

مقدم سعيد

نظـرية
التعويض
عن
الضرر المعنوي



المؤسسة الوطنية للكتاب

مقدم السعيد

نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية

المؤسسة الوطنية للكتاب

3، شارع زيروت يوسف

- الجزائر -

© الرقم التسلسلي : 03 . 01 . 92 . 05
المؤسسة الوطنية للكتاب
الجزائر 1992

الإهداء إلى والديا وإلى وطني
وكل من يناضل عن كرامته وحرية وصونهما

ـ السعيد ـ

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة :

ظل القانون المدني - الذي يعتبر بمثابة الشريعة العامة للقوانين الوضعية - يتصف في جل أجزائه بحدّة الخلاف في مشكلاته التي تصدى لها العديد من الأعلام بغية حسم النزاع فيها وإيجاد حلول مرضية لها. ولعل التطورات السريعة التي تشهدها المجتمعات الحديثة، التي استجدت معها فرص حدوث الضرر، تعبر من بين العوامل الأساسية التي جعلت من المسؤولية المدنية أرضية للاجتهاد، إذ لم يعد خافيا اليوم ما لمبادئ المسؤولية المدنية من أهمية بالغة خاصة في المجال التطبيقي الذي ساعد على تقنين تلك المبادئ، وإرساء تطورها، حتى قيل أصبحت تعد أساسا للتقنين المدني نظرا لشمولها لجوانب عديدة منها الأشخاص والأشياء والأموال.

ونظرا لمرونة فكرة المسؤولية المدنية، وقابليتها للتطور، لم تورد التشريعات التفصيل في تعريفها، بل اكتفت في آخر مطافها بتجميع بعض المبادئ وصياغتها في تقنيناتها كما فعل المشرع الجزائري - مسaire لما استقر

الأمر عليه حديثاً - في المادة (124م) التي تنص على مايلي : «كل عمل أيا كان يأتيه المرء، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض».

وهذه المادة تعد أكثر شيوعاً من حيث الاستعمال، باعتبارها اساس المسؤولية المدنية المبينة على الخطأ، ويطلق عليها تسمية المسؤولية التقصيرية.

كما نصت المادة (176م. ج) المتعلقة بالمسؤولية العقدية، على أنه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يدل عليه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه. وإذا كان المبدأ العام في المسؤولية المدنية يقضي بأن أي عمل يلحق بالغير ضرراً يلزم مرتكبه بالتعويض، فهل يعني بالضرورة أن هذا المبدأ يشمل الضرر المادي دون الضرر المعنوي ؟

في ظل نظام الشعوب البدائية كان من العسير قبول فكرة التعويض عن الضرر المعنوي، وكانت الاعتداءات الواقعة على شرف الشخص أو إيلام عواطفه أو تألمه من جرح عقيدته الروحية، أو راحته، وقيمه المعنوية لا يمكن تعويضها، وكانت هذه الاعتداءات تعالج بمثلها أو بأكثر منها، تمشياً مع شريعة الأخذ بالثأر السائدة آنذاك، وكان رد فعل الانسان البدائي عنيفاً، تعميه العاطفة، ودافع الانتقام والعقوبة، وكان الانتقام لا يعتبر شعوراً غريزياً فحسب بل واجباً مقدساً لدى بعض المجتمعات، والتهاون فيه يكون عاراً يلحق بالمعتدى عليه أو عشيرته مما كان يؤدي عادة إلى المسؤولية الجماعية، وهذه الأخيرة تؤدي إلى المناوشات والحروب بين العشائر والقبائل تستمر لفترات طويلة، وكان من العار أيضاً أن ينزل الشخص شرفه واعتباره ومعتقداته منزلة الأموال المادية، وهو ماعبر عنه أحد الشعراء قديماً بقوله :
لا يسلم الشرف الرفيع من الأذى حتى يراق على جوانبه الدم

ومع مرور الزمن تطور هذا الشعور، وواكب التطور التكنولوجي لدى المجتمعات تطوراً في الأحاسيس حتى أصبح اليوم من الأمور العادية أن يلجأ الشخص المجروح في كرامته وعاطفته أو شعوره إلى القضاء طلباً في تحديد المسؤولية والحكم بالتعويض عن الأضرار التي لحقته.

وقد تواتر اجتهاد القضاء حتى استقر على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي بمختلف مظاهره، حتى غدا الزوج الذي يمس شرفه الزوجي يلجأ إلى القضاء طالباً الحكم له بالتعويض عما لحقه من ضرر معنوي بعد أن كان إلى وقت قريب يركن إلى الانتقام بمختلف صوره.

كما تطور القضاء في صالح تعويض الأخلاء عن الأضرار التي تلحقهم بحكم معاشرتهم بعد أن كان ذلك غير جائز لدى بعض المجتمعات الغربية، والأمر كذلك أصبح مستقراً بالنسبة للأطفال غير الشرعيين كما سنبينه في حينه، بل أن القضاء توسع في مفهوم الأضرار المعنوية القابلة للتعويض، من ذلك القضاء بالتعويض عن الإهانات والمساس بحرمات المقابر، بل أن المحاكم أصبحت تحكم بالتعويض عن الضرر الجمالي، ومن حق الزوج الذي تصاب زوجته بأضرار تشوه جمالها مطالبة المسؤول بالتعويض، كما أن القضاء أصبح في بعض المجتمعات يقضي بالتعويض عن الأضرار المعنوية والأضرار العاطفية والحزن الذي يصيب مالك الحيوان من جراء فقدده لأليفه بفعل الغير.

وكان هذا التطور كما سنرى فيما بعد يرمي إلى الحد من فكرة الانتقام السائدة لدى بعض المجتمعات وإحلال فكرة التعويض محلها، ومسايرة التطورات الحضارية للمجتمعات الحديثة التي تطورت معها أحاسيس الناس وشعورهم وأصبحوا يجدون في الحكم لهم بالتعويض، ترضية ومواساة.

ولم يستقر الفقه والقضاء على ما هو عليه اليوم إلا بعد تطور طويل عرفته المجتمعات الحديثة، فإذا لم يكن ثمة نزاع قط على أن الضرر المادي يوجب المسؤولية والتعويض فإن الضرر المعنوي كان حكمه محل خلاف

شديد، ففي فرنسا مثلاً ثار خلاف فقهي كبير حول مدى وجوب التعويض عن الضرر المعنوي حتى قال بعض الفقه : «إن هذا الخلاف اتخذ في شموله طابعاً نضالياً، نظراً للمقاومات العنيفة التي كان يواجهها مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي من طرف أعدائه بحجة أن هذا النوع من الضرر لا يمكن تقويمه بالمال، خلافاً للضرر المادي الذي يمكن القاضي أن يقدر تعويضه زاعمين أنه لا يوجد « محل لشراء الشرف » أو السمعة » وأن تقدير الأضرار المعنوية هو بالضرورة تحكيمي Arbitraire » بل أن المسألة كانت تتعلق في نظرهم بأمرين لا ثالث لهما : إما أن يكون للمضرور قدر من الأنفة فيرفض التعويض الذي يكون بالنسبة له مهيناً، أو يقبله، ويكون عندئذ قد أتى فعلاً منافياً للأخلاق ومخلاً بالحياء.

ومن المؤسف كما سنرى أن هذه الآراء عطلت كثيراً إقرار مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، بل أن بعض التقنيات كما سنرى إتخذت نوعاً من الحذر تجاه مسألة إقرار مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي وأثارت حولها جدلاً فقهيّاً كبيراً بين المؤيدين لنظرية التعويض والمنكرين المتطرفين لها، حتى أن آثار ذلك لا تزال قائمة الى يومنا هذا حين يحاول بعض الباحثين التخفيف من حدة الخلاف في صالح نظرية التعويض عن الضرر المعنوي والعمل على تخليص ماخامر الأذهان من عوامل التردد حول إقرار مبدأ التعويض.

وكان لمختلف الدراسات والبحوث العديدة التي تناولت نظرية التعويض عن الضرر المعنوي وإبراز خصائصه أثرها الواضح على الكثير من التقنيات الحديثة « كما سنرى »، تلك التقنيات التي أصبح الضرر المعنوي فيها كالضرر المادي يوجب المسؤولية والتعويض، ولكن مع بعض قيود وردت في شأنه ولم ترد بشأن التعويض عن الضرر المادي كما سيتضح لنا ذلك في حينه.

وكنتم أظن من خلال هذه الدراسات الفقهية ومختلف إجهادات

القضاء، وموقف التشريعات في صالح مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، أنها كافية للنص عليه في تقنيننا المدني الحديث النشأة كتتويج للمجهودات المبذولة والتنويه بالنظريات والحلول التي إنتصرت.

ولكن الغريب كما سنرى أن المشرع الجزائري أغفل بدون مبرر النص على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ! وذلك في الوقت الذي أصبح فيه الإجماع منعقدا على وجوب التعويض عن هذا النوع من الضرر، ولم يجد حتى بعض أعدائه بداً من الإنصياع أمام الحل الذي كانوا قد إنتقدوه، بل أنه أصبح من البديهي في القضاء الفرنسي الذي تستنير باجتهاداته العديد من المحاكم الجزائرية - أن أي حكم يرفض التعويض عن الضرر المعنوي مآله القابلية للنقض وأن القضاء في فرنسا وفي غيرها من البلدان توسع في دائرة الأضرار المعنوية القابلة للتعويض توسعا كبيرا - كما سنحاول توضيحه.

وقد لفتت هذه المسألة إهتمامي، وشدني إليها عامل التطلع والفضول العلمي حتى وجدت نفسي مضطرا الى البحث عن نظرية التعويض عن الضرر المعنوي كمبدأ في المسؤولية المدنية، ولماذا وقف المشرع الجزائري موقفه هذا، منه، خاصة وأن المحاكم عندنا تعمل به وتقضي بالتعويض عن الأضرار المعنوية، وقد شجعني أحد أساتذتي وهو الأستاذ، د علي علي سليمان، أستاذ القانون المدني على تناول هذه المسألة الجديرة بالبحث وارتأيت أن تكون دراستي لهذا الموضوع دراسة مقارنة، لاتعتمد على قانون معين ولا على مذهب فقهي بذاته، وإنما إعتمدت التقصي والبحث وإمكانياته، وقد وجدت كحافز قوي ومبرر لأعداد مثل هذا البحث المتواضع، الظروف التي تعيشها بلادنا بصدد مراجعات التشريعات الوضعية لمطابقتها لمقتضيات مجتمعنا ولاعتقادي الراسخ بضرورة النص على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي والمستحقين له في نصوص تقنيننا المدني، وكلني أمل في أن أكون قد وفقت بهذه الدراسة في إثراء مسألة التعويض عن الضرر المعنوي، وإبراز ملامحها وضرورة الأخذ بها.

وفي سبيل ذلك عمدت الى التقسيم التالي :

تعرضت في الفصل التمهيدي - كمدخل عام للموضوع - لنشأة وتطور المسؤولية المدنية، ثم إنتقلت بعد ذلك، إلى أركان المسؤولية المدنية، من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية.

وتناولت أحد أنواع الضرر، في الباب الأول من البحث، وهو « الضرر المعنوي » كمبدأ في المسؤولية المدنية، والأساس الذي يقوم عليه التعويض عن الضرر المعنوي. وقسمت هذا الباب إلى فصلين : تناولت في الفصل الأول، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي وخصصت الفصل الثاني، لأساس التعويض عن هذا النوع من الضرر.

ولابراز ما استقر الرأي عليه بهذا الصدد اعتمدت في المطلب الأول من الفصل الأول، تفصي موقف الشرائع القديمة من مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في كل من القانون الروماني، والقانون الفرنسي القديم، ثم موقف الشريعة الإسلامية.

أما المطلب الثاني من هذا الفصل، فتناولت فيه، موقف الفقه من مبدأ التعويض، مع استعراض ومناقشة حججهم في ذلك، ثم ما هو الأساس الذي يمكن أن يكون قاعدة للتعويض عن الضرر المعنوي، لأن معرفة هذا الأساس يساعد في اعتقادي على حل مشاكل عديدة منها، تحديد ذوي الحقوق في التعويض، وشروط مباشرة الدعوى وطبيعة التعويض، ووقت نشوء الحق فيه، وسلطة القاضي في تقدير التعويض، وهو الموضوع الذي تناولته في الفصل الثاني، في مطلبين اثنين، خصصت المطلب الأول منهما لنظرية العقوبة الخاصة كأساس للتعويض عن الضرر المعنوي، وبينت بعض صور تطبيقاتها في القوانين الوضعية، ثم الانتقادات الموجهة إلى هذه النظرية، ممهداً بذلك المجال، لعرض نظرية الترضية، في المطلب الثاني، كأساس لفكرة التعويض التي ظهرت على أنقاض فكرة الإنتقام، والعقوبة الخاصة. وختمت هذا الباب بفصل ثالث، تعرضت في المطلب الأول منه، للتطبيقات

التشريعية لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، طبقاً لمختلف النصوص التشريعية الآخذة بهذا المبدأ، وموقف المشرع الجزائري من ذلك، ثم تعرضت في المطلب الثاني إلى التطبيقات القضائية لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، والأساس الذي اعتمد عليه القضاء في ذلك، ثم حالات أو « صور التعويض عن الضرر المعنوي ».

أما الباب الثاني من هذا البحث، فقد خصصته لدراسة طرق التعويض وتقديره والوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض، طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

وقسمت الفصل الأول من هذا الباب إلى مطالب ثلاثة، تناولت في المطلب الأول طرق التعويض، وتعرضت لكل من التعويض العيني، والتعويض بمقابل.

أما المطلب الثاني فقد تعرضت فيه لتقدير التعويض وعناصره، وسلطة القاضي في تقدير حق المضرور في التعويض، وخصصت المطلب الثالث للوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض، هل يكون من تاريخ الحكم به، أو من وقت وقوع الضرر؟ ، ثم تطرقت في الفصل الثاني من هذا الباب إلى الأشخاص المستحقين للتعويض عن الضرر المعنوي، وخصصت المطلب الأول منه إلى رابطة القرابة الطبيعية، أما المطلب الثاني، فتناولت فيه الروابط الأخرى، كحق التعويض للخليلة، والخطيبة، والأبناء غير الشرعيين.

وختمت هذا الموضوع بخاتمة ضمنتها خلاصة للأفكار الأساسية التي وردت في هذا البحث.

الفصل التمهيدي

نشأة المسؤولية المدنية
وتطورها وأركانها

الفصل التمهيدي

نشأة المسؤولية المدنية وتطورها وأركانها

المطلب الأول : مفهوم المسؤولية بوجه عام :

المسؤولية بوجه عام، هي اعتراف أمر يوجب مؤاخذه فاعله وقد تكون هذه المسؤولية أدبية وهي تبعة مخالفة الإنسان لما تجب عليه طاعته⁽¹⁾ وجزاؤها غضب الخالق وتأنيب الضمير وسخط الناس، وتترتب حتى ولو لم يوجد ضرر، وهي أوسع نطاقاً من المسؤولية القانونية. وقد تكون هذه المسؤولية قانونية، وهي إما جنائية تفترض وقوع الضرر بالمجتمع، ولحماية هذا المجتمع من كل ما ينجم عنه إيذاؤه، وصيانة للقواعد التي يقوم عليها المجتمع، كان عقاب من يقدم على الشيء من ذلك زجرأله وردعاً لغيره، وقد تكون مدنية تفترض ضرراً يقع، يكون المضرور فيه فرداً بعينه وشخصاً مسؤولاً يلزم بتعويض الضرر الواقع، والالتزام غالباً ما يكون بتعويض مالي عن طريق دعوى مدنية وهذا هو ما تعنيه هذه المسؤولية في حدود ما يحقق غايتها، ولقيام هذه

(1)- الضمان في الفقه الإسلامي - ط 1971 - الأستاذ علي الخفيف، ص 3

المسؤولية ينبغي توافر طرفين أحدهما هو المتضرر والآخر هو المسؤول عن الضرر الذي يكون ملتزماً قانوناً بالتعويض لمن تضرر، وشرع التعويض أو الضمان كما يسمى في الشريعة الإسلامية كوسيلة من وسائل حفظ حقوق الأفراد وصيانتها.

المطلب الثاني : نشأة وتطور المسؤولية المدنية

نظرية المسؤولية المدنية لم تكن معروفة في المجتمعات البدائية ولم تستقر على الأسس التي تركز عليها في الوقت الحاضر إلا بعد مرورها بمراحل تأثرت فيها بعوامل عديدة⁽²⁾، وبحكم المعطيات الواقعية التي تجددت بتجدد المجتمعات وتطورها من البدائية إلى عصر الابتكارات العلمية والصناعية.

ففي المجتمعات القديمة حيث لم يكن للدولة كيان، كان المجني عليه هو الذي يقتص لنفسه حقه بطريق الثأر من الجاني⁽³⁾ طبقاً لما تمليه عليه غرائزه البشرية التي تحكم السلوك الإنساني، وكان كل فعل يستتبع رد فعل مماثلاً له⁽⁴⁾ بغض النظر عما إذا كان هذا الاعتداء مقصوداً أو ناتجاً عن غير قصد أو صادراً عن إنسان مجرد من التمييز، أو من فعل الشيء دون إرادة ماله، ويقول الفقيه الألماني إهرنج في تكييفه لظاهرة رد الفعل في ظل نظام الشعوب القديمة، أنه كان عنيفاً، ويتجلى ذلك في ناحيتين :

الأول : أنه تعميه العاطفة فيغيب عن نظره الجرم ذاته La culpabilité

الثانية : أنه لا يكتفي بمجرد إصلاح الآثار الضارة للتعدي، ولكن يتطلب

(2) أنظر الموسوعة الجنائية (ص 9) جندي عبد الملك (ط 1) 1942 بيروت.

(3) Traité de droit et de criminologie P. Pierre Bouzat et Jean PENATET.T.I 2^{ème}

Edition 1970 voir P. 84.

(4) - المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية الباب التمهيدي فقرة (1) ط 1958، والفقرة (37) ط 1971، د/سليمان مرقس. معهد الدراسات العربية العالية ج. م. ع.

إرضاء شخصياً Satisfaction personnelle لشعوره المجروح، وبعبارة أخرى يتطلب عقوبة⁽⁵⁾.

إن الرغبة في الانتقام عند الشخص البدائي لم تكن شعوراً غريزياً فقط، بل كانت واجباً مقدساً لدى بعض المجتمعات مما كان يستثير عشيرة الجاني، والتهاون فيه يكون عاراً يلحق بالمعتدى عليه أو عشيرته⁽⁶⁾.

هذه الظاهرة كانت تؤدي عادة إلى المسؤولية الجماعية، فكان المعتدى عليه يحصل على حقه بيده أو بمساعدة أسرته، إذ لم تكن هناك سلطة عامة أو جماعية لتقتص له وعنه من الجاني، مما كان يضيف على تلك النزاعات طابعاً فوضوياً عادة ما يتولد عنه نشوب مناوشات وحروب بين العشائر والقبائل تستمر لفترة طويلة، ولا تنتهي إلا بانتهاء أو انقراض المجموعة المنهزمة، وهذا هو النظام الذي اعتدنا على تسميته نظام القضاء الخاص⁽⁷⁾ Justice privee

الشائع عن هذا النظام أن يفعل المضرور بالقاتل مثلما فعل به⁽⁸⁾ هذا إذا لم تشأ عشيرة المعتدي تسليم «المعتدي» إلى المعتدى عليه للتخفيف من مسؤوليتها التضامنية تطبيقاً لنظام التخلي Abandon-Noxal ولقد تناولت التشريعات القديمة والسماوية القصاص بالتنظيم فنصت عليه تشريعات بني إسرائيل⁽⁹⁾

(5). أهرنج، الخطأ في القانون الخاص (ص 11) مشار إليه في (ص 19) تقدير التعويض إبراهيم الدسوقي.
(6) وأنظر أيضاً مظاهر المسؤولية عند الشعوب البدائية، عبد الواحد وافي ص 103 ط 3. 1963، ودروس في العلم الجنائي، الجريمة والمجرم (7) مصطفى العرجي ط 1. ج 1. 1980، مؤسسة نوفل. بيروت.

N°6 Pierre Bouzat. et Jean. Penatet lit. page 84

هـ.نص سليمان مرقس (ص 5) ط 1958 المرجع السابق، وأنظر الموسوعة الجنائية

(ص 9 م س) وأنظر رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، حول مرحلة

القضاء الخاص (ص 28 وما يليها).

(7) روح الدين الإسلامي (ص 402) فقرة 4 عفيف عبد الفتاح طبارة.

(8). القصاص في الشريعة الإسلامية أحمد إبراهيم رسالة القاهرة 1944 (ص 3)

والقانون الاغريقي القديم⁽¹⁰⁾ كما عرفه أول قانون عرف في روما وهو قانون الألواح الاثني عشر⁽¹¹⁾ وعرفته القوانين الجرمانية، وقوانين العرب الجاهلية بعدما كانت قبائلها تعرف مظاهر المسؤولية الجماعية ليس كنتيجة لجريمة القتل فحسب، بل كانت تتولد أيضاً من جرائم أخرى يعدونها خطيرة كبعض أنواع الضرب والسطو والقذف، والاهانة، وبعض الأمور التي تنال من سمعة القبيلة أو شرفها أو عرضها، كما كان يدفعهم إليها أحياناً الوفاء بالعهود وحماية الضعيف أو الجار⁽¹²⁾.

وبمجيء الإسلام نصت الشريعة الإسلامية على القصاص في قوله تعالى : (النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص)⁽¹³⁾، وعن ذلك يقول الاستاذ عفيف عبد الفتاح إبطالاً لما كان جارياً في جزيرة العرب قبل الإسلام⁽¹⁴⁾. وقد استمر العمل بنظام القصاص حتى وقت قريب منه لما كانت بعض الشرائع تنص عليه كقانون الجزاء العثماني الصادر عام 1858 م.

إذا كان يؤخذ على نظام القصاص أنه كالإنتقام الفردي فإنه يتميز بالتكافؤ بين الاعتداء، ولا يطلق رغبة المعتدى عليه ولا يتعداه إلى القبيلة أو العشيرة، ولما بدا للإنسان البدائي قصور الإنتقام والقصاص في تحقيق رغبته المتمثلة في إرضائه مادياً ومعنوياً، أخذت فكرة الانتقام الفردي تضمحل وتسير في شكل مرن، فأصبح للضحية إن شاء أن يحصل من مال

(9)- فكرة عن اللجنة المدنية الخاصة في اليونان، لوي جيرين، ومهارجي (هنري لفي 1959).

(10)- محاضرات في القانون الروماني (ص 23) عبد السلام الترماني، وانظر نشأة قانون الألواح (12) شفيق الجراح ط 1977 (ص 81) وما يليها في مؤلفه الحقوق الرومانية.

(11) - عبد الواحد وافي (ص 66) وما يليها. م س. الدية في الشريعة الإسلامية (ص 19)، علي صادق أبوهيف، رسالة من القاهرة 1932

(12)- سورة المائدة.

(13) عفيف عبد الفتاح - م. س. - .

الجاني على دية بدلاً من ثأر يتركه بشخصه، وكان ذلك عاملاً على ابتداء نظام الدية الاختيارية كبديل عن القصاص⁽¹⁵⁾ فأصبح المسؤول يدفع إلى الضحية أو إلى أسرته أو قبيلته مبلغاً مالياً يتفق عليه كترضية، وهذا ما عرف تحت تسمية الصلح الاختياري⁽¹⁶⁾، غير أن قبوله كان معلقاً برضاء المضرور مادياً ومعنوياً، الشيء الذي كان يجعل حياة المسؤول تحت رحمة الضحية أو أسرته⁽¹⁷⁾.

هذا النظام عرف في القانون الروماني في الألواح الاثني عشر الذي أجاز الانتقام في حالات معينة، وجرمه في حالات أخرى كما عرف لدى عرب الجاهلية ولم يبلغ مرحلة الدية الاجبارية⁽¹⁸⁾ وعرفته الشريعة الإسلامية وأقرته في الحالات التي يجب فيها القصاص وخولت للمضرور أو أولياء المقتول وهم عصبته الأقربون حق العفو والتنازل عن القصاص وفي حالة العفو تجب الدية.

وخلافاً للقانون الروماني الذي كان يجيز للأشخاص الاتفاق فيما بينهم على التعويض الذي يدفعه المعتدى عليه مع مراعاة المركز المالي للفرد، فإن الشريعة الإسلامية لم تجز للأفراد إلا أن يتنازل من له الحق عن بعض حقه في بعض الفروض⁽¹⁹⁾. أي أن التعويض كان أساساً يخضع لتقدير الأطراف.

ولما تجمعت للدولة مقوماتها الأولية وقوي سلطانها عمدت إلى فرض هذا الشكل فجعلت الدية إجبارية وحددت القيمة التي يجب على الجاني

(14) - سليمان مرقس. (ص 5. م س). وعبد الواحد واني (ص 65 م س).

(15) - المسؤولية المدنية في القانون الجديد، حسن عكوشة (ص 17) فقرة (8).

(16) - أورليان وملاقوس، تاريخ القانون الخاص 1969 فقرة 344 (ص 381) إبراهيم الدسوقي ص 23.

(17) - سليمان مرقس (ص 7 م س، عمر مملوح مصطفى، القانون الروماني 1952 (ص 25) م س.

(18) - مصادر الحق في الفقه الإسلامي (ج 1 ط 1961. ص 49. عبد الرزاق السنهوري.

دفعها، وإلى جانب ذلك التعويض المستحق للمضرور صارت الدولة تتقاضى مبلغاً من المال كضمن لتدخلها⁽²⁰⁾.

غير أن بعض الأضرار بقيت غير قابلة للتقويم بالمال وهي التي تمس الشخص في شرفه وكرامته وشعوره⁽²¹⁾.

إلا أن هذه الدية لم تكن تعويضاً يقصد به إصلاح الضرر على غرار ما يجري الآن، بل كانت عقوبة ومن ثم لم تكن تتناسب مع الضرر، بل مع جسامته الخطأ⁽²²⁾.

لقد اتسمت الدية بنوعيتها بطابع العقوبة الخاصة، ولم تكن الجزاءات المفروضة إلا تطبيقاً لفكرة العقوبة في مواجهة الفعل غير المشروع، ولم تبرز فكرة التعويض إلى الوجود كما هي عليه الآن، لكون المسؤولية المدنية كما أسلفنا لم تعرف في التشريعات القديمة ولا في الجماعات البدائية، ولذلك كان التعويض يتصف بالصفة الجنائية، وكان الحق في التعويض ينقضي بموت المسؤول، ولا ينتقل إلى الورثة⁽²³⁾.

والواقع أن الدراسات المختلفة للقوانين البدائية تبرز مراراً الخلط بين فكرة العقوبة وبين التعويض⁽²⁴⁾ ومن آثار ذلك أن الدعوى المتولدة عن الجنيحة لا ترجع للدولة وإنما للفرد فالردع والتعويض ظلا مند مجين في الغراء المالية، ويقول الأستاذ (عبد الحي حجازي) إن السبب في ذلك يرجع إلى

(19)- الموسوعة الجنائية (ص 9. م س).

(20)- وأنظر حسن عكوشة (ص 17) المرجع السابق. ROUBIER : La théorie générale, de droit. Edit 1946 supra 4.

(21)- عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام (ص 25) فقرة 640.

(22)- سليمان مرقس م س.

(23)- ROUBIER : Supra 4 Op.

أن التعويض يقاس بالضرر، على خلاف ما يحصل في القانون الجنائي إذ تقدر العقوبة على أساس جسامة الخطأ⁽²⁵⁾.

لقد بدأت معالم انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية تبرز إلى الوجود، فلما كانت السلطة المركزية في المجتمعات القديمة تقتصر في تدخلاتها على المنازعات الخاصة لفرض الدية على الجاني لمصلحة المجني عليه، ظهر أن بعض الأفعال يمتد ضررها إلى المجتمع ولا يقتصر على الأفراد فقط، وحفاظاً على التنظيم الاجتماعي أصبحت الدولة تعاقب على ارتكاب تلك الأفعال.

هذا التدخل من طرف الدولة ساعد على بروز معالم التفرقة بين المسؤولين المدنية والجنائية⁽²⁶⁾.

وترتب على ذلك أن أصبحت الجرائم نوعان، جرائم خاصة وتقتصر الدولة فيها على فرض الدية المحددة على الجاني.

وجرائم عامة : تملك فيها الدولة توقيع العقوبة بإسم المجتمع وأصبح ينظر إلى أنها نوع من الترضية وتعويض للمضرور أكثر منه عقاباً للمتسبب في الضرر، ولذلك نشأ حق التعويض على أنقاض - حق الثأر، وهكذا نشأت المسؤولية المدنية في أحضان المسؤولية الجنائية.

وكانت الدية في ظل القانون الروماني (الألواح 12) كما أسلفنا متصفة بطابع العقوبة، ومن آثار ذلك أن الحق فيها كان ينقضي بموت الجاني، على عكس ما يجري عليه القانون اليوم، ولم يكن يجوز مطالبة ورثته بها⁽²⁷⁾ ولما جاء بعده قانون أكيليا حاول تقييد حق المطالبة بالغرامة بعد أن قسم الجرائم إلى جرائم عامة وجرائم خاصة بشروط منها :

(24). عبد الحمي حجازي. م س.

(25). المعنى، سليمان مرقس (ص 6. م س) وانظر ROUBIER. Supra 4 : Op

(26). أطر سليمان مرقس (ص 17) م س.

- 1 - وقوع الجرائم على الأشياء المادية المملوكة للغير دون حق.
- 2 - أن تكون هذه الجرائم إيجابية لا سلبية « كمجرد الامتناع » بخلاف ما يحدث اليوم من عدم التفرقة بينهما، فالامتناع يكون جريمة اليوم في بعض الأحيان.
- 3 أن يحدث هذا المساس بفعل مادي من الجاني يقع مباشرة على مال الغير بالإضافة إلى شروط أخرى غايتها التضيق من نطاق تطبيق هذا القانون.

ولما جاء البريتور والفقهاء فيما بعد حاولوا توسيع دائرة حق المجني عليه في المطالبة بالغرامة، كلجؤهم إلى الاستعانة بدعوى الغش التي ينص عليها قانون أكيليا، كالحكم على المدلس في بعض المسائل بغرامة كعقوبة خاصة بقيمة ما سببه من ضرر للغير بتدليس، وظل القانون الروماني حتى أواخر عهده متمسكاً بقاعدة، أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، Nulla Poena, Sine, Lège⁽²⁸⁾.

إن القانون الروماني لم يعرف مبدأ عاماً للمسؤولية المدنية، وإنما عرف حلولاً جزئية لحالات معينة، ولم يكن القانون الروماني ينص على أن وقوع أي خطأ من قبل الجاني يرتب المسؤولية، بل كان يرتب المسؤولية على أساس التعدي المادي وما ينشأ عنه من ضرر.

وقد تأثر القانون الفرنسي القديم بالتزعة الرومانية، ولم يميز فقهاء هذا القانون بين الجرائم التي تقع على الأشخاص وتلك التي تقع على الأموال إلا في بداية القرن الثالث عشر 13 إذ اعتبر الاعتداء الواقع على أموال الغير جريمة تخول الحق للمضرور في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، في حين ظلت الجرائم الواقعة على الأشخاص متصفة بالطابع الجنائي قصد

(27) - سليمان مرقس (ص 17) م س.

نوفع العقوبة على الجاني والزامه بالتكفير عن ذنبه تكفيراً مدنياً⁽²⁹⁾ وأصبح حق المطالبة بالتكفير المدني ينتقل بعد المجنى عليه إلى ورثته فقط، بل إلى أولياء الدم، أي أقاربه الأقربين.

وظلت المسؤولية المدنية مرتبطة بالمسؤولية الجنائية حتى (القرن 17) عندما جاء الفقيه الفرنسي الكبير «دوما» ووضع مؤلفه عن القوانين وتأسيسها بوجه عام على خطأ المسؤول، وإذ كان هناك جانب من الفقه يرجع إلى دوما، الفضل في وضع مبدأ عام يقضي باعتبار المرء مسؤولاً عن الأضرار التي تحدث بفعل أي شخص سواء كان هذا الفعل نتيجة عدم تبصر أو طيش أو جهل بما ينبغي العلم به، أو أي خطأ مماثل مهما كان يسير يلزم بتعويضه من نسب في حدوثها بعدم تبصره أو بأي خطأ آخر ولو لم يقصد إحداث هذه الخسائر أو الأضرار⁽³⁰⁾ فإن الأستاذ عبد الحي حجازي يرجع الفضل في ذلك إلى رجال الكنيسة الذين كانوا يقولون : أن كل ضرر يستوجب مساءلة من تسبب في وقوعه⁽³¹⁾.

ولعل الفقيه دوما كان متأثراً بهذه النظرية، ثم جاء من بعده، بوتيه الذي ميز بين الجرح المدنية، وأشباه الجرح باعتبارهما مصادر للالتزام. ورغم أن المسؤولية المدنية قد انفصلت عن المسؤولية الجنائية فإن الخلاف لا يزال قائماً حول وحدة المسؤولية المدنية أو ازدواجها رغم أن القانون الروماني كان قد أشار إلى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ووضع للمسؤولية العقدية دعاوي خاصة بهما، ولكن لم تبرز معالم الفصل بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية من قبل بوضوح إلا في (القرن 19) بعدما قام فيه بلجيكي «سانكتليت» في عام 1885، بوضع كتاب عن المسؤولية

(28). سليمان مرقس (ص 17) م س.

(29). دوما في كتابه : القوانين (Les lois civiles) أنظر كولان وكابان ط 9. ج 3. نبذة 1286، ومازو نبذة

38 ع. سليمان مرقس (ص 13) م س.

(30). عبد الحي حجازي م س.

العقدية والتقصيرية، حيث وضع للمسؤولية العقدية اسماً خاصاً « أسماء الضمان » La garantie مما ساعد على إظهار الفروق بين المسؤوليتين وفتح مجالاً للمناقشة⁽³²⁾.

لكن رغم ذلك فإن النظرية التقليدية التي تنادي بازدواج المسؤولية ومحو الفوارق بين المسؤوليتين لا تزال صامدة، ويقول الأستاذ، محمود جمال الدين زكي، إن أنصار وحدة المسؤولية المدنية لم يفلحوا في هدم النظرية التقليدية⁽³³⁾.

ويذهب الفقه الحديث إلى التسليم بوجود فروق بينهما تبرز بوضوح في خضوع إحدهما لقواعد تختلف عن تلك التي تنظم الأخرى تكفي للابقاء على التمييز بينهما، ومن ثم لازدواج المسؤولية، وليس مجال بحثها هنا.

وبعد وضع القانون المدني الفرنسي في مطلع القرن 19 ظلت فكرة الخطأ هي السائدة فترات طويلة فتأسست نظرية المسؤولية الشخصية، وهي النظرية التقليدية التي تشترط لقيام المسؤولية خطأ ثابتاً - أو مفترضاً، غير أن النظرية الشخصية للمسؤولية تعرضت للنقد بظهور فكرة المخاطر⁽³⁴⁾، ثم ترسخها على أكثر من صعيد وأساسها المسؤولية الموضوعية وهي النظرية التي تكفي بالضرر للقول بالتعويض دون حاجة للتقصي عن الخطأ⁽³⁵⁾.

وهذه النظرية تعتبر أن الإنسان يسأل عن كل فعل أتاها ولو لم يكن مخطئاً، فمبدأ المسؤولية في ظل نظرية تحمل التبعة هو، الغنم بالغرم، وتقييم علاقة مادية بين ذمتين ماليتين، والغاية من المطالبة بالتعويض هي إعادة التوازن بين الذمة المفتقرة للمضروب والذمة المالية للمسؤول التي أثرت على حساب ذمة الضحية.

(31)- محاضرات المسؤولية المدنية. علي علي سليمان، ملقاء على طلبة الماجستير 79/78. غ. م.

(32)- مشكلات المسؤولية المدنية ج 1 ط 1978 (ص 5. ف. 2 - جمال الدين زكي).

(33)- في أواخر القرن التاسع عشر (19).

(34)- ويعتبر، سالي وجوسران، وصافتيه، من أشد المتحمسين لهذه النظرية.

والذي حمل على التحمس لهذه النظرية والمناداة بها هو توفير الضمان للمتضرر، وقد ساعد على إبراز هذه النظرية التقدم العلمي وانتشار الآلات الذي تواكبه الحوادث وتلحق بالعمال أضراراً⁽³⁶⁾ مما جعل القاعدة التي وضعنها المسؤولية المدنية وهي الخطأ، غير كافية، إذ غالباً ما يتعذر على العامل الذي يصاب بحادث في المصنع أن يحصل على تعويض من صاحب العمل لأنه ليس بالأمر الهين على العامل الذي يجهل تقنيات الآلة إثبات عطلها، ولما كان لرب العمل مغنم من الآلة، فمن العدل أن تكون عليه موارمها حتى ولو لم يكن مخطئاً، وهذا ما أدى بالمشرع الفرنسي في سنة 1898، إلى إصدار قانون يقضي بمسؤولية خاصة تتعلق بحوادث العمل إلى حوار المسؤولية العامة القائمة على الخطأ، ومنذ أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها الشهير في قضية، جان دير بتاريخ (1930/2/13) استبدلت عبارة الخطأ المفترض *Présomption de faute* عبارة المسؤولية المفترضة *Présomption de responsabilité*، إذ قضت بأن المسؤولية المفترضة التي نصت عليها م 1384/م ف بالنسبة لحارس الشيء الذي ألحق بالغير ضرراً، لا يمكن التخلص منها إلا بإثبات الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، أو السبب الأجنبي الذي لا يدلله

ب⁽³⁷⁾

وقد لاحظ أنصار المسؤولية الموضوعية أن انتشارها نظراً لغايتها الاجتماعية جعل التعويض يتخلص من طابع العقوبة وأصبح يستهدف إصلاح الضرر، ويكون عنصر الضرر هو المعوّل عليه لايجاب التعويض من دون الخطأ الذي يقابله الجزاء.

(36). عبد الحمي حجازي م س.

(37). والوز 1930، 1، 57، مع تعلق، لريير، سيرى 121.1.1930 مع تعليق لاسمان.

المطلب الثالث : أركان المسؤولية المدنية :

المسؤولية التقصيرية كالمسؤولية العقدية، لها أركان ثلاثة : الخطأ، الضرر، علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر⁽¹⁾.
وسأتطرق لهذه الأركان بنوع من الإيجاز، لابرار مقومات المسؤولية المدنية وأهمية الضرر كركن فيها، كتمهيد لتناول أحد أنواعه، وهو الضرر المعنوي، بالبحث.

أولاً : الخطأ كركن في المسؤولية المدنية : عرف الخطأ كركن في المسؤولية المدنية منذ عهد بعيد، وقد استقى القانون الفرنسي فكرة الخطأ من الفقيهين (دوما) و (بوتيه) اللذين أخطأ عندما كانا يقولان بأن القانون الروماني كان يقسم الخطأ في المسؤولية العقدية إلى ثلاثة أنواع :

1- خطأ فاحش، *Culpa lata*، وهو ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه أقل الناس عناية وانتباهاً.

2 - خطأ متوسط أو يسير *Culpa lévis*، وهو ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه الرجل العادي.

3 - خطأ تافه *Culpa lévisima* وهو الذي لا يرتكبه الرجل الشديد الحرص.

في حين يسأل الشخص في المسؤولية التقصيرية حتى عن الخطأ التافه : *In lége aquilia es culpa lévisima venit.*

غير أن هذه النظرية لم يكتب لها النجاح، وأصبح الفقه يجمع على أن مجرد الإخلال بالتزام تعاقدية، أو التأخر في تنفيذه يرتب خطأ يوجب المساءلة عنه، فالخطأ إذن ركن في المسؤولية المدنية، تقصيرية أم عقدية، وأصبح المعيار المعول عليه في الخطأ، هو معيار الرجل المعتاد، وأساسه سلوك الشخص العادي *Le bon père de famille.*

(1)- الوسيط للسهوري (ص 755) والنظرية العامة للالتزام، عبد الحي حجازي (ص 35) وما يليها.

إن كافة التشريعات الوضعية تنص على الخطأ كركن في المسؤولية المدنية⁽²⁾ ومنها التقنين المدني الجزائري في المادة 124، التي استعملت عبارة (عمل) بدلاً من خطأ، وكان القول يستقيم لو استعمل المشرع عبارة خطأ لأن عبارة (عمل)⁽³⁾ المستعملة في التقنين المدني الجزائري توحي بأن المشرع خلط بين المسؤولية التقصيرية التي تجعل الخطأ ركناً فيها، وتلك النظرية التي تعرف بنظرية تحمل التبعة « Théorie de risque » التي تعتبر الضرر كأساس للتعويض، وتسقط الخطأ، حيث تكتفي بالقول بأن كل شخص يرتكب فعلاً ويسبب ضرراً للغير، وتقوم بينهما علاقة سببية، تجب المسؤولية⁽⁴⁾.

وبصدد ركن الخطأ قبلت عدة آراء متضاربة حول تحديد مفهومه، وأهمها تعريف الفقيه (بلانيول)، الذي يعرف الخطأ بأنه هو : الإخلال بالتزام سابق⁽⁵⁾.

« La faute est un manquement à une obligation préexistante ».

ولما كان هذا التعريف يطرح هو الآخر مسألة معرفة ماهي الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ، فإن الفقيه بلانيول تطرق إلى تقسيم أنواعه : مما جعل تعريفه معيباً.

(2) المادة 163 م م، تنص على أن (كل خطأ) سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ويقابلها في النصوص العربية الأخرى م 166، ليبي، و 164 م سوري، والمادتان 82 - 83 تونسي و 77، 78 مغربي، و 122، 123 لبي. و 204 م عراقي.

(3) وقد جاء في المادة 124 م ج مايلي : كل (عمل) أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض.

(4) ومن مصدر هذا الخطأ يقول الأستاذ (علي علي سليمان) في محاضراته 79/78، الملقاة على طلبة الماجستير (ظهور مسؤولية) أن المترجم للنص العربي للمادة 124 م ج أسقط لفظ (الخطأ) وقد نقل نص م 151 م مصري لهم خطأ حرقاً، في حين أن نص المادة 124 في النسخة الفرنسية نقل نص المادة 1382 م فرنسي حرفياً.

(5) بلانيول، فقرة 863، منقول عن الوسيط للسنيوري (ص 778)، وأنظر أيضاً محاضرات المسؤولية المدنية (ص 61)، سليمان مرقس م س، وأنظر أيضاً، حبيب إبراهيم الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية (ص 1) صالحتها. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1979.

- وظلت فكرة تحديد الخطأ مطروحة رغم كل المفاهيم التي قدمت كمحاولة لتعريف الخطأ.

- ويذهب الأستاذ، عبد الحي حجازي إلى تحديد ماهية الخطأ بقوله : هو انحراف الشخص في سلوكه مع إدراكه لهذا الانحراف⁽⁶⁾ - ولعل هذا التعريف أقرب من المعيار المعول عليه في الخطأ، الذي يعتد بسلوك الرجل المعتاد لمعرفة ما إذا كان الشخص العادي قد انحرف عن السلوك العادي أم لا ؟

- إن التشريعات الوضعية لم تتعرض لتعريف الخطأ، ما عدا المشرعين التونسي والمغربي، اللذين حاولا تعريفه في المادتين 83 - 3/78 مقتصرين على خطأ الإهمال دون العمد فنصت المادتان (83 و 3/78) على أن الخطأ هو عبارة عن إهمال ما يجب أو إتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الإضرار.

- وهذا التعريف الذي قال به المشرعان التونسي والمغربي جاء متأثراً بالتعريف الذي نادى به الفقيه بلانيول عندما قال بأن الخطأ هو الإخلال بواجب سابق.

في حين اكتفى المشرع الفرنسي ومن حذا حذوه بترك مسألة تعريف الخطأ إلى الفقه الذي حاول في اجتهاداته، التوصل إلى تحديد الخطأ، ولم تسلم محاولاته من النقد.

- إن الخطأ لا يقوم كركن إلا إذا كان مرتكبه مميزاً حتى يدرك أنه مخطئ وهو الأصل، وعلى المضرور عبء إثبات الدليل على خطأ ارتكبه المسؤول، والخطأ هنا واجب الإثبات.

وقد يكون الخطأ كما في حالة مسؤولية متولي الرقابة مفترضاً افتراضاً يقبل إثبات العكس، ويكون ذلك سواء بالقيام بنفي الخطأ، أو بإثبات السبب الأجنبي الذي تدخل وأحدث الضرر مما ينفي قيام علاقة السببية.

(6)- عبد الحي حجازي (ص 34) وما يليها م س.

وقد يكون الخطأ مفترضاً افتراضاً غير قابل للإثبات العكسي، كما هو الحال في مجال المسؤولية عن الأشياء الجامدة، إذ تعد هذه الحالة من ألد حالات الخطأ، غير أن إمكانية التخلص من الخطأ تظل في جميع الحالات ممكنة بإثبات السبب الأجنبي، أي القوة القاهرة، أو الحادث الشخصي، أو خطأ المصاب أو خطأ الغير.

- إن الخطأ لم يعرف تعريفاً متفقاً عليه، رغم أنه من المسلم به أنه ركن واجب في المسؤولية المدنية.

- إن السبب في عدم تعريف الخطأ تعريفاً جامعاً مانعاً، يكمن في أن فكرة الخطأ غير محددة، لأنها تتصل بالأخلاق من قريب، ولما كانت فكرة الأخلاق يعوزها التحديد والضبط لزم أن تكون فكرة الخطأ غير محددة ولا منفصلة⁽¹⁾.

- إن المتفق عليه فقهاً وقضاء⁽⁸⁾ يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية، فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانوني، كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدي.

- والإخلال بالتزام القانوني يكون دائماً إخلالاً بالتزام ببذل عناية، وسنذكر ذلك الرجل العادي المميز.

- في حين أن الإخلال بالتزام عقدي إما أن يكون إخلالاً بالتزام ببذل غابة، أو بالتزام ببذل عناية.

ويقوم الخطأ على عنصرين :

(أ) عنصر مادي أو موضوعي : وهو الانحراف.

(ب) عنصر معنوي : وهو الإدراك.

(1) - عبد الحمي حجازي، النظرية العامة للتزام، ج 2، (ص 443).

(8) - مسعودي (ص 778) م س.

1 - العنصر المادي : الانحراف أو التعدي

- الانحراف أو التعدي قد يكون عمدياً، وقد يكون غير عمدي ومعياري التعدي معيار موضوعي لا ذاتي.

- إذا تعمد شخص الاضرار بالغير، نكون، أمام ما يسمى بالجريمة المدنية.

- أما إذا لم يتعمد الاضرار بالغير كأن أهمل أو قصر، فنكون أمام ما يسمى بشبه الجريمة المدنية.

- والانحراف أو التعدي يقاس بمعيار مجرد Inabstracto بمعنى أن ينظر عند الحكم على الفعل الضار إلى شخص مجرد، لا إلى شخص الفاعل « Inconcréto » أي ينظر إلى مدى درجة هذا الشخص من اليقظة والفطنة.

- ويذهب الأستاذ السنهوري⁽⁹⁾ إلى التمييز في مجال المسؤولية المدنية بين الخطأ التقصيري، ويقول بالرجوع عند قياس الانحراف إلى الشخص اليقظ، ومن ثم يحاسب على أقل انحراف صدر منه، أما بصدد الخطأ التعاقدى فينظر إلى الشخص العادي لا اليقظ الحريص جداً، ولا المهمل البليد جداً.

- وهذا الرأي كما نلاحظ يقترب من ذلك الذي استمده الفقيهان الفرنسيان دوما وبوتيه من القانون الروماني.

- والأمر كما أسلفنا⁽¹⁰⁾ أن لا فرق بين الخطأ التعاقدى والخطأ التقصيري والمعياري المعول عليه لدى غالبية الشراح هو معيار سلوك الشخص العادي « Le bon père de famille » الذي هو من نفس طائفة الشخص الذي وقع منه الاعتداء، وفي نفس ظروفه الخارجية لا الداخلية.

إن التجرد من الظروف الداخلية دون الظروف الخارجية، يعني

(9) - الوسيط (ص 782) وما بعدها.

(10) - أنظر التقسيم السابق لأنواع الخطأ والرأي المستقر عليه.

الاعتداد بالسلوك المألوف من الشخص العادي الذي يتجرد من جميع الظروف الذاتية الملازمة لشخصه، لأنها ظروف داخلية متصلة به، وإذا ما نجم عن الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي ضرر لحق شخصاً آخر، فإن عبء الإثبات، يقع على المضرور، لأن المسؤولية تترتب على عمل شخصي، والعمل الشخصي كما هو معلوم يقوم على الخطأ الواجب الإثبات، وهذا الحكم ينطبق في المسؤولية التقصيرية، كما ينطبق في المسؤولية العقدية، إذ يجب على الدائن أن يثبت أن المدين قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي، لتترتب المسؤولية في ذمته، وعلى المدين للتخلص من مسؤوليته أن يثبت أنه قام بتنفيذ التزامه⁽¹¹⁾

وهناك حالات نكتفي بذكرها دون التعرض لها بالشرح، تجعل الانحراف أو التعدي، عملاً غير مشروع، إذ يتوفر فيها عنصر الخطأ، ولكن فيها تعويض⁽¹²⁾ وهي حالة الدفاع الشرعي بقيود وشروط تضمنتها المادة 128 م ج وحالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس، م 129 م ج وحالة الضرورة، م 130 م ج والتي يخفف فيها التعويض.

(ب) العنصر المعنوي : الإدراك

نطبقاً لنص المادة 125 م ج، يسأل الشخص كقاعدة عامة عن كل أعماله غير المشروعة طالما صدرت منه وهو مميز⁽¹³⁾ وهذا ما قضت به المادة 164 م م أيضاً⁽¹⁴⁾.

(11). ج/ إثبات الخطأ العقدي، السهوري في الوسيط،قرة 429 (ص 659 و 785 م س).

(12). عبد الحي حجازي (ص 37) م س.

(13). المادة (42) مج تجعل سن التمييز (16 سنة).

(14). القانون المدني المصري يجعل سن التمييز (7 سنوات).

- فمناط المسؤولية إذن هو التمييز، لذلك لا يكفي ركن التعدي ليقوم الخطأ وإنما وجب إلى جانبه أن يكون الشخص الذي أتى الفعل مدركاً ومميزاً لأعماله.

فالقانون لا يكتفي بالعنصر الموضوعي البحث المتمثل في الانحراف عن مسلك الرجل العادي، بل يتطلب فوق ذلك عنصراً ذاتياً « شخصياً » هو التمييز أو الإدراك وانطلاقاً من ذلك فإن الشخص لا يسأل مسؤولية تقصيرية عند حصول انحراف منه إلا إذا كان مدركاً لما يصدر منه : ويكفي لاعتباره مدركاً أن يكون مميزاً فالمعيار في المسؤولية التقصيرية هو التمييز، ولا مسؤولية دون تمييز.

فالصبي غير المميز أي الذي لم يبلغ سن 16 من العمر، والمجنون الذي يكون مختل العقل اختلالاً مستديماً أو طارئاً، والمعتوه عتياً تاماً، ومن فقد رشده لسبب عارض، كالمرض والغيوبة... الخ. فهؤلاء لا يسألون لأنه لا يمكن أن ينسب إليهم الخطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم.

هذه النظرية التي كان الرأي مستقراً عليها، ما فتئت تطرح على بساط البحث ثانية في مطلع القرن الأخير، إذ سارع أنصار نظرية المسؤولية الموضوعية (تحمل التبعة) إلى القول بالمسؤولية حتى ولو انعدم التمييز، لأن مؤيدي هذه النظرية يؤسسون قيام المسؤولية على الضرر، ولذلك يقولون بأن المجنون مثلاً، إذا لم يكن قادراً على ارتكاب خطأ، فبإمكانه إحداث ضرر. ولهذا فالقول بمعيار الرجل العادي، يعني، أن تقاس أعمال الشخص التي تصدر منه، عند تقديرها، بتلك الأعمال التي تصدر عن سلوك مألوف من شخص في نفس منزلته، أي إذا كان الشخص غير مميز فإن سلوكه يقاس بعمل شخص غير مميز، وعندئذ فإذا قدر بأن سلوك الشخص غير المميز كان قد انحرف عن السلوك المألوف من شخص عديم التمييز، فإن هذا الشخص يسأل، أما إذا أثبت بأنه لم ينحرف فلامسؤولية آنذاك.

هذا في حالة القول بأن الخطأ يقوم على ركن التعدي فقط، إلا أن الخطأ إلى جانب قيامه على ركن التعدي يشترط فيه توافر ركن الإدراك، والمسؤولية المدنية تقوم على التمييز، ومن هذا الرأي الأستاذ السنهوري الذي يخلص إلى القول، بأن المسؤولية المدنية لا يمكن تجريدها من العامل

الأدبي، فهي تقوم على التمييز والشخص الذي لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا تجوز مساءلته لأديباً، ولا جنائياً، ولا مدنياً، مادامت المسؤولية تقوم على الخطأ⁽¹⁾.

ثانياً : الضرر Le Préjudice

لا يعثر على تعريف جامع مانع للضرر في نصوص التقنين المدني، بالرغم من أن فكرة الضرر وردت في كل النصوص، م 124 إلى 140 م ج وكذلك حتى في المادة 176 ومايلها المخصصة لتنفيذ الالتزام بالمقابل نعثر على فكرة الضرر⁽²⁾ والملاحظ أن هذه المواد التي تعطي توضيحات هامة عن الضرر القابل للتعويض. لا تقدم تعريفاً للضرر، وإنما يستنتج من دراستها، ضرورة وجود ضرر ولا مسؤولية بدونه.

ومجارة للفقهاء نعرفه⁽³⁾ بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له⁽⁴⁾ سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك.

(1) - الوسيط (ص 798) ومايلها، م س.

(2) المواد 176. 177. 182. 184. 185. 186. م. ج. وهي واردة لا بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فقط ولكن أيضاً بالنسبة للمسؤولية العقدية.

(3) مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية (ص 7).

(4) وبقصد بالمصلحة المشروعة طبقاً لنصوص المسؤولية المدنية التقصيرية، الاعتداء على مصلحة بحميها القانون، إذ أن الاعتداء على مصلحة غير مشروعة لا يفتح باب التعويض، وقد استقر قضاء محكمة النقض في فرنسا طويلاً على اشتراط ثبوت المصلحة المشروعة المحمية قانوناً، ونذكر هنا بالتعريف الشهير للقانون الشخصي الذي اقترحه الفقيه الألماني الكبير (إهرنج) والذي أصبح يتصف بنوع من المغالاة، ومخالفاً لمصالح الضحية، عندما يعرف الضرر بأنه اعتداء على مصلحة مشروعة دون الاهتمام بمعرفة ما إذا كان القانون الموضوعي قد خصص نصاً لحماية هذه المصلحة، كما هو الحال مثلاً، فيما يتعلق بالمصلحة المشروعة الاقتصادية م. 621 م. ج. وبهذا الصدد يقول الأستاذ (انتوان فيالار)، في مؤلفه في القانون المدني الجزائري ط. 80. إن فكرة المصلحة المشروعة التي يشكل الاعتداء عليها ضرراً، تعد ضيقة وغامضة في حد ذاتها، مما يتعين معه البحث عن فكرة نسيية تستمد من المفهوم الاقتصادي والسياسي والاجتماعي، ويمنح للقاضي، خاصة في بلد فني كالجزائر يعتنق الاشتراكية كمذهب - سلطة كاملة في تقدير ما يمكن أن يكون مصلحة مشروعة للفرد.

والضرر ركن متفق عليه حتى عند أنصار النظرية الموضوعية الذين يجعلون منه أساساً لنظريتهم، فلا يكفي لوجوب هذه المسؤولية أن يقع من المسؤول فعل خاطيء، وإنما يجب أن يترتب على هذا الفعل ضرر يصيب الغير، ولذلك يقولون لامتسولية ولا تعويض إذا انتفى الضرر⁽¹⁾ وهذا على ماتقده قاعدة لادعوى بغير مصلحة⁽²⁾ Pas d'interêt pas d'action.

ولما كان الضرر واقعة مادية فلا بد أن يثبت الضرر أن ضرراً أصابه حتى يحصل على التعويض، وذلك بكافة طرق الاثبات⁽³⁾ وفي هذا تفرق الامسولية المدنية عن الامسولية الجنائية التي يمكن أن تقوم بغير حدوث ضرر، كما في حالة الشروع في بعض الجرائم فهو معاقب عليه ولولم يترتب عليه ضرر ما، كما تفرق عن الامسولية الأدبية فيما توجه من مؤاخذه عن الخطأ بغير النظر إلى نتائجها ولولم يترتب عليه ضرر للغير.

ولذلك إشتراط التقنين المدني الجزائري، الضرر كركن من أركان الامسولية المدنية، فيما نص عليه بالمادة (124) من أن يكون العمل « أي الخطأ » الموجب للتعويض قد سبب ضرراً للغير بغير تحديد لقدر الضرر.

ما يستتبع قيام الامسولية بأي قدر من الضرر.

فمن المتفق عليه إذن أن الضرر ركن أساسي وواجب في الامسولية المدنية، وبصدد هذا الركن هناك فارق يقوم فيما بين الضرر المادي والضرر

(1) ومن هؤلاء الفقهاء - ديموج - ومازو - وسوردا - وبسود - وبارد وكولان وكابنان - مصطفى مرعي (ص 118، ف 122 هامش، وغيره من الفقهاء العرب.

(2) حسين عامر - وعبد الرحيم عامر، السؤولية المدنية، ط 2. 1978 الصفحة 332، سليمان مرقس، السؤولية المدنية ط 1958.

(3) عبد الرزاق السنهوري (ص 855)، حجازي، النظرية العامة للالتزام (ص 85 م. س).

المعنوي⁽⁴⁾.

فالضرر إذن إما أن يكون ماديًا matériel أو معنويًا⁽⁵⁾ moral وسأنتقل
للتعريف فيما يلي »

أولاً : الضرر المادي Le préjudice matériel

- والضرر المادي هو الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو
ينترتب عليه انتقاص حقوقه المالية، أو تفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة
مالية، بمعنى أن نطاق التعويض يقتصر على الضرر الذي يلحق بالمال أي
بالذمة المالية⁽⁶⁾ وهذا النوع متفق على التعويض عنه بالاجماع ويقول الأستاذ
دورفيل، : نكون أمام ضرر مادي كلما كان الضرر قابلاً للتقدير النقدي ونكون

« La réparation du préjudice moral. Thèse Grenoble 1938 François-Givord – Voir⁽⁴⁾
préface »

هذا التقسيم الثاني للضرر إلى مادي ومعنوي متفق من جانب بعض الفقهاء الذين يقولون باستبداله بمصطلح آخر
يهم على الأقسام الرئيسية للحق، ومنهم الأستاذ جيفور الذي يقول بمواجهة الضرر المالي بالضرر غير المالي، وذلك
لأنه لما يكون قد لحق بالضحية من ضرر يكون مصدره هذا الصنف أو ذاك، والأمر كذلك عند مازوتونك وغيرهم،
وبدو أن هذا الرأي وجد صدق له في المشروع الفرنسي - الإيطالي للالتزامات والعقود، حيث عبرت م 1/81 عن
الضرر المعنوي بالحقوق العائلية للمرء، واعتبر الضرر المعنوي هو ذلك الذي يقتصر على ما يتصل بشخصية
المرء بحقوقه العائلية.

Celui qui ne touche en aucune manière le patrimoine et cause seulement une douleur
morale à la victime.

ولكن ما هي الحقوق التي يعتبر المساس بها ضرراً أدنياً ؟ يبدو من العسير حصرها بصورة دقيقة لأن الحقوق غير
المالية عديدة، بالإضافة إلى أنها تختلف باختلاف الزمان والمكان طبقاً للتطور الأخلاقي والتقدم الاجتماعي خلافاً
للحقوق المالية التي تمكن صاحبها من الحصول على مبلغ نقدي.

- Mazaud et Tunc traité théorique et pratique de la responsabilité civile T.I supra⁽⁵⁾
295.

ونظر أيضاً محمود جمال الدين زكي مشكلات المسؤولية المدنية (ص 71). م. س.

- Voir Colin et Capitan – Cours de droit civil français T.I n° 87 et – H.Pirrou. Les⁽⁶⁾
droits de responsabilité Revue du droit civil 1909 P. 503 – V – Lalo. Responsabilité
civile n° 61.

أمام ضرر غير مالي على حد تعبيره في جميع الحالات التي لا يجوز فيها التعويض النقدي عن الأضرار التي لحقت بالمضرور⁽⁷⁾.

ومثال الضرر المادي، المساس بالحقوق الشخصية كالتعدي على الملك ، فهو إخلال بحق، ويعتبر ضرراً، وكذلك المساس بحق الانتفاع والارتفاق والدائنية وحقوق المؤلف والمخترع، إلا إذا لم يترتب على هذا المساس انتقاص للمزايا المالية التي تخولها هذه الحقوق لأصحابها، إذ يكون الضرر في هذه الحالة الأخيرة ضرراً معنوياً⁽⁸⁾ بل أن كل إخلال بحق مالي ثابت، عينيّاً كان هذا الحق أو شخصياً هو ضرر مادي⁽⁹⁾، وكذلك كل مساس بصحة الإنسان وسلامة جسمه، إذا كان يترتب عليه خسارة مادية، كالإصابة التي تعجز الشخص عن الكسب عجزاً كلياً أو جزئياً وتتطلب علاجاً يكلف مصاريف ونفقات.

- وقد يكون الضرر إخلالاً بمصلحة مالية للمضرور.

فالضرر المادي إذن، ليصح تعويضه يجب توافر شرطين :

1 - أن يكون ناشئاً عن الإخلال بمصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية.

2 - أن يكون الإخلال بالمصلحة محققاً لا احتمالياً.

وسأتعرض للشرطين بالبحث بإيجاز :

أولاً : الإخلال بمصلحة المضرور :

إن الضرر الناشئ عن الإخلال بمصلحة المضرور، يجب أن يكون واقعاً على مصلحة مشروعة، فالمصلحة إذن شرط للحصول على التعويض

(7) - Dorville: de l'intérêt moral dans les obligations - V.Givord P. 3Th. précité.

(8) - سليمان مرقس (ص 43) المرجع السابق.

(9) - السنهوري (ص 856) المرجع السابق.

عن الضرر الذي لحق بالمضروب، ولا بد أن تكون هذه المصلحة مشروعة⁽¹⁰⁾ أما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها، لأن القانون لا يحميها وبالتالي فلا تعويض عن الاخلال بها، وهذا القول ينطبق على ما يعرف بظاهرة المعاشرة الحرة، أو المخادنة طبقاً للقوانين العربية والإسلامية، وحتى الكنيسة فهي ترى أن هذه العلاقات غير مشروعة وبالتالي فلا ينبغي حمايتها⁽¹¹⁾.

كما أن جانباً من الفقه والقضاء يقول بعدم الاكتفاء بالاخلال بالمصلحة بل لابد أن يكون الاخلال بحق، لأن الاخلال بالمصلحة أمر غير محقق، ومن ثم وجب على من يدعي الاخلال أن يثبت أثر ذلك على حق ثابت له، كحق التغذية كما كان مجلس الدولة الفرنسي يشترط ذلك كأساس لقبول دعاوى التعويض التي ترفع أمامه.

ثانياً : أن يكون الاخلال بالمصلحة محققاً⁽¹²⁾ Certain

لا يكفي الاخلال بمصلحة للمضروب، للمطالبة بالتعويض، بل لابد أن يكون هذا الاخلال محققاً، بمعنى أن يكون الضرر قد وقع فعلاً *Dommage réalisé* أو سيقع حتماً، ومثال الضرر الحال موت المضروب، أو أن يصاب بضرر في جسمه أو في ماله.

ولقد أجمع الفقه والقضاء على أنه إذا لم يكن الضرر قد تحقق

(10). وسرى عند التطرق لمسألة تعويض الخلية، أن غالبية الفقه والقضاء في فرنسا، وبعض الدول الأوروبية التي حذت حذوها، وحتى أمريكا، وكندا لم تعد تشترط للتعويض سوى الاخلال بمصلحة، دون التثبت بفكرة المشروعة، ومنذ حكم الغرفة المدنية المختلطة لسنة 1970.

(11). الفقه العربي خاصة والإسلامي عامة يرفض طلبات أحد الخليين عن الأضرار التي تلحق به عن قده للآخر خلافاً للولد الطيعي والأبوين الطيعيين فيجوز لهم ذلك لأن العلاقة فيما بينهما وإن كانت قد نشأت عن علاقة غير مشروعة، هي في ذاتها مشروعة : مشار إليه في مرجع الأستاذ السهوري (ص 258 م س).

(12). كما يشترط في الضرر أن يكون مباشراً أو يكون شخصياً، أي أصاب الشخص نفسه المطالب بحق التعويض الذي نشؤه في ذمته، ولو كان قد ارتد عليه من إصابة شخص آخر بضرر أصلي كالحزن الذي يصيب أهل القتل أو حرمانهم من المائل، وسنعرض لهذه المسائل عند بحث مسألة الأشخاص المستحقين للتعويض.

فيكفي أن يكون وقوعه مؤكداً، ولوتراخى إلى المستقبل⁽¹³⁾، وهذا ما نص عليه التقنين اللبناني صراحة في المادة 134 / 5، عندما قال المشرع أن الأصل أن الأضرار الحالية الواقعة تدخل وحدها في حساب العوض، غير أنه يجوز للقاضي بوجه الاستثناء أن ينظر بعين الاعتبار إلى الأضرار المستقبلية إذا كان وقوعها مؤكداً من جهة وكان لديه من جهة أخرى الوسائل اللازمة لتقدير قيمتها الحقيقية مقدماً⁽¹⁴⁾.

غير أن السؤال الذي يثار بصدد فكرة وجوب وقوع الضرر فعلاً، أو ما يعبر عنه بالضرر الحال، هو ما قيمة الضرر الذي لم يتحقق وقت حصول الحادثة؟ وبهذا الصدد تثار التفرقة بين حالتين، الضرر المستقبل Futur والضرر الإجمالي Eventuel. والضرر المستقبل ضرر تحقق سببه وتراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل، ومثاله، إصابة العمل التي تقعد العامل عن عمله، ففي مثل هذه الفرضية، فإن الإصابة محققة، غير أن آثارها تظهر في الخسارة التي تلحق بالشخص من جراء عجزه عن الكسب مستقبلاً وهو ضرر محقق يستحق تعويضه، وبإمكان القاضي تقدير هذا الضرر المستقبل حالاً، ومقدار تعويضه، إن كان ذلك ممكناً، أما إذا كان غير ممكن لعدم التأكد من مقداره، فبوسع القاضي الحكم بمبلغ التعويض عن الضرر الحالي، ويحفظ للمضروع حق الرجوع إليه في خلال مدة معينة إذا ما ساءت حالته مستقبلاً، وهذا ما يعرف « بحفظ الحق في المطالبة بإعادة النظر في التقدير في مدة معينة »⁽¹⁵⁾ وهذا ما تضمنته المادة 131 م ج التي تخول للقاضي الحق في تقدير التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً للمادة 82.

(13)- مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية (ص 132) في هذا المعنى نقض جنائي 16 جوان 1947 المحاماة (28. 241.746) وقد جاء فيه أنه يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعي المدني الحكم من المحكمة الجنائية بتعويضات مدنية، أن يكون الضرر المدعى ثابتاً على وجه اليقين، والتأكد من وقوعه ولو في المستقبل.

(14)- أنظر في شرح هذا النص، خليل جريج (ص 103)، والأستاذ سليمان مرقس (ص 44) ومصطفى مرعي (ص 132). م. س.

(15)- عبد الحي حجازي (ص 60) والسنهوري، ومرقس (ص 45) ومايلها. م. س.

م ج، مراعيًا في ذلك الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينًا نهائيًا، فله أن يحتفظ للمضروب، بالحق في أن يطلب في مدة معينة، إعادة النظر في التقدير.

أما إذا كان الضرر المستقبل غير مؤكد، فإننا نكون أمام ضرر احتمالي Eventuel والأصل في هذا النوع من الضرر أن يحكم فيه بتعويض إلا إذا وقع فعلاً، لأن الضرر المحتمل هو ضرر لم يقع ولا يوجد، ما يؤكد أنه سيقع، غاية ما في الأمر أنه يحتمل وقوعه، كما يحتمل عدم وقوعه، وتتفاوت درجة هذا الاحتمال قوة وضعفاً، وقد تبلغ من الضعف حدًا يعتبر وهميًا، وهو على أية حال لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية ولا تقوم هذه المسؤولية إلا بعد أن يتحقق فعلاً⁽¹⁶⁾.

وبصدد التفرقة بين الضرر المحتمل، والضرر المستقبل، يرى بعض الشراح، ومنهم الأستاذ، صفاتيه، أن الفرق لا يكمن في طبيعة كل منهما، وإنما هو فرق في الدرجة فقط، إذ أن الضرر الاحتمالي معناه، أنه ضرر على خطر التحقيق، وهذا الخطر هو أمر حالي يهدد بوقوع الضرر مستقبلاً، فوجود هذا الخطر أو التهديد الحالي هو في ذاته ضرر يستوجب تعويضه⁽¹⁷⁾.

ومن جهة أخرى، فإن الضرر المستقبل المحقق وقوعه يندر أن يتحدد قدره مقدماً على وجه التدقيق، فيبقى مداه احتماليًا، ولأنه صار محققاً في مبدئه أي أنه يبقى بشأنه من الاحتمال يتعلق بمداه، فيشبه من هذه الناحية الضرر الاحتمالي - كما رأينا - يشبه الضرر المستقبل، من حيث الخطر الذي يشكله، ويعتبر ضرراً حالياً يستوجب التعويض مع تفاوت في قدر ما يعتبر ضرراً محققاً⁽¹⁸⁾.

ومن الأمثلة المساقة عن الأضرار الاحتمالية، أن يدفع الموثق

(16)- مشار إليه في مؤلفي، د. سليمان مرقس (ص 45) و د. مصطفى مرعي (ص 123 المراجع السابقة).

(17)- Savatier OP.Supra 523 - 524.

(18)- فرديه، في الحقوق التمهيدية (ص 86 و 87)، مشار إليه في مؤلف الأستاذ مصطفى مرعي (ص 133).

(134) هامش م.س.

بشخص إلى أن يقرض نقوداً بضمان يأخذه على عقار للمقترض، ويكون هذا العقار محملاً برهون كثيرة، فالموثق هنا مخطئ، ولكن لا محل لأن يحكم عليه فوراً بالتعويض رغم وجود عدة رهون، لأن التصفية لم تحدث بعد، ولأنه لا يعرف بعد ماذا ستكون عليه حال المدين عند حلول ميعاد الاستحقاق من حيث اليسار أو الإعسار⁽¹⁹⁾.

وقد قضت المحاكم المصرية بأن الضرر الاحتمالي لا يخول المطالبة بتعويض طالما أن الضرر احتمالي⁽²⁰⁾، كما أن الضرر المادي الذي يدعي الوالد وقوعه بسبب قتل ابنه الذي لم يجاوز 10 سنين من العمر، لا يعتبر إلا ضرراً احتمالياً طالما أن الأب لم بدع بأنه كانت له نفقة مقررة على ابنه الضحية، ولا نقول أن حالته المالية قد ساءت بسبب هذا الموت عما ستصير إليه لولاه، ولو كان الأب يعلق آمالاً كبيرة على ولده المذكور عندما يكبر ويساعده في إدارة أعماله كما أن مجرد الخوف من وقوع ضرر مادي في المستقبل لا يخول الحق في طلب التعويض، هذا عن الضرر المادي المدعي وقوعه بسبب قتل الصغير.

أما الضرر المعنوي الذي يسببه قتل الولد من لوعة لوالده، فهو ضرر محقق وحال، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، الدائرة الجنائية، بتاريخ 7 نوفمبر 1932 -⁽²¹⁾.

(19)- نقض فرنسي (24 يناير 1916) سيرى 1916. 1. 146، مشار إليه في مؤلف الأستاذ، عبد الحي حجازي (ص 60 م س).

(20)- مصطفى مرعي (ص 134) م س.

(21)- المحاماة (13. 502. 252) مجموعة القواعد القانونية (3. 1. 1) القانون والاقتصاد (3، ص. 246) مشار إليه في مؤلف الأستاذ : مصطفى مرعي (ص 135 م س).

عنصر الاحتمال وعنصر التحقق في تفويت فرصة على المضرور

من المسائل الدقيقة التي تعرض بصدد الضرر الاحتمالي مسألة الضرر المطلوب تعويضه إذا ما تعلق بتفويت الفرصة، ومن هذا القبيل، تفويت المحامي المكلف برفع الاستئناف، ميعاد الاستئناف أو تأخر المحضر عن الاعلان في الميعاد القانوني.

ففي هذه الحالات يكون هناك كسب احتمالي كان بالامكان أن يتحقق، أو لا يتحقق وتدخل الفعل الضار قضي على احتمال تحققه، ولذلك ينبغي التفرقة عند تقدير التعويض بين مسألتين :

المسألة الأولى : وتعلق بنتيجة الفرصة.

المسألة الثانية : وتعلق بتفويت الفرصة في حد ذاتها.

ومثال الحالة الأولى، تنويع الخطبة بالزواج، أو تعديل الحكم في الاستئناف.

ونظرًا لكون هذه الحالات الاحتمالية غير محققة، قضت المحاكم الفرنسية في أول الأمر، برفض التعويض، بناء على أن الضرر فيها ليس محققًا لأنه لا يمس بحق ثابت، وإنما يقتصر أثره، على المساس بمجرد الأمل⁽¹⁾. غير أنها عادت فرأت أن الحرمان من فرصة، لا يقتصر أثره على المساس بمجرد الأمل في الكسب، وتحقيق النتيجة المرغوبة من الفرصة المتاحة، وإنما فيه أيضًا مساس بالحق، في انتهاك هذه الفرصة، وفي محاولة هذا الكسب، وسلب هذا الحق في ذاته، يعتبر ضررًا محققًا، وإن كانت نتيجة مباشرته احتمالية، كما أنها ذهبت إلى الحكم بأن حرمان مالك الحصان الذي قتل، من جائزة السباق، ولو أنه لا يعدو أن يكون ضررًا احتماليًا، فإن حرمانه من فرصة الاشتراك في السباق، أو الاستمرار فيه، يعتبر

(1) - سليمان مرقس (ص 46) م س.

ضرراً محققاً⁽²⁾، وبأن قتل الخطيب يعتبر ضاراً محققاً، وإن كان زواجه بها احتمالاً لأن القتل ضيع عليها فرصة الزواج بخطيبها⁽³⁾.

أما المسألة المحققة التي يكون التعويض على أساسها، فهي فوات الفرصة ففصل موظف مثلاً عن عمله دون وجه حق يفوت عليه فرصة الترقى إلى درجة أعلى.

إن مجرد تفويت فرصة الكسب المشروع يعتبر في حد ذاته ضرراً محققاً يستوجب تعويضه على ضوء القدر التي كان يحتمل معه تحقق الكسب في هذه الفرصة المفقودة وذلك عن تفويت الفرصة لا عن نتيجتها⁽⁴⁾.

وإذا كان الضرر المادي تنجم عنه خسائر مالية *Préjudice Patrimonial* كما أسلفنا، فهناك ضرر لا دخل للخسارة المادية فيه، *Extrait Patrimonial* وهذا النوع من الضرر يعرف بالضرر المعنوي أو الأدبي *Préjudice moral*.

ثانياً : الضرر المعنوي *Préjudice Moral*

هذا النوع من الضرر، يلحق بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية : « *La partie sociale du patrimoine* » ليكون في العادة مقترباً بأضرار مادية، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس والأحزان، ومن ثم ينعت بالجانب العاطفي للذمة المعنوية *La partie effective du patrimoine moral* وحده غير مصحوب بأضرار مادية،

(2) - استئناف ليون، 27 أكتوبر 1932، مشار إليه في مؤلف مازو، نبذة 219 هامش (7) ومؤلف الأستاذ، مصطفى مرعي (ص 137) م س.

(3) - استئناف، كولمار، 4 مارس 1949، دالوز 1949، قضاء، 273، مجلة القصر 1949. 1. 236 وتعليق مازو، على هذا الحكم في المجلة الفصلية، 414. 5. 1949 وقضى بذلك أيضاً، تميز بيروت 9 سبتمبر 1953، مشار إليها في مؤلف، خليل جوريج (ص 453)، ونخصص لهذه المسألة، مطلباً منفرداً، عند التعرض لهذه الحالة بصدد الأضرار المعنوية المترتبة عن ذلك.

(4) - عبد الحي حجازي (ص 62) م س.

يكون قد لحق أمورًا أخرى غير ذات طبيعة مالية، كالعقيدة الدينية، أو الأفكار الخلقية⁽⁵⁾.

وبما أن الضرر المعنوي، لا تترتب عنه خسارة مالية، فإن البعض عارض التعويض عن هذا النوع من الأضرار، مستندين في ذلك إلى فكرة صعوبة تقديره بالمال خلافاً للضرر المادي الذي يمكن للقاضي تقدير تعويضه، مما أثار الجدل الكبير حول مبدأ التعويض عنه، وتناولت ذلك العديد من الدراسات، خاصة في أواخر القرن 19 التي كانت الغاية من إقرار وجوب التعويض عن الضرر المعنوي ومساواته بالضرر المادي، على الأقل من حيث مبدأ إيجابهما التعويض ومدى التعويض⁽⁶⁾.

إن الضرر المعنوي في جميع حالاته، يجب أن يعرض، طالما توافرت شروطه، وهي كالضرر المادي، ضرر محقق، غير احتمالي⁽⁷⁾.
هذا النوع من الضرر هو الذي يكون موضوع بحثي :

ثالثاً : علاقة السببية Le Lien de Causalité

لعلاقة السببية في الوقت الحاضر أهمية كبرى، وذلك لأن مجال الالتزامات المحددة « أي الالتزامات بنتيجة » أخذ في الاتساع سواء أكانت هذه الالتزامات تعاقدية، أم كانت التزامات تقصيرية⁽⁸⁾، والسببية ركن متفق عليه، وهو الركن الثالث في المسؤولية، ومعناها قيام علاقة مباشرة ما بين الخطأ والضرر، أي بين خطأ المسؤول، والضرر الذي لحق المضرور، فعلاقة السببية هي إذن ركن مستقل عن الخطأ⁽⁹⁾، وأية ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ،

(5). محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية جـ (ص 71) المرجع السابق وأنظر أيضاً، مازو وتونك، المسؤولية جـ قرة 295. م س.

(6). مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية، (ص 142)

(7). عبد الرزاق أحمد السهوري (ص 865) المرجع السابق.

(8). عبد الحي حجازي (ص 65. 66) م س.

(9). السهوري، في الوسيط (ص 990).

كما لو أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه لا يعتبر خطأً وتتحقق مسؤوليته على أساس تحمل التبعة، فالسببية قائمة، والخطأ غائب، كما قد يوجد الخطأ، ولا توجد السببية كما في المثال الذي ساقه الأستاذ مارتو⁽¹⁰⁾ كأن يدس شخص لآخر سماً وقبل أن يسري السم في جسم المسموم يأتي شخص ثالث فيقتله بمسدس، فهنا خطأ هودس السم، وضرر، هو موت المصاب، ولكن لا سببية بينهما إذ الموت سببه إطلاق النار بالمسدس، لا دس السم، فوجد الخطأ، وانتفت السببية.

فالسببية إذن متى انفصلت عن الخطأ فإنها تتصل بالضرر، فهما أمران متلازمان، وحيث تنعدم السببية ينعدم في الوقت ذاته الضرر.

وتجدر الملاحظة بأن قيام السبب الأجنبي يعدم علاقة السببية والضرر معاً⁽¹¹⁾.

هذا الحكم دفع بالأستاذ السنهوري إلى التساؤل عن الفائدة العملية لقيام السببية ركناً مستقلاً عن الضرر، وعن الخطأ بقوله : إن السببية في هذا المجال تارة تكون مرتبطة بالضرر، ومتى انعدمت ينعدم معها الضرر، وتارة أخرى حيث تنعدم ينعدم معها الخطأ⁽¹²⁾.

فالمسؤولية إذن لا تنتفي لا نعدام السببية وحدها، ومن ذلك كان يكفي القول بأن الضرر أو الخطأ قد انعدم، ومن ثم انتفت المسؤولية، ولا يستقيم القول بأن السببية ركن متميز ؟ هل يعني ذلك أن هذا الرأي ينكر قيام السببية كركن قائم بذاته ؟ لا نظن ذلك، وحتى الأستاذ السنهوري ذاته يقول بأن السببية تبدو كركن مستقل ومتميز في مجال الكلام عن السبب

(10)- السببية في المسؤولية المدنية (ص 7) اكس 1914، مشار إلى ذلك في مؤلف السنهوري م س.

(11)- أنظر المادة 127 م ج المتعلقة باستحالة الوفاء بالالتزام لسبب لا يد للمدين فيه « أي سبب أجنبي ».

(12)- مصادر الالتزام ج 1، م س.

المنتج والسبب المباشر، بل أن الأستاذ عبد الحي حجازي كيف علاقة السببية كركن ثالث في المسؤولية على أنها عنصر بديهي⁽¹³⁾.

إن تعيين علاقة السببية يدق بوجه خاص عند الأسباب التي اجتمعت على إحداث ضرر واحد⁽¹⁴⁾ لأنه من العسير القول على وجه الضبط متى يعتبر فعل ما، هو السبب في حدوث الضرر وذلك لأمر أهمها إثنان :

الأول : أنه يغلب أن ينشأ الضرر من اجتماع عدة ظروف، ويكون خطأ المدعي عليه هو أحد هذه الظروف التي ساهمت في وقوع الضرر.

الثاني : أنه يغلب أن يترتب على ضرر ما ضرر آخر، ثم يترتب على هذا الأخير ضرر ثالث وهكذا، وهذا يسمى بتسلسل الأضرار.

وفي هذه السلسلة المكونة من أضرار يعقب بعضها بعضاً أين تقف مسؤولية من أحدث الضرر الأول ؟ وإلى أي حد يمكن القول بأن الفعل الأصلي هو سبب هذه الأضرار المتعاقبة، وتلك هي مسألة الضرر غير المباشر⁽¹⁵⁾.

وسنقتصر بصدد النظريات العديدة التي قيلت لحل مسألة الوقائع التي يمكن اعتبارها أسباباً، على تلك النظريتين اللتين أثارتا جدلاً كبيراً بين الفقهاء خاصة في ألمانيا.

أولاً : نظرية تكافؤ الأسباب : *théorie de l'équivalence des conditions*

قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون ييري « Von Buri » ومؤداها أن كل الوقائع التي شاركت في إحداث الضرر تؤخذ كسبب لهذا الضرر، وتعد كلها متعادلة من حيث ترتيب المسؤولية علي أساس أن كل نشاط إنساني

(13)- عبد الحي حجازي (ص 65) م.س.

(14)- سليمان مرقس، دفع المسؤولية المدنية رسالة 1938 (ص 15) مشار إلى ذلك في مؤلفه القانون المدني في الالتزامات و مصادر الالتزام وأثاره سنة (1964) المطبعة العالمية - مصر.

(15)- عبد الحي حجازي ص 66 - م.س.

يسبب لا محالة آثاراً. وطرح الفكرة بهذه الطريقة : القيمة الاجمالية للقوى التي ساهمت في إنتاج الظاهرة، لا بد أن ينظر إليها كسبب لهذه الظاهرة لأن وجودها يرتبط بها إلى حد ما، فلو حاولنا طرح سبب من هذه الظاهرة فإنها تزول تماماً، وبالتالي فإن كل سبب يؤثر على التعامل فيها بين البشر، وكل سبب يولد أسباباً أخرى⁽¹⁶⁾ وبما أنه يتعذر التمييز بين هذه الأسباب فإننا نطلق عليها مصطلح التكافؤ من حيث تسببها للضرر، فلو كانت الأسباب المؤدية لحدوث الضرر خطأ شخصياً فإنه يكفي بأن يكون هذا الخطأ سبباً من عدة أسباب بدونها كان قد حصل الضرر.

فنظرية تكافؤ الأسباب أو تعادلها إذن، تعتد بكل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان بعيداً، فتعتبره من الأسباب التي أحدثت الضرر، فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر تعد متكافئة ومسؤولة بالتالي على قدم المساواة عن حدوث النتيجة⁽¹⁷⁾ فكل منها يعد شرطاً لحدوثها، فلو كان لشخص سيارة مثلاً، ولم يعمل على اتخاذ الاحتياطات المعقولة للمحافظة عليها، فسرق منه، وساقها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد المارة، فنحن هنا أمام سببين في إحداث الضرر : سرعة السائق، وتقصير صاحب السيارة في المحافظة عليها، فالضرر ما كان ليقع لو لم يكن السارق مسرعاً، أو ما كان أيضاً ليقع لو لم يهمل صاحب السيارة، فتسرق منه فالسببان متكافئان في إحداث الضرر، وكلاهما يعتبر سبباً في إحداثه⁽¹⁸⁾.

ويخلص من مقتضى هذه النظرية أنها تعتبر سبباً كل ما يكون شرطاً ضرورياً لحدوث الضرر، وهو ما يعبر عنه بشرط « Sine quanon » فكل شرط ضروري لإحداث الضرر يعد سبباً له، وإذا تعددت هذه الأسباب فإنها تعتبر

- Voir Démogue traité des obligations T.IV. P. II note n° 7 et Chok. (9) RI(16) Kerdahi le droit moral P. 305.

(17)- انظر، رابطة السببية في القانون الجنائي، محمود نجيب حسني.

(18)- السنهوري. م س.

جميعها متكافئة من حيث ترتيب المسؤولية، والتعويض إذ يترتب على تخلف أي منهما عدم حدوث الضرر⁽¹⁹⁾.

وإذا ما طبقنا نظرية تكافؤ الأسباب على المسؤولية المدنية عن حادثة السيارة السابق ذكرها. نقول أن إهمال صاحب السيارة وإسراع السائق الذي سرقها كانا سببين للضرر في كافة الحالات، وبالتالي تقوم علاقة السببية بين السيارة والضرر سواء أكان تدخل السيارة إيجابياً أم سلبياً، بحيث لولا هذان السببان ما وقع الضرر.

هذا الحكم كما نلاحظ يوسع من المسؤولية، ولهذا نجد أن هذه النظرية لم تسلم من النقد، من طرف الكثير من الفقهاء الألمان أنفسهم، من ذلك :

أنها تحمل المخطيء تبعة النتائج غير المباشرة والاستثنائية والشاذة⁽²⁰⁾ لشيء سوى لأن هذه النظرية لا تفرز السبب الفعال « المنتج » من بين الأسباب المتكافئة.

كما أنه لا يكفي في اعتبار أحد العوامل سبباً في حدوث الضرر أن يثبت أنه لولا هذا العامل ما وقع الضرر، بل يجب أن يكون هذا العامل كافياً وحده لحدوث الضرر.

بالإضافة إلى أن هذه النظرية لا تقيم أي تفرقة بين مختلف الوقائع التي اشتركت في الحادث من حيث تأثيرها السببي الفعال، فكلها متساوية حسب فقه تكافؤ الأسباب، ولذلك فهي تحمل الوقائع التي اقتضت على الاشتراك في الضرر نتائج بعيدة واستثنائية.

ونظراً إلى هذه الانتقادات انتهى الأمر إلى عدم كفاية تكافؤ الأسباب، لذلك جيء بنظريات أخرى تتمسك بالسبب المنتج أو بالسبب القريب من الضرر.

(19)- الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، إبراهيم الدسوقي (ص 492).

(20) - Les conséquences très lointaines et exceptionnelles

ثانيًا : نظرية السبب المنتج Causalité adéquate

وضع هذه النظرية الفقيه الألماني، فون كريس « Von Kries » وطورها الفقيه ترانجر « Tranger Rumlin » والفقيه انكرس « Enneccarus » واقترح الأخذ بها في فرنسا الأستاذ مارتى، في مقال له سنة 1933⁽²¹⁾ وعند الفقيه فون كريس، الذي عارض نظرية تكافؤ الأسباب أو تعادليها، إن السبب الذي يعتد به، يجب أن يكون هو السبب المباشر والمنتج الفعل: وهذه هي بعض الملامح للسبب المنتج⁽²²⁾ بمعنى أن كل الوقائع التي صاحبت في إحداث الضرر ليست سببًا في هذا الضرر، ولكن يجب أن يعتد فقط بالأسباب التي تنتج الضرر في الغالب، إلا بطريق عرضي، فلا يجوز اعتبارها سببًا في الضرر⁽²³⁾.

وأخصار هذه النظرية يميزون بين الأسباب العارضة « Fortuites » والأسباب المنتجة « Adéquate » ويقفون عند الثانية دون الأولى، ويعتبرونها وحدها السبب في إحداث الضرر، ولولاها ما وقع، ويقصد بالسبب هنا السبب المؤلف الذي يحدث الضرر في العادة.

هذه النظرية، تميز من المسؤولية، ولقد ظل القضاء الفرنسي فترة طويلة يأخذ بهذا تكافؤ الأسباب، وما لبث أن تحول عنها في قضايا الحوادث، وأخذ بنظرية السبب المنتج، مثال ذلك ما حكمت به محكمة النقض الفرنسية في قضية تلخص وقائعها في أن شخصًا ترك سيارته في الشارع مفتوحة الأبواب، ونسي أن يأخذ معه مفتاح الحركة نسرقها لص، وساقها بسرعة فدهم أحد المارة.

فقضت محكمة النقض الفرنسية على ضوء هذه المطالبات بأن تحميل صاحب السيارة في المحافظة عليها مما أدى إلى سرقة السيارة، ليس

(21) منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1939 ج 2 (ص 217).

(22) أنظر في ذلك شكري قرداحي (ص 305) م س.

(23) عبد الحي حجازي، م س.

هو السبب في الضرر، وهي بهذا قد مالت إلى نظرية السبب المنتج، إذ المؤلف أن السير بسرعة هو الذي يؤدي إلى إحداث الضرر، وليس المؤلف أن يؤدي الإهمال في المحافظة على السيارة إلى هذه النتيجة. ويقول الأستاذ مازو، أن نظرية السبب المنتج هي النظرية الأخرى بالاتباع⁽²⁴⁾.

إذا ما حاولنا تطبيق نظرية تكافؤ الأسباب لوجب القول بأن الإهمال في المحافظة على السيارة هو السبب في الضرر الذي أصاب من دهمته السيارة التي كان يقودها السارق لأنه لولا الإهمال في المحافظة على السيارة لما حدث الضرر.

هذا ما قال به القضاء الفرنسي، ورغم أنه يعطي لمحكمة القضاء سلطة مراقبة علاقة السببية، فيؤخذ عليه عدم وضعه أبداً قواعد في هذا الصدد، وكأنه بذلك، ترك المجال للفقه.

في حين ترى نظرية السبب المنتج أن العبرة بالأسباب المنتجة وحدها للضرر.

ويذهب الأستاذ مارتني، إلى تعريف السبب المنتج بقوله : يراد بالسبب المنتج السبب المؤلف الذي يحدث الضرر عادة، وبمجرد ذلك المجري الطبيعي للأمور⁽²⁵⁾.

في حين أن السبب العرضي هو السبب غير المؤلف الذي لا يحدث الضرر عادة، ولكنه أحدثه عرضاً⁽²⁶⁾.

والعبرة كما أسلفنا عند أنصار نظرية السبب المنتج بالأسباب المنتجة دون العرضية، واعتبروها وحدها السبب في إحداث الضرر.

(24) - مازو، ج 2 عن تحول القضاء الفرنسي عن نظرية تكافؤ الأسباب فترة 1442 . 2، مشار إليه في مؤلف عبد الرزاق السنهوري (ص 906) هامش. م.س.

(25) - مارتني، مشار إليه في مؤلف الأستاذ السنهوري. م.س.

(26) - أنظر ماتقدم، نظرية السبب المنتج.

والضابط الذي يعول عليه في تحديد السبب المنتج، هو أن السبب يؤدي إلى حدوث ضرر للمسير العادي للأشياء، وهذا حسب المذهب الموضوعي « Critère du pronostic objectif »

وهناك آراء ذهبت إلى تحديد السبب المنتج بقولها : بأنه كل عمل إبان حدوثه يعتبر في تقدير صاحبه، أنه يؤدي إلى حدوث ضرر⁽²⁷⁾، وهذا حسب أنصار التقدير الذاتي « Le système de prévisibilité subjective »⁽²⁸⁾ وتجدر الإشارة إلى أنه في ألمانيا إذا كان يبدو أنه لا يزال يؤخذ بنظرية تكافؤ الأسباب في المسائل الجنائية، فعلى العكس في المسائل المدنية يبدو أنه يغلب الأخذ بالسببية المباشرة⁽²⁹⁾ « Le système de la causalité immédiate ».

وفي حكم صادر عن القضاء السوري بتاريخ (7 ديسمبر 1973) جاء مايلي : « إذا تعددت أسباب الحادث، أخذت المحكمة بالسبب المنتج للحادث دون الأسباب العارضة. وتوصلت محكمة النقض السورية إلى ذلك من خلال القضية التي عرضت عليها، وهي أن سيارة اصطدمت بسيارة عسكرية واقفة، وقد لوحظ أن سائق السيارة لم يقف بها خارج القسم المعبد من الطريق، كما لم يضع أحجار حولها للفت النظر للوقوف، كما لوحظ أيضاً على صاحب السيارة الأولى أنه لم يجهز سيارته بمكابح سليمة، وقد

(27) Tout fait qui au moment ou il s'est produit pouvait apparaître aux yeux de l'agent comme susceptible d'entraîner des dommages.

(28) أنظر (ص 306) شكري قرداجي، م س.

(29) - هوبر Houbert شروط المسؤولية في القانون الألماني، مشار إليه في مؤلف الأستاذ شكري قرداجي (ص 693)، حيث يشير في مؤلفه إلى حكم صادر عن محكمة الاستئناف المختلطة بالاسكندرية بتاريخ (17 فيفري 1932)، يقول عنه بأنه تطور نحو فكرة السببية المباشرة في مجال الحوادث، كما يبدو أن القضاء السوري ينظم إلى هذه النظرية، حكم لوزان الفيدرالية 1940، 10، 30.

اعتبرت المحكمة عدم سلامة المكبح هو السبب المنتج في الحادث⁽³⁰⁾.

وهناك صعوبة أخرى تثور في حالة إذا حدثت عدة نتائج ضارة متسلسلة فيما بينهما، وانحصر السبب في خطأ واحد، ففي هذه الحالة لا تعتبر رابطة السببية التي تقوم عليها المسؤولية متوافرة، إلا بالنسبة إلى النتائج المباشرة لذلك الخطأ دون غيرها، وقد نصت بهذا الصدد المادة 182 م ج بقولها « وبشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر في الوفاء به⁽³¹⁾ ».

والظاهر أن نظرية الشريعة الإسلامية في طورها الأخير أقرب إلى نظرية السببية الفعالة منها إلى نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب، ومن هذا القبيل قولهم « إذا شق رجل بطن رجل وأخرج أمعاءه ثم ضرب رجل عنقه بالسيف عمداً، وإن كان الخطأ تجب الدية ... الخ⁽³²⁾ ». ونخلص إلى القول، بأن الفقه والقضاء أخذوا بهذه النظرية حيناً من الدهر، وبالنظرية الأخرى حيناً آخر، أي أن الأمر لم يكن مستقرّاً في الأخذ بإحدى النظريتين.

غير أن القضاء الفرنسي الذي ظل يأخذ بنظرية تكافؤ الأسباب أخذ يتحول عنها إلى نظرية السبب المنتج، هذه النظرية التي انحاز إليها الكثرة من الفقهاء في ألمانيا وفي غيرها من الدول، والذي ساعد على هجر نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج أن القرائن القانونية على الخطأ المفترض كثرت، فأصبح من اليسير استظهار خطأ مفترض في جانب المدعى

(30)- أنظر مجلة «المحامون» الصادرة بدمشق (ص. 333. 334) لسنة 1973 - 12 -

(31)- أنظر القانون المدني الجزائري، وبالرجوع إلى المواد (221. 222. 223 م م) نشر بصدد تفسيرهم في الأعمال التحضيرية، أن عبارة النتيجة الطبيعية تفيد ما كان القانون المصري القديم. يسميه، بالنتيجة المباشرة، وما كان يسميه الشراح بالضرر المباشر.

(32)- مجمع الضمانات (ص 171)، سليمان مرقس م س (ص 168).

عليه، ينظم إلى أخطاء أكثر وضوحاً وبروزاً، فالقول بنظرية تكافؤ الأسباب
يجب الأخذ بعين الاعتبار بكافة هذه الأخطاء، وفيها الخطأ المفترض،
أسباباً متكافئة، ومن ثم أثر الفقهاء نظرية السبب المنتج على نظرية تكافؤ
الأسباب (33).

إن عبء إثبات السببية كقاعدة عامة، يقع على مدعي التعويض،
بأن يثبت أركان المسؤولية جميعاً، ومنها رابطة السببية، كما يجوز للمدعي
عليه نفي هذه المسؤولية بطريقة غير مباشرة، بإقامة الدليل على أن الضرر
حصل نتيجة لسبب آخر أجنبي عنه (34). ويستوي في ذلك أن يكون هذا
السبب الأجنبي هو العامل في حدوث الضرر، أو هو العامل الذي سبب فعل
الفاعل الذي أحدث الضرر.

ومن خلال استعراض المعايير التي نادى بها الشراح كمعيار الفعل
الإيجابي الذي قال به الأستاذ « لالو » و « ريبير » ومعيار عدم العادية،
الذي أيده الكثير من الفقهاء الغربيين والعرب، والمعايير الأخرى المهجورة،
كمحاولة لإيجاد معيار لنظرية السبب المنتج التي تعتبر في غاية الدقة، بحيث
كثيراً ما يخلط أنصارها بين الخطأ وعلاقة السببية، كما لاحظ ذلك الكثير
من الفقهاء. تبين أنها غير كافية، وغير كاملة، رغم انتشارها، وهي في حاجة
إلى معيار دقيق لتطبيقها.

وهذا يؤكد قول الأستاذ سفاتييه في مؤلفه المسؤولية المدنية بأن
السببية شيء لا يرى ولا يلمس، ولكنها رابطة تستنتج عقلياً ومنطقياً من
الحال، ولذلك ترك تقديرها للقاضي كما قال بذلك بعض الفقهاء ومنهم
الأستاذ، ليبس شنب.

(33)- عبد الرزاق السنهوري في الوسيط (ص 905).

(34)- مع العلم بأن المستقر عليه أن القوة القاهرة والحادث الفجائي شيء واحد، ولم تفلح النظريات التي قيلت
للتمييز بينهما، وأصبح القانون المدني الفرنسي لا يميز بينهما وتعبئة في ذلك التشريعات العربية، ومنها المشروع
الجزائري.

الباب الأول

مبدأ التوفيق بين

الضرر المعنوي وأساسه

الفصل الأول : مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي

المطلب الأول : موقف التشريعات القديمة من مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي

أولاً : الضرر المعنوي في القانون الروماني :

طرحت فكرة تعويض الضرر المعنوي منذ أمد بعيد، وكانت الأنظمة البدائية في فترة الانتقام الفردي تعاقب كل معتد على الشرف بعقوبة صارمة بالمقارنة بالضرر المادي⁽¹⁾ غير أن القانون الروماني لم يعرف فقهاؤه ضرورة تعويض الضرر المعنوي إلا في مرحلة متقدمة جداً من الحضارة باعتبار أنها فكرة يصعب هضمها لأن دفع مبلغ نقدي كمقابل للمساس بالشرف لا يكون وسيلة لترضية المضرور أو الضحية، أو التخفيف عن آلامه⁽²⁾ ويقول الفقيه الألماني (اهرينغ) أن مهمة القاضي كانت ترمي إلى حماية المصالح النقدية والمنافع ذات الطابع الذهني في آن واحد، وكان للمدعي الحق في الحصول على تعويض لاعلى الخسائر المالية فقط، ولكن عن كل ما من شأنه المساس

Bernard Delmas : Le préjudice moral Thèse 1939. Mazeaud et Tunc La responsabilité civile T.I.P.398 6ème Ed.

ROGER TRIBES : Fondement et caractère de la réparation du préjudice moral(2)
(Thèse de Doctorat d'Etat) nice 1932. P 19 et S.

بالجانب العاطفي أو المعنوي للشخص، وكان قانون القصاص هو السائد في القانون الروماني بغرض فرض عقوبة مماثلة على المسؤول عن الفعل الذي اقترفه وألحق ضرراً بالضحية، لذلك كانت النقود تقوم بوظيفة البديل والعقوبة. وبمرور الزمن أصبح لها وظيفة أخرى هي وظيفة الترضية، وذلك بعدما كثرت الاعتداءات على كرم وشرف الشخص الطبيعي، إذ أصبح للمضروب الحق في التعويض على الأضرار المعنوية، وأقر القانون الروماني ذلك في مجالات واسعة⁽³⁾.

إن العقوبة التي كانت تفرض في تلك الفترة كانت متمثلة في الدية التي كانت محددة قانوناً ثم أصبح تقديرها فيما بعد من اختصاص القاضي. ولا شك أن تخويل القاضي سلطة تقدير التعويض أفضل من الدية المحددة سلفاً لأنه كما يقول الأستاذ « ترياس » كانت نتائج هذا النظام غير مرضية أحياناً بل إن هذا النظام كان موضع رفض منذ البداية⁽⁴⁾.

لقد منح القانون الروماني لعائلة الضحية الحق في الحصول على التعويض بواسطة دعوى قضائية وتوسع في ذلك فحول التعويض لكل شخص حرم من ملذة شيء ما أو تألم من جرح كرامته أو مساس بشرفه أو بعقيدته الروحية أو راحته⁽⁵⁾.

كان نطاق التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الروماني يشمل كلا من المسؤولية التقصيرية والعقدية دون تفرقة⁽⁶⁾.

ومن الأسباب التي دفعت القانون الروماني للأخذ بفكرة تعويض الأضرار المعنوية أن فكرة القيمة لا تكمن في الأضرار المادية التي تلحق

– Bernard Delmas Thèse précitée(3)

– R.TRIBES Thèse précitée P. (4)

– MAZEAUD et TUNC OP. Page 398 (5)

– B.DELMAS Thèse précitée.(6)

بالشخص فقط وإنما هناك أشياء غير مادية يعطيها الإنسان المتمدين قيمة ويريد أن تكون محمية من طرف القانون وهي القيم المعنوية للشخص⁽⁷⁾.
وقد تطور القانون الروماني في معالجة آثار الفعل المتمثل في جريمة الاعتداء « Injuria » وجريمة السرقة « Furtum » وجريمة الاعتداء على الغير « Datum Injuria ».

وكان قانون الألواح⁽¹²⁾ يقصر جريمة الاعتداء المتعلقة بالأضرار الواقعة على الجسم على حالات ثلاث، فكان جزاء فصل عضو، القصاص ما لم يتفق الجاني والمجني عليه على دية يدفعها إليه، وكسر عظم وجزاؤه غرامة محددة قانوناً يدفعها الجاني للمجني عليه كذلك الشأن في الاعتداء البسيط⁽⁸⁾.

ومن الدعاوي العديدة التي كانت تتعلق بتعويض الضرر المعنوي نذكر بعضها، تلك التي استقاها الفقيه (أهرينغ) من النصوص الرومانية⁽⁹⁾ كدعوى التعويض المتعلقة بإيلام العواطف أو الحنان التي كانت تخول الحق للمدعي في المطالبة بالتعويض عما لحقه بسبب موت أحد أقاربه من جراء الحادث المتمثل في إسقاط أو إلقاء شيء ماعليه، وتلك الدعوى التي كانت تمنح للأبناء أو النساء عما يلحقهم من القذف - وكذلك عن القذف الذي يمس حرمة أحد أقاربهم المتوفى أو الموصي، ولقد توسع القانون الروماني في نطاق التعويض عن الأضرار المعنوية حتى أصبح يعتبر كل تعكير أو مضايقة باختلاف أنواعها تتم بدون وجه حق، تفتح أيضاً مجالاً للتعويض.

نخلص إلى القول بأن القانون الروماني أدرك ضرورة تعويض الأضرار المعنوية في وقت جد متقدم من الحضارة بعدما كان نظام القصاص هو السائد، ثم تبعه نظام الدية المحدد قانوناً وكانت للنقود إلى جانب دور البديل

MAZEAUD et TUNC OP.(7)

(8) عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني. ط، 1966 ص 416، وأنظر أيضاً الأستاذ، جيفارا، القانون الروماني ط. 2. 1967، فقرة 318.

- V.R.TRIBES P.21 et S.TP. (9)

والعقوبة، وظيفة الترضية التي عرفها القانون الروماني في أواخر عهده كما أنه أصبح يخول للقاضي سلطة تقدير مبلغ التعويض وأهم ما يلاحظ على مختلف الدعاوي المعروفة آنذاك، أنه كان لها طابعان، ترضية الضحية، ومعاقبة المسؤول في الوقت ذاته، إذ ظلت طبيعة التعويض ملتصقة بفكرة العقاب، كما أن القانون الروماني لم يكن يقصر التعويض عن الضرر المعنوي على مجال ما بل كان يشمل المسؤولية التقصيرية والعقدية.

ثانيًا : الضرر المعنوي في القانون الفرنسي القديم :

قلنا أن القانون الروماني، إستقر على تعويض الأضرار المعنوية في حالات عديدة، مما جعل تقاليدته تنتقل إلى القانون الفرنسي القديم الذي اقتدى بالحلول الرومانية خاصة في مجال المسؤولية التقصيرية، وخلصنا عند تعرضنا للقانون الروماني إلى أن هذا الأخير كان يعوض عن الضرر المعنوي، وكان نطاق التعويض يشمل كلا من المسؤولية التقصيرية، والعقدية، دون تمييز⁽¹⁰⁾.

فالضرر الذي كان يلحق بالشرف الزوجي كان معوضاً عنه، بل حتى الاهانات التي تلحق بالموتى نتيجة الاعتداء على حرمة المقابر كانت تفتح مجالاً للتعويض⁽¹¹⁾.

غير أن فقهاء القانون الفرنسي القديم، أقاموا تفرقة لم يقل بها فقهاء القانون الروماني أبداً في مجال المسؤولية المدنية، إذ كانوا يجيزون التعويض عن الضرر المعنوي في مجال المسؤولية التقصيرية دون العقدية، وكان الإخلال بالالتزام التعاقدي لا يخول للدائن كقاعدة عامة المطالبة بالتعويض⁽¹²⁾، ويرد ذلك إلى جهل فقهاء القانون الفرنسي القديم بما كان

(10)- برنارد دالماس، مازو وتونك، في النبذة التاريخية، المراجع السابقة، وأنظر نيكولسيكو-NICO « LESCO » الضرر المعنوي الناجم عن تنفيذ العقد، رسالة باريس، 1914 ص 13.

- Voir TRIBES Page 25TH. Pr.(11)

- MAZEAUD et TUNC. Supra 299 Op.(12)

مقررًا في القانون الروماني، الذي كان يسوي بينهما فيه، مما أثر على فكرة التعويض عن الضرر المعنوي، وجعلها لا تتجلى بوضوح إلا في فترة متأخرة، نتيجة التفسير الخاطيء الذي قال به الفقيهان الفرنسيان دوماً، وبوتيه، هذان الفقيهان اللذان ظلا يرفضان تعويض الضرر المعنوي في المجال التعاقدى رفضاً مطلقاً⁽¹³⁾، ثم عادا وقالوا بالاستثناء المتمثل في حالة واحدة، يستطيع فيها الدائن المطالبة بالتعويض، وهي حالة قيامه بإثبات أن ضرراً مالياً لحقه من جراء هذا الفعل وأسس رأيهما في ذلك على الخطأ الناجم عن جهلهما للقانون الروماني⁽¹⁴⁾.

هذه النظرة الضيقة من فقهاء القانون الفرنسي القديم سرعان ما بدأوا يتراجعون عنها، إذ صدر في سنة 1538 الأمر المسمى « Viliers cotérets » ونص في المادة 88 منه على وجوب الأخذ بعين الاعتبار، العنصر المعنوي، عند تقدير المبلغ المحكوم به⁽¹⁵⁾ ويضيف الأستاذان « مازو » و « تونك » أنه كان لرأي الفقيهين، « دوما » و « بوتيه »، أثره على القانون الفرنسي الوضعي لسنة 1804، بل أن الكثير من الفقهاء سائرهما في رأيهما الراض لتعويض الضرر المعنوي في المجال التعاقدى.

إن مسألة تقدير التعويض عن الضرر المعنوي مسألة دقيقة جداً، يبدو أنها تؤدي إلى استحالة تقدير الضرر، إذ أن هذا الأخير يعد مفترضاً في الكثير من الحالات، مما يتعذر في غالب الأحيان منح تعويض ملائم لكل حالة ومن هذا الرأي الأستاذ « دالماس » الذي استشهد هو الآخر بموقف كان قد عبر عنه فقيه قديم هو « فيكاظ » « VICAT » بقوله : « طالما أن الشيء الذي فقدته بفعل غاصب لحقي، ليست له نفس القيمة لدى الغير بالمقارنة بدرجة مكانته بالنسبة لي، مما يجب تقديره انطلاقاً من هذا السبب في حالة

— B.DELMAS P.13 Th. Pr.(13)

MAZEAUD et TUNC. Supra 299 Op. (14)

(15). الأستاذ فانو Ganot (ص 20)، مشار إليه في مؤلف الأستاذين « مازو » و « تونك » (ص 383) م س.

تقدير التعويض⁽¹⁶⁾. وكان يعوض عن الآلام التي تلحق بالأرملة التي توفي زوجها، بخطأ الغير، والمبلغ الممنوح لها غايته جلب المواساة، والتخفيف من آلامها، ووجود الألم مفترض لدى القضاة في الإنهاء الطبيعى للروابط الزوجية المترتبة على الزواج، وطالما أن هذه العلاقات ليس لها طابع مالي، فإن القضاة اكتفوا بمعيار تقريبي لتحديد مبلغ التعويض.

ومن الجدير بالملاحظة أن التعويضات المدنية التي كانت تمنح في هذا المجال، لم تكن لها صبغة دين عادي، ومن ثم لم يكن من الجائز الحجز عليها من قبل دائني المضرور، ولإجراء المقاصة عليها، لأن دعوى التعويض عن الضرر المعنوي مرتبطة كما يقول الأستاذ، ديمولان، ارتباطاً وثيقاً بشخص المضرور.

موقف الشريعة الإسلامية من الضرر المعنوي :

فقهاء الشريعة الإسلامية، يعرفون الضرر بأنه : الأذى الذي يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله كتنقصها نقص منافعها أو زوال بعض أوصافها، وهذا هو الضرر الذي ينعت لدى بعض الفقهاء بالضرر المالي، وقد يتمثل الضرر فيما يلحق الشخص في عرضه أو شرفه كما في القذف والإهانة والسب والآلام التي تصيب جسمه أو في عاطفته من ضرب لا يحدث فيه أثراً، أو تحقير في مخاطبته أو امتهان في معاملته، وهذا هو ما يسمى بالضرر المعنوي أو الأدبي⁽¹⁷⁾.

ويختلف الفقه الإسلامي عن الفقه الغربي اختلافاً بيناً في تحديد معنى الضرر.

ففي الفقه الغربي يعوض عن كل ضرر مادي أو معنوي، وفي الضرر

- BERNARD DELMAS Th. Pr. (16)

(17)- الضمان في الفقه الإسلامي، للأستاذ علي الخفيف (ص 55) ط 1971، وأنظر سليمان مرقس (ص 49) م س. وأنظر وهبة الزحيلي « نظرية الضمان » ط 1 ص 25.

المادي يعرض عن كل ما يصيب الدائن من خسارة وما فاته من ربح، ولو كان ذلك عن منفعة أو أي أمر آخر⁽¹⁸⁾.

أما في الفقه الاسلامي فلا تعويض إلا عن الأضرار الواقعة الماثلة التي يمكن تقويمها بالمال، ومتى وقع الضرر وجب الضمان⁽¹⁹⁾.

أما الاعتداءات المعنوية (الأدبية) التي تحدث ضرراً معنوياً، فلا تعويض عنها طبقاً لنظرية الضمان في الفقه الاسلامي⁽²⁰⁾. بل أن الفقه في الشريعة الاسلامية يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالاً متقوماً في ذاته، وأن توجد الماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا منه، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل، وبالتالي لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن ربح فاته⁽²¹⁾.

ففكرة الضرر الواجب تعويضه في الشريعة الاسلامية فكرة محدودة خصيصة فلم تعرف الشريعة الاسلامية فكرة التعويض عن الضرر المعنوي وسند فقه الشريعة الاسلامية في ذلك أنه طالما أن التعويض لا يكون إلا بالمال على أساس المماثلة أو المعادلة، وجب أن يكون الضرر المقابل له ضرراً مالياً،

(18)- مصادر الحق في الفقه الاسلامي، عبد الرزاق السنهوري (ص 168) وأنظر اختلاف المذاهب بهذا الصدد، علي الخفيف، المرجع السابق (ص 61)

(19)- من الحالات التي يجب فيها الضمان، السرقة، وقطع الطريق، والاكراه والتعزير والغصب والاتلاف، والضمان هو تعبير يقابل فكرة التعويض المدنية المعروفة اليوم

(20)- مجمع الضمانات (ص 166) والمبسوط، ج 6 (ص 81) وأنظر كذلك : CHAFIK Chehata. :
Théorie des obligations en droit musulman ed. PARIS 1969 supra 232 P. 159 et voir également le droit musulman application au proche orient (Même auteur) édit.
PARIS 1969 – supra 239 page 197.

- إذ يقول الأستاذ شحاتة بأن القانون الوضعي لمختلف البلدان العربية قد تخطى عن هذا المبدأ التقليدي، وأصبح الضرر المعنوي كافياً، لترتيب المسؤولية.

(21)- السنهوري (ص 168) مصادر الالتزام في الفقه الاسلامي، غير أن الشافعية والحنابلة يقولون بأن التعويض كما يكون باتلاف العين أو جزء منها، أو اتلاف وصف مقصود فيها يكون باتلاف المنافع التي تحدث باستعمالها وفقاً مؤقتاً، مشار إليه في مؤلف الأستاذ (محمود شلتوت) ط 1980. ص 397، تحت عنوان أمثلة من مواضع الاتلاف بين الفقهاء المسلمين.

أما غير المالي فلا يقوم بالمال ولا يعرض عنه بالمال، ومن ثمة فلا تعويض عن الضرر المعنوي، على أنه يجوز للمضرور بضرر معنوي أن يسامح المعتدي أو أن يتصالح معه⁽²²⁾.

وقد ورد في كتاب مجمع الضمانات (ص 166) أنه لو ضرب إنساناً ضربة لا أثر لها في النفس لا يضمن شيئاً، ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية قرروا عقاب الشاتم بعقوبة خاصة توقع بناء على طلب المشتوم، وأجازوا للأخير أن يسامح الشاتم أو أن يتصالح معه⁽²³⁾.

وعدم إقرار فقهاء الشريعة الإسلامية في مجال الضرر المعنوي للتعويض يرجع إلى أن الأضرار المعنوية لا تقوم بالمال كما أنه لا يمكن إنزال شرف الشخص واعتباره، وعواطفه منزلة الأموال المادية مما ينافي المثل العليا الأخلاقية.

كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية يستندون في تبريرهم لعدم تعويض الضرر المعنوي، إلى أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض، لرد الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وفي هذا النوع من الضرر لا يتحقق ذلك، لأن دفع مبلغ نقدي عن الضرر الذي يتمثل في جرح الشعور أو ثلم الشرف لا يعيد المضرور إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، ولا يرفع الضرر ولا يزيله وبالتالي فإن الغاية من التعويض المتمثلة في جبر الضرر تنتفي.

وخلافاً لجمهور الفقهاء يرى الصاحبان أبو يوسف ومحمد، وجوب الضرر المعنوي، فهما يقولان بوجوب الضمان عن الألم الجسماني، ولكنهما اختلفا في التعويض.

فقال محمد أنه يخضع لتقدير القاضي (أو كما يقول : حكومة

(22)- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية ط 71 (ص 71) فقرة 37.

(23)- تقرير تيان، « لمؤتمر القانون المقارن سنة 1937 »، ص 8، مشار إليه في مؤلف « المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية » ط 1958 سليمان مرقس.

العدل) أما أبو يوسف فيكتفي بحق المضرور في استرداد ما أنفق من ثمن الدواء وأجرة الأطباء⁽²⁴⁾.

* غير أنني ألاحظ أن الألم الجسماني المشار إليه ضرر مادي وليس معنوي.

إلا أن قولهما بمبدأ وجوب التعويض عن الضرر المعنوي يجد سنداً له في قوله (صلح) لا ضرر ولا ضرار، ويقول الأستاذ علي الخفيف أن التعويض طبقاً للفقهاء الاسلامي يجب الحكم به متى دعت المصلحة العامة إلى ذلك، وطالما أن المجتمع يهدف إلى حماية الناس ووقايتهم من كل اعتداء وإثم، فإن الواجب فيه التعزير بما يراه الحاكم وقاية وزجراً⁽²⁵⁾.

وهناك جانب آخر من الفقهاء المسلمين المحدثين يرى أن التعويض في الشريعة الاسلامية هو المال الذي يحكم به على من أوقع الضرر بالغير في نفس أو مال أو شرف، فالشرف معوض عنه، غير أن تقديره، من باب التعزير الذي وكلت الشريعة الاسلامية أمره إلى الحاكم يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر، ومنزلة المجنى عليه، والعرف الجاري مثله، وأساس التعويض المالي في الشرف مأخوذ من مذهب الشافعي⁽²⁶⁾.

وقالت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني الذي أقر في مادته (267) الأخذ بمبدأ تعويض الضرر المعنوي أن سبب إقرار ذلك يرجع إلى الفقه الاسلامي الذي فيه ما يفيد التعويض عن الضرر المعنوي⁽²⁷⁾.

(24)- أنظر المبسوط للرخسي (ص 87)، وألدر المختار (ص 415) ومجمع الضمانات (ص 171) والمحاصاني، النظرية العامة للموجبات (ص 154. 171) منقول عن كتاب المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق، للدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل دار النهضة العربية القاهرة (ص 143) وما يليها.

(25)- علي الخفيف م س (ص 56).

(26)- أنظر كتاب، الاسلام عقيدة وشريعة (ص 415)، الامام الأكبر، محمود شلتوت. م س.

(27)- المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ج 1، المكتب الفني، نقابة المحامين 1976 (أنظر المصادر الاسلامية التي تفيد الأخذ بالضرر المعنوي).

المطلب الثاني : موقف الفقه من مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي :

إذا كان مبدأ إمكانية الحصول على تعويض الضرر المادي مستبعداً نهائياً من مجال المناقشة فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للضرر المعنوي⁽²⁸⁾.

فالتعويض عن الضرر المعنوي - كما أسلفنا - من النظريات التي أثارت العديد من الدراسات التي اتخذت في شمولها طابعاً فضائلياً، نظراً للمقاومات التي كانت تواجهها⁽²⁹⁾.

ويمكن مناقشة مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في نظريتين أساسيتين : تلك الراضية بالتعويض، وتلك القائلة به، لأن المسألة تتعلق بمدى قابلية الضرر المعنوي للتعويض أو عدم قابليته.

أولاً : النظرية الراضية لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي :

من بين الاعتراضات الرئيسية على مبدأ تعويض الضرر المعنوي، أن هذا النوع من الضرر يفترض أنه غير مادي، ومن ثم يستحيل تعويضه مادياً، لأن الضرر المعنوي لا يلحق بالمضروب أية نتائج مالية، ولا ينقص من ذاته

-- Notamment sur cette question : LALOU la responsabilité civil. 5^{ème} édition⁽²⁸⁾ n° 149 et SAVATIER Responsabilité T.II 2^{ème} édition n°525 S. Rodier et AUBRY et RAU. DEMOGUE. DORVIL de l'intérêt moral dans les obligations thèses Paris 1901 voir d'autres ouvrages cités par H. et L. MAZEAUD traité. théorique et pratique de la responsabilité civil édition 1957 P. 367 S. 292 et S. RODIER responsabilité civil édition 1952 supra 1602 et S. et V. MAX.LORY l'évolution du préj. corps 7^{ème} édition. Paris 1977. P. 86

-- J.DUPPICHOT des préjudices réfléchés nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité⁽²⁹⁾ corporelle P. 16 édition 69.

أي شيء ولذلك يقولون إن الضرر المادي هو الضرر المالي، والضرر المعنوي هو الضرر غير المالي⁽³⁰⁾.

وبخلص أنصار هذا الرأي إلى أن الضرر المعنوي لا يمكن تعويضه مادياً لاستحالة تقديره نقداً، وحتى لو منحنا المضرور ضرراً معنوياً مبلغاً نقدياً، كعويض عن الألم أو الحزن أو الضرر الجمالي... الخ، فإن ذلك لا يقضي على الألم ولا يمحو الحزن ولا يرد الجمال الضائع⁽³¹⁾.

إن الضرر المعنوي المقصود هنا كما حدده الأستاذ، سافاتييه، هو كل ألم إنساني لا ينجم عن خسارة مالية، ويشمل الألم الضحية في جسمه كمل يشمل آلامه المعنوية في شرفه وفي عواطفه أو سكينته وكرامته⁽³²⁾.

ولقد ذهب، بودري لاكانتيري، وبارد، في كتابهما «الالتزام» جـ 4 إلى أنه يستحيل بدون خرق المبادئ العامة للمسؤولية المدنية ضمان تعويض الضرر المعنوي⁽³³⁾ معطين ذلك بانعدام الفائدة من الحكم على المسؤول عن الضرر بدفع تعويض للضحية خاصة إذا كنا أمام ضرر معنوي بحت، إذ كيف يمكن للمبلغ النقدي أن يمحو الضرر ويزيله، طالما أن هذا النوع من الضرر لا يتصف أساساً بالطابع المادي، ولما كانت الغاية من التعويض النقدي حماية الذمة المادية للشخص ورفعها والزيادة فيها، وكانت هذه الذمة سليمة فإن دور التعويض لا يفلح في إعادة ما نقص من ذمة

- V.F.R.MAZEUD OP. P.377 en ce sens JOSSELAND. Les transports 2ème(30)
édition n° 906 LALOU. SAVATIER.

- STRACK. Page 57 et JEAN LACOMBE des obligations en droit Malgache P.(31)
206 et S.

- SAVATIER. traité de la responsabilité civile en droit français T. II supra n° 525(32)
édition 1951.

- BERNARD DELMAS Thèse précitée P. 20 voir aussi cette idée invoquée par(33)
les partisans de la théorie néant la réparation du préjudice moral Fr. MAZEUD et
TUNC. OP. P. 387 S.

الشخص المضرور ضررًا معنويًا لأن الشرف العائلي مثلاً، واعتبار الشخص لا يمكن تقويمهما نقداً.

إن كافة أعداء الضرر المعنوي يركنون إلى إثارة الطابع غيرالاقتصادي لهذا النوع من الضرر، لرفضه بحجة استحالة محوه، لأنه لا يصح أن يكون أساساً للاتجار المالي⁽¹⁾ بالإضافة إلى أن قبول التعويض عن الضرر المعنوي يعتبر في حد ذاته أمراً غير منطقي ومنافياً للقانون، وللمثل العليا الأخلاقية، التي تأبى في اعتقادهم منح تعويض نقدي عن الأضرار المعنوية⁽²⁾. ولا ترضى هذه المثل، أن ينزل الشخص شرفه واعتباره منزلة الأحوال المادية فيسمح لنفسه أن يثرى من جراء اعتداء الغير عليها⁽³⁾.

وعلى النقيض من ذلك، يجمع الكل على أن الفعل غير المشروع الذي بالحق القابل للتقدير نقداً، يوجب التعويض عنه نقداً، في حين يقولون أن المسألة تدق إذا لم يترتب على الفعل آثار اقتصادية مضرّة، ومادام الضرر المعنوي في نضرهم غير مالي أي « غير اقتصادي » فلا يشملته التعويض، لأن الأمر يتعلق بالمقاصة، ولكي يكتب لهذه المقاصة النجاح يجب أن يكون أحد الشيثين المراد إصلاحه من الأشياء المثلية، ولا تثار أية مشكلة، عندما يتعلق الأمر بالاعتداء على الذمة المادية، لأنه يمكن تقديرها نقداً، باعتبار النقود من الأشياء المثلية، ولذلك فإن التعويض النقدي في مثل هذه الحال، يؤدي على وجه الدقة، الهدف

(1) - La commercialisation du dommage moral. ESMEIN. DALLOZ 1954 .

(2) - TRIBES Thèse sur le fondement et caractères de la réparation du préjudice moral édition 1939 Page 39.

(3) - DEMOGUE.R. traité des obligations édition. 1924 P. 44 supra 402 et S.

الذي من أجله منح، في حين يعجز عن ذلك إذا كنا أمام ضرر معنوي، كالضرر الذي يكمن في تمزيق رسائل العائلة، فهذا الضرر لا قيمة مادية له، والتعويض النقدي لا يرد في هذه الحالة الشيء إلى ماكان عليه قبل وقوع الضرر⁽⁴⁾.

وقد استند أنصار الرفض إلى صياغة م 1382 م ف، وقالوا أنها تقصر التعويض على الضرر المادي دون الضرر المعنوي، كما أضافوا إلى ذلك، إن عبارة ضرر التي أوردتها هذه المادة لا تشمل الضرر المعنوي كما أن الفقيهين «سافاتييه» و«مينال» يخرجان أيضا الضرر المعنوي من مجال التعويض النقدي.

والبعض الآخر يقلل من أهمية الضرر المعنوي ويرفض بالتالي اعتبار الألم المعنوي كمصدر من المصادر المرتبة للحق في التعويض⁽⁵⁾.

- إن أعداء تعويض الضرر المعنوي يثيرون فكرة التحكم والإجحاف عند الموازنة بين الضرر والتعويض، لأن الضرر المعنوي في رأيهم لا يمكن تقديره نقداً!، والمبلغ النقدي لا يمحو الألم ولا يعوض الشرف المنتهك، ويخلصون عندئذ إلى استحالة تقدير الضرر المعنوي، ويقولون لا يوجد محل لشراء الشرف أو الألم. فكل تقدير للضرر المعنوي في نظرهم هو بالضرورة تحكمي⁽⁶⁾.

- بل يذهبون إلى أبعد من ذلك، فيقولون: حتى لو سلمنا جدلاً بأن النقود تستطيع إصلاح الضرر المعنوي، فإن القاضي يصطدم بإستحالة مادية لتحديد مبلغ التعويض، فعلى أي أساس يستند؟؟. إن مبلغ التعويض

(4)- مصطفى مرعي، م س (ص 146 و119) ومن هذا الرأي الأستاذ، أحمد حشمت أبوستيت نظرية الالتزام ط 2. 1945. (ص 404) ومايلها،

(5)- Voir BAUDRY la canterie des obligations n° 2871 édition 1908 CF. ROGER.

TRIBES Th. Pr. P. 32.

KERDAHI OP.P.287- (6)

يجب أن يحدد على ضوء الضرر الواقع ، ومادام الضرر المعنوي غير مادي بهدفه ، فهو غير قابل للتقدير⁽⁷⁾.

- ويخلص أنصار النظرية السلبية المطلقة إلى قاعدة تقضي : بأنه لكي يمكن تعويض الضرر نقداً، يجب أن يكون من طبيعة واحدة، ويرمون من وراء ذلك إلى نفي الصفة التعويضية للضرر المعنوي⁽⁸⁾. بحجة أن هناك فرقاً في طبيعة المبلغ المالي ، والشئ المعنوي المفقود لا يمكن تقدير بديله المادي، وبعبارة أخرى فإن النقود لا تستطيع غير تعويض الضرر المادي الذي يمكن تقديره مالياً.

- ولكن هل يترك باب الإعتداء على الذمة المعنوية مفتوحاً دون حماية قانونية، بدعوى أن الأضرار المعنوية، لا يمكن تحقيقه، ليس فقط بصدد الذمة المعنوية، بل حتى بصدد الذمة المادية التي لا يكون تقييمها عادة دقيقاً، كما هي الحال بالنسبة لتفويت الفرصة والعجز عن العمل.

إن التعويض عن الضرر المعنوي واجب، والقول بغير ذلك يُعد منافياً للأخلاق ولمتطلبات الكائن البشري وتكوينه العقلي، وليس التعويض عقوبة بل ترضية « Satisfaction »

ولم يكن الفقه يضع معياراً دقيقاً للمصلحة المعنوية، وصورها، ولم يحدد شروطها ومداها، بحيث يمكن القول بأن المساس بهذه المصلحة يرتب حق المطالبة بالتعويض، وهذا هو ما جعل البعض يرى أنه لا يجوز تعويض الضرر المعنوي إلا في حالات معينة، كالإعتداء على الشعور العاطفي، أي على كل ما يمس الجانب العاطفي للذمة، وقال نفر آخر، وهم من أنصار المذهب المختلط « Système Mixte » بقصر دعوى المضرور ضرراً معنوياً، على حالات خاصة دون الحالات الأخرى⁽⁹⁾.

- Cité par : Jean LACOMBE Supra 297. Page 200.OP. (7)

- BERNARD DELMAS. O.P. Page 21 (8)

- Fr. MAZEAUD et TUNC. O.P. Page.387.et.S.(9)

ومن أنصار هذا المذهب، مينال⁽¹⁰⁾ واسمان⁽¹¹⁾، وفي رأي هؤلاء أنه لا يجوز تعويض الضرر المعنوي إلا في حالة اقترانه بالضرر المادي وقد أنضم إلى هذا الرأي، الفقيه، « رو » في مقال له⁽¹²⁾ ومعنى ذلك عندهم، أن الضرر المعنوي وحده لا يصلح أن يكون موضوع تعويض.

فأنصار هذا المذهب، يعترفون بالضرر المعنوي، ولكنهم يرون قصر التعويض على النتائج المترتبة عنه، وهذا يعني أنهم يرفضون مبدأ التعويض النقدي عن الضرر المعنوي ذاته، بحيث لا يكون له سوى وجود اسمي يستغرقه الضرر المادي.

ولا شك أن هذه النظرية تجافي العدالة والانصاف، والمنطق لأن الأشياء يجب أن تقدر بحسب أهميتها، فالأشياء المعنوية قد توجد منفصلة عن الأشياء المادية، كما يمكن أيضاً أن يوجد الضرر المادي مع الضرر المعنوي، دون أن يتداخل مطلقاً.

فالشرف كما يقول الأستاذ، « مينال » يعتبر كباقي الأشياء الأخرى ومن ثم يمكن تقديره أحياناً، نقداً، ويسوق لذلك مثلاً، التاجر الذي فقد اعتباره، فالمساس باعتباره يخل بالثقة به، وبالتالي يمس ذمته المالية، ويلحق به ضرراً نقدياً، ولكن إذا افترضنا عكس ذلك، أي أن السب أو القذف أو الجريمة، لم يترتب عنها أي ضرر، حتى غير مباشر يمس الذمة المالية في المستقبل للشخص المضرور فإن المبلغ النقدي الذي كنا سنمنحه له على سبيل الترضية يصبح مجرداً من أي هدف مادام لا يعوض في شيء⁽¹³⁾.

أما الفقيهان « أوبري » و « رو » فقد اقترحا، جواز التعويض عن الضرر المعنوي مستقلاً عن كل ضرر مادي، بشرط، أن يكون هذا الضرر مترتباً

– Cité par MAZEAUD O.P. Page 387. (10)

– De la sanction des obligations de faire ou de ne pas faire. (11)

– Revue critique 1884. Voir également revue Tr. Droit civil 1903. (12)

– وأنظر حسين وعبد الرحيم عامر (م. م) (ص 344 م).

– Revue Tr. Droit Civil 1903. (13)

على جريمة جنائية « Infraction Penale »⁽¹⁴⁾ وقال الإخوة مازو، أن هذه الفكرة لا يمكن قبولها⁽¹⁵⁾.

والواقع أن هذا الرأي غير سائع، لأن قبول التعويض في حالات دون الحالات الأخرى، يرجع إلى الخلط بين المسؤوليتين الجنائية والمدنية، التي رأينا أن التطور انتهى إلى انفصالهما عن بعضهما، وقد عمد أنصار هذه التفرقة إلى هجرها⁽¹⁶⁾.

وهناك مذهب آخر يقال عنه أكثر موضوعية، فبدلاً من تأسيس التفرقة على طبيعة الخطأ، أقامها على طبيعة الضرر، قسم الأضرار المعنوية إلى مجموعات مختلفة، وقال بالتعويض في حالة المساس بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية La partie sociale du patrimoine moral دون الاعتداءات الأخرى، ويتزعم هذا الاتجاه كل من الأساتذة، « Mangin »⁽¹⁷⁾ « Trebutien »⁽¹⁸⁾، « Labord »⁽¹⁹⁾ والذين يقولون بهذا الرأي يواجهون الجانب الاجتماعي للذمة المعنوية التي تشمل في نظرهم، كل اعتداء يلحق بالشرف « L'honneur » أو بالسمعة « La réputation » والجانب العاطفي « Sentiment d'affection » كالألم اللاحق لوفاة شخص عزيز⁽²⁰⁾ ويقولون بجواز التعويض في الحالة الأولى وعدم جوازه في الحالة الثانية، لأنه غالباً ما تكون الحالة الأولى مقترنة بضرر مادي، كالتقليل من اعتبار الإنسان، مما يؤدي في كثير من الحالات إلى أن يتأثر منه مادياً، بأن يضطر إلى ترك مركز يشغله

(14) derahmane Gazi (Thèse de Doctorat d'Etat). Le préjudice moral et sa réparation en droit SUISSE édi. 1970.

(15) Cours de droit civil Français 5ème édition CF. BERNARD. DELMAS Op. P. 18 et Fr. MAZEAUD P. 387 S. 307 Op.

– Fr. MAZEAUD infra n° 307 et 314 OP. (16)

Y iz 9m 1/3 %B 5MEc J3uæ 333 Æ 395 5n 1/3 U&m 1/4m 3/4 1/3 296 Æ (17)

– TREBUTIEN cours élémentaire de droit criminel T. II n°129. (18)

MANGIN. De l'action publique et de l'action civil T.I. n°123 examen doctrinal (19)

– Revue critique législative et jurisp. 1894 P. 26 CF. BERNARD. DELMAS Op. (20)

حاليًا أو يهدف إليه مستقبلًا، أو يسيء إلى مستقبل أبنائه، أو إلى تجارته أو صناعته⁽²¹⁾.

إن الآراء القائلة بتعويض الضرر المعنوي في حالات معينة دون الحالات الأخرى⁽²²⁾ ليست في الحقيقة إلا عرضًا مموهاً ومزيفاً للنظرية السلبية الرافضة لتعويض الأضرار المعنوية، إذ تجعل من الضرر المادي الشرط الوحيد الذي يخول حق التعويض للمتضررين معنويًا، وهذا المذهب المختلط لا يمكن أن يتفق مع وجود قوانين تنص على التعويض النقدي للضرر المعنوي، كما سنرى فيما بعد.

والواقع هو أن المصلحة المعنوية، كالمصلحة المادية، تجب رعايتها، والمصلحة المعنوية هي التي تتعلق بحق من الحقوق المعنوية للشخصية القانونية لأن وظيفة القانون هي حماية الحقوق المالية وغير المالية «أي المعنوية»⁽²³⁾.

إن النظريات التي تنكر تعويض الضرر المعنوي لا تعترف بوجود ذمة معنوية، ولقد عمل، سافيني، على أن يخرج من نطاق القانون الخاص، الحقوق المرتبطة بالملكات الانسانية، أي الحقوق الملازمة لشخص الانسان، كحقه في السير، وحقه في احترام كرامته، أو شخصه، أو مختلف مظاهر الحرية، وأراد بالتالي أن يجردها من حماية القانون الوضعي لأنها في نظره تدخل ضمن نطاق القانون الطبيعي وعليه فهي لا تتمتع بالحماية، وما تلك الأحكام التي تخصصها بها بعض القوانين الوضعية بشيء من الحماية، إلا استثناء من المبدأ، في حين يقول بإدراج الذمة المادية في نطاق القانون

– CF.GANOT P.7 et S. et JEANINE POLACK lésion aux sentiments d'affection⁽²¹⁾
thèse GRENOBLE 1942 H.I et J.MAZEAUD n°417 Op. voir ces refs. H. et
L.MAZEAUD A. TUNC S. 295. Op.

– Fr.MAZEAUD Supra 295 OP. (22)

– Sur ces théories voir H et L.MAZEAUD Op. T.I n° 219 (23)

الخاص وحمايتها باعتبارها من مقومات الكائن البشري، وحقوقه الأساسية وهي أشياء موروثة⁽²⁴⁾.

إن القول بقصر الحماية على الذمة المالية، دون الذمة المعنوية يتنافي العدالة، والأخلاق، وطالما اعترفنا بوجود حق، فما قيمته بدون جزاء يحميه؟ لقد أدرك القانون السويسري ضرورة الحماية القانونية للذمة المعنوية، فكرس مثلاً للحقوق الشخصية، قواعد وضعية صريحة لحمايتها، وهذا ما تضمنته المادة 7 من ق. م. السويسري و4 من ق. م. الالتزامات، ولم تميز المادة 1382 م ف ولا المادة 124 م ج، بين حماية الذمة المادية والذمة المعنوية، كما كانت تحظى به في ظل القوانين التي سبقت القانون الفرنسي، « كالقانون الروماني، والقانون الفرنسي القديم »، والقانون المعاصر⁽²⁵⁾.

إن قصر الحماية على الأشياء المادية دون المعنوية، أمر مجحف بحق الانسان خاصة إذا علمنا أن القضاء في فرنسا، أصبح يقر الحق في التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الألم الذي يعانيه مالك الحيوان من جراء فقدته لأليفه⁽²⁶⁾ وذلك ما قضت به الغرفة المدنية، في فرنسا، بتاريخ (14 جانفي 1962) في حكم شهير لها في قضية « Lunus » إذ قررت منح المالك حق التعويض بسبب فقد حصانه، عن الألم المعنوي الذي ألم به. كما أن محكمة « كان » حكمت هي الأخرى بتاريخ (30 أكتوبر 1962) بالتعويض لمالك الحيوان « كلب » عن الحزن الذي أصابه من جراء فقدته لأليفه⁽²⁷⁾.

ورغم ذلك فإن جانباً من الفقه المتأثر بالأخلاق، أثار بصدد تعويض الضرر المعنوي فكرة الأخلاق كعائق لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، ومن

(24). أنظر مجلة القانون والاقتصاد، 23، 1953، المرجع السابق (ص 211).

– SAVIGNY. traité de droit romain traduction GUENOUX (PARIS 1890) T(25)

(1)Page 330 CF. Thèse ABDERAHMANE GAZI PP. 11 et 12.

– Voir cette idée dans thèse du Dr. GAZI P. 13. (26)

– CARBONIER. Les Obligations T.II supra 192 P.596. (27)

هؤلاء، الأستاذ « تورني » الذي قال بأن الفرد المضرور ضرراً معنوياً، لا يمكنه قبول مبلغ نقدي كضمن عن أوجاعه، لأن ذلك يعد في نظر الأخلاق مخالفاً بالحياة⁽²⁸⁾.

أما الأستاذ « MASSIN » في رسالته سنة 1893 بباريس فيعتقد أن المسألة تتعلق بأمرين : إما أن يكون للمضرور قدر من الأنفة لرفض التعويض الذي يكون بالنسبة له مهيناً، وإما أن يقبله ويكون عندئذ منافياً للأخلاق عند مشاهدته يقبض بدون تردد ثمن الاعتداء على شرفه أو عن حزنه⁽²⁹⁾.

وقال الفقيهان، « بودري لاكانتيري » و « بارد »، أنه لمن الفضيحة أن تناقش العدالة المسائل المتعلقة بالشرف والعواطف المقدسة وآلام الإنسان أما الأستاذ « ريبار » فيرى، أن القول بتعويض الضرر المعنوي أمر يتنافى مع الأخلاق، خاصة عندما نقول بأن الذي لحقه اعتداء على شعوره يتعزى بما ناله من تعويض⁽³⁰⁾.

أما لأستاذ، « سافاتييه » فيعتبر من الأمور المهينة أن يثرى شخص من ضرر معنوي لحقه، والأمركذلك بالنسبة للوارث الذي يفيد مادياً من الألم الذي أصاب المورث، ويتجلى ذلك قبول الوارث تعويضاً عن الإهانة التي لحقت بمورثه قبل موته⁽³¹⁾.

إن أنصار فكرة اللاأخلاقية، يعتبرون المطالبة بالتعويض النقدي عن الضرر المعنوي أمراً مناقضاً للأخلاق، ولكن أي الأخلاق هاته التي يستندون

- V.DALLOZ 1962. 199 N. RODIER JCP 1962. 12557 note P.ESMEIN. Voir(28)

DALLOZ 1972 PHILLIPPE le TOURNEAU R.S.T.II P. 130 S.313.

- TOURNIER. De la condamnation à des dommages intérêts considérée comme(29)
moyen de contrainte et comme peine thèse MONTPELLIER 1986 P. 191 cité par

GAZI Op. P.17.

- cité par ROGER TRIBES Th. Pr. page 83. (30)

- RIPERT la règle morale dans les obligations civiles 4ème édition 1949 P. 347(31)

SUPRA 187.

إليها لرفض مبدأ إمكانية تعويض الضرر المعنوي ؟ إن الأخلاق بمفهومها المثالي أحرص من غيرها على حفظ كرامة الإنسان، من أي اعتداء ماديًا كان أو معنويًا، كما أن قيام الضرر برفع دعوى التعويض لا يعني أن الخصومة تصبح بالنسبة إليه قضية مصالح مادية، وإنما هي قضية كرامة وعزة واحترام وجوده المعنوي وتأكيد شخصيته وإدانة الاعتداء اللاشعري الذي وقع ضحيته، ويقول الأستاذ، « عبد الرحمن ناجي » أن الادعاء بأن من الفضيحة مناقشة العدالة للعواطف إدعاء باطل، والبحث عن النسب، وحتى لو سلمنا بذلك، فإنه يمكن تلافي علانية المناقشات بعقد جلسة سرية⁽³²⁾.

ومما يلاحظ أن هذه النظريات السلبية أو المختلطة، تغالي في رفضها لتعويض الضرر المعنوي.

إن التعويض عن الضرر المعنوي لا يمثل مطلقًا، ثمن أو قيمة الشرف أو الاعتبار أو الحرية أو العاطفة المعتقدى عليها ولكن يعتبر منح التعويض، كما يقول الأستاذ، « مازو » جلب ووسيلة لجبر الخاطر، وترضية الضرر والتخفيف من آلامه ومواساته.

إن منح المبلغ النقدي للضرر ضررًا معنويًا لا يعد عقوبة للمسؤول وإنما هو إقرار بحق طالب التعويض لما لحقه من ضرر، وفي ذلك ترضية له، والمسألة متروكة للمحكمة لتقدير التعويض الذي تراه ملائمًا.

فلا مبرر إذن للنظريات السلبية المطلقة، المنكرة لإمكانية تعويض الضرر المعنوي، ولا لتلك النظريات المختلطة القائلة بتعويض الضرر المعنوي في حالات دون الأخرى، والتي قبل عنها أنها عرض للنظرية السلبية، ولا لإثارة فكرة الأخلاق كمائق للتعويض.

حقيقة أن شرف وكرامة، وسمعة الشخص أو آلام الشخص تصطدم بصعوبة تقديرها نقدًا، ولكن دفع مبلغ نقدي على سبيل الترضية خير من عدم التعويض بتأنا، أو كما يقول « مارتى » و « رينو »، إذا لم نعوض الألم

– SAVATIER le dommage et la personne D.1955 P.10. (32)

المعنوي، فإننا نستطيع على الأقل أن نقدم البديل في شكل نقدي، فهذا الإجراء رغم عيوبه أحسن من لا شيء⁽³³⁾.

كما أن التعلق بفكرة المقابل « Equivalent » التي يستند إليها بعض الفقهاء، ومنهم « MASSIN » خاطئة إذا كانت لاتأخذ بعين الاعتبار وظيفة الترضية، التي يمكن للتعويضات النقدية القيام بها⁽³⁴⁾.

ثانيًا : النظريات القائلة بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي :

لم يقتنع أنصار مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي بحجج رافضيه واعتبروها منافية للانصاف وحتى للأخلاق وقالو بأن الضرر المعنوي كالضرر المادي لاثيرأية صعوبة من حيث المبدأ فكلاهما قابل للتعويض متى توافرت شروطه، ومن ثم يجب أن يعوض عن الضرر المعنوي تعويضاً نقدياً⁽³⁵⁾، طالما كان هذا الضرر مشروعاً، وفكرة المشروعية تعد بمثابة قيد في الأضرار القابلة للتعويض.

إن أساس التعويض طبقاً لهذه الفكرة، هو عدم مخالفة الضرر، موضوع التعويض للقانون أو الأخلاق والآداب العامة⁽³⁶⁾.

إن أنصار هذا الرأي يريدون التوصل إلى إدحاض الافتراض القائل بأن التعويض النقدي عاجز عن تعويض الضرر المعنوي مستنديين إلى التطورات والاتجاهات التي تسمح بتأكيد فكرة أن التعويض النقدي في بعض الحالات بإمكانه محو الضرر المعنوي سواء بصفة كلية أو جزئية.

إن عبارة « تعويض » لا ينبغي أن يعطى لها مفهوم ضيق كما يفعل أنصار النظرية السلبية المنكرة للتعويض عندما يقولون بأن المقصود بالتعويض

- DUBOIS préitium doloris thèse LYON 1935 P.58. GANOT P. 36 voir GAZI⁽³³⁾

Abderahmane Th. Pr. page 19.

- MARTY et RAYMAND droit civil T.II P.362 édition 1962 V. GAZI Op. Page⁽³⁴⁾

15.

- Cité par ROGER TRIBES Th. Pr.page 39. ⁽³⁵⁾

- RENE RODIER. Responsabilité civile édition 1952 P.201 supra 1601. ⁽³⁶⁾

رد الأشياء إلى الحالة التي كانت عليها قبل وقوع الضرر، لأن القول بذلك يخرج العديد من الأضرار المادية من دائرة التعويض، كحادث الذي يلحق بالضحية عجزاً بدنياً، وبصفة عامة جميع الحالات التي يؤدي الضرر فيها إلى القضاء على شيء لا يمكن تعويضه.

كما أن الأستاذ « Demogue »⁽³⁷⁾ يقول : إذا كان الهدف من التعويض أصلاً، رد الشيء إلى ما كان عليه سابقاً، وكرد العقار إلى حالة قبل وقوع الضرر أو شراء منقول مشابه للمنقول فلا شك أن حق التعويض في هذه الحالة لا يمكن تجاهله، طالما كان ذلك ممكناً، ولكن لا ينبغي أيضاً تجاهل تعويض الضرر المعنوي، فليس من المنطقي أن لا يعوض هذا الضرر فالقذف مثلاً يمكن تعويضه في شكل إعلان في الجريدة لإزالة الصورة المشوهة في نظر الرأي العام، أو حتى عن الضرر المادي إن تعلقت المسألة بالثقة، ولكن هذه الطريقة نادرة في بعض الأحيان، إذ عادة ما تقضي المحاكم بمبلغ نقدي يمكن اعتباره كتعويض كاف يستجيب للهدف المرجو منه، وساق، ديموق، مثلاً لذلك، عن الشخص الذي يحرم من حضور حفل بسبب حبسه لبضعة أيام بدون سبب مشروع، وقال بأن التعويض في هذه الحالة لا يكون عن الحبس وإنما عن حرمانه من حضور الحفل، لأن في التعويض نوعاً من المواساة والتخفيف عنه، ومن شأنه تهدئة حالة الحسرة أو التألم الذي يشعر بها، كما يجلب له نوعاً من الترضية يستطيع محو ذكرى مرهقة تراوده.

إن المعنى الحقيقي لعبارة تعويض، في رأي الأستاذ : « Delmas » هو تقديم البديل، وطالما أن النقود هي أحسن بديل فالتعويض إذن يكون نقدياً⁽³⁸⁾.

كما أن الأستاذ : « Tribes » يرى أنه لا ينبغي أن يرفض التعويض

(37)- سرى فيها بعد أن هذه الفكرة أصبحت نسبية لدى بعض الدول، كإنطباقها على فكرة المخادنة « Concubinage » وما أثارته من مشاكل عديدة في المجال الفقهي والقضائي.

- DEMOGUE OP. P.46et S. (38)

عن الضرر المعنوي بسبب أن الضرر لا يحصل على التعويض الأمثل والمرجو قانوناً، بل يجب أن لا نحرم الضرر ضرراً معنوياً من الاستفادة من حكم يصدر لمصلحته⁽³⁹⁾.

إن القول بصعوبة التقدير العادل، والتعويض الملائم للضرر المعنوي لا يعتبران عائقاً للتعويض حتى لو كان المبلغ تافهاً، بل من الخير أن يكون هناك مقابل ولو غير ملائم فيكون خيراً من لا شيء إذ عندما يتألم المضرور يكون منحه مبلغاً نقدياً يجلب له على الأقل ترضية أي نوع من المواساة.

ثم إن الادعاء، بأن هناك خطراً ذا طابع أخلاقي يتجلى في منح مفتعلي الآلام والأضرار المعنوية تعويضات نقدية، أخطر بلا ريب من ترك المسؤول عن الضرر الذي أحدثه بفعل سلوكه الضار، بمنأى عن كل مساءلة.

ويقول الأستاذ : « A.VIALARD » أن المبدأ العام في مجال التفسير القانوني يقضي بأنه لا ينبغي أن نميز، طالما أن القانون لم يميز⁽⁴⁰⁾.

واستناداً إلى ذلك نقول بأن المسؤول عن الضرر المعنوي يجب أن يعرض طبقاً للمادة 124 م ج إذا ما أخذناها من حيث عموم صياغتها، ومن ثم يجب أن نحث القضاء على الأخذ بعين الاعتبار في إطار المسؤولية المدنية كافة الأعمال الضارة الموجبة للمساءلة.

وهذا ما قال به أيضاً الأستاذ : « LACOSTE » بصدد المواد 1382 - 1383 م ف إذ يرى بأنها لا تشكل عائقاً يحول دون تعويض الضرر المعنوي بل على العكس جاءت لتدعيم مبدأ هذا التعويض، وليس فقط لتعطي للمحاكم الحق في الحكم به، ولكن لا جبارها على ذلك⁽⁴¹⁾ وهذا ما نجده في المجال الجنائي، حيث تمنح تعويضات، ليس فقط للمتهم

- Réparer, c'est fournir un équivalent et comme l'équivalent par Excellence est (39)
largement, la réparation est pécuniaire. V.B.DELMAS Th. Pr. Op.

- TRIBES Th. Pr. (40)

- ne pas distinguer là où la loi ne distingue pas V.VIALARD Op. Page 119. (41)

الذي ثبتت براءته، بل حتى لبعض أقاربه متى كان ضحية خطأ قضائي « Erreur judiciaire » بسبب الضرر المعنوي الناجم عن التهمة المخاطئة⁽⁴²⁾.
فالقانون إذن ينص على جواز تعويض الضرر المعنوي، ثم أن عبارة « ضرر التي أشار إليها أنصار الرفض، تشمل في نظر الأستاذ : « Tribes » الزمة المالية والذمة المعنوية، وصياغة م 1382 م ف، تترك أيضاً في رأيه مجالاً لتعويض كافة أنواع الضرر المعنوي مادية كانت أو معنوية، وإذا كان تعويض الضرر المعنوي غير منصوص عليه بصريح العبارة، فإنه لم يرفض صراحة، ولذلك فإن تبريرهم واه، ولا نرى ما يمنع من تفسير واسع لشمول الضارين معاً⁽⁴³⁾.

إن صياغة النص القانوني في قالب عام، قد يثير الشك حول تفسيره، ولما كان القانون يهدف إلى حماية الشخص، فينبغي تفسير النص في صالح الشخص، وأظهر مثال لذلك، قانون العقوبات الذي يفسر فيه الشك في صالح المتهم، ولذلك وجب أن يكون في صالح الطرف الذي يمكن أن يلحقه ضرر، سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً.

وبهذا الصدد يرى الأستاذ : « ستارك »، أن التبريرات المقدمة، والمناقشات المجردة التي أثارها العديد من أنصار الرفض، لا تشمل مختلف حالات الضرر المعنوي ويقول، إن الوقت قد حان لإجراء تمييز يفرض نفسه، وهو يقصد بالتمييز هنا أنواع الأضرار المعنوية، ويقول عن الانتقادات الموجهة إليها، أنها في الواقع غير مبررة ومع ذلك فهناك حالات تؤخذ الانتقادات التي وجهت إليها في الاعتبار⁽⁴⁴⁾.

إن تعويض الضرر المعنوي هو الوسيلة التي تؤدي إلى مساءلة المسؤول عن نية الأضرار، لأن تقديره وتقييمه خاضع لسلطة القاضي.

– Cité par ROGER TRIBES Th. Pr. page 42. (42)

– Code d'instruction criminelle art, 446. Modifier par la loi du 08.06. 1895 V.(43)

TRIBES Th. Pr. 42.

– CF. TRIBES Page. 38 Th. Pr. (44)

ثم إن القول بالتعويض عن الضرر المعنوي، يستجيب للعدالة والانصاف ولمشروعية هذا الضرر وقابليته للتعويض.

أما ما يذهب إليه أنصار الرفض من أن القاضي يصطدم باستحالة تقدير الضرر المعنوي خاصة إذا كان غير مقترن بضرر مادي، فهو قول غير صحيح في نظر أنصار التعويض ومنهم الأستاذ : « ترياس » وهم يرون إمكانية التقدير ويرون أن على القاضي عبء البحث عن القدر اللازم الذي يمكن أن يوفر للمضرور ترضية ذات طابع معنوي ترد للذمة المعنوية القيمة التي ضاعت، وأن ذلك ليس بمستحيل أبدًا، إذ يستطيع القاضي الاستعانة ببعض الظروف التي من طبيعتها مساعدته على عملية التقدير، كالحالة الاجتماعية للمضرور، ومركزه المالي⁽⁴⁵⁾.

والغاية من الحكم بمبلغ من النقود لا تعني إحلال النقود محل الضرر وإنما تعني توفير نوع من الترضية مهما كانت قيمة مبلغ النقود، فالنقود هي وسيلة الترفيه وتوفير منفعة معنوية ومادية للإنسان، كشراء تذكرة سفر للقيام بجولة مثلاً.

ودعمًا لهذا الرأي يقول الأستاذ : ستارك أن من الخير الحصول على تعويض حتى لو كان غير ملائم خير من عدم التعويض نهائيًا⁽⁴⁶⁾.

ونحن نعتقد أن الفقيه (ديموج) قد فسر هذه الفكرة تفسيرًا منطقيًا مقبولًا حين قال : « إن منح تعويض عن الضرر الذي يمس العاطفة والحنان، لا يعني أننا قدرناه نقدًا وإنما أكدنا الحق بإدانة المسؤول عن الضرر »⁽⁴⁷⁾.

إن في القول بالتعويض عن الضرر المعنوي حماية للمصالح المترتبة على أحكام القانون المدني سواء كان ذلك في المجال التعاقدي أو التقصيري وبدخل ذلك في إطار المصلحة العامة التي تقضي بأن الاعتبارات الاجتماعية للآلام التي تكون فادحة نوعًا ما، ترجح أحيانًا على الاعتبارات الذاتية⁽⁴⁸⁾.

– STARCK Op. page 58. (40)

– V. Th. TRIBES précitée page 38. (40)

– STARCK Op. supra 115 P.58. (47)

– DEMOGUE Op. supra 411 P. 53. (40)

إن القول بعدم إمكان تعويض الضرر المعنوي غير صحيح لأن هذا التعويض يفرض نفسه قانوناً، وتأييده غالبية الفقهاء، ومن الواجب أن ندرج ضمن دعاوي المسؤولية، دعوى التعويض عن الضرر المعنوي باختلاف أنواعه، إذ لا يوجد أي مانع يعترض تعويض الضرر مادياً أو معنوياً⁽⁴⁹⁾.

أما الفقيهان : « بودري » و « بارد »، فيقولان بأن الدور الذي نعطيه للتعويضات سواء كان عقابياً أو رضائياً يسمح بتفادي الادعاء بأن التعويض عن الضرر المعنوي يكون دائماً تحكيمياً⁽⁵⁰⁾ وحتى لو كان التعويض عن الضرر المعنوي كما يقول منكروه تحكيمياً إلى أبعد مدى فإنه على الأقل يمثل ترضية ترفيحية « Satisfaction compensatoire »⁽⁵¹⁾.

كما أن القول بأن التعويض عن الضرر الذي يلحق بالشرف أو الحنان يتصف بطابع تجاري، غير صحيح، لأن التعويض عن الضرر عامة والمعنوي خاصة، ليس الغاية منه إثراء شخص على حساب آخر كما يدعي منكروا التعويض عن الضرر المعنوي⁽⁵²⁾ وإنما التعويض وسيلة لتأكيد حق المضرور عن الضرر الذي لحقه بسبب فعل الغير.

وإذا كان البعض يرى في التعويض عن الضرر المعنوي بدعة تحكيمية لا أساس لها، فإن المؤلفات القديمة تؤكد أن التعويض عن الأضرار التي كان يسودها الانتقام الخاص وبأكثر صرامة من الأضرار المادية⁽⁵³⁾ لأن الشعور بالشرف وضرورة حمايته كان مطروحاً دائماً باعتباره أحد عناصر الذمة المعنوية ولأن بعض الأنظمة الغربية والتي

– Rapport IHRING L'intérêt dans les contrats œuvres choisies II p. 155 cité par⁽⁴⁹⁾

DEMOGUE Op. 55 S. 415.

– V.RODIER Op. P.228 et S. supra 1611. et voir également traité pratique de⁽⁵⁰⁾
droit civil par MARCEL PLANIOL et G.REPERT T. 6édition 1952 P.754.

– BAUDRY et BARD IV n° 2871 CF. MARTIN ACHARD P. 179 voir⁽⁵¹⁾
certaines idées des autres auteurs cité par DEMOGUE P. 51 S. 409 Op.

SAVATIER P. 93 S. 528 Op. ⁽⁵²⁾

– DEMOGUE Op. P.51 S. 409. ⁽⁵³⁾

ت حذوها أصبحت تعرف اليوم ما يسمى بجرائم الشرف، وتفتح
الالتعويض عن الأضرار المترتبة عنها.

إن الخلاف الذي أثارته بعض المدارس الفقهية حول طبيعة التعويض
غني أن يظل قائماً، لأن الأمر دائماً يتعلق بتعويض عن ضرر لحق بالغير
كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً، وسنرى فيما بعد أن أنصار هذه الفكرة
ون إلى نظرية الترضية كأساس للتعويض وهو ما يعرف لديهم بإسم :
« La satisfaction des dommages intérêt » خلافاً لما يعتقده البعض من
الفقه أمثال الفقهاء « بلانيول » و « ريبار » و « بولونجي » من أن
بض عن الضرر المعنوي هو تطبيق لفكرة العقوبة الخاصة. Peine Privée.

ومهما يكن من أمر، فإن الضرر المعنوي قد دخل نهائياً حيز التطبيق
ائي، وقتنته بعض التشريعات الوضعية كما سيتضح لنا في حينه، وبات
لمسلم به أن دعوى المضرور ضرراً معنوياً مقبولة قضائياً، وأن للقضاة
تقدير أوسع من تلك التي يتمتعون بها بصدد الضرر المادي⁽⁵⁵⁾.
إن أنصار النظرية القائلة بعدم تعويض الضرر المعنوي يستندون
ية تقديره.

غير أنه لما كانت الغاية من تعويض الضرر المعنوي تتجلى في
اهمة أيضاً، في سياسة الوقاية من الاعتداءات التي تلحق بالشخص
، فإن الفقه والقضاء كما يقول الأستاذ : « روديه »، منذ حكم الغرف
نمعة بتاريخ (15 - 6 - 1833) أصبحا يصرحان في صالح مبدأ
ض عن الضرر المعنوي وأصبحت القوانين الحديثة تنص عليه في
مها⁽⁵⁶⁾.

ومن الجدير بالذكر أن التعويض عن الضرر المعنوي قد ظهر أول ما

— V.MAZEUD et ANDRE TUNC Op. supra 216 et 231 CF. supra 997

— Cité par KARDAHI Op.285

— C.F.A.ESMEIN Rev. Trim. 1903. 25 cité par RODIERE Op. S. 1602 page 221

ظهر في المسائل الجنائية الذي جعل المحاكم المدنية تتبع في المجال التقصيري نظرية « أوبري ورو » ، التي تقول بتعويض الضرر المعنوي المترتب فقط عن المخالفات الجنائية ، أي أن التعويض عن الضرر المعنوي لا يقبل إلا إذا كان مقترناً بضرر مادي ، وسبب ذلك أن « أوبري » و « رو » لا يريان في التعويض عن الضرر المعنوي إلا عقوبة خاصة ، لأنهما ينظران إلى نتائجه من زاوية القانون الجنائي.

الفصل الثاني : أساس التعويض عن الضرر المعنوي

تمهيد :

إذا كان المسلم به لدى غالبية الفقه والقضاء، أن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي أصبح من الأمور المستقر عليها، رغم ماوجه له من الانتقادات فإن الخلاف قد قام حول الأساس الذي يستند إليه مبدأ تعويض الضرر المعنوي.

حقيقة أن المبدأ العام يقضي، بأن من تسبب للغير بضرر معنوي يلزم بالتعويض، ولكن ما هو الأساس الذي يقوم عليه هذا التعويض ؟

أهو فكرة الترضية « La Satisfaction » أم فكرة العقوبة الخاصة La

Peine Privée ؟

ذلك هو المشكل النظري الذي تثيره نظرية التعويض عن الضرر المعنوي والشيء الذي لا ينبغي التسليم به على إطلاقه، هو ما يذهب إليه رافضو هذا النوع من التعويض من أن دعوى تعويض الضرر المعنوي لا أساس لها إذ هي في جميع الحالات بدعة تحكمية بحتة⁽¹⁾، لأن الأمر يقتضي البحث عن ذلك الأساس، حتى لو لم تقدم المحاكم تفسيراً لأحكامها القاضية بالتعويض عن هذا النوع من الضرر، وفي تحديد الأساس الحقيقي

- Une pure création arbitraire ; Voir . JIVORD . S 68. TP. (1)

لدعوى التعويض يكمن حل المشاكل العملية المترتبة على اعتماد أساس معين، ورفض الآخر.

إن التوصل لمعرفة أساس دعوى التعويض عن الضرر المعنوي يساعد على حل مشاكل منها : تحديد ذوي الحقوق في التعويض، وشروط مباشرة الدعوى، وطبيعة التعويض، ووقت نشوء الحق فيه. وإذا كان البعض⁽²⁾ يعتقد أن الأساس لا يختلف بصدد تعويض الضرر المعنوي عن باقي التعويضات المدنية، طالما أنه يستند إلى ضرورة تعويض الشخص المضرور عما لحقه من ضرر بفعل الغير.

فإن البعض الآخر يرى أن هذا النوع من التعويض المزعوم، ما هو في الحقيقة إلا تطبيق لفكرة العقوبة الخاصة، يفسر بمسلك أو شعور رضائي لدى المضرور وبضرورة معاقبة كل تصرف خاطيء يأتيه الشخص.

ويمكننا ترجمة هذه الأفكار المتضاربة، في نظريتين أساسيتين :

نظرية الترضية، ونظرية العقوبة الخاصة، ومسايرة للتطور التاريخي لهذين الأساسيين، سأعتمد الترتيب التالي، سأعرض أولاً، لنظرية العقوبة الخاصة كأساس لتعويض الضرر المعنوي، وبعض صور تطبيقاتها في القوانين الوضعية، ثم للانتقادات الموجهة إليها، وبعد ذلك أتطرق ثانياً، لنظرية الترضية وتقديرها كأساس للتعويض عن الضرر المعنوي.

(2) - ومن هذا الرأي النائب العام دابان ولاب، اللذان لا يريان ضرورة البحث عن تبرير منح التعويض عن الضرر المعنوي ما دامت القواعد العامة للمسؤولية المدنية كافية لتبرير أساس التعويض، ولا داعي للبحث عن أساس جديد للتعويض عن هذا النوع من الضرر وأنظر هذه الفكرة أيضاً في مؤلف الأستاذ « تيسيران » :

TEISSERI « Essai d'une théorie générale sur le fondement de la Responsabilité civile.

المطلب الأول : نظرية العقوبة الخاصة⁽³⁾.

في كل المجتمعات البدائية⁽⁴⁾ نجد الفرد الذي يصاب بضرر في شخصه أو ماله أو راحته أو شرفه، يعمد بدافع غريزته إلى الانتقام برد فعل مماثل أو مضاعف لمعاقبة أو ردع المسؤول، وعادة يقوم المضرور نفسه بتحديد العقوبة وتنفيذها⁽⁵⁾.

وقد شاعت فكرة الانتقام هذه في العصور البدائية حين كان رد الفعل يتخذ طابعاً ذاتياً هدفه، محو الفعل الضار، بل كان يتعداه حسب الحالة النفسية للمضرور وما يشفي غليله، ويحقق رضاه، مسايمة لغريزته التي ترفض التمييز بين ما إذا كان الشخص المسؤول عن الضرر حسن النية أو سيء النية⁽⁶⁾.

ويعتبر الانتقام من مميزات العقوبة الخاصة، بل أن العقوبة الخاصة من آثار شريعة الانتقام الخاص، التي كانت تبيح للشخص المعتدى عليه أن ينتقم لنفسه وبنفسه ويسترد حقه بطريقته الخاصة، نظراً لغياب السلطة

(3)- تعد نظرية العقوبة الخاصة، من النظريات التي أثارت عداوة الفقه المعاصر لها ولم تول الدراسات الفقهية، هذه النظرية عناية كبيرة، ماعدا بعض الدراسات القليلة التي تناولتها بالبحث المعمق، كرسالة السيد / HUGUENY * سنة 1904 * STARCK، سنة 1947، رغم ما أثير حولها من اختلافات فقهية حادة خاصة في ألمانيا وإيطاليا في أواخر القرن الماضي، والشيء الذي يؤسف له حقاً هو أننا لا نعرّض إلا على إشارات هابرة عنها في بعض الدراسات القانونية المطولة، فهذه النظرية سكت الفقه عنها، رغم أن آثارها واضحة في بعض النصوص القانونية لدى بعض الدول.

(4)- يطلق على هذه المجتمعات، عصر الهمجية لكونها لا تقوم على قوانين منظمة، حيث كان الناس يعيشون لهائل متفرقة لا يخضعون لسلطة عليا، ولا يحتكمون إلا للعرف، وحيث كان الانتقام هو السبيل للعقاب، « أنظر الموسوعة الجنائية ققرة 5 م س 4 ».

(5)- Voir ; JIVORD. Page 108 et S. TP.

= * HUGUENY : La Peine Privée en droit Contemporain. th. Dijon. 1904

= (*)- STARCK.B. - Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et Peine Privée. PARIS. 1947.

(6)- وأنظر أيضاً سليمان مرقس م س ف 87 ط، 71 وف 1 ط. ف 1958 DEMOGUE OP «

العامة⁽⁷⁾ وبعدها استقرت السلطة ظهر ما يسمى بالفدية الاختيارية ويقول الأستاذ : « رضا فرج » أن هذه الفدية هي نوع من العقوبة توقع على الجاني وجماعته، وكانت الفدية بمثابة نواة لانبعاث فكرة العقوبة بمعناها الحديث، أي المقابل الذي يجب على الجاني تحمله في حالة ارتكابه لجريمة⁽⁸⁾.

ولقد تأثرت معظم التقنيات الوضعية بفكرة العقوبة الخاصة، وخاصة القوانين الجرمانية، والقوانين القديمة، كالقانون الفرنسي، ونسبها الفقه أيضًا إلى النظرية المتميزة التي اتبعتها الشريعة الإسلامية، في نظام الدية⁽⁹⁾ ومرد ذلك أساسًا إلى الخلط بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، وبين الدعوى العمومية، ودعوى التعويض، حين كان الجزاء المقرر للفعل الضار يتوخى تحقيق هذه العقوبة، ولم يكن يهدف إلى جبر الضرر.

والعقوبة الخاصة كجزاء عن الأفعال غير المباحة، هجرها الفقه في أواسط القرن (19) تقريبًا، واعتبرت بمثابة فكرة تمتد جذورها إلى العصور البدائية، وأنها لا تصلح كأساس للمسؤولية المدنية التي أصبحت تقوم على فكرة التعويض لا العقوبة، خاصة بعدما استبعدت من القانون الوضعي الفرنسي.

ويقول الأستاذ : « Dupichot » أن نظرية العقوبة الخاصة، كادت تزول نهائيًا عن الأذهان، بعد بروز ملامح نظرية التعويض التي لقيت تأييدًا كبيرًا من طرف الفقه لولا بعض المحاولات الرامية لانبعائها ثانية، خاصة في مطلع القرن 20 في الفقه الفرنسي على يد السيد « هيقني » وتبعه « ستارك »، والأستاذ : « هيقني » نادى بإحياء الوظيفة العقابية في صورة العقوبة الخاصة المعروفة لدى الرومان حين كانت تتم في شكل غرامات مالية محددة سلفًا،

(7)- أنظر تفصيل ذلك في الفصل التمهيدي، المطلب الثاني.

(8)- شرح قانون العقوبات الجزائري (ص 29).

(9)- تقدير التعويض بين الخطأ (ص 5) I. الدسوقي م س.

كجزاء يترتب على الفعل الضار، يتزل بالتعويض إلى أقل من التعويض الكامل، أو يتجاوزه حسب جسامة الخطأ.

أما الأستاذ : « Starck » فاقصرت محاولته على الدعوة إلى تقسيم جزاء المسؤولية المدنية بين التعويض الذي يقوم على أساس فكرة الضمان La garantie، وبين العقوبة الخاصة Peine Privée التي تستند إلى الخطأ⁽¹⁰⁾.

أما في ألمانيا، وفي الوقت الذي كان فيه القضاء الألماني غارقاً في الأخذ بمذهب الموضوعية المطلقة بصدد تقدير التعويض، رأى الفقيه الكبير « اهرنج » وجوب الأخذ بعين الاعتبار، بمدى جسامة الخطأ بجانب الضرر، كحد من نظرف القضاء، عند تقدير التعويض⁽¹¹⁾.

وعند أنصار العقوبة الخاصة، يجوز التعويض عن الضرر المعنوي، غير أنهم لا يعتبرون التعويض وسيلة لترضية المضرور، بل عقوبة خاصة، توقع على المسؤول المذنب.

والعقوبة الخاصة كما هو معروف، نوع من الغرامة المالية تمنح للمضرور طبقاً للقانون الخاص، وتحدد على ضوء خطأ المذنب، ويكون لها طابع عقابي⁽¹²⁾.

ومما يلاحظ، أن هذه الغرامة المالية، أو الدية، كانت تتجاوز في معظم الحالات مدى الضرر⁽¹³⁾ لكونها محددة مسبقاً حسب تصنيف كل جريمة، وذلك منعاً، وحداً، لظاهرة الانتقام الخاص أو القصاص، وكان

(10) - DUPICHOT P.187 et S. OP.

(11) / 2 - مشار إليها في (ص 6) للسقي، م س.

(12) ABDERAHMANE NADJI : P. 33 thèse précitée. ويقول الأستاذ : « HUGUENY »

أن نسبة العقوبة تعطى لبعض التصرفات الخاصة تجاه الأعمال غير المشروعة.

(13) - DUPPICHOT OP. P.188 supra 173. Voir également MOUNIER.R. droit

romain 4ème édition 1948. 5.28.

ومن المؤلفين العرب، أنظر (ص 25) عبد الحي حجازي م س، وسليمان مرقس م س.

تحديدًا قائمًا على أساس جسامته الخطأ لا الضرر، وفي ذلك تطبيق واضح لفكرة العقوبة الخاصة التي تستهدف الشخص المسؤول، لذلك يرى أنصار نظرية العقوبة الخاصة في التعويضات الممنوحة عن الضرر المعنوي مجرد تطبيق للعقوبة الخاصة⁽¹⁴⁾ وفي ذلك خلط بين فكرة العقوبة والتعويض⁽¹⁵⁾.

إن قبول هذه الفكرة كأساس للتعويض ترتب نتائج قانونية منها، أن دعوى تعويض الضرر المعنوي لا تتقل من الدائن المضرور لورثته لأن العقوبة الخاصة كما أسلفنا تتعلق بشخص المضرور أكثر من تعلقها بدمته⁽¹⁶⁾.

في حين أن المسؤولية المدنية لا تهدف حاليًا إلى زجر المخطيء وتأديبه كما كان الحال قبل انفصالها عن المسؤولية الجنائية، وإنما تهدف إلى تعويض الضرر المترتب عن الخطأ، وهذا الهدف ينعكس على التعويض الذي يقاس بجسامته الضرر لا بجسامته الخطأ الذي كان يستند عليه لتحديد مقدار العقوبة الخاصة، لذلك يجب نبذ فكرة العقوبة الخاصة ونتائجها المرفوضة فقهاً وقضاءً، والقول بأن الصعوبة التي قد يثيرها تقدير الضرر المعنوي أو تحديد مبلغ التعويض العائد لكل واحد من المدعين « في حالة تعددهم » لا تمنع القاضي من الحكم بالتعويض على أساس الضرر اللاحق⁽¹⁷⁾ كما أن موت المحكوم عليه قبل أدائه للتعويض، لا يسقط التعويض، وإنما يبقى قائمًا، ويجوز التنفيذ به في تركته⁽¹⁸⁾.

وهناك من فقهاء نظرية العقوبة الخاصة من يستند إلى المفهوم السلبي للضرر المعنوي فيقول إن هذا النوع من الضرر لا يلحق بعناصر الذمة

- RIPERT. La règle morale dans les obligations civiles n° 181 et 182. (14)

- ROUBIER supra 4 OP. (15)

(16)- يراجع الفصل التمهيدي - المطلب الثاني ص 13 وأنظر كذلك م 959 م ف . .

- Voir H.LALOU - DP 1920 - 2 - 137 voir Egalement PHILIPPE LE(17)

TOURNNEAU DP. 1972. P.129 et S.

(18)- مصطفى مرعي، فقرة 3 (ص 340) م س.

المالية أي أذى⁽¹⁹⁾ وغرضهم من ذلك إبراز صعوبة إمكانية التعويض ونفي فعاليته بحجة استحالة تعويض العنصر الذي اختفى من ذمة المضرور، والحكم به إثراء لذمة المضرور على حساب المسؤول، ويتجهون من ذلك إلى أن التعويض في هذه الحالة يقوم بوظيفة عقابية ولا يهدف إلى ترضية المضرور وعلى العكس من ذلك يعتقد جانب آخر من الفقه أن تعويض الضرر المعنوي يتصف بالرضائية مستندين في ذلك إلى القضاء، وطالما أن المال يستطيع التخفيف من لوعة المضرور وتضميد الجروح والآلام، فما علينا إلا الحكم به⁽²⁰⁾.

وقد حاول أنصار نظرية العقوبة الخاصة، إيجاد مزايا لتدعيم نظريتهم فلجأوا إلى الفكرة القائلة بأن الأشياء المعنوية بحكم عدم قابليتها للتعويض النقدي تجعل تقييم الضرر المعنوي مستحيلاً، ومن ثم فإن الحكم بالتعويض النقدي يكون دائماً تحكيمياً غير أن هذه الاستحالة تزول في نظرهم بتطبيق فكرة العقوبة الخاصة التي تستطيع تقييم جسامة الخطأ الذي ارتكبه المسؤول وتقدير ملاءته المالية، مما يسمح بتوقيع العقوبة لصالح المضرور، كما أن القاضي إلى جانب مدى جسامة الخطأ، يسهل عليه تقدير التعويض على أساس مدى ما يشعر به المضرور من نفور تجاه المسؤول⁽²¹⁾.

غير أن هذه الفكرة تفقد نظرية العقوبة الخاصة قيمتها، إذ أن الادانة العامة التي يحكم بها تظل عقوبة غير كافية ومنعدمة أحياناً، لأنه يحدث أن لا تقع بعض المسائل المدنية تحت طائلة قانون العقوبات مما يتعين معه

(19)- ومن هؤلاء السادة : بلانيول، وبولنجي، أنظر الفقرة أيضاً في مؤلف الأستاذ : كرداحي م. س 286.

- Voir HUGUENEY Thèse précitée P.272 (20)

- COLIN et CAPITAN et de la MORANDIERE, et JOSSERAND.V. cette Idée(21)
dans l'ouvrage précitée de Mr. KERDAHI P. 286 et S. et voir également V.CARBO-
NIER. Droit civil « les obligations » 6ème édition 1969. supra 89. P. 306.

الحكم للمضور بمبلغ نقدي إضافي حسب إدانة المسؤول وهذه الادانة لها طابع العبرة Exempleire وليس تعويضاً Indemnitaire⁽²²⁾

فالهدف المنشود إذن ليس هو إرضاء المضور بقدر ما هو معاقبة المسؤول. هذه النظرية التي قال بها بعض الفقهاء، أمثال : كاربونييه، وبلاينيون وريبار، واسمان، وبولنجي، وسافاتييه، تشكل خرقاً صارخاً لتطور الأنظمة القانونية وللأخلاق والعدالة.

إن الحافز المعنوي الذي شجع أنصار نظرية العقوبة الخاصة على التمسك بنظريتهم بصدد تعويض الضرر المعنوي، هو قضاء بعض المحاكم بالتعويض النقدي عن هذا النوع من الضرر، فهم يرون في منح هذا المبلغ النقدي عن هذا النوع من الضرر، تطبيقاً لفكرة العقوبة، وأن النقود كما يقول فقهاء القانون الكنسي لا تعوض آلام الأحياء⁽²³⁾ ولا تستطيع أن تقوم بتعويض الشرف المهان، أو الآلام التي عاني منها المضور، وإنما في التعويض عقوبة للمسؤول لصالح المضور، كما أن أنصار العقوبة الخاصة يرون في الحكم بالتعويض النقدي خارج فكرة العقوبة إثراء بلا سبب، وفي رأي Ripert إن التعويض بصدد الضرر المعنوي يقوم على أساس العقوبة، لا الترضية لأن قبول المبلغ النقدي كترضية يحط من شخص المضور، والضرورة تقتضي إما منح المضور مجرد قيمة معنوية عن الضرر الذي لحقه أو تعويضاً ذا طابع عقابي.

ولكن هذا الرأي غير سليم في نظر البعض، لأن التعويض في حد ذاته تصرف معنوي، ورضائي أكثر من عقابي⁽²⁴⁾.

Abderahmane Nadji P.34 Thèse Précitée.(22)

- DUPICHOT OP. page 189 qui a fait référence. En ce sens à M.FEENSTRA(23) théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotiers. Et, PETOT. P. 157 et S. spécialement P. 41 CF. supra n° 59 et S.

- TOURNIER V. GIVORD p.III thèse précitée V. également tribèse P. 95 thèse(24) précitée.

كما أن أنصار العقوبة الخاصة، يقولون أن نظريتهم أصلح كأساس لتقدير التعويض، لأن القاضي اعتاد على تقدير الأخطاء مما يجعل مهمة الحكم بالعقوبة العادية، أيسر من تقدير التعويض الذي يسبب للقاضي إشكالاً، هل يكفي بالرجوع لطلبات المدعي، وهذا مخالف لمبادئ الإثبات، أو يعتمد على تقديره للتعويض، وفي ذلك خطورة⁽²⁵⁾.

إن أنصار العقوبة الخاصة، يعتقدون أن نظريتهم هي الأساس الوحيد المطابق للأخلاق، وللحقيقة البسيكولوجية وللمقتضيات العملية، وأن القضاء يحكم في الواقع بنظريتهم، إذ يهتم بالتصرفات، وبشخص المدعى عليه باعتباره المسؤول عن الضرر، وأن التعويض الذي تقضي به المحاكم، ما هو إلا عقوبة يكمن مصدرها القانوني، في تقليد عرفي قديم، يقول عنه الأستاذ DUPICHOT⁽²⁶⁾ إن القضاء الحديث ورثه تحت ستار المادة 1382 م ف من جهة، وفي ظل سلطة قاضي الموضوع المطلقة بصدد تقدير التعويض، من جهة أخرى، ولذلك فإن العقوبة الخاصة هي الكفيلة بأن تكون أساساً لتعويض الضرر المعنوي ومسايرة لما تقضي به المحاكم.

وهذا ما يراه الأستاذ : « Ripert » بأن التعويض عن الضرر المعنوي لا يقوم على أساس نظرية الترضية، وإنما على أساس العقوبة الخاصة، التي يجب النطق بها في شكل تعويض، معتقداً في ذلك بأن الشيء الذي يرضي المضرور هو معاقبة المسؤول، وأن القضاء اضطر إلى الاستعانة بفكرة العقوبة، لأنها الوسيلة الوحيدة لعقاب المسؤول عن الضرر المعنوي الذي يحدثه بخطئه⁽²⁷⁾ بل أن أنصار العقوبة الخاصة ذهبوا إلى أبعد من ذلك بقولهم : أن نظريتهم هي التي أملت قواعد التعويض عن الضرر المعنوي⁽²⁸⁾.

- Voir cette idée citée par GIVORD P. III TP. (20)

- DUPICHOT OP. P. 188 S 173. (20)

- G. RIPERT. La règle morale supra 181 P.348 SAVATIER. Le dommage et la personne D. 1955 et V également : DUPICHOT OP. P 22 ET S.

- RIPERT. La Règle Morale. S. 183. P.352 et S. (20)

هذه بعض آراء فقه نظرية العقوبة الخاصة، بقي الآن أن نعرف مدى تأثير الشرائع الوضعية بهذه النظرية، والانتقادات الموجهة إليها.

(أ) بعض صور تطبيقات العقوبة الخاصة في القوانين الوضعية :

رغم أن فكرة العقوبة الخاصة، قد هجرت تقريباً في أواسط القرن 19، لاعتبارها فكرة ترجع إلى العصور البدائية⁽¹⁾ فإننا نعث على نصوص قانونية، في تشريعات بعض الدول، تقرر فكرة العقوبة ففي ألمانيا مثلاً، يوجد نوع من العقوبة الخاصة، يطلق عليه تسمية « La Busse »، منصوص عليه في تقنين العقوبة الصادر عام 1871 في المواد 188، 231. وقد حث المشرع الألماني، بعدما نص على ضرورة التوازن بين الخطأ والتعويض، على وجوب إعطاء العقوبة الخاصة أهمية في القانون المدني⁽²⁾. كما تناول المشرع الجزائري فكرة العقوبة بصدد بعض صور الضرر المعنوي⁽³⁾.

أما في فرنسا، فيقول الأستاذ : « Hugueney » إن لفكرة التعويض طابعاً عقابياً دخل مع فكرة الغرامات أو التهديد وعرض مع نظرية التعويض عن الضرر المعنوي⁽⁴⁾.

وفكرة العقوبة الخاصة، لم تتخلص منها التشريعات الوضعية نهائياً، فالمادة 727 م ف، مثلاً، تنص على أنه : يحرم من الإرث :

(1) IHRING faute en droit privé PP. 68 et 74 CF.DEMOGUE OP. P. 186.

(2) - Comparer faute en droit privé PP. 61 et S. et la faute pour le droit V.

DEMOGUE P. 187. OP.

(3) - أنظر قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر رقم 66، 156، بتاريخ 8 جوان 1966 خاصة المواد (144، 145، 146)، وأنظر المقالة المنشورة كتمليك عن هذه المواد في مجلة الشرطة الصادرة سنة 1976 عدد، 4، ص 24، ومايليها حول تجريم الإهانة.

(4) - Jusqu'à certain point, mais à un moindre degré. Les idées de gradation de l'indemnité suivant le degré de faute, celle favorable à des mesures pour assurer la réparation civile des délits en rapprochant aussi. Voir pour plus de détails. HUGUENEY OP. PP. 55. 61. et DEMOGUE OP. P. 187 et S.

- الشخص الذي قتل، أو حاول قتل المورث.

- الشخص الذي اتهم المورث بتهمة خطيرة اعتبرت إهانة.

- الوارث البالغ سن الرشد الذي علم بقتل المتوفي ولم يبلغ عنه العدالة⁽⁵⁾.

كما أننا نعثر على نص آخر في المادة 801 م ف يبرز بوضوح طابع العقوبة بالنسبة للوارث الذي يحرم من مزية الجرد، إذا ارتكب جريمة إخفاء بعض موجودات التركة أو لم يدرج عمدًا وبسوء نية في قائمة الجرد بعض موجودات التركة، فحرمان الوارث من الاستفادة من مزية الجرد، عقوبة له، تقوم مقام التعويض.

وللمادة 801 الفرنسية، ما يقابلها في القوانين الأخرى⁽⁶⁾ كما أن المادة 792 م ف، المتعلقة بالورثة، الذين يختلسون أو يخفون الأشياء المتعلقة بالتركة تنص على حكم يقضي بحرمانهم من الاستفادة من أية نسبة من تلك الأشياء المختلسة أو المسروقة كما يحرم بمقتضى المادة 1477 م ف، الزوج الذي يقوم بإخفاء بعض الأشياء المملوكة على الشيوخ من نصيبه في هذه الأشياء.

والجدير بالملاحظة أن هذه النصوص القانونية لا تقيم بصدد تطبيق هذه العقوبات تمييزًا بين حالات الأشخاص المادية أو الطبيعية، بمعنى أن

(5) - Voir ; code civil FRANCAIS article 727.

(6) كالسواد 2053 من القانون المدني البرتغالي والمادة 967 م، إيطالي، حول الحرمان من الجد في حالة الإغفال المسمى، وم 1073 و1074 م إيطالي في حالة بيع العقار أو المنقول دون شكلية، وم 2005 م ألماني، المتعلقة بالإجراءات المطلقة للوارث عن الديون في حالة إغفاله عمدًا « عند الجرد » لجانب هام من موجودات التركة، أو إذا أجاز الترتابًا غير موجود في التركة، أو رفض تقديم معلومات أو تأخر قصدًا في تقديمها، أنظر حول الطابع الخاص لهذا النص « Percerou ».

« La liquidation du passif hereditaire Rev; de droit civil 1905 P. 820 CF. DEMOULÉ

OP. P. 188.

العقوبات التي قررتها تسري حتى على الورثة العاجزين إذا كانت لهم المقدرة الطبيعية .

كما أن هذه العقوبات لا تشترط بتأثراً لتطبيقها توافر ركن الضرر، إذ تسري على كل شخص يقتل أو يحاول أن يقتل مورثه، فلا ارث في هذه الحالات طبقاً لنص المادة 727 م ف السالفة الذكر، كما يجب أيضاً أن يدرج ضمن العقوبة الخاصة، الرجوع في الهبة بسبب الجحود « Pour Ingratitude المنصوص عليه في المادة 955 م ف.

وللعقوبة الخاصة أثر رجعي بالنسبة إلى الطرفين، لا بالنسبة إلى الغير م 958 م ف، فهي تقرر مستقلة عن الضرر، ولكن يجب أن تخصم من التعويض⁽⁷⁾.

ويرى أنصار نظرية العقوبة الخاصة في تلك النصوص أخذاً بنظريتهم، وتطبيقها يدخل ضمن حماية المسؤول من فداحة الحكم بالتعويض، إذ أن العقوبة الخاصة المحددة بمبلغ مالي سلفاً، لا يمكن أن تزيد عن الثروة الخاصة للمسؤول أو للمضرور، إذ يمكن أن يتم التعويض طبقاً لأحكام معينة تفادياً للمغالاة في التعويض القائم على أساس جبر الضرر، ولا يؤخذ بذلك إلا إذا كان ضرورياً لفعالية العقوبة، إذ يؤخذ عندئذ بعين الاعتبار، المركز المالي للمسؤول.

ومن آثار العقوبة الخاصة أيضاً، ما تضمنته المادة 7 مكررة من القانون البلجيكي الصادر بتاريخ (4 أبريل 1900) حول الصيد، فهي تنص على أن الأضرار التي تلحقها الأرانب بالغلات والثمار، تحسب مضاعفة، فهذا نص ذو طابع عقابي محض.

(7)- أنظر الأمثلة العديدة التي ذكرها الأستاذ : ديموغ، في مؤلفه السابق الذكر حول النصوص التي تقضي بالعقوبة الخاصة حتى لو لم يكن هناك ضرر، فقرة 523.

وخلافاً للتشريعات الوضعية، فإننا نجد مثلاً مسائل الارث عندنا، تنظمها أحكام الشريعة الاسلامية⁽⁸⁾.

وطبقاً للشريعة الاسلامية تكون الدية في القتل شبه العمد وقتل الخطأ مثلاً، هي العقوبة الأصلية⁽⁹⁾ أما العقوبة التبعية فهي الحرمان من الارث والوصية، فإذا قتل الوارث مورثه أو الموصى له الموصي، حرم من الميراث والوصية لقوله عليه السلام « لا يرث القاتل شيئاً » أو ليس للقاتل وصية⁽¹⁰⁾ وبلاحظ أيضاً في الشريعة الاسلامية، أن الدية الواجب دفعها إلى أولياء الدم، في حالة ما إذا تم العفو أو الصلح في القتل العمد، تأخذ طابع العقوبة، وهي عقوبة بدلية مقررة عوضاً عن القصاص.

ومن حيث وظيفة العقوبة بصفة عامة، مقارنة بالتعويض، فإنها لا تهدف إلى جبر الضرر وإلى العقاب، ومن هنا تبرز عدم دقتها، ولما كان للعقوبة أثر على المسؤول، فكان ينبغي أن تؤخذ حالته البسيكولوجية بعين الاعتبار ولا يكون ذلك إلا بمنح القاضي سلطة واسعة للتقدير، إذ يجب التفرقة بين حسن النية وسوء النية، وهذا ما لا تعتد به نظرية العقوبة الخاصة.

وهناك من الفقهاء ومنهم الأستاذ : « Merkel »⁽¹¹⁾ من قال : « أن العقوبة والتعويض يهدفان معاً إلى تحقيق المصلحة الاجتماعية، وحماية النظام القانوني للمجتمع، وإذا كان هذا القول صحيحاً، إذا ما أخذنا عبارة « عقوبة » بمفهومها العام، فإن القول لا يستقيم بالمعنى المصطلح عليه، ولا توجد بين التعويض والعقوبة، سوى نقاط مشتركة لا ينبغي المبالغة فيها، كما يقول الأستاذ : « Demogue » لأنه يحدث أن يكون للتعويض طابع

(8) - أنظر مضمون المادة 2/1 ق م ج. والقانون الجزائري الجديد « للأسرة » الصادر تحت رقم 84 - 11 مؤرخ في 9 جوان 1984. م. ص. 135، إلى 138.

(9) - د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الاسلامي (ص 326) ط 1. 1870، دمشق.

(10) - أخرجه الدارقطني، من حديث بن عباس، وروى بن ماجه نحوه من حديث أبي هريرة راجع (ص 329،

330) د. وهبة الزحيلي م س. وأنظر موقف المذاهب الاسلامية في ذلك.

(11) د. وهبة الزحيلي م س. وأنظر موقف المذاهب الاسلامية في ذلك.

عقابي أحياناً كما يمكن أن يكون للعقوبة الخاصة أيضاً طابع تعويضي في بعض الأحيان⁽¹²⁾.

إن ما يعثر عليه من نصوص متفرقة في بعض الشرائع الوضعية حول العقوبة الخاصة، ما هو إلا استثناء من الأصل العام في الشرائع الحديثة، التي تنبذ فكرة العقوبة وتقرر التعويض، كهدف للمسؤولية المدنية.

إن العقوبة الخاصة لا يمكن تطبيقها، بدون نص، غير أنه لا توجد أية رقابة على القاضي، إذا ما قام بتحديد التعويض بهدف عقابي، فتحدد مبلغ التعويض مسألة واقع، ومن ثم ندرك الحكمة من جعل الأحكام القضائية خاضعة للرقابة القضائية.

(ب) الانتقادات الموجهة إلى نظرية العقوبة الخاصة :

وجهت إلى نظرية العقوبة الخاصة، كأساس للتعويض في المسؤولية المدنية عدة انتقادات مريرة، منها :

إن العقوبة الخاصة فكرة تقوم أساساً على شريعة الانتقام البربري⁽¹³⁾ إذ يحدث أن يكون التعويض أكثر قيمة من الضرر أو على الأقل مختلفاً عن الضرر الذي أصاب المضرور، مما يجعل المضرور بعد تعويضه في حالة أحسن من تلك التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وفي ذلك إثراء لذمته على حساب المسؤول، غير أن أنصار العقوبة الخاصة، يرون في هذا الإثراء وسيلة للحد والتخفيف من نزعة الانتقام الكامنة في نفس المضرور لأن المضرور يتمنى أن يرى المسؤول قد أصيب بنفس الألم الذي أصابه أو أكثر منه، وهذه فكرة بربرية، تحرص على أن يسود الطبعية البشرية، روح البغضاء، والانتقام والسوء.

والأستاذ : « ستارك » يرى أن الكتاب المعاصرين يعترفون بكل

(12)- مشار إليها في مؤلف الفقيه ديموغ (ص 86) م س.

- CF. DEMOGUE OP. Page 18. (13)

أسف، بأن المشرع في بعض الحالات، والقضاء، كثيرًا ما يأخذان بجسامة الخطأ المقترف كأساس لتحديد مبلغ التعويض⁽¹⁴⁾.

غير أن الاعتداد بالجرم المقترف، يعني الاعتداد بالنتيجة الاجرامية في بعض الجرائم دون الأخرى، وهذا يخرجنا من نطاق المسؤولية المدنية التي لا تعند إلا بالضرر كشرط عام لتحديد التعويض، ويضعنا في مجال المسؤولية الجنائية التي تشترط لتحقيقها وقوع النتيجة الاجرامية⁽¹⁵⁾

والقول برفض العقوبة الخاصة بدعوى قيامها على أساس الرغبة في الانتقام، قول يتسم، في نظر أنصار العقوبة الخاصة، بالنظرة الضيقة جدًا، لأن فكرة العقوبة Repression في ظل القانون الخاص، تكمن قبل كل شيء في الوقاية من الأضرار التي قد تترتب على النشاطات الخاطئة⁽¹⁶⁾ ولا يصح أن ننسب إلى النظام البربري، فإذا كان حقيقة أن الانتقام كان في العصور البدائية مجردًا من كل شعور معنوي، ويباشر بصورة عمياء دون الأخذ بعين الاعتبار بمدى براءة أو إدانة المسؤول، وأنه رد فعل غريزي غير إنساني، فإن حضارتنا تعمل على التخلص من هذه العادات لأن هذه المرحلة من الانتقام قد اندثرت باعتبارها تنظيمًا يرجع إلى ما قبل التاريخ، وأصبح نفور المضرور بقباس منذ أمد بعيد، بمدى ذنب المسؤول.

ويقول الأستاذ : « ستارك »، هل حقيقة، الشعور بالانتقام هو كل ما يعتبر شيئًا في الروح البشرية ؟ ألا يكفي أن نلاحظ أنه يعبر أحيانًا عن الانتقام بتعبير آخر « مجرد غضب » أو « سخط » للتخفيف من عبارة العقوبة وأن القول بأن الانتقام هو شعور حقير ومخالف لروح البر والاحسان، أمر يقتضي منا معرفة ما إذا كان القانون الوضعي يستطيع أن يجعل منه شيئًا مجردًا ؟ وبنتهي إلى أن القوانين المدنية لم توضع للأشخاص المعصومين

- MAZEAUD T. III n° 2352 cité par STARCK TP. P. 371. (14)

- STARCK thèse précitée P. 372 et S. (15)

(16). د. حبيب إبراهيم الخليفي، م. س. (ص 51).

ولكنها لعامة الناس : « Les lois ne sont pas faites par des saints » وسنده في ذلك فكرة قال بها الأستاذ : « R. de la grosserie » مؤداها أن المجتمع غير قادر على منع الفرد من رد الفعل في حالة الاعتداء عليه، ولا يمكن أن يجبر الأشخاص على الخضوع لنماذج معينة من العفة والتسامح، لذلك تعتبر العقوبة الخاصة بمثابة صمام أمن، يعمل على تفادي انفجار خطير، هو القضاء الخاص⁽¹⁷⁾.

بهذه الفكرة حاول الأستاذ : « ستارك »، تبرير إنبعاث فكرة العقوبة الخاصة، غير أن القول بأن المجتمع لا يستطيع أن يتحكم في منع الأفراد من الحصول على حقهم بأنفسهم، فيه دعوة إلى الرجوع للقوانين البدائية التي سادت العصور الهمجية، حين كانت تفتقد لسلطة عامة تدير شؤون الأفراد وتحكم علاقاتهم بقوانين تنظيمية داخل المجتمع، حفاظاً على حقوقهم وأمناً لنظامهم، بل أن القوانين القديمة تدين العقوبة الخاصة كأساس للمسؤولية المدنية، لأن العقوبة الخاصة ليست إلا التعبير القانوني للانتقام، بالإضافة إلى أن انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية، جعل فكرة العقوبة الخاصة غير صالحة.

وقد كتب الأستاذ : « Durnburg »⁽¹⁸⁾ (18) إن العداء الفقهي للعقوبة الخاصة مصدره، تأثيرها، بمنطق القضاء الروماني، كما أن م 10 من ق. ع. ف. تنص صراحة على التفرقة بين العقوبتين المدنيتين⁽¹⁹⁾،

(17) - يلاحظ أن الأستاذ « ستارك »، هو من مؤيدي انبعاث فكرة العقوبة الخاصة في القانون المدني - يشير في رسالته فكرة غائية التعويض، ويقول بوجوب حصرها في الوقاية بدلاً من الاكتفاء بما يذهب إليه الفقه من أن هدف التعويض هو حماية توازن الذمم. - Voir STRACK TP. P.354. -
- غير أن العقوبة الخاصة تحولت إلى عقوبة تفرضها الدولة وتحدد قيمتها وتدخل خزائنها، خلافاً لفكرتها الأصلية حيث كانت لصالح الفرد ولفائدته.

(18) - La peine privée, c'est une soupape de sûreté, elle évite une dangeureuse explosion celle de la justice privée. Voir cette idée citée par STRACK P. 373 TH. Pr.

(19) - HUGUENEY : P. 81 Thèse précitée.

والأحكام الأخرى من قانون العقوبات طالما أن القانون المدني أصبح منفصلاً نهائياً عن قانون العقوبات⁽²⁰⁾. إذ أصبحت العقوبة من اختصاص قانون العقوبات، والتعويض من اختصاص القانون المدني، حسب إجراءات كل منهما، والرجوع إلى العقوبة الخاصة فيه رجوع إلى الخلط بين القانون المدني والقانون الجنائي، مما يناقض التطور القانوني العام.

وخلافاً لنظرية العقوبة الخاصة، لم تجد نظرية التعويض تطبيقات لها في المسائل المدنية، إذ كانت الغلبة دائماً لنظام العقوبة الخاصة، ولم يستقر الوضع عليها، في ثوبها الحديث، إلا بعد الفصل النهائي بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، التي ظهرت بوادرها في الشريعة الإسلامية وفي القانون الفرنسي القديم، ثم استقرت نهائياً عام 1804 بوضع التقنين المدني الفرنسي، فأصبحت الوظيفة الجديدة للتعويض تنحصر في جبر الضرر فقط⁽²¹⁾.

والقضاء يحاول دائماً أن يصل إلى تعويض كامل، في حين أن العقوبة لا تصل إلى ذلك، مما يؤدي إلى الإثراء أو الافتقار غير المشروع للمضروع، وحتى إذا لم يصل القضاء إلى تقدير التعويض تقديرًا كاملاً، فإنه يحاول تقديم تعويض ملائم، والتعويض العادل كاف لجبر الضرر، وعادة ما يلجأ القضاء، بماله من سلطة تقديرية إلى إرضاء المضروع، بالحكم له بالتعويض الملائم، والمعتدل والاعتدال في التعويض هو الاتجاه الحديث للمسؤولية المدنية، تجاه المضروع حيث يقاس التعويض على أساس الضرر، وهذا ما شجع الفقه على قبول نظرية الترضية كما سنرى كأساس للتعويض على حساب نظرية العقوبة الخاصة.

إن نظرية العقوبة الخاصة تتنافى ومبدأ العدالة، لأن تقدير التعويض بمقدار خطأ المسؤول، يجعله إما غير كاف، أو مبالغاً فيه، فيكون غير كاف

- DEMOGUE : OP.P.28 et 29. (20)

(21). أنظر الدسوقي. م من ص 14 وما يليها.

إذا كنا بصدد ضرر جسيم تسبب فيه خطأ يسير ، ومبالغ فيه ، إذا كان الخطأ جسيماً ، والضرر يسيراً ، إذ يستفيد المضرور في الحالة الأخيرة من ضرره⁽²²⁾. كما أن العقوبة الخاصة لا تتلاءم ، والطابع التعويضي للقانون المدني ، لأن هدف القانون المدني هو التعويض الملائم عن الضرر ، وليس توقيع العقوبة على المسؤول ، بدليل أن أحكام المسؤولية المدنية تؤكد هذا الطابع كالمادة 124 م ج والمادة 176 م ج ، والمادة 41 من قانون الالتزامات السويسري ، المتعلقة بالمسؤولية الناجمة عن الأفعال غير المشروعة ، والمادة 79 من التقنين السويسري للالتزامات وما يليها ، المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية التي تتكلم صراحة عن الضرر وتعويضه ، ولاتشير إطلاقاً إلى إدانة الخطأ وفي القانون الفرنسي يمكن الإشارة إلى المادة 1382 م ف و 1147 م ف ، التي تقصد الضرر وتعويضه ، ولا مسؤولية بدون ضرر ، كما أسلفنا⁽²³⁾ ، لذلك فإن نظرية العقوبة الخاصة تعتبر قاصرة ، ولا يصح تطبيقها دائماً في جميع الحالات ، وهذا ما يقربه حتى أنصارها⁽²⁴⁾ كما أن الأخذ بنظرية العقوبة الخاصة يحرم الورثة وذوي الحقوق ، من التعويض ، لأن هذه النظرية ، كما أسلفنا ، تقصر التعويض على المضرور وحده . وأمام هذه الانتقادات ، برزت نظرية أخرى تبني فكرة التعويض على أساس الترضية لا العقوبة .

(22) المقصود هنا التفرقة بين العقوبة الجنائية ، والجريمة المدنية ، التي يستحق عنها التعويض .

- ABDERAHMANE GAZI P. 36 et S. Th. Pr. (23)

(24) أنظر المطلب الثاني من الفصل التمهيدي ، (ركن الضرر) .

المطلب الثاني : نظرية الترضية :

– Théorie Satisfactoire –

وجدت نظرية الترضية رواجها الكامل في ألمانيا، وخاصة في مؤلفات الأستاذ : « Windschied » أحد أنصارها، وتبناها العديد من رجال القانون الفرنسيين⁽¹⁾ بإسم المبادئ⁽²⁾.

ويرفض أنصار نظرية الترضية، فكرة العقوبة الخاصة، لكونها تقوم أساسًا على الرغبة في الانتقام من المسؤول، وفي ذلك رجوع إلى الأنظمة البدائية التي تخلط بين التعويض والعقوبة، كما أنهم ينادون ببند فكرة الانتقام، لأن العلاقات الانسانية في المجتمعات المعاصرة، لم تعد قائمة على ذلك، إذ حلت محلها القوانين الحديثة المنظمة لعلاقات الأفراد، والتي تقضي بإلزام كل شخص ألحق بالغير ضررًا، بالتعويض، ففكرة التعويض إذن

(1) أنظر المطلب الثاني من الفصل التمهيدي، (ركن الضرر).

(2) STARCK : P. 408 Th. Pr.

حلت محل الانتقام والعقوبة الخاصة، ويقول الأستاذ « اهرنج » أن هذه الحلول عصارة التطورات الحديثة التي تحققت عبر ملايين السنين⁽³⁾. وينطلق أنصار نظرية الترضية من فكرة أساسية، مؤداها، أن الهدف العام من التعويض، سواء كان عن ضرر مادي أو عن ضرر معنوي، يكمن في منح المضرور ترضية تلائم الضرر الذي لحقه⁽⁴⁾.

والتعويض في نظر أنصار نظرية الترضية، وسيلة لترضية المضرور، لا لمعاقبة المسؤول كما يعتقد مؤيدوا نظرية العقوبة الخاصة.

والتعويض بهذا المعنى، يتفق، ومفهومه، في الوقت الحاضر، إذ يعتبر التعويض وسيلة إلى محو الضرر، أو لتخفيف وطأته إذا لم يكن محوه ممكناً، والغالب أن يكون مبلغاً من المال يحكم به للمضرور على من أحدث الضرر⁽⁴⁾ ويسري هذا الحكم على الضرر المعنوي⁽⁶⁾ كما يسري على الضرر المادي. إن التعويض النقدي عن الضرر المعنوي، لا يعني أن المال يؤدي إلى القضاء على الألم، لأن المسألة في نظر أنصار التعويض، لاتتعلق

Parmis eux MM. Dorville, dans l'intérêt moral dans les obligations thèse Paris(3) 1901.P. 346 et S. Tournier de la condamnation à des dommages intérêts considérés comme moyen de contrainte et comme peine. Thèse Montpellier 1896. P. 109 et S. Demagogue OP. N° 405 et la réparation civile des délits P. 51 Parmentier. Droit de la famille sur l'indemnité en cas d'accident. Thèse Paris 1904 P. 64.65 Ganot. Réparation préjudice moral thèse Paris 1924 PP.56 et S. Marty cours de doctorat. Casserand. Les transports, n° 907. Pierson et ville n° 219 H. et L. Mazeaud T.1 n° 313 comp. Lamein revue critique 1927 P. 513 et S. L. Ripert. Jivord, Roudier, Abderrahmane Nadji TP. P. 32 Savatier OP. Dupichot OP. P. 189.

F. Mazeaud OP. P. 491 CF. Dupichot OP. P. 189.(4)

- ويرى الأستاذ « DuPICUOT » أن أنصار نظرية الترضية يجيزون للمحاكم العمل بفكرة العقوبة الخاصة بصفة فرعية وهذا يعني أن العقوبة الخاصة مطبقة عملياً تحت ستار تعبير آخر، وأن الفقه المعاصر في اعتقاده يأخذ بمذهب العقوبة الخاصة، أو على الأقل يعترف بها كقاعدة متبعة فعلاً من طرف القضاء، حول هذه المسألة : أنظر محاولته الدفاعية في الصفحة 187 الى 190 م س.

- Cité par GAZI ABDEAHMANE TP. (5)

بالقضاء نهائياً على الضرر، بقدر ما تتعلق بمنح المضرور ضرراً معنوياً، ترضية ومواساة للتخفيف من شدة آلامه⁽⁶⁾ لأن زوال الضرر ليس بالنتيجة الحتمية المألوفة للتعويض، وحتى لو كنا بصدد ضرر مادي، فالتعويض الملائم يظهر جلياً، ففي حالة اتلاف شيء مادي مثلاً، فإن الاتلاف يرتب تعويضاً مماثلاً لقيمة الشيء المتلف، بغض النظر عن فقدان المؤقت للتمتع بالشيء المتلف، فحصول المضرور على الشيء المماثل يجعل من التعويض تعويضاً ملائماً.

ولقد ظل منعزلاً في الفقه، الرأي الذي نادى بأن التعويض، في المسؤولية يكون دائماً وبالضرورة مبلغاً نقدياً استناداً إلى أن النقود هي مقياس القيم، ومن ثم كافية لجبر الضرر المادي، وشفافية للضرر المعنوي، ولذا فالرأي السائد أصبح يسلم فقهاً وقضاءً، بسلطة القاضي كاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لطبيعة الضرر لأن المادة 124 م ج وضعت مبدأ التعويض وتركت تحديده لنصوص أخرى، من ناحية، ولأن هدف المسؤولية هو إعادة المضرور على نفقة المسؤول إلى الوضع الذي كان عليه قبل أن يقع الفعل الضار، من ناحية أخرى⁽⁷⁾.

ولا شك، أن التعويض الملائم، هو التعويض القريب من الواقع، لأنه، يمثل الاتجاه الحديث لنظرية التعويض، كما يستحيل في نظرنا تقدير التعويض تقديرًا مساوياً لدرجة الضرر، وهذا ما يسلم به الفقه المعتدل، وتنشده العدالة، حفاظاً على التوازن الذي اختل.

هذه الاعتبارات التي تنطبق على الضرر المادي، في نظر أنصار

M.PLANIOL et G.RIPERT OP. Page 754. (6)

مشار إليه في مؤلف الأستاذ : « مصطفى مرعي » م س (ص 340) وقد يكون التعويض بشيء آخر غير المال، كالنشر في الصحف أو التنويه بحق المدعي في الحكم وللقاضي في تخير سبل التعويض سلطة واسعة، لا يتقيد فيها إلا بنوع الضرر وطبيعته ومبلغه من الجسامة.

(7)- والتعويض النقدي هو الذي يغلب الحكم به في دعاوي المسؤولية التقصيرية وهذا ما قضت به م 142 م قولها : ويقدر التعويض بالنقد، وأنظر كذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني (ص 301). م. س.

الترضية، هي ذاتها التي يمكن أن تسري على الضرر المعنوي الذي يكمن في الألم الذي لحق المضرور، فالنطق بحكم لصالح المضرور ضرراً معنوياً، يكون له مصدرًا للشعور بالرضا، ووسيلة للتخفيف من الاحساس المؤلم.

إن في منح المضرور ضرراً معنوياً، تعويضاً ملائماً بقدر الإمكان، قضاء على الفكرة القائلة باستحالة إقامة توازن حقيقي بين الضرر والتعويض، فالتعويض الملائم فيه ما يريح نفس المضرور، ويجلب له الرضا، وهذه مسألة دقيقة، لذلك فإن ترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع، يطمئن المضرور والمسؤول معاً، فالقاضي لا يتقيد بطلبات المدعين، وإنما بما يراه ملائماً طبقاً لظروف الدعوى ووقائعها.

كما أن القاضي يستطيع أن يتغلب على الصعوبة التي قد تواجهه بصدد تقدير الضرر المعنوي، بشيء من الملاءمة التي يستخلصها من كل حالة على حدة⁽⁸⁾.

أما القول بتحكم القاضي عند تقدير تعويض الضرر المعنوي، ففيه مبالغة، إذ هو ينطبق أيضاً على الضرر المادي، ولذلك فمنح القضاة سلطة تقدير التعويض عن الضرر تجعلهم لا يتعسفون، لأن شعورهم الخاص هو دائماً الأساس الرئيسي للتقدير، وإن كان يتأثر ببعض الاعتبارات فقط.

ولما كان ينجم عن تطبيق نظرية العقوبة الخاصة نتائج غير مقبولة، « كما رأينا سابقاً »، كما في حالة الأضرار اليسيرة التي قد تترتب عليها إدانة شديدة، إذا كان الخطأ جسيماً أو بالعكس، وإن حقوق بعض المتضررين قد تهضم، وقد يحدث أن يستفيد البعض الآخر من إثراء غير مشروع، فإن

(8)- وهذا ما يقول به غالبية مؤيدي التعويض النقدي عن الضرر المعنوي، ومنهم الأستاذ « VIALARD » في مؤلفه السابق الإشارة إليه، وفي هذا الاتجاه أيضاً :

V.MAZEAUD et TUNC responsabilité civile tome 1 supra 313 et voir également

L.RIPERT TP. P. 66.

هذه النظرية لا تصلح كأساس للتعويض عن الضرر المعنوي، لمخالفتها للنصوص التشريعية، والنتائج العملية والمعنوية، وللتطور العام للقانون. إن التمسك بنظرية العقوبة الخاصة، يطرح التساؤل التالي : « ما هي الفائدة التي يجنيها المضرور من ترضية تترتب على عقوبة المسؤول ؟ وما الغاية من توقيع هذه العقوبة إذا لم يكن هناك إخلال بالنظام العام، وما الغرض من توقيع عقوبة تزيد عن رغبة المضرور ؟ بهذا الصدد، يقول الأستاذ « Tribes » لتحقيق الغاية من التعويض، ينبغي الأخذ بنظرية الترضية، ورفض كافة النتائج التي قد تترتب عن مخالفة هذه النظرية⁽⁹⁾.

ولقد رأينا من خلال عرضنا لمناقشات النظرية الفقهية، حول مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، ولبعض أحكام القضاء بصدد أن معظم الآراء كانت في صالح نظرية الترضية، كتأكيد لحق المضرور في التعويض عن الضرر الذي نزل به، وما فكرة العقوبة الخاصة إلا من مخلفات شريعة القضاء الخاص المدفوع بغريزة الانتقام، وهذا ما يبرر رفض نظرية العقوبة الخاصة في صالح نظرية الترضية، وذلك رغم بعض المحاولات الهادفة إلى بعث العقوبة الخاصة في ثوب جديد.

كما أن بعض النصوص التي نعر عليها في تقنيات بعض الدول ما هي في الواقع كما رأينا إلا استثناء من المبدأ، العام الراض لفكرة العقوبة، ولو كان غرضها وقائياً، كما ينادي بذلك الأستاذ « ستارك ».

وحتى في مجال التعاقد، وبصدد الغرامة التهديدية، فاجبار المدين على تعويض الضرر المعنوي، ليس بعقوبة، ولا يوجد هناك إثراء في صالح الدائن الذي يفضل التنفيذ العيني، بدلاً من الحكم له بتعويض نقدي، وليس

(9).- محمود جمال الدين زكي م س (ص 48، 49).

هناك افتقار بالنسبة للمدين إذ يعتبر الحكم عليه بالتعويض التقدي أكثر فائدة له من تنفيذه لوعده⁽¹⁰⁾.

إن الهدف من التعويض هو تقدير الضرر فقط ، والفصل بين الدعوى العمومية ، والدعوى المدنية ، هام جدًا في القانون الحديث ، لأن الدعوى العمومية هي الوسيلة الوحيدة لمعاقبة الخطأ ، ولا عقوبة إلا بنص ، كما تقضي بذلك القوانين الحديثة ، ولا ينبغي للمحاكم أن تقول برأي يخالف القانون ، وإذا قامت المحكمة بتقدير التعويض على أساس جسامته الإهانة ، فتكون قد ابتكرت عقابًا جديدًا طبقًا لنظرية العقوبة الخاصة وخالفت بذلك المبدأ الهام المقرر في قانون العقوبات⁽¹¹⁾ لا عقوبة بدون نص.

إن الأخذ بنظرية العقوبة الخاصة وتطبيقها في مجال الضرر المعنوي فيه نصر لنظرية : السادة « أوبري » و « رو » اللذين يقصران التعويض عن الضرر المعنوي على حالة اقترانه بالجريمة ، كما ، يتنا ذلك سلفًا.

ولما كانت العقوبة الخاصة بدون أساس ، فإنها تظهر مجردة من أي معنى ، تبعًا للتطور الحديث للمسؤولية والتأمينات.

وإن الأخذ بنظرية الترضية ، كأساس للتعويض عن الأضرار المعنوية ، هو أنجع من غيره ، وكل خطأ أحدث للغير ضررًا. يلزم المسؤول عنه بالتعويض ، ولذلك يجب أن تطابق فكرة الضرر بفكرة العقوبة الخاصة : إن الوصول إلى تطابق التعويض مع الضرر ، لا يتم إلا بالأخذ بنظرية الترضية كأساس لتعويض الضرر المعنوي⁽¹²⁾.

ويبدو أن القضاء الجزائري متأثر بنظرية الترضية ، بدليل ما ورد في

– Voir L.RIPERT (La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle)⁽¹⁰⁾
thèse PARIS 1933 P. 79. et S.

– R.TRIBES Th. Pr. Page 105 et S. (11)

– Voir croissant P. 223 et Sq. comp. chausse revues civiles 1895 P. 445 cité par⁽¹²⁾
JIVORD TP. P. 115 S. 75.

حكم له صادر عن مجلس القضاء الأعلى بتاريخ (6/11/1976) أن التعويض بيد القضاة يقدرونه طبقاً لما بدا لهم جبراً للخواطر⁽¹³⁾.

ففي هذا الحكم اتجاه صريح للأخذ بنظرية التعويض عن الضرر المعنوي على أساس فكرة الترضية لا العقوبة.

كما أن المجلس الأعلى في حكم جديد له بتاريخ 1987/4/22 صرح بأن التعويض هو جبر للمضروب، وهذا الجبر، وإن وجب أن يكون كاملاً ومكافئاً لمقدار الضرر، فإنه لا يجوز أن يكون زائداً عليه⁽¹⁴⁾. وفي الحكم إقصاء لنظرية العقوبة الخاصة التي يمكن أن يكون التعويض فيها، زائداً على جسامته الضرر.

إن الهدف من رفع دعوى المسؤولية المدنية هو الحصول على التعويض وهذا ما تقضي به المادة 124 م) بقولها : « إن العمل الذي يرتكبه المرء بخطئه ويسبب للغير ضرراً، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض، ولما كان التعويض لا يعني محو الضرر كلية « Réparer n'est pas effacer » ولا إزالة الضرر المادي، وهو أصعب بكثير من محو الضرر المعنوي لأنه لا يمكن للمسؤول عن التعويض أن يرد للشخص المضروب الذي فقد عينيه، قدرته على العمل كما لا يمكن استعادة لوحة أحرقت.

فالتعويض إذن يعني منح المضروب مقابلاً « Un équivalent » والمقابل النقدي يبيح للمضروب الرضا والمواساة « Une satisfaction » وهذا

(13)- وقد استدرك المشرع الفرنسي ذلك في م 51 من قانون العقوبات عندما نص على أن ليس للمحكمة التي تصدر حكماً بالتعويض على المدعى عليه، أن تقول بتنفيذ هذا الحكم لهدف آخر ولو برضا المضروب، وهذا تأكيد من المشرع على نيته في أبعاد كل فكرة، قد تقود المحكمة إلى الحكم على أساس العقوبة الخاصة، بل أن المحكمة المدنية لسان « Seine » قضت بأن الحكم الذي لا يكون غرضه التعويض لا يكون له أية قوة ملزمة، حكم (1932/12/20). Tribes par P. 80. et S. H. et L. Mazeaud Gaz. Pal. 1933, I. 323. - cité par. Tom. II. N° 2365 et 1859. Comp. H. MAZEAUD. Sem. juridique 1931. 561.

GIVORD. TP. 3. 78. P. 119 et S. Th. Pr.

- Voir solutions proposées par GIGORD P. 121 aux 128 Supra 80 - 58 thèse⁽¹⁴⁾ précitée.

الرضا قد يكون ماديًا، أو ذهنيًا، أو معنويًا، ويكفي أن يجلب للمضرور ارتياحًا معنويًا، خاصة بصدد الضرر المعنوي، ولا شك أن المسألة ليست سهلة كما قد نتصور لأن القاضي من الناحية العملية يصطدم بصعوبة تقدير الضرر المعنوي، ويصعب دوره بالمقارنة بحالة الضرر المادي، غير أن المؤكد أن تقدير الضرر المعنوي ليس مستحيلًا لأنه يتعلق بتحديد المبلغ الملائم، بما يجلب للمضرور الرضا المعادل للقيمة المعنوية المهددة، ويدعم هذا القول، انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية، وبالتالي انفصال المسؤولية المدنية عن فكرة العقوبة الخاصة، وأصبحت تقوم على فكرة التعويض القائم على أساس ترضية المضرور⁽¹⁵⁾.

(15)- قرار للمجلس الأعلى رقم 10511، بتاريخ (6/11/1976)، غير منشور.

الفصل الثالث : التطبيقات التشريعية والقضائية للضرر المعنوي

المطلب الأول : التطبيقات التشريعية

فيما يتعلق بالتطبيقات التشريعية لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، يلاحظ رغم العديد من الاتجاهات المختلفة في أوروبا الغربية، أن الاتجاه الجرمانى هو المسيطر في القانون النمساوي، وبصفة جلية في القانون الألماني الذي مارس نوعاً من التأثير على التشريع الإيطالي الذي لم يأخذ بالضرر إلا في حالات خاصة.

في حين أنه يسود الدول اللاتينية وبريطانيا، اتجاه يقضي بوجوب تعويض الضرر المعنوي، وإن كان يؤخذ عليه عدم تبيانه بطريقة واضحة كيفية تقدير هذا التعويض لتفادي الادعاء الرامي إلى أن تقدير الضرر المعنوي يتصف بالتحكم والاجحاف.

وسأحاول من خلال دراستي هذه أن أتطرق لتطبيق نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في بعض الشرائع مكتفياً بالإشارة للنصوص الآخذة بالتعويض مع بعض التعليق ان اقتضى الأمر ذلك، ثم موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي.

(أ) مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في بعض التشريعات الأجنبية :

أولاً : في القانون الفرنسي :

رأينا أن الشرائع الوضعية القديمة، كانت تؤكد على ضمان حماية المصالح المعنوية للأفراد، وكان بإمكان المضرور ضرراً معنوياً، الحصول على التعويض⁽¹⁾.

ورغم تلك الحلول فإن نظرية التعويض عن الضرر المعنوي لم تظهر في كنف القانون الفرنسي القديم، في صورتها النهائية، إلا بعد مرور وقت عليها، ومرجع ذلك إلى الخطأ الذي تسبب فيه الفقيهان الفرنسيان « دوما » و« بوتييه » في قصر نطاق التعويض عن الضرر المعنوي في المجال التقصيري دون العقدي جهلاً منها بنصوص القانوني الروماني التي لم تكن تقيم مثل هذه التفرقة، بل كانت تجيز التعويض عن الضرر المعنوي في كلتا المسؤوليتين، وهذا هو السبب الذي أدى إلى العديد من الآراء المتضاربة حول مسألة، مدى جواز التعويض عن الضرر المعنوي في مجال المسؤولية المدنية، علماً بأن القانون الروماني كان يضيفي على التعويض طابع الترضية وجلب المواساة، والتخفيف عن المضرور، وليس كعقاب للمسؤول.

ولقد زاد من المسألة الحذر الذي صيغت به عبارات المادة 1382 م ف عندما نصت على أن : كل خطأ مهما كان، يأتيه الانسان بسبب للغير ضرراً يلزم من تسبب فيه بالتعويض، فأوردت بذلك مبدأ عاماً يقضي بالتعويض عن كل ضرر.

هذا النص جعل الأمر غامضاً، بالنسبة للشرح، فمنهم من رأى فيه

(1)- يراجع بصدد ذلك، المطلب الخاص بموقف الشرائع القديمة من مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي.

- وأنظر كذلك هذه الفكرة في مؤلف الأستاذ « دورفيل » م س، (ص 27، 44 و 157، 159) u

أنه شامل لتعويض الأضرار المعنوية، ومنهم من رأى في صياغته أنه قاصر على الأضرار المادية دون المعنوية.

وقد علق العديد من الأساتذة على هذه الوضعية بقولهم أن عمومية العبارات التي جاءت بها المادة 1382 م ف توجي بأنها تشمل الضرر المعنوي⁽²⁾ ولكن من المؤكد أنه لم ينص عليه من قبل واضعي القانون المدني الذين توهموا أن القانون الروماني، الذي لا يعرفونه إلا عن طريق الفقيهين الفرنسيين «دوما» و«بوتيه» لم يكن يقضي في مجال المسؤولية العقدية، بتعويض الضرر المعنوي، مما جعلهم يبعدونه من مجال التعويض، ولم يتكلموا عنه وليس لذلك أي سند في نصوص القانون، بل ليس له أي مبرر في المنطق أو العدل، على حد قول الأستاذ «جوسران»⁽³⁾.

والحقيقة في نظرنا أن الشارع الفرنسي كانت لديه نية الأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، ولما كانت المسألة لم تتبلور بعد في ذهن المشرع وقتئذ، أثر ترك المجال للبحث والتعمق بصدددها، بدليل أن مسألة تعويض الضرر المعنوي لم تنل قسطها الوافر من الدراسات والبحوث الجامعية إلا في أواخر القرن 19⁽⁴⁾.

ويبقى السؤال مطروحاً، هل أخذ المشرع الفرنسي بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ؟

بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لتقنين 1804، نجد أن المشرع سكت عن مسألة التعويض عن الضرر المعنوي مما جعل كل من تناول

(2)- حسين عامر (ص 345) م س، والسنهوري الوسيط - 1 (ص 866).

Voir LALOU notes S. 1926 I. 135 cité par MM. ALES WEILLE et FRANÇOIS TRRE. DALLOZ SIREY 1970. Les grandes arrêts de la jurisprudence civile par CAPITANT HENRIES 5ème édition page 330.

- JOSSERAND (L) cour de droit civil édition 3 PARIS 1933. (3)

(4)- أنظر الرسائل الجامعية والبحوث الدراسية التي تناولت الموضوع بالبحث / تراجع بصدد ذلك المراجع المعتمدة عليها في هذا البحث وغيرها.

الموضوع بالبحث يستتج أن ما كان يدور بخاطر واضعي التقنين الفرنسي، هو الحالة المادية من التعويض عن الضرر المادي، وهو ما كان مبيهاً في الخلاف الكبير القائم بين المشرع على جواز تعويض الضرر المعنوي⁽⁵⁾، كما أن المواد 1382 م ف 1 ف 2/ إ.ج. تتحدث عن تعويض الضرر دون تفرقة، وثوق ذلك فإن بعض المواد تميز في حالات خاصة التعويض لمجرد الضرر المعنوي⁽⁶⁾.

وحتى الضرر المعنوي تتصف بطابع شخصي، ولا يمكن أن تمارس بواسطة الدائمين، بل للمادة 1166 م ف، كما أنها ليست قاصرة على الأشخاص القانونيين بل يمكن ممارستها من طرف أشخاص معنوية إذا ما اعتدى على حقوقها كاختصاص الاسم أو قذف الشركة⁽⁷⁾.

إن المادة 1382 م ف، نجد في نظر الفقه والقضاء في الوقت المعاصر قليلاً في جميع الحالات التي نكون فيها أمام ضرر محقق.

كما أننا نجد في التقنيات الفرنسية الأخرى على نصوص تقضي بتعويض الضرر المعنوي، منها على سبيل المثال المادة 46 من قانون المرافعة الصادر في (1881/07/29)، كما نص على ذلك أيضاً في قانون (1905/07/12) حول مسألة الإيمان والقذف، وكذلك فعل المشرع في المادة (300) من تقنين الإجراءات الجنائية يحدد الضرر المعنوي المترتب على الخطأ القضائي بل أن القانون الصادر بتاريخ (2 أفريل 1941)، المتعلق بالطلاق، أضاف إلى المادة (301) من التقنين المدني، فقرة

(5) - نراجع المناقشات الفقهية في الفصل الأول المبحث الأول. « من هذا البحث »

(6) - هنا ما تناولها المواد (52 - 68 - 179) مدني فرنسي 314 - 360 - 361 - 390 - 495 إجراءات مدنية - 430 - 433 - 117 - P. E. N قانون 15 مايو 1849 م 123 من قانون 1895/4/8 م 446 من قانون عقوبات الجنابات.

(7) - Voir ces articles et le commentaire dans l'ouvrage de Monsieur MINNOZZI (7) DANNO préjudice non patrimonial, 3ème édition PP. 159 et SS. cité par GIVORD

Op. page 54. S. 412.

بموجبها أصبح للزوج المحكوم لهباله، الحق في الحصول على تعويضات عن الضرر المادي، أو الضرر المعنوي الذي لحقه من جراء ذلك عصبة الزواج⁽⁸⁾.

ثانياً - القانون الألماني :

لم يعرض القانون الألماني مبدئياً عن الضرر المعنوي، ولا يفهم من ذلك أنه أهمل التعويض عن هذا النوع من الضرر كذا، بل أنه أخذ به في حالات معينة.

فالمادة 253 م أ مد، المنبثقة بالأحكام بوجه عام، تنص على مايلي : « بالتصريح الشرعي لا يعتبر ضرراً بالذات المادية، فإن التعويض التقدي لا يستحق إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون⁽⁹⁾ ».

غير أن هذا الرأي لقي اعتراضاً، فقد قال الأستاذ « Planck » أنه رأي غير مطابق للفكر القانوني والمعنوي لا يضر بالذات، ومن غير الحقول أن يطالب الفرد بتعويض عن الضرر المعنوي، الذي تعلق بمصلحة مثالية⁽¹⁰⁾.

كما أن المادة 253 م أ مد، لا تحدد في سياق الشرطية الضرر المعنوي في حالة الأضرار من النسوة التي تمس الكتاب المملوك.

أما المادة 253 م أ مد، فهي لا تمنع أيضاً من منح التعويض عن المطالبة قبلية بوجه الأضرار التي لحقت بها، حيث حلها قبل وقوع الضرر وذلك طبقاً للمادة (253 م أ مد) وبالنسبة من (253 م أ مد).

وإذا كانت هذه النصوص قد عيبت بذلك مفهوم ثباتها، فإن المادة 847 م أ مد، وبالأخص حيث نصت على أن الضرر « يمكن أن يترتب عليه ».

- Art. 253 C. A. Pour un dommage qui n'est pas un dommage patrimonial, le (8)

- Article 253 C. A. Pour un dommage qui n'est pas un dommage patrimonial, le (9)
d'abord, avant en ce cas ne peut être poursuivi que dans les cas fixés par la loi.

- Cité par E. et J. O. page 80 et 81. (10)

على أنه : في حالة الاعتداء غير المشروع على الجسم أو الصحة أو في حالة الحرمان من الحرية، فللمضرور الحق في المطالبة بتعويض نقدي عادل. وأدرج الأستاذ « Planck » ضمن العمل غير المشروع، الآلام، التشويهات، الحزن، الاهتمام بشيء ما، والعار أو الإهانة، فقد الشرف، الضرر المستقبل⁽¹¹⁾.

كما أن المادة (1300) المتعلقة بالخطبة، أعطت للخطيبة الحق في المطالبة بالتعويض النقدي عن الضرر المعنوي الذي لحقها من جراء مساكنتها لخطيبها، وما ترتب عن ضرر مس سمعتها، أو عن تفويت فرصة الزواج أو إضعاف هذه الفرصة، ولا تعويض عن المزايا التي قد تنجم عن الزواج المستقبل، وهذا النص لا يشمل الفتاة فقط، بل يشمل الأرملة، والمطلقة أيضاً.

غير أنه يلاحظ أن هذا النص لا ينطبق إذا كانت هناك مساكنة سابقة على إتمام الخطبة.

إن التعويض النقدي الممنوح بهذا الصدد له طابع رضائي، فهو من جهة يسمح بالحصول على مزايا مادية، الغاية منها تعويض الضرر، ومن جهة أخرى له طابع عقابي، لأنه يطلب من القاضي أخذ الحالة المالية للمسؤول بعين الاعتبار عند تقدير التعويض، إذ تنص المواد (188، 231) من ق. ع. الألماني، على مبلغ محدد سلفاً، لا يتجاوزه القاضي وهو 2000 « Talers » تالية لطلب المضرور، ولا يجوز للمضرور، طبقاً للقانون الألماني الجمع بين تعويضين م 231،⁽¹²⁾.

ثالثاً : القانون الإيطالي⁽¹³⁾ :

سار القانون الإيطالي لسنة (1942) على غرار القانون الألماني، إذ

– DEMOGUE OP. page 82. (11)

– DEMOGUE Op. page 83. (12)

– KARDAHI Op. page 290 et S. (13)

نص على عدم التعويض عن الضرر المعنوي إلا في حالات منصوص عليها في القانون المدني، المادة (2059).

والتعويض عن الضرر المعنوي كان موضوع نقاش في إيطاليا، شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي، ولذلك كانت محكمة النقض الإيطالية تميز بين مختلف أنواع الضرر، فأنكرت في بداية الأمر، وجود ضرر معنوي، في حين سلمت بوجود ضرر يتعلق بطريقة غير مباشرة بالذمة المالية، إذا كان للآلام المتسبب فيها آثار على هذه الذمة.

وقد رفضت هذه المحكمة دعوى التعويض عن ضرر، متعلق بالعاطفة البحتة، كما أن هناك أحكاماً صدرت في صالح التعويض، ومنها ما يتعلق بإقرار حق التعويض عن الضرر المعنوي البحت غير المقترن بالضرر المادي⁽¹⁴⁾.

والسبب في هذا التردد، هو عدم بروز خصائص الضرر المعنوي، خاصة في بداية القرن (20) قبل أن يجمع الفقه والقضاء والتشريع سنة 1942، على وجوب تعويض الضرر المعنوي.

وتدل الدراسات التي تعرضت لهذا الموضوع، على أن الرأي منعقد اليوم في إيطاليا على التعويض عن الضرر المعنوي، ويمكننا أن نتبين نية المشرع الإيطالي في تقنين مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، وإطلاقه لا في حالات معينة، بل أيضاً في الحالات التي يجب التعويض فيها، من نص المادة (85) من المشروع الفرنسي - الإيطالي للالتزامات والعقود لسنة 1948، إذ نص المشرع على مبدأ وجوب التعويض عن الضرر المعنوي،

- DEMOGUE Op. page 78. (14)

بعبارة المحقق العائلي للمرد، ويعتبر الضرر المعنوي من النقص الذي يقتصر على ما يتصل بشخصية المرد، أو بحقوقه العائلية⁽¹⁵⁾.

ولكن ما هي الحقوق العائلية التي يضر الاعتداء عليها ضرراً معنوياً؟ لا شك في أن حصر الحقوق العائلية بصورة دقيقة، يبدو صعباً لعددتها واختلافها أساساً من حيث الزمان والمكان، طبقاً للتطور الأخلاقي، والتقدم الاجتماعي، خلافاً للحقوق المالية التي تمكن صاحبها من الحصول على مقابل نقدي أو ما يعاقله⁽¹⁶⁾ كما أن هذه التفرقة تطابق تلك التي تفهم بين الضرر المالي، والضرر غير المالي، ويعتبر ضرراً مالياً كل ما من شأنه أن يكون سبباً لتضاير النقدي، وتكون أمام ضرر غير مالي في جميع الحالات التي لا يجوز فيها التعويض النقدي عن الأضرار التي تلحق بالمضروب، وهذا المفهوم في رأي الأستاذ «جيفور» تقدير موضوعي التعويض، باعتبار أن الضرر الذي يصيب الشخص لا تقوم فيه التوفيق بوظيفة البديل، يلاحظ أن الأستاذ «جيفور» رغم تبنيه لهذا الرأي لم يعمل به، إذ عنون رسالته بعنوان

(15). وهذا هو المعنى الذي ذهب إليه واضع المشروع الفرنسي الإيطالي للاتحادات والمقرر

الفقرة الأولى : *qui ne louché en aucune manière le patrimoine et cause seulement une douleur morale à la victime*

الفقرة الثانية : يجوز للقاضي بوجه خاص، أن يحكم بتعويض المضرور عما يصيبه من ضرر في جسمه، أو من مساس بشرفه، أو سمعته، أو سمعة عائلته، أو حرمة الشخصية أو انتهاك حرمة مسكنه، أو حرمة سر يعرض على

Juge notamment allouer une indemnité à la victime en cas de lésion corporelle ou atteinte à son honneur à sa réputation ou à celle de sa famille à sa liberté de conscience ou à la violation de son domicile ou d'un secret l'intéressant. =

نحصر فقرة تلك بأصحاب الحقوق، قال : *il est à noter que le préjudice est subi par la victime elle-même* من ألم عند موت المضرور.

Le juge peut également allouer une indemnité aux parents, alliés ou conjoints en réparation de la douleur éprouvée en cas de mort de la victime.

- ALAÏ et CAPETAN cours élémentaire de droit civil Français T. 1 n° 87 Cf. (16)

E.H. Perreau, les droits de la responsabilité Rev. Trim. de droit civil 1909 P. 50

LALOU. La responsabilité civile n° 61 GYROND Th. Pr. page 3

« التعويض عن الضرر المعنوي » ولم يستعمل عبارة التعويض عن الضرر اللامادي⁽¹⁷⁾.

كما أن الأستاذ « مازو » وهو أيضًا من مؤيدي هذا المفهوم يقول عن الضرر المعنوي أنه هو الذي يشكل مساسًا بسبق غير مالي⁽¹⁸⁾.

رابعًا : القانون الأسباني :

أورد المشرع الأسباني نصًا، تضمنته المادة (1902 م أ) يقضي بموجب تعويض الضرر، غير أنه لم يبين ما نوع الضرر الواجب تعويضه، وما إذا كان مقتصرًا على الضرر المادي فقط، أو يشمل الضرر المعنوي أيضًا، وهو بذلك يكون قد حذا حذو المشرع الفرنسي في المادة (1382 م ف).

خامسًا : القانون النمساوي :

تسم صياغة تقنين 1811 النمساوي بنوع من الحذر تجاه مسألة عويض الضرر المعنوي، فالمادة (1299 م ن) صيغت في عبارة عامة، إذ نصت على أنه : يعتبر ضررًا كل ما يمس الشخص في ثروته، أو في حقوقه أو في شخصه⁽¹⁹⁾.

غير أن المادة (1325 م ن) تزيل نوعًا ما تخوف المشرع من إقرار مبدأ التعويض عن الأضرار المعنوية، إذ نصت على حالة الجروح التي تلحق الشخص، وقررت تعويضه، عن مصاريف العلاج، والأرباح الفائتة، بالإضافة إلى مقابل يدفع عن آلامه، ويطلق على هذا المقابل في الاصطلاح النمساوي⁽²⁰⁾ « Schmerzensgeld ».

- GIVORD T. R. P. 3 et DORVILLE DE l'inérêt moral dans les obligations Op. (17)

-- MAZEAUD Théorie des obligations p. 3402. (18)

8 TEXTE DE L'ARTICLE 1299 CCA on appelle dommage tout préjudice cause (19)

à quelqu'un dans sa fortune, ces droits, ou sa personne.

(20).- وتقابل ذلك في الفقه الفرنسي مصطلح Le Pretium doloris Voir KERDAHI Op. P. 287

et DEMOGUE Op. page 77.

كما أن المادة (1330) تقضي بالتعويض عن الضرر الذي يلحق الشخص في حالة القذف⁽²¹⁾.

وأثناء مراجعة هذا التقنين سنة (1916) أعطي المادة (1330) السالفة الذكر تفسير واسع، فأصبحت تشمل أيضاً، الادعاءات «Les allégations» التي تهدف إلى النيل من الثقة والائتمان الخاص بالشخص، الربح، والزواج، وتقدير التعويض بهذا الصدد لا يتقيد بالمركز المالي للمسؤول، وفي ذلك تعبيراً عن قصد الشارع النمساوي إعطاء التعويضات دوراً يهدف إلى الترضية، ويدل على ابتعاده عن فكرة الوظيفة العقابية. وهذه هي الملامح التي حددها المشرع النمساوي لتعويض الأضرار المعنوية.

سادساً : القانون البولوني⁽²²⁾ :

أسوة بالتشريعات التي أخذت بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، نص المشرع البولوني على هذا المبدأ في المادة (157) من تقنين الالتزامات، فخلو للمضرور الحق في الحصول على تعويض عن الضرر المعنوي إلى جانب التعويض عن الضرر المادي.

والمادة (165) جاءت بتطبيق لهذا المبدأ، إذ نصت على أنه في حالة الأضرار المادية، أو الاضطرابات الصحية، أو السالبة للحرية، أو الماسة بالشرف، فإن للمحكمة أن تقضي للمضرور بمبلغ ملائم عن الآلام البدنية «Prétium doloris» بالإضافة إلى الأضرار المعنوية.

– Article 1330 en cas de calomnie si l'on éprouve un Dommage en peut réclamer⁽²¹⁾
une indemnité.

(22). وأخذ المشرع البولوني بتعويض الضرر المعنوي، بخلاف تشريعات بعض الدول الاشتراكية التي تقرر مبدأ التعويض عن هذا النوع من الضرر، لأنها ترى في هذا التعويض مصدراً للإثراء، كما هو الحال في الاتحاد السوفياتي، وفي الصين الشعبية.

Cf. SUZANNE DALLIGNY Essai sur les principes d'un droit civil socialiste P. 146
et S. L. B. D. J 1976 cité par VIALARD P. 118 Op.

سابعاً : القانون الهولندي :

نص المشرع الهولندي في المادة (1409 م هـ) على حالة القذف أو السب، وقال بالتعويض عنها، كما نصت الفقرة الثالثة من هذه المادة، على شكل التعويض، المتمثل في نشر الحكم على نفقة المدعى عليه.

ثامناً : القانون الانجليزي⁽²³⁾ :

أما بالنسبة للتشريع الأنجلو سكسوني، فإن التعويض عن الضرر المعنوي مأخوذ به، إلى جانب الأضرار المادية، شأنه في ذلك شأن النظام الفرنسي⁽²⁴⁾.

والانجليز يعوضون عن الضرر المعنوي سواء كان منفصلاً عن الضرر المادي أو مقترناً به.

ويطلق الانجليز على حالة اقتران الضرر المعنوي بالضرر المادي تسمية، الأضرار المثلية « Exemplary Damages » وهذا النوع من الأضرار يكون فيها التعويض زهيداً، أي رمزياً، كتأكيد للحق في التعويض، ويكون دائماً في حالة الاعتداء، أو الإيذاء، أو المرور بدون حق على أرض الغير. أما في الحالات المتعلقة بالإهانة أو السب، التي تشكل جنحة، فللمضرور الحق في التعويض عن هذه الأضرار، وللمحكمة أن تحكم بتعويض مرتفع، كما هي الحال، في حالة الحبس التحكيمي، والقذف الشفوي، أو المكتوب، أو في حالة قيام المالك ببعض الأشغال، بقصد إضرار الجيران، أو عن الإغواء المقترن بالغش، أو بظروف أخرى متشعبة، وهذه

- Voir DORVILLE TP. P. 238. GERARD les torts ou dégâts civils en droit(23) anglais Th. Rennes 1910 P. P. 366 et S.MINNOZZI Op. page 142 SALMOND torts 5ème édition P. 127 MAYNE treatise of. damages P. 4 Cf. DEMOGUE supra 'é' Op.
- V. WALTON Req. d'études en l'honneur de EDOUARD LAMBERT T. II(24) page 51 voir KERDAHI Op. P.290 et S.

الأضرار تشكل دائماً قاعدة للأضرار المادية، والتعويض في هذه الحالة يجاوز الضرر، ووظيفته عقابية، تفترض سوء النية، أو على الأقل تهاوؤاً جسيماً مما يكون سبباً في مضاعفة التعويض عن الضرر.

تاسعاً : القانون السويسري⁽²⁶⁾ . :

نظراً لتعدد النصوص التي تأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي في التقنيات السويسرية، أخذ البعض يبحث عما هي النصوص الأساسية التي تقضي بتعويض الضرر المعنوي⁽²⁶⁾ ؟

صحيح أن المادة (28) من القانون السويسري⁽²⁷⁾ تتعلق بحماية الحقوق الشخصية، وتجيز مبدأ تعويض الضرر المعنوي، غير أنها تقصر مجال تطبيقه على الحالات المنصوص عليها في القانون، م 2/28، لذلك نجد المادة (48) من قانون الالتزامات جاءت لتلغي التقييد، وتضيف للمبدأ المذكور نصاً يقضي بوجوب التعويض في كل حالة، يتحقق فيها الاعتداء على المصالح الشخصية طبقاً للشروط التي تضمنتها هذه المادة.

والقضاء السويسري يجد في هذه المادة تطبيقات عديدة للتعويض عن الضرر المعنوي دون تقييد.

أما الفقيه « ديموج » فيفسر المادة (47) من قانون الالتزامات باعتبار أن المشرع السويسري قد نص صراحة على تعويض الضرر المعنوي، ومنح القاضي سلطة تقديرية بصدد تقدير التعويض، مع مراعاة الظروف الخاصة بالدعوى، كأن يكون الضرر ناجماً عن التدليس أو عن خطأ جسيم.

(25) - Voir th. Abderahmane NADJI sur le préjudice moral et sa réparation en droit suisse et DEMOGUE Op. P. 84. et S. KERDAHI Op.

(26). أنظر هذه الفكرة في رسالة الأستاذ « ناجي » (ص 39) وما يليها. م س

(27). يلاحظ أن المادة (1/28) تجيز للشخص المضرور، أن يطلب من القاضي وقف الاعتداء غير المشروع الواقع على مصالحه الشخصية، كما هي الحال في المسائل المتعلقة بالنشر، ونظام الامتناع عن المهاجمة، ووقف الكتابة.

والمشرع السويسري يجيز الجمع بين التعويض عن الضررين المادي والمعنوي خلافاً للمشرع الألماني الذي لا يجيز ذلك. كما أن المادة (49) من قانون الالتزامات السويسري، تخول للشخص الذي لحقه ضرر في مصالحه الشخصية المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي، وهذه المادة هي التي تضع الشروط العامة للمسؤولية بصدد الضرر المعنوي.

ومن تلك الشروط :

- أن يكون الفعل غير مشروع.

- أن يكون الضرر أو الخطأ جسيماً.

وهذا النص نظراً لعمومه يورد قيديين :

القيد الأول يتمثل في اشتراطه، أن يكون الضرر قد لحق

بالمصالح الحقيقة حسب حالة المضرور.

أما القيد الثاني فيكمن ، في ضرورة الاعتداء، سواء كان

مصدر الاعتداء، الخطأ أو الضرر.

وفكرة اشتراط الخطأ الجسيم، فكرة ترجع إلى القضاء الفرنسي

والى قانون أول جويلية 1875، وهو القانون الاتحادي السويسري المتعلق

بالمسؤولية المدنية، لمؤسسات السكك الحديدية، والسفن البخارية،

وكانت المادة (7) منه هي أول نص تكلم عن الخطأ المعنوي

وتعويضه⁽²⁸⁾. « Le tort moral » وهناك من يقول بأن هناك تشريعات

خاصة بالمقاطعات السويسرية حددت قبل تطبيق قانون (1 جويلية

1875)، وكانت تنص على مبدأ تعويض الضرر المعنوي، كالتقنين

المدني لمقاطعة « Berne » م 966، وتقنين مقاطعة « lucerne » م 718

وتقنين مقاطعة Zciruz م م 1855 - 1845. وهذه المواد وضعت مبدأ

- DORVILLE Op. cité P. 266 voir également DEMOGUE Op. P. 84 et GAZI(28)

Abderrahmane Th. pr. P. 39 et S.

عامًا للتعويض عن الضرر المعنوي، كما عرفت التعويض المعروف « بمقابل الألم » *Pritium doloris* « في حالة الاعتداء المادي *lésion corporelle* ووفاة الشخص ضحية الحادث⁽²⁹⁾. والمادة (7) من قانون (1875)، يبدو أنها مستوحاة من المادة (1844) من تشريع مقاطعة زوريخ. والذي جعل البعض يقول بأن المادة (49) من ق. ا. س. هي أساس المسؤولية بصدد التعويض عن الضرر المعنوي، هو ورود هذه المادة في عبارة عامة، تشمل كافة الحالات التي تفترض وقوع اعتداء على الحقوق الشخصية، سلامة الجسم، الحرية، الشرف، الاسم، حق الشخص على صورته... الخ.

ومن خصائص المادة (49)، أنها تتحدث عن الخطأ والضرر، وتخول للقاضي سلطة تقدير التعويض مع حرية الاسترشاد بالظروف المتعلقة بالقضية، والمركز المالي للطرفين، ويمكن القاضي أيضًا أن يحكم بالتعويض نقدًا، كما أنه يستطيع النطق بتعويض رمزي، كالقسم الشرفي، أو نشر الحكم على نفقة المحكوم عليه، وذلك نظرًا لاعتبار التعويض مسألة دقيقة التقدير. كما أننا نعر على نصوص خارج تقنين الالتزامات، تنص على تعويض الضرر المعنوي، كذلك التي نص عليها التقنين المدني السويسري في المادة (29) المتعلقة بحالة انتحال الاسم، والمادة (134) المتعلقة بالأبوة الطبيعية المترتبة عن الإغواء⁽³⁰⁾.

فهذه المواد كلها تقضي دائمًا بالتعويض عن الضرر المعنوي وأما كافة الاعتداءات التي تمس الاعتبار، كجرائم القذف أو المساس بحرمة المسكن، أو بحقوق الأسرة، فهذه اعتداءات تستوجب التعويض النقدي، وهذا ما هو مطبق في القضاء السويسري⁽³¹⁾.

– PRELAZ de la réparation du tort moral résultant de mort d'homme ou lésion⁽²⁹⁾ corporelles. Rev. judiciaire 1893 page 39 MARTIN ACHARD SP. P. 78 Cf. pour plus de détail GAZI Abderrahmane Th. Pr. P.39.

– Voir pour plus de détail DEMOGUE OP. P. 47 et S. et Abderrahmane GAZI Th. Pr.⁽³⁰⁾ P. 51 et 52.

– Voir KERDAHI partie consacrée à la jurisprudence SUISSE.Op.⁽³¹⁾

(ب) - مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في بعض التشريعات العربية :

(أ) في المشرق العربي :

بعد أن زال ما خامر الأذهان من عوامل التردد، بصدد وجوب التعويض عن الضرر المعنوي بوجه عام، عمدت بعض التقنينات العربية الحديثة إلى إقرار هذا التعويض بنصوص في القانون منها :

أولاً : في مصر :

قبل صدور القانون المدني الجديد، لم يكن هناك نص في مصريقضي بالتعويض عن الضرر المعنوي⁽¹⁾ وبالرغم من عدم وجود نص، فقد كان الفقه والقضاء مستقرين على تعويض الضرر المعنوي⁽²⁾، حتى جاء القانون الجديد الذي حسم المسألة وأقر التعويض عن الضرر المعنوي في المادة (1/222) م. م. التي تقضي بمايلي : « يشمل التعويض الضرر المعنوي أيضاً . » والتعويض يكون في المسؤولية التقصيرية والعقدية، لأن هذا النص وارد في باب آثار الالتزام.

ثانياً : في سوريا :

سار القانون المدني السوري، على ما سار عليه القانون المصري بصدد التعويض عن الضرر المعنوي، إذ نصت المادة (1/223) م. س. على

(1)- كما أن القضاء في مصر لم يستقر على ذلك إلا بعد تردد أنظر الأحكام العديدة التي أوردها الأساتذة « حسين » و « عبد الرحيم عامر » في هامش (ص 346).

(2)- مصطفى مرعي. م. س. بند (252) حسني نصار، القانون المدني المصري (ص 89)، السنهوري، في الوسيط بند (578)، سليمان مرقس، في الفعل الضار بند (25) وحشمت أبو منست م. س. حسين، وعبد الرحيم عامر في هامش (ص 346) م. س.

مايلي : «يشمل التعويض الضرر الأدبي .» : والقضاء في سوريا دستوراً
الآخر على التعويض عن الضرر المعنوي⁽³⁾.

ثالثاً : في الأردن :

تناول القانون المدني الأردني الحديث، الصادر عام (1976) والمطابق
منذ بدء سنة (1977)، مسألة التعويض عن الضرر المعنوي، والمذكورة
الإيضاحية تقول، إن الفقه الاسلامي قد أقر التعويض عن الضرر المعنوي⁽⁴⁾
وتنص الفقرة الأولى من المادة (267) على مايلي : « يتناول حق
الضمان، الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو في شرفه،
أو في شرفه، أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي
يجعل المتعدي مسؤولاً عن الضمان⁽⁵⁾ ».

رابعاً : في العراق :

لقد نصت المادة (205) من القانون المدني العراقي على الضرر
بقولها : « ويتناول التعويض، الضرر الأدبي أيضاً ».
ويقول الأستاذ « حسن الذنون » : إن المشرع العراقي أورد نصاً
المادة في باب الأعمال غير المشروعة، مما جعل الفقه⁽⁶⁾ يعتقد أن التعويض
لا يكون إلا في المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية العقدية؛

(3)- مجموعة المبادئ القانونية المقررة في محكمة النقض السورية، الدائرة الأولى : بحث تعويض (1957)
حكم صادر بتاريخ (1959/11/31) وأنظر الحكم رقم 980 الصادر عن محكمة البداية المدنية الثانية بتاريخ
(1976/5/27) المنشور بمجلة المحامون لسنة 41، أبريل، أيار 1976 المتعلق بالحكم بالتعويض عن نشر صورة
فتاة.

(4)- ونص المادة 267، مستمد كما ذكرت، لجنة إعداد مشروع القانون الأردني، من الفقه الإسلامي الذي لا
ما يفيد التعويض عن الضرر المعنوي، كالفقه الحنفي، والزيدي، وفقه الشيعة، وفي المذهب الحنبلي، أنظر المحاكم
الإيضاحية للقانون الأردني. ج 1، لسنة 1976.

(5)- والمقصود بعبارة الضمان هنا، التعويض، وهما كلمتان مترادفتان لكن الاصطلاح مختلف.

(6)- أنظر، حسن الذنون، في النظرية العامة للالتزام، بغداد 1949 ج 1 (ص 311 فقرة 267).

خامسًا : في لبنان :

سار القانون اللبناني على ما استقرت عليه التشريعات الحديثة فأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي شأنه في ذلك شأن الضرر المادي، « أنظر المادة (2/134) من قانون الموجبات اللبناني.

سادسًا : في الكويت :

كما أن المشرع، أكد مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، وهذا ما تضمنته المادة (1/217 م ك) التي تقابل المواد الأخرى المنصوص عليها في التشريعات العربية السابقة الذكر.

(ب) في المغرب العربي :

يعد التقنين التونسي من أسبق التشريعات العربية الحديثة التي نصت على وجوب تعويض الضرر المعنوي، ثم تلاه التقنين المغربي، إذ وضعها في المادتين (82 - 1/83 م تونسي) والمواد (77 - 1/78 م مغربي) الضرر المعنوي على قدم المساواة مع الضرر المادي، من حيث وجوب التعويض. فالمادة (1 / 77) من مدونة التقنين المغربي تنص على مايلي⁽⁷⁾ : « كل فعل ارتكبه الانسان عن بينة، واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررًا ماديًا أو معنويًا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر». أما المادة (1/78) فهي الأخرى جاءت لتأكيد مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي بقولها : « كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه لا بفعله فقط، ولكن بخطئه أيضًا ».

والمشرع التونسي هو الآخر يهدف من صياغة مادتيه - (82 - 1/ 83)

(7)- أنظر، شرح قانون الالتزامات، والعقود المغربي، الكتاب الأول ج 1 (ص 113). وأنظر سليمان مرقس (ص 51 و52) م س ومؤلف الأستاذ DEMOGUE م س .

إلى التعويض عن الضرر المعنوي والمادي، كما أن المادة (113) التي تقابلها (م 104 مغربي) تجيز لحائز الشيء الاحتفاظ بما لديه، وكل اعتداء على هذا الشيء يخول صاحبه، حق المطالبة بالتعويض ويشمل التعويض هنا أيضًا، القيمة المعنوية التي كان الحائز يكتسبها للشيء المعتبر عليه. كما أن المشرع الليبي أجاز هو الآخر تعويض الضرر المعنوي طبقاً لنص المادة (225 م ليبي).

نخلص مما تقدم إلى أن التقنيات الوضعية الحديثة أصبحت في غالبيتها، تقضي بوجوب تعويض الضرر المعنوي بوجه عام، وأن الفقه في غالبيته يجمع على ضرورة التعويض عن الضرر المعنوي، كما أصبح من البديهي في القضاء المدني والإداري، أن لا فرق بين أن يكون الضرر ماديًا أو معنويًا، فكلاهما قابل للتعويض، وأن أي حكم يرفض التعويض عن الضرر المعنوي مآله النقص، ولم تعد صعوبة تقدير الضرر المعنوي تحول دون منح المضرور الحق في التعويض، متى توافرت شروط التعويض عن الضرر. كما أن عدم إمكان تعويض الضرر المعنوي عيناً لا يمنع المضرور من أن يجد مواساة له في التعويض التقديري، طبقاً لنظرية الترضية كأساس للتعويض، والقول بغير التعويض يجعل المسؤول عن الضرر المعنوي بمنجاة من كل مسؤولية مدنية، وهذا لا يقول به أحد⁽⁸⁾

ومن الجدير بالملاحظة أن التقنيات الحديثة لم تعد تضع قيوداً على تعويض الضرر المعنوي، غير أن هناك من الدول من تمنح القضاة سلطة واسعة بصدد تقدير الضرر المعنوي وتعويضه، ففي سويسرا وبولونيا مثلاً، يجوز للقاضي حسب الظروف، قبول أو رفض دعوى التعويض عن الضرر المعنوي، وعن ذلك يقول الأستاذ «مازو» أن منح القضاة سلطات واسعة بصدد التعويض عن الضرر المعنوي اتجاه جديد يرمي إلى جعل القاضي وزير إنصاف «Ministre d'équité» ويعتقد أنه من مساوئ السياسة التشريعية، أن يمنح

(8). زهدي يكن، المسؤولية المدنية، أو الأعمال غير المباحة، (ص 47، بند 12).

القضاة مكنة مطلقة في الحكم، بقاعدة قانونية أو رفضها لأن مثل هذه السياسة تفقد القواعد القانونية سبب وجودها، وفي ذلك ضياع لكل ضمان قانوني، ويخلص، إلى نبذ هذا الاتجاه الذي يجعل مصير تطبيق القانون بيد القاضي⁽⁹⁾.

أما بالنسبة للقضاء في الجزائر، كما سنرى في حينه، فهو الآخر يحكم بالتعويض عن الأضرار المعنوية، وأن الممارسة القضائية لم تعد تثير أي شك بهذا الصدد، فهي في صالح التعويض، وهي تقضي بذلك بدافع استعمال سلطتها بنوع من الاعتدال، وإن كانت التعويضات المحكوم بها تعد زهيدة بمقارنتها، بما تقضي به المحاكم في أوروبا، أو في بعض الدول العربية. وإذا كان القضاء الجزائري مستقرًا على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي فذلك يثير تساؤلات، حول مدى صحة هذا القضاء؟ وما هو موقف المشرع الجزائري طبقًا للقانون المدني لسنة (1975) من هذا التعويض؟.

موقف المشرع الجزائري من مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي

لقد جاء المشرع الجزائري بنص عام تضمنته المادة (124 م ج)⁽¹⁰⁾، التي تقابلها المادة (1382 م ف) وهذه المادة جاءت مطلقة، لا تميز بين الضرر المادي والضرر المعنوي، ولما كان المبدأ العام للتفسير القانوني، يقضي بأنه لا ينبغي أن نميز طالما أن القانون لم يميز⁽¹¹⁾ نقول بأن التقنين المدني الجزائري رغم حداثة لم يأت بنص يقضي بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، ويدعم ذلك عدم وجود أعمال تحضيرية يمكن الباحث الاستناد إليها، الشبهي الذي زاد الأمر تعقيدًا! فهل المشرع الجزائري بعدم النص على تعويض الضرر المعنوي يعتبر رافضًا له، وما أسباب ذلك؟ أو أنه ترك

— Il est de mauvaise politique législative de donner au juge la faculté d'appliquer ou de rejeter une règle de droit Cf. T. I n° 12 Op. S. 423 P. 350.

(10). أنظر صياغة المادة (124 م ج) في النسخة الفرنسية.

— Ne pas distinguer là où la loi ne distingue pas. (11)

المجال مفتوحاً للاجتهاد، والبحث، كما فعل المشرع الفرنسي في بداية القرن
19 ؟

وإذا حاولنا التعرض لبعض المواد المتعلقة بالضرر والتعويض في القانون
الجزائري، فإننا نخلص في غير صالح تعويض الضرر المعنوي فالمادة (131
م ج) مثلاً، المتعلقة بمدى التعويض، تحيلنا إلى المادة (182 م ج) وهذه
المادة، لم تتناول التعويض عن الضرر المعنوي لا في المسؤولية التقصيرية
ولا في المسؤولية العقدية، وهذا نقص في التشريع يجب تداركه، إذ تنص
المادة (182) في فقرتيها الأولى والثانية على مايلي :

(أ) - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي
هو الذي يقدره.

(ب) - ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من
كسب.

وظاهر من صياغة هاتين الفقرتين، أن المشرع لم يترك مجالاً للشك
في أنه استبعد من مجال التعويض، الضرر المعنوي، وهو بذلك يكون قد
خالف التشريعات الحديثة، والتطور القضائي والفقه حول هذه المسألة،
فالخسارة اللاحقة، أو الكسب الفائت اللذان تكلم عنهما المشرع، هما
عنصران للضرر المادي فقط ، وهو بذلك يكون قد قصر التعويض في
المسؤولية، على الأضرار المادية دون الأضرار المعنوية.

ولا يمكن تفسير فقرات المادة (182 مج) بغير ذلك خاصة، أن هذا
التفسير طبقاً لرأى الأستاذ « فيالار » أحد من تناول هذه المسألة بالبحث
يتلاءم تماماً والخط الاشتراكي للقانون المدني⁽¹²⁾.

ولقد سبق أن أشرنا في معرض حديثنا عن التشريعات الوضعية،
إلى أن بعض الدول، كالاتحاد السوفياتي والصين الشعبية، لا تأخذ
بالتعويض عن الضرر المعنوي لأنها لا ترى في التعويض عن هذا

- VIALARD OP. page 119. (12)

النوع من الضرر، إلا مصدر إثراء غير مشروع وكل إثراء غير مشروع مرفوض.

ويبدو أن الجزائر كبلد اشتراكي⁽¹³⁾ قد سارت هي الأخرى في إطار هذه الفكرة، ورأت في التعويض عن الضرر المعنوي ما يخالف المبادئ العامة لأهداف الاشتكية في الجزائر، تلك المبادئ التي ورد منها ما نصت عليه المادة (2/12) من الدستور الجزائري، التي تشد إقامة مجتمع خال من الاستغلال⁽¹⁴⁾ وتمنع أن يثرى شخص على حاسب شخص آخر⁽¹⁵⁾.

وبالإضافة إلى العامل الأيديولوجي، هناك التقاليد الإسلامية، التي تحيلنا إليها المادة الأولى من التقنين المدني التي تنص في الفقرة الثانية منها، على أنه، إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني للتشريع الجزائري، نصطدم باختلاف فقهي لدى علماء التشريع الإسلامي، فمن الآراء الفقهية من يقول بالضمان، ومنها، وهي الغالبية من يقول بأن فكرة الضرر الواجب تعويضه فكرة محدودة وضيقة جدًا، وأن فقه الشريعة الإسلامية لا يعرف نظرية الضمان عن الاعتداءات الأدبية التي تحدث ضررًا معنويًا، والتعويض عن الشريعة الإسلامية قاصر على الأضرار التي تقع على النفس، وتحدث أضرارًا مادية بالجسم، وهم يستندون في ذلك إلى أنه إذا كان التعويض لا يتم إلا بالمال على أساس المعادلة أو المكافأة، وجب أن يكون الضرر المقابل له ضررًا ماديًا، أما غير المال فلا يقوم بالمال ولا يعرض عنه

- Constitution Algérienne 1976 article 1^{er} page 11. (13)

- Constitution Algérienne 1976 article 12 Pr. 2 page 15. (14)

(15)- أنظر الميثاق الوطني الجزائري، خاصة الفقرة الثالثة من الصفحة 40 وأنظر أيضًا حكم مجلس القضاء الأعلى الصادر بتاريخ 6 11 1976 « غير منشور » حول فكرة الإثراء.

بالمال، وقوام التعويض في الشريعة الإسلامية هو إزالة الضرر، استنادًا إلى قوله (صلح) لا ضرر ولا ضرار⁽¹⁶⁾.

ولما كان الأمر كذلك، فلم يأخذ المشرع الجزائري بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، الشيء الذي يعتبر في نظرنا إغفالاً يجب تداركه.

إن القانون في خدمة العدالة، لما كانت العدالة ممثلة في القضاء، والمحاكم، كما سنرى في حينه، تقضي بالتعويض عن الأضرار المعنوية، فكان لزامًا على المشرع أن ينص على التعويض عن الضرر المعنوي، مسايرة للقضاء، لأن المعروف أن القانون يعتمد دائمًا إلى تقنين ما استقر عليها القضاء، وأصبح مسلمًا به، ولما كان هذا القضاء يحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي على الرغم من عدم وجود النص القانوني، فمن الوجهة القانونية يعتبر عمله هذا مخالفًا لنص (م 182 م ج) السالفة الذكر.

غير أن القاضي المدني عندما يحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي يستنير بالمبادئ العامة المستقر عليها، التي تحت القاضي في حالة سكوت القانون عن النص على حالة ما، أن يلجأ للحكم في القضايا المطروحة أمامه، إلى التفسير بطريق القياس، أو إلى تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، ويبدو أن القضاء الجزائري جعل من المبدأ الأخير أساسًا للتعويض عن الضرر المعنوي وهو مصدر قانوني نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية، كما يجوز للقاضي أن يسد الفراغ الموجود في القانون، كما هي الحال في تقنيننا المدني، وينشئ عن طريق التفسير والتطبيق نوعًا من القانون العرفي⁽¹⁷⁾.

ومن المعلوم أن الاتجاه الحديث يصل إلى منح القاضي المدني سلطة

(16)- يراجع بهذا الصدد المبحث الخاص بالشريعة الإسلامية، وأنظر أيضًا هذه الفكرة في مؤلف د. وهبة الزحيلي (ص 25 م س).

(17)- الموسوعة الجنائية (ص 563 م س)، وأنظر أيضًا، تفسير النصوص الجنائية دراسة مقارنة د/محمد سليم العوا ط 1، 1981 (ص 7) ومايلها.

واسعة في التفسير، إذ يباح له أن يلجأ إلى ما يسمى بالبحث العلمي الحر، فيكسب النصوص مرونة ويوفق بينها وبين الاحتياجات الجديدة⁽¹⁸⁾ وهو الاتجاه الذي تعمل الجزائر على تحقيقه، لضمان تمكين كل مواطن من التمتع المشروع بماله من حقوق، وذلك بمنح القاضي مهمة تفسير وتطبيق القوانين⁽¹⁹⁾.

فليس للقاضي أن يرفض دعوى التعويض عن الضرر المعنوي، إذا ما عرضت عليه، وهو المبدأ الذي قنته بعض التشريعات، ومنها التقنين المدني الفرنسي في المادة الرابعة، بقولها: « يمكن أن يتابع القاضي الذي يرفض الحكم في القضية المعروضة عليه، بحجة سكوت أو غموض، أو نقصان القانون، بتهمة الامتناع عن الحكم⁽²⁰⁾ » « Dénî de Justice ».

كان على المشرع الجزائري أن يستفيد من الدراسات، والبحوث القيمة العديدة التي أعدت حول هذا الموضوع، وكانت كلها في صالح نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، مما دعا التقنيات الحديثة إلى إقرار هذا المبدأ في نصوصها التشريعية، ومنها، التقنين المدني المصري الجديد، وكان على المشرع الجزائري أيضاً أن يساير المشرع المصري في النص على التعويض عن الضرر المعنوي، خاصة، وأنه استقى منه جل أحكامه، لكن يبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر بالقانون المدني الفرنسي العتيق، الذي لم يتناول هذه المسألة على الإطلاق، بسبب تأثره بالفهم الخاطئ الذي قال به الفقيهان الفرنسيان « بوتيه » و « دوما »، من أن القانون الروماني كان يقضي

(18)- الموسوعة الجنائية (ص 565 م س).

(19)- أنظر الميثاق الوطني (ص 80، 81 م س).

- Voir le commentaire sur l'article 4 présenté par ALFRED RIEG Pro. F. de(20)
droit STRASBOURG Cf. J. C. article 4 / 11 / 1980.

ARTICLE 4. C.C.F. Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de deni de justice.

بعدم التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية. في حين أن الواقع يكذب ذلك، إذ أن القانون الروماني كان لا يفرق بين المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية بخصوص التعويض عن الضرر المعنوي⁽²¹⁾.

كما أعتقد أن إقرار مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في إطار القانون المدني الجزائري فيه مساهمة لمقتضيات التطورات الحديثة في المجتمعات الإسلامية أسوة بما أخذت به تشريعات هذه المجتمعات، ومنها مؤخرًا التقنين المدني الأردني لسنة 1976.

والغريب حقًا، أن المشرع الجزائري، جاءت أحكامه متناقضة بصدد مسألة التعويض عن الضرر المعنوي، فإذا كان المشرع الجزائري سكت عن هذه المسألة في القانون المدني، باعتباره الشريعة العامة، فلماذا نجد مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي مقررًا في غير التقنين المدني بنصوص صريحة؟ نذكر منها على سبيل المثال المادة (الثامنة 8) من تقنين العمل الجزائري لسنة 1978 التي تنص صراحة على أن يضمن القانون: حماية العامل أثناء ممارسة عمله أو القيام بمهامه، من كل أشكال الإهانة والقذف والتهديد والضغط أو محاولة حملة التشيع والتبعية، كما يضمن التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق بالعامل⁽²²⁾.

كما أن المشرع الجزائري الذي تأثر بالقانون المدني الفرنسي في عدم النص على التعويض عن الضرر المعنوي، نص في المادة (4/3) من تقنين الاجراءات الجنائية الصادر عام (1966) على التعويض عن الضرر

(21)- أنظر تفصيل ذلك في الباب الأول، المطلب الأول، وكذلك الفصل الثاني، المطلب الخاص، بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في ظل التشريع الفرنسي.

(22)- La loi garantit la protection du travailleur dans ses fonctions où l'accomplissement de ses tâches contre toute forme d'outrage de diffamation de menace de pression ou de tentative visant à l'infirmer elle garantit =
= également la réparation des préjudices matériels et moraux causés aux travailleurs

Cf. statut général du travailleur loi n°78. 21 du 5 Août 1978.

المعنوي⁽²³⁾ كما فعل المشرع الفرنسي في تحقيق الجنايات (م 1/2) وفي ذلك تطبيق لنظرية الفقيهين « أوبري » و « رو » التي تقصر التعويض، كما تقدم على الضرر المعنوي، المقترن بالضرر المادي، أي المترتب عن جريمة، بمعنى أن الدعوى المدنية لا تقبل إلا إذا كانت مرتبطة بالدعوى العمومية كان الضرر موضوع التعويض ماديًا أو معنويًا⁽²⁴⁾ الشيء الذي لا يمكن قبوله، إذ ليس من المعقول أن يحصل المدعي المدني على التعويض عن الضرر المعنوي إذا رفع دعواه أمام المحكمة الجنائية، وأن يحرم منه إذا رفع دعواه أمام المحكمة المدنية⁽²⁵⁾ علمًا بأن القاعدة العامة في الاختصاص، هي أن المحاكم المدنية هي المختصة بالفصل في الدعاوى المدنية بينما المحاكم الجزائية تختص في المنازعات الجزائية وإذا كان القاضي الجزائي، يجوز له الفصل في الدعوى المدنية، فهذا استثناء، أوضحته المادة (1/3 أ. ج.ج.) بقولها، يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في نفس الوقت، وأمام نفس الجهة القضائية، كما أن الفقرة الثالثة من هذه المادة، تضمنت بصريح النص، مبدأ قبول الدعوى المدنية المرتبطة بدعوى جزائية، سواء كان موضوعها ضررًا ماديًا أو جسمانيًا أو معنويًا، وعلة جواز ذلك أن مصدر كل من الدعويين الجزائية والمدنية واحدة، وهو الجريمة التي تضر الفرد والمجتمع معًا.

(23)- والفقرة الرابعة تنص على مايلي : تقبل دعوى المسؤولية، عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية، مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية. code de procédure pénale P. 2 bis édition 1980.

(24)- أنظر مثلاً حكم محكمة الشنيّة، الصادر بتاريخ (1979/2/28) تحت رقم 883 - 170 غ. م. الذي قضى بدفع التعويض عن الجروح غير المتعمدة، كما قضت المحكمة المدنية في مجال المسؤولية المدنية بتعويضات عديدة عن مختلف الأضرار المعنوية 28000 د.ج عن المجز الدائم، وعن مافات الطيب الضحية من كسب من عيادته، وبمبلغ 13000 د.ج عن دخله، و2000 د.ج كتعويض عن الضرر الجمالي، و 1000 د.ج عن الضرر الذي لحق سمعته كطبيب، و 1000 د.ج عن الضرر الذي ترتب عن آلامه، و 5000 د.ج عن نفقات العلاج بالخارج. ويلاحظ أن في هذا الحكم نوع من المغالاة في التقدير.

(25)- د / علي علي سليمان، دروس المسؤولية المدنية، م س، والمحاضرة التي أقيمت بمدينة وهران (مطبوعة).

إن المشرع الجزائري الذي أجاز للمحكمة الجزائية، النظر في الدعويين الجزائية، أصلاً، والمدنية استثناء، لم يطلق حرية مباشرة هذه الدعوى، بل مباشرتها وطرق إقامتها بشروط معينة، نصت عليها المادتان (2 و 3) من ق. ا. ج، ليس مجال تفصيلها هنا، بل نكتفي بالإشارة إليها لاستخلاص بعض آثارها على الدعوى المدنية باعتبارها دعوى تبعية، بالمقارنة بالدعوى الجزائية، فمن الشروط نذكر: ضرورة ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجزائية، أي لا بد أن يكون الضرر موضوع التعويض مادياً كان أو معنوياً ناشئاً عن جريمة، كما يجب أن يكون هذا التعويض الذي يطالب به المضرور عن ضرر شخصي أصابه، وأن يكون الضرر مترتباً على وقائع الفعل الاجرامي مباشرة⁽²⁶⁾، وفي حالة تخلف أحدها تفقد المحكمة الجزائية سلطتها في الفصل في الدعوى المدنية، ويفهم من ذلك أن مصير الدعوى المدنية مرتبط بالدعوى الجنائية، وبعبارة أخرى أن الدعوى المدنية التبعية تتأثر بانقضاء الدعوى الجزائية الأصلية⁽²⁷⁾ فمثلاً إذا تأكد للقاضي الجزائي أن الوقائع المثارة ضد المتهم غير ثابتة فعلى المحكمة أن تحكم ببراءة المتهم جزائياً (كدعوى أصلية) وبعدم الاختصاص مدنياً (كدعوى تبعية) بسبب انتفاء شرط ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى الجزائية تطبيقاً لنص (م 3/3 إ.ج)، وفي هذه الحالة، على المضرور ضرراً معنوياً أن يرفع دعواه إلى المحكمة المدنية، ولما كان القانون المدني الجزائري قد سكت عن النص على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي فإن حق المضرور في التعويض عن الضرر المعنوي يمكن أن يضيع، لذلك فإن الأمر لا يستقيم في نظرنا إلا إذا قام المشرع بوضع مبدأ عام للتعويض عن الضرر المعنوي، مسايرة للتشريعات الوضعية الحديثة التي تنص صراحة على ذلك، بل أنه حتى لو سلمنا بالرأي القائل بأن المواد (124 و 182

(26)- تراجع بشأن شروط ممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية، تقنين الاجراءات الجزائية الجزائري ومحاضرة السيد / عبد العزيز سعد، القاضي بمدينة عنابة، نشرة القضاة لسنة 1980 (ص 25 إلى 56).

(27)- أنظر قانون إ. ج، حول أسباب الانقضاء، خاصة (م 6 منه).

م. ج) تشملان التعويض عن الضرر المادي معاً، فإن ذلك غير كاف لأنه لا يحل مسألة هامة في اعتقادنا يجب تنظيمها قانوناً، وهي مسألة الحكم بالتعويض إلى الأقارب، التي لم يرد بشأنها أي نص في القانون المدني الجزائري، خلافاً للتشريعات العربية التي تناولت ذلك بالنص، وفي انتظار قيام المشرع الجزائري بسد هذا الفراغ التشريعي، يجب على المحاكم المدنية أن تأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي عملاً بنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تقضي بتطبيق النصوص التشريعية، سواء كانت مدنية أو غير مدنية، وأن تطبق النص الوارد في قانون الإجراءات الجنائية فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية، لأن تلك المادة (4/3 أ. ج) تتكلم عن التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن المسؤولية التقصيرية.

أما فيما يتعلق بالضرر المعنوي الناجم عن المسؤولية العقدية، فليس أمامنا نص للحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي، وهذه فكرة هي الأخرى موروثه كما تقدم، عن الخطأ الذي وقع فيه الفقيهان الفرنسيان «دوما» و«بوتيه»، جهلاً منهما بنصوص القانون الروماني التي لم تكن تقيم أية تفرقة بصدد جواز التعويض عن الضرر المعنوي في كلتا المسؤوليتين.

إن التعويض عن الضرر المعنوي وإن كان أكثر شيوعاً في المسؤولية التقصيرية، وقليل الحدوث في المسؤولية العقدية نظراً لكون وظيفة العقود هي تنظيم العلاقات المالية بين الأفراد، وعدم تنفيذها يلحق بالدائن ضرراً مادياً، كالضرر الذي يلحق بصاحب البضاعة في عقد النقل إذا لم تصل إليه هذه البضاعة بسبب ضياعها أو سرقتها أو إتلافها. فالإخلال بالعقد يؤدي في بعض الأحيان إلى الإضرار بالدائن معنوياً، مثال ذلك الطبيب الذي بذع أسرار المريض الذي يعالجه، مما يسبب له ضرراً يلحق بسمعته.

ولعل سبب عدم شيوع التعويض، عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية يرجع إلى الرأي الذي كان سائداً في الفقه الفرنسي القديم، وفي القضاء حتى أواخر القرن الماضي، إذ كان لا يجيز التعويض عن الضرر

المعنوي المترتب عن المسؤولية العقدية، ويقصر التعويض فيه على المسؤولية التقصيرية⁽²⁸⁾.

ولذلك يكون من مصلحة المضرور ضرراً معنوياً في المسؤولية العقدية طبقاً للقانون الجزائري، أن ينتقل إلى المسؤولية التقصيرية للحصول على تعويض عما أصابه من ضرر معنوي⁽²⁹⁾ وهذا يرجع بنا إلى فكرة الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، الشيء الذي تفادته أغلب التشريعات الحديثة عندما وضعت نصوفاً قانونية صريحة تقرر جواز التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية والتقصيرية على قدم المساواة⁽³⁰⁾.

إن التعويض عن الضرر المعنوي أصبح من المبادئ المستقرة فقهاً وقضاءً وتشريعاً، حتى بلغ بالقضاء الفرنسي أن قضى بأن قاعدة التعويض عن الضرر المعنوي أمر، ومن النظام العام⁽³¹⁾ بل وأصبح من المقرر قانوناً جواز المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن المسؤولية العقدية مثال ذلك ما نصت عليه (م 222 م م) التي كنا نود لو أن القانون المدني الجزائري حذا حذوها.

أما أن يترك مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني الجزائري دون نص صريح، فذلك يعني ترك الباب مفتوحاً على مصراعيه للمعتدين على أعراض الناس وسمعتهم وفي هذا ما فيه من ضرر للأفراد

(28)- أنظر المطلب الثالث، من الباب الأول.

(29)- أنظر لوران ج 26 رقم 281، وبودري لكانتري وبارد، الالتزامات ج 1، (ص 276).

(30)- أنظر الفصل الثالث، من الباب الأول.

(31)- هذا في القضاء المدني، أما طبقاً للقانون الدولي الخاص، فيقول الأستاذ «Philip Le TOUR-NEAU» أن التعويض عن الضرر المعنوي لا يعتبر قاعدة أمر تتعلق بالنظام العام، ولذلك فإذا عرضت على المحاكم الفرنسية دعوى التعويض عن مثل هذا النوع من الضرر فهي ليست ملزمة بالحكم بالتعويض، أنظر حكم محكمة «ORLEANS» بتاريخ (1968/7/8).

- G.P.1968 2.110 sur renvoi de civil 30 Mai 1967 629. PHILIPPE MALAUVIE
PARIS 10 / 10 / 1969 clunt 1970 952 civil 16 Janvier 1971 DALLOZ 1971 som. 74.

وللمجتمع، الأمر الذي يقتضي معالجته، ومن أسباب العلاج كما تقول
المذكرة الايضاحية للقانون الأردني⁽³²⁾، تقرير التعويض.
إن تعديل تقنيننا المدني، بتضمينه نصاً يقتضي بجواز التعويض عن الضرر
المعنوي، أمر تقتضيه قواعد العدالة والإنصاف وتمليه معطيات واقعنا
الاجتماعي.

المطلب الثاني : التطبيقات القضائية لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي

نتناول في هذا المطلب، أولاً، موقف القضاء من مبدأ التعويض
عن الضرر المعنوي، والأساس الذي اعتمد عليه في ذلك، مركزين على
القضاء الفرنسي، وذلك لوفرة أحكامه في هذا المجال، مع المقارنة ببعض
أحكام المحاكم الأجنبية الأخرى بصفة عامة، وأحكام القضاء الجزائري بصفة
خاصة، ثم نتطرق ثانياً إلى بعض الحالات التطبيقية المختلفة للضرر المعنوي.

(32)- المذكرات الايضاحية، للقانون المدني الأردني (ص 300، م س).

أولاً : موقف القضاء من مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ، والأساس الذي اعتمد عليه في ذلك .

لم يستقر القضاء الفرنسي على الأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي إلا في أوائل القرن التاسع عشر عندما أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها الشهير، بتاريخ (15 جوان 1833) الذي أقر مبدأ وجوب التعويض عن الضرر المعنوي.

ويرى بعض الفقهاء⁽¹⁾ أن الفضل في ذلك يرجع إلى النتائج الهامة التي توصل إليها النائب العام « Dupin » بعد تفنيده للرأي الذي كان يرى أن التعويض لا يكون إلا عن الأضرار المادية، وأنه لا يوجد إلا نوع واحد من الأضرار، لأن هذا القول يؤدي في نظر النائب العام « دي بان » إلى الاجحاف بحق المضرورين، بالإضافة إلى أنه قول لا أساس له من الصحة، لأنه مستمد من الرأي الخاطئ الذي ينادي برفض فكرة التعويض عن الضرر المعنوي⁽²⁾.

وابتداء من حكم (15 جون 1833) المذكور آنفاً، زال ما خامر المجالس القضائية من تردد، وأصبحت لتقييم أية تفرقة بين الضرر المادي والضرر المعنوي من حيث وجوب التعويض⁽³⁾ وكان الهدف من ذلك هو

(1) - Voir H. et L. MAZEAUD. ANDRE TUNC traité théorique et pratique responsabilité civil P. 395 édition 1957.

- GIVORD TP. P. 32 et S. (2)

(3) - قمي حكم صدر بتاريخ (1954/01/21)، قضى بالتعويض عن الضرر المعنوي دون أن يكون مقترناً بالضرر المادي، أنظر بهذا الصدد :

Cf. Les grands arrêts de la Jurisprudence P. 328 et S. Op.

حماية المصالح التي تشكل الذمة المعنوية⁽⁴⁾، ودفع أي إعتداء قد يلحق بالحقوق العائلية⁽⁵⁾، وبذلك استقرت المجالس القضائية نهائياً على مبدأ يقضي بأن أي اعتداء على المصلحة المعنوية كاف للمطالبة القضائية⁽⁶⁾. Un intérêt moral suffit pour agir en justice.

وهكذا تطور القضاء لصالح نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، وأصبح يقضي بالتعويض لأشخاص كان يرفض لهم ذلك في وقت سابق، كما أنه توسع في تطبيق النصوص التشريعية المتعلقة بالمسؤولية المدنية، وساعد ذلك على ظهور طلبات جديدة، فتحت المجال لبعض المضرورين، للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المعنوية التي تلحقهم من جراء الاعتداء عليهم، وقد ترتب على ذلك أيضاً، أن توسع نطاق المستحقين للتعويض.

- Cf. LALOU 5ème édition n° 153 voir F. MAZEAUD et TUNC Op. P. 395. (4)

(5)- حقوق السلطة الأبوية، أو الأمومة.

(6)- مع ملاحظة، أن هذا المبدأ العام، يشترط لتطبيقه، أن تكون المصلحة المراد حمايتها مشروعة.
- أما بالنسبة للقضاء الإداري : فإن مجلس الدولة في فرنسا ظل هو الآخر لوقت طويل جداً، غير مستقر على وضع معين يصدد مسألة التعويض عن الضرر المعنوي واتصفت كل أحكامه، برفض التعويض عن هذا النوع من الضرر، غير أنه لوحظ أنه لم يكن يطبق دائماً هذا المبدأ بصرامة، خاصة في الحالات التي يكون فيها الضرر المعنوي مرتبطاً بضرر جسماني، كحالة الشعور بالألام والتأثر بها، إذ كان التعويض في مثل هذه الحالات جائزاً، حتى لو تعلق بالمساس العاطفي للفرد، علماً بأن القضاء الإداري كان يؤكد على أن الألم المعنوي « Doloris pretium » لا يمكن تقويمه بالنقد، ومن ثم لا يعتبر ضرراً حقيقياً، يمكن أن يعرض المضرور عنه، وقد استمر القضاء الإداري في رفضه للتعويض عن الضرر المعنوي حتى سنة 1962، ففي سنة 1960، كان القضاء الإداري يستند إلى فكرة طالما رددتها الأحكام القضائية بصدد فصلها في القضايا الجديدة، ومن أهمها قضية « Affaire époux le fondeur » إذ ورد في الحكم الصادر بشأنها مايلي : « لما كان الألم المعنوي غير قابل للتقدير المالي، فلا يمكن اعتباره ضرراً يمكن التعويض عنه ».

« La douleur moral n'étant pas appréciable en argent n'est pas un dommage susceptible de réparation.

- وقد خطا القضاء الإداري في فرنسا آخر خطوة له في وجوب قبول دعوى التعويض عن الضرر المعنوي، في حكم شهير صدر بتاريخ (1962/11/24) في قضية لوتسيران. يراجع بهذا الصدد : Cf. DALLOZ 1962 J. 35 et conclusion HEUMANN J.C.P.1962 11. 12425 S. 1962. J 82 note vignes Rev. trim. droit civil 1962 315 n° 15 observation TUNC.

ومن أمثلة تلك الأحكام نذكر، الدعوى التي تقدمت بها إحدى الفنانات تطالب بالتعويض عما أصاب سمعتها من ضرر من جراء نشر اسمها في الاعلانات عن الحفلة بأحرف مصغرة خلافاً لما كان مقرراً⁽⁷⁾ وكذلك الدعوى التي تقدم بها أحد رؤساء البلديات مدعيًا أن ضرراً أصاب سمعته وشخصه بسبب خرق قرار بلدي كان قد أصدره⁽⁸⁾.

إن استقرار القضاء على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، أحدث جدلاً فقهيًا، حول الأساس الذي استند إليه، هل قوامه فكرة العقوبة الخاصة، أو فكرة الترضية؟ نجد غالبية أحكام القضاء كانت تقضي بالتعويض عن الضرر المعنوي على أساس فكرة الترضية، من ذلك الحكم الصادر في سنة 1843 في الدعوى التي تقدم بها أحد التجار، مدعيًا أن ضرراً معنويًا لحقه بسبب إهمال المدين (رغم ملاءته المالية) الوفاء بقيمة الورقتين التجاريتين اللتين كان قد وقع عليهما، وقد اعترفت المحكمة بوجود الضرر المعنوي، لكنها رفضت تعويضه، بحجة غياب العناصر الكافية لتقدير هذا الضرر، وبأن هذا الضرر يقوم على تبريرات كافية للحكم بالتعويض، واكتفت بالحكم على المدعى عليه بدفع مبلغين التجاريتين اللتين كان ملزمًا بدفع مبلغها، وبالمصاريف المترتبة على التأخير في الدفع، متجاهلة التعويض عن الضرر المعنوي.

غير أن هذا الحكم رفض عند استئنافه، وقضى مجلس «Rouen» بأن صعوبة التقدير الدقيق للضرر المعنوي، وغياب الأساس المادي لتحديد

(7) Tribunal civil 24 / AO / 1936 GAZ. PAL. 1936 2. 685 JIVORD th. Pr. P.32.

(8) - وأنظر كذلك الدعوى، التي تقدم بها أحد الولاة الفرنسيين مدعيًا أن ضرراً عاطفيًا، قد ألم بسكان ولايته، بسبب موت أحد اليتامى الذين تشرف على رعايتهم مصلحة المساعدة العامة التابعة للولاية، أنظر :

Tr. civil CARCASSONNE 4 Janvier 1923 1. 149 infirmé par montpellier 4 Fevrier 1924 2. 33 note LALOU Cf. JIVORD Th. Pr. supra 17 et voir également action de personnes morales N.JACOB et PH. Le TOURNEAU la responsabilité civile T. 1

page 131 édition 1972.

المبلغ لا يعتبران من الأسباب الكافية لرفض التعويض لمن له الحق فيه، وعلى القاضي في مثل هذه الحالات أن يقدر الضرر حسب ما تمليه قواعد العدالة والانصاف⁽⁹⁾ ولقد كانت فكرة التعويض على أساس الترضية قد سادت في غالبية الأحكام القضائية منذ أمد بعيد⁽¹⁰⁾ من ذلك حكم مجلس « بوردو »، الصادر عام (1881)، الذي قضى بالتعويض لأهل طفل ذهب ضحية حادث مرور، ورأى في هذا التعويض وسيلة للتخفيف من حزن أبويه، مستنداً في ذلك إلى حق الأبوين في المطالبة بالتعويض عما لحقهم من أضرار مادية ومعنوية نتيجة وفاة ابنهم، الذي كان يمكن أن يعاونهم لو ضل حياً⁽¹¹⁾.

وقد استمر القضاء على بناء أساس التعويض عن الضرر المعنوي على فكرة الترضية⁽¹²⁾ وأكدته في أحكام عديدة منها : حكم صادر بتاريخ (22 أكتوبر 1946) قضى بالتعويض لأب أصابه ضرر معنوي بسبب العاهة المستديمة التي لحقت بابنته نتيجة حادث سكة حديدية⁽¹³⁾.

هذا وتجدر الملاحظة أن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي مستقر أيضاً في القضاء الأمريكي، إذ أصدرت المحكمة العليا الأمريكية حكماً تقضي فيه بالتعويض بمبلغ (2000 دولار) عن الضرر المعنوي الذي أصاب سمعة شخص، ومس شرفه وكرامته.

وتتلخص وقائع هذه القضية فيما يلي : « شخص ذهب إلى أمريكا

(9)- وقضى المجلس بهذا الصدد بمبلغ (1500 ف. ف) كتعويض عن الضرر المعنوي.

(10)- وذلك بالرغم من اصطدام فكرة التعويض عن الضرر المعنوي، في بداية الأمر، بصعوبة تقدير هذا النوع من التعويض.

(11) - Cité par R. TRIBES thèse précitée page 50.

(12) - Meaux - 29 Janvier 1920. D.P. 1920. 2. 137 1ème expèce. C. F. TRIBES. Th.

Pr. Page (52)

(13) - V. DALLOZ Recueil 1947.

في جولة سياحية، بعد أن حصل على مبلغ نقدي بالعملة الأمريكية بواسطة شخص آخر.

وقد ضبطته الشرطة حائزاً لهذه الأوراق النقدية التي ظهر أنها مزورة. التجأ حائز هذه الأوراق إلى القضاء مدعياً أنه كان عرضة للتشهير به والمساس بسمعته، من قبل المزور، طالباً التعويض عن الأضرار المعنوية التي أصابته⁽¹⁴⁾.

أما القضاء في مصر فهو الآخر مستقر على مبدأ التعويض عن الأضرار المعنوية، وذلك منذ وقت بعيد، شأنه في ذلك شأن القضاء الفرنسي، باعتبار أن المعول عليه لدى جمهرة علماء القانون، أن الضرر المادي والضرر المعنوي سيان في وجوب التعويض عنهما، وكان القضاء المصري يرى أنه إذا كان الضرر المعنوي متعذر التقويم خلافاً للضرر المادي، فكلاهما خاضع في التقدير لسلطان المحكمة، فمتى رأت في حالة معينة أن الضرر المعنوي يمكن تعويضه بقدر معين من المال، وجب الإذعان برأيها، إذ لا شك في أن التعويض المادي، مهما قيل من تعذر الموازنة وبين الضرر المعنوي، يساعد ولو بقدر على تخفيف الألم عن نفس المضرور⁽¹⁵⁾، وقد تطور القضاء بهذا الصدد وأصبح يقضي بالتعويض عن مختلف الأضرار المعنوية، حتى صدر القانون المدني المصري الجديد، ونص في مادته (222) صراحة على وجوب تطبيق مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي.

ومنذ ذلك الحين أصبحت المحاكم ملزمة بالحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي، ففي حكم لإحدى المحاكم الابتدائية المصرية صدر بتاريخ (14/ مارس/ 1949) قضت فيه، بأن إذاعة أمراض الناس، وذكر أسمائهم في محافل عامة، خطأ يوجب التعويض، وقد استندت المحكمة في

(14) - Revue trimestrielle de droit civil. 1977. 15. Resp. Civile. Dommages Moraux.

(15) - أنظر المواد 202 (ع م) و(153 م ق)، وأنظر طعن رقم (3405). حكم (1932/11/7) منشور بمجلة المحاماة المصرية السنة - (13) - (ص - 502).

حكمها، إلى أن الأمراض في ذاتها من العورات التي يجب سترها حتى لو كانت صحيحة، فلذاعتها في محافل عامة وعلى جمهرة المستمعين يسيء إلى المرضى إذا ذكرت أسماؤهم، وبالأخص بالنسبة للفتيات، لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهن ويعكر صفو آمالهن، وهذا خطأ يستوجب التعويض، كما أن المبدأ القانوني يقضي بوجوب الحكم بالتعويض حتى لو كان بمبلغ رمزي⁽¹⁶⁾.

كما أن القضاء في الجزائر مستقر على تعويض مختلف أنواع الضرر المعنوي شأنه في ذلك شأن القضاء الفرنسي والمصري، إذ أنه لا يزال في الكثير من الحالات يستنير باجتهاد المحاكم الفرنسية بهذا الصدد، وذلك على الرغم من خلو التقنين المدني الجزائري من نص يقضي بالتعويض عن الضرر المعنوي صراحة كما فعلت التشريعات العربية وغيرها، في حين أن المشرع الجزائري كما رأينا نص في المادة (4/3 ق. أ. ج) على مبدأ تعويض الضرر المعنوي صراحة، وهو المبدأ الذي تطبقه الغرف الجزائية في العديد من قضائها، من ذلك حكم محكمة الجنايات لولاية الجزائر بتاريخ (26 سبتمبر 1979) الذي قضى في دعوى الاعتداء على شرف فتاة، بمبلغ (60 ألف

(16)- أنظر مجلة المحاماة المصرية السنة (29) العدد الأول والثاني (ص 202) وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شخصاً رفع دعوى وقال في صحيفة المعلقة بتاريخ (17 أبريل 1946) أن المدعى عليه بذبح بأنه يشفي الأمراض بعلاج روحاني وأخذ في القاء محاضرات عن ذلك في جهات مختلفة من القطر المصري وأنه ذهب فيها إلى القول بأن أطباء الأمراض العصبية يعجزون عن شفاء ابنته فلجأ إليه وقد شفاها من مرض خبيث كان في ساقها، وكان الأطباء قد اجتمعوا على بتر هذه الساق، وقد قال ذلك عائلاً في محاضرة ألقاها على طلبة الصيدلة بمصر وأخرى بتاريخ (19 فبراير 1956) بنادي طنطا على جمهرة كبيرة من الأطباء وكبار الموظفين وغيرهم من المستمعين، ويقول المدعى أن هذه الواقعة مكذوبة، وأن فيها مساواة بكرامته وكرامة ابنته، ولذلك فهو يلجأ إلى القضاء ويطلب تعويضاً عن المدعى عليه قدره 5000 ج م بعد مداوات المحكمة، قالت بصدد تقدير التعويض أن الضرر الذي أصاب المدعى وكريمته من الناحية المالية يكاد يكون معدوماً، وأما الضرر المعنوي فقد وقع فعلاً بمجرد القاء المحاضرتين، وفيما قاله المدعى عليه وهو من رجال التربية والتعليم، وقد تملكه اتجاه علمي حديث بشره بعض العلماء، وهو وإن كان لم يستقر أمره بعد إلا أنه مع المؤثمين بصحته والداعين لاثبات حقيقته، لذلك فإن التعويض الرمزي فيه الكفاية، مع تحميل المدعى عليه بمصروفات الدعوى بأكملها لأنه هو المتسبب في رفعها.

دج) كتعويض عن الضرر المادي، و (15 ألف دج) كتعويض عن الأضرار المعنوية، بما في ذلك ما لحقها من اعتداءات مادية⁽¹⁷⁾.

كما أن هناك أحكاماً أخرى قضت بالتعويض عن الأضرار المعنوية كمبدأ عام، من ذلك ما قضت به الغرفة الإدارية لمجلس الجزائر بتاريخ (29 مايو 1975) في قضية تتلخص وقائعها فيما يلي :

« بتاريخ (5 جوان 1968)، سقطت طائرة تابعة للقاعدة الجوية العسكرية ببوفاريك، على منزل أحد الأشخاص، فتسبب هذا الحادث في أضرار جسيمة مادية ومعنوية، منها أن ابنته البالغة عند وقوع الحادثة (13 عاماً)، أصيبت بجروح بليغة وعجز مستديم، بالإضافة إلى الأضرار الأخرى.

وبعد إجراء الخبرة أكد تقرير الخبرة أن العجز المستديم يقدر بنسبة (15 ٪) ونجم عنه ضرر معنوي وجسماني.

وأثناء المداولة تبين للغرفة القضائية تقدير الأضرار المادية والمعنوية معاً بمبلغ (20,000 دج)⁽¹⁸⁾.

كما جاء في حكم صادر لمجلس القضاء الأعلى بتاريخ (6 نوفمبر 1976) في قضية حادث المرور الذي أودى بحياة ابنة تبلغ (6) سنوات من العمر، وموت أبيها بعد قليل من وفاتها، أن الأم الأرمل باعتبارها الطرف المدني لم يصبها أي ضرر مادي لكون الضحية حديثة السن، والضرر الذي لحقها ضرر معنوي بحت، ذلك لأن الضرر المعنوي في نظر المجلس الأعلى، هو الشعور بالألم، وهذا الأخير لا يقدر بالمال، وإنما يعوض من طرف القضاء بما بدالهم جبراً للخواطر، وبشرط ألا يكون سبباً للإثراء الفادح، وعليه اعتبر قرار المجلس الأعلى مبلغ (5000 دج) الذي قضى به قضاة الموضوع كتقدير

(17)- منشور بجريدة الشعب « الجزائرية » بتاريخ 27 نوفمبر 1979.

(18)- قرار المجلس بتاريخ (29 مايو 1979)، قضية رقم 469 - 1399، غ. م.

للضرر المعنوي الذي لحق بوالدة الضحية الطاعنة، تقديرًا مقبولًا، فلا إفراط ولا تفريط به⁽¹⁹⁾.

وبلاحظ على هذا الحكم أنه أقر مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، كما يلاحظ أن التعريف الذي جاء به، أنه مستمد من التعريف الذي قال به الفقيه «سفاتييه»، في مؤلفه المسؤولية المدنية⁽²⁰⁾.

كما أن القول بوجوب تعويض عن الضرر المعنوي من طرف القضاة، هو تأكيد لقابلية هذا النوع من الضرر للتعويض، أما القول «بما بدالهم» أي القضاة من أنه «جبرًا للخواطر» فيعتبر في نظرنا تطبيقًا لنظرية الترضية، ونبدأ لنظرية العقوبة الخاصة كأساس للتعويض، بدليل عبارة، «بشرط ألا يكون سببًا للإثراء الفادح».

كما يلاحظ أيضًا أن قرار المجلس الأعلى، بإلزام القضاة الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي، يكون قد تفادى النقد الذي قال به الأساتذة «مازو»، بصدد منح القضاة سلطة مطلقة بتطبيق أو رفض مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، لأن هذه السلطة المطلقة المخولة لهم أحيانًا، تجعلهم في اعتقاد الأساتذة «مازو» وزراء إنصاف «Ministère d'équité».

وهو مالا يتفق ومبدأ وجوب التعويض عن الأضرار المعنوية.

(19) - قرارا المجلس الأعلى رقم (10511) بتاريخ (6 ديسمبر 1976 غ. م).

(20) - SAVATIER. Traité de la responsabilité - Civile en droit français. T. II. 2ème édition.

ثانيًا : حالات التعويض عن الأضرار المعنوية

إن مبدأ التعويض عن الأضرار المعنوية يجد لدى القضاء الفرنسي مجالاً واسعاً لتطبيقه حتى أن المحاكم أصبحت تستجيب لكافة طلبات التعويض، دون التقيّد بحالة معينة، ومن الأمثلة العديدة لمختلف حالات الضرر المعنوي نخص بالذكر منها مايلي :

المساس بالسمعة⁽¹⁾ :

المبدأ العام الذي استقر عليه القضاء الفرنسي بصدد التعويض عن الضرر المعنوي هو أن كل مساس بالشرف أو السمعة (عن طريق السب أو الافتراءات الكاذبة، أو عن طريق الكتابة أو الصحافة أو وسائل التعبير الأخرى) يعتبر ضرراً معنوياً موجّباً للتعويض.

وقد أيد الفقه، القضاء في تفسيره الواسع لفكرة المساس بالسمعة والشرف حين اعتبر إفلاس التاجر بسبب تصرفات الغير من قبل الأضرار المعنوية التي تستوجب التعويض إذ رأى في الإفلاس مساساً بسمعة التاجر وشرفه⁽²⁾ وكذلك عندما حكم بالتعويض لإحدى الفنانات لمجرد نشر اسمها في جريدة فرنسية دون أخذ موافقتها، وقد استند القضاء في حكمه هذا إلى اعتبار عمل الجريدة اعتداءً على سمعة الفنانة وشرفها⁽³⁾ وعندما قضى بمبلغ 20،000 فرنك، ف، كتعويض عن الأضرار المعنوية التي لحقت إحدى الشخصيات المعروفة بسبب نشر صورته في شكل كاريكاتوري، اعتبر القضاء نشر تلك الصورة، اعتداءً على حق الشخص على صورته⁽⁴⁾.

(1) - Atteinte à la réputation.

(2) - Voir S. 1903 2. 105 note HEMARD cité par SAVATIER Op. P.

(3) - Montpellier 18 Mars 1930.

(4) - PARIS 16 Mars 1955 D. 1955 - 295 J. C.II et voir également Paris 5 Mars 1969

J. C. P. 69 II. 15. 894 Cf. J.C. article 1382 C. C.F. Fasc. II 3ème cahier.

ونلاحظ من خلال هذه الأمثلة القليلة، أن القضاء الفرنسي قد توسع فعلاً في تفسير مفهوم المساس بالسمعة والشرف. وبالرجوع إلى أحكام القضاء في هذا الصدد، يتبين لنا أن حالات المساس، بالسمعة والشرف، لم تأت على سبيل الحصر، بل ترك أمر تقديرها إلى قضاة الموضوع، طبقاً للظروف والملابسات المحيطة بها، فإنتهاء الخطبة مثلاً قبل أيام معدودة من تنويجها بالزواج وبدون سبب جدي يلزم المسؤول بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق بالطرف الآخر، خاصة إذا كانت الضحية هي الخطيبة، نظراً لما لهذا الإنهاء من آثار وخيمة على سمعتها وشرفها في الأوساط العائلية والمقربة⁽⁵⁾. وفي هذا الصدد قضت دائرة الأحوال الشخصية بالمجلس القضائي لمدينة « مستغانم » بتاريخ (14 نوفمبر 1968)، بمبلغ (500 دج) كتعويض عن الضرر الجسمي والمعنوي، الذي لحق الزوجة بسبب طردها بعد ثلاثة أيام من زواجها بدعى أنها ليست ببيكر، مع أن الزوج لم يدخل بها، ولم يختل بها وأنها لازالت على خاتم ربها، فلحقها من هذه التهمة عار مس شرفها وكرامتها هي وذويها⁽⁶⁾.

وكذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية عدم ذكر المؤرخ للقب عالم مشهور في العلم الذي تناوله المؤرخ مساساً بسمعة عائلة هذا الأخير⁽⁷⁾ كما اعتبرت مطالبة الدائن مدينه، الوفاء بالدين، بواسطة بطاقة بريدية، تشتمل على عبارات وألفاظ مهينة ومهددة، من قبيل الاعتداءات الماسة بسمعة المدين⁽⁸⁾.

– Cass – Civ II – 22 Octobre 1970 Bull – Civ. I n°285 P. 215 – CF – JCL(5)

Resp – Civ IX. Art 1386. 1er Cahier.

(6) - تراجع نشرة القضاء، (مايو- جوان 1969) رقم (3) (ص 25 إلى 29).

– Cass – Civ II 27/02/1951 – D – 329 Note Desbois. Cpr. Tr. Civ Nantes 23(7)

Octobre 1953 – 656 – CARBONIER. D. 1951 Chr 119.

– Cass. Civ II 7 Janvier 1979 – n /7 P. 5. JCP. (8)

الاعتداء المباشر على حق غير مادي معين

Atteinte

directe, à un droit Extra Matrimonial déterminé

إذا كان من المسلم به أن الاعتداءات الواقعة على حق مادي معين ترتب للمضرور، ضرراً مادياً، موجباً للتعويض، فإن القضاء، استقر أيضاً على وجوب التعويض عن الاعتداءات الواقعة على حق غير مادي معين، كالاعتداءات الواقعة على الرسائل حرمة المراسلة، أو إفشاء أسرار مهنية⁽⁹⁾ أو نشر صور فوتوغرافية لأشخاص ما بغرض الدعاية.

فالاعتداء الواقع على حرمة المراسلة « كالرسائل البريدية » مثلاً « Lettre missive » يرتب للمرسل إليه ضرراً معنوياً موجباً للتعويض، لأن مثل هذه الرسائل تحمل فكرة معينة يعبر عنها المرسل، ويبعث بها إلى المرسل إليه، وللمراسلة حرمتها، والاعتداء على هذه الحرمة، هو أساس التعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق المرسل والمرسل إليه⁽¹⁰⁾.

كما أن إفشاء سرية المكالمات الهاتفية يعد مساساً بالمصالح الخاصة للمضرور، لأن خرق حرمة المكالمات الهاتفية يعتبر من الأعمال غير المشروعة ولا تزول عنها هذه الصفة إلا إذا كان المعني بالأمر قد وافق على إباحة سر المكالمة لضرورة اقتضتها المصلحة العامة⁽¹¹⁾.

ويعتبر أيضاً من قبيل الأضرار المعنوية، نشر صورة فوتوغرافية لشخص ما، بقصد الدعاية، دون إذنه أو موافقته، من ذلك ما قضت به « المحكمة الابتدائية في دمشق » سنة 1976 على ناشر بدفع مبلغ 3 000 ليرة سورية، لفتاة نشرت صورتها دون إذنها أو موافقتها، تعويضاً عما لحقها من ضرر

(9)- كمهنة الطبيب والصيدلي والمحامي والقابلة والموثق... الخ.

- Cass. Civ - 7/02/1898. D. 1899. 2. 2 Voir Thèse Précitée - JIVORD. P. 56. (10)

- CF.ARTICLE 52 COS. (11)

معنوي⁽¹²⁾ كما قضت أيضًا المحكمة العليا لمنريال بمبلغ (3 000,00 دولار) لشخص أصابه ضرر معنوي من جراء التقاط صورة له « دون علمه أو موافقته » لنشرها في أغراض دعائية محضة، وكان يعمل يومئذ كعامل يدوي، وبتاريخ نشر صورته كلافتة للدعاية كان المضروب قد أصبح استاذًا بإحدى المؤسسات التربوية، مما جعله عرضة للسخرية من قبل تلامذته⁽¹³⁾.

الاعتداءات الماسة بسلامة الفرد⁽¹⁴⁾ :

Atteinte à L'intégrité de la personne humaine

من المسلم به قضاء، أن أي اعتداء على سلامة الشخص يخوله حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه.

ولما كانت هذه الاعتداءات الواقعة على سلامة جسم الانسان تلحق به أضرارًا مادية، كالعاهات والجروح، فإنها تلحق به أيضًا أضرارًا معنوية تنجم عن الاحساس بالآلام بسبب تشويه جماله، ويطلق على هذا النوع من الضرر تسمية الضرر الجمالي « Le Préjudice esthétique » ولا جدل في أن العاهة مثلًا، تحدث في نفس المضروب آلامًا معنوية مريرة، وقد أقر القضاء في فرنسا في العديد من أحكامه، مبدأً عن الأضرار الماسة بجمال الشخص، ووصل به الأمر إلى حكم بالتعويض عن الضرر المعنوي لفتاة أصيبت بحروق نتيجة سوء تحضير وصفة طبية، مما حال دون تمكينها من ارتداء جبتها الصيفية لمدة شهرين كاملين، وفوت عليها فرصة المشاركة في مختلف التظاهرات الصيفية⁽¹⁵⁾ وهو المبدأ الذي أكدته محكمة « جرونوبل » بتاريخ (4 نوفمبر

(12)- قرار رقم (980) صادر بتاريخ (27 مايو 1976)، منشور بمجلة المحامون لسنة 1941.

(13)- Rebêiro. V Shamingan. LT. D. 1973. CS. 389. Voir Revue Trim. année 1974.

Page 216.

- ATTEINTE à L'intégrité de la personne Humaine. (14)

- Trib. Seine. 11/10/1937. 2. 792. CF. JC. Mis à jour 1981. Article(15)

1382 - Fasc - A. 1. 2. 3ème CAhier - Resp - Civ.

1946⁽¹⁾ وقضت به أيضًا محكمة « Rouen » بتاريخ (1 مارس 1949)⁽²⁾ إذ حكمت بالتعويض عن الضرر الذي تسبب في تشويه جمال أحد الأشخاص، كما ذهبت محكمة باريس إلى نفس الحكم بصدد قضية شاب أصيب بعدة جروح إثر تعويضه لحادثة، بقيت آثارها ظاهرة في العديد من مواطن جسمه⁽³⁾.

وقد توسع القضاء في الحكم بالتعويض عن الأضرار المعنوية، لكل من الفنانين والأشخاص الذين يهتمون بأناعتهم وجمالهم أو شبابهم، وكذلك الزوج الذي تصاب زوجته بتشويه جمالها⁽⁴⁾، بل أن محكمة الجنح لمدينة (الرباط)، قضت في الدعوى المدنية للطبيب الذي تعرض لحادثة مرور، أصيب على أثرها بجروح متنوعة، تسببت له في أضرار مست جماله وسمعته، بتعويضات سخية⁽⁵⁾.

ويلاحظ أن مسألة الضرر المعنوي المترتب على الاعتداءات الواقعة على الحياة أو على سلامة جسم الإنسان تعتبر مسألة ذات أهمية بالغة وحساسية، إذ أن التعويض عن الضرر المعنوي في مثل هذه الحالات جائز في نظر غالبية الفقه والقضاء، وتدخل في إطاره عدة أنواع من الضرر

(1) - GRENOBLE 4/11/1946. D. 1946. 79. (Préjudice esthétique).

(2) - ROUEN. 1 Mars 1950. 215. Note RIPPET.

(3) - PARIS 12ème. Ch. 9/4/1965. 394. REV. Trim. Droit civil 1965. 650. JCL. Civil. fasc. III. F. bis. Art. 1382. 1383. I Partie Fasc II - 6ème Cahier Fasc. A I. 2 A I.

2 - 6ème cahier bis ou Penal. 3ème App. Art 319. 320.

(4) - Trib Roun. JP.

(5) - محكمة الجنح - الرباط - 28 فيفري 1979 تحت رقم 170. وأنظر أيضًا قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 مايو 1975، « الدائرة الادارية » غ م. وحكم المحكمة المدنية « سيدي محمد » 18 مارس 1979. غ م.

تختلف عن بعضها البعض ، ومنها ، التعويضات الممنوحة للتخفيف عن الآلام الجسمانية المترتبة على وقوع الحادث الجسماني⁽⁶⁾.

حماية الحياة الخاصة من الاعتداءات التي تقع عليها

« Atteinte à la vie privée, et sa protection »

إن تطور وسائل الاعلام وفن التسجيل السمعي والبصري ، ساعد على انتشار عمليات التجسس بشكل مذهل ، وكان لذلك أثر على حياة الأفراد الخاصة ، فإفشاء أسرارهم أو الافتراء عليهم أو البلاغ الكاذب ، حالات من شأنها النيل من مبدأ ضمان عدم التعرض للحياة الخاصة للأفراد.

ونظرًا لخطورة مثل هذه الاعتداءات ، فقد ذهب القضاء والتشريع إلى إقرار مبدأ التعويض عن الاعتداءات الواقعة على الحياة الخاصة للأفراد.

(أ) الحماية القضائية للحياة الخاصة للأفراد :

عمل القضاء دائمًا على حماية الحياة الخاصة للأفراد ، فجاء في حكم لمحكمة باريس بتاريخ (16 مارس 1955) ، إن احترام الحياة الخاصة للفرد مبدأ يجب ضمانه ، كما أن محكمة « Seine » قضت في حكم لها بتاريخ (23 جوان 1966) بأن الحياة الخاصة تندرج في إطار الذمة المعنوية لكل شخص طبيعي ، وتشكل امتدادًا لشخصه⁽⁷⁾ ووقفت بعض المحاكم الفرنسية موقفًا حازمًا فعوضت عن كافة الاعتداءات التي من شأنها النيل من الحياة الخاصة للأفراد⁽⁸⁾.

وتتخذ الاعتداءات على الحياة الخاصة للأفراد صورًا عديدة ، منها

- STARCK - Les obligations. OP. Page 61. SUPRA . 121. 122. (6)

- Voir, J.C.P. 1966 - 14875. 1ère décision. (7)

- J.Tr ; Paris 17/3/1966. D. 1966. 749. Trib, Gr, inst, Paris - 7/11/1968. JCP(8)

1969 - 1593 I n° RL. 3 Juillet 1971. D. 1972. Somm. 47.

الحديث عن أعراض الناس، والتلميح المهين أو المسيء لسيرتهم⁽⁹⁾ وعرض صور فوتوغرافية، والظعن في عرض امرأة مطلقة⁽¹⁰⁾.

كما أن المحاكم في سويسرا تقضي بمبدأ الحماية القضائية، وقد اشترطت المحكمة الفيدرالية في حكم لها بتاريخ (16 جويليه 1944) شروطاً لتطبيق المبدأ الذي تضمنته المادة (49) من (ق. أ. س) منها : أن يكون الاعتداء على الحياة الخاصة غير مشروع، وفي هذا الإطار، اعتبر مجلس قضاء « جنيف » أن « المخبّر » « Détective privé » المرخص له بمباشرة عمله رسمياً، لا يمكن أن يسأل مادام يستعمل وسائل مشروعة بهدف مشروع⁽¹¹⁾ كما اعتبرت المحكمة العليا أن الجمعية المهنية، ارتكبت عملاً غير مشروع، لمباشرتها الرقابة، على أشخاص أجنب عن الجمعية، وعلى العكس من ذلك قضت المحكمة الفيدرالية بأن الرقابة المباشرة من قبل النقابة على تاجر أدخل عدة مرات بالتزامه العقدي تجاه النقابة، لا يعتبر عملاً غير مشروع⁽¹²⁾ كما قضت إحدى المحاكم الكندية بمبلغ (300 دولار)، كتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب شخصاً بسبب نشر صورته دون علمه أو موافقته، معتبرة هذا العمل مساساً بحق الشخص على صورته، واعتداء على الحقوق الملاصقة لحياة الأشخاص الخاصة، وأن أي إعتداء على الحق مخالف لمبدأ وجوب احترام الحياة الخاصة للأفراد.

(ب) الحماية القانونية للحياة الخاصة للأفراد :

لقد دعا التخوف من الاعتداءات الماسة بالحياة الخاصة للأفراد

- Trib, Gr, inst, 1/07/1967. JCP. 1968. 15540. n° HB. Trib, Gr, inst, PARIS(9)
27/02/1969. D. 1969. Som. 62. COMP, Civ 2ème - 7 Janvier 1970 D. 1970. 287. Trib,
inst, 19/12/1970. D. 1971. Somm. 176

- 2ème Civ. 18/5/1966. Bull. 11. 583. (10)

- Cour de Justice de Genève. S.J. 1934. Cf Abderahmane Nadji Th pr. Page 120. (11)

- Voir. Ro. 62. 11. 97. JT. 1936. 1408. CF. Th. Pr Abderahmane Nadji P. 120. (12)

العديد من الدول إلى التفكير في وضع قواعد قانونية لحماية الأفراد مما قد يلحقهم من أذى.

ففي فرنسا مثلاً، بادر المشرع بإصدار قانون في (17/7/1970) أضاف بموجبه للقانون المدني، نصاً جديداً تضمنته المادة (9)، أصبح بمقتضاه لكل فرد الحق في ضمان حياته الخاصة، ومنح لقضاة الاستعجال خاصة، سلطة اتخاذ كافة الاجراءات الضرورية لوقف أي اعتداء قد يمس الحياة الخاصة للأفراد⁽¹³⁾.

كما دعم قانون (1970)، حماية الحياة الخاصة للأفراد، بفرض عقوبات جزائية، عند الاعتداء عليهم⁽¹⁴⁾.

وقد حددت المادة (363 ع ف) الحالات التي تشملها العقوبات المالية، كمايلي :

(أ) حالات الاستماع أو التسجيل أو النقل بواسطة آلة ما لحوار أو كلام دار في مكان ما، دون موافقة أطرافه.

(ب) القيام بأخذ صورة لشخص كان موجوداً في مكان خاص دون علمه أو موافقته.

إن مبدأ احترام الحياة الخاصة أصبح من المبادئ المسلم بها في العديد من الشرائع الوضعية منها :

سويسرا : ففي سويسرا قانون صدر بتاريخ (20 ديسمبر 1968) ينص على حماية الحياة الخاصة للأفراد، كما أن المادة 49 من قانون الالتزامات السويسري تؤكد مبدأ الحماية القضائية للحياة الخاصة.

النرويج : نصت المادة (390) من قانون العقوبات على معاقبة الاعتداءات

(13) - Loi N° 70 648. Du 17/7/1970 voir, Dalloz, 70. L. 200, dans ce sens =

= R. Nerson. Observ. R. T. A 1971. 1. 109. et S. et 360 et S.R. LINDON. Les dispositions de la loi du 17/07/1970. JCP 1970. 1. 2357. J. Prodel. D 1971. CP. 1970.

1. doct. 201, legeais droit civil. 1. 1971. 229.

(14). أنظر المواد (23) من هذا القانون، و(363 إلى 372 ق. ع. ف).

الواقعة على الحياة الخاصة، كتبليغ الجمهور معلومات عن الحياة الخاصة أو العائلية لشخص ما.

كما صدر قانون في المملكة النرويجية بتاريخ (12 ديسمبر 1958) ينص على معاقبة الاستماع للمكالمات الهاتفية بغرض التجسس والتسجيل. الدانمارك : ينص قانون (29 مارس 1972) على معاقبة التجسس بواسطة الاستماع أو المشاهدة.

فنلندا : ينص قانون (11 جويلية 1967) على عمليات التجسس بواسطة الاستماع أو المشاهدة.

السويد : يمنع قانون (1973) الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للأفراد. في الولايات المتحدة الأمريكية : ينص قانون (1976/12/31) على تنظيم الاعلام حماية الحياة الأفراد من الاعتداءات التي يمكن أن تلحقهم من الغير بواسطة الاعلام.

ألمانيا الفيدرالية : نظم قانون (22 جانفي 1977)، مسألة حماية الحياة الخاصة للأفراد.

ومن الجدير بالذكر، أنه بالرغم من حداثة هذه النصوص القانونية، فإنها لم تتعرض لمفهوم الحياة الخاصة، ولعلها تركت ذلك للفقهاء والقضاء، فمن المحاولات الرامية إلى تحديد المقصود بالحياة الخاصة، نشير إلى محاولة الجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا، إذ قالت : أن الحياة الخاصة تتوقف عندما تبدأ الحياة العامة، وهو التعريف الذي يقترب من ذلك الذي قالت به المحكمة الفيدرالية السويسرية بتاريخ (16 جويلية 1944) بقولها : « إن الحياة الخاصة هي نطاق خاص جداً، يدخل في إطار كافة الأعمال التي لا دخل فيها للغير⁽¹⁵⁾ ».

(15) - C'est une Sphère éminement Personnel dans laquelle rentrent tous les faits qui ne regardent pas les tiers. Arrêt non publié. T.F.S. du 16/07/1944. Cité par Abderahmane Nadji Th Pr Page 126.

المساس بحق الشخص في لقبه

L'atteinte au droit d'une personne sur son nom

من المعلوم أن حياة الشخص تبدأ بتمام ولادته حياً⁽¹⁾ وإن شخصية كل إنسان يجب أن تتميز بوسيلة أو علامة معينة تميزه عن الناس، وهذه الوسيلة أو العلامة هي الاسم⁽²⁾، والمقصود بالاسم المعنى الواسع الذي يشمل اللقب والاسم الخاص والشخص معاً⁽³⁾.

ويقصد عادة باللقب⁽⁴⁾ إسم الأسرة التي ينتمي إليها الشخص إذ يشترك في حمله الأسرة جميعاً.

أما الاسم الشخصي « Prénom » فهو الذي يضاف إلى اللقب للتمييز بين أفراد العائلة الواحدة الذين يحملون نفس اللقب⁽⁵⁾.

واللقب العائلي ليس فيه ما يقتضي السرية، أو إخفائه عن الآخرين بل جعل للتعارف والاستعمال من طرف العامة، طالما أنه لا يترتب على ذلك أدنى ضرر مادي أو معنوي.

وهذا اللقب كما يقول، بلانيول، وريبير، هو في صالح الفرد

(1) - Article : 25. C.C.Alg.

(2) - Article : 28.C.C.Alg.

- والاسم هو حق من الحقوق الشخصية، ويقول جوسران، أنه إلى جانب ذلك هو واجب يقع على عاتق كل شخص،
- CF. CAPITANT - Cours élémentaire de Droit Civil Français, TI, II ème : نظر :
édition. 1947 ; Page 174.

(3) - د / حسن كيرة، المدخل إلى القانون (ص 46 ط 1971).

(4) - Nom Patronomique ou nom de famille.

(5) - ومن المعلوم أنه في الجزائر لم يكن شائعاً وجود ألقاب تلحق بالأشخاص. وإنما كان الأمر جارياً على أن
جرف الشخص باسمه الخاص، مضافاً إليه إسم أبيه، أو إسم أبيه وجده، وقد عني بذلك في ظل نظام (1884).

والمجتمع الذي ينتمي إليه، ومن ثم فإن أي اعتداء على هذا اللقب، يخول للشخص المعتدى عليه الحق في المطالبة بالتعويض⁽⁶⁾.

إن الحماية المقررة قانوناً للألقاب والأسماء، تشمل أيضاً حالات الانتحال حتى لو كان ذلك واقعاً على أحد العناصر المكونة للقب أو الاسم، طالما كان ذلك العنصر يشكل الجانب الرئيسي والمميز له⁽⁷⁾.

إن المبدأ العام في مجال الحماية القانونية المقررة للألقاب، يعطي لصاحب اللقب الحق في منع أي اعتداء يقع على لقبه.

وهذه الحماية تمتد لتشمل حالات إبدال اللقب برخصة قانونية، أو عند إبدال الشخص للقبه نتيجة تجنسه، لذلك فإن أي اعتداء يقع على اللقب العائلي يرتب مسؤولية المعتدي بإلزامه تعويض الأضرار المادية والمعنوية التي تسبب في إحداثها⁽⁸⁾.

ومن صور الاعتداءات الواقعة على اللقب العائلي قيام شخص بانتحال لقب شخص آخر لاستعماله كلقب للشهرة، وهذه الصورة من الاعتداءات تخول في نظر القضاء، للمضروع، الاحتجاج ضد المسؤول عن الاعتداء، خاصة إذا كان الانتحال يؤدي في نظر العامة إلى الالتباس في الألقاب العائلية⁽⁹⁾ وذلك بغض النظر عما إذا كان الانتحال بقصد الاستعمال في المصنفات الفكرية، كالمؤلفات، والمسرحيات والتمثيلات الإذاعية، أو الأفلام ذات الشهرة الكبيرة.

(6) وهو ما تقره غالبية التشريعات الوضعية، منها، م 2/29 ق م سويسري، الذي لم يقصر الحماية على اللقب العائلي فقط، بل على الاسم أيضاً، وبالاسم هنا يشمل كذلك الاسم المستعار، الذي يتخذه الكتاب والفنانون، ورجال الدين، كما يمكن الشخص المعنوي أيضاً، المطالبة بهذه الحماية طبقاً لنص المادة (53 ب م سويسري).

(7) حكم المحكمة الفدرالية السويسرية بتاريخ (1954/11/4).

(8) ويلاحظ أن القضاء يشترط عادة، لتفادي انتشار دعاوي التعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية، قيام المدعي بإثبات خطر الالتباس بينه وبين المدعى عليه :

(9) - مستنداً في ذلك إلى حكم محكمة « سان » الصادر بتاريخ 30 مارس 1882، وغرفة العرائض بتاريخ 11 فيفري 1935، دالوز الدوري 1935 و 15 جوان 1942 مجلة القصر. 104.2.1942 « G.P » أنظر بهذا الصدد الأستاذ « Ph. Le TOURNEAU G.P. » المرجع السابق (ص 133).

ومن الجدير بالملاحظة، أن فكرة الحماية تقوم أساساً على خطر الالتباس، وهذه المسألة يعود تقديرها إلى قضاة الموضوع⁽¹⁰⁾ كما أن ممارسة الدعوى القضائية، حق لكل شخص يشعر بأنه قد ضر من تصرف الغير⁽¹¹⁾.

المساس بعواطف الشخص : Atteinte aux affections

الضرر العاطفي⁽¹²⁾ أو ما يعبر عنه أيضاً بالضرر المعنوي غير المباشر⁽¹³⁾ كثير الوقوع في الحياة العملية، خاصة ما تعلق منه بالتعويض عن الآلام التي تصيب المرء بسبب وفاة شخص عزيز عليه، أو بسبب الآلام الجسمانية التي يشعر بها عند وقوع حادث مؤلم.

والأضرار العاطفية لها تأثير كبير على معنويات الفرد⁽¹⁴⁾.

إن مبدأ التعويض عن الضرر العاطفي قد أثار جدلاً فقهيًا كبيراً، فقال البعض بإقصاء هذا النوع من الضرر، من مجال الأضرار القابلة للتعويض⁽¹⁵⁾.

في حين رأى جانب آخر من الفقه، أن القضاء وهو يحكم بالتعويض

(10) - Trib. grande, instance - SEINE, 22/10/1963. G.P. 1964. I. 86. R. de Courseuil-les.

« ، ويلاحظ بهذا الصدد، أن خطر الالتباس يقل إذا كنا أمام لقب عادي ».

(11) - PARIS - 10/07/1957. J. DUTOURD. C / ROGER. DE LA Bastie. D. 1958. 623.

(12) - Préjudice d'affection.

(13) - Préjudice par Ricochét.

(14) - SAVASTIER. Traité de la resp. civil. en droit Français. T.II. 1951 Page 104. et S.

- ويقول الأستاذ سفانيه، أن هذه الأضرار معوض عنها في القضاء المدني، وأعطى أمثلة عن ذلك، كالأضرار التي تلحق الخطيب مثلاً بسبب ما يصيب خطيبته من أذى ليلة الزفاف، أو ما يلحق الزوجة من ضرر عاطفي بسبب اعتقال زوجها بطريقة تعسفية.

(15) - TUNC. La Sécurité Routière, Esquisse d'une Loi sur les accidents de circulation. 1966. Page 44.

عن الضرر العاطفي، يكون قد توسع كثيرًا في مفهوم مبدأ التعويض عن هذا النوع من الضرر.

وهناك رأي وسط في الفقه، ينادي بقصر التعويض عن الضرر العاطفي على حالة وفاة الضحية بعد الحادث مباشرة، وعميلحق ذويه من ألم، ويستند هذا الرأي إلى بعض الأحكام الصادرة بهذا الصدد، ويخلصون إلى أن مبدأ التعويض عن الضرر العاطفي مرتبط وجودًا وعدمًا، برابطة القرابة والنسب⁽¹⁶⁾.

وإذا كان الفقه منقسمًا بين مؤيد ورافض لمبدأ التعويض عن الضرر العاطفي، فإن القضاء في فرنسا مستقر على التعويض عن هذا النوع من الضرر بل أنه توسع في تطبيقه، وأصبح يقضي حتى لمالك الحيوان بالتعويض عن الضرر العاطفي الذي يلحقه بسبب فقدته لأليفه، بفعل الغير⁽¹⁷⁾.

الإخلال بالالتزامات الزوجية : Manquement aux obligations conjugales :

يترتب على العلاقات الزوجية، خلافا للعلاقات الأخرى، التزامات شرعية متبادلة، من ذلك ما يفرضه الجانب المعنوي للزواج من واجب الاخلاص، وضرورة احترامه، وواجب الزوجة القانوني في السكن مع زوجها بيت الزوجية، والإخلال بهذه الالتزامات يترتب للطرف المضرور ضررًا معنويًا موجبًا للتعويض وإذا كانت حالات التعويض نادرة نوعًا ما، في بعض المجتمعات المحافظة، فإن طلبات التعويض في المجتمعات الغربية كثيرة،

– Voir ; droit Civil « Les Obligations ». François TERRE et ALEX WEILL.⁽¹⁶⁾
3ème édition. Page 69. S. 615

- ويلاحظ أن هذا الرأي القائل بضرورة توافر الرابطة القانونية بين المضرور وطالب التعويض، يهدف إلى حصر نقاط المستحقين وتقييده، وهذا من شأنه إقصاء الأشخاص الذين لا يربطهم بالضحية أية رابطة قانونية، كما هي الحال بالنسبة للأشخاص الذين يعيشون في إطار العلاقات الحرة. L'union libre كما في مثال خليلين يعيشان معًا.

– Note RODIERE. SEM. Juridique 1962. II. 12557. Note. ESMEIN. Rev⁽¹⁷⁾
Trim ; de droit civil 1962. 316. Observation. TUNC. « Mort d'un jument. Préjudice d'affection. Voir également ALEX et terre OP S. 615.

وخاصة في مجال المخيانة الزوجية، لما لها من تأثير على واجب الاخلاص الذي يقوم الزواج عليه، ولما تتركه من أثر في نفس الزوج الذي خانه زوجه⁽¹⁸⁾. ويلاحظ أن واجب الاخلاص بين الزوجين، في فرنسا مثلاً، يظل قائماً بين الزوجين ليس فقط في فترة ما قبل النطق بالحكم بالانفصال الجسماني، بل أيضاً حتى بعد النطق بالانفصال الجسماني⁽¹⁹⁾ « Séparation de corps » وبقاء الالتزام بالإخلاص قائماً حتى بعد الانفصال الجسماني لا يعني أن يتأثر أحد الطرفين ببعض الآثار القانونية خلال هذه الفترة، كما لو ولدت الزوجة طفلاً بعد الانفصال. ونعتقد أن فكرة الالتزام بالوفاء بين الزوجين المنفصلين، مستمدة من فكرة إمكانية استئناف الحياة الزوجية التي نصت عليها المادة (305 م فرنسي).

إن القضاء في فرنسا كان قبل سنة 1941 يقضي بالتعويض عن الضرر المضموني أو المادي للزوج الذي صدر حكم الانفصال في صالحه؛ طالما ثبت أن الضرر موضوع التعويض لاصلة له بإنهاء العلاقة الزوجية⁽²⁰⁾ « Le Lien matrimonial » كان القضاء يستند في أحكامه إلى المادة (1382 م ف)⁽²¹⁾، إلا أنه يصدر قانون (2 أبريل 1941)⁽²²⁾ الذي تجاهل النص على حالة الانفصال الجسماني، ولم يتكلم إلا على حالة

- DP. 1928. I. 5. Note G. REPERT. JIVORD. P 62. S. 36.Th. Pr. (18)

- V. BEAUDANT et LERBOUS. Pigeonniesse. Cours de Droit Civil Français. T.(19) III. Voir également. JOSSERAND. Cours de Droit Civil Positif Français n° 996. MARTY. Raynaud ; dr civil n°348. MAZEAUD Leçon de droit Civil et JUGLART. 1534. CF. JC. « Séparation de Corps Loi du 11 Juillet 1975. Fasc 10. V. Article. 299. 304.

- Cass Req 8/5/1939. 421. (20)

- Cass Req 8/06/1939. DH. 1939. 421. V.J.C. 81/2. Dommages Intérêts à propos (2) de l'article 266.

(22)- مع ملاحظة أن قانون (2 أبريل 1941، عدل م 301 م ف).

الطلاق، ثار التساؤل عما إذا كان ينبغي تطبيق أحكام هذا القانون على حالة الانفصال الجسماني أولاً؟ غير أن الفقه كان يرى إنصراف حق التعويض عن الأضرار المعنوية والمادية إلى حالة الانفصال الجسماني... وقد أيد القضاء الفقه في ذلك في حكم صادر عن محكمة « أكس » بتاريخ (16 ديسمبر 1942).

ومن الجدير بالذكر أن التعويض لا يستند الحكم به على واقعة الطلاق أو الانفصال الجسماني : وإنما على الحالات الجديدة التي تترتب عنها أضرار معنوية بسبب التبريرات المفتعلة لطلب الطلاق والحكم به⁽²³⁾. ويقول الأساتذة، مازو، أن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي مقرر في العديد من الأحكام القضائية، وذلك منذ وقت بعيد، من ذلك حكم الغرفة المدنية الفرنسية بتاريخ (21 جوان 1927)، كما أن القضاء لا يتردد في الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي في جميع الحالات التي يصاب فيها الزوج بضرر يمس شرفه كما في حالة الخيانة الزوجية، وهو المبدأ الذي أكدته مجلس « Amien » في حكم له بتاريخ (5 مايو 1949)⁽²⁴⁾ كما أن القضاء قضى في أحكام عديدة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيب الزوج بفعل قيام الغير بتحريض على إخراج زوجته من طاعته، من ذلك ما قضت به المحاكم منذ بداية القرن العشرين، ضد مديري المسارح الذين وافقوا على استخدام النساء المتزوجات دون موافقة أزواجهن، وهو على علم بمعارضة استخدامهن⁽²⁵⁾.

- Cass. Req. 10/05/1937. 1. 82. ANGENS. 23/12/1931. G.P. 1932. 1. 347. TR(23)
CIV ALENÇON 19 5 4 5 1932. G.P. 1932. 2. 255. Trb. Civ. SEINE 15/03/1934. G.P.
1934. 1951. MONTPELLIER. 28/01/1936. 1. 421.

- Mazeaud ; Les Obligations OP. Supra. 420. et son Commentaire P. 356. (24)

- Tr. Civ. SEINE. 17/07/1901. Dp. 1902. 2. 109. Comp Tr CASTEL. SARRA-(25)
SIN. 8/04/1864. 2. 174. CF. JIVORD. Th. Pr ; P 62.

الضرر المعنوي

المرتّب على الاعتداء على كرامة ذكرى الميت⁽¹⁾ :

إن الأضرار المعنوية المترتبة على الاعتداء على كرامة ذكرى الميت، من المسائل التي أثارت جدلاً فقهيًا كبيراً.

فرأى البعض عدم التعويض عنها بدعوى أن الإنسان يفني بالموت وتنتهي شخصيته قانوناً، ومن ثم لا تلحقه أضراراً موجبة للتعويض، غير أن هذا الرأي يتصف بالمغالاة في رفضه للتعويض، غير أن هذا الرأي يتصف بالمغالاة في رفضه للتعويض وعدم تقديره كرامة ذكرى الميت، فإذا كان الأموات لا يشعرون بالاعتداءات الواقعة على كرامتهم، فهذا لا يبرر رفض التعويض للأحياء من أهلهم وأقاربهم، عما أصابهم من ضرر، مادام باستطاعتهم إثبات هذا الضرر⁽²⁾.

كما أن القول بأن القوانين إنما تهدف إلى حماية الأحياء لا الأموات⁽³⁾ يعني أن المسؤول يفلت في حالة القذف من المساءلة إطلاقاً، وهو ما يتنافى وضمان كرامة ذكرى الميت.

ونظراً لخطورة الاعتداءات الواقعة على كرامة ذكرى الأموات عمدت بعض الشرائع إلى تحريم هذه الأفعال مسيطرة لأحكام القضاء التي تقضي بالتعويض عن الأضرار المعنوية في حالة ثبوتها.

(1) - préjudice Moral résultant d'atteinte des Morts.

(2) - Tr SEINE. 29/06/1928. Dalloz. 1932. 2. 119.

(3) - حسين وعبد الرحيم عامر ص 440 م س.

(أ) في مجال المسؤولية الجنائية :

نص قانون العقوبات الفرنسي الصادر عام (1887)، على مبدأ الأضرار الماسة بكرامة الميت وذكره، فنصت المادة (34) منه على ما يلي : يعاقب عن القذف أو السبب الموجهين ضد ذكرى الأموات، بقصد الأضرار، والمساس بشرف أو اعتبار الورثة كالأزواج أو الموصى لهم⁽⁴⁾.
كما نصّ المشرع الجزائري أيضا على تعويض الأضرار المتعلقة بالمدافن، وبحرمة المقابر، في قانون العقوبات الصادر بالأمر رقم (66 - 156) بتاريخ 1966/06/8 م. المعدل والمتمم بالأمرين رقم (69 - 74) بتاريخ 16 سبتمبر 1969 م. ورقم (85 - 74)، المؤرخ في 1975/06/17،⁽⁵⁾ وكذلك فعل المشرع المصري في المادة (303 ع) وغيره من التشريعات الأخرى.

(ب) في مجال المسؤولية المدنية :

من المستقر عليه في فرنسا، أن للشخص الذي يشكو بسبب الاعتداء على كرامة ذكرى قريبة المتوفي، الحق في الادعاء مدنيا ضمن شروط المادة شروط المادة (1382 م ف) التي تقابلها المادة 124 مدني جزائري، ويشترط القضاء الفرنسي لتطبيق هذا المبدأ، تقديم المدعي الدليل الكافي لإثبات وقوع الضرر⁽⁶⁾.

ويرى الفقه أن القضاء متشدد بصدد مسألة الإثبات⁽⁷⁾ وتطبيقا لمبدأ

(4) Voir. L'article de la loi de 1881 (CPF) qui précise que : Les diffamations ou injures dirigées contre la mémoire des Morts ne seront punissables que dans les cas où leur auteurs» auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération, des héritiers , époux ou légataire universels vivants».

(5) Voir : les articles 150 à 154. C.F.A. -
(6) PARIS 15/025 et 22/03/1932. 2. 119. Note LILLOU. CF. H. et. L. MAZEAUD -
T. II. n° 1922 et Sq. Cité par JIVORD. Th. Pr. Page 68.
(7) Tr. CIV Seine 20/12/1927. G. P. 1933. 1. 323. -

التعويض عن الأضرار المعنوية المترتبة على المساس بكرامة الميت وذكره، قضت محكمة « السين » الفرنسية بتاريخ (20 ديسمبر 1932) بمبلغ مالي كتعويض عن الضرر المعنوي الذي ألم بأهل الميت، بسبب قيام أحد الأطباء بعملية تشريح جثة الميت دون علم أو موافقة ذوية⁽⁸⁾.

إن مبدأ التعويض عن الأضرار المعنوية المترتبة على الاعتداءات الماسة بحرمة ذكرى الأموات، يستند الى عدة أسباب أهمها، ضمان راحة القبور « Repos des Tombeaux ».

الاعتداء على الحق المعنوي للمؤلف L'Atteinte Aux Droit Moral De L'Auteur

كل مؤلف لعمل علمي أو أدبي أو فني، يحق له الاعتراض على أي تصرف من شأنه، تحريف عمله، والمطالبة بالتعويض عن انتهاك حصانة حقه المعنوي على إنتاجه⁽⁹⁾.

وحقوق المؤلف من المسائل التي أثبت أمام القضاء، خاصة حول تكييفها القانوني.

فقضت غرفة العرائض في فرنسا بتاريخ (25 جويلية 1887) أن حقوق المؤلف، امتياز، يخول لصاحبه حق الاستغلال التجاري المؤقت⁽¹⁰⁾.

وقال بعض الفقه أن الحقوق المعنوية للمؤلف، « ملكية » حقيقية كالملكية المادية، لأن موضوعها دائما إنتاج ذهن صاحبها، ويلاحظ أن

(8) ORLEANS. 22/03/1887. 2. 29. -

(9) LYON 17/06/1896. DP. 1896. 2. 164. CF. JIVORD. Th. Pr. Page 68. -

(10) V. Notament : Tr. Civ. 9/02/1931. G. P. 1931. 1. 542. PARIS 9/02/1931. PARIS. 12/03/1936. DH 1936. 256. Silz : LA NOTION JURIDIQUE DU DROIT Moral. de « L'Exercice du droit Moral de l'Auteur ou de L'Artiste sur son oeuvre. d'après la Jurisprudence Française. à La Revue Critique 1937. Page 87. Comp. PARIS. 19

MARS 1947. D. 1949. 20 Note de bois. JCP. 47 Voir. SAVATIER. OP. page 100.

المشرع الفرنسي تأثر بهذه الفكرة عند وضعه لقانون (11 مارس 1957) بقوله، أن حق المؤلف والمخترع، حق ملكية غير مادية.

غير أن غالبية الفقه والقضاء، تعارض طرح فكرة حق المؤلف في شكل ملكية، لأن عبارة « ملكية » لاتبرز سوى الجانب الاقتصادي للحق⁽¹¹⁾ كما أن حق الملكية لايرد إلا على شيء مادي، والحقيقة أن للمؤلف حقا معنويا الى جانب حقه في استغلال انتاجه⁽¹²⁾، الأمر الذي دعا بالبعض الى المناداة بفكرة « الحق المزدوج » بمعنى أن للمؤلف الحق في حماية مصالحه المادية والمعنوية معا، أما الأساتذة « اسكارا » و « رو » فقالا، بإدراج حقوق المؤلف ضمن الحقوق الشخصية⁽¹³⁾ ومهما تكن الآراء التي قبلت حول طبيعة الحقوق المعنوية أو الذهنية، فإن هذه الحقوق أصبحت اليوم موضع اهتمام العديد من الاتفاقيات الدولية، والتشريعات الوطنية، التي ترمي إلى حماية حق المؤلف من اعتداءات الغير، طوال حياته وبعد موته.

ومن الحماية المقررة للعنصر المعنوي لحقوق المؤلف نذكر ما يلي :

- حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه :

حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه، يترتب على حقه في الابتكار « Le droit de Créer » وهو حق مانع وقابل للاحتجاج به على الكافة، لأن الحق الأدبي أو المعنوي للمؤلف من الحقوق الملازمة للشخصية، فلا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه، شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق المتعلقة بالشخصية، وتأكيدا لذلك تنص المادة (22) من الأمر الجزائري رقم (73 - 14)

CF. Les Motifs des décisions rendues dans l'affaire « LECOQ » Paris 1/02/1900. - (11)
Note : SALLIELLES Civ : 25/06/1902. DP. 1903. 1. 5. Note A. COLIN et Conet. du
Procureur Général. Baudoin. Cité Par. JIVORD Th. Pr. Page 52.

(12) - السهوري، الوسيط ج 8 « حق الملكية ». عبد المنعم الصدة، حق الملكية ط 1967، ص 293.
محمد حسنين. الملكية الأدبية والفنية في التشريع الجزائري والقانون المقارن. مطبوعة سنة 80/79 ص 3 « معهد الحقوق والعلوم الادارية ». جامعة الجزائر.

(13) - PLANIOL. RIPERT, et PICARD. T III. n° 57. JIVORD. Th. Pr Page 52. -

المؤرخ في (1973/4/3)، على أنه « يتمتع المؤلف بحق احترام اسمه وصفته وإنتاجه ... لأن هذا الحق مرتبط بشخصيته دائما وغير قابل للتحويل وللتقادم، وهو حق منتقل إلى ورثته أو مخول للغير في إطار القوانين الجاري بها العمل ».

ويكون طبقا للمادة (47) من التقنين المدني الجزائري، لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء، والتعويض، عما يكون قد لحقه من ضرر. كما أن القضاء، يقضي بالتعويض عن كافة الأضرار المادية أو المعنوية التي تلحق المؤلف في حقه نسبة مصنفه إليه، من ذلك ما قضت به المحكمة الفيدرالية السويسرية عام (1932)، عندما اعتبرت من قبيل الاعتداءات الواقعة على حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه قيام شخص بوضع إسمه على منصف شخص آخر، وإلزامه بالتعويض على أساس أن للمؤلف الحق في الانفراد بمعارضة أية محاولة تهدف إلى تشويه مصنفه أو تحريره، أو إدخال أي تغيير على محتواه، لأن صور هذه الاعتداءات تسبب للمؤلف أضرارا تمس شرفه وسمعته⁽¹⁴⁾ ويلاحظ أن إقرار هذه الحماية يدخل في إطار « حق المؤلف في دفع الاعتداءات عن مصنفه »، إذ يكون لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر، ومن انتحل الغير اسمه، أن يطلب، عملا بالمادة (48 م ج) وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

كما يلاحظ أيضا أن مفهوم الحماية طبقا للمادة الأولى من أمر (1973) يشمل كل إنتاج فكري مهما كان نوعه ونمطه، وصورة تعبيره، ومهما كانت قيمته ومقصده⁽¹⁵⁾.

كما يعتبر من بين حقوق المؤلف، « حقه في تقرير نشر مصنفه »،

ESCARA et Rauet, La doctrine Française du droit d'auteur n° 7. Voir. - (14)
MALAPLATE » Le droit d'auteur. CF. JIVORD. Th. Pr. Page 52.

Cité par Abderhman. Naji. Th. Pr. page 124. - (15)

وهو حق خالص للمؤلف له تقرير نشره واختيار وقت وطريقة نشره، ولا يجوز إرغامه على نشره ولا يستطيع دأته أن يحجز عليه⁽¹⁶⁾. وحق احترام المؤلف إذ لا يجوز حتى للناسر أو المخرج، باعتبارهما وسطاء بين المؤلف والجمهور، إضافة أو تحريف المصنف، وكل مخالفة لذلك، تعتبر اعتداء على حق المؤلف يجب التعويض عنه، ويستند هذا الحق، إلى « حرمان الجمهور من الاطلاع على الفكرة الحقيقية التي كان المؤلف يقصد التعبير عنها⁽¹⁷⁾ ويعبر عن هذا الحق في القضاء، بحق إطلاع الجمهور على المصنف وهذا ما يؤكد العديد من الأحكام⁽¹⁸⁾ فإعادة نشر المصنف مثلاً، بدون موافقة أو إذن صاحبه يلحق به أضراراً معنوية موجبة للتعويض، لا فرق بين ما إذا كان المصنف قد تم نشره وتوزيعه في أول الأمر بالمجان أو المقابل، لأن إعادة نشر المصنف أو تحريره أو مراجعته، حق خالص للمؤلف دون غيره.

وقد كتب الأستاذ «Noel Le Sourd» مقالاً جاء فيه، أن الحق المعنوي للمؤلف كالحق المالي، يجب حمايتهما بنفس الدرجة إذ يجب اعتبار الاعتداء على الحق المعنوي معاقباً عليه بعقوبة جريمة التقليد «Action de Contrefaçon»⁽¹⁹⁾.

ويستخلص من هذا المقال أن الفقه والقضاء يوليان أهمية كبرى لحماية الحقوق المعنوية للمؤلف.

ولاتفوتنا بصدد التكلم عن الحق المعنوي للمؤلف، الإشارة إلى مسألة «النقد الفني La Critique d'art» إذ يحدث في العديد من المناسبات أن تتعرض بعض الأعمال المتعلقة بالملكات الذهنية إلى النقد وقد أثير التساؤل حول ما إذا كان هذا النقد يعتبر انتقاصاً من قيمة المصنف،

(16) - تراجع المواد (2. 3. 4. 5) من الأمر (1973) حول المؤلفات التي تشملها حماية حق المؤلف.

(17) - محمد حسنين، م. س. (ص 71).

(18) - AMIENS. 4/11/1927. G. P. 1928. I. 39.

(19) - PARIS. 28/07/1932. DP. 1934. 2. 139. Voir ces Ref; PP. 54 et S.

GIVORD. Th. Pr.

أو « الانتاج الفني أو الأدبي ... » أو تشويها له، يوجب التعويض، أو أنه من مستلزمات هذا الحق من العمل الفني والأدبي ؟.

يجمع الفقه والقضاء في مجال الفنون، على جواز النقد، شريطة ألا يكون ذلك النقد شخيصيا، بمعنى ألا يكون موجها لشخص الفنان ذاته، وإنما لعمله الفني، لأن الغرض من النقد هو إثراء العمل الابداعي، والمساهمة في تصحيحه وإتمامه، أما النقد الشخصي فيخرج عن النقد البناء وغايته⁽²⁰⁾ وهذا النوع من النقد يمكن أن يلحق بالشخص ضررا يمس سمعته وشرفه تجب المساءلة عنه.

وهذا الحكم ينطبق أيضا على الانتقاد الأدبي الذي يهدف إلى الصالح العام، المتمثل في تمكين الجمهور من تقدير العمل والحكم على خصائص المصنف الفني، أو العمل المسرحي، والخروج عن هذه الغاية يهدف إلى الانتقام ويؤدي إلى التعسف، ويجب التعويض عن كافة الأضرار المترتبة عليه⁽²¹⁾.

NOEL LE SOURD. VIOLATION du droit Moral l'auteur. Arti cle Publier au - (20)
J. C. P. La S. J. 1967. PARIS - Doctrine 2067 a propos de l'arret de la cour d'appel
d'AMIENS. du 21/02/1963. et Voir également son commentaire dans l'article précité
sur l'action de contrefaçon;

وتطبيقها على قضية جريدة « لورور » الفرنسية عند فجر استقلال الكونغو، بصدد الاستفتاء الذي أقيم بهدف توحيد
شطري الكونغو.

Abderhman Naji Th Pr. Page 124. - (21)

الباب الثاني

طرق التعويض ، وتقديره ، والمستحقون
له بصدد الضرر المعنوي

الفصل الأول

طرق التعويض وتقديره، والوقت الذي ينشأ فيه بصدد الضرر المعنوي

- القواعد العامة في التعويض :

رأينا فيما سبق أن التعويض عن الضرر المعنوي أصبح مبدأ مسلماً به فقهاً وقضاءً، وتقره غالبية التشريعات الحديثة في نصوصها. والتعويض عن الضرر المعنوي أثر من آثار المسؤولية المدنية من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية. ووجب على المسؤول تعويض الضرر الذي أحدثه بفعله. فالتعويض إذن هو الجزاء الذي يترتب على تحقيق المسؤولية ويقول الأستاذ السنهاوري « أن التعويض يسبقه في غالب الأحيان دعوى المسؤولية ذاتها لأن المسؤول لا يسلم بمسؤوليته ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه الدعوى »⁽¹⁾.

والتعويض كما أسلفنا يختلف عن العقوبة اختلافاً بيناً، ذلك أن الغاية

⁽¹⁾ - السنهاوري، في الوسيط ص 916 - م. س - .

من التعويض « جبر الضرر الذي لحق المصاب »⁽²⁾ ويقدر التعويض بقدر الضرر وجسامته⁽³⁾ وهذه الوظيفة من اختصاص القاضي المدني وعليه أن يلزم المسؤول بما يعوض المضرور⁽⁴⁾.

في حين تهدف العقوبة إلى « زجر المخطيء وتأديبه » على قدر خطئه مع ما يدخل في الاعتبار من أن تكون العقوبة ردعاً للغير.

ويترتب على اعتبار التعويض وسيلة لجبر الضرر أن القاضي لا يتأثر وقت تقديره إلا بالضرر المطلوب تعويضه ليكون ما يقضي به من التعويض مكافئاً لما ثبت لديه من الضرر لا يزيد عليه ولا ينقص عنه ولا يسقط التعويض بموت المحكوم عليه قبل أدائه وإنما يبقى قائماً ويجوز التنفيذ به على تركته⁽⁵⁾.

والتعويض حق لكل مضرور ويقوم نائبه مقامه في ذلك ونائب المضرور إذا كان هذا قاصراً هو وليه أو وصيه وإذا كان محجوراً هو القيم وإذا كان مفلساً هو السنديك وإذا كان وقفاً هو ناظر الوقف وإذا كان رشيداً فنائبه هو الوكيل وقد يقوم خلف المضرور مقامه والخلف قد يكون عامماً أو خاصاً وهؤلاء هم الوارث والدائن والمحال له.

وبهذا الصدد يجدر التمييز بين التعويض عن الضرر المادي والتعويض عن الضرر المعنوي.

فإذا كنا أمام ضرر مادي تلف مال أو إصابة في الجسم أعجزت عن العمل فإن الحق في التعويض وقد ثبت للمضرور ينتقل منه إلى خلفه ويستطيع

(2)- سليمان مرقس، ص 182. م س.

(3)- سليمان مرقس، ص 239. م س. « وبهذا الصدد قررت محكمة تمييز بغداد في 1956/21/26 م أن التعويض الذي يحكم به للمتضرر لا يصح اعتباره عقاباً على الخصم الآخر، أو مصدر ربح للمتضرر، إنما هو لجبر الضرر » « قرار منشور بمجلة القضاء سنة 1957 ص 239. وأنضر أيضاً » حكم مجلس الأعلى بالجزائر الصادر بتاريخ 1976/11/6 تحت رقم 10511 م - الذي يقول بنفس الفكرة. - ق. غ. م.

(4)- حسين وعبد الرحيم عامر « المسؤولية المدنية » ص 526 م س.

(5)- مصطفى مرعي (ص 340) فقرة (333) م س.

وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذي كان مورثه يطالب به لو بقي حيًا ويتنقل التعويض إلى الورثة كل بقدر نصيبه في الميراث وسيأتي بيان ذلك في حينه⁽⁶⁾. ويستطيع دائن المضرور أن يطالب بهذا التعويض بإسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة وفي هذه الحالة يكون دائن المضرور نائبًا عن مدينه طبقًا لنص المادة (190 م ج) بقولها يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبًا عن هذا المدين.

ويقول الأستاذ السنهاوري الأولى أن يقال أن دائن المضرور نائب لا خلف، ولكن الدائن يوضع دائمًا مع الخلف⁽⁷⁾.

ويستطيع المضرور أن يحول حقه في التعويض إلى شخص آخر فينتقل هذا الحق إلى المحال له، والتعويض في هذه الحال لا يكون عن الموت في حد ذاته الذي تسبب في ضرر مادي للمضرور وإنما عن أن الضحية مات موتًا غير طبيعي، وهذا ضرر لا شك فيه، ولما كان هناك ضرر مادي أصاب الميت، فللوارث أن يطالب عنه بتعويض هذا الضرر وكذلك للدائن أن يطالب بالتعويض بإسم مدينه الميت⁽⁸⁾.

أما إذا كان التعويض عن ضرر معنوي فإنه لا ينتقل وفقًا لبعض النصوص العربية إلى خلف المضرور إلا إذا تحدد بمقتضى إتفاق ما بين المضرور والمسؤول أو طالب به أمام القضاء، وهو ما نوضحه بصدد التكلم عن المستحقين للتعويض.

ومن الجدير بالذكر أن طلب التعويض يجد سنده في إخلال المدعى عليه بمصلحة مشروعة، كان هذا الإخلال خطأ عقديًا ارتكبه المدعى عليه،

(6)- وغني عن البيان أن الوارث له دعويان : الدعوى التي يرثها عن المضرور ويرفعها بوصفه خلفًا، ودعواه الشخصية عن الضرر الذي أصابه مباشرة ويرفعها بوصفه أصيلًا.

- أنظر السنهاوري (ص 918 م. س).

(7)- السنهاوري ص 918 هامش م. س.

(8)- ومن هذا الرأي الأستاذة مازو وتونك وسليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد 18 عدد 1 والأستاذ السنهاوري م. س هامش 919.

أو خطأ تقصيريًا، وسواء كان الخطأ التقصيري خطأ ثابتًا، أو خطأ مفترضًا، وسواء كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس أو لا يقبل ذلك.

هذه هي بعض القواعد العامة في التعويض، بقي علينا أن نعرف أولاً طريقة التعويض وأنواعه، ثم كيفية تقدير التعويض.

المطلب الأول : طرق التعويض :

ظل منعزلًا في الفقه، وغريبًا عن القضاء، الرأي الذي نادى بأن التعويض في المسؤولية التقصيرية يكون حتمًا مبلغًا نقديًا، إستنادًا إلى كون النقود مقياس القيم، ومن ثم كافيّة لجبر الأضرار المادية وشفافية للأضرار المعنوية⁽⁹⁾ وسلم الجميع في الفقه⁽¹⁰⁾ وكذلك القضاء بسلطة القاضي الكاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملاءمة لطبيعة الضرر⁽¹¹⁾.

وقد تأثرت بهذا الرأي التشريعات الحديثة، ومنها التشريع الجزائري الذي نص في المادة 132 م ج على مايلي : « يعين القاضي طريقة التعويض تبعًا للظروف » ويصح أن يكون التعويض مقسطًا كما يصح أن يكون إيراد مرتبًا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينًا، ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعًا للظروف وبناء على طلب المضرور،

(9)- ومن هذا الرأي الآنسة « RIPERT » تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية رسالة باريس 1933 فقرات 12 وما بعدها وعلى النقيض من ذلك يذهب الأستاذ بولونجيه وريبير إلى التسليم بهذا الرأي كمبدأ عام فقط ويجيزون مع ذلك أن يكون التعويض على سبيل الاستثناء أمرًا آخر في بعض الظروف مشار إلى ذلك في مؤلف الأستاذ جمال زكي مشكلات المسؤولية ص 48 هامش م. س.

(10)- أنظر المراجع العديدة المشار إليها في مؤلف الأستاذ جمال زكي ص 48 م. س.

(11)- نقض فرنسي 1869/12/6 دالوز 1871. 1. 56. إذا كان تعويض الضرر يقدر في الغالب بالنقود فإن نص المادة 1382 م. ف. لا يمنع مع ذلك إطلاقًا أية طريقة أخرى للتعويض نقض ج فرنسي 20. مارس 1952 دالوز 52 قضاء ص 342 لقاضي الموضوع في حدود طلب المدعي سلطة تقديرية مطلقة في تحديد طريقة ومدى تعويض الضرر المترتب عن الفعل الضار « مشار إليه في مؤلف جمال زكي فقرة 11 م. س. »

أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم، وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض إعانات تتصل بالعمل غير المشروع⁽¹²⁾.

ويلاحظ أن مترجم النص الفرنسي لهذه المادة أخطأ إذ أن الترجمة تستقيم بالقول « أو أن يأمر على سبيل التعويض بقيام المسؤول بأداء أمر يتصل بالعمل غير المشروع، لأن هذه المادة مطابقة للمادة 171 م مصري ما عدا استبدال عبارة « أمر معين » بعبارة « بعض الاعانات ».

ويبين من نص المادة (132 م. ج) أن المشرع خول للقاضي سلطة تعيين التعويض الملائمة لجبر الضرر حسب الظروف.

كما يلاحظ أن مصطلح التعويض « La Réparation » بمعناه الواسع يعني، إما أن يكون التعويض، تعويضاً عينياً أو تعويضاً بمقابل « Par Equivalent » وقد يكون تعويضاً نقدياً « Pécuniaire » أو غير نقدي « Non Pécuniaire ».

فأما ما إذن طرق مختلفة للتعويض، فأبها أجدى لتعويض الضرر المعنوي ؟ .

أولاً : أنواع التعويض

أ - التعويض العيني :

لا شك في أنه انجع طريقة لتعويض المضرور، هي محوما لحقه من ضرر طالما كان ذلك ممكناً، وهذا النوع من التعويض يعرف بالتعويض العيني Réparation en Nature. أو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وهو الأصل في الشريعة الإسلامية التي تقضي بأنه إذا كان الشيء الذي أتلّف أو أعدم مثلياً وجب تعويضه بمثله، وإن كان قيمياً فبثمنه⁽¹³⁾.

(12)- وقد نص على سلطة القاضي في تحديد طريقة التعويض كل من المشرع السوري م 172 والعراقي م 209 و اللبناني م 136.

(13)- في هذا المعنى البدائع ج 7 ص 168 تقرير السنهوري ص 22 تقرير شلتوت ص 18 مرقس ص 183 م 6 وأنظر الضمان في الفقه الاسلامي، على الخفيف ط 1971 ص 4 ومايليها، ونظرية الضمان وهبة الزحيلي ص 15.

والمقصود بالتعويض العيني هو الذي يمكن أن يحقق للمضرور ترضية من جنس ما أصابه من ضرر وذلك بطريقة مباشرة أي من غير الحكم له بمبلغ من النقود⁽¹⁴⁾ « أي الوفاء بالالتزام عينا ».

والتعويض العيني شائع الوقوع في المسؤولية العقدية⁽¹⁵⁾ ولا يكون له في نطاق المسؤولية التقصيرية إلا منزلة الاستثناء، فالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية.

ومن الجدير بالذكر أن بعض الشراح يخلطون بصدد البحث في طرق التعويض بين التنفيذ العيني « Execution Par Nature » والتعويض العيني « Réparation en Nature ».

وكان لهاتين الفكرتين مجال واسع في الفقه نظرا للغموض الذي كان يكتنفهما، حتى أن البعض خلع عليهما نعت الترادف كما لو كان هذان العنوانان لعنوان واحد⁽¹⁶⁾.

في حين يذهب من يفرق بينهما إلى التوسيع من نطاق التعويض العيني ومن هؤلاء الفقهاء « مازو »⁽¹⁷⁾ إذ يقابلون بين التعويض العيني والتعويض بمقابل ويعطون لفكرة التعويض العيني مدلولاً واسعاً يستغرق التنفيذ العيني للالتزام جبراً على المدين، تأسيساً على أن دعوى التنفيذ إذ تؤدي إلى إزالة الضرر الذي يترتب على الإخلال بالالتزام، تهدف إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوعه، ومن ثم إلى التعويض العيني لتتأخر الإخلال به، فالالتزام بالتعويض ينشأ بمجرد امتناع المدين عن تنفيذ التزامه اختياراً أو بإساءة تنفيذه⁽¹⁸⁾ ليقصر التنفيذ العيني للالتزام على وفاء المدين اختياراً به. وعلى النقيض من ذلك يوسع بعض آخر من الفقه دائرة التنفيذ العيني

(14)- سليمان مرقس المسؤولية المدنية ص 602 فقرة 619.

(15)- وهو ما ورد ذكره في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري بقولها : أن التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية، أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية المصرية 2، ص 396 و 397.

(16)- السنهوري في الوسيط ج 1، ص 966 نبذة 643 وما يليها.

(17)- مازو، المسؤولية ط 4 ج 3 فقرات 23 وما بعدها.

(18)- مازو فقرة 100 م. س.

إلى حد كبير على حساب التعويض العيني، ومن هؤلاء الفقهاء، الأستاذ دارجو DARGU في رسالته التنفيذ العيني للعقود⁽¹⁹⁾ إذ يعترف إلى جانب التنفيذ القهري للالتزام بمعاونة السلطة العامة « Exécution Forcée Directe » كسليم العين المؤجرة إلى المستأجر جبراً على المؤجر. والتنفيذ بمقابل، وهو التعويض النقدي بما ينعته بالتنفيذ العيني الذي به يحصل الدائن على عين حقه بطرق أخرى غير قهر المدين على تنفيذ التزامه كتنفيذ الالتزام على نفقة المدين الذي أشارت إليه المادة (1143 م ف) التي تقابلها المواد (209 م م و 170 م ج) وإزالة ما أجراه المدين مخالفاً لالتزامه م 212 م م المقابلة للمادة (173 م ج) أو حكم القاضي الذي يقوم مقام تنفيذه لالتزامه، (م 210 م م) المقابلة للمادة (171 م ج) وبالتنفيذ العيني المشتق أو المتفرع « Exécution en Nature Derivée » ويقصد به طريقتان يدخلهما الجمهور في نطاق التعويض العيني، هما إصلاح المدين للشيء الذي عطب بخطئه « La Réparation Matérielle » وترك الدائن للشيء الذي أتلفه المدين مقابل التعويض عنه، وهو ما يطلق عليه بالفرنسية « Le Laissé pour Compte » ويعترف المؤلف بأن هذا، ليس تنفيذاً عينياً، وإنما هو طرق خاصة لتعويض الضرر الذي يترتب على التنفيذ العيني⁽²⁰⁾.

وقد وصف أحد الفقهاء الغربيين وهو « روجي دي بوبييه » الخلاف بين أنصار فكرتي التعويض العيني، والتنفيذ العيني، بأنه منازعة كلامية لإتفاق الفريقين في فيصل التفرقة بينهما في التعبير عنه.

فالتنفيذ العيني يمحوا أو يزيل الضرر الذي ينجم عن الإخلال بالالتزام بحيث يؤدي إلى إعادة الدائن إلى الوضع الذي كان فيه لولا الإخلال به على حين أن التعويض العيني لا يرفع ذلك الضرر، فيبقى الإخلال بالالتزام قائماً ويقدم للدائن بديل عنه يكون كافياً كتقديم شيء مماثل لما التزم برده،

(19)- دارجو، التنفيذ العيني للعقود، رسالة باريس سنة 1936، ص 34، و 41، و 69، و 103 منقول عن مؤلف الأستاذ جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية. ص 61 هامش.

(20)- منقول عن، مشكلات المسؤولية المدنية (ص 61) جمال زكي م س.

أو شافيا كاصلاح الشيء الذي أعطبه المدين بخطئه، كما يعتبر في نظر الاستاذ : « روجي دي بوبييه »، من قبيل التعويض العيني التزام المدين برد مثل المنقول الذي ضاع أو تلف باهماله، أو باعادة بناء الجدار الذي انهدم بخطئه، لأن الدائن في هذه الحالة أو تلك، لا يحصل على نفس حقه، ويقول الاستاذ : « جمال زكي » في مؤلفه « مشكلات المسؤولية » يمكن القول في عبارة أكثر ايجازا، بأن التنفيذ العيني يوفر للدائن عين محل حقه، حين لا يوفر له التعويض العيني سوى بديل عنه ولو كان مشابها تماما له⁽²¹⁾. إن التنفيذ العيني كما أسلفنا نادر الوقوع في المسؤولية التقصيرية، ومجاله المسؤولية العقدية بدليل أن التنفيذ العيني وارد في الباب المخصص لآثار الالتزام⁽²²⁾ وهو ما تؤكد المادة (176. م. ج) بقولها، إذا استحال التنفيذ العيني وجب أن يحل التعويض محله.

إن السبب في الخلط بين التنفيذ العيني، والتعويض العيني يرجع إلى عدم التمييز بين التعويض باعتباره وسيلة احتياطية يلجأ إليها المضرور في حالة تأخر المسؤول عن الوفاء بالتزامه، أو عند استحالة التنفيذ العيني، باعتباره الأصل.

أما التعويض العيني فيحكم به عند الاخلال بواجب عدم الاضرار بالغير، ومتى ثبت ذلك تحققت المسؤولية التقصيرية، ووجب التعويض العيني، والحكم في هذه الحالة لا يقصد به اعدار المسؤول، وحته على تنفيذ التزامه، وإنما الزام المسؤول بالتعويض عن خطئه التقصيري الذي ارتكبه تجاه المضرور دون حق، وقد يتخذ الاخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل يمكن ازالته، ومحو أثره كما إذا بنى شخص حائطا عاليا في ملكه لمجرد حجب النور والهواء عن جاره، ففي هذه الحالة يكون الباني مسؤولا مسؤولية تقصيرية

(21)- ص 61، 62 م.س.

(22)- أنظر الفصل الأول من الباب الثاني المخصص لآثار الالتزام تحت عنوان « التنفيذ العيني »، وانظر المواد من (164 إلى 175)، التي تبحث عن كيفية تنفيذ الالتزامات.

نحو الجار بتعويض ما أحدثه من الضرر، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري بقوله في المادة (132 م ج) على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، وبناء على طلب المضرور أن يأمر باعادة الحالة إلى ما كانت عليه.

فالمضرور في المثال السابق، إذا ما التجأ إلى القضاء فهو لا يطلب سوى ازالة ذلك الضرر، المتمثل في بناء الحائط الذي بني دون حق، ولا يمكن في هذه الحال أن نقول بأننا أمام تنفيذ عيني وانما يفسر ذلك على أنه تعويض عيني، تمييزا عن التعويض بمقابل.

ويظل القاضي حرا في اختيار التعويض الأنسب والملائم للضرر الحاصل⁽²³⁾.

إن القضاء، وغالبية الفقه في فرنسا، استقرا على أن التعويض العيني جائر في المسؤولية التقصيرية جوازه في المسؤولية العقدية.

ويكون التعويض العيني في المسؤولية التقصيرية، اما باصلاح سيارة مماثلة، واما باقامة حائط تهدم.

والتعويض العيني لم ينص عليه المشرع الفرنسي في المادة (1382 م. ف) صراحة، بل اكتفى بعبارة « تعويض » « Reparer » وتشمل التعويض، وإلى جانبه اعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر، كما تتضمن أيضا التنفيذ العيني بطريق التعويض العيني.

والواقع أن التعويض العيني الذي يعني اعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر لا يزيل ما حدث خلال الفترة الواقعة من حدوث الضرر واعداد الحالة إلى ما كانت عليه، ففي هذه الفترة لا بد من ضرر، فهناك فترة تفصل بين حدوث الضرر وبين الاعداد، ولذلك يجب أن يعوض الدائن عن هذه الفترة التي حرم في خلالها من الاستفادة من الشيء المضرور أو من الشيء المفقود.

— C.F.Mazeaud et Juglart. T.II 1, Vol. n° 621. El Koly. La Réparation en Nature. (23)

Th. Paris 1954. Cri. 20. 05.1952. Dalloz 1952.

وخمرة من ذلك، جعل التعويض مناسبا مع الضرر ماديا كان أو معنويا، مع اعتبار طلب المدعي بهذا الصدد.

إلا أن المشرع الفرنسي الذي لم ينص صراحة على التعويض العيني، قد أورد له تطبيقات منها نص المادة (1243) الذي يقضي بأنه لا يجبر الدائن على تسليم شيء غير الذي التزم بتسليمه المدين، حتى لو كان ما يعرضه المدين مساويا له في قيمته أو أعلى منه⁽²⁴⁾.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة (174 م. ج) بصدد التنفيذ العيني، بقوله: «إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن، أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام الدائن بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إذا امتنع عن ذلك».

كما نصت المادة (594 م. ج) التي تقابلها المواد (1932 م. ف و 722 م. م) على الزام المودع لديه بأن يرد الشيء المودع عنده إلى المودع له بمجرد الطلب.

ونصت المادة (173 م. ج) التي تقابلها المواد (1143 م. ف و 209 م. م) المتعلقة بالالتزام بعمل، على أن للدائن إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه أن يقوم هو بتنفيذه على نفقة المدين، وهذا نوع من التنفيذ العيني، كما نصت المادة (173 م. ج). أيضا بصدد الالتزام بالامتناع عن عمل، بأنه يجوز للدائن أن يطالب بإزالة ما وقع مخالفاً لالتزام الدين.

أما إذا اتفق المتعاقدان على التعويض في صورة شرط جزائي كما نصت على ذلك المادة (1228 م. ف)، فعلى الدائن أن يعدل عن تنفيذ الالتزام، وبطلب التنفيذ الأصلي، وليس لهذا الحكم مقابل في القانون الجزائري.

ومن المقرر فقها وقضاء أنه لا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل، إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني⁽²⁵⁾.

ومن قبيل التعويض العيني كذلك، أن يشكو شخص من الاساءة

(24)- د. علي علي سليمان، م. م. س.

(25)- د. علي علي سليمان، م. م. س.

بسمعته أو كرامته بسبب تعليق أو نشر اعلانات على الجدران إذ يجوز في هذه الحالات للقضاء الأمر بتمزيق هذه الاعلانات، كما يجوز للقضاء أيضا الأمر بترع لافتة أو لقب تجاري منافس قد يترتب عنهما أضرار لتاجر آخر⁽²⁶⁾.

ومن الجدير بالذكر أن القاضي لا يجوز له أن يأمر بالتنفيذ العيني إذا لم يقبله المسؤول، إلا إذا كان عدم قبوله تعنتا منه، وكان تنفيذ الالتزام عينا ممكنا فللقاضي أن يكرهه على التنفيذ العيني بغرامة تهديدية (م 174 م. ج) وللضرورة الحق في التعويض العيني كلما كان ذلك ممكنا، والا فلا يبقى له إلا التعويض النقدي.

ويلاحظ مما تقدم أنه في كثير من الأحوال ولا سيما في أحوال الضرر المعنوي، يتعذر التعويض العيني، فيتعين على القاضي الالتجاء إلى التعويض النقدي وهو مبلغ من المال يحكم به للمصاب بدلا من التعويض العيني، ويملك القاضي سلطة اختيار طريقة التعويض التي يراها أكفل من غيرها لجبر الضرر مسترشدا في ذلك بطلبات المصاب وظروف الأحوال.

(ب) (التعويض بمقابل)

Réparation par équivalent

إذا أصبح التنفيذ العيني متعذرا لاستحالة استحالته تامة كأن يكون محل الالتزام نقل حق معين قد هلك، أو إذا كان لم يصبح مستحيلا استحالته تامة ولكن لا يمكن اجبار المدين عليه، سواء لأن اجبار المدين على الوفاء بالتزامه غير ممكن أو غير مجد، ومن ثم فإن القاضي لا يكون ملزما بالحكم بالتنفيذ العيني حتى لو تمسك به الدائن، ويكون ملزما به إذا كان ممكنا وطالب به الدائن، أو تقدم به المدين باعتباره هو الأصل في المسؤولية العقدية، وعلى النقيض من ذلك ليس للمدين أن يتمسك أو يفرض على الدائن التعويض بمقابل بدلا من التنفيذ العيني متى كان هذا التنفيذ ممكنا.

— Req. 18 Décembre 1900. D.P. 1901. 1. 135. (26)

والتعويض بمقابل، أما أن يكون نقديا « Pécuniaire » أو تعويضاً غير نقدي « Rep. Non Pécuniaire. » وهو ما نتعرض له بإيجاز :

(أ) التعويض النقدي

يعتبر التعويض النقدي نوعاً من أنواع التعويض بمقابل وهو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، والأصل أن يكون التعويض مبلغاً من النقود⁽¹⁾ وهذا هو التعويض الذي يطلب الحكم به عن الضرر المادي، والضرر المعنوي، في المجال التقصيري خاصة ويجوز أن يكون في صورة مبلغ إجمالي يعطى دفعة واحدة أو مقسطاً حسب الظروف، ولما كان المسؤول هو المدين بهذا التعويض المقسط، أو بهذا الأيراد المرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة يمنح لعامل تقعده حادثة من حوادث العمل عن القيام بواجبه، فقد تقضي المحكمة إضافة لذلك بالزام المسؤول بتقديم تأمين يقدره قاضي الموضوع، أو بإيداع مبلغ كاف لضمان الوفاء بالأيراد المحكوم به، وهذا ما قرره الفقرة الأولى من المادة (132 م ج) بقولها : « يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً ».

(1) - وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 132. م. ج. بقولها : ويقدر التعويض = بالتقد. غير أن تسمية التعويض النقدي هذه لا نثر عليها في المواد 1382، 1383 م. ف. وإنما استعملتها المواد (1136، 1145، 1146 م. ف.) وما يليها تحت عنوان « العقود والالتزامات الاتفاقية بوجه عام » وهذا لا يعني أن هذا النوع من التعويض خاص بخرق عقد، وأجنبي عن الضرر المترتب خارج العقد، إذ نجد القضاء الفرنسي في الحياة العملية يفضل التعويض نقداً ويعبر عنه « Dommage et Intérêt » كما أن جانباً من الفقه وعلى رأسهم الأنسة، لوسيان ريبيرت، تقول في رسالتها سنة 1933، إن الوسيلة الوحيدة لتعويض المضرور هي الحكم له بمبلغ نقدي : « La Responsabilité ne pouvait qu'à une indemnisation en argent. L. RIPERT. » La Réparation du préjudice dans la resp. delictuelle. Thèse

وهذا ما يكون في أكثر حالات المسؤولية العقدية، كما تنص على ذلك المادة (176 م ج) بصدد التعويض النقدي في حالة عدم تنفيذ الالتزامات بقولها : إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يدل عليه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

(ب) التعويض غير النقدي

قد يتعذر على المحكمة في بعض الحالات أن تحكم بالتعويض النقدي في المسؤولية التقصيرية، ولا يبقى أمام المحكمة إلا أن تحكم بالتعويض بمقابل غير نقدي، وليس ثمة ما يمنع قانونا من حصول ذلك، إذ يجوز في المجال التعاقدى طبقا للمادة (119 م ج) أن يطالب الدائن المدين الذي لم يوف بالتزامه بعد اعذاره بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

ويلاحظ أن يطلب الفسخ لا يكون إلا عندما يتحقق الدائن أن لا أمل في ذاته أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه، وإذا طالب بالوفاء بالالتزام، فله أن يعدل عنه إلى المطالبة بالفسخ مع التعويض إذا كان له مقتضى.

وفي هذا ما يتضمن معنى اعتبار الفسخ وسيلة للتعويض غير النقدي، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ (30 أبريل 1948⁽²⁾)، وتنص عليه المادة 1184 م ف⁽³⁾، أما، ما يحكم به من تعويض في حالة الفسخ فإن مصدر الالتزام فيه هو ما يصدر عن المدين من خطأ أو تقصير، إذ لا يمكن أن يكون مصدر التعويض هو العقد ذاته

(2)- حسين وعبد الرحيم عامر ص 531 هامش م. س. Dalloz. 1948. J. 326.

(3)- وتنص المادة 1184 م. ف. على مايلي : La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la Convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

لأنه ينعدم بالفسخ انعداماً يستند أثره فيعود المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل العقد ولمحكمة الموضوع الحرية المطلقة في اختيار الطريقة التي تراها أنسب للتعويض عن الضرر، باعتبارها تعويضاً بمقابل، فقد تقضي بشيء معين بدلاً من إلزام المدين بمبلغ من المال كأن يحكم القاضي على المسؤول بأن يدفع للمضروب سنداً أو سهماً تنتقل إليه ملكيته، ويستولي على ريعه تعويضاً عن الضرر الذي أصابه⁽⁴⁾.

كما يجوز للقاضي أن يحكم في أحوال استثنائية بأداء أمر معين على سبيل التعويض، فيأمر مثلاً بنشر الحكم بطريق الألباق على نفقة المحكوم عليه، أو يكتفي بأن ينوه في الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر افتراء أو سباً لتعويض المقذوف عن الضرر المعنوي الذي أصابه، ويقول الشراح بهذا الصدد أن مثل هذا التعويض لا هو بالعيني ولا هو بالمالي، ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور⁽⁵⁾ وهو ما نصت عليه المادة (1409) من التقنين الهولندي لتعويض المقذوف في حقه عن الضرر المعنوي الذي يصيبه وهذا ما قضت به المحكمة الجنائية الفرنسية بتاريخ (3 نوفمبر 1959)⁽⁶⁾ وقد تلجأ المحاكم إلى أبعد من ذلك إذ بإمكانها الحكم بتوزيع نسخ أو بواسطة مذياع، كتعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيب المضروب، وهو ما قضت به محكمة باريس بتاريخ (17 نوفمبر 1970) أو عن طريق التلفزة كما قضت بذلك أيضاً محكمة باريس بتاريخ (5 جانفي 1972)⁽⁷⁾.

ويجوز طبقاً للقانون الجزائري، الحكم بهذا النوع من التعويض، إذ

(4)- السهري، الوسيط - ج 1. (ص 967) نبذة 644.

(5) تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية (2) ص (396 و 397)، والملكرة الايضاحية الاردنية م. س. (ص 301).

(6) - J.C.P. 1959. IV 194.

(7) - D. 1972. 445. N.Dutertre.

تنص المادة 132 م) على أنه « يجوز للقاضي أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض اعانات تتصل بالعمل غير المشروع »⁽⁸⁾. ويعتقد الأستاذ السنهوري أن الاختصار على هذا النوع من التعويض قد يعتبر تعويضا كافيا عن الضرر المعنوي الذي أصاب المدعي، وهو تعويض غير نقدي لأن الملحوظ منه المعنى الذي يتضمنه⁽⁹⁾. كما أن الأساتذة « مازو » و « تونك » يقولون بأن الغالب بصدد التعويض عن الضرر المعنوي أن يتم بمنح المضرور ترضية تعادل ما فقده، وأن التعويض لا يعني دائما إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الضرر⁽¹⁰⁾.

(8)- ويلاحظ أن المشرع المصري استعمل في المادة 171 المقابلة للمادة 132 م. ج. عبارة « أن يحكم بأداء أمر معين بدلا من أداء بعض الاعانات كما فعل المشرع الجزائري في النص العربي ».

(9)- السنهوري الوسيط ج 1 (ص 967) م. س.

(10)- Mazeaud Tunc. Resp. Civ. T.1. Supra. 313. Ripert. Le Prix de la douleur. Dal. (1948. p.1.

المطلب الثاني : تقدير التعويض وعناصره

أولاً : تقدير التعويض

هناك ثلاثة مصادر لتقدير التعويض :
- القانون - الاتفاق - أو بواسطة القضاء - وستعرض لكل نوع من هذه المصادر تباعاً :

(أ) التقدير القانوني للتعويض

تعتمد بعض التشريعات الوضعية إلى تضمين نصوصها أحكاماً تقضي بتقدير التعويض تقديراً اجمالياً، كما في حالة التأخير عن الوفاء بالالتزام.
ومن هذه التشريعات، القانون المدني المصري الذي نصت المادة 226 منه، على نسب قانونية محددة سلفاً، بأربعة (4 ٪) في المسائل المدنية، و(5 ٪) في المسائل التجارية، وتعرف هذه النسب بالفوائد القانونية « Intérêts Légaux » وهي مستحقة الدفع عن مجرد التأخير في الوفاء، بغير حاجة إلى أن يثبت وقوع ضرر للدائن، لأن الضرر مفترض في الديون النقدية للحرمان من استثمارها اقتصادياً⁽¹¹⁾.

(11)- حسين وعبد الرحيم عامر (ص 533) م. س.

وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي نص على الفوائد التأخيرية في المادة (1153)⁽¹²⁾.

إلا أن المشرع المصري اختلف مع المشرع الفرنسي في مسألة استحقاق هذه الفوائد، فبينما أثر المشرع الفرنسي سريانها من يوم الأعدار⁽¹³⁾ قال المشرع المصري متأثراً بما كان موجوداً في القانون المدني الفرنسي بسريانها من تاريخ المطالبة القضائية إذا لم يحدد العرف أو الاتفاق التجاري تاريخاً آخر، وهذا كله ما لم ينص القانون على غير ذلك.

ويلاحظ أن التقدير القانوني للتعويض عن التأخير لا يكون إلا في مجال المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على الفوائد التأخيرية لأن مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني للتشريع الجزائري⁽¹⁴⁾ تنظر إلى تلك الفوائد على أنها ربا ومحرم شرعاً وهو ما يتضح من المبدأ الذي أقره المشرع في المادة (454 م. ج) بقوله : « القرض بين الأفراد يكون دائماً بدون أجر، ويقع باطلاً كل نص يخالف ذلك ».

فالتعويض طبقاً للقانون الجزائري لا يكون إلا عن الضرر الذي لحق الدائن من التأخير دون مراعاة فوائد التأخير، ولذلك نرى أن المشرع الجزائري

(12) - Article 1153. CCF. La loi n° 75. 619 du 11. 07. 1975 Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les Dommages intérêts résultant du retard dans l'exécution, ne consistent jamais que dans les condamnations aux intérêts aux taux légal, sauf les règles Particulières au Commerce et aux cautionnement.

(13) - Les Dommages intérêts résultant du retard dans l'exécution, ne sont due que du jour de la sommation de payer.

(14) - أنظر مضمون المادة الأولى من التفتين المدني الجزائري، وقبل هذا التفتين كان القضاء في الجزائر منذ الاستقلال يقضي بأن الاتفاقات المبرمة بين الأفراد والمتجة للفوائد الربوية، تعتبر مخالفة للشريعة الإسلامية وأن في ذلك خرقاً للنظام العام، وقضى عليها بالبطالان، أنظر نشرة القضاء الفصل الثاني لسنة 1981، مقالة للاستاذ يحيى بكوش، حول تطبيق الشريعة الإسلامية في الجزائر ص 46، 47.

لم يتكلم عن تاريخ استحقاق الفوائد التأخيرية باعتبارها تعويضاً، على غرار ما فعل المشرعان الفرنسي والمصري.

(ب) التقدير الاتفاقي :

هذا النوع من التعويض كثير الوقوع في نطاق المسؤولية العقدية، إذ يسوغ لأطراف العقد أن يحددوا بموجب الاتفاق ما يجب أدائه من تعويض في حالة الإخلال بالالتزام، ولا يوجد ما يمنع من ذلك قانوناً، إذ نصت المادة (183 م. ج) على مايلي :

« يجوز للمتعاقدین أن يحددوا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام المواد (176 إلى 181 م. ج) ».

والتقدير الاتفاقي للتعويض هو في حقيقته، الشرط الجزائي Cause Pénale الذي يعتبر طريقة لتقدير التعويض عما يترتب من ضرر بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه.

وبديهي أن التعويض المتفق عليه لا يكون مستحقاً طبقاً لنص المادة (184 م. ج) إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، كما أن للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، كما تقضي هذه المادة ببطالان كل اتفاق على غير ذلك.

وقد أضافت المادة (185 م. ج) مايلي : « إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، ولا يمكن في هذه الحالة التمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي نصت عليها المادة (106 م. ج) ».

ومن الجدير بالذكر أنه لا يجوز المطالبة بالزيادة في الشرط الجزائي حتى لو كان الضرر الذي أصاب المضرور أكثر من التعويض المتفق عليه بمعنى

أن التشريعات العربية أجازت للقاضي التخفيض ولم تجز له الزيادة، في حين نجد أن بعض التشريعات العربية كالقانون الفرنسي القديم مثلاً تتمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتقضي بوجوب إحترام ذلك طالما أن إرادتي المتعاقدين قد إتفقتا على شرط جزائي، فهذا الشرط يجب تنفيذه حتى لو كان مبالغاً فيه، وهذا ما كانت تنص عليه المادة (1132 م ف) وظل الأمر كذلك حتى صدور قانون (9 جويلية 1975) الذي عدل هذه المادة فأضاف فقرة ثانية تقضي بأن للقاضي أن يخفض أو يزيد في قيمة التعويض الاتفاقي، إذا رأى أنه مفرط فيخفضه أو تافه فيزيده، وكل اتفاق على غير ذلك يعتبر كأن لم يكون.

فالقانون الفرنسي إذن يختلف عن القوانين العربية، في أنه يجيز الزيادة خلافاً للتقنيات العربية التي لا تجيز للدائن المطالبة بالزيادة مهما كان الضرر⁽¹⁵⁾.

ويثار بصدد التقدير الاتفاقي سؤال حول ما إذا كان تقدير التعويض يجوز في المسؤولية التقصيرية جوازه في المسؤولية العقدية ؟
في الواقع أن الاتفاق الرضائي على تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية نادر الوقوع لاعتبارات عديدة منها :

- إن مصدر هذه المسؤولية، القانون، ولا يجوز مخالفة أحكامه لأنها من النظام العام.

- كما أن المسؤول غريب عن الضرر ولا يعرف كل منهما الآخر إلا منذ وقوع الفعل الضار.

لذلك لا يتصور الاتفاق بينهما إلا بعد تحقيق المسؤولية وبعد الحكم بالتعويض⁽¹⁶⁾.

(15)- د. علي علي سليمان م. س.

(16)- فؤاد قواف كله، آثار المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري الدعوى والتعويض بحث ودراسات عليا، قدم في السنة الجامعية 1975/1976 بجامعة الجزائر.

وإذا كان هذا هو الأصل في الكثرة الغالبة من الأحوال فإنه يتصور أن يتفق مقدماً على التعويض كما يحدث في مباريات السباق، فيتفق المتسابقون مقدماً على تعويض معين إذا حدث ضرر لأحد المتسابقين، كذلك يتفق اللاعبون في كرة القدم والمتصارعون في الملاكمة على التعويض في حالة الضرر.

غير أنه يشترط أن يتم الاتفاق على التعويض عن الضرر الذي يقع على الأشياء أو الأموال، فإذا وقع الضرر على الجسم فلا يجوز الاتفاق على التعويض مقدماً.

(ج) التقدير القضائي

خلافًا للتعويض القانوني والتعويض الاتفاقي، فإن القاضي هو الذي يتولى تقدير التعويض في حالة ما إذا كان التعويض غير محدد قانوناً أو اتفاقاً بين الطرفين وذلك طبقاً لما تقتضيه الظروف الملابسة.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (131 م ج) بقوله « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام (م 182)، مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير⁽¹⁷⁾.
وتقتضي المادة (175 م ج) على أنه :

(17)- ويقابلها المادة 170 م. م. والمواد 221 و222 م. م. ويفرق التقنين التونسي والمغربي بين خطأ المدين وتدليسه فيما يتعلق بتقدير التعويض؛ وقد استظهرت المادتان 107، 98 من هذين التقنين حكم هذه التفرقة فنصتا على أنه : « يتعين على المحكمة أن تغاير في تقدير التعويض تبعاً لما إذا كان أساس المسؤولية خطأ المدين أو تدليسه ». ويفرق كذلك القانون « البولوني » بين التدليس والخطأ الجسيم من ناحية، وبين الخطأ اليسير من ناحية أخرى فيقرر في المادة 160 أنه « يعتد في تقدير الضرر المادي بقيمة الشيء وفقاً للسعر الجاري، فضلاً عما له من قيمة خاصة لدى المضرور عند توافر سوء النية أو الإهمال الفاحش »، ويقضي التقنين « السويسري » في المادة 44 منه « بإنقاص التعويض عدالة، إذا كان الخطأ يسيراً، وكانت موارد المدين محدودة ».

- يراجع بهذا الصدد، حسين وعبد الرحيم عامر، هامش ص 536 م. س.

« إذا لم يكن التعويض مقدارا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ».

وتضيف المادة « 222. م » مصري، الى الاحكام المقابلة للمواد الجزائية، والتي لا يوجد نص يقابلها في القانون المدني الجزائري على أنه :
« يشمل التعويض الضرر الأدبي » المعنوي ».

ثانيًا : عناصر تقدير التعويض

1 - مراعاة الظروف الملازمة :

رأينا بصدد ركن الضرر، أن الضرر ركن متفق عليه فقها وقضاء، وتقره كافة التشريعات الوضعية، إذ لا مسؤولية بدون ضرر، غير أنه يتعين علينا معرفة ما إذا كان يعتد بالضرر فقط لتقدير التعويض، أو باعتبارات أخرى.

وبهذا الصدد نعثر على نص صريح في المادة (131 م ج) يقول : « إن القاضي يراعي في تقدير التعويض الظروف الملازمة، فالظروف الملازمة إذن من الاعتبارات التي تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض. وقد أثير خلاف فقهي حول هذا الاعتبار، فهناك من يقول بالاعتداد بظروف المضرور فقط دون المسؤول ومنهم الأستاذ : « السنهاوري » الذي يعرف الظروف الملازمة بقوله : يقصد بالظروف الملازمة، الظروف التي تلابس المضرور، لا الظروف التي تلابس المسؤول، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور، وما أفاده بسبب التعويض. كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعويض⁽¹⁾.

ولعل الأستاذ : « السنهاوري » قد تأثر في ذلك بمفهوم

(1) السنهاوري في الوسيط، ج 1 (ص 971 نبذة 648).

التعويض كمقابل للضرر الذي يلحق بالمضروب من الفعل الضار. إذ لا يصح أن يتأثر التعويض بدرجة خطأ المسؤول عنه أو درجة غناه، لأنه يمكن أن يترتب ضرر يسير على خطأ جسيم، كما أنه يحدث أن يترتب ضرر جسيم على خطأ يسير ولذلك ينبغي أن تؤخذ جسامه الخطأ في الاعتبار جملة مع بقية ظروف الدعوى، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بتاريخ (20 فيفري 1948)⁽²⁾.

إن مراعاة جسامه الخطأ في تقدير التعويض كإعتبار وحيد يرجع بنا إلى الخلط الذي كان سائداً قديماً، حين كانت المسؤولية المدنية مرتبطة بالمسؤولية الجنائية، وكان ينظر إلى التعويض كما أسلفنا على أنه عقوبة خاصة «Peine Prive» حين كان التعويض يتأثر ويقاس بمقدار الخطأ، كلما كان الخطأ يسيراً، خفف من مقدار التعويض، وإذا كانت بعض المحاكم في فرنسا لا تزال تحكم بذلك، فإن محكمة النقض الفرنسية قد عدلت عن هذه الفكرة منذ سنة (1913)، واستقر قضاؤها على أن لا علاقة بين جسامه أو تفاهة الخطأ وبين تقدير التعويض بل يجب أن يشمل التعويض كل مالحق الدائن من ضرر بصرف النظر عن الخطأ، ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ (21 أكتوبر 1946) أن التعويض يجب أن يشمل الضرر كله مهما كانت جسامه الخطأ أو الظروف التي من شأنها أن تخفف من جسامه الخطأ⁽³⁾.

ويقول الأساتذة «حسين» و«عبد الرحيم عامر» أن المبدأ المتفق عليه فقهاً وقضاءً، أن التعويض الذي يقدر إنما يقدر بقدر الضرر، والتعويض هو مقابل الضرر الذي يلحق المضروب من الفعل الضار، وهذا هو الأصل في

(2)- القسم الجنائي، صحيفة 98 رقم 571.

(3)- علي علي سليمان م. س.

التعويض سواء في المسؤولية التقصيرية أو العقدية، ولا يسأل المدين في المسؤولية العقدية إلا عن خطئه المتوقع، ويسأل عن خطئه غير المتوقع في حالتي الغش والخطأ الجسيم⁽⁴⁾. وهذا طبقاً لنص المادة (2/221 م م) ومقتضاه أن المدين في حالتي الغش، والخطأ الجسيم يقترب خطأً تقصيرياً، ويخرج نفسه من دائرة التعاقد، مما يتعين معه أن تطبق عليه أحكام المسؤولية التقصيرية، وهذا ما كان يذهب إليه من قديم الفقيه «بوتيه»⁽⁵⁾.

إن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير، ومهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر، وهذا هو مقتضى فصل التعويض المدني عن العقوبة الجنائية.

إلا أن القاضي يدخل عادة في اعتبار جسامته الخطأ عند تقدير التعويض، وهذا في نظر الأستاذ «السنهوري» شعور طبيعي يستولي على القاضي⁽⁶⁾.

وخلافاً للرأي القائل بالاعتداد فقط بالظروف المحيطة بالمضور، يقول الأستاذ «سليمان مرقس»: أنه يجوز عند تقدير التعويض أن يقام وزن للظروف الملازمة بما في ذلك جسامته الخطأ، مستنداً في ذلك إلى الأعمال التحضيرية التي تدل مادتها (170 م م) على أن واضعي هذا القانون قصدوا تقنين ما جرت عليه المحاكم من إقامة وزن في تقدير التعويض لجسامته الخطأ وليسار المسؤول وفقر المضور⁽⁷⁾ ومن ثمة فهو من أنصار القائلين بوجوب الإعتداد بظروف المسؤول أيضاً، وهو الرأي يؤيده أيضاً الأستاذ «محمد حسنين» بقوله بضرورة الأخذ في الاعتبار بالظروف المحيطة بالمسؤول للاقترب من الواقع، مع وجوب التفرقة بين الظروف الداخلية والخاصة

(4)- حسين وعبد الرحيم عامر. م. س. ص 549.

(5)- بوتيه الالتزامات ج 2، البند 160، 167، ويقول الفقيه جوسران : d'Origine ; Contractuelle, la resp. ne saurait être, mise en œuvre que dans la limite des prévisions du contrat. Supra

611. Cité par : حسين وعبد الرحيم عامر ص 540 م. س.

(6)- السنهوري في الوسيط ج 1 ص 971 بند 648.

(7)- أنظر سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، نبذة 5/409.

بالشخص لأنها تقلب المعيار المجرد إلى معيار شخصي، في حين أنه يجب الاعتماد بالظروف الخارجية كظرف الزمان والمكان، لأن التعدي كما يعرفه الأساتذة « مازو » « هو سلوك » معيب لا يأتيه شخص ذو بصيرة وجد في ذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول⁽⁸⁾.

والعلة في مراعاة ظروف الزمان والمكان في تقدير التعويض ترجع إلى كون هذه الظروف تعتبر من الظروف الظاهرة التي تساعد على تقصي مسلك الرجل العادي، فالسن مثلاً يقيم لها وزن في مسلك الصغار في لعبهم أو في سيرهم في الطريق العام، ولا يقيم لها وزن في قيادة سيارة، كما أن العلم والتخصص يقيم لهما وزن فيما يباشره الأخصائي من أعمال مهنية دون غيرها، وكون الشخص قروياً ريفياً، لا يقيم له وزن إلا فيما يباشره من نشاط في بيئته التي يعيش فيها أما إذا ذهب إلى المدينة فينتظر منه ما ينتظر من سكان المدينة⁽⁹⁾.

ويقول الأستاذان « حسين » و « عبد الرحيم عامر »، أن وجوب مراعاة الظروف الخاصة بالمضروب يكمن في مراعاة ما قد يحدث خطأ بذاته ضرراً كبيراً بالمجني عليه بسبب ما هو عليه من حالة عصبية أو ضعف أو حساسية، بينما أن هذا الخطأ يترتب عليه ضرر يسير لغير ذلك المجني عليه، كما فقد أبصار العين يختلف ضررها مادياً ومعنوياً لدى المجني عليه الأعور، عنه إذا كان المجني عليه سليم العينين، ويدخل في إطار الظروف الملازمة، حالة المضروب المالية والعائلية.

وهذا لا يعني أن تقدير التعويض يجب أن يقدر حسب الضرر الذي أصاب المضروب، والمقصود بذلك النظر إلى حالته فيما يتصل بأهمية الضرر وتقديره وقت وقوع الضرر، فتراعى مثلاً، موارد المجني عليه وسبل رزقه، ومن يتولى الانفاق عليه لنعرف قدر ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وما لهذا من أثر عليه ومن يعول⁽¹⁰⁾.

وأما حول حالة المسؤول الاجتماعية والمالية فيعتقد الأستاذان

(8)- مذكرات مصادر الالتزام محمد حسين ص 126.

(9)- سليمان مرقس ص 324 م. م.

(10)- حسين وعبد الرحيم عامر م. م. ص 541.

« حسين » و « عبد الرحيم عامر » ، أنه ، وإن كان يمكن القول بأنه لا يصح أن تؤثر في تقدير التعويض إذ لا يهم أن يكون المسؤول غنياً أو فقيراً ، فلا يدعو الأول غني منهما لزيادة التعويض كما لا يكون فقر الثاني سبباً في تخفيضه ، إلا أن المشرع المصري يشير في مذكرة المشروع التمهيدي عن المادة (237) المقابلة للمادة (170 م ج) والمادة (131 م ج) إلى ما يقضي به تقنين الالتزامات السويسري من إنقاص التعويض عدالة إذا كان الخطأ يسيراً ، وكانت موارد المدين محدودة⁽¹¹⁾ مما يعني قصد المشرع وجوب مراعاة الظروف الملازمة للمسؤول ، وهذا بالاضافة إلى أن تعبير نص المادة (170) السالفة الذكر عن مراعاة تلك الظروف ، قد جاء على إطلاقه بغير تخصيص للمضروور دون المسؤول⁽¹²⁾.

(ب) مراعاة حسن النية أو سوءها

يقصد بحسن النية ، الاستقامة والتزاهة ، وانتفاء الغش كما يقصد بحسن النية ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما يلتزم به المتعاقد على ما تقضي به المادة (1/107 م ج) من أنه « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ، وبحسن النية ».⁽¹³⁾

ويلاحظ أن حسن النية لا يكون له أثر في تقدير التعويض ، إذ قد تتوافر المسؤولية رغم حسن النية ، كما في حالة الجهالة بملكية المبيع الناشئة عن الإهمال في تحري الحقيقة مع إمكان معرفتها ، مما يعتبر خطأ تنطبق عليه أحكام المادة (399 م ج) كما أنه قد حكم بعدم أحقية المشتري في

(11)- حسين وعبد الرحيم عامر م.س. ص 541 ، وقد نصت المادة 49 من التقنين السويسري على أنه إذا لم يكن الضرر ناشئاً من جراء فعل عمد أو جسيم أو رعونة بالغة ، فللقاضي أن ينقص التعويض عدالة متى كان استيفاءه يعرض المدين لضيق الحال ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج 2 صحيفة 392.

(12)- قارن السنهوري الوسيط صحيفة 971 بند 648 ومازود ج 3 صحيفة 514 بند 2399 ، حسين وعبد الرحيم عامر ص 542 بند 706 م.س.

(13)- وقد قضت محكمة مصر التجارية المختلطة بصدد الغش « أنه كل فعل جاء مخالفاً للزاهة التجارية لشرف المعاملات » في أول أبريل 1911 ، مشار إليه في مؤلف الاستاذين « حسين وعبد الرحيم عامر ص 544 م.س.

طلب التعويض من بائع ملك الغير الحسن النية، إذا كان ثمة ما يبرر ما وقع فيه من غلط، أي إذا لم يقع منه خطأ⁽¹⁴⁾.

هذا هو ما قضى به في فرنسا وهو محل خلاف فقهي هناك أما في القانون الجزائري، كما في القانون المصري فنص المادة (399) صريح في أن للمشتري الحق في طلب التعويض من بائع ملك الغير ولو كان البائع حسن النية، وإذن ففي بيع ملك الغير عندنا يكون للمشتري طلب الإبطال سواء هو نفسه يعلم أو يجهل أن المبيع مملوك للغير ويكون له إلى جانب طلب الأبطال والمطالبة بالتعويض إذا كان هو نفسه حسن النية، سواء كان البائع حسن النية أو سيئها ولكن يسقط حق المشتري في طلب التعويض إذا كان يعلم أن البائع غير مالك، وبما أن النص غامض في فرنسا فقد كانت مسألة مطالبة البائع بالتعويض محل خلاف هناك.

وخلافاً لذلك يرى الاستاذان « بلانيول » و « ريبير »، أن حسن نية البائع إنما يكون أثره في قدر التعويض وليس في مبدأ تقريره. ومسألة حسن النية مسألة موضوعية، ليس لمحكمة النقض رقابة عليها فمحكمة الموضوع هي التي تستأثر بتقديرها بالحرية المطلقة⁽¹⁵⁾. ومبدأ حسن النية أو سوءها، لا يعمل به إلا في المسؤولية العقدية أما في المسؤولية التقصيرية فالعبرة بتوافر أركانها الثلاثة من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية.

(14)- (من . ن . ف) في (31 أكتوبر 1928) سيري 1928 - 1 - 86.

(15)- م؛ ن. المصرية، في 19 نوفمبر 1931، مجلة القانون والاقتصاد الملحق (3) صحيفة (3).

(ج) الضرر المتغير والوقت الذي يقدر فيه

يقصد بالضرر المتغير ما يتردد بين التفاقم والنقصان بغير استقرار في اتجاه بذاته وقد يحدث تبعاً لظرف طارئ بين فترة ارتكاب الخطأ وحصول الضرر⁽¹⁶⁾.

فإذا كان الضرر الواقع يوم الحادثة يتمثل في كسر في ساق المضرور وعند مطالبته بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان وعند صدور الحكم كانت خطورته قد إشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة، فهذه عوامل يجب على القاضي مراعاتها عند تقدير التعويض فيقدر الضرر باعتبار أن الكسر قد انقلب إلى عاهة مستديمة⁽¹⁷⁾.

والمسؤول عن الضرر لا يسأل إلا عن الضرر الذي أحدثه بخطئه، أما إذا كان المضرور قد أصابه ضرر بفعل شخص آخر ولا صلة له بالضرر الأول ولا هو ساعد عليه فإنه لا يدخل في الحساب عند تقدير التعويض، ولا مسؤولية عن اشتداد الضرر وتفاقمه لأنه لا يرجع إلى خطئه هو وإنما إلى خطأ شخص آخر، وهذا الشخص هو الذي يلزم بالتعويض عن زيادة الضرر المترتب عن اشتداد وتفاقم ضرر المضرور.

أما إذا كان الضرر قبل صدور الحكم قد خف فإن المسؤول ولا شك يستفيد من ذلك حتى لو كان التحسن لا يرجع إلى تطور الإصابة في ذاته بل إلى سبب أجنبي كما إذا كان المضرور في حادث أصيب في حادث آخر فمات فإن المسؤول عنه وقد وضع الموت حدًا للضرر الذي ترتب على الحادث الأول فاستفاد المسؤول عنه من ذلك⁽¹⁸⁾.

والعبرة عند تقدير التعويض بيوم صدور الحكم. اشتد الضرر أو خف أي أن التعويض يجب أن يتم على أساس الحالة التي وصل إليها المضرور يوم

(16)- حسين وعبد الرحيم عامر ص (554) م. س.

(17)- السنهوري ص 975 م. س.

(18)- السنهوري هامش ص 975 م. س.

الحكم، وعلى الضرر الذي تسبب فيه المسؤول ولا يدخل في الحساب عند تقدير التعويض ما يحدث من اشتداد حالة الضرر بسبب لا يرجع إلى خطأ المسؤول.

وقد يحدث ألا يتغير الضرر من يوم حدوثه إلى يوم صدور الحكم ولكن يحدث أن يتغير سعر النقد كأن يرتفع أو ينخفض عما كان عليه يوم حدوث الضرر فكيف يقدر التعويض في هذه الحالة ؟

استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية بهذا الصدد على أن العبرة في تقدير التعويض هي بما يكون عليه سعر النقد يوم الحكم⁽¹⁹⁾ كما أن القضاء الفرنسي كان يقضي بصدد ما يحدث للأشياء من تلف أو هلاك بأن يعادل التعويض قيمة الشيء يوم تلفه أو هلاكه أو قيمته في اليوم الذي كان محدداً لتسليمه.

إلا أنه عدل عن ذلك واستقر على أن تقدير التعويض يكون على أساس القيمة يوم الحكم⁽²⁰⁾.

ولا يختلف الحكم في هذه الحالة إذا طرأ التغير إبان الفترة الواقعة بين صدور الحكم من محكمة ابتدائية وصدر الحكم من محكمة ثاني درجة، وعلى ذلك أيضاً استقر القضاء المصري وهو المبدأ الذي قضت به محكمة النقض المصرية بقولها : « إذا كان الضرر متغيراً تعين على القاضي عند الحكم بالتعويض النظر في هذا الضرر لا كما كان قد وقع بل كما صار إليه عند الحكم مراعيًا التغير في هذا الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى

– L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation. C. de. Cass 16 Février 1954.(19)
G.P. 4 Mai 1954.

– L'indemnité nécessaire, pour compenser le préjudice, doit-être calculée sur la(20)
valeur du dommage au jour du jugement. CF. Ch. Civ, 15. 07. 1943.R.H.Juridique.
1943. 2.

وأكدت ذلك في حكم لها صدر بتاريخ 12 يناير 1948 دالوز 1948 أنظر حسين وعبد الرحيم عامر ص 560 ومايلها م. س.

خطأ المسؤول، أو نقص كائناً ما كان سببه، ومراعياً كذلك التغير في قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو إنخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لاصلاح الضرر أو نقصها⁽²¹⁾.

وتقدير التعويض على أساس القيمة يوم الحكم يسري على المسؤولية المدنية بنوعها تقصيرية كانت أو عقدية.

(د) النفقة المؤقتة :

يحدث أثناء نظر دعوى المسؤولية أن تقضي محكمة الموضوع بنفقة مؤقتة في حالة التمكن من الحسم في تقدير التعويض تقديرًا نهائيًا أو حالة ما يتعذر عليها لسبب ما تقدير الضرر الحال مما يستوجب منح المضرور نفقة مؤقتة يدفعها المسؤول من حساب التعويض ويجب عندئذ مراعاة عدم تجاوز مبلغ النفقة المؤقتة ما ستقضي به المحكمة في النهاية وإلا عد حكمها مخالفًا للعدالة.

ويلاحظ أنه يتعين قبل الحكم بهذه النفقة مراعاة الاعتبارات التالية.
- أن يكون ثمة فعل ضار مسند إلى المدعي عليه، وقد ترتب عليه ضرر للمدعي⁽²²⁾ بمعنى أن يكون مبدأ المسؤولية قد تقرر، ولم يبق إلا تقدير التعويض.

2 - أن تكون عناصر تقدير التعويض لا تزال في حاجة لمدة طويلة لاعدادها.

3 - أن تكون هناك ضرورة ملحة للحكم بهذه النفقة للمضرور.

4 - يجب أن يكون مبلغ النفقة المؤقتة الذي يقضي به القاضي أقل من مبلغ التعويض الذي ينتظر أن يقدر به الضرر⁽²³⁾.

(21)- أنظر حسين وعبد الرحيم عامر ص 561 م. س.

(22)- حسين وعبد الرحيم عامر ص 564 م. س.

(23)- السهوري م. س. ص 976 م. س.

ثالثا : سلطة القاضي في تقدير حق المضرور في التعويض.

متى قامت شروط المسؤولية المدنية وطالب المضرور بالتعويض إستقل
قضاة الموضوع بتقدير التعويض الذي يجب على المسؤول دفعه للمضرور أو
إلى ذوي الحقوق، بالإضافة الى تحديد طريقة التعويض التي يرونها لازمة
لجبر الضرر ماديا كان أو معنويا⁽²⁾.

ولذلك، إذا إدعى شخص أن ضرا أصابه بأذى في كرامته أو إعتباره
وثبت ذلك لمحكمة الموضوع فلا يحق لها أن ترفض دعوى التعويض بحجة
أن الضرر المعنوي لا يكفي وحده للحكم بالتعويض لأن هذا الحكم يكون
معيا قابلا للنقض باعتبار أن المستقر عليه فقها وقضاء لدى جمهرة رجال
القانون هو أن الضرر المعنوي والضرر المادي سيان في إيجاب التعويض.

وإذا كان تقدير التعويض يدخل في سلطة قاضي الموضوع فهذا لا يعني
أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقا لرقابة محكمة النقض إذ يجب على
القاضي أن يبين في حكمه عناصر الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض
حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة النقض مراقبة صحة تطبيق القواعد
المتعلقة بالتقدير.

وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بتاريخ 27 / 3 / 1952
بقولها : إن التعويض يقدر بقدر الضرر ولئن كان تقديره من المسائل الواقعية
التي يستقل بها قضاة الموضوع فأن تعيين العناصر المكونة للضرر قانونا والتي
يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها
محكمة النقض لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للواقع⁽³⁾.

(2)- ويقول الأستاذ أفني أن السلطة في تقدير التعويض تظهر جلية في المسؤولية التقصيرية أكثر مما تظهر في
المسؤولية العقدية سواء فيما يتعلق بتبرير تقدير التعويض أو بصدد البحث عن عناصر التقدير.

« Le Pouvoir Souverain du Juge dans l'appréciation des indemnités - réparatrices ».

D. 1972 Chr. 7.

(3)- سليمان مرقس المسؤولية المدنية ص 374 نبذة 410.

فمناصر تقدير الضرر هي التي تدخل إذن في تقدير التعويض وهي مسألة قانون ويكون لمحكمة النقض سلطة التحقيق من أن القاضي لم يدخل في تقديره عناصر لا يجوز أن يشملها التعويض وأنه لم يستبعد منه عناصر كان يجب أن يشملها.

ومن ثمة فإذا تبين من خلال الوقائع التي أثبتتها حكم محكمة الموضوع أن طالب التعويض لم يصب بضرر محقق فإن الحكم له بالتعويض يكون معيياً قابلاً للنقض لأن الضرر المحقق وحده هو الذي يصلح أساساً للمسؤولية المدنية⁽⁴⁾ ومقياس التعويض « الضرر المباشر » الذي أحدثه الخطأ سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً وسواء كان متوقع أو غير متوقع وسواء كان حالاً أو مستقبلاً مادام محققاً.

والضرر المباشر كما وضعه القانون المدني الجزائري في المادة 182 هو الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ويرجع في ذلك إلى المعيار المعروف في القانون المدني الفرنسي وهو معيار الرجل العادي.

ويقول الأستاذ سليمان مرقس أن عنصري الضرر المادي طبقاً للمادة 221 م م هما ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ويقع عبء إثباتهما على الدائن حتى يستحق تعويضاً عن الضرر الذي أصابه⁽⁵⁾ فالضرر المباشر هو الذي يقدر التعويض على أساس ما حدث منه أما الضرر غير المباشر فلا محل لتعويضه لأن رابطة السببية تنعدم بينه وبين ما حدث من خطأ المسؤول وسواء في هذا أكانت المسؤولية عقدية أم كانت تقصيرية. أما إذا تحققت علاقة السببية بين ما وقع من ضرر وبين ما حدث من خطأ فإن المسؤول يلزم بالتعويض سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً.

(4)- مصطفى مرعي المسؤولية المدنية ص 403 م. س.

(5)- نبذة 409 م. س.

ويدخل في الحساب عند تقدير التعويض أن يكون الضرر متوقعاً إذا كان الضرر ناشئاً عن المسؤولية التقصيرية حيث يشمل التعويض كل ضرر مباشر متوقعاً كان هذا الضرر أو غير متوقع.

أما في المسؤولية العقدية فيقتصر التعويض على الضرر المتوقع⁽⁶⁾ ولكن قد يشمل التعويض الضرر غير المتوقع إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً.

ومن الجدير بالذكر أن التعويض يجب أن يكون مساوياً لما حدث من ضرر مباشراً ولا يخفض التعويض إلا في حالات الاشتراك في أحداثه، ففيها يجري خفض التعويض بما يقابل القدر الذي اشترك به المصاب كما لا يجوز أن يجاوز التعويض القدر اللازم لجبر الضرر⁽⁷⁾.

ويلاحظ أن المادة 131 م ج تقصد التعويض المباشر بقولها : « يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب ».

ومعيار تقدير التعويض في المسؤولية العقدية والتقصيرية هو ما لحق الدائن من ضرر وما فاتته من كسب وهو معيار قديم عرفه القانون الروماني ووضع له إصطلاحاً⁽⁸⁾.

وهذا هو المعيار المعول عليه في غالبية التشريعات الوضعية ومنها التشريع الجزائري الذي أخذ به في المادة 182 السالفة الذكر.

فالخسارة اللاحقة والكسب الفائت هما عنصران يجب على القاضي أن يدخلهما في حسابه عند تقدير تعويض الدائن عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

ويقول حسين وعبد الرحيم عامر أن هذين العنصرين لا تستأثر بهما

(6)- السنهوري م. س. نبد 647 ص 970 - 971.

(7)- حسين وعبد الرحيم عامر ص 537 و 538 م. س.

(8)- الخسارة اللاحقة *Perte subie damum emergens*

الكسب الفائت *Le gain dont il a été privé, Lucrum Cessans*

المسؤولية العقدية بل أن رعايتهما تكون أيضًا في المسؤولية التقصيرية على أساس ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب كما في حالة المصاب في حادث فله أن يعرض عما أصابه في جسمه من ضرر وألم وما بذل من مال في سبيل علاجه وهذا كله يتضمنه ما لحقه من خسارة كما أن لهذا المصاب أن يعرض عن الكسب الذي ضاع عليه وعاق دونه وقوع الحادث له وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 يناير 1926⁽⁹⁾.

أما سليمان مرقس وفيالار⁽¹⁰⁾ فيقولان أن عنصري الخسارة اللاحقة والكسب هما العنصران التقليديان اللذان يقدر على أساسهما التعويض عن الأضرار المادية دون الأضرار المعنوية.

ويقول الأستاذ سليمان مرقس أن الضرر المعنوي لا يعتبر خسارة مالية ولا فوات ربح مالي ولذلك يعتبر عنصرًا متميزًا ويقدر القاضي لتعويضه المبلغ الذي يراه ملائمًا وكافيًا لا عطاء المضرور ترضية مناسبة⁽¹¹⁾.

أما ما ذهب إليه الأستاذ Vialard من أن صياغة المادة 182 تبدو عائقًا لتعويض الضرر المعنوي، فيرد إلى سكوت المشرع الجزائري عن النص على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي على غرار ما هو معمول به في التشريعات الحديثة ومهما قيل بهذا الصدد فإن الفقه الحديث والقضاء كما رأينا بصدد بحث مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي قد عزا عن كافة النظريات السلبية التي تنادي برفض تعويض هذا النوع من الضرر واستقرا على أن التعويض المالي إذا كان لا يمحو الضرر المعنوي فإنه يعطي المضرور ترضية تخفف عنه ذلك الضرر وإن صعوبة تقدير التعويض وتقويمه لا يجوز أن تكون سببًا في عدم تعويضه لأن العدالة والمثل العليا تأبى أن يفلت المتسبب في الضرر من كل جزاء لمجرد أن الضرر معنوي وتفاديًا لذلك قلنا بوجوب النص

(9)- دالليز الاسبرجي 1936 - 245 مشار إليه في مؤلف الاساتذة حسين وعبد الرحيم عامر ص 538 م. س.

(10)- سليمان مرقس فقرة 620 م. س والأستاذ Antoine, Vialard 163 م. س.

(11)- وهذا ما يتفق في اعتقادنا مع نظرية الترضية كهدف للتعويض. انظر المطلب الثاني من الفصل الثاني.

صراحة على تعويض الضرر المعنوي في القانون المدني الجزائري خاصة وأن المشرع الجزائري نص على ذلك صراحة في تقنين الاجراءات الجزائية وقانون العمل⁽¹²⁾ كما أن المحاكم الجزائرية تقضي بالتعويض عن الأضرار المعنوية. ويقول الاستاذ سليمان مرقس عن القضاء المصري الذي مر بهذه المرحلة قبل صدور التقنين المدني المصري الجديد أن المحاكم المصرية كانت تأخذ بنوع من التقتير في تقدير التعويض المالي عن الضرر المعنوي ولكن بالنص عليه في المادة 222 م م صراحة صار يتعين عليها أن تقدره تقديرًا كاملاً يكفل جبر الضرر⁽¹³⁾.

ونعتقد إزاء عدم النص القانوني في التقنين المدني الجزائري بضرورة وجوب تقدير التعويض عن الضرر المعنوي بما يراه القاضي كافيًا لجبر الضرر الذي أحدثه للغير دون تمييز بين أنواع الضرر وهو ما يتفق ومضمون الفقرة الأولى من المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري التي تقضي بسريان القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو فحواها.

المطلب الثالث - الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض.

من آثار دعوى المسؤولية المدنية صدور حكم نهائي بإلزام المسؤول بتعويض المضرور، وهذه النتيجة طبيعية وتترتب عليها في الحياة العملية أهمية تتمثل في الوقت الذي ينشأ فيه حق المضرور في التعويض، فهل ينشأ الحق في التعويض من تاريخ الحكم به ؟ أو أنه ينشأ من وقت وقوع الضرر ؟

هناك إذن وقتان يتصور الاعتداد بهما في تقويم الضرر وقت الحكم على المسؤول بالتعويض، ووقت وقوع الضرر، وقد نشأت بهذا الصدد نظريتان.

(12)- يراجع بهذا الصدد الفصل الثالث الخاص بالتطبيقات التشريعية والقضائية للضرر المعنوي خاصة موقف المشرع الجزائري من ذلك.

(13)- نبذة 349 ص 315 م. س.

ولمعرفة ما استقر عليه الأمر ينبغي التعرض لهاتين النظرتين كل على حدة.

أولاً : نشوء الحق في التعويض من تاريخ صدور الحكم ؟

من أنصار هذه النظرية الفقهاء مازو، وفي نظرهم أن الحكم بالتعويض منشئ له لا كاشف لأن الحق في التعويض يظل حقاً غير محدد المقدار فالحكم هو الذي يحدد مقدار التعويض، ولذلك وجب الاعتداد بجميع العناصر التي توجد وقت الحكم، ويضيف أنصار هذه النظرية أن المضرور يظل في انتظار صدور الحكم له بالتعويض، لكي يستبدل الأشياء ومن ثمة فإنه من العدل أن يقدر له ذلك وقت الحكم⁽¹⁴⁾ وتطبيقاً لهذه النظرية قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5 نوفمبر 1936⁽¹⁵⁾ بقولها أن حق المضرور في التعويض لا ينشأ إلا من تاريخ صدور الحكم، وأيدته في حكم آخر لها صدر بتاريخ 2 ديسمبر 1947 بقولها : إن الحق في التعويض عن الضرر في نطاق المسؤولية العقدية يولد من النطق بالحكم⁽¹⁶⁾.

ثانياً : نشوء الحق من وقت وقوع الضرر.

خلافًا للنظرية القائلة بنشوء الحق في التعويض من تاريخ صدور الحكم، يذهب أغلب شراح القانون إلى أنه يجب الاعتداد بوقت الضرر كتاريخ لنشوء الحق في التعويض، لأن المسؤولية إنما تترتب على ما وقع من ضرر، وأنه قبل أن يصاب الشخص بالضرر، لا يتصور نشوء حق له في التعويض عما لم يصبه، ولذلك فإن العبرة بتاريخ وقوع الضرر والحكم ليس إلا مقررًا لحق التعويض لا منشأ له⁽¹⁷⁾ كما يزعم أنصار النظرية القائلة بأن

(14)- مشار إلى ذلك في مؤلف الاستاذ عبد الحي حجازي ص 130 م. س.

(15) - D.H. 1936. 585.

(16) Comm. Ripert. D.H.1948. J.577.

(17)- من هذا الرأي غالبية الفقه انظر السنهوري في الوسيط ص 961 نبذة 638، حجازي ص 129قرة 749

حسين وعبد الرجم عامر ص 522 نبذة 687 م. س.

الحكم هو مصدر الحق في التعويض، وقد قضت محكمة بوربدو الفرنسية في هذا المعنى بتاريخ 21 مايو 1947⁽¹⁸⁾ بأن حكم القاضي لا يعتبر سوى مقررًا لحق المضرور في التعويض، إذ أن هذا الحق ينشأ من وقت حدوث الفعل الضار، وكذلك قالت محكمة «السين» في 16 جويلية 1947 أن الحق في التعويض يولد وقت الاعتداء على المصلحة المشروعة للضحية⁽¹⁹⁾.

وإذا كان هذا الحكم يسري على المسؤولية التقصيرية فإنه يسري من باب أولى على المسؤولية العقدية وهو الرأي الذي استقر عليه أغلب الفقه الفرنسي، ومنهم الأساتذة بلانيول وريبير واسمان وتالار⁽²⁰⁾.

فمصدر الحق في التعويض إذن حسب الرأي المستقر عليه ينشأ من العمل غير المشروع الذي أتاه المسؤول فرتب في ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام أركان المسؤولية المدنية الثلاثة، ويقول الأستاذ السنهوري إذا أردنا التحديد فمن وقت وقوع الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ⁽²¹⁾ وذلك استنادًا إلى قاعدة لا مسؤولية بدون ضرر.

وإذا كان هذا الرأي مستقرًا عليه في فرنسا، فإن القضاء في مصر غير مستقر على رأي من وزارة يقضي بأن حق المضرور في التعويض يترتب من وقت وقوع الفعل غير المشروع ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ 24 مايو 1945 وزارة يقضي بأن حق المضرور في التعويض ينشأ من يوم الحكم وهو المبدأ الذي قضت به محكمة استئناف مصر في 17 أبريل 1913⁽²²⁾.

ومن الجدير بالذكر أن هناك رأيًا وسطًا قالت به الأستاذة لوسين ريبير في رسالتها لسنة 1933، وأخذ به الفقيه لالو في مطوله المسؤولية ينادي بالتمييز بين الالتزام بتعويض الضرر، وبين الالتزام بدفع التعويض، فالالتزام

(18) - Trib. Bordeaux. 21.05.1947. G.P. 1947. 2. 190.

(19) - Trib. Seine. 16.07.1947. DALLOZ. 1947. J. 470.

(20) - مشار إليه في مؤلف، حسين وعبد الرحيم عامر ص 521 م. س.

(21) - السنهوري ص 961 م. س.

(22) - المجموعة الرسمية السنة 14 صحيفة 206 رقم 107، حسين وعبد الرحيم عامر فقرة 584 م. س.

بتعويض الضرر ينشأ في وقت حدوث الضرر وهو حق يخلف الورثة فيه مورثهم بعد موته ولكن تعويض هذا الضرر يتحول إلى التزام بدفع تعويض وقت الحكم، ولذلك يجب الاعتداد بهذا الوقت في تقدير مبلغ التعويض، فيجب إذن أن يعتد بالتطورات التي تكون قد حدثت منذ وقت الضرر.

الفصل الثاني

الأشخاص المستحقون للتعويض عن الضرر المعنوي

المطلب الأول : رابطة القرابة الطبيعية

المبدأ القانوني : يعتبر التعويض جزءاً من تركة القاتل ، ويوزع على الورثة وفقاً لأنصبتهم الأثرية⁽¹⁾.

ويتفرغ عن هذا المبدأ عنصران ، أحدهما يتعلق بالتعويض عن الضرر المادي ، والآخر يتعلق بالضرر المعنوي.

وبالنسبة للنوع الأول يكون التعويض عن الضرر الذي أصاب الإنسان في جسمه ويشل من قدرته الانتاجية ، ويتمثل في الخسارة التي لحقت المضرور، وفي المكسب الذي ضاع عليه ، أي في الخسارة الواقعة والربح المنتظر.

أما النوع الثاني فهو التعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيب الإنسان في شعوره ويتمثل في الألم الذي حل وفي المتعة التي فانت. والذي يهمننا بهذا الصدد هم المستحقون للتعويض عن هذه الأضرار، وخاصة الضرر المعنوي.

أولاً : فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المادي :

يلاحظ أن التعويض عن الضرر المادي المتمثل في الإخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية(*) المصلحة المالية إما أن تكون حقاً أو مجرد مصلحة مالية ، لم يثر أي شك قط في أنه حق مالي مثل سائر حقوق الدائنية ، وكافة الحقوق المالية وبالتالي فالأجماع كان دائماً ، وما زال منعقداً دون أي شبهة أو تردد ، على أن الحق في التعويض عن الضرر المادي ينتقل إلى

(1)- أنظر مجلة القضاء العربية 1972 ، مقالة نشرت للاستاذ المحامي مكّي إبراهيم لطفى تحت عنوان « من يستحق التعويض عن القتل أو الورثة أم الأشخاص الذين كان يعولهم القاتل ».

الورثة دون قيد أو شرط، سواء كان المضرور قد حصل على حكم نهائي به قبل وفاته أو لم يكن، وسواء طالب به أو لم يطالب، طالما أنه لم ينزل عن حقه حال حياته ولم يبريء منه المسؤول عنه.

ويأخذ هذا الحق حكم سائر موجودات التركة، ويقسم بين الورثة، كل منهم حسب نصيبه الشرعي⁽²⁾ لأن التعويض المادي حق للمضرور ولورثته من بعده⁽³⁾ ونظرًا لكون الاعتداء على الحياة يعتبر إخلالاً بحق القتل في الحياة، لذا فهو ضرر، بل هو أبلغ الضرر، لأن الحياة أثمن ما يملكه الإنسان فينبغي تعويضه وهو المبدأ الذي قضت به محكمة النقض السورية بقولها : « إذا كان الضرر الذي يسبب المضرور هو الموت فإنه يجوز للوارث أن يطالب بالتعويض عنه بوصفه خلفًا للمضرور، وأن يقال بأن الموت هو ضرر مادي أصاب الميت. لأن الميت يفقد أثمن شيء مادي يملكه، وهي الحياة، وقد حاق به الضرر لا قبل الموت ولا بعد الموت، ولكن عند الموت، لأن الوفاة مهما كانت فورية فلا بد من انقضاء وقت ولو قصير جدًا بين الحادث والوفاة بشكل يسمح بنشوء الحق في المطالبة بالتعويض عنه في هذه الفترة، فينتقل إلى الورثة⁽⁴⁾ وهذا ما تطبقه بعض النصوص التشريعية العربية⁽⁵⁾.

(2)- مصطفى مرعي ص 153 المرجع السابق.

(3)- د. رزق الله الأنطاكي مقالة منشورة بمجلة «المحامون» أبريل 1964 عدد 1 دمشق تحت عنوان «مسؤول الفاعل تجاه الأزواج والأولاد في حالة وفاة المصاب».

(*) والمصلحة المالية إما أن تكون حقًا أو مجرد مصلحة مالية.

« وقد نصت المادة 127 من قانون الأسرة الجزائري - قانون 11.84 المؤرخ في 9/6/1984. على مايلي : يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القانون.

(4)- اجتهاد محكمة النقض السورية في حكمها المرقم (115) بتاريخ (8 فيفري 1959)، وهو الاجتهاد الذي استقر عليه الفقه أيضًا، أنظر بلانيول وريبير بند 658 جزء 6 وأنظر «مازو» ج 2 بند 1912، أنظر دالوز الاسبوعي مشار إليها في مقالة الاستاذ مكّي ابراهيم ص 89 م. س.

(5)- منها المادة 222 م. م. و223 م. س. 205 م. ع.

ثانيا : التعويض عن الضرر المعنوي :

خلافا للضرر المادي الذي يصيب الشخص في ماله « حق أو مصلحة » فإن الضرر المعنوي لا يمس المال ولكن يصيب مصلحة غير مالية. وقد كان للخلاف الذي أثير حول استحقاق المصاب تعويضا عنه أو عدم إستحقاقه أثر في قوة هذا الحق بعد أن اعترف به وفي جواز انتقاله إلى الورثة أو عدم إنتقاله.

فاعتبره بعض الفقهاء حقا شخصا بحتا مقصورا على المضرور لا ينتقل إلى ورثته⁽⁶⁾ وحجتهم في ذلك أن وفاة الضحية دون المطالبة بحق التعويض دليل على نزوله عنه، ومن ثم لا يجوز لغيره مباشرته، وسندهم في ذلك المادة (1166 م ف) التي تجيز للدائنين أن يقيموا باسم مدينهم الدعاوى التي تنشأ عن مشارطاته أو عن أي نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى المتصلة بشخصه خاصة⁽⁷⁾.

ومعنى هذا الشرط أن الحق في التعويض لا ينتقل إلى ورثة المجني عليه إلا إذا اتفق على مقداره أو رفعت الدعوى بالمطالبة به قبل وفاة المضرور فإذا مات المضرور قبل الاتفاق أو قبل رفع الدعوى فلا يحق لورثته المطالبة بأي تعويض معنوي، بل يقتصر حقهم على المطالبة بالتعويض المادي. وذهب فريق آخر من الشراح إلى القول بانتقال هذا الحق إلى الورثة دون اشتراط حصول المطالبة به حال حياة صاحبه ما دام هذا لم ينزل عنه، لأن وقوع الموت قبل المطالبة به لا يفيد النزول عنه وبخاصة أن النزول لايفترض وحتى مع التسليم بأن حق التعويض عن الضرر المعنوي حق متصل بشخص المجني عليه لا يجوز لغيره أن يباشره عنه حال

(6)- أنظر مراجع الفقه بهذا الصدد في مؤلف الأستاذ « مصطفى مرعي » ص 158، 159 هامش م. م.

(7)- قارن في هذا المعنى « ديموغ » ج، 4 نبذة 414 وانظر في القانون العراقي « حسن الذنون » ص 312 مصطفى مرعي ص 159 م. ج.

حياته، فإن ذلك لا ينفي عن هذا الحق صفته المالية ووجوده في ذمة صاحبه حال حياته وتخلفه عنه عند موته ضمن تركته وانتقاله بالتالي إلى ورثته⁽⁸⁾ هذا فضلا عن أن القول بأن حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي لا يدخل في ذمة المجني عليه إلا بعد المطالبة به، قول لا يتفق مع المبادئ العامة، إذ المسلم به أن الحق في التعويض سواء كان عن ضرر معنوي أو ضرر مادي ينشأ عن الفعل الضار من وقت حصول الضرر، ومن ثم يقول الأستاذ «مصطفى مرعي» أنه لا محل لتعليق نشوء الحق في التعويض عن الضرر المعنوي على حصول المطالبة به، بالإضافة إلى أن هذا التعليق لا يتفق مع المنطق لأنه إذا كان الحق لا يوجد ولا يدخل في الذمة المالية قبل المطالبة به، فإن هذه المطالبة ذاتها لا تجوز قبل وجود الحق المطالب به، وبالتالي فإن القول بذلك يؤدي إلى الدور في حلقات مفرغة، ويجعل نشوء الحق في التعويض عن الضرر المعنوي مستحيلا⁽⁹⁾.

ولذلك رأينا القضاء الفرنسي يتجه نحو تدعيم حق التعويض عن الضرر المعنوي، فقررت محكمة النقض الفرنسية ابتداء من سنة (1943) أن هذا الحق ينتقل إلى ورثة المجني عليه كما ينتقل اليهم حقه في التعويض عن الضرر المادي ما دام المجني لم ينزل عنه قبل وفاته⁽¹⁰⁾ وكانت محكمة النقض البلجيكية قد سبقتها إلى ذلك منذ سنة

(8). انظر في ذلك تعليق الأستاذ مصطفى مرعي على نفض جنائي 28 نوفمبر 1950 في مجلة التشريع والقضاء 4 - 137 - 13.

(9). أنظر المراجع الفقهية بهذا الصدد في مؤلف الأستاذ مصطفى مرعي م. س. ص 160 هامش.

(10). مصطفى مرعي : دروس في المسؤولية المدنية لطلبة الدكتوراه سنة 1954 ص 141 هامش (2) م. س. ص 160.

(1930) ويقول الأستاذ « رزق الله الانطاكي » أن بعض التشريعات اعتبرت - إلى جانب الضرر المعنوي قد يصيب المضرور، ولا يتقل إلى ورثته الشرعيين إلا إذا اتفق عليه أو رفعت الدعوى به قبل الوفاة - أن بعض أقرباء المجني عليه قد يصيبهم ضرر مباشر من الوفاة، وأن حقهم المطالبة بالتعويض « عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » وإن لم يجر الاتفاق على هذا التعويض، قبل الوفاة، أو تكن الدعوى للمطالبة به قد رفعت⁽¹¹⁾.

ويلاحظ أن التشريعات العربية التي نصت على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، وعلى انتقاله إلى الخلف، قد اختلفت بين موسع ومضيق بصدد مسألة تحديد الأقارب الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض.

فبالنسبة للمشرع المصري فقد سار في الاتجاه المضيق، إذ نص في المادة (222) على أنه : لا يجوز أن ينتقل إلى الغير الحق في التعويض عن الضرر المعنوي إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء، وهو الرأي الذي قلنا عنه أن القضاء الفرنسي والبلجيكي قبله كانا قد هجرناه، ولعل المشرع المصري يكون بذلك متأثراً بالفكرة التقليدية التي وقفت من مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي موقف المتردد، وهو الرأي الذي استقر الفقه والقضاء خاصة على رفضه رفضاً قاطعاً، إذ يسوى بين التعويض عن الضرر المعنوي والتعويض عن الضرر المادي من حيث وجوب انتقال الحق فيهما إلى ورثة المضرور دون قيد أو شرط⁽¹²⁾.

ويلاحظ أيضاً أن التقنيات، السوري (م 1/123) والكويتي (م 1/217) والليبي (1/225)، قد حذت حذو المشرع المصري في مذهب التقييد، وفي فقه هذا المذهب، تنحصر دائرة الأقارب الذين يحق لهم

(11)- رزق الله الأنطاكي (م. س. ص 3).

(12)- أنظر الأحكام القضائية المصرية السابق الإشارة إليها بصدد التطبيقات القضائية لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي/المطلب الثاني من الفصل الثاني / الباب الأول.

المطالبة بالتعويض في : الأزواج ، والأقارب ، إلى الدرجة الثانية ، أي يشمل الأحفاد ، والآباء ، والأجداد ، والأمهات ، والجندات والاخوة ، والأخوات⁽¹³⁾ .

ويشترط لحصولهم على التعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابهم ، أن يقوم كل من يطالب منهم بالتعويض باثبات صلة بالفقيد جعلته يتألم حقيقة لموته .

أما القانون العراقي ، فقد ذهب في التضييق إلى أبعد مما تقدم ، فأخذ بأخذ بالرأي الذي كانت المحاكم المختلطة في مصر قد انتهت إليه إذ نص في المادة (3/205) « على أن.... » لا ينتقل التعويض عن الضرر المعنوي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي ، أي أنه لم يكتف في انتقال الحق في التعويض عن الضرر المعنوي إلى ورثة المضرور بمجرد المطالبة القضائية من المضرور قبل موته ، بل اشترط فوق ذلك صدور الحكم النهائي في شأنه قبل موت المضرور⁽¹⁴⁾ .

ويلاحظ أن القانون العراقي استعمل عبارة « الغير » وكلمة الغير هنا أشمل وأوسع نطاقاً من عبارة « إلى الدرجة الثانية » التي استعملها المشرع السوري والمصري .

كما أن القانون الأردني التقى مع القانون العراقي في جواز التعويض عن الضرر المعنوي ، للأزواج والأقارب ، إذ نصت المادة (1/267) على

(13) - وتطبيقاً لذلك ، قضت محكمة النفقض السورية بتاريخ (31 ديسمبر 1959) ، أن من أثار المسؤولية ، التعويض عن الضرر المعنوي الذي أجاز المشرع الحكم به للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما انتابهم من ألم حقيقي من جراء موت المصاب وأن التعويض المادي وإن كان ينتقل إلى خلفاء المصاب من الورثة ، كل بقدر نصيبه في الإرث ، غير أن التعويض المعنوي الذي لم يطالب به المصاب أمام القضاء ، يبقى قاصراً على هؤلاء الأشخاص المعينين الذين يحق لهم المطالبة به على اعتباره حقاً شخصياً ، يعطى لكل منهم بنسبة ما انتابه من الغم والأسى والحزن .

(14) - أنظر ، عبد المجيد الحكيم في مصادر الالتزام ص. 3 سنة 1949 (ص 536) نبذة 874 ، مصطفى مرعي ص 163 م. س .

مايلي : ... ولا ينتقل الضمان عن الضرر المعنوي إلى الغير إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي.

وقالت المذكرة الايضاحية للقانون الأردني أن الحكمة من اشتراط الاتفاق أو الحكم القضائي النهائي لانتقال الحق في التعويض ، أن هذا الحق لا يصبح قيمة مالية تضاف إلى ذمة المضرور، وتنتقل إلى الورثة إلا إذا اتفق عليه أو حكم به.

ولذلك فاذا توفي من له الحق في التعويض عن الضرر المعنوي قبل الاتفاق عليه أو الحكم به ، فلا ينتقل حق المطالبة به إلى الورثة ، وهذا بعكس التعويض عن الضرر المادي الذي يعتبر قيمة مالية تضاف إلى ذمة المضرور بمجرد حصول الضرر الموجب للتعويض ولوقبل الحكم به أو الاتفاق عليه⁽¹⁵⁾.

غير أن التفرقة في التعويض عن الضرر المعنوي بين التعويض الشخصي الواجب لأقارب الضحية وبين ما يجب للمضرور نفسه من تعويض قبل وفاته ، في نظر شراح القانون المدني الأردني إلى الورثة الذين يحق لهم اقتضاؤه عن طريق الميراث⁽¹⁶⁾ ، والتعويض يكون عن الألم الذي يشعرون به بسبب موت المضرور، وهذه مسألة موضوعية يرجع تقديرها لقضاة الموضوع ويلاحظ أن القاضي لا يحق له أن يقضي بمبلغ مالي لأحد أصدقاء المتوفى على سبيل التعويض المعنوي، أما الأقارب فيحق لهم ذلك كما أسلفنا، ولكن بشرط تحديد مبلغ ذلك التعويض من قبل، بمقتضى اتفاق خاص أو بمقتضى حكم حاز قوة الشيء المقضي به.

أما القانون اللبناني فقد نص في المادة (2/134) على أن القاضي يمكنه أن ينظر بعين الاعتبار، إلى شأن المحبة إذا كان هناك ما يسوغها من صلة القربي الشرعية أو صلة الرحم⁽¹⁷⁾.

(15)- المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني ص 266 - 267.

(16)- الفقرة الثانية من المذكرة الايضاحية م. س.

(17)- خليل جريج ج 1، ص 125، شرح قانون الميراث والمقود اللبناني.

هذا ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد سكت عن هذه المسألة، كما فعل بالنسبة لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ذاته، دون تسوينج موقفه⁽¹⁸⁾. وهناك مسألة أخرى أثير الخلاف حولها، وهي مدى تأثير التعويض بسبب خطأ ارتكبه المضرور نفسه أدى إلى وفاته؟ وبعبارة أخرى هل يبقى الحق للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية طبقا للقانون السوري والمصري في مطالبة الفاعل بالتعويض الكامل عما أصابهم من ألم، من جراء موت المصاب، إذا أن سبب الوفاة خطأ المتوفي نفسه؟

كان موقف الفقه والقضاء مختلفا بصدد هذه المسألة، فبالنسبة « للقضاء » نلاحظ الخلاف الواضح بين محاكم الاستئناف وبين محكمة النقض.

فقضت الغرفة الجنائية المحكمة النقض الفرنسية بتاريخ (27 نوفمبر 1956)⁽¹⁹⁾ أن نسبة التعويض الذي يحق للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية، المطالبة به، يجب أن تتفق ومسؤولية الفاعل، فلا يستحق الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية « أي تعويض »، إذا كان الحدث الذي سبب الوفاة نتيجة خطأ من المضرور.

وهو المبدأ الذي كانت محكمة النقض الفرنسية (الغرفة الجنائية) قد أقرته بحكم سابق صدر عنها بتاريخ (14 ديسمبر 1938) غير أنها عادت ورجعت عنه بحكم أصدرته بتاريخ (21 فيفري 1957) وتأيد هذا الرجوع بالحكمين الصادرين عنها بتاريخ (26 ديسمبر 1960)، وبتاريخ (15 جوان 1961)⁽²⁰⁾.

وبنت محكمة النقض اجتهادها الأخير، على أن ارمل المتوفي عندما

(18)- فلم يتناول القانون المدني الجزائري في المادة (182) التعويض عن الضرر المعنوي كما فعلت باقي التشريعات العربية التي نصت على ذلك صراحة، يراجع بهذا الصدد موقف المشرع الجزائري من مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، المطلب الأول، الفصل الثالث.

- Dalloz. 1957, P.373. (19)

- Dalloz 1961, p.735. (20)

تطالب بالتعويض عما أصابها من ألم جراء موت زوجها لا تستعمل حقها كوارثة، بل تستعمل حقاً شخصياً ثابتاً، بالنسبة للمتوفي لا خلفاً له، ولا تكون بالتالي مسؤولة عن خطأ المتوفي « حيثيات قرار 20 ديسمبر 1960 ».

وقد أخذت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بهذا الاجتهاد الأخير بحكمين صدرتا عنها بتاريخ (30 جانفي 1964) جاء فيهما⁽²¹⁾ « إذا كان خلفاء المتوفي لا يحق لهم المطالبة بكامل التعويض إذا ثبتت مسؤولية المتوفي الجزئية، فالأمر يختلف إذا رفع هؤلاء الورثة الدعوى الشخصية للمطالبة بالتعويض عما أصابهم من ألم من جراء موت مورثهم، ففي هذه الحالة يعتبر الفاعل مسؤولاً تجاههم مسؤولية كاملة، لأن توزيع المسؤولية بسبب الخطأ المشترك لا يكون إلا بين المسؤولين، ولا تأثير له على طبيعة ومدى التزامات هؤلاء تجاه الغير.

غير أن المحاكم الابتدائية، ومحاكم الاستئناف في فرنسا، لم تأخذ بالاجتهاد الأخير لمحكمة النقض، ونرى هذه المحاكم أن مسؤولية المتوفي ذات أثر في مدى تحديد نسبة التعويض فيما يتعلق بزوجه، وأولاده، عندما يستعملون حقهم الشخصي في المطالبة⁽²²⁾.

وقد لاحظ الأستاذ، « الأنطاكي » في مقالته المذكورة آنفاً، أن الاجتهاد الفقهي، يناهض الاجتهاد الأخير لمحكمة النقض الفرنسية⁽²³⁾.

(21) - Dalloz 1964, p. 451.

(22) - بهذا المعنى، استئناف « بو » 19 ماي 1958، دالوز 1959 الموجز ص 9.

استئناف « بوزانسون » 24 مارس 1962 جريدة قصر العدل السورية 192، 2، 417.

استئناف « باريس » 10 أبريل 1962 جريدة قصر العدل السورية 1962، 1، 276.

استئناف « باريس » 31 أكتوبر 1963 دالوز 1964، 242.

بداية « 7 ماي 1962 جريدة قصر العدل، 1962، 1، 276.

استئناف « دوية » 14 فيفري 1962 جريدة قصر العدل السورية 1962، 1، 276.

(23) - ومنهم الاساتذة سافانيه، موسوعة المسؤولية المدنية جزء 2 رقم 539 مايه مثال « دورو » في مجلة القانون

نمدي العام (1944) (ص 155) مورييس، دالوز (1962) ص 13، بصدد هذه المراجع مقالة الاساتذ،

« الأنطاكي » (ص 4) م. س.

وخلافا لذلك يأخذ الأستاذ « عبد الرزاق السنهوري » باجتهاد محكمة النقض الأخير، بقوله : « إذا كان للمدعى عليه أن يحتج بخطأ المضرور...، كان له أيضا أن يحتج بهذا الخطأ على ورثة المضرور، فإذا كان المضرور قد اخطأ وكان خطأه سببا في وقوع الحادث الذي انتهى بموته، كان للمدعى عليه أن يحتج بخطأ المضرور على ورثته⁽²⁴⁾ ».

المطلب الثاني : الروابط الأخرى

قد يحدث في العديد من الحالات، أن يتقدم بعض الأشخاص بدعوى التعويض عن الأضرار المعنوية التي تصيبهم بسبب وفاة شخص عزيز عليهم دون تربطهم بالضحية أية رابطة قانونية.

ومن هؤلاء الأشخاص :

« الخلية، والخطيبة، والابن الطبيعي غير الشرعي » ولمعرفة ما استقر عليه القضاء وأخذ به التشريع، وموقف الفقه بهذا الصدد، يتعين التعويض لكل حالة على حدة.

أولا : حق التعويض للخليلات⁽²⁵⁾

هل للخليلة الحق في التعويض عن الأضرار المعنوية غير المباشرة التي تلحقها بسبب وفاة خليلها، على غرار أقارب الضحية الذين لهم الحق في التعويض عن ذلك ؟

هذه المسألة فرضت نفسها منذ أمد بعيد على القضاء في شكل طلبات عديدة للحصول على التعويض.

(24) - (- السنهوري - الوسيط ج 1، ص 881، نبذة 2.

(25) - يلاحظ أن الفقه العربي يستعمل عادة « العلاقة غير المشروعية » للتعبير عن فكرة Concubinage المعروفة لدى بعض المجتمعات الغربية كبديل حقيقي للزواج، كما يطلق عليها تسمية « المخادنة » لدى بعض المجتمعات العربية القديمة، وتستعمل في الأوساط الدينية كثيرا، وهي تشمل المعاشرة الحرة Lunio Libre والاختلاط الفعلي، ومختلف هذه التعابير تنطبق على حالة واحدة تتعلق بشخصين يعيشان كزوجين دون أن يجمع بينهما الرباط الزوجي الشرعي ويعلمان بأنهما ليسا زوجين.

ونظرا لأهمية هذا الموضوع الذي يستحق في نظري بحثا مستقلا بذاته، فإنني اتناوله من جانب التطور القضائي بصدد - وما وصل اليه التشريع والفقه في هذه المسألة.

(أ) تطور القضاء بصدد التعويض عن الضرر الذي يصيب الخلية.

كان القضاء في أول الأمر غير مستقر على قبول دعوى التعويض التي تتقدم بها الخلية عن الأضرار بصفة عامة، وذلك نظرا لاتصافها بالعرضية ومخالفتها للأخلاق والآداب العامة، وللتائج التي قد تترتب عليها⁽¹⁾.

ولم تتغير نظرتة هذه، إلا بعد صدور تشريعات خاصة لمواجهة ظروف الحرب العالمية الأولى وما تترتب عنها من مشاكل عديدة، ومنها، مشكلة الأضرار التي أصابت الخلايا من جراء فقدهن لأخلاتهن في الجبهة، أو قتلهم أثناء مناورات عدوانية، مما دعا المشرع تحت تأثير الاعتبارات الانسانية، والظروف المعنوية غير العادية لتلك الفترة إلى أن يقر في هذه التشريعات حق التعويض للخلايات.

ومن هنا راح القضاء يستجيب لطلبات التعويض المقدمة من طرف الأخلاء، استنادا إلى هذه التبريرات التشريعية، غير أن تطبيق ذلك، كان يختلف من قاض إلى آخر، ففي حكم صدر من مجلس « ليون » لم يتردد المجلس في ذكر عبارات أوردها منشور لحافظ الاختام، حول تطبيق المادة (20) من قانون (9 مارس 1919) المتعلقة بالأخلاء، من أنه « لايجوز أن يستفيد من الأحكام الواردة في هذا القانون، إلا الأشخاص الذين يصلحون حياتهم ويشتون أنهم أهل لها⁽²⁾ ».

ولم يصل القضاء إلى اقرار مبدأ التعويض للخلايات إلا بعد تردد

(1) - Crim, 2. 05. 1929. 2. 100.

(2) - Jug. du 12. 03. 1936. D. H. 1936. 276.

طويل، وهذا ما سوف نتعرض له في هذا المطلب متبعين خطوات كل غرفة على حدة.

(1) القضاء الجنائي :

كان القضاء الجنائي منذ عام (1863) يعرض عن الأضرار المادية التي تصيب الأشخاص مهما كانت طبيعة الفعل الضار، المعروض عنه، ومهما كانت العلاقة التي تربط الضحية بالمطالين بالتعويض، وذلك استنادا إلى عموم نص المادة (1382 م ف) التي تقضي بالتعويض لكل الأشخاص المصابين بالضرر من طرف الغير.

وهذا ما جاء في حكم الغرفة الجنائية لسنة (1926) إذ قضت بالتعويض عن الضرر المادي أصاب الخلية نتيجة وفاة خليلها التي عاشت معه طيلة (28 سنة)⁽³⁾.

لكن القضاء فيما بعد أصبح يشترط لقبول طلبات التعويض الا تكون المعاشرة « مقترنة بالزنا » وهو المبدأ الذي طبقته محكمة « رانس بتاريخ (26 مايو 1926)⁽⁴⁾، كما حاولت بعض المحاكم أن تفرق في أعقاب هذه الفترة، بين رابطة الفراش، ورابطة الحياة، وكانت ترى في رابطة الفراش، أنها رابطة عرضية غير مستقرة، بينما رابطة الحياة قائمة على المعاشرة تحت سقف واحد، مما جعل بعض الجهات القضائية في فرنسا تقضي بالتعويض للأخلاء الذين يعيشون في اطار رابطة الحياة، دون رابطة الفراش⁽⁶⁾ والبعض الآخر منها يعرض عن كليهما، وهذا ما أخذت به الغرفة الجنائية بتاريخ (26/12/1929)، ناقضة الأحكام التي ترفض تعويض الخلية على أساس

(3) Cass. Crim. 26. 11. 1926. Damme Loppens. D. P. 1927. 1. 73. Note Lalou. -

(4) V. Rev. Trim. de droit Civil 1926. 1040. Note : Demogue. CF. J. Videl Comm. -

Sur L'arret de la chambre Mixte du 27.09.1970. S. J.

Tr. aix. 27.10.1930. Gaz. Pal. 1929. 1. 7. - (5)

أن معاشرتها لخليلها غير أخلاقية تتنافى والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها التنظيم العائلي القائم على الزواج.

وأعتبر نقض الغرفة الجنائية هذا بمثابة انتصار لمؤيدي نظرية منح الخلية الحق في التعويض عن الأضرار التي تصيبها عن وفاة خليلها⁽⁶⁾.

إلا أن الغرفة الجنائية لم تستقر على مبدأ التعويض دون قيد أو شرط، بل اشترطت أن يكون للأخلاء مصلحة في ذلك، ولكنها من جهة أخرى، وسعت من نطاق التعويض يشمل الضرر العاطفي إلى جانب الضرر المادي⁽⁷⁾.

غير أن الغرفة الجنائية بعد أن قيدت التعويض بشرط المصلحة، عادت في حكم صدر عام (1930) فرفضت بموجبه التعويض للخليلة، بحجة انعدام « الضرر الثابت » وثبوت الضرر مسألة واقع متروكة للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

وقد أكد القضاء الجنائي رفض تعويض الخلية في حكمين له بتاريخ (13 فيفري 1937) على أساس انعدام الضرر الثابت، وهو عدم استمرار الاعانات التي كان يدفعها الخليل لخليلته⁽⁸⁾.

غير أن هذين الحكمين كانا موضع نقض، إذ اتصفا من حيث التعليل بالغموض وجاء في تسبيب حكم النقض، أن رفض التعويض للخليلة بحجة عدم التأكد من استمرار الاعانات، غير كاف، إذ كان على الحكمين أن يبحثا فيما إذا كانت الاعانة « دائمة وغير احتمالية ».

وأما في قضية « Cabassut » الشهيرة، فقد اشترطت الغرفة الجنائية أن يثبت المضرور طالب التعويض، ضررا مباشرا وحالا ومحققا، وألا يكون

(6) - Crim. 28.02. 1930. D. P. 1930. 1. 49. Note : Voirin.

(7) - V. décision, Cass. Crim. 1970. DP. 1930.

(8) - DP. 1938. 1. 5. 1^{er}. 2^{ème}, 3^{ème} espèce : Note : Savatier; Voir, également,

Doctrine, 1971. Jose Vidal Art. Pr. Page 2390. et, Jivord Th. Pr. Page 197.

هذا الضرر مترتباً عن توقف المساعدة التي كان الضحية يقدمها للمدعي، لأن تلك المساعدة لا تعتبر التزاماً قانونياً⁽⁹⁾.

ولكن ابتداء من سنة (1954) عدلت الغرفة الجنائية عن قضائها وأصبحت تعوض عن الضرر المادي والمعنوي بدون اشتراط وجود علاقة مشروعة بين طالب التعويض والمضروب، ومن ثم، فبعدما كانت تعوض الخطيئة، أصبحت تعوض الابن الطبيعي والأم المعيلة، والابن تحت الكفالة، وانتهت في الأخير باقرار حق التعويض للخليلة⁽¹⁰⁾.

(2) - القضاء المدني :

ظل القضاء المدني حتى سنة (1936) يعتبر المعاشرة الحرة، بغض النظر عن أشكالها وديمومتها مسألة واقع، لا تخول للأخلاء الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي قد تنجم عن إنهاء هذه المعاشرة.

وهو ما أكدته الغرفة المدنية في حكم لها صدر بتاريخ (1935/7/9) قضت فيه : « بأن المعاشرة الحرة بغض النظر عن مدتها، هي حالة عابرة غير مستقرة « Une Situation Précaire et Instable » خاضعة لإرادة طرفيها ومعرضة للانتهاء في أية لحظة بإرادة أحدهما، ومن ثم فإن المطالبة بالتعويض عن النتائج المترتبة على الانهاء لا تجد أي مبرر لها⁽¹¹⁾.

واستمرت الغرفة المدنية على قضائها هذا، الذي أيدته العديد من الجهات القضائية في أحكامها المختلفة ومن أهمها حكم (11 مارس 1936) الذي تضمن نفس المبدأ، وصيغ بنفس العبارات التي صيغ بها حكم (1935) السابق الإشارة إليه⁽¹²⁾.

(9) - وكان هذا الحكم قد رفض التعويض للابن الطبيعي. DH. 1937. 437. DP. 1938. 1. 5. 4ém. Espèce.

(10) - V. L'article pr. du Prof. José Videl. p. 2390.

(11) - R. Science Juridique, 1930. P. 529. Note : Sous Crim 28. 02. 1930.

(12) - Cité Par : Jivord, Th. Pr, Page; 195.

إلا أن الغرفة المدنية أصبحت في سنة (1937) تشترط لقبول دعوى الخلية أن يكون الضرر موضوع التعويض قد وقع على مصلحة مشروعة محمية قانوناً⁽¹³⁾ « Un intérêt Ligitime Juridiquement Protégé ».

وفي الحقيقة، هذا القيد الذي قالت به الغرفة المدنية ليس إلا إستمراراً لرفض تعويض الخليلات في شكل جديد، بدليل أن محكمة النقض الفرنسية قضت بتاريخ (27 جويلية 1937).⁽¹⁴⁾ بأن الخلية ليس لها الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المعنوية لأنها توجد في نظر القانون في ظل علاقة غير مشروعة لا يحميها القانون.

كما أن الغرفة المدنية كانت ترفض التعويض عن الأضرار المعنوية للخليلة إذا لم يكن يربطها بالضحية إلترام بالاعاله⁽¹⁵⁾.

(3) - القضاء الاداري : مجلس الدولة الفرنسي

كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض تعويض الخليلات، ويقضي خلافاً للغرفة الجنائية بأن إثبات المصلحة غير كاف للحصول على التعويض، بل يجب إثبات الحق المعتدى عليه « كحق الاعالة » وهو الحق الذي يقتصر في نظر القضاء على الأشخاص الذين تربطهم بالضحية علاقة تستند إلى حق⁽¹⁶⁾.

(13) Cité Par : Alex. Weille et F. Terre. Les Obligations. Op. Page 682. -

(14) Cité Par : Alex. Weille et F. Terre. Les Obligations. Op. Page 682. S. 608. -

(15) S. Juridique 1938. CF. P. 74. Cité par B. Delmas. Th. Pr. 74. -

(16) - Conseil d'Etat. 11.05.1928. Damm. Rucheton. DP. 1927.1.73. Note Lalou. -

- Conseil d'Etat 07.01.1937. Damm. Valary. Rec. lebon. p. 42.

- Conseil d'Etat 12.12.1930. Damm. Richter. DP. 1930.3.71. Note : Lalou 20 Mai

واستمر قضاء مجلس الدولة على هذا المبدأ منذ سنة (1926) إلى سنة (1951) عندما هجر صراحة فكرة الالتزام بالتغذية وأبدلها بموجب حكمه الشهير « بيرونجاز » بفكرة جديدة مؤداها أنه يتعين على المدعي في حالة انتفاء « علاقة الالتزام بالاغالة » نحو الضحية، أن يثبت أن موت أو عجز الضحية سبب له إزعاجاً خطيراً في حياته، بل أن مجلس الدولة الفرنسي، عدل نهائياً في أحكام عديدة له، عن علاقة الالتزام بالاغالة، التي كان يشترطها للحكم بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي يطالب بها المضرور، إذ ثبت أنه قضى بالتعويض لطفل كانت تعوله الضحية، وإلى ابن خليل الضحية، بعدما كان ذلك إلى وقت قريب غير مسموح به، وأصبح المعيار المعول عليه لدى مجلس الدولة الفرنسي هو « ثبوت وقوع الضرر المتعلق بظروف الحياة وظلت مسألة الخلية مطروحة باعتبارها حالة لا تشملها الحماية القانونية لعدم مشروعيتها⁽¹⁾ إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قضى في آخر خطوة له لصالح التعويض عن الضرر المعنوي في حكمه الشهير « لوتسيران » بتاريخ 24 نوفمبر 1962⁽²⁾.

يتضح لنا مما سبق أن القضاء في فرنسا كان يرفض في عموم مبدأ التعويض عن الأضرار المعنوية التي تصيب الخليل من جراء وفاة خليله، على أساس عدم مشروعية علاقاتهما وعدم إتفاقها مع مبادئ الأخلاق بغض النظر عن أشكالها ومدة بقائها قائمة بينهما، وهذا ما جاء في حكم محكمة « السين » الذي أكد الطابع العرضي للمعاشرة الحرة، وقضى برفض التعويض الخليله استمرت علاقتها بخليلها (6 سنوات)، وبأن هذه الفترة لا تقدم ضماناً كافياً لا استقرار علاقاتهما⁽³⁾.

(1) - V. jose-videl. Art; pr. page 3.

(2) - مشار إلى هذا الحكم في المطلب الثاني من الفصل الأول.

(3) - Cité par Starck : Les Obligations. Op.

وهكذا نجد أن القضاء رغم طول استمرار المعاشرة الحرة لا يجعل منها دليلاً على استقرار المعشرة.

وفي الوقت الذي كان فيه الخلاف محتدماً بين قضاء الغرفة المدنية الثانية، والغرفة الجنائية حول مسألة تعويض الأخلاء، ومعطيات التعويض، « جاء » الحكم الشهير الصادر بتاريخ (27 فيفري 1970) ليضع حدًا لهذا الخلاف، فأدان موقف الغرفة المدنية متبنياً موقف الغرفة الجنائية، على أساس أن المادة (1382 م.ف) لا تشترط توافر « علاقة قانونية بين الضحية وطالب التعويض »⁽⁴⁾.

ولاحظ قضاة الموضوع أن العلاقة غير المشروعة تمنح الضمان والاستقرار، ولا تثير أي طابع جزائي⁽⁵⁾.

واستقر القضاء الفرنسي منذ ذلك الحين، على الحكم بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية للأخلاء، باعتبار أن معاشرتهم تتصف بالاستقرار والاستمرار⁽⁶⁾.

وكان لحكم الغرفة المختلطة لسنة (1970) السالف الذكر، أثر بالغ على الأحكام القضائية التي صدرت من جهات قضائية مختلفة، فيما بعد.

ففي سنة (1978)، نشرت مجلة القانون المدني الفرنسية، قضية خليل تقدم بدعوى التعويض عن خدمات خليلته بسبب الحادث الذي تعرضت له، وقد أيدت المحكمة العليا دعواه، باعتبار أن القوانين الاجتماعية تهدف

(4)- أنظر تفاصيل هذا الحكم في المجلة الأسبوعية القانونية 1971 فقرة 12 ص 2390 تعليق الاستاذ « جوزي فيدل » وحكم (1970) كان قد نقض حكماً صدر عن مجلس قضائي رفض دعوى التعويض التي تقدمت بها خليلته مات عنها خليلها بعد استمرار معاشرتهم (35 سنة) بدعوى أن علاقاتها بالخليل لا تعتبر علاقة حق...

(5)- والمقصود بالطابع الجزائي هنا، عدم اقتران المعاشرة القائمة بين الاخلاء بالزنا.
(6)- Jurisprudence, Française en matière de droit civil. Roger.Nerson Page 129, (6) personne et droit de famille.

إلى الاعتراف ببعض الحقوق للأشخاص الذين يعيشون في إطار المعاشرة الحرة، خاصة وأن هذين الخليلين عاشا معاً مدة (35 سنة)⁽⁷⁾.

بل أن المحكمة العليا الكندية أكدت حكماً قضى بالتعويض للمدعية التي كانت تعيش « في حالة انفصال جسماني » ولم يصدر حكم الطلاق بشأنها - ، « مع خليل لها متزوج. وبعد مرور ثلاث سنوات على معاشرتهم قام الخليل بوضع حد للمعاشرة مع خليلته، بطريقة مفاجئة وعنيفة، بعدما كان قد وعدها بالزواج بمجرد إنحلال زواجه الأول ».

وقد استندت المحكمة العليا في قرارها المؤيد لدعوى تعويض الخلية على الأدلة الكتابية، والاقرار الجزئي والسلوك العام للخليل رافضة فكرة الوعد بالزواج بين أشخاص لا يزالون متزوجين قانوناً، إذ اعتبرته باطلاً لمخالفته للنظام العام مشددة على سوء نية الخليل الذي راود المدعية على العيش معه في كنف المعاشرة الحرة على أمل الزواج بها. بالإضافة إلى تدخله في شؤونها الخاصة، ونصره في ممتلكاتها، كبيع منزلها وأثاثها وسيارتها.

وقد اعتبرت المحكمة مبلغ (7500 د) كافية كتعويض عن الضرر المادي ومبلغ (10,000 د) عن الضرر المعنوي المتمثل في الصدمة التي تلقتها عند قيام خليلها بوضع حد لمعاشرتهم⁽⁸⁾.

إن إستقرار القضاء على مبدأ التعويض عن الضرر المادي والمعنوي⁽⁹⁾ واكمه بروز تبار جديد يدعو إلى وضع قيود على حق الخلية في التعويض، تمثلت في شروط معينة نذكر منها مايلي :

- Revue Trim. de Droit Civil. 77 année. n° 1. 1978. V . Goulle, 1976. C.S. 1977.(7)
Voir, Supra. 8.

- Voir ; Rev. Dr. Civ, précitée, Supra, 9 droit de la Concubine. - (8)

- Traité théorique et pratique de la resp. civ. Henri et L.Mazeaud. A. Tunc 6^{ème} - (9)
édit. 1965. P.395. et, Supra. 327.

(ب) الشروط الواجب توافرها في الخليل للمطالبة بالتعويض

كان القضاء المدني يكتفي للحكم بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تصيب الخليل، بالبحث عما إذا كانت معاشرتهم تتصف بالاستقرار أولاً، والاستقرار مسألة موضوعية يعود تقديرها لقضاة الموضوع فمتى ثبت لهم توافرها قضوا بالتعويض ومتى انتفت فلا تعويض.

أما القضاء الجنائي فكان إلى وقت قريب يرفض التعويض للأشخاص الذين يعيشون في إطار المعاشرة الحرة، طالما ثبت أن علاقاتهم مقترنة بالزنا. وهذا ما يتضح لنا في القضية التالية :

« امرأة متروجة، غاب عنها زوجها أثناء الحرب الأهلية الإسبانية لفترة طويلة دون أن يعرف مصيره، فلجأت في سنة (1949) إلى العيش في ظل المعاشرة الحرة مع خليل لها، حتى مات في حادثة وقعت له فتقدمت الخلية بدعوى إلى القضاء طالبة التعويض عما لحقها من أضرار مادية ومعنوية.

غير أن القضاء لم يستجب لها بحجة أن الخلية عجزت عن تقديم ما يثبت وفاة زوجها الشرعي، الأمر الذي يتركها خاضعة لواجب الاخلاص المترتب على الزواج.

إلا أن هذا الحكم كان محل نقض لكونه يقوم على فكرة اقتران المعاشرة الحرة، بحالة الزنا، مع العلم بأن وجود الزوج بات أمراً غير مؤكد. وقد علق الأستاذ : « جون ديري » على حكم النقض بأنه انساني وعادل⁽¹⁰⁾.

ومنذ ذلك الحين لم يعد القضاء الجنائي يتمسك بشرط عدم اقتران المعاشرة الحرة بحالة الزنا، وأصبح من حق الزوجة التي يغيب عنها زوجها دون أن يعرف مصيره، الحق في المعاشرة الحرة قصد إعادة بناء حياتها في بيت مستقر.

(10).- أنظر الحكم والتعليق منشوران في المجلة القانونية (القانون المدني) لسنة 1977 ص 325.

فالا استقرار إذن شرط في نظر القضاء لامكانية المطالبة بالتعويض لذلك تستبعد العلاقات الجنسية العابرة من مجال التعويض لكونها علاقات لا أخلاقية الهدف منها إشباع نزوات عابرة⁽¹¹⁾.

إن مؤيدي مبدأ تعويض الأخلاء، يرجعون إنتشار أشكال المعاشرة الحرة إلى إخلاص الأخلاء في توادهم، وامتثالهم لنفس واجبات الأزواج الشرعيين، الأمر الذي يضيف على علاقاتهم طابع الاستقرار.

وقد كان لهذا الرأي أثره على بعض التشريعات، ومنها القانون الكندي الذي يسوي بين الأخلاء والأزواج الشرعيين⁽¹²⁾ ويمنح الخليلات حقوقاً عديدة مبالغاً فيها، كالا جهاز، والتصرف في أجسامهن كيف شئن⁽¹³⁾.

وخلافاً للقضية الأولى، وقف القضاء في قضية « Mercier » موقفاً آخر، إذ إعتبر دخول شخصين في معاشرة بعد انفصالهما الجسماني المصرح به قانوناً، لا يعد غير مشروع ولا مقترن بالزنا، إذ أن المرأة الخلية غير المرتبطة ببيتها الزوجي، يضيف على معاشرتها طابع الاستقرار.

وهكذا وسع القضاء المدني خاصة، دائرة حقوق الأخلاء في التعويض مخالفاً بذلك قضاء الغرفة الجنائية الذي كان يشترط عدم اقتران المعاشرة الحرة بالزنا⁽¹⁴⁾.

وقد ساير المشرع الفرنسي التطور القضائي، إذ أصدر بتاريخ (11 مارس 1975) قانوناً ألغى بموجبه « جنحة الزنا » التي كانت تعتبر قيداً على طلبات

(11) - Mazeaud. et Tunc. Op. page 379. Supra 279K1.

(12) - Rev. Trim. Droit Civil. 77n°. 1/78. Therren. V. Gourrille. 1976 / 77.

(13) - V. également l'affaire de la pergola « Enfant disparu » publiée par le Journal

« Le Monde » CF. Le Monde du 29.01.1981. p. 30. وقد مثل

- بسبب هذه القضية - أمام القضاء ستة أطباء بتهمة قتل جنين، وهذا خلافاً لما هو مستقر عليه في كندا.

(14) - حكم الغرفة الجنائية بتاريخ (5 فيفري 1969) الذي رفض لخليلة تقدمت بدعوى التعويض عن الضرر الذي أصابها بعد وفاة خليلها الذي عاشت معه لمدة تزيد على (20 سنة) علماً بأن الخلية كانت منفصلة جسمانياً.

Voir : La Revue du droit Civil, 1974. p. 414. DP.

تعويض الأخلاء عن الأضرار المادية والمعنوية التي تصيبهم، وأصبح يحكم لهم بالتعويض حتى ولو كانوا غير منفصلين جسمانيًا ولهم علاقات غير مشروعة ومقترنة بالزنا، وهذا ما قضت به الغرفة الجنائية بتاريخ (19 جوان 1975)⁽¹⁵⁾.

يتضح لنا مما تقدم أن شرط عدم إقتران المعاشرة بالزنا لم يعد عائقًا لقبول دعوى الخلية خاصة أمام الغرف الجنائية، فيكفي إثبات الضرر للحصول على التعويض، وهذا الشرط لا ينطبق على المعاشرة العابرة، كالعلاقات الجنسية التي تهدف إلى إشباع نزوات عابرة، وإنما يشمل المعاشرات المستقرة فقط، ومسألة تقدير ما إذا كانت هذه المعاشرة عابرة أو مستقرة، مسألة موضوعية يرجع تقديرها لقضاة الموضوع.

وإذا كانت المجتمعات الغربية تقر مثل هذه العلاقات الحرة دون استنكاره، فإن المجتمعات العربية الإسلامية لا تقر مثل هذه المعاشرات، لخطورتها على العلاقات الشريفة، وتأثيرها على المقومات الأساسية لأنظمة هذه المجتمعات، التي تولي أهمية كبرى للمرأة الأم، وتربط حياة أبنائها بمعاملتهم لها، كما أن الشريعة الإسلامية تشترط أن تكون هذه المعاملة والتجاوب أساسًا سليمًا لا عوج فيه ولا شذوذ ولا عقد نفسية، وهذا لا يتم إلا إذا كانت الأم في حياتها الزوجية في حال إرتياح نفسي بعيد عن القلق والاضطراب.

ولما كانت المخادنة تتصف بالاضطراب وعدم الاستقرار والطمأنينة، فإن

(15)- المجلة القانونية (القانون المدني) (م. س. ص 704) ويلاحظ أن المقصود بـ « الزنا » في « القانون » ليس معناه - كما يدل عليه لفظه، أو كما عرفته « الشريعة الإسلامية »، وطء في غير حلال « وإنما معناه هو خيانة العلاقة الزوجية، فهو لا يقع إلا من رجل متزوج، إذا ارتكب الجريمة في منزل الزوجية أو من امرأة متزوجة. (منقول عن د. عبد الخالق النواوي « جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - منشورات المكتبة العصرية. صيدا بيروت 73.

فقهاء الشريعة الاسلامية ورجال التربية⁽¹⁶⁾ ينظرون بنظرة إشمئزاز إلى كل علاقة جنسية غير مشروعة تخوفاً من أثارها الوخيمة على نظام العلاقات الجنسية المشروعة وما قد يترتب على كل علاقة غير مشروعة خاصة وأن مثل هذه العلاقات إلى جانب كونها لأخلاقية تعتبر غير مستقرة ويأبأها النظام العام في المجتمعات العربية الاسلامية.

إن الاسلام توسع في نظام الزواج وشرح عناصره الأساسية التي تستوعب كافة الأشكال المختلفة للعلاقات الجنسية المعروفة في المجتمعات الغربية بعد تصحيحها شرعاً، كنظام تعدد الزوجات حتى الأربعة، كحد أقصى باعتباره وسيلة يلجأ إليها عند الضرورة، مع مراعاة شروط معينة.*.

إن تعدد الخليلات هو البديل في رأي الغربيين لتعدد الزوجات عند المسلمين، ولا تخفى على باحث آثار كلا النظامين من الناحية الاجتماعية، والاخلاقية والقانونية، وهذا موضوع آخر يستحق بحثاً مستقلاً بذاته.

وقد عالج الاسلام هذه المسائل، فبدلاً من البحث في مسألة تعويض الأخلاء، ومن هم في حكمهم، حث الانسان على تحمل مسؤوليته الشريفة بقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين »⁽¹⁷⁾ وغاية الاسلام من ذلك تهذيب النفس ووقايتها من شر الانحراف والميل، حفاظاً على العلاقات الشريفة التي يعتبر الزواج أصلها، كما عمل القرآن أيضاً على الحث على الزواج بالنساء بقوله

(16)- تراجع محاضرة د. محمد المبارك الاستاذ بكلية الشريعة الاسلامية، بجامعة الأردن، ملقاة في المؤتمر (13) للفكر الاسلامي بمدينة تمزاست سنة (1979).

* وقد جسد المشرع الجزائري ذلك في المادة 8 من قانون الأسرة المذكور آنفاً بقوله : يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، وينم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الفش بالتطبيق في حالة عدم الرضا.

(17)- الآية 24 من سورة النساء.

تعالى : (فانكحوهن بأذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ولا متخذات أخدان) ⁽¹⁸⁾.

ويرى الإمام الكبير « محمود شلتوت » أن السفاح والمخادنة هما رأسا البلاء الذي حل بالأمم الغربية ⁽¹⁹⁾.

(ج) موقف الفقه من مسألة تعويض الخليلات :

لوحظ في سنة (1930) تحرك فقهي مناهض لمبدأ قبول دعوى تعويض الخليلة التي تخلى عنها خليلها أو مات، وكان الفقه يستمد إلى الحالة العرضية التي تعتبر الركن الجوهري في العاشرة الحرة. وقد كان للتطور القضائي أثر جلي على الفقه الذي إنقسم فيما بعد حول هذه المسألة بين مؤيد ورافض.

ففي الوقت الذي قال فيه البعض برفض التعويضات في الحالات غير المشروعة للمعاشرة الحرة، نظرا لاتصافها بطابع لا أخلاقي، واعتبار الالتزامات المترتبة عليها باطلة ⁽²⁰⁾ طبقاً للمواد (6 و 1133 م ف) التي تنص على أنه : « يعد باطلاً كل اتفاق غير مشروع أو لا أخلاقي، أو يقوم على سبب غير مشروع أو لا أخلاقي » ⁽²¹⁾. قال البعض الآخر بأنه لا يمكن الحكم على المعاشرة الحرة بأنها غير مشروعة، لعدم وجود نصوص قانونية صريحة تحرم ذلك ⁽²²⁾، وهذا القول يؤيده واقع بعض المجتمعات الغربية، من ذلك ما أورده الأستاذ : « سيد قطب » تصريح أدلت به إحدى الفتايات الأمريكيات الطالبة بمعهد المعلمين بمدينة كولورادو، أثناء مناقشة حول الحياة الاجتماعية في أمريكا، بقولها : « إن مسألة العلاقات الجنسية مسألة بيولوجية ولا دخل

(18)- الآية 25 من سورة النساء.

(19)- الاسلام عقيدة وشرعة « محمود شلتوت » ط 15، 1980.

(20)- Capitant, dans la Cause dans les Obligations. P. 471. Planiol supra. 139 Ripert et Rouast. Tom II. n°75. CF. Jivord. Th. Pr. Page 209.

(21)- وهذا في نظرهم يشمل مختلف أشكال العلاقات غير المشروعة كالمعاشرة الحرة والمخادنة والابناء الطبيعيين.

(22)- Fr. Mazeaud et Tunc. Op. supra 279 / 1.

للعنصر الأخلاقي فيها « وأعطت أمثلة عن الحيوانات التي تزاول الاتصال الجنسي دون التفكير في مكانة الأخلاق، كما أن المجتمع الأمريكي لا يستنكر على إنسان أن يرضي لذته بالشكل الذي يروق له، طالما أنه ليس هناك إكراه، ومن ثم فلا جريمة⁽²³⁾ ».

كما حاول الأستاذ : « جيفور » البحث عن حل ملائم لمسألة تعويض الخليلة فقال : « يتعين علينا البحث عن قياس بين حالة إنهاء الخطبة، وإنهاء المعاشرة الحرة، باعتبارهما حالات واقع، وفي اعتقاده أن المسؤولية لا تترتب إلا في حالة الأنهاء من جانب واحد وبدون مبرر⁽²⁴⁾ ».

أما الأستاذ : « سفاتييه » فيرى أن إنهاء المعاشرة الحرة سواء عن طريق التخلي أو الإهمال لا تترتب عليه أية مسؤولية نظرًا لعدم وجود الخطأ، في مثل هذه الحالة، لأن إنهاء المعاشرة مترقب في أية لحظة بإرادة أطرافها⁽²⁵⁾.

وقد أيد الأستاذ « ديمون » : « هذا الرأي بقوله : إن الأشخاص الذين يعيشون في إطار المعاشرة الحرة لا يمكنهم المطالبة بالتعويض لانتفاء الرابطة القانونية بينهم، حتى لو كانوا من الأقارب البعيدين للضحية، إذ أن فكرة الالتزام الطبيعية بين الأخلاء مرفوضة فقهاً وقضاءً، بل أنه يجب رفض أي التزام حتى لو كان على سبيل الإعانة، لأن المعاشرة الحرة التي لا تتوج بالزواج تظل دليلاً قاطعاً لعدم الاستقرار⁽²⁶⁾ ».

كما أن هناك تياراً آخر يرفض التعويض عن الأضرار المعنوية والمادية التي تلحق الأخلاء، مستنداً في ذلك إلى فكرتين أساسيتين :

(23) - أمريكا التي رأيت، الأستاذ « سيد قطب » الإسلام ومشكلاته الحضارية ط 1968 ص 74.

(24) - Jivord Th. Pr. Page 192.

(25) - Savatier. Le droit, L'amour et la Liberté P. 116; n° 64.

(26) - Note Savatier. DP. 1938.1.5.1^{er}, 2^{ème}, 3^{ème} espèce. CF. P. 202 Th. Pr. Jivord.

1 - إنتفاء العلاقة القانونية بين الخليل و خليلته، من حيث الحقوق والواجبات واعتبار الاعانات التي يقدمها الخليل ل خليلته غير قانونية، ومن ثم فهي في حكم الهبة، يجوز لل خليل وقفها في أي وقت شاء.

2 - إن العلاقة غير المشروعة تعتبر أمراً واقعاً يتنافى والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها التنظيم العائلي القائم على الزواج، ومخالفاً لحسن الآداب والأخلاق، خاصة المعاشرة الحرة المقترنة بالزنا⁽¹⁾. ★

وعلى النقيض من ذلك راح فريق آخر من الفقه يتزعمه الأستاذ « اسمان » ينادي بفكرة القانون الأسمى الذي يقول بحرية المعاشرة بدون زواج، وينظر إلى مثل هذه العلاقات بعين التسامح، باعتبار أن المعاشرة الحرة تعطي للحياة معناها وقيمتها.

وقالوا بأن أعداء نظام المعاشرة الحرة ينطلقون من فكرة ضيقة جداً، تعود إلى العداء الذي يكنه رجال الكنيسة لهذا النظام، وإلى المكانة المقدسة التي توليها الكنيسة للزواج المشروع، وهذا الموقف في نظرهم يرمز إلى الجمود⁽²⁾.

كما أن الآنسة « فندامن » اعتبرت الأسباب المعنوية المثارة ضد المعاشرة الحرة ضيقة وغير مقنعة، وقالت بوجود التفرقة بين حالتين : حالة المعاشرة وحالة المشاركة في الحياة وأن النوع الأول هو الذي يتصف بالطابع اللاأخلاقي باعتباره علاقة عابرة وغير مشروعة أما النوع الثاني، أي الاتحاد في الحياة فمثله مثل الزواج تتصف بالاستقرار، فللخليلة مصلحة في بقاء هذه الوحدة، ومن ثم فلا يمكن أن تحرم امرأة من الاعانات التي كان خليلها

(1) - Bernard Delmas. Th. Pr. « Le Dommage Moral dans la Resp. dél. et quasi del » 1939, p.66.

★ ويلاحظ أن المادة 4 من . ق الأسرة الجزائري، عرف الزواج على أنه عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه : تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وأحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

- C.F.GIVORD. Th. Pr. P.206. (2)

يقدمها إليها⁽³⁾ لأن وحدة الحياة تنظيم قائم على الزواج، ولا ينقصه سوى إفراغه في قالب شكلي طبقاً لنص المادة 165 وما يليها من القانون المدني الفرنسي ولذلك فإن هذا النظام بمنأى عن نقد الأخلاقيين، بل إن قانون الأخلاق يلزم كل من يسبب بخطئه ضرراً للغير يلزم بالتعويض طبقاً لنص المادة 1982 م ف⁽⁴⁾.

ولكن رد الأستاذ « برنارد دي لماس » على ذلك بقوله، أن رابطة المعاشرة ومجرد إتحاد الفراش يعتبران علاقات غير مشروعة، لأن كافة العلاقات التي يوجد فيها الأخلاء والخطيبان، تظل في حالة المعاشرة الحرة، غير مشروعة لا ترقى إلى مرتبة الزواج.

وعليه فكل من يدخل في معاشرة حرة عليه أن يتوقع نهايتها في أية لحظة⁽⁵⁾.

إلا أن الأستاذ « ماري راينو »، وقف من فكرة الالتزام بالا عالة موقفاً آخر فاعتبره تحديداً لإصطناعياً في غير صالح منح الخلية الحق في التعويض وقال أن المسألة لا تعتبر مسألة حق وإنما مسألة واقع، فالألم أمر واقع يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار طالما أنه محقق، وهذا ما يؤيده العديد من المحاكم وتستقر على الحكم به⁽⁶⁾.

وعلى العكس من ذلك قال الأستاذ « دي لماس » بأنه لا يمكن إثارة الألم إلا إذا كان قد ترتب على إنهاء علاقة مشروعة، أما الألم الذي تدعيه الخلية فيمكن أن يكون صادقاً، ولكن لا ينبغي أن يوجد⁽⁷⁾.

أما الأساتذة « مازو » و« تونك »، فيرون في المعاشرة الحرة الإطار القانوني الذي يفرغ فيه الوثام القائم بين الأخلاء ولا يمكن أن تعتبر المعاشرة

– Gourd. V.Smar. 1976. CS. 1976. Rev. Trim. 1977. année n°1.1978. (3)

– B.Delmas. Th. Pr. Page 70. (4)

– Dans ce sens E.Morand. Lois Nouvelles. 1129.1.104.Givord Th. Pr. Page 206. (5)

– Ph. Le Tourneau RC. 1976. (6)

– B.Delmas. Th. Pr. Page 70. (7)

التي تقوم على هذا الأساس غير أخلاقية بل يمكن أن نقول بأنه خطأ قانوني فقط⁽⁸⁾، وإذا كان الزواج هو الاطار المشروع من الوجهة القانونية، فإن مسؤولية التحول إلى هذا الاطار تقع على المجتمع فيكون عليه أن يحول المعاشرة الحرة إلى زواج قانوني لأن الزواج القانوني يعتبر بمثابة النظام الضروري الواقعي للعلاقات الجنسية، وللأطفال والمجتمع نفسه⁽⁹⁾. ★.

نخلص مما تقدم إلى القول بأن مسألة تعويض الخليلات من المسائل التي فرضت نفسها على الفقه والقضاء والتشريع، منذ زمن بعيد، حاول كل من جانبه المساهمة في إيجاد حل ملائم لها بعد أن ظلت المعاشرة الحرة مجهولة من قبل المشرع في فرنسا، وقد اعتبرها الفقه والقضاء في بداية الأمر مسألة واقع فرضت نفسها في شكل دعاوي عديدة تقدم بها الإخلاء، وخاصة الخليلات منذ الحرب العالمية الأولى، ولذا رأينا أن الحلول المقدمة والأحكام الصادرة كانت متباينة في مجملها، نظرا لعدم وجود النص القانوني الصريح في هذا الصدد.

فمن الآراء من أيد منح الخليلة الحق في التعويض عن الأضرار المعنوية التي تسببها، بدافع انساني، ومنها من رفض ذلك على أساس عرضية المعاشرة الحرة وعدم مشروعيتها.

غير أن هذه الحقيقة لم تصمد أمام التيار القضائي المؤيد لدعوى الخليلة كما أن رفض الأخلاق للمعاشرة الحرة عرف تقلص باستمرار حتى اضمحل تماما في بعض الأوساط الغربية خاصة.

لذا رأينا بعض التشريعات الغربية، تسوى بين الأخلاء والأزواج. وكان لحكم الغرفة المختلطة لسنة (1970) الفضل في وضع حد للتردد الذي عاناه كل من القضاء والتشريع، حين قضى بالتعويض للخليلة أجبر

— Mazeaud et Tunc. Resp. Civ. P 380 edit. 66. (8)

— Mazeaud et Tunc. Resp. Civ. P. 380. edit. 66. (9)

★ وهو مارمت إلى تحقيقه المادة 4، من ق. أ. ج.

القضاة في فرنسا على الحكم بالتعويض بدافع الانصاف والعدالة، وأصبح يقال بأن المعاشرة الحرة لا تعتبر خطراً على النظام القانوني للعلاقات الزوجية وأنها غير مخالفة للنظام العام والآداب، لأنه ليس من العدالة رفض دعوى تعويض الخلية باسم الأخلاق وتركها تعيش في بؤس بعد فقد خليلها.

كما رأينا أن العائق الذي كان يقف في صالح تعويض الخليلات، كان يكمن في انصاف المعاشرة الحرة بالزنى، غير أن هذا العائق قد زال بصدر قانون (11 جويلية 1975) الذي ألغى جنحة الزنى « جنائيا »⁽¹⁰⁾ وأفسح بذلك للخليلات مجال المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقهم سواء بسبب وفاة الخليل بفعل الغير، أو عن انتهاء المعاشرة في ظروف غير ملائمة.

وإذا كان القضاء والتشريع والفقهاء الغربي مستقر على مبدأ تعويض الخليلات، فإن هذا المبدأ مرفوض لدى الدول العربية الإسلامية لاعتبارات دينية وخلقية واجتماعية وقانونية، نظرا لخطورة العلاقات غير المشروعة على النظام القانوني للزواج.

كما أننا نعتقد أن الاستكانة للعيش في ظل المعاشرة الحرة، هو تهرب من أعباء الحياة الزوجية المشروعة وتخلص من المسؤولية، وترجيح للعلاقات الحرة المجردة من كل قيم خلقية أو اجتماعية.

ثانيا : حق الخطيئة في التعويض*.

عملت المجتمعات منذ الازل على تنظيم العلاقات الانسانية وسن قوانين خاصة بها. وكان أن نالت علاقات الزوجية القسط الوافر من الأهمية، حتى أن عقد الزواج كان ينظر اليه نظرة مقدسة نظرا لآثاره ونتائجه، ولذلك

(10)- ملاحظة : ويلاحظ أن إلغاء جنحة الزنى « جنائيا » ليس له أية علاقة بالمسؤولية المدنية التي تترتب على الزنى الذي ما يزال معتبرا جنحة مدنية تبرر التطلق، ولا تأثير لهذا الإلغاء على اعتبار المعاشرة الحرة سببا صالحا أو غير صالح للمطالبة بالتعويض.

⚡ وقد عرفت المادة (5) ق أ ج الخطبة بقولها : وعد بالزواج ولكل من الطرفين المدول عنها.

رؤى التمهيدي له بمقدمة عرفت « بالخطبة » وهي وعد شرفي بالزواج يتبعه تبادل الهدايا، ومصحوب بأمور متنوعة تتعلق بمستقبل الخطيبين⁽¹¹⁾.

والخطبة تختلف باختلاف المحيط الاجتماعي الذي تتأثر بتقاليده وأعرافه وتلعب دورا هاما كمقدمة للزواج. فعرفتها الديانات، واعتبرها بنو اسرائيل عقدا شكليا لا يتم بمجرد التراضي⁽¹²⁾ ويجب تقديم الرمز كحق للخطبة في الزواج بحضور شاهدين مع استعمال صيغة معينة⁽¹³⁾.

اما القانون الكنسي فقد ميز ابتداءا من القرن 12 بين نوعين من الالتزامات المتعلقة بالزواج.

النوع الأول : يعتبر الخطبة كمقدمة للزواج الحال وكان هذا النوع في حكم الزواج ذاته ويكتمل بمجرد الدخول.

أما النوع الثاني : فكان ينظر إلى الخطبة على أنها مقدمة للزواج في المستقبل، وتظل قبل الدخول مجرد وعد متبادل يخضع لأحكام الخطبة ولا يرقى إلى درجة الزواج.

إلا أن هذه التفرقة ما لبثت أن زالت بقرار صادر عن مجمع الثلاثين قضى بوجوب افراغ الزواج في وثيقة رسمية يحررها كاهن من كهنة الكنيسة⁽¹⁴⁾. وقد اعتبرت الخطبة بعد هذا القرار غير كافية لتكوين الزواج، غير أن التقاليد السائدة آنذاك أبقت عليها باعتبارها مناسبة للعائلتين لإعلان الزواج أو معارضته إن كان هناك داع.

(11) J. Dupichot. des préjudices Préjudices réfléchis, né de l'atteinte à l'intégrité Corporelle. Paris 1969. P. 135.

(12) - نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الاسلام ص 44 عبد الرحمن الصابوني.

(13) - V. Raymond. Charles; « Le droit Musulman » P. 44.

(14) - أنظر موسوعة دالوز القانون المدني، امانيل فارجي، وجورج ريبارط 1954 ص 259 فقرة 1.

إن الخطبة لدى الكنسيين كانت عقدا صحيحا تترتب آثاره ويستلزم إبرام عقد الزواج، وهي التزام صحيح تؤيده دعوى قضائية - Action judiciaire.

إذ كان من حق الخطيب اجبار خطيبه الذي يخل بوعده الزواج، على تنفيذ وعده وتوقيع عقوبات دينية ومدنية عليه.

وكانت العقوبة الدينية تتمثل في تطبيق فكرة الحرمان من الغفران، بواسطة محكمة الأسقف، وهي وسيلة لدفع الخطيب العاصي إلى التراجع عن رفضه والوفاء بوعده.

وقد تطورت هذه الوسيلة المعنوية، منذ صدور القرارات الشهيرين عن البرلمان الفرنسي بتاريخ 3 جوان 1637 و 1 جوان 1638 فأصبح من حق مندوب الأسقف استدعاء الخطيب المخل بوعده، لتوبيخه باعتباره متعسفا في حقه، وحمله على التوبة والصلاة، وتقديم الحسنات كالصدقة.

أما العقوبة المدنية فكانت تتمثل في التعويض المالي بحكم به للخطيب المتضرر.

ولم يكن للأسقف أو مندوبه دور في هذا المجال إذ كان تقدير التعويض من اختصاص القاضي المدني.

أما الشريعة الإسلامية فكانت تنظر إلى الخطبة على أنها سنة مستحبة ومقدمة من مقدمات الزواج ومن ثم فهي وعد بالزواج وليست بعقد وإن تمت باتفاق الطرفين لأن الزواج أساسه الرضا والاختيار، فاذا أجبرنا الخطيبين على تتويج الخطبة بالزواج على أساس أن الخطبة عقد ملزم، فمعنى ذلك أننا نكره الزوجين على الاقتران بعقد الحياة دون إرادتهما⁽¹⁾ والمعروف أن

(1)- عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، أحكام الخطبة ص 44.

الاسلام لا يعتبر الفرد هو المحور الاساسي للقانون وانما عائلته⁽²⁾.

وخلافا لذلك كانت الخطبة مجهولة في القانون المدني الفرنسي وقد أثار اقرارها جدلاً كبيراً حول صلاحية الوعد بالزواج وتكييفه ؟ فبالنسبة للقضاء الفرنسي كان لا يميز بين الخطبة والعقد، فيكفي التراضي لتصبح عقد⁽³⁾ وعلى النقيض من ذلك كان القانون الفرنسي يعتبر الخطبة صورة للعقد الباطل لمخالفته للنظام العام، ذلك لأن الخطبة وعد متبادل بين طرفين على الزواج وتظل لكل منهما حرية العدول عن الخطبة دون الوقوع تحت طائلة المسؤولية العقدية، وهذا الحكم استقاه القانون الفرنسي من افكار القانون الكنسي كما رأينا، لأن العدول إذا كان مبرراً لا يترتب أية مسؤولية، كما في حالة انعدام التفاهم أو اختلاف الطباع أو تغير الشعور، أو جسامه الفارق في السن أو كانت الخطبة وعداً طائشاً بين المراهقين⁽⁴⁾.

ولكن هل يعني اقدام الخطيب على العدول عن الخطبة بمحض ارادته، بأن يكون بمنأى عن المسؤولية ؟

إن العدول عن الخطبة بدون مسوغ مقبول يترتب عنه ضرر موجب للتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، وهذا ما قضت به دائرة العرائض بتاريخ 16 جانفي 1877⁽⁵⁾ إذ اعتبرت العدول عن الخطبة أو الوعد بالزواج الذي يترتب عنه ضرر للغير موجبا للتعويض على أساس المواد 1382 م ف و 1383 م ف. وذلك لأن تأسيس دعوى التعويض على المادة 1382 م

— Raymond Charles. P. 41. Op. (2)

(3)- يوتيي « عقد الزواج » رقم 50 مشار إليه في مؤلف الاستاذ عبد الرحمن الصابوني ص 44 م.س.

(4)- محمود جمال الدين زكي مشكلات المسؤولية المدنية ص 1 ط 1978 ص 168.

(5) - DP. 1877.1.85.

ف أوسع من غيرها لأنها تقضي بالتعويض عن كل خطأ يلحق بالغير ضرراً حتى لو كان هناك وعد بالزواج.

إن الضرر الذي يصيب الخطيب بسبب العدول عن الخطبة بدون مبرر وبطريقة تعسفية، يجب اثباته، إذ لا تعويض عند عدم الضرر المعنوي والمادي ومعيار الخطأ في العدول عن الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج هو « السلوك المألوف للرجل العادي » فانحراف الخطيب عن هذا السلوك يوجب مساءلته مسؤولية تقصيرية⁽⁶⁾.

ويشترط القضاء لتطبيق المادة 1341 م ف حتى في حالة عدم الاغواء المقترن بإنهاء الوعد بالزواج، أن يقدم المدعي لقبول دعواه مبدأ ثبوت بالكتابة « Un Commencement de Preuve Par Ecrit » يثبت بواسطته وجود وعد بالزواج⁽⁷⁾ وتشترط محكمة النقض الفرنسية للحكم بالتعويض ثبوت الخطأ والظروف المكونة للانتهاء غير المبرر أو المسبب باعتبارات غير كافية⁽⁸⁾ كما يجب اثبات الضرر الذي لحق المضرور من جراء عدم تحقق الزواج، خاصة فيما يتعلق بالاضرار المعنوية⁽⁹⁾ ولتقدير هذه الاضرار يلجأ القضاء إلى اعتبارات معينة نذكر منها مثلاً مدة الخطبة، والدعاية التي يتم بها الانهاء⁽¹⁰⁾ وسلوك الخطيبين أثناء سير اجراءات الدعوى وعدم قيام الطرف الذي قام بالانتهاء باتخاذ الحيطة أو عدم اخطار الخطيبة أو عائلتها برغبته تلك⁽¹¹⁾.

(6)- الوسيط في شرح القانون المدني ج 1 ط 1 عبد الرزاق السنهوري.

(7)- D.M.Kauchansky. La Promesse de Mariage en droit Comparé. Rev.Crit. 1932.(7)
CF. Th. Pr. Jivord. Page 57.

(8)- Rennes. 18 / 07 / 1906. DP. 1907.2.7. Douai. 18 / 12 / 1923 Grenoble 13.11.1928.(8)
G.P. 1929.1.197. Agen. 4.07.1934. G. Trib. 4.6. Novembre 1934. CF. Jivord. Th. Page 58.

(9)- ناقص المرجع رقم 13.

(10)- Paris 4.06.1927. Gaz. Pal. 1927.2.457.Jivord Th. Pr. P 60. (10)

(11)- Montpellier. 24.03. 1927 DH. 1927.342. (11)

ويلاحظ أن القضاء الفرنسي يتوسع في مفهوم الخطأ الذي تترتب عنه المسؤولية إذ يكفي أحيانا باعتبار العدول غير المبرر كافيا للمسؤولية وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 جويلية 1949⁽¹²⁾.

إن التعويض الذي يمنح للمضرور في حالة الانهاء غير المبرر للخطبة يجب أن يكون مساويا للضرر موضوع التعويض، وهو المبدأ الذي قضت به محكمة النقض الفرنسية منذ سنة 1894⁽¹³⁾ تطبيقا لفكرة رضائية التعويض ونبذ فكرة العقوبة الخاصة.

وهذا التعويض عادة يكون عن الضرر الذي يمس عاطفة الخطيبة وحنانها ماديا كان أو معنويا إذ أن كليهما قابل للتعويض، وهو ما أكدته دائرة العرائض الفرنسية بصدد قضية الأنسة Groffelle التي حكم لها بمبلغ 1 فرنك فرنسي كتعويض رمزي طالبت به عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحقها من جراء وفاة خطيبها⁽¹⁴⁾ لأن قتل الخطيب فيه ضياع فرصة على الفتاة من الزواج بخطيبها⁽¹⁵⁾.

وخلافاً لذلك قضت محكمة اسبوط المصرية بتاريخ 16 افريل 1938 بأن حق الخاطب في العدول عن الخطبة هو حق مطلق، ولا يلزم من صدر منه العدول بالتعويض، لأن البحث في التعويضات يستلزم حتما البحث في الاسباب التي دعت إلى العدول عن الزواج وهذا أمر يقتضي التدخل في أدق

- G.P. 1944.2.121. et Voir également appel . Paris . CF.Dupichot O.p. Page 136. (12)

- DP. 95.2.86.CF Ency. Dalloz. Droit Civil . Tom.4. 1954. OP. P 51. (13)

- Ch. Req. 16.01.1877. DP. 77.1.85 Lalou. Traité. Res. Civil. 149.4.1945. (14)

(15)- محكمة روان في 9 جويلية 1953 وقالت المحكمة عن الخطيبة :

« Elle a le droit de demander des dommages intérêts à raison de la perte d'une chance elle a droit non seulement au remboursement des dépenses déjà faites aussi à la réparation du préjudice moral.

- وقضت بذلك أيضا محكمة باريس في 24 مايو 1938 دالوز الاسبوعي 1938 - 329.

الشؤون الشخصية وقد يجر إلى افشاء أسرار للعائلات ينجم عن اذاعتها من النتائج الخطيرة ما يمس النظام العام والآداب.

وقال جانب آخر من القضاء بأن لا وجه لقبول دعوى الخطية سواء في مجال الضرر المادي أو المعنوي، ولا يمكن الخطية أن تتمسك بتبرير أي حق مكتسب كالانتظار بعد الخطبة لفترة معينة.

إلا أن القضاء في عموميه يحكم للخطية بالتعويض عن الأضرار المعنوية والمادية التي تصيبها، نظرا للاعتبارات السالف ذكرها بل ويحكم بالتعويض حتى عن الأضرار التي تمس الخطيب المضروب في سمعته وشعوره بسبب العدول وهي أضرار معنوية بحتة⁽¹⁶⁾.

كما أن المحاكم الفرنسية قضت في العديد من الحالات بالتعويض عن الآلام النفسية التي تنجم عن الخطأ المقترن بالعدول بالإضافة إلى الحكم بتعويض نفقات الخطبة كسواء وأدوات الزينة أو اعداد منزل الزوجية⁽¹⁷⁾.

وقد ذكر الاستاذ السنهاوري أن الأصل في فسخ الخطبة ألا يترتب حقا في التعويض الا عن الضرر المادي استنادا إلى حكم صدر بتاريخ 22 مارس 1922 ولا يتم التعويض عن الضرر المعنوي الا اذا كان الضرر مسبوqa بالاغواء⁽¹⁸⁾.

والمقصود بالاغواء هنا هو ما يصدر عن الرجل من وسائل لنيل المرأة وأغلب ما يكون ذلك بالوعد بالزواج. وقد رأت اغلب الاحكام القضائية أن مجرد الاغواء وحده لا يوجب التعويض وانما يجب أن يكون الاغواء مما يثبت فيه استخدام وسائل غير مشروعة من أساليب الغش أو استعمال النفوذ كما لو حصل ممن له سلطة على الخطية أو تحت تأثير الوعد بالزواج.

غير أن بعض الاحكام الأخرى تذهب إلى حق الخطية في التعويض

– Cour Dardou 24 / 05 / 1930. D. 1930.2.133. (16)

– Appel Paris. 8Novembre 1957. D. 1958. Jurisp. P. 45. (17)

(18) - السنهاوري م. س. ص 827.

ولوبغير استعمال الرجل لوسائل غير مشروعة من أساليب الغش أو اساءة استعمال سلطته عليها⁽¹⁹⁾.

وتساير محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه فيما تبديه من تساهل في اعتبار اساليب الاحتيال متوافرة من مجرد كذبة في الوعد بالزواج لكي يصل إلى غايته⁽²⁰⁾.

وبهذا الصدد أفتى الشيخ محمد بخيت بأن لا وجه للالتزام بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية في حالة ما إذا استسلم الخطيب للضعف الجنسي، حتى لو كان هناك مشروع للزواج لم يتم وهو ما يتفق مع ما قرره محكمة الاستئناف المصرية بتاريخ 23 أيار 1926 إذ اعتبرت العدول عن الخطبة أمراً مباحاً اباحة صرفة، ولا سبيل إلى تحميل الخاطب الذي يعدل المسؤولية عن عمل مشروع، خاصة وأن الشريعة الإسلامية لم تحمل الزوج الذي يطلق قبل الدخول الا خسارة نصف المهر الذي دفعه⁽²¹⁾.

ونلاحظ أن احكام القضاء لم تكن متحدة على مبدأ واحد بصدد تعويض الخطيبة مما جعل جانباً من الفقه ينتقد المواقف المتناقضة للقضاء، ويقول اما أن تكون للخطبة قيمة قانونية فتقيد طرفيها ويكون العدول عنها مقبلاً للمسؤولية واما أن تكون مجردة من أية قيمة قانونية ولا يكون العدول عنها خطأً موجبا للتعويض⁽²²⁾.

إن العدول عن الخطبة لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يرتب مسؤولية عقدية، لأن طرفي الخطبة لا يدخلان منذ البداية في اطار العقد ولذلك جاز للخطيب أو للخطيبة العدول عن الخطبة باعتبارها تمهيداً للزواج كما أن الوعد

(19)- أنظر الأحكام العديدة المشار إليها في مؤلف الاسانذة حسين وعبد الرحيم عامر. ص 185، و185 م.س.

(20)- م. ن. ف.. في 24 مايو 1944 من مجلة القصر 1944 - 2. 82 م. س. ص 186.

(21)- مشار إليه في مؤلف الاستاذ زهدي يكن م. س.

(22)- جوسران روح الحقوق ونسيتها فقرة 128، ومن هذا الرأي الاستاذ ريبور ومانبال مشار إلى ذلك في مؤلف الاستاذ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية م. س. ص 170.

بالزواج لا يقيد الواعد أو الموعد له فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء.

غير أن الوعد الذي ترافقه افعال تلحق ضررا ماديا أو معنويا بأحد المتواعدين يترتب على الاخلال به وجوب التعويض على من وقعت منه هذه الأفعال وذلك على أساس أنها افعال ضارة موجبة للتعويض لا على أساس العدول عن الزواج⁽²³⁾.

فالخطبة اذن - كما أسلفنا - لا تعتبر عقدا بل مجرد وعد بالزواج يخول لأطرافها الحق في العدول عنها دون الزامهم بتتويج الخطبة بالزواج.

والذي يهمنا بهذا الصدد هو ما يترتب على الخطبة اضرار تنشأ عن ظروف العدول عنها خاصة عن تلك الخطبة التي تستمر لفترة طويلة تنشأ خلالها علاقات بين الطرفين لا يمكن اغفالها ولا تجريدها من أي تقدير قانوني، إذ يحدث مثلا إن يطلب احدهما من الآخر التخلي عن العمل والتفرغ لشؤون ما أو الانقطاع عن مزاولة مهنة معينة ثم يلجأ بعد فترة وبصورة فجائية إلى انهاء الخطبة والعدول عنها دون مسوغ مقبول لأن العدول في هذه الحالة يعتبر تعسفا يتنافى ورخصة العدول ولا يمكن أن يعفى الخاطب من المسؤولية المدنية نظرا لاقتران الأمر المباح بالتعسف والأضرار المترتبة عنه.

كأن يفوت الخطيب مثلا على خطيبته فرصة الزواج من غيره بعد تماديه في خطبتها زمنا طويلا واظهارها معه بمظهر زوجته المستقبلية مما ترتب عليه أن تنصرف عنها رغبة غيره من طالبي الزواج، ثم عدل عن الخطبة بدون مبرر وبطريقة عنيفة قبيل الموعد المحدد للاحتفال باتمام العقد، فمثل هذا العدل لا شك أنه يؤثر على مستقبل زواج الفتاة المخطوبة لأن العدول في مثل هذه الظروف يتركها نهبا للظنون ويلحق بها ضررا معنويا له أثره المادي

(23) - حسن عكوش، م. س. ص 78. وأنظر الفقرة الثانية من المادة (5) من قانون الأسرة الجزائرية. م. س.

في حياتها. وهذا الحكم ينطبق أيضًا على حالة الخطيب الذي كان عاطلاً وعالته خطيبته طيلة عامين كاملين ثم عدل عن الزواج منها دون أي مبرر⁽²⁴⁾. فالتعويض عن الأضرار المعنوية المترتبة في هذه الحالات حق للمضرور على أساس أن العدول كان مقترنا بالاغواء والطمع وفي ذلك انحراف عن سلوك الرجل العادي يستوجب تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية.

ولا يمكن في هذا الحال ان يدعي الخطيب مشروعية جواز العدول عن الخطبة بهدف تفادي الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه إذ أن الشرائع لا تحمي عدولا طائشا لا يبرره مسوغ يقتضيه⁽²⁵⁾.

وبهذا الصدد يقول الاستاذ مصطفى مرعي لا ننكر على الخاطب حقه في العدول لكننا نلزمه بأن يستعمل هذا الحق في عناية وحرص حتى لا يسبب لمخطوبته ضرراً أو حتى لا يسبب لمخطوبته الا أقل ضرر ممكن فليس له أن يتركها معلقة برحمته أمدا طويلا ثم يأتي بعد ذلك ويزعم أنه راجع نفسه فوجد الخير ألا يقترن بها⁽²⁶⁾.

أما فقهاء الشريعة الاسلامية القدامى فلم يبحثوا هذه المشكلة لعدم وقوعها في عصر لم تعتقد فيه الحياة ومتطلباتها ولما كان من الضروري ايجاد حل لها يتفق وقواعد الشريعة الاسلامية التي تقر مبدأ لا ضرر ولا ضرار، ذهب بعض الفقهاء المحدثين ومنهم الاستاذ عبد الرحمن الصابوني إلى القول بأن العدول عن الخطبة وما يترتب عليه من ضرر يجب التعويض عنه، بمبلغ محدد سلفاً، ولا يترك تقدير ذلك القاضي الموضوع والا كان فيه اكراه للخاطب على عدم العدول، واتمام

(24)- نفس فرنسي 16 أكتوبر 1957. دلولز 1957 مختصر ص 6 مشار إليه في ص 168 هامش جمال الدين زكي م. س.

(25)- السهوري ص 828 م. س.

(26)- المسؤولية المدنية، القانون المدني الجديد. حسن عكوش ط 1957 ص 78 م. س.

الخطبة بالزواج مع الاكراه، مما يتنافى ورضائية هذا العقد المقدس، واقترح أن يكون مبلغ التعويض محددًا بنصف المهر⁽²⁷⁾.
إلا أننا نرى ترك تقدير مبلغ التعويض لقضاة الموضوع مع مراعاة درجة الضرر الحاصل، إذ أن المهر قد يكون مرتفعاً، ونصفه يفوق نسبة الضرر أو العكس لذلك فإن تقدير التعويض مسألة موضوعية بحتة، يستحسن ترك تقديرها لرقابة المحكمة العليا خاصة وأن في قيام القضاء كرقب على هذه الأمور الشخصية ما يردع عن اساءة التصرف فيها، لأن الحقوق مهما بلغت قداستها ليست مطلقة، بل يمكن استعمالها على أي نحو لأي غرض وفي أي وقت دون أن يتعرض أصحابها للمسؤولية، مما قد يترتب على استعمالها من الأضرار لأن الحقوق مقيدة، بالأغراض التي أعدت لها وبما يجب على صاحب الحق أن يأخذ به نفسه من الحرص والحيلة في استعمال حقه⁽²⁸⁾.

إن القضاء مستقر على الحكم بالتعويض عن الأضرار المعنوية على أساس المسؤولية التقصيرية، ومصدر هذه المسؤولية هو الاساءة باعتبارها فعلاً ضاراً، وهذا ما قضت به محكمة الاسكندرية، الكلية الوطنية⁽²⁹⁾.

نخلص إلى القول بأن الخطبة أو الوعد بالزواج لا يعتبران عقداً، ولا يرتبان التزامات قانونية، ومجرد العدول عن الخطبة أو الوعد بالزواج لا يكون سبباً موجبا للتعويض أما إذا اقترن بالعدول أفعال أخرى ترتب عنها أضرار مادية ومعنوية بأحد الخطيئين جازت المطالبة والحكم بالتعويض وهذا ما استقر عليه القضاء مجارة للتطور الذي تعرفه المجتمعات المتحضرة التي تأبى أن يتلاعب البعض بحقوق قد تبدولهم مطلقة ولا مؤاخذه على استعمالها خاصة في مجال الأحوال الشخصية.

(27)- الزواج والطلاق ص 25 - 65 زهدي يكن.

(28)- المسؤولية المدنية، مصطفى مرعي فقرة 121.

(29)- حكم (10 ديسمبر 1929) كما قرره محكمة الاستئناف الأهلية قبلها بتاريخ (23 أيار 1926) مشار إليه

في مؤلف د. / عبد الرزاق احمد السهوري م. س. (ص 828) المجموعة الرسمية (31 رقم 27 ص 53).

ونظرا لأهمية هذه المسألة في مجال المسؤولية المدنية، نأمل أن يتعرض مشروع مدونة الأحوال الشخصية لمعالجة هذه المسألة طبقا لمقتضيات حضارتنا ومعطيات مجتمعتنا، إذ لا تعارض بين تقرير حق العدول وبين تقرير المسؤولية عن اساءة استعمال حق العدول، لأن الشرائع لم تقرر الحقوق متعا للأفراد يلهون بها ويعبثون، وانما أوجبت حمايتها تحقيقاً لأغراض نظامية وبقدر تحقق تلك الأغراض تكون حياة تلك الحقوق⁽³⁰⁾. وهو ما عملت عليه مدونة الأحوال الشخصية عند صدورها في الجزائر سنة 1984 فيما يتعلق بإقرار مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي والمادي. لأحد الخطيين في حالة العدول التعسفي.*

ثالثاً : الأبناء غير الشرعيين⁽³¹⁾

تعتبر مسألة قبول دعوى تعويض الأبناء غير الشرعيين عن الأضرار التي تصيبهم بحكم واقعهم، من المسائل التي أثارت بصدد تحديد المستحقين للتعويض عن الأضرار المعنوية.

ومرد تعقيد هذه المشكلة إلى إعتبارات عديدة : منها ما يتعلق بواقع ولادة هؤلاء الأطفال خارج إطار الزواج الشرعي، إذ غالباً ما يكون ثمرة المعاشرة الحرة التي يركن إليها الأخلاء، ومنها ما يتعلق بنسبهم والاعتراف بهم، علاوة على إعتبارات إجتماعية وخلقية أخرى.

وقد اعتبر بعض الفقهاء الذين تعرضوا لهذه المسألة بالبحث أن القانون يقع تجاه الأبناء غير الشرعيين موقفاً يتسم بالتشدد والقسوة، إذ يحرمهم من بعض الحقوق المعترف بها للأبناء الشرعيين ومنها خاصة الإرث⁽³²⁾ إذ تنص

(30)- الزواج ومقارنته بقوانين العالم ص (132) زهدي يكن ط 1952.

★ أنظر المادة 5 الفقرة 2 من قانون الأسرة الجزائرية.

(31)- وتطلق عليهم أحيانا ألقاب أخرى، كالأبناء الطبيعيين *Enfants Naturels* وقد يكونون أحيانا أبناء زنا *Enfants Adultérins*.

- Tribes Th. Pr. Page. 58 (32)

المواد (756 - 757 م. ف) على حرمان هؤلاء الأبناء غير الشرعيين من الإرث في حالة وفاة الأب أو الأم، إلا إذا تم الاعتراف بهم شرعاً وثبت نسبهم.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أبعد من ذلك حيث وصف الاعانات التي كان يقدمها أحد أولياء الابن غير الشرعي، بأنها غير أخلاقية شأنها ذلك شأن الاعانات التي تتلقاها الخلية من خليلها بحكم معاشرتهما⁽³³⁾.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى عكس ذلك، إذ لا يرى أي مانع قانوني من منع هذه الاعانات للأبناء غير الشرعيين، واعتبر هذه الاعانات من قبيل الالتزامات التي لا تتنافى والأخلاق، وتتفق وواجب تحمل الآباء أثناء حياتهم مسؤولية الانفاق على من هم تحت رعايتهم، وأستند في ذلك إلى ما تقضي به المادة (762 م. ف) المتعلقة بالأبناء غير الشرعيين، ومن ثمة فإن المطالبة بالتعويض عن فقد الأبناء غير الشرعيين لهذه الاعانات نتيجة وفاة أحد أوليائهم بفعل الغير، تخول لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن هذا الحرمان، علاوة على التعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيبهم من جراء هذه الوفاة.

وقد أخذ الأستاذ TRIBES أحد أنصار هذا الرأي على تشدد المشرع الفرنسي تجاه هذه الطائفة من الأبناء الذين ولدوا ولادة غير شرعية بأنه موقف غير عادل. إذ كان ينبغي للمشرع أن يبحث القضية على البحث عن نسب الحقوق المخولة للأبناء الشرعيين⁽³⁴⁾ خاصة وأن قانون (16 نوفمبر 1912) الفرنسي قد الغى القاعدة التي كانت

– CF. Thèse Précitée. Jivord. Page 214 et S. (33)

– Cité Par Tribes Th. Pr. Page 55. (34)

تحرم البحث عن الأبوة الطبيعية⁽³⁵⁾، وأن إصلاح (15 جويلية 1955) يقضي بمنح الأبناء غير الشرعيين حق التغذية⁽³⁶⁾.
رقد أخذ القضاء الفرنسي في أغلب أحكامه بالرأي الثاني إذ حكم بالتعويض عن الأضرار المعنوية التي تصيب الأولياء إثر وفاة أحد أبنائهم غير الشرعيين، من ذلك ما قضت به محكمة « Meau » بتاريخ (29 جانفي 1920).

إلا أن محكمة إستئناف باريس قضت بتاريخ (10 مارس 1920) بأن قضاة الموضوع أخطأوا في الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي البحث الذي ادعت به الأنسة الأم « Deniaud » مقررًا أن هذا النوع من الضرر لا يقبل التعويض نقدًا، وأن أجازه بالنسبة للأبناء غير الشرعيين إثر وفاة أوليائهم، وذلك تطبيقًا للمبدأ الذي تبناه القاضي بأن المسؤول عن الوفاة ملزم بالتعويض⁽³⁷⁾.

وخلافًا لذلك ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى حد رفض التعويض الذي يطالب به أولياء الأبناء غير الشرعيين، عما يصيبهم من ضرر عاطفي بسبب وفاة أحد أبنائهم، في ذلك إنعدام رابطة القرابة المشروعة أو النسب بين المدعي والضحية، وهذا في نظرهم كاف لرفض التعويض، وذلك ما أكدته دائرة العرائض الفرنسية بتاريخ (2 فيفري 1931).

وقد اعتبر هذا الرأي في نظر جانب من الفقه، متطرفًا، إذ أن مجرد التصريح بالمولود لدى البلدية والسهر على تربيته ورعايته كاف في إعتقادهم لقيام رابطة القرابة والنسب.

– CF. Les Reformes Réalisées en Faveur des Enfants illégitimes. Par La loi du 15. (35)

7. 1955. Commentaire du Prof André Rouest. Sem. Juridique 1955. P. 1269.

(36). أعمال لجنة مراجعة القانون المدني الفرنسي بصدد المواد (355، 342 م. ف) المقالة أعلاه.

(37). وقد سار على هذا الرأي العديد من الأحكام القضائية من ذلك ما قضى به مجلس أكس « بتاريخ »

(1928.11.27) ومجلس باريس بتاريخ (1932.11.18) ومجلس باريس بتاريخ (1932.11.18)، ومجلس

(1932.11.30)، أنظر.

ومن هنا نادوا بالتخلي عن هذا الرأي المتطرف وإبداله بفكرة الحالة الظاهرة كدليل على توافر علاقة القرابة والنسب⁽³⁸⁾ وقد لقي هذا الرأي صدى لدى الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية التي حكمت بالتعويض لامرأة لما لحقها من ضرر عاطفي بسبب وفاة ابنها غير الشرعي على أساس تلك الاعتبارات المذكورة وخاصة على كانت تكنه لابنها من حنان ومودة⁽³⁹⁾.

هذا فيما يتعلق بدعوى أولياء غير الشرعيين، أما فيما يخص دعوى تعويض الأبناء غير الشرعيين عن الأضرار المعنوية التي تصيبهم من جراء وفاة أحد أوليائهم، قد استقر القضاء الفرنسي على الاستجابة لطلباتهم ومنحهم حق إثارة المصلحة العاطفية لرفع دعواهم.

ويلاحظ أن العاطفة المقصودة هنا ليست العاطفة التي يكنها الطفل غير الشرعي للضحية بل العاطفة التي كانت الضحية تكنها لطفلها المدعي. ولذلك فإن التعويض لا يكون عن الألم الذي يحس به المدعي بسبب حادثة الموت، وإنما يكون عن فقدان الحنان والعاطفة وتقدير هذا التعويض متروك لقضاة الموضوع⁽⁴⁰⁾ ويقول الأستاذ « جيفور » إن التعويض عن الضرر العاطفي الذي يصيب الابن غير الشرعي ليس فيه ما ينافي الأخلاق، وهذه الفكرة مقبولة فقهاً وقضاء⁽⁴¹⁾ خاصة إذا كان الابن معترفاً به، أما إذا لم يكن قد تم الاعتراف به، فإنه يستطيع إثارة الضرر الذي أصابه والمطالبة بالتعويض عنه على أساس المادة (1382 م. ف) التي تقضي بوجوب تعويض كل من لحقه ضرر دون اشتراط توافر علاقة القرابة، مثله في ذلك مثل أي فرد يمكنه أن يحصل على التعويض في غياب القرابة العائلية،

– André Rouest. Article Précité Page 1269. (38)

– G.P 1936. 2. 63. (39)

– TRIBES. P. 58. Th. Pr. P. 58(40)

(41)- ومن هذا الرأي الاساتذة مازو، مارتى وسفانيه. وديموغ في المجلة نصف الفصلية للقانون المدني 1040 - 1926.

والنسب وهو ما يجيزه القضاء حتى في إطار العائلة غير المعترف بها⁽⁴²⁾ أو عن القرابة المترتبة عن الزنا⁽⁴³⁾.

فثبتت تحقق الضرر للابن غير الشرعي كاف في نظر أنصار هذا الرأي للحكم بالتعويض سواء عن الضرر العاطفي أو عن الحرمان من الاعانات التي يتلقاها من الضحية طالما كانت هذه الاعانات غير عرضية. Non Précaire.

ويلاحظ أن مسألة النسب وثبوته من المسائل الحساسة جداً، وتحتل مكانة خاصة في التشريعات الوضعية، لذا فإن مهمة المشرع الجزائري من المهام الدقيقة التي تنتظره بصدد أعداد مدونة الأحوال الشخصية، إذ يجب مراعاة مصلحة الأسرة الجزائرية في إطار الشريعة الإسلامية الغراء التي ترفض التبني، ومختلف أشكال العلاقات غير المشروعة⁽⁴⁴⁾.

الخاتمة :

لقد رأينا من خلال هذا البحث أن القانون الروماني توصل في آخر مراحل تطوره إلى أن الذمة المادية والذمة المعنوية متساويتان من حيث وجوب حمايتهما والتعويض عن أي إعتداء يقع عليها، في حين ظلت فكرة الضرر الواجب التعويض في الشريعة الإسلامية، فكرة ضيقة محدودة.

وتبين لنا أن القانون المعاصر كان بإمكانه تبني الحلول الرومانية منذ وقت بعيد لولا التراجع الذي سجل حول هذه الحلول، خاصة بعد وضع التقنين

(42) - Nimes 3.04.1933. Paris. 13.11.1933. Cité par Jivord Th. Pr. P. 217.

(43) - Voir, les refs. Cités par Jivord Th. Pr. Page 218.

(44) - أنظر بهذا الصدد نشرة القضاء التي تصدرها وزارة العدل « الجزائرية » مقالة الأستاذ محمد الصالح كعفار حول، ثبوت النسب.

راجع أيضاً المواد من (40 إلى 46) من الفصل الخامس من قانون الأسرة الجزائري الصادر عام 1984. المتعلقة بالنسب وإتباته.

المُدني الفرنسي الذي خلا من نص تشريعي يقضي بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، متأثراً في ذلك بالتفسير الخاطيء الذي استخلصه الفقيهان الفرنسيان «دوما» و «بوتيه»، اللذان زعما أن القانون الروماني لم يكن يعوض عن الأضرار المعنوية خاصة في مجال المسؤولية العقدية، وقد بينا أن المشرع الجزائري إنساق وراء المشرع الفرنسي في ذلك، رغم حداثة تقنيننا المدني، إذ نص في المادة (124 م. ج) على مبدأ عام للمسؤولية المدنية، كما فعل المشرع الفرنسي في المادة (1382 م)....

والشيء الذي لفت إنتباهنا بصدد موقف المشرع الجزائري من مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي أن أحكامه جاءت متناقضة، وقلنا أن المشرع الجزائري إذا كان قد سكت عن النص على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في التقنين المدني باعتباره الشريعة العامة، فلماذا نجد هذا المبدأ منصوصاً عليه في غير التقنين المدني بنصوص صريحة كالمادة (8) من تقنين العمل، المادة (4/3) من تقنين الاجراءات الجنائية، المقابلة للمادة (2/1) من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي؟ وتبين لنا أن هذه الأحكام ما هي إلا تطبيق لنظرية الفقيهين الفرنسيين «أوبري» و «رو» التي تقصر التعويض على الضرر المعنوي المقترن بالضرر المادي أي المترتب على جريمة، واستخلصنا من تطبيق هذه النظرية، أن الدعوى المدنية التي تهدف إلى المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي لا تقبل إلا إذا كانت مرتبطة بالدعوى العمومية وهو حكم قادتنا نتائجه إلى رفضه، لأنه من غير المعقول أن يحصل المدعي على التعويض عن الضرر المعنوي إذا رفع دعواه أمام المحكمة المدنية علماً بأن القاعدة العامة في الاختصاص هي أن المحاكم الجزائية، تختص بالفصل في الدعاوى الجزائية، وإذا كان القاضي الجزائي يجوز له الفصل في الدعاوى المدنية فهذا إستثناء نصت عليه المادة (1/3) من ق. اج. كما أوضحنا ذلك.

وحفاظاً على حق المضرور في التعويض عن الضرر المعنوي الذي يمكن

أن يضيع في ظل هذا الفراغ التشريعي، خلصنا إلى ضرورة سد هذا الفراغ التشريعي بإقرار مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي والمستحقين له في التقنين المدني الجزائري، على غرار العديد من التشريعات الوضعية الحديثة التي نصت على ذلك صراحة، وهجر النظريات الفقهية الراضية للتعويض عن الأضرار المعنوية، وتلك التي تقيم التعويض على أساس فكرة العقوبة الخاصة، باعتبار أن المستقر عليه فقها وقضاء، هو أنه كان من العسير على القاضي تقدير هذا النوع من الضرر بالمقارنة بالضرر المادي، فإن هذه المهمة ليست معالجتها على أساس نظرية الترضية مستحيلة، طالما كان الهدف من التعويض هو منح المضرور ترضية من شأنها التخفيف من حزنه ولوعته، وأن منح المضرور تعويضاً نقدياً خير من لا شيء، طالما كان هذا المبلغ النقدي إلى موازنة المضرور.

وقد رأينا أن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي بالرغم مما يعانيه من عداء بعض الآراء الفقهية له، فإن الأمور بات مستقرة على ضرورة اعتبار الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية كالضرر المادي، من حيث وجوب التعويض عنه، وهو ما تعمل التشريعات الحديثة على تأكيده في نصوص مختلفة كضمان حماية الذمة المعنوية.

وخلصنا إلى نبذ الفكرة العتيقة التي تقول بالتمييز بين الضرر المعنوي والضرر المادي، وضرورة زوالها من أذهاننا بعد أن ظلت عالقة بها لأمد طويل، وأن نسلم بأن الذمة المعنوية كالذمة المادية سيان من حيث ضمان عدم الاعتداء عليهما.

- المراجع -

أولاً : باللغة العربية :

- 1 - أحمد ابراهيم : القصاص في الشريعة الاسلامية - رسالة القاهرة - ط (1944).
- 2 - ابراهيم الدسوقي : الاعفاء من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات - دار النهضة العربية - مصر - (1975).
- 3 - ابراهيم الدسوقي : تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - مؤسسة الثقافة الجامعية الاسكندرية.
- 4 - ابراهيم الدسوقي أبو الليل : المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق - دار النهضة العربية - القاهرة -
- 5 - أحمد حشمت أبوستيت : نظرية الالتزام - ط (2) (1945).
- 6 - السرخسي : المبسوط ج 6. مطبعة السعادة. ط (1324 هـ).
- 7 - جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية - جامعة القاهرة - ط 1978 .
- 8 - جندي عبد المالك : الموسوعة الجنائية - ط 1. (1942).

9 - حسين عامر، وعبد الرحيم عامر : المسؤولية المدنية - دار المعارف. ط II (1979).

10 - حسن عكوشة : المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ط - 1 - (1957).

11 - حبيب ابراهيم الخليلي : مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ط (1979).

12 - حسن الذنون : النظرية العامة للالتزام. بغداد. ج 1. ط (1949).

13 - حسن كيرة : المدخل إلى القانون - منشأة المعارف الاسكندرية. ط (1971).

14 - حسني نصار : القانون المدني المصري

15 - خليل جريج : شرح قانون الموجبات والعقود اللبناني - بيروت - (1957).

16 - رضا فرج : شرح قانون العقوبات الجزائري - ش. و. ن. ت. - الجزائر.

17 - زهدي يكن : المسؤولية المدنية أو الاعمال غير المباحة - بيروت - لبنان.

18 - زهدي يكن : الزواج ومقارنته بقوانين العالم - ط (1952) مكتبة صادر بيروت.

19 - سليمان مرقس : المسؤولية المدنية في البلاد العربية - معهد الدراسات العربية العالية ج. م. ع. - ط (1958 - 1971).

20 - سليمان مرقس : شرح القانون المدني في الالتزامات - س (1964)

- 21 - سيد قطب : الاسلام ومشكلاته الحضارية - ط (1968).
- 22 - شفيق الجراح : الحقوق الرومانية - ط. (1977).
- 23 - عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ط (1952).
- 24 - عبد الرزاق أحمد السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي - منشورات محمد الدية - بيروت - 53 - (1954).
- 25 - علي صادق أبو هيف : الدية في الشريعة الاسلامية - رسالة القاهرة ط (1932).
- 26 - علي الخفيف : الضمان في الفقه الاسلامي - معهد البحوث والدراسات العربية - القاهرة. ط (1971).
- 27 - عفيف عبد الفتاح طيارة : روح الدين الاسلامي - ط 6 مطبعة دار الكتب، لبنان (1964).
- 28 - عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام - ج 2. ط (1958).
- 29 - عمر ممدوح مصطفى : القانون الروماني - ط. (1952).
- 30 - عبد السلام التروانين : محاضرات في القانون الروماني
- 31 - عبد المنعم فرج الصدة : حق الملكية - ط. (1967).
- 32 - عبد الخالق النواوي : جريمة الزنا في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي - صيدا. بيروت (1973).
- 33 - عبد الرحمن الصابوني : نظام الأسرة، وحل مشكلاتها في ضوء الاسلام.

- 34 - محمود شلتوت : الاسلام عقيدة وشريعة - ط 15 . (1980).
- 35 - مصطفى العوجي : دروس في العلم الجنائي ، الجريمة ، والمجرم - مؤسسة نوفل - بيروت - لبنان - ط 1 . (1980).
- 36 - محمد سليم العوا : تفسير النصوص الجنائية ، دراسة مقارنة شركة مكتبة عكاظ . للنشر والتوزيع - المملكة العربية السعودية - ط 1 . (1981).
- 37 - مصطفى مرعي : المسؤولية المدنية في القانون المصري . ط (1936).
- 38 - محمد نجيب حسن : رابطة السببية في القانون الجنائي .
- 39 - عبد الواحد وافي : مظاهر المسؤولية المدنية عند الشعوب البدائية - ط 3 - (1963).
- 40 - وهبة الزحيلي : نظرية الضمان في الفقه الاسلامي : دار الفكر دمشق - ط (1970).
- 41 - فؤاد قواف كله : آثار المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري (الدعوى والتعويض) بحث لنيل دبلوم « الدراسات العليا » كلية الحقوق - جامعة الجزائر - 75 / 1976 م .
- الدروس والمحاضرات.
- علي علي سليمان : دروس في المسؤولية المدنية أُلقيت على طلبة الماجستير . (78 - 79) معهد الحقوق - الجزائر .
- علي علي سليمان : محاضرة حول القانون المدني الجزائري - أُلقيت بمدينة وهران - مطبوعة.
- محمد حسنين : دروس في الملكية الأدبية والفنية في التشريع الجزائري والقانون - ط (1979 - 1980) معهد الحقوق - الجزائر.

- محمد المبارك : محاضرة « في التربية الاسلامية » ملقاة في المؤتمر (13) للفكر الاسلامي ، بمدينة تمنراست - الجزائر - سنة (1979).

التشريعات الجزائرية :

1 - القانون المدني الجزائري لسنة (1975) - ط. ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر.

2 - قانون العقوبات الجزائري - الصادر بالأمر رقم (66 - 156) بتاريخ (8 جوان 1966) - ط (1980). وزارة العدل.

3 - القانون الأساسي العام للعامل : الصادر بالأمر رقم (78 - 12) بتاريخ (5 أوت 1978) - ط. وزارة العدل.

4 - قانون الاجراءات الجزائية - لسنة (1966) - ط. وزارة العدل.

5 - قانون الأسرة : الصادر بالقانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 يوليو 1984.

الوثائق :

- الميثاق الوطني الجزائري لسنة (1976).

- الدستور الجزائري لسنة (1976).

المجلات :

- مجلة المحامون المصرية لسنة (1973) 12 و 6.

- مجلة المحامون السورية لسنة (41 - 27 ماي 1976).

- مجلة المحامون السورية (أفريل 1974).

- مجلة المحامون المصرية (السنة 13 - السنة 29) عدد 1 - 2.

- مجلة القانون والاقتصاد (23 - 1953، مارس، جوان 1953).

- مجلة الشرطة الجزائرية (عدد 4 سنة 1976).

- مجلة القضاء العراقية - (1972).

- المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني « نقابة المحامين » ج

1 المكتب الفني 1976.

الدوريات :

- نشرة القضاة الجزائري، (ماي - جوان، عدد. 3. 1969).
- نشرة القضاة الجزائري، (نوفمبر - ديسمبر، عدد. 5. 1969).
- نشرة القضاة الفصل الثاني (1981).
- جريدة الشعب اليومية (27 نوفمبر 1979).

القواميس :

- المعجم العلمي فرنسية - عربية - عربية - فرنسية : يوسف شلالة منشأة المعارف الاسكندرية.
- المنهل فرنسية - عربية - دار العلم للملايين - بيروت. د / جبور عبد النور. د / سهيل ادريس. ط 2.
- منجد الطلاب - عربية : فؤاد افرام البستاني ط 4 منقحة المطبعة الكاثوليكية - بيروت - لبنان. (1956).

I – OUVRAGES GENERAUX :

- 1) – Alex Weille. et François Terre. « Les Obligations » Paris. 3^{ème} Edition. 1980.
- 2 – Antoine. Vialard. « Droit Civil Algérien » O.P.U. edit. 326, 4 / 1980.
- 3 – B.LACANTRY, et, hard. « Les Obligations » Tom.1.
- 4 – Colin, et, Capitant. Cours de Droit Civil Français. T.I.
- 5 – Chochri.Kerdahi. « Le Droit Moral ».
- 6 – Chafik Chehata. Droit Musulman (Application au Proche Orient) Edition. Dalloz. 1970.
- 7 – Carbonier. « Droit Civil – Obligation » 6^{ème} édition 1969.
- 8 – H.Capitant. Cours Elimentaire de Droit Civil Français T.I. II édition. 1947.
- 9 – Demogue.R. « Traité Des Obligations » Tom IV. Paris. 1924.
- 10 – J.LACOMBE. « Des Obligations en droit Malgache » ed. Paris 69.
- 11 – Josserand. L. « Cours de Droit Civil » Edition. III. Paris. 1933.
- 12 – Jacob. N. et Ph. Le Tourneau. La Responsabilité Civile. Tom.I Edition : 1972.
- 13 – Jacques Dupichot. Des Préjudices Réfléchis né de l'atteinte à la Vie ou à l'intégrité Corporelle. Paris. 1969.
- 14 – Lalou.H. Traité Pratique De La Responsabilité Civile. Tom. ed.
- 15 – Max-Lory. L'évolution de Préjudice Corporel. 7^{ème} Edition. Paris 1977.
- 16 – Mazeaud.H. et L. et Tunc. André. Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile en Droit Français. Tom.VI. ed 1966 et edition 1957.
- 17 – Planiol. Marcel. et G.Ripert. Traité de Droit Civil. Tom.VI. Edition 1952.
- 18 – P.Esmein. la Commercialisation du Dommage Moral. D. 1954.
- 19 – P.Bouzat. et J.Penatet. Traité de Droit Pénal et de Criminologie. Tom.1. 2^{ème} Edition. 1970.
- 20 – Ph. Le Tourneau. Responsabilité Civile. D.P. 1972.
- 21 – Roubier. La Théorie Générale de Droit. Paris. 2^{ème} Edition. 1946.
- 22 – Roudier.R. Responsabilité Civile. Edition. 1952.

- 23 – Ripert.G. et Boulanger.J. **Traité de Droit Civil.** Tom.II. 1957.
- 24 – Ripert.G. **La Règle Morale Dans Les Obligations Civiles.** 4^{ème} ed. 1949.
- 25 – Imaniel.F. et Ripert.G. **Dalloz – Droit Civil.** Tom II. 1954.
- 26 – Savatier.R. **Traité de la responsabilité Civile en Droit Français.** Tom.II. Paris. Edit. 1951.
- 27 – Savatier.R. **Le Dommage et la Personne.** D. 1955.
- 28 – Starck.B. **Droit Civil – Les Obligations** Librairie Thechnique. Paris 1972.
- **Ouvrages speciaux –**
- 29 – Bernard.Delmas. **Le Préjudice Moral.** Th. Doctorat d'Etat Toulouse. 1939.
- 30 – Dorville.Armand. **De l'intérêt Moral dans Les Obligations** Paris 1901.
- 31 – Gazi Abderahamne Naji. **le Préjudice Morâl et sa Réparation en Droit Suisse.** Th. n° 593. Université de Genève. Imprim. Granchapp S.A. France. 1970.
- 32 – Ripert. Lucienne. **La Réparation du Préjudice Dans La Resp. Délictuelle.** Th. Paris. 1933.
- 33 – Tribes.R. **Fondement et Caractère de La Réparation du Préjudice Moral.** Th. Nice. 1932.
- 34 – Starck.B. **Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile. Considérée en sa Double Fanction de Garantie et peine privée.** TH. Paris. 1947.

– **OUVRAGES CONSULTER :**

- 35 – Ganot.Jean. **La Réparation du Préjudice Moral.** Th. Paris 1924.
- 36 – Hugueney.Louis. **L'idée de Peine Privée en Droit Contemporain.** Th. 1904.

– **PERIODIQUES :**

- G.P. 1968.2.110. et D.1971.
- Dalloz. 1962.J.35. Concl. Heumann.
- J.C.P. 1962.II.12425. S.1962. Note. Vignés. Rev. Trim. Droit Civil. 1962.315. Obs. Tunc.
- D. Receuil. 1947.
- Rev. Trim. Droit Civil. 1974. 1977. 1978.
- J.C. Mise à Jour. 1981.
- N.B / Voir. Dalloz, et, G.P. Cités aux Renvoies.

ARTICLE

– La Sem. Juridique. 1955. Art : Les Réformes Réalisées en Faveurs Des Enfants illégitimes. André.Rouast. Doctor. P. 1269.

– Jep. La Sem. Jur. 1967. Doct. 1. 1976. P. 2067. Violation du Droit Moral de l'auteur Noelle Le Sourda.

– Sem. Jur. 1970. L'arrêt de La Chambre Mixte du 27 / 02 / 1970. Comm. José Videt.

– **JOURNAL :**

– Voir Le Monde, 25 / 01 / 1981. Article Intitulé : Le Fiminisme à La Québécoise.

فهرس

7	مقدمة
15	الفصل التمهيدي : نشأة المسؤولية المدنية وتطورها وأركانها
17	المطلب الأول : مفهوم المسؤولية بوجه عام
18	المطلب الثاني : نشأة وتطور المسؤولية المدنية
28	المطلب الثالث : أركان المسؤولية المدنية
55	الباب الأول : مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي وأساسه
57	الفصل الأول : مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي
	المطلب الأول : موقف التشريعات القديمة
57	من مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي
57	أولاً : في القانون الروماني
60	ثانياً : في القانون الفرنسي القديم
	ثالثاً : موقف الشريعة الإسلامية من التعويض
62	عن الضرر المعنوي
	المطلب الثاني : موقف الفقه من مبدأ التعويض
66	عن الضرر المعنوي
66	أولاً : النظريات الراضة لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي

ثانيًا : النظريات القائلة بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي 77
الفصل الثاني :

- أساس التعويض عن الضرر المعنوي 85
المطلب الأول : نظرية العقوبة الخاصة 87
أ - تطبيقات العقوبة الخاصة في القوانين الوضعية 94
الانتقادات الموجهة الى نظرية العقوبة الخاصة 98
المطلب الثاني :

- نظرية الترضية 103
الفصل الثالث : التطبيقات التشريعية والقضائية للضرر المعنوي. 111
المطلب الأول : التطبيقات التشريعية 111
أ/ مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في بعض التشريعات الأجنبية 112
أولاً : في القانون الفرنسي. 112
ثانياً : // // // الألماني 115
ثالثاً : // // // الإيطالي 116
رابعاً : // // // الإسباني 119
خامساً : // // // النمساوي 119
سادساً : // // // البولوني 120
سابعاً : // // // الهولندي 121
ثامناً : // // // الانجليزي 121
تاسعاً : // // // السويسري 122
ب/ عن التعويض عن الضرر المعنوي في بعض التشريعات العربية 125
أ/ في المشرق العربي 125
أولاً : في مصر 125
ثانياً في سوريا 125

126		ثالثاً في الأردن
126		رابعاً في العراق
127		خامساً في لبنان
127		سادساً في الكويت
127		ب - في المغربي العربي : المغرب - تونس وليبيا
		- موقف المشرع الجزائري من مبدأ التعويض
129		عن الضرر المعنوي
139		المطلب الثاني : التطبيقات القضائية
139		أولاً : موقف القضاء من مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي
148		ثانياً : حالات التعويض عن الاضرار المعنوية
148		- المساس بالسمعة
		- الاعتداء المباشر على
150		حق غير مادي معين
151		- الاعتداءات الماسة بسلامة الفرد
		- حماية الحياة الخاصة من
153		الاعتداءات التي تقع عليها
153		أ - الحماية القانونية للحياة الخاصة للأفراد
154		ب - الحماية القانونية للحياة الخاصة للأفراد
157		- المساس بحق الشخص في لقبه
159		- المساس بعواطف الشخص
160		الأخلال بالالتزامات الزوجية
		الباب الثاني : طرق التعويض وتقديره والمستحقون له
171		بصدد الضرر المعنوي

	الفصل الأول : طرق التعويض وتقديره والوقت الذي
173	ينشأ فيه بصدد الضرر المعنوي
176	المطلب الأول : طرق التعويض
177	أولاً : أنواع التعويض
177	أ - التعويض العيني
183	ب - التعويض بمقابل
185	ب) التعويض غير النقدي
189	المطلب الثاني : تقدير التعويض وعناصره
189	أولاً : تقدير التعويض
189	أ - التقدير القانوني للتعويض
191	ب - التقدير الاتفاقي للتعويض
193	ج - التقدير القضائي للتعويض
195	ثانياً : عناصر تقدير التعويض
195	أ - مراعاة الظروف الملائمة
199	ب - مراعاة حسن النية أو سوءها
201	ج - الضرر المتغير والوقت الذي يقدر فيه
203	د - النفقة المؤقتة
204	ثالثاً : سلطة القاضي في تقدير الضرر في التعويض
208	المطلب الثالث : الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض
209	أولاً : نشوء الحق في التعويض من تاريخ الحكم
209	ثانياً : نشوء الحق من وقت وقوع الضرر
213	الفصل الثاني : الأشخاص المستحقون للتعويض عن الضرر المعنوي

المطلب الأول : رابطة القرابة الطبيعية	215
أولاً : فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المادي	215
ثانياً : فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي	217
المطلب الثاني : الروابط الأخرى	224
أولاً : حق التعويض للخيليات	224
أ - تطور القضاء بصدد التعويض عن الضرر الذي يصيب الخيلة ..	225
1 - القضاء الجنائي	226
2 - القضاء المدني	228
3 - القضاء الإداري	229
ب - الشروط الواجب توافرها في الخيل للمطالبة بالتعويض	233
ج - موقف الفقه من مسألة تعويض الخيليات	237
ثانياً : حق الخطيئة في التعويض	242
ثالثاً : الأبناء غير الشرعيين	253
الخاتمة	257
المراجع	261
الفهرس	271

مطبعة النخلة
بوزريعة - الجزائر

نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية

يحكم القانون في التعويض عن الأضرار على الوقائع المادية المحددة. وذلك ربما أمر سهل نلمسه بما يتعلق بالأضرار المادية

لكن ما هو الأمر فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي ؟ ذلك هو التحدي الذي قبله الأستاذ السعيد مقدم التصدي له. بكل ما فيه من تعقيدات وأشواك. وفي مسيرة الالف ميل قادنا هذا الباحث الجاد خطوة خطوة. من القانون الروماني. الى قانون بابلون. الى القانون الفرنسي. الى اراء الفقهاء. وأحكام القضاة الغربيين. ثم انتقل الى قوانيننا العربية. المصري. السوري. الليبي. وصولا الى القانون الجزائري والشريعة الاسلامية. وتقديرا للجهود المخلصة قال الأستاذ علي علي سليمان.

انها موسوعة واثراء ثمين للمكتبة العربية في الجزائر. من أجل تشييد صرح فقه جزائري ليس عالة على فقه أجنبي.