنفيين إلا إذا وجبت بعقد أو بشبه عقد^(٩١)، وإن كانت الفتوى لدى متأخريهم، كما مر^(٩٢)، بأن المنافع مضمونة إن تعلقت بمال (هو هنا أرض) معداً للاستغلال أو بمال يتيم أو بمال وقف. أما عند المالكية^(٩٣)، فالغاصب يضمن ما استوفاه من منافع، وهو، عند الشافعية والحنابلة ضامن للمنافع مطلقاً.

(٨٧) ر: الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ١١٨.

(٨٨) ر: سراج (محمد أحمد)، السابق، الموضوع السابق.

(٨٩) ر: البغدادي (أبو محمد...)، السابق، ص ١٢٦، المحمصاني (صبحي)، السابق، ص ١٦٠؛ الزحيلي، السابق، ص ١٢٦ وما بعدها؛ وبشكل خاص، الخفيف (علي)، السابق، ص ١٣٥-١٤٠.

(٩٠) ر أنفأ ف ١١ ولاحقاً ف ٨٦.

(٩١) ر المحمصاني (صبحي)، السابق، ص ١٦٢ و ١٦٣ وقبلهما ص ١٥٧؛ الزحيلي (وهبة)، السابق، ١١٩ و ١٢٠، المادة ٥٩٦ من مجلة الأحكام العدلية؛ أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ١٠٠.

(٩٢) ر سابقاً ف ٢٤، وأضف: سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٢٨٤، ص ٢١٥، وقبلهما ف ١٩٠، ص ١٣٥ و ١٣٦.

(٩٣) ر بالنسبة للمالكية والشافعية والحنابلة: أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٢٥٤.

- وبالنسبة للغلة أخيراً، وهي ما يعبر عنه بـ "زوائد المغصوب"، فإن الغاصب يضمن ما يستوفيه منها عند الحنفية، وتوافقهم في ذلك المالكية^(٩٤)، فلا يضمن الغاصب، عند الفريقين، ما يهلك من الغلة دون فعل أو تقصير منه، أما الشافعية والحنابلة، فإنهم يضمنونه ما استوفى من الزيادة وما فات منها^(٩٥).

٣٤- وبالنسبة، أخيراً، لنقص قيمة المغصوب بسبب تغير الأسعار، فإن الغاصب لا يضمن هذا النقص، فالقيمة المعتبرة لدى الحنفيين، وهو ما يوافقهم عليه المالكيون، هي قيمة المغصوب في مكان الغصب وزمانه، أما عند الحنابلة فالقيمة التي يلزم الغاصب أداؤها هي قيمة المغصوب يوم التلف، وعند الشافعية هي أقصى قيمة وصل إليها المغصوب من يوم الغصب حتى يوم تلفه^(٩٦). وبداهةً فإن النقاش حول تحديد قيمة المغصوب يفترض إتلاف المغصوب أو هلاكه (عند من يجعل الغاصب ضامناً للهلاك المتأني بسبب أجنبي) أما إذا كانت عين المغصوب موجودة، فإن حق المغصوب منه يقتصر، اتفاقاً، على استرداد عين شبيهة^(٩٧).

(٩٤) ر: الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ١٢٣ - وقارن: الخفيف (علي)، السابق، ص ١١٢ وما بعدها. ر المادة ٩٠٣ من مجلة الأحكام العدلية.

(٩٥) ر المرجعين المذكورين في الهامش السابق، وقارن سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٢٠٧، ص ١٤٧.

(٩٦) ر بالنسبة لهذه الاجتهادات: المادة ٩٠٠ من مجلة الأحكام العدلية، وبالنسبة للمذهب المالكي: الخرشي علي خليل، السابق، ص ١٤١: "... المشهور أن النقص لأجل الأسواق في باب الغصب غير معتبر بخلافه في باب التعدي، فإنه معتبر..." ر في المذهب الشافعي: حاشية الشبراملسي (نور الدين علي...) بهامش نهاية المحتاج، ج٥، ط. البابي الحلبي، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م، ص ١٧٢. ر في المذهب الحنبلي: البهوتي (منصور بن يونس...) كشاف القناع، دار الفكر ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢، ج٤، ص ٩١: "... وإن نقصت قيمة العين المغصوبة بتغير السعر، بأن نزل السعر لذهاب نحو موسم، لم يضمن الغاصب ما نزل السعر، سواء ردت العين أو تلفت، لأن المغصوب لم تنقص عينه ولا صفته..." ر كذلك، المحمضاني، السابق، ص ١٥٩.

(٩٧) ر: المحمضاني (صبحي)، السابق، ص ١٦٠؛ الخفيف (علي)، السابق، ص ٥٢؛ ر كذلك المادة ٩٠٠ من مجلة الأحكام العدلية.

٣٥- هذا في الفقه الإسلامي، أما القانونان (م ٢٧٩ أردني و م ٣٠٤ معاملات)، فقد أخذوا بما ذهب إليه الجمهور، من أن الغاصب ضامن للمغصوب كيفما جاء هلاكه، كما أنهما ضمّناه منافع المغصوب وغلته^(٩٨)، وجعلنا (م ٢٨٠ أردني و م ٣٠٥ معاملات) المغصوب منه بالخيار، إذا تلف المغصوب بفعل شخص آخر غير الغاصب، في أن يضمّن الغاصب أو المتلف. وهما (م ٢٨١ أردني و م ٣٠٦ معاملات) قد سحبنا الحكم ذاته في حال تصرف الغاصب في المغصوب إلى شخص آخر وتلف المغصوب في يد المتصرف إليه. ولكن القانونين (م ٢٧٩ / ٢ أردني و م ٣٠٤ / ٢ معاملات) قد نزلوا على ما ذهب إليه الحنفية من أن القيمة التي يلزمها الغاصب، إذا تلف المغصوب أو هلك، هي قيمة المغصوب حين الغصب وفي مكان الغصب، وهو حكم يخالف - كما قدمنا - ما سبق للقانونين أن قراره (م ٢٦٦ أردني و م ٢٩٢ معاملات) من أن الضمان يتناول الخسارة اللاحقة والكسب الفائت. والقانونان، من ناحية أخرى، خرجا على قواعدهما العامة حين قررا (م ٢٨٦ / ٣ أردني و م ٣١١ / ٣ معاملات) بأن المالك بالخيار، متى أضاف الغاصب إلى المغصوب زيادات (محدثات)، بين أن يدفع قيمة الزيادة ويسترد المغصوب عيناً، أو أن يترك المغصوب للغاصب ويأخذ البديل؛ وهو حكم نزل فيه القانونان على ما ورد في المادة ٨٩٨ من مجلة الأحكام العدلية خلافاً لما أوردها في باب الحيازة (ر المادة ١١٤٠ أردني والمادة ١٢٦٩ معاملات) من أن للمالك استرداد أرضه ودفع قيمة المحدثات مستحقة القلع، متى كان القلع ضاراً بالأرض^(٩٩).

(٩٨) ر النصين المشار إليهما آنفاً، المادة ٢٧٩ / ٣ أردني و ٣٠٤ / ٣ من قانون المعاملات.

(٩٩) الواقع أن نص المادة ٨٩٨ من مجلة الأحكام يناقض نصين آخرين وردا في المجلة. فبينما تجبر المادة ٨٩٨ صاحب العقار المغصوب إما على دفع قيمة المحدثات واسترداد عقاره وإما على ترك العقار للغاصب وأخذ البديل، فإن المادة ٩٠٨ مجلة تجري على أنه: "إذا كرب أحد أرض آخر غصباً ثم استردها صاحبها، فليس للغاصب =

٣- الإضرار بالعقار بسبب الجوار أو نتيجة المساس بالبيئة:

٣٦- قد لا يأتي الإضرار بالعقار نتيجة إتلاف أو غصب، وإنما قد يأتي بأفعال أو نشاطات أضرت به - بالعقار - بسبب موقعه ووجوده في مكان ما، وهذا ما يسمى بمضار الجوار^(١٠٠). وقد يأتي الإضرار به نتيجة أفعال ونشاطات أضرت بالبيئة أو المحيط الذي يوجد فيه العقار^(١٠١).

= مطالبة أجره في مقابلة الكراب".

أما المادة ٩٠٦ من المجلة، فتقضي: "إذا كان المغصوب أرضاً، وكان الغاصب أنشأ عليها بناء أو غرس فيها أشجاراً، يؤمر الغاصب بقلعها، وإن كان القلع مضرّاً بالأرض، فللمغصوب منه أن يعطي قيمته مستحقة القلع ويضبط الأرض..". وإذا كان بالإمكان فهم تضارب أحكام المجلة، بالقول: إن المادة ٨٩٨ تخص الغصب (أي تبعاً للحنفية الاستيلاء على منقول الغير ونقله وتحويله عن مالكه)، بينما تخص المادتان الأخيرتان مسائل الاتصال وإحداث منشآت في أرض الغير، فإن من غير المفهوم أن يأخذ القانونان بما ذهبت إليه المجلة فيما يتعلق بزيادات المغصوب (والغصب فيهما يقع، على المنقول والعقار). فلقد أدى هذا الأخذ إلى التضارب مع ما ورد فيهما، وفي المجلة، فيما يتعلق بالاتصال (الاتصاق). ومع ذلك، فإن تفريق المجلة بين الغصب (وهو كما اتضح يرد فيها على المنقول) وبين الاستيلاء على عقار الغير، هو تفريق يأتي من غير أساس، تفريق فرضه التقيد بما قرره الحنفية.

(١٠٠) ر حول مضار الجوار من بين مراجع وافرة:

MALAUURIE (Ph) et AYNES (L), op. cit. No. 1069, p. 298 et ss.; CARBONNIER op. cit. No. 168, p. 294-296; STARCK (B) ROLAND (H) et BOYER (L), op. cit. No. 362, p. 178 et ss.; THERON (J.P.), Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et en droit privé, J.C.P. 1976, I, 2802.

(١٠١) ر حول مضار البيئة:

DU PONTAVICE (E), La protection juridique de voisinage et de l'environnement en droit civil comparé, Rev. jur. env. 1978, 147; GIROD (P), La protection du voisinage et de l'environnement, Travaux de l'Association. H. capitaine, Paris, 1976; NICOLAS (M.F.), La protection du voisinage, rev. trim. dr. civil, 1976, p. 675 et ss.

ويصعب - كما هو واضح - التمييز بين ما يعدّ من مضار الجوار وما يعدّ ضرراً بالبيئة؛ ولذا، فإنه كثيراً ما يأتي عرض الموضوعين في مقام واحد^(١٠٢). ومع ذلك، فإن بالإمكان، لأغراض الإيضاح ولو على حساب الدقة، أن نقول: إن مضار الجوار تقتضي وجود "دنو"، أو قرب جغرافي بين مصدر الفعل أو النشاط الضار وبين العقار الذي تضر، في حين أن المساس بالبيئة لا يقتضي القرب الجغرافي، وإنما قد يوجد بوجود اتصال من أي نوع بين مصدر الضرر والعقار محل الضرر، سواء كان ذلك الاتصال جغرافياً (أرضياً / بحرياً) أو هوائياً، وهو ما يتيح القول: إن مفهوم المساس بالبيئة أوسع نطاقاً من مفهوم مضار الجوار، إذ هو قد يشمل أضراراً قد لا تعدّ من مضار الجوار^(١٠٣).

أ - الإضرار بالعقار بسبب الجوار:

٣٨ - لا بد بادئ ذي بدء أن يشار إلى أنه لا يمكن الحديث عن مضار الجوار إلا إذا تعلق الأمر بضرر يجاوز المألوف^(١٠٤). فوجود الضرر أو عدم وجوده يعتمد، إذاً، على معيار اجتماعي، معيار غير دقيق ومعيار متغير من مكان إلى مكان ومن زمان إلى آخر^(١٠٥).

٣٩ - واعتماد تقدير وجود مضار الجوار على المألوف هو ما برّر النظر إلى هذه الفئة من الأضرار كمجرد تطبيق لنظرية أوسع هي نظرية التعسف في

(١٠٢) ر حول ذلك:

VINEY (G), Traité de droit civil sous la direction de GHESTIN (J), La responsabilité, t.I, No. 259, p. 320 et 321.

(١٠٣) ر المرجع السابق، الموضع السابق، وأضيف نفس المرجع، ف ٧٦٨، ص ٨٥٧ و ٨٥٨.

(١٠٤) ر: VINEY (G), op. cit. No. 23, P. 24 - No. 243, p. 292, No. 459, p. 550.

(١٠٥) ر: MALAURIE (Ph) et Aynes (L), Les obligations op. cit. No. 123, P. 60, note 17; CARBONNIER (J), T. III, op. cit. No. 168, p. 295.

CABALLERO (E): Essai sur la notion juridique de nuisance، وبشكل خاص:

L.G.D.J. Paris, 1980, p. 225 et ss.

استعمال الحق^(١٠٦). فكل من يستعمل عقاره بقصد الإضرار بالمجاورين ودون السعي لتحقيق مصلحة مشروعة له، أو يستعمله لتحقيق مصلحة شخصية لا تتناسب مع الضرر المتحقق للآخرين، إنما يتعسف في استعمال حقه، ومن ثم يرتكب خطأ. وهكذا أرجعت فكرة مزار الجوار ربحاً طويلاً، في الفقه الغربي، إلى فكرة الخطأ^(١٠٧).

٤٠- على أن القضاء الفرنسي أخذ، منذ مدة، يتحرر من فكرة التعسف ومن فكرة الخطأ، واتجه ينظر إلى مزار الجوار بوصفها أساساً كافياً لمسؤولية دون خطأ^(١٠٨). فالمالك يسأل عما يحدثه للجوار من مزار حتى لو ثبت عدم ارتكابه خطأ، بل إن القضاء الفرنسي بات يقبل نشوء المسؤولية، عن مزار الجوار، خارج نطاق المادة ١٣٨٤/١^(١٠٩)، وهي التي تقيم المسؤولية على أساس خطأ قانوني (خطأ في الحراسة) بالنسبة للبعض^(١١٠)، وخطأ مفترض بالنسبة للبعض الآخر^(١١١)، ودون خطأ بالنسبة للبعض

(١٠٦) ر: CARBONNIER (J), L. III, op. cit. No. 167, p. 292 et ss., Nos. 172 et 178, pp. 300 et ss.; STARCK (B), ROLAND (H), BOYER (L), op. cit. No. 363, p. 178.

(١٠٧) ر: MALAURIE (Ph) et AYNES (L), Obligations, op. cit. No. 123, p. 59; STARCK (B), ROLAND (H), et BOYER (L), op. cit. loc. cit.

(١٠٨) ر: CARBONNIER (J), op. cit. No. 172, p. 301; STARCK (B), ROLAND (H) et BOYER (L), op. cit.. No. 365, P. 179, MALAURIE (Ph) ET AYNES (L), op. cit. p. 60.

(١٠٩) ر حكم النقض الفرنسي الحديث نسبياً: Civ., 20 juin 1990, J.C.P. 1990, IV, 317. ر كذلك: Civ. 21 juill. 1953, D. 1953, 573.

(١١٠) ر حول هذا الرأي:

MAZEAUD (H), La faute dans la garde, rev. trim. dr. civ. 1925, P. 793 et ss.; MAZEAUD (H.L. et J.) Traité. T.II, 6 éme édit, montchrestien, Paris, 1970, Nos. 1325, pp. 434 et ss.

(١١١) ر حول هذا الرأي حكمي محكمة النقض البلجيكية:

Cass, belg. 4 juill. 1929 et 23 juin 1930, S. 1932, 4, 1 - 1933, 4, 1, n. ESMEIN (P).

ر في الفقه الفرنسي:

PLANIOL (M) et RIPERT (G), Traité... op. cit. L.G.D.J. Paris, t.II 1943, No. 1048, p. 362, No. 1052, p. 363.

الأخير^(١١٢). وهكذا، فصاحب المصنع الذي بناه بحسب ما تسمح به اللوائح البلدية والصناعية وراعى في تشغيله كل الاحتياطات التي يوفرها العلم وتتيحها الخبرة، يسأل عما سببه من ضرر غير مألوف للجوار^(١١٣). وصاحب البناء الذي بنى في أرضه وبعد الحصول على التراخيص اللازمة، يسأل إذا أدت إقامة البناء إلى منع وصول أشعة الشمس إلى العقار أو العقارات المجاورة، ... إلخ^(١١٤).

٤١- وغني عن البيان أن اعتماد تقدير زيادة مضار الجوار على المألوف، وخضوع معيار المألوف لظروف الزمان (فالإزعاج ليلاً قد لا يكون مقبولاً، في حين قد يكون الإزعاج نفسه نهائياً عادياً) وعلى ظروف المكان (فأدخنة مصنع تعتبر ضرراً عادياً في منطقة صناعية في حين أنها ضرر غير مألوف في منطقة سكنية)، جعلت القبول بوجود هذه المضار خاضعاً لتقدير القاضي، وخارجاً، من ثم، عن رقابة النقض^(١١٥). ومع ذلك، فإن هنالك محددات لدور القاضي في هذا الشأن: فالقاضي لا يستطيع، مثلاً، أن يقرر وجود مضار الجوار إذا كان الضرر المشكو منه موجوداً وقائماً ومعلوماً عندما أقام الجار المدعي بناءه، أو عندما اختار السكن في الجوار^(١١٦). وبالمقابل، فإن القاضي لا

(١١٢) JOSSERAND (L), Cours de droit civil français, t. II, sirey, Paris, 1939, r: No. 553, pp. 346 et ss.; La responsabilité du fait des automobiles devant les Chambres réunies de la Cour de cassation D.H. 1930 chr. p. 25. et ss.; SAVATIER (R) Traité. De la responsabilité civile. L.G.D.J, Paris, 1951 (2 volumes). v.ésp.t,II, Nos 333 et ss. pp. 435 et ss.

(١١٣) ر حول ذلك:

STARCK (B), Obligations, op. cit, No. 302, p. 128, No. 319, p. 136 et les notes; MALAURIE (Ph) ET AYNES (L), Obligations, op. cit. No. 123, p. 60.

(١١٤) r: 18 juill. 1972, Bull. III. No 478, D. 1974, 73-J.C.P. 1972, II, 17203; r: rapport. Fabre -rev. trim. dr. civ. 1974, n. DURRY (G).

(١١٥) r: 3 nov. 1977, Bull. III. No 367, D. 1978, 434, n. CABELLERO (F), Rapproch. CARBONNIER (J), t III, op. cit. No. 174, p. 304.

(١١٦) r: 18 fév. 1907, D.1907, I, 385 n. RIPERT (G); Paris, 3 avr. 1928, D. 1928, 2, 168; Besançon, 15 nov. 1934, D.H. 1935, 25; Civ. 20 fév. 1968, D. 1968, 350; Civ. 28 janv. 1975, D. 1976, 221, n. AGOSTINI (E) et LAMARQUE.

يستطيع - كما كانت تذهب الفكرة الشائعة من قبل - أن يربط وجود مضار الجوار بقيد قيام التلاصق بين العقارات، بحيث لا يقر بوجود مضار الجوار إلا بين عقارات متلاصقة أو شديدة القرب بعضها من بعضها الآخر^(١١٧). فالجوار يتحقق بالقرب ولا يشترط أكثر من ذلك. وأخيراً، فإنه لا يسع القاضي أن يحصر مضار الجوار بين الملاك، فمضار الجوار تقوم أيضاً بالنسبة لمن يشغلون العقارات - كالمستأجرين - ولمن يمارسون أعمالاً فيها، كالمقاولين^(١١٨).

٤٢- بقي أن نشير إلى أن مضار الجوار لا تمثل فقط ضرراً أدبياً ينحصر في الإزعاج وغياب الشروط الملائمة للسكن وممارسة الحياة المعتادة والهوايات، وإنما هي أيضاً ضرر مادي يصيب شيئاً هو العقار؛ والضرر المادي المقصود هو ما يلحق بالعقار من نقص في القيمة^(١١٩).

٤٣- أما التعويض عن هذه الأضرار، فقد يأتي في أكثر من صورة^(١٢٠). فالغالب أن يأتي في صورة أمر موجه إلى "مالك" أو "مشغل" العقار، مصدر

(١١٧) MALAURIE (Ph) et AYNES (L), Les biens, op. cit. No. 1073, p. 301.

ر في القضاء:

Civ. 8 mai 1968, Bull. II, no. 12, D. 1968, 609- J.C.P. 1968, II, 15595 n. DE JUGLART et DU PONTAVICE

(١١٨) ر: Cass. soc. 9 juill. 1954, D. 1954, 683; Civ. 18 juill. 1961, Bull. I, n.411- J.C.P. 1961, II, 12301, n. ESMEN (P); Civ. 8 fév. 1972, Bull. III, No. 89 - J.C.P. 1972, II, 17176.

(١١٩) ر: CARBONNIER (J), T. III, op. cit. No. 168, p. 294. ر في القضاء حكم النقض المشار إليه آنفاً:

Civ. 18 juill. 1972, Bull. III, no. 478- D. 1974, 73-J.C.P. 1972, II, 17203-Rev. trim. dr. civ. 1974, 609 n. DURRY (G).

(١٢٠) ر حول الصور المختلفة التي يمكن أن يأخذها التعويض: MALAURIE (Ph) et AYNES (L), Les biens, op. cit. No. 1075, p. 302; CARBONNIER (J), op. cit., No. 168, p. 294; STARCK (B), Roland (H) et BOYER (L), op. loc. cit.

الضرر، بالكف عن الممارسة الضارة^(١٢١)، أو إدخال التحسينات الضرورية للقضاء على الضرر أو تخفيفه^(١٢٢). وقد يأتي التعويض في صورة إصدار القرار بإزالة مصدر الضرر، وهو أمر نادر، خصوصاً متى كان محدث الضرر حاصلاً على التراخيص اللازمة لممارسة النشاط وراعى في منشأته المعايير المعتادة^(١٢٣). وقد يأتي التعويض أخيراً - وهو الغالب حين يكون المقصود جبر ما تحقق من ضرر - في صورة تعويض نقدي^(١٢٤).

٤٤ - وإذا كانت مضار الجوار سبباً للمؤاخذه المدنية في الفقه الغربي، فإنها كذلك أيضاً لدى جوانب مهمة في الفقه الإسلامي^(١٢٥). فالفقه الإسلامي يقبل كذلك مسؤولية من أضّرّ بالعقارات المجاورة تأسيساً على أن من يستعمل عقاراً يجب عليه عدم التعسف في استعمال ما له عليه من حق. فمضار

ر: (١٢١) CARBONNIER (J), op. cit. No. 168, p. 296.

والذي يشير إلى أن هذا الحل هو الذي أخذ به القانون رقم ٧٦/١٢٨٥ الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٧٦ (المادة ٧٢) - بشأن إعاقعة التقاط البث الإذاعي والتلفزيوني. ر في هذا الاتجاه: Dijon, 2 av. 1987, Gaz. Pal., 8 oct. 1987, p. 601, الذي يلزم صاحب ديك اعتاد الصياح عند الفجر بالتخلص من الديك.

(١٢٢) ر أحكام النقض المشار إليها آنفاً: Civ. 18 fév. 1907 D. 1907, I, 385 n. RIPERT (G); 30 fév. 1968, D. 1968, 350.

(١٢٣) ر: CARBONNIER (J), op. cit. No. 169, p. 296; MALAURIE (Ph) et AYNES (L), op. cit. No. 1070, p. 299 et l'arrêt cité a' la note 84.

(١٢٤) ر: حكم النقض المشار إليه آنفاً: Civ. 28 janv. 1975, Bull. No. 30-D. 1976, 221, N. AGOSTINI et LAMARQUE.

(١٢٥) ر حول مواقف المذاهب المختلفة من مضار الجوار: سراج (محمد أحمد) السابق، ف ٣٥٤، ص ٣٠٤ وما بعدهما؛ أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٢٩٨ وما بعدها؛ المحمصاني (صباحي)، السابق، ص ٤٥ وما بعدها. ر كذلك وبشكل خاص: الدريني (فتحي)، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون - أطروحة من الأزهر، ط١، مطبعة جامعة دمشق، ١٣٨٦هـ، ١٩٦٧م، ص ٢٦٠ وما بعدها، وخصوصاً ص ٤٣٨ وما بعدها..

الجوار تستند، إذًا، في هذا الفقه إلى نظرية التعسف في استعمال الحق^(١٢٦)، التي يمكن رصد اتجاهات ثلاثة حول مدى الأخذ بها^(١٢٧):

الأول: لا يأخذ بهذه النظرية ولا يرتب أية مسؤولية على من يستعمل عقاره، أيًا كانت كيفية الاستعمال، وأيًا كان الضرر الذي ترتب عليه. وبهذا الاتجاه أخذ أبو حنيفة والشافعي وبعض المالكية. وتطبيقاً لهذا الاجتهاد، فإن المالك يستطيع أن يفتح في ملكه حماماً أو تنوراً، كما له أن يفتح في علو بنائه باباً أو كوة، دون أن يكون للجار الاعتراض على شيء من ذلك.

الثاني: إن عدم التعسف في استعمال الحق، يقتضي ممن يستعمل ملكه ألا يستعمله استعمالاً يترتب عليه ضرر فاحش أو مستديم للجوار. فالأخذ بالنظرية يقتصر فقط، إذًا، على الأضرار الفاحشة أو الدائمة، وبهذا الاتجاه أخذ أبو يوسف ومحمد ومتأخرو الحنفية^(١٢٨)، وأقر به المالكية في مسائل معينة^(١٢٩)، كما أفتى به أبو حنيفة في علاقات الجوار التي تقوم بين العلو والسفل^(١٣٠).

وإعمالاً لهذا الاجتهاد مُنع صاحب الدار، المعدة للسكن، من أن يبني فيها تنوراً أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين. فهذه المنشآت تعدّ مصدراً لضرر دائم يتمثل في الغازات المنبعثة من التنور أو من الدق الناتج عن عمل القصار - الذي يؤدي إلى إضعاف بناء الجار.

الثالث: إن الأخذ بنظرية التعسف يعني عدم جواز إتيان عمل يكون القصد منه الإضرار بالآخرين دون السعي لتحقيق مصلحة للفاعل. فإذا انحصر القصد

(١٢٦) ر المراجع المذكورة في الهامش السابق.

(١٢٧) ر حول هذه الاتجاهات بشكل خاص: أحمد (سليمان محمد)، السابق، الموضوع السابق.

(١٢٨) وهو ما أخذت مجلة الأحكام العدلية في موادها ١١٩٧ وما بعدها.

(١٢٩) ر: أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٣٠١.

(١٣٠) ر المرجع المشار إليه في الهامش السابق.

في الإضرار، كان تعسفاً؛ وإلا، فهو جائز ومباح. ويستوي في هذا الاتجاه أن يكون الضرر فاحشاً أو يسيراً، دائماً أو مؤقتاً، ما دام الهدف منه تحقيق نفع لمن قام به.

من هنا، فإن الجار الذي يقصد تحقيق مصلحة لنفسه، لا يمنع من تعلية بنائه، حتى لو ترتب على التعلية حرمان ملك الجار من الهواء والضياء، وهو ما ذهب إليه أحمد والمالكية. ولم تستثن المالكية من أصل الجواز إلا فرضين^(١٣١):
- أن يترتب على الفعل، الذي لم يقصد به الضرر (الخاص)، ضرر عام. فالمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة.

- ألا يترتب على ترك العمل ضرر لمن يريد القيام به، وكان الإتيان به ضاراً بالجار. فيلحق العمل، حينئذ، بأعمال التعسف، التي ترتب الضمان.

٤٥- بذا يتضح أن هنالك أساساً واضحاً للمسؤولية عن مزار الجوار في الفقه الإسلامي. وهذا الأساس يتمثل في نظرية التعسف في استعمال الحق، التي كان القضاء الفرنسي يعتمد عليها - كما أشرنا^(١٣٢) - والتي صاغها القانونان، على غرار القانون المصري، في نصوص تشريعية، حددت مفهوم التعسف من خلال وضع معايير العامة (م ٥ مصري، م ٦٦ أردني و م ١٠٦ من قانون المعاملات). بيد أن القانون المصري قد أعرض - كما ذهب المرحوم السنهاوري - عن إعمال النظرية في علاقات الجوار، حين اعتبر مزار الجوار خروجاً عن الحق وليس استعمالاً له^(١٣٣)، فيما أعمل القانون - بحسب هذا الرأي - نظرية التعسف في نواح أخرى متفرقة، منها ما يخص الحالة المدنية للأشخاص (م ١١)، ومنها ما يخص مسائل الإثبات، وتحديدًا اليمين الحاسمة (م ٤١٠) ومنها

(١٣١) ر: حول هذين الفرضين: الدريد (أبو البركان أحمد بن محمد)، الشرح الصغير، مطبعة دار المعارف- مصر، ١٣٩٣هـ، ص ٥٨٧

(١٣٢) ر أنفاً ف ٣٩.

(١٣٣) ر: السنهاوري (عبدالرزاق)، الوسيط، ١، السابق، ف ٥٦٣، ص ٨٤٩.

ما يخص علاقات العمل (٢/٦٩٥)^(١٣٤). أما القانونان، فقد ارتأيا مسابقة التطبيقات التي أوردتها مجلة الأحكام العدلية:

٤٦- فلا يجوز، فيهما، (م ١٠٢٧ / أردني و م ١١٤٤ معاملات) للمالك، أن يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، ولكن الضرر الممنوع فيهما، على غرار ما ذهب إليه القضاء في فرنسا وحددته مجلة الأحكام، هو الضرر الذي يجاوز المألوف. والضرر المألوف، في القانونين، هو الضرر الذي لا يمكن تجنبه، وفقاً لما يقضي به العرف وتفرضه طبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر، والغرض الذي تستعمل العقارات فيه (الفقرتان الثانية من النصين المشار إليهما).

وعلى ذلك، فإن الضرر الذي يبيح إمكانية التعويض في القانونين، هو الضرر الفاحش. وقد تولى القانونان (المادتان ١٠٢٤ و ١٠٢٥ أردني، المادتان ١١٣٧ و ١١٣٩ معاملات) إعطاء أمثلة على هذا الضرر:

- فالضرر فاحش إذا كان من شأنه أن يوهن البناء أو أن يؤدي إلى هدمه أو إلى منع الحوائج الأصلية، أي المنافع المقصودة من العقار. ومن هنا، يمكن القول: إن ممارسة نشاط يحدث ضجيجاً وضوضاء غير معتادين، هو نشاط يمنع الحوائج الأساسية لعقار يستعمل للسكن أو للاستشفاء، كما أن ممارسة نشاط تنبعث منه روائح كريهة هو أيضاً من قبيل هذه الأضرار.

- وحجب الضوء عن ملك الجار هو أيضاً، بنص القانونين، ضرر فاحش. يسأل عنه من قام به، ونحسب كذلك أن حجب الهواء والرؤية هي كذلك من قبيل الأضرار الفاحشة^(١٣٥).

(١٣٤) ر: تطبيقات أخرى للنظرية، مشار إليها في المرجع المذكور في الهامش السابق (ص ٨٤٩، هامش ٢).

(١٣٥) قارن المادة ١٢٠١ من المجلة التي لا تعتبر حجب الرؤية أو أشعة الشمس من عداد الضرر الفاحش، ما لم يؤد ذلك إلى حجب الهواء كلياً.

وعلى أية حال، فإن مسائل حجب الهواء والضياء والرؤية، هي أمور تتقرر في ضوء التشريعات الخاصة بتنظيم المدن ورخص البناء، التي لا محل، هنا، لعرض أحكامها.

ويجدر التنويه في الختام، إلى أنه ليس للمالك أن يشكو من مضار الجوار التي كانت قائمة وموجودة وقت إنشائه ببناءه (م ١٠٢٦ أردني و م ١١٤٠ معاملات). فإنشاؤه البناء، مع وجود تلك المضار، دليل على قبوله بها. والأحكام الخاصة بمضار الجوار وثيقة الصلة - كما أشرنا - بالأضرار التي تمس البيئة.

ب - الإضرار بالعقار نتيجة المساس بالبيئة:

٤٧- يؤدي الإضرار بالبيئة إلى الإضرار بالعقارات في المنطقة أو المحيط الذي يصدر عنه الضرر. فهناك مصنع ينفث غازاته، فيؤدي إلى تلوث الجو. وهناك مصنع آخر يصدر أثناء عملية الإنتاج أصواتاً مزعجة أو اهتزازات تضايق شاغلي العقارات، بل تؤثر على سلامة الأبنية أيضاً. وهناك محطة إنتاج زراعي أو حيواني تلقي بمخلفاتها في منطقة ما، فتؤدي إلى انتشار الحشرات والآفات وإلى تحلل المياه، حتى الجوفية منها. وهناك مخزن يؤدي، نتيجة كثافة السيارات المستعملة في إدخال المنتجات إليه أو إخراجها منه، إلى عرقلة السير في المنطقة وإلى اكتظاظ يصعب التعايش معه. وهناك شركة تستغل مطاراً، فتؤدي حركة الطائرات، بما تحدثه من أصوات واهتزازات، إلى إزعاج يتعذر احتماله وإلى المساس بسلامة الأبنية. وهناك محطة سكة حديد تحدث أيضاً الأضرار نفسها بما حولها. وهناك شركة اتصالات أو شركة بث إذاعي أو تلفزيوني أو وحدة عسكرية، تعرقل - بما ترسله من إشارات - استقبال البث الإذاعي والاتصالات الهاتفية^(١٣٦).

(١٣٦) ر حول هذه الأمثلة وسواها:

VINEY (G), op. cit. No. 259, p. 320 et 321; STARCK (B), ROLAND (H) et BOYER (L), op. cit. No. 368, pp. 180 et 181 (qui traitent les atteintes à l'environnement avec les troubles de voisinage); CARBONNIER (J), op. cit. No. 174, pp. 302 et 303.

وهناك، أخيراً، أشخاص لا يراعون معايير مواصفات البناء في المنطقة، فينشئون أبنية تهبط بمستوى جمال الحي... إلخ^(١٣٧).

٤٨- في كل هذه الحالات والأمثلة، هناك أضرار تلحق بالعقارات من أبنية وأراض، كما أن هناك أضراراً تلحق بالساكنين. وإذا كان الإضرار بالساكنين، عن طريق الإزعاج وإيذاء الصحة وعرقلة المجرى العادي للحياة، يمثل - بلا شك - ضرراً معنوياً^(١٣٨)، فإنه يرتب بلا شك، أيضاً، أضراراً مادية؛ أضراراً تتمثل في الإصابة بالأمراض بما يتضمنه ذلك من تكاليف علاج وإقامة في المستشفيات ونقص في الأجور^(١٣٩). أما الإضرار بالعقارات، فيتمثل فيما قد يواجهه استغلالها من صعوبة نتيجة انصراف الجمهور عن شغلها، وفيما قد يؤثر على سلامتها^(١٤٠). وفي

(١٣٧) ر حول إمكانية تعويض هذه الأضرار والشروط المطلوبة لذلك:

Civ. 2 juill. 1974, D. 1975, 61, n. FRANCK (E); 1 fév. 1978, Bull III, n 70, p.55.

ر في الفقه:

MORAND (J), Les droits des tiers au respect par les constructeurs des règles d'urbanisme, J.C.P. 1974, I, 2661.

(١٣٨) ر: STARCK (G), op. cit. No. 259, P. 320 et les références y citées; VINEY (G), Obligations, op. cit. No. 322, p. 138.

(١٣٩) ر مثلاً: Civ. 3 mars 1966, Bull. II, no.299. 299.

ر كذلك في تعويض النقص الذي حدث في قيمة بناء نتيجة الإزعاج الصادر عن محجر، حكم النقض السابق:

Civ. 28 jan. 1975, Bull. III. No. 30, D. 1976, p. 221, n. AGOSTINI (E) et LAMARQUE.

Paris, 9 déc. 1904, D.P. 905, 2, 32.

(١٤٠) ر:

(الذي يقرر مسؤولية صاحب مدرسة عن صراخ التلاميذ الذي يؤثر على استغلال أحد الفنادق)؛ Civ. 10 janv. 1968, D. 1968, Somm. 54 Gaz. Pal. 1968, I, 168.

الذي يقرر مسؤولية صاحب ورشة عن الإزعاج الذي يؤثر أيضاً على استغلال فندق مجاور. وحول إلزام شركة الخطوط الفرنسية بتعويض المجاورين لمطار نيس (Nice) عن الإزعاج والاهتزازات الناتجة عن إقلاع الطائرات وهبوطها. ر:

Trib. Gr. inst. Nice 9 déc. 1964, D. 1965, 221, n. DERRIDA (F), maintenu par Aix, 17 fév. 1966, D. 1966, 281, n. DERRIDA (F) confirmé par. Civ. 8 mai 1968, J.C.P. 1968, II, 15595, note de JUGLART (M); Req. 5 déc 1904, D.P. 1905, I, 77; Civ. 5 janv. 1973 J.C.P. 1973, IV, 70 (Précité).

الحالين، فإن الأمر سيؤدي إلى نقص قيمتها، وبشكل واضح أحياناً، عن عقارات مماثلة لا تتعرض للأضرار نفسها^(١٤١).

٤٩- أما التعويض عن هذه الأضرار، فإنه يأتي أحياناً في صورة إصدار الأمر بوجوب اتخاذ الإجراءات لإزالة الضرر (وهو كثيراً ما يتعذر الوصول إليه)، أو التخفيف منه عن طريق تغيير أساليب الإدارة أو الإنتاج^(١٤٢). ولكن الغالب أن يأتي التعويض في صورة مبلغ من النقود^(١٤٣). مع ملاحظة أن القضاء مازال يتردد في قبول الإضرار بالبيئة مسوفاً للحصول على تعويض نقدي ما لم يتمخض هذه الأضرار عن ضرر خاص أو ضرر شخصي يلحق بطالب التعويض^(١٤٤). ومن المتوقع والحال كذلك، أن يخضع تقدير "خصوصية" و "شخصية" الضرر لمحض تقدير القاضي، وهو ما أدى إلى صدور قرارات لا يتسق بعضها - في أكثر من حين - مع البعض الآخر^(١٤٥).

٥٠- ولا حاجة للإشارة إلى أن الفقه الإسلامي لم يعرف الإضرار بالبيئة إلا من خلال مضار الجوار والأضرار التي تحدث للطريق العام ولمصادر المياه، وتلك التي تقع نتيجة انتشار الحرائق^(١٤٦). فلم يُعرف زمن الاجتهاد

(١٤١) ر حكم النقض المشار إليه آنفاً:

Civ. 28 janv. 1975, Bull. III, no. 30, D. 1976, 221 et les notes précitées.

(١٤٢) ر: Civ. 19 nov. 1986, J.C.P. IV, 37; 30 nov. 1988, D. 1988, I.R. 297; Crim.

17 janv. 1990, D. 1990, I.R. 59; Civ. 3 janv. 1969, J.C.P. 1969, II 15920, n.

MOURGEON (L).

(١٤٣) ر ما سبق وذكرناه عن مضار الحوار، آنفاً ف ٤٢.

(١٤٤) ر من بين قرارات وافرة:

Con. D'Etat, 20 mars 1974, D. 1974, p. 480, n. Gilli (J.P.), J.C.P. 1974, II, 17752, n. LIET - VEAUX; 10 janv. 1973, J.C.P. 1973, II, 17576, n. MERCHAN (J.M.).

(١٤٥) قارن مثلاً:

Colmar, 20 janv. 1982, rev. Alsace- Lorraine 1982, 80 avec: Civ. 6 déc 1978, Gaz, Pal. 1979, I, somm. 122.

(١٤٦) ر حول هذه الأضرار: سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٣٦٢، ص ٣١٧ وما بعدهما؛ أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٤٠٣-٤١٥، ٤٢٢ - ٤٢٨، ٤٤٥ و ٤٤٦، و ٤٧٣ وما بعدها؛ المحمصاني (صبحي)، السابق، ص ٢٠٢-٢٠٤.

الإسلامي حالات الإضرار بالبيئة التي يشهدها عالمنا المعاصر من غازات تبثها المصانع أو سموم تلقى على نطاق واسع في البحار والمحيطات. ومع ذلك فإن في الأحكام التفصيلية لبعض صور الإضرار بالبيئة من ناحية، وفي القواعد العامة للفقهاء الإسلامي من ناحية أخرى ما يسمح بمعالجة هذا النوع من الإضرار بتشريعات تصدر وفق الحاجة.

ومن أمثلة ما قيل من أحكام خاصة، ما ورد في مجمع الضمانات للبغدادي، من أن من وضع في الطريق: "... حجراً أو جذعاً أو بنى فيه بناءً أو أخرج من حائطه جذعاً أو صخرة شاخصة أو أشرع كنيفاً أو جناحاً أو ميزاباً أو ظلّة، فعطب بها إنسان، كان ضامناً^(١٤٧).

ومن أمثلة ذلك، كذلك، ما ذهب إليه الإمام أحمد بن حنبل من عدم جواز إخراج الأجنحة... والخشب والحجارة من الجدر إلى الطريق، واعتباره ذلك تعدياً يوجب الضمان، ولو تم بإذن من الحاكم^(١٤٨).

أما القواعد العامة، المتعلقة بالموضوع في الفقه الإسلامي، فهي تقضي بأنه:

- لا ضرر ولا ضرار.
- وأن دفع الضرر مقدم على جلب النفع.
- وأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة.
- وأن الضرر الخاص يحتل لدفع الضرر العام.

(١٤٧) ر: البغدادي (أبو محمد...)، مجمع الضمانات، السابق، ص ١٧٦.

(١٤٨) ر: البهوتي (منصور بن يونس...)، كشف القناع، السابق، مجلد ٣، ص ٤٠٦، مجلد ٤، ص ١٢٢، ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبدالله...)، المغني، دار الكتاب، بيروت، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣، ج٩، ص ٥٧٦.

ر في نسبة هذا الرأي إلى الإمام أحمد: القواعد والفوائد الأصولية، ص ٧٩ - أورده سراج (محمد أحمد)، السابق، ص ٣١٩

٥١- وقد أقر القانونان هذه القواعد في نصوص تشريعية (المواد ٦١ - ٦٥ و ٢٩٢ أردني والمواد ٤٢، ٤٤ و ١٠٥ / ١ معاملات)، فضلاً عن أن الإضرار بالبيئة ومدى المسؤولية عنه تنظمه الآن في كل من الأردن^(١٤٩)، والإمارات تشريعات عديدة خاصة.

٤- انتهاك حرمة العقار Tres pass:

٥٢- يذهب القانون الإنجليزي، والقوانين الإنجلو سكسونية عموماً، إلى حماية العقار من كل تعدد يكون العقار هدفاً له. وتتعدد دعاوى حماية العقار كما تتعدد كذلك الدعاوى التي تحمي المنقولات Chattels, Personal Property. ومن بين الدعاوى التي تحمي العقار دعوى استرداد العقار Land recovery، وهي التي تقابل، في التشريعات المأخوذة من القانون الروماني، دعوى الحق أو دعوى الاستحقاق كما تسمى غالباً (action pétitoire)^(١٥٠). ودعوى استرداد العقار في القانون الإنجليزي، والقوانين الإنجلو سكسونية، دعوى يرفعها المالك لإخلاء العقار ممن يشغله أو يمارس حقوقاً عليه^(١٥١). وعلى المالك، فيها، إثبات حقه في الحيازة الفورية، لأن المدعى عليه، وهو يحوز العقار، يعدّ مالكاً حتى يثبت العكس^(١٥٢)، ومن ثم كان للحائز أن يرفع الدعوى ليس فقط بإثبات ما له من حقوق على العقار ولكن أيضاً بإثبات ما

(١٤٩) صدرت في الأردن في الواقع تشريعات كثيرة تهدف إلى الحفاظ على البيئة من مختلف الأضرار التي يمكن أن تلحق بها. فبالإضافة إلى قانون حماية البيئة رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥، هناك قوانين تهتم بحماية البيئة من خلال تنظيم المجالات التي صدرت لتنظيمها، كقانون الزراعة رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٣، قانون الصحة العامة رقم ٢٠ لسنة ١٩٧١، قانون السياحة رقم ٢٠ لسنة ١٩٨٨، قانون الآثار رقم ٢١ لسنة ١٩٨٨ وقانون تنظيم المدن والقرى والأبنية المؤقت رقم ٧٩ لسنة ١٩٦٦، إلخ.

(١٥٠) ر: ARMINJON (P), BORIS NOLDE (B) et WOLFF (M), Traité de droit comparé, t.III, L.G.D.J, Paris, 1952, No. 779, p. 51.

(١٥١) ر: المرجع السابق، الموضوع السابق.

(١٥٢) ر: المرجع السابق، الموضوع السابق.

للغير من حقوق على العقار ذاته^(١٥٣). وهدف الدعوى، كما يفيد اسمها، هو استرداد العقار لمن يطالب به، ولذا أطلق عليها أيضاً مسمى "دعوى الإخلاء" Action of ejectment^(١٥٤).

٥٣- وإلى جانب هذه الدعوى، هنالك دعوى الإزعاج nuisance التي تحمي حائز العقار والمنقول من أفعال الإزعاج غير العادية^(١٥٥)، مقتربة بذلك من الدعاوى التي ترفع في الأنظمة اللاتينية عن مضار الجوار وعن المساس بالبيئة.

٥٤- وهناك أخيراً دعوى انتهاك حرمة العقار trespass وهي التي نوبنا الوقوف عليها في هذا المقام.

وإذا كانت دعوى انتهاك حرمة العقار ترفع عند وجود تعد من أي نوع على الحيابة^(١٥٦)، سواء تعلق الأمر بحيابة منقول أو عقاراً^(١٥٧)، فإنها، في ميدان العقارات، لا تصادف ما تصادفه في ميدان المنقولات: فعلى الرغم من أن القانون الإنجليزي لا يعطي قاعدة "الحيابة في المنقول سند الحق"، إطلاقاً

(١٥٣) ر المرجع السابق، الموضع السابق، سراج (محمد أحمد)، ف ٢٨٩، ص ٢١٩ و٢٢٠.

(١٥٤) ر المرجعين المذكورين في الهامش السابق.

(١٥٥) ر حول هذه الدعوى:

ARMINJON (P), BORIS NOLDE (B) et WOLFF (M), op. cit. No. 778, p. 51;

ر كذلك: سراج (محمد أحمد)، ف ٢٦٦، ص ١٩٣ - ف ٢٦٢، ص ٣١٧ وما بعدهما.
ر بشكل خاص:

STEPHENSON (G), Sourcebook on torts, Cavendish, London, 1996, p. 323 et SS. BROWN (W.J.), GCSE Law, Sixth éd. Sweet and MAXWELL, London, 1996, p. 214.

(١٥٦) ر: ARMINJON (P), BORIS NOLDE (B) et WOLFF (M), op. cit. No. 770, p. 50 et 51; ROGERS (W.V.H.), Fundamental principles of Law-Law of torts, Delhi, 1993, p. 154 et ss.

(١٥٧) ر المراجع المذكورة في الهامش السابق:

(ROGERS (W.V.W), op. cit. p. 130.

المعروف في الأنظمة القانونية الأخرى^(١٥٨)، إلا أن هذه القاعدة تجد لها في هذا القانون أكثر من تطبيق^(١٥٩)، الأمر الذي يحد في ميدان المنقول، من فاعلية دعوى انتهاك الحرمة "trespass".

والواقع أن دعوى انتهاك الحرمة تستقطب الانتباه في أكثر من وجه من وجوهها. فهي دعوى تحمي الحيازة حتى لو كانت الحيازة غير محقة^(١٦٠)، وهي تحمي الحيازة من الأفعال المادية فقط، سواء تمت هذه الأفعال بقصد أو بدون قصد، وسواء ترتب عليها ضرر أو لم يترتب^(١٦١). والمفارقة، أنها دعوى لا تهدف إلى استرداد الحيازة، وإنما للحصول على تعويض^(١٦٢)، فيستحق التعويض فيها، على الرغم من عدم وجود ضرر أو لمجرد وجود ضرر وهمي^(١٦٣). لكن المفارقة تزول إذا علمنا أنه لا رابط، في الفقه الإنجلو سكسوني بشكل عام، بين المسؤولية والضرر^(١٦٤).

ودعوى انتهاك الحرمة وهي تحمي العقار، وبالأدق الحيازة، تتضمن بعض سمات دعوى الملكية في القوانين المأخوذة من القانون الروماني^(١٦٥). وهكذا، فإن للمدعى عليه أن يرفع دعوى انتهاك الحرمة بما له هو من حقوق وسلطات على الشيء، ومن هنا، فإن هذه الدعوى تبدو أكثر قرباً إلى دعوى إنكار الحق

(١٥٨) ر: ARMINJON (P), BORLS NOLD (B) et Wolff (M), op. cit. No. 745, p.11.

(١٥٩) ر حول الفروض التي يستطيع فيها الحائز الاحتفاظ بالمنقول الذي يحوز:

ARMINJON (P), BOKIS NOLD (B) et Wolff (M), op. cit. No. 748, p. 14 et 15.

(١٦٠) ر: المرجع السابق، ص ٥٠ و ٥١.

(١٦١) ر: المرجع السابق، الموضوع السابق - وقبل ذلك المرجع نفسه، ص ١١.

(١٦٢) ر: المرجع السابق، ص ١٢.

(١٦٣) ر: المرجع السابق، الموضوع السابق، ر كذلك:

COCHRANE (M), Keys to English Law, Cujas, Paris, 1979, p. 33.

(١٦٤) ر: ARMINJON (P), BORIS NOLD (B) et WOLLF (M), op. cit. No. 842, p. 173, et 174.

(١٦٥) ر المرجع السابق، ص ١٢.

action négatoire التي يعرفها القانون الفرنسي والقوانين الأوروبية الأخرى،
منها إلى دعوى الحيازة المجردة^(١٦٦).

ومن تطبيقات الدعوى، في القانون الإنجليزي، أن الشخص الذي أُلقي به
في حرمة عقار ليس مسؤولاً عن وجوده فيه؛ إذ لم يكن له خيار في
الوجود^(١٦٧)، أما ذلك الذي دخل العقارات تحت ضغط التهديد، فقد اعتبر
مسؤولاً وألزم التعويض^(١٦٨).

٥٦- ولا حاجة للإشارة إلى مدى التقارب بين دعوى انتهاك حرمة الحق في
القانون الإنجليزي trespass وما يعترف به للمغصوب منه في الفقه
الإسلامي من دعاوى في سبيل تمكينه من استرداد عين شيء أو مثيل له.

٥٧- فالواقع أن دعوى الاسترداد التي يرفعها المغصوب منه، في الفقه الإسلامي،
هي دعوى مسؤولية، وأن الجزاء المترتب عليها حتى لو تمثل في رد عين
الشيء، هو، بلغة الفقهاء، ضمان^(١٦٩). ويبدو التقارب أوضح إذ لاحظنا أن هذا
الضمان -الرد- واجب بغض النظر عن وجود خطأ (إذ إن من يستولي على

(١٦٦) ر: المرجع قبل السابق، ص ٥١. ر في اعتبار دعوى "الإنكار" من دعاوى الملكية،
عرفه (محمد علي)، الملكية، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ط ٢، ف ١٨٧، ص
٢٢٢؛

MALAUURIE (Ph) et AYNES (A), Les biens, op. cit. No. 1173, p. 338 et 339.

(١٦٧) ر حول هذه التطبيقات، سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٢٩١، ص ٢٢١.

(١٦٨) ر: المرجع السابق، المرجع السابق، أضاف:

ARMINJON (P), BORIS NOLD (B) et WOLFF (M), op. cit. No.841. P. 172.

والذي يعطي مثلاً لشخص دخل أرض آخر ليبعد القمح المخزون في أرض الأخير
عن إمكانية إتلافه من حيوانات كانت ستصل إليه، إذ ألزمته المحكمة بالتعويض على
الرغم من إشارتها إلى حسن نيته.

(١٦٩) ر حول ذلك من بين مراجع كثيرة جداً، سراج (محمد أحمد)، ف ٢٨٠، ص ٢١٠،
الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ٩٠ و ٩١؛ أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٥٣،
٦٤، ٦٨.

شيء الغير نتيجة غلط أو وهم ملزم أيضاً بالرد^(١٧٠)، ولكن الفرق يبدو واضحاً في أن دعوى trespass تتيح التعويض دون أي ضرر؛ إذ إن مجرد الدخول إلى أرض الغير قد يكون سبباً للمسؤولية، وهذا ما لا يقره الفقه الإسلامي ولا القانونان^(١٧١) اللذان - على الرغم من اقتباسهما لأحكام الغصب في الفقه الإسلامي - أسندا لدعوى استرداد المغصوب بعض خصائص دعوى الاسترداد ولم يقتصر على جعلها من دعاوى المسؤولية^(١٧٢).

(١٧٠) ر من بين مراجع وافرة: سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٢٨٧، ص ٢١٨، وقبلها ف ٢٨٢، ص ٢١٣ و ٢١٤ (في الفقه الإسلامي)، ف ٢٨٦، ص ٢١٧ بالنسبة للقانون الإنجليزي.

(١٧١) ر حول هذا الفرق، سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٣٩٣، ص ٢٢٣.
(١٧٢) ر المادة ٢٨٢ / ٢ أردني (المادة ٣٠٧ / ٢ معاملات):
"إذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب إلى الغاصب الأول يبرأ وحده، وإذا ردّه إلى المغصوب منه يبرأ هو والأول".

ر المادة ٢٨٣: "للمحكمة في جميع الأحوال الحكم على الغاصب بالتعويض الذي تراه مناسباً إن رأته مبرراً لذلك" ر (المادة ٣٠٨ معاملات) والنص الأخير وهو يقرر إمكانية التعويض يشترط أن يكون لذلك مبرر، والمبرر هو بدهة وجود الضرر. ومفاد ذلك أن المغصوب منه لا حق له إلا في استرداد عين شئيه، إذا لم يلحق بالشيء تلف أو نقص. وهو ما يعني أن دعوى المغصوب منه لها بعض سمات دعوى الاسترداد، وأنها ليست دعوى مسؤولية خالصة؛ إذ من الواضح أن دعوى الاسترداد يمكن أن ترفع حتى دون خطأ وحتى دون ضرر، أما دعوى المسؤولية فلا ترفع في القانونين إلا بوجود تعد ووقوع ضرر، وذلك على الرغم من أن تنظيم الغصب في القانونين قد جاء في الفصل المخصص للفعل الضار، وعلى الرغم مما قضى به القانونان في المادة ٢٨٦ / ٣ (٣/٣١١ معاملات) من أنه إذا تغير المغصوب بزيادة الغاصب شيئاً من ماله، خير المغصوب منه بين دفع قيمة الزيادة واسترداد المغصوب أو ترك المغصوب وتضمين الغاصب قيمته، وهو نص يبعد - كما هو واضح - دعوى الغصب عن دعاوى الحيازة والملكية. ومفاد ذلك أن دعوى الغصب في القانونين دعوى ذات طبيعة مركبة، وهو ما يثير شكوكاً حول تحديد مدة تقادمها وحول تحديد الاختصاص القضائي بنظرها.

الفرع الثاني الإضرار بالأشياء المعنوية

مقدمة وتمهيد:

٥٨ - نتناول في هذا الفرع - كما تناولنا في الفرع السابق - الأضرار التي تصيب الحقوق المالية، وتحديدًا العينية منها، عن طريق محالها، أي عن طريق الأشياء التي ترد عليها هذه الحقوق. ولكن موضوع البحث هنا هو الأضرار التي تلحق بالأشياء المعنوية التي ترد عليها حقوق عينية من طبيعة خاصة، هي الحقوق الفكرية أو الأدبية، إذ على الرغم مما ثار من شك حول تحديد طبيعة الحقوق الأدبية والفكرية في فترات عديدة، فإن الرأي الشائع يذهب إلى اعتبارها حقوقاً عينية تخضع لبعض الأحكام الخاصة^(١٧٣).

ولابد لتحري صور الأضرار التي تلحق بالأشياء المعنوية أن نبرز أولاً وبوضوح الفرق بين هذه الأشياء وما يرد عليها من حقوق؛ إذ على الرغم من التداخل الذي يلاحظ بين مفهومي الشيء والحق العيني على وجه العموم، فإن هذا التداخل أو اللبس يبدو أكثر بروزاً في مجال الحقوق الأدبية. فإذا فرغنا من تبين الفرق بين المفهومين، يكون لنا أن نعرض لصور الأضرار التي تلحق بمحال الحقوق محل الذكر.

(١٧٣) ر حول النقاش الذي أثير حول تحديد طبيعة هذه الحقوق:

MALAUURIE (Ph) et AYWES (L), op. cit. No. 203 et ss., p. 58.

ر حول اعتبار الحقوق الواردة على الأشياء المعنوية، حقوقاً عينية: شحاتة (شفيق)،

السابق، ف ١٥٨ وما بعدها، ص ١٨٠ وما بعدها؛

COLOMBET (C), Propriété littéraire et artistique, Dallos, Paris, 1976, No. 17, p. 15 et 16; RECHT (M), Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété 1990 - cité par CARBONNIER (J), Droit civil - Les biens, Thémis, 15^{ème} éd. 1992 Paris, No. 254, p. 422.

أولاً - الفرق بين الشيء المعنوي وما يرد عليه من حقوق:

٥٩- الضرر الذي يلحق بالشيء، محل الحق، هو أحد صور الضرر الذي يصيب الحق، وليس كل هذه الصور؛ وذلك لأن فكرة الحق تستوعب الشيء متى كان محل الحق شيئاً، كما تستوعب أموراً أخرى من بينها سلطات صاحب الحق، ومن بينها هدف الحق،... إلخ، ولئن اعتبرت الحقوق في ذاتها، وفق أكثر من رأي أشياء معنوية^(١٧٤)، باعتبار أنها سلطات ذهنية؛ أي معان تقوم في الذهن، إن الحق يبقى متميزاً عن الشيء، مادياً كان الشيء أو معنوياً.

ويأتي الخلط الذي يلاحظ أحياناً بين مفهوم الشيء ومفهوم الحق من ناحيتين: من ناحية الأشياء المادية ومن ناحية الأشياء المعنوية. فمن ناحية الأشياء المادية، كثيراً ما اعتبر حق الملكية الوارد على شيء مادي، شيئاً^(١٧٥)؛ ذلك أن هذا الحق يستغرق جميع السلطات المتصورة على الشيء، كما أن هذا الحق يبقى ما بقي الشيء قائماً. ومن هنا بدت الصلة بين الملكية والشيء الذي ترد عليه وثيقة إلى درجة استغراق أحدهما للآخر. أما من ناحية الأشياء المعنوية، فإنه كثيراً ما اعتبرت الحقوق الشخصية أشياء، وأشياء معنوية^(١٧٦) خصوصاً وفق المنهج الموضوعي الذي يرى في هذه الحقوق قيماً قابلة للتداول في جانبها الإيجابي (حوالة حق) وفي جانبها السلبي (حوالة دين).

(١٧٤) ر مثلاً:

STARCK (B), Droit civil, introduction, Librairie Technique, Paris, 1972, No. 233, P. 101; CARBONNIER (J), Droit Civil, les biens, op. cit. No. 18, p. 60 et ss.

ر في عرض هذا الرأي ونقده، شحاته (شفيق) السابق، ف ٢٧، ص ٤٢ و ٤٣.

(١٧٥) ر: CARBONNIER (J), op. cit. loc. cit. MAZEAUD (H.L.) et J. leçons de droit civil. I vol. Introduction, Montchrestien, Paris, 1972, No. 174, p. 215.

(١٧٦) ر: STARCK (B), Introduction, op. cit. Nos 232 et 233 pp. 100 et 101; FLOUR (J) et AUBERT (J.L), l'acte juridique, collection Armand Colin, Paris 1975, addendum 1984, No. 4, pp. 3 et 4.

٦٠- ولكن هذا الخلط يجب أن يدفع، فالملكية على شيء مادي قد تنتقل من شخص إلى آخر مع بقاء الشيء دون تغيير، كما أن هذا الشيء ذاته قد ترد عليه حقوق إلى جانب الملكية، كالانتفاع والاستعمال، الأمر الذي يحول بين اندماج الملكية وما ترد عليه. أما من ناحية الحقوق الشخصية، فإن قابليتها للتداول لا تجعل منها أشياء؛ ذلك أنها لو كانت أشياء، لوجب أن يؤدي التعامل فيها إلى إنشاء سلطات مباشرة عليها، ولكن الواقع، أن العلاقة بين دائن ومدين تبقى قائمة قبل التعامل وبعده، هذا إلى أن محل هذه الحقوق هو دائماً جهد الإنسان، ويأبى الفكر القانوني، منذ وقت طويل، أن يكون الإنسان في تكوينه أو قدراته من عداد الأشياء^(١٧٧)، ومن ثم تقرر عدم جواز إجبار الإنسان على أداء العمل إذا كان في إجباره مساس بحريته أو باعتباره^(١٧٨).
٦١- أخيراً، ومن ناحية فنية، فإن القول بأن الحق الشخصي شيء، يثير التساؤل - والحديث يدور عن شيء يقع في دائرة التعامل - عن الحق الذي يرد عليه، أليكون حقاً عينياً؟

فإذا كان حقاً عينياً، فإن السؤال يطرح عن محل هذا الحق، خصوصاً عندما لا يتعلق الحق الشخصي بشيء معين بالذات. وحتى متى تعلق الحق الشخصي بمثل هذا الشيء، فهل يمكن القول حينها إن هناك شيئاً معنوياً (هو الحق الشخصي) يتعلق بشيء آخر هو هدف الحق، وأن نقول، استطراداً: إنه متى أدى الحق الشخصي إلى نشوء حق عيني، فإن هنالك شيئاً مادياً أو معنوياً (هو الحق العيني) قد حل محل شيء معنوي آخر هو الحق الشخصي أو أن شيئاً معنوياً (هو الحق الشخصي) قد أنشأ شيئاً معنوياً آخر هو الحق العيني^(١٧٩)؟

(١٧٧) ر من بين مراجع كثيرة ووافرة، شحاته (شفيق)، السابق، ف ١٩ و ٢٠، ص ٣٥-٣٧ والهامش؛

STARCK (B), op. cit. No. 153, p. 69.

(١٧٨) ر حول القاعدة التي تحظر إجبار الشخص (الطبيعي) على أداء عمل. Neme praecise potest cogi", CARBONNIER (J), op. cit. No. 48, p. 216; Les obligations éd. 1972, No. 143, p. 538.

(١٧٩) قارب في نقد مثل هذا التصور، شحاته (شفيق)، السابق ف ٢٦ و ٢٧، ص ٤٢ و ٤٣.

٦٢- الخلاصة أنه يجب عدم الخلط بين الأشياء المعنوية والحقوق، فالأشياء المعنوية هي محل الحقوق وليست حقوقاً، والحقوق التي ترد على هذه الأشياء هي - في رأي جانب مهم من الفقه - حقوق عينية^(١٨٠). وإذا كانت الأشياء المعنوية تتميز عن الحقوق، فإنها تتميز كذلك عن تلك القيم المعنوية التي تلحق بالشخصية وتعدّ من خصائصها، فعلى الرغم من أن الإضرار بهذه القيم يلزم التعويض، فإن التعويض عنها لا يدخل في مجال بحثنا. فالقيم التي تلحق بالشخصية، كالشرف والسمعة وسرية الاتصالات وحرية التعبير والاسم،... إلخ، هي خصائص أو امتدادات للشخصية القانونية، والبحث فيها بحث في طائفة من القيم المعنوية التي ترد عليها مجموعة من الحقوق، بيد أن هذه القيم لا تعتبر، قبل الاعتداء، قيمةً ماليةً، كما أنها، بحكم روابطها بالشخصية القانونية، لا تعدّ - بحسب الأصل - من الأشياء^(١٨١). لكن ذلك لا ينفي أن لبعض هذه القيم جانباً مالياً. وتعدّ أشياء، وهي من ثم، مما يدخل في نطاق البحث. ومن قبيل ذلك المصنفات الأدبية والفنية^(١٨٢).

٦٣- وإلى جانب المصنفات العلمية والأدبية التي ترد عليها الملكية الأدبية، هنالك أيضاً الرسوم واللوحات والمقطوعات الموسيقية والصور العلمية والمصنفات الصوتية، كالأسطوانات والأشرطة، التي ترد عليها الملكية الفنية^(١٨٣).

(١٨٠) ر أنفاً ف ص ٥٨، هامش (١٧٣).

(١٨١) ر حول ذلك:

STARCK (B), op. cit. Nos 169 et ss., p.76 et 77; et spéc. MALAURIE (Ph) et AYNES (L), Droit civil - Les personnes, Les incapacités, Cujas, Paris, 1992, Nos 318 et ss.p. 110 et ss.

(١٨٢) ر المادة ٨٦ من القانون المدني المصري، المادة ٢/٧١ أردني والمادة ٢/١١١ من قانون المعاملات. ر في الفقه، شحاته (شفيق)، السابق، ف ٢٦، ص ٤٣؛

MALAURIE (Ph), Les biens, op. cit. No. 210 et ss. P. 62 et ss.

(١٨٣) ر المراجع المذكورة في الهامش السابق.

وهناك أيضاً براءات الاختراع والرسوم الصناعية والعلامات التجارية التي ترد عليها الملكية الصناعية^(١٨٤). وأخيراً، فإن المحل التجاري، وهو على خلاف القيم السابقة لا يرتبط بالشخصية، وإنما هو مجموعة معنوية، أو شيء معنوي، يمثل محلاً لحقوق أخرى، هي الملكية التجارية^(١٨٥)، وهي ملكية تختلف، كغيرها من صور الملكية الفكرية، عن الملكية العادية في طبيعة محلها وفي وسائل حمايتها ووسائل اكتسابها.

٦٤- وإذ صح أن الأشياء المعنوية تتميز، كالأشياء المادية، عما يرد عليها من حقوق، فإن من الصحيح أيضاً أن الأضرار التي تلحق بهذه الأشياء يمكن أيضاً أن تأتي في أكثر من صورة:

ثانياً - صور الأضرار التي تلحق بالأشياء المعنوية:

٦٥- تتعدد صور الأضرار التي تلحق بالحقوق الأدبية أو الفكرية، فمنها ما يتجه إلى صاحب الحق، كانتحال شخصية المؤلف، والاعتداء على اسمه^(١٨٦)، ومنها ما يتصل بالسلطات التي يخولها الحق، كالحيلولة دون استغلال مصنف أو دون

(١٨٤) ر بالإضافة إلى المراجع المذكورة في الهامشين السابقين:

RIPERT (G) et ROBLOT (R), Traité élémentaire de droit commercial. L.G.D.J, Paris, 9^{ème} éd. 1977, Nos 492 et ss, p. 311 et ss.

شفيق (محسن)، القانون التجاري المصري، ط١، دار نشر الثقافة بالإسكندرية ١٣٦٨هـ، ١٩٤٩م، ف ٣٣٥ وما بعدها، ص ٤٥٥ وما بعدها.

(١٨٥) ر: شفيق (محسن)، المرجع السابق، ف ٥٦١ وما بعدها، ص ٧٥١ وما بعدها؛ يونس (علي حسن)، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤، خصوصاً ف ٢٤ وما بعدها، ص ٣٩ وما بعدها.

(١٨٦) ر حول هذه الصورة:

COLOMBET (C), op.cit.No141,p.134 et 135;

ر في القضاء:

T.g.i., Paris, 17 avr. 1990, D. 1991, som. 95, n. COLOMBET (C); Civ. 8 janv. 1980, Bull. I, No. 17, D. 1980, 89; J.C.P. 1980, II, 19336, n. LINDON (R).

ر. المادة ٨ / أ من قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢.

استغلال محل تجاري^(١٨٧)، ومنها ما يتجه إلى محله^(١٨٨)، وهذه الصورة هي التي تهمنا هنا. ومن قبيلها نسخ المصنف أو تصويره أو استعمال الرسوم واللوحات والنماذج، أو التصرف فيها- إذا تم كل ذلك من قبل شخص آخر ودون ترخيص أو تفويض من صاحب الحق^(١٨٩). ومن قبيلها أيضاً استعمال العلامة التجارية أو استعمال براءات الاختراع أو استغلالها^(١٩٠). ومن قبيلها كذلك، الاعتداء على المحل التجاري في أي من عناصره: اسمه عنوانه أو سمعته^(١٩١)، ويأتي الاعتداء على الاسم والعنوان بإطلاقهما على محل آخر أو باستعمال اسم

(١٨٧) ر حول هذه الصورة:

COLOMBET (C), op. cit. No. 345, p. 283; MALAURIEL (Ph) et AYNES (L), Les biens, op. cit. No. 217, p. 70.

وحول عرقلة استغلال محل تجاري، ر: القانون الفرنسي الصادر في ١٨ يولييه ١٨٢٤، ر في الفقه.

RIPERT (G) et ROBLOT (R), op. cit. No. 461 et ss. 271 et ss.

(١٨٨) ر في القضاء المصري، نقض مدني في ١٤ مارس ١٩٨٥، مجموعة المكتب الفني، س ٣٦، رقم ٨٦، ص ٤٠٣. ر المادة ٩ من قانون حماية حق المؤلف الأردني، سابق الذكر.

(١٨٩) ر: لطفي (محمد حسام محمود)، المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الثالث، ١٩٩٥-١٩٩٦، ص ٦٤ وما بعدها. ر المادة ٤٦ من قانون حماية حق المؤلف الأردني.

(١٩٠) ر بالنسبة للعلامة التجارية. ر في القضاء.

Req. 19 mai 1936, D.H. 1936, 361; Req. 20 fév. 1888, D. 1888, 1, 315-S. 1888, 1, 301; Req., 19 déc. 1898, S. 1901, 1, 43; Cass. com. 12 juill. 1948, D. 1948, 566.

وبالنسبة لبراءة الاختراع:

- ر القانون الفرنسي الصادر في ٢ كانون الثاني (يناير)، ١٩٦٨، م ١ فقره ١. ر في القضاء: Gr. Grénoble, 12 janv. 1865, D.P. 1866: I, 457.

- في الأردن بالنسبة للعلامة التجارية، المادة ٣٨ منه قانون العلامات التجارية رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢، كما عدّل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٩، المادة ٢١.

(١٩١) ر في الأردن المادتين ٤٧ و ٤٨ من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦؛ ر في الفقه: طه (مصطفى كمال)، القانون التجاري اللبناني، دار النهضة العربية، ط ٢، ١٩٧٥، ف ٦٥٨ وما بعدها، ص ٦٢٢ وما بعدها.

أو عنوان مشابهي، الأمر الذي يؤثر على اتصال المحل بالعملاء. ومن قبيلها أيضاً، المساس بسمعة المحل التجاري عن طريق أفعال المنافسة غير المشروعة^(١٩٢).

وغالباً ما يأتي التعويض، في كل هذه الحالات، في صورة إصدار الأمر بإيقاف النشاط غير المشروع^(١٩٣)، وفي حال المنافسة غير المشروعة، في صورة إعلان ما يكذب هذه المنافسة، وذلك - في مختلف الحالات - فضلاً عن التعويض النقدي^(١٩٤).

٦٦- هكذا يسوغ المساس بالأشياء المعنوية، في الفقه الغربي، الحصول على تعويض، وذلك باعتبار أن هذه الأشياء تصلح محلاً لحقوق مالية. وإذا كان الأمر كذلك في الفقه الغربي، فإننا نحسب أنه كذلك في الفقه الإسلامي. فإذا كان صحيحاً أن الفقه الإسلامي، في عصور اجتهاده، لم يحرص على حماية حق المؤلف من النسخ والتوزيع، باعتبار أن أغلب المؤلفات كانت متعلقة بالعقيدة وبنشرها^(١٩٥)، وأن نسخ المؤلف وتوزيعه كان يساعد على هذا الانتشار، فإن من الصحيح أيضاً أن العرف والعمل قد جريا على وجوب نسبة المؤلف إلى صاحبه^(١٩٦)، بل إن في بعض النقول ما يرتب ضماناً على من يفيد، دون حق، من أفكار ومؤلفات شخص آخر. فلقد سئل الإمام أحمد أيجوز لمن وجد ورقة، مكتوباً عليها أحاديث ونحوها، أن يقرأها أو أن يكتب عنها؟ فكان الجواب بالنفي إلا أن يستأن^(١٩٧). كما أن بعض الفقهاء قد

(١٩٢) ر المراجع المذكورة في الهامش السابق وأضيف المادة (٢) من قانون المنافسة غير المشروعة، والأسرار التجارية الأردني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠.

(١٩٣) ر: لطفي (محمد حسام محمود)، السابق، ص ٦٤ وما بعدها.

(١٩٤) ر: RIPERT (G) et ROBLOT (R), op. cit, Nos 462 - 473, pp. 277 et ss.؛

وبالنسبة للتعويض النقدي، طه (مصطفى كمال)، السابق، ف ٦٦٣، ص ٦٢٥ و ٦٢٦.

(١٩٥) ر الدُّبُو (إبراهيم فاضل)، ضمان المنافع - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار عمار - عمان، دار البيارق - بيروت، ١٩٩٧، ص ٣٧٨.

(١٩٦) ر المرجع السابق، الموضوع السابق.

(١٩٧) ر: الغزالي، إحياء علوم الدين، أورده، الدُّبُو، المرجع السابق، الموضوع السابق.

صرح، كما ذكر صاحب روضة الطالبين^(١٩٨)، بأن من تناول كتاب غيره وأمسكه مدة فقرأه، دون استئذان، كان ضامناً. وعبارته في ذلك أن من غصب كتاباً " ... وأمسكه مدة وطالعه ... لزمته أجرته...".

وإذا كانت الحقوق الأدبية مصونة في الفقه الإسلامي، فإننا نعتقد بأن الأمر كذلك أيضاً - على الأقل بالنسبة للجمهور - بالنسبة للملكية الفنية والصناعية والتجارية، تأسيساً على الأصل العام في حماية الحقوق وضمان المنافع، وإن كنا لم نقف على نصوص في الموضوع^(١٩٩). هذا في رأي الجمهور، أما بالنسبة للحنفية، فإن ضمان الأضرار المعنوية يثير الشك عندهم، وذلك في ضوء أصولهم التي تقصر الضمان على ما يلحق بالأشياء الحسية وما يلحق بأعضاء الجسد البشري^(٢٠٠).

٦٧- ذلك في الفقه الإسلامي، أما القانونان (م ٧١ / ٢ أردني م ٢/١١١ من قانون المعاملات) فقد أحالا في تنظيم الحقوق المعنوية وحمايتها إلى قوانين خاصة. وهكذا، فإن حقوق التأليف مصونة في الأردن والإمارات بقانون حماية حق المؤلف الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ وبالقانون الاتحادي رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٩٢ في شأن حماية المصنفات الفكرية وحقوق المؤلف الإماراتي، كما أن الملكية الفنية والصناعية والتجارية تجري حمايتها وتحديد الجزاءات على المساس بها بتشريعات نافذة في البلدين.

(١٩٨) ر: النووي (أبو زكريا يحيى بن شرف)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥، ج ٥، ص ١٣.

(١٩٩) ز: الدريني (فتحي)، الفقه الإسلامي المقارن، جامعة دمشق ١٤٠٠هـ، ص ٢٢١-٢٩٦، أورده سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٢٠٥، ص ١٤٦، ر كذلك الإشارة الواردة في ذات المرجع إلى بحث الدكتور وهبة الزحيلي: التعويض عن الضرر، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة، جامعة الملك عبدالعزيز، ع ٢٠، ص ٤٧ وما بعدها. ر كذلك: الخطيب (محمد الشربيني) مغني المحتاج، ج ٢، البابي الحلبي، مصر، ١٣٧٧هـ، ١٩٥٨م، ص ٢٨٦.

(٢٠٠) ر لاحقاً ف ٨٦ وأضف، الدبو (إبراهيم فاضل)، السابق، ص ٢٥٢ وما بعدها.

المبحث الثاني

الإضرار بالحقوق المالية عن غير طريق محلها

مقدمة وتمهيد:

٦٨- لا يترتب الضرر المادي عن طريق إتلاف أو إفساد ما ترد عليه الحقوق المالية من أشياء فحسب، وإنما يمكن للضرر أن يقع عن طريق عرقلة استعمال الحقوق ومنع الوصول إلى غاياتها، وغالباً ما يأتي الضرر في هذه الحالة عن طريق استهداف المصلحة التي يتوخاها الحق (أولاً)، أو عن طريق مضمون الحق ومن خلال المساس بالسلطات التي يوفرها لصاحبه (ثانياً). كذلك، فإن الضرر قد يأتي في صورة إهدار حق أو في صورة إلزام الشخص واجباً مالياً دون سندٍ من القانون (ثالثاً).

الفرع الأول

المساس بالمصالح

مقدمة وتمهيد:

٦٩- تعرّف المصلحة في اللغة بأحد تعريفين: فهي تؤخذ مصدراً بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع^(٢٠١). والصلاح كون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما يراد ذلك الشيء له، كالقلم يكون على هيئة صالحة للكتابة به، والسيف على هيئة صالحة للضرب^(٢٠٢). كما تطلق المصلحة على الواحدة من المصالح، فهي بهذا اسم كالمنفعة واحدة المنافع^(٢٠٣).

(٢٠١) ر: اللخمي (رمضان عبدالودود)، التعليل بالمصلحة عند الأصوليين، دار المهدي للطباعة، القاهرة، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م، ص ١٠-١٩.

(٢٠٢) ر المرجع السابق، الموضوع السابق.

(٢٠٣) ر: شلبي (محمد مصطفى)، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م، ص ٢٥٤.

وهي تؤخذ بمعنى الفعل الجالب للنفع والدافع للضرر^(٢٠٤). وإطلاق المصلحة على الفعل إطلاق مجازي من باب إطلاق المسبب على السبب، فيقال مثلاً التجارة مصلحة أي سبب للمنافع المادية.

ولا يختلف معنى المصلحة الأصولي عن معناها اللغوي إلا فيما يضيفه بعض الأصوليين من اعتبارهم المصلحة منفعة قصدتها وحدد نطاقها الشارع^(٢٠٥).

٧٠- والمصالح يمكن أن تقسم إلى طوائف بحسب وجهة النظر التي تؤخذ بها. فهي من حيث مضمونها إما مادية وإما معنوية^(٢٠٦). وهي مادية متى كانت المنفعة التي تمثلها منفعة مالية، وهي أدبية إذا كانت المنفعة مما لا يقوّم بالنفود. والمصلحة الأدبية، وإن كانت تصلح أساساً للاستناد إليها في طلبات تقدم إلى القضاء، فإنه لا يجوز أن تكون المصلحة نظرية بحتة^(٢٠٧). فليس بوسع من قذف به، مثلاً، أن يقتصر على طلب الاعتذار دون غيره.

(٢٠٤) ر: اللخمي (رمضان...)، السابق، الموضع السابق.

(٢٠٥) ر: حسان (حسين حامد)، فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة، سلسلة محاضرات العلماء البارزين، رقم (٣)، البنك الإسلامي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، السعودية، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣، ص ١١.

(٢٠٦) قارن بالنسبة لأقسام المصلحة عند الشرعيين، حسان (حسين حامد)، المرجع السابق، ص ١٤ وما بعدها، زيدان (عبدالكريم)، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة القدس - مكتبة الرسالة، ط٦، ١٤٠١هـ، ١٩٨١م، ص ٢٠٢ و ٢٠٣. ر أقسام المصلحة في فقه القانون من بين مصادر كثيرة.

SOLUS (H) et PERROT (R), Droit judiciaire privé, t.I, Sirey, Paris, 1961, No. 227, p. 201.

على أنه لا بد من الملاحظة أن تقسيم المصالح إلى مصالح مادية ومصالح معنوية، ليس مانعاً ولا جامعاً، فكثيراً ما تختلط المصلحتان. فمصلحة العامل، الذي فصل تعسفياً من عمله، في العودة إلى العمل هي مصلحة مادية، ولكنها أيضاً مصلحة معنوية، باعتبار أنها تمثل رداً لاعتباره. أما مصلحة التاجر في عدم المنافسة، فهي امتداد لمصلحته في استغلال محله التجاري وهي مصلحة معنوية، ولكنها في الوقت ذاته مصلحة مادية، إذ تتيح له الاحتفاظ بعملائه، وزيادة مدخولاته وأرباحه.

(٢٠٧) ر: جميعي (عبدالباسط)، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٠، ص ٣١٨ و ٣١٩؛ مسلم (أحمد)، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ف ٢٩٥، ص ٣١٨.

ومن جهة أخرى، فإن المصالح - خصوصاً المادية - إما أن تكون قانونية وإما أن تكون غير قانونية، حين تسمى "مصالح اقتصادية" (٢٠٨).

وتعد المصلحة القانونية إذا استندت إلى حق أو إلى مركز قانوني أو إلى مركز واقعي يحميه القانون (٢٠٩)، أما المصلحة الاقتصادية فإنها تقوم على مجرد إباحة الاستفادة من نشاط أو من وضع ما (٢١٠).

٧١- وما دام بحثنا ينصرف إلى النظر في الأضرار التي تنصب مباشرة على المال، فإنه لا يشمل، إذاً، إلا المصالح المادية القانونية، أما المصالح الأخرى - "غير القانونية" - فإنها تخرج عن نطاق البحث. ومع ذلك، فإنه نظراً لما ذهب إليه بعض الأحكام من قبول المساس بهذه المصالح أساساً للتعويض، فإنه يبدو من الأهمية بمكان أن نلقي نظرة على المدى الذي تحظى به هذه المصالح بحماية القضاء.

أولاً - المصالح غير القانونية (المصالح الاقتصادية):

٧٢- أشرنا إلى أن المقصود بهذه المصالح هو المنافع التي يتاح الحصول عليها من نشاط أو من وضع ما، فالسعي إلى هذه المصالح يبدو قريباً مما يطلق عليه الفقه الإسلامي لفظ مباحات (٢١١). والأصل أن تعطيل أفعال الإباحة

(٢٠٨) ر حول هذه التسمية: جميعي (عبدالباسط)، السابق، ص ٣١٧.

(٢٠٩) ومثال المركز الواقعي الذي يحميه القانون، مركز الأشخاص الذين يتلقون إعانات مالية ممن تعرض لحادث مميت، دون أن يكون لهم عليه حق في النفقة. وهذا المركز على الرغم من أنه لا يستند إلى حق، إلا أنه مركز يحميه القانون - حتى الأردني (ر المادة ٢٧٤ من القانون الأردني، والتي لم يأخذ بصياغتها قانون المعاملات)، ومن ثم فإنهم يستطيعون طلب التعويض ممن تسبب في وفاة معيلهم. بل إن الملزمين بالنفقة (بموجب حق)، يستطيعون، إذا توفي أحدهم بفعل، أن يطالبوا مرتكب الفعل بالتعويض، إذا ترتب على موت المعيل زيادة في أعبائهم.

(٢١٠) قارب: PERROT (R), op. cit. No. 228, p. 202; SOLUS (W) et PERROT (R), Droit judiciaire privé, Les cours de droit, Fasc. I, 1980, p. 76.

(٢١١) قارب: شلبي (محمد مصطفى)، السابق، ص ٢٥٤-٢٥٦، مذكور (محمد سلام)، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي، الكويت، ١٣٨٦م، ١٩٦٦م، ص ٢٥٤ وما بعدها.

وإضاعة ما يترتب على ممارستها من منافع لا يعوض عنه مادام لم يجر المساس بحق أو بوضع يحميه القانون^(٢١٣). ومع ذلك، فإن القضاء الفرنسي، في توسعه المعروف بمنح التعويضات عن مختلف صور الأضرار، ذهب، أحياناً، إلى التعويض عن المساس بهذه المصالح. فهو مثلاً، قد قبل أكثر من مرة دعوى التعويض التي رفعت من قبل المنشآت التجارية للضرر الذي أصابها بموت مدير أو شريك أو متعاون لا يكون بالميسور إيجاد بديل له: فما دام الشخص الذي حرم المشروع التجاري من إدارته أو من مشاركته أو من تعاونه، نادر حقيقة، فإن دعوى التعويض ضد من تسبب في موت مثل هذا الشخص، أو في جعله غير قادر على ممارسة ما كان يقوم به من نشاط، كانت تقبل تأسيساً على أن الضرر المشكو منه ضرر حقيقي^(٢١٣). وواضح أن الحصول على تعويض، في مثل هذا الفرض يعتمد على وجوب التحقق، وبشكل أكيد، من "ندرة" من حرم المشروع من تعاونه^(٢١٤)، وهو بطبيعته أمر ليس كثير الوقوع، إذ قلما تتوافر الندرة المطلوبة.

٧٣- وقريب من هذا الاتجاه قبول القضاء الفرنسي دعوى التعويض التي يرفعها الدائن ضد من تسبب في موت مدينه، حارماً إياه من إمكانية (استيفاء حقه). ولكن هذه الدعوى تواجه بتحفظ يرجع إلى أن الورثة، في القانون الفرنسي، يقومون، من حيث المبدأ، مقام مورثهم. وما دام الورثة قادرين على الإيفاء،

(٢١٢) ر في الفقه الإسلامي أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٢٤٥؛ الخفيف (علي)، الضمان في الفقه الإسلامي، السابق، ص ٥٥. ر في القانون، المراجع المشار إليها آنفاً والتي تقرر عدم صلاحية المصالح الاقتصادية المحضة للتعويض في حال المساس بها:

SOLUS (H) et PERROT (R) op. cit. loc. cit.; PERROT (R), op. cit. loc.

(٢١٣) ر: Lyon, 26 janv. 1956, Bull. Civ. II, No. 462, p. 330; Civ., 16 juin 1961, D. 1958, 253, note GERVESIE (P); Colmar, 20 avr. 1955, D. 1956, 733, note SAVATLER (R).

(٢١٤) ر: MAZEVID (H.L) et Tunc (A), Traité... t.I, op. cit., No. 277/6, p. 373; rapp., STARCK (B) ROLAND (H) et. BOYER (L), op. cit., No. 146, p. 96.

فلا محل للتعويض لانعدام الضرر^(٢١٥). وعلى هذا، فإن أهمية الدعوى لا تظهر إلا إذا تعلق الأمر بالتزام مرتبط بشخص المدين، بحيث لا يستطيع الورثة أن يقدموا الأداء المطلوب، إذ سيتعلق الأمر، حينها، بضرر حقيقي وواجب التعويض^(٢١٦). وبالإمكان القول إن تقييد التعويض في هذه الحالة يعني أن القضاء الفرنسي يتطلب أن تكون المصلحة التي تبرر التعويض مصلحة قانونية؛ أي مصلحة مرتبطة بحق؛ ذلك أن المساس بجسد المدين في التزام يتصل بشخصه يمس المصلحة التي ابتغاها الدائن في الوصول إلى التنفيذ العيني.

٧٤- بيد أن القضاء الفرنسي قد أظهر، في أحكام أخرى، رغبة واضحة في تعويض المصالح الاقتصادية (غير القانونية). ولقد بدا ذلك في قضية الدكتور دولي Delille المشهورة^(٢١٧). حيث أراد أحد الكيميائيين البارزين "دولي" أن يخلص ملكيته الزراعية من الأرانب البرية، فعمد إلى حقن بعض هذه الأرانب بفيروس ميكسوماتوز Myxomatose؛ الأمر الذي أدى إلى اختفاء الأرانب وانقراضها في أنحاء واسعة من أوروبا، وعلى أثر ذلك، رفع أحد مجاوري "دولي" من صيادي الأرانب دعوى يطالب فيها بالتعويض عن تعطل نشاطه في صيد الأرانب، فأجابت محكمة باريس الطلب وقضت بالتعويض بعد أن خصمت منه مقدار ما عاد على الطالب من فائدة نتيجة اختفاء الأرانب وحماية مزرعاته.

٧٥- القضاء الفرنسي يقبل إذاً - وإن في حدود - دعوى المسؤولية التي تستند

(٢١٥) ر: المرجع السابق، ص ٣٧٤، وقارن:

SAVATIER (R), Traité, t. II, op. cit. No. 552, p. 120; LE TOURNEAU (Ph), La responsabilité civile, Dalloz. Paris, 1976, No. 822, p. 290.

الذين يرفضان دعوى الدائن إما على أساس أن الضرر غير مباشر أو أنه احتمالي.

(٢١٦) ر في هذا الاتجاه:

MAZEAUD (H.L.) et TUNC (A), op. cit. loc. cit.

(٢١٧) ر: Paris, 25 janv. 1955, Gaz. Pal. 1956, I, 107.

إلى تفويت مصالح اقتصادية، أما القضاء الإنجليزي فلم يقبل مثل هذا الحل. ففي قضية رفعت ضد معهد أبحاث تسبب بإهماله في انتشار فيروسات ضارة بالمواشي - الأمر الذي ترتب عليه حرمان مجموعات عديدة مما كانت تجنيه من أرباح وأجور (كما حدث بالنسبة لمشاريع النقل، وبيع الأعلاف وتجار الألبان) - ذهب القضاء الإنجليزي^(٢١٨) إلى أن طلب التعويض لا يقبل إلا إذا أدى الفعل، أو الامتناع، إلى الإضرار مباشرة، أو التهديد بالإضرار مباشرة، يجسد المدعي أو بماله، أما الضرر الذي يأتي نتيجة غير مباشرة للفعل أو الامتناع، كتعطيل أعمال المدعي مع الضرر المباشر، فإنه ضرر لا يمكن التعويض عنه.

٧٦- وقد أكد القضاء الإنجليزي موقفه في قضية أخرى هي Spartan E^(٢١٩) Steel, Alloys V. Martin E Co. حيث تسبب موظف في أحد مجالس الكهرباء Power Board بإهماله في إتلاف أحد الأسلاك، مما استوجب أن يقوم متعهد الإصلاح بفصل التيار الكهربائي عن أحد معامل صهر المعادن. ونتيجة لذلك، تلف ما كان في فرن الصهر من مواد، كما امتنع على المعمل الحصول على الأرباح التي كان سيجنيها لو استمر العمل في الفرن بانتظام. وفي هذا، ذهبت محكمة الاستئناف، التي نظرت الموضوع، إلى القول إنه إذا تسبب الإهمال في ضرر مباشر لحق بالشخص في جسده أو في ماله، كما هو الحال في تلف المواد التي كانت، عند انقطاع التيار، في الفرن، فإن ذلك الضرر، ضرر يصلح للتعويض عنه. أما الضرر المتمثل في حرمان أصحاب المعمل من الأرباح، خلال فترة الانقطاع، فهو ضرر اقتصادي بحت (والمقصود أنه ضرر يصيب مصلحة اقتصادية)، وهو بهذا لا يصلح سبباً

(٢١٨) ر: ٥٦٠ All ER 1965 Welter V The Foot and Mouth Disease Research Institute, referred to by STEPHENSON (G), Torts, Cavendish, London, 1996, p. 78.

(٢١٩) ر: 557. ALL ER, 3, 1972.

أورده المرجع المذكور في الهامش السابق... (STEPHENSON G).

للتعويض؛ لأن هذا الضرر غير مرتبط بإهمال، سواء تعلق الأمر بإهمال موظف الكهرباء أو إهمال متعهد الصيانة، وإنما هو ضرر قد ينتج أيضاً عن أسباب كثيرة أخرى، كالبرق، خلل في قواطع الكهرباء، تماس كهربائي، ... إلخ، وهي أسباب جرت العادة على تحمل نتائجها الضارة باعتبارها أضراراً مألوفة.

٧٧- القضاء الإنجليزي لا يقبل، إذاً، التعويض عن تفويت المصالح الاقتصادية، إما على أساس من عدم تحقق رابطة السببية كما تفيد بعض عبارات الحكم السابق، وإما - وهو ما يبدو كامناً في الحثثيات - على أساس من عدم جدارة فوات المصلحة ليكون ضرراً معتبراً^(٢٢٠).

٧٨- وبالإمكان القول إن الفقه الإسلامي هو في هذا الاتجاه أيضاً. فالواقع أن الفقه الإسلامي في المسائل التي اقترب فيها من بحث إمكان التعويض عن إهدار المصالح الاقتصادية، قد ذهب إلى عدم الضمان. ويتبدى ذلك في مسائل الغصب ومسائل الحيلولة. فالغاصب لا يضمن - كما قدمنا^(٢٢١) - ما نقص من قيمة المغصوب ما دام قد رده إلى صاحبه، كما أن الحائل (الذي يحول بين المال وصاحبه سواء بحبس المال أو بحبس صاحبه) لا يضمن أيضاً هذا النقص مادام المال قائماً وردّه إلى مالكه^(٢٢٢). ولا نرى ما يُطعن به على هذا التحليل فيما ذهب إليه بعض الآراء في الفقه الإسلامي من القول إن غاصب الدراهم والدنانير يضمن فوات ربحها^(٢٢٣). فضمن فوات الربح يتأتى من أن الغاصب في هذه الحالة لم يقتصر على الاعتداء على مصلحة

(٢٢٠) ر: VINEY (G), La responsabilité, op. cit. No. 251, p. 308, n.2, rapp: ROGERS (W.V.H), The Law of tort, universal book traders, Delhi, 1993, p. 50 and ss.

(٢٢١) ر آنفاً ف ٣٤ وأضف: خفيف (علي)، السابق، ص ٦٢؛ القاري (أحمد بن عبدالله)، مجلة الأحكام الشرعية، مطبوعات تهامة، ط ١، ١٤٠١هـ، ١٩٨١، م ١٣٨٧.

(٢٢٢) ر: سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٣٢٦، ص ٢٦٧. ولكن الحائل يضمن المنفعة التي فاتت، ر: أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٧٣.

(٢٢٣) ر حول هذه الآراء، سراج (محمد أحمد)، السابق، ص ١٤١ و ١٤٣. ر آنفاً هامش (٣٠).

مرسلة، وإنما هو قد حال دون الانتفاع - بل الأدق دون استغلال - شيء معدّ للاستغلال، أي أنه في الحقيقة قد عطل مصلحة مرتبطة بحق وليس مجرد مصلحة مرسلة أو اقتصادية.

٧٩- وإذا كان هذا هو موقف الفقه الإسلامي، فإننا نرى أن هذا هو أيضاً موقف القانونيين. فلئن ذهب القانونان إلى النص في المادتين ٢٦٦ أردني و ٢٩٢ معاملات على أن يقدر الضمان بما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب. فإنهما دلاً مع ذلك، في المادتين ٢٧٥ أردني و ٣٠٠ معاملات، على أن مناط التعويض عما يصيب المال، فيهما، هو "إتلاف" المال أو "إفساده" فجرى النص على أن "من أتلّف مال غيره أو أفسده ضمن مثله إن كان مثلياً، وقيّمته إن كان قيمياً، وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمنين".

وإذا كانت العبارة الأخيرة تشير إلى الأحكام العامة للتعويض، بما فيها الحكم السابق الإشارة إليه من وجوب التعويض عن الكسب الفائت، فإنه ليس مفاد ذلك وجوب شمول التعويض للتعويض عن المصالح الاقتصادية. فالكسب الفائت المقصود سواء في القانونين أو في الفقه الغربي هو ذلك الذي يترتب على المساس بحق أو بمركز قانوني، وذلك بدلالة الربط بين "الكسب الفائت" و"الخسارة اللاحقة". فالضرر المتمثل في "الخسارة اللاحقة" لا يتصور في الحقيقة بضياح مصلحة اقتصادية. والقانونان - من بعد - لم يخرجاً عن هذا الإطار، إطار "الإتلاف" و "الإفساد" إلا لتناول ما قد يؤدي إليهما، كالغصب. فالغصب بذاته لا يعوض عنه إلا إذا أدى إلى نتيجة مساوية لما يؤدي إليه الإتلاف والإفساد من حيث حرمان صاحب المال من ماله، وإن كانا قد أضافا، إلى النطاق السابق، نطاق "الإتلاف والإفساد" وجوب التعويض عن منافع المغصوب، وهو تعويض لا يخص مصلحة اقتصادية، كما سنرى حالاً ...

ثانياً - المصالح القانونية:

٨٠- أضحي واضحاً أن ما نقصده بالمصالح القانونية هو المنافع المتحصلة من حق أو من مركز يعترف به القانون أو من وضع مادي مشروع (أي من وضع مادي لا يخالف القانون أو الأعراف أو النظام العام والآداب). وأمثلة

هذه المصالح عديدة^(٢٢٤). فهدف الحق يمثل مصلحة لصاحبه. وعلى ذلك، فإن الأداء المالي الذي يستطيع صاحب الحق الشخصي المطالبة به يمثل مصلحة له، كما أن تمتع صاحب الحق العيني بالسلطة أو السلطات التي يخولها حقه يمثل أيضاً مصلحة له. أما المصالح المنبثقة من مراكز قانونية، فمثالها مصالح الملاك المجاورين لنهر أو مصدر مائي عام في أن تتلقى ممتلكاتهم كميات المياه اللازمة، ومن ثم كان لهم مثلاً أن يطالبوا بالتعويض إذا جرى تحويل المياه أو تخزينها، ومثالها أيضاً مصلحة المشاركين في مزايده أو مناقصة في التعاقد وفق شروط متماثلة بالنسبة للجميع. ومثالها كذلك، مصلحة المؤسسة التعليمية أو الصحية في المحافظة على سمعة القائمين عليها وعلى النظرة إلى مستوى ما تقدمان من خدمات، فيكون لهما أيضاً أن تطالبا بالتعويض ممن يمس بتلك السمعة أو ممن يقدر، دون حق، في مستوى الخدمة، .. إلخ. أما المصالح الناشئة عن وضع مادي، فمثالها، أخيراً، ما قضى به القانون الأردني (م ٢٧٤ أردني التي لا مقابل في قانون المعاملات) من حق لمن كان يتلقى إعالة من شخص ما في طلب التعويض ممن تسبب في وفاة المعيل (حتى ولو لم يكن للمعال حق في النفقة).

٨١- هذه المصالح تحظى، ولاشك، بحماية القانون، ويعدّ الاعتداء عليها اعتداءً على مال، وذلك إما لأنها كثيراً ما تختلط بالحقوق، وأما لأنها تتصل بالحقوق اتصالاً وثيقاً، فتكون من الحقوق بمنزلة الغاية أو الهدف أو وسيلة الوصول إلى الهدف^(٢٢٥).

(٢٢٤) ر أمثلة لتلك المصالح لدى.

MAZEAUD (H.L) et TUNC, t.I, op. cit. No. 275, p. 361 et ss. et spéc. No. 277/4, p. 368 et ss.; MARTY (G) et RAYNAUD (P), Les Obligations, 2 éme, éd. op. cit. No. 425, p. 454 et ss. NOIREL (J), Le droit civil contemporain et les situations de fait rev. trim. dr. civ. 1959, p. 456 et ss.

(٢٢٥) ر: شحاته (شفيق)، السابق، ف ١٩، ص ٣٥. قارب:

CARBONNIER (J), Les Biens, op. cit. No. 13, p. 43.

وعلى ذلك، فإنه متى كان هدف الحق هو منفعة يحصل عليها صاحبه، كما هو الحال في العقود الواردة على منفعة، إيجار، عارية...، فإن المساس بالمنفعة يعدّ مساساً بمصلحة مالية ويترتب عليه حق في التعويض. فالمنافع، في الفقه الغربي، أموال، بل إن المجموعات المدنية العربية التي أخذت مباشرة من الفقه الغربي، وتلك التي أخذت عنها تنظيمها للعقود، كثيراً ما تفرد مكاناً خاصاً للعقود القائمة على المنفعة. ومن قبيل تلك القوانين المصري، السوري، العراقي، الكويتي، التي جاءت معالجة عقود المنفعة في الباب الثاني من الكتاب الثاني في كل منها، ومن قبيلها كذلك القانون الجزائري (الباب الثامن) والقانون اليمني (القسم الثاني).

٨٢- واعتبار المنفعة مالاً قابلاً للتعامل فيه أمر يبرز كذلك بوضوح من النصوص التي عالجت بعض عقود المنفعة، فالقانون المدني الفرنسي يقرر مثلاً في المادة ١٧٠٩ أن "إيجار الأشياء عقد يُلزم فيه أحد الأطراف تمكين الطرف الآخر من الانتفاع بشيء، خلال مدة معينة، لقاء أجر معين يلتزم الأخير دفعه" (٢٢٦). ويقضي القانون المدني الألماني في المادة ٥٣٥ بأن: "يلزم المؤجر، في عقد الإيجار، تمكين المستأجر من الانتفاع بالشئ المأجور مدة الإيجار وذلك لقاء ما يلتزم المستأجر دفعه من أجر متفق عليه". ويجري القانون السويسري في المادة ٢٥٣ على أن "الإيجار عقد يلتزم فيه المؤجر تمكين المستأجر من الانتفاع بشئ مقابل أجر".

٨٣- وإذا كانت المنافع في هذه القوانين وغيرها أموالاً، متى كانت محلاً للالتزام تعاقدية، فإنها أيضاً أموال إذا جرى المساس بها دون عقد، وهي بوصفها ذلك تلزم من مسّ بها التعويض. فلو عدنا إلى عقد الإيجار، لوجدنا مختلف القوانين المأخوذة من الفقه الغربي تقرر أن على المستأجر أن يسلم المأجور

(٢٢٦) ر في القانون الفرنسي:

MAZEAUD (H.L) et Jean, Principaux contrats, 4ème édit. Montchrestien, Paris, 1974, No. 1150, p. 411.

بعد انتهاء الإيجار؛ فإن تأخر عن التسليم وجب عليه تعويض المؤجر عما فاتته نتيجة التأخر. فالمادة ٥٥٧ من القانون الألماني تقضي بأنه: "إذا لم يردّ المستأجر الشيء المأجور، بعد توقف العلاقات القانونية الناشئة عن الإيجار، فإنه يجوز للمؤجر، على سبيل التعويض، أن يطالب بالأجرة خلال مدة إمساك المأجور، دون أن يؤثر ذلك على حقه (حق المؤجر) في المطالبة بتعويض أي ضرر آخر". ولئن كان القانون الفرنسي لم يقرر ذلك في نص صريح، فإن القضاء - وهو أحد مصادر القانون الرسمية - لم يتوقف عن إلزام المستأجر الذي يمسك المأجور، بعد انتهاء الإيجار، تعويض المؤجر، ذلك مع ملاحظة أن تقدير التعويض متروك في فرنسا لسلطة القاضي^(٢٢٧).

وإلزام المستأجر دفع تعويض عن بقاءه في المأجور بعد انتهاء الإيجار هو أيضاً ما يجري عليه القضاء السويسري^(٢٢٨).

٨٤- إذا نحن نظرنا إلى التشريعات العربية المأخوذة من الفقه الغربي، وتلك التي نقلت عنها فيما يتعلق بالموضوع، نرى أن هذا الحكم مقرر بنصوص صريحة، كالمادة ٥٩٠ مصري و ٥٥٧ سوري، و ٥٠٢ جزائري و ٥٠٧ / ٢ عراقي (في تسلسله الجديد)، ٦٧٥ مغربي، ٧٣٩ يمني، ٥٩٥ كويتي، ٥٨٩ ليبي، و ٤٨١ سوداني.

٨٥- هذا في الفقه الغربي، أما في الفقه الإسلامي، فإن صلاحية المنافع للتعويض عنها، إذا جرى المساس بها، كانت محلاً لخلافات^(٢٢٩). بل إن اعتبار المنافع

(٢٢٧) ر حول ترك تقدير التعويض المستحق للمؤجر بعد انتهاء الإيجار، للقضاء، ر: MAZEAUD...op.cit No. 1150, p.411.

(٢٢٨) ر في القضاء السويسري: Recueil officiel des arrêts de tribunal fédéral, 1963, 368; Journal des tribunaux, 1938, p. 199.

(٢٢٩) ر أنفأً (ف ١١، ٢٤ و ٣٣) وأضف تفصيلاً. أحمد (سليمان محمد)، السابق، ٢٥٣-٢٦٧ والمراجع التي يشير إليها.

أموالاً، خضع كذلك لقدر من الاختلافات^(٢٣٠). وبالإمكان أن نُميّز هنا أيضاً بين أكثر من اتجاه في الفقه الإسلامي:

٨٦- الاتجاه الأول: وهو اتجاه الحنفيين، يقرر أن المنافع غير مضمونة إذا جرى المساس بها إتلافاً أو غصباً - كما قدمنا بالنسبة للأخير -^(٢٣١) فالإتلاف، ومثله الغصب، يجب أن يتعلق بالمال ذاته، ولا يتصور تعلقه بالمنافع؛ لأنه لا يمكن الحديث عن إتلاف إلا بوجود محل له بقاء، ولا بقاء للمنافع، فهي قبل وجودها عدم، وهي متى وجدت ليس لها استقرار^(٢٣٢).

ونظراً لخطورة هذا الاجتهاد، اضطر متأخرو الحنفية، كما أسلفنا^(٢٣٣)، إلى قبول إمكان غصب المنافع وإتلافها في مواضع ثلاثة: أن يكون الشيء، موضع المنفعة، معداً للاستغلال، كدار أنشئت للإيجار أو دابة أعدت للركاء أو أن يكون الشيء مملوكاً ليتيم أو أن يكون أخيراً موقوفاً. وإذا كان إتلاف المنافع، وغصبها، مقبولاً عند هؤلاء، ويصلح مطلقاً سبباً للضمان في مال اليتيم ومال الوقف، فإنه، بالمقابل، لا يصلح في حالة الشيء المعد للاستغلال إذا جاء استغلال الشيء بتأويل عقد أو ملك^(٢٣٤). ومثال تأويل العقد أن ينتفع مستأجر الشيء بالشيء مدة تزيد على المدة التي حددها العقد؛ أما تأويل الملك، فمثاله، سكنى الدار من أحد ملاكها المشتاعين، فسكنائها يعد صادراً عن مالك، فلا ضمان.

وإذا كانت المنافع لا تقبل، بحسب الأصل، الإتلاف والغصب عند الحنفيين، فإنها لا تعد كذلك من الأموال، وإن جاز اعتبارها من عداد الأملاك^(٢٣٥). فالملك،

(٢٣٠) ر: سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ١٨٧، ص ١٣٢؛ السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ط ٣، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٨ هـ، ١٩٧٨ م، ج ١١، ص ٧٨ و ٧٩.

(٢٣١) ر آنفاً ٣٣.

(٢٣٢) ر: السرخسي (شمس الدين)، السابق، ص ٧٩.

(٢٣٣) ر: آنفاً ف ٣٣، وأضف، سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ١٩٠، ص ١٣٥ و ١٣٦.

(٢٣٤) ر المادة ٥٩٦ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر. ر كذلك المادتين ٥٩٧ و ٥٩٨ من المرجع ذاته.

(٢٣٥) ر: أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ١٠٠، والمراجع التي يشير إليها.

ما أمكن التصرف فيه على وجه الاختصاص؛ أما المال، فهو ما أمكن ادخاره لحين الحاجة. وما دام لا يمكن ادخار المنافع لارتباطها بالزمن، وتجدها به، فإنها ليست مالا. على أن المذهب اضطر كذلك، أمام خطورة التحليل، إلى أن يقبل على سبيل الاستحسان مالية المنفعة إذا حدد لها عوض في عقد الإيجار^(٢٣٦).

٨٧- الاتجاه الثاني: وهو اتجاه المالكية وما رجح لدى الشافعية (فيما يتعلق بمنافع الإنسان الحر دون سواه عند الشافعية)^(٢٣٧)، يقر بأن المنافع أموال، وهي مضمونة في حال الغصب (وهو عندهم ما يستهدف الاستيلاء على ذات العين لا على منافعها) إذا جرى تفويت المنفعة (الحصول عليها) لا فواتها (ضياعها دون الاستفادة منها). أما في حال التعدي (وهو الفعل الذي يستهدف الاستيلاء على المنفعة دون ذاتية العين)، فالمنافع مضمونة سواء جرى تفويتها أو فواتها^(٢٣٨).

٨٨- الاتجاه الثالث: وهو اتجاه الحنابلة والشافعية (وهو الاتجاه الذي يمثل الرأي المرجوح، عند الشافعية، فيما يتعلق بمنافع الأحرار). يقر بمالية المنفعة^(٢٣٩). ويقضي بصلاحياتها لترتيب الضمان (التعويض) سواء بالتفويت أو الفوات.

(٢٣٦) ر: الخفيف (علي)، السابق، ص ١١٩.

(٢٣٧) ر: سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ١٩٢ و ١٩٣، ص ١٣٧ و ١٣٨ بالنسبة للمالكية، ف ١٩٤-١٩٧ بالنسبة للشافعية. ر كذلك، الشيرازي (أبو إسحق إبراهيم...)، المهذب، ج١، السابق، ٣٨١؛ الخطيب (محمد الشربيني...)، مغني المحتاج، ج٢، السابق، ص ٢٨٦. "وكذا لا تضمن منفعة بدن الحر إلا بالتفويت في الأصح...".

(٢٣٨) ر في المذهب المالكي: الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت، ج٦، (دون ذكر سنة الطبع)، ص ١٤٣، والمراجع المذكورة في الهامش السابق.

(٢٣٩) ر: سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ١٩٤-١٩٧، ص ١٣٨-١٤١ (بالنسبة للشافعية)، ف ١٩٩-٢٠١، ص ١٤٣-١٤١ بالنسبة للحنابلة؛ أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٢٥٣.

ويؤسس الاتجاهان الأخيران رأييهما بالنظر إلى أن المنافع، (وعلى خلاف ما تقرره الحنفية) قابلة للحيازة وللتعدي، وذلك بحبس أصلها ومصدرها وإمساكهما، أما عن ماليتها، فإن الاتجاهين الأخيرين يشيران إلى أن مالية المنافع إنما تظهر في أعيانها، فمالية العين إنما تتقرر، أساساً، بالنظر إلى صلاحيتها للانتفاع بها^(٢٤٠).

٨٩- وإذا كان رأي الجمهور من فقهاء السنة هو اعتبار المنافع أموالاً، وصلاحيتها للإتلاف، وللغصب، فإن هذا هو أيضاً ما ذهب إليه القانونان اللذان جمعا في تحديد ما يمكن إتلافه بين ما قرره الجمهور وما ذهب إليه الفقه الغربي.

فهما في المادة ٥٣ أردني (المادة ٩٥ من قانون المعاملات)، قد جريا على تعريف المال بأنه " ... كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل"، وهما أيضاً في معالجتهم للغصب قضيا (م ٢٧٩ / ٤ أردني و م ٣٠٤ معاملات) - كما قدمنا إلزام الغاصب بضمان منافع المغصوب مطلقاً، وهذان حكمان موافقان - كما هو واضح - لما ذهب إليه جمهور فقهاء السنة. أما ما نص عليه القانونان في المادة ٢٦٦ أردني (والمادة ٢٩٢ معاملات) من أن "يقدر الضمان ... بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب" فهو حكم مقتبس من الفقه الغربي، كما سنرى لاحقاً.

الفرع الثاني

المساس بالسلطات التي يتضمنها الحق

مقدمة وتمهيد:

٩٠- قلنا إن المساس بالحقوق المالية قد يأتي عن طريق عرقلة السلطات التي يتضمنها الحق أو الحيلولة دون ممارستها. وإذا كان ذلك يصح في الفقه الغربي، فإنه يصح أيضاً في الفقه الإسلامي وفي القانونين.

(٢٤٠) ر المراجع المذكورة في الهامشين السابقين.

أولاً - في الفقه الغربي:

٩١- عرقلة السلطات التي يخولها الحق يعدُّ فعلاً ضاراً في الفقه الغربي، سواء تعلق الأمر بحق عيني أو بحق شخصي^(٢٤١). ففي مجال الحقوق العينية، فإن من يحول دون استعمال المالك لملكه يعد مرتكباً لفعل ضار، ويلزم وقف تعرضه بالإضافة إلى إمكان إلزامه التعويض، وكذا الأمر بالنسبة لمنع المالك من استغلال ملكه^(٢٤٢). ومن هنا، فإن صاحب الأرض التي تتضرر مزروعاته نتيجة تدفق المياه من أحد الأملاك المجاورة يستطيع طلب التعويض^(٢٤٣). كما أن صاحب الأرض الذي تمتنع عليه زراعة أرضه نتيجة انسياب مياه ملوثة، هو أيضاً صاحب حق في التعويض^(٢٤٤). وأخيراً فإن صاحب الفندق الذي يبتعد عنه الزبائن نتيجة الإزعاج أو الاهتزازات الصادرة عن مصنع مجاور، يستطيع، ما دام الإزعاج أو الاهتزازات تجاوز المألوف، طلب التعويض - باعتبار ذلك على ما أسلفنا^(٢٤٥) - ضرراً من مضار

(٢٤١) ر: VINEY (G), op. cit. No. 251, p.308; STARCK (B) ROLAND (H) et BOYER (L), op. cit. No. 99, p. 60. V.dans la jurisprudence: Crim. 16 juin 1980, I.R. 409, obser.. LARROUMET (C); Civ., 29 oct. 1979, J.C.P. 1980, IV, p.15.

ر في القضاء الأردني: تمييز حقوق، ١٦/٧٥، مجلة النقابة ١٩٧٥، ص ١٢٢٨.
(٢٤٢) ر: شحاته (شفيق)، السابق، ف ٦٤-٦٧. ر كذلك ف ٧٧ وما بعدها، ص ١٠١ وما بعدها؛ ر كذلك بالنسبة لدعوى الإنكار Action négatoire (التي يمكن أن يرفعها صاحب الحق العيني على من يدعي حقوقاً على محل حقه)، أنفاً ف ٢٦، وأضف: CARBONNIER (J), Les biens, op. cit, No. 205, p. 346.

(٢٤٣) ر: SAVATIER (R), Responsabilité, t.II, op. cit. No. 505, p. 60.
ر في القضاء الأردني ما يخلص من حكم محكمة التمييز ١١٣ / ٨٤، مجلة النقابة ١٩٨٤، ص ١٥٣٩.

(٢٤٤) ر في القضاء: Civ. 19 nov. 1980, Gaz. Pal. 1981, I, pan. 95.
(٢٤٥) ر أنفاً في ٤٧، أضف في القضاء الفرنسي: Civ. 29 juin 1977, D. 1978, I.R. 35 note LARROUMET (C)

الجوار. وأخيراً، فإن صاحب حق الانتفاع الذي يحول مالك الأرض، بما يقوم به من أعمال، من ممارسة حقه في الانتفاع، يستطيع طلب منع التعرض والتعويض عما لحقه من ضرر،... إلخ^(٢٤٦).

وإذا نحن انتقلنا إلى الحقوق الشخصية، فمن النادر أن يأتي الضرر إلى الحق الشخصي عن طريق محله. فمحله كما هو معلوم، وسواء كان إعطاءً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل، هو، في جوهره، عمل إيجابي أو سلبي يلزمه المدين^(٢٤٧). وإذا كان ذلك، فإن الإضرار بالمحل لا يتصور إلا في حالة منع المدين من القيام بالتزامه أو التسبب في خرق التزام بامتناع، وهي حالات ليست كثيرة الوقوع. ولا حاجة للقول بأن قتل المدين، لا يعد مساساً بمحل الحق الشخصي، فجسد المدين ليس محلاً لأي حق مالي، وإن كان قتله يمثل - كما قدمنا^(٢٤٨) - مساساً بمصلحة للمدين، متى كان المطلوب أداءً يتعلق بشخص المدين.

٩٢- ولعل من الأمثلة النادرة التي يقترب فيها الضرر من المساس بمحل حق شخصي، ذلك الذي يتعلق بالفرض الذي يجري فيه تحريض عامل على ترك العمل في المؤسسة التي يعمل بها، وإن كنا نرى أن الإضرار يستهدف، هنا، سلطة الاقتضاء أكثر من استهدافه عمل العامل^(٢٤٩).

وأياً ما كان الأمر، فإن الإضرار بالسلطة التي يخولها الحق الشخصي، عرقلة أو إهداراً، هو من الأضرار التي جرى القضاءان الفرنسي والإنجليزي على التعويض عنها. فالمدين الذي يتعسف في التمسك بالآجال الممنوحة^(٢٥٠)،

(٢٤٦) ر: السنهوري (عبدالرزاق)، الوسيط، السابق، ج٩، ف ٥٠٩، ص ١٢٤٣ و ١٢٤٤.

ر في القضاء الأردني: تمييز حقوق ١٠٧ / ٨٤، مجلة النقابة ١٩٨٤، ص ٨٣٩.

(٢٤٧) ر: السنهوري (عبدالرزاق)، الوسيط، ج٢، ف ٤٢٤، ص ٧٧٨ وما بعدهما.

(٢٤٨) ر آنفاً ف ٧٣.

(٢٤٩) ر حول ذلك:

SAVATIER (R), t.I, op. cit. No. 144, p. 187, et 188; VINEY (G), op. cit. No. 261, p.322.

(٢٥٠) ر: MAZEAUD (H.L) et TUNE (A), Responsabilité t.I. op. cit. No. 559, (٢٥٠) p. 650 et l'arrêt:civ. 7 mai 1902, D. 1904, p. 276 y référé.

اعتبر مسؤولاً، وكاتب العدل Notaire الذي يحول، نتيجة فقده الورقة التجارية، بين الدائن وبين المشاركة في تفليسة المدين، أو التنفيذ على أمواله، يعد كذلك مسؤولاً^(٢٥١). والمدين الذي يبالغ في اللجوء إلى وسائل الطعن، دون فائدة واضحة، يتعسف ويعدّ مسؤولاً^(٢٥٢). والمدين الذي يتعسف في استعمال حقه في الفسخ، المتفق عليه بشرط في العقد، يعد مسؤولاً^(٢٥٣). والشخص الذي يزكي آخر لدى أحد المصارف، ويقنع بتزكيته المصرف بفتح اعتماد لمن زكاه، على الرغم من علمه بسوء حالته المالية، يكون كذلك مسؤولاً^(٢٥٤). ومؤجر المحل التجاري الذي يرفض دون سبب معقول تجديد إيجار المحل التجاري، يتعسف، ويعدّ في القانون الفرنسي، مسؤولاً^(٢٥٥) ومؤجر المحل التجاري اعتبر كذلك متعسفاً ومسؤولاً إذا رفض إعطاء الإذن لمستأجر المحل لتأجيريه من الباطن، متى لم يكن من شأن هذا الإيجار إلحاق ضرر بالمكان أو بصاحبه^(٢٥٦). وإذا نحن خرجنا من إطار الأضرار التي تصيب المال مباشرة، فإنه لا بد أن نشير إلى القضاء المستقر الذي يقبل مسؤولية، من تسبب في موت شخص، نحو أولئك الذين لهم حق في النفقة على المتوفى، بل نحو المدينين الآخرين بذات الحق في النفقة إذا أدت الوفاة إلى زيادة ما يلزمون به^(٢٥٧).

(٢٥١) ر: SAVATIER (R), Responsabilité, t.I. op. cit. No. 471, p. 22 et 23 et les références y citées.

(٢٥٢) ر: Mignon (M): Les instances actives et passives et la théorie de l'abus de droit, D. 1949, Chron. P. 183.

(٢٥٣) ر: MAZEAUD (H.L) et TUNC (A), t.I, op. cit. loc. cit

(٢٥٤) ر: SAVATIER (R), T. I, No. 87, p. 107.

(٢٥٥) ر: في القضاء:

Civ. 1 janv. 1957, J.C.P. 1957, IV, 26; Civ. soc. 28 mai 1959, Gaz, Pal, 1959, 2, 69.

(٢٥٦) ر: PLANIOL (m) et RIPERT (G), GIVORD (F), et TUNC (A), Traité pratique de droit civil, L.G.D.J. t. X, 1956, No. 553, p. 769. et 770 et les références y citées.

وواضح أن هذا الحكم خاص بالقانون الفرنسي والقوانين التي تبعتها بالنسبة للموضوع (٢٥٧) ر آنفاً هامش ٢٠٩.

وبالإمكان أن ندخل في الاعتداء الذي يقع على الحقوق، عن طريق السلطات التي تخولها، معظم صنوف الأضرار التي تلحق بالملكية الأدبية. فالواقع أن المنافسة غير المشروعة هي اعتداء على سلطة الاستغلال التي تخولها الملكية التجارية^(٢٥٨)، وكذا الأمر بالنسبة للاعتداء على الاسم التجاري وعلى براءات الاختراع وعلى الرسوم والنماذج الصناعية، على النحو الذي عرضنا^(٢٥٩). فمثل هذه الاعتداءات وإن وقعت مباشرة على الملكية الأدبية، تستهدف في الحقيقة ما تخوله هذه الملكية من سلطات.

٩٣- يخلص من الأمثلة السابقة أن المساس بالسلطات التي تتضمنها الحقوق المالية يصلح للضمان ما دام قد توافر شرط التعدي، وهو أمر بدهي. لكن الذي تجب ملاحظته أن التعدي إما أن يأتي مجرداً وإما أن يأتي خلال استعمال المعتدي لواحد من حقوقه، فإن وقع في الصورة الأخيرة، فإن القضاء يشترط فيه أن يكون متسماً بسمّة التعسف. وهذه الملاحظة ذاتها يمكن إبرازها في الفقه الإسلامي.

ثانياً - في الفقه الإسلامي:

٩٤- يفرّق الفقه الإسلامي، على نسق الفقه الغربي، بين أن يأتي التعدي الذي صاحب الفعل الضار مجرداً، أو أن يأتي خلال استعمال الفاعل لواحد من حقوقه^(٢٦٠)،

(٢٥٨) ر: MALAURIE (Ph) et AYNES (L), Les biens op. cit. No. 211, p. 63 et 64; Repert. Comm.. Dalloz, V.Fonds.de commerce, 1973, par JUFFRET (A).

(٢٥٩) ر أنفأ ف ٦٥.

(٢٦٠) ر: الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ٢٠ وما بعدها؛ سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ١٣٦، ص ١٠٠. ر كذلك من الفقهاء القدامى القرافي (شهاب الدين الصنهاجي)، الشروق، دار المعرفة، بيروت، ج ٢ (دون ذكر سنة الطبع)، ص ١٦١. ر خلاف ذلك، الخفيف (علي)، الضمان، السابق، ص ٦٨ (ولكن المرحوم الخفيف يخلط في الواقع بين التعدي وبين الإدراك والتمييز، علماً بأن كلاً منهما يعد عنصراً مستقلاً ومتميزاً من عناصر الخطأ، فقد يوجد أحدهما دون أن يوجد لآخر. وقد قاد هذا اللبس العالم الفاضل إلى القول: إن المسؤولية في الفقه الإسلامي لا يشترط فيها التعدي أو الاعتداء، وهذا طبعاً غير صحيح. لأن الإلتلاف من دون تعد لن يخرج عن إطار استعمال الحقوق أو المباحات. ر في وجوب قيام التعدي: سراج (محمد أحمد)، ٣١٢، ص ٢٤٢.

فحيث وجد التعدي المجرد، كان المساس بحقوق الغير، في ذاته سبباً للضمان. فمن يتلف زراعة الآخر يضمن، ومن يمنع شخصاً من سقي أرضه من عين يملكها، أو من مجرى عام، يضمن (عند الأغلبية)^(٢٦١)، كذلك، فإن من يغصب عيناً معدة للاستغلال يضمن اتفاقاً – كما قدمنا^(٢٦٢)، ومن يغلط الطريق، أو يحول دون استعمال صاحب حق الارتفاق حقه يضمن^(٢٦٣). وإذا تحامل الماء على الجسر حتى كسره وانهمر على ملك الجار يضمن باني الجسر إذا كان سبب الانهيار إغفال الباني تسريح المياه وتصريفها، ومن يهدم دار غيره عند وقوع حريق، دون إذن الحاكم، يضمن^(٢٦٤)، ومن يحفر حفرة في أرض الغير دون إذن المالك يضمن ما يحدثه الحفر من ضرر^(٢٦٥)، ومن يفتح إسطبل غيره، أو ققص غيره، فيتسبب في فرار حيواناته أو طيره، يضمن (على خلاف بين الأئمة)^(٢٦٦). ومن يبني في أرض غيره، ويعطل بذلك استعمالها واستغلالها يضمن^(٢٦٧)، ومن يترك حيواناته تتلف زراعة الغير يضمن (على خلاف حول الضرر إذا ما حدث ليلاً أو نهاراً)^(٢٦٨). ومن يحبس المال عن صاحبه، أو يحبس صاحب المال عن ماله،

(٢٦١) ر: سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٣٢٦، ص ٢٦٥-٢٦٧.

(٢٦٢) ر: أنفأ ف ٣٣ و ف ٨٦ وأضف: المحمصاني (صبيح)، السابق، ص ٢٤٠ و ٢٤١.

(٢٦٣) ر حول الطريق: البغدادي (أبو محمد...)، السابق، ص ١٧٦ و ١٧٧ وحول الحيلولة دون استعمال الارتفاقات. ر نفس المرجع، ص ٢٨٨.

(٢٦٤) ر: سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٣٢١، ص ٢٥٥- والمراجع التي يشير إليها. وبالنسبة لهدم الدار، ر مجلة الأحكام العدلية، المادة ٩١٩، البغدادي (أبو محمد)، السابق، ١٤٧.

(٢٦٥) ر: البغدادي (أبو محمد...)، السابق، ص ١٤٦.

(٢٦٦) ر: الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ٣٠؛ قارن: ابن قاضي سملونة (محمود بن إسرائيل)، ج ٢، السابق، ص ٨٤؛ البغدادي (أبو محمد)، السابق، ص ١٤٨.

(٢٦٧) ر أنفأ ف ٣٣ وأضف الزحيلي (وهبة)، ص ١١٩ وما بعدها؛ قارن البغدادي (أبو محمد...)، السابق، ص ١٢٧.

(٢٦٨) ر: الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ٢٥٨ وما بعدها؛ سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٤٣، ص ٤٤١ وما بعدها. أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٤٦٤. وما بعدها؛ البغدادي (أبو محمد...)، السابق، ص ١٨٥ وما بعدها.

يضمن إذا أدى الحبس إلى التلف (على خلاف بالنسبة للحالة الأخيرة حول المال إذا ما يجب أن يكون منقولاً)^(٢٦٩). ومن يضع يده على مال الغير، بعقد أو إذن، ويسلمه إلى غير صاحب الحق فيه، يضمن، ... إلخ^(٢٧٠).

وإذا نحن انتقلنا إلى ميدان الحقوق الشخصية، فإن المدين المماطل، إذا ظن يساره يحبس حتى يؤدي^(٢٧١)، كما أن من يتلف الرهن لدى المرتهن يضمن للمرتهن ما أُلّف^(٢٧٢)، أما إذا وقع التلف بفعل المرتهن عمداً أو إهمالاً، كان هو نفسه ضامناً في حدود ما له من حق^(٢٧٣)، وإذا حكم بشهادة الشهود، ثم رجعوا، ضمنوا ما تسببوا في ضياعه^(٢٧٤). وإذا هلك المبيع بأفة سماوية – وبالأولى بفعل البائع، قبل التسليم، كان ضمانه عليه، وبطل البيع، ووجب رد الثمن إلى المشتري^(٢٧٥)، أما إذا هلك بفعل الغير، خير المشتري بين أن يضمن البائع ويسترد الثمن، إن كان أداه، أو بين أن يضمن المتلف قيمة ما أُلّف^(٢٧٦).

٩٥- في كل هذه الأمثلة كان المساس بالسلطات التي يتضمنها الحق عن طريق تعدد مجرد، أما إذا تم المساس بهذه السلطات في أثناء ممارسة أحد الحقوق،

(٢٦٩) ر: الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ٣٣ و ٣٤؛ الخفيف (علي)، السابق، ص ١٩٥.
(٢٧٠) ر: سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٣٢٦، ص ٢٦٤. الخفيف (علي)، السابق، ص ١٩٩.

(٢٧١) ر: المحمصاني (صبحي)، السابق، ص ٥١٢-٥١٤. ر حول اختلافات المذاهب حول الحبس أو الحجر، ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد...)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ٣٩٨هـ، ١٩٧٨م، ص ٢٨٤ و ٢٨٥.

(٢٧٢) ر: البغدادي (أبو محمد...)، السابق، ص ١١٤؛ الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ٢٤٧.
(٢٧٣) ر: الخفيف (علي)، السابق، ص ١٠٤ و ص ١٧٠ و ١٧١؛ الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ٢٤٦.

(٢٧٤) ر: البغدادي (أبو محمد...)، السابق، ص ٣٥٩؛ سراج (محمد أحمد)، السابق، ص ٢٧٠ و ٢٧١.

(٢٧٥) ر: الخفيف (علي)، السابق، ص ١٠٢.

(٢٧٦) ر: المرجع السابق، الموضوع السابق.

فإن التعدي وحده كثيراً ما لا يكون كافياً، وإنما لابد كذلك، كما ألمحنا^(٢٧٧)، من أن يتصف التعدي بصفة التعسف.

٩٦- والواقع أن الفرق بين التعدي والتعسف لم يكن واضحاً دائماً في الفقه الإسلامي^(٢٧٨)، ففي مرحلة أولى، اعتبر صاحب الحق متعسفاً إذا ثبت تعديه وفقاً للمعايير العامة (المعتادة) للتعدي، والتي تقضي بأن يوجد التعدي إذا خالف الفعل أو الامتناع نصوص الشرع أو الأعراف أو العادات^(٢٧٩). وعلى هذا، فلم يعتبر المالك الذي يسقي أرضه متعدياً إذا كان سقيه الأرض معتاداً - مألوفاً، حتى لو فاضت المياه على أرض الجار^(٢٨٠)، أما إذا جاوز المألوف، فقد اعتبر متعسفاً وضامناً^(٢٨١). وكذا الأمر فيمن يوقد حريقاً في ملكه، فيمتد إلى ملك الآخرين، فهو غير ضامن ما دام الحريق مألوفاً، ولكنه يضمن إذا كان الإيقاد غير مألوف^(٢٨٢). وعلى هذا، فالتعدي في مثل هذه الحالات يكفي إذا توافرت شروطه للقول بوجود تعسف. أما في مراحل لاحقة - فقد انفصل التعسف عن التعدي، وأصبح وجود التعسف يستلزم إما توافر قصد الإضرار وإما ترتب ضرر فاحش - ضرر لا تسوغه المصلحة التي يتم الحصول عليها من الفعل أو الامتناع، وإما، أخيراً، ترتب ضرر عام - أي ضرر يمس المصالح العامة للمجتمع^(٢٨٣).

(٢٧٧) ر آنفاً ف ٩٤.

(٢٧٨) ر: الدريني (فتحي)، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، دار الفكر، بيروت، دون ذكر سنة الطبع، ص ٢٨١ وما بعدها؛

المحمصاني (صبحي)، السابق، ص ٩٣ وما بعدها.

(٢٧٩) ر: المحمصاني (صبحي)، السابق، ص ٤٢ و ٤٣.

(٢٨٠) ر: الدريني (فتحي)، السابق ص ٤٧١؛ المحمصاني (صبحي)، السابق، ص ٢٠٣، ر كذلك وبمفهوم المخالفة المادة ٩٢٢ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢٨١) ر: المراجع المذكورة في الهامش السابق.

(٢٨٢) ر: البغدادي (أبو محمد...)، السابق، ص ١٦١؛ المحمصاني (صبحي)، المرجع السابق،

الموضع السابق، الدريني (السابق)، ص ٣١١.

(٢٨٣) ر: الدريني (فتحي)، السابق، ص ٢٨٩ وما بعدها.

ومثال الحالة الأخيرة، الامتناع عن بيع الملك لإقامة مسجد أو مرفق عام^(٢٨٤)، أو إنشاء مصنع يضر بضوضائه وغازاته حياً سكنياً^(٢٨٥)، ومثال توافر قصد الإضرار تخفيض السعر بهدف الإضرار بالمنافسين^(٢٨٦)، أما ترتب ضرر فاحش للآخرين مقابل نفع ضئيل للفاعل، فمثاله، امتناع صاحب الأرض عن بيعها لمن بنى فيها بناءً تزيد قيمته على قيمة الأرض^(٢٨٧)، وإحجام من غرس أشجاراً أو أقام محدثات في أرض الغير عن إزاحة ما غرس أو أحدث^(٢٨٨).

٩٧- في هذه الصور لا يؤاخذ، إذاً، صاحب الحق ولا يعد ضامناً، حتى لو مسّ بحقوق الآخرين، إلا بتوافر المعايير الخاصة بالتعسف. فمجرد تعديه لا يكفي. وإذا صح ذلك في الفقهين الغربي والإسلامي، فإنه يصح في القانونين ...

ثالثاً - في القانون الأردني وقانون المعاملات:

٩٨- تقرر المادة ٢/١٠١٨ أردني (المادة ١١٣٣ معاملات) بأن حق الانتفاع بالملكية هو للمالك وحده، وهو ما يفيد بأن من يغتصب منفعة العين أو يفتنت عليها، يعد مسؤولاً، ولكن لا يجوز للمالك، بمقتضى المادة ١٠٢١ أردني (المادة ١١٣٦ معاملات) أن يتعسف في ملكه، فإن فعل وأدى تعسفه إلى المساس بحقوق الآخرين أو بحقوق المجتمع، كان مسؤولاً، كما أن المالك لا يستطيع أن يضر بالحقوق المقررة للغير على ملكه (م ١٠٢٣ أردني و م ١١٣٨ معاملات). وهو كذلك لا يستطيع أن يضر بالجيران ضرراً فاحشاً (المادة ١٠٢٧ وما بعدها أردني، المادة ١١٤١ وما بعدها معاملات).

(٢٨٤) ر: المرجع المذكور في الهامش السابق، ص ٢٩٢؛ الشاطبي (أبو إسحق)، الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت، ج ٢، ١٣٩٥ هـ، ١٩٧٥ م، ص ٣٤٨.

(٢٨٥) ر: الدريني (فتحي)، السابق، ٢٩٣، قارب المادة ١٢٠٠، من مجلة الأحكام العدلية.

(٢٨٦) ر: الشاطبي (أبو إسحق)، السابق، الموضوع السابق، المحمصاني (صبحي)، السابق، ص ٥٢؛ الدريني (فتحي)، السابق، ص ٤١٧.

(٢٨٧) ر: الدريني (فتحي)، السابق، ص ٤٥٩ و ٤٦٠.

(٢٨٨) ر المرجع السابق، في الهامش السابق.

والإخلال بالسلطات التي يخولها الحق الشخصي هو أيضاً سبب للتعويض. سواء كان الحق عملاً (م ٣٦٠ أردني و م ٣٨٥ معاملات) أو كان امتناعاً (م ٣٥٩ أردني و م ٣٨٤ معاملات)، وسواء وقع الإخلال من المدين، كما قضت النصوص السابقة، أو من شخص آخر: إذ من المقرر فقهاً وقضاً أن من يحرض المدين على عدم الوفاء بالتزامه، أو يمنعه من ذلك، يعدّ مسؤولاً وملزماً بالتعويض^(٢٨٩).

٩٩- وإذا كان المساس بالسلطات التي يتضمنها الحق المالي يعدّ اعتداءً، وسبباً للتعويض، فإنه ليس إلا إحدى صور الاعتداء على هذا الحق؛ إذ ما زالت هناك صور أخرى تؤدي إلى الحكم ذاته ...

الفرع الثالث

إهدار الحقوق وزيادة الأعباء دون سبب

مقدمة وتمهيد:

١٠٠- قد لا يتأتى الضرر المالي عن طريق المساس بمضمون الحق أو السلطات التي يتضمنها، وإنما عن طريق المساس بوجوده. والمساس بالوجود لا يتم من ناحية أخرى عن طريق المساس بمحل الحق- والمقصود هنا هو الحق العيني؛ ذلك أن المساس بمحل هذا الحق، ولو إتلافاً، يرتب التزاماً بالتعويض، وهو تحول لا يمس وجود الحق -كما هو واضح، والواقع أن المساس بوجود الحق - في مفهومه الشامل- غالباً ما يأتي من خلال العبث بوسائل إثباته، إما عن طريق إعدامها وإما عن طريق تقديم أدلة غير صحيحة على عدم

(٢٨٩) ر: MARTY(G) et RAYNAUD (P), Les obligations, t.I, 2 éme éd. op. cit. No. 260, P. 271; SAVATIER (R), Le Prétendu principe de l'effet relative des contrats, rev. trim. dr. civ. 1934, p. 525. LIMPENS (J), De l'opposabilité des contrats a' l'égard des tiers, contribution a' l'étude de la distinction entre les droits réels et personels, Mélanges Roubier, t.II, p. 89 et ss.

وجود الحق، مما يحول دون إمكانية المطالبة به أمام القضاء. والضرر المالي قد يأتي كذلك عن طريق إنشاء التزامات جديدة أو زيادة ما هو موجود منها دون مسوغ يجيزه القانون. في هذه الحالات وأمثالها يذهب الفقه الغربي - كما يذهب الفقه الإسلامي - وكما يقرر القانونان الحق لمن لحقه الضرر بأن يطلب التعويض...

أولاً - في الفقه الغربي:

١٠١- قدمنا أن الضرر قد يتأتى عن طريق العبث بوسائل الإثبات^(٢٩٠). فمتى انصب الفعل على إزهاق الدليل أو الأدلة الوحيدة على وجود الحق أو على تقديم أدلة تناقض ما تيسر للحق من إثباتات، فإن الفقه الغربي يقرر مسؤولية من ارتكب هذه الأفعال ويلزمه التعويض^(٢٩١). ومثال إعدام الأدلة سرقة أو إتلاف السند المثبت للحق^(٢٩٢)، ومثاله أيضاً اعتراف المفوض عن الشخص المعنوي بمديونية هذا الشخص لمدينه وصولاً إلى تمكين المدين من التمسك بالمقاصة والتخلص من ثم من الدين^(٢٩٣). ومثال التقدم ببيانات

(٢٩٠) ر آنفاً ف ١٠٠.

(٢٩١) PLANIOL (M), RIPERT (G) et BOULANGER (J), Traité élémentaire: r. (٢٩١) t.II, op. cit. No. 1055, p. 435;

ر في الفقه المصري: زكي (محمود جمال الدين)، الالتزامات، السابق، ف ٢٦٥، ص ٥٥٣.

(٢٩٢) ر: SAVATIER(R), Traite ...t.II, op. cit. No. 848, p. 461. ر في حالة كاتب العدل Notaire الذي يتلف الوثائق أو يهمل في حفظها: المرجع المذكور ذاته، ف ٨٢٤، ص ٤٣٢. ر في القضاء:

Civ. 29 déc. 1926, S. 1927, I, 124; Orléans, 3 nov. 1942, Gaz. Pal. 1942, 2, 237

(ولكن المسؤولية في الحكم مسؤولية عقدية).

(٢٩٣) ر حول مسؤولية مديري الإدارة ومفوضيها عن الأخطاء التي يرتكبونها بحق الشخص المعنوي.

MAZEAUD (H.L) et TUNC (A), t.II, op. cit. No. 1878/2, p. 956 et ss.; RIPERT (G) et ROBLOT (R), t.I, op. cit. No. 1372, p. 834 et ss.

قارب في القضاء الأردني: تمييز حقوق ٣٦/ ٧٤ مجلة النقابة ١٩٧٤، ص ١٠٣٧.

تناقض ما للحق من أدلة، التقدم بشهادات تناقض الشهادات التي تثبت الحق في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود^(٢٩٤).

١٠٢- فلو قام شخص بإتلاف سند الدين أو سرقة، فإنه يعدّ مسؤولاً، وتحدد مسؤوليته بقيمة الدين إذا عجز الدائن، بسبب الفعل، عن إثبات حقه. وعليه، فلو أضرع المحامي ما أودع لديه من إسناد، فإنه يعدّ مسؤولاً ما دام لم يستطع صاحب الحق تدبر أدلة بديلة^(٢٩٥). كذلك، فإن الشهادة على عدم وجود الحق، أو على انقضائه، ترتب المسؤولية إذا رجع الشهود عن شهاداتهم أو ثبت كذب الشهادة بحكم بات^(٢٩٦).

في هذه الفروض أدّى الفعل إلى إهدار الحق، ولكن الضرر المالي قد يأتي أيضاً عن طريق إنشاء التزامات جديدة أو زيادة ما هو موجود منها دون سبب يقره القانون... وقد يتأتى الضرر هنا عن طريق العبث بوسائل الإثبات أو عن طريق أفعال أخرى. ومثال إنشاء التزامات عن طريق العبث بوسائل الإثبات تقديم سند مزور يثبت مديونية شخص وإلزامه لذلك الوفاء، إذ يكون من قدّم السند / و / أو من أنشأه مسؤولاً في مواجهة المدين غير الحقيقي متى ثبت التزوير - خصوصاً متى تعذر استرداد ما دفع بغير وجه حق^(٢٩٧). ومثال ذلك أيضاً تقديم أدلة غير صحيحة على مقدار الدين، بما يظهر الدين على غير

(٢٩٤) حول مسؤولية الشهود في المسائل المدنية والجنائية ر:

MAZEAUD (H.L.) et TUNC (A), t.I, op. cit. No. 499, p. 564 et ss., Et les très nombreuses références y citées.

(٢٩٥) ر.: SAVATIER (R), t.II, op. cit. No. 848, p. 461.

(٢٩٦) قارب في القضاء الأردني: تمييز حقوق ٧٢/٣٨٤ مجلة النقابة، ١٩٧٢، ص ١٦٠٤. ر في القضاء المصري: الحكم الصادر بتاريخ ١٩٤٨/١١/٢٥ في الطعن رقم ١٠٥، المكتب الفني، سنة ١٧ق، الحكم الصادر في جلسة ١٩٣٣/١١/٩، في الطعن رقم ٤٧، المكتب الفني، سنة ٣ ق، الحكم الصادر في جلسة ٧٦/١١/٢٤، المكتب الفني السنة ٢٧ رقم ٣٠٣، ص ١٦٣٦.

(٢٩٧) ر حول المسؤولية عن الغش والتزوير:

RIPERT (G), La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J. Paris, 1949, No. 165, p. 306 et ss.; ESMEIN (P), la fraude dans les acts juridiques au rep. Gén, notoriat 1933, art. 23398 et 24309; JOSSERAND (L), Les mobiles dans les acts juridiques du droit privé, édit. CNRS, France, 1984, No. 171, p. 214 et ss.

حقيقته^(٢٩٨). أما الأفعال الأخرى التي تزيد المديونية، فمثالها ارتكاب العامل خطأً من شأنه زيادة التزامات صاحب العمل^(٢٩٩)، أو قيام مدير الشركة، أو المفوض عنها، بأفعال غير مسوغة، تزيد من التزامات الشخص المعنوي^(٣٠٠). ومثالها كذلك قيام السمسار بإقناع عميله، عن سوء نية، بإبرام صفقه ترتب عليها تحمل العميل نفقات تجاوز المعتاد أو تحمله خسائر كان يمكن تجنبها^(٣٠١)، أو قيام المصرف، عن سوء نية أو عدم تبصر، بإقناع أحد عملائه بالاستثمار في مجال ترتبت عليه خسائر أو نفقات تجاوز المعقول^(٣٠٢). ومثالها، أخيراً، قيام مجلس إدارة أحد الأشخاص المعنوية، من دون مسوغ، بإصدار سندات دين تجاوز الحاجات الحقيقية للشخص المعنوي، مما ترتب عليه إلزام هذا الشخص دفع فوائد أو عوائد كان يمكن تجنب دفعها^(٣٠٣).

(٢٩٨) ر حول صاحب العمل الذي يرتكب تزويراً ضد مصلحة الضرائب، فيؤدي الفعل إلى الإضرار بالمهنة، الأمر الذي أتاح للنقابة ذات الصلة رفع دعوى المسؤولية: Cass, cr. 16 mai 1931, Gaz. Pal. 1931, 2, 178.

(٢٩٩) ر في القضاء: Civ., 23 juin 1976, J.C.P. 1976, IV, p. 276; 19 nov. 1975, D. 1976, p. 137, n. LE TOURNEAU (ph).

ر في الفقه، ملاحظات دوري (DURRY G) في: Rev. trim. Dr. civ. 1975, p. 106-1976, p. 550. (٣٠٠) ر: Req. 22 juin 1926, J.C.P. 1926, No. 1346; 21 déc. 1936, J. soc. 1938, 216; 16 fev. 1937, Gaz. Pal. 1937, I, 807. (٣٠١) ر: Civ., 3 oct. 1969, p. 685; 20 déc 1971, D. 1972, J. 157; observ. DURRY (G), rev. trim.dr. civ. 1972, p.410.

(٣٠٢) ر: Com. 28 oct. 1974, D. 1976, p. 373, n. DECAMME (T). ر في الفقه: CABRILLAC (H), La responsabilité civile des banques dans le placement a l'émission de titres à propos des obligations en francs - or ou à option de changes", rev. trim. dr. civil, 1931, p. 314 et ss.

(٣٠٣) ر: في الفقه: CHARTIER (Y), La gestion et le contrôle des sociétés anonymes dans la jurisprudence, Nos. 26-29, p. 170. à 208, cité par VINEY (G), op. cit. p. 947;

ر: المواد ٤٦٩-٤٧١ من قانون التجارة الفرنسي (الصادر عام ١٩٦٦) التي تحدد عقوبات جنائية على مخالفة القيود الخاصة بإصدار سندات القروض.

١٠٣- هذه الأفعال الضارة التي يرتب الفقه الغربي المسؤولية عنها، عالجهما الفقه الإسلامي وأعطى في العديد منها، أحكاماً مشابهة، وهو النهج ذاته الذي أخذ به القانونان...

ثانياً - في الفقه الإسلامي والقانونين:

١٠٤- قلنا إن الفقه الإسلامي عالج القروض التي يتسبب فيها شخص بإهدار حق شخص آخر أو بإلزامه التزامات من غير مسوغ. فلقد عرضت أقوال الفقهاء لإتلاف وثيقة الدين أو إضاعته، ونحت في تحديد محل الضمان منحيين. فذهب الحنابلة والمالكية إلى أن متلف الوثيقة يضمن الدين إذا تعذر إثباته من دونها^(٣٠٤). ومثل إتلافه، عندهم. إمساك الوثيقة والامتناع عن ردّها إلى صاحبها، متى أدى هذا الإمساك إلى ضياع الحق^(٣٠٥)، ويؤدي إمساك الوثيقة، عند ابن محرز من المالكية، إلى ضياع الحق، إذ استمر حتى افتقر المدين أو مات معسراً^(٣٠٦).

ويقرّب بعض المالكية الحكم السابق من حكم الفرض الذي يقوم فيه شخص بقتل الشهود. فمتى كان الشاهدان عدلين، وشاهدي حق، وجري قتلها من غير قصد، فإن هذا البعض يقرر ضمان الحق خلافاً لباقي أئمة المذهب^(٣٠٧)، ولكن الحكم، عند المالكية، هو الضمان إذا جرى القتل بقصد إضاعة الحق^(٣٠٨).

(٣٠٤) أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٣٧٠؛ ر بالنسبة للمذهب المالكي، الصاوي (أحمد بن محمد)، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعرفة، بيروت، مجلد ١، ١٣٩٨هـ، ١٩٧٨م، ص ٣١٨؛ القرافي (شهاب الدين الصنهاجي)، الفروق، مجلد ١، ص ٢٠٧؛ اليعمري (برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم...)، تبصرة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠٠م، ج ٢، ص ١٣٥. ر بالنسبة للمذهب الحنبلي، المراجع التي يشير إليها أحمد (سليمان محمد)، وأضيف الخفيف (علي)، السابق، ص ٨٠.

(٣٠٥) ر: الصاوي (أحمد بن محمد)، السابق، الموضوع السابق.

(٣٠٦) ر: اليعمري (برهان...)، المرجع السابق، الموضوع السابق.

(٣٠٧) ر: الصاوي (أحمد بن محمد)، السابق، الموضوع السابق.

(٣٠٨) ر: المرجع المذكور في الهامش السابق.

هذا بالنسبة للحنابلة والمالكية، أما لدى الشافعية والحنفية، فإن متلف الوثيقة لا يضمن إلا قيمة الصك (قيمة الورقة) مكتوبة عند الحنفيين^(٣٠٩)، وقيمة الورقة وأجرة الكتابة عند الشافعية^(٣١٠).

وبالنسبة لشهادة الزور، إذا جرى الرجوع عنها، فإن الشهود يضمنون في الأرجح، عند مختلف مذاهب السنة^(٣١١)، وإن ذهب رأي عند الشافعية بعدم الضمان؛ لأن الضمان، وفقاً للرأي، لا يكون إلا ضمان يد أو ضمان إتلاف، ولم يحدث أيهما^(٣١٢)، وعند من يقولون بالضمان فإنه لا بد أن يقع الرجوع بعد الحكم، سواء تم قبل الاستيفاء أو بعده، أما قبل الحكم، فلا يصلح الرجوع عن الشهادة سبباً للتضمنين^(٣١٣).

وتبقى، بعد هذه الفروض، الحالات التي يدفع فيها شخص طبيعي أو معنوي شخصاً آخر إلى التعاقد، فيتربط على ذلك ضرر. ومن ضمن تلك الفروض السمسار أو الوسيط الذي يقنع أحد عملائه بالقيام بصفقة يعلم الوسيط أنها ستؤدي إلى ضرر. والفقهاء الإسلامي يجعل الوسيط مسؤولاً، ما دام فعله قد وقع في إطار الغرور^(٣١٤) أو في إطار الإكراه^(٣١٥). أما إذا لم يلجأ

(٣٠٩) ر: ابن قاضي سماندة (محمود بن إسرائيل)، جامع الفصولين، ج ٢، السابق، " ... خرق صك غيره ضمن قيمته مكتوباً..."، البغدادي (أبو محمد...)، السابق، ص ١٤٦.

(٣١٠) ر: الخطيب (محمد الشربيني)، مغني المحتاج، السابق، ج ٣، ص ٩٢.

(٣١١) ر: أحمد (سليمان محمد)، السابق، ص ٢٧٥ والمراجع التي يشير إليها، هامش (١).
ر كذلك آنفاً، ف ٩٤.

(٣١٢) ر: المرجع المذكور في الهامش السابق، المكان السابق.

(٣١٣) ر: البغدادي (أبو محمد...)، السابق، ص ٣٥٩؛ مجلة الأحكام العدلية م ١٧٢٨؛ الخطيب (محمد الشربيني)، مغني المحتاج، السابق، ج ٤، ص ٤٥٦.

(٣١٤) ر حول مسؤولية الغار، م ٦٥٨ من مجلة الأحكام العدلية. ر: حول موقف مذاهب السنة من أفعال الغرور بشكل عام: سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٣٢٣، ص ٢٥٨-٢٦١.

(٣١٥) ر حول مواقف مذاهب السنة من الإكراه، سراج (محمد أحمد)، السابق، ف ٣٣٥، ص ٢٨٤ و ٢٨٥، المواد ١٠٠٣-١٠٠٧ من مجلة الأحكام العدلية.

الوسيط إلى خداع عمليه أو إكراهه وتعاقد على أمر ترتب عليه ضرر، فإن الوسيط لا يعد مسؤولاً؛ لأنه لم يتسبب في الخسارة ولم يباشرها^(٣١٦).

أما عن مدير الشركة الذي يجري بنفسه صفقات خاسرة أو يقنع مجلس الإدارة بإجراء مثل هذه الصفقات، فإنه في الحالة الأولى يعدّ مسؤولاً ما دام قد تعدى أو تعمد، وفي الحالة الثانية يعدّ وسيطاً، ويطبق عليه ما يطبق على السمسار^(٣١٧).

١٠٥- وفي تقديرنا أن ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، في غالبية الأمثلة المعروضة، هو أيضاً ما يتعين القول به في القانونين، وذلك بحسبان الفقه الإسلامي المصدر الذي اشتقت منه نصوص القانونين المحددة لحالات الضمان (المسؤولية) ومداه. فالمادة ٢٥٦ أردني (المادة ٢٨٢ معاملات) تعلن المبدأ العام في الضمان وتقرر أن: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله الضمان..." والقانونان يقرران (م ٢٥٩ أردني و م ٢٨٥ معاملات) أنه: "إذا غر أحد آخر ضمن الضرر المترتب على ذلك الغرر.."، كما أنهما (م ٢٦٣ أردني و م ٢٨٩ معاملات) يقضيان بأن: "يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً..."

وبالنسبة للأحكام المتعلقة بمسؤولية السماسرة والوسطاء ومديري الشركات، فإنها تخضع في الأردن والإمارات إما لنصوص قانوني التجارة في البلدين وإما لأحكام القوانين الخاصة كقانون الوكلاء والوسطاء التجاريين الأردني رقم ٤٤ لسنة ١٩٨٥، وذلك بالنسبة للسماسرة والوسطاء، ولقانوني

(٣١٦) ر: البغدادي (أبو محمد)، السابق، ص ٥٢ ة ٥٣؛ شرح مجلة الأحكام العدلية على المادة ٨٠٣ لسليم رستم باز.

(٣١٧) وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التي سبق بيانها. ر حول مسؤولية الشركاء في شركات الأموال، الزحيلي (وهبة)، السابق، ص ١٥٨، ر حول مسؤولية الوكيل: البغدادي (أبو محمد...)، السابق، ٢٤٣ وما بعدها.

الشركات بالنسبة لمسؤولية مديري الشركات، وأحكام هذه القوانين مقتبسة جميعاً من الفقه الغربي^(٣١٨).

١٠٦- بهذا نأتي إلى ختام مطالعاتنا حول صور الضرر المادي الذي يأتي من خلال إهدار الحقوق أو زيادة الالتزامات - وهو ما يمثل نهاية بحثنا حول مفهوم الضرر المادي - ليتاح لنا الآن أن نشرع في النظر في عناصر هذا الضرر.

(٣١٨) ر: حول مسؤولية مدير الشركات ومفوضيها في الفقه الغربي آنفاً، ف ١٠٢.

