دور القضاء الفرنسي في التطور التشريعي في مجال المسؤولية التقصيرية

أ.م. د. فاطمة خلف كاظم
مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية

الملخص

تبحث هذه الدراسة في مسألة دور القضاء الفرنسي في التطور التشريعي في مجال المسؤولية التقصيرية و مدى تأثر القانون العراقي من هذا التطور ، وذلك باستقراء النصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع وتحليلها، وكذلك المنهج المقارن للمقارنة بين موقفي القانون العراقيّ و القانون الفرنسي ، حيث تم البحث عن دور الاجتهاد القضائي في القانون المدني الفرنسي كدور ابتكاري للقاضي المدني، وتمكينه في إصلاح العناصر الكلاسيكية للمسؤولية المدنية و خاصة المسؤولية التقصيرية ، حيث شهدت تحوّلات عميقة على جميع المستويات، منذ الثورة الصناعية مما ظهر عجزاً في عنصر الخطأ في أن يكون أساساً وحيداً للمسؤولية المدنية ، ومن ثم تراجع دوره لصالح أسس أخرى على غرار الخطر والضمان، ولا يزال تراجعه قائماً إلى يومنا الحاضر، لاسيما بعد تنوّع الأضرار، و توصلت الدراسة الى للقضاء الفرنسي فضل كبير في وضع القواعد العامة لتقدير التعويض عن الضرر, ومن أهم القواعد التي وضعها القضاء الفرنسي مبدأ التعويض الكامل للضرر مع تمتع المحاكم بسلطة تقديرية مطلقة في هذا الشأن, فقد تتأثر عند تقدير التعويض عن الضرر ببعض العوامل الخارجية .

الكلمات المفتاحية : الاجتهاد القضائي الفرنسي ، أسس المسؤولية المدنية ، تقدير التعويض ، التكريس القضائي

Abstract

This study examines the issue of the role of the French judiciary in the legislative development in the field of tort liability, and the extent to which Iraqi law has been affected by this development, by extrapolating and analyzing the legal texts and judicial rulings related to the subject, as well as the comparative approach to compare the two positions of Iraqi law and French law, where the search for the role of French judiciary in civil law as an innovative role for the civil judge, and enabling him to reform the classic elements of civil liability, especially tort liability, as it witnessed profound transformations at all levels, since the industrial revolution, which showed a deficit in the element of error in being the sole basis for civil liability, and then Its role has declined in favor of other bases such as risk and guarantee, and its decline still exists to the

present day, especially after the diversity of damages. Although the courts enjoy absolute discretion in this regard, they may be affected when estimating compensation for damage by some external factors.

Keywords: Role of French judiciary, foundations of civil liability, assessment of compensation, judicial consecration

المقدمة

تعتبر المسؤولية من الركائز المهمة التي يقوم عليها القانون المدني بشكل عام، والتي من خلالها يتم صياغة أحكام القانون المدني ، و التي تؤسس بناء على فكرة التعويض وجبر الضرر ، فقيام المسؤولية المدنية لا يكون دون قيام أركان لابد من توافرها ابتداء وهي أركان ثلاثة ركن الخطأ، الضرر، العلاقة السببية .

اعتبرت فلسفة جزاء الشخص المخطئ والمتسبب بخطئه الذي ارتكبه ضرراً لشخص أخر أساساً لوجوب المسؤولية المدنية ، إلا أن هذه الفلسفة بعد ذلك بدأت تتغير منذ وقت ليس بالبعيد، نتيجة لعوامل عديدة، أهمها ظهور الثورة الصناعية في أوروبا وانتشار الآلات والقوى المحركة في المشاريع الكبرى، وانتشار المنتوجات الغذائية والدوائية، والادوات والاجهزة التي لم تكن معروفة من قبل و التجارب الطبية و دخول التكنولوجيا فيها؛ كل ذلك أدى الى تزايد مخاطر لم يكن الانسان يتعرض لها سابقاً، حيث سببت هذه الانشطة أضراراً ؛ مما دعت الى ان تكون سبباً لإعادة النظر في مفهوم المسؤولية المدنية و منها التقصيرية مما ادى الى حدوث الاثر الكبير في تطور نظريات المسؤولية المدنية، و من ثم تغيير المفهوم التقليدي للمسؤولية ، إذ لم يعد من المتصور أن تحكم قضية المسؤولية في عصر التقدم الصناعي نصوص وضعت منذ سنة 1804

و أدى ذلك إلى تعرض المسؤولية المدنية لمشاكل وتأثرها بعدة عوامل أثرت في تطورها خاصة على مستوى الوظيفة التعويضية لها و كذلك في اثبات الخطأ المسبب للضرر ، حيث أن البحث عن الخطأ في المسؤولية المدنية أصبح اليوم لا جدوى من ورائه، لان المضرور قد لا ينجح في إثبات خطأ المسؤول، فيكسب التعويض وقد يخفق في إثبات هذا فيخسر التعويض ، و كل هذا أدى إلى عدم استقرار المنظومة القانونية، و تظهر جوانب لمشاكل المسؤولية المدنية، من خلال مشكلة إثبات الخطأ الموجب للمسؤولية ومشكلة الاساس القانوني للتعويض وتقديره .

و لذلك نتجت عن ذلك مفاهيم و نظريات قانونية كان للقضاء الفرنسي دوراً في تغيير تلك المفاهيم الخاصة بالمسؤولية المدنية و على وجه الخصوص التقصيرية و ذلك من حيث اركانها و الوظيفة التعويضية لها .

إشكالية البحث

تتجلى اشكالية البحث في مدى للقضاء الفرنسي دوراً في التأثير على مفاهيم المسؤولية المدنية و على وجه الخصوص التقصيرية منها و تغييرها عملياً ، ومدى تأثر التشريعات القانونية من ذلك و منها القانون العراقي .

منهجية البحث :

ولغرض بيان هل حقق القضاء الفرنسي تطور واصلاح القواعد القانونية للمسؤولية التقصيرية و تأثر القانون العراقي بذلك ، سنتبع المنهج الاستقرائي التحليلي من خلال استقراء وتحليل القرارات القضائية الفرنسية في ذلك ، ومن ثم مقارنة ذلك مع الاتجاه القضائي والتشريع العراقي في ذلك

هيكلية البحث

سنقسم البحث الى مبحثين، سنتناول في الاول منهما الى دور الاجتهاد القضائي في تطور أساس المسؤولية التقصيرية في ظل المستجدات الحديثة ، أما في المبحث الثاني سنتطرق لبيان دور الاجتهاد القضائي في تطور نظام التعويض عن الضرر التقصيري

المبحث الاول: دور الاجتهاد القضائي في تطور أساس المسؤولية التقصيرية في ظل المستجدات الحديثة

إن المسؤولية المدنية في القوانين العربية ومنها القانون المدني العراقي تجد مرجعها في القانون الفرنسي، غير أن الكثير من نصوص القانون الفرنسي و خاصة ما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) التي وضعت قبل أكثر من مائتي عام، وذلك صدوره عام 1804 ،قد باتت غير قادرة على مواكبة التطورات في الاقتصاد والتجارة والتكنولوجيا والتي فرضت فرض مشكلات مستحدثة ، من هنا بدت الحاجة الملحة إلى إعادة النظر في العديد من قواعد هذا القانون ، فقد استشعر القضاء الفرنسي مبكراً مقتضيات هذا التطور فكان سريع الخطى في الاستجابة لها مكرساً في أحكامه المتعاقبة مبدأ الامن القانوني باعتباره الركيزة الاساسية لأي نظام قانوني حديث، فابتدع حلولاً ونظريات لمواجهة هذه المشكلات ، ممهداً من خلال اجتهاداته القضائية أمام المشرع الفرنسي لإجراء إصلاحات تشريعية ، حيث استحدث المشرّع نصوص و تشريعات قانونية مقرراً ما كان القضاء قد تبناه في أحكامه في ظل عدم وجود نصوص تشريعية، و للتعرف على مسار القضاء الفرنسي في ايجاد الحلول لمواجهة النقص التشريعي في ظل المستجدات الحديثة سنبحث ذلك من خلال بيان دور القضاء في تطور اساس المسؤولية المدنية ، ثم نبين التكريس القضائي لأسس المسؤولية التقصيرية في التشريعات المعاصرة .

المطلب الاول: دور القضاء في تطور اساس المسؤولية المدنية

بالرجوع الى القانون الفرنسي نجد قد استقر التقنين المدني الفرنسي الجديد الصادر سنة 1804 ، المعروف بتقنين نابليون، على فكرة التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية. وقامت المسؤولية المدنية كمبدأ عام على أساس الخطأ في المادة 1382 التي تنص على " كل فعل أيا كان يوقع ضررا بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه"[275] ، و قد اخذ المشرع الفرنسي على هذا الاساس في المسؤولية المدنية (على اساس الخطأ) و ذلك في المسؤولية عن فعل

[275] انظر: حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، ط١ ، 2006، ص138

الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة، ومسؤولية المتبوع عن التابع، وحراسة الحيوان وحراسة البناء في المواد من (1384- 1386) وكان الضابط في هذه الحالات هو قيام المسؤولية على أساس الخطأ الشخصي، فعل الغير وفعل الأشياء التي تحتاج للحراسة[276].

إلا ان اساس هذه المسؤولية تميز بعدم الثبات النسبي لأحكامها وقواعدها، و ذلك لما شهدته الحياة البشرية من تطورات في شتى المجالات الاجتماعية والاقتصادية وحتى الفكرية و ذلك في أواخر القرن التاسع عشر مع ظهور الآلات ومعدات حديثة ، حيث نتج عن ذلك صعوبة إثبات خطأ المسؤولين أو المقصر الذي تسبب في حصول الضرر، لنقص أو قصور تشريعي في نظام المسؤولية، وعجزها على جبر الأضرار التي تصيب الأشخاص نتيجة أفعال لم تستوعبها قواعد المسؤولية المدنية التقليدية مما ساهم بشكل فعال في ضرورة البحث عن بدائل حتمية تساعد على توسيع نطاق المسؤولية المدنية لتشمل كافة الميادين ومختلف الفئات .

و هذا النقص أو عجز القواعد التقليدية جعل الفقه والاجتهاد القضائي يتضافران لإيجاد أسس جديدة للمسؤولية و تطوير قواعدها فعمل القضاء الفرنسي من خلال تفسيره للقواعد العامة في المسؤولية المدنية بتطوير نظام إثبات الخطأ ، حيث اعطى مفهوم جديد لبعض النصوص القانونية خاصة المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي، فقد بدأت المحاكم بقبول الإثبات عن طريق افتراض الخطأ في بعض الحالات، كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية عن فعل الأشياء ومسؤولية المتبوع ومسؤولية الآباء[277] .

ففي مجال المسؤولية عن فعل الأشياء صدر حكم لمحكمة النقض الفرنسية عام 1885 قرّر فيه المسؤولية على الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس في حالة فعل الحيوان، وصدر حكم مماثل في عام 1896 حول المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية[278] ، حيث طبقت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية هذه النظرية لأول مرة في حكمها الشهير الصادر في 16 / حزيران / 1896 في قضية "teffain" والتي تتلخص وقائعها في إن "انفجاراً قد حدث في إحدى السفن التجارية، وقد نشأ الانفجار بسبب تمزق أنبوب لوقود السفينة أدى إلى موت العامل الميكانيكي ، وظهر للجنة الفنية التي قامت بأجراء التحقيق بان سبب الحادث قد يرجع إلى عيب في لحام الأنبوب أدى إلى هذا الانفجار . دققت محكمة النقض الفرنسية الطعن المقدم إليها ، وأعلنت في حكمها ، أن الحكم المطعون فيه قد اثبت أن انفجار أنبوب السفينة التجارية الذي تسبب في موت العامل، يرجع إلى عيب في التشييد ، وانه طبقا للمادة 1384 مدني ، فان هذا الإثبات الذي يستبعد معه الحادث

---

[276] انظر: محمود جلال حمزة ،المسؤولية الناشئة عن الأشياء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص٥٠

[277] انظر: أحمد إبراهيم الحياري، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، دار وائل للنشر، عمّان، 2003 ، ص ٦-٧

[278] و هو ما مشار اليه في : عبد رزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١ ، ١٩٥٢ ، ص ٧٦٤ ـ ٧٦٥

الفجائي والقوة القاهرة ، ينشئ حقا للمضرور من الحادث في مواجهة مسؤولية مالك السفينة، دون أن يستطيع هذا الآخر أن يتخلص من هذه المسؤولية بإثبات خطأ منشأ الماكنة أو صفة العيب الخفي"[279] .

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد انتقد الاخذ بافتراض الخطأ، وذهب الى ان ذلك يخلق قرينة قانونية جديدة، غير تلك المنصوص عليها في المادة (1350) ، ولذلك عَدل القضاء الفرنسي عن استخدام اصطلاح افتراض الخطأ في المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية إلى اصطلاح افتراض المسؤولية ، ولكن تعرض هذا الاصطلاح للانتقاد على أساس أن المسؤولية نتيجة وإن النتيجة لا تفترض، و هذا ما جعل محكمة النقض الفرنسية إلى العدول عن هذا الاصطلاح، واعتبرت أن مسؤولية حارس الأشياء غير الحية مسؤولية تقوم بقوة القانون[280].

فاستخلص القضاء الفرنسي لفكرة الالتزام بالسلامة أو التزام بضمان السلامة بالقرار المشهور للغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 21 / 11 / 1911 والمتعلق بقضية بخصوص عقد النقل، وتتلخص أحكام هذه القضية انه بين عامي 1907- 1908 حيث بدأت قضية المدعوة زبيدي حميدة بن محمود ضد الشركة العامة للملاحة عبر الأطلسي، والتي تتلخص وقائعها في أن "راكباً تونسياً يدعى زبيدي حميدة بن محمود كان مسافراً على متن باخرة تابعة للشركة العامة للملاحة عبر الأطلسي من تونس إلى بون Bone وأثناء الرحلة أصيب الراكب بإصابة شديدة من جراء سقوط خزان كان موضوعاً بطريقة معيبة في السفينة، فأقام الراكب دعوى تعويض ضد الشركة الناقلة أمام المحكمة المدنية لبون، فدفعت الشركة بعدم اختصاصها نظراً لوجود شرط في عقد النقل يجعل الاختصاص لمحكمة مرسيليا التجارية، ومنه قضت محكمة بون برفض الدفع على أساس أن قواعد المسؤولية التقصيرية لا العقدية هي الواجبة التطبيق ومن ثم فلا يكون هناك محل لإعمال العقد المبرم بين الراكب والشركة "[281].

و تجدر الاشارة في هذا الاطار ،ان هذه الفكرة تم الاخذ في مجال التعويض عن حوادث السيارات أو النقل، و الفقه الفرنسي مستقر على ان مسؤولية الناقل بالمجان تقوم على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية المتعلقة بالخطأ المفترض وفق نص المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي[282] .

إلا ان باستمرار التطور في العديد من المجالات والتطورِ الصناعيّ أدى إلى ظهور الآلات الميكانيكية الدقيقة، و من ثم بدأت الفكرة الأخلاقية تضعف في المجتمع ،

---

[279] مشار اليه في : حسن عطيه الحربي ، المفهوم القانوني لإصابة العمل ، دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والسعودي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص١٨

[280] انظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، ص١٥٦-١٥٧

[281] انظر: علي فتاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على ضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص58

[282] انظر : حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام وأحكام الالتزام وأثبات الالتزام ، بغداد ، بدون دار نشر ، 1976 ، ص٣١٢

فأصبحت كل خسارة مادية بحاجة للتعويض، كما أنّ كثرة الأضرار الناجمة عن التعامل مع الآلات وصعوبة إثبات الخطأ وتحديد الشخص المسؤول أدى إلى إلحاق الأذى في عدالة النظرية الشخصية، حيث أصبح المضرور في معظم الحالات لا يعوض عن الضرر الذي لحق بـه، فظهر التوجه نحو المسؤولية الموضوعية، و ظهور نظرية تحمل التبعة و التي نادى بها (سالي ، جوسران، ديموج وسافاتيي) فانه بحصول الضرر يستوجب معه التعويض وإن اعتبار الخطأ مفترض الوقوع غير قابل لإثبات العكس، ويجب على من أراد التخلص من المسؤولية أن ينفي العلاقة السببية[283] ، و ان من السهل على المضرور اثبات الضرر ، فكان قانون حوادث العمل الصادر عام 1898 أول تشريع يتضمن مسؤولية دون خطأ[284] ، ثم تطورت هذه النظرية **فظهرت نظريـة المخاطر** ما يتعلق في الاضرار المهنية و حوادث العمل و هو ما ذهبت حركة التقنين الفرنسي في هذا الاتجاه، بصدور قانون مخاطر الطيران عام ١٩٢٤ ، و قانون تبعات الحرفة ومخاطر العمل في عام 1946[285] .

و مما سبق بيانه نجد إن القضاء الفرنسي ثبت على فكرة الخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية، ولم يحد عن ذلك إلى نظرية تحمل التبعة، وهكذا أخذت المسؤولية المدنية حيزاً هاماً، من بين مصادر الالتزام وكثرت بشأنها القضايا أمام الهيئات القضائية، وجلبت اهتمام الكثير من فقهاء القانون، حيث قسمت إلى ثلاث أنواع: المسؤولية عن الافعال الشخصية، والمسؤولية عن فعل الغير، والمسؤولية عن فعل الاشياء.

أما اساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ، فإن التطور السريع في أحكام المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي ، قد اخذت به الدول العربية ، ومنها العراق ، حيث أولى المشرع المدني العراقي المسؤولية التقصيرية عناية خاصة، حيث أفرد نصوص المواد (186 – 231) لها ، وفصل في هذه المسؤولية على أن تكون أما مسؤولية عن الأعمال الشخصية (المواد 186 - 217)وتعتبر أحكامها من القواعد العامة في المسؤولية المدنية ، و أما أن تكون مسؤولية عن فعل الغير (218 - 220) أو أن تكون مسؤولية عن الأشياء في المواد (221 - 231) .

---

[283] انظر: محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، القاهرة، دار النهضة العربية، 1978 ، ص 43

[284] انظر: أحمد إبراهيم الحياري، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، دار وائل للنشر، عمّان،2003 ، ص٦

[285] تأثر المشرع الفرنسي بالنظرية الموضوعية فأخذ بها في مساءلة عديم التمييز عن فعله الذي يلحق الضرر بالغير رغم عدم توافر التمييز لديه، حيث صدر القانون رقم (5) لسنة 1968 الذي أضاف المادة (489 ثانياً) إلى القانون المدني الفرنسي والتي فُسرت وفقاً للراجح: بأنها توجب مساءلة عديم التمييز عن أفعاله الضارة، وأيدت ذلك محكمة النقض الفرنسية (الدائرة المدنية الأولى بتاريخ 1976/7/20 ، و الدائرة المدنية الثانية بتاريخ 7 /12/ 1977 ، المجلة الفصلية للقانون المدني 1978، فقرة 2، ص 653)

المطلب الثاني:التكريس القضائي لأسس المسؤولية التقصيرية في التشريعات المعاصرة

اوضحنا ان في العصر الحديث ترنحت المسؤولية المدنية بين الخطأ، كمبدأ عام، على أساس الفعل الشخصي، والضرر الذي ظهر تحت تأثير الثورة الصناعية، واعتبارات إقامة العدالة بتمكين المضرور دون خطأ من التعويض. فالنظرية الموضوعية في المسؤولية تميزت بكثرة تطبيقاتها المعاصرة، التي من بينها الالتزام بالسلامة، وتخصيص مجالات معينة بالمسؤولية على أساس المخاطر كالأمراض المهنية وحوادث الطيران، والحوادث الطبية.

وتعتبر فئة المهنيين التي كان لأسس المسؤولية التقصيرية تأثير على أساسيات نظام المساءلة المدنية لهذه الفئة بعد أن كان يخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية أساسه شخصي وذاتي قوامه السلوك المنحرف والخاطئ للطرف المهني، إضافة إلى الطبيعة المزدوجة للمسؤولية المدنية لهذه الفئة: عقدية وتقصيرية ، وذلك بعد ازدياد ضحايا المخاطر المهنية ، ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك هي المسؤولية الطبية ، و مسؤولية المنتج .

أولاً: أسس المسؤولية التقصيرية في مجال المسؤولية الطبية

إن التطور الذي يشهده المجال الطبي يرافقه تزايد المخاطر المتولدة عن التقنيات الطبية المتطورة، ولكن في بعض الأحيان ما تزال تشهد سوء التحكم فيها، فالحادث الطبي ليس سوى تحقق هذه المخاطر المرتبطة بالنشاط الطبي، مع ضرورة التنبه لعدم الخلط بين هذه المخاطر وعدم ثبات الاحتمال الطبي الذي يبرر التزام الطبيب ببذل عناية عند تقديمه للعلاج ، كما في (حالة الأضرار الناتجة عن عيوب الأدوات، الأجهزة أو المواد المستعملة من طرف المعالج أو العدوى نتيجة عيب في النظافة و التي لا يمكن السيطرة عليها في ظل الأصول العلمية المتبعة في تاريخ العلاج)[286].

و لخصوصية العمل الطبي التي تقتضي منح الطبيب نوع من الحصانة المهنية بالنظر للمخاطر التي ترافق ممارسة مهنته، جعلت من مسؤولية الطبيب مسؤولية قوامها الخطأ واجب الإثبات من قبل المريض صاحب الحق في التعويض[287]، وهو ما دفع بالاجتهاد القضائي إلى اعتماد التزاماً بالسلامة او ضمان السلامة في العقود التي يؤدي تنفيذها الى تعرض أحد الأطراف للمخاطر في شخصه أو في ممتلكاته ، إلا ان مع ارتفاع بعض الأصوات المعارضة لعقدية الالتزام بالسلامة، حيث اعتبروا ان الالتزام بالسلامة يتعلق بالأساس بالتزام عام أكثر مما هو التزام عقدي بحت و إن هذه الخطوة لا تكفي لإسعاف ضحايا الحوادث الطبية ، كحالة إخلال الممارس الطبي لالتزامه بالسلامة خاصة فيما يتعلق بالخطأ الفني المتمثل في الخطأ في التشخيص أو الخطأ في اختيار طريقة العلاج المناسبة و كذلك الخطأ العلاجي. وذات

---

286 انظر: فيلالي علي، الالتزامات ـ الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، ط٣ ،2015، ص251

287 انظر: معمر بن طرية ، مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ،2012، ص٣٢

الأمر يمكن ملاحظته لمسؤولية المراكز الخاصة بنقل الدم على مستوى العيادات الخاصة[288].

ولم يقف الامر في التزام السلامة في المجال الفني لهذه المهنة وانما كذلك الالتزام بالإعلام بالمخاطر المتعلقة بالإجراء او العلاج الطبي ، وعبء إثبات تنفيذ واجب الإعلام يقع على المريض المتضرر إثبات امتناع الطبيب عن الإدلاء له بالإعلام الكافي لإثارة مسؤولية الطبيب، وهو ما كان مستقراً عليه في القضاء الفرنسي[289] ، إلا ان بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية قرار 25 فبراير 1995 أعطي تفسير جديد للمادة 1516 من القانون المدني من خلال الاجتهاد القضائي الذي جاء فيه بأن:" الشخص الذي يتحمل سواء عقديا أو قانونيا بالالتزام بالتبصير يجب عليه أن يأتي بما يثبت قيامه بواجبه هذا"[290] ، وهذا التوجه يتماشى مع مضمون نظرية المخاطر (المسؤولية الموضوعية) الذي تأسست من أجله و هو مواجهة فكرة "إثبات خطأ المسؤول عن الضرر" وتيسير سبل التعويض للمتضرر على أساس الضرر الذي أصابه

ثانياً: أسس المسؤولية التقصيرية في مجال مسؤولية المنتج

ان نظام مسؤولية المنتج التزايد المستمر للمخاطر المستحدثة من طرف المنتجين، مما أدى إلى تطور هائل للتطبيقات الخاصة بهذه المسؤولية بفضل تظافر جهود الفقه والقضاء ليتوج هذا التطور بتبني العديد من النظم القانونية لنظام مسؤولية المنتج و بموجب المادة ١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسي، كان المشرع يعالج مسؤولية المنتج وفق القواعد العامة في القانون المدني، أي باللجوء إلى المسؤولية التقصيرية والعقدية[291].

ففي اطار المسؤولية العقدية،ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي الى معالجة الأضرار التي تتسبب فيها المنتجات في النطاق التعاقدي من خلال تقوية فاعلية دعوى ضمان العيب الخفي في مواجهة البائعين المحترفين و منتجي السلع، وذلك من خلال التوسع في فكرة العيب فاعتبر نقص الأمان في المنتوج من قبل التعييب المادي في الشيء[292]، كما تبنى القضاء تفسيراً للنصوص المنظمة لآثار الضمان أو الالتزام بضمان السلامة في المواد 1645 ، 1646 مدني فرنسي والتي تقضي حرفية النصين بعدم إقامة مسؤولية البائع إلا إذا كان عالماً بالعيب وقت التعاقد، إلا أن

---

288 انظر: معمر بن طرية ، المرجع السابق، ص34

289 انظر: محمد فؤاد عبد الباسط ، تراجع فكرة "الخطأ" أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام : (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص١٨٥

290 وهو القرار Cass. 1ère ch civ, 25 févr, 1997,G.P, 1997, p 274, note P.Sagro-Guigue. و المشار في : عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،2017 ، ص٤٠٢

291 انظر: عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق ، ص403

292 المرجع نفسه

القضاء اعتبر كلًا من المنتج والبائع، الصانع عالماً بعيوب المنتوج أو يفترض فيه العلم به، ومن ثم ألزمه بالتعويض الكامل للضحايا من المستهلكين.[293]

و كانت المسائل المتعلقة بالمنتجات الطبية من المسائل التي طبقت فيه فكرة المسؤولية العقدية على اساس الالتزام بضمان السلامة مستندة وفق احكام القانون المدني الفرنسي ، و ذلك في الحكم الذي صدر في محكمة باريس في القضية المعروفة باسم (Dig Bill) وهي قضية تتلخص في أن " طبيب مريضة قرر عَلجها من خَلل الحقن بالوريد، أي بما يسمى (Dig Bill) ، وبعد اجراء الحقنة الثالثة ظهرت عدة دمامل على المريضة، الامر الذي استدعى خضوعها لتدخل جراحي من أجل زراعة الجلد، بالتالي الاقامة في المستشفى خمسة شهور، وبعد أن خرجت قامت برفع دعوى ضد المصنع المنتج، طالبة التعويض عن كافة الاضرار التي لحقت بها"[294]

وقد استند القضاء الفرنسي على أحكام التوجيه الاوروبي بحيث أشرك كلاً من الصانع والبائع والمهني، في المسؤولية، بحيث يلتزم كل هؤلاء بضمان سلامة المستهلك العامة. ولم يكتف المشرع الفرنسي بالتكريس القضائي لهذا الالتزام (التزام بضمان سلامة المنتج)، بل تجاوز لفرضه بنصوص صريحة، كان بدايتها قانون الاستهلاك الصادر عام ١٩٩٣ من خلال المادة (٢٢١) .

أما في النطاق التقصيري، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن طرح المنتج المعيب في السوق يعتبر في ذاته خطأ تقصيريا يكون من شأنه عقد مسؤولية المنتج قبل الغير في رجوعهم على أساس المادة 1382 مدني فرنسي[295] ، إلا ان القضاء واجه صعوبة تطبيق القواعد الخاصة بالمسؤولية عن الأشياء في مسائلة المنتجين باعتبارها مسؤولية لا تنطبق إلا في المجال غير التعاقدي ، فمن حيث الأصل لا توجد مسؤولية عقدية عن فعل الأشياء، ومن ناحية أخرى إن شروط المسؤولية عن الأشياء لا تنطبق على نظام المسؤولية عن فعل المنتجات و ذلك لعدم توافر الحراسة للمنتج في أغلب الأحوال ، إلا انه لظهور نظرية تجزئة الحراسة قد خفف من عقبة توزيع عبء المسؤولية بصورة أكثر عدالة ، و التي اعتمدها القضاء الفرنسي حيث اعتبر البائع المحترف والمنتج حارس تكوين وحمله المسؤولية تبعاً لذلك عن الأضرار التي يسببها العيب الموجود في المنتوج بصرف النظر عن من توافرت فيه حراسة الاستعمال وقت تحقق الضرر[296] ، اي الاخذ بالمسؤولية غير الخطئية ، حيث عمل المشرع الاخذ بهذا الامر في اطار الاخذ بالتوجه الخاص بالاتحاد الاوربي لعام ١٩٨٥ بهذا الخصوص في قانون رقم 89/ 389 الصادر عام 1998

---

[293] انظر: معمر بن طرية ، المرجع السابق،ص48

[294] قرار محكمة النقض الفرنسية في حكم مؤرخ في 12/11/ 1968 و مشار إليه في: عبد الصادق، محمد سامي، مسؤولية منتج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص١٠٣

[295] وهو القرار Cass. Civ, 21 mars 1962, bull civ. i .155 المشار في عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق ، ص405

[296] انظر: عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق ،ص407

، فأضاف بموجبه فصلاً جديداً تحت الرقم 4 مكرر إلى الكتاب الثالث من تقنيين المدني الفرنسي بعنوان: " المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة " وبذلك أسس هذا القانون لمسؤولية غير خطئية تتحقق بقوة القانون على عاتق المنتج تستند إلى العيب في المنتوج وليس إلى الخطأ، يتحمل بموجبها المضرور عبء إثبات العيب في المنتوج و الضرر الذي أصابه والعلاقة السببية[297].

وفي هذا الاطار ، إن القانون عام 1998 الوارد اعلاه الأثر البالغ في توحيد نظام المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، و ذلك بإسهام فكرة المخاطر في تحول طبيعة مسؤولية المنتج من مسؤولية ذات التركيبة الثنائية تميز بين المضرور المتعاقد والمضرور غير المتعاقد، وذلك بحكم ازدواجية مصدر الخطر بين الإخلال العقدي والإخلال التقصيري للالتزام المهني، إلى مسؤولية موحدة مراعاة لوحدة مصدر الخطر المهني المرتبط بطبيعة النشاط المهني و ليس له علاقة باختلاف الظروف التي يقع فيها الضرر، وذلك من خلال ما ورد في المواد من 1386 / ١ إلى 1386 / ١٨ بموجب قانون 19 مايو ،1998 فبناء على هذه النصوص تقوم مسؤولية المنتج، بقوة القانون، عن كل ضرر يلحق ضحايا المنتجات المعيبة دون تمييز بين المتعاقد والغير، وقد نصت على هذا الحكم، بكل وضوح المادة 1386 / ١ مدني، وهو ما اعتبره الفقه تجاوزاً صريحاً للتمييز بين المسؤوليتين[298]

ومن جماع ما تقدم بيانه ، نجد ان للاجتهاد القضائي الاثر في الاخذ بالمسؤولية التقصيرية في الافعال التي تعود ضمن نظام المسؤولية العقدية ، و كذلك قد ادى هذا التكريس القضائي الى توحيد المسؤوليتين دون التمييز بينهما ، و هو من الاسباب التي ساعدت الى توجه بعض الفقه القانوني و المشرع الفرنسي فيما بعد الى تبني مشروع تعديل المسؤولية المدنية في 13 /3 لعام 2017.

المبحث الثاني: دور الاجتهاد القضائي في تطور نظام التعويض عن الضرر التقصيري

اوضحنا في المبحث الاول كيف كان للقضاء الفرنسي دوراً في تطور اساس المسؤولية المدنية وبالأخص المسؤولية التقصيرية من حيث الاخذ بفكرة الخطأ المفترض ثم تطورت بعد ازدياد ضحايا الحوادث النقل و المصانع و الاضرار المهنية ، لظهور النظرية الموضوعية و ذلك بالاعتماد على اثبات حصول الضرر وهو ما سميت بنظرية تحمل التبعة و التي هي ايضاً تطورت فظهرت فكرة او نظرية ضمان المخاطر ، إلا ان هذا التطور لم يكن مقتصراً بتحديد اساس المسؤولية المدنية و إنما اثر في تطور نظام التعويض في المسؤولية المدنية و خاصة المسؤولية التقصيرية ، فكان لهذا الاجتهاد دوراً في تطور او تحديد نطاق التعويض ، و كذلك آلية تقدير التعويض .

---

297 انظر: عمر بن الزوبير، المرجع السابق، ص٤١٠

298 انظر: شوقي بنّاسي ، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية: تمييز نحو زوال؟ ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية و الاقتصادية، المجلد: 57 ، العدد ٢، 2020 ،ص٤٢٨

المطلب الاول : دور الاجتهاد القضائي في تحديد نطاق التعويض

القانون المدني الفرنسي لعام 1804 حيث تم الفصل التام بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية، وأصبح الخطأ أساس المسؤولية التقصيرية كقاعدة عامة، وقد نصت المادة 1382 من هذا التقنين على ما يلي: " كل عمل أيا كان يوقع ضررا بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه". ثم نصت المادة 1383 على ما يلي: "كل شخص يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب، بل أيضا بإهماله أو بعدم تبصره" ، أما في المواد الأخرى فقد نظم المشرع الفرنسي المسؤولية التقصيرية سواء كانت المسؤولية عن فعل الغير المادة 1384، أو المسؤولية عن أذى الحيوان ،1385 وأخيراً المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية المادة ،1386 ولم يضع المشرع الفرنسي للمسؤولية المدنية في هذا التقنين سوى خمس مواد في وقت لم تكن الحاجة إلى أكثر من ذلك، وبالنسبة لكل هذه الحالات فالخطأ هو أساس المسؤولية المدنية أو ما يسمى بالمسؤولية الشخصية والتي تقوم على الخطأ فقط سواء كان هذا الخطأ واجب الإثبات أو خطأ مفترضاً [299].

و الملاحظ من النصوص الواردة في القانون المدني الفرنسي ان المشرع لم يحدد التعويض عن الضرر المعنوي و انما كان مذكور التعويض عن الضرر بصورة مطلقة ، كما ان ما ورد من ضرورة التعويض عن الضرر في ضوء المسؤولية الشخصية التي تقوم على الخطأ ، ففكرة الخطأ باعتبارها قوام نظام المسؤولية المدنية كانت تنسجم تماماً مع المذهب الفردي الذي اعتنقته الثورة الفرنسية[300] .

إلا إن مع بداية الثورة الصناعية التي عرفتها أوربا في القرن 19 بدأت أزمة المسؤولية المدنية تظهر و تزداد مع استخدام المخترعات والتكنولوجية الحديثة في كافة مجالات الحياة. ونجم عن ذلك أن أصبح الخطر أقرب احتمالاً وأكثر تحققاً مما كان عليه الأمر في الماضي وترتب عن هذا التطور الصناعي الهائل أن زادت قضايا المسؤولية المدنية زيادة مذهلة، وظهرت مشاكل جديدة عجز النظام القانوني للمسؤولية المدنية عن حلها كالإصابات الجسدية بشكل متزايد مع زيادة المصانع و حوادث النقل [301]، و لذلك كان لزاماً على الفقه والقضاء إعادة النظر في أساس المسؤولية المدنية وضرورة تجاوزها كأساس وحيد للتعويض، مع اقتراح أسس جديدة تكون أكثر حماية لحقوق الضحايا ، و هو ما اوضحناه في المبحث الاول من تطور في اسس المسؤولية المدنية من ظهور المسؤولية الموضوعية و فكرة او

---

[299] انظر: فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية نحو مسؤولية موضوعية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر،2005 ، ص١٤

[300] انظر: مريم بلوصيف، المسؤولية الموضوعية كأساس للتعويض، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،2009 ، ص٥-٦

[301] انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ط 3 ،1998، ص٨٦٧

نظرية المخاطر أي إحلال النظرية المادية محل النظرية الشخصية لأنها ترتبط بعمل مادي وهو موجب الضرر .

و على ضوء تلك المعطيات كيف كان للاجتهاد القضائي دوراً في تطور ماهية الاضرار التي تستحق التعويض؟

يعتبر الضرر هو شرط أولي لقيام المسؤولية المدينة و المطالبة بالتعويض، فهو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء الاعتداء بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة، وبمعنى آخر هو إخلال بمصلحة مشروعة، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو دبية ،فلا يشترط أن يكون الحق الذي يقع الاعتداء عليه حقاً مالياً، وإنما يمكن أن يكون حقاً غير مالي. وينجم عن الاعتداء على حق مالي للشخص ضرر مادي، في حين أنه يترتب على الاعتداء على حق غير مالي له ضرر أدبي. فالضرر إذاً على نوعين مادي وأدبي[302].

و كما اوضحناه مسبقاً لم يكرس القانون المدني الفرنسي لعام 1804 قاعدة عامة للتعويض عن الضرر الأدبي، الأمر الذي دفع محكمة النقض الفرنسية إلى سد هذه الثغرة وبناء نظرية عامة للتعويض عن الضرر الأدبي. و تعتبر الأحكام العامة التي تنظم التعويض عن الضرر الأدبي هي من صنع القضاء ، أما الفقه فقد انقسم الفقهاء الفرنسيون، نتيجة غياب النص عام ،1804بين مؤيد لفكرة التعويض عن الضرر الأدبي كقاعدة عامة، وبين معارض لتلك الفكرة.

أما الاجتهاد القضائي في فرنسا كرس مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي كقاعدة عامة في المسؤولية المدنية منذ عام 1833 بموجب قرار صادر عن غرف محكمة النقض مجتمعة عن القضية التي اطلق عليها **" صيادلة باريس و شرف المهنة/ The Pharmacists Of Paris And The Honor Of The Profession "** ، و التي تعلقت بقيام صيادلة من باريس برفع دعوى على مجموعة من الاشخاص غير مرخصين بممارسة المهنة ، حيث قضت بأن " الضرر الذي لحق بالصيادلة في باريس (الذين تدخلوا بصفتهم طرفًا مدنيًا في الإجراءات الجنائية ضد الأفراد غير المرخص لهم يمارسون مهنة الصيدلي بشكل غير قانوني) ، كان ذا طبيعة أخلاقية قابلة للتعويض بموجب المادة 1382 من القانون المدني. كما هو موصوف ، كان المدعى عليهم بائعي التجزئة للعلاجات السرية غير المصرح بها (les débitans de remèdes secrets non autorisés) الذين انتهكوا "الأخلاق الداخلية" للصيادلة وأضروا بشرف المهنة . ويبدو أن صيادلة باريس وجدوا ذلك من الصعب - وربما من المستحيل - إثبات أن المتهمين تسببوا في خسارة ميراثهم ، لكن عدم وجود مثل هذا الدليل ، كما قالت المحكمة " لم يجعل مطلبهم غير قابل للاسترداد و وفقاً النصوص القانونية العامة للمسؤولية التقصيرية في المواد 1382 - 1383 امكان الاخذ الضرر المعنوي الذي لحق بهم" [303]

---

[302] انظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (الالتزامات - في الفعل الضار والمسؤولية المدنية) ، المجلد الأول، ط٥ ، القاهرة ،1992،ص١٣٦

[303] انظر: Baget c. Rosenweigh, Cass. (Ch. Réunies) 15 juin 1833, Sirey 1833.I.458. المشار اليه في :

و نتيجة للحكم المذكور ، تم اعتبار عبارة "dommage" في المادة 1382 هو الضرر بوجه عام أو مطلق فاعتبرت انها تشير إلى قسمين هو الضرر المادي أو المالي و ضرر ادبي .

وكان لهذا الاجتهاد القضائي و كذلك بعد صدور قرارات اخرى في اطار التعويض المعنوي أثراً في توجه المشرع الى اجراء تعديل على أحكام التطليق، بموجب القانون الصادرفي11/ 7 / 1975 حيث أجاز في المادة (266) في الفقرة الأولى منها ، الحكم على الزوج الذي تسبب بالتطليق بناء على خطأه بالتعويض عن الضرر المادي أو الضرر المعنوي الذي أصاب الزوج الآخر نتيجة انحلال الزواج[304]

و كذلك كان لمحكمة النقض الفرنسية احكام ساعدت في تطوير نظام التعويض عن الضرر الادبي المرتد ، حيث كان القضاء الفرنسي في البداية يأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق بأحد أقارب المصاب في حالة الوفاة فقط، و كان يرفض الحكم للأقارب بالتعويض في مثل هذه الحالة إذا لم يؤد الحادث إلى وفاة المصاب اي حالة الاصابات. ثم بعد ذلك أقرت الغرفة المدنية في محكمة النقض تعويض الأقارب عن الضرر الأدبي الذي أصابهم نتيجة الحادث الذي تعرض له المصاب والذي لم يفضِ إلى وفاته، و لكن اشترطت المحكمة في مثل هذه الحال أن يكون الضرر الأدبي المرتد الذي أصاب القريب من جراء الحادث الذي تعرض له المصاب جسيماً، وهذا كان يتطلب أن يكون المجني عليه قد تعرض هو أيضاً لأخطار جسيمة نتيجة الحادث الذي تعرض له ، ومن ثم بعد ذلك تراجعت المحكمة عن شرط جسامة الضرر الأدبي.[305]

أما الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية كانت ترفض تعويض الضرر الأدبي المرتد في حالة تعويض الأقارب عن الضرر الأدبي الذي أصابهم نتيجة الحادث الذي تعرض له المصاب والذي لم يفضِ إلى وفاته ، حيث بررت ذلك بأن الضرر في مثل هذه الحال غير مباشر ، فالمجني عليه وحده له الحق في المطالبة بهذه العقوبة، طالما الحادث لم يؤد إلى وفاته فلا يمكن لأحد غيره أن يطالب بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد الذي لحق به، و ما دام أن التعويض الممنوح للمجني عليه يقصد منه جبر الضرر، فالضرر يزول بمجرد منح التعويض، ولا يقبل بعد ذلك قبول دعوى الأقارب للتعويض عن الضرر الأدبي المرتد في مثل هذه الحال وذلك بسبب زوال ضرر المجني عليه نفسه بالتعويض.

Philippe-Antoine Merlin, Moral Damages: The French Awakening in the Nineteenth Century, Tulane European & Civil Law Forum,Vernon Valentine Palmer, Vol. 36, p.50

[304] انظر: فواز صالح ، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم - دراسة مقارنة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد22 ، العدد ٢، 2006 ، ص280

[305] انظر : Cass.civ., 22 octobre 1946, JCP. 1946, II, 3365, note A.S المشار اليه في : فواز صالح ، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم - دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص٢٨٧

و هنا موقف الغرفة الجنائية في رفض تعويض الضرر الأدبي المرتد في مثل هذه الحالة جاء بناء على اعتبارات إجرائية تتعلق بممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية، حيث إن الغرفة الجنائية لا تنفي قابلية الضرر الأدبي المرتد للتعويض في حالة بقاء المصاب على قيد الحياة، ولكنها تستبعد إمكانية المطالبة بهذا التعويض أمام المحاكم الجزائية في مثل هذه الحال[306].

إلا ان من الاجتهادات القضائية التي ادت الى استقرار القضاء الفرنسي بشقيه المدني والجزائي، على المبدأ المتعلق بإمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد أمام المحاكم الجزائية في حالة بقاء المصاب على قيد الحياة ، هو القرار الصادر من الغرفة الجزائية في محكمة النقض الفرنسية في عام 1989 و الذي من خلاله غيرت موقفها وأقرت بإمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد أمام المحاكم الجزائية في حالة بقاء المصاب على قيد الحياة، حيث جاء فيه " أنه يستنتج من أحكام المادتين (2 ، 3) من قانون أصول المحاكمات الجزائية ،أن أقارب المجني عليه في جرم الإيذاء غير المقصود يحق لهم إثبات الضرر الذي عانوا منه شخصياً والناجم مباشرة عن ذلك الجرم، ومن ثَم يحق لهم المطالبة بالتعويض عن ذلك الضرر أمام المحاكم الجزائية" [307].

المطلب الثاني : دور الاجتهاد القضائي في تحديد آلية تقدير التعويض

أنَّ تقدير التعويض في إطار المسؤولية التقصيرية يكون قضائياً و هنا يثار تساؤلاً عن مدى سلطة قاضي الموضوع (السلطة التقديرية للقاضي) في تقدير التعويض ؟ فمن المسائل المتعلقة للحكم بالتعويض في اطار المسؤولية التقصيرية تلك المتعلقة بكيفية تقدير التعويض، و طريقة التعويض وقت تقديره .

أولاً: كيفية تقدير التعويض

وتقضي القواعد العامة في تقدير التعويض ، بان يُقدر التعويض بمقدار الضرر المباشر ، بحيث لا يزيد ولا ينقص عنه ، وهذا ما يعرف بمبدأ " التعادل بين التعويض والضرر"

ففي اطار المسؤولية العقدية ، نصت المادة 1149 من القانون المدني الفرنسي بأن " التعويضات المستحقة للدائن

تشمل ، بوجه عام ، ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب " ، **اما في مجال المسؤولية التقصيرية** ، فرغم انعدام النص القانوني فإن الرأي مستقر على أعمال ذات المبدأ من خلال استنباطه من أحكام المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي التي تُلزم مرتكب الخطأ بتعويض الضرر الذي تسبب فيه ، اي اخذ المشرع بالضرر المباشر في تقدير التعويض، وهنا الضرر المباشر من خلال هذين

---

[306] انظر: قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 / 1 / 1979 Ass.plé., 12 janvier 1979, RTD. 1979, 141, obs. G. Durry.

[307] انظر: Cass.crim., 9 février 1989, 614, D. 1989, note Bruneau. Voir également: M. Bourrié Quénillet, - Le préjudice moral des proches d'une victime-dérive litigieuse ou prix du désespoir, JCP. 1998, I, 186, P. 2205 et

النصين، يشتمل على عنصرين رئيسيين هما الخسارة التي لحقت المضرور ، والكسب الذي فاته ، فهذان العنصران هما اللذان يُقيمهما القاضي بالمال[308] . و في هذا الاطار لم يأخذ المشرع الفرنسي بجسامة الخطأ أو مركز المسؤول في تقدير التعويض ، فوقد استقر القضاء الفرنسي مند سنة 1913 على أنه " لا علاقة بين جسامة أو تفاهة الخطأ وبين تقدير التعويض، وأنه يجب أن يشمل هذا الأخير ما لحق الدائن من ضرر مهما بلغت جسامة الخطأ " ، وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية، صراحة في قرار لها في 21/ 10/ 1946 .[309]

وهنا ، نتساءل ان كان القاضي يأخذ بهاذين العنصرين عند تقدير التعويض عن الضرر الادبي؟

التعويض عن الضرر الادبي من وجهة نظر القضاء الفرنسي لا يخرج عن الاحكام العامة في التعويض الذي يقوم على مبدأ التعويض المكسب وإصلاح الضرر بما يشفي غليل المصاب ويرفع من معنوياته، و وفق العرف القضائي قد جرى الاخذ بمعيار الخطر والضرر وهو يعني جعل التعويض في مستوى الخطر الذي واجه الضحية.[310] ذلك باعتماد عنصر الخطر الذي يتجلى من الواقعة و تأثيرها على المصاب ، وما يتبعه من نتائج ومصاعب لاحقة.

وهو ما اعتمد من خلال القرار المبدئي الصادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1947 بخصوص تقدير الضرر الادبي في محاولة القتل و الذي جاء في حيثياته " حيث أنه لا يوجد قانون يحدد نوع المصلحة التي يجنيها الشخص المتضرر، و إن الوقائع وحدها هي التي تحدد الضرر و أساس التقدير، حيث إن الضحية صرحت بأنها لم تتأثر بالواقعة إلا لوقت قليل، و أنها تناست الحادثة في حينها، ومع ذلك فهي تتأسس بصفتها طرفاً مدنياً للمطالبة بالتعويض ، كما إن التعويض يحدد بقدر الضرر الحاصل في قضية الحال في حين يكون الخطر قد زال إلى حد العدم ، و إن الضرر لم يبق إلا من حيث آثاره المعنوية مما يجعل الأساس الذي اعتمدته المحكمة في تقدير التعويض كان على أساس مشاعري و عاطفي و هو أمر وجيه يستوجب التأييد"[311] .

وهنا لابد من الاشارة ان اتجاه القضاء باعتماد عنصر الخطر لايعني الاستغناء عن درجة الضرر الذي لحق المدعي ، وانما هي يعتمدها القاضي عند تقدير التعويض عن الضرر الادبي [312].

---

[308] انظر: عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الثاني ، مطبعة نهضة مصر ،2011 ،ص 970

[309] انظر: مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، 1992 ، ص196

[310] انظر: علي جروة ، الموسوعة في الاجراءات الجزائية ، المجلد 2 ، ج1،الجزائر ، دون دار نشر ، 2006 ، ص213- 214

[311] انظر : علي جروة ، المرجع السابق ، ص216

[312] انظر: محمد إبراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية. (د.ت)، ص78

ثانياً: طريقة التعويض و وقت تقديره

بالرجوع الى نصوص القانون المدني الفرنسي ، المشرع في المادة 1382 لم يحدد صراحة عن طرق أو صورة التعويض الذي يحكم بها القاضي للمدعي إن كان تعويض نقدي أو عيني [313] ، إلا انه **وضع تطبيقات للتعويض العيني في مجال المسؤولية العقدية** و ذلك في المادة (1243) من القانون المدني الفرنسي ، و كذلك في المادة (809) من قانون مرافعات مدنية .

أما في مجال المسؤولية التقصيرية فلم يشر صراحة عليه في المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي ، و انما الامر يعتمد على السلطة التقديرية للقاضي و وفق ما يطالب به المدعي في عريضة الدعوى ، فللقاضي سلطة كاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لطبيعة الضرر حسب الظروف . [314]

فقد يحكم القاضي بالتعويض العيني يهدف كما يرى بعض الفقه، إلى إزالة الضرر أو تخفيفه، أو التخلي عن الوضع الضار أو منع تحقق الخطر ، فيلزم القاضي المسؤول عن الضرر بالتعويض العيني إذا اتخذ الإخلال صورة القيام بعمل يمكن إزالته و محو أثره [315].

وفي هذا المجال ذهبت محكمة النقض الفرنسية، إلى أنه يقع " على القاضي أن يأمر بهدم البناء الذي أقيم بصورة غير مشروعة، إذا طلب المضرور ذلك، حيث يكون البناء الذي أقيم بشكل مخالف لقواعد التنظيم سبباً في الإضرار بالغير، فإنه لا يمكن رفض طلب المضرور بإزالة البناء الذي يعد السبب غير المشروع للضرر"[316]

اما ما يتعلق بالتعويض النقدي ، فإن تقديره يترك لقاضي الموضوع و وفق عناصر تقدير التعويض المار ذكرها ، إلا ان طريقة دفع التعويض النقدي فلم تحدده النصوص القانونية كذلك ، و انما اعتمد من خلال الاحكام القضائية ان يكون الدفع اجمالاً و يترك جواز اقتطاع المبلغ الاجمالي ان كان في مصلحة المسؤول ، و هو ما ذهبت إليه محكمة باريس في قرار لها عام 1945 ، حيث أوجبت من خلاله " تخفيض مبلغ التعويض الذي يدفع مرة واحد، على أساس أن حصول المضرور

---

313 أنظر :محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1 ، ص48-49

314 انظر: عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية- دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة، الأردن ، 1998، ص149-150

315 أنظر: بطوش كهينة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، رسالة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر ، 2012 ، ص 133- 134

316 أنظر: عدنان ابراهيم السرحان، الضرر وتعويضه وفق أحكام الفعل الضار، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد 2، 1998 ، ص 17

على التعويض بهذه الصورة يمكنه من مزايا عديدة، كأنه يستثمره و يرجع عليه بالربح" [317].

أما وقت تقدير التعويض ، فقد اثيرت تساؤلات عدة عن وقت تقدير التعويض و خاصة في حالة الضرر المتغير ، فما هو الوقت الذي ينبغي مراعاته من قبل القاضي عند قيامه بتقدير التعويض؟ و هل هو وقت حدوث الضرر أم وقت صدور الحكم؟ وهل يمكن إعادة النظر في هذا التقدير في ضوء التغير الحاصل على الضرر؟

ذهب الفقه الفرنسي ان من حيث الاصل يكون التقدير وقت حصول الضرر ، و استندوا في ذلك على أن المسؤولية تترتب على ما وقع من ضرر، فلا يمكن تصور نشوء حق للشخص في التعويض قبل أن يصاب بضرر، من هنا تكون العبرة بتاريخ وقوع الضرر وحكم التعويض ليس إلا كاشفاً و مقرراً لحق التعويض لا منشأ له. واستند أنصار هذا الرأي إلى بعض الأحكام القضائية، منها ما قضت به محكمة بوردو الفرنسية في 21 /5/ 1947 ، و محكمة السين في 1947/7/16 ، بأن " الحق في التعويض يولد من وقت الاعتداء على المصلحة المشروعة للضحية. وبذلك ينشأ الحق في التعويض من وقت قيام أركان المسؤولية المدنية الثلاثة. وأنه يجب تقدير التعويض وفقا للعناصر التي كانت موجودة وقت نشوء الحق في التعويض أي وقت وقوع الضرر" [318].

إلا إن ذهب رأي معارض في عدم الاعتداد بوقت حصول الضرر، و انما من تاريخ أو وقت الحكم ، حيث اعتبروا ان الحكم بالتعويض هو منشأ لحق المضرور و ليس كاشفاً له ، وأسسوا ذلك إلى كون الحق في التعويض يكون غير محدد المقدار، فالحكم هو الذي يحدد مقداره، لذلك يجب الاعتداد بجميع العناصر التي توجد وقت الحكم ، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في 5/ 11/ 1936 بأن " حق المضرور في التعويض ينشأ من تاريخ صدور الحكم" ، و هذا ما أيدته في حكمها الصادر بتاريخ 2/ 12/ 1947 [319].

و بذلك فان القضاء الفرنسي بدأ يتحول عن موقفه القديم واستقرت إحكامه على تقدير التعويض وقت صدور الحكم لا وقت تحققه ، فقد أصدرت دائرة العرائض (قبل إلغائها عام 1947) في محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1942/3/24 حكماً جاء فيه" يتعين النظر إلى يوم صدور الحكم القضائي بتقدير التعويض عند إجراء

---

[317] انظر : حسام الدين كامل الأهواني، الاتجاهات الحديثة للقضاء الكويتي في مجال تعويض الأضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الأول ، 1978 ، ص185

[318] انظر: منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، ط1 ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002 ، ص83

[319] انظر: بحماوي الشريف، التعويض عن الاضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية- د راسة مقارنة، اطروحة دكتوراه ، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر ، 2012-2013 ، ص105

هذا التقدير ، ذلك إن للمضرور حق التعويض الكامل عن الضرر الذي أصابه ، والتعويض اللازم لجبر الضرر ينبغي إن يقدر على أساس قيمة الضرر يوم الحكم" ، كذلك قضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض بأن " التعويض اللازم لجبر الضرر ينبغي تقديره على أساس قيمة الضرر يوم الحكم الذي يحدد حق التعويض للمضرور" كما ورد في حكم أخر لذات المحكمة بأن" التعويض المقدر وفقاً للقواعد العامة يتم حسابه بالنظر إلى تاريخ الحكم " .[320]

وبذلك كان لهذه الاحكام القضائية دوراً في الاخذ بمبدأ تقدير التعويض وقت صدور الحكم واصبح من المبادئ التي لا يرقى إليها الشك ولا يثور بشأنها خلاف .

ومما تقدم بيانه من الاجتهاد القضائي الفرنسي في اطار نظام التعويض و ما له من دور في تطور نظام التعويض في القانون الفرنسي ، **يثار تساؤلاً حول مدى تأثر القانون العراقي من هذا التطور ؟**

التعويض في القانون العراقي هو إصلاح للضرر وتقدره المحكمة إن لم يكن محدداً في العقد ، و التعويض في إطار المسؤولية التقصيرية يكون قضائياً ، للمحكمة سلطة تقديرية في تحديد التعويض الذي يمنح للمتضرر إذا لم يحدد في العقد أو بنص القانون، فلها أن تحدد طريقة التعويض، فنصت المادة (209) في فقرتها (الأولى) على: " تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً شهرياً، ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأنْ يقدم تأميناً " . و عليه فإنّ التعويض لا يشترط أنْ يكون نقدياً رغم أنه السائد، فقد يكون تعويضاً عينياً والذي يكون في بعض الحالات أفضل من التعويض النقدي في إزالة الضرر متى ما كان ممكناً بحيث يتم إعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر عليه[321] .

و تجدر الاشارة إلى أنَّ التعويض العيني يتصور كثيراً في إطار المسؤولية العقدية، أمَّا في إطار المسؤولية التقصيرية فيكون محدوداً[322] ، التعويض بمقابل وبشكل خاص في صورته النقدية هو الذي يحكم به في هذا المجال[323] و الذي يمكن ان يكون بشكل مبلغ إجمالي أي يعطى دفعة واحدة إلى المدعي أو قد يدفع بشكل أقساط أو كإيراد مرتب مدى الحياة، ويبقى للمحكمة السلطة التقديرية في اختيار أي من صور التعويض النقدي التي تدفع إلى المدعي ، وتلجأ المحاكم إلى التعويض

---

320 مشار إلى هذه الإحكام عند : حسن حنتوش رشيد الحسناوي، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية ،أطروحة دكتوراه ،جامعة بغداد ،2004،ص 128-129

321 انظر: قزمان، منير، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء (الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2004م)، ص153

322 انظر: السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ج1 (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، 2000م)، ص1092-1093

323 من صور التعويض بمقابل الأخرى كأداء أمر معين كنشر اعتذار رسمي من قبل الطبيب المعالج أو المستشفى في إحدى الصحف، أو أنْ تتعهد إدارة المستشفى بعلاج المدعي (المريض المتضرر) و تحمل كافة مصاريف العلاج. انظر: مصطفى، خليل، تقدير مبلغ التعويض و حقوق المؤمن المترتبة على دفعه (الاردن: دار و مكتبة الحامد للنشر و التوزيع، ط1، 2001م)، ص142

النقدي الاجمالي في اغلب احكامها المتعلقة بالمسؤولية المدنية الناشئة عن الأعمال الطبية، وهو ما صادقت عليه محكمة التمييز لقرار محكمة البداءة الديوانية الصادر في 2002/3/6م وقد أوجبت تلك المحكمة: "...على وزير الصحة إضافة إلى وظيفته وكذلك الطبيبة المعالجة (ر.ج) بدفع مبلغ (15000000) مليون دينار كتعويض عما اصاب المدعية من اضرار بسبب إهمال الطبيبة (ر. ج) وعدم اتخاذها الاحتياطات اللازمة اثناء وجود المدعية في المستشفى، وهو ما ادى إلى إصابتها بالتهابات رحمية حادة أدت إلى استئصال الرحم مع المبايض وهو ما سبب لها الشيخوخة المبكرة رغم إنها شابة في مقتبل العمر "[324].

أما الضرر الذي يستحق عنه التعويض في القانون العراقي ، فبالرجوع إلى نصوص القانون المدني العراقي، نجد ان المشرع في الفصل الثالث منه الى الاعمال غير المشروعة الشخصية و قسمها الى الاعمال الواقعة على المال (في المواد 186- 201)، و الاعمال غير المشروعة التي تقع على النفس (في المواد 202-217) قد أشار الى وجوب الضمان عن الاضرار التي تترتب عن تلك الاعمال ، إلا ان المشرع لم يعرف ما هو الضرر ، لكن بالرجوع الى تلك النصوص يعتبر الضرر بصورة عامة هو: " الأذى الذي يلحق الغير من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك "[325]. فالضرر إما يكون مادياً يتعلق بحياة الغير أو جسمه أو ماله، وإما يكون ضرراً أدبياً يلحق بشرف الإنسان وسمعته واعتباره ومركزه الاجتماعي.[326]

أما **آلية تقدير التعويض عن الضرر التقصيري** ، بعد التثبت من تحقق شروط الضرر الذي يعوض عنه فالقاضي أو المحكمة سيقدر التعويض الممنوح للمتضرر و لأجل تحديد التعويض الممنوح لابد من عوامل أو عناصر يشملها التعويض عن الضرر التقصيري ، و بالرجوع الى نصوص القانون المدني العراقي نجد انه في **الفقرة الاولى من المادة (207)** التي تنص على " تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع." قد اوجب المشرع على القاضي عند تقديره للتعويض ان يقدر ما لحق المتضرر من ضرر و ما فاته من كسب ، و ذلك إن كان

---

[324] قرار محكمة بداءة الديوانية رقم 505/ب/ 2001 و الصادر بتاريخ 2002/3/6م، و المشار إليه في: راهي، رواء كاظم، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 1429ه / 2008م، ص121

[325] و نجد في بعض الاحيان ان الضرر لا يصيب فقط المضرور نفسه الذي وقع عليه الفعل الضار و انما يرتد ايضاً الى اشخاص آخرين كونه تبعياً للضرر الاصلي الواقع على من وقع عليه الفعل الضار كحالة الوفاة فأن الفعل الضار وقع على المتوفي و لكن في الوقت ذاته ادى تبعاً لهذه الوفاة الى فقدان الزوجة او الابناء من كان يعيلهم و ايضا سبب لهم الشعور بألم فقدان معيلهم ، و يسمى هذا الضرر التبعي بالضرر المرتد، انظر في ذلك: مقدم، سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1992م)، ص40.

[326] انظر: ذنون، حسن علي، المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص155.

هذا الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، فالقاضي يعوض ما لحق المضرور من ضرر مادي أو ادبي ، و بشأن الضرر المادي فأن التعويض عنه يشمل عنصرين :

1- الخسارة المترتبة عما لحقت المتضرر من جراء العمل غير المشروع

2- الكسب الفائت، وقد اكدت محكمة التمييز في احدى قراراتها بأنه "يجب ان يشتمل التعويض عن الضرر على عنصرين هما (الخسارة المتحققة والكسب الفائت)"[327].

وكذلك هناك عنصر آخر أوجده الفقه القانوني و هو (الظروف الملابسة) حيث بالرجوع الى نصوص القانون المدني ، نجد ان المشرع في **الفقرة الثالثة من المادة 191** على انه " عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة ان تراعي في ذلك مركز الخصوم." فالمشرع اخذ بمركز كل من المسؤول و المضرور في تقدير التعويض معاً و ليس احدهما ، و يبدو ان توجه المشرع العراقي في ذلك هو نابع من ان للقاضي سلطة تقديرية في تقدير التعويض وفقاً لظروف القضية المعروضة امام القاضي .

بيد ان كان من الاجدر على المشرع ان ينص على عبارة الظروف الملابسة و ليس عبارة مركز الخصوم لان هدف التعويض هو جبر الضرر و ازالته قدر الامكان و ليس عقوبة جنائية من اجل الاخذ بمركز الخصوم .

و لما تقدم ان عناصر التعويض عن الضرر المادي هي (الخسارة اللاحقة و الكسب الفائت و الظروف الملابسة) .

أما ما يتعلق بالتعويض عن الضرر الادبي فإنه لا يشتمل على عنصري الخسارة اللاحقة و الكسب الفائت ؛ لان التعويض عن الضرر الادبي يتعلق بالتعويض عن الضرر المتعلق بالألم و الحرمان النفسي و الاعتداء على العرض و الحرية الشخصية ، فالتعويض عن الضرر الادبي هو عنصراً قائماً بذاته حيث يصعب تقويم نتائجه أو آثاره بالنقود ؛ و لذلك لا يوجد معيار نقدي لتقدير قيمته المالية، و لذلك ذهب الفقه القانوني في هذا المجال الى ان العنصر الذي يعتد به هو (عنصر الظروف الملابسة)[328]، و هو ما يتعلق بالظروف الخاصة بالمضرور و ليس بالظروف الخاصة بالمسؤول (المدعى عليه)، كما اوجب فقهاء القانون في هذا المجال أن يكون من ضمن الظروف الملابسة التي على القاضي الاخذ بها تلك المتعلقة بالعوامل الخارجية التي أثرت تأثيراً مباشراً في حصول ألم و معاناة نفسية جسيمة بالمضرور[329].

---

[327] انظر في ذلك: قرار محكمة التمييز رقم 383/ موسعة اولى / 90 في 29/ 5/ 1991م ، و المشار اليه في : احمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ط1 ، 2012م ، ص 256

[328] انظر : مهند عزمي مسعود ابو مغلي ، التعويض عن الضرر الادبي – دراسة مقارنة ، مجلة الشريعة و القانون ، العدد 39 ، يوليو 2009م ، ص221-222

[329] انظر: ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت ، 1995م، ص134

أما وقت تقدير التعويض عن الضرر التقصيري ، فانه بصورة عامة ان الوقت الذي تراعيه المحكمة لتقدير التعويض هو وقت حصول الضرر و هو في حالة الضرر الثابت ، أما ان كان الضرر متغيراً ، فقد اوضحنا ان المشرع العراقي في المادة (207) المار ذكرها قد اوجب على القاضي عند تقديره للتعويض ان يقدر ما لحق المتضرر من ضرر و ما فاته من كسب ، و ذلك إن كان هذا الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، فالقاضي يعوض ما لحق المضرور من ضرر مادي أو ادبي و لكن المشرع لم ينص صراحة عن وقت تقدير التعويض عن الضرر سواء كان الضرر ثابتاً أو متغيراً ، إلا إن بالرجوع الى نصوص القانون المدني نص المشرع في **المادة 208** على: " اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها ان تحتفظ للمتضمن بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير" ، و من خلال مفهوم هذه المادة بالإمكان الاستنتاج على ان وقت تقدير التعويض يكون وقت الحكم ، كما ان المشرع قد اعطى للقاضي سلطة في عدم الحكم بتعويض كامل نهائي في حالة عدم تمكنها من تقدير التعويض وقت الحكم و هنا الضرر المتغير و ذلك بمنح كتعويض مؤقت واعطاء للمتضرر خلال مدة معقولة تحددها المحكمة في تقديم طلب اعادة النظر في تقدير التعويض . كما نجد أن المشرع قد أورد في الفقرة الاولى من المادة 209 عبارة (الظروف) حيث نص على:" تعين المحكمة طريقاً التعويض تبعاً للظروف....." ، و هنا العبارة (الظروف) عبارة مطلقة و شاملة فتشمل حالة الضرر المتغير ؛ فأتاح للقاضي سلطة تقديرية وفقاً لظروف معينة ان يحكم بمقدار معين من التعويض بما ينسجم مع الظروف التي تؤثر في القضية المنظورة و هو ما يعني وقت صدور الحكم .

و لعدم ورود نص صريح لتحديد وقت تقدير التعويض عن الضرر التقصيري، فموقف القضاء العراقي فمن خلال تتبع احكام القضاء العراقي ، نجده في بادئ الامر كان يعتبر وقت تقدير التعويض عن الضرر هو وقت حصول الضرر و هو مل قررته محكمة التمييز في احدى قراراتها و ذلك بأن " تقدير قيمة البناء المهدوم يكون بالسعر الذي كان عليه عند هدمه "[330] ، و لكن في قرار آخر لمحكمة التمييز اعتبرت وقت التقدير هو وقت إقامة الدعوى و هو ما ذهبت اليه بالقول " قيمة الذهب المغصوب تقدر بتاريخ إقامة دعوى استرداده"[331].

غير ان محكمة التمييز قد تراجعت عن اتجاهها و ذهبت بصريح العبارة بأن وقت تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية هو وقت حصول الضرر و ذلك في قرار لها حيث ذهبت فيه " التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية يقدر

---

[330] قرار محكمة التمييز رقم 492/م1/1975 بتاريخ 1975/12/9 ، منشور في مجلة الإحكام العدلية ،العدد الرابع ، السنة السادسة ،ص 27

[331] قرار محكمة التمييز رقم 2230/م4/1975 بتاريخ 1976/11/28، منشور في مجلة الإحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السابعة ، ص 63 .

بتاريخ حصول الضرر وليس بتاريخ إقامة الدعوى بشأنه ، ولما كان الحادث قد وقع في عام 1991 فان تقدير التعويض بالتاريخ المذكور منسجماً وحكم القانون"[332] .

و بذلك نجد ، ان القضاء العراقي بسبب النقص التشريعي في تحديد وقت تقدير التعويض لم يستقر على اتجاه واحد فتارة يعتبر وقت تقدير التعويض هو وقت حصول الضرر و تارة اخرى يكون بتاريخ اقامة الدعوى و لم يعتبره في وقت صدور الحكم، و هذا الامر يثير اشكالات و يتعارض مع مبدأ التعويض الكامل و بالأخص في حالة الضرر المتغير فيمكن أن يقع الضرر في تاريخ معين و تستمر آثاره و تتغير سواء في ذاتية الضرر أو في القيمة الشرائية حتى بعد إقامة الدعوى ، ولذلك ندعو المشرع الى تعديل الفقرة الاولى من المادة 207 من القانون المدني حيث تأخذ الصيغة التالية: " تقدر المحكمة التعويض وقت صدور الحكم و في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع."

[332] قرار محكمة التمييز رقم 5177/م1 منقول/ 1998 بتاريخ 1999/4/7 (غير منشور) ، مشار اليه في : حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، الضرر المتغير و تعويضه في المسؤولية التقصيرية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد ، 2004، ص134

الخاتمة

أسأل الله عزَّ وجلَّ أن يكون قد وفقني في إتمام هذه الدراسة بهذا الشكل والمضمون وذلك من خلال وبحثها في ثنايا النصوص القانونية و الاحكام القضائية في فرنسا والعراق ، حيث حللت الدراسة النصوص القانونية والأحكام القضائية في العراق والنظام القانوني الفرنسي ، وتوصلت الدراسة بخلاصة من النتائج وعدد من التوصيات.

أولاً: نتائج البحث

1- في العصر الحديث ترنحت المسؤولية المدنية بين الخطأ، كمبدأ عام، على أساس الفعل الشخصي، وبسبب الضرر الذي ظهر تحت تأثير الثورة الصناعية، واعتبارات إقامة العدالة بتمكين المضرور دون خطأ من التعويض ، دفع القضاء ثم التشريعات بعد ذلك إلى تبني توجهاً موضوعياً للمسؤولية المدنية و من ثم التحول الى النظرية الموضوعية في المسؤولية و تعددت تطبيقاتها المعاصرة، التي من بينها الالتزام بالسلامة، وتخصيص مجالات معينة بالمسؤولية على أساس المخاطر كالأمراض المهنية وحوادث الطيران، والحوادث الطبية

2- تعتبر النظرية الموضوعية نظاماً مكملاً واستثنائياً يؤدي الدور الأصيل للمسؤولية المدنية المتمثل في جبر الأضرار ، وفقاً لمبدأ تحمل التبعة أو المخاطر والذي كان للاجتهاد القضائي في فرنسا الاثر في ظهوره و تبنيه ، فساهم هذا النظام المكمل و الاستثنائي الدور الرئيسي في توحيد نظام المسائلة المدنية للمهنيين ، وهو ما عزز من توجه المشرع الفرنسي الى تقديم مشروع قانون تعديل المسؤولية المدنية عام 2017 و الذي لم يتم المصادقة عليه واصداره

3- لا يوجد معياراً محدداً يتقيد به القاضي في تقديره التعويض عن الضرر الادبي، فله سلطة واسعة في التقدير

4- فيما يتعلق بسلطة المحكمة في تقييم الأضرار وتقدير التعويض المراد منحه للمضرور، فإنّ القانون العراقي و الفرنسي يتفقان بأن يؤخذ في الاعتبار ما لحق المتضرر من خسائر مادية ومعاناة نفسية نجمت عن الإصابة أو الموت بسبب الخطأ ، بالإضافة الى ما فاته من كسب أو ربح

5- ان القضاء العراقي بسبب النقص التشريعي في تحديد وقت تقدير التعويض لم يستقر على اتجاه واحد فتارة يعتبر وقت تقدير التعويض هو وقت حصول الضرر وتارة اخرى يكون بتاريخ اقامة الدعوى و لم يعتبره في وقت صدور الحكم، وهذا الامر يثير اشكالات و يتعارض مع مبدأ التعويض الكامل وبالأخص في حالة الضرر المتغير ، أما القضاء الفرنسي ، فكان للأحكام القضائية دوراً في الاخذ بمبدأ تقدير التعويض وقت صدور الحكم و اصبح من المبادئ التي لا يرقى إليها الشك ولا يثور بشأنها خلاف.

6- وللنقص التشريعي الفرنسي في بيان طريقة دفع التعويض ، فان القاضي له الحرية في اختيار الحكم بدفع التعويض على شكل اقساط أو ايراد مرتب ، فتلك

الطرق ممكن ان تمكن القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الثابت أو المتغير، و هو ذات الامر في القانون العراقي

7- ان المشرع العراقي قد اعطى للقاضي سلطة في عدم الحكم بتعويض كامل نهائي في حالة عدم تمكنها من تقدير التعويض وقت الحكم عن الضرر المتغير وذلك بمنح كتعويض مؤقت واعطاء للمتضرر خلال مدة معقولة تحددها المحكمة في تقديم طلب اعادة النظر في تقدير التعويض ، في حين ان هذا الامر لا يوجد في القانون الفرنسي

ثانياً: توصيات البحث

1- ندعو المشرع العراقي ان ينص في الفقرة الثالثة من المادة 191 من القانون المدني على عبارة الظروف الملابسة و ليس عبارة مركز الخصوم لان هدف التعويض هو جبر الضرر و ازالته قدر الامكان و ليس عقوبة جنائية من اجل الاخذ بمركز الخصوم

2- ندعو المشرع العراقي الى تعديل الفقرة الاولى من المادة 207 من القانون المدني حيث تأخذ الصيغة التالية: " تقدر المحكمة التعويض وقت صدور الحكم و في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع."

المصادر

أولاً: الكتب

1- احمد إبراهيم الحياري، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، دار وائل للنشر، عمّان، 2003
2- احمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي ، لبنان ، منشورات زين الحقوقية ، ط1 ، 2012م
3- ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت ، 1995م
4- حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع، ط١ ، 2006
5- حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام وأحكام الالتزام وأثبات الالتزام ، بغداد ، بدون دار نشر ، 1976
6- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (الالتزامات - في الفعل الضار والمسؤولية المدنية) ، المجلد الأول، ط٥ ، القاهرة ،1992
7- عبد الصادق، محمد سامي، مسؤولية منتج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢
8- عبد رزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١ ، ١٩٥٢
9- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ط 3 ،1998
10- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام، المجلد الثاني، ج1 (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، 2000م)
11- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الثاني ، مطبعة نهضة مصر ،2011
12- عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية- دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة، الأردن ، 1998
13- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996
14- علي جروة ، الموسوعة في الاجراءات الجزائية ، المجلد 2 ، ج1،الجزائر ، دون دار نشر ، 2006
15- علي فتاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على ضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ،2014
16- فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية نحو مسؤولية موضوعية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر،2005

17- فيلالي علي، الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، ط٣، 2015
18- محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، القاهرة، دار النهضة العربية، 1978
19- محمد فؤاد عبد الباسط ، تراجع فكرة "الخطأ" أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام : (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)، منشأة المعارف، مصر، 2003
20- محمد إبراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية. (د.ت)
21- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1 ، القاهرة ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1978
22- محمود جلال حمزة ،المسؤولية الناشئة عن الأشياء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984
23- مصطفى، خليل، تقدير مبلغ التعويض و حقوق المؤمن المترتبة على دفعه (الاردن: دار و مكتبة الحامد للنشر و التوزيع، ط1، 2001م)
24- مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، 1992

ثانياً: المجلات العلمية

1- حسام الدين كامل الأهواني، الاتجاهات الحديثة للقضاء الكويتي في مجال تعويض الأضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الأول ، 1978
2- شوقي بنّاسي ، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية: تمييز نحو زوال؟ ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية و الاقتصادية، المجلد: 57 ، العدد ٢، 2020
3- عدنان ابراهيم السرحان، الضرر وتعويضه وفق أحكام الفعل الضار، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد 2، 1998
4- فواز صالح ، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم - دراسة مقارنة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد22 ، العدد ٢، 2006
5- مهند عزمي مسعود ابو مغلي ، التعويض عن الضرر الادبي – دراسة مقارنة ، مجلة الشريعة و القانون ، العدد 39 ، يوليو 2009م

ثالثاً: الرسائل و الاطاريح الجامعية

1- بحماوي الشريف، التعويض عن الاضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية- د راسة مقارنة، اطروحة دكتوراه ، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر ، 2012- 2013

2- بطوش كهينة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، رسالة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر ، 2012
3- حسن عطيه الحربي ، المفهوم القانوني لإصابة العمل، دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والسعودي ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠
4- حسن حنتوش رشيد الحسناوي، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية ،أطروحة دكتوراه ،جامعة بغداد ،2004
5- رواء كاظم راهي ، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 1429ه / 2008م
6- عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،2017
7- معمر بن طرية ، مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ،2012
8- مريم بلوصيف، المسؤولية الموضوعية كأساس للتعويض، رسالة ماجستير، جامعـة الجزائـر،2009

رابعاً: المصادر الاجنبية

1- Philippe-Antoine Merlin, Moral Damages: The French Awakening in the Nineteenth Century, Tulane European & Civil Law Forum,Vernon Valentine Palmer, Vol. 36
2- Cass.crim., 9 février 1989, 614, D. 1989, note Bruneau. Voir également: M. Bourrié Quénillet, - Le préjudice moral des proches d'une victime-dérive litigieuse ou prix du désespoir, JCP. 1998