ماستر القانون والممارسة القضائية

عرض حول موضوع :

دور القاضي المدني في تقدير التعويض

من إنجاز الطالب:

زكرياء الحلاج

تحت إشراف الأستاذ:

عبد الرحمان الشرقاوي

السنة الجامعية:

2017-2016

تقديم:

1. ينشأ الالتزام المدني عن مصادر متعددة، إرادية (العقد والإرادة المنفردة)، وغير إرادية (المسؤولية المدنية والإثراء بدون سبب). ويقوم بوظائف متنوعة اقتصادية واجتماعية. غير أن الغاية من إقراره تكمن في تنفيذه، ومن ثم يشكل هذا التنفيذ امتدادا طبيعيا لآثاره.

ومن المعلوم أن الأركان التقليدية للمسؤولية المدنية بوجه عام هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية. وإذا كانت الخلافات الفقهية قد تركزت ومنذ زمن بعيد حول ركن الخطأ، فمن المجمع عليه فقها وقضاء وتشريعا على أنه لا مسؤولية وبالتالي لا تعويض بدون ضرر يصيب الغير[1].

2. فعند الإخلال بقواعد المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية يصبح المسؤول عن الضرر ملزما بتعويض المضرور عما لحقه من ضرر، فالهدف الأساسي من قواعد المسؤولية المدنية هو إرجاع التوازن الاقتصادي المفقود بسبب الضرر وإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها لو لم يكن الفعل الضار قد حدث[2] أو الحصول على تعويض في قدر من المال يكون كفيلا بجبر ذاك الضرر.

---

[1] محمد الكشبور، المهن القانونية الحرة، انطباعات حول المسؤولية والتأمين، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 25، 1991، ص 151.

–للتفصيل في أركان المسؤولية المدنية، راجع : أستاذنا عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني، الكتاب الأول مصادر الالتزام، الجزء الثاني الواقعة القانونية، الطبعة الأولى 2015.

– أيضا أستاذنا عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية للالتزام، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة 2015.

[2] أستاذنا عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني، الكتاب الأول مصادر الالتزام، الجزء الثاني الواقعة القانونية، الطبعة الأولى 2015، ص 335.

3. فالتعويض[3] باعتباره وسيلة لجبر الضرر المترتب عن الإخلال بالالتزام، يعد موضوعا متشعبا، حيث عرف تطورا كبيرا في مفهومه ومضمونه وطبيعته وكذا من حيث طرق تقديره، وذلك بفعل التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية المتجددة[4]. إذ أصبح يخضع لطرق مختلفة في تقديره.

4. وهكذا، فضوابط تقدير التعويض تختلف، فقد يستأثر المشرع بتقديره في مقادير أو نسب محددة، أو يضع أسسا ومعايير محددة، حيث يجد القاضي نفسه في هذه الحالة مقيدا بالقاعدة القانونية التي تحدد معايير التعويض بشكل مسبق[5]، وهذا ما يسمى بالتعويض القانوني، وهو تقدير أضحى استثناء في التشريعات الحديثة بعدما كان يمثل الأصل[6].

---

[3] التعويض لغة يعني البدل فنقول عوضه تعويضا، إذا أعطيته بدل ما ذهب منه وتعوض منه واعتاض، أخذ العوض، فيقال أخذت الكاب عوضا عن مالي أي بدلا منه، واعتاضه وعوضه تعويضا، فأعاضه فلان من كذا أي أعطاه عوضا أي بدلا وخلفا.

أما من الناحية القانونية ، وفي ظل إحجام التشريعات عن وضع تعريف للتعويض، فإن الفقه تصدى لذلك فقام بالعديد من المحاولات من ذلك:

التعويض هو وسيلة القضاء لمحو الضرر أو تخفيف وطأته إذا لم يكن محوه ممكنا، والأكثر أن يكون مبلغا من النقد يحكم به للمضرور على من أحدث الضرر، ولكنه قد يكون شيئا آخر غير النقد كالنشر في الصحف أو التنويه بحق المدعي في الحكم.

أنظر، عبد الرحمان الشرقاوي، م س، ص 337.

[4] محمد يحي، سلطة القاضي في تقدير التعويض، مجلة المحاكم الموريتانية، العدد الأول، يونيو 2013، ص 51.

[5] كما هو منصوص عليه في الفقرة السادسة من المادة 41 من مدونة الشغل التي تحدد اساس التعويض عن الإنهاء التعسفي لعقد الشغل أجر شهر ونصف عن كل سنة عمل أو جزء من السنة حيث جاء فيها: في حالة تعذر أي اتفاق بواسطة الصلح التمهيدي، يحق للأجير رفع دعوى أمام المحكمة المختصة، التي لها أن تحكم في حالة ثبوت فصل الأجير تعسفيا، إما بإرجاع الأجير إلى شغله أو حصوله على تعويض عن الضرر يحدد مبلغه على أساس أجر شهر ونصف عن كل سنة عمل أو جزء من السنة على إلا يتعدى سقف 36 شهرا.

[6] مصطفى الكيلة، التقدير القضائي للتعويض، منشورات مجلة الحقوق المغربية، الطبعة الأولى 2008، ص 13.

5. وقد يستقل الأطراف بتقدير التعويض بإرادتهما، وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، وهذا النوع من التعويض كثير الوقوع في مجال المسؤولية العقدية. ورغم ذلك قد يجد القاضي هامش من الحرية في التدخل في التعويض الاتفاقي، حيث يمكن له أن يرفع منه أو ينقص منه بحسب الأحوال[7].

6. وأخيرا، قد يمنح المشرع للقاضي سلطة مطلقة في تقدير التعويض ، ويعد هذا النوع هو القاعدة العامة في التقدير، ويسمى بالتعويض القضائي[8] الذي تنهض به محكمة الموضوع.

7. ومن المعلوم أن فكرة التعويض القضائي لم يكن لها وجود إلا في بعض الاستثناءات مقارنة مع التعويض القانوني الذي كان يمثل الأصل العام. ففي القانون الروماني لم تظهر بوادر تقدير التعويض إلا في العصر العلمي، حيث كان التعويض القانوني هو الأصل العام، ولم يظهر التعويض إلا في حالات خاصة، تتعلق بجريمة الاعتداء على مال الغير التي نشأت بمقتضى " قانون إكويليا الشهير[9]" الذي خول للقاضي أمر تقدير التعويض عن الاعتداء على مال الغير، بحسب الخسارة التي أصابت المضرور ومقدرا الكسب الذي فاته، وهما العنصران المعتمدان حاليا في تقدير التعويض.

8. وتركت الشريعة الإسلامية نفسها للقاضي أمر تقدير التعويض[10]، بناء على مقدار الضرر الحاصل للمعتدى عليه، ولو أنها اشترطت وجود مثل المال محل الضمان وبين

---

[7] وفي هذا ينص الفصل 264 من ق.ل.ع المعدل والمتمم بالقانون رقم 95-27 في فقرته الثالثة " يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا. ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي.

[8] مصطفى الكيلة، م س، ص 13.

[9] مصطفى الكيلة، م س ، ص 14.

[10] باستثناء الدية والأرش، والدية هي عقوبة مالية تتمثل في مال يؤديه الجاني أو عائلته إلى المجني عليه أو أوليائه.

المال المعطى بدلا عنه، مستبعدة بذلك كل تعويض عن المنافع وعن العمل، وهو ما يعني عدم التعويض عن الخسارة الواقعة وعن الكسب الفائت، إذا لم يكن هناك مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن ليأخذ من المدين مثله أو قيمته[11].

ويستدل أصحاب هذا الرأي فيما ذكر، بحديث أنس بن مالك رضي الله عنه، الذي جاء فيه بأنه : أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إلى النبي طعاما في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فكسرتها وألقت ما فيها، فقال صلى الله عليه وسلم طعام بطعام وإناء بإناء[12].

9. وفي القوانين المدنية الحديثة نظم المشرع الفرنسي قواعد تقدير التعويض في المواد من 1146 إلى 1153 من القانون المدني، وهي مواد تتعلق بتقدير التعويض في المسؤولية العقدية. وقد حددت المادتان 1149 و 1151 أحكام التعويض القضائي، حيث نصت الأولى على العناصر المعتمدة في تقدير التعويض، ونصت الثانية على مدى الضرر المعوض عنه[13].

10. أما وفي القوانين العربية فقد نصت العديد من التشريعات العربية على أحكام التقدير القضائي للتعويض، منها المشرع المصري في المواد 170 و 171 و 221 و222 من القانون المدني، والمشرع السوري في المادتين 222 و 223 من القانون المدني، والمشرع الليبي في المادتين 224 و 225، والمشرع الجزائري في المواد من 124 إلى 133 ثم من المادة 182 إلى 187.

أما الأرش فهي عقوبة فرضها المشرع الإسلامي لبعض جرائم الاعتداء على النفس بصدد دية الجروح التي تحدث تلفا لأحد أجزاء ضد المعتدى عليه. وليد سعيد عبد الخالق، الدية والتعويض بين الشريعة والقانون، مقالة منشورة في الموقع الإلكتروني التالي:

Doc. الدية والتعويض بين الشريعة والقانون/ mrwa.jeeran.com

[11] راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، الجزء السادس، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت لبنان، من دون تاريخ، ص 50-51.

[12] أورده عبد الرحمان الشرقاوي، م س ، ص 336.

[13] مصطفى الكيلة، م س، ص 16.

11. أما عندنا، فقد تضمن ق.ل.ع المغربي فصلين نصا على قواعد التعويض القضائي هما الفصل 98 المتعلق بتقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية، والفصل 264 في الفقرة الأولى التي تنص على تقدير التعويض في المسؤولية العقدية.

12. وهكذا، تظهر لنا أهمية الموضوع على الصعيدين النظري والعملي في كونه من المواضيع الشائكة والمعقدة التي حضت باهتمام الفقه والقضاء، كما تبرز أهميته كذلك من خلال إعطاء القاضي المدني دورا إيجابيا – كقاعدة عامة– في دعاوى التعويض لتحقيق الهدف الأساسي والذي هو بالدرجة الأولى جبر الضرر الذي لحق المضرور من جراء الفعل الضار. كما تبرز أهميته العملية أيضا في كون القاضي المدني وأثناء تقديره للتعويض يصطدم بمجموعة من النصوص القانونية الخاصة التي تؤثر حتما على دوره الهام في تقدير التعويض.

13. وعلى هذا الأساس يمكننا بسط الإشكالات الآتية: إلى أي مدى تمتد سلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض؟ وماهي العناصر والمعايير التي يستند عليها في تقدير التعويض؟ ومدى رقابة محكمة النقض عليه؟

لنخلص إلى إشكال أساسي وجوهري وهو : هل يخضع قاضي الموضوع في تقديره للتعويض لإرادة المشرع ،أم لإرادته، أم يخضع في ذلك لإرادة الأطراف؟

هذا ما سنحاول مناقشته على ضوء الخطة الآتية:

- **المبحث الأول: تحديد نطاق سلطة القاضي المدني في تقدير التعويض**
- **المبحث الثاني: حدود سلطة القاضي المدني في تقدير التعويض**

المبحث الأول: تحديد نطاق سلطة القاضي المدني في تقدير التعويض

14. متى يتبين لقاضي الموضوع قيام شروط المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية حكم بالتعويض، ولقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير مقدار التعويض عن الأضرار التي تصيب الشخص سواء في المجال العقدي أو التقصيري، على اعتبار أن مسألة تقدير التعويض تعتبر من أمور الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض كقاعدة عامة[14].

15. وفي حالة عدم وجود تقدير قانوني[15] أو اتفاق بين الأطراف على تقدير التعويض – الشرط الجزائي[16]– فإن قاضي الموضوع يستقل بتقدير التعويض الذي يحكم به، وبالتالي

---

[14] أستاذنا عبد الرحمان الشرقاوي، سلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض، مقال منشور في المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع 17-18، يناير-يونيو، 2001، ص45.

[15] جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بأنه " إن تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن في القانون نص ملزم باتباع معايير معينة في خصوصه هو من سلطة قاضي الموضوع..." أنظر سعيد أحمد شعلة ، قضاء النقض المدني في التعويض، الطبعة والسنة غير مذكورين، ص 63.

[16] الشرط الجزائي Clause pénaleهو شرط يحدد مسبقا بموجبه المتعاقدون باتفاقهم وعلى وجه جزافي مبلغ التعويض الواجب عند الإخلال بالتنفيذ، والذي يلتزم المدين بدفعه للدائن. ومع ذلك يمكن للمحكمة= =تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا. (الفقرة 3و4 من الفصل 264 من ق.ل.ع. أنظر بهذا الخصوص:

تضيق رقابة محكمة النقض على هذا الأخير بشكل كبير (المطلب الأول)، غير أن قاضي الموضوع وأثناء تقديره للتعويض لا يقدره عنوة وإنما يستند في ذلك على معايير محددة (المطلب الثاني).

المطب الأول: استقلال قاضي الموضوع عن رقابة محكمة النقض في تقدير التعويض[17]

16. تعتبر مسالة تقدير التعويض من مسائل الواقع التي ينهض بها قاضي الموضوع ، ولا تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض. ذلك أن مقدار التعويض في حد ذاته مسالة مادية وموضوعية تتغير حسب ظروف كل قضية على حدة، وحسب طلبات الأطراف ووضعيتهم. لذلك فإن المجلس الأعلى –سابقا– قد استقر على هذه القاعدة في العديد من قراراته من ضمنها ما جاء في أحد قراراته: "...إن تقدير التعويض خاضع للسلطة التقديرية للمحكمة وأن المحكمة عندما اعتبرت أن المبلغ المقي به ابتدائيا يتسم بالشطط وقضت بالتعويضات التي ارتأتها مناسبة للضرر الحاصل للطاعنين، تكون قد عللت حكمها تعليلا كافيا وصحيحا..."[18].

– أستاذنا عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية للالتزام، ط 2011، مطبعة النجاح الجديدة–الدار البيضاء، ص 75.

[17] أستاذنا عبد الرحمان الشرقاوي، م س، ص 413. أيضا في المقال السابق، ص 45.

[18] حكم عدد 2، صادر بتاريخ 12 يناير 1983، ملف مدني عدد 68660. قرار غير منشور، أورده محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية. أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص. نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء سنة 1986، الجزء الأول...

–وفي قرار آخر: " إن لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية كاملة لتقدير التعويضات التي تغطي الضرر الذي حصل..." حكم مدني عدد 118 بتاريخ 27 يناير 1982، م م ع 80563 ، غير منشور. نفس المرجع.

17. من هذا المنطلق فقاضي الموضوع يتوفر على سلطة واسعة فيما يخص تقدير حجم التعويض، إذ أوكل المشرع لمحكمة الموضوع مهمة تقدير التعويض عن الضرر اللاحق بالمضرور سواء في المجال العقدي أو في المجال التقصيري، وترك لها أمر مباشرته في إطار ولايتها العامة، ولم يقم بتعيين مقداره إلا في حالات استثنائية واستجابة لظروف معينة.

الفقرة الأولى: تمتع قاضي الموضوع بسلطة واسعة في تقدير حجم التعويض

18. عندما لا يتدخل المشرع بشكل صريح لتقدير التعويض، وعند عدم وجود شرط جزائي[19] يحدد قيمة التعويض مسبقا من طرف الأطراف، فإن ذلك يعني أن لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير كمية التعويض. فالأضرار التي يتعرض لها الإنسان في

---

[19] أقر المشرع المغربي للمحكمة إمكانية تعديل التعويض الاتفاقي إذا كان مبالغا فيه ، فأمر تقدير هذه المبالغة موكول لفطنة المحكمة . وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 264 من ق ل ع حيث جاء فيها : " للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته غذا كان زهيدا ولها ايضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي" وفي هذا جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، ع 748، بتاريخ 1985/03/07 م م ع 83/2759 ما يلي: "... وحيث إن التعويض المشروط بالعقد مبالغ فيه، وهو كشرط جزائي عن عدم تنفيذ الالتزام. وقد استقر الاجهاد على أن الشرط الجزائي يرجع للمحكمة حق تعديله لجعله مناسبا لتغطية الضرر...".

- في نفس السياق، أنظر القرار ع 94، بتاريخ 2008/10/15، م اجتماعي ع 2007/1/1311. مجلة العلوم القانونية والقضائية، ع 1، 2015، ص 178.

الوقت الحالي على الصعيدين العقدي والتقصيري، لا يمكن للمشرع أن يحيط بها جملة، وهو ما أدى إلى إطلاق العنان لسلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض، على اعتبار أن التعويض القضائي هو الكفيل بتحقيق التوازن الاقتصادي وجبر الأضرار اللاحقة بالمضرور ومحو آثارها على قدر الإمكان. وكذلك تفاديا للتقدير القانوني الذي لا يحقق العدالة – النسبية– أو على الأقل لا يفضي إلى تعويض كافي يتلاءم مع طبيعة الضرر الحاصل للمضرور في أغلب الأحيان.

19. وهكذا، يعد من المبادئ المقررة فقها وقضاء، في مجال التقدير القضائي للتعويض تمتع المحكمة بسلطة مطلقة في تعيين مقداره حسب كل حالة على حدة، فتقدير التعويض يعد من التكييفات التي لا تخضع محكمة الموضوع بشأنها لرقابة محكمة النقض.

وهذا ما استقر القضاء المقارن، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية[20] إلى أن تحديد مبلغ التعويض يتم بطريقة واقعية ومطلقة من طرف قضاة الموضوع، ما لم يوجد هناك نص او اتفاق يحدد مقداره.

وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية[21] إلى أن تقدير التعويض يعد من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع متى بين العناصر المكنونة له.

وقد سار المجلس الأعلى –سابقا– على نفس الطريق ، فقد جاء في قرار له أن " لمحكمة الأساس سلطة تقديرية مطلقة لتعيين مبلغ التعويض المحكوم به للمتضرر، وليس عليها أن تعلل هذا المبلغ لأسباب خاصة"[22]. وجاء في قرار آخر له " لمحكمة الموضوع الباتة سلطة مطلقة لتعيين قدر التعويض عن الضرر، وتخولها هذه السلطة الحق في جعل

20

[21] نقض بتاريخ 31 ماي 1968، مجموعة أحكام النقض، 19–2–967–144. أورده مصطفى الكيلة، مرجع سابق ، ص 165.

[22] قرار المجلس الأعلى عدد 1224، صادر بتاريخ 17 نونبر 1962، مجلة القضاء والقانون، عدد 54، 178.

ذلك منتجا لفائدة قانونية ابتداء من تاريخ الحكم الأول الصادر ابتدائيا متى صرحت بأن هذه الفائدة إنما هي تكميل للتعويضات الممنوحة في الحكم الابتدائي"[23].

20. وإذا كان القاضي المدني يتمتع بسلطة مطلقة في تقدير التعويض وغير ملزم بنصاب معين أو بمبلغ ثابت لجبر الأضرار وله كامل الصلاحية في هذا التقدير، إلا أن هذه السلطة أو الصلاحية تحكمها ضوابط معينة، لأنها لا تعتبر حالة نفسية يحكم من خلالها القاضي حسب أهوائه وميوله، فتقدير التعويض هو مسألة قانونية وموضوعية، تستوجب على القاضي عدم الإجحاف أو المغالاة فيلزم فقط بالضرر الفعلي ويحكم بتعويض على قدر الضرر.

21. ولتحقيق ذلك مكن المشرع المغربي في قانون المسطرة المدنية القاضي من الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص عندما تستعصي عليه مسألة تقنية وذلك في أفق الوقوف على قيمة الضرر الحاصل أو قدر التعويض المستحق، وللقاضي الاعتماد على رأي الخبير، غير أن رأي الخبير لا يلزمه بحيث يحق له استبعاد رأي الخبير شريطة تعليل حكمه[24].

22. وقد يظهر أن مسألة تقدير التعويض في إطار السلطة التقديرية لقاضي الموضوع لا تثير إشكالات معينة كلما احترم هذا الأخير العناصر المكونة للضرر، لكن الواقع يكشف غير ذلك، بالنظر للإشكالات التي تحيط بمسالة تقدير التعويض، لا سيما حينما يتغير عنصر الضرر، والحال أن لهذا التغيير صور متعددة[25].

23. فإذا كان تقدير التعويض ينحصر في الضرر المباشر في المسؤولية التقصيرية، والضرر المباشر المتوقع في المسؤولية العقدية كقاعدة عامة[26]، فإن هذا التقدير يجب أن

---

[23] قرار المجلس الأعلى ، عدد 437، صادر بتاريخ 19 نونبر 1959، مجلة القضاء والقانون، عدد 27، مارس 1960، ص 183.

[24] تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 66 من قانو المسطرة المدنية، المعدل بمقتضى قانون رقم 85.00 على أنه " لا يلزم القاضي بالأخذ براي الخبير المعين ويبقى له الحق في تعيين أي خبير آخر ن أجل استيضاح الجوانب التقنية في النزاع".

[25] عبد الرحمان الشرقاوي، مرجع سابق ، ص 47.

يكون متناسبا مع الضرر الحاصل للمضرور، لأن استفادة المضرور من تعويض أكثر من قيمة الضرر الحاصل يتعارض مع قواعد الإثراء بدون سبب. إلا أنه نادرا ما يبقى الضرر مستقرا على الحالة التي فيها من وقت حدوثه إلى حين صدور الحكم الفاصل فيه، فغالبا ما يتغير الضرر كأن يتفاقم أو يتناقص أو يختفي(**أولا**)، كما قد يقع أن تتغير القيمة النقدية الجابرة للضرر بين يوم حدوث الضرر وتاريخ صدور الحكم الفاصل في الموضوع (**ثانيا**).

أولا: الضرر المتغير ووقت تقديره

24. يقصد بالضرر المتغير ما يتردد بين التفاقم والنقصان والاختفاء بغير استقرار في وضع معين. الأمر الذي يثير عدة إشكالات عملية في مسالة التقدير. والأمثلة عديدة في هذا المجال، ومن ذلك الشخص الذي يصاب بخدش في عينه أضعف بصره، وعند مطالبته بالتعويض كان الضرر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان عليه، وعند صدور الحكم كان الضرر قد تحول إلى عاهة مستديمة كالعمى مثلا، أو العكس من ذلك أصبح الخدش أقل خطورة مما كان عليه وقت حدوثه، الأمر الذي يثير مجموعة من الإشكالات من قبيل الوقت الذي يقدر فيه الضرر.

25. في هذه الصورة يؤكد الفقه والقضاء على أن العبرة في تحديد الضرر هو تاريخ صدور الحكم[27]، سواء تفاقم الضرر أو انتقص أو زال[28]، لكن المحكمة يتعين عليها أن تأخذ

---

[26] ذلك أن الضرر في المسؤولية العقدية يشمل الضرر المباشر غير المتوقع في حالة ثبوت غش المدين أو تدليسه. كما أن تقدير سوء النية من مسائل الواقع التي تدخل ضمن سلطة قاضي الموضوع التقديرية.

[27] عبد الرحمان الشرقاوي، م س، ص 417.

- أنظر مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام، الطبعة والسنة غير مذكورين، ص 430-431.

أيضا أنظر، المختار بن أحمد العطار، النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي، الطبعة الأولى 2011، ص 436-437-483.

في الحسبان جميع التطورات التي طرأت عليه من يوم حدوثه، والعلة في ذلك أن مقدار التعويض قد يزيد عن تقديره وقت حدوثه[29].

26. وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية[30]، فقد ورد في قرار من القرارات الصادرة بهذا الخصوص أنه" إذا كان حق المضرور في الحصول على تعويض عن الضرر يوجد منذ وقوع الضرر، إلا أن تقدير هذا الضرر يجب أن يحصل وفقا لما تكون عليه حالة المضرور وقت صدور الحكم، وانه إلى أن يصدر الحكم يكون محل الحق غير محدد ومن ثم فإن القاضي في تحديده لمقدار التعويض يجب أن يعتد بجميع الحوادث التي تكون قد حدثت إلى اليوم الذي يصدر فيه الحكم".

27. وهذا الرأي هو الذي اعتمده القضاء المغربي وسار عليه، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف في الرباط مبدأ وجوب تقدير التعويض يوم صدور الحكم[31].

28. غير أنه في حالة تفاقم الضرر يشترط أن يكون هذا التفاقم ناتجا مباشرة عن خطأ المسؤول، أما إذا تدخل سبب أجنبي وتفاقم الضرر، فإن التعويض لا يكون والحالة هذه إلا

---

[28] في هذا الصدد ذهبت محكمة النقض المصرية في دعوى تتعلق بالغصب الإداري لعقار دون احترام الإجراءات المتعلقة بنزع الملكية إلى أنه يحق للمضرور أن يطلب التعويض عن الضرر سواء في ذلك ما كان قائما وقت الغصب أو تفاقم من ضرر بعد ذلك غلى تاريخ صدور الحكم.

حكم رقم 105، جلسة 34، بتاريخ 1959/11/13. سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في التعويض، دار الفكر الجامعي، تاريخ الطبعة والسنة غير مذكورين، ص 28.

[29] عبد الرحمان الشرقاوي، مرجع سابق ، ص 417.

[30] مأمون الكزبري، م س، ص 431.

[31] جاء في الحكم " أن موت المضرور الطارئ أثناء النظر في الدعوى لسبب خارج عن الحادث الذي أدى إلى إصابته يجب الاعتداد به عند تحديد التعويض الذي سيقرر لورثة المضرور بعد وفاته بسبب العجز الجزئي الدائم الذي لحق المضرور، وذلك لأن تحديد التعويض في مثل هذه الحالة يجري دوما على اساس احتمال بقاء المصاب حيا، وموت المصاب أثناء التقاضي قد أدى غلى زوال هذا الاحتمال". محكمة الاستئناف بالرباط قرار رقم 5555 بتاريخ 1963/11/12. أشار إليه مأمون الكزبري، م س، ص 431.

بقدر الضرر الذي كان قائما قبل تدخل السبب الأجنبي أو خطأ المضرور أو كان نتيجة إهماله.

29. وبخلاف ذلك، فإنه في حالة انتقاص الضرر أو اختفاءه يتعين على المحكمة أن تأخذ في الحسبان نقصان أو اختفاء الضرر أيا كان سببه، حتى ولول كان ناتجا عن سبب أجنبي، والعلة في ذلك أن الهدف من التعويض هو جبر الضرر ومحو أثره دون أن يمتد ذلك إلى ما هو أبعد من الضرر الحاصل.

ثانيا: التغير الحاصل في قيمة الضرر من يوم حدوثه إلى تاريخ صدور الحكم

30. قد يحدث ألا يتغير الضرر من يوم حدوثه إلى يوم صدور الحكم، ولكن يحدث أن يتغير سعر النقد، كأن يرتفع أو ينخفض عما كان عليه يوم حدوث الضرر. في هذا الحالة استقر القضاء الفرنسي على أن العبرة في تقدير التعويض هي بما يكون عليه سعر النقد يوم الحكم[32].

31. ولا يختلف الحكم في هذه الحالة إذا حدث التغير في القيمة النقدية في الفترة الفاصلة بين صدور الحكم من محكمة ابتدائية وصدور الحكم من محكمة الاستئناف، ففي هذه الحالة يكون من حق المتضرر أن يتقدم بطلب يطلب من خلاله الزيادة في التعويض، كما ينبغي على قاضي الدرجة الثانية أن يأخذ بعين الاعتبار قيمة الضرر بما آل إليه عند إصداره القرار الاستئنافي[33]. وهذا ما استقر عليه القضاء المصري، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه" إذا كان الضرر متغيرا تعين على القاضي عند الحكم بالتعويض النظر في هذا الضرر لا كما كان قد وقع بل كما صار إليه عند الحكم مراعيا التغيير في هذا الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسؤول، ومراعيا كذلك التغيير في قيمة

---

[32] L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation. C. de cass 16. Février 1954. G.P 4. Mai 1954.

[33] عبد الرحمان الشرقاوي، م س، ص 379.

الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها"[34].

32. غير أن هذه القاعدة لا محل لها عندما يتعلق الأمر بظروف ومتغيرات أجنبية طرأت على المضرور ولا دخل للمتسبب في الضرر في إحداثها.

كما أن تقدير التعويض بناء على القيمة النقدية يوم الحكم يسري على المسؤولية المدنية بنوعيها، تقصيرية كانت أم عقدية.

33. وإذا كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بتقدير مقدار التعويض الذي يحكم به، فإن هذه السلطة لا تنحصر فقط في هذا النطاق، بل تمتد كذلك إلى تقدير نوع التعويض الذي تراه المحكمة مناسبا، حيث يمكنها أن تحكم بالتعويض الذي تراه مناسبا لجبر الضرر، ويستوي في ذلك أن يكون هذا التقدير للتعويض نقديا أو عينيا.

الفقرة الثانية: تمتع قاضي الموضوع بسلطة واسعة في تقدير نوع التعويض وطبيعته

34. نصت العديد من التشريعات على هذه القاعدة من ضمنها المشرع المدني المصري الذي نص في الماد 221 على أنه: يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المتضرر طبقا لأحكام المادتين 221 و222 مراعيا في ذلك الظروف الملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير". والمادة 222 من نفس القانون التي حددت أنواع التعويض بقولها: " 1- يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هادين الحالتين إلزام المدين بان يقدم تأمينا.

[34] أنظر مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، ط، س غير مذكورين، ص 251.

2- ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض".

كما نص المشرع الجزائري على نفس القاعدة من خلال المادة 132 التي لا تختلف عن المواد السابقة إلا من حيث الصياغة.

35. وبخلاف التشريعات المقارنة يلاحظ أن المشرع المغربي لم ينص أنواع التعويضات التي يمكن الحكم بها في ميدان المسؤولية المدنية بوجه عام، غير أن ذلك لم يمنع القاضي من الحكم بمختلف أنواع التعويضات التي سلكتها التشريعات المقارنة سيرا على نجها، كما أن المشرع المغربي لم يغفل الإشارة لهذه الأنواع من التعويضات بموجب نصوص خاصة[35].

36. ومن جهة أخرى، نجد المحاكم المغربية تعاملت مع مسألة اختيار التعويض بطرق مختلفة، من قبيل الحكم بتعويضات رمزية عن النيل من الكرامة والشرف، وبخصوص الضرر الأدبي الذي يلحق الشخص في مركزه الاجتماعي كالسب والقذف، فيكون التعويض في الغالب عينيا عن طريق نشر إعلانات مضادة[36].

37. عموما، تبقى القاعدة الغالبة فقها وقضاء، هي توفر محكمة الموضوع على الحرية المطلقة في اختيار الطريقة التي تراها مناسبة للتعويض وفي حدود طلبات الأطراف، فقد تقضي بشيء معين بدلا من التزام المدين بمبلغ من المال كان يحكم القاضي على المسؤول بأن يدفع للمضرور سندا أو سهما تنتقل إليه ملكيته تعويضا عن الضرر الذي أصابه[37]، كما قد يحكم بإرجاع الحالة التي كان عليها المضرور قبل حدوث الفعل الضار كالحكم بقطع الأشجار التي امتدت إلى أرض الغير، أو إعادة بناء الحائط الذي تسبب المخطئ في هدمه وقس على ذلك...

---

[35] عبد الرحمان الشرقاوي، م س، ص 419.

[36] عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الثالث، المصادر غير الإرادية للالتزام ، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة 2015، ص 106.

[37] مقدم السعيد، م س ، ص 232.

38. فنوع التعويض يختلف باختلاف الظروف الملابسة والوقائع، وحسب طلبات الأطراف، كما أنه يختلف في نطاق المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية. حيث إن التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية، بخلاف المسؤولية التقصيرية التي لا يكون محلها هذا النوع من التعويض إلا في حالات استثنائية.

39. باختصار، فإن التعويض إما أن يكون تعويضا عينيا أو بمقابل. فالتعويض العيني ينصب إلى إصلاح الضرر باقتلاعه من أصله، وهو غير التنفيذ العيني لذلك فهو كثير الوقوع في مجال المسؤولية التقصيرية.

أما التعويض بمقابل فهو الذي يجد مجاله في المسؤولية العقدية متى استحال تنفيذ الالتزام عينا، وهو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية لاستحالة التعويض العيني في أغلب الأحيان.

40. ولكي يتمكن القاضي من تقدير مقدار التعويض، واختيار التعويض الأنسب لجبر الضرر ومحو أثره، فإن المشرع المغربي وعلى غرار التشريعات المقارنة وضع له مجموعة من المعايير التي ينبغي الاستناد عليها لتقدير التعويض، بحيث لا يمكنه استبعاد عنصرا من هذه العناصر ولا أن يضيف عناصرا جديدة، وهو في ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض.

المطلب الثاني: المعايير التي يعتمد عليها القاضي المدني في تقدير التعويض

41. يتمثل الضرر الواجب التعويض في تحقق أحد العنصرين: حصول خسارة واقعة أو فوات كسب أو قوعهما معا، ويكون على القاضي مراعاتهما وأخذهما في تحديد التعويض.

42. وقد نص المشرع المغربي كأغلب التشريعات المقارنة[38] على هذين العنصرين في الفصل 98 من ق.ل.ع المتعلق بالتعويض عن المسؤولية التقصيرية، والفقرة الأولى من الفصل 264 المتعلق بالتعويض عن المسؤولية العقدية. ويمكن قراءة هذين الفصلين معا،

[38] نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 1149من التقنين المدني الفرنسي، والمشرع المصري في المادة 221 من القانون المدني ، والمشرع الجزائري في المادة 182 من التقنين المدني الجزائري.

ذلك أن هذين العنصرين لا تستأثر بهما المسؤولية العقدية فقط، بل يمكن الوقوف عندهما حتى في المسؤولية التقصيرية.

وهكذا ينص الفصل 98 من ق.ل.ع على أن: " الضرر في أشباه الجرائم، هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به وكذلك ما حرم من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل.

ويجب على المحكمة أن تقدر الأضرار بكيفية مختلفة حسبما تكون ناتجة عن خطأ المدين عن تدليسه".

أما الفقرة الأولى من الفصل 264 المعدل والمتمم بمقتضى قانون 95.27 فتنص على ما يلي: الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام. وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكول لفطنة المحكمة التي يجب عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ المدين أو تدليسه".

43. من خلال هذين الفصلين يتضح بأن القاضي المدني ملزم عند تقديره للتعويض في المسؤولية بوجه عام أن يدخل هذه المعايير[39] في الحسبان والتي هي كما أسلفنا: معيار الخسارة الواقعة **(الفقرة الأولى)**، ومعيار الكسب الفائت **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: معيار الخسارة الواقعة

44. يقصد بالخسارة اللاحقة الافتقار الحاصل في ذمة المتضرر نتيجة الإخلال بالالتزام، فمجموع الخسائر المادية التي تلحق بالمتضرر من جراء عدم تنفيذ المدعى عليه

---

[39] جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية ما يلي: تعويض الضرر يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لخطا المسؤول، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في الاستطاعة توقيه ببذل جهد معقول.

أنظر ، سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في التعويض، السنة والطبعة غير مذكورين، ص 27.

لالتزامه أو تأخره في ذلك أو تنفيذه تنفيذا معيبا أو ناقصا، يجب أن يعتمد في حساب التعويض المستحق له[40].

45. ومعيار الخسارة الحاصلة كثير الوقوع في المسؤولية المدنية بوجه عام، ومن ذلك مثلا البائع الذي يمتنع عن تسليم البضاعة بعد أن تعهد بتسليمها للمشتري الذي دفع الثمن، الأمر الذي دفع المشتري إلى شراء بضاعة أخرى لكن بثمن أعلى، حيث يكون من اللازم تعويضه عن الخسارة التي لحقته، والتي تتمثل في الفرق بين الثمنين.

والتاجر الذي يتأخر في تسليم بضاعته عن الميعاد المتفق عليه لسبب راجع إليه، يتحمل الارتفاع الحاصل في الأثمان بسبب هذا التأخر[41].

أيضا الشخص الذي يصاب في حادثة سير بأضرار جسمانية دفعت به إلى تحمل تكاليف العلاج والمصروفات الضرورية والطبية ونفقات الدواء وما سوى ذلك، حيث يكون له الحق في استردادها باعتبارها تدخل ضمن الخسارة اللاحقة به، مع مراعاة أن تكون هذه النفقات معقولة وغير مبالغ فيها، وهو ما على القاضي أن يدخله في الحساب[42]، وأن يحكم بتعويضات معقولة.

46. وقد تمثل الخسارة الحاصلة في إتلاف مال أو بضاعة أو محصول زراعي أو منتوج، ففي هذا الحالة يمكن الحكم على المدعى عليه بإداء مثل الشيء التالف أو دفع قيمته مضافا إليها مجموع المصروفات اللازمة للحصول على الشيء المماثل، أما في حالة التعيب فيمكن الحكم على المدعى عليه بنفقات إصلاحية أو بقيمة الضرر الحاصل فيه، مع احترام قواعد الإثراء بلا سبب، والقواعد العامة التي تقضي بالبث في حدود طلبات الأطراف[43].

---

[40] مصطفى الكيلة، م س، ص 120.

[41] قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 258 بتاريخ 1 أبريل 1944 مجموعة قرارات الاستئناف بالرباط، ص 423.

[42] مصطفى الكيلة، م س، ص 120.

[43] يتعلق الأمر بالفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية.

47. وقد استقر القضاء الفرنسي حاليا على أنه لا يوجد مانع من الحكم بشيء مماثل للشيء محل التلف ولو كان يفوق قيمته، سواء تعلق الأمر بمنقول أو عقار، معللا ذلك بأن هدف التعويض يكمن في إعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل حصول الضرر. وقد طبق القضاء الفرنسي هذا المقتضى في مجال الإيجار، إذ أيدت محكمة النقض الفرنسية الحكم الذي قضى بإلزام المستأجر بإعادة المحل الذي تسبب في إحراقه، على الرغم من أن إعادة بناءه من جديد يحقق إثراء نسبي للمؤجر[44].

48. غير أن القضاء المصري ذهب خلاف هذا الاتجاه السابق، حيث حرص على ألا يشمل التعويض إلا قيمة الشيء محل التلف[45].

49. أما بالنسبة لموقف القضاء المغربي نجده يتمسك بقاعدة عدم جواز الحكم بأكثر من الضرر الحاصل، أي يجب أن يكون التعويض متناسبا بالشكل الذي لا يحقق اغتناء أو افتقار المتضرر. فقد جاء في قرار له ما يلي: " حيث إن عناصر تقدير التعويض هي مدى ما لحق المتضرر خسارة وما فاته من كسب، وللمحكمة عندما تقدر التعويض للمتضرر أن تبرز كل أو بعض هذه العناصر التي اعتمدت عليها في هذا التقدير، وما رافقها من ظروف وملابسات حتى يمكن للمجلس الأعلى بسط رقابته على حقيقة الضرر الذي لحق بالمتضرر ومدى ملائمة التعويض المقرر له وإلا اعتبر حكمها غير معلل"[46].

---

[44] – Civ 3, 9 janvier 1991, Bull, Civ IV, n 118.

أشار إليه، مصطفى الكيلة، م س، ص 123.

[45] نقض مدني، بتاريخ 12 يونيو 1969 مجموعة قرارات محكمة النقض، السنة 20، رقم 165، ص 2.

[46] قرار المجلس الأعلى عدد 2749، صادر بتاريخ 1984/11/20، ملف مدني عدد 97390، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 39 نونبر 1986، ص 102.

الفقرة الثانية: معيار الكسب الفائت

50. إذا كانت الخسارة الحاصلة عنصرا من عناصر الضرر ومعيار يعتمد عليه لتقدير التعويض، فإنه لا يكفي أن يقتصر التعويض على تغطية ما أصاب المتضرر من خسائر، بل يجب أن يشمل التعويض أيضا ما فات المضرور من كسب. وهذا هو العنصر الثاني المعتمد في التقدير، ونصت عليه أغلب التشريعات المقارنة[47].

51. ويقصد بالكسب الفائت ما حرم منه المضرور من نفع محقق كان سيؤول إليه لولا وقوع الفعل الضار، فكل كسب مهما كان شأنه ومداه، كان المتضرر يترقب حصوله لكن وقوع الإخلال بالالتزام حال دونه، يجب أخذه بعين الاعتبار في تقدير التعويض[48].

والأمثلة متنوعة في هذا المجال من قبيل الشخص الذي يتسبب في هدم مقهى أو *إحراقه مما* أدى إلى إغلاقه مدة معينة لإصلاحه، فإن نفقات الإصلاح هي الخسارة التي لحقت المضرور، والكسب الفائت هو الأرباح المحققة التي كان سيجنيها المتضرر لولا تهدم المقهى.

52. وهذا العنصر يعد أكثر دقة من العنصر السابق، لذلك فإن المحكمة تأخذه في الحسبان أثناء تقدير التعويض. وهو ما أكده قرار صادر عن المجلس الأعلى[49]–سابقا– حيث جاء فيه ما يلي: "...حيث إنه من جهة، فإن الثابت من محضر الضابطة القضائية أن الضحية... يمارس مهنة قناص، فعمله مرتبط بشخصه، وأن توقفه عن العمل خلال مدة العجز المؤقت يفقده كسبه، لذا فإن المحكمة لما قضت له بالتعويض عن هذا الضرر تكون قد ركزت قرارها على أساس ولم تخرق أي مقتضى قانوني".

---

[47] نص عليه المشرع الجزائري في المادة 182 من التقنين المدين الجزائري، والمشرع الفرنسي في المادة 1149 من القانون المدني الفرنسي، والمشرع المصري في المادة 221 من القانون المدني المصري.

[48] مصطفى الكيلة، م س، ص 126.

[49] قرار المجلس الأعلى عدد 11/71/ بتاريخ 27 /2000/09، ملف جنحي عدد 21815/17/ 96. أورده محمد أوغريس، قضاء المجلس الأعلى في التعويض والتأمين، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 2010، ص 101.

53. وقد أكدت محكمة النقض المصرية بدورها على هذه القاعدة، حيث ذهبت في قرار صادر عنها إلى أنه " لا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه مادام لهذا الأمل أسباب معقولة. ومن ثم فإن تفويت الفرصة على الموظف في الترقية إلى درجة أعلى من درجته بسبب إحالته على المعاش بغير وجه حق وهو في درجته عنصر من عناصر الضرر النبي يجب النظر في تعويض الموظف عنها، أما القول بأن الضرر الذي يصور في هذه الحالة مرده مجرد أمل لا يرقى إلى مرتبة الحق المؤكد إذ لا يتعلق للموظف حق إلا بتفويت ترقية مؤكدة فمردود بأنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا أو مجرد أمل فإن تفويتها أمر محقق..."[50].

54. عموما، هناك حالات عديدة لفوات الكسب يمكن ذكر أبرزها من قبيل حالة فقدان الدخل، وحالة فوات الفرصة[51].

55. فبالنسبة للحالة الأولى، يترتب عنها صول ضرر مادي أو معنوي[52] يقعد المضرور عن الكسب، فإذا كان مبدئيا يسهل تقدير الكسب إذا كان العامل يتقاضى أجرا

---

[50] طعن رقم 154 جلسة عدد 25 سنة 1959/ 12/ 31. أورده سعيد أحمد شعلة ، م س ص 63.

[51] أخذت المحاكم الإدارية بمفهوم تفويت الفرصة في العديد من القرارات نذكر منها الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط عندما ألغى قرار رفض ملف التأهيل الجامعي وحكم بتعويض 10 ألاف درهم للطاعن ضد المطعون ضدها لمخالفة القانون حيث إن رفض ملف التأهيل الجامعي خلال موسم2005-2006 فوت على المدعي فرصة الحصول على التأهيل الجامعي خلال سنة بذاتها وأدى إلى حرمانه من المزايا المادية التي تترتب على ذلك من زيادة الراتب وتحسين الوضعية الإدارية..."
حكم رقم 699 بتاريخ 12 أبريل 2007، الملف رقم 7078. مدونة عبد الله الشرقاوي http://sharkaoui2006.maktoobblog.com/33611.

[52] ذهب بعض الفقه إلى أن الضرر المعنوي لا يمكن إقحامه في دائرة فوات الكسب لأنه ضرر متميز لا يترتب عنه فوات الكسب. لكن هذا الرأي مردود في رأينا على اعتبار أن الضرر المعنوي يترتب عنه في كثير من الأحوال فوات الكسب، ومن ذلك الشخص الذي يتعرض لإساءة في سمعته نتيجة سب أو قذف أو نحوه، مما يدفعه إلى الدخول في دوامة نفسية واكتئاب شديد يجعله غير قادر على الذهاب للعمل مدة معينة، كما أن الضرر المعنوي قد يفضي أحيانا إلى نشوء ضرر مادي كالانهيار العصبي مثلا.

شهريا محددا أو أسبوعيا، فإنه على العكس من ذلك يصعب تقديره في الحالة التي يكون فيها الكسب غير ثابت، كالتاجر الذي يصعب في غالب الأحوال تقدير مدى فوات الكسب الناشئ عن الضرر.

56. أما في الحالة الثانية المتعلقة بتفويت الفرصة إذا توافرت شروطها، وهي بالخصوص أن تكون محتملة وأن ينشأ عنها ضرر محقق يتمثل في حرمان الشخص منها، فإنها تدخل أيضا في دائرة الكسب الفائت متى توافرت شروطها.

57. ويتم التقدير في هذه الحالة بصورة نسبية، اعتبارا لعدم شموله لكل الضرر المحتمل وقوعه من فوات الكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المضرور.

58. وهكذا، فإن القضاء في تقديره للكسب الفائت بوجه عام الناتج عن فوات الفرصة يسلك أحد الطريقين: فإما أن ينظر إلى الفرصة على أنها تنطوي على قيمة ذاتية خاصة بها ويحدد التعويض على أساس هذه القيمة. وهذا ما سار عليه القضاء المصري، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه " لما كانت الرعاية المرجوة من الابن لأبويه أمر احتمالي، تفويت الأمل في هذه الرعاية أمر محقق وجوب تعويضهما عن الكسب الفائت لفقد ابنهما وإذا قضى الحكم برفض الدعوى بهذا الطلب فإنه يكون معيبا بمخالفته للقانون"[53].

وإما أن يعتبر الفرصة الضائعة وسيلة للمضرور في الحصول على كسب حقيقي أو تجنب ضرر، وتحدد قيمة التعويض بهذا الكسب الاحتمالي الذي كانت ستحققه الفرصة لولا ضياعها. وهو ما سار عليه القضاء المغربي في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط " وحيث إنه قبل تحديد مبلغ الأضرار الحاصلة لشركة التأمين، يجب معرفة مدى نجاح هذه الشركة ضد الشركة الصناعية"[54].

59. عموما، يتعين على القضاء أن يجمع بين هذين الطريقين، فالفرصة الضائعة من حيث المبدأ هي حق للمضرور في التعويض عنها، لكن تقييمها أمر ضروري للوقوف على التعويض المناسب، وذلك من خلال البحث في درجة احتمال نجاحها.

---

[53] نقض 16-5-79، طعن رقم 860 س 45 ق ص 361. أشار إليه، مصطفى الكيلة، م س ص 128.

[54] قرار صادر بتاريخ 30 يونيو 1927، ملف عدد 348، أورده مصطفى الكيلة م س، ص 129.

60. وفي ختام هذه النقطة نشير إلى أن عنصري الخسارة الواقعة والكسب الفائت المعتمدان في تقدير التعويض يدخلان ضمن مسائل القانون. حيث تمتد رقابة محكمة النقض عليهما[55].

المبحث الثاني: حدود سلطة القاضي المدني في تقدير التعويض[56]

61. مر بنا بأن القاضي المدني يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية بوجه عام، سواء من حيث مقداره أو نوعه، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة في جميع الأحوال بل ترد عليها مجموعة من القيود والضوابط التي تحد منها والتي يتعين على المحكمة الوقوف عندها. منها ما يتعلق بالحدود الإرادية المتعلقة بطلبات الأطراف (المطلب الأول). ومنها ما يهم الحدود القانونية بوجه خاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحدود الإرادية في تقدير التعويض

62. تتمثل الحدود الإرادية في تقدير التعويض في طلبات الأطراف (الفقرة الأولى)، وفي اتفاقات تخفيض التعويض (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: طلبات الأطراف

63. قد يحدث أن يتقدم المضرور بطلب للمحكمة يرمي من خلاله إلى تحديد مدى التعويض عن الضرر الذي لحقه، وذلك إما في شكل طلب أصلي الذي تفتح بموجبه

---

[55] وسنعود لمناقشة هذا المقتضى في المبحث الثاني.

[56] أستاذنا عبد الرحمان الشرقاوي، م س ، ص 420.

الدعوى التي يرفعها أما القضاء، وإما بموجب طلب إضافي يتقدم به لتدارك ما فاته في الطلب الأصلي أو تصحيحه أو تعديله[57].

64. هذا النوع من الطلبات يرتب آثار هامة على الصعيد العملي، حيث تجد المحكمة نفسها مقيدة بمضمون الطلب الذي تقدم به المدعي، فلا يمكنها الحكم بأكثر مما طلب منها وإلا اعتبر حكمها معيبا ومخالفا لمقتضيات الفصل الثالث من ق.م.م[58].

65. وبالتالي، إذا كان من الأكيد أن مقدار التعويض سواء في المجال التعاقدي أو في المجال التقصيري يحدد لزوما بسقف الطلب الذي يتقدم به المضرور، فإن سلطة المحكمة تتقيد بالمقدار المحدد في هذا الطلب كحد اقصى لا يمكن تجاوزه[59]. وهذا ما أكده المجلس الأعلى–سابقا– في قرار صادر عنه، حيث جاء في حيثياته ما يلي" إن قضاة الموضوع يقدرون في حدود الطلب وبحرية مبلغ التعويضات الواجب منحها للإصلاح الأضرار والخسائر تسبب فيها حادث دون أن يكونوا ملزمين بتبرير حكمهم فيما يخص هذه النقطة بمقتضى حيثيات خاصة أو تبيين اسس التقدير"[60].

66. وللإشارة فإن المضرور لا يمكنه المطالبة أمام محكمة الاستئناف بأكثر من التعويض الذي سبق أن طالب به أمام المحكمة الابتدائية، لأن ها الطلب يعد طلبا جديدا يخرج من اختصاصها.

---

[57] عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، الطبعة الأولى 2015، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 182–190.

[58] نص الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: يتعين على القاضي ان يبث في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات وتبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة، ولو لم يطلب الاطراف ذلك بصفة صريحة.

[59] مصطفى الكيلة، م س ، ص 169.

[60] قرار المجلس الاعلى عدد 169، صادر بتاريخ 12 أبريل 1969، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 10 اكتوبر 1969، ص 29.

67. ولكن مع ذلك، فإذا حصل تفاقم في الضرر على النحو الذي أسلفناه، بعد صدور الحكم الابتدائي، يمكن للمتضرر أن يطالب بتعويض عن الضرر المتفاقم أما محكمة الاستئناف طبقا للفصل 143 من ق.م.م[61].

68. إلا أن الإشكال يثور بخصوص الحالة التي يتقدم بها الأطراف بطلب تعويض، بالرغم من أن التعويضات المستحقة محددة بمقتضى نص خاص. فهل تتقيد محكمة الموضوع بطلبات الأطراف متجاهلة بذلك للنص القانوني المحدد للتعويض؟

ذهب المجلس الأعلى –سابقا– في هذا الصدد في قضية عرضت عليه وتتعلق بتعويض أحد ضحايا حوادث السير، إذ طالب هذا الأخير بتعويض يقل عما يستحقه وفقا لظهير 2 أكتوبر 1984، ولما حكمت له محكمة الموضوع في حدود طلبه، طعن فيه بدعوى أن المحكمة قد خالفت مقتضيات الظهير المذكور. فكان قضاء المجلس الأعلى[62]– سابقا– " وحيث إن القاعدة التي يقررها الفصل الثالث من ق.م.م التي تلزم القاضي بأن يبث في حدود طلبات الأطراف موضوعا وسببا تعد واجبة التطبيق، بحيث لا يجوز للمحكمة أن تقضي بشيء لم يطلب منها أو بأكثر منه...".

69. وكما هو واضح فإن الاتجاه الذي سلكه المجلس الأعلى بهذا الخصوص مردود – في رأينا– حيث إنه فسر مقتضيات الفصل الثالث من ق.م.م تفسيرا خاطئا، ذلك أن الفصل الثالث من نفس القانون ألزم القاضي بالبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة. وعليه فإن التقدير الواجب اعتماده هو

---

[61] ينص الفصل 143 من ق.م.م في فقرته الأولى والثانية على ما يلي: لا يمكن تقديم أي طلب جديد أثناء النظر في الاستئناف باستثناء طلب المقاصة أو كون الطلب الجديد لا يعدو أن يكون دفاعا عن الطلب الأصلي.

=يجوز للأطراف أيضا طلب الفوائد وريع العمرة والكراء والملحقات الأخرى المستحقة منذ صدور الحكم المستأنف وكذلك تعويض الأضرار الناتجة بعده.

[62] قرار المجلس الأعلى ع 1051، ملف جنحي رقم 89/13600، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44، نونبر 1990، ص 153 وما بعدها.

المنصوص عليه في ظ 1984. فهذا الأخير أضحت مقتضياته من النظام العام لا يجوز مخالفتها.

الفقرة الثانية: اتفاقات التعويض

70. يقضي مبدأ الحرية التعاقدية بإمكانية اتفاق أطراف الرابطة العقدية على ما أرادوا من الالتزامات وفقا لإرادتهم شريطة احترام موجبات النظام العام والقواعد الآمرة. وعليه قد يحصل اتفاق مسبق بشأن التعويض إما في شكل الإعفاء من التعويض أو التخفيف منه أو تحديده بوجه عام. الأمر الذي يطرح إشكالا بخصوص موقف القاضي المدني من هذه الاتفاقات.

أولا: الإعفاء من التعويض

71. يقصد بالإعفاء من التعويض تلك الحالة التي يتنازل فيها أحد أطراف المسؤولية المدنية عن حقه في التعويض عند حدوث ضرر ناتج عن الإخلال بالالتزام المدني، حيث إن أساس هذا الالتزام هو الرابطة العقدية التي تنشئ قواعده. غير أنه يتعين هنا الفصل بين الإعفاء من التعويض في المجال العقدي وفي المجال التقصيري.

72. بالنسبة للمجال العقدي يجوز مبدئيا الاتفاق على الإعفاء من التعويض، باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم يكون الإعفاء باطلا بقوة القانون. وهذا ما يستفاد من الفصل 232 من ق.ل.ع الذي تقابه المادة 217 من القانون المدني المصدري، والذي جاء فيه " لا يجوز أن يشترط مقدما عدم مسؤولية الشخص عن خطئه الجسيم أو تدليسه".
وبمفهوم المخالفة لهذا الفصل يمكن الإعفاء من المسؤولية العقدية- التعويض- في حدود الخطأ اليسير ليس غير سواء صدر عن المدين نفسه أو ممن يستخدمه في تنفيذ التزامه. ففي هذه الحالة يكون من اللازم خضوع قاضي الموضوع لهذا الاتفاق إذا جرى على النحو الصحيح.

73. لكن بخلاف القاعدة السالفة، فإن الاتفاق المسبق على الإعفاء من المسؤولية في الميدان التقصيري يعد باطلا وعديم الأثر، خاصة إذا ترتب عن خطأ عمدي أو جسيم، وحتى لول كان يسيرا وترتب عليه ضرر[63].

ثانيا اتفاقات التخفيض من التعويض

74. تستهدف هذه الاتفاقات تضييق نطاق المسؤولية العقدية بوجه عام، ومقدار التعويض بوجه الخصوص على عاتق الطرف المدين الذي أخل بالتزاماته، حيث يلاحظ في الواقع العملي شيوع مثل هذه الاتفاقات رغم خطورتها[64]. فالأصل فيها الجواز طبقا لمبدا حرية التعاقد. ومن ذلك مثلا اتفاق الناقل مع مالك البضاعة بنقل هذه الأخيرة مع تحديد تعويض لا يتناسب مع قيمة البضاعة محل الضياع أو التلف نظرا لقيمتها العالية.

75. إلا أنه يتعين التمييز بخصوص هذه الاتفاقات بين تلك التي تقع بعد تحقق المسؤولية، وبين تلك التي تبرم قبل تحققها. فبالنسبة للأولى، أي تلك التي تقع بعد تحقق أركان المسؤولية المدنية، فتعتبر جائزة مطلقا سواء تعلق الأمر بالمسؤولية التقصيرية أم بالمسؤولية العقدية. وبالتالي فإن سلطة قاضي الموضوع تغيب في هذه الحالة بشكل كبير، سواء كان الضرر قد نتج عن خطأ يسير أو خطأ جسيم أو تدليس. فإذا صدر مثلا خطا عن شخص سبب ضررا للآخر، فلمضرور أن يتفق مع المسؤول على تعويض أقل مما يستحق، او يعفيه من التعويض عن بعض الضرر، يوكون هذا إما نزولا من المضرور عن بعض حقه أو يكون صلحا بينه وبين المسؤول[65].

76. أما إذا وقع الاتفاق بعد تحقق أركان المسؤولية بوجه عام، ففي هذه الحالة ينبغي التمييز بين الاتفاق الذي يقع في دائرة المجال العقدي وبين دائرة المجال التقصيري. ففي

---

[63] محمد يحي، مقال سابق، ص 69.

[64] عبد الحق صافين م س، ص 67.

[65] مصطفى الكيلة، م س ، ص172.

المجال الثاني نجد جوابا صريحا في الفصل 77 من ق.ل.ع الذي رتب البطلان على كل اتفاق مخالف، وبالتالي فالاتفاق على تخفيض التعويض يعد عديم الأثر شانه شأن الاتفاق على الإعفاء منه على النحو الذي أسلفناه.

77. وفي المجال العقدي، فإن الفصلين 232[66] و 333 من قانون الالتزامات والعقود وإن لم ينص صراحة على صحة هذه الاتفاقات، إذ اقتصر فقط على شروط الإعفاء من المسؤولية وخاصة الفصل 233، الذي أقر بصفة صريحة إمكانية الإعفاء من المسؤولية، مما يستفاد معه بطريقة ضمنية بأن جواز التخفيض من التعويض في المسؤولية العقدية بعد تحققها نتيجة حتمية ومنطقية لشرط الإعفاء، إذ اقتصر فقط على شروط الإعفاء من المسؤولية وخاصة الفصل 233، الذي أقر بصفة صريحة إمكانية الإعفاء من المسؤولية، مما يستفاد معه بطريقة ضمنية بأن جواز التخفيض من التعويض في المسؤولية العقدية بعد تحققها نتيجة حتمية ومنطقية لشرط الإعفاء، إذ لا يمكن الاقتصار على الإعفاء من المسؤولية العقدية دون أن يمتد هذا الشرط إلى جواز التخفيض من المسؤولية. وبعبارة أخرى حينما أقر المشرع جواز الاتفاق على التحلل من المسؤولية في المجال العقدي، فإن ذلك يعني جواز الاتفاق على التخفيض منها.

78. ولكن الاتفاق على التخفيض من التعويض في المسؤولية العقدية ينحصر فقط في حالتي الخطأ اليسير دون الخطأ الجسيم والتدليس(الفصل 232 من ق.ل.ع).

79. عموما، كلما وجدت هذه الاتفاقات على النحو الصحيح، فإنها تشكل قيدا على سلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض، إذ لا يمكنها بأي حال أن تحكم بتعويض يتجاوز الحد الأعلى للتعويض المتفق عليه، ما لم يترتب الضرر عن تدليس أو خطأ جسيم من جانب المسؤول، وفي هذه الحالة تستعيد المحكمة سلطتها المطلقة في تقدير التعويض[67]

---

[66] ينص الفصل 232 من ق.ل.ع على أنه: " لا يجوز أن يشترط مقدما عدم مسؤولية الشخص عن خطئه الجسيم وتدليسه".

[67] مصطفى الكيلة، م س ، ص 174.

ثالثا: التعويض الاتفاقي

80. يشكل التعويض الاتفاقي قيدا على سلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض كقاعدة عامة، ذلك أنه بإمكان العاقدين أن يتفقا على مقدار التعويض مسبقا إذا أخل أحد العاقدين بالتزامه، وهذا ما يعرف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي. وهو عبارة عن شرط يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي، غير أنه لا مانه من تضمينه في اتفاق لاحق شريطة أن يسبق هذا الاتفاق واقعة الإخلال بالتنفيذ، أما غذا كان تاليا لها، فإنه يعد صلحا لا شرطا جزائيا[68].

81. وإذا كان هذا الشرط يقوم في صحته على مبدأ حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، فإنه ترد عليه استثناءات هامة على الصعيد العملي تقتضي الحفاظ على التوازن الاقتصادي في الرابطة العقدية. وهو ما نص عليه الفصل 264 –فقرة 3– حيث جاء فيها: " يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا. ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي.

يقع باطلا كل شرط يخالف ذلك".

82. فالنص كما هو واضح يسمح للمحكمة بالتدخل في الرابطة العقدية لإعادة التوازن الاقتصادي كلما كان مبلغ التعويض المتفق عليه مبالغا فيه، أو كان لا يتناسب مع قيمة الضرر الحاصل. مع مراعاة التنفيذ الجزئي للالتزام الذي يخفض مبلغ التعويض في حدود النفع الذي عاد على الدائن.

83. فدور قاضي الموضوع في هذا الصدد يضيق ويتسع حسبما يكون التعويض الاتفاقي متناسبا مع قيمة الضرر الحاصل أو مبالغا فيه أو أقل من الضرر الواقع. جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء[69] ما يلي: " وحيث إن التعويض

---

[68] عبد الحق صافي، م س، ص 79.

[69] قرار عدد 748، بتاريخ 1985/03/07، ملف مدني عدد 83/2759. أورده:

المشروط بالعقد مبالغ فيه، وهو كشرط جزائي عن عدم تنفيذ الالتزام. وقد استقر الاجتهاد على أن الشرط الجزائي يرجع للمحكمة حق تعديله لجعله مناسبا لتغطية الضرر...".

وفي قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى[70] ذهب إلى أنه " ...لكن حيث لئن كانت محكمة الاستئناف لا تملك حق تعديل العقد إلا طبق مقتضيات الفصل 230 من ق.ل.ع فإنه ليس ثمة ما يمنعها من تعديل تقدير التعويض موضوع الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه جدا...".

وهكذا، يعود للقاضي أمر تقدير التعويض الاتفاقي كلما كان الشرط الجزائي مبالغا فيه أو زهيدا، وبصفة عامة كلما كان لا يتناسب مع قيمة الضرر الحاصل للمضرور.

المطلب الثاني: الحدود القانونية:

84. سبق أن قلنا بأن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية بوجه عام، سواء من حيث مقدار أو حجم التعويض، أو من حيث طبيعة ونوع التعويض ولا رقابة عليه في ذلك من قبل محكمة النقض.

85. إلا أنه وإن كان هذا التقدير تستقل به محكمة الموضوع، فإن ذلك لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقا لرقابة محكمة النقض. إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر الضرر وشروطه التي يقضي بها في حكمه، وهي ما يسميها الفقه بالعناصر العامة[71] في تقدير التعويض، إضافة إلى ضرورة احترام العناصر القانونية الخاصة في

أحمد ادرويش، الاجتهاد القضائي في ميدان الالتزامات والعقود، 1997، الطبعة غير مذكورة، ص 171 وما بعدها.

[70] قرار عدد 977، صادر بتاريخ، 1991/04/10، ملف مدني عدد 85/3874. أشار إليه أحمد أدرويش، م س، ص 164.

- أنظر قرار المجلس الأعلى عدد 45 الصادر بتاريخ 1987/10/05 ملف اجتماعي عدد 85/6325، نشرته مجلة المحامي عدد 19-20 ص 108-105.

[71] أنظر أستاذنا عبد الرحمان الشرقاوي، م س، ص 421.

تقدير التعويض. حيث إن هذه المسائل تعتبر من قبل التكييف القانون الذي لا يستقل به قاضي الموضوع عن محكمة النقض.

86. وعليه فإن المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض في تقدير التعويض هي التي تتعلق من جهة بعناصر الضرر وشروطه (الفقرة الأولى)، ومن جهة أخرى بالعناصر القانونية الخاصة التي وضعها المشرع كضوابط ملزمة لقاضي الموضوع في تقدير التعويض[72].

الفقرة الأولى: رقابة محكمة النقض على عناصر الضرر وشروطه[73]

87. إذا كان نشاط قاضي الموضوع في تقدير مقدار التعويض ونوعه يدخل ضمن المجال الواقعي الذي لا يدخل في دائرة رقابة محكمة النقض كما أسلفنا، فإن تعيين عناصر الضرر وشروطه مسألة قانون وليست مسألة واقع لأن الأمر في حقيقته يتعلق بتكييف قانوني يتصل بمدى توافر شروط تطبيق التعويض من عدمه. وقد أكد القضاء المغربي على هذه القاعدة في العديد من القرارات نذكر منها القرار الصادر عن محكمة الاستئناف[74] في ملف شرعي الذي جاء فيه: " حيث لئن كان تقدير مستحقات الطلاق مما تستقل به محكمة الموضوع، فإنه يتعين عليها أن تبرز في قرارها عناصر التقدير والوسائل المعتمدة في ذلك، وإذ هي قدرن الفرض بالزيادة في المتعة وسكنى المطلقة دون أن تبين في العناصر المنصوص عليها في المادة 84 من مدونة الأسرة من حيث دخل الطاعن الذي لم تبحث فيه كما يجب، ودون البحث في السكن الذي ادعى أنه وفره لمطلقته بفرنسا والمؤيد بعقد شراء في اسمه واسمها مما يجعل قرارها مشوبا بالقصور في التعديل المنزل انعدامه ومعرضا للنقض.

---

[72] أستاذنا عبد الرحمان الشرقاوي، م س ، ص 420.

[73] وهي العناصر العامة في تقدير التعويض.

[74] القرار عدد 531 المؤرخ في 2012/08/28، ملف شرعي عدد 2011/1/2/229.

88. وتتمثل هذه الشروط أو العناصر المتعلقة بالتعويض في وجوب أن يكون الضرر مباشرا وشخصيا وناشئا مباشرة عن الإخلال بمصلحة مشروعة يحميها القانون، وأن يكون محققا، لا احتماليا[75]. والذي يهمنا في هذا المقام هو الضرر المباشر سواء أكان ضررا متوقعا أو غير متوقع.

أولا: قصور التعويض على الضرر المباشر

89. هذا الشرط يهم المسؤولية المدنية بوجه عام عقدية كانت أم تقصيرية، ويقصد بالضرر المباشر ذلك الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لخطأ المسؤول، ولا يمكن للمتضرر تفاديه ببذل جهد معقول[76]. أما الضرر الغير مباشر فهو الضرر الذي لا يكون نتيجة طبيعية مألوفة للخطأ وهو يعتبر كذلك إذا كان بإمكان الدائن أو المضرور تجنبه ببذل جهد معقول.

90. وقاعدة حصر الأضرار في المباشرة قاعدة قديمة[77] عرفها القانون الروماني وسار عليها الاجتهاد الفقهي والقضائي. وقد نص المشرع المغربي على هذه القاعدة في الفقرة

---

[75] الضرر المحقق هو الضرر الذي وقع فعلا وتراخت نتائجه، أو أنه سيقع حتما. أما الضرر الاحتمالي غير المحقق فهو ضرر غير مؤكد وبالتالي يخرج عن دائرة المطالبة بالتعويض. وتطبيقا لذلك فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار أصدرته بتاريخ 19 مارس 1947 إلى عدم قبول دعوى المدعى الذي يطالب بالتعويض عن الأضرار الاحتمالية النى قد تترتب عن تمرير أسلاك كهربائية بمحاداة منزله.
Cass. Civ. 19 mars 1947. D 1947.p.313.
أشار إليه، عبد الحق صافي، م س، ص 109.

[76] أستاذنا عبد الرحمان الشرقاوي، م س ، ص 421.

[77] عبد الرحمان الشرقاوي، م س ، ص 422.

الأولى من الفصل 244 من ق.ل.ع بقوله: " الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام...".

وكما قلنا سابقا، فإن هذه القاعدة لا تنحصر في المجال العقدي فقط، وإنما تشمل أيضا المجال التقصيري، وهذا ما يستفاد ضمنيا من الفصل 98 من ق ل ع الذي جاء فيه: " الضرر في الجرائم واشباه الجرائم، هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به، وكذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل.

ويجب على المحكمة أن تقدر الأضرار بكيفية مختلفة حسبما تكون ناتجة عن خطأ المدين أو عن تدليسه".

91. وتجدر الإشارة إلى أن التعويض في المسؤولية العقدية ينحصر في الضرر المباشر المتوقع دون غيره، إلا إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ المدين أو غشه أو تدليسه[78]. (الفصل 264). بمعنى أن صدور خطا عقدي من المدين أو تدليسه ينقل المسؤولية من العقدية إلى المسؤولية التقصيرية التي تشمل التعويض عن الضرر غير المتوقع، الذي يعوض عنه تعويضا كاملا يشمل حتى الضرر غير المتوقع.

ثانيا: التعويض عن الضرر غير المتوقع في المسؤولية التقصيرية

92. بخلاف القاعدة السالفة التي ينحصر فيها التعويض الضرر المباشر المتوقع، ما لم يكن يتعلق الأمر بخطأ من المدين أو اقترافه لغش أو تدليس. فإنه في مجال المسؤولية

---

[78] جاء في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية عدد 123، ج30، بتاريخ 1965/11/11 ما يلي: لئن كان اساس التعويض الذي يستحقه المستأجر في حالة تعرض المؤجر له بما يخل بانتفاعه بالعين المؤجرة هو المسؤولية العقدية التي تقضي بالتعويض عن الضرر المباشر الحصول إلا إذا كان المؤجر قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما فيعوض المستأجر عندئذ عن جميع الأضرار المباشرة ولو كانت غير متوقع الحصول.

- أشار إليه سعيد أحمد شعلة، م س ، ص 30.

التقصيرية لا يقتصر التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وإنما يمتد ليشمل أيضا الضرر غير المتوقع. ذلك أن فكرة توقع الضرر لا تبدو فكرة منطقية في المجال التقصيري ولا تأخذ بها جل التشريعات المقارنة.

93. وقاعدة شمول التعويض للضرر غير المتوقع في النطاق التقصيري تقرها معظم التشريعات، ومن ذلك المشرع المدني الفرنسي في المادة 1149، والمشرع المصري في المادة 221 من القانون المدني المصري.

94. أما عندنا فقد اكتفى المشرع بالنص على هذا القاعدة بصورة ضمنية في الفصول 264، و98 من ق.ل.ع الأمر الذي أثار نقاشا فقهيا. حيث ذهب البعض[79] إلى أن المشرع المغربي لم يحصر التعويض في مجال المسؤولية العقدية في الضرر المتوقع. ومن ثم فهو لا يقر بالتمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فالتعويض يشمل تبعا لهذا الاتجاه كل من الضرر المتوقع وغير المتوقع.

95. لكن جمهر الفقه يرد على هذا الرأي، خاصة الأستاذ محمد الكشبور[80]، الذي يرى بأن التعويض في مجال المسؤولية العقدية ينحصر في الضرر المباشر المتوقع الحصول، ما لم يكن ناشئا عن تدليس أو خطأ جسيم، ففي هذه الحالة يمتد التعويض إلى الضرر غير المتوقع. أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر سوء أكان متوقعا أو غير متوقع.

96. ومن جانبنا نؤكد على أن الأصل في المسؤولية العقدية هو حصر التعويض في الضرر المباشر المتوقع، اللهم في حالتي الخطأ الجسيم والتدليس. في حين أن التعويض في المجال العقدي يحيط بالضرر المباشر المتوقع والضرر المباشر غير المتوقع. وهذا ما أكده المجلس الأعلى[81] الذي أقر بأن التعويض يكون عن الضرر المباشر، وأيضا عن الأضرار الأخرى غير المباشرة التي تكون قد حاقت المتضرر من نفس الفعل.

---

[79] موقف سعيد الدغيمر، أشار إليه عبد الرحمان الشرقاوي، م س، ص425.

[80] محمد الكشبور، المهن القانونية الحرة، م س ص 144

[81] قرار المجلس الأعلى عدد 694، ملف تجاري عدد 2011/1/3/681، بتاريخ، 2011/05/12.

97. بقي أن نشير إلى أنه سواء أكان الضرر المباشر متوقعا أو غير متوقع، فإن تقديره يكون وفق المعايير التي نص عليها المشرع وهي الخسارة الواقعة والكسب الفائت على النحو الذي أسلفناه سابقا. وهي معايير قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.

98. وبالإضافة غلى هذه العناصر او الشروط العامة في تقدير التعويض، توجد هناك عناصر أخرى منصوص عليها بمقتضى نصوص خاصة تشكل قيدا لسلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض. بل تسلبه هذه السلطة بشكل شبه مطلق.

الفقرة الثانية: العناصر القانونية الخاصة في تقدير التعويض

99. قلنا منذ البداية، بأن المشرع قد يتدخل بموجب نصوص خاصة يحدد بها التعويض بشكل جزافي، وهو ما يعرف بالتقدير القانوني للتعويض. حيث يضع المشرع تحديدا قانونيا للتعويض يقيد به سلطة المحكمة في التقدير، ويلزمها بالأخذ به تحت طائلة الطعن بالنقض.

100. من هذه النصوص الخاصة، نجد قانون التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية[82]، والقانون المتعلق بالتعويض عن حوادث السير[83] التي تتسبب فيها عربات برية ذاك محرك خاضعة للتأمين الإجباري. غير أننا سنقتصر على الأخذ بنموذج واحد للاستجلاء سلبيات إعدام دور القاضي المدني في تقدير التعويض. بمعنى خضوعه لإرادة المشرع في تقدير التعويض من خلال قانون التعويض عن حوادث السير.

---

[82] التشريع المغربي الخاص بالتعويض عن حوادث الشغل بدأ من ظهير 1927.6.25 المغير من حيث الشكل بالظهير المؤرخ في 6 فبراير 1963 ووصولا إلى قانون رقم18.12 الصادر بتاريخ 22 يناير 2015.

[83] الظهير الشريف رقم 1-84-177 الصادر في 6 محرم 1405هـ (2 أكتوبر 1984م) بمثابة قانون يتعلق بتعويض المصابين في حوادث تسببها عربات ذات محرك ويتضمن 28 مادة.

101. ومن المعلوم أن التشريع المغربي، قبل صدور هذا الظهير، كان يأخذ بمبدأ صلاحية القضاء في تحديد التعويض المستحق لضحايا حوادث السير أو لذويهم على أساس السلطة التقديرية الممنوحة له، مع الاستعانة بخبراء في مجال الطب الذين بدورهم لم يكونوا مقيدين بأسس وضوابط لتحديد الأضرار اللاحقة بضحايا حوادث السير[84].

102. وقد حدد القانون المذكور الأضرار القابلة للتعويض في المواد 2 و 3 و 4 على سبيل الحصر.

أولا: تحديد الأضرار القابلة للتعويض:

1- بالنسبة للتعويض المالي:

103. يشمل التعويض المالي استرجاع مصاريف نقل المصاب والشخص المرافق له وكذا المصاريف الطبية والجراحية والصيدلية ومصاريف الإقامة بالمستشفيات والمصاريف التي يستلزمها استعمال أجهزة لتعويض أو تقويم أعضاء جسم المصاب وتدريبه على استرجاع حركاته العادية[85].

2- التعويض عن الضرر البدني:

104. يدخل في إطار التعويض عن الضرر البدني، التعويض عن العجز الكلي المؤقت، والتعويض عن العجز الجزئي الدائم والتعويض عن الآلام الجسمانية...

---

[84] أما حاليا فالخبراء ينجزون تقارير الخبرة بناء على المرسوم رقم 2.84.744 الصادر في 14 يناير 1985 المتعلق بجدول تقدير نسب العجز الواجب على الطبيب الخبير أن يتقيد به في تحديد نسبة العجز البدني الدائم للمصاب في حادثة سير سببتها عربات برية ذات محرك وكذا الأضرار المشار إليها في المادة 10 من ظهير 2 أكتوبر 1984.

[85] أنظر المادة 2 من ظهير 1984.

أ-التعويض عن العجز الكلي المؤقت:

105. هذا التعويض يعتمد على الكسب أو الأجر المعلوم للمصاب جراء حادثة السير، وكذا على النسبة التي يحددها الطبيب الخبير.

106. فإما أن يكون المصاب في حادثة معلوم الأجر، كما إذا كان أجيرا أو موظفا يتقاضى أجرا يوميا إن اشتغل وإلا فلا أجر له. وعندئذ يكون المبلغ الذي يلتمس الحكم به معروفا ومحددا، حيث يدلي من المصلحة التي يشتغل بها بإشهاد من ذلك، كما يمكنه إثبات كسبه المهني بواسطة التصريحات لمصلحة الضرائب أو بأية وسيلة.

107. أما بالسبة للمصاب الذي يشغل أمواله بنفسه كالتاجر وصاحب العمل، يتعذر عليه تحديد دخله، وحسب المادة 7 من الظهير المذكور، فإنه يلجأ إلى خبرة حسابية للحصول على مدخول شخص يقوم بنشاط مماثل لما يقوم به.

108. وإذا كان المصاب لا يزاول أي عمل قار، أو في الحالة التي يتعذر عليه إثبات كسبه المهني، فإنه يستحق حسب المادة 7 من نفس القانون أجرا أو كسبا مهنيا يساوي المبلغ الأدنى المحدد في الجدول المشار إليه في المادة الخامسة، وهو 9270 درهم.

ب- التعويض عن العجز البدني الجزئي الدائم:

109. يستحق المصاب هنا تعويضا فقد الأجرة أو الكسب الناتج عن عجز دائم، وكذا عن الأضرار اللاحقة بسلامته البدنية، وتعويضا عن الأضرار الناتجة عن الاستعانة بشخص آخر، وكذلك إذا اضطر إلى تغيير مهنته تغييرا كليا والآثار السيئة على حياته المهنية، وكذا تعويضا عن انقطاعه النهائي عن الدراسة، وكذلك عن تشويه الخلقة والآلام الجسمانية.

110. وطبقا للمواد 5 و 10 من الظهير المذكور، فإن المصاب في حادثة سير خلفت له عجزا بدنيا يعوض تعوضا أساسيا، وقد تضاف إليه تعويضات تكميلية.

111. فالتعويض الأساسي يتمثل في وجود عجز بدني دائم، ويستوي في ذلك أن يكون للمصاب كسب مهني ثابت أو لا يستطيع إثباته، وقد لا يكون له أجر أو كسب مهني لكنه يتابع دراسته.

ففي حالة الكسب الثابت فإن التعويض يحدد اعتمادا على عنصر الرأسمال المعتمد، كما هو محدد في الجدول[86] وذلك انطلاقا من سن المصاب وأجره أو كسبه المهني. وفي حالة عدم القدرة على إثبات الكسب كالفنان والفلاح مثلا تعين المحكمة خبيرا لإثبات الكسب.

وفي حالة كون المصاب لا دخل له ولا كسب مهني لكنه يتابع دراسته تطبق عليه مقتضيات المادة الثامنة. التي تحدد ثلاث أنصاف الأجرة الدنيا أو الكسب المهني الأدنى المبين في الجدول السابق الذكر، إذا كان المصاب في مرحلة الدراسة الثانوية أو في مرحلة التكوين المهني بدون أجر.

ومن يتابع دراسته في السلك الأول أو الثاني من الدراسات العليا، فإنه يحتسب له ضعف المبلغ الأدنى لأجر.

أما من يتابع دراسته في السلك الثالث من الدراسات العليا أو يهيا الدكتوراه فإن الأجر السنوي هو ثلاث أمثال المبلغ الأدنى.

112. وبخصوص التعويض التكميلي الذي يضاف إلى التعويض الأساسي السابق بسطه، فإن المصاب يستحق تعويضات حسب المادة العاشرة من ظهير 1984 ، عن الأضرار المتمثلة في الألم الجسماني وتشويه الخلقة والعجز البدني الدائم الطي يضطر المصاب غلى الاستعانة على وجه الدوام بشخص آخر للقيام بأعمال الحياة العادية أو يضطره إلى تغيير مهنته أو تكون له آثار سيئة على حياته المهنية، أو الذي ينقطع بموجبه المصاب عن الدراسة غذا كان تلميذا أو طالبا، فإنه أخضعه لأسس ومعايير دقيقة تتمثل في نسب مئوية من الرأسمال المعتمد المطابق لسن المصاب، ومبلغ الأجرة أو الكسب المهني

---

[86] الجدول الملحق بظهير 2 أكتوبر 1984، والذي يتعلق بكيفية تعويض الضرر البدني عن حوادث السير.

المبين في الجدول الملحق بالظهير، وتختلف هذه النسب حسب كل حالة على حدة وكذلك حسب أهمية الضرر أو الألم[87].

113. وفي حالة وفاة المصاب، يثبت لذوي الحقوق الحق في المطالبة بالتعويض نتيجة الضرر المادي والمعنوي الذي لحق بهم بسبب وفاته[88]. وقد حددت المادة الرابعة من القانون المذكور الحق في التعويض في زوج المصاب واصوله وفروعه، وهو تعويض عن الضرر المادي الناتج عن فقد مورد العيش الذي كان يوفره الهالك لهم. إضافة غلى التعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابهم من جراء الألم والحزن الناشئ عن فراق الهالك.

114. بالنسبة للأساس المعتمد في التعويض عن الضرر المادي هو إثبات فقد مورد العيش. ويتحدد بناء على نسبة مئوية من الرأسمال المعتمد بالنسبة للمصاب مع اعتبار قسط المسؤولية الذي يتحمله المتسبب في الحادثة او المسؤول المدني، وهذه النسب تختلف حسب ما إذا كان المطال بالتعويض زوجا أو أحدا من الفروع او الأصول او من الأشخاص الذين كان ملزما بالنفقة عليهم او كان يعولهم دون أن يكون ملزما بذلك. والملاحظ أن المشرع سوى بين الزوج والزوجة في التعويض، وكذلك الاصل والفرع خروجا عن القواعد العامة للإرث على اعتبار أن التعويض ليس إرثا.

115. أما بالنسبة للتعويض المعنوي فقد تم تحديده ضمن الحدود التالية:

– للزوج ضعف مبلغ الأجرة الدنيا أو الكسب المهني الأدنى المبين في الجدول، وإذا تعددت الأرامل استحقت كل منهن ضعف المبلغ المشار إليه.

– للأصول والفروع ثلاثة أنصاف المبلغ الأدنى لكل واحد منهم[89].

116. وهكذا يمكن القول بأن المشرع من خلال تحديده لمختلف للتعويضات التي يمكن الحكم بها للمضرور في حالة بقاءه حيا أو لخلفه في حالة وفاته، أعدم وقيد سلطة

---

[87] مصطفى الكيلة، م س ، ص 58.

[88] مصطفى الكيلة، م س ، ص 58.

[89] مصطفى الكيلة، م سن ص 59.

القاضي في تقدير التعويض بشكل مطلق، بحيث أصبح القاضي المدني مجرد آلية حسابية تقوم بتوزيع التعويضات تطبيقا لإرادة المشرع.

ثانيا: سلبيات إعدام دور القاضي المدني في تقدير التعويض(ظهير 2 أكتوبر 1984 نموذجا)

117. لا شك في أن وجود نص قانوني يحدد مقدار التعويض يقيد سلطة القاضي المدني في تقدير التعويض بشكل سلبي لا يفضي إلى خدمة الطرف الضعيف المضرور وذوي حقوقه. بحيث اصبح المستفيدون من التعويض هم المحددون تشريعا لا المتضررون فعلا. لذلك أمكننا القول باننا أمام القرينة القانونية القاطعة للضرر، وكل ذلك تحت رقابة محكمة النقض[90].

118. فالمشرع جعل أساس التعويض المادي بالنسبة للمصاب الرأسمال الموازي لكسبه المهني أو لأجره ولسنه يوم وقوع الحادث، واعتماد راتب المعاش كأساس لاحتساب التعويض، اضف إلى ذلك عدم إمكانية تعويض العاطل عن العمل عن العجز الكلي المؤقت. فأين موقع الخسارة اللاحقة والكسب الفائت اللذان يطبقان بشكل مطلق في تقدير التعويض طبقا للقواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود.

119. والقاضي المدني لا يمكن له أن يحكم إلا بالتعويض عن الأضرار التي حددها القانون على سبيل الحصر، مثلا لا يمكنه التعويض إلا عن التشويه الذي يكون على جانب من الأهمية الذي ينشا عنه عيب خلقي.

120. ومن حيث التعويض المعنوي، فإن المبدأ في المجال القانوني هو إمكانية المطالبة بالتعويض لكل شخص له حق محقق وشخصي ومباشر. فقبل صدور ظهير

---

[90] خديجة البوهالي، مدى حماية حق التعويض في إطار ظهير 2 أكتوبر 1984، مقال منشور بمجلة العرائض، العدد الخامسن يوليوز 2015ن ص 62.

1984 لم يكن المستفيدون في حالة وفاة المصاب جراء حادثة سير من التعويض عن ضرر مادي أو معنوي محصورين حيث كان تعويضهم يتم حسب السلطة التقديرية للقضاء، ومنهم الإخوة مطلقا والأجداد والأحفاد. لكن بصدور الظهير المذكور تم تضييق نطاق الأشخاص المستفيدين من التعويض عن الضرر المعنوي في حالة وفاة من تربطه به علاقة قرابة، مستثنيا أشخاصا آخرين قد يكون الألم الذي خلفه لزوج الهالك أو أصوله او فروعه.

121. وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي من خلال عدة قرارات باستبعاد كل شخص لم يذكر بالمادة الرابعة من نفس القانون. حيث جاء في قرار لمحكمة النقض[91] ما يلي"... إن المحكمة بتقديرها أن ظ 1984 حدد المستحقين للتعويض عن وفاة المصاب الهالك في الأصول والفروع ومن تجب عليه نفقتهم وأن الإخوة ليسوا من هؤلاء فلا يستحقون أي تعويض تكون قد طبقت الفصل الرابع من الظهير تطبيقا سليما".

122. فأين موقع الأخ والأخت والعم والعمة أو الخالة والخال أو أي شخص آخر قد يتضرر معنويا من وفاته، قد يكون ذلك الشخص مربيا للهالك لا تربطه أية علاقة قرابة، ولكنها علاقة إنسانية تنشا عنها علاقة تشبه الأمومة والأبوة كالكاف مثلا، أو علاقة من نوع آخر كالخطوبة، أو الخاطبة التي فاتت عليها فرصة الزواج من جراء موت الخاطب .

123. ومن جهة أخرى، نصت المادة الأولى من ظهير 2 أكتوبر 1984 على أنه " بالرغم من جميع الاحكام التشريعية المخالفة لما هو منصوص عليه في ظهيرنا الشريف هذا المعتبر بمثابة قانون، تعوض ضمن الحدود ووفقا للقواعد والإجراءات المقررة فيه النصوص المتخذة لتطبيقه الأضرار البدنية التي تتسبب للغير عربة برية ذات محرك خاضعة للتأمين الإجباري".

124. وعليه، استبعد هذا النص الأضرار غير المنصوص عليها في هذا القانون في مجال التعويض وغن وجدت نصوص قانونية أخرى تقضي بالتعويض عنها لأن تعويض الضرر الناتج عن حادثة سير تسببت فيها عربة برية ذات محرك خاضعة للتأمين الإجباري.

---

[91] قرار محكمة النقض عدد 1083 بتاريخ 24 مارس 1980 ملف 98/1992.
أوردته خديجة البوهالي، مقال سابق، ص 55.

125. وهكذا قد يحرم بعض الأشخاص وإن تضرروا جراء فقد المصاب في حادثة سير من التعويض لكون ذلك الظهير لم يشمل ضمن مقتضياته الضرر الذي أصابوا به.

110. نستنتج من ذلك، أن المشرع غلب كفة شركات التأمين على كفة المضرور أو الطرف الضعيف وذوي حقوق الهالك بسبب الحادثة، وخرق بذلك التوازن الاقتصادي بين مختلف هذه المصالح. كما حد من سلطة القاضي في تقدير الضرر المستحق للتعويض من عدمه.

126. وبخلاف ذلك، فإن القضاء الفرنسي اعترف بالحق في التعويض لأشخاص آخرين نتيجة إصابتهم في عواطفهم إضافة إلى الزوج ثم الاعتراف فيما بعد بهذا الحق للخاطب ولأشخاص خارجين عن الاسرة لما يثبت ارتباطهم بالضحية برابط عاطفي مؤكد[92]

127. لذلك يتعين توسيع السلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال، الذي يكون له دور إيجابي في تحديد المتضررين معنويا من وفاة الهالك، تبعا لاختلاف الوقائع من نازلة إلى أخرى.

128. وتجرد الإشارة إلى أننا أوردنا سلبيا إعدام دور القاضي المدني في تقدير التعويض في ظل ظهير 1984، على سبيل المثال لا الحصر. فهناك عدة قيود ترد عليه والتي تخالف حتما مبدأ حماية الطرف المضرور وضمان الحق في التعويض المزيل للضرر.

---

[92] أشارت إليه، خديجة البوهالي، م س، ص 62.

خـــاتـمـــــة:

129. من خلال ما سبق تبين لنا بالملموس بأنه لما كان الأصل في دور القاضي في تقدير التعويض هو تمتعه بسلطة تقديرية واسعة سواء من حيث تحديد الضرر الواجب التعويض، أو من حيث الأشخاص المستحقين للتعويض أو ذوي حقوق الهالك، مع بعض الحدود القانونية البسيطة التي لا تأثر مطلقا على دوره الجوهري في التقدير. فإنه اصبحت السلطة التقديرية الواسعة للقاضي المدني في تقدير التعويض استثناء ليس غير، على اعتبار أن أغلب الأضرار التي تلحق بالشخص في المجالين العقدي والتقصيري أغلبها تدخل في خضم حوادث الشغل وحوادث السير، وهذه المجالات أحاطها المشرع بتحديد جامد وسلبي لا يحقق في غالب الأحوال حماية قانونية للطرف المضرور.

130. والقاضي المدني الذي كان يلعب دورا إيجابيا في تقدير التعويض لم يعد كذلك، حيث أصبح مقيدا بشكل مطلق بالقوانين الخاصة أو العناصر الخاصة التي يستأثر المشرع بتحديدها ويلزم القاضي باتباعها وتطبيقها حرفيا تحت رقابة محكمة النقض.

131. ولا شك أن هذا التوجه الذي اعتمده المشرع وإن كان صراحة يحقق إيجابيات كثيرة إلا أنها تظل قاصرة مقارنة مع السلبيات التي تعتريه. حيث إن هذا التوجه أثر سلبا على الاجتهاد القضائي الذي أخذ بحرفية النص القانوني دون أن يكون للقاضي الخيار في إعمال سلطته التقديرية. بل إن بعض الفقه ذهب بعيدا وقال منذ البداية –أي قبل بعد مدة قصيرة من دخول القانون حيز التطبيق– بأن التقدير القانوني خصوصا تحديد التعويض عن حوادث السير لن يكتب له النجاح لانطلاقه من عناصر مادية محضة ضاربة عرض الحائط بالجانب الإنساني جاعلة من القاضي الذي سيتولى تطبيقها مجرد آلة حاسبة لتوزيع النقود[93].

---

[93] مجلة القضاء والقانون عدد 129، 1979. ص 35.

132. نتيجة لكل ذلك، يمكن القول بأن التشريع العملي عندنا يتجه إلى محو السلطة التقديرية للقاضي المدني وليس فقط تقييدها، حيث أصبح يخضع لإرادة المشرع كقاعدة عامة في ظل القوانين الحديثة.

133. ولا يسعنا في الختام إلى نطرح سؤالا جوهريا خلص إليه الموضوع:

هل فعلا يحاول المشرع المغربي حماية الطرف الضعيف وتحقيق توازن بين المصالح؟ أم أنه يحاول حماية شركات التأمين أو مصالح اقتصادية على حساب الطرف الضعيف؟

قائمة المراجع:

- عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني، الكتاب الأول مصادر الالتزام، الجزء الثاني الواقعة القانوني، الطبعة الأولى 2015.
- عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية للالتزام، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة 2015.
- المختار بن احمد العطار، النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2011.
- عبد الحق صافي، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة 2016، مطبعة النجاح الجديد– الدار البيضاء.
- مصطفى الكيلة، التقدير القضائي للتعويض، منشورات مجلة الحقوق المغربية، الطبعة الأولى 2008.
- راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الثاني، الجزء السادس، المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت لبنان، من دون تاريخ.

- محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، السنة والطبعة غير مذكورين.
- سعيد أحمد شعلة ، قضاء النقض المدني في التعويض، الطبعة والسنة غير مذكورين.
- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، الطبعة الأولى 2015، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- أحمد ادرويش، الاجتهاد القضائي في ميدان الالتزامات والعقود، 1997.
- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام، الطبعة والسنة غير مذكورين.
- محمد إبراهيم سوقى، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، الطبعة والتاريخ غير مذكورين.
- قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، مطبعة المعرف الجديدة 1971.
- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية، 2008.
- إبراهيم، زعيم الماسي، تقدير التعويض عن الاعتداء المادي على الملكية العقارية، الطبعة والسنة غير مذكورين.

الرسائل الجامعية:

- محمد رضا الحمزاوي، قصور نظام حوادث الشغل والأمراض المهنية عن تحقيق الحماية الاجتماعية. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، السنة الجامعية 1998-1999.

- سعيد بعزيز، نظام التعويض عن حوادث الشغل على ضوء القانون الجديد رقم 18.12. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، السنة الجامعية 2015/2014.

- **المقالات :**

- محمد الكشبور، المهن القانونية الحرة، انطباعات حول المسؤولية والتأمين، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 25، 1991.
- عبد الرحمان الشرقاوي، سلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض، المجلة المغربية لقانون الأعمال والتنمية، عدد 17-18، يناير- يونيو 2011.
- محمد يحي، سلطة القاضي في تقدير التعويض، مجلة المحاكم الموريتانية، يونيو 2013.
- مجلة القضاء والقانون، عدد 29، يونيو 1997.
- حسن النوالي، قراءة في قانون 12-18 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، مجلة العرائض، عدد 5 يوليوز 2015.
- خديجة البوهالي، مدى حماية حق التعويض في إطار ظهير أكتوبر 1984، مجلة العرائض، ع 5 يوليوز 2015.
- حليل صالح، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، المجلة المغربية للدراسات القانونية والسياسية والاقتصادية،
- العدد الأول يوليوز 2014.

- **النصوص القانونية:**

- قانون الالتزامات والعقود
- قانون المسطرة المدنية
- قانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية.
- ظهير 2 اكتوبر 1984 المتعلق بالتعويض عن حوادث السير التي تتسبب فيها عربات برية ذات محرك خاضعة للتأمين الإجباري.

الـــفـــــــــهرس

مقدمة..... 2
المبحث الأول: تحديد نطاق سلطة القاضي المدني في تقدير التعويض.....7
المطلب الأول: استقلال قاضي الموضوع عن رقابة محكمة النقض في تقدير التعويض.. 8
الفقرة الأولى : تمتع قاضي الموضوع بسلطة واسعة في تقدير حجم التعويض..... 9
أولا: الضرر المتغير.....12
ثانيا: التغير الحاصل في قيمة الضرر من يوم حدوثه إلى تاريخ صدور الحكم.....14
الفقرة الثانية: تمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة في تقدير نوع التعويض..... 15
المطلب الثاني: المعايير التي يعتمد عليها القاضي في تقدير التعويض.....17
الفقرة الأولى: معيار الخسارة الواقعة.....18
الفقرة الثانية: معيار الكسب الفائت.....21
المبحث الثاني: حدود سلطة القاضي المدني في تقدير التعويض..... 24
المطلب الأول: الحدود الإرادية في تقدير التعويض.....24
الفقرة الأولى: طلبات الأطراف.....24
الفقرة الثانية: اتفاقات التعويض.....27
أولا: الإعفاء من التعويض.....27

ثانيا: اتفاقات التخفيض من التعويض.....28
ثالثا: التعويض الاتفاقي..... 30
المطلب الثاني: الحدود القانونية في تقدير التعويض.....31
الفقرة الأولى: رقابة محكمة النقض على عناصر الضرر وشروطه.....32
أولا: قصور التعويض على الضرر المباشر.....33
ثانيا: الضرر غير المباشر في المسؤولية التقصيرية.....34
الفقرة الثانية: العناصر القانونية الخاصة في تقدير التعويض..... 36
أولا: تحديد الأضرار القابلة للتعويض.....37
1: بالنسبة للتعويض المالي.....37

2: التعويض عن الضرر البدني..... 37
أ : التعويض عن العجز الكلي المؤقت.....38
ب : التعويض عن العجز البدني الدائم.....38
ثانيا: سلبيات إعدام دور القاضي المدني في تقدير التعويض(ظهير2 أكتوبر نموذجا)..41
خاتمة: 44
قائمة المراجع: 48
الفهرس: 49