جامعة قسنطينة-1-كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

محاضرات في مقياس المسؤولية المدنية

(المسؤولية التقصيرية)

موجهة لطلبة السنة أولى ماستر – السداسي الأول

-تخصص قانون خاص

-من اعداد: د. زهوين ميسون zahouine_mayssoune@yahoo.fr

مقدمة:

يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم[1] على أربعة كتب، حيث خصص الكتاب الثاني للالتزامات والعقود وقسم الى احدى عشر بابا تضمن4ت أبوابه الستة الأولى مصادر الالتزام وآثاره القانونية والأوصاف المعدلة له وانتقاله وانقضائه واثباته.

ويعتبر موضوع المسؤولية المدنية من بين المواضيع المهمة في دراسة القانون على الاطلاق نظرا لأهميته العلمية، **بحيث تعد المسؤولية** المؤاخذة عن الأخطاء التي تضر بالغير وذلك بإلزام المخطئ بأداء التعويض لطرف المضرور.

و تتحقق المسؤولية تقصيرية متى ارتكب شخص خطأ أحدث ضررا للغير، كما أن الإلتزام الذي أخل به المدين هو **إلتزام فرضه القانون ولا دخل لإرادة الطرفين فيه**، ويكون **التعويض** جزاء الاخلال بالالتزام القانوني، أي ان القانون هو الذي أنشأه وحدد مداه، و لم تتدخل إرادة الطرفين في شيء من ذلك ومن ثم وجب التعويض في كل الضرر سوآءًا توقعه الطرفان او لم يتوقعاه مادام مباشرا ولم تتدخل إرادة الطرفين لتعويض في الضرر غير المتوقع، وإذا كان جزاء المسؤولية هو التعويض فان هذا الجزاء إما ان يقوم في صورته العادية المألوفة وإما تعتريه أوصاف فتخرجه الى صورة معتدلة.

---

[1] الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المؤرخ في 1975/09/26، جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في 1975/09/30 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، جريدة رسمية عدد 44، مؤرخة في 26 /06/ 2005 والقانون رقم 05/07، المؤرخ في 2007/05/13، جريدة رسمية عدد 31 المؤرخة في 2007/05/13.

بينما تتحقق المسؤولية العقدية إذا توافر عقد صحيح بين المسؤول عن الضرر والمتضرر، ونتج ضرر عن هذا الاخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن هذا العقد.

وفيما يلي نتناول كيف نظم المشرع الجزائري المبادئ والأساس القانوني للمسؤولية التقصيرية وكذا ما ترتبه من آثار قانونية، حسب التقسيم التالي:

الفصل الأول: التحديد القانوني للمسؤولية التقصيرية

الفصل الثاني: التعويض في المسؤولية التقصيرية

الفصل الأول:

التحديد القانوني للمسؤولية التقصيرية

تقوم المسؤولية المدنية حين يخل الشخص بما التزم به قبل الغير قانونا، وهي المسؤولية التقصيرية، والجزاء المقرر فيها تعويض الضرر الناشئ عن هذا الاخلال بالالتزام.

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية التقصيرية

نتناول من خلال هذا المبحث مفهوم المسؤولية التقصيرية في فقه الشريعة الإسلامية ومفهوم المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي.

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية التقصيرية في فقه الشريعة الإسلامية

ان التشريع الإسلامي يقر مبدأ المسؤولية الفردية التي توجب أن يكون الفرد مسؤولا عن عمله، لا عن عمل غيره.

فالفرد مسؤول وحده عن أفعاله، قال الله تعالى: «و لا تزر وازرة وزر أخرى» سورة الاسراء الآية 15 و قال تعالى: «لا يكلف الله نفسا الا وسعها لها ما كسبت و عليها ما اكتسبت» سورة البقرة الآية 286، و قال تعالى :«كل نفس بما كسبت رهينة» سورة المدثر، الآية 38. الى غير ذلك من الآيات القرآنية التي تفيد في مجملها بأن كل فرد لا يسأل **الا** على أفعاله الشخصية وهكذا فقد جاءت الشريعة الإسلامية لتقضي على روح العصبية القبلية والحمية الجاهلية التي كانت سائدة، كما عملت على الغاء فكرة المسؤولية الجماعية لتحل محلها مسؤولية الفرد الشخصية. ووجه دلالة هذه الآيات يتلخص في أن الانسان ليس مسؤولا الا عن خطئه الشخصي، ولا يسأل عن نتيجة خطأ غيره.

هذه الآية الكريمة هي عماد الشريعة الإسلامية في التوحيد بين الدين والقضاء في مبادئ و قواعد كثيرة، الا أن كثيرا من المبادئ الأساسية لا تخلو من استثناءات يقضيها العدل و يفرضها الانصاف، و

ذلك لتعارض المصالح التي تقتضي الترجيح بينها، و تفضيل الأهم على المهم مع ملاحظة تقلب الأحوال و تغير الأزمان.

و عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنه قال : سمعت النبي صلى الله عليه و سلم يقول «كلكم راع، و كلكم مسؤول عن رعيته، الامام راع و مسؤول عن رعيته، و الرجل راع في أهله و هو مسؤول عن رعيته، و المرأة راعية في بيت زوجها و مسؤولة عن رعيتها، و الخادم راع في مال سيده و مسؤول عن رعيته»[2].

أطلق فقهاء الشريعة الإسلامية على المسؤولية مصطلح "الضمان أو التضمين"، ومعناه إشغال ذمة بالالتزام بأداء مثل ما أتلف إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا.

كما عرف أن فقهاء الشريعة الإسلامية في تقسيم الجرم ما يسمى ب "الجرم المدني" وقسموه إلى قسمين وهما:

1. **جرم مدني عقدي:** ويتحقق نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بشرط صرح به في صيغة العقد أو مدلول عليه بالعرف أو تقتضيه طبيعته
2. **جرم مدني تقصيري:** وهو ينقسم إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: مسؤولية ناشئة عن الاستيلاء القهري، أو الغصب، والغصب عبارة عن إزالة الإنسان يد المالك عن ملكه ويضع يده عليه بغير حق شرعي، ويسمى كذلك التعدي المباشر.

النوع الثاني: المسؤولية الناشئة عن الإتلاف مباشرة، وقد عرف فقهاء الشريعة المباشر للتلف بأنه هو من حصل التلف بفعله دون أن يتحلل بين فعله. والتلف فعل مختار، ومثاله من قطع حبلا علق فيه قنديل وهو ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط.

---

[2] صحيح البخاري، كتاب في الاستقراض و آداء الديون و الحجر و التفليس، باب العبد راع في مال سيده و لا يعمل الا بإذنه، رقم الحديث 2409.

ويعرفه أحد الفقهاء عن طريق الضرر: فيقول أن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة الاتصال آلة التلف بمحله.

النوع الثالث: المسؤولية الناشئة عن التسبب في الإتلاف، أو ما يسمى بالتعدي عن طريق التسبب، وقد عرفت المتسبب بأنه: "ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المفضي لوقوع الفعل بتلك العلة "، أو هو فعل يفصل بينه وبين الضرر فعل آخر أدى إليه دون أن يمنع نسبة الضرر إليه مثال ذلك من قطع حبلا علق فيه مصباح فسقط المصباح وانكسر، فالفاعل هنا قد أتلف الحبل مباشرة، وأتلف المصباح تسببا، ويعرف الأستاذ علي الخفيف المتسبب بقوله:" والضرر المسبب هو ما كان بفعل في محل، أفضى إليه فعلا الآخر في محل آخر مع استعمال تخلف الفعل الثاني عنه ... أو هو ما أدى إليه فعل، بواسطة فعل أخر متوسط بينهما تترتب عليه مباشرة ..."

والقاعدة عند فقهاء الشريعة الإسلامية، أن الضرر المباشر يضمن حتى ولم يتعمد بفعله وفي ذلك يقول الإمام ابن رشد القرطبي، و أما «الموجب للضمان ... فهو إما المباشر لأخذ المال المغصوب، أو لإتلافه»

وهكذا يظهر أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد عرفوا المسؤولية التقصيرية وفصلوا فيها تفصيلا كثيرا وأقاموها على أساس الضرر، وأقروا مسؤولية كل شخص عن أفعاله الشخصية، إذ أنهم أقروا حتى مسؤولية عديم التمييز، وكذا مسؤولية التابع شخصيا، فلم يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية تمييز المتسبب في الضرر أو إدراكه لوجوب الضمان، فالصبي مميزا كان أو غير مميز يجب عليه الضمان، وكذا المجنون و المعتوه، فلا يشترط في الضمان إلا أهلية الوجوب، وهكذا فقد رأي فقهاء الحنفية أنه:" لو أن طفلا ابن خدم انقلب على قارورة فكسرها لزمه الضمان.

كما قضت مجلة الأحكام العدلية تطبيقا لهذا المبدأ في المادة 960 منها " أن الضمان يكون على الصبي إذا أتلف مال الغير وإن لم يكن مميزا ".

المطلب الثاني: مفهوم المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي

يفهم من اصطلاح "المسؤولية التقصيرية " في الفقه القانوني: التزام الشخص بالتعويض عن الضرر الذي سببه للآخرين نتيجة اهماله أو تقصيره، فهي تبنى على عدم الاحتياط والتحرز، بمعنى آخر الاخلال بالتزام قانوني وهو الالتزام بعدم الاضرار بالغير، هذا من جهة ومن جهة أخرى اثبات الحق للمضرور في تحريك الدعوى أمام القضاء بطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه وعليه تترتب المسؤولية التقصيرية بمجرد الاخلال بالالتزامات القانونية سواءا كان منصوصا عليها في مواد قانونية أو كانت نابعة من نظام التعايش الاجتماعي كضرورة احترام حقوق الجوار وعدم المساس بسلامة الأشخاص، فالقاعدة العامة تقضي بعدم الاضرار بالغير وكل من تسبب في وقوع هذا الضرر الا ويلزم بآداء التعويض للطرف المضرور، وهو ما قرره المشرع الجزائري من خلال نص المادة رقم 124 المعدلة من القانون المدني الجزائري.

المبحث الثاني: أساس المسؤولية التقصيرية

ان التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، لم يكن معروفا في القانون الروماني، وانما ظهر على يد فقهاء القانون الفرنسي القديم بمناسبة تمييزهم بين أنواع الخطأ العقدي الموروث من القانون الروماني[3]، و أن ما يزيد من أهمية الموضوع علما و عملا انتشار الأضرار

[3] لقد كان الخلاف محتدما بين أنصار الازدواجية بزعامة الأستاذ Sainctelette وأنصار الوحدة بزعامة الأستاذ Grandmoulin و توسط هذين الفريقين الأستاذ Brun الذي رأى أنه من الناحية العلمية لا توجد مسؤوليتين، و انما يوجد نظامان للمسؤولية، بمعنى ان هناك وحدة في طبيعة المسؤولية و اختلاف في النظام القانوني.

الجسمانية نتيجة التطور الصناعي و التكنولوجي المذهل الذي تعرفه البشرية مما أدى الى الانتشار الواسع لما يسمى ب " الالتزام بالسلامة"، الأمر الذي يتطلب معرفة الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية.

المطلب الأول: التأصيل النظري لأساس المسؤولية التقصيرية

ان الموقف المتذبذب للمشرع الجزائري في تناوله لأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني وعدم وضوح رؤيته فيها، و عدم وجود سياسة تشريعية محددة فضلا عن اقتباس المشرع الكثير من أحكامها من القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، وخاصة في اعتماده لنفس الأساس القانوني الذي تم اعتماده من طرف هذين القانونيين، دون أن يكون له نفس الدوافع والأسباب التي دفعت بهما لتبني ذلك الأساس[4].

حيث حاول التوفيق بينهما في بعض الحالات القانونية و اتخاذ مواقف وسطية بينهما في حالات أخرى، ما جعله يقع في تناقضات كبيرة ما كان ليقع فيها لو أنه تنبه للخلفيات الفكرية و الأيدولوجية و الاقتصادية التي دفعت هذا المشرع أو ذاك لاتخاذ هذا الموقف أو ذاك.

الفرع الأول: النظرية الشخصية

تؤسس هذه النظرية المسؤولية التقصيرية على فكرة الخطأ الجوهري ولا تقوم بدونه، فهي تهتم أساسا بسلوك الشخص المسؤول و لا تتصور قيام المسؤولية بغير خطأ و لكن بغير تمييز

انظر في ذلك: شوقي بناسي: المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية: تمييز نحو الزوال؟، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 56، عدد04، السنة 2020، ص 426.

[4] مصطفى بوبكر: المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2015، صفحة 6.

بين الخطأ العمدي و الخطأ غير العمدي، و يستوي أن يكون هذا الخطأ واجب الاثبات في حالة المسؤولية عن الفعل الشخصي أو يكون خطأ مفروضا في حالة المسؤولية عن فعل الغير و عن الأشياء، اذ أن أساس المسؤولية في جميع هذه الحالات هو الخطأ.

الفرع الثاني: النظرية الموضوعية

أدى التقدم الصناعي في نهاية القرن 19 وكثرة المخترعات الميكانيكية وقيام الصناعات الضخمة وانتشار وسائل النقل، الى توسيع نطاق المسؤولية على أساس اعتبارات العدالة والتضامن الاجتماعي، لا على فكرة الخطأ، فذهب فريق من الفقهاء وعلى رأسهم سالي و ديموج الى اعتبار أن من يباشر نشاطا يتحمل نتيجته، و عليه ان يعوض الغير الذي يلحقه ضرر منه، و لو كان سلوكه غير مشوب بخطأ ما.

و في منطق هذه النظرية المادية او نظرية تحمل التبعة فانه من غير الجائز نفي المسؤولية بنفي الخطأ او بنفي علاقة السببية، فالمسؤولية تقوم على الضرر وحده حتى و لو كان السبب مبنيا على قوة قاهرة.

وبصدور أول قانون مدني للدولة الجزائرية الحديثة بموجب الأمر رقم 58/75 والذي استمد واضعوه أحكامه من القانون المدني الفرنسي مباشرة أو بطريقة غير مباشرة بالنسبة للنصوص التي تم اقتباسها عن القانون المدني المصري، وقد جعل واضعو القانون المدني الجزائري المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي هي القاعدة أو الشريعة العامة للمسؤولية، وجعلوها تقوم على القاعدة العامة التي أخذ بها القانون الفرنسي من خلال المواد 1383/1382 و هي الخطأ الواجب الإثبات، كما نظم إلى جانبها مسؤوليات أخرى مفترضة، هي المسؤولية عن فعل الغير، والمسؤولية عن الأشياء.

ورغم الاختلافات الفقهية حول أساس المسؤولية المدنية في القانون المدني لسنة 1975 خاصة مع بعض التطبيقات القضائية التي كانت تدفع إلى التساؤل حول الأساس المتبنى للمسؤولية المدنية، إلا أن الأمر لم يكن يثير جدلا كبيرا، غير أنه بعد التعديلات التي تمّ إدخالها على منظومة النصوص القانونية الخاصة بالمسؤولية المدنية بموجب القانون رقم 05-10 ، من خلال إلغاء تطبيقات كانت قائمة مثل- مسؤولية عديم التمييز، وبتعديل صياغات بعض النصوص، أو باستحداث تطبيقات جديدة للمسؤولية لم تكن موجودة من قبل، مثل مسؤولية المنتج ومسؤولية الدولة عن تعويض الضرر الجسماني في حال بقاء المتسبب فيها مجهولا .فهذه التعديلات التي تمّ اعتمادها في نظام المسؤولية المدنية الجزائري، هي تعديلات جوهرية، تمسّ بشكل مباشر في الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري[5].

في ظل القانون الفرنسي القديم، وتحت تأثر القانون الكنسي تم الفصل بين المسؤولية الجنائية ثم التمييز بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، وقد انتهت هذه التطورات بتقرير القاعدة العامة التي وضعها الفقيه الفرنسي دوما(domat) في مؤلفة " القوانين المدنية" خلال القرن 17 التي توجب التعويض في كل خطأ أحدث ضررا بالغير، وانتقلت المسؤولية التقصيرية بخصائصها تلك الى القانون المدني الفرنسي لعام 1804 حيث تم الفصل التام بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية وأصبح الخطأ أساس المسؤولية التقصيرية، والذي ينسجم تماما مع المذهب الفردي الذي اعتنقته الثورة الفرنسية القائم على تقديس الحريات الفردية

ومع بداية الثورة الصناعية التي عرفتها أوروبا ق 19 بدأت أزمت المسؤولية المدنية بسبب استخدام المخترعات والتكنولوجيا الحديثة في كافة مجالات الحياة، ونتج عن ذلك أن أصبح

[5]مصطفى بوبكر: المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، صفحة 18.

الخطر أقرب احتمالا و أكثر تحققا مما كان عليه الأمر في الماضي، لذلك أصبحت الدولة طرفا جديدا يضفي حماية على الطرف الضعيف تتدخل في كافة مجالات الحياة الأفراد الاقتصادية و الاجتماعية

وعليه لتحديد أساس المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري وهل هو فعلا الخطأ؟ أم ان لها أساس قانوني أخر وإذا كان أساسا الخطأ فما نوعه؟ هل هو خطأ واجب الإثبات كما هو منصوص عليه المادة رقم 140 من القانون المدني الجزائري ام انه خطأ مفترض كما في حال مسؤولية المكلف بالرقابة 134و مسؤولية تهدم البناء الفقرة الثانية من المادة رقم 140 من القانون المدني الجزائري؟ أو يقبل الإثبات العكسي كما في مسؤولية حارس الأشياء المادة رقم 138 ومسؤولية حارس الحيوان المادة رقم 139 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري

بعد إصدار المشرع الجزائري للقانون المدني بالأمر السابق الإشارة إليه تناول المسؤولية التقصيرية في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان " العمل المستحق للتعويض " من المادة 124 إلى المادة 140، وقد تأثر في صياغته بثلاث مصادر أساسية[6]، وهي القانون الفرنسي الجديد، والقضاء الفرنسي، والقانون المدني المصري، فتناول المسؤولية عن الأفعال الشخصية في م 124 والمادة 125.

[6] مصطفى بوبكر: المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، صفحة 34.

فنقل المشرع الجزائري المادة 124 بصفة تكاد تكون حرفية عن العادة 1382 من القانون المدني الفرنسي التي تتكلم عن الخطأ غير العمدي، وأهمل نقل المادة 1383 التي تتكلم عن الأخطاء العمدية، لما رأى بأن عمومية عبارات المادة 124 تكفي وتغني عن تنظيم مضمون المادة 1383 ونقل المادة 125 عن القانون المدني المصري لأن المشرع الفرنسي لم يتناول مسؤولية عديم التمييز بالتنظيم في المرحلة الأولى، واقتبس المسؤولية عن الغير عن القانونين معا، فأخذ المادة 134 عن القانون المدني المصري، وأخذ المادة 135 من القانون المدني الفرنسي والمادة 136 و137 عن القانون المدني المصري ثم تناول المسؤولية عن الأشياء، فنقل مسؤولية حارس الحيوان في المادة 139 عن المادة 176 من القانون المدني المصري، وأهم ما جاء به المشرع الجزائري في مجال المسؤولية عن الأشياء هو اقتباسه لمسؤولية حارس الأشياء الجامدة في المادة 138 والذي نقل فيه آخر ما توصل إليه القضاء الفرنسي في هذا المجال، كما نقل المسؤولية عن الحريق في الفقرة الأولى من المادة 140 عن القانون الفرنسي في المادة 1384 فقرة ثانية، والمسؤولية عن تهدم البناء في الفقرة الثانية من نفس المادة عن القانون الفرنسي وسنعود إلى دراسة وتفصيل كل نوع من أنواع هذه المسؤوليات في الفصول التالية لهذه المطبوعة.

الفصل الثاني:

التعويض في المسؤولية التقصيرية

ان مقياس التعويض هو الضرر المباشر، فالتعويض في اية صورة كانت سيقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ، ويشمل الضرر المباشر عنصرين جوهريين: الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته، وقد أصبح التعويض توصية للمضرور بعد ما كان عقوبة للجاني وبذلك نشأ حق المضرور في التعويض على الثأر او الانتقام الفردي، مما جعل المسؤولية عن الفعل الضار تنشأ مختلطة بالمسؤولية الجنائية.

ومن خلال هذا الفصل نتناول تقدير التعويض في المسؤولية المدنية (المبحث الأول) ومناط التعويض (المبحث الثاني) كما يلي.

المبحث الأول: تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية

يعتب التعويض جزاء المسؤولية المدنية، بحيث يقدر بقدر الضرر الذي يصيب الأفراد، ويحصل من مال المسؤول، والأعمال التي تنشأ عنها المسؤولية المدنية غير محصورة، فهي قد تنشأ عن مخالفة نصوص قانون العقوبات عندما يتعدى الضرر الفرد، وقد تنشأ عن مخالفة قاعدة عامة في القانون المدني وجزاء المسؤولية هو التعويض عن حق المضرور، و لذلك يجوز فيها التنازل و الصلح.

المطلب الأول: ماهية التعويض

نتناول ماهية التعويض من الناحية اللغوية والاصطلاحية وكذا صور التعويض تبعا.

الفرع الأول: مفهوم التعويض

المفهوم اللغوي للتعويض: عوض الشيء مثله أو بدله، فيقال اعتاض هذا الأمر من ذاك اعتياضا، ويقال "خذ هذا عوض عن ذاك"، والعوض بمعنى الخلف والبدل والبديل

المفهوم الفقهي: التعويض وسيلة القضاء لجبر الضرر أو التخفيف من وطأته، و هو يدور مع الضرر وجودا و عدما، و لا تأثير لجسامة الخطأ فيه، و ينبغي أن يتكافأ مع الضرر دون أن يزيد أو ينقص عنه، كي لا يكون عقابا أو مصدر ربح للمضرور.

كما أن التعويض في مجال المسؤولية التقصيرية يشمل كل ضرر مباشر متوقعا كان أو غير متوقع و هذا الضرر يقوم على عنصرين هما الخسارة التي لحقت بالمضرور و الكسب الذي فاته.

وعليه فالتعويض: الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية، ويقدر بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناءًا على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن يحكم على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات التي تتصل بالفعل غير المشروع.

الفرع الثاني: صور التعويض

*أولا: التنفيذ العيني

التعويض العيني أو التنفيذ العيني هو الوفاء بالالتزام عينا[7]، حيث يجبر المدين في المسؤولية التقصيرية على التنفيذ العيني عندما يخل بالتزامه القانوني من عدم الاضرار بالغير دون حق، و يعد أفضل طرق التعويض إذ يؤدي الى إصلاح الضرر إصلاحا تاما وذلك بإعادة الحالة الى ما كانت عليه انظر الفقرة الثانية من المادة رقم 132 من القانون المدني الجزائري، كالحكم بإزالة حائط مقام لمنع الضوء والهواء على أحد الجيران، إلا أنه في أغلب الحالات يتعذر التنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية فلا يبقى أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض بمقابل[8] .

وبما أن التنفيذ العيني هو الأصل، فمن المقرر أنه لا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني، و إذا طالب بالتنفيذ بمقابل و لم يكن التنفيذ

---

[7]عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000، صفحة 1092.

[8]عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، صفحة 1093.

العيني مرهقا للمدين، فللقاضي أن يقضي بالتنفيذ العيني، و يصرف النظر عن طلب الدائن، و لا يعتبر ذلك منه حكما بغير ما طلب الخصوم أو بأكثر مما طلب الخصوم

ولذا فمن المقرر انه إذا كان الدائن قد طالب امام محكمة الدرجة الأولى بالتعويض العيني، فان له ان يطالب بالتعويض بمقابل أمام محكمة الدرجة الثانية إذا رفض طلبه أمام الدرجة الأولى، والعكس صحيح، فاذا كان قد طالب أمام محكمة الدرجة الأولى بالتعويض بمقابل ورفض طلبه، فله أن يطالب بالتعويض العيني أمام محكمة الدرجة الثانية، ولا يعتبر طلبه جديدًا في الحالتين، اذ ان المسموع هو ابداء طلبات جديدة أمام الدرجة الثانية، كما أن القاضي ليس ملزما أن يحكم بالتنفيذ العيني و لكن يتعين عليه أن يقضي به إذا كان ممكنا و طالب بع الدائن.

واذا كان التعويض العيني هو الأصل، فانه ترد على هذا الأصل أربعة استثناءات:

الاستثناء الأول: اذا كان التعويض العيني غير ممكن من الناحية الانسانية اقتصر التعويض على المقابل، مثال ذلك احوال الضرر الجسمي او الأدبي فالمسؤول عن احداث ضرب أو جرح أو قتل، أو عن الاعتداء على الشرف او على السمعة، لا يستطيع ان يعوض المعتدي عليه الا بمقابل، لأن التعويض العيني غير مستساغ إنسانيا.

نعم انه كان مقبولا قديما حين كان يسود المبدأ الذي يقضي به قانون تاليون la loi du Talion ، ولكن هذا المبدأ هجر فيما بعد، وعرف نظام الدية الاجبارية، ثم انتهت التشريعات الوضعية اليوم الى وجوب التعويض بمقابل في مثل هذه الأحوال.

الاستثناء الثاني: إذا كان التنفيذ العيني قد أصبح مستحيلا في الالتزام العقدي حين يكون محل الالتزام عينا معينة بالذات وهلكت هذه العين، ففي هذه الحالة يحكم على المدين بالتعويض

بمقابل الا اذا اثبت أن استحالة تنفيذ الالتزام قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له في فتنتفي مسؤوليته.

وبهذا الصدد يلاحظ ان القوانين العربية تضع تبعة هلاك العين المعينة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، على عاتق المدين، بمعنى ألا يكون له أن يطالب الدائن بما يقابل الالتزام الذي هلك.

الاستثناء الثالث: إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا استحالة نسبية بالنسبة الى الدين في الالتزام بعمل او بالا متناع من عمل، إذا كان المدين هو المكلف بأدائه شخصيا وحال دون تأديته مانع شخصي، مثال ذلك في الالتزام العقدي أن يلتزم مطرب بإحياء ليلة ثم يمتنع عن الغناء لمرض أصابه، او رسام يلتزم برسم لوحة ثم يصاب في عينيه، ومثال ذلك في المسؤولية التقصيرية أن يخفي السارق الشيء المسروق ويمتنع عن رده لفقده منه، هذه الحالات للدائن أن يكتفي بالتنفيذ بمقابل.

الاستثناء الرابع: إذا كان في التنفيذ العيني اخلال بمبدأ الفصل بين السلطات، مثال ذلك أن ترخص السلطة التنفيذية بإدارة مصنع، ولكن سير آلات هذا المصنع يحدث ضجة مزعجة للجيران، فلا تستطيع السلطة القضائية أن تقضي بإغلاق هذا المصنع كتعويض عيني للجيران، اذ يكون في ذلك اعتداء عملها على اختصاص السلطة التنفيذية وبالتالي انتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات، ولذا فيقتصر اختصاصها على الحكم بالتعويض بمقابل.

ولكن يلاحظ أنه إذا لم يكن المصنع قد حصل على الترخيص من السلطة التنفيذية، فان للقضاء أن يقضي بإغلاقه وكذلك إذا جاوز المصنع في ادارته حدود ما منحه له الترخيص الاداري، كان يكون قد رخص له بالعمل نهارا فقط فأخذ يعمل نهارا وليلا، فيكون للقضاء ان

يأمر بوقف العمل ليلا، كما أن للقضاء ان يأمر صاحب المصنع باتخاذ ما يلزم من الاحتياطات لمنع الضرر.

ومن المقرر انه لا يجوز للقاضي أن يأمر بالتنفيذ العيني إذا لم يقبله المدين، الا إذا كان عدم قبوله تعنتا منه وكان تنفيذ الالتزام عينا ممكنا، فللقاضي أن يكرهه على التنفيذ العيني بغرامة تهديدية.

تعويض العيني متصور في المسؤولية التقصيرية كما هو في المسؤولية العقدية، ومثاله ما سبق ذكره من الأمر بتمزيق الاعلانات، أو من الأمر بعدم ادارة المصنع ليلا، أو كما إذا بني شخص حائطا في ملكه ليمنع عن جاره الضوء أو الهواء تعسفا منه، فللقاضي أن يأمر بهدم هذا الحائط على حساب الباني أو عن طريق التهديد المالي.

***ثانيا: التعويض غير النقدي**

الغالب في التعويض بمقابل أن يكون نقدا، لكن يجوز أن يكون غير نقدي في دعاوي السب والقذف، أن يحكم القاضي على سبيل التعويض بنشر الحكم الذي قضى بأدائه المدعى عليه في الصحف وهذا النشر يكون تعويضا غير نقدي[9] عن الضرر الأدبي ف1 م 132 ق م ج، كذلك المادة رقم 182 ق م ج.

[9]عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، صفحة 1094.

***ثالثا: التعويض النقدي**

وهو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوى المسؤولية التقصيرية فان كل ضرر يمكن تقويمه بالنقد، ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني ولا يرى القاضي فيها سبيلا الى تعويض غير نقدي يحكم بتعويض نقدي.

والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا معينا يعطى دفعة واحدة، الا أنمه يجوز للقاضي أن يحكم وتبعا للظروف بتعويض نقدي مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة.

المطلب الثاني: مناط التعويض

إن التعويض المدني الذي هو المقابل المالي للضرر يجب أن يتخلص من كل أثر جنائي، كما أن القاضي المدني في تقدير التعويض لا يرتبط بالجنائي الا في الوقائع[10]، ويكون ذلك باتباع وسائل معينة في تقدير التعويض وتحديد عناصره المميزة له، حيث يراعى في تقدير التعويض قاعدتين جوهريتين هما: أن يكون التعويض مساويا للضرر وألا يزيد عن الضرر، وتتفرع عنهما مسائل فرعية نوضحها فيما يلي.

الفرع الأول: مساواة التعويض للضرر

يهدف التعويض في **المقام الأول إلى جبر الضرر**، ولذلك كانت قيمة الضرر هي العامل الأساسي في تحديد مبلغ التعويض المستحق عنه، **ويتم تقويم الضرر وقت صدور الحكم**، لأن الضرر قد يزيد عن يوم حدوثه وقد ينقص، فالجرح قد يتفاقم ويشتد إلى أن ينتهي بعاهة مستديمة وقد يلتئم، وفي كثير من الأحيان قد لا يتغير الضرر في ذاته، ولكن تتغير قيمته بتغير الأسعار، في

---

[10] انظر قرار المحكمة العليا رقم 56959 المؤرخ في 1988/10/19، الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا عدد 3 سنة 2010، صفحة 32 منشور.

مثل هذه الحالات يتعين على القاضي أن يحدد مبلغ التعويض على أساس قيمة الضرر وقت النطق بالحكم.

ولا يقدر التعويض بالنظر إلى جسامة الخطأ، بل أن الخطأ الجسيم قد لا ينتج عنه إلا ضرر يسير، وبالعكس فإن الخطأ البسيط قد ينتج عنه ضرر بليغ، فالتعويض عن الضرر في كل الحالات واحد طالما كان الضرر الناتج عن الخطأ، سواء كان جسيما أو بسيطا، واحدا، وهذا هو الفرق بين القانون المدني والقانون الجنائي الذي يقدر فيه العقوبة بحسب جسامة الخطأ. ولأن التعويض ليس عقوبة توقع على مرتكب الخطأ الذي سبب ضررا للغير فإنه لا يختلف بالنسبة لدرجة جسامة الخطأ.

كما لا يقدر التعويض أيضا بالنظر إلى ظروف المسؤول المالية، فلا يزاد حيث يكون مليئا ولا ينقص حيث يكون فقيرا، بل يعتد فقط بمقدار الضرر.

ومع ذلك فإن القضاء لا يحترم دائما كل هذه القواعد، ولا يتمسك بدقة تطبيقها فيدخل في اعتباره عند تقدير التعويض حالة المسؤول من حيث الفقر والثراء، ومن حيث التأمين على المسؤولية وعدم التأمين عليها، ومن حيث إتيانه خطأ بسيطا أو جسيما، وذلك لاعتبارات العدالة.

أما الظروف الملابسة للمضرور فيجب أن يعتد بها عند تقدير التعويض، فتجب مراعاة حالة المصاب الصحية والجسمية والمالية ومقدار ما كان يكسبه، وحالته العائلية، أما إذا كان متزوجا وله أولاد، وفي هذه الحالة يكون التعويض أكبر مما لو كان أعزب، فالجرح الذي يصيب مريضة بالسكري يكون أخطر من الجرح الذي يصيب السليم، وتشويه وجه ممثلة يصيبها بضرر أشد بكثير من ذلك الذي ينتج من تشويه شخص يعمل في منجم وهكذا.

ثانيا: عدم جواز أن يزيد التعويض عن الضرر

إن التعويض يجب أن يقدر بالنظر إلى الضرر وأن يكون مساويا له، ذلك أنه يجب ألا يثري المجني عليه بغير سبب على حساب المسؤول، ومن ثم يجب في تقدير الضرر أن يعتد بدرجة قدم الشيء الذي أتلف من جراء العمل غير المشروع، فإذا ما أتلف شخص متاعا قديما مملوكا لآخر فعوضه عنه متاعا جديدا تعين على المضرور أن يعطي المسؤول المتاع التالف القديم حتى لا يجمع بين المتاعين القديم والجديد، وعليه فوق ذلك أن يرد للمسؤول الفرق بين المتاع الجديد والمتاع القديم، وذلك وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب.

ويترتب على هذه القاعدة عدة نتائج، منها أنه في حالة ما إذا ارتكب نفس الضرر عدة اشخاص فلا يجوز للمضرور أن يحصل على تعويض إلا بقدر ما أصابه من ضرر. ومنها أيضا أنه إذا كان إصلاح الضرر مؤمنا عليه فلا يجوز للمضرور الذي حصل على تعويض من شركة التأمين أن يحصل من المسؤول تعويضا مرة ثانية، ولا يستطيع الرجوع على المسؤول إلا إذا كان التعويض الذي حصل عليه من المؤمن غير كامل.

الفرع الثاني: تقدير التعويض بعد وقوع الضرر

ان التعويض لا يكون مقدرا بواسطة المشرع، ولا يعرف قدره إلا بعد وقوع الفعل الضار، ولذلك فإن لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة في تقدير التعويض، ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض التي لها سلطة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض، مثل الخسارة الواقعة والكسب الفائت والظروف الملابسة. وليس لمحكمة الموضوع الحرية في أن تختار أو تفعل ما تريد من بين هذه العناصر، وإن كان لها الحرية الكاملة في اختيار الوسيلة المناسبة للتعويض.

ويجب أن يتكافأ التعويض مع الضرر فلا يزيد عليه ولا ينقص عنه، ومهمة القضاء في تحقيق هذا التكافؤ وإن كانت يسيرة وهينة في حالة الضرر المادي، فهي شاقة وصعبة في حالة الضرر الذي يصيب الإحساس أو العاطفة أو الاعتبار، ولكن هذه الصعوبة في تقدير التعويض لا تحول دون إجرائه على وجه يقارب بين الضرر والتعويض.

فالتعويض عن إتلاف مال منقول أو عقار يتناول قيمة التكاليف اللازمة لإصلاحه، كما يتناول قيمة المنفعة التي حرم منها صاحب المال من يوم التلف إلى يوم الإصلاح، هذا إذا كان اصلاح التلف ممكنا، فإن تعذرت وامتنعت أعادة الشيء إلى حالته الأولى فقد وجب أن يشمل التعويض قيمة الشيء كله، على أن يلاحظ في تقدير هذه القيمة ما يساويه الشيء في السوق بصرف النظر عما يساويه في رأي صاحبه. والتعويض عن اصابة في الجسم يجب أن يلاحظ فيه مقدار ما بذله المصاب في العلاج وما قاساه من آلام، سببتها له الاصابة، كما يلاحظ فيه مقدار ما ضاع على المصاب من كسب إذا كانت الاصابة قد أعجزته عن تأدية عمله.

فيما يتعلق بالتنازل عن الحق في التعويض يجب التمييز بين فترتين، فترة قبل وقوع الضرر وفترة بعد وقوعه، بحث يجوز للمضرور بعد وقوع الضرر التنازل عن حقه في التعويض، أما قبل وقوع الضرر فأي شرط يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية فإنه يقع باطلا.

وهذا لا يمنع الاتفاق على تشديد المسؤولية بالاتفاق، حيث يمكن الاتفاق بين الطرفين على أن يكون الخطأ مفترضا في جانب المسؤول في حالات لا يفرض فيها القانون الخطأ.

المبحث الثاني: تقدير التعويض

إذا تحققت المسؤولية التقصيرية فإن الاتفاق على تعديل أحكامها إعفاءا أو تخفيفا أو تشديدا جائز إطلاقا، ويكون في الغالب بمثابة صلح، والصلح جائز فيما هو ليس من النظام العام، فإذا صدر خطأ من شخص سبب ضررا لآخر، فللمضرور أن يعفى المسؤول من

التعويض، ويكون بذلك قد نزل عن حقه، ويصح أيضا أن يتفق المضرور مع المسؤول أن يتقاضى منه تعويضا أقل مما يستحق، فيعفيه من التعويض عن بعض الضرر، ويكون هذا إما نزولا من المضرور عن بعض حقه، أو هو صلح بينه وبين المسؤول إذا كان هذا ينازع في مبدأ المسؤولية أو في مقدار التعويض. ويصح أخيرا أن يعطى المسؤول المضرور تعريضا أكثر مما يستحق، ويكون متبرعا بما زاد.

المطلب الأول: التقدير القانوني للتعويض

يقع الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية، اذ لا يعرف أحد مقدما من هو الشخص الذي سيضره بعمله غير المشروع، فهذا يتيسر في المسؤولية العقدية، إذ العقد يجمع منذ البداية بين المسؤول والمضرور، فهو ليس بميسور في المسؤولية التقصيرية، إذ أن الطرفين لا يعرف أحدهما الآخر إلا عند وقوع الضرر، فلا يتصور الاتفاق بينهم إلا بعد تحقق المسؤولية.

يمكن أن يتحقق في بعض أحوال المسؤولية التقصيرية أن يعرف شخص من يحتمل من يضر به من الناس بعمل غير مشروع، فقد تقوم أوضاع تجمع بين أشخاص يحتمل أن يكون فيهم في المستقبل مسؤول ومضرور. مثال ذلك الجيران، كل جار بالنسبة إلى جاره يحتمل أن يكون مسؤولا ومضرورا، فيتصور اتفاق الجيران على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية عند تحققها. مثل ذلك أيضا صاحب المصنع والملاك المجاورون، ومصلحة السكك الحديدية وملاك الأراضي التي تمر السكك الحديدية بجوارها، وملاك الحيوانات التي تجتمع في مكان واحد لاحتمال أن تؤذى الحيوانات بعضها بعضا، وأصحاب السيارات إذا دخلت في سباق لاحتمال أن تتحقق المسؤولية التقصيرية فيما بينها، ومدير الشركة والشركاء فيما عسى أن يرتكب المدير من خطأ

تقصيري، والنقل المجاني فيها بين الناقل والمنقول. يتصور إذن أن هؤلاء يتفقون فيما بينهم على التعديل من أحكام المسؤولية التقصيرية[11].

ويجب التمييز بين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية والاتفاق على ضمان المسؤولية، فالاتفاق على ضمان المسؤولية مثله أن يؤمن المسؤول على مسؤوليته في شركة تأمين، ويشبه ذلك أن يتفق صاحب البناء مع مقاول تمهد هدم البناء أن يكون ضامنا لما عسى أن يتحقق من مسؤولية صاحب البناء بسبب الهدم، **والفرق بين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية والاتفاق على ضمان المسؤولية أن الاتفاق الأول يقوم مباشرة بين المسول والمضرور، وقد يرفع المسؤولية أصلا عن المسؤول قبل المضرور، أما الاتفاق الثاني فيقوم بين المسول الأصلي ومسؤول آخر يضمنه لا ليرفع المسؤولية عن المسؤول الأصلي، بل ليؤكدها بضم مسؤول إليه يتحمل في النهاية المسؤولية إذا تحققت دون أن ينتقص ذلك من حق المضرور في الرجوع على المسؤول الأصلي**[12].

والاتفاق على التعديل من أحكام المسؤولية إما أن يكون اتفاقا للإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، وإما أن يكون اتفاقا للتشديد من المسؤولية. ونستعرض كلا من الحالتين.

أولا: الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها

هذا الاتفاق قد يرمي إلى الإعفاء من المسؤولية بتاتا. وقد يرمي إلى التخفيف منها، إما إنقاص مدى التعويض فلا يعوض إلا عن بعض الضرر دون بعض، وإما بتحديد مبلغ معين كشرط

---

[11] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، صفحة 1105

[12] عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، صفحة 1106

جزائي يكون هو مبلغ التعويض مهما بلغ الضرر، وإما بتقصير المدة التي ترفع فيه دعوى المسؤولية.

وقد كفل القانون المدني الجزائري بيان حكم هذه الاتفاقات، فينص الفقرة الثالثة من المادة 178.

ثانيا: الاتفاق على التشديد في المسؤولية التقصيرية

وقد يكون الاتفاق من شأنه أن يشدد في المسؤولية التقصيرية، مثل ذلك أن يتفق الطرفان على أن يكون الخطأ مفترض في جانب المسؤولية في حالات لا يفرض فيها القانون الخطأ، ومثل ذلك أيضا الاتفاق على مسؤولية المدين حتى لو لم يرتكب خطأ.

ويبدو أنه إذا كان الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها مخالفة للنظام العام، فإن الاتفاق على التشديد فيها لا يخالف النظام العام، فيكون مشروعا. يؤيد ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 178 من القانون المدني ، وغنى عن البيان أن المسؤولية ذاتها لا تتحقق بقيام الحادث المفاجئ والقوة القاهرة لانعدام علاقة السببية. فإذا كان من الممكن أن يتحمل الشخص بالاتفاق تبعة مسؤولية لم تتحقق، فيتحمل التبعة لا المسؤولية ويكون بمثابة المؤمن، فمن باب أولى يستطيع أن يتفق على التشديد من مسؤولية قد تحققت.

ثالثا: التعويض عن طريق شركات التأمين

إن تطور التأمين قلب التوازن الداخلي للنظام التقليدي للمسؤولية المدنية، فاتحا الطريق لجعل المبدأ هو الوقاية ثم معالجة الأضرار عن طريق التعويض في حين كان دور المسؤولية التقليدية هو التعويض الذي عجزت عنه في الكثير من الأحيان بسبب التطور الحاصل في الحوادث ومدى تفضيل المضرورين اللجوء إلى وسائل التأمين التي أثبتت ناجعتها.

فبمقتضى عقد التأمين يلتزم المؤمن بأن يؤدي إلى المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا مرتب أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.

غير أن تأمين المسؤولية لم يعد مجرد وسيلة لتحقيق مصالح خاصة للأفراد وإنما أصبح وسيلة لتحقيق أهداف ومقاصد اجتماعية تهم المجتمع بأسره، بحيث فرض المشرع هذا النوع من التأمين في بعض المجالات بمقتضى نصوص قانونية، الأمر الذي لم تعد معه الارادة حرة في تكوين العقد.

كما أنه في التأمين ضد المسؤولية لا يقصد المؤمن له مصلحة الغير المصاب، وانما يهدف إلى توقي خطر المسؤولية الذي سيقع عليه لو وقع الحادث، أما مصلحة الغير فلم تكن محل اعتبار عند إقدامه على التأمين، إضافة إلى أن المؤمن يشترط في وثيقة التأمين ألا يعترف المؤمن له بمسؤوليته وألا يتصالح مع المضرور وأن يخطره فور الحادث بحيث لا يفيد المصاب من إهمال أو تراخي أو تواطئ المؤمن له.

ويختلف التأمين ضد المسؤولية عن اتفاقات الإعفاء من المسؤولية:

فمن ناحية ***الطبيعة القانونية***، **يعد التأمين من المسؤولية عقدا احتماليا يتوقف احتمال الكسب أو الخسارة فيه على أمر غير محقق الوقوع وقت إبرام العقد**. فيتوقف التزام المؤمن بدفع التعويض على حادثة غير مؤكدة وهي ثبوت مسؤولية المؤمن له قضائيا عقب حادثة مؤكدة الوقوع.

أما في ***اتفاق الإعفاء من المسؤولية*** فإن كلا الطرفين حدد مركزه مسبقا عند إبرام العقد، فيعلم المدين أنه قد أعفى نفسه من المسؤولية كما يعلم المضرور بأنه لن يستطيع الحصول

على التعويض لأنه لن يستطيع ملاحقة المدين بدعوى المسؤولية ترتيبا على أنه قد أعفاه مقدما منها.

والتأمين من المسؤولية جائز بالنسبة للمسؤولية العقدية كقاعدة عامة فضلا عن المسؤولية التقصيرية، في حين أنه في الاعفاء من المسؤولية لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية لمخالفة ذلك النظام العام، ومع ذلك يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية مالم يرتكب المدين غشا أو خطأ جسيم فيبطل الإعفاء.

المطلب الثاني: التقدير القضائي للتعويض

الأصل في التعويض هو التعويض القضائي، أي الذي يتولى القاضي تحديده، ولقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من التعويض في عدة مواد متفرقة في القانون المدني حيث تناوله في الفصل الثالث من الباب الأول المتعلق بالفعل المستحق للتعويض وفي الفصل الثاني من الباب الثاني المتعلق بالتنفيذ بطرق التعويض.

ويشترط الاستحقاق التعويض القضائي أن تجتمع شروط قيام المسؤولية المدنية بنوعيها، وقيام هذه المسؤولية يتطلب توافر أركان ثلاثة هي الخطأ. الضرر والعلاقة السببية. فإذا توافرت الأركان السابق ذكرها التزم المدين بتعويض الدائن عما لحقه من ضرر، والضرر قد يكون ماديا أو معنويا كما أن التعويض يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب الذي أصاب الدائن بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

الفرع الأول: اجتهاد قاضي الموضوع في الحكم بتقدير التعويض

إن اجتهاد القاضي في تقدير التعويض هو وليد نشاط عقلي لإحداث التطابق بين المقدمات الكامنة في عناصر النزاع والمقدمات النموذجية المنصوص عليها في القانون، وذلك عن طريق الضابط القانوني.

وهو بذلك عبارة عن اتجاه معين وعام يهتدي به القاضي عند الحكم ويعطيه فكرة عن الغرض ونهايته.

ويثير تقدير التعويض عدة نقاط جديرة بالبحث من حيث حجم التعويض وأنواعه وأساسه والاعتبارات التي يقوم القاضي بمراعاتها عندما يقوم بهذا النشاط، سواء كنا بصدد مسؤولية مبنية على الخطأ واجب الإثبات أو كنا بصدد مسؤولية قائمة على الخطأ المفترض وقبل أن نناقش هذا الجهد التقديري الذي يقوم به القاضي المدني، نرى من الضروري البحث عن اتجاه المشرع في هذا الصدد، ذلك أن عمل القاضي سواء كان مقيدا أو تقديرنا لابد أن يكون موافقا لما أراده المشرع.

هل فتح المشرع المجال الاعمال النشاط التقديري عند قيام القاضي بممارسة الولاية القضاء في نطاق التعويض؟ أم أن نصوصه جاءت محددة بحيث لم يعد هناك مجالا لنشاط تقديري يقوم به القاضي، حيث يقتصر على تنفي إرادة المشرع المحدد مسبقا؟

لقد استقر القضاء وعلى ضوء نص م 124 من القانون المدني الجزائري على أن للقاضي سلطة كاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملاءمة لطبيعة الضرر، وذلك في حدود طلبات المدعي، وأساس ذلك أن قوام المسؤولية هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة الضرر ورد المضرور إلى الوضع الذي يكون فيه لو لم يقع الفعل الضار وذلك على نفقة المسؤول.

ومن تم فللقاضي السلطة التقديرية في جعل التعويض عادلا دون أن تكون هناك رابطة وبين عدالة التعويض والتعويض الكامل، فالعدالة تقتضي إعادة التوازن إلى ذمة المتضرر، سواء في ذمته المالية أو ذمته الأدبية.

فتقدير مبلغ التعويض الجابر للضرر هو مما يستقل به قاضي الموضوع ما دام لا يوجد في القانون نص يلزمه بإتباع معايير معينة، ووفقا لظروف كل دعوى على حدى، بحيث يمكن القول أن تقدير القاضي للتعويض الجابر للضرر يختلف مداه اذا كان المضرور شابا يرجو لنفسه مستقبلا زاهرا، كذلك يعتبر خسارة مؤكدة وقابلة للتقدير تفويت الفرصة على المضرور المتوفي إذا كان يأمل في الترشيح الوظيفة درجة أعلى.

ونفس السلطة التقديرية يتمتع بها القاضي عند اختياره للتعويض المناسب من حيث نوعه فله أن يقرر التعويض النقدي أو التعويض العيني طالما يعادل الضرر. فنشاط القاضي التقديري ينصب على حريته الكاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملاءمة لظروف الدعوى. يمارسها دون رقيب عليه. سواء تمثل ذلك في الحكم بالتعويض العيني، أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل غير المشروع، أو يحيد عنه إلى التعويض النقدي وهذا ما يميز نشاط القاضي التقديري بصدد التعويض في دائرة المسؤولية التقصيرية عنه في دائرة المسؤولية العقدية[13]، حيث ينكر البعض عليه أن يكون التعويض موضوعه أخر غير النقود، وذلك طبقا للمبدأ الروماني الذي يقضي بأنه: " لا يمكن اكراه الفرد في شخصه على عمل أو امتناع عن عمل"

[13] قرار المحكمة العليا رقم 34034 الغرفة المدنية، المؤرخ في 6 مارس 1975 المجلة القضائية عدد 4 .

أما في المسؤولية التقصيرية فيظل الحكم به خاضعا لمطلب تقدير القاضي، اذ أن عناصر الضرر التي يجب أن تدخل في حساب التعويض تعد من المسائل التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، لأن هذا التعيين يعد من قبيل التكييف القانوني للوقائع.

الفرع الثاني: معايير تقدير القاضي للضرر

1. **الظروف الملابسة لوقوع الضرر في تقدير التعويض:** ويقصد بها الظروف الشخصية والصحية والعائلية والمالية التي تحيط بالمضرور، حيث تقدر على أساس ذاتي لا أساس موضوعي مجرد، فننظر إلى المضرور نظرة شخصية لأن التعويض يهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المضرور، فيدخل في الظروف الشخصية حالة المضرور الجسمية الصحية.

فالأعور الذي أصيبت عينه السليمة كان الضرر الذي يصيبه أفدح من الضرر الذي يلحق شخصا أصيبت إحدى عينيه السليمتين والرسام الذي يصاب في أصابعه، التي يرسم بها ويتقوت منها يكون ضرره أكبر من غير الرسام. كما يكون محلا للاعتبار حالة المضرور العائلية والمالية. فمن يعول زوجة وأطفالا يكون ضرره أشد من الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه. ولكن هذا يعني أنه إذا كان المضرور غنيا يقضي له بتعويض أقل مما لو كان فقيرا. فالعبرة بجبر الضرر. فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يلحق به أشد.

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا حيث جاء في حيثياته ما يلي: «إذا كان مؤدى نص المواد 130-131-182 من ق. م. ج، أن التعويض يخضع في تقديره لسلطة القاضي، فإن عدم الإشارة من طرف قضاة الموضوع إلى مراعاتهم للظروف الملابسة للضحية وقيامهم بتحديد الخسارة، يجعل قرارهم غير سليم ومعرض للنقض».

تنص المادة 131 من ق. م. ج على ما يلي: " يقدر القاضي التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة"

الأصل أن يكون التعويض كاملا. وتكون فيه للقضاة سلسلة تقديرية واسعة. لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا، إلا أن جبر الضرر بتعويض عادل يقتضي أحيانا عدم التنفيذ بالتعويض الكامل والاكتفاء بتعويض مخفف مراعاة للظروف الملابسة.

ويقصد **بالظروف الملابسة الظروف** التي تلامس المضرور لا الظروف التي تلامس المسؤول، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات فيقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي، ويكون محلا للاعتبار حالة المضرور الجسمية والصحية وكذلك حالته العائلية والمالية.

كما أن العبرة بوقت صدور الحكم من أجل تقدير التعويض، ويمكن للقاضي أثناء نظر دعوى المسؤولية إذا كان المضرور في حاجة إلى نفقة مؤقتة يدفعها له المسؤول من حساب التعويض الذي سيقضى له به في النهاية لكن مع مراعاة الشروط الأتية:

- أن يكون مبدأ المسؤولية قد تقرر ولم يبق إلا تقدير التعويض
- أن تكون عناصر تقدير التعويض لا تزال لإعدادها في حاجة إلى مدة طويلة
- أن يكون المضرور في حاجة ملحة إلى هذه النفقة
- أن يكون المبلغ الذي يقدره القاضي للنفقة أقل من مبلغ التعويض الذي ينتظر أن يقدر به الضرر

2. **مراعاة حسن النية أو سوئها:** يعتبر حسن النية من العوامل الجوهرية في النظام القانوني، وفي العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، فبغير إعماله ومراعاة مقتضياته لا يكون تمت إلا الاختلاف والمنازعات. يقصد بحسن النية الاستقامة والنزاهة. وانتقاء الغش، كما يقصد بها أن يكون من اخلاص في التنفيذ ما التزم به المتعاقد وهذا ما تنص عليه م 1 / 107 من ق. م. ج بنصها على ما يلي: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبحسن نية ".