

التعويض عن فوات الفرصة بين إجتهاد القضاء وخصوصية المسائل الأسرية

## Compensation for missing the opportunity between judiciary diligence and the privacy of family matters

حمادي عبد النور، كلية الحقوق، جامعة عين تموشنت، الجزائر

عضو باحث بمخبر القانون المقارن، جامعة تلمسان

abdennour.hammadi@univ-temouchent.edu.dz

تاريخ الاستلام: 2023/05/20 تاريخ القبول: 2023/06/16 تاريخ النشر: 2023/06/18

### ملخص:

موضوع تفويت الفرصة هو من المواضيع التي إستثارت المناقشة وإستوجب من القضاء أن يعرض لها في إجتهاد ليس محدوداً معاملة . حيث يفترض تفويت الفرصة أن المدعي كان يأمل في منفعة تؤول إليه وكان يعول على فرصة تتيح له الحظ في أن يحقق أمله لو سارت الأمور طبق مجراها الطبيعي ، فأتى المدعي عليه بخطئه يجرمه من هذه الفرصة ويبدد أمله ويجعل من المستحيل الجزم بجدوى تلك الفرصة وما ستكشف عنه لو أتاحت له .  
وستناقش ورقتنا البحثية مسألة خصوصية التعويض عن فوات الفرصة في المسائل الأسرية بين النظرية العامة في القانون المدني وخصوصية قانون الأسرة.

كلمات مفتاحية: ضرر، فوات الفرصة، سلطة القاضي المدني، الخطبة، استعمال الحق

**Abstract:** The issue of missing the opportunity is one of the topics that sparked discussion and required the judiciary to present it in a diligence whose features are not limited. Where the missed opportunity assumes that the plaintiff was hoping for a benefit that would accrue to him, and he was counting on an opportunity that would allow him the chance to achieve his hope if things went according to their natural course, so the defendant came by his mistake, depriving him of this opportunity, squandering his hope, and making it impossible to ascertain the feasibility of that opportunity and what it would reveal. If he had

Our research paper will discuss the issue of the specificity of compensation for missed opportunity in family matters between the general theory of civil law and the specificity of family law.

**Keywords:** Damage, missed opportunity, the authority of the civil judge, the sermon, the use of the right

## مقدمة

على الرغم من إستقرار فكرة فوات الفرصة فقها وقضاء إلا أن تطبيقها في مجال شؤون الأسرة يثير اعتراضات عدة، بدعى أن تطبيقها في هذا المجال ينطوي على مجازفة لما تنطوي عليه فكرة الخطوبة من خصوصية ولكون فرصة الزواج تتنافى مع الوجه السليبي الأصلي للخطبة ذاتها

الأمر الذي يجعل مهمة القاضي في تقدير فوات الفرصة في هذا المجال أمرا دقيقا وشائكا

ولعل صعوبة الجزم بوجود فرصة الزواج بعد الخطبة وخاصة تلك المقترنة بعقد هي ما دعت البعض إلى أن يتساءل عن مدى مناسبة تطبيق فكرة فوات الفرصة في مجال الأحوال الشخصية بالنسبة للنتائج الضارة التي تترتب على فعل هو بطبيعته احتمالي .

بل وابعد من هذا أليس العدول عن الخطبة حق طبقا للمادة 1/5 ق أ؟ وهل استعمال الحق يعطي الحق في المطالبة

بالتعويض أصلا؟ فما بالك عن التعويض عن فوات فرصة الزواج مثلا؟

ومنه تأتي ورقتنا البحثية لتناقش إشكالية هل يمكن للمخطوبة أن تدفع بوجود فرصة فائتة ومن ثم حصول ضرر؟

وذلك اعتمادا على تنظير وتأصيل لفكرة فوات الفرصة في قوانين المعاملات المدنية، ومدى تحقيق شروطها من أجل تطبيقها على أحكام قوانين الأحوال الشخصية

## المبحث الأول: الميكانيزمات القانونية لفكرة التعويض عن فوات الفرصة

تعتبر نظرية فوات الفرصة إحدى صور إدراج الصدفة في المجال القانوني عن طريق الإحتمالات، ويعرفها الفقه القانوني بأنها "أمر لا يتعلق إلا بحادث مستقبلي غير مؤكد التحقق لا ينتج عن سلوك الضحية"<sup>1</sup>، وقبل ذلك قال فقهاء الإسلام بجواز التعويض عن فرصة المنفعة التي انعقد سبب وجودها (lien de causalité)، وهو نوع من أنواع الإلتلاف، والإلتلاف سبب من أسباب الضمان في الفقه الإسلامي.

## المطلب الأول: سلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض

<sup>1</sup> -Angelo Castelletta :Responsabilité médicale-droit des malades-Dalloz-Paris-2002-P87

إن ميزة الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه أنه لا ينظر إلى خطأ الفاعل ولا إلى إدراكه ولكنه ينظر مباشرة إلى الضرر مطلقاً دون اعتبار للواقعة التي أنشأته، إرادية كانت أم غير إرادية، وأوجب تعويض المضرور عما أصابه جبراً لضرره والقصد من ذلك هو تحقيق العدالة الاجتماعية ذلك أنه حيثما تحقق ضرر استحق المضرور التعويض إعمالاً لحديث الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" وهو مبدأ كاف لأن تؤسس عليه نظرية تفويت الفرصة.

كما بلغ حرص فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء على جبر الضرر، إلى اعتبار أنه لو أصيبت شاة فأراد صاحبها ذبحها قبل أن تموت ولا مدية معه، وكان مع غيره مدية فطلبها من صاحبها فامتنع عن إعطائه حتى هلكت الشاة، يكون صاحب المدية ضامناً قيمة الشاة لأنه امتنع عن بذل واجب وتسبب بامتناعه في تلف الشاة.

كما أن اتهام طبيب بالجهل أو اتهام تاجر بأنه عديم الأمانة أو انه على وشك الإفلاس، مما يصرف الناس عن التعامل معه ويضر بمورده المالي يعتبر ضرراً مالياً يوجب بالتالي التعويض عنه.

وعليه نجد أن قواعد الفقه الإسلامي تتضمن مبدأ التعويض عن تفويت فرصة الكسب لان هذه القواعد تهدف إلى توزيع العدل بين الناس بكيفية لا يُغبن فيها أحد غريمه<sup>1</sup>.

وقد لقيت إستقبالا ملحوظا من القضاء العادي الفرنسي، والذي استعان بها لأول مرة سنة 1889 لتقرير المسؤولية العقدية للوكيل القضائي بسبب حرمان موكله من ممارسة حق الطعن<sup>2</sup>، كما أخذ بها القضاء الإداري كذلك فقد لجأ إليها لأول مرة في مجال الوظيفة العمومية سنة 1928 كأساس لتقرير مسؤولية الإدارة<sup>3</sup>.

ولكن لا ننسى أن التطبيق العملي يُثير صعوبة عند التفرقة بين الضرر المحقق والضرر الإحتمالي، وذلك أنه عند تفويت فرصة الكسب على الشخص، فالكسب هذا إحتمالي غير مؤكد، فإذا حُرِم منها صاحبها فإنه لا يستطيع أن يُطالب بالتعويض عنها، فالكسب قد يتحقق وقد لا يتحقق إلا أن تفويت الفرصة قد أوقف تطور الأمور، فالضرر الإحتمالي قد يقع وقد لا يقع لكن مع تفويت الفرصة فإن فرصة الكسب بطبيعة الحال غير موجودة وبالتالي إحتمال الكسب من عدمه أو تجنب الخسارة أمر غير وارد .

وهنا يتحتم علينا في هذا المقام التمييز بين الضرر المحتتم الذي لا يُعطي الحق لصاحبه في التعويض، وبين تفويت الفرصة على المتضرر التي تجيز له المطالبة بالتعويض، لأن هذه الأخيرة إذا قُوتت على صاحبها يُعتبر ذلك في حد ذاته ضرراً محققاً وعلى هذا الأساس يجب التعويض، لأن التعويض يكون ضياع الفرصة لا عن نتائجها لكون هذه الأخيرة هي أمر إحتمالي

<sup>1</sup> - الحسين شمس الدين: تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية من الفكرة إلى النظرية-الطبعة الأولى-مطبعة النجاح الجديدة-الدار

البيضاء- المغرب-2009-ص143

<sup>2</sup>- Caroline (Ruellan) : la perte de chance en droit privé-R.R.J-N°3-Presses universitaires d'aix-Marseille-1999-p738

<sup>3</sup>- Rodolphe (Arzac) :l'indemnisation de la perte de chance en droit administratif-R.R.J-N°2-Presses universitaires d'aix-Marseille-2007-p759

فقط لا يوجب التعويض، فإذا كانت نتائج مسابقة ما أمر احتمالي لأن المتسابق قد يخفق وقد ينجح، فإن عدم المشاركة في المسابقة أمر حقيقي وضياع فرصة المشاركة بغض النظر عن النتائج التي ستترتب عنها هو ضرر محقق<sup>1</sup>.

هذا وكذلك أن تفويت الفرصة تعتبر ضررا مستقبلا وهو الضرر الذي تحقق سببه وإستمرت نتائجه إلى المستقبل، كإصابة شخص بعاهة بدنية جسيمة أعجزته عن القيام بأعماله المعتادة وحرمته من الكسب، فالإصابة محققة ولكن الخسارة المالية التي أصابت المتضرر من جراء عجزه عن الكسب تُعتبر من الأضرار المستقبلية، أي أن الضرر لا يحصل حالا بكل مقوماته وإنما يكون حصوله في المستقبل أكيد بعد أن تجمعت له المعطيات التي تحمل على تحققه مستقبلا، لكن قد يكون الضرر المستقبلي غير مؤكد فنكون أمام ضرر احتمالي، والأصل فيه أنه لا يُعوض إلا إذا وقع فعلا، لأن الضرر الإجمالي هو ضرر لم يقع ولا يوجد ما يؤكد انه سيقع وغاية ما في الأمر أنه يُحتمل وقوعه كما يُحتمل عدم وقوعه<sup>2</sup>.

هذا وقد وضع المشرع مجموعة من العناصر والمعايير أوجب على القاضي الإعتماد عليها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر، فلا يجوز له أن يستبعد عنصرا منها أو يضيف لها عناصر جديدة، وهو يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا<sup>3</sup>.

وتتمثل هته العناصر في وجوب مراعاة:

- الضرر المباشر المحقق.
  - الضرر المتغير.
  - ما لحق بالدائن من خسائر وما فاتته من كسب.
  - الظروف الملازمة ومدى حسن النية.
- والمقصود بمعيار الخسارة الواقعة والكسب الفائت:

تنص المادة 182 ق.م " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب...".

<sup>1</sup> - علي فيلاي: الإلتزامات - الفعل المستحق للتعويض - الجزء الثاني - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ص 295

<sup>2</sup> الحسين شمس الدين: المرجع السابق - ص 238

<sup>3</sup> - مقدم السعيد: " التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة - دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - طبعة أولى - 1985 - ص: 253.

والظروف الملايسة هي الظروف التي تلابس المضرور، ويقصد بها الظروف الشخصية والصحية والعائلية والمالية التي تحيط بالمضرور.

كما يتضح من نص المادة **182** أن القاضي ملزم عند تقديره للتعويض في المسؤولية العقدية أن يدخل في حسابه ما لحق الدائن من ضرر وما فاته من كسب، وهذا المعيار قديم إذ عرفه القانون الروماني<sup>1</sup>

وللعلم هذان العنصران لا تستأثر بهما المسؤولية العقدية بل يجب الإعتداد بهما في نطاق المسؤولية التقصيرية، ذلك أن نص المادة **182** من ق.م. وإن كان قد جاء بصدد التعويض عن المسؤولية العقدية، إلا أنه جاء مطلقا مما يُتيح ضمنا تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية عما لحق المضرور من ضرر، وما فاته من كسب.

وغني عن البيان أنه لا يكون ثمة محل للتعويض إذا لم يصب الدائن بضرر، فلم يفوته كسب ولم تلحقه خسارة، لأن التعويض لا يتقرر إلا إذا تحققت المسؤولية بعناصرها الثلاث، كما يتعين على المتضرر طبقا للقواعد العامة إثبات الضرر بعنصره الكسب الفاتت والخسارة اللاحقة ليأتي تقدير التعويض، فإن تعاقد تاجر مع مورد لتسليم بضائع ثم هلكت بفعل هذه الأخير، مما فوّت على التاجر صفقة إعادة بيعها لتاجر آخر بثمن أكبر، فإن الخسارة اللاحقة وهي قيمة البضاعة تثبت بالفواتير، والكسب الفاتت يتمثل في الزيادة في ثمن الشراء الذي سيقبضه التاجر لو تمت الصفقة وهذه البضاعة واقعة مادية تثبت بكل الطرق مثل شهادة التاجر<sup>2</sup>.

وبالنسبة إلى معيار الضرر وف الملايسة ومدى توفير حسن النية :

تنص المادة **131** من القانون المدني " يقدر القاضي المدني التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة **182** مع مراعاة الظروف الملايسة...".

والظروف الملايسة هي الظروف التي تلابس المضرور،، ويقصد بها الظروف الشخصية والصحية والعائلية والمالية التي تحيط بالمضرور، وهذه تقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي مجرد فننظر إلى المضرور نظرة شخصية، لأن التعويض يهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالذات دون غيره، فيدخل في الظروف الشخصية حالة المضرور الجسدية والصحية، فالإنزجاج الذي يصيبه من حادث يكون ضرره أشد مما يصيب شخصا سليم الأعصاب<sup>3</sup>.

والأعور الذي أصيبت عينه السليمة كان الضرر الذي يصيبه أقدر من الضرر الذي يلحق شخصا أصيبت إحدى عينيه السليمتين<sup>4</sup>.

1 - مقدم السعيد: المرجع السابق ص: 256.

2 - عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني-الجزء الأول-مصادر الالتزام-بيروت لبنان-1964، ص: 970.

3 - عبد الرزاق السنهوري: المرجع نفسه ص: 971.

4 - علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة-ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر-1994: ص 217.

أما الظروف الشخصية التي تلابس المسئول فقد اختلف الفقه حولها على رأيين رأي يذهب إلى عدم الإعتداد بها وآخر يذهب إلى وجوب أخذها بعين الإعتبار ويستند أصحاب الرأي الأول إلى أن التعويض يحدّد قدره بالضرر، وهذا الضرر يتعلق بالمضروب وليس بالمسؤول ذلك أنه إذا كان المسؤول غنيا لم يكن هذا سببا ليدفع تعويضا أكثر، وإذا كان فقيرا لم يكن سببا ليدفع تعويضا أقل<sup>1</sup>.

أما الرأي الثاني فيذهب إلى وجوب الإعتداد بها لأن نص المادة **131** السابقة الذكر جاء مطلقا بغير تخصيص للمضروب دون المسؤول، إضافة إلى أن مصطلح الظروف الملازمة ينطوي على جسمه الخاطئ، الذي لا بد أن يراعى أثناء تقدير التعويض دون أن يكون هو الإعتبار الوحيد، فقد يترتب ضرر يسير على خطأ جسيم، كما أنه قد يحدث ضرر بالغ بسبب خطأ يسير، وإنما تؤخذ جسامة الخطأ في الإعتبار مع بقية ظروف الدعوى<sup>2</sup>.

وهذا ما تذهب إليه المحكمة العليا في عدة قراراتها حيث تعدد بالظروف الملازمة للمضروب دون المسؤول حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ **93/01/06** ما يلي "... وأنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضدهم للتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم جراء فقدان قريبهم فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية ونشاطه المهني، ودخله الدوري أو أجره..."<sup>3</sup>.

كما جاء أيضا في قرار صادر بتاريخ **99/07/14** "... كان يجب على قضاة الموضوع في حالة إثبات المسؤولية على عاتق سائق القطار وبالنظر إلى القانون رقم **90-35** أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويضات بدقة وتفصيل مثل سن الضحية ومهنتها ودخلها ونوع الضرر..."<sup>4</sup>.

هذا ومن جهة أخرى وبخصوص عنصر مراعاة حسن النية، فإنه كأصل عام لا دخل له في توافر المسؤولية، وإنما يكون لها اثر في تقدير التعويض مثلا نجد المادة **399** من القانون المدني فيما يخص بيع ملك الغير والتي تنص على أنه " إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية".

1 - عبد الرزاق السنهوري: المرجع نفسه ص: 973.

2 - عبد التواب معوض: الموجز في التعليق على نصوص القانون المدني- الجزء الأول- الطبعة الرابعة- منشأة المعارف- الإسكندرية- 1998 ص 315.

3 - قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا- ملف رقم 87411 بتاريخ 93/01/06 أنظر نشرة القضاء عدد 50 ص: 55.

4 - قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا. ملف رقم 183066 غير منشور أورده الأستاذ مختار رحمان في مقال له بعنوان المسؤولية المدنية عن نقل الأشخاص بالسكة الحديدية على ضوء الفقه والقضاء- المجلة القضائية- العدد الأول- سنة 2001- ص: 101.

فالمسؤولية طبقا لهذه المادة تقوم في حق البائع ولا أثر لحسن نية هذا الأخير في منع توفرها<sup>1</sup>.

ونفس الحالة تنص عليها المادة **01/107** من القانون المدني " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية

..."

فيجب أن تتوفر حسن النية عند تنفيذ العقد فيستبعد المتعاقدان كل معنى للغش، وإذا أحل أحدهما بالتزامه وترتيب مسؤوليته فإن التعويض يختلف قدره بحسب ما يكون من حسن نية الفاعل أو سوءها، فيكون التعويض كاملا جابرا لجميع الأضرار في حالة ارتكاب خطأ جسيم أو غش طبقا للمادة : **182** من القانون المدني، فيسأل المدين عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع ويعوّض عنهما، أما إذا كان المدين حسن النية فلا يكون ملزما إلا بما كان متوقعا من الضرر<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني رقابة المحكمة العليا

إذا كان تقدير التعويض يدخل في سلطة قاضي الموضوع، فهذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا توضع مطلقا لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض<sup>3</sup>، ومن جهة أخرى رقابة مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض السابق شرحها بعين الإعتبار.

ففي مسألة الضرر الذي هو مناط تقدير التعويض، وإن كانت مسألة التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا، لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للواقع<sup>4</sup>.

إلا أن استقراءنا لبعض القرارات القضائية نجد أن القضاة لا يحدّدون عناصر الضرر ولا شروطه في أحكامهم فلا يبيّنون نوع الضرر إذا ما كان ماديا أو معنويا، مباشرة أو غير مباشرة محققا أو احتماليا، متوقعا أو غير متوقع، وهذا ما وجدناه في حكم صادر عن محكمة البلدية بتاريخ **2000/05/20** تحت رقم **2000/209** " حيث أن إخلال المدعى عليها بالتزام تعاقدية قد ألحق ضررا بالمدعية، مما يتعين القول بأن تطبيقها الرامي إلى الحصول على التعويض مؤسس قانونا"

فالحكم جاء خاليا من تحديد الضرر الذي لحق المدعى عليها في عناصره أو شروطه مما يجعله حكما معيبا قابلا للنقض، وقد جاء في هذا الشأن في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ **2002/07/25** ما يلي " حيث أن قضاة

1 - مقدم السعيد : المرجع السابق - ص: 247.

2 - عبد الرشيد مامون: العلاقة السببية في المسؤولية المدنية- دار النهضة العربية-القاهرة- بدون سنة النشر ص 174.

3 - مقدم السعيد: المرجع السابق ، ص: 253.

4 - سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني-الفعل الضار والمسؤولية المدنية-الطبعة الخامسة-1988، ص 184.

الإستئناف اكتنفوا بحساب الغرامة المحكوم بها من طرف القاضي الإستعجالي فقط، في حين أنه بناء على المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية، يلزم قضاة الموضوع بتحديد الضرر وتقديره قصد مراجعة وتصفية الغرامة<sup>1</sup>.

كما أنه من جهة أخرى للمحكمة العليا ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الإعتداد بعناصر تقدير التعويض، وهنا يجب عدم الخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت مثلاً، وبين عناصر تقدير التعويض.

فالأولى مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفقاً لما توضح له من جسامة أو يسر الضرر دون رقابة عليه من المحكمة العليا، لكن كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا، وتنصب هذه الرقابة على مدى إحترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير للتعويض بما يناسب الضرر<sup>2</sup>.

حيث فيما يتعلق بمعيار الظروف الملائسة، ومن وجوب إعتداد القاضي بالظروف الشخصية للمتضرر في حالته الشخصية والعائلية والمالية، فعلى القاضي أن يبين أن الواقعة التي تفيد إصابة الشخص بضرر سواء في ذمته المالية، دخله، أو عدد الأشخاص الذين يعيلهم، وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من قبيل التكييف القانوني للواقع.

فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 2001/02/14 عن المحكمة العليا ما يلي " حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن ويكفيه أن يعاين كما هو الشأن في دعوى الحال الطابع التعسفي للتسريح ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العامل، وأن الحكم المطعون فيه يبيّن بأن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه جزاء التسريح التعسفي، وهذا كاف لإعطائه الأساس القانوني"<sup>3</sup>.

فلم يشترط هذا القرار أن يضمن القاضي في حكمه العناصر التي إستعملها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر، بل اكتفى بوجود معاينة الطابع التعسفي للتسريح، والضرر المادي والمعنوي الناتج عنه.

إلا أنه في قرارات أخرى نجد حرص المحكمة العليا على وجوب ذكر العناصر التي إعتدتها القاضي في الوصول إلى تقرير التعويض فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 2004/07/25 ما يلي " إن قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضا

1 - ملف رقم 215762 صادر بتاريخ 2002/07/25 المجلة القضائية - العدد الأول سنة 2002 ص: 279..

وأنظر كذلك ما جاء في قرار صادر بتاريخ 98/07/28 رقم 198831 "... كما يجب تحديد كل ضرر وتقدير تعويضه وهو ما لم يفعله الحكم المطعون فيه مما يجب معه نقضه" المجلة القضائية - عدد خاص - سنة 2003 ص: 593.

2 - رمضان أبو السعد: مصادر الالتزام - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - مصر - 2006 ص 110.

3 - ملف رقم 214574 بتاريخ 2001/02/14 - المجلة القضائية - العدد الأول - سنة 2002 - ص: 195.

بسبب الضرر الماسّ به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال واعتمدوا في ذلك على عناصر تقرير الخبرة وعلى محضر المعاينين المحرر بتاريخ 96/11/17 وأن هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا<sup>1</sup>.

يتضح مما تقدم أن القانون أناط بالمحكمة مهمة تعيين طريقة التعويض، وكيفية تقديره، مبينة العناصر التي استعملتها في ذلك والتي حددها القانون متوخية في كل هذا الوصول إلى تناسب بين الضرر والتعويض، وذلك لتمكين المحكمة العليا من ممارسة رقابتها، بإعتبار أن تطبيق عناصر التقدير على الواقع هو من قبيل التكيف القانوني الذي يفسح المجال لتدخل المحكمة العليا بالرقابة.

### المبحث الثاني: إشكالية التعويض عن فوات الفرصة في مسألة الخطبة والزواج

#### المطلب الأول: التصادم التقني بين استعمال الحق والمطالبة بالتعويض

طبقا لنص المادة 1/5 ق أ "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"

ومن روح نص هذه المادة لا يمكن اعتبار واقعة الخطوبة في حد ذاتها إلزاما وإلا كان هذا مخالفا لطبيعة الخطبة وابتعد من هذا لا يمكن اعتبارها وعدا بالتعاقد، فالخطبة تبقى من مسائل الأحوال الشخصية ولا يمكن إقرارها بالمعاملات المدنية المالية .

ومن جهة أخرى فالكلام بغير هذا ليس فيه مساسا صارخا بركن الرضائية الذي يتمسك به التشريع الجزائري طبقا للمادة 59 ق م ج

وهذه هي رؤية المحكمة العليا الموقرة إذ ترى " من المقرر فقها وقضاء أن الخطبة هي وعد بالزواج وليست عقدا، ولا زواجا ولا يترتب عليها شيء من الإلتزام بتمام حكم بالتعويض للطرفين"<sup>2</sup>

ومادام هذا حالها فان الخطبة لا تتمتع بأي قوة إلزامية بالنسبة للطرفين ولوطال أمد مدتها، أو صُبت في قالب رسمي أو شكلي. وذلك لأن المشرع والفقهاء والقضاء في بلادنا لم يرتق بالخطبة إلى مرتبة العقد، بل أقر لها الصفة الشرعية و هي مجرد وعد بالزواج من الطرفين، مع إمكانية العدول والتراجع عنها، لأنها ليست زواجا وإنما هي من مقدمات عقد الزواج تتم قبل الإرتباط بعقد الزوجية، ليتعرف كل من الزوجين على الآخر ويكون الإقدام. على يقين.

ولكن المادة 2/5 من ق أ تعطي للطرفين الحق في العدول.

<sup>1</sup> - ملف رقم 215762 بتاريخ 2002/07/25 المجلة القضائية - العدد الأول سنة 2002 ص: 279.

<sup>2</sup> أنظر المجلة القضائية العدد 04 سنة 1993-ص102

أكثر من هذا تنص ذات المادة/3 بأن إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض

الإشكالية ألتعويض طبقاً لأحكام المادة 124 ق م ينجم إذا وجد خطأ؟ فأين هو الخطأ في مسألة استعمال الحق القانوني في العدول؟، فهل يعقل أن نطالب شخصاً يستعمل حقه بالتعويض؟.

نقول هناك مكنة في استحقاق التعويض ولكن إذا كان فيه تعسفاً في استعمال الحق طبقاً للمادة 124 مكرر ق م ولا يمكن هنا الدفع بما جاءت به المحكمة العليا بأنه لا يطبق القانون المدني على الأحوال الشخصية<sup>1</sup> فذلك كان بخصوص مسألة الخطأ المدني طبقاً للمادة 124 مدني أما المادة 124 مكرر فجاءت تتكلم عن التعسف في استعمال الحق بصفة عامة ولا تفرق بين الحقوق المالية والحقوق الأسرية

هذا والمعيار في نظرية التعسف في استعمال الحق هو نفس المعيار في استعمال الرخص فيجب أن لا يكون فيه خروج عن السلوك المألوف للرجل العادي.

هذا ولا يعتد بهذا التعسف إلا إذا اتخذ إحدى الصور المنصوص عليها في المادة 124 مكرر وبالتالي يتحول التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة إلى خطأ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير -إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير -إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة وهذه العناصر امر اكتشافها يقع على قاضي الموضوع فقط.

فالعدول عن الخطبة قد يشكل في بعض الأحيان خطأً تقصيرياً طبقاً للمادة 124 مكرر مدني، ومعيار الخطأ هنا هو السلوك المألوف للرجل العادي في مثل الظروف التي أحاطت بالخطيب، فإذا انحرف الخاطب وهو يفسخ الخطوبة عن ما يقوم به أي خاطب عادي من أوسط الرجال طبقاً لاحكام المادة 172 مدني هنا تقوم مسؤوليته التقصيرية .

آه وهنا وطبقاً لأحكام المادة 124 مدني يمكن للطرف لمضور المطالبة بالتعويض المادي وحتى المعنوي طبقاً للمادة 182 مكرر وهو كل مساس بالسمعة أو الشرف أو الحرية، وأمر إثبات هذه الوقائع من اختصاص قاضي الموضوع.

لكن المسألة تتأزم إذا اقترنت الخطبة بعقد في مجلس العقد يعتبر زواجا متى توافرت شروط المادة 9 ق أ وهنا إذا كان فيه طلاق فيمكن للمخطوبة أن تحصل على نصف الصداق بحكم أنها غير مدخول بها طبقاً للمادة 16 ق أ ولكن هل يمكن لها إضافة لهذا الحصول على تعويض ناجم عن فوات الفرصة من زوج آخر، حيث ان الفرصة لها قيمة مالية وعلى القاضي تقديرها وليس هذا بالأمر اليسير فعليه أن ينظر إلى أي حد كان احتمال كبيراً في تحقق الكسب أو الفوز الذي ضاع على المضور من جراء تفويت الفرصة عليه كتفويت فرصة الزواج من شاب أفضل أو مضي زمن طويل على الخطبة ونؤكد هنا على الخطبة المقترنة بعد لان طريقاً للزواج أصبح واضحاً .

ثم إننا لتتصور هذه المخطوبة المعقود عليها أصبحت تتصرف وكأنها زوجة الخاطب فعليا ما بقي لهم سوى الزفاف ومن ثمة الدخول الشرعي أو البناء، فبالله عليكم من ذا الذي سوف يفكر خلال مدة الخطبة المقتزنة بعقد بالتفكير في طلب عرض الزواج عليها أو حتى فتح هذا الموضوع عليها بحكم أنها أصبحت في ذمة رجل آخر. وفي الأخير وبعد كل هذا يأتي المشروع الزوج إلى فسخ هذخ الخطوبة وبالأحرى طلب الطلاق قبل الدخول

وبالرجوع إلى ما تنص عنه المادة 182 مدني يشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فات من كسب، فأليس عزوف الشباب عن لزواج منها فيه فوات للكسب وهو التمتع بفرصة جدية للزواج أو لحاق خسارة كتضييع فرصة النجاح في مسابقة وطنية نادرة ما تفتح بناء على طلب الخاطب الأول أو الزوج بالأحرى كعدم التسجيل في مسابقة التوثيق التي لم تفتح منذ 2006 مثلا .

وبالتالي أليس هذا كله يعطي الحق فقط للمخطوبة المعقود عليها بحكم انها كانت قاب قوسين أو أدنى من تمتع بنعمة الزواج، بطلب التعويض عن فوات هذه الفرصة وهنا نقول نحن لا نقصد الزواج بهذا الخاطب الذي ابرم العقد مع الخطبة، وإنما تضييع الفرصة التي هي ضرر حال وجدي وليس احتمالي في التعرف ممكن على شاب أفضل خلقا واجتماعيا وكفاءة من ذاك الخاطب الذي عقد عيها وبالتالي حرمتها تماما من التمتع بهذا الحق الشرعي، هنا إذن يمكن للمخطوبة المعقود عليها ان تطالب بالتعويض عن فوات الفرصة

وليس تلك خطوبة فقط، وهذا الأمر على قاضي الموضوع تبيانه والتأكد منه حسب كل حالة على حده بحكم أن تفويت الفرصة هي ضررا محققا بحذ ذاته أما موضوع الفرصة فهو أمر احتمالي يخرج من دائرة التعويض<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: عمومية المادة 124 مدني تأكيد على إستيعاب مسألتنا للتعويض عن فوات الفرصة

إذ بالرجوع إلى الناحية القانونية الصرفة، فإن المادة 124 من التقنين المدني صريحة في تعويض كل ضرر يلحق بالشخص المضروب، وليس من الضروري أن يعتمد المشرع إلى التفصيل لأن هذا يُعتبر عملا فقهيا وقضائيا قد يكون المشرع في غنى عنه، فعبارة الضرر بصياغتها على هذا النحو في المادة 124 من التقنين المدني، جاءت مطلقة من كل قيد حيث يتسع معناها لتشمل كل ما يعتبر من قبيل الضرر سواء كان ضررا ماديا أو معنويا<sup>2</sup>.

زد على هذا يرى بعض الفقه أن التعويض عن الضرر المعنوي لا يُمكن سحبه أو التغاضي عنه بأية حجة لأنه يُكوّن إحدى قيمنا الأخلاقية وعليه ليس من المنطق في شيء إعفاء المسؤول من جبر الضرر المعنوي الذي ألحقه بالغير، بدعوى أن الأمر

<sup>1</sup> راجع قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/11/15-مجلة المحكمة العليا-عدد01-سنة 2007-ص 487

<sup>2</sup> -علي علي سليمان:دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري-المسؤولية عن فعل الغير-المسؤولية عن فعل الأشياء- التعويض-ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر-1984-ص 238 وما بعدها

يتعلق بمجرد ضرر معنوي، بل إنه يتعين تعويض كل الأضرار ومن بينها الأضرار التي تلحق الشخص أو ذوي حقوقه في حقوقهم غير المالية<sup>1</sup>.

وكذلك يجب الأخذ بالتفسير الموسع للمادة 182 من التقنين المدني، بنصها على إلزام المدين بتعويض الدائن عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، فهي لا تعني قصر التعويض عن الضرر المادي فقط بل يشمل حتى الضرر المعنوي، فزُبَّ ضرر معنوي يسبب للشخص خسارة أفدح من الخسارة التي يسببها له الضرر المادي ويُفوت عليه كسبا أكثر مما يفوته عليه الضرر المادي<sup>2</sup>

زد على هذا نجد ما يُبين أخذ المشرع الجزائري بالتعويض عن الضرر المعنوي في المادة 4/3 من قانون الإجراءات الجزائية "تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية..." كما منحت المادة 531 مكرر من نفس القانون للمحكوم عليه المستفيد من البراءة ولذوي حقوقه الحق في التعويض عن الضرر المادي والمعنوي<sup>3</sup>،

زد كذلك نص المادتان 47 و48 من التقنين المدني الجزائري اللتان تجيزان التعويض عن الضرر الذي يلحق الشخص نتيجة اعتداء غير مشروع على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أو اسمه، دون تفصيل لنوع أو طبيعة الضرر مما يجعله يشملهما معا<sup>4</sup>، وكذلك المادتين 2/06 و157 من تقنين العمل اللتان تكرسان مبدأ حق العامل في التعويض عما أصابه من أضرار مادية ومعنوية<sup>5</sup>.

#### خاتمة:

فيقودنا كل ما سبق إلى الاعتراف بفائدة التمسك بفكرة التعويض عن فوات الفرصة في الأحوال الشخصية .

1- Noureddine Terki :les obligation –responsabilité civile et régime général-OPU-alger-1982-N 298-P168

2 -علي علي سليمان: المرجع نفسه-ص 240

3 -أمر رقم 155/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية- ج ر - عدد 88-السنة الثالثة- المعدل والمتمم

4 -تنص المادة 47 " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر" وكذلك المادة 48 " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر ومن انتحل الغير اسمه، أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"

5 -قانون رقم 11/90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق ل 21 ابريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1999

وإن كانت مسألة دقيقة جدا، حيث لا تخلوا فكرة التعويض عن فوات الفرصة من ميزة مالية بالنسبة للفتاة المخطوبة ، حيث الخاطب لا يكون مسؤولا إلا عن تعويض جزء من الضرر النهائي وهو الضرر عن فوات الفرصة.

### قائمة المراجع:

1. - الحسين شمس الدين: تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية من الفكرة إلى النظرية-الطبعة الأولى-مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء- المغرب-2009-ص143
2. - رمضان أبو السعد: مصادر الالتزام- دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية-مصر-2006ص 110.
3. - سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني-الفعل الضار والمسؤولية المدنية-الطبعة الخامسة-1988، ص 184.
4. - عبد التواب معوض: الموجز في التعليق على نصوص القانون المدني-الجزء الأول-الطبعة الرابعة-منشأة المعارف - الإسكندرية-1998ص 315.
5. - عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني-الجزء الأول-مصادر الالتزام-بيروت لبنان-1964، ص: 970.
6. - عبد الرشيد مامون:العلاقة السببية في المسؤولية المدنية-دار النهضة العربية-القاهرة-بدون سنة النشر ص 174.
7. - علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة-ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر-1994: ص 217.
8. - قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا- ملف رقم 87411 بتاريخ 93/01/06 أنظر نشرة القضاء غدد 50 ص: 55.
9. - قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا. ملف رقم 183066 غير منشور أورده الأستاذ مختار رحمان في مقال له بعنوان المسؤولية المدنية عن نقل الأشخاص بالسكة الحديدية على ضوء الفقه والقضاء- المجلة القضائية- العدد الأول- سنة 2001-ص:101.
10. - مقدم السعيد: " التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة- دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - طبعة أولى -1985- ص: 253.
11. - ملف رقم 214574 بتاريخ 2001/02/14 - المجلة القضائية - العدد الأول - سنة 2002 -ص: 195.
12. - ملف رقم 215762 بتاريخ 2002/07/25 المجلة القضائية - العدد الأول سنة 2002 ص: 279.
13. - ملف رقم 215762 صادر بتاريخ 2002/07/25 المجلة القضائية -العدد الأول سنة 2002 ص: 279..
14. -Angelo Castelletta :Responsabilité médicale-droit des malades-Dalloz-Paris-2002-P87
15. -Caroline (Ruellan) : la perte de chance en droit privé-R.R.J-N°3-Presses universitaires d'aix-Marseille-1999-p738
16. -Noureddine Terki :les obligations -responsabilité civile et régime général-OPU-alger-1982-N 298-P168
17. -Rodolphe (Arzac) :l'indemnisation de la perte de chance en droit administratif-R.R.J-N°2- Presses universitaires d'aix-Marseille-2007-p759

- 18.- أمر رقم 155/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية-ج ر -عدد 88-السنة الثالثة- المعدل والمتمم
- 19.أنظر المجلة القضائية العدد 04 سنة 1993-ص102
- 20.-تنص المادة 47" لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ،أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"
- 21.-علي علي سليمان:دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري-المسؤولية عن فعل الغير-المسؤولية عن فعل الأشياء-التعويض-ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر-1984-ص 238 وما بعدها
- 22.-علي فيلاي: الإلتزامات -الفعل المستحق للتعويض-الجزء الثاني-ديوان المطبوعات الجامعية -الجزائر-ص295
- 23.-قانون رقم 11/90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق لـ 21 ابريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1999
- 24.أنظر قرار المحكمة العليا -المجلة القضائية -العدد1-ص<sup>1</sup>275
- 25.راجع قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/11/15-مجلة المحكمة العليا -عدد01-سنة 2007-ص 487
- 26.وأنظر كذلك ما جاء في قرار صادر بتاريخ 98/07/28 رقم 198831 "... كما يجب تحديد كل ضرر وتقدير تعويضه وهو ما لم يفعله الحكم المطعون فيه مما يجب معه نقضه" المجلة القضائية -عدد خاص - سنة 2003 ص: 593.
- 27.وكذلك المادة48" لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر ومن انتحل الغير اسمه ،أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"