

جامعة القاهرة  
كلية الحقوق

# حماية حقوق الشخصية في إطار

## المسؤولية التقصيرية

"دراسة مقارنة"

La protection des droits de la personnalité en vertu de  
responsabilité délictuelle (L'acte illicite)

« Une étude comparée »

Protecting Individual Rights under Tort Law

“A comparative study”

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراة في القانون .. من :

الباحث : يحيى صقر أحمد صقر

لجنة مناقشة الرسالة والحكم عليها:

الأستاذ الدكتور : محمد شكري سرور رئيساً ومشرفاً

أستاذ القانون المدني ووكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة الأسبق

الأستاذ الدكتور : عبد الرشيد مأمون شديد

أستاذ القانون المدني ووكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة الأسبق

الأستاذ الدكتور : طلبة وهبه خطاب

أستاذ القانون المدني ووكيل كلية الحقوق جامعة عين شمس الأسبق

٢٠٠٦م

عضواً

عضواً

## إهداء

إلى زوجتي .. رفيقة عمري..السكن والمودة.. الآمال والآلام  
المشتركة.. إلي الثريا التي بنورها مشيت في درب الكفاح والطموم  
ومواصلة العلم .. إلي العضد التي تشد من أزرعي وتحفزني وتظلني  
وأستذري بها..

إلي النفس التي رجعت إلي ربها آمنة مطمئنة بعد أن أفل نجمها  
لكن بظل نورها يسطم في قلبي من البرزخ الذي تسبح فيه وتظل  
ذكراه محفورة في عقلي.. إلي ولدي المرحوم هيثم الذي طالما كان  
يطلب مني أن أكمل دراسة الدكتوراه وحالت ظروف العمل والغربة  
دون تحقيقها في وقتها .. ها أنا أحقق مرامه .. لعلها تكون صدقة  
جارية علي روحه الطاهرة..

إلي جميع أساتذتي في مراحل التعليم المختلفة الذين قدموا لي  
العلم والمعرفة سبيلاً لبناء وتهذيب شخصي وتكوين ذاتي..  
إلي جميع المفكرين والكتاب الذين نهلت من كتاباتهم العلم  
والثقافة في مختلف مناحي الفكر الإنساني فكانت الينابيع التي  
ملأت شرايين ذاكرتي وفكري..

إلي تلك الرسالة الخالدة التي حملتها الأديان السماوية لتهدي  
بها البشرية إلي السؤدد والرقى والسمو .. إلي العلم .. النافع .. أول  
أمر طالبت به الكتب السماوية المقدسة : في البدء كانت الكلمة ،  
اقرأ باسم ربك الذي خلق.. العلم .. ذلك النشاط الاجتماعي المستمر

الذي لا يُدرك إلا في السياق الحضاري..هو الطريق إلى التنوير  
وإخضاع الأمور لامتحان العقل وحكمه..  
إليهم جميعاً أقدم هذا العمل ليكون مكافأة لزوجتي علي جهدها  
معي، وليكون أمنية تحققت لنفس ولدي إلي لقاء معه ، وليكون  
لبنة في بناء العلم. إن أصبت فلي أجران وإن أخطأت فلي أجر .. والأجر  
والثواب من عند الله وهو المستعان.

## شكر وتقدير

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتوجه بالشكر والتقدير للعالم  
الجليل الأستاذ الدكتور محمد شكري سرور لما لمسته فيه  
قبل وأثناء إعداد هذه الأطروحة من معونة صادقة وتوجيه  
دائم ينبعان من غزارة وتدفق علمه وتحررية وتقديمية آرائه  
العلمية فضلاً عن تواضع الفقيه فكان خير نموذج يستحق  
التقدير والإعزاز. كما أتقدم بالشكر والتقدير للعالم الجليل  
الأستاذ الدكتور عبد الرشيد مأمون شديد والذي نهلت كثيراً  
من علمه الغزير من خلال أبحاثه وكتبه القيمة التي تثري  
المكتبة القانونية العربية جزاه الله كل الخير. وأتوجه أيضاً  
بالشكر والتقدير للعالم الجليل الأستاذ طلبه وهبه خطاب  
مقدراً له إخلاصه في النصح والإرشاد وشرف القصد.

وأخيراً فإني أسجد لله حامداً وشاكراً وجود هذه الكوكبة من  
العلماء لمناقشة والحكم علي هذه الأطروحة



مقدمه

---

"فمن يعرفه أن يعمل الصواب ولا يعمل"

فإن ذلك يحسب له خطيئة"

من رسائل يعقوب

### أهداف البحث \*

### \* محددات البحث

### \* أسلوب البحث

### أولاً : أهداف البحث :-

أ - يكون من القصور النظر إلى علم القانون ، وعلى أساس أنه كان النموذج الأول للعلم الحديث بالمعنى العام ، إعتباره مجرد حقل معرفي يحقق شروطاً منهجية معينة. إنما يجب أن نتجاوز هذا البعد الأكاديمي إلى نظرة أكثر عملية وهى التي بحسب دوره في الوظائف الاجتماعية. فهو أحد الوسائل والأدوات الهامة في إدارة أي مجتمع إنساني لتحقيق أهدافه المنشودة. وأن أى تحول قانوني يعيد تحديد طبيعة التنظيم الاجتماعي فى شتى المجالات الاجتماعية والإقتصادية والسياسية والفكرية. وأن أى تغير فى هذه المجالات يستتبعه، بالضرورة، فكر قانوني جديد يواكب هذه المستجدات. لذلك يضطلع رجال الفكر القانوني بدور هام فى رصد الظواهر والمشاكل الاجتماعية وتقديم الصيغ القانونية التى تساهم في القضاء على الظواهر السلبية وحل المشكلات.

ولعل الباحث يحاول إلقاء الضوء على مشكلة / ظاهرة إختلاف أحكام القضاء المصري فى تقدير القيمة النقدية لعناصر التعويض فى دعاوى المسؤولية التقصيرية. وهى مشكلة يواجهها الواقع العملي وتتكون من شقين : الأول : التفاوت فى تقدير التعويض النقدي فى حالات تتماثل من حيث نوع الخطأ ودرجته ونوع الضرر ومداه. والنتيجة الحتمية هى تأرجح شعور المتقاضين نحو الحكم ، وهو عنوان الحقيقة ، بين الرضا والإحباط بمختلف درجاتهما. والشق الثاني : هو أن تعويضات المحاكم لا تتناسب مع حجم الضرر الواقع على الضحايا. وعن هذا الشق نشر بجريدة الأهرام المصرية بالعدد رقم ٤٠٢٥٧ لسنة ١٢١ بتاريخ ٢٤ فبراير ١٩٧٧ ، الصفحة الثالثة تحقيقاً عن مشاكل التعويض النقدي. وجاء على لسان أحد الأساتذة أن "القانون أقر القاعدة وتركها مرنة لتقدير القاضي الذى يحكم بالتعويض المناسب. وهى مسألة يتحكم فيها القاضي فنحن فى مصر ليس لدينا لائحة تعويض بينما فى المملكة السعودية وفى إنجلترا وأمريكا نجد أن هناك لائحة للتعويض عن فقد إصبع أو ساق .." كما أشار البعض إلى أن مأساة التعويض تكمن فى عدد من النقاط أهمها أن الهيكل القانوني للنظام القانوني المصري يحتاج إلى تحديث وإصلاح وهى مسألة

على قدر كبير من الأهمية لإستقرار معنى العدل فى المجتمع. وهذا يدفع الباحث إلى محاولة تقديم معايير كمية لقياس عناصر الضرر وصولاً للعدالة النسبية.

ب - إن سبر أغوار الدراسة القانونية المقارنة هو هدف أساسى ، متوازياً مع موضوع البحث، تحقيقاً للمرامى التالية :

١ - تضع الدراسة المقارنة المتلقى أمام بانوراما تعرض خبرات وتجارب إنسانية للآخر. فهى وسيلة لتعميق الفهم والإقتناع بالنظم المحلية التى تحقق أهدافها من جانب ومن جانب آخر تدفعه إلى الإستفادة منها وإستعارتها فى التطبيق المحلى وتوطينها ، فهى إذاً تودى إلى نوع من التفاعل المتبادل بين الشرائع المختلفة. وبُعد آخر لأهمية الدراسة المقارنة حالياً إذ أنه مع التقدم المذهل فى وسائل الإتصالات والمعلومات وإعتبار العالم "قرية صغيرة" تزامن معه ، نتيجة لظروف عالمية ، تواجد قطب أوحده يريد أن يسيطر على هذه القرية محاولاً فرض نظمه القانونية. أمام هذا الغزو الثقافى المحتمل تكون دراسة نظمه هى الدرع الواقى حمايةً للهوية الوطنية أو تدعيماً لها بالإقتباس من النظم الأخرى دون صدام مدمر. قد يتضمن هذا البحث بعض التركيز ، فى بعض موضوعاته، على إبراز التجربة الأمريكية لأنها ، وبحق ، نموذج يحتذى به فى معالجة موضوعات الإعتداء على السمعة والخصوصية. إذ تطبق القانون الخاص حصرياً فى بعض الحالات دون تطبيق القانون الجنائى ؛ كما توجد التوازن بين هذه الحقوق والحريات والأخرى مثل حرية التعبير والنقد والتعليق المجرد والتعرض لأعمال الشخصيات العامة.

٢ - تقدم الدراسات المقارنة الحلول العصرية البديلة والمناسبة من ذلك مثلاً يحمى القانون المصرى السمعة والخصوصية بتطبيق القانون الجنائى بإعتباره يحقق وظيفتي العقاب والردع ويحيل إلى القانون المدنى تحقيق التوازن بين الخطأ والضرر وتعويض المضرور من خلال ما يسمى بالتعويض الجابر (موضوع بحث الفصل الأول من الباب الثالث). فى حين أن النظام الأنجلو أمريكى يقدم البديل عن العقوبة البدنية أو حتى الغرامة المالية بما يسمى التعويض العقابى فى أمريكا أو التعويض الإعتاضى فى إنجلترا. هذا البديل الذى يعرضه الباحث إقتناعاً (الفصل الثانى من الباب الثالث) يلبى حاجة القانون المدنى لفكرة الردع بطريق مباشر فى تطبيق الموضوعات الداخلة بحسب طبيعتها فى نطاقه ودون حاجة لتطبيق فكرة الجزاء الجنائى الذى يؤدى تطبيق هذا الأخير إلى إفلات شخص من الجزاء بسبب من الأسباب الإجرائية أو عدم ثبوت القصد الجنائى أو بسبب العفو العام الذى يقرر لأسباب تتعلق بطبيعة أحكام القانون الجنائى ووظيفته فى المجتمع<sup>١</sup>. كما يؤدى تطبيق القانون الجنائى إلى توقيع عقوبة بدنية أو غرامة مالية فى حالة التشهير بشخصية عامة ثم يتبين صحة وقائع الإسناد بعد إنتهاء مدة الحبس أو دفع الغرامة التى لا يستطيع ردها فى هذه الحالة. فى حين أنها لو ظلت فى إطار الحماية التى يحققها القانون الخاص لإستطاع المدعى عليه / الضحية رفع دعوى تعويض تعويضاً عما دفعه من قبل.

٣ - تقدم الدراسة المقارنة في هذا البحث موضوع جديد كل الجدة على فئة ليست قليلة من المشتغلين بالقانون في مصر وهو التحليل الإقتصادي للقانون. وقد إختص الباحث من هذا العلم الحديث التحليل الإقتصادي للفعل الضار (الفصل الثالث من الباب الثالث). إن علم التحليل الإقتصادي للقانون علم جديد نسبياً بدأ مع مطلع عام ١٩٦٠ حين نُشرت مقالتي لعالميين أمريكيين في الإقتصاد. الأولى لرونالد كوس<sup>١</sup> عن مشكلة التكلفة الإجتماعية. والثانية للكاتب كلابريسي<sup>٢</sup>. وكما يقول القاضي بوسنر<sup>٣</sup> "إن أهم تطور في الفكر القانوني خلال النصف الثاني من القرن العشرين هو تطبيق الإقتصاد على المدى المتزايد لحقوق القانون بما في ذلك ما كان أساسياً وظاهرياً ليس له علاقة بالإقتصاد مثل قانون الفعل الضار". وخلال هذه الفترة نجح هذا العلم في إجتذاب إهتمامات أكاديمية وعملية متنامية وفي خلق دراسات متوسعة ومتطورة. بل إنه حصل على إهتمام عالمي تمثل في منح جائزة نوبل في الإقتصاد لرونالد كوس في عام ١٩٩١ ، وفي العام التالي مُنحت نفس الجائزة لجيري بيكر لمجهوداتهما في تأسيس علم التحليل الإقتصادي للقانون. وأهم سمات هذا العلم أنه يقدم للناس مقاييس معيارية لتقويم السياسة التشريعية. كما أنه يفيد في وضع مؤشرات رياضية عامة لكيفية حساب التعويض النقدي بإستخدام أساليبه التجريبية من رياضة بحتة وإحصاء وإقتصاد قياسي. لذلك يكون حرياً بالباحث تقديم هذا العلم الجديد في دراسة مستقلة في فصل خاص للإستفادة من التجربة وإثراء الفكر القانوني. وهي دعوة من الباحث للخروج بالدراسات القانونية النمطية التقليدية إلى آفاق أكثر من المنهجية أكثر رحابة وعصرية والتي تعتمد الأساليب الرياضية والإحصائية في الدراسة والتحليل. سيما وأن الملاحظ حالياً هو إقتحام الدراسات والأساليب الرياضية لعلوم نظرية أخرى في نطاق العلوم الإنسانية وثبت جدواها في تطور هذه العلوم.

٤ - إن علم القانون شأنه في ذلك شأن سائر العلوم ليس له هوية وطنية وهو ليس بحاجة إلى وحدة سياسية عالمية أي حكومة موحدة بيروقراطياً أو وحدة لغوية. فهناك حركة دؤوبة نحو تحويل خطاب علم القانون والأفكار القانونية إلى العالمية وإن بقيت الصياغات القانونية الخاصة بكل من التشريعات محل الدراسة (اللاتينية والأنجلو أمريكية والشريعة الإسلامية) محتفظة بذاتيتها مؤقتاً. ويرجع الفضل في ذلك إلى أساتذة علم القانون المقارن.

ج - إن المسؤولية المدنية مثلها في ذلك مثل نظرية العقد والملكية هي أحد العناصر البنائية الرئيسية التي يتشكل منها القانون المدني. وإختيار الباحث لدراسة أحد موضوعات المسؤولية التقصيرية نابع من الدور الإجتماعي والإقتصادي الذي تقوم به (الفصل الثاني من الباب التمهيدي) في المجتمع. ولا يمكن إنكار تأثيرها في سائر

<sup>١</sup> Ronald H. Coase : "The Problem of Social Cost" , 3 J. Law & Econ. 1 (1960)

<sup>٢</sup> Guido Calabresi : "Some Thoughts on Risks Distribution and the Law of Torts" , 70 Yale L.J. 499 (1961)

<sup>٣</sup> Richard A. Posner : Economic Analysis of Law , 4<sup>th</sup>. ed. Little , Brown and Company , (1992) p. 25

الأنظمة القانونية الأخرى. إذ إستعارت المسؤولية الإدارية فى القانون الإداري والمسؤولية الدولية فى القانون الدولى العام لتنظيمها وقواعدها لتطبيقها فى مجالات غير القانون الخاص. فضلاً عن مزاحمتها للمسؤولية الجنائية فى بعض التطبيقات حيث تستقل بحماية الخصوصية فى النظام الأمريكى. وينادى الباحث بأن تكون أساس الحماية الأصلي فى حالة الإعتداء على السمعة والخصوصية من جانب أجهزة الإعلام سيما إذا كان المدعى أحد شاغلى الوظائف العليا أو من الشخصيات العامة.

د - وأخيراً فإن موضوع البحث هو حماية حقوق الشخصية. وإنتهى الباحث إلى حصرها فى الحق الحياة ، والحق فى سلامة الجسد ، والحق فى السمعة ، والحق فى الخصوصية. ويقرن الباحث أنها تمثل حالياً ، فى وسائل الإعلام والدوائر العلمية وكم القضايا أهمية كبيرة خصوصاً فيما تثيره من مسائل مثل : -

١ - تعريف الموت وتحديد لحظته وما يثيره من مشاكل دينية وإجتماعية وقانونية سيما موضوع التبرع بالأعضاء البشرية وزراعتها ؛

٢ - المشاكل الطبية التى يثيرها الإعتداء على الحق فى الحياة ، فى حالة توافر المسؤولية التقصيرية كما هو الحال فى النظام الأنجلو أمريكى ، والجدل الذى يمكن أن يثور حول دور الطبيب فى حفظ الحياة أو تخفيف آلام المريض ، ثم حق المريض فى تقييد أو رفض العلاج ومدى إنتقال هذا الحق لأقاربه ؛

٣ - الطبيعة القانونية للجسد البشري والممارسات الطبية الخاطئة (المسؤولية الطبية) ٤ - الحقوق والمصالح والحريات المتعارضة وأسباب تغليب بعضها وكيفية إعمال التوازن بينها مثل تعارض كل من حرية الرأى والحق فى النقد والتعليق المجرد والتعرض للشخصيات العامة وكبار موظفى الدولة. والتعارض بين الحق فى الإعلام والحق فى الخصوصية ؛

٥ - هل يتم إحترام الخصوصية بشكل مطلق فى الوقت الحاضر أم يتم إنتهاكها على أساس القول بنسبيتها وهناك مصالح أخرى أهم.

#### ثانياً : محددات البحث :

أ - هذا بحث فى القانون المدنى. إلا أن بعض موضوعات البحث يتم تناولها فى قوانين أخرى مثل الحق فى السمعة فى القانون الجنائي أو الحبس بدون وجه حق الذى يخضع فى تطبيقه للقانون الإداري. يحاول الباحث التركيز فقط على حماية القانون الخاص المتمثلة فى إصدار الأوامر القضائية المنعية والتعويض النقدي إلا فى الحالات التى تقتضيها ضرورة الإيضاح والتفسير.

ب - وهو أيضاً بحث فى المسؤولية التقصيرية أو ما يطلق عليه بالفعل الضار فى النظام الأنجلو أمريكى لذلك يستبعد الباحث معالجة المسؤولية الطبية ، وعمليات تحول الجنس ، والإتفاقات المتعلقة بما يتجدد دورياً فى جسم الإنسان كالدم والمنى ونقل الأعضاء والأبحاث الطبية على جسم الإنسان فى كل من فرنسا ومصر لإستقرار الرأى على أنها أحد تطبيقات المسؤولية العقدية. لكن الأمر يختلف فى النظام الأنجلو أمريكى إذ تعتبر هذه الأمور صوراً للفعل الضار. لذلك يتعرض الباحث للممارسات الطبية الخاطئة فى هذا النظام. وإن كان الخطأ الطبي فى دولة الكويت يكيف على أساس المسؤولية التقصيرية.

ج - هناك بعض الافتراضات لا يمكن القول بأنها ظواهر إجتماعية فى غيبة الدراسات والبحوث العملية التجريبية القائمة على إستبيان وإختيار عينة ممثلة وتحليل البيانات والمعلومات لإثبات وجود ظاهرة/مشكلة لكن يبقى أن ما يذكره الباحث على أنها ملاحظات ليست سوى فروضاً وإجتهادات شخصية أساسها مايكتب فى الكتب الدراسية أو يقال فى أجهزة الإعلام.

د - أهم محدد هو الترجمة عن اللغات الأجنبية (الفرنسية والإنجليزية). فغالبا تكون الترجمة تعبير عن شخصية المترجم وثقافته وبيئته وهى بالتأكد تختلف عن شخصية الكاتب الأول. فلكل ثقافة وعواؤها. وأن الناقل عن الثقافات الأخرى يعكس ثقافته وأنه عندما ينقلها إلى لغته إنما يصب الأفكار والمعانى فى قوالب لغته. وهنا قد يحدث عدم هضم الترجمة بالإحساس الذى كتب به الأصل. وتوضيحا لذلك فإن حكاية الأسد والفأر التى ترجمت لعدة لغات مع إختلاف لغة خطاب الفأر للأسد. وفى الترجمة الإنجليزية لم يستخدم الفأر ضمير المخاطب الجمع تعظيماً وإنما استخدم ضمير المخاطب المفرد. وفى الترجمة اليابانية استخدم يا صاحب الفخامة بينما الترجمة العربية أضافت "يا مولاي" وكثير من ألقاب التعظيم.

وتطبيق ذلك على القانون ، أحد مخرجات المجتمع ، نجد النظام القانوني تعبير وترجمة لبيئة وتراث ثقافي وإجتماعي وإقتصادي. وهو فى هذه الخصوصية يختلف فى لغته ومصطلحاته عن النظم القانونية فى بيئات أخرى. ومن ثم يكون التعريب تقريبا لهذه اللغة والمصطلحات إلى المحلية لكن بالتأكيد قد يشوبه عدم الدقة فى النقل بحيث تبدو الترجمة العربية غريبة أحيانا على السمع والجرس العربي. وهذا الأمر يبدو جيدا فى النقل عن النظام الأنجلو أمريكي.

**ثالثاً : أسلوب وخطة البحث :**

أ - هو بحث نظري مكتبي وصفي قد يتخلله بعض التحليل والنقد والمقارنة. يستمد المعلومات من المراجع العلمية المتمثلة فى الكتب الأكاديمية والرسائل العلمية الجامعية والدوريات والمقالات وأحكام القضاء والتعليق عليها.

ب - يتم ترقيم فقرات البحث فى ثلاث خانات الأولى خاصة برقم الباب ويبدأ بالرقم صفر (0) مشيراً إلى الباب التمهيدي. والخانة الثانية خاصة بالفصل. والخانة الثالثة هى ترقيم النبذة فى ذات الفصل الذى ترمز إليه الخانة الثانية.

ج - يقوم الباحث بحصر حقوق الشخصية بأسلوب إستبعاد المفاهيم الأخرى التى يدخلها بعض الفقه فى نطاق حقوق الشخصية. فيستبعد الحريات ، والحقوق الذهنية ، والحق فى الإسم ، والحق فى قرينة البراءة لتقتصر فقط على الحق فى الحياة وفى سلامة الجسد والسمعة والخصوصية.

د - **خطة البحث :** ينقسم البحث إلى باب تمهيدي وثلاثة أبواب أخرى : الباب التمهيدي ويشمل فصلين الأول : الحق وحقوق الشخصية. ويتعرض لمفهوم وصفات الحق ، الحق والحرية ، تقسيمات الحق ، وحقوق الشخصية ، الفصل الثانى : المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار). ويشمل نطاق ونشأة النظم المقارنة ، تطور المسؤولية ، المصالح والأهداف التى تحققها المسؤولية التقصيرية ، تنظيم المسؤولية التقصيرية فى النظم المقارنة ؛

الباب الأول : المقومات المادية ويتكون من فصلين :  
الفصل الأول: الحق في الحياة ويعالج نطاق ومضمون الحماية (بداية ونهاية الحياة)  
ضرر الموت (ماهية وطبيعة ضرر الموت) ، وبعض المشكلات الطبية / القانونية  
الفصل الثاني : معصومية الجسد. ويتناول محل ومضمون الحماية ، معصومية  
الجسد في النظام الأنجلو أمريكي ، معصومية الجسد في النظام اللاتيني ، معصومية  
الجسد في الشريعة الإسلامية ؛

الباب الثاني : الكيان المعنوي ويتكون من فصلين :  
الفصل الأول : الحق في السمعة أو عدم التشهير. ويشمل ماهية وخصائص الحق في  
السمعة ، التنظيم المقارن للحق في السمعة ، إشكالية حرية التعبير/الحق في السمعة ،  
وإيجاز وتعليق ،

الفصل الثاني : الخصوصية أو الحق في الحياة الخاصة ويناقش الحاجة للخصوصية  
وماهيتها ومجالاتها ، الخصوصية في النظم اللاتينية ، الخصوصية في النظم الأنجلو  
أمريكية ، الخصوصية في الشريعة الإسلامية ، وتطبيق الخصوصية في الميزان ،  
الباب الثالث : آثار الإلتزام (التعويض) . ويتكون من ثلاثة فصول :

الفصل الأول: التعويض الجابر. ويتناول أنواع وأشكال التعويض ، وضوابط التقدير  
الكيفي لعناصر التعويض النقدي ، والعوامل المؤثرة في تقدير التعويض ، والتعويض  
عن ضرر الموت والضرر المرتد ، النظم البديلة أو المكملة للتعويض النقدي ،  
التعويض النقدي في الفقه الإسلامي ،

الفصل الثاني : التعويض العقابي. ويعرض العقوبة الخاصة في فرنسا ، التعويض  
الإتعاضي والتعويض المشدد في إنجلترا ، التعويض العقابي في الولايات المتحدة  
الأمريكية ، التعويض الإتعاضي/العقابي في بعض الدول والتطبيق في الشريعة  
الإسلامية ،

الفصل الثالث : التفسير الإقتصادي للتعويض. ويقدم الصيغ الرياضية ونظرية  
المباريات ، الطرق الكمية لحساب التعويض الجابر ، التحليل الإقتصادي للتعويض  
العقابي.

# باب تهيي

الفصل الأول



# الحق وحقوق الشخصية

"الرجل الأعلى يخشى ألا يصل إلى الحقيقة،  
وهو لا يخشى الفقر .. وهو واسع الفكر غير  
متشيع إلى فئه .. وهو يحرص على ألا يكون  
فيما يقوله شئ غير صحيح"  
كنفوشيوس

\* مفهوم الحق

\* صفات الحق

\* الحق والحريه

\* حقوق

\* تقسيمات الحق

الشخصيه

## مفهوم الحق :

1/1/0-مقدمه: يستخدم كثير من رجال الثقافه و الفكر القانونيين للمفاهيم القانونيه مثل مفهوم الحق طريقه بروقرسطيس فى الأسطوره اليونانيه القديمه<sup>(١)</sup>. غير أن الحق كمفهوم قانوني هو فكرة مجردة نسبیه يصعب إخضاعه لهذا الأسلوب فى التفكير من التنميط والأحكام المسبقه ، ويبدو من المعقول إختلاف الآراء و التعريفات و بيان الكنه إختلاف المكفوفين فى وصف حيوان الفيل الضخم ، كل يصفه بحسب ما يدركه و ما يلمسه. لكن يبقى كل وصف ورؤيه و إدراك حسي قاصر بالضروره فى مواجهه النظره الشموليّه التى تستقطب جميع الآراء و الأفكار مع تقدير كل فكرة ورأى فى مفهوم الحق باعتبار أن هذه المجهودات لبنات يشارك فيها أصحاب هذه الرؤى فى البناء الهلامي الذى يسمى الحق و إثراء للفكر القانوني بصفة عامه. ويمثل مفهوم الحق الشخص droit subjective<sup>(2)</sup> منطقة أدغال شائكه مليئه بالحوارات الجدليه الفلسفيه الميتافيزيقيه ، قاصرة فقط على رجال الفقه والقائمين

<sup>(١)</sup> يقال أن بروقرسطيس أقام على طريق المسافرين نُزلاً يستريحون فيه. لكنه جعل الأسرة كلها ذات طول معين ، فإذا كان النازل عنده أقصر من السرير وضعه فى آلة أعدها لتمط الجسد حتى يطابق طول السرير ، وإذا كان النازل عنده أطول من السرير ، جذ ساقيه ليقصر إلى الحد المطلوب. فلا ينجو من شره إلا مسافر شاءت له المصادفة المواتية أن يكون فى طوله مطابقاً للطول المطلوب.

<sup>(٢)</sup> يقصد بكلمة droit فى اللغة الفرنسيه فى الأصل الخط المستقيم directum وقد استخدمت مجازاً للتعبير عن التوافق مع منهج أو نظام . وهناك كلمات فى لغات مختلفه تحمل نفس المعاني المجازيه مثل : diritto , derecho , recht , right .

بتدريس القانون و الرسائل الجامعيه و المقالات المتخصصة . عدا ذلك فإن مفهوم الحق بالنسبة للممارس العام أو الرجل العادي لا يخرج عن كونه يتخذ أحد مظهرين : الأول هو إدعاء شخص ما بأن له حقا في شئ ما أو لدي شخص آخر ؛ والثاني هو قرار القاضي أو المحلفين بثبوت حق لشخص ما لدي آخر أو في شئ معين.<sup>(٣)</sup> فلا جرم أن يمتار الفقهاء في مفهوم هذا الخلق القانوني المسمي بالحق الشخصي إنكاراً و إثباتاً ، و تعريفاً ، و بياناً لكنّه و محتواه أو تحديداً لخصائصه و سماته العامه ، و إنتهاءً بالتمييز بينه وبين بعض المفاهيم الأخرى كالحريات العامه . ولا جرم أيضاً أن تختلف الرؤى بين الشرائع الثلاث (اللاتينية والأنجلو أمريكية وأحكام الفقه الإسلامي) في زوايا النظر إليه . وذلك كله على النحو التالي :

### نقد مفهوم الحق الشخصي :

#### I - نظرية الحق الطبيعي التقليدي<sup>(٤)</sup> ونقد الحقوق الشخصية

2/1/0\_ جوهر هذه النظرية هو أن النظام الطبيعي يؤدي إلى إقامة روابط قانونية موضوعية وليس إلى حقوق شخصية<sup>(٥)</sup> . وهى وجهة نظر تاريخية تستند على أن الرومان ، على خلاف الصرح الشامخ للنظام القانوني الذى شيده عبر دهور طويله، جهلوا مفهوم الحق بمعناه الحديث<sup>(٦)</sup> وإستعاضوا عنه بفكرة الدعوى ولم يستخدموا مصطلحيي الحق على الشئى والحق تجاه الشخص وإنما الدعوى العينية

---

فإذا أضيفت إليها كلمة subjectif أصبحت إصطلاحاً بمعنى الحق في مقابلة إصطلاح آخر وهو droit objectif بمعنى القانون . راجع :

Boris Starck ; Henri Roland ; et Laurent Boyer ; Introduction Au Droit . 2 e ed ., librairie de la Cour de cassation , (1972) p. 1

كما أن الحق قد يوصف بأنه شخصي وهو يعني أحد ثلاث معان : ١- أن الحق محدد بحياة صاحبه ولا ينتقل بعد وفاته إلى الورثه مثل حق الإنتفاع . ٢- أن الحق مرتبط بشخص صاحبه فلا يجوز الحجز عليه أو إستعمال الدعوى غير المباشره للمطالبه به مثل حق الضرر في المطالبه عن التعويض الأدبي . ٣- الرابطه القانونيه التي تخول للدائن جبر المدين على القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل وهذا الأخير يطلق عليه في المصطلح الفرنسي droit personnel في مقابلة الحق العيني droit reelle ويفضل كثير من الشراح الإستعاضه عن المعنى الثالث بتعبير حق الدائىم droit de creancier راجع د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونيه - القاهرة : مطابع دار النشر للجامعات المصريه (١٩٦١) ص ٤٣٧ هامش ١ وأيضا د. محمد شكرى سرور : النظرية العامه للحق - دار الفكر العربي - الطبعة الأولى (١٩٧٩) ص ١٠ هامش ١

H . L . A . Hart : " Definition and Theory in Jurisprudence " , The Law Quarterly Review , Vol. 70 , Jan.. 1954 p.49

<sup>(٤)</sup> يعنون بعض الفقه المصرى هذه النظرية بالإتجاه المنكر للحق من الوجهه التاريخيه - أنظر : د. جلال على العدوى : المراكز القانونيه ، مؤسسة الثقافه الجامعيه (١٩٨٨) ص ٥٦ وما بعدها ؛ وأيضا د. محمد حسين منصور : نظرية الحق ، منشأة دار المعارف (١٩٨٨) ص ٢٧

والدعوى الشخصية<sup>(٧)</sup> . بل إن كلمة jus الحق لم تكن لتعني وجود سلطه أو ميزه للفرد وإنما قصد بها مجرد خلق قانوني موضوعي une création juridique objective يتضمن شيئاً غير مادي chose incorporelle ، ويتعلق بالنصيب الذي يعيد الفرد إلى داخل التنظيم الإجتماعي ويستوجب بالتبعيه وجود أعباء وتكاليف عليه . فالعدالة هي أن تعطى كل فرد نصيبه وفقاً لمبدأ جستينيان " أعط لكل ماله " suum cuiusque tribuere ويصبح تعبير "الحق" droit بالنسبة للأفراد هو فى تعيين نصيب كل فرد الذى يستحقه<sup>(٨)</sup>

ويتقابل هذا الإتجاه مع فلسفة الحق الطبيعي التقليديه التى نادى بها أرسطو والقديس ثوماس الإكويني Thomas d' Aquin من أنه يوجد نظام للطبيعه يجعل الكون يتألف من عناصر موضوعه فى مكانها العادل بدقه . وحيث أنه من الضروري وجود روابط بين الناس والأشياء والمؤسسات<sup>(٩)</sup> . تكون العدالة هي توفيق وضع كل شئ فى مكانه فى عالم متناسق ومتناغم يحكمه إنصاف شامل تمنحه الطبيعه<sup>(١٠)</sup> . وعلى ذلك لا يكون هناك محل للتساؤل عن : الحريه ، والسلطه ، والإمتياز للإنسان لأن الحق هو رابطته supra, inter – individuel<sup>(١١)</sup>

وسارت الأمور على نهج هذا الإتجاه ولم تظهر فكرة الحق بمعناها الحديث إلا بعد نشوء الصراع الديني الذى إصطبغ بصبغة قانونيه بين الفرنسيين والبابا . إذ أن تعاليم هذه الطائفة – كما أنشأها القديس فرانسوا داسيز تحت على الزهد والتواضع وعدم الرغبه فى التملك تأسيساً بسلوك السيد المسيح عليه السلام . إلا أنه تراكم لديهم أموالاً كثيره من الهبات والتبرعات وخلافه ، حينئذ حدث نوع من التعارض بين الفكر التجريدي والمأمول وبين التطبيق العملي . قرر البابا فى أول الأمر تمتعهم بإستغلال هذه الأموال مع إحتفاظ الكنيسه بملكيتها ، إلى أن جاء البابا يوحنا الثانى والعشرين رافضاً الممارسات السابقه والحل الوسط وأصر على وجوب تملكهم ما لديهم من أموال . عارض الفرنسيين وعلى رأسهم جيوم دوكام رأى البابا . وحللاً لهذا الصراع وبصيغة توفيقه توصل دوكام إلى أن كلمة jus لا يقصد بها المال الذى يعود عدالة على شخص معين وإنما يقصد بها السلطه التى يمنحها

(٥) : L' ordre naturel conduit à établir des rapports juridiques et non des droit subjectifs V

Jacques Ghestin ,

Gilles Goubeaux : Traité de Droit Civil , Introduction General , L . G . D . J ..Delta no. 176 p . 128

M. Villey / " La genèse du droit subjectif chez Guillaume d' Occam (٦)

" , Arch . phil .dr (1964) p. 97 et s.

(٧) د. جلال على العدوي : المرجع السابق ص ٥٧ – د. محمد حسين منصور : المرجع السابق ص ٢٧

Villey ; op cit p . (٨)

!00 .

Ibid : 103 (٩)

Thomann : Christian Wolff et le droit subjectif p. 153 et s. (١٠)

Villey , op.cit p.( 104) (١١)

القانون للشخص على المال وهي تختلف عن مجرد الرخصة في استعمال الأموال التي تكون قابلة للرجوع فيها من قبل المانح . لذلك أعتبر جيوم دوكام " أبو فكرة الحق " بمعناه الحديث (١٢)

### تقويم هذا الإتجاه :

3/1/0- إجتهد بعض الفقه<sup>(١٣)</sup> وأبدى خمسة أسباب لعدم التسليم بهذا الإتجاه:-

١ - أن فكرة الحق هي نتاج التقدم فهي أحد " المدركات الفكرية المتقدمة " التي لم تصل إليها القوانين القديمة. مثلها في ذلك مثل " الرضائية " . بيد أن ذلك السبب لا يقدح في قيمة هذا الإتجاه . فهو أولاً يسلم بصحة مقدماته وهي أن فكرة الحق لم تصل إليها القوانين القديمة. وثانياً فهو يتعارض مع الفرض القائل بأن ديناميكية " المدركات الفكرية " تجعلها تتكامل مع بعضها في إطار عام من العوامل الإيكولوجية في زمان معين ؛

٢ - إن مفهوم الحق عرف قديماً لكنه تحول من " مفهوم لآخر " . بل إن أحدث نظريات الحق التي تعتبره " إستثنائاً لقيمة معينة " نجد أصلها في نفس هذا الإتجاه بأنه " النصيب العادل الذي يعود على الشخص من التوزيع العادل للقيم " . وهذا السبب في حد ذاته دليل على ضعف السهام الموجهة إلى هذا الإتجاه ففي فقره السابقه يعتبر الكاتب أن مفهوم الحق قد تطور ثم يعود في فقره التاليه ويعتبر أن أحدث تطور في نظرية الحق هو التوافق مع الإتجاه القديم . ويتساءل المرء كيف تتطور المدركات الفكرية من خلال تحليل الكاتب الذي يبدو فيه التعارض واضحاً ؛

٣ - عرفت المجتمعات القديمة " أبرز أنواع الحقوق وهو حق الملكية الخاصة لغير الأرض " من الأشياء ، وهو ما كشفتته الحفريات من دفن الأمتعه الشخصية مع أصحابها وكتابة أسمائهم على أدوات الصيد المدفونه معهم . وهذا الإستنتاج محل نظر . إذ أن دفن الأشياء مع الموتى هو اعتقاد بفكرة البعث في بعض الديانات القديمة وأنه سيستعملها في الحياة الثانية ولا تعنى بالضرورة تملكه لها حال حياته الأولى لأنها قد تكون ما وزع عليه كنصيب عادل من طبيعه . فضلاً عن أنه من الثابت تاريخياً أن الرومان لم يعرفوا فكرة الحق بمفهومها الحديث وهو ما تقررته النظرية بقطع النظر عما تكشفه الحفريات ؛

٤ - تدل الدراسات النفسية على وجود " شعور فطري بحب الحيازه منذ العام الثاني للطفل " وتطبيق هذه المقوله على هذا الموضوع ليّ للحقائق العلمية للوصول بطريق غير مباشر إلى تأكيد ما يستنتجه الكاتب . والمعروف أنه في العام الثاني للطفل تبدأ الأنا ego /égöism في الظهور وبداية التعاضم والتي يكون أحد مظاهرها أن يحاول الطفل الإحتفاظ بالأشياء والعدوانيه ضد من يحاول أخذها منه . ثم يتركها بعد ذلك بتلقائيه وطواعيه ليلهو بأشياء أخرى . كما أن حب التملك ليس من الغرائز

(١٢) د . رمضان أبو السعود : شرح مقدمة القانون المدني ، النظرية العامة للحق ، دار المطبوعات الجامعية (١٩٩٩) ص .

(١٣) د. جلال علي العدوي - المرجع السابق ص. ٥٨ وما بعدها

instinctual drive وإنما مكتسب إجتماعي وإذا كان – كما وصفه الكاتب – شعور فطري أى ميل تلقائي فهو يختلف عن الحق بإعتبار هذا الأخير تنظيم لسلوك الآخرين تجاه صاحب الحق ؛

٥ – وأخيرا فإن الظواهر الإجتماعية كشفت أن الإخلال بالقواعد القانونية التى تقرر حقوقا للأشخاص أقل من الإخلال بالقواعد القانونية التى لا تقرر مثل هذه الحقوق لحرص صاحب الحق على حمايته . وهذا قول مردود . إن أبجديات البحث العلمي هو أنه عندما يتصدى أحد بالقول عن ظاهره إجتماعيه عليه أن يثبت بالأرقام والإحصائيات والعينه الممثل للمجتمع صحة وجود هذه الظاهره وإلا أعتبر كلامه مرسلا غير قابل للتصديق العلمي . وإن ثبت وجود هذه الظاهره فليس بالضروره أن يكون سببها حرص صاحب الحق على حمايته بقدر تأثير المبادئ والقواعد الأخلاقية والدينية و التى تحت على إعطاء كل ذى حق حقه ، وإعطاء ما لقيصر لقيصر وما لله لله .

0 / 1 / 4 - على أننا لا يجب أن ننظر إلى هذه النظرية بإعتبارها صفحة طواها التاريخ . فما زال بعض الفقه <sup>(١٤)</sup> يعول عليها فى ترسيخ فكرة رابطة القانون rapport- de – droit . بيد أن الرؤية الوحيدة الذاتانية<sup>(١٥)</sup> للحق تؤدى إلى تقريب مجموعه الإمتيازات الفردية بدلا من التنقيب عن الروابط العادلة بين الناس ، مع الأخذ فى الإعتبار الحقيقة المادية والإجتماعية . إن إمعان النظر فى الحق – حصريا – من وجهة نظر صاحبه والفوائد التى يحققها هو مفهوم مخالف تماما للقانون antijuridique <sup>(١٦)</sup> لأنه يتجاهل الوظيفة الأساسية للحق : وهى ترسيخ العدالة . وإذا كانت هذه النظرية تجد أساسها الفلسفي فى فكرة الحق الطبيعي فإن الرافضين لهذا الأساس يرفضون بالتالى نتائجها من إنكار لوجود الحق .

ب – نظرية ديجي : لا توجد حقوق شخصية وإنما مراكز قانونية :

5/1/0 – يعتبر العميد ليون ديجي Leon Duguit الأكثر شهرة فى الهجوم على فكرة الحق <sup>(١٧)</sup> وإنكارها . وقد تأثر فى سلوكه هذا بفلاسفة الوضعيه الإجتماعيه positivism

<sup>(١٤)</sup> وهو ما حاوله M . Villey فى مجمل أعماله والنتيجة التى وصل إليها مارتين وإن لم يشر صراحة إلى هذه النظرية

لكنه يميل إلى إحلال مفهوم " رابطة القانون " محل الحق الشخصي . أنظر : Me R : Martin :

'De l' usage des droits et particulièrement du droit de propriété ' ; R T D civ : , (1975) p . 52 et s .

<sup>(١٥)</sup> نسبة إلى المذهب الفلسفي الذى يقيم المعرفة كلها على أساس من الخبرة الذاتية

Villey opcit p. 110 .

Leon Duguit : Traité de droit constitutionnel , I , 3e éd . Paris (1927)

(١٧)

وأنظر فى عرض هذه النظرية ونقدها أولا : فى الأدب الفرنسي :

- J . Dabin : Le droit subjectif , Dalloz ; Paris (1952) p. 5 \_ 17 . - Marty et Raynaud : droit civil , t. I . (1972) p. 253 et s. - Ionescu : \_ La notion de droit subjectif dans le droit privé 2e . éd . , (1978) no. 6 et s. - Chestin , Goubeaux op\_ cit no . 178 p. 139 \_ 131

ثانياً : ومن الفقه المصري : د . عبد الهادى يوسف العطافي : ماهية الحق فى القانون الخاص : نقد نظرية ديجي فى إنكار الحق ، القاهرة : مطبعة جامعة القاهرة (١٩٦٤) وقد سبق نشر هذا البحث فى مجلة القانون والإقتصاد العدد الرابع –

sociologique<sup>(١٨)</sup> فرفض فكرة الحقوق الطبيعية للإنسان التي تولد معه بإعتبارها ميتافيزيقا لا جدوى منها . وأن وجود الإنسان المنعزل فرض فلسفي غير موجود عمليا وبالتالي لن يكون له حقوق إذ لابد للعيش في جماعه لأن الحق يقتضى وجود شخصين .

والفرض الثانى الذنتقوم عليه نظرية ديجي هو أن الحق الشخصي يقتضى سمو إرادات بعض الناس على آخرين<sup>(١٩)</sup> ، إذ أن مشكلة الحق الشخصي ترجع عنده دائما إلى أنه توجد بعض الإرادات سواء فى حالة دائمه أو مؤقتة ، تتسم بصفة خاصه بسلطة فرض إرادتها على إرادات أشخاص آخرين<sup>(٢٠)</sup>. وهو يرى أنه من المستحيل

---

ديسمبر عام ١٩٦٣ س . ٣٣ والعدد الثانى من السنه الرابعه والثلاثين - د . عبد المنعم البدر اوي : المدخل للعلوم القانونيه - النظرية العامه للقانون والنظرية العامه للحق ، بيروت - دار النهضة العربية (١٩٦٦) ص . ٤٣٢ - ٤٣٥ - د . حمدى عبد الرحمن : الحقوق والمراكز القانونيه - دار الفكر العربي (١٩٧٦-٧٥) ص . ٤ - ١٢ - د . محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص . ١٠ - ١٥ - د . جميل الشرقاوى : دروس فى أصول القانون ( المدخل لدراسة القانون ) الطبعة الثانيه - دار النهضة العربية (١٩٨٤) ص . ٢٢٣ - ٢٢٨ - د . جلال على العدوى : المرجع السابق ص . ٤٨ - ٥٣ - د . محمد حسام محمود لطفي : موجز النظرية العامه للحق - دار الثقافه للطباعة والنشر (١٩٨٨) ص . ٧ - ١١ - د . على حسن نجيده : المدخل لدراسة القانون ( نظرية الحق ) - دار الفكر العربي (١٩٩١-٩٠) ص . ١٢ - ١٥ - د . محمد حسين منصور : المرجع السابق ص . ٢٣ - ٢٥ - د . رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص . ٨ - ١٠ ، ص . ١٣ - ١٦ د . نزيه محمد الصادق المهدي : المدخل لدراسة القانون - الجزء الثانى - نظرية الحق (٢٠٠٠) ص . ٢٠ - ٢٣ . وأنظر أيضا لنفس المؤلف : الملكية فى النظام الإشتراكي ، رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة (١٩٧١)

<sup>(١٨)</sup> وهى النظرية التى سادت فى منتصف القرن التاسع عشر وهى تهتم بالظواهر والوقائع اليقينية ، مهملة كل تفكير تجديدي . ومن أبرز المنادين بها أوجست كومت August Comte فى مؤلفه الضخم المكون من ستة أجزاء : Cours de philosophie positive (1830 -42) متأثرا فيه بفرنسيس بيكون والمدرسة التجريبية البريطانية التى ظهرت خلال القرن الثامن عشر على يد Turgot , Condorcet ، والمصلح الإجتماعي الكبير Henri de Saint Simon . وتقوم نظرية كومت على فرضية أن فلسفة العلم تنكر صحة أى معلومه مهما كانت ما لم تصل من خلال الطرق المقبولة علميا . وهو يرى أن أى فكره تمر بثلاثة مراحل على التوالى : ١ - دينيه ب \_ مجردة أو وراء الطبيعه - ج - وضعيه أو علميه . أنظر فى تفصيل ذلك : W . T . Jones : A History of Western Philosophy ; 2 nd ed. (1969) ومن أقوال كومت التى تأثر بها ديجي : " لا أحد يملك من حق سوى حق أداء ما عليه من واجب " Duguit : les transformation general du droit privé (1912) p. 13 et s. مشار إلى المرجع ونص

العباره فى : د . محمد شكرى سرور المرجع السابق ص ١١ هامش ٢

<sup>(١٩)</sup> وفقا للتعبير الذى تصوره Dabin فى مؤلفه Le droit subjectif p. 6 فإن الحق الشخصي يفترض بالضرورة وجود سلطة الأمر لدى صاحب الحق تصطبغ بسمو إرادته على إرادة الشخص المأمور حيث تكون إرادة هذا الأخير علاقة تناقص une diminution corrélative مع إرادة الأول

Duguit : op. cit p. 15

(٢٠)

علمياً تفسير هذا التدرج الهرمي (الهيراركي) في الإرادات ؛ بإعتبار تساوى الإرادات وأن جميع الأفراد على سواء وبالتالي لا يوجد سمو لإرادة على أخرى<sup>(٢١)</sup> إن الأعمال الوحيدة التي يمكن ملاحظتها في مادة القانون هي القواعد الموضوعية والتي تنطبق على أفراد في مواقف معينة . فيجب إذا عدم التحدث عن الحقوق الشخصية ؛ وإنما عن " مراكز قانونية " situations juridiques . إن المركز القانوني ، السلبي أو الإيجابي ، هو القاعده الموضوعية نفسها منظور إليها من جانب شخصي مادامت تطبق على الأفراد . فالفرد ببساطه قد يرتبط بالقاعده سواء إيجابياً أو سلبياً<sup>(٢٢)</sup> . ويكون الفرد في مركز قانوني إيجابي إذا كانت القاعده القانونيه تضعه في موقف المستفيد من عمل أو إمتناع عن عمل أو إعطاء شيء من قبل المكلف الذي تضعه القاعده في المركز القانوني السلبي . وأن كل فرد قد يكون في هذين المركزين في وقت واحد بسبب طبيعة هذه المراكز وما تفرضه من إلتزامات متبادله بين الطرفين .

ويميز ديجي من جهة أخرى بين المراكز القانونيه الموضوعيه situations juridiques objectives والمراكز القانونيه الشخصيه situations juridiques subjectives الأولى تنبثق من قاعدة القانون التي تنظمها وتعطيها صفة العموميه والدوام . ومثال ذلك موقف الزوج أو المالكه . أما الثانيه فتتشكل من التصرفات الفرديه وبتبناها فرد أو عدة أفراد . وهي خاصه ومؤقتة . وتكون في الغالب علاقات تعاقدية ؛ لكن لا يجب أن يثير تعبير المراكز القانونيه الشخصيه أى لبس فهي ليست حقوقاً خاصة.

فعندما نتأمل حق الدائنيه المزعوم بالنسبه للمدين نجد أنه في حالة التأكد من أنه لن يدفع الدين المدين به فهو يخالف التشريع الذي ينظم تنفيذ الإلتزامات الناشئه عن هذه المراكز . فإذا لاحق الوكلاء العموميون المدين وفقاً لطلب الدائن فهم يفعلون ذلك بموجب القانون الذي يخولهم عقاب المدين الذي يحجم عن دفع ما عليه . وقد بنى ديجي تحليله للحقيقه القانونيه المقبوله بالنسبه للحق وهي التي ترجعه إلى نظام للواجبات الناتجه مباشرة أو غير مباشرة من قاعدة القانون ، ويتم تنفيذ هذه الواجبات بواسطة مجموعه من المتخصصين<sup>(٢٣)</sup> . في مثل هذا البناء الموضوعي الصرف لا يوجد مكان للخرافه chimère المسماه بالحق الشخصي<sup>(٢٤)</sup> تقويم هذا الإتجاه :

6/1/0 - تعرضت نظرية ديجي لهجوم شديد من جانب الفقه . وركزت معاول الهدم على توجيه ضرباتها إلى الفروض التي بنيت عليها . وإعتبر البعض أن فكرة المراكز القانونيه التي توصل إليها ما هي إلا إستبدال لفظي بفكرة الحق التي يعرفها

Duguit : op. cit p. 21

(٢١)

Duguit op. cit p. 8

(٢٢)

Marty et Raynaud : op. cit no. 135 – Comp. Ioenescu : op. cit , no. 6 et s.

(٢٣)

Duguit : op. cit p. 221

(٢٤)

غالبية الفقه كما أنه لاتعارض بين مفهومه عن الملكية بإعتبارها مركزا قانونيا وبين إعتبارها حقا يمكن تقييده وعدم التعسف فيه .

هاجم ديجي المذهب الفردي كأساس للفكر القانوني ليعضد مذهب التضامن الإجتماعي الذي يعتبره أساس القانون<sup>(٢٥)</sup>. وكانت وسيلته في هذا الهجوم هو إنكار فكرة الحقوق الطبيعية للإنسان ؛ وبالتالي فكرة الحق ذاتها وبحسبان هذه الأخيرة من الأفكار غير الملموسة . وهو بهذا المسلك غم عليه الأمر في الوصول إلى هدفه . فقد كان يستطيع الوصول إلى نقض المذهب الفردي بالإقتصار على إنكار فكرة الحقوق الطبيعية فقط دون أن يتجاوز ذلك بإنكار فكرة الحق<sup>(٢٦)</sup> سيما وأن القانون مثل سائر العلوم الإجتماعية لايهتم بالأفكار الملموسة فقط<sup>(٢٧)</sup>. فضلا عن أن نفى وجود حقوق طبيعية لايغنى بالضروره نفى فكرة الحق<sup>(٢٨)</sup>. ذلك أن الحقوق – في الواقع- لاتنشأ بذاتها أو " تخلق من العدم " وإنما يوجد القانون ويحدد إطارها وما تمنحه من ميزات لأصحابها في حدود مصالح المجتمع<sup>(٢٩)</sup>.

إذا كان ديجي قد رفض وجود الشخص المنعزل l'homme isolé فهذا لا يعنى رفض الإنسان الفرد في ذاته l'homme individuel . وهذا الأخير هو حقيقة مادية ملموسة ، وهو يحيا ويعيش وله ملكاته البدنية والذهنية ؛ وله أيضا حاجاته التي يسعى لإشباعها ومنها الإستئثار بالانتفاع . فيكون من البدهى تمتع هذا الإنسان الفرد بالحقوق دون الشخص المنعزل . إذ أن الحقوق لاتنشأ إلا في محيط إجتماعي وأنه من الغريب بل وليس له قيمه عمليه التحدث عن الحقوق لأفراد منعزلين<sup>(٣٠)</sup> . وبما أن الإنسان المنعزل مجرد إفتراض وهمي فهو لا يتمتع بأى حق بقطع النظر عن تمتعه بالحياه والحركة وقدرته على تنمية مهاراته البدنية والعقلية<sup>(٣١)</sup>. ومع ذلك لايصح تجاهل أن له حقوقا مستمدة من طبيعته الذاتية نفسها مثل الحق في الحياه الذي يفرض إحترامه على الغير ، ومن ثم كانت هذه الحقوق " سابقة على فكرة الحق بالمعنى القانوني وسابقة أيضا على كل قاعدة قانونيه والعدل وحده كاف لضمان إحترام هذه الحقوق<sup>(٣٢)</sup>

إختتم في ذهن ديجي تصور خاطئ لفكرة الحق بأنها تقتضى سموا للإرادات متأثرا في ذلك بإحدى النظريات التي ذهبت إلى القول بأن " القانون إذ يقرر حقا

(٢٥) د. جميل الشرقاوى : المرجع السابق فقره ٨٥ ص ٢٢٣ – د. على حسن نجيدة : المرجع السابق ص ١٣

(٢٦) د . الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢٢٤ – د. على نجيدة : المرجع السابق ص ١٤

(٢٧) د. رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ١٥

(٢٨) د. جلال على العدوى : المرجع السابق ص ٥١

(٢٩) د . شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٢ – وأنظر هامش ٧ ، ٨ ، ٩ حيث يشير إلى Buffelan

Lanore(Y) : droit civil 3 éd. (1977) p. 2 3.

Rex Martin : A System of Rights , Clarendon Press , Oxford (1993) p. 27

(٣٠)

Dabin : opcit p. 38-39

(٣١)

Ibid p. 40

(٣٢)



لشخص يحدد له نطاقا تسود فيه إرادته المستقلة عن إرادة سواه"<sup>(٣٣)</sup>. وفضلا عن أن هذا التصور "لا يوجد في واقع الحياة الإجتماعية ما يؤكد وقوعه"<sup>(٣٤)</sup> بل هو تصور شخصي متطرف ، فإن "إرادات الأشخاص متساوية من الناحيتين الطبيعية والنفسية على السواء"<sup>(٣٥)</sup>. "فلا يقوى على إقامة هذا التدرج إلا قوة سماوية تهيمن على البشر"<sup>(٣٦)</sup>. فلا يتطلب الحق سموا بل هو إستئثار من جانب وإحترام من جانب آخر ويؤكد صحة ذلك أن الحقوق العامة تثبت للجميع دون تمييز<sup>(٣٧)</sup>

وقد إعتبرت غالبية الفقه<sup>(٣٨)</sup> أن فكرة المراكز القانونية هي مجرد تغيير لمسمى الحق إذ أنها تحمل نفس المعنى ؛ حيث أن الأحكام التي وضعها للمراكز القانونية هي نفس الأحكام التي تقتضيها فكرة الحق وأنه يستوى أن يقال أن هناك حقا لشخص معين أو أن يقال أن هناك قاعدة قانونية معينة تحمي مركزا معيناً فكل من القولين ينطوى على عنصر الحماية لحياة الفرد وأمواله وتعهدهات الغير له<sup>(٣٩)</sup> فيصبح الأمر مجرد إستبدال لفكرة مستحدثه يشوبها التعقيد محل أخرى مستقره وأقل تعقيدا<sup>(٤٠)</sup>

إعتبر ديجي أن حق الملكية مركزا قانونيا له وظيفة إجتماعية تقيده وتحد من الصلاحيات المطلقة المخولة للمالك ولكن هذا التحليل يتعارض مع التطورات الحديثة لفكرة الحقوق ؛ فلم تعد مطلقة وإنما قيدت بعدم التعسف في إستعمالها وأن حق الملكية على سبيل المثال لم يعد كذلك وفقا لنظم نزع الملكية والتأميم . بل إنه حتى في التصوير الشخصي للحق أصبح خاضعا للتقييد والتوفيق بين العناصر الشخصية والموضوعية<sup>(٤١)</sup>

(٣٣) د. جلال على العدوى : المرجع السابق ص ٤٩

(٣٤) د. جميل الشوقوى : المرجع السابق ص ٢٢٤

(٣٥) د. البدرأوى : المرجع السابق ص ٤٣٨

(٣٦) د. شكري سرور : المرجع السابق ص ١٣ . وهو يشير في الرد على هذه الحجة إلى : Les ( m \_ f ) : Geny bases fondamentales du droit civil en face des théories de L . Duguit . r.t. (1922) p. 800

(٣٧) د. محمد حسام محمود لطفى : المرجع السابق ص ١٠ - ١١

(٣٨) د. البدرأوى : المرجع السابق ص ٤٣٨ - د. جميل الشوقوى : المرجع السابق ص ٢٢٧ - د. محمد حسام محمود

لطفى : المرجع السابق ص ١١ - د. على حسن نجده : المرجع السابق ص ١٥ - د. محمد حسين منصور : المرجع

الساق ص ٢٥ - د. نزيه محمد الصادق المهدي : المرجع السابق ص ٢٠ - ٢١

(٣٩) د. رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ١٤

Dabin : op. cit p. 13

(٤٠)

(٤١) د. شكري سرور : المرجع السابق ص ١٤ - د. نزيه المهدي : كتابه ورسالة الدكتوراه : المرجعين السابقين وأيضا

مقالته : "محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الإلتزام . نحو معيار مشترك يحكم دور الإرادة في تكوين

الإلتزام وتنفيذ آثاره : دراسته نظريه تطبيقية مقارنة " مجلة القانون والإقتصاد - العددان الأول والثاني (١٩٨٩) ص ٧٦ -

أسفرت الدراسات الحديثة أن الحق الشخصي يشهد تزايداً في تعداد الحقوق الشخصية وتوسعا فيما تخوله لأصحابها من سلطات وتزامن ذلك مع وجود تعدد وتضخم في الإلتزامات المفروضة على أصحاب هذه الحقوق<sup>(٤٢)</sup>. ومع تسليم غالبية الفقه بعدم الإعتداد بفكرة المراكز القانونية نجد البعض<sup>(٤٣)</sup> يوافق ديجي على أن " القواعد القانونية تحدد مراكز قانونية عامة إيجابية وسلبية تنطبق على من تتوفر فيه شروطها من الأفراد"

#### ج - نظرية كلسن Kelsen : لا توجد حقوق شخصية ولكن ترتيب للقواعد الموضوعية:

7/1/0 - تصل نظرية كلسن تقريبا لنفس النتيجة التي وصل إليها ديجي . فالحق بالنسبة للمدرسه المعيارية l' école normative هو ترتيب وتدرج للقواعد الموضوعية والتي تنشأ تدريجيا<sup>(٤٤)</sup> وأن كل ما هو غير قاعده تتسم بالإجبار يكون وراء القانون métajuridique . لم يهجر كلسن عبارة الحق وإنما رفض كونه ينطوي على ميزات فريديه . وبناء على نظريته لهيكل القاعده القانونيه وما ينتج عن تطبيقها من عمل قهري أى الجزاء ، شيد نظام التدرج الهرمي للقاعده القانونيه وإعتبر أن تحديد كل قاعده يعتمد على القاعده السابقه . أما القاعده الأساسيه أو البدائيه فهى الجزاء ، والذي عرفه بالحرمان القهري من المزايا أو الفوائد نتيجة سلوك معين . ويأتى بعد ذلك قاعدة العمل غير المشروع أو الضار والذي يوصف بأنه سابقة للجزاء المنصوص فى القاعده القانونيه . والقاعده التى تلى ذلك هى السلوك القانوني الملزم . ويعتمد دخول الحقوق فى هذا النظام على القاعده القانونيه المتبعه<sup>(٤٥)</sup> . وهو يخلص من عرض نظريته إلى أن ما تفرضه القاعده القانونيه هو واجب قهري ملزم وليس حقا . ومع ذلك فإنه فى ظروف معينه قد تخول القاعده القانونيه الأفراد فى وضع قاعدة خاصه particuliere وواقعيه concrete بواسطة الإعلان عن الإراده . مثال ذلك التشريع الذى يجبر على تنفيذ الإلتزامات التعاقدية ويفوض الأطراف عناية تقرير مثل هذه القواعد<sup>(٤٦)</sup> . فى هذا الإطار - الإلتزامات التعاقدية - يشارك الأفراد فى خلق القاعده وبهذا القياس يمكن التحدث عن الحق الشخصي .

تقويم هذا الإتجاه :

<sup>(٤٢)</sup> Michaelides – nouaros : L ' évolution récente de la notion de droit subjectif , r . t .

p.222 (1966) مذكور فى د. شكرى سرور : المرجع السابق ، ص ١٤

<sup>(٤٣)</sup> د. جلال العدوى : المرجع السابق ص ٥٣

<sup>(٤٤)</sup> H . Kelsen : “ A perçu d ' une théorie générale de l ' état ” , R D P ( 1926 ) p. 561 et s.

H. Kelsen : "General Theory of Law and State : الترجمة الفرنسية وأنظر الترجمة الإنجليزیه التي نشرت لاحقا : “ ; Cambridge , Mass. (1945) p.

Carlos Nino : Rights ; The International Library of Essays in Law and Legal Theory; p. <sup>(٤٥)</sup>

X11

Ghestin : " La notion de contrat " D. (1990) , chron 147

<sup>(٤٦)</sup>

8/1/0 - وضع بعض الفقه<sup>(٤٧)</sup> كلا من ديجي وكلسن فى خندق واحد من حيث الهجوم عليهما ؛ على أساس أن ما جاء به هذا الأخير من وصف للحق بأنه قدره على خلق نظام أو قاعده قانونيه يتطابق مع ما سبق أن نادى به الأول من فكرة المراكز القانونيه. كما أن البعض فى الفقه المصري إعتبر ذلك "مغالاه فى التجريد والشكليه"<sup>(٤٨)</sup> و تطرف حقيقي للمذهب الموضوعي الذى رفض أن يعطى للإراداه دورها الحقيقي فى خلق الحقوق والإلتزامات<sup>(٤٩)</sup>

كما إنتقد البعض رؤية كلسن بحسبانها تحريف لطبيعة ووظيفة القانون إلى جانب أنها تتضمن معيارا غير دقيق لتفرد الجزئيات المكونه للقاعده القانونيه<sup>(٥٠)</sup>. وإمتد النقد ليشمل تصوير كلسن لخصائص القاعده القانونيه والإرتباط الضرورى بين الواجبات القانونيه والجزاء وأن ذلك يتعارض مع مراكز أخرى كثيره مثل الموظفين الرسميين المفروض عليهم واجبات قانونيه وهل يكون من الطبيعي والمعقول تفرد هذه الواجبات عن غيرها . سيما وأن الإخلال ببعض الواجبات القانونيه يستلزم الإصلاح remedy وليس الجزاء sanction<sup>(٥١)</sup>.

#### 9/1/0 - لأسباب مختلفه يبقى الحق محل إستعمال يومي :

ومع كل النقد وكل المساعى الراميه لإنكار فكرة الحق ؛ فإنها بقيت باسقه . أيدها وحصلها الإستخدام اليومي حتى أصبح من غير الممكن تجاهلها أو أن نتناول القانون الخاص دون التعرض لفكرة الحق . ومن بين أسباب نجاح هذه الفكرة وصمودها تأثير الأحداث التاريخيه مثل الإعلان الرسمى لحقوق الإنسان والمواطنه والذى كان ترجمه لحركة الدفاع عن الأفراد ضد الإستبداد والإستعباد وترك آثارا قويه فى الوعى والضمير الإنسانى . وأصبح الحق الشخصى هو ناتج الحركه الأيديولوجيه الديمقراطيه والتحرريه التى تهدف إلى حماية الفرد ضد طغيان الدوله<sup>(٥٢)</sup>. كما أن التطور الإجتماعى والإقتصادى أدى إلى ظهور قيم وأشياء جديده تتطلب الحماية الضروريه والواجبه مثل حقوق الشخصيه وعلى وجه الخصوص فى جانبها المعنوى (السمعه والخصوصيه)

### مفهوم الحق :

#### التعريف والمفهوم :

10/1/0 – عندما يتساءل المرء عن ماهية الحق (ما هو الحق ؟) إنما يثير نوعا من الغموض . إذ أن السؤال بهذه العبارة قد يعنى أحد احتمالات السؤال عن : التعريف ، السبب ، الغرض ، التعليل أو التبرير ، الأساس . وقد يحاول المرء إزالة هذا الغموض بإعادة صياغة السؤال ليصبح " ما معنى كلمة الحق ؟ " بيد أن إجابة هذا

<sup>(٤٧)</sup> Marty et Raynaud : op. cit p. 237 – v aussi Dabin op. cit p. 15

<sup>(٤٨)</sup> د. رمضان أبو السعود : المرجع السابق ص ١٦

<sup>(٤٩)</sup> د. نزيه المهدي ص ٢٦

<sup>(٥٠)</sup> J. Raz : The Concept of Legal System ; Oxford (1970) chapter V

<sup>(٥١)</sup> Carlos Nino : opcit,

<sup>(٥٢)</sup> Michaélidès\_ Nouaros : op. cit p. 216 et s.

السؤال لا تخرج - في الحقيقة - عما هو موجود في قواميس اللغة وهو الأمر الذي لا يشفى ولا يضمن من جوع الباحث في التنقيب عن المعرفه الدقيقة لعبارة " الحق " . ذلك أن الإستخدام العام لهذا اللفظ يختلف عن إستخدامه المصطلحي في فقه القانون فضلا عن تعدد معانيه وإختلافها في اللغة العربية<sup>(٥٣)</sup>.

وكانت الوسيله البسيطه لمعرفة مفهوم الحق هو اللجوء إلى تعريف الحق . وهنا إختلف الفقه إختلافا بيّنا كل بحسب فهمه ورؤيته . وقد حاول الفقه الأمريكي الواقعي مواجهة هذه المشكله بلغة الواقع البسيط فقال بأن الحق " هو تعبير بموجبه نصف نبوءاتنا للسلوك المتوقع للمحاكم أو الموظفين الرسميين<sup>(٥٤)</sup> . فى حين أن الفقه الإسكندنافي إعتبر أن الحق " ليس شيئا حقيقيا على الإطلاق لكنه سلطه مثاليه أو خياليه أو تصوريه<sup>(٥٥)</sup>.

سار على نفس النهج الفقه اللاتيني والمصري . وإستخدم على إختلافه وكل بحسب فهمه لفكرة الحق تعبيرات مثل : الإراده ، المصلحه ، الإمتياز ، السلطه ، الإستثنائ لتعريف الحق . وبالرغم من أن هذه العبارات ليست مرادفه لعبارة "الحق" ، حتى ولو أضفنا إليها عبارة " بناء على أو بموجب القانون"؛ إلا أنه وفقا لأصحاب المذهب الإجرائي فى المعانى الذى يقول بأن معنى عبارته معينه إن هو إلا مجموعه الإجراءات العمليه التى تترتب عليها ، فإذا إختلفت عبارتان فى ألفاظهما ، لكنهما يولدان مجموعه من الإجراءات لا تختلف بين إحداها والأخرى ، كان معناهما واحدا برغم إختلافهما فى الألفاظ . وهكذا إجتهد الفقه فى تعريف الحق منذ القرن التاسع عشر بدءا من النظريات الألمانية على يد سافيني وإهرنج ومرورا بدابان البلجيكي وحتى الفكر الحديث .

لا شك أن إيجاد تعريف جامع مانع لفكرة معينه هو أسلوب متوارث فى الفكر القانوني وهو أسلوب مميز ومرضى لأنه يعطينا مجموعه من الكلمات يمكن إستبدالها للكلمه المعرفه حين نستخدمها . وهو يقدم لنا مترادفات شامله أو ترجمه للكلمه التى نحن بصدددها . ولكن قد يكون ذلك مناسبا عندما يكون للكلمات وظيفة مباشره ومحدده فى الرمز إلى بعض أنواع من : الشئ ، النوعيه ، الشخص ، الإجراء ، أو الحادث ؛ لأننا ببساطه شديد لسنّا فى حيرة عن الصفات العامه لهذه الأنواع . وإنما نطلب التعريف لنعين داخل أى نوع أو فئة المعرفه بعض أنواع أو فئات تابعه أو ثانويه . لكن ذلك يكون يسيرا فى المسائل الملموسه غير المجرده . ويتحفظ الباحث على أسلوب وضع تعريف للحق لسببين : الأول أن التعريف قد يستخدم مترادفات للفظ المعرف . ولما كانت " المترادفات للمعنى الواحد لم تكن فى الأصل مترادفات متطابقه بل كانت أسماء مختلفه الحالات ثم ذهب منا خبره الحياه الماضيه التى كانت تتطلب إيجاد تلك الفوارق . فسقطت من حساباتنا ، وأصبحت

<sup>(٥٣)</sup> أنظر المعانى اللغويه المختلفه للفظ " الحق " فى فقه الشريعة الإسلاميه بند 25 / 1 / 0

<sup>(٥٤)</sup> W.W. Cook : The Logical and Legal Basis of the Conflict of Laws p. 30 مشار

إليه فى محاضرة الأستاذ Hart فى جامعة أوكسفورد أنظر : H. L. A. Hart : op. cit p. 89

<sup>(٥٥)</sup> Karl Olivecrona : Laws As Fact , p. 90 مشار اليه فى المرجع السابق ص ٨٩

عندنا مترادفات أى متطابقات فى معناه ، بعد أن لم تكن كذلك<sup>(٥٦)</sup>. والسبب الثانى هو أن ما ترمز إليه العبارات فى تعريف الحق هو شئ قد يكون، مجازاً، حقيقى، لكنه غير محسوس . فهو كيان تصورى . وأن فكرة الحق هى فكرة مجردة نسبیه لا ترمز إلى أشياء محسوسة وواقعية وليس لها إتصال مباشر مع مثيلاتها فى عالم الحقيقة المادي . وهذا الأمر الذى جعل فقيها مثل Ross يدعونا إلى أن لا نرى الحق بإعتباره يشير إلى ظاهرة حقيقیه مستقلة لكن بحسبانه بناء منطقى يربط بين بعض وقائع سابقه بنتائج معياریه معينه تتوافق مع وظائف عملیه متعددة<sup>(٥٧)</sup>. ومن ثم فإن إيجاد تعريف جامع مانع لفكرة الحق يعد دربا من الدخول فى مناطق وعره يغنيا عنها وضع الأمور بطريقة أكثر عملیه وبسيطه وهى أن نحاول إستخلاص كنه الحق عن طريق وضع السؤال بصيغه مختلفه وهى " ما هو مفهوم الحق؟ " ومن خلال الإجابة يمكن ذكر التعريفات التى أوردها الفقه إلى جانب الموضوعات الفرعيه الأخرى التى تساهم بدورها فى إعطاء فكرة أكثر شموليه عن الحق مثل الحق كغياب للمنع ، الحق كتقويض إيجابى ، الحق كسلطه ، الحق كحصانه ، الحق والواجب.. ثم سنترسل فى سؤال آخر وهو " ما هى صفات الحق ؟ " وذلك على النحو الآتى :

ما هو مفهوم الحق؟

## أولاً : النظريات الألمانية فى القرن التاسع عشر :

١ - نظرية سلطة الإراده Le pouvoir de volonté ؛ اللبس بين إنشاء الحق وممارسته :

11/1/0 - أول من قال بهذه النظرية هو الألماني فريدريك كارل فون سافيني<sup>(٥٨)</sup> ثم شرحها Windscheid فى كتابه<sup>(٥٩)</sup>. ووجهة نظر سافيني فى عرض هذه النظرية هى أنه إذا نظرنا إلى القانون فى الواقع العملي نجد أن أول شئ يبدو لنا هو القوه أو السلطه المتناظره لكل شخص. وأن المجال الذى تحكم فيه إرادة كل شخص هو الذى يسمى الحق القانوني. فالحق هو سلطة الإرادة التى يمنحها ويعترف بها ويرسم حدودها القانون<sup>(٦٠)</sup>. بيد أن هذه النظرية لم تعتبر أن إرادة الشخص لها السيادة وأنها كافية بذاتها ، وإنما تستمد سلطانها من الطبيعة البشرية بمعزل عن كل القواعد الإجتماعيه. وقد يكون ذلك مقبولاً وفقاً لإحلال النظام القانوني محلها. لكنه بالتحديد والدقه فإن قواعد القانون هى التى ترسى قواعد السلوك حيث يكون بدء التنفيذ la mise en œuvre خاضعاً لإرادة صاحب الحق. إضافة إلى ما تمنحه قواعد القانون

<sup>(٥٦)</sup> د. زكى نجيب محمود : هموم المثقفين ، دار الشروق ، الطبعة الأولى (١٩٨١م-١٤٠١هـ) ص ١٣٣

<sup>(٥٧)</sup> Alf Ross : On Law and Justice , London , Steven , Berkeley : Univ. of California Press

Chapter 11 (1959)

<sup>(٥٨)</sup> Friedrich Carl Von Savigny : System des heutigen Roemischen Rechts , vol. 1 (1840)

<sup>(٥٩)</sup> Pandektenrecht , t. 1 , 8 th. ed. , (1900) وقد شرحها دابان فى كتابه الحق السخسى : المرجع السابق ص

٥٦ وما بعدها

Dabin : opcit p. 57

(٦٠)

من سلطة للمستفيد بتوجيه أمر لأشخاص آخرين للقيام بواجب معين لمصلحة صاحب الحق. فالإرادة وفقاً لهذه النظرية حرة في ممارسة أو عدم ممارسة الإمتيازات التي يقررها لها القانون. بل إنه يمكن لصاحب الحق أن يتخلى ، أو يعدل ، أو يلغى هذا الحق. فالإرادة لها السلطة المطلقة ليس فقط في ممارسة الحق وإنما في التصرف فيه. ولما كان تعريف الحق وفقاً لهذه النظرية يتم بالنظر إلى شخص صاحبه وإرادته على وجه التحديد لذلك سمي هذا التعريف بالمذهب الشخصي.

تعرضت هذه النظرية لنقد الفقه<sup>(٦١)</sup> على اعتبار ما تثيره من خلط بين ثبوت الحق بمعنى إنشائه وبين مباشرته أي ممارسته. "فالحق يوجد خالصاً لصاحبه قبل أي إنتهاك أو إغتصاب"<sup>(٦٢)</sup> أي قبل أن تكون لإرادته سلطة ما. لذلك لا يمكن أن تكون هذه السلطة "جوهر الحق وإنما هي نتيجة لوجود الحق"<sup>(٦٣)</sup>. وعلى الجانب العملي يتعارض تطبيق هذه النظرية مع بعض المسلمات المستقرة. فهناك أولاً بعض الحقوق – مثل الحق في الحياة – لا تحتاج لنشأتها أو التمتع بها إلى أي تدخل "إيجابي لأي إرادته" فهو يكتسبها ويتمتع بها بمجرد ميلاده<sup>(٦٤)</sup>. كما أنها ثانياً تتعارض مع ثبوت الحقوق لمن لا يقدرون الإعلان عن إرادتهم مثل عدیمی الأهلّيه. وأخيراً فإن بعض الحقوق تنشأ بدون معرفة أصحابها مثل الوارث الذي يجهل موت مورثه. وفي كل هذه الحالات لم يتم الإعلان عن الإرادة في إكتساب الحقوق<sup>(٦٥)</sup>

## ٢ - نظرية إهرنج : مصلحة يحميها القانون *intérêt juridiquement protégé* اللبس بين الحق وبين أهدافه :

12/1/0 - هاجم رودلف فون ايهرنج نظرية الإرادة مجادلاً بأن إتباع القانون لا يفترض أن الحق هو أن يكون لك سلطة الإرادة بقدر ما هو أن تكون قادراً على أن تحصل على ميزة أو منفعة مادية أو معنوية من شيء وأن الحق مصلحة يحميها القانون *legally protected interest*. وأن دور الإرادة لا يعدو أن يكون دوراً عارضاً *contingent* وتبعياً *ancillary*؛ إذ أنه متعلق فقط بأسلوب الممارسة<sup>(٦٦)</sup>. فالحق عنده " مصلحة من طبيعة مادية أو معنوية ، يحميها القانون الذي يمنح مستثمرها سلطة

Dabin : opcit p. 59

(٦١)

(٦٢) "le droit exist , appartenant au sujet ,antérieurement à toute violationou empiétement "

Dabin : opcit p. 61, 62

(٦٣) العميد دكتور نعمان محمد خليل جمعه : دروس في نظرية الحق ، دار النهضة العربية ، (١٩٧٣) ص ٢٣ – د. سعيد

جير : المدخل لدراسة القانون ، الجزء الثاني ، نظرية الحق (٢٠٠٠) ص ٨

(٦٤) د. نعمان جمعه : المرجع السابق ص ٢٤

(٦٥)

Dabin : opcit p. 60

(٦٦) Rudolf von Ihering : Geist des Romischen Recht ; (1865) , 3<sup>rd</sup>. part 1<sup>st</sup>. Volume وأنظر

أيضاً نفس الكتاب بالترجمة الفرنسية ل – Meulenaere Esprit du droit romain , (1988) t.111. 3e éd.

كما قام دابان بعرضها في كتابه : الحق الشخصي ، المرجع السابق ص ٦٥ وما بعدها

عمل التصرفات الضرورية لتحقيق هذه المصلحة<sup>(٦٧)</sup> . ووفقاً لهذا التعريف فإن الحق يتكون من عنصرين : أحدهما موضوعي أو مادي يتمثل في المصلحة والتي قد تكون مادية أو معنوية ، ومثال هذه الأخيرة حالات الإعتداء على المقومات المعنوية لحقوق الشخصية ( السمع والخصوصية ) ؛ والآخر شكلي ويتمثل في الحماية التي يفرضها القانون من خلال دعوى المطالبة بالحق . ويرجع إلى إيهرنج فضل التمييز بين إنشاء الحق وإستعماله . وأن الإرادة لازمة لإستعماله وغير لازمة لوجوده .

13/1/0 - تعرضت هذه النظرية لهجوم من جانب الفقه فيما إبتكرته من عنصري الحق وهما المصلحة والحماية. حقيقة إن مصلحة الشخص هي المحرك الجيد لتصرفه ومطالبته القانونيه بالحق لكن ذلك قد يكون أحد التبريرات الإجتماعيه للحقوق<sup>(٦٨)</sup> . لكن كيف تكون المصلحة وهي في حد ذاتها واقعة بسيطة un simple fait حقاً يتحقق له الحماية القانونيه<sup>(٦٩)</sup> . إن هدف الحق هو تحقيق مصلحة ؛ فكيف يمكن تعريف الحق بهدفه وغايته . هذا يخالف منهجية التعريف الذي يجب أن يبين جوهر وذات الحق<sup>(٧٠)</sup> . كما أن هناك مصالح لا ترقى إلى مستوى الحق ، مثل مصالح أصحاب المنتجات الوطنيه في فرض الدوله رسوما جمركيه على المنتجات الوارده من الخارج والمنافسه لهم وذلك حماية للمنتج المحلي<sup>(٧١)</sup> . إلى جانب ذلك فإنه قد يوجد حق لشخص دون أن تكون له مصلحة كما في حالة الموهوب له الذي إنتقلت إليه الهبة محملة بعبء يستغرق كل منافع الملكية التي آلت إليه<sup>(٧٢)</sup> . أما العنصر الثاني وهو الحماية القانونية فقد إعتبرها الفقه أنها نتيجة للتسليم بوجود الحق ولاحقة على نشأته . فليس "صحيحاً أن يقال إن ما يعتبر حقاً هو كذلك لأن القانون يحميه ، بل يقال أن القانون يحميه لأنه حق" <sup>(٧٣)</sup>

---

“ Le droit subjectif est un intérêt d'ordre matériel ou moral , protégé par le droit objectif <sup>(٦٧)</sup> qui donne à cas à celui qui en est investi , le pouvoir de faire les actes nécessaire pour obtenir la satisfaction de cet intérêt “

ص ٣٢٦

Dabin : op. cit p. 68 et s.

(٦٨)

Dabin : op. cit p. 69

(٦٩)

<sup>(٧٠)</sup> د. حسن كيزه : أصول القانون (١٩٦٠) ص ٥٥٧ - إسماعيل غانم : محاضرات في النظرية العامة للحق ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، الطبعة الثالثة بالمطبعة العالمية (١٩٦٦) ص ١٤ - د. عبد المنهم البداروي : المرجع السابق ص ٤٤٣ . وفي هذا الصدد يقول العميد د. جميل الشرقاوى على هذا التعريف أنه " بناء للتعريف على آثار المعرف " ، د. جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢١٢ . وهو نفس قول إيهرنج - د. نعمان محمد خليل جمعه : دروس في نظرية الحق ،

المرجع السابق ، ص ٢٨

<sup>(٧١)</sup> د. حسن كيزه : المرجع السابق ص ٥٥٧

<sup>(٧٢)</sup> Dabin : op cit p. 72 وهناك مثال عملي آخر يذكره د. نعمان جمعه وهو إنتقال الملكية بأعباء تلزم مكتسبها

ترك المنفعة لشخص آخر . د. نعمان جمعه : المرجع السابق ص ٣٠

<sup>(٧٣)</sup> د. البداروى : المرجع السابق ص ٤٤٣

## النظريات المختلطة :

14/1/0 - حاول البعض إيجاد صيغه توفيقية synécritism لتعريف الحق تجمع بين نظريتي الإرادة و المصلحة ؛ مع إتجاه نفر منهم إلى تغليب المصلحة على الإرادة و العكس من جانب آخرين . ولذلك سميت هذه المحاولات بالنظريات المختلطة. من التعريفات التي تركز على المصلحة : "الحق مصلحة لشخص أو مجموعة من الأشخاص يحميها القانون بواسطة قدرة الإرادة المعترف بها في التمثيل والدفاع عن هذه المصلحة"<sup>(٧٤)</sup> . ومن التعريفات التي تغلب الإرادة " قدرة الإرادة الإنسانية التي يعترف بها و يحميها القانون والتي يكون محلها مال أو مصلحة"<sup>(٧٥)</sup> وقد وجهت إلى النظريات المختلطة النقد الذي وجه لكل من نظريتي الإرادة والمصلحة

## نظرية دابان :

15/1/0 - إستثناء – تسلط: L'appartenance \_ maîtrise

بعد أن هاجم الفقيه البلجيكي جان دابان Jean Dabin كلاً من سافيني فيما نادى به من نظرية الإرادة ، وإهرنج فيما قال به من نظرية المصلحة ، قدم تعريفاً جديداً للحق هو : " الحق الشخصي هو بصفة أساسية إستثناء<sup>(٧٦)</sup> - تسلط ، وأن الإستثناء هو المسبب والمحدد للتسلط"<sup>(٧٨)</sup> فضلاً عن عنصري الإستثناء والتسلط الذي يتكون منهما الحق فإنه أضاف عنصرين آخرين هما : الغيرية والحماية القانونية .

16/1/0 - أولاً : الإستثناء : إن عنصر الإستثناء خاص بالحق الشخصي ويمكن القول أن الحق ينشئ علاقته بين محل الحق ( شئ يكون محلاً لحق الملكية )

---

<sup>(٧٤)</sup> " Le droit est l'intérêt d'un homme ou d'un group d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre" V.

Michoud : La théorie de la personnalité morale , 2e éd . , t. 1 , (1924) p. 103 ومن الفقه المصري :

د. منصور مصطفى منصور : المدخل للعلوم القانونية – الجزء الثاني (نظرية الحق ) ، مكتبة سيد عبد الله وهبه (١٩٦١)

ص ١٤ حيث يعرف الحق بأنه " مصلحة يحميها القانون عن طريق قدرة إرادية لشخص

<sup>(٧٥)</sup> هذا التعريف للفقيه جيلينيك مشار إليه في دابان : المرجع السابق ص ٧٤ – ومن الفقه المصري يعرف د. سليمان

مرقس الحق بأنه "سلطه تخول الشخص القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة يعترف بها القانون" د. سليمان مرقس : المرجع

السابق ص ٤٢٣

<sup>(٧٦)</sup> نقل د. نعمان جمعه هذه العبارة إلى العربية بمعنى تخصيص ، أو إنتساب ، أو إسناد : د. نعمان جمعه : المرجع السابق

ص ٣٢ – ورأى د. منصور مصطفى منصور : المرجع السابق أن كلمة "نسبه" هي الصحيحة – ويعتبر د. جميل الشرقاوي

أن كلمتي الإختصاص والإستثناء مترادفين لأنه يستخدم الحرف "أو" بينهما . أما د. على نجيده فهو يستخدم عبارات :

إختصاص وإنفراد وإستثناء للدلالة على المعنى الذي يقصده دابان

<sup>(٧٨)</sup> " le droit subjectif est essentiellement appartenance – maîtrise , l'appartenance causant et déterminant la maîtrise " Dabin : op cit p. 80



وصاحب الحق ، بحيث يكون الحق مقترناً بصاحبه أى يكون خاصاً به أو ملكه . " وهكذا يتمثل الحق الشخصي فى علاقة إستثنائى بين الشخص والشئ : فى جزء ، لا ينشأ الحق إلا مع هذا الإستثنائى ، وفى جزء آخر ، فإن هذا الإستثنائى من حيث المبدأ هو كل ما يكون ويميز الحق <sup>(٧٨)</sup> . وليس الحق مصلحة يحميها القانون كما يدعى إيهرنج وإنما هو الإستثنائى بالمنفعة . فصاحب الحق ليس هو الذى ينتفع بالحق وإنما هو الذى يستأثر بالشئ ويكون خاص به <sup>(٧٩)</sup> . كما يستبعد دابان قدره الإرادية على إنشاء الحق . ويتوسع دابان فى مفهوم "الشئ" chose محل الإستثنائى ؛ فلا يقصره على الأشياء المادية فقط ولكنه يشمل أيضاً الأموال أو القيم اللازمة للشخص فيزيائيه أو معنويه ( الحق فى الحياه ، التكامل الجسدي ، الحريات ) <sup>(٨٠)</sup> ، أشياء مادية أو غير مادية تصبح خارجية عن الشخص لكنها فاعله <sup>(٨١)</sup> وكذلك الأداءات des prestations الواجبه على أشخاص آخرين يتمثل فى واجبات ووظائف <sup>(٨٢)</sup> des offices et fonctions وقد يكون الإستثنائى مباشراً مثل الحقوق العينية أو غير مباشر مثل حق الدائنيه .

17/1/9 - ثانياً : التسلط Maîtrise : إذا كان الإستثنائى عنصراً يتصل بالشئ فهو يعد عنصراً موضوعياً بيد أننا نجد التسلط متعلقاً بشخص صاحب الحق ومن ثم فهو يعد عنصراً شخصياً . والتسلط هو النتيجة الطبيعية للإستثنائى . فهو قدرة صاحب الحق على ماله . وتعبير أكثر دقة : " قدرة التصرف الحر فى الشئ محل الحق <sup>(٨٣)</sup> . ولا يجب الخلط بين ممارسة الحق والتسلط ؛ حيث تكون الممارسة لشخص غير صاحب الحق كالوصي ولا يكون التسلط إلا لصاحب الحق الذى تكون له قدرة فعالة على التصرف ؛ أى تكون له مكنة التصرف بإعتباره سيداً على الشئ محل الحق <sup>(٨٤)</sup> . فهو حر ليس فقط فى التصرف وإنما أيضاً فى الإختيار بين الفعل الإيجابى والفعل السلبي أى الإمتناع . كما أنه يملك الأشكال المتنوعة للتصرف القانوني من : البيع والتنازل والإبراء وإجراء حوالة حق وما إلى ذلك من كل أنواع التصرفات فى الحدود التى يقرها القانون <sup>(٨٥)</sup> . غير أن نطاق التسلط يختلف باختلاف موضوع الحق

<sup>(٧٨)</sup> " ainsi le droit subjectif se presente d'emblée comme une relation d'appartenance entre le sujet et une chose : d'une part , l'idée de droit ne naît qu' avec cette appartenance ; d' autre part , cette appartenance est au principe de tout ce qui constitue et caractérise le droit " Ibid . , p. 81

Ibid., p. 82

<sup>(٧٩)</sup>

<sup>(٨٠)</sup> لا يفرق دابان بين الحقوق والحريات على عكس ما يراه الباحث أنظر نبذه رقم 34/1/0

Ibid . ,

<sup>(٨١)</sup>

<sup>(٨٢)</sup> يختلف مع دابان أ. د. شكرى سرور الذى يرى أن الواجب هو الوجه المقابل للحق ، ولا يستوى دائماً الشئ وما يقابله وأن الإختصاص المنفرد بأداء الواجب لا يحول الواجب إلى حق . راجع فى ذلك د. شكرى سرور : المرجع السابق

ص ٢٣ ، و دابان : المرجع السابق ص ٨٤ - ٨٥

<sup>(٨٣)</sup> - Ibid p. 89 - " pouvoir de libre disposition de la chose , objet du plan "

<sup>(٨٤)</sup> - Ibid p.90

<sup>(٨٥)</sup> - Ibid p. 91

وطبيعته . ففيما يتعلق بالأشياء المادية فلا قيود على حرية التصرف غير تلك التي يفرضها القانون ؛ أما بالنسبة للحقوق اللصيقة بشخص الإنسان فإنه يجري ما يشاء من تصرفات لكن في إطار الطبيعة الخاصة لهذه الحقوق بإعتبارها جزءاً من كيان الإنسان قبل أن تكون مملوكة له . ومن ثم يكون التسلط فيها مقصوراً على التمتع بها وصيانتها وإستعمالها دون النزول عنها أو نقلها إلى الغير أو إعدامها<sup>(٨٦)</sup> . وأخيراً بالنسبة للحقوق الشخصية أو الدائنية فإن صاحب الحق مخول بالمطالبة أو عدم المطالبة به ، لكن ليس للدائن المساس بشخص المدين عن طريق الإكراه البدني . والتسلط بحسابه قدرة معنوية تتحقق ولو وجد ما يحول دون ظهورها يظل عديم التمييز صاحب حق . ويستبعد دابان الإرادة كأمر ضروري لوجود التسلط لكنه لايجد إقتران التسلط بالإرادة فهي تمثل القوة المحركة له .

18-1-0 - الغيرية أو إحترام "الغير" للحق : إذا كان الإستثناء - التسلط يميز الحق منظوراً إليه من جانب الشخص ؛ ولكي يكتمل التعريف فلا مناص من النظر إلى الحق بإعتبار "الآخر" أو الغير . وهذا هو شرط الغيرية<sup>(٨٧)</sup> alterité . وهو العنصر الثالث في تعريف الحق عند دابان . ويعنى به إحترام الغير للحق أو ثبوته في مواجهة الغير . فلا يوجد حق ما إلا بإفتراض علاقة لصاحب الحق مع أفراد آخرين . فلدينا فضلاً عن العلاقة التي يفرضها الإستثناء وهي علاقة الشخص بالشئ توجد علاقة ثانية وهي علاقة صاحب الحق بالآخر<sup>(٨٨)</sup> . ويقول دابان إن الإستثناء والتسلط يتضمنان "مجالاً محفوظاً لصاحب الحق"<sup>(٨٩)</sup> domaine réservé au titulaire بمعنى حجية الحق L'opposabilité du droit في مواجهة الغير . وتظهر هذه الحجية أو ثبوت الحق في مواجهة الغير عن طريق فكرتي : الحصانة أو الحرمة unviolabilité ووجوب الأداء أو المطالبة exigibilité . وهكذا نجد هذا العنصر الثالث يفرض عدم الإعتداء من قبل الغير على الحق ويمكن صاحب الحق من المطالبة به .

19/1/0 - الحماية القانونية والدعوى :- وأخيراً فإن العنصر الرابع في تعريف دابان للحق هو الحماية القانونية protection juridique . وبهذا العنصر يكتمل تحليل دابان لعناصر الحق<sup>(٩٠)</sup> . وهو يرى أنه يكفي لإنشاء الحق الإستثناء - التسلط وما يترتب على ذلك من ثبوت الحق في مواجهة الغير لكن القانون يفرض تدخل الدولة لأنها المنوط بها ضمان الوفاء بالحقوق ووسيلة الحماية القانونية هي الدعوى والتي بموجبها يؤكد المجتمع حماية الحقوق . فكل حق يثبت لصاحبه لا بد له من دعوى

<sup>(٨٦)</sup> البدرأوى : المرجع السابق ص ٤٤٨

<sup>(٨٧)</sup> Ibid p. 93

<sup>(٨٨)</sup> Ibid p.94 . وقريب من ذلك نظرية لوك Lock والفقيه مورتون Morton حيث يرون أن الحقوق ترتبط دائماً

ببعض التوجيهات المعيارية الهامة لسلوك الآخرين (التي تسمى الأطراف الثانية وأنه في غياب مثل هذه التوجيهات لا يستطيع المرء أن يتكلم عن الحقوق . أنظر : G. White Morton : The Philosophy of the American Revolution ,

New York : Oxford Univ. Press (1978) p. p. 71-72 , 187 , 219

Ibid , p. 95

<sup>(٨٩)</sup>

Ibid p. 97

<sup>(٩٠)</sup>

المطالبة به قضائياً في حالة إنكاره أو عدم الوفاء به . وبدون هذه الحماية التي تتخذ شكل الدعوى تكون الحقوق عديمة الفاعلية وغير تامة . هذا الجزاء يفرضه القانون لكنه نتيجة ضرورية لنشوء الحق .

20/1/0 - تقدير نظرية دابان: يذكر لهذا الفقيه أنه ميز بين الحق في ذاته وبين ممارسته ، وإعتبر المصلحة هدف الحق وليست جوهره . ومع ذلك فإنه وكما لاحظ أحد الفقهاء<sup>(٩١)</sup> قد استبدل بفكرة المصلحة فكرة الإستثناء ، وبفكرة القدره فكرة التسلط ولهذا إعتبر تعريفه يدخل في إطار المذاهب المختلطة . كما وجه إليه فقيهاً آخر<sup>(٩٢)</sup> النقد في ثلاث مسائل هي : ١ - أن الإستثناء أو الإختصاص مرادف للحق ، يعني كل معناه . وأن بحثنا عن الحق هو بحث عن معنى إستثناء شخص بقيمة أو مال - ٢ - فصل دابان بين القدرة على الإقتضاء (العنصر الثالث) وبين الحماية القانونية (العنصر الرابع) دون أساس منطقي لهذا الفصل فضلاً عن أنه إنتقد إيهرنج في إعتبره الحماية ركناً في الحق ثم عاد هو نفسه - في تحليله - إلى تأكيد الحماية القانونية - ٣ - يرى دابان أن الحق ميزه ولا يخرج عن أحد أمرين إما القدره pouvoir أو المصلحة intérêt وبالرجوع لسياق التعريف والبيان نجده يقصد معنى القدره وأنه يجمع بين القدره والمصلحة . وبذلك يكون قد عاد إلى تعريف إيهرنج . وإن كان النقد الأخير فيه كثير من تطويع لمعاني الألفاظ وتفسير لمقاصد دابان حتى ينتهي إلى القول بأنه - يجمع في تعريفه بين القدره والمصلحة - على ما بينهما من خلاف واضح في المعنى اللغوي والمفهوم الفنى . وكان أولى به أن يدخله في زمرة أصحاب النظريات المختلطة كما فعل غيره<sup>(٩٣)</sup> ؛ علماً بأنه عاد وإستخدم تعبير القدره في تعريف الحق فيقول أنه "قدرة لشخص من الأشخاص ، على أن يقوم بعمل معين ، يمنحها القانون ويحميها تحقيقاً لمصلحة يقرها"<sup>(٩٤)</sup> . وكذلك وجه البعض<sup>(٩٥)</sup> النقد لعنصر الإستثمار بحسابه لا يصدق على الحريات التي تعتبرها النظرية حقوقاً .

### نظرية العميد روبير :-

21/1/0 - ظهرت هذه النظرية أولاً في مقالة للعميد بول روبير<sup>(٩٦)</sup> ثم أتبعها في كتاب له صدر في عام ١٩٦٣<sup>(٩٧)</sup> . وهو يقترح تحديد مجال الحقوق الشخصية بدقه حتى يحفظ لها الترابط المنطقي والوضوح . إن كثرة إستخدام تعبير "حقوق الشخصية" أوجد لدينا نظرة جزئية للحقيقة القانونية . فالقانون يركز على حماية القيم

(٩١) د. عبد المنعم البدرأوى : المرجع السابق ص ٤٥٠

(٩٢) العميد جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢١٨-٢١٩

(٩٣) د. عبد المنعم البدرأوى : المرجع السابق

(٩٤) د. الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢٢٠

(٩٥) د. جلال على العدوى : المراكز القانونية ص ٣٨-٤٠

(٩٦) Paul Roubier : "Les prérogative juridique", Arch . philosophie du droit , (1960) , p. 65

et s .

Droits subjectifs et situations juridiques , Paris (1963)

(٩٧)

الهامة والتي تفرض واجبات . ومن جهة أخرى فإنه في الغالب لا توجد ميزة صريحة على الإطلاق ، كما أنه لا يوجد واجب لا يقابله أى ميزه . ومن ثم فإن الحقوق والواجبات متشابهة في إطار ما يسمى بالمراكز القانونية situation juridiques<sup>(٩٨)</sup> . فإذا أخذنا – من حيث الأساس – تعقد الحقوق والواجبات complexe de droits et de devoirs<sup>(٩٩)</sup> وهو الأمر الملاحظ في تطبيق القانون على الأفراد . فإنه في هذا الخصوص يجب أن نميز بصفة أساسية بين فئتين من المراكز القانونية : الأولى وهى المراكز القانونية الشخصية حيث يظهر فيها عنصر الميزة والفائدة التى تعود على صاحب الحق . وهى التى تنشئ من حيث المبدأ الحقوق وليست الواجبات . أما النوع الثانى من المراكز القانونية هو المراكز القانونية الموضوعية وهى التى تقرر الواجبات والأعباء بمعنى أنها التى تتجه إلى الإعتراف بالواجبات أكثر من إعترافها بالحقوق<sup>(١٠٠)</sup> .

لا تشمل الحقوق الشخصية كل الحالات التى يكون لدى الفرد الباعث للمثول أمام المحكمه مطالباً بحقه ؛ ولكنها فقط معطيات فرضيه بوجود ميزة مخصصة على غرار الأموال . فالحقوق الشخصية تعطى ميزة هى – من حيث المبدأ – قابلة للإنتقال transmissible ؛ فضلاً عن إمكانية التخلي والتنازل عنها من قبل المستفيد . هذه المزايا تنطوى على حماية قضائية من خلال الدعوى القضائية<sup>(١٠١)</sup> . بيد أن ذلك يتحقق فى حق الملكية ، وحق الدائنية ، وحق المؤلف على مؤلفاته ومبتكراته الفنية . لكن لا يمكن فى الواقع تطبيق مكنة التنازل فى الحقوق المزعومة بالحق فى الحياة ، والحق فى التكامل الجسدي والحريات<sup>(١٠٢)</sup> . فلا يمكن التخلي عن هذه القيم . ومع ذلك تبقى مكنة التنازل متلازمة مع الحق<sup>(١٠٣)</sup> .

22/1/0 - قدم صاحب هذه النظرية جهداً طيباً فى بيان إختلاف المراكز القانونية وتحديد مواصفات كل منها وأنها تحتوى على عنصرى الميزه والواجب بشكل متكامل . أكثر من ذلك فإنه كرس جهده لدراسة الأعباء على أساس إعتقاده بأن ذلك يؤدى إلى توازن النظم القانونيه<sup>(١٠٤)</sup> . كما شايعه أحد الفقهاء المصريين مسنداً إليه

(٩٨) قد يؤدى مصطلح "المركز القانونيه" إلى إستعادة الذاكرة لرأى ديجي . راجع سابقاً فقره ( 5/1/0 ) . لكن ما يثيره رويبير ليس موضوع إنكار وجود المزايا الفردية ؛ لكنه يعنى فقط وضعها فى إطارها الصحيح . إذ أنه إذا إرتبطنا بهذا المفهوم الجزئي للمراكز القانونية التى تنشئ المزايا التى يقررها القانون نكون قد أخطأنا فى تسميتها بحقوق الشخصية . ففى الواقع يكشف التحليل عن عدة فئات تتضمن –بكل أسف – مبالغه طئانه enflure phraséologique المرجع السابق ، ص

الفضل في أنه أثناء دراسته أشار إلى الطبيعة المزدوجة للحق من عنصرين شخصي وموضوعي وضرورة الجمع بينهما في معيار مزدوج<sup>(١٠٥)</sup> غير أن تعريف الحق وفقاً لهذه النظرية يعرضها للنقد في نقطتين : الأولى أنه من حيث المبدأ جاء التعبير مرسلاً دون تحديد دقيق ، وغير موافق للاستخدام الفني الراسخ . فعلى وجه الخصوص يلاحظ أن القضاء والتشريع طوراً من فئات الحقوق المسماه بحقوق الشخصية<sup>(١٠٦)</sup> Droits de la personnalité . والتي يكون الشخص فيها هو نفسه صاحب ومحل الحق . هذه الحقوق وإن كانت غير كاملة- إلا أنه لا يمكن حالياً إنكار أنها تنتمي إلى الحقوق الشخصية المختلفة . فإذا جاء تعريف روبير مستبعداً مثل هذه الحقوق بإقتباسه معاني فنية دون العبارات السهلة يكون غير متوافق مع الحقيقة القانونية الواقعة . والنقطة الثانية أنه وكما كتب دابان<sup>(١٠٧)</sup> "إن المجهود الذي بذله السيد/ روبير في تحديد مفهوم الحق الشخصي ينبثق من لبس وغموض بين الحق الشخصي ومحلّه : من الفارق بين موضوع المزايا يمكن إيجازه بالإختلاف بين المزايا<sup>(١٠٨)</sup> . كما أن هذه النظرية تتعارض مع الواقع العملي ومن غير المقبول برهنة مفهوم روبير عن الحق من خلال المنطق أو طبيعة الأشياء<sup>(١٠٩)</sup>

### مفهوم الحق في الفقه المصري :

23/1/0 - إستقطبت كل نظرية من النظريات السابق عرضها عدداً من أساتذة القانون في الجامعات المصرية وأسس كل منهم فكرته في تعريف الحق على أساس ما إقتنع به من النظريات السابقة . وكان للبعد الزمني تأثيره على بعض هؤلاء الأساتذة . بمعنى تأثير النظريات السائدة في زمان معين على رجال الفقه المعاصرين لها . ودليل ذلك أن الجيل القديم من رواد الفكر القانوني المصري إقتنع بنظرية المصلحة والنظريات المختلطة<sup>(١١٠)</sup> ؛ بينما يميل الجيل الحديث إلى الإقتناع بنظرية دابان<sup>(١١١)</sup> ؛

<sup>(١٠٥)</sup> د. نزيه المهدي : كتابه : المرجع السابق ص ٤٣ وكذلك مقالته السابق الإشارة إليها .

<sup>(١٠٦)</sup> Jacques Ghestin droits de la personnalité , op cit , no.268 et s.

<sup>(١٠٧)</sup> Dabin : "Droit subjectif et prérogatives juridiques , examen des thèses de M. Paul Roubier" . Mémoires de L'Académie Royale de Belgique (1960) t. 54, fasc 3

<sup>(١٠٨)</sup> "L'effort de délimitation du concept de droit subjectif tenté par M. Roubier procède

d'une confusion entre le droit subjectif et son objet : de la différence entre les objets des prérogatives on a conclu à une différence entre les prérogatives" V. Dabin : mémoire précité p. 66 .

<sup>(١٠٩)</sup> Ghestin : op cit p. 146

<sup>(١١٠)</sup> من أنصار نظرية المصلحة د. عبد الرزاق السنهوري و د. أحمد حشمت أبو ستيت : أصول القانون أو المدخل

لدراسة القانون ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهرة (١٩٤١) ص ٢٦٧ - د. شفيق شحاته : محاضرات في

النظرية العامة للحق ، دار النشر للجامعات المصرية المطبعة العالمية (١٩٤٩/٤٨) - ومن أنصار النظريات المختلطة التي

تجمع بين الإرادة والمصلحة مع تغليب أيهما على الأخرى : د. محمد سامي مذكور : نظرية الحق ، ملتزم الطبع والنشر دار

الفكر العربي (١٩٥٣) ص ٩ - د. سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٤٢٣ - د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية الحق

، مطابع دار الكتاب العربي ، الطبعة الثانية (١٩٦٥) ، ص ٨ - وقريب من ذلك أيضاً : د. محمود جمال الدين زكي :

أو نظرية روبيير<sup>(١١٢)</sup> . ومن الفقهاء المصريين من جمع بين أكثر من نظريه فى توليفة واحده لتعريف الحق ؛ فقد جمع بعضهم بين فكرتي المركز القانوني والإستثنائ<sup>(١١٣)</sup> أو بين الإستثنائ والمصلحة<sup>(١١٤)</sup> أو بين المركز القانوني والمصلحة<sup>(١١٥)</sup> ، أو بين المكنة القانونية والمصلحة<sup>(١١٦)</sup> ، أو بين عنصري القدرة والمصلحة<sup>(١١٧)</sup> ، أو السلطة والمصلحة<sup>(١١٨)</sup> ، ومنهم من إستوعب النظريات السابقة وعرف الحق بأنه "مركز قانوني ، يخول من ينفرد به فى حدود القانون- أن يستأثر بمصلحة ما ، إما بالحصول عليها مباشرة من التسلط على شئ ، أو بإقتضاها ممن يكون فى مركز المكلف بترتيبها"<sup>(١١٩)</sup> وهو بهذا التعريف قد جمع بين أفكار : المركز القانوني ، والإستثنائ ، والمصلحة . بل إنه أشار إلى "المكلف" مقترباً بذلك من الفكر الأنجلو ساكسونى والفقهاء الإسلامى الذى يركز على واجبات الطرف الآخر .

**مفهوم الحق Concept of Right فى الفقه الأنجلو أمريكى :**

دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ، الهيئه العامه لشئون المطابع تأميريّه (١٩٦٩) ص ٣١ - جميل الشرقاوى : المرجع السابق ، ص ٢٠

<sup>(١١١)</sup> من هؤلاء : د. حسن كيره : المرجع السابق ص ٢٠ - د. عبد المنعم فرج الصّدّه : أصول القانون ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي (١٩٦٥) ص ٩ - د. إسماعيل غانم : المرجع السابق ص ١٩ - د. أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الثانى مقدمة القانون المدنى أو نظرية الحق ، دار النهضة العربيه (١٩٧٤) رقم ١٨ ص ١٣٧ - د. توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونيه ، مؤسسة الثقافه الجامعيه بالأسكندريه ، الطبعة الثانية (١٩٨١) ص ٤٦٣ - د. فتحى عبد الرحيم عبد الله : دروس فى مقدمة العلوم القانونيه : نظرية الحق ، دار الفكر العربى ، الطبعة الأولى ، رقم ١٩ ص ٣٨ - د. سمير كامل : نظرية الحق ، دار النهضة العربيه (١٩٨٦) ص ١٧ - د. محمد حسام محمود لطفى : المرجع السابق ص ٢٥ - د. على نجيده : المرجع السابق ص ٣٥-٣٦ - د. محمد حسين منصور : المرجع السابق ص ٢٠-٢١ . د.

سعيد جبر : المدخل لدراسة القانون ، الجزء الثانى ، نظرية الحق (٢٠٠٠) ص ٢١-٢٢

<sup>(١١٢)</sup> تأثر بهذه النظرية الفقيه المصرى د. نزيه المهدي : المرجع السابق ص ٤٨ ، إذ يهتم بتحقيق التوازن بين العنصر الشخصى والعنصر الموضوعى ، أنظر مقالته السابق الإشارة إليها .

<sup>(١١٣)</sup> د. نعمان جمعه : المرجع السابق ص ٥٩ .

<sup>(١١٤)</sup> د. شمس الدين الوكيل : محاضرات فى النظرية العامه للحق (١٩٥٣) ص ١١ .

<sup>(١١٥)</sup> د. ياسر أحمد كامل الصيرفي : دروس فى المدخل لدراسة القانون ، الجزء الثانى نظرية الحق (١٩٩٩/٩٨) ص ٢٦ .

<sup>(١١٦)</sup> د. جلال العدوى : المرجع السابق ص ٤٤ وما بعدها .

<sup>(١١٧)</sup> العميد جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢٠ .

<sup>(١١٨)</sup> د. عبد الودود يحيى : المدخل لدراسة القانون (١٩٧٦) ص ٢٤٦ .

<sup>(١١٩)</sup> د. شكرى سرور : المرجع السابق ص ٣٨ .

24/1/0 - إن الحق هوشيئ محدد قابل للتوزيع distributable<sup>(١٢٠)</sup> وأيضاً individuated، أى أنه - من الناحية العملية - يمكن منحه أو التزويد أو التعهد به لكل هؤلاء الذين من المحتمل أن يطلق عليهم أصحاب الحق . وهؤلاء قد يحيلون نفس الأهلية أو قدره capacity لآخرين (سواء كانوا أفراد طبيعيين أو شخصيات معنوية) يطلق عليهم أصحاب الحقوق . والحقوق هى أيضاً طرق مجازة ومعتمده بتصديق إجتماعي مناسب للتصرف. هذا التصديق أو الإقرار الإجتماعي أو القبول العام قائم على أساس المعقولية والتي تماثل إقرار القانون فى دول القانون المدني ، وهو ينصب على تعيين مصلحة أو فائدة أو نفع يمكن أن يتحقق لصاحب الحق . فضلاً عن ذلك - وهو الأهم- أن فكرة الحقوق تتضمن دائماً بعض أنواع من التوجيهات المعيارية على سلوك الآخرين الذين يطلق عليهم الطرف الثاني . أى أن الحقوق ترتبط بالواجبات ؛ بمعنى أن الحق يرتبط ويشمل بعض الواجبات المتعلقة بآخرين<sup>(١٢١)</sup> . ويوضح هوفيلد نظريته بمثال وهو حق الأمريكيين الدستوري فى حرية التعبير . هذا الحق لا يخلق مساحة من الاختيار الحر لفرض إلتزامات على آخرين . إنه بدلاً من ذلك يحقق فكرة إرتباط الحقوق بالواجبات عن طريق فرض عدم قدره معيارية أو عدم وجود سلطه للكونجرس . ذلك أن التعديل الأول على الدستور يحرم الكونجرس من سلطة إصدار قوانين تمنع التعبير عن الرأى . وأن أى محاولة فى هذا الصدد ستكون محل رفض المحاكم بإعتبارها باطله . فليس من الضروري إذاً وجود إلتزام أو واجب كرابطة للحق وإنما يمكن وجود عدم قدره أو كما يسميها هوفيلد عدم سلطه no-power . ويوافق هذا الرأى الفقيه لوك Lock فى أنه يرى أن الحقوق سواء كانت طبيعیه أو حقوق الإنسان أو الحقوق الدستورية أو المدنية ترتبط دائماً ببعض التوجيهات المعيارية لسلوك الآخرين (الأطراف الثانية)<sup>(١٢٢)</sup> غير صاحب الحق .

ويتبنى فكرة "إرتباط الحقوق والواجبات" The Correlativity of Rights and Duties كثير من رجال الفقه الأنجلو ساكسونى . ويعتبر هذا الإرتبط "إرتباط مفاهيمي" conceptual correlative؛ وأنه لا يوجد حق بدون واجب مقابل أو واجب بدون حق مقابل فالعلاقة بينهما تشبه العلاقة بين اليمين واليسار فحين تقول أن (أ) على يمين (ب) فإنه بحكم البديهه يكون (ب) على يسار (أ) ؛ أو أنهما وجهان لعملة

<sup>(١٢٠)</sup> ورد هذا التعبير فى : Ronald Dworkin : Taking Rights Seriously , Cambridge , Mass :

R. Martin and J. W. : لمزيد من المناقشه أنظر مقالة : Harvard Univ. Press (1978) , p. 90

Nickel : "Recent Work on the Concept of Rights" , American Philosophical Quarterly , 17 (1980) p.p. 165-80.

<sup>(١٢١)</sup> Wesley N. Hoheld : Fundamental Legal Conception , with additional forward by

Arther L. Carbin , New Haven Conn : Yale univ. , press (1964) p. 36-39

<sup>(١٢٢)</sup> لمزيد من التفصيل أنظر : Rex Martin : "Politics and Political Ideas in Seventeenth Century

Europe" , in J. W. Woelfel and Sarah Trulove (eds.) , Patterns in Western Civilization , (Needham Heights , Mass , Ginn) (1991) p.p. 243-59

واحد rights and obligations are but two sides of one coin<sup>(١٢٣)</sup> . إلا أن البعض يرى أنه مما يثير اللبس والخطأ أن نقول أن الحقوق ترتبط بصفة عامه بالواجبات<sup>(١٢٤)</sup> . ويرى الأستاذ ديفيد ليونز David Lyons الأستاذ بجامعة كورنيل أنه في بعض الأحيان ليس من الضروري أن تقابل الحقوق واجبات ويضرب مثلاً لذلك بالحق في التصويت للانتخاب والذي يكون في نفس الوقت واجب على المواطن بموجب القانون ويتساءل كيف يتسنى أن يكون هناك إلتزام في مواجهة صاحب الحق بينما هو نفسه لديه نفس الإلتزام<sup>(١٢٥)</sup>

ويختلف هذا السلوك المعياري من حالة لأخرى بحسب نوع الحق والمحتوى المركزي central content و هو معين بما يطلق عليه التصرف الشامل – action universal أو الوصف العام generic description لأسلوب التصرف أو العمل . ففي الحقوق التي تعطى صاحبها حرية التصرف يكون السلوك المعياري للآخرين موجهاً للسماح بهذا التصرف ، والإمساك عن التدخل في الفعل ، وربما منع هذا التدخل أو إزالة آثاره إذا حدث ، وقد يكون تسهيل ممارسة الحق بفاعليه . وفي الحالات التي يكون إنجاز جوهر الحق عمل من قبل أطراف ثانيه غير صاحب الحق ، تكون مسئولية الطرف الثاني – في تجنب الضرر – هي الفعل أو على وجه التحديد عدم الفعل ، وأن التوجيه المعياري لسلوكه (الطرف الثاني) هو حظر نمط معين من السلوك ؛ فعلى الأطراف الأخرى – غير صاحب الحق – الإمساك عن فعل شيء يمنع صاحب الحق من ممارسة حقه . لكنهم قد يوجهون بطريقة مباشره لمنع الفعل من أن يتم أو حتى على أقل تقدير تعطيل محاولات إتيانه . وأخيراً في الحالات التي يكون فيها جوهر الحق تقديم خدمه لصاحب الحق يكون التوجيه المعياري المشار إليه لسلوك الأطراف الثانيه هو الفعل الإيجابي ؛ وفي حالات قليله قد يكونوا موجهين للإمساك عن التدخل في التزويد بالخدمه حيث لا يقتضيهم الحال على وجه الخصوص ، وقد يقتضى الأمر منع الآخرين من الفعل في الحالات العكسيه ، أو إزالة العوائق التي يمكن أن تثار عند التزود بالخدمه<sup>(١٢٦)</sup> .

وعلى ضوء التحليل السابق لصفات الحق عرّف الأستاذ كارل ويلمان Carl Wellman بجامعة واشنطن الحق بأنه "واجب قانوني لشخص ما أو أشخاص آخرين

<sup>(١٢٣)</sup> أنظر في تفصيل ذلك : S. I. Benn & R.S. Peters : The Principles of Political Thought ,

New York Free Press(1965) , p.p.101 f. \_ Richard B. Brandt : Ethical Theory , Oxford : Oxford Univ. Press (1983) p. 433- 441

<sup>(١٢٤)</sup> قارن : G. Williams : "The Concept of Legal Liberty" Columbia Law Review , L. V. I. : (1965) p. 1129- 1150

<sup>(١٢٥)</sup> David Lyons : "The Correlativity of Rights and Duties" Rights : edited by Carlos Nino : op cit p. 59

<sup>(١٢٦)</sup> أنظر في تفصيل ذلك : Rex Martin : A System of Rights , Clarendon Press , Oxford (1993) pp. 45-50



تجاه حائز هذا الحق . وأن الواجب القانوني هو إلزام حقيقي فهو حقيقة يجبر ويلزم لأن العقاب القانوني يدعم أوامر القانون في حالة عدم الإذعان<sup>(١٢٦)</sup> مفهوم الحق لدى علماء أصول الفقه الإسلامي :

25/1/0 - الحق لغة : ورد في أساس البلاغة للزمخشري<sup>(١٢٧)</sup> مادة "حق" أنه يقال : حق الله الأمر أي أثبتته وأوجبه . وفي القاموس المحيط<sup>(١٢٨)</sup> : إن مما يطلق عليه الحق المال والملك والموجود الثابت . أما مختار الصحاح<sup>(١٢٩)</sup> فجاء فيه أن الحق ضد الباطل<sup>(١٣٠)</sup>

وقد ورد لفظ "حق" في القرآن الكريم بحوالى ثلاثين معنى<sup>(١٣١)</sup> ؛ بعض هذه المعاني :- ١- الثبوت والوجوب كما في قوله سبحانه وتعالى : "لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون"<sup>(١٣٢)</sup> - ٢- نقيض الباطل ، في قوله تعالى : "قل إن ربي يقذف بالحق علام الغيوب"<sup>(١٣٣)</sup> ، ويقال "الحق أبلج والباطل لجلج" - ٣- الصدق ، في قوله جل ذكره "تلك آيات الله نتلوها عليك بالحق"<sup>(١٣٤)</sup> - ٤- اليقين ، في قوله جل شأنه : "بل أتيناهم بالحق وإنهم لكاذبون"<sup>(١٣٥)</sup> - ٥- العدل ، في قوله الكريم : "فأحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى"<sup>(١٣٦)</sup> - ٦- إسم الله سبحانه وتعالى أو صفة له ، في قوله

---

<sup>(١٣٦)</sup> :A legal right consists , or can be defined in terms of , a legal duty of one or more other persons to the possessor of that right . And a legal duty is a real obligation, is really obliging or binding only because the commands of law are backed up by legal punishment for disobedience" See : Carl Wellman : "Upholding Legal Rights", Rights , edited by Carlos Nino .

<sup>(١٣٧)</sup> باب الحاء (الحاء مع القاف)

<sup>(١٣٨)</sup> للفيروز آبادي - ج ٣ باب القاف فصل الحاء .

<sup>(١٣٩)</sup> للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر ، عن بترتيبه السيد محمود خاطر ، في "حق"

<sup>(١٣٠)</sup> نفس المعنى ورد في لسان العرب لابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري ٦٣٠-٧١١هـ - الجزء الحادي

عشر - طبعه مصوره عن مطبعة بولاق - المؤسسة المصرية العامة للتأليف والأبناء والنشر - الدار المصرية للتأليف والترجمة

، مادة حق ، والقاموس المحيط ، والمصباح المنير ج ١ الحاء مع القاف

<sup>(١٣١)</sup> أنظر بعض هذه المعاني : د. محمود بلال مهران : نظرية الحق في الفقه الإسلامي ، دراسته مقارنة ، الطبعة الأولى ،

دار الثقافة العربية بجامعة القاهرة (١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م) ص ١٤-١٨ حيث أورد إثني عشر معنى - وأنظر كذلك

المراجع المشار إليها في هامش ١ ص ١٤

<sup>(١٣٢)</sup> الآية ٧ سورة يس

<sup>(١٣٣)</sup> الآية ٤٨ سورة سبأ

<sup>(١٣٤)</sup> الآية ١٠٨ سورة آل عمران . والآية ٦ سورة الجاثية .

<sup>(١٣٥)</sup> الآية ٩٠ سورة المؤمنون

<sup>(١٣٦)</sup> من الآية ٢٦ سورة ص .

"هنالك الولاية لله الحق<sup>(١٣٧)</sup> -٧- الحظ والنصيب ، كما جاء في القرآن الكريم على لسان قوم لوط عليه السلام : "قالوا لقد علمت ما لنا في بناتك من حق"<sup>(١٣٨)</sup> .

وبالنظر في المعاني القرآنية للفظ "الحق" نجد أن أصل هذه المعاني وأساسها هو الثبوت والوجوب وأما بقية المعاني فمأخوذة عنه ومستمدة منه<sup>(١٣٩)</sup>

26/1/0 - لم يخرج المعني الشرعي عن المعني اللغوي لدى علماء أصول الفقه الإسلامي . فعرفه البعض<sup>(١٤٠)</sup> "ما إستحقه الإنسان شرعاً" . وقال بعض الفقهاء إنه "الموجود من كل وجه ولا ريب في وجوده"<sup>(١٤١)</sup> . كما حاول البعض<sup>(١٤٢)</sup> بيان المراد بالحق في علم أصول الفقه بأنه "حكم يثبت" وقد تعرض هذا التعريف لبعض الملاحظات : بأنه تعريف أعم من المعرف ، وأنه غير موضح للمعرف ومبين لحقيقته ، وأنه مبين للمعرف<sup>(١٤٣)</sup> .

27/1/0 - حاول الباحثون المعاصرون إيجاد تعريف للحق . وتفرقوا في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات ١- إتجاه يعرف الحق بالمصلحة . فقليل بأن الحق "مصلحة مستحقة شرعاً"<sup>(١٤٤)</sup> ، وقليل أيضاً بأنه "مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معاً يقررها المشرع الحكيم"<sup>(١٤٥)</sup> . بيد أن هذا الإتجاه واجه الملاحظات التي وجهت إلى نظرية المصلحة في فقه القانون المدني -٢- وهو الإتجاه الذي يعرف الحق بأنه إختصاص : فقليل بأنه "إختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً"<sup>(١٤٦)</sup> . وقد أخذ على هذا التعريف عدم شموله للحق المشترك<sup>(١٤٧)</sup> -٣- والإتجاه الثالث هو الذي يعرف الحق بالشيئ الثابت وهو الإتجاه الذي يربط المعنى اللغوي بالمعنى الشرعي . عرفه البعض بأنه

(١٣٧) الآية ٤٤ سورة الكهف .

(١٣٨) الآية ٧٩ سورة هود

(١٣٩) د. بلال مهران : المرجع السابق ص ١٨ والمراجع المشار إليها في هامش ٩ .

(١٤٠) العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي المتوفى ٧٤٣هـ (شرح الكنز) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ،

الطبعة الأولى - المطبعة الأميرية (١٣١٥) هـ

(١٤١) (شرح الكنز) البحر الرائق : للعلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بإبن نجم ، المتوفى سنة ٩٧٠هـ ، مطبعة

شركة دار الكتب العربية بمصر (١٣٣٣) ج ٦ ص ١٣٦

(١٤٢) العلامة محمد عبد الحليم الكنوي في حاشيته المسماه بقمر القمار على نور الأنوار شرح المنار : ج ٢ ، ص ٢١٦ ،

مشار إليه في د. بلال مهران المرجع السابق ص ٢٠ - ٢١ .

(١٤٣) د. بلال مهران : المرجع السابق .

(١٤٤) الشيخ علي الخفيف : الحق والذمه وتأثير الموت فيهما ، مكتبة عبد الله وهبه (١٣٦٤هـ - ١٩٤٥م) ص ٣٧ .

(١٤٥) د. محمد يوسف موسى : الفقه الإسلامي ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، الطبعة الثالثة (١٣٧٧هـ -

١٩٥٨م) ص ٢١١ .

(١٤٦) الأستاذ مصطفى الزرقا : الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - المدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي ،

دمشق ، مطبعة طربين (١٣٨٤هـ - ١٩٦٥م) ج ٢ ص ١٠

(١٤٧) د. بلال مهران : المرجع السابق ص ٢٣ .

"ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير"<sup>(١٤٨)</sup> وعرفه البعض أيضاً بأنه "ما ثبت بإقرار الشارع وحمايته"<sup>(١٤٩)</sup>. كما عرفه البعض بأنه "الشيء الثابت بطريق الشرع لله تعالى على عباده أو للإنسان على غيره ، أو لهما معاً ، وكان الوفاء به واجباً"<sup>(١٥٠)</sup>.

28/1/0 - يعرف علماء أصول الفقه الإسلامي الحكم الشرعي بأنه "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين إقتضاءً ، أو تخييراً ، أو وضعاً"<sup>(١٥١)</sup>. وهذا يعنى أن الفقه الإسلامي يهتم - في المقام الأول - في حفظ وصيانة الحقوق ، بالتوجه إلى المكلف وهو الطرف الثاني غير صاحب الحق وحثه على عدم الإعتداء على حقوق الغير أولاً وأداء ما عليه من حقوق لأصحابها ثانياً . ذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية - وهي تنظيم ديني سماوي- تعتمد على تأثيرها في وجدان الناس فتحثهم على المبادأة باحترام حقوق بعضهم البعض والوفاء بما في ذمتهم من حقوق للغير. ولا شك أن إستجابة المكلفين أو المخاطبين بأحكام الشريعة الغراء تعتمد على الإيمان الكامل بهذه الأحكام إيماناً تصديقياً ، فضلاً عن الخشية من الجزاء الأخرى والديوى ، وقد يكون هذا الأخير قصاصاً أو دية أو إرشاً أو حكومة عدل ، أو تعزيراً ، كما قد يكون في الضمان . وفي ذلك تختلف أحكام الشريعة الإسلامية عن الأحكام الوضعية في أن هذه الأخيرة توجه خطابها إلى أصحاب الحقوق للحفاظ على حقوقهم وحمايتهم باللجوء إلى الدعوى القضائية والتي إعتبرها بعض الفقه أحد عناصر الحق كما سبق أن رأينا. ولا شك أنه في تحليل الفعل ورد الفعل في إقتضاء الحقوق ؛ نجد أولاً أن الفعل في جانبه الإيجابي يكون الإعتداء على الحق وفي جانبه السلبي يكون عدم الوفاء بالالتزامات . وهذا الفعل يتم من قبل المعتدى (أى شخص غير صاحب الحق). أما رد الفعل فيتمثل في المكنتات أو السلطات المخولة لصاحب الحق في الدفاع عن حقه سواء ضد الكافه أو ضد أشخاص بعينهم واللجوء إلى الدعوى القضائية لإقتضاء حقه. نجد أحكام الشريعة الغراء تجهض الفعل من خلال مخاطبة المعتدي بعدم الإعتداء أو بالوفاء بما إلتزم به فلا يكون هناك حاجة لرد الفعل لعدم وجود فعل من الأساس أى أنه لم يعد هناك إنتهاك للحق ، وهذه صورة فريدة لحماية الحقوق تنبع من المدين وليس من الدائن. وهذا يقودنا -بالمعقولي- أن نعارض إدعاء البعض<sup>(١٥٢)</sup> بأن فكرة الحق غير موجودة في الفقه الإسلامي . فعلى عكس ذلك فإنه لوضوح معنى الحق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية جعلهم يحجمون عن ذكر تعريف

(١٤٨) د. أحمد فهمي أبو سنه : النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية ، مطبعة دار التأليف بالمالية بمصر

(١٤٩) ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧ م ص ٥٠

(١٥٠) د. يوسف قاسم : مبادئ الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧) ، ص ٢٥٥ .

(١٥١) د. محمود بلال مهران : المرجع السابق ص ٢٤ .

(١٥٢) د. يوسف قاسم : أصول الأحكام الشرعية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) ص ٢٤٩ .

— و د. أحمد النجدي زهو : أصول الفقه الإسلامي ، دار النصر للتوزيع والنشر (١٩٩٨م - ١٤١٩هـ) ص ٥ .

(١٥٣) د. شفيق شحاته : المرجع السابق ص ١٢ .

له ، وإقتصروا على ذكر إستعمالاته فى سائر الفروع والتطبيقات<sup>(١٥٣)</sup> ، إتساقاً مع الإتجاه العام لأحكام الشريعة فى إيجاد حلول عملية للمسائل الجزئية المختلفة. وإذا كان كل حق يقابله واجب بإعتبار أن الحق والواجب وجهان للأمر الواحد مما حدا بالفكر الإنجليزى إلى بيان كنه الحق بالنظر إلى ما يفرضه من سلوك معياري أو إلزام على جميع الأشخاص الآخرين غير صاحب الحق وهو ما يطلق عليه الواجب ؛ فإن فقهاء الشريعة لم يعنوا بذكر ذلك ولا بمراعاة التفرقة فى التسميه فنراهم يستعملون إسم الحق فى الجانبين: جانب الدائن وجانب المدين. وقد قيل : هذا حق فلان ، وهذه العين حق فلان ، وفيما يجب للإنسان قبل غيره قالوا لفلان حق قبل فلان<sup>(١٥٤)</sup>

29/1/0 - مصدرية الحق فى نظام القانون المدني هو التشريع الذى تضعه السلطات المختصة ، وفى نظام القانون العام هو التصديق الإجتماعي للمصالح القائم على المعقولية والمتمثل فى السوابق القضائية إلى جانب التشريعات البرلمانية. أى أنه يمكن القول بأن مصدر الحق فى التشريعات الوضعيه هو القانون<sup>(١٥٥)</sup>. أما فى الشريعة الإسلامية فإن مصدر الحقوق هو الشرع لأن الحقوق منحة من الله تعالى<sup>(١٥٦)</sup> . وكما تمنح هذه الحقوق فإنها تقيد لأن من يملك الإعطاء والمنح يملك التقييد والمنع<sup>(١٥٧)</sup> . كما تنطلق فكرة الحق فى فقه الشريعة الإسلامية من مبدأ خلافة الإنسان

(١٥٣) د. يوسف قاسم : مبادئ الفقه الإسلامي : المرجع السابق ص ٢٥٤ .

(١٥٤) الشيخ على الخفيف : التصرف الإنفرادي والإرادة المنفردة ط ١٩٦٤ ص ٩ - د. يوسف قاسم : مبادئ الفقه

الإسلامي ، المرجع السابق ص ٢٥٤ هامش (٤) - و د. بلال مهران : المرجع السابق ص ٤٧

(١٥٥) د. محمد سامي مذكور : المرجع السابق ص ٣ ، ٢١٨

(١٥٦) أنظر فى ذلك : الموافقات فى أصول الأحكام للإمام أبى إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي

المعروف بالشاطبي ، المتوفى سنة ٧٩٠ هـ . تحقيق الشيخ محمد محيى الدين عبد الحميد ، الناشر مكتبة محمد على

صبيح وأولاده بميدان الأزهر ، مطبعة المدنى ج ٢ ص ٢٣١ حيث يقول "ما كان للعبد من الحقوق

راجع إلى الله من جهة حق الله فيه ، ومن جهة كون حق العبد

من حقوق الله ، إذا كان لله أن لا يجعل للعبد حقاً أصلاً

(١٥٧) د. بلال مهران : المرجع السابق ص ٦٨

(١٥٨) الآية ٣٩ من سورة فاطر

(١٥٩) إبن القيم : أعلام الموقعين عن رب العالمين : للإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر ، الشهير بإبن

القيم ، المتوفى سنة ٧٥١ هـ راجعه و علق عليه طه عبد الرؤوف سعد ، مطبعة الحاج عبد السلام بن محمد بن شقرون

(١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م) ، ج ٣ ، ص ٣ ، وكان أبوه قيماً على مدرسة الجوزية بدمشق وقد عرف بإبن قيم الجوزية -

أنظر أيضاً الإمام عز الدين عبد السلام . وهو شيخ الإسلام أبى محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي ،

الملقب بسلطان العلماء ، المتوفى سنة ٦٦٠ هـ - قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ، دار

الشرق للطباعة (١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م) ج ٢ ص ٧٣ . حيث يقول : "التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد فى دنياهم

وأخراهم "

عن ربه في الأرض. يقول سبحانه وتعالى "هو الذي جعلكم خلائف في الأرض فمن كفر فعليه كفره"<sup>(١٥٨)</sup>. ويتساوى في هذه الخلافة جميع البشر بصفاتهم الإنسانية. وقد إفتتح الله جل ثناؤه سورة النساء بخطاب الناس جميعاً : "ياأيها الناس إتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة .."

ومن الأسس التي تركز عليها أحكام الشريعة هو "إعتبار مصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها"<sup>(١٥٩)</sup>. وقد قسم الإمام الشاطبي هذه المصالح إلى ثلاثة مراتب بالنظر إلى أهميتها بالنسبة للعباد : ١- مصالح ضرورية وهي التي يتوقف عليها حياة الناس في دنياهم ويتوقف عليها نجاتهم من العذاب في آخرهم وهي ترجع إلى أمور خمس : حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، ٢- مصالح حاجية وتمثل في الأمور التي يحتاجها الناس لرفع الحرج ودفع المشقة ، ٣- مصالح تحسينية وهي التي من شأنها زيادة الرفاهية بين أفراد المجتمع في إطار ما أباحه الله لعباده ، فهي من الأمور التي تقتضيها المروءة والآداب وسير الأمور على أقوم منهاج<sup>(١٦٠)</sup>

30/1/0 – بإستعراض الصفحات السابقة الخاصة بمفهوم الحق في الشرائع المختلفة والتي تعرضت لبعض الجهود المبذولة لتقديم مفهوم الحق نجد أنها –في مجموعها- ساهمت في إرساء وتجذير وتأصيل هذا المفهوم . وإذا لم تستطع أى من النظريات أو الآراء أن تحقق بمفردها فرض نفسها بشكل مطلق على الفكر القانوني والشرعي ؛ فإن ذلك يرجع لحقيقة هامه وهي أن فكرة الحق ثرية جداً لدرجة أنها إحتوت جميع هذه النظريات والآراء والأفكار، بإعتبار أن أى منها إن هو إلا تصدي "للحق" من زوايا مختلفة<sup>(١٦١)</sup> فهي جميعاً وحتى تلك النظريات الناكرة لفكرة الحق أثرت الفكر القانوني . فحقيقة الأمر أن نظريات إنكار الحق إقتصر على إستبدال عبارات بأخرى وفي هذا السياق قدمت أفكار ومفاهيم من الصعب تجاهلها مثل الخلق القانوني الموضوعي ، تعيين نصيب الفرد الذي يستحقه وفقاً للطبيعة والرابطة القانونية ، والمراكز القانونية الموضوعية والشخصية ، والتدرج الهرمي للقاعدة القانونية . وهكذا تبحر سفينة التنوير بقوة دفع الجهد الإنساني في البحث والتنقيب إن أخطأ أو أصاب ، إن جنح أو إستقام . فلم تكن المجهودات السابقة مخيبة للآمال بل كانت روافد متعددة تصب في مفهوم الحق .

## صفاته الحق :

31/1/0 – ١ - يرى الباحث أن "الحق" هو منتج ثقافي لا ينشأ أو ينمو ويتزعرع - بحكم ثقافته- إلا في بيئة إجتماعيه . فهو منتج لأنه حصاد الفكر الإنساني وما

(١٦٠) الموافقات للشاطبي : المرجع السابق ج ٢ ص ٤-٦ ، ١٠-١١

(١٦١) قارن مقالة : "Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique , technique juridique ou sociologie" , Arch. , philosophie du droit (1964) p. 71 et s.

تمخضت عنه تجارب البشريه . وهو "ثقافي" على أساس التعريف القديم للثقافة الذي قدمه إدوارد تيلور في أواخر القرن التاسع عشر وهو أن الثقافة "كل مركب يشتمل على المعرفة والإعتقاد ، والفن ، والأخلاق ، والقانون ، والعرف ، وأى قدرات وعادات أخرى يكتسبها الإنسان بكونه عضواً فى مجتمع"<sup>(١٦٣)</sup> . أو وفقاً للتعريف البسيط الذى قدمه عالم الاجتماع روبرت بيرستد بأن الثقافة "هى ذلك الكل المركب الذى يتألف من كل ما نفكر فيه ، أو نقوم بعمله ، أو نمتلكه كأعضاء فى مجتمع"<sup>(١٦٤)</sup> . وقد أورد عالما الأنثروبولوجى الأمريكان كروبر و كليد كهوام (١٦٤) تعريفاً للثقافة<sup>(١٦٤)</sup> . ولما كانت التعريفات متعددة ولم يتحقق إتفاق الباحثين حولها ، لذلك أثر كل من ميشيل ثومبسون و رتشارد إليس و أرسون ويلدافسكى التركيز على إتجاهين فى تلك التعريفات ، أحدهما ينظر للثقافة على أنها تتكون من القيم والمعتقدات والمعايير والرموز والأيدىولوجيات وغيرها من المنتجات العقلية . والإتجاه الآخر يرى الثقافة على أنها تشير إلى<sup>(١٦٥)</sup> النمط الكلي لحياة شعب والعلاقات الشخصية بين أفرادهم وكذلك توجهاتهم . وهذا الإتجاه الأخير هو الذى يميل إليه علماء الأنثروبولوجيا الأمريكيون<sup>(١٦٦)</sup> ويبرز هذا التعريف الصيغة التأليفية للثقافة لتصبح ظاهرة مركبة تتكون من عناصر بعضها فكرى وبعضها سلوكى وبعضها مادية .

أما أنه ينبت ويشب فى بيئة إجتماعية لأنه ليس للحقوق معنى إلا بارتباطها بعلاقات إنسانيه بين صاحب الحق والآخرين . وأن القصة الخيالية عن روبنسون كروز ووجوده بمفرده فى جزيرة ومقطوع كلية عن أى علاقة إجتماعيه مع أمثاله قد تفترض أن يكون لديه أموال لكن ليست حقوق ؛ وهو فى هذه الجزيرة لا يوجد له منافس يعارضه<sup>(١٦٧)</sup> . والحق الشخصى ليس إلا علاقه قانونيه *rapport juridique* بين أشخاص أحدهم هو صاحب الحق الذى يمكن أن يطالب الآخرين باحترام أو الوفاء بالتزاماته المعترف بها من القانون<sup>(١٦٨)</sup>

وبإستحضار المذهب الإجرائي للمعاني يعيد الباحث نفس الرأى بعبارة أخرى فهو يرى الحق : "تنظيم إجتماعي تتحدد داخله طبيعة علاقة الفرد مع آخرين وكذلك

<sup>(١٦٣)</sup> Culture ... is that complex whole includes knowledge , belief , art , morals , law , custom , and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society . see Edward Burnett Taylor : Primitive Culture , London : John Murry (1871) 1<sup>st</sup> para

R. Bierstedt : The Social Order , New York : Mc Graw Hill (1963) <sup>(١٦٣)</sup>

A. L. Kroeber and Clyde Kluckhohn : Culture : A Critical Review of Conceptions and Definitions , Harvard University Press (1952) <sup>(١٦٤)</sup>

Michael Thompson , Richard Ellis , and Aron Wildavsky : Cultural Theory , Westview Press , Boulder San Francisco , U.S.A. (1990) p. 243 <sup>(١٦٥)</sup>

Ruth Benedict : Patterns of Culture , Boston : Houghton Mifflin , أنظر على سبيل المثال : (1934) <sup>(١٦٦)</sup>

Dabin : op cit p. 117 <sup>(١٦٧)</sup>

Michaélidès- Nouaros : op cit p. 218 . v. aussi : G ény : Science et Technique en droit privé positif , t. 111 , p. 219 et s. <sup>(١٦٨)</sup>

تعيين ماله وما عليه أو تعيين نصيب كل فرد الذى يستحقه. فهو تنظيم بالمعنى الوظيفي functional وليس بالمعنى الهيكلي structural. وفى داخل آلية هذا التنظيم يكون صاحب الحق فى مركز قانوني يتيح له وحده- الإستئثار بالشئ محل الحق أى إقترانه وإنتمائه له بحيث يقال أن هذا الشئ مستحق لصاحب الحق due to rightholder أو أنه صاحب هذا الحق. ويستوى الأمر فى الإستئثار أن يكون مباشراً أو غير مباشر.

٢- وفى الجانب السلوكي لهذا المنتج الثقافى أو التنظيم الإجتماعى تكون الحقوق طرق مؤمنه للفعل secured ways of acting ، أو طرق مؤمنه لكيفية التعامل secured ways of being treated ، وبعبارة أخرى هى طرق مجازة ومعتمده للفعل الذى يقوم به صاحب الحق وكيفية معاملته. وأن إنجاز طريقة كيفية التعامل هو شئ محدد (مثل: لاتعتدى على الكيان المادى للشخصيه ، أو لاتسئ إلى سمعة شخص) . وقابل للتوزيع distributable على كل من يطلق عليه صاحب حق . وهو أيضاً individuated. فضلاً عن أنه شئ ثابت (169)invariable.

٣ - يفترض تنظيم الحقوق وجود قاعدة قانونيه legal norm، تسمح أو ترخص بأداء العمل محل الحق ، وهى نفس القاعده التى تفرض إلزامات على الآخرين ، يكون المصدر المنشئ لها التشريع أو القبول العام فى المجتمع

٤ - الهدف المنشود (سواء الحصول على منفعة أو ميزه أو فى الجانب السلبي عدم التعرض أو الإيذاء) مصدق عليه إجتماعياً .

٥ - تحقق فكرة الحق العدالة التوزيعية justic distributive.

٦ - تؤدى فكرة الحق إلى تباين مشروع intégralité légitime بين المراكز القانونيه لصاحب الحق والأطراف الثانيه مثال ذلك أن يكون أحدهما فى جانب الدائن والآخر فى جانب المدين بالنسبة لحق الدائنيه ، وحيث يملك صاحب الحق إمكانية التصرف بشكل مشروع ، كما أن له سلطة الإختيار والضبط (170) choice and control

٧ - الحق إنعكاس لإلتزام فكل حق يقابله واجب سواء على شخص محدد بذاته أو على الكافه . أو كما يقول كيلسن بالنسبة لحق الملكيه بأنه إنعكاس لنوع من إلتزام مرتبط سلبي عام a reflection of kind passive universal conjunctive obligation (171) . وكما يقول إيهرنج فإن موقف الإنسان فى العالم يتحدد وفقاً لثلاثة شروط وهى

: ١- أنا أعيش لنفسى exist for myself ، ٢- يوجد العالم لى the world exists for me ، ٣ - أنا أوجد للعالم I exist for the world . من العبارتين الأوليتين يشتق حقوقه أما العبارة الثالثه فهى أساس واجب العالم نحوه . وهذه العبارات الموجزه ترسم الخط العام ليس فقط للقانون لكن النظام الأخلاقى العالمى وحياتنا الخاصه فى

Rex Mattin : A system of Right , op cit p. 26, 49

(164)

Kalinowski : "Logique et philosophie du droit subjectif" , Arch , philosophie du droit , (170)

(1964) p. 39

H. Kelsen : Reine Rechtslehre Zweit Vollstanding Underweiterte Ausflage (1960) (171)

Chapter 111

دائرة العلاقات العائلية والأعمال والمجتمع . كما يتضمن الحق نوع من التوجيه المعياري لسلوك الطرف الثاني.

٨ - يمكن تدعيم ناتج طريقة التصرف وكيفية التعامل فى إطار هذا التنظيم الإجتماعى بالإشارة إلى تحقيق مصلحة معينة أو مرجوة أو فائدة أو مغنم أو شئ طيب لصاحب الحق اعتماداً على أنها وسائل مقبولة وملائمة وشرعية. يتحدد مدى ملاءمة وشرعية المصلحة بالتشريع ، سواء التشريع السماوي كما هو الحال بالنسبة للشرعية الإسلامية ، أو الوضعي كما هو الحال فى دول القانون المدني بما فيها التشريعات البرلمانية فى الدول الأنجلو أمريكية ، أو إجازتها وإقرارها من المجتمع أو ما يطلق عليه القبول العام فى تطبيق القانون العام.

### الحق والحريه :

32/1/0 - يهتم الباحث بإبراز مظاهر التفرقة بين الحق والحريه حتى يستبعد من نطاق هذه الأطروحه ما يدخله البعض<sup>(١٧٢)</sup> -باللبس- فى إطار "حقوق الشخصيه" ، الحريات . مثال هذه الحريات : حرية التنقل ، التجارة والعمل ، العقيدة ، الرأى ، الإقامة ، التملك ، الزواج .. الخ . كما حاول البعض تضمين الحقوق للصيقة بالشخصيه الحريات المدنيّه<sup>(١٧٣)</sup> . وإن أبرز البعض التفرقة بينهما على أساس أن الإعتداء على حقوق الشخصيه يكون تلقائياً من جانب الغير ويستوجب التعويض بينما الإعتداء على الحريات المدنيّه يتمثل فى وجود شرط فى التصرف القانونى ينطوى على مساس بتلك الحريه<sup>(١٧٤)</sup> . وفى الفقه الأنجلو أميركى نلاحظ ان الفقيه Hohfeld يستخدم نفس تعبير الحق فى الحريه liberty right الذى إستخدمه الفقيه البلجيكي دابان droit de liberté . ولم يقتصر الأمر على الفقه فى توأمة الحق

---

<sup>(١٧٢)</sup> Dabin : opcit p. 83 ومن الفقه المصرى : د. عبد المنعم البدرأوى : المدخل للقانون الخاص ، الطبعة الأولى

(١٩٥٧) ، مطابع دار الكتاب العربى بمصر (مؤسسة مصريه للطباعة الحديثه) ص ٧٦-٧٧ \_ د. على نجيده : المرجع السابق ص ٤٦و٤٥ - د. مصطفى عبد الحميد بدوى : مبادئ القانون ، نظرية الحق (١٩٩٨) ص ٧٥ - د. ياسر أحمد كامل الصيرفى : المرجع السابق ص ٤٠ ، ٤١ - د. سعيد جبر : المرجع السابق ص ٢٧ .

<sup>(١٧٣)</sup> كورنو : القانون المدنى رقم ٥٠ ص ١٩٧ ، مطبوعات دوما . مذكور فى مقالة د. حسام الأهوانى : "حماية الحرية

الشخصية فى روابط القانون الخاص" ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، يناير ١٩٩١ ، العدد الأول ، السنة الثالثة

والثلاثون ص ٤ .

<sup>(١٧٤)</sup> فلور ص ٤٥٥ ، مشار إليه فى المرجع السابق ص ٥ .



والحرية في تعبير واحد هو "الحق في الحرية" بل إن استخدام هذا التعبير وجد في بعض التشريعات البرلمانية في الدول الأنجلو أمريكية<sup>(١٧٥)</sup>.

33/1/0 - يبدو أن محاولة التمييز بين الحق والحرية على أساس إمكانية الاختيار وما أسفرت عنه من عدم وجود فارق بينهما على هذا الأساس هو الذي ساهم في إيجاد اللبس . فالحرية تنطوي على إمكانية الاختيار *possibilité de choix* ، مثل حرية الرواح والغدو . لكن بالتأكيد ليست مكنة الاختيار كامله . فهناك قيود للمصلحة العامة ، مثال ذلك أن تكون حراً في السير في الطريق العام لكن بشرط إحترام نظام وقواعد المرور . ومع كثرة الشروط تضيق إمكانية التصرف أو الفعل إلى أن لا يبقى سوى خيارين على الأقل ، هما الفعل والإمتناع عن الفعل . نفس هذه المكنة توجد في الحق الشخصي . فقد تملك أرضاً فتصبح حراً في التصرف فيها سواء بزراعتها أو البناء عليها أو غير ذلك . لكن تبقى هذه التصرفات مقيدة بإحترام القواعد المنظمة للمصلحة العامة . وهكذا يبقى الخيار منحصراً في نهاية الأمر في ممارسة أو عدم ممارسة الحق<sup>(١٧٦)</sup> ، وأفضل من ذلك أن يقال أن محتوى الحق هو حرية لصاحبه *la contenu du droit est liberté pour son titulaire* .

ويستند الجدل بأن الحق والحرية شيء واحد إلى إفتراض أن كل إنسان لديه الحق في أن لا يتدخل شخص آخر في ممارسته لحياته . وهي فكرة خاطئة . فهناك إفتراضين مختلفين :

- لدى الحرية في أن أفعل كذا ؛ و
  - لدى الحق في أن لا يتدخل أحد أثناء فعلى كذا
- فإذا كان الإفتراض الثاني صحيحاً - في سياق خاص- فإن الجملتين تعنيان أشياءً مختلفة . العبارة الأولى تعنى أنني لا أرتكب فعل ضار *tort* أو أى خطأ قانوني بفعلى لكذا . أما العبارة الثانية فهى تعنى أنك ترتكب فعلاً ضاراً أو خطأ قانونياً بتدخلك في عملى لكذا . أنهما جملتان مختلفتان في المعنى . لكن الحقيقة أن العبارة الثانية لا تتفق -بالقطع- مع الأولى من الناحية القانونية . بيد أنها قد تتفق في أحيان أخرى بسبب إتساع قانون الأضرار ، وعلى وجه الخصوص في الأفعال الضارة مثل الإكراه أو التهديد البدني *assault* . فضلاً عن أنه قد تنشأ ظروف يمكن أن تكون الحرية في فعل شيء ما دون أن يوجد حق في عدم التدخل من الآخرين في فعله لهذا الشيء ، وهى الحالات المعروفة جيداً في مبدأ *dammun obsque injuria* أى الضرر غير القابل والغير مستطاع تعويضه<sup>(١٧٧)</sup> . ومن أمثلة الحالات التى يكون الضرر فيها غير قابل للتعويض : أن تكون لى الحرية بعد بحث طويل عن طاهية جيدة ، ووجدت واحده ترغب في العمل لدي . فى هذه الحالة لدي الحرية والقدرة فى أن أوظفها فى

<sup>(١٧٥)</sup> Wesley N. Hohfeld : opcit p. 37 – see also : John C. Grays` Classic : The Nature and

Sources of the Law , New York , Columbia University Press (1909) , sect. 48

<sup>(١٧٦)</sup> Glanville Williams : The Legal Jacques Ghestin : opcit p. 150 – أنظر أيضاً في نفس المعنى :

Effect of Illegal Contracts , 8 Camb . L. J. (1942) p. 151

<sup>(١٧٧)</sup> Glanville William : "The Concept of Legal Liberty" , Columbia Law Review , dec.

(1956) Vol. 56, no. 8 , p. 1143 , 1144

خدمتي كطاهيه ، لكن الآخرين لا يرتكب أي منهم فعلاً ضاراً عندما يعرض عليها – وقبل إرتباطي بعقد أو بوعده بعقد بها- أجراً أفضل فيحل محلي كمستخدم لها ، هذه هي الحرية الغير محمية .

### مظاهر الاختلاف بين الحق والحرية :-

34/1/0 - ١ – تسبق الحرية الحق فهي الباب الذي ينطلق منه المركز القانوني الموصل للحق . فما كان يمكن الوصول إلى الحقوق التي يتفرع منها عقد إلا بوجود حرية التعاقد وإلا لم يكن هناك عقد من الأساس . وقبل تحديد حق المؤلف في روايته يجب النظر في حرية التعبير . لكن أسبقية أو أولوية الحرية في الظهور قبل الحق ليس كافياً بحد ذاته للتمييز بينهما<sup>(١٧٨)</sup> ، ولذلك يقال بأن الحرية هي مرحلة إنشاء المركز القانوني والحق هو مرحلة إنتاج المركز القانوني لآثاره<sup>(١٧٩)</sup> .

٢ – يوجد الحق حيثما يكون هناك قانون وضعي ينظم هذه المسألة بينما توجد الحرية حيثما لا يوجد قانون ضدها<sup>(١٨٠)</sup> ، أو إلى المبادئ العامة<sup>(١٨١)</sup> .

٣ – يستحضر الحق فكرة شيء ما يمكن أن نلح عليه باستمرار بينما الحرية هي مجرد تعبير سلبي<sup>(١٨٢)</sup> .

٤ – تمنح الحرية بالتساوي للكافة فهي تستند إلى روح المساواة esprit égalitaire . حقيقة أنه يمكن حرمان البعض من الحرية مثل الذين يمشون عقوبة بدنية في السجون ، أو توجد بعض الظروف المادية التي تعوق ممارسة الحرية مثل تكديس وإزدحام الطريق بالسيارات يحول دون حرية السير لحائزي السيارات . لكنها تبدو كاستثناءات . وعلى عكس ذلك فإن في الحق – وهو مجال محفوظ لصاحبه domaine réservé au titulaire – يوجد تباين قانوني inégalité juridique<sup>(١٨٣)</sup> ، أو مراكز قانونية متفاوتة. فيكون صاحب الحق في مركز متميز عن غيره وهو ما يطلق عليه مزية الإستثناء<sup>(١٨٤)</sup> . وبعبارة أخرى فإن الصفة الغالبة للحق هي الحصريه L`

B. Starck : Introduction , opcit p. 354

(١٧٨)

(١٧٩) د. جلال العدوي : المرجع السابق ص ٦٦

(١٨٠)

Glanville : opcit p. 1142

(١٨١) د. نعمان جمعه : المرجع السابق ص ٥٢ نقلاً عن العميد روبيه – د. شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٧ – د.

جلال العدوي : المرجع السابق ص ٦٨ ، ٦٩ وإن كان يرى أن الحرية تثبت ابتداءً للشخص بمجرد كونه شخصاً وأن الحقوق تتوقف على وجود واقعة قانونية ؛ كما أنه يرى أن ذلك نتيجة للتفرقة بين الحق والحرية . ويرى الباحث – على عكس ذلك – أن ذلك مظهر من مظاهر التفرقة بينهما وسبب من أسباب التمييز – د. رمضان أبو السعود : المرجع

السابق ص ٤٦ ، ٤٧

Williams : The Concept of Legal Liberty : opcit p. 1142

(١٨٢)

Ghestin : opcit p. 150

(١٨٣)

(١٨٤) د. شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٤ – د. جلال العدوي : المرجع السابق ص ٦٣ – د. رمضان أبو

السعود : المرجع السابق ص ٤٥ ، ٤٦

exclusivité ، بمعنى إستبعاد للآخرين ، وهى التى إستفيد منها صاحب الحق فى نطاق محدد أما الحرية فتتمارس بالمنافسة مع الآخرين<sup>(١٨٥)</sup> .

٥ - الصفة غير المشروطة للحرية caractere incondonné de la liberté يخضع الحق - حتى فى مرحلة التكوين - إلى شروط مختلفة . فإقتناء قطعة أرض للبناء عليها يتطلب الأهلية اللازمه ، والسبب ، والمحل ، وتحرير العقد ، وتسجيله . وعلى عكس ذلك فإن حرية التملك للأفراد خارجه من كل شرط en dehors de tout condition ، فيما عدا القيود التى يفرضها القانون لأنه لا توجد حرية مطلقة<sup>(١٨٦)</sup>

٦ - للحق محل محدد أو قابل للتحديد وهو الذى يوجه إتجاهه وحدوده وغايته بدقه ، فالحق مركز قانوني له حدود واهداف محدده . أما الحرية فهى ميزة ليست محددة وليست مسببه ولا واضحة المعالم<sup>(١٨٧)</sup>

٧ - يقول بوريس ستارك إن الفائدة العملية للتفرقة بين الحق والحرية تظهر بمناسبة نظرية التعسف فى إستعمال الحق ، فعند ممارسة الحق قد يحيد صاحبه عن الهدف الأصلي ويستخدمه بسوء نية بتصرف ضد المجتمع ، فى هذه الحالة يكون هناك سوء إستعمال للحق يستوجب التعويض . بيد أن هذه النظرية غير موجوده فى مجال الحريات<sup>(١٨٨)</sup>

٨ - يرتبط الحق بواجب لدى الطرف الآخر - أى شخص غير صاحب الحق- بينما لا ترتبط الحرية بذلك . وقد كانت هذه التفرقة محل جدل فى الفقه الأنجلو أمريكى . فقد قيل بأنه يوجد واجبات مقابله للحرية أو على الأقل بأنها محاطة ومدعمة بواجبات أو أنها تتمتع بالحماية القانونيه . فحرية السير فى الطريق ليست مجرد عبارته سلبيه . فالواجب المقابل لها يقع على عاتق الكافه بعدم المنع من السير . لكن التحليل الدقيق لهذا الواجب نراه مجرد الواجب العادى المقابل للحق فى عدم التعدي not to assault . وتتم الحماية عن طريق اللجوء لدعوى الضرر بسبب التعدي<sup>(١٨٩)</sup> . وأحد الأمثلة الهامة لتأكيد الواجب المقابل للحق وليس للحرية هو حرية التعبير . فعندما تكون لى مثل هذه الحرية لا يوجد شخص على عاتقه واجب مساعدتى فى الحديث أو فى الإصغاء اليه أو حتى أن يبقى صامتاً أثناء كلامى ؛ ما لم يكن المتحدث ذو حيثيه معينه لها تأثير على بعض الآخرين . أما الحال ليس كذلك فيكون الواجب الوحيد المناسب هو أن لا يكتم المتحدث . وذلك الواجب بالطبع هو الواجب العادى المقابل

Ghestin : opcit p. 151

(١٨٥)

(١٨٦) وكما يقول العميد روبير : l'affirmation de la liberté est l'affirmation d'un principe de telle sorte

que , en dehors d'une restriction , on revient à ١٤٠ المرجع السابق ص ١٤٠ أنظر : روبير : المرجع السابق ص ١٤٠ d'appliquer ce principe de liberté .

(١٨٧) Stark : opcit p. 355 ومن الفقه المصرى : د. نعمان جمعه نقلاً عن روبير : المرجع السابق ص ٥٤ - د.

شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٧ - د. جلال العدوى : المرجع السابق ص ٦١ - د. رمضان أبو السعود المرجع

السابق ص ٤٥

Stark : opcit p. 150

(١٨٨)

Williams : opcit p. 1144-1145

(١٨٩)

للحق في عدم التعدي . وهكذا إستقر الرأي لدى غالبية الفقه في دول القانون العام بأن كل حق – بالمعنى الدقيق- يرتبط بسلوك شخص آخر ؛ بينما ترتبط الحرية بسلوك صاحب الحرية<sup>(١٩٠)</sup>

٩ – الأصل في الحق هو جواز النزول عنه وإحالاته –بإستثناء حقوق الشخصية- بينما الأصل في الحرية هو عدم جواز النزول عنها<sup>(١٩١)</sup> .

35/1/0 - لا يقدر في وجود هذه التفرقة بين الحق والحرية محاولة بعض الشراح<sup>(١٩٢)</sup> إنكار هذا الوجود ، وذلك على زعم من القول بوجود الإستثنائات في الحرية ويضرب لذلك مثال حرية الإعتقاد ، فليس مطلوباً أن يستأثر الشخص بحرية الإعتقاد بأكملها ، وببنفس القدر ليس مطلوباً ملكية الأرض الزراعية بأكملها . كما يمكن تحقق المساواة في حق لا نزاع في صفته ، كحق الملكية ، في حالة فرضيه وهي إلزام الدولة بمنح جميع مواطنيها منازل للسكنى . ووفقاً للتعريف الذي يقول به فإن عنصرى الحق هما قدره والحماية القانونية متوافرين أيضاً في الحرية . ويرى الباحث عدم الإنساق وراء هذا الرأي . فقد سبق للفقهاء في صفحات سابقة من مؤلفه أن إعتبر الإستثنائات هو كل الحق ومرادف له ، ثم قال بعد ذلك أن الإستثنائات موجودة في الحرية . فهل هو موجود أيضاً في الحرية ، وأن البحث عن هذه الأخير هو بحث عن الإستثنائات ومرادف له . ومع عدم وجود فارق بين الحق والحرية كما يفترض ، هل تصبح الألفاظ الثلاثة : الإستثنائات – الحق – الحرية مفردات لغوية لمعنى ومفهوم واحد وهو أمر يصعب قبوله من حيث الصياغة اللغوية ومنطق الأمور . كما يلاحظ أن الإستثنائات ليس هو العنصر الوحيد – كما سبق بيانه – في معيار التفرقة بين الحق والحرية الأمر الذي أصبح معه نظرة العميد جزئية أى من زاوية واحدة . وببنفس القدر حين حاول إيجاد الرابط بين الحق والحرية من خلال تعريفه للحق . وهذا الرأي هو مجرد رؤية من مجموع رؤى للحق ، كل ينظر من زاوية أو من منظور مختلف و لا يمثل كل واحد منهم الحقيقة المطلقة . وحسناً فعل البعض<sup>(١٩٣)</sup> حين تصدوا بالتنفيذ لهذا الرأي ؛ مؤكدين على أن الحق يثبت من الناحية العملية للعديد من الأفراد و لا يخل ذلك بالقول بأن كل منهم يستأثر بالقيم التي يمثلها هذا الحق . وأن رأى العميد فيه خلط بين حرية التملك وحق الملكية فضلاً عن نظرية وإستحالة المثال المضروب في هذا الشأن وهو إفتراض أن الدولة ستقوم بتمليك كل فرد من لحظة مولده بدون أى قيد أو شرط منزلاً .

<sup>(١٩٠)</sup> المرجع السابق . قارن عكس ذلك : د. جلال العدوى : المرجع السابق ص ٧١ حيث يرى أن الحريات يقابلها

واجبات تتمثل بالنسبة لحرية الرأي في السلطات العامة وسائر الأشخاص الذين يقع عليهم واجب سلمي بالإمتناع عن المساس بتلك الحريات

<sup>(١٩١)</sup> د. جلال العدوى : المرجع السابق ص ٦٩

<sup>(١٩٢)</sup> العميد جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٢٢٢ ، بصدد رده على د. حسن كيره : أصول القانون ص ٥٦٥

الذى يفرق بين الحقوق والحريات

<sup>(١٩٣)</sup> د. شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٥ ، ٢٦ – د. جلال العدوى : المرجع السابق ص ٦٥ .

وهكذا تسفر الصفحات السابقة عن وجود فوارق بين هاتين الفكرتين : الحق والحرية وأن كل منهما فى مركز قانوني مختلف . وبالمعنى الدقيق للحق يخرج الباحث من إطار هذا البحث الحريات ويقتصر – فى تحديده لحقوق الشخصية – على تلك التى تمس المقومات المادية والمعنوية للإنسان

## تقسيمات الحق (تصنيفه الحق) subjectives

### تقسيم الحق فى النظام اللاتينى :

36/1/0 - يصنف الفقه الحقوق إلى فئات مختلفة ، وتتعدد هذه التصنيفات بتعدد زوايا النظر إليه من حيث تجانس وتكامل صفاته وملامحه الأساسيه . بيد أنه يمكن رصد إثنان من هذه التصنيفات جديران بالإنابة . التقسيم الأول يعتمد على تصنيف الحقوق بالنظر إلى محلها<sup>(١٩٣)</sup> . وكان أول تمييز قديم هو الفصل بين الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية وبين الحقوق العينية . والأولى تنصب على الرابطة الشخصية بين الدائن (صاحب الحق) والمدين ، يستطيع الدائن بمقتضى السلطة المقررة له مطالبة المدين بإعطاء شئ أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل<sup>(١٩٤)</sup> . أما الحقوق العينية فهى سلطة مقررة لصاحب الحق على شئ معين res هو محل الحق . وهناك الحقوق الذهنية أو الملكية الفكرية droits intellectuels . وهذه الفئة على غير القياس إذ أنها ليست موجهة ضد شخص محدد ولا تنصب على أشياء مادية أو عناصر فى الذمة المالية لصاحب الحق . فمحلها شئ غير مادية une chose incorporelle<sup>(١٩٥)</sup> ناتج من النشاط الذهني لصاحبه ؛ وتشمل حق المؤلف ، والمؤلف الموسيقى ، والفنان والمبدع ، والمبتكر وهى متأخرة فى وجودها عن الحقوق العينية وحقوق الدائنية<sup>(١٩٥)</sup> . وآخر هذا التصنيف الرباعى هو حقوق الشخصية droits de la personnalité . وهى حقوق منقردة فى كون محلها ليس ببعيد عن صاحب الحق<sup>(١٩٦)</sup> .

<sup>(١٩٣)</sup> Dabin : opcit p. 168 et s. ومن الفقه المصرى د. جلال على العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، د. محمد

حسن قاسم : الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية (١٩٩٦) ص ٣٢٧ – د. محمد حسين منصور : نظرية الحق ، المرجع السابق ، ص ٥٣ .

<sup>(١٩٤)</sup> السنهورى : الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء الأول ص ١٠٣

Dabin : opcit p. 190

<sup>(١٩٥)</sup>

<sup>(١٩٥)</sup> Hepp : (1935) p. 251 - Roubier : Droits intellectuels et droit de clientèle , RTD civ. , t. XIX , avril (1958) p. 161 – Colombet “Le droit d’ auteur , propriété incorporelle” RID . t. XIX , avril (1958) p. 161 – Colombet : Propriété littéraire et artistique et droits voisins 4<sup>th</sup> éd. , no. 15 et s.

<sup>(١٩٦)</sup> J. Ghestin : opcit p. 179 وقد إنتقد هذا القول د. على نجيدة : المرجع السابق ص ٤١ معتبراً أن القول بأن

محل الحق هو الشخص نفسه صاحب الحق لا يستقيم ، ولم يذكر أسباب عدم الإستقامه

37/1/0 - والتقسيم الثانی للحقوق هو الذى يميز بينها بالإشارة لمفهوم الذمه المالىه patrimoine. ويعتمد تقسيم الحقوق هنا على المعيار الإقتصادى والنقدى . فما يقال عنه أنه متعلق بالذمه المالىه يقال إنه مالى أى نقدي "qui dit patrimonial dit "pécuniaire . c' est – à – dir monétaire"<sup>(١٩٧)</sup> . ووفقاً لهذا المعيار يفرق الفقه بين الحقوق التى يمكن تقويمها بالنقود ومن ثم قابليتها للتحويل والإنتقال من شخص لآخر ودخولها دائرة "التعامل التجارى" commerce juridique ، والأمثلة النموذجية هى حق الدائنيه أو الحق الشخصى والحق العيني ؛ وبين تلك الحقوق المغايره التى لا تقوم بالمال مثل حقوق الشخصيه<sup>(١٩٨)</sup>

غير أن هذه التفرقة ليست قاطعه فى التقسيم بين اللونين الأبيض والأسود فقد تتداخل الفئتان بحيث تتكون بينهما منطقة رمادية ومن أمثلة التداخل : إعتبار حق النفقه – وهو بحسب الأصل يقوم بالنقد على أساس حاجة المدين ومصادره- وبسبب ضرورته فى ضمان الحياه لصاحبه فهو غير جائز التنازل عنه incessible وغير قابل للحجز insaisable ، فلا يمكن وصفه بأنه حق معنوى مطلق وإنما هو حق ذو غاية إقتصاديه يقع على الحدود بين حقوق الشخصيه والحقوق المتعلقة بالذمه المالىه<sup>(١٩٩)</sup> . وقد يرتبط العامل الشخصى intuitus personae ببعض الحقوق التى تهيمن عليها/الصفة/الإقتصاديه فيجد من الصلاحيات المقرره لها . مثال ذلك بعض حقوق الشركاء التى تدخل ضمن طائفة حقوق الدائنيه فتلجم سلطان الدائنين على أموال الشركه بفعل حقوق أخرى مثل الحق فى الإحتفاظ بالعملاء والحق فى تعويض ضمان إستقرار الأيدي العامله . وقد تتحول حقوق الشخصيه إلى حقوق متعلقة بالذمه المالىه ؛ وذلك بصفة أساسيه عند الإعتداء عليها والمطالبة بالتعويض النقدي . ويصبح نظام المسئوليه همزة الوصل بين الشخص والذمه المالىه une sorte de jonction entre la personne et la patrimoine<sup>(٢٠٠)</sup> ؛ فضلاً عن إمكانية عبور الحقوق غير المقومة بالمال إلى حقوق مقومة بالمال فى بعض الحالات. مثال ذلك إستخدام الإسم كعمل تجارى<sup>(٢٠١)</sup> ، أو الترخيص بإعادة إنتاج صورة الشخص-<sup>(٢٠٢)</sup> . وهكذا نجد ظلالاً من الألوان بين القسمين لا يمكن القول معه بأن معيار الفصل بينهما هو إمكانية التقويم بالنقود أو حتى الغاية الإقتصاديه<sup>(٢٠٣)</sup>

Carbonnier : droit civil , t. 111 , les biens , p. 22 <sup>(١٩٧)</sup>

Carbonnier : opcit n . 166 , p. 282 – G. Marty et P. Raynaud : droit civil n. 144 – B. <sup>(١٩٨)</sup>

Starck , Roland et Boyer : opcit , n. 1094 – ومن الفقه المصرى : د. نعمان جمعه : المرجع السابق – د. <sup>(١٩٩)</sup>

شكرى سرور : المرجع السابق ، ص ٣٩

P. Catala : "la transformation du patrimoine dans le droit civil modern" R.T.D. civ. <sup>(٢٠٠)</sup>

(1966) n. 26 .

<sup>(٢٠١)</sup> المرجع السابق رقم ٢٧

Pollaud- Dulian : L' utilisation du nom patronymique comme nom commercial , JCP <sup>(٢٠٢)</sup>

(1992), 1, 36181

J . Chestin : Traité de Droit Civil , les personnes no. 315 – 316 <sup>(٢٠٣)</sup>

Nerson : Les droit extra – patrimoniaux , thèse , Lyon , (1939) p. 8 <sup>(٢٠٤)</sup>

38/1/0 - وبنفس منطق إختلاف زوايا النظر إلى أقسام الحق نجد في الفقه المصري عدة تقسيمات للحق . والشائع من هذه التقسيمات هو الذى يقسم الحقوق إلى قسمين رئيسيين : سياسيه وغير سياسيه أو مدنيه . وتشمل الأولى حق التصويت فى الإنتخابات وحق الترشيح وحق تولى الوظائف . أما الحقوق المدنيه فهى تنقسم بدورها إلى قسمين : عامه وتشمل حقوق الشخصيه<sup>(٢٠٤)</sup> ، وخاصه وتشمل حقوق الأسره والحقوق الماليه . وهذه الأخيره تنقسم إلى حقوق عينيه(أصلية وتبعيه) وحقوق الدائنيه أو الحقوق الشخصيه وأخيراً الحقوق المعنويه . وهناك تصنيفات أخرى عديده للحقوق مثل الحقوق المطلقة والحقوق النسبية<sup>(٢٠٥)</sup> . والحقوق الذاتيه والحقوق الغيريه<sup>(٢٠٦)</sup>

#### تقسيم الحقوق فى الفقه الأنجلو أمريكى :

39/1/0 - يقسم هو فيلد الحق إلى أربعة أقسام<sup>(٢٠٧)</sup> :

- ١ - الحق فى الإدعاء أو المطالبة بشئ ما claim – right . كأن يكون هناك حق ل (أ) فى (س) فى مواجهة (ب) ويكون هناك إلتزام على (ب) بأن يمد (أ) ب (س)
- ٢ - الحريات liberties: وهى أن يكون ل (أ) الحريه فى أن يفعل (س) فى حالة عدم وجود واجب عليه فى أن لا يفعل (س) .
- ٣ - السلطات powers : فنقول إن لـ (أ) سلطه على (ب) إذا كان فى مكنته المنفردة تغيير حالة (ب) القانونيه بالنسبه لحقوقه أو واجباته .
- ٤ - الحصانات immunities أى أنه يمكن القول بأن ( أ ) لديه حصانة ضد (ب) بالنسبه ل (س) فى حالة عدم وجود سلطه ل (ب) بالنسبه لحقوق أو واجبات (أ) بالنسبه ل (س) .

<sup>(٢٠٤)</sup> د. شكرى سرور : المرجع السابق ص ٣٩ وما بعدها - وهذا الفقيه يقسم الحقوق إلى حقوق غير متقومه بالمال وتشمل الحقوق السياسيه والمدنيه العامه والخاصه وحقوق متقومه بالمال وتشمل الحقوق العينيه والحقوق الشخصيه أو الدائنيه والحقوق الذهنيه فى ذلك يتفق مع د. عبد الودود يحيى . ويقترب من نفس الإتجاه د. سعيد جبر حيث يقسم الحقوق إلى ثلاثة أنواع : ١ - حقوق مقومه بالنقود أى حقوق ماليه - ٢ - حقوق غير مقومه بالنقود (غير ماليه) - ٣ - حقوق ذات طبيعه مزدوجه وهى الحقوق الذهنيه - د. مصطفى عبد الحميد عدوى : نظرية الحق (١٩٩٨) ص ٣٣ وما بعدها . ومنهم من يضمن حقوق الشخصيه الحريات العامه وحقوق الإنسان : د. البدرأوى : المرجع السابق ص ٤٥٠ - د. عبد الودود يحيى : دروس فى المدخل لدراسة القانون ، نظرية الحق ، دار النهضة العربيه (١٩٧٠) ص ١٥ - د. جميل الشرقاوى : المرجع السابق ص ٣٣ - د. محمد حسام محمود لطفى : المرجع السابق ص ٢٩ - د. ياسر الصيرفي : المرجع السابق ص ٣١ - د. نزيه المهدي : المرجع السابق ص ٥٢ - د. عبد الرشيد مأمون : الوجيز فى المدخل للعلوم القانونيه ، نظرية الحق ، دار النهضة العربيه ص ٢٥ وما بعدها .

<sup>(٢٠٥)</sup> راجع د. منصور مصطفى منصور : المرجع السابق ص ٢٤ - و د. حسن كيره : المرجع السابق ص ٥٧٣

<sup>(٢٠٦)</sup> راجع د. نعمان جمعه : الملاجع السابق ص ٦٣

<sup>(٢٠٧)</sup> Hohfeld : opcit p. 37 – see also: Rob Bass : <http://personal.bgsu.edu/~roberth/hohfeld.htm1>

لكن هذا المزعم بتقسيم الحقوق ليس إلا تحليلاً لكنه الحق . فحق الملكية مثلاً يحتوى على حزمه من الصلاحيات . فالملك الحريه – وفقاً للقيود القانونية- فيما يفعل فى ملكه . كما أن له الحق فى الدفاع عن ملكه فى مواجهة أى شخص يعتدى أو يتدخل فى ممارسته لحق الملكية من خلال الدعوى القضائية claim – right . فضلاً عن أن له سلطات powers فى التصرف فى ملكه بالبيع أو الإحالة أو الهبة أو الإيجار . وأخيراً فإن لديه الحصانه فى أن لا تنتقل هذه الملكية إلى الغير بإرادة فردية من الآخرين .

ولذلك فإن التقسيم المستقر فى وجدان الأدب القانوني الإنجليزي هو تقسيم الحقوق إلى ثلاثة أقسام : -

أولاً : الحقوق الطبيعية natural ويمليها القانون الطبيعي ، مثل : الحق فى الحياه أى تمتع الإنسان بالحصانه فى عدم الإعتداء على حياته وقتله إلا بموجب القانون ، وسلامة الأطراف limb أو سلامة البدن وعدم الإعتداء عليه إلا بموجب القانون ، الحريه وهى حصانه الإنسان فى مواجهة أى إعتقال أو حبس أو قيود على تصرفاته وأفعاله إلا فى إطار ما يسمح به القانون .

ثانياً : الحقوق المدنيه أو الإجتماعيه civil or social rights والتي تنشأ من الإتفاق الإجتماعي وتشمل بالإضافة إلى ما سبق :

الملكيه property : وهى عنوان title يميزها عن مجرد الحيازه والتي يتحدد معناها فى المحتوى الإجتماعي social context فقط ؛

إجراءات (محاكمه) مشروعه due process : وهى مجموعه إجراءات مؤسسه يتم بموجبها التوفيق بين الحقوق المتعارضه وربما تقييدها .

ثالثاً : الحقوق الدستوريه أو السياسيه التي يقررها الدستور . وتشمل إلى جانب ما سبق : حق الرعيه denizenship وهو يعطى الحصانه فى عدم النفي والإبعاد exile . وحق المواطنه أو الجنسيه citizenship يحتوى على حصانه الشخص فى الإنتخاب وتولي الوظائف وممارسة الحياه السياسيه<sup>(٢٠٨)</sup>. وقد يضاف إلى هذه الأقسام الثلاثة قسم رابع يحوى الحقوق الشخصيه personal rights .

40/1/0 - تعرف معظم النظم القانونيه وتميز بين نوعين من الحقوق : (١) حقوق الشخص فى مواجهة الكافه (٢) حقوق الشخص فى مواجهة شخص معين . ويطلق الكتاب الإنجليزي على النوع الأول jura in rem أى الدعوى العينيه التي تقام فى مواجهة الكافه ، بينما يطلق عليها الفقه الجرمانى الحقوق المطلقه absolute rights . وهى قد تكون حقوقاً متعلقه مباشرة بالشخص المؤهل لها ( Persönlichkeitsrecht مثل الحق فى السمع وعدم التعرض للعنف ، أو قد تكون متعلقه بشئ خارجي مثل الحق فى وضع اليد الحصرى على قطعة أرض مملوكه له . فإذا كان هذا الشئ الخارجى الذى يتعلق به الحق المطلق شئ ملموس فى إطار التعريف الجرمانى للأشياء يطلق عليه "حق عقاري" real right (dingliches) .



وإن لم يتم الإعراف بصفة عامه بالتعبير الذى يوصف به الحق المطلق إذا وقع على أشياء غير ملموسة مثل حق المؤلف وبراءة الاختراع فهى أشياء كانت مجهولة فى القانون الرومانى والجرمانى ، وإن كانت هذه الأشياء تلقى أهمية متزايدة فى النظم الحديثه .

أما النوع الثانى من الحقوق ويطلق عليه in personam أى الدعوى الشخصيه وهى التى تقام على شخص معين ، وقد يطلق عليها claim (Anspruch) بمعنى حق الإدعاء والمطالبة بشئ . هذه الحقوق الشخصيه هى التى يقابلها إلتزامات من جانب الشخص الذى يكون الحق فى مواجهته أو الذى عليه الحق ، ومن ثم تصبح العلاقة بينهما علاقته إلزاميه obligatory relation (Sechuldverhältniss) (٢٠٩)

### تقسيمات الحق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية :

41/1/0 - يقسم علماء الشريعة الإسلاميه الحق تقسيمات مختلفه بإعتبارات مختلفه . أهم هذه الإعتبارات : تقسيم الحق بالنظر إلى صاحبه وإلى محله (٢١٠) . وينقسم الحق بالنظر إلى صاحبه إلى أربعة أقسام :

١ - حق خالص لله تعالى : - وهو ما يتعلق به النفع من غير إختصاص أحد فينسب إليه تعالى لعظم خطره وشمول نفعه (٢١١) . ومن خصائص هذا الحق عدم قابليته للإسقاط وأنه فرض على الكفايه (٢١٢) .

٢ - حق خالص للإنسان أو حق العبد وهو ما يستحقه الإنسان وتتعلق به مصلحة خاصة لأحد وهو ما يدخل فى منطقة القانون الخاص (٢١٣) وهو قابل للإسقاط ويكون لصاحبه وحده التصرف فيه كما أن له أن يتنازل عنه (٢١٤)

---

Ernest J. Schuster : The principles of German civil law , Oxford , at the Clarendon Press , Lodon , New York , (1907) p. 67 (٢٠٩)

(٢١٠) وهناك تقسيمات أخرى مثل حقوق تقبل الإسقاط وحقوق لا تقبل الإسقاط ، وحقوق يصح الإعتياض فيها وأخرى لا يصح فيها ذلك ، وحقوق مجردة وحقوق غير مجردة . أنظر : د. محمد حسين منصور : المرجع السابق ص ٢٢ . (٢١١) وينقسم هذا الحق إلى ثمانية أقسام فرعيه : ١- عبادات خالصه كالإيمان - ٢- عقوبات خالصه كالحدود - ٣- عقوبات قاصره كالحرمان من الميراث - ٤- حقوق دائره بين الأمرين كالكفارات - ٥- عبادات فيها معنى المؤونه كصدقة الفطر - ٦- مؤونه فيها معنى العباده كالعشر - ٧- مؤونه فيها معنى شبه العقوبه كالخراج - ٨- حق قائم بذاته كخمس الغنائم . راجع : السنهورى : مصادر الحق ، المرجع السابق ج ١ ص ٧٤ - د. سليمان مرقس : المسئوليه المدنيه فى تقنينات البلاد العربيه ج ١ (١٩٧١) فقره ٥٠ - سعيد عبد السلام : التعويض عن ضرر النفس فى المسئوليه التقصيريه فى القانون الوضعى والفقهاء الإسلامى ، رساله دكتوراه ، حقوق القاهره (١٩٨٨) ص ١٠١ ، ١٠٢ - عبد الحليم حلمى محمد أنور : التعويض القانونى فى القانون المدنى المصرى والشريعة الإسلاميه دراسه مقارنه ، رساله دكتوراه ، حقوق القاهره (١٩٩١) ص ٧١ - د. محمود بلال مهران : نظرية الحق : المرجع السابق ص ٥٦٣-٥٧٥ (٢١٢) د. يوسف قاسم : مبادئ الفقه الإسلامى : المرجع السابق ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ (٢١٣) د. سعيد عبد السلام : المرجع السابق ص ١٠٢ - أنظر أيضاً د. بلال مهران : المرجع السابق ص ٥٧٥ ، ٥٧٦ (٢١٤) الفروق للقرائى ج ١ ص ٢٧٣

٣ - ما إجتمع فيه الحقان وحق الله هو الغالب ، كحد القذف<sup>(٢١٥)</sup> . وقد اختلف الفقهاء في تصنيف هذا الحق على ضوء تغليب حق الله أو تغليب حق العبد . فالحنفية يغلبون حق الله وهو بذلك لا يسقط بالعفو ولا بالصلح ولا بالإبراء<sup>(٢١٦)</sup> . غير أن الشافعية يغلبون حق العبد وبالتالي فهو يسقط بالعفو أو الصلح أو الإبراء<sup>(٢١٧)</sup>

٤ - ما إجتمع فيه الحقان وحق الإنسان هو الغالب كالقصاص . هذا التقسيم الرباعي للحق باعتبار صاحبه لم يرق لبعض الأصوليين<sup>(٢١٨)</sup> حيث يرون أنه لا يوجد حق خالص للعبد فإن "جاء ما ظاهره أنه حق للعبد مجرداً فليس كذلك بإطلاق ، بل جاء على تغليب حق العبد في الأحكام الدنيوية"<sup>(٢١٩)</sup> ، وإن كان الباحث يتحفظ على هذا الرأي من الأصوليين ومن تابعهم من المحدثين<sup>(٢٢٠)</sup> بحسبان أن هذه الحقوق تدخل في دائرة القانون الخاص وهو تنظيم دنيوى بحت يترك للإنسان باعتباره أنه أدري وأعلم بشئون دنياه . سيما وأن الشريعة الإسلامية الغراء تسمح بملكية الإنسان لما سعى إليه "وأن ليس للإنسان إلا ما سعى"<sup>(٢٢١)</sup> . ويؤكد القرآن الكريم هذا "للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن"<sup>(٢٢٢)</sup> . وقد سبق بيان أن أحد معانى الحق هو النصيب .

---

(٢١٥) عبد الحليم أنور : المرجع السابق ص ٧١ - الشيخ على الخفيف : الحق والذمة : المرجع السابق ص ١١٥ - محمد سلام مذكور : مباحث الحكم عند الأصوليون ص ٢١٥ ، ٢١٦ ، مشار إليه في بلال مهران : المرجع السابق ص ٥٧٨ هامش ١

(٢١٦) رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار للعلامة محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ، الشهير بإبن عابدين ، المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ ، مطبعة الحلبي (١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م) ج٤ ص ٤٨ ، ٤٩

(٢١٧) الأحكام السلطانية : للقاضي أبى الحسن على بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي ، المتوفى سنة ٤٥٠ هـ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، الطبعة الثالثة (١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م) ص ٢٢٩ . وقد أدلى الفقه الحديث بدلوه فيرى الشيخ على الخفيف - الحق والذمة - وجوب أن يكون حد القذف من طبيعة حد الزنا للعلة الواحدة المشتركة بينهما من تشريعهما وهي جزاء إنتهاك حرمة العرض ، بينما يرى د . مهران تغليب حق الله تعالى على حق العبد : بلال مهران ، المرجع السابق ص ٥٨١

(٢١٨) الفروق للقراي : المرجع السابق ج ١ ص ١٤١ - قواعد الأحكام لعز الدين بن عبد السلام : المرجع السابق ج ١ ص ١٦٧ - شرح مختصر خليل ، منح التقدير ، المعروف بالشرح الكبير للعلامة أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ،

المتوفى سنة ١٢٠١ هـ ، مطبوع مع حاشية الدسوقي ج٤ ص ١٧٤ ، ٣٥٤

(٢١٩) الموافقات للشاطي : المرجع السابق ص ٢٣٣

(٢٢٠) د . بلال مهران : المرجع السابق ص ٥٨٩

(٢٢١) سورة النجم آيه ٣٩

(٢٢٢) سورة النساء من الآية ٣٢

42/1/0 - وهناك تقسيم آخر للحق بإعتبار محله إلى قسمين : الأول الحق المالى: وهو ما كان محله المال . وينقسم هذا الحق إلى حق متعلق بالعين وحق ثابت فى الذمه<sup>(٢٢٣)</sup> . أما الأول فهو سلطة مباشرة للإنسان على عين مالية معينة مثل حق الملكيه وحقوق الإرتفاق (الشرب ، المرور ، المسيل) . أما الحق الثابت فى الذمه فهو الذى ثبت للإنسان على إنسان آخر مثل عقد القرض وعقد المقاولة . الثاني هو الحق غير المالى . وهو بدوره ينقسم إلى قسمين : حقوق متعلقة بالأسره مثل حق الزواج وحقوق الزوجين والطلاق والحضانة بإستثناء ما يتعلق بالصداد وبعض حالات الإنفاق . والآخر خاص بالحقوق العامه وهى الحقوق التى تثبت للإنسان بإعتباره عضواً فى المجتمع الإنسانى. ويذكر الفقه الشرعى<sup>(٢٢٤)</sup> أن أهم ما تشمله هذه الفئة من حقوق هى : الحق فى الحياه والمحافظة على النفس ، وحقه فى الدفاع عن شرفه وكرامته ، حق الحريه ، حق المساواه ، حق العدل ، حق الشورى . وهى ما يطلق عليها الحقوق الفطريه<sup>(٢٢٥)</sup>

## حقوق الشخصيه

### Droit de personnalité

#### حقوق الشخصيه وبعض الحقوق الأخرى :

43/1/0 – من خلال هذه الشبكات المختلفه والمتداخله لتقسيمات الحقوق ، ومع حداثة الفكر فى تنظيم وحماية حقوق الشخصيه نجد بعض الفقه يضمنها ويقرنها بتنظيمات وحقوق أخرى . فبعضهم<sup>(٢٢٦)</sup> يدخل فى إطارها الحريات مثل حرية العقيدة ، وحرية الغدو والرواح ، وحرية العمل ، والتعاقد والزواج والتجاره . وقد سبق للباحث التمييز بين مفهوم الحق ومفهوم الحريه مستبعداً الحريات من حقوق الشخصيه . كما تأثر البعض بما أطلقه عليها فلاسفة القرن الثامن عشر "بحقوق الإنسان" droits de l'homme – human rights متأثرين فى ذلك بمدرسة القانون الطبيعى . لذلك يعتبر

<sup>(٢٢٣)</sup> القواعد : للحافظ زين الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلى البغدادى المتوفى سنة

٧٩٥ هـ ، راجعه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد ، مؤسسة نبع الفكر العربى للطباعة ، الطبعة الأولى ١٣٩٢ هـ –

١٩٧٢م ص ٥٤ ، ٤٠١ – د. أحمد فهمى أبو سنه : النظرية العامة للمعاملات فى الشريعة الإسلاميه ، مطبعة دار

التأليف بمصر ١٣٨٧ هـ – ١٩٦٧م ص ٧١ ، ٧٢

<sup>(٢٢٤)</sup> د. بلال مهران : المرجع السابق ص ٦٢٩-٦٥٦

<sup>(٢٢٥)</sup> د. يوسف قاسم : مبادئ الفقه الإسلامى : المرجع السابق ص ٢٦٠ ، ٢٧٠

<sup>(٢٢٦)</sup> د. حمدى عبد الرحمن : الحقوق والمراكز القانونيه ، دار الفكر العربى (٧٥-١٩٧٦) ص ٦٠ – محمد حسين

منصور : المرجع السابق ص ١١٤ ، ١١٥ – ياسر أحمد كامل الصيرفى : المرجع السابق ص ٤٠ وما بعدها – د. سعيد

جبر : المدخل لدراسة القانون الجزء الثانى : نظرية الحق (٢٠٠٠) ص ٢٧

البعض أن تعبير "حقوق الإنسان" مرادف لتعبير "حقوق الشخصية"<sup>(٢٢٧)</sup> . وعلى الجانب الآخر من الجدل يرى البعض<sup>(٢٢٨)</sup> أن الإصطلاحين غير متطابقين فبينما يقصد بحقوق الإنسان تلك التي تثبت للأفراد في مواجهة الإعتداء الذي يحصل من السلطة العامه بينما حقوق الشخصية هي تلك الواردة "على مقومات الشخصية وعناصرها بقصد تأكيدها وحمايتها أساساً من إعتداء الأفراد والأشخاص الآخرين" . فحقوق الإنسان تتعلق بالقانون العام ، بينما حقوق الشخصية فهي ضمن إطار الحقوق التي ينظمها القانون الخاص لإرتباطها بعلاقات الأفراد فيما بينهم . ومن ثم فإن حقوق الإنسان أوسع أو أشمل وتحوى مجالات عديدة غير حصريه عن حقوق الشخصية<sup>(٢٢٩)</sup> . إلا أن ذلك لا يمنع من وجود قدر من التماثل بينهما ؛ فحق الإنسان في سلامة جسده هو حق مشترك بينهما لكنه يحقق أكثر من هدف ، فكونه حق من حقوق الإنسان فهو محمي من إعتداء الدولة ، وبإعتباره أحد حقوق الشخصية فهو يهدف إلى حماية الفرد من أى مساس بجسده بفعل غيره من الأفراد<sup>(٢٣٠)</sup> ويرجح الباحث الرأى الثانى الذى يميز بينهما ولا يعتبر الإصطلاحين مترادفين أى متطابقين ، لذلك يستبعد الباحث من نطاق حقوق الشخصية ما يطلق عليه حقوق الإنسان .

44/1/0 - بصدد جهود الفقه فى تعداد حقوق الشخصية يذكر البعض الحقوق الذهنيه أو حق المؤلف على مصنفه على أنها أحد مجالات حقوق الشخصية<sup>(٢٣١)</sup> . وقد يكون

<sup>(٢٢٧)</sup> البدرأوى : المدخل : المرجع السابق ص ٧٦ - د. ياسر الصيرفى : المرجع السابق ص ٣١ - وقريباً منه د. عبد

الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٢٨ - د. نزيه المهدي : المدخل : المرجع السابق ص ٥١ - نبيل إبراهيم و همام محمد محمود زهران : المرجع السابق ص ٤٣

<sup>(٢٢٨)</sup> د. نعمان جمعه : المرجع السابق ص ٦٦ ، ٦٧ - د. على نجيدة : المرجع السابق ص ٤٨ والمراجع المشار إليها فى

هامش ٢

<sup>(٢٢٩)</sup> أنظر على سبيل المثال قانون حقوق الإنسان فى المملكة المتحدة ، الذى نفذ فى الثانى من أكتوبر عام ٢٠٠٠

تطبيقاً للإتفاقيه الأوروبيه لحقوق الإنسان والذى تضمن حقوقاً عديده مثل : الحق فى الحياه (م/٢) ، الحمايه ضد أى

تعذيب أو معامله غير إنسانيه أو الخط من المنزل أو العقاب (م/٣) ، الحمايه ضد الإستعباد أو الإيجار على العمل (م/٤)

، حق الإنسان فى الحريه والأمان (م/٥) ، الحق فى محاكمه عادله (م/٦) ، الحمايه ضد العقاب على جرائم بأثر رجعى

(م/٧) ، حمايه الحياه الخاصه والأسريه (م/٨) ، حريه الفكر والوجدان والدين (م/٩) ، حريه التعبير (م/١٠) ، حريه تكوين

نقابات والإجتماعات (م/١١) ، حريه الزواج وتكوين أسره (م/١٢) ، الحريه ضد التفرقه العنصريه (م/١٣) ، حق المملكه

(الماده الأولى من البروتوكول الأول) ، إلغاء عقوبة الإعدام فى أوقات السلم (م ١ ، ٢ من البروتوكول السادس http://

http://www.lawrights.co.uk/hra.html - وأنظر أيضاً الإعلان الأمريكى لواجبات وحقوق الإنسان والذى

نص فى ماده الأولى منه على الحق فى الحياه وأمان وتكامل الشخص ، وفى ماده الخامسه على الحق فى الشرف والسمعه

والحياه العائليه http://www.jurisUqam.ca/cours/aut97jur6650/daddh.htm

<sup>(٢٣٠)</sup> د. نعمان جمعه : المرجع السابق ص ٦٧

<sup>(٢٣١)</sup> B. Stark , H. Roland , et L. Boyer : Introd. opcit , 5 me éd. No. 1167 p. 431 \_ Marcel Planiol : Traité Élémentaire de Droit Civil , revu et complété par Georges Ripert , 13 me éd.

هذا نفر من الفقه متأثراً بالرأى الذى يقول بأن هذا الحق من حقوق الشخصية ، فالمصنف ليس إلا "جزء من شخصية المؤلف ، يمتزج بها ولا يمكن فصله عنها"<sup>(٢٣٢)</sup> ؛ لأن محل الحق هو الفكرة الأدبية أو الفنية التى تخرج من رحم الفنان أو المبدع أو المبتكر وهو بهذا المعنى يعتبر جزءاً لا يتجزأ من نسيج شخصيته . وقد تعرضت هذه النظرية لكثير من النقد<sup>(٢٣٣)</sup> وبصفة خاصة فيما ذهب إليه من عدم قابلية هذه الحقوق للحواله بحسبانها أحد صور حقوق الشخصية على خلاف إجماع الفقه والقضاء بأحقية المؤلف فى تقاضى عائد من عمله ولا بد له أن يتنازل عن جانب من حقه<sup>(٢٣٤)</sup> .

وأمام قصور هذه النظرية ووهن التبرير النظرى للواقع العملى وبالتالى ضعف منطقتها فى إنتماء هذه الحقوق لفئة حقوق الشخصية ، قامت فى المقابل نظرية أخرى ترى فى التكييف القانونى لهذه الحقوق بأنها "ملكه غير مادية" *propriétés incorporelles* ، ويجد هذا التكييف دعمه من خلال المادة الأولى من أول تشريع لبراءة الاختراع الصادر فى ٧ يناير ١٩٧١ ، التى تقضى بأن كل إكتشاف أو اختراع جديد فى أى صناعه هو ملك للمؤلف . وقد وصف التشريع الفرنسى فى قانون ١١ مارس ١٩٥٧ -الذى حل محل التشريعات السابقة فى حق المؤلف والمخترع - حق المؤلف والمخترع بأنه "حق ملكه معنويه حصري ويحتج به أمام الكافه" *droit de propriété exclusif et opposable à tous* . ويظهر خلع وصف الملكيه على هذه الحقوق تماثلاً معيناً مع الحقوق العينيه فى أن محل الحق فى كليهما يكون شيئاً خارجاً عن صاحب الحق وأنه يحتج مباشرة بهذا الحق فى مواجهة الكافه ، بيد أن هذا التماثل ليس كاملاً<sup>(٢٣٥)</sup> ، فهناك إختلاف فى طبيعة الشئ المادى الذى يدرك بالحس عن ذلك الشئ الحسى الذى لا يدرك إلا بالفكر المجرد<sup>(٢٣٦)</sup> الأمر الذى تنتفى معه فكرة أن الحقوق الذهنيه هى إستنساخ من الحقوق العينيه . فالحقوق الذهنيه تدخل فى إطار فئة مختلفه تتسع وتتنامى مع التطور التقنى ومع دخول أشكال جديده من التعبير الذهنى مثل الأسطوانات المدمجه والأجهزه السمعيه - البصريه . لذلك

, Principes généraux : Personnes – Biens , Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (1946) No. 358 p. 155 \_ Christian Larroumet : Droit Civil , Tom . 1 , Introduction à l' étude du droit privé , 3 e éd. , Economica & Delta No . 407 p. 270 ومن الفقه المصرى : د. البدرأوى :

المرجع السابق ص ٧٩ - د. نعمان جمعه : المرجع السابق ص ٧١ - د. على نجيده : المرجع السابق ص ٤٥ - ياسين محمد يحيى : الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى ، دار النهضة العربيه (١٩٩١) ص ٩٧ - مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق ص ٧٥ - د. ياسر الصيرفى : المرجع السابق ص ٣٨ - د. نبيل إبراهيم سعد ، د. همام زهران : المرجع

السابق ص ٧٤ ، ٧٥

د . عبد الرشيد مأمون : الحق الأدبى للمؤلف : النظرية العامه وتطبيقاتها ، دار النهضة العربيه (١٩٧٨) ص ٢٣

<sup>(٢٣٣)</sup> أنظر فى عرض ونقد كل رأى من هذه الآراء التى تؤيد هذه النظرية المرجع السابق ص ٢٣-٤١

<sup>(٢٣٤)</sup> المرجع السابق ص ٣٧

<sup>(٢٣٥)</sup> قارن : Recht : Le droit d' auteur , une nouvelle form de propriété , L G D J (1969) p. 60

<sup>(٢٣٦)</sup> السنهورى : الوسيط ، حق الملكيه ، المجلد الثامن ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت ص ٢٧٨ وما بعدها

فرضت نفسها باعتبارها حقوقاً جديرة بالحماية الدقيقة لهذا العمل الإنساني<sup>(٢٣٧)</sup>. وقد فسر الفقه<sup>(٢٣٨)</sup> بأن ورود تعبير "الملكية الأدبية" هو لتأكيد إستحقاق هذه الحقوق الحماية وليس لتكييفها بأنها حق ملكية.

لذلك إتجه بعض الفقه<sup>(٢٣٩)</sup> إلى خلق نظريه توفيقية وهي نظرية الإزدواج حيث رأى أن الحقوق الذهنية تجمع بين حقين أحدهما مالى والآخر أدبي<sup>(٢٤٠)</sup>.

45/1/0 - وهكذا تنأى الحقوق الذهنية وأهمها حق المؤلف عن إعتبارها إحد صور حقوق الشخصية بهجر الفقه لهذه الفكرة وإبتداع أفكار أخرى تميزها بفئة خاصة ، لا يكون محل الحق فيها هو صاحب الحق كما هو الحال فى حقوق الشخصية والتي يكون محل الحق هو الشخص نفسه صاحب الحق . وإستطراداً لأسلوب الحصر بالإستبعاد فقد إستبعد الباحث من قبل الحريات وحقوق الإنسان وأخيراً بعد مناقشة تكيف الحقوق الذهنية يستبعدها الباحث أيضاً من حقوق الشخصية . ويبقى أنه بعد هذا الإستبعاد يصبح من اليسير بعد إستقراء الفقه حصر حقوق الشخصية فى فئتين رئيسيتين : الأولى : حقوق متعلقه بالكيان المادى للشخص وهي الحق فى الحياة والحق فى معصومية الجسد ( وهذه الفئة محل دراسة الباب الأول من هذا البحث فى فصلين الأول للحق فى الحياة والثانى لمعصومية الجسد ) . الثانية : حقوق متعلقه بالكيان المعنوى للشخصية الإنسانية وهي : (١) الحق فى الشرف والسمعة droit d'honneur وعدم التشهير defamation (٢) الحق فى إحترام الحياة الخصوصية droit au respect de la vie privée أو الخصوصية privacy . (هذه الفئة الثانية موضوع الباب الثانى فى فصلين الأول للحق فى السمعة أو عدم التشهير ، والثانى للحق فى الخصوصية .

46/1/0 - ونظرة الفقه إلى هذه الحقوق أنها حديثة العهد نسبياً . فقد كتب جينى فى عام ١٩١١ أن فئة حقوق الشخصية هي فى مرحلة التكوين en formation<sup>(٢٤١)</sup> . كما كتب آخرون بأنها لم تتجاوز هذه المرحلة حتى الآن وأن ظهورها فى فرنسا حديث<sup>(٢٤٢)</sup> . لكن هذا القول قد يكون صحيحاً بالنسبة للحماية القانونية لهذه الحقوق . وإن كانت هذه الحقوق كمفاهيم إنسانية جديرة بإحترام وتوقير المجتمع وجدت منذ الحضارة الإنسانية . نجد مثلاً فى كتاب الموتى الفرعونى (مجموعة النصوص البردية التى وجدت فى المقابر المصرية القديمة) فى بردية أنى فى الإعتراف السلبي

Catal : opcit , R T D civ. (1966) p. 185 et s.

(٢٣٧)

السنهورى : المرجع السابق ص ٢٧٨ - حسام الأهوانى : مقدمه القانون المدنى ، نظرية الحق (١٩٦٢) ص ٢٥٦

(٢٣٨)

د. عبد الرشيد مأمون : الحق الأدبي : المرجع السابق ص ٦٠ وما بعدها

(٢٣٩)

أنظر فى تأييد هذا الإتجاه الغالب وأن المشرع المصرى أخذ به : د. سعيد جبر : المدخل ، المرجع السابق ص ٧٠

(٢٤٠)

والمراجع المشار إليها فى هامش ١

فى الحديث عن الحقوق على المراسلات البريديه ج١ نبذه ٨٩

(٢٤١)

Tallon , Rép. civ. Dalloz , 2e éd. : personnalité ( droit de la ) no. 6 – Boistel :

(٢٤٢)

Philosophie du droit , t. 1. (1989) no. 131 et s. – E. H. Perreau : Les droits de la personnalité, R T D civ. , (1909) p. 501 et s.

عندما يقف المتوفى في قاعة ماعتي المزدوجه أمام ٤٢ إلهاً لينفى عن نفسه أمام كل إله خطيئة من الخطايا ، ومن هذه الإعتراقات  
\*هلا .. رب العدل والحق .. يا من أتيت من مدينة العدل والحق (ماعتي) أنى لم أكن بالمتلصص

- هلا .. يا من تحمل المصلصه .. يا من أتيت من "نو" أنى لم أنطق بإستهزاء
- هلا .. "الأنف المقدس" .. يا من أتيت من "خمن" أنى لم ارتكب العنف
- هلا .. "الأسنان البيضاء" .. يا من أتيت من "نارشى" أنى لم أهاجم إنساناً

وها هو بوذا عندما سأل أحد البراهمه المغرورين – وقد كان من عادة هذا البرهمي التهكم على الآخرين والسخرية والإستهزاء بهم- عن صفات البرهمي الحقيقي أجابه بوذا بتعداد الصفات الساميه مثل التخلص من الشر وطهارة القلب ثم ذكر عدم السخرية والتشهير بالآخرين . فاحترام هذه الحقوق وتقديرها موجود فى ضمير الإنسانى باعتبارها قيماً إنسانية سامية . لكن الحماية عن طريق التشريعات القانونيه فكما قال الفقيه البدراوى –بحق- أنها سابقة على القانون ويقتصر دور القانون على تنظيمها إذ هى فى الواقع سبب وجود القانون وعلته<sup>(٢٤٣)</sup> .

47/1/0 - حاول الفقه تقريب مفهوم حقوق الشخصيه فى عبارات قانونيه إنطلاقاً من قناعته بأن أساس هذه الحقوق أن كل إنسان يملك مجموعه من الصفات الماديه والمعنويه والتى يطلق عليها فى اللغة الدارجة ذاتيته أو شخصيته<sup>(٢٤٤)</sup> . كما بين البعض أن المقصود منها هى "الحقوق التى يكون محلاً لها العناصر المكونه للشخصيه فى مظاهرها المتعدده الماديه والمعنويه ، الفرديه والإجتماعيه"<sup>(٢٤٥)</sup> . وقيل بأنها "الحقوق التى تهدف إلى ضمان وإزدهار الشخص نفسه " droits qui visent la garantie et l' epanouisse de la personne elle- même<sup>(٢٤٦)</sup> . كما قيل أيضاً بأنها "سلطات مقرره للشخص إبتغاء تمكينه من الإنتفاع بنفسه ، بقواه البدنيه والفكرية وحماية هذه القوى ، هى سلطات لم تقرر للشخص على ذاته فيكون صاحب الحق ومحل الحق فى آن واحد . وإنما هى بالأحرى سلطات موجهة نحو الغير ، أى كان ذلك الغير .."<sup>(٢٤٧)</sup> . وعرفها البعض بأنها "تلك الحقوق التى تثبت على ذات الإنسان"<sup>(٢٤٨)</sup> . وعرفها البعض الآخر بأنها حق الفرد فى المطالبه بأن يعترف بأنه شخصيه كامله خلقه وروحيه<sup>(٢٤٩)</sup> . وقال عنها البعض بأنها "طائفة القيم التى تثبت للشخص بمجرد وجوده لكونه إنساناً وتظل تتبعه إلى يوم وفاته ، وتهدف إلى حماية

(٢٤٣) د. البدراوى : المرجع السابق

Starck : Introduction : opcit

(٢٤٤)

Dabin : opcit p. 169

(٢٤٥)

(٢٤٦) Marty et Raynaud : droit civil , opcit no. 145 - Kayser : Les droits de la personnalité , aspects théoriques , R T D civ . , ( 1971 ) p. 445 et s.

(٢٤٧) د. عبد الحى حجازى : نظرية الحق (١٩٥٢) ص ١٧١ ، مذكور فى د. على نجيده : المرجع السابق ص ٤١ ، ٤٢

(٢٤٨) العميد نعمان جمعه : المرجع السابق ص ٦٣

(٢٤٩) د. على نجيده : المرجع السابق ص ٥

الشخص فى ذاته وحماية القيم اللصيقة به<sup>(٢٥٠)</sup> . ومع تعدد وصعوبة إيجاد تعريف لها إلا أن الإجماع على أنها حقوق لصيقة بالشخص ، وهو عادة الشخص الطبيعي وقد تمتد إلى الشخص المعنوى كالإسم مثلاً . وقد سماها القانون المدنى المصرى فى المادة ٥٠ : "الحقوق الملازمة للشخصية" droits inhérents a la personnalité<sup>(٢٥١)</sup>

### خصائص حقوق الشخصية :-

48/1/0 - من بين التقسيمات العنقودية للحقوق نقطف حقوق الشخصية ، بعد إستبعاد الحقوق الأخرى التى يرى البعض أنها أحد تطبيقات وأمثلة الحقوق الشخصية ، نجد أنها :-

- ١ - متفرده بعد تشذيبها مما يتشابه معها من حقوق أخرى ،
- ٢ - مدنيه وعامه ،
- ٣ - أحد إفرازات الحقوق الطبيعىه ويطلق عليها حقوق الفطره ، وأنها ضاربة فى أعماق التاريخ وظهرت كقيم إنسانيه وإجتماعيه مع بدء الحضارات الإنسانيه ، لكنها لقيت الحماية مؤخراً ،
- ٤ - قابله للإدعاء القضائى claim - right أى أنها تتمتع بالحمايه القانونيه ،
- ٥ - قد يجتمع فيها حقان ، حق الله سبحانه وتعالى وحق الإنسان ، وقد يكون فى بعضها حق الله هو الغالب وفى البعض الآخر حق الإنسان هو الغالب ، وبعض الفقه يفردها فى فئة خاصه ،
- ٦ - مطلقه ولصاحبها حصانه immunity وله الإحتجاج فى مواجهه الكافه فى عدم الإعتداء عليها doté d'une opposabilité absolue ، وهذا يعنى أنه يوجد واجب سلبى عام مفروض على الكافه بإحترامها وعدم الإعتداء عليها ،
- ٧ - محمية لذاتها . إستخدم هذا التعبير بعض الفقه المصرى<sup>(٢٥٢)</sup> بمعنى أنه يكون للمعتدى عليه وقف الإعتداء دون حاجة الى إثبات الضرر ، إلا أنه فى حالة طلب التعويض عن هذا الضرر فيشترط وجود الضرر . وهو تفكير تقليدى يمثل عدم تقبل فكرة الضرر المفترض فى مجال حقوق الشخصيه كإستثناء من المبدأ العام فى ضرورة وجود الضرر فى التعويض عن المسئوليه . وهو تفسير قد يتفق مع حرفية نص المادة (٥٠) من القانون المدنى المصرى التى تنص على عبارة "مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر" وهو قول فيه تجزئة لآثار خصيصه "محميه لذاتها" ، فكل من وقف الإعتداء والتعويض النقدي جزاء لإرتكاب الفعل الموجب للمسئوليه . وقد إنتهى الفقه والقضاء فى فرنسا إلى إستثناءاً حقوق الشخصيه من شرط الضرر

<sup>(٢٥٠)</sup> د. فتحي عبد الرحيم عبد الله : دروس فى مقدمة العلوم القانونيه ، نظرية الحق ، مكتبة الجلاء الجديد (١٩٨٧)

<sup>(٢٥١)</sup> تنص المادة ٥٠ من القانون المدنى المصرى على أن "لكل من وقع عليه إعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق

الملازمه لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الإعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " celui qui subit une atteinte illicite à des droits inhérents à sa personnalité peu en demander la cessation et la réparation du préjudice qui serait résulté

<sup>(٢٥٢)</sup> د. البدرأوى : المرجع السابق ص ٨١ ونقله عنه د . على نجيده : المرجع السابق ص ٤٧



فى المسئولية<sup>(٢٥٣)</sup> مثلها فى ذلك - فى المسئولية التقصيرية - مثل الإعتداء على حقوق الملكية الأدبية والفكرية<sup>(٢٥٤)</sup>. والمنافسة غير المشروعه حيث يعتبر القضاء أن ما تحدثه المنافسة غير المشروعه من اضطرابات فى السوق يمثل فى حد ذاته ضرراً حقيقياً ومؤكداً *actuel et certain* مما يسمح بالتعويض وفقاً للمسئولية التقصيرية<sup>(٢٥٥)</sup>. ويقابلها فى المسئولية العقدية حالة الشرط الجزائي إذ أن مجرد التأخير أو عدم التنفيذ يطبق الشرط الجزائي دون حاجة إلى إثبات الضرر من قبل الدائن<sup>(٢٥٦)</sup>. والأمر نفسه ينطبق على النظام الأنجلو أمريكى الذى يطلق على دعوى الفعل الضار بانتهاك حقوق الشخصيه *actionable prt se* أى أنها محل المطالبة القضائية فى حد ذاتها دون حاجة لإثبات الضرر. ويميل الباحث للأخذ بهذا الرأى. إذ أن الإعتداء على حقوق الشخصيه يمثل فى حد ذاته ضرراً واقعياً ومؤكداً، وهو الأمر الذى أكدته قانون سنة ١٩٧٠ حيث إعتبر المساس بالحياة الخاصه يشكل ضرراً يستوجب التعويض<sup>(٢٥٧)</sup>. وهنا يجدر الإشارة إلى الفارق بين إثبات وجود الضرر وتقدير قيمة هذا الضرر. إثبات وجود الضرر شرط لتوافر المسئولية بصفة عامه. إلا أنه فى حقوق الشخصيه فإن الإعتداء عليها فى حد ذاته يولد الضرر. فمن غير المعقول إرتكاب فعل القتل أو التعدي على ما دون النفس أو التشهير أو إنتهاك الخصوصية دون أن يسبب ضرراً للمعتدى عليه. فهو أمر تقريرى؛ أما إثبات قيمة الضرر فإنه أمر تقديرى. بعبارة أخرى يتوافر شرط الضرر عند إرتكاب فعل التعدي على حقوق الشخصيه ويبقى تقدير قيمة التعويض النقدي الجابر للضرر. ومع ذلك فقد لا تنشأ الحاجه إلى هذا التقدير فى حالات التعويضات التى تتم بموجب نظم خاصه مثل التعويض النقدي على بعض الجرائم أو جرائم الإرهاب أو التعويض الذى يتم من خلال بعض الصناديق الخاصه. ويقابلها حالات إستحقاق الدية فى نظام

V. notamment : Philippe et Loïc Cadiet : *Droit De La Responsabilité*, Dalloz Action <sup>(٢٥٣)</sup>  
 (1996), Dalloz, Delta no. 565 es s., 605, 3229. V. assu : T G I Nanterre 18 janv.  
 (1995) G P 95, 2, 279 وأنظر أيضاً : كورنو : القانون المدنى رقم ٥٠١ ص ١٩٧ مذكور فى مقالة حسام الأهوانى

: حماية الحرية الشخصيه : المرجع السابق ص ٦

Civ. 1, 11 oct. (1983), B., I, no. 225 <sup>(٢٥٤)</sup>

Com. 22 mai (1984), B. 1V, no. 172 \_ 22 oct. (1985) R D P I. 85, 2, 137, n. J. <sup>(٢٥٥)</sup>

Jonquères – Douai, 21, déc. (1989), P I B D. 90, 111, 316 ---- Paris, 20 sept. (1991), DIT, 91 / 4, p. 47, n. J. Huel, 2e esp.

Civ. 3, 21 juin (1978), B. 111, no. : أنظر المادة ١١٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى وكذلك حكم : <sup>(٢٥٦)</sup>

262. ويلاحظ أن التشريع المصرى جعل عبء إثبات عدم وقوع الضرر على المدعى إذا أراد التخلص من التعويض فى

حالة الشرط الجزائي. أنظر فى ذلك : د. محمد شكرى سرور : موجز الأحكام العامه للإلتزام فى القانون المدنى المصرى

(١٩٩٦) مصوره من طبعه ٨٤-٨٥، دار النهضة العربيه ص ٦٦ وقريب منه : د. عبد المنعم البدرأوى : النظرية العامه

للإلتزامات فى القانون المدنى المصرى، الجزء الثانى : أحكام الإلتزام (١٩٩٢) ص ٨٨، ٨٩

<sup>(٢٥٧)</sup> أنظر ياسين محمد يحيى : الحق فى التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربيه (١٩٩١) ص ٩٦

الشريعة الإسلامية . هذه التعويضات هي مبالغ مقدرة جزافياً وسلفاً بغض النظر عن قيمة الضرر .

٨ - غير متقومه بمال ولا تدخل في دائرة التعامل placés en dehors du commerce juridique من حيث الأصل إلا أنه يمكن أن يكون لها جانب مالى أو تنقلب إلى حقوق متعلقة بالذمة المالية وأن تدخل دائرة التعامل التجارى .

٩ - مرتبطه إرتباطاً وثيقاً لا تنفصم عراه بالشخص attach indissoluble à la personne ، محل الحق فيها هو نفسه صاحب الحق .

ويترتب على الخصيصتين الأخيرتين بعض النتائج الهامة : -

(أ) عدم قابلية حقوق الشخصية للتقادم : L'imprescriptibilité

ينفرد الدستور المصرى بالنص فى المادة ٥٧ على عدم تقادم دعاوى الدعوى المدنية الناشئة عن الإعتداء على الحرية الشخصية أو على حرمة الحياة الخاصة<sup>(٢٥٨)</sup> . إذا كان التقادم يؤدى دوراً فى الحقوق المتقومه بمال فإنه من حيث المبدأ ليس له دور فى الحقوق غير المتقومه بمال ، فلا يسرى عليها التقادم المسقط أو المكسب ، فعلى سبيل المثال فإن الاسم بحسبانه مرتبطاً بالإنسان بوصفه إنسان لا يخضع للتقادم المسقط مطلقاً<sup>(٢٥٩)</sup> . بيد أن قاعدة عدم تطبيق التقادم ليست مطلقة . فالحق المالى فى التعويض الذى ينشأ عند الإعتداء على حقوق الشخصية يسقط بالتقادم ، كذلك يجوز - إستثناءً - إكتساب بعض هذه الحقوق وحمائتها مثال ذلك إذا إستعمل شخص اسماً أدبياً مستعاراً مده طويله ، ثم تبين وجود شخص آخر يطابق اسمه الحقيقى هذا الاسم المستعار ، فلا يجوز لهذا الأخير المطالبة بتحريم إستعمال إسمه من قبل الشخص الأول<sup>(٢٦٠)</sup> . وإذا كانت دعوى المطالبة بحق من حقوق الشخصية لا تنقضى بالتقادم فإن دعوى المطالبة بالتعويض عن الإعتداء على حق من هذه الحقوق تنقضى بمضى المدة<sup>(٢٦١)</sup> ؛ ومن ثم تتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع وفقاً للماد ١٧٢ من التقنين المدنى المصرى بإنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط هذه الدعوى فى كل الأحوال بإنقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع<sup>(٢٦٢)</sup>

(ب) عدم القابلية للتصرف : L'indisponibilité

لا تكون حقوق الشخصية محلاً للتعاقد ( بيع - هبة ) ، إذ لا يجوز لصاحبها التنازل عنها لآخرين . وهى أيضاً ليست قابله للإنتقال بالإرث إلى الورثة . ولا يجوز الحجز عليها من قبل الدائنين<sup>(٢٦٣)</sup> لأن محلها ليس أشياء أو أموال حتى تدخل فى

(٢٥٨) حسام الأهوانى مقاله السابقه ص ١٠ ، ١١

(٢٥٩) Civ. 1 re , 15 mars (1988) D. 1988 , 549 , note Massip , J . C . P . 1989, 11 , 2, 1347

note Agostime

(٢٦٠) د. محمد حسين منصور : نظرية الحق ، المرجع السابق ص ١١٨

(٢٦١) Larroumet : opcit , no.402

(٢٦٢) د. حسام الأهوانى : حماية الحرية الشخصية ، المقالة السابقه ص ١٥

(٢٦٣) Planiol : opcit , p. 155

الضمان العام للدائنين . ويؤكد هذه الخاصية التشريع المدنى المصرى فى المادة ١/٢٣٥ التى تنص على أن "لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل بإسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة" (٢٦٤) . ومع ذلك فلا يجب الخلط بين عدم القابليه للتصرف وحالات توفر رضا المعتدى عليه صاحب الحق . فعلى سبيل المثال فإن المواد ١ / ١٦ ، ٥ / ١٦ من التقنين المدنى الفرنسى والتى تنظم حق كل شخص فى تكامل جسده وتضمن لهذا الجسد حماية بعد الموت لا تتعارض مع إمكانية الموافقه على حرق جثته بعد الموت أو أن يهبها من أجل التعليم فى كليات الطب . وأيضاً قانون ٢٩ يوليو ١٩٩٤ الذى ينظم التبرع بأعضاء الجسد . وأخيراً فإن عقد العلاج الطبى بين الجراح والمريض يفترض أن الثانى يقبل مسبقاً بتر أحد أعضاء جسده إذا إقتضت الضروره الطبيه لذلك ، كما أنه يفترض ضمناً أن المريض يقبل المعاناه التى يتكبدها بسبب العلاج (٢٦٥) . وفى بعض الحالات يقبل التشريع والقضاء إنتقال هذه الحقوق للورثه مثال ذلك حالات التشهير التى تقع على شخص ميت عندما يمثل التشهير ضرراً بالورثه أيضاً (٢٦٦) .

(ج) تنتهى بوفاة صاحبها .

## الفصل الثانى

### المسؤوليه التقصيريه (الفعل الضار) (١)

“ Tout créancier , alors même que sa créance ne serait pas exigible , peut excercer , au (٢٦٤)  
nom de son débiteur , tous les droits de celui – ci , à l' exception de ceux qui sont inhérents  
à sa personne ”

Larroumet : opcit , no. 404

(٢٦٥)

Ibid no. 405

(٢٦٦)

(١) راجع فى تقسيمات المسئوليه إلى مسئوليه أدبيه وقانونيه والمسئوليه القانونيه إلى جنائيه وأخرى مدنيه وهذه الأخيره إلى

تقصيريه وعقديه والفروق بينها : " - - ( 1973 ) chron 265 D. ( R. vouin : " L' unique action civil " )

Antoine Pirovano : Faute Civile et Pénale , Paris , Librairie Generale de Droit et de  
Jurisprudence (L. G. D. J. ) - R. Pichon et R. Durand –augias. 20, Rue Soufflot (1966) p. 99

" والفارق بين الخطأ القانونى والخطأ الأخلاقى وبين الخطأ المنصوص عليه فى المواد ٣١٩ ، ٣٢٠ من قانون العقوبات

الفرنسى والخطأ المنصوص عليه فى المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ من التقنين المدنى الفرنسى : Henri et Lion Mazeaud

# فى النظم المقارنه

" وكل إنسان ألزمناه طائره هي محقه "  
من الآيه ١٣ سورة الإسراء

- \* نطاق ونشأة النظم المقارنه
- \* تطور المسئوليه
- \* المصالح والأهداف التى تحققها المسئوليه التقصيريه
- \* تنظيم المسئوليه التقصيريه فى النظم المقارنه

## مقدمه :

0 / 2 / 1 - تنوعت أساليب الحماية القانونيه لحقوق الشخصيه من إسباغ الحماية الجنائيه وما قد يتبعها من عقوبات بدنيه مقيده للحرية ، أو أوامر قضائيه بمنع ووقف وسائل الإعتداء ، أو التعويض النقدي وفقاً لقواعد المسئوليه التقصيريه. ومعظم التشريعات تجمع بين هذه الوسائل وقد تضيف إليها بعض الإجراءات الإداريه . إلا أن البعض إستبعد المسئوليه الجنائيه كوسيلة حمايه لبعض هذه الحقوق خصوصاً تلك المتعلقة بالجانب المعنوى وإكتفى إلى جانب القرارات القضائيه أو الإداريه بالحمايه التى يوفرها القانون الخاص ، أى المسئوليه التقصيريه (الفعل الضار) .

وهنا تبرز أهمية المسئوليه التقصيريه من عدة وجوه : أولاً هى القاسم المشترك فى أساليب الحماية القانونيه لحقوق الشخصيه فى جميع الشرائع . ثانياً وبالنظر إلى المصالح التى تحميها والأهداف التى تحققها نجدها أعم وأشمل من الزجر والردع التى تحققها المسئوليه الجنائيه وما يستتبعها من عقوبات بدنيه تحد من الحريات الشخصيه. ثالثاً أنها وسيلة حمايه ، مدنيه ، يمكن الإستعاضه بها عن الحماية الجنائيه ، تلائم الظروف العصريه حيث يكون الدافع لإرتكاب الفعل الضار يتم بصفة عامه

---

: Lecons de droit civil , 8 ed. Francois chabas , Paris , Editions Montchrestion (1986) pp. 109à 133 -- والفارق بين المسئوليه المدنيه و الجنائيه : Boris Starck , Henri Roland et Laurent Boyer : Cassation (1995) p. 40 à 42 , 101 et s. Droit civil , Obligations , Paris Librair de la cour de Ph. Tournéau , L. Cadet : opcit n. 76et s -- وفى الفقه العربى : د. عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الأول ، دار إحياء التراث ص ٧٤٣ إلى ٧٤٥ - د. سليمان مرقس : الوافى فى شرح القانون المدنى -- فى الإلتزامات ، المجلد الثانى فى الفعل الضار والمسئوليه المدنيه -- القسم الأول فى الأحكام العامه ، الطبعه الخامسه (١٩٨٨) ص ١٦-١٧ . د. جميل الشرقاوى : النظرية العامه للإلتزام ، الكتاب الأول مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربيه (١٩٩٥) ص ٤٨٢-٤٩٢ . د. عبد الودود يحيى : الوجيز فى الإلتزامات ص ٢٢١-٢٢٧ . أ. محمد الصالح العياري " المسئوليه التقصيريه والعقديه " مذكرات وبحوث قانونيه ، الطبعه الأولى ، نشر وتوزيع مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله ، تونس (١٩٨٧) ص ٢٧٩-٢٩٨ . د. توفيق حسن فرج : النظرية العامه للإلتزام فى مصادر الإلتزام ، الدار الجامعيه (١٩٨٨) ص ٣٥٩-٣٦٧ .

على أساس ما يحققه هذا الفعل من ميزات أو فوائد مادية ، قد تترجم إلى مبالغ نقدية ، في مقابل ما يخسره مادياً أو نقدياً من جراء توقيع الجزاء عليه. وبتعبير آخر كم سيقبض وكم سيدفع ، وعلى ضوء ذلك يتخذ قراره. فإذا وضعنا ما يحققه الفعل غير المشروع في كفه ووضعنا في الكفة الأخرى ما يدفعه المسئول من تعويض نقدي مكافئ للضرر المحقق وفقاً للتعويض الجابر أو زدنا عليه ما قد يدفع زيادة عن الضرر بموجب التعويض العقابي ، أى أن كفة الخساره تكون أثقل من كفة الربح أو المغنم كان ذلك دافعاً لتقويم السلوك الإنساني وترشيداً لقراراته. والصورة المثالية لتوضيح هذه الفكرة هي فعل التعدي على حقوق الشخصية في جانبها المعنوي. إذ أن التشهير والإعتداء على الخصوصية أو استخدام الاسم التجاري يتم غالباً في الأطر التالية: أ - أن الضرر يكون عادة من الشخصيات العامة العامله في مجال السياسة أو الأدب أو الفكر أو الفن أو الرياضة أو غيرها من المهن العامة، ب - تستهدف الأفعال الضاره تحقيق مصالح مادية لمرتكبيها أو لغيرهم ممن يدفعون مقابل ذلك ، ج - تتم هذه الأفعال من خلال ( الميديا ) أى وسائل الإعلام الجباره وتأثيرها الخرافي.

هذه الأسباب جعلت الحماية التي توفرها المسئولية التقصيرية (الفعل الضار) موضوع هذه الأطروحة . الأمر الذي يصبح من المناسب التعرض في لمحة سريعة لتنظيم هذه المسئولية في الشرائع المختلفه . بيد أن نقطة البدايه هي التسليم بما إنتهى إليه علماء (الأنثروبولوجيا)- أى دراسة أنماط الحياه عند المجموعات البشريه المختلفه - من أن مبادئ السلوك الإنساني ليست مطلقة محتومه ، بل هي أحكام نسبيه تمليها الظروف البيئيه الأمر الذي يعكس في النهايه إختلاف النظم القانونيه في بعض المناطق أو الدول عنها في مناطق أو دول أخرى من حيث الأحكام الموضوعيه ، وروح القواعد القانونيه ، والوسيله التي تنشئ بها الأحكام القانونيه وصياغتها<sup>(٢)</sup> . ولعل ظروف نشأة الشرائع السائده حالياً (نظام القانون المدنى أو النظام اللاتينى ، ونظام القانون العام أو الأنجلو أمريكى ، وأخيراً أحكام الشريعة الإسلاميه) يفسر إختلاف هذه النظم مما يستدعى الإشارة في عجاله لنشأة هذه النظم وبيان أوجه الإختلاف

وإذ كانت المسئولية التقصيرية قد خرجت من رحم المسئولية الجنائيه فإن دراسة كيفية نشأتها وتطورها تصبح مقدمات لا غنى عنها لتفسير جذورها العقابيه مما يؤهلها للقيام بهذا الدور حالياً . كما تكشف دراسة التطور أيضاً عن كيفية ظهور العقوبه الخاصه (التعويض العقابي) البديل الحالى في بعض النظم القانونيه عن العقوبه البدنيه. وإستكمالاً لبيان أهمية المسئولية التقصيرية(الفعل الضار) يستعرض الباحث المصالح التي تحميها والأهداف التي تحققها. وينتهى الباحث في نهاية هذا القسم إلى التقديم في عجاله لتنظيم المسئولية في الشرائع الثلاث .

## نطاق ونشأة النظم المقارنه

(٢) د. عبد المنعم البدرأوى : أصول القانون المدنى ، الطبعه الثانيه ص ٢٧٥ ، ٢٧٦

## نشأة كل من نظم القانون العام والقانون المدني :

2/2/0 - كان ملوك أوروبا في القرون الوسطى يملكون إصدار بيانات رسميه pronouncements والتي إعتبرت بمثابة القانون . كما كانت محاكم الملك تملك سلطه مماثله إلا أنها لم تكن لديها الحرية في إعلانها كقانون. ووفقاً لتقليد قديم فإن محاكم الملك الإنجليزي كانت تتوخى في قراراتها أسلوب الحياة السائد والقواعد الساريه في المجتمع فتنتقى منها ما تراه صالحاً وتطبقه وكان من المفترض في هذه القواعد أنها قوانين الطبيعه Laws of nature<sup>(٣)</sup>. وأدى خلق القواعد القانونيه بواسطة محكمة الملك الإنجليزي إلى إيجاد سابقة قضائيه precedent حيث كان على المحاكم أن تطبقها في المستقبل على الحالات المماثله. وتتابع السوابق بطريقة مرنة وليست كخضوع الأرقاء. وتدرجياً وعبر عدة سنوات أوجدت محاكم الملك كثير من القوانين الهامه خصوصاً في مجالات : القانون الجنائي ، المكيه ، العقود ، الأفعال الضاره Torts. هذه القوانين تجذرت وتعمقت من خلال الممارسات القضائيه وهى التى يطلق عليها القانون العام المطبق فى البلاد المتحدثه باللغة الإنجليزيه.

3/2/0 - ويختلف الأمر فى فرنسا ودول أوروبيه أخرى. فعندما قامت الثورة الفرنسيه فى نهاية القرن الثامن عشر إعتبر الثوار أن القضاء كانوا فاسدين مثل الملك. فقتلوا الملك وأسقطوا قوانينه وألغوا القانون العام الفرنسي كليه. ثم شرعوا فى وضع مجموعه شامله من التشريعات لتحل محله. وقد شكل نابليون لجنه من أساتذة القانون وضعت مسودة التقنين المدنى الذى صدر فى عام ١٨٠٤ م وعرف بإسم قانون نابليون. وقد وضعت هذه اللجنه نصب عينها نموذج مجموعه القوانين المدنيه Corpus Juris Civilis التى نشرت فى الفتره من ٥٢٨ إلى ٥٣٤ م ، وصدرت فى الإمبراطوريه الشرقيه بناء على أمر الإمبراطور الرومانى. جستينيان وقد سمي بالقانون الرومانى إشتقاقاً من التعبير الرومانى jus civile أى القانون المدنى نسبة إلى القانون الذى كان يحكم المدينه وهى روما ؛ إذ أن تطبيق القانون الرومانى فى أول عهده كان مقصوراً على الرومان المتواجدين فى مدينه روما<sup>(٤)</sup>. وقد سيطرت فكرة أن يكون القانون مكتوباً وأن يصدر فى مدونه تعميقاً لفكرة إستقلالية شخصيه كل بلد<sup>(٥)</sup>

## التوزيع الجغرافى لتطبيق القانون المدنى والقانون العام :

4/2/0 - إنها مجرد أمثله وليست حصراً لجميع البلاد والمناطق فى العالم الذى تطبق أياً منها. ففيما يتعلق بالقانون المدنى فإن جيوش نابليون نشرت قانونها المدنى فى معظم دول أوروبا وإستمر تطبيقه فى هذه البلاد حتى بعد إنسحاب الجيوش. وبالمثل فقد مد الأوروبيون قانونهم إلى مختلف أرجاء المعموره ، وهذا التأثير إستمر وتواصل

(٣) Melvin A. Eisenberg : The Nature of Common Law (1989)

(٤) من محاضرات أ. د. عبد المنعم البدر اوى لطلبة دبلوم القانون الخاص والشرعة الإسلاميه ، مادة القانون المقارن

(١٩٩٨)

Encyclopedia Britanica , Legal Systems , Vol. 22 , p. 924-925

(٥)

حتى بعد إنهاء الإمبراطوريات الإستعمارية. ويسود القانون المدنى فى معظم دول أوروبا ودول شمال أفريقيا وبعض دول الشرق الأوسط ومنها مصر ووسط وجنوب أمريكا وأجزاء من آسيا التى كانت تحت الإحتلال الأوروبى غير الإنجليزى. بل إنه تسلل إلى بعض دول القانون العام مثل إقليم كويك فى كندا وبورتوريكو وولاية لويزيانا بالولايات المتحدة الأمريكية. أما القانون العام الذى نشأ فى إنجلترا بدأ ينتشر ليس فقط فى المملكة المتحدة لكن أيضاً فى أيرلندا ، والولايات المتحدة الأمريكية ، وكندا ، ونيوزلاند وأجزاء من أفريقيا وآسيا التى كانت مستعمرة من البريطانيين.

### بعض أوجه الاختلاف بين القانون المدنى والقانون العام :

5/2/0 - (١) فيما يتعلق بدور القاضى فى خلق القاعدة القانونية: يبرر القضاء - فى نظام القانون العام - أحكامهم بالإشارة مباشرة إلى السوابق القضائية والمعايير الإجتماعية ، بينما يهتم القضاء - فى نظام القانون المدنى - فى حيثيات حكمهم بتفسيرهم للتقنين بالإشارة مباشرة إلى معانيه التى يوردها فقهاء القانون فى كتبهم المنهجية.

( ٢ ) أما بالنسبة لأسلوب إدارة الجلسات فى نظام القانون العام يتم النزاع بين طرفي الخصومه حصرياً عن طريق محاميهم ، ولا يفترض فى القاضى أن يوجه إتجاه المناقشة أو يطور من أسلوب الحوار ، فهو حكم محايد والحقيقة ستنبثق من المناقشات بين الطرفين. أما القاضى فى القانون المدنى فله دور نشط فى توجيه الأسئلة وتطوير المناقشات ويقوم بالتحقيق وتحري الحقيقة بنفسه.

( ٣ ) بخصوص إستخدام المحلفين فكان المفروض فى نظام القانون العام أن يقرر القاضى مسائل القانون تاركاً مسائل الوقائع للمحلفين. فى أمريكا لكل من طرفي الخصومه الحق فى محكمة محلفين كما أنه لكلا الطرفين التنازل عن هذا الحق تاركين للقاضى تقرير مسائل الوقائع والقانون. أما فى إنجلترا فقد ألغى نظام المحلفين منذ عام ١٩٦٦ فيما عدا التشهير ، لكنها تستخدم نظام المحلفين فى الغالب فى المحاكمات الجنائية. أما فى فرنسا - بلد القانون المدنى - فقد ألغى نظام المحلفين لكل المحاكمات فيما عدا قضايا الجنايات الأكثر جديه وخطوره. وبصفة عامه فإن إلغاء نظام المحلفين ساد فى القارة الأوروبية عنه فى بعض دول القانون العام.

( ٤ ) وأهم أوجه الاختلاف هو إختلاف الصياغة القانونيه فى معالجة المسئوليه التقصيريه فى القانون المدنى والفعل الضار فى القانون العام على النحو الذى سيرد فى حينه.

(٥) ومن أوجه الإختلاف الشكلي التسميه ، فبينما تسمى فى تشريعات القوانين المدنيه (اللاتينيه) بالمسئوليه التقصيريه La responsabilité délictuelle أو الفعل غير المشروع L'acte illicite نجدها فى دول القانون العام (الأنجلو أمريكية) تسمى الأفعال الضاره Torts.

ومع ذلك فإن هذه العموميات السابق بيانها حول إختلاف النشأ والأحكام بين كل من نظام القانون المدنى والقانون العام فإن الواقع لا يفرض قيوداً صارمه على مناطق نفوذ كل منهم فالولايات المتحدة الأمريكية وهى ظاهرياً دولة من دول القانون العام حاولت إيجاد توحيد للقانون التجارى فوضعت القانون التجارى الموحد Uniform

Commercial Code وتتماثل أحكامه مع أحكام القانون المدني الفرنسي. كما أنشئ في عام ١٩٢٠ معهد القانون الأمريكي American Law Institute وهو يجتمع دورياً لإعادة صياغة القانون كلما نشأت الحاجة إلى ذلك. ومثال ذلك التعديل الثاني في قانون الفعل الضار Restatement Second of Tort Law. وهو عمل مطابق للتقنيات في بلاد القانون المدني. ويتجاوز شراح القانون المقارن عما إذا كانت هناك فوارق واختلافات بينهما إذ أن الخلاف نظري أكثر منه واقعي عملي.

إختلاف نشأة الشريعة الإسلامية وإختلاف الصياغة :

6/2/0 - إجتازت الشريعة الإسلامية في مرحلتها التأسيسية أثناء حياة النبي محمد صلى الله عليه وسلم فترتين حاسمتين. الفترة الأولى وهي الفترة المكية التي إرتبطت فيها التعاليم بالعقيدة وبالوعد والوعيد ، لكنها تنحو إجتماعياً منحى المسالمة والموادعة. حيث لم يكن لمحمد الأمين أى سلطه في مكه سوى مساندة قومه من بني هاشم ضد عداء قريش. أما الفترة الثانية وهي الفترة المدنية صار الإسلام دولة وتوحدت السلطتان الزمنية والروحية ، الدين والسياسة ، في يد القائد الروحي. فكانت الأحكام الشرعية تنزل عليه وحياً بمناسبة كل حالة أو قضية تعرض نفسها أو تسأل أو مسأله تتطلب الحكم الشرعي. وكانت هذه الأحكام تصل إلى الناس إما بالمعنى واللفظ والتي يحملهما القرآن الكريم وهو المصدر الأول للشريعة الإسلامية ، وإما بالمعنى فقط ويكون اللفظ أو الفعل أو التقرير من الرسول عليه السلام وهذه هي السنه المشرفه<sup>(٦)</sup>. وما فتأ النبي حال حياته يدرّب أصحابه ويعلمهم كيفية إستنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية. ولعل في قصته مع مبعوثه معاذ بن جبل<sup>(٧)</sup> إلى اليمن عندما صدق على رأيه في الإجتهد إذا عرض له قضاء ولم يجد الحكم في القرآن أو السنه<sup>(٨)</sup>.

<sup>(٦)</sup> فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت : للعلامه ابن نظام الدين عبد العلي محمد الأمصاري ، مطبوع مع المستصفي من

علم الأصول : لحجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية سنة ١٣٢٤ هـ.

هـ. - راجع أيضاً د. يوسف قاسم : أصول الأحكام الشرعية المرجع السابق ص ١١٨ ، حيث يبين على أن الوحي من الله عز وجل ينقسم قسمين "أحدهما : وحى متلو معجز تأليفاً معجز النظام وهو القرآن. والثاني وحى مروي منقول غير مؤلف ولا معجز النظام ولا متلو. لكنه مقروء ، وهو الخبر الوارد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم"

<sup>(٧)</sup> الصحابي الجليل معاذ بن جبل ابن عمرو ، الأنصاري الخوارزمي ، أسلم وكان عمره ثمان عشرة سنه . وهو أحد

السبعين الذين شهدوا العقبة من الأنصار. شهد بداراً وأحداً والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم. توفي رضي

الله عنه سنة ١٨ هـ. : أسد الغابه في معرفة الصحابه ٥٥ ص ١٩٤ - ١٩٧ ، طبعة الشعب

<sup>(٨)</sup> عن حفص بن عمر ، عن أبي عون ، عن الحارث بن عمرو بن أخي المغيرة بن شعبه ، عن أناس من أهل حمص من

أصحاب معاذ بن جبل ، أن رسوا الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال : "كيف تقضي إذا

عرض لك قضاء" ، قال : أقضي بكتاب الله ، قال : "فإن لم تجد في كتاب الله" ؟ قال : في سنة رسول الله صلى الله عليه

وسلم ، قال : "فإن لم تجد في سنة رسوا الله صلى الله عليه وسلم ، ولا في كتاب الله" ؟ قال : أجتهد رأيي ولا آلو ،

فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال : "الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى رسول الله" - رواه



وبعد وفاة النبي تولى الخلفاء الراشدون الحكم وساروا على نفس نهج معلمهم الأول الرسول الأمين وهو الحكم بما أنزل في القرآن الكريم أو السنة المشرفة حسب توافر الحكم فإن لم يجدوا الحل المطلوب جمعوا كبار الصحابة للبحث عن جواب سؤال أو حكم في قضية. ولم يخلو الإجماع بشئ من الاجتهاد.

بيد أن الحقيقة هي أن الإنسان -على مر الزمان- قمين أن يواجه أحداثاً ووقائع غير مسبوقه بأشباه لها ، ولا يوجد لها نص يحكمها من كتاب الله أو سنة نبيه. هنا نجد عظمة التجربة الإنسانية في ظل الدين الإسلامي تدعو إلى أن يحتكم الإنسان إلى منطق العقل وهو الاجتهاد الذي وضع لبنته النبي في إقراره لمنطق معاذ بن جبل في أن يجتهد الرأي ولا يقصر<sup>(٩)</sup>. ويقصد بالاجتهاد أو إعمال العقل إستخدام منهج الإستدلال وتحليل النصوص لإدراك وفهم معانيها المضمره في الألفاظ وتركيبها وقرأة الشواهد الحسية تؤدي إلى الفهم والتعليل لحل المشكلة الطارئة ؛ ثم النظر إلى القيم التي جاء بها الدين الحنيف نظرة موضوعية مطلقة لا تختلف باختلاف الأهواء أو الزمان والمكان حتى يمكن الحكم على ما يعن من مسائل جديده ومواقف طارئة ، غير منصوص عليها نصاً مباشراً صريحاً ، حكماً يتفق مع المصادر الأساسية للتشريع الإسلامي.<sup>(١٠)</sup>

وبعد تدوين أحاديث الرسول بناء على أوامر الحاكم الأموي عمر بن عبد العزيز (المتوفى سنة ١٠١ هـ) في أواخر القرن الأول الهجري<sup>(١١)</sup> ؛ نشأت في البلاد الإسلامية السنية أربعة مذاهب . أولها المذهب الحنفي نسبة إلى الإمام أبي حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي (٨٠ - ١٥٠) هـ . وقد أحدث إنقلاباً كبيراً في الشريعة الإسلامية بإتباع مبدأ العباس في تفسير القرآن ، وهو يرى أن القانون الذي سن في أول الأمر لأهل الصحراء يجب ألا يؤخذ بحرفيته بل بروحه إذا أريد تطبيقه على مجتمع صناعي أو حضري<sup>(١٢)</sup>. ثم خرج من أهل المدينة المحافظين عالم آخر لا يجيز هذه الفلسفة الحرة التقدمية في التشريع ، وهو مالك بن أنس ، وهو يرى أنه لما كانت كثرة الأحاديث النبوية قد صدرت في المدينة ، فإن إجماع أهل المدينة هو الذي يؤخذ

أبي داود في سننه \_ وهو الإمام الحافظ المصنف المتقن أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي ، الجزء الثالث ، دار الريان للتراث ، باب إجتهد الرأي في القضاء ، حديث رقم ٣٥٩٢ ص ٣٠٢

<sup>(٩)</sup> وقد حث القرآن الكريم على الإستنباط والتدبر في سورة النساء الآيات ٨٢ ، ٨٣ وفي سورة محمد الآية رقم ٢٤ حيث تكررت عبارة "أفلا يتدبرون القرآن " وذلك هو الإستنباط - راجع د. يوسف قاسم : المرجع السابق ص ٢١٣ ، ٢١٤ <sup>(١٠)</sup> وقد عرف الإمام الغزالي القياس بأنه "حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما من إثبات حكم أو صفه أو نفيه عنهما" راجع : المستصفى من علم الأصول : لحجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، المتوفى سنة ٥٠٥ هـ .

<sup>(١١)</sup> ظهر أول تدوين حقيقي للسنة على يد الإمام أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي ، عالم المدينة وإمامها رضي الله عنه ولد في المدينة المنورة (٩٣ هـ) وتوفي سنة ١٧٩ في كتابه "الموطأ"

<sup>(١٢)</sup> ول ديورانت : قصة الحضارة ، ترجمة محمد بدران ، المجلد السابع ، جزء ١٢ (عصر الإيمان) ، هيئة الكتاب

به في تفسير الحديث والقرآن. بينما يرى الإمام الشافعي<sup>(١٣)</sup> ألا يقتصر هذا الحق على أهل المدينة وأن الإجماع في كل بلاد الإسلام هو المحك الأخير للشرائع والسنة الحقيقية. ويرى تلميذه أحمد بن حنبل<sup>(١٤)</sup> أن هذا المقياس غامض وأوسع مما ينبغي ، وأنشأ مذهباً آخر أساسه أن القرآن والحديث وحدهما يجب أن يكونا أساس التشريع.<sup>(١٥)</sup>

وبالرغم من الجدل الطويل بين أصول هذه المذاهب الأربعة من حيث إتفاقها أو إختلافها<sup>(١٦)</sup> فهي كلها تؤمن بأن الشريعة الإسلامية من عند الله وأن مصادر التشريع الأساسية هي : الكتاب (القرآن) ، والسنة ، والإجماع ، والقياس (الإجتهد).

### تطور المسؤولية التقصيرية<sup>(١٧)</sup> :

7/2/0 - إن إستقراء التاريخ القضائي والتشريعي من أحشاء الماضي البعيد يخلص إلى أن المسؤولية التقصيرية بدأت ضيقة المجال ثم أخذ يتسع نطاقها بما أضفته من ألوانها المتعددة على كثير من القضايا في أشكالها المتنوعة حتى قال الفقيه جوسران Josserand إنها محور القانون المدني وبالتالي محور القانون كله. ويلاحظ أنها خرجت من عباءة المسؤولية الجنائية ، فلا غرو إذ إنطبعت بطابعها وتأثرت بأحكامها. وبقيت فكرة العقوبة تتخلل فكرة التعويض المدني لفترة كبيرة

كان جزاء الفعل الضار في المجتمعات البدائية ولدهور طويله هو الثأر ومباشرة الفرد القصاص بنفسه. وقد يسرف فيه مشدود الأزر بقبيلته وعشيرته إلى أن نُظمت المجتمعات فكانت باكورة أعمال السلطات العامه منذ أن إنبتق ضياء وجودها وإشتد ساعدها فنظمت القصاص le talion ووضعت حدوداً لحق الأخذ بالثأر لا يمكن مجاوزتها (السن بالسن والعين بالعين والأنف بالأنف..<sup>(١٨)</sup>). ثم وقع الإعتياض عن القصاص بالديه composition بدأت إختيارية facultative ثم إنتهت إلى كونها إجبارية obligatoire ومحددة القيمة سلفاً tarifée d' avance<sup>(١٩)</sup>. وآل الأمر في النهاية وعلى سبيل التدرج إلى تقسيم الجرائم أو الأفعال الضاره إلى نوعين : ١ - جرائم عامه delits publics وهي الجرائم التي يتجاوز ضررها الفرد إلى الهيئه الإجتماعيه

<sup>(١٣)</sup> هو الإمام محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف ، ولد بغزه سنة ١٥٠ هـ. وسافر إلى العراق ثم عاد إلى مصر وبقي بها إلى أن توفي رحمه الله عليه سنة ٢٠٤ هـ.

<sup>(١٤)</sup> هو الإمام الحافظ الحجة : أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل هلال الشيباني ، ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ. ومات سنة ٢٤١ هـ.

<sup>(١٥)</sup> ول ديورانت : المرجع السابق ص ١٤٩

<sup>(١٦)</sup> راجع تفصيل نشأة المذاهب الأربعة : د. يوسف قاسم : مبادئ الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ص ١٤١-١٥٦

<sup>(١٧)</sup> راجع في تطور المسؤولية التقصيرية : السنهوري ، المرجع السابق ص ٧٦٢ وما بعدها - سليمان مرقس ، المرجع

السابق ص ٨٨-٩٩ وما بعدها - جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ص ٤٩٦ - ٥٠٥

<sup>(١٨)</sup> سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٨٨

<sup>(١٩)</sup> إيهنج : روح القانون الروماني ص ٤٣١ بند ٢٣٥ ، مذكور في سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٨٩

وتوقع الدولة على مرتكبها عقوبات مالية أو بدنية . ٢ - وجرائم خاصة delits privées وتقتصر وظيفة السلطة المركزية على فرض الدية<sup>(٢٠)</sup> . وقد تضمن ميثاق الإثنى عشر لوجه بعض الجرائم التي تكون الدية فيها إجباريه أو إختياريه. ثم جاء بعد ذلك قانون اكويليا aquilia سنة ٢٨٧ ق.م. لينص على جرائم أخرى وجعل عقوبتها غرامه خاصة تقترب من فكرة العقوبة الخاصة poena وليس مجرد جبر الضرر فقط ، وتلك كانت اللبنة الأولى في فكرة العقوبة الخاصة. ثم وقع التوسع في تطبيق هذا القانون عن طريق البريتور والفقهاء وإستعانوا بدعوى الغش actio doli لإلزام من إرتكب خطأ تدليسياً dolus بتعويض يقابل قيمة ما سببه من ضرر للغير<sup>(٢١)</sup> .

لكن القانون الروماني لم يقر مبدأ عاماً للمسئولية وإنما عرف حلولاً جزئية لمسائل معينة زاد تعدادها مع الزمن لكن لم تنتظمها قاعده عامه<sup>(٢٢)</sup> . ولم تظهر فكرة الخطأ culpa كأساس للمسئولية إلا في أواخر عهد الجمهوريه وتحت تأثير الفلسفه اليونانيه<sup>(٢٣)</sup> . وإن ظلت فكرة الخطأ مبهمه وغير واضحه المعالم.

8/2/0 - وسارت الأمور في القانون الفرنسي القديم على نهج القانون الروماني بيد أن سنة التطور إنتهت به إلى التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية ، ثم بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية. وبرز مبدأ الخطأ كأساس للمسئولية المدنية على يد الفقيه اللامع دوما Domat في القرن السابع عشر في كتابه الشهير "القوانين المدنية lois civiles" وصاغ فيه نظرية عامه مؤداها إلزام الشخص بتعويض ما ينجم عن خطئه من الأضرار<sup>(٢٤)</sup> . وظهرت هذه الخصائص في التقنين الفرنسي الصادر في عام ١٨٠٤ .

لكن معالم الحياه شهدت خلال القرنين التاسع عشر والعشرين تطوراً جذرياً وهائلاً ومذهلاً في مختلف العلوم والتقنيات الأمر الذي إنعكس أثره على التغيرات والتطورات الجباره في مناحي النشاط الإقتصادي والإجتماعي للإنسان فكان حري

<sup>(٢٠)</sup> Van Ryn : Responsabilité Aquilienne et contrat , Paris , (1933) no. 87 وأنظر أيضاً : محمد

عبد المنعم بدر والبدراوى : مبادئ القانون الروماني ، دار الكتاب العربي بمصر (١٩٥٦) - وسليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٩١

<sup>(٢١)</sup> السنهوري : المرجع السابق ص ٧٦٣ - مرقس : المرجع السابق ص ٩٤

<sup>(٢٢)</sup> إنصبت جهود رجال القانون الروماني قديماً على التعامل المنظم المتسق مع كل حالة على حده ، وليس التوصل إلى

مركب نظري. أنظر : John Dawson : The Oracles of the Law , Cambridge , Mass: Harvard

University Press (1968) p. 114 كما أصر القضاة الرومانيون على أن يطبقوا قواعد محدده على حالات محدده.

ومع ذلك فإن فقهاء القانون في بولونيا من معاصري أبلار إستخلصوا مبادئ عامه من مدلولات الحالات الخاصه. أنظر :

Harold J. Berman : Law and Revolution , The Foundation of the Western Legal Tradition , Cambridge , Mass: Harvard Univ. Press (1983) p. 140

Mazeaud , opcit no. 27 <sup>(٢٣)</sup>

<sup>(٢٤)</sup> - . G. Marty et P. Raynaud : Droit Civil , t. 11 , 1 re. vol (1962) no. 36 أنظر : السنهوري ،

المرجع السابق ص ٧٦٤ - مرقس ، المرجع السابق ص ١٠٦ و ١٠٧ - جميل الشرقاوى ص ٤٩٩

بنظام المسؤولية التقصيرية أن يواكب هذا التطور سيما في مجال إثبات الخطأ أو مدى الحيف في تحميل المدعى مشقه هذا الإثبات ، فتحالف الفقه والقضاء على إبتكار طرق جديدة للتخفيف من غلواء قاعدة إثبات الخطأ ؛ فكان الخطأ المفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس والخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس أو فكرة المسؤولية المفترضة. ثم حاول بعض الفقه<sup>(٢٥)</sup> تغيير أساس المسؤولية التقصيرية والإستغناء عن الخطأ بنظرية تحمل التبعة *théorie du risque* والقائمه على أن كل نشاط إنساني يخلق شئ من المخاطر للآخرين ، وفي نفس الوقت قد يجنى الفاعل ربحاً أو على الأقل متعه من هذا النشاط ، ومن ناحية أخرى يكون من العدل أن يعرض الفاعل المضرور عن الضرر اذى أحدثه وفقاً لمبدأ الغنم بالغرم *ubi emolumentum , ibi onus* ؛ وذلك دون حاجة إلى إثبات الخطأ ، كما لا يبحث القاضي عن عدم مشروعية الفعل المسبب للضرر<sup>(٢٦)</sup> . ثم سرعان ما عدل الفقهاء عن هذا المبدأ وجعلوا أساس المسؤولية هو فكرة الخطأ المستحدث *risque crée* . ورغم شيوع هذه النظرية وما كان لها من أثر محمود في تبني التشريع الفرنسي لها في بعض القوانين ، لكن القضاء لم يأخذ بها فيما خلا بعض أحكام قليلة متفرقة<sup>(٢٧)</sup> . فلم تقو على هدم إعتبار الخطأ أساس المسؤولية وهو ما أخذ به التشريع الفرنسي والمصري.

9/2/0 - وفي منتصف القرن العشرين خرج علينا بوريس ستارك بمحاوله جديده للبحث عن أساس للمسئولية<sup>(٢٨)</sup> . وكانت نقطة البدء هي قصور كل من نظريتي الخطأ وتحمل التبعة كأساس للمسئولية بحسبانهما يتجاهلان النظر إلى المسؤولية من زاوية المصاب وحقوقه الرئيسية. وأهم هذه الحقوق الرئيسية هو الحق في السلامة<sup>(٢٩)</sup> *droit à la sécurité* . وهناك نوع من التعارض بين هذا الحق والحق في الحرية *droit à la liberté* . ويتوقف تعيين مدى عدم مشروعية الإعتداء على الحق في السلامة على بيان الحد الفاصل بينهما. وهذا كاف في حد ذاته لتقرير المسؤولية ؛ فليست الأنشطة المشروعه والضرر المشروع مترادفات. بعبارة أخرى إن الإعتراف بوجود الحق في السلامة يحمل معه إقامة المسؤولية على مجرد الإنتهاك غير المرخص به أو دون حق

<sup>(٢٥)</sup> سالي وچوسران وإسمان ، مشار إليهم في سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٢٠ ، ١٢٢ ، وقد بدأت في أعمال

سالي في نهاية القرن (١٩) ثم طورها جوسران في بداية القرن العشرين.

<sup>(٢٦)</sup> G. Viney : " De la responsabilité personnell à la reparation des risque " , A P D (1977) ,

5. La responsabilité , A P D (1990) , 275 وأنظر أيضاً السنهوى : المرجع السابق ص ٧٦٧

<sup>(٢٧)</sup> Mazeaud , opcit no. 82 ,83 – Ph. Le Tourneau et Cadiet : opcit no. 34 et s.

<sup>(٢٨)</sup> Boris Starck : Essai d' une theorie générale de la responsabilité civil , Paris : L. Rodhstin

(1947) أنظر أيضاً تلخيص النظرية للفقيه سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني – ٢- في الإلتزامات ، المجلد

الثاني في الفعل الضار والمسئولية المدنية – القسم الثاني – في المسئوليات المفترضة – الطبعة الخامسة (١٩٨٩) ص

١١٧٤-١١٨٩ . وكذلك د. محمد إبراهيم دسوقي : تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، رسالة دكتوراه ، حقوق عين

شمس (١٩٧٢) ص ١٥٢ وما بعدها .

Starck : opcit p. 38 et s.

<sup>(٢٩)</sup>

لحقوق الآخرين ومن هذه الحقوق حق الإنسان في سلامة شرفه وإعتباره وحقه في حرية العمل ومزاولة التجاره<sup>(٣٠)</sup>. ويكون الضرر مشروعاً بتدخل المشرع مثل حق المنافسه وحق النقد وحق الإضراب وحق حجز ما للمدين لدى الغير.

وهناك حقوق أخرى يكون الإعتداء عليها في حد ذاته موجباً للمسئوليه مثل الحق في الحياه والحق في سلامة الجسد وفي سلامة الأموال الماديه. فهذه الحقوق مضمونه لم يُخول أحد المساس بها والأضرار الناشئة عنها هي الأضرار الأكويليه ( وهي الأضرار التي نص عليها قانون إكويليا).

وليس هناك تعارض من حيث المبدأ بين الفئتين فإن مصدر المسئوليه والسبب القانوني هو الإعتداء غير المشروع l'atteinte illégale على حقوق الآخرين والضرر الذي تسبب بدون مسوغ من القانون ، وأن أساس المسئوليه في الحالتين هو الضمان المقرر للحقوق<sup>(٣١)</sup> وليس الخطأ وأنه يتعين النظر إلى المضرور دون الفاعل فإذا وقع إعتداء على حقه في السلامه يلتزم الفاعل بالتعويض. أما الخطأ عنده فهو تفسير لاحق للمسئوليه فإذا لم يكن له ميرر مشروع أو بدون مسوغ فإن ذلك يؤدي إلى زيادة مبلغ التعويض المستحق أصلاً وتعتبر الزيادة في التعويض عقوبه خاصه.

### المصالح والأهداف التي تحققها المسئوليه (الفعل الضار) :-

10/2/0 - المصالح التي تحميها المسئوليه التقصيري :-

- (١) التكامل الجسدي bodily integrity : إن حرمة جسد كل شخص هو مبدأ أساسي وصريح وليس محلاً للمناقشه<sup>(٣٢)</sup>. فأى مساس عن بصيره بجسد شخص حتى ولو كان تافهاً يكون الفعل الضار التعدي البدني Battery إلا إذا كان ذلك برضا صريح أو ضمنى من المدعى،
- (٢) الحريه الشخصيه Personal freedom : وهي الحريه الفرديه ، حرية التعبير ، حرية التجاره ، وحرية الصحافة. وهي حريات تتحدد بالإشارة إلى ظروف ممارستها بحيث لا تمثل أضراراً لآخرين ، فالمواطن يتمتع بحرية التعبير إلى الحد الذي لا يشهر بالآخرين.
- (٣) السلامه البدنيه والحريه من الإصابات البدنيه Physical safety and freedom from injury وهما من أهم أولويات المصالح التي يوليها القانون حمايته وهو بذلك يقترب —في القانون الإنجليزي— من إقرار مبدأ عام<sup>(٣٤)</sup> . وتقبل المحاكم الإنجليزيه في الوقت الحاضر دعاوى الفعل الضار التي تعتبرها ماسه بهذه المصالح بغض النظر عن أى خلفيه تاريخيه ترى

Ibid. p. 39-40

(٣٠)

Ibid. p. 48

(٣١)

Collins v. Wilcock [1948] 3 A I I E. R. 374 at 378

(٣٢)

Clerk and Lindsol on Torts , 13 th. ed. (1969) no. 1-22 , p. 17

(٣٤)

ضرورة أن تصاغ الدعوى فى قالب من القوالب المعروفة مسبقاً<sup>(٣٥)</sup>. من هذه الدعوى : التحرش الجسدي ، والتهديد ، والإعتداءات الجسدية البسيطة والجسيمه .. الخ.

(٤) الضرر النفسى Psychiatric harm : وهى تشمل الصدمات العصبية والرضوض النفسية. وتجاهد المحاكم الإنجليزیه حالياً الفصل بين الضرر النفسى والأسى العاطفى.

(٥) أسى وجزع اليتم Bereavement , distress and anxiety : رغم أن القانون الإنجليزى لا يمنح تعويضاً عن الأضرار المعنوية no damages for solatium are available at common law<sup>(٣٦)</sup> فإنه بصدر قانون الحوادث المميتة فى عام ١٩٧٦ The Fatal Accidents Act 1976 ، الفقرة (١/أ) أصبح من حق أى من الزوجين فى حالة موت أحدهما وكذلك للوالدين فى حالة موت إبنهما الذى يقل فى العمر عن ثمانى عشر سنة الحصول على تعويض نقدى بموجب القانون محدد بمقدار سبعمائه وخمسون جنيهاً إسترلينياً.

(٦) الخصوصية privacy : إحاله<sup>(٣٧)</sup>،

(٧) المصالح العائليه Family interests : وهى المتعلقة بشئون الإنسان داخل أسرته مع زوجته وأولاده وهو ما يطلق عليه بالعلاقات الأسرية Domestic relations

(٨) السمعة Reputation أو عدم التشهير Defamation : إحاله<sup>(٣٨)</sup>

11/2/0 - أهداف المسئولية التقصيرية : -

(١) التعويض :- يستخدم الفقه الأنجلو أمريكى كلمة reparation<sup>(٣٩)</sup> ومن التركيب اللفظى تعنى علاج آثار الفعل الضار. وهو هدف أساسى ومباشر لقانون الأفعال الضاره. وهو يتحدد بتأثير عوامل خاصه بطبيعة سلوك المدعى عليه (الخطأ) ، والمصالح التى تم الإعتداء عليها وأسلوب تنظيم القانون لحماية هذه المصالح بحيث أنه فى بعض الحالات قد لا يمنح القانون تعويضاً لبعض الأضرار أو عن بعض الخسائر<sup>(٤٠)</sup>. والتعويض المقصود فى هذا السياق هو التعويض

Burnett v. George [ 1992 ] 1 F. L. R. 525

(٣٥)

Clerk & Lindsell , opcit no. 1-22 p. 19

(٣٦)

(٣٧) راجع الفصل الثانى من الباب الثانى بعنوان الحق فى الحياة الخاصة أو الخصوصية

(٣٨) راجع الفصل الأول من الباب الثانى بعنوان الحق فى السمعة أو عدم التشهير

(٣٩) وهى فى الأصل كلمه فرنسيه réparation والأصل اللاتينى لها reparatio وهى تختلف عن كلمة

compensation والتي تعنى التكافؤ أو التعادل (بين كفتين) ، ولذلك يطلق الفقه الإنجليزى على التعويض الجابر

compensatory damages وهو ما يعنى التعويض المعادل أو المكافئ للضرر.

(٤٠) Peter Cane : Tort Law and Economic Interests , 2 ed. , clarendong press , Oxford (1996)

القضائي حيث التعويض النقدي هو الأصل في المسؤولية التقصيرية<sup>(٤١)</sup> وهو الأكثر فرصاً في التطبيق ، وذلك فضلاً عن التعويض غير النقدي<sup>(٤٢)</sup> مثل الأوامر القضائية injunction كما هو الأمر في حالات السب والقذف أو الإعتداء على حرمة الحياة الخاصة<sup>(٤٣)</sup>.

(٢) إستعادة الوضع السابق Restoration :- لا يقتصر الأمر على علاج الأضرار الناشئة عن الفعل الضار بالتعويض النقدي وغير النقدي ؛ وإنما يتعداه إلى محاولة إستعادة الضحية للوضع السابق الذي كان عليه قبل إتيان الفعل الضار. وقد يفكر البعض في الأعضاء الصناعيه أو الأجهزة التعويضية كوسيلة لإستعادة الوضع السابق. لكن قد يبدو الأمر صعباً في حالات الموت بالنسبة للورثة. كما يمكن للتعويض الجابر monetary compensa tory damages أن يعين الضحية على إستعادة وضعه المالي السابق على إرتكاب الفعل الضار.

(٣) العدالة التصحيحية Corrective justic <sup>(٤٤)</sup> :- يحقق نظام المسؤولية التقصيرية العدالة بين الأفراد التي نادى بها أرسطو ؛ بمعنى أنه إذا فقد شخص ما شيئاً ما نتيجة ضرر سببه له شخص آخر فإنه يجب على هذا الأخير أن يتخلى عن المكاسب التي حققها نتيجة سلوكه المسيب للضرر ، وذلك حتى يعوض الضحية عن خسارته التي لحقت<sup>(٤٥)</sup>. ولسوء الحظ فإن المكاسب التي يجنيها المتسبب لا تتعادل مع خسارته اللاحقة بالضحية زماناً ومكاناً not coextensive فإن هذه الصورة لا تقدم تحليلاً عملياً. وإن كان البعض يرى إمكانية تحقيق هذه العدالة التصحيحية بإعطاء تعويض مساو لحساب الأرباح – التي جناها المدعى عليه – أو عن طريق التعويض الإتعاضي وهو ما يطلق عليه نظام الإفراغ أو التخلي disgorgement وهو أكثر ما يطبق في حالات الإعتداء على حقوق الملكية والإخلال بالثقة<sup>(٤٦)</sup>

(٤١) د. محمد شكري سرور : موجز الأحكام العامة للإلتزام ، المرجع السابق ص ٤٧ ، ٤٨ وكذلك المراجع المشار إليها

في هامش ١ ص ٤٨

(٤٢) ويعتبره البعض (د. سرور : المرجع السابق بند ٥٠ ص ٤٨-٤٩) تعويضاً عينياً إلا أن الباحث يفضل تسميته

بالتعويض غير النقدي لأن التعويض العيني بحسب الأصل هو التعويض بالمثل وهو الأمر الذي لا يتحقق في حالات نشر الإعتذار في حالات السب أو القذف أو الذي لا يتحقق في حالات الأوامر الجزية بمنع النشر مثلاً .

(٤٣) حيث أجاز المشرع الفرنسي في تعديل المادة ٩ من التقنين المدني بقانون ١٩ يولييه ١٩٧٠ إعطاء المحاكم في حالة الإعتداء على حرمة الحياة الخاصة صلاحية إتخاذ جميع الإجراءات كفرض الحراسه وإيقاع الحجز أو أى إجراءات أخرى لمنع المساس بالحياة الخاصة وذلك دون الإخلال بالحكم بالتعويض . أنظر : B. Starck , Obligation , opcit no. 1050 وقارن نص المادة ٥٠ من التقنين المصري

(٤٤) Ernest J. Weinrib : " Corrective Justic " , 77 Law Rev. 403 (1992)

(٤٥) Marshal S. Shapo : Basic Principles of Tort Law , Handbook Series , West group , St. Paul , Minn (1999) p. 342

Peter Cane : opcit p. 467

(٤٦)

(٤) العقاب punishment : - يحقق نظام المسؤولية التقصيرية قدرًا ليس بالكبير في إيلام وعقاب المتسبب بجبره على دفع تعويض نقدي مقابل ما سببه من ضرر للغير أو عما جناه من غنم من الغير نتيجة فعله الضار ، ومن الطبيعي أن ضرر الغير يشمل خسارته اللاحقة وما فاتته من كسب<sup>(٤٧)</sup>. غير أن معنى العقاب لا يتحقق بالصورة المثالية في التعويض الجابر بل يتحقق في الحالات التي يتم منح الضحية تعويضاً نقدياً أكبر من الخساره التي تكبدها أو تفوق في قيمه عن المعاناه التي لقيها. بعبارة أخرى يحقق نظام الفعل الضار tort هدف العقاب في حالة تطبيق نوع آخر من التعويض هو ما يطلق عليه التعويض العقابي punitive damages في الولايات المتحدة الأمريكية أو التعويض الإتعاضي exemplary damages في المملكة المتحدة أو العقوبة الخاصة La peine privée في فرنسا أو الدية المشددة في الشريعة الإسلامية. وقد يحقق نظام التعويض المشدد aggravated damages المعمول به في القانون الإنجليزي نفس الهدف مع أنه من الناحية النظرية يدخل في إطار التعويض الجابر<sup>(٤٨)</sup> compensatory damages .

(٥) الانتقام أو الترضيه vindication or satisfaction : - يمكن النظر بطريقة أخرى للتعويض الجابر بصفة عامه والعقابي بصفة خاصه أنه يشعر المدعي بإحساس الترضيه أو الانتقام. ذلك أن العقوبة والانتقام هما نفس الشئ منظوراً إليهما من وجهات نظر مختلفه. وبمنظرة أكثر شموليه فإنه غالباً ما يقال أن أحد أهداف قانون الفعل الضار (نظام المسؤولية التقصيرية) هو ترضية المدعي مقابل إحساسه بالإستياء والغيط resentment نتيجة إنتهاك حقوقه أو أن المدعي عليه سبب له ضرراً بخطئه ، أو حصل على بعض المزايا والمنافع على حساب المدعي. وقد قيل بمثل هذا الإمتعاض والإستياء لإيجاد تكاليف ضعف المعنويات أو إفساد الأخلاق demoralization costs<sup>(٤٩)</sup> . لذلك يجب فرض التعويض سواء عن طريق القانون العام common law أو التشريعات حتى لا ينتشر هذا الإستياء نتيجة الفعل الضار وهو أمر خطير على المجتمع.

(٦) الردع deterrence : - هناك فرض وإعتقاد لدى كثير من المشتغلين بالقانون بوجود أفضليه مطلقه للقانون الجنائي في تحقيق فكرة الردع ، بمعنى أن تكون العقوبة على ارتكاب فعل مجرم مثلاً ونموذجاً وعبرة لمرتكب الفعل ولغيره من عدم الإقدام على ارتكابه مستقبلاً. غير أن هذا الفرض يعتمد بدرجة كبيره على أسلوب تطبيق وتنفيذ القانون وقسوة العقوبات التي يفرضها القانون. لكن الأمور ليست بهذه القطعيه إذ يمكن القول مع ذلك بأن نظام المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) قد يكون أقل كفاءة نسبياً في تحقيق فكرة الردع بالنسبة لبعض الأنواع من الأفعال الضاره غير المشروعه. ويبقى له مساحة من التأثير الردعي لأنواع أخرى

(٤٧) وهما عنصري التعويض في فكر القانون المدني المصري ، أنظر : شكرى سرور : الأحكام ، المرجع السابق ص ٥٢

(٤٨) Peter Cane : op cit , p. 467

(٤٩) بيتر كين : المرجع السابق ص ٤٦٨



من الأفعال الضاره. وفي ظل غياب الدراسات العمليه التجريبيه يظل باب الإجتهد فى الرأى مفتوحاً ويصبح الرأى بأن قانون الأفعال الضاره فعلاً فى مجال الإعتداء على المقومات المعنويه لحقوق الشخصيه (السمعه والخصوصيه).

يفترض رجال الإقتصاد أن سلوك الإنسان يعتمد على الكفاءه الإقتصاديه فى إتخاذ القرار. أى يبنى تصرفه – سيما إذا كان فعلاً غير مشروع \_ على الحسابات الماليه وما يمكن أن يجنيه أو يتكبده. فإذا كان تقدير الضرر الذى يحكم به القضاء أكبر من مبلغ تكاليف المدعى عليه لتفادى حدوث الضرر بالإضافة إلى تكاليف التقاضى فإن ذلك سيكون دافعاً لمرتكب الفعل الضار أو غيره من الناس فى عدم الإقدام على إرتكابه ، وهنا تتحقق فكرة الردع. ذلك أن الخساره المحتملها ستكون أكبر من أى مكسب يمكن تحقيقه من إرتكاب الفعل الضار.

ويتحقق ذلك بصورة عمليه فى الفعل الضار العمدى عندما يكون الفعل الضار نوع من المشاريع التجاريه أو الأعمال الإقتصاديه Business حيث يمكن للمدعى عليهم المحتملين توقع المخاطر عن مسئوليتهم القانونيه. وعلى سبيل المثال فإن محررى الصحف ومديرى التحرير قد يفكرون كثيراً فى مدى تطبيق قانون التشهير عليهم ومدى خساره الماليه التى سيتحملونها فى حالة الحكم عليهم بالتعويض النقدي قبل إتخاذهم قرار النشر. ذلك أن رفع دعوى عن التشهير بالكتابه أو النشر libel قد يؤدى إلى نوع من الإشباع النفسى لدى المشهر به. لكنه على الجانب الآخر فإن قانون الأفعال الضاره – وهو يحاول التقليل أو أو المنع كليه لحدوث الضرر مستقبلاً – يردع المدعى عليه وآخرين من إتيان نفس السلوك الضار فى المستقبل من خلال التعويضات النقيه الكبيره التى تدفعها الصحف<sup>(٥٠)</sup>

لكن الذى يثير بعض التخوف هو الردع الزائد over – deterrence وهو الذى يتحقق بصورة مثاليه فى حالة تطبيق العقوبات البدنيه القاسيه. إذ يؤدى إلى ممارسات دفاعيه سلبيه من جانب جزء من مجموعات المدعى عليهم المحتملين مثل الأطباء<sup>(٥١)</sup>. وقد يكون لسلوكهم الدفاعى تأثير ضار على المجتمع. فقد يعتقد الناس – بالظن – أن المدعى عليهم من رجال الإعلام ضحايا وشهداء حرية الكلمه والتعبير.

(٧) الرقابه وضبط السلوك المستقبل : - قد يعنى التعويض النقدي تقويم السلوك الماضى بحسبانه يقدر الخساره التى عاناها الضحيه أو المكاسب التى تحققت فعلاً. ومن الممكن أن يؤثر فى تصرف المدعى عليه والآخرين المحتملين فى المستقبل لكنه يكون تأثيراً محدوداً. والمثال الواضح لتأثير قانون الأفعال الضاره (المسئوليه التقصيريه) فى السلوك المستقبل هو الأوامر القضائيه الزجريه<sup>(٥٢)</sup> والتى تقوم بهذا الدور لتحديد أسباب الخساره المستقبليه. وأسلوب ضبط وتهذيب السلوك

Broadway Approvals Ltd. v. Odhams Press Ltd. [ 1965 ] 1 W . 2 . R. , 805 , 822 <sup>(٥٠)</sup>

P. Cane , opcit p. 469 <sup>(٥١)</sup>

Ibid , p. 468 <sup>(٥٢)</sup>

المستقبلي يتم أيضاً في إطار التعويض النقدي في المسؤولية التقصيرية لإزالة مصدر الضرر المتكرر. ففي قانون الإزعاج law of nuisance يكون حساب التعويض النقدي على أساس التكاليف المعقولة لإبطال الضوضاء وحتى تمنع خساره المستقبليه<sup>(٥٣)</sup>. وفي قانون الإهمال law of negligence تتخذ هذه التعويضات شكل التعويضات المانعه preventive damages<sup>(٥٤)</sup> كوسيله لمنع الأذى البدني الذي يمكن أن يحدث من عيوب البناء.

(٨) حماية الملكية : - يوفر قانون الأضرار (المسؤولية التقصيرية) حماية واسعة وعميقة لكافة عناصر حق الملكية وهي الإستعمال والإستغلال والتصرف. ويعتبر حق الملكية من وجهة نظر التحليل الإقتصادي للقانون السلعه الرئيسييه لسوق المعاملات ، فإذا لم توفر الحماية لهذا الحق فلن يكون هناك سوق. أى أن هذه الحماية التي توفرها المسؤولية المدنية هي الأساس القوى الذي يقوم عليه إقتصاد السوق الرأسمالي<sup>(٥٥)</sup>. وتشمل الحماية العناصر التالية : -

أ - الأضرار المادية للملكية Physical damage to property : ويقصد بها وفقاً لتعليق Lord Oliver في أحد القضايا<sup>(٥٦)</sup> الضرر الحقيقي الملموس للبناء المملوك أو للأرض نفسها بسبب عامل خارجي عن الملكية، مثل إهمال المدعى عليه بسبب عيوب هيكلية واضحة في المبنى ،

ب - الحيازه Possession : وتتم الحماية من خلال قانون الأفعال الضاره الخاصه بالتعدى على الملكية trespass والخاص بالتعدى على المنقولات chattel المطبقين في القوانين الأنجلو أمريكية ،

جـ- التمتع بالملكية Enjoyment of property : ويوفر هذه الحماية قانون الفعل الضار الخاص بالضوضاء nuisance ،

د - الملكية الفكرية والصناعية Intellectual and industrial property : مثل السمعه التجاريه ، وحق الطبع ، وبراءة الإختراع ، والعلامات التجاريه.

(٩) الحفاظ على المنافسة preservation of competition : - تلعب المسؤولية التقصيرية دوراً هاماً في الحفاظ على كفاءة نظام المنافسة في السوق. فمن خلال تنظيمها للمسؤولية عن الأفعال الضاره تستهدف منع التركيز الشديد لقوى السوق أى الإحتكار والإزاحه غير العادله للمنافسين أو المنافسة غير المشروعه concurrence déloyale ، التي يعتبرها القانون الفرنسي أحد صور السببيه المقترضه. ويعنى القانون العام في النظام الإنجليزي بمنع المنافسة الزائده في أشكال : إنتحال الشخصيه ،

<sup>(٥٣)</sup> المرجع السابق

Anns v. Merton , L B C [1078] A C 728

<sup>(٥٤)</sup>

P. Cane : opcit , p. 482

<sup>(٥٥)</sup>

Murphy v. Brentwood District Council [1990] 2 A 11 E>R> 908 at 935.

<sup>(٥٦)</sup>

التشهير ، الكذب الضار ، الملكية الفكرية. كما تلعب التشريعات البرلمانية دوراً هاماً في رقابة سلوك الإحتكار<sup>(٥٧)</sup> . كما أن معايير التفرقة بين المنافسه العادله وغير العادله هي نفسها المصطلحات المستخدمه في المسئوليه التقصيريه في تقدير سلوك الفاعل مثل الطيش البين والهوى الجامح والغير شرعيه.

#### (١٠) حماية المستهلك وتنظيم العلاقات التجاريه ورقابة جودة السلع والخدمات :

منذ أربعة عقود خلت كانت المسئوليه عن المنتجات المعيبه تشكل جزءاً ضئيلاً من إهتمام قانون الفعل الضار في الولايات المتحده الأمريكيه. لكنها إكتسبت حديثاً أهمية خاصه وكبيره وأصبحت بؤرة إهتمام الرأى العام<sup>(٥٨)</sup>. وأصبح الحديث عن حماية المستهلك في مواجهة السلع والخدمات المعيبه محل دعاوى متعددده للفعل الضار ، حتى أحجمت شركات التأمين في بعض الحالات عن التأمين من مسئولية إنتاج السلع والخدمات التي يثبت عيبها الأمر الذي حدا ببعض المنتجين إلى الإنسحاب من سوق الإنتاج. ويصنف النظام القانوني الأمريكي المسئوليه عن المنتجات المعيبه ضمن المسئوليه المفترضه<sup>(٥٩)</sup> . وقد يكون العيب في التصميم أو التصنيع أو عدم تحذير المستهلك من مخاطر الإستعمال أو الآثار الجانبيه. وفي إنجلترا تحمى السياسه التشريعيه المستهلك من تحريف الحقائق عن السلع أو الخدمات المباعه<sup>(٦٠)</sup> ، فضلاً عن السلع المعيبه. أما القانون العام فهو يؤدي دوراً هاماً وعلى نطاق واسع في تنظيم الخدمات الماليه أكثر منه في تنظيم الرقابه على جودة السلع<sup>(٦١)</sup>

#### (١١) التوازن وعدم الإختلال في النظام الإقتصادي :

ذكره من أهداف إقتصادييه يحققها قانون الفعل الضار مثل حماية الملكية والحفاظ على المنافسه وحماية المستهلك فإنه يحقّز الضحايا على رفع دعاوى التعويض للمسئوليه التقصيريه ، وفي ذلك حفظ وإثراء لهذا الخلق القانوني من ناحية التطبيق العملي. ويكون للتعويض النقدي بعداً إقتصادياً يتمثل في تعويض الخساره التي تحملها الضحايا أو إعادة التوازن بين الدخول. وعلى الجانب الآخر يؤدي نظام المسئوليه التقصيريه إلى ترشيد سلوك الضحايا في إتخاذ إجراءات حذر وحرص شديد بتكلفة ماليه معقوله لتجنب حدوث الضرر ، وفي ذلك ترشيد للإنفاق وتقليل للتكاليف.

Peter Cane , opcit , p. 485

(٥٧)

Robert Cooter & Thomas Ulen : Law and Economics , 3 rd. ed. Addison Wesley

(٥٨)

Longman Inc. (2000) , p. 357

التعديل الثاني لقانون الأضرار في عام ١٩٦٥ المادة 402 A الذي نشره معهد القانون الأمريكي.

(٥٩)

Peter Cane : Comparativ Product Liability , C.J. Miller (ed.) (1986) , p. 55

(٦٠)

Peter Cane : Tort Law & Econ. Interests , opcit , p. 489

(٦١)

ونقطة أخيره بالنسبة للأهداف الإقتصادية التي يحققها نظام المسؤولية التقصيرية ؛ فعلم الاقتصاد يفترض توافر الكفاءة والرشد في إتخاذ القرار وأن القرار يتم من خلال آليات العرض والطلب على المخاطر supply and demand for danger. فإذا تساءلنا عن المبلغ الذي يمكن أن يدفعه الضحية المحتمل لتجنب خطر حدوث ضرر له من جراء فعل ضار قد يرتكبه شخص آخر. نجد أن الفكرة الرئيسية هي أنه عندما يرتبط شخص ما بأنشطته خطره إستجابة لدافع إقتصادي محدد فإنه في حقيقة الأمر يبيع بطريقة إحتماليه جزء من حقه في السلامه الجسديه. والمثال على ذلك هو أن نسأل أنفسنا إلى أى مدى يقلل العامل من مدفوعاته ليصل باحتمال الوفاء نتيجة هذا العمل الخطر إلى صفر<sup>(٦٢)</sup>. وقد إختلفت تقديرات الإقتصاديين في دراستين متعاقبتين على مدى سنتين. الأولى وصلت بقيمة الحياه التي يتم إنقاذها إلى مبلغ (١٧٦٠٠٠) دولار أمريكي<sup>(٦٣)</sup>. والدراسة الثانيه وصلت بهذا الرقم إلى أكثر من مليون دولار<sup>(٦٤)</sup>. هذا النوع من التحليل يبين تقديرات العرض والطلب على المخاطر وأسلوب وكيفية إتخاذ القرار وتحديد عناصر الأجر في الوظائف الخطره.

## تنظيم المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) في النظم المقارنه

### أولاً في فرنسا :

12/2/0 - يقوم تنظيم المسؤولية التقصيرية<sup>(٦٥)</sup> في النظام اللاتيني (المدنى الفرنسى والتشريعات التى تنحو نحوه مثل القانون المصرى وقوانين المغرب العربى ) على

<sup>(٦٢)</sup> لكنه ليس من اليسير الوصول إلى حساب دقيق M. S. Shapo , opcit , p. 70.

<sup>(٦٣)</sup> Richard Thaler & Sherwin Rosen , "The Value of Saving a Life : Evidence of Labor Market , Household Production and Consumption" vol. 40 of Studies in Income & Wealth , Nestor Terleckjy , (1976) , p. 265,292

<sup>(٦٤)</sup> Kip Viscusi : "Labor Market Evaluation of Life and Limb , Empirical and Implications" , 26 Public Policy (1978) p. 359 , 372-385

<sup>(٦٥)</sup> وقد إعترض — بحق — الأستاذ الدكتور جميل الشقراوى — رحمه الله — على تسمية المسئوليه غير العقدية بالمسئوليه التقصيرية كترجمة لتسميتها باللغة الفرنسيه responsabilité délictuelle بأن التسمية العربيه غير دقيقه ، فالتقصير هو الخطأ ، والمسئوليه العقدية كالمسئوليه غير العقدية أساسها الخطأ ، لذا يجب النظر إلى وصف المسئوليه غير العقدية ، بالتقصيريه ، على أنه تسمية إصطلاحيه تستمد قيمتها من ذبوعها أكثر مما تستمدتها من دقتها ، د. جميل الشقراوى : المرجع السابق ص ٤٧٩ هامش ١ . ونفس الفكر الأستاذ محمد صالح العيارى الرئيس الأول السابق لمحكمة الإستئناف بتونس بأن التقصير يكون أساساً للمسئوليتين العقدية والتقصيرية إذ التقصير يعنى فى المتبادر من مفهومه عدم أداء الشخص لما هو مطالب به على الوجه المرضي وبعدم أخذ الحيطه للوقاية من حصول ما تتوجب مع مساءلة ومعنى هذا أن التقصير أمر سلبى ولذلك يكون المشرع موفقاً فى تسميتها بالمسئوليه الجناحيه ، محمد العيارى : المرجع السابق ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ وحسناً يفعل البعض (السنهورى: المرجع السابق) حين يناقشون هذا الموضوع تحت عنوان العمل غير المشروع L' acte

أساس وجود مبدأ عام يقضى بأن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يوجب التعويض ، وقد إعتترف به المجلس الدستوري La Conseil constitutionnel في قراره بتاريخ ٢٢ أكتوبر ١٩٨٢<sup>(٦٦)</sup>. وعلى العكس من ذلك فإن التقنين الألماني يعطى الحماية لمصالح مختلفه ومبينه على وجه التحديد دون الإشارة إلى وجود مبدأ عام للمسئولية. وقد نص القانون الفرنسى على أحكام المسئولية التقصيرية فى المواد من ١٣٨٢-١٣٨٦ ، وهى تنقسم إلى قسمين : الأول المسئولية الواجب إثبات الخطأ فيها La responsabilité pour faute prouvée (المواد ١٣٨٢ ، ١٣٨٣) والثانية هى المسئولية بدون إثبات الخطأ La responsabilité sans faute prouvée (المواد ١٣٨٤ - ١٣٨٦) . ويقابلها فى تنظيم المسئولية عن العمل غير المشروع فى القانون المصرى المواد من ١٦٣ إلى ١٧٨. وقد خصص المواد من ١٦٣ إلى ١٧٢ لتنظيم المسئولية عن "الأعمال الشخصية" ثم بين فى المواد من ١٧٣ إلى ١٧٥ أحكام مسئولية الشخص عن "عمل الغير" وفى المواد من ١٧٦ إلى ١٧٨ نظم المسئولية الناشئة عن ضرر الأشياء. وتنص المادة ١٣٨٢ من التقنين الفرنسى على أن "كل فعل أياً كان يقع من الإنسان ويحدث ضرراً يلزم من وقع هذا الضرر بخطئه أن يعوّض هذا الضرر"<sup>(٦٧)</sup> ؛ ويقابلها فى التقنين المدنى المصرى المادة ١٦٣ التى تنص على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض"<sup>(٦٨)</sup>

والقاعده العامه فى تقنين نابليون ١٨٠٤ كما هى فى التقنين المدنى المصرى تشترط توافر ثلاثة أركان لتحقيق المسئولية هى : الخطأ والضرر وعلاقة السببيه. وتعريف الخطأ كما إستقر عليه الفقه هو إخلال بالالتزام قانونى<sup>(٦٩)</sup> ومن تطبيقات

illicite . والجدير بالذكر أن المشرع المصرى يستخدم نفس التسميه . أما د. سليمان مرقس فقد عنون لها بالفعل

الضار وكذلك سار على نفس النهج د. جميل الشرقاوى

D. 83 , 189 , n. Luchaire ; Commaille 83 , 23 , obs . Ph. Le Tourneau

(٦٦)

Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la fait duquel ce dommage est arrivé , à le réparer

Toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer

(٦٨)

(٦٩) وقد عرفه بلانيول بأنه "إخلال بواجب سابق" ؛ كما عرفه بعض الشراح الأوائل بأنه "مساس بحق الغير دون حق" ،

أنظر فى تفصيلات التعاريف وآراء الفقهاء فيها د. سليمان مرقس : دروس فى القانون المدنى مع التعمق لطلبة الدكتوراه فى

أركان المسئولية المدنيه ، (١٩٥٤) ص ١٦٠ وما بعدها . ويعرفه رينيه سافتييه بأنه " L'inexécution d'un devoir "

que l'agent pouvait connaître et observer" ، وهو يرى أن هناك عنصران فى الخطأ : الأول موضوعى

objective وهو الواجب الذى أحل به le devoir violé والثانى شخصى subjective وهو الإسناد إلى الفاعل

René Savatier : Traité de la Responsabilité en Droit Francais , أنظر L'imputabilité à l'agent

Paris . L. G. D. J. (1951) p. 5 كما يعرفه البعض بأنه تصرف غير مشروع يخالف إلتزام أو واجب يفرضه

القانون أو العرف " La faute est un comportement illicite , qui contrevient à une obligation ou un "

الخطأ الإعتداء على حقوق الشخصية. أما عن ركن الضرر *préjudice* <sup>(٧٠)</sup> وهنا يجب التنويه إلى الهدف الأساسي من المسؤولية التقصيرية وهو إسترجاع توازن الضحية تماماً الذي أخل به الضرر كلما كان ذلك ممكناً وإعادة وضع الضحية إلى الحالة التي كان عليها لو لم ينتج الفعل الضار آثاره. والنتيجة المنطقية لهذا أنه إذا لم يوجد ضرر لا يكون هناك مبرر لدعوى المسؤولية التقصيرية <sup>(٧١)</sup> ، وذلك بإستثناء ما سبق ذكره عن حقوق الشخصية. ولا يوجد تعريف تشريعي للضرر إلا تعريف الفقه بأنه إعتداء على مصلحة *atteinte à un intérêt* <sup>(٧٢)</sup> . وأحكام محكمة النقض الفرنسية تعطى قاضى الموضوع صلاحيات التحقق من وجود الضرر <sup>(٧٣)</sup>

أما الركن الثالث فهو رابطة السببية *Le lien de causalité* ، وهو شرط هام لتحديد الفعل المسبب للضرر ونطاق المسؤولية <sup>(٧٤)</sup> . فلا يكفي أن يثبت الشخص المضرور خطأ المدعى عليه والضرر بل يجب عليه أيضاً أن يثبت وجود رابطة مباشرة للسبب المؤثر بين الخطأ والضرر <sup>(٧٥)</sup> ، فتتعرض هذه الرابطة أن الفعل الضار محل الدعوى كان ضرورياً فى تحقق الضرر فإذا لم توجد فلا يوجد ضرر محقق *sine quic non du dommage* <sup>(٧٦)</sup> . وقد أجمع على أهمية هذا الركن

---

"devoir imposé par la loi ou par coutume" وأن الخطأ التقصيري هو الذى يتم إرتكابه بنية إحداث الضرر مع

تعمد الأذى : V. Le Tourneau , opcit , n. 643

<sup>(٧٠)</sup> تستعمل كلمة *préjudice* فى الفقه الفرنسى مرادفة لكلمة *dommage* أنظر : J. Carbonnier : Les obligations , P U F , 19 e ed. (1995) no. 205 \_ J. Flour et J. L. Aubert : Les obligations , Armond Colin , t. 9 , 6é. ed. (1994) no. 125 والأصل هو الكلمة اللاتينية *dammun* الواردة فى قانون إكويليا .

<sup>(٧١)</sup> Geneviève Viney et Patrice Jourdain : *Traité de Droit Civil* , sous la direction de Jacques Chestin , les Conditions de la responsabilité , 2e. ed. , L. G. D. J. Delta (1998) no. 247 P. 3 \_ Carbonnier , opcit no. 71 et 88 \_ Starck , Rolan et Boyer , Responsabilité délictuelle , opcit no. 95 \_ Flour et Aubert , opcit , no. 129

<sup>(٧٢)</sup> Le Tourneau , opcit , no. 606 p. 173

<sup>(٧٣)</sup> Les juges du fond justifient l'existence du préjudice invoqué par l'évaluation qu'ils en " font أنظر : Civ. 1re. , 19 Oct. 1976 , J C P , 1976 , 1V , p. 362 \_ Civ 2e , 8 févr. 1989 , Civ. 1re. , 19 Oct. 1976 , J C P , 1976 , 1V , p. 362 \_ Civ 2e , 8 févr. 1989 , font Gaz. Pal , 1989 , 1 \_ Pan p. 91

<sup>(٧٤)</sup> د. عبد الرشيد مأمون : علاقة السببية فى المسؤولية المدنية ، دار النهضة العربية ، ص ٣

<sup>(٧٥)</sup> " il ne suffit pas à la partie lésée d'établir la faute du défendeur et le préjudice ; il lui faut encore prouver l'existence du lien direct de cause à effet entre cette faute et le préjudice " V. Civ. , 14 mars 1892 , D P 92 , 1 523 \_ 6 janv. 1945 , D. 45 , 117 , n. Tunc \_ Civ. 20 Déc. 1960 , Soc. des Grand Magasins du printemps C. Cons. Gounaris et Cons Zanetion ; D. 1961 , 141 (v. cette arret dans : La Responsabilité Délictuelle dans la jurisprudence , sous la direction et avec une préface de René Rodier , Librairies Techniques , p. 59 , 60 ) \_ Civ. 1. , 14 déc. 1965 , J C P 66 , 14753 , n. R. Savatier \_ Civ. 2 , 4 mars 1981 , B. 11 , no. 49 \_ 11 janv. 1995 , G P 95 , 2 , pan . 155 , J C P 95 , 1V. , no. 624

<sup>(٧٦)</sup> Viney , opcit no. 353 \_ Civ. 1re. , 26 mars 1996 , 2 arrêts , Bull. civ. 1 , no. 155 et 156 ; R T D civ. , 1996 , p. 623 , obs . P. Jourdain

التشريع<sup>(٧٧)</sup> والفقه<sup>(٨٨)</sup> والقضاء<sup>(٨٩)</sup>. لكن هذا الإجماع لم ينعقد على تعريف قانوني لرابطة السببية. وإزاء صعوبة إيجاد هذا التعريف فقد تشكك البعض<sup>(٩٠)</sup> في مدى الفائدة المرجوة من ذلك ، مؤثرين بيان أهميتها وخواصها وكيفية تعيينها وطرق إثباتها ونفيها والتحليل النظري وما إلى ذلك من نظريات مثل تعادل الأسباب والسبب القريب والسبب المنتج ، تاركين هامش للجدل النسبي لتعريف هذه الرابطة الذي أسفر عن تشييد نظرية تعادل الأسباب<sup>(٩١)</sup> ومؤكدين على أنه يشترط في هذه الرابطة أن تكون مؤكدة أو محققة certain ومباشره direct<sup>(٩٢)</sup>.

ويقع على المدعى بالحق في التعويض عبء إثبات وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر وفقاً لمبدأ actori incumbit probatio<sup>(٩٣)</sup>. وفي حالة فشله في إثباتها يفقد دعواه<sup>(٩٤)</sup>. وكثيراً ما يرفض القضاء دعاوى التعويض لعدم كفاية الأدلة على ثبوت رابطة السببية. ويكون إثبات هذه الرابطة بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن par tous moyens , y compris par présomption<sup>(٩٥)</sup>. بيد أنه يجب أن تكون هذه القرائن دقيقة ومحددة ومتناسقة وفقاً لأحكام المادة ١٣٥٣ مدني<sup>(٩٦)</sup>. كما يمكن الإثبات بالإستبعاد preuve par exclusion أى إستبعاد الأسباب الأخرى المقدمه التي لا تفسر سبب وقوع الضرر<sup>(٩٧)</sup>. وعلى المدعى عليه نفي هذه السببية بإثبات إنعدامها أو إقامة الدليل على أن حدوث الضرر نتيجة لسبب آخر أجنبي.

<sup>(٧٧)</sup> تستخدم المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي فعل causer أى يسبب ، كما ورد في المادة ١٦٣ من التقنين المدني المصري "بسبب".

<sup>(٨٨)</sup> H. et Mazeaud , opcit no. 560 \_ René Rodière : La responsabilité civile , Paris (1952) no. 1612 \_ R. Savatier , opcit t/ 11 , no. 456 \_ Henri Lalou , Traité de la responsabilité civil , Paris (1962) no. 246 \_ G. Marty et P. Raynaud , opcit , no. 546 \_ J. Carbonnier , opcit , no. 213 et s.

<sup>(٨٩)</sup> د. عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق ص ٥٣-٥٦

<sup>(٩٠)</sup> A. M. Honoré : International Encyclopedia of Comparative Law , vol. XI, chap. 7 , no. 45 ومن الفقهاء الذين شككوا في جدوى التعريف G. Ripert في تعليقه في دالوز (١٩٤٥) ص ٢٣٧ ؛ حيث إنتهج مذهب البراهماتيه وقال : "La jurisprudence sera bien inspirée en refusant de se livrer à l'analyse de la causalité"

<sup>(٩١)</sup> Viney , opcit , no. 337 p.159

<sup>(٩٢)</sup> Ph. Le Tourneau , opcit no. 827 et s.

<sup>(٩٣)</sup> أى أن البينة على من إدعى : أنظر تطبيقات هذه القاعدة في عدة دول : A. M. Honoré : "Causation and remotenes of damages", International Encyclopdia of Comparative Law , La Hage , (1971) , vol. X1 , chapt. 7 , no. 201

<sup>(٩٤)</sup> Civ. 1re. , 31 mai 1988 , J C P , 1988 , 1V , p. 278

<sup>(٩٥)</sup> Civ. 2 e. , 29 avril 1969 , D. 69 , 534 . \_ Civ. 2e. , 24 mai 1978 , B.11. no. 139.

<sup>(٩٦)</sup> Civ. 1 er. , 14 déc. 1965 , J C P 66 , 14573 , n. R. Savatier .

<sup>(٩٧)</sup> Civ. 2 e , 9 d2c. 1992 , B. 11 , no. 306 \_ Civ. 1 er. , 20 juin 1995 , J C P 95 , E , pan. ,

وإستثناء من تحميل المدعى عليه عبء إثبات رابطة السببية فإنه فى بعض الحالات تكون هذه السببية مفترضة. حيث تصبح السببية نوع من المصادره على المطلوب « une sorte de pétition de principe » بين الفعل الضار والضرر الحادث<sup>(٩٨)</sup>. وفى حالتى الخطأ ورابطة السببية المفترضين تكون المسئولية واقعة بقوة القانون la responsabilité de plein droit . وحالات السببية المفترضة التى أنشأها القانون والفقهاء هى : الحوادث النووية بموجب المادة (١٠) من تشريع ٣٠ أكتوبر ١٩٦٨ ؛ وحوادث العمل وقد إعتبر القضاء أن الإسناد المفترض imputabilité d'présmpption يسمح بأن يعتبر أن كل ضرر أثناء وبسبب علاقة العمل هو حادث عمل ؛ وحوادث السير بمقتضى قانون (٥) يوليو (تموز) ١٩٨٥ وهو أيضاً يفترض إسنادية الضرر عندما تكون المركبة هى المستخدم أثناء وقوع الحادث<sup>(٩٩)</sup> ؛ ومسئولية حارس الأشياء وفقاً لحكم المادة ١٣٨٤ الفقرة الأولى ؛ وأيضاً مسئولية الوالدين وفقاً للفقرة الرابعة من نفس المادة ؛ ومسئولية المتبوع عن الأضرار التى تقع بفعل خدمه أو تابعيه فى أداء وظائفهم المعينين وفقاً لنفس المادة الفقرة الخامسة ؛ كما تنص المادة ١٣٨٥ على المسئولية المفترضة لمالك الحيوان عن الضرر الناشئ بفعل الحيوان ؛ ومسئولية مالك البناء عن سقوط المبانى وفقاً للمادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى ؛ والمسئولية الطبية فى التعويض عن ضياع فرصة الشفاء أو الحياة<sup>(١٠٠)</sup>. ويتجه بعض الفقهاء<sup>(١٠١)</sup> إلى إعتبار المنافسة غير المشروعه إحدى حالات السببية المفترضة ؛ فضلاً عن مسئولية مدير المشروع عن خطئه فى الإدارة والفعاليه غير الكافيه بالنسبة للضرر الذى يصيب الدائنين تطبيقاً للمادة (٩٩) من تشريع ١٣ يوليو ١٩٦٧ وتشريع ٢٥ يناير ١٩٨٥ .

ويقع على عاتق قاضى الموضوع تقدير وجود السببية فى الحالات التى يجب على المدعى إثباتها وفقاً للقواعد العامه. ومن إستقراء الأحكام القضائية نجد أنها تشير إلى صلاحية قاضى الموضوع فى التقدير الحصرى لعناصر الإثبات exclusivement l'appréciation des elements de preuve وهو يستطيع فى هذا الإطار تعديل تفسير هذه الرابطة<sup>(١٠٢)</sup> بيد أنه يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض فحسب تعبيرها هى مزيج من الوقائع والقانون "melange de fait et de droit"<sup>(١٠٣)</sup>. فتراقب محكمة النقض ليس فقط وجود الأدله على توافر هذه الرابطة وإنما

(٩٨) Y. Lambert\_ Faivre : " De la poursuite à la contribution : quelques acranes de la causalité "" , D. 92 , chron 311 .

(٩٩) Civ. 2e. , 24 oct. 1990 , Bull. civ. , 11 , no. 211 , R T D civ. , 1991 p. 131 , obs. P. Jourdain \_ civ. 2e. , 16 oct. 1991 , J C P , 1992 , 11 , 21934 , ote Ph. Conte , Civ. 2e. , 19 févr. 1997 , Bull. civ. , 11 , no. 41

(١٠٠) F. Chabas : "Vers un changement de nature de l'obligation médicale" , J C P , 1 , 254

(١٠١) أنظر ملاحظات لو تورنو فى مجلة القانون الزراعى ، ١٩٨١ ، العدد ١٠٧ ، رقم ١٦

(١٠٢) Civ. 2e. , 11 mars 1076 , J C P , 1V. , p. 157 \_ Civ. 13 mars 1980 , J C P , 1980 , 1V. , p. 207 \_ Civ. 2e. , 14 , juin 1995 , Bull. , civ. , 11 , no/ 1

(١٠٣) Civ. 2e. , 6 janv. 1966 , Bull. civ. , 11 , no. 1



أيضاً تقدير قاضى الموضوع لها<sup>(١٠٤)</sup> . وهكذا نجد أن محكمة النقض الفرنسيه تصدرت لرقابة قاضى الموضوع فيما يتعلق بتحقيقه من وجود هذه الرابطة وإذا لزم الأمر فإنها كانت تقوم بإعادة التفسير وتقويم القاضى<sup>(١٠٤)</sup> .

## ثانياً فى المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكیه :-

13/2/0 - نظراً للخصوصية التى يتمتع بها نظام القانون العام من الإعتماد على السوابق القضائية ثار جدل حول وجود مبدأ عام للمسئولية أم أنه يتكون من "عدد من القواعد المحددة تمنع بعض أنواع من الأنشطة الضاره". وإنقسم الرأى فى ذلك إلى مدخلين : الأول يقول بوجود مبدأ عام يؤيده عدد من أحكام المحاكم تعود إلى أكثر من قرن مضى<sup>(١٠٥)</sup> والثى تقرر أن العمل الغير مشروع ، العمدى والإيجابى الذى يؤدى حتماً إلى الإضرار بالمدعى كاف ظاهرياً للمطالبه القضائية ، على الأقل إذا كانت الأضرار تلحق شخص المدعى أو ملكيته الملموسه<sup>(١٠٦)</sup>. أما الإتجاه الثانى فيتزعمه الفقيه سالموند Salmond الذى يعتقد "تماماً كما يتكون القانون الجنائى من مجموعه من القواعد ترسى جرائم محدده فإن قانون الأفعال الضاره يتكون من مجموعه من القواعد ترسى وتؤسس أضراراً محدده. وأنه ليس فى القانون الجنائى أو فى قانون الأفعال الضاره مبدأ عام للمسئولية. فسواء قُدم شخص للمحاكمه الجنائيه على جريمة ارتكبها أو رفعت عليه دعوى تعويض لفعل ضار قام به فإن على غريمه أن يثبت أن الجريمة المزعومه أو الفعل الضار المزعوم يقع فى إطار قانون محدد ومنشئ للمسئولية ولا يستطيع الجانى أو المدعى عليه أن يدفع التهمه أو يدرأ المسئولية بإثبات أن ذلك يقع ضمن قانون أو قاعده للتبرير أو الإعفاء من المسئولية الجنائيه أو المدنيه". لذلك لا يعتد سالموند بوجود قانون إنجليزي

<sup>(١٠٤)</sup> La Cour de cassation contrôle "non seulement l'existence de cette constatation , mais aussi l'existence du lien de causalité relevé par le juge du fond" . V. notamment : Civ. 7 août 1895 , D P 96 , 1 , 82 \_ Civ. 2e. , 5 avr. 1965 , D. 65 , 737 , n. Azard \_ 13 mai 1969 , J C P 70 , 16470 \_ 20 déc. 1972 , J C P 7 , 73 , 17541 , n. Dejean de la Bâtie \_ 12 fév. 1973 , J C P 74 , 17882 , n. Dejean de la Bâtie \_ Civ. 2e. , 11 janv. 1995 , Préc. \_ Civ. 1re. , 7 fév. 1995 , J C P , 1V. , 861

<sup>(١٠٥)</sup> Civ. 2e. , 21 avr. 1966 , J C P , 1966 , 11. , 14710 \_ Civ. 2e. , 12 nov. 1969 , Bull civ. 11 , no. 302 , D. , 1970 , p. 247 \_ Civ. 2e. 6 févr. 1980 , J C P , 1980 , 1V. , p. 57

<sup>(١٠٥)</sup> Mogul Steamship Co. v. McGregor , Cow & co. (1889) 23 , Q. B. D. 598 , 613

<sup>(١٠٦)</sup> Home Office v. Dorest Yacht Co. Ltd. (1064) A. C. 1004 , 1027 . وقد أوصى التقرير الثامن

عشر للجنة الإصلاح القانونى فى الفقرة (٢٥) بأن الفعل العمدى الذى يرتكب بدون مير قانوني متضمناً : التدخل فى المنقولات الشخصيه chattels يكون محلاً لدعوى تعويض كفعل ضار جديد (لم يطبق من قبل) ، والإستيلاء الباطل على منقول مملوك للغير conversion ، ودعوى إسترداد المنقولات المحبوسه بغير حق والمطالبه بالأضرار المترتبة على هذا

الإستيلاء detinue ، والتعدى على عقار مملوك للغير trespass أنظر : R. F. V. Heuston & R. S. Chambers , Salmond and Heuston on the Law of Torts , 18 th. ed. , Sweet & Maxwell (1981) p. 14 r. 71

للفعل الضار English law of tort وإنما هو قانون إنجليزي للأفعال الضاره law of tort<sup>(١٠٧)</sup>. لكن يبقى أنه من الناحية الواقعية والعملية لم ترفض أى دعوى رفعت أمام القضاء الإنجليزي بدفع أنها جديده بل أنه من الملاحظ أن هذا القضاء قد توسع — على إستحياء — فى قبول دعاوى أفعال ضاره ليست لها سوابق قضائية<sup>(١٠٨)</sup>. على أن ذلك لايعنى أن سالموند قد قصد القول بأن قانون الأضرار الإنجليزي مقصور على بعض الأفعال الضاره حصرياً وأنه غير قابل للتوسع فى قبول أفعال أخرى مستقبلة. كل ما فى الأمر أن النظام الإنجليزي وهو ما يطلق عليه pigeon-hole "نظام عش الحمام"<sup>(١٠٩)</sup> حيث يوجد تصنيف وترتيب لكل فعل ضار ولا يمنع من أن يتسع هذا العش ويكون رحباً ويسمح بإضافة أفعال ضاره أخرى تستحق رفع دعوى مطالبه بالتعويض. ويظل طابع نظام القانون الأنجلو أمريكى هو عدم الإشاره إلى مبدأ عام مجرد للمسئوليه وإنما ترفع الدعوى على أساس حدوث أفعال مدرجه مسبقاً وموصوفه من قبل القانون العام أو التشريعات البرلمانيه بأنها أفعال ضاره.

كان التعويض عن الأخطاء فى القانون الإنجليزي حتى القرن الرابع عشر يعتمد على صيغ معينه ومحدوده جداً لأوامر حضور writs. ولم يكن للمدعى ليرفع دعوى تعويض عن فعل ضار أمام محاكم القانون العام الملكيه إلا أن يطابق سبب دعواه لأى من الصيغ المعترف بها مقدماً. وبدأت هذه الصيغ بدعاوى التعدي على الغير فى ملكه أو شخصه trespass التى أعترف بها فى عام ١٢٥٠ وبعدها بمائة عام تم الإعتراف بدعوى trespass upon the case وهى دعوى يقيمها المدعى مطالباً بالتعويض عن الأضرار التى أصابته من فعل غير قانوني من قبل المدعى عليه<sup>(١١٠)</sup>. وظل الأمر كذلك حتى جاء قانون الإجراءات القانونيه فى عام ١٨٥٢ وبموجبه أصبح من غير الضرورى ذكر سبب الدعوى حسب أوامر التكليف النمطيه بالحضور أمام المحكمه وإن ظل الأمر مرغوباً فيه<sup>(١١١)</sup>. ويعنى

<sup>(١٠٧)</sup> هيوستن ، المرجع السابق ص ١٤ . ويلاحظ أن معظم كتب الفقه الإنجليزي تعالج هذا الموضوع تحت عنوان قانون

الأضرار . راجع على وجه الخصوص : Fowler v. Harper and Fleming James jr. , The Law of Torts (1956) – William L. Prosser , Handbook of the Law of Torts , 3<sup>rd</sup>. ed. (1964) – Harry Street : the Law of Torts 4<sup>th</sup>. ed. (1968) – Clerk and Lindsell on Torts 13 th. ed. (1969)

<sup>(١٠٨)</sup> المرجع السابق ص ١٤

<sup>(١٠٩)</sup> The New Encyclopaedia Britannica , "Torts" v. 28 , 15 th. ed. (1985) p. 740

<sup>(١١٠)</sup> وقد بدأت فى شكل شبه جنائي. إذا لم يحضر المدعى عليه للرد على الدعوى أعتبر خارجاً عن القانون وفار من

العداله يستباح دمه وتصبح رأسه هدفاً لمن شاء كأنه رأس ذئب Caput lupinum وسمى عند العرب بالخلع. بينما إذا

حضر وأدين يعاقب بالغرامه أو السجن فضلاً عن التعويض المدني للمدعى. See : Alastair Mullis & Ken

Oliphant : Torts , Law series editor , Morise Cermona , n. 16.1 , p. 194

<sup>(١١١)</sup> Stermant v. E. W. and W. J. Moore Ltd. [1970] ! Q. B. 590 , 603-604

السبب في الوقت الراهن الموقف الواقعي الذي ينتج لشخص ما المطالبه القضائية بالتعويض من شخص آخر دون حاجة لذكر عنوان لها<sup>(١١٢)</sup>.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فلم يختلف الأمر كثيراً ، فكانت بدايات دعاوى التعويض عن الفعل الضار هو التعدي على عقار أو على شخص الغير trespass. وحتى القرن الثامن عشر لم تكن التفرقة الواضحة حالياً بين إحداث الضرر بسوء نية والضرر غير العمدى موجوده. وفي القرن التاسع عشر تم تبويب الإهمال negligence كنوع مستقل من الفعل الضار<sup>(١١٣)</sup>. وأخيراً فإنه تحديداً في عام ١٨٥٩ مع نشر الرسالة الأمريكية الأولى عن الأفعال الضاره تم إقرار الأفعال الضاره كموضوع مستقل<sup>(١١٤)</sup>.

14/2/0 - لا يأبه الفقه الأنجلو أمريكي كثيراً بإيجاد تعريف شامل للفعل الضار tort<sup>(١١٥)</sup>. وقد حاولت إحدى اللجان الخاصة في الولايات المتحدة الأمريكية وضع تعريف كاف على الوجه التالي : "حدث ينشأ من فعل أو ترك من شخص آخر يسبب ضرراً للجسد أو الشخصيه الإنسانيه ، للملكيه ، او لمصالح إقتصاديّه ، في ظروف يعتبرها القانون معقوله لطلب تعويض من الشخص الذي فعل أو فشل في الفعل"<sup>(١١٦)</sup>. أما التعريف الكلاسيكي للفقيه وينفيلد فهو "تنشأ المسئوليه عن الفعل الضار من مخالفة واجب حدده في المقام الأول القانون من أجل أشخاص على وجه العموم. وأن جبر ضرر إنتهاك هذا الواجب يكون عن طريق دعوى للمطالبه بتعويض غير ثابت المقدار"<sup>(١١٧)</sup>. أما تعريف القضاء الإنجليزي فهو "فعل خطأ مدني يتم علاجه عن طريق دعوى قانون عام للمطالبه بتعويض نقدي ، ولا يكون

Letang v. Cooper [1965] 1 Q. B. 232 , 242-243

(١١٢)

The Columbia Electronic Encyclopedia (C. E. E.), (1994-2000) Columbia Press ,  
wysiwyg : // 12/ http : // webcenter . netscape . infoplease . con 1 ce 6 / society / A 0849114 . h t m l

Edward White : "The Intellectual Origine of Torts in America" , 86 Yale L. J. 671 (1977)

(١١٥) كلمة tort هي في الأصل فرنسيه مشتقه من اللغة اللاتينيّه tortus وتعني منحرف أو ملتو twisted or

crooked , راجع : Cooter & Ulen : opcit p. 288 , ويرجع جذور إستخدام بعض التعبيرات الفرنسيه الأصل في اللغة الإنجليزيه أنه بعد إحتلال النورمان إنجلترا في عام ١٠٦٦ سرعان ما فقدوا لغتهم الفرنسيه لكنهم إحتفظوا ببعض أشكال من التعبيرات الفرنسيه الأصل تأثر بها المتحدثين باللغة الإنجليزيه . وقد ترجمها إلى اللغة العربيّه في مصر أحد أساتذة القانون بالإحلال المدني (د. مصطفى عبد الحميد عدوى : الإحلال المدني "المسئوليه التقصيريّه" في القانون الأمريكي ، ١٩٩٤ ) وهي ترجمة غير دقيقه لأن الإحلال لغة يعنى الإفساد أو ترك الأمر في حين أن الأصل اللغوي للكلمه في لغتها الأصليّه تعنى الإنحراف أى إتيان فعل غير مشروع ومن ثم ضار . ثم إن وصفه بالمدني يجعله مجازاً مساوياً للمسئوليه المدنيّه بصفة عامه وهي كما إستقر الرأي تشمل العقديّه والتقصيريّه .

A B A , Special Committee on the Tort Liability System , Towards a Jurisprudence of Injury : the Continuing Creation of a System of Substantive Justice in American Tort Law 1-3

Winfield : Province of the Law of Tort p. 32

(١١٧)

هذا الفعل بصفة خاصة فعلاً مخالفاً لعقد أو إخلالاً بالثقة أو أى مجرد إلتزام بالإنصاف والعدل<sup>(١١٨)</sup>. فالمبدأ الأساسي الذي يحكم الفعل الضار هو عدم إيذاء الغير بالقول أو الفعل Alterum non laeder<sup>(١١٩)</sup>.

#### تقسيمات الأفعال الضارة :

15/2/0 - يمكن إيجاز التقسيمات التي تدرج تحتها الأفعال الضارة إلى المجموعات التالية :

أ - المجموعة الأولى<sup>(١٢٠)</sup> : وتقسم الأفعال الضارة إلى :

١ - أفعال ضارة يكون إثبات القصد فيها ضرورياً ،

٢ - أفعال ضارة أساسها إثبات الإهمال ،

٣ - أفعال ضارة المسؤولية فيها مفترضة strict liability حيث يكون أساس المسؤولية قائم على إثبات الفعل ، ومن الممكن ، الضرر الحادث دون حاجة لإثبات الإهمال أو القصد ،

٤ - الأفعال الضارة المبنيه على مخالفة واجبات تشريعية.

ب - المجموعة الثانية : يرى أحد أساتذة القانون الأمريكي<sup>(١٢١)</sup> أن قانون الأفعال الضارة يوجد في شعاع طيف من الخطأ spectrum of culpability. عند أحد نهاياته توجد الأفعال الضارة العمدية intentional torts مروراً بالإهمال والمسئولية المفترضة. ويسأل مرتكب الأفعال الضارة الداخلة في فئة المسؤولية المفترضة بقطع النظر عن ارتكابه الخطأ المعروف في كل من الإهمال أو العمد. وتختلط الأفعال الضارة العمدية مع السلوك المشوب بالطيش والتهور wanton وسبق الإصرار وعدم المبالاه وهي بدورها تندمج في الإهمال الجسيم gross negligence . وعلى التعاقب يختلط بدعاوى الإهمال وهي الأكثر شيوعاً أمام المحاكم الأنجلو أمريكية. كما يوجد داخل كل فئة من فئات الخطأ مجموعه من المسؤوليات المستقلة. فالفعل الضار العمدي الشخصي يشمل التعدي بالضرب battery ، والإكراه البدني assault ، وإتيان العنف البدني مع الغير بما فيه مجرد لمسه أو مس ثيابه بشكل ينطوى على الوقاحه أو العنف ، والحبس الباطل ، والتوقيف غير القانوني ، والدعاوى الكيدية ، وسوء إستخدام الإجراءات أمام المحاكم. أما الأفعال الضارة

<sup>(١١٨)</sup> وافق القضاء على هذا التعريف في القضيتين الآتين : (1) Anglo-Saxon Petroleum Co. Ltd. v.

Damant [1947] K. B. 794 , 796 – (2) Philip Morris Ltd. v. Airley [1975] V. R. 345 , 347

<sup>(١١٩)</sup> وهي حكمه من ثلاث اعتبرها جستنيان قوام العدالة وغاية الإنصاف. والأركان الرئيسية التي تقوم عليها الأحكام القانونية كافه هي : أ- لا تؤذ الغير Alterum non laeder ب- عش بشرف Honest vivere ج- إعط كل ذي

حق حقه Suum cuique tribuere

<sup>(١٢٠)</sup> K. M. Stanton : The Modern Law of Tort , London , Sweet and Maxwell (1994) p. 3

<sup>(١٢١)</sup> Shapo , opcit m p. 4

المتعلقة بالملكية فتتضمن التعدي على العقارات ، الإستيلاء على منقول للغير والتعدي على المنقولات. وهناك مجموعه أفعال ضاره أخرى تشمل التدخل العمدي في العقود بقصد الإضرار وإعطاء ضمانات بسوء نيه. أما الأفعال الضاره الخاصه بالغش أو التدليس أو الخداع فهي تنضوى تحت الأفعال الضاره العمديه والتي تتساوى مع إطلاق عبارات كاذبه بتدبر ورويه وعدم مبالاه على أمور يعتمد عليها الناس في المجال التجارى والإستهلاكى ، والفعل الضار الخاص بالتشهير والذى يمتد — وفقاً لمبادئ التعديل الأول- ليشمل إصدار نشرات بعمد وإهمال. وفيما يتعلق بفئة الإهمال فإنها تضم فئات فرعيه من التخل بإهمال في العقود ، والممارسه الطبيه الخاطئه medical malpractice . وأخيراً تشمل المسئوليه المفترضه فئتين فرعيتين أحدهما خاصه بالأنشطه وأخرى خاصه بالمنتجات.

جـ- المجموعه الثالثه: وهى التقسيمات الوارده فى موسوعة كولومبيا الإلكترونية<sup>(١٢٢)</sup> وتشمل :

- ١ - فئة الأفعال الضاره التى تضر بالسمعه والشعور ، وهى الأفعال الضاره الشخصيه ،
  - ٢ - فئة الأفعال التى تعتدى على الحقوق الصادره بتشريعات برلمانيه وهى الأفعال الضاره الدستوريه ،
  - ٣ - وأخيراً تلك التى تشمل التعدي على العقارات أو الملكيه الشخصيه وهى أفعال ضاره خاصه بالملكيه وتشمل حوادث السيارات والإهمال والمسئوليه عن المنتجات المعيبه المخالفه للمواصفات ، والخطأ الطبي.
- 16/2/0 - العناصر المشتركه فى الفعل الضار :-

١ — إنتهاك واجب حدده القانون<sup>(١٢٣)</sup>

٢ — الخطأ : يتعين على المدعى إثبات الخطأ وعلى المدعى عليه نفي وجود الخطأ أو أن يثبت أن الضرر ناتج عن خطأ من جانب المدعى. ويتخذ الخطأ أشكالاً عديده ، لكن يجب وجوده. حتى أنه فى الفعل الضار المفترض يجب على المدعى إثبات أن الفعل الضار يمثل إنتهاكاً لمصلحته التى يحميها القانون. وعلى سبيل المثال فإن قانون حماية المستهلك الصادر فى عام ١٩٨٧ يقضى بوجوب إثبات أن المنتج المسبب للضرر كان معيباً وأن مسئولية إنزاله إلى السوق تقع على عاتق المدعى عليه. وإذا كانت بلاد القانون المدنى تساوى بين الفعل والترك بفرض أنهما متساويان فى تسبیب الضرر فإن القانون العام على نقيض ذلك لا يعتبر الترك فعلاً ضاراً إلا إذا كان فى حد ذاته يمثل إنتهاكاً لواجب يفرضه القانون ، فالقانون الإنجليزى لا يفرض على الإنسان واجب أن يكون سامرياً جيداً a Good Samaritan . مثال ذلك أن يرى أحد الناس

C. E. E. , opcit

(١٢٢)

(١٢٣) Letang v. Cooper [1965] I. Q. B. , 232 , opcit وتعليق اللورد ديننج .

شخصاً آخر يغرق ولا ينقذه بالرغم من إجادته السباحة. بينما يقع هذا الواجب على الأب بحسبانه ملتزم بواجب الرعايه<sup>(١٢٤)</sup>

٣ - النية وسوء أو خبث القصد intention and malice : قد يكون كلاً من التعبيرين مترادفين في أحد معاني سوء القصد malice . فهذا التعبير الأخير كما عرّفه القاضى القدير Bayley "يعنى خبث القصد فى القبول العام لدى الجمهور البغض أو الضغينه لكنه فى المعنى القانوني يعنى إتيان فعل خاطئ (غير قانوني) عمدياً وبدون سبب أو عذر مشروع"<sup>(١٢٥)</sup>. وقد تعنى عبار العمل الذى يتم بدافع غير شرعى improper motive<sup>(١٢٦)</sup> ، أو دافع شرير evil motive<sup>(١٢٧)</sup> وقد جرت محاولات عديده للتعرف على أساس للمسئوليه عن الفعل الضار المبنيه على الأفعال العمديه. وأحسن مثال لذلك فى مجال الضرر البدني هو ما قرره القضاء الإنجليزي فى أحد القضايا : "لقد قام المدعى عليه بتصرف إرادى محسوب ليسبب ضرراً بدنياً للمدعى ، وهذا يعنى ، ليخل بحقه فى السلامة الشخصيه. وهذا الافتراض (وحده) بدون أى إضافات يبدو لى لأن أصرح بأنه سبب جيد للدعوى"<sup>(١٢٨)</sup>. وفى قول واحد يجب إثبات النية وكذلك سوء القصد فى دعاوى الفعل الضار.

٤ - الضرر : يتطلب الأمر من المدعى فى غالبية دعاوى الفعل الضار أن يؤسس دعواه على أساس أنه عانى شخصياً من ضرر حقيقى وقع عليه وأن الضرر يرجع إلى الفعل الضار الذى إرتكبه المدعى عليه. ومع ذلك فإن هناك أفعال ضاره تكون محلاً لدعوى التعويض بذاتها per se دون حاجة لإثبات الضرر ومنها دعاوى التشهير بالنشر أو الكتابه libel<sup>(١٢٩)</sup> .

### ثالثاً فى الشريعة الإسلامية :

17/2/0 - يرى البعض<sup>(١٣٠)</sup> أن الفقه الإسلامى لا يضع قاعدة عامه للمسئوليه وإنما يورد حالات تفصيليه للأفعال الموجبه للمسئوليه. وهو إستنتاج من الأسلوب التى نشأت به الأحكام الشرعيه من المصدرين الأساسيين : الكتاب

Clerk & Lindsel : on Torts , opcit , no. 1-37 , p. 25

(١٢٤)

"Malice in common acceptation means ill-will against a person , but in its legal sense it means a wrongful act , done intentionally , without just cause or excuse" . See: Bromage v. Prosser [1825] 4 B. & C. 247 , 255. also : Dictum of Lord Davies in Hoskey v. Metropolitan Police Commissioners [1979] A. C. 474 , 502

Heuston , opcit , p. 16

(١٢٦)

Crofter Hand Woven Harris Tweed Co. v. Veitch [1942] A. C. , 435 , 442

(١٢٧)

Wright J. Wilkinson v. Downton[1966] 120 C. L. R. 145

(١٢٨)

Clerk & Lindsell , on Torts , opcit , no. 1 – 55 , p. 36 – 37

(١٢٩)

السنهورى : الوسيط ، المرجع السابق ، المجلد الأول ص ٨١٢ هامش (١)

(١٣٠)

والسنة. ومع ذلك يمكن إستنباط مبدأ عام للفعل غير المشروع فى الشريعة الإسلامية وتأصيله على الأسس التالية : أولاً الحديث النبوى الشريف "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(١٣١)</sup> والذى أصبح قاعدة شرعية إعتد عليها الفقه الإسلامى فى رعاية المصالح ودرء المفساد وتنظيم حقوق الفرد وواجباته فى علاقاته مع الغير. ثانياً بناء أحكام الشريعة على إعتبار المصالح فى الأحكام ، أى مصالح العباد فى المعاش والمعاد<sup>(١٣٢)</sup>. وقد قسمها الإمام الشاطبى إلى ثلاث مراتب ترتيباً تنازلياً : ضروريه وحاجيه وتحسينيه ، فإذا تعارضت يراعى الترتيب التنازلى مع تقديم المصالح الراجحه على المفساد المرجوحه<sup>(١٣٣)</sup>. ثالثاً ، تركت الشريعة قدراً من حرية التقدير فيما يسمى بحكومة العدل<sup>(١٣٤)</sup> ، وهى التى تكون فيما لا يجب فيه قصاص أو دية أو إرش<sup>(١٣٥)</sup> ، أو الإرش غير المقدر من قبل الشارع ويترك تقديره للقاضى أو لأهل الخبرة<sup>(١٣٦)</sup>

ومع ذلك لا يمكن إطلاق القول بأن الشريعة الإسلامية تضع نظريه عامه متكاملة البناء للفعل غير المشروع. كل ما فى الأمر ، شأنها فى ذلك شأن النظام الأنجلو أمريكى ، أن هناك مبادئ عامه تحكم السلوك الإنسانى فى عدم الإضرار بالغير. وأن معيار الحكم على شرعية الفعل من عدمها هو فى مدى توافقه أو عدم توافقه مع الأفعال المحرمه أو المنهى عنها شرعاً. وقد يكون

(١٣١) عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه وأخرجه الإمام أحمد عن ابن عباس (مسند الإمام أحمد : وهو الإمام أحمد بن محمد بن حنبل صاحب المذهب الحنبلى المتوفى سنة ٢٤١ - المطبعة الميمنية بمصر (١٣٠٦) ج٤ ص ٣١٠ . وابن ماجه والبيهقى عن عباد بن الصامت : سنن ابن ماجه ، الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى (٢٠٧-٢٧٥) ، حقق نصوصه ورقم كتبه ، وأبوابه ، وأحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الريان للتراث ج٢ ص ٧٨٤ - السنن الكبرى : للإمام أبى بكر أحمد بن الحسين البيهقى النيسابورى المتوفى سنة ٤٥٨ ، الطبعة الأولى بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بمحجر آباد الدكن، الهند ١٣٥٢ ج٦ ص ٧٠ ، ٧١ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار : للإمام محمد بن على بن محمد الشوكانى قاضى قضاة القطر اليماني ، المتوفى سنة ١٢٥٥هـ. ، المطبعة العثمانية المصرية ، الطبعة الأولى (١٣٥٧هـ). ج٥ ص ١٦٠ - الشيخ على الخفيف : الضمان فى الفقه الإسلامى ، القسم الثانى ، قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية ، دار الفكر العربى (بدون تاريخ) ص ٨ - د. محمد سلام مذكور : المدخل للفقه الإسلامى ، دار النهضة العربية (١٣٨٩هـ-١٩٦٩م). ص ٢٧٥ - وهو نص المادة ١٩ من مجلة الأحكام العدليه (١٣٢) أعلام الموقعين لإبن القيم ، المرجع السابق ج٢ ص ٣ ، وهو يرى أنها عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها.

(١٣٣) الموافقات للشاطبى ج٢ ص ٥٦ ،

(١٣٤) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ، الطبعة الأولى بمطبعة الجمالية ج٧ ص ٢٣٣ وما بعدها

(١٣٥) السنهورى : المرجع السابق

(١٣٦) المستشار محمد الشربيني : "أحكام الإرش فى الشريعة الإسلامية" ، مجلة المحاماه ، العددان الخامس والسادس ، مايو ويونيه (١٩٩٠) ، السنة السبعون

الفعل غير المشروع إخلالاً بحق من حقوق الله سبحانه وتعالى ويكون الجزاء إما بدنياً ، وهذه هي المسئولية الجنائية ، كالحقوق ؛ أو دينياً كالكفارة ، وهذه هي المسئولية الدينية ؛ أو الإعتداء على حق من حقوق العباد وتكون العقوبة فيه إما بدنية كالقصاص والتعزير ، وهذه أيضاً تدخل في إطار المسئولية الجنائية ، أو مالهية متمثلة في الدية وهي المقابلة للتعويض النقدي في المسئولية المدنية عند رجال القانون مع إختلاف المسميات إذ لا يستخدم رجال الفقه الإسلامي لفظ المسئولية ، فهو تعبير " غريب في اللغة العربية ، لأنه مصدر صناعي معناه كون الإنسان مسئولاً مؤاخذاً<sup>(١٣٧)</sup> ، وإستعملوا بدلاً منها لفظ الضمان أو التضمنين<sup>(١٣٨)</sup>

18/2/0 - الضمان هو البديل أو المرادف في فقه الشريعة الإسلامية للمسئولية المدنية<sup>(١٣٩)</sup> (عقديه وتقصيرييه). وهو يعنى لغة الكفالة والإلتزام<sup>(١٤٠)</sup>. أما شرعاً فهو يعنى إما الكفالة أو الإلتزام بتعويض الغير عن ضرر أصابه. أى إشغال الذمه بالإلتزام بأداء مثل ما أتلف إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً. وفقهاء الشريعة يسمون الفاعل ضامناً<sup>(١٤١)</sup>. وقد عرّف الإمام الغزالي الضمان بأنه "واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة"<sup>(١٤٢)</sup>. وقال عنه الشوكاني أنه

<sup>(١٣٧)</sup> سيد أمين محمد : المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة

١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م) ص ٦٩

<sup>(١٣٨)</sup> الشيخ شلتوت : المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية ، مطبعة الأزهر (بدون تاريخ) ص ٢

<sup>(١٣٩)</sup> د. محمد سلام مذكور : الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين ص ٣٩٨ - ولنفس المؤلف المدخل

للفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الرابعة بدار الإتحاد العربي للطباعة (١٣٨٩-١٩٦٩) ص ٥٥ - د. عبد

الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسته مقارنة من مطابع دار المعارف بمصر (١٩٦٧) ج١ ص ٥٢

- محمد فاروق بدرى العكام : الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٣٩٧-

١٩٧٧) ص ١٧ - محمد نصر الدين محمد : أساس التعويض ، دراسته مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ،

رسالة دكتوراه (١٩٨٣) ص ٢ وما بعدها - فتحى عبد الرحيم عبد الله : "نظام تعويض الأضرار التي تلحق بأمن وسلامة

المستهلك في القانون المدنى المصرى والمقارن" ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والإقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق

، جامعة المنصورة السنة (٢٥) عدد إبريل ١٩٩٩ ، ص ٣ - طه عبد المولى : التعويض القضائي عن الأضرار التي تقع على

الأشخاص ، دراسته مقارنة بين الشريعة والقانون ، رسالة دكتوراه ، حقوق المنصورة (٢٠٠٠) ص ٥٣ .

<sup>(١٤٠)</sup> المعجم الوسيط : ج١ كلمة ضمن - القاموس المحيط : للفيروز أبادى ج٤ ، مادة ضمن - لسان العرب : لابن

منظور ج١٧ كلمة ضمن

<sup>(١٤١)</sup> المادة ٤١٦ من المجلة العدلية

<sup>(١٤٢)</sup> الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي : للإمام أبى حامد الغزالي ، مطبعة الآداب<sup>(١٣٣)</sup> أعلام الموقعين لابن القيم ،

المرجع السابق ج٢ ص ٣ ، وهو يرى أنها عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها.

<sup>(١٣٣)</sup> الموافقات للشاطبي ج٢ ص ٥٦،



"عبارته عن غرامة التالف"<sup>(١٤٣)</sup>. ومن تعريفات الفقهاء المحدثين الشيخ علي الخفيف حيث عرّفه بأنه "شغل الذمه بما يجب الوفاء به من مال أو عمل"<sup>(١٤٤)</sup>. وقال عنه الأستاذ الزرقا أنه "إلتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"<sup>(١٤٥)</sup>. لكن أقرب تعريف له للغة القانون هو تعريف فضيلة الإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت بأنه "تضمين الإنسان عبارته عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته"<sup>(١٤٦)</sup>.

وترجع جذور التسميه الشرعيه للضمان إلى ما ورد عن السيده عائشه رضی الله عنها<sup>(١٤٧)</sup> أن رجلاً إشتري عبداً فإستغله. ثم وجد به عيباً فردّه. فقال : يا رسول الله إنه قد إستغل غلامى. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "الخراج بالضمان"<sup>(١٤٨)</sup>. وهذا يعنى إلتزام المشتري بأجرة العبد عن المده التي قضاها معه وكذلك عن هلاكه عليه فيكون ملتزماً بالتعويض في حالة هلاكه وهو يعمل لديه.

(١٣٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ، الطبعة الأولى بمطبعة الجمالية ج٧ ص ٢٣٣ وما بعدها

(١٣٥) السنهوري : المرجع السابق

(١٣٦) المستشار محمد الشربيني : "أحكام الإرش في الشريعة الإسلامية" ، مجلة المحاماه ، العددان الخامس والسادس ، مايو

ويونيه (١٩٩٠) ، السنه السبعون

(١٣٧) سيد أمين محمد : المسئوليه التقصيريّه عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة

(١٣٨) ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م) ص ٦٩

(١٣٨) الشيخ شلتوت : المسئوليه المدنيّه والجنايّه في الشريعة الإسلاميّه ، مطبعة الأزهر (بدون تاريخ) ص ٢

(١٣٩) د. محمد سلام مذكور : الحكم التخييري أو نظرية الإباحه عند الأصوليين ص ٣٩٨ - ولنفس المؤلف المدخل

للفقه الإسلامي ، دار النهضة العربيّه ، الطبعة الرابعه بدار اب والمؤيد بمصر (١٣١٧هـ) ج١ ص ٢٠٨

(١٤٣) نبيل الأوطار شرح منتقى الأخبار : للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، المرجع السابق ج٥ ص ٢٥٣

(١٤٤) الضمان في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق

(١٤٥) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ، فقره ٦٤٨ ص ١٠١٧ ، مشار إليه في محمد فاروق بدرى عكام : المرجع

السابق ص ١٦

(١٤٦) الشيخ محمود شلتوت : المسئوليه المدنيّه والجنايّه ، المرجع السابق ص ٢

(١٤٧) هي السيده عائشه زوج الرسول ، بنت أبي بكر الصديق وهي أحد الفقهاء السبعه وعرفت بروايه الحديث ، توفيت

سنة ٥٨ هـ.

(١٤٨) سنن ابن ماجه حديث رقم ٢٢٤٣ المجلد الثاني باب ٤٣ ص ٧٥٤ - وجاء في سنن أبي داود "أن رجلاً إبتاع

غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم. ثم وجد به عيباً ، فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فردّه عليه ، فقال الرجل

: يا رسول الله قد إستغل غلامى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "الخراج بالضمان" ، سنن أبي داود ج٣ حديث

رقم ٣٥١ ص ٢٨٣

19/2/0 - أسباب الضمان: اختلف العلماء في تعداد موجبات الضمان. حصرها الكاساني في سببين هما الإلتزام والإتلاف<sup>(١٤٩)</sup>. وقال ابن رجب بأنها ثلاثة: عقد ويد وإتلاف<sup>(١٥٠)</sup>، وكذلك القرافي عدّها ثلاث: العدوان، والتسبب للإتلاف، ووضع اليد التي ليست بمؤتمنه مثل يد الغاصب ويد البائع على المبيع قبل القبض<sup>(١٥١)</sup>. أما السيوطي فقد زادها إلى أربعة: عقد ويد وإتلاف وحيلولة<sup>(١٥٢)</sup>. ووافقه في العدد عز الدين بن عبد السلام وإن اختلف في التسميه إلى: اليد والمباشره والتسبب والشرط<sup>(١٥٣)</sup>.

ومع إختلاف تسمية موجبات الضمان إلا أنه يمكن ردها بالمفاهيم الحديثه إلى سببين: (١) عقدي كما جاء عند الحنفية بأنه يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان وأن العاده المطرده تنزل منزلة الشرط<sup>(١٥٤)</sup>. (٢) تقصيري ويشمل ثلاثة أنواع: الأول: الغصب أو الإستيلاء القهري، أي "أخذ مال منقوم محترم، بلا إذن من له الإذن"<sup>(١٥٥)</sup>، أو إزالة الإنسان يد المالك عن ملكه ويضع يده عليه بغير حق شرعي<sup>(١٥٦)</sup>. وقد اختلف فقهاء الشريعة في تحديد أي حالة تتحقق فيها مسئولية الغاصب هل هي تفويت اليد أم إثبات اليد القاهره؟ وخلصوا إلى تقرير الضمان في الغاصب إذا هلك في يده. وطبقوا ذلك في حالتي السرقة وقطع الطريق<sup>(١٥٧)</sup>. أما بخصوص منافع المغصوب رأى الحنفية والمالكية عدم الضمان على أساس أن منافع المغصوب ليست أموال<sup>(١٥٨)</sup> أما الشافعية فيرون بالضمان لأن المنافع عندهم أموال والأعيان لا تقصد بذاتها وإنما لمنافعها<sup>(١٥٩)</sup>: ثانياً: إتلاف المال أو النفس أو عضو من نفس أو تفويت جمال في عضو بغير حق شرعي<sup>(١٦٠)</sup>. وفرق العلماء بين نوعين من الإتلاف:

(١٤٩) بدائع الصنائع، المرجع السابق جـ٦ ص ٢٨٣

(١٥٠) القواعد، المرجع السابق ص ٢٠٤

(١٥١) الفروق: المرجع السابق جـ٤ ص ٢٧

(١٥٢) الأشباه والنظائر: للإمام جلال الدين السيوطي، المتوفى سنة ٩١١ هـ.، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي

الحليوشركاه، ص ٢٧٧، ويبدو أن ضمان الحيلولة هو نوع من ضمان الفعل مما جعل الحنفية وغيرهم يتجاهلون ذكره

(١٥٣) قواعد الأحكام جـ٢ ص ١٤٨

(١٥٤) الشيخ شلتوت: المرجع السابق ص ١٧

(١٥٥) السنهوري: المرجع السابق ص ٨١٢ هامش ١

(١٥٦) سيد أمين محمد: المرجع السابق ص ٧٣

(١٥٧) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٠، ٩١

(١٥٨) القواعد لابن عبد السلام

(١٥٩) سيد أمين محمد: المرجع السابق ص ٧٤، ٧٥

(١٦٠) الشيخ محمود شلتوت: "تقرير عن المسئولية المدنية في الفقه الإسلامي"، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الثاني للقانون

المقارن بلاهاي (١٩٣٧) ص ١٠ - بدائع الصنائع جـ٦ ص ١٦٥

أ- المباشر وهو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر (المادة ٨٨٧ من المجلة العدلية) ، ويكون المباشر (الفاعل) ضامناً وإن لم يتعد أي سواء كان متعمداً أو متعمداً. ب- تسبباً بإيقاع عمل على شيء يفضي إلى تلف شيء آخر وحكمه أن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً أو متعمداً<sup>(١٦١)</sup>. ثالثاً : الإهمال وقلة التحرز : أن يهمل شخص في القيام بعمل مطلوب منه فيترتب عليه إضرار بحق ثابت للغير (وهي المسئولية عن فعل الحيوان والأشياء)<sup>(١٦٢)</sup>

#### 20/2/0 - شروط الضمان :

أولاً :- التعدي ، وهو الفعل الضار بدون حق أو جواز شرعي<sup>(١٦٣)</sup>. وهو بهذا المفهوم يشمل الفعل العمدى والخطأ والإهمال وعدم التحرز كمن ينقلب وهو نائم على شيء فيكسره<sup>(١٦٤)</sup> ، لأنه لم يتحرز في إختيار مكان نومه<sup>(١٦٥)</sup>. وقد اختلف فقهاء الشريعة حول إعتبار الترك أو الفعل السلبي تعدياً. بعضهم إعتبره بمثابة فعل تعدي ومن ثم يجب الضمان<sup>(١٦٦)</sup>. والبعض الآخر لم يعتد بالأفعال السلبية ولم يوجب لها الضمان<sup>(١٦٧)</sup>. وهذا البعض يقترب من الفكر الإنجليزى فى عدم الإعتداد بالفعل السلبي أو الترك إلا إذا كان فى حد ذاته إنتهاك لواجب قانوني<sup>(١٦٨)</sup>

ثانياً :- الضرر ، وهو ما يصيب المعتدى عليه من الأذى. وهو نوعان : مادي وهو ما يصيب الإنسان فى جسمه أو فى تقويت مال على ماله وأدى وهو ما يصيب الإنسان فى شرفه أو عرضه من فعل أو قول<sup>(١٦٩)</sup> كالضرب الذى يورث المأ ولا يترك له أثراً ، والقذف والسب والشتيم وهى لا ضمان فيها لعدم إمكانية تقويمها بالمال<sup>(١٧٠)</sup> عند جمهور الفقهاء ، لكن أصحاب أبى حنيفة قالوا بلزوم التعويض الذى يقدره القاضى فى حالة الألم وإن لم يكن هنالك تقويت للمنفعة

(١٦١) جاء فى مجمع الضمانات فى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان لأبى محمد بن غانم بن محمد البغدادي، المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الأولى (١٣٠٨هـ). ص ١٦٥ أن "المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد ، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى"

(١٦٢) سيد أمين : المرجع السابق ص ٧٦ ن ٧٧

(١٦٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ج٢ ص ٤٥٩ - القواعد الفقهية لابن جزي ص ٣٦٠

(١٦٤) مجمع الضمانات ص ١٤٦

(١٦٥) رد المختار على الدر المختار : ج٥ ص ٣٥٢

(١٦٦) الفروق للقرافي ج٢ ص ٢٠٧ - تبصرة الحكام لابن فرحون ص ١٢٥

(١٦٧) رد المختار على الدر المختار : المرجع السابق ج٥ ص ٥٣٧

(١٦٨) راجع ما سبق فقره 16/2/0

(١٦٩) الشيخ على الخفيف : الضمان ، المرجع السابق ص ٥٤ ، ٥٥

(١٧٠) صبحي الحمصاني ج١ ص ١٧١ - مصطفى الزرقا : الفعل الضار والضمان ص ١٢٤

العادية<sup>(١٧١)</sup>. كما أن الأضرار قد تكون : أ- مباشرة كاستعمال آلة متصلة بمحل التلف لإرتكاب أفعال غير مشروعة كالقطع والقتل ؛ ب - غير مباشرة لكن أسباب التعدي ظاهره مثل أن يقطع أحد حبل قنديل معلق فيقع على الأرض وينكسر ؛ ج- غير مباشرة كأن يروع شخص امرأة حامل فتجهض بسبب الخوف.

ثالثاً :- علاقة السببية بين الضرر والتعدي فلا بد أن يكون الضرر ناتجاً من التعدي وإرتباط الفعل غير المشروع والضرر إرتباط النتيجة بالسبب<sup>(١٧٢)</sup>

وبالرغم من سعي رجال الفقه الشرعي إلى البحث عن مبادئ وإيجاد نظريه عامه للضمان فإنهم غالباً ما يتناولون موضوع الضمان ببيان الحالات التي يكون فيها الضمان مثل ضمان صاحب الدابة وضمان القائد ، والراكب والسائق ، والدابة الموقوفه ، وما أتلفته المواشى وما أتلفته الطيور ، وما أصابه الكلب أو الهر فضلاً عن الحالات التي تجب فيها الدية. وفي الناحية الأخرى يعدد علماء الشريعة حالات الهدر التي لا قصاص فيها ولا دية وبيان أوجه الاختلاف في الرأي في كل جزئيه. ومن هذه الحالات : سقوط أسنان العاض ، والنظر في بيت غيره بدون إذنه ، والقتل دفاعاً عن النفس أو المال أو العرض. وفي ذلك يقترب أسلوب تنظيم الفعل غير المشروع في الفقه الإسلامي من أسلوب تنظيم الفعل الضار في الفقه الأنجلو أمريكي. الأول يحدد فيه الفقه حالات الضمان مسبقاً ودون تحديد مبدأ عام ، والثاني يتولى القضاء هذه المهمه، ويقترب النظامان من تنظيم المسئوليه في النظام الألماني لكن التحديد المسبق يتم عن طريق التشريع متأسيماً في ذلك بالنص على العقوبات في القانون الجنائي (مبدأ لا جريمة ولا عقوبه إلا بناء على نص). وهناك تشابه أيضاً بين الشريعة والقانون الإنجليزي في تقسيم الفعل الضار (الغير مشروع) إلى عمدى وغير عمدى وفئة أخرى مستقلة هي الإهمال وعدم التحرز.

<sup>(١٧١)</sup> القوانين لابن جزى ص ٣٣٢ ، ٣٣٣ \_ مجمع الضمانات ص ١٥٤ - سيد أمين: المرجع السابق ص ٩٤

<sup>(١٧٢)</sup> سيد أمين : المرجع السابق ص ٩٤

الباب الأول

المقدمات

المادية

الفصل الأول

# الحق في الحياة



"حذار أن تقول إن الموت مضاد للحياة .

فهذه الحياة هي كل شيء ، وليس الموت

الجزء مكمل لها أما الجزع مما بعد

الموت فليس له ما يبرره ، لأننا ليس بعد

الموت شيء : ما بعد الموت لا يعيننا بعد"

نيتشه

\*نطاق ومحل الحماية

\*النعويض عن ضرر الموت

\*بعض المشكلات القانونية

## المبحث الأول : نطاق الحماية

1/1/1 — تمهيد : تقول الأسطورة أن أحد الملوك أراد أن يعرف تاريخ الإنسان . فجمع علماء عصره ومكانه في كافة التخصصات وطلب منهم بحث هذا الموضوع والكتابة فيه. وإنكب العلماء على البحث والتنقيب مستخدمين كافة أدوات البحث العلمي المتاحة. وإستمروا في هذا العمل سنين طويلة. لكن الزمن الذي أستغرق في دراسته كان في نفس الوقت بعلاقة عكسية — يوهن في عظام ويكل من بصر ويشيخ من خلايا وأنسجة الملك. وفي كل مره يعرضون عليه ما توصلوا إليه في مجلدات ضخمة كان يطلب منهم الإيجاز حتى يستطيع قراءة ما كتبوه. وإنتهى بهم الأمر إلى تلخيص عصارة دراستهم في مجلد واحد. وفي موكب مهيب توجه العلماء إلى القصر الملكي يتقدمهم عميدهم ، إلا أن مفاجأة النهاية المحتومة كانت تنتظرهم ، الملك يحتضر. وفي لحظة وجوم هرول عميدهم حتى وصل إلى سرير الملك ولاحظ نظرة عتاب منه على أنه لم يحقق أمنيته. وبادره كبير العلماء بقوله إنك ستعلم تاريخ الإنسان قبل أن تموت : إن الإنسان يولد .. ويحيا .. ويموت. هنا إرتسمت إبتسامة

باهتة على شفتي الملك سرعان ما إنتقلت إلى المحيطين به فى مشاعر مختلطة. وجاء ملك الموت وقبض النفس مطمئنة راضيه. والعالم بكلماته الدقيقة إنما يرصد ظاهرة هامه وأحد المعطيات الأساسية فى العلوم الإجتماعيه على وجه الخصوص وفى مجال معرفه بصفة عامه.

والقانون —شأنه فى ذلك شأن كافة المعارف التى تتعامل مع الإنسان- يربط بين بعض خلقه الفكرى وهى الشخصية القانونيه من حيث الوجود والسرمان والعدم مع هذا المبدأ. فنجد الشخصية القانونية تبدأ بميلاد الشخص ، وتمارس الحقوق والواجبات وتتمتع بالحماية القانونية حال حياته ، ثم تنتهى بموته. وذلك على بعض الإستثناء : فقد تبدأ قبل الميلاد بتمتعها ببعض الحقوق ، كما فى حالة الحمل المستكن ، وقد تمتد إلى ما بعد الموت مثل بعض الحماية التى تقرضها بعض القوانين لحرمة الموتى. وهكذا يتحدد نطاق حماية الحق فى الحياه بداية من ميلاد الشخص الطبيعى ونهاية لحظة وفاته<sup>(١)</sup> ، على التفصيل الآتى :

### المطلب الأول : بداية الحياه (بداية الشخصية القانونية)

2/1/1 - القول الفصل فى تحديد بداية الشخصيه أو حياة الإنسان أو صلاحيتها فى ثبوت الحقوق له أو عليه<sup>(٢)</sup> هو أنه من – الناحية القانونيه- تمام ولادته حياً. وقد أثر المشرع فى كل من فرنسا ومصر على تحديدها حسماً لأى إجتهاذ فقهى حول بداية الشخصيه القانونيه<sup>(٣)</sup>. وكذلك الفقه الإسلامى إعتبر إنفصال الجنين عن أمه بالولاده حياً بداية لثبوت أهلية الوجوب كاملة. والجنين يعتبر حياً إذا خرج أكثره حياً عند أبى حنيفه وأصحابه ، وأما عند الأئمة الثلاثة فلا يعتبر حياً إلا بخروجه كله حياً. وهو الأمر المعمول به فى قانون الميراث والوصيه<sup>(٤)</sup>. ويستنتج من نص م/٢٩ مدنى مصرى أنه يشترط لبدء صلاحية إكتساب الحقوق شرطان : الأول تمام الولادة وإنفصال المولود عن بطن أمه إنفصلاً تاماً. والشرط الثانى هو ولادته حياً لحظة إنفصاله. فلا يكتسب الشخصيه القانونيه الطفل الذى يولد ميتاً ولو ثبت وجوده حياً

<sup>(١)</sup> محمد سعد خليفه : الحق فى الحياه وسلامة الجسد ، دار النهضة العربيه ، القاهرة (٩٥- ١٩٩٦) ص ١٤ - سلطان

الجمال : معصومية الجسد فى ضوء المفردات الطبيه الحديثه ، رساله ماجستير ، حقوق القاهرة (٢٠٠٠) ص ٥٤

<sup>(٢)</sup> د. عبد الرزاق السنهورى والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت : المرجع السابق ص ٢٧٥ - د. محمد سامى مذكور :

نظرية الحق ، ص ٨١ - د. منصور مصطفى منصور : المدخل للعلوم القانونيه ، المرجع السابق ص ١٤٢ إلى ١٤٥ - د.

إسماعيل غانم : محاضرات فى النظرية العامه للحق ، المرجع السابق ص ١٧٤.

<sup>(٣)</sup> أنظر المادة ٣٣١ فقره (٤) من التقنين المدنى الفرنسى والماده ٢٩ فقره (١) من التقنين المدنى المصرى

<sup>(٤)</sup> ماده ٤٣ من قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ والماده ٣٥ من قانون الوصيه رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ - أنظر أيضاً

(شرح أصول البزوى) كشف الأسرار : للإمام عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخارى ، المتوفى سنة ٧٣٠ ج ٤ ص

١٣٦٠ - (شرح التوضيح) التلويح على التوضيح : للعلامه سعد الدين مسعود بن عمر التفتازانى ، المتوفى سنة ٧٩٢ ج ٢

وهو جنين<sup>(٥)</sup>. أما القانون الفرنسي فلا يعتبر للجنين ذاتية متميزة حتى يولد فهو يكون pars viscerum matris جزءاً متكاملأً في النظام الحيوى لأمه ، لا يكتسب الشخصية إلا بعد أن يفصل عنها. لكن ذلك ليس كافياً لإكتساب الأهلية وإنما يجب أن يولد الطفل حياً وقابلاً للحياة vivant et viable. ويؤدى الشرط الأول إلى إستبعاد الأطفال الذين يولدون موتى ، الذين تحدث لهم الوفاة وهم فى أحشاء أمهاتهم أو أثناء الولادة. ويفترض الشرط الثانى أن الطفل انفصل مزوداً بكل الأعضاء الضرورية للحياة وأنها تنمو بدرجة كافية للتزويد بالقدره الطبيعى على الحياة<sup>(٦)</sup>. والقابلية للحياة تمثل plerumque fit فهي مفترضة طالما أن الطفل بدرت منه إشارة الحياة.

3/1/1 - والواقع الطبى يقول إن ولادة الطفل حياً تمر بمراحل ويصاحبها مظاهر مختلفة. ففي فترة الحمل وقبل الولادة يحدث تغير فى جسم الجنين ليتأقلم على الحياة خارج الرحم وبدء العمل مستقبلاً. وتبدأ أولاً بالتغيرات فى نظام القلب والأوعية cardiovascular system ، إذ يتزود الدم الداخلى فى مشيمة الجنين placenta بالأوكسجين ويدخل إلى الجنين عبر وريد السرة ثم إلى الكبد. ويتحول الدم المزود بالأوكسجين خلال الثقب البيضوى formen oval إلى الأذين الأيسر والبطين الأيسر ، ثم إلى التاجى والشريان الدماغى. بينما الدم قليل الأوكسجين يتجه إلى الأذين الأيمن والبطين الأيمن ثم إلى الشريان الرئوى. وبسبب المقاومة العاليه للأوعية فى الرئه (٩٠%) من دم الشريان الرئوى يتجنب الرئه وينتقل خلال القنوات الشريانيه إلى الأورطى ، وبهذه الطريقه يتزود القلب بمعظم الدم المشبع بالأوكسجين.

وفى لحظة الولادة ترتفع مقاومة الأوعية نتيجة لتوقف تدفق الدم خلال مشيمة الجنين ، ومع أول نفس تهبط مقاومة أوعية الرئه ويقل الضغط ويقلل الثقب البيضوى وتبدأ القنوات الشريانيه فى الإنقباض. وتسمح هذه العمليه للدم المختزل أن يعود إلى البطين الأيمن ليستمر فى الذهاب إلى الرئه ويصبح مزوداً بالأوكسجين. ومع نهاية الحمل وقبل الولادة مباشرة يمتلئ مجرى الهواء الرئيسى والحوصلات للأم بكميه من سائل يسمى surfactant. ونتيجة للضغط السلبي الذى ينتج عن النفس الأول للمولود فى الهواء يحدث تفاعل بين الهواء وهذا السائل الذى ينتشر على سطح الحويصلات الرئويه لتقلل من حدة الضغط بها حتى تستطيع التفاعل مع الهواء الخارجى وإستخلاص الأوكسجين من الهواء الجوى. ويقوم الطبيب بإنزال رأس الجنين إلى أسفل والخبط على ظهره لتنظيفه من السوائل العالقه به أثناء الولادة. توجد هذه السوائل surfactant فى رحم الأم وتلتصق بجسد المولود ، وهى أول ما يتفاعل مع الهواء حتى يقل الضغط فى الحويصلات الهوائيه حتى يستطيع أخذ

(٥) محمد سعد خليفه : المرجع السابق ص ١٨

(٦) B. Starck , H. Roland et L. Boyer : intro. 2 ed opcit , p. 378



الأوكسجين ، وهذه هي علامة ولادته حياً فإذا نزل مع وجود نقص في هذا السائل فإنه يموت<sup>(٧)</sup>.

4/1/1 - مراحل خلق الإنسان في الشريعة الإسلامية : يقول الحق سبحانه وتعالى : "ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين، ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ، ثم خلقنا النطفة علقه فخلقنا العلقة مضغه فخلقنا المضغة عظاماً فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين"<sup>(٨)</sup>. وعن عمر بن حفص : حدثنا أبي حدثنا الأعمش حدثنا زيد بن وهب حدثنا عبد الله ك "حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الصادق المصدوق : إن أحدكم يُجمع في بطن أمه أربعين يوماً ، ثم يكون علقه مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ، ثم يبعث الله إليه ملكاً بأربع كلمات : فيكتب عمله ، وأجله ، ورزقه ، وشقي أم سعيد. ثم ينفخ فيه الروح"<sup>(٩)</sup>. وتفسير الآية عن ابتداء خلق الإنسان من سلالة من طين ، وهو آدم عليه السلام. والنطفة هي المني الذي ينطف من أصلاب الرجال. وجعلها في قرار مكين أى في مستقر متمكن وهو الرحم ، ثم صير هذه النطفة - وهي الماء الدافق - دماً ولحماً يشبه العلقه. ثم جعل ذلك الدم مضغه أى قطعة من اللحم لا شكل فيها ولا تخطيط. ثم شكلها ذات رأس ويدين ورجلين بعظامها وعصبها وعروقها وسترها باللحم وجعلها كالكسوة لها. ثم نفخ فيه الروح فتحرك وصار خلقاً آخر ذا سمع وبصر وإدراك وحركة وإضطراب. وقوله : "فتبارك الله أحسن الخالقين" يعنى حين ذكر قدرته ولطفه من حال إلى حال ، ومن شكل إلى شكل ، حتى تصورت إلى ما صارت إليه من الإنسان السقي الكامل الخلقه<sup>(١٠)</sup>.

وقال ابن مسعود : إن النطفة إذا وقعت في الرحم طارت في كل شعر وظفر ، فتمكت أربعين يوماً ، ثم تنحدر في الرحم فتكون علقه<sup>(١١)</sup>. وفي الصحيح : "يدخل الملك على النطفة بعد ما تستقر في الرحم بأربعين ليلة فيقول يا رب ماذا ؟ شقي أم سعيد ، أذكر أم أنثى ؟ فيقول الله فيكتبان ، ويكتب عمله وأثره ومصيبته ورزقه ، ثم تطوى الصحيفة فلا يزداد على فيها ولا ينقص"<sup>(١٢)</sup>. وروى الحافظ أبو بكر البزار عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "إن الله وكل بالرحم ملكاً فيقول : أى

---

<sup>(٧)</sup> Ted S. Rosenkrantz : "Neonatology" , Pediatrics , 2 ed. National Medical Series (NMS), editor : Paul H. Dworkin , original ed by Williams & Wilkins (1992) ch. 5 p. 99-134

<sup>(٨)</sup> سورة المؤمنون الآية ١٢-١٤

<sup>(٩)</sup> فتح الباري - شرح صحيح البخارى للإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلاني (٧٧٣-٨٥٢هـ) ، المجلد

السادس ، كتاب أحاديث الأنبياء ، ١- باب خلق آدم وذريته ، حديث رقم ٣٣٣٢ ، ص ٣٩٣ ، وأخرجه في

الصحيحين عن عبد الله بن مسعود ورواه الإمام أحمد

<sup>(١٠)</sup> مختصر تفسير ابن كثير ، إختصار وتحقيق محمد على الصابوني ، المجلد الثاني ، دار القرآن الكريم ، ص ٥٦١ - صفوة

التفاسير ، محمد على الصابوني ، دار القرآن الكريم ، بيروت ، القسم التاسع ص ٥٣

<sup>(١١)</sup> رواه ابن أبي حاتم عن ابن مسعود موقوفاً

<sup>(١٢)</sup> رواه مسلم والإمام أحمد عن حذيفة بن أسيد الغفاري مرفوعاً

رب نطفه ، أى رب علقه ، أى رب مضغه ، فإذا أراد الله خلقها قال: أى رب ذكر أو أنثى ؟ شقي أو سعيد ؟ فما الرزق والأجل ؟ قال : فذلك يكتب فى بطن أمه<sup>(١٣)</sup> وهكذا وفقاً للنصوص يمر خلق الإنسان بعدة مراحل : النطفه ، العلقه ، المضغه ، ويكون الجنين فيها كتله من الخلايا والفجوات والتنوعات مماثلة لما يوجد داخل أرحام بعض الحيوانات<sup>(١٤)</sup>. ثم تستمر العلقه والمضغه فى التشكل إلى المرحلة التى يصبح للجنين داخل الرحم علامات مميزه ، يمكن أن تكون حياة إنسانية آدميه. ثم تبدأ المرحلة الأخيره وهى حلول الروح وهذه تمثل بداية الحياة البشرية عند إكمال الشهر الرابع من الحمل ( ١٢٠ يوماً من بدء الحمل)<sup>(١٥)</sup>

5/1/1 - إعلان الميلاد - إجراءات شكلية : بالإضافة إلى توافر شرط نزول الجنين حياً وقابلاً للحياه وفقاً للقانون الفرنسى فإن القانون يفرض على الوالد أو القابلة أو أى شخص آخر يوجد ساعة الولادة توثيق هذا الميلاد أمام موظف الأحوال المدنية الذى عليه أن يسجل بيانات المولود دون التحقق منها وفقاً للمادة ٥٦ من التقنين المدنى الفرنسى<sup>(١٦)</sup> وذلك فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ الميلاد. ولا يستطيع موظف الأحوال المدنية تسجيل بيانات المولود فى سجلاته بعد مضى الثلاثة أيام إلا بموجب حكم صادر من محكمة المقاطعه وفقاً للمادة ٥٥ من التقنين المدنى الفرنسى<sup>(١٧)</sup>. وفى مصر تقضى المادة ٣٠ من التقنين المدنى على : (١) تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعده لذلك . (٢) فإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى . أما فى إنجلترا فإن

<sup>(١٣)</sup> أخرجاه فى الصحيحين ورواه الحافظ البزار واللفظ له

<sup>(١٤)</sup> د. عبد الله سلامة : "الحياه الإنسانية داخل الرحم بدايتها ونهايتها" ، بحث مقدم إلى ندوة الحياة الإنسانية بدايتها

ونهايتها فى المفهوم الإسلامى ، التى نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبيه بتاريخ ٢٤ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ الموافق ١٥

يناير ١٩٨٥ م ص ٧٨

<sup>(١٥)</sup> د. حسن على الشاذلى : "حق الجنين فى الحياه فى الشريعة الإسلامية" مجلة الحقوق والشريعه س ٣ ، العدد الأول ، مارس ١٩٧٩ ص ٢٤ وما بعدها - د. محمد سلام مذكور : الجنين والأحكام المتعلقة به فى الفقه الإسلامى ، دار النهضة العربيه ، الطبعه الأولى ص ٤١ وما بعدها

<sup>(١٦)</sup> Art 56 : "La naissance de l'enfant sera déclarée par le père , ou , à défaut du père , par les docteurs en médecine ou en chirurgie , sage-femmes , officiers de santé ou autre personnes qui auront assisté à l'accouchement ; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile , par la personne chez qui elle sera accouchée" (L. 22 juill. 1972 , L. 7 févr. 1924 أنظر فيما يتعلق بالتحقق من البيانات حكم : Cass. civ. 1er. , 8 janv. 1958 : Bull. 1, no. 21 , p. )

<sup>(١٧)</sup> Art 55 : "les déclarations de naissance seront faites dans les trois jours de l'accouchement , à l'officier de l'état civil du lieu . Lorsqu' une naissance n'aura pas été déclarée dans le délai légal , l'officier de l'état civil ne pourra la relater sur ses registres qu' en vertu d' un jugement rendu par le tribunal de l' arrondissement dans lequel est né l'enfant , et mention sommaire sera faite en marge à la date de la naissance. Si le lieu de la naissance est inconnu , le tribunal competent sera celui du domicile du requérant." (L. 21 juin 1903 , L. 20 nov. 1919 ; L. n. 55-1391 , 24 oct. 1955 ; L. n. 58-308, 25 mars 1958

تسجيل المواليد والوفيات ، بعد أول إبريل ١٩٧٤ ، يتم من خلال الموظف الطبي في كل إقليم أو مقاطعه التابع للسلطة الصحية prescribed medical officer . وهو طبيب مرخص ممارس عام يتولى المكتب الصحى فى الإقليم أو المقاطعه ممثلاً للسلطة الصحية المحليه يناط به تسجيل المواليد والوفيات. أما فى ويلز فإن الرئيس الإدارى للمكتب الطبى ويتبع خدمات الصحة الوطنيه National Health Service هو الذى يقوم بالتسجيل<sup>(١٨)</sup>.

6/1/1 - الحمل المستكن : Conception : إستثناءً من القاعدة السابقة من اعتبار الولادة لشخص حى وقابل للحياه بداية الشخصية القانونية وبالتالي كسب الحقوق ، أقر القضاء مبدأ عام بموجبه يمنح للجنين أثناء الحمل الشخصية القانونية إذا وجدت له مصلحة فى ذلك بشرط أن يولد حياً وقابلاً للحياه<sup>(١٩)</sup> infants conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur وتكون المشكلة حينئذ هى تحديد لحظة الحمل. وضع المشرع الفرنسى فرضاً وهو أن الحمل يستمر بحد أدنى ١٨٠ يوم وحد أقصى ٣٠٠ يوم. ويكون الحمل المستكن فى خلال المده ما بين ال ٣٠٠ يوم وال ١٨٠ يوم التى تسبق الولادة والتى تستمر ١٢٠ يوم. ويرخص للطفل - فيما بعد- إختيار اليوم الذى يفضلهُ خلال هذه المده وفقاً للماده ٣١١ من التقنين المدنى الفرنسى omni meliore momento. ولأن هذه القاعده تفيد فى حالات الميراث إلا أنها تفتح المجال للتعويض فى الحالات التى تسببها in utero للأطفال مثل الحمراء الوبائيه وحوادث العمل<sup>(٢٠)</sup>

وهكذا إرتفع الصوت الذى ينادى بأن الشخصية القانونية تبدأ مع إنطلاق العمله الحيويه أى تثبت للحمل المستكن. وقد طابق هذا المبدأ قيم الكنيسة الكاثوليكيه وأصبح أحد المبادئ الرئيسيه للجمهوريه الفرنسيه ترجمته ديباجة دستور ١٩٤٦ وإقتنع به بعض الفقه<sup>(٢١)</sup>. كما أن اللجنة الوطنيه الإستشاريه للأخلاقيات أكدت هذا المبدأ فى رأى لها فى ٢٣ مايو ١٩٨٤ : "لا بد من إعتبار الجنين فى المرحله الأولى أو الأخيره بمثابه شخص بشرى كامل يفرض إحترامه على الجميع"<sup>(٢٢)</sup>

وبالرغم من ذلك فإن التشريع الجديد للإجهاض يناقض هذا المبدأ ، ويمنع إضفاء الشخصية القانونية للجنين أثناء فترة الحمل. فهو يعطى الأم حرية قطع الحمل الإرادى (الإجهاض) خلال فترة العشرة أسابيع الأولى للحمل مع التحفظ بالنسبة للشكليات التى تنص عليها الماده L. 162-3 وما بعدها من قانون الصحة العامة مثل

See : Notification of Birth and Death Regulations 1982 , S. I. 1982 , no. 262 – see also : <sup>(١٨)</sup>

Halsbury's Laws of England , 4<sup>th</sup> ed . vol .33 , no. 165 , p. 160

H. R. , L. B. et B. Starck : opcit no. 977

<sup>(١٩)</sup>

Ch. réun. 8 mars 1939 ; D. 1941 ,37, note Julliot De La Morandère . V. aussi : C. E. 6 <sup>(٢٠)</sup>

nov. 1968 , J. C. P. 69 , 11 , 16054 J. P. Boivin : Les jugements implicites en questions (à propos de la décisions du C. E. du 29nov. 1974 , Epoux Gevrey) J. C. P. 75 , 1, 2723 ; civ, 1re. , 10 déc. 1985 , Rép. Defremois 1986 , 1 , 668 , art 33722

F. Terre : Droit Civil , Les Personnes , La Famille , Les incapacites , Dalloz , ed. (1996) <sup>(٢١)</sup>

p. 216

<sup>(٢٢)</sup> سلطان الجمال : المرجع السابق ص ٥٨ والمراجع المشار إليها فى هامشي ٤ ، ٥

: الإتفاق مع طبيب مختص ، وإستشارة مؤسسه أو هيئه معتمده ، تأكيد كتابي بالرغبة فى الإجهاض. فالمرأه فى الغالب تنظم نتاج الحمل المستكن وهى وحدها التى تقدر حالة الخطر التى تبرر عملية الإجهاض بموجب المادة ١٦٢-٤ من قانون الصحه العامه ؛ دون أن يكون لمشورة الأب أى شكل أمر<sup>(٢٣)</sup>. ومن ثم يتم التخلّى عن كل المصالح المدنيّه التى قد تعوق قطع الحمل ، مصلحة الأب الذى إعتترف بإبنيه ، مصالح الأسره ، الورثه ... الخ على أساس حق المرأه فى التصرف فيما تحمله ؛ فالجنين بكونه *pars mulieris* فإن الأم حرة فى أن تتخلص منه بإرادتها ، فهو فى جميع الأحوال إختيارها بقطع النظر عن التقاليد القديمه التى تضعها فى إطار القيم على الحمل المستكن والمكلفه بالسهر عليه ومراقبة تطوره<sup>(٢٤)</sup>

ينتهى حق المرأه فى التحكم فى نتاج حملها فى الأسبوع الحادى عشر من الحمل حيث يتحول الجنين من مرحلة المضغه *embryonnaire* إلى مرحلة الجنين *fetal*. وقتها لا يمكن إنهاء الحمل إلا لأغراض علاجيه فى الحاتين التين يسمح بهما القانون : الخطر الجسيم على صحه الأم أو إحتمال أن الطفل مصاب بمرض غير قابل للشفاء لحظة التشخيص. وهذه الأسباب خاضعة للتحقق من إثنين من الأطباء المؤهلين : أحدهم طبيب المستشفى والآخر طبيب أخصائي يعين من قبل المحكمه. إضافة إلى ذلك فإنه مع بداية هذه المرحله تبدأ الحماية الإجتماعيه (إعلان الحمل ، إختبارات ما قبل الولاده ، الإعانه الإجتماعيه .. الخ). ويبدأ الإهتمام التشريعى به يتطور حتى يصل عمر الجنين ستة أشهر- قابلاً للحياه - متمثلاً فى تدعيم المعايير الإجتماعيه كأجازة الأمومه<sup>(٢٥)</sup>

خلاصة القول أن القانون الفرنسى يبيح للأم الإجهاض فى خلال العشرة أسابيع الأولى من الحمل إذ تتكون فى هذه الفتره وحده بيولوجيه لصالح الأم ، وبعد إنتهاء هذه الفتره يركز القانون على إستقلاله خاصه لحياه الجنين داخل الرحم *intra\_uterin*<sup>(٢٦)</sup>

7/1/1 - ولا يختلف الأمر كثيراً عبر الشاطئ الشمالى من المانش فى النظام الإنجليزى فيما يتعلق بإعتبار الحمل المستكن *en ventre sa mère* والذى يولد حياً شخص موجود *person in being* بالنسبة لإنتقال الأموال لمصلحته<sup>(٢٧)</sup> ، وأيضاً

<sup>(٢٣)</sup> تقضى المادة ١٦٢-٤ من قانون الصحه العامه أن الزوجين يشتركان فى إتخاذ القرار فى كل مره إذا كان ذلك ممكناً.

أما من ناحية القضاء فإنه يعتبر أن تطبيق هذا النص إختيارى بحث أنظر فى ذلك : C.E. 31 oct. , 1980 , D.1981 , I. R. 167 , obs. , F. Dekeuwer – Desfossez- sur les problèmes posé par le rôle du père , mari ou compagnon , v. Collette : "le vie devant l'avortement" , Coll. de Besançon . Rev. dr. de l'homme 1974 , p. 569

B. Starck H. R. et L. B. : *opcit* no. 978 <sup>(٢٤)</sup>

*Ibid* no. 979 <sup>(٢٥)</sup>

V. R. Théry : "La condition juridique de l'embryon et du fœtus" D. 1982 , chr.231 <sup>(٢٦)</sup>

Thellusson v. Woodford (1805) 11 Ves 112 at 142 , 143 HL \_\_ Blackburn v. Stables <sup>(٢٧)</sup>

(1814) 2 Ves & B 367 \_\_ Knapping v. Tombinson (1864) 43 LJ , Ch 3 \_\_ Villar v. Gillery [1907] AC 139 at 149 HI . explained in Elliot v. Lord Joicey [1935] AC 209 at 225 et seq. HL.

بالنسبة لإعتباره الشخص المنوط به ترتيب ما يسمى بمدة الإستمرار perpetuity period<sup>(٢٨)</sup>. وقد تمتد هذه المدة لمدة أو مدد أخرى للحمل لكن فقط في الحالات التي يكون فيها الحمل حقيقة واقعة<sup>(٢٩)</sup>. وتطبق هذه الجزئية – الخاصة بمدة الإستمرار – سواء كانت في صالح الطفل الذي لم يولد أم غير ذلك<sup>(٣٠)</sup>

8/1/1 - والأمر نفسه يتوافق مع فقه الشريعة الإسلامية التي تعترف للجنين في بطن أمه<sup>(٣١)</sup> لوجوب الحق له دون أن يكون عليه<sup>(٣٢)</sup>. وهذه هي أهلية الوجوب الناقصة بالنسبة للجنين قبل ولادته ، إذ أنه في هذا الطور له إعتباران : الأول هو الإتحاد البيولوجي الذي يجمعه مع أمه بحيث يعتبر جزءاً منها ، أما الوجه الثاني فهو إستقلالية لتفرده بالحياة وصيرورته إنساناً مستقلاً حين ينزل من بطن أمه ويستقبل الحياة ، لذلك أوجب الشارع له ذمة وجوب ناقصة وهي أهليته لإكتساب الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول<sup>(٣٣)</sup>. فإذا ولد حياً ولو تقديراً (مثال ذلك الإعتداء بالضرب على امرأة حامل فتسقط جنيناً ميتاً تجب له دية الجنين) تثبت له كل الحقوق وإن ولد ميتاً لم يثبت له شيء<sup>(٣٤)</sup>.

9/1/1 - لم يقتصر الفقه الإسلامي على تقدير بعض الحقوق – التي لا تحتاج إلى قبول – للجنين بل إنه كفل حقه في الحياة وإعتبر الإعتداء على أمه أثناء وجوده في بطنها والذي ينتج عنه انفصاله عن أمه وخروجه ميتاً أو مات في بطنها ، وسواء كان ذكراً أم أنثى موجباً لدية يُقال لها دية الجنين. أما إذا خرج حياً ثم مات ، ففيه

<sup>(٢٨)</sup> يبيح القانون الإنجليزي للمتصرف أو لمن شاء أن يقف أمواله على أي ناحية ما عدا نواحي البر مدة معلومة أقصاها ما يعرف بمدة الإستمرار ، وهي ليست مؤبده ويجدها القانون وليس للمتصرف أن يقيد أمواله من بعده بناحية خاصة إلى الأبد بل يجب أن يسقط القيد وينطلق المال بإنقضاء مدة الإستمرار. وقد حدد القانون هذه المدة بأمد حياة الشخص.

أنظر في إقرار هذا المبدأ أحكام القضاء الإنجليزي : Long v. Blackall (1797) 7 Term Rep. 100 – Re Wilmer's Trusts , Moore v. Wingfield [1903] 1 Ch 874 at 879 per Buckley J. Caffd [1903] 2 Ch 411 at 422 , CA per Stirling L J \_\_ Burton v. Islington Health Authority , de Martell v. Merton and Sutton Health Authority [1992] 3 ALL 833 at 839. [1992] 3 WLR 637 at 655 , 656 , CA per Dillon LJ

Cadell v. Palmer (1833) 1 CI & Fin 372 at 421 , 422 , HL <sup>(٢٩)</sup>

Re Sterm , Bartlett v. Sterm [1962] CH 732 at 737 , [1961] 3 ALL ER 1129 at 1132 <sup>(٣٠)</sup>

<sup>(٣١)</sup> الجنين بحجم ونونين وزن عظيم حمل المرأة ما دام في بطنها ، سمي بذلك لإستثاره ، فإن خرج حياً فهو ولد أو ميتاً فهو سقط وسقط الولد ما يسقط قبل تمامه ، ويقال (سقط) الولد من بطن أمه ولا يقال وقع – مختار الصحاح : س ق ط ، وقد يطلق عليه جنين (وهو الولد ما دام في البطن وجمعه أجنه : مختار الصحاح : ج ن ن . قال الباجي : المتفق شرح الموطأ للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي ، المتوفى سنة ٤٩٤ هـ ، الطبعة الأولى بمطبعة السعادة بمصر (١٣٣٢) : الجنين ما ألقته المرأة مما يعرف أنه ولد سواء كان ذكراً أو أنثى ما لم يستهل صارخاً .

<sup>(٣٢)</sup> توضيح التنقيح المطبوع على هامش التلويح على التوضيح : للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود بن محمود بن

أحمد ، من علماء الحكمة والطبيعة وأصول الفقه والدين ، توفي في بخارى سنة ٧٤٧ هـ ج ٢ ص ١٦٣

<sup>(٣٣)</sup> د. بلال مهران : المرجع السابق ص ١٢٠

<sup>(٣٤)</sup> المرجع السابق ص ١٢١

الدية كاملة ، فإن كان ذكراً وجبت الدية مائة بغير ، وإن كان أنثى : خمسون<sup>(٣٥)</sup>، ولو ماتت الأم ولم ينفصل الجنين لم يجب شيء عند الشافعية لعدم تيقن وجوب الجنين<sup>(٣٦)</sup>.

والسند الشرعي لهذه الدية هو حديث للرسول عليه الصلاة والسلام : جاء في سنن أبي داود : "حدثنا حفص بن عمر النمري ، ثنا شعبة ، عن منصور ، عن إبراهيم ، عن عبيد بن نضله ، عن المغيرة بن شعبه أن امرأتين كانتا تحت رجل من هذيل (حمل ابن النابغة الهذلي) ، فضربت إحداهما الأخرى بعمود فقتلتها<sup>(٣٧)</sup>. فاختصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال أحد الرجلين : كيف ندى من لا صاح ولا أكل ، ولا شرب ولا إستهل<sup>(٣٨)</sup> ، فقال أسجع كسجع الأعراب (وفى روايات أخرى "أسجع كسجع الجاهلية"). ف قضى فيه بغره<sup>(٣٩)</sup> وجعله على عاقلة المرأة<sup>(٤٠)</sup>. وقد جاء في شرح الباري : "ف قضى أن الدية على عاقلة القاتلة وفي الجنين غرة عبد أو أمه وعشر من الإبل أو وقع في حديث أبي هريرة من طريق محمد بن عمر عن أبي سلمه عنه قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجنين بغرة عبد أو أمه أو فرس أو بغل<sup>(٤١)</sup>". وقال محمد "وبهذا نأخذ ، إذا ضرب بطن المرأة الحرة فالقت جنيئاً ميتاً ففيه غرة عبد أو أمه أو خمسون دينار ، أو خمسمائة درهم ؛ نصف

<sup>(٣٥)</sup> السيد سابق : فقه السنة ، الجزء الثاني ، دار الكتاب العربي ، الطبعة الثالثة (١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م) ص ٥٦٥

<sup>(٣٦)</sup> قال الشافعي : يُجبر \_والله أعلم\_ أن السنة إذا كانت موجودة بأن في النفس مائة من الإبل ، فلا يعدو الجنين أن

يكون حياً فيكون فيه مائة من الإبل أو ميتاً فلا شيء" ، الرسالة : للإمام المظلي محمد بن إدريس الشافعي ، ولد سنة

١٥٠هـ بغزة ومات ليلة الجمعة آخر يوم في شهر رجب سنة ٢٠٤هـ (٢٩ رجب سنة ٢٠٤هـ الموافق ١٩ يناير سنة ٨٢٠

م) ، عن أصل بخط الربيع بن سليمان كتبه في حياة الشافعي ، تحقيق أحمد شاكر (١٣٠٩هـ) رقم ١١٧٧ ص ٤٢٨

<sup>(٣٧)</sup> وقد زاد عبد الرحمن بن خالد فأصاب بطنها وهي حامل .. فطرحت جنيئها .. فقتلت ولدها في بطنها. وفي رواية

يونس بن يزيد عن ابن شهاب "فقتلتها وما في بطنها

<sup>(٣٨)</sup> في رواية عبد الرحمن بن خالد "فقال ولي المرأة التي غرمت ثم إتفقا : كيف أغرم يا رسول الله من لا شرب ولا أكل ولا

نطق ولا إستهل فمثل ذلك يطل

<sup>(٣٩)</sup> الغرة من كل شيء أنفسه ، وكأنه عبر عن الجسم كله بالغرة

<sup>(٤٠)</sup> سنن أبي داود للإمام الحافظ المصنف المتقن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (٢٠٢-٢٧٥هـ) ، الجزء

الرابع ، كتاب الديات ، رقم ٤٥٦٨ ص ١٨٩ - موطأ الإمام مالك : أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي المتوفى سنة

١٧٩هـ ، رواية محمد بن الحسن الشيباني ، تعليق وتحقيق عبد الوهاب عبد الوهاب عبد اللطيف ، الناشر : النور الإسلامية

، باب دية الجنين رقم ٦٧٤ ص ٢٣١ - فتح الباري : شرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر

العسقلاني (٧٧٣-٨٥٢هـ) ، المجلد الثاني عشر عن الطبعة التي حقق أصلها عبد العزيز بن عبد الله بن الباز ورقم كتبها

وأبوها وأحاديثها محمد فؤاد عبد الباقي ، دار المنار ، باب جنين المرأة رقم ٦٩٠٤ وما بعده ص ٢٨٧ وما بعدها - سنن

إبن ماجه الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني إبن ماجه (٢٠٧-٢٧٥هـ) حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه

وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الريان للتراث ، رقم ٢٦٣٩ ص ٨٢٢

<sup>(٤١)</sup> شرح الباري ص ١٩٠

عشر الدية ، فإذا كان من أهل الإبل أخذ منه خمس من الإبل ، وإن كان من أهل الغنم أخذ منه مائة من الشاة ، نصف عشر الدية<sup>(٤٢)</sup>. وقد تصرف الفقهاء فى ذلك فقال الشافعية : الواجب فى جنين الأمه عشر قيمة أمه كما أن الواجب فى جنين الحرة عشر ديتها ، على أن الحكم المذكور خاص بمن يحكم بإسلامه ولم يتعرض لجنين محكوم بتهوده أو تنصره. وجاء فى بداية المجتهد : "قال مالك والشافعي وأبو حنيفة : فيه عشر دية أمه ، لكن أبو حنيفة على أصله فى أن دية الذمي ثلث دية المسلم ، ومالك على أصله فى أن دية الذمي نصف دية المسلم"<sup>(٤٣)</sup>.

كما جاء أيضاً فى فتح البارى : "حدثنا عبيد الله بن موسى عن هشام عن أبيه : أن عمر نشد الناس من سمع النبي صلى الله عليه وسلم قضى فى السقط ؟ فقال المغيره : أنا سمعته قضى فيه بغرة عبد أو أمه ، وقال أنت من يشهد معك على هذا فقال محمد ابن مسلمة أنا أشهد على النبي صلى الله عليه وسلم بمثل هذا<sup>(٤٤)</sup>. ونفس الحديث ورد بصيغة أخرى فى الرسالة للإمام الشافعي رقم ١١٧٤. وجاء فى سنن غبن ماجه رقم ٢٦٤١ " ... قال إستشار عمر بن الخطاب الناس فى إملاص المرأة. يعنى سقطها... ". وإملاص المرأة وهى التى تضرب بطنها فتلقى جنينها<sup>(٤٥)</sup>.

تجب الغرة وفقاً لرأى مالك وأصحابه فى مال الجانى. أما الحنفية والشافعية والكوفيون ، فهى تجب على العاقله. " وفى رواية الليث من طريق سعيد الموصولة نحوه عند الترمزي ولكن قال : إن هذا ليقول بقول شاعر. بل فيه غرة " وفيه "ثم إن المرأة التى قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن ميراثها لبنيتها وزوجها وأن العقل على عصبها<sup>(٤٦)</sup>. وهى تجب لورثة الجنين على مواريتهم الشرعية ، وحكمها حكم الدية فى كونها موروثه وذلك وفقاً لما ذهب إليه المالكية والشافعية . وهذا الرأى - وفقاً لما يعتقده الباحث- أن الإعتداء الذى تم على الأم هو فى جانب له إعتبار كبير إعتداء على حق الجنين فى الحياة وذلك خلافاً للرأى القائل بأن الأم هى التى تراث الدية ، لأن الجنين عضو من أعضائها فتكون ديته لها خاصة<sup>(٤٧)</sup>.

## المطلب الثانى : نهاية الحياة (نهاية الشخصية القانونية)

<sup>(٤٢)</sup> موطأ الإمام مالك رقم ٦٧٥ ص ٢٣٢

<sup>(٤٣)</sup> بداية المجتهد ونهاية المقتصد : للإمام محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المعروف بإبن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ وهو كتاب فى الفقه المقارن ، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية

<sup>(٤٤)</sup> فتح البارى رقمي ٦٩٠٧ ، ٦٩٠٨

<sup>(٤٥)</sup> ويرى أهل اللغة أن الإملاص أن تزلق المرأة قبل الولادة أى قبل حينها. والملص بفتحين الزلق .. راجع مختار الصحاح م

ل ص وفتح البارى ص ٢٩٢

<sup>(٤٦)</sup> فتح البارى ص ٢٨٩

<sup>(٤٧)</sup> السيد سابق : فقه السنه ، المرجع السابق ص ٥٦٧

10/1/1 - وقف الإنسان مشدوهاً واجماً أمام ظاهرة الموت. لا يريد أن يصدق أن هذا النظام المعقد الحي -الكائن الحي- سرعان ما يتحطم جذرياً ، وتتوقف جميع وظائفه عن العمل ويصبح شيئاً يطلق عليه مفردات أخرى مثل : ميت ، جثه ، جيفه ، رمة بعد أن كان يسمى بالإنسان ، أو كائن حي. ولم يجد الإنسان تفسيراً للفارق الهائل بين النوم العميق وإلى الأبد وبين السبات الذي يعرفه في حياته ويمارسه يومياً. مع ذلك فقد أدرك بفطرته أن النظام الإقتصادي لناموس الكون يقتضى تعاقب الأجيال ، كل جيل يعيش حياته وينجب جيلاً آخر يخلفه. وأن كل جيل يتأقلم مع ظروف زمانه ومكانه المعيشية. فإذا ما تغيرت الظروف قد لا يستطيع التعايش معها ومثال ذلك النبات فهو كائن حي يموت إذا زرع في تربة فقيرة أو في أوقات الجفاف. وأمام دأب الإنسان في البحث والدراسة استطاع أن يستنبط زراعات تنمو في أجواء وأماكن أكثر قسوة على نباتات من أجيال قديمه. فأصبح موت النبات مرحلة في دائرة تسمح باستنباط أنواع أخرى وأصبح الموت أسلوباً من أساليب الطبيعة لتطويع الحياة.

لكن ظل الغموض الذي يحيط بموت الإنسان -ليس في حقيقة وجوده- وإنما في معرفة كنهه وسببه. ولم يسعفه من هذا الغمام إلا الأفكار الدينية عن البعث وأن الحياة الدنيوية هي مرحلة إنتقالية إلى مرحلة أخرى فيها الخلود والأبدية ، أو الأفكار الأسطورية عن تناسخ الأرواح. لذلك كانت مراسم الدفن في ثقافات ما قبل التاريخ تمثل شعائر إنتقال من المشاركة في حياة إلى حياة أخرى. وفي العصور الحديثة أكدت الأديان السماوية على فكرة البعث واعتبرتها إرادة الله. وجاءت كتابات علماء اللاهوت تعمقها فنجد في كتابات القديس بولس القديمه عن البعث يستخدم التعبير اليوناني sōma أى الجسد وهو التعبير المطابق في اللغة الحديثة مثل الهوية ، أو الذات ، أو الجشتالت gestalt<sup>(٤٨)</sup>. لكن علماء اللاهوت المحدثين يتصورون مفهوم الموت على أنه إنتهاء الحياة في الوقت الذي يدعو فيه الرب الإنسان إلى المستقبل<sup>(٤٩)</sup>. فالموت ليس نهايه un term ولكنه بداية لحياة خالده في الآخرة ، صحيح أنه نهاية للحياة الدنيا ، لكنه بداية للحياة الآخرة elle (le mort) est le commencement de la vie eternelle<sup>(٥٠)</sup>. وجاء القرآن الكريم بالقول الحاسم : "كل نفس ذائقة الموت ثم إلينا ترجعون"<sup>(٥١)</sup> ، "الله يتوفى الأنفس حين موتها والتي لم تمت في منامها"<sup>(٥٢)</sup>. والموت هنا خاص بالنفس.

وهكذا تقبل الإنسان حقيقة وجود الموت وتعود عليه وأصبح إستقباله له في حياته اليوميته يتسم برد فعل يتفاوت بين الأسى الشديد واللامبالاة حسب مدى إهتمامه بالمتوفى لكنه يحرص على طقوس معينه بحسب ديانته وإعتقاده. هذا الشاغل

<sup>(٤٨)</sup> هيكل حسي متكامل أو وحدة وظيفية ذات خصائص لا يمكن إستمدادها من أجزائها وتعمل أكثر من مجموع هذه

الأجزاء

<sup>(٤٩)</sup> H. Feifal (ed.) : "New Meanings of Death" (1977)

<sup>(٥٠)</sup> د. محمد سعيد خليفه : المرجع السابق ص ٩٢

<sup>(٥١)</sup> العنكبوت الآية ٥٧

<sup>(٥٢)</sup> الزمر الآية ٦٠



المتكرر إنتقل إلى كل من رجال الفلسفة والطب الحيوي والقانون. فبينما يفكر الفلاسفة في إطار "لماذا" والإجابة غير المعروفة تظل تمثل التحدي لهم ، فإن الأطباء يفكرون في "كيف" من خلال أبحاث مبنية على التجارب الإنسانية والخبرات المتراكمة لمعرفة كيفية التعامل معه طبيياً وتأخير وقته إن إستطاعوا. أما رجال القانون فينظرون إليه من زاويتين : الأولى من الناحية الشكلية وهي التسجيل في سجل الوفيات في مكاتب الصحة التابعة لوزارة الصحة في مصر أو كتاب الحالة المدنية في فرنسا أو الموظف الطبي في كل إقليم أو مقاطعه والتابع للسلطة الصحية في إنجلترا. ومن الناحية الموضوعية فهي أولاً تحري الأسباب في بعض الحالات لتقرير المسؤولية القانونية إن وجدت ، وثانياً طبي صفحة من صفحات إنسان وإنهاء شخصيته القانونية مع ما يستتبع ذلك من إجراءات وحقوق تنتهي بالنسبة له وتقرر الآخرين. وقد تمتد الحماية القانونية في بعض حقوق الشخصية للإنسان بعد موته على سبيل الإستثناء. لكن رجال القانون إختلفوا في تحديد ما إذا كان الموت واقعة مادية أو قانونية وفيمن يعول عليه في تعريف الموت هل رجل القانون أم رجل الطب.

### تعريف الموت :-

11/1/1 - لم يجد الرجل العادي عند رجال الدين أو الفلاسفة تعريفاً مقنعاً للموت. وجاءت تعاريف اللغويين في القواميس في معظم اللغات بأنه عكس الحياة ، أي التعريف بالضد. وحين تصدوا لتعريف الحياة قالوا بأنها عكس الموت<sup>(٥٤)</sup>، أما رجال الدين الإسلامي فبعضهم يعرف الموت بخروج الروح من الجسد<sup>(٥٥)</sup>، بل إن بعضهم<sup>(٥٦)</sup> تصدى لتعريف الروح بأنها أجسام لطيفة متخلله في البدن. وتعليق الباحث على هذه التعريفات هو أن آيات القرآن الحكيم تقرر على وجه القطع أن الموت يكون للنفس وليس بخروج الروح ، وقد إستأثر الله سبحانه وتعالى بأمر الروح "ويسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربي وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً"<sup>(٥٧)</sup>. فكيف يتسنى لأحد من بنى البشر أن يعرف مادتها بأنها أجسام لطيفة تتخلل البدن ؟! لا شك أن البحث في ماهية أمور ما وراء الطبيعة ومنها الروح غير

<sup>(٥٤)</sup> أنظر مختار الصحاح : م و ت وكذلك كلمة (الحياة) في ح ي ا - أنظر أيضاً قاموس The New Shorter

Oxford حيث يعرف الموت بأنه نهاية الحياة. ويقتبس من اللغة الإنجليزية القديمة معنى للحياة هو : الإستمرار والإمتداد لوجود مفعم بالحياة على عكس الموت. وسار على نفس النهج قاموس لاروس الفرنسي وترجم لكلمة الموت بأنه التوقف الكامل والنهائي للحياة.

<sup>(٥٥)</sup> حاشية ابن عابدين على الدر المختار ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار : للعلامة محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ، الشهير بإبن عابدين ، المتوفى سنة ١٣٥٢ هـ ، المطبعة العثمانية ج ١ ص ٥٧٠ - الجامع لأحكام القرآن : للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى سنة ٧٦١ هـ ، طبعة دار الكتب المصرية ، الطبعة الأولى ج ١٥ ص ١٦٥ - إحياء علوم الدين : للإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه ، ج ٤ ص ٤٩٤ .

<sup>(٥٦)</sup> نيل الأوطار ج ٤ ص ٢١ و ٢٢

<sup>(٥٧)</sup> الإسراء آية ٨٥

خاضع للأساليب العلمية المتاحة للإنسان حالياً ومن ثم يصبح الكلام عنها قائم على أساس من التخمين والحدس والرأى المرسل لا يعول عليه. ومن نافلة القول أن لفظ الروح ورد في القرآن الكريم في مناسبات مختلفة وفي سياق أوحى لمفسري القرآن معاني مختلفة. فقال ابن عباس أنهم أرواح بنى آدم ، وقال الحسن وقتاده هم بنى آدم ، وعن مجاهد أنها خلق من خلق الله على صور بنى آدم وليسوا بملائكة ولا ببشر ، أما الشعبي وسعيد بن جبر والضحاك فقد اجتهدوا في معنى الروح بأنه يقصد بها جبريل عليه السلام مستشهدين بالآية ١٩٣ من سورة الشعراء "نزل به الروح الأمين" 12/1 - قبل الإستطراد في تعريف الموت يجب التنويه إلى طبيعة واقعة الموت هل هي واقعة قانونية أم مسألة طبية ؟ والإجابة على هذا السؤال تقودنا إلى معرفة من هو المنوط به تعريف الموت. هل هو رجل القانون ، الشارع أو الشارح ، أم هو الطبيب ؟ اختلفت الآراء الفقهية واختلف معها مسلك التشريع في عدة دول في الإجابة على هذا السؤال<sup>(٥٨)</sup>.

البعض يرى في الموت واقعة قانونية على المشرع وحده أن يضع تعريفاً له ويحدد المعيار الخاص بتحقيقه لأنه متعلق بمسألة قانونية هي إنهاء الشخصية القانونية ، وكما أنه هو الذى حدد معيار بداية الحياة فعليه تحديد نهايتها. وأن تركه لإجتهاادات المختصين قد يخضع لأهواء شخصيه أو الخطأ الشخصي. بالإضافة إلى ما يحققه التعريف القانوني من حماية المرضى من إبتزاز أعضائهم قبل الوفاة الحقيقية لأغراض علميه أو تجاريه وكذلك اليقين الذى يتولد لدى الجميع من خلال معيار عام للموت يضعه رجل القانون إلى جانب النأي بالأطباء عن أي مسألة قانونية تحت بند الخطأ المهني. وقد أخذ بهذا الإتجاه كل من الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا<sup>(٥٩)</sup>. والبعض الآخر يرى في الموت مسألة طبية خالصه ، لأنه واقعة بيولوجية تخضع -بالفرض- لتقدير ذوى الخبرة المتخصصين وهم الأطباء<sup>(٦٠)</sup>. ذلك أن معيار الموت متغير وفقاً للتطور العلمي الذى يحمل لواءه الأطباء وذلك بعكس التعريف القانوني الذى يجب أن يتمتع بثبات نسبي. لذلك كان من الرشد أن ينأى المشرع عن الولوج فى هذه المسالك الوعره، وقد يكتفى بإصدار لوائح من الجهات الفنية المختصة تحدد القواعد والإجراءات التى يسلكها الطبيب لتقرير وقوع الموت<sup>(٦١)</sup>. ومن الدول التى لم تحدد تعريفاً قانونياً للموت فرنسا ومصر وبلجيكا وسوريه. ففي

<sup>(٥٨)</sup> راجع تفصيل هذه الإتجاهات : سلطان الجمال ، المرجع السابق ص ٧٣-٧٨

<sup>(٥٩)</sup> المرجع السابق ص ٧٥ ، ٧٦ والمراجع المشار إليها

<sup>(٦٠)</sup> وفي ذلك يقول لابييه " إن هذا التعريف يعتمد على الطب : V. cette définition dépend du médecin

Xavier Labbé : La Condition Juridique du Corps Humain Avant La Naissance et Après La Mort , Presses Universitaires de Lille p. 24

<sup>(٦١)</sup> حسام الدين الأهواني : "المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية" ، دراسته مقارنه ، مجلة العلوم

القانونيه والإقتصاديه ، يناير ١٩٧٥ ، العدد الأول ، السنة السابعة عشر ص ١٠ ، ٨٢ - أحمد شرف الدين : "زراعة الأعضاء والقانون" ، مجلة الأمن العام ، العدد ٧٤ ص ٣٦ - ٣٨ ، مجلة الحقوق والشريعه ، السنة الأولى ، العدد الثانى ،

يونيه ١٩٧٧ ص ١٧٤

فرنسا بموجب أحكام الماده (٢١) من المرسوم رقم ٧٨/٥٠١ بتاريخ ٣١ مارس ١٩٧٨ الذى يتناول تطبيق التشريع رقم ٧٦/١١٨١ بتاريخ ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ المتعلق بزراعة الأعضاء ، تنيط التثبيت والتحقق من وقوع الموت إلى الأطباء المرخص لهم من الوزارة المعنية بشئون الصحة العامة وذلك فى حالات زرع الأعضاء<sup>(٦٢)</sup>

ورأى أخير يحاول الدمج بين الرأيين السابقين. يرى أن الموت حدث بيولوجى لاشك فى ذلك وفى نفس الوقت فهو واقعة قانونية. والموت عند أصحاب هذا الرأى هو "التوقف التام والنهائى للوظائف الأساسية فى الجسم ، ويتم التحقق من الموت من قبل لجنة طبية وفقاً لمعطيات الحالة الراهنة للعمل الطبي"<sup>(٦٣)</sup>. وقد أخذ بهذا الإتجاه القانون الإيطالى حيث جاء فيه "إن موت الإنسان يتحقق بموت مخه ، وأنه يجب التحقق من الوفاة عن طريق وسائل التخطيط الكهربائى لكل من المخ والقلب معاً"<sup>(٦٤)</sup> لا شك أن تحديد معيار تحقق الموت هو أمر تخصصى بحث يترك لذوى الشأن من علماء الطب الحيوى ومن خلال أبحاثهم التجريبية والمعملية. وأن كل يوم يأتى بجديد فى جميع مجالات العلوم الحيوية. ومن الصعب أن نحمل رجل القانون مهمة البحث فى مجال بعيد تماماً عن تخصصه. إن وظيفته الأساسيه هى الإعتماد على كل تخصص فى إيجاد المعيار الخاص بهذا التخصص ويضع رجل القانون أنماطاً عامة للسلوك .. والسلوك فقط للرجل المهني ليمارس مهنته. وإذا كان للموت أهمية خاصة بالنسبة لرجل القانون إذ يؤدى حدوثه إلى ترتيب نتائج قانونية عديدة ؛ لكن ذلك لا يدفعنا إلى القول بأن أمر تحديده مسألة قانونية وإلا دخلت كل من الواقعة القانونية والواقعة المادية فى ليل ديجوج يصبح من العسير فيه التفرقة بينهما. لذلك يرى الباحث أن تحديد معيار الموت مسألة طبية خالصة يحددها أصحاب العلم والمعرفة من الأطباء المرخصين والمعتمدين من قبل الجهات العلمية المسؤولة. وعلى رجل القانون بمجرد إخطاره بحدوث واقعة الموت محققه أن يبدأ بترتيب الآثار القانونية التى تسببها واقعة الموت.

### تحديد لحظة الموت :

13/1/1 - تكتسب تحديد لحظة الموت أهمية خاصة لدى رجل القانون. فمع التزايد العالمى للأبحاث وللطلب على زرع الأعضاء والتى يجب كما سيتبين فيما بعد- أن تتم قبل مرحلة موت المخ أى فى مرحلة الموت الإكلينيكي. وهنا يكون من المناسب

---

<sup>(٦٢)</sup> Jean Hamburger : "Progrès de la Médecine et responsabilité du médecin" , Travaux du deuxième congrès de moral médicale , Paris , Mai , p. 293 \_ Civ. , 1re. , 19 oct. 1999 : Bull. civ. 1 , no. 283 ; D. 1999. I R , 256 ; Petites affiches 23 févr. 2001 , note Py ; R T D civ. 2000 , 79 , obs Hauser

<sup>(٦٣)</sup> من أنصار هذا الرأى : د. محمد سامى الشوا : الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم ، رسالة دكتوراه ، حقوق عين شمس (١٩٨٦) ص ٥٩٩ - د. أحمد محمد العمر : نقل وزراعة الأعضاء البشريه بين الإباحة والتحریم ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٩٧٧) ص ٣٢٢

<sup>(٦٤)</sup> د. أحمد محمد العمر : المرجع السابق ص ٣٢٣

أن يقرر موت المتبرع أكثر من طبيب ليس من بينهم من له علاقة بإجراء عملية نقل العضو من المتوفى وزرعه في المريض درءاً لأي مصلحة أو منفعة شخصية وتحاشياً للرجوع على الطبيب أو المستشفى بأى مسئولية قانونية. وتدق معرفة لحظة الموت في حالات أخرى على أساس ما يتبعها من نتائج وآثار قانونية. فمثلاً في حالة موت الزوجين يكون من اللازم معرفة أيهما مات أولاً لترتيب أمور الميراث والتركة. وكذلك الأمر بالنسبة للمسئولية المدنية أو الجنائية ، والتأمين ، وأيلولة الملكية ، وحق الإنسان في عدم التشهير به الذي ينتهي بموته ، ومدى إنتقال الحق في التعويض عن الضرر المعنوي للورثة. ويترتب على تحقق الموت أيضاً واجب عدم الإعتداء على حرمة القبور وإيذاء ذكرى الميت<sup>(٦٥)</sup>

14/1 - موت الخلايا : -يحتوى جسد الإنسان على حوالى (٧٥) ترليون خليه. والخليه هى أصغر وحده وظيفيه فى الكائن الحي. وهى كتلة غشائية مترابطة من السيتوبلازم وتحتوى على غشاء نووى مترابط. وتملك الخلية القدرة على أن تنمو ، وتنمائل ، وتخضع للإنقسام ، وإعادة إنتاج نفسها فى ظل ظروف طبيعية. ويمكن اعتبار الخلية على أنها نظام ذو وجهين : النواة التى تفقد الخلية للنمو والإنقسام وجه ، وكتلة السيتوبلازم التى تضبط وظائف الإمتصاص والإفراز والنقل للخلايا تمثل الوجه الآخر. وكل خلايا الجسم -باستثناء الخلايا العصبية- تتبدل باستمرار ، قد يكون معدل تبدل بعضها أسرع من البعض الآخر. ولخلايا الجسد البشري دورة حياة تتدرج من فترة قصيرة كعشر ساعات لخلايا نخاع العظم 'لى نهاية الحياة كلية للجسد البشري بالنسبة لخلايا الأعصاب والعضلات المخططة striated muscle<sup>(٦٦)</sup>

والموت على مستوى الخلايا له أيضاً صفة الغموض مثله مثل الموت الكامل للكائن الحي. ويموت يومياً ملايين الخلايا الحية يقابلها نفس العدد يحل محلها داخل جسم الإنسان. وقد يؤدى موت بعض الأنسجة أو فى أماكن معينة -من بين عدة أسباب- إلى موت جسم الإنسان كلية. لكن النقطة التى تبدأ عندها آلية التنظيم الداخلي والتوازن الطبيعي للخلية فى التلف النهائي وما يتبعها من موت الخلية ، تستمر لتفادى الإكتشاف .

وتختلف الخلايا من حيث مدى تأثرها بالضرر ؛ فما هو ضار بخليه قد يكون قليل أو عديم الأثر فى خلية أو أعضاء أخرى. فمخدر الكلوفورم على سبيل المثال يؤثر فى الخلايا الموجوده فى مركز فصوص الكبد بينما يؤثر الفوسفور فى الخلايا المحيطة بهذه الفصوص. وتتأثر الخلايا العصبية سلبياً بالحرمان لفترات من الأوكسجين. كما تتحلل وتنكمش الخلايا العصبية من قرن آمون فى الدماغ

B. Starck : Introd. opcit 2e. éd. no. 982 p. 382

(٦٥)

Arthur C. Guyton : Textbook of Medical Physiology , 7<sup>th</sup>. ed. , W., b. Saunders , (٦٦) (1086) , chapter 2 , p. 11 to 26 – K. Maramorosh : (ed.) : Advances in Cell Culture , New York , Academic Press , (1981) ch. 1 – D. N. Weathley : "Mini-review : on the possible importance of an intracellular" Life-Science , (1985) , 36-299

hippocampus وخلايا المخيخ عندما تحرم من الأوكسجين لفترات طويلة. بينما تظهر تغييرات قليلة أو معدومة على الخلايا العصبية للنخاع أو الحبل الشوكي لنقص بسيط في الأوكسجين ، إلا إذا كان هذا النقص شديداً أو ظل ممتداً لفترة طويلة. وتظل النقطة التي تبدأ فيها الخلية في التغير النهائي والتي يتبعها الموت مجهولة.

وبعيداً عن دورة الحياة للخلية فإن هناك بعض التأثير الخارجي نتيجة تعاطي بعض أنواع العقاقير أو المخدرات. وقد يكون تأثيرها مدمراً للخلايا ومؤدياً إلى عواقب وخيمة للشخص تصل إلى الموت الكلي النهائي. وهنا يبرز دور رجل القانون ليحدد مسؤولية المتسبب سواء كان شخصاً عادياً أو أحد تجار السموم (المخدرات) أو كان أحد العاملين في المهن الطبية ، وتكون مسؤولية هذه الفئة الأخيرة جنائية ومدنيه : عقديه وفقاً لما إستقر عليه العمل في القانون الفرنسي والمصري ، وتقصيرية (فعل ضار) وفقاً لما هو معمول به في النظام الأنجلو أمريكي ودولة الكويت. وقد تتحقق المسؤولية ليس فقط بوصف أو إعطاء هذه العقاقير بل بإعطاء جرعات زائدة منها تعجل بالوفاة أو حرمان الشخص من وصول الأوكسجين للخلايا لفترات مؤثرة سلباً.

15/1/1 - توقف القلب والجهاز التنفسي :- قلب الإنسان عباره عن مضختين منفصلتين. القلب الأيمن يضخ الدم خلال الرئتين ، والأيسر يضخ الدم خلال الأعضاء المحيطة. وبدورها فإن كل واحد من هذين القلبين المنفصلين عباره عن مضخة نبض بحجرتين مكوّنان من الأذين atrium والبطين ventricle ووظيفة الأذين الرئيسي هي أنه طريقة دخول للبطين ، لكنه يضخ أيضاً الدم بطريقة ضعيفة ليساعد على تحركه للبطين. ويزود البطين بدوره القوة الأساسية التي تدفع الدم إلى إما الرئة أو الدورة المحيطة. وهناك آلية خاصة للقلب تحفظ له توازنه وتولد نبضات متوازنة تسبب إنقباض عضلات القلب لتوصيل هذه النبضات بسرعه خارج القلب. وعندما يعمل هذا النظام بصورة طبيعية فإن الأذنيات تتقلص حوالى سدس ثانيه متقدمة عن تقلص البطين والذي يسمح بملء البطينات بكميات أكثر من الدم قبل ضخه إلى الرئتين والدورة المحيطة. وأهمية أخرى لهذا النظام إذ أنه يسمح لكل أجزاء البطينات أن تنقبض تقريباً فى وقت واحد الأمر الذى يكون ضرورياً لتوليد ضغط فعال فى الحجرات .

وللأسف فبالرغم من هذا النظام المتناسق للقلب فهو معرض للتلف بسبب أمراض القلب خصوصاً فقر دم أنسجة القلب الناتج عن تدفق الدم الضعيف للشريان التاجي. والنتائج غالباً تكون إيقاع غريب جداً للقلب أو نتيجة غير عاديه لإنقباض حجرات القلب ، ثم يتأثر فعالية ضخ الدم بشده لدرجة إحداث الموت<sup>(٦٧)</sup>.

<sup>(٦٧)</sup> N. R. Alpert et al : "Heart muscle mechanism" Annu. Rev. Physiol. , 41 : 521 , (1979) –

Guyton : opcit , Chapt. 14 , p. 165 – L. Jacobson : Cardiac Pacing , Principles and Case Studies , New Hyde Park , New York , Medical Examination publishing Co. , (1981) ch. 4 – Richard F. Davis : "Cardiovascular System" , Critical Care , edited by : Joseph M. Civetta , Robert W. Taylor , Robert R. Kirly , with additional contributors , 3 rd. ed. , Lippincott – Raven Publishers (1997) , ch. 16 pp. 227-254

وتتطلق الدورة الدموية من القلب ، وأهم ملامحها أنها دورة مستمرة بمعنى أن الكمية التي يضخها القلب هي نفسها التي تتدفق في الأقسام الفرعية من الدورة. وتنقسم الدورة إلى قسمين : الدورة الجهازية والدورة الرئوية ، ولما كانت الأولى تزود أنسجة الجسد فيما عدا الرئتين- بالدم فهي تسمى الدورة الكبرى أو الدورة المحيطة لأنها تنقل ٨٤% من مجموع كمية الدم في الجسم. يلاحظ أن ثلث أسباب الموت في مجتمعات الرفاهية في الغرب ناشئة عن أمراض الشريان التاجي وأن كبار السن يعانون ضعف دورة الشريان التاجي. لذلك كان الإهتمام في مجال الطب بأمراض القلب سيما وقد تعاظمت حالات فشل القلب أو تلف صمامات القلب أو عضلاته ، والتي تقلل من قدرته على ضخ الدم مما يتسبب عنه موت الإنسان.

لذلك نشأ الاعتقاد في البدايه أن موت الخلايا المتعدده والأعضاء الجسدية لا يحدث في وقت واحد. ولما كان القلب هو العضو المركزي فتوقفه عن أداء وظيفته يكون علامة على بداية الموت. فمن الناحية التاريخية قام الموت الإكلينيكي على أساس توقف نبضات القلب والنبضات المحيطة ، وتوقف التنفس وما يستتبعه من غياب بعض ردود أفعال العين في الحالات المتقدمة من الموت. وتؤدي قشعريرة الموت إلى النزول بدرجة حرارة الجسم إلى درجة حرارة الجو المحيط ، كما أن تبسب الموت يوضح صلابة عضلات الهيكل العظمي. وآخر مظهر من مظاهر الموت هو زرقة الموت والذي يبدو في تغير اللون الطبيعي discoloration إلى اللون الأحمر الأرجواني لأجزاء من الجسد نتيجة لتوقف ضخ الدم.<sup>(٦٨)</sup>

16/1/1 - موت المخ : - ظلت الأفكار التقليدية لتعريف الموت بمعيار التوقف النهائي لوظائف القلب والجهاز التنفسي سائدة لفترة طويلة إلى أن حدث تطورين جذريين أصبح معهما التعويل على هذا المعيار غير ذو قيمة. التطور الأول تمثل في قدرة ومهارة الأطباء والتقنية الحديثة في التزويد بالإنعاش الصناعي للقلب والدورة الدموية. أما التطور الثاني فقد كان في زراعة الأعضاء وأهمية تحديد لحظة الموت بأقصى سرعة لنقل الأعضاء إلى المرضى قبل أن تتلف وتموت بدورها. لذلك تشكلت لجنة من مدرسة هارفارد الطبية لوضع تعريف جديد للموت<sup>(٦٩)</sup>. وقدمت اللجنة تعريفاً جديداً للموت هو: عدم قيام المخ بوظائفه الدائمة والذي أطلق عليه ، باللبس ، الغيبوبة النهائية irreversible coma .

لا شك أن الوصول إلى هذه النتيجة نابع من أهمية الوظائف التي يؤديها المخ في جسم الإنسان. فهو جهاز الضبط لجميع أنشطة اللاوعي وحركات الضغط والتنفس والتوازن الجسدي ، وردود الأفعال المختلفة للتغذية ، ومعظم أنماط العواطف مثل

C.E . Jones , et al : "Cardic output and physiological mechanism in circulatory shock" , In <sup>(٦٨)</sup>

M T P International Review of Science , Physiology , Vol. 1. Baltimore , Univ. Park Press (1974) , p. 233 – Maher Youssef : Internal Medicine , part 1. Cardiology , 2 nd. ed. , Concise Medical Textbook , Univ. Book Centre (1979) pp. 1-17 , 123 –148

Ad Hoc Committee of Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain <sup>(٦٩)</sup>

Death : A definition of irreversible coma , J A M A , (1966) , 205 , 337

الغضب والإثارة والأنشطة الجنسية ، ورد الفعل لأحاسيس الألم والسرور. وهو مستودع كبير لعمليات التفكير. وبالنظر للتطور الهائل فى أجهزة الحاسبات الألكترونية نجد تماثلاً كبيراً بينها وبين الجهاز العصبي للإنسان. فكلاهما به دوائر إدخال input وهى فى الجهاز العصبي الأجزاء المتعلقة بالحواس ، ودوائر إخراج output circuits وهى فى الإنسان الأجزاء المحركة للجهاز العصبي لإجراءات عمليات تشغيل الحاسبات. وفى الحاسب البسيط تتحدد عمليات الإخراج بعمليات الإدخال ، وبماثل ذلك تماماً الإنعكاسات البسيطة للحبل الشوكي. أما الأجهزة الأكثر تطوراً وتعقيداً فإن عمليات الإخراج تتحدد ليس فقط بعمليات الإدخال وإنما يضاف إليها المعلومات المخزونة فى ذاكرة الجهاز. وهى هنا أيضاً تشبه الإنعكاس الأكثر تعقيداً والعمليات الآلية لنظام الجهاز العصبي. وإذا خطونا أكثر فى تطور الحاسبات الآلية نجد أنها تحتاج إلى إضافة وحدة أخرى إليه تسمى وحدة البرمجة المركزية Central programming unit والتي تحدد تتابع ونتائج العمليات. هذه الوحدة تطابق تماماً آلية وميكانيكية المخ التى تسمح بلفت إنتباه الشخص إلى فكرة أو إحساس أو النشاط وتكرارها والنتائج المعقدة. بعبارة موجزة يمكن القول بأن المخ هو بصفة أساسية حاسب آلى متطور يجمع المعلومات من خلال المدارك والحواس المختلفة بطريقة منتظمة ومستمره ، ثم يلحقها بالمعلومات المخزونة لديه ، ويقوم بعمليات التشغيل الحسابي ثم يخرجها فى صورة المسلك اليومي للنشاط الجسدي<sup>(٧٠)</sup>

لذلك لقي تقرير هارفارد إستجابة طبية وقانونية فى السنوات التى تلتها. أهم هذه الإنعكاسات الطبية والقانونية هو تبني موت المخ كتعريف أولى إن لم يكن الوحيد وكان ذلك فى عام ١٩٧٨. ومن الجهات التى سارت فى هذا الإتجاه اللجنة الإتحادية لتوحيد القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية (NCCUSL) حيث عرفت الشخص الميت بأنه الذى توقفت فيه وظائف المخ بما فيه جذع المخ brain stem ، على أن يكون التحديد الدقيق وفقاً للمعدلات الطبية المعقولة<sup>(٧١)</sup>

بالرغم من تبني (٦) ولايات من الولايات المتحدة الأمريكية وعدد آخر من محاكم الولايات الأخرى إلا أنه قد تم هجر هذا المدخل كلية. وحل محله تعريف آخر للموت ورد فى قانون اللجنة الإتحادية فى سنة ١٩٨٠ وأخذت به تشريعات قانونيه صدرت فى (٢٦) ولايه ومقاطعة كولومبيا وبعض محاكم الولايات الأخرى<sup>(٧٢)</sup>.

والشخص الميت وفقاً لهذا التعريف هو : الذى يعانى إما من : ١- توقف وظائف القلب والجهاز التنفسي نهائياً ، أو ٢- توقف كل وظائف المخ بالكامل بما فيه جذع المخ نهائياً ودون إمكانية إعادتها للعمل. ويجب أن يتم تحديد الموت وفقاً للمعدلات الطبية المعقولة.

ظل هذا التعريف معمولاً به لمدته. إلا أنه أصبح قاصراً فى مواجهة التطورات الهائلة فى التقنيه الحديثه فى المجال الطبي. لذلك ظهر مدخل ثالث دافع عنه الأساتذه

Guyton : opcit ch. 46 , pp. 546-561

(٧٠)

Uniform Brain Death Act , 12 , U. L. A. 16 (1990 Supple)

(٧١)

Uniform Determination of Death Act , 12 U. L. A. , 320 , 1990 , supple

(٧٢)

كابرون وكاس<sup>(٧٣)</sup>. وأخذ به المشرع وبعض أحكام القضاء فى عدة ولايات. ويركز هذا المدخل على موت المخ عند إستخدام الوسائل الصناعية للإنعاش ؛ وهجر التعريف الذى يعتبر الموت هو توقف وظائف القلب والرئتين cardiopulmonary . وقد أمكن من خلال هذا التعريف تجنب كثير من المسائل القانونية ، لأن معظم المرضى الذين ماتوا كانوا تحت وسائل الإنعاش الصناعي.

ولم يقتصر الأمر على إعتبار موت المخ – كعبارة مجمله ودون تحديد دقيق – المقبول لإعتبار الشخص ميت. فقد جادل بعض أصحاب الرأى<sup>(٧٤)</sup> ، ومن رجال القانون<sup>(٧٥)</sup> ، ومن الأطباء<sup>(٧٦)</sup> على أن توقف قشرة الدماغ (الحاء) عن وظائفها نهائياً هو معيار إعتبار الشخص ميت بقطع النظر عن موت باقى أجزاء المخ كلية. لكن هذا الجدل لم يتعد المرحلة النظرية الجدلية إذ لم يجد قبولاً لدى القضاء الأمريكى<sup>(٧٧)</sup> ويلاحظ على التعريفات القانونية للموت أنها تشير إلى الأخذ بالمعدلات الطبية المعقولة والمقبولة دون أن تحددها. وقد حفز عدم التحديد إلى وجود كتابات طبية كثيرة تتناول هذه المعدلات التى تؤكد أن كامل المخ قد توقف نهائياً عن أداء وظائفه. وقد حرصت لجنة هارفارد على إستخدام هذه المعايير بعد الإنتقادات التى وجهت إلى جهاز الرسم الإلكتروني للدماغ ( E E G ) electroencephalogram بحسبانه غير ضروري إذا تمت مراجعة النتائج الطبية بعناية تامه ولأن بيئة الإختبارات غالباً ما تؤدي إلى جهاز رسم غير متساوي الجهد الكهربى ومن ثم يعطى نتائج مضلله. وأخيراً فإن المحاولات الطبية لإيجاد معايير موت المخ أسفرت عن توصيات من الأطباء الإستشاريين لرئيس لجنة هارفارد<sup>(٧٨)</sup>. وأهم ما ورد فى هذه المعايير : ١- توقف وظائف المخ ويستدل عليها بعدم التقبل unreceptivity وعدم الإستجابة unresponsivity ، وتوقف جزع المخ ويستدل عليه بإنعكاسات وردود الفعل الخاصة بالأعضاء المؤثر فيها وهى الحرقية والقرنية والعين الدماغية والعين العصبية والفم البلعومي وتوقف التنفس بعد محاولات كافيه لإختبار التنفس<sup>(٧٩)</sup> ؛ ٢- هذا التوقف نهائى لأن سبب الغيبوبة قد ترسخ وغير قابل للإسترجاع بأى وسيلة سواء كانت

A. Capron , L. Kass : "A Statutory definition of the standard for determing brain death" <sup>(٧٣)</sup>  
 , Univ. Law Rev. (1972) , 121

Veatch RM : "The whole – brain oriented concept of death : an outmoded philosophical <sup>(٧٤)</sup>  
formulation" , J. Thanatol (1975) , 3 : 13 – H. T. Engelhardt : The Foundations of Bioethics  
 , New York , Oxford (1986)

D. R. Smith : "Legal recognition of neocortical death" , Cornell Law Review (1986) , <sup>(٧٥)</sup>  
71 : 850

S. J. Younger , E. T. Barlett : "Human death and high technology" , Ann Intern. Med. <sup>(٧٦)</sup>  
(1983) , 99 : 252

Baruch A. Brody : "Important Legal Concepts in Critical Care" , Civetta , Taylor and <sup>(٧٧)</sup>  
Kirley : opcit ch. 19 , p. 123

Report of the Medical Consultants on the Diagnosis of Death : Guidelines for the <sup>(٧٨)</sup>  
determination of death , J A M A (1981) , 246 – 2184

J. M. Belsh , R. Blatt and P. L. Schiffman : "A pnea testing in brain death" , Arch. <sup>(٧٩)</sup>  
Intern. Med. (1986) , 146 , 2385



بتسكين الألم أو بتخفيض درجة الحرارة أو بسد العصب العضلي أو الصدمات. ولأن مدة التوقف إستغرقت فترة كافيته ( ٦ ساعات إذا كان الشخص يخضع لجهاز الرسام الإلكتروني للمخ وغير ذلك ١٢ ساعة ). وأهمية جهاز الرسم هو تقليل المدة للحكم على الشخص بأنه ميت. ويعتقد الأطباء الإستشاريون أنه من الصعب الحكم بالتوقف النهائي لوظائف المخ عند الأطفال حيث يوجد لديهم مقاومة شديدة للتلف وقدرة هائلة على إستعادة النشاط.

وبالرغم من أن هذه المعايير مجرد توصيات ليس لها قوة القانون أمام المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية لكنها المعايير الطبية المعقولة والمقبولة التي تتبناها معظم المستشفيات ؛ والتي تعتبرها دليل إسترشادي ووسائل حمايه للأطباء والمستشفيات من المسؤولية القانونية. ومع هذا الإجماع على إعتبار موت المخ هو معيار الحكم على الشخص بأنه ميت فقد ظهر أخيراً عدم الرضا على هذا المعيار – توقف كامل المخ – خصوصاً في وظيفة الهرمون newohormone<sup>(٨٠)</sup> مما يفتح الباب لإجتهادات جديدة أو فهم مختلف لموت المخ.

ويطبق النظام الفرنسي نفس الأفكار الأمريكية معتمداً موت المخ (الغيوبة العميقة coma dépassé) كما توضحه صورة الدماغ الكهربائية électoencéphalogramme ، والتي تؤكد تلف النظام العصبي المركزي بالكامل نهائياً. فوفقاً للمنشور الدوري الصادر في ٣ إبريل سنة ١٩٧٨ التفسير للمرسوم رقم ٥٠١ – ٧٨ الصادر في ٣١ مارس سنة ١٩٧٨ ، وتطبيقاً للمادة ٢١ من هذا المرسوم والخاصة بتطبيق التشريع رقم ١١٨١ – ٧٦ في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٧٦ المتعلق بزراعة الأعضاء ، يناط تحديد لحظة الموت المعول عليها -قانوناً- بواسطة أطباء مرخص لهم من وزارة الصحة ، لا يكون بينهم من هو ضالع في عملية زراعة الأعضاء من الشخص<sup>(٨١)</sup>. وتطبيقاً لنفس المرسوم تنظم المادتان الثانية والسابعة من تقنين واجبات مهنة الطبيب إثبات الوفاة في هذه الحالة بموجب صورتين للشرابين وصورتين من صور الدماغ الكهربائية من أطباء معتمدين من وزارة الصحة<sup>(٨٢)</sup>.

ولا يعترض الفقه الفرنسي – إيماناً منه بالأمر الواقع – ورغم إقتناعه بصعوبة التعريف القانوني للموت<sup>(٨٣)</sup> ، على إعتبار موت المخ هو الفيصل في تحديد واقعة الموت. وهو يعتبر أن هذا التحديد عملية معقدة تخضع للتطور المستمر في العلوم الطبية والتي تسمح في بعضها على أحسن تقدير بالإبقاء بعض الوقت على التطور البيولوجي للموت ، رغم أنه يبدو كحدث فريد ، لحظي ، يجذب جميع الوظائف

<sup>(٨٠)</sup> A. Haleuy , and B. Brody : "Brain death : reconciling definitions , criteria , and tests" , Ann. Intern. Med. , (1993) 119 , 519

<sup>(٨١)</sup> Civ. , 1re. , 19 oct. 1999 : Bull. civ. 1 , no. 283 , D. 1999 , I R . 256 – Petites affiches 23 févr. 2001 , note Py , R T D civ. 2000 , 79 obs. Hauser

<sup>(٨٢)</sup> C F , ass. , 2 juill. 1993 : D. 1994 , 74 , note Peyrical , J C P 1993 , 11. 22133 , note

Gonod , R F D adm. 1993 , 1002 , concl. Kessler , R T D civ. 1993 , obs. Hauser

<sup>(٨٣)</sup> L. – M. Raymondis : "Problemes juridiques d'une définition de la mort" R T D civ.

1969 , p. 29 et s. – B. Calais : La mort et le droit . D. 1985 , chron. 22 et s.

الحوية دفعة واحدة. في البعض الآخر بإطالة بعض الظروف التي يكون الشخص فيها بين الحياة والموت وهي ما يطلق عليها الغيبوبة العميقة<sup>(٨٤)</sup>

17/1/1 - باستعراض الفقرات السابقة عن معيار تحديد مفهوم الموت نجد أن المعيار يتغير بحسب التغير في العلم وفي إختلاف الظروف والأفكار. لذلك يرى الباحث أن التعريف الأخير - موت المخ - هو تعريف ميكيا فيللي ، نفعي ، الغرض منه تسهيل عمليات زراعة الأعضاء بعيداً عن المشاكل الطبية أو القانونية التي قد تنشأ. فهو يهدف بالمقام الأول تأجيل عملية إعلان الموت وفي نفس الوقت إطالة أعمار الأعضاء المطلوب زرعها. وآية ذلك أن تبرير هذا التعريف في الأدب الأمريكي والفرنسي يأتي من مواكبته للتطور في عمليات زراعة الأعضاء. حتى أن القانون الفرنسي - وهو لا يضع تعريفاً للموت بعكس القانون الأمريكي - فإنه بصدد تنظيمه القانوني لعمليات زراعة الأعضاء إعتترف ضمناً بأن المعيار المعول عليه هو صور رسام المخ الكهربائي. فضلاً عن الفكرة النفعية وراء هذا التعريف فإنه بحكم التطور السابق على ظهوره يظل تعريفاً مؤقتاً يحكمه التطور العلمي. فإذا وصل العلم إلى أمور أخرى قد يختلف الأمر. وهذا يجعلنا ننظر بشيء من الإعجاب ذلك أن الأديان السماوية بتقدير رباني لم تيسر أو تعلن عن الحد الفاصل الذي يمكن إعتبار الإنسان فيه ميتاً. فلم يتناول القرآن - بتقدير حكيم - هذا الأمر ، كما صرف فقهاء الشريعة الإسلامية النظر عن ذلك مكتفين بإعطاء تعريفات عامة للموت.

18/1/1 - وإذا كان موت المخ هو المعول عليه حالياً ، فإنه لم يسلم من النقد<sup>(٨٥)</sup>. بعض هذا النقد محل نقد. منهم من غابت عنه حقيقة أن توقف المخ عن أداء وظائفه بصفة نهائية يعنى قطع التيار الكهربائي عن باقى أجهزة الجسد. فإذا عملت لفترة فإنها تعمل إما بقوة الدفع الذاتي أو بما تبقى لديها من طاقة ، لكن الأمر لا محالة ينتهي إلى العطب الكامل لكل ماكينات وأجهزة الجسم البشري. فإذا قيل - نقداً لهذا المعيار - بأن هناك أجزاء في جسد الإنسان مازالت تدب فيها الحياة بعد موت جزع المخ<sup>(٨٦)</sup>. فهو يتجاهل حقيقة النهاية المحتومة عند موت المخ والذي يعقبه الغيبوبة الكبرى أو النهائية والتي تقطع بيقين إنتهاء الحياة بغض النظر عن إستمرار خلايا القلب أو غيره في العمل لفترة. وفضلاً عن ذلك فإن هذا النقد يتجاهل أن الموت واقعة بيولوجية تحدث على مراحل متعددة : (الموت الإكلينيكي : توقف القلب

<sup>(٨٤)</sup> François Terré : Introduction générale au droit , 3e.. ed. Dalloz (1996) no. 325 , p. 285

<sup>(٨٥)</sup> راجع في تفاصيل نقد هذا المعيار : سلطان الجمال : المرجع السابق ص ٨٧-٩١ والمراجع المشار إليها

<sup>(٨٦)</sup> د. ندى محمد نعيم الدقر : "موت الدماغ بين الطب والإسلام" ص ٧١ ، ٧٢ - د. صفوت حسن لطفى : "أسباب

تحريم نقل وزراعة الأعضاء الآدمية" ص ٢٠ - د. مصطفى محمد الذهبي : نقل وزراعة الأعضاء بين الطب والقانون ص

١٠٧ وما بعدها - د. محمد عبد الجواد : "بحوث في الشريعة والقانون في الطب الإسلامي" ص ٢٨ - د. إيهاب يسر

أنور : "المسؤولية المدنية والجنايئة للطبيب" ص ٢٧٩ ؛ مشار إليهم في سلطان الجمال : رسالة الماجستير السابقه ص ٨٨

والرئتان عن العمل ؛ الموت الدماغى : توقف خلايا المخ ؛ موت الخلايا وهى آخر ما يموت فى جسم الإنسان). وإدراكاً من إتحاد الأطباء العالمى لهذا المزلق فى النقد جاء إعلان سيدنى فى عام ١٩٦٨ أن "الموت على مستوى الخلية أو مستوى الأنسجة تختلف فى تحملها لحرمانها من الأوكسجين ، وليس المهم تحديد موت الأعضاء المختلفة أو مجموعات الخلايا وإن وجود عضو أو مجموعة من الخلايا حيه لا يعنى بالضرورة أن الكائن ذاته حى"<sup>(٨٧)</sup>. لذلك يمكن الحكم على معيار موت المخ بأنه تحكمى وأنه الأفضل من بين البدائل الأخرى. فإذا رأى البعض نقداً لهذا المعيار - صعوبة تحديد أى من مراحل الموت التى يمكن إعتبار الإنسان عندها ميت<sup>(٨٨)</sup> ، فإنه يستحيل مع هذه الثوابت حالياً تحديد هذه المرحلة إلا بتدخل تحكمى مبني على أسس علمية ، ومن ثم لا يعتبر ذلك من قبيل النقد لأنه لا يقدم أى حل بديل.

ينتقد البعض هذا المعيار بحسبانه يفتح الطريق أمام احتمالات المتاجرة بالأعضاء البشرية وخلق سوق لها يستفيد منه ذوى القدرة المالية مما يتزايد معه الفساد وخراب ذمم بعض المهنيين وسريان الحقد بين فئات المجتمع. لاشك أن ظهور فكرة زراعة الأعضاء هى المحرض الرئيسى لظهور هذه المفاصد الإجتماعية وليس معيار موت المخ. إذ أن آلية الحاجة وإشباعها ومدى توافرها هو الموجه لسلوك البشر فإذا أحسن تنظيمها تشريعياً وتنفيذاً وتطبيقاً إنخفضت نسب الإنحراف. وهنا يقول الباحث أن طوفان وإعصار نقل وزراعة الأعضاء البشرية شأنها فى ذلك شأن وسائل التقنية الحديثة فى شتى المجالات ، يفتح معظم مناطق العالم ومنها مصر بسبب الحاجة الملحة التى يفرضها حتى ولو ببصيص الأمل لدى المرضى المحتاجين لنقل وزراعة الأعضاء. ومن البدهي أن الإنسان يسعى لإشباع حاجته ولن يعدم وسيلة - أيا كانت - فى الحصول عليها ، فلا أقل من توفيرها مع التنظيم القانوني الجيد بتحقيق الرضا الكامل الصحيح من المعطى دون ضغط من الحاجة والفاقة أو أى ممارسات سيئة ضده. وذلك حسماً للجدل الدائر حول شرعيتها ومدى قبولها إجتماعياً والذى لن يقف طويلاً أمام الحاجة العملية.

أما احتمال خطأ الأطباء فى تشخيص موت المخ ، فالخطأ وارد على أى معيار ، سواء كان المعيار مفرداً أو عدة معايير مجتمعة ، لأن التشخيص عمل إنساني يحتمل الخطأ والصواب. ولا يعيب معيار موت المخ الخطأ فى تشخيصه إستناداً لباب سد الذرائع كما يقول بذلك البعض<sup>(٨٩)</sup> ، لأن التنظيم الجيد يقلل إلى حد كبير من احتمالات الخطأ أو العمد بطلب أكثر من تقرير من أطباء وإستشاريين معتمدين مع إستبعاد من هو ضالع فى عملية النقل والزرع.

<sup>(٨٧)</sup> د. عصام الدين الشربيني : "الموت والحياة بين الأطباء والفقهاء" ، بحث مقدم إلى ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها

فى المفهوم الإسلامى التى نظمتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بتاريخ ٢٤ ربيع الآخر سنة ١٤٠٥ هـ - ١٥ يناير عام

١٩٨٥ ، ص ٣٥٢-٣٥٣

<sup>(٨٨)</sup> د. إيهاب يسر : المرجع السابق ص ٥٨٠

<sup>(٨٩)</sup> د. محمد الشنيطى : أحكام الجراحة الطبية ، مشار إليه فى سلطان الجمال ص ٩١ هامش ٢

يدلل البعض على عدم جدوى معيار موت المخ على حالات غير عاديه لتوقف المخ عن العمل فترة وصلت عند امرأة فى الخليج العربي إلى شهرين ثم أفاقت بعد أن شخص الأطباء حالتها بأنه تمزق فى شرايين الدماغ ، وغيرها من الحالات التى حدثت فيها غيبوبة. وهذا النقد يستند إلى تجارب شخصية لبعض الحالات تشير بقوة إلى أنها أولاً حالات تخرج عن نطاق التفكير العلمي المعملية وتتدخل فى دائرة آيات أخرى للخالق عز وجل مثلها مثل الرجل الذى أماته الله مائة عام<sup>(٩٠)</sup> ، أو ما ورد فى قصة أصحاب الكهف حيث لبثوا فى كهفهم ثلاثمائة سنين وإزدادوا تسعاً. هذه الأمور الميتافيزيقية تخرج عن قدرة تفكير البشر وليست مبرراً لواد الإنتاج العلمي الإنسانى والحكم بمعيار الإعجاز الإلهي الذى يختص به وحده على عمل إنسانى قابل للتغيير والتطور وخاضع للخطأ والصواب بالمعايير المادية التى يدركها البشر.

حقيقة أن رسام المخ الكهربائي قد لا يستقبل الإشارات الصادرة من خلايا المخ العميقة ، وحقيقة قصوره عن إثبات قاطع لتوقف خلايا المخ عند الأطفال المصابين بغيبوبة أو فى حالة إنخفاض درجة الحرارة دون المعدل الطبيعي ، لكن ذلك لا يعيب المعيار فى حد ذاته بقدر ما يعيب وسيلة التحقق منه وهى رسام المخ الإلكتروني. فلا يعنى قصور الوسيلة إلى إنكار الأصل. والوسيلة كغيرها خاضعة للتطور والتحديث لتصبح أكثر قدرة ودقة ، وقد يكملها أو يستعاض عنها بإستحداث وسائل أخرى.

ولكنه ما وجه من نقد لهذا المعيار إقتراح البعض<sup>(٩١)</sup> أن يكون المعيار الذى تنتهى به الحياة وتزول الشخصية القانونية هو "توقف جميع أجهزة الجسم عن أداء وظائف الحياة توقفاً كلياً أبدياً أى التوقف النهائي لكل من القلب والمخ والرئتين عن العمل". وهو حل توليفي يؤدى إلى تعقيد وبطء عملية إعلان لحظة الموت ؛ إذ يستغرق كل من هذه التوقيفات بعض الوقت ويحتاج التأكد من كل منها إلى أجهزة تصوير دقيقة. ومع هذا الحل يستحيل فى حالات كثيرة إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء لعدم صلاحيتها بالموت. لذلك يرى الباحث أن معيار توقف المخ كاملاً ونهائياً عن العمل يفرض نفسه - لأسباب عملية - لى يكون معياراً كافياً.

#### إمتداد الشخصية بعد الموت :

19/1/1 - لا يعنى إعلان وفاة الشخص الإنهاء الفوري للشخصية القانونية وعدم تمتع الشخص الميت بأى حق أو حماية قانونية. فالقانون الفرنسي يسمح - إستثناءً - بإمتداد شخصية الإنسان إلى ما بعد الموت للتمتع بحماية لبعض الحقوق. فهو يجرم التشهير والتعريض لذكرى الموتى بموجب تشريع ٢٩ يوليو عام ١٨٨١ الخاص بالصحافة. وعلى المستوى المدني يمكن المطالبة بتعويض نقدي من الفاعل. وقد يتساءل المرء عن المقصود بهذه الحماية ، إذ أنها ليست للأموال بقدر كونها للأحياء من الورثة ، لكن مبرر هذه الحماية هو إرتباط الورثة - إجتماعياً وفى عيون الرأى العام - الوثيق بمورثهم<sup>(٩٢)</sup> فهى لمصلحة الأسرة والنظام الحسن فى المجتمع<sup>(٩٣)</sup>.

<sup>(٩٠)</sup> سورة البقرة الآية ٢٥٩

<sup>(٩١)</sup> سلطان الجمال : المرجع السابق ص ٩٣

<sup>(٩٢)</sup>

وتمتد حماية القانون لتشمل جثة المتوفى وعدم التفريط فيها بعد نهاية الإقامة في المستشفى<sup>(٩٤)</sup>. وتدق التفرقة فيما يتعلق ببتير أعضاء من الجثة لأغراض علاجية وهنا يكون الرضا مفترضاً ، وبين البتير لأغراض علمية وهنا يجب الحصول على رضا صريح ، وبين تشريح autopsy الجثة بغرض معرفة أسباب الوفاة وهنا يغيب عنصر ضرورة الرضا وإخبار الأقارب<sup>(٩٥)</sup>. كما تتمتع الأعضاء البشرية المتحللة داخل القبر بالحماية. وقد فسر القضاء الفرنسي المادة ٢/١٦ من التقنين المدني الفرنسي التي تعطيه سلطة إتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف الإعتداء غير القانوني على عناصر أو منتجات الجسد البشري ، على أن جثة الفرد هي محل ملكية مشتركة للأسرة مصونة ومقدسة<sup>(٩٦)</sup>.

وتوجد قاعدة عامة في قانون المواريث مقتضاها أن الورثة يصبحون إمتداداً لشخصية المتوفى (المورث) فيما يتعلق ببعض الحقوق والواجبات. هذا يعنى إعتراف القانون بأن سلطان الإرادة الإنسانية يظل إلى ما بعد الموت "le pouvoir de la volonté au delà de la mort" ، وهو يبدو جلياً في الوصية ، وفي التصرف في أمواله دون أن توجد نفسه ، فبينما هو في قبره في الجانب الآخر من الوجود تظل أمواله تنفق على أمور قررها هو حال حياته<sup>(٩٧)</sup>. ومنها أيضاً تنظيمه لإجراءات دفنه وشكل مقبرته<sup>(٩٨)</sup>.

20/1 - وقد أقرت الشريعة الإسلامية سريان إرادة الشخص في بعض التصرفات بعد الموت وذلك في نظامي الوصية والوقف. ولم تقيد من سلطان هذه الإرادة إلا إذا كانت تسبب ضرراً للورثة لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام". وكما روى سعيد بن منصور بإسناد صحيح قال ابن عباس : "الإضرار في الوصية من الكبائر". فإذا أريد بأى من التصرفين مخالفة فرائض الله عز وجل يعتبر التصرف من أساسه باطلاً.

أما فيما يتعلق بإمتداد أهلية الوجوب للمتوفى إلى ما بعد الموت. إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في ذلك بالنظر لإختلافهم في إمكانية بقاء الذمه أو فنائها بالموت. وإنحصرت وجهات النظر المختلفة في ثلاثة مداخل : الأول : يرى أنه بموت الإنسان تبطل الذمه ومن ثم تنتهى الشخصية<sup>(٩٩)</sup> ، وذلك مذهب بعض الحنابلة<sup>(١٠٠)</sup>.

B. Starck , H. Roland , et L. Boyer , opcit 2e. ed. p. 381 – 382

(٩٣)

Paris , 1re ch. B , 8 févr. 1990 ; D. 1990 , I R , 60

(٩٤)

T A . Nantes. 6 janv. 2000 , D. 2000 . I R. 101 , J C P 2000 , 11. 10396 note Prieur

(٩٥)

T G I Lille , ord. , 5 déc. 1996 ; D. , 1997 , 376 , note X. Labbé \_ T G I Lille , 23 sept.

(٩٦)

1997 Petites affiches

(٩٧)

Carbonnier , Droit Civil , opcit p. 164

Starck , Roland , et Boyer opcit n. 981

(٩٨)

(٩٩) (مع المغنى) الشرح الكبير : للإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامه ، المتوفى سنة ٦٨٢ هـ ، وهو شرح لمتن

وذهب رأى آخر إلى بقاء الذمه ، وأهلية الوجوب ، بعد الموت للوفاء بما عليه من حقوق حال حياته. مثال ذلك مسئوليته عن ضمان المبيع المعيب وعن الفعل الضار الذى تسبب فيه. ويستوفى هذا الضمان من التركة<sup>(١٠١)</sup> ، مع إمكانية كسب حق جديد حيث أجاز المالكية الوصية للميت إن كان يعلم الموصى بموته ، وكانت الوصية حينئذ من جملة تركته<sup>(١٠٢)</sup>. وهذا رأى الشافعية ، والمالكية ، وبعض من الحنابلة<sup>(١٠٣)</sup>

أما الرأى الأخير فهو رأى الحنفية<sup>(١٠٤)</sup> وينحو نحو الوسطية والتوفيق بين الرأيين السابقين. فالموت عندهم لا يبطل الذمه وإنما يوهنها إلا إذا ترك المتوفى مالا أو كفيلا حينئذ تبقى الذمه. وغير ذلك لا تبقى الذمه وتنتهى بالموت. ولعل دافع الحنفية إلى القول بهذا الرأى هو أسلوب تفكيرهم ومنهجهم القائم على وجود قواعد عامه تنطبق على الجزئيات والفرعيات. وتقديراً للقول بإنتهاء الذمه بموت الشخص مع وجود حالات قد يثبت فيها بعض الحقوق له أو عليه ، ومثالها الصيد الذى يتعلق بشبكة نشرها الشخص قبل وفاته ثم ظل متعلقاً بها بعد الوفاة ؛ أو إذا حفر حفرة فى الطريق العام أثناء حياته ثم وقع فيها حيوان مملوك للغير بعد وفاته. وفى الحالة الأولى يكون الصيد ملكاً للمتوفى ويدخل فى تركته ، وفى الحالة الثانية يضمن قيمة الحيوان ، وتؤخذ من تركته. وهذه النظرية كما حللها بعض الفقهاء المحدثون<sup>(١٠٥)</sup> مبنية بناءً إستثنائياً على الضرورة منشأً وحدوداً. فإذا إنعدمت الضرورة وجب إعتبار الذمة منعدمة بالموت.

ولا شك أن الضرورة تقضى بإفترض وجود الذمه بعد الموت ، إستيفاء لحقوق الميت حتى تتم تصفية تركته ، ووفاء لما عليه من إلتزامات.

---

<sup>(١٠٠)</sup> القواعد : للحافظ زين الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي المتوفى سنة

٧٩٥هـ ، راجعه وعلق عليه طه عبد الرؤف سعد ، مؤسسة نبع الفكر العربي للطباعة ، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٢هـ ،

(١٩٧٢) م ، القاعده ٨٢ ص ١٨٢ والقاعده ٨٥ ص ٢٠٦

<sup>(١٠١)</sup> الشيخ على الخفيف : الحق والذمه ص ٩٤

<sup>(١٠٢)</sup> د. بلال مهران : المرجع السابق ص ١٢٧

<sup>(١٠٣)</sup> شرح المنهاج : مغنى المحتاج إلى معرفة معانالفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب ، المتوفى سنة ٩٧٧هـ ، مطبعة

مصطفى الحلبي (١٣٥٢-١٩٣٣) ج ٣ ص ٣ - شرح مختصر خليل فتح الجليل : للعلامه أبى عبد الله محمد بن عبد الله

الخرشي ، المتوفى سنة ١١٠١هـ ، الطبعة الثانية ، المطبعة الأميرية الكبرى (١٣١٧هـ) ج ٨ ص ١٩٧، ١٩٦ - القواعد

لإبن رجب القاعده ٨٢ ص ١٨٢ والقاعده ٨٥ ص ٢٠٦

<sup>(١٠٤)</sup> نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار للعلامه شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زاده ، المتوفى سنة ٩٨٨هـ

، الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية الكبرى ، ج ٤ ص ١٤٣٣ وما بعدها - التلويح على التوضيح : المرجع السابق ج ٢

ص ١٧٨

<sup>(١٠٥)</sup> الشيخ على الخفيف : الحق والذمه ، المرجع السابق ص ٩٥ - الأستاذ/ مصطفى الزرقا : الفقه الإسلامى فى ثوبه

الجديد ، المدخل إلى نظرية الإلتزام العام فى الفقه الإسلامى ، مطبعة طربين ، دمشق (١٣٨٤هـ-١٩٦٥م) ص ١٩٨

## المطلب الثالث : محل الحق فى الحياة

21/1/1 - بعد رفض المجتمع الإنساني لفكرة الرق وإنهاء هذا النظام رسمياً فى فرنسا عام ١٨٤٨ ؛ وبعد إلغاء نظام الموت المدنى الذى كان معمولاً به أيام الرومان ؛ ومنذ أن عرف الإنسان الأديان السماوية وما تحض عليه وما أتت به من قيم سامية ؛ وتراكماً للثورات الإنسانية والتحولات الجذرية الإجتماعية فى العصر الحديث منذ إندلاع الثورة الفرنسية ؛ ومنذ بدأت المجتمعات الإنسانية إلى التفاهم والحوار المشترك من أجل المصلحة المشتركة فتكونت المنظمات العالمية والإقليمية وعقدت الإتفاقات الثنائية والمعاهدات الدولية ؛ أصبح الشخص الطبيعي ، الإنسان ، محل ومحور الإهتمام الأول للنظم القانونية العالمية. وأهم مظاهر هذا الإهتمام هو حماية حياة الإنسان التى أكدتها الإتفاقيات الدولية<sup>(١٠٦)</sup> وتبنتها القوانين المحلية فى دساتيرها أو قوانينها الجنائية أو المدنية<sup>(١٠٧)</sup>. وقد يتنوع الجزاء بحسب القانون المطبق بين العقوبات البدنية والتى تصل إلى الإعدام أو السجن بمقتضى القوانين الجنائية وبين التعويضات النقدية الجابرة والعقابية وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية أو الفعل الضار. وإعتبرت الشريعة الإسلامية أن الأصل فى خلق الأدمي هو أنه معصوم النفس محقون الدم مضموناً عن الهدر فيجب صون حقه فى البطلان<sup>(١٠٨)</sup>. وذلك تصديقاً لقول الحق سبحانه وتعالى : "ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق"<sup>(١٠٩)</sup> ، وقول نبيه الكريم : "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسوله إلا

<sup>(١٠٦)</sup> المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠/١٢/١٩٤٨ ؛  
والمادة الثالثة من الإتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية ، التى وافقت عليها الجمعية العمومية للأمم المتحدة فى ١٦/١٢/١٩٦٦ وتعتبر مكملة للإعلان العالمي ؛ والمادة الثانية بالتكامل مع المادة الثالثة من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان E D H . التى وقع عليها الدول الأعضاء فى المجلس الأوروبي فى ٤/١١/١٩٥٠ وهى تؤكد الحق فى الحياة ولا تسمح بالخروج عنه مطلقاً فى أوقات السلم ، وهى بذلك تكرر أحد القيم الأساسية التى تقوم عليها المجتمعات الديمقراطية فى المجلس الأوروبي ، وهى لا تسمح بالخروج عن هذا المبدأ إلا فى حالات الضرورة القصوى المنصوص عليها فى المواد من ٨ إلى ١١ من الإتفاقية مع الدقة المتناهية فى تطبيق معيار الضرورة؛ والمادة الرابعة من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان ؛ وأخيراً المادة الثالثة من مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان. أنظر فى ذلك : عبد العظيم الجوزورى : "الحماية الدولية لحقوق الإنسان وتطوير القانون الدولى" ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة ٧٠ ، العدد ٣٧٧ ، يوليو (١٩٧٩) - د. محيي الدين عشموى : حقوق المدنيين تحت الاحتلال الحربي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، (١٩٧٢)  
<sup>(١٠٧)</sup> (1986) , 11éd. , Paris , V. P. Dubois : Le physique de la personne , thèse , أنظر أيضاً  
التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى ، القسم الثانى حيث يمنع أى ولاية من الولايات المتحدة الأمريكية من حرمان الإنسان من حقه فى الحياة.

<sup>(١٠٨)</sup> تكملة البحر الرائق ، شرح كنز الدقائق ، محمد بن حسين بن علي الطورى ، الحنفى القادري ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ج ٨ ص ٣٧٢  
<sup>(١٠٩)</sup> سورة الإسراء من الآية ٣٣

بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة<sup>(١١٠)</sup>. وعن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "أكبر الكبائر الإشراف بالله ، وقتل النفس ، وعقوق الوالدين ، وقول الزور ، أو قال وشهادة الزور"<sup>(١١١)</sup>. لذلك فإن فقهاء الشريعة الإسلامية في ترتيبهم للضرورات الخمس قدموا المحافظة على النفس قبل المال. وتنوع جزاء الإعتداء على الحق في الحياة في الشريعة الإسلامية - ليس وفقاً لتنوع القانون المطبق ، لأنها شريعة واحدة - وإنما على أساس توافر العمد في القتل من عدمه ، بين القصاص والدية.

ويأتى هذا الإهتمام بالحق في الحياة الذي يعتبر مبدءاً من مبادئ النظام العام<sup>(١١٢)</sup> من أن الإعتداء عليه يعتبر مساساً بالغريزة الفطرية وهي حب البقاء<sup>(١١٣)</sup> ؛ ويسلب حياة المعتدى عليه ، أى إنعدام الشخص L'aneantissement de la personne ، فالحياة تعتبر "أعلى وأثمن ما يملكه الإنسان بحيث إذا فقدها يعتبر أعظم الأضرار التي يمكن أن تصيب الإنسان على الإطلاق"<sup>(١١٤)</sup>

والإنسان ، الشخص الطبيعي ، مجرد عن أى دين أو جنسية أو جنس أو لون أو سن ، هو صاحب ومحل هذا الحق. وكلمة شخص personne باللغة الفرنسية هي ترجمة لكلمة persona في اللغة اللاتينية. وهي تعنى في الأصل القناع الذي يضعه الممثل على وجهه ليمثل أدواراً مختلفة على المسرح ويفيده في جعل صوته أكثر رنيناً. ومع الزمن أستخدمت الكلمة للتعبير عن الدور أو الشخصية التي يجسدها الممثل على المسرح. ويتزامن مع ذلك في الحقيقة أن لكل إنسان دور يلعبه في المجتمع. وقد وافق على هذا التفسير الإشتقاقي عدد كبير من الفقه<sup>(١١٥)</sup>. والشخص هو كل كائن حي تضعه إمرأه<sup>(١١٦)</sup>. والواقع أن تعريف وطبيعة الشخصية الإنسانية إستغرق مجهود رجال الأدب والقانون والدين والفلسفة عبر تاريخ طويل بدءاً من ملاحظات الرومان لصفات الشعوب البربرية الذين عاشوا على حدود الإمبراطورية العسكرية للقيصر. إلا أن أهم رصد لدراسات الشخصية جاء في كتابات العالم النفسي الألماني Wilhelm Wundt في منتصف القرن التاسع عشر. ومعظم هذه الدراسات تشير إلى أنها تنظيم لسمات أو خصائص داخل الفرد organization of traits or characteristics within the individual ، أو أنها حاصل مجموع صفات الفرد

<sup>(١١٠)</sup> عن عمر بن حفص عن أبيه عن الأعمش عن عبد الله بن مَرْه عن مسروق عن عبد الله ، أنظر فتح الباري : المجلد

١٢ ، حديث رقم ٦٨٧٨ ، ص ٢٣٣-٢٣٨

<sup>(١١١)</sup> فتح الباري : ج ١٢ ، حديث رقم ٦٨٧١ ص ٢٢٢ ، عن عبيد الله بن أبي بكر عن أنس

<sup>(١١٢)</sup> Carbonnier : Droit civil , no. 89 , p. 309

<sup>(١١٣)</sup> ريبير : ثمن الألم prix de la douleur ، دالوز ١٩٤٨

<sup>(١١٤)</sup> السنهوري : الوسيط ج ١ ، ص ١٠٤١ ، هامش ١

<sup>(١١٥)</sup> Accarias : Précis de droit romain , les personnes , Paris (1882) p. 81 – Baudry

Lacantinerie : droit civil , Tome 1 , p. 470

<sup>(١١٦)</sup> عوض محمد : جرائم الأشخاص والأموال ، دار المطبوعات الجامعية ، ص ٧ – محمد سعيد خليفه : المرجع السابق



total sum of the characteristics of the individual. وفى ذلك فإن الفرد يشارك بعض هذه الخصائص مع أفراد آخرين وفى نفس الوقت يتميز كل فرد عن غيره بتركيبية فريدة من الخصائص (مكونات بيولوجيه ، ونفسيه من مشاعر وأحاسيس وأسلوب تفكير ورد فعل ، وقدرات وملكات ومهارات) والدرجة التى يفصح بها عنها<sup>(١١٧)</sup>. مجموع هذه المكونات تعمل فى تناسق من أجل إستمرار الفرد فى الحياة ، وأى تعطيل كامل لها على نحو دائم يفقد الفرد وجوده ، هو فى نفس الوقت إعتداء على المصلحة التى يحميها القانون فى أن يظل جسم الإنسان مؤدياً القدر الأدنى من وظائفه الحيويه<sup>(١١٨)</sup>. ومن ثم يستلزم المسؤولية المدنية – إلى جانب المسؤولية الجنائية – ويلزم الفاعل بالتعويض ، على أساس أن الضحية – بالموت – فقد فرصة الإستمرار فى الحياة والتمتع بالقدرة على العمل والتكسب من ناتج عمله خلال المدة الإحتمالية لحياته والتى من المتوقع أن يستطيع خلالها توظيف إمكانياته المادية والمعنوية لتحقيق منافع له.

22/1/1 - خلاصة العرض السابق أن محل الحق فى الحياة هو الإنسان ، ومن ثم فإنه يفترض فى مضمون هذا الحق أن يدور فى فلك الإنسان كمجموعة وظائف متكاملة تتيح لهذا الكائن الإستمرار إلى أقصى ما يمكن فى الحياة ؛ وكرقم فى النوع الإنسانى يؤدى دوراً بيولوجياً هو حفظ النوع ، ودوراً إجتماعياً وهو المساهمة الإيجابية مع غيره فى خلايا إجتماعيه بدءاً من الأسرة والعائلة والدولة والأمه إلى المجتمع الإنسانى. ويكون شاغل القانون هو منع وتأتيم أى إعتداء على الإنسان يؤدى إلى تعطيل الوظائف التى يقوم بها تعطيلاً كاملاً ؛ وإعتبار ذلك الفعل فعلاً ضاراً مسبباً لأضرار جسيده للضحية و[ضرار مادية ومعنويه لغيره ممن ترتبط حياتهم به.

## المبحث الثانى : الضرر الموت

### ماهية وطبيعة ضرر الموت

#### المطلب الأول : ماهية ضرر الموت

23/1/1 - يمكن النظر إلى الأضرار التى يسببها الموت من زاويتين : زاوية موضوعية وزاوية شخصية. أما الضرر منظوراً إليه من الجانب الموضوعي فهو الخصم غير المشروع من عدد السنوات التى كان من المفترض أو المتوقع أن يعيشها

<sup>(١١٧)</sup> هذه التركيبية الغريبة أدت إلى القول العامي بأن الإنسان له أكثر من شخصيه. أنظر مسح كامل للنظريات الأساسية

فى الشخصيه: C. S. Hall and G. Lindzey : Theories of personality , 2<sup>nd</sup>. ed. (1970).

<sup>(١١٨)</sup> د. محمود نجيب حسنى : "الحق فى سلامة الجسم ، ومدى الحماية التى يكفلها له قانون العقوبات " ، مجلة القانون

والإقتصاد ، العدد الثالث ، س ٢٩ ، (١٩٥٩) ، ص ٥٣٧

الضحية لولا الإعتداء الذى أودى بحياته<sup>(١١٩)</sup>. هذا الشق يتميز بالموضوعية المطلقة ، بمعنى أنه ثابت غير متغير. ويرجع هذا التميز إلى إرتباطه بقيمة الحياة ، وهو أمر يتساوى فى التمتع به سائر البشر لأن ذلك هو الدور البيولوجى الذى يقوم به الإنسان لحفظ النوع. لذلك لا يختلف رأى وتقدير الضرر من حالة لأخرى ، ويترتب على ذلك عدم الاختلاف فى تقدير قيمة التعويض ويكون حكم التصرف الذى محله حياة الإنسان البطلان المطلق<sup>(١٢٠)</sup>. فضلاً عن ذلك فإن إثبات واقعة الإعتداء فى حد ذاتها كافياً لإثبات الضرر المدعى به ، لما ينطوى عليه من الحرمان من عدد السنوات المفترض أن يعيشها الضحية لولا الفعل الضار من ضرر محقق وحال بالمضرور<sup>(١٢١)</sup>. أى أن الضرر مفترض بمجرد إثبات واقعة الإعتداء ، وهذا يؤكد ما سبق وأن أشار إليه الباحث فى الفصل الثانى من الباب التمهيدى ، وهو الخروج عن القاعدة العامة التى تقضى بضرورة إثبات الضرر فى المسئولية التقصيرية إلى اعتبار أن الضرر ثابت فى الإعتداء على حقوق الشخصيه ومنها الحق فى الحياة. وفيما يتعلق بالجانب الشخصى فى حق الإنسان فى الحياة أو الزاوية الشخصيه التى ينظر فيها إلى ضرر الموت فيتمثل فى قدرة كل فرد الخاصه ومدى توظيفه لها لتحقيق ما كان يصبو إليه خلال سنوات العمر المتوقعه لولا قطعها بالفعل الضار. هذه القدرات وهى جماع الصفات الشخصيه البدنيه والذهنيه ، الجسمانية والعقلية ، والمواهب الطبيعیه الذاتية المكتسبة والموروثة والتى تتميز بالتفرد والشخصية بالمقابلة بالعمومية والموضوعية ، تختلف من شخص لآخر وفقاً لإختلاف القدرات والمهارات الإنسانية وأسلوب كل شخص فى إستغلالها فى إطار عام من العوامل الإيكولوجية التتحيط به ، وحتى هذه العوامل البيئية تختلف زماناً ومكاناً. ولذلك يكون من المناسب المرونة فى تقدير الضرر الذى يصيب الضحية ، مما يجعل التعويض مختلفاً من حالة لأخرى<sup>(١٢٢)</sup>. غير أن البعض وقد إلتبس عليه الفرق بين تقرير الضرر وتقديره ، إعتبر أن هذا الجانب الشخصى مسوغاً للرجوع إلى القاعدة الأصلية وهو أن الضرر واجب الإثبات<sup>(١٢٣)</sup>. ويقول الباحث إن الضرر ثابت بمجرد إتيان الفعل الضار كما سبق القول لأن الأمر هنا هو مجرد تقدير عنصر الضرر وليس إثباته ؛ ولأن العنصر الشخصى مستغرق فى العنصر الموضوعى ففقد عدد من السنوات كان من المفترض أن يعيشها تعنى فقد ما كان يأمل أن يحققه خلال هذه السنوات ، ثم أن حتى القول بإختلاف مقدار التعويض يتعارض مع الإتجاهات

(١١٩) د. محمد ناجى ياقوت : التعويض عن فقد توقع الحياة ، المطبعة العربية الحديثة ، طبعة (١٩٨٠) ص ٤٣ - د. محمد

سعد خليفه : الحق فى الحياة وسلامة الجسد ، المرجع السابق ص ٤٤-٤٥

(١٢٠) د. محمد سعد خليفه : المرجع السابق ص ٤٥

(١٢١) د. ناجى ياقوت : المرجع السابق ص ٤٥ - طه عبد المولى طه إبراهيم ، رسالة دكتوراه ، حقوق المنصوره (٢٠٠٠)

ص ١٢٣

(١٢٢) د. محمد سعد خليفه : المرجع السابق ص ٤٥

(١٢٣) طه عبد المولى طه إبراهيم : المرجع السابق ص ١٢٣

الحديثة المتمثلة في أنظمة التعويض الجماعي والتعويضات النقدية المقدره جزافياً والمقررة مسبقاً كنظام الدية في الشريعة الإسلامية أو التعويضات التي تمنحها الصناديق الخاصة بالتعويض عن حوادث الإرهاب أو السيارات أو بعض الجرائم أو صناديق التعويضات الخاصة ببعض الفئات مثل ضباط وأفراد القوات المسلحة أو الشرطه.

#### 24/1/1 - عناصر ضرر الموت :

١ - تعتبر واقعة الموت في حد ذاتها العنصر الأساسي في ضرر الموت ، لأنها مساس بحقه في الحياة ، أغلى وأثمن ما يمتلكه الإنسان. وما يترتب عليه من عدم القدرة على العمل وكسب الحقوق<sup>(١٢٤)</sup>. كما أنه في لحظة الإعتداء فقد شيئاً حلالاً في ذمته وهو حقه في سلامة قدراته البدنية والذهنية وما يترتب عليها من آثار أخرى خلال المدة الطبيعية لحياته ، وهو ضرر مادي حال محقق<sup>(١٢٥)</sup>

٢ - إنعدام فرصة تحقيق مكاسب مادية سواء في الدخل المتوقع بكافة عناصره من أجور أو أتعاب أو أرباح أو عوائد استثمار وخلافه. وبنفس القدر يمكن القول بأن واقعة الموت تمثل ضرراً للغير (المعالين) يتمثل في الإخلال بمصالح أو حقوق ماليه.

٣ - يسبب الفعل غير المشروع المفضي إلى الموت في لحظة الإحتضار زفريات آلام مبرحه نتيجة الإصابات البدنية الوحشية ، وهذه هي أهم الأضرار البدنية<sup>(١٢٦)</sup>

٤ - كما يشعر الضحية بالآلام معنوية<sup>(١٢٧)</sup> تتمثل في إنطفاء حياته وعصف الردى بسراج عمره. وأن آماله وأحلامه وطموحاته قد توقفت إلى الأبد. فهي لحظات من الحزن والأسى العميق. وبطبيعة الحال فإن هذه الآلام قد عايشها الضحية قبل الموت وأياً كانت فترة إمتدادها فهي ثقيلة على نفسه وبالمقابل تنعكس آثارها على المحيطين به من أهله وذويه في شعورهم باللوعة والحسرة والجزع. ويمثل شمول التعويض لهذه الأضرار الأدبية إرتقاء بشخص الإنسان ومشاعره. فالمقصود من إقرار الحق في التعويض عن الأضرار الأدبية هو حماية المميزات التي يملكها الإنسان<sup>(١٢٨)</sup>. وهذا هو أساس سياسة النظام القانوني الفرنسي المنحازة دائماً إلى جانب

<sup>(١٢٤)</sup> د. سليمان مرقس : الإلتزامات فقرة ٣٤٥ ص ٣١٢ ؛ الوافي ص ١٧٣ - H. L. , et Jean Mazeaud :

Leçons de droit civil , T. 2 , no. 1912 - نقض مدني مصري : الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٣١ ق ، جلسة

١٩٦٦/٢/١٧ ، مجموعة أحكام النقض المدني ، لسنة ١٧ ، ص ٣٣٧

<sup>(١٢٥)</sup> د. سليمان مرقس : المرجعين السابقين - طه عبد المولى : رسالة الدكتوراه السابقه ص ١٢٨

<sup>(١٢٦)</sup> د. محمود جمال الدين زكي : الوجيز في نظرية الإلتزام ، ج ١ (١٩٧٦) فقرة ٢٥٦ - فتحى عبد الرحيم عبد الله :

الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات ، المطبعة العربية الجديدة (١٩٩٩) ص ٩١ وما بعدها

<sup>(١٢٧)</sup> أحمد السعيد شرف الدين : إنتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ، مطبعة الحضارة العربية ، الفجالة ، مصر

Mazeaud : opcit no. 1913 - ص ٤٦

<sup>(١٢٨)</sup> R ; Savatier : Les Metamorphoses , Economique et Social du droit privé d'aujourd'hui , T. 3 , Paris (1957) n. 345

المضرور<sup>(١٢٩)</sup>. ولا يجوز الدفع بأن الموت أنهى كل الآلام ، أو أن الفترة التي عاناها كانت قصيرة لأن الحق في التعويض نشأ قبل الموت أى حال حياته متمتعاً بكافة الصلاحيات لإكتساب الحقوق.

## المطلب الثانى : طبيعة ضرر الموت ومدى قابليته للتعويض

1/ 1/ 25 - أولاً : طبيعة ضرر الموت: يرتبط تحديد طبيعة ضرر الموت أو ماهية التكييف القانوني بآثار عمله هامة متعلقة بمدى قابليته للتعويض ومدى إنتقاله إلى الغير. والضرر وفقاً للتقسيم التقليدى هو مادي ومعنوي. وفي هذا الإطار يختلف الفقه في تصنيف ضرر الموت ضمن أى منهما ومن ثم التسليم بالنتائج المترتبة على هذا الوصف. وكان من شطط الاتجاه – مرحلياً – القول بأن الموت كنتيجة لفعل غير مشروع لا يمثل ضرراً مادياً أو معنوياً<sup>(١٣٠)</sup>.

ذهب فريق إلى تكييف ضرر الموت بأنه ضرر أدبي بالنظر إلى أن الفعل غير المشروع المؤدى إلى موت المضرور هو مساس بحق الإنسان فى الحياة ، وهو أحد الحقوق للصيقة بشخصية الإنسان (حقوق الشخصية المتعلقة بالكيان المادي للشخص). وهى من الحقوق الغير مقومه بالمال ، أى من الحقوق الأدبية. فتكون الأضرار الناجمة – بالبدايه – معنوية. ويرتبون على ذلك أنه لا ينتقل الحق فى التعويض عنه إلى الغير وفقاً للتشريع المصرى إلا إذا طالب به المجنى عليه قبل وفاته قضاء أو إتفاق<sup>(١٣١)</sup>. وقيل تبريراً لذلك بضرورة عدم الخلط بين الحياة وهى قيمة غير ماله وبين نتائجها المالهية. ففي الواقع لا تعتبر القدرة على العمل مالاً. وأن نتاج العمل هو فقط الذى يعتبر مالاً<sup>(١٣٢)</sup>.

وقيل رداً على هذا الرأى بأنه وإن كان الحق المعتدى عليه من الحقوق غير المقومة بالمال فإن فعل التعدي يولد أضراراً مادية تتمثل فى فقد قدرته على العمل وعلى كسب الحقوق المالهية. وأن الفعل غير المشروع المؤدى إلى الموت فوت على الضحية فرصة الإستمرار فى الحياة والتمتع بالقدرة على العمل خلال المدة المتوقع أن يحياها وفقاً لظروفه الصحية والسن ومدى الرعاية الصحية والإجتماعية التى يتمتع بها<sup>(١٣٣)</sup>.

Carbonnier : Droit civil , les obligations , opcit no. 900 , p. 312 – 315

(١٢٩)

(١٣٠) طه عبد المولى : رسالة الدكتوراه السابقه ص ١٣٣ ، ١٣٤

(١٣١) د. عبد الحى حجازى : النظرية العامة للإلتزام ج ٢ ، مصادر الإلتزام ، المصادر غير الإرادية ، مطبعة نخضة مصر ،

(١٩٦٣) ص ٤٧٦ – السنهورى : الوسيط ج ١ ، فقره ٥٧٩ – سعيد عبد السلام : رسالة الدكتوراه السابقه ص ٩٠

(١٣٢) تعليق كاييتان على عرائض ٣ إبريل سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ حيث يقول : La force de travail n'est pas

un bien , seul les produits de travail sont des biens

(١٣٣) سليمان مرقس : الواقى ، ٢ المجلد الثانى ، القسم الأول فى الأحكام العامه ، ص ١٧٩

وهكذا نشأ الرأي القائل بأن ضرر الموت هو ضرر مادي بحث من طيات تزعم بعض الفقه لدحض الرأي القائل بأنه ضرر معنوي<sup>(١٣٤)</sup> ، وسار معه بعض أحكام القضاء التي إعتبرت أن "أبلغ أنواع الضرر المادي الذي لحق به عند الموت والذي فقد به أثمن شيء مادي يملكه وهو حياته"<sup>(١٣٥)</sup>. وتبنت محكمة النقض المصرية هذا الرأي وقالت "ولئن كان الموت حقاً على كل إنسان إلا أن التعجيل به إذا حصل بفعل فاعل يلحق بالمجنى عليه ضرراً محققاً إذ يترتب عليه فوق الآلام الجسدية التي تصاحبه حرمان المجنى عليه من الحياة وهي أعلى ما يملكه الإنسان بإعتبارها مصدر طاقته وتفكيره"<sup>(١٣٦)</sup>.

وذهب رأي أخير إلى وصف ضرر الموت بأنه حيوي موضوعي مستقل عن الألم والخسارة المالية الناتجة عنه<sup>(١٣٧)</sup>. والواقع أن ضرر الموت - في رأي الباحث - هو ضرر جسدي أي بدني.

26/1/1 - ثانياً : مدى قابلية ضرر الموت للتعويض : يقول البعض أن الإجابة على هذا السؤال لا تمثل أي صعوبة في حالة إذا وقع الإعتداء لكن بقي المضرور حياً فترة من الوقت بعد الإصابه ثم توفي بسببها. حيث أن الحق في تعويض هذه الإصابه ينشأ ويدخل ذمته قبل وفاته ومن ثم ينتقل إلى ورثته مثله مثل باقى أمواله<sup>(١٣٨)</sup>، وهو مزج بين الضرر الجسدي الناشئ عن الإصابة وبين ضرر الموت. لذلك تدق المسألة في حالة الموت الفوري. ويتعين تحديد وقت نشوء الحق في التعويض عن ضرر الموت. فإذا قيل بأنه نشأ قبل الوفاة فيكون الرد كيف نقرر وقوع الوفاة الذي يترتب ضرر الموت وهو لم يحدث بعد! ؟ وإذا ذهبنا إلى الإتجاه الآخر بالقول بنشوءه بعد الوفاة وهنا نواجه الدعاى القانوني بأنه بواقعة الوفاة لم يعد الضحية صالحاً لتعلق الحقوق به لإنقضاء شخصيته القانونية. ويكون الفصيل في الرأي هو تحديد وقت نشوء الحق في التعويض. إلا أن هذا التحديد كان محل خلاف في الفقه إنعكس في رأيين : ١- أحدهما يرى عدم قابلية الموت للتعويض ؛ ٢- والثانى يرى قابلية ضرر الموت للتعويض على النحو التالى<sup>(١٣٩)</sup> : -

<sup>(١٣٤)</sup> السنهورى : الوسيط ، المرجع السابق فقره ٥٧٢ ص ١١٩٧ - سليمان مرقس : المرجع السابق - فتحى عبد الرحيم : مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ص ٨٩ .

<sup>(١٣٥)</sup> محكمة جنايات الزقازيق ، مشار إليه في نقض جنائي مصرى ١٩٦٧/٣/١٤ ، السنة ١٨ ، ص ١٤٥

<sup>(١٣٦)</sup> الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٣١ ق ، جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ ، مجموعة أحكام النقض المدني ، السنة ١٧ ، ص ٣٣٧ -

أنظر أيضاً : الطعن رقم ٦٥١ لسنة ٢٢ ق ، جلسة ١٩٨٦/١/١٢ ، والطعن رقم ١٤٦٦ لسنة ٤٨ ق ، جلسة

١٩٨١/١/٢٣ ، السنة ٣١ ص ٢٥٥ - وأيضاً نقض فرنسي ٨ أكتوبر سنة ١٩٥٧ - ٤ - ١٦٣

<sup>(١٣٧)</sup> د. محمد ناجى ياقوت : المرجع السابق ص ٤٨

<sup>(١٣٨)</sup> د. على يونس : عقد النقل (١٩٦٥) فقره ٢٠٢ ص ٢٩٠ ، مشار إليه في سعيد عبد السلام ، المرجع السابق ص

٩٢ هامش ١

<sup>(١٣٩)</sup> أنظر في تفصيل هذه الآراء : د. محمد ناجى ياقوت : المرجع السابق فقره ٧ ، ص ١٩ وما بعدها - سليمان مرقس :

الوائى : المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها - لنفس المؤلف : بحوث وتعليقات على الأحكام : المرجع السابق ص ٢٢٣

27/1/1 - أولاً : الرأى المعارض لفكرة التعويض عن ضرر الموت :  
ذهب بعض الفقه<sup>(١٤٠)</sup> وبعض المحاكم<sup>(١٤١)</sup> إلى القول بأن ضرر الموت لا يقابله حق فى التعويض ، متاحجين بالحقيقة الدنيوية هى أن كل نفس ذائقة الموت وهو أمر محتوم على كل إنسان. وبالموت تنتهى جميع الآلام البدنية والنفسية والمشاكل الصحية بصفة عامه فهو لا يحس شيئاً ومن ثم لا يخسر شيئاً ، فضلاً عن أن قيمة الحياة البشرية غير قابلة للتقويم النقدي. كما يحاجون بالقول بأنه فى اللحظة التى فارق فيها الحياة ، لم تعد له ذمة مالية تتلقى الحق فى التعويض ؛ فلا يستحق ورثته هذا التعويض لأنه لم يدخل فى التركة ، وإن كانوا يستطيعون طلب التعويض للأضرار التى لحقتهم بصفته الشخصية<sup>(١٤٢)</sup>

28/1/1 - ثانياً : الإتجاه المؤيد لفكرة أن الموت ضرر مستقل قابل للتعويض<sup>(١٤٣)</sup>. يأتى هذا الإتجاه معاكساً للإتجاه الأول ويبينى حججه على أساس دحض حجج وأسانيد الرأى الرافض لقابلية ضرر الموت للتعويض وتحديد وقت لنشوء الحق يتفق ويؤيد وجهة نظرهم. وتتلخص وجهة نظرهم فى :

(١) إذا كان الموت حق على كل إنسان فهو لا يثير مسألة التعويض إذا حدث نتيجة للسياق العام لعمره أو ظروفه الصحية أو القضاء والقدر. لكن الأمر يختلف إذا تم نتيجة فعل غير مشروع من شخص آخر. فهو بذلك قد إستعجل الموت وقصر الحياة<sup>(١٤٤)</sup>.

— د. أحمد السعيد شرف الدين : المرجع السابق ص ٤٨ وما بعدها — سعيد عبد السلام : المرجع السابق ص ٩٣ وما بعدها — طه عبد المولى : المرجع السابق ص ٩٩ وما بعدها

<sup>(١٤٠)</sup> جوسران ، وبيرسون دى فيليه ودابان ، مشار إليهم فى كل من : سليمان مرقس : الوافى ج ٢ ، الأحكام العامة : المرجع السابق ص ١٧١ هامش ١٠٢ — وطه عبد المولى إبراهيم : رسالة الدكتوراه السابقة ص ١٠٠ هامش (١)

<sup>(١٤١)</sup> Civ. 1, 21 déc. 1965, Dalloz, 1966, p. 181 — وأنظر أيضاً القضايا المشار إليها فى رسالة طه عبد المولى ص ١٠٠ هامش (٢) — وأحكام القضاء الفرنسى المشار إليها فى سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٧٤ هامش ١٠٥

<sup>(١٤٢)</sup> محكمة مصر الابتدائية الأهليه ، ١٠ ديسمبر ١٩٢٣ ، المحاماه ، السنة ٤ ، رقم ٣٥٤ ص ٤٥٧

<sup>(١٤٣)</sup> من هذا الرأى : مصطفى مرعى : المسئولية المدنية ، طبعة (١٩٤٤) فقره ٣٢٥ — السنهورى : الوسيط : المرجع السابق ج ١ ص ١٠٤١ — سليمان مرقس : الوافى : المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها — أحمد سلامه : مذكرات فى نظرية الإلتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الإلتزام ، مؤسسة دار التعاون (١٩٧٥) فقره ١٨٣ — محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى نظرية الإلتزام ، الجزء الأول ، مطبعة جامعة القاهرة (١٩٧٦) فقره ٢٦١ ص ٥٤٥ — ولنفس المؤلف : مشكلات المسئولية المدنية ، الجزء الثانى ، مطبعة جامعة القاهرة (١٩٧٨) فقره ٣٩ ص ١٩٤ — فتحى عبد الرحيم عبد الله : الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات ، الجزء الثانى ، المصادر غير الإرادية : المرجع السابق ص ٨٩ — محمد ناجى ياقوت : المرجع السابق فقره ١٩ ص ٣١ وما بعدها — ومن الفقه الفرنسى : أنظر المراجع المشار إليها فى سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٧٣ هامش ١٠٤

<sup>(١٤٤)</sup> سليمان مرقس : الوافى : المرجع السابق ص ١٧١ — طه عبد المولى : الرسالة السابقة ص ١٠٣

- (٢) لا يمكن التسليم بمقولة أن الإنسان بموته لا يخسر شيئاً ، ذلك أنه بالموت يخسر أعلى ما يحرص عليه الإنسان وهو الحياة لأنها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالى وغير المالى<sup>(١٤٥)</sup>.
- (٣) على عكس ما قيل بأن الضحية لا يخسر شيئاً بحرمانه من الحياة ، إذ يصاحب فترة الإحتضار آلام جسدية ونفسية بالغه يعانيتها ومحاولاً التغلب عليها حباً فى البقاء<sup>(١٤٦)</sup>.
- (٤) إن إفتراض عدم إبداء الميت برغبته فى المطالبة بالتعويض أو إفتراض تنازله عن هذا الحق ومن ثم إنقضائه فروض غير مقنعه ، الغرض منها فقط الترويج لفكرة عدم قابلية ضرر الموت للتعويض<sup>(١٤٧)</sup>.
- (٥) يترتب على القول بعدم وجود ضرر يستحق التعويض للوفاة الفورية التى تحدث نتيجة فعل غير مشروع نتيجة غبر مقبولة لأنها تضع الفاعل الذى يقسو ويجهز على ضحيته فى موقف أفضل - مدنياً - من ذلك الذى يقل عنه قسوة وجبروتاً فيصيبه بأذى لا يقضى عليه فى الحال. إذ يترتب فى ذمة هذا الأخير التعويض عن الأضرار الجسدية التى حاققت بالمضرور ؛ بينما ينقضى هذا الحق بالنسبة للأول. وهى نتيجة شاذة تنافى فكرة العدالة وتعتبر دعوة للتحريض على الإجهاز على حياة الضحية فوراً<sup>(١٤٨)</sup>.
- (٦) إن مصدر نشوء الحق فى التعويض عن ضرر الموت هو الفعل الضار وأنه - بالقطع - نشأ قبل الموت وهو "لا بد أن يسبق الموت ولو بلحظه مهما قصرت كما يسبق كل سبب نتيجته" ، وحينئذ يكون المضرور أهلاً لإكتساب حق التعويض عن الأضرار التى لحقت من جراء الفعل الضار والتى تنشأ فيما بعد ما دامت تعتبر نتيجة مباشرة له. وانتهوا إلى نتيجة عامة فى تحديد وقت نشوء الحق فى التعويض عن ضرر الموت بلحظة وقوع الفعل الضار غير المشروع ولو أدى الفعل إلى الوفاة الفورية ، لأن الموت ما دام نتيجة للفعل الضار فلا بد أن يكون السبب تقدم المسبب ، ويكون نشوء الحق فى التعويض سابقاً بالتالى على حدوث الوفاة<sup>(١٤٩)</sup>.

<sup>(١٤٥)</sup> سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٧٢ - سعيد عبد السلام : المرجع السابق ص ٩٥ - طه عبد المولى : المرجع

السابق ص ١٠٣

<sup>(١٤٦)</sup> ريبير فى مقالته فى دالوز سنة ١٩٤٨ "ثم الألم" - محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى نظرية الإلتزام : المرجع السابق

ص ٥٢ - سعيد عبد السلام : المرجع السابق ص ٩٦ - طه عبد المولى : المرجع السابق ص ١٠٣

<sup>(١٤٧)</sup> جمال الدين زكى : المرجع السابق ص ٥٢ - طه عبد المولى : المرجع السابق ص ١٠٣ ، ١٠٤

<sup>(١٤٨)</sup> سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٧٢ ، ١٧٣ - محمد ناجى ياقوت : المرجع السابق فقره ١٨ ص ٢٨ وما

بعدها H. et L. Mazeaud et Tunc : Traité de la responsabilité civil , 5e. éd. Paris (1945) t. 11, no. 1912

<sup>(١٤٩)</sup> سليمان مرقس : المرجع السابق ص ١٧٢ ، ١٧٣ ، والمراجع المشار إليها فى هامش ١٠٤

(٧) ونتيجة للتحديد السابق لوقت نشوء الحق في التعويض يصبح من اليسير الرد على الزعم القائل بأن إعطاء هذا التعويض لغير المضرور الحقيقي يعد من قبيل الإثراء بلا سبب. لأن الحق سبق وجوده في ذمة المضرور الحقيقي ثم إنتقل بالوفاة إلى الورثة بإعتبارهم خلفاً عاماً له في جميع الحقوق أو بحسبانهم إنما يطالبون بالتعويض نيابة عن المضرور الأصلي<sup>(١٥٠)</sup>. وقد لاقى هذا الإتجاه تأييداً من القضاء الفرنسي<sup>(١٥١)</sup> والقضاء المصري<sup>(١٥٢)</sup> والذي إنتهى بتقريره من محكمة النقض المصرية في حكمها بتاريخ ١٩٦٦/٢/١٧ والذي إنتهت فيه إلى أن ضرر الموت الناتج من الإعتداء على الجسم هو ضرر مادي ، لأنه إخلال بحق المجنى عليه في الحياة وهو ينتقل إلى الغير الورثة الذين يتلقونه عنه في تركته ويحق لهم مطالبة المسئول بجبر ضرر الموت الذى سببه لمورثهم<sup>(١٥٣)</sup>.

## المبحث الثالث

### بعض المشكلات الطبية/القانونية

29/1/1 - فى مناقشة بعض المشكلات الطبية ذات التأثير القانوني أو المشاكل القانونية ذات الطابع الطبي توجد بعض الإعتبارات الجديرة بالذكر. أول هذه الإعتبارات أن الممارسات الطبية الخاطئة أو الإهمال الطبي يقع فى دائرة الأفعال الضارة أو المسئولية عن الفعل غير المشروع فى النظام الأمريكى وليس فى نطاق المسئولية العقدية ؛ لذلك تنصب هذه الدراسة على النظام الأمريكى. ثانى هذه الإعتبارات هو أن القانون متزامناً ومتكاملاً مع المبادئ العامة النابعة من العوامل الإيكولوجية فى المجتمع ، مع قواعد وأسس وأخلاقيات ومعدلات ممارسة مهنة الطب هى الضوابط الأساسية فى إدارة هذه المهنة فى مجتمع ما. وكننتيجة منطقية لهذا الإعتبار تخضع القواعد والأسس والمعايير لقانون حتمية التطور مع التحولات الإجتماعية. فليست كل القيم والمثل التى جاء بها أبيقراط لها نفس القداسة السابقة من حوالى أكثر من ألفى وخمسمائة سنة. والإعتبار الثالث ينشأ من الحقيقة الملموسة وهى أن التطور العلمى الهائل فى مجال الطب ، كما يحمل بين طياته جوانب إيجابية عديدة فى خدمة الإنسان، يحمل أيضاً جوانب سلبية تؤثر فى المناخ الثقافى للمجتمع وأهمها تنامي الفكرة الخادعة بأنه يمكن حصار الموت. رابعاً أن معظم المشاكل تنشأ فى المراحل الأخيرة والحرجة من المرض أى مرحلة الإحتضار وتكون أقسام الرعاية المركزه غالباً المسرح التى تظهر عليه هذه المشاكل. أما الإعتبار الخامس فهو خاص بوجود التفرقة بين إيقاف العلاج عديم الجدوى وترك المريض حتى

<sup>(١٥٠)</sup> طه عبد المولى : المرجع السابق ص ١٠٤ ، ١٠٥

<sup>(١٥١)</sup> أنظر أحكام القضاء الفرنسى المشار إليها فى سليمان مرقس : المرجع السابق هامش ١٠٥

<sup>(١٥٢)</sup> المرجع السابق هوامش ١٠٦ ، ١٠٧

<sup>(١٥٣)</sup> حكم محكمة النقض المشار إليه سابقاً



يموت وبين إقتلاع الحياة الفعال والإرادي أو ما يسمى بالموت الرحيم أو المساعدة على الإنتحار. وأخيراً التفرقة بين المشاكل التي تنشأ في حالة الموتى الأحياء وتلك التي تنشأ في حالة الموتى مع وقف التنفيذ.

لاشك أن التطور التقني المذهل في مجال الطب قد أثر في تطور القدرة على حفظ وتمديد الحياة. وقد حث الإنبهار الغامر بوسائل التقنية الحديثة في أقسام العناية المركزه على الأخذ بها ، كما شاع الأمل لدى المرضى على أنها المنقذ لحياتهم ؛ إذ أن الحياة والموت أمر خطير جداً يجب التعامل معهما بعنايه. وإهتم الأطباء بعمل كل شئ ممكن لمرضاهم بتواصل وبلا كلل ليتجنبوا المسألة القانونية من المرضى. وهنا برزت الممارسة الدفاعية للأطباء كأمر حتمي ونتيجة طبيعية لطبيعة المجتمع الأمريكي التي تنحو نحو رفع دعوى المسؤولية عن الفعل الضار. لكن الأمر قد يختلف بالنسبة لعدد قليل من المرضى ، الذين لا يمكن بأي حال تمديد مدة حياتهم لكن يمكن تأجيل عملية الموت بعض الوقت ، إذ تصبح تقنية العناية المركزه مجرد دلالة على اليأس والشقاء. إن أكثر ما يروع المرء ليس الموت في حد ذاته ، وإنما العملية الحتمية للموت بعد تأجيل حدوثه باستخدام الوسائل الصناعية وما تسببه من عذاب وآلام لا معنى لها. ففي بعض الأوقات تصبح أدوات العلاج آلات للعذاب. وفي بعض المواقف يتجاوز الضرر الذي يبتلى به المريض الفوائد التي يحاول طب الرعاية المركزه تحقيقها. وهنا يجب عدم مقاومة الموت والتسليم بحدوثه بكل الوسائل الممكنة والترحيب بقدومه كصديق. وسيظل إهتمام الناس بصفة عامه هو عدم إدراك هذه الأوقات وتجاهل هذه المواقف ونسيان هذه اللحظات.

من الأمور المثيرة والمعقدة داخل غرفة العناية المركزه عملية إتخاذ القرار الطبي. وقد تؤدي إلى عبور فريق العمل الطبي الخط بين تمديد الحياة وتأجيل الموت بطريقة غير مناسبة. يعتمد القرار المهني على عدة آراء مثل : المريض ، الطبيب المعالج ، الأسره ، مدير مركز الرعاية الطبيه ، الأطباء الإستشاريين ، طاقم التمريض ، طبيب التنفس ، طبيب التخدير ، رجل الدين ، إستشاري أخلاقيات مهنة الطب ، والمستشار القانوني للمستشفى. وتتداخل المسائل والعوامل بطريقة معقدة جداً بحيث يصبح من العسير إتخاذ القرار المهني المناسب ، ويسود القول الشائع أن عدم إتخاذ القرار هو في حد ذاته قرار. وفي ضوء هذه الظروف والملابسات يصبح أحد القرارات ذو نتائج وعواقب رهيبه<sup>(١٥٤)</sup>

#### آداب مهنة الطب Medical Ethics

30/1/1 - من المفيد قبل البدء في تعداد بعض المبادئ المؤثرة في أسلوب عمل أقسام الرعاية المركزه التنويه لدلالات بعض المفاهيم المتصلة بهذا الموضوع. هذه المفاهيم هي الأخلاق morality وآداب المهنة ethics والقانون law. تشمل الأخلاق المواقف والأفعال والتصرفات والسلوك الخاصة بالفرد أو الجماعة والتي تعكس رؤية الفرد

Ernlé W. D. Young : "Life and Death in the ICU : Ethical Consideration" , Critical <sup>(١٥٤)</sup>

Care , opcit , Ch. 5 , p. 64

أو الجماعة نحو الخير الأسمى. وآداب المهنة تشمل مجموعة من القواعد من بين وظائفها دراسة المواقف والأفعال والتصرفات والسلوك ، دراسة تحليلية أو وصفية ، بغرض التطلع إلى إيجاد تناسق وتناغم وترابط بينها وبين الخير الأسمى المبتغى. والوظيفة الأخرى لقواعد آداب المهنة تتسم بكونها إرشادية ومعيارية وتتمثل في التحرك من وصف ماذا يحدث في موقف مفعم بعدم وضوح الجانب الأخلاقي إلى إقتراح ما يجب أن يكون على ضوء الرؤية الواضحة للخير الأسمى. أما القانون فهو متطلب إجتماعي ، يعنى إباحة من جهه أو حظر من جهة أخرى للمواقف والأفعال والتصرفات والسلوك ، والتي قد تختلف معاييرها ، مثلها في ذلك مثل الأخلاق ، من بيئة ثقافية إلى أخرى ، ومن جيل لآخر. إن القانون مرآة عاكسة لهذه المدركات المختلفة في مجتمع ما في وقت ما موضعاً مدى أخلاقيتها من عدمه. وعلى سبيل المثال أنه حتى نهاية العقد الرابع من القرن الماضي كانت التفرقة العنصرية متترسة جيداً في الولايات المتحدة الأمريكية ولم يكن عدم توافقها مع الأخلاق محل تساؤل بالمره. بل كانت مجازة ومحصنة قانوناً وشهدت البلاد تطبيقات لاحصر لها. ثم بدأت حركة الحقوق المدنية تعترض على النزعة العرقية بحسبانها نزعة غير أخلاقية. ومع زيادة زخم هذه الحركة هوجمت القوانين التي تسند هذه النزعة وأعتبرت مخالفة للدستور. وأخيراً تغيرت نظرة الشعب الأمريكي وتبعه تغير في القوانين العنصرية.

أما وظائف آداب المهنة فهي تعنى بالقانون نفس عنايتها بالأخلاق ، وتحلل المبادئ القانونية وتقيمها على ضوء مدى ما تعبر عنه من رؤية أخلاقية للمجتمع. وبعد ذلك تقدم الأسس والقواعد المعيارية التي إذا طبقت تسبغ صفة الأخلاقية عليها بموجب القانون. وهكذا تصبح آداب مهنة الطب : النظام المعنى بالمسائل الأخلاقية الناشئة عن الممارسة العصرية للطب البشري. ونتيجة للمشاكل المتكاثرة تبدأ في التشكيل والتبنى لمواقف مختلفة سواء في الممارسة العملية أو النظرية. وقد تتحصن بعض هذه المواقف عن طريق التشريعات البرلمانية أو السوابق القضائية. وتقوم آداب مهنة الطب بأدوار مختلفة. فهي سواء في شكلها التحليلي أو الوصفي تهتم بمدى صحة وشمول الوقائع والحقائق الوثيقة الصلة بتدعيم موقف معين. وفي إطار القيم الضمنية أو الصريحة تقرر إلى أى مدى تم تقدير وإحترام الأطراف المشتركة في العملية العلاجية. وهي أيضاً تحقق التناغم والتوافق المنطقي والرشيد وصولاً إلى دعم الإتفاق في حالة المنازعة القضائية. وأخيراً فهي في شكلها المعياري أو التوجيهي تذهب إلى أكثر من مجرد التحليل إلى إقتراح ما يجب أن يحدث على ضوء السوابق القضائية أو التشريعات البرلمانية.

وقد أدى التطبيق التقليدي لآداب مهنة الطب ، الذي إعتد على تطبيق مبادئ رئيسية عامه بالإلتفات عن النظر لكل حالة على حده بما تستدعيه من فكر واقعي خاص ad hoc fashion ، إلى الوقوع في ورطة ومأزق أخلاقي. إذ إستعارت لغة آداب مهنة الطب بعض اللغة والمفاهيم التي يستخدمها الفلاسفة فإصطدم التطبيق بإشكالية الإلتزام بالواجب أو الإلتزامات الأخلاقية deontology<sup>(١٥٥)</sup> وبين تطبيق

(١٥٥) اللفظ الإنجليزي مشتق من الكلمة اليونانية deon بمعنى "من الضروري" أو "يشتد"

نظرية المنفعة utilitarianism التي تقول بأن أى عمل يعتبر صحيحاً إذا حقق أعظم الخير لأكبر عدد من الناس وهو واجب السلوك البشري. وتعتبر مهنة آداب الطب وفقاً لنظرية الالتزام الأخلاقية هي تلك القواعد الملزمة من البدايه دون النظر إلى الظروف المحيطة أو النتائج المترتبة على التطبيق. وعلى ذلك فمعيار آداب مهنة الطب تلزم الطبيب بالصدق ، والإحتفاظ بالسرية ، والعمل لفائدة المريض ولا يحاول تسبب أى أذى له إلا تلك المعاناة المرتبطة بأسلوب العلاج بصفة عامة. لكن الالتزام بهذه المعايير لا يمثل الأهمية الأولى فى تقرير ما يجب على الطبيب فعله فى موقف معين. وهنا يكون لمذهب المنفعة دور كبير فى وزن وتقييم النتائج التخيلية المحتملة لكل تصرف ممكن ، ثم يقرر ما يجب فعله على أساس مجموع النتائج المتوقع حدوثها أن تكون أكثر فائدة أو أقل ضرر لأكبر عدد من الأطراف. فهي تسعى لتطبيق القواعد ، والمبادئ ، والإرشادات التي تفرزها التجارب بحسبانها تحقق أقصى ما يمكن من نفع أو أقل ما يمكن من ضرر لأكبر عدد ممكن. وهكذا نجد التعارض بين التطبيق المجرد لمبادئ الأخلاق بغض النظر عن الظروف المحيطة والنتائج المتوقعة ، وبين التطبيق العملي الواعي للمبادئ الأخلاقية على ضوء الظروف المحيطة والنتائج المتوقعة بما يحقق النفع العام. ومع ذلك يمكن التآلف والتكامل بين هذه المفاهيم الثلاثة : آداب المهنة ، مبادئ الأخلاق ، ومذهب المنفعة فى تكوين مبادئ رئيسيه تحكم الممارسة الواجبة لمهنة الطب<sup>(١٥٦)</sup>

31/1/1 - تقوم ممارسة الأخلاق الطبية على مبدئين رئيسيين هما : حفظ الحياة ، وتخفيف آلام المرضى. فى الحالات العادية الغالبة لا يوجد أى تعارض فى تطبيقهما. إلا أن ذلك التطابق ليس واحداً فى جميع الحالات ففي الحالات الحرجة فى اللحظات الأخيرة لحياة الإنسان فى لحظات الإحتضار قد يحدث نوع من التعارض بينهما ويصبح من الممكن تطبيق أحدهما على حساب الآخر. فقد يضطر الطبيب فى الإستمرار طوعاً أو كرهاً فى محاولة لحفظ الحياة وهو فى الواقع يزيد من آلام المريض دون أن يخفف منها. وقد يتطلب تخفيف الآلام التضحية بفكرة الإستمرار فى الحياة. فما هو المبدأ الجدير بالإتباع عند التعارض ؟ هل هو حفظ الحياة أم تخفيف الألم ؟ ومتى ولماذا ؟

قد يرى البعض أنه عند التعارض بين حفظ الحياة وتخفيف آلام المريض يجب الإنتصار لمبدأ حفظ الحياة وتكون له الأولوية. وفى تحقيق هذا الهدف يجب أن تتخذ رعاية المريض الطبية شكل المحاولة العنيدة والمستمرة والمثابرة، لأن قدسية إستمرار حياة إنسان لها قيمة تفوق أى إعتبار آخر. لذلك يجب النظر فى هذه الحالة إلى الموت كعدو يتحتم دحره وإجباره على التقهقر ووضع فى موضع الدفاع عن نفسه لأطول مدة ممكنة. وفى تحقيق هذا الهدف تتزاج رغبة كل من المرضى والأطباء ؛ ولكل حوافزه ودوافعه. بالنسبة للمرضى قد يكون لدى البعض منهم

مشروعات عاجله لم تنته بعد ويريدون إنجازها قبل أن يداهمهم الموت : كإكمال كتاب ، أو إنهاء مشروع تجاري. فهم يرغبون في شراء أطول ما يمكن من الوقت دون أى إعتبار لنوعية حياتهم وحالتهم الصحية. بعضهم يرى أن مجرد وجودهم الحيوي والمادي هو فى حد ذاته شئ جيد. وفى سبيل الحفاظ على حياتهم ووجودهم على قيد الحياة يتحملون أقصى وكل أنواع المعاناة والآلام التى تسببها الأدوية أو الأمراض ذاتها.

وعلى الطرف الآخر يوجد لدى الأطباء عدة حوافز ودوافع مختلفة تدفعهم إلى تبني فلسفة مبدأ الرعاية الصحية = الشفاء. قد يكون السبب لدى بعضهم القيام بأبحاث علمية تجريبية على عقار معين أو أسلوب علاج خاص. فمن المفارقات المفيدة للبشرية أن يحدث أثناء علاج مريض بمرض عضال وفقاً للنمط العادى الذى يظن أنه يؤدى إلى الشفاء يحدث نكسة للمريض نتيجة ظروف معينة ، كجراحات أو مواعيد الدواء ، أو تداخل أعراض لأمراض أخرى فيستفيد علم الطب ويطور أسلوب علاج المرض. إلى جانب هذا الدافع يوجد دافع آخر هو أنه بنفس القدر الذى يوجد بعض المرضى غير قادرين من الناحية المزاجية أو الإعتقاد الأخلاقي على وضع نهاية لحياتهم ، يوجد على نفس النهج أطباء غير مؤهلين نفسياً للموافقة على تقبل الهزيمة ووقف علاج المرض القاتل لأنها ترتبط بفشل الطبيب وسيطرة مشاعر اليأس عليه ، لأنه من الناحية الدينية ليس هناك قنوط من رحمة الله عز وجل.

32/1/1 - توجد ثلاثة عوامل تؤثر فى تحديد اللحظة الفارقة بين محاولة تمديد الحياة ومجرد إرجاء حدوث واقعة الموت. العامل الأول خاص بالبيانات المتراكمة والخاصة بتسجيل ملاحظة مباشرة المريض ، مثل نتائج صور الأشعة العادية والمقطعية والرنين المغناطيسي والتى تؤثر على أن المرض قد إستقل ؛ ونتائج أخرى متعلقة بالثانويات الغير قابلة للعلاج وهى الحالات التى يتركز المرض فى مكان معين ثم يبدأ فى الإنتشار فى أماكن أخرى ، وعدد الدم. العامل الثانى هو التقدير الشخصى للمريض الذى يقرر ، بعد معركته المريعة مع المرض ، أن الأمر لا يستحق كل هذا العناء ، وأن الآثار الضارة لمعركته الشرسه مع المرض تفوق مجرد الوجود الحيوي أو المادي. والعامل الأخير هو الحدس الذى يدور فى خلد الطبيب أو المريض أو كلاهما بأن الوقت قد حان للإنتقال من حالة محاولة تمديد الحياة كإهتمام أولى إلى فلسفة النظر إلى نوعية الحياة بإعتبارها أكثر أهمية وحيث يمكن إعتبار الموت ليس مجرد عدو يجب مقاومته وإنما كصديق يرحب به فى سلام. لاشك أن إدراك هذه اللحظة الفارقة يتطلب كثيراً من الفن الطبى أكثر من علم الطب رغم أنهما مكملان للعمل الطبى. قبل هذه اللحظة يكون الشاغل الأكثر للطبيب هو حفظ الحياة على أساس كونها أولى بالتحقيق من تخفيف الألم. وينظر إلى الموت كعدو يجب مقاومته. ويكون هدف العلاج هو الشفاء والبراء من المرض وليس مجرد تخفيف الألم. وبعد هذه اللحظة يصبح الطبيب فى حل من تحقيق هدف الشفاء ، بصفة عامة ، ويسعى إلى تخفيف آلام المريض وتوفير سبل الراحة فى مواجهة المعاناه ليبدأ المريض رحلة العودة إلى البدء ... إلى التراب.

33/1/1 - يحكم القبول في أقسام الرعاية المركزه وبالتالي إتخاذ القرار الذى يتوافق مع آداب وأخلاقيات مهنة الطب والقانون خمسة مبادئ إرشادية. وهي مجرد إرشادات عامه أكثر من كونها قواعد جامده وغير مرنة أو نصوص ثابتة.

#### أولاً : إمكانية الإنقاذ potential for salvageability

المبدأ الأول بدهى فليس كل مريض فى حالة حرجة يمكن ، تلقائياً ، دخوله العناية المركزه. فالشرط الأساسي للقبول هو احتمال إنقاذ حياة المريض ، أى أنه بدخول المريض قسم العناية المركزه تتولد فرصة رجوعه إلى الحالة الصحية التى لا تتهدد فيها حياته. أما الأشخاص المحتمل موتهم فوراً أو لا محالة لموتهم فى وقت قصير ، أو الذين يتبين عدم جدوى أى علاج لحالتهم وأن حياتهم غير قابلة للإنقاذ. كل ما يحتاجونه هو الراحة والدعم النفسي داخل أقسام المستشفى العادية وليس دخول قسم العناية المركزه. ويطلق على هذا المبدأ مبدأ كوهين Cohen نسبة إلى أول من قال به<sup>(١٥٧)</sup>. وحيث أن إمكانية الإنقاذ تعتمد بدرجة كبيرة على تشخيص حاله عند القبول ومدى الإمكانات المادية والبشرية المتاحة والتكاليف المالية التى يتحملها المريض أو غيره للقبول والإقامه والعلاج فى هذه الأقسام ، يصبح تحديد المقصود بهذا المبدأ أمراً تقديرياً الأمر الذى دعا أحد المؤتمرات المنعقدة فى الولايات المتحدة الأمريكية الذى عُقد فى الفترة من ٧ إلى ٩ مارس ١٩٨٣ لمناقشة المسائل المتعلقة بالعناية المركزه<sup>(١٥٨)</sup>. وقرر تحديد ثلاث فئات من المرضى الذين يمكن قبولهم بأقسام العناية المركزه : ١- المرضى بأمراض حاده قابله للشفاء وإمكانية الإعاشه بدون الدخول فى العناية المركزه منخفض إلا أنها ترتفع مع الرعاية المركزه ، ٢- مرضى لديهم احتمال ضعيف للإعاشه بدون العناية المركزه لكن يقوى مع التدخل بالعناية المركزه إلا أن احتمال الإستفادة غير واضح ، ٣- مرضى قبلوا فى العناية المركزه ليس لأنهم فى حالة مرضية حرجة لكن لوجود خطر أن تصبح حالتهم حرجه. ويكون دور العناية المركزه هو منع حدوث مضاعفات خطيرة أو السماح بالإستجابة الفورية لأى مضاعفات يمكن أن تحدث. وهكذا إنتهت توصيات المؤتمر إلى أنه ليس من الملائم أن نستهلك الإمكانات المادية لأقسام العناية المركزه لمرضى ليس هناك أمل فى تعافهم وشفائهم بينما يترك مرضى آخرين تتعاضم فرص شفائهم من الأمراض المستعصية والخبثية فى أقسام العناية المركزه ومع ذلك لا يتم قبولهم بها.

#### ثانياً : حفظ الحياة Preserving life

وهو من المبادئ الموروثة عن المعتقدات الدينيه السماويه. فهو عنصر أساسي يستمد قوته وأساسه من التقاليد الدينيه والأخلاقية وأنه يجب عمل كل ما يمكن لحفظ الحياة. ذلك حتى ولو أن تشويه جثة الميت ممنوعه إلا أنه يُسمح بأخذ القلب والكلية

Cynthia B. Cohen : "Ethical problems of intensive care", Anesthesiology ( 1977) , 17 : <sup>(١٥٧)</sup>

National Institutes of Health : Consensus Development Conference Summary : أنظر تقرير : <sup>(١٥٨)</sup>  
 , vol. 4 , no.6, Washington DC , Department of Health and Human Services , 1983

والقرنية لزرعهم في جسم آخر يستفيد منهم بشرط ثبوت الموت الحقيقي للشخص الذي تؤخذ منه هذه الأعضاء<sup>(١٥٩)</sup>

### ثالثاً : عدم الإيذاء Nonmaleficence

تقر جميع نظريات الآداب والأخلاق والمنفعة في ممارسة مهنة الطب بواجب عدم الإيذاء وكثيراً ما يتردد على ألسنة العاملين في هذه المهنة قول يتفق مع القول المأثور *primum non nocere* أى فوق وقبل كل شيء لا تؤذ. ولو أن جذور هذا القول وتطبيقاته غير واضحة. فهو غالباً يُنسب إلى المبادئ الأساسية لأبيقراط في آداب مهنة الطب لكنها لم ترد في المجموعة الكاملة لأعماله ، لكن العبارة القريبة والتي يمكن اعتبارها ترجمة لهذا القول هي "على الأقل لا تفعل الأذى at least do not harm"<sup>(١٦٠)</sup>. وقد يتمثل الأذى في : الموت ، العجز ، الأسى ، أو الحرمان من الحرية والسعادة. كما يمكن النظر إليه من منظور معاكس للأمل ، والمنافع التعويضية لأن التدخل العلاجي يسبب بعض الأذى. فإذا تضاعف الأمل بتقرير عدم إمكانية إنقاذ الحياة وبالتالي توقف التدخل العلاجي وما يستتبعه من إنفاق يتقاص مع الأذى والضرر الذي تسببه وسائل إطالة الحياة والإنعاش المرهقه. ويرتبط هذا المبدأ السلبي ، عدم الإيذاء ، ارتباطاً وثيقاً مع المفهوم الإيجابي لتخفيف آلام المريض. وهذا الأخير تعود جذوره إلى تقاليد أبيقراط. فعدم الإيذاء نتيجة طبيعية لتخفيف الآلام البدنية والنفسية للمريض.

### رابعاً : الاستقلالية Autonomy

هذا المبدأ نابع من التقاليد الدينية لإحترام الشخص. إذ أن إحترام الأشخاص يتطلب السماح لهم ، كلما كان ذلك ممكناً ، بتقرير مصيرهم. ولقد أثرت أفكار إيمانويل كانت بضرورة معاملة الإنسان كهدف في حد ذاته وليس كوسيلة لتحقيق هدف ، في التقاليد الغربية وأصبحت جزءاً من نسيجها. وقد فسر البعض<sup>(١٦١)</sup> تفسيراً واضحاً لطبيعة الاستقلالية عند كانت وجون إستيوارت ميل بقوله : "يصبح واضحاً فهم الاستقلالية الشخصية جيداً ليست كحرية إيجابية ، حرية إستلام أو تعاطي شيء ما ، ولكن كحرية سلبية ، الحرية من عدم التدخل". وقد تزامن الحق السلبي في عدم الإيذاء أو الإضرار في أمور الاختيار الشخصي مع شرط وجوب أن لا تؤدي إختيارات الشخص إلى إيذاء أو وضع آخرين في خطر ، إلى الاعتقاد ، في الثقافة الشعبية الأمريكية ، بأنه تخويل إيجابي لحصول الشخص على ما يريده. ومنها مثلاً حقه في طلب إيقاف أجهزة الإنعاش أو التدخل الإيجابي لإنهاء حياته.

### خامساً : العدالة Justice

والعدالة هنا بمعنى عدم الميل والتحيز في التكاليف المرصودة للإنعاش. فإنفاق مبلغ مليون جنيه على مريض دخل العناية المركزة لمدة تزيد على سنة في عمليات

<sup>(١٥٩)</sup> Dictionary of Medical Ethics , New York , Crossroad , 1981 : 263

<sup>(١٦٠)</sup> Beauchamp , Childress : opcit , p. 189

<sup>(١٦١)</sup> Candace Cummins Gauthier : " Philosophical foundations of respect for autonomy "

Kennedy Institute Ethics J. , 1993 , 1 : 21

جراحية يختلف عن إنفاق مثل هذا المبلغ الهائل على كل المرضى المحتمل إعاشتهم في قسم الرعاية المركزة. وبالتالي فإن تحقيق هذا الهدف يكون بعيون ترشيد الإنفاق الإقتصادي مع الندرة النسبية للإمكانات المادية لأقسام الرعاية المركزة. ويكون السؤال المطروح هو كيف نخصص موارد هذه الأقسام بعدالة؟ وكيف يمكن توزيعها بالعدل على العديد من المرضى طالبي خدمة الرعاية المركزة؟ دعنا نذكر أن معظم القرارات المؤكدة والحاسمة داخل أقسام الرعاية المركزة يجب أن لا تقوم على أسس إقتصادية بل بالأحرى على أسس طبية. فليس من المقبول، من وجهة نظر آداب مهنة الطب، أن يقرر الأطباء بعد بدء تقديمهم خدمة العناية المركزة وقف العلاج لأنه مكلف مالياً أو باهظ التكاليف. يعتبر مثل هذا القرار إنتهاك للعقد الأخلاقي بين الطبيب والمريض وقت قبول المريض في مثل هذا القسم. وقد دعا هذا الأمر المؤتمر الذي عُقد في المعهد الوطني للصحة<sup>(١٦٢)</sup> أن يقر ويصادق عليه. ومع ذلك فمن المشروع - أخلاقياً - لإعتبارات العدالة التوزيعية أن يؤخذ هذا الأمر عند إتخاذ القرار لكن قبل السماح للمريض بدخول العناية المركزة على ضوء قدراته المالية لخدمات الإعاشة الصناعية. وحيث أن إمكانات المستشفيات في هذه الأقسام لها حدود فمن المقبول أن تقرر عدم تقديم الخدمة لبعض المرضى. مثال ذلك المريض بالثانويات أو بمرض ميؤوس من شفائه. بعبارة موجزة يتحقق هذا الهدف بفكر ترشيد الإنفاق الإقتصادي على ضوء القدرة النسبية للإمكانات المادية لأقسام الرعاية المركزة لكن قبل السماح بدخول المريض إليها، فإذا قبل فإن المبدأ الأخلاقي يهمل إلى حد ما الجانب الإقتصادي.

34/1/1 - هل يمكن النظر إلى هذه المبادئ بإعتبار أن الترتيب السابق يتفق مع تدرجها في الأهمية؟ يمكن القول بذلك بالنسبة للمبادئ الثلاث الأولى؛ حيث يمكن إنقاذ حياة المريض من حيث التشخيص الطبي والإمكانات المادية لقسم الرعاية المركزة فإن هدف حفظ الحياة يأخذ أولوية عن مبدأ عدم الإيذاء أو تخفيف المعاناة. لكن بمجرد أن يتقرر أنه ليس هناك أمل في إنقاذ حياة المريض حينئذ لا تكون العناية المركزة الوسيلة المناسبة للعلاج وتصبح الأولوية لمبدأ عدم الإيذاء أو تخفيف المعاناة عن حفظ الحياة. ويعتمد إعادة ترتيب أولويات هذه المبادئ على تعريف إنقاذ الحياة بالمفهوم الطبي وبمدى توافر الإمكانات المادية داخل أقسام الرعاية المركزية.

يجب أن يأخذ المبدأ الرابع مكانه في عملية إتخاذ القرار. هذه العملية يجب ألا تقتصر على رأي الأطباء بمفردهم (باستثناء تجهيز غرفة الطوارئ)؛ ما دام المريض واعياً ومدركاً وكامل الأهلية والصلاحية للمشاركة في إتخاذ القرار. لكن الأمر يدق في الحالة العكسية عندما يكون المريض فاقد الوعي وغير مدرك لما يدور حوله وذلك محور الحديث عن وضع قيود أو رفض العلاج. يفترض هذا المبدأ وجود دور أولى للمريض في عملية إتخاذ القرار بوضع حد للعلاج كلما كان ذلك ممكناً. وهو إذ يتخذ هذا القرار يأخذ في الإعتبار أنه لا يريد أن يدخل في عملية الموت

الطويلة وغير ذات جدوى ومؤلمة حيث لا يمكن تمديد الحياة بالطريقة التي يريد أن يحياها. حياة تعمل أجهزة جسده بتلقائية وليس تحت تأثير أجهزة الإنعاش الصناعية. وإن كان هذا القول لا ينطبق على فئة أخرى من المرضى تخاف الموت وتعمل كل ما في جدها ووسعها لتحمل كل صنوف العذاب لتطيل من المحتوم. هذه الفئة الأخيرة من المرضى يثيرون مشكلة متعلقة بأداب مهنة الطب وهي إلى أي مدى يكون للمريض الميئوس من إنقاذه وشفائه الحق في طلب العناية المركزة المكلفة. ومن الممكن أن تكون الإمكانيات المادية نادرة أو محدودة في محاولة لا جدوى منها لإبعاد شبح الموت ؟ وهنا يوجد تعارض بين مبدأ الإستقلالية ومبدأ العدالة ؛ لأن الإستقلالية ليست مطلقة في جميع المجتمعات الليبرالية وهنا تكون المساحة التي تهم الخير العام التي يمثلها مبدأ العدالة ومن ثم تركز لها الأولوية عن مبدأ الإستقلالية.

35/1/1 - تقييد أو رفض العلاج Limitation or Refusal of Treatment  
يختلف الأمر في تقرير وضع حد لإنهاء العلاج أو رفض المريض العلاج على حسب : أولاً : حالة المريض إذا كان مدركاً وواعياً لما يدور حوله وأهلاً لإتخاذ القرار ؛ ثانياً : الثقافة والمفاهيم العامة والقانون المطبق في المجتمع.  
أولاً : حالة المريض المدرك والواعي : وهي التي يُعبر عنها بحق المريض في رفض العلاج. وهو أمر محل إعراف جمعية المستشفيات الأمريكية American Hospital Association (AMA) وتتضمن وثيقة حقوق المريض Patient's Bill of Rights. ومن السوابق القضائية الهامة في تقرير هذا الحق قضية بارتلنج ضد المحكمة العليا<sup>(١٦٣)</sup> وتدور وقائعها في أن السيد بارتلنج البالغ من العمر سبعون عاماً كان يعاني من مشاكل طبية متعددة. وفي المستشفى تم إستئصال جزء من الرئة تسبب عنه وجود إسترواح صدري أي مياه على الغشاء البللوري ، على أثره تم تركيب أنبوبة في صدره وثقب في القصبة الهوائية ووضع على جهاز تنفس صناعي. ظل المريض أثناء هذه العمليات مدركاً وواعياً متمتعاً بالأهلية الكاملة وقد حاول في مناسبات عدة إزالة أنبوبة التنفس ، كما طلب مرات عديدة من الأطباء المعالجين وإدارة المستشفى نزع جهاز التنفس الصناعي لكن دون إستجابة من أحد وإستمرروا في تقييده حتى لا يستطيع إنتزاع الأنبوب بنفسه. أخذ السيد ريتشارد س. سكوت ، وهو طبيب ويعمل مدافعاً في حركة الحق في الموت ، هذه القضية نيابة عن المريض. رفضت محكمة أول درجة طلب إصدار أمر قضائي بمنع المستشفى والأطباء من تقديم علاج لم يقبله المريض ، أي عدم وجود رضاء بالعلاج. إستؤنف الحكم وقبل صدور قرار المحكمة مات المريض وهو ما زال متصلاً بجهاز التنفس. قررت محكمة الإستئناف بعد الوفاة : "يحق للمرضى البالغين كامل الأهلية المصابين بأمراض خطيرة ومن المحتمل عدم شفائهم وإن كان لم يتم تشخيص حالتهم بأنها نهائية وأنهم في النزاع الأخير ، وبغض النظر عن إعتراض الأطباء



والمستشفى في نزاع وسائل الإعاشة ولو أن سحب مثل هذه الوسائل سيعجل بالتأكد من وقوع الموت".

ثانياً حالة المريض غير المدرك فاقد الوعي والأهلية : لم تعد الحالة السابقة تمثل أى مشاكل في التطبيق. وإنما تُثار المشاكل حيث يكون المريض غير واع أو غير كامل الأهلية لإتخاذ قرار إنهاء أو رفض العلاج. من وجهة نظر المريض كيف يمارس إستقلاليته وهو غير مدرك وغير مؤهل. ومن وجهة نظر الأطباء أنه كيف يفعلون على ما يبدو أو يعتقدون بأنه إرادة المريض دون أن يكونوا معرضين للمسألة القانونية عن الخطأ الطبي. جرت محاولات عديدة مبكرة لتجاوز هذه المشاكل منها ما يسمى وصية الحياة Living Will والتي تم الإعراف بها كوثيقة صالحة وصحيحة قانوناً ، وكذلك قانون ولاية كاليفورنيا للموت الطبيعي the California Natural Death Act. إلا أن هذا القانون الأخير تضمن بعض المثالب التي ظهرت في التطبيق. منها مثلاً أنه وفقاً لأحكامه يمكن تنفيذ التوجيهات إلى الأطباء فقط من الأشخاص الذين – وقت التنفيذ – مضى عليهم أربعة عشر يوماً على الأقل وهم مرضى في نهاية العمر ؛ ولم يكن السيد بارتلنج وفقاً لهذا الشرط مريضاً بمرض منهي لحياته عندما طلب السماح له بممارسة حقه في رفض العلاج. لذلك تم تعديل هذا القانون في عام ١٩٩١ للسماح لكل المرضى البالغين كاملي الأهلية ، في أى وقت ، في تحديد أولوياتهم المتعلقة بالعلاج أو عدم العلاج. ويختلف هذا القانون عن التوكيل الدائم للرعاية الصحية Durable Power of Attorney for Health Care في أن هذا الأخير يسمح للمريض بتعيين وكيل عنه ليكون صانع قرار بالنيابة عنه في حالة فقدانه الوعي أو عدم قدرته. وقد حظت ولايات أمريكية أخرى حظوها بناء على توصية اللجنة الرئاسية لدراسة مشاكل آداب مهنة الطب بأن التوكيل الدائم يفضل وصية الحياة إذ أنه الأكثر تطبيقاً بصفة عامة ويقدم وسائل أحسن للمرضى لممارسة تقرير المصير<sup>(١٦٤)</sup>.

وقد أقرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية هذا الحق في أنه ليس للولاية الحق في أن تبقى على مريض في غيبوبة comatose حياً ضد رغبته السابقة المعلنة صراحة في أن يموت في الظروف التي وصل إليها<sup>(١٦٥)</sup>. وفي عام ١٩٩٠ أصدرت الحكومة الاتحادية قانون حرية تقرير مصير المريض الذي أصبح نافذاً في يناير ١٩٩١. ومن أهم بنوده هو الإشتراط على الجهات التي تقدم الرعاية الصحية أن تزود المريض بالمعلومات عن التوجيهات المسبقة. وبالرغم من هذا

---

<sup>(١٦٤)</sup> The President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research , Washington , DC , Government Printing Office , (1983)

<sup>(١٦٥)</sup> U.S Supreme Court , Nancy Beth Cruzan v. Director , Missouri Dept. of Health , U.S. 580 SLW 4916, june 25 , 1990

التشريع فإن الإحصاءات تبين أنه من ١٥% إلى ١٧% من الأمريكان المؤهلين تقدموا بتوجيهات مسبقه<sup>(١٦٦)</sup>.

وقد يكون للأسرة - فى غياب وعى وإدراك المريض - دور فى إتخاذ قرار تقييد أو وقف العلاج لكنه دور ثانوي وإستشاري الغرض منه معرفة رأى المريض فى حالة لو كان صالحاً لإتخاذ مثل هذا القرار. ويتطابق رأى الأسرة مع رأى المتصور للمريض إذا وجدت رسالة سابقة مكتوبة من المريض أو شواهد على وجود عبارات شفوية متكررة من المريض يقر بها كل أعضاء الأسرة. فإذا وجد مثل هذا الدليل القوي سواء مكتوب أو شفاهة على رغبة المريض يتعين على فريق الأطباء إحترام حرية المريض فى تقرير مصيره. أما إذا لم يوجد الدليل على رغبة المريض أو إنقسمت آراء الأسرة حول ما كان يريده فليس على فريق الأطباء إلا بديل واحد هو الإستمرار فى العلاج.

36/1/1 - تفرغت المناقشة السابقة عن حق المريض فى تقرير مصيره ووقف العلاج سواء برضائه الصريح المباشر حال كونه مدركاً ومؤهلاً لإتخاذ القرار أو بالوكالة الدائمة ، أو خلال ما تقدمه الأسرة مكتوباً أو شفاهة تعبيراً عن هذه الإرادة. والسؤال الآن يتجه إلى الطرف الآخر فى العملية العلاجية وهو هل يستطيع فريق العمل الطبي المعالج إتخاذ مثل هذا القرار ؟ لاشك أن دور هذا الفريق فى صنع هذا القرار هو دور ثانوي بالمقارنة بدور المريض لكنه دور أكيد بالمقارنة بالدور الإستشاري للأسرة لأنه هو المرخص له بمزاولة مهنة الطب وليس أفراد الأسرة. وقرار فريق الأطباء هو قيل وبعد كل شئى ليس هو القاطع فى موت المريض وإنما تداعيات المرض أو الحادث هى التى تقطع بأن طريق إرجاء الموت أو تمديد الحياة موصد. لذلك فإن إهتمام الأطباء فى قرارهم بوقف العلاج يجب أن يكون مبنياً بالدرجة الأولى على أسس طبية علمية مهنية يأخذ فى الإعتبار عدم إمكانية إنقاذ حياة المريض أو ظروف المريض المزمنة غير القابل للشفاء مثل دخوله فى غيبوبة عميقة. وإتخاذ الأطباء لهذا القرار يؤدى إلى إعادة ترتيب أولويات المبادئ السابقة ويتحول معها منهاج العمل الطبي من شكل العناية والرعاية (المركزه) إلى محاولة التلطيف وتسكين الآلام ، أى من مرحلة العلاج إلى مرحلة العناية بتوفير الراحة للمريض ليموت فى سلام. وهنا ستكون الأولوية لتخفيف الآلام وعدم الإيذاء على مبدأ حفظ الحياة.

قد يتردد فريق العمل الطبي فى تنفيذ قرار وقف العلاج لأسباب خاصة بخير الإنسان أو البعد الإنساني ، وأخرى خاصة بالخوف من ردود الفعل والمسألة القانونية أو البعد القانوني. وقد يقضى البعد الإنساني السماح ببعض الوقت اللازم

لآراء الأسرة الغير حقيقية عن حال المريض حتى يتبين حقيقة الموقف ، أو إعطاء وقت لبعض أعضاء الأسرة لإنهاء أعمال ناقصه مع المريض<sup>(١٦٧)</sup>

أما السبب الثاني لتردد الأطباء فى تنفيذ قرار وقف العلاج فهو الخوف من المسؤولية القانونية. وقد تفاقم هذا الخوف مؤقتاً عقب قضية شهيرة<sup>(١٦٨)</sup> أنهم فيها طبيبان بالقتل والتآمر لسحبهم أجهزة الإنعاش الصناعي من أحد المرضى الذى كان فى حالة غيبوبة عميقة وفقاً لرغبة أسرته. وتدور وقائع هذه الدعوى فى أن السيد كلارنس هيربرت يبلغ من العمر (٥٥) عاماً وصل إلى المستشفى لوجود ثقب فى الأمعاء الدقيقة illeostomy closure . وأجريت له عملية الرق بنجاح. وبينما هو فى غرفة الإفاقة أصيب بتوقف فى نظام القلبى الرئوى cardiopulmonary وفى الحال تم تدليك القلب بواسطة الصدمات وتركيب أنبوب فى القصبة الهوائية وأدخل غرفة العناية المركزة ووضع على جهاز التنفس الصناعي. ولم يسترجع الوعى بعد ذلك وأصبح كما قرر الأطباء فى غيبوبة غير قابلة للشفاء أقل درجة من الغيبوبة النهائية حيث تموت خلايا المخ. وقد أوضح جهاز رسم موجات الدماغ نشاطاً ضئيلاً للمخ. طلبت زوجة المريض وأولاده الثمانية بالإجماع سحب جهاز التنفس الصناعي والسماح له بالموت الطبيعى. وعبروا عن رأيهم هذا كتابة ومعفين جميع طاقم العلاج والمستشفى من أى مسؤولية. وبعدها بثلاثة أيام نزع عنه جهاز التنفس الصناعي. والعجيب أنه لم يمت وبدأ فى التنفس التلقائى. وبعد ذلك بيومين وأمام إصرار الأسرة بسحب التغذية عن طريق الوريد nasogastric(NG) وفقاً للطلب المكتوب بسحب جميع أجهزة الإنعاش والإبقاء على الحياة. تم توقف المريض عن تناول أى سوائل أو غذاء وبعدها بستة أيام مات ؛ إلا أن إحدى ممرضات قسم الرعاية المركزة طلبت من إدارة الخدمات الصحية للمقاطعة تحرير محضر ارتكاب جريمة ضد الأطباء وأحاثته الإدارة بدورها إلى الإدعاء العام الذى وجه إلى الطبيين المعالجين تهمة القتل. إستأنف الطبيبان قرار الإدعاء العام أمام محكمة الإستئناف طالبين إصدار قرار بمنع مثولهما أمام المحكمة. وقد أجابتهما المحكمة لطلبهم. وكتب القاضى فليمنج معلقاً " إن الإدعاء الجنائي (أى إقامة الدعوى الجنائية) بالقتل هو طريق ضعيف

<sup>(١٦٧)</sup> يذكر الأستاذ رنليه يونج أستاذ آداب مهنة الطب فى جامعة ستانفورد بولاية كاليفورنيا أحد النادر التى حدثت فى مركز الرعاية المركزة التابع للجامعة التى يعمل بها كدليل يوضح كيفية الأخذ بالبعد الإنسانى والسماح بوقت لبعض الأقارب لإنهاء بعض الأعمال المتعلقة مع المريض. وتتلخص فى أن سيدة تبلغ من العمر (٥١) عاماً بعد دخولها تقرر موتها قانوناً- وفقاً لمعيار موت المخ لكنها وضعت على جهاز الإنعاش لمدة أسبوع آخر حتى ينهى ابنها البالغ من العمر (١٨) عاماً أعماله معها. وكان الابن قد ترك المنزل منذ سنة غاضباً ولم ير والدته منذ هذا الوقت. وعند وصوله المستشفى كانت والدته فى غيبوبة نهائية. ومع ذلك فقد واثته الشجاعة ليتكلم إليها كما لو كانت تسمعه وتذكر ما يقول. فى هذه الفترة قال لها إنه يأسف على سلوكه السابق وأنه يحبها وبعدها ماتت أمه فوراً وتم نزع جهاز الإنعاش عنها وهذا يؤكد أهمية البعد الإنسانى.

لوضع قواعد للآداب والأخلاق للأطباء الذين يواجهون اتخاذ القرارات المتعلقة باستخدام وسائل الإنعاش الصناعية المكلفة والإستثنائية" (١٦٩)

وبناء على قرار المحكمة العليا وافق مجلس نقابة المحامين في لوس أنجيلوس في ١١ ديسمبر ١٩٨٥ وإعتمده مجلس نقابة الأطباء على وثيقة خاصة بالمبادئ الإرشادية المتعلقة بالعلاج تحت أجهزة الإنعاش للمرضى البالغين. وأصبح من الممكن سحب أجهزة إعطاء المحاليل وأجهزة التغذية قانوناً- بحسبانها أدوات إنعاش ، وفقاً للظروف الطبية ؛ ولم تعد متطلبات أساسية مثل الطعام والشراب. وإستقر الرأي القانوني أخيراً على أنه يمكن للأطباء نزع ووقف كل وسائل العلاج الخاصة بإطالة أمد حياة المريض بما فيها عدم تقديم الطعام والشراب (١٧٠).

وإذا كانت نظرة المجتمع قد تكون من جانب إقتصادي بحت وهو عدالة التوزيع لمصادر وإمكانات الرعاية المركزة على جميع المرضى المحتاجين لها ومن ثم الترحيب بتقييد العلاج ، ألا أن ذلك ليس مبدأ عاماً مطبقاً على إطلاقه في الولايات المتحدة الأمريكية. وإنما ينظر لكل حالة على حده بحيث لا يؤخذ في الاعتبار الجانب الإقتصادي بعد دخول المريض العناية المركزة وإنما قبل قبوله بها وعلى ضوء حالته الصحية العامة وفقاً للقيود الدستورية (١٧١)

37/1/1 - يمكن من خلال الإطلاع على المبادئ الإرشادية لآداب مهنة الطب القول بأنه يجب تقييد ووضع حد للعلاج المكلف والمنهك عندما : ١- يوجد أمل ضعيف لإستفادة المريض ، ٢- تحدث بالتأكيد نتائج سلبية الأمر الذي يحمل معه أن العلاج غير ملائم أو مضر بالمريض ، ٣- يحرم الإستمرار في العلاج آخرين من سبل ووسائل العلاج والتي من الواضح أنهم سيستفيدون منها. ومع ذلك فقد يحمل التطبيق العملي بعض الصعوبات حيث تتداخل عوامل مختلفة تؤثر في السير في الإتجاه السليم سواء بالإستمرار في العلاج أو وقفه. والحالة التالية هي نموذج للحالات والمواقف والظروف العملية التي قد تتعارض فيها مواقف الأطراف المعنية :

كانت السيدة جوديث بيبيرس البالغة من العمر (٢٦) عاماً أمريكية من أصل أفريقي مطلقة ولها ولدان (١١) عاماً و(٩) أعوام تعيش مع والديها وأختيها. ولها تاريخ طويل في الإفراط في تناول العقاقير. في عام ١٩٨٩ وصلت لمرحلة نهائية من الفشل الكلوي وكانت تقوم بعمل غسيل كلوي ثلاثة أيام في الأسبوع. ومنذ ذلك التاريخ وحتى إبريل ١٩٩٣ وأثناء عمل الغسيل الكلوي عانت من توقف حاد في الدورتين الدموية والتنفسية ولم تنجح الإسعافات الأولية في قسم غسيل الكلى فانتقلت إلى قسم الطوارئ ثم أحتجزت في العناية المركزة. إستغرقت عملية الإنفاة (٤٥) دقيقة لإعادة وظائف القلب ثم وُضعت على جهاز تنفس صناعي. وفي أثناء قبولها بالعناية المركزة كان طبيب الكلى الموجود هو الطبيب الذي كان يعالجها منذ عام ١٩٨٩ ويعرف حالتها جيداً ، حاول أن يشرح لوالدها ولأختيها ماحدث مهنيّاً إياهم

Barber and Nejdle v. Superior Court , 147 Cal. App. 3d. 1006 , at 1011

(١٦٩)

Young : opcit p. 73

(١٧٠)

John Rawls : A Theory of Justice , Cambridge , M A , Harvard University Press ,

(١٧١)

(1971) p. 40

لنزير قاس وإحتمالات سيئه معتمداً في ذلك على نتائج الفحوص المعملية العديدة لوظائف المخ والأعصاب. بعد ثلاثة أسابيع من وجودها في قسم العناية المركزة أعلن أخصائي المخ والأعصاب بوضوح تام أن المريضة دخلت في مرحلة الخمول التام وأنها فقدت نهائياً كل وظائف لحاء أو جذع المخ ، إلا أن النخاع المستطيل من المخ ظل يعمل مما أعطى الأمل بإمكانية نزع جهاز التنفس. إلتقى طاقم الأطباء المعالجين : أخصائي الكلى وأخصائي المخ والأعصاب وأخصائي آداب مهنة الطب بوالد المريضة وأختيها لمناقشة إستمرار عمل غسيل الكلى. رفض الأب - الذي يحمل دائماً الكتاب المقدس - بغضب شديد توصية عدم وجوب إستمرار غسيل الكلى والسماح لها بالموت في هدوء. وإتهم الأطباء بالعنصرية والقتل وكان يثق في حدوث معجزة إلهية وأصر على إستمرار جلسات غسيل الكلى الأمر الذي أحبط أخصائي الكلى وإضطر إلى الإنسحاب من متابعة حالة المريضة موصياً بالجوء إلى طبيب آخر يستشيرونه حتى يمكن الإستفادة من رأى ثان وكذلك فعل طبيب المخ والأعصاب. أكد الفريق الثاني صحة التشخيص الأول مدعماً التوصية بتوقف جلسات غسيل الكلى. عند ذلك هددت الأسرة بالجوء إلى القضاء لرفع دعوى ضد المستشفى إذا تم تنفيذ هذه التوصية مصممة على إستمرار جلسات غسيل الكلى المرهقة في إنتظار حدوث معجزة ، وكان يصاحبهم ويدعم رأيهم إثنان من رجال الدين. تم نزع جهاز التنفس بعد أربعة شهور وأحيلت إلى طاقم تمريض مؤهل وإستمرت في عمليات غسيل الكلى الدورى. ثم ماتت بعد عشرة أشهر. وبلغت تكاليف العلاج مليون دولار تقريباً.

تثير هذه القضية ، بتفاصيلها ، أن النتائج السلبية غالباً تكون مؤكدة لكنها ليست مطلقة. فقد يجبر عامل أو أكثر فريق الأطباء على الإستمرار في العلاج دون أن يتوقف. هذه العوامل المؤثرة هي :

(١) الإحتمال وليس اليقين. فهؤلاء المدافعين عن عدم إستمرار العلاج المرهق هم بالتأكيد واقعين في نطاق الإحتمال أكثر منه اليقين المطلق. وفي دائرة الإحتمال يستطيع الطبيب المعالج إبداء الرأى الإحتمالى. وفي دائرة الإحتمال أيضاً قد لا يتحقق هذا الرأى ويتعافى المريض بغض النظر عن هذه الآراء الإحتمالية. لكن حينما تقترب النتيجة السلبية من دائرة اليقين أى يصبح مجموع الإحتمالات واحد صحيح ، ينتقل عبء الإثبات من هؤلاء المشاييعين لوضع حد للعلاج إلى هؤلاء المطالبين بإستمراره.

(٢) وصف الحالة بأنها عبثية لا جدوى منها لا يحل المشكلة : المشكلة الثانية تكمن في تحديد معنى "لا جدوى من العلاج" أو أنه "عبث". قد يتم هذا التحديد من خلال الإحتمالات الإحصائية. فكما يقول البعض<sup>(١٧٢)</sup> إذا لم يؤد العلاج إلى نتائج إيجابية في ٩٩ حالة سابقة فإنه مؤشر على أن الحالة المائة لاجدوى منها. أى أن ١% نسبة ضئيلة تمثل عدم الجدوى. أسلوب آخر

<sup>(١٧٢)</sup> Schneiderman , N. S. Jecker , and A. R. Jonsen : "Medical futility : its meaning and ethical implications" , Ann Intern. Med. 1990 , 112 , 12 : 904

للنظر إلى العبثية يستمد من الحالة السابقة للسيدة بيبيرس وهو عدم الكفاءة الفسيولوجية (الوظيفية) لأن عمليات غسل الكلى ما كانت لتؤجل توقف وظائف المخ أثناء فترة نقص الأوكسجين. ويمكن أيضاً تعريف عدم الجدوى بعدم القدرة على تأجيل حدوث الموت ولو أن هذا التعريف كان محل شك في الحالة السابقة ، لأن الموت تأجل فعلاً. وأخيراً قد يعنى عدم الجدوى عدم القدرة على الإبقاء والإحتفاظ بصفة أو كيفية معينة من الحياة يقبلها المريض. قد تكون الحالة التى وصلت إليها جوديث تجعل نوعية حياتها غير مقبولة لها وإن كانت مقبولة لدى أسرتها. هذه الطرق الأربعة للنظر إلى "عدم الجدوى" يجب أن تتقارب قبل الوصول إلى إستنتاج. لكن بتحليل كل معنى نجد أنهم – فى حالة هذه المريضة – غير متقاربين الأمر الذى يغم معه إيجاد تعريف محدد يمكن على ضوءه الحكم على العلاج بأنه عديم الجدوى ويجب إيقافه<sup>(١٧٣)</sup>

(٣) تعريف الضرر أو الأذى الذى يلحق بالمريض : من الصعب تحديد الضرر الذى على ضوءه يستمر العلاج أم يوقف ويترك المريض يموت فى هدوء. فليس هناك – ظاهرياً – أكثر من الضرر الذى أحاق بالمريضة وهو وجودها فى حالة حرجة وغيبوبة فى حين أن أسرتها إعتبرت أنه يجب الإستمرار فى العلاج والإبقاء على حياتها ، لأن الموت من وجهة نظرهم هو الضرر الذى يفوق أى ألم يشعر به المريض.

(٤) مواجهة نظم المعتقدات القوية المؤثرة : تسود المجتمعات الإنسانية بعض المعتقدات ذات التأثير القوى ، والتى تمتد إلى محتوى هذه المناقشة ، أى تؤثر فى صنع القرار الطبي بوقف العلاج وترك المريض يموت فى هدوء ، أو الإستمرار فيه. قد يكون أساس هذه المعتقدات ديني أو دنيوي. ولا يقتصر تأثيرها على طرف واحد وإنما جميع الأطراف : المريض ، الأسرة ، الطبيب ، أو حتى طاقم التمريض. هذه المعتقدات والقيم العرفية والثقافية قد تعقد من عملية إتخاذ القرار. فهى ليست خاضعة للإقناع العقلي ، فهى مرتبطة دائماً بالهوى والعاطفة. كما أن تغلغلها فى نسيج المجتمعات يجعلها ذات تأثير قوى الأمر الذى يدفع البعض – دفاعاً عنها – فى بعض المناسبات التضحية بالحياة من أجلها. وفى القضية محل الدراسة أصرت الأسرة من وازع ديني أيده رجال الدين مستشهدين بحالة مشابهة أفاقت من غيبوبتها وبرأت وعاشت. بل طراً على بال الأب أن سلوك الطبيب المعالج تحكمه العرقية والعنصرية. لكن وببساطة لاتخضع هذه المعتقدات لأى تبرير أو إقناع عقلي. ولعل هذه الظاهرة أكثر ما تكون فى المجتمع المصري المتدين والذى طراً على معتقداته الدينية وإختلطت بكثير من الأساطير legends الأمر الذى يدفعه دائماً العاطفة فى إتخاذ مثل هذه القرارات.

<sup>(١٧٣)</sup> : RD Truog , AS. Brett : "The problem with futility" , N. Engl. J. Medical (1992) , 326 :

(٥) التقنية الأمرة : وهى التى يشترك فيها المجتمع بصفة عامة وتعنى أنه إذا كان بالإمكان عمل شئ فنحن نفترض أنه يجب أن يتم. وهو الفرض الذى إقتنعت به أسرة المريضة بأنه إذا كان من الممكن أن تحفظ الأجهزة والتكنولوجيا وجود المريضة فيجب إذاً أن يتم ذلك. ويثير هذا العامل ثلاثة إعتراضات. الأول أنه لايفرق بين التأثير الذى تحدثه التقنية وفائدتها أو المنفعة التى يمكن جنيها. فالإستمرار فى جلسات غسيل الكلى قد يؤثر فى وجود المريضة المادي أى على قيد الحياة ، لكن هل يفيدها ذلك كشخص ؟ ما تم بالنسبة لها ليس بالضرورة مفيداً لها. الإعتراض الثانى خاص بأنه بمجرد إقتناع المجتمع بالتقنية الأمرة فهو يسمح لها بأن تكون السيد وليس الخادم لأهدافه فيصبح الناس عبيداً للتقنية. وهى فى الأصل ليست إلا مجرد أداة لتحقيق الأهداف الإنسانية. ثالث هذه الإعتراضات هو أن شراء مثل هذه التقنية فى حد ذاته دلالة على عدم الرغبة الإجتماعية لمواجهة الحقيقة التى لا مفر منها لفناء الإنسان. إن إنكار محدودية عمر الإنسان ، وحقيقة الموت جزء من الحياة يقود الإنسان إلى الإمساك بأى ذرة من التكنولوجيا تحت وهم أنها ستطيل الحياة.

(٦) الخرافة الأمريكية للخلود الطبي : يمكن القول أن الطب هو ضحية نجاحه. فهذا النجاح عزز الخدعة والوهم بأن الطب قادر على وضع الموت فى موقف المدافع عن نفسه. كما أنه يغذى الإنكار الثقافى للموت وهى الظاهرة التى تحدث عنها ارنست بيكر فى المجتمع الأمريكى منذ أكثر من ثلاثين عاماً مضت<sup>(١٧٤)</sup> ، والتى وصفها كالاهاان "إن تسمية الموت خدعة - وهو المفهوم الذى يوجب أن نضع الموت تحت المراقبة والضبط - تحتوى على عنصرين أحدهما أخلاقي وآخر طبي. العنصر الأخلاقي هو الإعتقاد بأن علينا إلزام غير محدود بأن نصارع الموت والأمراض المميتة ... أما العنصر الطبي فهو الفرض القوي بأن الموت حادث إذا أمكن تصحيحه ومعالجته بالمال الكافى ، سيصبح إبداع علمي. وفى مجتمعات صناعية أخرى ليس من المحتمل أن يخضع المريض للعلاج المرهق. فقد قرروا أنه فى بعض الحالات يكون ثمن الإستمرار فى العلاج ثقيل جداً على المريض والمجتمع<sup>(١٧٥)</sup>. هذا العبء الذى يقع على المجتمع لا تستطيع معه كل المجتمعات إتخاذ موقف معين.

(٧) دعم الحياة ، المبشر : يُشار إلى التقنيات التى تمكن الرعاية المكثفة بنظم دعم الحياة life support systems . وهى مبشر لأنها توحى بدون غموض بأن العلاج المرهق يدعم الحياة. وإذا كانت هذه هى الحقيقة فإنه بنفس القدر

Ernest Becker : The Denial of Death , New York , The Free Press , (1973) , p. 60

(١٧٤)

Daniel Callahan : Our fear of dying" , Newsweek , october 4 , (1993) , p. 20

(١٧٥)

من الحقيقة أن ذات التقنيات تقوم بمجرد تأجيل الموت وتسبب المعاناة. فالرعاية المركزة ليست يمناً وبركة محض. إن عدم إستيعاب هذا المعنى يؤدي بالنسبة للعامة والأطباء إلى الإعتقاد بالإستنتاج الخاطئ بأن وقف أو سحب هذه التقنيات هو حرمان لشخص ما من الحياة. وإنما الأدق هو القول بأنه في حالات كثيرة وعلى وجه الخصوص في حالات عديمة الجدوى تكون حياة المريض ، كشخص ، قد إنتهت بالفعل لكن وقف أو سحب أجهزة دعم الحياة أو الإنعاش هو مجرد منع الضرر المستقبل الذى قد يحدث للمريض أو منع إطالة إجراءات الموت المحتملة والمؤلمة<sup>(١٧٦)</sup>

(٨)

البعد الثامن خاص بالمواقف التى يبدو فيها أن عدم الجدوى تعنى أن اللجوء لمبدأ العدالة التوزيعية غير مقنع كسبب لمجرد الإستمرار فى علاج الحالات الواضح عدم جدواها بينما لاتوجد آلية فعالة لنقل الأموال المخصصة إلى حيث يمكن أن تكون أكثر فعالية. ففي الحالات التى يتحمل نفقات العلاج فيها شخص ثالث أو شركات التأمين ، قد لا تصبح للأمور المالية أى نفقة العلاج أهمية فى المقام الأول. لكن فى الحالات الأخرى عندما يتحمل التأمين الصحي نفقات العلاج يكون للبعد المالي تأثير كبير. وهنا يثار السؤال هل يكون من الأولى إنفاق هذا المال على رعاية وعلاج مرضى بأمراض قابلة للشفاء مع العلاج الطبي المناسب ؟ تكمن الصعوبة فى الإجابة فى أنه لا توجد آلية قائمة فعلاً لتحويل الأموال الناتجة عن عدم إستغلالها فى علاج الحالات عديمة الجدوى إلى الحالات التى يمكن شفائها. يمكنكم إجراء ذلك فى ظل النظم المركزية لكن فى المجتمع الأمريكى - وفى غالبية المجتمعات - يختلط تمويل العلاج بين القطاع الخاص والعام الأمر الذى يضعف الإحتكام إلى مبدأ العدالة التوزيعية كسبب لعدم الإستمرار فى التزويد بعلاج الأمراض الميئوس منها.

(٩)

الخوف من الإدعاء القضائي : فى القضية محل التحليل هددت الأسرة برفع دعوى ضد المستشفى إذا أوقفت عمليات غسيل الكلى. فالخوف من رفع دعاوى قضائية سيف مسلط على رؤوس الأطباء والمستشفيات. وذلك بالرغم من أن منطق الأمور فى هذه الحالة يقول حيثما وجد إتفاق فى رأى الطبي ، وأخذت مشورة فريق طبي متخصص آخر ، ومع مشورة طبيب آداب المهنة أو لجنة متخصصة ؛ وكان ذلك كله موثقاً تنتفى مسئوليتهم القانونية. هذا لا يمنع الناس من اللجوء إلى المحاكم. لكن من الناحية المنطقية فإن هذه الإجراءات تدحض أى إدعاء قانوني بالمسؤولية عن وقف العلاج للمرضى الميئوس من شفائهم.



زبدة ما سبق بيانه من عوامل أنها متضافرة أو متنافرة تجعل من الصعب إتخاذ قرار رشيد وأخلاقي لحل مشكلات وقف العلاج للحالات الميئوس من شفائها أو الحالات عديمة الجدوى.

38/1/1 - الفرض الأساسي في مسألة الحد من أو وقف العلاج في حالة المرضى فاقدى الوعي والأهلية هو عدم موت خلايا المخ بالكامل وفقاً لمعيار تحديد لحظة الموت. أما في حالة الغيبوبة النهائية coma depasse وثبوت موت خلايا المخ ، يعتبر الإنسان ميتاً فلا تثريب على طاقم الأطباء أو التمريض إذا أوقفوا أجهزة الإنعاش. الدافع الوحيد لإبقاء هذه الأجهزة هو الإبقاء على بعض أعضاء الجسد حية لنقلها إلى جسد آخر يستفيد منها. وفي مصر ، مع الأخذ في الاعتبار أن مسؤولية الأطباء تعاقدية ، إلا أن وقف أجهزة الإنعاش في الحالة الأولى يعتبر خطأً موجباً المسؤولية القانونية ويكون الاتفاق على ذلك باطل. ولعل المشرع المصري - متأثراً بعامل وجود معتقدات قديمة في ضمير الشعب المصري بأن عملية المرض والشفاء قدرية وأن معجزات الشفاء واردة- لم ينظم حق المريض في قبول أو رفض العلاج ح ومع غيال التنظيم التشريعي يبقى الإستنتاج وهو : لا يستطيع الطبيب نزع وسائل الإنعاش إلا إذا تأكد أن خلايا المخ قد ماتت<sup>(١٧٧)</sup>. وقد سار على نفس النهج محكمة النقض المصرية حيث ورد في حيثيات أحد أحكامها أنه متى توافر القصد في جريمة الضرب أو الجرح ، فلا تؤثر فيه البواعث التي حملت الجاني والدوافع التي حفزته على ارتكاب فعله مهما كانت شريفة مبعثها الشفقة وإبتغاء الخير للمصاب ولكون الفعل لم يقع إلا تلبية لطلب المصاب أو بعد رضا منه<sup>(١٧٨)</sup>.

ورغم أن الاختلاف بين كل من الفكر والتطبيق المصري والأمريكي والذي يعكس إختلاف الثقافة ومدى توسع وقوة عنصر المعتقدات والأساطير legends بل يزيد عنها تأثير (الميثولوجي) mythology حيث تنتشر الخرافة في بعض المجتمعات الريفية والبدوية في مصر ؛ إلا أن الباحث يميل إلى المدخل الأمريكي في نزع أجهزة الإنعاش من المرضى الميئوس من شفائهم من خلال تنظيم تشريعي يأخذ في الاعتبار العوامل السابق بيانها. ويعترف الباحث بتعدد عملية إتخاذ القرار في ظل تأثير هذه العوامل لكن تبقى شجاعة إتخاذ القرار في بلد يتحمل المال العام الجزء الغالب من علاج المواطنين ، وفي إطار ظاهرة متطررة فحواها أنه في كل حقبة من الزمن يوجد مرض يعتقد انه ميئوس من شفائه إلى أن ينجح العلم في إكتشاف العقار المناسب والشفاء ، ويكون إنتظار البحوث والدراسات والتجارب العلمية والمعملية إنتظار لزمان غير محدد فلا أقل من إتخاذ القرار سيما وأن الموت - واقعياً - لا يرتبط حتماً بنزع أجهزة الإنعاش. والبدائل المتاحة للمساعدة في إتخاذ القرار قد تكون : ١- عرض الأمر على محكمة أو قاضى وقتى أو الأمور المستعجلة تجنباً

(١٧٧) محمد سعد خليفة : المرجع السابق ، ص ٧٨

(١٧٨) نقض ١٩٣٠/١٠/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض ، ج ٤ ، رقم ٤١٧ ، ص ٥٨٥ - أنظر أيضاً بعض التطبيقات

القضائية في أسامه عبد الله قايد : المسؤولية الجنائية للأطباء ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية (١٩٩٠)

، ص ١٠٧ وما بعدها

للدخول فى متاهات المحاكم والأوقات التى تستغرقها، ٢- تضع الدولة قواعد تفصيلية وتقرر وقت وإجراءات نزع الأجهزة وهو الأسلوب الذى إتبعته ولاية أوريجون بأمريكا ، ٣- أن يضع الأطباء من خلال نقابات المهن الطبية معدلات الرعاية وتصنفهم. والتجربة الفريدة فى ذلك هى إرشادات إستخدام العناية المركزة فى دنفر<sup>(١٧٩)</sup>

أما القول ببطلان الإتفاق الذى يعقده المريض وهو واع مدرك أو وصية الحياة بحسبان أن الحق فى الحياة من الحقوق اللصيقة بالشخصية والتى من خصائصها عدم جواز التصرف فيها فمردود عليه بأن طلب وضع حد للعلاج أو وقفه لا يرتبط بالحق فى التصرف فى الحياة وإنما هو تطبيق لمبدأ حرية تقرير الإنسان لمصيره والذى قد يباشره الإنسان بعدم التطبب من الأصل واللجوء إلى الأطباء والمستشفيات وهنا لا يجبره أحد على ضرورة العلاج. فضلاً عن ذلك لا يجوز إكراه المريض على تناول أشياء معينة تساعد على الشفاء وأكبر دليل على ذلك الحديث النبوي الشريف : "لا تكرر هو مرضاكم على الطعام والشراب. فإن الله يطعمهم ويسقيهم"<sup>(١٨٠)</sup>. وهو ما يطابق حالة وقف أجهزة التغذية والمحاليل السابق التنويه عنها.

### الموت الرحيم : Euthanasia :

39/1/1 - يجب التمييز بين إيقاف العلاج فى الأمراض الميؤوس من شفائها أو عديمة الجدوى والذى سبق دراسته وبين إقتلاع الحياة الفعال والإرادي وهو أن يطلب المريض من طبيبه تخليصه من آلامه ، بوضع حد ونهاية فورية لحياته وهو ما يطلق عليه الموت الرحيم أو موت الشفقة أو القتل المريح أو القتل بدافع الشفقة<sup>(١٨١)</sup>. الأول عمل سلبي يتمثل فى وقف العلاج وانتظار النهاية والثانى عمل إيجابي يتمثل عادة فى إعطاء جرعات زائدة من العقاقير المخدرة مثل المورفين فهى وإن كانت تخفف الألم والمعاناة إلا أنها تسرع بوقوع الموت مباشرة ، أو مساعدة المريض على الإنتحار.

من الطبيعي أن تثير فكرة الموت الرحيم الجدل بين رأيين متعارضين أحدهما مع والآخر ضد. إلا أن النقد الجدلي لهذه الحركة لم يمنع البعض من إتخاذ خطوات عملية نحو وضعها موضع التنفيذ. وتاريخياً على المستوى المهني الطبي فإن تقاليد أبيقراط التى ذاعت منذ أكثر من ألفين وخمسمائة عام كانت تحرم القتل. وفى قسم الأطباء نفسه منع للإجهاض والقتل الرحيم. وقد تزامنت هذه التقاليد مع المعتقدات

<sup>(١٧٩)</sup> WA. Gray , R.J. Caspone , and AS. Most : "Unsuccessful emergency department resuscitation, are continued efforts in the emergency department ?" N. Engl. Med. 1991 , 325 : 1393

<sup>(١٨٠)</sup> عن عقبة بن عامر الجهني : سنن ابن ماجه حديث رقم ٣٤٤٤

<sup>(١٨١)</sup> عبد الوهاب حومد : القتل بدافع الشفقة ، عالم الفكر ، المجلد الرابع ، العدد الثالث (١٩٧٣) ص ٦٤١ - هدى حامد قشقوش : القتل بدافع الشفقة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية (١٩٩٤) ص ٥ وما بعدها

الدينية بتحريم القتل<sup>(١٨٢)</sup>. ومع ذلك فليس الجدل حول الموت الرحيم جديد على الفكر الإنساني فقد إقتفى الأستاذ همفري ويكيت<sup>(١٨٣)</sup> هذه المسألة منذ التقاليد اليونانية القديمة إذ ظل الحكام يزودون الراغبين في الموت بالسّم: "إذا كان وجودك بغيبض بالنسبة لك ، مت إذا كنت مستغرقاً بالقدرية إشرب الشوكران"<sup>(١٨٤)</sup>. وفي الأسكيمو تركوا كبار السن يموتون تجمداً من شدة البرد القارس. وفي اليابان وضعوا كبار السن على ربوة عالية تسمى ربوة الموت la colline de la mort ثم عم تطبيق هذا النظام ليشمل الأطفال المعوقين والمرضى بمرض عضال<sup>(١٨٥)</sup>. وفي العصر الحديث حصلت حركة الموت الرحيم على شهرة في نهاية الثلاثينيات من القرن العشرين مع إنشاء جمعية القتل الرحيم الأمريكية. تضمن برنامج عملها ضرورة توفير الحماية الكافية في إطار قانوني يسمح للمريض بمرض عضال ميؤوس من الشفاء منه أن يختار الموت الفوري دون أن ينتظره في عذاب<sup>(١٨٦)</sup>

في إستفتاء سرى رسمى أجرى أخيراً تحت رعاية جمعية هيملوك Hemlock Society في ولاية واشنطن وكاليفورنيا حول إقتراح بالترخيص للأطباء بمساعدة مرضاهم في الإنتحار أو الموت الرحيم السريع ، وبالرغم من أنه أبطل إلا أنه كان مظهراً لهذا التحول. ففي ولاية واشنطن ولأول مره في مكان في العالم يُطلب من المقترعين الموافقة على الإقتراح الذى أطلق عليه "خدمة طبية جديدة". وصيغ السؤال بطريقة رقيقة : هل يمكن السماح للمرضى البالغين الراشدين في المرحلة الأخيرة من المرض (الحرجة) أن يطلبوا ويتلقوا مساعدة الأطباء في الموت الفوري ؟ وحيث أن هذه المساعدة تتم في شكل خدمة طبية يشترط في الطبيب أن يلبى هذه الدعوة لمرضى واع ومؤهل عقلياً أى كامل الأهلية وبمحض إرادته في أن يموت بطريقة كريمة وإنسانية ، دون معاناة ألم المرض ومضاعفاته وأن يتم هذا الطلب كتابة. لاحظ أحد أساتذة الأخلاق الطبية في جامعة واشنطن أن ذلك الإتجاه يمثل تحولاً جذرياً في الممارسة الطبية وأنها المرة الأولى منذ تقاليد أبيقراط ، التى كانت تقرض حظراً على الأطباء قتل مرضاهم، الترخيص لهم بفعل ذلك في مرحلة الإحتضار. وكتب محذراً بأن ولاية واشنطن على حافة طوفان مدمر<sup>(١٨٧)</sup>. ومع ذلك وافق ٦٧% من مجموع المقترعين على هذا الإقتراح.

نشطت حركة الموت الرحيم في السبعينيات من القرن العشرين وتوج هذا النشاط بصدر قانون حق المريض في تقرير مصيره Patient Self-Determination Act

ED. Pellegrino : "The metamorphosis of medical ethics : A 30 year retrospective" , J A M A 269 : 1158 , (1993) <sup>(١٨٢)</sup>

Humphry D. Wickett : The Right to Die, understanding Euthanasia , New York , <sup>(١٨٣)</sup>

Harper and Row (1986) , p. 12

الشوكران نبات يستخدم من ثماره شراب سام <sup>(١٨٤)</sup>

Jean – Loues , Baudouen Danielle : éthique de la mort et droit a la mort , P. U. F. , <sup>(١٨٥)</sup>

p. 72 , (1993) مشار إليه في : محمد سعد خليفه : المرجع السابق ص ٨٥ هـ (١)

Humohry D. Wickett : opcit , p. 14 <sup>(١٨٦)</sup>

A R Jonsen : "What is at Stake ? " Commonwealth , (1991) , 118 : 466 <sup>(١٨٧)</sup>

Propositions 119 وهو إقرار تشريعي بما يسمى "الحق في الموت" right to die وانتقلت هذه الحركة إلى إنجلترا. وفي عام ١٩٧٩ نشرت جمعية هيملوك كتابها الإرشادي الأول بعنوان "كتاب وصفة الإنتحار" suicid recip book ، وهو يعطى وصفاً تفصيلياً في كيفية إنهاء حياة الشخص. وتبع ذلك صدور إرشادات ديريك همفري Derek Humphry عن حرية القرار قائلاً : دعنى أموت قبل أن أستيقظ<sup>(١٨٨)</sup>. ومع ذلك فقد ظلت هذه الحركة محدودة وأطلق على مروجيها بأنهم جماعات متطرفة fring groups إلى أن نشرت في عام ١٩٨٩ مقالة في صحيفة إنجلترا الجديدة للطب تحت عنوان "مسئولية الأطباء نحو المرضى الميئوس من شفائهم" جاء فيه أن عشرة أطباء من بين إثنتي عشر طبيباً في أشهر مراكز الطب في الولايات المتحدة الأمريكية صدّقوا على مساعدة الأطباء لمرضاهم على الإنتحار معتبرين أن هذا العمل لا يخالف الأخلاق. لكنهم ترددوا في التصديق على الموت الرحيم لأن المناخ العام في الولايات المتحدة الأمريكية يميل إلى اللجوء للقضاء لرفع دعاوى التعويض عن الفعل الضار المتمثل في الموت الرحيم وأن مبالغ التعويض باهظة بالمقارنة بالمساعدة على الإنتحار<sup>(١٨٩)</sup>.

إزاء وقوع حوادث فردية للقتل الرحيم والنشر عنها<sup>(١٩٠)</sup> قامت عاصفة من النقد ضد هذا السلوك تحت شعار أنه "لا يجب على الأطباء أن يقتلوا". وكان رأيهم أن المؤلف المجهول لمقالة "إنتهى يا ديبى" قد خرج على القانون والبروتوكول الطبي والأعراف المستقرة<sup>(١٩١)</sup>. وصدر بيان من المجلس القضائي للجمعية الطبية الأمريكية إعتبر فيه قتل المرضى إنتهاك خطير للمعنى العميق لمهنة الطب. وإستعداد المعارضون لهذه الحركة ما سبق وأن كتبه ليو الكسندر في آخر النصف الأول من القرن العشرين في مقالته "علم الطب تحت الدكتاتورية"<sup>(١٩٢)</sup> والذي أعاد فيها إلى الأذهان تجارب النازي الألماني التي من الممكن أن تتحقق بعد ذلك وتساءل من الذى يضع القيود والحدود لتقرير "أن الحياة لا تستحق أن يحياها المرء" وكيفية تنظيم وتنفيذ هذا المعنى عملياً.

<sup>(١٨٨)</sup> John J. Paris and Frank E. Reardon : "An Ethical and Legal Analysis of Problems in Critical Care Medicine" Intensive Care Medicine , ed. by : James M. Rippe , Richard S. Iruin , Mitchell P. Fink , and Cerra (1996) , No. 228 , p. 2562

<sup>(١٨٩)</sup> S H. Wanger , D D. Federman , S J. Edelstein , et al : "The physician`s responsibility toward hopless ill patients : A second look" , N. Engl. J. Med. , 320 , 844 , 1984

<sup>(١٩٠)</sup> في عام ١٩٨٦ قتل زوج زوجته رمياً بالرصاص لتخليصها من آلام مرض الزهايمر وهشاشة العظام وحكم عبه

بالسجن إلا أنه أخلى سبيله بعد إبداء ندمه وأسفه. وفي عام ١٩٨٨ حقن طبيب نساء مقيم شاب مريض بالسرطان

بجرعة مميتة من مخدر المورفين. أنظر المقالة الشهيرة لطبيب مجهول بعنوان (1988) , J A M A , "It`s over , Debbie" , 272 : 259 ,

<sup>(١٩١)</sup> Willard Gayland , Leon Kass , and Pellegrino et al : "Doctors must not kill" , J A M A , (1988) , 259 , 2139 ,

<sup>(١٩٢)</sup> Leo Alexander : "Medical science under dictatorship" , N. Engl. , J. Med. , 214 : 39 , (1949)

إلا أن ردود الفعل الإيجابية سرعان ما خفت وقابلها ردود فعل سلبية إزاء حالات مساعدة للمرضى على إنتحارهم. من هذه الحالات حالة الطبيب جاك كيفوريان أستاذ الباثولوجي في جامعة ميتشجان الذي إستخدم آلة بدائية من تصميمه الخاص تسمى "آلة الإنتحار" suicide machine ومن ضحاياه امرأة تدعى جانيت أدكينز ، صافية التفكير خشيت من النتائج الحتمية لتداعيات مرض الزهايمر فساعدتها كما ساعد أكثر من عشرين آخرين على الموت. وبالرغم من أن جمعية ميتشجان الطبية سحبَت ترخيصه إلا أنه لقي ترحيباً من بعض الكتاب<sup>(١٩٣)</sup>. والحالة الثانية كانت لطبيب في نيويورك يدعى كويل قال في تقرير له في مجلة علمية أنه أعطى تعليمات وقام بتزويد مريضة بكميات كافية من حامض البريتوريك لمساعدتها على إنهاء حياتها إذ أنها تعاني من سرطان في العنق cervical cancer<sup>(١٩٤)</sup>. وكان رد الفعل على هذا التصرف سلبياً بل إن البعض شجع هذا المسلك<sup>(١٩٥)</sup>

40/1/1 - الرأي المؤيد : تتلخص وجهات النظر المؤيدة لفكرة القتل الرحيم في ثلاث نقاط جوهرية. أولاً : النتائج التي أسفرت عن إتجاه الرأي العام إلى قبول وتأييد هذه الفكرة. ففضلاً عن الإقتراع الذي تم في ولايتي واشنطن وكاليفورنيا فإن الإقتراع الذي أجرته مدرسة هارفارد للصحة العامة كشف أن ٦٤% من الأمريكيين صوتوا لصالح مساعدة الأطباء في الإنتحار والموت الرحيم للمرضى. وأيد الفكرة ٧٩% من البالغين دون سن الـ ٣٥ عام<sup>(١٩٦)</sup>. وفي إستفتاء للرأي العام الفرنسي ، جاء فيه أن ٨٠% من الفرنسيين يؤيدون هذا الرأي<sup>(١٩٧)</sup>. ثانياً : ضرورة تغليب مبدأ تخفيف آلام المريض وإعطائه الأولوية على حفظ الحياة ، وذلك في الحالات التي يتضاءل فيها أمل الشفاء. فضلاً عن أن الموت قد يكون في بعض الحالات درءاً للأذى القاسي ، وهذا البعد ، عدم الإيذاء nonmaleficence ، عنصر فعال في إتخاذ قرار الموت أو القتل الرحيم. ويكمل هذه المبادئ تطبيق نظرية المنفعة السابق الإشارة لها. وقد يضيف البعض إلى ذلك البعد الإقتصادي المتمثل في العلاج باهظ التكاليف دون جدوى. وفي هذا يقول السيد/ جاك أتالي مستشار الرئيس الفرنسي ميتران : "إنني أعتقد أن إطالة العمر لم تعد هدفاً مرغوباً في منطق مجتمعنا الصناعي فالماكينة الإنسانية ما دامت تنتج فهي تستحق البقاء والصيانة فإذا تجاوزت عمرها الإنتاجي كانت تكاليف صيانتها خسارة إقتصادية وأن التخلص منها لا يكون

I. Wilkerson : Opponents weight action against doctor who aided suicides" , New York Times , p. 1 , , (1991) – G. Annas : "Killing machine" Hastings Cent. Rep. , 33 , (1991)

Timothy Quill : "Death and dignity : A case of individualized decision making" , New England Journal of Medicine , 324 , 691 , (1991)

Correspondence : "Death and dignity , the case of Diane , N. Engl. J. Med. , 325 , 658 , (1991)

R A. Knox , "Poll : Americans favor mercy killing" , Boston Globe 3 Nov. 1993 al. <sup>(١٩٧)</sup>

Le figaro , du juidi , 19 nov. 1987 , no. 13443 , p. 12 <sup>(١٩٧)</sup>

بتركها تتآكل ولكن بإعدامها مرة واحدة<sup>(١٩٨)</sup>. وقد يحتاج العلاج مريض آخر قابل للشفاء.

أما النقطة الثالثة فهي أن القتل الرحيم يستمد شرعيته من حق المرء في الاختيار أو حرّيته في تقرير مصيره. فهو مجرد تمديد بسيط لحق الإنسان القائم في أن يضبط جسده ويخضعه لرقابته ، فهي حركة تقدمية جديدة للدخول في مملكة سلطان الشخص على حياته وعلى موته ، وحرّيته في إختيار الحياة التي يراها مناسبة له أو إختيار البديل وهو الموت. فمن حقه أن يعاجل بالموت دون ألم<sup>(١٩٩)</sup>. وفي مصر من يوافق على هذا الرأي إذ يقول الدكتور أحمد ضيف : "إذا نظر الإنسان إلى هذا الموضوع من غير إرتباط بقيود التقاليد والشرائع وأحكامها أرى أن العمل بهذا الرأي (وهو قتل المريض) يتفق مع الرحمة بالإنسان ويظهر لى أنه يجب أن يباح إذا إستعصى على الطبيب تخفيف الموت ، ولا أريد أن أتعرض للناحية الدينية في قوله تعالى "ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق"<sup>(٢٠٠)</sup>. ويسمح التشريع في هولندا منذ عام ١٩٩٣ للأطباء بناء على الطلبات المتكررة للمرضى البالغين والمؤهلين وفي المراحل النهائية من المرض الميئوس من شفائه بمساعدتهم على التخلص من حياتهم وبشروط معينة منها أن يكون رضاء المريض حرّاً وصادراً عن إرادة ووعي صريح ، ودائم ومتواصل. ويجب أيضاً أن يجمع كل من المريض والطبيب على أن المعاناة والألام غير محتملة بالنسبة للأول. ويشترط أيضاً أن يتوافق ذلك كله مع رأى طبيب آخر وتسجل وتوثق الحقائق ويرفع بها تقرير إلى المدعى العام<sup>(٢٠١)</sup>.

41/1/1 - الرأى المعارض: ١- لا يمكن لإنسان يؤمن بأى من الديانات السماوية قبول هذه الفكرة مطلقاً فكلها تحرم القتل وكذلك الإنتحار بإعتباره قتلاً للنفس. ففي الشريعة الإسلامية على سبيل المثال يوجد تأكيد لهذا المعنى في القرآن الكريم مثل قوله سبحانه وتعالى : "من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل النفس جميعاً"<sup>(٢٠٢)</sup>. وفى قول الرسول الكريم : "كان فيمن قبلكم رجل به جرح فجزع ، فأخذ سكيناً فحز بها يده ، فما رفا الدم حتى مات فقال تعالى " بادرنى عبدى نفسه" حرمت عليه الجنة".

<sup>(١٩٨)</sup> راجع مقالة أحمد أبو زيد : "القتل بدافع الرحمة"، مجلة الوعي الإسلامي ، العدد ٣٤٨ ، شعبان ١٤١٥ - يناير

١٩٥٥ ص ٣٨

<sup>(١٩٩)</sup> J. F. Malherbe : pour éthique de : Humphry D. Wickett : opcit p. 14 - أنظر أيضاً في فرنسا :

la médecine , Paris , Larousse , (1987) p. 232 مشار إليه في : محمد سعد خليفه ص ٨٧ ، هـ (١)

<sup>(٢٠٠)</sup> راجع محمد رجب بيومي : "قتل المريض الميئوس منه جريمة شنعاء" ، مجلة الأزهر ، السنة الثامنة والخمسون ، جمادى

الأولى ١٤٠٦ هـ - يناير وفبراير ١٩٨٦ ، ص ٦٧٧

<sup>(٢٠١)</sup> M A M. de Wachter : "Active euthanasia in the Netherlands" , J A M A . , 262 : 3316 ,

1989 - R. Fenigsen : "Euthanasia in the Netherlands" , Issues Law Med. , 6 : 229 , 1989

<sup>(٢٠٢)</sup> المائدة آية رقم ٣٢

وبالإضافة إلى الأساس الديني في الإعتراض على القتل الرحيم فإن التقاليد الطبية التي تأسست في عهد أبوقراط وظلت كقاعدة أخلاقية مهنية مستقرة وهي أنه لا يجب على الأطباء القتل<sup>(٢٠٣)</sup>. لذلك صدر بيان من المجلس القضائي للجمعية الطبية الأمريكية إعتبر فيه أن قتل المرضى إنتهاك فظيع للمعنى العميق لمهنة الطب. وذلك كرد فعل لتحول السلوك الذي أدى إلى وجود أكثر من خمسة آلاف قضية قتل رحيم أو المساعدة على الإنتحار<sup>(٢٠٤)</sup>. فضلاً عن الأساسين الديني والأخلاقي فإن القانون في بلاد كثيرة يحرم القتل بدافع الشفقة والتحريض على الإنتحار<sup>(٢٠٥)</sup>، وبعضها يجرم الشروع في الإنتحار<sup>(٢٠٦)</sup>. ووفقاً لقانون العقوبات المصري لا يعتبر رضاء المجنى عليه سبباً للإباحة ، بالإضافة إلى أن الحق في الحياة بحسبانه أحد الحقوق اللصيقة بالشخصية لا يجوز التصرف فيها وفقاً للقانون المدني المصري.

٢- القول بذلك بدافع تأكيد الحرية الشخصية وإستقلالية الشخص وحق تقرير المصير فيه شيء من المغالاة. هل نغلب الحق في الإختيار ونعطيه الإحترام والحماية أكثر من الحق في الحياة نفسه ؟ قد يشعر المريض ، نتيجة للظروف المأساوية التي يحياها تحت وطأة عذاب وآلام المرض ، برغبته في عدم الحياة أكثر منه ممارسة لما يسمى بالحق في تقرير المصير<sup>(٢٠٧)</sup>. لا شك أن تجاوز الإنسان لمرحلة الخوف من الموت في مقابل عدم قدرته على مواجهة خوف يراه أكثر قوة وهو الإجبار على تحمل حياة مليئة بالمعاناه والألم هو في حد ذاته إعلان عن فشل الطب الحديث في علاج مثل هذه الأمور وتخفيف وتسكين الآلام ليس مبرراً للإنتقال على الوظيفة الرئيسية للطب وهي العلاج إلى عمل آخر يتعارض مع القيم والشرائع والقانون وهو القتل حتى ولو تحت مسمى دافع الشفقة أو الرحمة<sup>(٢٠٨)</sup>.

٣- إن الإعتماد على فكرة رضاء المريض كمبرر للتصريح بالقتل يؤدي في حالات كثيرة إلى سوء إستخدام هذا الترخيص. ويؤكد هذا المعنى عدم خضوعها لإجراءات مراقبة وإشراف من جهات قضائية أو تنظيمات شعبية كمنقابة الأطباء أو إدارية مثل إدارات الصحة المحلية. وسوف يؤدي إنعدام الرقابة إلى أن تصبح عمليات القتل الرحيم جزء من روتين العمل اليومي عند بعض الأطباء. والدليل العملي هو التطبيق العملي للتجربة الهولندية للقتل الرحيم حيث يسمح القانون الهولندي بعمليات القتل

---

W. Gayland , L. Kass , E D. Pellegrino , et al : "Doctors must not kill" J A M A , 259 : (٢٠٣)  
2139 , 1989

Leon Kass : "Neither for love nor for money : why doctors must not kill" , The Public (٢٠٤)  
Interst , 94 : 24 , 1989

Cass-crim , 21 août. أنظر المادة ٣١٧ عقوبات فرنسي وكذلك حكم الدائرة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية . (٢٠٥)  
1851 , S. 1852 , 1. 286 , D. P. 1851 , 237

حسام الأهواني : "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية" دراسة مقارنة ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، يناير ١٩٧٥ ، العدد الأول س ١٧ (٢٠٦)

L. Kass : opcit (٢٠٧)

D. Callahan : "Aid-in-dying , The Social dimentions" , Commonwealth 118 , Supple (٢٠٨)  
1991 , p. 476

الرحيم وفق شروط معينة ومحددة منها أن يكون رضاء المريض بالقتل حراً صادراً عن إدراك ، صريح ، دائم ومتواصل ، وأن يكون الباعث إلى ذلك باتفاق كل من المريض والطبيب على أن معاناة المريض غير محتملة ومضنية ومنهكة. كما يجب أن يتوافق ذلك مع رأى طبيب ثان ، كما يجب توثيق هذه الحقائق وتسجيلها والتقرير بها إلى المدعى العام ؛ ومع ذلك فقد أسفرت دراسات حديثة عن أن معظم أعمال القتل الرحيم لا يتم تقريرها إلى المدعى العام ولا يتم التحقيق فيها عن طريق السلطات العامة. وفي الدراسات المسحية تبين أن ٢٦ حالة تمثل ١٥% من مجموع حالات القتل الرحيم هي التي تم رفع الأمر فيها إلى المدعى العام<sup>(٢٠٩)</sup>

٤- إن الاتفاق بين المريض والطبيب على تعجيل الموت والذي محله حياة الإنسان هو اتفاق غير مشروع وباطل بطلاناً مطلقاً لأن رضاه يتم عادة تحت وطأة الآلام المبرحة لذلك يعتبر رضاء غير سليم أو حر. كما أن محل العقد غير مشروع لأنه يقع على أحد حقوق الشخصية التي لا تخضع للتعامل بطبيعتها فضلاً عن عدم مشروعية السبب<sup>(٢١٠)</sup>.

لهذه الأسباب مجتمعة يقتنع الباحث بتحريم القتل الرحيم من منطلق أخلاقي ، ديني ، إجتماعي ، قانوني.



## الفصل الثاني

### معصومية الجسد



"إن الإنصاف قصير ، ولكن الضرر يمكنه طويلاً  
والعمل الطيب يعود ثانية إلى مكانه بالأمس"  
من شكاوى الفلاح الفصيح من الأديب المصري القديم

\* محل ومضمون الحماية

\* معصومية الجسد في النظام الأجلو أمريكي

\* معصومية الجسد في النظام اللاتيني

\* معصومية الجسد في الشريعة الإسلامية

### المبحث الأول

#### محل ومضمون الحماية

1/2/1 - تمهيد : إحتل موضوع الجسد البشري على مر العصور إهتمام رجال الدين والقانون والطب والفلسفة والأدب. ولعل رائعة وليام شكسبير في القرن السادس عشر "تاجر البندقية" والتي تحكى عن إقتراض أحد التجار المسيحيين من مراب يهودي مبلغاً من المال ، ووضع الدائن في العقد شرط جزائي مقابل عدم السداد في اليوم المحدد قطعة من لحم جسد المدين<sup>(1)</sup>. وأيضاً في قصة فيكتور هوجو

<sup>(1)</sup> الفصل الأول ، المشهد الثالث

الخالدة في القرن التاسع عشر "اليؤساء" إذ باعت فانتين Fantine شعرها وأسنانها مقابل مبلغ من المال إعتبرته يفوق أحلامها فيما يمكن أن تحصل عليه من مال<sup>(٢)</sup>. ويقابلها في التراث المصري بيع ناعسه لشعرها في ملحمة أيوب في الأدب المصري. والنظر لهذا الخيال الأدبي الآن نجد أن القوانين تحرم الشرط الجزائي الوارد في "تاجر البندقية" وفقاً للمادة (١١٣١) مدني فرنسي ومخالفاً للنظام العام بموجب المواد ٦ ، ٥/١٦ ، ٩/١٦ مدني فرنسي ، بينما يتيح بعضها التصرف القانوني ببيع بعض المنتجات الجسدية.

ومن الناحية القانونية إستأثر الجسد الإنساني بإهتمام توج بفرض حماية له سواء من تصرفات الشخص نفسه ضد نفسه أو بما يبرمه من إتفاقات غير مشروعة على جسده أو من إعتداء الغير عليه بدون سبب مشروع أو رضاء صاحب الشأن. والغالب أن تكون مسؤولية الفاعل مسئولية تقصيرية (فعل ضار) ، في حالة عدم وجود أى عقد ، مبنية على النظام العام للمسئولية التقصيرية الوارد في المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ من التقنين المدني الفرنسي والمواد ١٦٣ - ١٧٨ من التقنين المدني المصري. والحق العام في حماية الجسد ينقسم إلى حقين متميزين أحدهما سلبي négatif في التكامل البدني أي إمكانية صاحب الحق في أن يرفض أى إعتداء من الغير على التكامل الجسدي. والحق الإيجابي في التصرف في جسده. وقد أدركت هذا التمييز جيداً مدام هاريشو مع غيرها من الفقه<sup>(٣)</sup>. وهى في ذلك تقول : يكون الشخص محمياً ضد إعتداء الآخرين من خلال مبدأ المعصومية inviolabilité. وتكون الحماية ضد نفسه من خلال مبدأ عدم قابلية جسد الإنسان للتصرف indisponibilité وهو بعيد عن أى إستثناء قانوني أو حق المرء في التصرف في جسده.

2/2/1 - معصومية وتكامل الجسد : يحكم النظام القانوني لحماية الجسد البشري مبدأين : ١- معصومية الجسد ، ٢- تكامل الجسد<sup>(٤)</sup>. وتظهر التفرقة بينهما كمفهومين متميزين من قراءة المادة (١٦) من التقنين المدني الفرنسي ؛ فبينما تتحدث الفقرة الأولى عن معصومية الجسد ، تعلن الفقرة الثالثة عن عدم الإعتداء على تكامل جسد الإنسان إلا في حالة الضرورة العلاجية للشخص. والواقع أن هذه المادة كما يقول الفقيه Méméteau هى بمثابة إفتتاحية للقصيد السيمفوني المبني على كرامة وسمو الإنسان<sup>(٥)</sup> فجناحي المعصومية هما الكرامة وسمو أو إرتقاء الإنسان ، وتتساوى

<sup>(٢)</sup> المجلد الأول ، الجزء الأول : الكتاب الخامس بعنوان : النزول La descente ص ٢٦٤

<sup>(٣)</sup> Mme. Harichaux : La protection des libertés et droit corporels , Libertés et droits fondamentaux , Montchrestien (1995) no. 25 , p. 19 – A. Goergen : Les droits de l' homme sur son corps , thèse , Nancy , (1957) , p. 229 – I. Arnoux : Les droits de l' être humain sur son corps , Presses Universitaires de Bordeaux (1995) p. 168 et s.

<sup>(٤)</sup> Gérard Méméteau : La Disposition Par L' Individu de son Corps , Collection , thèse , n.

100 , p. 80

<sup>(٥)</sup> G. Méméteau : Les greffes thérapeutiques de tissus embryonnaires et foetaux , J. I. B.

(1995) vol. 6 p. 26

الكرامة مع فكرة المساواة *égalité*. أما سمو الإنسان فهي فكرة تعنى الأولوية ، أى أن يصبح الشخص على قمة التدرج الهرمي للقيم<sup>(٦)</sup>. بالرغم من أن التحليل السابق يبين أن مفهومي المعصومية والتكامل ليس شيئاً واحداً ، ومع ذلك فإن الصياغة القانونية لنص المادة (١٦) لا تجعل منهما ذاتية مختلفة وإنما يكملان بعضهما البعض. فالمبدأ الثاني (تكامل الجسد) ليس إلا تطبيق للمبدأ الأول (معصومية الجسد) ، لأن جسم الإنسان مصون ولا يمكن الإعتداء على تكامله. فهما مساران متوازيان يؤديان إلى فكرة الجزاء سواء الجنائي أو المدني المتمثل في إعتبار جسد الإنسان خارج عن دائرة التعامل التجاري ؛ وبطلان التصرفات الواقعة عليه فيما عدا حالات الضرورة العلاجية ؛ أو الأمر بإيقاف التعدي؛ وأخيراً التعويض عن الضرر الجسدي الذي يعانیه الضحية وهو فئة جديدة من الأضرار تجمع بين كل من الضرر المادي والضرر الأدبي<sup>(٧)</sup>.

3/2/1 - الإنسان والشخص القانوني : إن لم يوجد تعريف دقيق للشخص ، فمن الثابت أن يكون هو في وقت واحد أهل لإكتساب الحق ، وهنا يطلق عليه الشخص القانوني *personne juridique* وبإعتباره إنسان يكون شخص بشري *personne humaine*<sup>(٨)</sup>. والشخص القانوني هو الذي يتصرف ، قانوناً ، بنفسه أو بواسطة ممثله القانوني في المسرح القانوني. فهو أهل لإكتساب الحقوق والإلتزام بالواجبات. فهو صاحب حق بالمقابلة بالشيء محل الحق. بينما على الطرف الآخر يكون الشخص الطبيعي (الإنسان) أهل لإكتساب الحقوق والإلتزام بالواجبات شأنه في ذلك شأن الشخص القانوني إلا أنه يسبق أو أن له الأولوية على الشخص القانوني طالما هو بصفته إنسان. وهو يوجد ليس بالمقابلة بالأشياء وإنما بالمقابل للكائنات الحية الأخرى، النبات والحيوان. هذه الصفة البشرية والتي تجعله شخص في لغة القانون هي التي تفرز مفهوم الكرامة الإنسانية كمبرر لحماية الجسد البشري ؛ وهي تجعله محل الحماية الواردة في المادة (١٦٩) من التقنين المدني الفرنسي الصادرة بتشريع ٢٩ يولييه ١٩٩٤ .

<sup>(٦)</sup> ويعبر العميد كورنو عن نفس الفكرة حين يقول بأنها ليست فقط القيمة التي يؤكدها القانون ، لكنها الدرجة أو الرتبة

التي يثبتها ، فالشخص يقف دائماً أعلى سلم القيم ، أنظر : G. Cornu : Droit Civil , Introduction , Les Personnes , Les Biens , 8e. éd. (1997) no. 457 – V. aussi : C. Chabert-Peltat et A. Bensoussan : Les biotechnologies , l' éthique biomédicale et le droit , Hermès , Paris , (1995) no. 1310 , p. 24

<sup>(٧)</sup> J. Carbonnier : Droit Civil , Tome 4 , Les obligations , 21e. éd. P. U. F. , Thémés (1998) no. 207 – R. Cabriliac : Le Corps Humain in droits et libertés fondamentaux , 4e. éd. Dalloz no. 164 , p. 118

<sup>(٨)</sup> G. Goubeaux : Traité de droit civil , les personnes , Paris , L. G. D. J. (1989) p. 25 – P. Murat : "Réflexions sur la distinction être humaine , personne juridique" , Droit Famille , September 1997 , chr. P. 4 et s.

الخاصة بالإنسان موجهة نحو الماهية أو الذات *vers l' essence* بينما تلك الخاصة بالشخص القانوني فهي موجهة نحو الدعوى *tournée vers l' action* (ص ٥).

يذكر الباحث أن بديهية توافر الصفة الإنسانية تجعل من حاملها شخص بلغة القانون ومن ثم أهل لإكتساب الحقوق والإلتزام بالواجبات هي سمة عصرية. فلم يكن الأمر كذلك قديماً في عهد الرق حيث كان القانون يعترف بحق الملكية لإنسان على إنسان آخر وهو العبد أو الرقيق. وذلك تأثراً بالآثار التاريخية التي كانت تعترف للمنتصر بحق ملكية على الأشياء الخاصة بالمهزوم<sup>(٩)</sup>. وإن ألغى هذا النظام في فرنسا في ١٧ إبريل ١٨٤٨ ، دستور ٤ نوفمبر ١٨٤٨ . ومثال آخر هو الموت المدني mort-civil الذي ينكر على إنسان أهلية إكتساب الحقوق والذي إنتهى في فرنسا بتشريع ٣١ مايو ١٨٥٤. وفي القانون الروماني في العصور الوسطى إستمر المستشارون القانونيون في تدريس أن شواذ الخلقة monstres ليسوا أشخاص ومن ثم يجب رفض تمتعهم بالحقوق المدنية. وإمتد هذا الأمر كما لاحظ Esbach إلى القرن التاسع عشر حيث كان يستطيع أى شخص أن ينزع منهم الحياة دون إعتباره مرتكباً لجريمة<sup>(١٠)</sup>. كذلك لم يعترف المستشارون الرومان بالطفل الذي يولد برأس حيوان tête de bête . وأُتهمت أم الطفل الذي يأتى للحياة بفم على شكل خرطوم museau بأنها حملت به من ممارسة غير سوية مع حيوان لأن الكنيسة ترفض تعميم منتج هذه العلاقة الشاذة. هذه النظم التاريخية تؤكد ملاحظه مازو « il n" en demeure pas moins que l" être humain n" est pas nécessairement une personne » . فأصحاب الحقوق هم الذين يعترف لهم القانون الوضعي بذلك وهذا الإعتراف يعتمد بصفة أساسية على قائمة القيم في السياق الإجتماعي<sup>(١١)</sup>.

### المطلب الأول : الإنسان والجسد

4/2/1 - الشخص (الإنسان) وجسده : يناقش الباحث في هذا المطلب ثلاث موضوعات هي على التوالي : أولاً : عدم تأثير الصفات البدنية الخلقية أو تغييرها أثناء الحياة وكذلك النوازع النفسية والقدرات العقلية على أهلية الإنسان (الشخص الطبيعي) لإكتساب الحقوق ، ومن ثم تمتعه كإنسان - بالحماية القانونية وإمتدادها لحماية جسده البدني. ثانياً : هل الجسد البشري مرادف للشخصية الطبيعية ؟ أى هل الجسد هو الشخص أم أنهما مفهومان مختلفين لا يرتبطان ؟ والسؤال بصيغة أخرى ما هي الطبيعة القانونية للجسد البشري ؟ هل الجسد هو الشخص كما قال البعض أم أنه شئى كما قال البعض الآخر ؟. وثالثاً وأخيراً : ما هي الطبيعة القانونية لحق الإنسان علي جسده ؟ .

5/2/1 - حيث أن جميع الأفراد البشرية متساوين في أن لهم أجسادهم بقطع النظر عن أى إختلافات مادية أو ذهنية. فالفرد الذى يملك قدم وذراع ليس بنصف شخص demi-personne ، والطفل المغولي ، والشخص المعوق هم أهل لإكتساب الحقوق

<sup>(٩)</sup> أنظر في ذلك : Accarias précis de droit romain : Les personnes , Paris (1882) p. 83

<sup>(١٠)</sup> Esbach : "Note sur les prétendus monstres" , Revue dr législation , (1882) p. 167-68

<sup>(١١)</sup> Mazeaud : Introduction général au droit , p. 601 et s. no. 593

كاملة. ومع ذلك لا يجب الوقوع في بعض الشراك التي نوه عنها ديفيد في أطروحته وهي التماسك بين الشخص وجسده piège de la cohésion entre la personne et son corps<sup>(١٢)</sup> ، فالارتباط بين الشخص والجسد مزعج حتى في أيامنا هذه. حقيقة أن الجسد البشري هو بدون شك إشارة للشخص ، لكنها إشارة شخصية وخاصة جداً .

الشرك الأول هو المعادلة التي وضعها بعض المؤلفين في مستهل القرن الماضي وهي الإنسان الفسيولوجي = شخص (أى أن الإنسان من حيث وظائف يعنى شخص)<sup>(١٣)</sup> والسبب الذى دعاهم إلى القول بهذه المعادلة هو ملاحظتهم أن الجسد البشري إذا كان إشارة للشخص فهي الإشارة الوحيدة المعروفة. وفي هذا المعيار لا يجب تمثيل الجسد بالأشياء العادية التافهة. ولناخذ مثال على ذلك فإن (الروب) الذى يرتديه المحامي يشير إلى شخص محام ، ويسمح لنا - بهذا المعيار - إلى التعرف على هويته. لكن هذا الرداء هو شئ ، قد يخلعه ويستخدمه ويبدله بأخر أثناء حضوره قاعات المحاكم لكنه يبقى محامياً وهذا الرداء يميزه فقط في أداء مهنته لكنه في النهاية مجرد شئ. بينما الجسد البشري على العكس هو إشارة دقيقة مرتبطة بالشخص منذ مجيئه إلى الحياة يظل ملتصقاً به حتى الموت فينصل ويستهلك ثم يتحلل ويختفى مع إختفاء الشخص. ولا يمكن بعد ذلك بأى حال من الأحوال توصيله مرة أخرى إلى شخص آخر مرة أخرى. كما لا يمكن تغيير الجسد أثناء الفراق.

وقد تأسست هذه النظرية التقليدية على فكرة أنه لا يمكن النظر للشخص بدون جسد ولا للجسد بدون شخص ، فقد عانق والتصق الجسد بالشخص ولم يتركه أو ينفصل إلا بعد إختفاء الشخص نفسه. ولهذا السبب يصبح من الخطأ القول بأن الجسد شئ وإنما يجب التأكيد بأن الجسد هو الشخص. فالنظرية التقليدية تماثل الجسد بالشخص على أساس المساواة المزعومة للجسد البشري. لكن لا يمكن إنكار وجود تباين بالقول بهذه المساواة ، فالجسد البشري يمثل نوعاً من إطاراد وتنظيم للمساحة ، المادة ، الحجم ، والكتلة ، يمكن فى جميع الأحوال تشكيل نموذج مثالي للإنسان ، ولجسده ، مطابقاً لما يمكن أن يكون أهلاً لإكتساب الحقوق<sup>(١٤)</sup>.

لكن لا يمكن إتباع هذه النظرية التقليدية فى أيامنا هذه. فإذا كان الجسد يبدو غير منفصل indissoié من الشخص فهو ليس مرادفاً له. فضلاً عن أن الإعتقاد بمسلماتها من إنكار الشخصية على شواذ الخلقة يتعارض مع القيم الإجتماعية والقانونية السائدة. يصبح من غير المقبول القول بأن جميع الأفراد متساوين فى أجسادهم بل إنهم مختلفون فى شكل أجسادهم ولا يتطابق بالضرورة مع نموذج يمكن أن يُطلق عليه sujet type . ويؤكد العلم الحديث أنه يمكن للجسد البشري أن يتغير ويتطور أثناء الزمن. وقد يعتريه بعض الشذوذ عن المعتاد أو الخلل. وطالما أن الجسد متغير فلا يبقى علامة للشخص المفروض فيه بحسبانه أهلاً لإكتساب الحقوق أنه ثابت. أما الجسد من حيث إعتباره غلاف فهو يمكن أن يتغير وهو فى جميع الأحوال يختلف

Aurel David : Structure de la personne humaine , essai sur la distinction des personnes<sup>(١٢)</sup>  
et des chose , thèse , Paris (1955) p. 49 à 51

Esbach ; opcit , p. 167

X. Labbé : opcit , p. 49

(١٣)

(١٤)

من شخص لآخر. والخلاصة أنه إذا كان الجسد دعامة الشخص فهو ليس بالضرورة مرادفاً له. وهذا الرأي يتطابق مع معطيات العصر العلمية من إمكانية تغيير بعض أعضاء الجسد عند إستهلاكها<sup>(١٥)</sup>.

الشرك الثاني الذى يجب التنبيه إليه هو الإلتباس والخلط بين الحياة النفسية psychism والشخص. فقد يتجرد الإنسان من كل مظاهر السلطان والأبهة والجاه والعز والثراء وكل ما يحيط به من عزين ، ويتبدل حاله وتضعف شخصيته – بالمعنى الدارج – لكن يبقى الشخص دون تغيير ويصبح فى نظر علماء الأخلاق أقل تجربة وخبرة. لكن الفرد الذى يوضع فى مثل هذه الظروف المتغيرة ولأن الشخصية السيكولوجية مع تفاوتها فهى آلة تتغير ولكن يبقى نفس الشخص. فيستثنى من مفهوم الأهلية لإكتساب الحقوق أى أهلية نفسية أو ذهنية. فالشخص – بمفهوم الطب النفسي – الذى يعاني من ازدواج فى الشخصية ليس له ذمتين بالمفهوم القانوني ، والشخص الذى يفتقد الملكات الذهنية أو المفقود كفيف بأن يكون دائماً أو مديناً ، وكذلك الطفل فى سن الطفولة ، والقاصر ، والشخص المعاق عقلياً بنسبة ١٠٠ % ، والفرد عندما يكون فى حالة حرجة أى فى غيبوبة (مع التحفظ عما يُثار من جدل حول اعتبار من هم فى غيبوبة كاملة فى عداد الأموات) ، كل هؤلاء مؤهلين لأن يكون لهم ذمة مالية وأهلية لإكتساب الحقوق.

ولا ريب أنه فى الإطار القانوني يتمتع هؤلاء الأفراد بنظام حماية ، ويصرح بأنهم عديموا أو فاقدوا الأهلية . ويمكن أيضاً وضع قيود على ممارستهم للحقوق بتعيين أشخاص يُنَاط بهم ممارسة هذه الحقوق بالنيابة عنهم. لكن ذلك ليس سبباً لكونه صاحب حق فعدم القدرة على ممارسة الحق لا تمنع من أهلية التمتع والإنتفاع والإستغلال<sup>(١٦)</sup>. فضلاً عن أنه يستطيع الحاسب الآلي فى العصر الحاضر تطوير الإستدلالات العقلية أعلى من القدرات البشرية وتخزين كمية من المعلومات والمعارف تفوق الطاقة الإنسانية وهو فى النهاية وببساطة ليس إلا جهاز أى آلة محل القانون objet du droit . وبذلك أصبحت مقولة ديكارت : "أنا أفكر إذاً أنا أعيش" ليس لها تطبيق فى نطاق القانون. وهكذا يمكن إستخلاص أن المفهوم القانوني للشخص مستقل عن الجسد البشري. فلا يدخل فى إعتبار مفهوم الأهلية لإكتساب الحقوق الصفات الجسدية أو الذهنية للفرد والإعتبار الوحيد هو كونه إنسان.

#### الطبيعة القانونية للجسد البشري:

6/2/1 - كان للتطور العلمي والتقني فى مجال الطب الدور الهام فى بحث فقهاء القانون المدني عن الطبيعة القانونية للجسد البشري<sup>(١٧)</sup>. وفى هذا المضمار لم يكن لديهم إلا خيار واحد هو أن القانون يقسم الكون إلى فئتين متميزتين. وهو ما يُطلق

<sup>(١٥)</sup> المرجع السابق ، ص ٥٣

Wlex Weill et Terre , La famille , p. 679 et s.

<sup>(١٦)</sup>

<sup>(١٧)</sup> J. – C. Galloux : "La protection juridique de la matière biologique en droit français" , Rev. int. dr. comp. 1998 – 2 , p. 491 et s.

عليه Sumnia divisio<sup>(١٨)</sup> أى أن كل ما هو ليس بشخص (بالمعنى القانوني) فهو بالضرورة شيء. وليس هناك مكان لفئة وسط. وهما بالنسبة للقانون مختلفين<sup>(١٩)</sup>. فقد يكون الجسد شخص وقد يكون شيء. وكان من الطبيعي إزاء ذلك أن يختلف الفقهاء وينقسم الرأى بينهم إلى تيارين متعارضين : أحدهما يتبناه الكتاب الذين يُطلق عليهم الشخصانيون personnalistes يرى أن الجسد هو الشخص ، والآخر مخالف يرى أن الجسد هو شيء.

7/2/1 - الجسد هو الشخص : قد يختلف تعبير كل من أنصار هذا الرأى من فقيه آخر لكنهم يتحدثون فى أن الجسد هو الشخص. فقد رأى البعض أن الإنسان كيان مكون من عناصر مادية ونفسية لا تتفصل وأنه لا توجد لديه ازدواجية – sujet objet<sup>(٢٠)</sup>. بينما يرى البعض بأن الجسد والشخص واحد متحدان إتحاداً كاملاً فى الشخصية ، ينظر إليه على أنه متداخل ، وليس شيئاً خارجاً عنه<sup>(٢١)</sup>. والجسد عند العميد كاربونييه جوهر وأساس الشخص "substratum"<sup>(٢٢)</sup> ، وعند العميد كورنو "الدعامة الضرورية" « support nécessaire » للشخص<sup>(٢٣)</sup>. وكما قال ديكروز ليس إلا هيكل<sup>(٢٤)</sup>. وتعبيراً عن هذا الرأى قال البعض : "إننى لست مالكاً لجسدى ، بما أن جسدى هو أنا طالما أننى شخص قانوني<sup>(٢٥)</sup> ، أى أن الشخص لا يملك الجسد وإنما هو نفسه الجسد.

تجد نظرية التطابق بين الشخص وجسده أساسها فى التاريخ والفلسفة والدين. فجدور هذه النظرية موجودة فى التقاليد الأوروبية ومتوارثة عن الإعتقاد المسيحي الذى ينادى بعدم الفصل بين الجسد والروح<sup>(٢٦)</sup>. أما القانون فيتخذ موقفاً أبعد من ذلك فهو يتناول الإنسان لا من حيث روحه أو جسده وإنما من حيث إرادته. وقد جرت

J. – C. Galloux : "Reflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l' exemple des elements et des produits du corps humain en droit français", Les cahiers du droit , vol. 30 , no. 4 , nov. 1989 p. 3 et s.

<sup>(١٨)</sup> المرجع السابق ، ص ٤٠

M. – T. Meulders – Klen : « Le droit de disposer de soi – même , étendue et limites en droit comparé , in licéité en droit positif et références légales aux valeur" , Actes des X<sup>e</sup>. journées d' études juridique Jean Dabin , Bruylant , Bruxelles , (1982) , p. 215

G. Savornat : Le principe de l' inviolabilité du corps humaine , thèse , Poitiers , (1951) p. 34

J. Carbonnier : droit civil , les personnes , Tome 1 , no. 6 <sup>(٢٢)</sup>

G. Cornu : introduction , les personnes , les biens , no. 479 , p. 166 <sup>(٢٣)</sup>

Dekkers : "Séance inaugurale des Travaux Capitant » Journées Belges, (1975) , Tome XXV11 , p. 2 <sup>(٢٤)</sup>

Je ne suis pas propriétaire de mon corps , puisque mon corps , c' est moi , moi en tant que je suis une personne juridique" M. Terré et Mme Fenouillet : Droit Civil , Les Personnes , La Famille , Les incapacités , Dalloz , (1996) , no.. 17 <sup>(٢٥)</sup>

J. – L. Baudouin et Labrusse – Riou : « Produire l' homme , de quel droit ? » , P. U. F. , (1987) p. 186 <sup>(٢٦)</sup>

محاولات تشريعية قادها مجلس الدولة في فرنسا لإيجاد مبدأ عام يقضى بأن الجسد يبقى عنصراً متحداً ، غير منفصل عن الشخص بالنظر إلى أن الإنسان هو في نفس الوقت جسد وروح.

وقد واجهت هذه النظرية بعض الإعتراض. أول هذه الإنتقادات هو أنه إذا كان الجسد عنصراً في الشخص ، ودعامة له فمن الممكن أن ينفصل. ومن رؤية مادية بحتة فهو الحاو وهو لا يتماثل مع المحتوى ، فهل يمكن إعتبار قارورة المياه هي الماء أو أن الماء هو القارورة ؟ ! وهذا ما دعا بعض المعارضين بالقول بأن الجسد البشري ليس إلا "غلاف للشخصية" *l'enveloppe de la personnalité* <sup>(٢٧)</sup> أو أنه علامة للشخص <sup>(٢٨)</sup>. وثاني هذه الإنتقادات أنها جاءت بمسألة أو فرض هو أن الجسد هو الشخص وهو فرض غير قابل للبرهنة. لكن يشفع لهذه النظرية أنها تتفق مع مفهوم الكرامة إذ أن الفصل بين الجسد الحي والشخص يتعارض مع الكرامة الإنسانية وهي المبرر لمعصومية الجسد.

8/2/1 - الجسد هو شيء: الكتاب الشيئيون Les auteurs réificateurs :  
تزعم هذا الإتجاه الأستاذ ديفيد الذي أمضى أكثر من أربعين عاماً يبين أن الشخص ليس العناصر والأجزاء المضافة للجسد البشري والتي تظل مجرد أشياء. وأن الجسد يتمتع بكل خصائص الأشياء ، ثم جاء من بعده كل من بود <sup>(٢٨)</sup> الذي يرى أنه يجب تصنيف الجسد في فئة الأشياء إذ أن طبيعته القانونية لا تتغير حتى لحظة الموت وأن عناصره تظل محتفظة بطبيعتها الحقيقية. وقد هاجم نظرية الشخصيين والتي بموجبها تعتصم بمفاهيم "المظهر القانوني" *à allure juridique* ؛ والتي في الغالب الأعم من أصل لاتيني لتخفف فشلها في عدم التعرف على حقيقة الجسد وأن المفردات اللغوية المستخدمة تعبر عن "المقدس والمحظور". ولتعزيد نظريته إنطلق إلى الموقف القانوني لجسد الميت (الجثة) مبيناً أن طبيعته هي بالضرورة عينية بسبب قدسيته المتوارثة من القانون الروماني والقانون الكنسي المتعلقة بالدم والأعضاء ومنتجات الجسد البشري. ثم نظر إلى الجانب العكسي من الرأي التقليدي القائل بأن الجسد يكون مقدساً لأنه الشخص وبإنتهاء الشخص بالموت يفقد الجسد خاصية القداسة ، وقد علل الفقيه إحتفاظ جسد الميت بقدسيته لأنه شيء مقدس. وإنتهى الفقيه إلى القول بأن الجسد هو بالقطع شيء يمكن أن يكون محلاً لتصرف قانوني مستشهداً في ذلك بمنطوق نص المادة (١١٢٨) مدني فرنسي التي تعتبر أن الجسد شيء خارج عن دائرة التعامل.

وأكد فكرة الشيئية أيضاً الفقيه جالوكس في رسالته <sup>(٢٩)</sup> وفي مقالاته المتعددة <sup>(٣٠)</sup> لكنه لم يتجه إلى الطبيعة القانونية للجثة وإنما تجاوز ذلك إلى التحليل البيولوجي

Aurel David , opcit , p. 49 à 51

(٢٧)

M. M. J. – P. Baud : Le corps , personne par destinction , in Mélanges dédiés à D. Huet <sup>(٢٨)</sup>  
– Weiller , P. U. Strasbourg , L. G. D. J. , (1994) , p. 13 et s.

J. – C. Galloux : Essai de définition d' un statut juridique du matériel génétique , thèse <sup>(٢٩)</sup>



لجينات كل من الإنسان والحيوان والنبات فوجد تماثلاً بينها إستنتج منه الطبيعة العينية للجين البشري<sup>(٣١)</sup>. وخلص إلى أن جينات الكائنات الحية هي في حقيقتها الظاهرة أشياء ، وأن آلية عملها تبين بلا مراء طبيعة الأجزاء البشرية بأنها ليست إلا شيء<sup>(٣٢)</sup>. لكن المؤلف لم يستبعد أن الجسد ظاهرة للشخص ، كما إعتترف بأن الجسد دعامه للشخص لكنه لم يضع كلاً من الجسد والشخص في إطار التطابق والتماثل.

وكعادة الآراء الفقهية الإنسانية نجد من يجادل في صحتها ، فقد تصدى البعض<sup>(٣٣)</sup> لفكرة تحليل الجينات واعتبر أن العيب في نقطة البداية إذ أن النتيجة الأولية هي التساوى بين مادية أو شئئية جينات كل من الإنسان والحيوان والنبات. هذه النتيجة التي قادت إلى القول بأنه ما دام جين الإنسان شيء وهو الذي يتكون منه الأجزاء الجسدية فإن الجسد في مجموعه شيء. لكن هذه النتيجة قد تؤدي بمنطق الإستنتاج إلى نتيجة غريبة وشاذة وهي أن جين الإنسان وهو بالقطع شخص ، فمع تماثل هذا الجين في ماديته تصبح الميكروبات والنبات والحيوان أشخاص لا تختلف إلا قليلاً مادامت ماديتها هي نفس مادية الإنسان<sup>(٣٤)</sup>.

كما رأى البعض<sup>(٣٥)</sup> أن جعل مادة الجين البشري شيء يدخلنا في دائرة النظر إلى حقيقة الجسد البشري من منظور بيولوجي للقانون وهو أمر خارج عن نطاق القانون. ولأنه من الثابت ، بيولوجياً ، أنه لا يوجد إختلاف جوهري بين المعلومات الجينية البشرية والمعلومات الجينية عن الكائنات الحية الأخرى ، لذلك فهي تعتبر في القانون مثل شيء. ويستخلص من ذلك أنه يجب إعتبار الجين البشري شيء. لكن هذه النتيجة تبدو قبل الأوان لأنها ستدعونا بالضرورة إلى القول بأنه ليس هناك من تباين بالنسبة للقانون بين الإنسان والحيوان والنبات. وهو قول لا يمكن التصريح به.

يجب أن لا نغض الطرف عن الظواهر الموجودة حالياً في مجتمعات كثيرة كما يجب دراسة مدلولاتها وإنعكاساتها. فقد أصبح الجسد البشري في هذه الأيام مادة أولية ، مستودع للأعضاء البشرية والخلايا والأنسجة صالحة للإستعمال ويمكن إستخدامها لعلاج أشخاص آخرين ، وقد يتم ذلك دون تأثر الشخص بفقدان عضو أو خلية وهنا يدخل عنصر المال وتصبح هذه الأعضاء مصدر ثراء ، وتزمنت هذه النظرة التجارية والنفعية مع نظرة الأطباء - نظراً للتقدم العلمي الهائل في مجال

<sup>(٣٠)</sup> سبق ذكر بعض هذه المقالات . أنظر أيضاً مقالته "طمي الأرض" , Gaz. Pal. 6 nov. « Le limon de terre »

1992

N. – Mazen : « Reflexions juridiques sur le material génétique de l' homme » , in <sup>(٣١)</sup>

Bioéthique et droit , C.U.R.P.P.,P.U.F.(1988) p.197

F. Bellivier : Le patrimoine génétique humaine : étude juridique , thèse , Paris , (1997) , <sup>(٣٢)</sup> p. 109

A. Giudicelli : Génétique humaine et droit – à la redécouverte de l' homme , thèse , <sup>(٣٣)</sup> Poitiers , (1993)

Ibid. , note 1 , p. 109 <sup>(٣٤)</sup>

L. Cadet : "La notion d' information génétique en droit français , in la génétique <sup>(٣٥)</sup> humaine : de l' information à l' informatisation » , dir. B. – M. Knoppers , L. Cadet et C. – M. Laberge , Paris , Litec (1992) p. 50-51

الطب - إلى الأعضاء البشرية كأشياء تُبدّل أو يعاد إستخدامها للعلاج. وكان ذلك محل إعتبار القضاء في كل من الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(٣٦)</sup> وفرنسا<sup>(٣٧)</sup>. لكن هذه النظرية من وجهة نظر الباحث لا تتوافق مع فكرة الكرامة الإنسانية. فالإنسان جدير بالكرامة بذاته وبما يتصف به من إنسانية ومن ثم شخص. فالكرامة صفة تلحق بالإنسان وتجعله جديراً بالحماية. فهي جوهر وأساس معصومية الجسد. فضلاً عن أن الملامح الأساسية لأي إنسان سواء الموروثة أو المكتسبة هي المكون الأساسي لشخصية هذا الإنسان. وأن الحماية التي تستهدف جسد الشخص إنما تستهدف حماية الشخص نفسه. وهذا يبدو مفهوماً من خطاب المادة (١٦) من التقنين المدني الفرنسي. أما القول بأن الجسد شيء يهدم فكرة إضفاء الشخصية الطبيعية على الإنسان بالمقارنة بالشخصية الاعتبارية على غيره لإنتفاء مبررها.

9/2/1 - هل يمكن أن يكون جسد الإنسان محل عقد objet du contrat ؟ إنقسم الفقه بالنسبة لمفهوم المحل في العقد. فبينما يرى البعض أنه لا يوجد محل للعقد وإنما هي آثار العقد التي تحل محل مفهوم المحل في الإلتزامات<sup>(٣٨)</sup>. بينما يرى البعض الآخر أن محل العقد موجود وهو يحدد العمليات العقدية المرتقبة والتي تكون الهيكل الإقتصادي للعقد<sup>(٣٩)</sup>. يرجع اللبس بين مفهوم المحل الذي أثاره التقنين المدني لفرنسي إلى أن محل الإلتزامات خاص بما يرتبط بالعقد بخلاف الأداء prestation الذي يعد به المدين لدائنه<sup>(٤٠)</sup> وهذا هو ما تعنيه المادة (١١٢٦) مدني فرنسي في أن الأداءات تشمل الإعطاء ، العمل ، الإمتناع عن عمل وأن الشيء يُنظر إليه في هذه المادة بحسبانه أداء. وعلى العكس من ذلك فإن الشيء في مفهوم المادة (١١٢٨) مدني فرنسي خاص "بالمحل المادي"<sup>(٤١)</sup> والمتضمن الأداء. والشيء بالنسبة للمادة (١١٢٨) هو نفس معنى الشيء الوارد في المادة (١٥٩٨) مدني الخاصة بالبيع والمادة (١٧٨٨) الخاصة بإجارة العمل ؛ وهو الشيء الذي يدخل دائرة التعامل التجاري وهو محل الإتفاقيات l'objet de conventions . هذا المحل يسمى محل

Moore v. Regents of University of California

(٣٦)

T. G. I. Avignon référés , 24 septembre 1985 , Gaz. Pal ? 14 – 15 février 1986 note Ph.

Bertin

J. Flour et J. L. Aubert : Droit civil , Les obligations , t. 1 , L' acte juridique , 8e. éd. , (٣٨) Armand Colin , 1998 , no. 242 – Ph. Malaurie et L. Aynès : Droit civil , les obligations , 9e. éd. , Paris , L. G. D. J. , (1993) no. 676 - B. Starck , H. Roland et L. Boyer : Droit civil , les obligations , t. 2 , contrat , 6e. éd. , Paris , Litec (1998) no. 571

H. L. et J. Mazeaud : Lecons de droit civil , les obligatons , t. 2 , vol. 1 , 8e. éd. par F. (٣٩) Chabas , Paris , Montchrestien (1991) , no. 231 – A. Bénabent : Droit civil , les obligations , 6e. éd. , Montcherstien , (1997) no. 141 p. 92 – J. F. Overstake : "Essai de classification des contrats spéciaux" préf. J. Berthe De La Grassaye , L. G. D. J. , Bibl. Dr. privé , Tome 91 , (1969) , p. 31

J. F. Overstake : opcit p. 26

(٤٠)

M. Gobert : "Reflexions sur les sources du droit et les principes : d' indisponibilité du (٤١) corps humaine et de l' état des personnes (à propos de la maternité de substitution)" , R. T. D. civ. (1992) , no. 26

الأداء objet de la prestation هو فئة المحل الذي يمكن أن يضاف إلى محل الإلتزام ومحل العقد<sup>(٤٢)</sup>. فإذا كان الجسد البشري يدخل دائرة التعامل التجاري وفقاً للمادة (١١٢٨) مدني فرنسي فهذا لا يعنى إلا أنه محل الأداء وهو نفسه محل الإلتزام<sup>(٤٣)</sup>.

### الطبيعة القانونية لحق الإنسان على جسده

10/2/1 - ملكية الإنسان للجسد : لم يتردد أنصار نظرية الجسد/الشيء في التأكيد بأن الإنسان هو مالك جسده أى أن له حق ملكية مطلق على جسده. سيما أن هذا التكييف يحل لهم إشكالية الرابطة التي توجد بين الشخص وجسده. وأن الإقراراف بهذا الحق يدفعنا -بالقطع- إلى القول بأن له حقاً عينياً على جسده ، وهم يعتقدون أنهم بذلك قدموا النظرية الأكثر وصولاً للحقوق العينية الشخصية droits réels subjectifs<sup>(٤٤)</sup>. ومن أوائل من نادى بهذه الفكرة الأستاذ بيرو إذ اعتبر أن لكل شخص على جسده حق مانع وخاص يحتج به على الكافة ، وهو أقرب ما يكون إلى حق الملكية<sup>(٤٥)</sup>. ودعم هذه الفكرة المقولة التي إقتنعت بها المحاكم وبعض الفقه وهي أن "الإنسان سيد جسده"<sup>(٤٦)</sup>.

وقد قوبلت هذه النظرية بالصمت من جانب من الفقه<sup>(٤٧)</sup>. وقد عرضها كاربونييه في كتابه القانون المدني<sup>(٤٨)</sup> عرضاً سريعاً بمناسبة حكم محكمة لانيون المشار إليه ، ثم سرعان ما إنتقل الفقه إلى مجهود القديس توماس الأكويني في خلق نظرية الإنتفاع<sup>(٤٩)</sup>. وتعداه عند البعض بعدم القبول ونبذه حتى فقهاء القانون الروماني<sup>(٥٠)</sup>. ومن الطبيعي ان يتصدى لنقد هذه النظرية معارضوا مذهب الشخص/الجسد. فهم يرون أن وحدة الجوهر القانونية consubstantialité juridique بين الإنسان وجسده تجعل من الإنسان ، جسد وروح ، وحدة واحدة غير قابلة للإنقسام ، وتحول

<sup>(٤٢)</sup> G. J. Martin et P. Steichien ; J. -C. I. Civil , art 1126 à 1130 – v. objet du contrat no. 5 –

J. F. Overstake : opcit p. 28

<sup>(٤٣)</sup> Gérard Mémeteau : La Disposition par l'individu de son corps , Collection , thèses , p. 61

<sup>(٤٤)</sup> B. Starck , H. Roland et L. Boyer : Droit civil , opcit , no. 1190 et s. – Ph. Malaurie et L.

Aynès : Droit civil , Introduction générale au droit , 2é. éd. , Cujas , (1994) no. 149 p. 73

<sup>(٤٥)</sup> E. H. Perreau : Elements de jurisprudence médicale , Paris , (1908) , p. 271

<sup>(٤٦)</sup> trib. civ. Lannion , 19 déc. 1932 , Gaz.Pal. 1933 , 1 , 399 – Douai , 26 oct. 1948 , D. ,

1949 , 380 – v. pour la doctrine : Jean – Louis Edde : Les droits contractuels relatifs au corps humain , thèse , Paris , (1954) p. 3

<sup>(٤٧)</sup> J. Carbonnier : note sous Trib. civil de Lille , 18 mars 1949

<sup>(٤٨)</sup> المرجع السابق ، ص ١٧٢

<sup>(٤٩)</sup> A. Goergen : Les droits de l'homme sur son corps , thèse , Nancy , 1957 , p. 229 – M. A.

Hermitte : "La diabolique notion de droit de propriété , in l'homme en danger de science" , La Mond diplomatique , mai 1992 – R. Nerson : Les dtoits extrapatrimoniaux , thèse , Lyon , (1939) , p. 131 – R. Domages : Le corps humain dans le commerce juridique , thèse , Paris (1956) p. 32 et s.

<sup>(٥٠)</sup> P. Kayser : "Les droits de la personnalité aspects théoriques et pratique" , R. T. D.

civ.(1971) , p. 445 et s.

دون إعتبار الشخص صاحب ومحل الحقوق في نفس الوقت ، فهو ليس بشيء بينما الفرضية التي تقوم عليها نظرية الملكية أن المحل دائماً هو شيء مما يهدم النظرية من جانب تقني<sup>(٥١)</sup>. والنقد الثاني الذي وجه لهذه النظرية نابع من تحليل عناصر حق الملكية والذي يشمل حق المالك في الإستعمال usus ، وجني الثمار fructus ، والتصرف l'abusus في الشيء محل الحق. فإذا إستعمل الفرد حق الإستعمال على جسده فلن تكون هناك أى أهمية في التصرف في الجسد البشري. أما من ناحية التصرف أو الإتلاف أو هدم الشيء ، وكما في نقل الملكية فلن تنتقل هذه السلطة للشخص قانوناً على جسده لأنه لا يتصرف في جسده كما يبتغي. ويعزز هذا النقد أن التعريف التقليدي لحق الملكية وفقاً لنص المادة (٥٤٤) من التقنين المدني الفرنسي هو أن "الملكية هي الحق في الإنتفاع والتصرف في الشيء على نحو أشد ما يكون إطلاقاً" « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière le plus absolu » يجعل من المستحيل السماح بملكية الشخص لجسده وأن الجسد البشري ليس شيئاً وبالتالي فلا يستطيع الشخص التصرف في جسده بشكل مطلق. إضافة إلى ذلك فإن تكريس حق ملكية الفرد على جسده يؤدي إلى القول بصحة كل أعمال التصرف على الجسد<sup>(٥٢)</sup>. وهو أمر لا يمكن التصديق بصحته على إطلاقه.

وقد حاول أنصار نظرية شيئية الجسد الدفاع عن فكرهم في تملك الإنسان لجسده. فقالوا بأن الجسد ليس بالضرورة شخص ومع إمكانية تحليله إلى شيء يمكن أن يسند إلى الشخص حق ملكية على جسده. وأن الإعراف بالطبيعة العينية للجسد يقتضى بالضرورة أن نصف الحق العيني بأنه الرابطة التي توحد بين الشخص وجسده<sup>(٥٣)</sup>. ودفاع آخر يزعم بأن شكل الملكية يسمح بمنح ثبات قانوني للجسد البشري ؛ ويجعله في وضع فريد. كما أن تأكيد هذا الحق يسمح أيضاً بتوطيد المطالبات المشروعة للحماية الفعالة ضد تدخل الغير أو الدولة في حريته في التصرف في جسده. فحق الملكية يؤكد حماية حقيقية للشخص على جسده ويتيح له فرصة إتخاذ الإحتياطات اللازمة ضد الإستغلال التجاري الذي قد يقوم به الغير. فضلاً عن أن حق الملكية المقترح شأنه شأن حق الملكية التقليدي ليس مطلقاً بصفة عامة. فالتصرف في الجسد محدود بهدف تجنب الوقوع في سوق تعامل غير خاضع للرقابة والتي يثبت ضرره للفرد وللمجتمع. وبهذا نعود إلى الإطار العام لقيود التصرف المعروفة بالنظام العام وفقاً للمادة السادسة من التقنين المدني الفرنسي الخاصة بمشروعية وأخلاقية الإتفاقيات. لذلك يجب على المشرع التدخل لمنع الأعمال المادية والتصرفات القانونية التي تمثل أخطاراً إجتماعية<sup>(٥٤)</sup>. وفي النهاية لا يوجد إختلاف

<sup>(٥١)</sup> P. Roubier : droits subjectifs et situations juridiques , Paris ? D. (1963) p. 370 – A.

Decoco : Essai d'une théorie générale des droits sur la personne , préf. G. Levasseur , L. G.

D. J. , Bibl. dr. privé , tome 21 , (1960) p. 193 – R. Domages : opcit no. 24 , p. 35 – R.

Nerson : opcit , p. 131

A. Giudicelli : Génétique humaine ; opcit , no. 1 , p. 112

<sup>(٥٢)</sup>

J. C. Galloux : opcit , p. 248 – J. P. Baud , opcit , p. 16 , 25 , 244 et s.

<sup>(٥٣)</sup>

M. Borrel Macià : La Persona humana ss 7 et s. p. 20 , visé en : André Decocq : Essai

<sup>(٥٤)</sup>

d'une theorie générale des droits sur la personne , préface de M. Georges Levasseur , Bibl.

بين حق الشخص على جسده وحق الملكية فكلاهما لا يتضمن حق التصرف التقديرى  
discretionnaire .

11/2/1 - حق إنتفاع الإنسان على جسده: لتجنب السلطة المطلقة للفرد على جسده يفرض أن له حق ملكية عليه فإن القديس توماس الأكويني ، بدون الخروج عن فكرة الحقوق العينية ، إكتفى بأن للإنسان حق إنتفاع على جسده أما ملكية الرقبة تكون لله عز وجل ، وإن حاول مؤخراً جداً أن ينسبها إلى الجماعة. ويجد هذا الرأى صدى لدى بعض علماء الشريعة الإسلامية الذين يرون الإنسان مملوك لله سبحانه وتعالى والجسد ما هو إلا وديعة إستودعها الله لدى الإنسان<sup>(٥٥)</sup> فلا يجوز له التصرف أو التنازل عن عضو من أعضائه دون مبرر شرعي لأن الجسد لا يعتبر من قبيل الأموال . وأن الله حين إستخلف الإنسان ليقوم بأداء واجبات معينة فلا يصح للعبد إسقاط ما أكمله الله تعالى عليه من حياة وجسم وعقل<sup>(٥٦)</sup> فلا يستطيع لمالك المنفعة التصرف فى العين لأن المتصرف الوحيد هو مالكاها وهو الله سبحانه وتعالى "الله ملك السماوات والأرض"<sup>(٥٧)</sup>.

لكن هذا القول كما يقول العميد كاربونييه يحمل مضار إعتبار الجسد البشري مثل الأشياء<sup>(٥٨)</sup> ، وعندما يكون الشخص نفسه مزيج من صاحب ومحل الحق. ولا شك أن الرأى بوجود حق إنتفاع للإنسان على جسده يدور فى إطار مفهوم شئنية الجسد إذ أن محل هذا الحق هو شئ وفقاً للمادة (٩٩٠) من التقنين المدني المصري. ولما كانت نظرية الجسد/الشئ محل نقد البعض بما فيهم الباحث فإن هذا الأخير يرى أن فكرة حق الإنتفاع هى إلتفاف على النقد الموجه لفكرة حق الملكية بالرغم من أنهما ينتميان لفئة واحدة من الحقوق هى الحقوق العينية وبالتالي فهى جديرة بالإلتفات عنها.

12/2/1 - الجسد ملكية مشتركة<sup>(٥٩)</sup>: إنطلاقاً من فكرة تقسيم الحقوق عند علماء الشريعة الإسلامية ووجود فئة من الحقوق تجمع بين حق الله وحق العبد ظهرت فكرة الملكية المشتركة للجسد البشري. وإن إتخذت عند القانونيين ارتباط الملكية - الى جانب الفرد - بالمجتمع سواء بمقولة فكرة المصلحة الإجتماعية أو الوظيفة الإجتماعية. وفحوى هذه الفكرة التخليقية هو النظر إلى الجسد البشري من منظور فردي وهو الشخص صاحب الجسد ويعطى لصاحبه سلطة التصرف فيه ومن منظور إجتماعي يحد من إرادة الإنسان فى التصرف. ويرى أنصار فكرة المصلحة

dr. privé , sous la direction de Henri Solus , Tome XX1 , Paris , Librairie Générale de droit et de jurisprudence , (1960) p. 192

<sup>(٥٥)</sup> يوسف القرضاوى : الحلال والحرام فى الإسلام ، المكتب الإسلامى ، (١٩٨٠) ، ص ٣١٨

<sup>(٥٦)</sup> الموافقات للشاطبي : المرجع السابق ج ٢ ، ص ٣١٨ وما بعدها - محمد سعد خليفه : المرجع السابق ، ص ٥٦ ،

٥٧

<sup>(٥٧)</sup> من الآية ٤٩ من سورة الشورى

<sup>(٥٨)</sup> opp. Lyon , 2 Juill. 1937 et civ. 22 Juin 1942 , D. C. 44 , 16 J. Carbonnier , opcit , p.172

<sup>(٥٩)</sup> د. محمد سعد خليفه : المرجع السابق ، ص ٥٨ - ٦٩

العامة أن حق المجتمع يحقق مصلحة المجتمع المباشرة في عدم المساس بالجسد. ومعيار المصلحة المباشرة هو جسامته فعل الاعتداء. أما أنصار فكرة الوظيفة الاجتماعية فيرونها في قيام وصلاحيته الشخص بأداء دوره في المجتمع لتحقيق صالح المجموع وأن أي إنقاص لأداء هذا الدور يعد إهداراً لحق المجتمع. وتحدد اجتماعية أو فردية الدور المنوط بالإنسان القيام به بحسب الأهمية الاجتماعية لما يمكن أن يحققه لولا فعل الاعتداء. فالإعتداءات البسيطة التي تتم بموافقة الشخص ولم تنقص من صلاحيته أو قدرته على القيام بالأعمال ذات القيمة الاجتماعية. مثال ذلك قص الشعر برضاء الشخص أو نقل الدم من شخص لآخر.

لا تخرج هذه النظرية في حقيقتها عن كونها امتداد لفكرة ملكية الجسد والملكية لا ترد إلا على الأشياء. فهي ليست إلا تعديلاً طفيفاً على نظرية ملكية حق الإنتفاع للإنسان وحق الرقبة أو ملكية حق الرقبة لله سبحانه وتعالى أو للمجتمع. فهي تسلم بالطبيعة العينية للجسد البشري سواء خضع لحق الملكية كمحل للعقد وصاحبه الله أو المجتمع أو لحق منفعة وصاحبها هو الإنسان نفسه. أو لحق ملكية مشترك. وبالتالي يصيبها من سهام النقد ما تم توجيهه إلى النظريات السابقة.

ويزيد الباحث في النقد بأن أصحاب هذه النظرية دون تقدير صحيح للمصطلحات القانونية ومدلولاتها أطلقوا عليها "الملكية المشتركة". والواقع في تاريخ القانون أن الرومان نظروا للملكية على أنها دائماً فردية فيها مالك واحد له كافة السلطات والصلاحيات على الشيء المملوك. وأن تعدد الملاك اعتبر أمراً إستثنائياً وهو المعروف بالملكية الشائعة copropriété بخلاف ما عرفه الشيوع الجرمانى أو ما يسمى بملكية اليد المشتركة propriété en main commune حيث المالك مجموعة من الناس يملكون مجتمعين كل المال ولهم - مجتمعين - كافة السلطات والصلاحيات<sup>(٦٠)</sup>. وتطبيقاً لفكرة الملكية المشتركة على الجسد يصبح كل من الرب والعبد أو المجتمع والفرد على قدم المساواة في الملكية دون أولوية في تقدير المصالح الأمر الذى يفرغ نظرية الملكية المشتركة من أهدافها. والتحليل الأقرب إلى الواقع هو أن الدولة كممثلة للمجتمع - حين تتصدى لتنظيم حق الملكية إنما تضع بعض القيود والواجبات التي ترى أنها تحقق أهدافاً اجتماعية أو تحمى مصالح اجتماعية تفوق المصالح الفردية. ولعل أبرز مثالين لهذا التدخل هما قيدي الإلتزام بإطار النظام العام وعدم سوء استخدام الحقوق. فالجسد - إذا قيل مجازاً أنه محل ملكية - فهو ملكية فردية فقط. أما تحقيق المجتمع لأهدافه فليس بالمشاركة في الملكية وإنما بما يفرضه من إجراءات تنظيمية وقيود وقواعد موضوعية لحماية الحقوق.

13/2/1 - معصومية الجسد احد حقوق الشخصية: كان الهدف من إبتداع نظرية ملكية الجسد هو إيجاد الأساس القانوني لمبدأ معصومية الجسد. ولرفض الفقه مبدأ أن

(٦٠) السنهوري : الوسيط ، حق الملكية ، المجلد الثامن ، ص ٧٩٤ ، هامش (١)

يكون الإنسان - جسد وروح - محل وصاحب الحق<sup>(٦١)</sup> إبتدع أحد الفقهاء<sup>(٦٢)</sup> نظرية إستقلالية الأشخاص البشريين (الطبيعيين) La thèse de l'autonomie des personnes humaines . والذي كان له السبق في بيان المفهوم المستكن في النظام القانوني لمعصومية الجسد والذي يسمى بالذاتية أو إستقلالية الأشخاص البشرية. وأن "المبدأ الأخلاقي الذي يحمي حق ومعصومية الجسد البشري" هو بدهية ضمنية تحكم كل نظامنا القانوني ، ويقتصر دور القانون على إحترامه وإعادة التوازن القائم بين الأشخاص المختلفة. وإنتهى إلى تقرير حق مطلق للإنسان على النتائج المترتبة على مبدأ حرمة الجسد وضرورة صيانتها.

ثم عرج الكاتب على نقطة هامة وهي أنه يضع الحق في الحياة والحق في التكامل الجسدي ضمن عداد الحريات الى يجب أن يتمتع بها الإنسان. هذه الحرية - في رأى الفقيه - حرية غير مادية أى ليست داخل الجسد ولكن داخل الشخص ككل ، وتبدو لها صفة مطلقة وأى إعتداء على الجسد أى كانت درجة جسامته أو رفته محل تجريم القانون<sup>(٦٣)</sup>. وبالرغم من أنه قال بذلك لتبرير الحماية الجنائية وليس لوضع قاعدة عامة للحماية ضد أى إعتداء على التكامل الجسدي ؛ إلا أنها كانت نقطة إنطلاق فقهاء آخرين لتكييف العلاقة بين الإنسان وجسده على أنها أحد حقوق الشخصية. فقد اعتبر كاربونييه أن مبدأ المعصومية المطلقة للجسد البشري تقرر بحسبانه أحد الحقوق غير التعاقدية extra - contractuelle . ثم انتهى إلى فكرة اعتبار معصومية الجسد أحد الحقوق غير المالية extra - patrimonial<sup>(٦٤)</sup>.

والرأى الأكثر شيوعاً هو الذى يضع الحق في التكامل الجسدي (معصومية الجسد) في إطار حقوق الشخصية أو الحقوق الأساسية التي تخص الفرد<sup>(٦٥)</sup>. وبذلك يماثل الحق في الحياة والحق في السمعة والحق في الخصوصية.

## المطلب الثاني : مضمون حماية معصومية الجسد

14/2/1 - خلص الباحث في الفقرة السابقة إلى التكييف السائد في الفقه حالياً وهو أن حق الإنسان في معصومية جسده هو حق من حقوق الشخصية. وهذا التكييف في حد ذاته هو الأساس القانوني لمبدأ المعصومية. وهذا الذى تم التوصل إليه هو مناهض لفكرة ملكية الجسد والتي إعتبرها البعض أساس إضفاء الحماية على الجسد البشري.

<sup>(٦١)</sup> العميد كاربونييه في تعليقه على حكم : Tribunal civil de Lille du 18 mars 1947 , D. 1947 - 507 -

V. aussi : Nerson : "L'influence de la biologie et de la medecine moderne sur le droit civil" , R. T. D. Civil. 1970 , p. 370

<sup>(٦٢)</sup> Boistel : Cour de philosophie du droit , T. 1 , no. 41 et s. p. 72 et s.

<sup>(٦٣)</sup> المرجع السابق : فقرتي ١٣١ ، ١٣٢

<sup>(٦٤)</sup> كاربونييه في تعليقه على الحكم السابق لمحكمة لييل في ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ - انظر أيضاً : Nerson : Les

Droits extrapatrimoniaux , thèse , Lyon , 1939 , no. 68 et 69

<sup>(٦٥)</sup> Jean Carbonnier : Droit Civil , Tome Premier , Institutions judiciaires et Droit civil ,

Thémis , Presses Universitaires de France (1955) , no. 52 , p. 172 - Nerson : thèse précité ,

no. 68 - Boistel : opcit no. 131-132 وأنظر أيضاً الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المادة الثالثة

وقد قامت نظرية ملكية الجسد على أساس النظرية الشيئية للجسد البشري، أي بإعتباره شيئاً وذلك بالمقابلة بالنظرية الشخصية التي تعتبر الجسد هو الشخص . هذه النظرية الأخيرة -الشخصية- ترى في مبدأ الكرامة الإنسانية أساس حماية معصومية الجسد.

15/2/1 - مبدأ الكرامة الإنسانية *La dignité humaine* : الكرامة صفة موضوعية لازمة لكل ما هو إنسان. بل إن كلمة الإنسان بمفردها تتضمن فكرة الكرامة<sup>(٦٦)</sup>. وترجع جذور هذه الفكرة إلى التراث الديني والفلسفي والتجارب الإنسانية التاريخية. فالتعاليم الكاثوليكية المسيحية تعتبر أن جسد الإنسان يساهم في كرامة صورة الله ، لأنه يحيا وينتعث بالنفس الروحية. واعتبر الدين الإسلامي الإنسان مستحقاً للتكريم بحسبانه خليفة الله في الأرض. يقول الحق جل شأنه : "وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة"<sup>(٦٧)</sup>. وقال تعالى : "هو الذي جعلكم خلائف في الأرض"<sup>(٦٨)</sup> كما ساهم القديس توماس الأكويني الذي نادى بالكرامة الإنسانية السامية وتبعه الفلاسفة كانت وغيره مؤكدين على ضرورة هذه الكرامة.

وإن كان التاريخ الإسلامي زاخر بما يفيد صيانة وحفظ الكرامة الإنسانية كما ورد في أقوال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً" ؛ إلا أن الأساس التاريخي الحديث لهذا المبدأ وُلد غداة الحرب العالمية الثانية في أعقاب الأعمال الفظيعة التي ارتكبتها النظام النازي. فقد كانت عمليات الإبادة الجماعية المنتظمة التي قام بها موظفوا الرايخ الثالث المكون الرئيسي لظاهرة إجرامية غير مسبوقة في التاريخ ضد بعض العرقيات والديانات فأهدرت صفاتهم الإنسانية<sup>(٦٩)</sup>. ومنذ ذلك الوقت ارتبط مبدأ الكرامة الإنسانية "بالانتماء للجنس البشري"<sup>(٧٠)</sup>. وأصبح أي سلوك يؤدي إلى إنكار أو إستبعاد صفة الإنسانية في الإنسان مخالف لأحكام إحترام الكرامة الإنسانية. وكما قال البعض إن الكرامة هي

---

<sup>(٦٦)</sup> Pufendorf : Droit de la nature et des gens , trad. Barbeyrac , Bibl. de philosophie politique et juridique , Caen , (1987) , L. 111. , ch. 11

<sup>(٦٧)</sup> الآية (٣٠) من سورة البقرة

<sup>(٦٨)</sup> الآية (٣٩) من سورة فاطر

<sup>(٦٩)</sup> M. L. Pavia : "Le principe de dignité de la personne humaine : un nouveau principe constitutionnel , in Droits et Libertés fondamentaux" , dir. R. Cabrillac , M. A. F. Rison – Roch et T. Revet , 4e. éd. , D. , (1997) , p. 99 et s. , spéc. p. 100-102

<sup>(٧٠)</sup> R. Koering – Joulin : « La dignité de la personne humaine en droit pénal , in la dignité de la personne humaine » , sous la direction de M. L. Pavia et T. Revet , Economica , Coll.

N. Molfessis : "La dignité de la : أنظر أيضاً في نفس المؤلف : Etudes juridiques , 1999 , p. 68 – personne humaine en droit civil" , ouvrage sous la direction de M. L. Pavia et T. Revet , Economica , Coll , Etudes juridiques , (1999) , p. 107



تحرير إستبعاد الإنسانية فى الإنسان<sup>(٧١)</sup>. وتمشياً مع النمط العام لفكر الشخصيين ربطوا الكرامة بالإنسان أو الشخص<sup>(٧٢)</sup>.

كرست النصوص الدولية كرامة الإنسان فى العديد من الإتفاقيات<sup>(٧٣)</sup>. واستخدم هذا المفهوم حديثاً فى اتفاقية حقوق الإنسان والطب الحيوي للمجلس الأوروبي والتي تبناها مجلس الوزراء فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٩٦ ووقعت فى ٤ ابريل سنة ١٩٩٧ من (٢١) دولة ؛ وقد حررتها لجنة مديري الطب الحيوي وعنوانتها باتفاقية لحماية حقوق وكرامة الإنسان ، بخصوص التطبيقات الحيوية والطبية. كما تضمن الإعلان العالمي للجينات البشرية وحقوق الإنسان ضرورة حماية الكرامة الإنسانية الذى تبنته هيئة اليونيسكو فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٩٧ عقب الجلسة التاسعة والعشرون للمؤتمر فى باريس.

وقد كان لهذه النصوص الدولية تأثير مباشر على الدساتير والقوانين الوطنية حيث تضمنتها العديد من الدساتير الوطنية فى دول مختلفة<sup>(٧٤)</sup>. وفى إطار القانون المدني أعطى المشرع الفرنسي حماية المصالح الفردية عبر حمايته الجسد البشري ضد أى اعتداء ممكن من الغير. فقد أوجد فى قانون ١٩٩٤ حماية الجسد على قيمة غير ملموسة وهى كرامة الشخص البشري. وبموجب المادة (١٦) من هذا القانون شيد المشرع الفرنسي نظام عام "جسدي" "ordre public corporel" « يجد أساسه وهدفه

<sup>(٧١)</sup> "l'interdiction de l'exclusion de l'humanité dans l'homme" انظر مقالة بافيا : اكتشاف الكرامة الإنسانية

، المرجع السابق ، ص ١٠

<sup>(٧٢)</sup> Colin et Capitant : Traité de droit civil , Les obligations , Tome 2 , par Jullcot De La

Morandier , Paris , Dalloz , 1959 , no. 184 , p. 675 – Ripert et Boulanger : Traité de droit civil , d'après Planiol , Tome 1 , Paris , L. G. D. J. 1956 , no. 381-382

<sup>(٧٣)</sup> الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من الجمعية العمومية للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ – الإتفاقية الدولية

لنبذ كل أشكال التفرقة العنصرية من الجمعية العمومية للأمم المتحدة فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٦٥ – الإتفاقية الدولية

المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية وتلك المتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٦ –

إتفاقية الأمم المتحدة برفض كل أشكال التفرقة ضد النساء فى أول مارس سنة ١٩٨٠ – إتفاقية الأمم المتحدة ضد

استخدام التعذيب والعقوبات الأخرى القاسية غير الإنسانية أو الإذلال فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٨٤ – إعلان الحريات

والحقوق الأساسية الذى تبناه البرلمان الأوروبي فى ١٢ ابريل سنة ١٩٨٩

<sup>(٧٤)</sup> الدستور الإيطالي لعام ١٩٤٧ – الدستور الألماني لسنة ١٩٤٩ حيث جاء فى المادة الأولى أن كرامة الإنسان مصونة –

البرتغالي فى سنة ١٩٧٦ م/١ – أسبانيا فى سنة ١٩٧٨ م/١٠ – بلجيكا لسنة ١٩٩٤ م/٢٣ – بلغاريا لسنة ١٩٩١

• الدياجة والمادة ٤) – رومانيا لسنة ١٩٩١ – جمهوريت التشيك لسنة ١٩٩٢ م/٢٤ – سلوفاكيا لسنة ١٩٩١ م/٢١

– كرواتيا لسنة ١٩٩٠ م/٢٥ – روسيا لسنة ١٩٩٣ م/٢١ – جمهورية قبرص لسنة ١٩٧٥ الذى جاء فيه " أن احترام

وحماية قيمة الشخص البشري هو التزام متعلق بذمة الدولة المالية" – دستور جنوب أفريقيا لسنة ١٩٩٣ م/١٠ – البرازيل

لسنة ١٩٨٨ – كمبوديا لسنة ١٩٩٣ م/٣٨ . أنظر فى ذلك : B. Mathieu : "La dignité de la personne

humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un princip universel" , in le droit , le médecine et l'être humain , ouvrage collectif du Laboratoire de théorie juridique de la Faculté de droit d'Aix. Marseille , avant-propos de A. Sériaux, presses universitaires d'Aix-Marseille , 1996 , p. 219

في حماية وتحقيق الكرامة. فالشخص جدير بحماية جسده ضد الآثار الضارة لتقدم الطب الحيوي الذي قد يتخذ من الإنسان أداة في البحث العلمي والتي قد تؤدي إلى التعامل معه كوسيلة وليس هدف. وبذلك تصبح اوامر حماية كرامة الشخص الإنسانية في قلب الحماية القانونية للجسد البشري وتصبح سبب وجود الحق في التكامل الفيزيائي للجسد.

وتبرز أهمية فكرة الكرامة الإنسانية في أنها كانت الأساس في مبدأ النظام العام في الجسد الذي يهدف إلى حماية الشخص في جسده ليس فقط ضد الغير لكن أيضاً ضد نفسه مقيداً سلطاته في التصرفات القانونية على جسده. وبتعبير آخر فإن هذا المبدأ مؤسساً على الكرامة الإنسانية يسعى إلى تأكيد سمو الشخص الذي بدوره يبرر تشييد نظام حماية للشخص مع تأكيد إحترام الجسد البشري.

ومع أهمية مفهوم الكرامة الإنسانية إلا أنه يظل مفهوماً غامضاً غير سهل الإدراك والإحاطة بمحتوياته التصورية<sup>(٧٥)</sup>. فهو تعبير زلق يفلت من أيدينا ولا يمكن الوصول إليه إلا بنوع من "الحدس أو بالقياس البارد" أو بذكر الأمثلة<sup>(٧٦)</sup>. وقال عنه البعض أنه "بالغ الحذق بلا حدود بإغرائه وفنائه المرتب<sup>(٧٧)</sup>". ورغم المحاولات العديدة لتعريفه لم يصل أحد إلى تعريف مرض<sup>(٧٨)</sup>. ولم يرد في الأعمال التحضيرية لقانون ٩٤/٦٥٣ بتعديل القانون المدني الفرنسي وإدخال المادة (١٦) أى توضيح له ولم يعره المشرع أى أهمية. إلا أن أحد الفقهاء وصفه بأنه معيار قانوني يكون تقديره ، بدون شك ، قريب جداً من السلوك الحميد<sup>(٧٩)</sup>. وهو وصف يمكن إقتفاء أثره إلا أنه قد يقودنا بكل أسف إلى طريق مسدود نتيجة ما يعنيه هذا التعريف للكرامة. إذ أن "المعيار" يكون مفهوماً قانونياً إذا كان متضمناً في جسد قاعدة قانونية. وهو ما يميز القاعدة القانونية بطبيعتها : اللينة malléable ، المرونة flexible ، التطور evolutive. وعلى العكس من ذلك فإن ثبات "المعيار" يجعل منه مفهوم بمحتوى متغير notion à contenu variable وأن اختلاف المحتوى يؤدي أيضاً إلى مشقة كبيرة في إدراك هذا المحتوى حيث أن موازنة الكرامة مع الأخلاق الحسنة لا يحل

<sup>(٧٥)</sup> أنظر في صعوبة إدراك هذا المفهوم : R. Andorno : La distinction juridique entre les personnes et

les chose à l'épreuve des procreation artificielles , préf. F. Chabas , L. G. D. J. , Bibl. Dr. privé , Tome 263 (1996) no. 125 , p. 73

B. Jorion : La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale <sup>(٧٦)</sup> dans le droit positif , R. D. P. 1999 , p. 215 et 224

« infiniment subtil par séduction et son évanescence combinées" , Mme Meulders – <sup>(٧٧)</sup>

Klein : « La production des normes en matière bioéthique" in De la bioéthique au bio-droit , sous la direction de C. Neirinck , Paris , L. G. D. J. , 1994 , p. 77

B. Mathieu : La dignité de la personne : quel droit ? quel titulaire ? , D. 1996 , chr. p. <sup>(٧٨)</sup> 282 et s.

un standard juridique don't l'appréciation sera sans doute très proche des bonnes <sup>(٧٩)</sup> mœurs . J. C. Galloux : « De corpore jus , Petites Affiches , no. special "Bioéthique" , 14 déc. 1994 , p. 19

هذه الصعوبة ، لأن الأخلاق الحسنة هي نفس المعيار القانوني<sup>(٨٠)</sup>. فإذا كان القانون يعرف الأخلاق الحسنة إلا أنه لم يعرفها. فهو إذاً مفهوم غير قابل للإمساك insaisissable وهارب fuyante ، وقابع في محتوى عارض au contenu contingent وبايجاز فهو مفهوم غير قابل للتعريف indéfinissable<sup>(٨١)</sup>. محاولة أخرى قام بها البعض لتقريب مفهوم كرامة الشخص فمائل بين إحترامه وبين الأخلاق العامة moralité public<sup>(٨٢)</sup> معرّفاً إياها بأنها "الحد الأدنى من الأفكار المعنوية المقبولة بصفة عامة في وقت مسلم به من أوساط الناس" ومحدد مثل المكون الرابع في النظام العام إلى جانب المظهر الدقيق المادي والخارجي<sup>(٨٣)</sup>. لكن محاولة وضع تعريف إيجابي للكرامة الإنسانية لم تجد النجاح المطلوب لأنه تعبير مرن يختلف باختلاف الزمان والمكان ويخضع لمعتقدات مختلفة فهو تعبير (ديناميك) من الصعب تعريفه تعريفاً محدداً limitative ومستمرراً imparfait. وإن كان ذلك لا يمنع القاضي من توخي مفهوم موضوعي للكرامة وهو الذي يبدو كصفة موضوعية لازمة لكيونة الشخص إنسان. فالكرامة هي نفس جوهر الإنسان وهي تلك المرتبطة بصيغة المادة (١٦) مدني فرنسي. أي كرامة الشخص وهي في جميع الأحوال مسألة تقدير شخصي وفقاً للإعتبارات العامة السائدة في مجتمع ما.

16/2/1 - محل المعصومية : جسد الإنسان الحي هو محل الحماية القانونية للحق في معصومية الجسد والتكامل الجسدي. فالجسد قوام الشخص<sup>(٨٤)</sup> وجسد الإنسان هو مجموعة من الأعضاء والأجهزة ، ظاهرة وباطنة ، تتكون من أنسجة مختلفة والتي تنقسم بدورها إلى خلايا متعددة. فالوحدة الأولى في جسد الإنسان هي الخلية فكل عضو من أعضاء الجسد يحتوى على مجموعة كبيرة من الخلايا المختلفة. وكل نموذج من هذه الخلايا مؤهل للقيام بوظائف معينة وكما سبق القول فإن جسد الإنسان يحتوى على (٧٥) ترليون خلية. وكل خلية هي هيكل حي يعيش وفي غالب الحالات يمكن أن تنتج نفسها. وتتكون الخلية من جزئين رئيسيين منفصلين : النواة nucleus والسيوبلازم cytoplasm والمواد المختلفة التي تتجمع فيها الخلية تسمى برتوبلازم protoplasm وهي تتكون من خمس مواد رئيسية هي : الماء والشوارد الكهربائية electrolytes والبروتين والدهون والكربوهيدرات. وليست الخلية مجرد حقيبة للسائل ، والأنزيمات ، والكيمائيات فهي أيضاً تحتوى على هيكل بدنية منظمة والتي يطلق على الكثير منها جزئيات عضوية organelles . والطبيعة البدنية لكل من هذه الأعضاء متساوية في الأهمية من حيث وظائف الخلية فعلى سبيل المثال بدون أحد

<sup>(٨٠)</sup> J. C. Galloux : La brevetabilité des éléments et des produits du corps humain ou les obscurités d'une loi grand public , J. C. P. 1995 éd. G. I. , 3872 , no 18

<sup>(٨١)</sup> D. Lochak : "Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs – puissance et impuissance de la norme juridique" , in Les Bonnes Mœurs , C. U. R. A. P. P. , P. U. F. , 1994 , p. 35

<sup>(٨٢)</sup> G. Lebreton : note sur l'arrêt : C. E. , ass. , 27 oct. 1995 , D. 1996 , 177

<sup>(٨٣)</sup> R. Chapus , Droit Administratif général , Tome 1 , Paris , Montchrestien , 10 e. éd. , 1996 , no. 775

<sup>(٨٤)</sup> J. Carbonnier : Droit civil , opcit , p. 159

من هذه الجزئيات العضوية ، الحبيبات الخيطية في الخلية ، فإن ٩٥% من طاقة الإمداد للخلية تتوقف فوراً. وهكذا نجد الجسد في أثناء حياته يخضع لعوامل بدنية وكيميائية حتى يمكن أن يستمر في أداء وظائفه<sup>(٨٥)</sup>. والجسد البشري يعمل بتلقائية خاضعة لنظام دقيق من الأعصاب والعضلات في إطار دائرة دموية دقيقة يتحكم فيها القلب إلى جانب مجموعة من الحواس والأحاسيس والمشاعر وفقاً لنظام عصبي يتحكم فيه المخ فضلاً عن اشتراك سائر أعضاء الجسم في تكامل بديع حتى تسير عجلة حياة الجسد.

17/2/1 - وتتصرف حماية الجسد إلى الأعضاء البشرية والمنتجات الجسدية<sup>(٨٦)</sup>. والعضو البشري كما عرّفه الأطباء بأنه "جزء محدد من الجسم يقوم بأداء وظيفة معينة أو أكثر"<sup>(٨٧)</sup>. وعرفه مجلس مجمع الفقه الإسلامي بأنه "جزء من الأنسجة والخلايا والدماء ونحوها".<sup>(٨٨)</sup> وتشمل الأعضاء الجسدية القلب والكلية والرئة والكبد والبنكرياس وقرنية العين والأنزيمات والهرمونات والجينات وأعضاء الجهاز الهضمي والجهاز العصبي وأعضاء الذكورة والأنوثة ونخاع العظام.. الخ<sup>(٨٩)</sup>. أما المنتجات الجسدية فهي ما يفرزه الجسم عند أداء وظائفه المختلفة والتي تتميز بالتجدد والقابلية للإنفصال. ومنها الحيوانات المنوية عند الذكر والبويضات الأنثوية ولبن الأم والدم والشعر والأظافر<sup>(٩٠)</sup>. وتكون هي وأعضاء الجسد الحي محل حماية معصومية وتكامل الجسد ، ولا يختلف الأمر إذا اعتبر البعض<sup>(٩١)</sup> أن هذه المنتجات الجسدية أجزاء من الأعضاء البشرية.

Arthur C. Guyton : Textbook of medical physiology , opcit , ch. 1,2

(٨٥)

(٨٦) والعضو لغة بضم العين وكسرهما واحد (الأعضاء). وعض الشاه (تعضيه) جزأها (أعضاء) - مختار الصحاح في ع ض ا . وقد جاء في الحديث الشريف : "مثل المؤمنين في توادهم وتراحيمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له

سائر الجسد بالسهر والحمى" ، رياض الصالحين : النووي ص ٦٢٩ - أما ترجمتها باللغة الإنجليزية organ وهي

مأخوذة من الفرنسية القديمة organe وهي ترجع إلى أصل الكلمة اللاتينية organum بمعنى الآلة أو الماكينة ثم

تطورت في اللغة الإنجليزية في العصور الوسطى المتأخرة لتعني : الأعضاء البشرية الخاصة بالكلام والصوت مجتمعين. وجاء في

قاموس لاروس أنها تعني جزء من جسد حي يباشر وظيفة مفيدة للحياة مثل : أعضاء الجهاز الهضمي

(٨٧) أحمد محمد العمر : نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتحريم ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ، (١٩٧٧) ،

ص ١٠

(٨٨) قرار رقم (١) د ١٩٨٨/٨/٤ بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً الصادر من قبل مجلس

مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجده من ٨-١٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ الموافق ٦-١١ فبراير ١٩٨٨ ،

مجلة البحوث الإسلامية ، العدد الثالث ، السنة الأولى ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م ، ص ٣١٤

(٨٩) د. فاروق عبد العزيز حمودة : الحماية الجنائية لسلامة الجسم ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ، ص ٤٤

(٩٠) سلطان الجمال : المرجع السابق ، ص ٢٤

(٩١) د. عصام فريد عدوى : نطاق الشرعية الجنائية للتصرف في أعضاء الجسم البشري ، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة

(١٩٩٩) ، ص ٢٤

## مضمون الحق في سلامة الجسد :

18/2/1 - الفرض الأساسي أن تقوم أعضاء جسد الإنسان ومكوناتها المختلفة وكذلك المنتجات الجسدية بوظائفها المعدة لها وفقاً للناموس الطبيعي للحياة. فإذا حال الفعل الضار دون أدائها لوظائفها كلياً أو جزئياً اعتبر انتهاكاً لمبدأ معصومية الجسد. والإعتداء هنا هو إعتداء على المصلحة التي يحميها القانون في أن يظل مؤدياً كل وظائفه ولو كانت أقلها أهمية<sup>(٩٢)</sup>.

ويعنى التكامل الجسدي احتفاظ الإنسان بجميع أجزاء جسده كاملة دون انتقاص من بعضها سواء بالبتير أو الإستئصال أو إضعافها والتقليل من قدرتها الكاملة ، الأمر الذي يحدث خللاً في أداء الوظائف الطبيعية لها. وهو ما يعد انتهاكاً لحق الإنسان في تكامل جسده ومكوناً لفعل ضار.

وتكتمل المنظومة الثلاثية لمعصومية الجسد ، فضلاً عن السلامة والتكامل ، بضرورة تمتع الإنسان بالصحة وعدم تسبب آلام بدنية له أو أمراض. وتعبير الصحة من التعبيرات الهلالية التي يصعب تحديدها بدقة وإن عرّفها البعض بأنها "مدرج قياس أحد طرفيه الصحة المثالية والطرف الآخر هو انعدام الصحة تماماً بالوفاة. وبينهما درجات متفاوتة من الصحة"<sup>(٩٣)</sup>. ويمكن تعريف الصحة ، نظرياً ، وفقاً لمقاييس معيارية معينة ، علي سبيل المثال أن يكون الإنسان طبيعياً في درجة الحرارة ، والنبض ، ومعدل التنفس ، وضغط الدم ، والطول ، والوزن ، وقوة الإبصار ، وحساسية السمع ... الخ. لكن ماذا يعنى أن يكون المعدل طبيعياً ؟ تم اعداد هذه المعدلات الطبيعية في التخصصات الطبية المختلفة علي أساس مفاهيم إحصائية مع الأخذ في الاعتبار نوعية الأنشطة الفردية والحالة العمرية للشخص ومدى تأثره بالجينات الوراثية. وبذلك يمكن تعريف الصحة على أنها القدرة علي قيام أعضاء الجسد بوظائفها بفاعلية في تناغم كامل مع الظروف المحيطة بالشخص. وهذا يعنى القدرة علي مواجهة ، بدنياً وعاطفياً وعقلياً ، ضغوط الحياة الطبيعية. وبذلك يمكن تفسير الصحة علي ضوء ظروف كل شخص فمن يعمل في الوظائف اليدوية تختلف قراراته في إتيانها عن قدرات الذي يعمل في وظائف ذهنية<sup>(٩٤)</sup>. فإذا أدي الفعل الضار إلي انحراف لأي من هذه القيم المعيارية فهذا يعنى تسبب أمراض عضوية أو نفسية للضحية أو إلي إحساسه بعدم الراحة البدنية والسكينة النفسية يعد انتهاكاً لمبدأ معصومية الجسد<sup>(٩٥)</sup>.

19/2/1 - وللحق في سلامة الجسم جانبان : الأول موضوعي قائم علي أساس تساوى سائر البشر في التمتع بالحق في سلامة الجسد بقطع البصر عن أي ظروف أو

<sup>(٩٢)</sup> د. محمود نجيب حسنى : "الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات" ، مجلة القانون

والإقتصاد ، العدد الثالث ، س ٢٩ ، (١٩٥٩) ، ص ٥٣٨

<sup>(٩٣)</sup> محمد سامى الشوا : الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، رسالة دكتوراه (١٩٨٦) ، ص ١٥٠ - ١٥١

<sup>(٩٤)</sup> P. B. Beeson and W. Mcdermott (eds) Cecil – Loeb Textbook of Medicine , 13<sup>th</sup>. ed. ,

(1971) , pp. 24-76

<sup>(٩٥)</sup> محمد سعد خليفه : المرجع السابق ، ص ٤٨ - ٤٩

مظاهر إجتماعية ، لأنها قيمة إنسانية خاصة بالإنسان بحسبانه وكيوننته فقط إنسان<sup>(٩٦)</sup>. لذلك فإن تقدير الضرر يتم وفقاً لمعيار موضوعي ، ثابت لا يتغير من شخص لآخر<sup>(٩٧)</sup>. والثاني شخصي قائم علي اختلاف البشر من حيث الظروف الإجتماعية والمالية والصحية والقدرات والملكات واسلوب استغلالها . لذلك يقدر التعويض وفقاً لمعيار شخصي يُنظر فيه إلي قيمة التعويض بالنسبة للضحية شخصياً علي ضوء العوامل الشخصية<sup>(٩٨)</sup>.

20/2/1 - هل تمتد حماية سلامة الجسد لتشمل حماية أعضاء الجسد غير القادرة علي أداء وظائفها؟ بمعنى هل يعتبر المسئول مرتكباً فعلاً ضاراً يستحق عليه تعويض الضحية إذا تعدى أو بتر أجزاء مشلولة فيه أو وضع إصبعه في عين ضريح لا يبصر. من الناحية الجنائية انقسم الرأي إلي اتجاهين : أحدهما يرى أنه لا حماية للعضو العاجز لإفتقارها إلي العلة وأيد هذا الرأي محكمة النقض المصرية<sup>(٩٩)</sup>. والإتجاه الثاني يري ان الحماية تمتد لتشمل حتى العضو العاجز لأن العجز والشفاء مرتبط بعلم الطب ومدى تقدمه واكتشافه لوسائل علاج جديده ، ثم حتى لا يقنط المرء من رحمة الله فالشفاء وارد بإذنه في أي لحظة بإتباع الأسباب<sup>(١٠٠)</sup>.

وإذا كان التعويض في المسؤولية المدنية (الفعل الضار) مرتبط بالضرر - كمبدأ عام - فإن الأمر يحتاج إلي بحث تفصيلي في كل واقعة عن مدى حدوث ركن الضرر. أما وقد انتهى الباحث إلي أن الضرر مفترض في الإعتداء علي حقوق الشخصية ومنها الحق في سلامة وتكامل الجسد. ومن ثم يصبح إثبات وقوع الفعل الضار علي أي عضو من أعضاء الجسد البشري كافياً في حد ذاته لتوافر المسؤولية المدنية ، ولا يقدح في ذلك القول بأن الفعل الخطأ يستهدف بالدرجة الأولى التأثير السلبي في مدي قيام العضو البشري بوظائفه الطبيعية وأنه مادام غير قادر علي القيام بها أصلاً فليس هناك ثمة مبرر لنشوء المسؤولية التقصيرية. إذ أن التكامل الجسدي يعنى التواجد واكتمال الخلقة التي صنعها الله وحبا بها الإنسان فأى اعتداء

<sup>(٩٦)</sup> احمد شوقي عمر أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث ، دار النهضة العربية (١٩٨٦) ص ٢٠ وما بعدها -  
عدي خليل : جنح وجنايات الجرح والضرب في ضوء الفقه والقضاء والطب الشرعي ، المكتبة القانونية ، الطبعة الأولى (١٩٩٣) ص ١١ وما بعدها

<sup>(٩٧)</sup> احمد شرف الدين : انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي (١٩٨٢) ص ٢٩ - محمد سعد خليفة ، المرجع السابق ، ص ٤٩

<sup>(٩٨)</sup> د. محمد ناجي ياقوت : التعويض عن فقد الحياة (١٩٨٠) ، ص ٣٤ وما بعدها

<sup>(٩٩)</sup> عدلي خليل : المرجع السابق ، ص ٢٣٠ - طعن رقم ١٢٦٢ لسنة ١٩ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٤٩ ، مجموعة القواعد ، ج ٢ بند ١٧ ص ٨١٥ - طعن رقم ١٠٤١ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٠/١٢/١٩٥٣ ، مجموعة القواعد ، ج ٢ بند ٢٠ ص ٨١٥ - نقض ١٩٦٦/١١/١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٧ رقم ١٩٩ ص ١٠٦١ - طعن رقم ١٣٠٥ لسنة ٣٨ جلسة ١١/١٠/١٩٦٨ ، س ١٩ ص ٩٤٥ - طعن رقم ١٢٣٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١١/٢٤/١٩٧٥ ، س ٢٦ ص ٧٥١ - طعن رقم ٥٦٢١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٣/٢/١٩٨٥ س ٣٦ ق ، ص ٢٤٥  
<sup>(١٠٠)</sup> عوض محمد : المرجع السابق ن ص ١٣٧

علي المظهر العام مهما كان الأثر أي حتى ولم يسبب شيئاً يعتبر عمل غير مشروع<sup>(١٠١)</sup>. فالاعتداء علي جمالية الجسد كما خلقه الله وصوره احسن تصوير يسبب ألماً نفسية حتى ولو كان الجزء المعتدى عليه لا يؤثر في وظيفة العضو كصيوان الأذن مثلاً<sup>(١٠٢)</sup>. فضلاً عما يسببه فعل الاعتداء من ألم نفسي يعكس آثاره علي البدن فإن بتر أو تشويه عضو غير قادر علي العمل فيه مساس بالشكل العام لجسد الإنسان.

21/2/1 - ويثور التساؤل أيضاً عن مدى الحماية القانونية للأعضاء الصناعية البديلة عن الأعضاء الطبيعية لجسد الإنسان. انقسم الرأي بصدد الإجابة علي هذا التساؤل إلي قسمين : الأول يرى ضرورة امتداد الحماية لتظل الأعضاء البديلة عن الأعضاء الطبيعية لارتباطها بالجسم البشري ارتباطاً عضوياً لأنها تؤدي نفس الوظيفة - بغض النظر عن الكفاءة - التي كان يؤديها العضو الأصلي<sup>(١٠٣)</sup>. أما الرأي الثاني فيرى عدم ضرورة مد الحماية القانونية المقررة لجسم الإنسان إلي الأعضاء الصناعية لأنها في الأصل أشياء بغض البصر عن ارتباطها بجسد الإنسان وقيامها بنفس وظائف العضو المفقود. فهي تخضع لحماية القانون المقررة للأشياء وليست تلك المقررة لسلامة البدن مثل العصا التي يتكئ عليها الضريح أو أجهزة السمع الحديثة التي تعين ضعاف السمع علي حسن السماع. بيد أن الاعتداء عليها قد يكون بطريق غير مباشر مؤدياً إلي المساس بأعضاء الجسد الطبيعية كنزع الأسنان الصناعية من الفم قد تؤدي إلي إصابة اللثة أو الفك أو الأجزاء الداخلية في الفم وهنا يتحقق العدوان.

22/2/1 - تستهدف حماية الجسد إلي : أولاً حماية الجسد من اعتداء الغير وهي في الغالب تخضع - مدنياً - للمسئولية التقصيرية وهو موضوع هذه الأطروحة. وثانياً حماية الشخص نفسه من نفسه وهذا الجانب بما يشمله من بحث مدى مشروعية التصرفات التي ترد علي الجسد وما يثيره من مشكلات قانونية خاصة بعمليات نقل الأعضاء البشرية تخرج عن نطاق هذا البحث ، فضلاً عن أن للباحث رأي خاص في أن الاجتياح العلمي العالمي لعمليات نقل الأعضاء البشرية المصحوب ببعض المشاعر الإنسانية لدى المرضى المحتاجين وبعض مشاعر المواساة عند المتبرعين مع التقدم التقني الهائل والمعرفي الذي اصبح يهيمن علي عقول الأطباء المتخصصين وغيرهم في إمكانية عيش الإنسان ببعض الأعضاء وغيرهم في إمكانية عيش الإنسان ببعض الأعضاء دون التأثير في كفاءة القيام بوظائفها ، ومع عدم

<sup>(١٠١)</sup> trib. Corr. Seine , 5 mai 1965 , J. C. P. 65 , 11 , 14332 , note Smein -- وفي القضاء المصري :

نقض ١٩٥٧/٦/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض س ٨ ، رقم ١٩٢ ، ٧١٧ - نقض ١٩٧٣/٣/٢٥ ، مجموعة أحكام

النقض س ٢٤ ، رقم ٨٤ ص ٤٠٢ ، مذكورين في سعد خليفه : المرجع السابق ص ٤٨ هامش رقم (١)

<sup>(١٠٢)</sup> نجيب حسني : القسم الخاص في قانون العقوبات ، فقره ١٩٢

<sup>(١٠٣)</sup> نجيب حسني : الحق في سلامة الجسد ، المرجع السابق ص ٥٩٢ وما بعدها - عوض محمد : المرجع السابق ، ص

تجاهل البعد المالي في هذه العمليات. ولن يؤجل من هذا الأمر غياب التنظيم التشريعي لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في مصر لأن تقنينها في ظل المستجدات والظروف العالمية مؤقت. ويصبح الحديث في هذا الموضوع بعد صدور التشريعات المنظمة أمراً تاريخياً غير قابل للمناقشة العملية وغير مجدي.

لا مندوحة إذاً من التركيز علي الهدف الأول لحماية معصومية الجسد من اعتداء الغير. غير أن التطبيق العملي يسفر أن أحد مظاهر الاعتداء الهامة هي الممارسات الطبية الخاطئة ، أو الخطأ الطبي، سواء من الطبيب المعالج ، أو الجراح ، أو معاونين والمساعدين ، أو الصيدلي. وحيث أن الرأي السائد في فرنسا ومصر علي حصر مشكلات المسؤولية الطبية في نطاق المسؤولية العقدية. ففي فرنسا أصدرت الدائرة الثانية لمحكمة النقض الفرنسية حكماً أخذت فيه بالطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية وتبعتها محكمة النقض المصرية في ذلك بدءاً من حكمها الصادر في ٢٦ يونيه ١٩٦٩<sup>(١٠٤)</sup>. ومع ذلك فإن المسؤولية الطبية تخضع لنطاق المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) في النظام الأنجلو أمريكي لذلك سيقصر الباحث دراستها في تعرضه لمعصومية الجسد في هذا النظام.

## المبحث الثاني

### معصومية الجسد في النظام الأنجلو أمريكي

23/2/1 - مقدمة : المبدأ الأساسي الواضح والمحقق هو تأثيم انتهاك حرمة جسد الإنسان في النظم القانونية الأنجلو أمريكية<sup>(١٠٥)</sup>. وتنظم هذه النظم القانونية الحماية ، في إطار التدابير المدنية ، الفعل الضار "التعدي" trespass . وتوضح السوابق التاريخية أن هذه الحماية بدأت بدعوى المطالبة بتعويض من أفعال ارتكبتها المدعى عليه بالقوة والسلاح trespass vi et armis . ويرجع تاريخها إلي القرن الثالث عشر الميلادي. وقد بدأت في شكل شبه جنائي ، إذا لم يحضر المدعى عليه للرد علي الدعوى أعتبر خارجاً عن القانون فاراً من وجه العدالة<sup>(١٠٦)</sup> ، فإذا حضر وأدين يُعاقب بالغرامة أو السجن بالإضافة إلي التعويض المدني للمدعى. سميت هذه الدعوى فيما بعد بدعوى التعدي trespass action . وحيث أن التعدي قد يقع علي الشخص أو الملكية لذا تم التمييز بينهما بأن أطلق علي الأول التعدي علي الشخص

<sup>(١٠٤)</sup> الطعن رقم ١١١ س ٣٥ ص ٦٥ — محمد كمال عبد العزيز : التقنين المدني في ضوء القضاء والفقهاء التعليق علي المادة

(١٦٣) مدني ، مشار إليه في د. حمدي عبد الرحمن : "معصومية الجسد" ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، تصدرها

حقوق عين شمس ، يناير ويوليه ١٩٨٠ العدد الأول والثاني ، السنة الثانية والعشرون ، ص ٦٦

<sup>(١٠٥)</sup> انظر في القانون الإنجليزي قضية : Collins v. wilcock , [1984] 3 11E.R.374 , per Robert Goff L. :

Shapo : opcit : J. at 378 [1978] W.L. R. 1172 at 1177 , D. C. وفي الولايات المتحدة الأمريكية انظر :

p. 23 ,

<sup>(١٠٦)</sup> أطلقت العرب علي الشخص الخارج عن القانون بالخليع تنبراً منه عشيرته



trespass to the person وأطلق علي الثاني التعدي علي السلع والأرض trespass to goods and land . وبنهاية العصور الوسطى تخلصت دعوى التعدي عن صفاتها الجنائية.

والدعوى الثانية أطلق عليها trespass on the case وهي دعوى تعد بقيمتها المدعى مطالباً المدعى عليه بتعويض لما سببه له من أضرار من فعل ضار أقرّف دون استعمال القوة المباشرة. وقد كان الفارق بين الدعيين أن الأولى تختص بالأفعال التي تمثل اعتداءً مباشراً علي التكامل الجسدي بينما الثانية فهي خاصة بالإنتهاك غير المباشر. والدعوى الأولى هي الجذور لما يسمى في قانون الأضرار الحديث بالأفعال العمدية ، أما الثانية فقد أشتق منها الفعل الضار بالإهمال<sup>(١٠٧)</sup>.

وهكذا يحقق القانون الإنجليزي الحماية لمعصومية الجسد في حالتي ارتكاب الفعل الضار : أ- بتدبر وروية deliberately ووسيلة الحماية هي دعوى التعدي علي الشخص ؛ ب- بإهمال ووسيلة الحماية هي دعوى الفعل الضار بالإهمال<sup>(١٠٨)</sup>. وظل معيار المباشرة أو غير المباشرة في الفعل الضار هو الفاصل بينهما ، لكنه بعد قضية فولر ضد لاننج أصبح علي المدعى إلى جانب إثبات المباشرة إثبات القصد العمد وإلا وُصف الفعل بأنه غير معقول أي بالإهمال. إلي جانب وجود عنصر العمد أو عدم وجوده كميز بينهما ، يجب علي المدعى في دعوى الإهمال إثبات وقوع عنصر الضرر أما دعوى التعدي فهي actionable per se أي أنها محل المطالبة القضائية في حد ذاتها ودون حاجة لإثبات الضرر. وهو الذي أيدته محكمة الاستئناف<sup>(١٠٩)</sup>. لذلك يتناول هذا المبحث علي التعاقب في مطلبين : الفعل الضار العمدى (التعدي علي الشخص) ؛ والفعل الضار بالإهمال (الخطأ الطبي).

### المطلب الأول : الفعل الضار العمدى Intentional Tort

#### التعدي علي الشخص trespass to the person

24/2/1 - يتخذ التعدي علي الشخص ثلاثة أشكال : ١- الاعتداء البدني battery ، ٢- والإكراه البدني assault ، ٣- والحبس بدون وجه حق false imprisonment. الصورتان الأوليتان هما محل الدراسة دون الأخيرة بحسبانها تعد علي حرية الشخص وتباشره عادة جهة الإدارة ويخضع للقانون العام الأمر الذي يخرج من إطار هذا البحث.

<sup>(١٠٧)</sup> K. M. Stanton : The Modern Law of Tort , London , Sweet & Maxwell (1994) , p. 25

<sup>(١٠٨)</sup> Stanley v. Powell [1891] 1 Q. B. 80 – approved National Coal Board v. Evans [1951] 2

K. B. 861 , C. A. – Fowler v. Lanning [1959] 1 Q. B. 426 – Beals v. Hayward [1960] N. Z. L. R. 131 – Eisener v. Maxwell [1951] 1 D. L. R. 816 , [1951] 3 D. L. R. 345 – Walsley v. Humenick [1954] 2 D. L. R. 232

<sup>(١٠٩)</sup> Letang v. Cooper [1965] 1 Q. B. 232 , [1964] 3 W. L. R. 573 ; 108 S. J. 519 ; [1964] 2

All E. R. 929 ; [1964] 2 Lloyd's Rep. 339 ; reversing [1964] 2 Q. B. 53 ; [1964] 2 W. L. R. 642 , 108 S. J. 180

إذا استخدم شخص القوة عمداً ومباشرة ضد شخص آخر بدون رضائه يوصف هذا السلوك بأنه تعدد بدني. وإذا اقتصر على تهديده أو سبب له الرهبة أو الخشية من توجيهه أو إنزال تعدد بدني فإننا نكون بصدد الفعل الضار الإكراه البدني. ويلاحظ أن المحاكم في بعض القضايا تستخدم وصف الإكراه البدني لما هو في جوهره تعدد بدني. ويرجع السبب في ذلك إلى أن الإكراه البدني في معظمه ينتهي إلى تعدد بدني وتوصف النتيجة غالباً بأنها تعدد وإكراه بدني أو مجرد إكراه بدني فقط. لكن هذا لا يؤثر في وجود فارق واضح بينهما ؛ فإذا صوب "أ" بندقية محشوة بطلقات إلى "ب" الذي يخشى من إطلاق النار عليه إلى هذا الحد يعتبر السلوك إكراه بدني فإذا تعدي ذلك وأطلق عليه النار نكون بصدد فعل تعدد بدني.

### الفرع الأول : الفعل الضار التعدي البدني Battery

25/2/1 - تعريف : يعتبر التعدي البدني أحد الأسلحة الهامة في ترسانة الفعل الضار لحماية التكامل الجسدي. وهو يعني استخدام القوة أو اللمس أو الإحتكاك ، العمدي وغير المبرر أو المقبول ، بجسد شخص آخر دون رضاء هذا الأخير الصريح أو الضمني<sup>(١١٠)</sup>.

#### عناصر التعدي البدني:

26/2/1 - الفعل The act : والمظهر المادي له هو اللمس touch أو الإحتكاك contact بجسد شخص آخر. بيد أن بساطة هذا التعريف تخفي بعض الصعوبات في التطبيق. فليس كل ما هو مس أو اتصال جسدي يكون العنصر المادي في الفعل الضار التعدي البدني. لذلك بُذلت عدة محاولات عبر قضايا عديدة للفرقة بين ما هو غير مقبول واعتباره فعلاً ضاراً وما هو غير مقبول وخروجه عن نطاق قانون الأفعال الضارة.

أول هذه المحاولات والتي ارتبطت تاريخياً بالفعل الضار التعدي هو أن يكون الفعل مباشراً direct<sup>(١١١)</sup>. وقد أرسى هذا المبدأ القاضي بلاكستون Blackstone في قضية<sup>(١١٢)</sup> في معرض التفرقة بين فعلي التعدي علي الشخص والإهمال حيث قال : " توجد دعوى التعدي حيث يكون الإيذاء فوراً وحالاً ..". ويتخذ الاعتداء المباشر عدة أشكال مختلفة. مثال ذلك الضرب أو اللطم أو اللكم ، سواء تم باليد أو بالسلاح أو بقذائف صاروخية. وقد حُكم بأن إلقاء الماء علي وجه شخص أو البصق علي وجهه

<sup>(١١٠)</sup> Heuston : opcit , p. 113 – Alastair Mullis and Ken Oliphant : Torts , Macmillan Law

Masters , 2<sup>nd</sup> ed. p.197 , 198 – Stanton : opcit , p. 180 – Clerk & Lindsell : on Torts , 17<sup>th</sup> ed. , London , Sweet & Maxwell , (1995) no. 12-05 , p. 585 , 586 – Shapo : opcit , p. 161

Stanton : opcit , p. 182 – Clerk & Lindsell : opcit , no. 12-05

Scott v. Shepherd (1773) 2 Black W 892

<sup>(١١٢)</sup>

يعتبر تعدياً علي شخصه يستوجب المسؤولية<sup>(١١٣)</sup> . لكن يجب أن يمس السائل جسد المدعي وليس ملابسه<sup>(١١٤)</sup>.

ومع التطبيق المتعاقب لهذا المعيار توسعت المحاكم في مفهوم المباشرة وأصبح يشمل وقائع أخرى اندرجت تحت فعل التعدي. بل إنه حتى القضية التي أرست مبدأ المباشرة ، سكوت ضد شيفرد ، توضح التوسع في طبيعة هذا المفهوم. وتخلص وقائعها في أن المدعي عليه ألقى متفجرات مشتعلة في سوق مكتظ بعدد كبير من الناس. وقع المتفجر علي حانوت "ب" الذي التقطه وألقاه علي دكان "ج" والذي بدوره ألقاه بعيداً. بعمل هذا الأخير أصاب المدعي بأضرار جسيمة. حكمت المحكمة بالأغلبية بمسؤولية المدعي عليه بموجب دعوى التعدي لأن أعمال "ب" و "ج" الوسيطة لم تكسر سلسلة المباشرة بين المدعي والمدعي عليه.

وبناء علي هذا التوسع درجت المحاكم في كل من المملكة المتحدة<sup>(١١٥)</sup> وفي الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(١١٦)</sup> علي اعتبار أن وخز المدعي عليه لحصان سواء كان المدعي عليه فوق هذا الحصان أو فوق عربة يجرها الحصان ثم وقع لإستنفار الحصان في الحالتين يدخل في إطار الفعل الضار التعدي البدني. وذات الأمر بالنسبة لتحريك كرسي من مكانه كان المدعي يهيم بالجلوس عليه فوق علي الأرض وأصيب بأضرار جسيمة<sup>(١١٧)</sup>. والتطبيقات الحديثة نسبياً في بريطانيا في أحد القضايا<sup>(١١٨)</sup> تدور وقائعها بإيجاز في أن تلميذ في سن الخامسة عشر ، المدعي عليه ، أخذ بعضاً من حامض الكبريت أثناء درس الكيمياء وتوجه به إلي المرحاض ، وعند سماعه خطوات قادمة من الخارج صب الحامض في مجفف اليد والوجه ، وعند استخدام تلميذ آخر للمجفف أصيب بحروق شديدة لحظة تدفق الحامض من المجفف. افترضت المحكمة أن التلامس كان مباشراً. وتوجد سابقة أخرى في أمريكا بنفس المعنى<sup>(١١٩)</sup> حيث رفض مدير فندق علي الطريق تقديم خدمة لزائر أمريكي ذو جذور أفريقية (أسود اللون) وإنترزع الصحن من يد النزول. قررت المحكمة مسؤولية المدعي عليه عن الاعتداء علي شخص المدعي مستشهدة بالسوابق والتعليقات والشروح لتؤيد النتيجة التي وصلت إليها من أن الطبق كان قريباً جداً من المدعي ومرتبطة به كأنه جزء من جسده ، وأن التصرف العنيف في انتزاعه يكشف عن حالة عداوية. وعلقت المحكمة أنه من الجوهر في دعوى الاعتداء البدني تحقق الإيذاء الجسماني.

<sup>(١١٣)</sup> R. v. Cotesworth (1704) 6 mod. 172 – Pursell v. Horn (1832) 8 A. & E. 602

<sup>(١١٤)</sup> Street : on Torts , 9<sup>th</sup>. ed. , (1993) p. 27 – C F. Fagan v. Metropolitan Police

Commissioner [1969] 1 Q. B. 439

<sup>(١١٥)</sup> Dodwell v. Burford (1670) 1 mod. 29

<sup>(١١٦)</sup> Marentill v. Oliver 2 N. J. L. 379 (1808)

<sup>(١١٧)</sup> Hopper v. Reeve (1817) 7 Taunt. 698 – Collins v. Renison (1754) Say. : في بريطانيا انظر :

-- 138 وفي أمريكا انظر : Garrant v. Dailey , 279 P 2d. 1091 (Wash. 1955)

<sup>(١١٨)</sup> D P P v. K [1990] 1 W L R , 1067 , K

<sup>(١١٩)</sup> Fisher v. Carrousel Motor Hotel Inc. , 424 S. W. 2d. 627 , 629 – 3 (Tex. 1967)

ومن المحاولات المبكرة للتمييز بين التلامس أو الاحتكاك المسموح به أو غير المسموح به تلك التي قام بها القاضي Holt C. J. في قضية كول ضد تيرنر<sup>(١٢٠)</sup> حيث قال : "إن أقل لمس لشخص آخر بغضب هو اعتداء علي شخصه. أما إذا تقابل اثنان أو أكثر في طريق ضيق واحتك أو تلامس أحدهم بالآخر بدون عنف أو تصميم علي الإيذاء أو إذا ضرب شخص ظهر شخص آخر مهناً إياه بالنجاح فليس هناك فعل ضار بالاعتداء علي الشخص. ويعيب هذه المحاولة أن بعض التصرفات قد ترتكب بدون غضب ومع ذلك تدخل ضمن الأفعال غير المقبولة ومثالها القبلية الغير مرغوب فيها أو تقييد شخص لسؤاله.

بالرغم من عدم الكفاية الواضح للمعيار السابق فإن محكمة الاستئناف أقرت عبارات القاضي هولت لتضع معياراً آخر للفرقة بين الأفعال المقبولة وغير المقبولة<sup>(١٢١)</sup> هو الطبيعة العدوانية. وقال القاضي جروم جونسون : "يجب وجود شيء من طبيعة عدوانية سافرة Something in the nature of overt hostility لنكون أمام فعل التعدي علي الشخص. إلا أنه يجب أن لا نساوئ بين العدوانية والرغبة الشريرة ill-will أو بينها وبين الحقد والضغينة malevolence. وإذا نظرنا إلي القانون الأمريكي نجد تطبيقاً لنفس المفهوم بمسمى آخر هو مؤذ أو هجومي harmful or offensive الذي يأخذ معناه من السياق الاجتماعي والثقافي السائد في المجتمع<sup>(١٢٢)</sup> والاختلاف في الطباع والحالات النفسية بحيث إن الفعل الذي قد يسر شخصاً قد يغيظ ويضايق شخصاً آخر . مثال ذلك الدعوى التي رُفعت أمام محكمة فلوريدا<sup>(١٢٣)</sup> وفيها أن رجل وامرأة كانا يتناولان الغداء وكان المدعى عليه يعلم أن المدعية - زميلته في العمل - خجولة. وفي محاولة لمضايقتها جذبها من يدها وقبلها قبلية ودية غير شهوانية ، شعرت بعدها المدعية فوراً بألم شديد في ظهرها ورقبتها وأذنها وفي أسفل الجمجمة وعانت من شلل نصفي في الوجه والفم. وكان حكم المحكمة أن الوقائع تنم عن ارتكاب فعل الاعتداء البدني.

تشكك اللورد روبرت جوف Robert Goff L. J. في أحد القضايا<sup>(١٢٤)</sup> في دلالة تعريف كلمة "عدائي hostile" للحالة العقلية المطلوبة في توافر فعل التعدي البدني. فالتعبير غير متوافق مع المبدأ الأساسي : "أن أي احتكاك أو ملاسة لجسد شخص آخر في حالة عدم وجود عذر قانوني جدير بأن يساوى فعل التعدي البدني". ثم أعاد صياغة أفكاره قائلاً بأن التلامس أو الاحتكاك الذي يصل فقط إلي درجة فعل التعدي هو الذي لا يقع في فئة الاحتكاك البدني المقبول بصفة عامة في السلوك العادي في الحياة العامة generally acceptable in ordinary conduct of general life<sup>(١٢٥)</sup>.

Cole v. Turner (1704) 6 Mod. 149

(١٢٠)

Wilson v. Pringle [1987] Q. B. 237

(١٢١)

Shapo : opcit , p. 20

(١٢٢)

Spivey v. Battaglia , 258 So. 2d. - 515 , 816 Fla. 1972

(١٢٣)

F. v. West Berkshire Health Authority [1990] 2 A. C. 1

(١٢٤)

(١٢٥) قضية كولنيز ضد ولكوك ، المشار إليها سابقاً

وتقدير المقبول بصفة عامة في الحياة اليومية يُستخلص من وقائع كل دعوى علي حده. وعلي ذلك فإن تقبيل زميل لزميلته في شفيتها في أول لقاء بينهما قد لا يكون الدافع وراءه العدوانية لكن هذا التصرف - بكل وضوح - خارج عن نطاق المقبول بصفة عامة<sup>(١٢٦)</sup> ، بينما إذا صدم شخص آخر أثناء التزاحم في محطات القطار الكهربائي تحت الأرض ساعة الذروة وكذلك المصافحة باليد لا تكون فعل التعدي ، بينما الأمر غير ذلك بالنسبة للقبلة الغير مرغوب فيها أو الدفع من الخلف. ويعتبر الأمريكي أن معيار الاحتكاك اليومي everyday touching يتفق مع الفطرة السليمة أكثر منه قاعدة قانونية فهو يلخص الفكرة العملية التي تنتهي إلي أنه إذا رزم شخص بين مفاهيم النية ، وعدم وجود حصانة خاصة من المسؤولية ، وانعدام الرضا فسيظل يوجد بعض أنواع من اللمس أو الاحتكاك يعتبرها القانون مسموحاً بها في التعايش اليومي مثل لمس شخص لجذب انتباهه<sup>(١٢٧)</sup>.

27/2/1 - العمد : وهو العنصر المميز بين فعل التعدي وفعل الإهمال. والعمد يكون في الفعل أكثر منه في الضرر الناتج عن الفعل<sup>(١٢٨)</sup>. وقد عرّف التعديل الثاني لقانون الأضرار الصادر في الولايات المتحدة الأمريكية في عام ١٩٦٥ المادة (١٣) العمد بأن يكون المدعى عليه "قاصداً أن يسبب احتكاكاً ضاراً أو عدوانياً مع شخص آخر أو شخص ثالث ، أو خوف وشيك الوقوع من مثل هذا الاحتكاك" ، هذا يعنى أنه يكفي لتحقيق المسؤولية بالتعدي البدني أن يقصد المدعى عليه أن يضع المدعى في موقف الخوف من احتكاك جسدي مؤذ وعدائي حتى ولو لم يقصد فعل الاحتكاك ذاته. وذلك بالطبع يستتبع حدوث الفعل الضار. ويساوى القصد العمدي في إحداث الضرر علم المدعى عليه أنه ينتهك قواعد اجتماعية يتحقق بمخالفته إياها مسؤوليته المدنية عن الفعل الضار<sup>(١٢٩)</sup>. وفي تطبيق أمريكي أثار بعض الجدل قضية حدث صغير في سن<sup>(١٣٠)</sup> الخامسة من عمره جذب كرسي قبل أن يهتم بالجلوس عليه شخص أكبر منه عمراً فوق وقع وأصيب بأضرار بدنية. أمرت المحكمة بإرجاعها للتحقيق مع تعليمات محددة لبيان ما إذا كان المدعى عليه كان يعلم يقيناً بأن المدعى سيهم بالجلوس لحظة جذب الكرسي<sup>(١٣١)</sup>. وكانت الإجابة علي هذا السؤال أساس مسؤولية الصبي عن الفعل الضار التعدي البدني. وأشار الحكم إلي أنه طالما كان الطفل يعي مجموعة القوانين الاجتماعية المناسبة فإن فعله هذا يُعد انتهاكاً لهذه القوانين وتقرر مسؤوليته المدنية.

R. v. Chief Constable of Devon Cornwall , ex. p. C. E. G. B. [1982] Q. B. 458 , 471 (١٢٦)

Coward v. Baddely , 157 Eng. Rep. 927 (Excheq. 1859) (١٢٧)

Wilson v. Pringle [1987] Q. B. 237 (١٢٨)

Shapo : opcit , p. 19 (١٢٩)

Garratt v. Daily 279 P. ed. 1091 (Wash. 1955) (١٣٠)

(١٣١) القضية السابقة ، ص ١٠٩٥

ويبدو أن السلوك الطائش recklessness الذي يسبب ضرراً بدنياً يقع في نطاق فعل التعدي البدني<sup>(١٣٢)</sup>. ومن ثم يكون الفعل الضار التعدي البدني وسيلة فعالة لمقاومة البربرية والهمجية التي تسفر عن أضرار جسدية مثال ذلك الشباب الذين يلقون الحجارة على الناس أو يضعون أشياء تعوق خطوط السكك الحديدية. وقد تجلّى ذلك في بعض القضايا في المحاكم الإنجليزية<sup>(١٣٣)</sup> حيث تقرر أن دعوى التعدي هي الدعوى المناسبة في الحالات التي يكون فيها قصد الفاعل ليس له أولوية في الأهمية القانونية بما يفيد أن القضاء الإنجليزي يعزز فكرة أن الطيش البين يساوى العمد في قانون الأضرار الحديث.

وإذا سلمنا بأن السلوك الطائش يكون أساساً كافياً لدعوى التعدي البدني فإن ذلك يحل أيضاً مشكلة "تحول سوء القصد" transferred malice . الذي يحدث في الحالات التي ينوى فيها الفاعل علي إلحاق الأذى بشخص معين ، لكنه بالخطأ يضر بشخص آخر. وهذه هي نظرية تحول القصد الجنائي المعروفة في فقه القانون الجنائي في النظام الانجلو أمريكي. وقد تبنت المحاكم الأمريكية هذه النظرية<sup>(١٣٤)</sup> وأبدت بعض المحاكم البريطانية استعدادها للسماح بانتقال القصد من فعل ضار عمدي إلي آخر. ففي أحد القضايا<sup>(١٣٥)</sup> قررت المحكمة مسئولية المدعى عليه عن فعل ضار بالتعدي البدني لإلقائه حجراً في اتجاه "أ" لترويعه (إكراه بدني) لكن الحجر أصاب "ب" بأضرار بدنية.

28/2/1 - المزاح Pranks : في قضية في الولايات المتحدة الأمريكية تبدو وقائعها مثيرة من حيث تكييفها القانوني وأكثر إثارة من حيث تطبيق القانون الأمريكي عليها. وموجز الوقائع هو أن أحد الموظفين في الحكومة الاتحادية تسبب في ضرر بدني لزميل له عندما جاءه من الخلف صائحاً بصوت عال (boo) وجذب القلنسوة المخروطية ثم قفز علي ظهره وكتفه. وبالرغم من أن قصد جميع الموظفين كان المزاح السخيف فإن الدائرة الثانية في المحكمة الفيدرالية قضت بأن سلوك المدعى عليه ينبئ عن تعمد الاحتكاك<sup>(١٣٦)</sup>. لكن بتطبيق قانون دعاوى الفعل الضار الاتحادية The Federal Tort Claims Act (F T C A) الذي يسمح برفع دعاوى الفعل الضار ضد موظفي الولايات المتحدة الأمريكية فيما عدا - بالتخصيص - دعاوى الاعتداء البدني battery والإكراه البدني assault حكمت المحكمة بحصانة الحكومة.

29/2/1 - عدم القبول Unconsented – absent of consent : يعتبر عدم رضا الضحية عن الفعل الضار أحد الشروط الجوهرية لقيام المسئولية المدنية. ويعرف التعديل الثاني لقانون الأضرار عدم الرضا بأنه "الرغبة في الواقع في حدوث السلوك الذي قد يتخذ الإعلان عنه بالفعل أو اللافعل" (م/٨٩٢). ويرتبط

R. v. Venna [1976] Q. B. 421

(١٣٢)

James v. Campbell (1832) 5 C. & P. , 372 – Ball v. Axten (1866) 4 F. & F. 1019

(١٣٣)

White v. Davis (1982) 18 B. R. 246 Bkrctcy , Va

(١٣٤)

Altier v. Colasso (1975) 362 A. 2d. 798

(١٣٥)

Lambertson v. United States , 528 F. ed. 441 , 444 (2d. Cir. 1976)

(١٣٦)

شرط عدم القبول بالفكرة الأساسية أن لكل إنسان الحق في أن يقرر ما يحدث لجسده ، وهى الفكرة التي عبر عنها ببلاغة القاضي Cardozo<sup>(١٣٧)</sup> في قضية سوء حدوث طبي medical maloccurence موجزاً أن قانون الممارسة الطبية الخاطئة يتجه الآن إلي تدوين مسائل الرضا تحت نظرية "الرضا المعلوم" informed consent التي تطبقها المحاكم علي كل من فعل الاعتداء البدني والإهمال الطبي .

ومن قبيل التوافق التكاملي بين عناصر فعل الاعتداء البدني نجد أن ما قال به اللورد Goff عن الفعل المقبول بصفة عامة في السلوك العادي في الحياة هو اشتقاق منطلق من الرضا الضمني implicit conseny للمدعي لهذا الاحتكاك الحتمي. ويقع عبء إثبات عدم وجود الرضا علي عاتق المدعي<sup>(١٣٨)</sup> بقطع النظر عما إذا كان الإدعاء بأن المدعي رفض صراحة هذا الفعل أو أنه خارج عن الحدود المقبولة بصفة عامة.

30/2/1 - الرضا الطبي medical consent : يندرج العلاج الطبي الذي يتم بدون رضا المريض تحت الفعل الضار التعدي البدني<sup>(١٣٩)</sup>. ومن المسائل التي ثار حولها بعض الجدل هي هل يبطل رضا المريض الظاهر عدم بوح الطبيب للمخاطر التي قد تلازم العلاج الطبي ؟ لا شك أن القانون العام يعطى للمريض في حال حدوث نتائج عكسية تنشأ عن هذا العلاج دعوى تعويض علي أساس المسؤولية المحصورة strict liability. لكن التطبيق العملي يظهر حقيقة أخرى مؤثرة في حجم قضايا الممارسات الطبية القائمة علي أساس الإعتداء البدني. فكثير جداً ممن يرتكبون الأخطاء الطبية العمدية قد لا يملكون المصادر المالية التي تمكنهم من دفع التعويضات النقدية<sup>(١٤٠)</sup>. ومع ذلك فإن اللجوء إلي الدعوى المدنية يظل مجدياً في ظل إمكانية الحكم بتعويض اتعاضي فضلاً عن تجنب عبء الإثبات الثقيل الذي يفرضه القانون الجنائي والحماية التي يفرضها هذا القانون للمدعي عليهم. ولذلك توجد سوابق قضائية ملحوظة في الدعاوى المدنية.

وتظهر بعض الصعوبات الخاصة في مجال العلاج الطبي بالنسبة لقبول المريض للعلاج في ثلاث حالات : ١ - علاج الأطفال : تقضى المادة (٨) من قانون إصلاح الأسرة لسنة ١٩٦٩ بأن القاصر الذي يتراوح عمره بين ١٦ إلي ١٨ سنة يستطيع أن يعطى رضاه للعلاج الجراحي ، أو الطبي ، أو الأسنان كما لو كان بالغاً سن الرشد. أما بالنسبة للصبي الذي لم يبلغ السادسة عشر من عمره فقد قرر مجلس اللوردات<sup>(١٤١)</sup> أنه يستطيع أن يعبر عن رضا فعلاً للعلاج الطبي بشرط أن تكون لديه

<sup>(١٣٧)</sup> Schloendorff v. Society of New York Hospital , 105 N. E. 92 , 93 (N. Y.)

<sup>(١٣٨)</sup> Freeman v. Home Office (No. 2) [1984] Q. B. 524 , C. A.

<sup>(١٣٩)</sup> Bravery v. Bravery [1954] 1. W. L. R. 1169 – Lane v. Holloway [1968] 1 Q. B. 379 –

Chatterton v. Gerson [1980] 1 Q. B. 379 – Allan v. Linden Mount Sinai Hospital (1980) 109 D. L. R. 634

<sup>(١٤٠)</sup> Dugdale & Stanton : Professional Negligence , par. 11.65

<sup>(١٤١)</sup> Gillick v. D H S S [1986] A. C. 112

القدرة علي فهم ما تنطوى عليه الإجراءات الطبية المقترحة. ومن أقوال اللورد Scarrman أنه فيما يتعلق بالنصيحة في منع الحمل والعلاج لا يقتصر الأمر فقط علي إدراك الأسباب والغرض الذي من أجلها يلمس الطبيب الطفل ولكن أيضاً إدراك الدلالات الاجتماعية والأخلاقية العريضة. وبالنسبة للأطفال صغار السن جداً فيجب الحصول علي القبول من الوكيل وعادة يكون أحد الوالدين حتى يصبح الاحتكاك قانونياً ؛ ٢- وبالنسبة للمختلين عقلياً أو المصابين بأمراض نفسية فالأمر يثير بعض الصعوبة إذ أنهم غير قادرين علي فهم أي تفسير يُعطى لهم عن طبيعة وغرض العلاج ؛ ٣- ونفس الصعوبة تُثار بالنسبة للمرضى فاقد الوعي. فالمرضى في الحالتين غير أهل ، من الناحية القانونية ، لقبول العلاج الطبي. وهذا ما دعا مجلس اللوردات أن يقرر في أحد القضايا<sup>(١٤٢)</sup> أنه لا يمكن تبرير علاج مثل هؤلاء المرضى علي أساس تمديد مفهوم الرضا الضمني. إن ذلك محض حيلة وهمية أن نفترض أن هؤلاء المرضى وافقوا ضمناً علي إجراء العلاج الطبي لمصلحتهم. وقد رفضت المحاكم الإنجليزية أيضاً تبني المفهوم الأمريكي الخاص بالرضا البدلي substituted consent والذي بمقتضاه تسعى المحاكم للتحقق من الدلائل عما كان يفعله الشخص نفسه لو كان أهلاً لإعطاء القبول<sup>(١٤٣)</sup> . وكلمة أخيرة أنه يمكن تبرير العلاج الطبي علي أساس الضرورة كدفع من دفع درء المسؤولية.

### الفرع الثاني : الإكراه أو التهديد البدني Assault

31/2/1 - يُقصد بلفظ assault بالمعنى القانوني "الفعل الظاهر الذي يشير إلي نية مباشرة لارتكاب اعتداء بدني battery مقترناً بالقدرة علي التنفيذ" بعبارة أخرى السلوك الذي يثير لدى شخص آخر خوف ورهبة ، في محلها ، من أنه سيلحق به أذى بدني<sup>(١٤٤)</sup>. ويبدو أن الأصل اللغوي لكلمة assault<sup>(١٤٥)</sup> جعل رجال الإعلام ورجل الشارع يستخدمونها قاصدين للمس أو الاحتكاك البدني physical touching<sup>(١٤٦)</sup>. وهو نفس جوهر الفعل الضار الاعتداء البدني battery في اللغة القانونية. وأثار ذلك نجده في التطبيق العملي حيث يتلزم كل من الإكراه البدني والاعتداء البدني. ومع ذلك فالتفرقة بينهما ، من الناحية القانونية ، قائمة ؛ وأن تعبير assault يعني الإكراه البدني. وآية هذه التفرقة أنه قد يكون الشخص مسؤولاً مدنياً عن الفعل الضار الإكراه البدني دون أن يكون مسؤولاً عن الفعل الضار الاعتداء البدني<sup>(١٤٧)</sup>.

<sup>(١٤٢)</sup> F. v. West Berkshire Health Authority السابقة

<sup>(١٤٣)</sup> انظر مرافعة لورد Mustill في قضية : Airedale N H S Trust v. Bland [1993] 1 A LL E R . 821.

حيث وصف مثل هذا الرضا بأنه لا معنى له meaningless

<sup>(١٤٤)</sup> Stephens v. Myers , (1830) 4 C & P. 349 – Read v. Coker , (1853) 13 C. B. 850

<sup>(١٤٥)</sup> وهي مشتقة من لاتينية العصور الوسطى assalir والمقابل الفرنسي لها assault وكلها تعني الهجوم أو شن غارة

بالسلاح ، وتطور استخدامها اللغوي إلي القيام بهجوم عنيف وعدائي باستخدام وسائل مادية.

<sup>(١٤٦)</sup> See : Clerk & Lindsell , opcit no. 12-12 – also see : Shapo : opcit , p. 12

<sup>(١٤٧)</sup> Jones v. Sherwood [1942] 1. K. B. 127



من خلال تأسيس المسؤولية المدنية علي أساس الفعل الضار : الإكراه البدني نجد أن قانون الأضرار يحرص علي أمان الشخص في حياته وسلامة بدنه حتى ما يتعلق بجانب المشاعر والأحاسيس فهو يعامل مجرد محاولة الاعتداء كخطأ جوهري للإكراه البدني. وهو بهذا الأسلوب حري بالدراسة والاعتبار لأنه يبقى المثل الوحيد في فقه القانون الأنجلو أمريكي علي وجود سبب لدعوى التعويض عن الفعل الضار عن مجرد إحساس مكدر غير مصحوب بأي أعراض جسدية pschosomatic - متعلقة بالتفاعل بين الظواهر الجسدية والنفسية - غير طبيعية<sup>(١٤٨)</sup>. ومن ثم يمكن القول بأن الإكراه البدني مخلوق قانوني حديث بلغة حياتنا النفسية المشتركة وتاريخ القانون<sup>(١٤٩)</sup>.

### عناصر الإكراه البدني :

32/2/1 - الفعل : هو ذلك الذي تسفر وقائع الدعوى علي أنه أوجد لدى المدعى إحساس ، في محله ، بأنه يتعرض لاعتداء بدني وشيك الوقوع مع قدرة المدعى عليه علي تنفيذ الاعتداء .. فإذا صوب شخص سلاحه الناري المعبأ بطلقات نارية ومعد للاستخدام الفوري ، أو لوح شخص بقبضة يده من مسافة قريبة من شخص آخر ، في هذا الإطار حيث تنبئ الظروف كلها عن أن الرعب الذي يعيشه المدعى في محله خشية ارتكاب فعل إطلاق النار أو اللكم يكون هذا السلوك إكراهاً بدنياً<sup>(١٥٠)</sup>. ومن بواكير السوابق القضائية في أمريكا قضية<sup>(١٥١)</sup> تدور حول نزاع نشأ بسبب فشل جمعية إدارة أعمال ، حيث التف المدعى عليهم (العمال) حول المدعى مشمرين عن سواعدهم مهددين المدعى بكسر رقبته إذا لم يخرج. ورأت المحكمة أن الرجل خرج مذعوراً وجلاً من أن يلحقه أذى بدني الأمر الذي يشكل فعل الضار الإكراه البدني. ومُنح تعويضاً شكلياً ضئيل القيمة. ولا يعتد في تقدير السلوك الضار (الترويع) بمدى درجة ثبات أو جلد المدعى في المواقف التي يتعرض لها<sup>(١٥٢)</sup>.

ولا يهم بصدد تقدير حالة الرعب والخوف من وقوع الاعتداء البدني ان يقع المضرور فيها حقيقة. وإنما يجب أن يكون الضحية علي علم ودراية وإدراك بهذا التهديد حتى يكون الوجع في محله. وهذه النقطة تم توضيحها في أحد القضايا في أمريكا<sup>(١٥٣)</sup> تدور وقائعها حول ممارسة جنسية تمت بدون رضا المدعية التي كانت

Fleming : introduction to the law of torts , p. 3

(١٤٨)

Roscoe : "Interests of Personality" , 28 Harvard Law Review (1915) 343 – 357 انظر مقالة

(١٤٩)

وهو يرى انه بعد تحرك القانون لحماية مصالح المجموعة ضد "الإهانة" ، والمصلحة الاجتماعية ضد "الشغب" ن والمصلحة الفردية ضد "الضرر البدني" وتجاوز الإدارة ، وأخيراً يبدأ القانون النظر في الأضرار النفسية ذات الطابع الشخصي ويقرر المسؤولية عن انتهاك حساسية ورقة شعور الآخرين

Cobbett v. Grey (1849) 4E X . 729 at 744 في قضية : Pollock C. B. : من أقوال

(١٥٠)

Read v. Coker , 138 Eng. Rep. 1437 (1853)

(١٥١)

Brady v. Schatzel [1911] St. R. Qd. 206

(١٥٢)

McCraney v. Flangan (1980) 267 SE 2d.

(١٥٣)

في حالة وقتئذ لا تسمح لها بإدراك ما يحيط بها. وضعت محكمة شمال كارولينا مبدأً مؤداه أنه حيث يوجد اعتداء بدني لا يوجد إكراه ، وحيث أنه لا يوجد دليل علي أن المدعية كانت خائفة أو حتى كانت تعلم أن مثل هذا الاتصال الجسدي يمكن أن يحدث. ولما كان تقدير الخوف مسألة ذهنية شخصية فيُستعاض عنه بعلم وإدراك المدعى وليس تأثير الفعل حالته النفسية. ويُقاس علي ذلك الحالات الطبية التي يكون فيها المضرور فاقد الوعي فهي تكون اعتداء بدني وليس إكراه أو تهديد بدني.

بيد أنه ليس كل ما هو تهديد يكون إكراهاً بدنياً فحيث لا يوجد عنف شخصي حقيقي لا يوجد إكراه. يجب في جميع الأحوال أن تتوافر لدى الفاعل وسائل وضع تهديده موضع التنفيذ<sup>(١٥٤)</sup> ودعم هذا الرأي اللورد Abinger C. B. عندما قال في أحد القضايا<sup>(١٥٥)</sup> لا يوجد إكراه بدني عند تصويب مسدس فارغ من الطلقات نحو شخص آخر. أو كما قال القاضي بولوك<sup>(١٥٦)</sup> إذا لوحت بقبضة يدك في مواجهة شخص مهدداً إياه بالضرب لكن المسافة لا تسمح لك بتنفيذ غرضك فليس هناك فعل ضار اسمه إكراه بدني حتى لو رددت أكثر من مرة بأنك سوف ترتكب إكراه بدني.

ويتحقق فعل الإكراه البدني إذا قصد الفاعل ارتكاب اعتداء بدني لكن لظروف خارجة عن إرادته فشل في تنفيذ ذلك. ففي أحد القضايا في بريطانيا<sup>(١٥٧)</sup> تتبع المدعى عليه المدعى رافعاً سوطه ليجلده به ، لكن المدعى هرب منه ورأت المحكمة أن هذا السلوك يكون إرهاب بدني. ويدعم هذا المبدأ الحكم في قضية ستيفنس ضد مايرز إذ اندفع المدعى عليه نحو المدعى الذي كان يرأس اجتماعاً ، لكن حيل دون تنفيذ ذلك بتقييد المدعى عليه قبل أن يصل إلي المدعى. تقرر اعتبار ذلك إكراه بدني لأنه حتى مع فشل الفاعل من تفعيل التهديد إلا أن الرعب نشأ في محله لدى المدعى.

والأسئلة التي تطرح نفسها في هذا الصدد ، هل يمكن أن تكون العبارات الشفهية سبباً لإقامة دعوى الفعل الضار للإكراه البدني ؟ هل الإشارات التهديدية لها نفس الأثر ؟ هل تصل الكلمات التهديدية إلي معادلة الإكراه البدني ؟ من استقراء السوابق القضائية لا نجد إجابة قاطعة بالنفي أو الإثبات علي هذه الأسئلة ، فليست هناك سوابق حاسمة. بعض السوابق اعتبرت أن العبارات والإشارات مهما كانت تهديدية أو نابية وبذيئة ، والمكالمات الهاتفية التهديدية ليست محل دعوى الإكراه البدني<sup>(١٥٨)</sup>. وأن البديل المتوافر في قانون الأفعال الضارة ربما يكون التشهير defamation أو الضرر العمدى لمشاعر الأسى intentional infliction of emotional . وكان مبدأ عدم معادلة الكلمات للإكراه البدني هو الصيغة التي اعتمد عليها المدعى عليه في قضية ريد ضد كوكر السابقة مقتبساً إياها من سوابق قديمة في الولايات المتحدة الأمريكية. وهذا الاتجاه يعكس فكرة أن مجرد التقوه ببعض العبارات ، حتى لو كانت هجومية

<sup>(١٥٤)</sup> عبارة قالها القاضي تيندال في قضية ستيفنس ضد مايرز السابقة

Blake v. Burnard (1840) 9 Car. & P. 626

(١٥٥)

<sup>(١٥٦)</sup> في قضية كوبيت ضد جراي السابقة

Mortin v. Shoppee (1828) 3 C. & P. 373

(١٥٧)

Meade's and Belt's case (1823) Law. 184

(١٥٨)

وعدائية ، قد لا تثير في نفس الضحية الخوف من حدوث عدوان مدني حال. فإذا قال شخص لآخر "سأقتلك رمياً بالرصاص" وليس معه ساعتها السلاح الذي سيطلقه وإنما قد يتطلب الأمر أن يذهب لإحضاره ثم يعود مرة ثانية قبل أن يتمكن من وضع تهديده موضع التنفيذ. بل إن وقع بعض الكلمات لدى السامع قد يكون لها تأثير عكسي إذ أنها قد تكون في مضمونها ومفهومها تدحض وجود نية لارتكاب فعل العدوان البدني والمثال الشهير في ذلك أحد القضايا<sup>(١٥٩)</sup> حيث وضع المدعي عليه يده علي سيفه وقال للمدعى "إذا لم يكن هذا وقت انعقاد جلسات المحاكمة ما كنت أقبل هذه اللغة منك". ورأت المحكمة أن هذه الكلمات في حد ذاتها تفرغ فعل الإكراه من مضمونه وتلغى الإحساس بالخوف من وقوع عدوان بدني حال ، لأن الوقت الذي قبلت فيه كان وقت انعقاد الجلسات بالفعل.

الحقيقة أن هناك عدة مواقف يعتبر الناس فيها أن الكلمات المستخدمة ذات طبيعة تهديدية. مثالها علي الأخص العبارات التهديدية التي يتقوه بها شخص علي مسافة قريبة. لكن المعالجة القانونية تتطلب وجود معدلات محددة لتقدير مدى بلوغ هذه العبارات مرحلة التهديد بالمعنى القانوني. لا شك أن تعريف الإكراه البدني يربط بين العبارات والفعل بحيث يتناغمان لخلق حالة الخوف والرعب من حدوث عدوان بدني حال. فإذا كانت الكلمات قادرة ، في مدلولها ومفهومها ، علي تقدير عدم وجود نية الإيذاء البدني ؛ فهي بالمثل قادرة في ظروف أخرى علي تأييد وجود سلوك مؤذ وكاشفة علي وجود ضرورة معقولة للخوف. المثال العملي لذلك إذا قال سفاك لضحيته : "نقودك وإلا ضربتك" فهذه العبارة تحمل في طياتها ووفقاً لطبيعة القائل وظروف الحال تهديداً بدنياً وشيك الوقوع. لذلك حدث تحول جذري في السوابق القضائية بدأتها المحاكم الجنائية وتلتها المدنية تجاه التهديد الشفوي وغير الشفوي. ففي أحد القضايا<sup>(١٦٠)</sup> قالت محكمة الاستئناف أن المدعى عليه قام بعدد كبير من المكالمات الهاتفية لثلاث نساء وفي كل مرة يرفعن سماعة الهاتف للرد يظل صامتاً وهذا السلوك جدير بأن يُعتبر إكراه بدني. لأنه طبع في نفوس هؤلاء النسوة بالتدريج الخوف والوجل من تعرضهم لأضرار المعاناة النفسية.

33/2/1 - النية Intent : يحيل الباحث هذا العنصر لما سبق قوله عن النية في الفعل الضار الاعتداء البدني battery . ويكتفي بالقول هنا بأنه يجب علي المدعى أن يبين أن المدعى عليه لديه الرغبة والهدف لوضع المدعى في موقف الخائف من حدوث احتكاك أو اتصال جسدي مؤذ وعدواني ، أو كان يعلم علم اليقين أن فعله سيخلق هذا الخوف.

وجدير بالذكر القول بأن مجرد الصدمة العصبية أو الخوف وحده لا يكفيان لإقامة الدعوى ، فالمعاناة وحدها غير كافية<sup>(١٦١)</sup> وإنما يجب أن يستتبعها أعراض

Tuberville v. savage (1669) 1 . Nod. Rep. 3

R. v. Ireland [1997] A LL E Q 112

Hicks v. Chief Constable of Yorkshire [1992] 2 A. C. 310

(١٥٩)

(١٦٠)

(١٦١)

ظاهرية ومادية متمثلة في مرض أو إصابة<sup>(١٦٢)</sup>. بعبارة أخرى فإن السلوك العمدي الذي يؤدي إلى صدمة عصبية ينتج عنها أعراض ظاهرة لأمراض وإصابات جسدية يستحق المصاب تعويضاً عن هذا الفعل الضار وفقاً للمبدأ الذي تم تأسيسه في قضية ولكنسون ضد داوون تون<sup>(١٦٣)</sup> ، في هذه القضية أصيبت المدعية برعب شديد لأن المدعى عليه أخبرها ، كاذباً وعامداً ، عن سوء حدث لزوجها من باب التفكه. لكنها مرضت وحكم لها بتعويض نقدي. بنى القاضي Wright J. قراره علي مبدأ "أن المدعى عليه بإرادته ارتكب فعلاً محسوباً ليسبب ضرراً للمدعية ، وهذا يعنى انتهاك حقها القانوني في الأمان الشخصي ، وهو في الحقيقة سبب لها ، بفعله ، ضرراً بدنياً ، وهذا في حد ذاته دون زيادة يبدو لي سبباً جيداً للدعوى مع عدم وجود أي مبرر شرعي للفعل محل الدعوى"<sup>(١٦٤)</sup>.

#### 34/2/1 - التحرش المسبب لاعتلال الصحة Harassment Causing injury to Health

: ظلت سابقة ولكنسون ضد داوون تون لمدة قرن تقريباً تحكم القضايا المشابهة في وقائعها وتكييفها بأنها تمثل إكراهاً بدنياً. ثم جاءت قضية بيرنيت ضد جورج وما يماثلها من قضايا<sup>(١٦٥)</sup> وفي هذه القضية قررت المدعية انها تعرضت لتحرش جنسي عنيف من صديق قديم لها. رأت محكمة الاستئناف أن مجرد الإساءة والتحرش اللذين يهددان صحة الضحية يُصنف كسلوك يدخل في دائرة الفعل الضار كما عرفته سابقة ولكنسون. وأكدت المحكمة علي أنه إذا ظهر أي فعل علي أنه مُصمم بتدبير وروية أي عمدي لانتهاك الحق القانوني للشخص في سلامته الشخصية فإن هذا الفعل حتى ولو كان ، في تكيفه ، خارج عن الأفعال الضارة الاعتداء البدني والإكراه البدني ، فسوف يُصنف من الآن علي أنه فعل ضار. قد يكون التحرش في حد ذاته ليس فعلاً ضاراً<sup>(١٦٦)</sup> ، لكن التحرش المثير لاعتلال صحة الضحية الجسدية والنفسية هو الذي يكون ما وُصف وأدرج بأنه فعل ضار خاص "بالضرر البدني بالتحرش" personal injury by molestation<sup>(١٦٧)</sup>.

لا يمثل إثبات القصد المسبب للضرر أي مشكلة عملية ، فمثل هذا القصد يمكن استنتاجه حينما تكون النتائج المتعاقبة هي النتيجة الطبيعية والمحملة لسلوك المدعى عليه وفقاً لسابقة ولكنسون. وعلي ذلك تتحقق مسئولية المدعى عليه الذي يصيح في راكب دراجة قاصداً أن يختل توازنه فيقع وينتج عن ذلك أضرار بدنية.

<sup>(١٦٢)</sup> انظر في ذلك قرار المجلس الملكي Privy Council في قضية : Victorian Railway Commissioners v.

Coultas (1888) 13 App. Cas. 222

Wilkinson v. Downton [1897] 2 Q. B. 57

(١٦٣)

<sup>(١٦٤)</sup> انظر أيضاً : R. v. Miller [1954] 2 Q. B. 282 at 292 – Janvier v. Sweeney [1919] 2 K. B.

316 , C. A.

<sup>(١٦٥)</sup> Burnett v. George [1992] 1 F. L. R. 156 – Piduck v. Molloy [1992] 2 F. L. R. 202 , C.

Godwin v. Uzoigwe (1992) A. – Khorasandjian v. Bush [1993] Q. B. 727 , C. A.

136 S. J. LL. B. 205 وتدور وقائع هذه القضية الأخيرة حول إرهاب سيد لمخدومته بطريقة شبه استعبادية .

Patel v. Patel [1988] 2 F. L. R. 179 , C. A.

(١٦٦)

Fricker : Family Law (1992) , p. 158

(١٦٧)

لكن القاعدة الواردة في هذه السابقة منحدره من جذور دعوى الإهمال وليست من دعوى التعدي ، ولهذا السبب يجب علي المدعى إثبات الضرر الحقيقي. فإذا كان الأمر كذلك فما هي العلاقة بينها وبين دعوى الاعتداء علي الشخص ؟ يمكن في هذا الصدد تصور ثلاثة آراء : الأول أنه يجب أن تكون القاعدة مرتبطة بدعوى العمد ليكون المسبب للضرر البدني أو العاطفي بطريق مباشر. وبهذا التصور يمكن اعتبارها شكل من المسؤولية فضّله عن الفعل العمد المسبب لضرر شخصي مكملاً للفعل الضار العدوان trespass ؛ الثاني أن ننظر إلي القاعدة بحسبانها فعل ضار معين مستقل ومساو للفعل الضار العمدي المؤدي للأسى العاطفي المعترف به بموجب التعديل الثاني لقانون الأضرار في الولايات المتحدة الأمريكية وفقاً للمادة (٤٦). بموجب هذا النص تُفرض المسؤولية المدنية علي الشخص الذي يؤدي عامداً أو بطيش بين المشاعر العاطفية لشخص آخر. ويشترط إلي جانب ذلك : ١- أن يكون سلوك الفاعل متطرفاً وشنيعاً ، ٢- أن يكون الضرر المقصود إحداثه قاسياً ، ٣- أن يكون الأسى النفسي الحقيقي أيضاً قاسياً ؛ الثالث أن تُعامل هذه السابقة علي أنها مبدأ عام من مبادئ المسؤولية لكل الأضرار العمدية (بما فيها الأضرار الإقتصادية) سواء كانت هذه الأضرار مباشرة أو غير مباشرة. لكن مثل هذه التصورات الثلاث تحتاج غلي تغيير جذري في القوانين الحالية وهذا يبدو بعيد الاحتمال. لكن حتى هذه اللحظة يبدو أن المبدأ الوارد في هذه السابقة سيظل يُعامل كشكل منفصل ومكمل لأشكال المسؤولية عن الفعل الضار يشمل الحالات العمدية لكن المسببة للضرر البدني بطريق غير مباشر<sup>(١٦٨)</sup>.

## المطلب الثاني: الفعل الضار بالإهمال

### الممارسات الطبية/الخاطئة

#### Medical Malpractice

35/2/1 - استبعاد : من تطبيقات الإهمال المتعلقة بموضوع هذا البحث حوادث السير والأخطاء المهنية الطبية. الأولى تخضع للنظم الجماعية في التعويض الإجباري ضد حوادث السيارات<sup>(١٦٩)</sup> وأداءات التأمين الاجتماعي. أما الممارسات الطبية الخاطئة فتتمثل أهمية أكاديمية لموضوع البحث لذلك تركز الدراسة في هذا المبحث عليه.

36/2/1 - تصنيف الخطأ الطبي : سبق وأن رأينا أن فشل الطبيب في الحصول علي موافقة المريض المطلوبة قبل العلاج تجعله مسؤولاً مسؤولية محدودة strict

Alastair , opcit , pp. 205-206

(١٦٨)

Road traffic Act 1988 – Pitts v. Hunt [1991] 1 Q. B. 24

(١٦٩)

liability عن الفعل الضار التعدي البدني. فيما خلا ذلك تندرج الممارسات الطبية الخاطئة في الفعل الضار بالإهمال الذي يكون أساس دعوى التعويض. بيد أن العلاقة بين الضحية والمسئول هي علاقة مشترى/ بائع أي أنها في حقيقتها علاقة تعاقدية تقضى علي الأطباء (الفاعلين المحتملين) أداء واجبهم وفقاً لمعايير معينة ؛ فإذا أخل بهذا الواجب فإنه وفقاً للقانون الإنجليزي يخضع لقانون الأضرار لكنه بنفس الدرجة يعتبر مخطئاً بنود العقد<sup>(١٧٠)</sup>. وبالرغم من هذا التداخل بين نوعي المسؤولية فإن الفقه الأنجلو أمريكي يعالج موضوع الممارسات الطبية الخاطئة في إطار نظرية الفعل الضار بالإهمال<sup>(١٧١)</sup>.

37/2/1 - مؤشرات رقمية : ورد في تقرير لجنة بيرسون الفقرة (١٣٢٦)<sup>(١٧٢)</sup> أن معدل ربح قضايا التعويض عن الإهمال الطبي كان من ٣٠ - ٤٠٪ وهذا المعدل أقل بكثير من معدل النجاح في القضايا التي رُفعت بسبب الأضرار الجسدية والذي بلغ ٨٦٪.

وعلي الجانب الآخر من الأطلسي ، في الولايات المتحدة الأمريكية ، يثور الجدل حول مدى جدوى نظام الممارسات الطبية الخاطئة وذلك في ظل الزيادة المضطردة في الدلالات والظواهر التالية

١ - (أ) الزيادة في تكرار وحجم دعاوى التعويض عن الإهمال الطبي. فقد كانت نسبة هذه الدعاوى في الخمسينيات من القرن العشرين ١٪ من إجمالي عدد الأطباء في السنة. ارتفعت النسبة في منتصف السبعينيات إلي دعوى واحدة لكل (٣٥) طبيب. ثم قفزت إلي ١٠٪ سنوياً في بداية التسعينيات. مع الأخذ في الاعتبار تزايد عدد الأطباء إلي عشرة أضعاف أكثر مما كان عليه العدد في عام ١٩٦٠ .

(ب) ولترجمة هذه الزيادة بالدولار درس معهد راند للعدالة المدنية the Rand Institution of Civil Justice أحكام المحلفين في دعاوى الأخطاء الطبية في ولايتي شيكاغو وسان فرانسيسكو خلال الفترة من ١٩٦٠ إلي ١٩٨٠ فوجد أن متوسط مبالغ التعويض في الستينات (٥٠.٠٠٠) دولار وصل إلي (٦٠.٠٠٠) دولار في أوائل السبعينات ثم ارتفع بحدة في بداية الثمانينات إلي ١٢ و١٠ بليون دولار. ونفس النتائج أظهرتها دراسات أخرى في ولايات أخرى<sup>(١٧٣)</sup> ؛

٢ - هذه الزيادة في تكرار وحجم دعاوى الخطأ الطبي تسببت في ارتفاع درامي للمبالغ التي ينفقها الأطباء في شكل أقساط التأمين من المسؤولية المهنية. وصل

Posner : opcit , no. 6.3 , p. 153

(١٧٠)

Heuston : opcit – Clerk & Lindsell ; opcit – Mullis & Oliphant : opcit – Stanton : opcit – (١٧١)

Shapo : opcit – Atul Gawande : "When Doctors Make Mistakes" , The New York (Feb. 1 , 1999) , 40 – 55

Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation Injury , Cmnd. (١٧٢)  
(1978)

Snyder : Paul Weiler : Medical Malpractice on Trial (1992) والنسبة لولاية فلوريدا انظر مقالة : Snyder and Hughes "Litigation Under the English and American Rules : Theory and Evidence" 38 J. Law & Econ. 225 (1995) (١٧٣)

إجمالي هذه المبالغ في عام ١٩٦٠ في الولايات المتحدة إلى (٦٠) مليون دولار. ارتفع في أواخر التسعينات إلى (٩) بليون دولار أي أن نسبة الزيادة في ثلاثين سنة وصلت (١٥٠) ضعف المبلغ الأولي. فإذا عُلِمَ أن إجمالي مصاريف الولايات المتحدة في التأمين من المسؤولية (١٣٠) بليون دولار يُضاف إليهم (٩٠) بليون دولار قيمة التأمين الإجباري علي حوادث السيارات ، يصل الرقم إلى (١٩٠) بليون دولار أي حوالي ٣٥٪ من إجمالي قيمة الإنتاج الداخلي gross domestic value (G D V) في الولايات المتحدة الأمريكية.

٣ - هذه الزيادة الملحوظة في (١ ، ٢) أسفرت عن زيادة مماثلة في تكلفة الرعاية الطبية. وتشمل هذه الزيادة التكاليف المباشرة وغير المباشرة. بعض هذه التكاليف المباشرة تكاليف ممارسة الأطباء لتوقي المسؤولية المدنية أو ما يسمى defensive medicine مثل تكاليف طلب الأطباء من المرضى إجراء اختبارات وفحوص وأشعات زائدة عن الحاجة. قام معهد هرسون بمرح لمستشفيات ولاية إنديانا فوجد أن هذه التكاليف المباشرة تضيف إلى مصاريف العلاج الأصلي (٤٥٠) دولار الأمر الذي ترتفع معه تكاليف العلاج في المستشفيات إلى ٣٥٠٪.

من ناحية أخرى أجريت دراسة تجريبية حديثة تُعرف بـ "دراسة هارفارد" قام بها بالتعاون كل من : مدرسة هارفارد للصحة العامة Harvard School of Public Health ، والمدرسة الطبية Medical School ، ومدرسة القانون Law School قامت بمسح أكثر من (٣٠٠٠٠) ملف في (٥٢) مستشفى في نيو يورك في سنة واحدة في منتصف الثمانينات من القرن الماضي . خلصت الدراسة إلى أن هذه الزيادات لا تمثل مشكلة بالنسبة لنظام الخطأ الطبي من خلال ما توصلت إليه من نتيجتين : (١) نسبة حوادث الإهمال الطبي لمجموع الذين دخلوا المستشفيات هي ١٪ (٢) أن نسبة ضئيلة ممن أصيبوا في حوادث الإهمال الطبي (١٢٪) رفعوا دعاوى تعويض للإهمال . أما بالنسبة للمتضررين من الأمراض التي سببها الأطباء iatrogenic injuries فهي أقل من ثلث عدد قضايا الإهمال الطبي. هذه النسبة الضئيلة لا تشغل هذه المضاربات علي مشكلة زيادة عدد قضايا الإهمال الطبي سيما وأن نسبة القضايا التي يُحكم فيها بالتعويض النقدي بين ١٥-٣٠٪ من إجمالي هذه القضايا<sup>(١٧٤)</sup>. فالصورة الحقيقية هي أن أطباء كثيرون يرتكبون خطأ طبي يمكن تلافي آثارها وقليل منها يسفر عن ضرر بليغ. بيد أن الارتفاع المضطرد في عدد قضايا الإهمال الطبي يمثل اتجاهاً اجتماعياً علي نطاق واسع يؤثر في معظم الدول المتقدمة ، ففي كندا مثلاً تضاعف التكرار السنوي لدعاوى الخطأ الطبي ثلاث مرات لكل مائة طبيب في الفترة من ١٩٧٠ إلى ١٩٩٠ وزاد متوسط قيمة التعويض بمقدار خمسة أضعاف عما كان عليه في أول المدة. وقد يكون سبب هذه الزيادة هو التقنية الطبية المتطورة بشكل مذهل الأمر الذي زادت معه فرص وحجم العلاج الطبي والذي قد تتنامى معه فرص حدوث الأخطاء الطبية.

38/2/1 - معنى ومعياري الإهمال : الإهمال بالمعنى القانوني- سلوك وليس حالة عقلية ، سلوك يضمن مخاطر كبيرة غير معقولة تسبب الضرر. ولا يعتد في الحكم به علي عنصر الخطأ بمعنى اللوم الأخلاقي<sup>(١٧٥)</sup> . والإهمال ، بالمعنى الموضوعي ، في التعريف الشهير للقاضي Alderson B هو التقصير والتقاعس عن عمل شيء ، يفعله الرجل المعتدل مهتدياً بالاعتبارات التي ترتب عادة السلوك في الأمور الإنسانية. أو يفعل شيئاً يحجم عن فعله الرجل الفطن ، المتبصر ، والمعقول<sup>(١٧٦)</sup>. وفي تحليل قانوني دقيق تناول اللورد Wright معنى الإهمال بأنه يعني أكثر من السلوك غير المكترث heedless أو عدم اتخاذ الحذر careless ، سواء بعدم الفعل أو الفعل ، إنه يتضمن المفهوم المركب لكل من الواجب ، والإخلال بهذا الواجب ، والضرر الذي يعانیه الشخص الدائن بهذا الواجب<sup>(١٧٧)</sup>. بعبارة أخرى يجب لتحقيق الفعل الضار بالإهمال توافر ثلاث عناصر هي : ١- أن يقع علي عاتق المدعى عليه واجب اتخاذ الرعاية ، ٢- أن يكون المدعى دائناً بهذا الواجب ، ٣- وأن يكون المدعى عليه أخل بالقيام بهذا الواجب. والعنصر الأول هو الذي يثبت حدود الفعل الضار بالإهمال. فيحكم علي السلوك البشري بالإهمال لأنه أخفق في التوافق مع معايير التصرف المقبولة بصفة عامة<sup>(١٧٨)</sup> . ولذلك قيل "إن من الأفضل في معظم المواقف أن تكون حذراً عن أن تكون غير مُبالٍ". كما يجب بناء المسؤولية علي أساس الإخلال بواجب قانوني وليس مجرد عدم إتخاذ الحذر<sup>(١٧٩)</sup>. ومعياري الرعاية اللازمة الذي يأخذ به القانون العام هو معيار موضوعي يقوم علي سلوك الرجل المعقول<sup>(١٨٠)</sup>. وكما يقول اللورد ماكميلان<sup>(١٨١)</sup> إن هذا المعيار يلتفت عن الاعتبار الشخصي ويستقل عن أي صفات شخصية متعلقة بالتكوين البدني أو الفكري idiosyncrasies للشخص الذي يكون سلوكه موضوع الدعوى.

39/2/1 - معياري الإهمال في مهنة الطب : الممارسات الطبية السيئة : يخضع إثبات الإهمال في مهنة الطب لمدخل school of thought ، أي مجموعة من الناس تشترك في السبب والمبدأ والهدف والتصرفات والسلوك .. الخ ، المشتق من القضية

<sup>(١٧٥)</sup> Workington Harbour and Dock Board v. s s Towerfield owners [1951] A. C. 112 , 160 , T. L. R. (Pt. 2) 387 ; 94 S. J. 517 ; [1950] 2 A LL E. R. 414 , 84 L. I. L. Rep. 233

<sup>(١٧٦)</sup> Blyth v. Birmingham Waterworks Co. (1856) 11 Ex. 781 ; 25 L. J. Ex. 212 ; 2 , Jur. (N. S.) , 333 ; 115 R. R. 791

<sup>(١٧٧)</sup> Lochgelly Iron and Coal Co. v. M'Mullan [1934] A. C. 1 ; 102 L. J. P. C. 123 ; 149 L. T. 526 , 49 T. L. R. 566

Stanton : opcit , p. 27 <sup>(١٧٨)</sup>

<sup>(١٧٩)</sup> Moorgate Mercantil Co. Ltd. v. Twitching [1971] A. C. 890 ; [1976] 3 W. L. R. 66 ; 120 S. J. 470 ; [1976] 2 ALL E. R. 641

<sup>(١٨٠)</sup> Vaughan v. Menlove (1837) 3 Bing N. C. 468 ; 4 Scott 244 ; 3 وقد استقر هذا المعيار منذ سابقة

Hodges 51

<sup>(١٨١)</sup> Glasgow Corporation v. Muir [1943] A. C. 488 ; 112 L. J. P. C. 1 , 169 L. T. 53 ; 107 J. P. 140 ; 41 L. G. R. 173



الشهيرة المعروفة باسم بولام<sup>(١٨٢)</sup> أو ما يسمى بالممارسات المقبولة بصفة عامة بين أفراد المهنة الواحدة<sup>(١٨٣)</sup>. وقد أقر البرلمان الإنجليزي القانون العام وأصدر قانون العجز الخلقي<sup>(١٨٣)</sup> الذي يجعل المدعى عليه غير مسئول إذا اتخذ العناية المعقولة بالنسبة للرأي الطبي الذي يبيده. بيد أن هذه النتيجة تعرضت للنقد لأنها تؤدي ، عملياً ، إلى صعوبة حصول المرضى الذين أصيبوا من طرق العلاج الرديئة علي أحكام بالتعويض إذ يسهل علي الأطباء المدعى عليهم تبرئة ساحتهم بوجود ممارس آخر يوافقه علي ما قام به<sup>(١٨٤)</sup>. ورغم هذا النقد يظل المعدل هو الرجل المهني ذو المهارة المعقولة. ويصبح تقرير المسؤولية للإهمال في المهن الطبية محل بحث دقيق لأن المهنة في حد ذاتها تتضمن بعض المخاطر ، المتوقعة أو غير المتوقعة ، أو أن يخطئ الطبيب المعالج في تقدير مسألة رأي طبي خاضع للجدل بين أوساط المهنة له أو عليه. وقد أكد ذلك بشدة مجلس اللوردات في أحد القضايا<sup>(١٨٥)</sup>. بل إن القضاء الإنجليزي اعتبر الطبيب غير مسئول إذا ضمن للمريض الشفاء<sup>(١٨٦)</sup>.

استقرت المحاكم الإنجليزية علي تطبيق معيار المسؤولية الوارد في سابقة Bolam علي كل أشكال العلاج الطبي. وامتد ليشمل مسألة النصائح والمشورة التي تُعطى للمريض والتحذيرات من المخاطر المرتبطة بأسلوب العلاج المقترح. القضية الرائدة في التحقق من وقوع خطر هي قضية رو ضد وزير الصحة<sup>(١٨٧)</sup>. وتخلص وقائعها في أن المدعي كان بصدد إجراء عملية جراحية بسيطة ؛ وحتى يمكن إجراء العملية تم حقنه بعقار nupercaine (مخدر في النخاع الشوكي) بواسطة أخصائي تخدير. كان هذا العقار موضوعاً في (امبولة) زجاجية ، وكانت محفوظة داخل جرة (برطمان) مملوءة بحامض الكربوليك (فينول) ، تسرب بعض الحامض إلي الأنبولة بسبب بعض شروخ فيها ولوث العقار. نتيجة هذا التلوث أصيب المدعي بشلل دائم أسفل الوسط. من الملاحظ أنه لم يمكن وقتئذ اكتشاف هذه الشروخ سواء بالعين المجردة أو اللمس العادي. وكانت هذه القضية بداية التحقق من المخاطر المحتملة أثناء فترة العلاج في بداية الخمسينات من القرن العشرين. وبعد أن كان هذا الأمر خارج عن تقدير طبيب التخدير العادي أصبح تقدير الخطر المتوقع في الوقت الراهن مُنشئاً للمسؤولية بالإهمال<sup>(١٨٨)</sup>.

- 
- Bolam. v. Frierm H. M. C. [1957] 1 W.L.R. 582 (١٨٢)  
Vancouver General hospital v. Mc Daniel (1934) 152 L. T. 56 , 57 (١٨٣)  
The Congenital Disabilities Civil Liability Act (1976) S. (5) (١٨٣)  
Stanton : opcit , p. 190 (١٨٤)  
Whitehouse v. Jordan [1981] 1 W. L. R. 246 (١٨٥)  
Challard v. Bell (1959) 18 D. L. R. (2d.) 150 (١٨٦)  
Roe v. Minister of Health [1954] 2 Q. B. 66 , [1954] 2 W. L. R. 915 ; 98 S. J. 319 ; (١٨٧)  
[1954] 2 ALL E. R. 128 ; 98 S. J. 30  
Sir Robert Macintosh : "Death under Anaesthetics" , 21 British Journal of Anaesthesia , (١٨٨)  
(1949) , 107

وقد أكد مجلس اللوردات علي تطبيق معيار بولام في قضية حديثة<sup>(١٨٩)</sup> وكانت تمثل تحدياً كبيراً لهذا المعيار علي أساس أن المعدل الثابت لنوع وحجم المعلومات التي يعطيها للمرضى أطباء معقولين كانت مساوية تماماً بالتضحية بحق المريض في المعرفة وارتباط هذا الحق بحقه في رفض أو قبول العلاج المقترح. فإذا رأى الطبيب المعقول بأنه لا يوجد داعي لإخبار المريض بخطر معين ملازم للعلاج المقترح لا يكون محلاً للمسئولية عن الإهمال إذا لم يخبر المريض. ومع ذلك جادل اللورد Scarman في رأي مخالف في هذه القضية بأنه يمكن حماية حق المريض في تقرير مصيره بإيجاد معدلات قضائية محددة لإفشاء المسائل الطبية للمريض في القانون الإنجليزي علي غرار النظرية الأمريكية informed consent لكن أغلبية اللوردات وافقت علي معدلات Bolam واعتبرت أن الإفشاء بأي معلومات طبية للمريض هو سلوك يماثل تماماً ممارسة تقدير أسلوب العلاج المناسب ، يخضع لمعيار الطبيب المعقول.

وقد حققت مبادئ الحكم في قضية بولام انتصارات أخرى تمثلت في وضع معيار واحد شامل للمسئولية لكل مجالات الإهمال الطبي. فقد رفضت محكمة الاستئناف في أحد القضايا<sup>(١٩٠)</sup> الاستثناء من حكم سيدني في الحالات غير العلاجية non-therapeutic أو العلاج الاختياري مثل التعقيم أو جراحة التجميل. وكان الجدل المثار أنه ليس هناك مبرر لعدم إخبار المريض بالأخطار المحتملة التي تصاحب أو تنتج من العمليات الجراحية فلا يوجد حاجة ، من الناحية الطبية ، نفسية أو بدنية لتشجيع المريض علي الاستمرار في العلاج. وجاء في حيثيات الحكم في قضية أخرى<sup>(١٩١)</sup> أن الإجابة علي أسئلة محددة من المريض للطبيب لا تنشئ التزام علي عاتق الطبيب بالإفشاء الكامل للمعلومات المتوافرة. وتحتاج هذه الإجابات فقط أن تتوافق مع مدخل school of thought المقبولة.

ويعلق الباحث باقتضاب أن العلوم الطبية تتطور بسرعة مذهلة في أسلوب العلاج ، وأنه يجب علي الطبيب مواكبة هذا التطور<sup>(١٩٢)</sup> . وأنه في قضايا الإهمال الطبي malpraxis<sup>(١٩٣)</sup> لا يكفي القول بأن المدعى عليه انحرف عن الممارسة العادية فكثير من التطور في علم الطب حدث نتيجة هذه الانحرافات<sup>(١٩٤)</sup> . لذلك

Sidaway v. Bethlen Royal Hospital Governores [1985] A. C. 871

(١٨٩)

Gold v. Haringey Health Authority [1988] Q. B. 481

(١٩٠)

Blythe v. Bloomsbury H. A. (1987) 15 P. N. 167

(١٩١)

Stokes v. Guest , Keen & Nettlefold (Bolts and Nuts) [1981] 1 W. L. R. 1776 ; 112 S. J. 821 ; 5 K. I. R. 401

(١٩٢)

<sup>(١٩٣)</sup> يرد هذا التعبير في الأدب القانوني الإنجليزي. وهي كلمة مكونة من مقطعين mal وهي كلمة فرنسية الأصل بمعنى

سيئ ، و praxis وهي كلمة ترجع إلي اللغات اللاتينية في العصور الوسطى ثم انتقلت إلي الفرنسية واليونانية prattein بمعنى ممارسة أمر مهني أو فني. فهو اصطلاح أدبي يرادف الإصطلاح القانوني malpractice .

Hunter v. Hanly , 1955 S. C. 200 , 206

(١٩٤)

فالمعيار مرضٍ وفق الظروف الخاصة بكل قضية ووفقاً للممارسات المهنية في كل مجتمع والتطور المعرفي لدى المشتغلين بمهنة الطب .

40/2/1 - هل يمكن للأطفال الذين ولدوا بعجز خلقي أن يرفعوا دعاوى الفعل الضار بالإهمال ضد الأطباء الذين أخفقوا في منع ولادتهم بإعطاء النصيحة لأمهاتهم بعدم القيام بعملية إجهاض ، وهو ما يطلق عليه الحياة الخطأ wrongful life ؟ بموجب القانون الإنجليزي فإن هذا النوع من الدعاوى مستبعد تماماً كسياسة عامة<sup>(١٩٥)</sup> ، علي أساس أن هذا النوع من الدعاوى يفتح الباب لدعاوى يرفعها الأطفال ضد والديهم لعدم قيامهم بعملية إجهاض ، فضلاً عن أنه لا يمكن مقارنة قيمة الحياة بعجز خلقي مع عدم الوجود في الحياة من الأصل. علي أي الأحوال أصبحت هذه الدعاوى غير مسموح بها بالمرّة بموجب قانون العجز الخلقي الصادر في عام ١٩٧٦ (مادة ١ / ٢ ب) وذلك بالنسبة للمواليد بعد تاريخ صدور هذا القانون.

ومن جهة أخرى هل يمكن للوالدين رفع دعاوى علي الأطباء مطالبين بتكلفة تربية الأطفال الذين وجدوا في الحياة بسبب إخفاق أو إهمال هؤلاء الأطباء في عمليات العقم أو الإجهاض ، وهو ما يسمى بالولادة الخطأ wrongful birth ؟ يعترف القانون الإنجليزي بمثل هذه الدعاوى. فقد رفض القاضي Peter Pain J.<sup>(١٩٦)</sup> الآراء الجدلية بأن السياسة العامة تمنع تعويض الوالدين بعد إنجابهم لأطفال أصحاء بعد أن يكون الأب قد خضع لعملية جراحية لقطع القناة الدافقة vasectomy وأجراها الجراح بإهمال نتج عنه عدم الحيلولة دون الإنجاب. وبرر القاضي رأيه بأن إنجاب طفل ليس نعمة دائماً. وعلي ضوء قانونية ومناداة الرأي العام بتنظيم الأسرة وتحديد النسل رفض الرأي الذي يعارض إعطاء تعويض عن الفعل الضار في مثل هذه الظروف<sup>(١٩٧)</sup>.

41/2/1 - رأت لجنة بيرسون ، عند وضع تقريرها ، أن رفع دعاوى الفعل الضار بالإهمال هو الوسيلة المناسبة للتعويض عن حوادث الإهمال الطبي (الفقرة ١٣٤٧). وذلك بالرغم من موافقتها علي أن إدخال المسؤولية المحددة strict liability في بعض مجالات الإهمال قد يكون مناسباً. مثال ذلك أضرار التلقيح والإصابات التي يعانيها المتطوعون لاختبارات البحوث الطبية أو التجارب المعملية. وبعيداً عن توجه لجنة بيرسون فقد ظهرت عدة اقتراحات تنادي بالإصلاح الجذري لنظام دعاوى الأضرار الطبية وتطبيق نظام جدول التعويض علي أساس فكرة الخطأ المفترض no-fault compensation scheme وإنشاء مجلس يدير تمويل هذا البرنامج. وقد لقيت هذه الاقتراحات قبولاً من بعض المجموعات مثل الجمعية الطبية البريطانية والكلية الملكية للأطباء وجمعية القانون وحزب العمل. لكن هذه الاقتراحات لم تغفل دور التعويض عن المسؤولية (الفعل الضار) بالإهمال في أن يستمر كبديل للمزايا التي

McKay v. Essex Area Health Authority [1982] Q. B. 1166

(١٩٥)

Thake v. Maurice [1986] Q. B. 44

(١٩٦)

Emeh v. Kensington & Westminster A. H. A. [1985] Q. B. 1012 : انظر أيضاً قضية :

(١٩٧)

يقدمها هذا النظام. ويعتقد المشايعون لهذه الاقتراحات أنها وسائل فعالة للتغلب علي مشاكل تطبيق نظام التعويض عن الفعل الضار.

وتواردت نفس الأفكار في الولايات المتحدة الأمريكية فقد لاحظت الإدارة الأمريكية تحت رئاسة بيل كلينتون عدم فاعلية نظام الخطأ الطبي بالقدر المطلوب سواء من حيث تعويض المصابين وطول مدة التقاضي أو ردع الأطباء والمستشفيات عن الإهمال، واقتُرحت "دراسة هافارد" إصلاحاً جذرياً يعتمد علي استبدال نظام الفعل الضار / المسؤولية المدنية المبني علي الخطأ بنظام الفعل الضار المبني علي الخطأ المفترض. وفقاً للنظام الثاني يحصل المريض الذي أصيب بإصابات خطيرة نتيجة الإهمال الطبي علي تعويض بقطع النظر عن كون العلاج شابه إهمال أم لا. ويكون التعويض ، نسبياً ، عاجلاً وأكيداً لكنه ليس بالضرورة كاملاً كما هو الحال في دعاوى التعويض عن الإهمال ، وإن كان يغطي مصاريف العلاج الطبي التي لا يشملها أي نظام تأميني آخر. ويتوقع القائمون بهذه الدراسة تحقق الردع بالنسبة للأطباء الأفراد حيث أن هذا النظام يرتبط بالمستشفيات ، التي تمثل ٨٠٪ من حالات إصابات العلاج الطبي ، أكثر من الأفراد. فضلاً عن تحققه أيضاً بالنسبة للمستشفيات لما يمثله من عبء مالي عليها وهذا بدوره ينعكس علي ما يسمى defensive medicine . ويؤخذ علي نظام الخطأ المفترض صعوبة التفرقة بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب وخطأ المريض وكذلك تحديد نطاق المصابين بالأمراض التي يسببها أخطاء الأطباء وقد يكون من المكلف مادياً تغطية جميع الأضرار وقد يكون من الأولى تغطية بعضها. علي أي الأحوال فإن هذا النظام طُبّق في ولايتي فرجينيا وفلوريدا<sup>(١٩٨)</sup>.

42/2/1 - الإهمال الطبي والردع : يرتبط تطبيق التعويض العقابي بالفعل الضار العمدي أي في حالات التعدي البدني أو الإكراه البدني دون حالات الإهمال. ومع ذلك فإن الردع ، في مجتمع رأسمالي ، يتحقق في مهنة الطب لأنهم يدركون جيداً أن سمعتهم المهنية تتعرض للخطر بسبب رفع دعاوى التعويض للإهمال الأمر الذي يُترجم إلي خسارة مالية كبيرة تتجاوز مبالغ التعويض النقدي لتشمل إحجام المرضى عنهم.

43/2/1 - إثبات الإهمال : يقع عبء إثبات الإهمال علي عاتق المدعى. وهو إذ يقدم الدليل يجب أن ينأى عن مجرد الحدس إلى الاستنتاج القانوني<sup>(١٩٩)</sup>. والتفرقة بينهما دقيقة إذ قد يكون الحدس جدير ، ظاهرياً ، بالتصديق ؛ لكن ليس له قيمة قانونية ، لأنه في جوهره لا يخرج عن كونه مجرد تخمين. والاستنتاج القانوني هو استدلال مبني علي قياس أو قرينة أو شهادة. فإذا كان الاستنتاج القانوني معقولاً ومقنعاً كانت له صلاحية الإثبات القانوني<sup>(٢٠٠)</sup>. وهذا يعنى ن من حيث الاستدلال المنطقي ، أن

Symposium : "Alternative Compensatory Schemes and Tort Theory" 73 Cal. L. Rev. <sup>(١٩٨)</sup>

(1985) , 548

jones v. G. W. Ry. (1930) 144 L. T. 194

<sup>(١٩٩)</sup>

Union Steamship Co. of N. Z. Ltd. v. Wenlock [1958] N. Z. L. R. 173 , 177

<sup>(٢٠٠)</sup>

توجد وقائع موضوعية يمكن الاستنتاج منها علي وجود الوقائع الأخرى التي يُبنى عليها إثبات الإهمال<sup>(٢٠١)</sup>. ويلاحظ أن هذا المدخل في الإثبات ليس حاسماً في اعتباره دليل المدعى ضد دفاع المدعى عليه ، وإنما يؤدي إلي الالتفات عن أدلة المدعى عليه والبحث عما إذا كانت أدلة المدعى في حد ذاتها وبعيداً عن أي اعتبار كافية أو غير كافية ، من وجهة نظر معقولة ، لإثبات الإهمال<sup>(٢٠٢)</sup>.

غير أن قاعدة أن على المدعى إثبات الإهمال قد يصاحبها بعض المصاعب في التطبيق العملي. فقد يكون السبب الحقيقي للفعل الضار يكمن داخل إطار معرفة المدعى عليه وحده دون غيره أو قد يستطيع المدعى إثبات الإهمال لكنه لا يستطيع أن يبين أساس وجوه هذا الإهمال. وقد أمكن تجاوز هذه الصعوبة نتيجة مجهودات أساتذة القانون في العصر الفيكتوري من خلال تطبيق ما يُسمى *res ipsa loquitur* بمعنى أن وقوع أمر لا يُعقل وقوعه عادة قد يغني إثبات وقوعه عن إثبات الإهمال بحسبان أن الوقوع في حد ذاته يفصح عن إهمال. وقد أكد هذا المبدأ في الإثبات السير وليام إيريل في حكم محكمة *Exchequer Chamber* في قضية شهيرة<sup>(٢٠٣)</sup> "يجب أن يوجد دليل معقول علي الإهمال. لكن إذا بدا أن الشيء (محل الإثبات) تحت إدارة المدعى عليه أو أحد أجراءه وأن حدوث الواقعة وفقاً للنمط العادي في حدوث مثلها ما كانت لتحدث لو أن هؤلاء الذين لديهم الإدارة يقومون بالعناية المناسبة.

## المبحث الثالث

### معصومية الجسد في النظام اللاتيني

44/2/1 - مقدمة: علي عكس النظام القانوني الأنجلو أمريكي فإن أحكام القضاء في النظام اللاتيني لا تُبنى علي السوابق والأمثال بل علي نصوص القانون « *Non exemplis , sed legibus judicandum* » وفي هذا المنوال تتم حماية تكامل الجسد ، في إطار القانون الخاص ، من خلال نص عام في القانون المدني الفرنسي هو نص المادة (١/١٦) الذي يقضى بأن لكل شخص الحق في معصومية جسده وأن الجسد البشري مصون لا يمس *le noli , me tanger* . وأن العناصر والأعضاء البشرية والمنتجات الجسدية لا يمكن أن تكون محلاً لحق مالي ؛ أي أن جسد الإنسان خارج عن دائرة التعامل التجاري. وتصبح جميع الاتفاقات التي تستهدف تحويل الجسد البدني والأعضاء البشرية والمنتجات الجسدية إلي قيم مالية باطلة (م ٥/١٦ من التقنين المدني الفرنسي). ويقابل هذا النص نص المادة الخامسة من التقنين المدني

Caswell v. Powell Duffryn Collieries [1940] A. C. 152 , 169

(٢٠١)

Bill v. Short Bros. and Harland Ltd. [1963] N. I. 1

(٢٠٢)

Scott v. London and St. Katherine Docks Co. (1865) 3 H. & C. 596 , 601

(٢٠٣)

الإيطالي والمادة (٥٠) من القانون المدني المصري. وقد طبق القضاء هذا المبدأ في العديد من أحكامه<sup>(٢٠٤)</sup>. كما قام بشرح أبعاده وتفسيره وإثرائه فكرياً الفقه<sup>(٢٠٥)</sup>.

بعيداً عن الحماية التي يكفلها القانون الجنائي أو النظم اللائحية مثل قوانين النقابات أو قواعد أخلاق بعض المهن ؛ وفي إطار الإجراءات المدنية البحتة التي يكفلها القانون المدني نجد أنه يكفل حماية مزدوجة تسلك مدخلين من الحماية : ١- الحماية ضد اعتداء الغير ، ٢- الحماية ضد سلطة تصرف الشخص نفسه . ويقتصر البحث علي الحماية ضد اعتداء الغير.

45/2/1 - هذه الحماية لها جانبان الأول جانب وقائي مانع ، ويتمثل في الإجراءات المناسبة التي يتخذها القاضي لمنع أو إنهاء أي اعتداء غير شرعي علي جسم الإنسان أو أي تصرفات سيئة غير مشروعة علي الأعضاء البشرية أو المنتجات الجسدية. وهو ما تقضى به المادة (٢/١٦) من التقنين المدني الفرنسي والمادة (٥٠) من التقنين المدني المصري<sup>(٢٠٦)</sup>.

---

<sup>(٢٠٤)</sup> Tr . Seine , 13 janv. 1934 , Gaz. Pal. , 1934 . 1, 521 – Tr. Nantes , 24 mai 1938 , Gaz. Pal. , 13 oct. – Civ. 2e. , 9 oct. 1996 , Resp. – Civ. et assur. , 1996 , Com. وذلك غير قضايًا

أخرى ترد لاحقاً . وفي مصر : نقض مدني ١٤/٦/١٩٩٠ طعن رقم ٢٩٤ لسنة ٥٦ ق ، أحمد هبه ، موسوعة مبادئ النقض في المسؤولية المدنية ، الكتاب الأول ، ص ١١٣

<sup>(٢٠٥)</sup> انظر علي سبيل المثال في فرنسا : Jean Carbonnier : droit Civil , t. 1 , Presses universitaires de

France. (1955) , p. 159 et s. pp. 175 – 176 – René Savatier : Traité de la Responsabilité Civile en droit français , préface de Georges Ripert , t. 11, Paris (1939) n. 533 – Y. Lambert –Faivre : Le droit du dommage corporel , Dalloz , 2e. éd. , (1993) pp. 34-103 – Boris Starck , H. Roland , et L. Boyer, 3e. éd. , opcit pp. 77-80 – Y. Chartier : La réparation du préjudice , éd. Dalloz , (1983) , no. 164 et s. – G. Viney et P. Jourdain : Traité, opcit, no. 252et s. – Le Tourneau et L. Cadet : Droit de la resp. , opcit no. 730 ومن الفقه المصري : د.

إبراهيم أبو الليل ، د. جلال إبراهيم : نظرية الحق في القانون الكويتي ، الكويت ، مطبوعات جامعة الكويت (١٩٩٤) ص ٣٦٨ وما بعدها – الشهابي إبراهيم الشراوى : تثبيت الجنس وآثاره ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (٢٠٠١) ص ٥٨ وما بعدها – د. حسام الدين الأهواني : محاضرات في مقدمة القانون ن نظرية الحق ، ص ٢٨ وما بعدها \_\_\_\_ ولنفس المؤلف : "حماية الحرية الشخصية في روابط القانون الخاص" ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، حقوق عين شمس ، يناير (١٩٩١) العدد الأول ، السنة الثالثة والثلاثون ص ٢٦ وما بعدها – د. حمدي عبد الرحمن : "معصومية الجسد" ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، حقوق عين شمس ، يناير ويوليو (١٩٨٠) ، العدد الأول والثاني السنة الثانية والعشرون ص ١-٤ – سلطان الجمال : معصومية الجسد في ضوء المفردات الطبية الحديثة ، رسالة ماجستير ، حقوق القاهرة (٢٠٠٠) ص ٩ وما بعدها – طه عبد المولى إبراهيم : التعويض القضائي عن الأضرار التي تقع علي الأشخاص ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، رسالة دكتوراه ، حقوق المنصورة (٢٠٠٠) ص ٦٢ وما بعدها – د. محمد سعد خليفة: الحق في الحياة وسلامة الجسد ، المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها – د. محمد علي عمران : المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، ص ٢١٢ وما بعدها

<sup>(٢٠٦)</sup> art 16 – 2 : Le juge peut precirer toutes mesures propres à empêcher ou fair ceaser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites pourtant sur des element ou des

أما الجانب الثاني فهو الجانب الجزائي sanctionnateur في الحماية ، وهو حق كل فرد في الحصول علي تعويض مالي عن الضرر الذي يعانیه إذا وقع اعتداء علي جسده وفقاً للمبادئ العامة في المسؤولية التقصيرية سواء علي أساس الخطأ الواجب الإثبات أو الخطأ المفترض وفقاً للمواد (١٣٨٢) وما بعدها في التقنين المدني الفرنسي والمواد ١٦٣ - ١٧٨ من القانون المدني المصري. وقد يتصور المرء بدافع الحيرة والشك تعارض فكرة التعويض النقدي للأضرار الجسدية مع المثل اللاتيني القائل : liber homo non recipit aestimationem والذي يعنى أنه من غير الممكن تقويم جسد الإنسان الحر بالمال. غير أن هذا المثل من الناحية التطبيقية لا يعدو أن يكون من قبيل المبالغة في الإشادة بمعصومية جسد الإنسان المقدس والذي لا نظير له ؛ سيما وأن العالم بأجمعه وافق علي فكرة قابلية الضرر الجسدي للتعويض النقدي<sup>(٢٠٧)</sup>.

46/2/1 - والسؤال الأولي والأساسي هو : ما نوع الضرر الذي تقوم عليه مسؤولية الاعتداء علي تكامل الجسد ؟ . يختلف تقديم الأضرار في القانون الفرنسي كثيراً من مؤلف فقهي لآخر ، وذلك بين تقسيم ثنائي في الفقه الكلاسيكي والذي يعتمد علي التمييز بين الأضرار الخاصة بالذمة المالية patrimonial (أو المادية ، أو الإقتصادية ، أو النقدية) وبين الأضرار الخارجة عن الذمة المالية extrapatrimonial (أو غير المالية ، أو غير النقدية ، أو المعنوية). لكن التقسيم الأكثر معاصرة هو التقسيم الثلاثي والذي يشمل ثلاثة أنواع منفصلة وهي : الضرر المادي ، والضرر المعنوي ، ثم الضرر الجسدي. وهذا الأخير هو محصلة أو تجميع بين الأضرار المادية والمعنوية التي تنشأ من الاعتداء علي تكامل الجسد<sup>(٢٠٨)</sup> . والآثار التي تنشأ عن الاعتداء الجسدي قد توصف بأنها اقتصادية أو غير اقتصادية. ويرى البعض<sup>(٢٠٩)</sup> أنه ينتج عن فعل الاعتداء علي جسد إنسان آخر ضرران : أحدهما مباشر يتحقق بمجرد المساس الإنسان لا يختلف من شخص لآخر ، ولا يُطلب من المضرور إثبات الضرر . وضرر غير مباشر يتمثل فيما يلحق المضرور من ألم أو خسارة أو تفويت كسب وهو ضرر واجب الإثبات.

47/2/1 - التعويض عن النتائج الاقتصادية للضرر الجسدي : سار الفقه في فلك القضاء في تبنى وجهة نظر متحررة تجاه كل الآثار المالية للضرر الجسدي<sup>(٢١٠)</sup>

produits de celui - ci. art 50 C. C. E. : Celui qui subit une atteinte illicite à des droits inhérents à sa personnalité peut en demander la cassation;

J. Carbonnier : opcit p. 160 – Planiol , Ripert et Esmein : Traité Pratique de droit civil <sup>(٢٠٧)</sup>

français , 6 , Paris (1952) no. 546 p. 753 – René Savatier : Traité , opcit no. 533 p. 108

والمؤلفين الآخرين يتفقان في الرأي في أن العمل المادي يمثل تعدياً علي الشخص ويسبب له ضرراً ، أي كان نوعه ، يخول

للمضرور إقامة دعوى تعويض عن الضرر الذي يتحملة

L. Cadet : Le préjudice d'agrément , thèse , Poitiers (1983) no. 296 – 304 <sup>(٢٠٨)</sup>

طه عبد المولى إبراهيم : المرجع السابق ص ٧٢ - ٧٧ <sup>(٢٠٩)</sup>

Y. Chartier : La reparation du préjudice , éd. Dalloz (1983) no. 164 et s. – Y. Lambert – <sup>(٢١٠)</sup>

Faivre : le droit du dommage corporel , 2e. éd. D. (1993) p. 34 – Y. Lambert-Faivre : "Le

. فقد سمح بالتعويض عن كل نفقات العلاج والرعاية الطبية بما فيها نقل المصاب إلى مراكز العلاج<sup>(٢١١)</sup>. وكذلك التعويض عن خسارة الربح أو الأمل في تحقيق الربح<sup>(٢١٢)</sup>. وأيضاً خسارة الأجر أو العائد من الأعمال المهنية أي الضرر المهني préjudice professionnel بسبب العجز الدائم أو المؤقت عن العمل<sup>(٢١٣)</sup>، ومنها مصاريف اللجوء لشخص آخر يقوم بتنفيذ العمل الذي كان سيقوم به الضحية لولا العجز الذي لحقه، وأيضاً مصاريف تجهيز وإعداد الأمور الضرورية التي تسمح للمصاب بعجز جسيم أن يحيا حياة طبيعية<sup>(٢١٤)</sup>. ومع ذلك فإنه يجب ملاحظة أنه بالرغم من ترديد عبارتي العجز أو عدم القدرة لإستحقاق التعويض عن الاعتداء علي تكامل الجسد فإنه يجب أن لا نمثل بينهما وبين الضرر الاقتصادي. فقد يؤدي الاعتداء علي تكامل الجسد غلي وجود نوع من عدم القدرة لا يؤثر في دخل المضرور وإن كان يؤهله للحصول علي بعض التعويض عن عدم قدرته علي ممارسة ميوله الرياضية أو الفنية وهو ما يطلق عليه préjudice d'agrément. وعلى العكس فقد ينتج عن العجز البسيط أضرار فادحة، مثل المغنى الذي يعجز عن إخراج صوته أو عازف الكمان أو البيانو الذي يُصاب في أصابعه. ويبقى أن تطبيق مبدأ التعويض عن الأضرار الاقتصادية الناشئة عن التعدي علي تكامل الجسد محل شبه إجماع في النظم الوطنية داخل المجتمع الأوروبي<sup>(٢١٥)</sup> وذلك تطبيقاً لقرار المجلس الأوروبي رقم ٧٥ - ٧ الخاص بالتعويض في حالات الضرر البدني والموت<sup>(٢١٦)</sup>.

48/2/1 - التعويض عن النتائج غير الاقتصادية للضرر الجسدي : يشار إلي الضرر محل هذا التعويض بتعبيرات مختلفة مثل : الضرر الفيزيائي préjudice physiologique<sup>(٢١٧)</sup> أو الحيوي biologique<sup>(٢١٨)</sup> أو العجز الوظيفي<sup>(٢١٩)</sup>. وهو

droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporel", D. (1992) chron. 165 – M. Quantillet-Bourrié: "l'évaluation monétaire du préjudice corporel", pratique judiciaire et données transactionnelles", JCP. (1995) 1, 3818

Y. Chartier : opcit, no. 167 – Soc. 16 déc. 1993, D. 94, 102, n. Saint-Jours et 16 fév. <sup>(٢١١)</sup>

1995, D. 474, n. Saint – Jours وأُعتبرت مصاريف النقل للعلاج تطبيقاً لتقنين التأمين الإجتماعي

Civ. 2e. 7 févr. 1996, JCP, 1996, 1V. 764 – Civ. 2e., 19 oct. 1988, Resp. civ. et <sup>(٢١٢)</sup>

assur. 1989, com., no. 9

Civ. 2, 1er. févr. 1995, GCP 95, 2, pan. 186 ; JCP 95, 1V., 808 <sup>(٢١٣)</sup>

Civ., 2, 9 oct. 1996, Resp. civ. et assur., 1996, Com., no. 383 <sup>(٢١٤)</sup>

H. Mc Gregor : International Encyclopedica of comparative Law, vol. X1, Torts, chap. <sup>(٢١٥)</sup>

1X, Personal injury and death no. 107 à 144 et no. 206 à 211

<sup>(٢١٦)</sup> تنص المادة الرابعة من هذا القرار علي : « Les frais occasionnés à la victime par le fait

dommageable doivent être remboursés. Il en va de même des frais entraînés par un

accroissement des besoins de la victime » وتتنظم المواد من ٦ إلى ٩ طريقة التعويض عن الكسب الفائت

gains manqués

<sup>(٢١٧)</sup> وهو التعبير الشائع في فرنسا. انظر علي سبيل المثال : 79, no. 11, Bull. Civ., 19 mars 1997, Civ. 2e.,



بالتأكيد محل تعويض نقدي<sup>(٢٢٠)</sup> دون تمييز بين الاعتداء البدني المحض (تشويه أو بتر الأعضاء الجسدية ، الشلل ، فقدان حواس الشم والتذوق والنطق والسمع والإدراك) وبين المتاعب النفسية<sup>(٢٢١)</sup>. وقد أصبح واجباً علي المحاكم الفرنسية بموجب تشريع ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣ الذي أُستبدل بالمادة (٣١) من تشريع ٥ يولييه ١٩٨٥ التمييز في تقديرها للتعويض النقدي بين التأثير النفسي والأثر الاقتصادي لهذه الجروح. لكن بالرغم من أن هذا التمييز كان علي درجة عالية من الرشد فإنه ظل فترة طويلة لا يطبق<sup>(٢٢٢)</sup> بدقة. وهناك اتجاه في فرنسا يرى أن الضرر الفيزيائي مُستغرق في ضرر رئيسي هو ضرر عدم المتعة والبهجة préjudice d'agrément من خلال دعوة لضم كل الأضرار الرئيسية الناتجة عن الاعتداء علي معصومية الجسد ذات الطبيعة غير الاقتصادية<sup>(٢٢٣)</sup>. وسارت الدائرة الثانية لمحكمة النقض في نفس الاتجاه<sup>(٢٢٤)</sup>. ثم عادت إلي مبدأ استقلالية هذه الأضرار<sup>(٢٢٥)</sup>.

49/2/1 - المعانة التي يعانيتها الشخص المجروح أو المريض : قد يتسبب الفعل الضار في جرح أو إصابة المضرور بمرض ، الأمر الذي يؤدي بدوره إلي ضرر المعانة. وقد اعتبرت جميع الدول ، بما فيها تلك التي تعارض منح التعويض عن الضرر المعنوي ، هذا الضرر ميرر لطلب التعويض النقدي. لكن يظل الخلاف بين الأنظمة الوطنية بدياً في أسلوب تصدى القضاء لتقدير التعويض ففي بعض البلاد مثل الدانمرك ، واليابان ، والمكسيك يقرر القضاء ، بصفة عامة ، مبلغ إجمالي كتعويض عن الألم البدني والنفسي دون بيان تفصيل عناصر الضرر. أما في دول أخرى كفرنسا فقد جرت العادة علي التمييز بين الضرر المادي والمعنوي ، مع

A. De Vita : "Une nouvelle sort de dommage , le préjudice biologique" , Chronique de droit civil italien , R T D civ. (1996) p. 264 <sup>(٢٢٠)</sup>

R. Barrot : Le dommage corporel et sa compensation , Litec (1988) no. 118 , 122 , 123 , 145 <sup>(٢٢١)</sup>

Civ. 2e. , 7 févr. 1979 , D. , 1979 , I R , p. 348 , obs. C. Larroumet – انظر علي سبيل المثال : <sup>(٢٢٢)</sup>

R. Barrot : Ibid – Y. Chartier : opcit no. 173

Civ. 2e., 15 déc.1986 , D. 1987 , p. 450 n. Y. Lambert-Faivre – Paris , 4 mars 1992 , D. , 1992 , IR , p. 127 <sup>(٢٢٣)</sup>

Viney : Traité , opcit no. 262-a , p. 38 وفيه إشارة لتردد الدائرة الثانية لمحكمة النقض الفرنسية في <sup>(٢٢٤)</sup>

Civ. 2e. , 19 mars 1997 : deux arrêts , هذه النقطة حيث أصدرت في نفس اليوم حكمتين يبدو فيهما التناقض

D. , 1998 , p. 59 , note Y. Lambert – Faivre

L. Cadet : Le prejudice , opcit , no. 80 et s. <sup>(٢٢٥)</sup>

Civ. 2e. , 25 févr. 1981 , Bull. : انظر في الأحكام التي ضمت ضرر الشم وضرر التذوق ضمن ضرر المتعة : <sup>(٢٢٦)</sup>

civ. , 11. no. 43 – 23 oct. 1985 , Bull. civ. , 11. , no. 163

Civ. 2e. 19 mars 1997 , Bull. civ. 11 , no. 79 , D. , 1998 , p. 59 , 2e. espèce , note Y. <sup>(٢٢٧)</sup>

Lambert-Faivre – Civ. 2e. , 18 juin 1997 , Respons. civ. et assur. 1997 , con. , no. 268

السماح بتقسيمات فرعية لهذا الأخير<sup>(٢٢٦)</sup> ، والذي يتطابق مع نص المادة (١١) من قرار المجلس الأوروبي رقم ٧٥-٧ المشار إليه<sup>(٢٢٧)</sup> .

50/2/1 - الأذى البدني أو الألم الجسماني pertium doloris : يعد التعويض عن هذا الضرر الأكثر شيوعاً في التطبيق القضائي في فرنسا للأضرار المعنوية التي تنبثق من الأضرار الجسدية نتيجة الاعتداء على تكامل الجسد<sup>(٢٢٨)</sup> . وهو ضرر مستقل عن كافة أنواع الأضرار التي قد يعانها المصابون. وإن كانت النظرة التقليدية أن يُعوض في الغالب جنباً إلى جنب التعويض المادي بصفة إجمالية تحت مسمى "الأضرار المادية والمعنوية" les préjudices physiques et morales<sup>(٢٢٩)</sup> . أو ما يطلق عليه أحياناً الدوي أو الرنين النفسي retentissement psychologique الذي يشعر به الضحية<sup>(٢٣٠)</sup> .

51/2/1 - الضرر الجمالي Le préjudice esthétique : بالرغم من أنه يمكن القول أن القضاء الفرنسي اتجه نحو التعويض عن ضرر الجمال منذ فترة ليست قصيرة ؛ فإنه استهل تطبيق المبدأ ببخل شديد وقصره على الحالات الخاصة بالبتير الجسيم لأحد الأعضاء البشرية. وكان أساس التعويض كون الضرر مادي وليس ضرراً معنوياً. ثم بدأ يعترف أن للجمال ثمناً le prix de la beauté أو pretium pulchritudinis<sup>(٢٣١)</sup> يستحق التعويض النقدي في حالة الاعتداء على التآلف والتناغم الفيزيائي للضحية سيما وأن فقد الجمال قد يؤدي إلى التأثير في القدرة على الكسب مثال ذلك وظائف المضيفات أو العاملين في مجال الفن عموماً أو بعض وسائل الإعلام ، فبدأ يعوض ثمن الجمال ولم يقصر التعويض على الاعتداء على الوجه وإنما امتد به ليشمل التعويض الاعتداء الجمالي على باقي أعضاء الجسد<sup>(٢٣٢)</sup> . واعتبر القضاء أن الاعتداء الذي يسبب بعض الندوب وآثار طفح جلدي على كتفي

H. McGregor , opcit no. 45-48

(٢٢٦)

« La victime doit être indemnisée du préjudice esthétique , des douleurs physiques et des souffrances psychiques. Cette dernière catégorie comprend , en ce qui concern la victime , divers troubles et désagréments tels que des malaises , des insomnies , un sentiments d'infériorité , une diminution des plaisirs de la vie causé notamment par l'impossibilité de se livrer à certaines activités d'agrément" »

Civ. 2e, 8 févr. 1962, Bull. civ., 1962,11,123 – Paris,22 janv. et 14 févr. 1966, Gaz. Pal. (٢٢٨)  
, 1966.1, 295 – TGI Riom, 20 déc. 1968, Gaz. Pal. , 1969, 11, 221, D. , 1969 p.446 – Angers, 5 févr. 1970, D., 1970, p. 376 ; JCP, 1970,11, 16269 – Poitiers, 23 déc. 1969, Gaz. Pal. , 1970,11,338 -- Ch. mixte,30 avr. 1976,JCP, 1976, 1V, p. 204

Civ. 2e. 5 janv. 1994, Bull. civ. , 11, no. 15 – CE, 17 janv. 1990, D. , 1990, J, p. 254 (٢٢٩)

T. corr. Seine, 5 mai 1965, JCP 65, 14332 note P. Esmein (٢٣٠)

Droit de la responsabilité , (1972) , وهو التعبير الذي ابتكره فيليب لو تورنو في الطبعة الأولى من كتابه , (٢٣١)

no. 344

Trib. (٢٣٢) B. Starck, H. Roland, et L. Boyer , opcit , 3é. éd. , no. 121, P. 79 وانظر أيضاً حكم :

« Toute civ. Nimes, 22 déc. 1952, D., som 12 disgrâce physique susceptible , quel qu" en soit le siège , de retenir sur l'attrait que la personne blesée avait pu jusque – là excercer »

أميرة في مجتمع باريس يجرمها من ارتداء الأزياء الحديثة التي تكشف عن كتفها  
 وجزء من صدرها يستحق التعويض بحسبانه ضرر اجتماعي<sup>(٢٣٣)</sup> préjudice  
 mondain. ثم ما فتأ القضاء ينظر إلى هذا الضرر كسبب لاستحقاق التعويض بكثير  
 من التحرر<sup>(٢٣٤)</sup>. وقد أكد التشريع استقلالية هذا النوع من الضرر<sup>(٢٣٥)</sup>. وأخيراً فإن  
 القضاء الفرنسي أصبح يحكم بالتعويض النقدي بصفة خاصة في حالات الاعتداء  
 علي المظاهر المادية للشخص التي تسبب له متاعب أو مضايقات تعوق ممارسته  
 للأنشطة الطبيعية<sup>(٢٣٦)</sup>.

52/2/1 - الضرر الجنسي pertium sexual: بدأ اهتمام المحاكم الفرنسية  
 بالتعويض عن هذا الضرر منذ عام ١٩٧٠. وقد وُجه هذا التعويض ليس فقط لخسارة  
 القدرة علي الإنجاب ولكن أيضاً فقد الإحساس بمتعة الفعل الجنسي ، فضلاً عما  
 يسمى le préjudice d'établissement أي ضرر الارتباط والاستقرار<sup>(٢٣٧)</sup>. فالضحية  
 تحاول أن تبقى علي علاقات حميمة وطبيعية والإنجاب من خلال هذه العلاقات ومن  
 ثم يسبب الاعتداء الجنسي أو مخالفة هذا الناموس المقبول اجتماعياً ضرراً يستحق  
 التعويض<sup>(٢٣٨)</sup>. بيد أن تأكيد مبدأ التعويض عن هذا الضرر الذي يتكرر أكثر فأكثر  
 من خلال التطبيقات القضائية وكذلك الأهمية المرتبطة بالمسائل الجنسية في  
 المجتمعات الأوروبية المعاصرة يترك مجاًلاً واسعاً للشك حول طبيعة هذا الضرر  
 والذي تلحقه بعض الأحكام بالعجز الدائم<sup>(٢٣٩)</sup>. بينما تعتبره بعض الأحكام الأخرى  
 عنصراً من عناصر ضرر المتعة أو البهجة<sup>(٢٤٠)</sup> اعتبره البعض الآخر ضرر خاص

<sup>(٢٣٣)</sup> Trib. Seine 11 oct. 1937, Princesse de Broglie, GP 37,2, 792 – le même sens : Grenoble 4 nov. 1946, D. 47, 79

<sup>(٢٣٤)</sup> M. Guidoni : Le préjudice esthétique , thèse , Paris 1 (1977) – Y. Chartier : opcit no. 181 – Barrot : opcit no. 121 – L. Melennbc : "L'indemnisation du préjudice esthétique » Gaz. Pal. 5 nov. 1976 , p. 2

<sup>(٢٣٥)</sup> تشريع ٢٣ ديسمبر عام ١٩٧٣ ، و ٦ ديسمبر عام ١٩٧٦ ، وتشريع ٥ يولييه سنة ١٩٨٥

<sup>(٢٣٦)</sup> Paris, 9 avr. 1965, Gaz., Pal. , 1965-2, 394 –Civ. 2e., 13 mars 1968, Bull. Civ., 1968, 11.55 – Paris 22 févr. 1966, Gaz. Pal., 1967, I,211 – Angers, 5 févr. 1970, D. 1970, p. 376, JCP,1970,,11.16269 – Grenoble, 24 oct. 1966, Gaz. , Pal., 1966. 11. 338 – Paris 12 févr. 1992, D. , 1992, IR, p. 141

<sup>(٢٣٧)</sup> M. Bourrie – Quenillet : « Le préjudice sexuel : preuve , nature juridique et indemnisation", JCP, 1996.1.3986 – L. Melennbc : "Le préjudice sexuel » , Gaz. Pal. , 1977, 2, Doc 525

<sup>(٢٣٨)</sup> Paris 23 mai 1973, D., 73, Som. 136 – 15 fevr. 1977, GP 77, 1, Som. 139 وفي هذه القضية

يتمثل الضرر الجنسي في إصابة سيدة ببرد عاطفي وجنسي – Paris 7 – Civ. 2, 25 juin 1980, B. 11 no. 162 – Limoges 8 fév. 1989, GP 89, 2, 938 , n. J. G. M. – T I nov. 1985, GP 87, Som., 352 – Saintes 6 janv. 1992, D. 93, SOM. 28 – Montpellier, 18 avr. 1991 ; JCP, 192, 1V no. 595 – Civ. 2e. , 6 jan. 1993, Bull. civ. 11, no. 6, obs. P. Jourdain, RTD civ. 1993, p. 587

<sup>(٢٣٩)</sup> M. Bourrie : opcit , no. 10 – Crim. 3 mai 1989, Resp. civ. et assur. , 1989, no. 299

<sup>(٢٤٠)</sup> M. Bourrie-Quenillet , opcit, no. 11 – Crim. 23 févr. 1988, D., 1988, p. 311 , note H. Groutel – Crim. 20 déc. 1988 , D. , 1988, IR, p. 58

له صفة شخصية à caractère personnel<sup>(٢٤١)</sup>. وهذا التصنيف الأخير يفيد في إمكانية أو عدم إمكانية رجوع الأضرار الدافعين على المسئول<sup>(٢٤٢)</sup>.

53/2/1 - ضرر المتعة أو البهجة Le préjudice d'agrément: بدأت المحاكم الفرنسية منذ منتصف عام ١٩٥٠ تفرد ضرراً جديداً وتعوض عنه يسمى ضرر المتعة أو البهجة<sup>(٢٤٣)</sup>. وكانت بداية التطبيق وفقاً لمفهوم ضيق سرعان ما اتسع ليستغرق حالات أخرى كانت مستقلة. وكان هذا الضرر يعنى ، في بدايته ، عدم قدرة المصاب على ممارسة نشاطاته الخاصة كالرياضة أو الثقافة أو الفن. فكل إنسان ملكات وميول وهوايات خاصة يريد أن يمارسها وينميها مثل رياضة التزلج أو الرحلات أو لعب كرة المضرب (التنس) وخلافه أو الإطلاع على الكتب والنشرات بصفة عامة أو العزف على آلة موسيقية<sup>(٢٤٤)</sup>. وعلى الضحية إثبات خصوصية هذا المنع وتأثيره في حياته العادية<sup>(٢٤٥)</sup>. وقد أعتبر هذا الضرر من بين الأضرار المعنوية له بعض الأهمية النسبية لأنه لا يمس إلا عدد قليل من الضحايا التي تهتم بممارسة أنشطة خاصة ، فهو مفهوم وفقاً لرأي البعض<sup>(٢٤٦)</sup> خاص بالنبذة أو الصفوة élitiste من الناس.

ورويداً رويداً ظهر في القضاء اتجاه نحو التحرك لرؤية أكثر شمولاً لمفهوم هذا الضرر وتوسيعاً لنطاقه بحيث يشمل حرمان الضحية من كل الإشباعات والرضا والحبور الذي يترقبه في ممارسة حياته العادية قبل الفعل الضار<sup>(٢٤٧)</sup>. مثال ذلك خسارة البهجة الشرعية التي يترقبها الضحية من الوجود<sup>(٢٤٨)</sup> أو الحرمان من متع الحياة العادية<sup>(٢٤٩)</sup> ، مثل التمتع بأنشطة وقت الفراغ من التنزه والقيام بالرحلات ،

<sup>(٢٤١)</sup> المرجع السابق رقم ١٢ — انظر أيضاً أحكام : Civ. 2e. 6 févr. 1993, Bull. civ. , 11, no. 6, obs. P. : Jourdain , Rev. Crim. droit civ. , 1993, p. 587 — Civ. 2e. 21 mai 1997 , Respons. civ. et assur. , 1997, com. no. 288 2e espèce

<sup>(٢٤٢)</sup> Viney : traité , opcit, no. 265 p. 43

<sup>(٢٤٣)</sup> L. Cadet : ibid. — Y. Chartier : opcit, no. 170, 176 à 179 — Dangibeaud et Ruault : "Les désagréments du préjudice d'agrément" , D. 1981, Chron. 157 — Y. Lambert-Faivre : opcit, no. 136 — 145 — L. Melennec : L'indemnisation du préjudice d'agrément" , GP 1976, 1, doct. 272 — M. Le Roy : L'évaluation du préjudice corporel , no. 129 et s.

<sup>(٢٤٤)</sup> Paris 21 mars 1961, D. 62, 136, n. LE Roy — Paris 25 mars 1961, Gaz. Pal. , 1961. 11. 124 ; D. 1962, p. 136, note M. Le Roy

<sup>(٢٤٥)</sup> Paris 9 avr. 1965, Gaz. Pal. , 1965. 1. 394 — Paris 22 janv. et 14 févr. 1966, Gaz. Pal. , 1966. 1. 295 — Lyon 17 mars 1966, Gaz. Pal. Tables quinq. 1966-1970, Resp. civile, no. 429-- Paris 9 nov. 1966, Gaz. Pal. , 1967.1. 100 — Paris 22 févr. 1967, Gaz. Pal. , 1967. 1. 211 — Aix-en Pr. 5 nov. 1968, JCP 69, 15990, note Meurisse — Poitiers 23 déc. 1969, Gaz. Pal. , 1970.11. 13 ; D. 1970 , Somn., p. 159

<sup>(٢٤٦)</sup> فبني في التعليق على قضية : Soc. 5 févr. 1995 , JCP 95, 1. , 3853, no. 22

<sup>(٢٤٧)</sup> ملاحظة Y. Chartier في دالوز ١٩٨٣ ، ص ٤٦٧.

<sup>(٢٤٨)</sup> Crim. 2 juin 1964 , D. , 64, 629

<sup>(٢٤٩)</sup> Crim. 5 mars 1985 , B. , no. 105 , D. , 86, 445, note Groutel

والقيام بممارسة بعض أنواع الرياضة الترويحية كالسباحة والتزلج. وهذه الأمثلة تساوي ٣٨٪ من أحكام التعويض النقدي للضرر الجسدي<sup>(٢٥٠)</sup>. وكذلك التمتع بالأنشطة الثقافية مثل زيارة المعارض والمسارح ودور العرض السينمائي ، والاجتماعية مثل حفلات الاستقبال والطعام. وهذه تمثل وفقاً للتقويم السابق ٢٢٪ من مجموع الأحكام. وبالتدريج اعتبر الحرمان البسيط من حاسة الشم والتذوق سبب لهذا الضرر يمثل وفقاً لتقدير كوينليت ٥٪ من مجموع الأحكام<sup>(٢٥١)</sup>. وأخيراً مشاكل الأمور الجنسية وتمثل ٢٪ من قرارات المحاكم.

وقد عرفت محكمة باريس<sup>(٢٥٢)</sup> هذا الضرر بأنه "نقص في مُتَع الحياة التي يسببها عادة عدم القدرة أو صعوبة الاستمتاع بأنشطة المتعة العادية". ووفقاً لهذا التعريف فإن هذا الضرر يشمل كل أنواع المضايقات التي يثيرها إحداث تشويه ، أو عاهة ، أو الاعتداء على التوازن المادي أو العصبي ، وكل الإحباطات التي يسببها الضرر الجسدي. هذا التعريف الواسع لضرر المتعة وافقت عليه أيضاً الدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية<sup>(٢٥٣)</sup> كما قبلته بعد ذلك الغرفة الجنائية<sup>(٢٥٤)</sup>. وقد أوردت هذه الغرفة "أن ضرر المتعة .. يتفق ليس فقط مع عدم قدرة الضحية على الإنكباب على نشاط متعلق باللعب أو الرياضة ، لكن أيضاً مع الحرمان النهائي من المتع العادية في الوجود". وكذلك أيدت الغرفة الاجتماعية هذا المفهوم الواسع<sup>(٢٥٥)</sup>.

54/2/1 - وبذلك يمكن التصديق على أن تبني هذا المفهوم الواسع يدعو إلى تجميع الأضرار المعنوية الناتجة عن الاعتداء على تكامل الجسد في فئة خاصة بالأضرار الشخصية<sup>(٢٥٦)</sup>. وقد اتجه القضاء الفرنسي نحو هذا الاتجاه<sup>(٢٥٧)</sup> ، إذ أنه ولأول مرة ميز بين الأضرار الاقتصادية الخاصة بالذمة المالية والخاضعة لرجوع الأغيار وبين الأضرار المعنوية غير المتعلقة بالذمة المالية والمستبعدة من رجوع الأغيار الدافعين وذلك بموجب قانون ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣. في المقام الأول من هذه الأضرار يتم التعويض عن الضرر الوظيفي للمتعة *préjudice fonctionnel d'agrément* والذي يعنى خسارة خاصة حياة الضحية ، وهى في هذه الحالة التقليل من الوظائف العقلية والسيولوجية للضحية. وقد فسرها Lambert – Faivre في تعليقه على هذا الحكم

<sup>(٢٥٠)</sup> Bourrie – Quénillet : « l'évaluation monétaire du préjudice corporel : pratique judiciaire et données transactionnelles » , JCP, 1995, 1, 3818 , no. 35

<sup>(٢٥١)</sup> Civ. 1, 25 févr. 1981 , GP 81 , 2 pan. , 175 , note Chabas

<sup>(٢٥٢)</sup> Paris 2 déc. 1977 , D. , 1978, p. 285

<sup>(٢٥٣)</sup> Civ. 2e. 20 mai 1978 , JCP , 1978, p. 221 – 25 févr. 1981 , JCP, 1981, 1V, p . 169 – 23 oct. 1985, Bull. civ. , 11 , no. 163

<sup>(٢٥٤)</sup> Crim. , 26 mai 1992 , Bull. crim. , no. 210

<sup>(٢٥٥)</sup> Soc. , 16 nov. 1983, D., 1984, p. 466, note Y. Chartier – Soc. 5 janv. 1995, Bull. civ. 1 , no. 10 , obs. P. Jourdain , RTD civ. p. 892

<sup>(٢٥٦)</sup> L ; Chadiet : th. préc. no. 39 et s. – M. Le Roy : « La réparation des dommages en cas de lésions corporelles : préjudice d'agrément et préjudice économique » D. , 1979 , ch. p. 49 -- G. Viney : La resp. no. 144 , 145

<sup>(٢٥٧)</sup> مثال ذلك حكم محكمة الاستئناف بباريس في ٣ مايو ١٩٩٤ ، منشور في دالوز ٩٤ رقم ٥١٦ تعليق لامبير فيفر.

بأنها "الوجود السيئ الذي يعايشه الضحية المعاق بواسطة العجز الوظيفي". أما محكمة أوريلاك فقد ميزت بين قيمتين لعدم القدرة أو العجز ، وذلك بمناسبة قضية خاصة بضحية أصيب بالعمى الكامل من جراء الاعتداء عليه، الأولى قيمة العجز الدائم ذو السمة المهنية والثانية خاصة بقيمة العجز الدائم ذو الخاصية الوظيفية مقابل الاعتداء على متع الحياة العادية ، مع الأخذ في الاعتبار عمر الضحية<sup>(٢٥٨)</sup>.

لا يسلم موقف التوحيد بين فئات الأضرار المعنوية غير المتعلقة بالذمة المالية من النقد في اعتبارين : الأول هو أنه يظل التعويض عن الضرر البدني وضرر الجمال مستقلين عن التعويض عن ضرر المتعة. وترسيخاً نظرياً لهذا الاستقلال يقترح البعض<sup>(٢٥٩)</sup> تعديل تقويم ضرر المضايقة أو الازعاج الوظيفي *préjudice de désagrément fonctionnel* بالأخذ في الحسبان المعطيات المحددة الملموسة في حياة الضحية. الاعتبار الثاني أن توطيد تقويم ضرر المتعة على أساس قيمة العجز الوظيفي يحمل خطر أن يؤدي إلى مفهوم موضوعي مجرد لضرر المتعة بحيث يلغى التمييز بينه وبين الضرر البدني. فمن المشكوك فيه أن نفس الضرر البدني يسبب لكل الأفراد دون تمييز ضرر متعة متطابق بذاته وكما قال أحد المعلقين<sup>(٢٦٠)</sup> : "لا يمكن قبول نظرية الديمقراطية المتطرفة *ultra - démocratique* والتي لا تعنى إلا المساواة في الأحاسيس النفسية للأفراد في أن يُعانوا ذات الشقاء النفسي". وبعبارة أخرى يجب الأخذ في الاعتبار عند حساب التعويض متغيرات متعددة خاصة بالضحية خصوصاً قيمة العجز الوظيفي ومظهر حياته وقت ارتكاب الفعل الضار<sup>(٢٦١)</sup>. هذا القول يؤدي بنا إلى الزعم بأن إثبات الحرمان من بعض الأنشطة الخاصة هو من قبيل تعظيم ضرر المتعة ومن ثم مضاعفة التعويض النقدي. والمثال الذي يتردد دائماً لتوضيح ذلك هو إصابة الموسيقي الهاوي في أحد أصابعه الصغيرة الأمر الذي يعيقه عن العزف على آلة الكمان ، فالإصابة التي قد تكون بسيطة تفعل ضرراً كبيراً على ضوء الظروف الخاصة بالضحية. ولا يقتصر دور اعتبار النشاط الحياتي للضحية على إبتعاث مفهوم ضرر المتعة الخاص وإنما أيضاً يعتبر عاملاً في زيادة الضرر ومن ثم التعويض النقدي.

وكلمة أخيرة أنه إذا كان توحيد هذه الأضرار قد يفيد في وصفها العام بأنها أضرار معنوية وتتسم بصفة شخصية وأنها خارجة عن نطاق رجوع الأغيار الدافعين ؛ فإنه مع ذلك فإن المحاكم الفرنسية حالياً تمايز في التعويض في إطار الأضرار غير الاقتصادية الناتجة عن التعدي على حرمة ومعصومية الجسد بين الأذى البدني والضرر الجمالي وضرر الجنس وضرر المتعة.

<sup>(٢٥٩)</sup> لامبير في تعليقه على حكم محكمة الاستئناف بباريس

<sup>(٢٦٠)</sup> J. Bédoura : "Les incidences de la loi du 27 décembre 1973 sur les concepts traditionnels relatifs au préjudice » , D. 1980 , chron. p. 141

<sup>(٢٦١)</sup> انظر في هذا المعنى تعليق لامبير على الحكم السابق

## 55/2/1 - حالة عدم إحساس الضحية وتأثيره على تعويض ألم المجروح أو المريض

غالباً ما تسفر حوادث السير أو الإنعاش الطبي أو أسباب أخرى متنوعة عن وجود وتطور فئة معينة من الضحايا يعيشون على هامش الحياة أو ما يُطلق عليهم الحالات الحرجة *état végétatif* بسبب الإعاقة التي يعانونها أو إصابتهم بنسبة عجز ١٠٠٪ أو العجز الكلي<sup>(٢٦٢)</sup>. والغالب من هذه الحالات هي : الإصابات الجراحية المتعددة ، أمراض المخ والنخاع المؤدية إلى وجود حالات حرجة مزمنة وتجعل هؤلاء الضحايا في حاجة إلى مساعدة دائمة. لأنه فيما خلا الصعوبات الطبية من صعوبة التشخيص فإن التعويض القضائي غالباً ما يكون هزياً بالنظر إلى البعد الاقتصادي الذي يعاني منه الضحايا وبعضهم من الشباب وفي كامل نشاطهم المهني قبل الإصابة<sup>(٢٦٣)</sup>. وينعكس تأثير هذه الحالات على التعويض النقدي في حالتي النتائج الاقتصادية وغير الاقتصادية للضرر الجسدي :

### 56/2/1 - الأضرار الاقتصادية : بعيداً عن بعض القضاء الذي رفض التعويض عن الأضرار الاقتصادية<sup>(٢٦٤)</sup> تُثار مسألتان قابلان للمناقشة :

٢ - المسألة الأولى حول تقويم التعويض ؛ خصوصاً في تحديد نقطة هل يتم تقييده أو تحديد سقفه بالمصروفات الضرورية لقوته ومعاشه ؛ أم يؤخذ في الحسبان الأضرار الناتجة عن الخسارة الكاملة والنهائية لقدرته على العمل. بعد تردد من القضاء حسمها أخيراً بأنه في الحالات الحرجة لا يستبعد التعويض النقدي عن الأضرار الجوهرية<sup>(٢٦٥)</sup>.

٢ - المسألة الثانية التي تثير بعض الجدل هي شكل التعويض. هل يتخذ شكل الإيراد الدوري أو مبلغ يُدفع مرة واحدة ؟ يُلاحظ أنه لدى شركات التأمين فكر خاص بعدم حساب مبالغ التأمين ، في الحالات الحرجة ، على أساس احتمال الحياة ، ومن ثم تستبعد أي نظام للرسملة أي المبلغ الإجمالي<sup>(٢٦٦)</sup>. ولكن أيّاً كان شكل التعويض فإنه في جميع الحالات يبدو أن مساعدة الشخص الثالث هو عنصر في عناصر تعويض

<sup>(٢٦٢)</sup> V. H. Margeat : "L'indemnisation des victimes gravement handicapées" , GP 1991 , 2 , doct., 372 – S. Gromb, H. Groutel Ali : "Les grands handicapés" , GP 1991 , 2 chron. 326

<sup>(٢٦٣)</sup> H. Margeat , opcit , pp. 7-10

<sup>(٢٦٤)</sup> Civ. 2, 2 nov. 1994 , JCP 95 , 1V, 16

<sup>(٢٦٥)</sup> Civ. , 2e. , 22 févr. 1995, B. 11, no. 61 ; RT 95, 629, obs. Jourdin

هذه الحالة انظر : H. Groutel : L'indemnisation des ce végétatifs et le contrôle de la cour de cassation" , RCA 1995, chron. 40 ويتلخص رأيه بأنه يجب إعطاء السيادة لقاضي الموضوع دون رقابة محكمة النقض لمصلحة الاعتدال في تقويم التعويض النقدي.

<sup>(٢٦٦)</sup> انظر في هذا المعنى مارجيت ، المرجع السابق ص ٩-١٠ وانظر أيضاً حكم محكمة النقض : Civ. 2e. , 21 juin

« La protection Social et la reparation en droit commun » , RCA 89 , 404 et les obs. Groutel , RCA 89 , chron. 36

1989, RCA 89, 404 et les obs. Groutel , RCA 89 , chron. 36

الأضرار التي يعانيتها ضحايا العجز الشامل<sup>(٢٦٧)</sup> ، ومن ثم فإن مبلغ التعويض المقرر لهذه المساعدة لا ينبغي أن يُخفض في حالة المساعدة المقدمة للأسرة<sup>(٢٦٨)</sup> ولا يزيد عن كونه خاضعاً لتقدير المصروفات اللازمة<sup>(٢٦٩)</sup>.

يُذكر في ملاحظة تكميلية أن تشريع ٣٠ يونية ١٩٧٥ خصص إعانة تضمينية للمعاقين وهي تلك الأداءات المساعدة التي ليست لها الصفة التعويضية مثل تلك الأعباء المفروضة علي الإدارة. ويستحيل علي الإدارة اقتفاء اثر فاعل الضرر الجسدي لتسترد منه هذه الإعانة<sup>(٢٧٠)</sup>. وملاحظة أخرى أكثر عمومية هي أن مساعدة المعاقين في الحالات الخطيرة تخضع لقواعد ونظم متعددة ومختلفة مثل المسؤولية المدنية ، التأمينات الاجتماعية ، نظم معاشات منسوبي القوات المسلحة في حالات عدم الصلاحية. ومن المأمول توحيدها لإيجاد التناغم المطلوب لهذه المساعدة<sup>(٢٧١)</sup>.

57/2/1 - الأضرار غير الاقتصادية (المعنوية): تبدو مشكلة الأشخاص الذين يتعرضون لاعتداء علي قدراتهم النفسية والحواس ويدخلون في حالة غيبوبة طويلة تؤثر في إيجاد مشاكل عقلية هامة بالنسبة لضرر المتعة والضرر الجمالي والأضرار المعنوية الأخرى<sup>(٢٧٢)</sup>. ووجه الأهمية هو الإجابة علي سؤال : هل يمكن للضحايا فاقد الوعي في الحالات الحرجة الإحساس بالمعاناة من الأضرار المعنوية ؟ وبالتالي استبعاد التعويض عن هذه الأضرار. تصدى أحد القضاء لهذا الاستدلال في كل نتائجها واقترح حساب التعويض علي أساس مبلغ ضروري للإستشفاء المريح حتى نهاية حياتهم<sup>(٢٧٣)</sup>. لكن ظلت الإجابة علي هذا السؤال محل جدل منذ عام ١٩٨٠ بين أنصار المذهب الشخصي الذين يرون أن الوعي أو الإدراك شرط لاستحقاق

---

<sup>(٢٦٧)</sup> انظر حكم محكمة النقض السابق في ٢ نوفمبر ١٩٩٤ الذي يرى أن تقدير مبلغ التعويض الذي يُدفع مرة واحدة يتم من خلال ما ينتهي إليه الخبراء المختصون في تقدير إجمالي المصروفات اللازمة في حياة الضحية.

<sup>(٢٦٨)</sup> Civ. 2e. , 14 oct. 1992, B. 11, no. 239

<sup>(٢٦٩)</sup> Civ.2e., 16 nov. 1994, B. 1, no. 232 – 8 févr. 1995, B. 11, no.47 ; JCP 95, 1, 3853, no.

23

<sup>(٢٧٠)</sup> Civ. 2e, 19 janv. 1994, D., 94, 461, note Degorne – Lablbe

<sup>(٢٧١)</sup> L. Melennec : "Pour l'abolition pure et simple des systèmes : انظر في اقتراح توحيد هذه القواعد : actuels d'indemnisation de le tierce – personne et pour l'institution d'un régime unique de la dependance", GP 1994, 2 , doct. 1313

<sup>(٢٧٢)</sup> بدأت إثارة هذه المشكلة أولاً بالنسبة للضرر الجسدي : Versailles , 30 juin 1987, JCP, 1988, 1V, p.

148 ثم بالنسبة للضرر الجمالي : Civ. 2e. , 22 févr. 1995, BULL. , civ. 11, no. 61 arrêt no. 2

<sup>(٢٧٣)</sup> R. Barrot : opcit, no. 147, p.385 et s. – TGI Paris 6 juill 1983, D., 1984 , P. 10, note Y.



التعويض<sup>(٢٧٤)</sup> وبين أنصار المفهوم الموضوعي للتعويض الذين لا يتطلبون هذا الشرط<sup>(٢٧٥)</sup>.

فيما يتعلق بقضاء النقص أرسيت الغرفة الجنائية مبدأ مقتضاه أن التعويض عن الأضرار ليس دالة في التمثيل الذي يخلق الضحية<sup>(٢٧٦)</sup> la représentation que s'en fait la victime، ولكنه دالة في تحقق القاضي وتقويمه الموضوعي. وبعد تردد الدائرة المدنية الثانية في محكمة النقض<sup>(٢٧٧)</sup> انتهت أخيراً إلى الرأي القائل بأن "وجود الشخص الإنسان في حالة حرجة لا يستتبع أي من عناصر الضرر، ويجب التعويض عن كل الأضرار في جميع عناصرها"<sup>(٢٧٨)</sup>.

لا شك أنه لا يمكن تجاهل البعد الاقتصادي. فقد ينشأ عدد من الآثار الخطيرة في فترات عدم الوعي التي يمكن أن تستمر فترة طويلة. ولذلك فمن منطلق التفكير الاقتصادي يمكن بحث إمكانية استبعاد التعويض عن الأضرار المعنوية التي تقتضيها فترات الغيبوبة. وغير ذلك سيُعتبر التعويض المدفوع لصالح الحاشية المحيطة بالضحية أكثر منه لصالح الضحية نفسه. سيما وأن هؤلاء الذين يدخلون حالات الغيبوبة، طالما تستمر هذه الحالة، محرومين من كل مباحج ومتع الحياة العادية. أما البعد القانوني فإن تعويض هؤلاء الضحايا يصطدم بالمبدأ الذي يحكم تطبيق قواعد المسؤولية المدنية الخاص بضرورة أن يكون الضرر يقيني وثابت ومؤكد وأن علي القاضي أن يتأكد من وقوع الضرر بالفعل. بعبارة أخرى أن يقدر ما إذا كان الضحية يشعر بتخفيض في رفايته أو أنه أصبح لا يتمتع بمباحج الحياة كما كان من قبل؛ وعدم مباشرة بحث القاضي هذا يُعتبر خطأً بين أسباب الضرر، بمعنى الاعتداء الجسدي dommage والذي يكون في الواقع موضوعياً وبين النتائج المترتبة علي هذا الاعتداء، أي الضرر préjudice وهو الذي يتم التعويض علي أساسه. فإدراك الضحية أو وعيها عنصر ضروري لوجود الضرر المعنوي préjudice morale وكذلك الرفاهية ورغد العيش مسائل شخصية تختلف من شخص لآخر.

نقطة أخيرة في هذا الجدل هي أن فقدان التمييز privation de discernement يختلف عن خسارة المعرفة أو العلم perte de connaissance. ومن ثم إذا سمحنا

<sup>(٢٧٤)</sup> راجع حكم محكمة فرساي السابق في ٣٠ يونيو ١٩٨٧ وكذلك في التعرف علي المفهوم الشخصي في التعويض :

L'Cadet : Le préjudice d'agrément , opcit

<sup>(٢٧٥)</sup> Bordeaux 18 avr. 1991, D., 92, 14, note S. Gromb et Som., 274, obs. Aubert وللاستعراض

الشامل انظر مقالة : S. Gromb : "De la conscience dans les rapports végétatifs et de

l'indemnisation", GP 1991, 2 doct. 326

<sup>(٢٧٦)</sup> Crim. 5 janv. 1994, JCP 95, 1V., 862

<sup>(٢٧٧)</sup> Civ. 2e. 21 juin 1989, RCA 89, 404 et Groutel , chron. 36 ; RT 90, 83, obs. Jourdain – 1

er. avr. 1992, GP 92, 2, 508 , note Evadé; RT 92, 566, obs. Joursain – 20 janv. 1993 GP 93, 2, 491, note Evadé

<sup>(٢٧٨)</sup> Civ. 2e., 22 févr. 1995, Melle Dechant , B. 11, no. 61. deux esp. ; D. som. , 233, obs.

crit. D. Mazeaud ; JCP 95, 1, 3853, no. 20 , obs. Viney – 28 juin 1995, D. 95, inf. 215

بالتعويض عن الضرر المعنوي لشخص يعاني مشاكل عقلية بسبب الاعتداء عليه فإنه علي العكس لن يكون الأمر هينا بالنسبة لتعويض الضرر الأدبي لضحايا محرومين من المعرفة إلا إذا كان للمسئولية المدنية وظيفة في العقوبة الخاصة. والأمر ليس كذلك لأنها تستند في قيامها علي الخطأ المؤكد واجب الإثبات أو مفترض. ويصبح الأمر محل نظر بالنسبة لهؤلاء الضحايا. والحلول الأخرى للأسف توجد لضمان كرامتهم وإنسانيتهم دون إفساد قواعد المسؤولية المدنية<sup>(٢٧٩)</sup>.

وعلي الجانب الآخر من المناقشة فإن الرافض التلقائي لتعويض الأضرار المعنوية في مثل هذه الحالات يعتبر غير عادل. هل من المقبول مثلاً أن نعوض الأضرار الناتجة عن المضايقة الخفيفة في الذراع التي قد تمنع من ممارسة لعبة التنس أو ندوب يحول دون ارتداء بعض الملابس ونرفض في نفس الوقت التعويض في حالة الحرمان الجذري من كل متع الوجود ؟ ! .

علي أي الأحوال فقد انحاز القضاء للجانب الإنساني ورفضت محكمة النقض اعتبار حالة عدم وعي الضحية وإدراكها سبباً لاستبعاد التعويض عن الأضرار الناتجة من الاعتداء علي الشخص. ورجح هذا القضاء بوضوح تام المفهوم الموضوعي للضرر وقضى بتعويض الأضرار الاقتصادية بل إنه يطبق مبدأ التعويض بالتساوي علي الأضرار المعنوية. ويكشف سلوك محكمة النقض عن اتجاه هام متعلق بتقدير التعويض ، وهو التخلي عن الطريقة الثابتة في محاولة مساواة مبلغ التعويض النقدي مع شدة الألم ، وهو غير واقعي<sup>(٢٨٠)</sup> ، إلي طرق تقدير موضوعية تقوم علي معايير خارجة عن الحالة النفسية ، أو الوضع الاجتماعي أو نمط حياة الضحية قبل الفعل الضار<sup>(٢٨١)</sup>.

## المبحث الرابع

### معصومية الجسد في الشريعة الإسلامية

58/2/1 - يعتبر حفظ النفس وما دونها من المصالح الضرورية المقصودة شرعاً . وتتأكد هذه المعصومية في حديث المصطفى صلى الله عليه وسلم : "كل المسلم علي المسلم حرام دمه وماله وعرضه"<sup>(٢٨٢)</sup>. وفي غير الصحيحين عن أبي هريرة رضي

Ph. Le Tourneau : opcit, no. 742

(٢٧٩)

G. Viney : La resp. effets , opcit nos. 146 et 152

(٢٨٠)

(٢٨١) المرجع السابق ، رقم ٢٦٥ ، ص ٤٧

(٢٨٢) صحيح مسلم بشرح النووي ، دار إحياء التراث العربي ببيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م ، ج ٤

ص ١٩٨٦ رقم ٢٥٦٤ - السنن الكبرى : للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي النيسابوري المتوفى سنة ٤٥٨ هـ ، الطبعة الأولى بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن ، الهند ، ١٣٥٢هـ ، ج ٦ ص ٩٢ - سبل السلام

الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يعيبه ولا يخذله ولا يتطاول عليه في البنیان إلا بإذنه.." وهي حماية يتساوى فيها الناس جميعاً دون أي تمييز<sup>(٢٨٣)</sup>. وإذا كان الحق في سلامة الجسم من الحقوق المدنية في القوانين الوضعية فهو في الإسلام واجبات تكليفية يُثاب المرء علي تنفيذها ويُعاقب علي انتهاكها ، فهي قضية دين لا يقبل التغيير ولا التبديل<sup>(٢٨٤)</sup>.

والحق في سلامة الجسد في الشريعة الإسلامية هو من الحقوق التي يجتمع فيها حق الله سبحانه وتعالى وحق العبد إلا أن حق العبد أغلب فهو من جهة حق العبد فهو أو الولي مفوض باستيفائه ويجرى فيه الإعتياض بالمال. أما من ناحية حق الله سبحانه وتعالى والتي تعتبر واجبات علي العباد بعدم المساس بالسلامة الجسدية. يقول الحق جل شأنه : "ولا تلقوا بأيديكم إلي التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين"<sup>(٢٨٥)</sup>. ويقول الشاطبي في ذلك : "لأن إحياء النفوس وكمال العقول والأجسام لمن حق الله تعالى في العباد ، لا من حقوق العباد"<sup>(٢٨٦)</sup>. وعلي الإنسان أن يحافظ علي سلامة النفس جسداً و عقلاً<sup>(٢٨٧)</sup>.

59/2/1 - والدارس لأحكام الشريعة الإسلامية في تنظيمها وحمايتها للحق في سلامة الجسد يجد أنها شأن سائر التشريعات الأخرى تحمي الإنسان من اعتداء الغير علي جسده وفي نفس الوقت تحميه هو نفسه من اعتدائه علي نفسه أو إذنه للغير بالا اعتداء إلا في حالات الضرورة العلاجية كاستثناء من تحريم المساس بالجسد. وسند هذا الاستثناء هو إذن الشارع الحكيم. يقول الله سبحانه وتعالى : "أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً"<sup>(٢٨٨)</sup>. وقال مجاهد في رواية "ومن أحياها" أي أنجأها من غرق أو حرق أو هلكة<sup>(٢٨٩)</sup> أي طببها وداواها. وقال الإمام أحمد : جاء حمزة بن عبد المطلب

بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام : لمحمد بن إسماعيل الكحلاني ثم الصنعاني المعروف بالأمير ، المتوفى سنة ١١٨٢ هـ ،

مطبعة مصطفى البابي الحلبي (١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م) ج ٤ ص ١٩٤

<sup>(٢٨٣)</sup> د. احمد شرف الدين : التعويضات عن الأضرار الجسدية ، ص ٩ هامش (١٧) - د. سعيد عبد السلام : المرجع

السابق ص ٦١ هامش (٢) - الشهازي إبراهيم الشرقاوي : تثبيت الجنس وآثاره ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي

والقانون المدني ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٥١.

<sup>(٢٨٤)</sup> الشيخ محمد المجذوب : "حقوق الإنسان بين مزاعم الحكام وشريعة القرآن" ، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ،

العددان ٥٥ ، ٥٦ لسنة ١٤ (١٤٠٢) ، من ص ٢٩٦ إلي ص ٣٠٢

<sup>(٢٨٥)</sup> سورة البقرة الآية ١٩٥

<sup>(٢٨٦)</sup> الموافقات للشاطبي ، ج ٢ ، ص ٣٧٦

<sup>(٢٨٧)</sup> د. أحمد جمال : "زراعة الأعضاء البشرية" ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السادسة ، العدد ٦ ج ٣ ص

٢٢٦٠ - انظر أيضاً في نفس المجلة الشيخ محمد عبد القادر : "زراعة الأعضاء وحكمه في الشريعة الإسلامية" ، ص

١٧٦٤

<sup>(٢٨٨)</sup> سورة المائدة الآية ٣٢

<sup>(٢٨٩)</sup> مختصر تفسير ابن كثير ، الجزء الأول ، ص ٥٠٩

إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله اجعلني على شيء أعيش به ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "يا حمزة نفس تحيها أحب إلي إليك أم نفس تميتها ، قال : بل نفس أحيها ، قال : "عليك بنفسك" (٢٩٠). وتأكيذاً لإذن الشارع الحكيم لعباده بالتطبيب والأخذ بالأسباب جاء في أحاديث النبي : فعن زياد بن علاقة ، عن أسامة بن شريك ؛ قال : شهدت الأعراب يسألون النبي صلى الله عليه وسلم : أعلينا حرج في كذا ؟ أعلينا حرج في كذا فقال لهم "عباد الله ! وضع الله الحرج إلا من اقترض من عرض أخيه شيئاً. فذاك الذي حرج" فقالوا : يا رسول الله ! هل علينا جناح أن لا نتداوى ؟ قال "تداؤوا ، عباد الله ! فإن الله ، سبحانه ، لم يضع داء إلا وضع معه شفاء. إلا الهرم" (٢٩١). وعن ثعلبة بن مسلم ، عن أبي عمران الأنصاري . عن أم الدرداء ، عن أبي الدرداء قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء ، فتداؤوا ولا تداؤوا بحرام" (٢٩٢) وعن عطاء بن رباح عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء" (٢٩٣).

وإذن الشارع لإباحة العمل الطبي يصدر من خلال أحد المبادئ الكلية في الشريعة الإسلامية وهي قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات". وهو مبدأ نابع من قاعدة أساسية في الفقه الإسلامي وهي أن "الضرر يُزال" ومقتضاها أن الله سبحانه وتعالى شرّع الأحكام لصالح العباد في الدنيا والآخرة ولا تسبب لهم الضرر أو تؤذيهم. لكن إذا تواجد الإنسان في واقع مفروض يُخير بين الضرر الشديد أو درئه بوسيلة أخرى يستطيع بها تفادي هذا الضرر فإن الشرع أباح له اللجوء إلى الخيار الثاني الذي يستطيع به تجنب الضرر. مثل إباحة أكل المحرمات في حالة الإضطرار لعجز الإنسان عن جميع المباح فصار عدم المباح شرطاً في استباحة المحرم (٢٩٤). ويقول ابن كثير : ثم أباح تعالى تناول ذلك عند الضرورة والاحتياج إليها عند فقد غيرها من الأطعمة (٢٩٥). والسند الشرعي لهذه القاعدة قوله تعالى "فمن اضطر

(٢٩٠) المرجع السابق ، ص ٥١٠.

(٢٩١) في الزوائد : إسناده صحيح ، رجاله ثقات : سنن ابن ماجه رقم ٣٤٣٦ - سنن أبي داود رقم ٣٨٥٥ - مسند الإمام أحمد رقمي ١٧٧٢٦ ، ١٧٧٢٧ - سنن الترمذي للإمام الحافظ أبو عيسى محمد بن عيسى ، الترمذي المتوفى سنة ٢٧٩ هـ ن تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الأولى، ١٣٥٦ هـ ١٩٣٥ م ج ٤ ص ٣٨٣ - سنن البيهقي الكبرى ج ٩ ص ٣٤٣ - المستدرک علي الصحيحين من الحديث للحافظ الكبير إمام المحدثين أبي عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري المتوفى سنة ٤٠٥ هـ ، مكتبة ومطابع النصر الحديثة ، الرياض ج ٤ ص ٢٤٢ - نيل الأوطار للشوكاني ج ٩ ص ٨٩ - المحلى لابن حزم ج ٤ ص ١٧٦ ، ج ٧ ص ٤١٨ ، ج ١٠ ص ٤٤٤

(٢٩٢) سنن أبي داود رقم ٣٨٧٤

(٢٩٣) فتح الباري : ج ١٠ ص ١٥٩

(٢٩٤) تفسير القرطبي ج ٢ ص ٢٣٢

(٢٩٥) تفسير ابن كثير ص ٢٠٦ - انظر أيضاً تفسير الطبري ج ٢ ص ٨٦ - روح المعاني للألوسي ، ج ٢ ص ٤٢

غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم" (٢٩٦) وما رواه احمد وابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لا ضرر ولا ضرار".

وقد أرسى النبي الكريم مبادئ مسئولية الطبيب المدنية ، فقد جاء في سنن أبي داود : عن عمر ابن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "من تطيب ولا يعلم منه طب فهو ضامن" (٢٩٧). وعن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز. حدثني بعض الوفد الذين قدموا علي أبي ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أيما طبيب تطيب علي قوم لا يعرف له تطيب قبل ذلك فأعنت فهو ضامن" (٢٩٨). وهى مسئولية مدنية قائمة أولاً علي مخالفة مبدأ عام هو الدراية بالمهنة أو ما يُطلق عليه الترخيص بمزاولة المهنة بناء علي تأهيل معين وهذا هو المقصود بعبارة "لا يعرف له تطيب" أي غير مؤهل لممارسة المهنة. وهى قائمة ثانياً علي الخطأ : "فأعنت" والعنت الإثم ومنه قوله تعالى : "لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم .." (٢٩٩) والمعنى أي يشق ليه عنتكم وهو المشقة ولقاء المكروه (٣٠٠).

ويمكن الاستنتاج من بعض الأحاديث النبوية أن العلاقة مع الطبيب تعاقدية فقد جاء في سنن أبي داود في باب كسب الأطباء في كتاب الإجارة وكذلك سنن ابن ماجه في باب أجر الراقي رقم ٢١٥٦ : فقد روي عن أبي سعيد الخدري ، أن رهطاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انطلقوا في سفرة سافروها ، فنزلوا بحي من أحياء العرب ، فاستضافوهم ، فأبوا أن يُضيّفُوهم ، قال : فلدغ سيد ذلك الحي ، فشفوا له بكل شيء لا ينفعه شيء ، فقال بعضهم : لو أتيتهم هؤلاء الذين نزلوا بكم لعل أن يكون عند بعضهم شيء ينفع صاحبكم ، فقال بعضهم : إن سيدنا لدغ (فشفينا له بكل شيء فلا ينفعه شيء) فهل عند أحد منكم (شيء يشفى صاحبنا) ؟ يعنى رقية ، فقال رجل من القوم : إني لأرقى ولكن استضفناكم فأبيتُم أن تضيفونا ، ما أنا براق حتى تجعلوا لي جعلاً ، فجعلوا له قطيعاً من الشاة ، فأتاه فقراً عليه بأم الكتاب ، ويتقل حتى برأ كأنما أنشط من عقال ، فأوفاهم جعلهم الذي صالحوه عليه ، فقالوا : اقتسموا ، فقال الذي رقي : لا تفعلوا حتى نأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فنستأمره ، فغدوا علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من أين علمتم رُقِيّة ؟؟ أحسنتم وأضربوا لي معكم بسهم" (٣٠١). والجعل بالضم ما جعل للإنسان من شيء علي فعل ، أي الأجر مقابل العمل.

(٢٩٦) من الآية ١٧٣ من سورة البقرة

(٢٩٧) سنن أبي داود رقم ٤٥٨٦

(٢٩٨) المرجع السابق رقم ٤٥٨٧ - سنن ابن ماجه حديث رقم ٣٤٦٦

(٢٩٩) من الآية ١٢٨ سورة التوبة

(٣٠٠) صفوة التفاسير : محمد علي الصابوني ، دار القرآن الكريم ، بيروت ، الطبعة الأولى (١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م) ص ٥٤

(٣٠١) سنن أبي داود أحاديث أرقام ٣٤١٨ ، ٣٤١٩ ، ٣٤٢٠

60/2/1 - تجلى حرص فقهاء الشريعة علي الحق في سلامة الجسد في تخصيصهم لباب أسموه "باب الجراح" لم يغفلوا فيه عضواً من أعضاء الجسد إلا وحددوا الدية المستحقة شرعاً بسبب الاعتداء عليه<sup>(٣٠٢)</sup>. والمضمون في الفقه الاسلامي جانبان : العضو البشري ومنفعته<sup>(٣٠٣)</sup>. أي أن الدية تستحق بمجرد تحقق واقعة المساس بالعضو دون حاجة لإثبات ضرر فقد المنفعة أو ذهاب جمال<sup>(٣٠٤)</sup> ولذلك فهي واحدة لا تختلف باختلاف شخص المجني عليه أو ظروفه<sup>(٣٠٥)</sup>. كما تستحق الدية مقابل منافع الأعضاء.

### تعويض الأضرار الجسدية التي تقع على ما دون النفس

61/2/1 - اتجه الفقه الإسلامي اتجاهاً موضوعياً في تقدير الدية ووضع تعريفية محددة سلفاً وفق قواعد ثابتة عن كل حالة علي حده عن طريق الدية أو الأرش دون أي اعتبار للظروف الشخصية للفاعل أو المضرور كالدين أو الجنسية أو السن أو المركز الاجتماعي ، أو لطبيعة ومدى جسامه الخطأ أو الضرر. فلا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تحديد مقدار الدية إلا في الحالات التي يقرر فيها الشرع إرشاً مقدراً عن الفعل ، فيقدر القاضي التعويض المناسب عن طريق حكومة العدل<sup>(٣٠٦)</sup> ومن المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي أنه لا دية إلا بعد البرء. قال مالك : إن الأمر المجمع عليه عندنا في الخطأ ، أنه لا يعقل حتى يبرأ المجروح ويصح ، وأنه إن كسر عظماً من الإنسان : يداً أو رجلاً ، وغير ذلك من الجسد خطأ ، فبرأ ، وصح ، وعاد لهيئته ، وليس فيه عقل ، فإن نقص ، أو كان فيه بمثل (نقص) ، ففيه من عقله بحساب ما نقص. قال : فإن كان ذلك العظم مما جاء فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، عقل مسمى ؛ فبحساب ما فرض فيه النبي صلى الله عليه وسلم من عقل. وما كان مما لم يأت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم عقل مسمى ، ولم تمض فيه سنة ، ولا عقل مسمى ؛ فإنه يجتهد<sup>(٣٠٧)</sup>.

### أولاً : دية الأعضاء :

<sup>(٣٠٢)</sup> ابن قدامة : المجلد الثامن ، ص ٢٠٧ وما بعدها -- عبد القادر عوده : التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون

الوضعي ، دار الطباعة الحديثة (١٩٨٤) ، الجزء الأول ص ٦٦٣ وما بعدها - طه عبد المولى : المرجع السابق ص ٧٩

<sup>(٣٠٣)</sup> بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني : ج ٧ ص ٢٩٦ - حاشية الدر المختار : شرح تنوير الأبصار لابن

عابدين ج ٥ ص ٣٧٩ ، ج ٢٦ ص ٥٩

<sup>(٣٠٤)</sup> المغني ، ج ٧ ط ٣ (١٣٦٧هـ) ص ١٤١ - د. احمد السعيد شرف الدين : انتقال الحق في التعويض عن الضرر

الجسدي ، مطبعة دار الحضارة العربية ، الفجالة ، مصر ، (١٩٨٦) ص ٢١

<sup>(٣٠٥)</sup> د. رمضان الشرباصي : النظرية العامة في الفقه الإسلامي ، دار القلم بدولة الإمارات العربية ، طبعة (١٩٨٦) - علي

الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي ، القسم الثاني ، قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية ، دار الفكر العربي

(بدون تاريخ) ص ٤٦ - طه عبد المولى : المرجع السابق ص ٨٠

<sup>(٣٠٦)</sup> طه عبد المولى : المرجع السابق ص ٩٣

<sup>(٣٠٧)</sup> السيد سابق : فقه السنة ، المجلد الثاني ن دار الكتاب العربي (١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م) ص ٥٦٧ ، ٥٦٨

62/2/1 - تختلف نسبة الدية لأعضاء الجسد بحسب عدد كل عضو داخل الجسم أي بحسب وجود مثيل له من عدمه :

فمن الأعضاء الفردية : الأنف واللسان والذكر. فإذا اتلف إنسان من إنسان آخر هذا العضو الواحد وجبت الدية كاملة<sup>(٣٠٨)</sup>. فتجب الدية كاملة في الأنف. لأن منفعته في تجميع الروائح في قصبته ، وارتفاعها إلي الدماغ ، وذلك يفوت بقطع المارق. وتجب الدية كاملة أيضاً في قطع اللسان ، لفوات النطق ، الذي يتميز به الأدمي عن الحيوان الأعجم. والنطق منفعة مقصودة يفوت بفواتها مصالح الإنسان، من إفهام غيره أغراضه ، والإنابة عن مقاصده فهو وسيلة التخاطب الأولى بين بنى البشر. إذا ترتب علي الفعل الضار عجز الضحية عن الكلام لفوات المنفعة نفسها التي تفوت بقطعه. لكن إذا لم يستطع إخراج بعض الحروف دون البعض الآخر تقسم الدية علي الحروف. فما قدر عليه من الحروف أسقط بحسابه من الدية. وما لم يقدر عليه الزمه بحسابه منها. وتجب الدية في قطع الذكر. ولو كان المقطوع منه الحشفة فقط. لأن فيه منفعة الوطء ، واستمساك البول. كما تجب الدية كاملة إذا ضرب الصلب فعجز عن المشي<sup>(٣٠٩)</sup>. روى عن أبي بكر محمد بن عمر بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلي أهل اليمن كتاباً تضمن : "وإن في الأنف إذا أوعب جدعه وفي اللسان الدية ، وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية"<sup>(٣١٠)</sup>.

63/2/1 - أما الأعضاء الزوجية فقد اتفق الفقهاء علي وجوب الدية كاملة فيها. وفي الواحد من العضو نصف الدية. مثال ذلك العينان والمبيضان<sup>(٣١١)</sup> والأذنان والمنخاران والشفتان. قال سعيد ابن المسيّب : في الشفتين الدية ، فإذا قطعت السفلي ففيها ثلث الدية. وقال محمد : ولسنا نأخذ بهذا : الشفتان سواء ، في كل واحدة منهما نصف الدية<sup>(٣١٢)</sup>. وفي الخصيتين كمال الدية ، وفي إحداها نصفها ، ومثل ذلك في الأليتين ، وشفري المرأة وتدييها واسكني المرأة وهما اللحمتان المحيطتان بالفرج كإحاطة الشفتين بالفم ، وفي إحداها نصف الدية لذهاب المنفعة والجمال وهي لذّة الجماع ، وكذلك اللحيين وهما العظمان اللذان فيهما السنان السفلي. وتندوتي الرجل ففيهما الدية كاملة ، وفي إحداها نصفها<sup>(٣١٣)</sup> وذلك اتباعاً لما ورد بكتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلي أهل اليمن "وفي الشفتين ، الدية ، وفي البيضتين ، الدية وفي

(٣٠٨) المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٥٤٤ - نهایة المحتاج للرملي : ج ٧ ص ٣٣٣

(٣٠٩) السيد سابق : المرجع السابق ص ٥٦٠

(٣١٠) المحرر في الحديث في بيان الأحكام الشرعية ، للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الهادي المقدسي

الحنبلي الشهير بابن قدامه ، السلام العالمية للطبع والنشر ، القاهرة (بدون تاريخ) ص ١٩٠ - نيل الأوطار للشوكاني ج ٧

ص ٥٨ - سنن أبي داود حديث رقم ٤٥٦٤

(٣١١) المنتقى شرح الموطأ : للقاضي أبي وليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي ، المتوفى سنة ٤٩٤ هـ ، الطبعة الأولى

بمطبعة السعادة بمصر (١٣٣٢هـ) ج ٧ ص ٨٣ والتعليق ص ٢٨٨ - موطأ الإمام مالك ، هامش رقم ٦٦٤ ص ٢٢٧

(٣١٢) موطأ ابن مالك رقم ٦٦٤

(٣١٣) المغني لابن قدامه ، ج ٩ ص ٦١٩

العينين ، الدية ، وفي الرجل ، الواحدة نصف الدية<sup>(٣١٤)</sup>. وتقسم الدية أيضاً بالتساوي عند فقد الأعضاء الثلاثية مثل المنخرين والحاجز بينهما. وكذلك الأمر بالنسبة لأعضاء الرباعية مثل أجفان العيون وأهدابها.

64/2/1 - اختلف الفقهاء بالنسبة لدية عين الأعور السليمة إذا حدث اعتداء عليها. ذهب الإمام أبو حنيفة والشافعية والزيدية إلى أن فيها نصف الدية استناداً إلى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " في العينين الدية"<sup>(٣١٥)</sup>. أما الإمام مالك والحنابلة والإمامية فقد قالوا بالدية الكاملة. وقد قضى بذلك عمر وعثمان وعلي وابن عمر<sup>(٣١٦)</sup>. جاء في موطأ الإمام مالك (رقم ٦٧٠) : ..أن زيد بن ثابت كان يقول في العين القائمة : إذا فقت مائة دينار. قال محمد : ليس فيها عندنا ارش معلوم ، ففيها حكومة عدل ، فإن بلغت الحكومة مائة دينار أو أكثر من ذلك كانت الحكومة فيها. وإنما نضع هذا من زيد بن ثابت لأنه حكم بذلك<sup>(٣١٧)</sup>. ويميل الباحث غلي الأخذ بالرأي الثاني لأن الحكمة من الدية الكاملة في العينين هي التعويض عن فقد الإبصار وهو الأمر الذي يتحقق بفقد العين السليمة.

65/2/1 - وبالنسبة للأسنان يذهب الجمهور إلى أن دية كل سن (٢٠/١) من مقدار الدية. وأن دية الأسنان كاملة هي دية ونصف دية وذلك استناداً إلى الحديث النبوي الشريف "في الأسنان خمس خمس"<sup>(٣١٨)</sup>. وعن عكرمة ، عن ابن عباس ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "الأسنان سواء التثنية والضرس سواء"<sup>(٣١٩)</sup>. أما الشافعي فقد ذهب في قول آخر إلى أن دية الأسنان جميعها دية واحدة بالقياس علي سائر أعضاء الجسد<sup>(٣٢٠)</sup>.

وتطرقت الشريعة السمحاء لحكم من يعرض شخص آخر فيحاول انتزاع يده بين أسنان العاض فتسقط ثنياه. فعن عميه يعلى وسلمه ابني أمية ؛ قالوا : خرجنا مع

<sup>(٣١٤)</sup> المنتزع المختار للعلامة ابن مفتاح ، ج ٤ ص ٤٤٥ هـ. (١) - انظر الكتاب الذي بعثه رسول الله صلى الله عليه

وسلم إلى عمرو ابن حزم في العقول : موطأ الإمام مالك رقم ٦٦٣

<sup>(٣١٥)</sup> وهو قول النخعي والنوري ومسروق : بدائع الصنائع للكاظمي ، ج ٧ ص ٣١٤ — نهاية المحتاج للرملي ، ج ٧ ص

٣٢٧

<sup>(٣١٦)</sup> السيد سابق : فقه السنة ج ٢ ص ٥٦١

<sup>(٣١٧)</sup> الشرح الصغير للدردير مطبوع مع "بلغة السالك الصاوي ، عيسى الحلبي ، القاهرة (بدون تاريخ) ج ٣ ص ٤١٥ —

المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة ج ٩ ص ٥٨٩ — شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : المحقق المحلي أبو القاسم

نجم الدين جعفر بن الحسن ، تحقيق عبد الحسين محمد علي ، دار الأضواء ، بيروت ، الطبعة الثانية (١٤٠٣ هـ) —

١٩٨٣م) ج ٤ ص ٢٦٢

<sup>(٣١٨)</sup> سنن أبي داود ج ٤ رقم ٤٥٦٣ ورواه ابن ماجه عن عكرمة ، عن ابن عباس ، عن النبي صلى الله عليه وسلم ؛ أنه

قضى في السن خمساً من الإبل ، وفي الزوائد : إسناده صحيح ، انظر سنن ابن ماجه ج ٢ رقم ٢٦٥١

<sup>(٣١٩)</sup> ابن ماجه ج ٢ رقم ٢٦٥٠ انظر أيضاً موطأ الإمام مالك رقم ٦٦٨.

<sup>(٣٢٠)</sup> المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ، ج ٩ ص ٥٨٥ — المنتزع المختار لابن مفتاح ، ج ٤ ص ٤٤٧ — شرائع

الإسلام للمحلى ج ٤ ص ٢٦٦ — نهاية المحتاج للرملي ج ٧ ص ٣٢٨



رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك. ومعنا صاحب لنا. فاقتتل هو ورجل آخر ونحن بالطريق. قال ، فعرض الرجل يد صاحبه. ف جذب صاحبه يده من فيه. ف طرح ثنيته ، فأتى الرسول صلى الله عليه وسلم يلتمس عقل ثنيته. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "يعمد أحدكم إلي أخيه فيعضه كعضاض الفحل. ثم يلتمس العقل ! لا عقل لها" قال ، فأبطلها رسول الله صلى الله عليه وسلم. وعن عمران بن حصين أن رجلاً عض رجلاً في ذراعه. فنزع يده فوقعت ثنيته. فرفع الأمر إلي النبي صلى الله عليه وسلم. فأبطلها وقال "يقضم أحدكم كما يقضم الفحل" (٣٢١).

66/2/1 - وفيما يتعلق بديّة الأصابع يروى عكرمة عن ابن عباس ؛ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "هذه وهذه سواء" يعنى الخنصر والبنصر والإبهام. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه ، عن جده ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "الأصابع سواء كلهن. فيهن عشر من الإبل" (٣٢٢) وقد رواه أبى داود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته وهو مسند ظهره إلي الكعبة "في الأصابع عشر عشر". وعن ابن عباس ، قال : جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم أصابع اليدين والرجلين سواء (٣٢٣). وعن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب : أن عمر بن الخطاب قضى في الإبهام بخمس عشرة ، وفي التي تليها بعشر ، وفي الوسطى بعشر ، وفي التي تلي الخنصر بتسع ، وفي الخنصر بست. وقال الشافعي : لما كان معروفاً ، والله أعلم ، عند عمر أن النبي قضى في اليد بخمسين ، وكانت اليد خمسة أطراف مختلفة الجمال والمنافع :- نزلها منازلها ، فحكم لكل واحد من الأطراف بقدره من دية الكف ، فهذا قياس علي الخبر. فلما وجدنا كتاب آل عمرو ابن حزم ، فيه أن رسول الله قال : "وفي كل إصبع مما هنالك عشر من الإبل" صاروا إليه (٣٢٤). وما ورد في هذا الكتاب يقطع الجدل حول دية الأصابع هل هي مستوية أم مختلفة. فقد أخرج عبد الرازق عن معمر بن هشام بن عروة عن أبيه "في الإبهام والتي تليها نصف دية اليد، وفي كل واحدة عشر" ، وأخرج ابن شبيبة عن مجاهد نحو أثر عمر إلا أنه قال : "في البنصر ثمان وفي الخنصر سبع" ومن طريق الشعبي "كنت عند شريح فجاءه

(٣٢١) سنن ابن ماجه رقمي ٢٦٥٦ ، ٢٦٥٧ - انظر أيضاً فتح الباري ج ١٢ ص ٢٥٥ إلى ٢٦٠ رقم ٦٨٩٢ حيث جاء

في الحديث النبوي : "يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل ، لا دية له ؛ وأيضاً رقم ٦٨٩٣ . وقال يحيى بن عمر : لو بلغ مالكا هذا الحديث لما خالفه. وقال الداودي لم يروه مالك لأنه من رواية أهل العراق

(٣٢٢) سنن ابن ماجه رقمي ٢٦٥٢ ، ٢٦٥٣

(٣٢٣) سنن أبي داود ج ٤ أرقام ٤٥٥٨ ، ٤٥٥٩ ، ٤٥٦٠ ، ٤٥٦١ ، ٤٥٦٢ ، ٤٥٦٣

(٣٢٤) الرسالة للإمام الشافعي ، أرقام ١١٦٠ ، ١١٦١ ، ١١٦٢ ص ٤٢٢ - وكتاب عمرو بن حزم فإنه كتاب جليل ، كتبه الرسول صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن ، وأرسله مع عمرو بن حزم ، ثم وجد عند بعض آل ، روه عنه ، وأخذه الناس عنهم. وقد أوضحت حواشي بعض الكتب أنه متصل صحيح . انظر : المستدرک علي الصحيحين من الحديث :

للمحافظ الكبير إمام الحديثين أبي عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري المتوفى سنة ٤٠٥ ، مكتبة ومطابع النصر الحديثة ، الرياض ، ج ١ ص ٣٩٥-٣٩٧ - المحلى لابن حزم ج ١ ص ٨١، ٨٢ ، ج ٥ ص ٢١٣-٢١٤ ، ج ٦

رجل فسأله فقال : في كل إصبع عشر ، فقال سبحانه الله هذه وهذه سواء الإبهام والخنصر ! قال : ويحك إن السنة منعت القياس اتبع ولا تتبدع. وحيث أنه لا اجتهاد مع النص يبقى خطاب النبي هو القول الفصل في سواسية الأصابع في الدية. يقول الخطابي : هذا أصل في كل جناية لا تضبط كميتها ، فإذا فاق ضبطها من جهة المعنى اعتبرت من حيث السم فتتساوى ديتها وإن اختلف حالها ومنفعتا ومبلغ فعلها ، فإن للإبهام من القوة ما ليس للخنصر ومع ذلك فديتها سواء<sup>(٣٢٥)</sup>.

### ثانياً : دية منافع الأعضاء :

67/2/1 - إذا أدى الفعل الضار إلي إصابة الإنسان ، بدنية أو نفسية ، أثرت في قدرته العقلية أي حدوث خلل في بعض وظائف المخ ، وكما يقول رجال الشريعة ، ذهب عقله فهو يستحق الدية كاملة. لأن العقل هو الذي يميز الأدمي عن غيره من الكائنات الحية. وكذلك الأمر تجب الدية كاملة إذا فقد الإنسان أحد الحواس : السمع والبصر والشم والتذوق ، أو القدرة علي نطق جميع الحروف. لأن حياة الإنسان تكتمل بالاستمتاع بهذه الحواس. وقد قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رجل ضرب رجلاً ، فذهب سمعه ، وبصره ، ونكاحه ، وعقله ، بأربع ديات والرجل حي. كما تجب الدية كاملة أيضاً في حلمتي ثدي المرأة وفي شفريها<sup>(٣٢٦)</sup>.

وقد اختلفت الآراء بالنسبة لشعر الرأس والحية فرأى البعض<sup>(٣٢٧)</sup> أنه إذا لم ينبت الشعر فالواجب فيه حكومة عدل أي يترك أمر تقدير الدية للقاضي واضعاً في الاعتبار ضرر الجمال لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "إن الله زين السماء بالشهب وزين الرجل بالحي<sup>(٣٢٨)</sup>". أما الرأي المناهض فهو رأي الأحناف والحنابلة والإمامية يرى أنه إذا لم ينبت الشعر تجب الدية كاملة وحجتهم في ذلك أن رجلاً مر بقدر فسقط منه علي رأس رجل فتمعط شعر لحيته ورأسه فرفع إلي علي بن أبي طالب كرم الله وجهه فأجله سنة فلم ينبت فقضى بالدية. أما شعر رأس المرأة ففيه ديتها ، ولو نبت ففيه مهر مثلها<sup>(٣٢٩)</sup>. ويرجح الباحث الرأي الأول الذي يترك للقاضي حرية تقدير التعويض المناسب علي ضوء اعتبار أن الشعر أحد مظاهر الإنسان وقد يكون له دور بالنسبة للآخرين من حيث اعتبار الجمال وآية التمييز تكون في شعر المرأة إذ هو أحد مظاهر جمالها وجاذبيتها<sup>(٣٣٠)</sup>.

<sup>(٣٢٥)</sup> فتح الباري ، ج ١٢ ، حديث رقم ٦٨٩٥ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣

<sup>(٣٢٦)</sup> السيد سابق : المرجع السابق ، ص ٥٦١

<sup>(٣٢٧)</sup> مالك والهادي والشافعي ، انظر : جواهر الأخبار لابن فران ، مطبوع بمهامش البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء

الأمصا : المهدي لدين الله احمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت الطبعة الثانية

(١٣٩٤) ج ٦ ص ٢٨١

<sup>(٣٢٨)</sup> المرجع السابق

<sup>(٣٢٩)</sup> شرائع الإسلام للمحلى ج ٤ ص ٢٦١ - بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٣١٢ - المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٧

<sup>(٣٣٠)</sup> المنتزع المختار لابن مفتاح ، ج ٤ ص ٤٥٠

وتجب الدية كاملة في شعر الحاجبين وأهداب العينين. وفي الحاجب نصف الدية. وفي الهدب ربعها وفي الشارب يترك الأمر فيه لتقدير القاضي<sup>(٣٣١)</sup>

### ثالثاً : دية الشجاج والجراح :

68/2/1 - أ - الشجاج : هو الإصابات التي تقع بالرأس والوجه. وهو متعدد الأنواع. في بعضها حكومة عدل أي يقدرها القاضي وفي البعض الآخر نسبة من الدية. وأنواع الشجاج المختلفة هي :

١ - الخارصة أو الوارقة أو القارشة وهي التي تشق الجلد قليلاً دون أن يسيل الدم<sup>(٣٣٢)</sup> وفيها حكومة عدل

٢ - الباضعة وهي التي تشق نصف اللحم بعد الجلد<sup>(٣٣٣)</sup>

٣ - الدامية أو الرافعة الصغرى وهي التي تقشر الجلد ولا يسيل الدم

٤ - الدامية أو الرافعة الكبرى وهي التي تقشر الجلد ويسيل منها الدم وفيهما الصغرى والكبرى حكومة عدل<sup>(٣٣٤)</sup>

٥ - المتلاحمة وهي التي تغوص في اللحم بما يزيد علي النصف إلي الثلثين وفيها حكومة عدل<sup>(٣٣٥)</sup>

٦ - السمحاق وهي التي تقطع اللحم ويبقى بينها وبين العظم جلدة رقيقة وفيها حكومة عدل<sup>(٣٣٦)</sup>

٧ - المخضرة أو المسودة أو المحمرة وهي اللطمة التي يظهر أثرها من غير ورم وفيها حكومة عدل<sup>(٣٣٧)</sup>

٨ - الموضحة وهي التي تكشف عن العظم غير أنها لا تكسره. والموضحة من جهة اللغة : ما أوضح عن العظم وأظهره بوصول الشجة إليه وقطع ما دونه من لحم وجلد ، وغير ذلك مما يستره. وهذا موجود في كل عضو من أعضاء الجسد إلا أن الارش الذي قدره الشارع لها سواء عظمت الموضحة أو صغرت - إنما يختص بموضحة الرأس والوجه لأن العظم واحد. وهو جمجمة الرأس<sup>(٣٣٨)</sup>. عن عمرو بن شعيب عن أبيه ، عن جده : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "في

<sup>(٣٣١)</sup> السيد سابق ك فقه السنة ، ج ٢ ص ٥٦١

<sup>(٣٣٢)</sup> المغني ص ٦٥٧

<sup>(٣٣٣)</sup> المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة ج ٩ ص ٢٧٥

<sup>(٣٣٤)</sup> المغني ص ٦٥٧

<sup>(٣٣٥)</sup> شرائع الإسلام للمحلى ج ٤ ص ٢٧٥

<sup>(٣٣٦)</sup> التترع المختار ج ٤ ص ٤٤٨

<sup>(٣٣٧)</sup> المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٦٥٩

<sup>(٣٣٨)</sup> المنتقى شرح الموطأ : للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي ، المتوفى سنة ٤٩٤ هـ ، الطبعة الأولى

بمطبعة السعادة بمصر (١٣٣٢ هـ) ج ٧ ص ٨٧

الموضح خمس خمس من الإبل<sup>(٣٣٩)</sup> أي بنسبة ١ : ٢٠ من قيمة الدية. ويؤكد ذلك ما جاء في موطأ الإمام مالك : أخبرنا مالك ، أخبرنا يحيى بن سعيد ، عن سليمان ابن اليسار ، قال في الموضحة في الوجه إن لم يُعجب الوجه مثل ما في الموضحة في الرأس. قال محمد : الموضحة في الوجه والرأس سواء ؛ في كل واحدة نصف عشر الدية وهو قول إبراهيم النخعي وأبى حنيفة والعمامة من فقهاءنا<sup>(٣٤٠)</sup>

٩ - الهاشمة وهي التي تكسر العظم وتهشمه دون أن تنقله من مكانه. وفيها عُشر الدية ، أي عشر من الإبل ، لما روى عن زيد بن ثابت عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه حيث قال : وفي الهاشمة عشر من الإبل<sup>(٣٤١)</sup>

١٠ - للمنفلة وهي التي توضح وتهشم العظم حتى ينتقل إلي مكان آخر. وفيها عُشر الدية ونصف العُشر أي خمسة عشر من الإبل<sup>(٣٤٢)</sup>

١١ - للمأمومة ، أو الأمة وهي التي تصل إلي جلدة الرأس فهي تبلغ الغشاء المحيط بالدماغ لكنها لا تخرقه. وفيها ثلث الدية بالإجماع وفق كتاب الرسول إلي عمرو بن حزم في العقول .. وفي الجائفة ثلث النفس ، وفي المأمومة مثلها .. " والمأمومة لغة أهل الحجاز والأمة لغة أهل العراق<sup>(٣٤٣)</sup>.

69/2/1 - ب - جراح البدن : القاعدة العامة أن في جراح البدن الذي لا ينتج عنه بتر عضو أو كسر عظام حكومة عدل وذلك باستثناء الجائفة وهي الطعنة التي تبلغ الجوف. والتي تخالط الجوف. والتي تنفذ أيضاً<sup>(٣٤٤)</sup> ويطلق عليها في الشرع ما وصل إلي الجوف من بطن أو ظهر أو صدر. وفيها ثلث الدية وفقاً لكتاب المصطفى صلى الله عليه وسلم إلي عمرو بن حزم السالف الذكر. وقد اختلف الرأي بالنسبة للجرح النافذ أي الذي يصل الجوف ويتجاوزه ويخرج من الجانب الآخر. هل يُعد جائفة واحدة فيها ثلث الدية أم جائفتان فيهما ثلثي الدية ؟ . يميل أغلب العلماء : الأحناف ومالك والشافعي والزيدي والإمامية ، إلي اعتبارهما جائفتان يستحق عليهما ثلثي الدية<sup>(٣٤٥)</sup>. بينما رأى بعض أصحاب الشافعي بأن فيه حكومة عدل لأن ثلث الدية في

<sup>(٣٣٩)</sup> سنن ابن ماجه ج ٢ حديث رقم ٢٦٥٥ - ورواه أبي داود بإسناد عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "في المواضع خمس"

<sup>(٣٤٠)</sup> الموطأ رقم ٦٧٦

<sup>(٣٤١)</sup> جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار : للعلامة المحقق محمد بن يحيى بهران الصفدي ، المتوفى سنة

٩٥٧هـ ، مطبوع مع البحر الزخار ، الطبعة الثالثة ، ج ٦ مؤسسة الرسالة ، بيروت (١٩٧٥) ص ٢٨٨ - المغني لابن

قدامه ج ٩ ص ٦٦٤

<sup>(٣٤٢)</sup> المغني ج ٩ ص ٤٤٦

<sup>(٣٤٣)</sup> انظر المغني لابن قدامه ج ٩ ص ١٤٦ - المنتزع المختار لابن مفتاح ج ٤ ص ٤٤٧

<sup>(٣٤٤)</sup> مختار الصحاح ، مادة "جوف" ، ص ١١٧

<sup>(٣٤٥)</sup> بدائع الصنائع للكاساني ، ج ٧ ص ٣١٩ - البحر الزخار للمرتضى ج ٤ ص ٢٨٩ - بداية المجتهد لابن رشد ج

الجائفة يستحق علي أساس نفاذ الجرح من الخارج إلي الداخل وليس من الداخل إلي الخارج<sup>(٣٤٦)</sup>. وإن كان الرأي الأول أولى بالقبول.

70/2/1 - أثار الباحث في المبحث الأول من هذا الفصل موضوع حماية الأعضاء غير القادرة على أداء وظائفها مثل اليد أو الرجل الشلاء وذكر العينين والعين التي لا تبصر وغير ذلك. اتفق علماء المسلمين أن التعويض في هذه الأمور فيه حكومة عدل لأنه لا قصاص فيها وليس لها ارش مقدر ولا يمكن قياسها علي الأعضاء التي تقوم بوظائفها فهي من أجزاء النفس المضمونة لذاتها حتى مع عدم المنفعة<sup>(٣٤٧)</sup>. وفي ذلك يقول الإمام مالك : الأمر عندنا في العين العوراء إذا طُفئت وفي اليد الشلاء إذا قُطعت أنه ليس ذلك إلا الاجتهاد وليس في ذلك عقل مسمى<sup>(٣٤٨)</sup>. واجتهد بعض الزيدية مقدرين الدية بثلاث الدية الأصلي حكومة<sup>(٣٤٩)</sup>.

ومع اختلاف الآراء نجد أنها تجمع علي وجوب التعويض المالي عن فعل الاعتداء علي عضو الجسد غير القادر علي أداء وظيفته سواء كان بالدية أو الارش المقدر سلفاً أو بتقدير القاضي عن طريق حكومة العدل اقتناعاً بضرورة أن تظل هذه الأعضاء الحماية القانونية وتعوض المضرور عن الاعتداء علي هذه الأعضاء.

---

<sup>(٣٤٦)</sup> حاشية الرشيدى علي نهاية المحتاج ، ج ٧ طبعة (١٩٦٧) ص ٣٢٤

<sup>(٣٤٧)</sup> بدائع الصنائع للكاساني ، ج ٧ ص ٣٢٣ - نهاية المحتاج للرملي ، ج ٧ ص ٣٥٩

<sup>(٣٤٨)</sup> موطأ الإمام مالك ، ص ٧٤٤

<sup>(٣٤٩)</sup> التترع المختار لابن مفتاح ج ٤ ص ٤٥٠



## الباب الثاني

# المقومات المعنوية

### الفصل الأول

### الحق في السمعة

أو

### عدم التشهير

"السمعة الحسنة للرجل أو المرأة هي الجوهر المكنونة  
للروح ، فمن يسرق أمواله يسلبني أشياء خير ذات قيمة.  
كانت ملكاً لي فأصبحت ملكاً له وكانت من قبل ملكاً

لكن من يسرق مني سمعتي الطيبة يجرمني من  
شيء لا يغنيه ويتركني بدوني فقيراً معدوماً"  
وليم شكسبير

\* ماهية وخصائص الحق في السمعة

\* التظلم المقارن للحق في السمعة

\* إشكالية حرية التعبير/الحق في السمعة

\* إيجاز وتعليق

## المبحث الأول

### ماهية وخصائص الحق في السمعة

#### المطلب الأول : تعريف الحق في السمعة والمصلحة التي يحميها

1/1/2 - مدلولات لغوية واصطلاحية : اختلف الفكر القانوني في تسمية هذا

الحق. فإطلاق الأسماء على الأشياء غير الحسية أو المفاهيم يتم عادة باستدعاء بعض التجارب التراكمية لمدلولات لغوية قريبة ثم تصبح اصطلاحية بالانتشار والذووع. وكما يعتقد أرسطو وأصحاب المدرسة التجريبية أن أسماء المفاهيم تشتق من التجارب وأن بعضها بالسليقة. لذلك يعكس اسم مفهوم ما معتقدات ، وتقديرات ، ونيات ، ورغبات ، وأساليب العقل الجمعي الفكرية والمنهجية ، وما لدى المجتمعات من أفكار قريبة. فهي في النهاية تعكس أسلوب الثقافة السائد في مجتمع ما. وهذه النتيجة تفسر اختلاف تسمية هذا الحق في الفكر اللاتيني عنه في الفكر الأنجلو أمريكي عنه في فقه الشريعة الإسلامية. ولا يقتصر الأمر على اختلاف التسمية. بل يتعداه إلى تداخل في معاني المفاهيم. إذ أن مفهوم ما قد يشمل مفهوماً آخر. والمثال التوضيحي أن تعبير الكرامة *dignité* في اللغة الفرنسية كان يشير إلى مفهوم الشرف أو الاعتبار. والسبب في ذلك أن الأصل اللاتيني *dignitas* كان يعنى القيمة



الأساسية للشخص في أن ينال قسطاً من التقدير والاعتبار<sup>(١)</sup>. بيد أن تحليل كل من التعبيرين يجدهما غير مترادفين لمعنى واحد. وأن تعبير الكرامة ، بحسبانه فيما يشمله من معان لغوية الجدارة والاستحقاق ، يستغرق معنى الشرف والاعتبار. والواقع أن التطورات التشريعية في فرنسا في العقد الأخير من القرن العشرين أسفرت عن نشأة مدلول اصطلاحى جديد لتعبير الكرامة. فقد أوصت اللجنة التشريعية لمراجعة الدستور الفرنسي برئاسة السيد فيديل Vedel في ١٥ فبراير عام ١٩٩٣ بإضافة فقرة جديدة للمادة (٦٦) من الدستور تقضى بأن "لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وكرامته" « Chacun a droit au respect de sa vie privée et de la dignité de sa personne ». وقد حقق هذا التقرير أملاً منشوداً في تضمين الدستور الحماية لبعض الحقوق الجديدة certains droits nouveaux لتطوير الفكر القانوني الفرنسي ليواكب المتغيرات في حماية بعض حقوق الشخصية<sup>(٢)</sup>. وكان من نتائج هذه الإضافة صدور القانون رقم ٦٥٣ - ٩٤ بإضافة المادة (١٦) في التقنين المدني الفرنسي بإعطاء الحماية للحق في الحياة وفي سلامة الجسد. وبقراءة النص الدستوري مع نص المادة (١٦) نجد أن المشرع الفرنسي قصد اعتبار الحق في الكرامة توليفة أو تركيبية synthèse لهذه الحقوق الجديدة، بمعنى أن الاعتداء علي هذه التوليفة محددة بحماية الشخص / الإنسان بحسبانه كيان اجتماعي être social وليس بحسبانه شخصاً معقولاً وحرراً أو كياناً بيولوجياً<sup>(٣)</sup>.

2/1/2 - يطلق علي هذا الحق في الفقه والقضاء الفرنسي الحق في الشرف droit de l'honneur et l'honneur<sup>(٤)</sup> ، أو الحق في الشرف والاعتبار droit de l'honneur et considération (وهو التعبير الوارد في المادة (٢٩) من قانون حرية الصحافة الصادر عام ١٨٨١)<sup>(٥)</sup>. ويخطو في نفس الاتجاه بعض الفقه والقضاء المصري<sup>(٦)</sup>.

<sup>(١)</sup> Philippe Pedrot : "Avant – Propos , La dignité de la personne , principe consensuel ou valeur incantatoire ?" Ethique , Droit et Dignité de la personne , Mélanges Christian Bolze , Sous la direction de P. Pedrot , Economica, p. X11

<sup>(٢)</sup> Rapport au Président de la République , Journal Officiel , lois et décrets , 16 février (1993) p. 2548

<sup>(٣)</sup> François Borella : "Le concept de dignité de la personne humaine", Mélanges Bolze , opcit p. 34 - 35

<sup>(٤)</sup> B. Beignier : Le droit de la personnalité , PUF, (1992) ; l'honneur et le droit , préf. J.

Foyer , LGDJ, (1995) – TGI Seine 19 avr. 1967 , D. 68, 253, note Voisin

<sup>(٥)</sup> Michél Laure Rassat : Droit Pénal Spécial , 6me. éd., D. (1988) p. 3211

<sup>(٦)</sup> د. آمال عبد الرحيم عثمان : "جريمة القذف ، دراسة في القانون المصري المقارن بالقانون الفرنسي والقانون الإيطالي" ،

مجلة القانون والاقتصاد ، ديسمبر ١٩٦٨ العدد الرابع ، السنة الثامنة والثلاثون ، ص ١ - د. محمود نجيب حسنى : شرح

قانون العقوبات ، القسم الخاص (١٩٧٨) فقرة ٥٠٤ ص ٤٩٧ - عبد الرحمن محمد إبراهيم خلف : الحماية الجنائية

للحق في الشرف والاعتبار ، دراسة تحليلية تأصيلية ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٩٩٢) ص ٣٤ - مدحت محمد

محمود عبد العال : المسؤولية المدنية الناشئة عن ممارسة مهنة الصحافة ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٩٩٤) ص ٢٩٨

ومن الفقه المصري من يطلق عليه الحق في الشرف والسمعة<sup>(٧)</sup>. ويؤثر فريق من الفقه المصري قصر تسميته علي الحق في السمعة لدقته في التعبير عن المدلول الموضوعي الراجح في التعريف بهذا الحق<sup>(٨)</sup>. ويجمع الفقه في النظام الأنجلو أمريكي علي تسمية هذا الحق بالحق في السمعة reputation ؛ ويطلقون علي الفعل الضار الذي ينتهك هذا الحق "التشهير defamation"<sup>(٩)</sup>

ويميل الباحث إلي هذا الرأي الأخير ، لأن الشرف والاعتبار هما عنصري هذا الحق تستغرقهما عبارة السمعة والتي تبرز أهمية احترام وحماية هذا الحق للإنسان باعتباره كائناً اجتماعياً أي من المنظور الموضوعي ، أي برد الفعل من خلال الآخرين وليس من منظور الشخص لنفسه ؛ ويؤكد وجهة النظر هذه أن الأصل اللاتيني لكلمة السمعة في اللغة الإنجليزية أو الفرنسية هو reputatio,onis المشتقة من الفعل reputare بمعنى يقدّر. أي تقدير وحساب قيمة الشخص (الشيء). بينما لفظ l'honneur بالفرنسية أو honour بالإنجليزية أو كما يكتبها الأمريكيان honor مشتق من لفظ honor اللاتيني بمعنى الشعور بالكرامة الأخلاقية أو الاحترام والاعتبار الذاتي ، وهى أمور كما يقول البعض<sup>(١٠)</sup> تتضمن دلالة علي الشعور الشخصي أو الداخلي للمضروب بكرامته الشخصية أو قيمته الأدبية ، وهى أمور داخلية أو نفسية لا تدخل في نطاق حق السمعة في القانون الإنجليزي أو الأمريكي. ويوافق هذا التحليل اللغوي نفس معنى السمعة في اللغة العربية وهى ما يراه الناس ويسمعوا به<sup>(١١)</sup> وهكذا من الوهلة الأولى في اختيار الاسم نجد أن الحق في السمعة يتمتع به كل فرد باعتباره كائناً اجتماعياً ، أي يعيش في جماعة من الناس بقطع النظر عن ظروفه الشخصية<sup>(١٢)</sup> ويؤيد وجهة نظر الباحث أن المذكرة الإيضاحية

---

— أنظر أيضاً في تفصيل هذه الآراء : د. محمد ناجى ياقوت : فكرة الحق في السمعة ، الكتب القانونية ، مكتبة الجلاء

الجديدة بالمنصورة (١٩٨٥) ص ١٨ وهامش ٦٢ ، ١١٥

<sup>(٧)</sup> السنهاوري : الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٥٤٩ ص ٨٢٥

<sup>(٨)</sup> محمد ناجى ياقوت : المرجع السابق ص ٢٣ وهامش (١١٥) — بشر أحمد صالح على : مسؤولية الصحفي المدنية في

حالة المساس بسمعة الشخص العام ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، حقوق المنصورة (٢٠٢٢هـ — ٢٠٠١م)

<sup>(٩)</sup> انظر علي سبيل المثال : Alastair Mullis and Ken Oliphant : Torts , opcit p. 251 — Clerk and

Lindsell on Torts , opcit ch. 21 , 3<sup>rd</sup>. Cumulative Supplement to the Seventeenth Edition , up — to — date until august (1998) pp. 118-141 — B. S. Markesinis and S. F. Deakin : Tort

Law , 3<sup>rd</sup>. ed. , opcit ch. 7 — Barbara Harvey LLB , LLM and John Marston. Cases and Commentary on Tort , Financial Times Pitman Publishing , pp 520-564 — Marshall S.

Shapo : Basic Principles of Tort Law , opcit pp. 304-312

<sup>(١٠)</sup> د. محمد ناجى ياقوت : المرجع السابق هامش (١١٥)

<sup>(١١)</sup> مختار الصحاح لفظ س م ع

<sup>(١٢)</sup> قارن عكس ذلك : مدحت محمد محمود عبد العال : المسؤولية المدنية الناشئة عن ممارسة مهنة الصحافة ، المرجع

السابق ص ٣٠٣ ؛ إذ يعتبر أن الحق في السمعة هو نفسه الحق في الاعتبار ، لأن السمعة هي المكانة التي يحتلها كل

لنص المادة (٥٠) من التقنين المدني المصري تتكلم عن حماية "السمعة الأدبية للشخص" وهى بذلك تقطع بعدول المشرع عن تعبير الشرف والاعتبار إلي تعبير السمعة الأدبية لعمومية اصطلاح "الحق في السمعة" عن تعبير الشرف والاعتبار.

### تعريف الحق في السمعة :

3/1/2 - يختلف تعريف هذا الحق من حيث الأخذ بالمدلول الموضوعي بالمقابلة بالمدلول الشخصي ، ومن حيث التوسع أو التضييق من نطاق هذا الحق. ويقصد بالمدلول الشخصي الشعور الداخلي للشخص باستحقاقه التقدير والتبجيل والاحترام وفقاً لتقديره هو لمكانته الاجتماعية ، وأنه يستحق من أفراد المجتمع معاملة واحترام متفقين مع هذا الشعور ، وهو ما يطلق عليه الشرف<sup>(١٣)</sup>. أما المعيار الموضوعي فهو يعنى : "المكانة التي يحتلها كل شخص في المجتمع. وما يتقرر عنها من حق في أن يُعامل علي النحو الذي يتفق مع هذه المكانة. أي أن يُعطى الثقة والاحترام اللذين تقتضيهما مكانته الاجتماعية. أي أن معيار الحكم علي سمعة شخص ما هو حكم الآخرين المحيطين به ومدى تأثيرهم بما يتمتع به من صفات ومميزات قد لا يقدرها نفسه ويغبط حقه أو يبالغ في تقديرها بشيء من النرجسية. وفي الحالة الأولى قد يتحقق المساس بمكانته الاجتماعية من وجهة نظر الآخرين دون أن يؤدي إحساسه أو شعوره في شيء<sup>(١٤)</sup>.

وقد رجح المشرع المصري الاتجاه الموضوعي بالرغم من أنه لم يضع تعريفاً للحق في السمعة. ويظهر هذا الترجيح من خلال ثلاثة مظاهر : ١- اعتبار العلانية ركناً في جنحتي القذف والسب - ٢- عدم تطلب ارتكاب أيهما في حضرة المجني عليه - ٣- الاكتفاء بأن الفعل المؤثم ماساً بالمكانة الاجتماعية للمجني عليه ولو لم ير هذا الأخير في ذلك ما يمس شعوره<sup>(١٥)</sup>. وقد استقرت محكمة النقض المصرية علي أن العلة من تجريم القذف والسب هي "ما يصاب به المجني عليه من جراء سماع الكافة عنه ما يشينه في شرفه أو اعتباره". و تتحقق هذه العلة إذا كانت علانية الإسناد ركناً في جريمتي القذف والسب<sup>(١٦)</sup>.

ووفقاً للمدلول الشخصي يعرف الفقه الإنجليزي العمل التشهيري بأنه ذلك الفعل الضار الذي "يؤدي سمعة شخص آخر بتعريضه للكراهية ، للازدراء ، السخرية ،

---

شخص في المجتمع وما يتفرع عنها من حق في أن يُعامل علي النحو الذي يتفق مع هذه المكانة . ويخلص إلي أن السمعة والاعتبار تعبيرين مترادفين.

(١٣) د. محمد ناجي ياقوت : المرجع السابق ص ١٨ والمراجع المشار إليها في هامش (٦٤) - عبد الرحمن محمد إبراهيم

خلف : المرجع السابق ص ٣٥ - مدحت عبد العال : المرجع السابق ص ٢٩٩ وما بعدها

(١٤) د. محمود نجيب حسنى ك القسم الخاص ص ٦٠٨ ، ٦٠٩

(١٥) ناجي ياقوت: المرجع السابق ص ٢٣ - عبد الرحمن خلف: المرجع السابق ص ٣٩ - مدحت عبد العال: المرجع

السابق ص ٣٠٠

(١٦) نقض مصري ١٩٣٩/١٠/٣٠ م ج ٤ ق ٤٢١ ص ٥٨٩ - ١٩٤٢/١٢/٢٨ م ج ٦ ، ق ٥٧ ص ٧٨ - ٤ يناير

١٩٤٣ م ج ٦ ق ٢٧ ص ٧٨

أو ذلك الذي يقصد به الحط من تقديره في نظر أصحاب الآراء السديدة والمبادئ في المجتمع<sup>(١٧)</sup>. وقد وجدت المحاكم الإنجليزية لاحقاً أن تعبير "أصحاب الآراء السديدة والمبادئ" الأعضاء في المجتمع غامض ، لذلك استبدله اللورد ديفلن Lord Devlin في أحد القضايا<sup>(١٨)</sup> بتعبير الرجل العادي وليس الرجل المنطقي ordinary man not the "logical" man كما حاول الفقيه Street تفسير عبارة "أصحاب الآراء السديدة والمبادئ" بمعادلتها بعبارة "substantial and respectable proportion of society" أي نسبة جوهرية ومحترمة في المجتمع<sup>(١٩)</sup>. وعلى أي الأحوال فإن هذه التعريفات فيما تظهره من أن معيار الحكم على تشهيرية الفعل هو ضمير المجتمع قائمة على أساس أن القانون يعتمد في هذا المعيار على ما تعتقد به الغالبية من الناس وهذا يؤكد تأثير التعريف بالمدلول الموضوعي.

4/1/2 - وفقاً للمفهوم الضيق في نطاق هذا الحق يعرف الحق في السمعة بأنه حق الشخص في عدم إذاعة أمور من شأنها أن تدعو إلى احتقاره ، أو كراهيته ، أو السخرية منه ، أو تسبب نفورهم منه ، أو تجنبهم له أو تحاشيهم إياه. إلا أن الفقه الأمريكي وقد توسع القضاء في نطاق الأفعال التشهيرية سايره في ذلك كرد فعل عن الاستياء من المبالغة في التضييق<sup>(٢٠)</sup>. وقد بدأ هذا التحول في الولايات المتحدة الأمريكية مع صدور النسخة الجديدة من التعديل الثاني على قانون الأفعال الضارة<sup>(٢١)</sup> والذي ينص على اعتبار الألفاظ والمعلومات تشهيرية "إذا كان القصد منها إيذاء سمعة شخص آخر كالحط من تقديره في المجتمع أو تمنع شخص ثالث من الاتصال أو التعامل معه it tends so to harm the reputation of another as to lower him in the estimation of the community or to deter third person from associating or dealing with him .

وسار القضاء الإنجليزي على نفس النهج في التوسع من نطاق الفعل الضار التشهير وبالتالي التوسع في التعريف عن ذلك الذي قال به اللورد Atkin . فجاء في أحد حيثيات القضايا : "وعلى وجه الخصوص أن يسبب له (المدعى) الشعور بكَراهية (الآخرين) ، بالإزدراء ، بالسخرية ، بالخوف ، عدم الحب ، أو الاستخفاف "in particular to cause him to be regarded with feelings of harted , contempt , ridicule , fear , dislike , or disesteem"<sup>(٢٢)</sup> . وقدم العديد من القضاة الإنجليز تعريفات متعددة للتشهير في قضايا عديدة لكنها أُنقِدت من قِبل ما بعدهم من القضاة.

<sup>(١٧)</sup> .. which injures the reputation of another by exposing him to harted , contempt , or ridicule , or which tends to lower him in the esteem of right-thinking members of society" See: Parmiter v. Coupland and Another (1840), 6 M. & W. 105 , 108 , 151 E R 340 , 342 (per Park B. ) – Sim v. Stretch [1936] 2 ALL ER 1237 , 1240 (per Lord Atkin Hartt v. Newspaper Publishing ple. (The Independent, 27 oct. 1989, CLY 1989, 2246 <sup>(١٨)</sup> Markesinis & Deakin , opcit p. 566 <sup>(١٩)</sup>

<sup>(٢٠)</sup> ناجي ياقوت : المرجع السابق ص ٢٠ ، هامش ٧٤ ، ٧٥

<sup>(٢١)</sup> Restatement (second) of Torts S. 559 (1977)

<sup>(٢٢)</sup> Capital and Counties Bank v. Henty (1882) 7 App. Cas. 741

وفي عام ١٩٧٥ أوصت لجنة فولكس للتشهير the Faulks Committee on defamation (Cmnd. 59090 1975) النشر إلى طرف ثالث عن أمر يكون في كل الظروف مؤثر بشكل مناهض في تقدير شخص لدى الناس المعتدلين بصفة عامة the publication to a third party of matter which in all the circumstances would be likely to affect a person adversely in the estimation of reasonable people generally. وقد استطرد البعض في التوسع في تعريف الحق في السمعة بحيث يصبح حصراً لمعظم حالات التشهير من السوابق القضائية. وأبرز هذه التعريفات وأطولها هو أن "الحق في السمعة هو الحق في ألا يطعن الشخص في إحدى مكونات شخصيته. طعناً يؤثر على سمعته ، أي يكون من شأنه أن يعرضه للهزاء ، السخرية ، الاحتقار ، العار ، الخزي ، أو التمييز ، أو يحط من قدره في تقدير الجماعة، أو يظهره بمظهر الشخص الشرير في نظر ذوي التفكير القويم أو يضعه موضع اللوم، أو التوبيخ، أو يقلل من جدارته بالاحترام، أو يتسبب في تكديره أو المساس بشعوره بالارتياح النفسي، أو يغير مركزه الذي كان يحتله في المجتمع إلى مركز أسوأ، أو يتضمن خدش شرفه أو اعتباره في تقدير الجمهور، أو في تقدير أصحابه ومعارفه، أو يحرمه من بعض المميزات أو المكنات المتمثلة في روابط الصداقة التي كانت تربطه ببعض أفراد المجتمع أو بسبب نفور الناس منه أو إعراضهم عنه أو تجنبهم إياه".

وقد وجد في مصر من أيد هذا الاتجاه الموسع باعتبار أن روح النصوص التشريعية وأحكام القضاء المصري تتسق مع هذا التيار. ويبدو هذا الاتجاه التشريعي باستخدام عبارات ذات مدلول أوسع مثل لفظ "الوقار" الذي ورد في نص المادة (٣٦) من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن حماية المؤلف، وهو لفظ عام وأوسع من مدلول الكرامة والشرف والاعتبار. وتأييداً لنفس الاتجاه وسع الشارع من نطاق الواقعة التي تتوافر بها جريمة القذف حين نص علي الواقعة التي تستوجب عقاب المسند إليه لو كانت صحيحة حتى مع كونها لا تستوجب احتقاره في المادة (١/٣٠٢) من قانون العقوبات<sup>(٢٣)</sup>. وفي نفس الإطار تقرر المادة (٣٠٦) من قانون العقوبات أن "كل سب لا يشتمل علي إسناد واقعة معينة بل يتضمن بأي وجه من الوجوه خدشاً للشرف أو الاعتبار يعاقب عليه". وترك الشارع للقضاء تحديد نوعية الواقعة التي تؤدي إلي خدش الشرف والاعتبار كأن تؤدي إلي احتقار المجني عليه أو السخرية منه أو الهزاء به ، مستخدماً عبارة بأي وجه من الوجوه<sup>(٢٤)</sup>.

وباستقراء أحكام القضاء المصري نجد أنه يتجه بصفة عامة إلي ترجيح الاتجاه الموسع لنطاق الحق في السمعة. فلم يقتصر علي المعنى الضيق المنحصر في احتقار المعتدى عليه وإنما تجاوز ذلك في العديد من الأحكام لتشمل أموراً عديدة تدخل في نطاق الأعمال التشهيرية. منها علي سبيل المثال : نسبة أمراض خطيرة أو وراثية

(٢٣) محمود نجيب حسنى : المرجع السابق ص ٦٢٨

(٢٤) المرجع السابق رقم ٩٥٠ ص ٧٠٣ - محمود محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة جامعة

القاهرة، (١٩٨٤) ، الطبعة الثالثة، رقم ٣٢٤ ص ٣٥١

ولو كانت غير قابلة للانتقال بالعدوى<sup>(٢٥)</sup>، أو القول عن شخص أنه بعيد عن الفضيلة أو أنه مصدر ضرر لكل من يعرفه ، أو أنه لا يعتمد عليه ولا يُرجى منه نفع<sup>(٢٦)</sup> ، أو توجيه عبارات الغزل لسيدة في مكان عام<sup>(٢٧)</sup> ، أو تمنى الشر للمدعى<sup>(٢٨)</sup>.

5/1/2 - وهكذا تترسم خطى من يتصدى لتعريف الحق في السمعة علي أساس الأخذ بالمدلول الموضوعي والاتجاه الموسع لنطاقه. وفي هذا الإطار جرت محاولات بعض الفقه لتعريف هذا الحق ، تم ذكر بعضها في الفقرات السابقة والأخرى منها : "المكانة التي ينالها الشخص في الجماعة وتتكون من رصيد تصرفاته الموروثة والمكتسبة ، وتحدد هذه المكانة وفقاً لمعيار موضوعي قوامه الرأي العام في المجتمع الذي يعيش فيه لا طبقاً لآراء الشخص عن نفسه"<sup>(٢٩)</sup>. وذهب رأي إلي أنه "الحق في حد أدنى من الاحترام يجب توفيره لكل شخص"<sup>(٣٠)</sup>. وقال رأي آخر بأنه "الحق في تكامل الذمة المعنوية المستمدة مما يتمتع به الشخص من تقدير في نظر الآخرين. وما يتفرع عن ذلك من حق في أن يُعطى الشخص الاحترام الذي تقتضيه مكانته الاجتماعية ، وألا يُعامل علي نحو يحط بهذه المكانة. أو بسبب هزء الآخرين به ، أو إعراضهم عن التعامل معه أو إنقاص ثقتهم فيه"<sup>(٣١)</sup>.

ويجتهد الباحث بالقول بأن الحق في السمعة هو من حقوق الشخصية في كيانها المعنوي ويحقق القانون الحماية للشخص ليس باعتباره كائناً بيولوجياً وإنما باعتباره كائناً اجتماعياً ، ضد أي اعتداء يستهدف الحط من مكانته الاجتماعية وذلك بمعيار المعنى العادي الذي تتضمنه عبارات التشهير أو وفق ما تفسره الظروف المحيطة أو العرف ، ومن خلال تقدير الشخص العادي القويم ، وبقطع النظر عن مفاهيم المضرورة الشخصية الخاصة بفكرة الشرف. هذا التعريف يشمل المبادئ الأساسية التالية :

- (١) يجب أن تكون العبارات المزعومة تشهيريتها نُقلت إلي شخص آخر غير المدعى وهو ما يُطلق عليه العلانية
- (٢) أن تكون العبارات التشهيرية في صيغة تبين أن القصد منها أحد الأمور التالية
  - أ - أن تحط من قدر المدعى لدى الشخص المعقول العادي ، أو
  - ب - تعرض المدعى للكرهية ، أو الاحتقار ، أو السخرية ، أو
  - ج- تسبب للمدعى نأي الناس عنه وتجنبه وتحاشيهم إياه.

<sup>(٢٥)</sup> محكمة مصر الكلية الوطنية ، ١٤ مارس ١٩٤٩ ، مجلة المحاماة ، العدد ٢٩ ، رقم ١١٧ ص ٢٠٢ أو إذاعة أن محامياً

اعتدى عليه بالضرب في مكتبه: نقض ١٦ يناير ١٩٥٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٣ ، رقم ١٢ ص ٤٧

<sup>(٢٦)</sup> نقض ١٦ يونيو ١٩٥٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٤ رقم ٣٥٥ ص ٩٩٦

<sup>(٢٧)</sup> نقض مصري ١٩١٧/١/٢٠ ، الشرائع س ٤ ص ٣٠٩

<sup>(٢٨)</sup> نقض ١٤ أكتوبر ١٩٤٧ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٧ رقم ٣٩٤ ص ٣٧٦

<sup>(٢٩)</sup> احمد فتحي سرور ، القسم الخاص ، رقم ٤٧٤ ص ٧٠١

<sup>(٣٠)</sup> عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة القانون ، القاهرة (١٩٧٠) رقم ٢٠٩ ص ٣٠٣

<sup>(٣١)</sup> ناجي ياقوت : المرجع السابق ص ٢٥ ، ٢٦

## العناصر المكونة للحق في السمعة :

6/1/2 - أولاً : الجانب الموضوعي أو الشرف : وهو يمثل الصفات الفطرية العامة للإنسان النابعة من الشرف كقيمة مطلقة مجردة لا تتغير بتغير الأشخاص. فهي مجموعة المميزات أو المكنات التي تمثل قدراً أدنى من القيم الأدبية يفترض توافرها بالضرورة لدى كل فرد بحكم كونه شخصاً آدمياً<sup>(٣٧)</sup>. ويتكون الشرف من عدة عناصر تمثل الصفات العامة تكون في مجموعها تكامل كرامة الإنسان واحترامه مثل الأمانة ، والنزاهة ، والشجاعة ، والإخلاص ، والصدق ، والاستقامة ، والمحافظة علي العرض والحياء ، والتمسك بمبادئ الدين والأخلاق<sup>(٣٨)</sup>.

وتطبيقاً لهذا المفهوم اعتبرت الأفعال الضارة الآتية ماسة بشرف الشخص : توجيه عبارات تتضمن معنى الإخلال بواجب من واجبات الأمانة والنزاهة التي تفرضها القيم الأخلاقية السائدة في المجتمع كمن ينسب إلي أحد الطلاب أنه يغش في الامتحان ، أو أن شخصاً ما مرتش أو لص ، أو نصاب أو مزور ، أو مختلس أو خائن الأمانة<sup>(٣٩)</sup> ، أو أنه جاسوس<sup>(٤٠)</sup>. كما يتحقق الفعل الضار الماس بالشرف أيضاً في حالة الزعم بأن سيدة متزوجة علي وشك أن تنجب طفلاً سفاحاً<sup>(٤١)</sup>. كذلك إشاعة أن شخص ما اشترك إلي جانب القوات الألمانية في قتل المناهضين<sup>(٤٢)</sup>. وأيضاً الإدعاء خلال خطابات مرسله إلي عميله بأن شخص ما زور براءة اختراعه<sup>(٤٣)</sup>. وقد قالت محكمة النقض المصرية أن "قول المدعى عليه بأن المدعى يؤجر شقة مفروشة في منزله لكل من هب ودب ويقوم فيها حفلات صاخبة تمتد إلي ما قبل الفجر" فيه اعتداء علي حق المدعى بالشرف<sup>(٤٤)</sup>. وقضى أيضاً أن ارتكاب أفعال تحط من كرامة المجني عليه كإنسان ، مثل البصق أو إلقاء المياه أو القاذورات عليه تعتبر أفعال ماسة بالشرف<sup>(٤٥)</sup>. أو الإدعاء بأن المضرور مصاب بالشذوذ الجنسي<sup>(٤٦)</sup>.

<sup>(٣٧)</sup> Ravanas : La protection des personnes contre la réalisation et la dublication de leur image , thèse , Aix , (1977) no. 359 , p. 411

<sup>(٣٨)</sup> ناجي ياقوت : المرجع السابق ص ٢٧ - عبد الرحمن محمد إبراهيم خلف : الرسالة السابقة ص ٥٤ - مدحت عبد

العال : الرسالة السابقة ص ٣٠٢

<sup>(٣٩)</sup> نقض مصري ١٦ يناير ١٩٥٠ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١ رقم ٨٣ ص ٢٥١

<sup>(٤٠)</sup> Cass. Crim. , 3 janv. 1970 , Bull. crim. , no. 7 , p. 12

<sup>(٤١)</sup> TGI Paris 6 avr. 1973, JCP 74 , 1V. , 312

<sup>(٤٢)</sup> Paris 7 mai 1976 R T com. , 77, 328 , obs. Desbois

<sup>(٤٣)</sup> Paris 4 mai 1981 , GP 81 , 2, 742

<sup>(٤٤)</sup> نقض ٣١ مايو ١٩٧٠ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢١ رقم ١٧٨ ص ٧٥٦

<sup>(٤٥)</sup> نقض إيطالي ١٦ يناير ١٨٨٦ ، مشار إليه في بحث د. آمال عثمان السابق ص ٧٨١ هامش (٢)

<sup>(٤٦)</sup> نقض إيطالي ١٩٥٥/١٢/٥ في ناجي ياقوت هـ ١٣٦ - راجع الأمثلة الموجودة في هوامش ١٣٥-١٣٧ ناجي ياقوت

، المرجع السابق

7/1/2 - ثانياً : الجانب الشخصي أو الاعتبار : الاعتبار فكرة نسبية تختلف من شخص لآخر وفقاً لمكانته الاجتماعية التي يتبوها كنتاج للرصيد المعنوي الذي اكتسبه تدريجياً في علاقاته بغيره ، سواء أفراد عائلته ، أو جيرانه المحيطين به في السكن ، أو زملاء المهنة ، أو الجمهور إذا كان نجماً في الأدب أو الرياضة ، أو الفن أو السياسة<sup>(٤٢)</sup>. وهو يتوقف علي اعتبارات شخصية أو ذاتية للفرد كالأعتبارات العائلية ، والوظيفية ، والمهنية ، والعلمية ، والفنية ، والوطنية ، والسياسية ، والاجتماعية ، والمالية<sup>(٤٣)</sup>. ونتيجة لاختلاف الجانبين نجد أن الاعتداء علي شرف الشخص ينعكس أثره حتماً علي اعتباره ، في حين أنه يمكن تصور حدوث اعتداء علي الاعتبار دون المساس بشرفه. ويمكن التمييز بين ثلاثة أنواع من الاعتبار<sup>(٤٤)</sup> هي : -

(I) الاعتبار الخاص *considération privée* : ويقصد به العناصر الموجهة لرأي الأفراد في الشخص في مدى صلاحيته لأداء واجباته الخاصة والعائلية. ويتحقق الاعتداء إذا أثار القول التشهيري الشك حول توافر هذه الصلاحية أو إنكار بعض الصفات التي تؤهله للقيام بهذه الواجبات أو تحط من قدره في نظر الآخرين<sup>(٤٥)</sup>. مثال ذلك القول بأن المجني عليه فقد عقله نتيجة الاضطرابات العاطفية التي يعاني منها<sup>(٤٦)</sup> ، وكذلك القول بأنه كان يعاشر زوجته معاشرة شرعية قبل الزواج<sup>(٤٧)</sup> ، أو أنه يعيش علي حساب عشيقته<sup>(٤٨)</sup> ، أو أنه الابن غير الشرعي لإحدى الشخصيات المرموقة<sup>(٤٩)</sup>.

(II) الاعتبار المهني *Considération professionnelle* : ويقصد به مجموع الصفات والقدرات والقيم التي يتمتع بها في مجال وظيفته التي يزاولها<sup>(٥٠)</sup>. ولما كانت الوظائف والمهن تختلف في طبيعتها وبالتالي تختلف في متطلبات وصفات

<sup>(٤٢)</sup> صالح سيد منصور : جريمة القذف في حق ذوي الصفة العمومية ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ، (١٩٣٩) ص ٧٢

— د. آمال عثمان : المقالة السابقة ص ٣ (٣٣٩ في المجلة) نقلاً عن Antolisei Francesco : Manuale di diritto penale , parte agenerale , Milano , Giuffré (1960) p. 147

<sup>(٤٣)</sup> ناجي ياقوت : المرجع السابق والمراجع المشار إليها في هامش (١٣٩)

<sup>(٤٤)</sup> قارن د. صالح سيد منصور : المرجع السابق حيث يرى أنهم أربعة أنواع هي : الخاص ، والمهني ، والعائلي ، والسياسي.

إلا أنه يمكن دمج كل من الاعتبار الخاص والعائلي في اعتبار واحد

<sup>(٤٥)</sup> نجيب حسنى : المرجع السابق رقم ٨٥٣ ص ٦٣١

<sup>(٤٦)</sup> La Cour d'appel de Paris , 7 avr. (1898) , Siry , 1898 , 11 , p. 501

<sup>(٤٧)</sup> نقض مصري ٥ فبراير ١٩٧٨ س ٢٩ ق ٢٤ ص ١٣٢

<sup>(٤٨)</sup> Cass. crim. 6 sept. 1900 , D. 1902 , 1 , 62

<sup>(٤٩)</sup> Cass. crim. 15 nov. 1900 , D. 1901 , 1 , 286 -- انظر باقي الأمثلة في ناجي ياقوت ص ٢٩ وعبد

الرحمن خلف : الرسالة السابقة ص ٥٧

<sup>(٥٠)</sup> صالح سيد منصور : المرجع السابق ص ٧٢ — آمال عثمان : المقالة السابقة ص ٧٨١ — احمد فتحي سرور : المرجع

السابق رقم ٤٧٧ ص ٧٠٨ — ناجي ياقوت : المرجع السابق ص ٢٩ — عبد الرحمن خلف : الرسالة السابقة ص ٥٨



وشروط القيام بها وممارستها ، لذلك أصبح لكل مهنة أو حرفة أو وظيفة بعض الشروط العلمية والالتزام بأداب سلوك ومبادئ أخلاقية معينة. فيلزم في الطبيب مثلاً الحصول علي المؤهل العلمي اللازم فضلاً عن الخبرة والإخلاص والأمانة ويشترط فيمن يمارس التجارة أن يكون أميناً وذو ثقة في التعامل. فإذا أنكر أحد علي شخص ما توافر هذه الشروط أو الصفات المطلوبة لممارسة المهنة فيه أعتبر عملاً ضاراً بالاعتداء علي الاعتبار المهني. ومن الأمثلة التطبيقية لهذه الأفعال الضارة : التشكيك في صلاحية شخص ما لممارسة مهنته التي يزاولها ، كالقول عن طبيب أنه يوهم مرضاه بأنهم مصابون بأمراض وهمية ، أو أنه يقدم علاجاً يعلم عدم جدواه ، أو أنه أهمل في علاج مريض لم يعطه الأجر الذي يرضيه<sup>(٥١)</sup> ، أو القول عن محام أنه أهمل في الدفاع عن المتهم لأنه منتدب من قبل المحكمة<sup>(٥٢)</sup> ، أو أن قاضياً يجمع بين عمله القضائي والاشتغال بالتجارة<sup>(٥٣)</sup> ، أو القول عن نقيب الممثلين أنه حوّل نقابة الممثلين إلي بار مثل بار خريستو<sup>(٥٤)</sup> أو القول عن شخص بأنه ليس المؤلف الحقيقي للكتاب الذي كان له الفضل في شهرته<sup>(٥٥)</sup>.

(III) الاعتبار السياسي *considération politique*: يعتبر هذا الاعتبار من الأنواع الهامة لما يحتله غالباً من تطبيقات عملية ولما يثيره من جدل سيما أثناء فترة الحملات الانتخابية<sup>(٥٦)</sup>. ويقصد به المكانة التي وصل إليها الشخص في المجال السياسي ، نتيجة تراكم صفات وأنماط سلوكية معينة اكتسبها خلال ممارسته السياسة. ونظراً لأن التجارب العملية كشفت أن التطاحن السياسي للوصول إلي كراسي المجالس النيابية أو المحلية ، أو المناصب السياسية الكبرى خلق لغة في النقد ، لو نُظر إليها مجردة لا اعتبرت في عداد الأقوال التشهيرية الماسة باعتبار الشخص السياسي. لكن لشيوع هذه العبارات ولتعود الناس عليها جعل أكثر الناس يألّفوها في شئون السياسة فخف وخذاها وتكونت لها في الخواطر معان أرفق بالكرامة من المعاني التي وُضعت لها<sup>(٥٧)</sup>. وهذا الحكم يؤكد أن معيار الحكم علي تشهيرية العبارات هو العرف أو ما يصطلح عليه الناس ويستقر في وجدانهم. لذلك تدق التفرقة في الحكم علي العبارات التشهيرية. ومع ذلك يمكن الاسترشاد بضابط كون العبارات تنكر الصفات الأساسية الواجبة فيمن يعمل بالسياسة. مثل هذه الصفات : الإخلاص للوطن والمبادئ أو البرنامج

(٥١) د. محمود محمود مصطفى ، القسم الخاص ، المرجع السابق رقم ٣١٤ ص ٣٥١

(٥٢) د. آمال عثمان : المقالة السابقة ص ٧٨٢

(٥٣) نقض مصري ٨ أكتوبر ١٩٧٢ س ٢٣ ، ق ٣٢١ ص ٩٩٥

(٥٤) نقض مصري ٢٤ مايو ١٩٧٦ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٧ رقم ١٢ ص ٥٤٢

(٥٥) Cass. crim. , 10 oct. 1973 J. C. P. 1973 , p. 4

(٥٦) صالح سيد منصور : المرجع السابق ص ٧٣

(٥٧) جنايات بني سويف في ٢٢ يناير ١٩٢٥ ، مجلة المحاماة ، س ٥ رقم ٥٥٩

السياسي المعلن ، أو الصدق في مخاطبة الجماهير ، والانتماء إلى الأحزاب التي يعترف بها النظام القانوني دون غيرها. فإذا تضمنت العبارات تشكيكاً في أهلية السياسي لمزاولة العمل السياسي ، اعتبرت إخلالاً باعتباره السياسي. وعلي عكس الحال لو اقتصر على مجرد التشكيك في مدى مهارته وتفوقه ونجاحه فيما يقدمه من مشروعات وبرامج سياسية ، أو الطعن في موهبته أو مقدرته وتفانيه في مباشرة الشؤون العامة ، أو إثارة الشك حول المجد السياسي لا تعتبر من قبيل العبارات التشهيرية<sup>(٥٨)</sup>.

وتطبيقاً لذلك اعتبر من العبارات التشهيرية القول بأن ولاء سياسي ما هو لدولة أجنبية، أو أنه استغل سلطات منصبه في ظروف الحرب ليثري علي حساب الجماهير الكادحة ، أو أنه يعمل في البوليس السري ، أو أنه قبض عمولات سرية من دولة أجنبية ، أو أنه حقق مكاسب مالية طائلة من وراء إضراب العمال<sup>(٥٩)</sup>، وعلي عكس ذلك لا تعتبر من الأقوال التشهيرية نعت السياسي بأنه فاشل ولا يؤيده إلا فئة قليلة من الناس ، أو أن مشروعاته السياسية تدل علي الجهل وسوء التقدير ، أو أنها أنزلت بالبلاد أضرار فادحة ، أو قادت إلى كارثة محققة<sup>(٦٠)</sup>.

## **المطلب الثاني : طبيعة وخصائص الحق في السمعة**

### **الفرع الأول : الطبيعة القانونية للحق في السمعة**

8/1/2 - ترسخ في قناعة الباحث أن الحق في السمعة هو أحد حقوق الشخصية<sup>(٦١)</sup>. ويأتي هذا اليقين من اقتناع عدد كبير من الفقه بوجهة النظر هذه<sup>(٦٢)</sup>.  
9/1/2 - ومع ذلك فقد عارض البعض البعض إدراجه ضمن حقوق الشخصية واعتبره البعض مجرد حرية يتمتع بها الشخص<sup>(٦٣)</sup>. كما أنكر البعض وجوده كحق وإنما

<sup>(٥٨)</sup> ناجي ياقوت : المرجع السابق ص ٣٢

<sup>(٥٩)</sup> محمود نجيب حسني : القسم الخاص ، المرجع السابق رقم ٥٤٢ ص ٥٣٦

<sup>(٦٠)</sup> عماد عبد الحميد النجار : النقد المباح ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٩٧٦) ، ص ٢٤١ وما بعدها

<sup>(٦١)</sup> راجع سابقاً الفقرة 45/1/0 الفصل الأول من الباب التمهيدي

<sup>(٦٢)</sup> عبد المنعم البدرأوي : المدخل للقانون الخاص ، المرجع السابق ص ٢٧١ إلى ٢٧٥ - عبد المنعم فرج الصده : أصول

القانون ، المرجع السابق ص ٧ - نعمان جمعه : دروس في المدخل للعلوم القانونية ص ٣٢٧ - عبد الحي حجازي :

المدخل لدراسة القانون ، المرجع السابق ص ١٥ - منصور مصطفى منصور : مذكرات في المدخل للعلوم القانونية ، الجزء

الثاني (نظرية الحق) ، مكتبة عبد الله وهبه (١٩٦١-١٩٦٢) ص ٣٣ - عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية الحق ، المرجع

السابق ص ٢٦ إلى ٢٨ - حمدي عبد الرحمن : فكرة الحق ، دار الفكر العربي (١٩٧٩) ص ٦٢ - توفيق حسن فرج :

المدخل للعلوم القانونية ، المرجع السابق ص ٣٧ - علي سيد حسن : المدخل إلى علم القانون ، الكتاب الثاني (نظرية

الحق) ، دار النهضة العربية (١٩٨٩) ص ٤٨ - علي حسن نجيدة : المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) ، المرجع السابق

ص ٤٤ - ومن الفكر الفرنسي علي سبيل المثال : - J. Ghestin : opcit p. 179 - Carbornnier : opcit p. 22

G. Marty et R. Raynaud : opcit no. 144 - B. Starck , Roland et Boyer : opcit no. 1094 - G.

Viney P. Jourdin : Traité , opcit no. 259 , p. 34 - Ph. Le Tourneau et L. Cadet : droit de la

resp. , opcit no. 788 p. 228

باعتباره التزام علي عاتق كل شخص بأن لا يعتدي علي شرف الغير بوجه غير مشروع<sup>(٦٤)</sup>. ولا شك أن هذا الرأي الأخير غير مبرر من حيث المنطق القانوني سيما وأن القول بأنه التزام يستتبعه بالضرورة وبتداعيات البناء القانوني وجود حق. فالحق والواجب أو الالتزام هما وجهان لعملة واحدة.

كما أنكر البعض صفة الحق عليه بمبررات خاصة بتخلف ركن المحل وعنصر الاستثناء فضلاً عن عدم وجود فائدة عملية وأن النتائج العملية المترتبة علي الاعتراف بالحق في السمعة كحق جدير بالاحترام والحماية غير مقبولة. إلا أن فريقاً آخر من الفقه درس هذه الاعتراضات وفندها حتى استقر في النهاية إلي الاعتراف به بالإجماع<sup>(٦٥)</sup>. وإن كان الاعتراض علي تخلف المحل وعنصر الاستثناء إنكار لفكرة حقوق الشخصية عموماً. إلا أنه بالنسبة لمحل الحق في السمعة فلا يجب البحث عن المحل في الشخص ذاته ولا في بعض أجزائه وإنما في الناس كافة المنوط بهم احترام سمعة الفرد وعدم الإساءة إليها. إن محل الحق هو قيمة من القيم التي يتكون من مجموعها الشخص ، فصاحب الحق هو المجموع. فضلاً عن أنه ليس هناك ما يمنع من أن يختلط المحل وصاحب الحق بالنسبة إلي طائفة معينة من الحقوق متى نظر إلي كل منها نظرة مستقلة ومتميزة<sup>(٦٦)</sup>. وللدرد علي تخلف عنصر الاستثناء قيل بوجوده لأنه كما يرد علي القيم المادية يمكن أن يرد أيضاً علي القيم غير المادية ومنها سمعة الإنسان التي يختص بها علي سبيل الاستثناء والافراد ، لا ينازعه فيها أحد. أما القول بأنه ليس إلا حق في التعويض عن الضرر الواقع علي الضحية فيه إلغاء لفكرة الحق ؛ إذ أن الحق في السمعة ينشئ حقاً مالياً هو الحق في التعويض مثله مثل الحق في الملكية ينشئ حق في التعويض إذا تم الاعتداء علي صاحبه<sup>(٦٧)</sup> ومن الاعتراضات العملية عدم وجود الحاجة إلي القول بهذا الحق وأن تطبيق المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية أو الجنائية يغني عن تقرير هذا الحق. وكان الرد علي هذا الاعتراض أن الاعتراف بالحق في السمعة يعطى للمضرور ، فضلاً عما تتيحه المسؤولية المدنية من حماية لاحقة علي ارتكاب الفعل الضار ، الحق في وقف هذا الاعتداء وهي الحماية الوقائية التي تقررها المادة (٥٠) من التقنين المدني المصري وذلك دون حاجة لإثبات الخطأ أو الضرر الذي يلحق بالمدعى<sup>(٦٨)</sup>. يضاف

J. Robert : "Le corp humain et la liberté individuelle en droit français" , Assoc. H. <sup>(٦٣)</sup>

Capitant , Jormees de Madrid , p. 463 مذكور في مدحت عبد العال : الرسالة السابقة ص ٣١٦

R. Nerson : Rev. int. dr. comp. (1958) p. 209- 212 مذكور في الرسالة السابقة ص ٣١٦ <sup>(٦٤)</sup>

راجع في رفض الحق في السمعة والاعتراضات الفنية والعملية والرد عليها د. ناجي ياقوت : المرجع السابق ص ١٣-٥ <sup>(٦٥)</sup>

احمد سلامه : محاضرات في النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ص ١٧٧ <sup>(٦٦)</sup>

حسن كيزه : المرجع السابق ص ٤٥٥ - توفيق حسن فرج : المرجع السابق ص ٤٨٠ - عبد الحي حجازي : المرجع السابق ص ١٦٦ <sup>(٦٧)</sup>

حسام الأهواني : الحق في الحياة الخاصة فقرة ١٩ ص ٣٠ - قريب من ذلك : عبد الحي حجازي : المرجع السابق ص ١٦٧ <sup>(٦٨)</sup>

إلى ذلك أن مظلة الحماية التي يوفرها القانون المدني أوسع من تلك التي يوفرها القانون الجنائي الذي لا يجرم الفعل إلا بشروط خاصة يُراعى فيها درجة الخطورة الإجرامية التي تهدد المصلحة العامة بالخطر ، بينما في القانون المدني ليس من الضروري أن يكون المعتدى سيئ النية كما هو الحال في المسؤولية الجنائية ، بل يكفي أن يكون أُرعن متسرع بما يعنى الخروج عن المألوف<sup>(٦٩)</sup>.

كما شكك الرافضون للاعتراف بالحق في السمعة في أن النتائج العملية المترتبة على رفع الدعاوى على أساس وجود هذا الحق قد تؤدي إلى : ١- تزايد عدد القضايا رغم تفاهة الضرر أو انعدامه ، ٢- تقييد حرية التعبير ، ٣- أن نجاح المدعى في دعواه ونتيجة لعلانية الإجراءات ستزيد من الضرر لأن العبارات المشينة ستصل إلى عدد كبير من الناس ما كان ليُعلمها أو يدري بها لولا المنازعة القضائية ؛ أما إذا فشل في دعواه بسبب دفع المدعى عليه بصحة الوقائع المسندة (المشينة) تصبح هذه الوقائع ثابتة ومعلومة للكافة بالقطع مما يزيد من الضرر .

على الطرف الآخر من هذا الجدل رد المؤيدون للاعتراف بهذا الحق بأن تزايد عدد القضايا مسألة شكلية لا تلغى معها وجود فكرة جدية بالوجود كالحق في السمعة. فهل يُترك استباحة الأعراض والسمعة مقابل عدم زيادة عدد المنازعات القضائية؟! . أما القول بأن الاعتراف بهذا الحق قيد على حرية التعبير فهو قول مردود. ذلك أن إشكالية حرية التعبير / الحق في السمعة ، كما سيرد في المبحث الخاص بها ، تفرض قدراً من القيود التنظيمية على كل من الحرية والحق. وقد استقر رأي محكمة النقض المصرية على أن حرية النقد تنقيد بضرورات حماية الحق في السمعة والشرف والاعتبار. وأن النقد المباح هو إبداء الرأي في أمر أو عمل دون المساس بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به أو الحط من كرامته<sup>(٧٠)</sup> . وأخيراً فإن زيادة الضرر نتيجة العلانية أو نجاح المدعى عليه في إثبات صحة الوقائع المشينة هو "محاولة لفرض وصاية بلا مبرر على كيفية استعمال الشخص للميزات التي يخولها له حقه الدستوري في صون سمعته" فالمدعى أقدر على وزن هذه الأمور وقد تقتضي الحكمة تجاهل العبارات التشهيرية أو اللجوء إلى القضاء سيما وأن الاعتداء على السمعة قد يصل أحياناً إلى حد يعادل "القتل الأدبي للإنسان"<sup>(٧١)</sup>.

10/1/2 - وكما سبق القول فقد التفتت غالبية الفقه عن هذه الاعتراضات واستقرت على اعتبار الحق في السمعة أحد صور حقوق الشخصية في قوامها المعنوي. وأن المادة (٥٠) من التقنين المدني المصري ، التي تعطي الحماية للحقوق الملازمة للشخصية ، وإن جاءت مجملة إلا أن المذكرة الإيضاحية فصلت المقصود منها إذ ورد فيها "وحمي المشروع الشخص ضد الغير إذا تعدى على أي حق من الحقوق

<sup>(٦٩)</sup> السنهوري : الوسيط ج ١ فقرة ٥٤٩ ص ٨٢٥ وما بعدها

<sup>(٧٠)</sup> محكمة النقض المصرية جلسة ١٩٣٨/١/١٠ طعن رقم ٤٨ ، س ٨ ق ، مجموعة المبادئ القانونية ، رقم ٨٦

<sup>(٧١)</sup> ناجي ياقوت : المرجع السابق ص ١٢ ، ١٣ ، هامش (٤٧)

الملازمة للشخصية". وضربت أمثلة : "كالتعدي علي حرية الشخص أو سلامة جسده أو سمعته الأدبية" وهو ما يفيد الاعتراف بهذا الحق. هذا الاعتراف تأكيد للاعتراف العالمي بهذا الحق. فقد بدأ الاعتراف به علي مستوى الاتفاق الدولي في ميثاق الأمم المتحدة في ٢٦ يولييه ١٩٣٥. ثم تأكد بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الأمم المتحدة في العاشر من ديسمبر ١٩٤٨ والذي يهدف إلي حماية قيمة الإنسان وشرفه وكرامته ؛ ثم الاتفاقية الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة في ديسمبر ١٩٦٦ والمسماة بميثاق نيويورك والتي نصت المادة (١٧) منها علي عدم التعرض بشكل غير قانوني لشرف أحد وسمعته<sup>(٧٢)</sup>.

### الفرع الثاني : خصائص الحق في السمعة

11/1/2 - بالرغم من أن الحق في السمعة هو أحد حقوق الشخصية ومن ثم فهو يتميز بكافة الخصائص السابق ذكرها في الفصل الأول من الباب التمهيدي ، إلا أن تحليل التطبيقات العملية لهذا الحق كشف عن تميزه بسمات خاصة رفضها البعض ووافق عليها البعض الآخر إلا أن الإجماع والممارسة العملية وتحت غطاء أيديولوجية المصلحة وعدم مخالفتها النظام العام<sup>(٧٣)</sup> أمكن الاعتراف بهذه السمات الخاصة استثناء من الأصل العام لخصائص الحقوق للصيقة بالشخصية. وهذه الخصائص هي :

12/1/2 – أولاً : قابلية الحق في السمعة للتقويم بالنقد: ظل الاعتقاد سائداً في فقه المدرسة اللاتينية بأن الحق في السمعة ، شأنه شأن سائر حقوق الشخصية ، لا يقبل التقويم بالنقد<sup>(٧٤)</sup> استناداً إلي عدم إمكانية تداوله بين عدة أصحاب أو نقله إلي شخص آخر في مقابل مبلغ من المال فضلاً عن أن مضمونه لا يخول صاحبه اقتضاء مبلغ من المال.

لكن وكما قيل ، بحق ، فإن هذا الرأي يخلط بين عنصرين مختلفين من العناصر المكونة للحق في السمعة : الاعتبار الخاص أو العائلي ، والاعتبار المهني. الأول ذو طابع معنوي يهدف لتكامل الاعتبار الشخصي ، بينما الثاني له طابع مالي يستهدف غاية اقتصادية. وأية ذلك من الناحية العملية أن إيذاء أي مهني كالطبيب أو المحامي

---

<sup>(٧٢)</sup> A. H. Robertson : Privacy and Human Rights , reports and communication presented at the third international colloquy about the European Convention on Human Rights , Manchester University Press , p. 42

<sup>(٧٣)</sup> انظر في ذلك د. علي حسن نجيدة : نظرية الحق ، دار الفكر العربي (١٩٩١) ص ٤٧ – د. فتحي عبد الرحيم :

نظرية الحق ، دار القلم بالمنصورة (١٩٩٩) ص ٣٥

<sup>(٧٤)</sup> Henri et Léon Mazeaud : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle , Paris , 6ème éd. , t. 1, no. 295 , p. 395 – G. Marty et P. Raynaud Droit Civil 3ème éd. , 1960 , no. 6 p. 5

مصر بالفجالة (١٩٥٤) ج ٢ ص ٢٣٥ – احمد سلامة : نظرية الحق ، الطبعة الخامسة ، مكتبة عين شمس رقم ٢٧ ص

أو مراجع الحسابات في سمعته المهنية أو لتاجر في أمانته أو في جودة البضاعة التي يعرضها أو الطعن في مصداقية رجل الأعمال وقدرته الائتمانية مما يلحق خسارة مالية بالمضرور نتيجة إجحام العملاء والبنوك عن التعامل معه<sup>(٧٥)</sup>.  
وقد تخطى القضاء في النظم الأنجلو أمريكية هذه المشكلة بالاعتراف صراحة في أحكامه بتقويم هذا الحق بالنقد حيث يسمح للمدعي بالحصول علي : أ- تعويض يعادل الضرر الحقيقي ؛ ومثاله أن يثبت صاحب دكان أنه بسبب التشهير انخفض عدد الزبائن المعتاد تردها علي محله<sup>(٧٦)</sup> ؛ ب- تعويض خاص في حالتين : الأولى حالة التشهير بالقول slander والذي ليس محل دعوى بذاته ، إذا أثبت المدعي خسارة مبلغ معين أو ميزة مؤقتة يمكن تقويمها بالنقد ، إن لم تكن خسارة مبالغ نقدية بذاتها<sup>(٧٧)</sup>. والحالة الثانية هي فعل التشهير من شخص ثالث أدى إلي إجحام شخص ثاني عن التعامل مع الشخص الأول أو فرض عليه شروطاً أشد قسوة<sup>(٧٨)</sup>.  
وقد يكون الشخص الثاني صاحب العمل الذي يعمل لديه الشخص المقذوف فينذره بالطرد من العمل<sup>(٧٩)</sup>. فالفكر الأنجلو أمريكي يميز بين تكامل الاعتبار المهني وقيمه القابلة للتقويم بالنقد وبين الآثار المالية والمعنوية التي يمكن أن تنشأ نتيجة فعل التشهير<sup>(٨٠)</sup>.

13/1/2 - ثانياً : قابلية الحق في السمعة للانتقال إلى الورثة : باستبعاد الضرر المرتد ، موضوع بحث مستقل في الفصل الأول من الباب الثالث ، والذي قد يستفيد الورثة أو غيرهم من التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية. هل يمكن القول بامتداد شخصية الميت المشهر ضده إلي ورثته بحسبانهم خلفه العام أم أن سمعة الشخص تنتهي بمجرد الوفاة ولا ينتقل الحق في السمعة إلي أحد بعد وفاته ؟ هذا السؤال ليس في مادة الحساب حيث تكون الإجابة دائماً قاطعة في اتجاه واحد ، وإنما هو سؤال استهلاكي لموضوع جدلي ، اختلفت فيه آراء الفكر القانوني بين معارض ومؤيد ولكل وجهة نظره.

<sup>(٧٥)</sup> محمد ناجي ياقوت : فكرة الحق في السمعة ، المرجع السابق رقم ٧١ - عبد الرحمن محمد إبراهيم خلف : الحماية

الجنائية للحق في الشرف والاعتبار ، رسالة الدكتوراه السابقة رقم ٥٦ ص ٨٠ - بشر احمد صالح : مسؤولية الصحفي

المدنية ، رسالة الدكتوراه السابقة ص ٤٥٩ وما بعدها

<sup>(٧٦)</sup> Harrison v. Pearce (1858) 1 F. & F. 567 - Black v. Lovering (1885) 1 T. L. R. 497 -

Ratcliffe v. Evans [1892] 2 Q. B. 524 - Dingle v. Associated Newspapers Ltd. [1964] A. C. 371 - Lewis v. Daily Telegraph Ltd. [1963] 1 Q. B. 340 , C. A. [1964] A. C. 234

Chamberlain v. Boyd (1883) 11 Q. B. D. 407 <sup>(٧٧)</sup>

Alcott v. Millar's Karri and Jarrah Forests (1904) 91 L. T. 722 <sup>(٧٨)</sup>

Speake v. Hughes [1904] 1 K. B. 138 - Longdon - Griffiths v. Smith [1950] 2 ALL E. <sup>(٧٩)</sup>

R. 662 at 678

<sup>(٨٠)</sup> د. محمد ناجي ياقوت : فكرة الحق في السمعة ، المرجع السابق رقم ٧١ ص ٥٠

علي جانب الرافضين لفكرة انتقال الحق إلي الورثة<sup>(٨١)</sup> يرون أن الحق في السمعة ، لكونه أحد حقوق الشخصية ، ينقضي ب وفاة صاحبه. ومن ثم لا ينتقل للورثة لأن الضرر انتهى بموته ولا يستطيع أحد من الورثة سواء باعتباره من الخلف العام أو لحسابه امتداد لشخصية المورث ، أن يرفع الدعوى باسم الميت ، سيما وأن فكرة امتداد الشخصية هو نوع من الحيل القانونية لا يجوز التوسع فيها<sup>(٨٢)</sup>.

و علي الجانب الآخر نجد المشايخين لفكرة انتقال هذا الحق إلي الورثة يؤسسون رأيهم علي وجوب التفرقة بين وظيفتين للحقوق اللصيقة بالشخصية : أحدهما تتضمن حماية الكيان المادي والأخرى تحمي الكيان المعنوي<sup>(٨٣)</sup>. الأولى تنتهي باندثار الكيان المادي بالوفاة. أما الثانية وهي خاصة بالحق في السمعة فإن الكيان المعنوي للشخصية يظل موجوداً حتى بعد الوفاة. لذا يجب التسليم بانتقال هذا الحق للورثة للدفاع عن ذكرى المرحوم. وواقع الأمر إذا سلمنا بصحة هذه النتيجة فإنه ليس اختلاف في الوظائف أو حتى في الطبيعة وإنما هو اختلاف في أقسام حقوق الشخصية وفقاً لاختلاف هدف كل قسم.

ومن جانب الممارسات التطبيقية في القانون المقارن نجد أن قانون العقوبات المصري لا يعاقب علي قذف أو سب الأموات علي مقتضى أن الشرف والاعتبار أحد واجهات الشخصية تختفي بزوالها بالموت<sup>(٨٤)</sup>. ويختلف القانون الإيطالي عن القانون المصري إذ تقضى المادة (٥٩٧) من قانون العقوبات الإيطالي بحماية ذكرى الموتى وتعاقب علي كافة الأفعال التي تضر بهذه الذكرى. والهدف من وراء هذا

<sup>(٨١)</sup> رياض شمس : حرية الرأي وجرائم الصحافة والنشر (١٩٤٧) ص ٦٧ - السنهوري : الوسيط ، ج ١ فقرة ٦١٦ ص

٩١٩ هامش (١) - السعيد مصطفى السعيد : الأحكام العامة في قانون العقوبات ، دار المعارف ط . ٤ (١٩٦٢) رقم

٣٣٣ ص ٣٧٣ - آمال عثمان : المقالة السابقة ، ص ٧٨٥ - حسين عامر : المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية ، دار

المعارف (١٩٧٩) ص ٤١٦ - د. محمود محمد مصطفى ، القسم الخاص ، المرجع السابق ص ٣٥٤ - احمد فتحي سرور

، القسم الخاص ، المرجع السابق رقم ٤٧٧ ص ٧١٢ - محمود نجيب حسني ، القسم الخاص ، المرجع السابق ، رقم

٨٤٧ ص ٦٢٥ - ومن الفقه الفرنسي : « La jurisprudence en matière de droit civil » R. Nerson :

In Rev. Trim. de Droit Civil , 1971 , p. 362 - M. Planiol , G Ripert et P. Esmein : Traité , opcit , no. 587 , p. 822 - Savatier : Traité , opcit , p. 210

<sup>(٨٢)</sup> ناجي ياقوت : المرجع السابق ، رقم ٧٣ ص ٥٢ والمراجع المشار إليها في هامش (٣٠٥) - انظر علي وجه الخصوص

من الفكر الفرنسي : P. Kayser : " Le secret de la vie privée et la jurisprudence civil " , Mélange

R. Savatier , (1965) p. 415

<sup>(٨٣)</sup> P. Blandel : " La Transmission d'un cause de mort des droits extrapatrimoniaux , des

droits patrimoniaux à caractère personnel " , Bib. Dr. Privé , Paris (1969) p. 65

كل من : عبد الرحمن خلف ، الرسالة السابقة ، ص ٧٥ هامش (٣) وبشر احمد صالح ، رسالة الدكتوراه السابقة ص

٤٦٢ و د. ناجي ياقوت : فكرة الحق في السمعة ، المرجع السابق هامس (٣٠٩)

<sup>(٨٤)</sup> محمود نجيب حسني ، المرجع السابق رقم ٥٣١ ص ٥٢٣ - محمود مصطفى ، المرجع السابق رقم ٣١٥ ص ٣٥٢ -

احمد فتحي سرور ، المرجع السابق رقم ٤١٢ ص ٥٦٦ - آمال عثمان ، المقالة السابقة ص ٧٨٥

الاتجاه التشريعي هو تحقيق الطمأنينة لدى الأفراد بأن الموت سوف لا يترتب عليه إنكار ذاتهم<sup>(٨٥)</sup>.

وفي فرنسا قد يشكل الاعتداء علي ذكرى الأموات ضرراً معنوياً للأحياء مما يخولهم المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر. وقد حكم بهذا المعنى عندما وقع الاعتداء من الصحافة علي شرف واعتبار رجل متوفى وانعكس أثره علي أرملته التي علي قيد الحياة. وأسست المحكمة دعوى التعويض بناء علي المادة (١٣٨٢) من التقنين المدني الفرنسي<sup>(٨٦)</sup>. ولورثة المتوفى حق الحصول علي تعويض نتيجة التشهير بمورثهم بشرط ثبوت وقوع ضرر شخصي لهم ناتج من الاعتداء علي ذكرى مورثهم<sup>(٨٧)</sup> وذلك وفقاً لقواعد الضرر المرتد.

ويمكن للورثة الأحياء أيضاً طلب التعويض إذا شكل الاعتداء علي ذكرى مورثهم جريمة قذف أو سب ضدهم بقصد المساس بشرف واعتبار الزوجة أو جميع الموصي لهم بكل المال légataires universels الأحياء وفقاً للمادة (٣٤) من قانون الصحافة الصادر في ٢٩ يولييه ١٨٨١. وتقوم هذه الجريمة علي أركان ثلاثة : ١ - الإهانة الموجهة لسمعة المورث ، ٢ - أن ترتكب جريمة القذف أو السب ضد الورثة الأحياء ، ٣ - أن يتوافر لدى الفاعل نية المساس بشرف الورثة الأحياء<sup>(٨٨)</sup>. وإن كان ما ورد في هذه المادة يتطابق مع حق الورثة في الحصول علي التعويض بموجب القاعدة العامة التي تنص عليها المادة (١٣٨٢) من التقنين المدني<sup>(٨٩)</sup>.

وقد خطا المشرع الفرنسي خطوة أكثر في تقرير حق الرد للورثة علي القذف أو السب الموجه ضد مورثهم سواء توافرت أو لم تتوافر نية الفاعل في مهاجمة شرف الورثة الأحياء أو خدش اعتبارهم. ويؤكد المشرع الفرنسي بعدم اشتراط توافر هذا القصد علي أن الحق المقصود حمايته ، باستعمال حق الرد ، هو حق المورث المتوفى في شرفه واعتباره وليس حق الوارث<sup>(٩٠)</sup>.

وفي النظام الأنجلو أمريكي يتقرر الحق في السمعة للأشخاص أثناء حياتهم فقط. ولا تقبل دعوى التشهير عن شخص متوفى<sup>(٩١)</sup>. وظلت هذه القاعدة دون تغيير في القانون العام الإنجليزي حتى بعد صدور قانون الإصلاح في عام ١٩٣٤ ، القسم (١/١). كما أكد استمرار سريانها تقرير لجنة قانون التشهير (٧٥٣٦) الفقرات ٢٧ - ٢٩. كما أوصت لجنة نيل بعدم تغييرها. واستقرت المحاكم الأمريكية أيضاً علي انقضاء الحق في السمعة بوفاة صاحبه علي أساس اتصال هذا الحق بشخصية

(٨٥) آمال عثمان : المقالة السابقة ص ٧٨٥ هامش (١) ، وتشير في هذا الرأي إلي الفقيه الإيطالي انتوليري

Rennes 31 mai 1951 , D. 51 , 484 , note Lalou

note Lalou sous Paris 15 janv. et 22 mars 1932, D P 32, 2, 119 – Paris 8 nov. 1954, D.

54, 785

Paris 4 juill. 1984, GP 84, 2, Som., 291 – 17 janv. 1985, JCP, no. 11, Act.

Civ. 2, 22 juin 1994, B. 11, no. 165 , J C P 94, 1, 3809, no. 4, obs. Viney , D. 95, Som.

288, obs. T. Massis , arrêt de princip

Cass. crim. , 14 juin 1972, Bull. crim., 205, R .S.C. 1974 , 373

Broom v. Ritchie (1904) 6 F. 942



صاحبه اتصالاً وثيقاً تجعله يدور معه وجوداً وعدماً. ومع ذلك فإن بعض الولايات تجرم الاعتداء علي ذكرى الموتى تحت دعوى حماية المصلحة العامة<sup>(٩٢)</sup>.

14/1/2 - رأي الباحث : لنستبعد أولاً تجريم الاعتداء علي سمعة الأموات لسبب منهجي يتعلق بالإطار العام لهذا البحث ولأنه منوط بأساتذة القانون الجنائي. تبقى بعد ذلك المسؤولية المدنية ويتمثل الجزاء فيها إما بإعطاء حق الرد للضحية أو التعويض. وفي هذا الإطار هناك مواجهة بين قيمتين الأولى قانونية تقضى بأن السمعة وهي حق مرتبط بشخصية الإنسان ومكانته بين أهله وذويه ومن ثم تنقضي ، بموجب المنطق القانوني ، بموت الشخص. والقيمة الثانية هي الدفاع عن ذكرى هؤلاء الأموات. تجاوز النظام الأنجلو أمريكي هذه المعضلة ، ربما يقال بالهروب من المسألة من أساسها ، بعدم سماع دعوى التشهير ضد الأموات. وهو اتجاه عملي ينظر للميت علي أنه وهل يفيد الشاة بعد ذبحها سلخها .. . ويتفق مع الاتجاه المادي. لكن هذا الفكر قد لا يتفق مع العقلية الشرقية أو عقلية البلاد ذات الحضارات التي تهتم دائماً بالتاريخ ومنها مصر وفرنسا وإيطاليا. ويمكن الاجتهاد في ذلك بالقول بأن التعويض النقدي قد لا يكون في بعض الحالات لدى البعض يسعون إليه عند التعرض لذويهم من الأموات وأن تشويه سمعة مورثهم أكبر من أي مقابل نقدي. يظل العلاج متاح وهو تمكين الورثة من الرد للدفاع عن سمعة مورثهم. لنقل أن تركة الميت تنتقل إلي الورثة ، يدور في الذهن سريعاً التركة المالية من أموال وعقارات وهي تنتقل محملة بمالها وما عليها من ديون. يقوم الورثة بالوفاء بما عليها واستيفاء حقوقهم. فهي إذاً يمكن تسميتها بالتركة المادية. وفي نفس الوقت يمكن إطلاق تسمية التركة المعنوية علي السمعة التي يتركها المتوفى يستظل الورثة بها متمتعين بجذورهم الحميدة وأصولهم العريقة وهذا هو جانب الأصول في التركة. ويهبون للدفاع عنها في حالة النيل منها بدون وجه حق. ويتفق هذا القول مع مسلمات أن حق الرد هو جزء من حرية التعبير المفروض كفالتها لجميع الناس. وأن هذا الرأي تطبيق للفن القانوني المتمثل في الضرر المرتد. لأن الضرر لا يصيب الضحية الأصلي وإنما يصيب المنتمين إليه من الأحياء.

## المبحث الثاني

### التنظيم المقارن للحق في السمعة

#### المطلب الأول : الحق في الشرف والاعتبار في النظم اللاتينية

15/1/2 - الملاحظة الجديرة بالذكر قبل استعراض التنظيم القانوني لحماية الحق في السمعة في فرنسا ومصر هي إجماع فقه القانون المدني عن الخوض في تفاصيل صور الاعتداء علي هذا الحق ، تاركين المجال لفقه القانون الجنائي. وذلك علي عكس سلوكهم في دراسة الحق في الخصوصية وعلي عكس مسلك الفقه الأنجلو

<sup>(٩٢)</sup> انظر في ذلك د. ناجي ياقوت : المرجع السابق ، ص ٥١

أمريكي الذي يفرد مساحات واسعة لدراسة الفعل الضار التشهير. ويرجع السبب في ذلك إلي أنه في فرنسا لم يورد المشرع في القانون المدني نصاً مثيلاً للمادة التاسعة التي تنظم وتحمي الحق في احترام الحياة الخاصة ، ليحمي الحق في السمعة أو الشرف والاعتبار. لذلك اكتفى فقه القانون المدني بالنظر إلي هذا الحق من خلال المبدأ العام الذي تقضى به المادة (١٣٨٢) مدني فرنسي ، وفي مصر المادة (١٦٣) مدني مصري في المسؤولية عن الفعل غير المشروع. وعلي النقيض من ذلك فإن الفقه الأنجلو أمريكي ، نتيجة لإفراد أبواب خاصة في كتب الفعل الضار للتشهير وصدور تشريعات برلمانية مثل قانون التشهير في المملكة المتحدة الصادر في عام ١٩٥٢ والمعدل بالقانون الصادر في عام ١٩٩٦ ، تصدى بإسهاب في بيان أركان وعناصر الفعل التشهيري.

وفي مصر جاءت عبارة المادة (٥٠) من القانون المدني عامة تتحدث عن الحقوق الملازمة للشخصية (حقوق الشخصية) دون حصر أو ذكر لبعضها. وحتى المادة (٥١) حينما ذكرت أحد صور الاعتداء علي حقوق الشخصية حددت الاعتداء علي الاسم وهو أحد مظاهر الاعتداء علي الحق في الخصوصية. وعامل آخر هو سلوك المشرع الذي نظم الحماية من خلال القانون الجنائي وقوانين أخرى غير القانون المدني مثل قانون الصحافة في فرنسا الصادر في ٢٩ يولييه ١٨٨١. وحتى المشرع المصري ركز صراحة في القانون رقم (٩٦) لسنة ١٩٩٦ في المادة (٢١) علي عدم التعرض للحياة الخاصة للمواطنين وتكلم عن التشهير في عبارات غامضة "تناول مسلك المشتغل بالعمل العام أو الشخص ذي الصفة النيابية العامة أو المكلف بخدمة عامة إلا إذا كان تناول وثيق الصلة بأعمالهم ومستهدفاً المصلحة العامة". كما أغفلت اللائحة التنفيذية عند بيانها لواجبات الصحفيين ذكر واجب عدم المساس بسمعة الأفراد<sup>(٩٣)</sup>. ومع ذلك فقد ورد نص في ميثاق الشرف الصحفي الذي وافق عليه المجلس الأعلى للصحافة علي إصداره بتاريخ ١٩٩٨/٣/٢٦ في : ثانياً : الالتزامات والحقوق (م/٥) : "الالتزام بعدم استخدام وسائل النشر الصحفي في اتهام المواطنين بغير سند أو في استغلال حياتهم الخاصة للتشهير بهم أو تشويه سمعتهم ..".

ولعل إنكار البعض لهذا الحق واعتباره مجرد حرية يتمتع بها الشخص وأن تخلف ركن المحل وعنصر الاستنثار جديرين بنفي صفة الحق عنه<sup>(٩٤)</sup> كان مبرراً لهذا التجاهل. وذلك فضلاً عن أن تراث فقه الشريعة الإسلامية يكشف عن تأثير الفكر العقابي ، حداً أو تعزيراً ، جزاء ارتكاب الفعل غير المشروع الذي ينتهك به هذا الحق. ولم يكن مدخل فكر الضمان أو التعويض المالي إلا اجتهاد من بعض الباحثين المعاصرين.

### أشكال الاعتداء علي الحق في السمعة:

<sup>(٩٣)</sup> صدرت هذه اللائحة من المجلس الأعلى للصحافة بالقرار رقم ١٠ لسنة ١٩٩٨ المنشور في الوقائع المصرية ، العدد

(١٧٤) في ١٩٩٨/٨/٥

<sup>(٩٤)</sup> راجع سابقاً بند رقم 8/1/2

## أولاً : القذف:

16/1/2 - يعرف فقهاء القانون الجنائي القذف بأنه "إسناد واقعة محددة تستوجب عقاب من تنسب إليه أو احتقاره إسناداً علنياً عمدياً"<sup>(٩٥)</sup>. وعرفته المادة (٢٩) من قانون الصحافة الفرنسي بأنه "كل إخبار أو إسناد بواقعة من شأنها أن تصيب شرف أو اعتبار الشخص أو الهيئة محل الاتهام بهذه الواقعة ، وأن الإذاعة بطريق مباشر أو إعادة إذاعة هذه المزاعم أو الإسناد معاقب عليه ولو تمت إذاعته بشكل تشكيكي أو كان موجهاً ضد شخص أو هيئة لم يذكر بشكل صريح متى كان تحديده ممكناً من خلال العبارات أو الصراخ أو التهديد أو الكتابة أو المطبوعات أو الإعلانات والملصقات محل التجريم"<sup>(٩٦)</sup>. ونصت المادة (٣٠٢) من قانون العقوبات المصري علي أنه "يعد قاذفاً كل من اسند لغيره بواسطة إحدى الطرق المبينة بالمادة (١٧١) من هذا القانون أموراً لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسند إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناً أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه". كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه "القذف الذي يستوجب العقاب قانوناً هو الذي يتضمن إسناد فعل يعد جريمة يقرر لها القانون عقوبة جنائية أو يوجب احتقار المسند إليه عند أهل وطنه"<sup>(٩٧)</sup>.

استخدم المشرع الفرنسي تعبيرَي الإسناد والإخبار. الأول يعنى نسبة الأمر إلي شخص المقذوف علي سبيل التأكيد بينما الثاني يعنى الرواية عن الغير أو ذكر الخبر محتملاً الصدق والكذب. لكن المشرع المصري أورد لفظ الإسناد فقط. ومع ذلك فإن الفقه المصري يرى ، من قراءة النص الفرنسي الذي يعتبره أصلاً للنص المصري ، ومن التطبيقات القضائية المصرية ، عدم التفرقة بين تعبيرَي الإسناد والإخبار ومن ثم يتحقق القذف سواء كانت الصيغة المستعملة تأكيدية أو تشكيكية<sup>(٩٨)</sup> ، علي وجه الجزم واليقين أو علي وجه الشك والظن ، ومن ثم فإن أفعال الإخبار أو الرواية عن الغير في شكل خبر أو إشاعة تقوم بها جريمة القذف<sup>(٩٩)</sup>. ويستوي في القذف المعاقب

<sup>(٩٥)</sup> محمود نجيب حسنى : المرجع السابق ، فقرة ٥١٠ ص ٥٠٥ - محمود محمود مصطفى ، القسم الخاص ، المرجع

السابق ص ٣٤٦ - عبد الرحمن محمد إبراهيم خلف : رسالة الدكتوراه السابقة ص ٦٨

<sup>(٩٦)</sup> Michél Verson : Droit pénal spécial , 3éd. , Paris (1988) p. 166 - Michél Laure Rassat :

Droit pénal spécial , 6éd. Dalloz (1988) p. 321

<sup>(٩٧)</sup> الطعن رقم (١١٨٧) لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٦/٢/٨ ، س ١٧ ، ص ١٠٦ - الطعن رقم (٦١٥) لسنة ٤٠ ق ،

جلسة ١٩٧٠/٥/٣١ س ٢١ ، ص ٧٥٦ ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية ، الإصدار الجنائي للأستاذين حسن

الفكهازي وعبد المنعم حسن ، طبعة (١٩٨١) ج ٦ ، ص ٢٣٣ ، ٢٣٤

<sup>(٩٨)</sup> د. محمود محمود مصطفى ن القسم الخاص (١٩٦٤) ص ٣٢٥ - آمال عثمان : المقالة السابقة ، ص ٣٩

<sup>(٩٩)</sup> نجيب حسنى : المرجع السابق ص ٦١٩ - انظر أيضاً أحكام محكمة النقض المصرية : ١٦/١/١٩٥٠ س ١ ، ق ٨٣

ص ٢٥١ ؛ ٢٠/١٢/١٩٦٠ س ١١ ، ق ١٨١ ص ١٨١ - حكم محكمة باريس في ١٩٣٧/٧/٧ منشور في دالوز

(١٩٣٧) ص ٤٩٠

عليه أن يكون الإسناد صريحاً أو ضمنياً ، عن طريق الاستعارة أم الكناية أم التورية أم التلميح<sup>(١٠٠)</sup> .

17/1/2 - أنواع القذف : من قراءة نص المادة (١/٣٠٢) عقوبات مصري يمكن تقسيم القذف إلي نوعين. الأول : قذف موضوع الإسناد فيه يشكل جريمة مُعاقب عليها قانوناً. مثال ذلك قذف شخص بأنه ارتكب جريمة رشوة أو سرقة أو نصب أو اغتصاب. والعقاب قد يكون لارتكاب جناية أو جنحة ولا خلاف فقهي في ذلك. وإنما الخلاف ثار بمناسبة مدى اعتبار القذف بارتكاب جنحة يحقق ركن الإسناد من عدمه. يوجد رأي ، جدير بالتقدير ، يخرج الإسناد بالمخالفات عموماً من الإسناد المطلوب لجريمة القذف ، لأن المعيار الحاسم في تقرير ذلك أن يكون الإسناد ماساً بالشرف والاعتبار وحيث أن المخالفات لا تتضمن مساس بالشرف والاعتبار ، مثال ذلك إذا أسند إلي شخص أنه خالف إشارة مرور أو تأخر في قيد مولود ، فلا يُعد ذلك قذفاً لأن مثل هذه الوقائع لا يترتب عليها الإضرار بالسمعة الأدبية للفرد<sup>(١٠١)</sup>. إلا أن الباحث وإن كان يوافق علي هذا الرأي إلا أنه يتحفظ علي إطلاق الرأي بأن المخالفات ، بصفة عامة ، لا تمس السمعة فقد يكون النظر إلي ارتكاب مخالفات المرور دليل علي أن سلوك المخالف يتسم بالرعونية والاستهتار أو الطيش وعدم المبالاة وهي كلها صفات تشين السمعة. ومن المسائل الأخرى التي أثارت الخلاف هي مدي اعتبار الإسناد بالفعل الذي يستحق عقوبة تأديبية إدارية يستحق التجريم في جريمة القذف. استقر الرأي علي اعتبار تحقق الركن المادي وهو الإسناد في هذه الحالة<sup>(١٠٢)</sup> .

النوع الثاني هو القذف بالألفاظ تُهين وتحقر الضحية عند أهل وطنه أو في الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه. وهو ما يتضمن الإسناد فيها أموراً تخالف الآداب العامة وحسن السلوك. مثال ذلك أن ينسب إلي المدعي أنه يؤجر شقة مفروشة لمن هب ودب ، ويقيم فيها حفلات صاخبة ولعب ميسر<sup>(١٠٣)</sup> . أو أن تشمل الألفاظ طعناً في الأعراض كاتهام شخص بأنه يعاشر خادمته ، أو إذا نُسب إلي طبيب أنه أهمل في علاج المريض لأنه لم يعطه الأجر المطلوب. أو أن محامياً أهمل في الدفاع عن المتهم لأنه منتدب من قبل المحكمة. أو يُنسب إلي تاجر أنه يغش في الميزان<sup>(١٠٤)</sup> .

الركن المادي في القذف:

18/1/2 - الإسناد تعبير عن فكرة أو معنى فحواه نسبة واقعة معينة إلي شخص محدد لو صدقت لاستوجبت عقابه أو تحقيره<sup>(١٠٥)</sup> . يجب أن تكون الواقعة محل الإسناد

<sup>(١٠٠)</sup> نقض مصري جلسة ١٩٣٣/١٢/١١ م ق ق ، ح ٣ ، ق ١٧٢ ص ٢٢٠

<sup>(١٠١)</sup> د. آمال عثمان : المقالة السابقة ص ٤٧

<sup>(١٠٢)</sup> محمود نجيب حسنى : المرجع السابق ص ٦٢٨ - د. مدحت عبد العال : رسالة الدكتوراه السابقة ص ٨٨

<sup>(١٠٣)</sup> طعن رقم ٦١٥ لسنة ٤٠ ق ، جلسة ١٩٧٠/٥/٣١ ، أحكام النقض س ٢١ ص ٧٥٦

<sup>(١٠٤)</sup> إبراهيم محمد محمد حسن : رسالة الدكتوراه السابقة ص ٣١-٣٢

<sup>(١٠٥)</sup> د. نجيب حسنى : المرجع السابق ص ٣٩٦

معينة ومحددة ، علي خلاف جريمة السب ، فالإسناد الغامض غير المحدد لا يصلح أن يكون سبباً لاتهام الفاعل في جريمة القذف ، وذلك أياً كانت درجة خطورته<sup>(١٠٦)</sup>. وليس من اللازم لتوافر صفة التعيين والتحديد أن تتضمن العبارات كافة الخصائص المحددة لها مثل الزمان والمكان والوسيلة والأشخاص وخلافه ، بل يكفي أن تتضمن قدراً من الواقعية مما يجعلها تبدو محتملة التصديق<sup>(١٠٧)</sup>. أي أن تتخذ عبارات الإسناد شكل تقرير محدد لوقائع من شأنها دون صعوبة أن تكون موضوعاً لإثبات أو مناقشة بين أطراف<sup>(١٠٨)</sup>.

ولا يشترط في الواقعة المسندة أن تكون غير مشروعة ، فبعض الأعمال المشروعة تعتبر وصمة أخلاقية كلعب القمار<sup>(١٠٩)</sup>. ولا عبرة بالأسلوب التي تُصاغ به عبارات القذف سواء كانت في صيغة استفهامية أو افتراضية أو في قالب مدح. فمتى كان المفهوم من العبارات أن المراد بها إسناد أمر شائن إلي شخص المقذوف بحيث لو صح ذلك الأمر لأوجب عقاب من اسند إليه أو احتقاره عند أهل وطنه ، أي يكون الإسناد مستحقاً للعقاب أياً كان القالب الذي صيغ به<sup>(١١٠)</sup>.

وتحديد الوقائع الماسة بالشرف والاعتبار في مصر منوط بقاضي الموضوع يستظهر في كل علي حدة مرامي العبارات ودلالاتها من تحصيله لفهم الوقائع في الدعوى. وقد يحتكم في ذلك إلي العرف السائد لأن لبعض الألفاظ معنى لغوياً لا يشين المجني عليه ولكن لها مدلول عرفي يחדش من شرفه واعتباره. ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض ما لم يخطئ في التطبيق القانوني علي الواقعة<sup>(١١١)</sup>. أما في القضاء الفرنسي وفقه الشريعة الإسلامية فيسود الأخذ بمعيار "الصلاحية للإثبات" ، فإن كانت عبارات القذف تصلح لأن يُقام الدليل علي صحتها أو كذبها أي حصولها أو عدم حصولها ، فإن أقيم الدليل عليها فهي محددة وإن استحال ذلك فهي غير محددة وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المعيار بقولها : "يتعين أن يتخذ الإسناد شكلاً محدداً لوقائع من شأنها أن تكون دون صعوبة موضوعاً للإثبات"<sup>(١١٢)</sup>.

<sup>(١٠٦)</sup> انظر في ذلك أحكام النقض جنائي فرنسي المشار إليها في : ناجي ياقوت : فكرة الحق في السمعة هامش (١٨٤) -

وكذلك د. آمال عثمان : المرجع السابق ص ٤١

<sup>(١٠٧)</sup> Antolisei Francesco : Manuale di diritto penale , parte a generale , Milano Giuffre

143 p. (1960) مشار إليه في بحث د. آمال عثمان السابق ص ٤٢

<sup>(١٠٨)</sup> ناجي ياقوت : المرجع السابق ص ٣٤-٣٥ وأحكام النقض الجنائي فرنسي المشار إليها في هامش (١٨٥)

<sup>(١٠٩)</sup> بشر أحمد صالح : المرجع السابق ص ٨٩

<sup>(١١٠)</sup> نقض ١٩٣٣/١٢/١١ في مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً ، الجزء الثاني ص ٧٢٧ - طعن رقم ٤٣ لسنة ٤ ق

، جلسة ١٩٣٣/١٢/١١ ، الموسوعة الذهبية ج٦ ص ٢٣٠

<sup>(١١١)</sup> نقض ٢ نوفمبر ١٩٦٥ ، في مجموعة أحكام النقض س ١٦ ، ص ٧٨٧

<sup>(١١٢)</sup> T. G. I. Paris 14 déc. 1988 , Gaz. Pal. 4. 7 fév. 1990, 50 mn مشار إلي هذا الحكم في بشر احمد

ويتسع نطاق واقعة القذف ليشمل الوقائع الإيجابية والسلبية مثل الإسناد لشخص بأنه لم يسدد دينه ، كما يشمل أيضاً الوقائع النفسية ، كما لو نسب لشخص أنه عقد التصميم علي ارتكاب جريمة ، لأن التصميم في ذاته واقعة نفسية تنتمي إلي الماضي<sup>(١١٣)</sup>. وقد يتخذ القذف قالب القول الشفوي ، الصياح ، الكتابة ، الصور ، الرموز ، الرسوم دون التفرقة التي يعرفها النظام القانوني الأنجلو أمريكي بين القذف بالقول (الشفوي) والقذف بالكتابة<sup>(١١٤)</sup>.

أهم ما يميز التنظيم اللاتيني عن التنظيم الأنجلو أمريكي للحق في السمعة هو أن الأول لا يشترط ولا يهم في فعل الإسناد أن تكون الوقائع المسندة صحيحة أو غير صحيحة<sup>(١١٥)</sup> وذلك علي عكس الفكر الأنجلو أمريكي وفقهاء الشريعة الإسلامية حيث تكون صحة الواقعة المسندة دفعا لدرء مسئولية الفاعل كما سيبين فيما بعد.

19/1/2 - بالنظر إلي أن الحق في السمعة هو أحد حقوق الشخصية وأن عنصري الشرف (الجانب الموضوعي) والاعتبار (الجانب الشخصي) يكونان الصفات العامة للفرد سواء علي المستوى الفطري أو البيئي أي المكانة الاجتماعية ، فإن الإسناد في القذف يتجه بالقطع إلي الشخصية الطبيعية. فالفرد /الإنسان هو محل الحماية بالدرجة الأولى وفقاً لسياق هذا البحث بغض النظر عن شخصيته أو مركزه الأدبي أو الاجتماعي وبقطع البصر عن ظروفه الشخصية كسنه وعقله وإدراكه ومهنته ومدى جدارته الحقيقية بالاحترام. أي أن الحق في السمعة وفقاً للرأي السائد في كل من فرنسا ومصر يثبت للقاصر والمحجور عليه ، والغائب ، والمجرم الذي أشتهر بسوء سمعته واحترافه الإجرام<sup>(١١٦)</sup>.

ومع ذلك فهناك رأي مخالف يري أن هذا القول خلط بين جانبي الحق في السمعة. وأن الرأي السائد إن صح بالنسبة للجانب الموضوعي. فإنه لا يصلح بيقين بالنسبة للجانب الشخصي لهذا الحق. وتطبيقاً لهذا الرأي فإن المجرم الذي احترف الإجرام أو العاهرة التي احترفت الدعارة أو المحجور عليه ، يتمتع بالحق في الشرف والكرامة الأدبية الذي يثبت لكل إنسان. لكنه لا ينبغي أن يتمتع بالحق في الاعتبار أو المكانة الاجتماعية الذي يتوقف ثبوته علي الجدارة الاجتماعية بالتقدير

(١١٣) محمود نجيب حسنى : المرجع السابق ص ٦٢١

(١١٤) آمال عثمان : المرجع السابق ص ٨-٥

(١١٥) نقض فرنسي ١٦ مارس ١٩٤٨ ، ١٨ إبريل ١٩٥٠ ، ١٤ يونيو ١٩٥١ ، ٢ إبريل ١٩٥٢ ، ٣ مايو ١٩٥٥

مذكورين في Marcel Rousselet ، مشار إلي هذا المرجع والقضايا المذكورة في بحث د. آمال عثمان السابق ص ٥٧

هامش (١)

(١١٦) آمال عثمان : المرجع السابق ص ٤٨ هامش (٣) نقلاً عن الفقيه انتوليزي - د. محمود نجيب حسنى : المرجع السابق

فقرة ٥٨ ص ٥٧ - نقض مصري جلسة ١٠/٤/١٩٣٠ م ٢ ، ق ٢٠ ص ١٢-١٨ - Cass. Crim. 18 janv.

1950, D., 1950, p. 84.,--- Cass. Crim. 18 mars 1881 Sire, 1881-1- 435 - Cass. Crim. 18 mai 1872, D.B. , 1872-1- 152 - Cass. Civ. 17 mai 1886, D. B. 1887, 1-54 -- Cass. Civ. 15 nov.

1900, D. B. , 1901, 1, 286

والاحترام<sup>(١١٧)</sup>. ويتحيز الباحث للرأي الأول السائد. إذ أن كل من عنصرَي الحق في السمعة رغم اختلافهما في المعنى وتفرد كل عنصر منهما عن الآخر إلا أنهما في حقيقة الأمر متزاوجان يشكلان في تكامل الحق في السمعة. وأن دراسة كل عنصر علي حدة هو من قبيل البيان النظري للعناصر المكونة لهذا الحق تماماً كالقول بتقسيم الذرة إلي نيوترونات وإلكترونات. فالاعتداء علي الحق في السمعة منظوراً إليه من أي جانب ، شخصي أو موضوعي ، هو في النهاية فعل ضار يشكل انتهاكاً لهذا الحق. فالقذف بالإجرام في حق شخص ، يُقال أنه احترف الإجرام ، أو في حق أنثى بممارسة الدعارة علي زعم من القول بأنها احترفت الدعارة هو في النهاية قذف كامل غير منقوص ، حقيقة قد لا يكون لهم مكانة اجتماعية تحظى بالتقدير والاحترام إلا أنه لا يمكن إنكار إنسانية أو بشرية أي منهم وأنهم من خلال طبيعتهم البشرية يملكون الجانب الموضوعي أي الشرف. فليس هناك مجال للتجزئة. وبطبيعة الحال فإن الجانب الموضوعي يستغرق الجانب الشخصي فهو المحتوى العام. ونقطة أخرى جديرة بالاعتبار وهي أن الرأي الثاني التفاف علي الفكر اللاتيني الذي يجرم فعل القذف حتى ولو كانت العبارات المسندة صحيحة ، إذ أنه سيتجه بالتطبيق العملي إلي نفس نتيجة الدفع بالحقيقة أو صحة الوقائع المسندة المعمول به في الفكر الأنجلو أمريكي وفقه الشريعة الإسلامية. ومن ثم يصبح قذف العاهرة بعهرها أو من سبق له ارتكاب عدد من الجرائم بأنه عتيد الإجرام غير ماس بعنصر الاعتبار ، في حين أن فحوى عبارات القذف المسندة تمس عنصر الشرف المتمثل في الحفاظ علي كرامة الإنسان.

ومسألة تحديد شخصية المقذوف في حقه متروكة لقاضي الموضوع يستخلصها من الظروف المحيطة بوقائع القذف ومن فحوى العبارات. وإذا التبس الأمر نتيجة الغموض الذي يحيط بوقائع القذف ، في تحديد شخصية المسند إليه وسط مجموعة من الأشخاص يستطيع كل مضرور أن يدعى ضد القاذف<sup>(١١٨)</sup>.

20/1/2 - علانية الإسناد : يقصد بالعلانية نشر أو إذاعة موضوع الإسناد بحيث يتصل بعلم الجمهور بفعل أو قول أو كتابة أو تمثيل. وبدون العلانية لا تتحقق مساءلة

<sup>(١١٧)</sup> د. ناجي ياقوت : فكرة الحق في السمعة ن المرجع السابق ص ٤٣

<sup>(١١٨)</sup> د. عماد عبد الحميد النجار : الوسيط في تشريعات الصحافة ، مكتبة الأنجلو المصرية (١٩٨٥) ص ٢٥٣ - ومن

القضاء الفرنسي : Bilger – Crim. 15 avril 1921, Bull. crim.. no. 165 – Nancy 9 juill. 1964, D. 1966, 47, note Mimin – Cass.Crim. 10 janv. 1969, Bull. no. 35 – Cass. Crim. 16 mai 1973, Bull. Crim. no 225 – Cass. Crim. 12 oct. 1976, Bull. crim. no. 287 – Cass. Crim. 30 janv. 1978, Bull. crim. no. 36 – Montpellier, 27 mars 1991, Caz. Pal. 2-3 août 1991, note Critique

ومن القضاء المصري : نقض ١٠ إبريل ١٩٣٠ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٠ ص ٩ - نقض ١٨ إبريل

١٩٣٧ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٢١١ ص ٢٢٤ - ومن النقض الإيطالي ٢٠ يناير ١٩٥٢ ن مشار إليه في

بحث د. آمال عثمان السابق ص ٥٠ هامش (٢)

الجاني<sup>(١١٩)</sup>. وتتكون العلانية من عنصرين : الأول مادي وهو الوسائل والطرائق التي توصل عبارات القذف وصورها ثلاثة هي : علانية القول ، وعلانية الفعل أو الإيماء ، وعلانية الكتابة وفقاً للمادة (١٧١) من قانون العقوبات. وطرائق توزيعها بحيث تصل للجمهور متعددة لم ينص عليها القانون علي سبيل الحصر : ومثالها الجهر بالقول أو ترديده بإحدى الوسائل الميكانيكية في محفل عام أو طريق عام أو أي مكان مطروق<sup>(١٢٠)</sup> ، الإذاعة عن طريق البث الإذاعي المسموع (المذياع) أو المرئي (التلفاز)<sup>(١٢١)</sup> ، وقد أضاف المشرع الهاتف كطريقة إعلان بموجب المادة (٣٠٨) من قانون العقوبات ، توزيع الكتابة بغير تمييز لأشخاص لا تربطهم بصاحب المکتوب صلة خاصة<sup>(١٢٢)</sup> ، عرض الكتابة بحيث يستطيع أن يراها من يكون في مكان عام ، البيع ، العرض للبيع<sup>(١٢٣)</sup>.

والعنصر الثاني في العلانية هو قصد الإذاعة. فإذا انتفى هذا القصد انتفت مسؤولية القاذف<sup>(١٢٤)</sup>. ويتوافر هذا القصد إذا علم الناشر أن الوقائع المسندة توجب عقاب الشخص أو احتقاره. وهذا العلم مفترض إذا كانت العبارات المنشورة شائنة بذاتها. وعي العكس تنتفي المسؤولية إذا لم تكن العبارات شائنة بذاتها ولم يذكر اسم الضحية بما يسئ إلي<sup>(١٢٥)</sup>.

## ثانياً : السبب L'injure :

22/1/2 - يعرف الفقه السبب بأنه خدش شرف الشخص أو اعتباره عمداً بأي وجه من الوجوه دون أن يتضمن ذلك إسناد واقعة معينة<sup>(١٢٦)</sup>. وقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة (٢٩٩) من قانون الصحافة بأنه "كل تعبير مهين أو شتائم أو قدح لا يتضمن إسناد واقعة معينة". كما عرفه المشرع المصري في المادة (٣٠٦) من قانون العقوبات بأنه "كل إسناد لا يشتمل علي واقعة ولكنه يتضمن بأي وجه من الوجوه

<sup>(١١٩)</sup> د. محمد محي الدين عوض : العلانية في قانون العقوبات ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ، (١٩٥٥) ص ٢ —

د. علي راشد : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، مطبعة لجنة التأليف ، القاهرة (١٩٤٩) ص ١٥ — محسن فؤاد فرج : جرائم الفكر والرأي والنشر ، دار الغد العربي ، الطبعة الأولى (١٩٨٧) ص ٨٤

<sup>(١٢٠)</sup> د. صالح سيد منصور : المرجع السابق ص ١٦

<sup>(١٢١)</sup> محمود نجيب حسنى ، القسم الخاص ، المرجع السابق رقم ٨٦٥ ص ٦٤١

<sup>(١٢٢)</sup> محي الدين عوض : المرجع السابق ص ٢٠٤

<sup>(١٢٣)</sup> د. محي الدين عوض : المرجع السابق ص ٩٢ — د. محسن فؤاد فرج : المرجع السابق ص ٨٥ — د. مجدي محب

حافظ : جرائم القذف والسب ، دار محمود للنشر والتوزيع (١٩٩٦) ص ١٦٣

<sup>(١٢٤)</sup> المستشار عدلي خليل : القذف والسب وتحريك الدعوى الجنائية ، الطبعة الأولى (١٩٩٣) ص ٦٠

<sup>(١٢٥)</sup> بشر احمد صالح : رسالة الدكتوراه السابقة ، ص ٨٤ ، ويشير فيها إلي حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٤٩٣٣ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٥ مايو عام ٢٠٠٠ "حكم غير منشور"

<sup>(١٢٦)</sup> محمود نجيب حسنى : المرجع السابق فقرة ٦٤٠ ص ٦٤١ — احمد فتحي سرور : المرجع السابق ن فقرة ٤٩٦ ص

٧٤٥ — محمود مصطفى : المرجع السابق ، فقرة ٣٥٧ ص ٣٩٩



خدشاً للشرف والاعتبار". وعرفته محكمة النقض المصرية بقولها : "المراد بالسب في أصل اللغة الشتم سواء بإطلاق اللفظ الصريح الدال عليه أو باستعمال المعارض التي تومئ إليه ، وهو المعنى الملحوظ في اصطلاح القانون الذي اعتبر أن السب كل إلصاق لعيب أو تعبير يحط من قدر الشخص نفسه أو يخدش سمعته لدي غيره"<sup>(١٢٧)</sup>. السب المذكور في الفقرة السابقة هو السب العلني. ويوجد نوع آخر من السب هو السب غير العلني. وهو المنصوص عليه في المادة (٩/٣٧٨) من قانون العقوبات المصري بعقاب "كل من ابتدر بسب غير علني". وهي المقابلة للمادة (١١/٤٧١) من قانون العقوبات الفرنسي. وبموجب تعديلات تشريعية في فرنسا لم تعد تطبق هذه المخالفة في قانون الصحافة لسنة (١٨٨١). ويشترك النوعان من السب في أغلب الأركان باستثناء ركن العلانية. ويشترط في السب غير العلني لاستكمال عناصره إبتدار الجاني المجني عليه بالسب وأن لا يستفز المجني عليه الجاني. فإذا لم يبتدر الجاني بالسب ولم يسبق أن استفزه المجني عليه فلا تقوم جريمة السب غير العلني<sup>(١٢٨)</sup>. وإن كان الاستفزاز بسبب الغضب عذر مخفف في القانون الفرنسي وليس سبب إباحة كما هو الحال في القانون المصري.

23/1/2 - الركن المادي : يقوم الركن المادي في السب علي عنصرين : الأول : خدش شرف أو اعتبار المجني عليه بأي وجه من الوجوه دون أن يتضمن واقعة محددة ، وسواء كان اسلوب السب صريح أو غير صريح ، في صيغة أسئلة ، توكيدية ، تشكيكية ، تلميحية ، استنكارية ، إسناد عيب معين أو غير معين ، أو مجرد التعبير عن الازدراء ، وتمنى الشر. وتطبيقاً لذلك يدخل في السب حالات : القول بأن شخص معين غير حريص علي أموال الدولة ومقصر في واجباته<sup>(١٢٩)</sup> ، أو يُقال عن شخص بأنه حيوان أو حمار أو جبان أو كلب أو ابن كلب أو مغفل<sup>(١٣٠)</sup> ، أو أنه جبان وحقير<sup>(١٣١)</sup> ، أو أنه يهذي دائماً<sup>(١٣٢)</sup> ، أو أنه قدوة سيئة<sup>(١٣٣)</sup> ، أو وصف سيدة بأنها بغي وعاهر<sup>(١٣٤)</sup>. ويتمثل تمني الشر في القول "ليمت فلان" أو "ليسقط

<sup>(١٢٧)</sup> نقض جنائي ١٩٦٩/١٠/٦ م س ٢٠ ، ق ١٩٧ ص ١٠١٤ - نقض جنائي ١٧ فبراير ١٩٧٥ مجموعة أحكام

محكمة النقض س ٢٦ ف ٣٩ ص ١٧٥

<sup>(١٢٨)</sup> عبد الرحيم صدقي : جرائم الرأي والإعلام ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية (١٩٨٨) ص ٢٥٥ - د.

فوزية عبد الستار : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص (١٩٨٢) ص ٥٩١

<sup>(١٢٩)</sup> نقض ١٠ ديسمبر ١٩٣٤ ، المحاماة ، س ١٥ ص ٨١٢

<sup>(١٣٠)</sup> محمود مصطفى : المرجع السابق ، فقرة ٣٥٧ ص ٣٩٦ - محمود نجيب حسني : المرجع السابق ن فقرة ٦٤٩ ص

٦٤٦ - نقض ١٩٣٢/٣/١٤ م ق ، ج ٢ ، ق ٣٣٦ ص ٤٨٢

<sup>(١٣١)</sup> Crim. 26 fév. 1985, Gaz. Pal. 20 juil. 1985, Somn 19

<sup>(١٣٢)</sup> Paris , 2e. ch. : A- 5 juill 1989, Juris – Data no. 24689

<sup>(١٣٣)</sup> Paris, 2e. ch. A. 21 déc. 1988, Juris – Data no. 27957

<sup>(١٣٤)</sup> Crim. 6 janv. 1949, Bull. Crim. no. 6

فلان" أو "ليخرب بيته" أو "ليهلك أولاده"<sup>(١٣٥)</sup>. وقد يسند إلي المدعى نقيصة بدنية مثل القول بأنه قبيح الوجه أو دميم الخلقة أو أنه أعرج أو أعمى<sup>(١٣٦)</sup>. وهكذا يزخر القضاء والفقه بأمثلة عديدة للسب تقوم علي خدش شرف واعتبار المجني عليه.

والعنصر الثاني : هو أن يكون السب موجهاً إلي شخص أو أشخاص معينين أو يمكن تعيينهم<sup>(١٣٧)</sup>. فلا تقوم هذه الجريمة إذا انصب السب علي أشخاص وهميين أو مذهب أو فكرة معينة<sup>(١٣٨)</sup>. وإذا خلا السب من ذكر اسم المضرور وأمكن تعيينه من خلال الظروف وملابس حدوث الواقعة تتحقق الجريمة<sup>(١٣٩)</sup>.

24/1/2 - الركن المعنوي في جريمة القذف والسب : يختلف القانون المصري عن القانون الفرنسي فيما يتطلبه بالنسبة للقصد الجنائي. إذ يتطلب المشرع المصري ضرورة توافر القصد الجنائي العام فقط والذي يتحقق بتوافر عنصريه العلم والإرادة<sup>(١٤٠)</sup>. والمقصود بالعلم هو إدراك الجاني للدلالة اللغوية لما نسبته إلي المجني عليه في المجتمع المحيط به ، وأنها تؤدي لو كانت صادقة إلي عقاب المسند إليه أو احتقاره عند الناس. ويفترض هذا العلم في حالة إذا كانت العبارات المسندة شأنه بذاتها ومقدعة<sup>(١٤١)</sup>. ولا يؤثر في ذلك توافر حسن نية الجاني<sup>(١٤٢)</sup>. ويقصد بعنصر الإرادة اتجاه نية الجاني إلي إرادة تسجيل وإذاعة العبارات التي تسئ إلي سمعة المجني عليه. فإذا كان مكرهاً أو انزلق إلي هذه العبارات في خطبة ارتجالية لا تتحقق المسؤولية<sup>(١٤٣)</sup>.

وكان القانون الفرنسي يسير علي نفس نهج التشريع المصري إلي أن عدل عنه بتعديل تشريعي في عام ١٩٤٤ في المادة (٣٥) من قانون الصحافة. وجاء هذا التعديل نتيجة جهد القضاء الفرنسي في معالجة إشكالية حرية التعبير والحق في المعلومات / الحق في السمعة. وفي محاولته إجراء التوازن بين حرية التعبير وحرية الصحافة من جهة وبين الحق في السمعة من جهة أخرى توسع في منح الصحافة امتياز الإعفاء من المسؤولية متى ثبت حسن النية وأن النشر والإذاعة كان ينبغي تحقيق الصالح العام. ولإثبات حسن النية يلزم إثبات صحة وقائع الإسناد. كما يلزم

<sup>(١٣٥)</sup> نقض مصري ١٩١١/٥/٦ م س ١٢ ص ٢١٣

<sup>(١٣٦)</sup> محمود نجيب حسنى : المرجع السابق ص ٧٠٢

<sup>(١٣٧)</sup> د. مدحت عبد العال : المرجع السابق ، ص ٣٤٥

<sup>(١٣٨)</sup> د. مجدي محب حافظ : جرائم القذف والسب ، المرجع السابق ، ص ١٦٥

<sup>(١٣٩)</sup> نقض جنائي ١٩٦٤/٤/١٣ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ١٥ ف ٩٩ ، ص ٢٩٨

<sup>(١٤٠)</sup> د. مجدي محب حافظ : المرجع السابق ص ١٥٩

<sup>(١٤١)</sup> نقض جنائي ١٩٧٦/٥/٢٤ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ٢٧ ، ف ١٢٠ ص ٥٤٢

<sup>(١٤٢)</sup> د. آمال عثمان : المقالة السابقة ص ٧٩٣ - د. مدحت عبد العال : الرسالة السابقة ص ٣٤٦

<sup>(١٤٣)</sup> نقض جنائي ١٧ ديسمبر ١٩٤٢ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٦ ، ق ٣٠ ص ٤١

إثبات توخي الحيطة والحذر في التحقق من مدى صحة الوقائع<sup>(١٤٤)</sup>. وهكذا نجد أن القانون الفرنسي اشترط بالإضافة إلي القصد العام ، القصد الجنائي الخاص في الركن المعنوي لجريمتي القذف والسب أي ضرورة التحقق من توافر قصد الإضرار . بينما يكتفي المشرع المصري بتوفر القصد العام.

### ثالثاً : البلاغ الكاذب :

25/1/2 - البلاغ الكاذب هو إخبار ، أحد الحكام القضائيين أو الإداريين ، بواقعة تستوجب عقاب من تسند إليه ، وأن يقتزن الإبلاغ بالقصد الجنائي<sup>(١٤٥)</sup>. فالأصل أن التبليغ عن جريمة واجب علي كل شخص بموجب المادة (٢٥) إجراءات بشرط أن تكون الواقعة المبلغ عنها صحيحة حتى ولو ثبت أن المبلغ أراد من وراء بلاغه التشهير أو الإنتقام من المبلغ ضده<sup>(١٤٦)</sup>. لكن تتحقق المسؤولية التقصيرية إذا اتضح عدم صحة البلاغ حتى ولو انتفى سوء النية بعكس المسؤولية الجنائية التي تشترط حسن النية<sup>(١٤٧)</sup>. بمعنى أنه قد يحفظ البلاغ لكن يظل المبلغ مسئولاً مدنياً إذا ثبت رعونته وعدم تحققه من صحة الوقائع حتى ولو كان حسن النية<sup>(١٤٨)</sup>.

ويتفق تجريم هذه الصورة من صور الاعتداء علي السمعة مع مسلك التشريع الذي يأخذ بالمدلول الموضوعي أي من خلال حكم الآخرين وليس من خلال تقديره الشخصي لمكانته<sup>(١٤٩)</sup> ؛ إذ أن الإخبار في البلاغ الكاذب يُبلغ إلي الحكام القضائيين أو الإداريين وهم ، بحكم وظائفهم في المجتمع ، ممثلي المجتمع في الحكم علي الناس من حيث المسؤولية. فالبلاغ إليهم يهبط بمكانة المبلغ ضده في المجتمع منظوراً إليها من جانب البراءة الأمر الذي يستوجب عقابه. إن البلاغ يهدم في نظر ممثلي المجتمع قرينة البراءة المفترضة في كل شخص<sup>(١٥٠)</sup>.

ويتفق البلاغ عن الأفعال المخالفة للقانون مع القذف في أن الإخبار ينصرف إلي شخص معين فإن كان البلاغ ضد شخص مجهول أو غير معين فلا يُسأل المبلغ إلا

<sup>(١٤٤)</sup> د. مدحت عبد العال : الرسالة السابقة ص ٣٤٨ وأحكام القضاء الفرنسي الواردة بهذا المعنى في هامش ٤١٨ ،

٤١٩

<sup>(١٤٥)</sup> د. محمود نجيب حسنى : المرجع السابق ص ٦٧٣ - د. احمد فتحي سرور : المرجع السابق رقم ٥٠١ ص ٧٥٠ -

أ. حسن حسن منصور : جريمة الاعتداء علي الأخلاق ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية (١٩٨٥) ص ٢٣٣

<sup>(١٤٦)</sup> أ. جندي عبد الملك : الموسوعة الجنائية ، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة (١٩٣٢) ج ٢ رقم ٤٧ ص ١٣٠

<sup>(١٤٧)</sup> السنهوري : الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٥٤٩ - صلاح البرعى : أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية ،

دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، حقوق المنصورة (١٩٩٦) ص ٥٣٥

<sup>(١٤٨)</sup> نقض ١٩٠٨/٦/٢٤ ن المجموعة الرسمية ، ج ١٠ ، رقم ٣٤ ص ٨١ - نقض جنائي ١٩٧٤/٤/١ مجموعة أحكام

النقض ، س ٣٥ ، رقم ٧٧ ص ٣٥٥ ؛ مشار إليهما في مدحت عبد العال ، الرسالة السابقة ص ٣٥١ ، هامش

(٤٢٧)

<sup>(١٤٩)</sup> راجع بند 3/1/2

<sup>(١٥٠)</sup> د. محمود نجيب حسنى : المرجع السابق رقم ٨٢٦ ص ٦٠٩ وما بعدها

علي أساس إزعاج السلطات ، ولا يشترط أن يصاغ البلاغ في شكل معين وقد يكون صريحاً أو ضمناً ، علي سبيل الجزم واليقين أو الظن والتشكيك ، كما لا يشترط أن يكون البلاغ كله كاذباً ، بل يكفي أن تمسخ بعض الوقائع<sup>(١٥١)</sup>.

#### رابعاً : إذاعة أخبار غير صحيحة :

26/1/2 - وهذه الصورة خاصة بإذاعة أخبار غير صحيحة أو إشاعات كاذبة من شأنها المساس بشرف شخص أو اعتباره دون أن يتخذ المذيع الحيطة اللازمة للثبوت من صحة الأخبار والإشاعات<sup>(١٥٢)</sup>.

### **المطلب الثاني : التشهير في دول القانون العام**

27/1/2 - التشهير Defamation في نظم القانون العام هو فعل ضار tort . ودعوى التشهير هي ، كما أكدت المحاكم البريطانية في عدة مناسبات ، الوسيلة الملائمة لحماية الحق في السمعة<sup>(١٥٣)</sup>. وكما سيبين في هذا المطلب أن قانون التشهير يقدم بالدرجة الأولى تعويضاً للضحية مقابل التشهير به بعبارات غير صحيحة تحط من سمعته في تقدير الآخرين<sup>(١٥٤)</sup>. لكن حماية المصلحة في السمعة لا تقتصر في القانون الإنجليزي علي دعوى التشهير ؛ إذ توجد دعوى أخرى تسمى دعوى "الكذب العمدي أو الافتراء الكيدي" malicious falsehood . فبينما الدعوى الأولى خاصة بعبارات التشهير التي تؤدي سمعة الضحية فإن الدعوى الثانية خاصة بالعبارات المشينة والغير حقيقية والتي لا تسيء إلي السمعة. وإنما تسبب له خسارة مثال ذلك أن يُقال إن بائع البضاعة أو الأرض ليس هو المالك الحقيقي لها<sup>(١٥٥)</sup>. أو أن يُقال أن تاجرأ ما قد توقف عن ممارسة نشاطه التجاري. أو أن يُقال زوراً أن البضاعة الموجودة لدى صاحب محل ما أقل جودة من مثيلتها الموجودة في محل تاجر آخر. لكن إذا كانت العبارة الكاذبة بأنه يبيع سلع أقل جودة علي أنها ذات جودة عالية فهي تعتبر تشهير. كلا الدعويان قائمتان علي كذب العبارة المشينة المنقولة من شخص لآخر غير المدعي. وكلاهما محل دعوى قضائية لكن كل دعوى محكومة بقواعد مختلفة تماماً<sup>(١٥٦)</sup>.

<sup>(١٥١)</sup> د. آمال عثمان : المقالة السابقة ، ص ٦٥٣

<sup>(١٥٢)</sup> محمد ناجي ياقوت : فكرة الحق في السمعة ، المرجع السابق رقم ٥٨ ص ٣٧ ، ٣٨ والمراجع المشار إليها في هامش

٢٢١

Clerk & Lindsell on Torts , opcit , p. 1010

(١٥٣)

Alastair Mullis and Ken oliphant : torts , opcit , p. 251

(١٥٤)

B. Joyce v. Sengupta [1993] 1 ALL E R 897, Court of Appeal

(١٥٥)

Harey & J. Marston : Cases and Comentary on Torts , opcit , pp. 521 – 525

<sup>(١٥٦)</sup> انظر في تفصيلات دعوى الكذب العمدي الفصل الثامن عشر من كتاب : R. F. V. Heuston & R. S.

Chambers : Salmond and Heuston on the Law of Torts , opcit p. 365

وينظم دعوى التشهير في المملكة المتحدة قانون تشريعي هو قانون التشهير لسنة ١٩٥٢ والذي عُدلت بعض نصوصه بقانون التشهير لسنة ١٩٩٦<sup>(١٥٧)</sup>. وفي الولايات المتحدة الأمريكية تنظمها السوابق القضائية والتعديلات اللاحقة علي قانون الأضرار خصوصاً التعديل الثاني. ثم أدخلت المحكمة العليا بعض التعديلات بموجب قضائها في بعض القضايا والتي اعتبرت تطورات دستورية<sup>(١٥٨)</sup>.

28/1/2 - اهم ما يميز التشهير في نظام دول القانون العام عن غيره من الشرائع هو تقسيمه للفعل الضار التشهيري إلي نوعين : ١- slander وهو التشهير بالقول الشفهي أو بالإشارات ، أي تكون عبارات التشهير مؤقتة وسماعية temporary and audible ، ٢- libel وهو أن تتخذ عبارات التشهير الشكل الدائم permanent form وهو غالباً يكون بالكتابة. وترجع الجذور التاريخية لهذه التفرقة إلي عصر تيودور Tudor . حيث كانت تعتبر عبارات التشهير المكتوبة ضارة بالدولة ويعاقب مرتكبها جنائياً أمام محكمة غرفة النجم Court of Star Chamber<sup>(١٥٩)</sup> . وكان لها امتياز وهيمنة خاصة فأعطت الأولوية لمصالح الدولة. وتزامن مع ذلك شك الحكومة في صحة ما تنشره الصحافة والذي اقتضى إيقاف النشر الضار مهما كانت التكاليف. علي الطرف الآخر كانت محاكم القانون العام تقضى بالتعويض عن عبارات التشهير الشفهية منذ وقت طويل ، وقد انتقل لها هذا الاختصاص من المحاكم الكنسية الأقدم. وكانت الخاصية الأساسية للتشهير الشفهي هي أنه محل دعوى قضائية بشرط إثبات الضرر المالي. هذا الشرط كان المبرر المؤقت لانتقال هذا الاختصاص إلي محاكم القانون العام من المحاكم الكنسية. وبعد إلغاء "محكمة غرفة النجم" انتقل اختصاص نظر دعاوى التشهير المكتوب إلي محاكم القانون العام. وظلت التفرقة بين هذين النوعين من التشهير وتأصلت بعمق في القانون الإنجليزي بحيث لا يمكن تجاهلها بالرغم من أن تقرير لجنة Faulks أوصى بإلغاء هذه التفرقة في توصيته رقم (٥٩٠٩) فقرة (٩١) علي عكس تقرير Porter الذي لم يوافق علي إلغائها.

وعلي الجانب الآخر في الولايات المتحدة الأمريكية كانت التفرقة ، تاريخياً ، بسيطة نسبياً فإذا كانت عبارات التشهير مقروءة أو انتقلت إلي شخص آخر بالإشارة فهي slander أما إذا كانت مكتوبة ، أو مرسومة ، أو مطبوعة فهي libel وفقاً للتعديل الثاني علي قانون الأضرار في عام ١٩٧٧ قسم (١/٥٦٨). وانحصرت

<sup>(١٥٧)</sup> تفصيلات هذا القانون : Peter : See , c. 66 , 15 & 16 Geo. 6&1 eliz. 2, Defamation Act 1952

carey : Media Law , opcit , Appendix A , pp. 242-250 وتفصيل التعديلات التي أدخلت عليه بقانون

١٩٩٦ في ملحق "ب" من هذا الكتاب ، ص ٢٥١ - ٢٦٩ . وقد صدر هذا القانون بناء علي توصيات كل من لجنة التشهير التي ترأسها اللورد بوتر porter في عام ١٩٤٨ وتلك اللجنة التي ترأسها القاضي Faulks . أنظر حكمه في

قضية : Gleaves v. Deakin [1979] 2 W. L. R. 665 , 667

Shapo : opcit , ch. Sixty – seven , pp. 313 – 321

(١٥٨)

<sup>(١٥٩)</sup> كانت تتولى هذه المحكمة النظر في جرائم الشغب واليمين الكاذبة وجرائم إخلال عمال الملكة sheriffs بواجباتهم

والجنح بوجه عام . وكانت تعقد جلساتها بدون محلفين

أهمية التفرقة في قضايا التشهير الشفهي حيث تعين علي المدعى بيان الضرر الواقع علي سمعته حتى يحصل علي التعويض النقدي<sup>(١٦٠)</sup> . ولم تكن هذه العملية يسيرة . علي عكس الحال في قضايا التشهير المكتوب كان الضرر مفترضاً<sup>(١٦١)</sup> . إلا أن هذه التفرقة التقليدية لم تعد بالحدة بعد صدور حكمين حديثين للمحكمة العليا . الأول في قضية<sup>(١٦٢)</sup> في عام ١٩٧٤ حيث رأت المحكمة وهي بصدد عرض التعديل علي قانون الأفعال الضارة وأن تطبيقه قد يدفع المحلفين إلي القضاء بالتعويض تحكيمياً علي أصحاب آراء غير حيوية للجماهير ، دون وجود أضرار حقيقية . لذلك قررت المحكمة عدم التعويض عن الضرر المفترض بعد ذلك إلا إذا كان أساس المسؤولية هو علم المدعى عليه بكذب عبارات التشهير أو عدم المبالاة البين للحقيقة أو سوء النية العمدية . إلا أن المحكمة العليا في القضية الثانية في عام ١٩٨٥<sup>(١٦٣)</sup> رجعت عن هذا الرأي قليلاً إذ سمحت بوجود الضرر المفترض حتى ولو لم يكن هناك سوء نية من قبل الفاعل وذلك في الحالات التي يكون المشهر بهم من غير الشخصيات العامة تخفيفاً لعبء إثبات الضرر علي المدعى سيما وأن العبارات ليست لها اهتمام جماهيري .

وقد استقرت هذه التفرقة في المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية . ويمكن إرجاع الأسباب التي دعت المحاكم إلي ذلك إلي ثلاثة احتمالات : الأول أن التفرقة نشأت في وقت كان عدد الذين يستطيعون القراءة قليل نسبياً ، وأنه علي ذلك كان يُنظر للعبارات المكتوبة علي أنها أكثر اعتباراً ووثوقاً بمحتواها . وربما اعتقد الناس وقتئذ أن الكلمات المكتوبة بحسبانها نتاج أناة وترو وعناية ، فهي تتمتع بالثقة فيما تحويه عن تلك العبارات الشفهية<sup>(١٦٤)</sup> . والإمكانية الثانية هي أن عبارات التشهير المكتوبة تصل إلي عدد كبير من الناس مما يزيد معه طردياً مقدار الضرر ، بعكس حالات التشهير الشفهية إذ لا يتفاقم الضرر بعد انتهاء الحديث . فضلاً عن النزعة الطبيعية لعبارة التشهير المكتوبة بأنها تعيد الإساءة وبتراكم الضرر في أوقات مستقبلية غير محددة ، وذلك بسبب الشكل الدائم الذي تُصاغ فيه . والسبب الثالث يرتبط ذهنياً بالتفاوت في حجم وعدد المصادقية والجمهور المتلقي ربما أقنع المحاكم أو علي الأقل محكمة غرفة النجم أن احتمال الحث علي انتهاك السلام يكون أكثر في التشهير المكتوب . وأن تجنب الإخلال بالأمن والسكينة كان الفرضية الأساسية في تقسيم الفعل الضار بالتشهير إلي نوعين ، كل له مجالته وقواعده حيث يستطيع

(١٦٠) T. Barton Carter : The First Amendment and the Fifth Estate 696 , 4<sup>th</sup> . ed , Foundation Press (1996)

(١٦١) Zenas Zelotes : "Should Audio Visual Defamation on the Internet be Treated as Libel or

Slander ?" , Copyright © (1990) p. 1

6 Gertz v. Robert Welch , Inc. 418 U. S. 323, 439 (1974)

(١٦٢)

Dun & Bradstreet v. Greenmoss Builders , 472 U. S. 749 , 761 (1985)

(١٦٣)

Batron Carter : opcit , at 696

(١٦٤)

المدعى أن يحصل على تعويض لـ : (١) الضرر في السمعة ، (٢) الخسارة المالية ، (٣) الأسى العاطفي الذي عاناه<sup>(١٦٥)</sup> .

29/1/2 - في إطار التفرقة بين نوعي التشهير اجتهد القضاء والمشرع في تصنيف كل حالة حسب النوع الذي تنتمي إليه. وبالرغم من القول بأن القذف بالكتابة libel يرتبط بحاسة البصر وأن التشهير بالقول slander يرتبط بحاسة السمع ، لكنه أتفق علي أن الديمومة أو الاستمرارية أو الشكل الدائم هو أساس التفرقة وكما قال القاضي لوبس Lopes في القضية التي رُفعت ضد صاحبة متحف الشمع<sup>(١٦٦)</sup> أن الأول يكون بالكتابة ، الطباعة ، لكن ليس ذلك بالضرورة ، فالأمر التشهيري قد يرتبط بطريقة أو بأخرى بالشكل الدائم ، مثال ذلك تمثال ، رسم (كاريكاتيري) ، صورة ، رسم طبشوري علي جدار ، علامات (رموز) أو صور. وأصبحت دائرة التشهير المكتوب (في الشكل الدائم) أوسع من دائرة التشهير الشفهي (في الشكل المؤقت أو الزائل) والذي اقتصر علي الكلمات المنطوقة أو الإشارات. وأعتبر أن إملاء بيان تشهيري علي الضارب علي الآلة الكاتبة وكذلك إعادة قراءتها من الطابع علي المملى أو إعطاء هذا الأخير الرسالة المكتوبة تشهير شفهي<sup>(١٦٧)</sup>. لكن قراءة وثيقة مكتوبة علي شخص ثالث يُعتبر تشهير كتابي<sup>(١٦٨)</sup>. وحسمت لجنة Faulks الجدل حول الكتابة في السماء sky-writing إذ اعتبرتها تشهير شفهي علي أساس أن البخار قد يأخذ بعض الوقت ثم ينقش ويتبدد والتفتت عن الاعتراض القائل بأن الكتابة في السماء تصل إلي عدد كبير من الناس<sup>(١٦٩)</sup>.

ويدخل في نطاق التشهير الكتابي أو دائم الأثر العبارات الواردة في الكتب ، والمقالات ، والصحف والمجلات ، والخطابات ، والنشرات ، والدوريات أو أي شيء مطبوع أو مكتوب<sup>(١٧٠)</sup>. ويدخل في إطار الشكل الدائم الرسم والنحت والتصوير<sup>(١٧١)</sup> ، والرسوم الكاريكاتورية<sup>(١٧٢)</sup> ، والإعلانات<sup>(١٧٣)</sup> ، أو أي شيء يدعو للسخرية والاستهزاء مثل وضع مشنقة علي باب المدعى أو وضع لمبة تحترق أثناء ساعات النهار أمام منزل المدعى للإشارة إلي أن قاطني هذا المنزل يعيشون في بيت

<sup>(١٦٥)</sup> Hohn B. Mc Gory : " Constitutional Privilege in Libel Law" , 498 PLL/ Pat 53 , 451

(1997)

Monson v. Tussauds Ltd. [1894] 1 Q B 671

(١٦٦)

Eglantine Inn Ltd. v. Smith [1948] N. I. , 29 , 33

(١٦٧)

Forrester v. Tyrell (1839) 9 T. L. R. 257 – Osborn v. Boulter [1930] 2 K. B. 226 at 231 , 236, 237

(١٦٨)

Guff G B Ltd. v. Page [1987] ch. 327 مثال قضائي قريب من هذا المثل التخيلي هو قضية :

(١٦٩)

Clerk & Lindsell : on Torts , opcit no. 21-06

(١٧٠)

Du Bost v. Beresford (1810) 2 Camp. 511 – Garbett v. Hazell , Waston and Viney Ltd. (١٧١)

[1943] 2 ALL E. R. 359 – Thaarup v. Hulton Press Ltd. (1943) 169 L. T. 309

Dunlop v. Dunlop [1920] Ir. R. , 280

(١٧٢)

Tolley v. Fry [1931] A. C. 333

(١٧٣)

دعارة<sup>(١٧٤)</sup>. فمعيار التفرقة ، بصفة عامة ، هو الشكل الدائم. وعلي ذلك أعتبر أن عمل تمثال من الشمع ، في متحف مدام توسو ، لشخص كان يحاكم لكن لم يُدان علي جريمة ، وأن وضع هذا التمثال قريب من غرفة الرعب ، تشهير في الشكل الدائم<sup>(١٧٥)</sup> . وإذا كانت الكلمات الشفهية المنطوقة تكون بذاتها تشهير شفهي فإن الأمر يبدق عند تسجيلها أو تقديمها في فيلم سينمائي. فقد رفعت إحدى الأميرات الروسيات قضية ضد إحدى شركات الإنتاج السينمائي لإنتاجها فيلم عن حياة الراهب راسبوتين ، وزعمت الأميرة أنه ورد في الصور المرئية والعبارات الشفهية ما يوحي بأنه قد أغواها لإرتكاب الفاحشة معه. ولو أن المحكمة حكمت بمسؤولية الشركة عن الفعل الضار إلا أنه لم يتأكد من حيثيات الحكم ما يفيد بأن الدوام والاستمرار أي الشكل الدائم هو المعيار الوحيد أو أن الأمر التشهيري يجب أن يكون مرئياً. وإزاء ذلك رأي أحد القضاة التعويل علي المعيارين معاً<sup>(١٧٦)</sup>. وتطبيقاً لمعياري الشكل الدائم ووصول عبارات التشهير إلي عدد كبير من الناس اعتبرت عبارات تشهير التي ترد في سياق عرض مسرحي بمثابة نشر في شكل دائم بموجب قانون المسرح الصادر في عام ١٩٦٨ (المواد ٤-٧).

وحسنت التشريعات البرلمانية في المملكة المتحدة الرأي فيما يتعلق باعتبار البث الإذاعي والتلفازي نشر في شكل دائم. حيث يقضى القسم (١٦٦) من قانون الإذاعة لسنة ١٩٩٠ والذي حل محل القسم الأول من قانون التشهير لسنة ١٩٥٢ بأن نشر الكلمات في سياق أي برنامج من برامج الخدمات الإذاعية سيعامل علي أنه نشر في شكل دائم. ويتبنى تطبيق نفس القاعدة قسم (٢٨) من قانون (الكابل) والإذاعة لسنة ١٩٨٤ إلي الخدمات التي تبث من خلال الشبكات الأرضية. وبالمثل يمكن اعتبار التسجيلات الصوتية والمرئية مثل شرائط التسجيل الضوئي والاسطوانات المضغوطة وشرائط الفيديو واسطوانات الفيديو غير المضغوطة DVD علي أنها تأخذ الشكل الدائم ومن ثم يعتبر القذف من خلالها libel. والسؤال الذي يطرح نفسه الآن مع ظهور شبكات المعلومات (الانترنت) هل يمكن مساواة القذف السمعي / البصري Audio-Visual Defamation الذي يُبث علي شبكات المعلومات بالقذف عن طريق الإذاعة المرئية (التلفاز) أو السمعية (المذياع). يبادر الباحث بالقول بأن تعميم الرأي والتفكير بأسلوب الاتجاه الواحد one-way direction والقول بأن القذف عن طريق شبكة المعلومات هو بمثابة القذف المكتوب الذي يدخل في قالب الشكل الدائم هو أمر مضلل وغير مرغوب فيه كأسلوب علمي. سيما وأن إجراء المناقشة بين الوسيطتين يؤدي إلي تصنيف عبارات التشهير وفقاً لكل حالة علي حده. تختلف شبكة المعلومات عن وسائل الإعلام التقليدية مثل الصحافة والإذاعة المسموعة والمرئية من حيث التمتع بالثقة فيما تنشره أو تبثه ومدى مصداقيتها لدى

Carry v. Hood (1808) 1 Camp. 355 , 5 Rep. 125 a at 125 b – Eyre v. Carlick (1878) 42 <sup>(١٧٤)</sup>

J. P. 68

<sup>(١٧٥)</sup>

Monson v. Tussauds Ltd. [1894] 1 Q. B. 671

Youssouppoff v. Metro-Golden-Mayer Pictures , Ltd. (1934) 50 T L R 581

<sup>(١٧٦)</sup>



العقل الجمعي في المجتمع. ترتبط المصادقية في الوسائل التقليدية بأجهزة الإعلام ذاتها أي بكيانها المحفور في أذهان الناس وليس بالفرد القائم على إدارته وتوجيهه بينما ترتبط مصادقية شبكة المعلومات بصاحب الموقع الذي أنشأه. وليس من المعقول أو الحكمة تصديق المعلومات التي يتلقاها المرء عن طريق واحد أو أكثر من ملايين المجهولين من أصحاب المواقع على شبكة المعلومات كحقائق مؤكدة. هذه المصادقية التي ارتبطت تاريخياً في النظام القانوني الأمريكي باعتبارها مبرراً لتصنيف فعل التشهير في هذه الحالة ضمن فئة التشهير بالكتابة أو بالنشر. فإذا فقدتها ولو جزئياً كان الأحرى اعتبار عبارات القذف المبنوثة عن طريقها قذف شفوي. ويبرر هذا القول أن العبارات التي ترد في الوسائل التقليدية في الإعلام ويكتبها محترفون في العمل الإعلامي تكون نتيجة عناية وروية وتدبر في اختيار الكلمات ومعناها. إضافة إلى ذلك هناك بعد عدد الجمهور المتلقي في الوسائل التقليدية وعدد المتلقي في شبكة المعلومات. فحيث صار عدد المتلقين في الأولى ضخماً ومهولاً أصبح مبرراً قوياً لاعتبار التشهير من خلالها تشهير مكتوب؛ بينما العدد في الثانية ما يزال محدوداً. قد يقتصر في شبكة المعلومات على عدد محدود يعتبرون مؤتمرون في مناقشة محدودة؛ أو دردشة chat وهي تماثل تماماً ما يحدث من مؤتمر بين نفر من الناس على الهاتف conference-call. وحقيقة أخرى أن ما يحدث من تدخل مباشر من بعض الناس في حوار مفتوح لا يتمتع نسبياً بالشكل الدائم؛ إذ أنه بمجرد قطع التيار الكهربائي عن الحاسوب تنبدد جميع العبارات التي قيلت. كما يستطيع صاحب الموقع وضع برنامج حماية لبرامجه من حفظ وتسجيل فلا يستطيع المتلقي الاحتفاظ بعبارات التشهير ولا تصبح دائمة الأثر.

ومن السوابق القضائية الحكم في أول قضية في إنجلترا تشهير بالكتابة عن طريق البريد الإلكتروني هو الحكم الذي أصدرته المحكمة العليا على إحدى شركات التأمين بأن تدفع للمدعى مبلغ أربع مائة وخمسون ألف جنيه إسترليني تعويض عن ضرر التشهير وتكلفة الاعتذار له<sup>(١٧٧)</sup>

30/1/2 - لا يقتصر تقسيم فعل التشهير إلى تشهير كتابي وآخر شفهي. لكن ذلك ينعكس على آثار أخرى: أولاً: يكون التشهير الكتابي فعل ضار وجريمة بينما التشهير الشفوي فعل ضار فقط بالرغم من أن الكلمات المقروءة قد تمثل جرائم أخرى مثل الفتنة sedition، النقوه بعبارات كفر blasphemy، أو تأمر إجرامي criminal conspiracy. الثاني: أن القذف المكتوب محل دعوى بذاته actionable per se دون حاجة لإثبات الضرر بينما القذف الشفوي يتطلب ضرورة إثبات وقوع ضرر خاص بمعنى خسارة مادية يمكن تقويمها بالنقد. وقد أُعتبر فقد الأمل في الزواج أو فقد عرى الزوجية consortium من الأضرار الخاصة<sup>(١٧٨)</sup>. ومع ذلك فهناك أربع حالات استثنائية، يمكن إرجاعها للتاريخ، يكون القذف الشفوي محل دعوى بذاته دون حاجة لإثبات الضرر. ويمكن إرجاع هذه الحالات إما

Cklerk & Lindsell on Torts (1998), no. 21-03, p. 120

(١٧٧)

Speight v. Gasnay (1981) 60 L I O B 231

(١٧٨)

لأن أي منها يسبب ضرراً واضحاً للموقف المالي للضحية بحيث يكون من المحتم حدوث خسارة مالية وإما لأن أي من هذه الأفعال هو بذاته شنيع وفظ intrinsically outrageous<sup>(١٧٩)</sup> وهذه الحالات

أولاً : إسناد ارتكاب جريمة معاقب عليها بالسجن : ويجب أن يكون الإسناد واضح وصريح أما الكلمات التي تعنى مجرد الشك في أن المدعى ارتكب جريمة معاقب عليها بالسجن لا تصبح مبرراً لرفع دعوى التشهير بدون إثبات الضرر<sup>(١٨٠)</sup>. وعلي المدعى أن يثبت هيئة المحلفين بأن مثل هذه العبارات مساوية تماماً للتأكيد المطلق بأنه مذنب<sup>(١٨١)</sup>. وإن كان الزعم بأن شخص ما قد صوت مرتين في انتخابات المجلس النيابي<sup>(١٨٢)</sup> ، أو أن شخص ما رفع دعوى لابتزاز شخص آخر<sup>(١٨٣)</sup> كافياً لاستيفاء شروط هذه الدعوى. ولا يشترط أن يكون الجرم المزعم ارتكابه محدداً وإنما تكفي العبارات التي تحمل اتهام عام بالعمل الإجرامي. وعلي ذلك فقد حُكم بأن عبارة مثل "لقد ارتكبت فعلاً بموجبه أستطيع نقلك" محل دعوى القذف بدون إثبات الضرر<sup>(١٨٤)</sup>. ومن الطبيعي أنه يجب أن تكون الوقائع المسندة جريمة<sup>(١٨٥)</sup>. وأساس استثناء هذه الفئة هو الضرر الذي يسببه الإسناد إلى اسم المدعى وليس لأنه وضع في مأزق ضلوعه في اتهام جنائي أو خضوعه لإدعاء جنائي<sup>(١٨٦)</sup>. وعلي ذلك فالقول علي شخص بأنه "شخص مُدان" يدخل ضمن هذه الفئة حتى ولو أنه لم يتقرر بعد اتهامه وإن كان قد قدم للمحاكمة<sup>(١٨٧)</sup> ، وإذا كانت عقوبة الجريمة المسندة الغرامة يجب إثبات الضرر<sup>(١٨٨)</sup> ، حتى ولو حكمت عليه المحكمة بالسجن لعدم قدرته علي سداد الغرامة المالية<sup>(١٨٩)</sup>.

ثانياً : إسناد عدم العفة unchastity أو ارتكاب الزنا لامرأة أو بنت : لم يكن هذا الفعل محل دعوى قذف بذاته وفقاً للقانون العام ؛ إذ كان النظر في السلوك غير الأخلاقي من اختصاص المحاكم الدينية ، لكن بصور قانون القذف الشفهي للنساء لسنة ١٨٩١ the Slander of Women Act أصبحت العبارات الشفوية التي تسند

<sup>(١٧٩)</sup> وهي العبارة التي قالها القاضي Asquith في قضية : Kerr v. Kennedy [1942] 1 K B , 409 , 411

<sup>(١٨٠)</sup> cf. Lewis v. Daily Telegraph Ltd. [1963] 1 Q. B. 340 , C. A. affirmed [1964] A. C. 234.

H. L.

<sup>(١٨١)</sup> Tozer v. Mashford (1851) 6 Ex. 539 – Simmons v. Mitchell (1880) 6 App. Cas. 156

<sup>(١٨٢)</sup> Kinnell v. Walker (1910) 27 T. L. R. 67

<sup>(١٨٣)</sup> Marks v. Samuel [1904] 2 K. B. 287

<sup>(١٨٤)</sup> Curtis v. Curtis (1834) 10 Bing. 477 – Francis v. Roose (1838) 3 M. & W. 191

<sup>(١٨٥)</sup> Jackson v. Adams (1835) 2 Bing. N. C. 402

<sup>(١٨٦)</sup> Gray v. Jones (1939) 55 T. L. R. 437

<sup>(١٨٧)</sup> Fowler v. Dowdney (1838) 2 Denman في قضية : Denman اللورد ديمان أيضاً تعليق اللورد ديمان

Moo & R. 119 , at 120

<sup>(١٨٨)</sup> Webb v. Beaven (1883) 11 Q. B. D. 609 – Michael v. Spiers and Pond (1909) 101 L. T.

352

<sup>(١٨٩)</sup> Hellwig v. Mitchell [1910] 1 K. B. 609 – Wiffen v. Bailey [1915] 1 K. B. 600 at 611

عدم العفة أو الزنا لأي امرأة أو بنت لا تتطلب إثبات ضرر خاص لإقامة دعوى التشهير. وقد حُكم بأن تسمية امرأة بالمساحقة هو بمثابة إسناد عدم العفة بموجب القانون<sup>(١٩٠)</sup>.

ثالثاً: إسناد مرض خطير: قيل بأن مجرد إسناد مرض معد لشخص ما هو محل دعوى بذاته لأن أي شخص متعلق سيتجنب صحبة هذا الشخص المعتل دون بحث سبب ابتلائه بهذا المرض. ومعظم القضايا تكشف أن الأمراض المسندة هي الأمراض التناسلية<sup>(١٩١)</sup> والجذام<sup>(١٩٢)</sup> والطاعون<sup>(١٩٣)</sup>. والضرر المفترض هنا هو استبعاد المدعى من المجتمع وليس مجرد وصمه العار الأخلاقية، وعلي هذا الأساس يمكن قياس أمراض الحمى القرمزية والأمراض المعدية مثل الإيدز ومع ذلك فقد استبعد إسناد مرض الجدري لإقامة دعوى القذف الشفوي بدون إثبات الضرر<sup>(١٩٤)</sup>.

رابعاً: التشهير الشفوي بشخص في أدائه لمهنته: يستطيع الموظف أو المهني أو العامل بالتجارة والأعمال، طالما أن المهنة قانونية، أن يرفع دعوى التشهير بدون حاجة لإثبات الضرر إذا تم القذف الشفوي في أدائه لعمله أو ممارسته لمهنته. وعلي ذلك فإن حارس الطرائد التي وظيفته حفظ وحراسة الثعالب ينجح في دعواه، دون إثبات الضرر، إذا أسند إليه بالقول أنه قام بتسميم الثعالب<sup>(١٩٥)</sup> وكذلك القول بأن مهندساً غير ماهر في مهنته<sup>(١٩٦)</sup>.

### عناصر التشهير:

31/1/2 - أولاً: التعبير التشهيري: يجب أن يكون محل الإسناد عبارات تشهيرية. وهي تكون كذلك بما تحمله من معنى التشهير السابق بيانه في مقدمة هذا الفصل. إلا أن القانون الإنجليزي لا يعتبر التعبيرات النابية الجارحة، والمفهومة علي أنها عبارات قاذحة، أو أن المدعى عليه تقوه في لحظة غضب، محلاً لدعوى التشهير. ويرجع السبب في ذلك علي أنها قد تكون تنقيساً عن الشعور الشخصي أكثر منها إيذاء لسمعة الشخص. وقد تؤدي هذه العبارات إلي إيذاء احترام الذات التي يشعر بها الشخص نفسه لكن ذلك لا يعنى تطبيق قانون التشهير الذي يحمي الاحترام الذي يكتسبه الآخرون للشخص، أي يحمي سمعته في عيون الغير<sup>(١٩٧)</sup>. وهكذا فالقانون الإنجليزي يخرج فعل الإهانة لكبرياء الشخص من الفعل الضار التشهير لأنه لا يؤثر

Kerr v. Kennedy [1942] 1. K. B. , 409

(١٩٠)

Bloodworth v. Gray (1844) 7 M. & G. , 334

(١٩١)

Taylor v. Perkins (1607) Cro. Jac. , 144

(١٩٢)

Willers v. Monsley (1769) 2 Wil. , 403

(١٩٣)

James v. Rutlech (1599) 4 Rep. 17 – Grimes v. Lovel (1698) 12 Mod. 242

(١٩٤)

Foulger v. Newcombe (1867) L. R. 2 Ex. 327

(١٩٥)

Stack v. Barr (1918) 82 , J. P. 91

(١٩٦)

Fields v. Danis [1955] C. L. Y. 1543 ، في هذه القضية نادى المدعى عليه المدعية وهي سيدة متزوجة

(١٩٧)

في سمعته. ومع ذلك ففي قضية حديثة<sup>(١٩٨)</sup> تحذير لهؤلاء الذين ينغمسون في إطلاق إهانات دون مسوغ ويعتبرون أن عباراتهم غير مصنفة كتشهير. في هذه القضية حكمت المحكمة بإجماع الآراء أن عبارة أن السيد بيركوف ، وهو ممثل مشهور وكاتب مسرحي ، "دميم ببشاعة" hideously ugly كانت كفيلة لا اعتبارها تشهير لأنها قد تضعه محل سخرية في عيون الجمهور.

وكما سبق التنويه فإن معيار الحكم علي تشهيرية التعبير هو بمعيار ما تحويه من معنى يدركه الشخص المعتدل التفكير علي ضوء المعنى الطبيعي والعادي التي تحمله الكلمات ، أو من خلال السياق العام للعبارة في إجمالها مع غيرها ومع ظروف الحال. أي أن معيار الحكم علي الكلمات وعبارات التشهير هو معيار موضوعي أي بحسب فهمها علي ضوء الظروف المحيطة<sup>(١٩٩)</sup>. وتدق المسألة عندما يجادل المدعى في أن العبارات تحوى معاني خفية ، تشهيرية. وهو ما يطلق عليه التشهير بالتلميح أو الغمز innuendo . وفي هذه الحالة يجب علي المدعى إثبات التشهير بالاستنتاج من المؤشرات المحيطة بالنشر أو من خلال أدلة جوهرية منفصلة عن العبارات ذاتها. هذا التلميح قد يكون حقيقياً أو زائفاً. إذ أن بعض الكلمات قد يكون لها مدلول في اللغة الدارجة أو العامية يختلف عن المعنى العادي والطبيعي وهذا ما يُسمى التلميح الزائف<sup>(٢٠٠)</sup>. أما إذا كان تفسير العبارات علي أساس أنها تشهيرية يحتاج إلي دليل خارجي فذلك هو التلميح الحقيقي true innuendo وهو الذي تنبثق حقيقته فقط من الوقائع والظروف غير الواضحة من الكلمات والعبارات نفسها<sup>(٢٠١)</sup>. قد يتغير مفهوم ومعنى ما توحى به بعض الألفاظ من وقت لآخر. فعلي سبيل المثال أثناء الحرب العالمية السابقة كان تسمية شخص "بالألماني" يُعد تشهيراً به<sup>(٢٠٢)</sup>.

لكن من هو المخول بتقرير ما إذا كانت العبارات تمثل تشهير من عدمه ؟ القاضي أم المحلفون ؟ مازالت قضايا التشهير تُنظر أمام المحلفين باختيار أي من

Berkoff v. Burchill [1996] 4 A L L ER

(١٩٨)

<sup>(١٩٩)</sup> انظر في ذلك تقرير اللجنة علي قانون التشهير رقم ٧٥٣٦ فقرة ٥٥ ، ٥٦

<sup>(٢٠٠)</sup> مثال ذلك قضية : Lewis v. Daily Telegraph [1963] 2 ALL ER 15 حيث نشرت إحدى الصحف

خبراً مفاده قيام مجموعة أمنية بالتفتيش والبحث في إحدى الشركات وفروعها. وقد كان ذلك يعنى ، وفقاً للتفسير الذي وُضع أمام مجلس اللوردات ، أحد ثلاثة بدائل : ١- أن هناك تحقيق جاد ، ٢- أن المدعى كان محل شبهة بارتكاب غش ، ٣- أنه كان متهماً بالغش. قرر اللوردات إمكانية البديلين الأولين فقط ثم وافقوا علي المعنى الثاني وهو الأمر الذي يشكل

تشهير بالتلميح الزائف false unnuendo

<sup>(٢٠١)</sup> نموذج لهذا التلميح قضية Cassidy v. Daily Mirror Newspapers Ltd. [1929] 2 K. B. 331 وموجزها

أن إحدى الصحف نشرت صورة أحد الشخصيات مع امرأة وكتبت تحت الصورة أنهما بصدد إعلان خطوبتهما ولما كانا

متزوجين بالفعل فكان هذا يعنى بأن السيدة المذكورة كانت تعيش معه بطريقة غير شرعية

Slazengers Ltd. v. Gibbs & Co. (1916)33 T. L. R. 35

(٢٠٢)

طرفي الخصومة. منذ صدور قانون فوكس للتشهير في عام ١٩٧٢ والذي قُصد به تطبيقه علي المحاكمات الجنائية لكن امتد تطبيقه أمام المحاكم المدنية ، كان أمر تقرير تشهيرية العبارات متروك للمحلفين. واقتصر دور القاضي علي التوجيه وإعطاء المشورة لهم. ومن الطبيعي إذا أحجم المحلفون عن أداء هذا الدور تفقد هذه النوعية من المحاكمات فحواها وتتفرغ من مضمونها المتعارف عليه. لذلك فالواقع العملي يفرض المشاركة بين القضاة والمحلفين. يكون دور المحلفين تقرير ما إذا كانت الكلمات تشهيرية أو لا ، أما تقرير ما إذا كانت الكلمات قادرة علي أن تحمل المعنى التشهيري فيكون منوطاً بالقاضي. وهكذا يكون هناك فرصة لممارسة نوع من الرقابة علي هذا الأمر. وعلي ذلك يقرر القاضي ترك الأمر للمحلفين وفي هذه الحالة يجب عليه أن يفسر معنى التشهير في القانون. وإن كانت الكلمات واضحة في معنى التشهير فقد يبين لهم أن الدليل المقدم للمحكمة يمكن تفسيره بمعنى واحد. وإذا اعتقد القاضي أنه لا يوجد رجل معقول يعتبر الكلمات محل النزاع أنها تشهير بالمدعى ، يجب عليه سحب الدعوى وعدم عرضها علي المحلفين<sup>(٢٠٣)</sup>.

الشرط الجوهرى والأساسي لقبول دعوى التشهير في النظام القانوني الأنجلو أمريكي ، بعد التيقن من أن العبارات أو الكلمات محل الدعوى هي من قبيل القذف أو التشهير ، هو أن هذه العبارات غير صحيحة. ويستطيع المدعى عليه الدفع بأنها صحيحة في جوهرها ووقائعها<sup>(٢٠٤)</sup>. لكنه غير مطالب بإثبات حرفية حقيقة كل واقعة أسندها ، لكنه يحتاج إلي إثبات الحقيقة الجوهرية والأساسية لكل واقعة<sup>(٢٠٥)</sup>. وتعالج المادة الخامسة من قانون التشهير لسنة ١٩٥٢ حالة إذا كانت العبارات محل التشهير تحمل أكثر من معنى مختلف واختار المدعى أحدهم زاعماً بأنها عبارات قذف غير صحيحة تمس سمعته. وهنا يمتنع علي المدعى عليه الدفع بصحة المعاني الأخرى بشرط أن تكون هذه الإدعاءات منفصلة ومتميزة بذاتها. أما إذا لم تكن كذلك يستطيع المدعى عليه أن يقيم الدليل علي صحة المزاعم الأخرى التي لم يختارها المدعى. وهي في النهاية مسألة وقائع وتختلف من حالة لأخرى<sup>(٢٠٦)</sup>.

B. S. Markesinis & S. F. Deakin : Tort Law , opcit p. 575

(٢٠٣)

Lord Shaw in Sutherland v. Sopos [1925] A. C. 47 "true in substance and in fact"

(٢٠٤)

Beevis v. Dawson [1957] 1 Q. B. 195 – Truth (N. Z. ) Ltd. v. Holloway [1960] 1 W. L. R. 997

(٢٠٥)

Polly Peck (Holdings) Plc. v. Trelford [1986] 1 Q. B. : في قضية O'Connor

(٢٠٦)

1000 انظر أيضاً قضية : Khashoggi v. IPC Magazine Ltd. [1986] 1 W. L. R. 1412 وموضوعها مقالة صحفية عن حياة المدعية مع زوجها ، تاجر سلاح ، قبل وبعد فسخ زواجهما. وتضمنت المقالة سلسلة من المزاعم خاصة بسلوكها الجنسي. اختارت المدعية الزعم بأنها إرتكبت الزنا مع أحد أصدقاء زوجها. قررت محكمة الاستئناف أنه بالرغم من أن المدعى عليها –الصحيفة– لم تستطع أن تثبت الزعم بارتكاب الزنا ، وأن سياق المقال يعنى أنه يدين المدعية بصفة عامة بإقامتها علاقات جنسية غير مشروعة ، لذلك كان من المناسب السماح للمدعى عليها إقامة الدليل علي الأشياء الأخرى لدفع المسؤولية

ومع الفرض الأساسي لنجاح دعوى التشهير بأن تكون المزاعم غير صحيحة ، إلا أنه يجب التنويه إلي أن بعض المقالات التي قد تنشر وتلتقط من ماضي شخص ما الأشياء البغيضة والكريهة ، وهي وقائع صحيحة ، قد تحط من قدره في المجتمع. وبالرغم من ذلك فإن شروط دعوى التشهير لا تنطبق عليها وإن أمكن إخضاعها لدعوى أخرى هي الإفشاء العام لوقائع خاصة *public disclosure of private facts* أحد فروع الفعل الضار : "التعدي علي الخصوصية".

32/1/2 - ثانياً : النشر : يعنى النشر في النظم القانونية الأنجلو أمريكية توصيل البيانات أو العبارات أو الكلمات القاذفة إلي شخص ثالث غير الشخص المطعون في سمعته<sup>(٢٠٧)</sup> سواء كان توصيل العبارات بعمل إيجابي ، أو بعمل سلبي يتمثل في عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع النشر. ويعتبر كل من الزوج أو الزوجة شخص واحد بالنسبة للشخص الثالث<sup>(٢٠٨)</sup>. وقد يفسر ذلك افتراض الوحدة بين الزوجين لكنها لا تعدو أن تكون قاعدة تحكمية في القانون الإنجليزي تقول بأنه لا يتم النشر بين الزوجين أو أنه يوجد نشر لكنه محمي بحصانة مطلقة. ومع ذلك فإن إيصال عبارة التشهير إلي أحد الزوجين من شخص ثالث يتحقق به عنصر النشر<sup>(٢٠٩)</sup>.

ويقع عبء إثبات النشر علي عاتق المدعى إلا أنه ليس مطالباً بإثبات نية الناشر وكل ما عليه أن يثبت أن عبارات التشهير انتقلت إلي شخص ثالث. لكنه قد يتحرر من هذا العبء في بعض الحالات عندما يبدو تمام النشر بالاستنتاج المعقول أنه واقعة حقيقية ، مثل هذا الدليل يُطلق عليه دليل ظاهر أو بينة كافية *prima facie evidence* وتكون الدعوى ظاهرة الواجهة ، أي كافية الأسباب *prima facie case* . وتطبيقاً لذلك أعتبر بمثابة النشر إعاره الكتب من مكتبة عامة للمتدربين والمشاركين فيها<sup>(٢١٠)</sup> ، وإرسال بطاقة بريدية أو برقية لانتقالها من مكتب بريد لآخر ولدى موظفي البريد فرصة الإطلاع عليها<sup>(٢١١)</sup>. لكن كل هذه الحالات قائمة علي فرض يمكن دحضه إذا أنكر الشخص (الثالث) المزعم وصول هذه العبارات إلي علمه<sup>(٢١٢)</sup>.

وتكثر التساؤلات في حالات تكرار وإعادة النشر بواسطة شخص ثالث. أحد هذه التساؤلات يتعلق بمدى مسئولية الناشر الأصلي عن التكرار المتتابع للنشر. المنطقي

<sup>(٢٠٧)</sup> تعريف اللورد Esher في قضية: pullman v. W. Hill & Co. Ltd. [1993] 2 W. L. R. 449

<sup>(٢٠٨)</sup> Wenhak v. Morgan (1888) 20 Q. B. D. 635

<sup>(٢٠٩)</sup> Wenman v. Ash (1853) 13 C. B. 836 – cf. Praed v. Graham (1889) 24 Q. B. D. 53 – cf.

Watt v. Longsdon [1930] K. B. 130 – Theaker v. Richardson [1962] 1 W. L. R. 151

<sup>(٢١٠)</sup> Vizetelly v. Mudie Select Library [1900] 2 Q. B. 170

<sup>(٢١١)</sup> انظر بالنسبة للبطاقة البريدية : Sadgrove v. Hole [1901] 2 K. B. 1 أما إرسال البريد في غلاف مغلق لا

يعتبر نشر لما فيه انظر : Hulth v. Hulth [1915] 3 K. B. 32 وبالنسبة للرسائل البرقية انظر : Williamson v.

Freer (1874) L. R. 9 c. P 393

<sup>(٢١٢)</sup> Clutterbuck v. Chaffers (1816) 1 Stark , 471 – R. v. Burdett (1820) 4 B. & A. 95 – Bata

v. Bata (1948) W. N. 366

أنه حينما يرخص ويصرح أو ينوى إعادة النشر فهو مسئول عن النشر الأصلي وعن إعادة النشر<sup>(٢١٣)</sup>. وحتى إذا تم النشر بدون تصريح من الناشر الأصلي فقد يُسأل هذا الأخير عن إعادة وتكرار النشر إذا كان يعلم مقدماً أن النشر الأصلي سيصل إلي شخص من المفترض فيه ، علي أساس واجب قانوني أو أخلاقي ، أنه سيعيد النشر<sup>(٢١٤)</sup> ، أو في الفرض الجدلي بأن تكرار النشر هو نتيجة طبيعية ومحتملة للنشر الأصلي<sup>(٢١٥)</sup>.

قد يؤدي تكرار النشر إلي استدراج أكثر من مدعى عليه في قضايا التشهير ، إذ أن التكرار هو نشر جديد يمنح سبباً جديداً لدعوى ضد الناشرين المتعاقبين<sup>(٢١٦)</sup>. وعلي ذلك لا تقتصر المسؤولية علي مؤلف المقالة التي تحوى عبارات تشهير وإنما تتعداه إلي المحرر ، والطابع ، والناشر ، وأصحاب أكشاك التوزيع. إلا أنه لتجنب الصرامة الزائدة فإن القانون الإنجليزي يفرق بين إعادة النشر republication وبين مجرد النشر أو البذر dissemination . لذلك أعتبر صاحب مكتبة منتشرة مسئولاً لسماحه للناس باستخدام كتب طلب منه الناشر إرجاعها لاحتوائها علي عبارات قذف<sup>(٢١٧)</sup>. ووضع القاضي رومر القاعدة التي تعفي الموزع من المسؤولية وتتلخص في إثباته : أ- براءته من معرفة أي محتوى تشهيري ، ب- ليس لديه من سبب يجعله مدركاً أن العمل الذي يقوم بتوزيعه يحتوى علي عبارات تشهير ، ج- أنه لم يكن مهملاً عندما أخفق في معرفة أن العمل يحوى تشهير بالمدعى.

33/1/2 - ثالثاً : يشير عمل التشهير إلي المدعى : يجب أن تشير العبارات محل القذف إلي المدعى ، المقذوف في حقه ، أو المشهر به. لا تنور الصعوبة في حالة ذكر الاسم صراحة. ومع ذلك فليس من الضروري أن يتم التشهير بالإشارة إلي اسم المدعى وإنما قد يُشار إليه بالحروف الأولية لاسمه<sup>(٢١٨)</sup> ، أو بعلامة تميزه<sup>(٢١٩)</sup> asterisk ، أو بالاسم الخيالي<sup>(٢٢٠)</sup> ، أو اسم شخص آخر<sup>(٢٢١)</sup> ، أو بالاستنتاج المعقول من عبارة خاصة بشخص آخر<sup>(٢٢٢)</sup> ، أو بعبارة صحيحة بالنسبة لشخص آخر والتي يُفهم منها ، بالمعقولة ، أنها تشير إلي المدعى<sup>(٢٢٣)</sup>.

<sup>(٢١٣)</sup> وهنا يتوافر أسباب دعويين Cutler v. Mc Phail [1962] 2 Q. B. 292

<sup>(٢١٤)</sup> Derry v. Handly (1867) 16 L. T. 263

<sup>(٢١٥)</sup> Speight v. gosnay (1891) 60 L. JOB 231

<sup>(٢١٦)</sup> Truth (ND) Ltd. v. P. N. Holloway [1960] 1 W. L. R. 997

<sup>(٢١٧)</sup> Vizetelly v. Mudie's Select Library Ltd. [1900] 2 Q. B. 170

<sup>(٢١٨)</sup> Roach v. Garvan (1742) 2 A & K. 469 – O'Brien v. Clement (1846) 16 M. & W. 159

<sup>(٢١٩)</sup> Bourke v. Warren (1826) 2 C. P. 307

<sup>(٢٢٠)</sup> R. v. Clerk (1728) 1 Barn. 304 – Youssouppoff v. M. C. M. Pictures Ltd. (1934) 50 T. L. R. 581

<sup>(٢٢١)</sup> Levi v. Milne (1827) 4 Bing. 195

<sup>(٢٢٢)</sup> Cassidy v. Daily Mirror [1929] 2 K. B. 331 at 338 – Morgan v. Odhams Press Ltd. [1971] 1 W. L. R. 1239

<sup>(٢٢٣)</sup> Newstead v. London Express Newspaper Ltd. [1940] 1 K. B. 377

تتحدد الإجابة عن ما إذا كانت عبارات التشهير تشير إلى المدعى بمعيار موضوعي هو : مدى إدراك الرجل العادي المعقول ، ومع علمه بالظروف ، ومن خلال ما يقرأه عرضاً ، وغير متوقع درجة عالية من صحة العبارات ، أن يصل إلى خلاصة أن المقال وعبارات التشهير تشير إلى المدعى ، سواء قصد المدعى عليه الإشارة إلى المدعى أو لم يقصد ، أو أهمل بخصوص هذه الإشارة<sup>(٢٢٤)</sup>. ويقرر القاضي ما إذا كانت الكلمات محل التشهير تشير إلى المدعى أم لا وهي مسألة وقائع بالنسبة للمحلفين<sup>(٢٢٥)</sup>.

وقد تدق المسألة في حالة إذا كان التشهير يشير إلى مجموعة من الناس ينتمي إليهم المدعى . تنقسم هذه المسألة في الواقع إلى سؤالين : الأول ، من الناحية القانونية ، هل الكلمات جديرة أو قابلة للإشارة إلى المدعى . والثاني ، مسألة واقع ، هل يعتقد الأشخاص المعقولين الذين يعرفون المدعى أن الكلمات تشير إليه ؟ بإيجاز المعيار هنا هو نفس معيار الحكم علي معنى التشهير أي الرجل العادي المعقول<sup>(٢٢٦)</sup>. والقضية الرائدة في ذلك هي القضية<sup>(٢٢٧)</sup> التي رفعها ممثل أحد الأحزاب الروسية في بريطانيا ضد إحدى الصحف التي نشرت مقالاً عن هذا الحزب ، يتكون الفرع البريطاني من أربع وعشرين عضواً يرأسهم المدعى ، وهو حزب عالمي يضم آلاف من الأعضاء. وقد أشارت المقالة علي وجه الخصوص إلى أنشطة الحزب في كل من أمريكا وفرنسا إلا أن المدعى زعم بأن المقالة تخصه بالتشهير. عند عرض القضية في مرحلتها الأخيرة علي مجلس اللوردات أقر المبادئ القانونية الخاصة بالتشهير بجماعة من الناس وموجزها : ١- النقطة الحاسمة هي أنه إذا كان يمكن القول بأن العبارات المنشورة تشير إلى المدعى شخصياً وذلك أجدي من وضع قاعدة تحكمية عامة عرضة للاستثناء بحسبان أن التشهير بجماعة من الناس ليس محل دعوى تشهير. وتطبيقاً لذلك حكم في أحد القضايا<sup>(٢٢٨)</sup> لصالح راعي كنيسة في إنجلترا والذي كان معروفاً جيداً علي نطاق واسع من الجمهور ، وأعتبر التشهير الموجه للكنيسة يشير إليه شخصياً ويستطيع جمهور قراء الجريدة إدراك ذلك بسهولة ؛ ٢- الأمر الطبيعي أن الأفراد المنتمين لفئة أو جماعة معينة لا يستطيعون الزعم بأن عبارات التشهير الموجهة لهذه الفئة أو الجماعة موجهة لأي منهم شخصياً. بدون شك لا يمكن القول بوجود دعوى تشهير للجماعة أو الفئة كما أنه ليس لأي فرد منها الإدعاء بأن العبارات تشير بصفة عامة له<sup>(٢٢٩)</sup>. وكما قال القاضي Willes في أحد القضايا<sup>(٢٣٠)</sup> "إذا كتب شخص أن كل المحامين لصوص ، لا يستطيع محامي معين

<sup>(٢٢٤)</sup> قضية مورجان ضد أودهااس السابقة من ٢١-٥٩ - انظر قضية Bottomley v. Bolton (1970) 115 S. J.

61, C. A.

Hayward v. Thompson [1982] Q. B. 47, C. A.

<sup>(٢٢٥)</sup>

B. S. Markesinis & Deakin : op cit , p. 577

<sup>(٢٢٦)</sup>

Knupffer v. London Express Newspaper Ltd. [1944] A. C. 116

<sup>(٢٢٧)</sup>

Orme v. Associated Newspapers Group Ltd. , The Times Feb. 4, 1981

<sup>(٢٢٨)</sup>

<sup>(٢٢٩)</sup> وفقاً لما جاء علي لسان القاضي بوتر في قضية ممثل الحزب الروسي السابقة

Eastwood v. Holmes (1858) 1 F. & F. 347 at 349

<sup>(٢٣٠)</sup>



أن يقاضيه إلا إذا وجد شيء يشير علي وجه الخصوص لفرد معين" ؛ ٣- يمكن للعبارات الموجهة إلي جماعة من الناس أن تكون محل دعوى تشهير فردية إذا كان في الكلمات وظروف النشر ما يشير إلي شخص أو أشخاص معينين<sup>(٢٣١)</sup> ؛ ٤- مرة أخرى إذا كان التشهير موجهاً إلي جماعة محدودة من الناس مثل مجلس أوصياء ، أو أعضاء مشروع ، أو مستأجري بناية معينة يمكن القول بأن عبارات التشهير تشير إلي كل عضو ويكون من حق كل منهم رفع دعوى التشهير ؛ ٥- إن مسألة تقدير وجود أدلة علي أن عبارات التشهير الموجهة إلي جماعة تشير إلي شخص معين هي مسألة قانون بالنسبة للقاضي ، فإذا وجدت الأدلة حينئذ تصبح مسألة واقع ما إذا كانت الكلمات تفقد الناس المعقولين والذين يعرفون المدعى إلي نتيجة أنها تشير إليه.

34/1/2 - الخطأ المفترض : القاعدة التقليدية في النظام الأنجلو أمريكي هي أن المسؤولية التقصيرية عن التشهير قائمة علي الخطأ المفترض<sup>(٢٣٢)</sup>. وليس علي المدعى إثبات الخطأ أو النية لارتكاب الخطأ. فهو مطالب فقط ببيان أن العبارات التي انتقلت إلي شخص آخر غيره وتشير إليه تحوى عبارات قذف تمس سمعته. فالمسؤولية علي القذف المكتوب لا تعتمد علي نية المشهر (القاذف) لكن علي واقعة التشهير<sup>(٢٣٣)</sup>. لذلك قُضي بالمسؤولية حتى ولو أثبت المدعى عليه أن الكلمات عند كتابتها لم تكن ولم تتصرف النية إلي أنها تخص المدعى ، وأنه (أي المدعى عليه) لم يكن في الحقيقة مدركاً وليس لديه سبب أن يكون واعياً لوجود المدعى<sup>(٢٣٤)</sup>.

لكن الإصلاحات الدستورية التي أجرتها المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية علي قانون التشهير نتج عنها وجود مجموعة من شروط ومتطلبات الخطأ في القضاء الأمريكي. لباب هذه التعديلات يكمن في وجود قواعد مختلفة حسب صفة المشهر بهم. أولاً : بالنسبة لأحاد الناس المشهر بهم عليهم إثبات إهمال المدعى عليه في النشر. ثانياً : بالنسبة للموظفين العموميين والشخصيات العامة المدعين ، عليهم إثبات ، علي الأقل ، الطيش في تقصي الحقيقة أو عدم صحة عبارات النشر<sup>(٢٣٥)</sup>.

35/1/2 - الضرر المفترض Libel Per Se , Slander Per Se : تعتبر نظرية الضرر المفترض في التشهير بالكتابة من النظريات المعقدة. وفكرتها الأساسية أن العبارة محل الدعوى في هذا النوع من القذف تكون تشهير بذاتها بغض النظر عن الدور الذي يمكن أن تقوم به الظروف الخارجية في الكشف عن تكييف هذه العبارة. والمثال الواضح لدعوى التشهير بالكتابة التي يكون الضرر فيها مفترضاً القول بأن (أ) سرق محفظة (ب) وهو تعبير واضح للزعم بأنه ارتكب جريمة. وبالمقارنة التأكيد بأن شخص ما ضالع في عملية ابتزاز قد لا يكون تشهيراً في حد ذاته عندما

Le Fanu v. Malcomson (1848) 1 H. L. C. 637

(٢٣١)

Shapo : opcit , p. 308

(٢٣٢)

Russell في قضية : -- Cassidy v. Daily Mirror [1929] 2 K. B. 331 at 354 -- انظر

Newstead v. London Express [1940] 1 K. B. 377 at 396

أيضاً قضية :

Hulton v. Jones [1910] A. C. 20

(٢٣٤)

Shapo ; opcit , p. 308

(٢٣٥)

يُطلق هذا التعبير في سياق وصف المدعى بأنه يتخذ موقفاً غير عادل في موقفه التفاوضي في أمور تجارية<sup>(٢٣٦)</sup>.

والأهمية العملية لهذه الفئة أنها تسمح للمدعى بالحصول علي تعويض دون حاجة لإثبات أضرار خاصة special damages فعلية ألّمت به. ويقصد بالأضرار الخاصة هنا الأضرار التي يمكن حسابها كمياً بالتحديد ومثالها الخسارة المالية التي تحدث عند هبوط حجم الأعمال نتيجة التشهير. أما الأضرار الأخرى التي من المعتاد أن يطالب المدعون بتعويضها والتي يصعب حسابها كمياً مثل الضرر اللاحق بالسمعة الطيبة لاسم المدعى فإنه وحده لا يمكن التعويض عنه إلا إذا أثبت المدعى هذا الضرر أو إذا بين المدعى وضوح المعنى التشهيري للعبارة دون استعانة بأي ظروف خارجية وإلا كانت فرصة المدعى ضئيلة في الحصول علي تعويض.

وقد واجهت المحاكم الأمريكية مشكلة أخرى حول طبيعة بعض العبارات، هل هي مجرد إهانة أو تعبير عن رأي؟ وذلك في قضيتين في موضوعين مختلفين. الأولى تدور وقائعها حول توزيع إحدى السيدات المؤثرات في المجتمع نشرة تصف فيها امرأة أخرى بأنها "نرجسية" narcissus وطلبت من القراء البحث في كتب علم النفس عن معنى هذه الصفة. كما حوت المقالة بعض التلميحات الجنسية عن المدعية. ركزت المحكمة علي تعبير النرجسية واستشهدت بخبير لتوضيح معناه وهو أن هذه الكلمة لها معنى خاص لدى الأخصائيين النفسيين في مجال علم النفس لغير الأسوياء، الذي بين أنها تعني حب الذات، الشاذ، الغير عادي. وخلصت المحكمة إلي أن هذه العبارة تمثل قذفاً بالكتابة محل دعوى بذاتها دون حاجة لإثبات الضرر، ورددت بأن الإسناد لأي شخص بالانحراف الجنسي المذكور في كتب علم النفس والذي مظهره تعبير النرجسية هو تعريض للكرهية، والاحتقار، والسخرية، والانتقاد ويدعو الناس إلي أن تتجنبه وتتأى عنه<sup>(٢٣٧)</sup>. وهنا يجب التنويه إلي أن المحكمة استخدمت مواد خارجية وهي شهادة الخبرة علي معنى النرجسية مما يشير إلي مرونة هذه الفئة.

والقضية الثانية تركز علي ضرر مزعوم لمشروع المدعى وتوضح التداخل بين التشهير بالكتابة محل الدعوى بذاته والتشهير بالقول محل الدعوى بذاته أي أن الضرر مفترض في الحالتين. في هذه القضية أشار معلق تلفزيوني إلي إعلان عن سجناء واصفاً الشركة المنتجة بأنها ليست فقط خادعة بقولها أنها لا تبيع السجائر للأطفال وإنما كاذبة. وجدت المحكمة أن هذا القول يدخل في أحد حالات التشهير بالقول الذي يضر بأشغال ومشروعات المدعى وأنها تشك في أن تستمر شركة السجائر في المدى القصير لكنها تستطيع أن تستمر في المدى البعيد إذا استهانت بالسياسة العامة القوية ضد تشجيع الأطفال علي التدخين، وانتهت المحكمة إلي

<sup>(٢٣٦)</sup> انظر علي سبيل المثال : Garber –Pierre Food Prods. , Inc. v. Crooks , 397 N. E. 2d. , 211

Greenbelt Cooperative Publ. Ass'n v. Bresler , 398 U. S. 6 (111. Ct. App. 1979) وقارن : (1970)

Menefee v. Codman , 317 P. 2d. , 1032 , 1036 (Cal. Ct. App. 1957)

<sup>(٢٣٧)</sup>

مسئولية المدعى عليه عن التشهير بالقول محل الدعوى بذاته بموجب قانون الولاية لاتهامه الشركة المنتجة بما يُعتبر إستراتيجية غير أخلاقية بتشجيع الأطفال علي التدخين. ومن المحتمل مع هذا الاتهام الإضرار بالشركة<sup>(٢٣٨)</sup>.

### المطلب الثالث

#### الحق في السمعة في الشريعة الإسلامية

36/1/2 - من الطبيعي أن يعتمد تنظيم الدين لهيكل ووظيفة حق من الحقوق علي ترسيخ المبادئ والأسس والقيم التي يحققها ويحميها هذا الحق ، في نفوس وسلوك البشر ، وذلك لما له من تأثير روحي لدى المؤمنين به. فلا جرم أن تحرص الشريعة الإسلامية من خلال مصدريها الرئيسيين ، الكتاب والسنة ، علي تأكيد حماية الحق في السمعة . وأن يكون مجمل حكم هذه النصوص الدينية هو النهي عن كل ما يمس سمعة الإنسان في شرفه ، أو عرضه ، أو دينه ، أو رجولته ، أو مكانته بين قومه. وقد توجهت هذه الأحكام مباشرة إلي المكلفين ، أي الفاعلين المحتملين ، لتجهض أي محاولة للاعتداء علي هذا الحق ، فهو تنظيم وقائي بالدرجة الأولى فضلاً عن وجود وظيفة الردع من خلال خوف الفاعل المحتمل وخشيته من العقاب الدنيوي المتمثل في الحد أو التعزير ومن ثم الضمان أو من الجزاء الأخروي. واستخدمت الشريعة الإسلامية مصطلحات لغوية مختلفة وصفاً للفعل غير المشروع مثل الإفك ، والبهتان ، والاعتياب ، والاستطالة في العرض ، والوقع في الأعراض ، وانتهاك الحرمات ، ورمي المحصنات ، والقذف أو السب وهو دليل القدرة علي توظيف الثراء اللغوي لتوضيح مفهوم أو معنى معين. ومع ذلك فقد شاع استخدام اللفظين الأخيرين لتطابقهما مع المصطلحات القانونية .

37/1/2 - حيث أن جذور الحق في السمعة وقواعده الأساسية قائمة علي بعض المبادئ والقيم مثل حسن الأخلاق فقد روى عن عائشة رحمها الله ، قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "إن المؤمن ليدرك بحسن خلقه درجة الصائم القائم"<sup>(٢٣٩)</sup>. كذلك تنهى الشريعة الإسلامية عن اللغو في الحديث والكذب والنفاق ؛ فنجد القرآن الكريم يصور الجنة بالمقابل بالحياة الدنيا : "لا يسمعون فيها لغواً إلا سلاماً"<sup>(٢٤٠)</sup> ، "لا يسمعون فيها لغواً ولا تأثيماً"<sup>(٢٤١)</sup> ، "لا يسمعون فيها لغواً ولا كذاباً"<sup>(٢٤٢)</sup> بمعنى أن الدار الآخرة ليس فيها كلام لاغ عار عن الفائدة ولا إثم كذب ، بل هي دار السلام وكل ما فيها سالم من النقص<sup>(٢٤٣)</sup>. ولما كان التشهير يرتبط عادة

Broom and Williamson Tobacco Corp. v. Jacobson , 713 F. 2d. 262 , 267-69 (7<sup>th</sup>. Cir. <sup>(٢٣٨)</sup> 1983)

<sup>(٢٣٩)</sup> سنن أبي داود حديث رقم ٤٧٩٨

<sup>(٢٤٠)</sup> سورة مريم الآية ٦٢

<sup>(٢٤١)</sup> سورة الواقعة الآية ٢٥

<sup>(٢٤٢)</sup> سورة النبأ الآية ٣٥

<sup>(٢٤٣)</sup> مختصر تفسير ابن كثير ، المجلد الثالث ، ص ٥٩٣

بفاعل غليظ ، نجد رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "لا يدخل الجنة البواظ ، ولا الجعظري" (٢٤٤) .

والهيكل العام لهذا الحق يشمل عدم السخرية والاستهزاء واللمز والاستخفاف والغيبة ، نجد الكثير من النصوص الدينية تنهى عن ذلك. فيقول الله تعالى : "الذين يلمزون المطوعين من المؤمنين في الصدقات والذين لا يجدون إلا جهدهم فيسخرون منهم سخر الله منهم ولهم عذاب أليم" (٢٤٥). وينهى القرآن الكريم صراحة عن السخرية "يأيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم .." (٢٤٦) والمقصود هو عدم احتقار الناس والاستهزاء بهم واستصغارهم ، وقد ثبت في الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : "الكبر بطر الحق ، وغمط الناس". بل إن العقوبة التي وقعت علي المستهزئين برسول الله كانت شديدة ورادعة فقد أخرج الحافظ البزار في قوله تعالى : "إنا كفيناك المستهزئين" (٢٤٧) أنه عن أنس مر رسول الله صلى الله عليه وسلم فغمزه بعضهم ، فجاء جبريل - أحسبه قال : فغمزهم - فوقع في أجسادهم كهيئة الطعنة فماتوا (٢٤٨). وفي المقابل فإن ثواب المضرور أو الذين سخر بهم الفوز بالسعادة والسلامة والجنة من النار ، أي أن العقاب الأخروي للفاعل هو النار ويقابله الضحية في الجنة فقد ورد في محكم آياته : "فاتخذتموهم سخرياً حتى أنسوكم ذكري وكنتم منهم تضحكون. إني جزيتهم اليوم بما صبروا أنهم هم الفائزون" (٢٤٩) .

واستفاضت السنة النبوية في أحاديث عديدة تفصل النواهي الدينية في مجال الحق في السمعة. فعن أبي هريرة ، أنه قيل : يا رسول الله ما الغيبة ؟ قال : "ذكرك الله بما يكره" قيل : أفرأيت إن كان في أخي ما أقول ؟ قال : "إن كان فيه ما تقول فقد اغتبته ، وإن لم يكن فيه ما تقول فقد بهته" (٢٥٠). وعن مالك عن الوليد بن عبد الله بن صياد ، أن المطلب بن عبد الله حنطب الخزومي ، أخبره أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ما الغيبة ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أن تذكر من المرء ما يكره أن يسمع" ، قال يا رسول الله ، وإن كان حقاً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إذا قلت باطلاً فذلك البهتان" (٢٥١). وعن سعيد بن زيد ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "إن من أربى الربا الاستطالة في عرض المسلم بغير حق" (٢٥٢). وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إن من أكبر

(٢٤٤) البواظ الغليظ اللفظ رواه حارث بن وهب ، سنن أبي داود ، حديث رقم ٤٨٠١

(٢٤٥) سورة التوبة الآية ٧٩

(٢٤٦) سورة الحجرات الآية ١١

(٢٤٧) سورة الحجر الآية ٩٥

(٢٤٨) مختصر ابن كثير ، ج ٢ ص ٣٢٠

(٢٤٩) سورة المؤمنون الآية ١١٠ ، ١١١

(٢٥٠) سنن أبي داود حديث رقم ٤٨٧٤

(٢٥١) موطأ الإمام مالك رقم ٩٥٦

(٢٥٢) سنن أبي داود رقم ٤٨٧٦

الكبائر استطالة المرء في عرض رجل مسلم بغير حق ، ومن الكبائر السبتان بالسبة" (٢٥٣) . وعن أبي هريرة ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "كل المسلم علي المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه" (٢٥٤) . قال ابن الأثير : العرض موضع المدح والذم من الإنسان سواء كان في نفسه أو سلفه أو من يلزمه أمره . وعن أنس بن مالك ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لما عرج بي مررت بقوم لهم أظفار من نحاس يخمشون وجوههم وصدورهم ، فقلت : من هؤلاء يا جبريل ، قال : هؤلاء الذين يأكلون لحوم الناس ويقعون في أعراضهم" (٢٥٥) . وتكرر فكرة الثواب والعقاب الأخروي في حديث النبي الشريف ، عن سهل بن معاذ بن أنس الجهني ، عن أبيه ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "من حمي مؤمناً من منافق ، أراه قال : "بعث الله ملكاً يحمي لحمه يوم القيامة من نار جهنم ، ومن رمى مسلماً بشيء يريد شينه به حبسه الله علي جسر جهنم حتى يخرج مما قال" (٢٥٦) . عن إسماعيل بن بشير يقول : سمعت جابر بن عبد الله وأبا طلحة بن سهل الأنصاري يقولان : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "ما من امرئ يخذل إمراً مسلماً في موضع تنتهك فيه حرمة وينتقص فيه من عرضه إلا خذله الله في موطن يجب فيه نصرته ، وما من امرئ ينصر مسلماً في موضع ينتقص فيه من عرضه وينتهك من حرمة إلا نصره الله في موطن يجب نصرته" (٢٥٧) .

38/1/2 - ويطلق علي الفعل غير المشروع الذي ينتهك الحق في السمعة "القذف" وقد ورد تحريمه وعقوبته وهي الحد في الكتاب والسنة . يقول سبحانه وتعالى في الآية الرابعة من سورة النور : "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون" . وجاء في نفس السورة الآية (٢٣) : "إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب اليم" . ومن السنة المشرفة عن أبي هريرة قول النبي عليه الصلاة والسلام : "اجتنبوا ، السبع الموبقات" قالوا وما هن يا رسول الله ؛ قال : "الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات" (٢٥٨) . وهكذا وضعت الشريعة الإسلامية القذف من كبائر الإثم والفواحش ، لتأثيره المدمر علي العلاقات الأسرية والاجتماعية . وشاهد ذلك واقعة رمي العذراء البتول مريم أم عيسى عليهما السلام بالزنا ، وفي ذلك يصف الله هذا الفعل بأنه بهتان عظيم : "وبكفرهم وقولهم

(٢٥٣) أبي داود رقم ٤٨٧٧

(٢٥٤) سنن ابن ماجه رقم ٣٩٣٣

(٢٥٥) سنن أبي داود رقم ٤٨٧٨

(٢٥٦) المرجع السابق رقم ٤٨٨٣

(٢٥٧) المرجع السابق حديث رقم ٤٨٨٤

(٢٥٨) فتح الباري : ج ١٢ ، باب ٤٤ ، حديث رقم ٦٨٥٧

علي مريم بهتاناً عظيماً<sup>(٢٥٩)</sup>. وكذلك واقعة حديث الإفك ، حيث بلغ أذى تشويه السمعة للرسول في أهله. فقد رُميت إحدى زوجات الرسول ، السيدة عائشة رضي الله عنها زوراً وبهتاناً بفرية ارتكاب الفاحشة أثناء تخلفها عن ركب الرسول في إحدى غزواته. فأنزل الله تعالى براءتها صيانة لعرض الرسول صلى الله عليه وسلم. يقول الحق سبحانه وتعالى : "إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم لا تحسبوه شراً لكم بل هو خير لكم لكل امرئ منهم ما اكتسب من الإثم والذي تولى كبره منهم له عذاب عظيم"<sup>(٢٦٠)</sup>.

والقذف لغة هو الرمي بالشيء ، كالقذف بالحجارة وغيرها<sup>(٢٦١)</sup>. واصطلاحاً هو رمي المحصن بصريح الزنا أو نفي النسب وعقوبته الشرعية الحد. ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بينه وبين نوع آخر من القذف وهو الرمي بغير الزنا أو نفي النسب سواء كان المقدوف محصناً أو غير محصن ويلحق بهذا النوع السب والشتم وفيهما تعزيز.

39/1/2 - لما كان السب أو الشتم صورة من الصور الشائعة للفعل غير المشروع لذلك تنهى الشريعة الإسلامية بطريقة مباشرة عن السباب. يقول المصطفى صلى الله عليه وسلم : "سباب المسلم فسوق وقتاله كفر"<sup>(٢٦٢)</sup>. وعن أبي ذر رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول : "لا يرمي رجل رجلاً بالفسوق ، ولا يرميه بالكفر ، إلا ارتدت عليه ، إن لم يكن صاحبه كذلك"<sup>(٢٦٣)</sup> ويروي الإمام البخاري عن ثابت بن الضحاك - وكان من أصحاب الشجرة - حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "من خلف علي وله غير الإسلام كاذباً فهو كما قال ، وليس علي ابن آدم نذر فيما لا يملك ، ومن قتل نفسه بشيء في الدنيا عذب به يوم القيامة ، ومن لعن مؤمناً فهو كقتله ، ومن قذف مؤمناً بكفر فهو كقتله"<sup>(٢٦٤)</sup>.

وإذا كانت وسيلة ارتكاب هذا الفعل الغير مشروع هو القول الشفهي ، حيث لم تكن الكتابة قد عرفت طريقها في الجزيرة العربية ، مهبط الوحي ، كما هي الآن ، واقتصرت وسائل الإعلام علي حفظ الكلام في صدور الرجال وانتقاله إلي الآخرين قولاً شفهيّاً ؛ لذلك كان حرياً بالشريعة الإسلامية التحذير من الآثار السلبية التي يسببها اللسان. وجاء في القرآن الكريم : "لا يحب الله الجهر بالسوء من القول .."<sup>(٢٦٥)</sup>. عن أبي هريرة ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "ستكون فتنة

<sup>(٢٥٩)</sup> سورة النساء الآية ١٥٦

<sup>(٢٦٠)</sup> سورة النور الآية ١١

<sup>(٢٦١)</sup> لسان العرب : ابن منظور ن ج ٩ ، ص ٢٧٦

<sup>(٢٦٢)</sup> رواه ابن مسعود : سنن ابن ماجه ، حديث رقم ٣٩٣٩ وأبي هريرة : ابن ماجه رقم ٣٩٤٠ ، ٣٩٤١ - وفتح الباري

حديث رقم ٦٠٤٥

<sup>(٢٦٣)</sup> فتح الباري : رقم ٦٠٤٥

<sup>(٢٦٤)</sup> فتح الباري : رقم ٦٠٤٧

<sup>(٢٦٥)</sup> سورة النساء الآية ١٤٨

صماء بكماء عمية من أشرف لها استشرقت له وإشراق اللسان فيها كوقوع السيف"<sup>(٢٦٦)</sup>. وعن أبي هريرة ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إن الرجل ليتكلم عن سخط الله. لا يرى بها بأساً. فيهوي بها في نار جهنم سبعين خريفاً"<sup>(٢٦٧)</sup>. وعن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده ، والمهاجر من هجر ما نهى الله عنه". وقد خص اللسان بالذكر لأنه المعبر عما في النفس ، واللسان يمكنه القول في الماضيين والموجودين والحادثين بعد<sup>(٢٦٨)</sup>. وقد قيل إن جرح اللسان كجرح اليد<sup>(٢٦٩)</sup>.

ولم تغب القدوة في التطبيق الإسلامي فعن أنس قال : لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحشاً ولا لعاناً ولا سباباً، كان يقول عند المعتبة : ماله ترب جبينه"<sup>(٢٧٠)</sup>. وقد روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه". قيل يا رسول الله ، وكيف يلعن الرجل والديه ؟ قال : "يسب الرجل أبا الرجل فيسب أباه ، ويسب أمه فيسب أمه"<sup>(٢٧١)</sup>.

وهنا يجدر ذكر واقعتين سب. أحدهما ضد الرسول عليه الصلاة والسلام والأخرى ضد خليفة المسلمين أبي بكر الصديق أثناء خلافته الحكم. في الواقعة الأولى قال ابن عباس ، أن أعمى كانت له أم ولد تشتم النبي صلى الله عليه وسلم ، وتقع فيه فينهاها فلا تنتهي ، ويزجرها فلا تنزجر ، قال " فلما كانت ذات ليلة جعلت تقع في النبي صلى الله عليه وسلم وتشتمه ، فأخذ المغول فوضعه في بطنها ، واتكأ عليها فقتلها ، فوقع بين رجليها طفل ، فلطخت ما هناك بالدم ، فلما أصبح ذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فجمع الناس فقال : "أنشد الله رجلاً فعل ما فعل لي عليه حق إلا قام" وأقر زوجها الأعمى بذلك أمام الرسول الكريم ، فقال النبي : " ألا شهدوا أن دمها هدر"<sup>(٢٧٢)</sup>. والواقعة الثانية يرويها ابن برزة فيقول : "كنت عند أبي بكر رضي الله عنه فتغيظ علي رجل فاشتد عليه ، فقلت : تأذن لي يا خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم أضرب عنقه ؟ قال : فاذهب كلمتي غضبه ، فقام فدخل فأرسل إلي فقال : ما الذي قلت أنفاً ؟ قلت ائذن لي أضرب عنقه ، قال : أكنت فاعلاً لو أمرتك ؟ قلت : نعم ، قال لا والله ما كانت لبشر بعد محمد صلى الله عليه وسلم"<sup>(٢٧٣)</sup>. وبتحليل الواقعتين نجد أن القتل وهو الجزاء في الأولى يعكس القداسة التي يتمتع بها

<sup>(٢٦٦)</sup> سنن أبي داود حديث رقم ٤٢٦٤

<sup>(٢٦٧)</sup> سنن ابن ماجه رقم ٣٩٧٠

<sup>(٢٦٨)</sup> فتح الباري باب المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده.

<sup>(٢٦٩)</sup> أحكام القرآن لابن العربي ، القسم الثالث ، الطبعة الأولى ، ص ١٣٢٠

<sup>(٢٧٠)</sup> فتح الباري ج ١٠ حديث رقم ٦٠٤٦

<sup>(٢٧١)</sup> فتح الباري ، باب لا يسب الرجل والديه

<sup>(٢٧٢)</sup> سنن أبي داود رقم ٤٣٦١

<sup>(٢٧٣)</sup> سنن أبي داود رقم ٤٣٦٣

سيد الخلق عند المسلمين والذي رفع الله ذكره في قوله تعالى "ورفعنا لك ذكرك" وذلك في الدنيا والآخرة. وهكذا يصبح الإثم في حقه بالسب جرماً شنيعاً يستحق القتل. أما بالنسبة للخليفة أو الحاكم لا يخوله منصبه التجاوز بالقتل إلا بإحدى الثلاث التي قالها رسول الله صلى الله عليه وسلم : كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد إحصان ، أو قتل نفس بغير نفس. فهي لا تتعدى عقوبة العيب في الذات الملكية أو رئيس الدولة التي تطبقها التشريعات حالياً.

40/1/2 - واجهت الشريعة الإسلامية إشكاليتي القاذف/المقذوف ، والحر/العبد. فإذا كان كل من القاذف والمقذوف حر وجب الحد للقاذف. أما إذا كان القاذف عبداً يرى الجمهور أن عليه نصف ما علي الحر ذكراً كان أو أنثى ، وعن عمر بن عبد العزيز والزهري والأوزاعي وأهل الظاهر فيما عدا ابن حزم أن الحد ثمانون جلدة. وإذا كان المقذوف عبداً فلا عقوبة دنيوية عليه أي لا يُقام عليه الحد. عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : سمعت أبا القاسم صلى الله عليه وسلم يقول : "من قذف مملوكه وهو برئ مما قال جُلد يوم القيامة ، إلا أن يكون كما قال". وأخرجه ابن عمر : "من قذف مملوكه كان لله في ظهره حد يوم القيامة إن شاء أخذه وإن شاء عفا عنه" قال المهلب : أجمعوا علي أن الحر إذا قذف لم يجب عليه الحد. ودل هذا الحديث علي ذلك لأنه لو وجب علي السيد أن يجلد في قذف عبده في الدنيا لذكره كما ذكره في الآخرة ، وإنما خص ذلك بالآخرة تمييزاً للأحرار من المملوكين ، فأما في الآخرة فإن ملكهم يزول عنهم ويتكافأون في الحدود ويقتص لكل منهم إلا أن يعفو ، ولا مفاضلة حينئذ إلا بالتقوى<sup>(٢٧٤)</sup>.

41/1/2 - ينقسم الفعل غير المشروع الضار بالسمعة في الشريعة الإسلامية إلي قسمين : الأول فيه حد وهو القذف بالزنا ونفي النسب ، والثاني فيه تعزير وهو القذف بغير الزنا أو نفي النسب أو في حالة إذا اختل فيه شرط من شروط وجوب الحد ، ويلحق بهذا القسم السب والشتم ، وفيه تعزير. ويبدو أن الدلالات اللفظية لمصطلحي القذف والسب كانت واضحة لدى فقهاء الشريعة القدامى لدرجة أغنتهم عن بيان الفارق بينهما. إلا أنه باسترجاع أقوالهم واستقراء الأمثلة يتبين أن القذف هو رمي القاذف المقذوف بواقعة أو صفة محرمة تحتل التصديق والتكذيب ، ويمكن إثباتها بطبيعتها كالرمي بالزنا أو نفي النسب أو اللواط مثلاً. أما السب فهو الرمي بما ظاهره الكذب ، ولا يقبل الإثبات بداهة كمن يقول لآخر : يا كلب أو لبصير يا أعمى<sup>(٢٧٥)</sup>. فيكون الفرق بينهما من ناحية الإثبات ، فمن رمي إنساناً بواقعة أو صفة وجب عليه إثبات صحة ما رماه به ، فإن عجز عن إثباته أو امتنع وجبت عليه

<sup>(٢٧٤)</sup> فتح الباري ، ج ١٢ ، باب ٤٥ قذف العبيد رقم ٦٨٥٨ ص ٢١٤ ، ٢١٥

<sup>(٢٧٥)</sup> عبد القادر عوده : التشريع الجنائي الإسلامي ، ج ١ ، ص ٤٥٥



العقوبة. أما من سب إنساناً أو شتمه فعليه العقوبة ، وليس له الحق في إثبات صحة ما قال لأن ما قاله ظاهر الكذب ولا يمكن إثباته بطبيعة الحال<sup>(٢٧٦)</sup> .

تختلف أحكام الشريعة الإسلامية عن القانون اختلافاً جذرياً بالنسبة لمدى صحة الواقعة أو الصفة المقدوف بها من حيث الإعفاء من العقوبة. فالمبدأ العام في الشريعة الإسلامية هو تحريم الكذب وإباحة الصدق في جميع الأحوال. فإذا أثبت القاذف صحة ما رمي به المقدوف فلا عقاب عليه. علي عكس من ذلك القانون الذي يجرم القول الصادق والكاذب مع بعض الاستثناءات خاصة بالطعن في أعمال موظف أو شخص ذي صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة وكذلك في حالة الطعن في سلوك مرشح أو خلافه أثناء المعركة الانتخابية<sup>(٢٧٧)</sup>. أما رمي الشخص بما ليس بمعصية فلا يعفيه صحة القذف من العقاب لأنه علي الرغم من صحة قوله قد آذى المقدوف والإيذاء محرم في الشريعة ولأن ما قذف به لا تحرمه الشريعة ولا تؤاخذ عليه فلا يصح إلا أن يُعزر به<sup>(٢٧٨)</sup> ، مثال ذلك أن ينسب شخص لآخر أنه أسود اللون ، أو أنه من أسرة وضيعة ، أو أنه عنين ، أو مجنون ، أو مريض بمرض معد كالإيدز مثلاً. ومعيار تحديد الإيذاء هو ما يتعارف عليه الناس من كون الصفة الموصوف بها تسبب آذى وألم لشعور وأحاسيس ما نسبت إليه. وتكون العقوبة تعزير.

### **الفرع الأول : القذف الذي يُوجب الحد**

#### **أولاً : أركان القذف**

#### **الركن المادي :**

42/1/2 - يتمثل هذا الركن فيما سبق قوله من أنه الرمي بالزنا أو نفي النسب<sup>(٢٧٩)</sup> بأي لغة كانت<sup>(٢٨٠)</sup> ، مع عدم قدرة القاذف علي إثبات صحة ما قذف به. والرمي بالزنا أو نفي النسب قد يتخذ أحد صور ثلاث : ١- القذف الصريح إذا رمي الشخص بألفاظ لا تحتل غير الزنا ، كأن يقول : يا زاني أو يا عاهر. ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب إقامة الحد في القذف الصريح<sup>(٢٨١)</sup> ؛ ٢- القذف بالكنية

---

<sup>(٢٧٦)</sup> المرجع السابق - انظر أيضاً : محمود احمد أمان : الحق في صيانة العرض ومدى الحماية التي تكفلها الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٤١٥هـ - ١٩٩٤م) ص ١٥٨ - بشر احمد صالح : رسالة الدكتوراه السابقة ص ١١٤

<sup>(٢٧٧)</sup> عبد الخالق النواوي : جرائم القذف والسب في الشريعة الإسلامية ، مكتبة الأنجلو المصرية (١٩٨٩) ص ٣١ - عبد القادر عوده : المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٤٥٨

<sup>(٢٧٨)</sup> عبد القادر عوده : المرجع السابق ص ٤٥٦

<sup>(٢٧٩)</sup> بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ، ج ٧ ص ٤٠ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القاضي أبو الوليد محمد احمد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد ، المتوفى عام ٥٩٥هـ ، دار الفكر مكتبة الخانجي القاهرة ، ج ٢ ص ٣٦٨

<sup>(٢٨٠)</sup> محمد عطية راغب : جرائم الحدود في التشريع الإسلامي (١٩٦١) رقم ٢٥٦ ص ٣٠٦

<sup>(٢٨١)</sup> شرح فتح القدير ، ج ٥ ص ٣١٦ - بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٤٢

: وهو الرمي بألفاظ تحتل الزنا وغيره مثل رمي الشخص بالفسق أو الفجور أو القول لأنثى يا فاجرة أو أنها فضحت زوجها. وهذا النوع محل خلاف. فذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يكون في الكناية قذف إلا مع الغضب إذ هو قرينة قصده ، ولأن الكناية محتملة والاحتمال شبهة والحد لا يجب مع الشبهة<sup>(٢٨٢)</sup>. ويرى الحنابلة أنه لا حد في الكناية إلا أن يراد بها القذف وإن استوجب التعزير<sup>(٢٨٣)</sup>. ويرى الشافعي أنه لا حد في القذف بالكناية إلا إذا ثبت أن الجاني نوي بما قال لأن الكناية لا يدينها من النية<sup>(٢٨٤)</sup>. أما الإمام مالك فيري وجوب الحد إذا فهم منه ذلك أو دلت القرائن علي أن الرامي قصد ذلك<sup>(٢٨٥)</sup>. ويرى الباحث أن جميع الآراء تتفق علي أن المعول الأساسي للحد هو وجود نية القذف سواء تمثلت في الغضب عند أبي حنيفة أو أريد بها القذف عند الحنابلة أو ثبوت هذه النية عند الشافعي أو فهمها أو إدراكها. فكل الآراء تدور حول فكرة واحدة هي ضرورة وجود نية القذف.

٣- والصورة الأخيرة للقذف هي القذف بالتعريض ويقصد به الرمي بلفظ وضع لمعنى غير الزنا ، والزنا لازم له مع صحة إرادة المعنى الذي وضع له اللفظ ، كما لو قال الرامي لغيره لست زان<sup>(٢٨٦)</sup>. واختلف الفقهاء أيضاً في إقامة الحد من عدمه. فذهب مالك وأحمد في رواية عنه أنه يستوجب الحد لما روي عن عمر أنه قال : كان عمر يضرب الحد بالتعريض ، ولما روي عن علي أنه جلد رجلاً في التعريض وحده من القذف<sup>(٢٨٧)</sup>. ورأي أبو حنيفة والشافعي وأحمد في رواية أخرى عنه إلى أن القذف بالتعريض لا يستوجب الحد حتى يقر أنه أراد به القذف إلا أنه يستحق التعزير ، وتبرير ذلك أن القذف بالتعريض فيه احتمال أنه لا يريد الرمي بالزنا ، وذلك الاحتمال شبهة والحدود تدرأ بالشبهات وأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يعزر بالتعريض<sup>(٢٨٨)</sup>. ويميل الباحث إلى هذا الرأي الأخير لوجود شبهة الاحتمال.

43/1/2 - حكم الرمي باللواط : مع التسليم مقدماً ودائماً أن فعل اللواط من الفواحش وفضلاً عما يسببه من مضر صحية ومخالفته للطبيعة فإن مرتكبيه ملعونين

<sup>(٢٨٢)</sup> بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٤٢ - حاشية ابن عابدين رد المحتار علي الدر المختار ، ج ٣ ص ٢١٤

<sup>(٢٨٣)</sup> أعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٣ ص ١٥٦

<sup>(٢٨٤)</sup> الأحكام السلطانية والولايات الدينية ص ٢٥٤ - المذهب : للإمام الزاهد أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف

الفيروز أبادي الشيرازي ، المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه ج ٢ ص ٢٩٠

<sup>(٢٨٥)</sup> تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام : للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن

فرحون ، المتوفى سنة ٧٩٩ هـ ، علي هامش فتح العلي المالك الآتي ، الطبعة الثانية مطبعة مصطفى البابي الحلبي

(١٣٥٦-١٩٣٧ م) ج ١ ص ٩٧ - شرح الزرقاني علي الموطأ : للعلامة محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ، المتوفى

سنة ١١٢٢ هـ ، مطبعة مصطفى محمد (١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م) ، ج ٤ ص ١٦

<sup>(٢٨٦)</sup> د. محمد عطية راغب : جرائم الحدود ، المرجع السابق ص ٦٤

<sup>(٢٨٧)</sup> كشاف القناع للبهوتي ج ٦ ص ١١١ - عبد الخالق النواوي : جرائم القذف والسب في الشريعة : المرجع السابق ص

لقول الرسول عليه السلام : "لعن الله من عمل عمل قوم لوط" وكررها ثلاثاً<sup>(٢٨٩)</sup> وأجمع الفقهاء علي تحريمه. لكن ما حكمه ؟ هل هو زنا ويقام الحد أم غير ذلك ويكون التعزير. اختلف الفقهاء في ذلك. قال الحنفية أنه لا يعتبر زنا ولا يأخذ حكمه ، وإنما فيه تعزير ، ويسجن مرتكبوه حتى الموت أو التوبة وللحاكم في التعزير سعة من الأمر ، فله أن يقتل فاعليه سياسة لا حداً إذا اعتادوا اللواط<sup>(٢٩٠)</sup> . ويرى جمهور الفقهاء وهم الشافعية ، والمالكية ، والحنابلة ، ومعهم محمد وأبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة أن اللواط يعتبر زنا لمشاركته له في المعنى لاجتماعهما في صفة الفاحشة لقوله جل شأنه في الزنا : "ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة"<sup>(٢٩١)</sup> . ووصفه لقوم لوط في سورة العنكبوت الآية (٢٨) : "إنكم لتأتون الفاحشة". وهما يجتمعان في هدف واحد هو الشهوة ، يقول الحق في شأن قوم لوط : "إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء"<sup>(٢٩٢)</sup> . وأخيراً فإنهما يجتمعان في معنى الزنا باللفظ فقد روي عن أبي موسى الأشعري ، أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال : "إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان"<sup>(٢٩٣)</sup> . ومع اتفاق الفقهاء علي اعتبار اللواط زنا إلا أنهم اختلفوا في كونه قذفاً من عدمه. رأي الشافعية والحنابلة أنه يعتبر قذفاً موجباً للحد<sup>(٢٩٤)</sup> . وكذلك يرى المالكية<sup>(٢٩٥)</sup> . ويرى عكس ذلك أبو حنيفة<sup>(٢٩٦)</sup> ، والظاهرية<sup>(٢٩٧)</sup> .

واختلف الفقهاء أيضاً في تحديد عقوبة اللواط. المشهور في المذهب الشافعي أن تكون عقوبته مماثلة لعقوبة الزنا فإن كان محصناً رجم ، وإن كان غير محصن جلد

<sup>(٢٨٩)</sup> فقه السنة : سيد سابق ج ٢ ص ٣٦٢

<sup>(٢٩٠)</sup> سيد سابق : فقه السنة ، المرجع السابق ص ٣٦٢ - تبين الحقائق ج ٢ ص ٢٠٩ - شرح فتح القدير ، ص ١٥٠ ،

١٩٠ ، - بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٤٤ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجم ج ٥ ص ٣٤

<sup>(٢٩١)</sup> سورة الإسراء الآية ٣٢

<sup>(٢٩٢)</sup> سورة الأعراف الآية ٨١

<sup>(٢٩٣)</sup> نيل الأوطار للشوكاني ، ج ٧ ص ١٣١ - شرح الزرقاني ، ج ٨ ص ٧٥ - المغني ج ١٠ ص ١٦٠ ، ١٦١ - الشرح

الكبير ، ج ١٠ ص ١٧٥ ، ١٧٦ - الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٧٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤ - تبين

الحقائق ج ٣ ص ١٨١

<sup>(٢٩٤)</sup> نيل الأوطار للشوكاني ن ج ٧ ص ٦٣١

<sup>(٢٩٥)</sup> المدونة الكبرى : للإمام أبي عبد الله مالك بن أنس إمام المذهب برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوحي عن الإمام عبد الرحمن ابن القاسم عن الإمام مالك ، مطبعة السعادة (١٣٢٣هـ) ج ١٦ ص ١٤ - شرح الزرقاني علي الموطأ ج ٧ ص

٨٦

<sup>(٢٩٦)</sup> البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجم ، ج ٥ ص ٣٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٧ ص ٤٤

<sup>(٢٩٧)</sup> المحلى : للحافظ أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري ، المتوفى سنة ٤٥٦هـ ، إدارة المطبعة المنيرية بمصر

(١٣٤٧هـ - ١٩٥٢م) ج ١١ ص ٣٨٠ - ٣٨٥

وغرب عاماً لقوله صلى الله عليه وسلم : "إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان<sup>(٢٩٨)</sup>. وقال مالك واحمد وفي قول للإمام الشافعي بأن العقوبة هي القتل سواء كان فاعلاً أو مفعولاً به<sup>(٢٩٩)</sup> استدلالاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم : "من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به"<sup>(٣٠٠)</sup>. ويرى الباحث أن إطلاق لفظ الزنا علي فعل اللواط هو من قبيل المجاز مثل أن يُقال زنا العين علي النظر باشتهاء لامرأة أجنبية. فهما يختلفان من حيث طبيعة الفعل وحكمه. فبينما الزنا يكون الإتيان فيه من القبل ، وهو لا يتحقق إلا مع امرأة ، فإن اللواط يكون من الدبر. وسبب تحريم الزنا هو خشية ضياع النسب ، وتمليك الأموال لغير أربابها ، وصيانة الأعراض ، وحماية الأسرة النواة الأولى للمجتمع ومعظمها أضرار تحقيق بالمجتمع. والأضرار التي يسببها اللواط تنحصر في عدة أمراض تصيب مرتكبيه. فتحريم الزنا حماية للمجتمع بينما تحريم اللواط حماية للفرد. يختلف حكم اللواط الوارد في سورة النساء (الآية ١٦) "واللذان يأتيانها منكم فأذوهما ؛ فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما" عن حكم الزنا المقرر في سورة النور. يُضاف إلي أسباب ترجيح رأي الباحث للأحناف والظاهرية أن تعذيب قوم لوط وأهله الوارد في القرآن الكريم كان إلي جانب عملهم تكذيبهم لنبي الله لوط. ويؤكد هذا الرأي أن الله نجي لوطاً وأهله إلا امرأته التي كانت من الغابرين. ومن البديهي أن امرأة لوط لم تكن تعمل عمل قوم لوط وإنما عذبتها الله سبحانه وتعالى لتكذيبها رسالته.

يعد القذف بنفي النسب موجباً للحد علي القاذف لما رواه ابن مسعود رضي الله عنه قال : "لا جلد إلا في اثنين : قذف محصنة ، أو نفي رجل عن أبيه". فإذا قال شخص لآخر لست لأبيك يُقام عليه الحد لأنه في واقع الأمر قذف أمه ، لأن نفي النسب يقتضي دائماً رمي أم المقذوف أو أحد أمهاته بالزنا<sup>(٣٠١)</sup>.

### ثانياً :الشروط الخاصة بطرفي القذف

44/1/2 - الشروط الواجب توافرها في القاذف : يستلزم فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون القاذف مكلفاً ، أي بالغاً ، عاقلاً ، مختاراً ، عالماً بالتحريم<sup>(٣٠٢)</sup>.

<sup>(٢٩٨)</sup> مغنى المحتاج غلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج (شرح المنهاج) للشيخ محمد الشريبي الخطيب ، المتوفى سنة ٩٧٧ هـ ،

مطبعة مصطفى الحلبي (١٣٥٢هـ - ١٩٣٣م ج ٤ ص ١١٤ - المذهب ج ٢ ص ٣٨٦

<sup>(٢٩٩)</sup> المذهب ، ص ٢٦٨ - المغنى ج ١٠ ص ١٦٠ - الأحكام السلطانية للفراء ص ٢٦٤ - حاشية الدسوقي علي

الشرح الكبير : للشيخ شمس الدين محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ ، الطبعة الأولى بمطبعة

السعادة (١٣٢٩ هـ - ١٩١١م) ج ٤ ص ٣١٤ - المدونة ج ١٦ ص ١٣

<sup>(٣٠٠)</sup> عن عكرمة ، عن ابن عباس : سنن ابن ماجه ، الجزء الثاني ، كتاب الحدود باب (١٢٩) من عمل .. ، حديث رقم

٢٥٦١

<sup>(٣٠١)</sup> شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٠ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٥ ، ٨٦ - المغني ج ١٠ ص ٢١٠ ، ٢١٥

<sup>(٣٠٢)</sup> الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى ، ص ٢٥٤ - الأحكام السلطانية للقاضي أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب

البصري البغدادي الماوردي ، المتوفى سنة ٤٠٥ هـ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، الطبعة الثالثة

ولا يشترط الدين أو الجنس أو الإحصان أو العفة. إلا أن بعض الفقهاء يشترط أن يكون القاذف قادر علي النطق ولا يعتد بإشارة الأخرس<sup>(٣٠٣)</sup> ، ومن يقول بأنه إذا كان الشخص قادر علي النطق إلا أنه استخدم إشارات معينة للدلالة علي فعل الزنا فلا يُقام عليه الحد وإن استحق التعزير<sup>(٣٠٤)</sup>. ويرى الباحث أنه إذا كان لا يُعتد بإشارة الأخرس تطبيقاً لمبدأ درء الحدود بالشبهات إلا أنه يتجاوز الاعتداد بالنطق لارتباطه بزمن نزول النصوص حيث لم تنتشر الكتابة أو وسائل التعبير كما هو واقع حالياً ويرى أنه كلما كان القاذف قادراً علي التعبير بوضوح بدون وجود لبس أو شبهة بأي وسيلة من وسائل التعبير يُعد قاذفاً. ويشترط الحنفية والشافعية والحنابلة ألا يكون القاذف أصلاً للمقذوف وإن علا قياساً علي أنه لا قصاص علي الوالد في قتل ولده<sup>(٣٠٥)</sup>. ويرى مالك في رواية عنه أنه لا يشترط في إقامة الحد أن لا يكون القاذف أصلاً للمقذوف لإطلاق الآية<sup>(٣٠٦)</sup> أما لو قذف الشخص أباه أو أمه أو عمه فالحنفية والحنابلة يوجبان إقامة الحد عليه<sup>(٣٠٧)</sup>. والرأي عند الباحث أنه لا تزر وازرة وزر أخرى. وأن كل شخص قاذف مسئول عن فعله غير المشروع بغض النظر عن مدى قرابته وقد يُرد علي هذا الرأي بضرورة الحفاظ علي الروابط الأسرية والاجتماعية وعدم إقامة الحد علي القاذف إذا كان أصلاً للمقذوف لكن هذا الرد لا يبرر بشاعة القذف بالزنا أو نفي النسب التي تشين الشخص وتحط من قدره في المجتمع وتلحق به مدى العمر.

45/1/2 - إحصان المقذوف في حقه : يشترط فقهاء الشريعة أن يكون المقذوف محصناً وهو الشرط الوارد في آيتين من سورة النور (٤ ، ٢٣). ولفظ المحصنات لغة يعنى العفيفات أو المتزوجات<sup>(٣٠٨)</sup>. وقد ورد في القرآن الكريم بعدة معاني مثل العفاف والمتزوجات في قوله تعالى في الآية (٢٤) من سورة النساء : "والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم" وقوله في الآية التي تليها "محصنات غير مسافحات" ، كما جاء بمعنى الحرائر في نفس الآية في قوله تعالى : "ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات ، وفي قوله : "والمحصنات من المؤمنات والمحصنات

(١٣٩٣-١٩٧٣) ص ٢٠٠ - بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ، ج ٢ ص ٣٦٨ - بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص

٤٠ - المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٢٠٤ - نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج ، ج ٧ ص ٤٣٥

(٣٠٣) كشف القناع عن متن القناع لمنصور بن يونس البهوتي ، ج ٦ ص ١٠٤ - منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات : للشيخ تقي الدين محمد بن احمد الفتوحى الحنبلي المصري ، الشهير بابن النجار ، المتوفى سنة ٩٧٢ هـ ، تحقيق

فضيلة الشيخ عبد الغنى عبد الخالق ، مكتبة دار العروبة ج ٣ ص ٣٥

(٣٠٤) محمد عطية راغب ، مجلة مصر المعاصرة : المرجع السابق ص ٧٦

(٣٠٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ج ٧ ص ٤٢ - المغنى لابن قدامة ج ١٠ ص ٢٠٨ - الأحكام

السلطانية للماوردي ص ٢٠١ - كشف القناع للبهوتي ج ٦ ص ١٠٤

(٣٠٦) المغنى لابن قدامة ج ١٠ ص ٢٠٨

(٣٠٧) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٠١ - كشف القناع للبهوتي ج ٦ ص ١٠٤

(٣٠٨) مختار الصحاح مادة حصن

من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم" (٣٠٩) ، وجاء أيضاً بمعنى الإسلام في قوله تعالى :  
"فإذا أحصن" (٣١٠).

وينتضح من آيتي سورة النور أن شروط الإحصان المتفق عليها ثلاثة : الإسلام ،  
والعقل ، والعفة من الزنا. وشروط الإسلام ينبع من قول الرسول عليه السلام : "من  
أشرك بالله فليس بمحصن" (٣١١). واشتراط العقل لأنه لا يشين غير العاقل إضافة الزنا  
إليه. ويضاف إلي هذا الشرط البلوغ وإن اختلف الفقهاء في وجوبه. فالإمام أحمد في  
رواية يُوجبها وفي رواية أخرى لا يُوجبها (٣١٢). ولا يشترط الإمام مالك البلوغ في  
الأنثى ويشترطه في الغلام (٣١٣). أما أبو حنيفة والشافعي فيشترطان البلوغ في  
المقذوف بغض النظر عن جنسه (٣١٤). والشرط الثالث هو العفة عن الزنا ويفسر  
الإمام أبي حنيفة هذا الشرط بأن لا يكون المقذوف وطئ في عمره وطئاً حراماً في  
غير ملك ولا نكاح أصلاً ولا في نكاح فاسد فساداً مجمعاً عليه (٣١٥). ويرى الإمام  
مالك أن لا يكون المقذوف قد وطئ وطئاً يوجب حد الزنا وأن لا يكون قد ثبت عليه  
حد الزنا (٣١٦). ويرى الإمام الشافعي أن العفة تعني سلامة المقذوف قبل وبعد القذف  
عن فعل ما يوجب حد الزنا عليه. والوطء المحرم لا يجب به الحد كمن وطئ امرأة  
ظنها زوجته أو وطئ في نكاح مختلف في صحته (٣١٧). ويكتفي الإمام أحمد بالعفة  
الظاهرة عن الزنا فمن لم يثبت عليه الزنا ببينة أو إقرار ومن لم يُحد للزنا فهو عفيف  
وإن كان تائباً من زنا أو ملاءنة (٣١٨).

وقد اشترط أبو حنيفة ومالك والشافعي أن يتوافر إحصان المقذوف قبل القذف  
وبعده حتى وقت تنفيذ العقوبة ، لأنه يجب أن تظل شروط الإحصان متوافرة إلي  
وقت إقامة الحد لأن المقذوف لو جن أو ارتد لم يرق عليه الحد (٣١٩). أما الإمام أحمد  
بن حنبل فلا يشترط بقاء الإحصان إلي وقت تنفيذ الحد وإنما يشترط في وقت القذف  
ولا يشترط بعده (٣٢٠) وحجته في ذلك أن حد القذف قد وجب وتم بشروطه فلا يسقط

(٣٠٩) سورة المائدة الآية ٥

(٣١٠) سورة النساء الآية ٢٥

(٣١١) شرح فتح القدير : للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي المعروف بابن همام ،

المتوفى سنة ٨٦١ هـ ، الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية الكبرى ج ٥ ص ٣٤٦

(٣١٢) المغني ج ١٠ ص ٥٠٢

(٣١٣) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٩٨-٣٠٠

(٣١٤) المذهب ج ٢ ص ٢٨٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٢

(٣١٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٣

(٣١٦) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠

(٣١٧) المذهب ج ٢ ص ٢٩٠

(٣١٨) الإقناع ج ٤ ص ٢٦٠

(٣١٩) نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج ، ج ٧ ص ٤٣٧

(٣٢٠) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠ - المغني ج ١٠ ص ٢١٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٤ وما بعدها

بزوال شروط الوجوب ؛ فإذا جن من وجب له الحد لا يسقط وإنما يتأخر إستيفؤه لتعذر المطالبة به ، وإن ارتد لم يملك المطالبة لأن حقوقه وأمواله تزول أو تكون موقوفة<sup>(٣٢١)</sup> .

46/1/2 - توافر القصد الجنائي : يتحقق هذا الشرط إذا كان القاذف يعلم عدم صحة ما رمي به المقدوف. ويعتبر عالماً بعدم الصحة طالما أنه عجز عن إثبات صحته<sup>(٣٢٢)</sup>. ويعتبر العجز عن إثبات صحة القذف قرينة لا تقبل الدليل علي علمه بعدم صحة القذف. فليس له أن يدعى أنه بني اعتقاده علي صحة القذف علي أسباب معقولة لأنه كان يجب عليه قبل أن يرتكب فعل القذف الغير مشروع أن يكون لديه دليل القذف. وهذا ما قاله الرسول صلي الله عليه وسلم لهلال بن أمية عندما قذف زوجته بشريك بن سمحاء "البينة وإلا فحد في ظهرك"<sup>(٣٢٣)</sup>. ويتحقق القصد الجنائي في القذف سواء قصد القاذف الإضرار بالمجني عليه أو لم يقصد ذلك ولا عبرة بالبواعث التي حملته علي القذف<sup>(٣٢٤)</sup>.

47/1/2 - عدم اشتراط العلانية في الحد علي القذف بالزنا أو نفي النسب : أحد الاختلافات الجذرية بين تنظيم الشريعة الإسلامية وتنظيم التشريعات الوضعية هو عدم اشتراط العلانية في القذف بالزنا أو نفي النسب رغم أنه أحد الشروط الأساسية الجوهرية في القانون. ومن ثم تعاقب الشريعة القاذف سواء قذف المجني عليه في محل عام أو محل خاص ، علي مشهد من الناس أو فيما بينهم فقط<sup>(٣٢٥)</sup>. ويرجع هذا إلي الاختلاف في فلسفة الشريعة والنظم القانونية الوضعية. الأولى تأخذ بالمدلول الشخصي وتري أن قيمة الإنسان ، من حيث أنه إنسان ، لا تتغير ، فقيمه أمام نفسه تساوي قيمته أمام الناس. ويتساوى الحرص علي الكرامة في السر والعلن. وتحريم الفعل الغير مشروع في الشريعة يكون لذات الفعل بقطع النظر عن سرية أو علانية الفعل. فمن ارتكب جريمة في السر لم يشهدا أحد عُوقب عليها كما لو ارتكبها علانية علي مرأى ومسمع من الناس<sup>(٣٢٦)</sup>.

(٣٢١) المغني ج ١ ص ٢١٩ - ٢٢٠

(٣٢٢) د. عبد الله محمد القاضي : أحكام حد القذف في الشريعة الإسلامية وأثر تطبيقه في حماية الأعراض ، دار الهدى

للطباعة ، القاهرة (١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤) ص ١٩٢

(٣٢٣) رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والطبراني في الكبير عن ابن عباس ، انظر فتح الكبير في ضم الزيادة إلي الجامع

الصغير للشيخ يوسف بن إسماعيل بن يوسف البهاني ، المتوفى سنة ١٣٥٠ هـ ، مطبعة مصطفى الحلبي (١٣٥٠هـ) ج ٢

ص ١٠٠

(٣٢٤) محمود احمد أمان : الحق في صيانة العرض ومدى الحماية التي تكفلها له الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، رسالة

دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م) ص ١٧٤

(٣٢٥) عبد القادر عوده : التشريع الجنائي والإسلامي ص ٤٧٧ ، ٤٧٨

(٣٢٦) عبد الله محمد القاضي : أحكام حد القذف في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص ١٩٣ - عبد الخالق النواوى :

جرائم القذف والسب في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص ٥٤

48/1/2 - قذف الميت : تنهى الشريعة الإسلامية عن سب الموتى ، وآية ذلك أنه روي عن عائشة رضي الله عنها ، قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إذا مات صاحبكم فدعوه لا تقعوا فيه"<sup>(٣٢٧)</sup> ، وعن ابن عمر ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "اذكروا محاسن موتاكم ، وكفوا عن مساوئهم"<sup>(٣٢٨)</sup> . والقاعدة في الشريعة الإسلامية أن خصومة المجني عليه ليست شرطاً في إقامة دعوى متعلقة بحد من حدود الله إلا أنه يُستثنى من هذه القاعدة حد القذف. إذ أنه نظراً لمساس الفعل بسمعة المقذوف في حقه فإنه يقع علي القاذف مسئولية إثبات صحة ما رمي به المجني عليه وعلي هذا الأخير مخاصمة الفاعل لرفع دعوى القذف. أي يعلق رفع الدعوى علي شكوى المقذوف في حقه<sup>(٣٢٩)</sup>. فإذا حرك المقذوف الدعوى ثم مات ، تسقط الدعوى بموته عند أبي حنيفة ، لأن حق الخصومة في دعوى القذف حق مجرد ليس مالاً ولا بمنزلته فلا يُورث<sup>(٣٣٠)</sup>. وعلي عكس ذلك يري الإمام مالك والشافعي وأحمد أن حق الخصومة يُورث فإن مات المقذوف وهو لا يعلم بالقذف يكون لورثته أو عصبته أن يخاصموا القاذف ، أما إن مات المقذوف بعد القذف وقبل الشكوى وهو يعلم بالقذف سقط حق المخاصمة لأن سكوته عن الشكوى يعنى أنه لا يريد لها أو عفي علي القاذف<sup>(٣٣١)</sup>.

وفي حالة قذف الميت تمنح الشريعة الإسلامية لبعض الورثة ، علي خلاف ، حق رفع دعوى علي القاذف ليس للضرر الذي يمكن أن يلحق بالميت لأنه ليس محلاً لإلحاق العار به وإنما لأن معنى القذف يرجع إلي أهله الأحياء الذين يلحقهم العار بقذف الميت. فهي تماثل رفع الدعوى عن الضرر المرتد في القانون. واختلف الفقهاء في تعيين من لهم حق المخاصمة من الورثة وفقاً لاختلافهم في تقدير وتعيين من يلحقه العار منهم. يري الإمام مالك أن أصول المقذوف وفروعه الذكور يملكون حق المخاصمة ، وأن أجداد المقذوف لأمه يملكون هذا الحق ، فإن لم يكن أحد من هؤلاء كان حق المخاصمة للعصبة وللبنات والأخوات والجدات<sup>(٣٣٢)</sup>. أما الإمام أبي حنيفة فيري أن ولد المقذوف الميت ذكراً أم أنثى وابن ابنه وإن سفلوا ووالده وإن علا هم الذين يملكون الخصومة<sup>(٣٣٣)</sup>. وييري الإمام الشافعي أن كل وارث يملك حق الخصومة<sup>(٣٣٤)</sup>.

<sup>(٣٢٧)</sup> سنن أبي داود حديث رقم ٤٨٩٩

<sup>(٣٢٨)</sup> سنن أبي داود حديث رقم ٤٩٠٠

<sup>(٣٢٩)</sup> عبد القادر عوده ك المرجع السابق ج ١ ص ٤٨٠ - عبد الخالق النواوي : المرجع السابق ، ص ٥٢

<sup>(٣٣٠)</sup> شرح فتح القدير لابن الهمام الحنفي ج ٥ ص ٣٢٢ وما بعدها - بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٥٥

<sup>(٣٣١)</sup> الفتاوى الهندية : المرجع السابق ج ٢ ص ١٦٥

<sup>(٣٣٢)</sup> المدونة الكبرى للإمام مالك ، رواية سحنون ، ج ١٦ ص ٢٠

<sup>(٣٣٣)</sup> بدائع الصنائع للكاساني ، المرجع السابق ج ٧ ص ٥٥

<sup>(٣٣٤)</sup> الأم : للإمام عبد الله محمد بن ادريس الشافعي ج ٣ ص ١٤٩



49/1/2 - طبيعة الحق الذي يحميه الحد في القذف : القول الفصل في ذلك هو أن هذا الحق يقع في الحقوق المشتركة بين حق الله تعالى وحق العبد ، لكن الفقهاء اختلفوا في تغليب أي الحقين علي الآخر. يغلب الإمام أبو حنيفة حق الله علي حق العبد ويجعل جريمة القذف متعلقة بحق الله تعالى. فهو يغلب حق الجماعة علي حق العبد لأن ذلك يؤدي إلي حفظ حق الجماعة وحق العبد معاً بينما تغليب حق العبد يؤدي إهدار حق الجماعة<sup>(٣٣٥)</sup>. ولأن ولي الأمر يعتبر نائباً عن الأفراد فيستطيع أن يقوم علي حق الجماعة وحق الفرد. وإذا غلب حق الفرد فلن يمثل إلا نفسه فلا يستطيع أن يرفع حقوق الجماعة<sup>(٣٣٦)</sup>. ويرى بعض الحنفية أن الحق الغالب في حد القذف هو حق الأدميين<sup>(٣٣٧)</sup> ، وكذلك الشافعي وأحمد<sup>(٣٣٨)</sup>. أما الإمام مالك فيغلب حق العبد قبل الشكوى لأن حق الجماعة لا يبدأ في الظهور إلا بعد الشكوى. فإذا لم تقدم الشكوى فلا حق إلا حق الأدمي. أما بعد الشكوى فيوجد حق الجماعة وإذا وجد حق الجماعة تغلب علي حقوق الأدميين.

لا شك أن تغليب أي من الحقين ينعكس أثره علي نقطتين هامتين : ١- قابلية الحق للتوريث. فمن غلب حق الله علي حق الأدمي لا يرى الإرث في حق المخاصمة ، بينما من غلب حق العبد يرى أن الحقوق الناشئة للمقذوف عن جريمة القذف تُورث ، لأن الإرث يجري في حقوق العباد<sup>(٣٣٩)</sup> ؛ ٢- إمكانية عفو المقذوف عن حد القذف بالنسبة لمن غلب حق العبد كالشافعي وأحمد بينما يرى أبو حنيفة ، الذي يغلب حق الله ، أنه ليس للمقذوف أن يعفو عن القاذف بعد ثبوت الجريمة فإن عفا كان عفو باطلاً<sup>(٣٤٠)</sup>. أما الإمام مالك فله عدة آراء في العفو : الأول أن العفو يصح إلي ما قبل التبليغ فإذا لم يعف المقذوف وبلغ عن الحادث فلا عفو بعد ذلك ؛ الثاني أن العفو يصح إلي ما قبل سماع الشهود فإذا أدى الشهود شهادتهم فلا عفو بعدها ؛ الثالث أن العفو جائز قبل التبليغ وبعده كلما قصد المقذوف من العفو أن يستر علي نفسه<sup>(٣٤١)</sup>.

### الفرع الثاني : القذف الموجب للتعزير

50/1/2 - يطلق التعزير في اللغة علي الإعانة والتوفير ، والنصرة مرة بعد مرة ، وأصل التعزير : المنع ، فكان من نصرته قد رددت عنه أعداءه ومنعتهم من أذاه ، ولهذا قيل للتعذيب الذي هو الضرب دون الحد ، لأنه يمنع الجاني أن يعاود

<sup>(٣٣٥)</sup> مواهب الجليل : المرجع السابق ج ٦ ص ٣٠٥

<sup>(٣٣٦)</sup> محمود أحمد أمان : رسالة الدكتوراه السابقة ص ١٨٠

<sup>(٣٣٧)</sup> شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٨

<sup>(٣٣٨)</sup> شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٥ ص ٣٢٦ - المغني لابن قدامة ج ١٠ ص ٢٠٤

<sup>(٣٣٩)</sup> شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٨

<sup>(٣٤٠)</sup> المغني ، ج ١٠ ص ٢٠٤ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٢

<sup>(٣٤١)</sup> المدونة الكبرى برواية ابن سحنون ج ١٦ ص ١٦ - شرح مختصر خليل ص ٣٠٥

الذنب<sup>(٣٤٢)</sup>. ويعرفه بأنه عقوبة غير مقدرة تجب حقاً لله أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة<sup>(٣٤٣)</sup>. وينصرف التعزير إلى بعض الجرائم التي يختلف ضررها وفقاً للظروف المكانية والزمانية وأطراف الجريمة والمجتمع لذلك يترك تقدير العقوبة فيها لولي الأمر<sup>(٣٤٤)</sup>. يقول ابن القيم: "اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية ليس فيها حد بحسب الجناة في العظم والصغر وحسب الجاني في الشر وعدمه"<sup>(٣٤٥)</sup>.

وقد يكون التعزير في الاعتداء على حق العبد ومن أمثلته: تعزير الصبي الذي يشتم رجلاً، فإن تعزيره حينئذ يكون حقاً للمشتوم وحده، لأن الصبي غير مكلف شرعاً. وقد يكون التعزير في حق مشترك ولكن يغلب فيه حق الفرد كالتعزير في السب والشتم، فإن هذه الأفعال ونحوها تمثل اعتداء على عرض المجني عليه، وفيها أيضاً اعتداء على حق الله تعالى، لأن امتثال أوامر الشرع والكف عن أذى الغير يعتبر من حقوق الله تعالى<sup>(٣٤٦)</sup>. وقد ورد في الفتاوى الهندية من قذف مسلماً بيا فاسق وهو ليس بفاسق، يا كافر، يا ديوث، يا مخنث، عزر وعلل التعزير بعبارة لأنه: "ألحق نوع الشين به يعزر على ما يليق به"<sup>(٣٤٧)</sup>. وهكذا نجد عقوبة التعزير جزاء المساس بالسمعة في الفقه الإسلامي في الحالات التي تنتفي فيه شروط الحد في القذف بالزنا أو نفي النسب<sup>(٣٤٨)</sup>، وفي حالات أخرى من الرمي بالباطل والتي يلحق بها السب والشتم.

51/1/2 - ومن الأمثلة على الأفعال التي تمس السمعة وتستحق عقوبة تعزيرية: الرمي باللواط وإتيان بهيمة وفقاً لرأي الإمام أبو حنيفة وبعض فقهاء الحنابلة

<sup>(٣٤٢)</sup> مختار الصحاح (ع ز ز) - النهاية في غريب الحديث: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير المتوفى سنة ٥٤٣ هـ، المطبعة العثمانية بمصر (١٣١١ هـ) مادة عزز - المغرب في ترتيب المعرب: أبو الفتح ناصر بن عبد السيد ابن علي المطرزي (٦١٦ هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، حيث جاء في أن التعزير: تأديب دون الحد، بمعنى الرد والردع

<sup>(٣٤٣)</sup> الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن محمود الموصللي (٨٦٣ هـ)، مطبعة مصطفى الحلبي (١٣٥٥ - ١٩٣٦) ج ٣ ص ٣٦ - التعزير في الشريعة الإسلامية: د. عبد العزيز عامر، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، دار الكتاب العربي بمصر (١٣٧٥-١٩٥٦) ص ٣٦

<sup>(٣٤٤)</sup> د. يوسف قاسم: مبادئ الفقه الإسلامي، المرجع السابق ص ٧٧، ٤٥٧

<sup>(٣٤٥)</sup> الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: للإمام ابن القيم، المؤسسة العربية للطباعة والنشر (١٣٨٠-١٩٦١) ج ٣ ص ١١٩

<sup>(٣٤٦)</sup> د. عبد العزيز عامر: التعزير في الإسلام، المرجع السابق ص ٤٠-٤١

<sup>(٣٤٧)</sup> الفتاوى الهندية، المرجع السابق ج ٢ ص ١٦٧

<sup>(٣٤٨)</sup> شرح فتح القدير، المرجع السابق ج ٥ ص ٣٤٧ - المغني ج ١٠ ص ٢١٠ - الأحكام السلطانية، أبو يعلي ص ٢٥٤

والمالكية وأكثر الشافعية<sup>(٣٤٩)</sup>، ومن الأفعال الفاحشة الموجبة للتعزير القذف بالمساحقة وهو إتيان المرأة المرأة<sup>(٣٥٠)</sup>. واختلف الفقهاء في حالة عدم استيفاء النصاب في الشهادة علي الزنا. ذهب جمهور الفقهاء : أبو حنيفة ومالك والمشهور في مذهب الشافعي وأحمد إلي عدم قبول الشهادة ويحدون حد القذف<sup>(٣٥١)</sup>. وذهب رأي في مذهب الشافعي وأحمد إلي بطلان الشهادة إذا كان هدف الشهادة حسبة لله تعالى<sup>(٣٥٢)</sup>. أما الظاهرية فقد قالوا بأنه لا يُحد الشاهد لأن الحد شرع للقاذف الرامي ولم يُشرع للشهود ، فلا يجوز أن يسري حكم القاذف علي الشاهد<sup>(٣٥٣)</sup>. لا شك أن المبادرة بالشهادة تختلف من حيث هدف ونية الشاهد فإذا كان حسبة لله تعالى فليس هناك مبرر للحد. كما أنها تختلف عن الدعوة للشهادة حيث لا يُقام الحد وإن كانوا يُعاقبون تعزيراً<sup>(٣٥٤)</sup>. وكذلك الرمي بالقول الذي يؤذي الشعور كأن يُنسب لشخص أنه عنين أو عقيم أو مريض بالشلل ، أو اسود اللون أو بشع الخلقة أو من أسرة وضيفة. وأخيراً فإن الشريعة الإسلامية تعزر علي الرمي بصفات يتعذر تصديقها مثل أن يقول لآخر يا حمار أو يا ثور أو يا كلب أو يا خنزير لأنها كلها صفات يقصد بها الشين. وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك<sup>(٣٥٥)</sup>.

52/1/2 - قد يؤدي العرض السابق لتنظيم الفقه الإسلامي للحق في السمعة إلي بعض اللبس. فمثلاً في التقسيم بين القذف الموجب للحد والقذف الموجب للتعزير قد يؤدي إلي الاعتقاد بأن الأخير أخف تجزئاً وأقل عقوبة عن الأول. والواقع أن كلا من الحد والتعزير عقوبة في الفقه الإسلامي ، غاية الأمر أن الأول مقرر سلفاً من الشارع والثاني ، بحكم مرونة هذا الفقه ، يترك تقديره للظروف والملابسات ، منها

<sup>(٣٤٩)</sup> لأن بعض فقهاء الحنابلة والشافعية يقولون بإقامة حد القذف ، انظر في ذلك : الأحكام السلطانية : أبي يعلى محمد

بن الحسين الفراء ، المرجع السابق ص ٢٧ - نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج ، ج ٧ ص ٤٠٥ - المغني ج ٨ ص ٢٢٠ - أما مراجع القائلين بالتعزير ، انظر : المدونة الكبرى برواية سحنون ، ج ١٦ ص ١٤ - شرح الزرقاني علي الموطأ ج ٧ ص

٨٦ - تبين الحقائق ج ٢ ص ٢٠٨ - المهذب ج ٢ ص ٢٧٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤

<sup>(٣٥٠)</sup> المهذب في فقه الإمام الشافعي : للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ، مطبعة

مصطفى الحلبي ، القاهرة (١٣٤٣) ج ٢ ص ٢٩ - مع المغني (الشرح الكبير) ج ١٠ ص ٢١٠-٢٢١ - شرح فتح

التقدير ج ٤ ص ١٩٣ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٦

<sup>(٣٥١)</sup> بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ١٤٧ - شرح التقدير ج ٤ ص ١٨٠ - المبسوط لشمس الدين السرخسي ، ج ٩ ص

١٢٩ - شرح الزرقاني ، ج ٧ ص ١٩٧ - المهذب ، ج ٢ ص ٣٥٠ - نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٤٣٧ - مغني المحتاج ،

ج ٤ ص ١٥٦ - مع المغني (الشرح الكبير) ج ١٠ ص ١٩٩

<sup>(٣٥٢)</sup> المهذب ، ج ٢ ص ٣٥٠ - المغني (الشرح الكبير) ج ١٠ ص ١٩٩

<sup>(٣٥٣)</sup> المحلى لابن حزم ، ج ١١ ص ٢٦٠

<sup>(٣٥٤)</sup> إبراهيم محمد محمد حسن : جريمة القذف ، دراسة مقارنة بين القانون الجنائي الوضعي والشريعة الإسلامية ، رسالة

دكتوراه ، حقوق الزقاق (١٩٩٦) ص ٤٨

<sup>(٣٥٥)</sup> محمد عطية راغب : جرائم الحدود ، المرجع السابق رقم ٢٥٨ ص ٣١٠

المكان والعصر والقيم السائدة. ويزيد الباحث بالقول بأن عقوبة التعزير التي قد تصل إلي النفي أو السجن هي في عصرنا أغلظ وأشد وطأة علي الجاني من مجرد جلده. وبعض الغيم يتمثل أيضاً في القول بأن التشريع الإسلامي اقتصر علي جانب المسؤولية الجنائية وما يستتبعها من عقوبات بدنية ، حداً أو تعزيراً ، وأهملت المسؤولية المدنية وما يستتبعها من ضمان أو التعويض النقدي بالتعبير القانوني. والواقع أن فقهاء المسلمين ، شأنهم شأن فقهاء القانون ، تصوروا اجتماع المسئوليتين الجنائية والمدنية أي الحد والغرم جزاء فعل ضار واحد. ومن ذلك قولهم : "ومن غصب جارية فوطئها .. لزمه الحد وأخذها سيدها ومهر مثلها"<sup>(٣٥٦)</sup>. وتطبيقاً لذلك يستطيع الضحية المضرور من المساس بسمعته إلي جانب طلبه الحد أو التعزير طلب الضمان لما أصابه من خسارة.

غالباً ما يكون الضرر المترتب علي المساس بالسمعة ضرر معنوي أو أدبي ؛ إذ عرف فقهاء الشريعة المحدثون الضرر المعنوي بأنه "الأذى الذي يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره من جراء فعل ، أو قول ، يورث ألماً في النفس ، ولا يترك أثراً في الجسم كالسب والشتم"<sup>(٣٥٧)</sup>. بيد أنه وجد في الفقه الإسلامي بعض الآراء التي تقصر الضمان علي الضرر الحسي المالي دون الضرر المعنوي ، يقول ابن قدامة : "لو لطمه علي وجهه فلم يؤثر فلا ضمان عليه ، لأنه لم ينقض به جمال ، ولا منفعة ولم يكن له مال ينقص فيها فلم يضمنه كما لو شقه"<sup>(٣٥٨)</sup>. لذلك وجد بعض من فقهاء القانون المدني من إنقطة هذه الآراء وقال بأن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يرون في الضرر الأدبي موجباً للضمان وأن قواعد الشريعة لا تسمح بجبر الضرر الأدبي<sup>(٣٥٩)</sup>.

من اليقين أن نصوص الشريعة سواء في الكتاب أو السنة تحمي الحق في السمعة وتنتهي عن المساس به وحرصت علي وجوب عقوبة سواء حد أو تعزير لمرتكب هذا الفعل ، ومن اليقين أيضاً أنها تنتهي عن الشتم والسباب باعتبارهما أحد صور القذف التي توجب التعزير. وإذا كان التعزير عقوبة تفويضية للإمام فهو في إطار صلاحياته يستطيع إجبار الفاعل علي دفع تعويض نقدي للمضرور وفي ذلك تطبيق لما عُرف في الفقه الإسلامي بالمصالح المرسله. ويؤكد هذا الرأي إقرار صاحبان أبو يوسف ومحمد بن الحسن ، من فقهاء المذهب الحنفي ، لوجوب الضمان عن

<sup>(٣٥٦)</sup> المغني لابن قدامة ، ج ٥ ص ٤٠٧

<sup>(٣٥٧)</sup> د. محمد سلام مذكور : المدخل للفقه الإسلامي ، المرجع السابق ص ٥٥

<sup>(٣٥٨)</sup> المغني لابن قدامة ، ج ٨ - مجمع الضمانات ص ١٦٦ - المبسوط لشمس الدين السرخسي ج ٢٦ ص ٨١ -

البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : للإمام احمد بن يحيى بن المرتضى ، المتوفى سنة ٨٤٠ هـ ، الطبعة الأولى

بمطبعة السنة المحمدية (١٣٦٨-١٩٤٩) ج ٨ ص ٣٤٠

<sup>(٣٥٩)</sup> عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دار الهنا للطباعة (١٩٥٦) ج ٣ ص ٢٤٩ - سليمان

مرقس : الوافي ، ٢ ، في الالتزامات ، في الفعل الضار والمسئولية المدنية ، القسم الأول في الأحكام العامة ن المرجع السابق

ص ١٥٤ ، ١٥٥

الضرر المعنوي، وقد رُوي عن محمد في الجراحات التي تتدخل علي وجه لا يبقى لها أثر تجب حكومة بقدر ما لحقه من الألم<sup>(٣٦٠)</sup>. فإذا أُضيف إلي اجتهاد الصاحبين القاعدة الشرعية "الضرر يُزال" وتطبيقها الذي يهدف بالقطع جبر الضرر لذلك يمكن دحض رأي القائلين بأن الفقه الإسلامي لا يوجب الضمان عن الضرر الأدبي. وانتهى إلي هذا الرأي كثير من الباحثين المحدثين في الفقه الإسلامي<sup>(٣٦١)</sup>. ملاحظة أخيرة للباحث وهي أن البداوة العربية حملت إلينا من العصر الجاهلي لوناً من ألوان الشعر العربي وهو الهجاء ، بالمقارنة بالمدح ، وإن كان يتخافت ويتشاحب حالياً فإن قوامه القدح والذم والسخرية وإظهار المساوئ. وأياً كانت صحة وقائع الهجاء أو عدم صحتها فإنه في النهاية مساس بالسمعة لذلك لم تحبزه الشريعة الإسلامية ففي حديث عمر رضي الله عنه للخطيئة : "كأنني بك عند بعض الملوك تغنيه بأعراض الناس" أي تغني بدمهم وذم أسلافهم في شعرك<sup>(٣٦٢)</sup>.

## المبحث الثالث

### إشكالية حرية التعبير / الحق في السمعة

53/1/2 – مقدمة وتقسيم: لا مناص من الاعتراف بالقوة التأثيرية الهائلة لأجهزة

الإعلام المقروءة (الصحافة) ، والمسموعة (الإذاعة) ، والمرئية (التلفاز). فهي تساوي تلك القدرة التي لدى الشخصيات (الكاريزمات) في التاريخ الإنساني. إذ تستطيع هدم فكرة أو رأي بحجم الهرم الأكبر وفي الوقت نفسه يمكن لها أن تجعل من فقاعة صابون قبة كبيرة تعادل قبة مسجد الصخرة تهوى إليها أفئدة عالم كبير من البشر. وهي بهذا التأثير تستطيع إسقاط رئيس أكبر دولة في العالم وكذلك تجعل من بعض رؤساء الدول أنصاف آلهة أو الوحي الإعجازي الذي يسيّر أمور الدولة. فضلاً عن أنها ، تعبيراً عن ضمير المجتمع ، تقوم المسئول وتصحح مساره إلا أن الجانب

<sup>(٣٦٠)</sup> المبسوط للسرخسي ، ج ٢٦ ص ٨١

<sup>(٣٦١)</sup> محمد فاروق بدر عكام ، المرجع السابق ص ٢٤٢ – د. وهبه الزحيلي : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، دمشق (١٣٧٩-١٩٧٠) ص ٢١٠ – الشيخ محمود شلتوت : المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية ، مطبعة الأزهر (بدون تاريخ) ص ٣٥ – ويرر الشيخ علي الخفيف ضمان الضرر الأدبي فيقول : الضرر مطلقاً مالياً كان أو غير مالي أوجب الشارع إزالة أثره سواء كان أثره إتلاف مال وعندئذ تكون إزالته بدفع مال معادل إلي من أصابه الضرر أم كان أثره ألماً نفسياً وعندئذ تكون إزالته بما يذهب ما ترتب عليه من ألم وذلك بإرضاء نفس المضرور وشفاء غله ويكون ضرباً من التعزير : الشيخ علي الخفيف : الضمان المرجع السابق ، ص ٢١٨ ، ٢١٩

<sup>(٣٦٢)</sup> لسان العرب لابن منظور ص ٣١-٣٣

السلبى في ممارستها أنها ، بتوجيه الطغمة الحاكمة في بعض البلاد ، تبيع الوهم للمواطن في حياة أكثر سعادة ورغداً وترين لهم أن ما يعيشونه ويدركونه ويعتبرونه بؤساً وشقاءً هو بالمقارنة بغيرهم الخير كل الخير.

ينابيع هذه القوة التأثيرية هي الآلية الذاتية لهذه الأجهزة والتطور التقني الرائع والتقدم المهني والعلمي الأكاديمي والتطبيقي للمشتغلين بها. وعلى الطرف الآخر هرولة جماهير الناس إلى قراءتها وسماعها ومشاهدتها إشباعاً لنهمهم إلى المعرفة. أما انبثاق الينبوع القانوني لهذه القوة فقد بدأ وتطور وترعرع مع انبثاق مفهوم جديد واصطلاح قانوني حديث ظهر في القرن الثامن عشر هو "حرية التعبير" وما تفرع عنه من التعليق الحر والنقد كمتطلبات أساسية لممارسة الديموقراطية التي نودي بها في العصر الحديث. هذا التزامن بينهم وبما لدى أجهزة الإعلام من جبروت وسطوة استطاعت بها أن تنتزع من بين برائن القانون الوضعي حقاً تمارسه بالنيابة عن العامة أطلق عليه "الحق في الإعلام". ثم اختصت الصحافة لنفسها حرية سميت "حرية الصحافة".

ومع ظهور عصر الأقمار الصناعية ووجود كم هائل من الفضائيات تتزاحم في منافسة شرسة للوصول إلى عقل وقلب المشاهد مقدمة له المعلومات والآراء المختلفة. غير أنها في ممارستها لا يغيب عنها ، باعتبارها مشروعات تجارية ، تحقيق الربح بالحصول على أكبر كمية مشاهدة ممكنة. وهي بهذا الصدد ، شأنها شأن الصحافة ، قد تتناول سلوك بعض الشخصيات الأمر الذي قد يمثل ، مجرداً ، تشهيراً بهم ومساساً بسمعتهم. وطهارة السمعة بذاتها قيمة إنسانية يحميها القانون اقتناعاً بفكرة أن الكلمات يمكن أن تقطع مثلها في ذلك مثل السكاكين حتى ولو كانت الجروح مجازية metaphorical (٢٦٣) إلا أننا نرى أن الإعلام يتحصن في دفاعه عما ارتكبه من تشهير بحرية الإعلام وأنه يناقش مسائل عامة تهم جماهير الناس. وأن دعاوى التشهير سوف تثبط من إرادة التعبير الحر والنقد.

إزاء هذا التعارض بين قيمتي الحق في السمعة وحرية الرأي والتعبير اتجه المشرع والقضاء إلى النظر إلى الحق في السمعة ليس باعتباره حقاً مطلقاً وإنما حق نسبي. وبذلك تم التضحية ببعض المصالح فيه بالتبادل مع معايير مضافة لحماية التعبير. وكان السبيل في ذلك إيجاد نوع من الحصانة أو الامتياز لبعض الفئات مثل أعضاء المجالس التشريعية والدفاع وأداء الشهادة أمام المحاكم وإخبار الحكام القضائيين أو الإداريين بأمر مستوجب العقوبة لفاعله وحرية الإعلام في الطعن أو نقد الشخصيات العامة. وهو ما يُطلق عليه أسباب الإباحة. كما أعطى الإعلام الحق في التعليق المجرد fair comment والنقد.

لذلك ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين : الأول خاص بالامتيازات أو الحصانات سيما تلك المتعلقة بالحصانة الممنوحة للإعلام في التعرض لأعمال الشخصيات العامة وشروط هذا الإعفاء ؛ والثاني خاص بحرية التعبير والحق في التعليق والنقد.

## المطلب الأول : الحصانة

54/1/2 - تختلف هذه الحصانة immunity أو الامتياز privilège – privilege عن الدفاع defense لدرء المسؤولية وهي الرضا وعدم توافر العمد وإثبات حقيقة عبارات التشهير في النظام الأنجلو أمريكي وفي الشريعة الإسلامية. وهي الدفاع العامة في المسؤولية المدنية أما الحصانة أو التي يسميها البعض حالات القذف المباح أو أسباب الإباحة<sup>(٣٦٤)</sup>.

هذه الحصانة قاسم مشترك بين كل من النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي مع اختلاف طفيف بينهما وهي أيضاً قاسم مشترك بين القانون الفرنسي والقانون المصري إلا فيما يتعلق بعنصر حسن النية الذي يجب أن يتوافر لإعفاء الناشر من عبارات التشهير ضد الموظفين العموميين ومن في حكمهم في القانون المصري وعدم النص على ذلك في القانون الفرنسي. ويقسم النظام الأنجلو أمريكي هذه الحصانة إلى نوعين : حصانة مطلقة absolute privilege وحصانة مقيدة qualified privilege. الأولى محددة في نطاقها لكنها تقدم حماية كاملة ، والثانية واسعة في مداها لكن يمكن دحضها بإثبات إضرار الأذى أو خبث القصد malice . وبغرض تنظيم تدفق وسيولة البحث يتبع الباحث هذا التقسيم بالنسبة لنظم الدراسة المقارنة : اللاتينية والأنجلو أمريكية.

## الفرع الأول : الحصانة المطلقة

55/1/2 - أ- مناقشات أعضاء المجالس التشريعية تحت قبة المجالس النيابية: تقضى المادة التاسعة من قانون الحقوق Bill of Rights لسنة ١٦٨٨ بوجود أن لا تكون حرية التعبير والمناقشة أو الإجراءات داخل البرلمان محل إعاقة أو مسالة في أي محكمة أو مكان خارج البرلمان. وتقضى المادة (٤١) من قانون الصحافة الصادر في فرنسا في ٢٩ يولييه ١٨٨١ بأنه ليس هناك محل لأي دعوى عن الأقوال التي تتم في جلسات الجمعية الوطنية أو داخل مجلس الشيوخ وكذا التقارير أو أي مستندات أخرى مطبوعة لأي من المجلسين. وفي مصر تنص المادة (٩٨) من الدستور المصري على أن "لا يؤاخذ أعضاء مجلس الشعب عما يبدونه من الأفكار والآراء في أداء أعمالهم في المجلس أو في لجانه". وينصرف تطبيق هذا النص على مجلس الشورى تطبيقاً لنص المادة (٢٠٥) من الدستور التي تقضى بسريان أحكام الدستور في شأن مجلس الشعب على مجلس الشورى. وهذه الحصانة المطلقة ، تحمى أعضاء المجالس التشريعية من أي مسالة مدنية أو جنائية وإن تضمنت العبارات الصادرة منهم قذف أو سب لشخص عام وبصرف النظر عما إذا كان النائب سيئ النية أو كاذباً أو مهملاً إهمالاً جسيماً<sup>(٣٦٥)</sup>.

<sup>(٣٦٤)</sup> د. آمال عثمان : المقالة السابقة ص ٥٨ وما بعدها - عبد الرحمن خلف : رسالة الدكتوراه السابقة ص ١٧٣ وما

بعدها

<sup>(٣٦٥)</sup> د. احمد فتحي سرور : الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، لجنة المكتبة والفكر القانوني (١٩٩٦) - صالح سيد

منصور : جريمة القذف في حق ذوي الصفة العمومية ، رسالة دكتوراه ، جامعة فؤاد الأول (١٩٣٧) ص ٣٣٦

وهذه الحصانة مقررة أيضاً في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب المادة الأولى قسم (٦) من دستورها والتي تقضى بعدم مسألة المشرعين في أي مكان عما يتداولونه في الكونجرس. أما في المملكة المتحدة فإن أهم تطور لتأكيد هذا الامتياز هو ما ورد في قانون التشهير المعدل في عام ١٩٩٦ بالقسم (١٣) منه. وبموجب هذا القانون يتمتع بالحصانة أعضاء البرلمان عما يصدر منهم من أسئلة أو بيانات ، أو عرض أو تعليق أو وقائع وخاصة ما ورد في الفقرة الخامسة : ( أ ) إعطاء دليل أمام المجلس أو لجنة ، ( ب ) تقديم أو رفع وثيقة للمجلس أو للجنة ، ( ج ) إعداد وثيقة لغرض أو تابعة لإجراء خاص بأي أعمال أخرى ، ( د ) تكوين أو نشر وثيقة بما تحتويه من تقارير صادرة بأمر من المجلس أو لجنة ، ( هـ ) أي أخبار أو معلومات أو اتصال مع مفوض البرلمان للمعايير أو أي شخص له وظيفة متعلقة بتسجيل ملاحظات الأعضاء. وتعنى اللجنة في هذا النص التي يكونها المجلس أو اللجنة المشتركة لكل من مجلسي البرلمان.

ولا تتعدد مسئولية الصحفي عن نشر أعمال المجالس النيابية في مصر لما قد تتضمنه من تشهير لسمعة أحد إذا كان النشر عن أقوال وقعت فعلاً في جلسات علنية وأن يتصف النشر بالأمانة وحسن النية<sup>(٣٦٦)</sup>. أما المشرع الفرنسي فهو يكتفي بشرط حسن النية دون شرط توافر الأمانة وفقاً للمادة (٤١) من قانون الصحافة. وهو الأمر الذي يحبذه البعض في مصر<sup>(٣٦٧)</sup>.

وفي النظام الإنجليزي ليس هناك حصانة في القانون العام لنشر أمور تشهيرية للناس خارج البرلمان<sup>(٣٦٨)</sup> ، ومع ذلك فهو يعطي حصانة مقيدة للصحف في نشر التقارير عن مناقشات البرلمان مطابقة تماماً لتلك التي يمنحها عن نشر ما يدور في جلسات المحاكم العلنية<sup>(٣٦٩)</sup> ، لكن يجب أن يرقى التقرير إلي مستوى التمثيل العادل لما دار في الجلسات. ويمنح القانون العام حصانة للتقارير المكتوبة بشكل هزلي إذا لم يكن اختيار المادة المنشورة قد تم بشكل تحكيمي وغير عادل وأن ما تم نشره يعبر حقيقة عن اهتمام الجمهور<sup>(٣٧٠)</sup>. لكنه يمنح هذا الامتياز لنشر فقرات مقتطعة تغطي صورة غير صحيحة لما حدث من مناقشات داخل المجلس<sup>(٣٧١)</sup>. ويطابق هذا الفكر بما تستوجبه المادة (١٩٢) من قانون العقوبات المصري بأن يتم النشر بأمانة

<sup>(٣٦٦)</sup> محمد عبد الله : جرائم النشر ، دار النشر للجامعات المصرية (١٩٥١) ص ٢٣٩ هامش رقم (٢٠)

<sup>(٣٦٧)</sup> مدحت محمود عبد العال : رسالة الدكتوراه السابقة ن ص ٣٦٣ - جمال الدين العطفي : الحماية الجنائية للخصوصية

من تأثير النشر ، دار الغد العربي (١٩٦٤) ص ٦٤

<sup>(٣٦٨)</sup> R. v. Greevey (1813) 1 M. & S. 273 – Stockdate v. Hansard (1839) 9 A. & E. 1

<sup>(٣٦٩)</sup> Wason v. walter (1868) L. R. 4 Q. B. at 93 , 94 – Petera v. Peiris [1949] A. C. 1 at 20 ,

21

<sup>(٣٧٠)</sup> Cook v. Alexander [1974] Q. B. 279 . C. A.

<sup>(٣٧١)</sup> قضية واسون ضد ولتر السابقة



محافظة علي مضمون المناقشة ونشرها علي حقيقتها لكنه يتطلب إلي جانب ذلك ، كما سبق القول ، حسن النية<sup>(٣٧٢)</sup>.

56/1/2 - ب- المناقشات التي تتم داخل قاعات المحاكم : تمنح المادة (٤١) من قانون الصحافة الفرنسي امتيازاً لمرافعات المحامين أو أطراف الدعوى والشهود أثناء نظر الجلسات إذا تضمنت سباً أو إهانة للأطراف الأخرى. فلا يستطيع الطرف الذي أصيب في سمعته اللجوء للقضاء الجنائي أو المدني ضد مرتكب فعل التشهير<sup>(٣٧٣)</sup>. لكن في جميع الأحوال تبقى دعوى الغير للتشهير متاحة وفقاً للمادة (٤١) السلفة الذكر. والحصانة التي تمنح للشاهد في القضايا ليست مطلقة حسب عبارات المادة (٤١) ، فيستطيع القاضي الحكم عليه بدفع تعويض خصوصاً إذا كانت الشهادة خارجة عن موضوع الدعوى<sup>(٣٧٤)</sup>. وإذا تم نشر وقائع ما يدور في الجلسات فإن هذا النشر لا يتمتع بالحصانة إلا إذا تم بحسن نية<sup>(٣٧٥)</sup> وبتغطية فعلية وصادقة<sup>(٣٧٦)</sup>. ولا يتمتع التعليق علي القرار بالحصانة<sup>(٣٧٧)</sup>.

كما تمنح المادة (٣٠٩) من قانون العقوبات المصري إعفاء من العقوبات الجنائية علي ما يسنده أحد الخصوم لخصمه في الدفاع الشفوي أو الكتابي أمام المحاكم. واشترطت المادة لتطبيق هذا الإعفاء : أ- أن يكون القذف صادراً من خصم لآخر ، ب- أن يكون ذلك أثناء الدفاع أمام المحكمة ، ج- أن يكون الإسناد من مستلزمات الدفاع. وتسرى أحكام هذه المادة علي الخصوم ووكلائهم فيما يُبدونه من دفاع أمام جميع المحاكم ، وقضت محكمة النقض المصرية بسريانه علي ما يُبدى من دفاع أمام النيابة<sup>(٣٧٨)</sup> وعلي ما يبديه الخصم في عريضة الدعوى<sup>(٣٧٩)</sup>. وهذه المادة لا تعفي من المسؤولية المدنية عن التشهير حيث تنص : "لا يترتب عليها إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية" فهي إذاً إعفاء من المسؤولية الجنائية وليست سبباً للإباحة. ويترتب علي ذلك : ١- أن شريك الخصم لا يُعفى من العقاب لأن موانع العقاب شخصية وليست موضوعية ، ٢- أن الغلط في هذا الظرف لا يغتفر أي لا ينفي القصد الجنائي<sup>(٣٨٠)</sup>.

<sup>(٣٧٢)</sup> محمد عبد الله : المرجع السابق ن ص ٣٤١

<sup>(٣٧٣)</sup> Crim. 12 oct. 1850 , B. no. 359 – Civ. 2, 15 mrs 1957, D. 58, 203 – 15 juin 1972, D.72, Somn., 186

<sup>(٣٧٤)</sup> T. civ. Jonzac 8 nov. 1950, D. 50, 767 – Paris 11 mars 1953, D. 53, 271

<sup>(٣٧٥)</sup> Civ. 17 juill. 1933, GP 33,2 , 694 – Crim. 18 déc. 1962, B. no. 378 – 3 mai 1966, B. no. 133

<sup>(٣٧٦)</sup> Crim. 6 oct. 1992, B. no. 304 – 10 mai 1994 GP 94, 2, som., 548, obs. Doucet—Paris 14 juin 1994, D. 95, 523, note Muller

<sup>(٣٧٧)</sup> Crim. 16 oct. 1968, B. no. 256 et 259

<sup>(٣٧٨)</sup> نقض ١٩ مايو ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ، ج ٥ ، رقم ٢٦

<sup>(٣٧٩)</sup> نقض ١٠ يونيو ١٩٤٠ مجموعة القواعد في ٢٥ عاماً ، ص ٧٤١

<sup>(٣٨٠)</sup> آمال عثمان : المقالة السابقة ص ٨٢٤

وبالمثل مع النظام الفرنسي فإن الشاهد المطلوب بأداء شهادة أمام المحكمة يتمتع بإعفاء إذا تضمنت شهادته من وقائع تعتبر من قبيل القذف. لكنه إذا خرج عن موضوع الدعوى فإنه يُعاقب بالعقوبة المقررة لجريمة القذف ما لم يثبت أنه كان يعتقد أن ما أدلى به خاص بإثبات موضوع الدعوى وأن اعتقاده هذا كان مبنياً علي أساس سليم<sup>(٣٨١)</sup>.

يسمح القانون المصري لأجهزة الإعلام بنشر ما يجري في جلسات المحاكم العلنية من تحقيقات وأقوال ومرافعات وقرارات وأحكام ممن يصدر عن القضاة وأعضاء النيابة أو الخصوم أو وكلائهم أو الشهود أو المترجمين أو الخبراء حتى ولو كان فيه ما يمس بسمعة آخرين<sup>(٣٨٢)</sup>. لكنه لا يمتد إلي التحقيق الابتدائي ولا إلي التحقيقات الأولية أو الإدارية<sup>(٣٨٣)</sup>. وهذه الحصانة قاصرة علي مجرد نقل الوقائع التي حدثت بالجلسة وليس في ذلك من قيد إلا الأمانة وحسن النية وبما لا يؤثر علي صالح التحقيق أو المحاكمة أو بما يؤثر علي مراكز من يتناولهم التحقيق أو المحاكمة وفقاً لنص المادة (٢٣) من قانون تنظيم الصحافة رقم (٩٦) لسنة ١٩٩٦ والمادة (١٩١) من قانون العقوبات. وتقتصر هذه الحصانة علي الجلسات العلنية دون الجلسات السرية أو في الحالات التي يتقرر فيها حظر النشر أو ما أورده المشرع من إستثناءات في مواد قانونية متفرقة فيحظر نشر إجراءات جلساتها. فإذا تجاوز النشر حدود الوقائع إلي التعليق عليها ونقدها فتتطبق عليه أحكام النقد وخلصتها أنه يكون مباحاً متى اتسم بالموضوعية ودون تجاوز سواء بالمدح أو القذح بما يؤثر علي سير العدالة<sup>(٣٨٤)</sup>.

ويتفق هذا النهج مع تفسير البعض لأحكام الشريعة الإسلامية بإباحتها لنشر جلسات المحاكم العلنية حتى وإن انطوى علي مساس بالسمعة قياساً علي ما يراه الإمام أبي حنيفة والشافعي وأحمد : بأن الناقل للقذف لا يُعتبر قاذفاً كُلف بذلك أم لم يُكلف ، بشرط أن يثبت أنه ناقل وأنه يروي عن غيره ، فإن اقتصر الناقل علي عبارة القذف فقط فهو قاذف<sup>(٣٨٥)</sup>. أما شرط الأمانة فيجب توافره وفقاً للمبادئ العامة في فقه الشريعة الإسلامية ومصادقاً لقوله تعالى : "يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو علي أنفسكم"<sup>(٣٨٦)</sup>.

<sup>(٣٨١)</sup> المرجع السابق — انظر أيضاً الحكم التي تشير إليه : نقض ٤ مارس ١٩٤٠ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٥ ص ٢٢

<sup>(٣٨٢)</sup> د. جمال الدين العطيفي : الحماية الجنائية للخصوم من تأثير النشر ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٩٦٤) ص

٦٥ — حسين عبد الله قايد : حرية الصحافة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية (١٩٦٤) ص ٣٦٣

<sup>(٣٨٣)</sup> نقض مدني جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ ، مجموعة المكتب الفني س ٤٥ ، ج ١ ص ٥٩٢ — نقض مدني جلسة

١٩٨٨/٢/١٧ ، مجموعة المكتب الفني س ٣٩ ، ج ١ ص ٢٥٧

<sup>(٣٨٤)</sup> د. مدحت محمد محمود عبد العال ، رسالة الدكتوراه السابقة ن ص ٣٦٦ وما بعدها

<sup>(٣٨٥)</sup> بشر أحمد صالح ، رسالة الدكتوراه السابقة ، ص ٢٦٠ وهو يشير إلي مرجع عبد القادر عودة : التشريع الجنائي

الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، دار التراث للطبع والنشر (١٩٧٧) ج ١ ص ٤٧١

<sup>(٣٨٦)</sup> سورة النساء آية ١٣٥

وبمقتضى دستور الولايات المتحدة الأمريكية المادة الأولى القسم السادس يتمتع بالحصانة المطلقة الأشخاص الذين يتكلمون في إطار الاجراءات القضائية ، ليس فقط القضاة وإنما المحامون والشهود والمحلفون فضلاً عن أطراف الدعوى. وبالتطابق يمنح النظام الإنجليزي هذه الحصانة للمحامين والشهود والمحلفين في أي إجراءات قضائية أو شبه قضائية<sup>(٣٨٧)</sup> ضد أي دعوى تشهير. ولا يقتصر هذا الامتياز علي الاجراءات التي تتم أمام المحاكم العدلية Courts of justice وإنما يمتد إلي المجالس القضائية tribunals<sup>(٣٨٨)</sup>. ويستظل بهذه الحصانة أيضاً الاتصالات والمعلومات التي تتداول بين المحامين التحضيريين solicitors<sup>(٣٨٩)</sup> وعمالئهم وإن كانت هذه الحصانة ، كما يراها البعض ، غير محددة هل هي مطلقة أم مقيدة ؟ فبينما الحكم في قضية مور ضد ويفر يعتبرها مطلقة فإن الحكم في قضية مينتر ضد بريست تركها مفتوحة<sup>(٣٩٠)</sup> ، بينما يراها البعض الآخر بأنها حصانة مطلقة<sup>(٣٩١)</sup>.

ويمنح قانون التشهير لسنة ١٩٩٦ في إنجلترا حصانة مطلقة لنشر تقارير عما يدور في ساحات المحاكم. وفي القسم (١٤) منه يمد هذه الحصانة للتقرير العادل والحقيقي لتشمل جلسات كل من : أ- أي محكمة في المملكة المتحدة ، ب- محكمة العدل الأوروبية أو أي ملحق لها ، ج- المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ، د- أي مجلس قضائي دولي ينشئه مجلس الأمن في الأمم المتحدة أو أي اتفاقية تكون المملكة المتحدة طرفاً فيها. وتشمل الحصانة تقارير الصحف والإذاعة وأي وسيلة إعلام أخرى.

57/1/2 - تعفي المادة (٣٠٤) من قانون العقوبات المصري المبلغ عن جريمة بالصدق وعدم سوء القصد من عقوبة جريمة القذف إذا تضمن بلاغه قذفاً في حق الشخص المبلغ ضده. لكن إذا كان البلاغ ضد أحد الموظفين العموميين فيجب علي

Royal Aquarium and Summer and Winter Garden Society v. Parkinson [1892] 1 Q. B. 431,451<sup>(٣٨٧)</sup>

أصل معنى هذه الكلمة في اللاتينية المنصة التي يجلس عليها القضاة لذلك آثر الباحث ترجمتها بالمجالس القضائية .<sup>(٣٨٨)</sup>

والمساواة بين المحاكم والمجالس القضائية في الحصانة وردت في عبارة اللورد Esher في القضية السابقة وتم قبولها في قضايا لاحقة مثل : O'Connor v. Waldrom [1935] A. C. 76 at 81 – Lincoln v. Daniels [1962] 1 Q. B. 237 – Thompson v. Turbott [1962] N. Z. L. R. 298 . ومن أمثلة هذه المجالس القضائية : مجلس التحقيق

بموجب قانون الأغلبية الانتخابية لسنة ١٨٣٨ ، ١٨٨٥ ، انظر Barratt v. Kearns [1905] 1 K. B. 540

والمجالس القضائية العسكرية Dawkins v. Prince Edward of Saxe-Weimar (1876) 1 Q. B. D. 499

ومجلس الإنتاج وفقاً لقانون العتاد الحربي Slack v. Barr [1918] 82 J. P. 91 ولجنة التأديب المشكلة وفقاً لقانون المحامين التحضيريين المعدل في عام ١٩٦٥ ، والمجلس الطبي العام والذي يُعتبر بمثابة محكمة داخلية . وعلي العكس من

ذلك فقد أُستبعد مجلس الإفراج عن المسجونين من قائمة الجهات المماثلة للمحاكم Daniels v. Griffith , The

Times , december 2, 1997, C. A.

More v. Weaver [1928] 2 K. B. 520 – Minter v. Priest [1930] A. C. 558<sup>(٣٨٩)</sup>

B. S. Markesinis and S. F. Deakin , Tort Law , opcit , p. 595<sup>(٣٩٠)</sup>

Alastair Mullis and Ken Oliphant , Torts , opcit , p. 271<sup>(٣٩١)</sup>

المبلغ أن يقيم الدليل على صحته. وهو سبب من أسباب الإباحة<sup>(٣٩٢)</sup>. وإذا تم التبليغ بغير التثبت والتحري أي لم يتوافر حسن النية فإنه يُسأل مدنياً ويجوز مطالبته بتعويض الضرر الذي نجم عنه<sup>(٣٩٣)</sup>.

58/1/2 - يمنح القانون الأمريكي حصانة مطلقة ضد فعل التشهير للعبارات التي تصدر من بعض الموظفين التنفيذيين الرسميين في بعض الدرجات الوظيفية عندما تعنى أمور داخل المحيط الخارجي outer perimeter في نطاق واجبهم line of duty . وهي عادة تختص بالموظفين الاتحاديين في المناصب العالية<sup>(٣٩٤)</sup>. وهي توصف بأنها تطبق فقط في المهام التقديرية<sup>(٣٩٥)</sup>.

ويعترف النظام الإنجليزي بهذه الحصانة المطلقة لما يصدر من بعض الموظفين العموميين في الوظائف العليا وللرتب العليا من ضباط وقادة القوات المسلحة وأفرعها المختلفة. وينبع هذا الاعتراف من تقديرهم بأنه يجب حماية شاغلي المناصب العليا المدنية والعسكرية من الملاحقات القضائية بالفعل الضار التشهير الذي قد يرتكبونه في فحوى ومضمون رسائلهم. لذلك قضى القضاء الإنجليزي بأن تقرير موظف كبير عن مرسومه محض ضد فعل التشهير<sup>(٣٩٦)</sup> حتى ولو كان بسوء نية أو بدون سبب معقول أو محتمل. وقيل في هذا الأمر أنه لا يمكن لأي شخص يخدم في قوات الملك أن يُقدم إلي أي محكمة أخرى بالنسبة لأي موضوع أو نظام تأديب أو مسألة يؤثر في موقفه العسكري إلا لتلك التي ينشئها القانون العسكري والتي ارتضاها بنفسه طواعية<sup>(٣٩٧)</sup>. وقيل أيضاً أنها مسألة سياسة عامة أن لا تكون مراسلات ضباط القوات المسلحة وكذلك وزراء التاج محل أي خوف أو خشية ممكنة لأي نتائج وعلي ذلك فإن حصانتهم مطلقة<sup>(٣٩٨)</sup>. ووفقاً لهذا المبدأ قضى بأن مراسلات وزير دولة لوكيل الوزارة البرلماني بخصوص واجباته الرسمية لا يمكن أن تكون محلاً لدعوى قذف بالكتابة<sup>(٣٩٩)</sup>.

فضلاً عن هذا الامتياز الذي يمنحه القانون العام صدرت في إنجلترا تشريعات برلمانية تعطي امتيازاً مطلقاً لبعض التقارير. منها ما يقره قانون المفوض البرلماني لسنة ١٩٦٧ قسم (٥/١٠) لتقارير المفوض سواء موجهة لإطلاع مجلس البرلمان أو

(٣٩٢) د. آمال عثمان : المقالة السابقة ص ٨١٨ ، ٨١٩

(٣٩٣) د. محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص (١٩٦٤) ص ٣٦١

(٣٩٤) Barr v. Matteo , 360 U. S. 564, 575 (1959)

(٣٩٥) Westfall v. Erwin 484 U. S. , 292, 297-98 & n. 4 (1988)

(٣٩٦) Dawkins v. Lord Paulet (1869) L. R. 5 Q. B. 94

(٣٩٧) Sutton v. Johnstone (1785) 1 T. R. 493 -- Re Mansergh (1861) 1 B. & S. 400 –

Dawkins v. Lord Rokely (1875) 7 H. L. 744

(٣٩٨) هذه العبارة عن القاضي Mellor في قضية Dakins v. Lord Paulet السابقة

(٣٩٩) Chatterton v. Secretary of State for India [1895] 1 Q. B. 189 – Grant v. Secretary of

State for India (1877) 2 C. P. D. 445 – Fayed v. Al-Tajir [1987] 2 ALL E. R. 396, C. A.

للنشر العام ، وسواء لأعضاء البرلمان أو الموظفين التابعين له. ويعطي قانون الحكم المحلي لسنة ١٩٧٤ قسم (٣٢) حصانة مطلقة لتقارير لجنة الإدارة المحلية والمفوض المحلي التي تُنشر لتحقيق أغراض القانون. وينشئ قانون المحاكم والخدمات القضائية لسنة ١٩٩٠ مكتب جديد للخدمات القانونية برئاسة "اومبيدسمان" ombudsman<sup>(٤٠٠)</sup> لإجراء تحقيق في الشكاوى ضد المحامين التحضيريين ، محامي المرافعات وتُقدم للأُمبيدسمان تقارير معفية تماماً من أي مسألة قانونية حتى ولو تم نشرها علي الكافة وفقاً للقسم (٩/٢٣). كما أنشأ نفس القانون لجنة استشارية تابعة لوزير العدل Lord Chancellor's Advisory Committee كجهاز يعد التشريعات واعتبر التقارير المنشورة التي تصدر عنه بمناسبة ممارسته لوظائفه ذات امتياز مطلق ضد فعل التشهير بالكتابة. ويقضى قانون الإذاعة الصادر في عام ١٩٩٠ قسم (٧/١٨٦) بأن التقارير الدورية التي يكتبها المدير العام للتجارة الحرة إلي سكرتير الدولة والخاصة بمدى التزام هيئة الإذاعة البريطانية BBC بواجباتها المنصوص عليها في القانون لها حصانة مطلقة ضد التشهير.

### الفرع الثاني : الحصانة المقيدة

59/1/2 - تختلف الحصانة المطلقة عن الحصانة المقيدة في أن الأولى تتوافر الحصانة في المناسبة أو الظرف فإذا تحددت طبيعة هذه المناسبة بكونها محصنة فإن أي مراسلات تخرج منها تكون بالضرورة محصنة ، لكن في الثانية يرتبط الامتياز بالمراسلات نفسها وليس بمناسبتها. ويقرر المحلفون حصانة المراسلات وتقدير حصانة الظروف متروك للقاضي<sup>(٤٠١)</sup>. والاختلاف الثاني بينهما هو استطاعة المدعى إثبات الإصرار الفعلي أو سوء نية المدعى عليه حتى يجهض الحصانة المقيدة التي يتمتع بها هذا الأخير. أي يوضح أن المسئول عن الفعل الضار كان خادعاً وتمويهياً colourable وأنه بينما يتظاهر بأنه يؤدي واجبه في حماية مصالحه القانونية إذ يخفي غرضاً في نفسه by-end أو مشبعاً برغبته السقيمة<sup>(٤٠٢)</sup>. ويمكن القول أن فئة الحصانة المقيدة رغم تعدد حالاتها واختلافها فإنها تشترك في صفة واحدة وهي أنها توجد حينما يوجد قبول أو ملاءة عامة أو رفاهية للمجتمع<sup>(٤٠٣)</sup>. وقد سبق بيان بعض هذه الحالات وهي نشر تقارير عن جلسات المجالس التشريعية وجلسات المحاكم. من الحالات التي يتمتع الخطاب التشهيري بحماية مقيدة في بريطانيا البيانات التي تعد لأداء واجب قانوني أو أخلاقي أو اجتماعي. وتقدير هذا الواجب يخضع لصلاحيات القاضي بالمعيار الذي وضعه القاضي ليندلي وهو أن يقر الواجب الاجتماعي الجمهور الإنجليزي ذو درجة الذكاء العادية وصاحب المبادئ الأخلاقية<sup>(٤٠٤)</sup>. والمثالين التوضيحيين لهذه الحالات هما : الأولى مدير شركة أخبر

<sup>(٤٠٠)</sup> يماثل إلي حد ما منصب المدعى العام الإشتراكي في مصر

<sup>(٤٠١)</sup> عبارة القاضي Lopes في قضية : Pullman v. Hill & Co. [1891] 1 Q. B. 524 at 529

<sup>(٤٠٢)</sup> Campbell v. Cochrane (1905) 8 F. 205

<sup>(٤٠٣)</sup> Toogood v. Spyring [1834] 1 C. M. & R. 181 , 193

<sup>(٤٠٤)</sup> Staurt v. Bell [1891] 2 Q. B. 341 , p. 350

رئيسها بشكوكه عن المدعى بأنه أساء السلوك مع امرأة. وقد حُكم فيها بأن مراسلة المدعى عليه لرئيسه تتمتع بامتياز مقيد أما إرسال الخطاب لزوجته المدعى ، بالرغم من أن لها مصلحة في معرفة المزاعم حول زوجها ، فليس لدى المدعى عليه واجب أخلاقي أو اجتماعي لإخبارها ومن ثم فلا يتمتع بأي حصانة<sup>(٤٠٥)</sup>. والحالة الثانية وهي تماثل الحالات الأكثر شيوعاً وهي خطابات الرد علي طلبات الاستعلام عن أخلاق وسلوك الموظفين المتوقع تعيينهم من الموظفين القدامى وكذلك الإخبار عن الموقف الائتماني للعميل<sup>(٤٠٦)</sup>.

من الأمور التي تتمتع بالإعفاء أو الحصانة المقيدة البيانات المعززة أو المؤيدة لحماية مصالح خاصة. ولتفسير هذه الفئة نسترجع قول اللورد Oaksey في أحد القضايا<sup>(٤٠٧)</sup> بأن "هناك تشابه بين حق الدفاع الشرعي في القانون الجنائي وحق الشخص في الدفاع عن نفسه ضد أي هجوم بالقول الشفوي أو المكتوب. وهو يفقد هذه الحماية فقط إذا تجاوز الدفاع إلي العدوانية..". والقضية الأخيرة ضد جريدة تايمز تبين مدى ونطاق هذه الحصانة. نشرت هذه الصحيفة مقالاً تشهيرياً ضد المدعى. لكنها ، لسوء الحظ ، نشرت صورة مع المقال لرجل آخر يحمل نفس الاسم. وافقت الصحيفة علي نشر اعتذار لصاحب الصورة مع اقتراحها لشكل عبارات محايدة. صمم هذا الأخير علي أن يكتب بنفسه بأنه لم يكن الشخص المقصود بالتشهير وكرر نفس عبارات التشهير التي ذكرتها الصحيفة من قبل. خاصم المدعى كل من الصحيفة وهذا الشخص. وقد برأته المحكمة علي أساس الحصانة المقيدة وأدانت الصحيفة<sup>(٤٠٨)</sup>.

60/1/2 - يسمح القانون العام في الولايات المتحدة الأمريكية بالتخلص من المسؤولية في أمور محددة من حالات التشهير يُطلق عليها الحصانة المقيدة ، وذلك إذا كان سلوك المدعى عليه معقول وفي حدود اللياقة. ومن الأمثلة الشائعة هو ما يجري في عالم الأعمال حيث يكون للناشر أو المتلقي مصلحة هامة تبرر هذه الحماية إذا كانت عبارات المدعى عليه الشفوية أو المكتوبة تمت بحسن نية من ذلك كتاب الاستعلام عن موظف مرشح لشغل وظيفة بالحط من قدره أمام صاحب العمل المأمول<sup>(٤٠٩)</sup>. كما اعتبرت الاتصالات بين أعضاء الجمعيات التي لا تتوخى الربح والمتعلقة بسوء سلوك مزعومة لأحد الأعضاء ذات حصانة مقيدة.

إلا أن أهم حالات الحصانة المقيدة تلك التي تتعلق بحماية الناشر والإذاعات من عبارات التشهير التي قد تصدر منها ضد الموظفين العموميين والشخصيات العامة بشرط أن لا تكون هذه العبارات صدرت عن علم أو بطيش بين وعدم مبالاة بزيفها. وهذه الحالة تحتاج إلي تفصيل مقارنة : -

Watt v. Longsdon [1930] 1 K. B. m 130

(٤٠٥)

Spring v. Guardian Assurance plc. [1994] 3 ALL E. R. 129

(٤٠٦)

Turner v. Metro – golden – Mayer pictures [1950] 1 ALL E. R. 449

(٤٠٧)

Walts v. Times Newspapers Ltd. [1996] 1 ALL E. R. 152

(٤٠٨)

Weir v. Equifax Servs. , 620 N. Y. S. 2.d. 675 (App Div. 1994)

(٤٠٩)

## أولاً : في مصر:

61/1/2 - تنص المادة (٣٠٢) من قانون العقوبات المصري علي أنه "ومع ذلك فالطعن في أعمال موظف أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت هذه المادة إذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة وبشرط إثبات حقيقة كل فعل أسند إليه". وتنص المادة (٢١) من قانون تنظيم الصحافة رقم (٩٦) لسنة ١٩٩٦ علي أنه "لا يجوز للصحفي أن يتناول مسلك المشتغل بالعمل العام أو الشخص ذي الصلة بالنيابية العامة أو المكلف بخدمة عامة إلا إذا كان تناول وثيق الصلة بأعمالهم ومستهدفاً المصلحة العامة". وإذا كان قانون العقوبات يحدد الأشخاص الذين يمكن تناول مسلكهم بثلاث فئات وهي الموظف العام ، أو ذو الصلة النيابية ، أو المكلف بخدمة عامة ، فإن قانون تنظيم الصحافة يتوسع إلي حد ما في هذا التحديد باستحداث مصطلح "المشتغل بالعمل العام" ليشمل القيادات أياً كان ميدانها. وتفسير النصين يؤدي إلي قصر القول علي القائمين فعلاً وحالياً بالعمل العام أو ما في حكمه فلا يباح إذاً التشهير أو التعرض لمن ترك العمل العام.

ويشترط في تطبيق سبب الإباحة أن يكون التعرض للشخص بسبب أدائه للعمل دون أن يتعدى ذلك إلي حياته الخاصة. وتقدير ذلك منوط بقاضي الموضوع<sup>(٤١٠)</sup>. وعلة ذلك أن الحياة العامة ملك للمجتمع ومن ثم يجوز تناولها بالنقد والتحليل إلا إذا كانت وقائع القذف لا تمت بصلة لصفته العامة وإنما وجهت إليه باعتباره فرداً من أحاد الناس<sup>(٤١١)</sup>.

وينفرد المشرع المصري باشتراط أن يكون القاذف حسن النية بمعنى أنه يعتقد بصحة ما ينشره وأنه يتوخى تحقيق مصلحة عامة وليس مجرد التشهير والتجريح أو شفاء الضغائن والأحقاد<sup>(٤١٢)</sup>. فإذا حدثت ازدواجية في هدف الناشر بمعنى تحقيق المصلحة العامة وفي ذات الوقت حماية مصلحة خاصة ، علي محكمة الموضوع أن توازن بينهما وتقدر الأرجح<sup>(٤١٣)</sup>. وشرط حسن النية شرط جوهري بحيث أن انتفائه

<sup>(٤١٠)</sup> مدحت محمد محمود عبد العال ، رسالة الدكتوراه السابقة ، ص ٤٠١

<sup>(٤١١)</sup> نقض ١٩٥٠/٥/١٧ س ١ ق ٢١٦ ص ٦٥٧ - نقض ١٩٨٠/٥/٢١ مجموعة أحكام النقض س ٣١ رقم ١٢٧

ص ٦٥٤

<sup>(٤١٢)</sup> نقض ١٩٧٠/٣/١٦ مجموعة القواعد القانونية س ٢١ رقم ٩٢ ص ٣٧٣ - نقض ١٤ يونيو ١٩٣٧ مجموعة أحكام

النقض ، ج ٤ ص ٧٩ - السيد البدوي : نحو نظرية عامة لحسن النية في المعاملات المدنية ، رسالة دكتوراه ، حقوق

القاهرة (١٩٧٨) ص ٥٥

<sup>(٤١٣)</sup> الطعن رقم ٢٩٧٢ لسنة ١٩٦٩ جلسة ٢٠٠٠/٣/١ نقض مدني "حكم غير منشور" ورد في هامش (١) ص ٢٧٤

في رسالة بشر صالح

يجعل من إثبات صحة الوقائع المسندة غير ذي قيمة<sup>(٤١٤)</sup>. وحسن النية هو من كليات القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(٤١٥)</sup>.

الشرط الأخير لتطبيق هذا الإعفاء هو إثبات الناشر لحقيقة كل أمر أسنده للشخصية المشتغلة بالعمل العام أو ذوى الصفة النيابية أو المكلفة بخدمة عامة. وهي شروط متكاملة في بناء الإعفاء من العقاب ، فلا يكفي أن يتوافر حسن النية إذا عجز عن إثبات صحة الوقائع المسندة<sup>(٤١٦)</sup>. وهو شرط استثنائي في التشهير بصفة عامة في القانون المصري يقترب في ذلك مع فكر القانون العام في النظم الأنجلو أمريكية ومع أحكام الشريعة الإسلامية. لكنه استثناء من القواعد العامة خاص فقط بأعمال المشتغلين بالعمل العام وذوى الصفة النيابية والمكلفين بخدمة عامة رغم عدم انطباقه في حالة الطعن في سمعة أحاد الناس. وعلة هذا الشرط هي الرغبة في اكتشاف ما استتر وخفي من أعمالهم الضارة بالمصلحة العامة توصلًا لمحاكمتهم وتطهير المصالح من شرورهم<sup>(٤١٧)</sup>.

فإذا وجد ارتباط بين السب وجريمة القذف يستطيع الناشر ، استثناء من الأصل ، إثبات صحة وقائع السب. هذه المماثلة ، في إثبات الوقائع ، بين القذف والسب ترجع إلي الارتباط الوثيق الذي قد يجمع بينهما. ويتحقق هذا الارتباط عندما يكون مؤداهما واحداً ويكون الاختلاف بينهما في طريقة التعبير فهي في إحدهما إسناد وقائع معينة وفي الأخرى إسناد ألفاظ بني علي صحة تلك الوقائع<sup>(٤١٨)</sup>.

لا شك أن اشتراط المشرع المصري حسن النية بما يحمله من اختلاف في الكنه أو المضمون وبما يمكن تطويعه لتكبير أجهزة الإعلام لصالح فئة التكنوقراط أو بعض القيادات التنفيذية في مواقع عمل مختلفة. وهو سلوك متأثر إلي حد كبير بالنمط العام في التفكير التشريعي الذي يتولى من أطلق عليهم بترزية القانون لباسه ثوب الشرعية حماية لهذه الفئات لكنها في نفس الوقت تعوق عملية الإصلاح بنقد وتحليل أعمالهم وتصويبها إن أخطأت. وحسناً فعل المشرع الفرنسي حين استنزل أو تجاهل شرط حسن النية مكتفياً بشرط إثبات صحة وقائع القذف أو السب بما يتضمنه هذا الإثبات من افتراض حسن النية. وحسناً فعلت المحكمة الدستورية العليا في مصر حين حكمت بعدم دستورية القيد الإجرائي الذي كانت تنص عليه المادة (٢/١٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية من أن يقدم القاذف للمحقق الأدلة علي كل فعل أسنده إلي المقدوف عند أول استجواب له وعلي الأكثر في الخمسة أيام التالية تأكيداً علي حرية

<sup>(٤١٤)</sup> نقض جنائي طعن رقم ٧٠٦ لسنة ٦٠ ق ، جلسة ١٩٩٧/١٠/١٤ "حكم غير منشور" - نقض جنائي طعن رقم

٤٩٣٣ لسنة ٦٢ ق ، جلسة ٢٠٠٠/٥/١٥ "حكم غير منشور"

<sup>(٤١٥)</sup> د. آمال عثمان : المقالة السابقة ، ص ٨٠٤

<sup>(٤١٦)</sup> نقض ١١ يونيه ١٩٣٤ ، مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً ، ص ٧٤٠ - نقض ٢٢ ديسمبر ١٩٤٥ ، مجموعة

القواعد القانونية ، ج ٧ رقم ٤١ ص ٣١ - نقض ٢١ مارس ١٩٥٥ ، مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً ص ٧٤٠

<sup>(٤١٧)</sup> نقض مصري ١٩٢٧/٢/٧ م. ق. ص ٧٣٣

<sup>(٤١٨)</sup> صالح سيد منصور : المرجع السابق ص ١٩١



التعبير دون تكبيل بقيد زمني قد يراه القاذف عسيراً عليه أن يقدم الدليل خلال هذه المدة فيحجم عن القيام بالطرح من أساسه الأمر الذي لا يتحقق معه ضرورة الكشف عن أعمال التنفيذيين المتعلقة بأعمالهم للجمهور<sup>(٤١٩)</sup>.  
ثانياً : في فرنسا<sup>(٤٢٠)</sup>

62/1/2 - فيصل التفرقة بين القانونين المصري والفرنسي أن الأخير لا يشترط حسن نية القاذف لإعفائه من المسؤولية في حالات قذف الشخصيات القيادية وما في حكمها. إذ أن حسن النية بعناصره الأربعة وقت تحرير المقال : شرعية هدف الكاتب ، غياب العداوة الشخصية ، التحقق من المصادر ، وخاصة أو إمكانية التحقق. وهي أمور لا تتفق مع المواد من ٦-١٠ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(٤٢١)</sup>. وإذا كان الظن أن حسن النية يعنى أن مرتكب الفعل الضار قد تصرف بدقة وبطريقة صحيحة وبصدق وأمانة<sup>(٤٢٢)</sup> إلا أن تعبير الظن أو الاعتقاد لا يعنى أنه كان حريصاً علي وجه الخصوص<sup>(٤٢٣)</sup>. وفي مهنة المعلومات حيث نشرها تحت غطاء صحتها ليس لحسن النية فائدة بقدر صحة المعلومات ذاتها<sup>(٤٢٤)</sup>. فواجب الإعلام هو تقديم الأخبار بموضوعية وحياد وبدون إثارة ، أو إضافة هجوم شخصي. وبالطبع يمكن نقد الأحكام القضائية في الدوريات المتخصصة بواسطة أساتذة القانون<sup>(٤٢٥)</sup>. لكن يظل ذلك في إطار من الموضوعية وتحليل سابق للموضوع المختار<sup>(٤٢٦)</sup>. لذلك يجب علي الصحفي الحرص في حالة خطورة الموضوع الذي يثيره<sup>(٤٢٧)</sup>. وفي حالة صفة ونوعية الأشخاص الذين يتناولهم في مقاله<sup>(٤٢٨)</sup>. وأخيراً في حسابه لمدى خسارة مصلحة عميل الجريدة في معرفة الحقائق<sup>(٤٢٩)</sup>.

لذلك حرص المشرع الفرنسي علي عدم اشتراط حسن النية والاكتفاء بالدفع بالحقيقة *l'exceptio veritatis* الذي أورده في المادة (٣٥) من قانون الصحافة الصادر في ٢٩ يولييه ١٨٨١ حينما اعتبر أن إثبات الحقيقة بالطرق العادية هي فقط

<sup>(٤١٩)</sup> حكم المحكمة الدستورية العليا في ٦ فبراير ١٩٩٣ في القضية رقم ٧٣ س ١١ ق دستورية ، الجريدة الرسمية س ٣٦

العدد ٧ في ٢٦ شعبان ١٤١٣ - ١٨ فبراير ١٩٩٣ ص ٣٥٠-٣٦٥ - انظر التعليق علي هذا الحكم د. محمد حسام

محمود لطفي : ملف قضايا حرية الرأي والتعبير في مصر ١٩٩٣ ، ص ١٤٤-١٥٣

<sup>(٤٢٠)</sup> B. Beignier : L'honneur et le droit , préf. J. Foyer , L G D J , 1995, p. 151 et s.

<sup>(٤٢١)</sup> Crim. 16 mars 1993 ; B. no. 115

<sup>(٤٢٢)</sup> Paris 10 mai 1994, D. 95, Som. , 272, obs. Bigot

<sup>(٤٢٣)</sup> Civ. 2, 28 nov. 1984, B. 11, no. 178 - 17 mars 1993, GP 93, 2, pan. , 235 - Crim. 23

mars 1993, GP 93, 2, Som. , 440, obs. Doucet - Paris 14 déc. 1993, D. 95, Som. 272, obs. C. Bigot

<sup>(٤٢٤)</sup> Paris 10 juill. 1984, GP 84, 2, Som. , 293

<sup>(٤٢٥)</sup> Paris 12 déc. 1956 , JCP 57, 9702

<sup>(٤٢٦)</sup> TGI Paris 28 mai 1986, GP 87, 1, Som. , 29

<sup>(٤٢٧)</sup> Trib. Paris 4 mai 1971, GP 71, 2, 588

<sup>(٤٢٨)</sup> Trib. Paris 7 oct. 1969, GP 69, 2 , 90

<sup>(٤٢٩)</sup> Trib. Paris 22 fév. 1972, RSC 72 . 394

الدفع بعدم المسؤولية في حالات الإسناد ضد الهيئات النظامية ، الجيش البري ، السلاح البحري ، السلاح الجوي ، الإدارات العامة وضد أي أشخاص مذكورين في المادة (٣١) من نفس القانون. وهي التي تجرم القذف ضد وزير أو أكثر بسبب وظائفهم أو صفاتهم. ثم أضيف لهذه الشخصيات مديري المشروعات الصناعية والتجارية والمالية الخاصة بالادخار والتأمين بموجب الفقرة الثانية من المادة (٣٥). وهنا أيضاً يختلف القانون الفرنسي عن مثيله المصري فهذا الأخير يجرم الإسناد الموجه إلي هيئة الوزارة واعتبره من قبيل الإهانة أو السبب وفقاً للمادة (١٨٤) عقوبات التي تقضي بمعاقبة كل من أهان أو سب مجلس الأمة (الشعب) أو غيره من الهيئات النظامية أو الجيش أو المحاكم أو السلطات أو المصالح العامة ودون أن يقرر سبب للإعفاء من هذه الجريمة.

في مرحلة لاحقة في ٦ مايو ١٩٤٤ أضيف إلي فقرتي المادة (٣٥) فقرة ثالثة والتي تنص علي أنه يمكن "دائماً" toujours إثبات صحة وقائع القذف باستثناء حالات : ١- الإسناد المتعلق بالحياة الخاصة ، ٢- أو المتعلق بوقائع قديمة ترجع إلي أكثر من عشر سنوات (تقادم الفضيحة) ، ٣- أو المتعلق بواقعة تكون جريمة صدر بشأنها عفو أو سقطت بالتقادم أو أعيد إلي المتهم فيها اعتباره.

أثار تعبير "دائماً" الوارد في هذه الفقرة الجديدة بعض الجدل في معناه. لكن القضاء الفرنسي أعطى "ظروف الحال" تحليلاً جيداً إذ اعتبر هذه الكلمة قيمة مطلقة<sup>(٤٣٠)</sup>. وبرر القضاء مسلكه بقاعدة "الأحكام الخاصة تؤثر في العامة specialia generalibus derogant" ، واحتراماً للإرادة المحتملة لواضع التشريع. وترتب علي هذا المعنى أن أصبحت الفقرتان الأولى والثانية من هذه المادة ليست ذات قيمة عملية. أي أن القانون الفرنسي لا يعاقب فقط إلا علي حالات الافتراء الكاذب مقرباً في ذلك من فكر القانون الأنجلو أمريكي. وبناء عليه أصبح هذا الدفع مقبولاً ضد ذوى الصفة العمومية بقطع النظر عن اتصال القذف بأعمالهم ، كما أنه أصبح مقبولاً في مواجهة غيرهم من الأفراد العاديين إذا كان القذف متعلق بنشاط عام علني للمقذوف مثل الإبلاغ عن فرد من أفراد المقاومة ضد الإحتلال<sup>(٤٣١)</sup>.

وعلي القاذف أن يثبت صحة الوقائع المسندة بموجب المادة (٥٥) من قانون ١٨٨١<sup>(٤٣٢)</sup> خلال عشرة أيام من يوم مثوله أمام القضاء ومن يوم نظر القضية المدنية منفصلة عن القضية الجنائية<sup>(٤٣٣)</sup>. ويجب أن يكون الإثبات تاماً ومتعلقاً بجميع الأشكال المختلفة للإسناد في مضمونها المادي ومداها أي يكون الإثبات كاملاً<sup>(٤٣٤)</sup>.

### ثالثاً في الولايات المتحدة الأمريكية :

Crim. 12 nov. 1954, D. 54, 765

(٤٣٠)

Crim. 12 oct. 1954, D. 54, p. 565

(٤٣١)

Crim. 5 nov. 1970, D. 71, 90

(٤٣٢)

Civ. 2, 22 juin 1994, GP 95,1,163, note Bruntz et Domingo . D. 95, Som. , 264 obs .

(٤٣٣)

Dupeux

crim. 3 mai 1966, B. no. 132 – 2 juin 1980, B. no. 168 – Paris 27 janv. 1988, D.

88,inf.56

(٤٣٤)

63/1/2 - استقر رأي القضاء الأمريكي حتى قبل عام ١٩٦٤ علي تأسيس المسؤولية عن القذف علي أساس الخطأ التقصيري المفترض. فإذا قام شخص بنشر عبارات تسيء إلي سمعة شخص آخر حتى ولو بدون علم حقيقي أو تقديري لزييف هذه العبارات فإنه يكون مسئولاً عن القذف بالكتابة إذا كانت عبارات القذف في ذاتها تعني المساس بسمعة المدعى في نظر الأغيار. وكانت تعتبر محل دعوى بذاتها actionable per se. ويستطيع المدعى بالتالي أن يحصل فضلاً عن التعويض الجابر علي تعويض عقابي إذا أثبت سوء القصد والنية الخبيثة أو الخداع أو الطيش وعدم المبالاة بالنتائج.

لكن القضاء الأمريكي عدل عن هذا المسلك بعد الحكم التاريخي للمحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية والذي بموجبه أجرت تعديلاً دستورياً في قانون التشهير مستخدمة في ذلك التعديل الأول ، وبمقتضى هذا التعديل الدستوري أوجدت المحكمة العليا امتيازاً للتشهير بالأشخاص محل "النظر العام" public eye . ثم عدلت من حدود معدلات الخطأ المتعلقة بالسماح بالتعويض للأشخاص العاديين.

في هذه القضية الشهيرة<sup>(٤٣٥)</sup> قالت المحكمة العليا إن من يقذف موظفاً عمومياً في أدائه لعمله الرسمي سيكون مسئولاً عن التشهير إذا تم النشر بسوء قصد حقيقي والذي عرفته المحكمة بأنه إما العلم بزييف الوقائع وعدم صحتها أو التجاهل بإهمال لمعرفة صحة الوقائع من زيفها. وبررت المحكمة قرارها ، والذي سُمي بقاعدة نيو يورك تايمز ، بحسبانه حماية دستورية لحرية التعبير علي أنه يشجع ويدعم مناقشة الأمور العامة في وسائل الإعلام.

لكن ما هو الموظف العام ؟ وما هو نوع الوظيفة التي يشغلها ؟ وما هو حجم مسؤولياته ؟ في تحديد الموظف العام بالنسبة للفعل الضار التشهير قالت المحكمة العليا " .. موظفي الحكومة الذين لديهم أو يبدو بالنسبة للجمهور أن لديهم مسؤولية جوهرية أو رقابية لأداء الأعمال الحكومية"<sup>(٤٣٦)</sup>. لكن محاكم الولايات طورت معايير مختلفة إلي حد ما عن معايير المحكمة العليا. فقد حكمت المحكمة العليا في تينيسي بأن العامل الصغير في الشؤون الاجتماعية للولاية هو موظف عمومي لأن وظيفته تحمل واجبات ومسؤوليات تؤثر في حياة ، وحرية ، وأموال وأملاك المواطنين التي قد تعزز أو تفقده تمتع المواطن بالحياة<sup>(٤٣٧)</sup>. وقد أعتبر ضابط الشرطة والذي يُعتبر نسبياً مستوى منخفض في موظفي الحكومة موظفاً عاماً لأن لديه السلطة علي حياة وموت المواطنين الآخرين في المجتمع<sup>(٤٣٨)</sup>.

والجزء الآخر من المعادلة هو نوعية الوظيفة التي يشغلها هذا الموظف العام ومدى مسؤولياتها التي يمارسها شاغلها بحكم الوظيفة. ومن الضروري معرفة هدف عبارات التشهير. قررت المحاكم أن من ينطبق عليه وصف الوظائف السابق يُعتبر

New York Times v. Sullivan 376 U. S. 254 (1964)

(٤٣٥)

Rosenblatt v. Baer 383 U. S. 75 (1966)

(٤٣٦)

Press v. Verran , 589 S. W. 2d. 435 (1978)

(٤٣٧)

Soke v. The Plain Dealer , 69 Ohio. St. 3d. 395 (1994) – Clark v. Clark , 21 M.L.R. 165

(٤٣٨)  
(1993)

موظفاً عاماً بالنسبة لفعل التشهير إذا شملت الوقائع : ١ - طريقة وأسلوب إدارته لعمله ، ٢ - الكفاءة العامة لتقلد هذا المنصب. بالنسبة للأول يجب أن تنصب الوقائع علي إدارته للأعمال الرسمية المتعلقة بالمسؤوليات العامة دون أن يتطرق إلي الأعمال الخاصة التي قد يمارسها إلي جانب عمله الرسمي<sup>(٤٣٩)</sup>. أما العنصر الثاني فهو أكثر اتساعاً لأنه يتطرق إلي الحياة الخاصة والعادات الشخصية والسمات الشخصية التي قد تجعل من إنسان مناسب لعمل وغير مؤهل لتقلد مهام عمل آخر. فالإنسان الفاشل في إدارة حياته من الناحية المالية قد يكون غير صالح لأن يتولى الأمور المالية في الإقليم الذي يعيش فيه<sup>(٤٤٠)</sup>. هذا التقدير بطبيعته شخصي ومعقد لأن المحاكم في تحديدها لهذا العنصر يبدو أنها تستخدم معايير مرنة متعلقة بأهمية الوظيفة التي يشغلها. فيبدو أن الحياة الشخصية لرئيس الولايات المتحدة الأمريكية معيار لصلاحيته في أن يتولى هذا المنصب. وهذا يختلف عن معيار الكفاءة لصغار موظفي الدولة.

64/1/2 - وخطت المحكمة العليا بعد ثلاث سنوات من حكمها الأول خطوة ثانية لإدراج الشخصيات العامة public figures إلي جانب الموظفين العموميين وذلك في قضيتين متزامنتين<sup>(٤٤١)</sup>. المدعى في القضية الأولى هو مدير الكرة المعروف في جامعة جورجيا Wally Butts ضد جريدة نشرت أنه تأمر لتعديل نتيجة مباراة. وفي القضية الثانية زعم المدعى Edwin walker وهو لواء سابق أنه تم النشر عن أنه سبق اشتراكه في شغب في حرم الجامعة ضد مسألة التكامل العنصري. طبق رئيس المحكمة القاضي وارين ، معبراً عن رأي الأغلبية ، معيار نيو يورك تايمز علي الشخصيات العامة مثلهم مثل الموظفين العموميين والذي بموجبه أن يثبت المدعى سوء القصد الحقيقي actual malice .

وفي قضية لاحقة<sup>(٤٤٢)</sup> ميزت المحكمة العليا بين نوعين من الشخصيات العامة : ١ - شخصيات عامة لجميع الأغراض All-purpose public figures ، ٢ - شخصيات عامة لأغراض محددة limited-purpose public figures . ويرجع الفضل في هذه التفرقة إلي القاضي لويس باول حيث عرّف الفئة الأولى بأنها تلك "التي تشغل مراكز لها ذيوع وتأثير بحيث يمكن اعتبارهم شخصيات عامة لكل الأغراض". وقد علق الفقيهان جيروم بارون واثوماس دينيس<sup>(٤٤٣)</sup> بأن المحكمة تريد أن تقول : يجب أن يكون المدعى دائماً محل اهتمام وسائل الإعلام حتى يمكن تصنيفه في هذه الفئة. ويقترح أن يكون المعيار هو الاعتراف القومي الفوري وتنويه أجهزة الإعلام الدائم به. قد يكون معيار المحكمة العليا لا يمثل أي مشكلة في تعيين هذه الفئة علي المستوى الوطني. لكن ما هو حكم الشخصيات الشهيرة في مجتمعات صغيرة تهتم

Michaelis v. CBS Inc. , 119 F. 3d. 697

(٤٣٩)

Don R. Pember : Mass Media Law , Mc Graw-Hill , College, 1999 ed. , p. 165

(٤٤٠)

Curtis Publ'g Co. v. Butts and Associated Press v. Walker , 388 U. S. 130

(٤٤١)

Gertz v. Welch 418 U. S. 323 (1974)

(٤٤٢)

Barron and Dienes : Handbook of Free Speech and Free Press

(٤٤٣)

بأخبارها وسائل الإعلام المحلية ولها جذور عائلية جديرة بتصنيفها في هذه الفئة. هذا ما أكدته المحكمة العليا في كانساس<sup>(٤٤٤)</sup> وكذلك محكمة مونتانا العليا<sup>(٤٤٥)</sup>. لكن المسألة التي أُثيرت بعد ذلك وكانت محل نظر المحاكم المحلية الأمريكية هي خروج النشر إلي آخرين غير الدائرة التي يُعتبر الشخص فيها من الشخصيات العامة. رفع السيد/ جورج مارتن رجل الأعمال الشهير جداً في قرية شانوك دعوى ضد إحدى الصحف التي تصدر في جزيرة رهود. قضت محكمة أول درجة بإعتباره شخصية عامة محلية لكل الأغراض. ثار الجدل في الاستئناف بأن الجريدة توزع محلياً علي حوالي (٣٠٠) مقيم بينما يتم توزيعها في الخارج علي حوالي ثلاثة آلاف مشترك ، وانتهت المحكمة إلي نفس حكم محكمة أول درجة معززة إياه بأن شهرته انتشرت إلي خارج الإقليم المقيم فيه وأن "عدد قليل جداً من الأفراد يكونون معروفين لكل المشتركين أو المشترين للجريدة"<sup>(٤٤٦)</sup> وأن والي باتس واللواء ادوين ووكر لم يكونا معروفين لكل المشاركين في الجريدة النشرة المدعى عليها ومع ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بإعتبارهما شخصيات عامة. واسترجع أحد قضاة الاستئناف هذا الحكم ليؤكد أنه يكفي أن يدخل الفرد في هذه الفئة أن يكون معروفاً لنسبة جوهرية من القراء لهذه الصحيفة.

الفئة الثانية من فئات الشخصيات العامة هي التي صاغها القاضي باول في قضية جيرتر ضد ويلش السابقة هي فئة خاصة للحصانة المقيدة التي يتمتع بها الناشر إذا تعرض لأي من أفرادها بالتشهير. وقال باول في تعريفه لهذه الفئة أن "هؤلاء المصنفين تحت الشخصيات العامة قد أقحموا أنفسهم في خضم جدل عام معين للتأثير علي القرار في المسألة موضع الجدل". والغريب أن المحكمة حين فصلت في هذه القضية استبعدت المدعى من انتمائه لهذه الفئة. وكان المدعى محامياً شهيراً ومحل احترام عدد كبير من الناس في شيكاغو وحصل علي شهرة في مجال قضايا الدفاع عن الحقوق المدنية. وله عدة كتب وأبحاث في هذا المجال فضلاً عن اشتراكه في عدة لجان علي مستوى شيكاغو ومقاطعة كوك. قُبِل التوكيل عن أسرة شاب ، قتله رجل شرطه ، في القضية المدنية. وقد حُكم علي رجل الشرطة جنائياً دون أن يكون للمحامي دور في هذه الدعوى الجنائية إذ اقتصر دوره علي تمثيل الأسرة في قضية التعويض المدنية. تعرض المدعى لهجوم قذر من مجلة الرأي الأمريكي التي اتهمته بأنه شيوعي ومهندس المكيدة ضد ضابط الشرطة وأن له سجل لدى الشرطة. وجاءت عبارات القاضي باول تسببياً لهذا الحكم بأنه من "المفضل أن نقلل من مسألة الشخصية العامة ليصبح لها معنى في السياق وذلك بالنظر إلي طبيعة ومدى مشاركة الشخص في جدل معين مما يكون باعثاً علي التشهير".

Street v. Cupp 602 P. 2d. 1267 (1979)

(٤٤٤)

Williams v. Pasma 565 P. 2d. 212 (1982)

(٤٤٥)

Martin v. Wilson Publishing , 497 A. 2 d. 322 (1985)

(٤٤٦)

وفي أحكام لاحقة خلال حقبة السبعينات من القرن العشرين أرست المحكمة العليا ثلاثة معايير لتحديد ما هو الشخص العام لأغراض مقيدة وهي : ١- ضرورة وجود جدال عام قبل النشر أو إذاعة التشهير ، ٢- يجب أن يحاول المدعى طوعية بطريقة ما لحل موضوع الجدل ، ٣- يجب أن تكون مشاركة المدعى بحيث يبدو أنه يتطلع بنشاط وجدية في التأثير علي الرأي العام فيما يتعلق بموضوع الجدل.

وعرفت الدائرة الرابعة بمحكمة الاستئناف الأمريكية الجدل العام بأنه محاجة تستقطب في الواقع اهتماماً عاماً لأن تشعبها سيُشعر به الأشخاص الذين لم يكونوا مشتركين مباشريين<sup>(٤٤٧)</sup> . ويمكن ، وفقاً لبعض أحكام المحاكم الأمريكية ، إدراج فئة رجال الأعمال في فئة الشخصيات العامة لأغراض مقيدة إذا قام بحملات إعلامية قوية للترويج وجذب الانتباه ، أو إذا كان المشروع خاضع للتنظيم الحكومي ، وأخيراً تكون عبارات التشهير خاصة بموضوع له اهتمام عام<sup>(٤٤٨)</sup>.

65/1/2 - في قضية أخرى لم تحكم المحكمة العليا بما سبق أن قرره في قضية جيرتر علي أساس أن متلقي النشر المتضمن عبارات التشهير كان عدداً قليلاً محدوداً . وتدور وقائعها حول تقرير انتماء أعطى فكرة سيئة علي أصول وخصوم المدعى ، لكنه أرسل بطريقة سرية لخمس مشتركين. رأت المحكمة أن هذه القضية علي خلاف سابقتها ، التي بدون شك كانت تعني الرأي العام ، لا تهم الرأي العام ومن ثم يسمح للمدعى التعويض عن الضرر المفترض والتعويض العقابي دون أن يثبت سوء النية العمدي الحقيقي<sup>(٤٤٩)</sup>.

ومن الضروري التنويه إلي تبني قاضيين في المحكمة العليا أثناء إجراء التعديل الدستوري علي قانون التشهير موقف قطبي. فقد جادلاً بشدة حول ضرورة إعطاء العاملين في حقل الإعلام حصانة كاملة ضد قضايا التشهير حتى لا يقع الإعلام تحت التأثير المدمر لقضايا التشهير ، لكن المحكمة بمجموع الآراء رفضت الأخذ بهذا الاقتراح.

66/1/2 - وهكذا نجد التعديلات الدستورية علي قانون التشهير التي أرستها المحكمة الدستورية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية والتي بذرتها قضايا نيو يورك تايمز وجريتر وغيرها من القضايا اللاحقة هي :

(I) اشتراط الخطأ : لا يخضع المدعى من آحاد الناس لإثبات المعدلات الأساسية للخطأ التي يخضع لها الموظف العام أو الشخصية العامة. فعلي الشخص الخاص أن يثبت أن النشر تم بإهمال أو الفشل في بذل العناية المعقولة. أما الموظف العام أو الشخص العام يجب عليه إثبات إضرار سوء القصد الحقيقي لدى المدعى عليه الناشر عند إصدار النشر. وكذلك إذا أراد الفرد الخاص الحصول علي تعويض عن الضرر المفترض والتعويض العقابي فإنه يجب عليه أن يفي بمعيار نيو يورك تايمز وهو سوء القصد الحقيقي.

Foretich v. Capital Cities / ABC, Inc., 37 F. 3d. 1541 (1994)

(٤٤٧)

Pember , opcit , p. 177 – Shapoo , opcit , pp. 316-318

(٤٤٨)

Dun & Broadstreet , Inc. v. Greenmoss Builders , Inc. 472 U. S. 749 (1985)

(٤٤٩)

(II) نموذج التشهير: وضعت المحكمة العليا قواعد دستورية في تعريف التشهير محل المطالبة القضائية بغرض التقليل من المزايا التي يحصل عليها المدعون من آحاد الناس من نظرية "القذف بالكتابة محل الدعوى بذاته". وفقاً لهذه القواعد ما لم تكن دعوى التشهير مؤسسة علي الضرر الفعلي فإن المدعى لن يحصل علي تعويض عن الضرر المفترض إذا اكتفى بإثبات أن العبارات المنشورة تحمل تشهيراً في ذاتها دون الإشارة إلي الظروف الخارجية أو إذا أراد الحصول علي هذا التعويض فعليه إثبات سوء القصد وفقاً لمعيار نيويورك تايمز.

(III) أنواع الأضرار: والضرر الفعلي actual injury الذي يتم التعويض عنه إذا أثبت المدعى من آحاد الناس الإهمال ، وهو كما أوضحته المحكمة الدستورية العليا في قضية فايرستون<sup>(٤٥٠)</sup> القلق والخوف من اتهام المدعية زوراً في تقرير صحفي بارتكابها الزنا وخوفها من تأثير ذلك علي ابنها حين يشب ويكبر. وهذا يعني اعتراف القضاء الأمريكي بالتعويض عن الضرر الأدبي إذا أثبت المدعى درجة من درجات الخطأ وهي الإهمال وليس سوء القصد الفعلي الذي يطالب بإثباته الموظف العام أو الشخصية العامة. وقد يري البعض أن مسلك القضاء الأمريكي فيه محاباة للمدعين كما نوه بذلك القاضي هوايت في قضية جيرتز الذي انتقد متطلبات الخطأ وقواعد الضرر واعتبر أنه من المناسب فرض "المسئولية الحصرية" strict liability لصالح الأفراد العاديين ، سيما وأنه تلاحظ أن الناشر ، خصوصاً في حالات عبارات التشهير بظاهاها ، يعي ، بدون شك ، أن عباراته بطبيعتها تسئ إلي السمعة. واستطرد مجادلاً بأنه عندما يعلم شخص ما ذلك وينشر رغماً عن علمه بأنه يُوقع الأذى بشخص آخر في سمعته ، يكون تحريفاً للكلام الزعم بأن المدعى غير مخطئ faultless ، حتى ولو كان الناشر حسن النية.

(IV) عبء الإثبات : ١- ألقت المحكمة الدستورية العليا عبء الإثبات في قضية جريدة فيلادلفيا ضد هيبس<sup>(٤٥١)</sup> علي المدعى من آحاد الناس في القضايا التي تمثل "اهتمام عام" قائلة بأنه لا يمكن حصول المدعين من هذه الفئة على تعويض دون أن يثبتوا أن العبارات محل الدعوى غير صحيحة ، زائفة. ووجدت المحكمة عدم دستورية تشريع يتبنى قاعدة القانون العام التي تضع عبء الإثبات علي المدعى عليه ليثبت حقيقة عبارات التشهير.

٢- حكمت المحكمة الدستورية العليا في أحد القضايا<sup>(٤٥٢)</sup> بأن معيار الإثبات في تقرير ما إذا كان هناك سوء نية فعلي هو الدليل الواضح والمقنع clear and convincing والذي لا مجال فيه لشك معقول. واشترطت المحكمة في ذلك أن يكون المحلف المعقول يري أنه تم إثباتها بوضوح مقنع

Time , Inc. v. Firestone 421 U. S. at 460 –61

(٤٥٠)

Philadelphia Newspapers v. Hepps 475 U. S. 767 (1986)

(٤٥١)

Anderson v. Liberty Lobby Inc. , 477 U. S. 242 (1986)

(٤٥٢)

٣- في قضية ماسون ضد مجلة نيو يوركر<sup>(٤٥٣)</sup> رأت المحكمة العليا أن الاقتباس المحرّف قد يكون سبباً لإقامة دعوى كذب بالكتابة. في هذه القضية رفع المدعى وهو محل نفسي شهير دعوى تشهير ضد الكاتبة جانيت مالكولم والجريدة لإصدارهما تحقيق صحفي قائم على سلسلة من اللقاءات من بينها المدعى. وقد زعم المدعى بأن التحقيق تضمن علامات اقتباس ناسباً إليه تعليقات لم يدل بها. قالت المحكمة إن التحريف الصادر عن ترو وأناة للكلمات التي تفوه بها المدعى لا يعادلها العلم بزييف الوقائع وفقاً لمعيار نيو يوركر تايمز وجيرتسز إلا إذا أسفر التحريف عن تغيير مادي في المعاني إنتقلت إلي العبارة. ولاحظت المحكمة أن الاقتباس قد يكون آلة مدمرة لتحويل الكلمات إلي معاني زائفة. ثم قالت إذا كان تحريف المدعى يعطي معاني مختلفة للعبارة بما فيها ما يعتبر أنه عبارات تحمل معني التشهير فإن ذلك جدير باعتباره سبباً لدعوى التشهير.

## المطلب الثاني : حرية التعبير والحق في النقد والتعليق المجرد الفرع الأول : حرية التعبير

### التطور التاريخي:

67/1/2 - لا يستطيع احد القول بأن فكرة حرية التعبير ومن ثم حرية الصحافة تُنسب حصرياً لبلد ما. ومع ذلك يمكن إرجاع جذورها الخام لأفلاطون وسقراط. كما أنه لا يمكن تجاهل مبادئ الشريعة الإسلامية التي أكدت هذه الحرية كما جاء في قول الرسول عليه الصلاة والسلام "الساكت عن الحق شيطان أخرس"<sup>(٤٥٤)</sup> ويطلق الفقه المعاصر عليها "حق القول أو حق الكلمة"<sup>(٤٥٥)</sup>. لكن لم يكن لهذه الحرية صداها المرجو في العالم الإسلامي ، بعد القرن الأول الهجري ، إلا بعد أن صدرها الغرب إلينا في العصر الحديث.

ولعل الثورة الفرنسية كانت بداية انبعاث فجر الحرية الفردية والتي أحد تداعياتها حرية التعبير. وتم نقل هذه الفكرة إلي المجال التشريعي بالنص عليها في إعلان حقوق الإنسان الصادر في عام ١٧٨٩ حيث قرر "أن حرية نقل الأفكار والآراء تُعد من الحقوق الأكثر قيمة للإنسان ولكل شخص أن يتكلم ، أن يكتب ، وأن يطبع بحرية ، بشرط أن لا يتجاوز في ممارسته لحيثه تلك الأحوال التي يحددها القانون". ونصت المادة الأولى من قانون الصحافة علي حرية الطابع وبائع الكتب. وتقضى المادة الأولى من القانون رقم (٨٦-١٠٦٧) الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٩٨٦ الخاص بحرية الاتصالات والمعدلة بالقانون رقم (٨٩-٢٥) الصادر في ١٧ يناير ١٩٨٩ بأن الاتصالات السمعية والبصرية تتمتع بالحرية<sup>(٤٥٦)</sup>.

Masson v. New Yorker Magazine , Inc. , 501 U. S. 496 (1991)

(٤٥٣)

(٤٥٤) الإمام الغزالي : إحياء علوم الدين ، دار الريان للتراث (١٩٨٧) ج ٥ ص ١٢٤

(٤٥٥) د. محمد يوسف مصطفى : حرية الرأي في الإسلام ، مكتبة غريب ، (١٩٩٤) ص ٣٤

(٤٥٦) د. مدحت محمود عبد العال : رسالة الدكتوراه السابقة ، ص ١٨٤ ، ١٨٥



68/1/2 - وقد تطور هذا المفهوم تطوراً ملحوظاً خلال الأربعة قرون الماضية. ويمكن القول بأن التاريخ الحديث لحرية الصحافة بدأ حقيقة في إنجلترا خلال القرنين السادس عشر والسابع عشر مع بدء تطور الطباعة. إلا أنه في التقويم الحالي لا يمكن إنكار الدور العظيم في تطوير وفرض حرية التعبير وحرية الصحافة للرجال الذين كانوا وراء التعديل الأول للدستور الأمريكي.

لتوضيح المعنى المقصود بحرية الصحافة وحرية التعبير يجب تفهم معنى الرقابة أو مراقبة المراسلات ، والصحف ، والكتب ، والمطبوعات censorship منظوراً إليها من الجانب السلبي. ومن ثم يمكن تعريف حرية الصحافة أنها ببساطة تعنى غياب الرقابة علي الصحف.

عندما بدأ وليام جاكستون إصدار أول صحيفة مطبوعة في ويسمنستر في عام ١٤٧٦ لم يكن يلاحقه أو يطارده أحد في الرقابة علي ما ينشره إلا تصوره وقدراته الشخصية. لم تكن في إنجلترا وقتئذ أي قوانين تحكم ما يمكن أو ما لا يمكن طباعته ، لذلك فقد كان يتمتع بكامل الحرية ، التي يناضل الصحفي في كل من إنجلترا وأمريكا للحصول عليها بعد أكثر من خمسة قرون لاحقة. لكن سرعان ما بدأ التاج البريطاني الرقابة والإشراف علي الصحف في إنجلترا حفاظاً علي سلطانه وقوته في مواجهة قوة المعلومات التي تمتلكها الصحف. واستخدم البريطانيون عدة وسائل في الفترة من ١٤٧٦ إلي ١٧٧٦ للحد من حرية الصحافة واستخدموا في ذلك سلاح قانون الفتنة بطريق المحررات والمطبوعات seditious libel لعقاب منتقدي الحكومة أو التاج ، والموافقة علي الترخيص بإصدار الصحف الذي يشترط حصول الموافقة مقدماً قبل نشر أي شيء في الصحف. نجحت الرقابة البريطانية خلال هذه القرون الثلاثة في فرض قبضتها علي الصحف لكن مع انتشار فكرة الديمقراطية عبر أوروبا أصبح من الصعب الكثير علي الحكومة أن تحد من حرية التعبير ، خصوصاً مع تنامي قوة الصحافة المطبوعة واحتضانها لمبادئ وروح الديمقراطية<sup>(٤٥٧)</sup>.

69/1/2 - بالرغم من أن القانون الإنجليزي كان ينظم النشر في أمريكا والمستعمرات البريطانية لكن الرقابة التي أحكمتها إنجلترا علي الصحف في بلادها لم تكن بنفس القوة في الولايات المتحدة الأمريكية. ومع وجود قوانين تحد من حرية الصحافة سائدة في الولايات المتحدة الأمريكية قبل (٣٠) عاماً تقريباً من إصدار أول جريدة. ففي وقت مبكر في عام ١٦٦٢ كان تشريع ولاية ماسوشيسيتس يجرم نشر أي شيء دون الحصول علي موافقة مسبقة من الحكومة. ومع ذلك تمتعت الصحافة الأمريكية بقدر من الحرية عن نظيرتها في إنجلترا بفضل تحيز المحلفين لحرية الصحافة. والقضية الفاصلة بين الرقابة والحرية في أمريكا هي التي حُكم فيها علي ناشر مهاجر هو جون بينتر زنجر الذي وجد نفسه في صراع سياسي عنيف مع سياسي استعماري يشغل منصب محافظ نيويورك ، أصدر بعدها جريدة نيويورك الأسبوعية

<sup>(٤٥٧)</sup> انظر في ذلك : Frederick Siebert : Freedom of the Press in England 1476-1776, Urbana :

University of Illionois Press (1952) p. 34

برعاية أحد خصوم هذا السياسي وهاجمه في عدة مقالات. رفع هذا السياسي قضية ضد زنجر وحُكم عليه بالسجن بموجب قانون الفتنة عن طريق المحررات الذي نقلته إنجلترا إلى الولايات المتحدة الأمريكية. لكن المحامي الشهير أندرو هاميلتون استطاع إقناع هيئة المحلفين بأنه لا يجب توقيع عقوبة الحبس أو الغرامة علي نشر نقد للحكومة يكون صادقاً وعادلاً. تجاهل المحلفون القانون الساري بتجريم النشر وبراءوا المتهم. وقد كان قرار هيئة المحلفين نصراً سياسياً كبيراً لكنه لم يؤدي إلي إلغاء القانون مباشرة. وذاع منطوق هذا الحكم في كل من إنجلترا وأمريكا وكان له مردود جيد في تنبيه الشعور العام وحثه علي رفض هذا النوع من الرقابة الحكومية<sup>(٤٥٨)</sup>. وهكذا تمتعت الصحافة الأمريكية بقدر كبير من الحرية وكما لاحظ أحد الفقهاء الأمريكيين<sup>(٤٥٩)</sup> أحرز الجدل الثوري انتصار هائل في توسيع تراث الحرية.

### التعديل الأول علي الدستور الأمريكي :

70/1/2 - عندما صدر الدستور الأمريكي (مواد الاتحاد) لم يكن يتضمن أي ضمان حرية التعبير. في الحقيقة لم يكن هناك أي قانون لحقوق الأفراد. في هذه البدايات كانت الولايات أقوى من الحكومة الفيدرالية. وكانت البداية متواضعة حين تبنت ولاية فرجينيا في يونيه ١٧٧٦ دستوراً جديداً يتضمن إعلان الحقوق. وبعدها بخمس سنوات تبعتها ولايات أخرى وصل عددها إلي ثلاثة عشر ولاية. وفي صيف عام ١٧٨٧ أرسلت اثنتي عشر ولاية منها (٥٥) مندوباً عنهم إلي فيلادلفيا لتعديل مواد الاتحاد وإجراء تغييرات أساسية في هيكل الحكومة. ونتيجة لخلفياتهم الثقافية فقد انتهوا إلي إعداد دستور للولايات المتحدة الأمريكية لكن مناقشة الحقوق الأساسية تأجلت إلي الأيام الأخيرة. ثم تقدم مندوب فرجينيا جورج ماسون بإقتراح بأن يتصدر هذا الدستور ميثاق الحقوق الأساسية Bill of Rights حتى يطمئن الناس لكن عارضه السيد/روجر شيرمان مندوب ولاية Connecticut علي أساس أن إعلان الولاية لهذه الحقوق كاف. وانتصر هذا الرأي ووضع هذا الدستور أمام الشعب للتصديق عليه كان هذا الدستور محل انتقاد البعض لعدم تضمينه الحريات السياسية. ثم حدث تطور مفاجئ فقد نجح جيمس ماديسون في انتخابات عضوية مجلس الشيوخ عن ولاية فرجينيا وكانت دعايته الانتخابية قائمة علي أساس أنه سيبذل جهده لإعلان حقوق الإنسان. وبعد نجاحه في العضوية وفي أول اجتماع للمجلس قدم اقتراحاً بتضمين الدستور حقوق الإنسان ، لكن هذا الإقتراح لم يلق القبول وقتها. وبعدها بعدة شهور وافق المجلس عليه مع إجراء بعض التعديل علي الصياغة علي النحو التالي "لن يصدر الكونجرس أي قانون يتعلق بالدين أو يمنع ممارسته ؛ أو يجتزئ حرية التعبير ، أو الصحافة ؛ أو حق الناس في الاجتماع بسلام ، وأن يطلب من الحكومة رفع الظلم" "Congress shall make no law respecting an establishment of

James Alexander : A Brief Narrative on the Case and Trial of John Peter Zenger , <sup>(٤٥٨)</sup>

Edited by Stanley N. Katz , Cambridge : Harvard University Press , (1963) pp. 45-67

Leonard Levy : Emergence of a Free Press , New York : Oxford Univ. Press (1985) p <sup>(٤٥٩)</sup>

religion , or prohibiting the free exercise thereof ; or abridging the freedom of speech , or of the press ; or the right of the people peaceably to assemble , and to petition the government for redress of grievances” وأرسل هذا النص للتصديق عليه مع مشروعين آخرين وكان هو الاقتراح الثالث. إلا أنه تم رفض الاقتراحين الأول والثاني وتصدق علي هذا الاقتراح في عام ١٧٩٠ وأصبح هو الأول. لذلك أُطلق عليه التعديل الأول للدستور<sup>(٤٦٠)</sup>.

71/1/2 - لتفسير التعديل الأول وُجدت في الفقه الأمريكي خمس نظريات. الأولى هي النظرية المطلقة absolutist theory التي ترى في التعديل الأول أنه يعطى الحماية المطلقة لحرية التعبير وحرية الصحافة من أي تدخل حكومي دون استثناء. تعرضت هذه النظرية للنقد من حيث أن نص التعديل لغوياً لا يعنى إطلاق الحرية وأن هذه الحرية لم تكن مطلقة في عام ١٧٩٠. لذلك لم يؤيدها إلا عدد قليل من القضاة لأنها تتجاهل وجود حقوق أخرى هامة للإنسان تتعارض مع حرية التعبير والصحافة. والثانية هي نظرية من أجل التوازن Ad hoc balancing theory. وهي تنظر إلي حرية التعبير والصحافة باعتبارهما من حقوق الإنسان الهامة التي لها قيمة في أمريكا. لكنها غالباً ما تتصارع فإذا حدث التنازع فعلي المحكمة أن توازن بين الحقوق المتعارضة. وهكذا يتحدد معنى حرية التعبير علي أساس كل حالة علي حده. لكن لوحظ علي هذه النظرية أنها ليست نظرية دائمة وإنما استراتيجية. وأن الاعتماد علي تعريف حرية التعبير بهذه الطريقة يؤدي إلي الغموض وعدم اليقين. كما أن معيار تحديد هذه الحرية سيكون شخصي بحث للقضاة. إزاء هذا النقد وُجدت نظرية ثالثة تُسمى موازنة الموقف الممتاز (ذو الأولوية) preferred position balancing theory أي إعطاء الأولوية أو الأفضلية لحرية التعبير إذا تعارضت مع قيم أو حريات أخرى باعتبار أنها أساس نظام الحكومة الأمريكية. وتأخذ المحاكم بهذا التفسير إلي حد كبير وإن كان يعيبها نفس عيب نظرية التوازن إلا أنها تميل بالكفة لصالح حرية التعبير<sup>(٤٦١)</sup>.

في الأربعينات من القرن الماضي قدم الفيلسوف الأمريكي الكسندر ميكلجون إلي المجتمع القانوني مجموعة مركبة من الأفكار عن حرية التعبير. فقد نظر بطريقة عملية إلي التعديل الأول وانتهى إلي أن حرية التعبير ، كمفهوم مجرد ، لا يستحق إلا القليل من هذا التوازن. وأن قيمته الأولية في كونه وسيلة وليس غاية. وتتمثل الغاية في تفعيل الديمقراطية. وبناء عليه فإن حرية التعبير المرتبطة بأسلوب الحكم الذاتي هي التي يجب أن تلقى الحماية الدستورية المطلقة بمقتضى التعديل الأول والعكس صحيح حيث يمكن للمحاكم إعمال التوازن بين الحريات المتنازعة. لكن يعيب هذه النظرية ، التي سُميت باسم صاحبها ، عدم التحديد الواضح لمدى ارتباط التعبير بالحكم الذاتي (أي الخطاب العام أو ارتباطه بمصالح واهتمامات أخرى ، ، الخطاب الخاص) ورد ميكلجون علي هذا النقد بأن المدى الواسع للتعبير ضروري للحكم الذاتي الناجح. وهذا المدى يشمل الخطاب المتعلق بالتعليم (التاريخ ، العلوم السياسية

Jeremy Cohen : Congress Shall Make No Law , Ames , Iowa State Univ. Press (1989) <sup>(٤٦٠)</sup>  
Don R. Pember , Mass Media Law , opcit p. 44-45 <sup>(٤٦١)</sup>

، الجغرافيا... الخ) والعلوم ، والآداب ، وموضوعات أخرى<sup>(٤٦٢)</sup>. هذه النظرية تتفق مع وجهة نظر الباحث فيما يتعلق بمطالبة الكثيرين في مصر بتطبيق الديمقراطية ، فهو بحث عن شيء بمثابة جاروف دخان إذ الأولى والأجدي البحث عن حرية التعبير وحرية الإعلام وهما اللذان يؤديان إلى تفعيل الديمقراطية. وقد تبنى هذه النظرية بعض قضاة المحكمة الدستورية العليا في أحكامهم التي أصدروها منذ عام ١٩٦٤ بإجراء التعديلات الدستورية السابق الإشارة إليها .

في منتصف الستينات من القرن العشرين رأى بعض أساتذة القانون في أمريكا أن التعديل الأول يشمل حق الناس في اللجوء إلي وسائل الإعلام لنشر أو تقديم آرائهم وأفكارهم. سُمي هذا الاتجاه بنظرية السبيل أو المنفذ access theory . وكان الدافع وراء ظهورها إقتصادياً بالدرجة الأولى حيث لوحظ انخفاض عدد الصحف التي تصدر. وقيل بأن التعديل الأول يعني أكثر من مجرد إعطاء الحق للأغنياء لنشر وطباعة آرائهم ولكنه يعطى عامة المواطنين الحق في الحديث والنشر بحرية. وليكون هذا الحق ذو معنى يجب أن تفتح الصحف عواميدها للأشخاص الذين يحملون أفكار وآراء مخالفة لهم. رفضت المحكمة الدستورية العليا هذه النظرية علي أساس أن إختيار المواد التي تُنشر وحدودها وحجمها يجب أن يتم بواسطة المحررين<sup>(٤٦٣)</sup>. وبالرغم من رفض المحكمة لهذه النظرية إلا أن مردودها الإيجابي انعكس علي لجنة الاتصالات الفيدرالية والتي وضعت قواعدها علي أساس أن الموجات الجوية خاصة بالناس الذين لهم جميعاً الحق في أن يروا ويسمعوا البرامج التي تعكس المدى المختلف من الأفكار. وكما قال القاضي بيرون هوايت في أحد القضايا الشهيرة "إنه حق الجمهور في أن يتلقى السبل المناسبة : الاجتماعية، السياسية، الجمالية، الأخلاقية والأفكار والتجارب الأخرى"<sup>(٤٦٤)</sup>

### معنى حرية التعبير :

72/1/2 - تصدى بعض الفقه لتعريف حرية التعبير بإيجاز دون التعرض للإشكاليات التي يفرضها وجود تعريف دقيق في ظل معطيات من الحقوق والحريات الأخرى متباينة. فقيل بأنها "حق الفرد في التعبير عن أفكاره والإعراب عن مبادئه ، ومعتقداته ، بالصورة التي يراها ولكن في حدود القانون وحرية الصحافة هي أحد تطبيقات حرية الرأي ، وذلك لأن الرأي قد يُبدى في كتاب ، أو خطاب ، أو حديث أو نشيد"<sup>(٤٦٥)</sup>. وقيل أيضاً بأنها التعبير عما يتعلق بالمسائل العامة أو التي تهم مصلحة عامة من مشاعر رضاء واستحسان أو غضب ويأس وحزن ، كما تشمل الإعراب

Alexander Meikljohn : Free Speech and Its Relation to Self-Government , New York : <sup>(٤٦٢)</sup>

Harper & Brothers (1948)

Miami Herald v. Tornillo , 418 U. S. 241 (1974) – South Wind Motel v. Lashutka 9 M. <sup>(٤٦٣)</sup>

L. 1661 (1983)

Red Lion Broadcasting v. F C C , 395 , U. S. 367 (1969)

<sup>(٤٦٤)</sup>

<sup>(٤٦٥)</sup> جمال الدين العطيفي : حرية الصحافة وفق تشريعات ج . م . ع . ، مطابع الأهرام التجارية ، الطبعة الثانية

عن أية فكرة تنفي خطأ أو تثبت صواباً أو تبين حقيقة أو ترفضها ببرهان عقلي أو علمي<sup>(٤٦٦)</sup>. كما قيل بأنها الحق في رواية الأخبار والإدلاء بالرأي والنشر والتعليق وتفسيرها وتحليلها<sup>(٤٦٧)</sup>.

73/1/2 - يحدد الفقه الأمريكي أبعاد حرية التعبير بأنها الحق في مناقشة الحكومة ، ونقدها ، ومعارضتها ، وتأييد التغيير فيها. ويرون أن الحق في الكلام والنشر هو موروث وطني يحافظ عليه القيادات الشعبية المنتخبة. ويرجع التركيز علي الخصم في حرية التعبير وهو الحكومة إلي الآثار السلبية لقانون التحريض علي الفتنة الذي صدر في عام ١٧٩٨ ويقضي بتجريم نقد الرئيس والحكومة الوطنية. وبموجبه تم الزج بكثير من المفكرين في السجون في الوقت الذي وقفت فيه المحكمة الدستورية العليا موقفاً سلبياً حول دستورية هذا القانون. واشتد تطبيق هذا القانون قسوة خلال الحرب العالمية الأولى وبالتحديد في الفترة من عام ١٩١٥ إلي عام ١٩٢٥. وهنا تدخلت المحكمة العليا لوضع معيار لدستورية القوانين المقيدة لحرية التعبير وهو ما أطلق عليه معيار الوضوح والخطر الحالي clear and present danger test . لكن هذا المعيار كان قاسياً ولم تأخذ به المحاكم الدنيا في أحكامها مما اضطر القاضي لويس برانديز إلي صياغة تفسير ليبرالي مراعياً روح النص. وقال إنه لا يجب إنكار حرية التعبير إلا في حالة وجود شر خطير أو خوف من خطر وشيك ، ولكي يمكن تدعيم قرار مستند علي هذا المعيار يجب توضيح إما التوقع بحدوث عنف حال وخطير أو أن السلوك الماضي يقدم أسباب الاعتقاد أن مثل هذا التدبير متوقع<sup>(٤٦٨)</sup>.

ثم تبنت الأمة الأمريكية قانوناً حديثاً للشغب أطلق عليه قانون سميث يمنع تأييد قلب نظام الحكم بالعنف<sup>(٤٦٩)</sup>. ثم تبع صدوره عدة أحكام عليا خففت من أحكامه بحيث أصبح المنع معتدلاً<sup>(٤٧٠)</sup>. وقالت المحكمة العليا في قضية Yates أنه لتأييد حكم صدر بموجب قانون سميث يجب علي الحكومة إثبات أن المدعى عليه يؤيد ويدعو إلي عنف معين أو إلي فعل قسري نحو قلب نظام الحكم. وفي حكمها في قضية Brandenburg قررت أن الدستور يحمي الدعوة إلي أو تأييد السلوك الغير قانوني إلا إذا كانت موجهة نحو الإثارة والتحريض أو إحداث أعمال محددة خارجة عن القانون أو من المحتمل أن تعرض علي إحداث مثل هذه الأفعال.

74/1/2 - في الستينات من القرن الثامن عشر عرّف مصنف القانون البريطاني العظيم وليام بلاكستون حرية الصحافة بأنها الحرية من أي قيود سابقة (علي النشر). وهو إيجاز بليغ لمعنى حرية الصحافة وإن كان يعيبه كما لاحظ بحق القاضي الرئيس

<sup>(٤٦٦)</sup> عبد الرحمن خلف : رسالة الدكتوراه السابقة ، ص ١٣

<sup>(٤٦٧)</sup> Patrick Auvret : La liberté d'expression du journaliste et le respect des personnes , thèse ,

Paris2, (1982) , p7

<sup>(٤٦٨)</sup> Whitney v. California , 274 U. S. 357 (1927)

<sup>(٤٦٩)</sup> Don R. Pember : "The Smith Act as a Restraint on the Press" Journalism Monographs

10, (1969) 1

<sup>(٤٧٠)</sup> Dennis v. U. S. , 341, U. S. 494 (1951) – Yates v. U. S. , 354 U. S. 298 (1957) –

Brandenburg v. Ohio , 395 U. S. , 444 (1969)

في قضية نير ضد مينوسوتا بأن العقاب بعد النشر يفرض رقابة فعالة علي حرية الصحافة. وهكذا يمكن الإجتهد في تعريف حرية الصحافة بأنها الحرية من الرقابة أو القيود. لا شك أن أهم مظهر من مظاهر كبت هذه الحرية هو الرقابة السابقة علي النشر والتي مازالت تعانيتها الصحافة حالياً في كل مكان بما فيها الولايات المتحدة الأمريكية. بعض الدول ، كما هو الحال في فرنسا ومصر ، تفرض حظراً مسبقاً لصالح قانون الخصوصية<sup>(٤٧١)</sup>. وفي الحالات المتطرفة يمكن إيقاف الصحيفة عن نشر معلومات عن بعض القضايا الجنائية.

هذه الحالات وغيرها تؤكد أن هذه الحرية ليست مطلقة فهناك بعض المصالح يجب تغليبها علي الحرية من الرقابة. وهو ما يُطلق عليه نطاق حرية الصحافة ، أو حدودها. وهذه الحدود قد تكون خاصة بالمجتمع متمثلة في عدم الإضرار بمصالحه السياسية والأمنية والاقتصادية والاجتماعية أي مراعاة النظام العام والآداب<sup>(٤٧٢)</sup>. وقد تكون القيود لصالح الأفراد مثل السمعة والقذف في آحاد الناس<sup>(٤٧٣)</sup>.

وقد حددت الشريعة الإسلامية إطار عام لحدود حرية الرأي في الحديث النبوي "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(٤٧٤)</sup>. فنطاق حرية التعبير في الشريعة الغراء هو النظام العام أو ما هو معلوم من الدين بالضرورة ، ومنها عدم القذف ، والأحكام القطعية الثبوت والدلالة ؛ وكذلك المصلحة العامة للأمة الإسلامية أي جلب منفعة أو دفع مضرة حفظاً للدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال<sup>(٤٧٥)</sup>.

وفي أمريكا ، النموذج لحرية الرأي ، تحدد السوابق القضائية نطاق الرقابة علي الصحف. وهو الأمر الذي تصدت له المحكمة العليا في عدة قضايا متلاحقة. ففي القضية التي أرست المبدأ<sup>(٤٧٦)</sup> كتب القاضي شارلز إيفانس هوجيز رأي المحكمة بأن القانون الذي صدر في ولاية مينوسوتا يعطى للمحكمة سلطة اعتبار نشر الفحش ، الفجور وإثارة الشهوات ، الدعارة ، الإيذاء بقصد ، الفضائح ، والتشهير بمثابة الفعل الضار "الإزعاج العام" public nuisance "إن التشريع موضوع الدعوى لم يصدر لإصلاح الخطأ الذي وقع من صحيفة ضد المدعى وإنما وجه مباشرة للحظر علي

<sup>(٤٧١)</sup> انظر في فرنسا : Chavanne : "Diffamation envers les personnes" , Jureschasseur penal , no.

120 وفي مصر : د. حمدي عبد الرحمن : فكرة الحق ، دار الفكر العربي (١٩٧٩) ص ٦٦،٦٧ . كما تنص المادة (٢١)

من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم الصحافة الصادر بالجريدة الرسمية : العدد (٢٥) مكرر (أ) في

١٩٩٦/٦/٣٠ علي أنه "لا يجوز للصحفي أو غيره أن يتعرض للحياة الخاصة للمواطنين.."

<sup>(٤٧٢)</sup> احمد جلال حماد : حرية الرأي في الميدان السياسي ، دار الوفاء بالمنصورة (١٩٨٧) ص ٢٨٩ - د. نعيم عطية :

النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة (١٩٦٥) ص ١٢

<sup>(٤٧٣)</sup> بشر احمد صالح ، رسالة الدكتوراه السابقة ، ص ٢٧

<sup>(٤٧٤)</sup> أخرجه الحاكم أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري ، المتوفى سنة ٤٠٥ هـ - المستدرک علي الصحيحين ج ٢ ،

طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان (١٩٩٠) ص ٦٦

<sup>(٤٧٥)</sup> بشر احمد صالح : المرجع السابق ص ٣٤-٣٨

Near v. Minnesota 283 U. S. 697 (1931)

(٤٧٦)

الصحيفة مرة وللأبد. فلم يكن هدف القانون العقاب وإنما فرض الرقابة ليس فقط لمسألة معينة وإنما لجميع الأمور في المستقبل ، الأمر الذي لا يتفق من الناحية التقليدية مع مفهوم حرية الصحافة. فهو تشريع يفرض رقابة مسبقة والتي تعتبر بوضوح مخالفة للتعديل الأول. واستطرد قائلاً "بيد أنه في بعض الظروف قد يُسمح بالرقابة السابقة علي الصحف. فيمكن للحكومة وقف النشر في حالات الفحش obscenity أو المواد التي تحت علي العنف أو تحظر نشر بعض المواد أثناء الحرب".

لكن القضية الأكثر شهرة هي قضية أوراق البنتاجون<sup>(٤٧٧)</sup>. وتدور وقائعها في أنه في صيف عام ١٩٧١ بدأت صحيفة نيويورك تايمز وتبعتها واشنطن بوست وعدد آخر من الصحف نشر سلسلة مقالات علي أساس تقرير حكومي رسمي في (٤٧) مجلد بعنوان "تاريخ عملية اتخاذ قرار الولايات المتحدة الأمريكية في سياسة فيتنام" ، وهو التقرير الذي أطلقت عليه الصحف أوراق البنتاجون. بعد صدور المقال الأول طلب المدعي العام وقف النشر. رفضت صحيفة التايمز هذا الطلب. لجأت الحكومة إلي القضاء للحصول علي أمر قضائي لإجبار الصحيفة علي وقف النشر الذي صدر بالفعل. وتطور النزاع إلي أن وصل إلي المحكمة الدستورية العليا. تتلخص وجهة نظر الحكومة في أن النشر انتهاك للقوانين الاتحادية للجاسوسية. لكن المحاكم رفضت هذا الدفع. دافعت الحكومة بأن لرئيس الولايات المتحدة الأمريكية تفويض دستوري بأن يقوم بأمور لحماية الأمن القومي والتي تشمل الحق في تصنيف الوثائق إلي سرية وسرية للغاية. لكن هذا القول لم يُقنع المحكمة. وأخيراً دفعت الحكومة بأن نشر هذه الأوراق قد ينتج عنه ضرر للأمة وقدرتها علي التصرف في الشؤون الخارجية لا يمكن تداركه وإصلاحه. أما وجهة نظر الصحف فتتلخص في قولها بأن نظام تقسيم الوثائق يحمل كثير من المغالطة والتمويه إذ أن العاملين في الحكومة يغيرون في تصنيف الوثائق حينما يشاءون إلي إستمالة الرأي العام أو للتأثير بمحتوى التقرير. ودفعت الصحف في نهاية المطاف بأن الأمر القضائي بوقف النشر انتهاك للتعديل الأول. ودفع المدعي العام بأنه في بعض الحالات يُسمح فيها بالرقابة السابقة خصوصاً عندما يكون النشر لوثائق لها صلة مباشرة بحدث خطير حال ومنظور. لكن المحكمة إلتفتت عن كل هذه الدفوع سواء من الحكومة أو من الصحف ونهجت نهجاً مغايراً خاص بإثبات تبرير الرقابة المسبقة. وقررت أن الحكومة تتحمل عبء إثبات تبرير مثل هذه القيود ، وهو الأمر الذي أخفقت في إثباته الحكومة. لكن حيثيات الحكم أبقت علي المبدأ الذي قررته سابقة نير ضد مينوسوتا من أن حظر النشر هو بالفرض مخالفة دستورية للتعديل الأول وأن علي الحكومة

إثبات الحاجة لهذا المنع لحماية الوطن في بعض المسائل، فإذا تم إثبات ذلك فإن علي المحكمة أن تميل بالتوازن لصالح الحكومة<sup>(٤٧٨)</sup>.

75/1/2 - فرضت حرية التعبير وحرية الصحافة وجودهما في المواثيق الدولية والإقليمية والدساتير والقوانين الوطنية. فقد ورد في المادة (١٨) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ "لكل فرد الحق في حرية الرأي والتعبير عنه ، والحق في البحث عن الأنباء والآراء ، ومعرفة ، ونشرها ، بكل وسائل النشر بغير تقييد بحدود الإقليم". وكذلك نصت الاتفاقية الدولية في شأن الحقوق المدنية ، والسياسية التي أصدرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦ في المادة (١٩) علي أن "لكل فرد الحق في حرية التعبير ، ..". وقد انضمت مصر لهذه الاتفاقية في عام ١٩٧٦<sup>(٤٧٩)</sup>. وخصص مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة ١٤٠٣ هـ المواد (٢٢ ، ٢٣) لحرية العقيدة ، والفكر ، والرأي. وتقرر المادة (٢٣) علي وجه الخصوص أن للأفراد من كل دين الحق في ممارسة شعائرهم الدينية ، كما لهم الحق في حرية التعبير بغير إخلال بحقوق الآخرين<sup>(٤٨٠)</sup>. وينص الدستور المصري في المادة (٤٧) علي أن "حرية الرأي مكفولة ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول ، أو الكتابة ، أو التصوير ، أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون". وتقضي المادة (٤٨) من ذات الدستور بأن "حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام مكفولة". وجاء في صدر المادة الثانية من القانون رقم (٩٦) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم الصحافة : "تؤدي الصحافة رسالتها بحرية واستقلال..".

### الفرع الثاني : الحماية القانونية لحرية الرأي

76/1/2 - تقديم وتقسيم : أهم مظهر من مظاهر حرية الرأي والذي يحظى بالحماية القانونية في النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي هو الحق في النقد والتعليق المجرد. ومع ذلك نجد الفقه الأمريكي ، من خلال عرضه للقضاء يتفرد بإبراز صورتين حديثتين من صور حرية الرأي وهما : ١- التعبير البلاغي الزائد Rhetorical hyperbole ، ٢- الرأي في مواجهة الوقائع opinion / fact . ويتناول هذا الفرع دراسة هذين النوعين الأخيرين علي التوالي من خلال التجارب القضائية الأمريكية ، ثم يعرج إلي دراسة النقد والتعليق في كل من المدرستين اللاتينية والأنجلو أمريكية.

77/1/2 - أولاً : التعبير البلاغي الزائد : في أواخر الستينات من القرن الماضي نشرت صحيفة محلية في إحدى المدن مقالاً ضد أحد المشتغلين بالتنمية العقارية نعت

<sup>(٤٧٨)</sup> انظر في تفاصيل وقائع ودفع أطراف الدعوى مقالة : Don R. Pember : "The Pentagon Papers : More

403 : (1971) Journalism Quarterly 48 "Questions Than Answers" ولمزيد من الإيضاح عن الرقابة

السابقة علي النشر راجع مقالة : Jeffrey A. Smith : "Prior Restraint : Original Intentions and

Modern Interpretations" , William and Mary Law Review 28 (1987) : 439

<sup>(٤٧٩)</sup> د. فتحي عبد الرحيم : نظرية الحق ، دار القلم بالمنصورة (١٩٩٩) ص ٣٩

<sup>(٤٨٠)</sup> د. عبد الرحيم صدقي : الإعلام والجريمة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى (١٩٨٧) ص ٣٦



فيه المفاوضات الجارية معه ومع مجلس محلي المدينة علي قول الناس بأنها "ابتزاز" blackmail رُفعت قضية ضد الجريدة علي أساس التشهير. وصلت القضية إلي مرحلة نهائية أمام المحكمة الدستورية العليا التي رفضت مزاعم المدعى بأن قراء هذه المقالة سيعتقدون بأنه ارتكب جريمة الابتزاز. وقالت في أسباب حكمها بأن المقالة قدمت للقراء كل الخلفيات المطلوبة لإستيعاب المفاوضات. "وحتى أكثر القراء إهمالاً كان يجب عليه أن يدرك أن الكلمة لم تكن أكثر من كونها تعبير بلاغي زائد أي مبالغة بيانية ، وأن النعت الشنيع الذي أطلقه عليه البعض إنما يعتبرون أن موقفه في المفاوضات غير معقول بالمرّة"<sup>(٤٨١)</sup>.

بعد صدور الحكم السابق بأربع سنوات أصدرت المحكمة العليا حكماً مماثلاً في قضية أخرى<sup>(٤٨٢)</sup> تدور وقائعها حول نشر الصحيفة الشهرية لإتحاد عمال النقل البريدي اسماء العمال الذين لم يلتحقوا بالاتحاد تحت عنوان "قائمة الراضين" List of scabs وكاد الأمر يمضي بدون مشاكل لأن أحد المعاني اللغوية للكلمة الإنجليزية scab هو الرفض الانضمام إلي نقابة عمالية ، إلا أن محرر الجريدة أورد معني آخر عن المؤلف الأمريكي جاك لندن كتبه من عدة سنوات بأنه الشخص الذي يحمل سرطان المواد النتنة ، فهو خائن لربه ، وبلده ، وعائلته ، ومجتمعه<sup>(٤٨٣)</sup>. أسس المدعى دعواه علي أساس اتهامه بالخيانة. لكن المحكمة العليا كررت قرارها في سابقة Greenbelt ورأت أنه من المستحيل أن هناك اتهام جنائي بالخيانة العظمى وأنها مجرد تزيد بلاغي وتعبير تخيلي.

وهكذا فإن عبارات الرأي يمكن الدفع بها لدرء المسؤولية عن التشهير باعتبارها بلاغة خطابية لا يمكن تصديقها. ومن أمثلة ذلك في القضاء الأمريكي نعت أحد السياسيين بأنه سرق الديموقراطية من الناس<sup>(٤٨٤)</sup> ، أو وصف طبيب أعصاب بأنه جزء من النتاج الدولي للدجل الطبي وأن مرضاه ضحايا السرطان وأنه مشعوذ وليس عنده ضمير ولا يراعي أخلاق المهنة<sup>(٤٨٥)</sup> ، أو أن حاكم الإقليم مُبتز ويحصل علي المال بالتهديد<sup>(٤٨٦)</sup> ، أو وصف مدرس بأنه يتهته في الكلام<sup>(٤٨٧)</sup>.

78/1/2 - ثانياً الرأي / الواقعة : في عام ١٩٩١ حكمت المحكمة العليا بأن العبارات التي هي مجرد رأي في مسألة تهم الجمهور تتمتع بحصانة التعديل الأول. ولا يمكن لدعوى التشهير القائمة علي عبارات مجرد رأي أن تنجح في أي محكمة

(٤٨١) Greenbelt Publishing Assn. Inc. v. Bresler , 398 U. S. 6 (1970)

(٤٨٢) Old Dominion Branch No. 496 , National Association of letter Carriers v. Austin, 94 S. Ct. 2770 (1974)

(٤٨٣) لاحظ أن من بين معاني هذه الكلمة "جرب المشاية" ، انظر معجم أوكسفورد

(٤٨٤) Maholick v. WNEP Tv. , 20 M. L. R. 1022 (1992)

(٤٨٥) Kirk v. C B S , 14 M. L. R. 1263 (1987)

(٤٨٦) Fasi v. Gannett Co. , 25 M. L. R. 2054 (1997)

(٤٨٧) Moyer v. Amador Valley Joint Union High School District , 225 Cal. App. 4d. 720 (1990)

من محاكم الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(٤٨٨)</sup>. والأساس القانوني لهذه القاعدة أن أهم شرط لإقامة دعوى التشهير في النظام الأمريكي هو كذب الواقعة المسندة أي عدم صحتها. وكما قال القاضي الرئيسي في هذه القضية Rehnquist أن "الرأي المجرد" pure opinion هو الذي يرد في عبارة أو عبارات غير قابلة لإثبات صحتها أو عدم صحتها أي زيفها ، فهي لا تؤكد ولا تجزم أو حتى تدل ضمناً علي ثبوت واقعة الإسناد. ودعم هذا الرأي القاضي باول في سابقة جيرتز ضد ويلش بقوله : لا يوجد وفقاً للتعديل الأول شيء اسمه فكرة كاذبة .. وحتى الآراء الضارة أو المؤذية لا تعتمد في تصحيحها علي وعي وإدراك القاضي والمحلفين وإنما علي الأفكار المناهضة الأخرى. فلا يدحض الفكرة إلا فكرة أخرى مناهضة.

في مواجهة بين الواقعة والرأي وضعت محكمة استئناف الولايات المتحدة معياراً للفرقة بينهم يُعرف بمعيار اولمان the Ollman Test<sup>(٤٨٩)</sup> مكون من أربع عناصر هي : (١) هل تخضع العبارة لإثبات صحتها أو زيفها ، (٢) ما هو المعنى الشائع أو العادي للكلمات إذ أن بعض الكلمات التي تبدو كواقعة هي في حقيقتها مجرد رأي ، (٣) ما هو المحتوى الصحافي للعبارة إذ يتوقع قارئ الصحيفة أن تكون العناوين الرئيسية في الصفحة الأولى بمثابة وقائع بينما ما يرد في العواميد الصحفية للكتاب هي مجرد آراء ، (٤) المحتوى الاجتماعي للعبارة فبعض العبارات في ظروف سياسية واجتماعية تجد القبول العام لدى المجتمع علي أنها مجرد آراء لأصحابها.

ولما كانت فلسفة تأثيم فعل التشهير قائمة علي أساس أن الفعل الضار يمس سمعة الضحية بين محيطيه أي في المجتمع الذي يعيش فيه ، لذلك تنشأ الحاجة لإيجاد تعريف وظيفي للخط الفاصل بين الواقعة والرأي. إن العامل الجوهرى في هذا الخصوص هو الصحة النسبية لعبارات المدعى عليه عن المدعى. وهي النقطة التي مسها القاضي ستار في قضية أولمان حين تساءل عما إذا كانت العبارة دقيقة في معناها الذي يحظى بإتفاق جماعي أو علي العكس ما إذا كانت العبارة غير محددة ومبهمه. فدقة المعنى هو علامة هامة في مسألة نعت اللغة بأنها واقعة أو رأي ، ومن المحتمل أن تكون مؤشراً جيداً لدرجة الضرر الواقع. والسمة المميزة الحاسمة في التفرقة بين الرأي والواقعة هي ما إذا كانت العبارة المزعم بأنها بمثابة تشهير تحمل في أصلها صيغة جدلية أم تقرير واقع. مثال تقرير الواقع القول بأن شخص ما أدين بارتكاب جريمة ومثال الصيغة الجدلية القول بأن ما فعله شخص ما هو عمل إجرامي<sup>(٤٩٠)</sup>.

### ثالثاً : النقد والتعليق :

79/1/2 - (أ) النقد : يعرف الفقه النقد بأنه "حكم علي تصرف أو واقعة معينة فهو تحليل لإظهار المحاسن أو المساوئ مع دعم الرأي بالأساليب العلمية والتجريبية

Milkovich v. Lorian Journal Co. , 110 S. Ct. 2695 (1991)

(٤٨٨)

Ollman v. Evans , 750 F. 2d. 970 (1984)

(٤٨٩)

Shapo , opcit p. 326

(٤٩٠)

والفنية<sup>(٤٩١)</sup>. وتعرفه محكمة النقض المصرية بأنه "إبداء الرأي في أمر أو عمل دون المساس بشخص صاحب الرأي أو العمل بغية التشهير به والخط من كرامته<sup>(٤٩٢)</sup>. فهو إذاً حكم قائم علي تقدير شخصي نابع من تراكم خبرات علمية وحياتية للنقاط أو العناصر الإيجابية والسلبية لموضوع النقد. فهو أولاً وأخيراً "رأي" لكن تحكمه قواعد وأسس منهجية.

والأساس القانوني لمشروعية النقد في مصر هو مواد الدستور المصري (مادة ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩) والمادة الأولى من قانون تنظيم الصحافة رقم (٩٦) لسنة ١٩٩٦. هذه الحماية الدستورية التي تجد جذورها في الحماية الدستورية لحرية الرأي والتعبير تمنح صلاحية التعبير والنقد بحرية في كل المجالات بما فيها نقد التشريع<sup>(٤٩٣)</sup>. ولا يعتبر الناقد مسئولاً في حالة التعبير عن رأي مضاد لعمل فني أو أدبي<sup>(٤٩٤)</sup> ، أو نقد حكم للقضاء<sup>(٤٩٥)</sup> ، أو مظهر راقصة علي المسرح<sup>(٤٩٦)</sup> ، أو ، بصفته مؤرخاً ، نقد جمعيه<sup>(٤٩٧)</sup> ، أو التحذير ضد البعض أو ضد شيء ما لا يمثل أي خطأ عند التحقق منه ومطابق للحقيقة<sup>(٤٩٨)</sup>.

بيد أن هذه الحرية يتحدد نطاقها مثلها مثل غيرها داخل إطار الاستخدام الذي يختلف من مجال لآخر. ففي مجال النقد السياسي وداخل النقابات مثلاً يجب أن لا يتجاوز النقد الحر حدود المناظرات الجدلية<sup>(٤٩٩)</sup>. ويتقيد حق نقد الأعمال والمشروعات بقيددين : الأول أن يراعى النقد دائماً الالتزام بواجب الفطنة أو الحرص في تحري صحة المعلومات التي يبني عليها النقد<sup>(٥٠٠)</sup>. فإذا تحقق هذا الشرط ، يجب ثانياً أن لا يمس النقد شرف أو نزاهة صاحب العمل محل النقد أي ينصب علي العمل

(٤٩١) د. عماد عبد الحميد النجار : النقد المباح ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية (١٩٧٧) ص ١٦٣

(٤٩٢) نقض مدني في الطعن رقم ٢٩٧٢ لسنة ٦٩ ق جلسة ١ مارس ٢٠٠٠ "حكم غير منشور" مذكور في رسالة بشر

احمد صالح السابقة ، ص ٢٦٣ هامش (٢)

(٤٩٣) Ph. Le Tourneau : "La plume professoral et libre ! " D. 1995, chron. 273 – TGI Paris 21 déc. 1994, D. 95, 511

(٤٩٤) Paris 6 janv. 1953, D. 53, 198, note Lalou – 15 mars 1972, GP 82, 2, 506

(٤٩٥) Crim. 16 oct. 1968, B. no. 259, deux arrêts ; R T , 69, 571, obs. Durry

(٤٩٦) Paris 6 janv. 1953 , D. 53, 198, note Lalou

(٤٩٧) TGI Paris 14 mars 1984 , JCP , 86, 20611

(٤٩٨) Civ. 2, 22 mars 1995 , R C A 95 , no. 194

(٤٩٩) Paris 20 janv. 1994, GP 25, 29 août 1995 ; Som. 21

(٥٠٠) Paris 9 mars 1990, D. 90, inf. , 85 وتدور وقائعها حول نشر مشاهد إعلانية دون التثبت من صحتها — وقريباً منها :

Paris 23 janv. 1990, D. 90, inf., 67 – Civ. 1, 15 juin 1994, D. 94, inf. , 140

في ذاته مهما كانت قسوة النقد<sup>(٥٠١)</sup> ، أو أن يتحول بالنقد إلى اغتياب وقدح منهجي منظم<sup>(٥٠٢)</sup>.

ويختلف نقد الأعمال والمشروعات عن نقد المنتجات. فالأول يتسم بالطابع الشخصي لأنه عمل من أعمال التذوق ، ومفهوم شخصي بحت ويتحول في النهاية إلى إعطاء رأي شخصي بينما الثاني موضوعي ويعتمد علي التحليل الموضوعي لمزايا وعيوب المنتج بعيداً عن أي عاطفة. ويشترط في نقد المنتجات (السلع) أن يسبقها دراسة جدية ، وعميقة وكاملة قبل الحكم عليها<sup>(٥٠٣)</sup>. ومع ذلك فقد يتضمن نقد السلع حكم شخصي بشرط أن يتم التعبير في الحد المحسوب مع الأخذ في الاعتبار التشريعات المنظمة لإنتاج كل نوع<sup>(٥٠٤)</sup>. ويشترط الفقه ، في مصر ، لاستعمال حق النقد أن يكون موضوع النقد واقعة ثابتة معلومة للجمهور<sup>(٥٠٥)</sup> ، وأن يتصف النقد بالموضوعية واستعمال العبارات الملائمة<sup>(٥٠٦)</sup>. وأخيراً يُشترط أن يصدر النقد عن حسن نية بمعنى أن الناقد يبتغي تحقيق المصلحة العامة للمجتمع ، فلا يُباح النقد إذا كان بدافع التشهير<sup>(٥٠٧)</sup>.

80/1/2 - (ب) التعليق المجرد Fair comment : المرادف للحق في النقد المعروف في الفقه اللاتيني هو التعبير المجرد في الأدب الأنجلو أمريكي وغالباً ما يجمعون بين النقد والتعبير المجرد كتعبيرين مترادفين<sup>(٥٠٨)</sup>. وهو أحد الدفع الهامة في الفعل الضار التشهير. وتقديراً لهذه الأهمية رأي البعض أنه ليس أحد فروع الحصانة المقيدة وإنما هو دفع مستقل بذاته sui generis لأنه من قبيل إساءة التسمية اعتبار هذا الحق العالمي والذي ينبع من الاعتقاد السائد بأن الأمانة والنقد النزيه أحد المتطلبات الأساسية لمجتمع يقدر الحرية. فهو حق مكفول لجميع الناس<sup>(٥٠٩)</sup>.

<sup>(٥٠١)</sup> T. Civ. Seine 23 avr. 1937, GP 37, 2, 268 – Cic. 2, 3 avr. 1979, B. 11, no. 113 – Paris 14 juin 1982, GP 82, 2, Som. 388

<sup>(٥٠٢)</sup> Paris 6 janv. 1953, D. 53, 198 et S. – TGI Seine 15 juin 1971, D. 72, som. 46 – Paris 4 déc. 1985, D. 85, inf. 499 – TGI Lyon 18 mars 1994, D. 94, inf. 149 – Paris 14 avr. 1995 RJDA 95, no. 1184

<sup>(٥٠٣)</sup> TGI Paris 19 nov. 1980, GP 81, 1, 273 – Civ. 2, 4 mars 1981, B. 11, no. 46

<sup>(٥٠٤)</sup> Paris 9 mai 1979, GP 81, 1, som. 39

<sup>(٥٠٥)</sup> د. آمال عثمان : المقالة السابقة ص ٨٣٦ – د. عماد النجار : المرجع السابق ص ١٧٠ – مدحت محمد محمد

عبد العال : رسالة الدكتوراه السابقة ص ٣٧٨-٣٨٣ – بشر احمد صالح : الرسالة السابقة ص ٢٦٦

<sup>(٥٠٦)</sup> محمد عبد الله : جرائم النشر ، المرجع السابق ص ٣٢٨

<sup>(٥٠٧)</sup> د. آمال عثمان : المرجع السابق ص ٨٣٧ – د. السيد البدوي : حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات

المدنية ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٩٨٩) ص ٥٥

<sup>(٥٠٨)</sup> Clerk & Lindsell : on Torts , opcit , no. 21-138

<sup>(٥٠٩)</sup> Camphall v. Spottiswoode (1883) 3 B. & S. 769 at 780 – Merivale v. Carson (1887) 20 Q. B. D. at 280 , 281 – London Artists v. Littler [1969] 2 W. L. R. 409, C. A.

ويُقصد بالحق في النقد والتعليق المجرد الاستنتاج وإبداء الملاحظات علي وقائع قائمة بالفعل بعدالة وصدق<sup>(٥١٠)</sup>. ويشترط لتطبيق هذا الدفع :

(١) أن يكون محتوى النقد والتعليق المجرد رأي وليس واقعة وفقاً للمعيار السابق بيانه في القانون الأمريكي. وإن كان الفكر الإنجليزي يميز بينهما باختبار العبارة مجردة فإذا كانت علي الأقل من الناحية النظرية قابلة للإثبات بمعيار موضوعي عندئذ تكون العبارة واقعة. وإذا كانت ، علي الجانب الآخر ، تعبر عن حكم أخلاقي أو جمالي ، فإنها تعتبر رأي أو تعليق<sup>(٥١١)</sup> ؛

(٢) أن يكون لب التعليق منصباً علي موضوع يهم المجتمع أي المصلحة العامة (الشرعية). وفي ذلك يقرر لورد ديننج بأن المسألة التي تهم المصلحة العامة هي التي تؤثر في الناس بوجه عام دون حصر at large بحيث يهتمون أو يعنون بما يدور حولهم أو ماذا سيحدث لهم<sup>(٥١٢)</sup>. وقد توسعت المحاكم الأمريكية في تفسير هذا الشرط ليشمل المؤسسات : التعليمية ، وجمعيات البر والجمعيات الدينية ، والمنظمات شبه العامة مثل نقابة المحامين bar association ، والجمعيات الطبية والمجموعات المهنية الأخرى ، وكذلك المصانع التي تطرح إنتاجها في السوق ، والمشروعات التي تقدم الأطعمة والمشروبات للجمهور مثل المطاعم والمسارح ، وصلالات عرض التحف ، وأي استمالة للدعم العام مثل الإعلانات ، والمباريات الرياضية ، ودور العرض السينمائي والمسرحي والأوبرا ، والكتب ، والرسم والتصوير ، والحفلات الموسيقية ، والمسلسلات الهزلية والرسوم الهزلية ، والتلفاز والإذاعة. قد يقوم الصحفي أو المذيع بالتعليق عليها أو علي هؤلاء الذين يقدمون الترفيه للجمهور مثل الممثلين والموسيقيين والرياضيين وغيرهم. تدخل جميع هذه الأمور في إطار مصلحة المجتمع<sup>(٥١٣)</sup>. وقد يمس النقد الأفراد لكن بتحفظ بأن ينصب علي الأمور العامة دون تجاوزه إلي المساس بالسلوك الشخصي والحياة الخاصة<sup>(٥١٤)</sup> ؛

(٣) أن يقوم التعليق علي أساس واقعة. يجب علي المدعى عليه ، وفقاً للقسم (٦) من قانون التشهير لسنة ١٩٥٢ في المملكة المتحدة ، إثبات صحة الوقائع التي بنى عليها النقد والتعليق. وفي الولايات المتحدة الأمريكية قرر القضاء الأمريكي ضرورة أن يكون التعليق المجرد قائم علي وقائع ولو لم يذكرها المدعى إلا أنها قد تكون معروفة جيداً في المجتمع<sup>(٥١٥)</sup>. وقد تتضمن المقالة ، المزعوم تضمناها عبارات تشهير ، الوقائع وتنتهي بالتعليق مثال ذلك أن يكتب الصحفي : أن عمدة المدينة اشترى ثلاث آلات لتمهيد الطرق ولم يكن هناك حاجة لها ولم تُستخدم ، وبعدها بسنتين أنفق ثلاثة ملايين دولار من أموال الشعب لبناء قاعة إجتماعات

Thomas v. Bradbury , Agew & Co. [1906] 2 K. B. 627 at 639

(٥١٠)

Mullis & Oliphant : opcit , p. 267

(٥١١)

London Artists v. Litter , opcit

(٥١٢)

Pember : Mass Media Law , opcit , p. 218

(٥١٣)

Mullis & Oliphant , opcit , p. 267

(٥١٤)

Slawrk v. New-Journal , 428 A. 2d. 15 (1981)

(٥١٥)

تظل شاغرة لمدة (٣٥٠) ليلة في السنة ، وأنه في العام الماضي أرسل أربعة من موظفيه لأوروبا لدراسة نظام النقل الجماعي وتبين أن ثلاثة مدن من التي تمت زيارتها لم يكن فيها نظام للنقل الجماعي. وبعد ذكر هذه الوقائع علق الصحفي بأن العمدة المذكور يبذل أموال الشعب<sup>(٥١٦)</sup>. وتثير هذه القضية لدى الباحث المفارقة الصارخة بينها وبين ما يمكن أن يحدث في دولة أخرى حيث يذكر الصحفي أن المسئول وافق علي استيراد مبيدات وتقاوى مُسرطنة تسبب أمراض السرطان لجمهور الناس ، ثم تنجح دعوى القذف الجنائية ضده ويتلقى عقوبة بدنية. لكن يظل مبدأ ضرورة استناد التعليق علي وقائع صحيحة في القانون الإنجليزي حتى ولو لم تذكر الوقائع كاملة في المقال<sup>(٥١٧)</sup> ؛

(٤) أن يكون التعليق عادل ومنصف ومجرد fair : بقي هذا الشرط يظلله الغموض حتى صدور حكم مجلس اللوردات في عام ١٩٩٢<sup>(٥١٨)</sup> الذي قرر فيه أن هذا المعيار موضوعي بحيث أن أي رجل عادل غير متحيز fair-minded man سيعتبر بأمانة وصدق أن هذا الرأي المبني علي وقائع ثابتة عادل ومنصف. وعلي المدعى عليه إثبات ذلك. ولا يحتاج هذا المعيار الموضوعي للتحقق ما إذا كان يمكن للرجل المعقول reasonable man أن يقول بهذا الرأي وإنما هو قاصر علي الرجل غير المتحيز أي الأمين ؛

(٥) غياب سوء النية Absence of malice : إذا أثبت المدعى أن التعليق تم بسوء نية أي تم بدافع شرير evil motive أو بنكاية spite تنترس دعوى التشهير ضد الدفع بالنقد أو التعليق المجرد<sup>(٥١٩)</sup>.

وقد لخص هذه الشروط الحكم الشهير الذي أرسى هذه الشروط في الولايات المتحدة الأمريكية في "الحقيقة (أي حقيقة الوقائع المبني عليها التعليق) ، وحسن النية ، وأن تكون المسألة وثيقة الصلة بالسلوك الذي من أجله تم النقد<sup>(٥٢٠)</sup>. كما نوهت أحد المحاكم الأمريكية إلي أوجه الشبه بين الدفع بالتعليق المجرد والدفع بالتعبير البلاغي الزائد<sup>(٥٢١)</sup>.

## المبحث الرابع

### إيجاز وتعليق

Pember : Mass Media Law , opcit , p. 219

(٥١٦)

Kemsley v. Foot [1952] 2 A C , 345

(٥١٧)

Telnikoff v. Matusevitch [1992] 2 A C , 343

(٥١٨)

Thomas v. Bradbury Agnew & Co. [1906] 2 K. B. 627 – Slim v. Daily Telegraph Ltd. [1968] 2 Q. B. 157, C. A.

(٥١٩)

Cherry v. Des Moines Leader , 86, N. W. 323, 325 (Iowa 1901)

(٥٢٠)

Mr. Chow of New York v. Ste. Jour Azur S. A. , 759 F 2d. 219 , at 228 no. 8 (2d. Cir. 1985)

(٥٢١)

81/1/2 – زبدة القول في هذا الفصل هو أن الحق في السمعة هو أحد حقوق

الشخصية في كيانها المعنوي. وتتحقق لصاحبه الحماية القانونية ليس باعتباره كائناً بيولوجياً وإنما باعتباره كائناً اجتماعياً ، تغليباً للأخذ بالمدلول الموضوعي ، ضد أي اعتداء يستهدف الحط من مكانته الاجتماعية وذلك بمعيار المعنى العادي الذي تتضمنه عبارات التشهير أو وفق ما تفسره الظروف المحيطة أو العرف ومن خلال تقدير الشخص العادي القويم. ويتكون الحق في السمعة من عنصرين الأول موضوعي أو الشرف وهو يمثل الصفات الفطرية العامة للإنسان النابعة من الشرف كقيمة مجردة لا تتغير بتغير الأشخاص. والثاني وهو الجانب الشخصي أو الاعتبار وهو فكرة نسبية تختلف من شخص لآخر وفقاً لمكانته الاجتماعية. وينقسم هذا العنصر الأخير إلى ثلاثة أنواع : أ- الخاص ، وهو المتعلق بمدى صلاحية الشخص لأداء واجباته الخاصة والعائلية ، ب- المهني ، ويُقصد به مجموع الصفات والقدرات والقيم التي يتمتع بها في مجال وظيفته أو مهنته ، ج- السياسي ، أي المكانة التي يصل إليها الشخص في المجال السياسي.

وفضلاً عن توافر الصفات العامة في حقوق الشخصية فإن هذا الحق يتميز بخاصية قابليته للتقويم بالنقود علي خلاف حقوق الشخصية الأخرى. كما يتيح القانون للورثة حق الرد إلي جانب حق المطالبة بتعويض نقدي إذا أصابهم تلويث سمعة مورثهم بضرر شخصي مباشر لهم وفقاً لنظرية الضرر المرتد.

82/1/2 - توضح الدراسة المقارنة لهذا الحق في الشرائع الثلاثة المختلفة أنه نموذج لإختلاف الصياغة وفلسفة القانون أو أيديولوجية التقنين. وقد يكون الخلاف جذرياً بين الشرائع أو بين الدول التي تنتمي إلي تنظيم تشريعي واحد أي بين فرنسا ومصر وبين الولايات المتحدة والمملكة المتحدة مثلاً. ويبدو اختلاف الصياغة بصورة بلورية في تنظيم كل تشريع لصور وأشكال الاعتداء علي هذا الحق. ويظهر الاختلاف في الأيديولوجية في إدارة الموازنة بين الحق في السمعة وحرية التعبير والصحافة وفي الدفع بالحقيقة كأحد دفوع درء المسؤولية.

في النظام القانوني اللاتيني تنقسم أشكال الاعتداء علي هذا الحق إلي : القذف ، والسب ، والبلاغ الكاذب ، وإذاعة أخبار غير صحيحة. ويختلف القذف عن السب في أن الأول إسناد لواقعة محددة تستوجب عقاب من تنسب إليه أو احتقاره إسناداً علنياً. فهو يقوم علي الإسناد وعلانيته. والثاني خدش شرف شخص أو اعتباره عمداً بأي وجه من الوجوه دون أن يتضمن إسناد واقعة معينة ، وركنه المادي قائم علي عنصرين : خدش الشرف أو الاعتبار وأن يكون موجهاً إلي شخص أو أشخاص معينين. والبلاغ الكاذب هو إخبار أحد الحكام القضائيين أو الإداريين بواقعة تستوجب عقاب من تسند إليه وأن يقترن الإبلاغ بالقصد الجنائي. ولا يشترط لقيام المسؤولية المدنية حسن النية بعكس المسؤولية الجنائية. والصورة الأخيرة من صور الاعتداء هي إذاعة أخبار غير صحيحة أو إشاعات كاذبة من شأنها المساس بشرف واعتبار شخص دون إتخاذ الحيطة الواجبة للثبوت من صحتها.

يقسم النظام الأنجلو أمريكي التشهير إلى نوعين متميزين. الأول ، libel وهو التشهير بالكتابة أو الذي يتخذ الشكل الدائم. والثاني ، slander وهو التشهير بالقول أو الإشارة. ويتميز الأول بأنه محل دعوى بذاته actionable per se أي أن الضرر فيه مفترض. أما الثاني فيشترط لقيامه إثبات وجود الضرر. ومع ذلك فهناك أربع حالات استثنائية في التشهير الشفوي وبالإشارة تكون محل دعوى بذاتها أي الضرر فيها مفترض وهي : ١- إسناد ارتكاب جريمة معاقب عليها بالسجن ، ٢- إسناد عدم العفة أو ارتكاب امرأة للزنا ، ٣- إسناد مرض خطير ، ٤- التشهير الشفوي بشخص في أدائه مهنته. وفضلاً عن فكرة الضرر المفترض يوجد فارق آخر ، فالتشهير الكتابي قد يكون فعل ضار أي الحماية تتم عن طريق المسؤولية المدنية (التقصيرية) ، وجريمة في نفس الوقت أي محل دعوى جنائية أيضاً ، في حين أن التشهير الشفوي فتقتصر الحماية على دعوى الفعل الضار والمطالبة بالتعويض المدني. وعناصر التشهير في هذا النظام ثلاثة : ١- أن تكون العبارة تشهيرية بما تحويه من معنى يدركه الشخص المعتدل التفكير ، ٢- أن تكون العبارة غير صحيحة في جوهرها ووقائعها ، ٣- وأخيراً النشر أي توصيل عبارات التشهير إلى شخص ثالث. ويوجد في القانون الإنجليزي ، القانون العام ، دعوى أخرى لحماية الحق في السمعة وهي دعوى الكذب العمدى أو الإفتراء العمدى. وهي دعوى خاصة بالعبارات المشينة والغير حقيقية والتي تسبب خسارة مالية للضحية

وتنهج الشريعة الإسلامية نهجاً مختلفاً في مسميات الفعل غير المشروع وتقسيم طرق الاعتداء عليه. فقد وصفت الفعل غير المشروع بمسميات مختلفة مثل : الإفك والبهتان ، والإغتياب ، والاستطالة في العرض ، والوقع في الأعراض ، وانتهاك الحرمات ، ورمي المحصنات ، والقذف والسب. وينقسم الفعل غير المشروع الضار بالسمعة في الشريعة الإسلامية إلى قسمين : الأول قذف موجب للحد وهو القذف بالزنا ونفي النسب سواء كان صريحاً أو كتابةً أو بالتعريض. ويشترط أن يكون القاذف مكلفاً وعالم بالتحريم وأن يكون المقذوف في حقه محصناً أي الإسلام والعقل والعفة من الزنا. ولا يشترط العلانية في الحد. والطبيعة القانونية للحق الذي يحميه الحد في القذف أنه من بين الحقوق المشتركة بين حق الله سبحانه وتعالى وحق العبد مع اختلاف العلماء في تغليب أيهما.

والنوع الثاني هو القذف الموجب للتعزير : الذي ليس فيه حد ، ويلحق به السب والشتم ومن أمثلته الرمي باللواط ، وإتيان بهيمة ، والقذف بالمساحقة ، والرمي بالقول الذي يؤدي الشعور. وسواء كان القذف موجباً للحد أو للتعزير فإن من الملاحظ اجتماع كل من المسئوليتين الجنائية والمدنية المتمثلة في الضمان بما فيه الضمان عن الضرر المعنوي الناشئ عن المساس بالسمعة.

83/1/2 - وتتمثل مظاهر الاختلاف الراجعة للاختلاف في فلسفة وأيديولوجية كل تشريع في عدة مظاهر. منها أن كل من الشريعة الإسلامية والنظام الأنجلو أمريكي يتفقان في ضرورة أن يكون الإسناد لواقعة غير صحيحة أي كاذبة حتى إذا كان المشهر به أو المقذوف في حقه من آحاد الناس وليس موظفاً عاماً أو ما في حكمه من الشخصيات العامة. وعلي عكس ذلك في النظام اللاتيني فلا يهم ، بالنسبة للأشخاص



العاديين المشهر بهم ، أن تكون الواقعة صحيحة أو كاذبة مادامت تحط من قدرهم في الوسط الاجتماعي المحيط بهم. ومن أوجه الاختلاف أيضاً أن الشريعة الإسلامية تختلف عن كافة النظم الأخرى بأنها لا تشترط العلانية في الحد علي القذف بالزنا أو نفي النسب ، وذلك أخذاً بالمدلول الشخصي لتقدير كرامة الإنسان من حيث أنه إنسان لا تتغير قيمتها أمام نفسه أو أمام الغير. ويظهر الاختلاف أيضاً بين النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي إذ أن ضرورة وصول وقائع الإسناد للجمهور هو شرط العلانية في النظام الأول بينما مجرد توصيل عبارات التشهير إلي شخص ثالث كاف لتحقيق العلانية (النشر) في النظام الأنجلو أمريكي .

84/1/2 - ولا يقتصر الأمر بالنسبة للاختلاف الأيديولوجي علي الاختلاف بين الشرائع بل إنه ينشأ في بعض الحالات بين الدول التي تنتمي إلي تنظيم تشريعي واحد. من ذلك مثلاً الخلاف بين القانونين المصري والفرنسي في جزئية اشتراط حسن النية في القانون المصري لتوقي مسئولية القاذف ضد موظف عام أو ما في حكمه بمعنى أن القاذف يعتقد بصحة ما ينشره وأنه يتوقى تحقيق مصلحة عامة وليس مجرد التشهير والتجريح ، في حين أن القانون الفرنسي لا يشترط حسن النية لإعفاء القاذف مكتفياً بالدفع بالحقيقة توسيعاً من نطاق حرية التعبير وحرية الصحافة لأن اشتراط حسن النية في مثل هذه الأمور عادة ما يكون الباب الملكي لتكبير حرية الصحافة في الطعن في أعمال الموظف العام أو الشخصية العامة. ووجه آخر من أوجه الاختلاف بين القانونين بالنسبة للركن المعنوي في جريمتي القذف والسب. إذ يتطلب القانون المصري ضرورة توافر القصد الجنائي العام فقط وهو العلم والإدراك. ويتشدد القانون الفرنسي باشتراط توافر القصد الجنائي العام والخاص لإستيفاء الركن المعنوي في هاتين الجريمتين بمعنى ضرورة التحقق من توافر قصد الإضرار. ويعزى هذا التعديل في التشريع الفرنسي للمجهودات القضائية في إجراء التوازن بين حرية التعبير والصحافة وبين الحق في السمعة وتوسيعاً لمدى امتياز الصحافة في حرية التعبير.

85/1/2 - بالرغم من أن قانون التشهير الأمريكي موروث القانون الإنجليزي إلا أنه من الملاحظ حالياً أنه يختلف عنه في أمور كثيرة. قد يرجع السبب في بعضها لأسلوب تمويل وتوجيه دعاوى التشهير في البلدين إلا أن الحدث المؤثر جذرياً هو التعديل الدستوري الأول في أمريكا والتوسع في حرية التعبير. من الفروق الملحوظة نجد في القواعد الليبرالية للتقاضي أمام المحاكم الأمريكية أنها لا تتطلب ، بصفة عامة ، أن يحدد المدعى علي وجه الدقة الكلمات أو المعاني المزمع تشهيريتها. وأن عليه فقط مجرد الزعم بأنه قد شمر به. وعلي المدعي عليه إما الدفاع بدحض المعاني المحتمل إساءتها لسمعة المدعى أو الاشتراك مع المدعى في مناقشة جدلية لإلقاء المسئولية عليه. وعكس ذلك تتطلب القواعد الإنجليزية من المدعى أن يبين في صحيفة الدعوى وفي تقديمه لدعواه كل ما يتناوله المقال من تلميحات

ومعاني باطنية تسمى إلي سمعته وذلك تفادياً لأي لبس يمكن أن يحدث أثناء إجراءات التقاضي<sup>(٥٢٢)</sup>.

وفارق آخر يظهر في اشتراط المحاكم الإنجليزية علي المدعى عليه لدفع مسؤوليته بصحة الوقائع المسندة أن يبين للمحكمة صحة موضوع الاتهام بدقة ودون تأويل أو لبس. وعلي نقيض ذلك تقبل المحاكم الأمريكية هذا الدفع إذا أوضح المدعى عليه صحة الإسناد بطريقة تقريبية rough approximation . وتوضيحاً لهذا الفارق نأخذ قضية من كل من جانبي الأطلسي ، في إنجلترا وفي أمريكا ، بوقائع مماثلة. في ولاية تكساس بأمريكا رفع أحد الصحفيين دعوى للتشهير به علي أساس أنه يخلق ويلفق روايات وأنه طرد من عمله لتكرار إختلاقه روايات. أراد المدعى عليه أن يدفع بالحقيقة فذكر للمحكمة أنه سبق وأن اختلق مرة رواية غير صحيحة. قررت المحكمة الأمريكية أن مجرد بيان إختلاق الصحفي لرواية في يوم من الأيام كاف في حد ذاته لدرء مسؤولية المدعى عليه عن إسناده بتكرار اختلاق وتلفيق الروايات<sup>(٥٢٣)</sup>. علي الجانب الآخر في المقارنة نجد في القضية الإنجليزية وصف المدعى عليه المدعى بأنه صحفي تشهير ، أي دائم التشهير بالناس. وفي دفاع المدعى عليه بحقيقة الإسناد ذكر أنه سبق وأن وجه إليه في مرة مثل هذا الاتهام. رأت المحكمة ، وفقاً للقانون الإنجليزي ، أن المدعى عليه ، في هذا الدفع ، أن يبين علي وجه الدقة صحة الإسناد للعبارات محل الدعوى. وأن القول بسبق اتهامه مرة لا يعنى أنه كان مذنباً أو أنه ارتكب هذه الجريمة فعلاً. وكان علي المدعى عليه أن يبين أن المدعى مذبذب بسوء سلوك شديد كصحفي لا اعتياده التشهير بآخرين. ورفضت المحكمة دفع المدعى عليه<sup>(٥٢٤)</sup>.

وتعتبر هذه الفروق بين النظامين ضئيلة بالمقارنة بما أحدثته التعديل الأول للدستور الأمريكي. فبموجب هذا التعديل أصبح القانون الأمريكي ينحاز ويعطي أفضلية لحرية التعبير عن الحق في السمعة. في حين ظل القانون الإنجليزي ، في ظل القانون العام ، يفضل الحق في السمعة عن حرية التعبير في الموازنة بينهما. وقدم هذا التعديل قواعد جديدة خاصة بالخطأ ، والتعويض ، وععبء الإثبات ، وإجراءات الإستئناف. بيد أن التأثير الجذري الملحوظ كان في إطلاق التعرض لأعمال الموظفين العموميين والتي تشمل : الموظفين المنتخبين علي المستوى المحلي أو الولاية أو الأمة ، والمرشحين لشغل وظائف عامة<sup>(٥٢٥)</sup>. وهؤلاء الموظفون الذين يشغلون وظائف في التدرج الحكومي ويبدون أمام الجمهور أن لديهم مسؤوليات هامة وجوهرية في الإشراف علي بعض أعمال الحكومة<sup>(٥٢٦)</sup>. وكذلك التعرض لأعمال

David A. Anderson , and others : "Protection of Reputation and Privacy , An American <sup>(٥٢٢)</sup>

Prospective", Tort Law by B. S. Markesinis and S. F. Deakin , opcit , p. 621

Shihab v. Express – New Corp. , 604 S W 2d. 204 (Tex. App. 1960) <sup>(٥٢٣)</sup>

Wakley v. Cooke and Healey (1849) 4 Exch. 511 , 517 ; 154 E R 1316 , 1318 <sup>(٥٢٤)</sup>

Monitor Patriot , Co. v. Ray , 401 U. S. 263 (1961) <sup>(٥٢٥)</sup>

Rosenblatt v. Baer , 383 U. S. 75 (1966) <sup>(٥٢٦)</sup>

الشخصيات العامة لجميع الأغراض والشخصيات العامة لأغراض محددة بقيود أقل من تلك التي يفرضها القانون الإنجليزي. ومن النتائج الهامة للتعديل الدستوري أصبحت المحاكم الأمريكية تمنح حماية مطلقة للعبارة البلاغية الزائدة ولا تؤثم فاعلها علي نقض القانون الإنجليزي الذي لا يمنحها هذه الحماية وتحقق بها دعوى التشهير.

86/1/2 - يثير قانون التشهير أو القوانين التي تحمي السمعة كثير من الجدل عالي الصوت حول موضوعات تبدو شائكة بحسبان أنها تحمل آراء ووجهات نظر واتجاهات سياسية وسلوكية متعارضة. ولعل المدخل للولوج إلي هذه المتعارضات هو التسليم ببعض الفروض. أول هذه الفروض هو الاهتمام الأكاديمي والعملية بقضايا الاعتداء علي السمعة من قبل أجهزة الإعلام. أية هذا الاهتمام العملية هو الزيادة في أعداد قضايا التشهير والارتفاع المقابل لأقساط التأمين ضد المسؤولية التي تدفعها أجهزة الإعلام المقروءة والمسموعة والمرئية. وفرض آخر هو الدور الذي تلعبه أجهزة الإعلام حالياً في نقد أعمال الموظفين العموميين والشخصيات العامة والنقد والتعليق علي الأحداث والتصرفات تحت راية حرية التعبير وحرية الصحافة. إلا أن أهم الفروض هو التعارض القائم بين الحق في السمعة كقيمة وبين قيم أخرى مثل حرية التعبير والحق في النقد والحق في إبداء الرأي. بدون شك تسعى معظم المجتمعات إلي تحقيق الديمقراطية كهدف أساسي. لكننا في هذا السعي نواجه الانفصام في التقدير ، تفعيل هذه الديمقراطية هو المزيد من الحوار بحرية كاملة. فهي إذا قائمة علي حرية التعبير. وفي نفس الوقت فإن ركيزة الديمقراطية هو الاحترام الشديد لأمية الفرد وكرامته. فكيف نحفظ للفرد كرامته في الوقت الذي نسمح في ، بسلطان حرية التعبير ، لمدى معين من العبارات التي تجرح سمعة الفرد. إذا قيدنا من حرية الصحافة في مجال الطعن في أعمال الموظفين العموميين والشخصيات العامة والنقد والتعليق فسيكون ذلك بمثابة ردة وانتكاسة لقيمة إنسانية طالما كافحت الشعوب من أجلها. وسيكون مدعاة لفساد إداري وانحدار بمستوى الأعمال. فإذا استمرت القيود فسنجد إعلاماً أقل عنفاً في مواجهة الأمور التي تهم الجمهور وأكثر روتينية وستختفي الحقائق عن الجمهور. وستكون العقوبات في قضايا السمعة مثبطة للبقية الباقية من الأمل لدى الناس في المشاركة في الرأي والحكم. عندئذ تكون الديمقراطية هي الميت بدون إعلان.

وإذا أطلق العنان لحرية التعبير والصحافة في النقد والتعليق علي حساب الحق في السمعة نكون قد أهدرنا قيمة إنسانية ظلت ملازمة لضمير الإنسانية علي مر العصور. وسيفتح الباب علي مصراعيه لتأويل فكرة الرأي والتعليق بحسب المصلحة. وقد يُقال أن ذلك سيكون مدعاة لبعض الناس الذين يحرصون علي سمعتهم أكثر من أي شيء إلي الإحجام عن المشاركة في العمل العام. وإن كان الرد علي هذه المقولة جاهز في أن من يتصدى للعمل العام موظفاً أو سياسياً أو فناناً أو رياضياً أو خلافه عليه أن يدفع ثمن الشهرة والنجومية وأحد بنود هذا الثمن النقد والتعليق علي ممارسته. وفي الولايات المتحدة الأمريكية لا يقتصر الثمن علي النيل من سمعته بل أيضاً من حياته الخاصة ، بعكس الحال في فرنسا ومصر. ومن الآثار السلبية أيضاً

تلك الممارسات الغير مسئولة لأجهزة الإعلام ، والتي تتخذ شكل النقد ، ضد بعض الأشخاص أو الأعمال تحالفاً مع غيرهم في مصالح مادية أو سياسية دون اعتبار للمصلحة العامة. يزيد من الأمر سوءاً لجوء المشهر بسمعته إلي المحاكم الجنائية بطلب توقيع العقوبة البدنية أو المالية علي القاذف أو الساب.

87/1/2 - هذه النقطة الأخيرة ، الحماية الجنائية ، تحتاج إلي وقفة للتعليق. وقبلها يورد الباحث التجربة الأمريكية لينطلق منها نحو إبداء الرأي والتعليق.

تظل الدعوى الجنائية لحماية السمعة جزء من قانون التشهير منذ أن وُجد هذا القانون. وتزامن نشأة جريمة القذف مع جريمة الفتنة بطريق المحررات ودعوى الفعل الضار للتشهير (الدعوى المدنية) في ثلاثية لحماية السمعة. والأساس النظري لتجريم التشهير هو الرأي بأنه في بعض الأحيان يكون من المناسب للدولة أن تتصرف بالنيابة عن الطرف المضرور من إساءة السمعة. ومن ثم تتخذ الدولة إجراءات جنائية ضد المدعى عليه. وكان المبرر لهذه النظرية حين قامت في أمريكا في القرن السابع عشر أنه إذا لم تتخذ الدولة مثل هذه الإجراءات الجنائية فسيكون ذلك مدعاة لقيام المضرور بإجراءات عنيفة ضد الفاعل لكي يعاوض الضرر الذي لحق به وهذا يتعارض مع مصلحة الدولة الجوهرية في منع العنف واستتباب الأمن. والواقع العملي الحالي يكشف أن هذه النظرية ومبرراتها ووضعها موضع التطبيق العملي هي مجرد أطلال من الماضي وأصبحت الدعوى الجنائية غير مستخدمة حالياً في معظم أنحاء الولايات المتحدة الأمريكية إلا في بعض ولايات الجنوب حيث استخدمت ثلاث مرات فقط خلال الخمسة وأربعين سنة الخالية<sup>(٥٢٧)</sup>. وهكذا تفضل معظم الولايات الأمريكية حالياً عدم اللجوء إلي الدعوى الجنائية في التشهير للعبء المالي والمجهود الذي يتحمله الإدعاء العام إن لم يكن محل نقد من الجميع. وتفضل هذه الولايات ترك الأمر للمضرورين لإستخدام الدعوى المدنية التي توفر قدراً كافياً من الحماية.

ومع ذلك ظلت هناك بعض المجالات يتم فيها التأثيم الجنائي وهي حالات توجيه الإدعاء الجنائي لجريمة القذف ضد ميت. وفي بعض الولايات يرتبط التجريم بتسبب أو احتمال التسبب في الإخلال بالأمن. إلا أن المحكمة الدستورية العليا حكمت في عام ١٩٦٦ بعدم دستورية التشريعات التي تعاقب علي التشهير تحت زعم الإخلال بالأمن وتكدير السلم العام<sup>(٥٢٨)</sup>. وتدور وقائع هذه القضية التي صدر فيها هذا الحكم في أن أحد المحرضين المثيرين للقلق وزع كتيباً يحوى مقالات تهاجم قائد الشرطة ومسؤولين آخرين. قُدم للمحاكمة الجنائية وعرف القاضي هذه الجريمة بأنها الكتابة المحسوبة التي تؤدي إلي تكدير الأمن ، وإفساد الأخلاق العامة أو تقود إلي أي عمل

<sup>(٥٢٧)</sup> من هذه القضايا الثلاث قضية أتهم فيها محرر جريدة أسبوعية صغيرة في كينجر سترى بجريمة القذف بالكتابة وواجه

عقوبة الحبس لمدة سنة وغرامة مالية. وانتهى الأمر في هذه القضية بإسقاط العقوبة عنه : انظر : Fitts v. Kolb , 779

F. Supp. 1502

Ashton v. Kentucky , 384 U. S. 195 (1966)

<sup>(٥٢٨)</sup>

، إذا تم ، يكون محل اتهام جنائي في جرائم القانون العام المخلة بالشرف. نقضت المحكمة الدستورية هذا الحكم بالإجماع. وجاء في حيثيات الرفض : أن تعريف هذه الجريمة بالأسلوب الذي تم في المحكمة الدنيا جاء عاماً جداً وغير محدد. وترك مساحة واسعة لمحض اختيار القاضي. كما أن تجريم الفعل لا يرتبط ، كما هو المفروض ، بطبيعة العبارات وليس بما ينشره الشخص وإنما وفقاً لنقطة غليان القراء أو المستمعين للعبارات. فالقانون في هذه الحالة يجعل من شخص ما مجرم علي أساس رد فعل ما يكتبه لدى الجيران. وهكذا وأدت المحكمة الدستورية العليا هذا الاتجاه في تجريم القذف علي أساس تكييف الفعل بأنه يخل بالأمن العام والسكينة.

88/1/2 - من استعراض التجربة الأمريكية يمكن الاستنتاج ، من غير تحفظ ، بأن النظام القانوني الأمريكي يستبعد الحماية الجنائية لفعل التشهير ، وعلي وجه الخصوص ، في الأمور المتعلقة بالطعن في أعمال الموظفين العموميين أو الشخصيات العامة وفي حالات إبداء الرأي والتعليق الحر والعادل المجرد المستند علي أدلة أو بيانات أو معلومات صحيحة. ويترك الأمر للمضمرين لإتباع طريق دعوى الفعل الضار أي المسؤولية التقصيرية. وبذلك يحقق التوازن المنشود بين القيم المتعارضة. فتميل الكفة في صالح الحق في السمعة بتطبيق ضابط ضرورة صحة الواقعة المسندة أو الوقائع التي بني عليها الرأي والتعليق. وتميل كفة التوازن لصالح حرية التعبير والحق في المعلومات علي حساب الحق في السمعة بالتعديلات الدستورية التي أتت بها المحكمة الدستورية العليا في قضية نيويورك تايمز ضد سوليفان والقضايا اللاحقة التي تطلق حرية الطعن في أعمال الموظفين العاميين والشخصيات العامة وتحديد هذه الشخصيات بدقة في إطار تفسير المحكمة للتعديل الأول علي الدستور الخاص بحرية التعبير وحرية الصحافة.

تستدعي هذه التجربة الأمريكية إلي الذهن المقارنة بين فاعلية كل من الحماية الجنائية والحماية المدنية. يهدف العقاب الجنائي إلي إصلاح الضرر الذي ، من وجهة نظر التشريع ، يصيب المجتمع دون اعتبار لما يحدثه الفعل المؤثم من أثر في نفسية المضرور. أو كما كانت أيديولوجية القانون الأمريكي في القرن السابع عشر وهي حلول الدولة محل الفرد إذا رأت أن الاعتداء علي المضرور قد يسبب إقلاق للأمن العام. في حين يهدف الجزاء في الحماية المدنية إلي تعويض المضرور وإصلاح الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت به. العقوبة الجنائية سلبية بينما الجزاء المدني إيجابي. فإذا نظرنا إلي الطبيعة القانونية للحق في السمعة نجد أنه أحد الحقوق الملازمة للشخصية ، أي من حقوق الشخصية. وأنه قابل للتقويم بالنقود. وأن الضرر الناجم عن الاعتداء علي المدعى هو ضرر شخصي يصيب الضحية نفسه ، وقد يتجاوز إلي غيره فيما يُعرف بالضرر المرتد لكنه في النهاية سواء وقع عليه شخصياً أو علي غيره فلا يتجاوز ضرره إلي المجتمع. العقوبة الجنائية السالبة للحرية لها مردود سلبي علي مستوى الاقتصاد القومي لما تتحمله الموازنة العامة للدولة من تكاليف إقامة وإعاشة السجين والذي غالباً غير قابل لإعادة تأهيله أثناء فترة قضائه العقوبة للقيام بأعمال أو أنشطة اقتصادية تدر دخل للدولة. التعويض النقدي (الجزاء الغالب في المسؤولية المدنية) له مردود اقتصادي إيجابي لإمكانية

ضخ أموال في السوق مما يحصل عليه المدعى ولما تحصل عليه الدولة من ضريبة علي مبلغ التعويض.

ناهيك عن ذلك فإن الغالبية من قضايا السمعة تكون بسبب الطعن في أعمال موظف عام أو ما في حكمه بما فيها الشخص العام أو بسبب النقد أو التعليق المجرد وأن الطرف القاسم المشترك فيها هو أحد وسائل الإعلام. وأن الضابط في تأثيم الفعل هو عدم صحة وقائع الإسناد. فإذا أحصينا الدوافع والمبررات للفعل الضار ، التشهير ، بذكر وقائع كاذبة سنجدتها تكمن إما في هدف مالي بحت هو زيادة أعداد التوزيع وجني ربح نقدي للصحف أو زيادة نسبة المشاهدة أو الاستماع للقنوات التلفزيونية أو الإذاعية. يجهض تحقيق هذا الهدف التعويض الذي يعادل مقدار المكسب أو الغنم الذي حصل عليه الفاعل. وقد يكون بسبب تحالفات سياسية أو انتماءات حزبية أو ضغائن شخصية وهنا نجد البديل المدني المتمثل في التعويض العقابي. تظهر فاعلية هذا البديل في مجتمعات الاقتصاد الحر. إذ في الغالب تؤمن أجهزة الإعلام من المسؤولية علي الفعل الضار التشهير ، وشركات التأمين هي التي تدفع التعويض العقابي وهي بذلك ونتيجة لملاءتها المالية ، تضخ سيولة نقدية في السوق مما يعود بالنفع العام علي المستوى القومي استثماراً أو استهلاكاً. لكن هذه الشركات تدرس أسباب وحجم ومجالات مدفوعاتها فإذا رأت أنها تدفع بالنيابة عن صحيفة ما أو قناة معينة مبالغ باهظة فستضطر إلي رفع قيمة قسط التأمين أو قد تصل إلي قرار بعدم التأمين لهذه الجهة. يستتبع ذلك أن هذه الجهات ، وهي في الأصل وحدات اقتصادية تبغي الربح ، قد تجد نفسها في مواجهة الخسارة من دفع مبالغ تعويض باهظة إلي معاقبة المحرر أو الصحفي مالياً وقد تصل العقوبة إلي فصله من العمل وهو جزاء قد يفوق الجزاء الجنائي.

هكذا يكون الجزاء المدني أوقع من الجزاء الجنائي. بيد أن البعض نظر إلي عدم جدوى جزاء العقوبة السالبة للحرية كرد فعل لما يطالب به الصحفيون في مصر بعدم حبس الصحفي بسبب التشهير. ويطالبون بإلغاء عقوبة الحبس. بيد أن إلغاء عقوبة الحبس فقط يعنى تفريغ العقاب الجنائي من أهم عناصره وهي العقوبة البدنية ويعنى بمفهوم المخالفة الإبقاء علي الغرامة المالية. هذه الغرامة تدفع للدولة ولا تصل إلي المضرور فلا يجد الحافز في اللجوء للقضاء الجنائي. بينما التعويض العقابي يذهب إلي المضرور ويدفع جزء منه ضريبة للدولة. فيكون الأولى ليس إلغاء عقوبة الحبس وإنما إلغاء تجريم القذف في حق الموظف العام ومن في حكمه والشخصيات العامة بمناسبة أعمالهم تفعيلاً لحرية الرأي والتعبير ، ركيزة الديمقراطية ، وأن نتسامح مع الآراء المتعارضة وإن أضرت بالبعض

# الفصل الثاني

## الخصوصية

### Privacy

أو

## الحق في الحياة الخاصة

### Droit de la vie privée

"أنا لا أتفق معك في كلمة واحدة مما قلته ولكني  
سأدافع عن حقك في الكلام وحرية التعبير عن ،  
أفكارك حتى الموت"  
فولتير

- \* الحاجة للخصوصية وماهيتها ومجالاته
- \* الخصوصية في النظم اللاتينية
- \* الخصوصية في النظم الأنجلو أمريكية
- \* الخصوصية في الشريعة الإسلامية
- \* تطبيق الخصوصية في الميزان

## المبحث الأول

### الحاجة للخصوصية وماهيتها ومجالاتها

#### المطلب الأول : أهمية الخصوصية

1/2/2- يقول المثل الشعبي المصري "يا داخل فيما لا يعنيك ، تسمع ما لا  
يرضيك"<sup>(١)</sup> أي أن التدخل في شئون الآخرين واقتحام حياتهم الخاصة والإطلاع  
عليها يؤدي إلى نتائج غير مرضية للمتعدّي. والمثل الشعبي هو الأسلوب البلاغي  
القصير الذائع بالرواية الشفاهية المبين لقواعد سلوك الأفراد داخل مجتمع ما ؛ هو  
المعبر عن ضمير هذا المجتمع ، وهو الموجه لتصرفات الناس وعلاقاتهم ببعض  
داخل التنظيمات الاجتماعية المختلفة . بعبارة أخرى يمكن القول بأن حماية الحياة  
الخاصة تكمن في ضمير المجتمع من خلال موروثاته في الأمثال الشعبية .

2/2/2 – وقد انتهى علماء دراسات ( الأنثروبولوجيا ) إلى أن الخصوصية قيمة  
وحاجة توجد بوجود المجتمعات . وأنه بدون المجتمع ليس هناك ضرورة لوجود قيمة  
الخصوصية<sup>(٢)</sup> . وعلى ذلك تختلف حدود الخصوصية والحاجة إليها وفقا لمستويات

<sup>(١)</sup> ساميه عطا الله : الأمثال الشعبية المصرية ، الوطن العربي ، بيروت الطبعة الأولى (١٩٨٤) ص ١٧٧

<sup>(٢)</sup> Jr. Moor Barrington : Privacy : Studies in Social and Cultural History , Pantheon Books

, p. 73 , (1984)

التقدم والتخلف في المجتمع باعتبارها نتاجا للمجتمع . فهي ، أي الخصوصية ، محدد ثقافي culture – specific وأن الأمور التي يعتبرها مجتمع معين تندرج تحت الخصوصية قد يختلف النظر إليها في مجتمع آخر . إلا أنه يمكن القول بصفة عامة أن معظم المجتمعات تعتبر بعض مجالات النشاط الإنساني غير مناسبة بالمرّة لأن تكون تحت الملاحظة العامة – من الآخرين – أو موضوعا من موضوعات الإعلام . وهناك بعض الشواهد تقول أنه حتى في المجتمعات الزراعية – المتخلفة نسبيا – يوجد تحديد واضح ودقيق لما يعتبر من الأمور الخاصة وأنه يوجد سريه لبعض المعلومات<sup>(٣)</sup>

وبتعبير آخر أقل تجريدا وأكثر عمليا هو أن من بين الصفات الاجتماعية الجوهرية للشخصية والتي تشغل المكان الأول والتي يمثل التعدي عليها مخالفه مدنيه تستحق التعويض عن الأضرار المعنوية إنها بلا شك حماية ألفة الحياة الخاصة وحميميتها la protection de l' intimité de la vie privée<sup>(٤)</sup>

فضلاً عن ذلك فإن الحاجة للخصوصية – وهي شيء طبيعي – ليست قاصرة على الإنسان وحده ولكنها تتعداه إلى كافة الأشكال العالية في الحياة . فقد كشف تحليل العمليات (البيولوجية) والاجتماعية للحيوانات أنها تحتاج إلى العزلة الفردية المؤقتة والحميمية للوحدات الاجتماعية الصغيرة ؛ وأن الصراع بين الحيوانات يهدف إلى تحقيق التوازن بين الخصوصية والمشاركة<sup>(٥)</sup>

3/2/2 - تصنف الخصوصية وتبوب كحق مدني أو سياسي ليس فقط علي أساس أن ميثاق الأمم المتحدة تضمن مثل هذه الحقوق بل أيضاً علي أساس أنه يمكن الجدل بأنها ولأسباب محدده تتضمن أيضاً حقوفاً اقتصادية وثقافية واجتماعية الأمر الذي دعا الأستاذ آلان ويستن إلى القول بأن الخصوصية هي في قلب الحرية في الدولة الحديثة Privacy is at the heart of freedom in the modern state<sup>(٦)</sup> . وإن طلع علينا حديثاً الأستاذ ديفيد فلاهيرتي بقوله بأن " بالرغم من أن الخصوصية قيمة مساعده مهمة لكنها ليست مطابقة تماماً للقيم الأساسية مثل الحرية والتحرر والديمقراطية<sup>(٧)</sup> . وليس من الضروري أن نقرر بين أي من التعبيرين : الخصوصية والحرية ، فيما عدا أن نقترح أنه بالرغم من أن الخصوصية هامة بمعنى أنها قيمة

---

<sup>(٣)</sup> Tefft , Stanton : Secrecy : A crosscultural Perspective , New York , Human Science Press (1980)

<sup>(٤)</sup> P. Kayser : « Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles » , Mélanges Marty , (1984) P. 725

<sup>(٥)</sup> Report of the Younger Committee in the U.K. on Privacy (comnd. 5012) para. 109

<sup>(٦)</sup> Alan F. Westin : Privacy and Freedom , New York : Atheneum , (1967) p. 350

<sup>(٧)</sup> D. H. Flaherty : Privacy and Data Protection : An International Bibliography , London : Mansell , (1984)



مساعدة هامة فهي بذلك تكون مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بممارسة الحقوق الأخرى (مثل الحاجة في استلام وانتقال المعلومات). فضلاً عن أنها قيمة أساسية في حد ذاتها<sup>(٨)</sup>

4/2/2 - تشبع الخصوصية حاجة الفرد إلى درجات متفاوتة من الاستقلال الذاتي. ذلك أن أخطر ما يواجه الإنسان هو إمكانية اختراق منطقته الداخلية ومعرفة أسرارهِ الجوهرية ، سواء بالطرق المادية أو النفسية فهذا " الاقتحام المتعمد لقوقعة الفرد الواقية ودرعه النفسي ، من شأنه أن يجعل الفرد عارياً وأن يعرضه للسخرية والخزي ويضعه تحت سيطرة هؤلاء الذين عرفوا أسرارهِ "<sup>(٩)</sup> فالخصوصية على هذا النحو تمثل أمراً حيوياً لتنمية قدرات الفرد فهي تتيح له الوحدة مع أفكارهِ وكما يقول وستن " إن الإنسان يتطلب وقتاً للتجريب واختبار الأفكار بشكل مستمر ، وإعداد وممارسة الفكر والسلوك ، دون خوف من السخرية أو العقاب ، وإتاحة الفرصة لتغيير الآراء قبل أن تكون علنية .. وبدون هذا الوقت اللازم للمناقشة الذهنية والتجريب العقلي فإنه قد يتم طرح الأفكار على نحو مبتسر "<sup>(١٠)</sup>

5/2/2 - وتتيح الخصوصية الفرصة للفرد للتحرر العاطفي من القيام بالأدوار العامة في بعض الأوقات التي يرغب فيها أن يكون بعيداً عن المراقبة العامة ، وحتى لا يكون في حالة تأهب دائم . فيستطيع أن يعبر عن عواطفهِ من غضب أو إحباط أو حزن أو سرور دون خوف من أي رد فعل . إن مثل هذه اللحظات من التحرر العاطفي تأتي عندما يكون الفرد في عزلة عن الآخرين ، أو في حميمية الأسرة ، أو الأقران ، أو من خلال التخفيف عن النفس في الأحاديث الخاصة أو التحفظ لدى الوجود بين مجموعة من الناس<sup>(١١)</sup>.

6/2/2 - تحقق الخصوصية أيضاً القدرة على الإبداع والابتكار . إذ أن المرء يتدبر المعلومات التي يتلقاها ويقومها وفقاً لظروف ورودها ثم ينظر في البدائل والنتائج المحتملة حتى يمكنه أن يتصرف بصورة متسقة وملائمة بقدر الإمكان<sup>(١٢)</sup> فهي فرصة للفرد أن يختبر تقديراته الخاصة بالنسبة لردود الأفعال وهذا كله ينمي القدرة على اتخاذ القرارات السليمة في الأوقات المناسبة مع ملاحظة أن هذه التدريبات العقلية تعين على الإبداع والابتكار .

7/2/2 - كما يضيف علماء النفس سبباً آخر لأهمية الخصوصية وهو أنها تشبع رغبة الفرد في أن يكون غامضاً بالنسبة للآخرين أي رفض رغبة الغير في السيطرة على مدركات ومعتقدات الشخص المكتوم<sup>(١٣)</sup>. فهي تجنب الموقف الذي يكون فيه كل فرد

<sup>(٨)</sup> James Michael : Privacy and Human Rights : An International and Comparative with Special Reference to Developments in Information Technology . Brookfield, Vt. ; Dartmouth Publishin Study, g Co. , (1994) p.2

<sup>(٩)</sup> Westin : op. cit P. 33

<sup>(١٠)</sup> Westin : op. cit , p. 34

<sup>(١١)</sup> Westin : op. cit p. 35

<sup>(١٢)</sup> Alan Bates : " Privacy – A Useful Concept ? " Social Forces Vol. 42 (1964) p.p 429 , 432- 433

<sup>(١٣)</sup> Sidney M. Jourard : " Some Psychological Aspects of Privacy " Law and Contemporary Problems , Vol. 31, spring (1966) p. 307

صريحاً في اتصالاته مع الآخرين بأن يقول كل ما يعرفه وما يشعر به في كل الأوقات . فلا يخبر عن الأمراض التي يعاني منها أو المشاكل الاجتماعية أو الأسرية التي يواجهها أو الأزمات المالية التي تحيق به . فالشخص لا يحتاج أن يكون شفافاً أو صريحاً طول الوقت<sup>(١٤)</sup>.

8/2/2 - وإذا كانت الخصوصية بحسبانها قيمة إنسانية عرفتتها البشرية منذ فجر التاريخ<sup>(١٥)</sup>؛ فإنها كقيمه ومفهوم concept قانوني لم تنل إقرار تشريعات الدول المختلفة بها وفرض الحماية القانونية باعتبارها أحد حقوق الشخصية (الكيان المعنوي) إلا حديثاً وأن أول ما نشر في هذا الخصوص هو مقالة الفقيهين الأمريكيين وارين و برانديز عن الحق في الخصوصية<sup>(١٦)</sup>، وقد خلاصا فيه إلى أن حق الخصوصية جدير بالحماية القانونية من أي تعدٍ. وإذا كانت هذه الحماية القانونية قد نشأت في الولايات المتحدة الأمريكية إلا أن قارة أوروبا كان لها السبق في إصدار تشريعات حماية الخصوصية سيما في مجال حماية المعلومات<sup>(١٧)</sup>. ففي عام ١٩٧٠م سنت ولاية هيس الألمانية أول قانون لحماية البيانات ، ثم تلتها السويد في عام ١٩٧٣م ؛ ثم توالى إصدار القوانين لحماية الخصوصية في كل من النمسا وبلجيكا ، والدانمرك ، وفنلندا ، وفرنسا ، وإيطاليا وباقي دول أوروبا . وتعكس تلك الحماية رغبة دول أوروبا المتزايدة في اعتبار أن الحق في الحياة الخاصة حق أساسي من حقوق الإنسان يتفق إلى حد كبير مع سياق التاريخ وثقافة وأسلوب صياغة القوانين المدنية الأوروبية<sup>(١٨)</sup>

وقد كان للقضاء دور كبير في التمهيد لإصدار تشريعات حماية الخصوصية نذكر منه على سبيل المثال دور القضاء الأمريكي والفرنسي . فقد تبني القضاء الأمريكي العبارة الشهيرة " دعه يكون وحيداً " " to be let alone " حيث ذكرت المحكمة العليا في عام ١٨٣٤م بأن " لا يطلب المدعي شيئاً ولا يريد شيئاً لكن أن

Westin : op.cit p. 37

(١٤)

(١٥) برت إم هرو : كتاب الموتى الفرعوني . عن بردية آني بالمتحف البريطاني ، ترجمه عن المهيروغليفيّة السير: والس بدج - الترجمة العربية د. فيليب عطية ، مكتبة مدبولي (يناير ١٩٨٨) ص ١٢٥ حيث ورد في الاعتراف السلبي أنه لم يكن متلصصاً

Warren & Brandeis : "The Right to Privacy" 4 Harvard L.R. 193 (1890)

(١٦)

David H. Flaherty : Protecting Privacy in Surveillance Societies : Fedral

(١٧)

Republic of Germany,

Sweden , France , Canada, and the United States , Univ. of North Carolina Press (1989)p. 306

(١٨) التوجيه ٤٦/٩٥ إى س المادة ٢(أ) للبرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي عن حماية الأفراد فيما يتعلق بمعالجة البيانات

الشخصية وحرية انتقال هذه البيانات الوارد في الجريدة الرسمية للجماعة الأوروبية Official Journal of the European Communities No. C 311 , 27 . 11 . 1992 p. 30

يترك شأنه"<sup>(١٩)</sup>. أما أول حكم للقضاء الفرنسي يعترف فيه بالحق في الحياة الخاصة فهو الحكم الصادر في عام ١٨٥٨م في قضية الممثل (راشيل)<sup>(٢٠)</sup>، حيث قررت المحكمة - بناء على المبادئ العامة للمسؤولية التقصيرية الواردة في المادة ١٣٨٢ من التقنين المدني الفرنسي الصادر في عام ١٨٠٤م - حق الإنسان في صورته - وهو أحد مجالات الحماية التي تدرج تحت "الحياة الخاصة" - وأنه لا يجوز لأحد التقاط صور فوتوغرافية، حتى ولو كان الغرض من التصوير إعداد برنامج كامل عن حياتها دون الحصول على موافقة المتوفاه أو ورثتها.

9/2/2 - يمثل الحق في الحياة الخاصة موضوعاً حيوياً وهاماً لإصدارات عديدة من الكتب القانونية المتخصصة والكتب الثقافية العامة والمقالات والبحوث النظرية والرسائل العلمية والتقارير وصفحات شبكة (الإنترنت) والمؤتمرات وجماعات النقاش العلمي. وهذه الفورة التي تحدث الآن في عدة دول فضلاً عن المنظمات الدولية والإقليمية تتزامن مع التقدم العلمي الهائل في (تكنولوجيا) المعلومات. وكما يقول الأستاذ ستاندر فان أحد أسباب التأخير في الاعتراف بالخصوصية كحق أساسي هو أن الوسائل الحديثة لإنتهاك الخصوصية تشمل تقنيته حديثه (مثل إستراق الأسلاك الهاتفية، الميكروفونات ومضخات الصوت الإلكتروني لإختلاس السمع، كاميرات التصوير والفيديو، الحاسبات الآلية لجمع وتخزين وإيجاد المعلومات) وأنه قبل اختراع مثل هذه التقنيته فإن الإنسان قد يكون متأكداً أن المحادثات الخاصة (منزل أو مكتب) لا يمكن سماعها بواسطة أشخاص آخرين؛ كما أنه قبل اختراع الحاسب الآلي كان أمر اختراق الخصوصية يقتصر على جمع البيانات الشخصية من خلال المقابلات أو العمليات التجارية وهذا لا يؤدي إلى الإضرار إلا بعدد محدود فقط من الضحايا؛ على عكس الحال فإن الوضع الحالي يؤدي إلى الإضرار بعدد كبير جداً من الضحايا<sup>(٢١)</sup>.

### المطلب الثاني: ماهية الخصوصية (تعريف الخصوصية):<sup>(٢٢)</sup>

10/2/2 - أصل كلمة خصوصية - في اللغة العربية - هي خصص؛ (خصه) بالشئ (خصوصاً) وخصوصيه؛ (وخصص) خصصه واختصه أفرد به دون غيره<sup>(٢٣)</sup>. أما كلمة خصوصية (privacy) في اللغة الإنجليزية فهي كما وردت في

<sup>(١٩)</sup> قضية : W (1834) 634, 591 U. S. 33, heaton v Peters كما ظهر تعبير : "the right to be let

alone في كتاب T. M. Cooley : A Treatise on the Law of Torts 29, 2ed. (1988).

<sup>(٢٠)</sup> T. G. I. Seine 16 Juin 1858, D. P. 1858, 3- 62

<sup>(٢١)</sup> Ronald B. Standler : " Privacy in the U S A , created Sept. (1996) last revision

24 May (1998) http:// www . 2 rbs 2. com / privacy . htm .

<sup>(٢٢)</sup> راجع في تعريفات الخصوصية بالتفصيل : د. محمود عبد الرحمن محمد : نطاق الحق في الحياة الخاصة (أو الخصوصية)

"دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية (بدون تاريخ) ص ٩٤ - ١٣٠

<sup>(٢٣)</sup> مختار الصحاح في (خصص) ص ١٧٧ - أنظر أيضاً القاموس المحيط للفيروز أبادي ص ٣٠٠-٣٠١ وكذلك لسان

العرب لابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري ٦٣٠-٧١١ هـ الجزء الثامن - طبعه مصوره عن مطبعة بولاق -

المؤسسة المصرية العامة للتأليف والأنباء والنشر - الدار المصرية للتأليف والترجمة ص ٢٩٠

قاموس أكسفورد : " ١ - الحالة التي يكون فيها (الشخص) منسحباً من المجتمع أو الآخرين من الإهتمام العام (للناس) ؛ الحرية من أي إزعاج أو تطفل، العزلة - ٢ - غياب أو تجنب النشر أو العرض ؛ السريه - ٣ - أمر شخصي " (٢٤)

أما الخصوصية - كمفهوم قانوني - فهي حديثة العهد نسبياً من حيث التطبيقات القضائية والتقنين بالمقارنه بغيرها من المفاهيم القانونيه المستقره في وجدان المجتمعات مثل حق الملكية والعقد والتي تأسست منذ مئات السنين . فلا جرم أن تتعدد تعريفات الخصوصية وتختلف في مفاهيمها وإتجاهاتها . ومن ثم يجد الباحث في كتابات الفقه وبين طيات حيثيات أحكام المحاكم عدة تعريفات سواء في نظم القانون المدني أو النظم الأنجلو أمريكية . وليست الفقرات التالية حصراً لكل التعريفات بقدر ما هي إختيار وإنتقاء من الباحث بعد ترتيبها وتصنيفها في تبويبات مختلفه .

### أولاً : التعريفات الفقهيّة :

11/2/2 - سلك البعض في تعريف الحياة الخاصة طريق التعريف بالضد ، أي أن الحياة الخاصة هي "كل ما ليس له علاقة بالحياة العامة ، أو هي كل ما لا يعتبر من قبيل الحياة العامة" (٢٥) . ثم تفرق هذا البعض في تحديد معنى الحياة العامة إلى فريقين : أحدهما يحددها بحسب إتصال حياة الشخص بالجمهور ، والفريق الثاني يحددها بالنظر إلى مضمونها . كما اختلفت آراء هذا الفريق الأخير في بيان ماهية العناصر التي تكون الحياة العامة فبينما يراها البعض أنها "الحياة الخارجيه للإنسان" (٢٦)؛ يراها البعض الآخر بأنها "إشتراك المرء في حياة الجماعة في مظاهرها الثلاثة : أعماله وألعابه وأنشطته" (٢٧)

وأياً كان قدر القائلين بهذا التعريف وإجتهدهم فإن مدخل التعريف بالضد في حد ذاته دليل سلوك إنفصامي schizoprenic attitude في شخصية الذي يقوم بالتعريف بإعتباره يركز على كنه شيء بالنظر إلى نقيضه ؛ كمن يعرف الحياة بأنها

The New Shorter Oxford – Privacy : 1- The state or condition of being withdrawn from (٢٤) the society of others or from public attention ; freedom from disturbance or intrusion , seclusion- 2- absence or avoidance of publicity or display ; secrecey – 3 – a private or personal matter بينما يعرفها قاموس وبستر : Webster's Ninth New Collegiate

Dictionary : a. the quality or state of being apart from company or observation b. freedom

Lassique Universel : que est simple from unauthorized intrusion بينما يعرفها القاموس الفرنسي particulier , qui n' accune charge publique : home privé , dit aussi des choses par opposition à public : vie privée , apprivoisé .

R. Padinter : “ La droit au respect de la vie privée “ ; J. C. P. (1988) (٢٥)

مذكور في د. محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٩٨

Le secret de la vie privée “ Rev. trim. dr. civ. (1059) L. Martin :” (٢٦)

إليه في : د. محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ١٠٢

R. Badinter : "Le droit de la vie privée" ; J. C. P. 1971 – 1 – 2435. No. (٢٧)

12 مشار إليه في د. محمود عبد الرحمن : المرجع السابق

ليست الموت أو العكس . وهو تعريف غير مرضي . كما يصبح التعريف بالضد عديم القيمة العلمية في حالتي إنتقال عناصر أحد النقيضين إلى الآخر أو الإنتقال المشترك وتكوين منطق مشترك بينهما مما يطلق عليه علماء الرياضيات intersection. مثال ذلك كيف يتم تحديد "الميت الحي" أو "الحي الميت" .

12/2/2 - وهناك إتجاه آخر في الفقه يعتبر الخصوصية تعبير مرادف للحرية حيث يعرف الخصوصية بأنها "حق الفرد في ألا يكون إجتماعياً أو يبتعد عن المجتمع الذي يعيش فيه أو أن يكون غير مراقب من الناس ، حيث يحيا متحرراً من القيود التي تفرضها الحياة الإجتماعية"<sup>(٢٨)</sup>. وجدير بالذكر أن هذا الإتجاه الذي يخلط بين الخصوصية باعتبارها حقاً من حقوق الشخصية وبين الحرية يتعارض مع ما سبق وأن تناوله الباحث في "الفصل الأول من الباب التمهيدي" حيث انتهى إلى أن الحق والحرية شيئين مختلفين ولا محل للخلط بينهما<sup>(٢٩)</sup> .

13/2/2 - مع ترايد الإهتمام العام بحماية سرية المعلومات في مواجهة التقنيه الحديثة والمتطوره في أجهزة ووسائل إقتحام سرية المعلومات دون إذن أصحابها الأمر الذي حدا بالبعض إلى تعريفهم للخصوصية بالتركيز على جانب سرية المعلومات والبيانات . فيعرفها الأستاذ ستاندر بأنها "توقع إفشاء معلومات شخصيه وسريه تم الإباحة بها في مكان خاص - إلى أطراف أخرى ثالثة - حيث يسبب هذا الإفشاء إما حرجاً أو المأ عاطفياً لشخص ذو حساسية معقوله". ويتوسع في معنى المعلومات لتشمل الحقائق ، الصور (الفوتوغرافيه) ، شرائط(الفيديو) ، وكذلك الآراء التي تحط من الشأن<sup>(٣٠)</sup>. أما الأستاذ آرثر ميللر فيعرفها بأنها : "قدرة الفرد لأن يراقب دوران المعلومات التي تخصه " *the individual's ability to control the circulation of information relating to him*<sup>(31)</sup>

بيد أن هذا الإتجاه في تعريف الخصوصية بالتركيز على حماية المعلومات والبيانات هو ركوب للموجة الساريه إلا أنه تعريف غير "جامع مانع" لأن الحقيقة

<sup>(٢٨)</sup> Metton R. Knovitz : "Privacy and Law" a philosophical prelude Rev. , Law and

D . Ferrer : La protection de la : أنظر أيضاً Contemporary Problems , (1966) No. 2, p. 279

R. Nerson : " La proection de L' : وكذلك vie privée , Thèse Toulouse (1973) p. 12 et 26  
intimité", Journal de Tribuneaux , (1959) p. 713

<sup>(٢٩)</sup> أنظر سابقاً الحق والحرية نبذه رقم 32/1/0 وما بعدها

Ronald Standler : op. cit

A. R. Miller : Assault on Privacy : Computers , Data Banks and Dossiers , Ann Arbor , <sup>(٣١)</sup>

Mich. University of Michigan Press , (1971) p. 40 وتقترب هذه التعريفات من تعريف الأستاذ ويستن :

المرجع السابق ص ٧ حيث يرى أن الخصوصية هي "مطلب الأفراد أو الجماعات ، أو المؤسسات لتقرر لنفسها متى ، وكيف ، وإلى أي مدى يجرى نقل المعلومات عنها إلى الآخرين " . ومن التعريفات التي تركز على جانب المعلومات

والبيانات Paul M. Schuwartz : "Privacy and Participation : Personal Information and Public Sector Regulation in the United States" , Iowa Law Rev., vol.80 March (1995) p.p.559-60

المائله حالياً هي أن الخصوصية لا تقتصر في مجالاتها على سرية المعلومات والبيانات فقط ؛ وإنما تتجاوزها إلى مجالات أخرى عديده .

14/2/2 - يظل صدى العبارة الشهيره التي أطلقها القاضي الأمريكي لويس برانديز عام ١٨٩٠م في المحكمه الأمريكيه العليا : " حق الإنسان في أن يترك شأنه " the right to be alone والتي تمخض عنها الميلاد القانوني لحق الخصوصية ، لدى بعض الفقه عند تعرضهم للخصوصية. منهم من إقتبس هذه العبارة الشائعة كما هي<sup>(٣٢)</sup>. ومنهم من أضاف إليها تعبير توضيحي آخر مثل عبارة " بحيث لا يعكر أحد صفو خلوته " <sup>(٣٣)</sup> . ثم وُجد أيضاً من إستطرد في تفسيرها مضمناً التعريف تفسيره للخصوصية . فعرفها البعض بأنها "ذلك الجانب من حياة الإنسان الذي يجب أن يترك فيه لذاته ينعم بالألفه والسكينه بعيداً عن نظر وسمع الآخرين وبمنأى عن تدخلهم أو رقابتهم بدون مسوغ مشروع"<sup>(٣٤)</sup> . وقد فسر البعض "الحق في أن يترك شأنه" بأنه الحق في العزلة . على سبيل المثال نجد وينفيلد يحث المحاكم البريطانيه على أن توسع من دائرة الفعل الضار Tort ليشمل التعدي العدواني offensive invasion ويعرف إنتهاك الخصوصية infringement of privacy بأنها "التدخل غير المأذون في عزلة شخص سواء لهذا الشخص نفسه أو ممتلكاته"<sup>(٣٥)</sup> ؛ وتظل هناك عدة تفسيرات لهذا الحق منها السلام والحميميه والألفه<sup>(٣٦)</sup> . وكلها تدور في فلك ترك المرء وشأنه

قد تكون هذه التعريفات التي تبرز حق ترك المرء شأنه ومرادفاتها أو تفسيراتها من العزلة والسكينه، والانسحاب الإختياري بالجسد أو الفكر من الحياة الإجتماعيه أو العيش بهدوء، أو الألفه والحميميه متفقه مع البدايات الأولى لتأسيس هذا الحق والإعتراف به كحق جدير بالحمايه القانونيه في أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين. لكن مع التطورات الحادته إتسعت مجالات الحمايه التي يفرضها القانون في إطار الخصوصية وأصبحت تشمل مجالات أخرى. لذلك تصبح هذه التعاريف عاجزة عن إستيعاب صور الحمايه الجديده فضلاً عن أنه كما قال البعض - بحق - " لا تطرح مدلولاً واضحاً للخصوصية ، وإنما قدمت مبررات أو مسوغات للحياة الخاصة "<sup>(٣٧)</sup>. كما أنها " لا تقدم معياراً قانونياً لتحديد المقصود

Thomas Cooly : op. cit p. 29

(٣٢)

L. Nizer : "The right of privacy , A half century's developments" , Mitchigan Law Rev. (٣٣)  
1941 vol. 39 , p. 526

د. محمود عبد الرحمن : المرجع السابق ص ١٢٩ (٣٤)

B. S. Markesinis and S. F. Deakin Winfield : " Privacy" (1931) 47 L Q R 23 (٣٥)

Tort Law , 3<sup>rd</sup>. ed. Clarendon Press , p. 606 : أنظر أيضاً في نفس المعنى مقالة نعيم عطيه : " حق الأفراد في حياتهم الخاصه : ، مجلة إدارة قضايا الحكومه - العدد الرابع - السنه الحادية والعشرون - أكتوبر - ديسمبر ١٩٧٧م ص

٨١-٧٩

L. Martin : "Le secret de la vie privée " , Rev. trim. dr.civ. (1959)

(٣٦)

د. محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ص ١٢٦ (٣٧)

بالحياة الخاصة ، وإنما تقدم في الحقيقة مبرراً للظروف النفسية التي تفرض ضرورة حماية الحياة الخاصة " (٣٨).

### ثانياً : التعريفات القضائية :

15/2/2 - عرفت المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية حق الخصوصية بأنه " الحق في إبعاد الآخرين عن الدخول في الحيز المادي المحيط بالفرد " (٣٩)  
16/2/2 - لم يقدم القضاء الفرنسي تعريفاً محدداً للحق في الحياة الخاصة . لكن باستقراء الأحكام المتعاقبة يمكن الاستنتاج بأن " الحق في احترام الحياة الخاصة هو الحق الذي يمكن للفرد من خلاله أن يكون حراً في أن يمارس كينونته الخاصة بأقل تدخل خارجي . هذا الحق يستلزم الحماية ضد كل اعتداء على الحق في الاسم ، الصورة ، الصوت ، الألفه (المودة أو الحميمية) ، الشرف والسمعة ، طى النسيان ، وسيرته الخاصة " *le droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence avec le minimum d'ingérences extérieures . Ce droit comportant la protection contre toute atteinte portée au droit au nom , l'image, à la voix , l'intimité , à l'honneur et la réputation , à l'oubli , à sa propre biographie "* (٤٠)

وبقدر الإيجاز الوارد على التعريف الأول وبقدر الغموض في التعبير الذي يكتنفه يصبح تعريفاً مبهماً . وبقدر سرد بعض المجالات التي تحميها الخصوصية في التعريف الثاني بقدر النزق والدخول في مجالات هي - بالإجماع - مثل الشرف والسمعة مستقلة تماماً عن حق الخصوصية بل تتوازن معه في منظومة حقوق الشخصية . لكن يشفع لهذا التعريف أنه استقراء لأحكام المحاكم الفرنسية في قضايا متعددة .

17/2/2 - يمكن القول بصفة عامة أن التعريفات السابقة كانت محل نقد ؛ وأنها تعريفات ناقصة أو عامة (غير محددة) . لذلك راود عدد كبير من الفقه المخاوف من أن هذه التعريفات - الغير مرضية - قد تسبب أكثر من أن تحل مشاكل . وهكذا وجدنا فريقين مختلفين في جدوى إعطاء تعريف للخصوصية من عدمه . حاول الفريق الذي يميل إلى فكرة "الحق العام" *general right* إيجاد تعريف للخصوصية ؛ أما الفريق المعارض لفكرة "الحق العام" - وهو يمثل أغلبية عدديه - فقد أحجم عن إعطاء تعريف للخصوصية . وقد نجح هذا الفريق المعارض في إيضاح صعوبة إيجاد تعريف عملي جامع مانع للخصوصية وأنه من الأجدى والمفيد هو إيقاف التوسع التدريجي في مجالات الشخصية الإنسانية التي يمكن حمايتها من الإعلام

(٣٨) د. حسام الدين كامل الأهواني : الحق في إحترام الحياة الخاصة ، الحق في الخصوصية ، دراسه مقارنة ، دار النهضة

العربية (١٩٧٨) ص ٥١-٥٢

(٣٩) قضية : *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961) مشار إليها في : فريد . ه . كيت :

الخصوصية في عصر المعلومات - ترجمة محمد محمود شهاب ، الأهرام للترجمة والنشر - الطبعة الأولى (١٩٩٩) ص ٣٤

L. Martin : la vie privée RT95:277

(٤٠)

المتوهج الزائد عن الحد the gradual expansion of the areas of human personality that can be protected from the glare of undue publicity<sup>(٤١)</sup> والواقع أن الخلاف بين الفريقين هو خلاف في المنهج وأسلوب التفكير بين Dogmatism الوثوقيه و الذرائعية أو الواقعية Pragmatism. والباحث يميل إلى الفريق الثاني إيماناً منه بأن جدل إعطاء تعريف كامل ومحدد لا ينتهي - على الأقل في الوقت الراهن - فضلاً عن أنه جدل نظري قد يعوق التوسع أو التضييق من مجالات الحماية ، لذلك يكون من المفيد من الناحية العملية التركيز على مجالات الحماية .

18/2/2 - الطبيعة القانونية للحق في الخصوصية : لم يصمد كثيراً الرأي القائل بأن حق الإنسان في حياته الخاصة هو حق ملكيه يتيح لصاحبه مكنات التصرف والإستعمال والإستغلال<sup>(٤٢)</sup>. واستقر الرأي على أن الحق في الحياة الخاصة أحد حقوق الشخصية أو الحقوق للصيقة بالشخصية حسب صياغة المادة (٥٠) من القانون المدنى المصري نقلاً عن القانون الألماني<sup>(٤٣)</sup>. وقد ذهب الأستاذ بيرو إلى حد اعتبار حقوق الشخصية والحق في الخصوصية صنوان ، إذ يقول في مقالة له : من حق المرء أن يعيش في هدوء وسكينة إذا كان يرغب في ذلك ، وليس لأحد أن يجلبه إلى أضواء النشر دون موافقته الصريحة أو الضمنية ، فإن حدث ذلك صح القول بوجود خطأ قانوني في حق المعتدي. هذا الخطأ وصفه بيرو بأنه تعدياً على حق معنوي<sup>(٤٤)</sup>. ومن ثم يصبح الحق في الخصوصية وفقاً لهذا التكييف خارج عن دائرة التعامل ، أي غير قابل للتصرف فيه. ومع ذلك فإنه لإعتبارات عملية يكون محلاً لإتفاق ، إذ يمكن للإنسان الموافقة على نشر أموره الخاصة صراحة أو ضمناً بمقابل أو بدون. هذه التصرفات لا تعتبر من قبيل التنازل عن الحق ذاته وإنما تنازل عن ممارسته ومن ثم يكون قابلاً للرجوع فيه والإعتراض ولو سبق له الإذن<sup>(٤٥)</sup>. وهو حق لا ينقضى بالتقادم ، لكنه ينقضى بوفاة الضحية ، لكن ذلك لا يعنى الإباحة بالنشر فهو يتمتع بالحماية إذا أصبح جزءاً من سمعة العائلة وسبب ضرراً مباشراً

Markesinis & Deakin : op. cit p. 607

(٤١)

Edelman : Esquise d'une theorie du sujet l' homme et son image , Dalloz ,

(٤٢)

1970 , p. 119

(٤٣) د. حسن كيره : المدخل لدراسة القانون ، ١٩٧٠ ، ص ٢٢٨ - حسام الدين كامل الأهواني : مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٥ ، ص ١٤٨ - وانفس المؤلف : الحق في إحترام الحياة الخاصة ، المرجع السابق ص ١٥٤ - ممدوح خليل العاني : حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ، ١٩٨٣ ،

ص ٢٧٣

Berreau : "Des droit de la responsabilité" Rev.Trim. de dr. civ. 1909 , p. 501 et s. (٤٤)

(٤٥) مدحت محمد محمود عبد العال ، رسالة الدكتوراه السابقه ص ٢١٠ - ممدوح خليل العاني ، المرجع السابق ، ص

٢٩١ - بشر أحمد صالح على ، المرجع السابق ، ص ٢٩٤



للورثة الأحياء<sup>(٤٦)</sup>. ويكون لمن وقع عليه الإعتداء اللجوء إلى القضاء بوقف هذا الإعتداء دون حاجة لإثبات الخطأ أو الضرر ، مع حفظ حقه في المطالبة بالتعويض النقدي عن الضرر الذي تكبده<sup>(٤٧)</sup>.

19/2 - الخصوصية والسمعة : يندرج كل من الحقين في حقوق الشخصية المتعلقة بالكيان المعنوي للشخصية الإنسانية. ويتفقان من حيث التطبيق العملي في نوعية الفاعلين المحتملين الأكثر كماً وهي أجهزة الإعلام المسموعة والمرئية والمقروءة. كما أن نوعية الضحايا المحتملين الأكثر تعرضاً للإعتداء على هذين الحقين هم الشخصيات العامة والمشتغلين بالعمل العام. وفي الولايات المتحدة الأمريكية ترتبط معظم دعاوى القذف بالكتابة بدعاوى الخصوصية. فإلى حد ما يعتبر قانون الخصوصية ثمرة قانون التشهير. دليل ذلك أن أحد الفئات الأساسية للأفعال الضارة التي تمثل إعتداء على الخصوصية هي الصورة الزائفة false right tort وهي تجمع بين الملامح التقليدية للتشهير والخصوصية. فحيث تكون المعلومات الصحيحة دفعاً لدرء المسؤولية في التشهير فإنه لا يعتد بها كدفع في الإعتداء على الخصوصية. وبالمثل في فرنسا أدخل المشرع في المادة (٣٥) من قانون الصحافة الصادر في عام ١٩٤٤ تعديلاً بموجبه يمكن للصحف التمسك بصحة الوقائع التشهيرية المنسوبة لأشخاص يكتسبون صفة الموظف العام أو الأفراد العاديين كدفع لإنتفاء مسؤوليتها بينما لا يمكنها التمسك بهذا الدفع إذا تعلقت وقائع القذف بالحياة الخاصة لهم.

ويختلف الحقان في الناحية الفنية فمحل الحماية في الحق في السمعة هو كرامة الإنسان وإعتباره بين الناس تحقيقاً للسلام الإجتماعي المنشود ؛ بينما محل الحق في الخصوصية هو هدوء وسكينة الإنسان في حياته بعيداً عن تطفل الغير سعياً لتحقيق السكينة والأمان. وقد يمثل الفعل غير المشروع إعتداء على أي من الحقين أو عليهما معاً مثل نشر مقدار ثروة شخص (تعد على الخصوصية) وربطه بواقعة إختلاس (تعد على السمعة). ويختلف الضرر في الحالتين ، ففي الإعتداء على السمعة يتمثل في الألم والمعاناة من جراء المساس بسمعته بين أقرانه أو إحتقاره بين أهله وذويه والمحيطين به ؛ بينما في الإعتداء على الخصوصية فيتمثل في المساس بالحياة الذي يكتفه الإنسان لحياته الخاصة ، وهتك حجاب الأستار التي يرغب في إخفائها عن الغير حتى ولو كانت هذه الوقائع لا تشينه<sup>(٤٨)</sup>. كما يختلف الحقان ، في حالة الإعتداء

(٤٦) د. عزت مصطفى الدسوقي : "العمل الإعلامي بين الحرية والمسؤولية" ، بحث مقدم لمؤتمر الإعلام والقانون ، جامعة حلوان ، كلية الحقوق. الذي عقد في الفترة ٩-١٠ مارس ١٩٩٩ ، ص ٢٠ - محمد ناجي ياقوت : فكرة الحق في السمعة ، المرجع السابق ، ص ٢٦

(٤٧) ممدوح خليل العاني : المرجع السابق ، ص ٢٧٤

(٤٨) د. حسام الأهواني : الحق في إحترام الحياة الخاصة ، المرجع السابق ، ص ٤٧ - مدحت محمد محمود عبد العال ، الرسالة السابقة ، ص ٢٠٠ - بشر أحمد صالح على ، رسالة الدكتوراه السابقة ، ص ٢٩٥

عليهما من أجهزة الإعلام ، في الحقوق المناهضة لهما . ففي الحق في السمعة يقابله الحق في التعبير وحرية الرأي ؛ وفي الحق في الخصوصية يقابله الحق في الإعلام.

### المطلب الثالث : مجالات الخصوصية : -

20/2/2 - تجد مجالات الخصوصية العديدة أساسها في إجتهااد القضاء والفقه وفي بعض النصوص التشريعية في النظم القانونية المختلفة. وإذا كان القضاء الإنجليزي - في غيبة قانون للخصوصية - قد إستعار بعض أحكام الأفعال الضارة القائمة لتطبيقها على حالات الإعتداء على الخصوصية ، وأن القضاء الأمريكي بمساعدة الفقه إستقر على أربع فئات أساسية للفعل الضار الذي يمثل إعتداء على الخصوصية فإن القضاء الفرنسي لم يستطع أن يحدد نطاق الحياة الخاصة<sup>(٤٩)</sup>. وعذر القضاء أن حصر مجالات الإعتداء على الحق في الحياة الخاصة عمل محفوف بالمخاطر لأنه مصادرة على الفكر القانوني في إستبعاد أو إضافة بعض المجالات في المستقبل ومع ذلك فمرونة النظام القضائي الأنجلو أمريكي تسمح له بتخطي هذه الصعوبة.

وبإستحضار بعض التطبيقات القضائية والإجتهاادات الفقهية والنصوص التشريعية يمكن تعداد مجالات الخصوصية بترتيب عشوائي كالآتي : ١- حرمة المسكن والعنوان الشخصي ورقم الهاتف ، ٢- الحياة العاطفية ، ٣- الأمومة والأبوة ، ٤- الحالة العائلية ، ٥- الحالة الصحية ، ٦- الموطن ، ٧- الممارسات الدينية ، ٨- الذمة المالية ، ٩- الحياة المهنية وسرية الأعمال المهنية ، ١٠- الاسم ، ١١- الصورة ، ١٢- الصوت ، ١٣- سرية المراسلات ، ١٤- سرية المحادثات الهاتفية ، ١٥- الحق في الدخول في طي النسيان وعدم التطفل غير المعقول في عزلة الغير ، ١٦- جسم الإنسان ، ١٧- البيانات والمعلومات ، ١٨- قضاء أوقات الفراغ ، ١٩- الآراء السياسية ، ٢٠- الإنتحال ، ٢١- الإفشاء العام لوقائع خاصة ، ٢٢- الصورة الزائفة ، ٢٣- خصوصية القمامة ، ٢٤- تتبع العورات ، ٢٥- التجسس بإستراق السمع وإختلاس النظر ، ٢٦- إفشاء الأسرار ، ٢٧- قرينة البراءة حتى تثبت الإدانة.

بعض هذه الصور يختلط بمفهوم الحريات مثل حرية العقيدة والممارسات الدينية والحياة العاطفية وقضاء أوقات الفراغ ، وحرية الآراء السياسية وقد سبق التمييز بين الحق والحرية في الفصل الأول من الباب التمهيدي. وبعضها يخرج من نطاق الحق في الخصوصية لكنه يبقى أحد حقوق الشخصية مثل حرمة جسم الإنسان إذ هو صورة من صور الحقوق اللصيقة بالإنسان المتعلقة بالكيان المادي وسبق مناقشته في الفصل الثاني من الباب الأول.

أما فيما يتعلق بحق الشخص في إحترام قرينة البراءة التي نصت عليها المادة (٩)

(١) من التقنين المدني الفرنسي "Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence" ويكون الإعتداء في تقديم الشخص بصورة علانية كمدن قبل إدانته جنائياً<sup>(٥٠)</sup>. وبهذه المادة أرسى التشريع المدني مبدأ أعلى من حرية التعبير والذي قد

<sup>(٤٩)</sup> مدحت محمود عبد العال : الرسالة السابقة ، ص ٢٠٦ والمراجع المشار إليها في هامش (٦٨)

<sup>(٥٠)</sup> Civ. , 1re. , 6 mars 1996 : Bull. civ. 1, no. 123 , D. 1997 Somm. 73 , obs. Dupeux – Civ.

2e. , 29 avr. 1998 : Bull. civ. 11. , no. 141

يتعارض أو يحد منها<sup>(٥١)</sup>. وتأتي هذه المادة تطبيقاً وتأكيداً للمادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والتي تمنع إعلان أن أي شخص ما مذنب في جريمة قبل أن يصرح بذلك القاضي المختص<sup>(٥٢)</sup>. وفي واقع الأمر هذه حالة خاصة من حالات الإعتداء على الشرف ولا تندرج بحكم ما تمثله من ضرر ضمن مجالات الإعتداء على الحق في الحياة الخاصة. وبموجب هذا النص يستطيع الضحية المزعم اللجوء للقضاء لوقف هذا الإعتداء مع عدم الإخلال بما يرفعه من دعوى تعويض عن الأضرار التي عاناها<sup>(٥٣)</sup>. ومع ذلك فالبعض يرى أنه على الأقل يندرج في عداد حقوق الشخصية كحق مستقل ومتفرد<sup>(٥٤)</sup>. وفي كلا الرأيين فهو خارج نطاق الحق في الحياة الخاصة.

21/2/2 - وهناك صور بطبيعتها عبارة عن تنظيم إداري مثل الموطن والعنوان ورقم الهاتف. وهذا الأخير يظل غير سري يعلن عنه في دليل الهاتف إلى أن يدفع المشترك مبلغ من المال حتى يخرج من هذا الدليل. فإذا أعلنت الجهة المسؤولة عن الرقم تكون قد أخلت بشروط عقد مقتضاه عدم الإعلان عنه في دليلها المكتوب أو المقروء مقابل المبلغ الذي دفعه المشترك. أما الأمومة والأبوة فهي مراكز قانونية يوجد فيها الأم أو الأب. كما قد يحمل بعض المجالات أكثر من اسم وفقاً للنظام القانوني الذي يتبناه. ففي النظام الأنجلو أمريكي يسمى بعض الحالات بالتطفل بينما هي في الشريعة الإسلامية التجسس سواء بإستراق السمع أو إختلاس النظر وقد يضاف إليها تتبع العورات المنهى عنه في أحكام الشريعة الإسلامية. ويعتبر إنتهاك سرية المعلومات والبيانات إفشاءاً للأسرار. ويوجد أيضاً في النظام الأنجلو أمريكي صورة الإنتحال كأحد صور الإعتداء. وبتحليلها إجرائياً نجدها تشمل إستخدام الاسم أو الصورة أو الصوت بدون إذن صاحب الأصلي. فضلاً عن ذلك فإن بعض المجالات محل جدل فقهي حول كونها احد مجالات الخصوصية من عدمه، على بعض من التفصيل :-

22/2/2 - الاسم : وهو عبارته عن كلمة أو عدة كلمات تطلق على الشخص تميزه وتمنع الخلط بينه وبين غيره<sup>(٥٥)</sup>. وهو ما يتعين به الأشخاص بالخطاب والكتاب<sup>(٥٦)</sup>.

<sup>(٥١)</sup> TGI Nanterre , réf. , 22 juin 1996 : Bull. inf. C Cass. 15 nov. 1996 , no. 1192 , Gaz. Pal.

1996.2.559 أنظر فيما يتعلق بالتوفيق بين إحترام فرض البراءة والحق في المعلومات : CEDH 3oct. 2000.D. 2000, IR. 257

Com.1er. déc.1998: Bull. Civ. 1V, no. 283 , JCP éd. E 1999 . 372 , note Garaud <sup>(٥٢)</sup>

P. Auvret : "Le droit au respect de la présomption d'innocence" , J C P , 94,1, 3802 <sup>(٥٣)</sup>

L. Cadet : " Chronique de droit judiciaire privé " J C P 94 , 1 , 3755 <sup>(٥٤)</sup>

E. H. Perreau : Le Droit Au Nom En Matière Civile , (Patronomique , titre , prénom , pseudonym , surnom , armoiries) , Librairie de la societes du Recueil Sirey , Paris , 1910 , p. 7 <sup>(٥٥)</sup>

<sup>(٥٦)</sup> محمد محسن البرازي : دروس في الفقه المدني الفرنسي ، الجزء الأول : الأشخاص والأموال ، مطبعة الجامعة السورية (١٩٣٩-١٩٤٠) ، ص ٨٢ نقلاً عن كولان وكابيتان (ذ. س.) ص ٣٥٥ ؛ كما أورد المؤلف نقلاً عن القلقشندي في

ويتخذ الاسم عدة أنواع : الاسم الأصلي أو الحقيقي<sup>(٥٧)</sup> أو الشخصي prénom ، واسم العائلة أو اللقب ، واسم الإستعمال ، واسم الشهرة ، والاسم المستعار. وهذا الأخير هو وسيلة الشخص إلى إخفاء شخصيته الحقيقية.

23/2 - إختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للحق في الاسم. فقيل أولاً بأنه حق من حقوق الأسرة. لكن أخذ على هذا الرأي أن شرط وجود أسرة ينتسب إليها الشخص غير لازم لأن يتسمى بإسم ما. مثال ذلك أن مجهول الأبوين لا يجد مانع في أن يكون له إسم<sup>(٥٨)</sup>.

ورأى البعض أنه حق ملكية يقع على شيء معنوي ولصاحبه حق طلب وقف الإعتداء. وظل هذا الرأي سائداً لفترة طويلة<sup>(٥٩)</sup>. غير أن هذه النظرية أصبحت مهجورة<sup>(٦٠)</sup>. وتعرضت للنقد على أساس إختلاف طبيعة حق الملكية عن الحق في الإسم. فبينما الأول حق مالي محله الأشياء المادية داخلة في دائرة التعامل ، ومقتصر على صاحبه ، وأنه حق مطلق يخول صاحبه سلطات واسعة في الإستعمال والإستغلال والتصرف ؛ فإن الثاني غير ذي طابع مالي ، خارج عن دائرة التعامل ، قد يحمل نفس الإسم أكثر من شخص في وقت واحد. ففيما يتعلق بالإسم الشخصي نجده شائعاً بين الأفراد جميعاً وفيما يتعلق باللقب أو إسم الأسرة فنجدته منتشر بين أفرادها جميعاً. ولا يستطيع صاحبه إجراء تصرف مادي بإتلافه مثلاً أو إجراء تصرف قانوني بالنزول عنه أو تركه.

وذهب بعض الفقه<sup>(٦١)</sup> إلى أن الإسم نظام من أنظمة البوليس المدني institution de polic civil لتمييز الأشخاص بعضهم عن بعض. ولذلك فهو ليس حقاً للشخص بل واجب عليه وهو ملزم من قبل الدولة بأن يتسمى بإسم ما. ويستطيع الدفاع عنه في حالة الإعتداء عليه باللجوء إلى القضاء على أساس القواعد العامة في المسؤولية المدنية. وكغيرها من النظريات السابقة تعرضت للنقد لتجاهلها وعدم إعتراؤها لحق الإنسان على إسمه وإقتصارها على فكرة كونه واجب ونظام إداري في حين أن المزايا التي يتمتع بها الإنسان بالنسبة لإسمه مثل الإستعمال والدفاع عنه تقطع بوجود

---

صبح الأعشى في باب الأسماء والكنى والألقاب (المطبعة الأميرية ، ج ٥ ، ص ٢٢٤ أن المقصود في التسمية تمييز المسمى عن غيره بالاسم الموضوع ليتعرف

<sup>(٥٧)</sup> د. سعيد جبر : النظام القانوني للإسم المدني ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ، ص ١٠

<sup>(٥٨)</sup> د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للقانون الخاص ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٧ ، ص

<sup>(٥٩)</sup> انظر في شرح وتفنيد هذه النظرية : , Planiol et Ripert , t. 1 er. , no. 114 – Bruxelles 10 janv. 1900 , Civ. 2 Pas., 1901 , 11 , 37 – 16 avr. 1878 , motifs , D. P. 1879 , 1 , 169 , 2e. espèce . juill. 1935 , D. H. 1935 , 525

<sup>(٦٠)</sup> Planiol : Traité élémentaire de droit civil ; t. 1er. , no. 397 \_ Jossierand , t. 1er. , no. 217 \_ E. Agostini : La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom , D. 1973 , chron. , p. 313 \_ Carbonnier , opcit , p. 252 \_ H. et J. Mazeaud et F. Chabas : Leçons de droit civil , T. 1 , 2e vol. , Les personnes , 7e éd. no. 562 , p. 666

Planiol , opcit no. 399

حق للإنسان على اسمه<sup>(٦٢)</sup>. ومن جهة أخرى فإن وجود نظام إداري لا يمنع أن يلازمه وجود حق. ويؤكد وجود هذا الحق أن أصحاب النظرية يدعمونه دون أن يدروا بقولهم بأن مواجهة فعل الإعتداء على الاسم يكون باللجوء إلى القضاء على أساس المسؤولية التقصيرية التي تتصدى أولاً لحالات الإعتداء على الحقوق وتتطلب ثانياً إثبات أركان المسؤولية<sup>(٦٣)</sup>.

وإزاء النقد الذي وجه للنظريات الثلاث السابقة ذهب غالبية الفقه إلى القول بأن الحق في الاسم هو حق من حقوق الشخصية<sup>(٦٤)</sup>. لأنه شأنه شأن الحق في الحياة والحق في السمعة يرتبط بشخص الإنسان. وتبنى هذا التكييف المشرع المصري ، فبعد ذكره لجزاء الإعتداء على الحقوق الملازمة لشخصية الإنسان أورد التطبيق الوحيد لهذه الحقوق المنصوص عليها تشريعاً في القانون المدني المصري وهو الحق في الاسم حيث نص في المادة (٥١) على أنه "لكل من نازعه الغير في استعمال إسمه بلا مبرر ومن إنتحل الغير إسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الإعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر". ومع بعض ما تمثله هذه النظرية من تطور عن النظريات السابقة ووجاهة في الرأي إلا أنه لا يمكن إنكار الوجه الآخر للاسم فضلاً عن كونه حق من حقوق الشخصية فهو إلترام على عاتق كل فرد الأمر الذي حدا ببعض الفقه إلى هجر فكرة الطبيعة القانونية الواحدة للاسم وإعطائه تكييفاً مركباً وهو الإتجاه الحديث<sup>(٦٥)</sup>.

أمام إمكانية أن يكتسب الاسم عدة أوصاف قانونية قال البعض بأن الطبيعة القانونية مركبة. فهو يجمع بين كونه نظاماً للبوليس المدني وحق عائلي إلى جانب أنه حق من حقوق الشخصية<sup>(٦٦)</sup>. لكن وصف هذا الحق بأنه حق عائلي يتوقف على مدى قبول فكرة تمتع العائلة بالشخصية القانونية من عدمه. وهو قد يكون مقبولاً عند بعض الفكر الفرنسي حيث يولى المشرع إهتماماً بتنظيمه وهو أمر غير وارد في التطبيق المصري. لذلك إستبعد الفقه فكرة الحق العائلي وإكتفى بالطبيعة الثنائية بأنه حق من حقوق الشخصية وواجب. فهو في واقع الأمر حق فريد *suigeneris* يخضع بسبب طبيعته المزدوجة لقواعد خاصة. ففيما يتعلق بصاحبه وبالنسبة للبنوة فهو حق من حقوق الشخصية ، شيء فطري *un bien inné*<sup>(٦٧)</sup>. وفي نفس الوقت فهو بالنسبة

(٦٢) د. سعيد جبر : المرجع السابق ص ٨٠

(٦٣) A. Colin : note sous Paris 21 janv. 1903 , D. 1904 \_ 2,1

(٦٤) أنظر المراجع التي ذكرها د. سعيد جبر في بحثه السابق ص ٨٧ ، هامش (١) - وأنظر أيضاً : R. Lindon : Dictionnaire juridique , les droits de la personnalité , D. , 1983 \_ P. Ancel : L' indisponibilité des droits de la personne , une approche critique des droits de la personnalité , thèse , Dijon , 1978 - E. H. Perreau : "Des droits de la personnalité" , R. T. , 1909 , 501

(٦٥) د. سعيد جبر : المرجع السابق ، ص ٩٣

(٦٦) Carbonnier , opcit , Intr. les personnes , p. 250 et s. - A. Weill : droit civil , opcit , p. 58 et s. - Posard , Encyclopédie , D. , civil 1V, 1987 , no. 397 et s.

(٦٧) Colin et Capitant , t. 1er. no. 363

للمجتمع نظام للبوليس (الأمن) المدني<sup>(٦٨)</sup>. واستقر الرأي في مصر على هذا التكييف<sup>(٦٩)</sup>.

لم يقتصر جدل الفقه على الطبيعة القانونية للحق في الاسم وإنما ثار الخلاف مرة ثانية حول مدى إستقلاله كحق من حقوق الشخصية أو إعتباره أحد مظاهر أو مجالات الحق في الحياة الخاصة<sup>(٧٠)</sup>. فذهب رأى إلى أن الكشف عن الاسم يعتبر إعتداء على الحياة الخاصة لصاحب الاسم وتبنى بعض أحكام القضاء الفرنسي هذا الرأي<sup>(٧١)</sup>. وإن كان لهذا الرأي نصيب من الصحة فإنما يكون فيما يتعلق بالاسم المستعار أو الأسماء المتميزة أو المتفردة. لذلك كان قميئاً بأن يرى البعض الآخر أنه أحد الحقوق اللصيقة بالشخصية لكنه لا يدخل في إطار الحق في الحياة الخاصة بحسبان أنه لا يتميز بالسرية التي تتسم بها عناصر الحياة الخاصة كما أن صاحب الاسم الشائع لا يمكن أن يدعى أحقيته في الإستئثار به. ويلقى هذا الرأي قبولاً لدى الفقه والقضاء في مصر<sup>(٧٢)</sup>. وتضع بعض الكتب في الأدب القانوني الفرنسي هذا الحق في عداد حقوق الشخصية كحق مستقل يناظر الحق في الحياة الخاصة والحق في الصورة والحق في الشرف والإعتبار<sup>(٧٣)</sup>.

24/2/2 - خصائص الاسم: أسفرت الطبيعة المزدوجة للحق في الاسم عن نتيجتين : أنه حق غير جائز التنازل عنه وغير قابل للتقادم incessible et imprescriptible . فالاسم غير قابل للتصرف indisponible فلا يمكن بيعه أو إحالته أو الوصية به فهو غير قابل لأن يكون محل تعامل تجاري خاص وخارج عن سلطان الإرادة. والعقد الذي يكون محله اسم شخص يصبح مخالفاً للنظام العام. وفي نفس الوقت غير قابل للتقادم بما يعنى أنه لا يمكن إكتسابه أو إسقاطه بمضي المدة<sup>(٧٤)</sup>. ويظل الإنسان محتفظاً بإسمه ما بقيت شخصيته ولا يجوز له أن يبدل في إسمه ويغير فيه إلا فيما يسمح به القانون<sup>(٧٥)</sup>.

الحق في الصورة :

<sup>(٦٨)</sup> Henri De Page : Traité élémentaire de Droit Civil Belge, t. 1. re. , 3me. éd. Bruxelles ,  
Émil Bruylant , 1962 , no. 297 , p. 499

<sup>(٦٩)</sup> د. سعيد جبر : المرجع السابق ، ص ١٠٠ والمراجع المشار إليها في هامش (٢٢)

<sup>(٧٠)</sup> د. محمود عبد الرحمن محمد : نطاق الحق في الحياة الخاصة ، المرجع السابق ص ٢٢٦ - ٢٢٩

<sup>(٧١)</sup> Paris , 15 mai 1970 , D. 1970 , 466

<sup>(٧٢)</sup> د. حسام الأهواني : المرجع السابق ص ٧٢ ، ٧٣ - محمود عبد الرحمن محمد : المرجع السابق ، ص ٢٢٩ - وأنظر أيضاً حكم محكمة إستئناف القاهرة بتاريخ ١٥ مارس ١٩٧٢ في القضية رقم ٨٧/٣٣١ ق.

<sup>(٧٣)</sup> Geneviève Viney , Patric Jourdin : Traité de droit civil , opcit n. 259 - Philippe le

Tourneau , Loïc Cadiet: Droit de la responsabilité , opcit no. 761 - 767

<sup>(٧٤)</sup> H. De Page : Droit Civil Belge , opcit no. 298 , p. 419

<sup>(٧٥)</sup> د. البدر اوي : المرجع السابق ، ص ٨٤

25/2/2 - إستقر الرأي قضاءً وفقهاً وتشريعاً في بعض البلاد<sup>(٧٦)</sup> على الإعراف بالحق في الصورة رغم بعض الإعتراضات التي أثّرت حول وجود هذا الحق والتي أصبحت في ذمة التاريخ وتم دحضها<sup>(٧٧)</sup>.

ويعني حق الإنسان في صورته هو أن يكون له سلطة الإعتراض على إنتاج صورته أو نشرها أو إستخدامها بدون رضائه<sup>(٧٨)</sup>؛ أيّاً كانت الوسيلة سواء بالطرق التقليدية أو بأحدث ما توصلت إليه تقنية أجهزة التصوير وفنياته، وأياً كانت طريقة النشر مادام أنه وصل إلى علم جمهور من الناس. والنشر في حد ذاته هو عمل غير مشروع يقطع النظر عن ثبوت إرتكاب خطأ أو حدوث ضرر أو توافر سوء النية من قبل الفاعل. والضرر غالباً يكون في تشويه صورة الضحية سواء بتغيير ملامحه البدنية أو الذهنية أو الخلقية بما يخالف حقيقة واقعة<sup>(٧٩)</sup>.

26/2/2 - وعلى غرار الجدل الفقهي في طبيعة الحق في الإسم تكرر نفس الجدل في التكييف القانوني للحق في الصورة وإلى أي من تقسيمات الحق وأنواعها ينتمي. من أقدم النظريات في هذا الصدد إعتباره حق ملكية على أساس أن الإنسان مالك لجسمه الذي يمتد ليشمل صورته. وقد لاقت هذه النظرية تأييداً من الفقه الفرنسي<sup>(٨٠)</sup>، كما أنها تمثل جذور الفعل الضار الإنتحال appropriation في قانون الأفعال الضارة الأمريكي. ولم يخف واضعي إعادة البيان الثاني لقانون الأضرار إقتناعهم بأن الحق الذي يقوم على أساسه فئة أفعال الإنتحال (إستغلال الإسم أو الشبه أو الصورة) هو حق ملكية. بيد أن هذه النظرية تعرضت للنقد من حيث أنها تخلط بين صاحب الحق ومحله وأن هذا الحق لا يمكن وصفه بأنه حق ملكية لأن شخص الإنسان لا يمكن أن يكون محلاً لحقوق عينية<sup>(٨١)</sup>. وإن وجدت في بعض الحالات عقود معاوضة يكون

---

<sup>(٧٦)</sup> يذكر أن القانون الألماني كان له السبق في الإعراف التشريعي بحق الإنسان في صورته والإعتراض على نشرها دون رضائه. فقد نص قانون ٩ يناير ١٩٠٧ في المادة (٢٢) على حظر عرض أو نشر صورة إنسان دون رضائه وتبعه في ذلك القانون الإيطالي الصادر في ٢٢ إبريل ١٩٤١ حيث تقضى المادة (٩٧) من بأنه لا يجوز نشر صورة إنسان دون رضائه - أنظر د. سعيد جبر : الحق في الصورة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ ، ص ٢٥

<sup>(٧٧)</sup> أنظر في عرض الآراء الرافضة لوجود هذا الحق والرد عليها والآراء التي تعترف بوجوده : أ.د. سعيد جبر : الحق في الصورة ، المرجع السابق ص ٥-١٤ ؛ وأنظر أيضاً : Henri Fougérol : La figure humaine et le droit ، thèse , Paris , 1913 , p. 9 et s. - J. Ravanas : La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image , L. G. D. J. , 1978 , p. 413 et s. J. Ravanas , opcit p. 414 - P. Kayser : Le droit dit "à l' image" , Mélange Roubier , t. 11, <sup>(٧٨)</sup> p. 73 et s. - J. Stoufflet : "le droit de la personne sur son image" , J C P , 1975 , 11. 1734

<sup>(٧٩)</sup> د. سعيد جبر ، المرجع السابق ص ٢٥ ، ٢٦ - أنظر أيضاً : J. Mestre : "La protection , independante : du droit de reponse , des personnes physiques et des personnes morales contre l' altération de leur personnalité aux jeux du public " , J C P , 1974 , 1 , 2623 , no. 6 <sup>(٨٠)</sup> Edelman , Esquisse d'une théorie du sujet : l' homme et son image , D. 1970 , chron . 119

<sup>(٨١)</sup> د. سعيد جبر : المرجع السابق ، ص ١١١

محلها إنتاج صور بعض الأشخاص واستخدامها لأغراض تجارية فإن رضا صاحب الصورة ليس استخداماً لسلطته في التصرف بقدر ما هو تعبير عن إرادته في عدم ممارسة سلطة الاعتراض على إنتاج الصورة واستخدامها<sup>(٨٢)</sup>. وذهبت نظرية ثانية إلى القول بأن للإنسان على صورته حق المؤلف بحسبان أن له جانباً أحدهما مالي يتمثل في إحتكار الإستغلال والآخر أدبي يشمل سلطاته في إجراء تعديل فيه والموافقة أو عدم الموافقة على نشره وسحبه من التداول. أي أن للشخص حق النشر والتأليف copyright على تقاطيع وقسمات وجهه<sup>(٨٣)</sup>. ووجه الخطأ في هذه النظرية في رأى البعض أنها لم تراعي الخلاف الجوهرى بين حق المؤلف الذي يحمى الإنتاج الذهني للإنسان وبين حق الإنسان في صورته التي هي جزء منه وليس من نتائج قريحة ذهن<sup>(٨٤)</sup>.

ثم إنقسم بعض من الفقه إلى فريقين أحدهما يرى أنه مظهر من مظاهر الحق في الحياة الخاصة والآخر يرى أنه حق مستقل من حقوق الشخصية مثله مثل الحق في الخصوصية. مما حدا ببعض ثالث أن يرى فيه حق يجمع بين هذين التكييفين أو ذو طبيعة مركبة مزدوجة فقد يكون مظهراً من مظاهر الحق في الخصوصية وقد يكون حقاً مستقلاً. ولعل المحرك لهذه الآراء هو أن الإعتداء على صورة الإنسان يعتبر بمثابة الإعتداء على خصائص شخصيته ، لأن الصور تعتبر بالنسبة له الإعتداء غير المحسوس وغير الإرادي لشخصيته إذ أن حق الإنسان على صورته يعد ضمن تعداد المقومات المعنوية للشخصية<sup>(٨٥)</sup>. وقد ذهب الفريق الأول إلى مذهبه متأثراً بالعلاقة القوية ، من الناحية العملية ، بين الصورة والحياة الخاصة لذلك ابتدع فكرة دمجها في حق واحد هو الخصوصية معتبراً أن صورة الإنسان هي أكثر العناصر قدسية في الحياة الخاصة له<sup>(٨٦)</sup>. وقد لقي هذا الرأى قبولا لدى بعض القضاء الفرنسي<sup>(٨٧)</sup>. وعلى عكس هذا الرأى يرى الفريق الثاني أنه بالرغم من العلاقة الوثيقة بين الحقيين إلا أن ذلك لا يهدر حقيقة أن كل منهما ، مع إنتمائه لتقسيم حقوق الشخصية ،

<sup>(٨٢)</sup> L. Josserand : "Lapersonne dans le commerce juridique", D. 1932 , chron. p.1

<sup>(٨٣)</sup> المجلة الفصلية للقانون المدني ، ١٩٧١ ، ص ١١٨ ، مشار إليها في حسام الأهواني : "حماية الحرية الشخصية في روابط القانون الخاص" ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، يناير ١٩٩١ ، العدد الأول ، السنة الثالثة والثلاثون ، ص ٧٥ هامش (٩١) — أنظر أيضاً : Jean Malherbe : La vie privée et le droit moderne , comment faire , collection dirigé par Emmanuel Blanc , préface de P. Antoine Perrod , Librairie du Journal des Notaires et des Avocats , 24 , Paris , 1968

<sup>(٨٤)</sup> Fougerol , opcit , p. 20 et s.

<sup>(٨٥)</sup> الأستاذ العميد نعمان جمعه : دروس في المدخل للعلوم القانونية ، المرجع السابق ص ٣٢٨ — مدحت محمد محمود عبد العال ، رسالة الدكتوراه السابقة ص ٢١٠

<sup>(٨٦)</sup> أنظر في هذا الإتجاه : D. Acquarone : L' ambiguité du droit à l' image , D. 85 , chron . 129 — B. Edelman , opcit — H. Fougerol , opcit — P. Kayser , le droit dit à l' image , opcit , p. 73 — R. Lindon , Dictionnaire juridique , opcit , no. 5 — J. Ravanis , opcit , p. 420 et s. — J. Stoufflet : "le droit de la personne sur son image", J C P 1957 , 1 , 1374, p.81

<sup>(٨٧)</sup> Paris 15 mai 1970 , D. 1970 — 466 — Paris 21 janv. 1972 , G P. 1972 — 1 — 375



مستقل عن الآخر وأن الحق في الخصوصية ينتهي حيث تبدأ الحياة العامة بينما الحق في الصورة يعطى للشخص سلطة الاعتراض على تصويره حتى أثناء ممارسته لحياته العامة وعلى نشر صورته دون رضاه. وإذا كان الإعتداء على الحق في الصورة يصاحبه في بعض الأحيان إعتداء على الحق في الحياة الخاصة فإن ذلك لا يبرر الدمج بينهما<sup>(٨٨)</sup>.

أما رأى الفريق الثالث فهو وسط بين الرأيين المتناقضين السابقين. فهو يرى أن الحق في الصورة قد يكون مجرد عنصر من عناصر الحياة الخاصة إذا تعلقته هذه الصورة بالحياة الخاصة. وقد يكون حق مستقل إذا تعلقته بحياته العامة<sup>(٨٩)</sup>. وهذا الرأي هو الأولى بالترجيح لواقعيته ومعقوليته<sup>(٩٠)</sup>. وهو الرأي المشترك بين كل من القانون الفرنسي والمصري والأمريكي؛ إذ تتحقق الطبيعة الخصوصية للصورة إذا أخذت في مكان تتحقق فيه الخصوصية<sup>(٩١)</sup>.

27/2 - النشاط المهني أو الوظيفي: المبدأ الثابت هو ضرورة أن يحافظ المهني على أسرار مهنته فيما يتعلق بالمعلومات التي يحصل عليها بمناسبة أدائه لمهنته خاصة بعملائه. ومخالفة هذا الواجب جريمة جنائية في القانون فضلاً عن كونها مخالفة لأخلاقيات المهنة تعاقب عليها إدارياً بالتنظيمات غير الحكومية لهذه المهن. لكن الأمر يختلف بالنسبة لإعتبار النشاط المهني للشخص أو ممارسته لمهنته ، هل تدخل في إطار الحياة الخاصة ؟ إنقسمت آراء الفقهاء في هذا الصدد إلى ثلاثة آراء. الأول يرى أنها أحد عناصر الحق في الخصوصية بينما يرى الثاني أنها غير كذلك وأنها عنصر من الحياة العامة نجد الرأي الثالث ، وهو الراجح لدى الفقه ، ضرورة التفرقة بحسب طبيعة العمل ومدى صلتها بالجمهور وأهميتها للناس. فما دامت من النوع الذي يهتم الجمهور ومقومات إمتنانها هي كسب ثقة ورضاء

---

<sup>(٨٨)</sup> أنظر في حجج هذا الرأي : J C P. 1968 : "le droit au respect de la vie privée", Rober Badinter : "Distinction du droit à l' image et du droit au respect de la vie privée" Rev. trim. dr. , civ. , 1970 , p. 364-365 ; et : "Droit à l' image et defense de la personnalité", Rev. trim. dr. civ. 1975 , p. 525 – Perreau : "des droits de la personnalité", Rev. trim. dr. civ. 1909 , p. 506 et s. ومن الفقه المصري : حسن كيرة : المدخل في القانون ، المرجع السابق ، ص ٩٧٩ ،

— حسام الأهواني : الحق في الخصوصية ، المرجع السابق ، ص ٨٧

Ravanas , opcit , p. 429 et s.

<sup>(٩٠)</sup> أنظر في الطبيعة المزدوجة لهذا الحق : E. Gaillard : "la double nature du droit à l' image et ses conséquences en droit français", D. 84 , chron. , 161 – Ravanas , ibid. P. 429 et s.

<sup>(٩١)</sup> د. محمود عبد الرحمن محمد : نطاق الحق في الحياة الخاصة ، المرجع السابق ص ٢٤٦ ، ٢٤٧

الجمهور فلا تعتبر من الحياة الخاصة. أما إذا كانت من النوع الذي لا يهم الجمهور فإنها تدخل في نطاق الحياة الخاصة<sup>(٩٢)</sup>.

28/2/2 - تبقى ملاحظة منهجية مرتبطة بعدم التكرار وهي أن باقى عناصر الخصوصية أو مجالاتها المتفق عليها ستكون محل دراسة تركز على التطبيقات القضائية والتشريعية في المباحث المخصصة لدراسة الخصوصية في النظم المقارنة. وتبقى ملاحظة أخرى يفرزها الواقع العملي وهي أن الحالة الوحيدة التي تستغرق معظم هذه المجالات هي حالة التعدي على الخصوصية التي تقوم بها وسائل الإعلام المسموعة والمرئية والمقروءة لكنها في نفس الوقت وسيلة ممارسة حق آخر وهو الحق في الإعلام أو بتعبير آخر إشكالية الحق في الإعلام/الخصوصية. وهذا الموضوع سيكون محل دراسة الجزء الأخير من هذا الفصل والخاص بـ"تطبيق الخصوصية في الميزان".

## المبحث الثاني

### الخصوصية في النظام اللاتيني

#### المطلب الأول : حماية الحياة الخاصة في فرنسا

29/2/2 - لم يرد في الدستور الفرنسي أى إشارة مباشرة للحق في إحترام الحياة الخاصة. وإن كان المبدأ ورد في المادة الرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطنة والتي بموجبها تشمل حرية فعل كل ما لا يضر الغير « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » وقد صدقت فرنسا على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي تنص في المادة الثامنة على أن "لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية ، ومسكنه ومراسلاته".

30/2/2 - وعلى صعيد القانون المدني وقبل صدور القانون المدني الفرنسي في عام ١٨٠٤ يُذكر للقضاء الفرنسي الاجتهاد والمبادأة في احترام هذا الحق بالرجوع إلى قانون الملكية وقانون العقد<sup>(٩٣)</sup>. وبعد صدور القانون المدني أسس القضاء أحكامه على حكم المادة (١٣٨٢) الخاصة بالمسؤولية التقصيرية والتي تقضى بأن "كل فعل يترتب عليه ضرر للغير يلزم من تسبب في وقوعه بإصلاح هذا الضرر". وكان أول حكم اعترف بهذا الحق هو الحكم الصادر في القضية التي رفعها ورثة الممثلة الشهيرة راشيل لتصويرها بعد موتها وهي مسجاة. وقررت المحكمة انه لا يحق لأحد دون موافقة المتوفاه أو ورثتها نشر صور لها حتى ولو كان الغرض من التصوير

<sup>(٩٢)</sup> أنظر في ذلك نعيم عطيه : "حق الأفراد في حياتهم الخاصة ، المرجع السابق ، ص ٩٧ - ممدوح خليل العاني : حماية

الحياة الخاصة ، المرجع السابق ، ص ٤٨١ - محمود عبد الرحمن : نطاق الحياة الخاصة ، المرجع السابق ، ص ٢٧١ -

حسام الأهواني : الحق في إحترام الحياة الخاصة ، المرجع السابق ، ص ٦٨ ، ٦٩

<sup>(٩٣)</sup> Walton : "The Comparative law of the right privacy" , the Quarterly Law Review , (1931)

إعداد برنامج كامل عن تاريخ حياتها<sup>(٩٤)</sup>. وأكدت هذا الاعتراف محكمة باريس حيث رأت أن الذكريات المتعلقة بالحياة الخاصة لكل شخص هي جزء من ذمته المعنوية ولا يحق للغير نشرها دون إذن من صاحبها<sup>(٩٥)</sup>. وحينما أيدت حكم قاضي الأمور المستعجلة في قضية نشر صورة إحدى الفتيات في فراش المرض بإحدى المستشفيات وقالت إن نشر صورة ابنة أحد الشخصيات العامة بهدف تحقيق ربح تجاري دون الحصول على إذن صريح يعتبر تدخلاً غير مبرر في الحياة الخاصة<sup>(٩٦)</sup>. وتصدى القضاء الفرنسي لصور عديدة من انتهاك الحق في الحياة الخاصة مدعماً وجوده وموفر الحماية القانونية له تحت مظلة المسؤولية التقصيرية في نطاق المادة (١٣٨٢) من القانون المدني. بيد أن تطبيقها قد يثير بعض من المشكلات العملية<sup>(٩٧)</sup>. فهي تتطلب من المدعى إثبات أركان الخطأ والضرر وعلاقة السببية الأمر الذي قد يصعب على المضرور عملياً إثباته في بعض الحالات. ولا يقلل من هذه الصعوبة تصدى القضاء للتخفيف في إثبات الضرر تحت فرض كونه ضرراً معنوياً يصعب تقديره ومن ثم يُترك للقاضي حرية التقدير<sup>(٩٨)</sup>؛ أو حتى مجرد إكتفائه بالخطأ اليسير لإقامة المسؤولية<sup>(٩٩)</sup>.

ومواكبة لإتجاهات القضاء الفرنسي وأمام القصور التشريعي ظهرت الحاجة إلى إجراء بعض التعديلات في القانون المدني، وتشكلت لجنة لهذا الغرض وضعت مشروعاً اقترحت فيه بعض التعديلات على القانون المدني ضمن باب خاص بحقوق الشخصية. وفيما يتعلق بالخصوصية نص مشروع القانون في المادة (١٦٢) على أن "يحق لكل شخص نشرت أو عُرضت صورته بغير موافقة مسبقة منه أن يطلب وقف النشر أو العرض أو الاستخدام، وذلك مع عدم الإخلال بحقه في طلب التعويض على أساس ما لحقه من ضرر مادي أو أدبي". ونصت المادة (١٦٣) على أنه "لا يجوز لمن تلقى خطاباً سرياً أن يذيع محتوياته بغير موافقة مرسله. لكن المشروع لم ير النور<sup>(١٠٠)</sup>".

هذه المجهودات القضائية الجسورة أيدها الفقه وصاحبها على إستحياء محاولة تشريعية كانت وراء صدور القانون رقم ٧٠ - ٦٤٣ في ١٧ يولييه ١٩٧٠ والذي صدر لتوفير إجراءات صريحة وجازمة لمواجهة أي تهديدات للحق في الخصوصية.

T. G. I. Seine 16 juin 1858 , D. p. 1858 , 3-62 <sup>(٩٤)</sup>

Paris 16 mars 1955 , D. 1955 J. 295 <sup>(٩٥)</sup>

Paris 13 mars 1965 , D. 1965 , Somn. 114 , J. C. P. 1965- -2 - 14223 <sup>(٩٦)</sup>

Badinter : "Le droit au respect de la vie privée" , J. C. P. 1968 , 1 - 2136 <sup>(٩٧)</sup> أنظر أيضاً : عبد

الوهاب الأزرق : "الحماية القانونية للحياة الخاصة" ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، س ٣ العدد ٤ ، أكتوبر وديسمبر ١٩٥٩

ص ١١٩-١٣٩

Cass. civ. 7 janv. 1976 , D. 1976 , somn 40 <sup>(٩٨)</sup>

Patrick Auvret : La liberté d' expression du journaliste et le respect personne , thèse , <sup>(٩٩)</sup> Paris 1982 , p. 76

Lindon : "Les droits de la personnalité" , Dalloz , 1983 , p. 10 <sup>(١٠٠)</sup>

وتنص المادة التاسعة منه على أن "لكل شخص الحق في إحترام حياته الخاصة. ويمكن للقضاء ، دون إخلال بإصلاح الضرر ، الأمر بإتخاذ كافة التدابير مثل المصادرة والحجز وغيرها لمنع أو وقف الإعتداء على الحياة الخاصة. وفي حالة الإستعجال يمكن استصدار هذه الأوامر من قاضي الأمور المستعجلة" (١٠١).

وجاءت صياغة هذه المادة عامة. فإحترام الحياة الخاصة مكفول لكل شخص ولا يستثنى أو يستبعد من الإنتفاع به أي شخص بقطع النظر عن مركزه الإجتماعي أو الوظيفي أو مولده أو ثروته حالياً أو مستقبلاً (١٠٢). كما أنها لأول مرة تقنن المبدأ العام لحماية الحق في الحياة الخاصة وتجعله ضمن حقوق الشخصية. ويترتب على هذا نتيجتان : الأولى : أن الحماية التي تنظمها لها صفة الفردية un caractère individuel فهي تواجه فقط الإعتداءات التي يعانها شخصياً صاحب الحق (١٠٣). ولا ينصرف إلا للضحايا الذين على قيد الحياة ولا يمكن نقله للورثة il est intransmissible aux héritiers (١٠٤). والنتيجة الثانية أنه بموجب هذه المادة يكون أي إعتداء على الحياة الخاصة محل عقاب بذاته دون حاجة لإثبات خطأ الفاعل والضرر الذي تكبده الضحية تماماً مثل حالة الإعتداء على حق الملكية (١٠٥).

(١٠١) "Chacun a droit au respect de sa vie privée . Les juges peuvent sans préjudice de la réparation du dommage subi , prescrire toutes mesures , telles que séquestre , saisie et autres , propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l' intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent , s' il y a urgence , être ordonnées en référé » V. Code Civil , éd. 2002 , cent-unième édition , François Jacob , Alice Tisserand , Guy Venandet , Georges Wiederkehr , et Xavier Herny , Dalloz , p. 35, 36 – V. aussi Dalloz Action : Droit de la personnalité et des contrats , 2000 /2001 , n. 1615

(١٠٢) Civ. 1re. , 23 oct. 1990 : Bull. civ. 1 , no. 222. Jurisprudence constant – Civ. 24 fev. 1993 , D. 93 , 614 note Verheyde.

حياتهم اليومية – أنظر أيضاً الحكم في قضية نشر تصرفات أمير صغير Civ. 1, 23 oct. 1990 , B. 1 , no. 222

لكن مجال الحياة الخاصة لشخصية عامة شهيرة لا يطابق مثيله لدى شخصية مجهولة , TGI Nanterre 6 avr. 1995 , G P 95 , 1 , 279 , Cantona

(١٠٣) TGI Paris 1er. fev. 1995 , D. 95 , 569 , n. Edelman – Civ. 1 re. , 14 déc. 1999 : Bull. civ. 1 , no. 345 ; D. 2000 . 372 , note Beignier (1re. esp. ) , D. 2000. Somm. 266 , obs. Caron , J C P 2000 . 11 . 10241 , Concl. petit , Commun. élec. 2000 , no. 39 , note A. Lapage , Petites Affiches 22 mai 2000 , note Prieur ; R T D civ. 2000 , 291 , obs. Hauser

(١٠٤) Paris , 6 mai 1997 , D. 1997. 596 , note Beignier (2e. esp.) D. , 1998 Somm. 87 , obs. Bigol (2e. esp.) ; R T D civ. 1998. 71 , obs. Hauser – Metz , 12 avr. 2000 ; D. 2000 ; 817 , note Hocquet-Berg.

(١٠٥) M. Contamine – Raynaud , « Le secret de la vie privée in l' information en droit privée" L G D J , 1978 , p. 401 – P. Kayser : "Aspects de la protection de la vie privée" art. opcit , 725 , - L. Martin : "Secret de la vie privée" , opcit 227 – F. Rigaux : "La protection de la vie privée" , Revue internationale de droit comparé R I D C , 1995 , 539

ووفقاً لهذه المادة يستطيع القضاء إتخاذ كافة الإجراءات التي تؤدي إلى وقف الإعتداء على حميمية الحياة الخاصة<sup>(١٠٦)</sup>. ويقرر قضاء الموضوع بصورة مطلقة دون معقب الإجراءات التحفظية لمنع توزيع كتاب أو نشر مقالة إلي أن يصدر حكم في الموضوع<sup>(١٠٧)</sup>. وفي حالة الإستعجال تصدر هذه الأوامر على عرائض من قاضي الأمور المستعجلة<sup>(١٠٨)</sup>. ويؤخذ في الإعتبار عند إصدار أوامر المصادرة أو الحجز أو وقف الطباعة أو غيرها من الإجراءات مدى جسامته الإعتداء وفقاً لخاصية عدم التحمل un caractère intolérable<sup>(١٠٩)</sup>. وبغض النظر عن هذه الإجراءات فإنه إذا سبب الفعل غير المشروع بانتهاك الخصوصية ضرراً للمدعى يحكم له بتعويض نقدي جبراً لما عاناه وتكبده من ضرر<sup>(١١٠)</sup>. كما يخضع الحكم بوجود إعتداء على الحياة الخاصة وفقاً لهذه المادة لرقابة محكمة النقض<sup>(١١١)</sup>.

31/2/2 - وبالنسبة للحماية الجنائية أضيفت مواد جديدة في الباب الخاص بالحرية الشخصية وجرائم التشهير وإفشاء الأسرار تعاقب على : أعمال التجسس بواسطة الوسائل السمعية والبصرية ، تسجيل الأحاديث أو التقاط الصور أو إفشائها ، بأى وسيلة كانت ، دون موافقة المجنى عليه. كما أدخل على قانون الإجراءات الجنائية بعض المواد من ١/٢٢٦ إلى ٨/٢٢٦ تحقق نفس الهدف وهو تجريم الإعتداء على الحق في الحياة الخاصة.

32/2/2 - ويتمثل الإعتداء على الحياة الخاصة ، وفقاً لما قالته محكمة النقض الفرنسية ، أنه "كل تدخل تحكيمي في الحياة الخاصة للآخرين"<sup>(١١٢)</sup>. ويوصف هذا التدخل بأنه غير مشروع إذا إتخذ إجراءات وعمليات رصد ومراقبة ومتابعة وتعقب الضحية<sup>(١١٣)</sup>. وتخضع دعوى المطالبة بالتعويض المؤسسة على الإعتداء على الحياة

Civ. 1re. , 17 nov. 1987 ; Bull. civ. 1 , no. 301

(١٠٦)

Civ. 1re. , 16 juill 1997 : Bull. civ. 1 , no. 249 ; D. Affaires 1997- 1006 ; J C P 11 – - (١٠٧)  
22964<sup>٤</sup> , note Derieux

T G I Paris 12 nov. 1976 , D. 77 , 233 , March Richard – Civ. 1re. , 4 oct. 1989 : Bull. (١٠٨)  
civ. 1 , no. 307 – Civ. 1re. 12 déc. 2000 : Bull. civ. 1 , no. 321 arrêt no.1 , Petites Affiches 2  
févr. 2001 , note Derieux

Paris , 14 mai 1975 : D. 1975. 687 , note Lindon – TGI Paris 15 avr. 1987 : D. 1987 , (١٠٩)  
551 , note Hassier

Paris 28 févr. 1989 : JCP 1989 . 11 . 21325 (2e. esp.) , note Agostini – V. aussi : TGI (١١٠)  
Paris , 3 déc. 1997 : GCP 1998 . 11 . 10067 note Serna – Civ. 1re. , 10 oct. 1995 : JCP 1997  
. 11 . 22765 note Ravans – Civ. 1re. , 6 oct. 1998 : Bull. civ. 1 , no. 274 ; D. 1999 , Somm  
376 , obs. Lemouland , R T D civ. 1999 , 62 , obs. Hausser  
Civ. 2 , 14 nov. 1975 ; D. 1976 . 421 , note Edelman – 15 mars 1978 : Bull. , civ. 11 , (١١١)  
no. 83 – Civ. 1re. , 3 déc. 1980 : D. 1981 . 221 , note Edelman ; JCP 1982 . 11 . 19742 (2e.  
esp.) , note Bécourt

Civ. 1re. , 6 Mars 1996, D. 1997.7, note Ravans

(١١٢)

Civ. 1re. , 25 janv. 2000 : Bull. civ. 1 , no. 26 ; D. 2000 Somm. 267 obs. A. Lepage (١١٣)  
mars 1996 : D. 1997 . 7, note Ravans

Civ. 1re. , 25 janv. 2000 : Bull. civ. 1 , no. 26 ; D. 2000 Somm. 267 obs. A. Lepage (١١٣)

الخاصة لتقادم مسقط مدته ثلاثة أشهر وفقاً لنص المادة (٦٥) من تشريع ٢٩ يولييه ١٨٨١ الخاص بالصحافة<sup>(١١٤)</sup>.

### مجالات الخصوصية أو صور ومظاهر التعدي على الحق في الحياة الخاصة :

33/2 - حرمة المسكن والعنوان الشخصي Domicile , adresse personnelle : لكل شخص الحق في عدم الإعلان عن محل إقامته أو مسكنه وأن يرفض الإفصاح عنهما ويجب على الغير إحترام إرادته في هذا الشأن. فإذا تم نشر العنوان دون موافقته يعتبر إعتداء غير مشروع على حقه في الحياة الخاصة<sup>(١١٥)</sup>. كما يعتبر إقتضاء رقم الهاتف إعتداء على الحياة الخاصة لصاحبه<sup>(١١٦)</sup>. ومع ذلك فإنه وفقاً للمادة (٣٥٩) من تقنين البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية يدفع المشترك جعلاً معيناً نظير عدم نشر اسمه ورقم هاتفه في دليل التليفونات السنوي<sup>(١١٧)</sup>. كذلك فإن بعض الإعلانات التي توضع على مقار التصويت في الانتخابات تذكر أسماء ومحل سكن الناخبين بهدف تحقيق الرقابة المنشودة والتأكد من الشرعية. كما إعتبر القضاء الفرنسي تدقيق عنوان شخصي بهدف الإستشهاد في تحقيق خاص بشرط شغله لهذا المسكن إنتهاك للخصوصية<sup>(١١٨)</sup>. وأقر هذا القضاء أيضاً حق الشخص في إختيار موطنه تطبيقاً للمادة الثامنة من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية<sup>(١١٩)</sup>.

وإنتهاك حرمة المسكن جريمة جنائية طبقاً للمادة (١٨٤) من قانون العقوبات الفرنسي التي تعاقب كل من دخل من رجال الشرطة والموظفين العموميين ورجال الضبط القضائي مسكن مواطن بوجه غير شرعي وضد إرادته وبغير مراعاة الإجراءات التي نص عليها القانون. ولا يعتبر دخول مسكن بالقوة مشروعاً إلا في حالة التلبس بالجريمة أو بناء على أمر كتابي ، وتعاقب أيضاً كل من دخل بوجه غير شرعي مسكن آخر بالقوة أو التهديد. وتربط المادة (٣٦٨) من قانون العقوبات حماية الحياة الخاصة بالمكان الخاص

34/2 - الحياة العاطفية Vie sentimentale : تتميز الحياة العاطفية بصفة الخصوصية المطلقة. وتمنع المادة التاسعة من القانون المدني الفرنسي إحاطة الجمهور علماً بهذه العلاقات سواء كانت حقيقية أو خيالية ؛ من ذلك إذاعة مضمون

<sup>(١١٤)</sup> Civ. 2e. , 26 nov. 1975 : D. 1977 , 33 (1re.esp.) , note R. L. – 9 juill 1980 : Bull. civ. 11 , no. 179 – Paris , 5 déc. 1997 : Gaz. Pal. 1998 , Somm. 30

<sup>(١١٥)</sup> TGI Paris , 2 juin 1976 : D. 1977. 364 (3e. esp.) , note Lindon

<sup>(١١٦)</sup> T. corr. Briey , 15 sept. 1992 : Gaz. Pal. . 1993 . 1 , 201

<sup>(١١٧)</sup> C E 30 déc. 1998 : J C P 1999 . 1V. 1759

<sup>(١١٨)</sup> Civ. 1re. , 6 mars 1996 : D. , 1997 , 7 , note Ravans

<sup>(١١٩)</sup> Soc. 12 janv. 1999 : Bull. civ. , no. 7 , R. , p. 314 ; D. , 1999. 645 , note J. Mouly ; J C P 1999. I. 149 , no. 3 , obs. Teyssié , Petites Affiches , - 31 mars 1999 , note Gauriau , R T D civ. 1999 , 358 , obs. Hauser

خطاب سري بغرض فضح علاقة مع خلية<sup>(١٢٠)</sup>. ومن الأعمال التي تعتبر إعتداء على الحياة العاطفية ومن ثم حميمية الحياة الخاصة ولا يجوز نشرها سواء في كتاب أو فيلم الخلافات العائلية لشخص ما ، أو تركه منزل الزوجية<sup>(١٢١)</sup> أو مشروع طلاقه<sup>(١٢٢)</sup> ، ومن الأمثلة الشهيرة في القضاء الفرنسي نشر المغامرات العاطفية لنجوم الفن التي إعتبرها تعدياً على حميمية الحياة الخاصة<sup>(١٢٣)</sup> ، ما لم يكن سلوك الضحية المجامل بسبق الإعلان عن مغامراته العاطفية مرات متعددة فيجب أن يوضع في الاعتبار عند تقدير التعويض النقدي<sup>(١٢٤)</sup> . وإعتبرت المحاكم الفرنسية الكشف عن العلاقات الجنسية المثلية إنتهاكاً لحميمية الحياة الخاصة كالنشر مثلاً بأن شخصاً ما أنفق ماله منذ عدة سنوات لإقامة علاقة جنسية مع شخص آخر<sup>(١٢٥)</sup>. لكن إجراء تحقيق وتحريات خاصة بهدف إثبات وجود سبب للطلاق كالشذوذ الجنسي لأحد الزوجين لا يشكل إعتداء على الحياة الخاصة<sup>(١٢٦)</sup>

35/2/2 - الأمومة والأبوة Maternité , Paternité : الأمومة هي إحدى مجالات الحق في الحياة الخاصة<sup>(١٢٧)</sup>. ونشر معلومات عن طفولة أو قرابة فنان أو فنانة مع الإشارة إلى اسم الأب يشكل إعتداء على الحق في حميمية الحياة الخاصة<sup>(١٢٨)</sup>. لكن لا يعتبر تجاوزاً في تطبيق المادة التاسعة من التقنين المدني الفرنسي أخذ محكمة الإستئناف بدفاع الصحيفة لنشرها معلومات وصور تماثل الحمل والولادة لمغنية<sup>(١٢٩)</sup>. وقد حكمت محكمة باريس بتعويض ممثلة شهيرة (بمبلغ قدره ١٨٠٠٠٠

<sup>(١٢٠)</sup> TGI Paris , 2 juin 1976 : D. 1977 , 364 , (2e. esp.) , note Lindon – Jurisprudence abondante. V. par exemple : TGI Paris , 4 mars 1987 – Paris , 26 mars 1987 : JCP 1987 . 11 . 20904 , note Agostini – TGI Paris , 24 janv. 1997 ; Petites Affiches 26 mars 1997 , note Serna – Civ. 1re. , 6 oct. 1998 : Bull. civ. 1 , no. 274 ; D. 1999 . Somm. , 376 , obs. Lemouland : RTD civ. 1999 . 62 , obs. Hauser

<sup>(١٢١)</sup> Civ. 1re. , 16 oct. 1984 ; Bull. civ. 1 , no. 268 ; R 62 – V. aussi : Civ. 1re. , 3 avr. 1984 : Bull. civ. 1 , no. 125 – 13 févr. 1985 : D. 1985 , 488 (1re. esp.) , note Edelman – TGI Paris , 17 déc. 1986 : Gaz. Pal. 1987 , 1 , 238

<sup>(١٢٢)</sup> Paris , 7 oct. 1981 : D. 1983 . 403 note Lindon

<sup>(١٢٣)</sup> TGI Paris , 27 juin 1994 : Juris data no. 046057 – Paris (1re. ch. B. ) , 22 janv. 1993 : Juris data no. 020354 – TGI Paris , févr. 1991 : Juris data no. 045422

<sup>(١٢٤)</sup> Paris (1re. ch. A) , 23 janv. 1989 : Juris – data no. 022277

عشرة آلاف فرنك فرنسي – وفي قضية : TGI Paris 17 févr. 1988 : Juris-data no. 049417 كان مقدار

التعويض فرنك فرنسي واحد ، ثم تجاوزت المحكمة ذلك إلى التعويض بمبلغ خمسة عشر ألف فرنك في قضية : Paris (1re. ch. A) , Juris-data no. 026186

<sup>(١٢٥)</sup> TGI Paris , 8 juin 1994 : Juris-data no. 046058

<sup>(١٢٦)</sup> Aix-en-Provence , 19 oct. 1988 : Juris-data no. 050014

<sup>(١٢٧)</sup> Civ. 2e. , 5 janv. 1983 : Bull. civ. 11 , no. 4 – Paris 27 févr. 1981 : D. 1981 , 457 , note Lindon – Même sens : Civ. 2e. 8 juill. 1981 : Bull. civ. 11 , no. 152

<sup>(١٢٨)</sup> Paris (1re. ch. A) 2 oct. 1990 : Juris –data no. 023698

<sup>(١٢٩)</sup> Civ. 2e. , 11 juill. 1985 : pourvoi no. 84 . 13 . 150

فرنك فرنسي) عن إفشاء صحيفة لدعوى إثبات أمومة طبيعية مزعومة<sup>(١٣٠)</sup>. وحكم القضاء الفرنسي بأن دعوى إنكار العلاقة لا تتطلب مطلقاً الكشف عن اسم ومهنة الزوج. وأن كشف هذه المعلومات يضع الصحيفة والمحرر تحت طائلة المسؤولية المدنية<sup>(١٣١)</sup>.

36/2/2 - الحالة الصحية état de santé : لكل شخص الحق في رفض أي تفسير أو شرح لحالته الصحية في مقالة صحفية تبتغي إثارة الرأي العام وإستغلالها في تحقيق ربح تجاري<sup>(١٣٢)</sup>. أو تصوير ممثل كوميدى أثناء خروجه من المستشفى للعلاج<sup>(١٣٣)</sup>. وإعتبرت المحاكم الفرنسية أن الكشف عن وقائع متعلقة بأسرار طبية خاصة بشخص متوفى يشكل إعتداء غير مشروع على حميمية الحياة الخاصة للأزواج والأطفال<sup>(١٣٤)</sup>.

37/2/2 - الممارسات الدينية Pratique religieuse : يأذن التشريع ويحمي المشاركة العامة في الممارسات وإقامة الشعائر والطقوس الدينية والعبادات ؛ والكشف عنها يكون خطأ تقصيرياً وتعدياً على الخصوصية وذلك منذ الوقت الذي يثبت فيه أن هذا الإفشاء تم بنية الأذى أو إحداث وخلق سلوك مناهض ومتعصب أو عدواني<sup>(١٣٥)</sup>. لكن أمر القاضى بمنع الأم من إلحاق أولادها بملة أو نحلة دينية تنتمى إليها لا يتعارض مع الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الخاصة بحرية العقيدة وإحترام الحياة الخاصة لأن هدف المنع كان لحماية الأطفال ورعاية مصالحهم<sup>(١٣٦)</sup>.

38/2/2 الذمة المالية Patrimonial :- لا تدخل مسائل الذمة المالية لشخص وصل إلى الحياة العامة ، كمدير لإحدى المؤسسات الكبيرة مثلاً ، في نطاق الحياة الخاصة له<sup>(١٣٧)</sup>. وأن نشر بيان خاص بالذمة المالية لا يعتبر إعتداء على الحياة الخاصة<sup>(١٣٨)</sup>.

(١٣٠) Paris (1re. ch. A) , 28 oct. 1991 : Juris –data no. 024137

(١٣١) Aix-en Provence , 23 avr. 1987 : Juris – data no. 044208

(١٣٢) V. notamment : Byk : "S I D A et protection des droits individuels" Juris – classeur périodique (J C P) , 1991 , 1 , 3541 – Laurent – Merle : « Secret des données médicales et vie privée" , note . D. 2000 . 521 – Paris , 9 juill. 1980 : D. 1981. 72 (2e. esp.) , note Lindon – TGI Paris , 6 juin 1988 : Gaz. Pal. 1989 . 1 , 30

(١٣٣) Civ. 1re. , 6 juin 1987 : Bull. civ. 1 , no. 191

(١٣٤) Paris , 13 mars 1996 : JCP 1996 , 11. 22632 , note Derieux , RTD civ. 1997. 499 , obs. Normand-Massis , D. 1997. chron. 291 –Ménteau , Gaz . Pal. 1996. 2. Doctr. 754 – TGI Paris , 23 oct. 1996 , D. 1998. Somm. 85 , obs. Massis , JCP 1997.11.22844 , note Derieux

(١٣٥) Paris , 11 févr. 1987 : Gaz. Pal. 1987 . 1 . 384 ; RTD civ. 1988 , 93 , obs. Rubellin - Devichi

(١٣٦) Civ. 1re. , 22 févr. 2000 : Bull. civ. 1 , no. 54 ; D. 2001. 398 , note Courtin ; D. 2000. Somm. 273 , obs. A. Lepage ; RJPF 2000 – 6128 , note Nys ; Petites affiches 4 avr. 2001 , note Belloir – Cause ; RTD civ. 2000. 558 , obs. Hauser

(١٣٧) C E D H 21 janv. 1999 , Fressoz c/France : D. 1999. Somm. 272 , obs. Fricero (2e. esp.) , JCP 1999 , 11. 10120 , note Derieuse ibd. 1. 149 , no. 5 , obs. Teyssie

(١٣٨) Civ. 1re. , 28 mai 1991 : GAJC , 11e. éd. , no. 18 ; D. 1992. 213 , note Kayser ; JCP 1992. 11. 21845 , note Ringel – Civ. 1re. , 20 nov. 1990 : Bull. civ. 1 , no. 257



أو نشر بيان بأسماء مائة فرنسي الأكثر ثراء<sup>(١٣٩)</sup>. ومع ذلك فإنه تقديراً لعدم مساس النشر بألفة الحياة الخاصة فإنه لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يصرح بنشر معلومات عن ثروة أحد الأشخاص دون البحث والتدقيق في مدى ارتباط أو تضمن النشر المساس بالحياة الخاصة للشخص<sup>(١٤٠)</sup>. ومن الأمور التي أعتبرت إنتهاكاً لخصوصية الفرد تطلب بعض لجان منح المكافآت والمنح والعلاوات الإعلان عن ثروته والحالة العائلية ومقدار ما في ذمته من ديون<sup>(١٤١)</sup>. وكذلك إخطار المؤجر لجهة عمل المستأجر كتابياً بما عليه من أجرة متأخرة مستحقة<sup>(١٤٢)</sup>، والإستيان الذي ترسله هيئة المعاشات بغرض الحصول على إفادة عن شخصية صاحب المعاش والمحيطين به وموقفه المالي والوظيفي أو المهني<sup>(١٤٣)</sup>. ولا يجوز في النظام القانوني الفرنسي نشر رقم الضريبة المفروضة لأن ذلك من شأنه الكشف عن عناصر الذمة المالية للشخص<sup>(١٤٤)</sup>.

39/2 - الحياة المهنية Vie professionnelle يحمل الأدب والتراث الفرنسي تقديراً شديداً لحماية أسرار المهنة وعلى رأسها مهنة الطب فنجد لافونتين يقول إن "سرية المهنة ليست خرافة (مسخرة) وإنما لها أبطالها وشهداؤها. فالسكوت أحياناً يكون مقدساً"<sup>(١٤٥)</sup>. وانتقلت هذه القيمة إلى التشريع الجنائي الفرنسي في المادة (٣٧٨) التي تجرم إفشاء الأسرار التي في حوزة أصحاب المهن وأئتمنوا عليها بسبب عملهم أو وظائفهم أو مهنتهم إلا إذا أمروا بذلك قانوناً. وقد جاءت صياغة هذه المادة عامة ومطلقة لتشمل جميع المهن والأعمال سواء أطباء أو محامين أو مراجعي حسابات أو غيرهم من المؤتمنين بسبب شغلهم هذه المهن أو الوظائف على معلومات سرية.

لكن الخصوصية تقتصر على ما لديهم من أسرار عملائهم ويبقى سلوكهم الحرفي أو أسلوب ممارستهم لعملهم سيما تلك التي تهم الجمهور لا تدخل في نطاق الخصوصية وليس هناك أي غضاضة من نشرها<sup>(١٤٦)</sup>. وقد أعتبر مما لا يدخل في نطاق الحياة الخاصة قيام أصحاب المؤسسات والشركات برقابة الموظفين والعمال

<sup>(١٣٩)</sup> Civ. 1re. , 2o oct. 1993 : D. 1994. 595 , note Picod ; RTD civ. 1994. 71 , obs. Hauser

<sup>(١٤٠)</sup> Civ. 1re. , 31 mai 1988 : Bull. civ.1, no. 167 , cassant – Paris , 15 janv. 1987 : D. 1987.

231 (2e. esp.), note Lindon. , RTD civ. 1988 . 94 ,obs. Rubellin –Devichi – Comp. TGI Paris , ref. , 28 sept. 1989 : Gaz. Pal. 1989 . 2. 789 commentair Bertin

<sup>(١٤١)</sup> Civ. 1re. , 29 mai 1984 : Bull. civ. 1 , no. 176 ; R. , P. 62

<sup>(١٤٢)</sup> Civ. 2re. , 12 oct. 1976 : JCP 1988 11. 18989 , note Richevaux

<sup>(١٤٣)</sup> Civ. 1re. 19 déc. 1995 : D.1997, 158. , note Ravanais ; RTD civ. 1996. 36 , obs. Hauser

<sup>(١٤٤)</sup> Lindon : "La press et la vie privée" , J. C . P . 1965 – 1-1887

<sup>(١٤٥)</sup> A. Toulemon : "Le secret professionnell medical » , Gaz. Pal. 13 août 1957

<sup>(١٤٦)</sup> Badinter : "La protection de la vie privée contre l' ecoute électronique clandestine » , J.

C. P. I. , 1971 , no. 12 – Comp. : Lindon : La press et vie privée , opcit , no. 6

أثناء العمل بأجهزة وكاميرات المراقبة الحديثة ومراقبة التليفونات بعد إخطارهم<sup>(١٤٧)</sup>

40/2/2 - الاسم Le nom : يخرج اسم الأسرة nom patronymique بطبيعته من مجال الحياة الخاصة<sup>(١٤٨)</sup>. لكن من حيث المبدأ يستطيع صاحب الاسم منع اغتصاب اسمه حتى ولو لم يوجد ضرر<sup>(١٤٩)</sup>. ولتجنب مواجهة عدد هائل من القضايا في حالات اغتصاب الاسم يتطلب القضاء بصفة عامة أن يثبت المدعى مخاطر وقوع لبس وخلط بينه وبين المدعى عليه وأن اسمه شهير ونادر<sup>(١٥٠)</sup>. وتظهر أهمية إثبات وجود اللبس والخلط في حالات اغتصاب الاسم المستعار. ويسمح القضاء لحامل اسم العائلة أن يقاضى مستخدم الاسم المستعار إذا كان هذا الاستخدام من خلال الرأي العام يخلق مشكلة اللبس بينهما<sup>(١٥١)</sup>. وفي الوقت ذاته يعتبر تدخلاً في الحياة الخاصة الكشف للجمهور عن القلب الحقيقي لفنان يحمل اسماً مستعاراً مصحوباً بإيضاح دقيق لعنوان منزله ، ورقم هاتفه والناحية التي يوجد بها منزله الريفي<sup>(١٥٢)</sup>.

ويظهر من أحكام القضاء الفرنسي أنه لا يمنح حماية للأسماء المشتركة homonyme<sup>(١٥٣)</sup>؛ إذ في المقابل يجب على حامل هذا الاسم إثبات مدى الإحتراز والحذر عندما يضطر لممارسة نشاط عام لكي لا يعرض نفسه للأضرار الممكنة. وقد يتسبب كاتب هجاء إنتقادي لأعمال حكومية ضرر معنوي لدبلوماسي يحمل نفس الاسم المشترك<sup>(١٥٤)</sup>. وفي بعض الحالات حيث يكون استخدام الاسم في اعمال ذهنية مثل الروايات القصصية والأفلام السينمائية والمسرحيات نثراً أو شعراً يشير إلى أشخاص بذاتهم. وفي هذه الحالة يسمح القضاء الفرنسي بمسؤولية الفاعل بشرط إثبات إلى جانب خطأ الفاعل الضرر المحتمل الذي يحق بالمدعى من اللبس بين الشخصية الخيالية وبين الضحية المزعوم من وجهة نظر الرأي العام<sup>(١٥٥)</sup>. ويقدر قاضي

<sup>(١٤٧)</sup> Soc. 14 mars 2000 : Bull. civ. V. no. 101 ; JCP 2001 . 11. 10472 , note Puigelier ; RTD civ. 2000. 801 , obs. Hauser – Soc. 31 janv. 2001 : Bull. civ. V , no. 28 (vidéosurveillance) –15 mai 2001 : D. 2001 , IR. 1771

<sup>(١٤٨)</sup> Paris , 30 oct. 1998 : D. 1998. IR. 259 ; D. Affaires 1999. 165 , obs. J. F. ; RTD civ. 1999. 61 , obs. Hauser

<sup>(١٤٩)</sup> Civ. 15 mars 1988 , 549 , note Massip ; JCP 89 , 21347 , note Agostini

<sup>(١٥٠)</sup> G. : Paris 7 févr. 1989 , D. 90 , 124 , note Hassler  
Loiseau : Le nom , objet d' un contrat , LGDJ , Bibliothèque de droit privée , t. 274 , 1997 , préface J. Ghestin , no. 406 à 429

<sup>(١٥١)</sup> P. Kayser : "La défense du nom de famille" , RT 1959 , no. 16 – Trib. Seine 30 mars 1882 , S. 84 , 2 , 21 , (2e. esp.) – Req. 11 févr. 1935 , DH 35 , 177 – 15 juin 1942 , GP 42 , 2 , 104 – Civ. 23 févr. 1965 , D. 65 , 387 – Paris 6 févr. 1968 , D. 68 , Somm. 121 ; JCP 68 , 15466 , Baudelot de Livois c. Eveillant

<sup>(١٥٢)</sup> Paris , 15 mai 1970 , D. 1970. 466 , concl. Cabannes

<sup>(١٥٣)</sup> Req. 15 mai 1867 , DP67 , 1 , 241 , Crussol d' Ugès – req. 10 nov. 1897 , DP 98 , 1 ,

242 , M. de Dreux-Brézé – Civ. 6 mars 1923 , DP 23 , 1 , 81 , M. de Béthune-Sully  
Civ. 1 , 5 janv. 1973 , D. 73 , inf. 54

<sup>(١٥٤)</sup> CA Paris , 24 mars 1975 , D. , 1975. J. 488 , note R. Lindon

<sup>(١٥٥)</sup>

الموضوع مخاطر هذا اللبس ويرجع في ذلك إلى مدى حسن نية الفاعل أو سوءها. ومن البديهي أن خطر اللبس يتعاظم في حالات الأسماء الشهيرة أو النادرة وهي الحالات التي يحميها القضاء تقريباً<sup>(١٥٦)</sup>. ومن البديهي على الجانب العكسي أن يتضاءل هذا اللبس في حالات الأسماء العادية<sup>(١٥٧)</sup>. ومن المقبول إذاً البحث عما إذا كانت توجد ظروف خاصة تفقد الرأي العام للقول بتمثيل وتشابه الاسم المنشود بشخص المدعى كأن يمارس نفس المهنة في نفس المدينة<sup>(١٥٨)</sup>، أو أنهما يحملان نفس الاسم الشخصي، أو المهنة، أو علاقة العمل<sup>(١٥٩)</sup>. فإذا وجدت مثل هذه الظروف فإن القضاء عادة يتعاطف مع صاحب الصورة<sup>(١٦٠)</sup>. ويكون خطأ الفاعل – وهو ليس ضرورياً، لكن إن وجد – هو الإهمال وعدم التحري عما إذا كان يوجد شخص يحمل نفس الاسم المشترك مع توافر الظروف السابقة.

ويقرر القضاء الفرنسي مسؤولية مستخدم الاسم إذا تم هذا الاستخدام لأغراض تجارية، أو لافتة وعنوان لمحل، أو رمز إعلان، أو اسم تجاري لعلامة تجارية<sup>(١٦١)</sup>. فإذا لم يكن الاسم شهيراً ترفض الدعوى إلا إذا تمكن المدعى من إثبات نشوء خطر اللبس وأن إختيار هذا الاسم خطأ تقصيري<sup>(١٦٢)</sup>.

41/2/2 - الحق في الصورة Le droit à l' image : يعترف القضاء الفرنسي بتأييد من الفقه<sup>(١٦٣)</sup> بحق كل شخص في صورته إذ أنها إمتداد لشخصيته وأن الاستخدام غير المرخص به لصورة الشخص خطأ تقصيري يخول المضرور رفع دعوى

TGI 22 oct. 1963, GP 64, 1, 86, de Courseulles

(١٥٦)

Trib. Seine 18 juill 1941, DA 42, 30, Costa c. de Montherlant – Trib. Seine 10 déc. 1958, GP 59, 1, 243, Jolyet c. F. Sagan – TGI Paris, 19 mars 1972, RIDA 73, LXXV.

143, Silberman c. J. de Lacretelle – Paris 24 mai 1975, D. 75, 488, note Lindon

TGI Seine 13 avr. 1967, D. 68, 437 – Civ. 2 juill 1969, Daninos c. Camuset, GP 69, 2, som., 4

(١٥٨)

Paris 16 mars 1974, JCP 75, 17935, note Lindon

(١٥٩)

P. Kayser : "Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratique" RT 1971, 445, no. 17

(١٦٠)

Paris, 17 déc. 1976, D. 77, inf., 280 – TGI Paris 3 janv. 1986, D. 87, 115, note

(١٦١)

Burst – Paris 10 juill 1986, JCP 87, 20712, note Agostini – Lyon 27 oct. 1988, D. 88, inf. 284 – TGI Nanterre 16 avr. 1995, GP 95, 1, 279

Civ. 13 fév. 1967, D. 67, som. 78 – Civ. 1, 26 mai 1970, 520 – Civ. 1, 19 déc. 1967, D. 68, 277, note Beaumaine – TGI Paris 7 janv. 1972, JCP 73, 17389, note Mousseron ;

(١٦٢)

RT com. 73, 251, obs. Chavanne et Azenia

B. Beignier : "Les droits de la personnalité", in R.Cabrillac et autres, Droits et libertés

(١٦٣)

fondamentaux, Dalloz, 2e. éd. 1994, p. 570 – Daniel Becourt : Le droit de la personne sur son image, préface de M. Jacques Bourquin, présentation de M. Guy Chavanom, Paris, L. C. D. J/ no. 37, p. 21 et s. – J. Kayser : "Le droit dit à l' image", Mélanges Roubier, t. 11, p. 73 et s. – J. Ravanis : La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, L. G. D. J., 1978, p. 413 et s. – J. Stoufflet : Le droit de la personne sur son image, JCP, 1975. 11. 1734 – R. Nerson : "Droit à l' image et respect de la vie privée", Rev. trim., 1971, p. 364

يعترض على نشرها وإستخدامها دون رضائه<sup>(١٦٤)</sup>. بالإضافة إلى حقه في التعويض النقدي عن الخطأ التقصيري في الإعتداء على حقه في الحياة الخاصة<sup>(١٦٥)</sup>.

ويتعاضد الإهتمام بهذا الحق في حالات إستخدام صور المشاهير من فنانين وسياسيين وأعتبر الإعتداء على الحق في الصورة رسم مقدمة برامج تلفزيونية شهيرة وهي عارية معطياً إنطباع بأنها صورة فوتوغرافية لها<sup>(١٦٦)</sup>. ومن صور الإعتداء على الحق في الصورة إستنساخ صور لمجموعة من المتخلفين عقلياً أثناء تواجدهم اليومي في المؤسسة التي يعيشون فيها دون موافقة أو تصريح من ممثليهم القانونيين<sup>(١٦٧)</sup>. والملك ، شأنه في ذلك شأن أي من الرعية ، له الحق في صورته ويستطيع أن يعترض على أي نشر لها مادامت لم تؤخذ له أثناء ممارسته الحياة العامة<sup>(١٦٨)</sup>. ومن أمثلة الإعتداء على الحق في الصورة التي أقرها القضاء الفرنسي تصوير شخصية عامة لإستخدامها بطريقة مقززة في شريط فيديو لغرض سياسي<sup>(١٦٩)</sup>. والرسم الكاريكاتوري وفقاً لتشريع الجنس الذي يؤكد الممارسة الكاملة والمطلقة لحرية التعبير دون أن يتضمن إستخدام الصور في عمليات تجارية<sup>(١٧٠)</sup>.

يجب أن يكون الإذن بنشر الصورة صريحاً وخاصاً *expresse et speciale* فلا يعنى وجود شخص في مكان عام تنازله عن حقه في صورته وفي حياته الشخصية<sup>(١٧١)</sup>. ومن جهة أخرى ، يجب تحديد هذا التصريح بدقة ففي بعض الحالات يوجد نوع من مبدأ التخصيص *principe de spécialité* حيث لا يستخدم الإذن بالنشر

<sup>(١٦٤)</sup> – Civ. 2e. , 11 févr. 1970 , D. 1971. J. 409 – Civ. 7 juill 1971 , D. 1971 , Somm. , p. 224 – TGI Nancy , 8 juin 1973 , D. 1974 , p. 126 , note Ph. Merle – TGI Paris , 22 déc. 1975 , JCP 76, 18410 , note R. Lindon وتدرج وقائع هذه القضية حول تصوير شخص بدون علمه في الطريق العام ثم أستخدمت الصورة في فيلم إباحي Paris , 15 févr. 1984 , JCP , 1985 , 1V. , p. 86 – TGI Aix en Provence , 24 nov. 1988 , JCP. 1989 . 11. 21329 , note J. Henderycksen – Civ. 1re. , 5 nov. 1996 , JCP. , 1997. 11. 22805 , note J. Ravanas

<sup>(١٦٥)</sup> د. سعيد جبر : الحق في الصورة ، ص ١١ والمراجع المشار إليها في هامش رقم (٢)

<sup>(١٦٦)</sup> Civ. 1 , 8 janv. 1980 , B. 1. , no. 18 – Paris , 25 oct. 1982 : D. 1983 , 363 , note Lindon – Paris 26 oct. 1987 , D. 87 , inf. , 241 – TGI Paris , réf. 24 janv. 1997 : Petites affiches 26 mars 1997 , note Serna

<sup>(١٦٧)</sup> Civ. 1re. , 24 févr. 1993 Bull. civ. 1 , no. 87 ; R. , p. 241 ; D. 1993 , 614 , note Verhayde; Defrénois 1993. 1000 , obs. Nassip, JCP 1994-11.22319. 614,note Fossier ; RTD. civ. 1993. 326 , obs. Hauser – Toulouse , 15 janv. 1991 : D. 1991 , 600 , note Ravanas

<sup>(١٦٨)</sup> Civ. 1re. , 13 avr. 1988 : JCP. 1989.11.21320 , note Putman

<sup>(١٦٩)</sup> Versailles , 8 mars 1996 : Gaz. Pal. 1996. 1. 231

<sup>(١٧٠)</sup> Civ. 1re. 13 janv. 1998 : Bull. civ. 1 , no. 14 , D. 1999.120 , note Ravanas ; D. 1999. Somm. 167 , obs. Bigot ; D. Affaires 1998 , 240 , obs. J. F. ; JCP. 1998. 11. 10082 , note Loiseau ; RTD civ. 1998. 341 , obs. Hauser

<sup>(١٧١)</sup> Paris 16 juin 1986 , D. 87 , som. 136 , obs. Lindon et Anson – 19 sept. 1995 , D. 95 , inf. 238 – Civ. 1re. , 12 déc. 2000. Bull. civ. 1 , no. 322 ; D. 2001 , IR. 182 ; Petites affiches 2 févr. 2001 , note Derieux

في غير الغرض المخصص له<sup>(١٧٢)</sup>. ومما هو جدير بالذكر أن التشريع الجنائي يحمي حق الشخص في الصورة بموجب المادة (٣٦٨) من قانون العقوبات التي تعاقب كل من التقط أو نقل بجهاز أيًا كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.

42/2 - الحق في الصوت Le droit à la voix : صوت الإنسان هو أحد السمات المميزة له ومن ثم فإن لكل شخص الحق في منع أي إنسان آخر يقلد صوته وإستغلاله بحيث يثير اللبس لدى المستمع في شخصية صاحب الصوت ويسبب له أضرار مختلفة. ويتم هذا التقليد غالباً لأصوات الفنانين من مطربين وممثلين أو مقدمي البرامج<sup>(١٧٣)</sup>.

43/2 - سرية المراسلات Secret de la correspondance : تتم حماية سرية المراسلات في النظام الفرنسي على محورين الأول : القانون الجنائي الذي يجرم في المادة (١٥٧) إنتهاك سرية المراسلات أثناء إرسالها للمرسل إليه. كما أن فتح المراسلات يعتبر جريمة وفقاً للمادة (١٨٧) من قانون العقوبات. والثاني : في نطاق القانون الخاص حيث ربط القضاء مبدأ حرمة السرية بنظرية حقوق الشخصية والتي تقتضى بدورها الحماية القانونية<sup>(١٧٤)</sup>. وقد حكم القضاء الفرنسي بأن إحتجاز الرسائل البريدية الإرادي لمدة قصيرة كافياً لأن يكون إنتهاكاً لحرمة الرسالة. ومن جهة أخرى فإن تصوير أو نسخ البيانات التي توجد على المظروف الذي يحوى الرسالة أثناء إرسالها أو التي توجد على البطاقات البريدية يعد بمثابة إستيلاء حقيقي على هذه النصوص الأمر الذي يجعله إنتهاك لمبدأ سرية المراسلات<sup>(١٧٥)</sup>.

وقد حسمت الغرفة الجنائية في حكم لها بتاريخ ٥ فبراير ١٩٥٨ حرمة سرية المراسلات على الخطابات الخاصة بأى من الزوجين<sup>(١٧٦)</sup>. لكن يبقى للوالدين حق مراقبة الرسائل التي ترد لأولادهم القصر ، وكذلك الأمر بالنسبة لمدير مستشفى الأمراض العقلية بخصوص الخطابات التي ترد للمرضى<sup>(١٧٧)</sup>. وتتصرف الحماية

<sup>(١٧٢)</sup> Civ. 1re. , 30 mai 2000 : Bull. civ. 1 , no. 167 ; D. 2000 . IR. 180 , JCP 2001. 11. 10524 , note Montels , Commun. Comm. élec. 2000 no. 107 , note A. Lepage , Petites affiches 9 févr. 2001 , note Ringel , ibid. 20 avr. 2001 , note S. Morvan , RTD. civ. 2000. 801 , obs. Hauser

<sup>(١٧٣)</sup> Civ. 1 , 30 janv. 1974 , B. 1. no. 33 – TGI Paris 3 déc. 1975 , JCP. 78 , 19002 , note Bécourt – 11 juill. 1977 , D. 77 , 700 – 19 mai 1982 , JCP. 83 , 19955 et D. 83 , 147 , note Lindon – V. aussi : D. Huet-Weiller : « La protection juridique de la voix humaine » , RT. 1982 , 497 , spec. p. 506 et s.

<sup>(١٧٤)</sup> Chambéry , 16 janv. 1961 , D. 1961. 343 , note Recueil générale des lois 1961 , 1 , no. 279 P. 270 – Civ. 1 re. , 11 juin 1991 : Bull. civ. 1 , no. 195 ; Defrénois 1991. 1257 , obs. Massip. Cass. , avis , 24 janv. 1994 : Gaz. Pal. 1994. 1. 155

<sup>(١٧٥)</sup> La Court d' Amiens , 19 janv. 1962 , Rev. sc. crim. 1962 , 327 , obs. Hugueney et 336 , obs. Bouzat

<sup>(١٧٦)</sup> Rev. sc. crim. , 1958 , 636

<sup>(١٧٧)</sup> Jean Malherbe : La Vie Privée et le Droit Moderne , preface de : P. Antoine Perrod , Comment Faire , collection dirigée par Emmanuel Blanc , 24 , Enseignement et perfectionnement technique , Librairie du journal et des avocats , p. 16

القانونية إلى المراسلات من لحظة إرسالها وحتى تصل إلى الموجهة إليه<sup>(١٧٨)</sup>. وعند استلام المرسل إليه لها يعتبر مالكا ملكية مادية لهذه الرسالة فإذا كانت تحوى معلومات سرية فإن حقه في الملكية يتعارض مع الحق المعنوي لمنشئ الرسالة في سرية المعلومات ولا يستطيع حينئذ إفشائها إلا برضاء المرسل<sup>(١٧٩)</sup>. وإذا حدث إعتداء من الغير بعد وصول الخطاب يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه لا يعد جريمة بمفهوم المادة (١٨٧) من قانون العقوبات إذ أن عليه واجب حمايتها<sup>(١٨٠)</sup> وإذا كانت الحماية التي يفرضها القضاء تتجه مباشرة إلى المراسلات التي تتسم بطابع السرية ، لكن المحاكم الفرنسية لم تضع قاعدة عامة لتحديد عنصر السرية. ولذلك أعتبر تقدير مدى سرية المراسلات من صلاحيات قاضى الموضوع على ضوء الظروف والملابسات<sup>(١٨١)</sup>.

والى جانب الحماية التي يوفرها القانون الجنائي والقانون الخاص توجد حماية أخرى توفرها مجموعة قوانين البريد والتليفون والبرق. إذ أنه وفقاً للمادتين (٤١) ، (٤٢) من هذه القوانين يجب على موظفى هذه الإدارات المحافظة على سرية المراسلات البريدية والبرقية والهاتفية وإلا تعرضوا للعقوبات الواردة في المادة (٣٧٨) من قانون العقوبات لإرتكاب جريمة إفشاء سر المهنة<sup>(١٨٢)</sup>

44/2/2 - سرية المحادثات La confidentialité des conversations : بموجب المادة (٣٧٨) من قانون العقوبات الفرنسي الخاصة بانتهاك السرية المهنية يعتبر جريمة إفشاء أو إستخدام محتوى المراسلات المبعوثة عبر أجهزة الراديو الكهربائية radioélectrique أو الكشف عن وجودها ، ويطبق هذا الحكم على وجه الخصوص على المحادثات الهاتفية. وإن كانت هذه الحماية مفروضة - في الواقع - لمواجهة الممارسات السيئة التي تباشرها بعض أجهزة الإدارة الحكومية تحت ستار المصلحة العامة<sup>(١٨٣)</sup>. كما تعاقب المادة (٣٦٨) من قانون العقوبات<sup>(١٨٤)</sup> كل من إعتدى عمداً على الحياة السرية للآخرين : بالتصنت أو التسجيل أو بالنقل ، بواسطة أي جهاز كان ، للحديث الصادر من شخص فى مكان خاص بدون موافقته. وإذا كان القانون الجنائي يفترض أن يتم الإعتداء بإستخدام أي آلة أو جهاز من أجهزة التصنت أياً كانت درجة حدتها وإمكانيتها فإن القانون المدني لا يرتب أهمية في قيام الفعل

<sup>(١٧٨)</sup> La Chambre Criminelle , 18 juin 1937 , D.H. 1937 -4881 - V. aussi: P. Kayser : "Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile" , Melange R. Savatier , 1965 , P. 405 , Surtout p. 409 مشار إلى هذه المقالة في د. محمود عبد الرحمن محمد : نطاق الحق في الحياة الخاصة ، المرجع

السابق ، ص ٢١٢ ، هامش (٤)

P. Kayser : "La vie privée et jurisprudence , opcit p. 248

<sup>(١٧٩)</sup>

D. Ferier : La protection de la vie privée , thèse , Univ. des Sciences Sociales de Toulouse , 1973 , p. 65

<sup>(١٨٠)</sup>

Jean Malherbe : La vie privée , opcit , p. 18

Cass. Civ. , 17 janv. 1935 , D.H. , 1935 , p. 132

<sup>(١٨١)</sup>

J. Malherbe : La vie privée , opcit , p. 22

<sup>(١٨٢)</sup>

<sup>(١٨٣)</sup> المضافة بالقانون رقم ٧٠-٦٤٣ الصادر في ١٧ يولييه ١٩٧٠ والخاص بحماية حقوق الأفراد وحرقاتهم

<sup>(١٨٤)</sup>

الضار على استخدام هذه الآلات أو الحواس الإنسانية الطبيعية متى كانت تؤدي إلى إحداث الضرر الموجب للتعويض<sup>(١٨٤)</sup>. ووجه اختلاف آخر بين القانونين الجنائي والمدني ، الأول الذي يبيته عدم التوسع في التجريم ، يربط الحماية بوقوع الإعتداء في "مكان خاص" lieu privé أو المكان المغلق ، الذي لا يسمح بدخوله للخارجين عنه أو الذي يتوقف دخوله على إذن لدائرة محددة صادر ممن يملك هذا المكان أو من له الحق في استعماله أو الانتفاع به<sup>(١٨٥)</sup>. بينما يعتد القانون الخاص ، الذي يبيته جبر الضرر ، إلى الأخذ بمعيار طبيعة الحديث وليس طبيعة المكان إذ أن الحديث قد يكون خاصاً حتى لو تم في مكان عام<sup>(١٨٦)</sup>.

وفي ضوء توسع الفقه المدني في حالات الإعتداء على سرية المحادثات الهاتفية بمعنى أي كانت وسيلة التصنت والتسجيل وعلى ضوء الطبيعة السرية للمحادثة نفسها قرر القضاء الفرنسي أنه بالرغم من عدم معارضة رقابة صاحب العمل على عماله وإجرائها أثناء ساعات العمل إلا أن ذلك لا يخول له عدم إحترام خصوصيتهم بالتصنت أو تسجيل محادثاتهم الهاتفية. وإعتبر أن التقاط هذه المحادثات التي تتم في الأكشاك المحلية للهواتف فعل غير مشروع يستوجب المسؤولية<sup>(١٨٧)</sup>. ومن باب أولى ، الإفشاء أمام جمع من الناس ، أو تسجيل المحادثات السرية لإثنين من العاملين التي تمت في غير أوقات العمل<sup>(١٨٨)</sup>.

45/2 - الحق في النسيان Droit à l'oubli : يثير هذا الحق جدلاً بين الفقه ينعكس أثره على التطبيق القضائي ويدق معه تحديد بعض المفاهيم. فحين إستقر بعض الفقه على أن هذا الحق والذي مقتضاه حق الشخص في عدم بعث الماضي من دياجير النسيان والكشف عن وقائع مرتبطة بحياته الماضية وقد مضى عليها حين من الدهر وطواها النسيان ، هو أحد مظاهر الحق في الخصوصية وأن الإعتداء عليه هو إعتداء على حياته الخاصة<sup>(١٨٩)</sup>. وطبقه القضاء في بعض أحكامه<sup>(١٩٠)</sup>. نرى من جهة أخرى فرضية أن البحوث التاريخية العلمية تتمتع برخصة الإستشهاد والإشارة إلى أشخاص حقيقيين في إطار عدم وجود نية إحداث ضرر ضد الشخص المذكور وأن

<sup>(١٨٤)</sup> حسام الدين كامل الأهواني : الحق في إحترام الحياة الخاصة ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ - محمود عبد الرحمن محمد :

نطاق الحق في الحياة الخاصة ، المرجع السابق ، ص ١٨٧

<sup>(١٨٥)</sup> Becourt : "Reflexions sur le projet de loi relatif à la protection de la vie privée" ، 1970 ، Gaz. Pal. doctrine , p. 202

<sup>(١٨٦)</sup> J. Pradel : "Les dispositions de la loi no. 70 – 643 du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée" Dalloz , 1971- 1. , no. 24 , p. 111

<sup>(١٨٧)</sup> TGI Saint – Etienne 19 avr. 1977 , D. 78 , 123 , note Lindon – Rapp. Soc. 20 nov.

1991 , D. 92 , 73 , concl. Chauvy ; RT 92 , 365 , obs. Hauser et Huet – Weiller

Paris 22 mars 1989 , D. 89 , Som. , obs. D. Amson

R. Lindon : Les droits de la personnalité ، Dalloz , 1974 , p. 18

Paris , 15 mai 1970 , D. 1970 , 446 – TGI Paris , 17 avr. 1975 , GP. , 1975 , 678

<sup>(١٨٨)</sup>

<sup>(١٨٩)</sup>

<sup>(١٩٠)</sup>

يتوخى الحقيقة المطلقة<sup>(١٩١)</sup> وبشرط أن لا يكون العمل عدائياً<sup>(١٩٢)</sup>. ويصبح مع هذا الفرض أنه عندما يكون محل النشر وقائع تدخل في نطاق التاريخ تنتفى مسؤولية الناشر<sup>(١٩٣)</sup>. وفي نفس الوقت لا يستطيع الضحية المزعوم الإلتجاء للحق في النسيان لوقف أو منع نشر وقائع من جديد كانت تمس حياته الخاصة وسبق إعلانها للجمهور في الصحف المحلية<sup>(١٩٤)</sup>. ويفرق أنصار هذا الرأي بين الحق في النسيان لشخصه وهو محل الحماية القانونية على أساس المادة (٩) من القانون المدني الفرنسي ، وبين الحق في حماية ماضيه والذي قد يتمتع بالحماية في حالات خاصة<sup>(١٩٥)</sup> غير تلك التي يتمتع بها الحق في الخصوصية. فهذا الفريق ينكر إدراج الحق في النسيان ضمن حق الشخص في حياته الخاصة ويدعم وجوده كحق مستقل على أساس تقادم الوقائع التي حتى لو تمت بصورة علنية فلا يجوز قطع التقادم إلا بإذن من صاحب العلاقة<sup>(١٩٦)</sup>. يضاف إلى هذا الإجتهد الفقهي أن المشرع الفرنسي في المادة (٣٥) من قانون الصحافة الصادر في ٢٩ يولييه ١٨٨١ يقرر عدم جواز إثبات صحة وقائع القذف المنسوبة إلى شخص متى مضت عشر سنوات على واقعة القذف ، ثم أضاف - إقتناعاً باستقلال الحق في النسيان عن الحق في الحياة الخاصة - أنه لا يجوز بأى حال من الأحوال إثبات الوقائع التي تتعلق بالحياة الخاصة. وعلى أي الأحوال فإن القول بإندراج الحق في النسيان ضمن الحق في حماية الحياة الخاصة أو عدم إدراجه لا ينفي أنه يتمتع بالحماية المدنية سواء كان أساسها المادة التاسعة من القانون المدني أو القواعد العامة في المسؤولية.

46/2/2 - خصوصية المعلومات : تقضى المادة الأولى من القانون رقم ٧٨ - ١٧ الصادر في ٦ يناير ١٩٧٨ والخاص بالمعلوماتية بوجوب أن يكون الإعلام في خدمة كل مواطن وأن لا يشكل إعتداء على الهوية الإنسانية أو حقوق الإنسان أو الحياة الخاصة أو الحريات الفردية أو العامة. ويقصد بالمعلومات في هذا القانون ، المادة (٦) ، المعلومات الإسمية nominatif وهى تلك التي بموجبها وتحت أي شكل تكون ، مباشرة أو غير مباشرة ، يتم تحديد وتحقيق الأشخاص الطبيعيين محل هذه المعلومات.

وقد أنشئت بموجب هذا القانون لجنة تسمى "اللجنة الوطنية للمعلومات والحريات" « LaCommission national de l' informatique et des libertés »

(١٩١) Civ. 1re. mars 1957 , GP. 57 , 2 , 140 – Trib. Seine 4 nov. 1965 , JCP. 66 , 14482 – Trib. Paris 30 juin 1971 , 2 esp. , JCP. 71 , 16857 ; D. 71 , 679 , note Edelman

(١٩٢) Trib. Paris 14 oct. 1970 , GP. 71 , 1 , 102

(١٩٣) Paris 30 juin 1961 , D. 62 , 208

(١٩٤) Civ. 1 , 20 nov. 1990 , B. 1 , no. 256 , JCP. 92 , 21908 , note Ravanais

(١٩٥) أنظر في هذه التفرقة : C. Costa : "Le droit à l' oubli » , GP 26 – 27 juill. 1995 , 2

(١٩٦) Léon Caen : Note sou TGI Seine , 4 oct. 1965 مشار إليه في محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص



مهمتها العمل على احترام القانون ، وتلقي نماذج إعلان المعلومات ، والتحقيق في الشكاوى والمطالبات والإلتامسات ، وإعلام وإرشاد المعلن بالسلطات الأخرى الممكن اللجوء إليها ، ورقابة تطبيق قانون المعلوماتية ، كما أنها في بعض الحالات المستحقة تستخدم سلطتها التنظيمية في الرقابة والتوجيه. ولعل أهم وظيفة لها هي توفير الضمان والسرية للمعلومات التي تتلقاها من صاحب المعلومات (م/٢٩). وتتمتع هذه اللجنة بسلطة في منح أو منع الترخيص لأنشطة معالجة البيانات العامة والخاصة<sup>(١٩٧)</sup>. وقد أنشأت هذه اللجنة لجاناً فرعية مستقلة ، خاصة بحرية العمل ، والبحث والإحصاء ، والحكومات المحلية ، والتكنولوجيا ، والأمن<sup>(١٩٨)</sup>. ويكون لتوصيات هذه اللجنة قيمة البيان القوي جداً إلا أنها لا ترقى إلى الإلزام ولا تخضع بالتالي للرقابة القضائية لمجلس الدولة والذي لفت النظر إلى ذلك في حكمه الشهير في ٢٧ سبتمبر ١٩٨٩<sup>(١٩٩)</sup>. وإهتم المشرع في قانون ١٩٧٨ على تكريس احترام الحق في السكوت فلا يجب جمع البيانات عن غير المطلوب جمع بياناتهم. وبهذا الصدد ميزت اللجنة في مداولاتها بتاريخ ٢١ يولييه ١٩٨١ بين ثلاثة أشكال من ضمان البيانات : الضمان المادي ، والضمان المنطقي ، وإحساس الشخص بالأمان والسلامة<sup>(٢٠٠)</sup>.

وتجرم المادة (٤٣) من قانون المعلوماتية إفشاء المعلومات الإسمية بدون إذن من صاحب العلاقة إذا كان هذا الإفشاء يمثل إعتداء على سمعته وإعتباره أو حميمية حياته الخاصة. وتتعاظم العقوبة في حالة العمد وتتخفف في حالات عدم التبصر والإهمال. فالقانون يميز في تشديد العقوبة أو تخفيفها بين حالتي العمد intentionnel وغير العمد اللاإرادي involontaire. وتجريم الإفشاء يشمل جميع المعلومات أيّاً كانت درجة حساسيتها<sup>(٢٠١)</sup>.

### المطلب الثاني : حق الخصوصية في مصر

47/2/2 - يأتي الحق في الحياة الخاصة في مصر تحت مظلة من التشريعات الدستورية والقانونية تعترف به وتحميه من خلال مساندة وتوصيات موثيق ومؤتمرات عربية وإسلامية. فقد نصت المادة السادسة من مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان على أن "الحياة الخاصة حرمة مقدسة ، المساس بها جريمة ، وتشمل هذه الحياة الخاصة خصوصيات الأسرة وحرمة المسكن وسرية المعاملات وغيره

<sup>(١٩٧)</sup> Paul M. Schwartz : "Administrative Law – The Oversight Data Protection Law", (Book Review) , American Journal of Comparative Law , Vol. 39 (Summer 1991) , pp. 618 , 619 , 625

<sup>(١٩٨)</sup> David H. Flaherty : Protecting privacy in Surveillance Societies , opcit , pp. 165 – 66

<sup>(١٩٩)</sup> C E , section du contentieux , 27 sept. 1989 , Chopin et Cie , Editions de Mirandol ;

Press Mailing Service , C N I , Expertises 1989 , p. 434 et commentaire de J. Frayssinet

"Recommandations de la C N I L et contrôle de légalité du juge administrative , p. 42

<sup>(٢٠٠)</sup> Memento – Guide Alain Bensoussan : L' informatique et le droit , tome 1 , Hermes , no.

19347 , p. 459

<sup>(٢٠١)</sup> CA. Angers , Ch. Corr. , 27 sept. 1990 , Gaz. Pal. 15, 16 avr. 1992 , Gasette du droit des technologies avanceis , p. 29

من سبل المخابرة الخاصة". كما وافق المؤتمر الإسلامي التاسع لوزراء الخارجية المنعقد في القاهرة في الفترة من ٣١ يولييه - ٤ أغسطس ١٩٩٠ على إصدار إعلان القاهرة عن حقوق الإنسان في الإسلام وجاء في المادة الثامنة منه : "لكل إنسان الحق في أن يعيش آمناً على نفسه ودينه وأهله وعرضه وماله. وللإنسان الحق في الاستقلال بشئون حياته الخاصة في مسكنه وأسرته وماله وإتصالاته ، وللمسكن حرمة في كل الأحوال ولا يجوز دخوله بغير إذن أهله أو بصورة غير مشروعة ، ولا يجوز هدمه أو مصادرته أو تشريد أهله منه".

وفى إطار التشريعات الوطنية حرص المشرع المصري على حماية هذا الحق وإقراره كمبدأ عام ثم تطرق إلى بعض تطبيقات الحق في الخصوصية. فمن حيث إقرار المبدأ العام نصت المادة (٤٥) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ على أن "لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون". كما نصت المادة (٥٧) منه على أن "كل إعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور ، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الإعتداء". ويلاحظ على هذه المادة الأخيرة فضلاً عن رفعها الحق في الخصوصية إلى مرتبة الحقوق الدستورية<sup>(٢٠٢)</sup> فقد استحدثت مبدأين هامين : الأول خاص بعدم سقوط الدعوى الجنائية ولا الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة الإعتداء على حرمة الحياة الخاصة بالتقادم. ثم أضاف المشرع ، وفقاً لهذا الإتجاه ، فقرة جديدة إلى المادة (١٥) من قانون الإجراءات الجنائية تقضى بعدم إنقضاء الدعوى الجنائية الناشئة عن بعض الجرائم ومنها تلك الخاصة بالإعتداء على حرمة الحياة الخاصة. وأكد نفس الفكرة بتعديل المادة (٢٥٩) من ذات القانون بحيث لا تنقضى الدعوى المدنية الناشئة عن هذه الجرائم والتي تقع بعد تاريخ العمل بهذا القانون بالتقادم. ويُفهم من صياغة المادة (١٥) من قانون الإجراءات الجنائية أنها تشمل الدعاوى سواء تلك التي يكون المسؤول مرتكب الفعل الضار موظف عام أو شخص عادي. وقد إنتقد البعض<sup>(٢٠٣)</sup> بمبررات معقولة صياغة هذه المادة وأن عبارتها جاءت غير معبرة عن القصد وهو قصر تطبيق عدم سقوط الدعوى بالتقادم على حالة إرتكاب الإعتداء بواسطة موظف عام دون الشخص العادي. إذ أنه من الأسلم للمجتمع ولإستقرار النظام القانوني وعدم إثارة الماضي أن تنقضى الدعوى بالتقادم إذا كان الجاني شخصاً عادياً وسكت فترة طويلة متقاعساً عن رفع الدعوى. ويبقى مع ذلك القول للباحث بأنه لا يوافق على هذا التبرير لأنه لا إجتهد مع وضوح وصراحة النص الدستوري. وهو نص عام غير قابل للتخصيص مطلقاً إذ أن الشارع أراد بالقطع إستحداث مبادئ جديدة في حماية الحق في الخصوصية في مواجهة الجرائم التي تنشأ إنتهاكاً له. وإعتبر عدم سقوط الدعوى بالتقادم سيفاً مسلطاً على الجناة سواء كانوا من عمال الدولة وإرتكبوا

(٢٠٢) الأهواني ، المرجع السابق ص ٣٤

(٢٠٣) حسام الأهواني : "حماية الحرية الشخصية في روابط القانون الخاص" ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، حقوق عين

شمس ، يناير ١٩٩١ ، العدد الأول ، السنة الثالثة والثلاثون ص ١٣ ، ١٤

جرائمهم تحت مظلة سلطانهم والنفوذ المخول اليهم بحكم وظائفهم أو كانوا أشخاصاً عاديين استغلوا ما لديهم من إمكانيات بشرية أو مادية والتطور التقني الهائل في أجهزة التصنت والتلصص في ارتكاب جرائمهم. فهو شكل من أشكال العقوبة الخاصة توقع على الجناة ردعاً بغض النظر عن وصفهم تقديراً من المشرع لمدى خطورة هذه الجرائم.

وإذا كانت الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة لا تسقط بالتقادم بموجب صريح النص فإنه من باب المسكوت عنه فإن الدعوى المدنية العادية بالمطالبة بالتعويض عن إنتهاك الخصوصية تتقادم طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني المصري وفقاً للمادة (١٧٢) وهي ثلاث سنوات من اليوم الذي علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، وتسقط في كل الأحوال بإنقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع<sup>(٢٠٤)</sup>.

والمبدأ الثاني الذي إستحدثه الدستور المصري هو كفالة الدولة للتعويض العادل لمن وقع عليه إعتداء على حرمة حياته الخاصة. وهو نص يتفق مع الفكر الحديث في مواجهة الجرائم الحديثة التي تقع على حقوق الشخصية. فهو ينيط بالدولة كفالة التعويض كما الحال في فرنسا فيما إستحدثه المشرع هناك من إنشاء صناديق للتعويض عن بعض الجرائم كالإرهاب مثلاً. ويلاحظ أمام عمومية هذا النص أنه لا يمكن قصره على الجرائم التي تحدث من موظفي الدولة والعاملين فيها فقط وإنما يشمل أيضاً وعلى قدم المساواة الأشخاص العاديين وليس أدل على ذلك من إستخدام المشرع عبارات : كفالة التعويض وليس مسئولية التعويض ، والتعويض العادل والذي يدل في القوانين المصرية على التعويض غير الكامل. فهو نوع من العون لمن وقع عليه الإعتداء وتجسيد للدور الاجتماعي الذي تقوم به الدولة. لكنه لا يرتبط بفكرة جبر الضرر المعروفة في المسئولية المدنية لذلك تجنب المشرع النص على تعويض المضرور وإستبدله بـ: "من وقع عليه الإعتداء"<sup>(٢٠٥)</sup>.

بيد أن هذا المبدأ الذي إستحدثه دستور عام ١٩٧١ كان يجب أن يتبعه صدور تشريعات تكميلية تنظم إدارة وتوجيه عمليات التعويض ومصادر التمويل وبيان مبالغ التعويض وحدودها الدنيا والقصوى وشروط الحصول عليها وغيرها من القواعد التنظيمية. لكن يبدو أن المبادأة لم تتم ولم تصدر هذه القوانين أو اللوائح أو القرارات. ولعل هذه المبادئ وردت في دستور ١٩٧١ الذي صدر في بداية عهد لرئاسة جديدة للدولة أرادت أن تبنى شرعية وجودها على أساس إحترامها للحريات وحقوق الشخصية بالمقارنة برئاسة سابقة أشيع عن عهدها ممارسة كبت الحريات وإنتهاك حقوق الشخصية فكأن الدستور بمثابة خطاب العرش وإستهلال لبداية عهد جديد.

لم يجد الحق في الخصوصية في مصر مصدره فقط في النصوص الدستورية وإنما أيضاً في القانون المدني في نص المادة (٥٠) ، والتي تقنن المبدأ العام لحقوق الشخصية بمسمى الحقوق الملازمة للشخصية وتتيح للمضرور حماية وقائية وهي

(٢٠٤) حسام الأهواني : المرجع السابق ، ص ١٥

(٢٠٥) أنظر قريباً من ذلك : حسام الأهواني : المقالة السابقة ص ١٨ - ٢٢

طلب وقف الإعتداء وحماية أخرى وهي طلب التعويض عما يكون قد لحق المضرور من ضرر. ويرى البعض<sup>(٢٠٦)</sup> أن هذه النصوص الدستورية والقانونية تعترف من الناحية الفعلية بما يسمى بالحق في الخصوصية دون أن يقتصر الأمر على مجرد الاستناد إلى تطبيق قواعد المسؤولية المدنية ومع ذلك فإن الاستناد إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية حماية مدنية في مواجهة تطبيقات مختلفة لصور الإعتداء على الحياة الخاصة حالياً أو مستقبلاً لا تجد لها سند من نصوص تشريعية إلا القواعد العامة في المسؤولية المدنية. لذلك يرى الباحث أن تكامل الحماية القانونية يتمثل في النصوص الدستورية والقانونية التي تضع المبدأ العام وتعرض لبعض المجالات إلى جانب القواعد العامة في المسؤولية المدنية. وقد استكمل المشرع المصري سلسلة القوانين التي تحقق هذه الحماية بتجريم الإعتداء على الحق في الخصوصية في بعض الصور بموجب القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٧٢ الخاص بضمان حريات المواطنين بإضافة مادتين جديدتين هما المادة (٣٠٩) مكرر والمادة (٣٠٩) مكرر (أ) لقانون العقوبات. كما تنص المادة (٢١) من القانون رقم (٩٦) لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم الصحافة في صدرها على أن "لا يجوز للصحفي أو غيره أن يتعرض للحياة الخاصة للمواطنين..". وأخيراً قرر المشرع عقوبة سياسية على انتهاك الخصوصية فنص في المادة (٥/ب) من القانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية ، والسلام الاجتماعي ، على أنه كل من حُكم بإدانته في جريمة الإعتداء على الحق في الخصوصية المنصوص عليه في قانون العقوبات ، يحظر عليه الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية ، ويحرم مثل هذا الشخص من ممارسة حقوقه السياسية.

### مجالات الخصوصية في مصر

48/2/2 - حرمة المسكن : نصت المادة (٤٤) من الدستور المصري الصادر في عام ١٩٧١ على أن "للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفق أحكام القانون". كما يجرم قانون العقوبات فعل دخول مسكن الغير دون موافقته في المواد من ٣٦٩ إلى ٣٧٣ منه. لكن مطالعة مواد قانون العقوبات تكشف أن المشرع الجنائي يستهدف حماية ملك الغير وتظل الحماية المدنية وفقاً للمبادئ العامة تستهدف حماية الحق في الخصوصية لذلك يعتبر فعلاً غير مشروع مجرد التسلل بصرف النظر عن توافر القصد الجنائي<sup>(٢٠٧)</sup>.

49/2/2 - سرية المراسلات والمحادثات الهاتفية : تنص المادة (٣/٤٥) من دستور ١٩٧١ على أن "للمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة وفقاً لأحكام القانون". وتعاقب المادة

<sup>(٢٠٦)</sup> ممدوح خليل العاني : حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة

(١٩٨٣) ، ص ٢٧٨-٢٧٩

<sup>(٢٠٧)</sup> الأهواني : المقالة السابقة رقم ٣٤ ، ص ٣٩

(١٥٤) من قانون العقوبات كل من أخفى من موظفي الحكومة أو البوستان أو مأموريهما أو فتح مكتوباً من المكاتب المسلمة للبوستان أو سهل ذلك لغيره. وكذلك كل من أخفى من موظفي الحكومة أو مصلحة التلغرافات أو مأموريهما تلغرافاً من التلغرافات المسلمة إلى المصلحة المذكورة أو أفسى أو سهل ذلك لغيره. وتقضى المادة (٣٠٩) مكرر من قانون العقوبات بعقاب كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن بأن يرتكب الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجني عليه : أ- إسترق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيّاً كان نوعه محادثات في مكان خاص أو عن طريق التليفون ؛ ب- إنقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيّاً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص. وإقتضت وجود الرضا إذا صدرت هذه الأفعال في مكان عام. وإستكمل المشرع الجنائي هذا الإتجاه حيث جرّم إذاعة أو تسهيل إذاعة أو إستعمال ولو في غير علانية تسجيل متحصل عليه بإحدى الطرق المبينة في المادة السابقة أو بغير رضاء صاحب الشأن ، وكذلك التهديد بإفشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليها بإحدى الطرق السابقة لحمل شخص على القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل. وقد حرص المشرع في هاتين المادتين على تجريم هذه الأفعال سواء كان الجاني شخصاً عادياً أو موظفاً عاماً إرتكبها إعتماًداً على سلطة وظيفته. كما نصت المادة الرابعة من القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٧٢ على أن يستبدل بنص المادة (٩٥) من قانون الإجراءات الجنائية النص التالي : لقاضى التحقيق أن يأمر بضبط جميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود لدى مكاتب البريد وجميع البرقيات لدى مكاتب البرق، وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص ، متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جنابة أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر. وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو الإطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى مماثلة". وأكدت محكمة النقض المصرية على مبدأ سرية المراسلات حيث قالت "الأصل أنه لا يجوز إفشاء أسرار الخطابات والتلغرافات والإتصالات التليفونية ، غير أنه إذا إستلزمت مصلحة التحقيق ضبط الخطابات والتلغرافات والإطلاع عليها ومراقبة المكالمات التليفونية ، فإنها تكون مصلحة أولى بالرعاية من الحفاظ على أسرار هذه المكالمات والمكالمات" (٢٠٨).

وبمطالعة المادة (٤٥) من الدستور والمادتين (٩٥، ٢٠٦) من قانون الإجراءات الجنائية يمكن إيجاز الضمانات التي وضعها المشرع لمراقبة المحادثات التليفونية وهى : أولاً: ضرورة الحصول على إذن من القضاء بمراقبة المحادثات. وبالرغم من أن هذه الصلاحية منوطة فقط بقاضى التحقيق وليس للنياية العامة أي دور فيه إلا أن قانون إنشاء محاكم أمن الدولة رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ أعطى للنياية سلطة قاضى التحقيق. وقد سوى الشارع في المعاملة بين مراقبة المكالمات التليفونية وضبط

(٢٠٨) نقض ١٩٦٢/٢/١٢ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة (١٣) ، رقم ٣٧ ، ص ١٣٥ وتعليق د. أحمد فتحى سرور على هذا الحكم ، مراقبة المكالمات التليفونية ، المجلة الجنائية القومية ، عدد أول مارس ١٩٦٣ ، ص ١٤٢ وما بعدها

الرسائل. ثانياً : أن يكون إذن القاضي بالمراقبة مسبباً وأن يتضمن البيانات الأساسية مثل تحديد اسم الشخص الذي سيخضع للمراقبة، والجريمة المنسوبة إليه ، ومدة المراقبة.. وغيرها من البيانات. وقد يكون مجرد إطلاع القاضي على محضر التحريات وإتخاذ ما جاء به من أسباب كافية لإعتباره مسبباً. وفي ذلك تقول محكمة النقض : "إذا كان الحكم قد أبان أن القاضي قد أصدر الإذن بمراقبة تليفون الطاعة بعد أن أثبت إطلاعه على التحريات التي أوردتها الضابط في محضره وأفصح عن إطمئنانه إلى كفايتها ، فإنه بذلك يكون قد إتخذ من تلك التحريات أسباباً لإذنه بالمراقبة ، وفي هذا ما يكفي لإعتبار إذنه مسبباً.." (٢٠٩). ثالثاً : إستلزم القانون عدم مباشرة هذا الإجراء الإستثنائي إلا بصدد جريمة معينة ، وألا يؤمر به إلا بعد أن تكون الجريمة قد وقعت بالفعل. وفي بيان ذلك تقول محكمة النقض : "الأصل في الإذن بالتفتيش أو بتسجيل المحادثة أنه إجراء من إجراءات التحقيق لا يصح إصداره إلا لضبط جريمة وقعت بالفعل وترجحت نسبتها إلى متهم معين ، وأن هناك من الدلائل ما يكفي للتصدي لحرمة مسكنه أو حرمة الشخصية" (٢١٠). رابعاً : يجب أن تكون لمراقبة المحادثات فائدة حقيقية يرجى من ورائها كشف الحقيقة. خامساً : ضرورة أن يتضمن إذن القاضي ، أو أمر قاضي التحقيق بالمراقبة تحديد مدة المراقبة منعاً للتعسف. وتتحدد هذه المدة بثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى مماثلة (المادتين ٢/٩٥ ، ٤٩/٢٠٦) من قانون الإجراءات الجنائية (٢١١).

ويسرى مبدأ سرية المراسلات على العلاقة بين الزوجين. ولذلك تنص المادة (٦٧) من قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ على أنه "لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالهما ، إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر ، أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جنائية أو جنحة وقعت منه على الآخر". وهي قاعدة عامة بعدم جواز إفشاء السر في نطاق العلاقة الزوجية (٢١٢).

50/2/2 - الحياة الخاصة في مواجهة نشر إجراءات التقاضي: تفرض المادة (٧٥) من قانون الإجراءات الجنائية واجب الكتمان على قضاء التحقيق وأعضاء النيابة العامة ومساعدتهم من كتاب وخبراء وغيرهم ممن يتصلون بالتحقيق أو يحضرونه بسبب وظيفتهم أو مهنتهم. ولما كانت مرحلتى الإستدلال والتحقيق الابتدائي تجريان

(٢٠٩) نقض ٢٥ نوفمبر ١٩٧٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٤ ، رقم ٢١٩ ، ص ١٠٥٣

(٢١٠) نقض ١١ نوفمبر ١٩٨٧ ، مجموعة أحكام النقض س ٣٨ ، رقم ١٧٣ ، ص ٩٤٣

(٢١١) أنظر في عرض هذه الضمانات تفصيلاً : فاديه أبو شهاب : الحق في الخصوصية ، ص ٣١٤-٣٣٢

(٢١٢) حسام الدين كامل الأهواني : الحق في إحترام الحياة الخاصة ، المرجع السابق ، ص ٣٢٥ وما بعدها - ممدوح خليل العاني : رسالة الدكتوراه السابقة ، ص ٢٥٢ ، ٢٥٣ - محمود عبد الرحمن محمد : نطاق الحق في الحياة الخاصة ، المرجع

السابق ، ص ٢١٥

في غير علانية فإن النتائج الناجمة عنهما تظل من الأسرار<sup>(٢١٣)</sup> ويبدو ذلك من نص المادة (٥٨) من قانون الإجراءات الجنائية التي تعاقب كل من يكون قد وصل إلى علمه بسبب التفتيش معلومات عن الأشياء والأوراق المضبوطة وأفضى بها إلى أي شخص آخر غير ذي صفة بالعقوبات الخاصة بجريمة إفشاء الأسرار المهنية<sup>(٢١٤)</sup>. ووفقاً للمادة (١/١٩٣) من قانون العقوبات قصر المشرع حظر نشر التحقيق في حالتين : ١- إذا كانت سلطة التحقيق قررت إجراءه في غيبة الخصوم ؛ ٢- إذا حظرت سلطة التحقيق إذاعة شيء منه مراعاة للنظام العام أو للآداب أو لظهور الحقيقة. وهناك حالات إستثنائية يحظر فيها النشر بصفة عامة مثل ذلك الذي تنص عليه المادة (١٩٣) عقوبات من حظر نشر أخبار بشأن التحقيقات أو المرافعات في دعاوى الطلاق أو التفريق أو الزنا. ويرتفع الحظر بانتهاء التحقيق والتصرف فيه سواء بالإحالة إلى المحكمة أو الحفظ ولا يخرج من هذا المبدأ إلا الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الخارج أو أخبار التحقيقات في دعاوى الطلاق أو التفريق أو الزنا. ويترتب على نشر الإجراءات السابقة على المحاكمة مساس بالحق في الخصوصية لذلك يجوز للمضرور اللجوء إلى المحكمة المدنية للمطالبة بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية<sup>(٢١٥)</sup>

### المبحث الثالث

#### الخصوصية في النظم الأنجلو أمريكية

##### المطلب الأول : الخصوصية في المملكة المتحدة

51/2/2 - القانون العام والتشريعات البرلمانية: استمر الجدل حول ضرورة وجود قانون لحماية الحياة الخاصة للأفراد منذ حوالي أكثر من مائة سنة . وانعكس الجدل والأسلوب الإنجليزي في التغيير على بطء تطور القانون الإنجليزي على خلاف القانون الأمريكي والألماني . لكن ذلك لم يكن بالشيء القاتم أو المحيط فقد تكفل القانون العام بحيل قانونية باستخدام قواعد أنشئت لأغراض أخرى في قانون الأفعال الضارة لحماية الخصوصية . وبدءاً من العقد السابع من القرن العشرين ونتيجة لأعمال لجان متخصصة للتطوير ومواكبة للنظم العالمية والإقليمية التي تحت القوانين المحلية على النص على حماية خصوصية الأفراد بدأت سلسلة من التشريعات البرلمانية في الظهور. بيد أنها ركزت على حماية البيانات تاركة مساحة كبيرة من مجالات الخصوصية الأخرى للقانون العام .

<sup>(٢١٣)</sup> طارق أحمد فتحي سرور : الحماية الجنائية لأسرار الأفراد في مواجهة النشر ، دار النهضة العربية ، القاهرة (١٩٩١) ،

ص ٩٠ وما بعدها

<sup>(٢١٤)</sup> جمال الدين العطفي : الحماية الجنائية للخصوصية من تأثير النشر ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٩٦٤) ، ص

٣٧٦

<sup>(٢١٥)</sup> فاديه أبو شهاب : المرجع السابق ، ص ٣٤٥

وبالرغم من أن القانون العام الإنجليزي لا يعرف أي حق محدد للخصوصية ، ولا يؤثم مخالفة خصوصية شخص ما بأنها فعل ضار بذاته وإنما بالتقريب مع أنظمة حماية أخرى ، ومع ذلك فهو أمر غير مثير للدهشة ، بل إن هناك دفاع على كفاءته وفاعليته في الحماية عن التشريعات البرلمانية . إن القانون العام حسب ما هو معروف عنه مجموعة من القواعد القانونية تطورت بالاستقراء من الدعاوى القانونية المتعاقبة المقضي فيها على أساس الواقع فركيزة القانون العام هي الواقع الحقيقي . فالقاضي يتعامل مع قضايا واقعية وحقيقية في ظروف واقعية ومنها يضع قواعد ومبادئ مجرده قائمة على الواقعية ، أي أنها عملية تنبع من أسفل إلى أعلى . بينما التشريعات البرلمانية واللوائح عملية تهبط من أعلى إلى أسفل . إنها تتم من خلال البيروقراط والمشرعين ، وليست على علاقة أو متصلة مباشرة بالقاع . وهي في بعض الأحيان تمثل انتهاكاً للخصوصية . والمثال الصارخ في ذلك التشريع الأول الذي صدر في إنجلترا لحماية الخصوصية وهو قانون حماية البيانات الصادر في عام ١٩٨٤م . وهو ينص أولاً على وجود موظف تسجيل ، يسمى مسجل حماية البيانات The Data Protection Registrar ، ولديه سجل لكل مستخدم للبيانات ومكتب للحاسب الآلي في البلد ، في هذا السجل يجب على مستخدم البيانات أن يوضح كل الأهداف التي يبتغيها من استخدام البيانات الشخصية . وإذا لم يتم تسجيل البيانات الشخصية ، أي لم يتم إفشاء أي أمور ، يخضع الممتنع لخمس عشرة جريمة جنائية بموجب هذا القانون. بعبارة أخرى تنص التشريعات البرلمانية على عقوبات جنائية في حالة مخالفتها وعدم الالتزام بأحكامها . على الطرف الآخر نجد القانون العام يتعامل بصفة أساسية مع الأمور المدنية وأيضاً مع الأمور الجنائية ، لكنه يركز على المسائل المدنية والمثال الواضح هو قانون الأفعال الضارة Law of Torts بينما التشريعات البرلمانية تخلق العقوبات الجنائية . بعد آخر في التشريعات البرلمانية وهو أنها قائمة على فرض أنه حيث أن بعض الناس قد يرتكبون أخطاء لذلك يجب الإشراف ومراقبة كل الناس ، وهذا ما يفعله قانون حماية البيانات . فهو يفترض أن بعض الناس قد يسيئون استخدام البيانات الشخصية لذلك يوجب فرض المراقبة على كل الناس. بمعنى أنه يجب على كل واحد أن يكون محل التفتيش والتسجيل وعلى الجميع الإدلاء بالمعلومات الخاصة بهم . فالمواطن الذي يريد التعامل مع البيانات الشخصية بطريقة قانونية سليمة يجب عليه التسجيل ودفع مبالغ مالية والإفشاء بمعلومات خاصة به. يأتي بعد ذلك دور الجباية المالية الذي تحققه التشريعات البرلمانية إذ يجب على كل مستخدم مسجل أن يدفع مبلغاً من المال ، أي أنه صورة أخرى من صور فرض ضريبة الأعمال .

لذلك تكون الطريقة المثلى لحماية الخصوصية في إنجلترا هي التطوير والتوسع في المبادئ التي طورها القانون العام . وهذا الذي دعا أحد كبار المحامين الإنجليز في القرن السادس عشر إلى القول بأن القانون العام هو نموذج الكمال في التسبب بتعقل . وهو قول يصلح الآن حيث أن الإدراك الواعي للأسباب قوامه الواقع والذي هو في نفس الوقت دعامة وسند القانون العام . فلا تثريب إذا أن لا يعرف القانون الإنجليزي حقاً عاماً للخصوصية ما دام القانون العام – القائم على الواقعية



والمعقولة - يقدم حزمة من الحقوق تفي بفرض حماية الخصوصية دون أن يضع مبدأً عاماً مجرداً للحق في الخصوصية<sup>(٢١٦)</sup>.

وهكذا فإن حماية الخصوصية في القانون الإنجليزي هي في نهاية الأمر مزيج من القانون العام والتشريعات البرلمانية تزاوجت بطريقة عملية لإغلاق كثير من الفجوات التي تواجه أي من أسلوبي الحماية. وقد اقتنع القضاء الإنجليزي بأنه يمكن حماية الخصوصية من خلال تطبيق قواعد أفعال ضارة أخرى مختلفة. ومع ذلك يمكن بغرض الدراسة الأكاديمية تجميعها في ثلاث مجموعات رئيسية هي: (١) التعدي على ممتلكات الآخرين. (٢) الاستيلاء على الشخصية. (٣) الإفشاء العام لوقائع حقيقية خاصة. وقد يضاف إليهما دعوى الكذب بنية الإيذاء والإزعاج كحالات خاصة. وبالنسبة للتشريعات البرلمانية فيمكن القول أن المحرك الأساسي لصدورها هو الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية. وبالرغم من أن بريطانيا صدقت عليها في عام ١٩٥١ إلا أن إنتاج آثارها في القانون الداخلي ظل متعثراً إلى أن أودعت الحكومة البريطانية في ٢٤ أكتوبر ١٩٩٧ مشروع قانون (حقوق الإنسان) يهدف إلى دمج الاتفاقية في القانون الداخلي وبدأ تنفيذه في ٢ أكتوبر ٢٠٠٠. وقد أدخل هذا القانون بعض الحقوق والحريات الواردة في الاتفاقية سيما المادة الثامنة الخاصة بحماية الحياة العائلية والمنزلية. كما جرت محاولات أخرى سابقة أسفرت عن صدور قانون حماية المستهلك بناء على توصية لجنة مولوني Molony Committee ، ثم قانون ائتمان المستهلك بناء على توصية لجنة يونجر Younger Committee ، وتوج ذلك بصدور قانون حماية البيانات في ١٦ يوليو ١٩٩٨.

### وسائل حماية القانون العام :

52/2/2 - أ- التعدي على ممتلكات الآخرين Intrusion. نقطة البداية هنا هي أن حق الملكية يتيح للمالك أن يستبعد الآخرين من التعدي على ملكه. لذلك أثبت الفعل الضار التعدي Trespass في أوقات مبكرة كفايته في حماية الخصوصية. فقد اعتبر أن دخول منزل شخص بدون إذن أو موافقة يعتبر انتهاكاً للمسكن يستطيع الضحية بموجبه رفع دعوى التعويض ضد المتعدي بدون إثبات أي ضرر<sup>(٢١٧)</sup> ، وفي قضايا مدنية تم الحكم فيها بتعويض مشدد aggravated damages<sup>(٢١٨)</sup> ، وهذه الدعوى متاحة لجميع الأشخاص الذين يمتلكون مساكنهم قانوناً والمؤجرين لكنه يستبعد هؤلاء الذين يتواجدون في فندق ، أو في مستشفى أو في منازل الآخرين. وقد تم تضيق هيكل سلطة رجال الشرطة في دخول العقارات للبحث والتفتيش بناء على

Rhizome Raw : "Privacy in the UK" , <http://www.Rhizome.Org.wyswyg://141> <sup>(٢١٦)</sup>

<http://www.Inet-one-con/cy> (dated : Thue,05 May 1998)

Entick v. Carrington . K. B. 275 ; 95 E R 807 , 817 per Lord Camden

<sup>(٢١٧)</sup>

(1765) 2 Wils

Merest v. Harvey (1814) 5 Taunt. 442, 128 E. R. 761

<sup>(٢١٨)</sup>

رأي اللورد Denning في أحد القضايا<sup>(٢١٩)</sup> بعدم انتهاك حق الفرد في خصوصيته وملكيته إلا للأسباب الأكثر إلحاحاً. كما أثارت المحاكم البريطانية موضوع حرمة المساكن والحد من سلطة موظفي الإدارة في البحث والتفتيش داخل العقارات المملوكة إلا بترخيص صريح<sup>(٢٢٠)</sup>، لكن التطورات التي تمت تحت ما يسمى أمر أنتون بيلر Anton Piller's Order أعطت لرجال الشرطة في ظروف معينة صلاحيات ضخمة للبحث والتفتيش في حالات الدعاوى المدنية وهو الأمر الذي يمثل انحساراً لمد حماية الخصوصية<sup>(٢٢١)</sup>.

53/2 - ب - الاستيلاء على الشخصية Appropriation of Personality: قد يتخذ الاستيلاء على الشخصية عدة أشكال مثل الاستخدام غير المرخص به للإسم، أو صوت، أو صورة شخص آخر. ومن السوابق القضائية الإنجليزية التي تصدرت لنزاع حول تقليد صوت أحد الممثلين لترويج أحد المنتجات في إعلان تليفزيوني دون الترخيص أو الإذن. وقد ادعى المدعي - من بين ادعاءات أخرى - أن صوته كممثل هو جزء من رصيده التجاري، وهو أمر جدير بالحماية بحسبانه جزءاً من سلعة<sup>(٢٢٢)</sup>، كانت هذه القضية في الواقع دعوة للمحاكم لأن تمتد وتتوسع في منح التعويض القضائي وللتماثل المتوافر في فعل ضار آخر هو Passing-Off<sup>(٢٢٣)</sup>. وكانت هذه القضية كما وصفها أحد قضاة الاستئناف Hodson بأنها محل جدال "An Arguable Case" إذ أن التعويض القضائي على أساس هذا الفعل الضار الأخير يمنح لأشخاص الفرض فيهم أنهم ارتبطوا ببعض أنشطة مشتركة معينة. ومن المظاهر الأكثر شيوعاً في التعدي على الخصوصية استخدام صورة شخص بغير إذنه ووجدها القضاء الإنجليزي بحسبانها لا تحمل مضمون حرية التعبير للمدعي عليه ويجب أن لا يغفرها المجتمع خصوصاً إذا تم استخدام صورة المدعي للحصول على مزايا تجارية<sup>(٢٢٤)</sup>.

وفي قضايا أخرى استخدمت المحاكم الإنجليزية صراحة الفعل الضار التشهير لمواجهة الانحراف الذي يتم باستخدام الأجهزة السمعية والبصرية لاقتحام الحياة الخاصة. لذلك عادة ما كانت المحاكم الإنجليزية تلجأ لتعويض المدعي إذا تيقنت من حالته "كهاو" حتى تقضي بأنه قد تضرر من جراء التشهير بالغمز والتلميح بأنه سمح باستخدام صورته لتحقيق ربح مالي. ومع ذلك فقد رأى بعض الفقه الإنجليزي تعليقاً

Ghani v. Jones (1970) 1 Q. B. 693, 708

(٢١٩)

Inland Revenue Commissioners v. Rossmenster Ltd. (1980) A. C. 952 – Morris v.

(٢٢٠)

Beardmore (1981) A. C. 446

Markesinis & Deakin, opcit, p. 609

(٢٢١)

Sim v. H. J. Heinz Co. Ltd. [1959] 1 W. L. R.

(٢٢٢)

<sup>(٢٢٣)</sup> وهو قيام الشخص ببيع بضاعته أو ممارسة أعمال تحت اسم أو علامة أو وصف أو غير ذلك مما يضلّل الجمهور، ويحمّله علي الاعتقاد بأن البضاعة أو الأعمال المذكورة تعود لشخص غيره. وفي هذه الحالة يكون للشخص الأخير الحق في مطالبة الشخص المموه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به

Tolley v. Fry (1931) A. C. 333

(٢٢٤)

على مسلك القضاء عدم كفاية الحماية الشاملة للضحايا في هذه الحالات<sup>(٢٢٥)</sup> ، كما يرى البعض الآخر قصر الحماية القانونية على الحالات التي يتم فيها استخدام التشابه للترويج لمنتج أو خدمة تجارية. أما استخدام الصورة للترويج لحزب سياسي أو أشياء مشابهة فهو أمر غير مثير للجدل ولا يستحق اللجوء فيه إلى المنازعات القضائية<sup>(٢٢٦)</sup>.

54/2/2 ج - الإفشاء العام لوقائع حقيقية خاصة Public Disclosure of True Private Facts هذه الحالات هي الأكثر صعوبة بالرغم من أنها الأكثر شيوعاً لصور الاعتداء على الخصوصية. فهي تستحضر التضارب بين حق الشخص في أن يترك شأنه في مواجهة حق شخص آخر في التعبير والإعلام. إلا أنه يجب أن نضع في الاعتبار أننا نواجه في هذه الحالات قضايا إفشاء لوقائع خاصة (وليست عامة) وأكثر من ذلك فهي حقيقية الأمر الذي يجعل فعل كشف هذه الوقائع أكثر إيلاماً للضحية. كما أن ضرر الإفشاء يتفقم معادلاً لقدرة الأجهزة الحديثة في توصيل المعلومات. ومما يزيد هذا الموضوع تعقيداً هو عدم الرغبة أو عدم قدرة النظام القانوني الإنجليزي على التمييز في عبارات قانونية بين هؤلاء الباحثين عن الشهرة مثل السياسيين والفنانين ، وبين هؤلاء غير الراغبين فيها لكنها فرضت عليهم<sup>(٢٢٧)</sup>. اضطرت المحاكم البريطانية لمنع إفشاء المعلومات الشخصية الخاصة إلى استخدام البراعة واللجوء إلى مفاهيم أخرى غير الفعل الضار. وعلى سبيل المثال هناك قضية ترجع إلى منتصف القرن التاسع عشر وتدور وقائعها حول نشر بعض الرسومات لزوجين من العائلة المالكة<sup>(٢٢٨)</sup> ورأت المحكمة ضرورة حماية حق التأليف والإبداع الفني. وفي حالات أخرى مشابهة استخدمت فكرة نقض العقد الضمني كما في حالات نشر صور أخذت من عميل دون موافقته<sup>(٢٢٩)</sup> أو من خلال وسيلة الإخلال بالالتزام الضمني بالثقة كما حدث في إحدى القضايا حيث أفشى رجل بالمعلومات التي زودته بها زوجته السابقة تتعلق بشئونها الخاصة وذلك خلال حياتهما الزوجية<sup>(٢٣٠)</sup> ، وفي قضية أخرى كمثال لاستخدام الإخلال بالثقة حدثت

Frazer : "Appropriation of Personality , A New Tort" , (1983) 99 L Q R 281 – P. <sup>(٢٢٥)</sup>

Prescott : "Kaye v. Roberston – A Reply" (1991) 54 M L R 451 , p. 456

B. S. Markesinis & S. F. Deakin , opcit , p. 611

<sup>(٢٢٦)</sup>

B. S. Markesinis : "The Right To Be Let Alone Versus Freedom of Speech"

<sup>(٢٢٧)</sup>

, [1986] P L , 67

<sup>(٢٢٨)</sup>

Albert v. Strange (1848) 2 De G. & S. 652 ; 64 E. R. 293

Pollard v. Photographic Co. (1888) 40 Ch D 345 ومن القضايا الشهيرة في الاستناد إلى الإلتزام <sup>(٢٢٩)</sup>

التعاقدية أنه في نوفمبر ١٩٩٣ أخذت صورة جلسة للأميرة دي جال وهي مرتدية ملابس رياضية في نادى للألعاب الرياضية ، ثم بيعت إلى مجموعة من الصحف ونشرت علي نطاق واسع واستندت المحكمة إلى وجود علاقة تعاقدية بين النادي والأميرة دي جال وبالأحرى أن هناك عقد إذعان يقضي بأن علي المدير ومجموعة العاملين أن يعاملوا هذا الوضع علي أنه "الأكثر سرية" وأن النادي أحل بشروط السرية وكذلك الجريدة النشرة بإستمرارها في النشر

<sup>(٢٣٠)</sup>

Argyll v. Argyll (1967) Ch. 302

وقائعها في عام ١٩٨٨ حين أفضى شخص لصديق له بتفاصيل علاقة جنسية أقامها مع شخص ثالث ، وعثر عليها في بريد جريدة صانداي. وقد زعم المدعي أن صديقه أدخل بالثقة التي أولاه إياها بإرساله المعلومات إلى الجريدة. وقد وافقته المحكمة على ذلك. لكن التعويض العادل في الإخلال بالالتزام الضمني بالثقة محدد ببعض المتطلبات الخاصة بالمعلومات التي تم إفشاؤها وهي: (أ) يجب أن تكون من النوعية المطلوب فيها الثقة، (ب) الإفصاح عنها تم في ظروف تفرض الالتزام بالثقة ، (ج) أن تكون قد استخدمت بطريقة غير شرعية للإضرار بالمدعي<sup>(٢٣١)</sup> ، وبينما يجب وجود علاقة بين الوثائق والموثوق فيه لكن لا يتطلب القانون وجود علاقة قانونية سابقة. وفي هذا الصدد قال السيد نيكولاس براون ولكينسون أنه يجب على المحاكم التصدي لحالات انتقال معلومات متعلقة بالسلوك الجنسي لشخص ما في إطار من الثقة لشخص آخر الذي يقوم بدوره بنقلها لشخص ثالث باعتباره فعلاً ضاراً. لكنه من الخطأ القول بوجود واجب قانوني بالثقة إن لم يكن هناك عقد واجب النفاذ أو رابطه قانونية سابقة مثل التي بين صاحب العمل والعامل أو التي بين الطبيب والمريض ، ومع ذلك فإن القضاء الإنجليزي بسبب حساسيته في وضع حد للتدخل في الحياة الخاصة استعار فكرة الإخلال بالثقة لتأثير إفشاء الأسرار الخاصة منحياً الشروط الواجب توافرها في فعل الإخلال بالثقة .

ولم يقتصر مسلك القضاء البريطاني على استعارة بعض نظم الأفعال الضارة الأخرى وتطبيقها على فعل إفشاء الأسرار الخاصة وإنما تعداه في تطبيق بعض قوانين بتشريعات برلمانية أخرى ومد مظلة حمايتها لتشمل الخصوصية. وقد كان حافز القضاء في ذلك هو الموجة العامرة لاهتمام وسائل الإعلام في التنقيب في حياة الناس السابقة بسبب الإثارة والربح ثم محاولة المجتمع وضع حد لهذه الممارسات التي تمس خصوصية الناس. من هذه التشريعات قانون رد الاعتبار لسنة ١٩٧٤ الذي يسمح بنسيان السجل الإجرامي للمتهمين الذي أدينوا في جرائم بسيطة وعدم النباش أو إفشاؤه. وقد حققت المحكمة في أحد القضايا<sup>(٢٣٢)</sup> جرأة غير مسبوقة في الابتكار القضائي لتحقيق هدف جدير بالثناء هو حماية الخصوصية. وتخلص وقائعها في أنه في عام ١٩٦٨ أدين ماري بيل ، وكانت حدث صغيرة ، في جريمة قتل وحكم عليها بالسجن المؤبد وفي عام ١٩٨٤ أطلق سراحها ، وفي وقت لاحق أنجبت بنتاً وضعت تحت وصاية المحكمة وبمبادرة من السلطات المحلية. بطريقة ما علمت الصحف بذلك إلا أن الأم والسلطات المحلية تقدمت بطلب للمحكمة العليا لإصدار أمر قضائي بحظر إفشاء هوية البنت ومكان إقامتها على أساس أن الإفشاء سيسبب ضرراً لموقف الأسرة الحالي وسلامها واستقرارها. وافق القاضي Balcombe وأصدر أمره بمنع النشر استناداً إلى قانون رد الاعتبار .

<sup>(٢٣١)</sup> Saltman Engineering Co. Ltd. v. Campbell Engineering Co. Ltd. (1948) 65 R. P. C. 203

– Coco v. A. N. Clark Engineering Ltd. (1969) R. P. C. , 41, 47

Re X [1984] 1 W. L. R. , 1422

<sup>(٢٣٢)</sup>

ومن التشريعات التي استعيرت بعض أحكامها ليمتد تطبيقها إلى حالات أخرى من تطبيقات الخصوصية ، لم تكن في الأصل معدة لها ، قانون الاعتداءات الجنسية (المعدل) الصادر في عام ١٩٧٦ والذي منح لضحايا الاغتصاب الجنسي (وفقاً لتعريفه في المادة ٢/٧ من القانون) الغفلية Anonymity . وبقي ضحايا الجرائم الجنسية الأقل عنفاً مثل الممارسة الجنسية غير الشرعية ، سفاح القربى ، أو اللواط ، يعيشون القلق من تركهم لوحدهم لنسيان تجاربهم المريرة ، وكانوا ، في الحقيقة ، بغير حماية متعلقة بخصوصيتهم. مد قانون العدالة الغفلية لتشمل حالات التآمر للاغتصاب والسطو على المنازل بقصد ارتكاب اغتصاب ، وعند عرض القانون على مجلس اللوردات اعتقد وزير الشؤون الداخلية أن مد العمل ليشمل مجالات أخرى هو بمثابة النهاية الرقيقة في الإسفين وظل على موقفه ثم وبدون توقع مع نشر المناقشات تغير السلوك الرسمي وأصبح بموجب قانون الاعتداءات الجنسية (المعدل) لسنة ١٩٩١ ، والذي أصبح ساري المفعول ابتداءً من أكتوبر ١٩٩٢ ، يمكن مد العمل – بالأداة التشريعية – ليشمل كل حالات الاعتداء الجنسي .

55/2/2 - الكذب بنية الإيذاء Malicious Falsehood. الأصل في هذه كما سبق القول أن الإفشاء العام لوقائع حقيقية هو فعل ضار يحمي الخصوصية. فإذا كانت الوقائع المنشورة غير حقيقية أي يشوبها الزيف . هنا يعطي قانون الأفعال الضارة للمعتدي عليه دعوى أساسها الكذب مع نية الإيذاء أو الإضرار بشرط تحقق شرطي زيف الوقائع المنشورة وتوافر نية إحداث الضرر. وهي ليست بالدعوى المتداولة كثيراً في المحاكم البريطانية لكنها على الأقل بديل لتجنب شرط صحة الوقائع في دعوى الإفشاء العام لوقائع حقيقية. ومن القضايا الشهيرة التي تفسر هذه الدعوى قضية تدور وقائعها في عام ١٩٩٠ حيث كان المعلق التلفزيوني البريطاني الشهير جوردن كاي Gordon Kay يرقد في أحد المستشفيات في حالة حرجة ومنعت عنه الزيارة بهدف توفير الهدوء والراحة حتى يتعافى. ولتأكيد تنفيذ أوامر الأطباء علقت بإفطة على الغرفة بهذا المعنى. ومع ذلك تسلل إلى غرفة المريض صحفي ومصور من جريدة صنداي سبورت والتقطا صوراً للمريض وهو نائم وربما فاقد الوعي ، ثم قامت الصحيفة بنشر الصور مع إدعاء كاذب بإجراء مقابلة معه<sup>(٢٣٣)</sup> ، زعم المدعي عليهم أن التقاط الصور ونشرها مع المقابلة المزعومة تم برضا المريض. لكن المؤشرات الطبية لحالة المريض أثبتت أنه على أحسن الفروض لم يكن قادراً على التحكم في قدراته الذهنية وبالتالي لا يوجد مؤشر على رضائه. استعرضت المحكمة التكييفات المختلفة لهذه الدعوى مثل دعوى Passing-Off السابق بيانها ، أو التعدي على الشخص Trespass to the person ، القذف بالكتابة Libel ، أو إفشاء الأسرار ، ولم تجد تكييفاً ملائماً أو سبباً لهذه الدعوى يتيح للمدعي الحصول على تعويض نقدي غير الدعوى المؤسسة على الكذب بنية الإضرار.

---

Gordon Kaye (by Peter Froggatt his next friend) v. Andrew Robertson and Sport Newspapers Ltd. [1991] FSR 62 <sup>(٢٣٣)</sup>

56/2/2 – المضايقة (الإزعاج) Le Harcèlement – Nuisance يمنع قانون مارس ١٩٩٧ الذي دخل حيز التنفيذ في ١٦ يونيو ١٩٩٧ جميع الأشخاص من ارتكاب أي عمل يمثل إزعاجاً للغير أو مماثلاً للإزعاج. ويعرف هذا القانون الإزعاج بأنه قد يعني إحداث رعب أو فزع أو التسبب في الألم وأن مثل هذا السلوك يجب أن ينتج آثاره مرتين على الأقل . ويستطيع ضحية الإزعاج الحصول على تعويض نقدي. وتفيد دعوى الإزعاج المدعي الذي تنتهك خصوصيته بأنشطة تتخذ مواقعها خارج أرضه. مثال ذلك قضية ولكر ضد بريوستر الذي طلب المدعي فيها منع جيرانه من إقامة مهرجان خلوي في أراضي ملاصقة له واجتذب حشداً كبيراً من الناس محطمين خصوصيته ووصف القضاء الإنجليزي وضع هوائي (إيربال) للمراقبة هو تعد بشع على الخصوصية monstrous invasion of privacy<sup>(٢٣٤)</sup>.

57/2/2 – الجرائم الجنائية في مواجهة الاعتداء على الخصوصية: لا يوجد في القانون الإنجليزي جزاء جنائي عام لمخالفة الحق في الخصوصية. قدمت عدة توصيات لإعداد قانون للخصوصية أهمها التقرير الذي أعده السير ديفيد كالكت والذي قام بتعديله في عام ١٩٩٣<sup>(٢٣٥)</sup> واقترح فيه إنشاء ثلاثة جرائم: ١- دخول الأملاك الخاصة والتي تشمل محل الإقامة الخاص والحديقة الملحقة به والمباني الخارجية وغرف الفنادق والمستشفيات، بدون رضا الشاغل القانوني بنية الحصول على معلومات شخصية لنشرها

٢- وضع آلة مراقبة في ملكية خاصة بدون رضا الشاغل القانوني بنية الحصول على بيانات خاصة لنشرها. ٣- التقاط صور أو تسجيل صوت لشخص في ملكه الخاص بدون رضاه بغرض النشر مع وجود النية أن تحدد الصور أو التسجيل الصوتي هذا الشخص .

ويلاحظ على هذه الاقتراحات أنها لن تكون محل تجريم إذا ارتكبت بغرض منع أو التحري أو الكشف عن جريمة أو أي سلوك خطير ضد المجتمع أو حماية الصحة العامة أو تقوم بها أي سلطة شرعية. إن هذه الحماية المقترحة تماثل تلك التي تقدمها نظم قانونية أخرى. وحتى الآن يظل التشهير جريمة جنائية إلى جانب صدور قانون الحماية ضد الإزعاج الذي أنشأ عقوبة جنائية جديدة بالغرامة أو الحبس .

إلى جانب الحماية التي يكفلها قانون الأفعال الضارة فقد كفلت القوانين المتلاحقة لتنظيم أجهزة الإعلام الحماية المرجوة من خلال آلية التنظيم الذاتي لها. مثال ذلك أن لجنة معدلات الإذاعة (BSC) تعالج الاعتداء الغير مبرر على الحياة الخاصة الذي يتم عن طريق قنوات البث الإذاعي أو التلفازي . ووضعت هذه اللجنة وثيقة السلوك الحسن المطبق من أول فبراير ١٩٩٨ . وتشير هذه الوثيقة إلى أن الاعتداء على الخصوصية محظور إلا في حالة المصلحة العامة التي تكون لها الأولوية بغض النظر عن أي اعتبار آخر. وأنه من الضروري أن تكون الوسائل المستخدمة

Walker v. Brewster (1876) L R 5 Eq. 25,26 – Bernstein v. Skyviews & General Ltd. <sup>(٢٣٤)</sup>

[1978] Q. B. 489 per Griffiths J.

Review of Press Self-Regulation , David Calcutt Q. C. , Cm. 2135, (jan. 1993)

<sup>(٢٣٥)</sup>

للحصول على المعلومات مناسبة للعمل محل الدراسة. وقرارات هذه اللجنة ملزمة للقنوات التلفزيونية لكنها لا تقبل شكوى المدعي إذا لجأ إلى القضاء .

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية أعد مجلس الصحافة وثيقة السلوك الحسن ومراقبة سلوك الصحفيين. إلا أنه بعد تقرير كالكت واقتراحه باستبدال مجلس الصحافة بمؤسسة أكثر مصداقية وهي لجنة الشكاوى من الصحف (PCC) والتي بدأت أعمالها في أوائل عام ١٩٩١ بإصدار وثيقة السلوك الحسن والتي بموجبها تحرم استخدام عدسات التكبير عن بُعد والتصنت على الهواتف إلا في حالات المصلحة العامة ومع ذلك فقد واجهت هذه اللجنة نقداً شديداً بسبب عدم وجود سلطة لها في معاقبة المسيء وعدم قدرتها على إجبار الناشرين بتنفيذ قراراتها ، إلى أن قام السير ديفيد كالكت بتقديم تقرير يقيم أعمالها أسفر عن إصدار تقنين جديد لأخلاق مهنة الصحافة أكثر قسوة عن سابقة .

58/2/2 - سرية المعلومات : أول تشريع برلماني في إنجلترا ينظم الخصوصية هو قانون حماية البيانات لسنة ١٩٨٤ وأول ما فعله هذا القانون هو إيجاد موظف نظامي يسمى مسجل البيانات ثم تعدل هذا القانون بموجب قانون حماية البيانات في ١٦ يوليو ١٩٩٨ استجابة للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية .

## المطلب الثاني : الخصوصية في الولايات المتحدة الأمريكية

### مقدمة:

59/2/2 - إن حماية الخصوصية في الولايات المتحدة الأمريكية عملية لامركزية ومعقدة ، وهي تختلف عن نظيرتها في أوروبا من حيث مصادر وأسلوب عمل التنظيم القانوني. وهو اختلاف يرجع في جذوره وأسبابه إلى الاختلافات العميقة بينهما في التركيب الديموجرافي ، والهيكل التنظيمي لمؤسسات الدولة وعلاقات السلطات الفيدرالية (الاتحادية المركزية) بالسلطات المحلية ، وإجراءات ونظم التقاضي وتوزيع الاختصاصات بين محاكم الولايات والمحاكم الاتحادية والمحكمة الفيدرالية العليا . وتشكل مظاهر الاختلاف هذا النموذج الأمريكي في تنظيم وحماية الخصوصية . وهي تتوافق مع السمات العامة لشخصية وأسلوب تفكير هذا المجتمع . أول وأكثر مظاهر هذا الاختلاف تأثيراً هو التركيبة السكانية لهذا المجتمع. فهو ، في الأصل ، مكون من مجموعات عرقية متباينة هاجرت إليه من شتى البقاع حاملة معها معتقداتها الدينية أو السياسية أو الأيديولوجية ومتطلعة إلى تحقيق طموحات في مجملها مادية. لذلك تشرنقت هذه التكوينات المتجانسة في التاريخ والحضارة وظلت محتفظة بعاداتها وتقاليدها ودينها ولم يعد اندماجها في المجتمعات إلا بالقدر الأدنى الضروري لتحقيق مصالح مادية. فأصبحنا أمام دولة تماثل مشروع اقتصادي عملاق أو شركة كبيرة يكون المواطنون فيها هم حملة الأسهم في هذه الشركة ، وتكون الإدارة بالاقتراع تسعى دائماً لتحقيق أكبر ربحية. هذه الكيانات التي اندمج أفرادها في المجتمع كانت حريصة ، باتفاق ضمني غير معلن ، على الاحتفاظ بذاتيها وخصوصيتها. أسفر ذلك عن نتيجتين هامتين : الأولى : حق كل مواطن يحمل الجنسية الأمريكية في الدفاع عن حقوق موطنه أو بلده الأصلي دون أن يتهم

بالخيانة العظمى ، والثانية : وهي الهامة حماية خصوصية الجماعات - العرقية - التي يتكون منها الشعب الأمريكي .

هذه الجماعات التي هاجرت من العالم القديم إلى العالم الجديد حملت معها أكثر ما حملت طموح تحقيق الثروة بروح المغامرة والميكيفيلية أصبحت تحمل هوية جديدة هي المصلحة المادية بالمنطق الحسابي البحت ، أي تعظيم الربح. وانعكس ذلك على نظرتهن إلى القيم ، بما فيها الخصوصية. من مظاهر هذا التفكير المادي اتجاه الأمريكيان كما لاحظ De. Tocqueville إلى حل معظم المشاكل عن طريق القضاء مطالبين بالتعويض النقدي. فليست هناك عقوبات جنائية على انتهاك الخصوصية. وتوجد ظاهرة أخرى وهي وجود نسبة عالية من المشتغلين بالمحاماة بالنظر إلى مجموع تعداد السكان ، لأنها من المهن التي تدر دخلاً عالياً فضلاً عن وجود النظام الذي يحصل فيه المحامي على أتعابه كنسبة مئوية من التعويض الذي يحكم به. وهكذا يفرغ النظام عن وجود محامين قادرين على الجدل في أي نزاع أياً كانت طبيعته القانونية مساهمين في ابتكار أو تحديث دعاوى فعل ضار للحصول على تعويض نقدي للمدعي مما يثري الفكر القانوني .

يتميز التنظيم القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية - فضلاً عن انتمائه لدول القانون العام - بتنوع مصادره. ويرجع ذلك بالدرجة الأولى إلى تدرج التقسيم الثلاثي للسلطات (التشريعية - التنفيذية - القضائية) رأسياً من المستوى المحلي إلى مستوى الولايات ثم التقسيمات المحلية الأدنى. وهي - كما يسفر التطبيق العملي - تتنازع على المستويين الرأسي والأفقي في أداء وظائفها المستقلة ، وقد تمارس وظيفة وضع القانون (التشريعات البرلمانية والتعديلات الدستورية التي تجريها المحكمة الاتحادية العليا إلى جانب السوابق القضائية على مستوى المحاكم الاتحادية أو المحلية). أدى ذلك إلى وجود مجموعة من قوانين دعاوى الفعل الضار متباينة غالباً ، وذلك بالنظر إلى التفسير والتطبيق المتعارض للسوابق القانونية والطبيعة الذاتية الكبيرة الكامنة في العملية التشريعية<sup>(٢٣٦)</sup>. ومع ذلك فهناك تأثير إيجابي للنظام القضاء الأمريكي وهو التفهم والرغبة النسبية في قبول أي فكر قانوني جديد قد ينشئ دعوى قضائية جديدة ليس لها وجود في السوابق القضائية. ويساهم النظام الاتحادي في تقديم دراسات وتدريبات عملية في مجال القضاء والتشريع في حالة نشوء أو اختيار حقوق جديدة جديدة بالحمية القانونية<sup>(٢٣٧)</sup>.

#### الفرع الأول : التعدي على الخصوصية من جهة الإدارة

60/2/2 - جاء في الإعلان الأمريكي للحقوق وواجبات الإنسان في المادة الخامسة "إن لكل شخص الحق في الحماية القانونية ضد الهجوم التعسفي على شرفه وسمعته وحياته الخاصة والأسرية". كما ورد في المادة الخامسة عشر " لكل شخص الحق في الهدوء والسكينة وقضاء أوقات الفراغ. كما يجب إعطاءه إمكانية توظيف

<sup>(٢٣٦)</sup> فريد ه . كيت : الخصوصية في عصر المعلومات ، ترجمة محمد محمود شهاب ، مركز الأهرام للترجمة والنشر ، الطبعة

الأولى (١٩٩٩-١٤٢٠) ص ٦٧

James Michael : Privacy and Human Rights , opcit , p. 82

<sup>(٢٣٧)</sup>



الاستفادة من وقت الفراغ والانتفاع تماماً بروحه الثقافية والجسدية"<sup>(٢٣٨)</sup> . وبالرغم من هذا الإعلان فليس هناك ضمان دستوري واضح للحق في الخصوصية. وأن تدخل المحكمة العليا في تفسيرها للتعديلات التي تشكل "قانون الحقوق" لتوفير بعض الحماية لبعض مجالات الخصوصية في مواجهة تعدي بعض الأجهزة الحكومية ، إلا أن هذه الحماية فضلاً عن صياغتها بصورة عامة من الإجراءات الحكومية ، وأنها تفرض واجباً سلبياً بالزام الحكومة بالامتناع عن اتخاذ إجراءات معينة ، فإنها كانت محدودة المجال ولم تحقق الخصوصية فيها كحق من حقوق الشخصية الفوائد المرجوة . واقتصرت هذه الحماية – الموجهة ضد التدخل والتطفل الحكومي – على مجالات : التعبير والمشاركة والديانة، وعمليات التفتيش والاستيلاء ، وصنع القرارات الرئيسية ، وأخيراً عدم الكشف عن المعلومات .

ويمكن إيجاز مجالات الخصوصية التي أكدت التعديلات الدستورية في خمس مواضيع تضمن التعديل الأول حق المشاركة ويعترف بوجود حق دستوري في الخصوصية ، بمعنى الوحدة أو العزلة بعيداً عن تطفل رجال الإدارة ، ويحظر التعديل الثالث إقامة الجنود في أي منزل في وقت السلم بدون موافقة صاحبه ، وذكر التعديل الرابع ، وهو الأكثر رسوخاً وأكثر استخداماً ، "حق الناس في أن يكونوا آمنين في أشخاصهم ومنازلهم ، وأوراقهم ، وممتلكاتهم الشخصية ضد عمليات التفتيش والقبض غير المعقولة ، ولا يتم إصدار تصاريح إلا لسبب محتمل ، يعزز بيمين أو تأكيد ، يصف على وجه الخصوص المكان المطلوب تفتيشه والأشخاص المطلوب القبض عليهم أو الأشياء المطلوب مصادرتها. ويمنح التعديل الخامس مجالات معينة لا يجوز للحكومة إجباره على التنازل عنها للإضرار بنفسه . وينص التعديل الرابع عشر على مبدأ المحاكمة المشروعة وتوفير الحماية لعدم كشف المعلومات الشخصية .

وقد طبقت المحكمة العليا لأول مرة في عام ١٨٨٦ تعبير "الخصوصية" على المصالح التي يحميها التعديل الرابع<sup>(٢٣٩)</sup> ، وقد شجع التعديل الرابع ومسلك المحكمة كل من لويس برانديز وصمويل وارين في نشر مقالتهما الشهيرة في عام ١٨٩٠ في مجلة هارفارد للقانون والذي تمت فيه صياغة الحق في الخصوصية<sup>(٢٤٠)</sup> ، ويذكر للقاضي برانديز إصراره بشجاعة على إبداء رأي مخالف للأغلبية في أول قضية لاستراق السمع عن طريق التوصيلات الكهربائية Wiretapping<sup>(٢٤١)</sup> حيث قال : "الحق – في مواجهة الحكومة – في أن يترك المرء لشأنه ، وهو أكثر الحقوق شمولاً والحق الأكثر تقديراً من جانب الرجال المتحضرين . ومن أجل حماية ذلك الحق ، فإن أي تدخل لا مبرر له من جانب الحكومة في خصوصية الفرد ، مهما

<http://www.juris.uqam.ca/ait/jur/6650/daddh.htm>

(٢٣٨)

Boyd v. United States, 116 U. S. 616, 625 – 26 (1886)

(٢٣٩)

Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis : "The Right to Privacy" , Harvard Law Review, vol. 4 , December (1890) p. 193

Olmstead v. U. S. , 227 U. S. 438, 478 (1928) , Brandeis, Jr. dissenting

(٢٤١)

تكن الوسائل المستخدمة في ذلك ، يجب اعتباره انتهاكاً للتعديل الرابع<sup>(٢٤٢)</sup>. وقد أخذت أغلبية المحكمة بهذا الرأي في قضية أخرى<sup>(٢٤٣)</sup>. وأكدته في قضية أخرى في عام ١٩٦٧ إذ اعتبرت أن تسجيل المحادثات بواسطة الشرطة في أكشاك الهواتف العامة مخالفاً للتعديل الرابع لأن المتحدث لديه توقع معقول لقدر من الخصوصية في ذلك الأكشاك<sup>(٢٤٤)</sup>. وبعد ثمانية عشر سنة من قضية كاتز أصدرت المحكمة العليا (٣٢) حكماً تشمل آراء مؤيدة ومعارضة للحق في أن يترك المرء وشأنه .

ومن بين الأحكام العديدة سواء على مستوى المحكمة العليا أو محاكم الاستئناف في الولايات المتحدة الأمريكية التي تعرضت لبحث دستورية قوانين تمس الخصوصية أو حالات تعدي من رجال الإدارة على خصوصية الأفراد يوجز الباحث بعض من هذه النماذج وهي : أولاً : تعدد مصادر الخصوصية ، وثانياً : مدى عدم دقة ووضوح مفهوم الخصوصية في مواجهة السلطة ، وثالثاً : مقدار تعارض بعض الأحكام في تفسير المصلحة التي تحميها الخصوصية ، وأخيراً : محدودية مجال التطبيق . ففي أحد القضايا<sup>(٢٤٥)</sup> رأت المحكمة العليا أن حيازة مواد فاحشة في المنزل لا تكون جريمة . وفي قضية أخرى رأت المحكمة عدم دستورية قوانين ولاية تمنع توزيع موانع الحمل للأشخاص غير المتزوجين<sup>(٢٤٦)</sup>. وأيدت المحكمة العليا ، في قضية أخرى قانوناً لبروكفيلد ، ويسكنسن ، يحظر كافة عمليات مراقبة المساكن باعتبارها الملجأ الذي يمكن أن يأوي إليه الرجال والنساء هرباً من متاعب حياتهم اليومية ، وهو الملاذ الأخير للمتعبين والمرهقين والمرضى<sup>(٢٤٧)</sup>.

كما رفضت المحكمة العليا طعناً في قانون صدر في نيويورك يطالب بتقديم نسخ التذاكر الطبية الخاصة بعقاقير معينة إلى الولاية ، حيث رأت أن المصلحة الجديدة المزعومة في الخصوصية ، في عدم كشف المعلومات الشخصية ، غير واضحة حتى يصير اعتبارها مصلحة أساسية جديرة بالحماية . وأن القانون الصادر في الولاية لا يمثل اعتداء على هذه المصلحة . ورفضت تكييف الدعوى على أساس التعديل الرابع متعلقة بأن هذا التعديل يتضمن حالات إيجابية وغير معلنة ، وشديدة التركيز<sup>(٢٤٨)</sup>. ومع ذلك فإن بعضاً من محاكم الاستئناف لم تلتزم برأي المحكمة العليا . ففي قضية تافولارibas ضد شركة بريد واشنطن قررت المحكمة أن مصلحة الخصم في تجنب الكشف العلني للمعلومات الشخصية مبينة أسبابها في الدستور ذاته بالإضافة إلى القوانين الاتحادية والقانون العام<sup>(٢٤٩)</sup> وانتهت محاكم الاستئناف في

(٢٤٢) المرجع السابق ص ٤٧٩

(٢٤٣) Oklahoma Press Pub. Co. v. Walling, 327 U. S. 186, 204, no. 30 (1946)

(٢٤٤) Katz v. U. S. , 389 U. S. , 347 , 350 (1967)

(٢٤٥) Stanly v. Georgia , 394 U. S. , 557 , 654 (1969)

(٢٤٦) Eisenstade v. Baird , 405 U. S. , 438 , 454 (1972)

(٢٤٧) Frisly v. Schultz , 487 U. S. , 471 (1980)

(٢٤٨) قضية هوبلن ضد رو ، ٤٢٩ ، الولايات المتحدة ، ٥٨٩ ، (١٩٧٧) ص ٦٠٤

(٢٤٩) 724 F. ed. , 1010 , ( D C. , Cir. 1984 )

الدوائر القضائية الثانية والثالثة والخامسة والتاسعة إلى نفس النتيجة في عدم الكشف عن المعلومات الشخصية ، خاصة السجلات الطبية<sup>(٢٥٠)</sup>. بينما التزمت المحاكم في الدائرتين الرابعة والسادسة بمضمون حكم المحكمة العليا في قضية هوبلن ضد رو<sup>(٢٥١)</sup>

### التشريعات المنظمة للخصوصية :

61/2/2 – أ) التشريعات الاتحادية : يلاحظ أن معظم القوانين الاتحادية تُصاغ في شكل إعفاءات من قوانين أخرى – من ذلك مثلاً هناك إعفاءات من الإعفاءات التسعة على قانون حرية المعلومات الاتحادي مخصصان لحماية الخصوصية. الإعفاء رقم (٦) يمنع كشف الملفات الشخصية والطبية والملفات المماثلة التي يشكل كشفها تعدياً غير جائز بشكل واضح على الخصوصية. والإعفاء رقم (٧/س) يحظر نشر السجلات أو المعلومات المجمعة لأغراض تنفيذ القانون والذي يمكن بصورة معقولة توقع أن يشكل تعدياً غير جائز على الخصوصية<sup>(٢٥٢)</sup>

كما سن الكونجرس قانوناً اتحادياً للخصوصية يلزم الأجهزة الحكومية ب : ١ - تخزين المعلومات الشخصية المناسبة والضرورية فقط ، ٢ - جمع المعلومات إلى المدى الممكن لوضع البيانات ، ٣ - المحافظة على السجلات بدقة وبشكل كامل ، ٤ - اتخاذ إجراءات وقائية وإدارية وفنية لحماية أمن السجلات ، وأن يكون كشف سجلات الأفراد محدوداً بحدود خصوصيتهم<sup>(٢٥٣)</sup>.

وهناك قوانين ولوائح حكومية عديدة تحمي خصوصية معلومات المواطنين من تدخل الحكومة أو سوء استخدام عملها لسلطاتهم. من ذلك مثلاً فإن قانون مواعمة الحاسب الآلي وحماية الخصوصية المعدل بقانون الخصوصية عام ١٩٨٨ يضع إرشادات إجرائية للأجهزة الحكومية قبل وبعد مواعمة السجلات الإلكترونية كوسيلة حماية إجرائية<sup>(٢٥٤)</sup>. ويحظر القانون الاتحادي على وزارة الصحة والخدمات الإنسانية كشف سجلات الضمان الاجتماعي (42 U.S.C.art. 1305, 1997) ، وعلى مصلحة الإيرادات الداخلية كشف المعلومات الخاصة بعوائد ضريبة الدخل<sup>(٢٥٥)</sup> ، وعلى مكتب الإحصاءات كشف فئات معينة من بيانات الإحصاءات<sup>(٢٥٦)</sup>، وعلى

Barry v. City of New York, 712 F. 2d. , 1554, 1559 (2d. Cir. 1983) – Schacter v. <sup>(٢٥٠)</sup>

Whalen, 518 F. 2d., 35,37 (2d. Cir. 1978) – Doe v. Southern Pennsylvania Transportation Authority, 72 F. 3d., 1133 (3d. Cir. 1995) – United States v. Westinghouse Electric Corporation, 638 F. 2d., 570, 577 (3<sup>rd</sup>. Cir. 1980) — Plante v. Gonzalez, 575, F. 2d., 1119, 1123 (5<sup>th</sup>. Cir. 1978)--Doe v. Attorney General, 941, F. 2d., 780, 795-97 (9<sup>th</sup>. Cir. 1991)

J. P. v. De Santi , 653 F.2d., 1080 (6<sup>th</sup>. Cir. <sup>(٢٥١)</sup>

1981)

5 U. S. ( 6)-(7),(1977)

<sup>(٢٥٢)</sup>

Ibid , 552 a (b)

C.  
<sup>(٢٥٣)</sup>

P.L. 100-503, H.R. 100-802 ,3114 (1988) Amend. 5 U. S. C. art 552 a.

<sup>(٢٥٤)</sup>

26 , U. S. C. articles : 6103 , 7431 (1997)

<sup>(٢٥٥)</sup>

13 U. S. C. articles 8-9 (1994)

<sup>(٢٥٦)</sup>

إدارة السيارات بالولايات المتحدة وموظفيها كشف "المعلومات الشخصية" من سجل أي شخص يعمل سائقاً ، ما لم يكن الطلب ضمن أي من الإعفاءات الأربعة عشر الواردة في القانون<sup>(٢٥٧)</sup>

62/2/2 - ب) تشريعات الولايات: يصعب سرد تشريعات كل ولاية لكثرتها وتمائلها في الغالب لذلك يركز الباحث على بعض الأمثلة والتي توضح أن الغالب في هذه التشريعات هو توافقها وتناغمها مع القوانين الاتحادية. منحت ثمان ولايات على الأقل ضمانات دستورية خاصة بالخصوصية. وهي في معظمها تكرر للأحكام الدستورية الاتحادية. فقد تضمن دستور مينوسوتا نص التعديل الرابع للدستور الاتحادي (المادة الأولى فقرة 6). ونفس الأمر بالنسبة لولايتي هاواي ولويسيانا مع إجراء بعض التعديل ليحظر بوضوح التعديلات على الخصوصية (م/ ٦-١ ، ٧ من دستور هاواي و م/ ١-٥ من دستور لويزيانا) أما دستور أريزونا فقد نص في المادة الثانية منه على "عدم إزعاج أي شخص في شئونه الخاصة ، أو التعدي على حرمة بيته بدون سلطة قانونية . كما عدلت ولاية فلوريدا في عام ١٩٨٠ دستورها المادة الأولى فقرة ٢٣ نص على أن "كل شخص طبيعي له الحق في أن يترك شأنه ، وأن يكون متحرراً من تطفل رجال الإدارة في حياته الخاصة فيما عدا ما ينص عليه فيه بغير ذلك" . كما عدلت آلاسكا دستورها في عام ١٩٧٢ لينص في مادته (٢٢/١) على أن "حق الناس في الخصوصية حق مسلم به ولا يجوز انتهاكه" ، ويقضي دستور الينوي المادة ٦/١ على أن " من حق الناس أن يكونوا آمنين من التعديلات على خصوصيتهم". وأضافت كاليفورنيا الخصوصية ضمن الحقوق التي لا يجوز التصرف فيها (م ١/١ من دستور كاليفورنيا) ومما هو جدير بالذكر أن المحكمة العليا في كاليفورنيا وجدت أن هذا النص قابل للتطبيق على التعديلات التي ترد على الخصوصية سواء من رجال الإدارة الحكومية أو من الناس العاديين<sup>(٢٥٨)</sup>

#### الفرع الثاني : التعدي على الخصوصية من الجهات الخاصة والأفراد : أ) قانون الأفعال الضارة :

63/2/2 - القول الفصل في اعتبار سلوك المدعي عليه عدوانياً، بالقبول العام للمجتمع ، هو وجوب أن يكون بحثه عن معلومات خاصة بالمدعي "بوسائل تطفلية غير ملائمة"<sup>(٢٥٩)</sup>، لكنه معيار شخصي ، لذلك حاول إعادة البيان الثاني للأفعال الضارة الصادر في عام ١٩٧٧ وضع معيار موضوعي موضحاً بأن يكون التطفل على "درجة عالية من العدوانية بالنسبة للرجل المعقول" (م/٦٥٢ - ب) . بعض السوابق القضائية تتحدث عن "الوسائل غير الملائمة" لجمع المعلومات<sup>(٢٦٠)</sup> ، أو أن

18 U. S. C. art. 2721 (a) (1997)

(٢٥٧)

Hill v. National Collegiate Athletic Association , 7 Cal. 4 th 1, 865 P. 2d. 633 (1994)

(٢٥٨)

Pearson v. Dodd , 410 F. 2d. 701 , 704 (D. C. Cir. 1969)

(٢٥٩)

Nader v. General Motors Corp. , 255 , N. E. 2d. 765 , (N. Y. 1970)

(٢٦٠)

سلوك المدعي عليه ينقصه "العذر أو المبرر الاجتماعي أو الاقتصادي" <sup>(٢٦١)</sup>. وهذا الرأي يعطي المحاكم المعيار المرن في تقديرها لمدى خطأ الفعل الضار الخصوصية . ويجب أن يتم فعل التطفل بنية الخروج عن المعدلات .

كان التعدي على الخصوصية يعامل قديماً على أنه تعدي على أملاك أو حقوق Trespass أو تعدي بدني Assault أو استرقاق السمع eavesdropping. وقد تأخر الاعتراف بحق الخصوصية كحق أساسي حتى ظهور الوسائل التقنية الحديثة التي ضخمت بإمكانياتها الهائلة من ضرر التعدي عليه . إذ أنه قبل اختراع هذه التقنيات كان الانطباع المبني على المعقولة أن المحادثات الخاصة التي تعقد في المنازل أو المكاتب لا يمكن سماعها أو وصولها للآخرين . وقبل اختراع قاعدة البيانات عن طريق الحاسب الآلي كان جمع البيانات الشخصية يتم بواسطة نفر قليل من الناس ومن خلال المقابلات الشخصية والاطلاع على السجلات والدفاتر ، وهي كلها أعمال يدوية وغير منظمة أو مبرمجة مما يصعب كما هو الحال مع الوسائل والأساليب الحديثة الإضرار بعدد كبير من الضحايا .

وجاءت العبارة الشهيرة "دعه وشأنه" بداية جرس إنذار وتحذير تواكبت مع بداية ظهور هلال التقدم العلمي والثروة الصناعية . وأكدت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية هذا الحق حين ذكرت "أن المدعي لا يطلب شيئاً ، ولا يريد شيئاً لكن أن يترك وشأنه حتى اللحظة التي يتبين فيها أنه انتهك حقوق شخص آخر كما تظهر هذه العبارة <sup>(٢٦٢)</sup>. كما تظهر هذه العبارة في الكتاب الأكاديمي للفقهاء كولي <sup>(٢٦٣)</sup> كمقابل لواجب عدم إنزال الضرر بالتعدي مثلاً. وتواتر استخدام هذه العبارة سواء في الاعتداء على الخصوصية من جانب الأجهزة الحكومية والعامة أو الأجهزة والمؤسسات الخاصة والأفراد .

تطور مفهوم الخصوصية بفضل المسؤولية المدنية غير العقدية ، الفعل الضار. وبعد سبعين عاماً من نشر المقالة الشهيرة لصمويل وارين ولويس برانديز في ١٨٩٠ ، قام الفقيه الأمريكي بروسر في عام ١٩٦٠ بتحليل الآراء العديدة لمحاكم الولايات التي تعترف بالأشكال المختلفة للحق في الخصوصية ثم قام بتصنيف وتبويب الأفعال الضارة التي تمس هذا الحق مقترحاً بذلك هيكلًا لحقوق الخصوصية يتكون من أربع فئات أساسية هي: (١) التطفل المادي ، (٢) الانتحال ، (٣) الصور الزائفة ، (٤) نشر الحقائق الخاصة <sup>(٢٦٤)</sup>. وقد تبني إعادة بيان قانون الأفعال الضارة الثاني (حيث كان بروسر مقررراً له) هذا التصنيف بدلاً من محل حق الخصوصية الوحيد الذي نص عليه إعادة البيان الأول لقانون الأفعال الضارة . وينص قسم (٦٥٢/أ) من إعادة البيان الثاني على المبدأ العام التالي: يتحمل الشخص الذي يعتدي

<sup>(٢٦١)</sup> عبارة القاضي Breitel المعارض في القضية السابقة

<sup>(٢٦٢)</sup> Wheaton v. Peters , 33 U. S. 591 , 634 , (1834)

<sup>(٢٦٣)</sup> T. M. Cooley : A Treaties on the Law of Torts , 29 (2d. 18881)

<sup>(٢٦٤)</sup> William L. Prosser : "Privacy" , California Law Review 48 (august 1960) , p.

على خصوصية شخص آخر المسؤولية عن الضرر الذي وقع على هذا الأخير يحدث الاعتداء على حق الخصوصية بأحد الصور التالية: (أ) التطفل غير المعقول والمبرر على عزله شخص آخر كما هو مبين في قسم ٦٥٢ ب ، (ب) أو استغلال اسم أو شبه شخص آخر كما هو مبين في قسم ٦٥٢ ج ، (ج) أو العلانية غير المعقولة التي تعطي للحياة الخاصة لشخص آخر كما هو مبين في قسم ٦٥٢ د ، (د) أو العلانية التي تضع شخصاً آخر بشكل غير معقول في صورة زائفة أمام الجمهور كما هو مبين في قسم ٦٥٢ هـ .

وهكذا تصبح الفئات الأربع الأساسية للأفعال الضارة التي تمثل اعتداء على الخصوصية هي :

64/2/2 – أولاً: التطفل غير المعقول في عزله شخص آخر Intrusion upon seclusion.

ينص قسم ٦٥٢ (ب) من إعادة بيان الأفعال الضارة على أن "الشخص الذي يتطفل عنوة مادياً أو غير ذلك ، على عزله أو وحدة شخص آخر أو شئونه أو اهتماماته الخاصة يتعرض للمسؤولية أمام الشخص الآخر بسبب الاعتداء على خصوصيته . إذا كان التطفل يسبب ضرراً كبيراً لدى الشخص المعقول" . ومن أمثلة هذه الفئة : الاقتحام المادي لمنزل شخص كالدخول غير المطلوب ، أو النظر إلى النوافذ بالمناظير التلسكوبية ، أو التصوير بالكاميرات المقربة ، أو تسجيل المحادثات الهاتفية . ومن صور التطفل غير المبرر : البحث في الحقائب اليدوية أو محافظ النقود وأيضاً الحصول على معلومات مالية مثل الحساب الجاري في البنوك بدون رضا الشخص .

ولعل النموذج الواضح في الاعتداء على الخصوصية الذي يندرج تحت هذه الفئة هو الذي يتم باستخدام الوسائل الإلكترونية . ومثاله القضية التي رفعها طبيب الأطفال المعروف بنجامين سبوك ضد جهاز الأمن القومي لتلصصه على اتصالاته الشفوية والسلكية والهاتفية والبرقية<sup>(٢٦٥)</sup> . ويندرج في نطاق هذه الفئة أيضاً الحركات التي تتم بالقرب وحول الضحية بنية جمع معلومات عنها من ذلك ما أبدته الدائرة الثانية في القضية التي تدور وقائعها حول أخذ صور فوتوغرافية لجاكلين كينيدي / أوناسيس وأطفالها في أوضاع مختلفة حيث قفز المدعي عليه وأحاطها بأخذ صور بينما كانت تقيم احتفالاً خاصاً ، ثم قفز إلى الممر لأخذ صورة لابنها جون إف كينيدي الذي كان يركب دراجته . رأت المحكمة أن المدعي عليه اقترح وتسلل واقترب كثيراً من الحياة الخاصة للسيدة أوناسيس<sup>(٢٦٦)</sup> . لاشك أن قرار المحكمة هذا يعكس فكر ونظرة الجانب القضائي الأمريكي للظروف التي أحاطت بموت أميرة ويلز الأميرة ديانا في فرنسا عام ١٩٩٧ . وقضية أخرى لنمط سلوك المطاردة الخلسة ولكنها في هذه المرة ليست لجمع المعلومات وإنما لمجرد مضايقة المدعي . فقد توقف المدعي فجأة عن اتمام إجراءات الزواج من امرأة هي المدعي عليها . وفي غضبها أصبحت تظهر أمامه كل

Spock v. United States , 464 F. Supp. 510 , 512 (S. D. N. Y. , 1976

(٢٦٥)

Galella v. Onassis , 487 F. 2d. 986 , 992-95 (2d. Cir. 1973)

(٢٦٦)

صباح ملاحقة إياه حين يخرج من البيت إلى مكتبه إلى حيث يتناول الغذاء وتتبعه حيثما غدا أو راح مع أسرته الجديدة كما كانت تؤدي له ملاحظات وتعليقات جنسية قميئة في أماكن يمكن للغير سماعها وأرسلت إليه العديد من الخطابات والبطاقات والهدايا غير المرغوب فيها . حكمت المحكمة عليها بالتعويض النقدي<sup>(٢٦٧)</sup>

65/2/2 – ثانياً: الانتحال Appropriation: يقضي قسم ٦٢٥ (هـ) بمسؤولية الشخص الذي يستغل اسم أو شبه شخص آخر لاستخدامه الخاص أو مصلحته الخاصة بسبب الاعتداء على خصوصية الشخص الآخر. والفكرة من وراء هذه الفئة أن المدعي له حق ملكية أمور سرية بالنسبة له وللمظهر العام بحيث أنه قد يطلب مصاريف قبول فيها أو ثمن لإعادة إنتاجها. وهذا الذي حدا بواضعي إعادة البيان (الثاني) للقول بأن الحق الذي تنشئه هذه الفئة هو من طبيعة حق الملكية الذي يتطلب استخدامه من شخص ثالث ترخيص حصري أو إذن من المالك الأصلي. وترجع جذور فئة الانتحال هذه ، القائمة على مفهوم الملكية وفكرة الكرامة ، إلى الخلفية التاريخية لتشريع الحقوق المدنية في نيويورك. حيث ثار الرأي العام ضد حكم محكمة نيويورك الاستئنافية التي رفضت دعوى استخدام شبه امرأة صغيرة في إعلان عن الزهور يحتوي على عبارة "زهور العائلة" "Flower of the Family"<sup>(٢٦٨)</sup>، ثم صدر على أثر هذه الفورة تشريع الحقوق المدنية مانحاً سبباً لدعوى الاستخدام التجاري غير المرخص به لاسم أو هيئة أو صورة شخص آخر. وتتشابه هذه الفئة مع مفهوم "حق الإعلان" "Right of publicity" الوارد في التعديل الثالث في قسمي ٤٦ ، ٤٧ لسنة ١٩٩٥ الخاص بالمنافسة غير المشروعة. لكن يظل الفارق في أن الخصوصية تحمي جرح شخص في مشاعره بينما الحق في الإعلان يوفر الحماية ضد الاستغلال التجاري غير المصرح به لاسم أو وجه شخص ما . ومن الناحية العملية فإن الأشخاص المشهورين سيما المشتغلين بالفن يرفعون دعاوهم تحت الحق في الإعلان بينما آحاد الناس العامة فيقاضون المدعي عليهم تحت الفعل الضار الخصوصية .

66/2/2 – ثالثاً: الإفشاء العام لوقائع خاصة Public Disclosure of Private Facts: جاء في القسم ٦٢٥ (د) بأن "الشخص الذي يعلن أمراً يتعلق بالحياة الخاصة لشخص آخر يتعرض للمسؤولية أمام الشخص الآخر بسبب اعتدائه على خصوصيته. إذا كان الأمر المعلن من نوع أ) شديد العدوانية بالنسبة لشخص معقول ، ب) ليس له أهمية شرعية لدى عامة الجمهور ، فبالرغم من صحة المعلومات المنشورة إلا أنها تضرع المدعي ، وهو من آحاد الناس ، في موقف محرج ويسبب له ضرراً. ويتوازى مع حكم هذه الفئة قرار المحكمة العليا بأن المعلومات

Kramer v. Downey , 680 S. W. 2d. 524 m 525-26 (Tex. Cr App. 1984)

(٢٦٧)

Roberson v. Rochester Folding Box Co. , 64 N. E. 422 (N. Y. 1902)

(٢٦٨)

الصحيحة التي يتم الحصول عليها بصورة شرعية عن أمر ذي أهمية عامة ، لا يخضع مطلقاً للمسئولية المدنية<sup>(٢٦٩)</sup>

وينقل لنا الأدب القانوني الأمريكي قضية مضى عليها أكثر من سبعين عاماً كنموذج رائد في تطبيق هذه الفئة<sup>(٢٧٠)</sup> ، حيث زعمت المدعية أن الصور المتحركة استخدمت اسمها الصحيح في عرض أحداث بغیضة حدثت منذ عدة سنوات . وكانت وقت عرض الفيلم تعيش حياة هادئة . وقررت المحكمة مسؤولية صانعي الفيلم مستشهدة بنظريات إعادة الاعتبار للمجرمين . وقالت إن التقاط الأحداث من الحياة الماضية للمدعية واستخدام اسمها الحقيقي غير مبرر وفقاً لأي معدل من معدلات الأخلاق ، حتى اللص غير الشريف يسمح له بالتوبة أثناء النزاع الأخير .

ومن الأفعال الضارة التي تمثل اعتداء على الخصوصية نشر أسماء ضحايا الاغتصاب ، إن لم يكن بالطبع محل اهتمام عام وفقاً للتعديل الأول . وتؤكد التشريعات القانونية في الولايات عدم شرعية نشر أسماء ضحايا الاغتصاب . ومع ذلك فإن المحكمة العليا لم تطبق هذه الفئة في أحد القضايا<sup>(٢٧١)</sup> ، وملخص وقائعها أن أحد إدارات الشريف في إقليم محلي وضعت تقريراً ضمنته اسم أحد ضحايا جريمتي سرقة واعتداء جنسي ووضعت في غرفة الصحافة مما يفيد أنها لم تضع قيد على الوصول إلى الصحف . وبالرغم من وجود قانون يمنع نشر هوية ضحايا الاعتداء الجنسي بأي وسيلة من وسائل النشر إلا أن المحكمة التفتت عن هذا القانون وفقاً لرأي القاضي مارشال أحد القضاة الذي حكموا في هذه القضية بأنه "حيث تقدم الحكومة بعض المعلومات للنشر ، يكون من السخف أن نسأل الأشخاص أكثر من مساءلة مصدر المعلومات . واستندت المحكمة إلى قضية مماثلة حيث كانت المعلومات المبنوثة على التلفاز متوافرة في السجلات الرسمية<sup>(٢٧٢)</sup> .

67/2/2 – رابعاً الصورة الزائفة "The False Light" Tort . هذه الصورة الأخيرة هي النشر الذي يضع شخصاً ما بشكل غير معقول في صورة زائفة أمام الجمهور (التعديل الثاني للأفعال الضارة قسم ٦٥٢ / هـ) . هذه الفئة تجمع بين الملامح التقليدية للتشهير والخصوصية . إذ يتطلب الأمر في قبول دعوى التشهير أن تكون المعلومات المنشورة غير صحيحة ، لكن في هذه الفئة تكون المعلومات غالباً صحيحة لكنها تخلق انطباع سيئ عن المدعي .

ومن التطبيقات القضائية للنشر الذي يعطي الصورة الزائفة للمدعي ، أحد القضايا التي وافقت فيها المحكمة العليا على قرار المحلفين بتعويض المدعية لانتهاك خصوصيتها من خلال نشر مجلة صنداي مقالة عن انهيار جسر واستخدمت أحد الأسر التي فقدت الزوج والوالد في هذا الانهيار لتبين مدى تأثير ذلك الحدث على

Florida Star v. B.J.F. 491 U. S. 524 (1989) – Smith v. Daily Mail Publishing Co. 443 U. <sup>(٢٦٩)</sup>

S. 97 (1979) – Cox Broadcasting Corp. v. Cohen , 420 U. S. 469 (1975)

Melvin v. Reid , 297 P. 91 (Cal. Ct. App. 1931)

(٢٧٠)

Florida Star v. B. J. F. , 491 U. S. 524 (1989)

(٢٧١)

Cox Broadcasting Corp. v. Cohen 420 U. S. 469-97 (1975)

(٢٧٢)



الناس في المنطقة. زعمت المدعية أن المقالة أظهرت الأسرة في صورة زائفة عن مظهرهم وظروف الحياة التي يعيشونها في منزلهم مما جعلهم في موقف يشعرون فيه بالخزي والعار. ووجدت المحكمة بعد مناقشة مستفيضة لتعريف "إضرار الأذى الحقيقي" "Actual Malice" الذي جرى الاعتراف به في نطاق التشهير أن هناك دليل كاف لمنح المدعية تعويضاً جابراً وبعض التعويض العقابي<sup>(٢٧٣)</sup>.

ونموذج آخر يوضح فئة الصورة الزائفة هو نشر صور عارية للممثلة وعارضة الأزياء روبين دوجلاس والتي كانت قد وافقت على أخذ هذه الصور على فرض أنها ستُنشر في مجلة البلاي بوي لكنها فوجئت بأن الصور منشورة في مجلة هستلر. قابلت المحكمة بين صفات مجلة هستلر الغثة والقميئة وبين ما يمكن اعتباره حسن ذوق نسبي في مجلة البلاي بوي وانتهت إلى أن نشر صور السيدة دوجلاس كما لو أنها وقفت عارية بإرادتها لتصويرها لمجلة هستلر يمكن أن تضعها في صورة زائفة حتى مع قبولها التصوير لمجلة البلاي بوي<sup>(٢٧٤)</sup> وانتهت المحكمة إلى أحقية المدعية بالتعويض وإن نقضت الحكم فيما يتعلق بخطأ محكمة أول درجة في عدم تحققها من ضرورة إثبات إضرار الأذى بدليل واضح ومقنع باعتبار أن المدعية أحد الشخصيات العامة.

ويلحق بهذا الفئة صورة أخرى من صور الاعتداء على الخصوصية وهي سرد ونقل الوقائع بطريقة روائية تخيلية وهمية Fictionalization . عندما تكون المواقف تجارب حقيقية مُعاشة لكن سارد الوقائع أعطى لها أو للشخصيات انطباع وسلوك ومشاعر مختلفة فالمدعي هنا لا يزعم أن النشر وضعه موضع السخرية أو الإحراج لكن طبيعته الروائية التخيلية تجعل من الوقائع المزعومة التي نشرت للجمهور حتى ولو أنها حقيقية إلا أنها من وجهة نظر المدعي سرية. القضية النموذج لذلك هي قضية مؤسسة تايم ضد هيل<sup>(٢٧٥)</sup> وهي مزيج معقد من الوقائع والقانون. فقد قضت المحكمة بالإزام ناشر مجلة لايف بدفع تعويض بسبب مقالة تضمنت أن مسرحية برود واي كانت إعادة تمثيل صادق لأحداث وقعت لأسرة أثناء احتجازها كرهينة بواسطة مجرمين هاربين. وقدمت المسرحية موقفاً تبيين فيه أن الأسرة تعرضت لمعاملة سيئة من المحتجزين وهو الأمر الذي نفته الأسرة بشجاعة معلنة أنهم تعرضوا لمعاملة طيبة. استند قرار قاضي محكمة أول درجة على القسمين ٥٠ ، ٥١ من قانون نيويورك للحقوق المدنية الذي يسمح بتعويض الأشخاص الذين تستخدم أسمائهم أو هياتهم أو صورهم لأغراض تجارية بدون موافقة مكتوبة. لكن المحكمة العليا غيرت التكييف القانوني لأساس المسؤولية والتعويض واستندت في ذلك المعيار السابق إقراره في نطاق التشهير على أساس التعديل الأول والذي بموجبه يتعين على المدعي ، بفرض كونه من الشخصيات العامة ، أن يثبت أن

Contrell v. Forest City Publishing Co. , 419 U. S. 245 , 251-53 (1974)

(٢٧٣)

Douglass v. Hustler Magazine Inc. , 769 F. 2d. 1128 , 1135-37 (7<sup>th</sup>. Cir. 1985)

(٢٧٤)

Time . Inc., v. Hill , 385 U.

(٢٧٥)

الناشر كان يعلم بعدم صدق المنشور أو أنه تغاضى بشكل يتسم بالاستهتار عن صدقه أو كذبه

### خصوصية النفايات ( القمامة ) :

68/2/2 - أثر الباحث أن يتناول موضوع خصوصية النفاية بالدراسة في إطار التنظيم القانوني للخصوصية في الولايات المتحدة الأمريكية وبعد سرد الحماية التي يكفلها قانون الأفعال الضارة ، دون أن يناقشه في موضعه المفروض ضمن صور وأشكال التعدي على الخصوصية بصفة عامة لسبب خاص بما وصل إلى علمه من الدراسة والبحث وهو تفرد الولايات المتحدة الأمريكية بالمناقشة القانونية والجدل النظري بين مؤيد لوجود حق الخصوصية في القمامة ومعارض له ، و القضايا التي نظرتها المحاكم وأعطت فيها أحكاماً متعارضة دون أن تتم إثارته في أي تنظيم قانوني آخر. وهو إن لم يرد ضمن تصنيفات بروسر إلا أنه يمكن اعتباره بمثابة إفشاء عام لوقائع خاصة أو تطفل مادي على حرمة المساكن. ثم أنه يتميز بإمكانية تنوع صفات أطراف النزاع فالمدعي عليه قد يكون أحد عمال الدولة أو الهيئات العامة أو أي من أجهزة الإعلام أو أحاد الناس ، كما قد يكون المدعي أحد المسؤولين أو الشخصيات العامة أو فرد عادي من أفراد الجمهور .

69/2/2 - جرت العادة على أن تضع الناس القمامة في أكياس بلاستيكية على الإفريز أمام المنازل ليقوم بجمعها عمال جمع القمامة بالجهات البلدية أو الشركات الخاصة. وعادة ما تكون هذه الأكياس غير شفافة ، سوداء أو خضراء أو بنية. ومع توافر الأكياس الشفافة إلا أن إجماع الناس عن استخدامها يعتبر مؤشراً على أن مستخدمي الأكياس القاتمة يتوقعون قدراً من الخصوصية لنفاياتهم. وقد اعترفت المحكمة العليا في آلاسكا بهذه النزعة من سلوك الناس حين قالت أنه " غالباً ما يعلن النشاط الإنساني عن نفسه أخيراً في منتجات المهملات والفضلات وأنه من المفهوم أن أي شخص يرغب في الحفاظ على سريتها<sup>(٢٧٦)</sup> . وتحتوي هذه الأكياس عادةً على بقايا وفوارغ ومتعلقات شخصية تشمل :

- ١ - قوارير الدواء الخالية والتي يكتب عليها أحياناً اسم الفرد المستخدم ، وكذلك اسم وجرعة الدواء ، الأمر الذي يستطيع معه أي شخص يفتش في هذه القمامة استنتاج الحالة الصحية للشخص ، خصوصاً في حالة الأمراض الجنسية المعدية أو الاضطرابات النفسية وإفشاء الحالة الصحية للشخص قد يسبب له حرجاً .
- ٢ - بطاقات الائتمان والإيصالات التي تحوي اسم الشخص وبيانات بطاقة الائتمان . ويستطيع الشخص الذي ينقب في هذه النفاية أن يستخدم المعلومات والبيانات في الشراء بواسطة الهاتف .
- ٣ - الخطابات التي تحتوي على معلومات مالية أو دينية أو عاطفية سرية .
- ٤ - العبوات الفارغة من المشروبات الكحولية قد تسبب حرجاً لشخص يقطن في مدينة غالبية سكانها لا يتناولون المشروبات الروحية لأسباب دينية أو أخلاقية .

٥ - الحاويات والعلب الفارغة التي تحتوي على وسائل تحديد النسل أو منع الحمل وهي إن كانت حيازتها واستخدامها مشروع لكنه قد يسبب بعض الحرج أمام الغير .  
٦ - فواتير الهواتف والتي قد تشمل بيان بالمكالمات الدولية محددة بالتاريخ ومدة المكالمات.

٧ - الأوراق التي تشير إلى عضوية جماعات سياسية أو اجتماعية أو دينية .  
ومع أن هذه القائمة تتضمن مسائل وأمور قد تنسم بالسرية والخصوصية فقد أثير الجدل حول عدة نقاط. منها مثلاً ما أثير بخصوص اختلاط نفايات السكان مع آخرين في سيارات النقل بحيث لا يمكن التعرف على هوية صاحبها<sup>(٢٧٧)</sup>. والرأي المقابل يقول إذا كان هذا التجهيل قد يكون صحيحاً لبعض المواد أو الحاويات لكنه ليس كذلك في الحاويات التي تشمل أسماء الناس مثل الإيصالات أو الملصقات التي توضع على علبة الدواء. إضافة إلى الجدل السابق قيل بأن المعتاد أن تترك أكياس القمامة على جانبي الشارع العام في أماكن معينة مما يجعلها سهلة المنال للحيوانات الضالة ، والأطفال ، والزبالين ، والمتطفلين ، وأشخاص أخرى من عامة الناس. إلا أنه تم دحض هذا الرأي في أحد القضايا بالقول. نحن نتوقع من شرطة الولاية أن تكون أكثر دراية ولبابة واحتراماً لخصوصية الناس عما تكون عليه الكلاب والأطفال والفضوليون<sup>(٢٧٨)</sup>. وكما علق القاضي Brenman في أحد القضايا<sup>(٢٧٩)</sup> بأن الإمكانية المجردة لوقوع التطفل مثل لص يسطو على المنزل لا تنفي أن هناك توقع للخصوصية .

وبالرغم من توقع الخصوصية في القمامة فإن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية التفتت عن ذلك وقضت بأنه يمكن للشرطة بموجب القانون أن تبحث بدون سابق إنذار في القمامة التي يضعها الأفراد<sup>(٢٨٠)</sup> وفي قضية أخرى تنور وقائعها في قيام أحد محرري جريدة أسبوعية صغيرة بالبحث والتنقيب في خمس أكياس زباله خاصة بالوزير هنري كيسنجر، كانت مخزنة في الحاويات، ونشر النتائج في الجريدة<sup>(٢٨١)</sup>. وقد رأت المحكمة أن التعدي على خصوصية د. كيسنجر يؤكد - ضمن أسباب أخرى - عدم توقع خصوصية أكياس القمامة وذلك لمجرد أنه لم يرفع دعواه ضد المحرر على أساس انتهاك الخصوصية الواقع في فئة "الإفشاء العام لوقائع خاصة" لكن ذلك بالطبع لا ينفي وجود اعتداء على الخصوصية . ولم تفرق المحكمة العليا في البحث والتنقيب بين الحاويات القيمة مثل حقائب اليد وحوافظ

California v. Rooney , 483 U. S. 307 , 321 (1987)

(٢٧٧)

State of Florida v. Schultz , 388 So. 2d. , 1326 , 1330 (1980)

(٢٧٨)

State v. Hempele , 576 A. 2d. 793 , 804 (N. J. 1990)

(٢٧٩)

California v. Greenwood ,

(٢٨٠)

486(1988)

California v. Greenwood , 486 U. S. 35 , n. 4 and 1635 (1988)

(٢٨١)

الأوراق ، وبين غير ذات القيمة مثل الأكياس الورقية إذا كانت الحاويات أو الأكياس غامقة غير شفافة<sup>(٢٨٢)</sup> .

لكن الظاهرة الملفتة للنظر هو أن قرار المحكمة العليا محل نقد من القضاء ومن بعض المحاكم الاستئنافية. ففي قضية استئناف فلوريدا قال القاضي المعارض : "في رأيي أن مالك المنزل عند وضعه نفايته في حاويات مغلقة ، ثم يضعها في مكان ، في ملكه ، حيث يمكن نقلها بواسطة المخولين بجمعها ، فهو يتوقع - بدرجة معقولة - أنه سيتم نقلها ثم التخلص منها وفقاً للمعهود بموجب العقود الخاصة. وأنه بغلق الحاويات بطريقة آمنة ووضعها في مكان ما - داخل ملكه - فإنه قد فعل كل ما يمكن عمله في نطاق وسائله ليؤكد خصوصية المحتويات ، كما لو اختصر ذلك وقام بتسليمها بنفسه إلى مراكز التصرف فيها<sup>(٢٨٣)</sup>. وكخطوة معارضة إيجابية قررت خمس محاكم عليا في ولايات مختلفة عدم دستورية البحث والتنقيب في أكياس القمامة<sup>(٢٨٤)</sup>. وقد نقض هذا الحكم في المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية وأعيد إلى المحكمة العليا لولاية كاليفورنيا<sup>(٢٨٥)</sup> التي أكدت قرارها السابق<sup>(٢٨٦)</sup> وأخيراً نقضته محكمة الولايات المتحدة الأمريكية بأحكامها في بعض القضايا<sup>(٢٨٧)</sup> . ومن هذه الأحكام نجد أن المحكمة العليا لولاية نيوجرسي أشارت إلى نقطة جيدة وهي أن دستور الولاية لا يطلب ماذا نتوقع من الحكومة فهو يخبرنا ما الذي يجب أن نطلبه من الحكومة وأردفت المحكمة قائلة "ليس لدينا مجرد سلطة تفعيل الحماية التي يمنحها دستور الولاية - حين يمنح دستور الولاية حماية للخصوصية أكثر من التي يمنحها دستور الولايات المتحدة الأمريكية - بل أنه واجب علينا أن تفعل ذلك "<sup>(٢٨٨)</sup> وانطباع الباحث هو أن معظم القضايا التي دارت حول بحث وتنقيب الشرطة في النفايات كما هو واضح من قراءة وقائعها أن غالبية المدعي عليهم هم الذين يبيعون عقاقير تجديد النشاط غير المشروعة وأن القضاة تأثروا بمبدأ الغاية تبرر الوسيلة وللاعتقاد العام بسوء سلوك هؤلاء التجار ، غالباً ما يجيزون الوسائل التي تؤدي إلى إثبات مسؤوليتهم القانونية ، لكنهم يغطون الدوافع الحقيقية بجدل نظري معقد حول عدم توقع معقول للخصوصية أو وجودها أو عدم وجودها في فناء المنزل ، نظرية

Katz v. U. S. , 389 U. S. 347 , 361 (1967) – Robbins v. California, 453 U. S. 420, 425-<sup>(٢٨٢)</sup>

427 (1981) – U. S. v. Ross , 456 U. S. 789 , 815 , 822 (1982)

State of Florida v. Schultz , 388 So. 2d.1326

(٢٨٣)

,133(1980)

California , People v. Krivda ,486P.2d.1262

(٢٨٤)

,(Calif.1971)

409 , U. S. 33 (1972)

(٢٨٥)

504 P. 2d. 457 (1973)

(٢٨٦)

412 U. S. 919 (1973) – 2. Hawaii State v. Tanka, 701 P.2d. , 1274 (Haw. 1985) – 3. <sup>(٢٨٧)</sup>

New Jersey State v. Hempele , 576A. 2d. 793 (N. J. 1990) – 4. Washington State v. Boland , P. 2d. , 1112 (Wash. 1990) – 5. Vermont State v. Morris , 680 A. 2d. , 90 (Vt. 1996)

<sup>(٢٨٨)</sup> قضية ولاية نيو جيرسي ضد هيمبل في ص ٨٠٠

تخلي الشخص عن الخصوصية بمجرد وضعها في أكياس القمامة على الإفريز .. وكل هذا الجدل كان يمكن أن لا يحدث إذا اعتبرنا سرية محتوى النفاية مع وضعها في أكياس غامقة مبرر قوي لضرورة الحصول على إذن بالتفتيش قبل فتحها. ومع ذلك فخلاصة القول فإن القانون الحالي – وفقاً لحكم المحكمة العليا في أمريكا – لا يوجد استثناء معقول لخصوصية محتويات الزبالة وأن الفرض القائم هو أن الشخص قد تنازل عن أي اهتمام بملكية هذه النفايات حتى لو وضعها في حاويات أو علب معدنية أو أكياس داكنة اللون في منزله انتظاراً لجمعها .

**لا توجد عقوبة جنائية عامة جزاء لانتهاك الخصوصية تحت أي فئة من الفئات السابقة . ومع ذلك في الحالات التي يقرر فيها المحلفون أن الفعل الضار يستوجب تعويضاً عقابياً فإنه يحكم بهذا التعويض إلى جانب التعويض الجابر .**

**ب) التشريعات :**

70/2/2 – يوجد عدة قوانين على المستوى الاتحادي لحماية الخصوصية<sup>(٢٨٩)</sup>. إلا أنها تقتصر غالباً على أنشطة معينة مثل كشف البيانات الشخصية وخدمات الاتصالات السلكية واللاسلكية والفيديو والسجلات الدراسية<sup>(٢٩٠)</sup>، ومن هذه التشريعات يختار الباحث بعضاً منها اختياراً عشوائياً :

١. في ٣٠ سبتمبر ١٩٩٦ ، أصدر الكونجرس "قانون إصلاح الإبلاغ عن الائتمان الاستهلاكي" Department of Defense Appropriations Act, 1997, 15 U. S. C. 1681-1681 t. والذي دعم حماية خصوصية المعلومات إذ أنه يقيد محتوى وكشف واستخدام معلومات الائتمان .
٢. قانون التحويل الإلكتروني للأموال لعام ١٩٧٨ (15U.S.C. Sec 1693-1963) الذي يضع مبادئ توجيهية إلزامية للعلاقة بين المستهلكين والمؤسسات المالية بخصوص المعاملات المالية الإلكترونية وعدم استخدام المعلومات عن العميل أو الكشف عنها لأطراف ثالثة .
٣. قانون سرية سجلات البنك رقم 12U.S.C قسم ٣٤١٠ وما بعده .
٤. تقرير حق خصوصية محتوى المظروف المرسل عبر بريد الدرجة الأولى بالولايات المتحدة الأمريكية .
٥. قانون خصوصية الاتصالات الإلكترونية لعام ١٩٨٦ ، الذي يحمي خصوصية مضمون المكالمات الهاتفية ، ووسائل التلغراف ، أو البريد الإلكتروني (18 U.S.C SS 2510 et seq) .
٦. قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية لعام ١٩٩٦ (47 U.S.C sec. 222) الذي يتضمن أحكاماً توفر الحماية لخصوصية "معلومات الشبكة الخاصة

Paul M. Schwartz and Joel R. Reidenberg L Data Privacy Law , Charlottes ville, <sup>(٢٨٩)</sup>

Va:Michie (1996) p.215

Joel R. Reidenberg : "Privacy in the Information – انظر مقالة : ٣٧٧-٢١٩ – المرجع السابق ص ٢١٩-٣٧٧

Economy , A Fortress or Frontier For Individual Rights ?", Federal Communications Law Journal, Vol. 44 (march 1992) pp. 195-219

بالعملاء" وهي المتعلقة بالكمية والشكل الفني ، والنوع ، والغرض ، ومقدار الاستخدام لخدمة اتصالات سلكية ولاسلكية التي يشترك فيها العميل .

٧. قانون سياسة الاتصالات الكابلية لعام ١٩٨٤ (1) (1997) (47 U.S.C. 551(9)) الذي يقيد جمع ، وتخزين وكشف المعلومات التي يمكن معرفتها بصفة شخصية دون موافقة المشترك كما ينص هذا القانون في القسم (٥٥١/ف) على التعويضات القانونية ضد مشغلي الكوابل الذين ينتهكون حقوق عملائهم

٨. قانون حماية خصوصية الفيديو لعام ١٩٨٨ (18 U.S.C. sec.2710 (1997)) الذي يحظر كشف أسماء أفلام معينة يستأجرها عملاء يمكن التعرف عليهم.

٩. قانون حقوق تعليم وخصوصية الأسرة لعام ١٩٧٤ (20 U.S.C. sec. 1232g (1997)) الذي يحظر على المؤسسات التعليمية كشف سجلات الطالب لأطراف ثالثة غير الآباء أو الطلاب دون موافقة كتابية. وكذلك حماية سرية السجلات المالية للآباء عن وصول أبنائهم الصغار إليها .

71/2/2 – أما على مستوى القوانين الأساسية للولايات المتحدة نجد أن بعض الولايات أقرت حق الخصوصية تشريعياً<sup>(٢٩١)</sup> فقد أقرت ولايتي ماساشوسيتس ويسكونسن حقوقاً عامة للخصوصية وهي عبارة عن إعادة لبعض فئات الخصوصية في قانون الأفعال الضارة السابق ذكرها. كما تجنب عدد من الولايات الأخرى تقنين مظهر للحماية الواسع والاقتصار على فئة معينة من فئات الفعل الضار<sup>(٢٩٢)</sup>.

72/2/2 - قواعد الأخلاق المهنية Professional Ethics. هناك نماذج وأمثلة أخرى للخصوصية تحظى بالحماية في النظام الأمريكي من خلال قواعد الأخلاق والسلوك المهني لبعض المهن. مثل سرية وعدم إفشاء المعلومات أثناء علاقات : المحامي بالموكل ، الطبيب بالمريض ، القسيس بالتائب . ويتوازن مع ذلك تقنين الأدلة الذي يحمي هذا الحق . ويمكن أن يمثل التعدي على الخصوصية أثناء هذه العلاقات فعلاً ضاراً. من تطبيقات ذلك أحد القضايا التي حكم فيها بمسؤولية طبيب انتهك سرية التبني عندما ساعد فتاة على إيجاد أمها بالولادة<sup>(٢٩٣)</sup>. فضلاً عن هذا الجزاء – التعويض النقدي – قد يؤثر الاعتداء على الخصوصية في مسألة الترخيص بمزاولة المهنة. وفي ولاية نيويورك يتضمن القانون الجنائي نصاً يجرم التدخل التحليلي بطريق

Reidenberg : "Privacy in the Inform. Economy" , opcit , pp. 227-28

(٢٩١)

انظر بالنسبة لولاية ماساشوسيتس : Massachusetts Annotated Laws ch. 214 sec. 1.B (1996)

وبالنسبة لولاية ويسكونسن Wisconsin Statutes Annotated sec. 895.50 (1995) وبالنسبة للولايات التي

اقتصرت علي فئات معينة انظر California Civil Code, 3344 (1996) – Florida Statutes Annotated sec. 540.08 (1996) – New York Civil Rights Law sec. 50-51 (1996)

Humphers v. First Interstate Bank of Oregon , 696 P2d. 527 (Or. 1985)

(٢٩٣)

الغش في المحادثات الهاتفية في المنزل أو في غرفة في فندق. كما تعتبر سجلات المكتبات سرية في بعض الولايات<sup>(٢٩٤)</sup>.

### المبحث الرابع : الخصوصية في الإسلام

73/2/2 – مقدمة: تقوم حماية الحق في الخصوصية في الشريعة الإسلامية تأكيداً لدور الدين في ترسيخ وإرساء المبادئ والأسس السامية والمثل العليا والأخلاق الحميدة بين الناس. لذلك يحمل إلينا شرع ما قبلنا من الأديان السماوية بعض النصوص التي تدعو إلى ستر خصوصية الإنسان. فقد ورد في سفر التكوين من أن "آدم وحواء بعد أن أكلتا من الفاكهة فأنفتحت أعينهما وعلمتا أنهما عريانان فخاطا أوراق تين وصنعا لثمنيهما مآزر" (الإصحاح الثالث رقم ٧). كما جاء في الإصحاح التاسع (٢٧-٢٠) "وابتداً نوح يكون فلاحاً وغرس كرمه وشرب من الخمر فسكر وتعرى داخل خبائه فأبصر حام أبو كنعان عورة أبيه وأخبر أخويه خارجاً ، فأخذ سام ويافت الرداء ووضعاه على أكتافهما ومشيا إلى الوراء وسترا عورة أبيهما ووجهاهما إلى الوراء فلم يبصرا عورة أبيهما". والحق في الخصوصية من الحقوق التي تدرج في دائرة حقوق العبد الخالصة ، أو الحقوق المشتركة بين الله والعبد<sup>(٢٩٥)</sup> وكما يرتبط الحق في الخصوصية بالحق في السمعة في النظام القانوني الأمريكي ، فمعظم قضايا القذف بالكتابة ترتبط عادةً بدعاوى انتهاك الخصوصية ، فإلى حد ما يمكن القول أن قانون الخصوصية هو ثمرة التغيرات في قانون التشهير في أمريكا<sup>(٢٩٦)</sup> ، فإن الحق في الخصوصية في الإسلام قرين الحق في السمعة ، فمعظم النصوص توردهما في تعاقب. مثال ذلك يقول الحق سبحانه وتعالى "يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً أوجب أحكم أن يأكل لحم أخيه ميتاً فكرهتموه واتقوا الله إن الله تواب رحيم"<sup>(٢٩٧)</sup>، ويقول الحق أيضاً "إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون"<sup>(٢٩٨)</sup> ، والعذاب الأليم في الدنيا هو الحد وفي الآخرة العذاب. وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تؤذوا عباد الله ولا تعيروهم ولا تطلبوا عوراتهم ، فإنه من طلب عورة أخيه المسلم طلب الله عورته حتى يفضحه في بيته"<sup>(٢٩٩)</sup> ويقول الرسول الكريم: "يا معشر من آمن بلسانه ،

N. Y. CPLR sec. 4509 – Quad/Graphics, Inc. v. Southern Adirondack Library Sus. 664 <sup>(٢٩٤)</sup>  
 , N. Y. S. 2d. 225 (N. Y. Sup. Ct. 30 Sept. 1997

<sup>(٢٩٥)</sup> محمد عبد العظيم محمد : المرجع السابق ص ٥١

Professor David A. Anderson , Thompson and Knight and James R. Dougherty : "An <sup>(٢٩٦)</sup>  
American perspective" , Tort Law , Markesinis & Deakin , opcit , p. 621

<sup>(٢٩٧)</sup> الحجرات الآية ١٢

<sup>(٢٩٨)</sup> النور ، آية ١٩

<sup>(٢٩٩)</sup> أخرجه الإمام أحمد عن ثوبان مرفوعاً

ولم يدخل الإيمان قلبه ، لا تغتابوا المسلمين ، ولا تتبعوا عوراتهم ، فإن من اتبع عوراتهم يتبع الله عورته ، ومن يتبع الله عورته يفضح في بيته" (٣٠٠) .

وتنظيم الحق في الخصوصية في الشريعة الإسلامية وإن لم يستخدم المصطلحات المستخدمة في كل من النظام القانوني اللاتيني والنظام الأنجلو أمريكي إلا أن النتائج التي توصل إليها في حماية هذا الحق لا تقل عن الحماية التي توفرها نظم القانون الوضعي. فالشريعة الإسلامية لها منهاجها الخاص ودعامته الدين الإسلامي الحنيف. فهي بحكم جذورها الدينية تتوجه - بعكس القوانين الوضعية - إلى المكلفين أي المنوط بهم واجب تمكين وعدم ممانعة صاحب الحق من التمتع بحقه وعدم الاعتداء على هذا الحق تستحثهم - بالتأثير الوجداني وبالخوف من العقاب الإلهي الأخروي والديني - على احترام هذا الحق وتدعو إلى غل يد الناس عن التدخل في شئون الآخرين. وهي وسيلة دفاعية عن الحقوق تهدف إلى إجهاض الفعل الضار لدى المعتدي المحتمل وكبديل وقائي عن التدخل بعد حدوث الفعل .

والدراسة المقارنة تبين أن أحكام الفقه الإسلامي في تنظيم الحق في الخصوصية يجمع بين المدرستين الرئيسيتين في تنظيم المسؤولية التقصيرية أو الفعل الضار أو غير المشروع. المدرسة اللاتينية صاحبة فكر التنظير والتي تضع قاعدة عامة ، والمدرسة الأنجلو أمريكية صاحبة فكر الذرائع التي تعتمد على بيان حصري بالأفعال الضارة أي سرد التطبيقات العملية أو نطاق الحق في الخصوصية. أما الشريعة الإسلامية فقد أوردت نصوصاً عامة لحماية الحياة الخاصة للإنسان ، أي نصت على المبدأ ثم أرفقته بالنص على مجالات الخصوصية. فالفقه الإسلامي صاغ النظرية ثم جاء بالبيان الحصري للأفعال التي تشكل اعتداء على هذا الحق. لذلك يتناول هذا المبحث النصوص الشرعية من الكتاب والسنة والأثر التي تحمي حرمة الحياة الخاصة كمبدأ عام ، ثم النصوص التي تبين التطبيقات العملية المختلفة .

#### 74/2 - المبادئ العامة للحق في الخصوصية:

١ - نهى القرآن الكريم المؤمنين عن السؤال والتطفل عن أشياء تدخل في خصوص غيرهم ولا تخصهم وربما إذا ظهرت لهم قد يشق عليهم سماعها إذ تكون الإجابة هتاك لحجاب مستور عنهم ، يقول الحق جل وعلا : "يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم" (٣٠١). عن أبي هريرة قال : خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو غضبان محمار وجهه ، حتى جلس على المنبر فقام إليه رجل ، فقال : أين أبي؟ قال : "في النار" ، فقام آخر فقال : من أبي؟ فقال : أبوك حذافة ، فقام عمر بن الخطاب فقال رضينا بالله رباً ، وبالإسلام ديناً ، وبمحمد صلى الله عليه وسلم نبياً ، وبالقرآن إماماً ، إنا يا رسول الله حديثوا عهد بجاهلية وشرك . والله أعلم من أبأؤنا . قال : فسكن غضبه ونزلت هذه الآية. وقد ذكر هذه القصة مرسله غير واحد من السلف ، منهم السدي. قال البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما ، قال كان قوم يسألون رسول الله صلى الله عليه وسلم استهزاء فيقول الرجل : من أبي؟ ويقول

(٣٠٠) سنن أبي داود ج ٤ ، حديث رقم ٤٨٨١ ، ص ٢٧١

(٣٠١) من الآية ١٠١ سورة المائدة



الرجل تضل ناقته : أين ناقتي؟ فأنزل الله فيهم هذه الآية . وظاهرها هو النهي عن الأسئلة التي تكون إجابتها مساس بخصوصية آخرين والكف عن التطفل والرغبة في الدخول في شئون الغير. وما أحسن الحديث الذي رواه الإمام أحمد عن عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأصحابه : " لا يبلغني أحد عن أحد شيئاً فإني أحب أن أخرج إليكم سليم الصدر" (٣٠٢). وقد روى مسلم عن سعد بن أبي وقاص : " أعظم المسلمين بالمسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسألته" (٣٠٣). وعن أبي هريرة ؛ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه" (٣٠٤).

٢- في تحليل الفعل غير المشروع بالتعدي على الخصوصية كمنظومة إجرائية ، أو كسلسلة من العمليات الحركية المتعاقبة نجد أن لبنته الأولى تبدأ بالنظر إلى الشيء الغير مسموح بالنظر إليه ، واتساقاً مع أسلوب الشريعة في وأد الفعل الضار في مهده نجدها تطالب كل من المؤمنين والمؤمنات بغض البصر عن كل ما هو محرم عليهم (٣٠٥). فإذا اتفق أن وقع البصر على محرم من غير قصد فليصرف بصره عنه سريعاً ، كما روى عن جرير بن عبد الله البجلي رضي الله عنه قال : سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن نظرة الفجأة فأمرني أن أصرف بصري (٣٠٦). هكذا أمرت الشريعة بحفظ الأبصار التي هي البواعث في انتهاك أسرار الناس والإطلاع على خصوصيتهم وعوراتهم. ومصدقا لذلك يقول الرسول الكريم : "إن النظر سهم من سهام إبليس مسموم من تركه مخافتي أبدلته إيماناً يجد حلاوته في قلبه" (٣٠٧). وعن حذيفة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "النظرة سهم من سهام إبليس مسمومة فمن تركها من خوف الله أثابه جل وعز إيماناً يجد حلاوته في قلبه" (٣٠٨).

٣- تصل حرمة الإنسان المؤمن في الشريعة الإسلامية منزله سامية تفوق حرمة الكعبة فحينما وقف النبي صلى الله عليه وسلم يتأمل الكعبة قال : " ما أطيبك وأطيب

(٣٠٢) مختصر ابن كثير : المجلد الأول ص ٥٥٤

(٣٠٣) فتح الباري ، ج ٨ باب ١٢ "لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم ص ٣١٢-٤١٥

(٣٠٤) سنن ابن ماجه باب ١٢ كف اللسان في الفتنة ، حديث رقم ٣٩٧٦ ص ١٣١٥ ، ١٣١٦

(٣٠٥) سورة النور الآيتان ٣٠ ، ٣١

(٣٠٦) أخرجه مسلم ورواه أبو داود والترمذي والنسائي أيضاً

(٣٠٧) أخرجه الطبراني عن ابن مسعود مرفوعاً - ابن كثير ، المجلد الثاني ص ٥٩٨ - الترغيب والترهيب : للحافظ عبد

العظيم عبد القوي المنذري ، المتوفى سنة ٦٥٦ ، مطبعة مصطفى الحلبي (١٩٥٤) بتحقيق مصطفى عمارة ، ج ٣ ، ص

(٣٠٨) جامع الأحاديث القدسية : أبو عبد الرحمن عصام الدين الصباطي ، دار الريان للتراث ، مطبعة الأهرام التجارية ،

ريحك ، وما أعظمك وأعظم ربحك ، والذي نفس محمد بيده لحرمة المؤمن عند الله أعظم من حرمتك" (٣٠٩).

٤- يحرص المنهج القرآني الكريم على حماية حق الخصوصية في بعد أكثر إنسانية وهو حماية الفقير من فضح أسرار الصدقات التي تعطى له. يقول المولى عز وجل : "إن تبدوا الصدقات فنعماً هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم سيئاتكم والله بما تعملون خبير" (٣١٠). والمعنى أن إخفاء الصدقة أفضل والآية ترغيب في الإسرار من جانب المعطي حفظاً لماء وجه الفقراء وهي احترام لخصوصية الفقير في مد يده أخذاً للصدقة. وفي الحديث المروى : "صدقة السر تطفئ غضب الرب عز وجل" (٣١١). وقال أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم : "وَرَجُلٌ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ فَأَخْفَاهَا حَتَّى لَا تَعْلَمَ شِمَالُهُ مَا صَنَعَتْ يَمِينُهُ" (٣١٢).

٥- تُذكر الشريعة الإسلامية الإنسان بأنه سيسأل يوم القيامة ، يوم الحساب ، عن الوسائل التي استخدمها في التنصت واقتحام حرمة خصوصية الغير وتنهائهم عن تتبع ما لا يعلم ولا يعني. وفي هذا المعنى جاء النص القرآني : "وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا" (٣١٣). قال ابن عباس : لا تقل ، وقال العوفي : لا ترم أحداً بما ليس لك به علم (٣١٤). والمعنى أن الإنسان يسأل يوم القيامة عن حواسه : عن سمعه ، وبصره ، وقلبه ، وعما اكتسبته جوارحه (٣١٥). وفسر بعض المفسرين لفظ "تقف" بأنه مأخوذ من قولهم "قفوت أثر فلان" إذ اتبعت أثره (٣١٦). كما حدد البعض معنى "القفو" باتباع الأثر من غير بصيرة ولا علم بما يصير إليه (٣١٧).

75/2/2 - حرمة السكن: (أ) - سن القرآن الآداب الشرعية في دخول البيوت فأمر بالاستئذان قبل الدخول وبالتسليم بعده. يقول الحق في محكم آياته : "يا أيها الذين

(٣٠٩) أشير إلي هذا الحديث في بحث الدكتور أحمد فراج حسين : "حرمة الحياة الخاصة والقيود التي ترد عليها في الإسلام" ،

بحث مقدم إلي مؤتمر "الحق في حرمة الحياة الخاصة" الذي نظمته كلية الحقوق جامعة الإسكندرية في الفترة من ٤ - ٦

يونية عام ١٩٨٧ ، ص ٢ ، ٣

(٣١٠) سورة البقرة ، الآية ٢٧١

(٣١١) مختصر تفسير ابن كثير ، المجلد الأول ص ٢٤٣

(٣١٢) فتح الباري في شرح صحيح البخاري ج ٣ ، باب ١٣ صدقة السر ص ٣٤٩ ، ٣٥٠

(٣١٣) سورة الإسراء ، الآية ٣٦

(٣١٤) مختصر تفسير ابن كثير ، ج ٢ ص ٣٧٧

(٣١٥) صفوة التفاسير : محمد علي الصابوني ، دار القرآن الكريم ، بيروت ، ج ٧ ص ٥٨

(٣١٦) عن فخر الدين الرازي ورد في بحث د. محمد بدر : "الحق في الخصوصية في القرآن الكريم" ، المقدم لمؤتمر حقوق

الإسكندرية ، ص ٣

(٣١٧) أحكام القرآن : للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي المشهور بالخصائص المتوفى سنة ٣٧٠ ، المطبعة البهية المصرية

(١٣٤٧) ج ٣ ص ٢٠٣ ، ٢٠٤

آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلك خير لكم لعلكم تذكرون. فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم<sup>(٣١٨)</sup>. ويستفاد من قراءة هذه الآيات المبادئ التالية: ١- عدم دخول بيوت الغير إلا بعد تحقق شرطي الإذن بالدخول من أصحابها ، والتسليم على أهلها. والإذن بالدخول يعني الموافقة الضمنية على الإطلاع على خصوصية البيت أما التسليم فهو يعني استحضار حالة السلام والوئام الواجب تفسيهما بين القادم الزائر والسكان المقيم وتنفير حالة العدوانية واستبعاد فكرة التطفل وفي ذلك كله يعني احترام حرمة السكن ، عن عطاء بن يسار : أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل رجل فقال: يا رسول الله : أستاذن على أمي؟ قال: نعم ، قال الرجل: إني معها في البيت ، فقال: أستاذن عليها ، قال: إني أخدمها ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتحب أن تراها عريانة ، قال: لا ، قال: فاستأذن عليها. قال محمد: وبهذا تأخذ ، الاستئذان حسن. وينبغي أن يستأذن الرجل على كل من يحرم عليه النظر إلى عورته ونحوها<sup>(٣١٩)</sup>. ٢- عدم الدخول في حالة عدم وجود أحد حتى يؤذن لهم ، وذلك لما فيه من التصرف في ملك الغير بغير إذنه ، فإن شاء أذن وإن شاء لم يأذن. وهو تأكيد لمبدأ الخصوصية بالرضا. ٣- الرضوخ لأمر صاحب البيت المقيم إذا لم يأذن وأمر بالرجوع. قال سعيد بن جبير في الآية: أي لا تقفوا على أبواب الناس. وذلك أيضاً تأكيداً لحرمة البيوت. والرجوع هنا أظهر وأكرم لنفوس. ٤- ضرورة الاستئذان الداخلي في الحجرات داخل المنزل<sup>(٣٢٠)</sup> والاستئذان يكون بقول "السلام عليكم ، أَدْخِلْ؟". عن أبي داود أن رجلاً من بني عامر (أنه) استأذن على النبي صلى الله عليه وسلم وهو في بيت فقال : أَلْجُ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم لخادمه : "أخرج إلى هذا فعلمه الاستئذان ، فقل له: قل السلام عليكم ، أَدْخِلْ؟" فسمعه الرجل ، فقال السلام عليكم ، أَدْخِلْ؟ فأذن له النبي صلى الله عليه وسلم ، فدخل<sup>(٣٢١)</sup>.

وينبغي أن يستأذن ثلاث مرات ، فإن أذن له وإلا انصرف. عن أبي سعيد الخدري قال : كنت في مجلس من مجالس الأنصار ، إذ جاء أبو موسى كأنه مذعور ، فقال استأذنت على عمر ثلاثاً فلم يؤذن لي فرجعت ، فقال: ما منعك؟ ، قلت: استأذنت ثلاثاً فلم يؤذن لي فرجعت ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع. فقال والله لتقيمن عليه ببينه. أَمْنُكُمْ أَحَدٌ سَمِعَهُ مِنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ أَبِي بْنُ كَعْبٍ: "وَاللَّهِ لَا يَقُومُ مَعَكَ إِلَّا أَصْغَرُ الْقَوْمِ ، فَكَنتُ أَصْغَرَ الْقَوْمِ ، فَقَمْتُ مَعَهُ فَأَخْبَرْتُ عُمَرَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ

<sup>(٣١٨)</sup> سورة النور ، الآيتان ٢٧ ، ٢٨ ،

<sup>(٣١٩)</sup> موطأ الإمام مالك : باب الاستئذان ، حديث رقم ٩٠٢ ص ٣٢٠

<sup>(٣٢٠)</sup> د. محمد بدر " البحث السابق ص ١١

<sup>(٣٢١)</sup> سنن أبي داود ج ٤ ، حديث رقم ٥١٧٧ ص ٣٤٦ ، ٣٤٧

ذلك" (٣٢٢). وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم استأذن على (سعد بن عباد) فقال: "السلام عليك ورحمة الله". فقال سعد عليك السلام ورحمة الله ، ولم يسمع النبي صلى الله عليه وسلم حتى سلم ثلاثاً ، ورد عليه سعد ثلاثاً ، ولم يسمعه ، فرجع النبي صلى الله عليه وسلم فاتبعه سعد فقال : يا رسول الله بأبي أنت وأمي ما سلمت تسليمه إلا وهي بأذني ، ولقد رددت عليك ولم أسمعك وأردت أن أستكثر من سلامك ومن البركة ، ثم أدخله البيت فقرب إليه زيبياً فأكل نبي الله فلما فرغ قال: "أكل طعامكم الأبرار ، وصلت عليكم الملائكة وأفطر عندكم الصائمون" (٣٢٣). كما ينبغي على المستأذن أن لا يقف تلقاء الباب بوجهه ، ولكن ليكن الباب عن يمينه أو يساره ، فقد روى أبو داود عن عبد الله بن بسر ، قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتى باب قوم لم يستقبل الباب من تلقاء وجهه ولكن من ركنه الأيمن أو الأيسر ، ويقول "السلام عليكم ، السلام عليكم" وذلك أن الدور لم يكن عليها يومئذ ستور (٣٢٤).

(ب) - من البديهي أن ضرورة الاستئذان قبل الدخول تعني من باب أولى وبمفهوم المخالفة منع التطلع على ما بداخل المنزل من خلل الباب أو بأي طريقة أخرى تحقق هذا التطلع. وقد ورد بهذا المعنى أحاديث نبوية شريفة بروايات مختلفة. عن أنس رضي الله عنه أن رجلاً اطلع في بعض حجر النبي صلى الله عليه وسلم فقام إليه بمشقص ، أو شاقص ، وجعله يختله ليطعنه (٣٢٥). وفي رواية أخرى أنه قال : لو أعلم أنك تنتظرني لطعنت به في عينيك. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما جعل الإذن من قبل البصر" (٣٢٦). وروى عن النبي أيضاً قوله: "من نظر إلى دار جاره فكأنما نظر إلى كوة من النار" (٣٢٧). وعن أبي هريرة قال: قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم: لو أن إمرءاً اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاه ففقت عينه لم يكن عليك جناح" (٣٢٨). أي ليس هناك حرج وقد ورد من وجه آخر عن أبي هريرة من رواية بشير بن نهيك عنه بلفظ "من أطلع في بيت قوم بغير إذنهم ففقت عينه فلا دية ولا قصاص" وفي رواية من هذا الوجه: فهو هدر (٣٢٩)، وقد اختلف العلماء في مسألة سقوط الدية والقصاص في حالة اختلاس النظر دون إذن وفقاً لهذا الحديث النبوي. فكان رأي الأحناف والمالكية عدم وجود هدر فيجب القصاص أو الدية، لأن الرجل إذا

(٣٢٢) فتح الباري : ج ١١ حديث رقم ٦٢٤٥ ص ٢٩ ، ٣٠ - سنن أبي داود باب كم مرة يسلم الرجل في الاستئذان ،

ج ٤ حديث رقم : ٥١٨٠ ، ٥١٨١ ، ٥١٨٢ ، ٥١٨٣ ، ٥١٨٤ ص ٣٤٧ ، ٣٤٨

(٣٢٣) أخرجه أحمد ورواه أبو داود برواية أخرى : سنن أبي داود ج ٤ حديث رقم ٥١٨٥ ص ٣٤٨ ، ٣٤٩

(٣٢٤) سنن أبي داود ، ج ٤ حديث رقم ٥١٨٦ ص ٣٤٩

(٣٢٥) المشقص هو النصل العريض ، فتح الباري ، ج ١١ باب ١١ الاستئذان من أجل البصر حديث رقم ٦٢٤٢ ص ٢٧

(٣٢٦) فتح الباري ج ١٢ ، حديث رقم ٦٩٠١ ص ٢٨٤

(٣٢٧) رواه الطبراني والبيهقي ومشار إليه في : علي منصور : نظم الحكم والإدارة ، دار الفتحة للطباعة ، بيروت (١٣٩١) ص

١٦٨

(٣٢٨) الحذف ، بالخاء : الرمي بالحصاة. وبالحاء : الرمي بالعصي ، لا بالحصى. فتح الباري ج ١٢ رقم ٦٩٠٢ ص ٢٨٤

(٣٢٩) فتح الباري : المرجع السابق ن ص ٢٨٥

دخل البيت ونظر فيه وياشر امرأة صاحبه فيما دون الفرج ، فإنه لا يجوز أن يفتأ عينه ، أو يحدث به عاهة واعتلوا بأن المعصية لا تدفع بالمعصية ، وأن هذا الحديث ورد على سبيل التغليظ والإرهاب. أما الشافعية والحنابلة فرأت في إتيان هذا الفعل هدر بحسبان أن الحديث الشريف هو حكم خاص بخلاف الأصول وأن السنة جاءت ببيان الحكم لما سكت عنه القرآن الكريم لأن المتعدي بالنظر إلى المحرم ، الذي لا يمكن الاحتراز منه ، إنما يقع على وجه الاختفاء فلا يلومن إلا نفسه ، والخائف ليس بظالم له ، والناظر خائن ظالم<sup>(٣٣٠)</sup>.

ومن الأداب الشرعية في الاستئذان أن يعرف القادم صاحب البيت بشخصه. عن جابر قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم في دين كان علي أبي ، فدققت الباب ، فقال من ذا ؟ ، فقلت : أنا أنا. كأنه كرهها<sup>(٣٣١)</sup> وإنما كره ذلك لأن هذه اللفظة لا يعرف صاحبها حتى يفصح باسمه أو كنيته التي هو مشهور بها ، وإلا فكل أحد يعبر عن نفسه بأنا فلا يحصل بها المقصود من الاستئذان المأمور به .

(ج) لم يقصر التنظيم الرباني ضرورة استئذان الأجانب بعضهم على بعض بل تعداه ليشمل استئذان الأقارب بعضهم على بعض ، وفي ذلك تقدير شديد لخصوصية الفرد حتى أقاربه ومواليه. يقول الحق: "يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض كذلك يبين الله لكم الآيات والله عليم حكيم. وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم كذلك يبين الله لكم آياته والله عليم حكيم"<sup>(٣٣٢)</sup>. وعن ابن عباس أنه قال : لم يؤمر بها أكثر الناس آية الإذن ، وإن لأمر جاريتي هذه تستأذن على ، قال أبو داود : وكذلك رواه عطاء عن ابن عباس يأمر به<sup>(٣٣٣)</sup>. وعن عكرمة أن نفراً من أهل العراق قالوا : يا ابن عباس كيف ترى في هذه الآية التي أمرنا فيها بما أمرنا ولا يعمل بها أحد قول الله عز وجل : يا أيها الذين آمنوا ليستأذن الذين ملكت أيمانكم ..."<sup>(٣٣٤)</sup> ، قال ابن عباس : إن الله حلیم رحيم بالمؤمنين يحب الستر ، وكان الناس ليس لبيوتهم ستور ولا حجال، فربما دخل الخادم أو الوالد أو يتيمة الرجل والرجل على أهله ، فأمرهم الله بالاستئذان في تلك العورات، فجاءهم الله بالستور والخير ، فلم أر أحداً يعمل بذلك بعد<sup>(٣٣٥)</sup>. وهذه

<sup>(٣٣٠)</sup> فتح الباري : المرجع السابق ج ١٢ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ - السيد سابق : فقه السنة ج ٢ ص ٥٧٦-٥٧٧

<sup>(٣٣١)</sup> فتح الباري ج ١١ باب ١٧ ، حديث رقم ٦٢٥ ص ٣٩ - سنن ابن ماجة ج ١٢ باب ١٧ الاستئذان ، رقم

٣٧٠٩ ص ١١٢٢

<sup>(٣٣٢)</sup> الآيات ٥٨ ، ٥٩ سورة النور

<sup>(٣٣٣)</sup> سنن أبي داود ج ٤ باب الاستئذان في العورات الثلاث ، حديث رقم ٥١٩١

<sup>(٣٣٤)</sup> سورة النور الآية ٥٨

<sup>(٣٣٥)</sup> سنن أبي داود : المرجع السابق حديث رقم ٥١٩٢ ص ٣٥١، ٣٥٠ - وأخرجه بن أبي حاتم وإسناده صحيح عن ابن

الآيات خطاب إلى المؤمنين الموقنين بالشريعة الإسلامية نظاماً وحكماً ومنهاجاً للحياة بأن يستأذن في الدخول عليهم العبيد والإماء الذين يملكونهم والأطفال الذين لم يبلغوا مبلغ الرجال في ثلاثة أحوال :

الأول : من قبل صلاة الغداة لأن الناس إذ ذاك يكونون نياماً في فرشهم .

الثاني : في وقت القيلولة ، لأن الإنسان قد يضع ثيابه في تلك الحال مع أهله .

الثالث : من بعد صلاة العشاء ، لأنه وقت النوم .

ويؤمر الخدم والأطفال أن لا يهجموا على أهل البيت في هذه الأحوال وفيما عداها فليس عليهم جناح في الدخول ، لأنهم طوافون عليهم أي في الخدمة وغير ذلك . قال السدي كان أناس من الصحابة رضي الله عنهم يحبون أن يواقعوا نساءهم في هذه الساعات ليغتسلوا ثم يخرجوا إلى الصلاة ، فأمرهم الله أن يأمرؤا المملوكين والعلماء أن لا يدخلوا عليهم في تلك الساعات إلا بأذن . وقال مقاتل بن حيان : بلغنا والله أعلم أن رجلاً من الأنصار وامرأته أسماء بنت مرقد صنعا للنبي صلى الله عليه وسلم طعاماً ، فجعل الناس يدخلون بغير إذن ، فقالت أسماء يا رسول الله ما أقبح هذا ، إنه ليدخل على المرأة وزوجها وهما في ثوب واحد غلامهما بغير إذن ، فأنزل الله في ذلك : " يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم ... إلى آخرها . ومما يدل على أنها محكمة لم تنسخ قوله : " كذلك يبين الله لكم الآيات والله عليم حكيم " (٣٣٦) .

وقول الله تعالى : " وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم " يعني إذا بلغ هؤلاء الأطفال الصغار مبلغ الرجال وأصبحوا في سن التكليف ، فعلموهم الأدب السامي أن يستأذنوا في كل الأوقات كما يستأذن الرجال البالغون . قال الأوزاعي : إذا كان الغلام رباعياً فإنه يستأذن في العورات الثلاث على أبيه ، فإذا بلغ الحلم فليستأذن على كل حال ، وقال في قوله : " كما استأذن الذين من قبلهم " يعني كما استأذن الكبار من ولد الرجل وأقاربه (٣٣٧) .

ودخول المسكن بدون الرضا هو جريمة تستحق التعزيز (٣٣٨) . قد يستهدف تشريع الاستئذان حماية حق الملكية لكنه يظل هدفاً ثانوياً بالنظر إلى الهدف الأساسي له وهو حماية الحق في الخصوصية ، إذ يتكفل بحماية الملكية مباشرة أحكام أخرى مثل حد السرقة وأحكام الغصب . لكن الاستئذان شرع تقديراً لحرمة المسكن ، أحد مظاهر الحق في الخصوصية ، بقطع النظر عما إذا كان من بالمسكن مالاً أو مؤجراً أو مستعيراً أو مجرد مقيم إقامة مؤقتة فهو يتمتع بالحرمة الواجبة

(٣٣٦) تفسير ابن كثير ، ج ٢ ، ص ٦١٨

(٣٣٧) المرجع السابق ، ص ٦١٨

(٣٣٨) أسعد المدني الحسيني : الفتاوى الأسعدية في فقه الحنفية ، المطبعة الخيرية ، القاهرة (١٣٠١) ص ١٧٠ ، ١٧١

للمسكن<sup>(٣٣٩)</sup>، ويأخذ حكم حرمة المسكن كل ما يتحقق فيه ما اشترط ابن حزم من مواصفات بأن يقي شتاءً من المطر وصيفاً من الشمس وساتراً من عيون المارة<sup>(٣٤٠)</sup>. بيد أن الحق في حرمة المسكن ليس مطلقاً فهناك حالات استثناء من الأصل العام يباح فيها الدخول بدون إذن. من هذه الحالات الموالى والأطفال في غير الأوقات المنهي عنها ، وفي حالات الضرورة تطبيقاً للقاعدة الشرعية : الضرورات تبيح المحظورات ، وظهور المنكر أو المعصية بشرط أن يتم الكشف عنه دون سعي أو تجسس وإنما من خلال حواس الإنسان العادية أو إذا حصلت إمارته تلقائياً ، وانتهاك حرمة يفوت تداركها والحالات التي يجب فيها الدخول دون إذن تغليباً لمصلحة المجتمع المعرض للخطر وأخيراً حالة القبض على المتهمين<sup>(٣٤١)</sup>.

76/2/2 – تتبع عورات المسلمين : تنهي السنة المشرفة ملاحقة عورات الناس وأوجبت الستر على المسلم. فعن معاوية ، قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "إنك إن اتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت (أن) تفسدهم"<sup>(٣٤٢)</sup>. وعن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : "من رأى عورة فسترها كان كمن أحيأ موءودة"<sup>(٣٤٣)</sup>.

77/2/2 – التجسس : ينهي الإسلام عن التجسس في كتاب الله وسنة رسوله. والتجسس من جس الأخبار و (تجسسها) تفحص عنها. والتجسس غالباً يطلق في الشر ومنه الجاسوس ، وأما التجسس فيكون غالباً في الخير ، كما قال عز وجل إخباراً عن يعقوب : " يا بني اذهبوا فتحسسوا من يوسف وأخيه ولا تيأسوا من روح الله"<sup>(٣٤٤)</sup>. وقال الأوزاعي : التجسس البحث عن الشيء ، والتجسس الاستماع إلى حديث القوم ، أو يتسمع على أبوابهم ، والتدابير : الصرم<sup>(٣٤٥)</sup>. وقيل بالجيم (تجسسوا) البحث عن بواطن الأمور وأكثر ما يقال في الشر ، وبالحاء (تحسسوا) البحث عما

<sup>(٣٣٩)</sup> في هذا المعنى : محمد عبد العظيم محمد : حرمة الحياة الخاصة في ظل التطور العلمي الحديث، رسالة الدكتوراه السابق

<sup>(٣٤٠)</sup> المحلى لابن حزم ، ص ١٥٦

<sup>(٣٤١)</sup> الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٥٢ – المغنى لابن قدامة ج ١٠ ص ٥٥ – تحفة المحتاج بشرح المنهاج : للإمام

شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي ، المتة في سنة ٩٧٤ بمأمش حاشيتي الشرواني والعبادي ، مطبعة مصطفى محمد –

حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤١٥ – إحياء علوم الدين للغزالي ج ٢ ص ٣٢٥ – د. احمد فراج حسين : البحث السابق

– فادية أبو شهاب : الحق في الخصوصية ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد الأربعون ، الأعداد الأول والثاني والثالث (مارس ،

يولية ، نوفمبر ١٩٩٧) ص ٣١٣

<sup>(٣٤٢)</sup> سنن أبي داود ج ٤ ، حديث رقم ٤٨٨٨ ص ٢٧٣-٢٧٤

<sup>(٣٤٣)</sup> المرجع السابق حديث رقم ٤٨٩١

<sup>(٣٤٤)</sup> سورة يوسف الآية رقم ٨٧

<sup>(٣٤٥)</sup> مختصر تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٣٦٥

يدرك بحاسة العين والأذن ورجح هذا الاختيار القرطبي<sup>(٣٤٦)</sup>. والمعنى الدارج للتجسس هو الاستخبار عن الغير (فرد أو مؤسسة أو هيئة أو دولة) والبحث عن أمور ومسائل هي في الأصل سرية وخاصة بالمتجسس عليه ويحتفظ بها لنفسه ويأبى أن يقتحم أحد هذه الخصوصية أو يعرف هذه الأسرار .

وتأكيداً للدعوة إلى مكارم الأخلاق والنهي عن المساوئ يقول الحق : " يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتاً فكرهتموه واتقوا الله إن الله تواب رحيم" <sup>(٣٤٧)</sup>. وعن أبي هريرة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تحسسوا ، ولا تجسسوا" <sup>(٣٤٨)</sup>. وروى البخاري عن أبي هريرة أنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ، ولا تحسسوا ولا تجسسوا ولا تباغضوا ولا تدابروا ، وكونوا عباد الله إخواناً" <sup>(٣٤٩)</sup>.

ولما كانت وسائل التجسس ، قديماً وحديثاً تعتمد على الوسائل السمعية والبصرية بكافة التطورات العلمية التي تلحقها ، فإن أحكام الشريعة الإسلامية نهت عن صور التجسس هذه سواء ، سواء باستراق السمع أو إمعان النظر:

أ) النهي عن استراق السمع : يقول الحق في عقاب استراق السمع : "إلا من استرق السمع فاتبعه شهاب مبين" <sup>(٣٥٠)</sup> وهي آية تدل على أن من اختلس شيئاً بالسمع عن أخبار السماء أدركه ولحقه شهاب ثاقب فأحرقه. فالجزاء هنا هو الحرق وفقاً لعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، أي الفعل في ذاته فعل مشين يثير غضب الله على فاعله. كما أن الإنسان وكما سبق القول يسأل يوم القيامة عن حواسه (السمع والبصر) تفسيراً لقول عز وجل : " ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك مسئولاً" <sup>(٣٥١)</sup>. وتكمل السنة هذا النهج. فيقول النبي صلى الله عليه وسلم : "من تسمع حديث قوم وهم له كارهون صب في أذنه الآنك يوم القيامة" <sup>(٣٥٢)</sup> وفي حديث آخر يقول : " لا يدخل الجنة قتات" وألقت نم الحديث والقتات هو الذي يتنصت على أحاديث الناس ثم ينقل ما سمعه بقصد إحداث الفتنة بينهم <sup>(٣٥٣)</sup>. ويستثنى

<sup>(٣٤٦)</sup> فتح الباري ج ١٠ باب ٥٧ ما ينهى عن التحاسد والتدبر ص ٥٦٣

<sup>(٣٤٧)</sup> سورة الحجرات الآية ١٢

<sup>(٣٤٨)</sup> رواه أبي داود في سننه ج ٤ حديث رقم ٤٩١٧ ص ٢٨١

<sup>(٣٤٩)</sup> فتح الباري ج ١٠ حديث رقم ٦٠٦٤ باب ٥٧ ما ينهى عن التحاسد والتدابر ص ٥٦٢ ؛ ج ١٢ باب تعليم

الفرائض حديث رقم ٦٧٢٤ ص ٤ - سنن أبي داود ج ٤ حديث رقم ٤٩١٧ ص ٢٨١

<sup>(٣٥٠)</sup> سورة الحجر آية ١٨

<sup>(٣٥١)</sup> الآية ٣٦ من سورة الإسراء

<sup>(٣٥٢)</sup> الآنك هو الرصاص المذاب ؛ وهذا الحديث جزء من حديث رواه البخاري مذكور في الترغيب والترهيب للمنذري ج

٣ ص ٤٣٨

<sup>(٣٥٣)</sup> سنن أبي داود ، ج ٤ حديث رقم ٤٨٧١ ص ٢٦٩



من إثم استراق السمع إذا كان الحديث جهراً أو اقتضت مصلحة المسلمين أو في حالات الكشف عن المنكر أو المعصية .

(ب) اختلاس النظر: الأصل العام في الشريعة الإسلامية هو واجب المسلمين بأن يغمضوا من أبصارهم. يقول الحق سبحانه وتعالى : " قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم " (٣٥٤). فهو أمر من الله تعالى لعباده بعدم استعمال حاسة النظر إلا فيما هو مباح لهم. وقد روي عن جرير بن عبد الله البجلي رضي الله عنه قال : سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن نظرة الفجأة فأمرني أن أصرف بصري (٣٥٥). وتطبيقاً لهذا الأصل العام جاءت السنة تنهي عن النظر والتطلع إلى المنازل دون رضاء أصحابها . ومن البديهي لكي يتحقق الفعل غير المشروع باختلاس النظر تجسساً على الغير أن يتعمد ذلك . وينتفي عن الفعل عدم المشروعية في حالة النظر للمصلحة العامة.

78/2/2 – إفشاء الأسرار : من مظاهر حماية أسرار الناس هو أن فقهاء الشريعة الإسلامية أوجبوا الحاكم أن يأخذ عهداً على الأطباء قسماً ألا يعطوا دواءً ضاراً وألا يفشوا الأسرار (٣٥٦). والأحاديث النبوية تدعو إلى عدم إفشاء السر. يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " إنما يتجالس المتجالسان بالأمانة ، فلا يحل لأحد أن يفشي على صاحبه ما يكره (٣٥٧). وعن جابر بن عبد الله ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إذا حدث الرجل بالحديث ثم التفت فهي أمانة " (٣٥٨)، وعنه أيضاً أنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " المجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس : سفك دم حرام ، أو فرج حرام ، أو اقتطاع مال بغير حق " (٣٥٩). وعن عبد الرحمن بن سعد ، قال : سمعت أبا سعيد الخدري يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إن من أعظم الأمانة عند الله يوم القيامة الرجل يفشي إلى امرأته وتفضي إليه ثم ينشر سرها " (٣٦٠). وحالة دفع المسؤولية هنا أن يكون كتم السر مؤدياً إلى مفسدة أو للمصلحة العامة .

79/2/2 – حرمة المراسلات والكتب: وفي ذلك روي عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا تستروا الجدر ، من نظر في كتاب أخيه

(٣٥٤) جزء من الآية ٣٠ من سورة النور

(٣٥٥) أخرجه مسلم ورواه أبو داود والترمذي والنسائي أيضاً

(٣٥٦) أدب الدنيا والدين لأبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، مكتبة مصطفى الحلبي (١٩٧٣) ص ٢٨٠

(٣٥٧) فتح الباري ج ١١ ص ٩٢

(٣٥٨) سنن أبي داود ج ٤ حديث رقم ٤٨٦٨ ص ٢٦٩

(٣٥٩) المرجع السابق حديث رقم ٤٨٦٩

(٣٦٠) المرجع السابق حديث رقم ٤٨٧٠

بغير إذنه فإنما ينظر في النار .."<sup>(٣٦١)</sup> ، لكنه يجوز النظر في كتاب الغير بغير إذنه وإن كان سراً ، إذا كان فيه ريبة وضرر يلحق الغير<sup>(٣٦٢)</sup> .

80/2/2 - وهكذا نجد خلاصة ما سبق أن الشريعة الإسلامية عالجت موضوع الخصوصية من حيث كونها مبدأ عام يجب احترامه ثم تطرقت إلى تطبيقاتها المتنوعة مثل حماية حرمة المسكن وعدم التطفل على الآخرين بمتابعة عوراتهم أو المسارقة السمعية والبصرية ، وحماية المرء من إفشاء أسرارهم .

### المبحث الخامس : تطبيق الخصوصية في الميزان

81/2/2 - مجمل العرض السابق أنه كان دراسة نظرية مكتفية وصفية للحق في الخصوصية تخللتها بعض آراء للباحث مؤيدة أو معارضة لبعض الآراء والنظريات ، لكن ظل السياق العام للدراسة هو التركيز على الثوابت من مبادئ وقواعد ورصد للتطبيق العملي. ففي المبحث الأول انتهى إلى أهمية الخصوصية كقيمة اجتماعية وأنه وإن كان إيجاد تعريف جامع مانع مرض عمل شاق ومضني فإنه من الأجدر والأولى بيان نطاقها أو مجالاتها. غير أن حصر بيان هذه المجالات أو صور الاعتداء المختلفة مصادرة على ضرورة مرونته وفقاً للظروف الزمانية والمكانية. ودليل ذلك أن التطبيق المقارن يبين أنه لا تؤخذ كافة هذه المجالات كحرمة واحدة لا تختلف مكوناتها من نظام لآخر. فبعضها يعطي كافة أنواع الحماية الممكنة ، الجنائية والمدنية والإجرائية ، لبعض المجالات دون البعض الآخر أو قد يفرد تنظيمياً تشريعياً لبعضها. تزامن ودعم هذا الاختلاف في التطبيق الاختلاف النظري بين بعض فقهاء القانون حول تكيف بعض هذه المجالات ومدى قبولها كعناصر للحق في الحياة الخاصة. وفي المبحث الثاني والثالث والرابع استعرض الباحث ودراسة وصفية مقارنة للتنظيم التشريعي والتطبيق القضائي في النظم التشريعية الثلاث على التوالي : اللاتينية والأجلو أمريكية والشريعة الإسلامية. ويستخلص من هذه الدراسة أن السبق التاريخي والدور الريادي في الاعتراف بالحق في الخصوصية كان للشريعة الإسلامية التي حرصت على تأصيل هذا الحق في نفوس الناس على اعتبار أنه قيمة أخلاقية ودينية. ورغم استخدامها لمفردات مختلفة عن التي يستخدمها الفقه القانوني إلا أن جوهر المفاهيم واحد. ويذكر أن قوام الحماية فيها هو الجانب الوقائي أكثر من الجانب العقابي .

وكان السبق في العصر الحديث في إسباغ الحماية القانونية للخصوصية للقضاء الأمريكي. أما في التنظيم التشريعي فكان لبعض الدول الأوروبية. وفيما عدا تنظيم حماية البيانات والمعلومات فإن النظام الإنجليزي يحمي الخصوصية باستعارة بعض نظم الأفعال الضارة الأخرى. ويقابل عدم النص ، تشريعياً ، على حماية الخصوصية في المملكة المتحدة أن الدستور الأمريكي لا ينص على حماية دستورية

<sup>(٣٦١)</sup> سنن أبي داود ج ٢ حديث رقم ١٤٨٥ ص ٧٩ ، وقد رواه السيوطي في جامع الأحاديث الصغير وزوائده والجامع

الكبير ج ٦ رقم ٢٠٢٩٤ ص ١٠٦

<sup>(٣٦٢)</sup> محمد عبد العظيم : رسالة الدكتوراه السابقة ، ص ١٢٧

وكذلك الدستور الفرنسي. وإن كان التشريع الأساسي الألماني التف حول الاعتراف بهذا الحق حيث خصص مواده الأولى للحقوق الأساسية للفرد Droits Fondamentaux de L'individu إذ تنص المادة الأولى على أن "كرامة الإنسان مقدسة. وتلتزم السلطة العامة باحترامها وحمايتها" وتقضي المادة الثانية بأن "لكل فرد الحق في التنمية الحرة لشخصيته ، شريطة أن لا يعتدي على حقوق الآخرين ، وعلى النظام الدستوري أو الأخلاقي". فهو لم يذكر الحق في الخصوصية صراحة وإنما أشار بعبارة "كرامة الإنسان". وعلى نقيض ذلك نجد أن المادة (١٨) من الدستور الأسباني تنص على حق كل شخص في الخصوصية مقترناً بالحق في السمعة<sup>(٣٦٣)</sup> وكذلك الدستور المصري في المادتين (٤٥ ، ٥٧). وعلى مستوى التشريعات القانونية المدنية نجد أن التشريع الفرنسي هو الرائد في النص على حماية الخصوصية ، دون ذكر مجالاتها ، في المادة التاسعة من التقنين المدني بينما يكون النص عليها في القانون المدني المصري بالقياس بحسبان أنها أحد الحقوق للصيقة بالشخصية التي نصت عليها المادة (٥٠). أما التشريعات الاتحادية في الولايات المتحدة لحماية الخصوصية فقد صيغت في شكل إعفاءات من قوانين أخرى ، مع التذكير دائماً بأنه لا يوجد تشريع عام للخصوصية في المملكة المتحدة. وفي ألمانيا لا يحمي القانون المدني الحياة الخاصة بشكل عام بل يضمن فقط الحق في الاسم شأنه في ذلك شأن القانون المدني المصري في المادة (٥١) المأخوذة عن النص الألماني. بيد أن القضاء في ألمانيا اعتمد على نص المادة ١/٨٢٣ من التقنين المدني التي توجب مسؤولية المعتدي عمداً أو بإهمال أو بشكل غير شرعي على الحياة ، والتكامل الجسدي ، وصحة الإنسان ، والحرية ، والملكية ، أو على كل حق للآخرين وتلزمه بدفع التعويض المناسب ، وفسرها على ضوء صياغة المادتين ١ ، ٢ من التشريع الأساسي في إرساء ما يعرف "بالحق العام للشخصية" والذي أحد مجالاته الحميمة والسرية للحياة العاطفية والمراسلات وخلافه . وقد رسخت المحكمة الدستورية هذا المبدأ .

واشتملت الحماية القانونية في معظم التشريعات القانونية علي اتخاذ تدابير وقائية وأوامر ردعية بمنع النشر أو الاستخدام ، إلى جانب العقوبات البدنية والمالية وفقاً لقانون العقوبات في بعض الحالات مثل سرية المراسلات والأحاديث الهاتفية ، وأخيراً التعويض النقدي وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية يضاف إليه في حالات معينة التعويض الإتعاضي في المملكة المتحدة والتعويض العقابي في الولايات المتحدة الأمريكية .

بعد الاستعراض الوصفي يبقى التحليل الإنتقادي أي تقييم الحق في الخصوصية ومع الاعتراف بأن هذا التقييم ، في غيبة الدراسات المسحية والأبحاث التطبيقية ، يصبح مجرد رأي واجتهاد شخصي للباحث. والسؤال هل يتم فعلاً احترام هذا الحق بطريقة مطلقة ؟ الإجابة البسيطة أن الخصوصية فكرة نسبية تختلف باختلاف

<sup>(٣٦٣)</sup> « on garantit le droit de chacun à l'honneur, l'intimité personnel et familiale et à sa propre image » <http://mip.univ-perp.fr/constit/es1978-htm>

نوعيات الناس والبيئة والعوامل الأيكولوجية المختلفة وكذلك الزمن / المكان . هذه النسبية تؤثر وتتأثر بما يطلق عليه في القانون دفع المسؤولية أو التعبير الأنجلو أمريكي الدفاع أو الإعفاءات .

82/2/2 – تتلخص الدفع لدفع المسؤولية في حالة الاعتداء على الخصوصية في : أولاً: الدفع الأساسي هو رضا المدعي تطبيقاً للمبدأ القائل "ليس للراضي أن يتمسك بالأذى" أو لا مضارة في القبول *volenti non fit injura* المأخوذ من القانون الروماني<sup>(٣٦٤)</sup> سواء كان شفوياً أو مكتوباً أو صريحاً أو ضمنياً<sup>(٣٦٥)</sup>، بمقابل أو على سبيل التسامح والمجاملة<sup>(٣٦٦)</sup> هذا الدفع في حد ذاته دليل على أن حماية الخصوصية تستهدف بالدرجة الأولى حماية مصلحة خاصة بالأفراد أكثر منها حماية مصلحة عامة للمجتمع ولا يقدح من ذلك تجريم بعض صور الاعتداء على الخصوصية. بعبارة أخرى تظل الخصوصية تشكل مساحة كبيرة من القانون الخاص وآية ذلك أن حماية الخصوصية في الولايات المتحدة الأمريكية تأتي في إطار قانون الأفعال الضارة وأن المبدأ العام لحماية الحياة الخاصة في فرنسا ورد في التقنين المدني (المادة ٩). الدفع الثاني هو حالة الضرورة وأهمها المصلحة العامة *l'intérêt public* والتي حددتها المادة الثالثة عشر من توجيه الاتحاد الأوروبي رقم ٤٦/٩٥ إي سي للبرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد الأوروبي الصادر في ٢٤ أكتوبر ١٩٩٥ بأنه الأمن القومي ، الدفاع ، الأمن العام ، التحقيقات ، وإجراءات المحاكمات الجنائية أو مخالفة أخلاقيات المهنة المنظمة ، الإجراءات الاقتصادية الخاصة بالنقد والموازنة والضرائب ، ممارسة السلطات الرسمية لواجباتها وفقاً للقانون. ولا شك أن هذه الدفع أو الإعفاءات تقيد كثيراً رجال السلطة العامة وتحصنهم ضد المساءلة عن انتهاك خصوصية الأفراد الأمر الذي دفعهم، مع مرونة عبارات الإعفاء من المسؤولية والاعتماد في تقديرها على معيار شخصي إلى التجاوز غير المسؤول في تلك ستار خصوصية الأفراد. والمثال الواضح هو ما حدث للخصوصية في الولايات المتحدة الأمريكية بعد ١١ مارس ٢٠٠١ نتيجة لفوبيا الإرهاب التي اجتاحت المسؤولين والشعب الأمريكي. وما يحدث من زبانية نظم الحكم الشمولي و شيقهم لمعرفة أسرار الناس بصفة عامة والمعارضين لهم بصفة خاصة لاستغلال المعلومات والبيانات في التنكيل بهم وتقديمها قرابين لكبيرهم دليلاً على الوفاء والإخلاص.

ويستخرج من دفع المصلحة أن يكون ما تم نشره من خصوصية الفرد هو بطبيعته يدخل في إطار الحياة العامة أو أنه أحد الشخصيات العامة وكان موضوع الإفشاء أو النشر خاص بممارسة مهامه العامة واقتضت بذلك المصلحة. وهذا الدفع

(٣٦٤)

Whitev.Warick(John)&Co.Ltd.[1935]1W.L.R.1265 ,

د. أحمد شوقي عبد الرحمن : النظرية العامة للحق ص ١٩٠ - د. فتحي عبد الرحيم : مصادر الالتزام ، ج ١ العقد

والإرادة المنفردة ص ٤٢

(٣٦٦)

TGIParis,31janv.1983D.1984 .

هو ما يعبر عنه بالحق في الإعلام. وقد أورد المشروع المصري هذا الدفع كسبب للإباحة الكشف عن الخصوصيات في المادة ٣٦ من قانون حماية المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ حيث أجاز نشر صورة دون إذن صاحبها إذا كان النشر قد تم بمناسبة حوادث وقعت علناً أو كانت تتعلق برجال رسميين أو أشخاص يتمتعون بشهرة عالمية أو سمحت بها السلطات العامة خدمة للصالح العام . وتحفظت على عرض الصورة أو تداولها إذا ترتب على ذلك مساس بشرف الشخص الذي تمثله أو بسمعته أو بوقاره<sup>(٣٦٧)</sup>. مضمون هذا الدفع أنه يوسع من دائرة الإعفاء من المسؤولية .

83/2/2 - أحد المفاتيح الهامة لمعرفة هذا المحدد الثقافي المعروف بالخصوصية وتحديد إيجابياته وسلبياته هو النظرة الشمولية المتفحصة لعناصر وأبعاد متنافرة. من هذه العناصر الشخص بحسبانه يمثل طرفي العلاقة الفاعل المسئول والمضرور الضحية . والقيم التي يُعتقد أن تخدمها الخصوصية والقيم التي تتعارض مع حماية الخصوصية أو تتأثر بها. ثم المحيط المجتمعي ، والقانوني ، والثقافي. والأهداف التي يحققها الاعتداء على الخصوصية أو على الحقوق المتضاربة التي تتوازن أو تعلق عليها. وأخيراً الوسائل المستخدمة في انتهاك الحق في الخصوصية ومدى تقدمها والتقنية العالية التي تغلفها. لاشك أن استحضار هذه العناصر ووضعها تحت مجهر الفحص يفيد في توقعاتنا لمصير الخصوصية والمخاطر التي تحيط بممارستها

وقبل الاستغراق في المناقشة والجدل التجريدي لهذه العناصر نستعين بمثال عملي يوضح بصورة واقعية دور هذه العناصر. وهو التعدي على خصوصية الأفراد بواسطة أجهزة الإعلام ويأتي اختيار هذا الموضوع كمثال تطبيقي عملي من المراجعة السريعة للعوامل السابقة. فأحد طرفي العلاقة هو الفاعل وهذا الفاعل قد يكون أحد عمال الدولة أو أحد الشركات أو المنظمات أو الأشخاص المنافسين في سوق العمل . وهي أمور بطبيعتها الإدارية والتجارية خارج إطار هذا البحث. وقد يكون أحد الأفراد العاديين وهذا أمر لا يعني غير أعمال تطفل وفضول فردية غير مؤثرة في السياق العام يردعها القواعد العامة في المسؤولية المدنية. وأخيراً يبقى الوافد الجديد وهو الإعلام الذي يشكل في الواقع أغلبية المدعي عليهم في قضايا الاعتداء على الخصوصية. أما بالنسبة للمضرور فقد يكون من آحاد الناس وهو جدير فعلاً بالحماية لكنه في الواقع لا يمثل الاعتداء على خصوصية هذه الفئة كمّا يستحق النظر. يقابل ذلك من المضرورين فئة المشهورين والشخصيات العامة المشتغلين بالسياسة أو الفنون والآداب أو الرياضة والتي تمثل غالبية الضحايا المعتدي على خصوصياتهم . والقيمة المعارضة للخصوصية هي الحق في الإعلام في إطار محيط مجتمعي لا يمكن فيه مقاومة فضول العامة واهتمامهم بالأخبار

<sup>(٣٦٧)</sup> وقد جمع المشرع الأثيوبي هذه الحالات في المادة (٣٨) من القانون المدني التي تنص علي أنه "يمكن نشر الصورة دون

موافقة الشخص إذا كان من الشخصيات الشهيرة أو يمثل وظيفة عامة أو إذا اقتضت ذلك ضرورات الأمن والعدالة أو

المصلحة العلمية أو الثقافية أو التربوية أو إذا كان النشر يرتبط بوقائع أو حوادث أو احتفالات تتصل بالمصلحة العامة ، أو

تكون وقعت في مكان عام

والبيانات الخاصة بنجوم السياسة والفن والرياضة وكافة المجالات الأخرى . وفي ظل ثقافات تسعى بدأب إلى المعرفة .

ويتمثل المحيط القانوني في الدفوع القانونية أو الإعفاءات أو الإمتيازات التي قد يتمتع بها المدعي عليه . وتستفيد وسائل الإعلام من الدفع الخاص بالرضا حينما يسعى إليها الباحثون عن الشهرة أو الراغبين في استمرارها بأخبارهم وصورهم لنشرها . كما تستفيد أجهزة الإعلام من الدفع الخاص بالمصلحة العامة بحسبانها الوسيلة الفعالة والقوية لممارسة حق الجمهور في الإعلام والذي هو في نفس الوقت القيمة المناهضة والواجب توازنها مع خصوصية الأفراد . وفيما يتعلق بالأهداف التي يسعى المعتدون لتحقيقها بانتهاكهم للخصوصية قد تكون سياسية أو أمنية أو تحقيق العدالة ، أو تحقيق أهداف مؤسسة إدارية معينة ، وهذه أمور تدخل في إطار القانون العام تخرج عن موضوع هذا البحث . وقد تكون تحقيق السبق في منافسات في مجال الأعمال وهي أيضاً تدخل في إطار القانون التجاري . وقد يسعى الفاعل إلى تحقيق مغنم شخصي في ضغائن شخصية ليتعرف على أسرار غريبة وهي في مجملها سواء من جهة الفاعل أو المضرور ليست سوى مصالح شخصية تكفي القواعد العامة في المسؤولية المدنية التصدي لها . لكن الهدف الذي يمكن أن تسعى إليه وسائل الإعلام فضلاً عن دورها الإعلامي فهو زيادة مساحات التوزيع والمشاهدة أو الاستماع وتعظيم الربح النقدي وهي في سبيل تحقيق أهدافها تستخدم أحدث وسائل التصنت والتلصص والمراقبة والتصوير بآلات التصوير الرقمية الشديدة الدقة إلى جانب وسائل المونتاج المتطورة . لذلك كان حرياً بالباحث أن يأخذ نموذج أجهزة الإعلام كمتعدي على الخصوصية والشخصيات العامة الشهيرة كمعتدى عليهم والحق في الإعلام كقيمة متضاربة .

84/2/2 – تتمتع أجهزة الإعلام والمقروعة خاصة بامتياز يعفيها من المسؤولية في حالات التعدي على الخصوصية باعتبارها الأثير الذي يحمل الحق في الإعلام . وجاء الاعتراف بهذا الحق تشريعياً في فرنسا بموجب المادتين ٣ ، ٢٧ من قانون ٦ يناير ١٩٧٨ . وقد وضعه الدستور الأمريكي في مرتبة الحقوق الدستورية في حين أنه لم يرد ذكر في الدستور للحق في الخصوصية . وهذا يعني سمو مصلحة الجمهور في الإعلام ورجحانها على مصلحة الأفراد في الخصوصية . وهذا الأمر الذي يقتضي إيجاد توازن بين الحق في الإعلام والحق في الخصوصية .

#### مفهوم الحق في الإعلام ونطاقه:

85/2/2 – يقصد بالحق في الإعلام حق كل إنسان في أن يحصل على المعلومات والأخبار الحقيقية الصادقة<sup>(٣٦٨)</sup> . والسند الشرعي لهذا الحق هو نص المادة (١٩) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠/١٢/١٩٤٨ : لكل فرد الحق في حرية الرأي والتعبير عنه . وله الحق في البحث عن الأنباء والآراء ومعرفة نشرها بكل وسائل النشر بغير تقيد بحدود الإقليم . مفاد ذلك أن هذا الحق يعتبر من حقوق الإنسان أو الحقوق الطبيعية التي تستهدف حماية الحريات المدنية الأساسية

لكل مواطن . ويستهدف حق الإعلام إلى تحقيق الرقابة الشعبية على أعمال الإدارة والتعبير عن الرأي في أداء ذوي الصفة العامة للأعمال الموكلة إليهم. وكذلك معرفة أخبار من يتصدون لخدمة المجتمع في المجالات المختلفة حتى يتمكن الإنسان العادي من العلم بالقيمة الاجتماعية لهذه الأعمال وتقدير نفعها أو ضررها من الوجهة الاجتماعية<sup>(٣٦٩)</sup>. كما يلي هذا الحق ويشبع حاجة الإنسان وشبهه إلى معرفة الأخبار الخاصة لنجومه المحبين في كافة المجالات . وكذلك حق الجمهور في معرفة أخبار ورؤية صور الأشخاص الذين يرتبطون بأحداث جارية مثل ضحايا الحوادث والشهود<sup>(٣٧٠)</sup>

ويختلف الحق في الإعلام عن الحق في النقد. فهذا الأخير مظهر من مظاهر حرية التعبير وقوامه إبداء الرأي والتعليق النزيه والمناقشة لوقائع ومعلومات متاحة في المسائل العامة التي تهم الجمهور والتعرف على الآراء والأبعاد المختلفة لهذه المسائل في إطار من العقول والقلوب المتفتحة للوصول إلى الحلول والآراء الأمثل في ظل المتغيرات المختلفة . بينما الحق في الإعلام يقتصر على التزويد بالمعلومات والأخبار كمقدمة لممارسة حرية التعبير والحق في النقد

86/2/2 – لا يعني الحق في الإعلام إعطاء أجهزة الإعلام حصانة أو امتياز مطلق في الخوض في خصوصيات الناس دون مسؤولية. وهنا نجد أنفسنا أمام قيمتان متعارضتان الحق في الإعلام ومصلحة الأفراد في حماية خصوصياتهم ولا بد من إيجاد توازن بينهما وذلك بتحديد نطاق الحق في الإعلام بأن يشمل فقط المعلومات والأخبار عن الشخص العام وقد سبق تحديده في الفصل الخاص بالتشهير أو أن تكون هذه المعلومات متصلة بالحياة العامة والتي تحقق مصلحة للجمهور من وراء إلقاء الضوء عليها. وهنا تدق التفرقة من حيث اتصال هذه المعلومات بعمومية أو خصوصية الحياة بالنسبة للشخص ومن حيث مدى دخولها دائرة الاهتمام العام للجمهور. يرى البعض أن المقصود بالحياة العامة هو كل أمر أو عمل يقوم به الشخص العام ، إذا كان من شأنه التأثير على صلاحيته أو ملاءمته لأداء العمل الموكول له<sup>(٣٧١)</sup>. وفي ذلك ربط بين الشخص العام والحياة العامة والمقصود هو تفريد الحياة العامة عن الشخص العام لتكون الحياة العامة لأي شخص . وهنا نضطر إلى إيجاد معيار للتفرقة بين نوعي الحياة. من الممكن أن نحدد معنى الحياة العامة من خلال استبعاد ما هو حياة خاصة. وهنا عود إلى بدء فيما يتعلق بمشكلة إيجاد تعريف مرض للحياة الخاصة ومن ثم نرتد إلى فكرة سرد مجالاتها كالحياة الأسرية ، والمهنية ، وأوقات الفراغ ، الصورة ، وبيان دفع الضرائب المستحقة ، الحياة داخل المنزل ويصبح العمل العام هو المشاركة في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية تحت رقابة الرأي العام. حينئذ يكون تعيين الحدود بينهما مرتبط

<sup>(٣٦٩)</sup> محمد ناجي ياقوت : مسؤولية الصحفيين المدنية ، المرجع السابق ص ٢١

J. Ravanas , thèse , préci. P. 173

<sup>(٣٧٠)</sup>

<sup>(٣٧١)</sup> ناجي ياقوت : المرجع السابق ص ٢٧

بمقتضيات المعلومات ولهذا السبب قيل لا يوجد في ذلك حكم ولا صيغة عامة *Aucune formule générale* (٣٧٢)

قد يتدخل المشروع في بعض الأحيان لتعيين حدود المراسلين الصحفيين لدى المحاكم. إذ ينص قانون ٦ ديسمبر ١٩٥٤ الفرنسي على منع استخدام أي آلة تنبيه أو تضخيم ، أو كاميرات التلفزيون أو السينما أو أي أجهزة تصوير داخل قاعات المحاكم أثناء تداول القضايا إلا بإذن أو ترخيص من وزير العدل. كما تمنع المادة (٣٩) من قانون الصحافة الفرنسي تحليل ونشر المناقشات في بعض الدعاوى مثل إعلان الأبوة ، والطلاق ، والانفصال الجسدي ، ودعاوى الإجهاض ومنع إنتاج صور وأسماء المدعين القصر .

بعيداً عن منع النشر لما يحدث في قاعات المحاكم ولنراجع بعض أحكام القضاء للتعرف على كيفية إجرائه للموازنة بين الحق في الإعلام والحق في الحياة الخاصة. أول هذه القضايا تدور وقائعها في أن جريدة أسبوعية نشرت سلسلة مقالات بعنوان " حياتي بواسطة مارلين ديتريش *Ma vie par Marlène Diétrich* بمقدمة رائعة تقنع القارئ بأن الكاتبة تروي القصة بنفسها . في حكم لمحكمة باريس في ١٦ مارس ١٩٥٥ أسست مبدأ مقتضاه أن ذكريات الحياة الخاصة لكل شخص تتعلق بذمته المعنوية وليس هناك حق لأي شخص أن ينشرها أو يذيعها بنية سيئة بدون الحصول على تصريح صريح لا لبس فيه وقضت بتعويض نقدي مقداراه مليون ومائتي ألف فرنك فرنسي. ومع ذلك فإن بعض الأحكام كانت أكثر حذراً وتعقلاً أو عمقاً في إيجاد هذا التوازن . فقد رأت الدائرة الأولى لمحكمة باريس في ٦ يوليو ١٩٦٥ (٣٧٣) أن الاستئناف المرفوع من الفنان بيكاسو برد القرار السابق المرفوض في طلبه الهادف إلى الحجز على كل النسخ من كتاب فرانسوا جيلوت بعنوان الحياة مع بيكاسو *Vivre avec Picasso* . ورأت المحكمة أن الحجز على الأعمال الذهنية كإجراء لتوقي ضرر خاص يؤدي إلى الإضرار بالحق في المعلومات يجب أن يقابل بالاحتراز والتبصر ولا يؤمر به إلا في الحالات التي يوصف الاعتداء فيها بأنه لا يطاق وغير محتمل *intolérable* . ويبدو أن المحكمة التفتت عما يثيره نشر مثل هذه الأعمال من انطباعات نتيجة ما تكشف عنه من فضائح وعما إذا كان هذا الكتاب يشفي غليل شخص ما ضد شخص شهير ، فإنها رأت فيه أنه يكشف أمام جمهور القراء الحياة الداخلية لشخصية تتمتع بشهرة عالمية وهي ذات ثراء وتعقيد شديدين وأنه بالرغم من يحدثه النشر من بلبله أو مسخ لصورته الرسمية لكن نمط حياته الداخلي لا محالة مرتبط بإبداعه الفني ومن خلالها يمكن فهم وتفسير أعماله .

وقد تصدت محكمة الاستئناف الأمريكية لبعض الممارسات وأدخلتها نطاق الخصوصية. يوجد في الولايات المتحدة الأمريكية عدد كبير من البرامج التلفزيونية يعرض خدمات لفنيين أو رجال إطفاء وغيرهم لإنقاذ الناس عند طلبهم. ويتوجه هؤلاء تلبية للمساعدة العاجلة التي يقدمونها تصحبهم كاميرات التلفزيون للتصوير ،

J.

(٣٧٢)

Malherbe ,opcit ,p.7

Gaz. Pal. 14 janv. 1966

(٣٧٣)



وفي الغالب لا يكون الضحية في وضع يسمح له بقبول أو الاعتراض على اقتحامهم منازلهم<sup>(٣٧٤)</sup>. وقالت محكمة الاستئناف : لا يمكن تفسير التعديل الأول بأن تمنح رجال الأخبار إعفاء من المسؤولية عن الأفعال الضارة أو الجرائم التي ترتكب أثناء مرحلة جمعهم الأخبار. فليس هذا التعديل رخصة بالاعتداء أو السرقة أو التدخل بالوسائل الإلكترونية في مجال منزل أو مكتب شخص آخر<sup>(٣٧٥)</sup>.

87/2/2 – شرط آخر لإعفاء أجهزة الإعلام من المسؤولية هو أن يكون موضوع النشر أو الإفشاء محل اهتمام الجمهور، أي محققاً لمصلحة عامة أو تستدعيه ضرورة اجتماعية. وقد بلورت المحكمة الفيدرالية في أمريكا هذا الشرط حين قررت أنه لا يجوز القول بأن الشخصيات الشهيرة تفقد الحق في الخصوصية وكل ما هنالك أنه في مواجهة الحق في الخصوصية يوجد للجمهور – تحقيقاً للمصلحة العامة – الحق في الإعلام ولا يجوز الخوض في خصوصيات الشخصيات الشهيرة إلا إذا وجدت مصلحة أولى بالرعاية وفي حدود هذه المصلحة.

وفي القضاء الأمريكي مثالين نموذجيين للأمور التي تهم أو لاتهم الرأي العام. الأولى تتلخص وقائعها في سيديز كان طفل معجزة وكان شخصية عامة في طفولته لنبوغه المبكر في الرياضيات لكنه تعرض لظروف صحية قاسية جعلته يتوارى عن الناس ويعيش في عزله. اكتشف أحد مراسلي جريدة نيويورك ركر موقعه في عام ١٩٣٧ وكتب عنه مقالة تبين بالتفصيل الأنشطة التي يقوم بها وقتئذٍ. رفع سيديز دعوى على الناشر بسبب انتهاك الخصوصية والتي تسمى "الاقتحام غير المسبب للعزلة unreasonable intrusion on seclusion" قالت محكمة الاستئناف إن حياة سيديز تظل ذات اهتمام عام. وعلى ذلك تستطيع مجلة نيويورك ركر أن تنشر مقالة عنه<sup>(٣٧٦)</sup>، وكانت هذه القضية نموذج لقرارات المحاكم اللاحقة وتقرر حق الصحفيين في كتابة أي شيء جدلي ذو اهتمام لدى قرائهم. وأن المحاكم لا تريد أن تقحم نفسها في تقديم ما إذا كانت اهتمامات القارئ لها ذوق رفيع أو مقبولة اجتماعياً. والقضية الثانية يتبين منها أن المحاكم لا تحمي الصحافة دائماً. فقد نشرت صحيفة في ألاباما صورة لامرأة ارتفع فستانها بعاصفة هوائية من مروحة في معرض. حكمت المحكمة بأن الصورة التي بينت ملابسها الداخلية ليست لها اهتمام خبري شرعي للجمهور Legitimate news interest to the public وقررت تعويضاً نقدياً للمدعية بمبلغ (٤١٦٦) دولار أمريكي لانتهاك الخصوصية<sup>(٣٧٧)</sup>.

Shubman v. Group W: Production , 59 Cql. Rptr. 2d. 434,1997 – Miller v. NBC,232 <sup>(٣٧٤)</sup>

Cal. Rptr. 668,1986 – Anderson v. Fisher Broadcasting, 712 P. 2d. 803 (Or. 1986)

Dieteman v. Time, Inc., 449 F.2d.

<sup>(٣٧٥)</sup>

,249(9<sup>th</sup>).Cir.197

<sup>(٣٧٦)</sup>

Sidis v. F-R Pub. Corp. , 113 F. 2d. 806 (2d. Cir. 1940)

Daily Times Democrat v. Craham 162 So. 2d. 474, (Ala. 1964) mentioned in Roland B. <sup>(٣٧٧)</sup>

Standler : " Privacy Law in the USA" , opcit ,p. 10

88/2/2 – استكمالاً للنقد التحليلي النقدي للخصوصية نستطرد بيان بعض عناصر المحيط المجتمعي والقانوني والثقافي وبعض الأبعاد المؤثرة على تطبيق الخصوصية كحق قانوني وقيمة اجتماعية وتركز على العناصر الرئيسية التالية:

89/2/2 – أولاً : ثورة المعلومات أو انفجار البيانات الرقمية : - الظاهرة التي تفرض وجودها الآن هي الزيادة الرهيبة في استخدام الحاسبات الآلية للانخفاض الهائل في حجمها المادي وأسعارها والزيادة الغير عادية في قدراتها في توليد ومعالجة ونقل وتخزين المعلومات في سهولة أكثر من أي وقت مضى وبتكلفة أقل بكثير عما كانت تتكلفه عمليات تخزين المعلومات ونقلها قبل ذلك. وأصبحت البيانات متاحة عما كان في الماضي في شكل رقمي ويمكن تداولها والحصول عليها من مواقع متباعدة ونائية جغرافياً . وإيماناً بالقول الشهير لمؤلفه كتاب " من يملك المعلومات " بأن المعلومات هي شريان الحياة الذي تعتمد عليه القرارات السياسية والاجتماعية ، الخاصة بأنشطة المعلومات<sup>(٣٧٨)</sup>. أصبحت المعلومات أهم سلعة في الأسواق العالمية لدرجة أن الولايات المتحدة الأمريكية استثمرت خلال حقبة الثمانينات من القرن الماضي تريليون دولار في تكنولوجيا المعلومات ، ومنذ عام ١٩٩٠ انفتحت من المال على الحاسبات الآلية ومعدات الاتصال ما يزيد على ما أنفقته على كل المعدات الرأسمالية مجتمعة<sup>(٣٧٩)</sup>، وأصبحت شبكة المعلومات أكبر قطاع اقتصادي في العالم وراء تحقيق عائد قدره (٣,٥) تريليون دولار أمريكي<sup>(٣٨٠)</sup>.

نتاج ذلك أسفر عن وجود كمية من المعلومات الهائلة عن أي شخص متوافرة لدى الغير. ففي تقدير أجري عام ١٩٩٤ تبين أن الحاسبات الآلية في الولايات المتحدة الأمريكية تحتفظ بأكثر من خمسة مليارات من التسجيلات ، التي تتضمن معلومات عن كل رجل ، وامرأة ، وطفل ، بمتوسط خمس مرات في كل يوم. وأن نشاط البيانات الائتمانية مسئول عن (٤٠٠) مليون ملف ائتماني ، يتم تحديثها بأكثر من ملياري قيد في كل شهر<sup>(٣٨١)</sup>.

ولم يقتصر الأمر على الوظائف التقليدية للحاسبات الآلية أي معالجة وتخزين البيانات والمعلومات وإنما تجاوز التطور إلى شبكة المعلومات وأصبح الإنترنت مثال ملموس لانفجار المعلومات الرقمية التي تشمل الشبكة القومية والعالمية الأخرى ، وأنظمة الحاسب الآلي والاتصالات السلكية واللاسلكية للشركات ، والبريد الإلكتروني E-mail ، ولوحة إعلانات الحاسب الآلي ، والهواتف المحمولة وآلات

---

Anne W. Branscomb : "Global Governance of Global Networks : A Survey of <sup>(٣٧٨)</sup> Transborder Data Flow in Transition" , Vanderbilt Law Review , vol. 36 (May 1983) pp. Who Owns Information ? From privacy to public : ونفس المؤلف كتاب : 985-1043, esp. p. 987 access (basic book 1994)

Howard Gleckman : "The Technology Payoff" , Business Week, June 14 , 1993 , p.57 <sup>(٣٧٩)</sup> National Telecommunications and Information Administration Fact Sheet, May <sup>(٣٨٠)</sup>

30,1995,p.2 – Ted Bunker : " Is It 1984" LAM Magazine, August 1994 , p. 40

Steven A. Bibas : "A Constructual Approach to Data Privacy", Harvard Journal of Law <sup>(٣٨١)</sup> and Public Policy, vol. 17 (Spring 1994), pp. 591-593

الفاكسميلي الرقمية ، والبريد الصوتي ، وخدمات استدعاء الصفحات على المستوى القومي ، والتليفزيون التفاعلي ، وهواتف الفيديو وغيرها من التكنولوجيا العالمية. هذا الانسياب للمعلومات الرقمية كان له نتيجة سلبية على قيمة الخصوصية وعلى رأسها خصوصية المعلومات. فقد كشف بحث أجري مؤخراً في أمريكا أن حوالي ٨٠% من مستخدمي الإنترنت في المنازل يعيشون تحت وهم أنهم بمأمن من أعمال التجسس في حين أن أجهزة الحاسبات الآلية الخاصة بهم مزودة ببرامج التجسس التي تمكن آخرين من الإطلاع على محتوى ملفاتهم ورسائلهم الإلكترونية. وأوضح أن غالبية مستخدمي الإنترنت من المنازل يبالغون في الثقة ، بينما تم العثور على ألف برنامج تجسس داخل جهاز أحد المشاركين في البحث<sup>(٣٨٢)</sup>. وهكذا تتحول نعمة التطور إلى نقمة الانخفاض الملحوظ لقيمة الخصوصية . وتصبح الحاجة الملموسة هي البحث عن وسائل حماية الخصوصية إذ أن المعلومات الإلكترونية في المجتمعات الحديثة التي تعتمد بصورة متزايدة على المعلومات تصبح قيمة في حد ذاتها بالمقارنة بنفس البيانات في شكل غير إلكتروني ومن ثم يجب إيجاد التوازن بين قيمتي الخصوصية والمعلومات الإلكترونية .

90/2/2 – ثانياً : التجميع التطوعي للمعلومات : لا يقتصر الأمر على التطور الرهيب في نظم معالجة المعلومات والبيانات كخطر يضعف من الخصوصية. لكن في بعض الظروف والمناسبات يدلي الشخص ببيانات عن نفسه وأقاربه قد تتمتع بقدر من الخصوصية. والمثال الموضح لذلك هو عند التقدم لأحد الوظائف الهامة في الدولة أو للإلتحاق بإحدى الكليات العسكرية وليستعرض المرء النماذج التي يجب على الطالب تعبئتها لتشمل معلومات دقيقة عنه وعن أسرته وأقاربه. دعنا ننظر في القائمة الواردة في جريدة نيويورك تايمز صنداي ماجازين عن البيانات التي يتم جمعها عن الشخص بصورة روتينية :

- السجل الصحي ، والائتماني ، والتعليمي ، والوظيفي ، والزواجي .
- مواعيد وأرقام الهواتف الخاصة بكل مكالمة يجريها أو يتلقاها .
- السجل المتعلق بالسفرات أماكنها ومواعيدها .
- بيان المسحوبات النقدية .
- نوعية وكمية المشتريات التي تتم ببطاقات الائتمان أو الشيكات التي تتم عبر الإنترنت.
- نوعية وكمية الطعام الذي يستهلكه بعد أن أصبحت مساحات المتاجر الكبيرة متصلة مباشرة بالحاسبات الآلية .
- البريد الإلكتروني والمكالمات الهاتفية .
- المواقع التي ترتادها عبر الإنترنت<sup>(٣٨٣)</sup>

<sup>(٣٨٢)</sup> جريدة الأهرام المصرية السنة ١٢٩ العدد ٤٣٠٥٨ بتاريخ الثلاثاء ٢٦ أكتوبر سنة ٢٠٠٤

<sup>(٣٨٣)</sup> James Gleick : "Behind Closed Doors ; Big Brother Is Us." New York Times, Sept.

وهكذا ستصبح الخصوصية بالنسبة لاقتصاد المعلومات في هذا القرن مثل حماية المستهلك والهموم البيئية بالنسبة للمجتمع الصناعي في القرن الماضي سعى محموم لحمايتها أم طوفان لا يرحم من المصالح . ومحاولات مضنية لتقليل الفجوة بينهما .

91/2/2 – ثالثاً : تكلفة الخصوصية : قد تكون الخصوصية قيمة اجتماعية نرجسية في الحياة الرفيعة ، ومع ذلك فهناك جوانب أخرى سلبية أهمها : أنها تفرض تكاليف قد تكون باهظة نسبياً على الأفراد والمؤسسات . فالخصوصية قد يكون مثالها مثال أي سلعة أخرى وعلى من يرومها دفع الثمن . لذلك قامت بعض المؤسسات والشركات بتسويق حمايتها للخصوصية عن طريق صناعة برامج الحماية المختلفة للخصوصية في الحاسبات الآلية ومن الوسائل المستخدمة لحماية سرية البيانات على الحاسبات الآلية التشفير أي عملية ترميز البيانات حتى إذا تعرضت الحاسبات لبرامج التجسس بظل محتوى البيانات سرياً إلا إذا تم كشف مفاتيح التشفير . كما أن بعض شركات تقديم خدمات الإنترنت تقوم بوضع صفحات على بعض الشبكات المختلفة تعلن فيه أنها ملتزمة بمعايير معينة لخصوصية معلومات معينة مقابل لقاء مادي تدفعه الشركات الصناعية أو المستخدم لشبكة المعلومات .

92/2/2 – رابعاً : إساءة استخدام الحق في الخصوصية : في حالات كثيرة قد تكون المعلومات المراد إخفائها وعدم الكشف عنها تضر بسمعة الشخص إذ قد تتعلق بنشاط إجرامي أو سلوك لا أخلاقي في الماضي أو الحاضر تتنافى مع المظهر الذي يحاول أن يبرز به في المجتمع . وقد يكون الدافع لذلك تضليل المتعاملين معه . وكان من المفروض عند كشف هذه المعلومات تصحيح جوانب سوء الفهم التي يحاول الشخص استغلالها في تحقيق مآرب شخصية<sup>(٣٨٤)</sup> . وهنا يصاحب حماية الخصوصية تقديم معلومات مغلوبة ومضللة تؤدي إلى نتائج اجتماعية واقتصادية سيئة . فعندما يحتمي شخص ما بالخصوصية قد يؤدي إلى حجب المعلومات الحقيقية الهامة مثال ذلك عندما يمتنع طيار بإحدى شركات الطيران عن الكشف عن حالته الصحية التي يمكن أن تؤثر على أدائه لوظيفته . وقد يشكل حماية الخصوصية تهديداً للأمن والسلامة إذ هي تتعارض مع مصلحة الجمهور في معرفة السجل الإجرامي والطبي والوظيفي السابق حتى يمكن الاحتراز ضد معتادي ارتكاب الجرائم الجنسية ضد الأحداث ، أو السرقة من الخدم في المنازل ، أو في المتاجر ، أو من الأطباء ذوي السلوك المهني المشين ، أو من المحامين معتادي إفشاء أسرار موكلهم إلى الخصوم القضائيين ، أو من المصابين بأمراض جنسية وتناسلية خطيرة تنتقل بالاتصال الجنسي .

93/2/2 – قيمة حب الاستطلاع والفضول العرضي : لا يستطيع أحد أن ينكر أو يكبح حب الاستطلاع لدى الناس فهو دائماً بداية الطريق إلى المعرفة ، وهو أيضاً قيمة – رغم تعارضها مع الخصوصية – يجب أخذها في الاعتبار . والفضول العرضي سمة من سمات الحياة العادية يدفع إليه في حالات كثيرة اعتبارات

المصلحة الفردية فهو يساعد المرء على التعرف أكثر عن حوله تفيده في حياته الاجتماعية والمهنية . فليس دائماً أنه لا فائدة من حب الاستطلاع فالناس دائماً لديها حب الاستطلاع لاتخاذ القرارات الوظيفية والاستهلاكية بما يحصلون عليه من معلومات حقيقية<sup>(٣٨٥)</sup>.

94/2/2 – الخلاصة : رحيق هذا البحث هو أن الخصوصية قيمة تحرص القوانين المقارنة على حمايتها لكنها في حقيقة الأمر تركيبة لا اجتماعية فهي تهتم بخصوصية الفرد وتعطيه الحق وحده أن يقرر ما يكشفه عن نفسه . لذلك فهي قيمة متعارضة مع قيم اجتماعية أخرى . وهي ليست حقاً مطلقاً ولها أيضاً جوانب إيجابية وأخرى سلبية ولذلك يجب النظر إليها من حيث دورها في الحياة الحديثة وإيجاد التوازن بينها وبين القيم المتعارضة معها لتخلص أنها تستهدف مصالح خاصة وليست مصالح مجتمعية عامة . ويكون حمايتها من خلال المسؤولية المدنية أو التعويض المدني ، يتزامن معها الحماية الوقائية والإجرائية من خلال القوانين الأخرى . ومن ثم يعتبر تجريم الاعتداء على الخصوصية تمديد لمظلة قانون العقوبات على مسائل خارجة عنه بطبيعتها ومستكنة في نطاق القانون الخاص وهو الأمر الذي يأخذ به القانون الأمريكي والقانون الإنجليزي (الفعل الضار) . وإذا كانت هناك حاجة للردع لارتكاب الفعل الضار في ظروف معينة فليكن من خلال التعويض العقابي أو الاتعاطي إذ أن هذا التعويض يمثل عقوبة خاصة إضافية للتعويض الجابر عن الضرر الغرض منه ردع المعتدي والمثال للآخرين ، يذهب للمدعي المضرور ليكون حافظاً له على المطالبة القضائية لأنه المستفيد الأول والدولة المستفيد الثاني لما تفرضه من ضرائب تصاعدية على التعويض العقابي . وذلك بدلاً من أن يعتقد المضرور أنه لن يستفيد بحبس الفاعل أو غرامته التي ستذهب للدولة . وهذا القول ينطبق حرفياً على مسؤوليات أجهزة الإعلام عما ترتكبه من انتهاك لخصوصية الأفراد وهم في الغالب من المشهورين أو أن الموضوع يخص الجمهور وهنا تتمتع بالإعفاء . وفيما عدا ذلك فليس هناك غبار من إجبارها على دفع تعويض رادع ، قد تضطر معه شركات التأمين إلى الإحجام عن التأمين على مسؤولية هذه الأجهزة أو ترفع القسط ، وقد تؤدي المبالغ المدفوعة إلى خسارة هذه الأجهزة وانسحابها من السوق .

الباب الثالث

# آثار الالتزام

(النعويض)

# الفصل الأول

## التعويض الجابر

"الفقه متبعة لا يعدل بمذاهباً واحداً"

بترسكه

\*المبادئ العامة للتعويض الجابر

\*التعويض عن ضرر الموت والضرر المرتد

\*النظر البديلة أو المكملة للتعويض التقدي

\*التعويض التقدي في الفقه الإسلامي

### المبحث الأول : المبادئ العامة للتعويض الجابر

#### المطلب الأول : أنواع وأشكال التعويض

1/1/3 - إن جزاء المسؤولية المدنية هو الالتزام بالتعويض. والتعويض قد يكون عينياً  
réparation en nature أو بمقابل réparation par équivalent. الأول يتمثل في  
إصلاح ما أفسده الفعل الضار remise en état بإعادة الشيء إلى الحالة التي كان  
عليها قبل الفعل الضار restauration. من ذلك أنه في حالة الاعتداء الجسدي حيث  
يعانى الضحية من بعض العواقب البدنية والنفسية يكون التعويض العيني إلزام  
المسئول بمصاريف إقامة المريض في مكان خاص للعلاج والاستشفاء<sup>(1)</sup>. وفي  
حالات كثيرة أخرى يمكن للمدعى الطلب من قاضي الأم

<sup>(1)</sup> J. Carbonnier : Flexible Droit, LGDJ, 7e éd., 1992, p.642, no.3—Civ. 1, 1er. juin 1976, 2  
esp., JCP 76, 18483, n. R. Savatier – Civ. 2, 17 déc. 1979, B. 11, no. 298 – 24 mai 1982, B.  
11, no. 81

ور الوقتية اتخاذ إجراءات تحفظية سواء لإصلاح الضرر أو وقف التعرض الواضح عدم مشروعيتها *un trouble manifestement illicite* وفقاً لنص المادتين (١/٨٠٩) (١/٨٧٣)، القاضي ، علي سبيل التعويض ، في دعاوى التشهير بنشر الحكم بإدانة المدعى عليه في الصحف<sup>(٢)</sup>. كما نصت المادة التاسعة من القانون المدني المعدلة بقانون ١٩ يولييه ١٩٧٠ علي أن يكون للمحاكم ، دون إخلال بوجوب الحكم بتعويض الضرر الناشئ عن المساس بحرمة الحياة الخاصة للأفراد ، أن تأمر باتخاذ جميع الإجراءات كفرض الحراسة وإيقاع الحجز وأية إجراءات أخرى من شأنها منع ووقف أي مساس بحرمة الحياة الخاصة للأفراد. وفي حالة الاستعجال يصدر الحكم من القضاء المستعجل<sup>(٣)</sup>. ويقابل هذه الإجراءات في القانون المصري ما ورد في عُرْج المادة (٢/١٧١) من التقنين المدني "علي أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف وبناء علي طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلي ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع ، وذلك علي سبيل التعويض"<sup>(٤)</sup>.

2/1/3 – ومقابل ذلك في النظام الأنجلو أمريكي هو ما يُطلق عليه *injunction* أي الأوامر القضائية المانعة. وهي التي تكون بدلاً من وفي بعض الأحيان بالإضافة إلي التعويض النقدي. فهي أمر من المحكمة بوقف ارتكاب بعض الأفعال الضارة أو الأمر إلي المدعى عليه باتخاذ بعض الخطوات الإيجابية لتصحيح الفعل الضار الذي ارتكبه. وفي الأصل كان إصدار مثل هذه الأوامر منوط بمحكمة العدالة المطلقة *Court of Chancery* والآن أصبح بإمكان أي قسم من أقسام المحكمة العليا إصدار هذه الأوامر. وحيث أن هذه الأوامر هي بطبيعتها تعويض عادل *equitable remedy* فيكون إصدارها من صلاحية المحكمة عند طلبها.

وتتخذ مثل هذه الأوامر أربعة فئات مختلفة. الأولى هي الأوامر المنعية أو الحظرية *prohibitory injunction* وهو أمر من المحكمة بمنع أو بوقف المدعى عليه من ارتكاب أو الاستمرار في ارتكاب فعل ضار. يطلب هذه الأوامر عادة المدعون في قضايا الإزعاج أو التعدي علي الأرض المتكرر. الفئة الثانية هي الأوامر الزجرية الإلزامية *mandatory injunction* وهي تختلف عن الفئة الأولى

<sup>(١)</sup> Crim. 3 nov. 1959, JCP 59, 1V, 154 – TGI Paris , 9 mai 1975, JCP, 76, 18469

<sup>(٢)</sup> B. Starck : Droit Civil, Obligations, 1 Responsabilité délictuelle, 2e éd., (1985) no. 1050 p. 468 – F. Rigaux : "La protection de la vie privée" , Revue international de droit comparé, 1995, 539 – Paris 24 juin 1980, D. 80, 583 – Civ. 1, 14 mai 1992, JCP 92 ; 1V. 1955

<sup>(٣)</sup> « Le juge pourra , selon les circonstances , ordonner la réparation du dommage par la

remise des choses dans leur état antérieur , ou par l'accomplissement d'une certaine

« prestation ayant un rapport avec l'acte illicite » نبذة رقم

٦٤٤ ص ٩٦٧ – سليمان مرقس : الوافي ، في الالتزامات ، المجلد الثاني ، القسم الأول في الأحكام العامة ، رقم ١٨٩

ص ٥٣١ – عبد المنعم البدر اوي : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام

(١٩٩٢) ص ٦٥،٦٦ – شكري سرور : موجز الأحكام العامة للالتزام ، المرجع السابق ص ٤٨ ، ٤٩ – ومن أحكام

القضاء المصري : نقض مدني ١٥ مارس ١٩٦٧ ، مجموعة أحكام النقض ١٨-٦٣٦-١٠٠



في أنه بدلاً من منع أو إيقاف الفاعل عن ارتكاب الفعل الضار ، تأمره باتخاذ خطوات إيجابية لتصحيح ما ارتكبه فعلاً. مثال ذلك أن تأمر المحكمة المدعى عليه أن يهدم البناء الذي شيده ويحجب النور عن المدعى<sup>(٥)</sup>. وفي إحدى القضايا<sup>(٦)</sup> قرر مجلس اللوردات عدم منح هذه الأوامر إلا بتوافر ثلاثة معايير : ١- التعويض غير كاف أو مساو للعلاج ، ٢- تصرف المدعى عليه إزاء جاره كان باستهتار وعدم مبالاة وطيش أو غير معقول ، ٣- أن تكون العبارات الصادر بها الأمر واضحة تماماً ومفهومة لدى الطرف الموجهة إليه بحيث يعلم تماماً ما يجب عليه أن يفعله. النوع الثالث هي الأوامر الزجرية العارضة interlocutory injunctions ، وهي الأوامر التمهيدية أو المؤقتة التي تصدر قبل سماع موضوع الدعوى. وقد قرر مجلس اللوردات أثناء مناقشته أحد القضايا<sup>(٧)</sup> أنه يجب لإصدار مثل هذه الأوامر أن يكون موضوعها خطير ، وإذا كان كذلك يجب أن تقرر المحكمة ما إذا كانت ستصدرها علي أساس توازن الملاءمة. وفي تقديرها إذا كان التوازن لصالح أو ضد إصدار الأمر تأخذ المحكمة في الاعتبار ما إذا كان التعويض مناسب للمدعى ، وما إذا كان ضمان المدعى في التعويض يعطى المدعى عليه الحماية الكافية إذا خسر المدعى دعواه الموضوعية ، وما إذا كان صيانة أو حفظ الوضع الراهن status quo بالأهمية الكافية لطلب إصدار هذه الأوامر. وبعد الأخذ في الحسبان كل هذه الاعتبارات تقرر المحكمة بإختيارها وجود هذا التوازن وقد تنتظر بعين الاعتبار الدوافع النسبية لأطراف النزاع.

حقاً من الممكن إصدار هذه الأوامر الزجرية العارضة في جميع أحوال الأفعال الضارة فيما عدا حالات التعدي البدني ، والإكراه البدني<sup>(٨)</sup> ، والإهمال<sup>(٩)</sup> ، والحبس بدون وجه حق ، والإدعاء الكيدي. لكن إصدار أوامر بوقف النشر في حالات القذف بالكتابة لا تُمنح إلا في الحالات الواضحة فقط ، وربما لا تصدر بالمرة إذا تبين أنها في إطار التعليق المنصف<sup>(١٠)</sup>. ويبدو هذا الموضوع إذا كان الضرر الواقع يشير إلي أنه بسبب فعل التشهير الضار وإلا أعتبر طلب إصدار هذا الأمر غير معقول<sup>(١١)</sup>. تصدر الأوامر القضائية ، عادة ، بعد ارتكاب الفعل الضار فعلاً. ومع ذلك وكما يقول اللورد Upjohn في قضية ريدلاند السابقة أن "المدعى أوضح وجود احتمال قوى علي أساس الوقع بأن ضرراً جسيماً سيحقق به في المستقبل .. هنا يمكن إصدار أمر علي أساس أنه (يخشى) أو (يتوقع) quia timet . وإذا كانت دعاوى "الخشية" أو "التوقع" تهدف إلي إجهاض الفعل الضار الذي يهدد المدعى فإنه في

Kelsen v. Imperial Tobacco Co. Ltd. [1957] 2 Q. B. 334 <sup>(٥)</sup>

Redland Bricks v. Morris [1969] 2 ALL E R 576 <sup>(٦)</sup>

American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd. [1975] A C 396 <sup>(٧)</sup>

Egan v. Egan [1975] ch. 218 <sup>(٨)</sup>

B B C v. Hearn [1977] 1 W. L. R. 1004 – Miller v. Jackson [1977] 1 Q. B. 966, 980 <sup>(٩)</sup>

Wallersteiner v. Moir [1974] 1 W. L. R. 991 <sup>(١٠)</sup>

Sinclair v. Gogarty [1937] I. R. 377 <sup>(١١)</sup>

أوامر "التوقع" تصدر ، بوضوح ، فقط حيث يُوجد تهديد أو نية الإضرار وشيك الوقوع وحيث يكون التعويض النقدي غير مكافئ لإصلاح الضرر".

لكن إذا كانت تلبية هذه الأوامر غير ممكنة أي مستحيلة فلا تصدر ، لأنه توجد حالات يكون المدعى عليه فيها مسئولاً بموجب القانون عن الاستمرار في إتيان الفعل الضار لكنه لا يملك القوة لوضع نهاية لهذا التعدي. في مثل هذه الحالات يكون للقاضي عدم إصدار هذه الأوامر وإن أصدرها فقد يأمر بتعليق تنفيذها لمدة من الوقت إذا كان ذلك ضرورياً حتى يتمكن المدعى عليه من أن يتلاءم مع الأمر. ويكون العلاج الوحيد في حالة عدم إصدارها هو منح تعويض نقدي<sup>(١٣)</sup>. والمثال الجيد لتعليق تنفيذ الأوامر القضائية هو عندما يكون المدعى عليه سلطة محلية لكن في الحالات الأخرى تبدو الأمثلة غير واضحة<sup>(١٤)</sup> كما أنه لا يمكن صدور هذه الأوامر لمنع التعدي على الشخص أو الملكية إذا كانت آثارها تؤدي إلى احتفاظ الطرف الذي طلبها بحيازة غير قانونية<sup>(١٥)</sup>.

لا يختلف النظام القانوني الفرنسي عن الإنجليزي في إقرار صلاحية المحكمة في اتخاذ هذه القرارات القضائية. فكما سبق القول يسمح النظام الفرنسي لقاضي الأمور المستعجلة بإصدار ما يُطلق عليه injonctions . وهي نوعان : أوامر بعمل شيء وأوامر بالدفع. الأولى مؤقتة provisoire يصدرها القاضي في الحالات التي يكون الالتزام فيها غير منازع فيه بصورة جدية<sup>(١٦)</sup> وحيث يتأكد القاضي أن تنفيذ الالتزام ممكن وغير مستحيل<sup>(١٧)</sup>. وتصبح هذه الأوامر نهائية ، في غيبة رد فعل المدين ، عندما يلجأ الدائن إلى محكمة الموضوع طالباً بإصدار أوامر بعمل شيء وفقاً للمواد (١/١٤٢٥ إلى ٩/١٤٢٥) من قانون الإجراءات المدنية<sup>(١٨)</sup>. وتختص محكمة الموضوع أو رئيسها بإصدار الأمر بالدفع بموجب المادة (١٤٠٦) من قانون الإجراءات المدنية وفقاً لطبيعة الدين.

3/1/3 - النوع الثاني من التعويض هو التعويض بمقابل أو ما يُطلق عليه dommages et intérêts أي التعويض. ويتخذ هذا التعويض شكل المقابل النقدي ولذلك يُسمى بالتعويض النقدي réparation pécuniaire كما يُطلق على النوع الأول ، العيني ، التعويض غير النقدي réparation non-pécuniaire . هذا الشكل من التعويض ، النقدي ، كما يراه البعض هو الأصل في إطار المسؤولية التقصيرية وأن

<sup>(١٣)</sup> Pride of Derby and Derbyshire Angling Association Ltd. v. British Celanese Ltd.

[1953] ch. 149

<sup>(١٤)</sup> Trenberth v. National Westminster Bank (1979) 1233 S. J. 388

<sup>(١٥)</sup> Borehan v. Commonwealth of Australia (1953) 68 C. L. R. 518

<sup>(١٦)</sup> L. Cadiet : Droit Judiciaire privé , Litec, 1992, no. 1003 et 1005

<sup>(١٧)</sup> Com. 28 mars 1995 , J C P 95, 1V, 1353

<sup>(١٨)</sup> L. Cadiet , opcit , no. 1368-1373 – V. aussi : Christianas : Injonction de faire et

protection judiciaire du consommateur, D. 1990, chron. 9

المسئولية تفضي حتماً إلى تعويض نقدي<sup>(١٩)</sup>. ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي تغاضى عن هذا الجدل ومنذ فترة طويلة يقبل إصدار الأوامر القضائية أو التعويض العيني<sup>(٢٠)</sup>. وفي مصر انقسم الفقه إلى فريقين أحدهما يشايح فكرة أن الأصل هو التعويض العيني ، بينما يرى فريق آخر أن الأصل في التعويض في المسؤولية التقصيرية هو التعويض النقدي<sup>(٢١)</sup>.

ومن وجهة نظر القضاء الإنجليزي تسعى نظرية الفعل الضار إلى أن تضع الضحية في نفس الموقف الذي كان فيه قبل ارتكاب الفعل الضار. فإذا أمكن تجاوز الضرر الذي لحق بالضحية عن طريق إحلال بعض من الملكية بدل التالف فإن القاعدة التي تطبق هي إعادة الأمور إلى الوضع السابق أي ما كان عليه *restituto in integrum*<sup>(٢٢)</sup> أما إذا أصاب الضرر شيئاً لا يمكن إحلاله أو أنه الحق بالضحية ضرر شخصي فإن فكرة الوضع السابق *status quo ante* غير ممكنة. هنا يجب البحث عن البديل المناسب وهو التعويض النقدي. وهكذا اتفق القضاء الفرنسي والقضاء الإنجليزي على أنه في بعض الحالات يعتبر مبدأ إعادة الشيء إلى الوضع السابق هو الشكل النموذجي للتعويض وفي حالات أخرى مثل حالات الضرر الجسدي وقضايا الاعتداء على الخصوصية والسمعة يكون التعويض الأمثل هو التعويض النقدي<sup>(٢٣)</sup>. وبهذا أخذ التشريع المصري في المادة (٢/١٧١) : "ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً 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". وسأيره في ذلك المشرع اللبناني إذ تقضى المادة (١٣٦) من التقنين المدني اللبناني على أن يكون التعويض في الأصل من النقود ، ويخصص كبديل عطل وضرر. غير أنه يحق للقاضي أن يلبسه شكلاً يكون أكثر موافقة لمصلحة المتضرر فيجعله حينئذ عينياً. يمكن أن يكون على الخصوص بطريقة النشر في الجرائد<sup>(٢٤)</sup>.

وهكذا يكشف التطبيق إلى أن التعويض النقدي هو الأكثر تكراراً ، سواء كان التعويض العيني غير ممكن ، مادياً أو معنوياً ، أو لم يطلبه الضحية. ولم يُستخدم هذا

---

Lucienne Ripert : La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle , thèse, <sup>(١٩)</sup>

Paris, (1933) no. 12 et s.

Req. 6 déc. 1869, D. 71, 1 ; 56

<sup>(٢٠)</sup>

<sup>(٢١)</sup> أنظر في بيان كل فريق : د. محمد شكري سرور : الأحكام العامة للإلتزام ، المرجع السابق ص ٤٨ ، هـ (١)

<sup>(٢٢)</sup> من عبارات Lord Blackburn في حكمه في قضية : Lurngstone v. Rawards Coal Co. (1880) 5 A. pp. ,

Cas. 25. 39

<sup>(٢٣)</sup> André Toulemon , et Jean Moore : Préjudice Corporel et Moral En Droit Commun,

Etude pratique et théorique jurisprudence et methodes d'evaluation ; Sirey, 1957, p. 64 – V.

Aussi : J. Flour et L. Aubert : Droit Civil , les obligations, vol. 11, le fait juridique, 1986, no. 818, p. 355-56

<sup>(٢٤)</sup> مشار إلى هذا النص في : سليمان مرقس : الوافي ، في الفعل الضار والمسئولية المدنية ، القسم الأول ، في الأحكام

التعبير ، dommages et intérêts ، في المواد من (١٣٨٢ إلى ١٣٨٦) من التقنين الفرنسي لكنه أستير من المواد (١١٣٦ ، ١١٤٢ ، ١١٤٥ ، ١١٤٦) وما بعدها في التقنين المدني الفرنسي والتي وردت تحت عنوان فرعي "العقود والالتزامات الاتفاقية بصفة عامة"<sup>(٢٥)</sup>. ويخصص الباحث هذا الفصل لدراسة التعويض النقدي ، وهو الأصل في حالة الاعتداء علي حقوق الشخصية ، الجابر ، باعتبار أنه يعادل بين الضرر ومقدار التعويض. وعلي أساس أنه رمانة الميزان بين خطأ المسئول والضرر الواقع علي الضحية. ويخصص الفصل التالي للتعويض العقابي باعتباره مكملاً للتعويض الجابر في بعض حالات الاعتداء علي حقوق الشخصية وبالنظر إليها علي أساس أنه العدالة المفتحة العينين ، تعاقب المخطئ ، في إطار القانون الخاص ، إذا تجاوز سلوكه الحدود المألوفة وفي حالات خاصة وباعتبار خطورة الفعل علي المجتمع. الأول ليس جزاء عقابي أما الثاني فهو جزاء عقابي لكنه في إطار القانون الخاص وبعيداً عن التجريم الذي يعرفه قانون العقوبات.

4/1/3 - زبدة القول أن المبدأ الأساسي للتعويض النقدي الجابر كما قال اللورد سكارمان في أحد أحكامه<sup>(٢٦)</sup> هو وجوب أن يضع التعويض بقدر الإمكان الطرف الذي عانى من الضرر في نفس الموقف الذي كان فيه إذا لم يحدث الضرر. وبناء عليه فإن المبدأ الذي يعلو هو أنه يجب تعويض الشخص المضروب تعويضاً تاماً عن الخسارة التي لحقت به. فالتعويض يكون لتعويض الضحية وليس لعقاب المدعي عليه. وبنفس المنطق تري محكمة النقض الفرنسية أن هدف المسؤولية المدنية هو الإعادة بالكامل كلما كان ذلك ممكناً للتعادل الذي حطمه الضرر وإحلال الضحية في الموقف الذي كان فيه إذا لم يكن الفعل الضار قد حدث<sup>(٢٧)</sup>. فالتعويض يساوي الضرر<sup>(٢٨)</sup>.

5/1/3 - طبيعة الحكم بالتعويض: يرى الفقه الإنجليزي أن الحكم بالتعويض هو مجرد تأكيد حق المدعي. فهو لا يعنى بتعويض خسارة المدعي إذ أنه في بعض الحالات قد لا تكون هناك خسارة وذلك في حالة الأفعال الضارة محل الدعوى بذاتها actionable per se مثل الاعتداء علي الأرض ، والاعتداء الجسدي ، والحبس بدون وجه حق ، والقذف بالكتابة حيث لا يحتاج المدعي إلي إثبات الضرر حتى ينجح في دعواه. وهذه الحالات لا يؤثر إثبات الضرر في تحقق المسؤولية عن الفعل الضار بالرغم من أنه قد يؤثر في مقدار التعويض<sup>(٢٩)</sup>.

<sup>(٢٥)</sup> Philippe le Tourneau , Loïc Cadiet : Droit De La Responsabilité , opcit , no. 1278 ; p.

<sup>(٢٦)</sup> Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority [1980] A. C. 174, 187

<sup>(٢٧)</sup> Cass. Civ. 8 avril 1970 : Bull. civ. 11, no. 111 – Cass. Civ. 19 nov. 1975 : D. 1976, 137,

note Le Tourneau

<sup>(٢٨)</sup> Cass. Civ. 21 oct. 1970 : Bull. civ. 11, no. 282 – Cass. Crim. 6 juin 1946 : D. 1947, note

J. Savatier

<sup>(٢٩)</sup> B. S. Markesinis & S. F. Deakin : Tort Law , opcit , p. 68

بينما ينظر الفقه الفرنسي ويتبعه المصري إلى تحديد طبيعة حكم التعويض من زاوية أخرى. فالحكم بالتعويض كاشف déclaratif عن الحق عندما يثبت وجود الدين. في حين أنه منشئ constitutif لقيمة الدين. فهو يمثل طبيعة مزدوجة ، مرة كاشفة حين يقرر مبدأ الحق ، ومرة منشئة حين يقدر مبلغ التعويض<sup>(٣٠)</sup>.  
ويترتب علي الطبيعة المقررة أو الكاشفة للحكم بالتعويض عدة نتائج. منها أنه إذا تعدل التشريع في الفترة من حدوث الضرر إلي وقت صدور الحكم ، يسرى التشريع الأول<sup>(٣١)</sup>. وإذا قام المسئول بدفع التعويض للمضرور قبل صدور الحكم يعتبر وفاء لالتزام قائم في ذمته<sup>(٣٢)</sup>. وهو يصبح حق مستحق الأداء وإن كان غير معين المقدار فيتيح للمضرور حرية التصرف فيه بالإحالة ، والطعن في تصرف المسئول بالدعوى البوليصة ولو كان هذا التصرف سابقاً علي صدور الحكم<sup>(٣٣)</sup>.  
وللمضرور بصفة عامة اتخاذ كافة التصرفات التحفظية actes conservatoires دينه<sup>(٣٤)</sup>. كما يسرى التقادم في دعوى المسئولية من وقت وقوع الضرر مادام أن المضرور يعلم به والشخص المسئول عنه وإلا فإنه لا يسرى إلا من وقت هذا العلم<sup>(٣٥)</sup>.

ينتج عن الطبيعة المنشئة لمقدار التعويض أن يقوم التعويض بقدر الضرر بحسب حالته يوم صدور الحكم ليتضمن أي تغير في عناصر أو قيمة الضرر حتى وقت صدور الحكم بالتعويض<sup>(٣٦)</sup>.

<sup>(٣٠)</sup> P. Esmein : Les effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits, thèse, Paris, 1914 – L. Mazeaud : "De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits" , R T 1929, 17-H. – Lalou : « Déclaratifs au attributifs ? »

– D. 1938 chron. 69. انظر في الطبيعة الكاشفة للحكم في التعويض : سليمان مرقس ، الوافي : المرجع السابق ص ٥٣٤ – عبد المنعم البدرأوي : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، أحكام الالتزام ص ٧٤ ، ٧٥ – محمد شكري سرور : موجز الأحكام العامة للالتزام ، المرجع السابق ص ٥٠ ، ٥١

<sup>(٣١)</sup> Civ. 17 oct. 1939, D H 40, 2 – Soc. 28 oct. 1943, G P 44 , 1, 29 – Civ. 1 , 3 juill 1990, J C P 90, 1V. , 331

<sup>(٣٢)</sup> البدرأوي : المرجع السابق ص ٧٥ – شكري سرور : المرجع السابق ص ٥١

<sup>(٣٣)</sup> Req. 15 nov. 1939, D H 40, 40 – Civ. 1, 20 déc. 1976, J C P 77 , 1V. 37

<sup>(٣٤)</sup> Req. 30 nov. 1926, D H 27, 3

<sup>(٣٥)</sup> شكري سرور : المرجع السابق ص ٥١

<sup>(٣٦)</sup> F. Derrida : "La date d'évaluation d'une créance de réparation" , R G L J 1956, 225 – G. Endréo : "Fait générateur des créance et échange économique" , R T com. 1984, 223 – Req. 24 mars 1942, D. 42, 118 – Civ. 2, 27 juin 1984, D. 85, 321, note Chartier – Civ. 2, 3 oct. 1990, B. no. 174, J C P 90, 1V. , 378, R G A T , 91, 365, note Chapuisat – Civ. 3, 7 déc. 1994, R C A 95, no. 124 – Civ. 1re. , 6 oct. 1998, Bull. civ. 1, No. 275 --

يؤيد هذا الاتجاه : السنهاوي : الوسيط ، ج ١ ، المرجع السابق ص ٩٧٥ – سليمان مرقس : الوافي ، المرجع السابق نبذة ١٩٥ ص ٥٥٣ – عبد المنعم البدرأوي : النظرية العامة للالتزامات ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ص ٧٥ – إسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ (أحكام الالتزام والاثبات) ، ١٩٦٧ ، بند ٤٧ – جميل الشرقاوي : النظرية العامة

سواء اتخذ التعويض شكل المبلغ المقطوع أو إيراد دوري فيجب تقويمه من قبل قاضي الموضوع يوم صدور الحكم<sup>(٣٧)</sup>.

ولا يمثل الدين المستحق للضحية حتى يوم صدور الحكم مبلغ من المال. فهو مجرد محل إصلاح الضرر. فهو نموذج لما يُطلق عليه في الفقه "دين القيمة" dette de valeur<sup>(٣٨)</sup>، فمحل هذا الدين ليس شيئاً وليس مبلغاً من المال، لكنه قيمة الضرر يَقوم وقت صدور الحكم وذلك تفادياً لإنخفاض قيمة العملات النقدية la dépréciation monétaire.

ومن الثغرات التي يتفادها تطبيق هذا المبدأ تأخير أمد النزاع بخطأ المسئول<sup>(٣٩)</sup> وخصوصاً بوضع العراقيل أمام التحقق من حجم الخسارة<sup>(٤٠)</sup>، فيكون من باب أولى إعادة النظر في تقدير التعويض حتى يوم صدور الحكم. وتصبح الدفعات المؤجلة أثناء فترة الشك والتي من المفترض أن يدفعها المسئول، والمقومة قضائياً، لاغية، مثلها مثل الدفعات لدين غير مستحق وذلك بموجب المادة (١/١٠٧) من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥. ويتجنب تطبيق هذا المبدأ تغير قيمة القوة الشرائية للنقود من وقت صدور الحكم الابتدائي وحتى صدور الحكم النهائي صعوداً<sup>(٤١)</sup> وهبوطاً<sup>(٤٢)</sup>، أو إذا زادت تكاليف المعيشة<sup>(٤٣)</sup>. أي أن سعر صرف النقود يؤثر تأثيراً مباشراً علي تقدير التعويض وقت إصدار الحكم النهائي<sup>(٤٤)</sup>. ويؤخذ في الاعتبار عند حساب التعويض الخاص بالخلف في حالة الموت أجر المتوفى في يوم صدور الحكم<sup>(٤٥)</sup>. ويقدر هذا الأجر علي أساس الأجر في الوظيفة التي كان يشغلها الضحية يوم وقوع الفعل غير

---

للالتمزام، الكتاب الثاني (أحكام الالتزام)، ١٩٨٣ بند ١٩ - شكري سرور : موجز الأحكام العامة للالتزام : المرجع السابق ص ٥٨ ، ٥٩ - د. فيصل ذكي عبد الواحد : أثر تغيير النقود علي تقدير التعويض ، دار النهضة العربية (١٩٩٨) ص ١٢ - د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية ، منشأة دار المعارف بالإسكندرية (١٩٩٩-٢٠٠٠) ص ٢١ - انظر في القضاء المصري : نقض مصري ١٧/٤/١٩٤٧ مجموعة عمر ج ٥ ، رقم ١٨٥ ص ٣٩٨

Soc. 21 juill. 1994, J C P 94, 1V. , 2340

L. Pierre-François : La notion de dette de valeur en droit civil , essai d'une théorie ,<sup>(٣٨)</sup> préface : P. Raynaud, L G D J , 1975--J-F. Pillebout : "Obligations pragmatiques sur la dette de valeur « , Mélanges : D. Holleaux , Litec, p. 357 et s.

Req. 7 janv. 1946 , D. , 46, 185

Lyon 6 déc. 1923 , D P 24, 2, 53

Aix-en-Pr. 4 déc. 1945 , J C P 46, 3061

Civ. 2, 24 avr. 1985, G P 85, 2, pan. , 286

Civ. 2, 11 oct. 1989 , B. 11. , no. 176

L. Mazeaud : انظر بصفة عامة في تغير سعر النقود وتأثيرها علي الحكم النهائي بالتعويض مقالة مازو :<sup>(٤٤)</sup>

"L'évaluation du préjudice et la hausse des prix en cours d'instance" , J C P 1942, 11. , 275

Civ. 10 mai 1989 , G P 89 , 2 pan. 466, obs. Chabas ; R A C 89, no. 257 - 4 oct. 1989, G P 89, 2 pan. 183 ; R C A 89 , no. 407 ; R T 90 , 502, obs. Jourdain<sup>(٤٥)</sup>

المشروع. أما في حالة العجز المؤقت فيحسب التعويض علي أساس الأجر اليومي الذي كان يتقاضاه الضحية أثناء فترة هذا العجز<sup>(٤٦)</sup>. كما يراعى الحكم النهائي تطور الحالة الصحية للضحية من وقت وقوع الضرر وحتى صدور الحكم النهائي ، وهو ما يُطلق عليه الضرر المتغير ، فيأخذ في الحسبان التحسن أو السوء الذي قد يطرأ علي حالة المضرور<sup>(٤٧)</sup>.

6/1/3 - يختلف الضرر المتغير عن الضرر المتعذر تعيين مداه نهائياً وقت النطق بالحكم. وقد عالج المشرع المصري هذه الحالة في المادة (١٧٠) من التقنين المدني والتي تجيز للقاضي أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير<sup>(٤٨)</sup>. وفي فرنسا يُتاح للضحية رفع دعوى جديدة عن ضرر مستقل<sup>(٤٩)</sup> بشرط إثبات هذا الضرر وأن يقوم بعيداً عن الضرر الأولى<sup>(٥٠)</sup>. ولا تختلف معالجة القانون الإنجليزي عن القانون الفرنسي فهو يعطى للضحية وسيلة تسمى بالمحاكمة الجزئية split trial ، وهو التعبير الذي استخدمته محكمة الاستئناف<sup>(٥١)</sup> وتبناه قانون قواعد المحكمة العليا رقم (٣٣) القاعدة رقم (١٣) وقانون قواعد محكمة الإقليم رقم (١٣) قاعدة رقم (٢/٢"ج").

7/1/3 - التعويض النقدي دفعة واحدة capital (مبلغ مقطوع lum-sum) أو إيراد دوري rent : يكون التعويض النقدي في الغالب الأعم في النظم المقارنة مبلغ محدد ، مقطوع ، يُدفع مرة واحدة للمضرور يُراعى فيه عناصر التعويض. بيد أنه يعيب هذا الشكل فضلاً عن أنه قد يختلف في تقديره بالنقص أو الزيادة عن التقدير العلمي للتطورات المستقبلية فإنه غير قابل لأي إعادة نظر وفقاً لمبدأ حجية الأمر المقضي به<sup>(٥٢)</sup>. كما أنه لا يقدم حلاً لمشكلة انخفاض العملة وعجز المضرور عن إدارة وتوظيف ما يحصل عليه من تعويض بما يدر عليه من عائد نقدي يكفيه. والبديل لهذا الشكل هو نظام الإيراد الدوري annuity system-rent أي الأداءات النقدية الدورية. وهو نمط يلائم حالات الضرر المستمر ، والعجز النهائي عن العمل<sup>(٥٣)</sup>. وميزة هذا النظام هي قدرته علي مواجهة نزول وصعود قيمة التعويض علي أساس ظروف الضحية من حيث سوءها أو تحسنها. لكن نقطة الضعف فيه أنه

Civ. 2 , 18 oct. et 25 oct. 1989 , B. 11. , no. 189 et 194

(٤٦)

Civ. 28 déc. 1942 , G P 43 , 1 , 97

(٤٧)

(٤٨) السنهوري : الوسيط ج ١ ، المرجع السابق ص ٩٧٤ ، ٩٧٥ ، هـ (٢)

H. Lalou : « La revision des indemnités pour accidents corporels de droit » انظر مقالتي : (٤٩)

commun » , D H 1929 , chron. 5 – V. Varese : « Le dédommagement de la personne en cas

Civ. 1, 4 juin -- de lésion successive" , G P 1991, 2 doctr. 373

1991, D. 91 , inf., 167

Civ. 2, 24 oct. 1984, B. 11. , no. 158 ; J C P 85 , 20386 , note Chartier – 7 juill. 1993, B. (٥٠)

111. , no. 251 – 11 janv. 1995 , R J D A 95 , no. 1187

Coenen v. Payne [1974] 1 W I R 984

(٥١)

Lim v. Camden and Islington Area Health Authority [1980] A C , 174, 182-3

(٥٢)

Civ. 2, 21 juin 1989 , B. 11. , no. 133

(٥٣)

يتطلب أن تظل القضايا مفتوحة kept open ؛ ولما كانت شركات التأمين ، في الغالب في النظم الأجنبية ، هي التي تقوم بهذه الدفعات تفضل إغلاق حساباتها ، لأن الدفع الدوري يكلفها مصاريف إدارية. وإلى جانب شركات التأمين يوجد المحامون الذين يفضلون الحصول على أتعابهم مرة واحدة دون انتظار لدفعات أو تأخير من قبل الضحية<sup>(٥٤)</sup>. وللقاضي صلاحية اختيار أي من النظامين<sup>(٥٥)</sup>.

8/1/3 - التعويض المؤقت interim damages - indemnité provisionnelle  
يجوز للمحكمة وقبل إصدار حكمها أن تقرر تعويضاً مؤقتاً للمضرور إذا رأت أنه بحاجة إلى تعويض نقدي فوري بموجب المادة (٤٨٢) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وذلك عندما تقتنع بتقرير مبدأ المسؤولية لكنها لم تصل إلى تقدير كامل لعناصر التعويض فتجرب تحقيق أو فحص سريع لتقرير هذا التعويض. ويتم منح هذا التعويض عادة عندما لا يكون الضرر الجسدي قد تأكد consolidé خصوصاً بالنسبة للقاصر<sup>(٥٦)</sup>. كما يجوز للقاضي الذي يقوم بتحضير الدعوى Le juge de la mise en état منح هذا التعويض لكن بشرط أن لا يكون الالتزام محل نزاع أو معارضة جدية وفقاً للمادة (٧٧١) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي<sup>(٥٧)</sup>. وبموجب المادة (٨٠٩) الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي يتمتع قاضي الإحالة بصلاحيات إصدار هذا الشكل من التعويض عندما يتأكد له وجود الالتزام دون معارضة جدية<sup>(٥٨)</sup>. وفي هذا الشكل من التعويض بصفة خاصة في حالة الاعتداء على الحياة الخاصة.

ويعرف النظام القانوني الإنجليزي هذا الشكل من التعويض الذي يقضى به القسم السادس من قانون "إدارة العدل" لعام ١٩٨٢ وبموجبه يجوز للمحاكم منح تعويض مؤقت provisional damages في الحالات التي تكون فيها التقديرات والاحتمالات الطبية غير مؤكدة ، وعندما توجد فرصة ، في المدى القريب ، لحدوث تدهور خطير في الحالة الصحية للضحية. والمثال على ذلك كما أورده Lord Chancellor هو حالة طفل أصيب بإرتجاج في المخ قد يبدو أمام المحكمة أنه قد تعافى بالكامل وأيضاً في حالات إصابات الجمجمة حيث يوجد دائماً احتمال تفاقم الحالة<sup>(٥٩)</sup>. وقد تبنى النظام الجديد لقواعد وإجراءات المحكمة العليا الذي نُفذ في يولييه ١٩٨٥ نظام التعويض المؤقت وتم تفسيره في أول قضية بعد بدء سريانه<sup>(٦٠)</sup> باشتراط بعض المتطلبات : ١- يجب أن تكون هناك فرصة لوقوع شيء جوهري في حالة المصاب في وقت لاحق ،

(٥٤) B. S. Markesinis & S. F-Deakin : Tort Law , opcit , p. 702

(٥٥) Civ. 2, 22 nov. 1973, B. 11. , no. 304

(٥٦) Paris 11 janv. 1980, G P 80 , 1 , som. 186

(٥٧) أنظر في الفقه المصري : السنهوري : المرجع السابق ص ٩٧٦

(٥٨) Civ. 1 , 17 janv. 1978 , B. 1. , no. 24 – Paris 18 juin 1979 , J C P 80 , 19347 – G.

Couchez : "Le référé-provision : mesure ou démesure" , Mélanges Raynaud , 1985 , p. 161 et s.

(٥٩) مشار إلى هذا الرأي في : Markesinis , opcit , p. 704

(٦٠) Willson v. Ministry of Defence [1991] 1 A LL ER 638 , 641 D.



قد تكون الفرصة ضئيلة لكنها قابلة للقياس ؛ ٢- يجب أن يوجد تدهور بدني وأيضاً عقلي خطير للضحية ، ولا يُعتد هنا بالتدهور الطبيعي للحالة الصحية وهي مسألة وقائع تقررها المحكمة ؛ ٣- وأخيراً يجب أن يقتنع القاضي المرفوعة أمامه الدعوى أن في صلاحيته أن يقرر إعطاء المدعى الحق في الرجوع في وقت لاحق لطلب تعويض تكميلي أو أنه من الأفضل القضاء فيها مرة واحدة وينتهي الأمر. في الحالة الأولى علي القاضي ، بطبيعة الحال ، أن يحدد الفترة التي يستطيع فيها المدعى طلب تعويض آخر.

ويعرف النظام الإنجليزي شكلاً آخر من أشكال التعويض قريب من التعويض المؤقت يُطلق عليه interim damages أي التعويض الانتقالي. ويرجع إرساءه إلي تقرير لجنة Winn في عام ١٩٦٨. وينظمه الآن الجزء الثاني من الأمر رقم (٢٩) لقواعد المحكمة العليا القاعدة رقم (١١). وللمحكمة وفقاً لصلاحيتها بموجب هذا الأمر منح هذا التعويض إذا أوضح المدعى "الحاجة" إليه<sup>(٦١)</sup>. ويقصد المشرع في منح مبلغ التعويض وفقاً لهذا الشكل أن يغطي خسارة المدعى المالية الحالية مثل خسارة الدخل ، ومصاريف العلاج الطبي وما شابهها. لكنه لا يمكن منحها في صورة نسبة مئوية من قيمة التعويض المتوقع.

9/13 - إذا كان الأصل في النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي هو التعويض النقدي الجابر للضرر إلا أن كلا من النظامين يعرف صوراً من التعويض النقدي مع اختلاف التعبير وهوية كل نظام.

(أ) فعلي سبيل المثال فإن محكمة النقض الفرنسية ، من خلال سلطتها في الرقابة علي الأحكام ، رأت أن يكون التعويض النقدي رمزي symbolique بالنسبة للضرر الذي يُبتلى به الأخوة وأخوات الضحية<sup>(٦٢)</sup> ؛

(ب) من جهة أخرى يوجد في النظام الإنجليزي تعويض يُسمى تعويض "الإهانة" contemptuous damages يمنح في الحالات التي وإن تمكن المدعى من النجاح في دعواه إلا أنه قد يتكون لدى عقيدة المحكمة عدم قناعتها باستحقاق المدعى في دعواه وفي سلوكه لذلك تقرر منحه مبلغ من المال باعث علي السخرية derisory amount<sup>(٦٣)</sup> أي مبلغ زهيد جداً. وقد يقضي الحكم بهذا التعويض علي فرصة المدعى في الحكم له بالتكاليف التي تكبدها<sup>(٦٤)</sup> ؛

(ت) وفي حالات دعاوى الفعل الضار التي هي محل دعوى بذاتها دون حاجة لإثبات الضرر أو حتى أنه لم يوجد ضرر حدث للضحية ، مثل حالات التعدي سواء علي الأرض أو البضائع أو الأشخاص ، أو في بعض الدعاوى الشخصية action on the case كما هو الحال في دعاوى القذف بالكتابة أو في بعض حالات التشهير بالقول slander ، تمنح المحاكم الإنجليزية تعويضاً ضئيلاً قد

Schott Kem Ltd. v. Bentley [1991] 1 QB 61

(٦١)

Cass. crim. 8 juill. 1975 , JCP . 76 , 11 , 18369

(٦٢)

Kelly v. Sherlock (1866) LR 1 QB. 686

(٦٣)

A. Mullis & K. Oliphant : Torts , opcit , p. 298-299 – B. S. Markesinis & S. F. Deakin ,

opcit , p. 686

(٦٤)

يصل إلى جنيته واحد يسمى تعويض اسمي nominal damages . وهو لا يمنح علي أساس جبر الضرر وإنما لتأكيد حق المدعى في أن له حق قانوني انتهكه المدعى عليه<sup>(٦٥)</sup>. ويختلف التعويض الاسمي عن تعويض الإهانة في أن الأول يمنح للمدعى الذي يرفع دعواه وهو غير آبه للضرر الحقيقي ، إن وجد ، وإنما لتأكيد حق له. بينما الثاني يشير إلي رأي هيئة المحلفين في أن الدعوى من حيث المبدأ ما كانت يجب أن ترفع للقضاء<sup>(٦٦)</sup> ؛

(ث) يوجد في النظام الإنجليزي تقسيم للتعويض إلي تعويض عام وآخر خاص. الأول يمنح في مقابل الضرر العام والذي من المفترض قانوناً وقوعه بارتكاب الفعل الضار. وبالتالي لا يُطلب من المدعى بيان عناصر الضرر في صحيفة الدعوى. بينما يُمنح النوع الثاني في حالة الضرر الخاص وهو الذي يجب علي المدعى توضيحه وبيان عناصره في لائحته الإدعائية حتى يتوفر للمدعى عليه معرفة طبيعة الدعوى دون أن يُفاجأ بهذا الادعاء أثناء نظر الدعوى<sup>(٦٧)</sup>. والأضرار العامة تشمل الخسارة النقدية مثل خسارة الدخل المتوقع والخسارة غير النقدية مثل الآلام والمعاناة. وتشمل الأضرار الخاصة خسارة الدخل المتوقع حتى بدء المحاكمة ، ضياع الملكية مثل الملابس ، والمصاريف المنفقة out-of-pocket مثل مصاريف المستشفى والعمليات الجراحية التي تكلفها المدعى قبل بدء المحاكمة. وتظهر أهمية التفرقة بينهما في التحضير للدعوى والتدليل علي وجود الضرر من عدمه فضلاً عن حساب معدل الفائدة<sup>(٦٨)</sup> ؛

(ج) وتدق الأمور بعض الشيء بالنسبة للتعويض الحقيقي real damages في النظام الإنجليزي. ففي حالات عديدة يجب علي المدعى إثبات الضرر الفعلي إذ أن الضرر هو لب دعوى التعويض عن كثير من الأفعال الضارة مثل حالات الإهمال وغالبية دعاوى التعدي المسبب للضرر , action on the case , or trespass on the case. هنا يكون التعويض حقيقي. القاعدة العامة في القانون الإنجليزي هي أن التعويض جابر للضرر ، سواء نتيجة إخلال بعقد أو بواجب قانوني. وأن وظيفة التعويض هي وضع الشخص الذي أنتهك حقه في نفس الموقف كما لو لم ينتهك هذا الحق وظل موضع الاحترام<sup>(٦٩)</sup>. وأصبح من المستقر ، علي الأقل بالنسبة للأفعال الضارة الاقتصادية ، أن الموضوع الأساسي في التعويض ماذا خسر المدعى وليس كم المبلغ الذي يمكن أن يدفعه المدعى عليه<sup>(٧٠)</sup>

<sup>(٦٥)</sup> Constantine v. Imperial Health Ltd. [1944] K B 693 – Alexander v. Home Office [1988]

WLR 868

<sup>(٦٦)</sup> Bloom v. News of the World (1977) Daily Telegraph , 11 march 111 2

<sup>(٦٧)</sup> Ratcliffe v. Evans [1892] 1 Q B 524, 528 per Brown L. J

<sup>(٦٨)</sup> Alastair Oliphant : Torts , opcit , no. 22.4 , p. 310

<sup>(٦٩)</sup> Albacruz (Cargo Owners) v. Albazero (Owners) , Albazero, [1977] A. C. 774 , 841

<sup>(٧٠)</sup> General Tire and Rubber Co. Ltd. v. Firestone Tyre Co. Ltd. [1975] 1 W. L. R. 819

يقال أحياناً أن المبدأ الأساسي في تقدير التعويض هو إعادة الحال إلي ما كان عليه قبل ارتكاب الفعل الضار. لكن هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه في جميع الأحوال. مثال ذلك التساؤل الذي ثار أمام المحكمة في أحد القضايا عن التعويض الممكن لإرجاع ساق بعد بترها إلي حالتها السابقة قبل الحادث وفقاً لهذا المبدأ<sup>(٧١)</sup>. فهناك بعض الأضرار لا يستطيع أي تعويض نقدي يطابق الواقع مهما كانت قيمته أن يجبرها. ويحدث علي وجه الخصوص في خسارة المتع *loss of amenities* ، والألم والمعاناة. وهنا يجب علي المحاكم أن تبذل غاية جهدها لإعطاء المدعي تعويض عادل ومعقول وهو يختلف عن التعويض التام ، وتقدره المحكمة علي ضوء الضرر المائل<sup>(٧٢)</sup>. قد يكون من الأفضل القول بأن التعويض في هذه الحالات هو اعتراف بالأسف عن تسبب الضرر الغير قابل للتقويم بدقة عن القول بأنه تعويض. ويتمثل مع هذا التعويض المبالغ التي تحددها بعض التشريعات كنوع من التعويض للأقارب عن الأضرار المعنوية *solatium* كما هو الشأن في أيرلندا في قانون المسؤولية المدنية لعام ١٩٦١ المادة (٤٩)<sup>(٧٣)</sup> ؛

#### (ح) التعويض الطفيلي parasitic damages : يحدث أحياناً في بعض

الدعاوى التي يستحق فيها التعويض بدون وجود ضرر *damnum sine injuria* ، لكن تقع بعض الأفعال الضارة الأخرى التي تسبب أضراراً لنفس الضحية في نفس الوقت هنا يستحق الضحية التعويض عن الأفعال المسببة للضرر وتلك التي لا يستلزم للتعويض عنها وقوع ضرر. والمثال علي ذلك الاعتداء علي الخصوصية في القانون الإنجليزي ، حيث أن هذا الاعتداء لا يمثل فعلاً ضاراً في حد ذاته ، وإنما يكون التعويض باعتبار أن نفس الفعل يمثل أفعلاً ضارة أخرى مثل التعدي علي الملكية وهي التي تسمى العنصر الطفيلي في الضرر<sup>(٧٤)</sup>. وفي ذلك يقول الفقيه ستريت أن "معالجة أي عنصر من الضرر كعامل طفيلي يخص بالضرورة المرحلة الإنتقالية للتطور القانوني. العامل الذي يعتبر الآن طفيلي سيكون بالتأكيد في المستقبل مُعترفاً به كأساس مستقل للمسؤولية". ومع ذلك فإن هذا التعويض لا يحظى باهتمام كبير من الفقه<sup>(٧٥)</sup> ؛

#### (خ) التعويض المشدد : (إحالة) بالرغم من أن الفقه الإنجليزي يرى أن هذا

التعويض هو تعويض جابر إلا أن الباحث يرى أنه يراعى في تقديره بعض العوامل مثل جسامة الخطأ وأن تقديره يتجاوز قيمة الضرر عادة بحيث يمكن إدراجه ليتكامل مع التعويض الإتعاضي في الفصل الخاص بالتعويض العقابي.

#### المطلب الثاني : ضوابط التقدير الكيفي لعناصر التعويض (النقدي)

<sup>(٧١)</sup> Admiralty Commissioners v. S. S. Valeria [1922] 2 A. C. 242 , 248 , per Lord Dunedin

<sup>(٧٢)</sup> M' Leish v. Fulton & Sons , (1955) S. C. 46, 49, per Lord Carmont

<sup>(٧٣)</sup> Knight : "Some Aspects of Damages under Civil Liability Acts" , The Irish Jurist (N.S.)

(1966) , vol. 11

<sup>(٧٤)</sup> Street : Foundations of Legal Liability , vol. 1 , p. 461 at 470

<sup>(٧٥)</sup> Dias : "Remoteness of Liability and Legal Policy" , Camb. L. J. (1962), 178 – Cooke :

"Remoteness of Damage and Judicial Discretion" , C. L. J. , (1978), 288

10/1/3 - سلطة قاضي الموضوع : بموجب المادة (١١٤٩) من القانون المدني الفرنسي والمادة (٢٢١) من القانون المدني المصري يختص قاضي الموضوع بتقدير الضرر وتقويمه بالنقد باستثناء الحالات التي يكون مقدار التعويض فيها محدداً بموجب عقد أو بنصوص خاصة من القانون<sup>(٧٦)</sup>. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في عدد من أحكامها<sup>(٧٧)</sup>. وبالرغم من أن قاضي الموضوع ليس مطالباً بإعطاء تفسير لتقديره للتعويض ، إلا أنه إذا أورد أسباب تبدو بوضوح غير معقولة ومتناقضة فإن حكمه يكون محلاً للنقض وهو ما يطلق عليه *quod abundat , vitiat* <sup>(٧٨)</sup>. ومنذ صدور قانون ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣ والذي تجدد العمل به بموجب قانون ٥ يولييه ١٩٨٥ المادة (٣١) الخاص بحوادث السيارات لا يستطيع قاضي الموضوع ، ضمناً ، أن يبت بصفة عامة في "كل عناصر الضرر المختلطة" *tous chefs de préjudices confondus* لكن يجب عليه أن يقدر بالتفصيل وبغناية كل عنصر وهو في ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(٧٩)</sup>.

وتكاد تكون سلطة قاضي الموضوع ، في تحديد حقيقة ومدى كل عنصر من عناصر الضرر ، حصرية علي ضوء المعروض لديه من وقائع. وفي حالة النزاع يقتصر دور محكمة النقض علي البحث فيما إذا كانت الوقائع الثابتة تبرر وتؤيد وجود الضرر الذي سبق تأييده أو نفيه من قبل قاضي الموضوع<sup>(٨٠)</sup>.

11/1/3 - العملة : المبدأ أن يتم تقدير التعويض النقدي علي أساس العملة المحلية في الدولة التي يصدر فيها الحكم. ومع ذلك فيجوز للمحاكم في فرنسا ومصر أن تقدر التعويض بنقد أجنبي إذا رأت ذلك خصوصاً إذا كان الضحية يقيم في بلد أجنبي<sup>(٨١)</sup>. ويتحدد سعر الصرف للعملة الأجنبية علي أساس السعر يوم صدور الحكم وليس يوم الدفع. وهو مبدأ مؤسس علي فكرة بقاء الوحدة النقدية ذاتها رغم تغيير قيمتها الشرائية *nominalism monétaire* <sup>(٨٢)</sup>. لكن محكمة النقض الفرنسية هجرت هذا

<sup>(٧٦)</sup> T. Ivainer : "Le pouvoir souverain du juge dans l'appréciation des indemnités

réparatives" -- ومن الفقه المصري : السنهوري : الوسيط ، ج ١ فقرة ٦٤٦ - شكري

سرور : الأحكام ، المرجع السابق رقم ٤٦ ، ٤٧

<sup>(٧٧)</sup> منها : Civ. 2, 25 oct. 1962, D. 63, 377, note Azard – Civ. 2, 1er. fév. 1983, B. 11., no. 45 – Civ. 2, 21 janv. 1993 GP 93, 2, 491, note Evadé

Ivainer : opcit <sup>(٧٨)</sup>

B. Starck : Droit Civil, Obligations, Responsabilité délictuelle, 2e. éd. 1985, no. 1054 <sup>(٧٩)</sup>

ومن القضاء الفرنسي : Civ. 2, 25 juin 1980, B. 11., no. 162 ومن القضاء المصري : نقض مدني ١٩ ديسمبر

١٩٧٧ ، مجموعة أحكام النقض ٢٨-١٨٣٢-٣١٣

Civ. 2, 15 déc. 1986, 1re. esp. , D. 87, 450 , note Lambert-Faivre <sup>(٨٠)</sup>

Planiol et Ripert : Traité théorique et pratique de droit civil français , t. V1. , 2e. éd. par <sup>(٨١)</sup>

P. Esmein no 682

Crim. 7 juill. 1966, B. 1, no. 449 <sup>(٨٢)</sup>

المبدأ بالنسبة لبعض التطبيقات مثل إيراد مرتب مدى الحياة ، وإذا كان الموطن المختار للدائن فرنساً<sup>(٨٣)</sup> .

ولا يختلف الأمر بالنسبة للقانون الإنجليزي فقد تم هجر قاعدة ضرورة أن يكون تقدير التعويض بالجنيه الإسترليني<sup>(٨٤)</sup> . فإذا استطاع المدعى إثبات أن عملياته تمارس بعملة أجنبية وأن العملة مستخدمة في السياق العادي لموجهة المصاريف محل الدعوى سواء أنفقت حقيقة بهذه العملة أم لا ، أو أنه لا يمكن تقدير خسارته إلا بهذه العملة الأجنبية<sup>(٨٥)</sup> .

12/1/3 - يقتصر التعويض النقدي علي الضرر المباشر ، والحقيقي ، والمؤكد<sup>(٨٦)</sup> . والضرر المباشر وفقاً للمادة (١٥١) من التقنين المدني الفرنسي هو "التتابع الحال والمباشر للفعل غير المشروع" *la suit immédiate et direct de fait* « dommageable » . بينما هو وفقاً للمادة (٢٢١) من التقنين المدني المصري "النتيجة الطبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به *la suit normal de l'inexécution de l'obligation ou du retard dans l'exécution*" . وهو يكون كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . وبذلك نستبعد النتائج المؤجلة وغير المباشرة *différées et médiatees* للحدث الأول<sup>(٨٧)</sup> . وبعبارة أخرى يمكن القول بأنه يوجد ضرر مباشر إذا كان ضرورياً وكافياً في الفعل غير المشروع . وهو ضروري لأنه لا يوجد محل له إذا لم يؤتى الخطأ ثماره ، وكافياً لأن الخطأ الواقع والذي نتج عنه الضرر دون تأثير أي حدث آخر ، فعل أو ترك ، حادث فجائي أو عرضي ، قوة قاهرة ، أو أي مشاركة بطريقة مباشرة في تحقق الضرر . وعليه فإن الضرر غير المباشر ، بصفة عامة ، يكون سببه الضروري هو وقوع الفعل غير المشروع ، لكنه ليس السبب الكافي وإنما هناك عمل مميز ومكمل أضيف إلي السبب الأول<sup>(٨٨)</sup> أما الضرر الحقيقي *actuel* فهو لا يعني أكثر من مجرد تحقق وجوده يوم صدور الحكم القضائي بالتعويض . ويشترط أن يكون الضرر مؤكداً *certain* . ويفسر البعض هذا الاصطلاح بعدم وجود أي شك في حقيقة وجوده سواء كان حاضراً أو في المستقبل<sup>(٨٩)</sup> ، فيما اعتبر البعض أن صفة اليقين تثبت إذا كانت

Crim. 23 fév. 1988, B. no. 87 ; D. 88, 311, note Groutel — Rapp. Civ. 1, 4 déc. 1990, D. <sup>(٨٣)</sup>  
91, inf., 2

Miliangos v. Georg Frank (Textiles) Ltd. [1976] A. C. 443 <sup>(٨٤)</sup>

Shay v. Wallace Arnold Tours [1977] C. L. Y. 778 <sup>(٨٥)</sup>

<sup>(٨٦)</sup> انظر : المسؤولية التقصيرية في القضاء الفرنسي : Recueil Systématique De Jurisprudence Commentée , La Responsabilité Délictuelle dans la jurisprudence , Sous la direction René Rodière , Librairie Techniques , no. 90, p. 272-275

G. Viney et P. Jourdain : Traitées , opcit , no. 359 , p. 179 <sup>(٨٧)</sup>

André Toulemon et Jean Moore : Préjudice corporel et moral en droit commun , Sirey , <sup>(٨٨)</sup>

1957, p. 20

René Rodière : La Responsabilité civil, Paris , 1952, no. 1958 – La Responsabilité <sup>(٨٩)</sup>

Délictuelle , opcit, no 90, p. 274

نسبة وقوعه عالية جداً très vraisemblable بحيث يكون جديراً بالأخذ في الاعتبار<sup>(٩٠)</sup>.

13/1/3 - والضرر قد يكون حال أو مستقبلي. الأول لا يثير أي صعوبة إلا بالنسبة لإثباته ومدى جديته وإلا أصبح غير مؤكد<sup>(٩١)</sup>. والضرر المستقبلي قد يكون ضرر تقديري افتراضي ممكن وقوعه virtuel أو احتمالي éventuel. الأول من الممكن وقوعه potentiel وهو يكمن بقوة في الفعل المؤثم الذي يتضمن في حد ذاته جميع شروط تحققه. أما الضرر الاحتمالي فهو ليس إلا ترقبي expectative ، مشكوك في حدوثه hypothétique<sup>(٩٢)</sup>. هذا الضرر المستقبلي الذي يشمل الضرر الاحتمالي والذي يمكن التعويض عنه والضرر المشكوك في حدوثه والذي لا يتم التعويض عنه تبدو الحدود بينهما ضبابية وأن نطاق كل منهما غير دقيق لذلك يكون من الأولى ، كما قال سافاتييه ، أن نفرق بينهما من حيث الدرجة فقط وليس الطبيعة<sup>(٩٣)</sup>. وقد قبلت المحاكم الفرنسية وكذلك المصرية التعويض عن الضرر المستقبلي الممكن وقوعه virtuel<sup>(٩٤)</sup>. كما رفضت المحاكم في البلدين التعويض عن الضرر الاحتمالي<sup>(٩٥)</sup>. ويختص قاضي الموضوع ، دون معقب ، بفحص وقائع كل دعوى ليصنف الضرر<sup>(٩٦)</sup>. بيد أن محكمة النقض تراقب درجة اليقين بالنسبة للضرر<sup>(٩٧)</sup>

وبالطبع واجه النظام الإنجليزي مشكلة التعامل مع الأضرار المستقبلية والتي يكون تقدير وجودها أو مقدارها مسألة حدسية speculative لأنها تعتمد على أحداث في المستقبل أو افتراضية. وبالرغم من سماحه بمنح تعويض مؤقت provisional damages فإنه يواجه حالات عديدة من الأضرار ، سيما تلك المتعلقة بالأضرار الشخصية ، يحتوى تحققها على نسبة عالية من التنبؤ. وإذا كان الفكر الإنجليزي يعتقد بأن صعوبة تقدير الضرر ليست عائقاً لمنح التعويض<sup>(٩٨)</sup> ؛ لكن بشرط أن لا يؤخذ في الاعتبار الاحتمالات الصغيرة بالمعنى الإكتواري ، أو القائمة على المضاربة الحدسية ، أو التخيلية الوهمية<sup>(٩٩)</sup>. ويضرب القاضي Erle مثلاً على ذلك بالسيدة

<sup>(٩٠)</sup> Mazeaud et A. Tunc : Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle , t. 1 , Litec , 4e. éd. , no. 216

<sup>(٩١)</sup> قارن : Civ. 1, 12 juill 1966, JCP 66, 14813, note Carbonnier – TGI Toulouse 21 déc.

1964, JCP 66, 14095 – Civ. 4 avr. 1991, B. 1, no. 127

<sup>(٩٢)</sup> Civ. 2, 12 juin 1987, JCP 87, 1V. , 286, RT 88, 103, obs. Mestre

<sup>(٩٣)</sup> R. Savatier : Traité de la responsabilité civil , 2e. éd. , Paris (1962), no. 523 , 524

<sup>(٩٤)</sup> Paris 10 nov. 1983, D. 84, 214, note Chartier – Civ. 2, 4 oct. 1989, B. 11., no. 156, RT

90, 81, obs. Jourdin -- نقض مدني ٨ فبراير ١٩٧٧ ، مجموعة أحكام النقض ٣٩٥-٢٨-٧٧

<sup>(٩٥)</sup> Civ. 1er. juin 1934, S. 35, 1, 88 -- نقض جنائي مصري ٥ مارس ١٩٥٥ ، مجموعة أحكام النقض

الجنائي ٦-٨٢-٥٨٩-١٨٩

<sup>(٩٦)</sup> Civ. 1, 25 mai 1971, 3e. esp. , JCP 71, 16859

<sup>(٩٧)</sup> Crim. 7 juill. 1967, JCP 67, 14943 – Civ. 2, 25 fév. 1971, JCP, 71, 1V. , 86

<sup>(٩٨)</sup> هذا المعنى مأخوذ من أقوال القاضي فوجهان وليامز في قضية : Chaplin v. Hicks [1911] 2 K. B. 786

<sup>(٩٩)</sup> Davies v. Taylor [1974] A. C. 207 at 212 and 220

التي جُرحت وشُوْهت في حادث لا تستطيع المطالبة بتعويض عن عدم تمكنها من حضور حفل راقص حيث كان يمكنها مقابلة شخص ثري كان من الممكن أن يتزوجها<sup>(١٠٠)</sup>.

14/1/3 - يؤثر موضوع التعويض عن الأضرار الاحتمالية موضوع التعويض عن فوات الفرصة la perte d'une chance . وهي تعني زوال احتمال وقوع حدث يفيد المدعى وأن فرصة حدوثه تبدو بدرجة كافية جدية. ويختص قاضي الموضوع بتقدير ذلك<sup>(١٠١)</sup>. وقد استقر القضاء علي التعويض عن فوات الفرصة ، إلا أنه لا يشمل إجمالي التعويضات التي كان من الممكن أن يستحقها لو تحققت الفرصة. ففي حالة فوات فرصة ربح دعوى لا يساوي التعويض الذي تحكم به المحكمة إجمالي المبلغ الذي كان يأمله صاحب الدعوى من رفع دعواه. فهو يمنح فقط مقابل المساس بالأمل في تحقيق هذا الأمر<sup>(١٠٢)</sup>.

والضرر عن فوات الفرصة قد يكون حال أو مستقبل. وهو حال واقعي حيث لا معارضة في تحقيقه وأن الفرصة قائمة لكنها بالتأكيد ضاعت وأن الآثار المترتبة علي فواتها كانت قائمة في الماضي أو الحاضر وتتصرف آثارها إلي المستقبل<sup>(١٠٣)</sup>. وقد يكون مستقبل في حالتين : الأولى إذا وجد الضرر من الآن واستمر وامتد إلي المستقبل وهنا يكون محل تعويض علي أساس أنه ضرر ممكن الوقوع virtuel. وقد أقرت غرفة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في الأول من يونيو عام ١٩٣٢<sup>(١٠٤)</sup>. والثاني هو الذي يكون أمر تحقيقه متأخر جداً وهو ما يعتبره القضاء ضرر احتمالي لا يتم التعويض عنه<sup>(١٠٥)</sup>.

وفي مصر قضت محكمة النقض المصرية أن تفويت الفرصة ضرر محقق وإن كانت الفائدة منها أمراً محتملاً<sup>(١٠٦)</sup>. فهي تعتبر أن مجرد تفويت فرصة الكسب يعتبر في ذاته ضرراً محققاً ، وفي حكم لها تقول : "إن القانون يوجب التعويض الجابر لكل ضرر متصل السبب بأصله الضار ، ولا مانع في القانون يمنع من أن يحسب في

Priestley v. Maclean (1860) 2 F. & F. 288 at 289

(١٠٠)

Crim. 6 juin 1990, B. no. 224 ; RT 91, 121, obs. Jourdain – Civ. 2, 22 fév. 1989, D. 89,

inf. 91

Paris 4 juill 1977, JCP 78, 18975 – Paris 5 mars 1985, D. 87, som. 104 – Civ. 1, 10 juin <sup>(١٠٦)</sup>

1986, B. 1, no. 163 – Civ. 1, 7 févr. 1989, JCP 89 no. 10 – Montpellier 18 avr. 1994, GCP

95, 1V., 1081

F. Chabas : "La perte d'une chance en droit français , in Développement récents du droit <sup>(١٠٧)</sup>

de la responsabilité civil » , Genève 1991, 131

S. 33 , 1 , 49 , note H. Mazeaud

(١٠٤)

Civ. 12 mai 1966, B. 11. , no. 564 ; RT 67 , 387 , obs. Durry

(١٠٥)

<sup>(١٠٦)</sup> نقض مدني ١٩ يناير ١٩٨٨ في الطعن رقم ٢٢١٨ سنة ٥٤ ق – ٣٠ مارس ١٩٨٨ في الطعن رقم ٢١٨٧ سنة

عناصر التعويض ما كان لطالبه من رجحان كسب فوته عليه وقوع فعل ضار<sup>(١٠٧)</sup>.

ويقر النظام الإنجليزي التعويض عن فوات الفرصة إذا كان الضرر ليس ضئيلاً جداً بحيث يمكن تجاهله. ووفقاً لهذا المبدأ يمنح التعويض بنسبة تحقق الفرصة. وهنا يكون التوازن الطبيعي بين معدل احتمالات غير مناسب. فلا يمكن منح المدعى تعويض ١٠٠% إذا كان التقدير ٥١%<sup>(١٠٨)</sup>. والمثال الجيد لتأثير عدم اليقين في التعويض ، حيث أنه بالرغم من أن المدعى لم يواجه أي خسارة في الدخل إلا أنه تم منحه تعويض عن فوات فرصته في الالتحاق بعمل. وعلق القاضي براون في أحد القضايا بأن بحث أمر هذا التعويض يتم علي مرحلتين الأولى بحث ما إذا كان الضرر من ضياع الفرصة خطر جوهري أو حقيقي في أن المدعى سيفقد وظيفته الحالية لوقت ما قبل النهاية المقدرة لحياته العملية. فإذا تحقق ذلك يجب تحديد القيمة الحالية لخطر الخسارة المالية التي سيتكبدها المدعى إذا تحقق هذا الخطر ، ويؤخذ في الاعتبار درجة الخطر ، والوقت الذي يمكن أن يتحقق فيه ، وكذلك العوامل الإيجابية أو السلبية التي يمكن أن تؤثر في فرصة المدعى في الحصول علي عمل<sup>(١٠٩)</sup>.

يجب التأكيد علي أن منح التعويض بنسبة فوات الفرصة يطبق فقط في حالة تقدير التعويض الذي ينطوي علي عنصر المضاربة speculative لاعتماده علي أحداث مستقبلية أو افتراضية. بينما علي الجانب الآخر إذا كان عدم اليقين ينحسر إلي وقائع في الماضي فإن المحاكم تطبق معدل الإثبات المدني المعتاد أي إذا أثبت المدعى صحتها علي أساس التوازن بين الاحتمالات. وعلي ذلك فقد رفضت المحكمة طلب بالتعويض حيث أنه أوضح أن نسبة تحقق الفرصة ٢٥% في حالة وصوله إلي المستشفى وأن حالة الإصابة (أعلى الفخذ) كان يمكن تجنب تفاقمها<sup>(١١٠)</sup>. وفي ذلك يقول اللورد ديبلوك "إذا تحدد ما حدث في الماضي يجب علي المحكمة أن تقرر التوازن بين الاحتمالات. وأي شيء تراه أكثر احتمالاً تعامله علي أنه مؤكد<sup>(١١١)</sup>".

14/13 - فضلاً عن حق الضحية في التعويض عن انتهاك حق من حقوقه الشخصية أو العينية فإنه يستحق التعويض أيضاً في حالة الإخلال بمصلحة مشروعة يحميها

<sup>(١٠٧)</sup> نقض مدني مصري ١٣ نوفمبر ١٩٥٨ ، المحاماة ٣٩-١٠٢٥-٣٢٩ ، مجموعة القواعد القانونية

<sup>(١٠٨)</sup> Chaplin v. Hicks [1911] 2 K. B. 786 – Davies v. Taylor [1974] A. C. 207 at 212-213 & 219-220 – Clark v. MacLennan [1983] 1 ALL E. R. 416 at 432

<sup>(١٠٩)</sup> Moeliker v. Reyrolle & Co. Ltd. [1977] 1 W. L. R. 132

<sup>(١١٠)</sup> Hoston v. East Berkshire Area Health Authority [1987] A. C. 750

<sup>(١١١)</sup> Mallet v. Mc Monagle [1970] A. C. 166 at 167



القانون. وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة المدنية ، هذا المبدأ في عام ١٩٣٧ حين رفضت منح تعويض لخليلة علي أساس أن العلاقة غير شرعية<sup>(١١٢)</sup>.  
15/1/3 - يشمل التعويض في حالة الاعتداء علي حقوق الشخصية ، بحسبانها أحد صور المسؤولية التقصيرية ، الضرر المتوقع prévisible وغير المتوقع imprévisible<sup>(١١٣)</sup>. والضرر المتوقع هو الذي يمكن للرجل العادي في نفس ظروف المسئول أن يتوقعه باعتباره النتيجة الطبيعية والعادية لوقوع الفعل غير المشروع. وبمفهوم المخالفة يكون الضرر غير المتوقع هو عكس ذلك . ويقاس التوقع من عدمه بمقياس مجرد in abstracto أي موضوعي لا ينظر في تقرير حدوثه جهل المسئول من عدمه أو أنه كان يتصرف دون توقع ما يحدث. ويترك هذا الأمر لتقدير قاضي الموضوع<sup>(١١٤)</sup> والذي يخضع لرقابة محكمة النقض بحسبانه تقريراً لمحتوى مسؤولية أحد الأطراف<sup>(١١٥)</sup>. وعلي عكس ذلك فإن التقويم النقدي للضرر المتوقع يدخل في صلاحية قاضي الموضوع كلية دون رقابة محكمة النقض<sup>(١١٦)</sup>.

16/1/3 - مبدأ تناسب التعويض مع الضرر Principe de la réparation appropriée du préjudice : ويطلق علي هذا المبدأ التعادل بين التعويض والضرر d'équivalence entre la réparation et le dommage وهو مبدأ أساسي من مبادئ التعويض في المسؤولية التقصيرية في النظم اللاتينية وما تتبعها. وهو يعنى ضرورة أن يكون التعويض مساوياً قيمة الضرر<sup>(١١٧)</sup> ولكي يكون مساوياً للضرر يجب أن يكون كاملاً intégrale . وينساب من هذا المبدأ قاعدتان أساسيتان : الأولى سلبية مؤداها عدم الاعتداد بجسامة الخطأ في تقدير التعويض ، والثانية إيجابية تقضي بوجود أن يشمل التعويض كل الضرر ، علي بعض من التفصيل الآتي :  
17/1/3 - عدم الاعتداد بجسامة الخطأ : لم يأخذ القضاء الفرنسي في الاعتبار عند تقدير التعويض مدى جسامة الخطأ واضعاً بذلك حداً فاصلاً بين قيمة الضرر وحجم الخطأ وأن التعويض النقدي هو دالة في قيمة الضرر وليس في الإثم أو

<sup>(١١٢)</sup> Cass. civ. 27 juill. 1937, Metenier C. E poux Luce : D. P. 1938, 1, 5, note Savatier ; S. Marty 1938, 1, 32 note Marty -- انظر أيضاً في الأدب العربي : شكري سرور : موجز الأحكام ، المرجع السابق رقم ٥٦

ص ٥٤ ، ٥٥

<sup>(١١٣)</sup> Lalou : Responsabilité, 4e. éd. , no. 4072 – Planiol : Traité de droit civil, no. 896 – Cass. 14 déc. 1926, S. 1927. 1. 105, D., 1927.1.105, note de M. Jossierand, L. Nuville, doc. Gaz. Pal., Evolution des dommages subis dans les accidents de droit commun ; Gaz. Pal., 5 fév. 1937

<sup>(١١٤)</sup> Civ. 1re. , 15 juill. 1999 : Bull. civ. 1, no 242 ; R. , p. 401 ; D. Affaires 1999, 1239 , obs.

J. F. ; R T D civ. 1999. 843, obs. Jourdain -- انظر أيضاً : شكري سرور ، المرجع السابق ص ٥٨

<sup>(١١٥)</sup> Civ. 9 juill. et 23 déc. 1913, DP 15, 1, 35 – Civ. 1, 11 fév. 1952, B. I. , no. 59

<sup>(١١٦)</sup> Civ. 1, 16 juill. 1991, B. , no. 249

<sup>(١١٧)</sup> سليمان مرقس : الوافي ، المرجع السابق رقم ١٩٣ (ب) ص ٥٤١

الخطأ<sup>(١١٨)</sup>. وعلي نفس النهج لم يعر القضاء الفرنسي ، في تقديره للتعويض ، الظروف الشخصية للمسئول ، أو مكانته الأسرية أو العائلية ، أو مدى ثرائه<sup>(١١٩)</sup>. وقالت محكمة النقض أنه يجب تقويم الضرر ، حصرياً ، بدلالة الأذى الواقع (علي الضحية) ، أو بالأسلوب الذي لجأ إليه المسئول في ارتكاب الفعل غير المشروع<sup>(١٢٠)</sup>. وتبدو هذه القاعدة منطقية في ظل النظر إلي التعويض الجابر ، التام ، بحسابه تعويضاً للضحية أكثر منه عقاب للمسئول.

18/1/3 - شمول التعويض لكل الضرر : يستتبع تحقيق الهدف من التعويض وهو وضع الضحية في الحالة التي كان عليها قبل ارتكاب الفعل غير المشروع أو الوضع السابق statu quo ant<sup>(١٢١)</sup> أن يدفع المسئول للضحية تعويضاً كاملاً مساوياً لكل الضرر سواء كان متوقع أو غير متوقع. وكما وصفت بعض المحاكم إطار هذا التعويض بأنه لا يمثل أي خسارة أو أي غنم للضحية ni perte , ni profit pour la victime<sup>(١٢٢)</sup>.

ويدخل في إطار التعويض الكامل التعويض عن فوات الفرصة<sup>(١٢٣)</sup> ، وحتى الأضرار الأكثر غرابة إذا كانت جدية وشرعية بغض النظر عما يمكن أن تمثله من حيث الخطورة أو الاستمرارية أو أيأ كانت طبيعتها مادية أو أدبية<sup>(١٢٤)</sup> فهي تقدر علي أساس شخصي in concreto بعيداً عن كل الجداول التي تنص عليها قوانين خاصة.

إن الفلسفة الأساسية التي يقوم عليها التعويض الجابر هي وجوب سعي الضحية للحصول علي تعويض جابر للضرر وليس للحصول علي مغنم أو الإثراء. لذلك ترفض المحاكم ، فضلاً عن الضرر الاحتمالي ، التعويض عن الأضرار التخيلية ولا تأخذ في الاعتبار ظواهر الإيحاء الذاتي<sup>(١٢٥)</sup>. ومن توابع هذه الفلسفة أيضاً قاعدة عدم جواز الجمع بين تعويضين لنفس السبب لأن ذلك يؤدي إلي تجاوز التعويض لقيمة الضرر<sup>(١٢٦)</sup>. بيد أن هذه القاعدة رغم بساطتها قد تنثير الخلاف بحسب النظر إلي طبيعة المبالغ التي يتسلمها الضحية وصفة الدافع. مثال ذلك أداءات التأمين

M. E. Roujou de Boubée : Essai sur la notion de réparation, préf. P. Hébraud, L. G. D. <sup>(١١٨)</sup>  
J. , 1974, p. 318 et s. – Cass. Civ. 2e. , 8 mai 1964 : Bull. civ. 11. , no. 358, p. 269 – Civ. 3, 26 oct. 1988, B. 111., no. 146

Civ. 1, 21 juill. 1982, B. 11. no 159, Cammille 83, 51, obs. Ph. Le Tourneau <sup>(١١٩)</sup>

Crim. 5 janv. 1994, GP 94, &, som 168 <sup>(١٢٠)</sup>

Civ. 2, 6 juill 1983. 11. , no. 143 – 8 juin 1994, D. 94, inf. , 181 <sup>(١٢١)</sup>

Civ. 2, 9 nov. 1976, B. 11, no 302 – Crim. 27 nov. 1990, D. 91, inf. , 27 ; GP 91, 1, <sup>(١٢٢)</sup>  
som. 185

Civ. 2, 14 oct. 1992, B. 11. , no. 241 <sup>(١٢٣)</sup>

Civ. 2, 7 juill 1983, GP 84, 1 pan., 64, obs. F. C. <sup>(١٢٤)</sup>

T. civ. Corbeil 28 juin 1957, JCP 57, 10139 : حكم محكمة : <sup>(١٢٥)</sup>

A. Toulemon et J. Moor : Préjudice Corporel et Moral , opcit p. 53, 54 – Crim. 4 jui, <sup>(١٢٦)</sup>  
1980, GP 80, 2, 488 – Civ. 2, 6 janv. 1988, B. 11. , no. 8 – Com. 28 fév. 1995, D. 95, 390 ,  
note Derrida

الاجتماعي أو المبالغ التي تدفعها شركات التأمين في حال التأمين من المسؤولية أو خلافه من استحقاقات استثنائية بموجب اتفاقات أو تشريعات خاصة<sup>(١٢٧)</sup>. ومع ذلك يمكن القول بالجمع بين التعويض والأداءات مع إمكانية رجوع الدافعون الأغيار علي المسئول<sup>(١٢٨)</sup>.

19/1/3 - نتيجة لمبدأ شمول التعويض لكل الضرر بما فيه الضرر الأدبي، وهو المبدأ الذي نص عليه التقنين المدني المصري في المادة (٢٢٢) : "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً" « les dommages-intérêts comprennent également la réparation du préjudice moral »<sup>(١٢٩)</sup>. وهو بهذا النص اتخذ موقفاً حاسماً لأي خلاف ، كما حدث في فرنسا سابقاً في حالة عدم وجود نص مماثل ، حول إمكانية التعويض عن الضرر الأدبي. فقد ساد في فرنسا ، لبعض الوقت ، مبدأ جايوس Cicatricum aut deformitas nulla fit estimatio : quia ٧-٣-٩ Gaïus رقم : « liberum corpus nullam recipit aestimationem. أي أن الندوب أو التشوهات الناتجة عن الجروح لا يمكن تقديرها ، لأن الجسد البشري حر لا يقدر بثمن. وأعتبر أن المال لا يمكن أن يعلو أي مصيبة مادية تلحق بجسد الإنسان أو أي ألم بدني أو اعتداء علي الشرف. وأعتبر منح هذا التعويض نوع من العقوبة الخاصة<sup>(١٣٠)</sup>. لكن في الوقت الحالي تبدلت هذه الأفكار وأصبح من المستقر منح التعويض عن الضرر الأدبي<sup>(١٣١)</sup>. وسمح القضاء الفرنسي بالتعويض عن هذا الضرر منذ حكم الدوائر المجتمعة في ٢٥ يونية ١٨٣٣<sup>(١٣٢)</sup>. وتم الاعتراف التشريعي بهذا المبدأ في المادة (٢/٣) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي والتي تقضى بأن تكون الدعوى المدنية مقبولة لكل عناصر الضرر سواء الضارة بالجسد أو المعنوية التي تنتج من الأفعال محل الدعوى.

وعلي نفس النهج أوصت لجنة بيرسون في المملكة المتحدة بالتعويض النقدي عما يُسمى بالخسارة غير المالية non-pecuniary loss وهو الاصطلاح البديل عن الضرر المعنوي في فكر دول القانون العام. وإن كانت قد أوصت أيضاً بعدم منح هذا التعويض عن فترة الثلاثة أشهر التالية لوقوع الضرر حتى تطرح كمية الدعوى

<sup>(١٢٧)</sup> H. Groutel : "La double nature de l'action direct contre l'assureur de responsabilité »

RCA 1991, chron 8 (suit) ACA, 1992, chron. 2

J. Mestre : La subrogation personnelle , préf. P. Kayser , LGDJ, 1979

<sup>(١٢٨)</sup>

<sup>(١٢٩)</sup> شكري سرور ، المرجع السابق نبذة ٦٢ ص ٦٠-٦٣ - د. محمود عبد الرحمن : النظرية العامة للالتزامات ، الجزء

الثاني ، أحكام الالتزام ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية (١٩٩٩) ص ١٢٦-١٢٩

<sup>(١٣٠)</sup> Mazeaud et Tunc , t. 1, préc. nos. 297 et s. - André Tunc, RT 1961, 676 ; 1963, 94 et

335 ; 1972, 315, 318 et 496

<sup>(١٣١)</sup> B. Starck, H. Roland et L. Boyer , opcit, t. 1 , no. 109 , 119 - Y. Chartier : La réparation

du préjudice , 1983 , no 119

<sup>(١٣٢)</sup> Civ. 2 , 7 juill. 1983 , GP 84 , 1 , pan. , 64 , obs. F. C. - Com. 6 janv. 1987 , D. 88 ,

som. 211, obs. Serra

الصغيرة ، بينما سمحت بالتعويض لهؤلاء الذين يعانون الألم المستمر وخسارة المتعة أو البهجة<sup>(١٣٣)</sup>.

20/1/3 - عناصر التعويض : المبدأ الثابت في الفكر اللاتيني هو أن التعويض يشمل وفقاً لنص المادة (١١٤٧) من القانون المدني الفرنسي والمادة (٢٢١) مدني مصري ، مع اختلاف لفظي ضئيل جداً "ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب"<sup>(١٣٤)</sup>. ونقطة البداية هي أن الضرر ، بالنسبة لموضوع هذا البحث ، هو الضرر الجسدي وهو يختلف عن الضرر المادي في أن الأول يحدث نتيجة الاعتداء على تكامل الشخص الطبيعي بينما الثاني ينتج من الاعتداء على تكامل الأشياء المادية مثل السيارة والملابس<sup>(١٣٥)</sup>. كما يلاحظ ، بصفة أساسية ، أنه في مجال المقارنة بين النظامين الفرنسي والأنجلو أمريكي نجد بعض الاختلاف في المفردات اللغوية والتطبيقات الفرعية ، لكن هذا لا يمنع من القول بأن جوهر وكنه النظامين يتفقان في كثير من الأحيان. مثال ذلك يقسم الفرنسيون الضرر إلى : (١) أضرار متعلقة بالذمة المالية patrimonial أو أضرار اقتصادية ذات صفة مالية ، (٢) أضرار غير متعلقة بالذمة المالية extra-patrimonial أو الأضرار المعنوية ذات الصلة الشخصية. وعلى الجانب الآخر يطلق النظام الأنجلو أمريكي على النوع الأول الخسارة المادية أو النقدية pecuniary loss والثاني الخسارة غير النقدية non-pecuniary loss. لكن يظهر الخلاف بينهما في تعداد وتسمية أشكال الضرر المعنوي أو الخسارة غير النقدية.

#### أولاً : الأضرار ذات الطابع المالي:

21/1/3 - بتحليل مفردات هذه الأضرار نجدها تنحصر في المصاريف والتكاليف التي يتكبدها الضحية سواء قبل المحاكمة وحتى تاريخ صدور الحكم ، أو المصاريف المستقبلية وهي ما يُطلق عليها الخسارة اللاحقة damnum emergens. ويتفق كل من النظامين على تعويض ما قبل المحاكمة pre-trial ، وإن كان النظام الإنجليزي يرى أن هذا التعويض يسمى تعويض خاص<sup>(١٣٦)</sup>. وتشمل هذه المصاريف تكاليف العلاج الطبية والعمليات الجراحية وثمان الأدوية وإعادة التأهيل (العلاج الطبيعي) وجراحات التجميل وخلافه<sup>(١٣٧)</sup>. ومن المستقر في النظام الإنجليزي تعويض خسارة الدخل أو

<sup>(١٣٣)</sup> قانون اللجنة رقم (٥٦) قسم (٢٠) ؛ انظر : Heuston & Buckley : Salmond and Heuston on the

Law of Torts , opcit , 1992 no 24.5 , p. 550

<sup>(١٣٤)</sup> الترجمة الفرنسية لنص المادة في القانون المصري : « Les dommages-intérêts comprennent les pertes

" qu'a subies le créancier et les gains dont il a été privé"

la perte qu'il a fait et du gain don't il a été privé"

Yvonne Lambert-Faivre : Le Droit Du Dommage Corporel , Systèmes d'indemnisation , <sup>(١٣٥)</sup>

D. 1990,no 98, p. 113

Heuston & Buckley , opcit , no. 24.2 ,

<sup>(١٣٦)</sup>

p. 542

<sup>(١٣٧)</sup> Lambert-Faire , opcit , no 100 , p. 113 -- ومن الفقه الإنجليزي : Salmond and Heuston on the

Law of Torts , opcit , no 24.2 , p. 542 -- وانظر أيضاً

الربح الذي من الممكن أن يؤول للضحية قبل النطق بالحكم. لكنه يطالب فقط بما يُطلق عليه his pay-pocket أي حزمة الدفع وهو صافي المبلغ بعد خصم ضرائب الدخل<sup>(١٣٨)</sup> ، واشتراكات الضمان الاجتماعي<sup>(١٣٩)</sup> أو التعويض عن البطالة<sup>(١٤٠)</sup>. وتشمل خسارة الدخل الحقيقي خسارة الأجور والمرتبات وأتعاب المهنة.

ويعرف النظام الفرنسي المصاريف المستقبلية وفقاً لتحديد بروتوكول ٢٤ مايو ١٩٨٣ الموقع بين أعضاء الحماية الاجتماعية ومؤسسات التأمين بأنها المصروفات الخاصة بالرعاية الطبية أو المماثلة المتوقعة والمتكررة بسبب الحالات المرضية المزمنة بعد التئام الجروح أو جبر الكسور. ولمزيد من إيضاح هذا المفهوم يجب التمييز بين المصاريف المستقبلية المتكررة والمتوقعة والمنظورة والتي تشكل ضرراً كبيراً وبين الأداءات الجديدة التي تمنح نتيجة تقاوم الضرر الاحتمالي المتوقع للضحية<sup>(١٤١)</sup>. ويدخل في هذه المصاريف : فاتورة المستشفى ، تكاليف وجود شخص ثالث لمعاونة ومساعدة الضحية في الأمور التي يعجز عنها بسبب الإصابة<sup>(١٤٢)</sup> ، مصاريف العلاج والأطباء والأدوية وإجراء التحاليل الطبية المعملية والأشعاعات وعناية التمريض والعلاج الطبيعي وخلافه ، وتكاليف استبدال وزرع الأعضاء والأسنان أو الأجهزة التعويضية<sup>(١٤٣)</sup>.

وبنفس المنطق يمنح النظام الإنجليزي تعويضاً يغطي تكاليف العلاج المتوقعة مستقبلاً كجزء من تعويض عام<sup>(١٤٤)</sup>. بل إن القانون الإنجليزي يعترف بالمصاريف الأخرى التي يتكبدها الضحية ففي أحد القضايا<sup>(١٤٥)</sup> حكم بمنح ربة منزل تعويض عن تكاليف تشغيل مساعدة لها في الأعمال المنزلية. وتتشابه أمثلة المعالجة القانونية بين النظامين خصوصاً في مسألة التعويض عن الحاجة لوجود شخص ثالث للمعاونة أو التمريض. وإن كان النظام الإنجليزي تردد بعض الوقت خصوصاً بعد أحد القضايا التي قرر فيها التعويض عن قيام الزوجة والأخت غير الشقيقة بترك عملهما للتفرغ

قسم ٢ (٤) من قانون الإصلاح (الأضرار الشخصية لعام ١٩٤٨ في المملكة المتحدة . ومن أحكام المحاكم الإنجليزية التي

أرست هذا التعويض أنظر : 1. Cutts v. Chumley [1967] 2 K. B. 43 – Sherman v. Folland [1950] 2 K. B. 43

W. R. 742 – George v. Pinnock [1973] 1 W. L. R. 118

British Transport Commission v. Gourley [1956] A. C. 185 <sup>(١٣٨)</sup>

Cooper v. Firth Brown Ltd. [1963] 1 W. L. R. 418 <sup>(١٣٩)</sup>

Parsons v. B. N. M. Laboratories Ltd. [1964] 1 Q. B. 95 <sup>(١٤٠)</sup>

Cass. Req. 15 juill. 1947, S. 1949. 1. -- Lambert-Faivre , opcit , no. 163 <sup>(١٤١)</sup>

106 – Civ. 2e. 12 oct. 1972, D. 1974 , 536 , note Malaurie , J C P . 1974. 11. 7609 , note Brousseau

T. G. I. , Paris 6 juill. 1983 , D. , 1984. 10 , note Y. Chqrtier – T. G. I. , Paris 19 fév. <sup>(١٤٢)</sup>

1985, Gaz. Pal. 12 mai 1985, p. 12 – Civ. 2e. , 3 mars 1988 , Argus , 1988 , p. 851

H. J. Lazarini , J. Doignon , J. M. de Casamayor : "Méthode d'évaluation des frais future" , éd. A. Lacassagne /Gazette du Palais 1988 – H. Margeat : "Les frais future", Argus , 1984, p. 2504 <sup>(١٤٣)</sup>

Lim v. Camden and Islington Area Health Authority [1980] A. C. 174 <sup>(١٤٤)</sup>

Daly v. General Steam Navigation Ltd. [1981] 1 W. L. R. 120 <sup>(١٤٥)</sup>

لتمريض الضحية<sup>(١٤٦)</sup>. وتم إلغاء هذا الحكم إلا أن المحاكم الإنجليزية استمرت في منح المدعى تعويض عن استعائه بشخص ثالث للتمريض أو المعاونة بقطع النظر عن وجود أو عدم وجود التزام قانوني عليه بالدفع لهذا الشخص<sup>(١٤٧)</sup>.

22/1/3 - فضلاً عن المصاريف الحقيقية والمتوقعة أو ما قبل صدور الحكم وما بعده فإن الجانب الآخر من التعويض يشمل الكسب الفائت *gain manqué* وخسارة الدخل المهني وهو ما يُطلق عليه الكسب الضائع *lucrum cessans*. ويختلف تقدير الكسب الفائت بحسب ما إذا كان الضحية له نشاط مهني من عدمه. في الحالة الأولى يستحق الضحية تعويضاً عن الدخل المهني أثناء فترة العجز المؤقت الكلي أو العجز المؤقت الجزئي<sup>(١٤٨)</sup> من وقت وقوع الضرر وحتى الالتئام. بعد ذلك قد تنشأ خسارة مستقبلية للدخل، إذا انخفض دخله نتيجة عدم قدرته الكاملة على العمل بسبب الإصابة فإنه يستحق تعويض مقابل انخفاض الدخل<sup>(١٤٩)</sup>. وفي الحالة الثانية إذ لم يكن لدى الضحية مهنة يتكسب منها يكون من المبكر القول بوجود ضرر اقتصادي. ومع ذلك توجد حالات تسترعى الانتباه بخصوص التعويض. مثال ذلك امرأة في منزل، بالتأكيد هي مشعة في المنزل لكن نشاطها العائلي والخاص لا يمكن حسابه اقتصادياً وإن كان مفيداً من الناحية الاجتماعية، والفرص أن لديها أولاد كانت ترعاهم عندئذ يكون من المناسب منحها تعويض عن تكاليف المساعدة وإدارة شؤون الأسرة التي قد تضطر لدفعها أثناء فترة العجز المؤقت<sup>(١٥٠)</sup>. وبالطبع فإنها تستحق تعويض بعد الالتئام إذا كانت جسامة الاعتداء أدت إلى عجزها إذا كان أطفالها يقطنون معها. وإذا لم يكن هذا المثال سوى افتراض فإنه لا يمكن حساب الضرر الاقتصادي الاحتمالي وغير الأكيد.

ومن الأمور التي تفرض نفسها هي حالات التعويض عن إصابات الأطفال الذين هم، بالقطع، ليس لديهم مهن يتكسبون منها<sup>(١٥١)</sup>. بالتأكيد يكون العجز المؤقت الذي يؤدي إلى إعادة السنة الدراسية للطالب محل تعويض. وإن كانت تثور مشكلة تقدير التعويض بالنسبة للأطفال الصغار الذين يُصابون بكساح *paraplégique* أو شلل رباعي *tétraplégique* أو بأمراض عقلية مستديمة الأمر الذي يقعدهم طريحي الفراش مدة حياتهم ويؤثر بالتالي على مستقبلهم المهني. ووجه الصعوبة هو أن الأسلوب العام في تقدير التعويض يكون بطريقة شخصية *in concreto*. لكن النظام

Roach v. Yates [1938] 1 K. B. 256

(١٤٦)

Cunningham v. Harrison [1973] Q. B. 942 – Donnelly v. Joyce [1974] Q. B. 454 – Housecroft v. Burnett [1986] 1 ALL E. R. 332 – Hunt v. Severs [1994] 2 W. L. R. 602, H. L.

Civ. 2e., 18 et 25 oct. 1989, Resp. civ. et Ass., 1989, no. 405

(١٤٨)

Crim. 14 fév. 1989, Resp. civ. et ass. 1989, no. 183

(١٤٩)

Civ. 2e., 31 mai 1989, p. 1763

(١٥٠)

Les Travaux de la Table Rond sur "La réparation du dommage chez l'enfant", in R. E. D. C., 1979, notamment : R. Saury : "Aspects juridiques particuliers de la réparation du dommage chez l'enfant", R. F. D. C., 1979, p. 181

(١٥١)

الفرنسي يستثنى هذه الحالات ويعوض بطريقة موضوعية in abstracto على أساس جداول العجز الدائم الجزئي (I. P. P.) L'incapacité permanente partielle<sup>(١٥٤)</sup>.

23/1/3 - إذا كان النظام اللاتيني ينظر إلى هذا العنصر من حيث أنه كسب لكنه فائت أي لم يتحقق فإن النظام الإنجليزي ينظر إليه من حيث أنه خسارة للدخل الذي كان من الممكن أن يتحقق. وخسارة الدخل loss of earning<sup>(١٥٣)</sup> قد تكون :

(أ) كل أنواع الدخل مثل الأجور والمرتبات ، وأتعاب المهنة<sup>(١٥٤)</sup> ، ربح المساهمة في شركة<sup>(١٥٥)</sup> ، وجائزة نقدية<sup>(١٥٦)</sup> ، والمخصصات مثل سيارة الشركة<sup>(١٥٧)</sup> ، وضريبة الدخل<sup>(١٥٨)</sup> ، والاشتراكات في التأمين القومي<sup>(١٥٩)</sup> ، والاشتراك الإجباري في نظام التقاعد المهني<sup>(١٦٠)</sup> ؛

(ب) خسارة القدرة على الكسب loss of earning capacity : يسمح مبدأ التعويض الكامل للتعويض عن هذه الخسارة<sup>(١٦١)</sup>. وتعبير خسارة القدرة على الكسب هو التعبير المستخدم في الفقه الاسترالي<sup>(١٦٢)</sup>. لكن في التقاليد الإنجليزية التعبير المستخدم هو خسارة الدخل سواء في الماضي أو المتوقع وهذا الأخير يستغرق حالة العجز عن القدرة على التكسب. وتتجلى هذه الخسارة في حالتين : الأولى الحالات التي لا يكون للمدعى دخل يتكسب منه ليفقده وقت الحادث لكن من المحتمل أن يتوفر لديه في المستقبل لولا وقوع الحادث. وأمثلة ذلك الطفل والطالب وربة البيت غير العاملة<sup>(١٦٣)</sup>. والحالة الثانية التي لا يكون للحادث فيها تأثير مباشر على الضحية لكن قد يتركه مصاباً بحيث يكون من المحتمل أن يفقد عمله<sup>(١٦٤)</sup> أو يعجز عن الالتحاق بعمل آخر إذا كان من اللازم ، بالتالي ، أن يجد نفسه بدون عمل<sup>(١٦٥)</sup>. ويمثل تقدير

- 
- P. Padovani : "Barème accidents du travail" , éd. Lamarre-Poinat , 1986 <sup>(١٥٢)</sup>
- Anty v. National Coal Board [1985] : ويقابلها خسارة حقوق المعاش loss of pension rights أنظر : <sup>(١٥٣)</sup>
- 1 W. L. R. 784 <sup>(١٥٤)</sup>
- Phillip v. L. & S. W. Ry (1879) 5 C. P. D. 280 <sup>(١٥٥)</sup>
- Lee v. Sheard [1956] 1 Q. B. 192 – Bellingharm v. Dhillon [1973] 1 Q. B. 304 <sup>(١٥٦)</sup>
- Mulvaine v. Joseph (1968) 112 S. J. , 927 <sup>(١٥٧)</sup>
- Kennedy v. Bryan , The Times , May 3, 1984 <sup>(١٥٨)</sup>
- British Transport Commission v. Gourley [1956] A. C. 185 , S. 27.16 <sup>(١٥٩)</sup>
- Cooper v. Firth Brown Ltd. [1963] 1 W. L. R. 418 <sup>(١٦٠)</sup>
- Dews v. National Coal Board [1988] A. C. 1 <sup>(١٦١)</sup>
- Street : Principles of the Law of Damages , pp. 44-55 – The Law of Damages , pp.178-180,184-185 – Law Commission Report No. 56, S. 204 Pearson Commission, Cmnd. 7054 (1978), S. 338 <sup>(١٦٢)</sup>
- Luntz : Assessment of Damages for Personal Injury and Death , 3<sup>rd</sup>. ed. (1990) , Chap. 5 <sup>(١٦٣)</sup>
- S. v. Distillers Co. (Biochemicals) Ltd. [1970] 1 W. L. R. 114 , at 125-126 – Joyce v. Yeomans [1981] 1 W. L. R. 549 – Mitchel v. Liverpool A. H. A. , The Times, June 17, 1985 – Cronin v. Redbridge L. B. C. , The Times , May 20 , 1987 <sup>(١٦٤)</sup>
- Foster v. Tyne & Wear C. C. [1986] 1 ALL E. R. , 267 <sup>(١٦٥)</sup>
- Moelicker v. Reyrolle & Co. Ltd. [1976] I. C. R. 253 <sup>(١٦٥)</sup>

الحالة الأولى بعض الصعوبة التي قد ينشأ عنها أن يكون تقدير التعويض شيء من التخمين. لكن إذا كان الضحية عاطل عن العمل مؤقتاً وقت الحادث فمن الممكن منحه تعويضاً عادلاً علي أساس متوسط الدخل المتوقع باعتبار ما كان يحصل عليه سابقاً. لكن الحالات التي تمثل صعوبة حقيقية في التعويض هي حالة المرأة ربة البيت التي تركت العمل أمله أن تعود إليه بعد أن يكبر أولادها ويلتحقوا بالمدارس ، او حالة الطفل صغير السن جداً وقت الحادث. في مثل هذه الحالات أصرت المحاكم البريطانية علي أن الضحية فقد شيئاً ذو قيمة. وبالنسبة للطفل الصغير استست المحاكم تقديراتها علي المعلومات المتوافرة مثل متوسط الأجور القومية<sup>(١٦٦)</sup> ، وفي قضايا أخرى بالإشارة إلي نمط دخل الوالدين<sup>(١٦٧)</sup>. لكن غالباً كانت أحكام التعويض بمبالغ كبيرة تخضع للتخفيض في الاستئناف<sup>(١٦٨)</sup>.

(ج) السنوات الضائعة The lost years أو تخفيض توقع الحياة Reduction of Expectation of life: هل يمكن منح التعويض عن ضياع سنوات من العمر كان من المفترض أن يحياها الضحية لولا الفعل الضار ؟ عُرض هذا الأمر أمام محكمة الاستئناف ببريطانيا<sup>(١٦٩)</sup> وقررت بالإجماع أن التعويض يقتصر فقط علي خسارة الدخل المستقبلية فيما يتعلق بالفترة المتوقع أن يعيشها الضحية بعد الحادث ولا يتعداه إلي حساب السنوات الضائعة. ولعل هذا الحكم ، والذي كان محل انتقاد ، كان منطقياً بناء علي ما قُدم إليه من وقائع. إذ أن المدعى وكان عمره سنتان وقت وقوع الحادث وليس بالضبط خمس سنوات وقت نظر الدعوى فمن الطبيعي أن يعيش حتى سن الـ ٦٦ ربيعاً. لكن التوقع وقت المحاكمة أن يموت في سن الـ ٣٦ عاماً. وحيث أنه طالب بتعويض عما كان يمكن أن يتربحه أثناء فترة الثلاثين عاماً التالية التي سيحرم منها فقد رُفض طلبه علي أساس أنه من المثير للسخرية منح الصبي أموال معادلة لما يدخره مدة ستين سنة تالية. وكان الأولى البحث عن المال الذي كان من المحتمل أن ينفقه كنفقات معيشة. وإذا كانت هذه القاعدة لا تمثل إجحاف في الحالات التي لا يكون الطفل أو الشاب عائلاً لأحد فإنها تكون قاسية في حالة وجود معالين للمدعى. فهم لا يستطيعون رفع دعوى تعويض وفقاً لقانون الحوادث المميتة إذا تم تسوية دعواه أو إذا وُجد عائق تشريعي يحول دون قبولها. إزاء ذلك بذلت ضغوط لتغيير هذه القاعدة حتى قرر مجلس اللوردات في عام ١٩٨٠ في أحد القضايا<sup>(١٧٠)</sup> السماح للضحية بالتعويض عن السنوات الضائعة بحسبانها أضرار شخصية.

**ثانياً : الأضرار المعنوية الشخصية (غير المتعلقة بالذمة المالية) - الأضرار غير النقدية:**

Croke v. Wiseman [ 1982] 1 W. L. R. 71

(١٦٦)

Connolly v. Camden & Islington Area Health Authority [1981] 3 ALL E. R. 250

(١٦٧)

Cronin v. Redbridge L. B. C. , The Times, May 20 , 1987

(١٦٨)

Oliver v. Ashman [1962] 2 Q. B. 210

(١٦٩)

Pickett v. British Engineering Ltd. [1980] A. C. 136

(١٧٠)



24/1/3 - لا شك أن الصعوبة التي تواجه تقويم هذه الأضرار بالنقد لتحقيق التعادل المطلوب في التعويض يوصم أي مبلغ يمنح كتعويض بالتقدير التحكيمي الجزافي لأن القيم المعنوية لا يمكن أن يقابلها إلا التنفيذ العيني مثل نشر حكم التشهير<sup>(١٧١)</sup>. إزاء هذه الصعوبة في التقدير اقترحت لجنة بيرسون في المملكة المتحدة ثلاثة أسباب لمنح هذا التعويض : ١- قد يكون عامل مخفف وملطف للضحية خاصة إذا لم يسفر الحادث عن خسارة مالية ، ٢- قد يمكن الضحية من شراء متع بديلة لتلك التي فقدتها ، ٣- قد يكون تعويض عن أي خسارة مالية غير قابلة للتقدير كمياً أو غير ملموسة قد يعانيتها الضحية (الفقرة ٣٦٠ من تقرير اللجنة). لذلك يوصف التعويض هنا بأنه عادل fair وليس كامل not full. ويعنى اصطلاح العدالة إما التعاطف مع الضحية أو تحقيق التناسق والتناغم بين مبالغ التعويض التي تُمنح للضحايا في الظروف المماثلة. لكنه لا يعنى أن يقبل استئناف الحكم بالتعويض تحت زعم أن المبلغ الممنوح في أول درجة غير عادل<sup>(١٧٢)</sup>.

وللتغلب الجزئي علي مشكلة حساب المبلغ النقدي عن الألم الذي يعانیه الضحية يُترك التقدير في فرنسا لخبراء الطب لوضع عناصر التقدير بشكل متدرج من ١ - ٧ ويقابل كل درجة المبلغ المقدر كتعويض<sup>(١٧٣)</sup>. وفي النظام الإنجليزي وُضعت تعريفات للتعويضات التقليدية علي ضوء ما سبق تقريره من أحكام القضاء بحسبانها إرشادات عامة ليست ملزمة<sup>(١٧٤)</sup>. ومع ذلك يعترف القضاء الإنجليزي أن كل حالة لها ظروفها الخاصة ولدى القاضي حرية اختيار مبلغ التعويض المناسب من هذه التعريفات ، بشرط أن يثبت المدعى أن الأذى الذي حدث نتج عنه خلل غير عادي في حياته مثل إصابة لاعب كرة في قدمه وخسارة ممارسة الهواية المفضلة<sup>(١٧٥)</sup>.

25/1/3 - سبق التعرض لأسلوب النظام اللاتيني في التعويض عن الضرر المعنوي في حالات الاعتداء علي الحق في معصومية الجسد ، وبيان أنواعه التي تنحصر في : الآلام الجسدية والنفسية (Pretium doloris) souffrances physiques et morales ، والضرر الذي يصيب الجمال préjudice esthétique ، وضرر الجنس pretium sexuelle ، وضرر الحرمان من متع وبهجة الحياة préjudice d'agrément. ويعرض الباحث في هذا المبحث أنواع الضرر غير المالي في النظام الأنجلو أمريكي:

<sup>(١٧١)</sup> Mlle Marie-Eve Royou de Boubée : Essai sur la notion de réparation , LGDJ, 1974 – H.

Margeat : La réparation des préjudices non-économiques en droit Commun, R. G. A. T. 1973, P. 595

K. M. Stanton : The Modern Law of Tort , opcit p. 253 <sup>(١٧٢)</sup>

Y vonne Lambert-Faivre : Le Droit Du Dommage Corporel , opcit , no. 137, p. 133 <sup>(١٧٣)</sup>

<sup>(١٧٤)</sup> لإعلام الممارسين والقضاة بمبالغ التعويض التي تمنحها المحاكم المختلفة تصدر عدة كتيبات في إنجلترا مثل : Kemp

& Kemp The Quantum of Damages , and Munkman , Damages for Personal Injuries and Death. وفي عام ١٩٩٢ أصدر مجلس الدراسات القانونية إرشادات لتقدير التعويض العام في حالات الضرر الجسدي

Moelicker v. Reyrolle & Co. Ltd. [1976]I. C. R. 253 <sup>(١٧٥)</sup>

(أ) الألم والمعاناة Pain and Suffering: حيث أن تقدير هذه الفئة يعتمد بالضرورة علي عنصر شخصي لذلك نشأت صعوبة التمييز بوضوح بين الألم والمعاناة. لكن هذه الصعوبة لم تمنع المحاكم الإنجليزية من تضمين هذه الفئة الصدمات العصبية أو أعراض نفسية لكن ليس من بينها الأسى أو الحزن<sup>(١٧٦)</sup>. كما امتنعت المحاكم الإنجليزية أيضاً عن منح التعويض عن هذا الضرر أو خفضت من قيمته في حالات ضبط الألم وتخفيفه بالعقاقير والأدوية وحالة فقدان الوعي الدائم ، أو أثناء فترات نوبات فقد الوعي<sup>(١٧٧)</sup>. وقد فصلت لجنة القانون في البند (١٩٩٥/أ) الفقرة (١٠/٢) الألم عن المعاناة معتبرة أن الأول هو الضرر أو المشقة الجسدية بسبب الإصابة وأن المعاناة هي الجزع النفسي أو العاطفي الذي قد يشعر به المدعى نتيجة الإصابة. ووصفت إحدى المحاكم المعاناة بأنها التقدير الشخصي لألم موضوعي<sup>(١٧٨)</sup>. ومع ذلك فإن المحاكم الإنجليزية لا تأخذ ، بصفة عامة ، بهذه التفرقة وتعتبر أن المدعى يرفع دعواه بالتعويض عن الألم الذي يعانیه بسبب الإصابة.

كان القانون الإنجليزي ، علي ضوء سوابق قضائية<sup>(١٧٩)</sup> قننها تشريع صادر عام ١٩٣٤ (أحكام متفرقة) ، يسمح بالتعويض عن ضرر يسمى خسارة توقع الحياة shortened expectation of life أو تخفيض متوسط العمر expectation of life وهو يختلف عن ضرر فقدان الحياة نفسها بالموت الذي لم يكن محل دعوى فعل ضار. ويؤدي الخطأ في هذه الحالة إلي أن تصبح فرصة الضحية في الحياة مدة أطول ضعيفة أو زيادة احتمال وفاته في مدة قريبة. وتطور تقدير التعويض عن هذا الضرر من مبالغ كبيرة وانخفض حتى وصل إلي مبلغ الف جنيه استرليني<sup>(١٨٠)</sup> ، لكن بعد إلغاء البرلمان الإنجليزي التعويض عن هذا الضرر بصور قانون وزارة العدل في عام ١٩٨٢ أصبح علي المحاكم أن تنتظر للتعويض عن هذا الضرر ضمن إطار فئة الألم والمعاناة. علي أن تأخذ في الاعتبار أي معاناة يسببها أو يحتمل أن يسببها إدراك الضحية بخطر تقليل مدة حياته المتوقعة<sup>(١٨١)</sup>.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية يتم معالجة كل من الألم والمعاناة في فئتين مستقلتين من فئات الأضرار غير الاقتصادية. وينقسم الألم إلي قسم رئيسي هو الضرر الحاد والمزمن وقسم مكمل هو الأعراض المتزامنة للألم المزمن التي تظهر مشاكل خاصة chronic pain syndrome والألم الحاد وفقاً لتقرير لجنة تقييم الألم Commission on the evaluation of Pain هو هجوم حديث مرتبط عادة بإصابة منفصلة أو أي جروح أخرى. وإذا لم توجد مشكلة جوهرية في بناء أو هيكل

Hinz v. Berry [1970] 2 Q. B. 40 – Kraly v. Mc.Grath [1986] 1 ALL E. R. 54 (١٧٦)

Wist v. Kaye [1962] 1 Q. B. , 638 – West (H.) & Son Ltd. v. Shephard [1964] A.C. 326 (١٧٧)

Culls v. Chumley [1967] 1 W. L. R. 742 (١٧٨)

Flint v. Lovell [1935] 1 K. B. 354 – Rose v. Ford [1937] A. C. 826 , 8331 (١٧٩)

Gansmell v. Wilson [1982] A. C. 27 (١٨٠)

Samond & Heuston on the Law of Torts , 1992 , opcit , p. 551 (١٨١)

الشخص ، أو مرض فإن الألم المبرح يستمر طبيعياً إلى أقل من ستة أشهر وعادة إلى أقل من شهر<sup>(١٨٢)</sup>. وعلي العكس من ذلك الألم المزمن هو ألم دائم أو متقطع يستمر لمدة طويلة بحد أدنى ستة أشهر. وقد يصحب هذا النوع من الألم عيب متخلف في هيكل الجسد البشري يتواصل لمدة بعد تطور الألم الحاد وعلي النقيض من ذلك بالنسبة للألم الحاد "والذي يمكن تصويره علي أنه تحذير بأن شيء ما خطأ وبالتالي فهو علامة مفيدة علي قدوم مشكلة ألم مزمن، فهو مجرد أعراض لكن ليس بالضرورة وهن أساسي لصحة المصاب"<sup>(١٨٣)</sup>.

يمثل كلاً من هذين النوعين من الألم تحدياً لدى المحاكم والمحلفين في تقدير التعويض النقدي. وقد نوه تقرير لجنة تقييم الألم المذكورة إلي هذا الأمر وأكد أنه لا يمكن لأحد أن يعرف ألم شخص آخر. وأردف أنه بسبب أن العلم لم يطور معايير مخبرية لتحديد وقياس الألم يكون البديل الوحيد المتاح هو الملاحظة بعناية وحرص للمدى الواسع من السلوكيات<sup>(١٨٤)</sup>. وعلي المحاكم في بحثها لإرساء مبادئ تقدير التعويض عن الألم أن توازن بين الاعتماد علي التقارير الموضوعية عن الألم وبين الانطباع الشخصي عن حقيقة أن الألم مسألة فردية لا يمكن ملاحظته<sup>(١٨٥)</sup>.

تنظر المحاكم الأمريكية لكل من الألم والمعاناة علي أنهما متلازمان وغير منفصلان علي اعتقاد أن كل منهما يثير تصرفات متطابقة عند الضحايا. لكن من الناحية الفنية هما مفهومان مختلفان. فالمعاناة تكون مصاحبة لمواقف يرى الناس فيها الألم كتهديد لوجودهم المستمر وليس فقط مجرد تهديد لحياتهم أو أجسادهم وإنما لسلامتهم كأشخاص. وعلي العكس قد يتحمل الناس الألم دون الإعلان عنه خصوصاً إذا علموا أن هذا الألم لا يحمل نذراً بمضاعفات أشد وأعنف ، وأنه يمكن تخفيفه بتناول بعض الأدوية أو أنه قصير المدة وينتهي. سيكون لدى المريض الذي يعاني الألم مدة طويلة حصيلة مؤلمة من العواقب الذهنية والجسدية تدفعه إلي التصرف بعناية كبيرة وطلب التدخل العلاجي المنتظم والمكثف<sup>(١٨٦)</sup>. ولأن التعويض عن الفعل الضار يجمع بين الألم والمعاناة دون تمييز يكون من المفترض أن تؤدي المؤشرات العملية لكثافة وطول مدة المعاناة إلي زيادة مبلغ التعويض النقدي.

(ب) خسارة متع الحياة loss of amenities of life أو خسارة القدرات

والممتلكات loss of faculty : قد تسبب الإصابة حرمان المدعى من القدرة علي القيام بأفعال كان يقوم بها قبل الحادث. فلا يستطيع المدعى الذي أصيب بالصمم أو العمى بسبب فعل ضار أن يستمتع بالأحاسيس التي كانت توفرها له

Report of the Commission on the Evaluation of Pain , 50 Soc.sec. Bulletin No. 1, 13, at <sup>(١٨٢)</sup>

22 jan. 1987

<sup>(١٨٣)</sup> التقرير السابق ص ٢٢ ، ٢٣

<sup>(١٨٤)</sup> التقرير السابق ص ٢٢

<sup>(١٨٥)</sup>

Shapo , opcit , p. 350

<sup>(١٨٦)</sup> تقرير اللجنة المذكورة ص ٢١

حواس السمع والبصر أو التذوق<sup>(١٨٧)</sup>. أو أن يستمتع بالحياة الجنسية<sup>(١٨٨)</sup> أو نقص فرص الزواج<sup>(١٨٩)</sup>. لذلك يسمح القانون الإنجليزي بالتعويض عن هذا الضرر تحت مسمى فقدان متع الحياة أو القدرات<sup>(١٩٠)</sup>. وإزاء صعوبة تقدير التعويض عن الضرر في مثل هذه الحالات حاولت المحاكم الإنجليزية إيجاد جدول اتفاقي للتعويضات في الحالات المتماثلة تحت فلسفة أنها لا تمنح التعويض عن الإصابة نفسها وإنما للنتائج التي ترتبت عليها آخذة في الاعتبار ظروف المدعى. مثال ذلك الشاب النشط الذي يُصاب بالعمى والكساح سوف يتقاضى تعويضاً جوهرياً ؛ ففي عام ١٩٨١ عرضت قضية طفل عمره (٢١) شهر أصبح عاجزاً عن الكلام أو النظر وأصيب بشلل رباعي بسبب إهمال المدعى عليه ، قدر له تعويض بمبلغ خمس وثلاثون ألف جنيه إسترليني<sup>(١٩١)</sup>.

لكن هل يمكن التعويض عن فقد متع الحياة للضحايا لفاقد الوعي ؟ والفرض أنهم غير مدركين ولا يستطيعون الإحساس بهذه الخسارة. ولن يكون للمال أي وظيفة في تخفيف آلام المريض. وسيكون المبرر لهذا التعويض هو التعاطف الطبيعي مع هؤلاء الأشخاص الذين فقدوا القدرة على الاستمتاع بالحياة. تصدت المحاكم في كل من إنجلترا وأمريكا للرأي في هذه المسألة. في إنجلترا قررت المحاكم التعويض عن هذا الضرر<sup>(١٩٢)</sup>. وصدق على هذه الأحكام مجلس اللوردات. وإن كان هذا الاتجاه يخالف توصيات لجنة بيرسون بعدم منح تعويض نقدي لفاقد الوعي<sup>(١٩٣)</sup>. وتبنت المحكمة العليا لولاية فرجينيا بأمريكا في قضية ، كان الضحية في شبه غيبوبة ، الرأي بقانونية التعويض في هذه الحالة. وقرر المحلفون تعويضاً بمبلغ مليون وثلاثمائة ألف دولار. وقالت المحكمة في حيثيات حكمها "إن خسارة القدرة على الاستمتاع بالحياة ليست دالة في الألم والمعاناة بالمعنى التقليدي لهذه الكلمات حيث يمكن أن يفقد الشخص بصره أو أحد أطرافه دون أن يشعر بالألم جسماني". وأعلنت أن التعويض عن هذا الضرر لا يزدوج مع التعويض عن الألم والمعاناة<sup>(١٩٤)</sup>. إلا أنه عُرِضت حالة مشابهة على محكمة الاستئناف الاتحادية رأت فيها عدم جواز التعويض عن هذا الضرر بموجب قانون دعاوى الأضرار الاتحادي. وأشارت إلى أن المدعى في شبه الغيبوبة لا يستطيع استخدام النقود أو ينفقها على الضروريات أو المتع ولا يمكنه اختبار المتع<sup>(١٩٥)</sup>.

Cook v. J. L. Kier and Co. [1970] 1 W. L. R. 774

(١٨٧)

Hoffman v. Sofaer [1982] 1 W. L. R. 1350

(١٨٨)

Ichard v. Frangoulis [1977] 1 W. L. R. 556

(١٨٩)

Andrews v. Freeborough [1967] 1 Q. B. 1 : قضية في فقدان القدرة في قضية : ١

Croke v. Wiseman [1982] 1 W. L. R. 71

(١٩١)

Wist v. Kaye & West v. Shephard : القضيتين السابقتين : (١٩٢)

Cmd. 7054 (1978) para. 393-398 تقرير اللجنة : (١٩٣)

Flannery v. United States , 297 S. E. 2d. 433 , 437-38 (W. Va. 1982)

(١٩٤)

Flannery v. United States , 718 F. 2d. 108 , 111 (4<sup>th</sup>. Cir. 1983)

(١٩٥)

26/1/3 - انصبت دراسة عناصر الضرر في الفقرات السابقة علي الضرر الجسدي ، أي ذلك الذي يصيب الضحية سواء المادي منه أو المعنوي. ويُطلق عليه في الفكر الأنجلو أمريكي الأضرار الشخصية personal injuries أي تتعلق بذات الشخص. وهذا يعنى الأضرار التي تنتج من الاعتداء علي حقوق الشخصية في كيانها المادي. لكن الأمر يختلف فيما يتعلق بالتعويض عن الأضرار التي يسببها الاعتداء علي حقوق الشخصية في جانبها المعنوي (السمعة والخصوصية) ، حيث تختلف أيديولوجية كل من النظامين اللاتيني والأنجلو أمريكي في تحديد نوع الأضرار. ينظر النظام اللاتيني علي أن الأضرار الناشئة عن هذه الحقوق هي أضرار معنوية préjudices moraux. وهو تصنيف يختلف عن الأضرار المعنوية الناتجة عن الأضرار الجسدية dommages corporels. هذا المنهج يوحي بأن الأضرار الناجمة عن الاعتداء علي السمعة أو الخصوصية يسبب بالحصر أضرار أدبية. تأثر بهذا المنهج فقهاء في مصر في تعدادهم للأضرار الأدبية بأنها تشمل الضرر الذي يصيب الشرف والاعتبار والعرض .. وإيذاء السمعة<sup>(١٩٦)</sup>. علي الطرف الآخر ينظر القانون الإنجليزي إلي ضرر التشهير الذي يتم التعويض عنه علي أنه يجب أن يكون شيئاً مادياً ملموساً. ويجب علي المدعى إثبات بعض الأضرار المادية التي أصابت سمعته<sup>(١٩٧)</sup>.

### المطلب الثالث : العوامل المؤثرة في تقدير التعويض

27/1/3 - من المبادئ الأساسية في الفكر اللاتيني أن التعويض الجابر يرتبط فقط بمدى الضرر من حيث درجة الجسامة دون أي اعتبار لمدى جسامة الخطأ أو للاعتبارات الخارجية عن الفعل الضار المسبب للضرر. أكثر من ذلك فإن القانون الفرنسي منذ صدور التقنين المدني هجر أي وجود لجسامة الخطأ في تحقق المسؤولية المدنية صارفاً النظر عن التقسيم السابق للخطأ من حيث درجة الجسامة الذي عرفه الرومان وهو الخطأ الجسيم المعادل للغش تقريباً culpa lata dolo proxima ، والخطأ العادي culpa levis ، والخطأ اليسير culpa levissima ومتبنياً مبدأ وحدة الخطأ l'unité de la faute والذي ظل سارياً حتى الآن في القانون الخاص. لكن الشاهد رغم ذلك يرى أن التشريع والقضاء والفقه اعتد في بعض الحالات بمدى جسامة الخطأ واعتبرها صور أو مظاهر للعقوبة الخاصة. أما بالنسبة للتعويض الجابر فما زال المبدأ الأساسي هو ضرورة تعادل التعويض للضرر. ومن تداعيات ذلك أن القضاء الفرنسي يلتفت عن جسامة الخطأ في تقدير التعويض<sup>(١٩٨)</sup>. كما لم

<sup>(١٩٦)</sup> السنهوري : الوسيط ، المرجع السابق ، ج ١ ، رقم ٥٧٧ ص ١٦٤ ، ١٦٥ - سليمان مرقس : الوافي ، المرجع

السابق ، ج ٢ ، رقم ٦٠ ص ١٣٨

Wheeler v. Somerfield [1966] 2 Q. B. 94

<sup>(١٩٧)</sup>

<sup>(١٩٨)</sup> من أمثلة ذلك : 8 mai 1964, GP 64, 2, 233 – Com. 3 avr. 1979, Rev. Soc. 80, 723, note E.

M. –E. Roujou de Boubée : Essai sur la notion de réparation, préf. P. Hébraud , LGDJ, 1974, p. 318 et s.

يأخذ القضاء في الاعتبار ، عند تقدير التعويض ، الظروف الخاصة بالمسئول أو موقفه العائلي أو مصادر دخله. كما أرست محكمة النقض الفرنسية هذه القاعدة بقولها "L'évaluation du dommage doit être fait exclusivement en fonction du préjudice subi".<sup>(١٩٩)</sup> وتبرير هذه القاعدة أن هدف التعويض هو جبر الضرر أكثر منه عقاب الفاعل.

بيد أن هذا المبدأ لم يلق نفس التفاعل لدى المشرع المدني المصري. وسمح للظروف والملايسات أن يكون لها تأثير لدى القاضي في تقدير التعويض. وفي ذلك تنص المادة (١٧٠) مدني علي أن "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (٢٢١ ، ٢٢٢) مراعيًا في ذلك الظروف الملايسة". "en tenant compte des circonstances" <sup>(٢٠٠)</sup>. وأمام وضوح عبارات المذكرة الإيضاحية أقر بعض الفقه المصري مبدأ الاعتداد بجسامة الخطأ في تقدير قيمة التعويض<sup>(٢٠١)</sup>

وهكذا نخلص إلي أن القانون المصري يعتد بجسامة الخطأ وبالظروف والملايسات. هذه الظروف قد تكون ذاتية أو شخصية سواء خاصة بالمضرور /الضحية أو المسئول/المخطئ. وقد تكون ظروف أخرى مثل خطأ المضرور ، وتغير عناصر الضرر ، والتضخم أو تغير قيمة النقود ، والضرائب والفوائد وعائد الاستثمار.

**28/1/3 - الظروف الشخصية للمضرور :** سبق القول في الفصل الخاص بالحق في السمعة أن اختلاف صفة المدعى عليه ، بين كونه أحد شاغلي الوظائف القيادية في الدولة أو من أحد الشخصيات العامة وبين كونه فرد عادي من آحاد الناس ، تؤدي إلي اختلاف بعض شروط توفر المسؤولية وطرق إثباتها. فدفع المسؤولية في النظام اللاتيني في حالة الطعن في أعمال الموظفين العموميين ومن في حكمهم يكون بإثبات حقيقة وقائع الإسناد. ويشترط القانون المصري شرطاً خاصاً في هذه الحالة

<sup>(١٩٩)</sup> Civ. 1, 21 juill 1982, B. 11, no. 109 ; Commaillie 83, 51, obs. Ph. Le Tourneau

<sup>(٢٠٠)</sup> جاء في المذكرة الإيضاحية تعليقاً علي هذا النص أنه "ينبغي أن يعتد في هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف. والواقع أن جسامة الخطأ لا يمكن الإغضاء عنها ، في منطق المذهب الشخصي أو الذاتي ، ولذلك تجرى التقنيات الحديثة علي إقرار هذا المبدأ .."

<sup>(٢٠١)</sup> السنهوري : الوسيط ج ١ ، المرجع السابق رقم ٦٤٨ ص ٩٧١-٩٧٤ - سليمان مرقس : الوافي ، المرجع السابق ج ٢ رقم ١٩٤ - عبد المنعم البدرأوى : النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري ، الجزء الثاني أحكام الالتزام (١٩٩٢) رقم ٥٢ ص ٧٣-٧٤ - جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ص ٥٤٢ - توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام ، في مصادر الالتزام (مع مقارنتها بين القوانين العربية) الدار الجامعية (١٩٨٨) ص ٤٠٢ ، ٤٠٣ - محمد شكري سرور : موجز الأحكام العامة للالتزام ، المرجع السابق رقم ٥٨ ، ٥٩ ص ٥٦-٥٧ - علي نجيدة : النظرية العامة للالتزام وفقاً لقانون المعاملات المدنية وأحكام الشريعة الإسلامية ، الكتاب الأول، مصادر الالتزام (١٩٩٤/٩٣) ص ٥١٤ ، ٥١٥ - محمود عبد الرحمن محمد : النظرية العامة للالتزامات ج ٢ ن أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية (١٩٩٩) ص ١١٧-١٢١

هو ضرورة توافر حسن النية. وفي أمريكا علي الشخص العادي أن يثبت فقط أن النشر تم بإهمال أو دون اتخاذ العناية المعقولة. أما الشخص العام فعليه أن يثبت إضرار سوء القصد. وقد يستفيد الشخص العام مثل السياسي أو الفنان المغمور مما يكتب عليه حتى ولو كان تشهيراً. وذلك بالطبع عكس حالات أخرى لرجال الفكر والأدب والفن حيث قد يؤدي فعل التشهير أو انتهاك الخصوصية إلي التقليل من مصداقيتهم أمام الجماهير التي تعتبرهم نموذجاً يُحتذى به.

ومن ظروف المضرور الشخصية تاريخ حالته الصحية وتطورها. حيث يختلف تأثير الخطأ علي الأشخاص وفقاً لظروفهم الصحية ، فمريض القلب أو الذي لديه ميل إلي وجود ضغط دم عالي أو منخفض تتفاقم حالته الصحية ويتعاطم الضرر البدني إذا تعرض لآلام نفسية أو صدمات عصبية. وكذلك يقل وينخفض متوسط عمر مريض السكر إذا أصيب في حادث ونزف الدم. ومن هذه الظروف حالة المضرور الاجتماعية. إذ أن تأثير الفعل الضار يختلف علي المضرور من حيث كونه أعزب أو متزوج أو يعول أسرة مسئولة منه. ويدخل في الاعتبار متوسط دخل المضرور وعائد عمله فإذا كان هذا الدخل كبيراً كان الضرر كبيراً<sup>(٢٠٢)</sup>. وحتى طبيعة وأسلوب عمل المضرور يتأثران بالفعل غير المشروع بدرجات تختلف مع طبيعة عمل كل شخص ، فإذا أصيب المغني أو الممثل أو المذيع في جهازه الصوتي أو الموسيقي أو الرسام أو النحات في يديه أو لاعب الكرة أو الرياضي بصفة عامة في أطرافه المؤثرة في أدائه كقدمه أو يديه فقد مصدر رزقه.

ويؤخذ في الاعتبار في تقدير التعويض النقدي عمر المضرور. ويكون ذلك باتباع طريقة الحساب التنازلي لأعمار المتضررين حتى يستفيد صغار السن بتعويض أكبر مما يحصل عليه الكبار. إذ أن من تقدم شوطاً في الحياة قد لبي بعض حاجاته وقضي أوطاره من الدنيا بقدر الفترة الطويلة التي عاشها. وعلي العكس يكون الطفل علي عتبة الحياة في بداية سلم العمر ويكون احتياجه لما يساعده علي الحياة أكثر إلحاحاً. وبهذا المعيار يرى الباحث أن يكون التعويض النقدي لصغار السن بنسبة تربو عما يُمنح لكبار السن. ومن أمثلة تأثير عمر المضرور إصابة الطفل الصغير بالعمى يحرمه من بعض متع الحياة طوال مدة عمره الباقية فلا يستطيع ركوب دراجة أو الاشتراك في مباراة رياضية أو مشاهدة الأفلام السينمائية أو التلفاز كغيره من أقرانه.

29/1/3 - ظروف المسئول : يرى البعض عدم الاعتداد بظروف المسئول في تقدير التعويض النقدي وأن المقصود بالظروف الملايئة في المادة (١٧٠) من التقنين المدني المصري هي التي تلابس المضرور. وسواء كان المسئول غنياً أو فقيراً فلا يزيد أو يقلل من مقدار التعويض. ويستثنى من ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول علي

(٢٠٢) انظر في ذلك السهوري : المرجع السابق رقم ٦٤٨

تعويض مناسب ، فيجوز إلزام غير المميز بتعويض عادل<sup>(٢٠٣)</sup>. ومع ذلك إذا أنكرنا تأثير الحالة المالية للمسئول وهو رأى له وجاهته وسنده المنطقي إلا أنه يفرغ النظام القانوني للمسئولية التقصيرية من فاعليتها كوسيلة للردع والزرع. فإذا تجاوزنا عن تأثير يسار المسئول أو إعساره إلا أنه لا يمكن أن نغض الطرف عن تأثير أمور أخرى خاصة بالمسئول في تقدير التعويض. فالصحفي مثلاً يتمتع ببعض الإعفاءات في قانون التشهير إذا توخى الصدق والحقيقة في وقائع الإسناد أو النقد الحر النزيه دون التجاوز إلي الأمور الخاصة. وهذه الصفة وسلوكه كفيلتان بدرء المسئولية المدنية. فإذا ظل بهذه الصفة وتجاوز الحدود بذكر وقائع غير صحيحة عن موظف عمومي أو شخصية عامة أو تجاوز حدود النقد المشروع فيجب أن نقر بأن له وضعاً يختلف عن الآخرين من خلال قوة الميديا التي يعمل فيها. فله الفعل ورد الفعل وبتعبير آخر كتابة الخبر أو المقال أو التحقيق الصحفي. فإذا سمح للمشهر به الرد وفقاً للقانون فإنه لا يكون بحجم النشر السابق. ناهيك عن ذلك أن الصحفي يقوم بالتعليق الأخير الذي يترك الانطباع الأخير لدى القارئ. فالصحفي يكتب بصفة دورية بينما المضرور يرد مرة واحدة علي ما نُشر ضده. ومن بيده سلاح القلم يملك الكثير ويكون في وضع أفضل لذلك يرى الباحث أن يزيد مقدار التعويض النقدي طردياً مع الدور الاجتماعي الذي يقوم به الصحفي في المجتمع. ومن العوامل الجديرة بالاعتبار في سلوك المسئول حالة حسابه بتدبر وروية لما سيعود عليه من ارتكاب الفعل الضار وبما سيدفعه تعويضاً للمضرور. وارتكابه الفعل الضار إنما تم بعدم وبعد حساب ما سيجنيه من زيادة توزيع أعداد الجريدة وما سيتكلفه من تعويض ومصاريف قضايا وأتعاب محاماة. ومن ثم يتعين أن يكون التعويض المدفوع مجهضاً لهذا التفكير بحيث يحرم المسئول من العائد المادي من جراء فعل التشهير سيما وأن القول بضرورة معادلة التعويض للضرر هنا يصعب تحقيقه لأن الضرر معنوي إلا أن تأثيره يشمل الحياة السياسية أو الفنية للمقذوف في حقه فلا أقل من أن يكون تعويض المضرور مساوياً لما حصل عليه المسئول.

30/1/3 - خطأ المضرور: قد يكون خطأ الضحية (١) السبب الحصري للضرر الحادث له *cause exclusive du dommage*. وقد يكون (٢) سبباً جزئياً للضرر *cause partielle du dommage* أي يشترك المضرور بخطئه في وقوع الفعل الضار ، وهو الخطأ المشترك *faute commune - contributory negligence*. وذلك علي بعض من التفصيل الآتي :

31/1/3 - خطأ المضرور الحصري: إذا تبين أن فعل الضحية هو السبب الحصري لوقوع الضرر بمعنى أنه يستغرق كل علاقة السببية *il absorbé "intégralité de la cause"*. فنكون في الحقيقة أمام حالة وجود سبب أجنبي عن الخطأ مثل القوة القاهرة ومن ثم يُعفى المدعى عليه كلية من المسئولية لأنه لا يوجد فعل يسبب المسئولية من جانبه ، وذلك تطبيقاً لقاعدة أن من ساهم بخطئه في إحداث

<sup>(٢٠٣)</sup> السنهوري : المرجع السابق ص ٩٧٣ - أنظر أيضاً محمد شكري سرور : الأحكام ، المرجع السابق حيث يرى عدم شمول الظروف الملازمة



ضرر بنفسه لاحق له في المطالبة بالتعويض Quod si quis ex culpa sua damnum sentit, no intelligitur damnum sentire (Pomponius , Dig., Lib. L. , Tit. XV11, 203)<sup>(٢٠٤)</sup>. ونفس القاعدة تطبق إذا كان فعل المصاب لا يمكن توقعه imprévisible ويستحيل دفعه insurmontable من قبل المدعى عليه. ويجب علي قاضي الموضوع أن يوضح وجود هاتين الصفتين الجمعية cumulatifs<sup>(٢٠٥)</sup> وتراقب محكمة النقض هذه النقطة<sup>(٢٠٦)</sup>. ولا يهم أن يُوصم فعل المضرور بأنه مخطئ مادام كان فعله لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه<sup>(٢٠٧)</sup>. وفي مصر قررت محكمة النقض في دائرتها الجنائية أن خطأ المجني عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافياً بذاته لإحداث النتيجة<sup>(٢٠٨)</sup>.

ولا يختلف القانون الإنجليزي عن اللاتيني في هذا الحكم فحيث يكون فعل المدعى هو السبب المباشر أو الباعث الأقرب proximate cause تتنقي معه مسئولية المدعى عليه. لأن الضحية أذنب في حق نفسه بإهماله<sup>(٢٠٩)</sup>.

### ثانياً المساهمة الجزئية لخطأ الضحية في وقوع الضرر : الخطأ المشترك:

32/1/3 - يتوافر وجود هذه الحالة حينما يساهم كل من المضرور والمسئول في تحقيق الضرر دون أن يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر. فنجد أنفسنا أمام خطأين متميزين يتصفان بالاستقلالية وأن كل واحد يمكن اعتباره السبب المباشر في وقوع الحادث المسبب للضرر ولولاه لما وقع الضرر. وقد ابتدع القضاء الفرنسي هذا الحكم لإنقاص مقدار التعويض بمقدار ما ساهم الضحية في إحداث الضرر إذ أن عليه التزام السهر علي أمنه الشخصي<sup>(٢١٠)</sup>.

Civ. 2, 19 fév. 1992, B11, no.53 – 4 mars 1992, B.11, no.74 – 20 janv. 1993, B11, <sup>(٢٠٤)</sup>

no.21 – Grenoble 10 mai 1994, JCP 95, 1V, 482

Civ. 2, 21 janv. 1981, B. 11, no. 16 <sup>(٢٠٥)</sup>

Civ. 2, 8 juin 1994, B. 11, no. 15 <sup>(٢٠٦)</sup>

Civ. 2, 7 déc. 1963, D. 64, 569, n. Tunc ; JCP 65, 14075, n. Dejean de la Bâtie – 16 oct. <sup>(٢٠٧)</sup>

1968, B.11, no. 244 – 21 déc. 1970, D. 71, 381 – Civ. 1, 31 janv. 1973, B. 1, no. 41

<sup>(٢٠٨)</sup> نقض جنائي ٢٥ إبريل ١٩٦٦ ، مجموعة احكام النقض الجنائي ١٧-٤٧٥-٩٠- أيضاً ١٤ يونية ١٩٦٦ مجموعة

أحكام النقض ١٧-٨٠٦-١٥٢

Wakelin v. L. S. W. Ry. (1886) 12 App. Cas. 41, 45 <sup>(٢٠٩)</sup>

Mazeaud et tunc : Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et <sup>(٢١٠)</sup>

contractuelle, t. 11. 5e. éd. , no. 1505, p. 497 – C. Lapoyade-Deschamps : La responsabilité de la victime, thèse, Bordeaux, 1977, préf. A. Tubc, p. 58 – F. Chabas : "Fait ou faute de la victime ? » , D. 1973, chron 207 – B. Puill : "Les caractères du fait non fautif de la

– victime", D. 80, chron. 157 -- ومن الفقه المصري : السنهوري : المرجع السابق ج ١ فقرة ٥٩٦ ص ٨٨٨

٨٩٥ – سليمان مرقس : الواقي المرجع السابق ج ٢ رقم ١٧٧ ص ٤٩٠-٤٩٨ – جميل الشرقاوي : النظرية العامة

لالتزامات ، المرجع السابق ص ٥٣٣-٥٣٥ – حسن فرج : النظرية العامة للتزام ، المرجع السابق ص ٣٩٦ ، ٣٩٧ –

محمد شتا أبو سعد : الخطأ المشترك، دار الفكر الجامعي ن ص ٨ وما بعدها ، ص ٣٦-٥١

حاول الفقه الفرنسي إيجاد الأساس القانوني لقسمة المسؤولية *partage* <sup>(٢١١)</sup>. فقيل أولاً إذا أعتبر كل من المدعى عليه والضحية شريكاً للفاعل الأصلي *coauteurs* في إحداث الضرر ، فيمكن إعمال قاعدة الالتزام بالتضامن *l'obligation in solidum* <sup>(٢١٢)</sup>. وكما يوضح مازو أنه منذ اللحظة التي يتدخل فيها الضحية بدور في تحقق الضرر يكون كافياً لاعتبار هذا التدخل سبب للضرر <sup>(٢١٣)</sup>. ويهدف المشايعون لهذه النظرية إلى أن يؤدي الأخذ بها إلى وجود نوع من تخفيف للمسؤولية يسمح بتخفيض ما يحصل عليه المدعى من تعويض <sup>(٢١٤)</sup>.

وتحليل آخر لهذا الإعفاء الجزئي نتيجة خطأ الضحية يقود إلى نفس المعنى السابق لكنه ينظر إلى إنقاص مقدار التعويض على أساس أنه جزاء السلوك الخاطئ للضحية كنوع من بقايا العقوبة الخاصة <sup>(٢١٥)</sup>. وهذا التفسير يتفق مع الفكر القائل بأن المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي تقوم بوظيفة العقوبة الخاصة <sup>(٢١٦)</sup>.

33/1/3 - يترتب على ثبوت خطأ الضحية تقسيم المسؤولية بينهما. ليس بسبب وجود خطأ مشترك كما يُقال غالباً وإنما لوجود خطأين متميزين ساهم كل منهما في إحداث الضرر. الأمر الذي يترتب عليه إنقاص التعويض المستحق للضحية لكن دون إلغائه كلية <sup>(٢١٧)</sup>. ويسرى هذا الإنقاص فقط على التعويض النهائي دون التعويض المؤقت <sup>(٢١٨)</sup>، لكن إذا تبين أن خطأ المضرور كان خطأً عمدياً ، يعفى الفاعل من المسؤولية كلية بحسبان أن خطأ الضحية استغرق خطأ الفاعل وأصبح السبب الكامل

<sup>(٢١١)</sup> Josseland : "La responsabilité envers soit-même » , D. H. 1934, chron. 73

<sup>(٢١٢)</sup> الالتزام بالتضامن خلق قانوني من إبتداع القضاء الفرنسي في نهاية القرن التاسع عشر : D. 11 juill. 1892 , Civ. 1

*l'obligation in solidum* الذي لا يفترض وفقاً للمادة (١٢٠٢) من القانون المدني الفرنسي التي تقضي : « La solidarité ne se présume point , il faut quelle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lie de plein droit , en vertu d'une disposition légale »

مسئول عن الضرر. حينئذ ، وكما يقول شاباس في رسالته يكون كل واحد من الفاعلين مسؤولاً عن كل (الضرر). لأنه

F. Chabas : L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation, thèse, préf. H. Mazeaud, LGDJ, 1967, p. 21, no. 16

H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas : Leçons de droit civil, 8e éd. par F. Chabas <sup>(٢١٣)</sup>

<sup>(٢١٤)</sup> رسالة فرانسوا شاباس السابقة رقم ٤٧

B. Starck : « La pluralité des causes des dommages et la responsabilité civil (La vie brève d'une fausse équation : Causalité partielle : responsabilité partielle)" JCP, 1970.1. 2339, no. 57 – B. PUIILL : Gravité ou causalité de la faute de la victime en responsabilité civile, D. 1984, ch. p. 58

S. Carval : La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée , LGDJ, 1995, préf. <sup>(٢١٦)</sup>

G. Viney no 432

Req. 17 sept. 1940, GP 40, 2, 56 – Civ. 1, 14 déc. 1982, B. 1, no. 355 ; RT 83, 342, obs. <sup>(٢١٧)</sup>

Durry

Crim. 22 fév. 1951 , D. 51 , 400 <sup>(٢١٨)</sup>

التام للضرر<sup>(٢١٩)</sup>. وكذلك الأمر إذا أُعتبر أن خطأ الضحية كان في تحريض الفاعل علي ارتكاب خطئه provocation de l'auteur<sup>(٢٢٠)</sup>. ويبرر بعض الفقه الإغفاء الكلي للفاعل من المسؤولية في هاتين الحالتين بأنه إرادة عقاب الضحية علي ارتكابه خطأ علي درجة خاصة من الجسامة أكثر منه اعتبار خطأ الضحية هو السبب الحصري للضرر<sup>(٢٢١)</sup>. وإن كانت المحاكم الفرنسية تسير علي عكس هذا الرأي وتبرر الإغفاء بأن خطأ الضحية هو السبب الحصري لوقوع الضرر<sup>(٢٢٢)</sup>.

34/1/3 - وفي مصر تقضي المادة (٢١٦) من التقنين المدني بأنه "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض ، أو لا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه". ومؤدى هذه المادة أنه إذا كان خطأ الفاعل وخطأ المصاب لا يستغرق أحدهما الآخر يحكم القاضي بتعويض جزئي يراعى فيه نسبة مساهمة خطأ كل من الطرفين. وإذا استغرق خطأ الفاعل خطأ المضرور فيحكم القاضي بالتعويض دون نقصان. والعكس إذا استغرق خطأ المضرور خطأ المسئول فلا يحكم القاضي بتعويض<sup>(٢٢٣)</sup>. وإذا كان أحد الخطأين نتيجة خطأ الآخر فإن الخطأ الأول يجب الخطأ الثاني ويتحمل مرتكبه المسؤولية كاملة سواء كان الفاعل فيلزم بالتعويض كاملاً أو الضحية فلا يحكم القاضي بتعويض<sup>(٢٢٤)</sup>.

35/1/3 - يطلق علي خطأ المضرور الذي يساهم في إحداث الضرر في النظام الإنجليزي الإهمال المساهم contributory negligence بمعنى أن المدعى أخفق في اتخاذ الحذر المعقول للحفاظ علي سلامته في مواجهة الخطر الذي حاق به ، فهو قد ساهم في إلحاق الضرر بنفسه<sup>(٢٢٥)</sup>. وكان هذا الخطأ دفعاً لدرء مسؤولية المدعى عليه في القانون العام. وقد أرسى هذا المبدأ اللورد بلاك بيرن<sup>(٢٢٦)</sup>. ثم جدد قضايا وجدت المحاكم فيها أنه ليس من الإنصاف أو المعقولة اعتبار الضحية المسئول الوحيد بالرغم من أن الحادث ما كان ليقع لولا إهماله. بدأت هذه السلسلة من القضايا بقضية ديفيس ضد مان<sup>(٢٢٧)</sup>. وقد حاول الفقه التخفيف من غلواء قاعدة

---

rappr. Viv. 1, 16 oct. 1984, B. 1, no. 266 ; Def. 85, art. 33533, no. 46, obs. Aubert—<sup>(٢١٩)</sup>  
Civ. 1re. , 26 févr. 1991, Bull. civ. 1, no. 73 – Civ. 1re. , 16 juin 1992, Bull. civ. 1, no. 185,  
D. , 1993, somn. p. 312, obs. J. L. Aubert – Civ. 2e. , 2 avr. 1997, JCP, 1997, 1V. 1160  
Civ. 2e, 24 juin 1992, Resp. civ. et assur. 1992, comm. no. 345, RTD civ. 1993, p. 141 ,<sup>(٢٢٠)</sup>  
obs. P. Jourdain<sup>(٢٢١)</sup>

G. Viney , P. Jourdain : Traité , opcit , no. 432 , p. 295  
Civ. 1re. , 9 oct. 1991, Bull. civ. 1, no. 259 – Civ. 1re., 5 nov. 1996, Bull. civ. 1, no. 379<sup>(٢٢٢)</sup>

<sup>(٢٢٣)</sup> السنهوري : الوسيط ج ١ رقم ٥٩٦ – سليمان مرقس : الوافي ج ٢ رقم ١٧٧ ص ٤٩٤ وما بعدها والأحكام التي  
يشير إليها

<sup>(٢٢٤)</sup> السنهوري : المرجع السابق رقم ٥٩٥ – – محمد شتا أبو سعد : الخطأ المشترك، المرجع السابق ص ٨٢-٩٩  
<sup>(٢٢٥)</sup> Moor v. Nolan (1960) 94 I. L. T. R. 153  
<sup>(٢٢٦)</sup> Cayzer Irvine & Co. v. Carron Co. (1884) 9 App. Cas. , 873, 881  
<sup>(٢٢٧)</sup> Davies v. Mann (1842) 10 M. & W. , 546

القانون العام بابتكار ما يسمى بمبدأ الفرصة الأخيرة last opportunity أو الفرصة الأخيرة الواضحة last clear opportunity , last clear chance<sup>(٢٢٨)</sup>. ويعنى هذا المبدأ اعتبار الشخص ، الذي توافرت لديه الفرصة الأخيرة لتجنب حدوث الضرر ولم يقتنصها بإهمال ، مسؤولاً عن الضرر كلية.

لكن التدخل التشريعي بقانون الإصلاح (الخطأ المساهم) لسنة ١٩٤٥ عدل من مسلك القانون العام؛ حيث قرر في مادته الأولى عدم دفع مسئولية مرتكب الخطأ بدعوى مساهمة المضرور بخطئه في حدوث الضرر ، وإنما يتم إنقاص التعويض إلي الحد الذي تراه المحكمة محققاً للعدالة بالنظر إلي نصيب المدعى في مسئولية إحداث الضرر "but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant's share in the responsibility for the damage". ولا تستطيع المحكمة أن تخفض مقدار التعويض إلا بناء علي طلب المدعى عليه<sup>(٢٢٩)</sup> ، وبعد إثباته الإهمال المساهم ضد المدعى وليس فقط إثبات انتهاكه لواجب قانوني<sup>(٢٣٠)</sup>. وبموجب هذا التشريع إذا قررت المحكمة اشتراك كل من الضحية والفاعل في إحداث الضرر تقوم بتجزئة التعويض بينهما أي بتخفيض قيمة التعويض الذي يدفعه المدعى عليه بنسبة خطئه. ويتحدد الخطأ بمعيار الرجل المعقول<sup>(٢٣١)</sup> أي بمدى استحقاقه اللوم إذا وجد في نفس ظروف الخطأ المساهم<sup>(٢٣٢)</sup>. وتأخذ المحكمة في الاعتبار في تخفيض التعويض عامل "العدل والإنصاف" علي ضوء وقائع الدعوى. ومن ثم تكون النسبة الدقيقة لتخفيض التعويض مسألة متعلقة بالوقائع<sup>(٢٣٣)</sup>.

36/1/3 - ولا يختلف الأمر في فقه الشريعة الإسلامية الذي يرى أنه إذا اشترك كل من المسئول والمضرور في تحقيق الضرر دون أن يستغرق خطأ أحدهما الخطأ الآخر ، يقع علي كل واحد منهما ضمان ما أتلفه علي الآخر من نفس أو مال. ويؤيد ذلك الأحناف والحنابلة والمالكية والزيدية والظاهرية. بينما يرى الشافعية والإمام زفر من الأحناف والإمامية وبعض الزيدية أن علي كل واحد ضمان نصف ما أتلفه علي الآخر من نفس أو مال<sup>(٢٣٤)</sup>.

### تفانم الضرر :

37/1/3 - الزمن دالة في تغير الضرر في قدره أو قيمته ، تفانماً أو انحصاراً ، زيادة أو نقصان. بيد أن اللحظة الحاسمة في متغير الزمن هي وقت صدور الحكم. فتقدير مدى حجم الضرر

<sup>(٢٢٨)</sup> أول من استخدم هذه التعبيرات الفقيه الإنجليزي سالوند في كتابه قانون الأفعال الضارة ، الطبعة الثالثة في عام ١٩١٢

ص ٣٩-٤٣ ، والطبعة السادسة ص ٤٠-٤٢

Fookes v. slaytor [1978] 1 W. L. R. , 1293

(٢٢٩)

Westwood v. Post Office [1974] A. C. 1

(٢٣٠)

O'Sullivan v. Dwyer [1971] 1 R. 275 , 286

(٢٣١)

Carroll v. chare County Council [1975] 1 R. 221

(٢٣٢)

Gregory v. Kelly [1978] R. T. R. 426

(٢٣٣)

<sup>(٢٣٤)</sup> محمد شتا أبو سعد : الخطأ المشترك ، المرجع السابق ص ٣٢-٣٤ والمراجع المشار إليها في هامش (١)

وقيمته يتم ، وكما سبق القول ، وقت صدور الحكم النهائي بالتعويض بفرضية أن القاضي يراعي في حكمه بالتعويض النقدي قدر ومقدار التغير من وقت وقوع الضرر وحتى تاريخ الحكم النهائي. وتطبيقاً لهذا المبدأ يقضى كل من قانون المرافعات الفرنسي (م/٥٦٦) والمصري (م/٢٣٥/٢) بحق المضرور في طلب زيادة التعويض أمام المحكمة الاستئنافية. وهذا يعنى أحقية المدعى في التعويض عن الضرر المتفاقم من وقت صدور حكم أول درجة وحتى صدور الحكم الاستئنافي<sup>(٢٣٥)</sup>. ومع ذلك فقد ينحسر وقت تقدير عناصر الضرر وتقويمها النقدي إلي ما قبل صدور الحكم النهائي أو يمتد إلي ما بعد صدور هذا الحكم في حالات معينة. ولا يقتصر هذا التقدير والتقييم علي حالات تفاقم الضرر وارتفاع الأسعار والتضخم بل إنه يشمل أيضاً حالات التحسن المرضي وانخفاض الأسعار وزيادة القوة الشرائية للنقود :

37/1/3 - أولاً : تقدير التعويض قبل صدور الحكم النهائي: تتحدد عناصر الضرر وقيمته في وقت سابق علي صدور الحكم النهائي في الحالات التالية :

١ - قيام المضرور بإصلاح الضرر : قد يفضل المضرور إصلاح ما لحقه من ضرر دون انتظار لصدور حكم قضائي نهائي. يتجه الفقه والقضاء في فرنسا ومصر إلي الاعتراف بوقت القيام بهذا الإصلاح لتقدير الضرر المستحق عنه التعويض<sup>(٢٣٦)</sup>. والمبررات القانونية لهذا الرأي تتمثل في تحقق هدف التعويض وهو إعادة التوازن المفقود بسبب الفعل الضار إلي ما كان عليه قبل ارتكاب هذا الفعل ، حيث يتحمل المسئول النفقات التي تكبدها المضرور فعلاً لإصلاح الضرر. ومن ثم لا يعتد بالتغير في قيمة الضرر بعد ذلك سلباً أو إيجاباً. والسند الثاني لهذا الرأي هو ضرورة الاعتراف بما دفع من نقود لإصلاح الضرر بصرف النظر عن تغير قيمتها الشرائية<sup>(٢٣٧)</sup>. وهو قول يبدو منطقياً إذ أن الضحية لم بعد دائناً بقيمة créancière d'une valeur nominale<sup>(٢٣٨)</sup>. بمبلغ من المال محكوم بمبدأ القيمة الاسمية للنقود nominalisme<sup>(٢٣٨)</sup>.

٢ - خطأ المضرور : ويتمثل هذا الخطأ في عرض المسئول بإصلاح الضرر وقت علمه بوقوعه وقبل أن يتفاقم لكن الضحية رفض هذا العرض<sup>(٢٣٩)</sup>. أو أن التأخير في دفع التعويض (قبل صدور الحكم النهائي) يرجع لخطأ أو بفعل الضحية بمزاعم غير مبررة<sup>(٢٤٠)</sup>. فإذا حدث العكس وانخفضت الأسعار وقت

<sup>(٢٣٥)</sup> نقض مدني ٢٨ يولييه ١٩٩٣ ، مجموعة النقض المدنية ، س ٤٤ ، ج ٢ ص ٨٨٧ ، رقم ٢٨٤

<sup>(٢٣٦)</sup> احمد شوقي محمد عبد الرحمن : مدى التعويض عن تغير الضرر ، المرجع السابق ص ٦٤ والمراجع المشار إليها في

هامش (١) - فيصل ذكي عبد الواحد : أثر تغير قيمة النقود علي تقدير التعويض ، المرجع السابق ص ٦٤ والمراجع

المشار إليها في هامش (١)

Savatier : Traité , opcit , no. 602

<sup>(٢٣٧)</sup>

Crim 25 déc. 1960, S. 61, 1, 137 – Civ. 2, 19 nov. 1975, D. 76, 137, note Ph. Le <sup>(٢٣٨)</sup>

Tourneau; RT 76, 550, obs. Durry

Paris 10 mai 1922, DP 23, 2, 58 – Rapp. Soc. 2 et 10 juill. 1953, D. 54, 73, note R. <sup>(٢٣٩)</sup>

Savatier

Paris 20 déc. 1950, S. 52, 1, 37 ; RT 52, 387 –Crim. 11 mai 1948, D. 48, 506, note. H.L. <sup>(٢٤٠)</sup>

صدور الحكم النهائي عن وقت عرض المسئول بإصلاح الضرر فيعتد بقيمة الضرر وقت صور الحكم<sup>(٢٤١)</sup>.

٣ - الإخلال بالتزام نقدي : يكون الالتزام النقدي معلوم المقدار وقت الطلب فإذا تأخر المدين في الوفاء به فلا يعتد إلا بالقيمة الاسمية للنقود وقت طلبها دون اعتبار لتغير قدرتها الشرائية<sup>(٢٤٢)</sup>.

39/1/3 - ثانياً : تقدير التعويض بعد صدور الحكم النهائي : وكما سبق القول بأن تحديد مبلغ التعويض هو دالة في معطيات متغيرة بتغير الزمن. فقد يحدث بعد صدور الحكم النهائي أو الاتفاق علي التعويض تغير في : حالة المريض ، تكاليف الحياة ، التغير في المعاشات لأصحاب المهنة التي ينتمي إليها الضحية .. الخ. فهل يمكن تعديل أساس حساب التعويض الأولي الذي حكمت به المحكمة نهائياً أو الصلح الذي تم بين المسئول والضحية ؟. الفرض الأولي أن التغير في عناصر أو تقدير التعويض قد يتصل بأحد قطبيه : التخفيض نتيجة التحسن أو الزيادة نتيجة التفاقم. فضلاً عن أن الإجابة الإيجابية للسؤال تصطدم مع مبدأ قانوني مستقر وهو حجية الأمر المقضي به لإتخاذ الخصوم والسبب والمحل<sup>(٢٤٣)</sup>.

ومع ذلك يمكن النظر في إعادة التقييم بعد صدور الحكم النهائي في حالتين : الأولى : رفع دعوى جديدة لاختلاف المحل وهو الضرر اللاحق ، والحالة الثانية : إذا خصص الحكم إيراد مرتب متغير يطلق عليه أحياناً بالعائم flottante ، وفقاً لمتغيرات اقتصادية<sup>(٢٤٤)</sup>. وقد تبنت الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ<sup>(٢٤٥)</sup> وأكدته بعض التشريعات التي صدرت مثل التشريع الصادر في ٢٤ مايو ١٩٥١ الخاص بالإيراد مدى الحياة ، والتشريع رقم ٧٤-١١١٨ الصادر في ٢٧ ديسمبر ١٩٧٤ بعد صدور حكم الغرفة المختلطة الخاص بإعادة التقويم السنوي للإيراد الدوري بتطبيق معدلات الزيادة الواردة بالنسبة لحوادث العمل. وأخيراً قانون ٥ يولييه ١٩٨٥ الذي عدل المادة الأولى من قانون ٢٧ ديسمبر ١٩٧٤ الذي سمح بالتوسع بالتعديل التلقائي والكامل علي ضوء المتغيرات في القوة الشرائية للنقود.

وفي مصر إذا لم يتمكن القاضي من تقدير التعويض بصفة نهائية عند صدور الحكم النهائي وتقادياً لمواجهة مبدأ حجية الأمر المقضي به فيمكنه الاحتفاظ

---

<sup>(٢٤١)</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل : تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض (١٩٩٥) فقرة

<sup>(٢٤٢)</sup> أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ص ٨٧-٨٩

<sup>(٢٤٣)</sup> Ph. Malaurie : "L'inflation et le droit civil des obligations", Mél. P. Azard, Cujas,

(1980) p. 179 et s.

<sup>(٢٤٤)</sup> Lalou et Azard : Traité pratique de la responsabilité civil, D., 6e éd. (1962) p. 181-182 -

H. Margeat : "Indexation et revalorisation des rentes droit commun », JCP 1977, 1, 2855 -

H. Mazeaud : "Les rentes flottantes et la réparation des accidents, D. 1951, chron. 17

<sup>(٢٤٥)</sup> Ch. mixte 6 nov. 1974, 2e. esp. Reversat et Delle Sourdonnier, JCP, 75, 17978, concl.

Gégout, n. R. Savatier

للمضرور بالحق في طلب إعادة النظر في تقدير التعويض إذا ما ظهرت دواعي لذلك خلال مدة يحددها الحكم<sup>(٢٤٦)</sup>

والرأي السائد في النظام الإنجليزي هو عدم الاعتداد بالتضخم في تقدير التعويض بعد صدور الحكم إذ أن الاعتقاد العام أنه يمكن مقاصة هذا التضخم بالاستثمار الرشيد<sup>(٢٤٧)</sup>. وأيد القضاء هذا المبدأ<sup>(٢٤٨)</sup> وأكدته مجلس اللوردات<sup>(٢٤٩)</sup>.

39/1/3 - الفائدة على مبلغ التعويض: يجوز للقاضي في مجال المسؤولية التصديرية أن يدخل في تقديره لحساب التعويض عن الفعل الضار الظروف المحيطة بإجراءات الدعوى مثل طول أمد التقاضي ومن ثم الفوائد عن التأخير بحيث يشمل التقدير النهائي هذه الفوائد<sup>(٢٥٠)</sup>. وهو أمر منطقي إذ أن الدين غير محقق من حيث المبدأ وغير محدد من حيث المقدار. وقد أدخل المشرع الفرنسي بتشريع ٥ يولييه ١٩٨٥ مادة جديدة في القانون المدني برقم (١/١٥٣) بموجبها ، وحيث يكون الحكم بالتعويض كاشف constitutif ، لا تستحق الفوائد القانونية على مبلغ التعويض إلا من اليوم الذي يصدر فيه الحكم. والعلة في ذلك أن الدائن منذ ذلك التاريخ تحول من دائن أو صاحب حق في دين بسيط للقيمة إلي صاحب التزام بمبلغ من المال<sup>(٢٥١)</sup>. ويخول قانون وزارة العدل في المملكة المتحدة الصادر في عام ١٩٧٩ ، قسم (٢٢)<sup>(٢٥٢)</sup> المحاكم صراحة بالحكم بفائدة على مبالغ التعويض التي تحكم بها. وأصبح أمراً عادياً لدى القضاء ذكر الفائدة المستحقة على مبالغ التعويض ضمن عناصر الضرر. وقد حدد مجلس اللوردات في أحكامه في قضيتين<sup>(٢٥٣)</sup> قواعد الحكم بالفوائد على النحو التالي:

١ - تعويضات خاصة : تحسب الفائدة على أساس نصف المعدل المناسب

من تاريخ الحادث حتى تاريخ المحاكمة. والمعدل المناسب هو الذي يدفع من عائد حساب خاص كان يعرف سابقاً بحساب الاستثمار قصير الأجل. وأصبح هذا المعدل المناسب ٢٥ ، ١٤% من نوفمبر ١٩٨٩ ؛

٢ - خسارة الدخل المستقبلية : لا تمنح أي فائدة لأن النقود محل الدعوى ليست قابلة للتحديد أو مستحقة حتى يوم الحكم بها. وعلي العكس يجب

<sup>(٢٤٦)</sup> د. علي نجيدة : مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص ٥١٨

<sup>(٢٤٧)</sup> Fleming : "The Impact of Inflation on Tort Compensation", (1978) 26 Am. Jo. of Comparative Law 51

<sup>(٢٤٨)</sup> Cookson v. Knowles [1979] A. C. 556,571, per Lord Diplock

<sup>(٢٤٩)</sup> Lim v. Camden Health Authority [1980] A. C. 174 , per Lord Scarman

<sup>(٢٥٠)</sup> سليمان مرقس : الوافي ، المرجع السابق رقم ١٩٦ - 8 juin - Civ. 2, 102 - D. 40, 1940 janv. 18 Crim 1983, B. 11, no. 86

<sup>(٢٥١)</sup> Civ. 1, 25 janv. 1965, B. 1, no. 70 - Civ. 3, 3 janv. 1969, B. 111, no. 13 - Civ. 1, 28

mars 1977, B. 1, no. 155 - Civ. 2, 9 juill 1980, B. 11, no. 158 - 8 juin 1983, B. 11, no. 124

<sup>(٢٥٢)</sup> التقرير الفقرات ٣٩٣ - ٣٩٨

<sup>(٢٥٣)</sup> Pickett v. British Rail Engineering Ltd. [1980] A. C. 136 - Wright v. British Railways Board [1983] 2 A. C. 773

خصم أي فائدة دُفعت علي المبالغ المقطوعة التي سُددت في أوقات سابقة ؛

٣ - الألم والمعاناة وخسارة متع الحياة : يحكم القاضي بفائدة في حدود ٢% فقط تحسب من تاريخ تسليم عريضة الدعوى ؛

٤ - قضايا الحوادث المميتة : تمنح الفوائد بنسبة نصف المعدل علي الخسارة النقدية من تاريخ الموت حتى تاريخ المحاكمة. ولا تمنح أي فوائد علي الخسارة المستقبلية.

40/1/3 - الضرائب : حيث أن الهدف الأساسي من التعويض الجابر هو إعادة المضرور إلي الحالة التي كان عليها لولا الفعل الضار ، يكون التابع المعقول ، المنطقي ، هو أن تُخصم من مبالغ التعويض ، التي يُفترض فيها أنها معادلة للدخل أو الخسارة السابقة ، الضرائب التي كان من المفروض أن يدفعها لو استمر الحال كما كان عليه قبل الفعل الضار. وهذا الذي دعا مجلس اللوردات إلي تبني هذا المبدأ في حكم له<sup>(٢٥٤)</sup> وخفض مبلغ التعويض مقابل الضرائب المستحقة. وقد بدا هذا الحكم في أول الأمر أنه جديد ومجحف لكثيرين. فلم يكن من السهل أن تفرض المحاكم ضريبة علي الدخل خصوصاً قد لا يكون المستفيد ضرائب الدخل وإنما شركة التأمين المؤمن لديها المدعى عليه. لكنه التطبيق الحرفي لمبدأ إعادة التوازن ووضع المضرور في الحالة التي كان عليها لولا الفعل الضار وأن التعويض يشمل صافي الخسارة وليس إجمالي الخسارة. وقد طبقت هذه السابقة في كل من إيرلندا<sup>(٢٥٥)</sup> وأستراليا<sup>(٢٥٦)</sup>. وقد وُجهت عدة انتقادات لهذا الحكم منها أنه من الخطأ استفادة المدعى عليه من كون المدعى يدخل في شرائح الضرائب العالية. ومنها أيضاً أن المدعى الذي تحطمت قدراته علي الكسب جزئياً أو كلياً يخسر هنا أصوله الرأسمالية ، أي رأس المال المستثمر capital assets مع أن المبدأ الأساسي في قانون الدخل الإنجليزي أن الأصول الرأسمالية لا تخضع لأي ضريبة. وبالتالي لا يجب فرض ضريبة علي التعويض ، الذي يحل محل هذه الأصول الرأسمالية ، أي يجب إعفاءه من الضرائب. لكن إذا كانت مهارات المدعى وخبراته لها نفس طبيعة الأصول الرأسمالية إلا أن الواقع أنه يتم تقويم هذه الأصول بالدخل الذي يمكن أن تدره ، وأن الدخل يتأثر بعامل الضرائب المتوقع. وبايجاز كان هذا الحكم صدى لما يجب أن يكون عليه الواقع العملي. وقد رفض مجلس اللوردات الانسياق نحو المثل المضلل res inter alios acta أي الشيء الواقع بين أغيار. وأنه ليس هناك من سبب لأن يجعل الشخص الذي خسر مبلغ صافي أن يتقاضى مبلغ إجمالي.

## المبحث الثاني :

British Transport Commission v. Gourelly [1956] A. C. 1085 – See : Bishop and Kay : <sup>(٢٥٤)</sup>

"Taxation and Damages : the Rule in Gourelly's case" (1987) 104, L. Q. R. 211

Glover v. B. L. N. Ltd. [1973] 1 R. 432

<sup>(٢٥٥)</sup>

Cullen v. Trappell (1980) 29 A. L. R. 1

<sup>(٢٥٦)</sup>



## التعويض عن ضرر الموت والضرر المرتد

41/1/3 - يُقصد بالضرر المرتد *par ricochet*, *réfléchi* <sup>(٢٥٧)</sup> الضرر الشخصي المحقق والمباشر الناتج عن الفعل الضار، خطأ المتسبب الذي يصيب أشخاص آخرين تربطهم بالمضرور الأصلي علاقة مصلحة أو صلة قرابة ومودة، فضلاً عن الضرر الذي يلحق بالمضرور الأصلي <sup>(٢٥٨)</sup>. فيكون الضرر المرتد انعكاس للضرر الأصلي. مثال ذلك أن يؤدي الفعل الضار إلي إحداث عاهة أو موت شخص ما (المضرور الأصلي) فيتوقف الدعم المالي الذي كان يزود به آخرين (المضرورين بالارتداد)، أو الألم الذي يعتصر الأم الثكلى لوفاة ابنها العزيز أو الآلام النفسية المبرحة التي تعتصر الأب لفقد فلذة كبده.

وقد تواترت أحكام القضاء في فرنسا خلال عدة عقود بين انكسار وانتصار لهذا النوع من الضرر إلي أن استقر العمل به حالياً كمبدأ عام يقضي بأنه "يمكن لكل شخص، يثبت أنه عانى من ضرر شخصي كرد فعل من هذا الذي أصاب الضحية الأولى الحصول علي تعويض" <sup>(٢٥٩)</sup>. وتبعه في ذلك القضاء المصري، مع اختلاف في بعض الأحكام. وتأخذ به المحاكم في إقليم كوبيك بكندا علي أساس أنه يمثل

<sup>(٢٥٧)</sup> يسمح كل من التشريع الفرنسي والمصري بالتعويض عن هذا الضرر. انظر في ذلك: أ- من الأدب الفرنسي: Y.

Chartier: La réparation du préjudice, éd. Dalloz, no. 173 et s. – J. Dupichot: Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, Paris, 1969 – Y. Lambert-Faivre: Le dommage par ricochet, thèse, Lyon, 1959 – Y. Poupard: Les ayants droit d'une victime d'un accident d'automobile, Responsabilité et assurance, thèse, Paris, 1963 – M. Pralus: Le droit à réparation des proches de la victime, thèse, Montpellier, 1967 – R. Savatier: Traité de la responsabilité civile, t. 11, no. 539 et s. – P. Le Tourneau et L. Cadet: Droit de la responsabilité, opcit, no. 539 et s. ب- ومن الأدب المصري: السنهاوي:

الوسيط ج ١، المرجع السابق – سليمان مرقس: "انتقال حق التعويض إلي ورثة المجني عليه"، مجلة القانون والاقتصاد،

مارس ١٩٤٨ – عاطف النقيب: النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي – الخطأ والضرر، ج ٣

(١٩٨٤) – حسن عبد الرحمن قدوس: المصادر غير الإرادية للالتزام (١٩٩١) – ثروت عبد الحميد: الضرر المرتد

الناشئ عن المساس بالحياة أو بالسلامة الجسدية، دار أم القرى للطبع والنشر بالمنصورة. إلا أن بعض القوانين القريبة من القانون الفرنسي أعلنت في تاريخ حديث عدم تطبيقها لهذا المبدأ، وهي حالة القانون السويسري، بعد صدور حكيم

حديثين للمحكمة الفيدرالية، انظر: P. Tercier: La réparation du préjudice réfléchis en droit Suisse. de la responsabilité civile, Gadenkschrift P. Jaggi, Fribourg, 1977, p. 239 et s. إلا أن ذلك لا

ينفي وجود تشريعات مختلفة تسمح بهذا النوع من التعويض. انظر في الدراسة المقارنة عموماً: Harvey McGregor:

Personal injury and death, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, chapter 9

<sup>(٢٥٨)</sup> قريب من ذلك ثروت عبد الحميد، المرجع السابق ص ١٥-١٧

<sup>(٢٥٩)</sup> Viney: Traité, opcit, p. 132

خسارة الدعامة المستقبلية Perte de soutien future . كما نص علي نفس المبدأ القانون المدني العراقي<sup>(٢٦٠)</sup>.

ويتحقق الضرر المرتد في حالتي الإصابة الجسدية للمضرور الأصلي أو وفاته. والتعويض في هذه الحالة الأخيرة هو ما يطلق عليه التعويض عن ضرر الموت. وحيث أن الدراسة المقارنة تكشف أن كلاً من النظام الانجلو أمريكي وفقه الشريعة الإسلامية لا يمنحان تعويضاً بالارتداد عن الإصابات البدنية وإنما يقصران علي حالة الوفاة<sup>(٢٦١)</sup> ؛ لذلك تنسحب الفقرات التالية علي دراسة التعويض عن ضرر الموت.

### المطلب الأول : التعويض عن ضرر الموت في النظم اللاتينية

الفرع الأول: التعويض عن ضرر الموت في فرنسا

42/1/3 - الدعوى الوراثة L'action successorale : "يستطيع الوارث الذي قبل الإرث أن يقيم دعوى التعويض عن الأضرار والمصالح التي رتب لها المتوفى. وهذا يعنى دعوى التعويض التي تكونت في الذمة المالية لهذا الأخير والتي ستورث بموجب الإرث"<sup>(٢٦٢)</sup>. كما يمكن للورثة الاستمرار في الدعوى التي رفعها المورث - المصاب الأصلي- حال حياته وذلك للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمتوفى. ويقع عليهم إثبات هذا الضرر.

ولا يثير التعويض عن الأضرار المادية أي مشكلة من حيث المبدأ<sup>(٢٦٣)</sup>. لكن الصعوبة الحقيقية هي إمكانية الحصول علي تعويض عن الضرر المعنوي ، وهو شخصي ، الذي تكبده مورثهم. فهل يُطبق المبدأ الذي راج في إنجلترا قديماً "actio personalis moritur cum persona" أي أن الحق في الدعوى الشخصية ينقضي بموت صاحبه<sup>(٢٦٤)</sup>. انقسم القضاء الفرنسي ما بين مؤيد ومعارض<sup>(٢٦٥)</sup> إلي أن

<sup>(٢٦٠)</sup> مذكور في : ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ص ١٧ ، هامش (١)

<sup>(٢٦١)</sup> Viney et B. Markesinis : "La réparation du dommage corporel « , Essai de comparaison des droits Français et Anglais, préface: A. Tunc , no. 50 à 55 et 96

<sup>(٢٦٢)</sup> P. Le Tourneau et L. Cadet : Droit de la responsabilité, opcit , no. 311 , p. 95

<sup>(٢٦٣)</sup> Civ. 2, 18 déc. 1978, GP 79, 1, pan., 241, sol. imple. وإن كان لاروميه في تعليقه علي بعض

الأحكام (Civ. 1, 2 mai 1978, B. 1, no. 167 ; D. 78, inf. , 408) يرفض الدعوى المؤسسة علي الغش والمكر

fallacieuse بخسارة الأمل perte d'espérance في الحياة للمتوفى. ويوافقه في ذلك P. Esmein انظر بحثه "ثمن

الأمل في الحياة" : D. 1962, chron. 151

<sup>(٢٦٤)</sup> L. Cadet : Le préjudice d'agrément, thèse, Paris (1983) no. 367-397

<sup>(٢٦٥)</sup> علي عكس الغرفة المدنية فإن الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية استبعدت دعوى الوراثة للتعويض عن الضرر

المعنوي عند موت الضحية الفوري أو أنه عاش وقتاً معيناً ولم يبدأ إجراءات رفع الدعوى. ففي الحالة الأولى يُقال أن

الضحية قد مات فوراً ولم يكن هناك وقت لأن يكابد الألم المعنوي ، وفي الحالة الثانية فإن سكوتة عن رفع الدعوى يعنى

فرضية تنازله الصريح عن طلب التعويض، انظر : Le Tourneau et Cadet , droit de la responsabilité ,

opcit , no. 313

حسنت الغرفة المختلطة هذا النزاع في عام ١٩٧٦<sup>(٢٦٦)</sup> وسمحت بانتقاله إلى الورثة. وقد مال القضاء الفرنسي اللاحق لهذا الرأي<sup>(٢٦٧)</sup> ومع ذلك فهناك جدل فقهي بين مؤيد<sup>(٢٦٨)</sup> ومعارض<sup>(٢٦٩)</sup>. والرأي التوفيقي هو ما يراه الباحث من أن الضرر المعنوي إن لم يطالب به المتوفى أو يتصالح عليه شخصياً قبل وفاته يظل صعب الإثبات على الورثة لصفته "الشخصية". فإذا نجح الورثة في إثبات ذلك وترجم إلي تعويض نقدي فليس هناك ما يمنع من دخوله في ذمة المتوفى وانتقاله إلى الورثة.

ويمكن لكل واحد من الورثة ممارسة دعوى مورثه دون حاجة لتزاحمهم ، كما يمكنه أن يمارسها عن كل الورثة. ويُوزع التعويض المحكوم به على الورثة بنسبة حصة كل واحد في الإرث. ويتوقف رفع هذه الدعوى أو الاستمرار فيها على أمرين : الأول عندما يتخلّى المورث عن طلب التعويض صراحة<sup>(٢٧٠)</sup>. والثاني في حالة الموت الفوري للمورث أو دون أن يستفيق من غيبوبته ، لأنه لا يستطيع والحال كذلك أن يقاسي الألم أو أن ينقل دين التعويض إلى ورثته<sup>(٢٧١)</sup>.

43/1/3 - الدعوى الشخصية أو الدعوى عن الضرر المرتد: يوجد إلى جانب الدعوى الوراثية دعوى أخرى هي الدعوى الشخصية والتي يستطيع المضرور بالارتداد المطالبة بالتعويض ليس عن الضرر الذي أصاب المتوفى وإنما عن الأضرار الشخصية ، المادية والمعنوية ، التي أصابته هو شخصياً بسبب موت الضحية الأولى. وهي دعوى مستقلة عن الدعوى الوراثية من حيث أساس التعويض وكيفية توزيعه بين المدعين وإمكان توسيع دائرة المنفعين بها<sup>(٢٧٢)</sup>.

أصحاب الحق في التعويض عن الضرر المرتد: تطور القضاء الفرنسي في توسيع دائرة المنفعين بهذه الدعوى تطوراً مضطرباً وبتخطيط دقيق<sup>(٢٧٣)</sup> ويتوجه تحري (ليبرالي) توج بحكم النقض ، الغرفة المختلطة ، في ٢٧ فبراير ١٩٧٠<sup>(٢٧٤)</sup> والذي قررت فيه استحقاق التعويض عن الضرر المرتد وفقاً للمادة (١٣٨٢) من القانون

<sup>(٢٦٦)</sup> Ch. mixte 30 avr. 1976 deux esp. , B N 2 & 3 ; D. 77, 185 note M. Contamine-Raynaud; RT 76, 556, obs. Durry

<sup>(٢٦٧)</sup> Civ. 2, 11 mars 1981, GP 81, 2 , pan., 240, obs. F. Chabas

<sup>(٢٦٨)</sup> Mazeaud et F. Chabas : Obligations , Montchrestien 8e éd. (1991) no. 607

<sup>(٢٦٩)</sup> Ph. Malaurie et L. Aynès : Les Obligations , Cujas, 6e éd. (1995) no. 221

<sup>(٢٧٠)</sup> لم يحسم حكم الغرفة المختلطة في ٣٠ إبريل ١٩٧٦ هذه النقطة وإن كان يمكن الاستنتاج بأن التحلي يعتبر تنازلاً صريحاً

<sup>(٢٧١)</sup> L. Cadet : opcit , no. 381-384

<sup>(٢٧٢)</sup> راجع في تميز الدعوى الوراثية عن الدعوى الشخصية بالتفصيل : د. ثروت عبد الحميد : الضرر المرتد ، المرجع السابق

ص ٢٢-٣٢

<sup>(٢٧٣)</sup> H. et L. Mazeaud : Traité , opcit , pp. 320-328 – B. Starck : Droit Civil, Obligations, no. 125à 129

<sup>(٢٧٤)</sup> D. 1970- J. 201, note R. Combaldieu , Gaz. Pal., 1970. 1. 163 وقد تكرر مفهوم هذا الحكم في

حكم الدائرة المدنية : Civ. 2e. , 5 janv. 1973, GCP, 1973, 1V, p. 70

المدني. ولم تقصر هذا الحق علي أقارب الضحية الأولى (المتوفى) بل شمل أيضاً الأشخاص الذين يرتبطون معه بعلاقات مصلحه compromises ou interrompues. ويمتد نطاق الأقارب ليشمل الوالدين والأصهار والأزواج والأولاد<sup>(٢٧٥)</sup>. أما الزوجة المطلقة أو المنفصلة جسدياً فتتحمل عبء إثبات الضرر وهو في الغالب عبء ثقل<sup>(٢٧٦)</sup>. أما من جهة أعضاء العائلة الشرعيين الآخرين الطبيعية وبالتبني خصوصاً الفروع والأصول<sup>(٢٧٧)</sup> والاخوة والأخوات<sup>(٢٧٨)</sup>، وأبناء وبنات الاخوة والأخوات وأصهارهم يُسمح لهم بالتعويض. وكذلك الخلية<sup>(٢٧٩)</sup>، والأقارب الذين لم يتم تحديدهم صراحة بموجب قانون التأمينات الاجتماعية (المادة ٧/٤٣٤ - ١٤/٤٣٤)<sup>(٢٨٠)</sup>. كما تنظر المحاكم الفرنسية أحياناً طلبات التعويض عن الضرر المرتد من : عميل ، مورد ، دائن ، شريك ، أجير أو رب عمل. وإن ظلت المحاكم متحفظة بالنسبة لهذه الدعاوى خصوصاً تلك الصادرة من الدائن<sup>(٢٨١)</sup> أو مندوب العمل<sup>(٢٨٢)</sup>. وإن كان يمكن تصور صدور حكم أكثر تحريراً لصالح المأجورين الذين أدت وفاة رب عملهم إلي بطلانهم<sup>(٢٨٣)</sup>.

والسؤال الآن هل يستطيع "الدافعون الأغيار" tiers payeurs " استرداد ما دفعوه للمصاب الأول؟ والسبب في ذلك أنه كثيراً ما يحدث في الواقع أن تلتزم بعض الجهات أو الأشخاص مثل : صندوق التأمينات الاجتماعية ، شركة تأمين ، الدولة أو مشروع عام ، صندوق التقاعد ، رب العمل .. الخ بصرف مبالغ مالية للمضرور أو لورثته. هذه المبالغ تمثل لدافعها ضرر شخصي ومحقق. فهل يحق له مطالبة المتسبب في الحادث برد هذه المبالغ ؟ نوقش هذا الموضوع من قبل الفقه<sup>(٢٨٤)</sup> كما تعرض له المشرع الفرنسي حيث منح المؤمن حق الرجوع علي المتسبب عن طريق دعوى الحلول وذلك بموجب المادة (٣٦) من قانون ١٣ يولييه ١٩٣٠ (حالياً المادة ١٢١-١٢٢ من قانون التأمين)<sup>(٢٨٥)</sup>. كما أعترف لصندوق التأمينات الاجتماعية بالحق في استيفاء حقوقه في المبالغ السابق دفعها للضحية المؤمن له اجتماعياً (المادة ٣٩٧

J. Bancal : "L'indemnisation du préjudice d'enfants mineurs don't le père a été victime d'un accident mortel", JCP, 1964, 1, 1821 – F. Chabas : "Du lien de paranté ou d'alliance entre le victime et l'auteur du dommage », Mél. G. Marty, 1978, p. 291

Civ. 1re. , 2 mai 1967, RGAT, 1967, p. 517 – Civ. 1re. , 7oct. 1992, Resp. civ. et assur. <sup>(٢٧٦)</sup>

, 1992, no. 434 JCP, 1992, 1V, no. 2993

CE, 23 févr. 1972, JCP, 1972. 11. 17054 – Civ. , 6 févr. 1964, Bull. civ. , 11, p. 91 <sup>(٢٧٧)</sup>

Civ. 2, 13 janv. 1988, D. , 1988, p. 293 <sup>(٢٧٨)</sup>

مذكور في : سليمان مرقس : الوافي : المرجع السابق ص ١٥٢ <sup>(٢٧٩)</sup>

Civ. 2, 15 janv. 1997, D., 1997, p. 314 <sup>(٢٨٠)</sup>

Paris , 6 mars 1964, Gaz. Pal., 1964. 2. 112, D., 1964, p. 642 – Paris 9 juill. 1975, JCP, <sup>(٢٨١)</sup>

1976, 1V., p. 175 – Civ. 2, 21 févr. 1979, JCP, 1979, 1V., p. 45 ; D., 1979, IR, p. 344

Civ. 1re., 27 juin 1973, Bull., civ. 1, no. 192 <sup>(٢٨٢)</sup>

G. Viney et P. Jourdain : Traité, opcit , p. 136 <sup>(٢٨٣)</sup>

J. Mestre : La subrogation personnelle, LGDJ, (1979) no. 275 à 278 <sup>(٢٨٤)</sup>

المرجع السابق رقم ٢٣٩-٢٥٢ <sup>(٢٨٥)</sup>

والتي أصبحت في عام ١٩٨٥ المادة ٣٧٦-١ من قانون التأمينات الاجتماعية) وذلك علي أساس الحلول subrogation. وأخيراً صدر قانون ٥ يوليه لسنة ١٩٨٥ الذي نظم في الفصل الثاني تحت عنوان « Des recours des tiers payeur contre les personne tenues à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne » (المادة ٢٦-٣٤). وتطبق هذه الأحكام ليس فقط علي حوادث السير ولكن علي جميع الأضرار الجسدية. ولا يخص هذا القانون فقط الأدعاءات التي يمكن أن تكون محلاً للرجوع لكنه يعطي لهذا الرجوع تكييفاً قانونياً حصرياً وهو "الحلول". والحال كذلك فلا يمكن القول بأن الشخص المحال إليه هو ضحية بالارتداد لأنه بحلوله محل المصاب الأصلي تنتقل حقوقه حرفياً لحظة تدفق الدفعات أو المبالغ التي يدفعها وبالتالي ليس لهؤلاء الأغيار صفة الضحايا بالارتداد<sup>(٢٨٦)</sup>.

ويثور التساؤل بالنسبة للإرتدادات المتعاقبة Les ricochets successifs حيث يؤدي انقطاع المعونة المادية التي كان يزود بها الضحية الأولى إلي الضحية بالارتداد إلي إعاقة تدفق المساعدة التي كان يدفعها الضحية بالارتداد إلي الغير. يميل الباحث إلي الرأي القائل بإمكانية حصول الغير علي التعويض بشرط إثبات وجود رابطة السببية المباشرة بين فعل المتسبب المباشر وبين الخسارة التي يتكبدها هذا الغير<sup>(٢٨٧)</sup>.

44/1/3 - مبدأ استقلالية الضرر المرتد عن الضرر المباشر<sup>(٢٨٨)</sup> : ينادى بهذا المبدأ غالبية الفقه<sup>(٢٨٩)</sup> ويؤيده القضاء. ومقتضى هذا المبدأ هو اختلاف دعوى المصاب المباشر (الأصلي) عن دعوى الضحية بالارتداد. فعلي المستوى الإجرائي تختلف الدعويان. وأن عمليات وإجراءات الدخول في إحداها لا تكون بالضرورة مناسبة للأخرى. والحل القضائي الذي يُحكم به في إحداها لا يحوز حجية الأمر المقضي به بالنسبة للثانية. كما أن الشخص الذي يرفع واحدة منهما في أول درجة لا يستطيع ممارسة الأخرى في الاستئناف دون أن يشكل ذلك طلباً جديداً حري بالرفض<sup>(٢٩٠)</sup>. ويتجلى مبدأ الاستقلالية في أن تقدير قيمة التعويض تختلف في كل من الدعويين ؛ فلا يوجد مقياس مشترك يجمع بين الضرر المحكوم بتعويض لصالح الضحية المباشر والضحايا بالارتداد. وحصيلة ما يحكم به من تعويض يوزع علي الضحايا بالارتداد بحسب درجة الضرر الذي لحق بأي منهم. ويمارس دائنوا المصاب الأول حقهم في الضمان العام علي مبلغ التعويض بينما ينجو من سلطان الضمان العام دين التعويض المحكوم به للضحايا بالارتداد. وأخيراً فإن الضمان الناشئ من التأمين علي المسؤولية يقدر بشكل متميز بالنسبة للضحية المباشر عنه في

Viney et P. Jourdain : Traité, opcit, no. 315

(٢٨٦)

(٢٨٧) المرجع السابق رقم ٣١٩

(٢٨٨) راجع تفصيل هذا المبدأ : ثروت عبد الحميد : الضرر المرتد ، المرجع السابق

G. Marty et P. Rynaud : Les Obligations, 2e. éd., t ., 1, Les Sources, no. 433 – G. (٢٨٩)

Viney : L'autonomie du droit à réparation de la victime initiale, D. , 1974

H., L. et Mazeaud : Traité, t. 11, 6e. éd., no. 1901, p. 1922

(٢٩٠)

الضحايا بالارتداد ، وبالتالي أمكن استبعاد الضمان الذي يعانیه بعض الأفراد وإن كان ذلك لم يمنع من استفادة الأقارب من التأمين في دعاوهم ، وإن كان الضحية الأصلي مستبعد من الاستفادة من الضمان<sup>(٢٩١)</sup>.

### الفرع الثاني : التعويض عن ضرر الموت في القانون المصري

45/1/3 - لا يختلف الأمر كثيراً من حيث المبدأ بين النظام القانوني المصري والفرنسي ، فقد قررت محكمة النقض المصرية أنه "فإن أصاب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب آخر فلا بد أن يتوافر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية مشروعة ترتب علي الإخلال بها ضرر أصابه. والعبرة في تحقق الضرر المادي الذي يدعيه شخص نتيجة وفاة آخر هي بثبوت أن المتوفى كان يعوله وقت وفاته علي نحو مستمر ودائم وأن فرص الاستمرار علي ذلك كانت محققة وعندئذ يقرر القاضي ما ضاع علي المضرور من فرص بفقد عائله. ويقضى له بالتعويض علي هذا الأساس.." <sup>(٢٩٢)</sup>.

ومع هذا التشابه من حيث المبدأ فإن الطبيعة المتميزة للنظام القانوني المصري الذي يحرص علي بعض القيم والتقاليد والأعراف الدينية والشرقية لذلك فهو يحصر المستفيدين من الأقارب في حالة الوفاة في الورثة الشرعيين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. ولا يعترف بالتبني وإنما بالعلاقات الأسرية الشرعية المستمدة من تعاليم الدين. وهناك مظهر آخر من مظاهر الاختلاف بين النظامين وهو أن القانون المصري يضيق من دائرة المستحقين للتعويض في حالة الضرر الأدبي ، فقصر نطاق الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد علي الأشخاص الذين تربطهم بالمضرور الأصلي علاقة زوجية أو قرابة نسب إلي الدرجة الثانية (المادة ٢/٢٢٢ من التقنين المدني). علي أن تحديد درجة القرابة ليس إلا قرينة قابلة لإثبات العكس ، فإذا ثبت للمحكمة عدم وجود ضرر ترفض الدعوى دون أي اعتبار لدرجة القرابة بين طالب التعويض والمضرور الأصلي.

### المطلب الثاني : التعويض عن ضرر الموت في النظم الأنجلو أمريكية

#### الفرع الأول : التعويض عن ضرر الموت في المملكة المتحدة

46/1/3 - كان المبدأ السائد في القانون العام الإنجليزي هو *actio personalis moritur cum persona* أي أن معظم دعاوى الفعل الضار تموت مع الشخص سواء كان هذا الميت الضحية أي المضرور أو كان الفاعل المسئول. وقد أرسى منذ مطلع

<sup>(٢٩١)</sup> Civ. 1re., 9 janv. 1973, Rev. gén. ass. terr., 1973, p. 545 ; D., 1973 p. 553, note C. Berr et H. Groutel

<sup>(٢٩٢)</sup> نقض جنائي ، ١٣ مارس ١٩٥٦ ، المجموعة س ٧ ص ٣٣٠ - وفي نفس المعنى : نقض مدني ٢٧ مارس ١٩٧٩ ، المجموعة س ٣٠ ص ٩٤١ - انظر : ثروت عبد الحميد : الضرر المرتد ، المرجع السابق ص ٥٨ ، هامش (١)

القرن التاسع عشر<sup>(٢٩٣)</sup>. والاستثناء الوحيد لهذا المبدأ هو قبول الدعوى ضد الممثل الشخصي للميت بخصوص ملكية استولى عليها المتوفى وأضيفت إلي تركته. ومع ذلك فقد تعرضت هذه القاعدة للتغيير الجزئي الجذري علي فترات متعاقبة من خلال تشريعات برلمانية statutes متتالية بدأ من صدور قانون الحوادث المميتة في عام ١٨٤٦ (Fatal Accidents Act 1846) نتيجة زيادة حوادث القطارات ، وتبعها التقدم الهائل في استخدام السيارات وكثرة حوادثها فصدر قانون الإصلاح القانوني (أحكام متفرقة) في عام ١٩٣٤ The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 . والذي أبقي مسؤولية شركة التأمين المؤمن لديها الفاعل أمام من يعولهم الضحية<sup>(٢٩٤)</sup>. وفي حالة موت المدعى عليه (الفاعل) تطبق القواعد العادية علي معايير الضرر. وتطبق مدة التقادم العادية بموجب قسم (١) من قانون الإجراءات ضد التركات لسنة ١٩٧٠ Proceedings against Estates Act 1970. وكان ذلك بداية مفهوم انتقال مسؤولية الفاعل إلي تركته وبهذا التشريع أزيلت نصف قاعدة القانون العام. ثم أزيل النصف الآخر بالسماح لشركة الضحية المتوفى بالاستمرار في دعواه (باستثناء حالة التشهير). ثم توالى إصدار تشريعات برلمانية بالتوسيع من دائرة المستفيدين من الدعوى في أعوام ١٩٥٩ ، وقانون الحوادث المميتة لسنة ١٩٧٦ والمعدل بقانون إدارة (وزارة) العدل لسنة ١٩٨٢ .

ويسمح النظام الحالي بوجود ثلاث دعاوى مستقلة كل منها له طبيعته الخاصة والمستفيدين منها

47/1/3 - أولاً: دعوى البقاء (علي قيد الحياة) Survival Action : يقضي القسم (١)١ من قانون الإصلاح القانوني (أحكام متفرقة) لسنة ١٩٣٤ في عبارات عامة أنه عند موت أي شخص تبقى جميع الدعاوى المرفوعة ضده أو المنقلة إليه ضد أو لمصلحة تركته. والاستثناء الوحيد هو أن قضايا التشهير تموت إما بموت الفاعل المتسبب أو الضحية المضرور (وقد بقي هذا الحكم حتى بعد تعديل هذه المادة). وكذلك لا ينتقل الحق في المطالبة بتعويض اليتم إلي التركة بمقتضى نص القسم (١/١) من قانون الحوادث المميتة لسنة ١٩٧٦. وحيث أن الأمر في هذه الدعوى معني ببقاء دعوى أكثر منه خلق دعوى ، ومن ثم تسري عليها نفس المبادئ التي تحكم عادة عناصر التعويض في الدعاوى التي كان يرفعها الميت لو لم يمت ضد الفاعل أو الشخص المضرور ضد الفاعل الميت. وبناء عليه فإنه في دعاوى الضرر الشخصي الباقية لصالح تركة المتوفى تشمل عناصر التعويض كل الخسارة المالية

<sup>(٢٩٣)</sup> Baker v. Bolton (1808) 1 Camp. 493 ; 170 E R 1033 وتأكد بمحتوى مختلف في : Admiralty

Commissioners v. SS America [1917] A C 38

<sup>(٢٩٤)</sup> طبق التأمين الإجباري لمصلحة الطرف الثالث في حوادث الطرق في عام ١٩٣٠ ؛ فإذا لم يصدر تشريع ١٩٣٤

لكانت شركة التأمين المؤمن لديها الضحية قد حصلت علي كسب غير مستحق.

وجميع الأضرار الناجمة عن الألم والمعاناة<sup>(٢٩٥)</sup> وخسارة المتع التي لم يتمتع بها المتوفى قبل الموت<sup>(٢٩٦)</sup>. ووفقاً لقانون ١٩٣٤ لا تشمل التعويضات التي تمنح لصالح تركة المتوفى التعويضات الإتعاضية. وكذلك يُستبعد أي تعويض عن خسارة الدخل في الفترة ما بعد الموت ، أي أن دعاوى التعويض عن "السنوات الضائعة" lost years لصالح الورثة لا تُقبل<sup>(٢٩٧)</sup>. ويقضى هذا القيد علي الازدواج في التعويض عن ذات الضرر ، مرة لصالح التركة وفقاً لقانون ١٩٣٤ وأخرى للأشخاص المعالين وفقاً لقانون الحوادث المميتة.

نقطة جدل جديدة بالذكر وهي الصعوبة التي يمكن أن تُثار في الحالات التي يموت فيها الشخص فوراً. فقد يُقال أنه لم توجد فترة من الوقت ينتقل فيها سبب الدعوى قبل الموت. وهذا ما حدث في قضية مورجان ضد سكولدينج<sup>(٢٩٨)</sup> فقد دفع محامي المدعى عليه بهذا الدفع. لكن القاضي رفض هذا الدفع مبرراً رفضه بأن سبب الدعوى قد تم لحظة ارتكاب الفعل الضار وانتقلت إلي الميت في لحظة الموت. وهذا يعني أنه ، بالنسبة لهذه القضية ، يمكن رفع دعوى التعويض نيابة عن التركة عن خسارة الحياة المتوقعة للميت. لكن التعويض عن عنصر خسارة الحياة المتوقع لم يعد له وزن في التطبيق العملي وأصبحت المحاكم تأخذه فقط في الاعتبار عند تقديرها لعنصري الألم والمعاناة<sup>(٢٩٩)</sup>

48/1/3 - ثانياً : دعاوى العيلة Dependancy Actions : يسمح قانون الحوادث المميتة لسنة ١٩٧٦ لمن كان يعولهم الضحية المتوفى (المعالين) برفع دعوى تعويض ضد الشخص المسئول عن الفعل الضار المؤدى للموت بمقتضى المادة ١ (١) أ "إذا توفى شخص نتيجة فعل خاطئ ، إهمال أو تقصير والذي كان سيؤدى (إذا لم يترتب عليه الموت) إلي تخويل المضرور حق رفع دعوى تعويض عن الأضرار المذكورة ، فإن الشخص الذي كان من المفروض أن يكون مسئولاً سيكون مستهدفاً لدعوى تعويض بالرغم من موت الشخص المضرور". وبالرغم من أن هذه الدعوى ترفع لصالح من كان يعولهم الضحية المتوفى فإنها يجب أن تُرفع باسم منفذ الوصية

<sup>(٢٩٥)</sup> ويختلف هذا الحكم عما هو موجود في أيرلندا إذ أن قانون المسؤولية المدنية لسنة ١٩٦١ (القسم السابع) يمنع تركة

المتوفى من تلقي تعويض عن الأضرار الناجمة عن الألم والمعاناة أو خسارة توقع الحياة أو الأضرار الشخصية. أنظر : R. F. v. Heuston and R. A. Buckley, p.555

<sup>(٢٩٦)</sup> Rose v. Ford [1937] 3 A. C. 826 ,1 Q B. 1 — Murry v. Shutter [1967] AC 972

<sup>(٢٩٧)</sup> ويسري هذا الحكم في حالات الموت التي تتم بعد أول يناير ١٩٨٣ وهو تاريخ تطبيق قانون وزارة العدل لسنة ١٩٨٢

الذي أتي بهذا القيد تعديلاً للقسم ١ (٢) أ من قانون الإصلاح القانوني لسنة ١٩٣٤ حيث ينص علي أن يتم حساب التعويضات التي تُمنح لصالح تركة المتوفى دون الإشارة لأي خسارة أو مكسب (أي دون أن تتضمن هذه العناصر) تالية

لواقعة الموت فيما عدا مبلغ خاص بمصاريف الجنازة. وقد تشمل مصاريف الجنازة مصاريف التحنيط أيضاً : Hart v.

Griffiths. Jones [1948] 2 ALL E. R. 729

<sup>(٢٩٨)</sup> Morgan v. Scoulding [1938] 1 K. B. 786

<sup>(٢٩٩)</sup> Clerk & Lindsell : On Torts, The Common Library Number 3, 17<sup>th</sup>. ed. , London, Sweet & Maxwell (1995), no. 27-22 , p. 1456



executor أو مدير التركة (م/١/٢). وينشأ الحق في رفع الدعوى باسم منفذ الوصية من وقت الوفاة ، لكن لا ينشأ هذا الحق في رفعها باسم مدير التركة إلا من تاريخ منحه خطاب الإدارة وإلا أعتبرت الدعوى باطلة بموجب قانون قديم<sup>(٣٠٠)</sup>. لكن المحاكم الإنجليزية الآن لها سلطة السماح بتعديل عريضة افتتاح الدعوى writ أو المذكرات لتوافق الصفة الجديدة التي يكتسبها المدعى. ويجب أن تُرفع هذه الدعوى في خلال ستة أشهر من تاريخ وفاة المعلن. فإذا لم يوجد منفذ الوصية أو لم يعين مدير التركة أو لم تُرفع خلال مدة الستة أشهر يمكن رفع الدعوى باسم كل أو أي من الأشخاص المعالين المستفيدين من رفع هذه الدعوى فيما لو رُفعت بالاسم المخول وفي المدة المحددة<sup>(٣٠١)</sup>.

ومهما كان عدد المعالين فلا ترفع إلا دعوى عيلة واحدة في مواجهة المدعى عليه (قسم ٢ (٣)). وبناء عليه يجب علي رافع الدعوى سواء كان منفذ الوصية أو مدير التركة أو أي من المعالين أن يقدم للمحكمة وللمدعى عليه بيان كامل بالأشخاص الذين رُفعت الدعوى نيابة عنهم وبالأضرار محل التعويض وفقاً للمادة (٢) (٤) من القانون المذكور. ويكفي تضمين هذه البيانات في بيان أوجه المطالبة statement of claim أي في التقرير الكتابي المقدم للمحكمة بموضوع الدعوى وأسانيدها<sup>(٣٠٢)</sup>. ويجب أيضاً علي رافع الدعوى أن يتخذ جميع الخطوات المعقولة لإبلاغ باقي المعالين بالدعوى ومعرفة رغبتهم في الانضمام للدعوى والتأكد من إدراج أسمائهم الشخصية أو نيابتهم عن آخرين<sup>(٣٠٣)</sup>. ويمكن لأي شخص من المعالين الذين لم يُدرج اسمه في عريضة الدعوى أن يتقدم بطلب إلي القاضي للانضمام في الدعوى مع المعالين<sup>(٣٠٤)</sup>. وبعد صدور الحكم لا يبقى للمعالين الغير مدرج أسمائهم في الدعوى أي حق في التعويض من المدعى عليه ؛ لكنهم يستطيعون مقاضاة كل من منفذ الوصية أو مدير التركة لعدم إخبارهم وإدراج أسمائهم. وبإمكانهم أيضاً مقاضاة المحامين مطالبين بالتعويض عن الإهمال في إعطاء المشورة للمدعى إذا ثبت وجود دليل علي الإهمال في أداء واجبهم في هذه الدعوى<sup>(٣٠٥)</sup>.

وقد تم تحديد وحصر المعالين تشريعياً بقائمة خضعت للتوسع بتعديلات تشريعية مختلفة. وهذه القائمة تشمل : المعالين بحكم القانون dependant in law، والمعالين فعلاً dependant in fact. وتشمل الفئة الأولى وفقاً للبيان الوارد في القسم (١) (٣) (٤) من قانون ١٩٧٦ والمعدل بقانون وزارة العدل لسنة ١٩٨٢ : الزوج أو الزوجة الحاليين أو السابقين للمتوفى بما فيهم هؤلاء الذين أُعتبر زواجهم بالمتوفى باطلاً أو

<sup>(٣٠٠)</sup> Ingall v. Moran [1944] K. B. 160 – Hilton v. Sutton Steam Laundry [1946] K. B. 65

<sup>(٣٠١)</sup> نص المادة ٢ (٢) من قانون الحوادث المميتة. انظر الأحكام القضائية : 4 L. R. (1879) Holleran v. Bagnell

Ir. , 740 – Stebbings v. Holst & Co. Ltd. [1953] 1 W. L. R. 603 – Bowler v. John Mowlen & Co. Ltd. [1954] 1 W. L. R. 1445

<sup>(٣٠٢)</sup> قضية : Stebbings v. Holst السابقة

<sup>(٣٠٣)</sup> Cooover v. Williams [1963] 2 Q. B. 567 per lord Denning , M. R. at 581

<sup>(٣٠٤)</sup> Avery v. L. & N. E. Ry [1938] A. C. 606 per Lord Denning M. R. at 581

<sup>(٣٠٥)</sup> White v. Jones [1995] 1 ALL E. R. 691, H. L.

لا غياً (عديم الأثر) وكذلك الذين فسخ عقد زواجهم بالميت ، بما فيهم أي من الأصول أو الفروع ، أي شخص عُومل من المتوفى كوالده أو والدته أو طفله أو بمثابة فرع ، أي شخص يكون أو بمثابة أخ ، أخت ، خال (خاله) عم (عمه) للمتوفى. وبضيف القسم الرابع للقائمة السابقة : أي علاقة مصاهره أو نسب ستعامل كعلاقة قرابة عصب وأي علاقة نصف دم half blood أي أخوة العلات أو الأخوة لأب فقط أو لأم فقط (أخوة الأخياف) ستعامل كقرابة كاملة تتحد فيها الأصول whole blood ، الربيب أو الربيبة سيعامل كطفله ، وأن الطفل غير الشرعي يُعامل كطفل شرعي لأمه وللأب المشهور. وللأطفال بالتبني الحق أيضاً في دعوى العيله بموجب الفقرة ٣ (١) من قانون الأطفال لسنة ١٩٧٥. وكذلك يتمتع بهذا الحق الجنين إذا حدث الضرر وهو في بطن أمه لكنه وُلد بعد موت الضحية ، أي شخص كان يعيش مع المتوفى كزوج أو زوجه<sup>(٣٠٦)</sup>. ولا تحتاج الدعوى لقبولها أن يكون المدعى فيها مُعالاً بموجب القانون لكن أيضاً من حيث الواقع ، أي ذلك الذي كان يعتمد مالياً علي المتوفى كصديق أو زميل. وفي هذه الحالة الأخيرة يُشترط : (أ) أن المدعى كان يعيش مع المتوفى في نفس المنزل قبل الوفاة ، (ب) أنه قد عاش معه لمدة سنتين علي الأقل قبل الوفاة ، (ج) وأنه قد عاش أثناء هذه المدة كزوج أو زوجة للمتوفى وفقاً لقانون التقادم يجب رفع الدعوى خلال ثلاث سنوات من موت المتوفى ، أو في بعض الحالات من اللحظة التي عرف المعالين بحقهم في دعوى العيله. ودعوى العيله هي دعوى مستقلة تماماً عن الدعوى التي كان يمكن أن يرفعها الضحية المتوفى لو لم يمت والتي تظل لصالح التركة (دعوى البقاء). فهي كما قال اللورد Blackburn: جديدة في صورتها ، جديدة في نوعيتها ، جديدة في مبدئها ، فهي بكل الطرق جديدة<sup>(٣٠٧)</sup>. ويشترط القانون لرفعها وجود سبب للدعوى أي يكون الفعل الخاطئ أو الإهمال أو التقصير الذي سبب الموت مُخولاً للمتوفى رفعها لولا حدوث الموت ، أي إذا لم يحدث الموت للضحية كان في قدرته إقامة الدعوى بنفسه (القسم ١ "١" من قانون الحوادث المميتة لسنة ١٩٧٦). ،السؤال الذي يمكن أن يُثار هو أنه عند لحظة الموت نفترض أن الموت لم يحدث ، هل كان يستطيع الضحية إقامة دعوى ضد الفاعل المسئول؟ فإذا لم يكن قادراً علي رفعها إما بسبب وجود مانع تشريعي statute barred<sup>(٣٠٨)</sup> أو وجود رضاء أو ترضية<sup>(٣٠٩)</sup> أو بسبب وجود حكم قضائي<sup>(٣١٠)</sup> ، عندئذ لا يستطيع المعالون أن يقيموا الدعوى. اما إذا لم يوجد أي عائق لإقامة الدعوى من المتوفى وكان في قدرته لو لم يمت- إقامتها بنفسه فعندئذ فقط

<sup>(٣٠٦)</sup> وهو بهذا يشير إلي الخليفة أو العشيق mistress

<sup>(٣٠٧)</sup> The Vera Cruz (1884) 10 App. Cas. , 59, per Lord Blackburn at 70 – Pym v. Great

Northern Ry (1862) 2 B. & S. 760 per Cockburn C. J. at 767 – British Electric Ry v.

Gentile [1914] A. C. 1034

Williams v. Mersey Docks [1905] 1 K. B. 804

(٣٠٨)

Road v. The Great Eastern Railway Co. (1868) LR 3 , Q. B. 555

(٣٠٩)

Murray v. Shuter [1972] 1 & lloyd's Rep. 6

(٣١٠)

يتحقق سبب الدعوى للمعالين. في بعض القضايا<sup>(٣١١)</sup> انتحر الضحية المتوفى بينما كان في حالة اكتئاب عصبي شديد بسبب الحادث. وقد حُكم بأن ظروف موته لا ترقى إلي اعتبارها فعل جديد novus actus أي أنها لم تكن لتمثل فعلاً جديداً سبب الموت. وأن سبب الموت الحقيقي هو الفعل الضار للمسئول. وعلى ذلك كسبت أرملته ومديرة التركة الدعوى. وفي قضية أخرى<sup>(٣١٢)</sup> قضت محكمة الاستئناف بأنه علي الأقل حيث لم يكن الضحية المنتحر في كامل حالته العقلية فإنه لا يعوق دعوى أرملته بموجب قانون الحوادث المميتة لسنة ١٩٧٦ وقانون الإصلاح القانوني (أحكام متفرقة) لسنة ١٩٣٤ بخصوص إهمال رجال الشرطة في إبلاغ سلطات السجن بميوله الانتحارية. والتفتت المحكمة عن المبدأ الذي نادى به الدفاع وهو volenti non fit injuria or ex turpi causa non oritur actio بمعنى أنه ليس للراضي أن يتمسك بالأذى أو لا تقوم الدعوى علي موضوع شائن. وأهمية هذه القضايا أنها توضح ضرورة توافر شرط السببية حال حياة الضحية المتوفى لو لم يمت أي أن الدعوى كانت قائمة من قبل pre-existing ثم تنتقل إلي تركة الميت. لكن التداخل بين دعوى المعالين مع الدعوى الممكنة للمتوفى لا يجب أن تقضي علي حقيقة ان سبب الدعوى الممنوحة للمعالين هي دعوى جديده. وتبقى إشارة عابرة لما تسفر عنه هذه القضايا وهو هل تسمح السياسة العامة أو المناخ القانوني العام بمنح تعويض عن فعل الانتحار self-destruction. نوقشت هذه المسألة في أحد القضايا<sup>(٣١٣)</sup> وانتهت إلي أن السياسة العامة لا تسمح بالاستفادة من فعل الانتحار وحكمت بعدم دفع مبلغ بوليصة التأمين علي الحياة عندما تبين أن الموت تم بفعل المؤمن له. وإن كان الأمر جد مختلف إذ أن مسئولية دفع مبلغ التأمين علي الحياة تنشأ بموت المؤمن له بينما الانتحار في القضايا الأخرى لم يخلق مسئولية لكنه فقط لم يمثل فعلاً جديداً يؤثر في الموت وأن السبب الحقيقي هو الفعل الضار للمتسبب ومن ثم انتقلت مسئوليته للتركة. وتظل الدفوع التي كانت ستوجه إلي المتوفى لو لم يمت صحيحة في مواجهة المعالين. فإذا حصل الضحية علي حكم أو رضي بتسوية معينة فلا تنشأ دعوى العيلة. وإذا كان سلوك الضحية الميت يعطى للمدعى عليه فرصة الدفع بعدم تمسك الراضي بحق أو عدم قيام الدعوى علي موضوع شائن ، تبقى نفس الدفوع صحيحة في مواجهة المعالين.

49/1/3 - ثالثاً : تعويض اليتيم Bereavement damages : وهو تعويض آخر يمنحه القانون الإنجليزي عن بعض الأضرار المرتدة في بعض حالات الموت. إذ يسمح القسم (١/أ) من قانون الحوادث المميتة لسنة ١٩٧٦ برفع دعوى مطالبة بهذا التعويض<sup>(٣١٤)</sup>. وهو اتجاه جديد مضاد لما كان عليه

<sup>(٣١١)</sup> Pigney v. Pointer's Transport Services Ltd. [1957] 1 W. L. R. 1121—Farmer v. Rash

[1969] 1 W. L. R. 160 -- Swami v. Lo (1979) 105,D.L.R. (3d)451

Kirkham v. Chief Constable of Manchester [1990] 1 Q. B. 283

<sup>(٣١٢)</sup>

Beresford v. Royal Insurance Co. [1938] A. C. 589

<sup>(٣١٣)</sup>

<sup>(٣١٤)</sup> يُطبق هذا القسم فقط بالنسبة للموتى بعد أول يناير ١٩٨٣ بموجب المادة (٧٣) من قانون وزارة العدل لسنة ١٩٨٢

القانون الإنجليزي في السابق من عدم تقديره للأضرار المعنوية solatium أو الخسارة غير المالية. وإن كان هذا التعويض ، في الواقع ، بديل عما كان يمنح في السابق من خسارة توقع الحياة والذي كان يمنح لصالح التركة. ويستفيد من هذه الدعوى عدد محدود ، فهي تضم زوج أو زوجة المتوفى ، ووالدي المتوفى القاصر تحت سن الثامنة عشر وغير المتزوج<sup>(٣١٥)</sup> ، أو للأم فقط إذا كان الطفل غير شرعي. وقد أوصت لجنة بيرسون أن يمنح هذا التعويض أيضاً للأطفال لموت أي من الوالدين. لكن رفض هذا الاقتراح لعدة أسباب : أولاً: عند تقسيم مبلغ التعويض المحدد بين الوالدين وعدة أطفال قد يحصل كل منهم علي مبلغ ضئيل ، ثانياً : أن أي مبلغ يمنح لمثل هؤلاء المدعين من المحتمل أن يستغرقه تعويض أكبر للخسارة المالية. غير أن أي من السببين غير مقنعين بصفة عامة ، وإن كان السبب الثاني قد يكون مبرراً لرفض منح هذا التعويض لمعظم الأزواج أو الزوجات. والتفسير التاريخي لقيود منح هذا التعويض هو ما قدمه Lord Chancellor الذي لم يكن متعاطفاً مع فلسفة منحه حيث شعر أن أي مبلغ من المال لا يمكن أن يكون تعويضاً عن اليتيم لذلك اختار التوصيات المقيدة ووافقه في ذلك باقي المجتمعين.

من الناحية العملية ، فإن هذا التعويض هو الوحيد الذي يمنح في حالات موت شخص صغير. لكن إزاء تحديد عدد المستفيدين به ارتفع صوت ينتقد هذا التقييد ويعتبر أن مقداره هو مكافأة مهينة لموت شخص قريب ؛ وأن القطع بتحديد عدم تجاوز سن الثامنة عشر عند موت الطفل لإستحقاق والديه هو من قبيل الخروج غير المقبول عن القواعد العامة. ويبدو أن هذا الجدل يعكس إلي حد كبير مدى الاقتناع بالمدخل الانتقائي للمسئولية عن الفعل الضار ، سيما وأن أي تقدير جزافي لمبلغ التعويض سيتعرض للنقد من حيث عدم كفايته.

وبداً تحديد قيمة هذا التعويض بمبلغ (٣٠٠،٠٠٠) جنيه في عام ١٩٨٢. وبناء علي الصلاحيات المخولة لوزير العدل تمت زيادته في عام ١٩٩١ إلي مبلغ (٧٠٠،٠٠٠) جنيه. وإن تضمنت توصية مقدمة للجنة القانونية بزيادته إلي مبلغ (٢٥٠،٠٠٠) جنيه. ويقسم مبلغ التعويض بالتساوي بين الأبوين المدعين. لكنه لا يحكم به لصالح تركة المدعى ، فإذا تعرض كل من الزوج أو الزوجة لحادث طريق قد يبقى أحدهما علي قيد الحياة لفترة بعد موت الآخر ، ومع ذلك لا يمنح هذا التعويض لتركة الشخص الذي توفي أخيراً<sup>(٣١٦)</sup>.

**الفرع الثاني : التعويض عن ضرر الموت في الولايات المتحدة الأمريكية**  
50/1/3 - تشريعات الموت الخطأ Wrongful death statutes : يختلف التشريع الذي يمنح تعويضاً عن الموت الخاطئ من ولاية لأخرى داخل الولايات المتحدة

<sup>(٣١٥)</sup> لا يمنح هذا التعويض إذا كان سن الطفل غير المتزوج يتجاوز (١٨) عام حتى ولو كان الفعل المسبب للموت قد تحقق

وهو في عمر أقل ، أنظر قضية : Doleman v. Deakin , The Times, January 30, 1990

<sup>(٣١٦)</sup> K. M. Stanton : The Modern Law of Tort , London, Sweet & Maxwell, (1994), p. 282-

الأمريكية. لكن يمكن استخلاص أفكار عامة تجمع بين هذه القوانين. منها أنها تضع قوائم معينة ومحددة للمدعين ذو المصلحة في شأن ميراث بحكم صلته بالمتوفى. وهم عادة الأشخاص المنتمين للمتوفى. وهذه التشريعات تخولهم حق الحصول علي تعويض إذا حدثت الوفاة بسبب فعل خاطئ ، إهمال أو تقصير<sup>(٣١٧)</sup>. ولعل الدافع لإصدار مثل هذه التشريعات هو نفس الدافع لإصدارها في بريطانيا وهو إلغاء المبدأ السائد في القانون العام بعدم وجود سبب لرفع دعوى التعويض عن الأفعال الضارة التي تسبب الموت بل علي العكس كان يمنح التعويض عن الأفعال الضارة للضحايا الأحياء<sup>(٣١٨)</sup>.

والسبب الرئيسي لتشريعات الموت الخاطئ هو منح سبب للدعوى لأعضاء الأسرة الذين من المتوقع طبيعياً اعتمادهم علي الشخص الميت في الحصول علي دخل أو أي فوائد أخرى يمكن تحويلها إلي نقود. وتختلف التشريعات في تحديدها لعناصر التعويض عن ضرر الموت. فبعضها ينص صراحة أو ببعض من التفسير علي منح تعويضات لفئات معينة محددة عن الخسارة المالية بما فيها خسارة القدرة علي الكسب والحرمان من الخدمات المنزلية والتي كان يقدمها المتوفى. بعض التشريعات قننت عناصر التعويض في عبارات عامة بما يسمح للمحلفين بمنح تعويض كلما كان ذلك يبدو منصفاً<sup>(٣١٩)</sup>. والقوائم التشريعية النموذجية تبين المستفيدين من هذه الدعوى ، مع إعطاء أولوية متدرجة لمن يستحق هذا التعويض. فعلي سبيل المثال يعتبر الزوجين والأطفال من الفئة الأولى يتبعهم الأبوين أو الأخ والأخت إذا لم يوجد أحد الزوجين أو الأطفال علي قيد الحياة. وهناك تعليقات قضائية تشير إلي تمتع الممثل الشخصي للميت بهذا الحق في التعويض عن الموت الخاطئ لمن يمثلته حتى ولو لم يكن مدرجاً في أي مرتبة من فئات الأسرة المستفيدين. أحد الآراء التي تدعم هذا المنح ترى في لغة التشريع النظر إلي الممثل الشخصي كوكيل عن الولاية ودائني التركة حيث لم يبق أحد من أقارب الدم “a trustee for the state and for estate creditors where non of the named kin were left”<sup>(٣٢٠)</sup>.

51/1/3 - دعوى البقاء survival action (للأحياء) : يقوم سبب هذه الدعوى في أمريكا كما هو الحال في النظام الإنجليزي علي أساس نظري وهو أن الدعوى كانت قائمة لصالح المتوفى نفسه عن الخسائر بين فترة إحداث الضرر والموت. والجانب العملي المهم في تشريع دعوى البقاء أنها فسرت علي أنها تُمنح كتعويض عن الألم والمعاناة للميت الضحية بين إثبات الفعل الضار وحدث الضرر وبين الموت. ويجب أن يكون المدعي الممثل الشخصي للميت ، والذي قد يكون أو لا يكون أحد أفراد

<sup>(٣١٧)</sup> انظر علي سبيل المثال تشريع نيو مكسيكو : New Mexico Statute Ann. sec. 41-2-1 (1996) Rep. 1

<sup>(٣١٨)</sup> للإطلاع علي التطور التاريخي انظر : Stuart M. Speiser, et al., : Recovery for Wrongful Death & Injury , S 1.1.17 (3 ed. , 1992)

<sup>(٣١٩)</sup> تشريع نيو مكسيكو السابق مادة (٤١-٢-٣)

<sup>(٣٢٠)</sup> Henkel v. Hood, 156 p. 2 d. , 790 , 794 (N. M. 1945)

الأسرة ، والذي سيقوم بتوزيع التعويض وفقاً لوصية المتوفى أو حسب قوانين الولاية التي تحكم حالة عدم وجود وصية تركها المتوفى. ومن الجدير بالذكر أن هؤلاء الذين يحصلون علي تعويض بموجب تشريع دعاوى البقاء يكونون عادة هم أنفسهم المستفيدين من دعوى الموت الخاطئ. ويبقى الفارق بين الدعويين أن دعوى البقاء هي في الأصل ملك للضحية المتوفى من خلال ممثله الشخصي وأن الهدف الرئيسي من دعوى الموت الخاطئ هو تعويض المستفيدين المحددة صفاتهم قانوناً وغالباً يكونون أعضاء في الأسرة. فالشكل الدقيق لدعوى الموت الخاطئ أن التعويض فيها يمثل فقط القيمة المالية للمتوفى بالنسبة لهؤلاء الأشخاص.

52/1/3 - التعويض عن انفصام عرى المودة والعشرة Consortium : هذا العنصر من عناصر التعويض عن الموت هو محاولة لتقدير العلاقات الأسرية غير الملموسة كمياً أي بمبلغ من النقود. وحجر الأساس في هذه الدعوى هو العلاقة الزوجية. ولو أن بعض المحاكم توسعت فيه ليشمل الأطفال عن فقد أي من والديهم وكذلك للوالدين عن فقد أطفالهم. في أحد الأحكام التي حُكم فيها بتعويض لطفل بالغ لاحظت المحكمة أن "الطبيعة تترد وتراجع بالقول بأن المجتمع ، والرفقة ، والحب الذين يشكلون حميمية البنية يتضاءلون تدريجياً بانتهاء الولاية علي الطفل. وعلقت المحكمة بأن "بعض علاقات البنية ستنعم بالمباركة والسعادة الروحية بالعناية والحب المتبادلين من الطفولة إلي الموت" (٣٢١). هذه العبارات الرومانسية لمحكمة أريزونا تعكس فكرة مشاعر الأسى لتلاشي المودة والرحمة إزاء فقد أحد الزوجين للآخر أو لفقد فلذات أكبادهم. ولم يكن أمام المحكمة إلا الحل الذرائعي pragmatic علي الطريقة الأمريكية وهي ترجمة ضرر هذه المشاعر كمياً إلي مبالغ نقدية.

53/1/3 - تعويض اليتيم Bereavement : يتوازي مع التعويض السابق تعويض اليتيم كتعويض مستقل للأضرار الشخصية التي يعانيتها الباقيين علي قيد الحياة من جراء الفعل الضار الذي أودى بحياة قريبهم العزيز. بعض التشريعات التي تمنح التعويض عن الموت الخاطئ تحدد التعويض عن اليتيم في البيانات الخاصة بتحديد عناصر التعويض (٣٢٢). بعض المحاكم لفتت النظر إلي التفرقة بين تعويض اليتيم وتعويض انفصام عرى المودة والعشرة ، إذ أن الأول هو تعويض عن الكرب والأسى العاطفي الذي يحدث نتيجة موت فقيدهم ، بينما الثاني يشير إلي التعويض عن فقد الرفقة والعشرة (٣٢٣). والسؤال من الناحية النظرية ، هل يتطلب الأمر عمل تنقية لهذه الفئات من التعويضات المنفصلة والتي قد يسمح وجودها تحت عناوين مستقلة بتكرار منح التعويض لنفس مجموعة التعويض عن الاستجابات العقلية mental responses ؟ في الواقع يتجه المحلفون في المنازعات القضائية التي من هذا النوع ، طبيعياً في معظم القضايا ، إلي تجميع الأنواع المختلفة من عناصر التعويض عن الأضرار النفسية والعاطفية غير الملموسة مع بعضها بدلاً من تجزئتها إلي فئات

Frank v. Superior Court, 722 p. 2d. 955, 960 (Ariz. 1986)

(٣٢١)

انظر في ذلك تشريع ولاية كانساس : Ann. sec. 60 – 1904 (a) (1) (1994)

(٣٢٢)

Elliott v. Willis , 442 N. E. 2d. 163, 167-68 (Ill. 1982)

(٣٢٣)

مستقلة أحدهما فوق الآخر. وهذا يضع القضية في مواجهة السؤال عما إذا كان من الأكثر واقعية والعدالة القانونية أن نأخذ بنظام تصنيف كفاءة واحدة لكل عنقود متكامل من التأثيرات النفسية أو أن نسمح بوجود قائمة بتعويضات مستقلة لمثل هذه الأضرار.

54/1/3 - أضرار الموت غير الملموسة Intangible death damages : تحدد بعض التشريعات التي تمنح تعويضاً عن الموت الخاطئ فئات معينة لعناصر التعويض عن الخسارة غير الاقتصادية نتيجة الموت. من ذلك مثلاً تشريع ولاية فرجينيا الذي يتحدث عن مشاعر الندم ، والجزع العاطفي والسلوان التي قد تشمل المجتمع المحيط ، الرفقة ، والمواساة ، والتوجيه ، والمسعى الحنونة للمتوفى<sup>(٣٢٤)</sup>. لا شك أن بعض الناس يوافق ، بالبداية ، أن هذه الأشياء جزء من الخسارة يتكبدها أفراد الأسرة عند موت أحدهم. لكنها عندما تصل إلي القضاء وحيث لا ينص التشريع البرلماني صراحة علي منح تعويض عن هذه الأضرار غير الملموسة يثور التساؤل حول اللجوء إلي تفسير الأحكام العامة للتشريع الذي يمنح تعويضاً عن أضرار الموت لتشمل مثل هذه الأضرار.

للإجابة علي هذا التساؤل أوضحت إحدى المحاكم الاتحادية بنظرة شاملة المدى المناسب للأضرار المترتبة علي الموت الخاطئ في حكم لها في قضية شملت عدداً من الأموات في انفجار مصنع. إذ منحت تعويضاً عن الضرر الناجم من النتائج العاطفية للحادث علي عدة أقارب. فخصصت مائة ألف دولار لأحد الزوجين الباقي علي قيد الحياة الذي يرى أن موت زوجته حرقاً سبب له ألماً نفسياً مبرحاً لفقده العشرة الزوجية والخدمات. ومنحت خمسين ألف دولار لأمهات المتوفين والذين وصفتهم بأنهم عانوا أكثر من مجرد الحزن العادي في خسارة أبنائهم. كما منحت المحكمة خمسة آلاف دولار للأخ وقالت أنه بالرغم من أنه ورد في شهادته ما يمكن أن يُفسر علي أنه اعتراف بأن معاناته لم تكن أكثر من مجرد الحزن العادي إلا أنه تبين لها أنه كابد درجة من المعاناة النفسية والعاطفية تخوله الحصول علي تعويض مقابل الكرب النفسي بموجب قوانين الموت الخاطئ<sup>(٣٢٥)</sup>.

ومسألة أخرى نموذج لتشابك المشاكل المتضمنة الخسارة غير الملموسة وهي ما إذا كان الوالدان يستحقان تعويضاً عن خسارة الجنين الذي يُولد ميتاً بإجهاض. بعض المحاكم أصرت علي أن لغة التشريع البرلماني المانحة للتعويض عن الموت الخاطئ لا تشمل هذه الحالة<sup>(٣٢٦)</sup> لأنه لا يمكن تفسير كلمات "الفرد" أو "الشخص" علي أنها تشمل الجنين الذي لم يُولد. البعض الآخر من المحاكم يرى أنه ليس من العدالة إنكار المسؤولية عن موت الجنين بينما يتم التعويض عن الأذى الذي يلحق به قبل أن يُولد حياً<sup>(٣٢٧)</sup>.

(٣٢٤) تقنين ولاية فرجينيا رقم (8. 01 – 52)

(٣٢٥) Lowe v. United States, 662 F. Supp. 1089, 1098-99 (W. D. Ark. 1987)

(٣٢٦) Witty v. American Gen. Capital Distributions, Inc., 727 S. W. 2d. 503, 504 (Tex. 1987)

(٣٢٧) Marshall S. Shapo : Basic Principles of Tort Law, opcit , no. 72.01 (G0 p. 353)

### المطلب الثالث : التعويض عن ضرر الموت في الشريعة الإسلامية

55/1/3 - يتمثل الجزاء عن الفعل غير المشروع المسبب للموت في أحكام الشريعة الإسلامية في أحد أمرين لا يجتمعان أبداً<sup>(٣٢٨)</sup>: القصاص<sup>(٣٢٩)</sup> والدية. وقد اختلف بعض فقهاء القانون المدني المحدثين في طبيعة هذا الجزاء هل هو عقوبة عامة أم عقوبة خاصة ؟ فبينما يرى السنهوري<sup>(٣٣٠)</sup> أنه يجمع بين حق الله وحق العبد غير أن حق العبد هو الغالب وبالتالي فهي عقوبة خاصة. وقصد الفقيه بوصفها بالخاصة علي أساس أنها عقوبة يجوز فيها الصلح والإبراء ويتوقف اقتضاؤها علي طلب المجني عليه. بينما ذهب سليمان مرقس إلي أنها عقوبة خاصة تحمل صفة العقوبة والتعويض علي زعم من القول بأنها جزاء لأفعال تنطوي علي جرائم خاصة حيث يختلط أساس المسؤولية الجنائية بالمسؤولية المدنية<sup>(٣٣١)</sup>. وذهب رأي أخير ، وهو ما يميل إليه الباحث ، إلي أن القصاص يتصل بفكرة العقوبة العامة المعروفة في الفقه الجنائي<sup>(٣٣٢)</sup>. ولا شك أن الرأيين الأوليين استخدمتا عبارة العقوبة الخاصة بما تنثيره من لبس مع مفهوم آخر للعقوبة الخاصة التي عرفها الرومان وتحظى ببعض التطبيقات في التقنيات المدنية المعاصرة. والعقوبة قد تكون جنائية أي متعلقة بتطبيق القانون الجنائي وهي العقوبات السالبة للحرية أو الغرامات المالية التي تحصلها الدولة. وقد تكون مدنية مرتبطة بتطبيق القانون الخاص مثل البطالان والفسخ والتعويض المثلي أو بالنقد. والقصاص ، بغض النظر عن تكيف الحق الذي يحميه ، هو عقاب علي فعل قتل النفس عمداً ولا يحتاج بأن الحق الذي يحميه هو حق مختلط إذ أن قتل النفس مع توافر ركن العمد هو من أكبر الكبائر في الشريعة الإسلامية. أما القول بجواز الصلح والإبراء فذلك يدخل في تسامح الأديان عموماً ، كما أن كثير من

<sup>(٣٢٨)</sup> نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح القدير) للعلامة شمس الدين أحمد بن قود ، المعروف بقاضي زاده

، المتوفى سنة ٩٨٨ ، المكتبة التجارية الكبرى ، مطبعة مصطفى محمد ، الطبعة الأولى (١٣١٨) ج ٨ ص ٢٧٥

<sup>(٣٢٩)</sup> انظر في تفصيل القصاص : حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير للشيخ شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي

، المتوفى سنة ١٢٣٠ ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي وشركاه (١٣٧٣) ج ٤ ص ٢٤٢ - نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج : للإمام شمس الدين محمد ابن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ، المتوفى سنة ١٠٠٤ ، مطبعة مصطفى

الحلبي (١٣٥٧ - ١٩٣٨) ج ٧ ص ٢٩٤ وما بعدها - مغنى المحتاج ، إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج : شرح الشيخ محمد الشريبي الخطيب علي متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، مطبعة مصطفى الباوي الحلبي ، مصر (١٣٧٧)

- (١٩٥٨) ج ٤ ص ٤٨ - المبسوط : لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، المتوفى سنة ٤٨٣ ،

الطبعة الأولى بمطبعة السعادة (١٣٢٤ هـ) ج ٢٦ ص ٦٠ - شرح النيل وشفاء العليل : للشيخ محمد بن يوسف بن

أطفيش ، المتوفى سنة ١٣٢٢ ، دار الفتح (١٣٩٢ - ١٩٧٢) ج ١٥ ص ٢٦

<sup>(٣٣٠)</sup> السنهوري : مصادر الحق ، ص ٤٧-٤٩

<sup>(٣٣١)</sup> سليمان مرقس : المسؤولية المدنية ، فقرة رقم ٥٠

<sup>(٣٣٢)</sup> محمد إبراهيم دسوقي : المرجع السابق ص ٥٨ - سعيد عبد السلام : المرجع السابق ص ١٠٣ - طه عبد المولى :

المرجع السابق ص ٥٧



القضايا الجنائية يقتضي رفعها موافقة ذوى الشأن. وأساس التفرقة بينهما هو توفر ركن العمد وظروف ارتكاب الفعل غير المشروع. ذلك أن إزهاق النفس عمداً ومباشراً استهانة وتعد مقصود علي حق مقدس وهو حق الإنسان في الحياة. لذلك يدخل في إطار الجرائم الجنائية ويستحق فاعله العقوبة المماثلة وهي الإعدام. أما القتل تسبباً أو خطأ فجعلت الشريعة العقوبة هي الجزاء المالي الدية. والمبالغ المالية التي تدفع أشبه ما تكون بالجزاءات التي تفرضها المسؤولية التقصيرية. ولذلك فالشريعة الإسلامية أسبق في عدم التوسع في التجريم لأمر بحكم ظروف ارتكابها أقرب ما تكون إلي التقصير أو الأفعال الضارة أو غير المشروعة منظوراً إليها من جانب القانون الخاص.

### 56/1/3 حالات وجوب الدية في الاعتداء على النفس :

أولاً : في القتل العمد : في حالتين : (١) عند سقوط القصاص ويتحقق في أ- انعدام محل القصاص بموت الجاني ، ب- عفو ولي الدم اتباعاً لقوله سبحانه وتعالى : "فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان" (٣٣٣) ، ودرءاً للأضرار التي قد يحدثها القصاص في بعض الحالات مثل الضرر الذي يحدثه لولي الدم نفسه عندما يقتل أخ أخيه ويكون ولي الدم هو الأب. وهو رأي الشافعية والحنابلة وغالبية الفقهاء (٣٣٤). أما عند الإمام أبي حنيفة ومالك فلا دية في العمد وإنما الواجب هو ما اصطلاحاً عليه وقد يكون بمقدار الدية أو أكثر أو أقل. وإن كان الرأي الأول يتفق مع تفسير ابن عباس لقوله جل شأنه "فمن عفي له من أخيه شيء" إذ قال : فالعفو أن يقبل الدية في العمد (٣٣٥)

(٢) عند عدم توافر الشروط اللازمة للقصاص وهذه الشروط هي : أ- أن يكون المقتول معصوم الدم. إلا أن تحقق هذا الشرط يعفى القاتل من القصاص أو حتى الدية لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم "لا يحل دم امرئ مسلم : يشهد أن لا إله إلا الله ، وأتي رسول الله إلا بإحدى ثلاثة : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة" (٣٣٦) ؛ ب- أن يكون القاتل بالغاً ؛ ج- أن يكون الفاعل عاقلاً ، فلا قصاص علي غير المكلف من صغير أو مجنون أو معتوه وإنما الدية وهي عند العاقلة عند أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي : عمد الصغير في ماله ؛ د- أن يكون القاتل مختاراً غير خاضع لإكراه ؛ هـ- ألا يكون القاتل أصلاً للمقتول فلا يقتص من والد بقتل ولده وولد ولده وقد أخرج الترمذي عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "لا يقتل الولد بالوالد". ولا يسوغ الشرع الإسلامي القصاص في

(٣٣٣) سورة البقرة الآية رقم ١٧٨

(٣٣٤) الجامع لأحكام القرآن : للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، المتوفى سنة ٧٦١ ، دار الشام للتراث

، ج ٢ ص ٢٣٤

(٣٣٥) فتح الباري : شرح صحيح البخاري : العسقلاني ، المرجع السابق ج ١٢ ، حديث رقم ٦٨٨١ ص ٢٣٩

(٣٣٦) رواه البخاري ومسلم عن ابن مسعود

قتل أحد الأبوين الآخر وإنما تجب الدية للابن<sup>(٣٣٧)</sup> ؛ و- أن يكون المقتول مكافئاً للقاتل حال جنايته ، فلا قصاص علي مسلم قتل كافراً ، أو حر قتل عبداً ، استناداً علي حديث علي كرم الله وجهه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "ألا لا يقتل مؤمن بكافر"<sup>(٣٣٨)</sup>.

والدية الواجبة هي الدية المغلظة وتكون في سن الإبل كبيرة ، تجب علي الجاني دون عاقلته ، وتجب حالة غير مؤجلة. وهي البديل الثاني في الجزاء عن القتل العمد. **ثانياً : في القتل شبه العمد :** ذهب كل من الحنفية والشافعية والحنابلة إلي تقسيم القتل إلي عمد وشبه عمد وخطأ ، أما المالكية والظاهرية فقد قصروا أقسام القتل إلي عمد وخطأ<sup>(٣٣٩)</sup>. وأمثلة شبه العمد القتل في عميه (أي في معركة غير معروف القاتل ، لكن المشتركين معروفين) أو عصبية بألة لا تقتل عادة كحجر أو سوط أو عصا. واستندوا إلي الحديث الشريف "من قتل في عميه أو عصبية بحجر أو سوط أو عصا فعليه عقل الخطأ"<sup>(٣٤٠)</sup>. وقد اختلف العلماء في تحديد شبه العمد فعند أبي حنيفة يكون شبه العمد في القتل بما ليس له حد ، أما عند الصاحبين فإن شبه العمد هو تعمد الضرب بما لا يقتل به غالباً<sup>(٣٤١)</sup>. أما الشافعية فاعتبروا شبه العمد هو قصد الفعل والشخص بما لا يقتل غالباً ظلماً<sup>(٣٤٢)</sup>. وذهب الحنابلة إلي القتل شبه العمد ما كان بما لا يقتل غالباً كخشبة صغيرة أو حجر صغير ، أو لكزة<sup>(٣٤٣)</sup> ودية شبه العمد مثل دية العمد من حيث الأسنان لكنها مؤجلة وتجب علي العاقلة وهي جزاء أصلي.

<sup>(٣٣٧)</sup> المغني لابن قدامة : موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة ، المتوفى سنة ٦٢٠ ، علي مختصر الإمام أبي القاسم عمر ابن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحزقي المتوفى سنة ٣٣٤ ، ويليهِ الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع ، بيروت طبعة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، ج ٩ ص ٣٦٢

<sup>(٣٣٨)</sup> أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي

<sup>(٣٣٩)</sup> المدونة الكبرى : للإمام أبي عبد الله مالك بن أنس إمام المذهب برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك ، كتاب الجراحات ص ١٠٦ حيث قال الإمام مالك "شبه العمد باطل وإنما هو عمد أو خطأ ولا أعرف شبه العمد" ، مطبعة السعادة

<sup>(٣٤٠)</sup> جاء في سنن ابن ماجه حديث رقم ٢٦٣٥ ج ٢ كتاب الديات (٨) باب من حال بين ولي المقتول وبين القود أو

الدية. عن عمر بن دينار ، عن طاوس عن ابن عباس ، رفعه إلي النبي صلى الله عليه وسلم

<sup>(٣٤١)</sup> تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزليعي ، وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين

أحمد بن يونس شلبي (١٠١٠هـ) المطبعة الأميرية الكبرى (١٣١٥هـ) ج ٦ ص ٩٨-١٠٠

<sup>(٣٤٢)</sup> نهاية المحتاج غلي شرح المنهاج : للإمام شمس الدين محمد بن أحمد ، المعروف بالمغربي الرشدي ، المتوفى سنة ١٠٩٦هـ ،

مطبعة مصطفى الحلبي (١٣٥٧-١٩٣٨٩ ج ٧ ص ٢٣٥-٢٣٨ - مغني المحتاج إلي معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ محمد

الشريبي الخطيب ، مطبعة مصطفى الحلبي (١٣٥٢-١٩٥٣) ج ٤ ص ٣-٤

<sup>(٣٤٣)</sup> المغني ج ٧ ص ٦٣٧ ، ٦٣٩ ، ٦٥٠ ، ٦٥١

**ثالثاً : القتل الخطأ** وذلك لقوله تعالى : "وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا"<sup>(٣٤٤)</sup>. وأمثلة القتل الخطأ عدم قصد الفعل أو الشخص ، كما لو رمي إنساناً يظنه شجرة فمات أو أن يرمي صيداً فيصيب إنساناً فيقتله ، أو رمي حربي فيصيب مسلماً أو كان الضرب علي وجه اللعب<sup>(٣٤٥)</sup>. ودية القتل الخطأ مخففة من حيث السن وهي مؤجلة وتجب علي العاقلة ، وهي جزاء أصلي.

57/1/3 - **وقت وجوب الدية** : تصدى الفقه لموضوع الوقت الذي يثبت فيه الحق في الدية وهل يثبت للميت قبل وفاته ثم ينتقل بعده إلي الورثة المستفيدين ، أم أن الدية تثبت ابتداء للورثة ؟ ولكل إجابة لها نتائج عملية هامة. اتجه البعض إلي القول بالرأي الأول أي بثبوت الحق للمورث حال حياته وانتقاله بطريق الإرث للورثة. وحجتهم في هذا أن حكمها كحكم القصاص فهي بدل عن النفس والقصاص عوض عن النفس وحيث أن القصاص ينتقل من المضرور المتوفى إلي الورثة ، كذلك الدية<sup>(٣٤٦)</sup>. وهناك أمثلة علي إمكان ثبوت حق للمتوفى بعد موته إذا وجد السبب حال حياته منها الحق في صيد الشبكة التي ألغها الصياد قبل موته ثم تعلق بها صيد بعد وفاته فهي تعتبر ملكاً له وتأخذ حكم التركة. وقد شايح هذا الرأي جمهور الفقهاء<sup>(٣٤٧)</sup>. وحجة الجمهور أن الموت لم يتحقق لكن السبب تحقق وهو الجرح المفضي إلي الموت ، وأن السبب المفضي إلي الشيء يقوم مقامه<sup>(٣٤٨)</sup> لذلك تتحقق الدية وقت تحقق السبب ومن ثم تصبح ملكاً للمتوفى تنتقل ، شأنها شأن الأموال ، إلي الورثة بالإرث<sup>(٣٤٩)</sup>. وبناء علي هذا الرأي تستوفى الديون التي علي المورث منها ويجوز فيها الوصية.

وذهب رأي آخر إلي القول بأن الدية تثبت للورثة ابتداء وليس انتقال بالإرث ، لأن قصاص النفس لا يورث لأنه لم يثبت للضحية قبل موته وإنما يثبت للوارث ابتداء لأن استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع إلا للوارث بعد موت المورث<sup>(٣٥٠)</sup> ، ولأن الموت يسقط أهلية اكتساب الحقوق. وقد أوضح أبو حنيفة أن حق القصاص يؤول لكل وارث بطريق الخلافة عن المورث وليس بطريق الإرث. فالحق يصبح ثابتاً للوارث بحسابه خليفة المضرور أو نائباً عنه<sup>(٣٥١)</sup> فهي إذاً غير ثابتة للمورث

<sup>(٣٤٤)</sup> سورة النساء ، الآية رقم ٩٢

<sup>(٣٤٥)</sup> الشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٤٢ - الشرح الصغير بحاشية الصاوي ج ٤ ص ٣٣٨ - ٣٣٩

<sup>(٣٤٦)</sup> الموسوعة ج ٤ ص ٢٩٣-٢٩٤ ، مذكورة في سعيد عبد السلام : رسالة الدكتوراه السابقة ص ١٢٨

<sup>(٣٤٧)</sup> الشيخ علي الخفيف : تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته " ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة (١٠) العدد

الخامس ص ٤٧٠

<sup>(٣٤٨)</sup> البدائع ، ج ٧ ص ٢٤٨

<sup>(٣٤٩)</sup> قريب من ذلك المبسوط ، ج ٢٦ ص ١٥٧

<sup>(٣٥٠)</sup> الفروق للقرافي ج ٣ ص ٢٧٩

<sup>(٣٥١)</sup> المبسوط للرخسي ج ٢٦ ص ١٥٤

المجني عليه بعد وفاته لكنها تثبت ابتداء لورثته ومن ثم لا يقتضى منها حق علي المورث ولا تنفذ فيها وصيته وأن العقد الصادر من الورثة أو أحدهم عن نصيبه في دية الخطأ قبل موت المجني عليه باطل لأنه لم يجب لهم شيء بعد من ذلك ، وكذلك العفو الصادر من المجني عليه قبل موته عفو باطل لأن الحق في الدية يثبت لأهله بعد موته وليس قبل الموت<sup>(٣٥٢)</sup>.

والرأي عند الباحث هو الميل للرأي الثاني الذي يقول به أبو حنيفة وابن حزم. لأن الموت مهما كان تأثيره البدني والنفسي علي المتوفى قبل وفاته فإن التعويض عنه لن يفيد بالمرة بعد موته وإنما التعويض النقدي لأهله هو الأجدى لأنه ناهيك عن الأضرار المعنوية التي تصيبهم في فقد عزيز لديهم فقد يكون مبلغ الدية بحسبانه حق أصيل لهم لا يشاركهم دائني المورث أو تقيدهم وصيته أو عفو صادر منهم أو من مورثهم قبل الموت جابراً للأضرار المالية التي لحقت بهم من موت مورثهم ، فضلاً عن أنها سلوان وتعزية لهم قدرها الشرع الحكيم ، وآية أنها حقهم الأصيل ابتداء وليس إرثاً هو اللفظ القرآني المستخدم "فدية مسلمة إلي أهله"<sup>(٣٥٣)</sup>. وجاء في تفسير ابن كثير أن ذلك هو الواجب الثاني ، بعد تحرير رقبة مؤمنة ، فيما بين القاتل وأهل القتل عوضاً لهم عما فاتهم من قتلهم<sup>(٣٥٤)</sup>.

58/1/3 - المستفيدون من الدية : لمن تؤول دية القتل ؟ : القول الفاصل أن المستفيدين من الدية هم الورثة باعتبارها مال. وفي ذلك يقول القرافي<sup>(٣٥٥)</sup> "إن الضابط فيما ينتقل إلي الوارث ما كان متعلقاً بالمال أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهوته لا ينتقل للوارث والسر في الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعاً..". وحيث أن الدية والارش هي من الحقوق التي تثبت بموت الشخص يقوم الورثة مقام مورثهم في استيفائها سواء أثبت لهم هذا الحق ابتداء أو انتقل إليهم من مورثهم<sup>(٣٥٦)</sup>. وتوزع عليهم بحسب أنصبتهم الشرعية. ولا يستثنى من الورثة إلا إذا كان القاتل أحد الورثة ، لقوله صلي الله عليه وسلم : "القاتل لا يرث"<sup>(٣٥٧)</sup> وذلك حتى لا يستعجل الإنسان شيئاً قبل أوانه فيعاقب بحرمانه منه<sup>(٣٥٨)</sup>.

وقد اختلف فقهاء المذاهب السنية الأربعة في نوع القتل المانع من الميراث. ذهب الحنفية إلي أن القتل المانع من الميراث هو القتل الموجب للقصاص ، أي القتل العمد

<sup>(٣٥٢)</sup> المحلى : للحافظ أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري، المتوفى سنة ٤٥٦ ، المطبعة الأميرية بمصر (١٣٤٧) ج

١٠ ص ٤٨٧

<sup>(٣٥٣)</sup> سورة النساء ، الآية رقم ٩٢

<sup>(٣٥٤)</sup> مختصر تفسير ابن كثير ، المجلد الأول ص ٤٢١

<sup>(٣٥٥)</sup> الفروق : ص ٢٧٥

<sup>(٣٥٦)</sup> القواعد لابن رجب ص ٣٢٥

<sup>(٣٥٧)</sup> عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف ، عن أبي هريرة ، سنن ابن ماجه رقم ٢٧٣٥

<sup>(٣٥٨)</sup> الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٩

أو الكفارة أي القتل شبه العمد. والخطأ وما جرى مجرى الخطأ كانقلاب نائم علي مورثه فيقتله. وغير ذلك من أنواع القتل لا يترتب عليه الحرمان من الإرث مثل القتل بالسبب أو القتل قصاصاً أو حداً أو دفاعاً عن النفس ، والقتل من الصبي والمجنون ولو مباشرة ، وكذلك إذا قتل الزوج زوجته ، أو ذات رحم من محارمه لأجل الزنا<sup>(٣٥٩)</sup>. ويذهب الشافعية إلي القول بأن القتل بجميع أنواعه مانع من الميراث ، وإن لم يضمن كالقتل بحق مثل القصاص أو الحد أو الدفاع الشرعي عن النفس لعموم الأحاديث الواردة بشأن حرمان القاتل من الإرث<sup>(٣٦٠)</sup>. وقال الحنابلة أن القتل المانع من الميراث هو القتل الموجب للقصاص ، أو الدية ، أو الكفارة ، سواء كان عمداً أو شبه عمد أو خطأ ، بمباشرة أو سبب ، ولو كان القاتل غير مكلف ، وسواء انفرد الوارث بالقتل أو اشترك فيه مع غيره. وفيما عدا ذلك لا يحرم من الميراث لأنه قتل بحق مثل القصاص أو الحد أو الدفاع الشرعي عن النفس ، أو لو كان الوارث طبيباً وأجرى لمورثه جراحة في تخصصه ومات نتيجة لها أو أدب الأب لابنه<sup>(٣٦١)</sup>. وعند المالكية القتل المانع للميراث هو القتل العمد العدوان والعبرة في ذلك هي قصد إزهاق النفس. فيحرم القاتل إذا تم القتل بمحدد أو بمتقل أو إحراقاً أو إغراقاً أو خنقاً أو سماً ، مباشرة أو تسبباً ، إستقلالاً أو بالاشتراك مع غيره. أما القتل العمد غير العدوان فلا يترتب عليه حرمان القاتل من الميراث كالقتل قصاصاً أو حداً أو دفاعاً عن النفس ، وكذلك القتل الخطأ<sup>(٣٦٢)</sup>.

وبهذا الرأي الأخير أخذ قانون المواريث في مصر حيث نصت المادة الخامسة علي أنه "من موانع الإرث قتل المورث عمداً ، سواء كان القاتل فاعلاً أصلياً ، أم شريكاً ، أم كان شاهد زور أدت شهادته إلي الحكم بالإعدام وتنفيذه ، وإذا كان القتل بلا حق ولا عذر ، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي". وهكذا خالف التشريع المصري مذهب الحنفية في القتل بالتسبب وأصبح القتل المانع هو العمد سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً ، أم تسبب فيه.

والمستفيدون من إرث الدية هم الزوج أو الزوجة نتيجة عقد زواج صحيح بينهما حقيقة ، أو حكماً ، كما في المعتدة من طلاق رجعي أو بائن. والأب والأم ، والجد والجدة ، والأخ لأم ، والبنات ، وبنات الابن ، والأخت الشقيقة ، والأخت لأب ،

<sup>(٣٥٩)</sup> المبسوط للسرخسي ج ٣٠ ص ٤٦-٥٠ - حاشية ابن عابدين علي الدر المختار ج ٥ ص ٦٧

<sup>(٣٦٠)</sup> المذهب للإمام الزاهد أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزي أبادي الشيرازي ، المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ، مطبعة

عيسى البابي الحلبي وشركاه ج ٢ ص ٢٤،٢٥ - نهاية المحتاج ، ج ٦ ص ٢٧،٢٨

<sup>(٣٦١)</sup> المغني لابن قدامة ج ٧ ص ١٦٢ - المحرر في الفقه علي مذهب الإمام أحمد بن حنبل : للإمام مجد الدين أبي

البركات ، المتوفى سنة ٦٥٢ هـ ، مطبعة السنة المحمدية (١٣٦٩-١٩٥٠) ج ١ ص ٤١٢ - كشاف القناع ج ٤ ص

٤١٥ ، ٤١٦

<sup>(٣٦٢)</sup> بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥٧ - قوانين الأحكام الشرعية وسائل الفروع الفقهية ص ٣٧٣ ، ٤٢٧ - محمد أبو زهرة

: أحكام التركات والموارث ، مطبعة مخيمر ، ص ١٠٩ ، ١١٠

والأخت لأم ، والابن ، وابن الابن وإن نزل ، والأخ الشقيق ، أو لأب ، وابنائهما وإن نزلوا ، والعم الشقيق ، أو لأب ، وابنائهما وإن نزلوا ، وابن البنت ، وبنت الأخ ، وابن الأخت ، والخال ، والعمة ، وأب الأم<sup>(٣٦٣)</sup> .

## المبحث الثالث

### النظم البديلة أو المكملة للتعويض في المسؤولية المدنية

#### (النظم الجماعية للتعويض)

59/1/3 - يتناول هذا المبحث بتركيز وإيجاز مدى علاقة النظم الجماعية للتعويض وهي : التأمين من المسؤولية<sup>(٣٦٤)</sup> والتأمينات الاجتماعية ذات الطابع التعويضي ، بالمسؤولية التقصيرية في الأحكام الخاصة بالتعويض النقدي باعتباره جزاء علي ارتكاب الفعل الضار ؛ وذلك في إطار الهدف الأساسي وهو حماية حقوق الشخصية. ولتوضيح ذلك يقدم الباحث التعريف البسيط بهذه النظم وأسباب نشأتها ، والنتائج المترتبة علي الصفة التعويضية ، وأوجه الاتفاق والاختلاف بين كل من طبيعة أداءات التأمينات الاجتماعية ومبلغ التعويض النقدي في المسؤولية التقصيرية ، ثم التصدي للسؤال حول ما تواجهه المسؤولية التقصيرية مع وجود أنظمة الضمان الجماعي وهل هي أزمة وانهايار أم تطور طبيعي للنظم ، وما هي نتائج التأثير المتبادل لكل من نظامي المسؤولية والتأمين الاجتماعي ، ثم الاجابة علي سؤال هل تؤثر النظم الجماعية في الدور العقابي الجزري والوقائي للمسؤولية التقصيرية .

60/1/3 - التأمين من المسؤولية هو عقد من عقود التأمين ، يدخل في إطار التأمين من الأضرار<sup>(٣٦٥)</sup> ويلتزم المؤمن (شركة التأمين) ، لقاء قسط معين بتغطية المطالبات بتعويض نقدي من المؤمن له نتيجة انعقاد مسؤوليته المدنية<sup>(٣٦٦)</sup> . ويلاحظ أن المسؤولية المدنية بنوعها : عقدية أو تقصيرية يمكن أن تكون محلاً للتأمين من

<sup>(٣٦٣)</sup> الشيخ محمد زكريا البرديسي : الميراث ن دار النهضة العربية ن دار الاتحاد العربي للطباعة (١٣٨٨-١٩٦٩) ص ٤٩

— الشيخ محمد مصطفى شلي : أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر بالاسكندرية (١٩٦٧) ص ٦٣ — الشيخ محمد أبو زهرة : ص ١٢٦-١٢٨ — د. زكريا البري : الوسيط في أحكام التركات والموارث ،

دار النهضة العربية ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، الطبعة الثانية (١٣٩٠ - ١٩٧٠) ص ٤٦ إلي ٤٩

<sup>(٣٦٤)</sup> وقد يُقاس عليه نظام العوائل الموجود في الفقه الإسلامي حيث تتعاون العاقلة علي دفع الدية المطلوبة من أحد أبنائها

، راجع د. يوسف قاسم : التعامل التجاري في ميزان الشريعة ، ص ٢١٣

<sup>(٣٦٥)</sup> د. محمد نصر الدين منصور : ضمان تعويض المضرورين "بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي"

، دار النهضة العربية ص ١٨٧-١٨٩

<sup>(٣٦٦)</sup> د. محمد إبراهيم دسوقي : التأمين من المسؤولية (١٩٩٥) ص ٢٦٠ — ٣٣١ — د. محمد حسام الدين محمود لطفي

: الأحكام العامة لعقد التأمين ، دار الثقافة والطباعة والنشر (١٩٨٨) ص ٥٤

المسئولية<sup>(٣٦٧)</sup>. والخطر المؤمن منه في التأمين من المسؤولية ليس هو تحقق المسؤولية بل مطالبة المضرور أو ورثته ، قضائية أو ودية، وحدها<sup>(٣٦٨)</sup>. ويرى البعض<sup>(٣٦٩)</sup> أن التأمين من المسؤولية هو تأمين ضد خطر غير محدد أي من دين التعويض الذي يلحق ذمة المؤمن له ولا يمكن تحديد مقداره مسبقاً حيث لا يمكن تقدير مدى الضرر أو مقدار التعويض النقدي الذي سيطلب به المضرور سيما في دعاوى المسؤولية الخاصة بالتشهير أو انتهاك الخصوصية وما يستتبعها من طلب التعويض عن الضرر المعنوي. ومع ذلك يرى البعض أن التأمين من المسؤولية قد يكون من خطر معين أو خطر غير معين أو تأمين من المسؤولية إلى حد معين<sup>(٣٧٠)</sup>.

وأهم صور التأمين من المسؤولية هو التأمين الإجباري ضد حوادث المرور وضد حوادث العمل والتأمين من الأخطاء المهنية التي قد يرتكبها أرباب المهن الحرة. وتوجب قوانين المرور (القانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٥ المادة السادسة بشأن السيارات وقواعد المرور) علي كل من يطلب ترخيصاً لسيارة أن يقدم وثيقة تأمين من حوادث السيارات. وقد صدر القانون رقم (٦٥٢) لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات. هذا في مصر أما في فرنسا فينظم ذلك قانون التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات الصادر في عام ١٩٥٩. وفي إنجلترا صدر قانون المرور في عام ١٩٨٨ يفرض ويجرم عدم وجود تأمين ساري المفعول لمستخدمي السيارات.

ويعتبر عقد التأمين من المسؤولية عقد تبادل المخاطر *a risk-shifting contract* وهو بذلك يتشابه مع الشرط التعاقدي الذي يعفي أو يقيد من المسؤولية حيث يدفع الشخص المستفيد من هذا الشرط قسط دوري مقابل تحمل المؤمن عبء المخاطر بدلاً منه ، ذلك أن كلاً من شرط الإعفاء والتأمين هي وسائل تبادلية لنقل عبء المخاطر. وإذا كان هذا التشابه في أن المؤمن له يزيح عن عاتقه عبء المسؤولية ، وأن الخطأ العمد أو الغش يبطل الشرط وغير جائز في التأمين ، إلا أن التأمين يختلف عن شرط الإعفاء من المسؤولية *clause de non-résponsabilité* فهو يؤكد

Mazeaud : Responsabilité Civil , t. 111. No. 646-3 – M. Picard et Besson : Les <sup>(٣٦٧)</sup>

Assurance Terrestres en Droit Français , t. 1 , no. 87

<sup>(٣٦٨)</sup> السنهوري : الوسيط ، الجزء السابع المجلد الثاني فقرة ٨٤٥ – أبو زيد عبد الباقي مصطفى : التأمين من المسؤولية

المدنية عن حوادث السير ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٩٧٥) ص ٥٢ ، ٥٣ – جلال محمد إبراهيم : دروس في

التأمين النظرية العامة للتأمين وعقد التأمين ، جامعة الزقازيق ص ٣٥ وما بعدها – أيمن إبراهيم العشماوى : تطور مفهوم

الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية (١٩٩٨) ص ٢٤٤ . ويقول بيتر كين : "the obligations of the liability

insurer only arise once liability has been established, and this can only be done by proceedings against or by an agreement under tort-feasor" see : Peter Cane : Tort Law &

Economics , opcit p. 415 ويؤكد نفس المعنى Salmond حيث يقول إن هذا النوع من التأمين هو بصفة أساسية

طفيلي (أي يعيش علي وجود المسؤولية المدنية) لا يمكن دفع مبلغه إلا إذا ثبتت مسؤولية المؤمن : p. Heuston : opcit

24

Dan Jon et Lepargneur : Traité de droit maritime, 2. Ed. , t. 1V. , no. 1487

<sup>(٣٦٩)</sup>

<sup>(٣٧٠)</sup> السنهوري : المرجع السابق نبذة رقم ٨٤٠ ، ص ١٦٤٦

المسئولية لا ينفىها ، لكنه يجعل المؤمن يتحمل عبء الضرر في إطار عملية تنظيمية تقوم بها شركات التأمين ويمولها الأقساط التي يدفعها المؤمن له مع غيره ، أما شرط الإعفاء من المسؤولية فهو يستبعد الضرر من علي عاتق المسئول وينقله إلي عاتق الدائن المضرور<sup>(٣٧١)</sup>. ولعل أبلغ تعبير عن ذلك أن التأمين من المسؤولية يضيف قليلاً من مقاومة الشد tensil strength حسب التعبير الفيزيائي للسلسلة التي تربط بين مرتكب الفعل الضار ومسئوليته عن هذا الفعل<sup>(٣٧٢)</sup>.

61/1/3 - قد يحصل المضرور أو خلفه العام علي بعض الأداءات prestations تتمثل في مبالغ نقدية أو بعض المزايا العينية مقابل ما يعانيه من ضرر نتيجة حادث عمل أو حادث سير أدى إلي أضرار جسدية. هذه الأداءات هي شكل من أشكال التعويض لمواجهة عواصف القدر blows of fate وصورة من صور أنظمة الضمان الجماعي<sup>(٣٧٣)</sup> garantie collective . ويقوم بهذا الدور عادة الدولة أو هيئة عامة مثل التأمينات الاجتماعية وصناديق الضمان وذلك في تنفيذ وظيفتها في تحقيق الرعاية والرعاية الاجتماعية. ويتم تمويلها من الميزانية العامة للدولة ومن اشتراكات أصحاب الأعمال والعمال وبعض التبرعات وعائد استثمار هذه الأموال. وقدم التشريع الألماني في عام ١٨٨٤ نظام التأمينات الاجتماعية. وكان نموذجاً حذا حذوه معظم دول العالم وصدرت قوانين التأمينات الاجتماعية في مختلف الدول<sup>(٣٧٤)</sup>.

62/1/3 - يكشف التطبيق العملي لأنظمة التعويض الجماعي أن التطور الذي لحق نظام التأمينات الاجتماعية جعله أكثر شمولاً واتساعاً وأهمية من نظام التأمين (من المسؤولية) ، فهو الوسيلة الأولى لدفع التعويضات عن الأضرار الجسدية. إذ أنه يمنح مزايا نقدية وعينية وخدمات اجتماعية وطبية شاملة لمواجهة حالات الطوارئ المتعددة والمتنوعة. وقد جاء في تقرير لجنة بيرسون بالمملكة المتحدة في الفقرة (٨٣، ١٢١) أن أداءات التأمينات الاجتماعية تصل لأكثر من ستمائة ألف حالة إصابة جسدية أو مرض سنوياً بتكلفة إجمالية سنوية تصل إلي مائتين وخمسين مليون جنيه إسترليني ، في مقابل تسعون ألف حالة فعل ضار يتم تعويض معظمها من خلال التأمين من المسؤولية. وبينما تصل التكاليف التشغيلية لنظام الفعل الضار إلي حوالي ٨٦% من قيمة المدفوعات الكلية للتعويضات التي يقضى بها نجد أن تكلفة

<sup>(٣٧١)</sup> السنهوري : المرجع السابق ص ١٦٤٣ - د. محمد إبراهيم دسوقي : المرجع السابق ص ٤٥ وما بعدها

<sup>(٣٧٢)</sup> Skelton v. Collins (1966) 39 A. L. J. R. , 494

<sup>(٣٧٣)</sup> A. Weill : Droit Civil, Les obligations, Paris (1971) no. 591, p. 610

<sup>(٣٧٤)</sup> ففي فرنسا صدرت بعض القوانين منها : قانون ٩ إبريل لعام ١٨٩٨ بشأن حوادث العمل والذي أدمج في تقنين

التأمينات الاجتماعية المواد من ١/٤١١ إلي ٥/٤٨٢ ؛ قانون ٣ مايو لعام ١٩٢١ الخاص بتعويض الأضرار الجسدية

الناجمة عن الأعمال العامة أو الخاصة المتعلقة بالدفاع المدني ؛ قانون ٨ يولييه ١٩٤١ الناشئة عن حوادث التلفريك ؛ قانون

٥ يولييه لسنة ١٩٨٥ الخاص بحوادث السير ؛ قانون ٩ سبتمبر ١٩٨٦ الذي تعدل بالقانون ٦ يولييه ١٩٩٠ الخاص

بتعويض ضحايا الإرهاب ؛ قانون ٢٠ ديسمبر لسنة ١٩٨٨ بتعويض الأشخاص الخاضعين لبحوث الطب الحيوي ؛ وفي

إنجلترا صدر قانون التأمينات الاجتماعية في عام ١٩٨٦ ؛ وفي مصر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٧



إدارة تقديم أداءات التأمينات الاجتماعية تبلغ حوالي ١١% من إجمالي هذه الأداءات. كما أن المعدل السنوي لعدد الأداءات يصل إلى عشرين مليون جنيه تتمثل في تعويضات ومعاشات وبدلات تُدفع لحوالي (١١) مليون شخص<sup>(٣٧٥)</sup>. وفي مصر بلغ إجمالي موازنة الصندوق الاجتماعي للقطاع الحكومي وقطاع الأعمال والخاص في موازنة عام ٢٠٠٣/٢٠٠٤ حوالي (٨٧،٢) مليار جنيه مصري ، منها (٤٤،١) مليار جنيه مصري لقطاعي الأعمال العام والخاص<sup>(٣٧٦)</sup>.

63/1/3 - ظهرت أنظمة التعويض الجماعي في أواخر القرن التاسع عشر وفرضت نفسها بداية من القرن العشرين نتيجة ظاهرتين أساسيتين : الأولى خاصة بالتطور الذي لحق المجتمع الإنساني في مجمله ، والثانية التطور في مفهوم المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار). فعلى المستوى العام حدث تطور هائل في التقنية الصناعية ووسائل المواصلات ترتب عليه زيادة الحوادث الصناعية وحوادث السير<sup>(٣٧٧)</sup>. تزامن معه التوسع في الأنشطة المهنية (الأطباء ،الصيدلة ، المحاسبون والمراجعون ، المحامون والاستشاريون ، ورجال الصحافة والإعلام .. الخ). وكثرت الأخطاء المهنية الموجبة للتعويض المدني وكان طبيعياً أن يتجه الفكر الإنساني لمواجهة هذه المستجدات بفكر اقتصادي رشيد. وأصبح أمام الشركات ، في خوفها من مواجهة المطالب المالية بالتعويض ، أن تجنب بعض الأموال لمواجهة التعويضات المحتملة ، وهي في الغالب أموال عاطلة idle ، أو أن تشتري التأمين نظير أقساط دورية ، يتم استغلالها في مشروعات اقتصادية أخرى ، مستهدفة تخفيض تكلفة الفعل الضار وهي في ذلك تشجع على الاستثمار والتوسع في الائتمان. وعلى الجانب الآخر فإن وجود شركات عملاقة للتأمين ولإعادة التأمين تبحث عن الربح ليس بسبب أنها تفضل المقامرة ولكن لأنها تؤمن بالنظرية الرياضية المعروفة بقانون الأعداد الكبيرة Law of Large Number والتي تفترض أن الأحداث غير المتوقعة للأفراد تصبح متوقعة بالنسبة للأعداد الكبيرة من الناس<sup>(٣٧٨)</sup>. ومن ثم تنهض هذه الشركات بهذا العبء من خلال توزيعه على عدد كبير من المؤمن لهم<sup>(٣٧٩)</sup>.

والظاهرة الثانية هي التطور في مفهوم المسؤولية القائمة على الخطأ ، وذلك إثر المشاكل التي واجهتها في التطبيق من صعوبة إثبات الخطأ ودفع المسؤولية في بعض الحالات. وتمثلت مظاهر هذا التطور في وجود ما يُسمى بالخطأ المفترض والمسؤولية المفترضة ، وظهور فكرة المسؤولية الموضوعية والتي وجدت أساسها النظري في نظرية تحمل التبعية وعلى فكرة وجود تضامن داخل الجماعة لتحمل

<sup>(٣٧٥)</sup> تقرير لجنة بيرسون : الفصل الخامس ، أنظر أيضاً : Fleming : “The Pearson Report : Its Strategy”

<sup>(٣٧٦)</sup> 42 M. I. R. 249 – Marsh : “The Pearson Report on Civil Liability and Compensation for Death or Personal Injury” (1979) 95 L. Q. R. 513

<sup>(٣٧٧)</sup> جريدة الأهرام المصرية أول يولييه سنة ٢٠٠٣ ، ص ١٠ ، ١٥

<sup>(٣٧٨)</sup> سليمان مرقص : الوافي ، المرجع السابق ، القسم الأول ص ١١٠ وما بعدها

<sup>(٣٧٩)</sup> Robert Cooter , Thomas Ulen : Law Economics , 3<sup>rd</sup>. ed. Addison-Wesley (1999) p.50

<sup>(٣٧٨)</sup> Pierre Lavigne : Risque Social et charges social , D. (1948) chr. P. 89 – Pierre

<sup>(٣٧٩)</sup> Raynaud : De la responsabilité civil à la sécurité social , D. (1948) , chr. P. 93

عبء التعويض<sup>(٣٨٠)</sup>. وكانت هذه المفاهيم هي نفسها التي قامت عليها أنظمة التعويض الجماعي والتي تُعتبر تمثيلاً جيداً لفكرة المسؤولية بدون خطأ<sup>(٣٨١)</sup>. ومن بواكير التشريعات لقيام المسؤولية بدون خطأ قانون تعويض العمال في إنجلترا الصادر في عام ١٨٩٧ ومن رُحم هذا القانون تطور نظام الأضرار الصناعية الحديث في المملكة المتحدة.

إضافة لهاتين الظاهرتين فهناك بُعد إجرائي يتمثل في وجود مدين موسر يقتضى منه التعويض. ويقيه شر اختفاء أو إعسار أو إفلاس المدين أو عدم قدرته علي دفع التعويض المطلوب. وبنفس منطق الحماية يجد المسئول (المؤمن لديه) في نظام التأمين (المؤمن) الذي يرفع عن كاهله عبء المسؤولية الثقيل ، بل ويقيه الإفلاس والخراب إذا اشتد هذا العبء<sup>(٣٨٢)</sup> ؛ ولذلك سُمي تأمين المسؤولية أيضاً بتأمين الديون assurance de dette<sup>(٣٨٣)</sup>. وهكذا نشأ التأمين كنظام خاص discipline spéciale<sup>(٣٨٤)</sup> يستهدف تحقيق الأمان والائتمان والوقاية فضلاً عما يقوم به من دور اقتصادي<sup>(٣٨٥)</sup> ، ونشأت التأمينات الاجتماعية لتقوم بدور اجتماعي هام.

### الطابع التعويضي:

64/1/3 - أوجد تشريع ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ تفرقة بين نوعين من التأمين بحسب طبيعة كل منهما. فقد أُعتبر أن التأمين من الأضرار (التأمين من المسؤولية والتأمين علي الأشياء) ذو خاصية تعويضية<sup>(٣٨٦)</sup> caractère indemnitaire وأن التأمين علي الأشخاص له سمة غير تعويضية caractère non indemnitaire وبذلك حسم الجدل الدائر حول خاصية أنواع التأمين والآثار المترتبة عليها. وتبعه في ذلك القانون الإنجليزي في قانون عام ١٩٣٠ الخاص بالتأمين لصالح الشخص الثالث (الحقوق ضد المؤمنين) The Third Parties (Rights against Insurers Act 1930) متبنياً نفس التفرقة<sup>(٣٨٧)</sup>. كما تبنى المشرع المصري هذه التفرقة في المادة (٧٥١) من التقنين

<sup>(٣٨٠)</sup> L. Bach : « Reflexions sur le fondement de la responsabilité civil », RT (1977) 221,

2em. Partie , no. 138 – v. Generellement : O. Anselm-Martin : La responsabilité délictuelle objective, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile délictuelle , thèse , Montpellier (1991)

J. F. Overstake : La responsabilité civile pour les activités dangereuses , France, RIDC <sup>(٣٨١)</sup>

(1994) , no. Spéc. Vol. 16 PP. 11-33

<sup>(٣٨٢)</sup> السنهوري : المرجع السابق نبذه رقم ٨٣٩

<sup>(٣٨٣)</sup> د. جلال محمد إبراهيم : المرجع السابق ، ص ٣٥

<sup>(٣٨٤)</sup> L. Lambert-Faivre : Droit des assurances , Dalloz , 9<sup>e</sup>. éd. (1995)

<sup>(٣٨٥)</sup> محمد شكري سرور : شرح أحكام عقد التأمين ، الجزء الأول "الأحكام العامة" ، دار النهضة العربية (٢٠٠١) ص

١٧-٩

<sup>(٣٨٦)</sup> Y. Lambert-Faivre : Droit des assurances , opcit, no. 523 et s. – M. Picard, A. Besson :

Les assurances terrestres , T. J. , Paris (1975) no. 17

<sup>(٣٨٧)</sup> J. Birds : Modern Insurance Law , 3<sup>rd</sup>. , London (1993) , 272-3

المدني<sup>(٣٨٨)</sup>. وهذا يعني أن التأمين من المسؤولية بحسابه يتميز بالخاصية التعويضية يهدف إلى تعويض المؤمن له عن الضرر الذي يلحقه بسبب تحقق الخطر المؤمن منه. وهذه الصفة قائمة على اعتبارين : الخشية من تعمد تحقيق الخطر والمضاربة ، لذلك فهي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالف مقتضاها<sup>(٣٨٩)</sup>.

ونفس التفرقة تنصرف إلى الأداءات التأمينية. فبعضها يتمتع بالخاصية التعويضية وهي التي تبتغى المساهمة في تعويض المضرور أو خلفه عن الأضرار المباشرة التي سببها ويلتزم بتعويضها المسئول ، والبعض الآخر لا يتمتع بهذه الخاصية وهي الأداءات اللائحية *prestation statutaire*<sup>(٣٩٠)</sup>. وقد أورد تشريع ٥ يولييه لسنة ١٩٨٥ في فرنسا بيان بالأداءات التي تعتبر تعويضية (١/٣٣) كما أقر القضاء الفرنسي هذه القائمة<sup>(٣٩١)</sup> واعتبر أن الأداءات الغير واردة في هذه القائمة يُفترض فيها فرضاً لا يقبل العكس<sup>(٣٩٢)</sup> أنها غير تعويضية. 65/13 - يترتب على الصفة التعويضية لمبلغ التأمين أو للأداءات التأمينية النتائج التالية :

- (١) عدم جواز تقاضي مبالغ (سواء مبلغ التأمين أو الأداءات التأمينية) أعلى من قيمة الضرر الحقيقي. فالتعويض الكامل والعادل الجابر للضرر هو الحد الأقصى الذي يجوز تقاضيه كتعويض. وكننتيجة عكسية يجوز أن يتقاضى المضرور تعويضاً أقل من قيمة الضرر<sup>(٣٩٣)</sup> ؛
- (٢) عدم الجمع بين مبلغ التعويض عن الفعل الضار ومبلغ التأمين أو الأداءات التأمينية إلا في حدود قيمة الضرر. حيث أنه لا يجب أن تجاوز المبالغ المدفوعة كتعويض مقدار الضرر وإلا حقق المضرور بالجمع بين مبالغ التعويض إثراء بلا سبب *unjust enrichment – enrichissement sans cause* ، وهذا التابع المنطقي للمسلمات القانونية محل إجماع في كل من المدرستين القانونيتين اللاتينية والأنجلو أمريكية<sup>(٣٩٤)</sup>.

<sup>(٣٨٨)</sup> السنهوري : المرجع السابق نبذة ٧٦٠ - د. إبراهيم الدسوقي : المرجع السابق ص ٢٤-٢٥ - د. محمد نصر الدين

منصور : المرجع السابق ص ١٨٩

<sup>(٣٨٩)</sup> السنهوري : المرجع السابق ص ١٥٣٠-١٥٣١

<sup>(٣٩٠)</sup> د. أحمد شرف الدين : انتقال الحق في التعويض عن الأضرار الجسدية إلى مدين المضرور (إلى نظام التأمين الاجتماعي

باعتباره مديناً للمضرور ، مطبعة جامعة عين شمس (١٩٧٨) ص ٢٢٣ - ٢٢٤

<sup>(٣٩١)</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 16 déc. 1991, Bull., civ. 11, no. 335 - Civ. 1re., 22 juin 1994, Bull. Civ. 1, no. 219

<sup>(٣٩٢)</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 28 mars 1994, Bull., civ. No. 113, Resp. civ. Et assurance, 1994, Com. No. 205

<sup>(٣٩٣)</sup> السنهوري : المرجع السابق فقرة رقم ٧٦٣

<sup>(٣٩٤)</sup> انظر علي سبيل المثال : المواد ٨/٧٠٦ ، ١١/٧٠٦ ، ١٢/٧٠٦ من قانون الإجراءات الفرنسية والمادة 422-1 L.

Madeline Pauffin de Saint Morel : Quelques aspects de la réparation - من تقنين التأمين الفرنسي - du dommage corporel, Assurance et securité social, Paris, (1966) no. 101, p. 112 - M.

(٣) رجوع الأغير الدافعين (شركات التأمين / أجهزة التأمينات الاجتماعية علي المسئول *recours des tiers payeurs contre le responsable* . يستطيع الغير الدافع ، وفقاً للقواعد العامة في المسئولية ، الرجوع علي المسئول بمقدار ما دفعه للمضرور علي أساس ما أصابه شخصياً من ضرر بسبب فعل المسئول. بيد أن هذا الغير ، بما أوفى من تأمين أو أداءات ، يستطيع الرجوع علي المسئول بأحد طريقتين : ١- دعوى شخصية تستند إلي الوكالة ، أو الفضالة ، أو الإثراء بلا سبب ؛ ٢- دعوى الحلول<sup>(٣٩٥)</sup> ويكون الرجوع بالطريق الثاني محدداً بحدين : ما أداه للمضرور ، وما يلتزم به المسئول وفقاً لقواعد المسئولية المدنية<sup>(٣٩٦)</sup>.

وقد استقر العمل بدعوى الحلول بعد أن أقرتها التشريعات المختلفة. فقد أكد تشريع ٥ يولييه ١٩٨٥ في فرنسا الخاص بتعويض حوادث السير مبدأ الحلول. و خصص المواد من ٢٨-٣٤ لحق رجوع الأغير الدافعون ضد الأشخاص الملزمين بالتعويض نتيجة اعتدائهم علي الشخص. وهو بذلك يوحد القواعد الخاصة بكل حالات الاعتداء الجسدي. والأساس القانوني لهذا الرجوع هو الحلول *subrogation* (م/٣٠) ، بل إن المادة (٣٣) تستبعد الدعاوى الخاصة *propre* ، الاحتياطية *subsidiar* ، التكميلية *complémentaire*<sup>(٣٩٧)</sup>. واستحدث في المادة (٣/٣٣) ما يُسمى بسلفة علي التعويض *avance sur indemnité*. وتطبيقاً لهذا القانون قرر القضاء الفرنسي حق الحلول للمؤمن<sup>(٣٩٨)</sup>. كما أكد نفس المسلك التشريعي قانون ١٦ يولييه ١٩٩٢ الذي أضاف فقرة للمادة 131-2 L., من تقنين التأمين تسمح بإضافة شرط في كل عقود التأمين ضد الأشخاص يخول للمؤمن الحلول في حقوق المتعاقد أو خلفه قبل الغير المسئول. وهذا الشرط ليس مخصصاً به فقط وإنما هو مفهوم ضمناً في التأمين من الأضرار

Picard , A. Besson : opcit, no. 442, p. 693 – Viney : Traité , opcit , no. 286-3 ومن أحكام محكمة

النقض الفرنسية في تأكيد ذلك : Civ. 2e. , 23 juin 1993, JCP, 1993, 1V. 2635 ومن الأدب الإنجليزي : M.

Clark : The Law of Insurance Contracts m 2<sup>nd</sup> . , ed. , London (1994), 832-5 وحكم القضاء

الإنجليزي : Lord Napier and Ettrick v. Hunter [1993] A. C. , 713 ومن الفقه المصري : السنهوري :

المرجع السابق فقرة ٨٢٧ – محمد لبيب شنب : "مدى تغطية تأمين إصابات العمل لحوادث الطرق" ، مجلة العلوم القانونية

والاقتصادية ، السنة ١١ العدد الثاني ، ص ٦٦٥ - د. أحمد شرف الدين : المرجع السابق فقرة ٣٠

د. أحمد شرف الدين : المرجع السابق ، ص ٢٥٦ – ٢٥٧<sup>(٣٩٥)</sup>

L. Mazeaud, A. Tunc : Traité de la responsabilité civile, t. 1, Paris (1965) no. 267 , p. 328<sup>(٣٩٦)</sup>

H. Groutel « A propos de quelques décisions récents sur le recours des tiers payeurs », <sup>(٣٩٧)</sup>

RCA 1991, chron 29 – Y. Saint – Jours : « La nouvelle configuration des recours des tiers payeurs contre les tiers responsables d'un accident », Revue trimestrielle de droit sanitaire et social (RTDSS) 1986, 258 – Boudoux : Les recours des tiers payeurs , thèse , Paris 1, (1993)

Crim. , 10 mars 1989, Bull. Crim., no. 184, com. Par H. Groutel, Le recours de <sup>(٣٩٨)</sup> l'assureur accidents corporels après avance sur indemnité et les préjudice de caractère personal, Resp. Civ. Et assur. , 1989, no. 24

والتأمين من المسؤولية في نص المادة 121-12 L. من تقنين التأمين. وهذا الرجوع مطلق ضد الغير المسئول<sup>(٣٩٩)</sup>.

وفي مصر يتفق حكم المادة (٧٧١) من التقنين المدني مع حكم المادة (٣٦) من قانون ١٣ يولييه لسنة ١٩٣٠<sup>(٤٠٠)</sup>. وهو يخول للمؤمن صراحة أن يحل محل المؤمن له حلاً قانونياً. وإذا كان الأمر أن هذا النص خاص بالتأمين من الحريق إلا أن الاتجاه هو تعميم هذا الحكم علي جميع أنواع التأمين من الأضرار<sup>(٤٠١)</sup>. وإذا كان قانون التأمين الاجتماعي المصري لم ينص صراحة علي مصطلح "الحلول" إلا أنه ليس هناك من مانع من الرجوع وفقاً للقواعد العامة علي أساس دعوى الحلول<sup>(٤٠٢)</sup>.

وفي إنجلترا يبرر الفقه الرجوع علي أساس أن شركات التأمين تقبل المخاطرة في مقابل أنها تتلقى قسط التأمين أولاً وفي أنها ستحل محل المضرور في مطالبة المسئول عن التعويض ، أي أن هناك اتفاق مسبق بين طرفي العقد (المؤمن والمؤمن له) علي هذا الحلول. وعادة ما تتضمن عقود التأمين هذا الحلول الإفتاقي وأحياناً يتدخل القانون لتطبيق الحلول القانوني في الأداءات ذات الصلة التعويضية<sup>(٤٠٣)</sup>. وقد استقر القضاء الإنجليزي علي تطبيق نظرية الحلول<sup>(٤٠٤)</sup>. ومع ذلك فإن النظرة الفاحصة لتطبيق نظرية الحلول في إنجلترا يرى أنها تشبه إلي حد كبير الدعوى غير المباشرة oblique في الأدب القانوني اللاتيني. ذلك أن قانون الفعل الضار لا يسمح للمؤمن أن يقاضي الشخص الثالث المسئول باسمه مباشرة<sup>(٤٠٥)</sup> فهو يقاضي المسئول باسم المضرور (المؤمن له) وليس بصفته وإن كانت النتائج لا تختلف من حيث الهدف. وفي جميع الأحوال فإن عقود التأمين ذات الطابع التعويضي في جميع النظم القانونية المعاصرة تنص عادة علي الحلول الإفتاقي.

### آلية التطبيق المشترك لقواعد المسؤولية المدنية والتأمين الاجتماعي:

66/1/3 - ترتبط المسؤولية التقصيرية ، حتى مع تلك التي تتحقق بالخطأ المفترض ، بفكرة ضرورة وجود مسئول يلتزم بالتعويض ، أي أن الأساس هو فردية المسؤولية. بينما تقوم نظم التعويض الجماعي والتي تضطلع بها شركات التأمين أو أجهزة

<sup>(٣٩٩)</sup> Civ. 1, 9 mai 1990, B. 1, no. 96 - CE 16 fév. 1990, D. 91, som. 234, obs. Bon et

Terneyre

<sup>(٤٠٠)</sup> تنص المادة : "يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب

بفعله في الضرر الذي نجمت عنه مسؤولية المؤمن" « L'assureur est subrogé de plein droit pour tout ce qu'il a payé comme indemnité d'assurance contre l'incendie, dans les action de l'assuré contre l'auteur du fait dommageable qui a entraîné la responsabilité de l'assureur

<sup>(٤٠١)</sup> السنهوري : المرجع السابق ص ١٦٢٣

<sup>(٤٠٢)</sup> د. احمد شرف الدين : المرجع السابق فقرة رقم ٣١

<sup>(٤٠٣)</sup> C. Mitchell : The Law of Subrogation , Oxford , (1994) , pp. 67-80

<sup>(٤٠٤)</sup> في قضية : Metal Box Co. Ltd. V. Curry's Ltd. [1988] 1 W L R , 175 أقرت المحكمة قبول الدعوى

علي أساس الحلول وتؤكد هذا بقرار مجلس العموم في قضية : Esso Petroleum Co. Ltd. V. Hall Russell & Co. Ltd. [1989] AC 643

<sup>(٤٠٥)</sup> Simpson v. Thomson (1877) L R , 3 App. Case 279

وإدارات الدولة الخاصة بالتأمين الاجتماعي أو صناديق التأمين المتنوعة علي أساس اجتماعية المسؤولية لتقديم حماية للمضرور في حالات تقل فيها فاعلية المسؤولية المدنية في تقديم الحماية المطلوبة. من هذه الحالات انعدام الخطأ أو عدم إمكانية أو صعوبة إثباته ، وعدم وجود مسئول أو إفسار هذا المسئول ، وبذلك أصبحت أجهزة التعويض الجماعي هي المدينة. لذلك تبدو أهمية قواعد التعويض الجماعي.

هذا التزاوج بين النظامين لا يلغى التأثير أو المجال الخاص لتطبيق أي منهما. إذ أن دفع مبالغ التأمين أو الأداءات التعويضية للضحية أو لخلفه لا يحرر أو يعفي المسئول عن الفعل غير المشروع. فالضمان الذي تقدمه التأمينات الاجتماعية ليس احتياطياً<sup>(٤٠٦)</sup>. وهذا المبدأ الذي نصت عليه المادة 2 al. 1-376 L. هو من القواعد المتعلقة بالنظام العام<sup>(٤٠٧)</sup>.

ويؤكد هذا المبدأ أن التعويض في التأمين الاجتماعي يتم تقديره عادة بطريقة جزائية وفق قواعد خاصة<sup>(٤٠٨)</sup> تقتصر في الحوادث الجسدية علي جبر الضرر المادي ، أو علي جزء من الضرر خاص بقدرة المصاب علي العمل ومعدل أجره وقت الحادث. بينما التعويض في المسؤولية المدنية تعويض كامل intégrale يشمل كل عناصر الضرر الحقيقي.

67/1/3 - كنتيجة طبيعية لاختلاف طبيعة المبالغ التي تُدفع في حالة المسؤولية وفي حالة التأمين الاجتماعي ولضرورة تعويض المضرور أو خلفه بكل الضرر يسمح القانون للمضرور بمقاضاة المسئول أو شركة التأمين المؤمن لديها هذا المسئول للحصول علي تعويض تكميلي عن الأضرار التي لا يغطيها أداءات التأمين الاجتماعي. ففي فرنسا يمكن للمضرور الرجوع بدعوى مباشرة action directe ضد مؤمن المسئول وفقاً لتفسير الفقه والقضاء للمادة (٣٥) من تشريع ١٣ يولييه ١٩٣٠ والتي أصبحت المادة 3-124 L. من تقنين التأمين للمطالبة بهذا التعويض<sup>(٤٠٩)</sup>. كما يسمح القانون الفرنسي أيضاً للضحية بالحصول علي هذا التعويض التكميلي من المسئول المباشر بموجب المادة 1 al-376 L. من تقنين التأمين الاجتماعي بحيث يحصل المضرور في النهاية علي تعويض كامل. ومن ثم تخضع الأداءات التأمينية المسددة من التعويض الذي يحصل عليه المضرور سواء من المسئول أو شركة التأمين المؤمن لديها هذا المسئول<sup>(٤١٠)</sup>. لكن القانون الفرنسي لا يمنح هذا الحق في مواجهة صاحب العمل أو تابعيه في حوادث العمل إلا في حالة

Y. Lambert-Faivre : Le droit du dommage corporel , préc. No. 229-297

(٤٠٦)

Paris 7 juin 1971, D. 72, 34 – Soc. 14 déc. 1972, B. V. No. 692

(٤٠٧)

H. L. Mazeaud A. Tunc : Traité, préc. , no. 267-8, p. 339

(٤٠٨)

Civ. 13 déc. 1938, Grand arrêts du droit des assurances, p. 146, obs. Berr et Groutel—

(٤٠٩)

28 mars 1939, D. 39, 1, 68, note Picard – H. Lalou : « Les victimes d'accidents et l'assurance du responsable », DH 1934, chron 81

Civ. 2<sup>e</sup> , 17 avr. 1975, B. 11 no. 110 – Civ. 2<sup>e</sup> , 11 janv. 1995, D. 95, inf., 30

(٤١٠)

ارتكابهم خطأ عمدي أو خطأ غير مغتفر<sup>(٤١١)</sup> حيث تسقط الحصانة الممنوحة لصاحب العمل ويمكن للمصاب أو خلفه الرجوع بطلب تعويض تكميلي اتساقاً مع النمط العام للقانون الذي يزيد من مبلغ التعويض indemnisation majorée<sup>(٤١٢)</sup>. ومع التحفظ بالنسبة لحوادث العمل ، في غير الخطأ العمد والخطأ غير المغتفر ، يمكن للضحية أن يقاضي الغير المسئول للحصول علي تعويض عن الأضرار التي لا يغطيها التأمين الاجتماعي مثل الضرر الأدبي ، والضرر الذي تسببه الأشياء ، ومصاريف الجنازة ، ومصاريف العلاج الطبي الغير مسددة .. الخ. المهم أن المبدأ هو أن يكون الجمع بين التعويض وأداءات التأمين الاجتماعي في حدود التعويض الكامل. ويصبح من الضروري خصم مبالغ الأداءات التي تسلمها أو سيتسلمها الضحية من التأمين الاجتماعي من التعويضات التي يحصل عليها بموجب القانون العام<sup>(٤١٣)</sup>. ومن الناحية العكسية تستتزل من المبالغ التي يسددها المسئول أو سوف يسددها لصناديق الضمان ، بموجب الرجوع عليه ، الدين الذي في ذمته قبل الضحية<sup>(٤١٤)</sup>. وإذا قدم التأمين الاجتماعي الأداءات المطلوبة منه لكنه لم يرجع علي المسئول فإنه يجب أيضاً خصم هذه الأداءات من التعويض الذي يحصل عليه المضرور بموجب القانون العام من المسئول<sup>(٤١٥)</sup>.

وفي مصر يجوز للعامل المصاب الرجوع علي صاحب العمل المسئول وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية في حدود التعويض التكميلي بغض النظر عن درجة جسامته خطأ رب العمل أو أحد تابعيه في حوادث العمل ، علي عكس القانون الفرنسي ، وذلك بموجب المادتين (٦٦ ، ٦٧) من قانون التأمين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٧. كما يجوز أيضاً مطالبة صاحب العمل بالتعويض وفقاً لأحكام المادة (١٧٨) من التقنين المدني المصري باعتباره حارساً لأشياء تتطلب عناية خاصة. وتكون المسؤولية مفترضة علي عكس الحال في الأحوال الأخرى إذ يكون الخطأ هو الخطأ الشخصي الواجب الإثبات<sup>(٤١٦)</sup>.

في إنجلترا أحدث قانون التأمينات الاجتماعية لسنة ١٩٨٩ تغييراً جذرياً في القانون فيما يتعلق بين تعويضات المسؤولية ومزايا التأمينات الاجتماعية. فقد كانت المحاكم مجبرة قبل صدوره بموجب القسم (١٩/٢) من قانون الإصلاح القانوني (الأضرار الشخصية) لسنة ١٩٤٨ لإجراء المقاصة في نصف مبلغ التعويض المحكوم به كتعويض عن خسارة الدخل الناتجة عن الضرر البدني مقابل مزايا التأمينات الاجتماعية لمدة خمس سنوات. بيد أن هذا النص الغريب كان محل انتقاد إذ

(٤١١) أنظر المواد ١/٤٥١ ، ١/٤٥٢ ، ١/٤٥٢ ، ٥/٤٥٢ ، ٤٦٨ ، ٤٧٠ من تقنين التأمين الاجتماعي الفرنسي

(٤١٢) المادة ١/٤٧١ من تقنين التأمين الفرنسي

(٤١٣) Civ. 2, 9 nov. 1976, B. 11, no. 302

(٤١٤) Civ. 2, 17 avr. 1975, B. 11, no. 110

(٤١٥) Civ. 2, 11 janv. 1995, D. 95, inf. , 30 – 25 janv. 1995, D. 95, inf., 95

(٤١٦) فايز احمد عبد الرحمن خليل : اثر التأمين علي الالتزام بالتعويض ، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي

والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، حقوق أسيوط (١٩٩٥) ، ص ١٧٠ وما بعدها

أنه يعكس فكر الحل الوسط بين من يفضلون الخصم الكامل لمبالغ المزايا التي تقدمها التأمينات الاجتماعية وبين هؤلاء الذين يرون عدم خصم أي مبالغ بالمرة ولأنه يسمح باستفادة الفاعل من الخصم وأن الدولة لن تسترجع قيمة ما دفعته. أما القانون الجديد فيقضى في القسم (٢٢) منه جدول (٤) علي الخصم من مبلغ التعويض الإجمالي عن الضرر البدني بما فيه الخسارة المالية وغير المالية قيمة المزايا والأداءات التي تقدمها التأمينات الاجتماعية بالكامل لمدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ وقوع الحادث. ويحدد هذه المزايا والأداءات قانون قواعد التأمينات الاجتماعية لسنة ١٩٩٠ بشأن المبالغ التي تُحسم. من هذه المزايا : دعم الدخل والالتزام العائلي ، وعلاوات الإعانة ، وتعويض العجز ، وبدلات الانتقال ، ومقابل المرض والبطالة. وبموجب هذا القانون أيضاً أصبح الفاعل المسئول مُطالب بالحصول علي شهادة من إدارة التأمينات الاجتماعية بقيمة ما دفعه أو من المحتمل أن يدفعه خلال هذه الفترة. وتُحسم هذه المدفوعات من إجمالي التعويض الحاصل عليه المضرور. ويلتزم المسئول مرتكب الفعل الضار بسداد قيمة المزايا والأداءات لإدارة الشؤون الاجتماعية،

68/1/3 - تأثير التأمين علي القانون : (١) يتيح نظام التأمين من المسؤولية فرصة جيدة للمضرور للحصول علي تعويض عن الضرر الذي لحق به من الفعل الضار الذي ارتكبه المسئول وبقية شر إفسار أو إفلاس هذا المسئول. ويسمح القانون للمضرور أن يلج أحد طريقين لدعوى التعويض إما رفعها ضد المسئول فإذا حصل علي حكم تقوم شركة التأمين بموجب عقدها مع المسئول بالوفاء نيابة عنه ولصالحه ، وقد يلجأ إلي إدخال شركة التأمين خصماً في الدعوى أو قد تتدخل هي من الأساس حفاظاً وترشيداً لأموالها. والطريق الثاني هو الدعوى المباشرة ضد شركة التأمين. وقد سبق بيان مواد القانون الفرنسي التي تجيز رفع الدعوى المباشرة. وهي دعوى ذات طبيعة مزدوجة. فهي دعوى تعويض ودعوى تنفيذ عقد التأمين<sup>(٤١٧)</sup>. ولقد كانت القواعد العامة في القانون المدني المصري ، في غيبة النص الصريح ، تمنع مثل هذه الدعوى إلا بوجود اشتراط لمصلحة الغير. ثم تلافي المشرع المصري ذلك ونص في المادة الخامسة من القانون رقم (٦٥٢) لسنة ١٩٥٥ الخاص بالتأمين الإجباري ضد حوادث السيارات علي التزام المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تلحق أي شخص من حوادث السيارات. وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن المشرع قد نص في هذه المادة علي حق المضرور المباشر قبل شركة التأمين فيما يتعلق بالتعويض المحكوم به قضائياً<sup>(٤١٨)</sup>. كما قرر قانون التأمين الإجباري عن حوادث المواصلات الصادر في إنجلترا عام ١٩٣٤ الحق للمضرور بالحصول علي تعويض عن الإصابة في حدود مبلغ التأمين

<sup>(٤١٧)</sup> H.Groutel : « La double nature de l'action directe contre l'assureur de responsable » ،

Responsabilité civil et assurance , 1991, chron. 8 – suite RCA, 1992 chron 2

<sup>(٤١٨)</sup> د. محمد إبراهيم دسوقي : المرجع السابق ص ٣٩٢ ، ٣٩٣ – فايز أحمد عبد الرحمن خليل : رسالة الدكتوراه السابقة



المستحق في ذمة المؤمن. كما قرر قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفع التي تنشأ للمؤمن بعد وقوع الحادث والتي تكون للمؤمن ضد المؤمن له<sup>(٤١٩)</sup>.

(٢) كان للتوسع الكبير في التأمين من المسؤولية أثره المباشر في تطور القانون بحيث يسير في اتجاه تشجيع الاستثمار والتوسع في الائتمان ومواجهة مخاطر هذا التوسع<sup>(٤٢٠)</sup>.

(٣) أسفر التوسع في مجال التأمين من مسؤولية المهنيين عن وجود أفكار قانونية خاصة بوضع حد أقصى للتعويض والتوسع في الشروط المحددة والمقيدة للمسؤولية. وقد تبنى هذه الأفكار بعض القضاة الإنجليز<sup>(٤٢١)</sup>.

(٤) مع انتشار التأمين من المسؤولية اتجه القضاء الفرنسي إلى إلغاء التخفيف عن عاتق المسئول في حالة الخطأ المشترك مع المضرور ما دام أنه لن يدفع شيئاً وأن شركات التأمين هي التي تقوم بالدفع بدلاً منه بينما يُترك المضرور لقدره حسب مدى خطئه الأمر الذي يجعل المسئول في وضع أفضل في حين أن كل منهما مخطئ. لهذا قضت محكمة النقض الفرنسية أنه فيما عدا توافر صفتي عدم التوقع واستحالة الدفع بالنسبة لخطأ المضرور فإنه مهما ساهم المضرور بخطئه في إحداث الضرر فإنه يستحق تعويضاً كاملاً<sup>(٤٢٢)</sup>.

(٥) يبين معدل ارتفاع أقساط التأمين في بعض الأعمال إلى اتجاه قضايا المسؤولية. ومن المؤشرات على ذلك أن ارتفاع تكلفة التأمين في حالات الخطأ المهني وما يستتبعه من ارتفاع أقساط التأمين يشير إلى اتجاه الشركات التجارية لمقاضاة مستشاريهم حين يخطئون المشورة<sup>(٤٢٣)</sup>.

69/1/3 - تأثير القانون على التأمين : إن واقع القانون هو أنه أحد المعطيات التي تؤثر في وجود وحجم نشاط التأمين. إذ تتجه شركات التأمين للتأمين من مسؤولية الأنشطة التي يفرض فيها القانون المسؤولية المدنية على ممارسيها. وبالطبع لا تتجه هذه الشركات نحو الأنشطة التي لا يفرض عليها القانون أي مسؤولية مدنية. ومن أمثلة العلاقة المباشرة بين نوع وحجم المسؤولية ومقدار القسط الذي يدفعه المؤمن له أنه في إنجلترا مثلاً حيث تكون الأقساط محسوبة كنسبة من دخل أتعاب المحاماة في التأمين من مسؤوليتهم تجاه موكلهم. نجدها أقل في المجال الجنائي عن المشتغلين بالقضايا المدنية. لأن هؤلاء الأخيرين يصل دخلهم من القضايا المدنية إلى نصف دخل محامي قضايا الجنايات لأن كثيراً من الأعمال المجرمة محصنة من المسؤولية وفقاً لقانون الفعل الضار.

<sup>(٤١٩)</sup> فايز خليل : المرجع السابق ، ص ٣٧٤

<sup>(٤٢٠)</sup> Hedley Byrne v. Heller [1963] L. J. 216, 218

<sup>(٤٢١)</sup> Caparo v. Dickman [1989] Q. B. 635, 688-9 , 703

<sup>(٤٢٢)</sup> Civ. 2<sup>e</sup>. Ch. Civ. 21 juill. 1982, Rev. Gen. ass. Terr. 1982, p. 509 et s.

<sup>(٤٢٣)</sup> تقرير إحدى المجالات المتخصصة : 7, p. 6 mars 1994, Business, Independent on Sunday, ويشير فيه

إلى مقارنة عدد القضايا المرفوعة ضد مراجعي الحسابات في عامي ١٩٨٢/٨٣ وهو (١٠) قضايا بينما وصل العدد إلى

أكثر من (٦٠٠) قضية في عامي ١٩٩٢/٩٣

70/1/3 - تأثير النظم الجماعية للتعويض في نظام المسؤولية المدنية : أفرز ذهن البشري القانوني نظم التعويض الجماعي لمواجهة عجز المسؤولية المدنية في بعض الحالات ولتكمّل قصورها في حالات أخرى. وقامت فلسفة هذه النظم علي أساس التزام المجتمع بالتعويض. وقد واكب ظهور هذه النظم الاتجاه نحو الفكر الاشتراكي مما دعا الفقيه سافاتييه إلي اعتبار هذا التطور هو اشتراكية المسؤولية<sup>(٤٢٤)</sup>. لكن هل يعنى قيام هذه النظم تدهور الدور التقليدي للمسؤولية وهو العقاب والزجر والوقاية ؟ لا شك أن هذه النظم أحدثت بعض التغيير في اتجاه القضاء في توسيعه لقواعد المسؤولية وتوفير حماية فعالة للمضرورين ، منها تعويض المضرور حتى ولو لم يثبت خطأ في جانب المسؤول. ومنها اعتبار مجرد الاعتداء علي سلامة جسد الإنسان يُعتبر عملاً غير مشروع يستوجب التعويض حتى مع عدم وجود خطأ أو التزام بالسلامة<sup>(٤٢٥)</sup>.

بالرغم من تأثير هذه النظم إلا أنه لا يمكن القول بأنها نذير أفول شمس المسؤولية. وليس كما تقول الأستاذة فيني بأن سيطرة وغلبة هذه النظم في التعويض كان السبب وراء هجرة فكرة العقوبة الخاصة<sup>(٤٢٦)</sup>. فهذه النظم في حقيقتها تعنى بمسألة الضمان وتقديره دون اعتبار لفكرة المسؤولية التي ترتبط بوجود الإنسان وبوجود الخطأ وهو أمر بدهي لا يمكن إنكاره. فهي إذاً مكملّة لقواعد المسؤولية المدنية وتعضدها ولا تلغى دورها. أما هجر فكرة العقوبة الخاصة فلا يمكن التسليم بصحة هذا القول علي الإطلاق. فما زالت صورها المتعددة كما سيرد عند دراستها موجودة ومطبقة.

## المبحث الرابع

### المقابل النقدي للضرر في الفقه الإسلامي

#### (الدية)

71/1/3 - مدلول الدية : الأصل اللغوي لهذه الكلمة مشتق من "ودي" وحذفت الواو وأضيفت الهاء وأصبحت دية بمعنى اسم للمال الذي يُدفع بدلاً عن النفس أو الطرف<sup>(٤٢٧)</sup>. أما المعنى الاصطلاحي فقد اختلف في تركيبته اللغوية فقهاء المذاهب

<sup>(٤٢٤)</sup> Savatier : Vers la socialisation de la responsabilité et de Risques Individuels, D. H. 1931

<sup>(٤٢٥)</sup> Y. L. Faivre : « L'évolution de la responsabilité civil d'une dette de responsabilité à une créance de réparation » , Rev. Trimes triell du droit civi l (1987) , p. 1

<sup>(٤٢٦)</sup> فيني : اضمحلال المسؤولية الفردية صفحات ١٨٨، ١٩٢، ٣٨٢-٣٨٥، ٣١٥، ٣٥٣، مشار إليها في محمد

نصر الدين منصور : المرجع السابق ص ١٧٩

<sup>(٤٢٧)</sup> مختار الصحاح باب ودي - لسان العرب ، باب ودي ص ٤٨٠٣ - مفردات ألفاظ القرآن : للراغب الأصفهاني ،

تحقيق رضوان داودي ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى (١٩٩٢) ص ٨٦٢

المختلفة. فقد عرّفها بعض فقهاء المذهب الحنفي مثل الزيلعي بأنها : "اسم للمال الذي هو بدل النفس أو الطرف"<sup>(٤٢٨)</sup> ، بينما قال عنها السرخسي بأنها : "مال مؤدى في مقابلة متلف ليس بمال ، وهو النفس ، والأرش بأنه بدل ما دون النفس"<sup>(٤٢٩)</sup>. وعرّفها بعض فقهاء الشافعية بأنها : "المال الواجب بالجناية علي الحر في النفس ، أو فيما دونها"<sup>(٤٣٠)</sup>. أما فقهاء المذهب المالكي عرّفوها بأنها : "مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه ، أو يجرحه مقدراً شرعاً لا بإجتهاد"<sup>(٤٣١)</sup>. ويعتبر الحنابلة أنها "المال المؤدى إلي مجني عليه ، أو وليه بسبب جناية"<sup>(٤٣٢)</sup>. ونظر إليها فقهاء الإباضية علي أنها "مال مقدر يجب جناية علي نفس أو ما دونها لمجني عليه علي جانبيها"<sup>(٤٣٣)</sup>. كذلك اختلف الأمر لدى الفقهاء المحدثين ليس فقط في الصياغة مع ثبات المدلول أو المضمون وإنما أيضاً من حيث تكييفهم لطبيعة الدية. ولما كانت التعاريف كثيرة متكررة يكتفي الباحث بذكر بعضها. عرّفها البعض بأنها "المال الذي يؤديه الجرح أو القاتل إلي الجريح أو ورثة القتيل كعوض عن الدم المهدر"<sup>(٤٣٤)</sup>. بينما يرى البعض أنها "القصاص في المعنى دون الصورة فالقصاص معنى وصورة هو القود في الاعتداء علي النفس ، وقطع العضو في الاعتداء علي الأطراف والقصاص صورة هو الدية أو ارش الجرح أي تعويضه"<sup>(٤٣٥)</sup>. وعرّفها البعض بأنها "مال قدره الشارع عوضاً عن النفس أو طرف ، ومن ثم كانت هي المال الواجب بالجناية علي النفس في غير عمد أو علي طرف من أطرافها أو بالجناية علي البدن"<sup>(٤٣٦)</sup>.

<sup>(٤٢٨)</sup> تبيين الحقائق للزيلعي ، ص ١٩٦١

<sup>(٤٢٩)</sup> المبسوط للسرخسي ، ص ٢٦ ، ٥٩ - حاشية ابن عابدين ، ج ٦ ص ٥٧٣

<sup>(٤٣٠)</sup> نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج : لشمس الدين بن أحمد بن شهاب الدين الرملي (المشهور بالشافعي الصغير) ، المتوفى

سنة ١٠٠٤ هـ ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة (١٩٦٧) ج ٧ ص ٢٩٩ - مغني المحتاج ، ج ٤ ص ٥٣

<sup>(٤٣١)</sup> شرح حدود ابن عرفة : لقاضي الجماعة أبي عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرضاع التونسي ، المتوفى سنة ٨٩٤ هـ

، تحقيق محمد أبو الأجفان ، الظاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى (١٩٩٣) ج ٢ ص ٦٢١

<sup>(٤٣٢)</sup> كشف القناع علي متن الإقناع : للعلامة منصور بن يونس البهوتي ، المتوفى سنة ١٠٥١ هـ ، عالم الكتب ، بيروت

ص ٥

<sup>(٤٣٣)</sup> شرح النيل لمحمد بن يوسف ج ٨ ص ٢

<sup>(٤٣٤)</sup> علي صادق أبو هيف : الدية في الشريعة الإسلامية وعادات مصر القديمة ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ،

(١٩٣٢) ص ٢٦

<sup>(٤٣٥)</sup> فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة : الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، مطبعة دار الفكر العربي (١٩٧٦) فقرة ٣٩٤ ص

٦٠٦ . وقد عرّفها في كتاب : فلسفة العقاب الإسلامي ص ٢٩٢ بأنها القصاص المعنوي ، وهي مقادير من الأموال تجب

تعويضاً للمجني عليه أو ولي الدم عما نزل به من أذى

<sup>(٤٣٦)</sup> الشيخ علي الخفيف : بين الدفاع الاجتماعي والشريعة الإسلامية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ،

الكتاب الأول ، ص ١٠

ويسمى البعض بالعقوبة البدلية وهي التي تحل محل عقوبة أصلية إذا إمتنع تطبيق هذه الأخيرة بسبب شرعي<sup>(٤٣٧)</sup>. وهي عند البعض بدل النفس أو الطرف<sup>(٤٣٨)</sup>. ومن فقهاء القانون من يعتبرها تعويض ويعرفها بأنها "مال مؤدى لمجني عليه أو أولياء دمه ترضية لهم وتعويضاً عن هلاك النفس أو العضو أي ما دون النفس"<sup>(٤٣٩)</sup>. وقد قصرها البعض علي دية النفس في القتل خطأ بحسبانها الثابتة بنص قرآني ومقدرة من قبل السنة الشريفة ولذلك يعتبرها "المقابل المالي المقدر من قبل الشارع للضرر البدني الواجب بالتعدي خطأ علي حياة المسلم الذكر الحر المعصوم بالقتل"<sup>(٤٤٠)</sup>. ومنهم من صرح في تعريفه للدية بطبيعتها التعويضية فقال بأنها "المال الذي يؤديه المسئول عن الضرر الذي يصيب النفس إلي المضرور أو إلي ورثته تعويضاً عن الضرر في الحالات التي تجب فيها هذه الدية"<sup>(٤٤١)</sup>. وخلص البعض إلي أنها مال قدره الشارع عوضاً عن الضرر الواقع علي النفس ، أو علي عضو من أعضاء الجسم يؤديه المسئول عنه إلي المضرور أو ورثته ، علي حسب الأحوال في الحالات التي تجب فيها الدية<sup>(٤٤٢)</sup>.

ومن الملاحظ علي هذه التعريفات أنه بالنسبة لتعريفات فقهاء المذاهب الإسلامية استخدم الحنفية بخلاف فقهاء المذاهب الأخرى تعبير الدية علي المال المقابل لإتلاف النفس وتعبير الارش علي المال المقابل لإتلاف ما دون النفس. ومن المحدثين من خص الارش بالجروح البسيطة فقط وأن الدية تعويض عن النفس وبعض أعضاء الجسم<sup>(٤٤٣)</sup>. والواقع أن الارش لغة بوزن العرش دية الجراحات<sup>(٤٤٤)</sup>. ويعرفه فقهاء الحنفية اصطلاحاً بأنه اسم للمال الواجب بالجناية فيما دون النفس<sup>(٤٤٥)</sup>. وقد ورد لفظ الارش في موطأ الإمام مالك في "باب ارش السن السوداء والعين القائمة"<sup>(٤٤٦)</sup>. ويرى غالبية الفقهاء أن الارش علي نوعين : ١- مقدر من قبل الشارع ويكون بجزء

<sup>(٤٣٧)</sup> أ. أحمد الحصرية : القصاص - الديات - العصيان المسلح في الفقه الإسلامي ، ص ٤٣٨

<sup>(٤٣٨)</sup> د. أحمد فتحي بجنسي : الدية في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الثانية ، مطبعة دار الشروق (١٩٨٢) ص ١٠

<sup>(٤٣٩)</sup> د. علي راشد : القانون الجنائي الإسلامي ، ص ٣٩

<sup>(٤٤٠)</sup> عوض أحمد إدريس : الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة

(١٩٨٣) ص ٣٢

<sup>(٤٤١)</sup> سعيد عبد السلام : رسالة الدكتوراه السابقة ، ص ٢٨٠

<sup>(٤٤٢)</sup> رمزي فريد مبروك : تقدير التعويض عن أذى النفس في قانون الإمارات العربية المتحدة ، مكتبة الجلاء الجديدة ،

المنصورة (٢٠٠١) ص ١٢ - وقريب من هذا بدر جاسم اليعقوب : المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون

الكويتي ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٩٧٧) دار القرآن الكريم ، الكويت ، الطبعة الأولى (١٩٨٠) ص ١٦٣

<sup>(٤٤٣)</sup> عوض أحمد إدريس : المرجع السابق ، ص ٩٠٦

<sup>(٤٤٤)</sup> مختار الصحاح ارش ، ص ١٣

<sup>(٤٤٥)</sup> المبسوط للسرخسي ج ٢٦ ، ص ٥٩

<sup>(٤٤٦)</sup> كتاب الضحايا وما يجري منها ، رقم ٢٣ ، ص ٢٢٩

من الدية ، ٢- غير مقدر ويترك تقديره للقاضي<sup>(٤٤٧)</sup>. والخلاصة أن الأرض هو المقابل المالي لإتلاف ما دون النفس ويمثل نسبة من الدية وقد يخضع لتقدير القاضي إذا لم يكن هناك تقدير مسبق من قبل السنة أو السلف. والدية ، وما تستغرقه من أرش ، تستحق في حالات : القتل غير العمد كما تجب في الجناية علي ما دون النفس من غير عمد علي عضو تمكن فيه المماثلة وهذه هي الدية المخففة.

72/1/3 - ويستمد نظام الدية في الإسلام مشروعيته من القرآن الكريم والسنة المطهرة وإجماع أهل العلم. ومن الأدلة القرآنية قول الحق "وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً ؛ إلا خطأ. ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلي أهله ، إلا أن يصدقوا. فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن ، فتحرير رقبة مؤمنة ؛ وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق ؛ فدية مسلمة إلي أهله ، وتحرير رقبة مؤمنة ؛ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ؛ توبة من الله ، وكان الله عليماً حكيماً"<sup>(٤٤٨)</sup>. أما السنة فقد قال الإمام الشافعي : أخبرني أبو حنيفة بن سمالك بن الفضل الشهابي قال : حدثني ابن أبي ذئب عن المقبري عن أبي شريح الكعبي أن النبي قال عام الفتح : "من قُتل له قتييل فهو بخير النظرين : إن أحب أخذ العقل ، وإن أحب فله القود". قال أبو حنيفة : فقلت لابن أبي ذئب : أتأخذ بهذا يا أبا الحارث؟ فضرب صدري ، وصاح علي صياحاً كثيراً ، ونال مني ، وقال : أحذثك عن رسول الله وتقول تأخذ به !! نعم ، آخذ به. وذلك الفرض علي من سمعه ، إن الله اختار محمداً من الناس ، فهداهم به ، وعلي يديه ، واختار لهم ما اختار له ، وعلي لسانه ، فعلى الخلق أن يتبعوه طائعين أو داخرين (أذلاء صاغرين) ، لا مخرج لمسلم من ذلك. قال وما سكت حتى تمنيت أن يسكت<sup>(٤٤٩)</sup>. ومن السنة الشريفة أيضاً ما قاله الإمام مالك خاص بكتاب النبي صلى الله عليه وسلم الذي كتبه لعمر بن حزم في العقول ، فكتب : أن في النفس مئة من الإبل ، وفي الأنف إذا أوعب جدعاً مئة من الإبل ، وفي الجائفة ثلث النفس ، وفي المأمومة مثلها ، وفي العين خمسين ، وفي اليد خمسين ، وفي الرجل خمسين ، وفي كل إصبع مما هنالك عشر من الإبل ، وفي السن خمس من الإبل ، وفي الموضحة خمس من الإبل<sup>(٤٥٠)</sup>. وقد أجمع علماء المسلمين علي الدية وأكد هذا الإجماع أحد فقهاء الحنابلة المحققين حيث قال "أجمع أهل العلم علي وجوب الدية"<sup>(٤٥١)</sup>.

<sup>(٤٤٧)</sup> محمد الشربيني : "أحكام الأرض في الشريعة الإسلامية" ، مجلة المحاماة ، العددان الخامس والسادس ، مايو و يونيو

١٩٩٠ ، السنة السبعون

<sup>(٤٤٨)</sup> سورة النساء ، الآية ٩٢ وقد جاء لفظ الدية في الآيات القرآنية نكرة

<sup>(٤٤٩)</sup> الرسالة للإمام الشافعي رقم ١٢٣٤ ، ص ٤٥٠-٤٥٢

<sup>(٤٥٠)</sup> موطأ الإمام مالك رقم ٦٦٣

<sup>(٤٥١)</sup> المغني لابن قدامة ، ج ٧ ص ٢٥٩

73/1/3 - شاعت الحكمة الإلهية أن توجب الدية في القرآن الكريم دون تقدير ، لأن تقدير المال يخضع لعوامل متغيرة من حيث الزمان والمكان والظروف الاقتصادية من زيادة أسعار بعض السلع وتقلبات العرض والطلب والتضخم والقوة الشرائية للنقود وقيمة المقياس التي تُقدر به الدية كالإبل وغيرها. ولأن القرآن الكريم هو كتاب كل زمان ومكان لذلك أثبت المبدأ وترك أمر تقديرها للرسول الأمين باعتبار أن بيده سلطة قيادة الدولة ومنوط به أمر تنفيذ التشريع السماوي ولأنه القائد الروحي الذي لا ينطق عن الهوى وإن هو إلا وحي يوحى. فعن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ؛ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "من قتل خطأ ، فديته من الإبل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون ابنة لبون وثلاثون حقه ، وعشرة بنى لبون". وكان الرسول الأمين يقوّمها علي أهل القرى أربعمئة دينار ، أو عدلها من الورق. ويقوّمها علي أزمان الإبل. إذا غلت رفع ثمنها. وإذا هانت نقص من ثمنها. علي نحو الزمان ما كان. فبلغ قيمتها علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما بين الأربعمئة دينار إلي ثمانمئة دينار. أو عدلها من الورق ثمانية آلاف درهم. وقضي رسول الله ؛ أن من كان عقله في البقر ، مائتي بقرة. ومن كان عقله في الشاه ، علي أهل الشاه ، ألفي شاه<sup>(٤٥٢)</sup>. وجاء في سنن أبي داود برواية أخرى عن عمرو بن شعيب كانت قيمة الدية علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمئة دينار أو ثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلمين ، قال : فكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر ، رحمه الله ، فقام خطيباً فقال : [ ألا ] إن الإبل قد غلت ، قال : ففرضها عمر علي أهل الذهب بألف دينار ، وعلي أهل الورق اثني عشر ألفاً ، وعلي أهل البقر مائتي بقرة ، وعلي أهل الشاه ألفي شاه ، وعلي أهل الحل مائتي حلة ، قال : وترك دية أهل الذمة لم يرفعها فيما رفع من الدية<sup>(٤٥٣)</sup>. عن ابن عباس ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه جعل الدية اثني عشر ألفاً<sup>(٤٥٤)</sup>.

**تكييف الدية:**

74/1/3 - لم يكن هذا الموضوع محل بحث علماء المسلمين الأوائل. وإنما أشاره الباحثون المحدثون. واختلفت آراؤهم إلي ثلاثة : ١- عقوبة جنائية ؛ ٢- تعويض مدني ؛ ٣- جزاء يدور بين العقوبة والتعويض علي النحو التالي: -

75/1/3 - أولاً : تكييف الدية علي أنها عقوبة جنائية مقررة من الشارع: يكيف أنصار هذا الرأي<sup>(٤٥٥)</sup> الدية باعتبارها عقوبة جنائية. ولأنها عقوبة أصلية

<sup>(٤٥٢)</sup> سنن ابن ماجه رقم ٢٦٣٠

<sup>(٤٥٣)</sup> سنن أبي داود و رقم ٤٥٤٢

<sup>(٤٥٤)</sup> سنن ابن ماجه رقم ٢٦٢٩ -- سنن أبي داود رقم ٤٥٤٦ لكنه لم يذكر ابن عباس كراو للحديث

<sup>(٤٥٥)</sup> د. محمد رشدي محمد إسماعيل : الفقه الجنائي الإسلامي ، الطبعة الأولى ، مطبعة الجبلاوي ص ٥٢ - د. عبد

الحكيم علي المغربي : الحدود والقصاص في الفقه الإسلامي ، دار الطباعة المحمدية ص ٢٥ - عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، الجزء الثاني ، مؤسسة الرسالة ، بيروت (١٩٨١) ص ١٨٩ ، ٢٦١ - محمد محيي الدين عوض : القانون الجنائي مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في الشريعة الإسلامية ص ٢٧٦ - وهبه الزحيلي :

مقررة للقتل والجرح في شبه العمد والخطأ. فإذا تم التنازل عنها جاز تعزير الجاني بعقوبة تعزيرية ملائمة. أما إذا لم يتم التنازل امتنع التعزير<sup>(٤٥٦)</sup>. واستدل أنصار هذا الرأي علي أن الحكم بالدية لا يتوقف علي طلب المضرور أو ورثته مما يعني أنها ليست تعويضاً. إذ أن هذا الأخير لا يحكم به إلا بناء علي طلب المضرور. إلي جانب أنها محددة المقدار باعتبارها قيمة للنفس لا تختلف من شخص لآخر ولا مجال لإجتهاد القاضي في تقديرها. كما أنها تماثل العقوبات المالية : الغرامة. وأخيراً يرون أن القصاص هو عقوبة للقتل العمد ، فإذا سقط أو امتنع تكون الدية عقوبة بديلة للقصاص.

ويبدو أن الأدلة التي ساقها أنصار هذا الرأي ليست محددة وليست مقنعة<sup>(٤٥٧)</sup>.  
76/1/3 – ثانياً : الدية تعويض مدني : ذهب فريق من الباحثين إلي القول بأن الدية تُعد من قبيل التعويض المدني الذي يُعطى للمضرور أو لورثته<sup>(٤٥٨)</sup>. ويبرر أنصار هذا الاتجاه بأدلة متعددة منها :-

١ - أن الدية تختلف عن الغرامة المالية ، حيث أن المال في الغرامة يؤول للخزانة العامة بينما الدية مال خالص للمجني عليه لقوله تعالى "ودية مسلمة إلي أهله". فلفظ الدية جاء في القرآن الكريم نكرة بما يفيد أنها ترضية لأهل المقتول وتطيبياً لقلوبهم وتعويضهم عما فاتهم من المنفعة بقتل صاحبهم<sup>(٤٥٩)</sup>. ويختلف معيار تقدير الدية فهي قائمة علي معيار موضوعي لا تتخلله أية عناصر شخصية مستمد من الظروف الشخصية للطرفين ولا تتأثر بمنزلة الجاني أو المجني عليه ، ولا بالرغبة في الانتقام أو التشفي. وأساسه فقط هو الضرر أي مدى جسامته الإصابية دون جسامته الفعل الموجب للدية<sup>(٤٦٠)</sup>.

---

العقوبات الشرعية وأسبابها ، الطبعة الأولى ، دار القلم ، دبي (١٩٨٧) ص ٢٥٥ – صلاح الدين الناهي : "التعويض عن القتل" ، مجلة القضاء العراقية عدد ١ ، ٢ س ٣١ يونيه ١٩٧٦ – محمود مصطفى : "تعويض المجني عليه أو ورثته" ، مجلة العدالة بالإمارات ، السنة ٦ العدد ١٩ (١٩٧٩) ص ٥

<sup>(٤٥٦)</sup> حسين توفيق رضا : أهلية العقوبة في الشريعة والقانون ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٩٦٤) ص ١٤

<sup>(٤٥٧)</sup> عوض أحمد إدريس : المرجع السابق ص ٥٤٨

<sup>(٤٥٨)</sup> بدر جاسم اليعقوب : المرجع السابق ص ١٦٨ وما بعدها – عبد العزيز عامر : التعزير في الشريعة الإسلامية ، دراسة

مقارنة ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة (١٩٧٦) ص ٨٤ – الشيخ محمود شلتوت : الإسلام عقيدة وشريعة ، الطبعة

العاشرة ، دار الشروق ، القاهرة (١٨٩٠) ص ٤١٥ – محمد إبراهيم الدسوقي : تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ،

مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية – عوض أحمد إدريس : المرجع السابق ، من ص ٥٦٣ إلي ص ٥٩١ د. علي

راشد : دراسة تحليلية فلسفية للأحكام والنظم في الشريعة الإسلامية (١٩٦٩) ، ص ٣٩ – محمد سليم العوا : في أصول

النظام الجنائي الإسلامي ، دار المعارف ، القاهرة ، الطبعة الثانية (١٩٨٣) ص ٢٥٢ – إبراهيم الدسوقي أبو الليل :

المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق ، دار النهضة العربية (١٩٨٠) ص ٦٤

<sup>(٤٥٩)</sup> تفسير المنار : للإمام محمد عبده ، الجزء الأول ، ص ٣٣٣

<sup>(٤٦٠)</sup> محمد إبراهيم دسوقي : تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، ص ٦٤

وذلك بعكس الحال في الغرامة المالية التي تتحدد ، كعقوبة ، علي أساس جسامته الخطأ وظروف وملابسات الاعتداء. فالضمان يقوم علي أساس الضرر والعبرة في التعويض هي بالضرر بينما العقاب يقوم علي أساس الخطأ. وذلك يؤكد أن الدية تعويض<sup>(٤٦١)</sup>.

٢ - يتحمل الدية في الغالب عاقلة الجاني فإذا أُعتبرت عقوبة كان في ذلك مخالفة صريحة لنص قطعي الورود والدلالة وهو قول الحق "ولا تزر وازرة وزر أخرى"<sup>(٤٦٢)</sup>. فإذا عجزت العاقلة عن دفع الدية المطلوبة ، أو عدم وجود عاقلة للجاني ، توفي من بيت مال المسلمين وهذا بالطبع يدحض القول بأنها تمثل عقوبة<sup>(٤٦٣)</sup>.

٣ - يجوز للمضروور أو ورثته التنازل أو التصالح علي الدية ، كما يمكن ، اتفاقاً ، تخفيضها أو زيادتها الأمر الذي يؤكد طبيعتها التعويضية. وعلي النقيض من ذلك لا يجوز في العقوبات التنازل أو إجراء الصلح أو الإسقاط<sup>(٤٦٤)</sup>.

٤ - تستحق الدية حتى ولو كان الفعل الموجب لها لا يكون جريمة جنائية لوقوعه من غير مكلف كالصبي والمجنون لعدم تمتعهما بالإدراك والاختيار الأمر الذي ينتفي معه ركن هام من أركان الجريمة ، فإذا انتفت الجريمة ينتفي معه العقاب<sup>(٤٦٥)</sup>.

٥ - تدخل في تركة القتيل<sup>(٤٦٦)</sup> ، كما تجب في مال عديم الأهلية<sup>(٤٦٧)</sup>.

77/1/3 – ثالثاً : الدية جزاء يدور بين العقوبة والتعويض : يبدو أن كل واحد من القائلين بهذا الرأي يبدأ التفكير والبحث واضعاً نصب عينيه إثبات أو نفي طبيعة معينة ، العقاب أو التعويض ، فإذا به يجد بعض العناصر متعارضة مع ما يقول به. فإذا قيل بأن المقصود من الدية الزجر والردع وحماية الأنفس نجد أن هذه الأهداف قد لا تتحقق مع نظام الدية إذ غالباً ما تدفعها العاقلة وما يدفعه الفاعل يماثل قيمة ما يدفعه باقي أفراد الأسرة أو القبيلة. وإذا قيل بأنها تعويض فإنه وفقاً لمفهوم التعويض يكون جابراً لجميع أنواع الضرر : المادي والأدبي والجسماني بينما هي مبلغ من

<sup>(٤٦١)</sup> مصطفى الزرقا : الفعل الضار والضمان فيه ، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة علي نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها

إنطلاقاً من نصوص القانون المدني الأردني ، الطبعة الأولى ص ٧٣ – محمد فوزي فيض الله : نظرية الضمان في الفقه

الإسلامي ، الطبعة الثانية ، مكتبة دار التراث ، الكويت (١٩٨٦)

<sup>(٤٦٢)</sup> سورة الأنعام الآية ١٦٤

<sup>(٤٦٣)</sup> البدائع ج ٧ ص ٢٥٦ – تبين الحقائق ج ٦ ص ١٦٨

<sup>(٤٦٤)</sup> شرح الدر المختار ، ج ٢ ص ٦٨٣ – تكملة فتح القدير ، ج ٨ ص ٢٧٥

<sup>(٤٦٥)</sup> حسين توفيق رضا : المرجع السابق ، ص ١٤ ، ١٥

<sup>(٤٦٦)</sup> الإمام محمد عبده : تفسير المنار ، الجزء الأول ، ص ٣٣٣ – الشيخ محمد أبو زهرة : العقاب في الفقه الإسلامي ،

ص ٥٠١

<sup>(٤٦٧)</sup> جلال محمد محمد إبراهيم : المسؤولية المدنية لعديمي التمييز ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة ، (١٩٨٣) ص ٤٤٢

وما بعدها



المال محدد مسبقاً مقابل النفس ، أو الأعضاء. لذلك نادى أنصار هذا الرأي بأن الدية جزء يدور بين العقوبة والتعويض<sup>(٤٦٨)</sup>. فهي عقوبة يختلط فيها الجزاءان الجنائي والمدني ، لكنها ليست بالعقوبة المحضة ولا بالتعويض المحض<sup>(٤٦٩)</sup>.

#### أما الجانب الجنائي فيتمثل في المظاهر التالية :

١ - تشبه الغرامة المالية في العقوبات لأن فيها معنى زجر الجاني بحرمانه من جزء من ماله ، ولأن قيمتها قدرها الشارع لكل حالة كما هو الحال في الغرامات<sup>(٤٧٠)</sup>.

٢ - لا يتوقف الحكم بها علي طلب المجني عليه أو ورثته.

٣ - إذا عفي عن الدية جاز تعزيز الجاني.

٤ - لا تشمل جميع الأضرار وإنما هي مقابل للنفس أو الأعضاء التي أُلقت بها الجناية<sup>(٤٧١)</sup>.

٥ - لا يجري فيها الإرث من جهة الجاني<sup>(٤٧٢)</sup>.

٦ - يرجع تحمل العقالة في حالة القتل الخطأ إلي سوء التربية وفساد التوجيه. فالشارع افترض الخطأ في عاقلة الجاني<sup>(٤٧٣)</sup>. ولكن هل يعني ذلك العقوبة الجماعية ؟ إن تحمل العقالة هو نوع من التضامن الاجتماعي قد يقترب من نظم التعويض الجماعية في العصر الحديث.

٧ - هي عقوبة أصلية للقتل والجرح شبه العمد والخطأ بنص القرآن الكريم : "وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلي أهله إلا أن يصدقوا"<sup>(٤٧٤)</sup>.

#### ويتمثل الجانب التعويضي في المظاهر التالية :

١ - ليست الدية مشروعة لصالح الجماعة وإنما لمصلحة المجني عليه أو ورثته ، فهي مال خاص للمجني عليه أو وليه<sup>(٤٧٥)</sup>.

٢ - يجوز فيها العفو والإبراء والصلح<sup>(٤٧٦)</sup>.

٣ - يُترك أمر استيفائها للمجني عليه أو لوليه.

---

<sup>(٤٦٨)</sup> عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء الأول ، ص ٥١

<sup>(٤٦٩)</sup> الشيخ علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي ، القسم الثاني ، ص ١٩١

<sup>(٤٧٠)</sup> علي صادق أبو هيف : الدية في الشريعة الإسلامية وتطبيقها في قوانين وعادات مصر القديمة ، ص ٣٢ - أحمد

فتحي بهنسي : الدية في الشريعة الإسلامية ص ١٥

<sup>(٤٧١)</sup> محمد مصطفى القللي : أصول تحقيق الجنايات ، ص ١٤٩

<sup>(٤٧٢)</sup> محمد نصر رفاعي : الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر ، دار النهضة العربية ، ص ٢٩

<sup>(٤٧٣)</sup> حسين توفيق رضا : المرجع السابق ، ص ١٤

<sup>(٤٧٤)</sup> سورة النساء الآية ٩٢

<sup>(٤٧٥)</sup> أحمد فتحي بهنسي : المرجع السابق ، ص ١٥

<sup>(٤٧٦)</sup> محمد نصر الرفاعي : المرجع السابق ، ص ٢٩

٤ - يمكن الاتفاق بين الجاني والمجني عليه أو أولياء هذا الأخير علي أكثر أو أقل من الدية<sup>(٤٧٧)</sup>.

٥ - يختلف مقدارها بحسب الضرر وليس بحسب جسامة الخطأ.

حاول البعض تبرير هذه الطبيعة المزدوجة بتقسيم جزاء حق العبد إلي قسمين :  
١ - عقوبة خاصة كما في القصاص والتعزير ، ٢ - جزاء يدور بين الضمان والعقوبة وهو الدية<sup>(٤٧٨)</sup>. واعتبر البعض أن الاعتداء علي حق العبد يتمثل في جرائم خاصة وجزاؤها عقوبات خاصة يجتمع فيها معنى العقوبة ومعنى التعويض. وهذه العقوبات خمس هي : القصاص والتعزير والدية والارش وحكومة العدل وذلك بخلاف العقوبات العامة التي هي جزاء الاعتداء علي حق الله. وتختلط المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية في الجرائم الخاصة خلافاً للحال فيما يتعلق بالجرائم العامة التي يمكن وصف المسؤولية التي كانت تنشأ عنها بأنها مسؤولية جنائية محضة<sup>(٤٧٩)</sup>.

78/1/3 - رأي الباحث في طبيعة الدية : وضع الباحث موضوع المقابل النقدي للضرر في الفقه الإسلامي أو الدية في نهاية الفصل الخاص بالتعويض الجابر. ثم بحث الدية المشددة ضمن الفصل الخاص بالتعويض العقابي. وهذا يعنى قناعة الباحث بأن الدية تعويض مالي. بيد أنها تعويض نقدي مقدر مسبقاً. ولا ينفي التقدير المسبق الصفة التعويضية كما لا يقربها من فكرة العقوبة. فكما سبق التنويه إلي أن أمر تقريرها كمبدأ أساسي جاء بنص قرآني. ولو شاءت الإرادة الإلهية أن تفرض تقديرها كما هو الحال في تقدير أنصبة الإرث وكيفية توزيعه علي الورثة بنصوص قطعية الدلالة وإنما أناط أمر تقديرها إلي الرسول الكريم رئيس السلطة التنفيذية والذي يقوم بتطبيقها. فالنص القرآني مستغنى فيه بالتنزيل عن التفسير<sup>(٤٨٠)</sup> لا يحتمل أدنى قدر من تعدد المعنى والدلالة. أما النص الصادر عن الحاكم أشبه ما يكون بالنصوص التفسيرية أو اللائحة التنفيذية وخصوصاً في غير مسائل العقيدة والعبادات حيث ترتبط أكثر ما ترتبط بالزمان والمكان والظروف الاجتماعية والاقتصادية ومن ثم تصبح قابلة للتعديل والتغيير ولا تخضع للحاكمية المطلقة بل تصبح عملاً يخضع للتطور علي ضوء اختلاف الظروف. ويبرر البعض تحديد الدية مسبقاً كرد فعل للمبالغات السائدة في الجاهلية في تقدير قيم الديات وارتباطها بشخصية المجني عليه ومقامه بين قومه ومدى علو شأن قومه. لذلك جاء التحديد لتأكيد قيمة المساواة بين البشر<sup>(٤٨١)</sup>. بينما يذهب البعض الآخر إلي القول بأن تقدير التعويض (الدية) من جانب القاضي مسألة في غاية الصعوبة ولا تتم إلا تخميناً ورجماً بالغيب ، أو قياساً للإنسان بالأموال والماديات وفي ذلك أكل لأموال الناس بالباطل لعدم تساوي البدل

<sup>(٤٧٧)</sup> محمد سليم العوا : في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، دراسة مقارنة ، دار المعارف ، ص ٢٣٩

<sup>(٤٧٨)</sup> محمد نصر رفاعي : المرجع السابق ، ص ٢٩

<sup>(٤٧٩)</sup> سليمان مرقص : المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ، ص ١٠١

<sup>(٤٨٠)</sup> الرسالة : للإمام الشافعي ، ص ١٤ ، ١٩ ، ٢١ ، ٢٢

<sup>(٤٨١)</sup> عبد الحليم حلمي محمد أنور : رسالة الدكتوراه السابقة ، ص ٢٥١

مع الضرر. وفي قياس الإنسان بالأموال ووضعه موضع الماديات فيه إهدار لأدميته وهذا غير جائز في التشريع الإسلامي، باعتبار أن الإنسان خليفة الله في الأرض<sup>(٤٨٢)</sup>. وهو رأي، من وجهة نظر الباحث، محل نقد لأن التقدير المسبق يتصف أيضاً بسمة التخمين وهو قول بالحدس. علي الأقل فإن القاضي يمثل الاستجابة السريعة لتأثير تغير الظروف.

ويرصد الباحث بعض الظواهر لتأكيد وجهة نظره :

- ١ - لو طبق حرفية معيار التقدير الوارد عن السنة والأثر وفقاً للظروف الحالية لبلغت الملايين من العملات النقدية، إذ أن أسعار الإبل والضأن حالياً وكذلك القوة الشرائية للذهب والورق اختلفت كثيراً عما كانت عليه في الزمن الذي صدرت فيه ؛
- ٢ - قام عمر بن الخطاب بتعديل مبلغ الدية علي حسب الظروف السائدة في عصره ؛
- ٣ - يتم تقدير الدية في العصر الحديث في البلدان التي تطبقها من قبل الجهات الشرعية علي ضوء الحالة المعيشية والمتغيرات الاقتصادية وهي تختلف من بلد لآخر ؛
- ٤ - يتكامل مع نظام الدية حكومة العدل ولا يخضع تقدير البديل النقدي عن الضرر لتقدير جزافي مسبق وإنما يخضع تحديده، فيما لم يرد فيه دية أو ارش، لتقدير القاضي. وبمنظرة شمولية نجد أن كل من الدية والارش وحكومة العدل هم نسيج متكامل الهدف منه تعويض المضرور
- ٥ - إذا كانت الدية تقدير جزافي مسبق فهي بذلك تقارب أنظمة التعويض الخاصة كالتأمين الاجتماعي والفوائد التأخيرية، التعويض القانوني والتعويض عن إصابات العمل ومع ذلك لم ينكر أحد الطبيعة التعويضية لهذه الأنظمة ؛
- ٦ - تعتبر الدية جزاء لمخالفة قاعدة أساسية هي عدم الاعتداء علي الغير شأنها في ذلك شأن المسؤولية التقصيرية وهي في ذلك تؤدي نفس الدور الذي يؤديه التعويض الجابر في إنقاص الذمة المالية للجاني، ويقابلها زيادة الذمة المالية للمجني عليه أو لورثته. هذا التطابق يؤدي إلي القول بأن الدية جزاء مدني يختلف عن فكرة العقوبة ؛
- ٧ - لا تحمل الدية في طبيعتها وفي حد ذاتها فكرة العقوبة الجنائية لأنه لا يمكن الجمع بينها وبين التعزير. فإذا أراد التشريع الإسلامي التأكيد علي مدى خطورة وجسامة الفعل فإنه في الإطار المدني ابتدع نظام الدية المغلظة والتي يعتبرها الباحث التطبيق الإسلامي لفكرة التعويض العقابي ؛
- ٨ - أكدت الشريعة الإسلامية علي أن تطبيق الدية يدخل في إطار ما يسمى بالقانون الخاص لذلك تُقبل شهادة النساء في الديات علي عكس الحال في القصاص والعقوبات لا تقبل شهادة النساء

(٤٨٢) عوض أحمد إدريس : المرجع السابق، ص ٥٦٤، ٥٦٥

٩ - لا تستحق العقوبة علي عديمي الأهلية فعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : "رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الغلام حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق"<sup>(٤٨٣)</sup>. وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : "لا قود ولا قصاص في جراح ولا قتل ، ولا حد ولا نكال علي من لم يبلغ الحلم حتى يعلم ما له في الإسلام وما عليه"<sup>(٤٨٤)</sup>. بينما يؤخذ المجنون والصبي بضمان الأفعال ويلزم بالضمان سواء وقع الفعل منه حال المباشرة أو في حال التسبب علي القول الراجح بين الفقهاء<sup>(٤٨٥)</sup> ؛

١٠ - تتعدد الديات بتعدد الضرر بينما لا تتعدد العقوبة بتعدد الضرر الناتج عن الفعل غير المشروع وإنما تتعدد العقوبات بتعدد الفعل المؤثم<sup>(٤٨٦)</sup> ؛

١١ - قد تكون دراسة نظام قانوني في شريعة من الشرائع مضللة إذا تأثر الدارس وحكم علي النظام القانوني محل الدراسة من خلال مفاهيم وشرائع أخرى. فلا يمكن إسقاط نظام العقوبة الخاصة المعروف في القانون الروماني علي عقوبة الاعتداء علي حق العبد في الشريعة الإسلامية. وهذا ما وقع فيه بعض من الفقه المصري الذي اعتبر أن الاعتداء علي حق العبد يتمثل في جرائم خاصة لها عقوبات خاصة. فلكل شريعة أيديولوجيتها وهيكلها القانوني وأسلوب معالجتها للمشاكل التي تواجهها وذلك بخصوصية تتفق مع الزمان والمكان والتركيبية الإيكولوجية. وحتى مع التسليم بأن معيار الدراسة هو الفكر الروماني ومن ثم اللاتيني أو الأفكار المعاصرة في القوانين الوضعية فإنها تسلم بأن الاعتداء علي حق المجتمع يشكل جريمة لها عقوبة وبنفس الدرجة فإن الاعتداء علي حقوق الأفراد (حقوق العباد) يشكل جريمة تستحق العقوبة. ولم يقل أحد بأنها عقوبة خاصة ؛

١٢ - يقول البعض أن الله أوجب الدية في القتل الخطأ جبراً كما أوجب القصاص في القتل العمد زجراً ، وجعل الدية علي العاقلة رفقاً<sup>(٤٨٧)</sup>. فهي إذاً بدلالة النص تعني التعويض الجابر. كما عبر الفقهاء عن الدية بلفظ الضمان. فيقول الكاساني : إن الضمان وجب حقاً للعبد وحقوق العباد تجب بطريق الجبر<sup>(٤٨٨)</sup>. وتتفق آراء فقهاء المذاهب مع شراح القانون بأن الضمان يعنى التعويض.

<sup>(٤٨٣)</sup> المغني لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٦٦٤

<sup>(٤٨٤)</sup> كنز العمال ، ج ٧ ، ص ٢٩٧ - الروض النضير ، ج ٤ ، ص ٢٦٣

<sup>(٤٨٥)</sup> المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ - الشيخ علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي ص ٧٥ - محمد

فاروق بدري العكام : رسالة الدكتوراه السابقة ، ص ١٠٠ وما بعدها - جلال محمد محمد إبراهيم : رسالة الدكتوراه

السابقة ، ص ٤٤٢ وما بعدها

<sup>(٤٨٦)</sup> مواهب الجليل شرح مختصر خليل : للعلامة أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالخطاب ، المتوفى سنة

٩٥٤ ، الطبعة الأولى ، بمطبعة السعادة بمصر (١٣٢٩) ج ٦ ، ص ٤٧١ - المغني لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٧٥٤

<sup>(٤٨٧)</sup> أحكام القرآن : للإمام أبو محمد عبد الله بن العربي ، القسم الأول ، الطبعة الأولى ، ص ٤٧٤

<sup>(٤٨٨)</sup> بدائع الصنائع للكاساني ، ج ١٠ ، ص ٤٦٧١

والتساؤل الذي يُثار ما هي الأضرار التي تغطيها الدية ؟ هذا التساؤل مثل التساؤل عن طبيعة الدية لم يكن محل اهتمام السلف من فقهاء المذاهب الإسلامية. ولأن الدية مبلغ إجمالي شامل لا تظهر فيه المبالغ المخصصة لكل عنصر من عناصر التعويض فقد فُتح الباب أمام اجتهاد بعض المحدثين.

رأي البعض<sup>(٤٨٩)</sup> أن التعويض في الشريعة الإسلامية هو تعويض موضوعي يغطي الأضرار المادية الناتجة عن الاعتداء. أما التعويض عن الأضرار الأدبية فلا تعويض عنها في فقه الشريعة الإسلامية<sup>(٤٩٠)</sup>. فالأصل في الضمان عند أصحاب هذا الرأي أن لا يشمل الضرر الأدبي الذي يتمثل في النتائج غير المالية للمساس بالحق في السلامة الجسدية لصعوبة تقدير الضرر الأدبي والمثال علي ذلك لو شتم احد إنسان آخر فآلمه أو لطمه علي وجهه ولم يترك ذلك أثراً أو لم يفوت منفعة. فلا ضمان في ذلك علي الجاني<sup>(٤٩١)</sup>.

وعدل عن هذا الاتجاه البعض<sup>(٤٩٢)</sup> فيرون أن الدية تغطي الأضرار البدنية من عجز دائم وتقويت منفعة أو جمال وآلام ، ويحكم معها بنفقات العلاج من أجرة الطبيب و ثمن الأدوية ، والخسارة المالية الناتجة عن عدم القدرة علي الكسب من العمل خلال فترة العلاج<sup>(٤٩٣)</sup>. وأكد هذا البعض أن الدية تشمل جميع الأضرار الأخرى بما فيها الأضرار الأدبية مستشهداً بما دفعه علي رضي الله عنه لقوم قتلهم خالد بن الوليد حين أعطاهم بروعة الخيل أي مقابل الأضرار الأدبية التي حدثت بسبب الرعب الذي دخل في قلوب النساء والصبيان.

كما ذهب البعض إلي القول بأن الدية لا تعوض إلا الضرر الأدبي المتمثل في الأذى الجسماني أو فيما يفقده البدن من منافع أعضائها ، أو جمالها<sup>(٤٩٤)</sup>.

أراد البعض ، تحت شعار مواجهة الظروف العصرية من ارتفاع قيمة الإنسان بسبب المؤهلات العلمية التي يحصل عليها أو بسبب المهن التي يمارسها ودوره في المجتمع ، الالتفاف علي عدم كفاية مبلغ الدية كتعويض عن الاعتداء علي النفس أو ما دونها تعجزه عن الكسب وتصيبه أو المعالين بأضرار بالغة. لذلك اقترحوا تخويل من وقع عليه الضرر حق المطالبة بتعويض إضافي علاوة علي الدية أو الارش المقدر شرعاً. كنوع من التعويض عن المنافع المفقودة ويعززون هذا الرأي بأنه لا

<sup>(٤٨٩)</sup> سعيد عبد السلام : المرجع السابق ، ص ١٠٩ ، ١١٧ وما بعدها

<sup>(٤٩٠)</sup> مجمع الضمانات ، ص ١٦٦ - البحر الزاخر ، ج ٨ ص ٣٤٠ - المبسوط ، ج ٦ ص ٨١ - سليمان مرقص :

المسؤولية المدنية ص ١٤٣ - محمد ناجي ياقوت : الاعتداء علي الشعور العاطفي في المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي

والمصري ، رسالة دكتوراه ، جامعة أكس (١٩٦٨) ص ٢٣

<sup>(٤٩١)</sup> المغني ، ج ٨ ، ص ٥٩ ، ٦٠ - المبسوط : ج ٢٦ ، ص ٨١

<sup>(٤٩٢)</sup> عوض إدريس : المرجع السابق ، ص ٥٧١ وما بعدها

<sup>(٤٩٣)</sup> أنظر المراجع المشار إليها في المرجع السابق هامش (٣) تأكيداً لعدم ممانعة قواعد الشرع بل إنها توجب الحكم علي

الجاني بنفقات المداواة

<sup>(٤٩٤)</sup> فتحي بهنس : الدية في الشريعة الإسلامية

يتعارض مع أساس المسؤولية في الفقه الإسلامي التي تقوم علي مبدأ :لا ضرر ولا ضرار<sup>(٤٩٥)</sup>. ويرى الباحث أن هذا الرأي ليس إلا اقتباس واستعارة لمبدأ التعويض التكميلي في فقه القانون المدني الذي تنص عليه المادة (٢٣١) من التقنين المدني المصري<sup>(٤٩٦)</sup>.

79/1/3 - خلاصة القول أن الدية هي مبلغ من المال مقطوع ومقدر سلفاً كتعويض عن الأضرار الناتجة عن الاعتداء علي النفس. وأن الأرش هو جزء من الدية أو نسبة منها مقابل الاعتداء علي ما دون النفس. وهي تغطي الأضرار الجسدية التي هي محصلة أو تجميع للأضرار المادية والمعنوية التي تنشأ من الاعتداء علي تكامل الجسد. وأن أمر تقديرها المسبق هو مسألة تنظيمية تقضى علي التفاوت الواضح في تقديرات القضاة لمبالغ التعويض. ومع ذلك ففي مواجهة أمور لم يثبت فيها أرش قرر فقهاء الشريعة الإسلامية حكومة العدل لتترك التقدير للقاضي ولكن علي ضوء المبالغ المحددة سلفاً للدية والأرش. والنقطة الهامة والأخيرة أن الشريعة الإسلامية تعالج موضوع الخطأ الإنساني غير العمد في إطار القانون الخاص من خلال نظام الدية والأرش وحكومة العدل. أما العمد فتدخله في دائرة القانون الجنائي إلا إذا عفا الجاني أو وليه،

---

<sup>(٤٩٥)</sup> الشيخ علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ص ١٦٢ ، ١٦٣ - عبد الحليم حلمي محمد

أنور ، رسالة الدكتوراه السابقة ص ٢٥٦

<sup>(٤٩٦)</sup> انظر في التعويض التكميلي سليمان مرقص : الوافي ، المجلد الثاني في الفعل الضار ، المرجع السابق ص ٥٦٣ ، ٥٦٤

# الفصل الثاني

## التعويض العقابي Punitive Damage

### أو

## العقوبة الخاصة La Peine Privée

"حيث توجد حياة ، توجد أيضاً إرادة :  
إرادة قوية لا إرادة حياة"  
زرادشت

- \* العقوبة الخاصة في فرنسا
- \* التعويض الإتعاضي والتعويض المشدد في إنجلترا
- \* التعويض العقابي في الولايات المتحدة الأمريكية
- \* التعويض الإتعاضي / العقابي في بعض الدول والتطبيق في الشريعة الإسلامية

### مقدمه:

1/ 2/3 – قد تحكم المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية لبعض الضحايا بالنسبة لبعض صور الفعل الضار بتعويض يطلق عليه التعويض العقابي وذلك بموجب القانون العام common law أو تشريعات برلمانية statues تصدر في بعض الولايات بتنظيم منح هذا التعويض .  
وتعريف التعويض العقابي وفقاً لمشروع القانون الذي أعدته لجنة توحيد القوانين the Uniform Laws Commission للعرض على اللجنة التنفيذية في عام ١٩٩٤ ، كما ورد في القسم الأول فقره (٢) هو : "حكم بمبلغ من النقود يحكم به للمدعي وحده منفرداً لعقاب أو ردع المدعي عليه أو ردع آخرين"<sup>(١)</sup>  
ومن الناحية التاريخية فإن منح هذا التعويض كان لتنشيط ارتكاب الفعل الضار العمدي ، وسوء السلوك، والإستهتار والطيش وعدم المبالاه ، وأى تصرف غير مألوف . وهو ليس تعويضاً عن الضرر ولكنه غرامة خاصة يفرضها المحلفون المدنيون لعقاب مرتكب الفعل الضار على سوء سلوكه ولردعه ومنع حدوث ذات الفعل في المستقبل . لكنه على عكس الغرامات في العقوبات الجنائية والتي قد تشابهه

---

<sup>(١)</sup> Punitive damages means an award of money made to a claimant solely to punish or "deter a defendant or to deter others" see : "Model Punitive Damages Act" [http : // www.lectlaw. com./ files / leg 19. htm](http://www.lectlaw.com/files/leg19.htm).

إلا أنها تدفع للدولة بينما يدفع التعويض العقابي للمدعي ويقدر على أساس معدلات لفظية معينة وتتنظر كل حالة على حدة a case-by case base  
2/2/3 - وصنو هذا التعويض يوجد في المملكة المتحدة وأستراليا وكندا وغيرهم من دول الكومنويلث البريطاني بمسمى غالب وهو التعويض الإتعاضي exemplary damages ويطلق عليه أحياناً التعويض العقابي . وتختلف مجالات تطبيق هذا التعويض في البلاد الأنجلو أمريكية إتساعاً وضيقاً ؛ كما تختلف العبارات الوصفية للسلوك الدافع للفعل الضار والمبرر لمنح هذا التعويض تمططاً وإنكماشاً . وهذا - بحكم البديهة - يعكس الفوارق الثقافية والاجتماعية والإقتصادية بين نظم هذه الدول . وبالإضافة إلى التعويض الإتعاضي في المملكة المتحدة يوجد نوع آخر من التعويض يطلق عليه التعويض المشدد aggravated damages وهو مبلغ كبير من المال يمنح للمدعي عندما تكون دوافع وسلوك المدعي عليه في إرتكاب الفعل الضار تؤدي إلى شدة وتفاقم الضرر الذي يصيب المدعي<sup>(١)</sup> وهو يمنح أيضاً مقابل الإهانة والتعدي الطاعى<sup>(٢)</sup> insolent and high-handed trespass وجرح المشاعر . وبغض النظر عن الاختلاف في تكييفه - هل هو تعويض جابر أم عقابي - ففي مجالات التطبيق فإنه يتكامل مع التعويض الإتعاضي في تحقيق أهداف العقاب والردع والعبرة

3/2/3- ويختلف الأمر كثيراً بالنسبة للفقهاء والقضاء الفرنسيين . حيث يمتد النظام القانوني الفرنسي بجذوره إلى أصول رومانية وإغريقية وكنسية أضفت عليه عوامل التطور والديالكتيكية الكثير حتى أصبح الهيكل القانوني العام يقوم على نظريات ومبادئ عامة إستقرت في وجدان المشرع والفقهاء والقاضي . فإذا إستجذبت أمور أو مسائل معينة يكون بحثها ليس على أساس إيجاد حلول جزئية لكل حالة على حدة لكن في إطار جدلي من النظريات والأسس العامة التي يتكون من مجموعها النظام القانوني المدني . ومن هنا يكون المجال فسيحاً للتأويل والتفسير ولوى لبعض المسلمات والثوابت النسبية إنتصاراً لفكرة أو تأكيداً لمعنى أو -وهو الأهم- إيجاد حل لمتطلبات قانونية جديدة في إطار النظريات العامة السائدة والأفكار القانونية الشائعة . فلا جرم إذاً أن يعرف النظام القانوني الفرنسي خلقاً قانونياً يحقق العقاب والردع لمرتكبي الفعل الضار والعبرة والنموذج لغيرهم . هذا الخلق القانوني الذي نشأ قديماً في عصر القانون الروماني ثم توارى بعض الشيء إلى أن نقب عنه من طيات أحكام القضاء والتاريخ بعض الفقهاء المحدثين هو ما يعرف "بالعقوبة الخاصة" la piene privée. لكنها تختلف عن التعويض العقابي أو الإتعاضي ليس فقط في التسميه لكن أيضاً في مجالات التطبيق .

Archer v. Brown (1985) Q . B . 401

(١)

Jolliffe v. Willment & co. (1970) 114 S. J. 619

(٢)



ويبقى أن إصطلاح العقوبة الخاصه يثير – كما لاحظ بحق أحد الفقهاء -<sup>(٤)</sup> الغموض والإبهام حول التركيبة اللفظية . إذ أن لفظ العقوبة يعنى لدى شراح القانون الجنائي – بالبدية – أنها عامه فإذا وصفت بأنها خاصه يجعلها نظاماً غير واضح . وفي الواقع فإن تسمية العقوبة الخاصة يتجه بالذهن مباشرة إلى أن صفتها الغالبة أنها عقوبة وليست تعويضاً نقدياً . وأما نعتها بأنها خاصة فقد يعنى أنها عقوبة ذات طبيعة خاصة أو أن لها تطبيقات خاصة . وقد توصف بأنها خاصة - بالتقريب إلى تعبير الشخصيه – لأنها تتحدد من حيث تقريرها وتقديرها كيفاً وكماً على ضوء الظروف الشخصية لمرتكب الضرر ومدى جسامة الخطأ ؛ أى الإتجاه إلى النزعة الشخصية فى تقدير التعويض .

والعقوبة الخاصه تتجلى بصورة واضحة فى القانون الفرنسي عندما "يمنح التشريع الضحية تعويضاً أعلى من الضرر الذى لحق به . وهو مقصود فى أحكام متناثرة ، لا يخضع لأى فكرة فى مجملها ، فهى بقايا مفاهيم قانونيه قديمه ..."<sup>(٥)</sup>

4/2/3 - وإذا كان نظام الدية الوارد فى الفقه الإسلامى جزاء لبعض الأفعال الضارة يرتد بجذوره إلى عصور ما قبل الإسلام وفى شرائع أخرى سابقة وعند الرومان حيث كانت تتخذ شكل الغرامة المالية ثم نظر إليها باعتبارها العقوبة الخاصة ؛ فإنها فى نظر الباحث لاتعدو أن تكون ذات طبيعة جابره وأن العقاب يتحقق فيها بالتساوى كيفما يتحقق فى التعويض الجابر. إذ أن أى مبلغ يدفعه المسئول عن إرتكاب الفعل الضار هو بمثابة عقوبة مالية لأنها تؤدى إلى زيادة الجانب السلبي فى ذمته الماليه . لكن الإسلام عرف نوعاً آخر من الدية هى الدية المشددة وهى التى تتحقق فيها فكرة التعويض العقابي بالمعنى الصحيح .

5/2/3 - يهدف التعويض العقابي إلى تحقيق العقاب ، والردع والزجر ، والتكفير ، وإشباع رغبة الإنتقام لدى المضرور ، وضبط السلوك العام لتصرفات الأفراد فى علاقاتهم –المدنيه- داخل المجتمع ، وأهداف إقتصادية متنوعه . وهو فى ذلك يختلف عن التعويض الجابر الذى يهدف إلى تحقيق التوازن بين الذمم وإعادة الحال إلى ما كانت عليه لولا الفعل الضار . ومع ذلك فإنه كآى نظام قابل للجدل والمناقشه ، مثاليه أو حسناته ، و من حيث جدواه خاصة أنه يكوّن منطقة التقاطع بين القانون الجنائي والقانون المدني أو بالأحرى يمثل الجسر بين القانونين . ومن ثم فقد يعتبر بديلاً جيداً عن العقوبة الجنائية فى أمور يحكمها بالفرض القانون الخاص. فهل يمكن تبني نظام التعويض العقابي – مع المستجدات العالمية الحديثة – فى النظام القانوني المصري وعلى وجه الخصوص فى مجال المسئوليه المدنيه وإلغاء العقوبات البدنيه ؟

(٤) د. محمد شكرى سرور : الجزاءات الخاصه فى عقد التأمين ، دراسه لبطلان الوثيقه ووقف الضمان ، رساله دكتوراه ،

حقوق القاهره (١٩٧٥) ص ٢-١

(٥) quand la loi accord à la victim une réparation supérieure à son préjudice . Il s'agit de disposition éparées , n'obéissant à aucune idée d'ensemble , vestiger de conception juridiques un peu archaïques v. Henri et Léon Mazeaud : op cit , 7ed . (1985) no. 614'

## المبحث الأول

### La Peine Privée الخاصة فى فرنسا

#### تطور فكرة العقوبة الخاصة :

#### أولاً: فى القانون الرومانى

5/2/3 - أدى التطور التاريخي لنظام الدية إلى ظهور الجرائم الخاصة *delit privé*<sup>(٦)</sup> ، وأهمها جريمة الإعتداء على الشخص *Injuria*. وقد تطورت أحكام هذه الجريمة تطوراً ملحوظاً بحيث تستوعب كل صور الإعتداء على الجسم<sup>(٧)</sup>. ثم إتسع نطاقها فى العصر العلمي بناء على التعديلات البريتورية لتشمل حالات الإعتداء الأدبي مثل أحوال القذف والسب والأفعال المنافية للأداب كهتك العرض<sup>(٨)</sup>؛ وكان جزاء ارتكاب هذه الجريمة غرامه مالى<sup>(٩)</sup>، وهى البديل المتطور للدية التى تمثل مبلغاً من المال لا يقتصر على تعويض الضرر الذى أصاب المجنى عليه بل يتجاوزه إلى معنى العقوبة التى تجاوز حد الضرر. إذ هى عبارة عن ثمن يقدمه الجاني ليشترى حياته *rachat de la vie*<sup>(١٠)</sup>. وكانت وسيلة الحصول على الغرامة هى الدعوى التى يمنحها البريتور للمجنى عليه *actio iniuriarum aestimatoria* يطلب من المحكمين الذين تحال إليهم الدعوى الحكم بتعويض طبقاً لما تقتضيه العدالة وحسن النية. فيراعى الحكم حسن أو سوء نية الجاني ، ومركز المجنى عليه فى الهيئة الإجتماعية ، ومدى الضرر الذى أصاب الضحية. أى أنه يحكم بما تقتضيه العدالة فى كل حاله فى حدود حد أقصى يقرره البريتور<sup>(١١)</sup>. وجعل مدة سقوط هذه الدعوى سنة<sup>(١٢)</sup> وقد أسفر التطور التاريخي منذ قانون الألواح الإثني عشر وحتى صدور قانون إكويليا عن وجود ثلاث دعاوى لمواجهة الفعل الضار وهى : الجنائيه والمدنيه والمختلطه<sup>(١٣)</sup>. وظهرت هذه الدعوى الأخيره فى عهد الإمبراطوريه وتحمل جينات الدعويين الجنائيه والمدنيه معاً فهى تهدف إلى جبر الضرر بغرامه تجاوزه لذلك سميت بالدعوى المختلطه. فهى تأخذ من الدعوى الجنائيه فضلاً عن تجاوز مقدار الضرر - التعدد بتعدد الجناه ، وتجتمع مع رد الشئ أو قيمته إضافة إلى تميزها

(٦) د. سليمان مرقس : المسئوليه المدنيه فى تقنينات البلاد العربيه د. م. ن. : د (١٩٧١) فقره ٥

(٧) د. عمر ممدوح مصطفى : أصول تاريخ القانون ، الطبعة الثانية (١٩٥٢) فقره ٢٣

(٨) د. عبد المنعم البدر : المرجع السابق ص ٤٩٧-٤٩٨

(٩) A. E. Giffard : Droit romain et ancien droit francais , coll. Robert Willers 2 éd . (1967)

para . 318

(١٠) د. عبد المنعم البدر : المرجع السابق ص ٤٨٧ - ٤٨٨

(١١) المرجع السابق ص ٤٩٨

(١٢) د. عمر ممدوح مصطفى : المرجع السابق ص ٤٢٨

(١٣) أنظر فى هذه الدعوى تفصيلاً : محمد إبراهيم دسوقي : المرجع السابق ص ٣٦-٣٩

بالشخصية في الإلتزام والإقتضاء ولا تنتقل إلى الورثة. وترفع في خلال سنة. وتتصاعد مع سوء النية أو التلبس أو الإنكار. ولصاحبها الخيار بين طلب إنزال العقوبة البدنية أو إقتضاء الغرامة المالية. أما إقترابها من فكرة التعويض أو الدعوى المدنية فيتمثل في التطور الذي لحق بالغرامة المالية إلى أن أصبحت مبلغاً يضعه القانون يتفاوت حسب مدى الضرر<sup>(١٤)</sup>. هذه الغرامة المالية هي ما أطلق عليها العقوبة الخاصة Poena privata. وأصبحت تمثل مبلغاً من المال يحدده القانون للضحية من قبل الفاعل عندما يرتكب فعلاً من الأفعال الضارة التي يحددها القانون. ولهذه العقوبة إلى جانب خاصية تعويض المدعى لما أصابه ، عقاب المدعى عليه<sup>(١٥)</sup> ؛ لكنها وإن كانت عقوبته إلا أنها لم تكن من المجتمع وإنما من الضحية<sup>(١٦)</sup>.

6/2/3 - ويحاول الفقه الإرتداد إلى الماضي لتأصيل فكرة العقوبة الخاصة سواء في الشرائع البدائية حيث ساد الإنتقام الفردي ثم القصاص أو في القانون الروماني حيث كانت الغرامة المالية بديل الدية- هي جزء مخالف للأفعال الضارة التي يحددها القانون مسبقاً والذي أطلق عليه العقوبة الخاصة<sup>(١٧)</sup>. وقد ساوى البعض<sup>(١٨)</sup> بين فكرة الإنتقام أو القصاص للنفس مع عدم وجود تشريع منظم- وبين العقوبة الخاصة باعتبار أن المجنى عليه هو الذي يقررها ويحدد نوعها ودرجة قسوتها وأن أمر تطبيقها يرجع لمحضر إختياره ، فضلاً عن توليه أمر تنفيذها بنفسه. ومن سياق هذه المحاولات فإنهم يرون أن الدية خرجت من رحم القصاص لإشباع الرغبة العمياء في الإنتقام والرغبة في إصلاح الضرر<sup>(١٩)</sup> ، وأن الغرامة المالية ومن ثم العقوبة الخاصة هي المرادف لنظام الدية بحسبان أنهما يؤديان نفس معنى إلزام المعتدى - كعقوبة له- بدفع مبلغ من المال للمعتدى عليه مقابل الفعل الضار. كما ذهب البعض<sup>(٢٠)</sup> إلى أن نظام الغرامة المالية نظام للتعويض يأخذ بالاتجاه الشخصي في التقدير أو بالوظيفة العقابية للمسئولية المدنية.

لكن هذه المحاولات تعوزها الدقة ويجانبها السداد لعدة أسباب :-

١ - لايمثل الإنتقام الفردي -وهو رد فعل غريزي- ولا ينطوى على فكرة الجزاء بالمعنى القانوني العقوبة الخاصة لأن هذه الأخيرة تفترض المسئولية الفردية بينما

(١٤) المرجع السابق ص ٣٩-٤٢ . طه عبد المولى إبراهيم : المرجع السابق ص ٣٥-٣٦

(١٥) - Lucienne Ripert : La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle , thèse ,

Paris (1933) para 67 \_ H. Mazeaud , L. Mazeaud et Tunc : Traité de la responsabilité civile , t. 111 , 5e éd . (1945) para. 2352 \_ G. Marty et P. Raynaud : Droit Civile t. 11 . 1er. Vol. (1962) para. 359

(١٦) د. عمر ممدوح مصطفى : المرجع السابق ص ٤١٧

(١٧) Hugueney : L'idée de peine privée en droit contemporain , thèse , Dijon (1904) p. 17 \_

L. Ripert : opcit p. 81 \_ B. Starck : opcit p. 354

(١٨) د. شكرى سرور : الجزاءات الخاصة في عقد التأمين ، المرجع السابق ص ٢

(١٩) محمد إبراهيم دسوقي : المرجع السابق ص ٢٣

(٢٠) إيهرنج : الخطأ في القانون الخاص ص ٩ مشار إليه في : محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق ص ٤٢

الانتقام وهو يمتد إلى قبيلة الفرد أو عشيرته طلباً أو إقتضاءً فإنه يفترض المسؤولية الجماعية أو الشائعه. وبالطبع لا يمكن محاجة ذلك بالعقوبة الجماعية في العصر الحديث ،

٢ - يرتبط الانتقام الفردي -تأثيراً- بمدى قوة وجبروت المعتدى عليه أو عشيرته في الرد الأمر الذي يؤدي إلى عدم التكافؤ بين الإعتداء والجزاء<sup>(٢١)</sup> ،

٣ - يميل الباحث إلى رأى رجل الإصلاح القانوني العلامه الفيلسوف الإنجليزي جيرمى بنتام<sup>(٢٢)</sup> ومن قبله سيزار بيكاريا Ceasare Beccaria<sup>(٢٣)</sup> فى أن قوانين العقوبات فى الشرائع البدائية كانت بالبدايه self-evident غير مجديه ولا يستطيع أحد أن ينكر قسوتها وتطرفها لأن العقاب الزائد عن الحد قد يؤدي إلى نتائج عكسيه counter productive وبالتالي يكون قياس العقوبة فى العصر الحديث بما كانت عليه فى العصور البدائية فى غير محله ومضلل ،

٤ - إذا كان أمر تقرير العقوبة وتحديد نوعها ودرجة قسوتها وأمر تنفيذها منوطاً بالمجنى عليه فهو أمر بدهى مع عدم وجود دور فى هذا المجال لسلطة سيادية أو تشريعات منظمه وهو نمط الممارسة السائد فى العصور البدائية. ، ومن ثم يصبح وصفها بأنها خاصة تخصيص فى غير محله. أما أمر الاختيار فيتمتع به المجنى عليه فى عصور ونظم مختلفه وآخرها حالياً أمر الاختيار بين اللجوء للسلطة العامة لرفع الدعوى الجنائية أو الإكتفاء باللجوء مباشرة إلى القضاء المدني لرفع الدعوى المدنية . ولم توصف أى من الدعويين بأنها خاصة لمجرد تقرير حق الاختيار للمضرور ،

٥ - إن القصاص بطبيعته عقوبة بحته لا يستفيد المجنى عليه منه أى فائدة مالية علي عكس العقوبة الخاصة/التعويض العقابي فى الوقت الحالي اللهم إلا إشباع الرغبة الغريزية فى الانتقام من الجاني. إضافة إلى ذلك فإن القصاص عقوبة بدنية أما العقوبة الخاصة فهي عقوبة مالية ؛ أو أياً كانت صورتها فهي تنتهى إلى خسارة مالية للجاني وكسب مالي للمضرور ،

٦ - لم يرتبط مقدار الدية بمدى جسامة الخطأ. بل إن روح القانون الروماني لم تشترط الخطأ لتقرير المسؤولية وإلحاق الجزاء بالمعتدى ، وإنما كان يكتفى بمجرد التعدي ولو عن غير قصد أو إهمال<sup>(٢٤)</sup>. وإذا كان القانون الروماني يأخذ بالإتجاه الشخصي فى تقدير التعويض ، أى الإعتبار بجسامة الخطأ ، فإنه لم يبد إعتبار لمدى إثم وخطأ المعتدى بقدر مدى ما يشبع رغبة المضرور فى الانتقام ، وهى نظرة بدائية متطرفة تأخذ الإتجاه الموصوف بالشخصي من جانب شخص المعتدى عليه

(٢١) دسوقي : المرجع السابق ص ٢٢

(٢٢) Jeremy Bentham : An Introduction to the principles of Morals and

Legislation (1789)

(٢٣) الذى نشر كتابه Dei delecti e delle pene فى إيطاليا فى عام ١٧٦٤ ثم ترجم إلى الإنجليزية بعدها بثلاث

سنوات An Essay on Crimes and Punishments

(٢٤) P. Ourliac et G. De Malafosse : Histoire de droit privé , Paris (1969) para 350

ودرجة إشباعه للانتقام<sup>(٢٥)</sup>. ويزعم الباحث أن هناك إختلاف جذري بين بدائية العصور القديمة بما فيها القانون الروماني من حيث فكرة العقوبة الخاصة أو زيادة مبلغ التعويض والتي إرتبطت بمجرد إرتكاب الفعل الضار وبين الفكرة الحديثة والأكثر تقدماً -بالنظر إلى إعتبار أوصاف معينه من السلوك الضار فى تقرير وتقدير هذا التعويض- والتي تأخذ بعين الإعتبار دوافع الفاعل فى إرتكاب الفعل الضار وظروفه المالىه والشخصيه.

7/2/3 - فى القانون الفرنسى القديم: ظل التأثير المباشر للقانون الروماني على القانون الفرنسى وبقية فكرة العقوبة الخاصة سائدة لردح من الزمان حتى بعد إختيار الإمبراطوريه الرومانيه<sup>(٢٦)</sup>. وأكد هذا الإتجاه صدور قانون Salique الذى حدد الجرائم المختلفه وقدر لكل منها دية محددة سلفاً. و"كان الردع فى هذا القانون موضوعياً بحتاً ، بمعنى أن الفعل المادي وحده هو الذى يخضع للردع دون بحث ذاتي عن الذنب"<sup>(٢٧)</sup>. إلا أن الغرامة كانت تقدر بحسب جسامتها بالنظر فقط لظروف المجنى عليه. وكان المبلغ يقسم فيما بين المجنى عليه كتعويض faidus ، وبين الملك كغرامه fredus<sup>(٢٨)</sup>.

ثم حدث التحول عن أفكار القانون الروماني فيما يتعلق بجزاء الفعل الضار وفكرة العقوبة الخاصة. وإستغرق هذا التحول وقتاً لكنه غير معروف التفاصيل<sup>(٢٩)</sup>. ومع ذلك يمكن رصد بعض العلامات المميزه على طريق هذا التحول :-

( ١ ) صدور قانون يعرف بإسم Visigoths يتضمن تعريف الديه ، وكان يعول على نية إرتكاب الجرم لتكليف الجريمه وتقدير مدى الجزاء المناسب والذي قد يصل إلى أكثر من الضعف<sup>(٣٠)</sup>.

( ٢ ) التمييز -فى أوائل القرن الثالث عشر- بين الجرائم التى تقع على الأشخاص وجزاؤها عقوبة جنائية أو التكفير المدني réparation civile وتلك التى تقع على الأموال التى تخول حقاً مدنياً يتمثل فى التعويض عن الضرر dommages intérêts

( ٣ ) إعتبار جميع مرتكبي الفعل الضار مسئولين بالتضامن بدلاً من تعدد العقوبة الخاصة بتعدد الجناه<sup>(٣١)</sup>.

( ٤ ) إلا أن أهم تأثير على القانون الفرنسى القديم وتحوله عن بعض أفكار القانون الرومانى هو القانون الكنسي ؛ إذ حدث تحول جذري نحو البحث عن النيه والعامل النفسى وراء الفعل الضار. أى أن إرتكاب الخطأ culpa شرط لوصف الفعل بعدم

(٢٥) د. دسوقي : المرجع السابق ص ٤٤

(٢٦) Mazeaud et Tunc : opcit para . 34 - سليمان مرقس : المرجع السابق فقره ٤٦ ص ١٠٥

(٢٧) محمد إبراهيم دسوقي : المرجع السابق فقره ٢٢

(٢٨) المرجع السابق ص ٤٦

(٢٩) G. Marty et P. Raynaud : Droit civil , t. 11. , 1er. Vol. (1962) para. 369

(٣٠) Ourliac et De Malafosse : opcit para 374 , 375

(٣١) المرجع السابق ص ٣٨١

المشروع عليه. إلا أن الخطأ في القانون الكنسي يتخذ معنى قريب من الخطيئة الأخلاقية. ويعتبر الغش ، وسوء النية ، وعدم الحيطة أو الخفة في الإضرار بمصالح الغير أحد صور الخطأ<sup>(٣٢)</sup>. ويرى الباحث أن هذه هي الجذور الحقيقية لفكرة التعويض العقابي بمعناه الحديث جداً وهو النظر ليس للفعل الضار فقط ومدى جسامة الخطأ بل أيضاً لأوصاف معينة من السلوك وراء ذلك تبرر هذا التعويض ؛ ومع ذلك فإن تأثير القانون الكنسي إقتصر فقط على وجود جزاء مختلف عن العقوبة الخاصة وهو إصلاح الضرر.

( ٥ ) إعتبار الإلتزام الناشئ عن الفعل الضار إلتزاماً مدنياً لا يختلط مع فكرة العقوبة. وبهذا تحقق الفصل بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية<sup>(٣٣)</sup>. ولا يمكن إغفال دور الفقيه دوما وإلى دوره في التمييز بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري.

8/2/3 - في التقنين الفرنسي: صدر التقنين الفرنسي في عام ١٨٠٤ في ظل أوضاع قانونية هي خلاصة ما إنتهى إليه التحول في القانون الفرنسي القديم. هذه الأطر القانونية العامة فرضت نفسها على واضعي التقنين الفرنسي. وأخذ التمييز بين العقوبة *pœna* والضرر *damnum* الذي كان شائعاً في القانون الروماني في الإحتضار الكلي في نظريات ومفردات التقنين الفرنسي الحديث<sup>(٣٤)</sup>. وأصبحت الفكرة المسيطرة على واضعي التقنين المدني الفرنسي الإتجاه في تقدير التعويض من النزعة الشخصية التي عرفها القانون الروماني إلى الموضوعية المطلقة<sup>(٣٥)</sup> فلا جرم أن يتبنى المشرع الفرنسي الأفكار القانونية السائدة والتي تقوم على : الفصل التام بين المسؤولية الجنائية والمدنية ، وتوارى فكرة العقوبة الخاصة كجزء عن إرتكاب الفعل الضار وحلت محلها فكرة أن وظيفة التعويض هي جبر الضرر فقط ولا يختلف تقديره بحسب إختلاف درجة جسامة الخطأ من جسيم أو يسير أو عمدي. وأن الخطأ هو أساس قيام المسؤولية وأن التعويض واحد بالنسبة لكل أنواع الخطأ.

دور القضاء في خلق العقوبة الخاصة :

9/2/3 - إستقر الفقه في فرنسا<sup>(٣٦)</sup> وتبعه القضاء في بعض القضايا<sup>(٣٧)</sup> على أن التعويض يرتبط بالضرر. وأن على المسئول أن يعرض الضحية عن كل الضرر *la*

<sup>(٣٢)</sup> المرجع السابق ص ٣٧٧

Marty et Raynaud : opcit para 369

<sup>(٣٣)</sup>

Starck : Essai opcit p. 397

<sup>(٣٤)</sup>

P. Jacomet : Essai sur les sanctions civiles de caractère pénale en droit français , thèse , <sup>(٣٥)</sup> Paris , (1905) p. 10

Bosc : Essai sur les éléments constitutif du délit civil , thèse , Montpellier (1901) p. 11 <sup>(٣٦)</sup>

\_ Corbesco : Devoirs moraux et obligations légales , thèse , Paris (1903) p. 154 \_ Germette : Essai sur les rapports de l' élément matériel et de l' élément intentionnel dans la responsabilité civile , thèse , Paris (1903) p. 55 \_ H. et L. Mazeaud et A. Tunc : Traité de la responsabilité civile , 5e. éd. , Paris (1945) to. 111. no. 2364 à 2371 \_ R. Roodier : La Responsabilité civile , Paris (1952) no. 1376 \_ R. Savatier : opcit , 2 , no. 601 \_ X. Blanc : "La responsabilité de l' infans" , Rev. trim. droit civ. (1957) , p. 28 et s.

totalité du dommage<sup>(٣٨)</sup> "لا ينقص أبداً ولا يزيد أبداً" Jamais moins , jamais plus<sup>(٣٩)</sup> فهو تام و ثابت intégrale et invariable مهما كان الخطأ جسيماً أو يسيراً. وهو ما يسميه الفقه مبدأ التعادل بين التعويض والضرر Princip d' équivalence entre la réparation et le dommage<sup>(٤٠)</sup>. ومع ذلك ففي الواقع العملي نرى القضاة "تحت ستار تقدير الضرر ميالين إلى زيادته أو تقليله طبقاً لجسامة الخطأ"<sup>(٤١)</sup>. ولم يصل القضاء الفرنسي إلى هذه المرحلة إلا بعد تطور بطئ نسبياً ؛ بدأ من الأخذ بترتيب المسؤولية دون ثبوت الضرر مثل تأخر السكك الحديدية في تسليم البضائع والبطلان الناتج عن أعمال المحضرين ، ثم قبول فكرة المسؤولية القائمة على السببية المباشرة والتعويض عن الضرر غير المباشر إلى جانب الضرر المباشر<sup>(٤٢)</sup>. ويضيف الباحث أن ترتيب المسؤولية في حالات التعدي على حقوق الشخصية لا يحتاج إلى إثبات الضرر ومن ثم يمكن إعتبار الحكم بالتعويض فيها – وفقاً لما وصل إليه القضاء الفرنسي – أحد تطبيقات العقوبة الخاصة. وكان مسلك القضاء هذا هو الخسرة الحلوة التي تلقاها بعض الفقه بالقبول والرعاية حتى أئبعت ونضجت وأصبحت العقوبة الخاصة في بعثها الجديد.

10/2/3 - لم يختلف صدى هذا الجدل القائم حول الإعتداد بالضرر أم بمدى جسامة الخطأ في تقدير التعويض النقدي في مصر عنه في فرنسا. فكان الأصل أن يراعى التعويض جسامة الضرر لا جسامة الخطأ تطبيقاً للتفرقة السائدة بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية. بيد أن القضاء أدخل جسامة الخطأ و فرق بين العمد والإهمال في تقدير التعويض ، وهو أمر يتفق مع الشعور الطبيعي للقاضي وهو بشر يميل إلى التشديد حينما يكون الخطأ جسيماً<sup>(٤٣)</sup>. وهكذا يدخل القضاء في التعويض

<sup>(٣٧)</sup> Civ. m 21 octobre (1964) sem. jur. 1964- 2 – 3348 . – Civ. 2e Sect. , civ. 8 mai (1964) Bull. civ. (1964) , 11. p. 269 , no. 358

<sup>(٣٨)</sup> Antoine Pirovano : Faute Civile et Faute Pénale , bibliothèque de droit privé , sous la direction de Henry Solus , Paris , Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (1966) p. 109 , no. 105

<sup>(٣٩)</sup> Boris Starck : Essai d' une théorie générale de la responsabilité civil considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée , avec une préface de M. Maurice Picard , L. Rodstein Libraire , Editeur (1947) p. 397

<sup>(٤٠)</sup> سليمان مرقس : الوافي ، الأحكام العامة ص ٥٤١ هامش ٨٦

<sup>(٤١)</sup> " sous couleur d' evaluer le préjudice .. ont tendance à le gonfler ou à le restreindre suivant la gravité de la faute" V. H. et L. Mazeaud et A. Tunc : opcit no. 2365 \_ Savatier : opcit no. 619 \_ Teisseur : Essai d' une théorie générale sur le fondement de la responsabilité , étude de droit civil , thèse , Paris (1901) p. 70 \_ Josef Rutsaert : le fondement de la responsabilité civil extracontractuelle , thèse , paris ,(1930) Siry o. 30

٩

<sup>(٤٢)</sup> أنظر في تفصيل دور القضاء في خلق العقوبة الخاصة د. شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٤ ، ١٤ مكر

<sup>(٤٣)</sup> أنظر: السنهوري : الوسيط ، ج ١ ص ٩٧٤ – د. شكرى سرور : موجز الأحكام العامة للإلتزام نبذه ٥٨

فكرة العقوبة الخاصة فضلاً عن جبر الضرر<sup>(٤٤)</sup>. كما نصت المادة ١٧٠ من القانون المدني على أن القاضى "يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور ، مراعيًا فى ذلك الظروف الملايصة". وقد إعتبر بعض الفقه أن هذا النص يعبّر إعتدافاً من المشرع بفكرة العقوبة الخاصة<sup>(٤٥)</sup>.

أما فى تونس -وهى تسير فى فلك القانون الفرنسى- فقد جاء بالمجلة التونسية للإلتزامات والعقود فى الفصل (١٠٧) فى باب المسئولية المدنية ما نصه "الخسارة الناشئة عن جنحه أو ما تنزل منزلتها تشمل ما تلف حقيقة لطالبها وما صرفه أو لا بد أن يصرفه لتدارك عواقب الفعل المضر به والأرباح المعتادة التى حرم منها بسبب ذلك الفعل. وتقدير الخسارة من المجلس القضائي يختلف باختلاف سبب الضرر من كونه تغريراً أو خطأ". كما جاء بالفصل (٢٧٨) فى مبحث مماثلة المدين : "الخسارة عبارة عن نقص من مال الدين حقيقة وما فاتته من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد وإعتبار الأحوال الخاصة بكل عقد نازلة موكولة لحكم المجلس. وعليه أن يقدر الخسارة ويجعل فيها تفاوتاً بحسب خطأ المدين أو تدليسه". وتفصح هذه النصوص عما بدا للمشرع التونسى من فكرة الجزاء ؛ حيث يمنح المضرور فى حالتي التغرير والتدليس تعويضاً يفوق الضرر الحاصل له وهذا يجعل النزعة البدائية عاقلة بالنصين المشار إليهما. بإثبات فكرة الجزاء التى وقع هجرها بإنصراف التشريع عنها وإحلال مبدأ التعويض بدلها<sup>(٤٦)</sup>.

### الدور الريادى للفقه فى بعث العقوبة الخاصة فى العصر الحديث :-

11/2/3 - إيهرنج : إشتط القضاء الألمانى فى تقدير التعويض النقدي على أساس مبدأ الموضوعية المتمتة بحيث يطابق الضرر تماماً ودون إلتفات إلى درجة جسامه الخطأ. وخوفاً من إثراء المضرور فقد إقتصر التعويض على المطالبات التى لا جدال فيها وأستبعد أى عنصر شخصي يتعلق بالفاعل متأسيًا فى ذلك \_ فى ظنه- بقواعد القانون الرومانى<sup>(٤٧)</sup> ، ولذلك إعتبر التعويض مسألة لا يدخل فى إعتبارها الأخلاق. إعترض إيهرنج على مسلك القضاء الألمانى والفهم الخاطئ من قبل الفقه والقضاء لقواعد القانون الرومانى وبين أنها كانت على عكس ذلك توازن بين الخطأ والضرر فى شكل العقوبة الخاصة المقررة للجرائم الخاصة إذ أن "المهمة الأسمى للعدالة هى تناسب التعويض مع الخطأ". ويجب على الفقه تقدير هذه الفكرة إذ أنها لم تعد ذلك

(٤٤) د. البدراوى : النظرية العامة للإلتزامات ج ٢ نبذه ٥٢

(٤٥) د. البدراوى : المرجع السابق ص ٧٤ - د. شكرى سرور : المرجع السابق ص ٥٦ وهو يرى أنه لا يزال للمسئولية

المدنية فى العصر الحديث دور فى الزجر أو الردع تلعبه إلى جانب دورها فى التعويض الأساسى ، هذا الدور هو ما يعرف

إصطلاحاً بالعقوبة الخاصة la peine privée

(٤٦) أستاذ / محمد صالح العياري : المرجع السابق ص ٢٩١

(٤٧)



النظام القديم البالي الذي يلتفت عنه الفقه وإنما هو جدير بالنظر والإعتبار في التطبيق المعاصر<sup>(٤٨)</sup>. وقد شجعت هذه الأفكار الفقه الفرنسي عند ترجمتها إلى اللغة الفرنسية. 12/2/3 - هيجني : جاءت أول محاولة في الفقه الفرنسي للأخذ بالإتجاه الشخصي في الجزاء المدني على يد الفقيه هيجني في رسالته عام ١٩٠٤ مستهلاً في ذلك حواراً فقهيّاً حول بعث العقوبة الخاصة من جدتها في القانون الحديث ، وحواراً جدليّاً حول تأييد هذه الفكرة أو إظهار المعادة لها. وقد خرج هيجني بإطار هذه "العقوبة الخاصة" إلى إطار أعم وأشمل لتمتد إلى نطاق الجزاء المدني بوجه عام بدلاً من إطارها التي كانت تتسور به في ظل القانون الروماني حيث إقتصرت تطبيقها على مجال المسؤولية المدنية.

إستهل هيجني مجهوده بذكر عوامل ظهور هذه العقوبة الخاصة من جديد في العصر الحديث. وتتمثل هذه العوامل في عاملين رئيسيين. أولاً : وجود ظروف قانونية وأخلاقية وإجتماعية وإقتصادية نتيجة للتغيرات في الأفكار والعادات والأخلاق والحالة الإجتماعية تجعل من المناخ العام ممثلاً للمناخ الذي نشأت فيه هذه العقوبة في أول الأمر في عصر القانون الروماني. بالنسبة للظروف القانونية يرى أن العقوبة الخاصة ، بحسبانها واقعة على تخوم كل من القانونين الجنائي والمدني أو بالفكر الرياضي البحت تقع في منطقة التقاطع بين القانونين ، فغنها حتماً ستتأثر بما يطرأ عليها من تغيرات مفاهيمية ، وتنحصر التغيرات في مجال القانون الجنائي في إستعادته لمجالات أفلتت منه أو إستحداث مجالات أخرى جديدة وكذلك الإتجاه نحو التخليص المستمر للعقوبات. وفي نطاق القانون المدني ، فإن التطور الحديث يتجه نحو إنهيار العلاقات العقدية بعد إزدهارها الأمر الذي يترد إلى الماضي البعيد وعودة العقوبة الخاصة. وإلى جانب ذلك فإن القانون الجنائي يلبي إحتياجات القانون المدني في البحث عن جزاء يكون أخف قسوة من العقوبة العامة وأشد من الجزاء المدني. هذه هي العقوبة الخاصة<sup>(٤٩)</sup>. وتنحصر الظروف الأخلاقية والإجتماعية في تكرر عاملين هما الثقة المطلقة في النقود وتزايد الشعور الإجتماعي بعدم الإخلال بالحقوق والتأثر بمدى جسامه الخطأ. أما المتغيرات الإقتصادية فقد ساعدت على سهولة تقييم الضرر بالنقود ، على عكس نظام المبادلة الذي كان متبعاً في الماضي. ساهمت الظروف الإقتصادية الحالية أيضاً في إعادة ذات الشعور بالغضب من جراء الفعل الضار ومن ثم عودة العقوبة الخاصة. ثانياً : قصور نظام التعويض الجابر عن حماية قواعد القانون المدني وظهور الحاجة الملحة لرد فعل رادع ينتسب للقانون الخاص والإعارة من القانون الجنائي سيما في الحالات التي يحقق فيها متسبب الضرر مزايا مادية له أو لغيره تفوق مبلغ التعويض الجابر<sup>(٥٠)</sup>.

Ihering : opcit , p. 44-45

(٤٨)

Huguney : opcit , p. 91 – v. aussi : P. Jacomet : Essai sur les sanctions civil de caractere penale en droit francais ,these , (1905) p . 73

(٤٩)

(٥٠) أنظر في تفصيل ذلك د. دسوقي : المرجع السابق ص ٩٧-١٠٢

وتتحدد عناصر العقوبة الخاصة عند هيجني بثلاث مميزات : ١- المميز المادي الموضوعي ويتمثل في عدم إرتباط العقوبة الخاصة – على عكس التعويض – بمقدار الضرر الواقع<sup>(٥١)</sup> ؛ ٢- أما المميز الأخلاقي فهو ينظر إلى الخطأ في العقوبة الخاصة باعتباره عنصراً مميزاً يؤثر في مقدار التعويض ، أى إرتباط التعويض في العقوبة الخاصة بمدى جسامته الخطأ ؛ ٣- وأخيراً فإن العقوبة الخاصة تستهدف إحداث جرح جديد لمحدث الضرر يتمثل في تحقيق الردع.

وبالرغم من أن الفقه يرى أن العقوبة الخاصة تجاوز التعويض عن مقدار الضرر عقاباً للمسئول وإعتداداً بالحالة النفسية له ، أى أنها تتأثر بمدى جسامته الخطأ<sup>(٥٢)</sup> ؛ إلا أن هيجني قال بأنه يمكن للعقوبة الخاصة أن تخفض مقدار التعويض عن مقدار الضرر في حالة عدم جسامته الخطأ. فهو يرى أن العقوبة الخاصة لا تستهدف عقاب المسئول فحسب عن جسامته خطئه وإنما أيضاً حمايته من التعسف في التعويض والمغالة في الردع في حالات الخطأ اليسير. فهي قد "تنزل بالتعويض أو تدعمه أو تتجاوزه" *La peine degard la reparation , la renforce , la despasse*<sup>(٥٣)</sup>. أما أن العقوبة الخاصة تتجاوز مقدار الضرر فهذا يتفق مع طبيعتها أما القول بأنها تخفض مقدار التعويض عن مقدار الضرر فهو قول – لم يقل به أحد غير هيجني- يتعارض مع طبيعة العقوبة باعتبارها جزاء يفترض من حيث الأصل خطأ مع سلوك غير سوي يقتضيان فرض جزاء خاص. فإذا كان الخطأ يسيراً ولم يواكبه سلوك يتسم بالعنث أو الإستهتار أو النزق أو التهور أو الطيش أو سوء النية أو تبدل المشاعر وما شابه ذلك من سلوك يستوجب تطبيق عقوبة خاصة ؛ فلا تطبق عليه هذه العقوبة من الأساس دون القول بالنزول بها عن مقدار الضرر. ويؤكد هذا الرأي العلامة بوريس ستارك الذي يهاجم الفقهاء الذين يرون في تخفيض مبلغ التعويض كإتجاه للرأفة نحو مسبب الضرر الذي لم يرتكب خطأ ويرى أنه يجب عدم إعتبار هذا الرأي أنه تبني لفكرة التعويض عن الخطأ ، لأنه ليس هناك تخفيض للتعويض في الحالات التي يثبت فيها عدم وجود خطأ من قبل المتسبب في الضرر بقدر ما هو عدم مسئوليته الكاملة لأنه لا توجد عقوبة بدون خطأ<sup>(٥٤)</sup>.

بوريس ستارك : Boris Starck

13/2/3 - إذا كان ستارك قد خلص ، كما جاء في التمهيد لهذا البحث ، إلى أن أساس المسئولية هو الضمان ، فهو لم يتجاهل حالة إرتكاب الفاعل خطأ بالمعنى التقليدي ، أى تكون لديه نية الإضرار بالغير وتوقع حدوث الضرر ، وتأثير ذلك في ترتيب جزاء خاص يتمحور على تشديد المسئولية بزيادة مبلغ التعويض. وتكون وظيفة

<sup>(٥١)</sup> Hugueney : opcit p. 25 et s. – Jacomet : opcit p. 28 – H. et L. Mazeaud et Tunc : opcit , t. 111 , no. 2352

<sup>(٥٢)</sup> ديموج : الإلتزامات ح ٤ فقرة ٥٠٩

<sup>(٥٣)</sup> Hugueney : opcit p. 323

<sup>(٥٤)</sup> Starck : opcit , p. 409

المسؤولية - في رأى ستارك- إلى جانب الضمان الذى يقوم على الضرر وحده - ودون حاجة إلى وجود خطأ ثابت أو مفترض- مجازاة المخطئ بتوقيع عقوبة خاصة pleine privée عليه تتدرج بتدرج درجة جسامة الخطأ. ويكون الجزاء عندئذ تعويض متكامل وثابت reparation intégrale et invariable وهو يختلف عن تعويض الضمان الذى يكون موضوعي ومعتدل objectif et modéré لأنه يقوم على الضرر وحده سواء تقرر بموجب القانون أو نتيجة الإعتداء دون حق مشروع<sup>(٥٥)</sup>.

#### La faut facteur d'aggravation de la responsabilité

يستهدف النظام القانوني منع أى ضرر يمكن تجنبه evitable ؛ ومن ثم يصبح كل نشاط خاطئ toute activité fautive يبرر العقاب محلاً لتشديد المسؤولية دون حاجة لأن ينم هذا التصرف عن خاصية خاطئة عميقة. هذه الأنشطة الخاطئة تكون بالتأكيد فى الغش dol ، سوء النية mauvais foi ، الإحتيال fraude. وهى نكبات إجتماعية يجب على القانون المدني -مثله فى ذلك مثل القانون الجنائي- أن يحاربها. لكن الغفلة l'incurie ، أو الإهمال la negligence ، وعدم التبصر l'imprudence ، والتهاون le laisser-aller ، والرعونة la maladresse هى أيضاً تسبب الضرر ويكون لها فى إعتبرات خاصة- نفس المزايا. لأنه يمكنهم التأثير فى عدد كثير من الأنشطة<sup>(٥٦)</sup>. ويرى ستارك أن النظام القانوني الإجتماعي الجيد والمتطور يجب أن يعاقب بطريقة فعالة مثل هذه الأخطاء الشائعة. ويدلل بأمثلة تشريعية للحالات التى تؤدي إلى زيادة التعويض كدالة فى جسامة الخطأ augmenter l'indemnité en fonction de la gravité de la faute ، مؤكداً أنها لا تخرج عن الغش ، وسوء النية ، والخطأ النظامي والعقابي la faute disciplinaire et pénale ، والخطأ غير المغتفر ، والخطأ الجسيم أو الفادح ، وأيضاً الخطأ البسيط. ويقترح ستارك على المشرع تخصيص نظام متدرج للخطأ : الخطأ المربح ، الخطأ الفادح المربح ، التدليس المربح مثل ما هو منصوص عليه فى المواد ٣٥٦ ، ٣٥٧ من قانون التجارة فى حالة التأمين<sup>(٥٧)</sup>. وفى ذلك يقول ستارك نقلاً عن لالو : la comme la vertu , la vice a ses degrés . la gamme des faut<sup>(٥٨)</sup>

وهكذا يكون الخطأ الموجب للعقوبة الخاصة عند ستارك هو أسلوب التصرف الذى يمكن ويجب تجنبه<sup>(٥٩)</sup>. ويستثنى من ذلك الغلط الطفيف والميكروسكوبى وعدم الحيطة التى يرتكبها الرجل الحريص مرات عديدة يومياً<sup>(٦٠)</sup>

Starck : opcit p. 48

(٥٥)

Starck : opcit , p. 424

(٥٦)

Ibid , p. 426

(٥٧)

Lalo : D. H. ,1940 , chr

(٥٨)

la faute est une maniere d'agir que l'on aurait pu , que l'on aurait du éviter

(٥٩)

Starck : opcit , p. 393 et s.

(٦٠)

15/2/3 - تعويض الضمان: لا يعتبر هذا التعويض عقوبة في نظر ستارك فهو مقابل الضرر والضرر وحده. وهو تعويض عن الأضرار الأكويلية لذلك فهو موضوعي ومعتدل objective et modéré . وهو محدد على أساس الموضوعية المطلقة ومعتدل ، ويجد ثقله الطبيعي في التأمين ، ويمكن تحديده أو زيادته بإرادة الأطراف<sup>(٦١)</sup> ، وهو يمثل مبلغ جزافي<sup>(٦٢)</sup>. وتميل معظم التشريعات الحديثة إلى الأخذ بهذا التعويض في حالات حوادث النقل.

وتقتصر عناصر التعويض على الخسارة التي لحقت dammun emergens ولا يدخل فيها الكسب الفائت والتعويض الأدبي والأضرار غير المتوقعة ni le lecrum cessans , ni le préjudice moral , ni le damage imprévisible . إذ أنه يمكن بسهولة تقدير وتحديد قيمة التعويض على أساس القيمة التجارية valeur venal للأشياء التالفة. أما تقدير الكسب الفائت gain manqué فيعتمد على مجموعة من الظروف الخاصة لا تخضع للتوقع بسهولة الأمر الذي يجعل حالة عدم التوقع هذه تمثل الجانب الشخصي في تقدير الضرر. وإذا كان في الإمكان تقدير الضرر المادي على أساس موضوعي in abstracto فإن تقدير الضرر الأدبي يتطلب بحثاً دقيقاً في تحديد المعاناة التي تكبدها الضحية<sup>(٦٣)</sup>. وفي بعض حالات الضمان ، في المسؤولية بدون خطأ ، تقبل بعض التشريعات ، مثل قانون نابليون ، تعويض الضمان. حيث لا يكون البائع ، في ضمان الشيء المبيع ، إذا جهل هو نفسه بعيب لا يكون ملزماً إلا بإعادة الثمن أي أنه يكون وفقاً للمادة ١٩٤٦ من التقنين المدني الفرنسي<sup>(٦٤)</sup> مسؤولاً فقط عن الخسارة التي لحقت المشتري وليس عن الكسب الفائت. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية ، غرفة العرائض ، أنه بدون شك لا يمكن منح تعويضات نقدية بسبب فقدان مزايا ومنافع من الممكن أن تكون مأمولة<sup>(٦٥)</sup>. وهكذا يقيد ستارك من هذا التعويض. ففي مجال المسؤولية العقدية يقصره على الخسارة المحققة pert éprouvée والمتوقعة prévisible وفي المسؤولية التقصيرية يتم تقدير التعويض فيها وفقاً لعناصر موضوعية فقط مثل القيمة التجارية valeur commerciale للشيء التالف ، والدخل العادي الذي يحققه أصحاب المهن المختلفة<sup>(٦٦)</sup>.

16/2/3 - التعويض المتكامل La Reparation Intégrale يتم تقدير التعويض المتكامل ، من حيث المبدأ ، على أساس شخصي واقعي in concerto . وهو الحد

(٦١) Starck : opcit , p. 413

(٦٢) Starck : opcit , p. 401

(٦٣) Starck : opcit , p. 402

(٦٤) Starck : opcit , p. 403

(٦٥) "Si le vendeur ignorait les vices de la chose , il ne sera tenu qu'à la restitution du prix et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente"

(٦٦) Starck : opcit , p. 403 – 404

(٦٧) Starck : opcit , p. 410

الأعلى للعقوبة الخاصة<sup>(٦٨)</sup>. وقد أرست المادة ١١٤٩ والمادة ١٣٨٢ من التقنين المدني الفرنسي قاعدة مبدئية مؤداها أنه يجب على مرتكب الخطأ تعويض كل الضرر l'intégralité du préjudice. ويؤخذ في الحسبان ، في تقدير هذا التعويض ، كل العوامل الذاتية والشخصية من جهة الضحية. ولأنه تقدير شخصي بحث فإن العقوبة تأخذ صورة التعويض الشخصي المتكامل subjectivement intégrale<sup>(٦٩)</sup>. ومن ثم تكون عناصر هذا التعويض: (١) الخسارة الحادثة والكسب الفائت La perte causée et le gain manqué (٢) الضرر المادي والضرر الأدبي Le dommage matériel et le dommage moral (٣) الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع Le dommage prévisible et le dommage imprévisible مع التحفظ بالنسبة للمدين حسن النية في المسؤولية العقدية وفقاً للمادة ١١٥٠ مدني.

ويبقى الشرط الوحيد أن يكون الضرر قد تسبب مباشرة من الفاعل وفقاً للمادة ١١٥١ من التقنين المدني الفرنسي. فضلاً عن ذلك فإنه لا يعول على التقدير المجرد الموضوعي للضرر ، وإنما يؤخذ في الاعتبار الموقف الشخصي للضحية من حيث صحته ، تعليمه ، درجة ذكائه ، حساسيته ، مهنته ، وثروته. كل هذه العوامل تعكس مقدار الضرر الذي تكبده الضحية وهي المعايير الهامة لحساب التعويض بطريقة شخصية واقعية<sup>(٧٠)</sup>.

ويرى ستارك أن مبالغ التعويض تختلف ما بين حد أدنى limit inférieure وهو تعويض الضمان إذا كان الضرر نتيجة إخلال بالقانون أو العقد مثل الأضرار الأكويلية ، وعدم تنفيذ إلتزام بنتيجة. وفي هذه الحالة لا يقل التعويض أو يزيد عن مبلغ معين. أما الحد الأقصى limit supérieure للتعويض فهو التعويض المتكامل وهو ركيزة العقوبة الخاصة montant de la peine. هذا التعويض محل خلاف بين الفقهاء ، بينما يرى ستارك في هذا التعويض أنه يمثل سقف العقوبة الخاصة ، يبتغى البعض العودة إلى العقوبات التي تزيد عن الضرر ، مثل مضاعفة مبلغ التعويض multiple du dommage. ويزعم ستارك أنه من الخطر وضع مبدأ تجاوز التعويض الضرر الحقيقي لأن ذلك يحقق إثراء للضحية ويعطيه مصلحة في أن يحض على وقوع الحادث<sup>(٧١)</sup>.

هذا الحد الأقصى للعقوبة هو دالة في عوامل متعددة : يجب الأخذ في الإعتبار وجود أو غياب جزاء جنائي عام والذي قد يكون كافياً أحياناً ، وقد يصحبه في حالات أخرى عقوبة مدنية أي أن تكون العقوبة الخاصة مصاحبة للجزاء الجنائي ، وفي حالة أخرى قد تكون هذه العقوبة الخاصة -المتتمثلة في الحد الأقصى للتعويض- وحدها هي الجزاء.

Starck : opcit , p. 415

(٦٨)

(٦٩) المرجع السابق ص ٤١٦

(٧٠)

Mazeaud : Traité , opcit , t. 111 , no. 2393 et s.

(٧١)

Lucienne Ripert : opcit , no. 62

غير أنه لا يمكن تصور تطبيق التعويض المتكامل في بعض حالات المسؤولية التقصيرية. فإذا أدى الفعل الضار إلى قتل إنسان أو بتر أحد أعضائه جسده فأى مبلغ يفوق القيمة الحقيقية لحياة المتوفى أو لتكامل جسد المصاب ؟ ما هو ثمن الألم ؟ prix de la douleur. وبالمثل يتساءل المرء في حالة المساس بالسمعة عن المبلغ الذي يمكن أن يسترد به سمعته التي لوثت ، أو المودة التي جرحته. وما هو التعويض النقدي الذي يصلح بالتمام والكمال الإزعاج الذي يسببه جاره. أيضاً لا يمكن إعمال قاعدة التعويض الكامل في حالات تحطيم الأشياء المادية الثمينة في كل الأوقات. بيد أن هذه الإستثناءات تؤكد قاعدة التعويض الكامل في حالة الخطأ<sup>(٧٢)</sup>.

ويخلص ستارك بالنسبة للحد الأقصى من التعويض ، التعويض الكامل ، أنه يجب أن لا يجاوز من حيث المبدأ كل الضرر المقوم على أساس شخصي واقعي. على أن هناك إستثناء من هذا الحد الأقصى وهو حالة الفعل الضار الذي يحقق للفاعل فائدة أعلى bénéfice supérieur أو على الأقل مساوية لمقدار التعويض ؛ حيث يمكن للقاضي أن يتجاوز مقدار الضرر الحقيقي حتى يستوعب كل الربح الذي حققه الفاعل. وهذا الفعل الذي يكون مصدر الربح للفاعل هو ما يطلق عليه نظرية الخطأ المربح faute lucrative ؛ وهذا الإستثناء يتوافق تماماً مع الفئة الثانية من فئات اللورد ديفلن Lord Devlin الخاصة بتطبيق التعويض الإتعاضي في النظام القانوني الإنجليزي. وفي ذلك يقول ليسيين ريبير : إن وضع المشكلة وفقاً لهذا الشكل من حيث المبدأ ، إذا كان الخطأ مصدر ضرر للضحية لكنه يحقق فائدة أعلى للفاعل ، فيجب أن يكون التعويض حينئذ في الحدود الدقيقة للضرر<sup>(٧٣)</sup>. والغريب أن ستارك يرى أن هذه المشكلة لا توجد في حالة تحطيم الأشياء أو الإعتداء على سلامة الجسد أو الحياة. فهو يرى أنه في هذه الحالات لا يحقق الفاعل أى ربح مادي من وقوع الحادث. وعلى ذلك يكون التعويض معتدل يمثل الخسارة والإفقار وهو بهذا يمثل دوره في العقاب<sup>(٧٤)</sup>.

17/2/3 - نقد نظرية ستارك : ليس هنا مجال لنقد ستارك فيما أتى به من فكرة الضمان كأساس للمسؤولية وإنما يركز الباحث على نقد فكرة العقوبة الخاصة كجزاء للخطأ عند ستارك. لا شك أن هذا الفقيه سار على نهج سلفه إيهرنج في إبتعاث فكرة العقوبة الخاصة إلا أنه يذكر له تطهيره لها من فكرة الإنتقام وإقتباس أفكار القانون الجنائي لينسبها كلية إلى القانون المدني. كما أنه ، وإن ذكر تطبيقات متعددة لها في القانون المدني ، إلا أنه سلط الضوء كثيراً على فكرة جسامه الخطأ ودوره في التعويض. وهو في ذلك يقترب من التطبيقات المعاصرة في الفكر الأنجلو أمريكي ويؤكد على الدور العقابي الرادع في إطار المسؤولية المدنية<sup>(٧٥)</sup>. وإذا أمعنا النظر فيما

Starck ; opcit , p. 401

(٧٢)

L. Ripert : opcit p. 99

(٧٣)

Starck : opcit , p. 117

(٧٤)

(٧٥) دسوقي : المرجع السابق ، ص ١٦٠

يقول به عن التعويض الكامل في حده الأقصى كعقوبة خاصة نجده لا يختلف بالمرة عن التطبيق المعاصر للتعويض الجابر الذي يشمل الخسارة اللاحقة *damnum emergens* والكسب الفائت *lucrum cessans* والضرر الأدبي *préjudice morale*. وآية ذلك أن التعويض الكامل هو التعويض الذي أرسته المادة (١٣٨٢) من التقنين المدني الفرنسي<sup>(٧٦)</sup>. وهو التعويض الذي يستهدف إعادة المصاب إلى الحالة التي كان عليها لولا الفعل الضار<sup>(٧٧)</sup>. بل إن محكمة النقض الفرنسية تجاهلت أفكار ستارك عن الحد الأدنى والحد الأقصى إلا أن يساوى التعويض الضرر تماماً<sup>(٧٨)</sup>. ومن ثم يصبح التعويض الكامل عند ستارك لا يجب أن يزيد عن الضرر الحقيقي مناهض تماماً لفكرة العقوبة المدنية المتمثلة في العقوبة الخاصة والتي تراعى مدى جسامة الخطأ فضلاً عن تقدير مدى سوء سلوك الفاعل وفقاً لمعايير محددة. وبالتالي فهو يفرغ العقوبة الخاصة من أهدافها لتحقيق لردع المدعى عليه أو غيره ؛ إذ أن نظريته الخاصة بالخطأ المسبب للعقوبة الخاصة لا تخرج عن السياق العام التقليدي في تعريف الخطأ الموجب للمسئولية<sup>(٧٩)</sup>. ويبقى أن الإستثناء على الحد الأعلى وتجاوز مقدار الضرر المتمثل في تحقيق منفعة تزيد أو تساوى التعويض أو كما يطلق عليه بنظرية الخطأ المربح هو التطبيق الصريح والواضح لفكرة العقوبة الخاصة بالمعنى الحديث.

### تطبيقات العقوبة الخاصة :

18/2/3 - لا تقتصر مظاهر العقوبة الخاصة علي التعويض في مجال المسؤولية المدنية وإنما توسعت وتعددت تطبيقاتها التشريعية والقضائية وتفسير الفقه لبعض المجالات وكذلك بعض المعاهدات الدولية الخاصة بالنقل الجوي والبري والبحري. وأصبحت لا تشمل فقط القانون المدني وإنما تعدته لتشمل مجالات عديدة في القانون الخاص كله. ولنجد أنفسنا نؤكد - مع ستارك - عمومية ظاهرة العقوبة الخاصة وأن القانون الخاص بأكمله يغرق في هذا المناخ الجنائي<sup>(٨٠)</sup>. وأمام هذا التوسع وإختلاف مجالات التطبيق يجد الباحث نفسه مضطراً ، حتى لا يخرج عن نطاق البحث ، أن يتعرض لبعض هذه المجالات فيما يتطرق إلى فكرة العقوبة الخاصة فقط دون دراسة الجوانب الأخرى.

<sup>(٧٦)</sup> Cass. civ. 30 juill 1877 : D. P. 1878 , 1 , 24 – Cass. civ. 24 mai 1913 , Lab. La cost , p.

<sup>(٧٧)</sup> Attendu que le propre de la responsabilité civil est de retablir aussi exactement que possible l'equilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommogable ne s'était pas produit. V. Cass. civ. 8 avril 1970 : Bull. civ. 11, no. 111 – Cass. civ. 19 nov. 1975 : D. 1976 , 137 , note Le Tourneau  
<sup>(٧٨)</sup> Cass. civ. 21 oct. 1970 : Bull. civ. 11 , no. 282 - Cass. crim. 6 juin 1946 : D. 1947 , 234 , note J. Savatier

<sup>(٧٩)</sup> د. سليمان مرقس : دروس في القانون المدني مع التعمق لطلبة الدكتوراه في أركان المسؤولية المدنية (١٩٥٤) ، ص

### أولاً : تقدير مدى جسامة الخطأ :

19/2/3 - يمكن القول بصفة عامة أنه وفقاً للقانون الفرنسي يكون الخطأ أيّاً كانت درجته كافياً لقيام المسؤولية المدنية لمرتكبه. ومع ذلك فلا يمكن إنكار التفرقة بين أنواع مختلفة من الخطأ وفقاً لدرجة جسامته. وهو الأمر الذي يؤكد بشدة القانون المقارن<sup>(٨١)</sup>. إذ أن جميع النظم القانونية ترتب بعض الآثار القانونية على الأخطاء العمدية والجسيمة والتدليسية وغير المغتفرة أو سوء السلوك. بعض هذه الآثار متعلق بتشديد المسؤولية وزيادة التعويض مقابل الزيادة في جسامة الخطأ<sup>(٨٢)</sup>. وبعضها الآخر متعلق ببعض المسائل الأخرى في إطار المسؤولية المدنية أو في إطار القانون الخاص بصفة عامة. وذلك على النحو التالي : -

### 20/2/3 - التعويض عن الضرر غير المتوقع في حالة التدليس أو الخطأ

الجسيم في المسؤولية العقدية: تستبعد المادة (١١٥٠) من التقنين المدني الفرنسي من حيث المبدأ التعويض عن الضرر غير المتوقع فيما عدا حالة التدليس والتي تبرر منح تعويض كامل<sup>(٨٣)</sup>. فالأصل في المسؤولية العقدية أنه لا يلتزم المدين إلا بالتعويض عن الضرر المتوقع أو الممكن توقعه ومع ذلك فإنه تقديراً لمدى جسامة الخطأ الذي يصل إلى مرحلة التدليس أو الغش dol غير المتوقعة إذا ارتكب هذا الغش. ويلاحظ أن القانون المصري جعل من الخطأ الجسيم بديلاً للغش أي أنه ماثل بينهما. كما ماثل بعض الفقه الفرنسي بين الخطأ الجسيم والغش وفقاً للمثل الروماني *L'adage culpa lata dolo aequiparatur* وباعتبار أن الخطأ الجسيم قرينة قانونية على إرتكاب الغش *une présomption légale de dol*<sup>(٨٤)</sup>. وتبعه في ذلك القضاء الفرنسي حيث لم يقصر التعويض الكامل عن الضرر غير المتوقع في حالة الغش فقط وإنما ماثل بشكل كامل الخطأ الجسيم

(٨١) J. Limpens , R. Kruithof et A. Meinerighangen – Limpen : "Liability for one's own act" , International Encyclopedia of Comparative Law , vol. X1 , Torts , chap. 11 , no. 47 – 90

(٨٢) وقد ساهم القضاء في إرساء هذا الأثر ، أنظر على سبيل المثال 47 , 2 , 1879 , D. , 9/12/1876 Nancy

مشار إليه في د. شكرى سرور : المرجع السابق ص ٥ هامش (٤)

(٨٣) « le débiteur n' est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévu ou qu' on a pu prévoir lors du contrat , lorsque ce n' est point par son dol que l' obligation n' est point exécutée » « Toutefoies , s' il s' agit d' une obligation contractuelle , le débiteur qui , ' a pas commis de dol ou de faute lourde n' est tenu que du préjudice qui a pu normalement être prévu au moment du contrat »

الإلتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد

L. Mazeaud , D. H. chr. (1933) , p. 53

(٨٤)



بالغش في تطبيق المادة (١١٥٠) مدني<sup>(٨٥)</sup>. والتعويض عن الأضرار غير المتوقعة imprévisible هو جزاء إستثنائي sanction exceptionnelle لكنه مستحق فهو مثل العقوبة الخاصة نابع من المسؤولية التقصيرية<sup>(٨٦)</sup>.

وحيث أن مجالات تطبيق العقوبة الخاصة تمتد إلى خارج نطاق القانون المدني والتشريعات المحلية ، فإنه في إطار تقدير مدى جسامته الخطأ سيما في حالي الغش والخطأ الجسيم وعلى أساس أن الغش يخرج عن كل القواعد le dol échappe à toutes les règles فقد تم إستبعاد سقف التعويضات التي تنص عليها بعض الإتفاقيات الدولية في حالي الغش أو الخطأ الجسيم والعودة إلى التعويض الكامل. مثال ذلك المادة (٢٥) من إتفاقية وارسو في ١٢ أكتوبر ، وتشريع ٢ مارس لعام ١٩٥٧ الخاص بالنقل الجوي الداخلي. وما تقضى به إتفاقيتي برن وروما بشأن نقل البضائع بالسكك الحديدية<sup>(٨٧)</sup>. وقانون ١٨ يونيو ١٩٦٦ الخاص بالنقل البحري (م/٢٨ ، ٤٠). وتقضى المادة (٢٩٧) من التقنين التجاري الفرنسي على حرمان الربان من أجرته وضمائه للتعويضات المستحقة لمستأجر السفينة إذا كانت غير صالحة للملاحة عند الرحيل. ويحكم القضاء بهذا الحرمان حتى ولو تم إصلاح السفينة في الطريق ووصلت الشحنة سالمة إلى وجهتها<sup>(٨٨)</sup>. وبالرغم من أن المادة ٢١٦ فقره ٣ ، ٥ من التقنين التجاري تحد من مسؤولية مالك السفينة في حالة التخلي لكن الفقرة أضافت أنه "على الأقل ما لم يثبت أن الحادث قد وقع بخطئه à moins qu'il ne soit prouvé que l'accident a été occasionné par sa faute العمل التي يتسبب فيها صاحب العمل بخطئه العمدي الحصول على تعويض كامل وفقاً للمادة L-452-5 من تقنين الضمان الإجتماعي. وفي المقابل فإن الخطأ العمدي للضحية في حوادث السير لا يستحق تعويضاً وفقاً للمادة ٣/٣ من قانون ٥ يولييه لسنة ١٩٨٥ عن الضرر المادي الذي يحققه المضرور بإرادته vollontairement recherché le dommage<sup>(٨٩)</sup>. وفضلاً عن الإنقاف عن سقف التعويضات فإن بعض القوانين ، في إطار الأخذ في الاعتبار جسامته الخطأ في تقدير الجزاء ، قد تخرج عن

<sup>(٨٥)</sup> أنظر الأحكام المشار إليها في ستارك : المرجع السابق ، ص ٤٣٠ ، هامش ٢٤ ، ٢٥ – وأنظر أيضاً : Civ. 29

juin 1948 , J C P 49 , 4660 note R. Rodière – Com. 15 juin 1959 , D. 60 , 97 , note R.

Rodière – Com. . 19 janv. 1993 , B. 1V. , n. 24

I. Souleau : La prévisibilité du dommage contractuel , thèse , Paris , 11 , (1979) n. 527 et <sup>(٨٦)</sup>

S.

<sup>(٨٧)</sup> أنظر حكم محكمة القضاء التجاري في مدينة Nîmes في ٨ مايو ١٩١٣ مشار إليه في : M. Travers : Le

Contra Four : De la Droit Commercial International , V. 11 , no. 5553

responsabilité des Companies , thèse , Lyon (1931) , p. 26

<sup>(٨٨)</sup> د. محمد شكرى سرور : المرجع السابق ص ١١ وأحكام القضاء المشار إليها في هامش (٢) نقلاً عن هيجني : المرجع

السابق ص ٤٢١

<sup>(٨٩)</sup> أنظر نص المادة ٢١٦ من التقنين المدني المصري التي تجيز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض ما

إذا كان الدائن بخطئه قد إشتراك في إحداث الضرر أو زاد فيه. أنظر أيضاً في خطأ الناقل : A. Sériaux : La faute

du transporteur , thèse , Aix-Marseille , (1981) no. 384 et s. , no. 396 à 407

آمد التقدام فى حالة الإحتيال أو الإخلال بالثقة fraude ou d' infidelité مثال ذلك المادة (١٠٨) من التقنين التجارى. وقد سار على نفس النهج القضاء الفرنسى<sup>(٩٠)</sup>.

### 21/2/3 - التعويض عن الضرر غير المباشر فى المسؤولية المدنية :

تنص المادة (١١٥١) من التقنين المدنى الفرنسى على أنه "فى حالة عدم تنفيذ الإتفاق نتيجة لغش المدين فإن التعويض يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الضائع. التى تكون نتيجة حاله ومباشره لعدم تنفيذ الإتفاق"<sup>(٩١)</sup>. ومن سياق هذا النص يبدو أنه يقصر التعويض على الأضرار المباشرة<sup>(٩٢)</sup> وذلك بالنسبة للأضرار التى يتكبدها وكيل شركة السيارات من جراء بيع الوكلاء الآخرين لسيارات خارج نطاق التوزيع الجغرافى لهم. أما الضرر غير المباشر "الأضرار المتعاقبة en cascada " فلا تعويض عنها quod sensus communis<sup>(٩٣)</sup>.

لكن هل يمكن للمدين فى المسؤولية العقدية بخطئه المشوب بالغش أن يعامل معاملة أفضل من المسئول عن خطئه شبه التقصيرى quasi-délictuel والذي لا يتعدى الخطأ البسيط أو الإهمال أو عدم الفطنة ، وكيف يمكن أن نُثقل على مرتكب الجريمة وذلك عندما يوفر التشريع معاملة مماثلة لمرتكب الغش أو الأخطاء الأخرى؟<sup>(٩٤)</sup> بعبارة أخرى هل يمكن التعويض عن الضرر غير المباشر؟

ومع ذلك فإن القضاء الفرنسى لم يعترف إطلاقاً بما فى رحم هذه المادة وتبنى موقفاً ليبرالياً لعلاقة السببية بمقتضاه يمكن منح تعويض عن الأضرار المتعاقبة en cascade أو الأضرار غير المباشرة فى المسؤولية المدنية لتشمل العقدية والتقصيرية<sup>(٩٥)</sup>. ولم تعد هناك حدود للتعويض عن الأضرار المتعاقبة ، على الضرر الأولي أو المباشر.

وقد سار تقنين الموجبات اللبنانى على نفس نهج القضاء الفرنسى فنص فى المادة ٤/١٣٤ على أن "الأضرار غير المباشرة يجب أن ينظر إليها بعين الاعتبار فى

<sup>(٩٠)</sup> سيما فى تفسيره لمعاهدة بروكسل فى ٢٤ أغسطس سنة ١٩٢٤ وتشريع ٢ إبريل ١٩٣٦ قبل تعديله بقانون ١٨ يونيه

١٩٦٦ الخاص بالناقل البحرى - أنظر على سبيل المثال Com. , 6 juill . 1954 , D. , 1955 , p. 2 , note G. Ripert - Ch. réumies , 11 mars (1960) D. , 1960 , p. 277 , note R. Rodière , J C P , 1960. 11. 11550 bit , note M. De Juglart

<sup>(٩١)</sup> Dans le cas même où l' inexécution de la convention résulte du dol du débiteur , les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l' egard de la perte éprouvée par le créancier et du gain don't il à été privé , que ce qui est une suite immédiate et direct de l' inexécution de la convention

V. Com. 2 oct. 1973 : J C P 1974. 11. 17699 , note Hémard <sup>(٩٢)</sup>

Josserand : Cours de droit civil positif français , t. 2 , 2e éd. (1933) no. 499 <sup>(٩٣)</sup>

Le Tourneau : La Respnsabilité , opcit , no. 877 <sup>(٩٤)</sup>

V. notamment : Civ. 2e. , 22 nov. 1963 , Bull. civ. 11 , no. 766 - Civ. 2e. , 5 oct. 1967 , <sup>(٩٥)</sup>

D. , 1968 , p. 197 - Civ. 2e. , 13 oct. 1976 , B. 11 , no. 218 - Civ. 2e. 5 mai 1986 , Bull. , civ. , 11. , no. 73 - Civ. 2e. , 27 févr. 1991 , Resp. civ. et assur. , 1991 , comm. . , no. 172 ; J C P , 1991 , 1V, p. 162

تقدير العوض على شرط أن تكون متصلة إتصلاً واضحاً بالجرم أو بشبه الجرم". كما نص في المادة ٢٦١ على أن الأضرار غير المباشرة ينظر إليها بعين الاعتبار كالأضرار المباشرة ولكن بشرط أن تثبت صلتها بعدم تنفيذ الموجب<sup>(٩٦)</sup>

22/2/3 - ترتيب المسؤولية دون ثبوت الضرر: نتيجة قصور نظام التعويض عن القيام بدور الوقاية من حدوث الفعل الضار لربطه الإهمال بحدوث الضرر إقتبس القضاء المدني بعض أفكار القانون الجنائي وأرسى - على إستحياء - مبدأ ترتيب المسؤولية بغير ضرر. وتقوم المسؤولية في هذا الإطار حيث يكون الخطأ وحده موجباً للتعويض إذا كان من شأنه إمكانية حدوث الضرر ولو لم يتحقق هذا الضرر بالفعل. ويقدم هيجني أمثلة على ذلك مثل تأخير السكك الحديدية في تسليم البضائع والبطلان الناتج عن أعمال المحضرين<sup>(٩٧)</sup>.

23/2/3 - الإعفاء من التأمين من المسؤولية المدنية في حالة الغش: يكشف القانون المقارن عن وجود تنوع كبير في تحديد الآثار المترتبة على الغش ، بيد أنه يؤكد أن الآثار الإستثنائية المترتبة عليه تظل تحتفظ بدورها كعامل مشدد للمسؤولية<sup>(٩٨)</sup>. أو التعويل على جسامه الغش كخطأ يبرر عقوبة خاصة تتمثل في منع التأمين من المسؤولية المدنية. ومن الأحكام التي تفصح عن هذا الإتجاه في القانون الفرنسي بجلاء حكم المادة (١٢) من تشريع ١٣ يولييه ١٩٣٠. وقد أدمج حكمها في تقنين التأمين الفرنسي وأصبحت المادة L-113-1. وتحرم هذه المادة التأمين ضد الأخطاء العمدية أو التدليسية intentionnelles ou dolosives. ويمكن القول بصفة عامة أن هذه القاعدة تنطبق على المسؤولية المدنية بجناحيها التقصيرية والتعاقدية<sup>(٩٩)</sup>

24/2/3 - الفوائد التأخيرية: تقضى المادة (١١٥٣) من التقنين المدني الفرنسي بأنه في الإلتزامات التي تقتصر على دفع مبلغ معين من النقود فلا تتضمن التعويضات النقدية التي يحكم بها نتيجة التأخير في التنفيذ غير الفوائد بالسعر القانوني وفقاً للقواعد الخاصة بالتجارة والكفالات<sup>(١٠٠)</sup>. وتعتبر هذه المادة بالنظر لما

<sup>(٩٦)</sup> خليل جريج : النظرية العامة للموجبات ، ج ١ في مصادر الموجبات الخارجة عن الإرادة ، بيروت (١٩٥٧) ص

١٠٤ ؛ مشار إليه في سليمان مرقس : الوافي ، المرجع السابق ، المجلد الثاني ، القسم الأول ص ٤٦٨ هامش ٨٠٢

<sup>(٩٧)</sup>

Huguency , opcit , p. 234 et s.

<sup>(٩٨)</sup> J. Limpens , R. Kruithof et A. Meinerizhagen-Limpens : International Encyclopedia of Comparative Law , vol. 11. , chap. 11, liability for one's act , no. 47à58

<sup>(٩٩)</sup> السنهوري : الوسيط ، المرجع السابق ج ١ فقرة ٦٥٥ ، ويوافقه في الرأي د. سليمان مرقس "إذ لا يجوز للشخص أن

يحتج بأى وسيلة ضد نتاج غشه وتعمده الإضرار بالغير" د. سليمان مرقس : الوافي ، المرجع السابق ٢- المجلد الثاني - القسم الأول ص ٦٥١

<sup>(١٠٠)</sup> "dans les obligations qui se bornent au paiement d' une certaine somme , les

dommage-intérêts résultant de retard dans l' exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légale , sauf les règles particulieres au commerce et au cautionnement" - V. R. Libchaber : Reserches sur la monnaie en droit privé , préf. P. Mayer , L G D J , (1992) , n. 477 et s.

ورد في الفقرة الثانية منها أحد تطبيقات تحقق المسؤولية دون شرط إثبات الدائن أن ضرراً لحق به من هذا التأخير<sup>(١٠١)</sup>. والضرر هنا مفترض. ويقابل النص الفرنسي نص المادة (٢٢٨) من التقنين المدني المصري "لا يشترط لإستحقاق فوائد التأخير قانونية أو إتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير"<sup>(١٠٢)</sup>. أما تأثير سوء نية المدين فيتمثل في حصول الدائن على تعويض مستقل عن الفوائد التأخيرية. وقد أدخل هذا الحكم على المادة (١١٥٣) بموجب قانون ٧ إبريل سنة ١٩٠٠ بإضافة فقرة رابعة إلى المادة المذكورة<sup>(١٠٣)</sup>. وهذه التفرقة التي أوجدها القانون الفرنسي بين المدين حسن النية والآخر سيئ النية هو الذي يؤدي - تطبيقياً - إلى ظهور فكرة العقوبة الخاصة<sup>(١٠٤)</sup>.

25/2/3 - الإعتداد بالخطأ غير المغتفر inexcusable كدرجة جسامه  
للخطأ: ما فتأ القضاء يستعمل سلطته في التوسع في تقدير درجة جسامه الخطأ<sup>(١٠٥)</sup> وقد إستحدث المشرع الفرنسي في قانون ٩ إبريل ١٨٩٨ الخاص بالتعويض عن حوادث العمل وقدم تعبيراً جديداً في اللغة القانونية هو "الخطأ غير المغتفر" ليكون أشد من الخطأ الجسيم وأقل من الغش أو الخطأ العمدى<sup>(١٠٦)</sup>. وقد جاء نص المادة (٣/٢٠) "وإذا تبين لها (للمحكمة) أن الحادث قد وقع نتيجة خطأ غير مغتفر من صاحب العمل أو ممن ينوب عنه في إداره فإنها تزيد في مقدار

Ord. ,no. 59-148 du 7 janv. 1959 : " Ces dommages et intérêts sont dus sans que le <sup>(١٠١)</sup>

créancier soit tenu de justifier d' aucune perte "

les intérêts moratoires , légaux ou conventionnels , sont dus , sans que le créancier ait à <sup>(١٠٢)</sup>  
établir un préjudice , subi par suite du retard

« Le créancier auquel son débiteur en retard a causé , par sa mauvaise foi , un préjudice <sup>(١٠٣)</sup>  
indépendent de ce retard , peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts

"moratoires de la créance" moratoires قارن مع ذلك نص المادة (٢٣١) من التقنين المدني المصري حيث لاحظ د.

شكري سرور أن حرفة الصياغة الفرنسية تشترط أن يكون الضرر مستقلاً عن مجرد التأخير . "يجوز للدائن أن يطالب

بتعويض تكميلي يُضاف إلى الفوائد ، إذا ثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية " « Le

créancier peut exiger des dommages-intérêts supplémentaires qui s' ajouteront aux intérêts ,  
s' il etablit que le préjudice dépassant le taux d' intérêts est dû à la mauvaise foi du débiteur"

د. شكري سرور : موجز الأحكام العامة للإلتزام ، المرجع السابق ص ٨٤ ، هامش (١)

Civ. 3 , 14 mai 1974 , J C P 74 , 1V , 243 – com. 29 avr. 1969 , B. 1V. , no. 143 – civ. <sup>(١٠٤)</sup>

1 , 9 mai 1990 , B. 1 , no. 100 – civ.1 , 18 oct. et 20 déc. 1988

Teisseire : Essai d' une théorie générale sur le fondement de la responsabilité , étude de <sup>(١٠٥)</sup>  
droit civil , thèse , d' Aix (1901) p. 70 – Joseph Rutsaert : Le fondement de la responsabilité  
civil extracontractuelle , thèse , Paris (1930) Sirey p. 30

V. notamment : G. Brière De L' isle : La faute inexcusable , D. , (1970) , ch. p. 73 – G. <sup>(١٠٦)</sup>

Viney : Remarques sur la distinction entre la faute intentionnelle , la faute inexcusable et  
dol en droit français , thèse , Paris 11. (1977) – J. Bienvenu : La faute inexcusable , thèse ,

Civ. 4 juin 1934 D.H. 1934 p. 378 – Caen (1938) p. 66 - ومن الأحكام القضائية التي تسلم بذلك :

Civ 4 mai 1937 Ras Sirey 1937 – 1 334 – Civ. 15 fevr. , D H. 1938 , p. 181

التعويض ، على أن لا تتجاوز قيمة التعويض المستحق ، بعد الزيادة ، كامل قيمة الأجر السنوي الفعلي<sup>(١٠٧)</sup>. لكن المشرع لم يضع تعريفاً لهذا المفهوم الجديد وكذلك لم تقدم الأعمال التحضيرية أى تعريف له. وقد حاول القضاء – فى إطار إعتباره تقدير جسامة الخطأ مسألة وقائع تترك لقضاة الموضوع – تحديد مضمون هذا الإصطلاح. إلى أن حسمت محكمة النقض هذه المسألة فى حكمها الشهير عن دوائرها المجتمعة فى ١٥ يوليه ١٩٤١ وإعتبرت أن الخطأ غير المغتفر "خطأ ذو جسامة إستثنائية ، ناجم عن فعل أم إمتناع إرادي ، مع إدراك فاعله بخطرته ، وإنعدام كل سبب يسوغه ، ويتميز عن الخطأ العمدى بتخلف عنصر القصد فيه"<sup>(١٠٨)</sup>. بيد أن أهم ما يستخلص من هذا التعريف أن جسامة هذا الخطأ تنسحب على السلوك ذاته وليس على نتائجه<sup>(١٠٩)</sup>. وهو بذلك يقترب من الفكر الأنجلو أمريكى بالنسبة للعقوبة الخاصة وإرتباطها بجسامة الخطأ مقيماً بأنواع من السلوك الضار.

وقد توسعت التطبيقات التشريعية لهذا الإصطلاح ؛ حيث ورد التعبير على سبيل المثال فى المادة ٢/١١ من تشريع ٢٩ ديسمبر ١٩٠٥ الخاص بصندوق الإيداع ، وفى المواد ٤٦٧ ، ٤٦٨ من قانون الضمان الإجتماعي الفرنسي ، والمادة ٢/٤٦ والمادة ١/٥٦ من قانون إصابات العمل الفرنسي الصادر فى ٣٠ أكتوبر ١٩٤٦ ، والمادة ٤٢ من قانون ٢ مارس ١٩٥٧ الخاص بالنقل الجوي. وأخيراً قانون ٥ يوليه ١٩٨٥ الخاص بتحسين وضع ضحايا المرور فى فرنسا. وقد إنتقل إستعمال هذا المفهوم إلى القانون المصري بمسمى "سوء السلوك الفاحش والمقصود" وذلك فى القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص بإصابات العمل ثم القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الذى حل محله ، ثم أورده فى المادة ٥٧ من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥

« Lorsqu' il est prouvé que l' accident est dû à une faute inexcusable le du patron ou de ceux qu' il s' est substitués dans la direction , l' indemnité pourra être majorée mais sans que la rente ou le total des rentes allouées puisse dépasser soit la réduction , soit le montant du salaire annuel »

« La faute inexcusable s' entend d' une faute d' une gravité exceptionnelle , dérivant d' une act ou d' une omission volontaire , de la conscience du danger que devait en avoir son auteur , de l' absence de toute cause justificative et se distinguant par le défiant d' un élément intentionnel de la faute visée au paragraph 1 de la loi du 9 avril 1898 » . Ch. réunies , 15 juill . 1941. Gaz. Pal., 1941, 2, p. 254, D.C., 1941, p. 117, note A. Rousat, JCP, 1941. 11. 1705 , Viney : : note J. Mihura Rev. gén. ass. terr. , 1941 , p. 468 , note A. B.

Traité , opcit , no. 616 et s. وكذلك د. محمد السعيد رشدي : الخطأ غير المغتفر – سوء السلوك الفاحش

والمقصود ، دراسة فى القوانين : الفرنسي والمصري والكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ –

١٩٩٥ م) ص ٤١ وما بعدها

R. Jaillont : La faute inexcusable en matiere d' accident du travail et de maladie <sup>(١٠٩)</sup>

professionnelle , thèse , Paris 1980 , p. 119 – G. Légir : « La faute inexcusable de la victime d' un accident de la circulation régi par la loi du 5 juillet » D. ch. (1986) p. 100

الخاص بالتأمين الإجتماعي الموحد. وقد إعتبر ستارك أن هذه الدرجة من الخطأ وما يترتب عليها من جزاء هو عقوبة خاصة<sup>(١١٠)</sup>.

26/2/3 - بطلان شرط الإغفاء من المسؤولية التقصيرية: يعتبر شرط الإغفاء من المسؤولية صحيحاً في المسؤولية العقدية على أساس أن المبدأ هو حرية التعاقد وحرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية<sup>(١١١)</sup>. فيما عدا حالات الغش والخطأ الجسيم ، وقد أخذ التقنين المصري بذلك في المادة ٢/٢١٧ من القانون المدني. وهو شرط باطل في المسؤولية التقصيرية ؛ وإن اختلفت الآراء.

ففي إطار المسؤولية العقدية لا يمكن إغفاء المتعاقد من نتائج غشه. وأن تفعيل هذا الشرط سيكون دعوة صريحة لعدم التنفيذ الإرادي للإلتزامات العقدية إذ أنه يجب تنفيذ العقود بحسن نية<sup>(١١٢)</sup> ويتساوى في ذلك الخطأ غير المغتفر والخطأ الجسيم مع الغش<sup>(١١٣)</sup>. ومن مظاهر تشديد المسؤولية في حالة الغش خضوع المدين للمسؤولية التقصيرية بكل القواعد المرتبطة بها مثل عدم فائدة الإعذار mise en demeure<sup>(١١٤)</sup>.

أما في المسؤولية التقصيرية فقد أبطل القضاء الإتفاقات التي تنص على الإغفاء من المسؤولية التقصيرية سواء كانت هذه المسؤولية تقصيرية أو شبه تقصيرية، المسؤولية الواجب إثبات الخطأ فيها والمسؤولية عن فعل الغير والأشياء<sup>(١١٥)</sup>. وقد ينص التشريع على هذا البطلان في بعض الحالات مثل نص المادة 6-451-L من تقنين الشئون الزراعية بمناسبة الأضرار التي يسببها الصيد في أرض مملوكة للجار. وفي مصر تنص المادة (٣/٢١٧) من القانون المدني على أن "يقع باطلاً كل شرط يقضى بالإغفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع"

وقد أسس القضاء بطلانه لهذا الشرط على أساس أن أحكام المسؤولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام. لكن الفقه هاجم هذا الأساس وإعتبره "مجرد خرافة pure superstition"<sup>(١١٦)</sup> ، ذلك أن تعلق المسؤولية التقصيرية بالنظام العام لا تفرض بأى شكل من الأشكال إستحالة الحصول على تعويض. وعلى ذلك فإن مبدأ البطلان ليس

---

Starck : opcit p. 425

(١١٠)

Civ. 1 , 28 juin 1989 , J C P 89 , 1V , 331

(١١١)

Civ. 4 fév. 1969 , D. 69 , 601 , n. J. Mazeaud – Civ. 3 , 22 fév. 1983 , D. 83 , inf. , 241

(١١٢)

Civ. 29 juin 1948 , D. 48 , 435 – 2 août 1950 , D. 51 , 581 , note Mimin – 5 janv. 1961 ,

(١١٣)

D. 61 , 340 – Paris 21 déc. 1964 , J C P 65 , 14005 – Civ. 1 , 1er. mars 1983 , B. 1, no. 256 ;

D. 83 , inf. 256 – 8 nov. 1983 , D. 84 , inf. , 486 , obs. J. Huet

(١١٤)

Req. 2 juill. 1929 , D H 29 , 413

Civ. 3 janv. 1933 , D H 33 , 113 – 18 juill. 1934 , D. 35 , 1 , 38 , n. Roger – 17 fév.

(١١٥)

1955 , D. 56 , 17 , n. P. Esmein ; J C P 55 , 8951 , n. R. Rodière – Civ. 28 nov. 1962 , D. 63

, 465 , n. Borricand ; J C P 64 , 13710 , n. de Juglast

Savatier : Traité de la responsabilité civil en droit français , L G D J , (1939) t. 11 p.

(١١٦)

255 – L. Josserand : les transports , (1926) ; n. 627 – H. et L. Mazeaud et Tunc : Traité , opcit , 111 , n. 575

مطلقاً. فالأمر البديهي أنه يمكن أن تكون هذه الإتفاقات فعّالة وتنتج آثارها إذا إنعقدت بعد حدوث الضرر كما هو الأمر في إتفاقات الصلح. لذلك نجد القضاء في بعض الأحيان يقضى بصحة شرط الإعفاء من المسؤولية السابق على تحقق الضرر في الحالات التي لم ينتج الضرر عن خطأ مميز<sup>(١١٧)</sup>. لكن ذلك لم يكن يعبر عن إتجاه عام نحو صحة شرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية عن الأخطاء اليسيرة. وظل القضاء في مجموعه يقضى ببطلان هذا الشرط دون أى اعتبار أو تمييز لدرجة جسامته الخطأ أو الإلتزام الذى تم الإخلال به. وقد تعرض بعض الفقه لنقد مسلك القضاء فى إطلاق مبدأ البطلان وطالب بالتخفيف من هذا الغلواء وفقاً لبعض المقترضات. فنجد العميد سافاتييه<sup>(١١٨)</sup> يقترح التمييز وفقاً للقاعدة التى يتم الإخلال بها بحيث يصبح من الممكن تفعيل هذا الشرط فى حالة الأخطاء التى تنتهك الواجب العام بعدم الإضرار بالغير المنصوص عليه فى المادة (١/١٣٨٤). ويرى جوسران<sup>(١١٩)</sup> أنه ليس هناك ثمة مانع من الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية فيما يتعلق بالمسائل التى تتعلق بمصالح الأفراد المالية<sup>(١٢٠)</sup>. وقد تأثر التقنين اللبناني برأى جوسران فنص فى المادة (١٣٩) على أن "البنود المنافية للتبعه وبنود المجازفة تكون صالحة معمول بها على قدر إبرائها لزمة واضع البند من نتائج عمله أو خطئه غير المقصود ولكن هذا الإبراء ينحصر فى الأضرار المادية لا فى الأضرار التى تصيب الأشخاص ، إذ أن حياة الإنسان وسلامته الشخصية هما فوق إتفاق". بينما يرى ستارك<sup>(١٢١)</sup> أنه يجب عدم إجازة هذا الشرط فى حالة المسؤولية القائمة على خطأ واجب الإثبات الوارد فى المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ وذلك على عكس الحال فى المسؤولية المفترضة.

27/2/3 -الشرط الجزائي : La clause pénale : تقضى المادة (١١٥٢) من التقنين المدني الفرنسي على أنه "إذا أوجب الإتفاق على من لم يقم بتنفيذه دفع مبلغ معين على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى الطرف الآخر مبلغاً أكثر أو أقل"<sup>(١٢٢)</sup>. ذلك هو الشرط الجزائي الذى تتضمنه بعض الإتفاقات لضمان التنفيذ<sup>(١٢٣)</sup>.

<sup>(١١٧)</sup> Civ. 12 déc. 1899 , D. 1900 , 1 , 361 , n. Génys , S. 1901 , 1 , 497 – Req. 16 nov. 1931 ,

D. 31 , 555

<sup>(١١٨)</sup> Savatier : Traité de la responsabilité civil en droit français , L G D J , (1939) t. 11 , no.

664

Josserand : opcit no. 627

<sup>(١١٩)</sup>

<sup>(١٢٠)</sup> انظر فى نفس المعنى Mazeaud et Tunc , opcit no. 575

<sup>(١٢١)</sup> B. Starck ; Obligation , Litec , (1972) , np. 22 à 24

<sup>(١٢٢)</sup> « Lorsque la convention porte que celui manquera de l' exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts , il ne peut être alloué à l' autre partie une somme plus

forte , ni moindre" Les parties peuvent fixer d' avance le : مديني مصري : « Les parties peuvent fixer d' avance le montant des dommages-intérêts , soit dans le contrat , soit dans un acte ultérieur. Il y aura lieu , dans ces cas , à l' application des articles 215 à 220 » يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى إتفاق لاحق ، وبراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ . وقد جاء

فهو إتفاق يقدر فيه الأطراف مبلغ التعويض فى حالة عدم تنفيذ الإلتزامات ، المتفق عليها ، بطريقة جزافية ومقدماً forfaitairement et d' avance. الأمر الذى يعفى من إثبات الضرر وتجنب صعوبة التقدير القضائي لمبالغ التعويض<sup>(١٢٤)</sup>. وهذا الذى يحدد الوظيفة التهديدية la fonction comminatoire أو شبه العقابية quasi – penale للشرط الجزائي<sup>(١٢٥)</sup>.

والأساس التاريخي المؤثر فى تكييف هذا الشرط هو وروده ضمن نصوص جستنيان<sup>(١٢٦)</sup>. وتطور عبر عدة قرون حتى إستقر بخصوصيته وطبيعته القانونية منذ قانون الألواح الإثنى عشر. وقد جاء تعبير الإشتراط الجزائي stipulatio poena مرتبطاً أول الأمر بنظام الجرائم الخاصة وإختلطت فكرة العقوبة بالتعويض<sup>(١٢٧)</sup> الأمر الذى حدا بسافيني إلى تعريفه بأنه تنظيم جنائي محدود مؤسس على الإرادة الخاصة « une petite disposition pénale sur la volonté »<sup>(١٢٨)</sup> يهدف إلى إجبار المدين على تنفيذ إلتزامه قبل الدائن. وهكذا أصبح الشرط الجزائي عقوبة خاصة مصدرها الإتفاق لأن الرومان إستعملوا نفس التعبير poena الذى أستخدم للتعبير عن التعويض المالي للأضرار عن الجرائم الخاصة ، أستخدم أيضاً للتعبير عن الشرط الجزائي<sup>(١٢٩)</sup>. وكما يقول هيجني أصبح عقوبة تعويضية<sup>(١٣٠)</sup>. بيد أن التطور لحق الشرط الجزائي

---

فى القانون رقم ٨٥ / ١٠٩٧ بتاريخ ١١ أكتوبر تعديل على نص المادة المذكورة من القانون الفرنسي نصها :

« Néanmoins , le juge peut , même d' office , modérer ou augmenter la peine » L. no. 75-597 du 9 juill. 1975 : « qui avait été convenue , si elle est manifestement excessive ou dérisoire . Toute stipulation contraire sera réputée. »

المدين المصري : « Le juge peut réduire le montant de ces dommages-intérêts si le débiteur établit qu'il est excessivement exagéré ou que l' obligation principale a été partiellement exécutée »

Civ. 1 , 10 oct. 1995 , D. Aff. no. 6/95 , 52 <sup>(١٢٣)</sup>

Com. 10 janv. 1977 , D. , 1977 , I R , p. 171 – Civ. 3e. , 21 janv. 1983 J C P , 1983 , <sup>(١٢٤)</sup>

1V , p. 776 – Com 16 juill. 1991 , D. 92 , 365 n. crit D. Mazeaud

Viney : opcit p. 5 <sup>(١٢٥)</sup>

<sup>(١٢٦)</sup> راجع فى هذا الأساس : د. أحمد إبراهيم حسن : الأصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي ، دار المطبوعات الجامعية

(٢٠٠١) ص ٧ وما بعدها

<sup>(١٢٧)</sup> د. صوفى أبو طالب : القانون الروماني ، أحكام الإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة (١٩٦٥) ، ص ٢٧٣ وما

بعدها

V. Savigny : Le droit des obligations , t. 11. p. 440 <sup>(١٢٨)</sup>

Pierre Lafont de Sentenac : de la clause penale dans les obligations en droit romain et en droit français , thèse Toulouse ; (1878) p. 10 <sup>(١٢٩)</sup>

Hugueney : opcit p. 25 et s. , p. 475 <sup>(١٣٠)</sup>



بدأً من العصر الجمهوري والعصر الإمبراطوري وأصبح يؤدي وظيفتين : العقوبة والتعويض<sup>(١٣١)</sup>. ومن هنا ظهرت الطبيعة المختلطة لهذا الشرط<sup>(١٣٢)</sup> وهكذا أصبح للشرط الجزائي حالياً وظيفة مزدوجة. فكما يقول مازو إنه "ذراع له ذندان une arme à double detent"<sup>(١٣٣)</sup>. فهو عقد يضمن تنفيذ إلزام رئيسي ، وفي حالة عدم التنفيذ عقوبة كجزاء عن عدم التنفيذ غير المشروع للإلتزام المضمون. وهو أيضاً عقوبة لأنه من الممكن أن تزيد قيمته عن قيمة الضرر كما أنه يطبق دون حاجة لإثبات الضرر<sup>(١٣٤)</sup>

28/2/3 - الغرامة التهديدية Astreinte : الغرامة التهديدية أو التهديد المالي وهو التعبير الذي يفضلته بعض الفقه بإعتباره التعبير الوارد في القانون المدني المصري القديم فضلاً عن الخروج من مظنة إختلاط مدلولها بنظام الغرامة المالية الوارد في قانون العقوبات<sup>(١٣٥)</sup>. وهي حكم يصدره قاضي الموضوع أو قاضي الأمور المستعجلة ضد المدين الذي يمتنع عن تنفيذ إلزامه عيناً بأداء مبلغ من المال بواقع وحده زمنيه (يوم ، أسبوع ، أو شهر) للضغط عليه<sup>(١٣٦)</sup>. أي أنها إجراء للتغلب على المقاومة المناهضة لعدم تنفيذ حكم<sup>(١٣٧)</sup>. وهي تشمل مجالات متعددة أي الإلتزامات القانونية التقصيرية والعقدية. وهي في الأصل نظام إبتكره القضاء الفرنسي ثم تبناه التشريع الفرنسي بموجب القانون رقم ٦٢٦/٧٢ بتاريخ ٥ يوليه ١٩٧٢ المواد من ٥-٨ ، ثم تعدل بعد ذلك بمناسبة الإصلاح الذي أدخل على قانون الإجراءات المدنية في تشريع ٩ يوليه ١٩٩١ ، المواد من ٣٣ إلى ٣٧ ، والذي أستكمل بالمواد من ٥١ - ٥٣ من قانون ٣١ يوليه ١٩٩٢<sup>(١٣٨)</sup>. وأصبحت منذ الإصلاح التشريعي في عام ١٩٧٢ مستقلة تماماً عن التعويض<sup>(١٣٩)</sup> ، ووقتية<sup>(١٤٠)</sup> ، ولا يأخذ القاضي في الإعتبار عند

---

(١٣١) A. Fliniaux : "l' évolution de concept de clause penale chey les canonistes du moyen - âge « Mel. Paul Fournier (1929) pp. 233 et s.

(١٣٢) د. أحمد إبراهيم حسن : المرجع السابق ص ٩١ ، ٩٢

(١٣٣) D. Mazeaud : La notion de clause pénale , préf. F. Chabas , L G D J , (1992) p. 7

(١٣٤) د. شكرى سرور : الجزاءات الخاصة في عقد التأمين : المرجع السابق ص ٨.

(١٣٥) د. السنهوري : الوسيط ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ص ٨٠٤ وما بعدها - د. شكرى سرور : الأحكام ، المرجع

السابق ص ٢٧، ٢٦ والمراجع المشار إليها في هامش (١) ص ٢٧

(١٣٦) Raymond Guillien et Jean Vincent : Lexique de termes juridiques , 13éd. , Daloz

(2001) « Astreints » p. 53

(١٣٧) « Une mesure destinée à vaincre la resistance opposée à l' exécution d' une condamnation » - V. Civ. 3 , 17 fév. 1976 , B. 111. no. 110 - Comp. Civ. 2 , 16 juill. 1992 , J C P 93 , 22017 , note Ph. le Tourneau

(١٣٨) F. Chabas : "La réform de l' astreinte » , D. 92 , chron 299

(١٣٩) Civ. 2 , 2 déc. 1992 , B. 11. no. 289

(١٤٠) أنظر المادة ٣٤ الفقرة الأولى من تشريع ١٩٧٢

تقديرها مقدار الضرر الذي كابده الدائن<sup>(١٤١)</sup>. لذلك يراها البعض نوع من العقوبة الخاصة تجتمع مع التعويض<sup>(١٤٢)</sup>. بينما يراها البعض أنها ليست عقوبة خاصة وإن كانت تشبه العقوبة ذلك أنها وقتية وقد تختلف عن التعويض النهائي<sup>(١٤٣)</sup>. بيد أنه إذا أخذ في الاعتبار طبيعتها التهديدية *comminatoire*<sup>(١٤٤)</sup>، وأنها عبارة عن مبلغ يقدر تحكيمياً *arbitraire* وقد يكون في تقديره بعض المبالغة لتهديد المدين والضغط على إرادته ومواجهة تعنته فإنه يمكن النظر إليها باعتبارها إحدى تطبيقات فكرة العقوبة الخاصة.

29/2/3 التعويض عن الأضرار المعنوية reparation du préjudice moral  
يدعو البعض النظر إلى التعويض عن الأضرار المعنوية ليس باعتباره تعويضاً بالمعنى الدقيق ولكن باعتباره عقوبة خاصة<sup>(١٤٥)</sup>. إذ أنه من المؤلم أن يفلت مرتكب الفعل الضار المسبب للضرر المعنوي من أى إدانة مدنية. وعلى ذلك يجب معاقبته بأن يدفع تعويضاً نقدياً يزيد عن مقدار الجزاء لنشبع الحاجة إلى الانتقام والثأر الذي يتأجج دائماً في المجتمعات التي ينتمى إليها الضحية. وبطبيعة الحال يمتد تطبيق التعويض عن الضرر الأدبي – بحسبانه أحد صور العقوبة الخاصة – إلى مجال المسؤولية المفترضة المنصوص عليها في المادتين ١/١٣٨٤ ، ١٤٨٥ . وأن تُقدر العقوبة وفقاً لمدى جسامة خطأ الفاعل وليس بضخامة الضرر<sup>(١٤٦)</sup>.  
لكن المحاكم رفضت هذا الفكر وأكدت أن أساس تقدير التعويض عن الضرر الأدبي هو مطابقة مدى جسامة الضرر فقط دون الأخذ في الاعتبار مدى جسامة خطأ الفاعل<sup>(١٤٧)</sup>.

30/2/3 تأسيس الالتزام بالتضامم على فكرة العقوبة الخاصة: في محاولة بيان تطبيقات العقوبة الخاصة يُذكر أن هناك رأى لأقلية وهو بالإجماع رأى مهجور

Civ. 2 , 12 juin 1991 , D. 91 , inf. 175

(١٤١)

Hugueney : opcit p. 303 – Jacomet : opcit p. 56 – Starck : opcit p. 368 – Le Tourneau :

(١٤٢)

Droit de la responsabilité , opcit no. 1374 p. 367

(١٤٣) بلانيول وريبير ورودان ج ٧ (١٩٥٤) فقره ١٩٤ – أنظر أيضاً : السنهورى : الوسيط ، المرجع السابق ج ٢ فقره

٤٥٣ ص ٨١٥ ، ٨١٦ – د. محمد إبراهيم دسوقي : المرجع السابق فقره ٦٨ ص ١٣٥ ، ١٣٦

Civ. 3 , 18 nov. 1980 B. 111. no. 177

(١٤٤)

« en la traitant non comme une indemnisation proprement dite , mais comme une peine privée" V. Hugueney : opcit – F. Givord : La reparation du préjudice moral , thèse , Grendile (1938) no. 70 à 74 – J. Dupichot : Des préjudices réfléchis nés de l' atteinte à la vie ou à l' intégrité corporelle , thèse , Paris , (1969) no. 173 à 176 – B. Starck : opcit p. 400 – S. Carval : La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée , L G D J , Bibliothèque de droit privé , no. 21 et s.

(١٤٥)

J. Dupichot , opcit no. 173

(١٤٦)

Civ. , 28 nov. 1962 , Gaz. Pal. , 1963 . L. 108 , Bull . civ. , 1962 11. 553 , D. 1963 , p.

(١٤٧)

77 – Civ. 8 mai 1964 , Gaz. Pal. , 1964 11. 233 ; Bull. civ. 1964. 11. 269 , J C P , 1965. 11.

15140 ,note P. Esmein

يحاول أن يجد أساس الإلتزام بالتضامم على أساس فكرة العقوبة الخاصة<sup>(١٤٨)</sup>. وإن كان هذا الرأي يلقي معارضة كبيرة من جانب عدد كبير من الفقه<sup>(١٤٩)</sup>.

31/2/3 - مظاهر أخرى : أخيراً فإن هناك تطبيقات عديدة لفكرة العقوبة الخاصة يصعب حصرها جميعاً إلا أنه يمكن ذكر بعضها مثل إضعاف التأمينات كأحد الأسباب البارزة لسقوط الأجل وفقاً للمادة (٢٧٣) مدني مصوّي. وعقوبة الإخفاء المنصوص عليها في المادة (١٤٧٧) مدني فرنسي ، وأيضاً دعوى الرجوع في الهبة وفقاً للمادتين (٩٥٣ ، ٩٥٥) مدني فرنسي ، وما تقضى به المادة (١٣٠٢) من تحميل السارق مسؤولية ضياع الشيء المسروق<sup>(١٥٠)</sup> . والحكم بالمصاريف ونشر الأحكام والمصادرة. كما تقضى المادة (٥٥) عقوبات فرنسي بالمسؤولية التضامنية بين الأشخاص المحكوم عليهم لنفس الجريمة ، وقد توسع القضاء لتشمل شبه الجريمة<sup>(١٥١)</sup>.

## المبحث الثاني

### التعويض الإتعاضي والتعويض المشدد في القانون

#### الإنجليزي

— تتحقق أهداف العقاب والردع في بعض أنواع الفعل الضار في القانون الإنجليزي من خلال ما يسمى بالتعويض الاتعاضي أو كما يسميه بعض الكتاب الإنجليز<sup>(١٥٢)</sup> التعويض العقابي . وإلى

<sup>(١٤٨)</sup> P. Esmein : Peine ou réparation , Melanges Hugueny , t. 11. , p. 37. et s. — P. Kayser : "La solidarité en cas de faute » , Rev. Crit. , 1931 , p. 197

<sup>(١٤٩)</sup> على سبيل المثال : J. . — Starck , Roland , et Boyer : Droit civil , opcit 4é éd. , no. 1251 et s. — Boré : "Le recours entre coobligés in solidum" J C P , 1967 — 1- 2126 — R. Meurisse : "Le déclin de l' obligation in solidum » , D. 1962 , chr. , p. 243 — L. Mazeaud : "obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuel" , Rev. crit. , 1930 , p. 141

<sup>(١٥٠)</sup> د. محمد شكرى سرور : الجزاءات ، المرجع السابق ، ص ٧ ، ٨

<sup>(١٥١)</sup> د. دسوقي : المرجع السابق ص ١٢٢

<sup>(١٥٢)</sup> B. S. Markesinis and S. F. Deakin : Tort Law , opcit , p. 687 — K. M. Stanton : The Modern Law of Tort, London, Sweet & Maxwell (1994) p. 148

جانب هذا التعويض النقدي يوجد نوع آخر هو التعويض المشدد  
 في أنواع التعويضات الجارية ، ولو أنه من الناحية النظرية يدخل  
 تطبيقه والممارسة العملية في المراكز تضع مع التعويض الاتعاطي في منظومة  
 متكاملة كجزء مدني لحماية حقوق الأفراد من بعض صور التعدي التي يدبر لها  
 بتر وبنية الإيذاء ، وقد دعا اللبس بينهما بعض الكتاب مثل البروفيسير  
 ستريت ، إلى الاعتقاد بأنه توجد قضايا  
 قليلة محل تعويض عقابي والتي لا يمكن تفسيرها حقيقة إلا أنها أمثلة للتعويض  
 المشدد (١٥٣)

#### أولاً : التعويض الاتعاطي:

33/2/3 – كان من المفروض قبل عام ١٩٦٤ أن يُمنح التعويض الاتعاطي تقريباً في  
 أي حالة من حالات الفعل الضار ، إذا كان سلوك الفاعل على وجه الخصوص شنيعاً  
 Outrageous. لذلك عرفه السير جون سالموند Sir John Salmond بأنه مبلغ من  
 المال يربو عن أي خسارة مادية أو أي تعويض عن الأضرار المعنوية solatium  
 يدفعه مرتكب الفعل الضار للمضروب لما إنطوى عليه فعله من إهانة أو أي  
 اعتداء أقيم outrage آخر على مشاعر المدعي . كما أكد أن الشرط الوحيد لمنح هذا  
 التعويض هي حالة الاعتداء المتعمد بطريقة فيها عدم اكتراث مهين لحقوق شخص  
 آخر (١٥٥).

إلا أن نقطة التحول في شروط ونطاق تطبيق هذا التعويض كانت القضية الشهيرة  
 روكس ضد برنارد في عام ١٩٦٤ وكان موضوعها إكراه وتهديد في نزاع تجاري.  
 وإن كانت وقائعها لا تستحق السرد إلا أن المناقشات والحكم الصادر فيها كانت على  
 درجة بالغة في الأهمية. ففي مرافعة اللورد ديفلن Lord Devlin ، وقد اتفق معه في  
 الرأي الأعضاء الآخرين بمجلس اللوردات ، فرق بين التعويض الاتعاطي  
 والتعويض المشدد . واعتبر أن الأول مغاير للمألوف إذ أن الهدف الأول للتعويض  
 بصفة عامة هو "تعويض الضحية Compensate the victim". وهو التعويض

(١٥٣) ويرجع ذلك إلى أن السوابق القضائية القديمة تكشف أنه حُكم بتعويضات نقدية كبيرة دون توضيح أيهما الذي

يُطبق ، انظر علي سبيل المثال : Thompson v. Hill (1870) L. R. 5 c. P. 564

(١٥٤) 6 (1860) Myers v. Emblen (1962) p. 30 – H. street : Principles of the Law of Damages

H. & N. 54, 158 ER 23

"conscious wrongdoing in contumelious disregard of another's rights", Heuston & (١٥٥)

Chambers, opcit p. 498-499

الجابر. أما غرض التعويض العقابي فهو عقاب وردع الفاعل حيث لا يكون التركيز على الفاعل والضرر لكن على الفاعل وسلوكه. وهو أيضا يربك وظائف القانون المدني والقانون الجنائي ويدع المدعي عليه وحيداً أمام إمكانية عقابه بدون الحماية التي يكفلها القانون الجنائي للمتهم. إلا أنه تقديراً منه لوزن السوابق القضائية التي تدعمه سيما وأن هذا التعويض – في حالات نادرة – يثبت ويدعم سطوة القانون ، لذلك أثر أن يقيد من مجالاته وحصرها في ثلاث فئات فقط عن أن يطالب بالغاثة . وبالرغم من أن محكمة الاستئناف انتقدت بشدة في أحد القضايا<sup>(١٥٦)</sup> رأى اللورد ديفلن السابق إلا أن مجلس اللوردات أعلن تأييده بالأغلبية لهذا الرأي وطبقه على قضية بروم ضد كاسل [1972] A.C.1027 كما أوما عدد منهم بأنه لا يجب معاملة كلمات اللورد ديفلن كما لو كانت تشريعاً منصوفاً عليها في التشريعات البرلمانية. ويجب الحذر في التعامل معها واعتبارها مجرد توضيح أو وصف وليست بآلة أو قاطعة و شاملة. كما أنه على المحاكم أن تحتفظ لنفسها بالخيار المطلق في رفض منح هذا التعويض. فهو اختياري وليس إلزامي. وقد استقر الرأي الآن بالنسبة للقانون الإنجليزي أنه يمكن منح التعويض الاتعاضي فقط إذا كان موضوع المطالبة به يدخل في أحد الفئات الثلاث الآتية:

342/3 – الفئة الأولى: وتشمل هذه الفئة الأعمال الجائرة oppressive أو التحكيمية arbitrary أو غير الدستورية unconstitutional من موظفي الحكومة. وتعود جذور هذه الفئة إلى سلسلة بعض القضايا في القرن الثامن عشر التي كانت تبحث عن حماية العامة من سلطة الدولة. وهذه الفئة وإن كانت محددة في إطار موظفي الحكومة فإن مجلس اللوردات في قضية Broome ضد Cassell قد بين بوضوح أنه لا يجب تفسير موظفي الحكومة Servants of the government بطريقة ضيقة. وعلى ذلك تقرر أنها لا تشمل موظفي التاج فقط لكن كل من يمارس وظائف حكومية مثل رجال الشرطة وموظفي الحكم المحلي. لكن يظل القيد خاص بموظفي الحكومة ولا يمتد – وفقاً لرأي اللورد ديفلن في مرافعته – إلى الأفعال الجائرة أو التحكيمية أو غير الدستورية التي يمارسها الأفراد والمؤسسات الخاصة أو مجموعات الأعمال والشركات بالرغم أنه في الحقيقة قد تمارس قوة اقتصادية أكثر من السلطات المحلية. وقد تمارس وظائف مشابهة. ولعل الهدف من تدعيم هذه التفرقة يواكب الاتجاه الأكثر حداثة في التقييد من منح التعويض الاتعاضي أكثر منه في التوسع. وتأكيداً لذلك أنه في قضية خاصة بجهاز وطني صدر قرار بتأميمه بموجب تشريع برلماني ليمارس أعمال تجارية وذلك تمشياً مع قانون المجتمع الأوروبي European Community وكان خطأ هذا الجهاز أنه لم يحذر جمهور المتعاملين بتلوث مياه الشرب ، علق القاضي اللورد stuart-Smith عليها بأن مجالات التعويض العقابي "ليس حقلاً متطوراً من القانون"<sup>(١٥٧)</sup>. وقد حكمت محكمة الاستئناف برفض القضاء

Broom v. Cassell & co. Ltd.

(١٥٦)

[1971] 2 Q. B. 35

A. B. v. South West water services Ltd. [1993] 2 W. L. R. 507

(١٥٧)

بتعويض اتعاضي على أساس أن هذه الجهة لم تكن تؤدي وظيفة حكومية. وهناك سبب آخر لهذا التقييد هو أن الحال بالنسبة لموظفي الحكومية مختلف . لأن "خدام الحكومة Servants of the government" هم أيضاً خدم الناس Servant's of people وأن استخدامهم لسلطتهم يجب أن يكون منبثقاً من واجبهم في الخدمة<sup>(١٥٨)</sup>. ويضيف الأستاذ McGregor في كتابه<sup>(١٥٩)</sup> تفسيراً عملياً ثالثاً وهو أن الدافع للفرقة بين القطاع العام والقطاع الخاص هو الحاجة للاحتفاظ ببعض المجالات للتعويض الاتعاضي حتى لا يبدو أنه يتصرف بفروسية وشهامة مع نظرية السوابق القضائية. في هذا السياق يكون البقاء للسوابق الأفضل عن تلك التي انبثق منها هذا التعويض.

إلا أن هذه الفرقة لم تسلم من النقد على أساس أنها غير منطقية ويرى اللورد ريد Lord Reid في مرافعته في قضية Broome V. Cassell أنه لا يجب تحميل نظام خارج عن المؤلف مثل التعويض الاتعاضي بأكثر مما تفرضه السوابق. وقد تسأل أحد المعلقين<sup>(١٦٠)</sup> كيف يمكن اعتبار ترويع موظف بالتهديد لشخص ما بسوء استخدام السلطة أسوأ من فعل نفس العمل من شخص عادي مستأسد بالقوة الغاشمة. بيد أن النقد الأساسي الذي وجه إلى الفرقة بين موظفي الحكومة وغيرهم من الأفراد أو الجهات والهيئات الخاصة في محتوى هذه الفئة هو أنه ليس من الرشد أن نستبعد أمثلة من السلوك الجائر أو التحكيمي أو غير الدستوري الصادر من بعض موظفي المشروعات الاقتصادية الكبيرة من تطبيق التعويض الاتعاضي في حين أن هذه الكيانات العملاقة قادرة على إحداث كثير إن لم يكن أكثر من الضرر الذي يمكن أن يحدث من موظفي الحكومة. فلماذا على سبيل المثال يُحكم على رجال الشرطة بتعويض اتعاضي لسوء استعمالهم لسلطاتهم ولا يُحاسب المخبين الخصوصيين أو موظفي شركات الأمن والحراسة عن نفس الأفعال<sup>(١٦١)</sup> وعلى الطرف الآخر فإن مؤيدي الفرقة يرون أن هناك أهداف عملية لفرض التعويض الاتعاضي على الأجهزة العامة ، لأن تمويلها في النهاية ليس من خلال الموظفين العموميين – محل المسألة – لكن من المصاريف والميزانية العامة. ومن الناحية العملية بقيت هذه الفرقة معمولاً بها من قبل المحاكم الإنجليزية.

وهكذا تشمل هذه الفئة ممارسات رجال الشرطة التي تندرج تحتها حيث حكم بمبلغ تعويض كبير لأن تفتيش منزل المدعي من قبل رجال الشرطة بموجب إذن عام غير قانوني. وفي السنوات الأخيرة كثرت تطبيقات هذه الفئة<sup>(١٦٢)</sup>، وفي مذكرة

Rookes v. barnard , opcit , 1226

(١٥٨)

H. Mc Gregor : On Damages , 15 th ed. (1993) p. 411-415

(١٥٩)

Weir : A Casebook on Tort , 6<sup>th</sup>. Ed. , p. 296 , referred to in Markesinis & Deakin ,

(١٦٠)

opcit p. 688 , ref. 66

K. M. Stanton : opcit , p. 150

(١٦١)

White v. Metropolitan Police Comr. , The Times , April 24 , 1982 – George v.

(١٦٢)

Metropolitan Police Comr. , The Times , March 31, 1984 – Connor v. Chief Constable of Cambridgeshire , The Times April 11, 1984 – Holden v. Chief Constable of Lancashire [1987] Q. B. 380 – Makanyuola v. Metropolitan Police Cmr. (1989) 139 New L. J. 468

المحامي العام سانت كريستوفر في إحدى القضايا<sup>(١٦٣)</sup> ذكر أن هذه الفئة تقرر بواسطة المجلس الملكي The Privy Council لتشمل أي توقيف غير دستوري وفي ظروف غير صحية ومخزية بواسطة حاكم الولاية. كما اعتبرت السلطة المحلية عندما تعقد مقابلات مع المتقدمين لشغل الوظائف أنها تمارس وظيفة حكومية تنطبق عليها هذه الفئة إذا جارت أو كان قرارها تحكيمياً أو غير دستوري. كما قضى بتعويض اتعاضي متواضع ضد أحد السلطات المحلية لممارستها تفرقة عنصرية وجنسية في سياساتها التوظيفية لشغل وظائف الإدارة العليا في إحدى الكليات الجامعية بحسبان أنها تمارس وظيفة عامة Public Function في إجراء هذه التعيينات<sup>(١٦٤)</sup>.

ومما هو جدير بالذكر بالنسبة لهذه الفئة أن عدم دستورية عمل موظف الحكومة هو شرط خاص بالفعل أكثر من التركيز على تأثيره على المدعي. أي أن مخالفة الدستور في حد ذاتها هي المعول عليه في هذه الفئة لمنح التعويض الاتعاضي بقطع النظر عن آثاره. فعلى سبيل المثال إذا اعتقل أو أوقف شخص بالمخالفة للدستور لفترة قصيرة فهذا كافٍ لوحده كأساس لطلب التعويض الاتعاضي دون نظر إلى الأسلوب والطريقة التي عومل بها أثناء توقيفه. ففي إحدى القضايا وصفت المعاملة بأنها مدنية ومع ذلك حكم فيها بالتعويض<sup>(١٦٥)</sup>.

35/2/3 – الفئة الثانية: وتشمل هذه الفئة الحالات التي "يكون سلوك المدعي محسوباً منه ليحقق ربحاً له قد يربو جيداً عن التعويض (الجابر) الذي يدفع للمدعي" Cases in which the defendant's conducts has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff" speech of Lord Devlin in Rookes V Barnard. تفسير أوسع لهذه الكلمات ، فكما علق اللورد موريس في قضية Broome V. Cassell أنه لا يعتقد أن كلمة "محسوباً" قد استخدمت لتدل على بعض إجراءات التوازن الدقيقة، وفي أحد القضايا<sup>(١٦٦)</sup> والتي اعتبر Lord Denning عبارة لورد ديفلن "محسوباً" أنها لا تتضمن أن المدعي عليه يستغرق في عمليات حسابية رياضية. وأن ما هو ضروري في ذلك أنه يجب أن يتم الفعل الضار بدراسة إجرامية مدفوعاً في ذلك بأن فرص الحصول على مزايا اقتصادية تزيد عن فرص وقوع جزاء اقتصادي وربما بدني لارتكاب الفعل الضار الذي يسمح بدفع هذا التعويض<sup>(١٦٧)</sup>. كما لا تقتصر هذه الفئة على اكتساب المال بالمعنى الدقيق أي البحث عن الربح "بالمفهوم النقدي"

Nevis and Anguilla v. Reynolds [1980] A. C. 637

(١٦٣)

Stanton , opcit , p. 150

(١٦٤)

Hunckle v. Money (1763) 2 Wils. K B 205 , 95 – Wilkes v. Wood (1763) Lofft, 1, 98 E R.

(١٦٥)

Drane v. Evangelou , 1 W. L. R. 455 at 459

(١٦٦)

Broom v. Cassell & Co. Ltd. , above at 1079, per Lord Hailsham L. C. at 1088 , also per Lord Reid at 1094 , Lord morris at 1101 , Viscount Dilhorne at 1129 , Lord Diplock at 1133

(١٦٧)

الاقتصادي أو مجرد جمع المال بالمعنى الضيق. فهي تمتد إلى الحالات التي يبحث المدعي عليه إلى الحصول على حساب المدعي على مغنم أو منافع أو على بعض الأشياء التي يتمنى ملكيتها أو اقتنائها لكن بدون الفعل الضار لا يمكن له تحقيق ذلك وإن قدر فيكون ذلك بثمن أكبر من المبلغ الذي يخصصه لذلك ومن المهم أيضاً أن يكون تحقيق هذا الغنم لحساب نفسه دون الآخرين حيث قضت المحاكم الإنجليزية في بعض القضايا<sup>(١٦٨)</sup> بعدم استحقاق التعويض الاتعاضي لأن المدعي عليه كان يعمل لمصلحة آخرين. والغرض من التفسير الواسع لكلمات لورد ديفلن هو كما قال Lord Hailsham أن نعلم المخطئ أن ارتكاب الفعل الضار لا يعني (لا يساوي) دفع مبلغ من المال،

وأكثر القضايا ملائمة لهذه الفئة هي قضايا التشهير والتعدي على العقار Trespass to land. ففي القضية الشهيرة Broome V. Cassell تتلخص الوقائع في أن الناشرين (المدعي عليهم) أصدروا كتاباً يحوي مزاعم تشهيرية وتهم خطيرة خاصة بسلوك المدعي ، وهو ضابط بحرية متقاعد وذلك عندما كان في قيادة حامية للحراسة أثناء الحرب. وقد كان هناك اقتناع كامل من المحكمة والمحلفين بأن المدعي عليهم يعلمون جيداً وقبل النشر بأن الكتاب المنشور يحوي مقاطع تشهيرية بالمدعي وغير حقيقية وأنهم مضوا في سلوكهم "بالدم الأكثر برودة ورؤية واضحة في تقدير ماذا يفعلون" (تعليق لورد هيلشام في هذه القضية) والمتمثل في أن تقدير الربح المتوقع من النشر سيزيد عن أي تعويض نقدي متوقع الحكم به. وقد قدر المحلفون أن المدعي عليهم اتخذوا قرارهم بالنشر وهم على دراية كاملة بأنه فعل خاطئ ضار بيد أنهم بتهور واضح وتحت طيش بين لم يأبهوا بهذا الخطأ. وأصدر المحلفون قراراً بأن يدفع المدعي عليهم للمدعي تعويضاً إتعاضياً مقداره خمسة وعشرون ألف جنيه إسترليني وتعويض جابر مقداره خمسة عشر ألف جنيه إسترليني. ووافقت عليه أغلبية مجلس اللوردات بحسبان أن هذا الفعل الضار يدخل في الفئة الثانية من فئات لورد ديفلن. وفي قضية أخرى<sup>(١٦٩)</sup> وهي قضية تشهير بالنشر libel شرح القاضي Parker شروط الحكم بالتعويض الاتعاضي في هذه الفئة بأنه يجب أن يكون هناك دليل واضح أمام المحلفين على أن المدعي عليه : أ) يعلم مسبقاً بأن المقالة تحوي تشهيراً أو كان غير مبال بما تحويه سواء أكان تشهيراً أم لا ، ب) ينشر المقالة لأنها ستدر عليه ربحاً مقابل النشر أكثر من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها في حال رفع دعوى تشهير عليه .

ومع ذلك فإن واقع الحياة العملية والنظرة الواقعية تثبت أن الغرض من النشر دائماً – في مجتمع ليبرالي – هو زيادة التوزيع في الصحف أو الإصدارات وتحقيق الربح من جراء هذه الزيادة. لذلك يكون من الصعب اعتبار كل حالات النشر التشهيرية ضمن هذه الفئة ويكون الفيصل في ذلك هو العلم المسبق أو اللامبالاة في

<sup>(١٦٨)</sup> Asghar v. Ahmed (1985) 7 H. L. R. 25 – Ramdath v. Daley (1993) 25 H. L. R. 273

Riches v. News Group Newspapers Ltd. [1985] 2 ALL E. R. 845 at 861

<sup>(١٦٩)</sup>



العلم أو الطيش البين . وهذا يفسر أن معظم التعويضات التي صدرت في قضايا التشهير كانت تعويضات مشددة<sup>(١٧٠)</sup>.

وقد اعتبر بعض المعلقين على أحكام التعويض<sup>(١٧١)</sup> أن التعويض المسمى في هذه الفئة ليس إلا ضرباً من ضروب الإصلاح أو الجبر Reparation (وهي أصلاً كلمة فرنسية) Réparation تستعمل قديماً وحديثاً وهي مشتقة من اللاتينية الحديثة Reparatio(n-) بمعنى إعادة أو استرجاع شيء إلى الحالة التي كان عليها لولا الفعل الضار. وتصبح في الفعل الضار إعادة الشيء إلى الحالة التي كان عليها لولا الفعل الضار. وبما أن الفاعل قد حصل على فائدة على حساب المضرور فلا اقل من أن يسترد هذا الأخير مبلغ الفائدة أو قيمتها. وقد تبنى هذا الرأي Lord Diplock في قضية Broome . كذلك وجه إلى هذه الفئة نقد يرى أن طبيعة سلوك الفاعل إن هو بالدرجة الأولى إلا اتجاه الإرادة وبتدبير وروية سابقين إلى إيذاء الضحية بالتشهير أو بالتعدي أكثر منه الحصول على ربح من إثبات الفعل الضار. وهو في ذلك مستحق للمسألة مع البحث عن مبرر آخر متمثل في طبيعة الفعل للحكم بتعويض اتعاضي .

36/2/3 - الفئة الثالثة: تغطي هذه الفئة الحالات التي يكون منصوفاً عليها صراحة في تشريعات برلمانية. مثال ذلك قانون قوات الاحتياط والمعاونة (حماية المصالح لعام ١٩٥١ ، المادة ١١٣ فقرة "٢"). وكذلك قانون حماية النشر ، والتصميم وبراءة الاختراع لسنة ١٩٨٨ (مادة ٢٧ / ٢ ، ٢٢٩ / ٣). وجاء في تقرير لجنة القانون في مذكرتها الاستشارية<sup>(١٧٢)</sup> على التعويض الاتعاضي بأن كلاً من القانونين المذكورين واللذين يقعان غالباً في هذه الفئة هما في حقيقة الأمر مثلاً للتشريعات التي تسمح بالتعويض المشدد كمقابل للتعويض الاتعاضي. ذلك أن قانون حق النشر يستخدم عبارة تعويضات إضافية Additional damages when the plaintiff's statutory rights have been infringed in aggravating circumstances . وهذا ما دعي Lord kilbrandon في مرافعته في قضية<sup>(١٧٣)</sup> يشكك في تسمية هذا التعويض بالاتعاضي.

37/2/3 - معيار سبب الدعوى The Cause of Action Test: بعد حدوث بعض التضارب في القضايا بخصوص التعويض الاتعاضي قررت محكمة الاستئناف<sup>(١٧٤)</sup> أنه إلى جانب وقوع المطالبة بهذا التعويض في إحدى الفئات الثلاثة ، يجب أن يثبت المدعي أن سبب الدعوى الذي يبني عليه دعواه كان واحداً من الأسباب التي حكم فيها بتعويض اتعاضي قبل قضية Brookes V. Bernard في عام ١٩٦٤ ، وإلا فليس هناك مقتضى للحكم به حتى ولو كانت الحالة ضمن الفئات المذكورة .

Stanton : opcit , p. 151

(١٧٠)

Mc Gregor : On Damages , 15 th, ed. , para. 422

(١٧١)

Law Commission , 1993 , para 3.52

(١٧٢)

Broome v. Cassell Ltd. [1972] A. C. 1027 , 1133 – 1134

(١٧٣)

A. B. v. South West Water Services Ltd. [1993] Q. B. 507

(١٧٤)

ومن الأسباب التي تستوفي هذا الشرط التشهير والتدخل الضار في شئون الآخرين<sup>(١٧٥)</sup>، التعدي على الإنسان<sup>(١٧٦)</sup>، وعلى الأرض والمنقولات ، والإدعاء الكاذب<sup>(١٧٧)</sup>، وكذلك الإقلاق الخاص<sup>(١٧٨)</sup> كما قضت محكمة الاستئناف عرضاً وأثناء نظر أحد القضايا<sup>(١٧٩)</sup> أنه يمكن منح تعويض اتعاضي في قضايا التفرقة العنصرية إذا كانت الوقائع تدخل ضمن الفئات المطبقة (بصفة جوهرية تلك التي تقررت في قضيتي Rookes V. Barnard و Broome V. Cassell).

أما الحالات التي لا ينطبق عليها هذا الشرط فهي متعددة. فلا يحكم بتعويض اتعاضي في حالة مخالفة قانون التفرقة الجنسية لسنة ١٩٧٥ وقانون العلاقات العنصرية لسنة ١٩٧٦. كما لا يمكن منح تعويض اتعاضي وفقاً للقانون الإنجليزي في قضايا الإهمال مهما كان جسيماً<sup>(١٨٠)</sup> ويلحق بهذه الفئة حالات التدخل الضار في السلعة وكذلك قضايا الإقلاق العام Public Nuisance لكن ليس من المؤكد أن مثل هذا التعويض يمنح في حالات الغش Deceit<sup>(١٨١)</sup>.

وفي هذا الصدد ، هناك نقطة جديرة بدقة الملاحظة ، وهي أن السوابق تضع حالات التعدي بالعنف على الإنسان Trespass to Person أو انتهاك حرمة ضمن الحالات المسموح فيها بتعويض اتعاضي فإن غالبية قضايا الضرر الشخصي Personal Injury لا يقضي فيها بهذا التعويض بالرغم أنه يقضي به في حالات التعدي على الأشخاص الموصوفة بالظلم أو التحكم أو غير الدستورية من قبل موظفي الحكومة سيما رجال الشرطة. وهذه النتيجة تعكس الإتجاه العام السائد في أن التعويض عن الضرر الشخصي يجب أن يكون جابراً أكثر منه عقابياً<sup>(١٨٢)</sup>.

وأياً كانت وجهة النظر في الأسباب الجوهرية التي بتوافرها يمكن الحكم بتعويض اتعاضي ، فإن قرار ضرورة أن يكون الفعل الضار أحد الأفعال الضارة التي حكم فيها بتعويض اتعاضي قبل عام ١٩٦٤ هو محل نقد. ذلك أنه يعتمد في

---

Messenger Newspapers Group Ltd. V. National Graphical Association [1984] 1 R. L. R. <sup>(١٧٥)</sup> 397

Thompson v. Comr of Police of Metroplice [1972] 2 ALL E R 762 – White v. <sup>(١٧٦)</sup> Metropolitan Police , The Times April 24, 1982 – Holden v. Chief Constable of Lancashire [1987] Q. B. 380

Bishop v. Commissioner of Police of the Metroplice , The Times , Dec. 5, 1989 <sup>(١٧٧)</sup>

Guppys Bridport v. Brookling (1983) 269 E. G. 846 , 942 <sup>(١٧٨)</sup>

Alexander v. Home office , The Times, 22 feb. 1988 <sup>(١٧٩)</sup>

Barbara v. Home office (1984) 134 N. L. J. 888 <sup>(١٨٠)</sup>

<sup>(١٨١)</sup> كانت هناك فرصة لمنح تعويض اتعاضي لهذا السبب في قضية : mafo v. Adams [1970] Q. B. 548 لكن

أعضاء المحكمة لم توافق على اعتبار الغش سبباً لهذا التعويض. وكان القاضي في قضية Archer v. Browm [1985]

Q. B. 401 ميلاً إلى منح هذا التعويض للغش لكنه لم يصل إلى قرار حاسم في هذه النقطة. ويرجع هذا التردد إلى أن

مثل ذلك يحدث عادة في مجال العقود. ولا يمكن منح تعويض إتعاضي في حالة مخالفة بنود العقود

Stanton : opcit , p. 152 <sup>(١٨٢)</sup>

الحكم على قرارات حقيقية سابقة على قضية روكس ضد برنارد فهو يعتمد على صدف الإدعاء وليس على أساس وجهة نظر تركز على مبادئ وأصول قانونية لتبرير هذا التعويض<sup>(١٨٣)</sup>.

38/2/3 – اعتبارات عامة في منح التعويض الاتعاطي: فضلاً عن شرط وقوع الفعل الضار ضمن أحد فئات اللورد ديفلن وأن يكون من بين الحالات التي حكم فيها بتعويض اتعاطي قبل عام ١٩٦٤ فإن اللورد ديفلن أضاف ثلاث اعتبارات يجب أن تؤخذ في الحسبان في أي قضية قبل الحكم بهذا التعويض. الأول: هو أن يكون المدعي عليه هو نفسه شخصياً الضحية للسلوك الموجب للمسؤولية عن الفعل الضار. الثاني: أن يتم استخدام هذه الصلاحية في نطاق ضيق، ذلك أن التعويض الاتعاطي سلاح ذو حدين مع أو ضد الحرية. ثالثاً: في تقدير مبلغ التعويض الاتعاطي يؤخذ في الحسبان سلوك كل من المدعي عليه والمدعي. وفي هذا الاعتبار يجب تحديد مبلغ التعويض على أساس جسامة سلوك المدعي عليه ويحقق العقاب والردع للمدعي عليه وقد يكون ذلك بمبلغ يعتبر نموذجاً مناسباً للتعويض كما ورد في توصية لجنة القانون الفقرة رقم (٨٧/٣)، وفي هذا يقول اللورد ديفلن أنه يجب "توجيه المحلفين في حالة وجود موضوع الدعوى ضمن فئة من الفئات الثلاث". وأنه "إذا وفقط إذا كان المبلغ المقدر في ذهنهم لمنحة كتعويض غير كاف لعقابه لسلوكه اللفظ حينئذٍ يمكن منح بعض مبلغ كبير<sup>(١٨٤)</sup> وقد يساعد سلوك المدعي الاستقرازي. فالسلوك الاستقرازي نتيجة القبض والإيقاف الباطلين قد يؤدي إلي تخفيض مبلغ التعويض الاتعاطي<sup>(١٨٥)</sup>.

بيد أنه قد يكون من العسير وضع هذه الاعتبارات في قيم مالية. لذلك حاولت المحاكم الإنجليزية لتحقيق التعادل بين سلوك المدعي عليه والجزاء المتمثل في التعويض الاتعاطي إيجاد أسس متطورة لهذا التقدير. فأخذت في الاعتبار الموارد المالية للمدعي عليه ومدى ثرائه. كما أخذت في الحسبان الطبيعة العقابية للتعويض الجابر. إذ أنه يحقق بذاته هدفي العقاب والردع. وبذلك يلتفت عن منح التعويض الاتعاطي إلا إذا كان التعويض الجابر غير كافٍ لتحقيق العقاب والردع. ومن رأي اللورد Willerforce في قضية بروم ضد كاسل السابقة أن "القانون الإنجليزي يحوي عنصر عقابي حقاً وفادح في نظام التكاليف" التي يحكم بها على المدعي عليه إذا خسر الدعوى، وأخيراً فقد نظرت المحاكم الإنجليزية بعين التقدير لوجود عقوبة جزائية – غرامة مالية مثلاً – التي قد تفرض على المدعي عليه لدخول نفس الفعل

Alastair Mullis and Ken Oliphant ; torts , opcit , p. 301

(١٨٣)

(١٨٤) "if, but only if, the sum which they have in mind to award as compensation is inadequate to punish him for his outrageous conduct .. then it can award some larges sum", [1964] A. C. 1129 at 1227-1228 – Broom v. Cassell & Co. Ltd. [1972] A. C. 1027 at 1059-1060 , 1081-1082 per Lord Hailsham

O'Connor v. Hewitson [1978] Crim. L. R. 46 – Bishop v. Commissioner of Police of the Metropole (1989) 133 S. J. 1626 (١٨٥)

في إطار القانون الجنائي حتى لا يعاقب الشخص على نفس الفعل مرتين : مرة غرامة كعقوبة جزائية ومرة أخرى تعويض اتعاضي<sup>(١٨٦)</sup>.

39/2/3 – تضامن المدعي عليهم Joint Defendants: رفعت قضية Broome V. Cassell ضد كل من مؤلف العمل والناشر بالتضامن وصدر الحكم بمبلغ واحد للتعويض بما فيه التعويض الاتعاضي ضد كل منهما. وقرر مجلس اللوردات صحة هذا الحكم. كما أكد أنه في حالة تطبيق التعويض الاتعاضي على عدة مدعي عليهم بالتضامن يحكم بمبلغ واحد (دون تقسيم) يمثل فقط المبلغ الأقل الذي يمكن أن يدفعه أي منهم في حالة ثبوت مسئوليته. فإذا لم يكن أي منهم يستحق العقاب أو كان التعويض الجابر كاف لعقاب أي واحد منهم عندئذ لا يحكم بالتعويض الاتعاضي. على ذلك فإن المؤلف الذي كان يبحث عن تحقيق مكسب بنشر أمور تشهيرية قد يتترس من التعويض الاتعاضي بأقل مسئولية للأطراف الأخرى الضالعة في النشر<sup>(١٨٧)</sup>.

40/2/3 – تعدد المدعين: أثير هذا الموضوع في أحد القضايا<sup>(١٨٨)</sup> وقد قررت محكمة الاستئناف أنه يجب تقدير المبلغ الإجمالي العادل أولاً ، ثم يمكن تقسيمه بالتساوي على المدعين .

41/2/3 – بالرغم من أن حدود وفئات وشروط منح التعويض الاتعاضي قد تعمقت من خلال تطبيقات المحاكم المتعددة لكنها لم تسلم من النقد على أساس أنها صارمة وتحكمية بصورة ملحوظة وغير منطقية. وقد واجهت فئات اللورد ديلفن نقداً عنيفاً في بعض المناطق القضائية لدول القانون العام. فقد تبنت المحكمة العليا في أستراليا تعريف Salmond للتعويض الاتعاضي<sup>(١٨٩)</sup>. ورفضت فئات Rookes V. Barnard. وتبعتها في رفض هذه الفئات محاكم الاستئناف في كل من كندا ونيوزلندا وأيرلندا وأصرروا على المضي في تطبيق صلاحيات أوسع للمحاكم في منح التعويض الاتعاضي<sup>(١٩٠)</sup>.

### ثانياً : التعويض المشدد :

42/2/3 – لم تظهر معالم هذا التعويض من حيث الاسم والطبيعة وشروط التطبيق أو الحالات التي يتم فيها منحه إلا من خلال الخطبة الشهيرة للورد ديلفن في القضية المحورية Rookes V. Barnard في عام ١٩٦٤ . وقبل هذا التاريخ تدل السوابق القضائية على أن المحاكم الإنجليزية استخدمت عبارات متعددة – وقد تبدو مترادفة – للإشارة إليه مثل : عقابي punitive أو مشدد aggravated<sup>(١٩١)</sup> ، اتعاضي

Devonshire and Smith v. Jenkins (1979) L. A. G. Bull. 114 , C. A.

(١٨٦)

Clerk & lindsell on Torts , no. 69 , p. 1503

(١٨٧)

Riches v. News Group Newspapers Ltd. [1985] 2 ALL. E. R. 845

(١٨٨)

Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd. (1967) 117 C. L. R. 118 , 150 , 154

(١٨٩)

Heuston and Chambers , opcit , p. 499

(١٩٠)

Lavender v. Betts [1942] 2 ALL E. R. , 73 H. , 74 A.

(١٩١)

exemplary<sup>(١٩٢)</sup> ، تكفيري retributory<sup>(١٩٣)</sup> ، انتقامي vindictive<sup>(١٩٤)</sup> وقد حكم في هذه القضايا بمبالغ تعويض كبيرة دون الفصل الدقيق بينهم. وقد استخلصه ديغلن من بين التعويضات الجائرة وأعاد تسميته بالتعويض المشدد. واعتبره تعويضاً يمنح للمدعي عن الأذى النفسي الذي يعانيه من الفعل الضار حين تكون حالة مرتكبه ودافعه أو أن سلوكه التالي على ارتكابه يمثل إزعاجاً أو تعدياً على المضرور. وحيث أن هذا السلوك أو الدافع يعظم من الضرر الواقع لذلك ترخص المحاكم بمبلغ تعويض إضافي أكبر .

43/2/3 - شروط منح التعويض المشدد : يجب لمنح هذا التعويض توافر عنصرين :

أولاً : أن يكون سلوك الفاعل استثنائياً Exceptional ، وهذا يعني أن المحكمة وهي بصدد منح هذا التعويض تركز انتباهها بالدرجة الأولى على طبيعة سلوك المدعي عليه أكثر من النظر إلى مدى الضرر الذي أحدثه ، ثم تحدد التعويض وفقاً لأبعاد هذا السلوك<sup>(١٩٥)</sup> ، فهو يزيد بعلاقة طردية مع سلوك الفاعل وهذا يبدو مثل العقاب ويكون السلوك استثنائياً بمعنى عدواني أو مصحوباً بحقد وضغينة Malevolence أو نكاية Spite<sup>(١٩٦)</sup> .

الثاني : أن يكون الضرر قد أصاب مصالح شخصية للمضرور أي سبب ضرراً لمشاعر المضرور. والصور المتعددة لهذا الضرر هي: الأذى النفسي Mental Distress ، وإيذاء المشاعر Injury to feeling ، والإهانة insult ، والحط من الكرامة indignity ، والإذلال Humiliation ، وتعميق الإحساس بالأذى أو الظلم Heightened sense of injury or grievance. ولما كانت هذه الصور لا تتوافر إلا في الشخصية الإنسانية يترتب على ذلك : (١) أن المضرور الغير مدرك للسلوك الاستثنائي للفاعل أو لدوافعه في ارتكاب الفعل الضار لا يستحق هذا التعويض . (٢) أيضاً الشركات أو الوحدات التنظيمية مثل الهيئات والمؤسسات لا تمنح هذا التعويض إذ ليس لديها مشاعر إنسانية خاصة<sup>(١٩٧)</sup> ، ومع ذلك فقد حكم في إحدى القضايا<sup>(١٩٨)</sup> بهذا التعويض لإحدى الشركات المحدودة وإن كان أقل مما يحكم به للأشخاص الطبيعيين .

Huckle v. Money (1763) 2 Wils K. B. 205, 95 E. R. 768 – Emblen v. Myers (1860) 6 H & N 54, 158 E.R.23<sup>(١٩٢)</sup>

Bell v. Midland Railway Co. (1861) 10 C. B. (NS) 287, 308, 142 E. R. 462, 471<sup>(١٩٣)</sup>

Cruise v. Terrell [1922] K. B. 644, 679 – Whitham v. Kershaw (1880) 16 Q. B. D. 613, 618<sup>(١٩٤)</sup>

The Law Commission Report: Part 11, Aggravated Damages p. 2.18 [http://www.lawcom.gov.uk/library/Lc 247/pt2. html](http://www.lawcom.gov.uk/library/Lc%20247/pt2.htm).<sup>(١٩٥)</sup>

Alastair Mullis & Ken Oliphant : Torts , opcit , p. 303<sup>(١٩٦)</sup>

Columbia Pictures Industries Inc. v. Robinson [1987] Ch 38, 88 H , per Scott J.<sup>(١٩٧)</sup>

Messenger Newspapers Group Ltd. V. National Graphical Association (1984) 1 R L R 397, paras 77-78<sup>(١٩٨)</sup>

44/2/3 – مجالات منح التعويض المشدد: من استقراء السوابق القضائية يتبين أنه تم منح هذا التعويض في حالات كثيرة من الأفعال الضارة مثل: التعدي البدني Assault/Battery<sup>(١٩٩)</sup>، الحبس بدون وجه حق False imprisonment<sup>(٢٠٠)</sup>، والإجراءات الكيدية Malicious Prosecution<sup>(٢٠١)</sup>، والإرهاب intimidation<sup>(٢٠٢)</sup>، التمييز (العنصرية) Discrimination<sup>(٢٠٣)</sup>، والتعدي على الأرض Trespass to land<sup>(٢٠٤)</sup>، والغش Deceit<sup>(٢٠٥)</sup>، والإقلاق Nuisance<sup>(٢٠٦)</sup>، والتدخل غير القانوني في المشروعات Unlawful Interference with Business<sup>(٢٠٧)</sup>، والتشهير وقد ثار جدل حول إمكانية منحة في حالات الغضب والحنق انتهت بإدراج الفعل الضار الذي ينطوي على ذلك في حالات منح التعويض المشدد وفقاً لما جاء في الفقرة ٣٣/٢ من تقرير لجنة القانون. وهي حالات يبدو من الصعب أن نتبين وجود خيط يربطها إلا أنها كلها صور للفعل الضار وأن معظمها محل دعوى بذاتها Actionable per se أو أن المسؤولية فيها مفترضة فيما عدا الإجراءات الكيدية فيجب إثبات أركان المسؤولية. غير أنه يمكن تجميعهم وتصنيفهم في فئات وفقاً للمصالح المختلفة التي يتعدى عليها. فعلى سبيل المثال مصلحة الكرامة الشخصية تشمل: الاعتداء البدني والحبس بدون وجه حق والإجراءات الكيدية والتشهير والإرهاب والتفرقة غير القانونية. أما المصلحة في الملكية فتحتوي التعدي على الأرض والتدخل غير المشروع في الأمور التجارية. ومن الأمور المشتركة في معظمهم أن الضرر فيها غير مالي. ولعل المثال النموذجي لحالات منح التعويض المشدد هو قضايا التشهير بالكتابة والتي لا تدخل في الفئة الثانية من فئات اللورد ديفن. فالتشهير يتضمن عناصر هامة تؤخذ في الحسبان لتشديد (زيادة مبلغ) التعويض. فالفعل في ذاته ينطوي على روح ونية الناشر في الإيذاء لأنه يصدر بترؤ وإصرار وينم عن رغبة مريضة في الكيد

Eg Ansell v. Thomas, The Times 23 May 1973 – Flavius v. MPC (1982) 132 NLJ 532<sup>(١٩٩)</sup>  
 – Ballard v. MPC (1983) 133 NLJ 1133 – W v. Meah [1986] 1 ALL E R 935  
 Eg White v. MPC, The Times 24 April 1982 – Smith v. MPC [1982] CLY 899 – Warly<sup>(٢٠٠)</sup>  
 v. Cascarino, The Times 27 October 1989 – Thompson v. MPC [1997] 3 W L R 403

Marks v. Chief Constable of Greater Manchester, The Times 28 January 1992<sup>(٢٠١)</sup>  
 Godwin v. Uzoiwe [1992] T L R 300<sup>(٢٠٢)</sup>  
 Duffy v. Eastern Health & Social Services Board [1992] 1 R L 251 – Ministry of<sup>(٢٠٣)</sup>  
 Defense v. Meredith [1995] 1 R L 539, 542 para 24  
 Sears v. Lyons (1818) 2 Stark, 317, 171 ER 658 – Williams v. Currie (1845) 1 CB 841<sup>(٢٠٤)</sup>  
 Mafo v. Adams [1970] 1 Q. B. 548<sup>(٢٠٥)</sup>  
 Thompson v. Hill (1870) L R 5 c. p. 564<sup>(٢٠٦)</sup>  
 Messenger Newspapers group Ltd. V. National Graphical Association [1984] 1 R L R<sup>(٢٠٧)</sup>

وتسبب الأذى النفسي للطعن في كرامته وعزته وشرفه<sup>(٢٠٨)</sup> وإذا كان سلوك مرتكب الفعل قبل ارتكاب فعل التشهير بالكتابة له أهمية خاصة كدليل على إضرار نية الأذى ، فإن سلوكه بعد الفعل الضار يؤخذ أيضاً في الاعتبار عند إقرار وتقدير التعويض المشدد. وقد رأت محكمة الاستئناف في قضية تشهير بالنشر<sup>(٢٠٩)</sup> أن فشل المدعي عليه في إبداء أي اعتذار كافٍ، وتكرار عبارات التشهير في المحكمة، والسلوك المحسوب لمنع المدعي من السير في دعواه، والمثابرة والإصرار بطرق مطولة وعدائية في استجواب المدعي أو تلحين عبارات المرافعة لجذب انتباه المحلفين وتحقيق أغراض إعلانية كاذبة على حساب المدعي. كل ذلك يكون مبرراً كافياً للحكم على المدعي عليه بتعويض مشدد<sup>(٢١٠)</sup> وقد اعتبر القاضي لورنس أن عبارة "إن الحبس بدون سبب مشروع لا يؤثر فقط في حرية الإنسان وإنما أيضاً يؤثر في سمعته" تتضمن عنصراً تشهيرياً .

وبعبارة موجزة لحصر حالات التعويض المشدد نجد أنه يمنح عندما تكون خسارة المضرور / المدعي مطلقة At large ، حيث يكون هناك مدى مقبول من المبالغ كتعويض جابر دون إمكانية تحديد رقم واضح للتعويض. ومثاله الواضح التشهير بالنشر. وهو يكون مشدداً إذا وقع في نهاية القوس الذي يضم أرقام مبالغ التعويض الجابر المقبولة والتي تؤخذ في الاعتبار لحساب الضرر في مشاعر وسمعة المدعي الناشئة من سلوكه<sup>(٢١١)</sup>.

45/2/3 – الحالات التي لا يمنح فيها تعويض مشدد: لا يتوافر هذا التعويض في حالات مخالفة بنود العقد في المسؤولية العقوبة<sup>(٢١٢)</sup> ولا في حالات الإهمال في الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) حتى ولو كان جسيماً أو أدى إلى حدوث أذى نفسي لدى الضحية. وقد تقرر ذلك في إحدى القضايا<sup>(٢١٣)</sup>، وقد وافقت عليه محكمة الاستئناف في قضية A.B. v. South West Water Services Ltd. (المشار إليها سابقاً) ، والتي كان المدعي عليه يقوم بعملية توليد للمدعية في توأم إلا أنه بإهماله في معالجة وضع التوأم الثاني الذي كان في وضع مستعرض وحاول تعديل وضع الجنين دون تخدير الأم. وبالرغم من وصف القاضي لسلوك المدعي عليه بأنه كان "مروع" و "غير مقبول" وقد عانت المدعية تجربة مريرة من الألم ومات الطفل نتيجة إهمال المولد

<sup>(٢٠٨)</sup> تعليق القاضي بيرسون في قضية : Mc Cary v. Associated Newspapers Ltd. [1965] Q. B. 86 at 104-105

<sup>(٢٠٩)</sup> Sutcliffe v. Pressdram Ltd. [1991] 1 Q. B. , 153, 184

<sup>(٢١٠)</sup> Fielding v. Variety Incorporated [1967] 1 Q. B. 814, CA – Cornwell v. Myskow [1987]

2 ALL E. R. 504, C. A. – Eater v. Alltools Ltd. (1944) 61 TLR 39, 40

Stanton : opcit, p. 149

<sup>(٢١٢)</sup> Levi v. Gordon, 12 Nov. 1992 (Unreported, V A) مشار إلي هذه القضية في تقرير لجنة القانون هامش

(١٠٣)

Kraly v. McGrath [1986] 1 ALLE. R.54,

(٢١٣)

إلا أن المحكمة رأت - كسابقة قانونية - عدم الحكم بالتعويض المشدد في حالات الإهمال .

46/2/3 - ازدواجية التعويض المشدد والتعويض عن الأذى النفسي: بالرغم من أن التعويض المشدد يمنح للمضروب نتيجة الأذى النفسي الذي يعانيه، فإن هناك تعويض آخر ذو طبيعة تعويضية أي جابر ومستقل عنه يمنح بسبب الأذى النفسي. وقد واجهت المحاكم الإنجليزية هذا التعارض<sup>(٢١٤)</sup> وقرر القاضي دايسون Dyson في قضية<sup>(٢١٥)</sup> منح المدعي تعويضاً مشدداً وتعويضاً للأذى النفسي. لكن التعويض المشدد كان بسبب الخسارة التي لم يغطيها التعويض عن الأذى النفسي. وقد أجبر المدعي عليه وهو طبيب أسنان على دفع تعويض للألم والمعاناة التي سببها للمدعين تعديه بالعلاج دون موافقتهم Non-consensual Treatment وكذلك تعويض مشدد عن الأذى الذي عانوه من جراء تحققهم أن العلاج لم يكن ضرورياً مع علم طبيب الأسنان بذلك لكنه بتعمد أخفى عنهم هذه الحقيقة للحصول على مكاسب نقدية

47/2/3 - تكييف التعويض المشدد: يثور السؤال حول الطبيعة القانونية لهذا التعويض - هل هو تعويض جابر أم تعويض عقابي. خلاصة القول الفاصل من الناحية العملية التطبيقية أنه يدخل في إطار التعويض الجابر لأنه - نظرياً - تعويض يمنح للمدعي بسبب الضرر الذي أصابه في مشاعره أو عن الأذى أو الضرر الإضافي الناتج من الأسلوب التعسفي Highhanded الذي تصرف به المدعي عليه وليس لعقابه أو إدانته أو ردع الفاعل. وأن المبلغ المحكوم به يعكس ذلك. وقد بدأ هذا الاتجاه اللورد ديغلن في خطبته في قضية روكس ضد برنارد انطلاقاً من أن دخول عناصر عقابية في التعويض المدني يعتبر أمر شاذاً يجب أن يحد من تطبيقه. وعلى ذلك ميز بينه وبين التعويض الإتعاضي بعنصر الجبرية أو التعويضية كما استقرت المحاكم في المملكة المتحدة على اعتباره كذلك. وهو أيضاً ما نص عليه تقرير لجنة القانون في إنجلترا وويلز في الفقرة (٤٠/٢).

إن أي تعويض نقدي يدفعه المدعي عليه من ماله الخاص سواء كان على سبيل المثال جابراً Compensatory أو إرجاعاً للحال إلى ما كان عليه لولا الفعل الضار restitutionary ، فمن المحتمل أن يكون له في المقابل تأثير عقابي عليه. وهذا ما تقتنع به المحاكم الإنجليزية. فهي لا تمنح التعويض الإتعاضي إلا إذا تبين لها أن التعويض الجابر غير كاف لعقاب المدعي على سلوكه. وبالمثل قد يكون للتعويض المشدد نفس التأثير. بيد أن ذلك في رأي محكمة الاستئناف في قضية Thompson V. MPC لا يعني غير اعتباره تعويضاً جابراً، وقضت: (أ) أن التعويضات المشددة هي ذات طبيعة جابرة وليست عقابية. (ب) أن التعويضات الجابرة بما فيها التعويضات المشددة سوف يكون لها - عرضاً - بعض التأثير العقابي على المدعي عليه الذي يجب عليه دفع هذا التعويض. (ج) وهذا التأثير العرضي المقابل يجب اعتباره عند

Thompson v. NBC [1997] 1 WLR , 403

(٢١٤)

Appleton v. Garrett [1996] p I Q R P. 1

(٢١٥)



تقرير ما إذا كان يجب منح تعويض تعاطي، وعلى ذلك يجب توجيه المحلفين إلى أنه في حالة عدم كفاية التعويض المشدد لعقاب المدعي حينئذ يمكن منح التعويض الاتعاطي .

48/2/3 – غير أن هذا الرأي – كأى فكر إنساني – قابل للجدل والمخالفة في الرأي. في البدء يلاحظ الباحث أن التعويض المشدد سواء من حيث تسميته أو شروط منحه يستدعى إلى الذهن أنه ليس تعويضاً يستهدف جبر الضرر فقط، فهو من ناحية المفهوم منفصل عن التعويض الجابر العادي ويحوي عناصر عقابية. من حيث تسميته Aggravated أي المشدد أو المتفاقم<sup>(٢١٦)</sup>. ومن البديهي أن الدلالة اللغوية لاسم هذا التعويض تعني أنه تعويض يزيد عن المألوف وبذلك ينأى عن فكرة التضمين التعويضي Compensatory Damages الذي يقاس بمقدار الضرر بالضبط دون زيادة أو نقصان . فالجبرية تقف عند تعادل كفتي الميزان: الضرر والتعويض. أما التسمية الأجنبية فهي بحكم المعنى اللغوي الأصلي تعني عدم تعادل كفتي الميزان .

أما من ناحية شروط تطبيقه والحالات التي يطبق أو لا يطبق فيها نجد أنها تتجه بهذا التعويض بعيداً عن فكرة الجبر إلى فكرة العقاب. فالشرط الأول لتطبيقه هو أن يكون سلوك المدعي "استثنائياً". ولم يكن هذا الشرط ليكون شرطاً في منح التعويض المشدد إلا أن يكون الفكر القانوني وراء ذلك هو أن يكون مثل هذا السلوك هو المحرك الأساسي لفكرة زيادة مبلغ التعويض بحسبان أنه شطط في السلوك إلى الحد الذي يستدعي معه فكرة العقاب في التعويض. وقد يقارع هذا الرأي رد آخر مناقض له وهو أن تفاقم الضرر كنتيجة طبيعية للسلوك الاستثنائي سوف يؤدي بحكم طبيعة التعويض الجابر وآليته إلى زيادة مبلغ التعويض ليتساوى مع جسامه الضرر الأمر الذي يقطع بالطبيعة الجبرية / التعويضية لهذا التضمين. وقد تبنى هذا الرأي القاضي دايسون في قضية Appleton V. Garrett المشار إليها سابقاً إلا أن هذا الطرح ينسف فكرة التعويض عن الضرر المتفاقم من أساسها إذ يصبح غير ذي فائدة وأن التعويض المطبق هو التعويض الجابر العادي الذي يقاس بمدى الضرر وليس المتفاقم وإنما باختلاف مسمى. ولا يعتقد الباحث أن فلسفة القانون الإنجليزي تؤيد الاختلاف في التسمية دون أن يعكس ذلك اختلافاً في الطبيعة القانونية ومجالات التطبيق .

والسبب الثاني – في رأي الباحث – الذي يقرب هذا التعويض من فكرة العقاب أنه لا يوقع في حالات الإهمال حتى ولو كان جسيماً أو أدى إلى حدوث أسى نفسي لدى المضرور. ذلك أن الإهمال هو المجال النموذجي في دعاوى الفعل الضار للحكم بالتعويض الجابر إذا ثبتت المسؤولية تأسيساً على اعتباره انتهاكاً لواجب اتخاذ

<sup>(٢١٦)</sup> اللفظ الإنجليزي هو التصريف الثالث أو اسم المفعول للفعل aggravate وجذوره فرنسية قديمة aggraver بنفس

المعنى وهو مشتق من اللفظ اللاتيني aggravatus بمعنى تحميل أكثر من قدرة الميزان. أما اللفظ العربي المقابل وهو

"المشدد" فهو من الشدة أي التقوية. ففي قوله تعالى : "حتى يبلغ أشده" أي قوته. أما "المتفاقم" أي المتعظم. وقد أثر

الباحث استخدام "المشدد" لأنه الوارد في القواميس اللغوية القانونية : الفاروقي والقاموس القانوني للدكتور إبراهيم إسماعيل

الوهب) ولو أن القواميس العامة استخدمت لفظ "المتفاقم" (المورد)

العناية اللازمة. ودون اعتبار لحسن أو سوء نية الفاعل أو الدافع وراء هذا الخطأ. وقد تقرر اعتبار الإهمال بهذا المعنى في قرار مجلس اللوردات في قضية Donoghue V. Stevenson<sup>(٢١٧)</sup>. وقد عرف القاضي أندرسون الإهمال بأنه "القيود عن عمل شيء يفعله الرجل المعقول على ضوء هذه الاعتبارات التي تنظم عادة السلوك الإنساني. أو فعل شيء ما كان يفعله الرجل الفطن". ومن ثم يكون عدم تطبيق التعويض المشدد على حالات الإهمال أنها لا تستحق التشديد في الجزاء وهو التعويض. وهو ما يعني أن التعويض المشدد يحمل عناصر عقابية.

أما السبب الثالث في اعتبار هذا التعويض مختلفاً عن التعويض الجابر هو أن هذا الأخير يحوي ما يسمى التعويض عن الأسى النفسي وهو نفس السبب الذي يمنح بموجب التعويض المشدد، الأمر الذي يوحى - بزعم أن التعويض المشدد ذو طبيعة تعويضية جابرية - بوجود ازدواجية بين نوعي التعويض في حالات الأسى النفسي. ويرى الباحث أن هذه الازدواجية إن وجدت فهي أمر غير منطقي والصحيح أنه يوجد تعويض جابر عن الأسى النفسي في حالات الخطأ العادية لكن إذا صاحب سلوك الفاعل إبعاد وترو ودم بارد في ارتكاب الفعل الضار المسبب للأسى النفسي يكون الجزاء مشدداً بمقدار الفعل ويطبق على الفاعل التعويض المشدد وهو نفس الرأي الذي انتهت إليه المذكرة الاستشارية المرفوعة في عام ١٩٩٣ من لجنة القانون في كل من إنجلترا وويلز في أنه في حالات كثيرة يستخدم التعويض المشدد في العقاب، والردع، أو الإدانة لسلوك المدعي عليه أكثر منه "لإلقاء الضوء على ضرر المدعي Cast Light upon the plaintiff's injury. ونفس ما أثاره الخصوم في أحد القضايا<sup>(٢١٨)</sup>. لهذه الأسباب يرى الباحث أن هذا التعويض يحوي عناصر عقابية أكثر من العناصر التعويضية. وإذا كان اللورد ديفلن أراد به أن يكون تضميناً تعويضياً باعتبار أن التعويض العقابي أمر خارج عن المؤلف و "مصدر إرباك Source of Confusion"، فإنه بتحليله لم يبدد هذا الغموض بل زاده غموضاً. ومع ذلك يمكن القول برأي توفيق يتخذ الرمادية في اختلاف الآراء أن التعويض المشدد ذو طبيعة شبه عقابية Quasi-Punitive Nature. وهذا ما دعا الباحث إلى القول بأنه يتكامل مع التعويض الاتعاطي (العقابي) في تحقيق هدف العقاب والردع.

48/2/3 - التمييز بين التعويض الاتعاطي والتعويض المشدد: يرى اللورد ديفلن وتتبعه السوابق القضائية أن طبيعة التعويض الاتعاطي عقابية وأن الهدف منه هو عقاب وردع الفاعل وإعطاء درس للمدعي عليه أن "الفعل الضار لا يعني دفع المال Tart does not pay"، بينما التكييف القانوني للتعويض المشدد أنه تعويض جابر للضرر أي تضمين تعويضي لا يهدف إلى عقاب الفاعل أو ردعه وإنما تعويض المدعي عن الضرر في مشاعره.

<sup>(٢١٧)</sup> [1932] A. C. 562, 101 L. J. P. C. 119, 147 L. T. 281 ; 48 T. L. R. 494 ; 76 S. J. 396 ; 37

Com. Cas. 350

Dean v. Ealling L B C [1993] I C R 329, 335 c

<sup>(٢١٨)</sup>

وقد تبين من العرض السابق اختلاف مجالي تطبيق كل منهما. وفي هذا الصدد يمكن إيجاز العلاقة بينهما في أن التعويض المشدد يعتبر أوسع وأضيق نطاقاً من التعويض الإتعاضي. فهو أوسع نطاقاً بمعنى أنه عند الحكم به لا توجد حاجة لدى المحكمة لاستيفاء "اختبار سبب الدعوى Cause of action test" الذي تم إرسائه في قضية A.B. V. South West Water Services Ltd. ولا تحتاج أيضاً أن يكون موضوع الفعل الضار يدخل ضمن فئات التعويض الاتعاضي الثلاثة التي وضعها اللورد ديفلن. وهو أيضاً أضيق نطاقاً بمعنى أنه لا يتم منحه إلا حينما تتأكد المحكمة أن الضحية كابد أضراراً شخصية Personality Injury والتحقق من توافر شرط السلوك الاستثنائي المطلوب .

ويوجد في إنجلترا تمييز بين السلوك الذي يصدم المدعي وجزاؤه التعويض المشدد<sup>(٢١٩)</sup> والسلوك الذي يصدم هيئة المحلفين وجزاؤه التعويض الإتعاضي. ومع ذلك فإن التطبيق العملي يكشف عن صعوبة التمييز بينهما. ويرى اللورد ديفلن أن التعويض المشدد يستطيع بصفة عامة أن يقوم بمعظم إن لم يكن بكل العمل الذي يمكن عمله عن طريق التعويض الإتعاضي<sup>(٢٢٠)</sup>.

### المبحث الثالث

#### التعويض العقابي في الولايات المتحدة الأمريكية

#### Punitive Damages in USA

49/2/3 – مقدمة: التعويض العقابي هو التسمية السائدة في الولايات المتحدة الأمريكية وإن كان يسمى أحياناً في بعض الولايات بالتعويض الاتعاضي Exemplary Damages<sup>(٢٢١)</sup>، وحتى بداية العقد السادس من القرن العشرين كان الطلب عليه في دعاوى التعويض نادر. غير أنه منذ عام ١٩٦٠ ومع التطور المذهل لنظام الفعل الضار نتيجة تزايد أعداد الضحايا تزامن معه تطوراً آخر في الطلب على التعويض العقابي تمخض عن زيادة أعاد القضايا التي تطالب به وزيادة المبالغ المحكوم بها كتعويض من هذا النوع. فقد كشفت الدراسات الإحصائية والأبحاث التجريبية<sup>(٢٢٢)</sup> أن

<sup>(٢١٩)</sup> Broadway Approvals Ltd. V. Odhams Press Ltd. [1965] 1 W. L. R. 805, 822

<sup>(٢٢٠)</sup> Clerk & Lindsell : opcit , para. 27-66 , p. 1497

<sup>(٢٢١)</sup> انظر التقنين المدني لولاية كاليفورنيا قسم "التعويض الإتعاضي" المادة (٣٢٩٤) : للظلم ، الاحتيال ، نية الإيذاء

المسبقة : (أ) في دعوى إخلال بالتزام ليس نابعاً من عقد ، حيث يكون المدعى عليه آثماً في ارتكاب التعسف ، فإن للمدعى فضلاً عن التعويض عن الضرر الفعلي قد يتقاضى تعويضاً من أجل الاعتبار والنموذج وكأسلوب لعقاب المدعى عليه

<sup>(٢٢٢)</sup> Michael Rustad : "Nationalizing Tort Law : "The Republican Attack on Women, Blue Collar Workers and Consumers", 48 Rutgers Legal Review, 673, 669-92 (1996) – Michael Rustad and Thomas Koenig : Punitive Damages in Products Liability : A Research Report", 3 Prod. Liab. L. J. (1992) 85, 89-91

أعداد قضايا المطالبة بهذا التعويض كانت لا تتجاوز خمسة بالمائة من مجموع قضايا التعويض قبل عام ١٩٧٠، ثم ارتفعت طلبات التعويض العقابي عشر مرات في عام ١٩٧٥. وفي عام ١٩٨٠ أصبح الطلب على التعويض العقابي في أكثر من ربع عدد قضايا التعويض. أما بالنسبة لمبالغ التعويض فإنه حتى عام ١٩٧٦ أقرت محكمة الاستئناف منح تعويض عقابي في ثلاثة أحكام في المسؤولية عن المنتج المعيب وكانت مبالغ التعويض أقل من مائتي وخمسين ألف دولار. وفي عام ١٩٨٢ وحده أقرت محاكم الاستئناف الحكم في تسع قضايا وارتفعت مبالغ التعويض العقابي إلى أكثر من مليون دولار<sup>(٢٢٣)</sup>. كما أجرى معهد العدالة المدنية Institute for Civil Justice (I.C.J) دراسة مبنية على أحكام المحلفين من عام ١٩٨٥ إلى عام ١٩٩٤ في خمسة عشر ولاية قضائية أسفرت عن أن متوسط المبالغ المحكوم بها كتعويض عقابي كان أكثر من مليون دولار في معظم القضايا محل الدراسة. بيد أنه في هذا المجال يجب عدم تجاهل حكم صدر في إقليم هاريس Harris County بمنح تعويض مقداره اثني عشر بليون دولار منهم مليارين كتعويض جابر وعشرة بلايين دولار تعويض عقابي<sup>(٢٢٤)</sup>، وفي عام ١٩٨٦ أكدت دراسة The American Bar Association أن أكثر من نصف عدد القضايا التي حكم فيها بزيادة مبلغ التعويض العقابي المحكوم به عن مليون دولار. هذا التطور الرهيب في زيادة مبالغ التعويض قد ترجع بالدرجة الأولى إلى ديناميكية نمط الحياة في الولايات المتحدة الأمريكية التي تجعل منها أكبر دولة تحول الفكر إلى صناعة وأموال، كما ترجع في جزء آخر إلى المهارة المتزايدة لوكلاء المدعين وإلى زيادة الوعي بالحقوق القانونية التي يتمتع بها الفرد وحرصه على حماية مصالحه تحت مظلة القانون المدني.

ونظراً للطبيعة الخاصة للنظام الأمريكي الذي بمقتضاه يسمح لكل ولاية بسن قوانينها الخاصة ومنها قانون الأفعال الضارة والتعويض العقابي وما يستتبعه من اختلاف. فبعضها وهو قليل لا يعترف بالتعويض العقابي كنوع من أنواع التعويض عن ارتكاب الفعل الضار مثل ولاية نبراسكا Nebraska لا يعترف القانون المحلي به<sup>(٢٢٥)</sup>، وفي ولاية واشنطن Washington غير مسموح بالتعويض العقابي إلا إذا نص عليه صراحةً تشريع<sup>(٢٢٦)</sup>، وفي ولاية Connecticut يكون التعويض المحكوم به ذو طبيعة معاوضة (جابرة) وهو يحكم بالتعويض الجابر شاملاً مصاريف التقاضي

Peter W. Huber : Liability : The Legal Revolution and Its Consequences, New York, <sup>(٢٢٣)</sup> Basic Books Inc. Publishers , p. 127

<http://www.rand.org/publications/MR/MR889/MR>

<sup>(٢٢٤)</sup>

<http://.htm>

<sup>(٢٢٥)</sup>

Miller v. Kingsley, 194 Neb. 123, 230 N. W. 2d. 472 (1975)

Fisher Properties, Inc. v. Arden-Mayfair, Inc. , 106 Wash. 2d. 826,726 p. 2d. 8 (1986) – <sup>(٢٢٦)</sup> Barr v. Interbay Citizens Bank of Tampa, 96 Wash. 2d. 409,635 p. 2d.441 (1981) , amended, 96 Wash. 2d. 692, 649 p. 2d. 827 (1982)

مخصوصاً منه تكاليف الضرائب<sup>(٢٢٧)</sup>، وفي ولاية نيوهامبشاير New Hampshire يسمح القانون بمنح تعويض جابر هو liberal Compensatory Damages في الحالات التي تشتمل على ظروف مشددة لتعويض المدعي عن سلوك المدعي عليه لكن ليس بغرض عقاب هذا الأخير<sup>(٢٢٨)</sup>، وفيما عدا ولاية وسكنسن Wisconsin التي تحد من فرص منحه إلا في إطار الأفعال المستهترة Wanton وعدم المبالاة بطيش أو بتعمد بحقوق ومصالح المدعين willful or reckless disregard of the plaintiff's rights or interests<sup>(٢٢٩)</sup>، فإن معظم الولايات الأخرى تطلق منح هذا التعويض في مجالات مختلفة. ويصبح على الباحث عدم الاستغراق في تفاصيل قانون كل ولاية والاكتفاء بالأمور المشتركة بينهم. وإذا أشار إلى بعض التشريعات أو القانون العام في أحد الولايات فيكون على سبيل الاستشهاد والتوثيق .

وقد بدأ هذا التعويض منذ عدة سنوات عندما ابتكر مجموعة من المشرعين نظام للعقاب المالي لمرتكبي الفعل الضار "الخارجين عن الحدود المألوفة Stepped out of bounds" وكان التفكير الأولي هو أن يتجاوز التعويض البسيط الضرر الفعلي ويعطي المضرور جزية مالية Monetary Toll ممن يرتكب سوء سلوك شنيع Outrageous أو فاضح Egregious. في البدء كان الهدف من التعويض العقابي هو بعث رسالتين الأولى مغزى أخلاقي قوي لمرتكب الفعل الضار والثانية هي إيذاء مالي Draw Financial Blood للفاعل. كما كان التفكير الأولي هو العقاب المالي لمن يحمل صفات الأكثر بغضاً The most unsavory characters مثل سائقي السيارات المخمورين، المشوهين لسمعة الآخرين .. إلخ . وقد انتشر الآن هذا التعويض وانتقلت مبالغ مالية من يد لأخرى وأصبح الآن محل مطالبة في قضايا عديدة جداً ومتنوعة حتى أن المصانع والشركات العملاقة قد ابتليت برعب أحكام التعويض العقابي<sup>(٢٣٠)</sup> وقد جاء في قاموس Black Law (ص ٣٥٢) تعريف للتعويض العقابي عبارة عن تلخيص لأحكام القضاء بأنه: "تعويض متدرج في الزيادة يحكم به للمدعي - فضلاً عن التعويض الجابر (المعاوض) للخسارة التي تكبدها عندما يكون الفعل الضار من جانب المدعي عليه قد ارتبط بظروف : العنف ، الجور ، سوء القصد ، الغش ، الطيش البين ، والسلوك المؤذي (من قبل المعتدي) . ويقصد به سلوان المدعي عن الألم النفسي، وتمزق مشاعره وأحاسيسه والخزي والخط من قدره أو أي اقتران للفعل الضار بعوامل وملابس تزيد من خطورته ، أو أي طريقة أخرى لعقاب المدعي عليه نتيجة سلوكه الشرير ولجعل منه عظة وعبرة ونموذج لغيره

Divapoli v. Cook, 43 Conn. App. 419,682 A. 2ed. 603 (conn. Ct. App. 1996) – Berry v. <sup>(٢٢٧)</sup>

Loiseau, 223 Conn. 786,614 A. 2ed. 414 (1992)

Aubert v. Aubert, 129, N. H. 422, 529 A 2ed. 909 (1987) <sup>(٢٢٨)</sup>

Brown v. Maxey, 124 Wis. 2d. 426, 369 N. W. 2d. 677 (Wis. 1985) –Koehring Co. v. <sup>(٢٢٩)</sup>

American Mutual Liability Insurance Co. , 564, F. Supp. 303 (E. D. Wis. 1983)

Joseph C. Coulter Jr. : "The Punitive Damages Issue" (1996) [http : // www. Unic. Com /](http://www.Unic.Com/specdcts/riskbuss/damage.htm) <sup>(٢٣٠)</sup>  
specdcts / riskbuss / damage. htm 1

ممن تسول له نفسه ارتكاب هذا الفعل الضار مستقبلاً . ولذلك وصف بأنه عقابي Punitive or Punitory أو انتقامي Vindictive .

#### 50/2/3 – مجالات التعويض العقابي – المعايير اللفظية Verbal Standards

أو معدلات الخطأ Standards of Culpability: يستخدم النظام القانوني الأمريكي – سواء عن طريق القانون العام أو التشريعات – معدلات لفظية للدلالة على معدلات الخطأ. وهي تمثل مدى من الآراء في إطار تعبيرات لغوية لوصف السلوك الخاطئ الذي يبرر تطبيق التعويض العقابي. وهي كثيرة ومتنوعة وقد يوصف السلوك الضار بأكثر من وصف من هذه الأوصاف. وقد جمع أحد الأحكام<sup>(٢٣٢)</sup> ليس أقل من تسع من هذه الصفات في مناقشته لقضية محل تعويض عقابي. وتختلف الولايات فيما بينها بمدى ما تطبقه من أوصاف في قانونها الداخلي والتركيز على بعضها وإهمال أوصاف أخرى . إلا أنه بالقراءة الشاملة وبملاحظة التكرارات نجد أنها لا تخرج عن الصفات التالية :

(١) الطيش Reckless: وهذه الصفة للفعل الضار تبرر طلب التعويض العقابي وفقاً للقسم ٥٠٠ من التعديل الثاني لقانون الفعل الضار وكذلك المادة ١٠٢ من قانون الحقوق المدنية لسنة ١٩٩١<sup>(٢٣٣)</sup>، ولو أن بعض المحاكم لا تكتفي بالطيش بمفهوم القانون المدني. فبعضها يتطلب في قضايا المسؤولية عن المنتج المعيب أن يكون سلوك المدعي عليه الظاهر قريباً من السلوك الجنائي حتى يسمح بتطبيق التعويض العقابي<sup>(٢٣٤)</sup> وقد يصاحب صفة الطيش صفات أخرى إليها مثل : (٢) عدم الاكتراث أو اللامبالاة Indifference أو (٣) الاستخفاف Disregard ، (٤) الإيذاء أو نية الأضرار المسبقة Malice وهذه الصفة تعني "حالة عقلية تحض شخصاً ما بأن يرتكب متعمداً فعلاً خاطئاً بغرض الإضرار بشخص آخر"<sup>(٢٣٥)</sup> أو هو "إحساس برغبة شخصية سقيمة تجاه المدعي والتي تنشط أو تحفز الفاعل لأداء الفعل الضار أو مباشرة السلوك المنتج لضرر الضحية"<sup>(٢٣٥)</sup> وقد تكون نية الإضرار فعلية Malice in fact or actual malice وقد تكون مفترضة أو قانونية. والإيذاء الفعلي هو حالة عقلية تبين رغبة إيجابية ونية مبيتة تحركها إرادة مريضة أو بغیضة لإيذاء شخص آخر. أما الإيذاء المفترض هو ما يستنتج من خلال وقائع معينة بالرغم من أن الشخص قد يتصرف بدون بغض أو إرادة سقيمة ومع ذلك يمكن إسناد سوء النية المسبق إلى هذا

Wangen v. Ford Motors Co. , 294 N. W. 2d. 437, 462 (Wis. 1980)

(٢٣١)

Enforcement Guidance : Copensatory and Punitivw Damages Available under sec. 102 of the Civil Rights Act of 1991 [http : // www. Gov. / docs / damages. Htm1](http://www.Gov./docs/damages.Htm1)

Roginsky v. Richardson-Marrell, Inc., 378 F 2d. 832, 2d. Cir. 1967

(٢٣٣)

Black's Law Dictionary 862, 5<sup>th</sup>. Ed. (1979)

(٢٣٤)

Susan H. Boyles : "Punitive Damages : Navigating the Murky of Chapter 1 D of North Carolina Law of 1999" , [http: // www. Kilpatrickstockton. Com / sit/print/detail ? Article 1](http://www.Kilpatrickstockton.Com/sit/print/detail?Article1D=530)

الشخص إذا تصرف عمداً وقصداً وباستهتار في إيذاء شخص آخر؛ مثل القيادة بسرعة عالية (٨٠ ميل في الساعة مثلاً) في منطقة مدارس ووقت خروج التلاميذ. هناك عدة عوامل يعتد بها في تحديد اللامبالاة الطائشة ونية الإضرار تم تجميعها من خلال التحقيقات في مدى ثبوت المسؤولية لكنها ليست حصرية ويمكن الأخذ في الاعتبار عوامل أخرى مناسبة، من هذه العوامل :

(أ) درجة فظاعة وطبيعة سلوك الفاعل The degree of Egregiousness and The Nature of the Respondent's Conduct (التعديل الثاني لقانون الفعل الضار المادة ٩٠٨ (٢)). وقد قررت المحكمة في إحدى القضايا<sup>(٢٣٧)</sup> أن السماح بالتعويض العقابي ينطوي على تقويم لطبيعة السلوك الذي نحن بصدد، ذلك السلوك الذي يصدم ويحرج المشاعر ويكون فظيماً ويستحق النظر في منح التعويض العقابي. وترجع وقائع هذه القضية إلى أن المدعي تقدم لشغل وظيفة وعين فيها بناء على توصية من موظف آخر وأدرج اسمه كموظف جديد. إلا أنه في أول مقابلة له مع المدعي عليه أبدى هذا الأخير استياءه حيث اكتشف أن هذا الموظف الجديد أسود البشرة وتقوه بعبارة أنه ليس مسموحاً لأي شخص أسود بالعمل في هذا المكتب. وقد عمل المدعي لمدة عدة أيام ثم فصل من العمل وعين فيما بعد اثنين من البيض في نفس وظيفته. (ب) طبيعة ومدى خطورة الضرر الذي سببه الفاعل للمضروب<sup>(٢٣٨)</sup>.

(ج) طول أمد الفترة التي يستغرقها السلوك العنصري. إذ أن استمرار المدة التي يمارس فيها التمييز العنصري يكشف عن وجود إبعاد وعدم اكتراث طائش<sup>(٢٣٩)</sup>.

(د) وجود وتكرار سلوك عنصري قديم من قبل المدعي عليه. فإذا وجد نمط مستمر من التحرش الجنسي لدى الفاعل قد يعتبر دليلاً كافياً على توافر صفتي النية المضمرة والسلوك الطائش بلا مبالاة. مثال ذلك قضية خاصة بإحدى السيدات التي عملت لدى واحد من أكبر شركات المحاماة والاستشارات القانونية وتحرش بها جنسياً أحد الشركاء. وقد ثبت أثناء المحاكمة أنه تعود منذ عدة سنوات على التحرش الجنسي بالموظفات ولم يهتم أحد بالتحقيق في الشكاوى التي وردت بحقه واحتفظ بهذه الشكاوى في ملفات النساء الشاكيات وإخفاء سلوك المدعي الأمر الذي يكشف عن وجود النية المدبرة واللامبالاة الطائشة. وقد حكمت المحكمة العليا بسان فرانسيسكو بمبلغ خمسون ألف دولار مقابل الأذى النفسي وسبعة ملايين ومائة ألف دولار تعويض عقابي. قدرت هيئة المحلفين هذا التعويض الأخير بمقدار ١٠% من رأس مال الشركة على أساس قاعدة العشور التي تقدم للكنيسة في الديانة المسيحية وخفض المبلغ بعد ذلك إلى ٣,٥ مليون دولار<sup>(٢٤٠)</sup>.

<sup>(٢٣٦)</sup> E E O C v. Gaddis , 733 F. 2d. 1373, 1380, 34 E P D , Par. 34, 348 (10 th. Cir. 1984) ُ

<sup>(٢٣٧)</sup> انظر التعديل الثاني لقانون الأفعال الضارة المدة (٢/٩٠٨) وانظر أيضاً قضية : Kenan v. City of

Philadelphia, 55 F E P Case 932, 943 (E. D. Pa. 1991)

Williamson v. Handy Button Machine Company 817 F. 2d. at 1296 <sup>(٢٣٨)</sup>

Mary Alice Mclarty : Case Facts, <sup>(٢٣٩)</sup> <http://www.maryalice.com/cases/sexdiscrim.html>

<http://www.maryalice.com/cases/sexdiscrim.html>

هـ) إذا وجد دليل على أن الفاعل يخطط أو يحاول أن يخفي الممارسات أو السلوك العنصري.

و) إثبات وجود تهديد أو عمل ثأري ضدي المشتكي<sup>(٢٤٠)</sup>.

وقد أصدرت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في ٢٢ يونيو ١٩٩٩ حكماً هاماً في أحد القضايا<sup>(٢٤١)</sup> في محاولة تحديد الظروف التي يمكن من خلالها منح التعويض العقابي، وعلى وجه التحديد كيفية تفسير عبارتي Malice or reckless indifference. وقد كتب القاضي رأي الأغلبية وأشار إلى أن قانون الحقوق المدنية لسنة ١٩٩١ لا يتطلب إثبات السلوك الشنيع Egregious Behavior، إذ أن هذا القانون يترجم نية الهيئة التشريعية في جعل التعويض العقابي في إطار محدد من القضايا التي ترفع في حالات التفرقة العمدية وأن السلوك الشنيع قد يكون دليلاً على إضرار النية أو عدم الاكتراث.

٥) جمود المشاعر<sup>(٢٤٢)</sup>

٦) العنت وفيها قوله تعالى: "عزيز عليه ما عنتم" والكلمة الإنجليزية Willful مكونة في الأصل من كلمتي Will + Full بمعنى التأكيد أو الميل إلى التأكيد على رأي مغاير لأي إقناع، تعليمات، أو أمر أي "دماغ يابسة" headstrong أو عنيد. وهي معاني قريبة من المتعنت وهو طالب الزلة. ومن القضايا الشهيرة التي شغلت الرأي العام الأمريكي في هذا المجال هي قضية السيدة ستيل لبيك من ولاية نيومكسيكو ضد ماكدونالد. وتدور وقائعها في أن السيدة المذكورة كانت جالسة في مقعدها بالسيارة التي يقودها حفيدها عندما توجهت في فبراير ١٩٩٢ إلى أحد منافذ تقديم القهوة لراكبي السيارات من المحلات الشهيرة ماكدونالد. وبعد تسلمها فنان القهوة Styrofoam تحرك حفيدها بالسيارة قليلاً ثم توقف لتضع اللبن والسكر (وهو خطأ مشارك من الضرورة). ووضعت السيدة كوب القهوة على ركبتيها وفي أثناء نزع الغطاء البلاستيك تساقطت محتويات الكوب على رجليها والأجزاء الحساسة والتناسلية. قدر جراح الأوعية الدموية أنها تعاني حرقاً من الدرجة الثالثة تغطي ٦% من جسدها. كشفت التحقيقات أن هناك حوالي (٧٠٠) شكوى ممن سبق لهم الاحتراق من القهوة بين عامي ١٩٨٢، ١٩٩٢ بعضها مشابه لما حدث مع السيدة ستيل. وقد كان ذلك معبراً عن مدى طبيعة هذه المخاطر. وقد شهد مدير ضمان النوعية أن الشركة أصدرت أوامرها بأن تكون درجة حرارة القهوة ١٨٥ درجة تنقص أو تزيد في حدود خمس درجات وأضاف أن خطر حريق الجلد يكون من أي

<sup>(٢٤٠)</sup> Hunter v. Allis-Chambers, 797 F. 2d. 1417, 1425, 41 E P D Par 36, 417 (7 th. Cir. 1968)

<sup>(٢٤١)</sup> – Kolstad v. American Dental Association, 98 U. S. 208, (U. S. Supreme Court, 1999)

Emily K. Demonte and David W. Arnold : "When Are Punitive Damages Available Under Title V!!" ; [http://siop.org/backissues/Tip\\_Octo\\_99/25\\_Demont.htm](http://siop.org/backissues/Tip_Octo_99/25_Demont.htm) .

<sup>(٢٤٢)</sup> أصل الكلمة الإنجليزية callous فرنسي calleux بمعنى جاسئ أو خشن والخشونة في المشاعر أقرب إليها التعبير

العربي الدارج جمود المشاعر



طعام أو شراب يقدم في درجة حرارة مقدارها ١٤٠ أو أكثر وأن درجة حرارة قهوة ماك دونالد غير مناسبة للاستهلاك لأنها تؤدي إلى حريق الفم والزور كما أنه ليس هناك نية لدى ماك دونالد لتخفيض درجة حرارة القهوة التي تقدمها وقد أكد خبير في الديناميكية الحرارية thermodynamics أن أي سائل عند ١٨٠ درجة يسبب حرقاً كاملاً للجلد البشري في خلال ثانيتين إلى سبع ثواني. وبرر محامي الشركة أن العملاء يطلبون هذه القهوة لاحتساؤها في منازلهم وأنهم يطلبونها هكذا بنفس المذاق ودرجة الحرارة. إلا أن الشركة اعترفت أن العملاء كانوا غير مدركين بإمكانية تعرضهم لحريق من الدرجة الثالثة من احتساء هذه القهوة مباشرة، وإنه وإن كان هناك عبارة مكتوبة بهذا المعنى على أحد جانبي الفنجان لكنها لم تكن تحذير بقدر ما كانت تذكير إذ أن موقعها لم يكن ليحذر المستهلك من هذا الخطر. قدرت هيئة المحلفين التعويض الجابر بمبلغ ٢٠٠,٠٠٠ دولار خفض بعد ذلك إلى ١٦٠,٠٠٠ دولار لأن المدعية أخطأت بنسبة ٢٠% . كما أجبرت الشركة على دفع تعويض عقابي مقداره ٢,٧ مليون دولار وهو ما يساوي إجمالي مبيعات يومين من هذا الفرع، خفض بعد ذلك إلى ٤٨٠,٠٠٠ دولار أي ثلاثة أضعاف التعويض الجابر ووصفت المحكمة سلوك المدعي عليها بأنه طائش، وجامد المشاعر ومتعنت و Reckless, Callous and Willful ، تبين فيما بعد الحكم أن هذا الفرع خفض درجة الحرارة القهوة إلى ١٥٨ درجة فهرنهايت<sup>(٢٤٧)</sup>.

Mary Alice Mc Larty : Case Facts : “The other side of the story, the Mc Donald’s” (٢٤٣)

Southern Pacific Transportation Company v. Lueck, Supreme Court of Arizona, in Banc, 1975, 111 Ariz. 500, 535 P. 2d. 509

تقاطع مسار القطار مع شارع مالي Maley لتأكيد سلامة الجمهور. وقد اعتبرت هيئة المحلفين أن سلوك الشركة المدعي عليها ينطوي على تعنت واستهتار وعدم اكتراث وإضرار لنية الأذى وقدرت التعويض الجابر بمبلغ مليوني دولار والتعويض العقابي بمبلغ ١,٠٨٠,٠٠٠ دولار لزوجته المتوفى وطفلين أحدهما عمره ست سنوات والآخر ثمانية عشر شهراً. وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم باعتبار أن تقدير التعويض العقابي هو محض صلاحيات المحلفين إن لم يكن فيه مبالغة شديدة وغير عادل أو معقول أو شنيع بحيث يصدم ضمير المحكمة وهو لم يكن كذلك .

(٨) شنيع أو فظ Outrageous<sup>(٢٤٥)</sup> ومن السوابق القضائية الهامة التي توضح مدى تنوع و مرونة المعدلات اللفظية الحكم التي أصدرته المحكمة العليا في ولاية وسكنسن في أحد القضايا<sup>(٢٤٦)</sup> وترجع وقائع هذه القضية إلى ديسمبر ١٩٦٦ حيث التحقت المدعية اليتا جونز بالعمل كممرضة في منزل للتمريض يملكه المدعي عليهم السيد جيروم بول فيشر وزوجته، وفي سبتمبر ١٩٦٧ اقترضت المدعية من صاحب العمل مبلغ من المال تكاليف طاقم أسنان علوي تحتاج إليه بشدة. كان من الواضح والمفترض أنها ستظل تعمل لديهم مدة من الوقت. وبعد حصولها على الطاقم بأسبوع في ٦ نوفمبر ١٩٦٧ أخبرت المدعي عليهم بعزمها على الاستقالة وترك العمل وثار جدل حول كيفية سدادها لمبلغ القرض. وعندما لم يعجب المدعي عليهم عرض المدعية جذبها أحدهم وخلع الآخر طاقم الأسنان من فمها بالقوة مؤكدين بطريقة وحشية حقهم في الاحتفاظ به كتأمين لسداد الدين. جرت السيدة في هلع إلى أقرب صيدلية وطلبت تكليف أحد المحامين للدفاع عنها ثم هربت إلى أقرب مركز شرطة للإبلاغ بما حدث ووصفت شعورها آنذاك أمام المحكمة بأنها عانت الذل والهوان والخزي والعار أمام الصيدلي ورجال الشرطة. وصفت المحكمة العليا سلوك المدعي عليهم بأنه "غير قانوني ، شنيع وغير معقول بالمرة Illegal, Outrageous and Grossly Unreasonable".

(٩) شنيع وفاحش Outrageous and Flagrant: والقضية النموذجية لتوضيح هذه الصفات هي قضية فيشر ضد مؤسسة جونز – مانفيل<sup>(٢٤٧)</sup> وهي وإن كانت نمطية إلا أن أهميتها تنبع من ثراء المناقشات التي صاحبته. وملخص وقائع هذه القضية هو أن المدعي عمل في صناعة مادة (الأسبستوس) في الفترة من ١٩٣٨ – ١٩٤٥ ولم يتلق أي تحذير حول مخاطر العمل في هذه الصناعة أو أي تعليمات خاصة بالتعامل الآمن سواء من أصحاب المصنع أو الموردين لهذه المادة الأمر الذي أدى إلى إصابته بمرض رئوي نتيجة لتعرضه لفترات طويلة للأسبستوس. وقد نجح وزوجته في كسب الدعوى وحكم لهما بتعويض جابر وآخر عقابي. استأنف المدعي عليهم

<sup>(٢٤٥)</sup> وأصلها الفرنسي outrageous صفة بمعنى قذيع ، وفي الحديث "من قال في الإسلام شعراً (متقذعاً) فلسانه هدر

<sup>(٢٤٦)</sup> Jones v. Fisher, Supreme Court of Wisconsin, 1969-42 Wis. 2d. 209, 166, N. W. 2d.

<sup>(٢٤٧)</sup> Fischer v. Johns-Manville Corp., 103 N. J. 643, 512 A. 2d. 466 (1980) ref. : Richard A.

Epstein : Cases and Materials on Torts, 5tg. Ed. , Little, Brown and Company pp. 800-813

الحكم في شق التعويض العقابي على أساس: أ) من حيث المفهوم لا يمكن أن ينشأ التعويض العقابي من الدعاوى المؤسسة على المسؤولية المفترضة لمجرد عدم التحذير من المخاطر، ب) لا يخدم التعويض العقابي أي هدف في قضايا الأسبستوس العديدة، ج) ليس في سجل المدعي عليه أي تحقيقات قضائية خاصة بالتعويض العقابي. ركزت محكمة الاستئناف على نقطة جوهرية واحدة وهي "العلم الحقيقي Actual Knowledge". وقد ثبت لها من خلال التحقيقات الموسعة وتقارير الخبرة أن المدعي عليهم كانوا على علم بمخاطر هذه الصناعة على العاملين في عمليات التعدين والطحن والتصنيع منذ بداية عام ١٩٣٠. ومع ذلك اتخذوا قرار حجب هذه المعلومات عن الجمهور وهو سلوك شنيع وفاحش ولا يأبه بالمخاطر الصحية الهامة التي قد يتعرض لها العاملين في هذا الحقل. هذا السلوك من جانب المدعي عليهم – كما انتهت إلى وصفه محكمة الاستئناف – يبرر فرض تعويض عقابي عليهم .

ومن الموضوعات الجانبية التي أثّرت في هذه القضية موضوعين لهما أهمية خاصة. الأول خاص بطول المدة بين وقوع الفعل الضار وبين المطالبة بالتعويض العقابي. ويبادر الباحث بالقول بأن هذا الموضوع ما كان ليثار إذا أخذ في الاعتبار أن الاعتداء على حقوق الشخصية ومنها الحق في السلامة البدنية التي تستهدفها هذه الدعوى لا تتقادم بمضي المدة. ومع ذلك فإن إثارته فضلاً عن تأكيد هذا المعنى أكد معاني أخرى في المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار). فقد قيل أنه ليس من العدل إقامة الدعوى بعد مضي مدة طويلة قد يكون معظم مرتكبي الفعل ليسوا في نفس مواقعهم إن لم يكن عدد منهم خرج من الوظيفة أو مات فكيف نعاقب – باعتبار أن التعويض العقابي عقوبة – أناس أبرياء لم يرتكبوا الفعل الضار المبرر لهذا التعويض. وذلك بالإضافة إلى تغير القيم الاجتماعية من فترة لأخرى فما كان العلم بالضرر قيمة في وقت ما قد يكون في وقت لاحق قيمة هامة في تقرير التعويض.

وكان الرد المعارض لذلك هو أن الأمراض الناتجة عن التعرض لمادة الأسبستوس تكمن مدة طويلة (من ١٠ إلى ١٤ سنة) بعد التعرض وهي تسبب أمراض سرطان الرئة الذي يحدث بعد التعرض بمدة تتراوح من خمسة عشر سنة إلى خمس وثلاثين سنة. فهي بحكم طبيعة كمون هذا المرض ومدة ظهوره تستغرق وقتاً طويلاً من بعد التعرض لهذه المادة. أما تغير القيم الاجتماعية فإنه وفقاً لتجميع البروفيسور أوين<sup>(٢٤٨)</sup> للمجموعات الخمس سوء سلوك المصنعين وهي: أ) الغش ، سلوك مؤكد لتضليل الناس – ب) المعرفة بمخالفة معدلات السلامة – ج) عدم كفاية مراقبة النوعية والتدقيق وكذلك إجراءات التصنيع – د) الإخفاق في التعريف بالخطر – هـ) الفشل فيما بعد التسويق في علاج الخطر المعروف. ولما كانت هذه القضية تدخل ضمن هذه المجموعات (أ، د) فلا يمكن القول بتغير القيم الاجتماعية فلا يمكن أن لا تكون نفس القيم هي القيم وقت ارتكاب الفعل الضار. وأخيراً وهو المهم من الناحية القانونية الفنية هو أن هذا القول يتجاهل طبيعة فكرة "المؤسسة" كشخصية

David Owen : "Punitive Damages in Product Liability Litigation", 74 Mich. L. Review <sup>(٢٤٨)</sup>

[ 1957] at 1329-61

قانونية مستقلة أي كشخص اعتباري يمكن مقاضاته كما يمكن له التقاضي. وتنشأ المسؤولية وقت ارتكاب الفعل الضار وليس وقت رفع الدعوى وإنما تنقرر بصدور الحكم<sup>(٢٤٩)</sup> ، ولما كانت وظيفة التعويض العقابي هي ردع الآخرين في عدم ارتكاب هذا الفعل مستقبلاً فإنه سيتحقق في هذه الحالة بغض النظر عن التغيير في أشخاص الشركة المعتدية .

أما الموضوع الثاني الذي أثير هو أن توقيع العقوبة على المؤسسة هو عقاب لحملة الأسهم الأبرياء من ارتكاب الفعل المسوغ لفرض التعويض العقابي. والرد على ذلك هو المبدأ الخاص باعتبار الشركة شخصية معنوية مستقلة عن حملة الأسهم من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين. سيما وأنه قد يكون للتعويض الجابر نفس التأثير على حملة الأسهم والذي قد يتمثل في انخفاض القيمة السوقية للسهم وهذه نتيجة طبيعية قد يحد منها عدم الإقدام على ارتكاب الأفعال الضارة التي تبرر الحكم بتعويض نقدي. وهذا هو هدف المسؤولية التقصيرية النهائي .

١٠) عدم الاكتراث بوعي Conscious Disregard: ومن القضايا المثيرة التي تعمق هذه الصفات لسلوك المدعي عليه كمبرر لطلب التعويض العقابي هي القضية التي رفعت على شركة فورد للسيارات<sup>(٢٥٠)</sup> وتخلص وقائعها في أن السيدة / ليلي جراي اشترت سيارة فورد بنتو في نوفمبر ١٩٧١ وبعد ستة أشهر عازمت على السفر إلى ولاية كاليفورنيا واصطحبت معها ريتشارد جريمشو البالغ من العمر ثلاثة عشر سنة وعند توقفها أمام بوابة العبور إلى الطريق السريع صدمتها سيارة أخرى من الخلف حيث كان يوجد خزان الوقود. فاحترقت السيارة وتوفيت صاحبتها وأصيب المدعي بحروق في وجهه وباقي جسده. رفع المدعي دعواه مطالباً بتعويض جابر وآخر عقابي على أساس أن تصميم موقع خزان الوقود في سيارات فورد بنتو جعلها عرضة لأي تصادم من الخلف يستتبعه حريق وهو حقيقة معروفة لدى شركة فورد. دافعت فورد عن نفسها بأن تصميم سياراتها يحوي وسائل أمان معقولة وأنها مطابقة للمعدلات الفيدرالية خاصة بتأثير الصدمات. وفي مذكرة القاضي للمحلفين ورد أن "نية الإضرار تعني وجود حافز ورغبة في أن يكدر، يزعج، يضايق أو يؤذي شخص آخر. ويمكن استنتاجه من الأفعال والسلوك، مثل بيان أن سلوك المدعي عليه كان متعمداً، عمدياً، وتم بعدم اكتراث واع للنتائج الممكنة. قدر المحلفون التعويض الجابر بمبلغ (٢,٥) مليون دولار والتعويض العقابي بمبلغ (١٢٥) مليون دولار خفضته المحكمة فيما بعد إلى مبلغ (٣,٥) مليون دولار. لم تهتم فورد باستئناف حكم التعويض الجابر لكنها استأنفت الحكم في الشق الخاص بالتعويض العقابي فقط على أساس أنه لم يكن لديها حافز سيء Evil Motive. في سنة ١٩٨١ أي بعد تسع سنوات من وقوع الحادث أقرت محكمة الاستئناف حكم محكمة أول درجة معلنة أن

Moran v. Johnes-Maniville Sales Corp. , 691 F. 2d. 811, 817 (6 the Cir. 1982)

(٢٤٩)

Grimshaw v. Ford Motor Co. , 119 Cal. App. 3d. 757, 174 Cal. Rptr. 348 (1981) See <sup>(٢٥٠)</sup>  
also : Peter W. Huber : Liability, opcit, pp. 115-116 – Richard A. Epstein , opcit, p. 811

قانون ولاية كاليفورنيا يسمح بتطبيق التعويض العقابي حتى ولو يكن لدى المدعي عليه النية الفعلية لضرر المدعي والمهم هو عدم الاكتراث الواعي لأمان وسلامة الأشخاص. ودفعت شركة فورد للمدعي أخيراً مبلغاً إجمالياً قدره ستة ملايين دولار تعويض جابر وعقابي. ومن العبارات الأخرى المشابهة لهذه الصفة وجذبت انتباه المحاكم خصوصاً في قضايا المسؤولية عن الإنتاج المعيب هي عدم الاهتمام السافر Flagrant Indifference للإيذاء<sup>(٢٥١)</sup>

(١١) الاحتيال Fraud: وهو الزعم الكاذب لوقائع مادية يقوم بها المدعي عليه بنية الخداع، وهو زعم محسوب بمعيّار المعقولة ليخدع المدعي عليه فإذا تم فإنه يسبب الضرر للمدعي لاعتماد هذا الأخير على صحته<sup>(٢٥٢)</sup>.

51/2/3 – وهكذا نجد تطبيقات التعويض العقابي انصرفت إلى مختلف أشكال الفعل الضار بشرط أن يوصف السلوك وراء ارتكاب هذا الفعل بأحد الصفات السابقة. فنجد أنها شملت قضايا الاعتداء على الحق في الحياة وعلى حرمة الجسد والتشهير بالقول الشفهي slander<sup>(٢٥٣)</sup>، والتشهير بالنشر Libel ففي إحدى القضايا<sup>(٢٥٤)</sup> رفع المدعي السيد / جون هنري فولك وهو مقدم برامج إذاعية وتلفازية شهير قضية على مؤسسة Aware والتي تهدف إلى مناهضة الشيوعية وعلى مؤسسها ورئيسها متهماً إياهم بالتشهير به بالنشر وذلك بزعم بأنه متعاطف مع الشيوعية ولديه ميول لذلك وقد حكمت له المحكمة بمبلغ مليون دولار تعويض جابر وبمليون وربع مليون دولار تعويض عقابي ضد كل من المؤسسة ورئيسها. ناهيك عن قضايا المسؤولية عن المنتج المعيب وهي عديدة ويكفي معرفة مبالغ التعويض العقابي التي دفعتها شركات السيارات ، فقد دفعت شركة هوندا خمسة ملايين دولار في عام ١٩٧٠، ودفعت شركة تويوتا عن عيب التصميم في سيارة كورونا ثلاثة ملايين دولار في عام ١٩٧٣، والغريب أنه في إحدى القضايا أعتبر أن سلوك المدعي عليها شنيعاً لأنها أنتجت أحد اللقاحات وقد اعتمدت مواصفاته الطبية وفقاً للمعايير الاتحادية وتمت الموافقة عليه من السلطات المختصة وأنه لا يسبب أي أعراض جانبية والأكثر من ذلك فإن الجهة المعنية وافقت علي عبارة التحذير الموجودة علي العبوة إلا أن الحكم

Leichtamer v. American Motors Corp., 424 N. E. 2d. 568, 580 (Ohio 1981)

(٢٥١)

Schaffer v. Edward D. Jones and Co. , 1996 S D 94, 552 N W 2d. 801 (٢٥٢)

المحكمة بتعويض جابر قدره ٢٥٠.٠٠٠ دولار و ٧٥٠.٠٠٠ دولار تعويض عقابي للإحتيال والغش والادعاء الكاذب بخصوص الاستثمارات الخطرة – انظر أيضاً قضية : Ward Lange , 1996 S D 113, 553 N w 2d. 246 حيث قضت المحكمة بتعويض جابر قدره ٧٥٠.٠٠٠ دولار وبمبلغ ٢٥٠.٠٠٠ دولار تعويض عقابي للإخلال بالثقة والاحتيال

والغش

Schuldies v. Millar, 1996 S D 120, 555 N W 2d. 90

(٢٥٣)

Faulk v. Aware, Inc. 35 Misc. 2d. 302, 231 N. Y. S. 2d. 270 (1962)

(٢٥٤)

أدان الشركة المنتجة "للنقص المعيب في مقاومة اللهب Defective Lack of Flame Proofing" رغم أن محتوى المواد يتفق مع قانون النسيج المقاوم للهب الاتحادي. 52/2/3 – لا تسمح أغلبية المحاكم وكذلك معظم التشريعات بمنح التعويض العقابي في حالات الإهمال Negligence. وكذلك بالنسبة للأشكال المشددة منه والتي تبدو في إطار الإهمال الجسيم Gross Negligence على الرغم من سماحها بذلك في حالات السلوك الطائش وعدم الاكتراث الواعي. بعض التشريعات تنص صراحةً – وهو تغيير في مبادئ القانون العام – على أن "السلوك المتعنت أو المستهتر لا يشمل الإهمال الجسيم"<sup>(٢٥٥)</sup> وينصرف نفس الأمر بالنسبة لمسئولية المتبوع عن أعمال تابعة Vicarious Liability للفعل أو الترك من آخرين. ففي القضايا التي يحاول المدعي أن يجعل من رب العمل مسئولاً عن أعمال العاملين لديه وبالتالي يضطره إلى دفع تعويض عقابي لا يستطيع ذلك ما لم يثبت في دعواه أن رب العمل ساهم أو وافق على السلوك المشدد وإلا شطبت المحكمة دعواه ضد صاحب العمل. وفي حالة إذا كان المدعي عليه مؤسسة فلا يمكن اعتبار الموظفين أو التنفيذيين أو المديرين في هذه المؤسسة مسئولين بمفهوم التعويض العقابي إلا إذا تبين أنهم شاركوا في أو ارتكبوا السلوك المكون للعامل المشدد والمبرر لمنح التعويض العقابي.

### 53/2/3 – الإجراءات القانونية للحصول على التعويض العقابي :

- ١- على المدعي عند تقديم دعواه أن يثبت أولاً حدوث الفعل الضار ويثبت ثانياً أحقيته في الحصول على تعويض جابر .
- ٢- يجب على المدعي أن يثبت دعواه وأحقيته في التعويض العقابي برجحان البيئة Preponderance of the evidence وليس بعدد الشهود وبالدليل القوي Heightened evidence بأن المدعي عليه كان يقصد وقوع الضرر أو كان – على الأقل – يعلم بأنه فعله أو تركه يكون مخاطرة كبيرة أو بالتأكيد في أن الضرر سيحدث نتيجة الفعل الضار. هذا العلم والإدراك أساسي في النظام الأمريكي للحصول على التعويض العقابي. ويتساوى في ذلك العلم باحتمال حدوث الضرر بنسبة كبيرة. فقد يرغب الفاعل في إيذاء آخر. لكن قد تكون فرصة تحقيق هذا الهدف بعيدة. مثال ذلك أن الفاعل الذي يضرر لشخص ما الشر على مسافة بعيدة وأن فرصة النيل منه ضعيفة ومن الصعب أن تتحقق ومع ذلك يواصل الفاعل محاولته ويصوب عليه. وللدهشة والمفاجأة تنجح المحاولة. هذا الفاعل بمحاولته المتصفة ببعض السلوك المبرر للتعويض العقابي وإن كان غير مدرك للنتائج المترتبة على هذا السلوك قد يكون مسئولاً ويدفع تعويضاً عقابياً إذا كان الشخص العادي المعقول Reasonable Person يدرك أن مثل هذا السلوك يشكل مخاطر عالية لحدوث الضرر وهو معيار موضوعي بالمقارنة بالمعيار الشخصي في بيان المعدلات اللفظية أو صفات السلوك الضار المبرر لمنح التعويض العقابي. إلا أن المعيار الشخصي هو المحك touchstone في فرض هذا التعويض. والاتجاه العام داخل عدد كثير من المحاكم وبأعداد متزايدة من

<sup>(٢٥٥)</sup> قانون نورث كارولينا ، المرجع السابق ، ص ٦

الأحكام هو عدم كفاية ارتكاب الفعل الضار في حد ذاته لفرض التعويض العقابي وإنما يجب وجود الدافع الشرير .

٣- على المدعي أن يثبت بالدليل الواضح والمقنع Clear and Convincing وجود أحد العوامل المشددة أو أن سلوك الفاعل ضار ويتصف بواحد أو أكثر من المعدلات اللفظية<sup>(٢٥٦)</sup>.

٤- وأخيراً يجب على المدعي أن يثبت أن المدعي عليه ارتكب هو الفعل شخصياً فإذا كان موظفاً أو تنفيذياً أو مدير في جهة ما فعلى المدعي أن يثبت أنه ساهم في هذا السلوك أو ارتكبه شخصياً .

54/2/3 – توجيهات القاضي للمحلفين: إذا تحقق القاضي من خلال ما يقدمه المدعي من مبررات التعويض الجابر أولاً ثم التعويض العقابي ثانياً فإنه يصدر توجيهات Instructions لهيئة المحلفين ليتخذوا قرارهم على ضوءها ، وهذه التوجيهات قد تشمل :

١- حافز وسلوك الفاعل المستحق للتوبيخ واللوم. ٢- احتمال حدوث الضرر الخطير، في وقت مناسب، للمدعي أو الآخرين في نفس موقفه. ٣- درجة إدراك الفاعل للنتائج المحتملة لسلوكه. ٤- مدى استمرار سلوك الفاعل. ٥- الضرر الحقيقي الذي عاناه الضحية. ٦- أي إخفاء من قبل الفاعل للوقائع أو النتائج المترتبة على سلوكه. ٧- سبق ممارسة أو تكرار السلوك المماثل في الماضي . ٨- هل استفاد من فعله الضار ومدى الاستفادة. ٩- مدى قدرته على دفع تعويض عقابي.

وهناك قائمة أخرى خاصة بتوجيهات القاضي للمحلفين في قضايا الإنتاج المعيب والذي يؤثر في صحة الإنسان وسلامته<sup>(٢٥٧)</sup> وتشمل :

١ - وجود ومدى خطر المنتج على الجمهور. ٢- تكاليف أو جدوى تخفيض درجة الخطر إلى المستوى المقبول. ٣- مدى وعي وإدراك المصنع لهذه المواد للخطر ومدى تفاقمه ومدى توافر العلاج المجدي لدرء هذا الخطر أو إزالته. ٤- طبيعة وأمد وما هي الأسباب التي أدت إلى إخفاق المصنع في أن يتصرف بطريقة مناسبة لاكتشاف أو تقليل الخطر. ٥- إلى أي درجة تصرف المنتج عمداً لخلق الخطر. ٦- إلى أي مدى التزم المدعي عليه بتعليمات السلامة الفيدرالية. ٧- احتمالات فرض تعويض جابر على المدعي عليه. ٨- المدة التي انتهت منذ حدوث التصرفات محل الردع وحتى المحاكمة لتقدير كيفية الردع .

55/2/3 – العوامل المؤثرة في هذا التعويض:

١- من الطبيعي أن يتناسب التعويض العقابي مع سلوك المدعي عليه بحيث يحقق هدفي العقاب للفاعل والردع له ولغيره في عدم إتيان هذا الفعل مستقبلاً. لذلك يؤخذ

<sup>(٢٥٦)</sup> Cook v. Lanier, 267 N. C. 166, 147 S. E. 2d. 910 (1966) – Greensboro News Co. , 217

N. C. 13, 6 S. E. 2d. 882 (1940)

Cryc v. Daython-Hudson Corp. 297 N. W. 2d. 727, 739 (Minn 1980)

<sup>(٢٥٧)</sup>

في الاعتبار طبيعة سلوك الفاعل - بمعيار المعدلات اللفظية - وتأثيره على المدعي والآخرين<sup>(٢٥٨)</sup>.

٢- مبلغ التعويض الجابر لأن بعض التشريعات أو القانون العام يوجد علاقة رياضية تحكمية بين التعويض الجابر والتعويض العقابي كأن يكون هذا الأخير ثلاثة أمثال الأول.

٣ - أي كسب أو غنم حصل عليه المدعي عليه من جراء ارتكاب الفعل الضار بالإضافة إلى ما هو محتمل أن يخسره في هذه الدعوى أو غيرها من تعويض عقابي أو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الفعل الضار أو أي غرامات مالية أو جزاءات دفعت أو ستدفع نتيجة هذا الفعل.

٤- من المناسب معرفة الموقف المالي للمدعي عليه الحالي والمستقبلي وتأثيره علي كل حالة وذلك كمقياس لتحديد مبلغ التعويض العقابي. فقد يطلب من المدعي عليه الغني دفع مبلغ أكبر مما يدفعه شخص فقير يرتكب نفس الفعل الضار<sup>(٢٥٩)</sup>. فيجب الأخذ في الاعتبار مصادر الدخل وبذلك في ضوء اعتبار عام هو أن مبلغ التعويض العقابي "يلسع المدعي عليه ولكنه لا يحطمه"<sup>(٢٦٠)</sup>.

---

<sup>(٢٥٨)</sup> Rowlett v. Anheuser-Busch, 832 F. 2d. at 207 أنظر أيضاً التعديل الثاني لقانون الأفعال الضارة المادة (٢/٩٠٨)

<sup>(٢٥٩)</sup> City of Newport v. Fact Concerts, Inc., 453 U. S. 247 (1981) – Rowlett v. Anheuser ,

opcit

Keenan v. City of Philadelphia, 55 FED Cases at 744-45

<sup>(٢٦٠)</sup>



وبصدد معرفة المركز المالي للمدعي عليه يمكن الاسترشاد بالعوامل التالية وهي ليست حصرية ويمكن إضافة عوامل أخرى مناسبة: (أ) العائد والتزامات المشروع. (ب) القيمة السوقية العادلة لأصول المدعي عليه. (ج) مقدار الأصول السائلة المتوافرة نقداً لدى المدعي عليه. (د) أملاك المدعي عليه التي يمكن أن تدر دخلاً في المستقبل والأرباح المنظورة. (هـ) قيمة إعادة بيع المشروع. وذلك يكون مفيداً في حالة إذا كان للمشروع قيمة سوقية كبيرة فقد يكون محل جذب لشرائه أو الاستثمار فيه. (و) مدى استقلالية أو تبعية المشروع أو الشركة أو انضمامه لوحدة أخرى أو أنه فرع من أصل كبير يمكن أن يزوده بمصادر مالية إضافية .

- ٥- أي تأثير عكسي لهذا التعويض على الأشخاص الأبرياء .
- ٦- أي إجراء اتخذته أو لم يتخذته المدعي عليه لإصلاح الخطأ منذ ارتكاب الفعل .
- ٧- الارتباط وتطبيق أو عدم الإذعان للمعدلات التطبيقية التي تعلنها الحكومة أو أي جهاز أو منظمة معترف بها بصفة عامة وتكون وظائفها وضع المعدلات والمعايير .
- ٨- أي عوامل أخرى مشددة أو مخففة لمبلغ التعويض .

ويؤكد الباحث على استيفاء هذه المعايير من أحكام المحاكم أو التشريعات لكنها ليست حصرية إذ أن العامل الأخير هو عبارة عن أي دليل آخر مناسب مثل البحث في وجود أو عدم وجود تأمين من التعويض العقابي على ضوء ما هو مطبق في الولاية.

56/2/3 – الكشف عن المعلومات Discovery لدى الخصم: من العوامل الهامة في تقرير وتقدير التعويض العقابي الموقف المالي للمدعي عليه لذلك كثيراً ما تسمح المحاكم الإقليمية والفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية للمدعي بأن يستكشف لدى الخصم عن المعلومات المالية . وتسمح المحاكم عادةً للمدعي بسؤال والبحث في سجلات المدعي عليه المالية وتعطيه صلاحية الإطلاع على : (١) البيانات المالية ، (٢) عوائد ضريبة الدخل ، (٣) الوثائق الثبوتية التي تعكس الدخل الإجمالي والدخل الصافي ومصروفات المدعي عليه ، (٤) كشوف حسابات البنوك وسجلات الودائع ، (٥) دفتر الأستاذ العام والجرد<sup>(٢٦٦)</sup>، كما تخول له أيضاً الإطلاع على بيان حساب الأرباح والخسائر والموازنة<sup>(٢٦٧)</sup>.

غير أن المحاكم اختلفت في توقيت إعطاء الإذن للمدعي. فقد اجتهدت بعض المحاكم واعتبرت أن مجرد زعم المدعي بحقه في تعويض عقابي ليس كافياً لتسمح له بالحصول على المعلومات المالية التي يطلبها وأنه يجب صدور قرار تمهيدي خاص من هيئة المحلفين بأحقيته في هذا التعويض أولاً ثم يسمح له بعد ذلك

<sup>(٢٦٦)</sup> Bessier v. Precise Tool & Engineering Co. , Inc. , 778 F. Supp. 1909, 57 FEP Cases

1249 (W. D. No. 1991)

Heller v. Ebb Auto Co., 55 EPD Par. 40, 431, 53 FEP Cases 911 (D. Or. 1990)

<sup>(٢٦٧)</sup>

بالحصول على المعلومات المالية<sup>(٢٦٣)</sup>، وكانت حجة المحاكم في ذلك أنه في هذه المرحلة الأولية وحيث أن المدعي لم يقدم الدليل الواضح والمقتنع ليستوفي متطلبات التعويض العقابي من حيث الإثبات، يصبح من غير المؤكد في هذه المرحلة الضبابية تقرير أحقية المدعي في هذا التعويض. ومن ثم يكون من غير اللائق الإجحاف بالمدعي عليه مطالبته بإفشاء هذه المعلومات السرية في هذا الوقت. وحجة أخرى هي أن إلزام المدعي عليه بكشف هذه المعلومات المالية للمدعي قد يعد زريعة لإساءة استخدام الإجراءات القضائية. فهي قد تكون وسيلة ضغط غير مناسبة على المدعي عليه لمحاولة الوصول إلى تسوية بحل وسط لدعوى غير مضمونة قضائياً. فهي قد تستخدم كسلاح في يد المدعي لمضايقه المدعي عليه الذي يخشى كشف أسرارته المالية لأي سبب خاص به. ومن الأسباب الأخرى التي دعت المحاكم إلى اتخاذ مثل هذا المسلك هو الحق في الخصوصية والذي يتفرع عنه الحق في حفظ سرية الشئون المالية للإنسان. ويكون من الإجحاف البين بالمدعي عليه أن نطالبه بكشف خصوصياته وقد تحدث أشياء غير متوقعة أثناء المحاكمة قد تسفر عن عدم ضرورة إفشاء هذه المعلومات<sup>(٢٦٤)</sup>.

لهذه الأسباب منفردة ومجموعة تلتفت بعض المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية عن طلبات المدعين لإجبار المدعي عليهم بالكشف عن المعلومات المالية حتى تثبت مسؤوليتهم في خصوص التعويض العقابي بقطع النظر عن زعم المدعين بأن هذه المعلومات تمثل عاملاً هاماً ومؤثراً في تقرير هذا التعويض. غير أن هذه السياسة لم تكن عامة بين جميع المحاكم. فقد اتبعت محاكم أخرى سياسة مغايرة. فقد اعتبرت بعض الأحكام<sup>(٢٦٥)</sup> أن أسئلة المدعي المتعلقة بالظروف المالية للمدعي عليه كانت مناسبة في طلب التعويض العقابي كما أمرت بعض المحاكم<sup>(٢٦٦)</sup> المدعي عليه بالإجابة على الأسئلة المتعلقة بظروفه المالية لكنها اشترطت أن يكون ذلك في حدود نظام حماية الإفشاء بالمعلومات. وأيضاً سمح البعض<sup>(٢٦٧)</sup> للمدعي بالإطلاع على أصول والتزامات المدعي عليه الذي كان يقود سيارته وهو مخمور وارتكب الفعل الضار. وقالت إن المعلومات التي تبرر منح التعويض العقابي هي محل بحث أولي مثلها في ذلك مثل المعلومات والوقائع التي تثبت المسؤولية<sup>(٢٦٨)</sup>.

هذا هو الواقع العملي أي اختلاف المحاكم في وجهة النظر. غير أن الباحث للأسباب التي تبرر الاتجاه الأولي يعتقد أنه الأقرب إلى المعقولة.

Rupert v. Sellers, 48 A. D. 2d. 265 (N. Y. A. D. 4 Dept., 1975) – James D. Volertsen <sup>(٢٦٣)</sup>

Assoc., Inc. V. Jhon T. Nothnagle, Inc., 48 A. D. 2d. 1007 (N. Y. A. D. 4 Dept. 1975) – Blount v. Wake Elec. Membership Corp., 162 F. R. D. 102 (E. D. N. C. 1993)

Hetch v. Pro-Football, Inc., 46 F. R. D. 605, 607 (D. D. C. 1969)

(٢٦٤)

Coy v. superior Court of Contra Costa County, 373 P. 2d. 457 (Cal. 1962)

(٢٦٥)

Vollert v. Summer Corp., 389 F. Supp. 1348 (D. C. Hawai 1975)

(٢٦٦)

Hughes v. Groves, 47 F. R. D. 52 (W. D. Mo 1969)

(٢٦٧)

Miller v. O'Neill, 775 S. W. 2d. 56 (Tex. App. 1989)

(٢٦٨)

57/2/3 – الحد الأقصى Caps Limitations: من الأمور المثيرة للحوار والجدل هو تزايد الأحكام التي تمنح تعويضات عقابية بمبالغ كبيرة جداً تصل إلى ملايين الدولارات دون وجود معايير ومعدلات أو إرشادات واضحة ومحددة لتحديد المبالغ المناسبة أو فرض حد أقصى لهذه المبالغ التي يحكم بها (Dollar – Limits). يركز المدافعون عن ضرورة وجود حد أقصى على النتائج الهدامة والانهيار المالي والاقتصادي للمدعي عليهم الذي يفرض عليهم دفع تعويضات عقابية باهظة تفوق قدرتهم المالية. ويبررون ذلك بأن هذه المبالغة في التقدير غالباً ما تعكس مشاعر وعواطف هيئة المحلفين والتي لا يمكن تحليلها على أساس من الرشد والمعقولة كما لا يمكن التنبؤ بها، فهي قد تكون مساوية لقيمة العشور أو مماثلة لربح عدة أيام أو تعادل بعضاً من الميزانية النقدية. أما حجة هؤلاء المعارضون لفكرة القيد على مبالغ التعويض العقابي فتعتمد على أن المحاكم لا تتردد في تخفيض مبالغ التعويض الغربية والشاذة وغالباً ما تلجأ إلى إحالتها مرة ثانية Remitters وذلك إضافة إلى أن جدوى التعويض الزائد له تأثير إيجابي في ردع سوء السلوك سيما في المؤسسات الاقتصادية العملاقة<sup>(٢٦٩)</sup>.

حاولت المحكمة العليا مراجعة هذه المسألة لكن للأسف كانت محاولاتها بطيئة في صياغة إرشادات أو حدود جوهرية ملموسة ففي إحدى القضايا<sup>(٢٧٠)</sup> أيدت المحكمة الحكم بتعويض عقابي لكنها اقترحت في حيثيات حكمها ضرورة وجود قيود إجرائية وأن هذه التعويضات يجب أن تخضع لمراقبة قضائية وفقاً لحدود مرسومة مسبقاً وقائمة على نسب رياضية مع التعويضات الجابرة. ومع ذلك رفضت المحكمة أن تُصيغ خط رياضي واضح بين التعويض العقابي المقبول وذلك الغير مقبول. وفي قضية أخرى وهي قضية كذف في حق الغير بطريق القول أو الكتابة<sup>(٢٧١)</sup> أقرت أغلبية ضئيلة أن يكون التعويض العقابي يعادل (٥٢٦) مرة للتعويض الجابر (١٩,٠٠٠) ليصبح عشرة ملايين دولار وهي في هذا الحكم لم تقدم معديلاً مقبولاً يمكن استخدامه بالرغم من تأكيدها مجدداً على ضرورة وجود مراجعة قضائية للأحكام . وحديثاً قدمت المحكمة العليا إرشادات للمحاكم الدنيا لتطبيقها عند مواجهة نفس المسائل. ففي إحدى القضايا وتتلخص وقائعها في أن شركة BMW باعت إحدى سياراتها بعد أن أعادت طلائها ولم تخطر المشتري بأن بها بعض التلفيات قبل إعادة الطلاء وتسليمها له. وقد تبين أن هذا السلوك كان بمثابة سياسة عامة للشركة في بيع سياراتها المعطوبة والتي بها بعض التلفيات القليلة<sup>(٢٧٢)</sup> ضاعفت المحكمة التعويض العقابي (٥٠٠) مرة للتعويض الجابر (٤,٠٠٠ دولار) آخذة في الاعتبار عدد المدعين المحتملين حول الإقليم القضائي (المقاطعة) . وبالرغم من تجنبها إيجاد

Shapo : opcit, p. 365-66

(٢٦٩)

Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, 499 U. S. 1 (1999)

(٢٧٠)

TXO Production Co. v. Alliances Resources, 509 U. S. 443 (1993)

(٢٧١)

BMW of North America Inc. v. Gore, 517 U. S. 559 (1996)

(٢٧٢)

صيغة رياضية بسيطة Simple Mathematical Formula فإنها قدمت بعض الاعتبارات الآتية لتحديد مبلغ التعويض العقابي: (١) إلى أي حد يستحق سلوك المدعي عليه التوبيخ واللوم والمسألة Degree of Responsibility، (٢) أن توجد نسبة معقولة بين مبلغ التعويض العقابي والتعويض الجابر، (٣) مقارنة التعويض العقابي وأي عقوبات مدنية أو جنائية يمكن فرضها على نفس السلوك الضار.

وأمام عدم وجود إرشادات جوهرية عملية من المحكمة الدستورية العليا، فإن عدداً من الولايات المتحدة أجرت منفردة إصلاحات من خلال التشريعات أو القانون العام بقصد تلجيم المحلفين عن فرض تعويضات عقابية زائدة بدون حدود. مثال ذلك الحد الأقصى الذي يضعه قانون نورث كارولينا بما يعادل ثلاثة أمثال التعويض الجابر أو مبلغ مائتي وخمسون ألف دولار أيهما أكبر واستثناء من ذلك الحد الأقصى ارتكاب حوادث سيارات أو مركبات والسائق في حالة سكر وضعف. ونسب دفع التعويضات العقابية وفقاً لعدد العاملين في المنشأة وتدرج هذه المبالغ مع تزايد عدد العاملين<sup>(٢٧٣)</sup>.

58/2/3 — رقابة القضاء: يقوم القضاء بدور رقابي هام في تقرير المسؤولية التي تستوجب التعويض العقابي وفي تقدير مبلغ هذا التعويض في مراحل مختلفة من الدعوى:

١- فدور القضاء في محكمة الموضوع جوهرية فهو يمثل حارس البوابة Gate Keeper الذي يسمح بدخول دعوى المطالبة بالتعويض العقابي بعد أن يتأكد بالدليل الواضح والمقنع أنها قائمة على أسس معقولة وأن وقائعها تدل على أن سلوك المدعي عليه ينطوي على واحد أو أكثر من المعدلات اللفظية وبالتالي يستحق المدعي التعويض العقابي. فإذا لم يتأكد من ذلك فله رفض الدعوى.

٢- وعند إحالتها إلى هيئة المحلفين فإنه يصدر توجيهاته إلى المحلفين بالمعايير الواجب إتباعها لتقدير التعويض العقابي.

٣- بعد صدور قرار المحلفين تستخدم المحاكم صلاحيتها في مراجعة مبالغ التعويض على ضوء المعدلات أو الحد الأقصى السائدة في ولايات كثيرة. ففي قضية هوندا للسيارات<sup>(٢٧٤)</sup> قررت المحكمة الدستورية العليا للولايات المتحدة الأمريكية ضرورة وجود مراجعة قضائية هادفة لتقديرات المحلفين للتعويضات العقابية وإن لم تتوسع في بيان أنماط المراجعة القضائية الفعالة. وعلى ذلك يطلب من محكمة الموضوع في ولايات مختلفة أن تراجع قرارات المحلفين فيما يتعلق بتقرير المسؤولية وتقدير مبلغ التعويض وأن توضح كتابة قراراتها النهائية وحيثيات هذه القرارات.

٤- وأخيراً إذا استوفى أحد أطراف الدعوى الشروط واتباع التوقيينات التي تنص عليها القواعد الاتحادية للإجراءات المدنية فإن محكمة الاستئناف تنظر من الناحية القانونية مدى توافر المسؤولية ومدى تطبيق معدلات التعويض العقابي.

<sup>(٢٧٣)</sup> قانون الحقوق المدنية رقم (١٠٢) لسنة ١٩٩١، المرجع السابق

Honda Motor Co. v. Oberg, 114 S. C. T. 2331 (1994)

<sup>(٢٧٤)</sup>

59/2/3 – التأمين ضد التعويض العقابي: إن التزايد الواضح في مبالغ التعويض العقابي في مجتمع رأسمالي يلهث الكل فيه وراء الربح جعل هذا النظام أشبه ما يكون "باليانصيب القانوني Legal Lottery" الأمر الذي أثار حماس الكثير من الناس أن تدخل في حلبة السباق القانونية لتقامر على كسب المال عن طريق رفع دعاوى مطالبة بتعويض عقابي. وقد شجعهم على ذلك أن فرص النجاح قد تزيد أضعاف هامش تكلفة الإخفاق. وفي وسط هذا الخضم من اختلاف المصالح وحرص الكيانات الاقتصادية العملاقة – وهي صاحبة صوت مسموع في اتخاذ القرار – على تأمين نفسها ضد الانهيار الاقتصادي المتوقع، والذي شبيهه الكاتب الأمريكي جوزيف كالتير بطوفان عام ١٩٩٣<sup>(٢٧٥)</sup>. نتيجة الاحتمالات المتزايدة لدفعها مثل هذا التعويض بالتأمين ضد التعويض العقابي.

لكن هذا الحل على المستوى النظري لم يكن محل إجماع واختلقت الآراء إلى قسمين أحدهما مع فكرة التأمين والأخرى ضدها. ويدعم الجانب المؤيد لفكرة التأمين رأيه ب: (١) أن التأمين ضد التعويض العقابي هو مجرد شكل من أشكال التأمين من المسؤولية والتي تنتهي عادةً بفرض تعويض على المدعي عليه، وأنه لا يجب التعويل على طبيعة سلوك المدعي عليه في منعه في التأمين على هذه المسؤولية. (٢) أن تغطية شركات التأمين لمبالغ التعويض العقابي لا يؤثر على الوظيفة الرادعة إذ أن صدور الحكم في حد ذاته بقطع النظر عن كيفية وعلى عاتق من يتم تنفيذه يعتبر رادعاً للغير على عدم ارتكاب مثل هذا الفعل مستقبلاً. (٣) يجب تقدير وجهة نظر المؤمن له من أن وثيقة التأمين ستغطي التعويض العقابي المطلوب والذي من أجلها سعى إلى هذا التأمين. (٤) إن قبول الشركة المؤمنة لقسط التأمين يؤكد التضامن في دفع التعويض المطلوب. أما الجانب المعارض فإنه يرى: (١) إن علاج نمط السلوك المبرر للتعويض العقابي هو أن يتحمل العقاب شخصياً فإذا تحملها غيره لا يتحقق هدفي العقاب والردع. (٢) إن التأمين ينقل عبء التعويض من على عاتق الفاعل الأصلي للفعل الضار إلى غيره من الأبرياء الذين يدفعون أقساط التأمين. (٣) يجب رفض فكرة أن التعويض العقابي يمثل كسباً مفاجئاً للمدعي Winfalls for the plaintiff أو خطأ غير مرتقب حتى نمرر فكرة التأمين ضد التعويض العقابي<sup>(٢٧٦)</sup>.

ويجد الباحث نفسه منحازاً لجانب المؤيدين لفكرة التأمين ضد التعويض العقابي مؤسساً فكره على التكييف القانوني لهذا التعويض أنه جزاء مدني وإن كان يتأخم حدود القانون الجنائي إلا أنه ليس أكثر من إجراء عقابي وردعي في إطار القانون الخاص. ومن ثم يخضع لآليات ونظم هذا القانون في منظومة عامة للتعاملات التي يكون المال فيها عنصراً جوهرياً. من هذه النظم التي تعيش تحت مظلة القانون الخاص نظام التأمين وأحد تطبيقاته التأمين من المسؤولية بصفة عامة وتحمل الأعباء

المالية التي تفرضها هذه المسؤولية بما فيها التعويض العقابي. ولا يقدح في ذلك القول بأن التأمين يفرغ التعويض العقابي من محتواه ومضمونه لتحمل شخص ثالث عبء دفع المبالغ المالية المحكوم بها، الأمر الذي يؤدي إلى عدم تحقيقه لأهدافه وأهمها العقاب لمرتكب الفعل شخصياً وردع الآخرين عن ارتكاب مثل هذا الفعل مستقبلاً. إن نظام التأمين يكفل في حد ذاته تحقيق هذه الأهداف سواء من رفض الشركات المؤمنة التأمين من حيث المبدأ بالنسبة لبعض الأشخاص الذي تكشف سيرتهم وتاريخهم على تعودهم على ارتكاب مثل هذه الأفعال الضارة أو وضعها شروطاً خاصة لضبط السلوك أو رفع مبلغ قسط التأمين الدوري.

وليس الأمر يسيراً على إطلاقه بالنسبة للتأمين ضد التعويض العقابي. بعض المحاكم تحظر التأمين بالنسبة للأفعال الضارة العمدية أو الغش<sup>(٢٧٧)</sup> والبعض يستخدم ثلاث معدلات أولية للتعرف على الأفعال الضارة العمدية: (١) أن يقصد الفاعل تسبب الضرر، (٢) أن الشخص العادي يتوقع أن مثل هذه الأفعال تسبب الضرر، (٣) أن بعض الأفعال هي عمدية بموجب القانون<sup>(٢٧٨)</sup>. وبعض المحاكم يقضي بعدم تغطية وثيقة التأمين للأضرار الجسدية<sup>(٢٧٩)</sup> وبعض المحاكم تقصر التأمين ضد التعويض العقابي الصادر عن سلوك الاستهتار والمتعنت أو الطائش لحقوق ومصالح المدعي فقط<sup>(٢٨٠)</sup>.

وعلى المستوى العملي التجريبي أجريت دراسات إحصائية وصفية<sup>(٢٨١)</sup> للولايات التي تسمح لتغطية التأمين التعويض العقابي وتلك التي لا تسمح. شملت الدراسة الخمسين ولاية المتحدة ومقاطعة كولومبيا. واعتمدت بصفة عامة على أحكام المحاكم الاستثنائية العليا في كل ولاية بما فيها المحاكم الفيدرالية. وفي حالة عدم وجود أحكام من المحاكم العليا اكتفت الدراسة بالإشارة إلى أحكام المحاكم الدنيا باعتبارها أنها لم تستأنف. وقد شمل المسح نوعين من التأمين: التأمين المباشر حيث يكون المؤمن له هو مرتكب الفعل الضار شخصياً، والتأمين على مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة Vicarious. أوضحت الدراسة بالنسبة للنوع الأول أن (٣٠) ولاية فقط تسمح بالتأمين من التعويض العقابي (٥٩%) وأن (١٧) لا تسمح (٣٣%) وأربع ولايات لم يتحدد موقفها بعد. أما بالنسبة للنوع الثاني من التأمين فإن (٣٨) ولاية تسمح به (٧٤,٥%) وثلاث ولايات لا تسمح به وعشر ولايات لم يتحدد موقفها. والملاح

<sup>(٢٧٧)</sup> Southern Farm Bureau Casualty Insurance Co. v. Daniel, 246 Ark. 849, 440 S. W. 2d. 582 (1969) – New South Insurance Co. v. Kidd, 114 N. C. App. 749, 443 S. E. 2d. 85 (N. C. ct. App. 1994) – Snyder v. Nelson, 278 Or. 409, 564 P. 2d. 681 (1977) – S. C. Budget Control Board v. Prince, 304 S. C. 241, 403 S. E. 2d. 643 (1991) – Lazenly v. Universal underwriters Insurance Co., 214 Tenn. 639, 383 S. W. 2d. 1 (1964) – See also : New Rev. Stat. sec. 681 A. 095 (1995) الصادر في ولاية نيفادا

McCullough : opcit , introd.uction <sup>(٢٧٨)</sup>

De Shong v. Mid-States Adjustment, Inc. 876 S. W. 2d. 5 (Mo. Ct. App. 1994) <sup>(٢٧٩)</sup>

Brown v. Maxey, 124 Wis. 2d. 426, 369 N. W. 677 (Wis. 1985) <sup>(٢٨٠)</sup>

McCullough : opcit, Jurisdictional Analysis <sup>(٢٨١)</sup>

العامة لنتائج هذا المسح يبين أن أكثر من نصف عدد الولايات المتحدة الأمريكية يسمح بتغطية وثيقة التأمين للتعويض العقابي سواء لمصلحة مرتكب الفعل المباشر أو عن مسؤولية المتبوع لأعمال التابع بشرط توافر مسؤولية المتبوع وأن تثبت مساهمته أو موافقته على السلوك.

ولا يبدو الأمر مستعصياً على الحل في الولايات التي لا تسمح بالتأمين ضد التعويض العقابي. وتلبية لهذه الحاجة أنشئت شركات تأمين عبر الشاطئ Offshore مقرها جزيرة برمودا British Virgin Islands or Bermuda وبعضها شركات عملاقة في مجال التأمين (مثل Chubb, Zurich Reinsurance) التي تتطلب أقل قسط دوري في حدود خمسة عشر ألف دولار. ولكونها لا تخضع لقوانين الولايات فيمكن التعاقد معها لتغطية التعويض العقابي. والجانب السلبي الوحيد أنها لا تملك المثل أمام محاكم هذه الولايات لتتدخل إنضمامياً مع المؤمن له. لكنها في النهاية تدفع التعويض المطلوب وقد وصف الأستاذ Gidse وهو أحد أساتذة القانون الأمريكي<sup>(٢٨٢)</sup> وضع وثائق التأمين التي تصدرها هذه الشركات بأنها معادلة لوثيقة التأمين المتميزة التي تجلس على القمة مثل المظلة This is equivalent to an excel policy that sits "on the top, like an umbrella".

60/2/3 – الاعتراف بالأحكام الصادرة من الولايات المتحدة الأمريكية بمنح تعويض عقابي وإعطائها قوة السند التنفيذي: يختتم الباحث هذا المبحث بعرض سريع لبعض تطبيقات القانون الدولي الخاص على القرارات القضائية الخاصة بمنح التعويض العقابي التي تصدر من أحد محاكم الولايات (أو من المحاكم الاتحادية) ومدى الاعتراف بهذه القرارات في بعض الدول وإلى أي حد يمكن تنفيذها خارج الولايات المتحدة الأمريكية. ودافع الباحث لذلك هو إعطاء الفرصة للنظر إلى الفكرة المعروضة – التعويض العقابي – من خلال رؤى وأفكار خارجية غير مستغرقة في النظريات والأفكار المحلية ، فتثري الفكرة بمالها وما عليها .

في إنجلترا وبالرغم من الارتباط العضوي بين النظامين القانونيين القائم في البلدين فإن معوقات تنفيذ الأحكام الأمريكية في إنجلترا تتمثل في بعض التشريعات الإنجليزية المحلية مثل قانوني الإجراءات الأجنبية (تجاوز حدود الولاية والاختصاص لسنة ١٩٨٤، وحماية المصالح التجارية لسنة ١٩٨٠). كما يستثنى مشروع الاتفاقية (بين المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية) الخاصة بالاعتراف المتبادل وتنفيذ الأحكام المتعلقة بالمسائل المدنية (بدأت مفاوضات هذه المعاهدة في أوائل عام ١٩٧٠، ثم نشرت بنودها في عام ١٩٧٨. وأدخلت على بنودها بعض التعديلات لتلقى قبول ممثلي المملكة المتحدة إلا أن هذه الأخيرة انسحبت من المفاوضات في عام ١٩٨٠<sup>(٢٨٣)</sup> في المادة ٢(ب) التعويض العقابي

<sup>(٢٨٢)</sup> Lois Weiss : “punitive Awards Worry Owners”, P D Insurance Co. Ltd., e-Mail pdinsurance @ surfbvi.com

<sup>(٢٨٣)</sup> D. L. woodward : “Reciprocal Recognition and Enforcement of Civil Judgments in the United States, the United Kingdom and the European Economic Community”, North

والمتعدد. وإن سمحت المادة الثامنة من نفس مشروع الاتفاقية للمحاكم الوطنية بتخفيض مبالغ التعويض الزائدة وتنفيذ الحكم بعد التعديل المبلغ. وفي ألمانيا عرض هذا الأمر بمناسبة قضية هناك عرض صدر الحكم فيها من إحدى محاكم ولاية كاليفورنيا. اعترفت محكمة أول درجة بالحكم وأعطته قوة السند التنفيذي في مجمله بما فيه تعويض عقابي بمبلغ أربع مائة ألف دولار أمريكي. وفي محكمة الاستئناف خفضت مبلغ التعويض عن الأضرار غير المادية إلى ثلث المبلغ ورفضت التنفيذ بالنسبة للشق الخاص بالتعويض العقابي. عرض الأمر على أعلى محكمة في ألمانيا وهي المحكمة الفيدرالية الألمانية. تعرضت هذه المحكمة الأخيرة لدفع المدعي عليه وردت عليها. من هذه الدفع أن الحكم المطعون فيه على أساس الكشف عن ثروة المدعي عليه قبل تقرير وتقدير التعويض الاتعاطي وهذا النظام المعمول به في الولايات المتحدة مخالف للسياسة التشريعية وللنظام العام في ألمانيا الذي لا يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه. وقد ردت المحكمة على ذلك بأنه لا يمثل مخالفة جوهرية للنظام القانوني الألماني. من الدفع التي قدمت أيضاً التعارض القائم بين القانونين حيث أنه ورد في مقدمة التقنين المدني الألماني أنه "لا يمكن رفع دعوى ضد مواطن ألماني بسبب فعل ضار ارتكب خارج ألمانيا ويكون جزاؤه أشد مما هو مقرر في القانون الألماني..". وقد ردت المحكمة عليه بأنه حقيقة لو أن قاضياً ألمانياً يحكم في هذه القضية ويطبق القانون الألماني فإنه كان سيصل حتماً لرأي مخالف لما وصلت إليه المحكمة الأجنبية ، إلا أن هذا لا يعني أن هذا الحكم يتعارض بصفة جوهرية مع النظام العام. وقد حكمت المحكمة بتنفيذ الشق الخاص بالتعويض عن الأضرار غير المادية بكامله ورفضت التنفيذ بالنسبة للتعويض العقابي. بررت المحكمة قضاءها بالنسبة للتعويض العقابي بأن "قضاء الولايات المتحدة الأمريكية بمنحه مبلغ مقطوع كتعويض عقابي ، وهو مبلغ ليس تافهاً ، إلى جانب التعويض عن الأضرار المادية وغير المادية لا يمكن - كقاعدة - أن يحكم بتنفيذه في ألمانيا" (٢٨٤).

ونفس النتيجة وصلت إليها محكمة مقاطعة طوكيو باليابان ولكن على أساس أن هذا النوع من التعويض غير معروف فضلاً عن طبيعته الجنائية فهو مشابه للغرامة. ورفضت المحكمة أن تعطي الصيغة التنفيذية لحكم صدر في ولاية كاليفورنيا ضد أحد الشركات اليابانية لأنها شعرت أن تقرير الواقعة Finding of Fact لم يكن كافياً بدرجة معقولة لتحقيق التعويض العقابي (٢٨٥).

## المبحث الرابع

### التعويض الاتعاطي / العقابي في بعض الدول

Carolina J. Int'l & Com. Reg. (1980) pp. 299-334, p. 310

B G H 4 June 1992, B G H Z 118, English translation in I L M 1320 (1993)

Japanese Annual of International Law (1992) p. 177

(٢٨٥)

(٢٨٤)



## والتطبيق في الشريعة الإسلامية

### أولاً : التعويض الاتعاضي في أستراليا:

61/2/3 – إن مدخل استيعاب وفهم التعويض الاتعاضي (وهي التسمية الدائعة في أستراليا) – وهو أيضاً مدخل دراسة النظم القانونية في معظم دول القانون العام وعلى الأخص دول الكومنويلث البريطاني – هو دراسة أحكام القضاء باعتبارها سوابق قضائية تلتزم بتطبيقها المحاكم. من القضايا الهامة قضية التشهير التي رفعت ضد أحد الشركات المالكة لعدة صحف يومية ومجلات أسبوعية<sup>(٢٨٦)</sup> لدأبها خلال الفترة من ٨ ديسمبر ١٩٦١ إلى ١٠ فبراير ١٩٦٣ على نشر فقرات تشهيرية ضد المدعي. ونظرت القضية أمام محكمة أول درجة خلال شهري فبراير ومارس ١٩٦٤. أنكرت المدعي عليها مزاعم المدعي ودفعت بالحماية المؤهلة وفقاً للمادة ١٧ (هـ) من قانون التشهير لسنة ١٩٥٨ لأن النشر تم في إطار المناقشات العامة لموضوعات تمثل مصالح عامة وأن الغرض من المناقشات العامة هو تحقيق فائدة عامة كما أن العبارات التي تكتب تمثل تعليقات عادلة ومنصفة. إلا أنه تبين في نهاية الأمر أمام المحكمة أن النشر تم بإرادة سقيمة. وقد ضمن القاضي في توجيهاته للمحلفين هذه النتيجة إلا أنه ترك لهم مسألة تقرير التعويض الاتعاضي إذا توصلوا لنفس النتيجة. صدر الحكم ضد الشركة المدعي عليها التي استأنفت الحكم وطالبت بمحاكمة جديدة على أساس خطأ القاضي في توجيه المحلفين. وهو ما تحقق فعلاً.

62/2/3 – تزامن مع ذلك وصول الحكم الشهير في قضية Rookes V. Barnard والذي تضمن الفئات الثلاث لتطبيق التعويض الاتعاضي الواردة في خطبة اللورد ديفلن. وتصادف وجود استئناف سابق في قضية تشهير أيضاً<sup>(٢٨٧)</sup>. واقتصرت المناقشة في القضيتين على مسألة استحقاق التعويض الاتعاضي. وهل تطبق القاعدة المؤسسة على قضية Rookes V. Barnard أم تلتفت عنها. وانتهت في شهر حكم للمحكمة العليا بأستراليا في هذا الخصوص بعدم وجود الحاجة لتطبيق قيود اللورد ديفلن في الحكم الإنجليزي .

63/2/3 – وعرض الأمر في نهاية المطاف على مجلس الملكة Privacy Council أمام اللجنة القضائية. وكان عليها أن تجيب عن سؤال هل أخطأت المحكمة العليا في تطبيق القانون أم أصابت. واستعرضت الهيئة السوابق القضائية السابقة عن الحكم الإنجليزي في عام ١٩٦٤ لمعرفة مدى استقرار المحاكم في أستراليا في منح التعويض الاتعاضي في قضايا التشهير بالنشر. أقدم هذه القضايا في عام ١٩٢٠ وكانت قضية خاصة بفعل ضار<sup>(٢٨٨)</sup>. وقد ورد في أسباب هذا الحكم بأن منح التعويض الاتعاضي يتم فقط في حالات الأفعال الخاطئة التي تتم بوعي وإدراك وتمثل استخفافاً

Australian consolidated Press Ltd. V. Uren (1067) 117 C I R 221

(٢٨٦)

Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd. (1967) 117 C. L. R. 118, 150, 154

(٢٨٧)

Whitefeld v. DeLaurd & Co. Ltd. (1920) 29 C L R 71

(٢٨٨)

مهيناً لحقوق شخص آخر. ولم تخرج باقي القضايا عن نفس المعنى (وهي قضايا تشهير)<sup>(٢٨٩)</sup> وقد سمي هذا التعويض في هذه القضية بالجزائي أو الانتقامي Penal or Vindictive<sup>(٢٩٠)</sup> وقد تأثر الفقيه العظيم جون سالمون ببعض العبارات الواردة في حكم عام ١٩٢٠ وأوردها في الطبعة الخامسة من كتابه<sup>(٢٩١)</sup>، وعرف التعويض الاتعاطي "بأنه مبلغ من المال يمنح إضافة إلى أي تعويض آخر عن أي خسارة مالية. ويكون ذلك من خلال التعويض عن الأضرار المعنوية أو الأدبية. وذلك تعويضاً عن أي إهانة أو تحقير أو تعد على مشاعر وأحاسيس المدعي تنطوي على الضرر محل الدعوى".

64/2/3 – وخلص اللوردات في بحثهم إلى صحة ما وصلت إليه المحكمة العليا من عدم تطبيق فئات اللورد ديفلن. كما رفض اللوردات دخول دعاوى التشهير بالنشر Libel ضمن الفئة الثانية متسائلين عما إذا كان من الممكن التفرقة وإعفاء من يقوم بالتشهير ليس بدافع المال ولا يفكر في تحقيق ربح أو مزية مادية مطلقاً ولكنه يتصرف مضمراً نية الإيذاء بحقد نحو المدعي وكما يقول القاضي Taylor بأنه لا يرى أي سبب للتفرقة بين أفعال ارتكبت بغرض تحقيق ربح وأفعال أخرى خاطئة ارتكبت بأقصى درجة من إضرار الشر والانتقام بغطرسة واستبداد وعدم اكتراث حقوق لحقوق الآخر<sup>(٢٩٢)</sup>

### ثانياً : التعويض الاتعاطي في كندا :

65/2/3 يتم منح هذا التعويض (وأحياناً يشار إليه بالتعويض العقابي) إذا نص عليه التشريع كما في حالة الانتهاك غير القانوني لأي حق معترف به بواسطة ميثاق حقوق وحريات الإنسان<sup>(٢٩٣)</sup>. وكذلك تطبيقاً للسوابق القضائية والتي تمنحه في حالات الضرر الذي يصيب السمعة، الضبط والتفتيش التعسفي والتحكمي، وانتهاك حق الخصوصية، والتمييز في التعيين في الوظائف، والتحرش الجنسي. ويتسم السلوك المبرر لمنح هذا التعويض والذي يستحق العقاب بالقسوة، والانتقام<sup>(٢٩٤)</sup>، والإيذاء، والاحتيايل ، والتعسفي أو التحقيري للضحية<sup>(٢٩٥)</sup>، والعدوانية التي تثير حق

The Herald & Weekly Times Ltd. V. McGregor (1928) 41 C L R 254 <sup>(٢٨٩)</sup>

Smith's Newspapers Ltd. V. Becker (1932) 47 C L R 279 – Triggell v. Pheeny (1951) 82 C L R 497 <sup>(٢٩٠)</sup>

John Salmond : Treatise on the Law of Torts , p. 129 <sup>(٢٩١)</sup>

(1966) 117 C L R at p. 138 <sup>(٢٩٢)</sup>

R. S. Q. c. C-12 , Sec. 49 – See : Claud Dallaire : “Exemplary damages-Food For thought” , Desjardins Ducharm Stein Monsat (DDSM) , En Cours Bulletin (1997), <http://www.ddsm.ca/encours/1998/061> art 2.htm1 <sup>(٢٩٣)</sup>

Vorvis v. Insurance Corp. of B. C., [1989], S. C. R. 1085, 58 D. L. R. (4<sup>th</sup>.) 193 <sup>(٢٩٤)</sup>

Warner v. Arsenault (1982), 53 N. S. R. (2d.) 146 <sup>(٢٩٥)</sup>

المحلفين والقضاة ضد المعتدي وسلوكه الفظيع<sup>(٢٩٦)</sup>. ومن أسباب منح التعويض العقابي عدم الاعتبار المتعنت لصحة وأمان العاملين<sup>(٢٩٧)</sup>.

66/2/3 – كما تشير السوابق القضائية أنه يمكن التقدم بدعوى المطالبة بالتعويض العقابي ضد أي موظف أو عامل في منشأة إذا ارتكب بنفسه الخطأ ويمكن تجشم صاحب العمل عناء دفع هذا التعويض أيضاً إذا ثبت أن العامل كان يتصرف بالنيابة عن رب العمل أو وفقاً لتعليماته. أي أن مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع بالنسبة للتعويض العقابي غير واردة في كندا إلا إذا ثبت تورط المتبوع في الخطأ<sup>(٢٩٨)</sup>.

67/2/3 – ويقع عبء الإثبات على المدعي وفقاً للقواعد العامة. فيجب كما قالت المحكمة العليا في كندا أن تدخل المدعى في تسبب الضرر كان بطريقة غير قانونية وعمدية. كما يجب عليه أن يثبت أن مرتكب الفعل الضار كان في حالة عقلية تتضمن رغبة أو نية في تسبب نتائج سلوكه الضار أو أن هذا الشخص يتصرف بمعرفة كافية بالنتائج المباشرة أو الطبيعية أو على الأقل المحتملة التي يسببها سلوكه<sup>(٢٩٩)</sup>.

68/2/3 – تضع المادة (١٦٢١) من التقنين المدني لمقاطعة كويك المعايير المناسبة لتقدير التعويض الاتعاضي. وهي عبارة عن الأسس التي طورتها المحاكم لتقدير هذا التعويض. وهي تنص على: "عندما يتم منح التعويض الاتعاضي بموجب القانون، فلا يزيد مقداره عما هو كافٍ لتحقيق هدفه المانع". ويقدر التعويض العقابي على ضوء الظروف المناسبة وعلى وجه الخصوص: جسامة خطأ المدين ، وموقفه المالي ، مدى إصلاح الضرر المسؤول عن الفاعل "... وعلى ذلك تكون اعتبارات التقدير متوقفة على إجابة الأسئلة التالية: من هو المدين ؟ ما هو موقفه المالي ؟ هل هو فقير ، متوسط الحال ، ثرى أو مليونير ؟ فقد يكون مبلغ مائة دولار كافٍ عند شخص محدود الدخل أو أن دخله ضئيل وقد لا يكون كذلك في حالة الشخص الثري. وعلى ذلك يجب أن يكون مبلغ التعويض مؤلماً ومحققاً وظيفتي العقاب والردع أي أنه يجب أن يكون ثمناً باهظاً عند الفاعل مقابل فعله الضار ، هل هذه الدعوى هي الأولى التي ترفع ضده ؟ ، هل تم عقابه عقوبات أخرى (جنائية ، إدارية) ، هل قبل النتائج العكسية لسلوكه ؟ هل اعترف بها وشعر بتأنيب الضمير وأبدى الندم ؟ ، هل هو شخصياً سيقوم بدفع هذا التعويض أم أنه سيدع ذلك لشخص ثالث أو شركة تأمين ؟ ما هو المبلغ المناسب الذي يجعل الفاعل يفكر أكثر من مرة قبل تكرار هذا الفعل مستقبلاً . وعلى عكس التطبيق السائد في الولايات المتحدة الأمريكية حيث تكون

Woods v. Hubley (1955), 140 N. S. R. (2d.) 180 – Stevenson v. Vance (1988), 87 N. S. <sup>(٢٩٦)</sup>

R. (2d.) 96 في هذه القضية الأخيرة ظل المعتدى يقود سيارته وهو يدفع الضحية ، بعد أن صدمه ، وهو يعلم بوقوعه على

إفريز الطريق. – أنظر قضايا أخرى في : Nova Scotia Cases : Punitive (Exemplary) Damages ,

<http://www.blupete.com/Law/Commentaries/D1>

McIntyre v. Atlantic Hardchrome (1991), 102 N. S. R. (2d.) 1 <sup>(٢٩٧)</sup>

Dallaire : opcit <sup>(٢٩٨)</sup>

Augustus v. Gosset, [1996] 3 S. C. R. 268, p. Dallaire, opcit <sup>(٢٩٩)</sup>

الأرقام التي يحكم بها المحلفون فلكية فإن محاكم كوبيك وكندا أكثر تحفظاً وتقع مبالغ هذا التعويض بين ألف وعشرة آلاف دولار وأحياناً قليلة بين عشرة وخمس وعشرون ألف دولار ، أما في الحالات الاستثنائية فهي تزيد عن المليون دولار .

68/2/3 – التعويض الاتعاضي في زامبيا: يمنح التعويض العقابي في زامبيا عندما يكون سلوك المدعي يستوجب العقاب وهو يكون كذلك إذا انطوى على الاستهتار ، الاحتيال ، نية الإضرار ، العنف ، القسوة ، الغطرسة ، والعجرفة وما شابه ذلك . أو كما يصاغ أحياناً بأن يمثل الفعل الضار الاستخفاف المهين لحقوق المدعي<sup>(٣٠٠)</sup>.

وفي مثل ما هو مطبق في كل من أستراليا وكندا ونيوزلاند – فضلاً عن الولايات المتحدة الأمريكية – من حيث عدم التقيد بفئات اللورد ديفلن الثلاث في قضية Brookes V. Barnard التي تنقيد بها المحاكم في المملكة المتحدة فإن المحكمة العليا في زامبيا قضت في أحد القضايا<sup>(٣٠١)</sup> برفض تطبيق هذه القاعدة واعتبرتها ضيقة جداً وأن هذه الفئات غير منطقية وأسفرت عن نتائج غير منطقية كما خلقت مشاكل أكثر مما حلت. وقد علق أحد قضاة المحكمة بأنه لا يجد سبباً موضوعياً لمثل هذه التفرقة التي تفرضها هذه الفئات. خاصة في ظل تطور المؤسسات الخاصة في المجتمعات الصناعية والتجارية الحديثة والتي قد ترتكب أعمالاً تحكمية أو جائرة مثلها في ذلك مثل الأجهزة الحكومية أو شبه الحكومية ومع ذلك تستثنى هذه المؤسسات الخاصة من تطبيق التعويض الاتعاضي وتخضع له الجهات الحكومية وفقاً للفئة الأولى من فئات لورد ديفلن. إن الأشخاص الذين يستخدمون نفوذهم يجب عليهم – وعلى وجه الخصوص في مجتمع نام مثل مجتمع زامبيا – استخدام السلطة بأعلى درجة من المسؤولية. فإذا أساءوا استخدامها يتدبر أو طيش سواء كانوا في القطاع الحكومي أو في غيره فإن على المحاكم أن تأخذهم بالشدة المناسبة لسلوكهم وإجبارهم على دفع تعويض اتعاضي.

### الدية المشددة في الشريعة الإسلامية

69/2/3 – سبق وأن تناول الباحث موضوعي ضمان الفعل في الفقه الإسلامي والطبيعة القانونية للدية ومدى تماثلها مع فكرة التعويض الجابر (الإصلاح) في المسؤولية التقصيرية. وزبدة القول أنه في ضمان الفعل تكون المماثلة بين المال والذي يعطى بدلاً منه<sup>(٣٠٢)</sup>. أما الدية فهي – من وجهة نظر الباحث – بعيدة عن فكرة العقوبة التي يستهدفها التعويض العقابي في التطبيق المعاصر الذي يرتبط بمدى جسامة الخطأ ومدى عنت وبشاعة السلوك الدافع، لكنها – كجزء – تحقق هدف العقاب لمرتكب الفعل الضار شأنها ومثلها في ذلك مثل التعويض الجابر الذي يحقق

<sup>(٣٠٠)</sup> McGregor & McGregor on Damages, para. 207 (12 th. Ed., 1961) cited in Alfred W.

Chanda : “Freedom of Expression and the Law In Zambia”, 30 Zambia Law journal 123 (1998)

Times Newspapers Zambia Ltd. V. Kapwepwe (1973) Z R 292

<sup>(٣٠١)</sup>

<sup>(٣٠٢)</sup> شفيق شحاته : المرجع السابق ، فقره رقم ٥٥

عقوبة مالية بإنقاص الذمة المالية للجاني. وقد حاول البعض<sup>(٣٠٣)</sup> في مواجهة اختلاف قيمة الضرر وفقاً لظروف الضرر وطبيعة عمله وعدم تغطية الدية لهذه الأضرار إعطاء من وقع عليه الضرر حق المطالبة بتعويض إضافي علاوة على الدية. وفي رأي الباحث لا يعتبر هذا التعويض الإضافي بديلاً عن التعويض العقابي فهو أولاً يقدر بقيمة الضرر الزائد عن مقدار الدية أي أنه تعويض جابر لا يعدو أن يكون اقتراحه مجرد استعارة من النظم القانونية في التعويض عن الضرر مبدأ التعويض التكميلي وفقاً للمادة ٢٣١ من التقنين المدني المصري<sup>(٣٠٤)</sup>.

فإذا كانت الدية لا تماثل العقوبة الخاصة / التعويض العقابي فهل يعني ذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية تجاهلت فكرة زيادة المقابل المالي – كعقوبة مالية مشددة – الذي يدفعه مرتكب الفعل الضار للضرر بالنظر إلى جسامة الفعل الضار في ذاته وسوء نية وعنت وتعمد الفاعل. يعتبر الباحث أن نظام الدية المشددة هو المقابل في فقه الشريعة الإسلامية لبعض تطبيقات العقوبة الخاصة أو التعويض الاتعاضي أو العقابي. وتكون الدية في حالات خاصة بالفعل الضار ومدى جسامته وتقدير سلوك ونية الفاعل، وحالات خاصة بالجناية على الرحم المحرم، ثم حالات خاصة بظروف مكان وارتكاب الجريمة وهذه الظروف – في الإطار العام لأحكام الشريعة الإسلامية المنقردة – تزيد من جسامة الخطأ وتسفر عن سلوك جدير بالعقاب في شكل الدية المشددة. وذلك على النحو التالي :

**أولاً : حالات القتل العمد إذا عفا ولي الدم:** يشترط العمد في الفعل عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد للتمييز بين القتل العمد والقتل شبه العمد والقتل الخطأ. أما الإمام مالك فيستوي عنده أن يقصد الجاني قتل المجني عليه أو يتعمد الفعل بقصد العدوان المجرد عن نية القتل ، ما لم يتعمد الفعل بقصد اللعب أو التأديب<sup>(٣٠٥)</sup>. ووجه الاستدلال بالعمد ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : "قتل رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فدفعه إلى ولي المقتول، فقال القاتل يا رسول الله ، والله ما أردت قتله ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للولي: "أما إنه إن كان صادقاً ثم قتلته دخلت النار" فخلاه الرجل، وكان مكتوباً بنسعه (سير من الجلد) فخرج يجر نسعته. قال فكان يسمى (ذا النسعة). رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه. كما روى أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "العمد قود ، إلا أن يعفو ولي المقتول". فإذا تعمد شخص عاقل بالغ (ويشترط العقل والبلوغ لما روى عن أحمد وأبو داود والترمذي عن علي رضي الله عنه أن

<sup>(٣٠٣)</sup> الشيخ علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ص ١٦٣، ١٦٢ – ووافقه في الرأي : عبد الحليم

حلبي محمد أنور: رسالة الدكتوراه السابقة ص ٢٥٦

<sup>(٣٠٤)</sup> انظر في التعويض التكميلي : سليمان مرقس : الوافي و المجلد الثاني في الفعل الضار ، المرجع السابق، ص

٥٦٣، ٥٦٤

<sup>(٣٠٥)</sup> عبد القادر عودة : المرجع السابق ، ج ٢ ص ٧٨، ٧٩ – د. حسن الشاذلي : الجنايات في الفقه الإسلامي

(١٩٧٨) ص ٥٣ – د. محمد رشدي : الجنايات في الشريعة الإسلامية و دار الأنصار (١٩٨٣) ص ٢٠٤ وما بعدها

النبي صلى الله عليه وسلم قال : "رفع القلم عن ثلاث : عن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم" قتل إنسان معصوم الدم أي أن دمه غير مباح مستخدماً في ذلك آلة تقتل غالباً كالسيف أو البندقية<sup>(٣٠٧)</sup> واشتراط السلاح فكما يقول الزيلعي : "... فلأن العمد هو القصد ، وهو فعل القلب ، لا يوقف عليه ، إذ هو أمر مبطن ، فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالباً مقامه تيسيراً"<sup>(٣٠٧)</sup> كان مستحقاً للقصاص : "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين ..." <sup>(٣٠٨)</sup> وتغليظ الدية يكون في حالات ثلاث : (١) أن تكون سن الإبل كبيرة <sup>(٣٠٩)</sup> ، (٢) تجب على الجاني دون عاقلته<sup>(٣١٠)</sup> ، (٣) تكون حالة غير مؤجلة<sup>(٣١١)</sup>.

**ثانياً : حالات القتل شبه العمد<sup>(٣١٢)</sup> :** أي في الحالات التي يكون القتل في عميه<sup>(٣١٣)</sup> أو عصبية بالآلة لا تقتل عادةً. وذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "العمد قود اليد، والخطأ عقل لا قود فيه ، ومن قتل في عميه بحجر أو عصا أو سوط ، فهو دية مغلظة في أسنان الإبل" . فهي مغلظة من حيث أسنان الإبل فقط إلا أنه يمكن أن تتحملها عاقلة الجاني، وهي مؤجلة إلى ثلاث سنين ، يقول الإمام الشافعي: "ووجدنا عاماً في أهل العلم أن رسول الله قضى

<sup>(٣٠٦)</sup> د. انور محمد دبور : القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الإسلامي ، دار الثقافة العربية (١٤٠٥ هـ - ١٩٩٥ م)

ص ١٦٧

<sup>(٣٠٧)</sup> تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي و جت ٦ ص ٩٨

<sup>(٣٠٨)</sup> سورة المائدة ، الآية ٤٥

<sup>(٣٠٩)</sup> فهي مائة من الإبل وهي على رأي جمهور الفقهاء وخمس وعشرون بنت مخاض (الذي استكمل الحول وطعن في الثانية) ، وخمس وعشرون بنت لبون (الذي استكمل الثانية ودخل في الثالثة) ، وخمس وعشرون حقة (الذي استكمل الرابعة ودخل الخامسة) . وقال الإمام أحمد أنها ثلاثة أنواع : ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفه (من دخلت في السادسة من عمرها وفي بطونها أولادها) . أنظر المغنى : لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفي سنة ٦٢٠ هـ ، طبعة عالم الكتب ، بيروت ، ج ٢ ، ص ٥٧٩ ، ج ٧ ، ص ٧٦٦ .

<sup>(٣١٠)</sup> وذلك لما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا

إعترافاً" ، سيد سابق : فقه السنة ، المرجع السابق ص ٥٥٦

<sup>(٣١١)</sup> عبد الحليم حلمي محمد أنور : رسالة الدكتوراه السابقة ص ٢٦٥

<sup>(٣١٢)</sup> يقسم المالكية القتل إلى نوعين فقط : عمد وخطأ وينكرون بالتالي القتل شبه العمد. انظر : الشرح الكبير المسمى فتح القدير علي مختصر خليل للشيخ أحمد بن محمد الدردير ومعه حاشية محمد بن عرفة الدسوقي ، مطبعة عيسى الحلبي ج ٤ ص ٢٤٢ - الشرح الصغير علي أقرب المسالك للشيخ أحمد بن محمد الدردير وعليه حاشية الشيخ أحمد الصاوي المالكي بتحقيق الدكتور مصطفى كمال وصفى ، دار المعارف بمصر (١٩٧١) ج ٤ ص ٣٣٨-٣٣٩

<sup>(٣١٣)</sup> أي في معركة جماعية فلا يعرف قاتله بالضبط من بين المشتركين في المعركة. أنظر ك عبد الحليم أنور : المرجع السابق

ص ٢٥٩ هامش (١)

في جناية الحر المسلم على الحر المسلم خطأ بمائة من الإبل على عاقلة الجاني ،  
وعاماً فيهم أنها في مضيّ ثلاث سنين ، في كل سنة ثلثها وبأسنان معلومة<sup>(٣١٤)</sup>.

ثالثاً : حالات الجروح الخطيرة : مثل كسر عظم الرأس ، حيث يكون القصاص  
خطراً على الجاني فتكون العقوبة البديلة هي الدية ، لكنها دية مغلظة تختلف عن دية  
الجرح الخطأ<sup>(٣١٥)</sup>.

رابعاً : الجناية على الرحم المحرم (الجناية على قريب) : وذلك رأى الشافعي  
وغيره وروى عن عمر ، والقاسم بن محمد ، وابن شهاب : أن يزداد في الدية مثل  
ثلثها<sup>(٣١٦)</sup>.

خامساً : الجنايات التي ترتكب على النفس والجراح في الشهر الحرام  
والبلد الحرام:

لأن التشريع عظم هذه الحرمات فتعظم الدية بعظم الجناية . وذلك أن المجني عليه  
يفترض مسبقاً أنه بدخول الشهر الحرام أو بتواجده في البد الحرام ينعم بالأمن  
والسكينة لذلك فإنه لا يتخذ الحذر الكافي من أي فعل إجرامي . وإن كان رأى  
الشافعي هو تغليظ الدية في هذه الحالات إلا أن أبو حنيفة ومالك يذهبان إلى عدم  
تغليظ الدية لهذه الأسباب<sup>(٣١٧)</sup>.

## الفصل الثالث

<sup>(٣١٤)</sup> الرسالة للإمام محمد بن إدريس الشافعي ، نبذة رقم ١٥٣٦ ص ٥٢٨

<sup>(٣١٥)</sup> يوسف قاسم ك مبادئ الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ص ٤٤٧

<sup>(٣١٦)</sup> السيد سابق : فقه السنة ، المرجع السابق ص ٥٥٥

<sup>(٣١٧)</sup> المرجع السابق ص ٥٥٥

# التحليل

## الإقتصادي

### للتعويض

#### Economic Analysis of Reparation

"ماذا تظنون. إن كان لإنسان مائة خروفه وصل واحد

منها، أهلاً يترك التسعة والتسعين على الجبال ويذهب

يطلب الضال. وإن اتفق أن يعده أقول لكم إنه يفرح به

أكثر من التسعة والتسعين التي لم تضل"

إنجيل متى - الإصحاح ١٨ آية ١٢، ١٣

\* الصيغ الرياضية ونظرية المباريات

\* الطرق الكمية لحساب التعويض الجابر

\* التحليل الإقتصادي للتعويض العقابي



## تمهيد :

1/3/3 - إذا كان بيتر كين قد خلاص في كتابه<sup>(1)</sup> إلى أن قانون الفعل الضار يلعب دوراً هاماً في حماية المصالح الاقتصادية ، فإنه على الجانب الآخر من العملة يرى معظم شراح علم التحليل الاقتصادي للقانون<sup>(2)</sup> أن علم الاقتصاد يزودنا بنظرية سلوكية للتنبؤ بكيفية إستجابة الناس للتغيرات في القوانين وتأثير جزاء القاعدة القانونية على السلوك البشري. وهي ، بالطبع، تتجاوز التخمين والحدس تماماً كما يتجاوز العلم آراء الناس المرسلة على البديهة. وتأثير جزاء القاعدة القانونية على السلوك البشري يفترض أن الجزاء يمثل "الثمن" وأن الإنسان الرشيد يتجاوب مع الجزاء بمقدار تجاوبه مع الثمن. فهو يقابل الأسعار العالية باستهلاك أقل للسلع الأكثر ارتفاعاً في الثمن. وبالمثل فإنه يواجه الجزاء القانوني بالإمتناع أو بتقليل النشاط الموجب للجزاء. وقد يتخذ من العذر والعيطة والإحتراس - وهو الأمر الذي يكلفه بعض المال - لتقليل احتمال حدوث الفعل الموجب للمسئولية المسبب للضرر ، سواء كان هو المتسبب أو الضحية. وهذا هو الأساس أو الهيكل العام الذي تقوم عليه الصيغة الرياضية للمسئولية والتحليل الاقتصادي للتعويض ومن ثم الطرق الكمية لحساب التعويض النقدي.

إن الأساس الذي يبنى عليه التحليل الاقتصادي للتعويض عن الفعل الضار هو نظرية Coase . والتي تنتهي في مجملها إلى أنه في حالة تداخل نشاط شخص مع آخر في الفعل الضار يوجد نوع من المفاوضات بين الطرفين. هذه المفاوضات لها تكلفة مالية يسميها Coase تكاليف المعاملات transactions costs مثل إيجار غرفة الاجتماعات ، تكاليف العمليات الإجرائية ، والوقت ..الخ. وهذه التكاليف عالية

<sup>(1)</sup> Peter cane : Tort Law and Economic interests , Clarendon Press , Oxford , (1996)

<sup>(2)</sup> Gary S. Becker : The Economic Approach to Human Behavior (1976) – Robert Cooter & Thomas Ulen : Law and Economics , 3<sup>rd</sup>. ed. , Addison Wesley Longman Inc. , (2000) – Ronald Coase " Law and Economics at Chicago " , Journal of Law and Economics , Vol. XXXV1 , 239 , 254 (1993) – George Stigler : "Law or Economics ?" J. of Law & Economics , Vol. XXXV , 455-68 , (1992) – Wernhard Moshel : "The New Institutional Economics Meets Law and Economics : Comment" , Journal of Institutional and Theoretical Economics , 149 , 1 , 88-91 , (1993)

نسبياً في حالة الفعل الضار<sup>(٣)</sup> عنهما في العقود. ويصفه الإقتصاديون الضرر خارج الاتفاقات بأنه "خارجيات externalities" وأن الغرض الإقتصادي من المسؤولية عن الفعل الضار هو حث المسئول على تذكيت internalize تكاليف الضرر أي يجعلها من الأمور الذاتية وبالتالي يعوض الضحية عما أصابه من الضرر المتسبب فيه. ويكون لدى الضحية عندئذ حافز قوي للإستثمار في السلامة والأمان بطريقة فعالة حتى يتجنب أو يقلل من احتمال حدوث الفعل الضار. نخلص بذلك إلى نتيجة هامة هي أن الأساس الإقتصادي للفعل الضار هو إستخدام المسؤولية لتذكيت الخارجيات التي تخلقها تكاليف المعاملات العالية نسبياً في الفعل الضار.

## المبحث الأول

### الصيغ الرياضية ونظرية المباريات

2/3/3 - تخفيض التكلفة الإجتماعية للحوادث<sup>(٤)</sup> إن احتمال وقوع أي حادث ، ونشير إليه (ح) ، يقل مع إتخاذ مزيد من الحذر أو العيطة والإحتراس ، ونشير إليه (س) ، وهي علاقة عكسية. على ذلك فإن  $ح = ح(س)$  هي دالة متزايدة لـ (س). ووقوع الحادث يسبب ضرراً مثل : الدخل المفقود ، ضرر في الملكية ، تكاليف العلاج الطبي وما شابه ذلك. لنضع (أ) تشير إلى القيمة النقدية للضرر ؛ فيكون الضرر المتوقع<sup>(٥)</sup> (أ) مضروبة في (ح) ، أي : (أ) · ح .

ومثل ح (س) ، فإن الضرر المتوقع يكون  $ح(س) = ح(س)$  أ هو دالة متناقصة للحذر (س)<sup>(٦)</sup>. ولتوضيح ذلك بيانياً فإن الممحور الأفقي في الرسم البياني ٢/٣/٣ يبين كمية العذر (س) التي يتخذها الفاعل ، والممحور الرأسي يشير إلى المبلغ النقدي للضرر

<sup>(٣)</sup> إذ أنه في حوادث السير مثلاً لا يستطيع كل سائق مركبه أن يتفاوض مع كل سائق آخر والإتفاق فيما بينهم على المبلغ الذي يخصص للحوادث المستقبلية وكذلك لا يستطيع أى سائق الدخول في علاقة تعاقدية مع كل واحد من المشاة الذي من المحتمل أن يصدمه بسيارته لذلك يقال إن

تكاليف المعاملات مرتفعة عنها في العقود أو في الملكية. أنظر : Cooter : opcit , p. 289

<sup>(٤)</sup> Cooter : opcit p. 300-302 , - John Purther Brown : "Toward An Economic Theory of

Liability", Journal of Legal Studies , Vol. 11. (1973) p. 323-49 -- Steven Shavell :

"Liability for Harm Versus Regulation of Safty", J. L. S. , (1984) p. 357 – 274

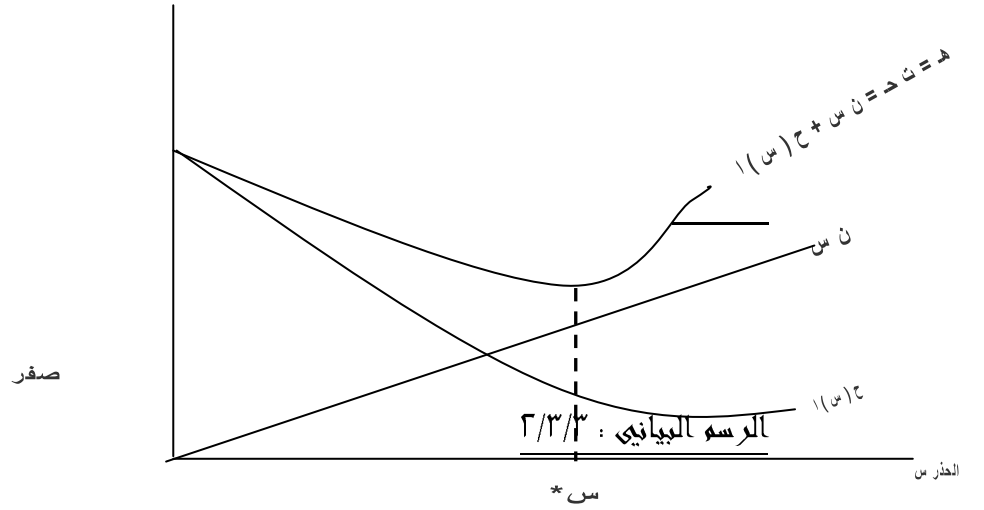
<sup>(٥)</sup> وهو متوقع بسبب العنصر الإحتمالي

<sup>(٦)</sup> ولتبسيط نعرض أن (أ) ثابت. لكن التحليل لا يتغير بإفتراض أن (أ) دالة متناقصة في (أ) ، طالما أن ح (س) هي دالة مقعرة

المتوقع ج (س) أ. أما المنحنى ج (س) أ فهو ينحدر إلى أسفل مشيراً إلى أن الضرر المتوقع يتناقص مع تزايد درجة العذر.

ويتضمن إتخاذ العذر عادة خسارة مبالغ نقدية ، أو وقت ، أو ملاءمة. لنفرض أن العذر يكلفه (ن) وحدة نقد (جنيه مصري – دولار أمريكي .. الخ) لكل درجة من العذر. ونفرض أن (ن) ثابتة (لتبسيط الأمر) ولا يتغير من درجة أو كمية العذر (س). يترتب على ذلك أن (ن) (س) هو خط مستقيم وإنحداره يساوي (ن)

جنيه مصري



وبوضع الرسم البياني 2/3/3 نوعين من تكاليف الحادث : تكلفة إتخاذ العذر وتكلفة الضرر المتوقع. وبناء عليه يمكن أن نضيف تكاليف إتخاذ العذر والضرر المتوقع لنحصل على التكاليف الإجتماعية المتوقعة للحادث والتي نشير إليها : ن ج

$$\text{ن ج} = \text{ن س} + \text{ج (س) أ} \quad \text{معادلة رقم 1}$$

وقد حصلنا على منحنى التكلفة الإجتماعية (هـ) بإضافة الخط د س رأسياً والمنحنى ج (س) أ عند كل مستوى من العذر (س). والنتيجة هي منحنى على شكل U والذي يسمى : ن ج = ن س + ج (س) أ . ولأن منحنى التكاليف الإجتماعية على شكل حرفه U فإن قيمة (س) تقع أسفل هذا الجزء ، ونشير إليها بـ (س\*) وهي

مستوى العذر الذي يقلل من التكاليف الاجتماعية المتوقعة للحادثة. وحيث أن الكفاءة الاقتصادية تتطلب تخفيض التكاليف الاجتماعية تكون (س\*) هو المستوى الاجتماعي الفعال للعذر.

دعنا نصور (س\*) رياضياً. إن تكلفة درجة زيادة من العذر (التكلفة الحدية) تساوي الثمن للوحدة (ن) وأن هذه الدرجة من الزيادة الطفيفة في العذر تقلل التكلفة المتوقعة للضرر (الفائدة الحدية)، ويساوي هذا التقليل التخفيض في احتمال وقوع الحادث ونشير إليه ح/ (س)<sup>(٧)</sup> مضروباً في تكلفة الضرر أ ومن ثم يمكن إيجاد المستوى الفعال للعذر (ر\*) بحل هذه المعادلة:

$$\frac{ن}{ح/ (س*) أ} =$$

التكلفة الحدية الاجتماعية      الفائدة الحدية الاجتماعية      المعادلة رقم ٢

ويمكن للمتعودين على حساب التفاضل والتكامل الحصول على المعادلة رقم ٢ بوضع المشتق الأول من المعادلة رقم ١ بالنسبة للحرص يساوي صفر.

فإذا كانت درجة الحرص أقل من المقدار الفعال عندئذ تكون التكلفة الحدية للعذر أقل من الفائدة الحدية. (س > س\*) ⇐ (ن > ح/ (س أ)). وتتطلب الكفاءة الاقتصادية إتخاذ مزيد من العذر في حالة إذا كانت التكلفة الحدية الاجتماعية أقل من الفائدة الحدية الاجتماعية. في مثل هذه الظروف يُقال أن إتخاذ مزيد من العذر هو تكلفة مُبررة cost – justified. وبالمثل إذا زادت درجة العذر عن المقدار الفعال فإن التكلفة الحدية الاجتماعية ستزيد عن الفائدة الحدية الاجتماعية =

(س < س\*) ⇐ (ن < ح/ (س أ)). هنا تتطلب الكفاءة الاقتصادية إتخاذ قدر قليل من العذر. يصفه الرسم ٢/٣/٣ تأثير درجة العذر على التكاليف الاجتماعية. لكننا لم نذكر حذر من؟ الفاعل أم الضحية؟ فقد يأخذ الفاعل المعتمل أحياناً قدراً من العذر ولا يستطيع ذلك الضحية المعتمل وذلك عندما يقوم الجراح بإجراء عملية جراحية لشخص فاقد الوعي. وفي أحيان أخرى يستطيع كل من الفاعل والضحية المعتملين إتخاذ العذر كما في حالة تأكيد المصنع المنتج للدواء نقاءه ويتعاطى

<sup>(٧)</sup> يشير الرمز ( / ) الموضوع على الحرف (ح) إلى ميل الخط البياني للدالة ح (س) عند س. ويكون الميل بالسالب في الرسم البياني ٢/٣/٣ وعلى ذلك تكون علامة الناقص قبل (ح) تجعل التعبير -ح/ (س) موجب

المستهلك الجرعة الموصى بها طبيًا. ويمكن إعتبار الرسم البياني ٣/٣/٣ أنه يمثل العلاقة بين التكاليف الاجتماعية والعذر الواجب سواء من الفاعل أو الضحية. تذكر أن "العذر" يشير إلى أي سلوك يقلل من احتمال أو تعظيم الحادث.

3/3/3 - حوافز إتخاذ العذر وفقاً لقاعدة الإهمال<sup>(٨)</sup>: قبل الإشارة إلى

الحوافز التي يمكن لقاعدة الإهمال أن تمنحها لكل من الفاعل والضحية يجب تقديم المعيار القانوني للعناية القانونية والتي يؤدي الإخلال بها إلى وجود الإهمال. بعبارة أخرى ما هو التمثيل الإقتصادي للخطأ ؟

الخطأ في الإهمال قد يكون ثنائياً binary (إما - أو ، نعم - لا) مثال ذلك هل المسافر ربط حزام الأمان أم لا ؛ وقد يكون متغيراً مستمراً continuous variable مثل هل يمكن للسيارة أن تغير السرعة باستمرار. ويفضل الإقتصاديون تطوير نظرية التمثيل الإقتصادي للخطأ باستخدام المتغيرات المستمرة<sup>(٩)</sup> ونشير هنا بالعذر المتغير المستمر بالعرف (س) \* وتكون القيم العالية لـ (س) مطابقة للمستويات العالية من العذر وحيث أنه يجب على المدعى في دعوى الفعل الضار أن يبين أن المدعى عليه قد أخل بواجب عام هو واجب العناية \* ولما كان هذا الأخير هو معدل قانوني يصفه المستوى الأقل المقبول للعذر في الرسم البياني ٣/٣/٣ فإن (س) تشير إلى المعدل القانوني للعذر. ويكون بالتالي كميته العذر أقل من (س) إخلال بواجب العناية والعذر المساوي أو الذي يزيد عن (س) يحقق واجب العناية ولا يعتب مرتكب الفعل مخطئاً. ويقسم العذر س ~ الخط في الرسم البياني ٣/٣/٣ ويخلق منطقتين : منطقة مسموح بها وأخرى ممنوعة فإذا كانت (س > س) فإن الفاعل مخطئ بينما (س < س) فإن الفاعل غير مخطئ حيث (س) تشير إلى الكمية الحقيقية من العذر الذي يتخذه المتسبب في الضرر وفقاً لقاعدة الإهمال فإن متخذي القرار الذين يتخذون درجات تساوي أو تزيد عن المعدل القانوني يخلون أنفسهم من المسؤولية

<sup>(٨)</sup> Stephen Gilles , "Rule – Based Negligence and the Regulation of Activity Levels" , Journal of Legal Studies , Vol. XX1 (1992) pp. 319-63 – Stephn Khan : "Causation and Incentives to Take Care under Negligence Rule" , Journal of Legal Studies , Vil. XV111 (1989) pp. 427-47 – See also : Cooter , opcit p. 306-308 – and Posner , opcit , p. 154-160

أما هؤلاء الذين يتخذون درجات من العذر أقل قد يضطرون إلى دفع تعويض جابر للمضرورين \*

| منطقة ممنوعة | منطقة مسموح بها |
|--------------|-----------------|
| س > س ~      | س < س ~         |
| صفر          | س               |

س ~ ( الرسم البياني ٣/٣/٣ )

لكن كيف يمكن تحديد الخطأ . تفرض الحكومة في دول كثيرة قواعد سلامه محدده على أنشطة معينة ، مثل قيود السرعة على الطرق السريعة ، بينما تترك الواجبات الأخرى مبهمه مثل التعريف القانوني للقيادة بطيش . وقد يعتمد القانون على قواعد السلوك الإجتماعية الغير مكتوبة وعلى العرف السائد في المجتمع مثل قاعدة الطريق " rule of road " . وتختلف النظم القانونية في مدى اعتمادها على مبادئ عامة للعناية واللغة المفضلة للتعبير عن هذه المبادئ . فبينما تركز دول القانون العام الناطقة باللغة الإنجليزية على واجب العناية المعقولة reasonable care ، وهو المعيار الذي يقارن بين العناية الحقيقية التي يتخذها المدعى عليه والعناية التي يتخذها الشخص المعقول أو المتزن reasonable person الذي يمكن أن يكون في نفس الظروف ، نجد أن التقنيات المدنية في أوروبا ليست مستقره على مفهوم المعقولية reasonableness . حيث يشعر المحامون في القارة الأوروبية بعدم ارتباط نمو قاعدة العناية المعقولة والتي يبدو أنها تعطى دليلاً هزلياً للعامة وتدرأ كثيراً من الاجتهاد للقضاة . وتحاول التقنيات المدنية إعطاء وصف دقيق وأكثر تحديداً للواجبات القانونية ويعتبر البعض من الفقه الفرنسي أنه إذا تعينت هذه الواجبات كان من السهل وصفه مسلك الفاعل بالخطأ أم لا على ضوء ما إذا كان

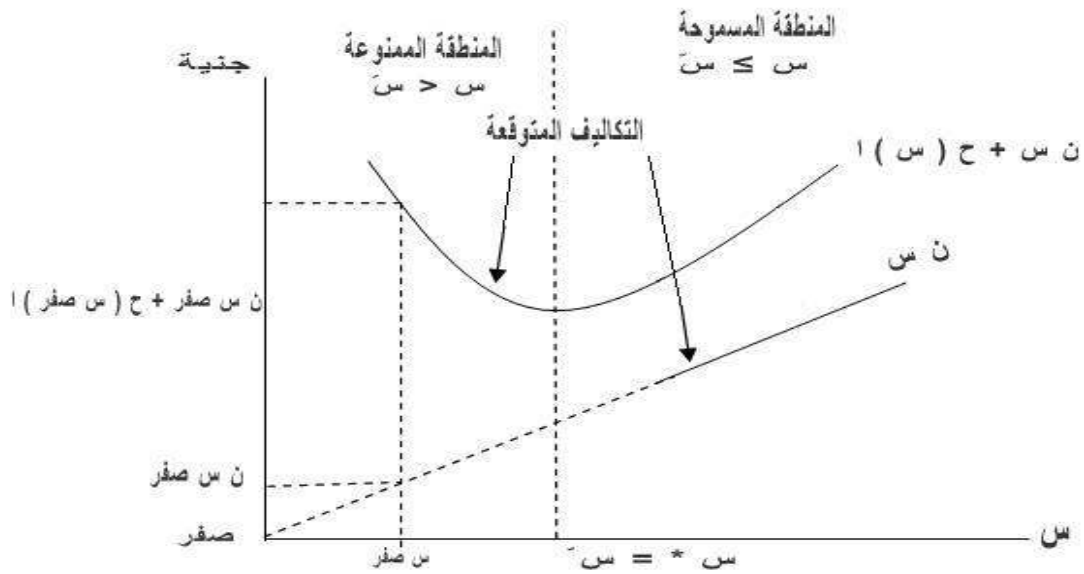
سلوكه يعتبر إخلال بواجباته أو لم يكن<sup>(١٠)</sup> وكما سنرى فإن التحليل الإقتصادي يكشفه التشابه في السلوك المكون لهذه الفروق في اللغة والأنظمة القانونية المختلفة.

4/3/3 - وبعد أن تحقق لدينا أن قاعدة الإهمال تفرض معدل قانوني للعناية والذي يجب على الفاعل الإلتزام به لتجنب المسؤولية . لنفرض أن المراكز تطبق معياراً محدداً يتطلب إنفاق مبلغ معين على إجراءات العذر وقد سمح لنا هذا الفرض أن نمثل المعدل القانوني والذي يشار إليه ( س ~ ) . ونقسم العذر إلى مناطق مسموحة وأخرى ممنوعة (الرسم ٤/٣/٣) . ونوجد الآن بين تمثيل قاعدة الإهمال كما في الرسم البياني ٣\٣\٢ حيثه أشير فيه إلى المستوى الفعالي من العذر بالرمز س\* . والعلاقة بين س ~ و س\* هي أنها متساويان بمعنى أن المعدل القانوني يساوي المستوى الفعالي للعناية : س ~ = س\* وأن المنطقة الممنوعة ( س > س ~ ) في الرسم (٤\٣\٣) يطابق عدم كفاية العذر. وأن المنطقة المسموحة ( س ≤ س ~ ) تطابق العذر الزائد . أما العذر على الحدود بين المنطقتين يساوي العذر الفعالي ( س ~ = س\* )

ولنأخذ تكاليف الفاعل كدالة في مستوى حذره . في المنطقة المسموح بها لا يكون المتسبب مسؤولاً وهو يتحمل تكاليف حذره ن<sub>هـ</sub> س<sub>هـ</sub> لكنه لا يتحمل تكاليف الضرر الذي أصابه الضحية ، وتكون تكاليف الفاعل في المنطقة المسموحة ( س<sub>هـ</sub> ≤ س ~ ) ويشار إليها بالخط المستقيم ن<sub>هـ</sub> س<sub>هـ</sub> في الرسم البياني ٣\٣\٢ . ويكون الفاعل مسؤولاً ويتحمل تكاليف حذره ن<sub>هـ</sub> س<sub>هـ</sub> وكذلك تكاليف الضرر المتوقع للضحية ح ( س<sub>هـ</sub> ) (أ) ومن ثم تكون التكاليف المتوقعة للفاعل في المنطقة الممنوعة ( س<sub>هـ</sub> > س ~ ) ومشار إليها بالمنحنى ن<sub>هـ</sub> س<sub>هـ</sub> + ح ( س<sub>هـ</sub> ) (أ)

<sup>(١٠)</sup> وفي ذلك يقول Bru في رسالته المقدمة لجامعة ليون عن مسؤولية الأطباء المدنية سنة ١٩٢١ un délit ne pas être plus ou moins fautif. Il peut seulement être plus ou moins obligé مذکور في سليمان مرقص . المرجع السابق صفحہ

### رسم بياني (٤/٣/٣)



وتكون تكاليفه الفاعل وفقاً لقاعدة الإهمال كما هو واضح في الرسم البياني ٤/٣/٣ هو المنعني الرقيق الذي ينحدر إلى أسفل إلى النقطة  $س = س^*$ . ثم يصبح خطأ مستقيماً والنقطة الأصغر على هذا المنعني تحدث عندما يساوي حذر الفاعل المعدل القانوني  $س = س^*$  ويكون لديه الحافز ليتخذ الحذر عند هذا المستوى حتى ينخفض التكاليف. نخلص من ذلك بنتيجة قوليه هي أن قاعدة الإهمال مع التعويض التام والمعدل القانوني المساوي للمستوى الفعال من الحذر يعطي الفاعل حوافز لاتخاذ الحذر الفعال.



ولبيان أثر الحافز في قاعدة الإهمال ، لنعتمد كيفه يجد مستوى العناية المفضل لديه .  
 لنفرض أن الفاعل يحدد حذره ليساوي س صفر في الرسم البياني ٤\٣\٣ والذي  
 بموجبه يتكلفه ن جنية س صفر ويتوقع أن يدفع ح ( س صفر ) (١) جنية لمسئوليته عن  
 الفعل الضار . وتكون تكلفة الفاعل في اتخاذ وحده حذر أكثر من س صفر أقل من  
 الوفر الناتج من المسؤولية المتوقعة بسبب الإحتمال الضئيل لوقوع الحادث . ومن ثم  
 فإن الفاعل الرشيد سيتخذ المزيد من الحذر وسوف يستمر في ذلك حتى يصل إلى  
 س\* حيث تقع المسؤولية في نقطة الصفر . وهنا لا يوجد لدى الفاعل الحافز ليزيد من  
 درجه الحذر فإذا زادت درجة الحذر عن س\* فإنه يدفع فقط تكاليفه حذره وهي ن  
 ص للوحدة الواحدة لكن تبقى مسئوليته عند نقطة الصفر . ولذلك فإن الفاعل لن يتخذ  
 أي درجه حذر تزيد عن س\* (١١)

لنأخذ الآن الوجه الآخر وهو كيف تعطى قاعدة الإهمال حوافز للعدل الفعال بواسطة الضحية فعندما تنتهي مسؤولية الفاعل لا يستحق المضرور أي تعويض عندئذ يتصرف الضحية كما لو كانت القاعدة القانونية هي عدم وجود مسؤولية الأمر الذي يجعل الضحية يزود التكاليف البدية وكذلك فوائد العذر وهذا الذي يعطى حوافز للعدل الفعال . بصورة عامة فإن قاعدة الإهمال التي تغري المسئول على أن يدرك أنه المسئولية باستيفاء المعدل القانوني هي نفسها تمنع الضحية العاقل لاتخاذ العذر الفعال

Contributory negligence and : الإهمال المشترك والإهمال النسبي  
comparative negligence

(١١) ويمكن إثبات ذلك بطريقة أخرى . عند اعتبار قاعدة الإهمال مع التعويض التام والمعدل القانوني المساوي للمستوى الفعال من العناية يواجه

الفاعل دوال التكاليف التالية

س > س\* ( المنطقة الممنوعة ) - تكاليف الفاعل = ن ف س ف + ح ( س ف ) ( أ )

س ≤ س\* ( المنطقة المسموحة ) - تكاليف الفاعل = ن ف س ف

تقرب تكاليف الفاعل في المنطقة الممنوعة إلى الأقل كلما اقتربت  $s$  من  $s^*$ . وفي المنطقة المسموحة تقل تكاليف المسئول عندما  $s = s^*$  وبناء عليه يقلل الفاعل التكاليف بجعل  $s = s^*$ .

5/3/3 - الإهمال المشترك: يمكن للفاعل الممسك أن يؤولت من المسؤولية إذا ثبت أن حذر الضحية كان أقل من المعدل القانوني للعناية . ويمكن تمثيل ذلك رمزيًا كالآتي :

الفاعل المخطئ س  $\leq$  س\*  $\leq$  س\* ض ← الفاعل مسنول  
الفاعل غير مخطئ س  $\leq$  س\*  $\leq$  س\* أو الضحية مخطئ س  $\leq$  س\* ← الفاعل غير مسنول

لكن المثال التالي يتغير مع نموذجي قاعدة الإهمال السابقتين : كان أحد الأشخاص يغطس في حمام السباحة وارتطم رأسه بالفانج رفع دعوى الفعل الضار على صاحب حمام السباحة مدعيًا بأنه أهمل بعدم وضع علامات تحذير بأن الحمام ضل وغير صالح للغوص . اعترف صاحب الحمام بذلك أكد بأن الضحية أيضًا كان مهملاً بعدم التثبيت والمراجعة مسبقًا من عمق المياه داخل حمام السباحة . إذا كان كل من الطرفين مهملاً فإن صاحب الحمام يكون مسنولاً وفقاً لقاعدة الإهمال البسيط ولكنه لا يكون كذلك وفقاً لقاعدة الإهمال مع وجود دفع بالإهمال المشترك . ووفقاً لهاتين القاعدتين يكون طرف واحد هو المسنول على كل تكاليف الضرر الذي سببه الحادث حتى ولو كان كل منهما مخطئاً .

6/3/3 - الإهمال النسبي : comparative negligence وهنا يتم تقسيم تكاليف الضرر بين المدعي والمدعى عليه بنسبة مساهمة كل منهم في وقوع الحادث . فإذا كان إهمال الضحية يمثل ٢٠٪ من سبب وقوع الحادث بينما إهمال المدعى عليه يمثل ٨٠٪ فإن المضرور يعرض بمقدار ٨٠٪ من الخسائر الذي تكبدها . ويرمز للإهمال النسبي كالآتي :

الفاعل المخطئ س  $\leq$  س\*  $\leq$  س\* ض ← يتحمل الفاعل ١٠٪  
الفاعل غير مخطئ س  $\leq$  س\*  $\leq$  س\* أو الضحية مخطئ س  $\leq$  س\* ← يتحمل الضحية ١٠٪

الفاعل منطوي س  $\sim$  س\* في والضحية منطوي س  $\sim$  س\* ص  $\leftarrow$  تعمل التكاليف بنسبة الإهمال<sup>(١٢)</sup>

7/3/3 - وضع المعايير القانونية صيغة هاند الرياضية Hand formula والسؤال الآن هو كيف يمكن التعرف على المستوى الفعال من العذر عند وضع معيار قانوني ، وقد أجاب على هذا السؤال قاضي أمريكي يدعى Learned Hand بصيغة رياضية للإهمال عرفته باسمه Hand formula وذلك بمناسبة قضية شهيرة عرضت عليه<sup>(١٣)</sup> وقد صاغ هذه القاعدة في العبارات التالية: يبدو من المراجعة السابقة أنه لا يوجد قاعدة عامة تحدد متى يؤدي غياب نوتى السفينة bargee أو أي حاضراً آخر إلى إعتبار مالك السفينة مسؤولاً عن الأضرار الذي تصيب المراكب الأخرى إذا انفصلت عن السلسلة التي تربطها في مرساها... وحيث أنه هناك فرصة لذلك عندما تنفصل كل مركب من مرساها ؛ وحيث أنه إذا حدث ذلك فإن المركب تصبح خطراً للمراكب التي حولها ؛ ومن واجب مالك السفينة ، كما في مواقف أخرى مماثلة ، أن يتخذ الإجراءات الوقائية والحيلة للأضرار الناشئة . وهذا الواجب هو دالة في ثلاث متغيرات :

١- احتمال أنها ( المركب ) ستنفصل . ٢- جسامه الضرر إذا حدث . ٣- عبء العذر الكافي .

(١٢) مدى إهمال الفاعل س  $\sim$  س و مدى إهمال الضحية يساوي س  $\sim$  س ونسبة إهمال كل طرف والتي يمكن استخدامها لتقسيم المسؤولية وفقاً لقاعدة الإهمال النسبي :

$$\text{س} \sim \text{ف} - \text{س} \sim \text{ف} / [ (\text{س} \sim \text{ف} - \text{س} \sim \text{ف}) + (\text{س} \sim \text{ض} - \text{س} \sim \text{ض}) ] = \text{نسبة إهمال الفاعل}$$

$$\text{س} \sim \text{ض} - \text{س} \sim \text{ض} / [ (\text{س} \sim \text{ف} - \text{س} \sim \text{ف}) + (\text{س} \sim \text{ض} - \text{س} \sim \text{ض}) ] = \text{نسبة إهمال الضحية}$$

ولتفسير ذلك لنفرض أن مركبة تسير بسرعة ٤٠ كم في الساعة اصطدمت بأخرى تسير بسرعة ٣٥ كم في الساعة وذلك في شارع محدد له السرعة القصوى ٣٠ كم في الساعة . حينئذ يكون كل من السائقين مسؤولاً بنسبة ٣/٢ ، ٣/١ على الترتيب .

(١٣) وهي القضية المعروفة: United States v. Carrol Towing , 159, f.2d. 169(2d cir- 1947) وتتلخص وقائعها في أن مركب كبير لنقل البضائع غرق بحمولته في ميناء نيويورك ، حيث كان هناك عدد من السفن مؤمنة بسلسلة واحدة في رصيف واحد ، وقد أجر المدعى عليه زورق سحب لقطر سفينته خارج الميناء ، وبصدد فك المركب المسحوبة من السلسلة وإعادة ضبط مركب المدعى وربطها بالسلسلة ، لم يجد طاقم زورق السحب أى شخص على ظهر سفينة المدعى حتى يقوم بهذا العمل مما جعلهم يقومون به لكن ليست بطريقة سليمة ، ونتج عن ذلك أن أحد المراكب بسبب عدم الربط بإحكام تحركت واصطدمت بمركب المدعى وأغرقت بحمولته . رفع صاحب السفينة الغارقة دعوى ضد صاحب زورق السحب مدعياً بأن موظفي هذا الأخير أهملوا في إعادة ربط وتعديل خطوط السلاسل . رد المدعى عليه بأن صاحب المركب قد أهمل أيضاً لأن وكيله الذى يسمى النوتى bargee لم يكن على ظهر المركب الغارقة عندما ذهب طاقم زورق السحب إليها لإعادة ربطها بالسلسلة حتى يتسنى له التأكد من عملية إعادة الربط بنفسه.

ومن الممكن أن نضع هذه الفكرة على نحو بارز في تعبير جبري ( علم الجبر ) . إذا رمزنا للإحتمال بالعرفه ( ح ) ، والخسارة ( خ ) والعجز ( ت ) فإن المسؤولية تعتمد عما إذا كانت ( ت ) أقل من ( خ ) مضروباً في ( ح ) أي إذا كانت  $ت > ح \times$  تم طبق القاضي Hand بعد ذلك هذه الصيغة على وقائع القضية وانتهى إلى أنه بسبب أن  $ت > ح \times$  فإن مالك السفينة كان مهملاً لعدم إيجاد نوتس على ظهر السفينة أثناء ساعات العمل الرسمية .

وتبقى صيغة Hand غير واضحة بالنسبة إلى المتغيرات هل هي تشير إلى قيم حدية أو قيم إجمالية . فإذا اعتبرناه أنه رجل إقتصاد جيد فسيكون في ذاكرته قيم حديه للمتغيرات . وباستبدال رموز هاند بما سبق نحصل على القاعدة التالية:

قاعدة هاند الحدية<sup>(١٤)</sup>

$ن > - ح / ١$  يكون الفاعل مهملاً

أي أن التكلفة الحدية للعدو أقل من الفائدة الحدية الناتجة ، ويكون الفاعل مسئولاً عندما يكون العدو الإضافي مبرر التكاليف وذلك عندما يقع العدو قريباً من المستوى الفعال  $س > س^*$

ولدرء المسؤولية يجب على الفاعل أن يزيد من درجة حذره حتى يصبح الظلم عدلاً :

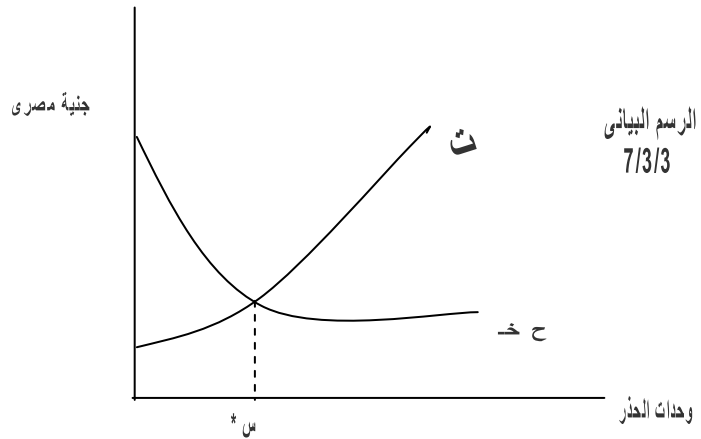
$$ن = - ح / (س^*) (أ)$$

التكلفة الإجتماعية الحدية = الفائدة الإجتماعية الحدية

فإذا كان حذر المسئول فعالاً (  $س = س^*$  ) عندئذ تكون التكلفة الحدية الإجتماعية تساوى الفائدة الإجتماعية الحدية (  $ن = - ح / ١$  ) وعند هذه النقطة تكون درجات العدو الزائد غير مبررة التكاليف

<sup>(١٤)</sup> يمكن بسهولة اشتقاق صيغته هاند الحدية باستخدام بعض حساب التفاضل البسيط جداً . إن المشكلة أن نجد مستوى العناية (  $س^*$  ) الذي يقلل تكلفة الحوادث ، ح خ بالإضافة إلى تكاليف منع الحوادث ( ت ) حيث كل من ( ح ) و ( ت ) دوال في درجة العناية لدى الفاعل المحتمل ( س ) ، وبالفرض فإن الضحية الإحتمال لا يستطيع أن يفعل شيئاً لمنع الحوادث - فتكون درجة العناية القصوى صفر ورياضياً ، فإن المشكلة هي تقليل ١ ، التكلفة الإجتماعية الإجمالية ، فيما يتعلق ب ( س ) ، وحيث (  $س$  ) تكلفة الحادث الإجمالية دالة في كمية العناية =  $ح (س) + ت (س)$  ، كل من ح ، ت دوال في س أيضاً ، بشرط استيفاء بعض شروط طبيعية عادلة ، فإن التقليل يتطلب أن نأخذ المشتق الأول من ١ بالنسبة ل س ونضع التعبير الناتج يساوى صفر :  $ح \times س + ت = صفر$  أو  $ت = - ح \times س$  بمعنى أنه يمكن تعظيم العناية بإحداثيات تغير طفيف في ت ( مصاريف الرعاية ) فتقل ( ومن ثم علامة ناقص ) تكاليف الفعل الضار بنفس المقدار وهي النقطة للشار إليها  $س^*$  في الرسم البياني ٧\٣\٣ المزيد من التفصيل :

ويعبر الرسم البياني ( $V/3/3$ ) صيغة هاند الرياضية في شكلها العددي الصحيح . ويمثل المحور الأفقي وحدات العناية أما المحور الرأسى الجنية المصرى . أما المنحنى ح ف يصور التغير العددي ، في تكاليف الحوادث المتوقعة كدالة في العناية وهو ينحدر إلى أسفل على فرض أن العناية لها تأثير متناقص في منع الحوادث . كما أن المنحنى ت هو التكلفة الحدية للعناية وهو منحنى صاعد حيث يفترض أن مدخلات العذر نادرة ومن ثم فإن أسعارها ترتفع أكثر وأكثر كلما زاد الطلب على شرائها . وتمثل نقطة تقاطع المنحنيين العناية اللازمة . وعلى يسار النقطة س\* يكون الفاعل منطناً حيث ت أصغر من ح ف . وعلى اليمين تكون العناية أكبر من الفائدة من تقليل تكاليف الحادث المتوقع ، يكون الفاعل غير مسئول - هذه المنطقة لا يمكن تجنب الحوادث فيها بالمفهوم الإقتصادي بشرط بقاء العوامل الأخرى المتداخلة على ما هي عليه <sup>(١٥)</sup>



والاعتراض الذي يمكن توجيهه لهذه الصيغة الرياضية أنها تفترض تحديد عنصر الخطر بيد أنه يمكن للناس شراء التأمين على المسؤولية <sup>(١٦)</sup> وبالرغم من أن هذه الصيغة حديثة العهد نسبياً (١٩٤٧) فإن المحاكم الأمريكية تستخدمها لتقرر وجود

<sup>(١٥)</sup> Posner, Econ , Analysis of low Opcit p . ' 50

<sup>(١٦)</sup> Ilrid

الإهمال من عدمه . فهي قضية رفعت ضد شركة لأعمال المياه <sup>(١٧)</sup> . كان السؤال عما إذا كانت الشركة متهمة في عدم دهنها أنابيب المياه في عمق كاف تحت الأرض حتى لا تكون عرضة للانفجار بسبب الصقيع والذي أدى إلى الإضرار بمنزل المدعى . وفي تقرير المحكمة بإنهاء الإهمال عن الشركة أكدت بأن الصقيع ليست له سابقة بمثل هذه القسوة ، بمعنى أن احتمال الخسارة ضعيف . وأن الضرر لم يكن كبيراً لكي يجعل التكلفة المتوقعة للحادثة أكبر من تكلفة المنع ، والتي تتضمن تكاليف باهظة لدفع الأنابيب بعمق أكثر مما كانت عليه .

وبالنظر إلى القضية السابقة وغيرها مما تعرض له القضاء الأمريكي نجد أن المعايير كانت تبعث دائماً عما إذا كان الفاعل قد اتخذ الحذر الفعال لتجنب الحادث من عدمه على ضوء قاعدة هاند . ولتطبيق هذه القاعدة فإن على متخذ القرار أن يعرف ما إذا كانت درجة الحذر الأعلى قليلاً بتكلفه أكثر أو أقل من التخفيض الناتج في تكاليف الحوادث المتوقعة . فقد يكون حساب تكاليف الحوادث المتوقعة ( س ) ١ صعباً . فعلى سبيل المثال إذا قمت بزيادة سرعة قيادتك لنقل من ٥٠ كيلو متر في الساعة إلى ٦٠ كم في الساعة ، هل سيزيد متوسط الخسارة الناشئة عن الحوادث بسبب السرعة الزائدة بـ ١٠٠٠٠٠٠ جنية أو بـ ١٠ جنيهات أو مبلغ ما بينهم ؟ يتطلب تحليل التكاليف Cost Benefit Analysis ممن يستخدمها سواء الفاعل ، المحكمة ، المشرع ، الإداري الحصول على قدر كبير من المعلومات. لذلك يجب أن يضع قانون المسؤولية في الاعتبار من هو الذي يكون في أحسن وضع للحصول على المعلومات عن الحوادث. فإذا كانت المعايير تستطيع الحصول على المعلومات الصعبة عن الحوادث عند مستوى التكاليف المعتدلة فإن ذلك يكون لصالح الحكم في كل قضية على حده <sup>(١٨)</sup>

وهناك مدخل آخر يعتمد على تطبيق العادات الاجتماعية أو الممارسات الأحسن في الصناعة . وفي هذا المدخل لا يحاول المشرعون الموازنة بين التكاليف الحديثة والفوائد . بالأحرى فإنهم سيعتمدون على جماعة من الناس الذين يخلقون المعيار للموازنة بين التكاليف والفوائد . مثال ذلك لدى مجتمع سكني معدلات خاصة بصيانة

<sup>(١٧)</sup> Blyth V . Brimingham Water Works 11 Exch . 781,156Eng.Rep 1047(1856) Sec

Richard A . Posner , " A Theory Of Negligence , 1- Journal Of Legal Studies . 29 ( 1972) .

Also : Henry T Terry " Negligence , 29 . Haruard Legal Review . (1915)

Cooter Opcite P. 135 <sup>(١٨)</sup>

درجات السلم المؤدى إلى المنازل كما أن محاسبة الصناعة لديها ممارسات خاصة بالمراجعة الدقيقة . عند وضع " معايير الجماعة Community Standards موضع التنفيذ تحتاج المراكز إلى معلومات أقل كثيراً مما تحتاجه عندما تحسب التكاليف البدية وفوائد العذر . ومع ذلك فيجب على المشرع التأكد من أن الجماعة قد وازنت حقيقة بين التكاليف والفوائد .

وهناك ملاحظة عملية أخيرة وهي أن المراكز - في أمريكا - لا تأخذ في الاعتبار عند حساب التكاليف الحقيقية للطرفين القدرات الفردية في تجنب الحوادث . لكننا نضع في الاعتبار فقط الشخص المعقول<sup>(١٩)</sup>

8/3/3 - تحليل نظرية المباراة لقواعد المسؤولية عن الفعل الضار<sup>(٢٠)</sup> نبدأ بافتراض وقوع حادث سير بين سائق مركبة وأحد المشاة . وأن وقوعهما يكلفه المترجل خسارة مقدارها ١٠٠ جنية . لكن من المؤكد أن الحادث سيقع إذا لم يتخذ أي الطرفين العذر . لكن مع اتخاذ كل منهما العذر فما زال هناك احتمال ١٠٪ لوقوع الحادث والآن ، وفقاً لهذه الفروض ، دعنا نرى كيف يتصرف كل طرف على ضوء النظم القانونية المختلفة . نبدأ أولاً بالتعرف على كيفية تصرف الأطراف في ظل النظام الذي لا يكون فيه السائق مسؤولاً عن الأضرار الناتجة عن حادث السير من خلال جدول المصفوفات التالية:

| السائق       |              |          |              |
|--------------|--------------|----------|--------------|
| عدم وجود حذر |              | وجود حذر |              |
| الرائج       | عدم وجود حذر | و صفر    | ١٠٠ - و ١٠ - |
|              | وجود حذر     | و صفر    | ٢٠ - و ١٠ -  |

<sup>(١٩)</sup> Posner Opote P . 151-152

<sup>(٢٠)</sup> 1- Daniel Orr , "The Superiority Of Comparative Negligence : Onother Vote" , 20 J Legal Stud p 119 (199) – Tai – Yeong Chung , " Efficiency Of Comparative Negligence : A Game Theoretic Analysis , 22 J Legal Stud. P. 1395 ( 1993 ) And See Also The Valuable Book Of : Proessors Douglas Baird, Rolert Gertner , And Randel Picker , Gamer Theory And The Law , Univ . Chicago Press ( 1995) P .P 9 – 23 Referred To Later As ( B G P) Robert D. Cooter & Thomas S Ulen , " Tort Law "

### مصفوفة نظام عدم وجود مسؤولية على الفاعل (٣١) ٨/٣/٣

يلاحظ أن لدى السائق استراتيجية مهيمنة عليه وهي أن لا يتخذ العناية اللازمة حيث تقل نفقاته دائماً مما إذا اتخذ العناية اللازمة. بينما تهيمن على الراجل استراتيجية ملحة وهي أنه يوجد لدى الطرف الآخر استراتيجية عدم اتخاذ الحذر والعناية ومن ثم تكون أحسن استراتيجية لدى الراجل هي أن لا يتخذ هو الآخر أي حذر أو عناية مطلوبين وعلى ذلك فإن العنصرين المتحدين الموجودين في أعلى اليمين ( ١٠٠ - ، صفر ) من المصفوفة التي تحقق الفوائد لكلا الطرفين والناجح الممكن من المباراة Pay Off Mateix والتي تتلخص في وجود حادث يتسبب عنه ضرر للراجل لكن أيضاً منهما سيتخذ الحذر المطلوب .

9/3/3 - ولتحليل نظام قانوني آخر في الفعل الضار وهو المسؤولية المقترضة حيث يكون السائق مسؤولاً بغض النظر عن وقوع خطأ من جانبه. تكون عناصر المصفوفة المحققة للفائدة الممكنة من المباراة كالآتي :

| <u>السائق</u>      |                             | <u>الراجل</u>               |
|--------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| <u>عدم العناية</u> | <u>وجود العناية اللازمة</u> |                             |
| <u>صفر ، - ١٠</u>  | <u>صفر ، - ١٠</u>           | <u>عدم العناية اللازمة</u>  |
| <u>- ٢٠ ، ١٠</u>   | <u>- ١٠ ، ١٠</u>            | <u>وجود العناية اللازمة</u> |

### مصفوفة المسؤولية المقترضة (٣٢) ٩/٣/٣

يلاحظ أن العناصر الموجودة في أعلى اليمين ( صفر ، - ١٠ ) هي عكس العناصر المحققة للفوائد لكلا الطرفين في المصفوفة السابقة. ويرجع السبب في ذلك إلى أنه إذا وقع حادث نتج عنه ضرر للضحية ( الراجل ) قيمته ١٠٠ جنيه فإنه في ظل المسؤولية المقترضة فإن الفاعل ( قائد المركبة ) يتحمل هذه الخسارة ويلاحظ أنه يوجد لدى الضحية استراتيجية موجهة لسلوكه وهي أنه لن يتخذ أي ضرر من جانبه

10/3/3 - والنظام الثالث محل التحليل عن طريق نظرية المباراة هو الإهمال المشترك Contributory Negligence ويكون الفاعل وفقاً لهذا النظام القانوني مسؤولاً عن

Baird , Gertner & Picker , Game Theory And The Law Opcit P . 10 (٣١)

B G P , Opcit P . 15 (٣٢)



الضرر الناشئ عن الحادث إذا تبين عدم إتخاذ العذر اللازم بينما اتخذ المضرور (  
الراجل ) العذر اللازم لتجنب الحادث . وتصبح عناصر المصفوفة المتوقعة لتحقيق  
الفائدة الممكنة للطرفين كالآتي :

| <u>السانق</u>               |                    |                             |               |
|-----------------------------|--------------------|-----------------------------|---------------|
| <u>وجود العناية اللازمة</u> | <u>عدم العناية</u> | <u>عدم العناية</u>          | <u>الراجل</u> |
| ١٠ - ، ١٠٠ -                | ١٠٠ - ، صفر        |                             |               |
| ١٠ - ، ٢٠ -                 | ١٠ - ، ١٠٠ -       | <u>وجود العناية اللازمة</u> |               |

### مصفوفة الإهمال المشترك<sup>(٢٣)</sup> ( ١٠/٣/٣ )

وهنا يكون لدى الضحية ( الراجل ) استراتيجية تهيمن عليه مؤداها أنه بغض النظر  
عن التصرف الذي يقوم به الفاعل ( السائق ) فإنه يجب عليه - الضحية - أن يتخذ  
العذر اللازم فإذا اعتبرنا هذه الحقيقة فإن الاستراتيجية المترددة والمهيمنة على  
الفاعل هو أن يتخذ هو أيضاً العذر اللازم .

11/3/3 - وأهم ما يثير الإنتباه في تحليل الأساتذة Baird , Gertner , Picker هي  
كتابهم القيم " نظرية المباراة والقانون " هو تحليلهم للخطأ النسبي Comparative  
Negligence . لنستدعي ما سبق ذكره بخصوص هذا النظام القانوني<sup>(٢٤)</sup> والذي يتم  
تقسيم تكاليف الضرر بين الطرفين - الفاعل والضحية - بنسبة مساهمة كلٍّ منهما في  
وقوع الحادث إذا لم يتخذ كلٍّ منهما العذر المطلوب . وأخذاً في الاعتبار حوافز  
اتخاذ العذر بموجب هذا النظام القانوني أضافه الأساتذة ( B G P )<sup>(٢٥)</sup> اختياريّاً  
ثالثاً للإختيارين الذين سبق بيانهم في المصفوفات السابقة . فبالإضافة إلى عدم اتخاذ  
العناية اللازمة أو اتخاذها فإن الطرفين يستطيعان اتخاذ " بعض العناية " Some  
" care . لنفرض أن اتخاذ العناية اللازمة تكلفه كلٍّ منهم ٣ جنية وان بعض العناية  
تكلفه كل واحد منهم جنية واحد فقط . افرض أيضاً أنه عندما يمارس كلٍّ منهما  
العناية اللازمة فإن احتمال وقوع الحادث ينخفض إلى واحد إلى خمسين أو ١/٥٠ على

<sup>(٢٣)</sup> Opcit P . 17

<sup>(٢٤)</sup> فقرة رقم ٦/٣/٣ سابقاً

<sup>(٢٥)</sup> الحرف الأول من اسم كل المؤلفين الثلاثة

ذلك فإن تكلفة الحادث المتوقعة بالنسبة للضحية - عندما يتخذ كل طرفه العناية اللازمة لتجنب وقوع الحادث - تكون - ٢ جنية (  $100 \times 0.02$  )

والآن نصل إلى قواعد توزيع الخسارة . إذا وقع حادث وتكابد الضحية ( الراجل ) خسارة مقدارها ١٠٠ جنية ولم يتخذ أى من الطرفين العناية اللازمة فإن تحميل هذه الخسارة يتم بالتساوى بينهما ويتحمل كل طرفه خمسون جنيهما ( وهذا هو القيد للعصرين الواردين في أعلى اليمين من المصفوفة الثالثة ( ١٠/٣/٣ ) . وإذا وقع حادث واتخذ كل طرفه بعض العناية اللازمة ؛ فإن توزيع الخسارة يتم أيضاً مناصفة بين الطرفين لكن لأن اتخاذ بعض العناية يكلفه جنيهاً واحداً لكل طرفه . لذلك يتحمل كل واحد منهما واحد وخمسون جنيهاً ( هذا القيد وارد في منتصف المصفوفة ) . لنفرض أن السائق اتخذ بعض العناية ولم يفعل ذلك الراجل ، ووقع حادث السير . في هذه الحالة يفترض ( B G P ) أن قائد المركبة سوف يدفع جنيهاً من خسارة الراجل كما سيتكبد أيضاً جنيهاً تكلفة اتخاذ بعض العناية . فتكون خسارته الإجمالية جنيهان ؛ بينما لم ينفق الضحية أى مبلغ على إجراءات العناية فيتحمل مبلغ ٩٩ جنيهاً من المائة جنية التي هي إجمالى قيمة الخسارة الناتجة عن حادث السير ( هذا وارد في القيد الوسط من الصف الأول من المصفوفة ) . وعكس هذا الفرض ، عندما لا يتخذ قائد المركبة أى عناية بينما يقوم بذلك الراجل ( الضحية ) ( وذلك وارد في القيود المقابلة من المصفوفة ) . وأخيراً لنفرض أن كلاهما اتخذ العناية الواجبة ، عندئذ سيتكبد كل واحد ٣ جنيهاً تكلفة العناية اللازمة ، كما سيتكبد الضحية بالإضافة إلى ذلك مبلغ الخسارة المتوقعة وهو جنيهان . ويمكن تلخيص ذلك في المصفوفة التالية:

| السائق          |             |             |                 |        |
|-----------------|-------------|-------------|-----------------|--------|
| العناية اللازمة | بعض العناية | عدم العناية | عدم العناية     | الراجل |
| ١٠٠- ، ٣-       | ٩٩- ، ٢-    | ٥٠- ، ٥٠-   | بعض العناية     |        |
| ٣- ، ١٠١-       | ٥١- ، ٥١-   | ٩٩- ، ٢-    | العناية اللازمة |        |
| ٣- ، ٥-         | ١٠١- ، ٣-   | ١٠٠- ، ٣-   |                 |        |

مصحوفة الخط النسبي ١١/٣/٣ (٣٦)

كيف يتصرف كل من قائد المركبة والراجل حين يواجهون هذه الممارسة. من الملاحظ أولاً أن الحوافز التي تواجه الأطراف في هذا النظام القانوني ليست واضحة ومحددة مثل ما هو واضح في النظم السابقة. لا يوجد لدى أي طرف استراتيجية حاکمة. لاحظ على سبيل المثال أن إتخاذ "بعض العناية" يكون عادة أسوأ من إتخاذ العناية اللازمة لكن ذلك ليس الحالة اللازمة. هناك بعض الظروف عندما يكون إتخاذ بعض العناية أحسن من إتخاذ العناية اللازمة. خصوصاً عندما لا يتخذ الطرف الآخر من اللعبة أي حذر.

دعنا نحاول تبسيط الأشياء ؛ لنفترض أن الضحية لا يتخذ أي حماية. يستطيع قائد المركبة اتخاذ بعض العناية وسيخسر جنيهاً أو أن يتخذ العناية اللازمة ويخسر ثلاثة جنيهاً . بالرغم من القول الفصل بأنه يجب على قائد المركبة أن يقوم ببعض العناية ، دعنا نفترض أن الضحية لا يبذل العناية المطلوبة وأن الفاعل على عكس ذلك يبذل العناية المطلوبة.

نفس الشيء

بالفرض - سيكون صحيحاً إذا لم يبذل الفاعل العناية الواجبة ؛ ومن ثم فإن السائر على قدميه ( الضحية ) سوف يبذل العناية اللازمة . هذا المثل البسيط يجعل المباراة مصفوفة  $2 \times 2$  بدل من مصفوفة  $3 \times 3$  . وتكون اختيارات الأطراف حقيقة بين بعض العناية والعناية اللازمة . ووفقاً لهذا الفرض فإن العناية اللازمة تسيطر على بعض العناية لكلا الطرفين <sup>(٢٧)</sup>.

ويمضي الأساتذة B G P في استكشاف بعض قواعد تجزئة المسؤولية الأكثر تعقيداً.

فهناك عدة نقاط تسترعى الانتباه :-

أولاً : فإن أحد المشاكل مع المصروفة رقمه ( ١١/٣/٣ ) بعلية هو أن أياً من قائد المركبة أو السائر على قدميه ( السائق / الراجل ، الفاعل / الضحية ) ليس لديه بطريقة نظامية الحافز لإجراء مزيد من الاستثمار في اتخاذ العذر . ففي نظام المسؤولية النموذجي فإن أي مبلغ إضافي يستثمر في اتخاذ العذر يجب أن يقلل دائماً المسؤولية المتوقعة بأكثر من المبلغ المستثمر حتى يصل إلى نقطة تحقيق العذر الأمثل المقبول اجتماعياً وعند هذه النقطة فإن استثمار مبلغ إضافي في العذر سيقلل

1. B G P , Opcit P . 21 <sup>(२६)</sup>

Cooter , Opcit P . 11 <sup>(੨੧)</sup>

المسئولية المتوقعة لنفس المبلغ تماماً . ثانياً : فإنهم يوضحون قاعدة تجزئة الخسارة في الإهمال النسبي لتتوافق مع المبدأ الرئيسي لقاعدتهم . وتقضى القاعدة : "أن الطرف الذي يفشل في ممارسة العناية اللازمة يجب أن يتحمل المسؤولية بالنسبة لعدة الطرف الذي لم ينفق على العناية اللازمة بالنسبة إلى المبلغ الذي انخفض من ممارسة الرعاية اللازمة" <sup>(٢٨)</sup>.

وللتحقق من كيفية أعمال هذه القاعدة : افترض أن السائر على قدميه اتخذ بعض العناية ولم يتخذ قائد المركبة أي عناية ووقع حادث سير مسبباً خسارة للضحية مقدارها مائة جنية . انفق الضحية جنيهاً واحداً على بعض العناية حيث كان يجب عليه إنفاق ثلاثة جنيهاً على كامل العناية الواجبة . ولم ينفق السائق أي مبلغ حيث كان يجب عليه إنفاق ثلاثة جنيهاً . كان يجب على الطرفين مجتمعين إنفاق خمسة جنيهاً ( اثنين من الضحية ، ثلاثة من الفاعل ) أي أنه كان يجب على الراجل إنفاق ٥/٣ من العجز الأجمالي Total Shortfall ؛ وكان يجب على قائد المركبة إنفاق ٥/٣ من الأجمالي . ونتيجة لذلك يجب أن يتحمل الضحية ( الراجل ) ٤٠٪ من خسارته ويدفع له الفاعل ( السائق ) باقى الخسارة وهو ٦٠ ٪ <sup>(٢٩)</sup>

#### المسئولية المفترضة Presomption De Responsabilité Strict Lialibity

12/3/3 - تقوم النظرية العامة للمسئولية في نظم القانون المدني على خطأ واجب الإثبات <sup>(٣٠)</sup> من قبل المدعى وهو ما تقضى به المادتان ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ من القانون المدني الفرنسي وهو ما يسمى Un Regime de la responsabilité pour faute وما تقضى به أيضا المواد ١٦٣ إلى ١٧٢ من القانون المدني المصري والخاص بالمسئولية عن الأعمال الشخصية فإذا فشل المدعى في إثبات الخطأ أو نجح المدعى عليه في نفي الخطأ انتهت مسؤولية هذا الأخير . بيد أنه بعد التطور في الصناعة في نهاية القرن الثامن عشر وازدياد حوادث العمل وحوادث النقل وجدت حالات خاصة من الأفعال الضارة يصعب فيها إثبات الخطأ . لذلك اجتهد الفقهاء والقضاء الذي توج بهوداته بالحكم الشهير من الغرفة المدنية لمحكمة النقذ الفرنسية في ١٨ يوليو

<sup>(٢٨)</sup> B G P , Opcit P . 29

<sup>(٢٩)</sup> ومع ذلك يلاحظ أن هذه القاعدة لا تحدد المسؤولية عندما يبدل الطرفان كامل العناية اللازمة

<sup>(٣٠)</sup> وذلك فضلا عن ضرورة إثبات باقى أركان المسؤولية الأخرى وهي الضرر وعلاقى السببية

١٨٩٦<sup>(٣١)</sup> والذي اعتبر فيه أن الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من التقنين المدني والتي ذكرت مسؤولية المرء عما يكون في حراسته من أشياء أياً كانت منقولة أو محقارية بأنها تقرر مسؤولية صاحب العمل مسؤولية مفترضة عن إصابات العمل .

وهكذا وجدت أفعال ضارة بعضها قائم على خطأ مفترض لكنه قابل لإثبات العكس ويقوم المدعى عليه بدفع المسؤولية إما بنص الخطأ المفترض أو إثبات السبب الأجنبي ؛ وهو خطأ متولى الرقابة . وهناك أفعال ضارة يكون الخطأ فيها مفترضاً لكنه غير قابل لإثبات العكس مثل مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه<sup>(٣٢)</sup> وهي مسؤولية قائمة على فكرة الضمان القانوني ويستفيد المتبوع من كل سبب ينهي مسؤولية تابعه كالقوة القاهرة وخطأ المصاب<sup>(٣٣)</sup> . ثم أن يوجد بعض الأفعال الضارة التي قرر الفقه والقضاء أن أساس المسؤولية ليس هو الخطأ المفترض وإنما المسؤولية المفترضة Presomption de Responsabilité إلا أنه يمكن للمدعى عليه دحض القريضة القائمة عليها المسؤولية وهي قريضة السببية المفترضة أو انعدام السبب الأجنبي<sup>(٣٤)</sup> بإقامة الدليل على السبب الأجنبي ( حادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ المصاب أو خطأ شخص أجنبي ومثال ذلك المسؤولية عن فعل الحيوان وعن الأشياء غير الحية ومنها حوادث السير . وتسمى محكمة النقض الفرنسية هذه المسؤولية المفترضة

<sup>(٣١)</sup> Arrêt Teffaine , s. , 1897 , 1 , 17 , Note A . Esmein , D. 1897 . 1. 433, Concl . Sarrut , note Salleilles وتدور وقائع هذه القضية انفجار احد أنابيب السفن القاطرة في نحر اللوار في احد العمال وتسبب في وفاته وتبين من التحقيق أن الانفجار يرجع لعيب في لحام الأنبوبة أى عيب في تركيب الشيء vice de construction كما تبين أن مالك القاطرة لا يعلم بوجود هذا العيب ولم يكن في استطاعته العلم به ومع ذلك قضت محكمة استئناف باريس بالتعويض لورثة العامل بالتأسيس على حكم المادة ١٣٨٦ مدني فرنسي . طعن على الحكم فقضت محكمته النقض بدائرتها المدنية برفض الطعن استناداً على خطأ في تطبيق حكم المادة ١٣٨٦ إلا أنه يصح تطبيقاً لحكم المادة ١٣٨٤ / ١ التي تقرر مبدأ عاماً يجعل المرء مسؤولاً عن فعل الأشياء التي في حراسته .

<sup>(٣٢)</sup> مثال ذلك في موضوع هذه الرسالة مسؤولية رئيس تحرير الصحيفة أو المجلة عن أعمال المخرين والكتاب التي تعتبر مساساً بسمعة أو اعتداء على الحياة الخاصة لأحد الأشخاص ( راجع المادة ٥٤ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم الصحافة في جمهورية مصر العربية وكذلك المادة الأولى من قانون التشهير

31. c. في المملكة المتحدة الخاصة بالمسؤولية عن النشر في كتاب ( Media Law للمؤلف Peter Carey صفحة ٢٥١ )

<sup>(٣٣)</sup> Voir : Viney , Traité de Droit Cuil Opcitvenp , وكذلك سليمان مرقص – المرجع السابق صفحة ٩٠٨ ، ٩٠٧

<sup>(٣٤)</sup> Viney - المرجع السابق وكذلك سليمان مرقص صفحة ٩٣٦

## Responsabilité de Plein Droit أو المسؤولية المقررة ابتداء بموجب القانون

وتبعها الفقه في هذه التسمية<sup>(٣٥)</sup>

أما في إنجلترا فكان الحكم الرائد في مجال المسؤولية المفترضة Strict Liability

<sup>(٣٦)</sup> والذي سار على أثره القضاء الإنجليزي هو حكم مجلس اللوردات في قضية

Ryland V. Flechter في عام ١٨٦٨<sup>(٣٧)</sup> والذي أرسى فيه هذا المبدأ .

والمسؤولية المفترضة في الفكر الأنجلو ساكسوني هو مسؤولية عن الفعل الضار تقع

على عاتق المدعي عليه دون حاجة لإثبات النية ، أو الإهمال أو الخطأ<sup>(٣٨)</sup> فالمسؤولية

عن فعل التشهير بالنشر أو الكتابة مثلاً لا يتأسس على نية المشهر لكن على حقيقة فعل

التشهير على ذلك تكون المسؤولية مفترضة عن الأضرار التي تحدثها الحيوانات

المتوحشة<sup>(٣٩)</sup> أو عن هروب الأشياء الضارة أو في حالة المسؤولية عن أعمال المتبوع

ويمكن درء هذه المسؤولية بإثبات القوة القاهرة Act Of God أو خطأ شخص ثالث .

فالمسؤولية قد تكون مفترضة لكنها ليست مطلقة<sup>(٤٠)</sup> ومن تطبيقات المسؤولية

المفترضة أيضاً الأضرار التي تحدث المدم باستخدام المتفجرات Blasting .

والمنتجات غير المطابقة للمواصفات وتقع المسؤولية المفترضة على عاتق أي شخص

مرتبط بخطوط الإنتاج أو التوزيع فتشمل المصنع ، تاجر الجملة ، تاجر التجزئة أو جميعهم

(٤١)

<sup>(٣٥)</sup> P . 633 (1988) t . 11 1er Vol. éd (1988) Droit Civil , Marty et P . Raynaud , Viney - G , المرجع

السابق صفحة ٦٠٧ وهي تعنون في بعض الكتابات La Responsabilité Sans Faute Prouvée , Dalloz Action

(1996) انظر فقرة ٣٧٧ وما بعدها

<sup>(٣٦)</sup> ويطلق عليها أحياناً Absolute Liability Or Vicarious Liability

<sup>(٣٧)</sup> 4- Ferdinand F. Stone , Liability For Damage Caused By Things , International

Encyclopedia of comparative Law , Vol . X1 Chapt . 5 , n . 20 – 22 . – B . S . Markesnis

and S . F. Deakin , Tort Law ,

3 rd ed . , Clarendon Press Oxford (1994) p . 472

<sup>(٣٨)</sup> Duhaime's Law Dictionary , By Canadian Lawyer Loved Duhaime – U R L : http : /

wwlia.org / diction .htm. Wysiwig : //5 / http : // injury . law . freedvice . com / strict liability .htm

<sup>(٣٩)</sup> مثل هروب حيوانات السيرك

<sup>(٤٠)</sup> 7- Salmond And Heuston , on The Law Of Torts المرجع السابق صفحة ٢٨ – ٣٠

<sup>(٤١)</sup> Wysiwig : 1/5/http : // injury – law freed vice . com / strict libiraty . htm .

(٤٢) ولزبد من التفصيل عن المسؤولية المفترضة في أحكام الشريعة الإسلامية راجع سيد أمين محمد : المسؤولية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي

المقارن – رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة ( ١٩٦٤ ) م صفحة ١٢٧ وما بعدها – الشيخ على الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي –

المطبعة الفنية الحديثة ( ١٩٧١ ) صفحة ٢٣٩ وما بعدها – محمد فاروق بدرى العكام : الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي – دراسة

ويختلف الأمر بالنسبة للمسئولية المقترضة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية اختلافاً جذرياً عنه في فكر القانون<sup>(٤٢)</sup> ذلك أن التشريع الإسلامي يأخذ بمبدأ المسئولية الفردية بمعنى أن يكون الفرد مسئولاً عن عمله وليس عن عمل الغير وأن المرء لا يسأل إلا عن الضرر الذي يحدثه بالغير من طريق المباشرة أو من طريق التسبب مع التعدي . قال تعالى : " ولا تزر وازره وزر أخرى " <sup>(٤٣)</sup> وقال تعالى : " لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت " <sup>(٤٤)</sup> ويقول الحق جل جلاله : " كل نفس بما كسبت رهينة " <sup>(٤٥)</sup> ويقول المولى عز وجل : " فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره " <sup>(٤٦)</sup> وصيغة هذه الآيات تدل على العموم المطلق من القرائن اللفظية كاستثناء أو الشرط أو الوصف أو الغاية مما جعل البعض من أساتذة الفقه الحديث - يقول بأن " ( الشريعة الإسلامية لا تقر مبدأ الخطأ المقترض ..... <sup>(٤٧)</sup> ذلك هو الأصل العام المستقر في أحكام الشريعة الإسلامية ، فلم يأخذ الفقه الإسلامي من وقوع الفعل الضار ممن هو تحت الرعاية والرقابة قرينة على تقصير متولي الرقابة في أداء واجبه في الرقابة والرعاية <sup>(٤٨)</sup> وكذلك الأصل أن لا يكون المتبوع ضامناً لأفعال تابعه المستوجبة للضمان إذ أنه ( لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ) <sup>(٤٩)</sup>

بيد أن فقهاء الشريعة الإسلامية اجتهدوا في استنباط الأحكام التي تلائم الحاجات والمصالح والجديدة في العالم الإسلامي وأوجدوا بعض الاستثناءات على الأصل العام كحلول عملية لما كان يعرض من مسائل . ومن هذه الاستثناءات أن يكون المكروه ( بكسر الراء ) مسئولاً عن فعل من أكرهه إذا توافرت شروط الإكراه وكان بدون حق <sup>(٥٠)</sup> كما يسأل الأستاذ عن فعل تلميذ <sup>(٥١)</sup> والدولة عن عمالها <sup>(٥٢)</sup> ويتحمل

مقارنة - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة (١٩٧٧) م صفحة ٣٠٧ وما بعدها - سليمان مرقس - الوافي ، المجلد الثاني - المرجع السابق صفحة ٩٣٨ - ٩٤٨ - محمد فوزي قبض الله : المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه حقوق القاهرة .

<sup>(٤٢)</sup> سورة فاطر آية ١٨

<sup>(٤٤)</sup> سورة البقرة من الآية ٢٨٦

<sup>(٤٥)</sup> سورة المدثر آية ٣٨

<sup>(٤٦)</sup> سورة الزلزلة آية ٧ ، ٨

<sup>(٤٧)</sup> الشيخ على الخفيف - الضمان في الفقه الإسلامي المرجع السابق ص ٢٤٢

<sup>(٤٨)</sup> محمد فاروق بدري العكام - المرجع السابق ص ٣٠٨ - ويكون الضمان في مال الصبي

<sup>(٤٩)</sup> رواه احمد في سننه من حديث عمران والحكم - مجمع الأنهر ج ٢ ص ٦٣٦ . كما جاء في القواعد الكلية الأشباه والنظائر لابن نجيم ١١٣ أن الآجر لا يضمن بالآجر . وجاء في المجلة العدلية م ٨٩ ( يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجزئاً - انظر سيد أمين المرجع السابق ص ١٤٨-١٤٩ .

<sup>(٥٠)</sup> انظر سيد أمين المرجع السابق - وكذلك محمد محي الدين إبراهيم سليم - المرجع السابق ص ٩٢

الضمان بيت المال . كما يضمن مالك الحيوان عما يحدثه من أضرار<sup>(٥٣)</sup> . ذلك فضلاً عن الأضرار الناجمة عن فعل الآلات والجمادات الخطرة مضمونه على من كانت تحت يده بشرط ثبوت تعدى من يراد مسألته<sup>(٥٤)</sup>

13/3/3 - من التعريف النظري السابق للمسئولية المفترضة يتبين أن الفاعل يكون مسئولاً عن تعويض الأضرار التي يتكبدها الضحية حتى ولو يكن يمكن تجنب الضرر بممارسة الحذر اللازم ( احتمال الخسارة " ح خ " قد تكون ١٥٠ جنية والتكلفة " ت " تكون ( ٣٠٠ جنية ) . وبالتقدير الأولى فإن للمسئولية المفترضة نفس آثار الإهمال على السلامة : فإذا كانت " ت " اصغر من " ح خ " فإن المسئول مسئولية مفترضة سيتخذ إجراءات الحذر لتجنب وقوع الحادث وهذا التصرف الذي يسلكه المسئول بالإهمال حتى يقلل من صافي تكاليفه . لكن إذا كانت " ت " اكبر من " ح خ " فإن المسئول مسئولية مفترضة لن يتخذ إجراءات حذر ، حقيقة انه يجب عليه دفع التعويض عن الضرر . لكن مبلغ التعويض بعد خصم احتمال وقوع الحادث تكون اقل من تكلفة تجنب وقوع الحادث . بعبارة أخرى فإن التكلفة المتوقعة للحكم القانوني ( = ح خ ) اقل من تكلفة تجنب وقوع الحادث ويكون طبعياً أن لا ينفق المسئول على إجراءات تجنب الحادث وكذلك فإن المدعى عليه وفقاً لنظام المسئولية بالإهمال لم يتخذ إجراءات الحذر لتجنب الحادث في مثل هذه الظروف حيث انه لن يكون مسئولاً عن الحادث الذي لا يمكن تجنبه باتخاذ العناية الواجبة ( أى ت > ح خ )

ومع ذلك توجد اختلافات اقتصادية هامة بين المسئولية المفترضة والمسئولية للإهمال . لنفكر في أسلوب اتخاذ عناية اكبر ونشاط اقل كوسيلة لتقليل احتمال وقوع حادث . هناك طريقة لتجنب وقوع الحادث هي أن تقود ببطء اكبر وأخرى هي لفترات اقل . بصفة عامة لا تحاول المحاكم أن تحدد المستوى الأمثل للنشاط الذي يزيد من الحوادث . فهي لا تسأل إذا كانت الفائدة التي تعود على السائق تساوى أو اكبر من التكاليف بما فيها التكلفة المتوقعة للحادث لمستخدمين آخرين للطريق أو إذا كانت قيادة السيارة ارخص من السير على الأقدام أو استخدام القطار عندما تكون التكاليف الاجتماعية داخلية في الحساب . مثل هذا الحكم يكون من العسير على المحكمة أن تقدره في قضية فعل ضار عادية . لكنها تستطيع ذلك فقط في حالة إذا كانت الفائدة العائدة من النشاط هزيلة جداً مثال ذلك أن يجرى شخص في مبنى يحترق ليستعيد قبة قديمة لكنه يفعل ذلك بعناية فائقة بقدر ما يستطيع لكنه تعرض

(٥١) الشيخ على الخفيف - المرجع السابق - ص ٢٣٩ وأيضاً محمد محي الدين - المرجع السابق ص ٩٤ - ٩٥ .

(٥٢) روى أبو يوسف في كتابه الخراج ص ٦٨ أن رجلاً أتى الخليفة عمر بن عبد العزيز وقال له : " يا أمير المؤمنين زرت زرعاً فمر به جيش من أهل الشام فأفسدوه " فعوضه عمر بن عبد العزيز عشرة الألف درهم - انظر الشيخ محمود شلتوت : المسئولية المدنية والجنائية . طبعة مكتب شيخ الأزهر للشئون العامة ص ٣١

(٥٣) دليل ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم : من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطئت بيد أو رجل فهو

ضامن - أخرجه الدار قطني والبيهقي - انظر أيضاً سنن أبي داود ج ٣ رقم ٣٥٦٩ ، ٣٥٧٠

(٥٤) سيد أمين - المرجع السابق ص ٢٤٣ ومحمد فاروق بدري العكام - المرجع السابق ص ٣٤٤ .

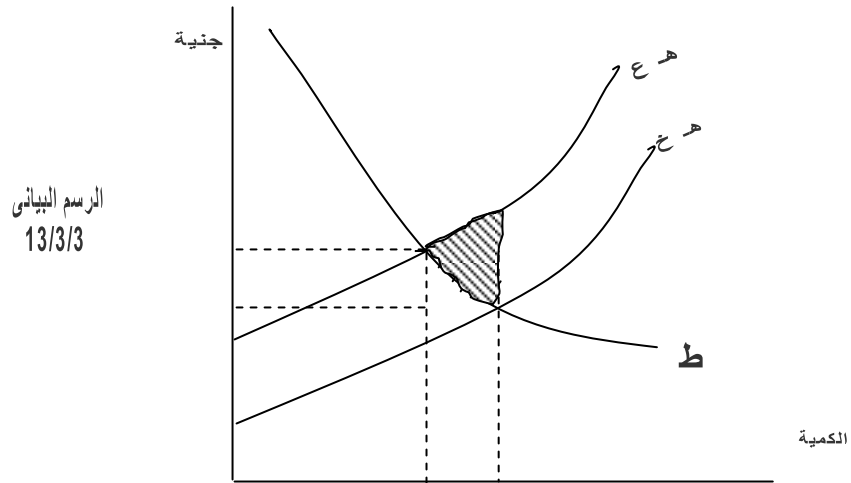


للحرق . ستعتبر المحكمة أن ارتباط الشخص بهذا النشاط ( دخول المبنى المحترق ) في حد ذاته يعتبر إهمالاً بمجرد اتخاذه هذا القرار . يمكن أن يكون عدم قدره المحاكم على تحديد مستوى النشاط الأمثل يمثل قصوراً في نظام المسؤولية للإهمال<sup>(٥٥)</sup>

لنفرض أن استخدام السكك الحديدية أو قنال مائي يعتبران بديلان جيدان للنقل . لكن الحوادث الناتجة عن السكك الحديدية كثيرة ولا يمكن تجنبها بإتخاذ العناية اللازمة أما استخدام القناة المائية فهو آمن . باستبعاد تكاليف حوادث السكك الحديدية فإن استخدامها سيكون أرخص بنسبة ١٠ ٪ من استخدام القناة المائية لكن بإعتبار تكلفة الحوادث ستكون أعلى بنسبة ٥ ٪ . وفقاً لقاعدة المسؤولية بالإهمال فإن السكك الحديدية ستحل محل النقل المائي حتى ولو أنها من الناحية الاجتماعية تعتبر وسيلة نقل أكثر تكلفة . على العكس من ذلك تماماً فإن المسؤولين وفقاً للمسؤولية المفترضة سيأخذون في الاعتبار تلقائياً التغييرات الممكنة في مستوى النشاط<sup>(٥٦)</sup> وكذلك التغييرات الممكنة في مصاريف العناية والحذر لتقرير منع الحوادث .

الرسم البياني ١٣/٣/٣ يبين تأثير المسؤولية المفترضة في تقليل تكلفة الحوادث بإجراء

تغييرات في مستوى النشاط



<sup>(٥٥)</sup> من السكك الحديدية إلى النقل المائي

<sup>(٥٦)</sup> المرجع السابق ص ١٦٢

يرمز المنحنى " ط " الطلب على الصناعة . ذلك انه بالفرض تقع المسؤولية المفترضة على المشتغلين بالصناعة . ويفترض أن تكون تكلفة الحوادث التي لا يمكن تجنبها باتخاذ العناية اللازمة والتي يتحملها من هم خارج الصناعة ( الأجنب عن الصناعة ) ، بالتناسب مع ناتج الصناعة ويمثل المنحنى هـ ع التكلفة الحدية الخاصة بالصناعة بينما المنحنى هـ ع التكلفة الحدية الاجتماعية للصناعة أى بما فيها تكاليف الحوادث . وفقاً للمسؤولية المفترضة يصبح المنحنى هـ ع منحنى التكلفة الحدية الخاصة بالصناعة ، الأمر الذي يحض على تقليل المنتج من ك إلى ك\* والذي يؤدي إلى التخلص من التكاليف الاجتماعية للحوادث الضائعة بدون داع ( المنطقة المظللة في الرسم البياني ١٣/٣/٣ )

وتكمن المشكلة في استخدام هذا التحليل لتأسيس قاعدة عامة للمسؤولية المفترضة أن الضحايا قد تغير من النشاط الإقتصادي كوسيلة لتجنب الحوادث . ويصبح المرء محفزاً بالمسؤولية بالإهمال ومثبطاً بالمسؤولية المفترضة . نفرض أن تكلفة السكك الحديدية لمنع وقوع الضرر لمحاصيل الفلاح ، سواء ببذل عناية أكثر أو نشاط اقل ، اكبر من ١٥٠ جنية وهى تكلفة الضرر المتوقع فإن المسؤولين عن السكك الحديدية لن يقوموا ببذل أى إجراء حذر أو عناية بينما يستطيع الفلاح أن يمنع الضرر بتغيير المحاصيل إلى أخرى مقاومة للحريق بتكلفة ١٠٠ جنية . وفقاً لقاعدة المسؤولية المفترضة لن يكون لديه الحافز لأن يغير نوعية المحاصيل لان عدم تغييره النشاط لن يعتبر إهمالاً مشتركاً contributory negligence وانه يجب على السكك الحديدية أن تدفع له التعويض عن الأضرار التي لحقت به . لكن وفقاً لنظام المسؤولية بالإهمال حيث لا تكون السكك الحديدية مسؤولة عن التعويض فإن الفلاح سيغير من نوعية المحاصيل التي يزرعها إلى أخرى مقاومة للحريق لأنه يتوقع فائدة تقدر بخمسين جنية من جراء ذلك .

وإذا كان هناك نوع من الأنشطة الإنسانية يكون تغييرها من قبل الفاعلين المحتملين هى الوسيلة الفعالة لمنع الحوادث فهناك جدل قوى لفرض المسؤولية المفترضة على المشتغلين بهذه الأنشطة وعلى العكس من ذلك إذا وجد نوع من الأنشطة يكون تغييرها من قبل الضحايا المحتملين هو الأسلوب الفعال لمنع وقوع الفعل الضار فإن ذلك يثير الجدل بعدم وجود مسؤولية كما هو الحال في ممارسة الرياضة العنيفة . حيث انه في إطار مفهوم الأنشطة فوق المصادفة ultrahazardous يقضى قانون الفعل الضار بإفترض المسؤولية على الأنشطة التي تنطوى على تنطوى على درجة عالية من الخطر التي لا يمكن منعها بواسطة الفاعل لمجرد اتخاذ الحرص اللازم أو بواسطة الضحايا لمجرد تغيير النشاط والأمثلة على ذلك جرح الحيوان المتوحش لشخص ما حيث يكون لهذا الضحية إمكانية قليلة لاتخاذ الحرص بتكاليف معقولة لكن ربما تكون الوسيلة المثلى هى تغيير النشاط من قبل الفاعل بان لا يكون لديه هذا الحيوان المتوحش من الأصل .

ومجال آخر لإفترض المسؤولية في الأنشطة ذات المخاطر العالية هو استخدام  
نسف العقارات بالمتفجرات لهدمها . هذا الأسلوب قد يؤدي - أياً كانت درجات  
الحرص والحذر التي تبذلها شركات المقاولات - إلى وقوع حوادث تسبب أضراراً  
- ولما كانت هذه العمليات تتواصل في كل مكان فيكون من المناسب لهذه الشركات  
البحث عن طرق بديلة تكون أقل خطورة تجنباً للمسؤولية .

## المبحث الثاني

### الطرق الكمية لحساب التعويض الجابر

14/3/3 - مقدمة : من التحليل الرياضي السابق للتعويض نستطيع أن نستنتج أن  
فكرة التعويض النقدي في المسؤولية التقصيرية تدفع الأفراد إلى اتخاذ درجات مختلفة  
ومتدرجة من الحذر لمنع وقوع الأفعال الضارة وبالتالي توقي المسؤولية عن هذه  
الأفعال . لكن ذلك يعتمد بدرجة كبيرة على قدرة المحاكم على تقدير قيمة التعويض  
الجابر يكون حقيقياً ؛ إذ أن هذا التعويض النقدي بفرض كون تقديره على أسس  
سليمة يحقق فائدتين . الأولى هو أنه يعيد الضحية إلى الحالة التي كانت عليها لولا  
هذا الفعل الضار أو بتغيير آخر إلى مستوى المنفعة أو منحنى الحياد الذي كان عليه  
قبل إتيان هذا الفعل . والثاني هو أن هذا التعويض النقدي هو الثمن الذي يدفعه  
المسؤول عن الفعل الضار لإيذائه الضحية . ومن ثم كانت قدرة المحاكم على التقدير  
السليم للتعويض النقدي هو حجر الزاوية في فاعلية نظام المسؤولية التقصيرية . وهذا  
المبحث هو محاولة لإيجاد بعض الطرق الكمية لحساب هذا التعويض النقدي  
باستخدام أساليب علم microeconomics

15/3/3 - المخاطر المتكافئة risk – equivalence : تحاول فكرة التعويض  
الجابر أن تجعل من الضحية سليماً معافى " make the victim whole " <sup>(٥٧)</sup> مما  
تعرض له من ضرر بسبب الفعل الضار . لكن ذلك قد يكون مستحيلاً في بعض  
الحالات . مثال ذلك مقتل طفل في حادث فلا يمكن حساب التعويض النقدي بصيغة  
دفع بعض المال للوالدين والذي يضعهما في موقف حيادي بين اختياريين متساويين  
إما المال وإما أن لا يموت الطفل وان يعود إليهم حياً . وتنشأ نفس الصعوبة في  
الإصابات الجسدية المتعذر شفاؤها مثل الشلل .

يوجد في الواقع مفهومين متميزين للتعويض الجابر في قانون الفعل الضار .  
أحدهما هو المعيار الإقتصادي لعدم التحيز أو الحياد indifference والذي يعتبر  
التعويض تاماً عندما يكون الضحية في موقف الموازنة بين وقوع الضرر واخذ  
التعويض النقدي عنه أو عدم حدوث الضرر وعدم تقاضى التعويض . أى عندما  
يصبح الضحية المحتمل في موقف حيادي بين عدم وقوع الفعل الضار أو وقوعه مع  
استحقاقه التعويض النقدي اللازم . وهذا المفهوم مناسب للمضرورين التي تكون

البضاعة الفاقدة متوفرة في السوق . فعندما يمكن استبدال الأعضاء التالفة بأخرى سليمة من السوق ، يكون سعر السوق هو مقياس قيمة السلعة للمدعى . كما أن هذا المفهوم يكون مناسباً أيضاً للسلع التي تشتري وتباع من وقت لآخر لكن ليس لها سوق عادى ومنظم . وعلى سبيل المثال الخطابات المكتوبة بخط اليد المتبادلة لبعض مشاهير التاريخ قد تباع من وقت لآخر لكنها نادرة بحيث لا يوجد لها سوق عادى وغالباً ما يكون لدى مالكي هذه السلع النادرة تثمين خاص بهم لها وعلى استعداد بيعها بهذا الثمن . هذا الثمن هو الذي يقيس التعويض الجابر التام .

هذا المفهوم للتعويض الجابر والمبنى على فكرة عدم التحيز أو الحياد بين خيارين هو شيء أساسى وجوهري للحساب الإقتصادى للحوافز . فإذا كان الفاعل المحتمل مسئولاً عن دفع التعويض النقدي الجابر التام فسيكون سلوكه الرشيد حينئذ هو أن يزوت internalize الضرر الخارجى أى يعتبره مسألة ذاتية. وهذا في حد ذاته يخلق الحافز لاتخاذ الحيطة والحذر الفعال . وهذا النوع من التعويض هو الأكثر سهولة في التقدير الحسابى للخسائر حيث يكون بديل قام في السوق للاستبدال .

لكن لا يوجد هناك سوق جاهز لاستبدال بعض الأضرار الناجمة عن بعض الأفعال الضارة ، مثال ذلك لا يوجد سعر يمكن لأبوين رحيمين بيع طفلهما به . إذ أن فكرة وجود الشخص في موقف حيادى بين الحصول على مبلغ من المال أو الطفل هى فكرة بغیضة لا تستقيم مع العواطف الإنسانية النبيلة للوالدين الرحيمين . وكذلك بالنسبة لبعض الناس قد لا يقبلون بأى سعر مطلقاً يغريهم على بيع احد أعضاء جسدكم كالكلى مثلاً وذلك يعتمد بطبيعة الحال على المستوى الاجتماعى والمالى للبائع . هذا المفهوم الثانى للتعويض الجابر حيث يكون الضرر فيه مثل فقد طفل أو حدوث عاهة مستديمة كالعرج أو العمى أو الشلل أو الأضرار الشخصية المؤلمة يشير بأنه لا يمكن أن يكون التعويض النقدي فيها تاماً وجابراً لكل الضرر ويكون من المفيد أن نقدم تصوراً مرضياً لحساب التعويض النقدي في هذه الحالة

إن حياة البشر معرضة في كثير من الأحيان لخطر الموت أو الإصابات الجسدية الخطيرة . فالسفر بالطائرات والقيادة على الطرق السريعة تنطوي على هذه المخاطر ويمكن تقليل هذه المخاطر لكن ذلك يتم بتكلفة مالية عالية . فالتفتيش الدورى على الطائرات وإصلاح الأعطاب وتجنبها بشكل منتظم على فترات قصيرة ومنتظمة يكلف كثيراً . وبالمثل فإن السيارات ذات مواصفات السلامة الخاصة يكون إنتاجها مكلفاً عن السيارات ذات مواصفات السلامة العادية . وتكون هذه التكلفة في الغالب على حساب المستهلك سواء المسافر بالطائرة أو مستخدم السيارات . ويكون قرار الشخص هو موازنة بين الحيطة والحذر الإضافي في مواجهة تقليل مخاطر احتمال وقوع الحادثة ؛ أى بين التكاليف وفوائد الحذر . فإذا اقتنعنا بهذا المنطق كإسلوب للتفكير فإنه يمكن بسهولة تقدير المقابل النقدي لفقد الحياة وللتوضيح لنفرض أن احتمال وقوع حادث سيارة حتمية ٠,٠٠٠٠١ عند إنفاق مبلغ ١٠٠ جنية إضافية على السلامة في تصميم السيارة فإذا كانت هذه المصاريف الإضافية رشيدة فإن احتمال وقوع الحادث المميت مضروباً في القيمة الضمنية للحياة IMPLICIT

VALUE OF LIFE تساوى التكلفة الحدية للحذر ٠,٠٠٠٠٠١ ( القيمة الضمنية للحياة ) = ١٠٠ جنية

أو ( القيمة الضمنية للحياة ) = ١٠٠ / ٠,٠٠٠٠٠١

∴ تكون القيمة الضمنية للحياة بقسمة ٠,٠٠٠٠٠١ / أى مليون جنية

ويشار إلى هذه الطريقة لحساب قيمة الحياة بطريقة المخاطر المتكافئة Risk –

Equivalent وهى تأخذ المشتريات الحقيقية للسوق كدليل عن الثمن الذي يقدره

المشتري للسلامة والأمان مثال ذلك إ فرض أن المستهلك قد يشتري جهاز سلامة مثل

حقيرة الهواء في مقعد السيارة Air Bag بدفع مبلغ إضافي لتاجر التجزئة . فإذا

عرفنا كم يكلف جهاز السلامة للمستهلك وإلى أى مدى يقلل هذا الجهاز احتمال الوفاة

يمكننا أن نستنتج تقييم المستهلك للامان والسلامة والتي تتضمن القيمة الضمنية للحياة

. وبترجمة هذا المثال إلى أرقام نصل لنفس النتيجة السابقة . وإذا كانت حقيرة الهواء

تكلف ١٠٠ جنية وإنها تقلل احتمال الموت بنسبة ٠,٠٠٠٠٠١ ٪ فتكون قيمة الحياة

بالنسبة للمشتري تساوى مليون جنية .

ولتطبيق طريقة المخاطر المتكافئة في نزاع قضائي يجب على المحكمة أن تأخذ

في الاعتبار المواقف التي يكون فيها الخطر معقولا Reasonable ومعروفاً معرفة

جيدة Well – Known<sup>(٥٨)</sup> في مثل هذه الظروف سيكون هناك بعض القيم لـ ( ح )

احتمال وقوع حادث مميت ، وبعض قيم لـ ( ت ) عبء الحذر الكافي وتعتمد كفاءة

اتخاذ القرار لتوقى حدوث الفعل الضار اتخاذ مزيد من الحرص والحذر حتى يساوى

هذا العبء التغير في الاحتمال ( ح ) مضروباً في الخسارة ( خ ) أو ت = ح خ ( )

لاحظ أن هذه الصيغة الرياضية التي وضعها القاضي هاند<sup>(٥٩)</sup> وعلى ذلك فإن

المحكمة سوف تحسب قيمة المخاطر المتكافئة للحياة بحل المعادلة لـ ( ح ) تنتج =

ح = ت / ح .

لكن هذا المدخل سوف يلتفت عنه في حالة ارتفاع نسبة احتمالات حالات الموت

، ففي الواقع اذا قبل شخص ما تطبيق هذه الصيغة فهذا لا يعنى انه يوافق أن تكون

قيمة الحياة وبالتالي مبلغ التعويض مبلغ ١٠٠٠٠٠٠ جنية ( مائة ألف جنية ) إذا كانت

نسبة احتمال الموت ١٠ ٪ ( بل ولا حتى مليون جنية ليتحمل تأكد حدوث الموت ) .

لان معظم الناس لا تقبل بأى مبلغ من المال للتخلي طواعية عن حياتهم فوراً أن لم

يكن هناك نوع من الإيثار للغير أو الهوس الإنتحارى لأسباب دينية أو عقائدية . لكن

إذا استنتجنا من هذه الصيغة أن قيمة الحياة لا نهائية Infinite فإن ح خ ستكون

أيضاً لا نهائية مهما كانت درجة صغر ح وان الناس لن تتخذ أى مخاطر وهو

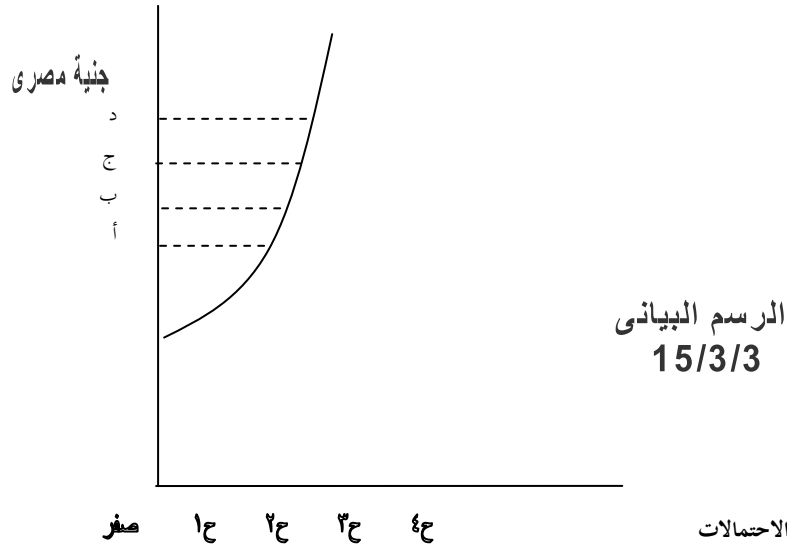
وصف زائف للسلوك البشرى<sup>(٦٠)</sup>

<sup>(٥٨)</sup> Cooter المرجع السابق ص ٥ ، ٣ وكذلك . Posner Op cit P . 184

<sup>(٥٩)</sup> راجع ما سبق فقرة ٧/٣/٣

<sup>(٦٠)</sup> 1- Bryan C . Conley “ The Value Of Human Life In The Demand Of Safety “ 66 Am .

Econ . Rev . (1976) P . 45



من الرسم التوضيحي ١٥/٣/٣ يتبين أن قيمة الحياة ( المحور الراسي ) يرتفع بسرعة أكثر من خطر الموت ( المحور الأفقي ) . فإذا كانت أى زيادة في المخاطر ينتج عنها نفس نسبة الزيادة في عدم المنفعة Disutility وتكون الدالة المتعلقة بعدم المنفعة للمخاطر هي خط مستقيم . ويشير المنحنى في هذا الرسم البياني والذي يمثل الدالة انه سوف تتطلب أموالا كثيرة لإتخاذ مخاطر أكثر عن ذلك المبلغ الذي تم حسابه بضرب المبلغ المطلوب لاتخاذ مخاطر صغيرة في مقدار الزيادة في المخاطر ( وعلى ذلك فإن ح د في الرسم البياني اكبر من ا ب حتى ولو أن مقدار الزيادة المحسوبة الذي يعوضها ( ج د ) هي نفسها التي يعوضها ( ا ب ) .

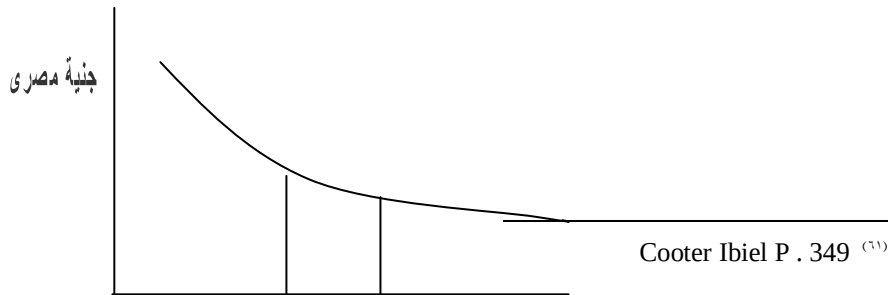
وتكون العلاقة بين المخاطر والمنفعة غير خطية Nonlinear لأنه كلما زاد خطر الموت كلما قلت احتمالات أن يستمتع متخذ المخاطر باستخدام المبالغ التي تدفع اليه حتى يتحمل هذه المخاطر . ويظهر ذلك بوضوح عندما تكون نسبة المخاطر ١٠٠٪ عندئذ فإنه لا يمكن التعويض بأى مبلغ ولو كان لا نهائى لاتخاذ هذه المخاطر إلا كما سبق القول في حالة إثثار الغير على النفس Ultruistic

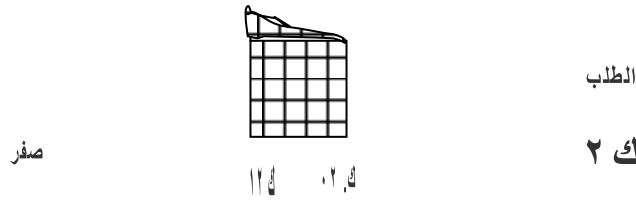
لدينا الآن على الأقل طريقتين لحساب التعويض الجابر: ١ - طريقة عدم الانحياز أو الحياد بين بديلين ٢ - وطريقة المخاطر المتكافئة. والطريقة الأولى مناسبة للأضرار التي يكون لها بديل في السوق أما الطريقة الثانية تكون مناسبة في حال وجود عوائق قانونية وأخلاقية في مثل هذا السوق . وان كان التطبيق لأى منها بدون ارتكاب أى خطأ تعطى حوافز لاتخاذ الدرجة الفعالة والمؤثرة من الحذر بواسطة الفاعلين المحتملين

16/3/3 - حساب التعويض الجابر : يقرر الاقتصاديون أن ترتيب الأولوية Preference ordering يعود إلى متخذ القرار على ضوء الاختيارات التي يتصورها بيد أن الاختيارات هي التي يمكن ملاحظتها مباشرة وليست الترتيب .

وعلى ذلك فإن جزءاً من مشكلة حساب التعويض الجابر هي استنتاج ترتيب الأولوية من اختيارات متخذ القرار والإسم الفني لهذا الإسناد هو نظرية الأفضلية المكشوفة. وبخلاف المنفعة التي لا تلاحظ فإن العرض والطلب على سلعة ما يمكن ملاحظتها. ويمكن أن نصل بين نظرية المنفعة Utility Theory للتعويض بالعرض والطلب. بصفة عامة إن الطلب على سلعة بواسطة فرد أو مجموعة أفراد هو دالة لعدة متغيرات تشمل السعر، الدخل، المذاق، وينتقي منحنى الطلب واحد من هذه المتغيرات، خصوصاً السعر، ثم يصور علاقته بكمية السلعة المطلوبة. وتظل المتغيرات الأخرى - التي تؤثر في الطلب والغير ممثلة صراحة في منحنى الطلب - ضمناً ثابتة بينما يختلف السعر. هذه المتغيرات التي بقيت ثابتة هي أسعار السلع الأخرى، ودخل وذوق المشتريين. وعندما ينخفض السعر وتبقى جميع المتغيرات السابقة ذكرها من الثوابت يتحرك المستهلكون أسفل منحنى الطلب. فالحقيقة أنه عندما يقدر المستهلكون على الحصول على السلعة بسعر أقل يعنى أن المنفعة قد زادت. وعلى ذلك فإن التحرك أسفل منحنى الطلب يقابل زيادة في المنفعة بسبب انخفاض السعر. ولأغراض مفاهيمية Conceptual من الممكن أن نتصور أنه كلما تحرك المشترون أسفل منحنى الطلب فإنه يتم استبعاد بعض من دخلهم ليتقاص مع تأثير انخفاض السعر.

في اقتصاد الرفاهية يُستخدم عادة نمط خاص من منحنى الطلب يسمى منحنى طلب المنفعة الثابت Constant Utility Demand Curve لأغراض مفاهيمية وله فقط هذه الخاصية: عندما يتحرك المستهلكون أسفل منحنى الطلب فإن الانخفاض في السعر يتقاص تماماً مع الانخفاض في الدخل، على ذلك تبقى منفعتهم ثابتة. وكل نقطة على منحنى الطلب الخاص هذا تمثل نفس مستوى المنفعة. إن منحنى طلب المنفعة الثابت هو أساسي بالنسبة لنظرية التعويض النقدي وأكثر تعميماً في اقتصاد الرفاهية التطبيقي. لتوضيح كيف يكون ذلك، دعنا نرى منحنى طلب المنفعة الثابت على أساس أنه يمثل العلاقة بين أقصى مبلغ من المال يمكن أن يدفعه الناس لشراء سلعة ما بدون التأثير في منفعتهم. نجد أن هذا المنحنى يصف إرادات متخذ القرار للدفع مقابل السلعة. عند تطبيق ذلك على القانون فإن إرادة دفع مبلغ ما لشراء سلعة ما يماثل التعويض النقدي الذي يجب أن يدفع للضحية نتيجة حرمانه من السلعة. بعبارة أخرى فإن التعويض النقدي الجابر لكل الضرر الناتج من نقصان كمية السلعة يساوى المساحة المقابلة أسفل منحنى طلب المنفعة الثابتة<sup>(٢١)</sup>





الطلب

ك ٢

الرسم البياني ١/١٦/٣/٣

ولشرح ذلك بياناً نفرض أن منحنى الطلب في الرسم البياني (١/١٦/٣/٣) قد رسم بحيث تظل المنفعة ثابتة مثل الكمية كـ<sup>٢</sup> ويدفع إرادة الدفع تختلف\* دعنا نشير إلى الكمية الأولية كـ<sup>٢</sup> . ولندفع الضرر يقلل الكمية إلى كـ<sup>١</sup> وتشير المنطقة المظلة في الرسم ، الواقعة أسفل منحنى الطلب وبين المسافة بين

كـ<sup>٢</sup> و كـ<sup>١</sup> ، إلى المبلغ الذي يمكن أن يدفعه الشخص مقابل تلقي كمية السلعة ( كـ<sup>٢</sup> - كـ<sup>١</sup> ) بدون أي تغيير في المنفعة. وبالتالي فإن المنطقة المظلة تشير أيضاً إلى المبلغ الذي يجب أن يدفع كتعويض نقدي للضحية مقابل حرمانه من كمية السلعة ( كـ<sup>٢</sup> - كـ<sup>١</sup> ) حتى يمكن إرجاعه للمستوى الابتدائي للمنفعة . أي أن التعويض الجابر التام عن حرمان شخص ما من مقدار سلعة ما يساوي إرادة الضحية في أن يدفع مقابلها والذي بدوره يساوي المنطقة المظلة أسفل منحنى طلب المنفعة الثابتة (١٦)

من وجهة نظر رياضية شكلية بحتة فإن الأمور الجيدة والأمور السيئة أو الإيجابيات والسلبيات سيان لا يفرق بينهما غير علاماته الرائد (+) أو الناقص (-) . وعلى ذلك فإن ما سبق قوله على التعويض النقدي عن حرمان شخص ما من سلعة ما ينطبق على فرض أمور سيئة على شخص ما. على وجه الخصوص فإن الضرر الناتج عن فرض أمور سيئة على شخص ما يساوي إرادة الضحية في أن يدفع مبلغ من المال مقابل أن يتحرر من هذا الضرر . ويمكن تمثيل رغبة الضحية هذه بمنحنى طلب المنفعة الثابت وأن المنطقة أسفل القطع الدائري تشير إلى التعويض النقدي الجابر لكل الأضرار الناتجة عن فرض أمور سيئة على الضحية \*

وبدلاً من حرمان شخص ما من أمور جيدة أو فرض أمور سيئة عليه فإن المسئول عن الفعل الضار أحياناً يمنع الضحية بصورة غير شرعية من شراء أمر جيد بسعر معين

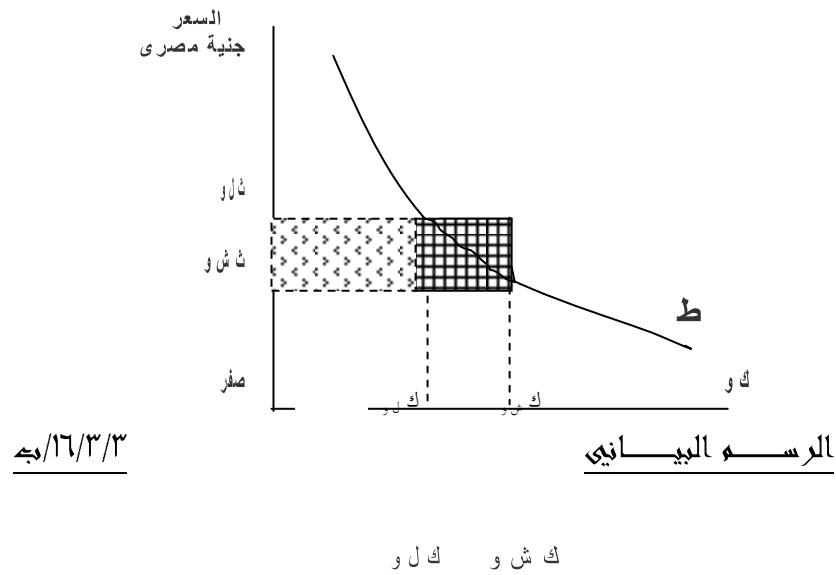


. ويمكن تطبيق التحليل السابق على هذه الحالات . إن الفرق بين رغبة الشخص في أن يدفع مبلغاً من المال مقابل سلعة وبين ما يدفعه حقيقة يسمى فائض المستهلك Consumer Surplus<sup>(١٣)</sup> وهو الذي يستمتع به الشخص من هذه الصفقة . ويساوي التعويض الجابر التام عن منع شخص ما بطريقة غير شرعية من الشراء بسعر معين الخسارة في فائض المستهلك الذي سببه الفعل الضار وللتوضيح ، لنفرض أنه قد تم منع شخص ما بطريقة غير شرعية من شراء سلعة ( ك و ) بسعر ( ث ش و ) وبسبب هذا المنع كان عليه أن يشتري السلعة بسعر أعلى ( ث ل و ) أنظر الرسم البياني

(جـ) ١٦/٣/٣

ف عند السعر المنخفض ( ث ش و ) قد يشتري الشخص ( ك ش و ) وحدة من ( ك و )  
وعند السعر المرتفع ( ث ل و ) يشتري الشخص لـ ( ل و )

-



والتقدير التقريبي للتعويض الجابر هو التكلفة الإضافية للشراء والتي يمكن حسابها على إنها تساوي السعر المرتفع على السلعة المشتراة ، ك ل و ( ث ل و - ث ش و ) أو

قد تحسب بطريقة أخرى وهي أن تعتبر التعويض الجابر مساوياً لعبد الثمن المرتفع على البضاعة التي كان يمكن شرائها بالسعر المنخفض له س و ( ث ل و - ث ش و ) هذه المقاييس ليست دقيقة تماماً كافية لحد ما للأغراض العملية . ( لكن التحديد المضبوط هو المنطقة المظلة في الرسم البياني ١٦/٣/٣ ب<sup>(٦٤)</sup> )

17/3/3 - تقدير الخسارة المالية الفعلية ( ما لحق المضرور من خسارة ) :  
وهذه يختلف تقديرها بالنسبة لذوى الدخل المحدود عن غيرهم من ذوى الدخل غير المحدود

يتم حساب مقدار الأساس أو الدخل الفردي في فترة زمنية معينة أو متوسط دخل الفرد الدوري وتكون الصيغة الرياضية للحساب كالتالي :-

$$1 + 1 \text{ ن (فـ) } + 1 \text{ ن ( ١ - ن ) - ض ( ١ ن )}$$
  
حيث ( ١ ) مقدار الأساس ( متوسط الدخل الدوري ) ، ( ن ) الزمن ، ( فـ ) معدل الفائدة السنوية البسيط ، ( نـ ) معدل التضخم ، ( ض ) الضريبة على الدخل  
وكمثال عملي على ذلك نفترض أن الدخل السنوي للمضرور ( ١٠٠٠ ) ألف جنيه وأن معدل الفائدة البسيطة ٩٪ ومعدل التضخم ١١٪ وأن الضريبة على الدخل بمتوسط ٨٪

ومدة الضرر خمس سنوات فيكون الحساب

$$\begin{aligned} & 5 \times 1000 + 5 \times 1000 (0.09) + 11 \times 1000 (2) - 8 \times 1000 \times 0.08 \\ & 5000 + 450 + 220 - 800 = 5485 - 800 = 4685 \text{ جنيه} \end{aligned}$$

وقد تثار فكرة أن المتسبب يستفيد من خصم قيمة الضريبة على الدخل دون أن يدفعها للدولة ، إلا أن هذا المثال لمجرد التبسيط في عملية الحساب فقط

<sup>(٦٤)</sup> بالنسبة للتعويض الجابر التام فإن المقياس الأول يقلل من التعويض والمقياس الثاني يزيد من مقدار التعويض . ولكن يمكن حساب التعويض الجابر الحقيقي بإعتبار منحى طلب المنفعة الثابت حيث تكون رغبة الشخص في أن يدفع الثمن لسعة إضافية هو المنطقة أسفل منحى طلب المنفعة الثابت بين ( ك ب و ) و ( ك ر و ) في الرسم ١٦/٣/٣ ب ويكون الثمن الذي قد دفع لولا العمل غير الشرعي هو ث ر و . على ذلك فإن الفائض الذي يتمتع به المستهلك على الكمية الزائدة من البضاعة هو الفارق بين المنطقة الواقعة أسفل منحى طلب المنفعة الثابت والسعر الإجمالي الذى تم دفعه ث ر و ( ك ب و - ك ر و ) كما هو مشار لها بالتظليل الثقيل في الرسم البياني المذكور . وتكون التكلفة الزائدة على السلعة المشتراة هي ك ل و ( ث ل و - ث س و ) كما هي ممثلة في التظليل الخفيف في الرسم البياني . أى أن التعويض النقدي الكامل الجابر لكل الضرر يساوى الخسارة في فائض المستهلك على السلعة التي كان يمكن له أن يشتريها بالسعر الأقل ولم يتم شرائها بالسعر الأعلى كما هو مشار إليها بالمنطقة المظلة تظليلاً ثقيلاً ، زائد التكلفة الإضافية على السلعة التي تم شرائها حقيقة كما هو مشار إليها في المنطقة المظلة تظليلاً خفيفاً

أما بالنسبة لغير ذوي الدخل المحدود من التجار وأصحاب المهن الحرة والحرفية فيكون العامل الفاصل هو عائد الاستثمار وهو الذي يختلف تبعاً لاختلاف طبيعة النشاط والظروف الاقتصادية العامة والخاصة بكل مهنة وطبيعة عمل المضرور وكيانه القانوني سواء كان شركة أو فرد وكذلك معدل دوران رأس المال ومدى مرونة العرض والطلب . وهذه العوامل يمكن ترجمتها إلى أرقام وبرمجتها على الحاسب الآلي .

18/3/3 - تقدير الخسب الفائت أو الخسارة المالية المستقبلية: وهو المكاسب أو الأرباح النقدية التي كان سيحققها المضرور / المدعى لولا الفعل الضار الذي سببه المدعى عليه <sup>(٦٥)</sup> . ويدخل في حسابه العوامل الآتية :

١- طريقة الحساب : لا ينص أي قانون على طريقة معينة لحساب التعويض النقدي . لكن هناك ثلاثة وسائل لحساب هذا التعويض قد تم اختيارها أحدهم أو المزج بينهم على ضوء الحالة المعروضة . وهذه الطرق هي <sup>(٦٦)</sup>

أولاً : طريقة قبل وبعد Before – and – After Method : وهي تقارن بين مقدار الربح قبل الفعل الضار بما يمكن أن يتحقق بعد وقوع الفعل الضار . إذا بعمل صفة من الأرباح قبل حدوث الفعل الضار ثم تقارن هذه المجموعة بالفترة الذي تحقق فيها الضرر . وسيكون حساب الضرر المجموع البسيط لناتج الطرح بين المجموعتين .

ثانياً طريقة علامة الإسناد Benchmark أو المقياس المعماري Yardstick : وتقارن هذه الطريقة بين ربح المضرور بالربح في عمل مماثل لم يتضرر من الفعل الضار . وتستخدم هذه الطريقة أحياناً بالنسبة للأضرار غير المتماثلة وفي المشروعات الجديدة بصفة عامة . حيث أن المشروع الجديد ليس لديه بيانات تاريخية كافية متوافرة لتطبيق طريقة " قبل وبعد " المقارنة .

ثالثاً طريقة المبيعات الافتراضية Hypothetical Sales - أو النموذج Model وهي تحسب قيمة التعويض عن الضرر على ثلاث خطوات (١) تجميع الأدلة من السوق لتبين الخسائر المحتملة - (٢) حساب هذه الخسارة - (٣) خصم التكاليف والمصاريف للحصول على المكسب العائد . وهي تستخدم عادة للأعمال الجديدة التي

<sup>(٦٥)</sup> Chang Stanly 1. , “ Calculating Fraud Damage awards <sup>(٦٦)</sup>

ليست لها سجلات أو غير كافية \* بيد أنها باعتبارها مبنية على افتراض للمبيعات فقد  
يساء استخدامها الأمر الذي قد يسفر عنه نتائج غير حقيقية \*

٢- تعريف الربح :- يجب ملاحظة أن عبارات الدخل من الصفات والعمليات التجارية  
، والمساهمة الحدية Contribution Margin والربح الإجمالي تستخدم كمراعاة  
للربح . والعامل الحاسم لأي معيار يستخدم يعتمد على كل حالة بذاتها ، فقد يكون من  
المناسب استخدام الربح الإجمالي إذا تسبب الفعل الضار بالمخزون السلعي وعلى  
عكس ما يتصور البعض فإن تعبير الدخل الصافي لا يستخدم مراعاة للربح<sup>(٦٧)</sup>

٣- معدل الخصم Discount Rate : حيث أن الفترة المستقبلية تتداخل في حساب  
الخصم الفائت إذ أنه في التعبير الأنجلو ساكسوني الخسارة المستقبلية فمن  
الضروري استخدام معدل الخصم حتى يمكن حساب القيمة الحالية لقيمة التعويض عن  
الضرر . قد تنص قوانين بعض الولايات المتحدة الأمريكية على هذا المعدل . وفي  
غياب النص القانوني يستخدم البعض تعبيرات : معدل الاستثمار في الأعمال ، ومعدل  
القروض Borrowing Rate أو حتى معدل المخاطر العرة Risk – Free Rate<sup>(٦٨)</sup>

٤- المدة : وهي المدة التي يحسب على أساسها التعويض النقدي وهي عدد  
الفترة الدورية

( سنة ميلادية – سنة مالية – Fiscal Year – شهر – أسبوع – .... الخ ) . وقد يكون  
المراد تقديره هو التعويض على أساس مدة الحياة المتوقعة للضرر . ويستعان  
لحساب هذه المدة بجدول الخبرة الأمريكية للحياة<sup>(٦٩)</sup> وهي الجداول أرقام ( ٧ ، ٨ ،  
٩ ) من الجداول المالية والتي طبعت في أمريكا في عام ١٩٦٧ ولا يزال العمل جارياً  
بها حتى الوقت الحالي ، وذلك على إثر دراسات إحصائية عديدة خاصة بالمواليد  
والوفيات منسوبة إلى عدد السكان ونتيجة تتبع مجموعة كبيرة من مواليد يعيشون  
في بيئة<sup>(٧٠)</sup> واحدة وتحت ظروف واحدة من فجر مولدهم إلى أن يتوفى آخر شخص

Ibird<sup>(٦٧)</sup>

Ibird<sup>(٦٨)</sup>

<sup>(٦٩)</sup> د . محمد ماهر عليش : رياضيات التجارة والمال مكتبة عين شمس ص ٣٩٠ - ٣٩٥ وأيضاً : د . محمد فتحى محمد على ، د . مصطفى احمد  
على : ، مقدمة الرياضة البحتة للتجارين مكتبة عين شمس ، وكذلك د . احمد عبادة سرحان ، د . سعد الدين محمد الشبال ، د . ثابت محمود

الشريف - مقدمة الإحصاء التطبيقي - الطبعة الثالثة (١٩٧٢)

<sup>(٧٠)</sup> Roger , Bermoud :Comment est évalué le Préjudice , Opcit p . 60 – 61

منهم. ويتكون جدول الخبرة الأمريكي للحياة وهو الجدول رقم ٧ من الأعمدة الخمسة التالية:

العمود الأول (س) ويوضع الأعمار من سن ١٠ إلى سن ٩٥ سنة  
العمود الثاني (ي س) ويوضع عدد الأحياء أمام كل سن وقد اتخذ العدد ١٠٠٠٠٠ أساساً

العمود الثالث (و س) ويوضع عدد الوفيات من الأحياء في كل سنة  
العمود الرابع (ن س) ويوضع نسبة احتمال الوفاة لكل سن وهي خارج قسمة عدد وفيات السن على عدد أحيائه

العمود الخامس (ن س) ويوضع نسبة احتمال الحياة لكل سن وهي باقى طرح احتمال الوفاة من الواحد الصحيح  
ويستنتج من ذلك أن :-

$$\begin{aligned} (١) & \text{ بطرح وفيات أى سن من عدد أحيائه ينتج عدد أحياء السن التالى له } \cdot \\ (٢) & \text{ نسبة احتمال الوفاة = عدد وفيات السن ( مستخرج من ٦ م . ن ) } \cdot \\ & \text{ عدد أحيائه} \end{aligned}$$

$$\therefore \text{ عدد وفيات السن = نسبة احتمال الوفاة } \times \text{ عدد أحياء السن}$$

$$\text{ ، عدد أحياء السن = عدد وفيات السن}$$

$$\text{نسبة احتمال الوفاة}$$

على أن يستخرج عدد الوفيات أو عدد الوفيات مقرباً لأقرب عدد صحيح  
(٣) يمكن إيجاد احتمال الحياة بطريقتين :

أولاً : بمعلومية نسبة احتمال الوفاة وطرحها من الواحد الصحيح

ثانياً : بقسمة عدد الأحياء في السن المحتمل الوصول إليها على عدد أحياء السن

الحالى للشخص

(٤) العلاقة بين أعمدة جداول الحياة بالرموز :

$$\text{أولاً : } \text{ي س} = \text{و س} + \text{ي س} + ١ \text{ إذ أن } \text{ي س} = ١٠ + \text{ي س} + ١$$

$$\text{ثانياً : } \text{و س} = \text{ي س} - \text{ي س} + ١ \text{ لأن } \text{و س} = ١٠ - \text{ي س} + ١$$

$$\text{ثالثاً : } \text{ن س} = \text{و س} \div \text{ي س} \text{ ( نستخرج من ٦ م . ن )}$$

$$\text{رابعاً : } \text{ن س} = ١ - \text{ن س} \text{ ( نستخرج من ٦ م . ن )}$$

فإذا كان عمر الشخص المضرور ٢٥ سنة وقت حدوث الفعل الضار فإن احتمال أن يحيا إلى سن الستين عاماً هو : نفرض أن ( ن ) هي المدة المحتملة أن يعيشها الشخص من ٢٥ إلى ٦٠ = ٣٥ سنة

$$\text{تكون نسبة احتمال الحياة } n \text{ هي } s = s + n = ٣٥ + ٢٥$$

$$\frac{s}{٢٥}$$

$$\therefore \text{نسبة احتمال الحياة} = \frac{٥٧٩١٧}{٦٥٠٥١٩}$$

$$٨٩٠٣٣$$

(٥) معدل النمو Growth Rate : وهو المعدل الذي نقيس به الزيادة المحتملة في إيراد المضرور وقد يكون هذا المعدل إيجابياً أو سلبياً أو صفراً . ويمكن اشتقاقه من البيانات التاريخية للمضرور أو اتجاهات الصناعة أو المهنة أو الحرفة ، <sup>(٧)</sup> وقد يشمل ذلك العلاوات الدورية بالنسبة للعاملين بالدولة والمهنات العامة ووحدات الحكم المحلي والمؤسسات العامة وقطاع الأعمال أو القطاع الخاص . فإذا كان المتضرر شاباً في سن الـ ٢٥ ويعمل براتب شهري مقداره ١٠٠ جنية ومقدار العلاوة الدورية ٥ جنيهاً شهرياً فإنه يمكن حساب قيمة الأجر مع العلاوة خلال مدة الـ ٣٥ سنة باستخدام قانون المتوالية العددية وصيغته

$$n [ 1 + (n-1) f ]$$

$$\frac{f}{2}$$

حيث (ن) تمثل مدة العمر الباقى له وهو ٣٥ سنة ، ( ١ ) تمثل الراتب الشهري ( ١٠٠ جنية ) مضروب في ١٢ ليصبح راتبه في السنة ( ١٢٠٠ ) جنية وهو الحد الأول ، ( فـ ) هو الفرق المشترك ويمثل قيمة العلاوة الدورية ٥ جنيهاً شهرياً مضروب في ١٢ فيصبح الأساس

$$( ٦٠ \text{ جنيهاً } ) \text{ أن }$$

$$\frac{٣٥}{2} ( ٦٠ ( ١ - ٣٥ ) + ١٢٠٠ \times ٢ )$$

$$\frac{f}{2}$$

$$= ١٧,٥ ( ٦٠ \times ٣٤ + ٢٤٠٠ )$$

$$= ٧٧,٧٠٠ = ٤٤٤٠ \times ١٧,٥ = ( ٢٠٤٠ + ٢٤٠٠ ) \times ١٧,٥$$

وتكون قيمة الأخير =

$$1300 + 60(1 - 35) = 60 + 1300 + 36(60)$$

$$= 1300 + 2040 = 3340 \text{ جنيه}$$

أي أن الأجر الشهري في السنة الأخيرة بما في ذلك العلاوة الدورية المستحقة :

$$3340 \div 12 = 278 \text{ جنيه}$$

لكن يظل يعيب هذه الطريقة أن العلاوة الدورية ليست ثابتة بل تتزايد تصاعدياً مع ارتفاع الأجر نتيجة سنوات الخبرة والترقي لوظائف أعلى وإن كان المدخل السابق يظل صالحاً كأساس لتقدير قيمة التعويض مع الأخذ في الاعتبار حساب الأجر الأساس على أساس المتوسط بين الأجر الأدنى والأجر الأعلى في نهاية المدة وكذلك العلاوة الدورية<sup>(٧٣)</sup> وهذا العيب محل تدارك في المثال الآتي

19/3/3 - مثال تقدير الأجر المتوقع<sup>(٧٣)</sup> لتقدير الأجر المحتمل تقاضيه دورياً في الفترة بين وقوع الحادث والإحالة للمعاش تكون نقطة البداية للبحث هو جدول الأجور بالنسبة للعمر للمهنة محل البحث فإذا كان المطالب سائق شاحنة وعمره ٢٥ سنة نحتاج ليس فقط أجور سائقي الشاحنات في عمر الـ ٢٥ سنة وإنما بفرض العجز الدائم والإحالة للمعاش وإنما أجور سائقي الشاحنات في العمر من ٢٦ سنة إلى ٥٩ سنة . والخطوة التالية تحديد درجة احتمال هذه الأجور للتغير في المستقبل . هناك عوامل كثيرة قد تغير مستوى الأجور في بعض الممن ومن الصعب التنبؤ بها : مثل التغير في الطلب على منتج الصناعة التي يعمل بها الضحية لكن في حساب التعويض النقدي فإننا بصفة عامة نتجاهل مصادر التغير في الأسعار في المستقبل . لكن يبقى هناك ثلاثة أمور يمكن توقعها وهي :

١- احتمالات الاستغناء المؤقتة عن خدمات العامل مبنية على التجارب السابقة في

نفس الصناعة،

٢- رفع إنتاجية العمل ،

٣ - التضخم

<sup>(٧٢)</sup> مع ملاحظة إضافة مكافأة المعاش أو مكافأة نهاية الخدمة أو تأمين الشيخوخة ثم ضرب الرقم الإجمالي في نسبة احتمال الحياة لسن الستين وهي

٠٦٥٠٥١٩

<sup>(٧٣)</sup> Posner - المرجع السابق ص ١٧٩ - ١٨١

ولنأخذ في الاعتبار ( ٢ ) ، ( ٣ ) فالإنتاجية هي نسبة المخرجات إلى المدخلات وان  
أي زيادة في إنتاجية العمل هي زيادة في كمية المخرج في الساعة بالنسبة للعامل .  
وبتقليل تكلفة إنتاج ربح العمل تزيد إنتاجية العمل مما يتيح لربح العمل أن يدفع أجور  
أعلى . ويبدو رفع إنتاجية العمل معقولاً إذا كان متوسط الزيادة السنوية في مكسب  
العمال الحقيقي حوالي ٣ ٪ . فإذا تم اشتقاق الأجور الحقيقية التي كان من الممكن  
أن يحصل عليها سائق الشاحنة دورياً أثناء حياته يجب أن نضرب تقدير الأجور في كل  
سنة في الاحتمال الإكتواري بأنه سيظل على قيد الحياة حتى نهاية هذا العام .

20/3/3 - حساب الضرر المادي - الاهتمام بجداول شركات التأمين : يقول  
العلامة الإيطالي Melchiorre Gionina أن دوام الحياة البشر الجسدية يجاوز مدة  
الحياة المهنية ، تجاوز متغير وقليل وقد يكون غير ذي قيمة بالنسبة للفنانين  
والمبدعين والأطباء والمحامين . إلا أنه يؤخذ في الاعتبار بالمقابل لعديد من أصحاب  
المهن<sup>(٧٤)</sup> ويجب الأخذ في الاعتبار عوامل الشيخوخة Veillesse ، العجز  
Décréitude ، البطالة Chomage ، المرض Maladies ، والمشاكل المالية التي  
تمنع الأشخاص المسنين من إيجاد فرصة عمل والتي تفقدوها مرة \* فالاستمرار في  
الأجر هو فرض يعرضه الضحية جيداً كما إن عامل السن يمثل الاختيار القاسي له .

أما استبدال الدخل المفقود أو خسارة رأس المال فإن ذلك يعتمد على عنصرين : ١ -  
معدل الفائدة و ، ٢ - جداول ( الوفيات - حالة الاستحقاق - النشاط ) والحل الأكثر  
بساطة هو الأخذ في الاعتبار هذين العنصرين ( سعر الفائدة والوفيات ) وربما الأكثر  
تأثيراً هو اللجوء إلى سوق الإيرادات مدى الحياة Marché des Rentes  
Viagères ويمكن الاستعانة في ذلك بمؤسسات التأمين خصوصاً صندوق التعاون  
الوطني في فرنسا والجداول التي يصدرها<sup>(٧٥)</sup>

فإذا كان عمر الضحية ٤٤ سنة والخسارة السنوية هي ١٢٠٠ جنيه فهي تقابل رأس مال  
يساوي  $1200 \times 15,06 = 18072$  جنيه ، حيث الرقم ( ١٥,٠٦ ) هو ثمن الجنيه الواحد للإيراد  
مدى الحياة عن الفائدة ٥ ٪ وهذه الصيغة عند الحساب معمول بها بشكل متواصل في  
فرنسا وفي إيطاليا<sup>(٧٦)</sup> .

Voir : Roger Béraud . Op cit P . 55 <sup>(٧٤)</sup>

Ibid P . 59 <sup>(٧٥)</sup>

Ibid P . 60 <sup>(٧٦)</sup>



ويقدم Béraud صيغة رياضية أخرى تستخدم في بلجيكا وإيطاليا لاستبدال الخسارة السنوية براس مال وذلك في كتابه<sup>(٧٧)</sup> كالاتي :

$$\begin{aligned}
 & \frac{r = \frac{x \times i^t \times f}{i^t - 1}}{\text{حيث يمثل الحرف } (r) \text{ الدخل السنوي ، } (x) \text{ الخسارة ، } (f) \text{ معدل سعر الفائدة}} \\
 & \text{السنوية ، } i = 1 + f \text{ ، } (n) \text{ عدد سنوات التمتع في أي باء مرفوعة لأس } n \\
 & \text{ومن ثم يمكن استنتاج قيمة } x \text{ والتي تتكون أثناء عدد السنوات } (n) \text{ كالاتي} \\
 & \frac{x = \frac{r}{\frac{i^t \times 1 - 1}{i^t - 1}}}{\text{وبقسمتها على } i^t \text{ يمكن الحصول على قيمة } (r)} \\
 & \frac{r}{f}
 \end{aligned}$$

### المبحث الثالث

### التحليل الاقتصادي للتعويض العقابي

21/3/3 - مقدمة: غالباً ما تثار مناقشة حول التحليل الاقتصادي المألوف والذي اشتق منه كلا من صيغة هاند الرياضية والتبرير الاقتصادي للتعويض الجابر. كذلك يتساءل البعض عن وجود التعويض العقابي .  
وتبدأ المناقشة عادة في أن شخص ما (أ) مثلاً يقوم بفعل معين ضد شخص آخر (ب) الأمر الذي يفرض علي هذا الأخير تكاليف يتكبدها. لا يهم أن يكون هذا الفعل هو فعل ضار tort أو يكون جريمة جنائية ، عمدياً أو وليد الصدفة accidental من وجهة نظر الكفاءة أو الفعالية الاقتصادية ، ليست المشكلة أن ( أ ) كبد (ب) بعض

<sup>(٧٧)</sup> Goger .Béraud . Rentes Viagères et Bausc à mourriture P . 127 (1958) . avec Supplément (1960)

التكاليف لكنها تكمن في أن (أ) سيقوم بهذا الفعل على أساس التكاليف والمنافع الخاصة به . فإذا كان الفعل سيعود عليه بفائدة مقدارها ٥٠ جنيه لكن الضحية (ب) سيتكبد تكاليف مقدارها (٧٠) جنيه فإن (أ) سيرتكب الفعل ؛ لكن إذا كانت تكلفة الإتيان بهذا العمل (١٠) جنيه وجنى (ب) فائدة من هذا الفعل مقدارها (٥٠) جنيه. وفي هذه الحالة لن يرتكب (أ) هذا الفعل (أ) هذا الفعل فالكفاءة الاقتصادية تقتضي أن تقوم بالأعمال التي فائدتها الصافية أكثر من التكاليف الصافية .

يوجد حلين لهذه المشكلة . الأول : أن نحمل (أ) التكاليف التي كبدها لـ (ب) ، ففي مجال تطبيق القانون المدني على المسؤولية المفترضة تطلب المحكمة من المسئول عن الفعل الضار التعويض الكامل للضحية ، أي نقل التكاليف الكاملة إلى الفاعل . حينئذ يقوم هذا الأخير بتخفيض مقدار تكاليفه (للحادث ومنع وقوعه) بالإضافة إلى تكاليف الضحية وهي السياسة الاقتصادية الرشيدة . والبديل الآخر تطبيق قاعدة هاند فبدلاً من تحميل (أ) تكاليف الضرر التي سببها فعلة الضار وندعه يحسب كيف يقلل تكاليفه الإجمالية فإن المحكمة تقرر ما يجب أن يفعل (أ) حتى يخفض تكاليفه الإجمالية ثم تقرر مسؤوليته عن الفعل الضار . وهذا يعني - في مجال التعويضات المدنية حيث يتم تطبيق قاعدة هاند اعتبار (أ) مهماً إذا كانت تكلفة اتخاذ الحذر لمنع وقوع الفعل أقل من التكاليف التي يفرضها وقوع الحادث مضروبة في احتمال وقوع الحادث .

لدينا الآن بديلين لحل مشكلة استخدام النظام القانوني لمنع الأفعال الضارة بيد أننا سنحدد الدراسة في الصفحات القادمة على البديل الأول ونعتبره سياق القانون المدني وهو المجال الذي تظهر فيه تطبيقات التعويض العقابي . هناك أخيراً جدل بسيط حول كفاءة التعويض الجابر . إذا دفع المسئول عن الفعل الضار تعويضاً جابراً مساوياً للتكاليف الكاملة التي تكبدها الضحية فهو أيضاً سيتحمل تكاليف عمله ويتخذ القرار الرشيد .

لم تتعرض المناقشة السابقة عما إذا كان الفعل الضار المستوجب للتعويض عمدي أم نتيجة طيش بين وعدم مبالاة إذ أن كلا من الوصفين يبرران تطبيق التعويض العقابي . لنفترض حدوث فعلين ضارين حادث سيارتين وأخرى تعدى عمدي . لا يعتبر حادث السيارة عمدياً في التطبيق القانوني السليم بل هو خطأ في الغالب غير عمدي . لكن بالمعنى المفيد في التحليل الاقتصادي يعتبر عمدياً فهو النتيجة الاحتمالية للقرارات التي يتخذها مرتكب الفعل الضار مثل كم مرة فحص مكابح السيارة ، مدى سرعة القيادة ، هل يقود سيارته أثناء هطول الأمطار ، القيادة مخموراً ، الانتباه للطريق أو التركيز في سماع مذياع السيارة . يلاحظ أن الفاعل في اتخاذ هذه القرارات يوازن صراحة أو ضمننا بين التكاليف والفوائد ثم يختار المستوى المناسب من الحذر

أما الفعل الضار الثاني فهو التعدي البدني Assault فإذا لكم (أ) (ب) بقبضة يده فهو بالفرض كبده تكلفة من الألم والإذلال ولنقل أن تقديرها المالي (٥٠) جنيه . وفقاً لنظام التعويض الجابر يجب أن يدفع المسئول للضحية خمسون جنيهاً قيمة الضرر . فإذا كان (أ) رشيداً في اتخاذ القرار حسب الكفاءة الاقتصادية سيختار أن

يضر ( ب ) إذا كانت المتعة التي سيحصل عليها من جراء ارتكاب هذا الفعل أكثر من خمسين جنيهاً ولنقل سبعون جنيهاً مثلاً . في هذا الموقف لن يردع التعويض الجابر مرتكب الفعل الضار ... ويكون البحث عن البديل الرادع في التعويض العقابي

ويذكر العميد Ellis عده مثالب وثغرات في التعويض الجابر منها أن الأحكام بالتعويض ليست كلها في الغالب جابره لكل الأضرار ؛ وأنها قاصرة على الأضرار المادية التي تكون من اليسير تقويمها بالنقد وقد تلتفت عن الأضرار المادية أو غير المالية non – pecuniary لصعوبة تقويمها بالنقد<sup>(٧٨)</sup> ويصف العميد Ellis المنافع التي يحققها مرتكب الفعل الضار بأنها إشباعات غير شرعية Illegitimate Satisfaction<sup>(٧٩)</sup> فالوقت والمال الذي وفرهما سائق المركبة في فحص مكابح السيارة مرة واحدة بدلاً من مرتين في السنة هما فوائد شرعية وعليه أن يوازن بينها وبين التكلفة التي يتكبدها الآخرون وتلك التي تفرض على الفاعل لوجود فرصة عالية نوعاً ما في وقوع حادث السيارة بسبب فشل المكابح . بيد أن المتعة التي يحصل عليها مرتكب التعدي بالضرب على مشجع لفريق رياضي آخر هي إشباعات غير شرعية<sup>(٨٠)</sup> وحيث أنه ليس مؤهلاً لأن يحسبها في الجانب الإيجابي في تقرير ما إذا كان يلزمه أم لا . فإن درجة المتعة كافية بدرجة أكثر من الموازنة بين تكلفة الفعل الضار عليه من تعويض الضحية عندئذ يكون التعويض العقابي ضروري ومناسب لردع المعتدى .

لنبدأ بمقدمه منطقية وهي أن القواعد القانونية يجب أن تكون فعالة اقتصادياً . وهذا قد يبدو كسياسة توضع لتقريب النظام الهادف إلى تعظيم السعادة الإجمالية<sup>(٨١)</sup> وتبدو هذه المقدمة أن ليس لها ، أى محتوى أخلاقي . فهي لا تذكر شيئاً عن الثواب والعقاب ، الحقوق ، الإنصاف و العدالة وهي قيم نتوقع أن تؤسس عليها القواعد القانونية والأخلاقية .

ويقودنا البدء بهذه المقدمة المنطقية إلى استنتاج قائمة من النظم القانونية تشمل :  
يجب عقاب اللصوص والقتلة – يجب تنفيذ العقود بما اشتملت عليه – يتطلب فرض العقوبة الجنائية مستوى عال من الإثبات أكثر من فرض العقوبة المدنية – من يسبب

Ellis . "Fairness and Efficiency in the law of Punitive Damages . 56 Social cal . legal<sup>(٧٨)</sup>

review (1982)

Ibid<sup>(٧٩)</sup>

<sup>(٨٠)</sup> وكما ذكر العميد Ellis في مقالته فإن فكرة الاشباعات غير الشرعية قد استخدمت من قبل – انظر The " Logic of the law and George Stigler " the Optiman Enformcement of laws" , 78 J . Pol . Econ . 526 ( 1970) at 529

<sup>(٨١)</sup> Daird Friedman . Price Theroy . an Intermediate test . 2<sup>nd</sup> ed . Chapter 15 – Richard Posner , "wealth Maximization Revisited " 2 Notre Dame Journal of Law , Ethics , & Public Policy ( 1985) 85 – lloyd Cohen , " A Justification of Social Wealth Maximisation as Rights – based Ethical Theory " , 10 Harvard journal of law & Public Policy (1987) P .

ضرراً للآخرين يجب عليه دفع تعويض كاف لهم<sup>(٨٢)</sup> وهكذا كانت البداية تهدف إلى تحقيق الكفاءة الاقتصادية إلا أنها انتهت بنتائج تناسب تقريباً القواعد القانونية السارية وقواعد البديهة والفطرة أي أنه إلى حد ما خرجنا بنتائج أكثر من هذه المقدمة الأولى .

### 22/3/3 - تفسير التعويض العقابي على ضوء الكفاءة الاقتصادية :

تتسم النظرية التقليدية للتعويض العقابي كما سبق القول بالصفات الآتية :

١ - أن هذا التعويض محدد بالأفعال الضارة الصادرة عن إصرار وتروى أى عمدية ، أو طيش ولا مبالاة Deliberate or Reckless

٢ - أن التعويض العقابي ليس مضاعفاً كبيراً للتعويضات الجابرة . وعلى الجانب الآخر فإن التعويض الجابر لا يقودنا إلى نتائج فعالة . والسبب في ذلك أنه في تقويمنا للتعويض الجابر نتجاهل تكلفة النظام القانوني . إذ أن فرض العقوبات سواء مدنية أو جنائية نشاط مكلف مالياً من حيث رفع الدعوى والسير في إجراءاتها المتعددة حتى التنفيذ الكامل من أجور ورواتب لموظفين إداريين وقضائيين وسلطات أمنية وأدوات مكتبية .... الخ . وهناك علاقة طردية بين التكلفة وحجم العقوبة .

يؤثر حجم العقوبة ( في القانون المدني التعويض العقابي ) في التكلفة الإجمالية للتقاضى بطريقتين . الأولى أن زيادة مبلغ التعويض المطالب به يزيد عن المبلغ المنفق على الدعوى من رسوم الدعوة وأتعاب المحامين . الثانية : أنه في نفس الوقت فإن زيادة حجم الجزاء على الفعل الضار يقلل من تكرار حدوث الفعل وبالتالي تقل المنازعات القضائية . وقد تصعد عالياً أو تهبط إلى أسفل التكلفة الكلية<sup>(٨٣)</sup> للتقاضى .

في حالات كثيرة نجد أن التعويض النقدي لا يعادل تماماً حجم الضرر الواقع على الضحية فقد يكون أكبر أو أقل من قيمة الضرر<sup>(٨٤)</sup> ولنضرب مثالين لحالتين ، الأولى يكون المستوى الفعال للتعويض فيها أقل من قيمة الضرر الحقيقي والأخرى يكون أعلى : على التفصيل الآتى :

افترض وقوع فعل ضار يكبد الضحية تكلفة مالية مقدارها ( ١٠٠٠ ) ألف جنية . وافترض أيضاً أنه إذا كان الفاعل رشيد وأنه بارتكابه الفعل الضار سيتكلف مبلغ ألف جنية فقط كإصلاح للضرر فإنه سيرتكب هذا الفعل ( ١٠٠٠ ) ألف مرة في السنة . ذلك أن تكلفة اتخاذ الحذر من جانب الفاعل لمنع حدوث الفعل الضار أعلى من مقدار الضرر الواقع . هل تعتبر هذه النتيجة مجدية ؟ إذا أخذنا في الاعتبار تكاليف التقاضى وتنفيذ الحكم فإن الاحتمال الوارد هو أن تكون الإجابة بالنفي .

(٨٢) Daird Friedman , " An Economic Explantcon of Panitive Damages ,

<http://www.best.com/ddfr/academic/Punitive-fn.html>

(٨٣) تعنى التكلفة الكلية هنا التكلفة بالنسبة للدعوى القضائية الواحدة مضروبة في عدد القضايا

(٨٤) انظر التحليل بالتفصيل في David Friedman : " Reflections on Optimal : Punishment or Should The Rich Pay Higher Fine" , Jourinal of Low & Fom. (1981)

لنفترض أن هذه التكاليف <sup>(٨٥)</sup> في كل قضية تساوى في المتوسط نصف المبلغ الذي يقضى به كتعويض نقدي. بذلك نحول دون وقوع الأفعال الضارة غير الفعالة على وجه الخصوص لكن ذلك يتم بتكلفة ( ٥٠٠٠٠٠ ) خمسمائة ألف جنية في السنة للتقاضى .

لنأخذ مثلاً آخر على طرف النقيض : فالزيادة في مبالغ التعويض النقدي في بعض الأفعال الضارة يجعل عرضها غير مرّن تماماً ، بمعنى أن التغير في قيمة التعويضات التي يدفعها المسؤول ليس له تأثير على عدد مرات وقوع هذه الأفعال . فلا يوجد احد يرتكب الفعل الضار إذا كان التعويض النقدي الذي سيدفعه ( ٥٠٠ ) خمسمائة جنية وبالأحرى لن يرتكب هذا الفعل إذا زاد مقدار التعويض إلى ألف جنية . في هذا الموقف جعلنا النظام أكثر كفاءة بتخفيض المبلغ إلى ( ٥٠٠ ) خمسمائة جنية . وسيبقى عدد الأفعال الضارة كما هو بل أننا أنقصنا تكلفة التقاضى إلى النصف . ونفس الأمر يكون صحيحاً إذا كان العرض عالياً لكنه غير مرّن بالضبط . فإن تخفيض قيمة التعويض إلى ( ٥٠٠ ) خمسمائة جنية يزيد من عدد مرات وقوع الفعل الضار إلى ( ١١٠٠ ) ألف ومائه مرة إلا أن التوفير الذي يجنيه الفاعلون الإحتماليون من مقابل تكاليف التقاضى يكلفهم أكثر من التعويض على المائة فعل ضار غير المنتج <sup>(٨٦)</sup>

تتضمن المناقشة السابقة أن التعويض النقدي الفعال اقل من الضرر الحقيقي الذي سببه الفعل الضار إذا كان عرض هذه الأفعال غير مرّن بدرجة كافية لذا لماذا قد يكون المستوى الفعال للتعويضات أكثر من الضرر الحقيقي سوف نأخذ في الاعتبار نفس الموقف مع تغيير واحد فقط هو أن يكون عرض الأفعال الضارة على درجة عالية من المرونة . في هذه الحالة نفترض أن الزيادة في قيمة التعويضات النقدية من ألف جنية بالنسبة للفعل الضار الواحد إلى ألف ومائه جنية سيقبل عدد مرات حدوثه إلى صفر .

في الحالة السابقة – حيث العرض غير مرّن – نجد أن التعويض النقدي المنخفض سمح بارتكاب بعض الأفعال الضارة . لكن في الحالة الراهنة حيث العرض مرّن فإن زيادة مقدار التعويض يحول دون ارتكاب بعض هذه الأفعال . إذا أن الفاعلين الإحتماليين قد يرتكبون بعض الأفعال الضارة إذا كانت تكلفة التعويض عن هذه الأخطاء ألف جنية ؛ لكنهم لن يقوموا بارتكاب هذه الأفعال إذا وصل مقدار التعويض النقدي إلى ألف ومائه جنية وكانت تكلفة اتخاذ الحذر تقع بين القيمتين .

<sup>(٨٥)</sup> تشمل هذه التكاليف إلى جانب تكاليف التقاضى إلى أن يتم التنفيذ الكامل بما فيها تكاليف القرارات والأحكام الخاطئة للمحاكم وللجهات

الإدارية المختلفة مثل ( قلم كتاب المحكمة – الشرطة .... الخ )

<sup>(٨٦)</sup> ذلك أن الأفعال المائة الزائدة تفرض تكلفة على الضحايا مقدارها مائة ألف جنية في السنة وأن منع كل فعل على حده يكلف المسؤول خمسمائة جنية وهذا يبرر عدم رغبة الفاعل في منع حدوث الفعل الضار إذا انخفض مقدار التعويض إلى خمسمائة جنية إذ أن الفاعلين الإحتماليين سيوفرون على الأقل مبلغ خمسون ألف جنية في السنة بعدم منعهم الفعل من الحدوث والنتيجة النهائية أن هناك خسارة خمسين ألف جنية على الأكثر في السنة وأن التخفيض في تكاليف التقاضى يصل إلى ٢٢٥٠٠٠ جنية في السنة وبطبيعة الحال يعتبر ذلك موقف أفضل بتوفير مائتي ألف جنية على الأقل بعد التغييرات القانونية التي تخفض مبلغ التعويض النقدي

فحيث أن قيمة الضرر الواقع على الضحية ألف جنية هناك تكلفة صافية <sup>(٨٧)</sup> تكون في المدى من صفر إلى مائه جنية لكل فعل تقصيري حيل دون وقوعه . أى أن الحيلولة دون وقوع ألف فعل ضار ينتج عنه تكلفة صافية مقدارها في المدى من صفر إلى مائه ألف جنية بيد أن إسقاط الألف فعل يسقط معه تكاليف التقاضى والتنفيذ المرتبطة به أى توفير مبلغ خمسمائة الف جنية في السنة . والخلاصة أنه بزيادة مقدار التعويض تقل التكاليف الإجمالية ( تكاليف : الحذر – الضرر – إجراءات التقاضى والتنفيذ ) بمقدار يتراوح بين أربعمائة ألف وخمسمائة ألف جنية في السنة رأينا الآن أن المستوى الفعال للتعويض النقدي عن الفعل الضار ليس مساويا لقيمة الضرر الواقع على الضحية إذا اخذ في الحسبان تكاليف التقاضى . وانه إذا كان عرض الأفعال التقصيرية غير مرن بدرجة عالية فإنه يتطلب زيادة كبيرة في قيمة التعويض وتكاليف التقاضى التي ترتفع نتيجة ارتفاع مبلغ التعويض ، لتحول دون وقوع فعل ضار آخر وعلى الجانب الآخر إذا كان عرض الأفعال التقصيرية مرناً فإن زيادة التعويض تقلل من تكلفة التقاضى ، حيث أن النقص في عدد الأفعال الضارة يفوق الزيادة في تكلفة التقاضى لكل فعل ضار . في هذه الحالة يكون من المجدي أن نوافق على تكاليف ردع الأفعال الضارة حتى ولو أدى ذلك ولو كانت التكلفة الصافية ضئيلة <sup>(٨٨)</sup> حتى يمكن تجنب تكاليف التقاضى . ونحن نفعل ذلك بجعل مبلغ التعويض اكبر من قيمه الضرر الواقع

اعتمد التحليل السابق على فرض انه ثبت ارتكاب الفعل الضار بالفعل وان مرتكبه قد أدين واعتبر مسئولاً . لكن إذا التفتنا عن هذا الفرض وأسقطناه من الحساب مؤقتاً فأننا نستطيع استنتاج توقع آخر . لنفرض أن دالة الإنتاج لإثبات وإدانة مرتكبي الفعل الضار لها تكلفة حدية متصاعدة – أى أنها تكلف كثيراً لترفع جزء من المسؤولين عن الفعل الضار والثابت إدانتهم من ٩٠٪ إلى ٩١٪ أكثر من ١٠٪ إلى ١١٪ - ونفس الشيء بالنسبة لدالة إنتاج تحصيل التعويض النقدي . ويصبح من اليسير بيان أن الطريقة الأقل غلواً لزيادة مبلغ التعويض المتوقع تتضمن زيادة كل من مبلغ التعويض الذي يتم دفعه من الفاعل المسئول والنسبة المئوية للفاعلين الثابت مسئوليتهم عن الفعل الضار . ومعنى ذلك انه وفقاً لنظام التعويض المدني تكون وظيفة تقديم الفاعل للقضاء وإثبات مسئوليته عن الفعل التقصيري منوطه بالضحية المضرور . كما انه كلما ارتفع مبلغ التعويض الذي يحصل عليه إذا ربح الدعوى كلما زادت حوافزه لرفع دعوى المسئولية والسير في إجراءاتها وإثبات إدانة الفاعل عن الخطأ الذي ارتكب في حقه . وعلى ذلك يكون النظام ليس كفوئاً وفعالاً فقط بالنسبة للفاعلين الذين يرتكبون الأفعال الضارة التي يكون عرضها أكثر مرونة حيث يدفعون تعويضاً أكثر عن ضرر معين. بل انه يكون فعالاً أيضاً لضحاياهم لحصولهم على تعويضات أكثر مما يحفزهم على رفع دعاوى التعويض عن الفعل الضار

<sup>(٨٧)</sup> هي تكلفة منع وقوع الحادث ناقص ما يوفره الضحية الاحتمالى بعدم صيرورته ضحية حقيقية

<sup>(٨٨)</sup> مثال ذلك الحادث الذي يؤدي إلى تعويض نقدي مقداره ألف جنية ويمكن توقي حدوثه بتكلفة مقدارها تسعمائة وتسعون جنية

23/3/3 - العلاقة بين المرونة والحادث :يقسم فقهاء علم التحليل الاقتصادي للقانون <sup>(٨٩)</sup> الفعل الضار إلى نوعين :

أولاً الأفعال غير العمدية Unintentional أو وليده الصدفة Accidental والمثال النموذجي لها هو حوادث السيارات . وفي هذا النوع يكون التعويض النقدي عنصر واحد في التكاليف ومع أهميته إلا انه ليس الأكثر أهمية . كما انه في الغالب لا يشمل جميع عناصر الضرر مثل الألم والمعاناة وتقويم حياة الضحية لنفسه وذلك لصعوبة تقديرها مالياً . فضلاً عن أن حساب التعويض في هذا النوع يتم دون اعتبار لاحتمال أن الفعل الضار سيؤدي إلى دعوى رابحة . فإذا كان هذا الاحتمال اقل من واحد . وهو كذلك بالتأكيد وفقاً لنظرية الاحتمالات . فإن النتيجة هو انخفاض التعويض المتوقع الحكم به – التعويض مضروباً في الاحتمالات – ليكون اقل من الضرر الحقيقي . وهذا يخالف قاعدة " يجب أن يساوى الضرر المتوقع الضرر الواقع Expected Damage Pymment Should Equal Injury Done " <sup>(٩٠)</sup> حتى يعود الضحية إلى الحالة التي كان عليها لولا الفعل الضار .

ثانياً : الأفعال الضارة العمدية Intentional Torts وتشمل الأفعال الصادرة عن ترو وقصد مسبق لارتكاب الفعل Deliberate Tort والأفعال الصادرة عن طيش بين وعدم مبالاة Reckless Tort . وأمثلتها النموذجية هي التعدي بالضرب والتشهير . وفيها يفترض أن أي شخص معقول يمكن أن يعرف مقدماً أن ما يرتكبه من فعل سيترتب عليه ضرر لشخص ما . وان عليه دفع تعويض لهذا الشخص وتتسم هذه الأفعال بعرض مرن بمعنى أن الزيادة في مبالغ التعويض النقدي عن قيمة الضرر الحقيقي لها تأثير ملحوظ على سلوك الفاعل إذ قد يردعه مبلغ التعويض الكبير – وهو هنا التعويض العقابي – عن ارتكاب الفعل الضار . والأمر الآخر أن تكلفة منع هذا الفعل تكون منخفضة عنها في الأفعال غير العمدية . فهي لا تكلفه أكثر من الإحجام عن الفعل . وعلى الفاعل أن يوازن بين قيمة اللذة النفسية التي يحصل عليها من التعدي بالضرب على شخص أو قيمة المكاسب المالية التي يحققها من التشهير بشخص ما وبين قيمة التعويض العقابي المتوقع دفعه والخالصة أن التفسير الاقتصادي للتعويض العقابي هو وجود علاقة طردية بينه وبين مرونة عرض الأفعال الضارة وانه يزداد قيمة بزيادة مرونة العرض وان أنواع الأفعال الضارة التي تؤدي إلى فرص التعويض العقابي هي نفسها أمثلة للأفعال الضارة ذات مرونة العرض المرتفعة .

24/3/3 - قاعدة التعويض العقابي المناسبة <sup>(٩١)</sup> لنفرض وجود فاعل احتمالي وان عدد الأفعال الضارة التي يرتكبها هي دالة ف ( ت ح ) لمصاريفه لاتخاذ الحذر

1- David Friedman . an Econ . Exp. Of Punitive Damages Opcit P .6. <sup>(٨٩)</sup>

Opcit , p. 6 – See also : Posner : Econ. Analysis of Law , opcit , p. 191 <sup>(٩٠)</sup>

David Friedman , Opcite P . 11-12 <sup>(٩١)</sup>

• وانه في كل فعل ضار يتحمل تعويضاً نقدياً ( ق ) فإن تكلفة الفاعل هي تكلفة التعويض النقدي زائد تكلفة اتخاذ الحذر :

ق ع ( ت ح ) + ت ح • إذا فسيختار مستوى الحذر الذي يقلل منه :

$$[ ق ع ( ت ح ) + ت ح ] = ق ع' + ١ = \text{صفر} \quad (\text{معادلة رقم ١})$$

١-

$$ع' = \frac{ع}{ت} \quad (ع : \text{عدد مرات الفعل الضار} - ت : \text{التكلفة} - ح : \text{الاحتمال} - ض : \text{الضحية})$$

كل فعل ضار يفرض تكلفة على الضحية وللتبسيط سنفترض أن التكلفة لكل فعل عامل ثابت ، ونرمز إليه ت ض . وتكون التكلفة الإجمالية التي يفرضها الفعل الضار على الضحية هي ت ض . وتكون التكلفة الإجمالية التي يفرضها الفعل الضار على الضحية هي ت ض ع ( ت ح )

وإذا لم يكن هناك مصاريف للتقاضى فإن التكلفة الإجتماعية ستكون تكاليف الضحية مضاف إليها تكاليف الحذر :

ت ض ع ( ت ح ) + ت ح • وبجدها الأدنى نحصل على

د

$$[ ت ض ع ( ت ح ) + ت ح ] = ت ض ع' + ١ = \text{صفر} \quad (\text{المعادلة رقم ٢})$$

ع' ت ح

١-

$$ع' = \frac{ع}{ت ض}$$

تبين المعادلة رقم (٢) ماذا نريد من الضحية الاحتمالي أن يفعله . وتبين المعادلة رقم (١) ما الذي سيختاره ولنجعل المعادلتين متساويتين بأن نعتبر التعويض النقدي ( ق ) مساوياً للتكلفة التي يفرضها الفعل الضار أى أن ق = ت ض وهذا هو المعادل الرياضى لما ورد في مقدمة هذا المبحث ( ١/٣/٣ )

دعنا نقدم الآن مصاريف التقاضى • وللتبسيط نفترض أن تكاليف التقاضى هي ( ت ن ) - حيث ( ت ) تشير إلى التكاليف و( ل ) تشير إلى التقاضى - وإنها كسر ثابت ( ك ن ) في التعويض النقدي الذي يدفعه المتسبب ت ن = ك ن ق ع ( ت ح ) • وحيث أن ( ق ) المذكورة في المعادلة رقم ( ١ ) تمثل تكلفة التعويض بالنسبة للفاعل ، فإنها تشمل تكاليفه القانونية • ولما كانت تكاليف التقاضى هي مجموع التكاليف القانونية لكل من طرفي الخصومة <sup>(٩٢)</sup> فإذا كان كل فرد يدفع على سبيل المثال مبلغ

مائه جنية أتعاب محاماة وتحكم له المحكمة بتعويض نقدي مقداره خمسمائة جنية فإن ق = ٦٠٠ ، ت ن = ٢٠٠ = ك ن ن • وعليه فإن ك ن = ٣/١

<sup>(٩٢)</sup> وبغرض التبسيط فإننا نتجاهل التكاليف القضائية الأخرى مثل قيمة وقت القضاة ومساعدتهم لان تضمينها قد يؤثر في النتائج





$$ق ( ١ - ك ن ) = ت ض + ك ن ق / ( - ) = ت ض - ك ن ق / ( ابيسليون )^{(٩٣)}$$

ق

وحيث أن ( الابسيليون ) يمثل مرونة عرض الأفعال الضارة :

$$\begin{aligned} & \frac{ق}{ع} \theta \\ & ( ابيسليون ) [ ( المكافئ ) ] - ( - ) \\ & \frac{ق}{ع} \theta \end{aligned}$$

والحل بالنسبة لـ ( ق ) يعطينا :

ت ض

$$ق = \frac{\text{معادلة رقم ( ٤ )}}{\text{ت ض}}$$

$$( ١ - ك ن ) ( ١/٤ - ١ )$$

وبالنظر للمعادلة رقم ( ٤ ) نلاحظ عدة أشياء :

أولاً : إذا كانت أى من ك ن = صفر تطابق عدم وجود تكاليف تقاضى ،  
أو ( ابيسليون ) = ١ فإن المعادلة تكون بسيطة ق = ت ض وبذلك تعود إلى  
النتيجة السابق ذكرها بأن التعويض مساوى لقيمة الضرر • وعلى ذلك فإنه يجب  
على الفاعل أن يعيد الضحية إلى الحالة التي كان عليها قبل ارتكاب الفعل الضار .  
وإذا كان [ ( ابيسليون ) ] < ١ ( عرض الأفعال الضارة مرّن فإن المعادلة رقم ( ٤ )  
( تتضمن أن ق > ت ض ؛ أى أن المستوى الفعّال للتعويض النقدي اكبر من  
الضرر الحقيقي • وإذا كان [ ( ابيسليون ) ] > ١ ( عرض الأفعال الضارة غير  
مرّن ) ، فإن المعادلة رقم ( ٤ ) تتضمن أن ق > ت ض ، أى أن المستوى الفعّال  
للتعويض النقدي أقل من الضرر الحقيقي • وهذه النتائج هي الشكل الأكثر تحديداً لما  
سبق مناقشته في هذا المبحث في الفقرة الخاصة بالعلاقة بين المرونة والحادث )  
( ٢٣/٣/٣ ) •

قد يكون هناك نوع من الفضول عند البعض لمعرفة إلى أى مدى من ت ض يمكن أن  
نتوقع القيمة الفعّالة لـ ( ق ) يمكن الجزم انه في بعض الحالات في إطار الدعاوى  
المدنية يجنى المدعى عليهم حوالي نصف ما يخسره المدعون • وإذا كان الأمر  
كذلك فإن ك ن تكون حوالي ١/٢ • وإذا زادت قيمة ( ق ) بنسبة واحد بالمائة عند  
المستوى الأمثل للتعويض النقدي فإن هذه الزيادة في قيمة التعويض تؤدي إلى  
نقصان عدد الأفعال الضارة بنسبة اثنين بالمائة ( المرونة = ٢ ) ، حينئذ تتضمن  
المعادلة رقم ( ٤ ) أن ق = ( ٣/٤ ) ت ض •

وإذا زادت ( ق ) بنسبة اثنين بالمائة تقل ( ع ) بنسبة واحد بالمائة ( المرونة =  
٠,٥ ) عندئذ تتضمن المعادلة رقم ( ٤ ) أن ق = ت ض / ٢ • وإذا افترضنا جدلاً  
أن الحالة الأولى تطابق الفعل الضار الصادر عن عمد وروية وان الحالة الثانية تمثل  
نموذج الحادث العارض أى بطريق المصادفة أو غير العمدى مثل حوادث السيارات  
ننتهى إلى نتيجة مؤداها : أن التعويض النقدي الفعّال عن الفعل الضار العمدى ٣/٨

<sup>(٩٣)</sup> الحرف الخامس من الهجائية اليونانية ( E )

أكبر من الفعل الضار نتيجة حادث سيارة ، مطابقاً للتعويض العقابي السابق يساوى ٣/٥ من التعويض الجابر<sup>(٩٤)</sup>

25/3/3 - حساب التعويض العقابي : تبين معظم التشريعات البرلمانية في الولايات داخل أمريكا شروط منح التعويض العقابي وتقصره على الحالات التي يكون سلوك المدعى عليه منظوياً على قصد الأضرار بالغير أى العمدى Malicious ، أو تعسفياً Oppressive أو جسيماً Gross ، أو طوعياً وقصدياً Willful ، أو قائماً على استهتار وطيش Wanton أو غش وتدليس Fraudulent<sup>(٩٥)</sup> وهى كما تبدو مجرد خطوط إرشادية عامه لمنح التعويض العقابي لكنها لا تضع قواعد متعلقة بطريقة حسابه وإذا كانت هناك علاقة " معقولة " بينه وبين التعويض الجابر وعلى قدرة المدعى عليه على الدفع و كليهما تعبيرين محل خلاف في المعنى والتفسير . فمثلاً إلى أى درجة تكون العلاقة معقولة ؟ هل إذا كان التعويض العقابي ضعف التعويض الجابر أو ألف ضعف ؟ وبالمثل كيف يمكن معرفة القدرة على دفع التعويض العقابي . لذلك تنشأ الحاجة الضاغطة لحساب هذا التعويض ويمكن للتحليل الاقتصادي أن يقدم خطوط إرشادية لتطوير هذا الحساب .

لنأخذ مثلاً لمصنع ينتج مواد إضافية لوقود السيارات تزيد من كفاءة محرك السيارة . تستطيع إدارة المصنع وضع برنامج مراقبة الجودة للمنتج ليتيح أعلى مستوى من الجودة بتكلفة مقدارها ( ٩٠٠٠ ) تسعة آلاف جنية . ونستطيع أيضاً أن نغض النظر عن المستوى العالى للجودة وهو أمر غير مكلف ويوفر تكاليف مراقبة الجودة ( ٩٠٠٠ ) جنية . لكنه قد يؤدي إلى أعطال في محركات السيارات وتحديدًا فإن تعويض أصحاب هذه السيارات يصل إلى ( ١٠٠٠٠ ) عشرة آلاف جنية في السنة بواقع ألف جنية لكل سيارة من العشر سيارات المعطوبة من وجهة النظر الاقتصادية يمكن القول بأن المصنع سيحاول أن يحقق أعلى مستوى من الجودة لمنتجه لأنه ببساطة سيوفر مبلغ عشرة آلاف جنية في مقابل إنفاق تسعة آلاف جنية وهو ما تسعى إليه أي إدارة رشيدة تحاول تعظيم الربح . لكن ذلك قائم على افتراض آخر هو كفاءة نظام المسؤولية المدنية بمعنى أن التعويض تام وجابر لكل الضرر .

لنأخذ مثلاً أكثر واقعية وهو أن نظام المسؤولية عن الفعل الضار لا يعمل بطريقة مثالية تماماً . لنفترض أن واحد فقط من كل إثنتين من مالكي السيارات التي تعطلت محركاتها بسبب الإضافات التي لم تخضع لمراقبة الجودة هو الذي سيلجأ للقضاء مطالباً بتعويضه عن الضرر . لنطلق على نسبة من يتم تعويضهم إلى مجموع الضحايا وهي في مثالنا ½ ( ٢:١ ) تعبير خطأ التنفيذ Enforcement Error فيكون قيمة التعويض النقدي عن مسؤولية المصنع المتوقع ( ٥,٠٠٠ ) خمسة آلاف جنية في السنة ولكنه يوفر سنوياً مبلغ ( ٩,٠٠٠ ) تسعة آلاف جنية إذا تبنى سياسة

<sup>(٩٤)</sup> Friedman , " Econ . Expl . of Punitive Damages Opit P . 11

<sup>(٩٥)</sup> انظر على سبيل المثال المادة ٣٢٩٤ من التقنين المدني لولاية كاليفورنيا - قسم التعويض الإعتاظي ( كما هو التسمية في المملكة المتحدة )  
للتعسف وقصد الأضرار والتي تنص ( ١ ) في الإخلال بالتزام غير الناشئ عن عقد ، حيث يكون المدعى عليه مذنباً بالتعسف ، الغش والتدليس ، أو قصد الأضرار العمدى فإن للمدعى بالإضافة إلى التعويض الجابر قد ينال تعويضاً من أجل العبرة بطريقة المدعى عليه

عدم إجراء مراقبة الجودة . وسيكون القرار الاقتصادي الرشيد لإدارة المصنع هو تبني هذه السياسة

بيد انه يمكن مقاصة الخسارة الناشئة عن خطأ التنفيذ بزيادة التعويض الجابر بالتعويض العقابي . افترض كما هو بعالية أن التعويض الحقيقي هو ( ١,٠٠٠ ) ألف جنية للسيارة ، لكن المحكمة ضاعفت هذا المبلغ بحيث يصبح إجمالي مبلغ التعويض ألفي جنية للسيارة الواحدة . وإذا أطلقنا على هذه الزيادة تسمية التعويض العقابي تكون قيمته مبلغ ألف جنية . ونشير أيضا إلى العامل المضاعف Multiplicative Factor والذي بموجبه نحدد مبلغ التعويض الجابر ليتقاص مع خطأ التنفيذ مثل المضاعف العقابي Punitive Multiple وفي مثالنا يتقاص تماما المضاعف العقابي لاثنتين مع خطأ التنفيذ ( ١/٢ ) ويعيد مسؤولية المصنع إلى المستوى كان يمكن أن يسود وفقاً للتنفيذ التام. نستطيع الآن أن نصوغ هذه الطريقة في حساب التعويض العقابي . ونبدأ بتعريف المتغيرات كالآتي :

س : الحذر والحيلة والذي تكلفته ( س ) جنية للوحدة الواحدة من الحذر  
ح : احتمال وقوع الفعل الضار كدالة في ( س ) مع  $H > 0$  ، صفر ،  $H < 0$  ( صفر )  
بمعنى أن احتمال وقوع الحادث ينخفض كلما زاد الحذر ؛ لكنه ينخفض بمعدل متناقص ( متناقص )

أ : الضرر الناشئ عن الفعل الضار

ص : مسؤولية الفاعل المشروطة بوقوع الحادث و تسببه فيه

م : المضاعف العقابي Punitive Multiple

ط : خطأ التنفيذ Enforcement Error

افرض أن الحذر ( س ) وان تكلفته للوحدة الواحدة ( س ) جنية مستمر وان اتخاذ هذا الحذر يقلل من احتمال وقوع الحادث ( ح ) وان متخذ القرار المسئول يقوم بذلك على ضوء مسؤوليته الاجتماعية

تخفيض الاحتمال [ س ي + ح ( س ) أ ]

وعلى العكس من الافتراض السابق فإن الفاعلين المنتفعين في أنانيتهم دون أي وازع من مسؤولية يفرضها عليهم المجتمع لن يأبهوا بالضرر الذي يسببونه لـ ( أ ) والذي يعاني منه الآخرين وان كل اهتمامهم سينصب على مسؤوليتهم المتوقعة ( ص ) . هؤلاء الفاعلون يتخذون الحذر فقط لمجرد تقليل قيمة تكاليفهم وتكاليف مسؤوليتهم المتوقعة مضروبة في احتمال وقوع الحادث

تخفيض [ س ي + ح ( س ) ص ]

لنعتبر أولاً أن نتائج خطأ التنفيذ ( ط ) حيث لا يوجد تعويض عقابي . ونفترض أيضاً أن مسؤولية متخذ القرار محددة في إطار التعويض الجابر للضرر ( أ ) والمفروض مع خطأ التنفيذ ( ط ) في حالة وقوع الحادث . بناء عليه :  $V = A \cdot P$  ولأن ( ط )  $> 1$  فإن المسؤولية المتوقعة هي جزء من الضرر الحقيقي الذي سببه الفاعل . وبإحلال ذلك بالعلاقة السابقة ينتج تخفيض [ س ي + ح ( س ) أ ]

تختلف هذه المعادلة عن غيرها التي يكون فيها المسؤول يراعى المسؤولية الاجتماعية ، حيث يمثل التعبير ( ط ) العوامل الخارجية للتكاليف الاجتماعية والتي تجعل متخذ القرار يأخذ بقدر قليل من الحذر • وحتى يروت الفاعل الأناني التكاليف الاجتماعية اى يضيف عليها صفة ذاتية فإنه يجب مضاعفة التعويض الجابر بالتعويض العقابي . وعندما نسمح بتطبيق بمبدأ التعويض العقابي فإن المسؤولية تساوى التعويض العقابي مضروباً في صافى التعويض لخطأ التنفيذ  
ص = أ ط م

وعلى ذلك تصبح المعادلة في حدها الأدنى لتقليل الضرر بالنسبة للفاعل الأناني  
البحث

الحد الأدنى : [س ي + ح ( س ) أ ط م ]  
فإذا كان المضاعف العقابي عكس خطأ التنفيذ بمعنى إذا : م = ١ ÷ ط فإننا نلغى الرمزين الأخيرين في هذه المعادلة وتصبح مطابقة تماماً للمعادلة التي يكون فيها متخذ القرار يراعى المسؤولية الاجتماعية • وبناء عليه نخلص إلى أن التعويض العقابي الذي يساوى عكس خطأ التنفيذ سيحقق المستوى الفعال من الحوافز لاتخاذ درجة الحذر المناسبة لتوقى حدوث الفعل الضار •

وقد يتبنى المشرع قاعدة انه عند منح التعويض العقابي يجب أن يساوى المضاعف العقابي مقلوب خطأ التنفيذ • فإذا تم تطبيق هذه القاعدة قد يصاحبها بعض الإرشادات مثل إذا كان هناك دليل إثبات أن الفاعل لم يتخذ درجة الحذر المناسبة لتوخى حدوث الفعل الضار لأنه توهم أن جزءاً فقط من المضرورين وليس جميعهم هو الذي سيلجأ للقضاء مطالباً بالتعويض فإن المحكمة تفرض التعويض العقابي بمبلغ محدد عن طريق تطبيق صيغة المضاعف العقابي المساوى لمقلوب خطأ التنفيذ  
(٩٦)

## المبحث الرابع

### التحليل الاقتصادي للتشهير والاعتداء على الخصوصية

26/3/3 - أثر الباحث أن ينهي هذا الباب بمبحث أخير في إطار التحليل الاقتصادي للفعل الضار ، خاص بالتحليل الاقتصادي لحقوق الشخصية المتعلقة بالمقومات المعنوية للشخصية الإنسانية وهي الحق في السمعة والحق في حماية الحياة الخاصة بيد أن التحليل الاقتصادي لهذه الحقوق وهي قيم اجتماعية يجب أن يتوازى مع دراسة الأساس الاقتصادي لأحد الحريات العامة وهو حرية التعبير • وهو كقيمة قد

تبدو متعارضة مع القيم السابقة • ولذلك تحاول التشريعات المختلفة إيجاد وسائل قانونية لحماية حقوق الشخصية ( في جانبها المعنوي ) في إطار عدم إهدار قيمة حرية التعبير •

27/3 - التحليل الاقتصادي لحرية التعبير : المدخل الذي نلج منه إلى هذا الموضوع هو اعتبار الأفكار والآراء سلعة كباقي السلع يتم طرحها في الأسواق ذات المنافسة العالية • وأن سوق الأفكار الذي كتب عنه القاضي هولمز هو ليس مجرد استعارة أو تشبيه بل هو حقيقة<sup>(٩٧)</sup> ويحدد هذا السوق صحة وصدق هذه الأفكار على نحو يختلف عن مجرد الافتراضات الاستنتاجية أو الاختبارات المعملية أو مدى مصداقية مبدعيها ، وإنما على أساس المنافسة بين الأفكار وأيها يعطي إجابات أدق للأسئلة التي يهتم بها علماء اليوم<sup>(٩٨)</sup> ويصبح من غير المنطقي الحكم علي فكرة ما على إنها غير صحيحة فيما عدا قصورها في السوق • فتكون الفكرة خاطئة إذا رفضت فقط في السوق • لكن رفضها لا يبرر فرض حظر عليها • ذلك أن الإعلان عن فكرة بأنها صحيحة مع قمع الأفكار المنافسة يماثل الإعلان عن علامة تجارية لسلعة ما أنها الأكثر شهرة بين الناس بينما تم حظر بيع السلعة ذات العلامات التجارية الأخرى<sup>(٩٩)</sup> •

لكن لك لا يفسر الاعتقاد بضرورة الحماية الدستورية لهذا السوق الخاص وليس لغيره • يوجد تعليلين مناسبين للتفكير الاقتصادي • الأول هو أن قواعد سوق الأفكار يخلق خطر إفساد العملية الديمقراطية مما يؤدي بنا إلى الخطر الأعظم للاحتكار ذلك هو احتكار سلطات الحكومة • الثاني هو التفسير الأشمل – حيث أن التفسير الأول محدود بالخطب السياسية – يركز على هشاشة وضعف الأسواق في المعلومات • ولما كانت مجرد الآراء لا تكون محلاً لحق الملكية بحسبانها تحمل احد المعنيين أما إنها خلقت أو إنها وجدت على الشيوع بين نفر من الناس مما يتنافى مع خصائص حق الملكية باعتباره حقاً مائعاً<sup>(١٠٠)</sup> لهذا السبب من المحتمل ان يقل إنتاجها. وتكون المشكلة حقيقية على وجه الخصوص إذا كانت الأفكار الشائعة بين الناس بديل في السوق لأفكار أخرى جيدة ولكنها ليست رائجة . عندئذ قد تسبب التكاليف التي تفرضها الحكومة على الأفكار الغير شائعة إحلالاً قوياً بعيداً عنهم • حقيقة أن التوحيد بين " القيم Valuable وبين " الغير شعبي Unpopular يوحى بان هناك مراتب للأفكار تكون فوائدها اموراً خارجية بالمرة • وبناء على ذلك فإنه يوجد سبب اقتصادي للانزعاج من الضرر في ممارسة حرية التعبير<sup>(١٠١)</sup>

<sup>(٩٧)</sup> وذلك في القضية Abrams v. United States , 250 U.S. 616 ,630 (1919)

<sup>(٩٨)</sup> (1970). 2<sup>nd</sup>. Thomas s.kuhn , the structure of scientific revolution , 2-see مذكور في - posner

المرجع السابق ص ٦٢٧

<sup>(٩٩)</sup> بوستر – التحليل الاقتصادي القانوني ص ٦٢٧

<sup>(١٠٠)</sup> السنهوري – الوسيط – المجلد الثامن ص ٥٣٠

<sup>(١٠١)</sup> Posner , Econ : Analysis , Opcit P . 628

## التحليل الاقتصادي للتشهير

28/3/3 - تعتبر عبارات التشهير بالأفراد جزءاً مهماً في سوق الأفكار فمن حيث المبدأ يمكن اختبار مدى صحتها بنفس الطريقة مثل الأفكار الأخرى ، أعني بالمنافسة • وهي تؤدي إلى خسارة التكاليف المحسوبة بطريقة مركزة وبسيطة ؛ لأنه يمكن إثبات زيف التشهير وإخلافه وذلك يعني أن التحديد القانوني للحقيقة قد يكون بديلاً معتبراً في السوق <sup>(١٠٢)</sup>

والتشهير كما هو في النظام الأمريكي خليط من النية المتعمدة والإهمال والمسئولية المفترضة ، كما أن له خصائص اقتصادية تجعل منه أحد الموضوعات الهامة في هذه الرسالة الجامعية. فهو عادة يندرج تحت الفعل الضار العمدي . ولتأخذ الأسلوب الأكثر انتشاراً والأكثر محلاً لدعاوى المسئولية التقصيرية ( الفعل الضار ) وهو التشهير عن طريق النشر بالصحف . فالكتابة في الصحف نشاط أكثر تبصراً ولدى المشهر الوقت الكافي ليعتبر الأثر الممكن لكل كلمة من عباراته • ولما كان ذلك كذلك فإننا ببساطة شديدة نستطيع أن نستنتج أربعة نتائج هامة من منظار التحليل الاقتصادي •

أولاً : أن تكلفة منع التشهير أقل كثيراً من الضرر الواقع على الضحية مضروباً في احتمال وقوع الفعل الضار أي أنه وفقاً لقاعدة هاند <sup>(١٠٣)</sup> تكون ت > ح خ . فبينما يستطيع المشهر عدم كتابة عبارات التشهير وهو بذلك يمنع حدوث الفعل الضار من أساسه فإن المشهر به قد يعاني ضرراً بالغاً من المساس بسمعته وقد تكون هي رأس ماله الذي يعتمد عليه في حياته • ووفقاً لقاعدة هاند يعتبر المشهر مسئولاً عن فعله الضار الأمر الذي يستوجب دفع التعويض للمشهر به •

ثانياً : يستطيع الفاعل تغيير النشاط بينما لا يقدر على ذلك الضحية أي أنه في الوقت الذي يستطيع الفاعل تقليل تكاليف اتخاذ الحذر لا يستطيع الضحية أن يغير من النشاط الاقتصادي لتجذب الفعل الضار • بعبارة أخرى وعلى ضوء ما سبق ذكره <sup>(١٠٤)</sup> فإن مسئولية الفاعل في الفعل الضار ، التشهير ، هي مسئولية مفترضة يستطيع أن يدفع عنه هذه المسئولية بإثبات صحة عبارات التشهير (وفقاً للقانون الأمريكي) أو بإحدى وسائل دفع المسئولية السابق ذكرها <sup>(١٠٥)</sup>

ثالثاً : إن عرض فعل التشهير مرناً بمعنى أن الزيادة في مبالغ التعويض النقدي عن قيمة الضرر الحقيقي لها تأثير ملحوظ على سلوك الفاعل <sup>(١٠٦)</sup> فقد يحجم عن إثبات فعل التشهير إذا كان المبلغ الذي سيدفعه تعويضاً للضحية يؤثر في ميزانيته تأثيراً ملحوظاً . وهذه إضافة جديدة للجدل حول جدوى التعويض العقابي كرادع للفاعل

<sup>(١٠٢)</sup> ibid p. 631

<sup>(١٠٣)</sup> راجع سابقاً البند رقم ٧/٣/٣

<sup>(١٠٤)</sup> راجع سابقاً بنده ١٢/٣/٣

<sup>(١٠٥)</sup> راجع سابقاً - دفع المسئولية في التشهير الفقرات من ٥٤/١/٢ إلى ٦٤/١/٢

<sup>(١٠٦)</sup> انظر سابقاً بنده ٣٣/٣/٣ العلاقة بين المرونة والحادث

الذي يرتكب فعل التشهير دون سند من صحة وصدق عباراته كبديل عن العقوبة الجنائية المتمثلة في العقوبة البدنية • فإذا تعرضت وسيلة الأعلام المقروءة لخسائر مالية فادحة لما تدفعه من تعويض عقابي عن أفعال التشهير الذي يرتكبه محرروها وكتابها قد يكون أقوى أثراً في الردع عن عقوبة الحبس ، وفقاً للحماية الجنائية ، والتي قد لا تكون مؤثرة في جميع الأحوال أكثر من الحماية المدنية بهذا المضمون أعنى مع تطبيق التعويض العقابي ؛ إذ قد يستتبع الحبس تمرد وعصيان نفسى من قبل الفاعل ومقاومة نفسية ترفض وضعها في السجن مما يستتبعها رغبة في الانتقام من المجتمع ككل . وقد تفرز العقوبة الجنائية سخطاً عاماً بين جمهور الناس تعاطفاً مع مرتكب فعل التشهير الأمر الذي يفرغ العقوبة البدنية من تأثيرها بينما قد يكون التعويض النقدي العقابي في المسؤولية التقصيرية أو الفعل الضار من خلال وظيفته التعليمية Educational Function أكثر وأعمق تأثيراً

رابعاً : الفائدة العائدة على مرتكب الفعل التشهيري كبيرة نسبياً من خلال زيادة توزيع أعداد الصحيفة بينما الفوائد الاجتماعية اقل سيما إذا كان المشهر به من الشخصيات العامة • ومن الممارسات العملية في ذلك إن بعض الصحف والتي يطلق عليها الصحف الصفراء تحاول ( دغدغه ) Titillate مشاعر قرائها بإتهام شخص ما بسلوك مخز أو قد تعرض بعضاً من الأدب الإباحي Pornography وتلصقه بإحدى الشخصيات العامة حتى تفوز بعائد مبيعات كبير • وهذا العائد بطبيعة الحال قد يزيد بكثير من قيمة الأضرار التي بسببها التشهير • ولما كانت المعلومات عن الشخصية العامة لها قيمة اجتماعية أكثر مما لدى الشخص العادى لذلك تنصرف معظم أعمال التشهير إلى الشخصيات العامة لذلك يكون الصراع بين حرية الراى والحق في السمعة وتديق التفرقة بين حق النقد والتشهير • حقيقة انه لدى الشخصية العامة فرصة جيدة متمثلة في الحق في الرد بنفس الجريدة التي شهرت به وبتكلفة قليلة لكن مع ذلك يبقى أن الأفكار التي تمثل فعل التشهير قد طرحت في السوق 29/3/3 - هناك بُعد اقتصادى آخر يتمثل في الحالات التي لا يتم فيها تطبيق قانون التشهير

( في الولايات المتحدة الأمريكية ) أو التي لا تنطبق عليها قواعد المسؤولية التقصيرية في خطأ التشهير وهما بالنسبة للتحليل الاقتصادي حالتان :  
الأولى : قاعدة التشهير بالمجموعات • مثال أن تقول إن كل الأطباء دجالين • فهذه العبارة ليست محلاً لدعوى التشهير • وذلك أن التشهير بالمجموعة لا يعنى إيقاع الضرر بأعضاء هذه المجموعة لأنه لا يمكن الاستبدال الجماعى للمهنة أى انه يستحيل أن يغير جميع الأطباء نشاطهم من سوق الطب إلى نشاط آخر فهو مكلف جداً عنه في حالة تغيير فرد لنشاطه • فإذا كانت عبارة التشهير أن الدكتور " أ " دجال عندئذ فربما يتحول مرضاه وبسهولة إلى أطباء آخرين لعلاجهم • لكن ماذا يفعل المرضى في حالة عبارة " كل الأطباء دجالون " • ربما قد يظل المرضى مرتبطين بطبيبهم الذين يتعاملون معه والذين - على الأقل في تقديرهم - يعرفونه وسبق التعامل معه عن غيره



**الثانية :** تتعلق بقاعدة انه لا يشهر بميت • إذ أن التشهير إضرار بسمعة الشخص • وان السمعة وفقاً للتحليل الاقتصادي هي الأساس في استمالة وإقناع إلى الدخول في معاملات مع شخص ما • فإذا كان هذا الشخص ميت أي غير موجود داخل أو خارج سوق المعاملات فهذا يشير إلى انه أوقف التعامل ولم يعد هناك أي ضرر • وذلك كما أو أن شخصاً عجز عن القيام بعمل كان على وشك أن يفصل منه. ولكن من الطبيعي إذا كان التشهير يتضمن معنى أن شخصاً ما كان لديه مرض متوارث فإن النتائج المقابلة لن تنتهي مع الموت ، ذلك أنها قد تشمل المساس بسمعه آخرين

### التحليل الاقتصادي للخصوصية

30/3/3 - يرى بعض فقهاء التحليل الاقتصادي للقانون (١٠٧) إن الحق في الخصوصية هو احد تطبيقات حق الملكية من الناحية العملية بالرغم من انه من الناحية النظرية هو احد تطبيقات الفعل الضار Tort • ولعل الذي دفعهم إلى هذا القول هو انه في بداية اعتراف القضاء بالخصوصية كحق صريح كان في قضية استخدم المدعى عليه اسم وصورة المدعى في إعلان بدون موافقته • وكان تحليلهم لدافع المدعى وغيره من المشاهير التواقين للشهرة ولو عبر قاعات المحاكم هو أنهم يريدون مجرد تأكيد حصولهم على أعلى سعر ممكن لاستخدام أسمائهم وصورهم في الإعلانات • لكن يبدو إن الاعتماد على وجود حق ملكية في هذه الحالة لن يؤدي إلى استثمار إجتماعي له قيمه إن لم يكن سيزيد من غنى المشاهير الأثرياء فعلاً • غير انه يجب الأخذ في الاعتبار سلوك الإنسان الرشيد في التصرف في حق الملكية ، إذ انه مهما كانت قيمة المعلومات التي يوافق الشخص المشهور على نقلها للمستهلكين سوف تفقد قيمتها إذا استطاع كل منتج أن يستخدم اسم وصوره الشخص ذو الشهرة في إعلاناته ، بعبارة أخرى انه • ، باعتبار الخصوصية محل حق ملكية لشخص ما فإن آليات السوق تفرض الحصول على أعلى سعر لها بحسبانها شيئاً ثميناً يحرص عليه صاحبة تحت مظلة الحماية القانونية • لذلك يلجأ إلى المحاكم من اجل الحصول على اكبر عائد ممكن •

31/3/3 - والسؤال الأكثر إثارة للاهتمام في قانون الخصوصية هل يملك الإنسان حق كتمان الحقائق المخرجة عن نفسه • على سبيل المثال كتمان حقيقة انه مجرم سابق • هناك بعض القضاة ، وان لم يكن كثيراً ، يدعم هذا الحق . لكن الاقتصاديين يرون في سلوك الشخص في كتمان الحقائق المخرجة المخرجة عن حياته مماثلاً لسلوك الباعة ومجهوداتهم في حجب وإخفاء العيوب التي تعيب منتجاتهم • فيلجأ الفرد بصفة عامة عند "بيعه" نفسه ( أي يقدم نفسه للآخرين بمقابل ) في الصفقات التي يعقدها مع الآخرين باعتباره موظفاً أو سياسياً أو فناناً • أو خاطباً إلى محاولة إقناع الشريك الآخر في الصفقة بأن لديه خاصية جيدة وان ليس به عيوب وليس له ماض مشين • والسؤال الآن هل نشجع مثل هذا الفرد على غش الناس وإعطائه الحق في أن يقاضي أي شخص يكشف عنه القناع الذي يغطي به العيوب المخفية •

تبدو الإجابة بالنفي على الأقل من الناحية الاقتصادية • وإذ نكون في هذا الموقف في موقف مماثل لما يحدث في عالم التجارة والأعمال حيث تتم سرقة أسرار الصناعة أو الخلطة المكونة للمنتج أو ما شابه ذلك مما يكون من عصب الصناعة أو التجارة. فقد يعتمد لصوص هذه الأسرار إلى إعادته تقديمها في السوق – وهى في الأصل ليست ملكاً لهم وإنما استولوا عليها بالسرقة – على أنها حق لهم • فهل يستفيد هؤلاء اللصوص من الحماية التي يفرضها الحق في الخصوصية في مواجهة الغير الذين يكشفون عدم وجود أساس شرعي لملكيتهم لهذه الأسرار • الإجابة القاطعة هي النفي لأن إخفاء الحقائق المخزية عن خصوصية الفرد ، المشرع ، المنتج لا تجوز •

32/3/3- يضمن التعديل الرابع للدستور الأمريكي حق الناس في تأمين أشخاصهم ، منازلهم ، أوراقهم ، ومحادثاتهم الهاتفية • فالتنصت على المحادثات الهاتفية من قبل رجال الشرطة أو غيرهم يمثل انتهاكاً للخصوصية. إن المحادثات الهاتفية تماثل الأسرار في التجارة لا يجوز للغير الكشف عنها وإذا لم تلق الحماية الواجبة قد يتكبد الأفراد تكاليف إضافية – وليست ذات نفع إجتماعى – للتحويل إلى طرق أكثر أمناً لهم بعيداً عن أذان المتنصتين وان تكن أقل كفاءة – وهو عبء مالى على المجتمع في مجموعه وقد قضت إحدى المحاكم الأمريكية بعدم قانونية إجراء توصيلات سلكية لاستراق السمع إذا تم بدون سبب مشروع واعتبرته شكلاً من أشكال الضبط التي نص عليه التعديل الرابع للدستور وذلك في قضية Katz<sup>(١٠٨)</sup> وهنا يتفق هذا الحكم مع التحليل الاقتصادي إذا أن تكاليف إجراء التوصيلات تزيد عن المنافع الاجتماعية •

33/3/3 - كما يضمن التعديل الرابع أيضاً منع مذكرات الضبط والإحضار التي لا تصف بدقة وعلى وجه الخصوص الشخصي المراد ضبطه وإحضاره • وبمنظرة اقتصادية نجد أن التفتيش والضبط والإحضار يفرض تكلفة اجتماعية ولا جدال في تحريم ذلك العمل إذا تم بدون مبرر قانونى • فإذا زادت التكاليف الاجتماعية عن المنافع الاجتماعية أصبح هذا النشاط غير مجدى من الناحية الاقتصادية ويمكن استخدام صيغه Hand الرياضية فيكون التفتيش أو الضبط معقولاً إذا كانت تكلفته في انتهاك الخصوصية ( ت ) أقل من احتمال أنه لا يمكن ادانته الشخص بدون تفتيشه ( ح ) مضروباً في الخسارة الاجتماعية ( خ ) والمتمثلة في عدم إدانته ويتكون الاحتمال ( ح ) من عنصرين : الأول أن لا يكشف التفتيش عن شيء ذو قيمة في ادانته الشخص والثانى : أن يكشف التفتيش عن شيء يعتبر سنداً قوياً في ادانته هذا الشخص • وتكون قيمة التفتيش أقل إذا تم الحصول على نفس دليل الادانته بدون • أما إذا لم يكن الأمر كذلك أى إفتراضنا أهمية التفتيش في الحصول على دليل الادانته فهناك علاقة طردية بين أهمية الدليل وبين أسلوب الاقتحام بمعنى انه بقدر أهمية الأدلة المطلوب الحصول عليها من التفتيش بقدر الشك في الاقتحام في التفتيش أو بقدر جسامة الجرم الذي يتم التحقيق فيه يجب أن تكون الخسارة ( خ ) مضطردة معه حتى يتم تبرير التكاليف العالية التي يفرضها التفتيش ( ت ) في هذه الحالة

Katz V . United States , 389 U . S . 347( 1967 )<sup>(١٠٨)</sup>

والمحاكم الأمريكية على وعى بهذه العوامل • فهي تسمح بأقل اقتحام للتفتيش أى بتخفيض قيمه ( ت ) مثل إيقاف الشخص وتفتيشه مع عدم الممانعة بالضرب الخفيف وهو أقل تكلفة من اقتحام المنازل وتفتيشها • أما إذا كان التفتيش والضبط ضروريان لمنع تكرار وشيك لوقوع جريمة وهو الأمر الذي يعظم من قيمة الخسارة ( خ ) ، هنا يكون البيان الأقل للسبب المحتمل كافياً لتبرير هذا الأسلوب <sup>(١٠٩)</sup>



# الخلاصة والتوصيات

## الخلاصة والتوصيات

### أولاً : الخلاصة

- ١ - ترسخت فكرة "الحق الشخصي" كمفهوم قانوني نتيجة للنشاط الإنساني الدءوب في سعيه لتحقيق الحماية القانونية للفرد وإرساء دعائم الديمقراطية والتحررية. لذلك يمكن إعتبره "منتج ثقافي" أو تنظيم إجتماعي (وظيفي) تتحدد داخله طبيعة علاقات الفرد مع الآخرين وتعيين ما له وما عليه. وبذلك يحدث التباين المشروع بين المراكز القانونية لصاحب الحق والأطراف الثانية. فيكون صاحب الحق دائن ، يستأثر بالشيء محل الحق وحده ، والآخر مدين. بمعنى أن الحق إنعكاس لإلتزام ، فكل حق يقابله واجب سواء علي شخص محدد بذاته أو علي الكافة. ومصدرية هذا الحق هو القاعدة القانونية.
- ٢ - حقوق الشخصية هي حقوق لصيقة بالشخص سماها المشرع المصري "الحقوق الملازمة للشخصية". وهي حقوق مدنية وعامة وأحد افرازات الحقوق الطبيعية ويطلق عليها حقوق الفطرة. تحظى بالحماية القانونية ولصاحبها الإحتجاج في مواجهة الكافة في عدم الإعتداء عليها أى أنه يوجد واجب سلمي عام

مفروض علي الكافة بإحترامها وعدم الإعتداء عليها. كما أنها محمية لذاتها أى دون حاجة لإثبات الضرر. ترتبط حقوق الشخصية ارتباطاً وثيقاً لا تنفصم عراه بالشخص محل الحق فيها وهو نفسه صاحب الحق لذلك فهي غير قابلة للتقادم أو التصرف وتنتهي بوفاة صاحبها.

٣ - تبدو أهمية المسؤولية التقصيرية من حيث أنها القاسم المشترك في أساليب الحماية القانونية في جميع الشرائع ، فضلاً عن المصالح التي تحميها والأهداف التي تحققها. فهي تحمي الحرية الشخصية ، والتكامل الجسدي والسلامة البدنية ، والضرر النفسي والأسّي وجزع اليتيم ، والمصالح العائلية المتعلقة بشؤون الإنسان داخل أسرته ، والحق في السمعة ، والحق في الحياة الخاصة. كما أنها تهدف إلي تعويض المضرور ، واستعادة وضعه السابق قبل الفعل الضار ، والعدالة التصحيحية ، وعقاب الفاعل ، ورغبة الإنتقام وترضية الضحية ، وردع المعتدي وغير من الفاعلين المحتملين ، ورقابة وضبط السلوك المستقبلي ، وحماية الملكية ، والحفاظ علي كفاءة نظام المنافسة في السوق ، وحماية المستهلك وتنظيم العلاقات التجارية ورقابة جودة السلع والخدمات ، والتوازن وعدم الإختلال في النظام الإقتصادي.

٤ - تنقسم حقوق الشخصية ، بعد استبعاد الحريات والحقوق الأخرى التي يرى البعض إدراجها كأحد تطبيقاتها ، إلي قسمين رئيسيين. الأول : حقوق متعلقة بالكيان المادي للشخص ، وهي الحق في الحياة والحق في معصومية الجسد. الثاني : حقوق متعلقة بالكيان المعنوي للشخصية الإنسانية ، وهي الحق في الشرف والسمعة والحق في الخصوصية.

٥ - يُعتبر الإعتداء علي الحق في الحياة مساساً بالغريزة الفطرية وهي حب البقاء. والإنسان ككائن حي مجرد عن الدين والجنس والجنسية واللون والسن هو صاحب ومحل هذا الحق. ويبدأ نطاق هذا الحق مع الميلاد الكامل للإنسان وينتهي بموته مع بعض الإستثناءات سواء في وجود حقوق للجنين أو في امتداد الشخصية بعد الموت بالنسبة لحقوق معينة. ويعتد بموت المخ كميّار تحكّمي في تحديد لحظة الموت.

تنشأ المشكلات القانونية/الطبية بالنسبة للحق في الحياة غالباً في أقسام الرعاية المركزة وحيث يكون المرضى في المراحل الحرجة من المرض. إذ قد يواجه القرار الطبي معضلة الإختيار بين حفظ الحياة أو تخفيف آلام المريض عندما يحدث التعارض بينهما. كما يتعين علي الأطباء أيضاً تحديد اللحظة الفارقة بين محاولة تمديد الحياة ومجرد إرجاء حدوث واقعة الموت. قبلها يجب تحديد قواعد القبول في أقسام الرعاية المركزة لتكون : إمكانية الإنقاذ ، حفظ الحياة ، عدم الإيذاء ، الإستقلالية ، والعدالة.

بيد أن أهم المشكلات الطبية/القانونية التي تثير الجدل علي المستوى القانوني والأخلاقي والديني هي : (١) تقييد أو رفض العلاج ، (٢) الموت الرحيم. لا غبار أن يكون هناك تنظيم تشريعي وقواعد مهنية تنظم اتخاذ القرار الطبي في الحالة الأولى. لكنه في الحالة الثانية وحيث لا يكون الهدف هو إيقاف العلاج في حالات الأمراض الميؤوس من شفائها أو عديمة الجدوى وإنما هو إقتلاع إرادي وفعال للحياة بأن

يطلب المريض من طبيبه تخليصه من آلامه بوضع حد ونهاية فورية لحياته وهو ما يُوصف بأنه قتل بدافع الشفقة فإن الأمر يخالف النصوص الدينية والقانونية والأعراف المهنية والإتفاق عليه باطل قانوناً.

٦ - جسد الإنسان الحي بما يحويه من أعضاء وأجهزة وأنسجة وخلايا هو محل الحق في معصومية الجسد. وتنصرف الحماية القانونية إلى الأعضاء البشرية والمنتجات الجسدية بهدف أن تقوم أعضاء جسد الإنسان ومكوناتها المختلفة بوظائفها المعدة لها وفقاً للناموس الطبيعي للحياة. ويعني التكامل الجسدي احتفاظ الإنسان بجميع أجزاء جسده كاملة وتمتعه بالصحة وعدم تسبب آلام بدنية أو أمراض.

٧ - يحمي القانون الحق في سمعة الإنسان ليس باعتباره كائناً بيولوجياً وإنما باعتباره كائناً اجتماعياً ضد أي إعتداء يستهدف الحط من مكانته الاجتماعية بمعيار المعنى العادي الذي تتضمنه عبارات التشهير أو وفق ما تفسره الظروف المحيطة أو العرف ، ومن خلال تقدير الشخص العادي القويم. وهو حق ، علي عكس حقوق الشخصية ، قابل للتقويم بالنقود والإنتقال إلى الورثة.

يكشف التنظيم التشريعي المقارن أن هذا الحق نموذج لإختلاف الصياغة القانونية وفلسفة التقنين. من ناحية الصياغة ، تنقسم أشكال الإعتداء علي هذا الحق في النظام اللاتيني إلى : القذف ، والسب والبلاغ الكاذب ، وإذاعة أخبار غير صحيحة. وفي النظام الأنجلو أمريكي إلى : التشهير بالكتابة والتشهير بالقول. كما في القانون العام الإنجليزي دعوى الكذب العمدي لحماية الحق في السمعة التي تسبب خسارة مالية. أما مفردات الشريعة الإسلامية فقد تنوعت بين : الإفك والبهتان ، والإغتياب ، والإستطالة في العرض ، والوقع في الأعراض ، وانتهاك الحرمات ، ورمي المحصنات ، والقذف والسب. وينقسم الفعل غير المشروع إلى قسمين : قذف موجب للحد وهو القذف بالزنا ونفي النسب ، وقذف موجب للتعزير ليس فيه حد ويلحق به السب والشتم.

ويرجع الإختلاف في فلسفة القانون سواء بين الشرائع أو بين الدول المختلفة داخل الشريعة القانونية الواحدة إلى مدى تحيز النظام القانوني لأي من الحقلين المتعارضين ومدى إعطائه الأفضلية لقيمة حرية التعبير أم للحق في السمعة. ويتجلى الإنحياز لحرية التعبير عن الحق في السمعة في النظام القانوني الأمريكي في حين يظل القانون الإنجليزي يفضل الحق في السمعة. ويوسع النظام القانوني الفرنسي من مدى امتياز الصحافة في حرية التعبير. بينما يختلف الأمر كثيراً في القانون المصري الذي يقيد من دفع درء المسؤولية ويشترط توافر حسن نية القاذف ضد الموظف العام أو ما في حكمه ، ويتساهل في الأركان اللازمة لتحقيق المسؤولية بإشتراطه توافر القصد الجنائي العام فقط، وهو بهذا السلوك يضع العراقيل أمام حرية التعبير.

٨ - الخصوصية قيمة إنسانية تشبع للإنسان حاجات بيولوجية ونفسية وتحقق له قدراً من الإستقلال الذاتي والتحرر العاطفي. ورغم أن الإعتراف بها تم منذ القدم إلا أنها حظيت بالحماية القانونية في العصر الحديث علي يد القضاء الأمريكي. وقد اختلفت الآراء كثيراً في تعريف الخصوصية تعريفاً جامعاً مانعاً

الأمر الذي يصبح معه من الأجدى بيان مجالاتها وهي عديدة ومتداخلة ، ومن أمثلتها : حرمة المسكن ، الحياة المهنية ، الإسم الصورة ، الصوت ، سرية المراسلات والمحادثات الهاتفية والبيانات والمعلومات ، والإنتحال ، والتطفل ، والتجسس ، وخصوصية القمامة.

٩ - يتمتع الإنسان بالحماية بالنسبة لحقوقه المتعلقة بكيانه المادي (الحق في الحياة والحق في معصومية الجسد) بوصفه كائناً بيولوجياً. بينما يتمتع بحماية حقوقه المتعلقة بكيانه المعنوي (الحق في السمعة والحق في الخصوصية) بوصفه كائناً اجتماعياً. تهدف الحماية في الأولى إلى الإبقاء على النوع الإنساني والحفاظ عليه فلا مندوحة أن تجتمع كل من الحماية الجنائية والمدنية. أما الحماية في القسم الثاني فهي تهدف لحماية قيم إنسانية تمثل محددات ثقافية تتعارض مع قيم إنسانية أخرى. فالحق في السمعة يتعارض مع الحق في التعبير والنقد ، والحق في الخصوصية يتعارض مع الحق في الإعلام. إجراء التوازن بين هذه الحقوق المتعارضة أمر بالغ الدقة سيما في حالات الطعن في أعمال الموظفين العموميين ومن في حكمهم أو الشخصيات العامة في المجتمع وفي حالات إبداء الرأي والتعليق من قبل وسائل الإعلام. ويدق الأمر كثيراً عند اختيار نوع الحماية التي تحقق فلسفة التشريع. بعض الأنظمة يجمع بين الحماية الجنائية والمدنية بما يعني التشديد في حماية حقوق غير دستورية علي حساب حقوق دستورية مثل الحق في التعبير وإبداء الرأي والنقد. التجربة الأمريكية تستبعد الحماية الجنائية كلية لفعل التشهير تاركة الأمر حصرياً لتطبيق قانون الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية).

يحيط بتطبيق الخصوصية عوامل إجتماعية وقانونية متعددة. فلا يمكن مثلاً مقاومة فضول العامة واهتمامهم بالأخبار والبيانات الخاصة بنجومهم والشخصيات العامة في ظل ثقافة تسعى بدأب إلى المعرفة. كما تتعدد دوافع درء المسؤولية في الخصوصية لتشمل : الرضا وحالة الضرورة بما فيها المصلحة العامة من الأمن القومي ، الدفاع ، الأمن العام ، التحقيقات ، واجراءات المحاكمات الجنائية أو مخالفة أخلاقيات المهنة المنظمة ، والإجراءات الإقتصادية الخاصة بالنقد والموازنة والضرائب ، وممارسة السلطات الرسمية لواجباتها وفقاً للقانون. إلى جانب ذلك هناك عوامل أخرى تؤثر في مدى ونطاق تطبيق الخصوصية مثل : ثورة المعلومات أو انفجار البيانات الرقمية ، والتجميع التطوعي للمعلومات. يُضاف إليهم تكلفة الخصوصية والحالات التي يسعى فيها الناس إلى الخصوصية إخفاءً لأُمور أكثر خطورة من مجرد انتهاك الخصوصية مثل السجلات الإجرامية أو الصحية. وتسهم هذه العوامل مجتمعة مع (الفوبيا) phobia السائدة عالمياً بعد أحداث ١١ سبتمبر في الولايات المتحدة الأمريكية وامتدادها إلى دول كثيرة في اعتبار الحق في الخصوصية يستهدف تحقيق مصلحة خاصة بالفرد وليست مصالح مجتمعية عامة. أى أنها قيمة نرجسية يتم إهدار القوانين المنظمة للحق فيها لحساب مصالح أخرى. فلا أقل في هذا الشأن من عدم



تمديد مظلة الحماية الجنائية لها إكتفاء بالحماية المدنية وهو الأمر الذي يأخذ به كل من القانون الأمريكي والقانون الإنجليزي بوضع هذا الحق تحت مظلة حماية الفعل الضار.

ويكون الجزء المدني في الإعتداء علي الحقوق المتعلقة بالكيان المعنوي أوقع من الجزء الجنائي إذ يسعى الأول إلي تعويض الضحية فهو إيجابي بينما الثاني عقوبة سلبية تكتفي بحبس الفاعل أو تغريمه لصالح الدولة دون أن يستفيد منها المدعي. العقوبة الجنائية تزيد من التكلفة والأعباء التي تتحملها الدولة دون مقابل مادي في حالة الحبس في حين أن التعويض النقدي له مردود إقتصادي إيجابي لإمكانية ضخ أموال في السوق. فيكون من الأولى صرف النظر عن الجزء الجنائي وتفعيل آلية التعويض النقدي الجابر والعقابي سيما في حالات النشر ضد الشخصيات العامة.

١٠ - التعويض النقدي الجابر هو الأصل في المسؤولية التقصيرية كما أنه الأكثر تكراراً وهو يهدف إلي وضع الضحية في نفس الحالة التي كان عليها لو لم يقع الفعل الموجب للمسؤولية. والحكم بالتعويض كاشف عن الحق ومنشئ لقيمة الدين. ويخضع في تقديره لمطلق صلاحية قاضي الموضوع. ويقتصر علي تقدير الضرر المباشر والحقيقي والمؤكد بحيث يتناسب مقدار التعويض مع الضرر. ومع ذلك فقد يتأثر تقدير التعويض بالظروف الشخصية لأطراف الدعوى أو مدى جسامة خطأ أي منهما ومساهمته في إحداث الضرر. ولا يقتصر منح التعويض للمتضرر الأول بل يمكن أن يتعداه بمنحه للمضررين بالإرتداد سيما ما يُعرف بضرر الموت. وهناك نظم جماعية للتعويض تقوم إلي جانب التعويض في المسؤولية لا تلغيها بل تكملها نتيجة تطورات إقتصادية وهي التأمين من المسؤولية وأداءات الضمان الإجتماعي ذات الطبيعة التعويضية. ويقابل التعويض النقدي في القانون الدية في الفقه الإسلامي وهي مبلغ من المال مقطوع ومقدر سلفاً كتعويض عن الأضرار الناتجة عن الإعتداء علي النفس.

١١ - إذا كانت حجة المؤيدين للحماية الجنائية في جرائم الإعتداء علي السمعة والخصوصية تقوم علي أساس أن القانون الجنائي يقوم بوظيفتي العقاب والردع ، فإنه يمكن تحقيقهما بوسائل القانون المدني ، والتي تدخل هذه الحقوق في نطاقه ، بتطبيق نظام التعويض العقابي المعروف في الولايات المتحدة الأمريكية أو التعويض الإتعاضي وما يتكامل معه من التعويض المشدد المطبقين في المملكة المتحدة أو بأحد تطبيقات العقوبة الخاصة بالنسبة لتقدير جسامة الخطأ المعروفة في النظام اللاتيني ، أو الدية المشددة المطبقة في الشريعة الإسلامية. ويستخدم القانون العام والتشريعات الأمريكية معدلات لفظية للدلالة علي معدلات الخطأ الموجب لهذا التعويض. هذه المعدلات اللفظية تشمل : الطيش ، وعدم الإكتراث أو اللامبالاة ، والاستخفاف ، والإيعاد أو النية المسبقة للإضرار ، جمود المشاعر ، العنف ، السلوك المستهتر والشنيع أو الفظ والفاحش ، وعدم الإكتراث بوعي. أي أن هذا التعويض لا يُمنح فقط نظراً لجسامة الخطأ وإنما مقابل سلوك المدعي الباعث علي ارتكاب الفعل الضار.

١٢ - يسهم التحليل الإقتصادي للقانون في تقديم نظرية سلوكية للتنبؤ بكيفية استجابة الناس للتغيرات في القوانين وتأثير جزاء القاعدة القانونية علي السلوك البشري وفي تخفيض التكلفة الاجتماعية للحوادث. بيد أن أهم اسهامات هذا التحليل الإقتصادي هو استخدام الوسائل الرياضية في وضع المعيار القانوني للإهمال والنقطة التي تتحدد عندها مسؤولية الفاعل وهو ما يُطلق عليه صيغة هاند الرياضية. وتعتمد هذه الصيغة علي أبعاد ثلاثية : ١- احتمال وقوع حادث -٢- يسفر عن ضرر -٣- تكاليف الحذر التي يجب أن يتخذها الشخص لتوقي وقوع الحادث. فإذا كانت تكاليف الحذر أقل من احتمال وقوع الحادث مضروباً في الخسارة الناشئة عن الضرر يكون الفاعل مهماً. ولدرء المسؤولية يجب أن يزيد الفاعل من درجة حذره ويزيد من مبلغ أعباء توقي وقوع الحادث. وأحد تطبيقات هذه الصيغة هو تقدير المقابل النقدي لفقد الحياة. وللتوضيح نفرض أن احتمال وقوع حادث مميت هو : ٠,٠٠٠٠٠١ عند انفاق ١٠٠ جنيه علي السلامة . وبقسمة تكلفة الحذر (القيمة الضمنية للحياة) علي الاحتمال  $0,000001/100 =$  مليون جنيه. ويُشار إلي هذه الطريقة لحساب قيمة الحياة بطريقة المخاطر المتكافئة. ولتوقي حدوث الفعل الضار يجب اتخاذ القدر من الحذر الذي تساوى قيمته مبلغ الخسارة المتوقعة مضروبة في احتمال وقوع الحادث.

## ثانياً : التوصيات :

- ١ - تطوير مناهج الدراسة وأساليب البحث العلمي في كليات الحقوق علي النحو التالي :
  - (أ) إضافة علم التحليل الإقتصادي للقانون بالوسائل الرياضية والإحصائية
  - (ب) تدريس المبادئ العامة لعلم النفس الإجتماعي لزيادة ادراك الطالب بمدى تفاعل السلوك العام الجمعي مع القانون ومدى فاعلية الجزاء في تغيير سلوك المجتمع
  - (ج) تشجيع الدراسات التطبيقية المسحية علي مستوى مرحلة دراسة الماجستير حتى يمكن لهذه البحوث

العملية خدمة المجتمع والمشرع وتطوير القانون.

- ٢ - اصدار تشريع ينظم عملية اتخاذ القرار بوقف أو تقييد العلاج وفقاً للبدائل التالية :

- (أ) عرض الأمر علي المحكمة أو قاضي وقتي أو قاضي الأمور المستعجلة ؛
- (ب) تضع الدولة قواعد تفصيلية بقانون أو قرار اداري تقرر فيها وقت واجراءات نزع الأجهزة ؛
- (ج) أن يضع الأطباء من خلال نقابات المهن الطبية معدلات الرعاية وامكانية اتخاذ القرار.

- ٣ - تجريم القتل الرحيم أو القتل بدافع الشفقة بنصوص تشريعية صريحة ومباشرة.

- ٤ - اعداد لائحة تعويضات من قبل وزارة العدل يلتزم بها القضاة في الحكم بالتعويض في قضايا القتل

الخطأ والخطأ المهني بالتأسي بنظام الدية في الفقه الإسلامي.

٥ - إعطاء حق الرد لورثة وعائلة الميت المذدوف في حقه للدفاع عن سمعته.

٦ - التخفيف من غلواء الحماية الجنائية للحق في السمعة بالتدرج علي النحو التالي حتى يمكن التعويض فقط علي الحماية المدنية والجزاء المتمثل في التعويض الجابر والتعويض العقابي :

(أ) عدم الإكتفاء في الركن المعنوي لجرمي القذف والسب بالقصد الجنائي العام بعنصريه : العلم والإرادة فقط وإنما يُضاف أيضاً القصد الجنائي الخاص أى ضرورة التحقق من توافر قصد الإضرار ؛

(ب) إلغاء شرط حسن النية في الطعن في أعمال الموظف العام أو الشخص ذو الصفة النيابة أو المكلف بخدمة عامة والإكتفاء بالدفع بالحقيقة ؛

٧ - تحظي الخصوصية ، كحق مدني أو سياسي ، بالحماية القانونية بحسبانها قيمة أخلاقية ودينية لا غنى عنها في القصيد السيمفوني لأى مجتمع إنساني. لكنها ، وكما إنتهى الباحث ، تركيبة لا إجتماعية يحيط بتطبيقها عوامل مختلفة ومتشابكة. ومن ثم يكون التعدي عليها ليس إلا مخالفة مدنية جزاؤها التعويض المدني الجابر لجميع الأضرار والعقابي لعقاب الفاعل وردعه هو وغيره من الفاعلين المحتملين.

٨ - قصر العقوبة الجنائية الواردة في المادة (٢٢) من القانون رقم (٩٦) لسنة ١٩٩٦ علي مخالفة أحكام المادة (٢٠) من ذات القانون. وإعادة ترتيب المادة (٢١) لتكون تالية للمادة (١٨) وسابقة عن المادة (١٩)

٩ - تفعيل دور لجنة التحقيق بنقابة الصحفيين لتتولى بحث الشكاوى التي ترد إليها من الأفراد مباشرة ضد الصحف أو الصحفيين فيما يتعلق بأداب المهنة أو سلوكياتها أو فيما يُنشر ماساً بحقوق الأفراد أو حرياتهم دون حاجة لإحالتها من نقيب الصحفيين أو عرضها علي مجلس النقابة.

١٠ - إنشاء محكمة مدنية متخصصة لقضايا النشر للنظر في المنازعات الخاصة بالسمعة والخصوصية

١١ - إضافة فقرة ثالثة للمادة (١٦٨) من القانون المدني تقضي بـ : "يجوز للقاضي بناء علي طلب المدعى (المدعين) في قضايا النشر وبناء علي تقديره لمدى جسامة الخطأ المرتكب وسوء السلوك الدافع لإرتكاب الفعل غير المشروع أن يحكم علي الفاعل، إضافة إلي التعويض الجابر لكل الضرر، بدفع مبلغ من المال للمضرور كتعويض عقابي علي جسامة الخطأ والسلوك المتعنت ويتقاص مع ما يمكن أن يحققه الفاعل من غنم أو مكسب مادي أو معنوي له أو لغيره".

١٢ - تشجيع التأمين ضد مسئولية رجال الإعلام في قضايا النشر ومن الممكن أن تغطي وثيقة التأمين مبالغ التعويض العقابي بالإضافة للتعويض الجابر.

## **Appendix B.**

### La Protection des droits de la personnalité en vertu de la responsabilité délictuelle (L'acte illicite )

"Une étude comparée"

(Resume')

"Le plus beau patrimoine est un nom reve"

Victor Hugo

#### 0.0 – L'étude générales:

Les droits de personnalité existe dans grad haut sur l'échelle des valeurs humaines de longue date. Ils son la sollicitude principale d'homme n'importe où et en quand. Les humains lutte pour protection légale contre en enfreignent sur ces droits. Protection des tel

droits a été dans les foyers des divers et plusieurs catégories des professionnels et praticiens. Néanmoins, les droits dits quelquefois contredisent avec autres droits et libertés comme le droit de parole et le droit d'information. Ce conflit était le motif pour élargir l'étendue des défenses légales pour libérer de responsabilité. Aussi les systèmes légaux essaient d'équilibrer entre ces contredisant concepts.

Les droits putatifs sont protégés dans les systèmes tout légaux légalement. Quelqu'avantage des systèmes protection criminelle aussi bien que civil. Autres avantage remède seulement civil dans quelques droits. Sanction de responsabilité criminelle est l'un et l'autre phrase pour emprisonner ou amende fiscale ou les deux. Réparation dans responsabilité délictuelle est dans injonction ou indemnisations pécuniaires ou les deux.

Etre une recherche dans le champ de loi civile, et le chercheur est bien convaincu personnellement surtout de la faisabilité du remède civil quand quelques groupes de ces droits sont en conflit avec autres objectifs et intérêts de la société, il choisit la loi du délit civil (responsabilité délictuelle, acte illicite) comme le cadre préférable de protection. Ce choix est basé sur le croyez du chercheur que la loi du délit civil implique l'usage d'un ensemble des techniques pour protéger des droits individuels, en particulier ce correspondent au composant moral de personnalité c.-à-d. le droit de bonne réputation et la vie privée. Les techniques telles sont en plus d'injonction, dommages-intérêts qui visent pour mettre la victime en la place qu'il était dans avant l'acte illicite, et la peine privée ou indemnisation punitive (exemplaires) comme il est appelé dans la loi Anglo-Américaine. La dernière on est une bonne alternative à action punissable simplement parce qu'il accomplit les mêmes objectifs sans coûts de plus sur l'état ou le gouvernement. Le but des récompenses punitives est punir et dissuader le malfaiteur. Dans cette signification il se débrouille avec les charges de loi criminelle où l'accentuation n'est pas sur le plaignant et son blessé mais sur le défendeur et sa conduite. Le bon exemple est ce Américain la loi commune a substitué la sanction de compensation pour le directeur de punition corporelle dans cas des diffamations graduellement et violer la vie privée .

Un dimensionné très important dans cette recherche est qu'il est une étude comparative sur une étendue large pour inclure les trois systèmes légaux principaux qui prédominent dans les organisés et sociétés modernes. Affaire des études comparative avec système légal Latin (la France et l'Egypte); système Anglo-américain, (Grande-Bretagne et U.S.A), et de Shariat Islamique. Chaque système a sa propre formule et école des pensées. Les ressemblances qui existent entre ces systèmes renvoient l'unité de pensée humaine et solutions pour quelques problèmes. Les dissemblances sont dû aux différences dans leur idéologie, leur origine et l'écologie dans qu'ils ont développé. Français a tendance théoriser directeurs et philosophie du dogmatisme. La loi commune Anglo-américain dépend de loi du cas principalement. Les provisions Islamiques ont été révélés au prophète Mohamed sur l'occasion d'un nouveau cas ou question exige une décision. Dans ce chemin il ressemble au système de la loi commun.

En Angleterre, le court de Roi Anglais précédents initié être suivi par les autres courts plus tard. Sur beaucoup d'années un nombre énorme des règles légales a été résolu dans plusieurs champs de loi. Ces conclusions sont appelées "la loi commune" parce qu'ils ont enraciné dans l'entraînement commun des gens prétendument. La loi commune est appliquée dans les pays de l'Anglais-langue dans respect de cette recherche dans la Grande-Bretagne et les États-Unis en particulier.

Sur l'origine contraire, historique est différent en France. Quand l'aristocratie de la révolution Française à la fin de dix-huitième siècle, les révolutionnaires pensaient que les juges étaient aussi corrompus et sans valeur que le roi, ainsi ils ont pendu le roi et ont éteint sa loi, donc abolir loi commune de France. Les savants légaux ont commencé rédiger un ensemble complet des statues. Code civil ou code Napoléon était la tâche remarquable. Il a été basé sur le Corpus Juris Civilis "Le Corps de la loi Civile."

Dans le commencement même d'Islam pendant l'époque la période Mecque a appelé, provisions révélés ont été resserrés. Ils ont concentré sur gens persuasifs de la nouvelle religion et condamnation fortifiante des croyants seulement. Dans prophète de la scène plus tardif Mohamed avait les pouvoirs séculiers et spirituels. Cette période est appelée le Maddinah (Ville) période. Les règles des Sharia ont été révélés à lui sur l'occasion d'un nouveau événement ou matière. Partisans ou compagnons de prophète que Mohamed a accepté à ces provisions volontairement comme ils les considèrent décisions Devine. Le missionnaire Dieu a appris et a formé ses compagnies comment déduire la provision légale des signes détaillés. Après sa mort et à la fin du premier siècle (calendrier Islamique) quatre Sunna scolarisent de foi est entré dans être illustrer et interpréter provisions d'adoration et transaction. La doctrine Hanfi a été commencée par Abi Hanifa Numan. Il a perçu cette loi décrétée pour les gens du désert ne devrait pas être amenée pour candidature dans les sociétés industrielles ou urbaines modernes littéralement. D'Al Maddinah où les conservateurs vivaient, Malek ben Annass qui désapprouve le libral penser. Il voit aussi loin que la plupart des proverbes du prophète et traditions ont eu lieu dans Al Maddinah, ainsi l'unanimité de ses citoyens dans interpréter le Qur'an sacré et le sunnah honorable (paroles du Prophète et traditions) devrait être suivi. D'Egypte, Al Shafie n'accepte pas l'idée de Malek. Il élargit l'étendue d'unanimité pour inclure tous les penseurs Musulmans dans tous les pays Musulmans. A Ahmed ben Hanbal ce critère paraît vague et trop largement. Il a établi une doctrine différente dépend de l'interprétation littérale d'Al Qur'an et sunnah principalement.

La recherche est divisée à une partie préliminaire et trois parties. La partie préliminaire est composée de deux chapitres, chapitre un introduit le concept de droit et les droits de la personnalité. Le deuxième on traite de Responsabilité délictuelle (acte illicite) brièvement : ses éléments, développement, intérêts qu'il protège, et objectifs qu'il justifie. Les premières affaires de la partie avec les droits qui correspondent à composant physique d'individu. Il affiche le droit de vie et droit d'intégrité corporelle dans un deux chapitres consécutifs. Part deux présentent les droits sont en rapport avec composant moral de la personne. En premier lieu le chapitre est alloué de le droit de bonne réputationl deuxième on pour le droit de la vie privée. La dernière partie effets présents d'obligation c.-à-d. remède ou réparation. En premier lieu il inspecte les formes classiques de dommages-intérêts qui sont bien connu dans les systèmes légaux; indemnisation compensateurs. Deuxièmement, le chercheur présente le indemnisation punitifs comme il est appelé aux États-Unis d'Amérique ou dommages exemplaires comme il est nommé en Angleterre, ou bien privée comme le terme usagé en France. Le chercheur a dans son esprit qu'une hypothèse que les réparations tels intègrent avec les dommages-intérêts compensateurs pour donner une bonne alternative à l'amende du detentive a sanctionné dans cas de violer les droits de bonne réputation et la vie privée. Pour finir, le chercheur introduit aux lecteurs Arabes l'analyse économique de loi comme un nouveau champ d'étude pour se débrouiller avec les tendances récentes et développements dans les études légales. L'analyse économique nous fournit une théorie du comportement pour prédire l'effet des sanctions légales sur comportement et à quels gens de l'ampleur comme rationnellement comportez-vous, devez la réponse à ces sanctions. Cette nouvelle science a des théories mathématiquement précises (théorie du prix et théorie du jeu) et empiriquement méthodes saines (statistiques et econometrics) d'analyser l'effet des sanctions sur comportement. Il prévoit aussi un niveau normatif utile évaluer politique de décréter des lois dans accomplir des objectifs sociaux importants.

## 0.1 - Concept des droits et les droits de la personnalité:

Concept de droit légal a été reconnu à l'unanimité indépendamment des vues différentes au sujet de sa définition. Cette reconnaissance était la découverte d'idéologique,

libéral, développements démocratiques, et sociaux. Cependant, l'histoire fait référence à quelques théories qu'ont nié l'existence de droit comme un concept légal. En premier lieu et la plus vieille théorie considère cette nature trié l'objectif corrélations légales plutôt que droits. C'était dû à point de vue historique dit ces jurisperitus de la loi du Romain ont ignoré le concept du droit comme il est su de nos jours. Ils ont utilisé la notion d'action; l'action réelle (action in rem) et l'action personnelle (actio in personam). Le mot "jus" a été utilisé pour dénoter à une création de l'objectif légale rien que plutôt que l'existence de pouvoir ou privilege à l'individu. La deuxième théorie était initiated par Dean-Léon Dugjiut qui a été affecté par philosophie du positivisme social. Il a repoussé l'idée de droits naturels qui coexistent avec homme. Parce que l'homme doit vivre dans une société et l'individu isolé est juste un philosophique a supposé, les droits si naturels sont métaphysique de l'unfeasible. Il a construit sa théorie sur la supposition que les volontés d'individu sont égales pendant que l'idée de droit suppose la supériorité des ayant-droit veut sur les autres. Il a conclu sa vue en remplaçant le concept des droits avec la notion des situations juridiques .

Cependant, les théories mentionnées précitées ont été critiquées sévèrement et finalement ils sont devenus obsolète. Le droit subjective est devenu une réalité de l'objectif, un phenomena évident et un concept légal, a confessé, a supporté et a renforcé par l'usage journalier. Il est impossible d'ignorer cette notion spécialement maintenant quand négocier avec loi civile.

Les plusieurs efforts ont été faits pour définir le concept de droit. Les premiers efforts ont été faits par les deux juristes Allemands dans le dix-neuvième siècle. Friedrich Carl Von Savigny a regardé le droit comme une autorité de la volonté allouée et a reconnu par loi. Rudolf Von Ihering a attaqué la théorie de Savigny qui nie le rôle de l'autorité de volonté pour créer un droit. Il définit le droit comme un intérêts légalement protégés.

Depuis que ce contraste célèbre des vues que quelques savants ont essayé de trouver une formule synthétique. Le juriste Jean Dabin a présenté une nouvelle définition pour relever. Il a analysé ses composants à deux éléments principaux: appartenance et maîtrise. Le premier on qui causes et détermine le deuxième élément, signifiant le privilège qui autorise ou immatricule la propriété ou la performance de l'acte qui est l'objet du droit. Maîtrise est la capacité du titulaire d'un droit pour disposer dans l'objet de droit libéralement. Dabin a ajouté deux autres éléments: alterité et protection juridique. Les premiers deux éléments définissent le droit quant à phase subjective, mais nous devrions considérer, comme Dabin suggère, le correlativity de titulaire et autres. Il est l'opposabilité de droit contre les autres. Ces avantages du principe à titulaire deux installations: inviolabilité et exigible. Ainsi il est immunisé contre en agression. Le quatrième élément fait référence à l'intervention de l'état pour imposer la protection légale à travers demandes.

La théorie de Dabin différencie entre tenir un droit et son exercice équitablement. Le gardien exerce des droits de la part du mineur titulaire. Cependant, analyser la théorie de Dabin révèle qu'il a substitué l'idée d'appartenance pour l'idée d'intérêt et l'idée de maîtrise pour l'idée de capacité. Un autre point de critique est qu'il différencie entre exigible, le troisième élément, et protection juridique, le quatrième on sans base raisonnable.

Presque la même méthodologie de Dabin a été utilisée par Wesley Hohfeld, un des auteurs Anglo-américain, qui a analysée droit légal et est venu à une conclusion qu'il pourrait être constitué par tout un de quatre éléments, par une demande, mais aussi par une liberté, par un pouvoir, ou par une immunité. Cette analyse du classificatory peut nous mener pour déduire qu'il a identifié quatre types de base des droits, chaque type qui a un deuxième-réception unique corrélatif.

Néanmoins, perplexité des auteurs légaux Anglo-américain donner une définition satisfaisante au concept abstrait de droit les a laissés croire qu'il est impossible de trouver tous faits que correspond à l'idée d'un droit. Le droit élude chaque tentative l'épingler verticalement et le placer parmi les faits de la vie sociale. Il est dans essence quelque chose de différent de tous les faits. Quelques penseurs sont venus à une conclusion que le droit ne

pourrait pas être défini peut-être; seulement décrit. Les plusieurs théories ont essayé de caractériser la notion de droit. Quelques-uns considèrent des droits comme quelque chose de distribuable et individualisé. Autres les regardent comme ils être-ou a impliquer-accrédité chemins de suppléant.

Le mot que le "droit" a été mentionné dans le Quran Sacré dans presque trente significations. La plupart de ces significations sont venues ou a dérivé des sens d'obligation et affirmation. Un du canoniste contemporain dans Science de l'Islamiyyah de Shari définit le droit comme: "Quelque chose a confirmé et a déterminé par les Lois Divines, non plus a intitulé à Dieu contre adorateurs purement et uniquement ou à un homme contre autres. Il pourrait aussi les d'ont intitulé le conjointly du co aux deux (Dieu et un homme). le Bon accomplissement est obligatoire."

Dans la vue du chercheur le "droit" est un culture-produit. Il est la connaissance du résultat et expériences accumulées d'humanité. Faites une culture, dans un de ses définitions, fait référence au modèle entier de la vie dans une société. Il affecte et renvoie des valeurs, croit, normes, idéologies et toutes les autres créations mentales, les droits légaux sont un de ces créations. Par conséquent, les droits sont l'objet de corrélations humaines et le milieu seul dans qu'ils vivent est la société. Autrement dit, le droit est une organisation sociale utilitaire que définit et détermine les relation mutuelle parmi individus. Mécanisme de cette organisation spécifie la portion due de chaque individu dans la société, ce qu'il possède et ce qu'il doit à autres qui justifient la justice distributive.

Dans la phase behavioriste de ce produit culturel ou mécanisme sociaux de droits toujours impliquez ou en a attaché quelques-uns devoir apparenté des autres attentivement, si une personne spécifique ou les personnes entières (deuxième partie). Ils impliquent aussi quelque sorte de directions normatives du comportement des autres. Pour le titulaire les droits légaux se sont assurés moyens de fait ou d'existence traitée dans normes légales qui autorisent la performance de l'objet de son droit. Ces normes légales sont ratifiées convenablement socialement. Ainsi, l'idée de droit subjective legal entraîne à l'inégalité légitime entre les situations juridiques du titulaire et la deuxième partie. Le ayant-droit sera créancier pendant que la deuxième partie sera débiteur. Dans les droits de personnalité la responsabilité de l'autre sera action d'éviter de blessure le faire, ou plus précisément le pas-faire. Le créancier a le pouvoir et autorité pour se débarrasser de sa propriété à condition qu'il se conforme avec les provisions légales.

Groupe des droits de personnalité est sophistiqué, complexe, et confondre. Le chercheur essaie de purifier, détermine, et les énumère en excluant d'autres confondant concepts légaux tel que libertés et droits.

Tout à fait souvent le droit de la liberté du terme est utilisé par jurisprudence (Hohfeld d'Anglo Américain École et Dabin d'école latin) et quelques statues parlementaires dans les pays de la loi communs. Cependant, si nous exigeons sévérité de langue légale nous devrions éviter cette confusion et regarder chaque concept aussi complètement différent que l'autre. Nous pouvons dire ce contenu du droit est liberté à son titulaire. Mais encore il y a beaucoup d'aspects de contradictions qui différencient entre eux Droit existe juxtaposez avec une loi positive règle le droit dans question pendant que la liberté existe toutes les fois qu'il n'y a aucune loi contre lui. Le droit subjective se rappelle l'idée de quelque chose sur qui peut être insisté, alors qu'une liberté est une expression négative purement. La liberté est allouée aux gens entiers sur la terre du principe d'esprit de l'égalité également, alors que droit, un domaine a réservé à son titulaire, est exclusivement dû à lui. Objet de droit est déterminé ou déterminable, alors que la liberté est un indéterminé, uncausable, et préférence vague. Boris Starck dit que l'usage pratique de tel distinguez entre droit et la liberté paraît sur l'occasion d'appliquer la théorie d'abus de droit pratiquant qui n'est pas applicable dans le champ des libertés.

Quelques auteurs considèrent le terme droits humains comme synonyme au terme relève des personnalités. En fait ils ne sont pas. Les droits humains visent pour protéger des



individus d'offense des autorités publiques. Ils sont en rapport avec Loi Publique. Sur autre côté les droits de personnalité concernent à composants et éléments, physique et moral,; de la personne protégez-le contre toute infraction d'autres individus. Donc, ils sont en rapport avec loi civile. Par conséquent, les droits humains sont plus généraux beaucoup et contiennent le non champs exclusifs que droits personnels. Néanmoins, quelquefois ils peuvent être des confluent dans un droit. Par exemple le droit d'intégrité corporelle est commun entre les deux groupes. Etre un des droits humains protège le détenteur d'offense de l'état, simultanément comme il est un des droits de personnalité il le protège de toutes infractions d'autres individus.

Quelques écrivains sous la croyance que le composant artistique est partie de la personnalité de l'auteur. Classez le droit d'auteur comme un des droits de personnalité. Cette idée a été critiquée et dans retour une autre théorie a adopté la caractérisation des droits intellectuels comme une "propriété incorporelle". Cette caractérisation a été supportée par le premier article de la première législation brevetée publié en France sur 11ème de mars 1957 lequel a décrit le copyright et droit d'invention comme un droit de propriété morale exclusif et opposable contre la totalité. Cette caractérisation suppose existence de quelques ressemblances entre tel relève et droits réelle. Ce résultat n'est pas acceptable parce que nous ne pouvons pas ignorer la différence entre la nature de la chose immatérielle perçue par sens et la nature de la chose matérielle laquelle peut être visualisé par pensée du résumé seulement. Cette différence a nié l'idée que les droits intellectuels ont été dupliques de droits réelles. Un troisième et la théorie récente regarde les droits dans question comme classification complètement différente qui étend, évolue, et développe avec le développement de savoir. Cette théorie, éviter toutes contradictions avec les deux théories antérieures ont créé une caractérisation synthétisée qui a appelé la qualification mélangée. Soutient de cette dernière théorie disent ces droits de l'intellectuel sont mélangés des deux droits, on est pécuniaire et l'autre est moral.

En excluant les confondant concepts légaux de droits de personnalité, nous pouvons les énumérer dans deux titres principaux. Le premier est en rapport avec éléments physiques et composants de personne humaine. Il inclut le droit de vie et le droit d'intégrité corporelle. En seconde position inquiétudes du titre les éléments moraux et composants d'individu. Il comprend le droit bonne réputation et la vie privée .

## 0.2 – Responsabilité délictuelle (Acte illicite)- Délit civil (Tort):

Acte illicite, dans pays de la loi civils ou délit civil (tort) dans système Anglo-américain, est la moyenne commune de protéger droits de personnalité dans tous les systèmes légaux dominants dans le monde. Il est un remède civil principalement basé sur dommage pécuniaires qui conviennent à l'attitude du courant d'individu où les intérêts matériels sont motif fondamental pour le feaser du délit civil et la victime. Le comportement tel est bien remarqué dans cas des publications contre fonctionnaire public.

Quand nous multiplions dommages-intérêts payés à victime comme une réaction au comportement malfaisant ou le haut grade de gravité du culpa, en appliquant ce qui ainsi a appelé punitif (exemplaire) indemnisation, acte illicite (responsabilité civil) jouera le rôle plus important dans la société que fait par responsabilité criminelle. La responsabilité civil a un rôle double, un socio-économique, dans la société, c.-à-d. dissuader le malfaiteur et pomper des fonds dans le marché. La sanction criminelle justifie l'emploi des armes de dissuasion seulement. Il ne justifie pas tout intérêt économique à la société comme une totalité. Ce privilège à remède civil peut être des effectuateive dans cas de violer diffamation et la vie privée par média contre fonctionnaire public.

Les pays de la loi civils ont formulé un a unifié et théorie générale de responsabilité délictuelle (acte illicite) être avec la responsabilité contractuelle les deux ailes de responsabilité civile. Cette théorie est composée de trois éléments: Cupla, préjudice, et un

lien de causalité. Pendant que dans les pays de la loi commun tort entreprise intellectuelle est un très pluraliste, une réponse du multifacté à un ensemble très varié des problèmes, est. Donc, nous envisageons deux philosophies opposées: unification contre pluralisme. Cependant le principe fondamental de délit civil est non de alterum non laedere ne blesser aucun corps par mot ou action.

Un Comité Spécial sur tort dans les États-Unis définit le tort comme "un événement, survenir hors de l'action ou omission d'une autre réception qui cause la blessure au corps humain ou personnalité, à propriété, ou aux intérêts économiques, dans circonstances où la loi le juge seulement exiger la compensation de la personne qu'a agi ou manquée agir."

Les actes illicites sont de deux divisions, s'impose entre la responsabilité pour faute prouvée et la responsabilité sans faute prouvée. Le premier est la responsabilité traditionnelle en matière délictuelle. Les articles 1382 et 1383 de la Loi Civile Française d'année 1804 (Code de Napoléon) reconnaissent le droit pour la victime d'un dommage causé par une personne déterminée, d'obtenir réparation pour les dommages. En seconde position le genre est supposé responsabilité ou responsabilité sans faute (la responsabilité présumée). Provisions de responsabilité telle sont stipulés par articles 1384-1386 de Loi Civile Française. Acte de Diffamation est une responsabilité présumée dans les deux systèmes légaux qui moyennent que le défamateur est responsable sans préjudice du prouvé.

La loi du acte illicite (tort) existe sur un spectre de culpabilité qui aligne de délit civil intentionnels à travers négligence à responsabilité stricte. Délit civil intentionnels à la personne incluent assaut, contrainte, emprisonnement faux, arrestation fautive, action vexatoire, et abus de processus. L'action générale pour négligence est remarquablement vaste, absorber des accidents dans chaque royaume de la vie. Par exemple il inclut assertion fautive et la faute professionnelle médicale. Le délit civil de diffamation, maintenant redéfini sous En premier lieu principe de l'Amendement dans les États-Unis, s'étend à publications intentionnelles et négligentes. La responsabilité stricte a deux sous-classifications distinctes, pour les activités anormalement dangereuses et pour produit.

Dans Shari'a (Islamiyyah), les canonistes originellement plus de bonne heure n'ont pas formulé de théorie générale pour acte illégal. Sur le contraire ils ont cité cas détaillés qui font le fautif responsable. C'était dû à la façon les provisions des lois Divines ont été révélées à Prophète Mohamed comme réponse à tout nouveau problème ou la question survient. Les juristes contemporains essaient de dégager une théorie unifiée d'acte illégal basé sur prophète Mohamed qui dit aucun mal et aucun mal du contraire à quels moyens. Ce proverbe était devenu une règle légitime nécessite la considération des intérêts individuels, éviter la corruption, et régler leurs droits et obligations contre autres.

Linguistiquement, le mot "la responsabilité" est un bizarre dans arabe langue, Canonistes ont été obligés pour utiliser les termes "Damaan ou Al- Tadmin" que signifie responsabilité civile au lieu si contractuel ou délictuel. Dans système Islamique tel le responsable paye la victime un prix de sang préfixé appelé "Al Diah" lequel correspond aux réparations pécuniaires dans loi positive. Dans cas de l'insolvabilité de pécheur ses parents et part de la famille parmi ils payer cet argent du sang comme un genre de solidarité sociale.

Tout les intérêts de le genre humaine sont protégés par le système de responsabilité délictuelle. Mais pour le but de cette recherche et à propos de la protection des droits de la personnalité, le chercheur resserrera en bas ces intérêts pour être seulement l'intérêt considéré les sujets du droit dit. Dans dossier ces intérêts sont:

- Intégrité corporelle: le principe fondamental est que le corps de chaque Personne est inviolé. Tout toucher délibéré d'un autre constitue une offense à la personne.
- Liberté personnelle: liberté comme un intérêt protégé est dans délit civil comme liberté individuelle assez étroitement. Liberté de parole et liberté de presse n'est pas définie quant à intérêts protégés mais négativement par référence aux circonstances dans que les exercices

des libertés telles ne sont pas des actes illicite contre autres. Les citoyens aiment liberté de la parole mais seulement à l'ampleur qu'il ne diffame pas d'autres.

- Sécurité physique: Cet intérêt est d'une importance principale être protégé. Demandes pour violation de sécurité personnelle incluent le harcèlement menacer pour mettre en danger santé. Protection d'intérêt tel a été étendue à toute violation délibérée, négligente.

- Préjudice psychiatrique: Cette expression du général comprend dans tout les formes pertinentes de maladie mentale tel que choc nerveux ou trauma.

- La vie privée et réputation.

Il y a objectifs nombreux, buts, et fonctions que la responsabilité délictuelle cherche pour accomplir au moyen du remède accordés dans tout cas particulier. Ces fins incluent les besoins espérés de répondre à la nature dynamique de technologie de plus en plus sophistiquée, le désir fournir niveaux relativement clairs de conduite, les objectifs de protéger des attentes et de maintenir certitude et predictability dans la loi, et la réduction des coûts administratifs dans le système de la justice elle-même. La somme des paragraphes suivante abrègent ces objectifs qui cristallisent le rôle double que l'acte illicite joue dans société.

\*Compensation: le but direct de responsabilité civil est compensation. Il est imposé pour réparer les dommages directs ou par ricochet.

\*Restitution: injonctions et dommages-intérêts visent à restitution in integrum. Le principe général du processus de l'estimation est mettre la partie qui a été préjudicié, ou qui a souffert, dans la même place comme il aurait été dans s'il n'avait pas soutenu la faute pour qu'il n'est pas aucun obtenir sa compensation ou réparation.

\*La justice corrective: accomplissant justice corrective entre individus conduit à le concept de la justice, et moralité qui personnifie la base éthique déclarée de système de l'acte illicite. Il pourrait être accompli à travers dessaisissement qui peut être fait par remède équitable de compte des profits, ou au moyen de indemnisations exemplaires.

\*Punishment: les dommages-intérêt sont une sanction civile mais il fait le rôle de punition quand il dépasse dans montant la somme de toute perte soufferte par la victime et tout gain a fait par défendeur. Cette supposition est justifiée idéalement quand imposer l'indemnisation punitif (exemplaire). Dans Shari'a Islamiyyah cette charge pourrait être accomplie en appliquant le prix du sang (Diah) aggravé.

\*Vindication ou Satisfaction: Accomplir l'objectif perméable fournit la victime un sens de satisfaction ou défense. Punition et vindication sont la même chose regardée à de points différents des vues vraiment.

\*Répression: la responsabilité Criminelle peut jouer un loin rôle du réprimer plus efficace que responsabilité délictuelle dans les régions tel qu'assaut, contrainte corporelle, et blessures du produit du consommateur. Cependant, il n'est pas une alternative faisable à lui dans les autres régions tel qu'accidents médicaux, mauvaise conduite de la presse, la protection des fonctionnaires publics contre infraction de leur vie privée et réputation, et négligence professionnelle qui cause la perte économique. Le système de l'acte illicite peut avoir bien en particulier quelque effet préventif dans responsabilité pour conduite calculée et à entreprises comme défendeurs. Ce résultat est basé sur la supposition que les gens rationnels calculent les professionnels financiers et escroqueries avant de s'engager à un acte illégal. Si estimation de réparation payée est plus grand que la somme du coût au défendeur pour éviter s'engager à un tel acte, alors, les gens seront encouragés, pour éviter actions qui infligent de plus grands coûts tout à fait naturellement qu'avantages.

\*Contrôle de conduite future: Il est bien remarqué que cas de l'acte illicite brasse des affaires tous les jours avec la rangée entière des blessures dans société. Ces cas distillent un ensemble riche des leçons au sujet de valeurs et traditions qui prédominent dans une société. Ou nous pourrions régler la conduite future par récompense des remèdes à travers le mécanisme de système tel ou par injonction.

### 1-1. Droit de la Vie:

Le sujet et le titulaire de ce droit sont l'homme comme un être humain, une existence biologique, malgré de son religieux, nationalité, sexe, colore, ou âge. Durée de ce droit début de naissance et dernier à la fin de la vie par mort. Entité légale pour personne naturelle commence du moment de son né vivant et viable. La mort était une question contestable d'angles différents. La première discussion était au sujet de qui est intitulé pour définir la mort. Ce qui regardent la mort comme un fait légal, par son événement la personnalité légale termine, donnez cette compétence à législateur. Exemples de cette tendance sont les États-Unis et la Suisse. Un autre point de vue considère la mort comme un fait biologique, une question médicale, variable d'après développement scientifique et il doit être décidé par les docteurs. Les pays qui adoptent cette vue sont France, Egypte, et Syrie. Une troisième tendance amalgame les deux points antérieurs des apparences des vues à mort comme un événement biologique et dans le même temps un fait légal. L'Italie a suivi cette dernière tendance. Aucun doute que définir critère de mort est une question spécialisée et technique doit être fait par gens spécialisés de science du biomedical.

Diagnostic de mort et déterminer son événement est de grande inquiétude à l'homme légal dans relation à plantation des organes, héritage, propriété, responsabilité civile et criminelle, assurance, accroissement de la propriété, et le droit de n'être pas diffamé. Théories de déterminer le moment de la mort ont évolué de la destruction complète des cellules humaines, à travers dernier cessez des charges du cardiopulmonary à la dernière théorie de mort du cerveau, et derniers cessent de tige du cerveau fonctionne comme a illustré par appareil de l'électroencéphalogramme. L'arrêt définitif et irrévocable des charges du cerveau pourrait être justifié par les symptômes d'unreceptivity et unresponsivity, pendant que le cessez de tige du cerveau pourrait être évident par la réflexion et réaction des organes affectées par lui tel que cornée, élève de l'oeil pharyngo-oral, et nerv de l'oeil, etc.

Une exception des règles du commencement de personnalité légale par naissance et le terminer par mort peut trouver dans quelques cas où il existe avant la naissance et étend après mort. L'En ventre sa mère n'est une personne dans être dans relation pour transférer de propriété à lui. Fœtus dans Shari'a Islamyiah aime le droit de la vie. En enfreint sur sa mère enceinte est acte illégal et le malfaiteur est responsable pour violation sur le droit de l'enfant de la vie.

Déclaration de mort ne veut pas dire l'expiration immédiate de l'entité légale à la personne naturelle. Son patrimonial étend après déclaration de mort dans inquiétude à quelques droits et devoirs. Cela veut dire ce pouvoir de la volonté de l'homme continue après mort dans testament surtout dans les matières avait été décidé par lui pendant sa vie tel qu'organisation d'enterrement et enterrer des procédures. Shari'a reconue la validité de la volonté de personne dans quelque actes après mort comme dans systèmes de testament et main-morte (wakf). Elle ne restreint pas la volonté de la personne du pouvoir à moins que son disposition cause préjudices aux héritiers d'après proverbe du prophète: "aucun mal et aucuns contra ne font du mal."

Un débat qui mérite quelque discussion est cela des indemnisation pour mort. Dans pays de la loi civile, après grandes discussions, ils ont atteint à une conclusion que la mort cause le dommage matériel. Donc si la victime reste vivant pour une période après l'action offensive et alors est morte, il est intitulé aux dommages-intérêts. Le problème survient dans cas de mort immédiate. Tout à fait raisonnable cette séquence légale suppose que par mort la victime n'est pas intitulée pour acquérir tout droit parce que sa personnalité légale a disparu. Ce résultat est enraciné de traditions de la loi communes basées sur le maxime action personalis moritur cum persona, la plupart des actions de délit civil sont mortes avec personne. Cependant, cette règle a été entièrement renversée par la réforme de la loi (provisions Divers) Acte 1934 dans U.K. lequel fournit dans les termes du général cela sur

la mort de toute personne toutes les causes d'action qui subsiste contre ou a revêtu dans lui survivra contre, ou comme le cas peut être, pour l'avantage de, sa propriété. Néanmoins, le point de vue prédominant dans doctrine Française est cette mort immédiate est damageable. Même il y a une protection pour la mémoire du décédé. Cependant, encore dans la loi commune d'action pour diffamation meurt avec ou le malfaiteur ou la victime.

Faute professionnelle médicale dans États-Unis est traitée sous loi du délit civil(tort), pendant qu'il est responsabilité contractuelle dans Français et lois Égyptiennes. Il vaut la peine quelque medical/ problèmes légaux qui rentrent l'esprit l'approche Américaine. Les problèmes plus existants et contestables sont: limitation de refus de traitement et euthanasie. Décision-faire dans négocier avec ces deux problèmes est une opération sophistiqué parce qu'il est affecté par les facteurs du multi-dimensionné tel que: nouvelle technologie dans médecine, éthique médicales, lois et règlements, moralité, valeurs et traditions qui prédomine dans la société, situation médicale du malade, et la dichotomie entre conserver la vie et soulager le coupez douleur du malade dans situation végétative.

Le décision-faisant processus a lieu dans Département du Soin de la Critique habituellement. Admission dans ce département et les procédures des décision-faire sont guidé par cinq principes généraux: potentiel pour sauvetage, conserver vie, non-maléfice, autonomie, et justic.

Décision de limitation ou refus de traitement est différent dû à la situation du malade s'il est conscient ou inconscient. Il n'y a aucun problème à propos de la première situation comme il a reconnu dans les droits des malade des Droits a publié par Association de L'Hôpital Américaine. Dans la deuxième situation le malade est ne plus informé ni a qualifié pour prendre decision. Il ne peut pas pratiquer son pouvoir d'autonomie. Du côté des docteurs ils sont antagoiste pour mettre à execution la décision de cesser le traitement comme ils ne sont pas sûrs de la volonté patiente et donc effrayé de responsabilité légale. Beaucoup d'efforts de bonne heure ont été faits pour résoudre ce problème. En premier lieu il y avait reconnaissance de la volonté de vivant comme un document légal valide suivi par émission de la Californie Loi de la Mort Naturel. Les plusieurs autres États ont reconnu le "Délégation du Pouvoir Durable pour Soin de la Santé" où le malade nomme quelqu'un pour être décision-faiseur en nom de lui dans cas de l'existence inconscient. Pour finir la question du Gouvernement Fédérale a promulgué L'acte de la Soi-même Détermination a décrété en janvier 1991.

Sur le contraire en Egypte qui enlève l'appareil de la récupération est un acte illicite et tout accord sur matière telle est nul. Cette provision renvoie la différence dans culture, valeurs, légendes, croyances, et mythologie qui prédomine dans les deux la société Américaine et Égyptienne. La plupart des gens en Egypte croit que maladie et récupération sont des matières du fatalisme. C'est pourquoi le législateur n'a pas stipulé le droit de malade de decider refus ou limitation de traitement. Cependant, le chercheur recommande appliquer l'approche Américaine des facteurs passifs qui affectent décision qui fait dans cette matière. Les alternatives disponibles sont: 1-Submit la matière à un court ou au juge de matière sommaire, ou

2-Le gouvernement met des règles détaillées et des règlements, ou 3-The syndicats médicaux suggèrent un niveaux obligatoires de soin. Ces mesures légales sont eues besoin en Egypte où coûte de soin intensif et récupération mal est cher et où les ours des fonds publics que la charge grande de tel coûte.

L'euthanasie est un sujet raisonneur entre supporteurs et opposants. Le premier lieu le groupe construit leur support sur trois points fondamentaux. En premier lieu, les élections ont révélé cela plus de soixante pour cent de gens Américains et presque quatre-vingts pour cent de des gens Français favorisent l'euthamasie. La seconde qui à la situation de la critique du malade nous devrions donner à priorité à principe de soulager la douleur sur principe de conserver la vie. Dans cas tel nous pouvons le scarify la vie comme le malade souffre insupportable douleur. Le troisième point à propos de l'application de théorie de

l'utilitarisme et a vue sur la déontologie pour l'avantage de la société entière. Les supporteurs peuvent ajouter la dimension économe quand le traitement devient si cher sans espoir pour récupération.

Opposants, croient que l'euthanasie est une violation explicite de principes religieux qui défendent tuer sans raison légale. Il est aussi contre les éthique médicales comme ils ont été stipulés dans Hippocratism. L'euthanasie est considéré comme une moyenne à soulagement le malade de sa douleur est une déclaration claire de l'échec de médecine moderne dans guérir ce cas. Aussi le sujet de cet accord est illégal parce qu'il est une violation du droit de vie qui appartient pour grouper de droits des personnalités. Les droits tels sont hors de commerce. Pour finir, permettre tuer sous le slogan de miséricordieux peuvent mener à faute professionnelle. Il peut devenir une partie du travail habituel des docteurs.

### 1-2. Droit d'Intégrité Corporelle:

Protection légale pour corps humain vise pour se rendre compte de deux principes parallèle: inviolabilité corporelle et intégrité corporelle. Cette protection prend deux méthodes. Le premier est que la personne est protégée contre agression d'autres. L'agression peut prendre la forme de, intentionnellement ou négligence, violation sans autorisation à la personne (contrainte corporelle, battre, et emprisonnement faux), harcèlement sexuel, violer une femme, avortement, faute professionnelle médicale, et terrorisme. Le deuxième méthode est la protection contre la personne lui-même à travers le principe de considérer le corps humain hors de commerce qui veut dire le nonabilité de la personne pour disposer dans son corps.

Familier à inviolabilité du corps sont dignité humaine et supériorité d'homme. En plus de religion, philosophiques, et traditionnelles raciness qui connectent entre dignité et l'homme, l'histoire récente de ce concept a été assurée et devenue une caractéristique d'être humain après la deuxième guerre mondiale et après que la transgression odieuse ait s'engager à par armée Nazie. Depuis que ce concept de la dignité est devenu la base fondamentale pour supériorité d'espèce humaine et inviolabilité et intégrité de corps humain. Cependant, la dignité du terme comme un concept légal est glissante, vague, et pas facile percevoir tous ses contenus imaginaires exceptez par estimation ou mentionner des exemples. Un effort a essayé de définir la dignité personnelle comme le minimum des pensées morales généralement acceptées dans une certaine période et a reconnu de gens ordinaires. Dans tous les cas il une matière subjective décidée par les juges d'après les considérations générales qui prédominent dans la société.

Parce que l'objet de protection telle est le corps humain, les plusieurs théories ont essayé d'expliquer la nature légale de corps. Ils sont divisés dans deux tendances principales. Une amalgame le corps avec la personne pour être complètement unifié et autre voit le corps comme une chose. Conséquent à la deuxième théorie la différence entre personnalité naturelle que légalement désigne homme et entité légale ou personne artificielle qui nommer organisations, institutions, établissements, et compagnies, devient sans valeur dû à la non-existence de sa justification. Ce résultat détruit la structure de personnalité dans science de loi. Donc, du point de vue de la recherche, la théorie de reification n'est pas acceptable.

Les tentatives différentes ont été faites pour illustrer la nature légale d'homme sur son corps. Partisans de théorie du reification ont assuré la propriété d'homme sur son corps. Sous critique de personalists et pour éviter le pouvoir absolu à individu sur son corps qui n'est pas acceptable, il a été dit que l'homme a le droit d'usufruit pendant que la vraie propriété est à la société ou à Dieu comme le canonists Islamique dites. Cette théorie a été critiquée comme il tourne dans cercle du reification. Une autre théorie qualifie ce droit comme une propriété commune entre individu et société ou entre homme et Dieu. Cette

dernière théorie est dans réalité la même idée de l'antérieur. Pour finir, il est reconnu comme un des droits de personnalité maintenant.

L'essence de principe de l'intégrité corporel prend la forme d'un triangle équilatéral. Le premier côté est que tous les organes humains et leurs composants et produits du corps exécutent complètement et efficacement leurs fonctions. Toute action cause arrêter de ces fonctions sera enfreindre à un intérêt protégé par loi et fauteur sera responsable. Le deuxième on est cet individu conserve les parties de tout son corps complètement sans tout défaut si par amputer ou par éradication ou réduire ou affaiblir leur capacité performance complète. Le troisième côté fait référence à la nécessité d'aimer bonne santé sans douleur physique ou maladies. Donc la protection corporelle inclut tous les organes humains et produits contre toute agression d'autres.

Le système légal Anglo-américain reconnaît un principe général à l'effet que conduite intentionnelle et imprudente qui a de défaut d'intégrité corporelle pour résultat est passible de poursuites. Récupération des dommages pour cet acte intentionnel est basée sur les délit civil (tort) de battre et contrainte par corps qui sont espèces d'offense à la personne. Aussi il classe la faute professionnelle médicale sous le délit civil de négligence. La battre est définie comme l'intentionnel et impermissible qui touche de la personne à un autre. Pendant que le contrainte est l'acte de mettre une autre personne dans peur raisonnable ou appréhension d'une battre immédiate au moyen d'un acte qui monte à une tentative ou menace pour s'engager à une battre monte à un contrainte passible de poursuites. Ainsi, la battre a intéresse l'affliction intentionnelle d'un toucher illégal de la personne d'un autre, alors que le contrainte dénote actes qui menacent une battre imminente.

La Loi Civile Française stipule dans article (161/1) un principe général pour inviolabilité corporelle, droit qui affirme que chaque individu a ce droit et son élément du corps et organes humains et produits ne peuvent pas être sujet à droit financier. Dans vertu de cet article le corps humain est hors de commerce. Échangez à cet article est le cinquième article de la Loi Civile Italienne et nombre de l'article (50) du Égyptien Civil, qui stipule "Celui qui subit une atteinte illicite à des droits inhérents à sa personnalité peut en demander la cessation et la réparation du préjudice qui serait résulté.

Dommages dans jurisprudence Française récente est divisé dans trois groupes: matériel, morale, et corporel. La dernière on est une collection des deux dommages antérieurs qui sont causés par infraction sur intégrité corporelle. Le dommage corporel est classifié deux genres des dommages. Le premier on est économique ou les patrimonial endommagent qui inclut traitement et dépenses du soin médicales, perte de profit de la probabilité ou l'espoir pour se rendre compte du profit, perte de salaire attendu ou retour des travaux professionnels, et dépenses d'embaucher une autre personne pour continuer les travaux ou devoirs qui ont supposé être exécuté par la victime mais pour incapacité permanente ou partielle. Le deuxième on les noneconomic ont des préjugés qui s'est reporté à un préjugé physique ou biologique, ou manque utilitaire. Ce genre de préjudice inclut: mal corporel ou douleur physique, préjugé de la beauté, préjugé sexuel, et plaisir (préjugé du agrément: la satisfaction plaisante).

Droit de sécurité corporelle dans islamyyah Shari'a est une matière de la religion ne peut pas être changée ou peut être remplacée. Il est récit de Prophète Mohamed qui dit quels moyens qui chaque Musulman avant un Musulman (chacun) est tabou pour son sang, pécuniaire, et honneur; Shari'a classe ce droit comme celui où il y a un droit pour individu qui est responsable pour les dommages-intérêts, et un droit pour Dieu qui impose des devoirs sur worshiper pour ne pas violer sécurité corporelle.

### 2.1-Le Droit de Bonne Réputation ( Difamation et Injure):

Le droit de la réputation de personne est protégé dans les systèmes tout légaux contre phrases diffamatoires qui blessent la réputation de la victime en l'exposant pour être haine,

mépris, fuies ou est évité, ou ridiculise, ou lequel a tendance le baisser dans l'estime de membres droit-rationnels de société. Les avantages de la loi cette protection pour titulaire pas comme être biologique mais comme une existence sociale.

L'étude comparative illustre ce droit de la réputation de personne est à une grande ampleur un bon exemple pour différence dans formuler statues et idéologie des lois du codification.

L'analyse du système Française le droit dit à deux éléments. En premier lieu est objectif ou honneur qui contiennent les caractéristiques naturelles d'homme qui ne change pas d'individu à un autre. La seconde est le subjectif ou considération qui varient d'une personne à un autre d'après son état. La considération est divisée à trois sous-éléments, a) privé qui est en rapport avec capacité d'une personne pour exécuter son affaires privées et l'obligations de sa famille, b) professionnel ou total de ses caractéristiques, capacités, et valeurs dans son travail ou profession; c) political ou sa situation dans la vie politique. Pendant que la diffamation est une imputation du publicaly d'offense criminelle ou un fait spécifique à la personne diffamée qui peut le placer sous punition ou être mépris, l'injure est un intentionnel blesser pour honorer ou considération de la victime sans imputer des faits spécifiques.

Diffamation dans système Anglo-américain consiste en diffamation libellée et diffamation verbale (libel and slander). Le premier est écrit habituellement ou est imprimé, la seconde est orale. La distinction principale est cette diffamation libellée comprend en formulation diffamatoire ou représentation dans "forme permanente". matière Diffamatoire qui est publiée dans une forme transitoire ou temporaire est diffamation verbale. Autres deux différences entre eux sont: 1) la diffamation écrite est un délit civil et infraction, pendant que la diffamation verbale est seulement un délit civil; 2) la diffamation libellée est passible de poursuites en soi –sans dommages prouvée (responsabilité présumé) que la diffamation verbale exige preuve des dommages spéciaux. Cependant, il y a quatre situations exceptionnelles où la diffamation verbale est passible de poursuites par se: a) imputation de conduite criminelle punissable avec emprisonnement; b) imputation d'unchastity ou adultère à une femme ou fille; c) imputations d'une maladie contagieuse ou infectieuse; et d) les imputations ont calculé déprécier le plaignant dans tout bureau, profession, appeler, commerce ou affaire.

Shari'a Islamique a suivi une approche complètement différente, dans nommer et caractériser l'acte illégal et formes d'acte offensif. Il décrit l'acte illégal comme imposter, mensonge, a médisé, calomnier, defamer les femmes chastes, violation de scaninity, diffamation, et injure ..etc. L'acte illégal qui blesse la réputation est divisé à deux genres. La première est la diffamation qui mérite punition doctrinale ou punitions prédéterminée par loi Divine pour les infractions spécifiques. Ce genre inclut diffamer un autre d'adultère ou nier la parenté. La deuxième on est la diffamation où il n'y a aucune punition doctrinale mais le malfaiteur sera sujet à châtement être décidé par juge. Exemples de diffamation telle sont malédiction, imputation d'homosexualité (pour les hommes) ou lesbisme (pour les femmes) ou rapport sexuel avec bête, injure qui blesse la sensation de la personne diffamée.

Il y a plusieurs aspects des différences dans philosophie et idéologie des lois dans les systèmes légaux dominants. Par exemple Shari'a Islamique et système légal Anglo-américain exigent pour les actions de la diffamation est que la communication à question doit être fausse même la personne diffamée est une des gens ordinaires et pas un fonctionnaire public ou personnalité public. Sur le système Français contraire la condition telle n'exige pas aussi loin que les vraies formulations baissent la personne diffamée dans l'estime de société. Shari'a considère cette estime de dignité humaine est le même avant l'individu lui-même ou avant autres donc il n'exige pas publicité dans action de la diffamation pour imputation d'adultère uniquement ou nier la parenté.

Les différences idéologiques se produisent aussi parmi pays dans le même système légal. Par exemple, la Loi Égyptienne exige que le bona fides pour défense la responsabilité



pour diffamation contre fonctionnaire du public ou un même que les moyens que le diffamateur croit dans vérité de publications et son intention se rendre compte l'intérêt public pour rien que seulement et pas blesse la réputation, alors que français n'exige pas défense telle mais cette justification que la formulation est vraie. Une autre différence entre les deux lois est que pendant que la loi Égyptienne exige abondance d'intention criminelle générale dans diffamation et injure ou connaissance et conscience, la loi Française exige rigoureusement abondance de intention criminal, général spéciale (malice réelle).

Bien que la loi Américaine de diffamation soit descendue de cela d'Angleterre, il a divergé si grandement que la ressemblance est en grande partie superficielle. La différence majeure et remarquable est ce la loi commune Américain offre plus de protection pour la parole libre aux dépens de réputation que la loi commune Anglaise. Les cours Américains ont conclu que les principes de la loi communs ne font pas de discours, ou au moins parole au sujet de matières d'inquiétude publique, le grade de protection a exigé sous le libre-parole et modalités de la presse du premier Amendement à Constitution Américaine. Ils ont créé un corps de loi de la diffamation constitutionnelle fédérale qui augmente, et dans quelques exemples supplante, les règles de la loi communes. Les amendements constitutionnels consécutifs à l'USA ont donné des rênes à mass média pour publier des questions à propos d'attitudes et performance de fonctionnaires publics, personnalités publics universels, et limiter-but, avec plus peu restrictions qu'en Angleterre. Aussi les exigences constitutionnelles ont des implications pour formulations diffamatoires formulées comme opinion ou hyperbole. Le résultat est cette hyperbole de rhétorique est protégée dans Américain absolument alors qu'il serait passible de poursuites au Royaume-Uni.

En plus de défenses générales dans responsabilité civile tel que consentement et involontaire, Diffamation, lois comparatives, a ses propres défenses spéciales. Le défendeur dans action de la diffamation peut avoir les défenses suivantes, 1) justification, 2) privilège qui peut être dans loi Américaine absolu ou qualifié, 3) abstrait commentaire. Comme il a été mentionné auparavant que les systèmes légaux Islamiques et Anglo-américain exemptent diffamatoire de responsabilité si la lexie diffamatoire présumée est vrai malgré de si la personne diffamée est un homme ordinaire ou fonctionnaire public ou personnalité public. Le Court Suprême à l'Etats-Unis a développé un ensemble spécialisé de privilèges qualifiés constitutionnels qui protègent des fonctionnaires publics et des personnalités publics si long comme ces phrases ne sont pas faites de leur fausseté sciemment ou imprudemment. En la France et l'Egypte cette défense limité dans cas de publications d'inquiétude des matières fonctionnaires publics seulement, ou représentants, ou toute personne a chargé pour exécuter le service public.

Quelques classes des personnes peuvent diffamer des autres avec impunité. Ceux-ci incluent des membres du parlement pendant dans le cours de débats législatifs et personnes qui parlent dans les débats judiciaires. Cependant, le témoin n'est pas absolument immunisé dans Loi Française. Il peut être responsable pour les dommages si son témoignage était à l'extérieur du sujet dans question et a inclus des formulations diffamatoires. Dans Egypte les parties litigants son immunisés contre action criminelle pour diffamation seulement. Ils peuvent être responsables pour les dommages. Le témoin est aussi immunisé d'après loi Islamique il y a longtemps qu'il transmet au court ce qui il avait su ou été témoin d'analogique à grand Sunna chefs Abi Hanifa, Al Shafi, et Ahmed honnêtement perçoit que celui qui cite ou transmet phrase diffamatoire n'est pas defamator.

Le Coeur concept de chapitre de la diffamation est le dilemme entre deux contredisant valeurs. Autrement dit le balance entre la réparation des individus et la liberté pour le media dans une société démocratique. De ce côté la croyance déclarée dans la sainteté de réputation et l'intérêt apparenté dans dignité personnelle que la diffamation convient à aide pour défendre. En outre, les mots peuvent couper de même que beaucoup comme couteaux, même si les blessures sont métaphoriques. Sur l'autre côté le grand intérêt social est dans liberté d'expression et liberté de presse, surtout en ce qui concerne phrases

qui peuvent toucher la conduite des affaires publiques. L'essence d'une démocratie est la participation par les citoyens dans le contrôle de la performance du gouvernement qui inclut l'examen du gouvernement et des fonctionnaires du public pour déterminer leur aptitude pour servir les gens. Donc, le droit de discuter, le droit de critiquer, le droit de s'opposer à, le droit de préconiser le changement, toutes ces dimensions de parole libre et presse libre sont au centre d'une société démocratique moderne.

Depuis temps anciens, mais dans l'histoire moderne avec la venue de la révolution Française qui a introduit ses principes au sujet de liberté humaine, le concept de liberté d'expression a développé et inclus dans la Déclaration de Droits humains de 1789 et législations internes dans France et autres pays. L'histoire moderne de liberté de presse a commencé en Angleterre pendant le 16ème et les 17ème siècles comme imprimer vraiment a développé et a grandi. Les pères fondateurs de la liberté telle en Amérique sont les grands gens derrière le premier Amendement de Constitution Américaine où leurs efforts constants ont mené pour inclure la constitution la version très efficace: "Le congrès ne fera aucune loi en ce qui concerne un établissement de religion, ou interdire les travaux libres de cela, ou prohiber la liberté de la parole, ou la presse; ou le droit des gens pacifiquement s'assembler,..."

Dans résoudre une telle loi du dilemme le défendeur donne une défense a étiqueté le "commentaire" ou "droit de critique". Cette défense est un aspect essentiel du plus grand droit de liberté de parole et sauvegarde qui autorisent la protestation aux travaux antidémocratiques de pouvoir. Ces considérations sont d'importance sociale telle que dans la région couverte par la défense ils sont prises pour emporter sur la rivalisant demande de protéger la réputation d'une personne. Privilège de commentaire court parallèle à la caractérisation d'une phrase comme opinion attentivement plutôt que fait. Phrases d'opinion ne sont pas sujet à costumes pour diffamation. Une raison du principe pour immuniser phrases d'opinion est celui-là ne peut pas prouver qu'une opinion est vraie ou fausse. Le problème de façonner des niveaux est inhérent dans la qualité prismatique de langue elle-même, aussi bien que la diversité de contexte dans que la langue paraît. Un crucial, si abstrait, mettez des mensonges des concepts dans les notions de coeur qui signifie et vérifiabilité: si une phrase a la signification commune relativement définissable et est capable de quelque genre de vérification empirique, il sera jugé le fait. Par contraste, si ce qu'il communique dans contexte est qu'il est une expression des vues personnelles de l'écrivain, et il n'implique pas un ensemble au-dessous de données vérifiable, alors il sera opinion. L'opinion pure est une phrase qui est incapable de l'existence prouvée vraie ou fausse. Il n'affirme pas ou même impliquer un probablement fait faux.

Les États-Unis ont présenté une nouvelle défense à la loi de diffamation uniquement a appelé la "hyperbole de rhétorique". en raison de ces lexies de l'opinion de la défense peut être défendu comme être rhétorique incroyable et la langue utilisé est si expansif que même le lecteur le plus insouciant a dû percevoir que le mot était aucun plus d'hyperbole de rhétorique et il est seulement une opinion, qu'il n'est pas une assertion de fait.

La scène de l'apogée de liberté d'expression, le droit de point crucial de la réputation qui mérite pour être discuté ici est la faisabilité de responsabilité criminelle pour diffamation s'engager à par média. Dans Egypte les journalistes est rebelle contre punition de l'emprisonnement stipulée dans loi criminelle pour diffamation. Autres disent qu'exempter des journalistes de soupçon de la punition tel d'unconstitutionnalité parce qu'il viole le principe constitutionnel d'équité avant loi. En fait la diffamation criminelle a été partie de protection légale pour le droit de réputation aussi bien que la responsabilité civile pour aussi long que la loi de diffamation existée. La diffamation criminelle est fondée sur la théorie que quelquefois il est approprié pour l'état pour agir sur comportez-vous de la partie préjudicé par diffamation, et apportez des charges criminelles contre le défendeur. Il a été justifié avec la discussion traditionnellement que si l'état manque agir, la partie(s) blessée peuvent prendre l'action violente contre le defamator pour dédommager pour le dégât ils

ont souffert. L'état a un intérêt substantiel dans prévenir cette violence de se produire. C'est bien sûr une vieille pensée. A cause de cela, les lois de la diffamation criminelles entrent inutilisées aujourd'hui dans la plupart des états en Amérique, ils sont vestiges du passé..

La théorie, dans les termes les plus simples, est que quand un fonctionnaire public ou le personnel public est diffamé par média à cause de travaux de sollicitude du public, il a un remède adéquat dans un costume civil pour les dommages. Le public ne souffre aucune blessure. Si la règle a toujours été que le remède de poursuite criminelle devrait être cherché seulement où le mal est de si flagrant un caractère comme punir et dissuader sur public fonde des indemnités punitives est alternative de l'uncost à poursuite criminelle socialement.

Ainsi, la loi Américaine de diffamation exclut la protection criminelle dans cas de diffamation contre gens qui sont dans oeil du public ou matières d'inquiétude publique dans entraînement, surtout. Donc il équilibre entre les deux contredisant valeurs. L'échelle incline pour favoriser du droit de réputation en exigeant prouvez de "Connaissance de fausseté ou imprudent négligez pour la vérité. Préférence pour parole libre aux dépens de réputation est le résultat de l'amendement constitutionnel fait par le Haut Court qui a donné quelques défenses et privilèges au défendeur tel que beau commentaire et justification.

Le chercheur suggère emprunter l'approche Américaine pour ne pas incriminer action de la diffamation qui laisse le plaignant pour plaider pour remède civil. Cette suggestion se conforme avec motif de média pour diffamation qui gagne presque profit. Donc la sanction efficace est la compensation pécuniaire qui inclut des indemnités punitives.

## 2.2- La Vie Privée (Privacy):

La vie privée est une valeur social-psychologique a eu besoin de satisfaire le désir pour individu être laissé sans intervention de touche-à-tous dans ses matières privées seul. Les anthropologistes concluent ce vie privée est une valeur et un besoin existe dans les sociétés seulement autrement il n'y a aucune nécessité importune pour la valeur telle. Il est un culture-spécifique, ainsi son plafond et a besoin pour soyez différent d'une société à un autre d'après niveaux de développement et restez en arrière et valeur sociale qui prédomine dans la société. Cependant, généralement parler, la plupart des sociétés considèrent quelques-unes des régions des activités humaines ne sont pas adéquats pour être sous observation ou contrôle.

Aucun de définitions abondantes de la vie privée n'est entièrement satisfaisant. Quelques académies définissent la vie privée comme ce qui n'est pas public. Autre explique la vie privée comme un synonyme à liberté. On a défini infraction de la vie privée comme une intervention non autorisée avec la solitude d'une personne de lui-même ou de sa propriété du public. Quelques-uns ont concentré dans leur définition sur l'information et le secret du données. La vie privée a été défini dû à cette approche comme l'attente que l'information personnelle confidentielle a divulgué dans une place privée ne sera pas divulgué à troisièmes réceptions, quand cette révélation causerait ou embarras ou détresse émotive à une personne des sensibilités raisonnables. Une autre définition est que la capacité de l'individu contrôler; la circulation de l'information concernant lui. Par conséquent, il est pragmatique pour énumérer régions de la vie privée plutôt que gaspiller le temps dans définition contentieuse.

Nous pouvons déduire les domaines de la vie privée en inspectant des candidatures judiciaires, juristic discrétionnaire, et législations. L'aléatoire ordre protège la vie privée inclut: inviolabilité de maison et secret d'adresse et nombre du téléphone, vie sentimentale, maternité et paternité, état de la famille, domicilie, état hygiénique, opinions religieuses, liturgiques, politiques, patrimoine, secret des professions, nom, photographies, exprime, correspondances, coups de téléphone, corps humain, être seul ou isolé, données et information, intrusion sur solitude, appropriation, révélation publique des faits privés, secret des ordures, temps du loisir, espionner, écouter aux portes, suivre et chercher des

organes génitaux, registres de ventes ou loyer des bandes de la vidéo, contenu d'e-mail, registres de la banque, que la bibliothèque enregistre, que l'étudiant enregistre, et présomption d'innocence.

Cependant, quelques-unes des champs mentionnées précitées d'application, de la signification stricte de secret et intéresse il protège, être exclu. Quelques-uns de ces champs confondent avec le concept des libertés comme liberté religieuse et liberté de croyance, liberté politique, vie sentimentale, et aimer le temps du loisir. La sécurité corporelle humaine est un droit séparé dans le groupe des droits de la personnalité. Quelques articles sont des arrangements seulement administratifs tel que: domiciliez, adressez, et nombre du téléphone. Pendant que maternité et paternité sont des situations juridiques. L'intérêt protégé dans présomption d'innocence raconte plus à l'intérêt protégé dans délit civil de diffamation plutôt que la vie privée. Quelques autres champs comme nom, photographies, et exprime encore contestable entre ce qui reconnaissent que comme les applications de secret et autres qui nient cette qualification.

Quand même des champs exclues la vie privée dans sa signification précise, les restant ceux ne sont pas amenés d'un paquet dans tous les pays. Quelques pays concentrent, dans les précédents judiciaires et les législations, sur quelqu'article qui en ignore quelques-uns autres. Quelqu'avantage des pays protection criminelle aussi bien que civil, pendant qu'autres étaient satisfaits avec protection civile seulement.

La vie privée, comme une valeur humaine, avait existé depuis l'aurore d'histoire écrite. Dans la Littérature Égyptienne ancienne il a été trouvé dans collection du papyrus (livre des morts) une provision dans la confession passif (volontaire) dit qu'il n'était pas à tous un coup d'oeil rusé. Il a été assuré par les religions du ciel comme un devoir sacré. Mais dans priorité de l'histoire moderne donner la protection judiciaire attribuée à magistrature Américaine après l'expression célèbre du Court Suprême: un "le défendeur ne demande rien - ne veut rien, mais être laissé seul jusqu'à ce qu'il puisse être montré qu'il a été violé le droit d'un autre". Sur le niveau international la Déclaration Universelle de Droits humains de 1948 fournit dans article (12) que "personne sera soumis à intervention arbitraire avec son vie privée, famille, maison ou correspondance". Quelques pays Européens ont continué dans stipuler la protection légale dans ses législations dans le champ de protection du données spécialement.

Toujours, il n'y a aucune référence dans constitutions Américain et Française à droit tel. En Allemagne, bien qu'un droit à vie privée ne soit pas mentionné comme tel, la constitution commence avec la lexie qui "La dignité d'homme est inviolable. Respecter et le protéger seront le devoir de toute l'autorité de l'état". Cela est suivi par les autres droits tel que celui "au développement libre de sa personnalité" et l'inviolabilité de sa personne, et secret de lettre, afficher, et télécommunications. Sur le contraire la constitution Espagnole reconnaît le droit tel explicitement. Inviolabilité de la vie privée de tous les citoyens a été stipulée dans article (45) de Constitution Égyptienne. L'article (57) codifie deux phases de protection légale: 1-incrimination d'invasion offensive de secret personnel sans préjugé à droite de victime demander pour les dommages-intérêts; 2 - les actions criminelles et civiles ne sont pas sujet à prescription.

En France, avant promulgation de loi civile de 1804 Français judiciaire a joué un rôle de l'initiative dans respecter et protéger vie privée d'individu de recours à deux lois; loi de propriété et loi de contrat. Après émission de la loi civile la magistrature a établi ces décisions sur la provision d'article (1382) à propos de la règle générale de responsabilité délictuelle (acte illicite). les Plusieurs problèmes pratiques ont éveillé d'appliquer la théorie générale d'acte illicite comme il exige du plaintiff à preuve tous les éléments de responsabilité. La preuve telle était difficile quelquefois en fait. Les juges ont essayé de résoudre cette difficulté en supposant dommage qui résulte de l'acte offensif un préjugé moral être décidé et ont estimé par discrétion de juge de fond. Les juges du pas supplémentaires considèrent la faute simple est assez pour reconnaître la responsabilité.

Devant les assiduités judiciaires et insuffisance des lois un comité de l'hoc de l'annonce avait été formé pour étudier le sujet dans question. Le comité a suggéré quelques amendements être inclus dans Loi Civile. Enfin loi No.70-643 le 17 juillet 1970 a été publié comme un résultat de magistrature interprétatif, contribution de la jurisprudence et les recommandations du comité. L'article (9) de la Loi Civile Française Affirme chaque personne a le droit de la vie privée. Les juges peuvent ranger sans préjugé de victime pour réparation à droite, prendre des mesures nécessaires tel que confiscation, ou saisie, ou en autres prévenir ou arrêter toute violation pour intimer de la vie privée. Formulation d'article tel était général à tout l'individu sans exception ou exclusion. Il est pour la première fois en France pour coder un principe général protéger la vie privée et le classer comme un des droits de personnalité. Deux conséquences à cette tendance: en premier lieu, la protection disponible a le caractère d'individualité; que signifier qu'il affronte des préjugés a souffert par titulaire personnellement. Deuxièmement, la violation sur la vie privée est assez pour justifier la responsabilité de pleins droit.

Protection de la vie privée en Egypte s'est rendue sous un parapluie de constitutionnel compte et législations qui ont été publiés dans réponse à recommandations d'arabe et conventions Islamiques et conférences Article six de projet de la convention Arabe pour les états des droits humains qui, ce vie privée est sacré inviolabilité et toute agression est une infraction. La neuvième Conférence Islamique pour Ministres des affaires étrangères consentis sur déclaration Le Caire qui affirme dans article (8)"... l'homme a le droit être indépendant dans matières de sa vie privée, dans sa résidence, famille, richesse, et communication. La maison est inviolable dans tous les cas..." Article (50) de Loi Civile Égyptienne un principe général code pour droits de personnalité qui nomme le chem. "droits inhérent à personnalité". Les avantages de l'article dits protection civile qui représente dans réparation et injonction.

Au Royaume-Uni il n'y a aucun droit légal général à la vie privée dans la loi domestique. Mais cela ne veut pas dire cela il n'y a aucune protection légale pour la vie privée. Cependant, la loi Anglaise offre la protection étendue à plusieurs aspects de secret humain. En fait, une combinaison la loi commune et les statues ont dans leur propre voie pragmatique pour accomplir le résultat de la fin. La loi Commune Anglaise n'a pas essayé de développer un droit général de la vie privée abstraitement. Sur le contraire il a fourni un paquet de droits qui sont ancrés dans réalité qui affaire avec secret. Ces systèmes empruntés peuvent être groupés sous trois titres généraux: a) intérêts du secret violés par intrusion dans la sphère privée d'autre personne, b) appropriation de personnalité, et c) révélations publiques des faits vrais et privées. Après soixante-dix années de la loi célèbre examinez l'article par Warren et Brandeis dans 1890 et l'expression sur-citée "le droit être laissé seul", le professeur Américain Proser a analysé les plusieurs décisions des courts Américains à propos du droit de la vie privée et dans son article et dans la Répétition (deuxième) des Délit civil (Law of Torts) classe quatre genres de base des droits du la vie privée:

1 - intrusion déraisonnable sur la solitude d'un autre, par exemple, invasion physique de la maison d'une personne (par exemple, entrée non désiré, vue des fenêtres avec jumelles ou appareil-photo, transcription conversations téléphoniques), inspecter portefeuille ou se richesse, a répété et coups de téléphone persistants, obtenir le données financier (par exemple, solde bancaire) sans le consentement de personne, etc.

2 - appropriation du nom d'une personne ou ressemblance; affirmation de ce droit impliquent l'usage de défendeur du nom d'une personne ou ressemblance sur une étiquette du produit communément ou dans faire connaître un produit ou service. Un concept semblable est le "droit de publicité" dans Amendement (Troisièmes) compétition injuste. La distinction est ce secret protège contre "blessure aux sensations personnelles", pendant que le droit de publicité protège contre exploitation commerciale non autorisé du nom d'une personne. Comme une matière pratique, les célébrités intentent un procès sous le droit

de publicité généralement, pendant que les citoyens ordinaires intentent un procès sous secret.

3- Révélation public des faits privés: un qui donne la publicité à une matière à propos de la vie privée d'un autre est sujet à responsabilité à l'autre pour l'invasion de son vie privée, si la matière avait rendu public est de genre qui: a) serait très offensif à une personne raisonnable, et b) n'est pas de sollicitude légitime au public.

4-La "lumière fausse" (False light) délit civil: lequel a traits traditionnelle de diffamation et vie privée. Un plaintiff établit un cas sous cette catégorie en montrant que le communiquer de la publication du défendeur quelque chose qui est mensonger et donc endommager à réputation. Une action de la diffamation prospère exige que l'information est fausse. Dans une action du secret l'information est généralement vraie, mais l'information a créé une impression fausse au sujet du plaintiff.

Une autre source pour vie privée être passible de poursuites est de l'éthique professionnelle, tel que caractère confidentiel des révélations pendant médecin - patient, prêtre-pénitent, rapports de l'avocat-client, avec le code de l'évidence qui protège des révélations telles. Violation de caractère confidentiel tel peut être un délit civil et aussi pourrait être une matière pour un comité de l'autorisation professionnel.

Shari'a Islamique a traité de la matière soumise qui utilise approche et phrases différentes. Dû à sa base religieuse il dirige son message aux gens entiers dans charge des obligations et les devoirs c.-à-d. la totalité sauf le titulaire de droit. Il les pousse, à travers sens de la bonté morale et religieuse et aussi en les effrayant de punition divine. Il n'a pas codé punition criminelle spécifique ou réparation civile qui les laissent aux autorités. Le message divin inclut plusieurs mandements et des prohibitions respecter le secret des autres et ne pas faire toute agression sur droit tel. Il donne attention spéciale à inviolabilité à maison en ne permettant pas entrant maisons à moins qu'ils soient autorisés de leurs propriétaires ou occupants. Islam interdit non plus espionner en écoutant aux portes ou par vue furtivement. Il prévient aussi des gens de révélation le secret correspondance. Donc nous pouvons déduire de ce cours que Shari'a Islamique a mis un principe général pour en ce qui concerne secret et alors a mentionné plusieurs applications.

La question maintenant, après 11ème de septembre 2001 événement dans les États-Unis et après mouvement fiévreux ou guerre contre ce qui est appelé le terrorisme, est-ce que la vie privée, comme une valeur humaine, recevez respect et protection dans un moyen absolu? Théoriquement cette question, dans absence recherche empirique et études, devient difficile de donner la réponse spécifique et satisfaisante autrement la réponse sera un explication personnel. Généralement parler la vie privée n'est pas un concept absolu. Comme il est un culture-spécifique il est le produit des multi-facteurs du milieu. Ces éléments de l'environnement incluent la personne comme un plaintiff ou défendeur et valeurs et objectifs qu'il essaie d'accomplir, les valeurs sociales croyaient qui être justifiée par la vie privée, valeurs ou les autres droits contredisent avec secret tel que le droit pour l'information, attitude social-psychologique de curiosité publique pour information et données spécialement ce à propos des personnalités publics, les défenses légales, ou les exemptions, ou privilèges comme consentements et intérêt public, révolution d'information ou explosion de données numérique, le volontairement compilation de données, le relatif exorbitant des coûts du secret, et voiler la vraie information pour accomplir des objectifs personnels illégaux.

Les facteurs mentionnés précités qui affectent l'ampleur de la vie privée cristallisent la réalité que la vie privée protège la dignité d'individu et personnalisme. Son but direct est accomplir des intérêts privés. Il contredit aussi avec droit d'information qui reconnaît pour chaque personne pour obtenir de la vraie et réel information et des nouvelles. Dans contradiction telle une balance est faite entre plusieurs intérêts, quelquefois estimer des intérêts individuels comme important mais souvent préférer des intérêts sociaux aux ceux individuels. Dans pays où relèvent de l'information est enraciné profondément et la créance

dominante est les gains sociaux de droit de l'information justifie les pertes à l'individu pour invasion de sa vie privée, dessinera ligne d'intérêt social c.-à-d. droit de l'information.

Finalement, le chercheur suggère cette réparation civile et les procédures préventives sont les méthodes commodes pour protéger le concept non-sociable tel. Accusation d'invasion de la vie privée appliquera la loi criminelle sur matière qui est par leur nature est des matières civiles. Si l'emploi des armes de dissuasion est exigé il pourrait être accompli par les dégâts punitifs.

### 3.1-Les Dommages-intérêts Compensatoire :

Le remède le plus familier des demandes de la responsabilité civiles est une récompense des dommages-intérêts: un paiement de l'argent. En pratique, l'indemnisation en argent est le plus fréquente, soit que la réparation en nature est impossible, matériellement ou moralement, soit que la victime ne l'ait pas demandée. Le but d'une récompense des indemnisations dans responsabilité délictuelle est mettre la partie qui a souffert dans demandée place comme il aurait été dans s'il n'avait pas soutenu le préjudice. Donc, le principe de réparation est que la personne qui a souffert la perte devrait complètement être dédommée pour la perte il a souffert. Les indemnisations sont, par conséquent, généralement a accordé dédommager le plaintiff et ne pas punir le défendeur.

Dans loi comparative il y a deux approches différentes pour caractériser la nature des indemnisations. L'école Française suivie par les savants Égyptiens considère des dommages-intérêts comme déclaratif ou révéler à droite quand existence de dette est prouvée, et aussi constitutif de la valeur de la dette. A cause de cette nature double des indemnisations quelques conséquences contiennent de la nature explicative de tel: si la législation est modifiée entre le jour du dommage et celui du jugement, c'est la première qui s'applique; eu les indemnisations payés responsables avant émission de jugement il aurait satisfait son obligation; la dette devient exigible bien que sa valeur soit indéterminée donc il avantages à la victime la responsabilité disposer par transfert la dette à une autre personne et le droit pour demander pour le nonenforcement de l'aliénation du débiteur aux autres avant lui aliénation telle même était avant la date de jugement des dommages-intérêts, généralement la victime a le droit pour prendre des mesures tout préventives sur sa dette; l'action du délit civil sera sujet à prescription de la date d'événement de la blessure sujet à connaissance de la victime de dommage tel autre sage il commencera de la date de son savoir. Comme un résultat des dommages de la nature constituants sera évalué sur la date de jugement pour inclure tous changements dans éléments du préjudice ou sa valeur.

La juridiction Anglaise regarde des indemnisations comme ils affirme le droit de demandeur. Il établit sa théorie sur la supposition que la loi de délit civil a des fonctions autre que cela de compensation. Dans quelques exemples il est utilisé pour défendre des droits privés, et ici la récompense des indemnisations n'est pas en rapport avec la perte du demandeur (depuis souvent il ne peut pas y avoir), mais simplement affirme son droit. Donc dans les délit civil passible de poursuites par soi que les demandeur ont besoin ne prouvez pas dommage pour réussi (responsabilité sans faute prouvée). Le réalité qu'aucun préjudice n'a été souffert n'affectera pas responsabilité, pourtant il peut affecter le quantum des indemnisations.

Au lieu, ou quelquefois en plus de, la récompense des indemnisations les demandeurs peuvent être alloués un injonction. Dans certains cas, tel est le cas lorsque l'obligation n'étant pas sérieusement contestable, le juge des référés est sollicité d'en ordonner l'exécution, même s'il s'agit d'une obligation de faire. Émission des injonctions est dans la discrétion du court. Dans principe un ordre ne peut pas être alloué à moins qu'il soit basé sur quelque cause réelle ou potentielle d'action dans responsabilité civile. La loi Anglaise a quatre types différents d'ordre. Ce sont: prohibitif, obligatoire, interlocutoire et ordres du timet du quia.

Le juge de fond décide exclusivement et évalue éléments de préjudice. Les dommages-intérêts couvriront le préjudice seulement direct, réel, et certain. Préjudice direct dans loi civile Française est la suite immédiate et directe de fait dommageable à l'acte illicite, pendant qu'il est d'après loi civile Égyptienne la suite normale de l'inexécution de l'obligation ou du retard dans l'exécution, autrement dit, résultat naturel de non-paiement ou diffère une obligation due. Il est comme tel dans loi Égyptienne quand le créancier ne peut pas être prudent de (son événement) en exerçant l'effort raisonnable. Le préjudice réel est que son existence est constatée sur la date de jugement. Les circonstances sous lesquelles les actes illicites sont faits et le caractère des actes eux-mêmes quel que soit le produit alimentaire le dommage règle le degré de certitude.

La question concernant certitude est comme le compte est pris des éventualités futures. Une distinction doit être dessinée entre pertes virtuelles et éventuelles. Le dommage purement hypothétique ou éventuel ne peut engager la responsabilité civile de son auteur. Mais il n'est pas moins constant qu'une certaine marge d'aléa est compatible avec la certitude du dommage, dès lors que celui-ci existe en puissance. On saisit aisément comment peut être délicate la conciliation de ces deux principes, destinée à satisfaire au maximum, mais sans verser dans l'excès, le souci d'indemniser les victimes. La frontière entre le dommage virtuel ou potentiel, qui est jugé certain, donc réparable, et le dommage éventuel, qui ne l'est pas, est en effet très floue. Ses contours sont incertains car l'on passe insensiblement de l'un à l'autre. L'opposition est une question de degré plus que de nature. Elle est essentiellement liée à l'importance de l'aléa qui affecte le dommage. Les cours Anglais suivent la même tendance mais aucun compte n'est pris de possibilités qui sont dans les termes actuariels petits, spéculatifs ou capricieux. Aussi la victime peut être accordée pour perte de chance sur la base que le dommage est virtuel où l'un risque substantiel ou réel dans le futur.

Le principe souverain dans la loi des pays Latins s'agit de replacer la victime dans l'état où elle se trouvait avant la survenance du dommage, l'indemnité a pour mesure le préjudice subi. L'auteur d'un dommage est donc tenu à la réparation intégrale du préjudice causé à la victime. Malgré des différences mineures entre les Français et systèmes légaux Anglais à propos de dénomination et énumération de préjudice personnel, victime de préjudice personnel souffre de deux genres distincts de dommages qui peuvent être classés comme pécuniaire respectivement ou patrimonial et non-pécuniaire ou extrapatrimonial. L'indemnisation pécuniaire ou matérielle est celle qui est susceptible de traduction directe dans argent et inclut l'apparition du *damnum emergens* et le gain manqué (*lucrum cessans*) tel que : hors de dépenses de poche, perte de salaire, perte pécuniaire réelle et future, perte de la capacité de gagner, logement coûteux, soins médicaux, hôpital et autres dépenses de l'allaitement, attente de la réduction de vie ou années perdues et dépenses dans la guérison par les autres. Le dommage non-pécuniaire ou moral inclut des éléments incommensurables tels que douleur et souffrance, capacité d'aimer la vie ou perte d'aménagements, consortium, et deuil. Semblable à genres de préjudice physique ou biologique non-pécuniaire, étiqueté est : blessé ou le malade a souffert, souffrances physiques douloureuses, préjudice esthétique, préjudice sexuel, et préjudice d'agrément.

Du principe fondamental prédominant dans la loi Française que l'évaluation du dommage doit être faite exclusivement en fonction du préjudice subi, ni perte, ni profit pour la victime sans que regard de gravité de faute. La réparation doit être égale au préjudice et, pour être égale, elle doit forcément être intégrale. Depuis l'émission de la loi civile Française il a été détourné du Romain distinct entre *proxima* du *dolo* du *culpa*, *levissima culpa*, et *levissima culpa*. Depuis alors il a adopté le principe d'unité de faute. De même, ni la situation personnelle du responsable, ni sa situation familiale, ni ses ressources, ni la représentation que la victime se fait du dommage n'ont à intervenir dans le calcul de l'indemnité. Autrement dit, il est fait totalement abstraction du coupable et de la victime pour ne s'occuper que du préjudice qui est le point de mire. Cependant, il est été témoin de



que jurisprudence et juridiction dans quelques cas apportent le compte dû à gravité de faute. Le principe dit d'équivalence entre dommage et réparations a n'est pas arrivé la même approbation à Egypte où la loi civile permet d'apporter le compte à assister aux circonstances et les considérations.

Circonstances telles et considérations peuvent être en rapport avec la victime comme sa position ou profession (comme être un fonctionnaire public ou un homme ordinaire), histoire de sa santé et son développement, et âge. Autres ont raconté au responsable comme sa situation financière et aussi sa profession. La faute de la victime est un facteur important dans répartir des indemnités. Il pourrait être la cause exclusive de préjudice ou proximate cause qui est équivalent pour forcer le majeur, de là l'auteur de l'acte ne sera pas responsable parce qu'il a été interdit par sa propre négligence. La faute de la victime pourrait être une contribution partielle dans dommage qui bien connu dans littérature légale comme la faute commune ou négligence contributive. Les trois systèmes légaux ont été apportés dans une ligne avec respect de répartir des dommages dans cas de négligence contributive en adoptant le principe de répartition. Il est adéquat répartir la perte entre les parties et réduire des dommages à ampleur telle comme il est juste et équitable quant à la part de la victime dans la responsabilité pour le préjudice.

Pendant que les lois Françaises et Égyptiennes autorisent allouer des récompenses pour dommages par ricochet ou préjudice personnelle et mort, les lois Anglo-américain et Islamiques limitent une telle application à cas de mort seulement. L'étude comparative illustre qu'une cause commune d'action est allouée pour les héritages sous étiquettes différentes mais l'essence est la même. La loi Française appelle l'action telle une action de la succession alors qu'il est appelé dans action de la survie du système de la loi Anglaise. Il est basé sur l'hypothèse qui le décédé (victime) aurait eu cette cause d'action contre le responsable pour acte illicite. Les successeurs peuvent emporter aussi l'action décadée. L'exception seule dans la loi Anglaise est en rapport avec le délit civil de diffamation. Une autre cause d'action est donnée le dependants décadé. Dans U.S.Statutes ces certaines catégories des demandeurs définies dans la statue fournissent, habituellement les personnes ont été en rapport avec un descendant, peut retrouver pour mort causée par acte injuste, négligence ou par défaut d'un autre. En la France et l'Egypte il est une action personnelle allouée à blessée par dommage ricochet. La classe des personnes classée par catégories comme dependants a été élargie dans les pays de l'ouest mais il est encore restreint dans loi Égyptienne comme il suit la loi Islamique, à hiers légal comme ils sont énumérés dans le Quraan Sacré. Dans cas de dommages non-pécuniaire la Loi Égyptienne limite classe des demandeurs à seulement victimes qui ont des rapports conjugaux ou de la parenté jusqu'à le deuxième grade. Définir cette classe des personnes est seulement une présomption juris tantum sujet à prouver de dégât.

La loi Anglaise reconnaît deux actions supplémentaires. En premier lieu, une action peut être faite pour les dommages pour deuil qui est un fixe quelques-uns de £ 7500 à la femme ou le mari du décédé et, où le décédé était mineur, aux parents de l'enfant légitime et mère d'enfant du compagnon de l'illegite. Deuxième, une action peut être faite dans respect des dépenses funéraires. Sanctionnez pour acte illégal qui cause la mort dans loi Islamique est un de deux: talionis du lex ou Al Diaah (argent du sang). La première est une punition criminelle et la seconde est un remède civil qui est une somme préfixée de l'argent doit être payé aux héritages décadés. La réparation civile est remplaçant à talionis du lex dans cas de meurtre où que le criminel meurt, ou le gardien des pardons du sang, ou manque des exigences du talion.

Une victime peut recevoir une variété large des paiements et les services autre que dommageés de l'acte illicites qui sont conçus pour alléger les effets de blessure. Ces paiements peuvent être payés de polices d'assurance ou les prestations compensatoires de sécurité sociale. Responsabilité de l'assurance qui est un contrat risquer-inégal, travaux à l'avantage du demandeur, dans faire des fonds disponible pour rencontrer toute récompense

de dommage qui sont faits, et du défendeur dans fournir les installations consolider et diriger la défense d'une demande. Au plus niveau général, dans beaucoup de cas il est seulement le fait qu'une personne s'est assurée contre responsabilité qui fait cette personne valeur intenter un procès financièrement. Obligations de l'assureur de la responsabilité surviennent seulement une fois la responsabilité a été établie.

De même plus grande signification que l'assurance a été le développement de sécurité sociale et autres formes de compensation de l'état. La différence de responsabilité délictuelle endommagement de social. La compensation de la sécurité est marquée toutes les fois que le dernier a tendance travailler sur la base des taux constant (fix).

Ces systèmes collectifs des réparations (assurance et sécurité sociale) n'abolit pas le rôle de système du responsabilité délictuelle. Encore il devrait être retenu à cause de son effet du préventif et à cause du principe éthique et légal qui il qui a par sa faute blessée un autre on devrait porter les coûts de réparation. Toujours, il est reconnu, en même temps qu'assurance de la responsabilité et sécurité sociale sont considérées comme avantages collatéraux aux dommages de la victime qui a reçu la responsabilité civile. Ils satisfont les nouveaux besoins qui ont éveillé depuis le dix-neuvième siècle comme un résultat de deux phenomena fondamentaux. En premier lieu est le développement prodigieux dans savoir-faire industriel et moyens des transports, donc l'augmentation énorme d'industriel et accidents de la circulation. Les développements tels ont été synchronisés avec étendez des activités professionnelles: médecins, pharmaciens, comptables, éditeurs, avocats, ingénieurs des constructions, architectes, consultants, journalists...etc. Alors il est naturellement, cette demande pour assurance a augmenté. Deuxième, comme un résultat des problèmes de prouver culpabilité et défense de responsabilité, nouveaux concepts de responsabilité tel que responsabilité sans faute prouvée, faute supposée, et responsabilité présumé,

Dû au caractère de l'indemnité d'assurance de la responsabilité et ces prestations de la sécurité sociaux qui visent pour partager le responsable au demandeur n'est pas permis de retrouver tout montant payé de l'assureur ou sécurité sociale une fois dans dédommager la victime pour préjudice directe, et une fois de la personne responsable, plus de la valeur de vrai mal autrement il est partout a dédommagé lequel peut être dit pour représenter un profit injuste (un enrichissement injuste). Donc, la loi autorise subrogation d'assureur et département de la sécurité social contre le malfaiteur. Ainsi ils ont un intérêts de propriétaire dans les produits de toute action apportés par la victime contre la troisième réception responsable qui peut être des inforced par un privilège.

### **3.2 – Indemnisation punitif (ou exemplaire) , Peine Privée,:**

Une classification traditionnelle, dans système légal Anglo-américain divise le délit civil remédie dans deux catégories majeures. Un a discuté dans le chapitre antérieur, est les dommages-intérêts compensatoire, un but du principe de qui est restaurer le victime à la place il a occupé avant une blessure. L'autre, le sujet de ce chapitre, est l'indemnisation punitife, quelquefois a appelé en Angleterre "indemnisation exemplaires". Dans les pays de la loi civils ils ont un concept légal a étiqueté la "peine privée" lequel un de ses domaines qui prennent un compte pour trou gravité de faute dans répartir des dommages, correspond, dans une certaine mesure la création légale Anglo-américain. Indemnisations punitifs sont un somme d'argent payé à la victime uniquement pour punir et dissuader le defendeur ou les autres.

Le motif de base introduire dans un chapitre séparé pour les indemnisations punitifs est qu'il sert comme un pont entre loi criminelle et responsabilité civile. Comme un remède civil les récompenses punitives fournissent quelque punition intermédiaire et l'emploi des armes de dissuasion de plus fonctionne sans le demandeur avoir pour satisfaire aux niveaux du processus dûs relativement stricts associé avec les poursuites criminelles. Toujours, facie du prima, punitif (exemplaire) les réparations sont un remède adéquat dans quelques cas plutôt qu'emprisonnement. Cette hypothèse porte les semences d'une discussion contre

emprisonner des journalistes pour diffamer ou violer le secret des fonctionnaires publics ou les personnes publiques.

Dans principe, l'incarcération a au moins quatre avantages sociaux: 1) emploi des armes de dissuasion, 2) châtement, 3) rééducation, et 4) incapacité. Le premier deux de ces objectifs sont accomplis par les réparations punitifs. Porter dans esprit qu'être violé la vie privée ou diffamer ce qui sont dans l'oeil du public est infraction sur les intérêts privés simplement, pendant que les autres actes offensifs peuvent être considérés comme violation sur les intérêts du public et peuvent être caractérisés comme infractions. Porter aussi dans esprit ce motif pour les journalistes perturber ou diffamer les célèbres, à moins qu'autrement justifier l'intérêt public, est gagner de l'argent à travers augmentation de leur distribution des journaux. Pendant que dans le même temps la vie privée et réputation de l'homme célèbre est égal à l'argent. Ainsi, demandeurs et défendeurs potentiels se sont occupés des avantages pécuniaires principalement. D'ici, la punition optimum, emploi des armes de dissuasion, et châtement doit être économique en privant le malfaiteur de gagner tel bénéfice et dessiner sang financier.

Une autre dimension dans comparer faisabilité d'emprisonnement et indemnités punitifs est les hauts coûts sociaux d'emprisonnement. Ces coûts incluent les coûts directs de bâtiment, maintenir, et recruter du personnel des prisons, et l'occasion a coûté de perdre le partage dans les opinions au sujet de matières du public des journalistes emprisonnés. Pour les coûts de l'occasion, il n'est pas accepté à journalistes ou gens d'opinion du recyclage pour produire des marchandises vendables pour réduire des coûts de l'emprisonnement socialement, comme il se passe avec les criminels ignorants.

Donc, nous venons au concept du cœur de ce thème que ce sont que l'alternative principale à emprisonnement dans les actes illicites de la vie privée et la diffamation s'engager à par les gens du mass média est indemnité punitive (exemplaire) et pas amendes. Les dernières proviennent au gouvernement, pendant que l'argent intelligent va à la poche du demandeur. Quand sanctionner d'acte illicite est amende fiscale dans quel cas l'état est la plante bénéficiaire qui décourage le victimes pour intenter un procès économiquement, lequel dans les indemnités punitifs plaignant et gouvernement obtiennent usage de cet argent. Le demandeur reçoit réparations pécuniaires et gouvernement rassemblent des impôts sur le revenu tel. Par conséquent le remède civil est approprié dans cas de protéger droits des personnes qui correspondent à l'élément moral de personnalité (le droit de la vie privée et de bonne réputation). les indemnités punitifs accomplissent emploi des armes de dissuasion forte et quelque punition sans impliquer la machinerie pleine du processus de la justice criminel. Une rationalisation pratique de ce départ des exigences de loi criminelle est ces réparations punitifs ont d'une récompense de l'argent pour résultat seulement plutôt que perte de liberté au défendeur qui dans beaucoup de cas la corporation médiatique est.

Dans la plupart des états des États-Unis d'Amérique il y a un statut qui décrit les conditions sous lesquelles les indemnités punitifs peuvent être accordés. Ce sont entreprendre affirmer les entraînements de la loi communs suivis par les cours réellement habituellement. Une échelle du culpabilité définit les niveaux de culpabilité ou catégories de préjudice pour lesquelles une récompense punitive peut être faite. L'échelle telle inclut plusieurs normes linguistiques différentes comme: l'oppression, fraude, supercherie, faux rapport, que malice, vindictivness, malade-veut, ou impudique, obstiné ou imprudent négligez du droit de plaignant. Il y a un enchevêtré ensemble d'adjectifs dans lequel la plainte prétend conduite qui était "intentionnel, imprudent, obstiné, impudique, gros et fraudent."

L'oppression veut dire soumettre une personne à épreuve cruelle et injuste et conscient insouciance des droits de cette personne. La malice a exigé pour supporter une récompense punitive, non plus peut être réel (malice en fait), ou a présumé (malice légale). la malice réelle est un état mental qui démontre un désir positif et intention pour blesser un autre. Ce type de malice est mis en action par habituellement animosité ou haine vers une autre

personne. La malice présumée est ce que la loi infère d'ou impute aux certains actes. Bien qu'une personne ne puisse pas exprimer de haine ou malade-vouloir, la malice peut être imputée à cette personne s'il agit délibérément et veut à la blessure d'un autre seulement.

Plusieurs facteurs peuvent être considérés pour déterminer si la conduite a été s'engager à avec malice ou indifférence imprudente à la victime plaign fédéralement a protégé des droits. La liste est nonexclusive et autres facteurs pertinents peuvent aussi être considérés:

- 1 - le grade de horreur et nature de la conduite du défendeur
- 2 - la nature, ampleur, et sévérité du mal à la se plaignant réception
- 3 - la durée de la conduite discriminatoire
- 4 - l'existence et fréquence de passé semblable conduite discriminatoire

Cependant, la loi Californie autorise des indemnisations punitifs même si le défendeur avait aucun "intention réelle faire du mal le plaintiff ou autres". Tout qui est nécessaire est "conscient négliger" pour la sécurité des personnes telles. La grande majorité des juridictions dans les États-Unis n'autorise pas de indemnisations punitifs pour conduite négligente. C'est aussi vrai pour formes aggravées de négligence qui être courant sous le titre de grosse négligence. Les réparations punitifs peuvent être accordés seulement si le demadeur prouve que le défendeur est responsable pour les dommages-intérêts compensatoires. Ils ne seront pas accordés pour infraction rien que de contrat.

Le système légal Américain donne la considération à quelques facteurs dans répartir montant des récompenses punitives. L'idée fondamentale derrière une telle estimation est qu'il devrait porter des relations au caractère de l'acte du défendeur avec la nature et ampleur du mal au demandeur que le défendeur a causé. Ainsi, déterminer ce qui constitue une juste et raisonnable montant des récompenses devrait donner la considération aux directives suivantes compte qui est exclusif:

- 1 - le montant des dommages-intérêts compensatoires;
- 2 - tout profit ou gagne, a obtenu par le défendeur à travers la conduite injuste, dans excès de ce possible être détourné par cet ou autres actions contre le défendeur pour les dommages-intérêts compensateurs,
- 3 - la condition financière présente et future du défendeur et l'effet d'une récompense sur chaque condition;
- 4 - toutes amendes, indemnisations, ou restitution ont payé ou être payé en le survenant défendeur de la conduite injuste;
- 5 - tout effet adverse de la récompense sur personnes innocentes
- 6 - toutes mesures remédiables prises ou ne pris pas par le défendeur depuis la conduite injuste;
- 7 - tout autre aggraver ou atténuer des facteurs pertinent au montant de la récompense.

Les principes qui gouvernent des réparations exemplaires au Royaume-Uni ont été examinés dans la parole de Lord Devlin dans un cas célèbre en 1964 et plus loin a amplifié dans la Maison des Seigneurs en 1972. Parce que tel accorde la distinction à barbouillage entre les charges civiles et criminelles de loi, Lord Devlin qu'ils devraient être limités à trois catégories:

- La première catégorie inclut l'action oppressive, arbitraire, ou anticonstitutionnelle par les employés du gouvernement Devlin était prudent de ne pas étendre cette catégorie aux actions oppressives par les individus privés ou les corporations.
- La deuxième catégorie inclut cas dans que la conduite du défendeur a été calculée pour faire un profit pour lui-même lequel pourrait dépasser la compensation payable au plaintiff.
- La troisième catégorie reconnaît le fait évident que le indemnisation exemplaire peut être accorde toutes les fois qu'une statue permet à une telle récompense d'être fait.

En plus de disposer ces catégories, il y a trois considérations qui doivent ne pas perdre de vue dans tout cas dans qu'une récompense des indemnisations exemplaires est demandée. En premier lieu, les plaintiff soi-même la victime du comportement punissable;

deuxièmement, le pouvoir accorder des réparations tels doit être utilisé avec retenue car il peut être une arme contre aussi bien que pour liberté; troisièmement, les moyens du défendeur, sans rapport dans l'estimation des dégâts compensateurs, est matériel.

Aussi, la loi Anglaise reconnaît un autre genre des indemnisations appelé "indemnisation aggravé". Ils sont accordés typiquement où la manière dans que le délit civil a été s'engager à était tel que blesser les sensations adéquates des plaintiff de fierté et dignité, ou a donné la montée à humiliation, insulte ou autre détresse. Dans ordre pour allouer tel endommagement, deux éléments doivent être satisfaits. En premier lieu, la conduite du défendeur doit être "exceptionnel", c.-à-d. particulièrement offensif ou a accompagné par malveillance ou rancune. La conduite du défendeur dans le processus de litige et à essai a aussi été considéré pertinent aux indemnisations aggravées. La deuxième exigence est d'une blessure à une personnalité intéresse ou sentir. Cela veut dire qu'un plaintiff qui sont ignorant de la conduite exceptionnelle défendeuse ou motif ne peuvent pas demander de indemnisations aggravées, bien que la conduite puisse exciter outrage ou offense autrement.

Les indemnisations aggravées ne peuvent pas être accordés pour le délit civil de négligence ou pour infraction de contrat. Ils, cependant, a été accordé pour beaucoup d'autres causes d'action, y compris assaut, contrainte corporel, emprisonnement faux, persécution méchante, diffamation, intimidation, discrimination, supercherie, ennui, et intervention illégale avec l'affaire.

Bien que, comme autorité claire et haute en Angleterre cela aggravé a affirmé les réparations sont compensatoires dans nature, l'est resté quelque confusion environ si ils ont un charges punitives ou quasi-punitives. Bien sûr chaque récompense de réparation qui sont payés hors de la propre poche de défendeur, s'il est, par exemple, une récompense les indemnisations compensateurs ou les restitutionary endommagement, est possible de l'affecter de façon défavorable. Autrement dit, cet effet peut être, et souvent est, a décrit comme punitif. Comme toute récompense des dégâts peut avoir un tel adverse effet sur un défendeur, le fait qu'une récompense des dégâts aggravés peut faire n'est pas une raison pour envisager une telle récompense comme n'importe quoi ainsi autre que compensateur dans nature.

Analogie à exemplaire (punitif) et a aggravé des dégâts dans Anglo-American le système légal est le prix du sang aggravé (Al Diah) dans loi Islamique. Il est accordé quant à culpabilité par soit méchant et obstiné de la conduite du défendeur. Il est aussi accordé dans cas des infractions contre parentés dans grade interdit et dans cas des infractions s'engager à dans les mois sacrés ou à la ville sacrée Mecque. Aggravation de le prix du sang dit prend trois formes: 1 - vieux âges des cent chameaux (comme ils sont préfixés par loi Divine) ou leur valeur en argent; 2 - les défendeurs doivent porter la récompense lui-même de sa poche. Cela veut dire que personne de ses parents ou clan partage dans paiement; 3 - être payé tout de suite.

Peine privée en France, un héritage de loi romaine (poena privata). Les Romains distinguaient les différents degrés de fautes. La faute la plus grave était nommée culpa lata dolo proxima. Les autres fautes so culpa levis, et culpa levissima. Mais après les changements du sort, les rédacteurs du Code Civil de 1804, affectés de la doctrine de Pothier, ont eu l'intention de rompre avec la distinction des trois fautes tel et de la remplacer par le principe générale qui rend chacun responsable de sa faute, qu'elle soit. Ont-ils par la même réussi à abolir toute différenciation fondée sur la gravité de la faute. Autrement dit, le Code civil a adopté le principe d'unité de la faute civile génératrice de responsabilité.

Conséquemment, le magistrat n'a pas tenir compte de la gravité de la faute pour fixer les dommages-intérêts. Il en résulte l'égalité gravité des fautes n'implique pas l'équivalence des préjudices. De même, ni la situation personnelle du responsable, ni sa situation familiale, ni ses ressources, ni la représentation que la victime se fait du dommage n'ont à intervenir dans le calcul de l'indemnité. Par ailleurs, l'indemnité ne doit être ni moins ni

plus important que le préjudice. L'évaluation du dommages doit être fait exclusivement en fonction du préjudice subi.

Cependant, magistrature, quant à l'appréciation de l'indemnité, a été inclinée à augmenter ou le diminuer d'après gravité de culpabilité. La jurisprudence a pris sur cette ligne et a recréé le concept de peine privée de sa tombe. En premier lieu la tentative a été faite par le juriste Hugueney dans sa thèse en 1904. Il a attribué renaissance de poena privata à deux facteurs principaux. En premier lieu, est l'existence des conditions légales, éthiques, sociales, et économiques, comme résultats à changements dans pensées, coutumes, moralités, et l'état sociale qui font l'atmosphère publique analogue à cela prédominait dans que le poena privata a été créé pendant époque romaine en premier lieu. Deuxième, est l'insuffisance des dommages-intérêts pour protéger règles de loi civile. Donc, il y avait un pressant besoin pour une dissuadant réaction imputée à loi civile mais peut être emprunté de loi criminelle.

Il est assez clair qu'excavation de peine privée dans âge moderne a été faite à travers les bons offices du grand juriste Boris Starck. Dans sa thèse en 1947, il considère que quelques genres de culpabilité tel que: dol, fraude, malade-veuille, et les culpa lata sont les calamités sociales doivent être combattre par loi civile. Dans tel emballage augmentation d'indemnité est un fonction de gravité du culpa. Il aussi distinctes entre réparation de garantie qui est objectif et réparation modérée et intégrale que son évaluation est basée l'inconcereto. La réparation intégrante est le maximum pour récompense de la peine privée.

Il y a plusieurs mise en vigueur pour peine privée est stipulé dans français et aussi lois civiles Égyptiennes. Ils sont comme suit: prenant compte à gravité de la culpabilité à l'appréciation de l'indemnité (ce la application seule qui correspond aux indemnités punitifs ou exemplaires dans système légal Anglo-américain), indemniser le préjudice imprévisible dans cas de fraude et faute lourde dans responsabilité contractuelle; accorder le préjudice indirect dans responsabilité civile, responsabilité par se peu soigneux de prouver le dégât (exemple de provision de la candidature tels d'article 1153 de la loi civile Française qui correspond à article 228 de la loi civile Égyptienne qui stipule "les intérêts moratoires, légaux ou conventionnels, sont dus, sans que le créancier ait à établir un préjudice, subi par suite du retard"); et priver l'assurance de la responsabilité dans cas de la fraude. Les cours ont utilisé leur autorité pour étendre la gravité du culpa pour inclure la faute inexcusable comme être plus grand que culpa du lata et moindre que fraude ou faute intentionnelle. Ils considèrent la faute inexcusable est de gravité exceptionnelle et a augmenté les récompenses comme un des applications de la peine privée. Aussi, les cours ont annulé la clause de non-responsabilité dans acte illicite. Comme par article 1152 de loi civile Française et l'article 223 de loi civile Égyptienne la clause pénale (stipulatio poena) exécute des fonctions doubles. Comme il est dit "il est un bras à deux avant-bras". Il est un contrat pour emporter une obligation principale et dans cas de non-enforcement d'accord tel il est une punition. Quelquefois question le court rendre un jugement interlocutoire contre le débiteur qui s'abstient d'exécuter un dans obligation en nature payer somme de l'argent être calculé sur base d'unité du temps (jour, semaine, mois, etc.) comme une moyenne de pression emporter son obligation. Le montant tel est un financier menace qui appelé l'astreinte, ainsi il est un genre de peine privée. Quelques auteurs considèrent la récompense sur dégât non-économique est à quelque ampleur une punition privée. Cependant, il est difficile d'inspecter les autres plusieurs aspects de peine privée.

### **3.3-Economic analyse de Réparation:**

Peut-être le développement le plus important de pensée légale en la seconde demie du siècle dernier a été la métaphore de l'économie à une rangée jamais-croissante des champs légaux. Utiliser les outils classiques et concepts fondamentaux tel que la loi de demande et fournit, théorie du prix, choix rationnel.. etc. a mené l'économie pour trouver un vacant riche dans l'écologie intellectuelle de la loi et l'a rempli. L'économie fournit une théorie

scientifique pour prédire les effets des sanctions légales sur comportement. L'idée derrière cette prédiction est cela sanctionne l'apparence comme prix, et vraisemblablement, les gens répondent à ce sanctionne beaucoup comme ils répondent aux prix. Aussi, l'économie prédit les effets des politiques sur efficacité en prévoyant le niveau normatif évaluer loi et politique.

Un des suppositions centrales dans théorie économique est que les décision-faiseurs sont moi-même-intéressés rationnellement. Cela veut dire que les décision-faiseurs ont stable, et préférences bien-rangées au sujet de qui impliquent quelque chose le décision-faiseur cognitif et raisonner des capacités. Spécifiquement, il suggère que les décision-faiseurs peuvent calculer les coûts et avantages des alternatives disponible à eux et qu'ils choisissent suivre l'alternative qui offre le plus grand avantage. Mais les maximization rationnels ne devraient pas être confondus avec calcul conscient. L'économie n'est pas une théorie au sujet de conscience. Le comportement est rationnel quand il conforme au modèle de choix rationnel, quel que soit l'état d'esprit du chooser.

Tout le monde prend des précautions contre accidents, mais comment étendu les précautions prises sont ?. Bien sûr le niveau effectif de précaution ( $x^-$ ) présumable, égale le niveau légal ( $x^*$ ), alors  $x^- = x^*$ . La question intéressante est comme aide de l'économie dans mettre le niveau légal. Un juge Américain Learned Hand a développé une règle célèbre a appelé la "Formule Hand" pour mettre le niveau pour négligence en utilisant des termes algébriques. Laissez (P) dénoter à probabilité et la magnitude, (L) pour perte, et (B) au coût de la précaution. Hand a écrit qu'un injurer potentiel est négligent si mais seulement si  $(B) < PL$ . Mais cette règle est vague comme à si les variables font référence aux valeurs marginales ou les valeurs totales. L'économiste a des valeurs marginales. Donc il pourrait être mis dans une autre notation. Laissez-nous dénoter au coût marginal de précaution par ( $w_i$ ), coût de mal de l'accident par (A), et probabilité marginale par (P'). Alors nous obtenons la règle suivante: la règle de Hand marginale:  $W_i < P'A =$  l'injurer est négligent. Pour s'échapper la responsabilité sous règle Hand, les injurer doivent augmenter la précaution jusqu'à l'inégalité devient une égalité:

$$W = P'(X^*) A$$

Le coût social marginal      avantage social marginal  
Pendant que ( $x^*$ ) fait référence à la valeur du coût social attendu.

Aussi, le niveau effectif de précaution  $x^*$  peut être trouvé en résolvant cette équation.

Les dommages compensateurs sont eus l'intention à "faites la victime sans mélange". Quelquefois c'est possible spécialement quand la réparation tombe dans le concept économique standard d'indifférence: La compensation est parfaite quand la victime est indifférente entre avoir le préjudice et indemnisation, et avoir ni l'un ni l'autre. Ce concept est pertinent pour blessures dans qu'un remplaçant pour les marchandises perdues est disponible dans le marché. Mais pour quelques préjudice tortueuses il n'y a aucun remplaçant du marché prêt tel que mort ou blessure sérieuse. Une décision rationnelle au sujet de ces risques sérieux implique équilibrer les coûts et avantages de précaution. En raisonner dans ce voie et utilisant la Formule de Hand, il est possible d'imputer une valeur à la perte de la vie. Pour illustrer, nous pouvons supposer que la probabilité d'un accident de l'automobile fatal tombe par 1/10,000 quand un additionnel £100 sont dépensés sur sécurité automotrice. Si dépenses sur sécurité automotrice sont rationnelles, alors la réduction dans la probabilité d'un accident fatal, a multiplié par la valeur implicite assignée à une vie, égale le coût marginal de soin:

$$(1/10.000) (\text{valeur implicite de la vie}) = £100$$

$$\text{Ou } (\text{valeur implicite de la vie}) = 100/(10.000)$$

Lesquels suggèrent cette valeur implicite de la vie est une million livre. Cette méthode de calcul que la valeur de la vie s'est reportée à comme la méthode du risquer-équivalent.

Nous pouvons représenter la règle du dommage effective dans les expressions algébriques comme suit. Considérez un tortfeasor potentiel. Le nombre des offenses qu'il

fournit est une charge  $O$  ( $C_p$ ) de sa dépense sur les précautions  $C_p$ . Pour chaque offense il est chargé des indemnités  $D$ . Le coût de Le tortfeasor est dommage coûté plus coût de la précaution:  $DO(C_p) + C_p$ . Il choisit le niveau de précaution qui le minimise, ainsi:

$$d/dC_p[DO(C_p) + C_p] = DO' + 1 = 0 \text{ (eq.1)}$$

$$O' = YD. 1/D$$

Chaque offense impose un coût sur la victime, pour simplicité nous a laissés supposer que le coût par offense est constant. Le définir comme  $C_v$ , le coût total imposé par le court sur la victime est  $C_v O(C_p)$ . S'il y avait aucun litige ne coûte, le coût social serait le coût à la victime plus le coût des précautions:  $C_v O(C_p) + C_p$ . Minimiser, nous obtiendrions:

$$d/dC_p [C_v O(C_p) + C_p] = C_v O' + 1 = 0 \text{ (eq.2)}$$

L'équation 2 décrit ce que nous voulons que le tortfeasor potentiel fasse; l'équation 1 décrit ce qu'il choisira faire. Nous faisons les deux le même en mettant des dégâts égale au coût imposé par le délit civil;  $D = C_v$ .

Une des problèmes dans la pratique est l'évaluer d'un dommage pour perte de la capacité de gagner. Nous devons déterminer les salaires possible pour avoir été reçu chaque année entre accident et retraite. Le point du début pour le préjudice est le profil du salaire par âge pour l'occupation. Le prochain pas est déterminer comme est possible que les salaires dans l'occupation changent dans le futur. Beaucoup compte cela peut changer le niveau du salaire dans une occupation particulière est très difficile de prévoir - tel que changements dans la demande pour la production de l'industrie dans que l'ouvrier est employé ou dans le niveau de la syndicalisation dans l'industrie. Ces sources de changement du salaire futur doivent être ignorées dans estimer des dommages généralement. Les sources prévisibles de changement du salaire sont trois: (1) probabilité de licenciement, basée sur expérience de l'emploi passée dans l'industrie, (2) augmenter la productivité de la main-d'oeuvre, et (3) inflation.

Un quelque peu plus difficile accorde des dommages pour douleur, défiguration, perte de mobilité, et autres formes de souffrance ont infligé par acte illicite. Depuis la perte de vision ou membres le montant de plaisir qui peut être acheté avec une demie livre réduit (cinquante piasters), un montant très grand de l'argent sera fréquemment nécessaire de placer la victime dans la même place de satisfaction relative qu'il a occupé avant l'acte illégal. Le problème est très aigu dans un cas de la mort. La plupart des gens n'échangeraient pas leurs vies pour n'importe quoi moins qu'infini quelques-uns de l'argent si l'échange était prendre place immédiatement, depuis qu'ils auraient si petit temps dans qui aimer les produits de la vente. Un problème particulièrement difficile est l'évaluation de la vie d'un enfant. Bien qu'il n'y ait fréquemment aucune base pour estimer le salaire perdu, une évaluation minimum de la perte des parents qui peut être utilisée comme la base pour leur accorder des dégâts, est leur investissement de l'argent et fixe dans l'élevage de l'enfant jusqu'à la date de sa mort.

L'économiste peut aider dans affirmer des indemnités punitifs à une méthode de calcul. Définissez le variables pertinent comme suit:

$x$  = précaution dont le coût est  $\pounds w$  par unité;

$P$  = la probabilité d'un accident comme une charge de  $x$ , avec  $P' < 0$  et  $P'' > 0$  (c.-à-d. la probabilité d'un accident décline comme augmentations de la précaution, mais décline à un taux décroissant);

$A$  = le préjudice causé par un accident;

$L$  = la responsabilité de l'injurer conditionnel sur un accident se produit réellement;

$m$  = le punitif multiple; et

$e$  = l'erreur de la mise en application (ration des victimes dédommagées additionner des victimes)

Supposez cette précaution,  $x$  dont le coût de l'unité est  $\pounds w$ , est continue et que prendre la précaution réduit la probabilité,  $P$ , d'un accident. Les décision-faiseurs socialement



responsables prennent la précaution pour minimiser la somme des coûts et ont attendu coût de mal:

$$\text{le min } [wx + P(x) A]$$

Par contraste, les acteurs purement égoïstes ne se sont pas occupés du préjudice,  $A$ , a souffert par les autres, mais seulement avec leur propre responsabilité attendue,  $L$ . acteurs Purement égoïstes donc prenez la précaution pour minimiser la somme de leurs coûts et leur responsabilité fixe la probabilité d'un accident:

$$\text{min } [wx + P(x) L]$$

Considérez, en premier lieu, les conséquences d'une erreur de la mise en application "e" quand il n'y a pas des indemnités punitifs. Alors la responsabilité de décision-faiseur est limitée aux dommages compensateurs par supposition,  $UN$ , lesquels sont imposés avec erreur de la mise en application "e" dans l'événement d'un accident. Donc,

$$L = A e$$

Parce que  $e < 1$ , la responsabilité attendue est une fraction du préjudice réel faite par un injurer. Substituer ceci dans les rendements de la relation précédents:

$$\text{le min } [wx + p(x) A e]$$

Cette équation est différent de celui pour les décision-faiseurs socialement responsables par le terme "e", l'erreur de la mise en application représente un externalization de coûts sociaux qui causent des décision-faiseurs pour prendre trop petite précaution.

Pour faire des acteurs égoïstes intérioriser des coûts sociaux, les dommages-intérêts compensateurs doivent être augmentés par les indemnités punitifs. Quand les réparations punitifs sont permis, la responsabilité égale les temps multiples punitifs le net des dommages-intérêts compensateur de l'erreur de la mise en application:

$$L = A e m$$

L'équation de la minimisation pour les acteurs purement égoïstes devient alors

$$\text{min } [wx + P(x) A e m]$$

Laissez-nous déplacer à la base économique de liberté de la parole. Les idées sont un utile bons ont produit dans quantité énorme dans un marché très compétitif. Cette place du marché détermine la "vérité" des idées, autre que des propositions purement déductives tel que le Théorème Pythagorean. Quand nous disons qu'une idée est correcte, nous signifions que tout ou la plupart des consommateurs bien informés ont accepté (a acheté) il. Si compétition parmi idées est la méthode par que la vérité est établie, la suppression d'une idée sur la terre qu'il est faux est absurde, sauf quelque échec du marché. Une idée est fausse seulement si a repoussé dans la place du marché, et s'il est repoussé, il n'y a aucune occasion pour le supprimer.

Le droit de la vie privée est impliqué souvent par les célébrités avide pour publicité le plus; ils veulent s'assurer juste ils reçoivent le plus haut prix possible pour l'usage de leur nom et décrivent dans faire connaître quel que soit valeur de l'information l'endossement d'une célébrité a aux consommateurs sera perdu si chaque producteur peut utiliser le nom de la célébrité et décrire dans sa publicité.

La question la plus intéressante de la vie privée est si une personne devrait avoir un droit pour dissimuler des faits gênants au sujet de lui, par exemple qu'il est un ex-prisonnier. Il y en a, mais pas beaucoup de soutien pour un tel droit. L'économiste voit une parallèle aux efforts des vendeurs pour dissimuler des défauts cachés dans leurs produits. Une personne "vend" lui-même en essayant de persuader des accomplissant partenaires potentiels qu'il a de bonnes qualités. Est-ce qu'il devrait être encouragé pour tromper ces gens, en étant donné un droit pour intenter un procès quelqu'un qui démasque ses défauts cachés"? au moins sur les raisons économiques, la réponse paraît être non. Nous serions dans royaume du secret du commerce alors, et le cas serait aucun différent dans principe du vol d'une formule secrète par un rival commerçant. Ici le secret est une méthode de mettre en vigueur un droit de la propriété non officiel et encourage un investissement dans une idée socialement précieuse.

La dernière question qui mérite être un apogée convenable à cette thèse est l'acte illicite de diffamation regardé à de l'analyse économique. Les préjudices au sujet d'individus sont une partie importante de la place du marché des idées et peuvent dans principe être validés dans les plusieurs respects comme autres idées - par compétition. Mais ils sont spéciaux dans les plusieurs respects. Ils infligent coûts qui sont les deux concentrés et au moins cruellement mesurable; la fausseté de la diffamation peut être assez bon remplaçant pour détermination du marché, et la compétition ne peut pas être un remède efficace.

Diffamer une personne est un acte délibéré spécialement quand il vient de presse contre une personnalité importante public, cependant analyse économique d'acte tel considère des facteurs. Le premier facteur est le coût de prévenir diffamation est beaucoup plus inférieur que dommage souffert par la victime c.-à-d. (d'après Formule de Hand)  $B < PL$ . Un autre élément est que l'auteur peut changer son activité et réduit coûts de précaution alors que la victime ne peut pas changer son activité économique pour éviter le délit civil de diffamation. Troisièmement le facteur est cette provision d'acte de la diffamation est élastique. Cela veut dire si le journaliste et le journal qui l'emploient sont affrontés avec la perspective des indemnités grandes (punitif), ils peuvent être peu disposés pour publier l'article les avantages sociaux totaux même pourtant (mais pas leurs avantages privés), comme a mesuré par la bonne volonté de tous les lecteurs des journaux pour payer pour lire l'article, peut dépasser ces dégâts.

## **Protecting individual rights under tort law**

### **"A comparative study"**

### **Research Report (Resume')**

"The early law asked simply, " Did the defendant do the physical act which damaged the plaintiff?" The law of today except in certain cases based upon public policies asks the further question, was the act blameworthy?"

James Barr Adams

## 0.0- General Statement:

Protection of individual rights, or as they are called in French literature "the rights of personalities"(les droits des personnalité), has been a perennial subject of debate in all legal systems not only because it is embedded in the intellectual traditions and professional practitioners but also because it exhibits deep of opinions on daily-life fundamental matters. Participants of such debate represent a wide variety of diversified professions. Such categories adjoin legal scholars and students, judges, jurors, lawyers, religion people, physicians, surgeons, dentists, pharmacists, public officials, public figures, and mass media professionals.

Individual rights are the main concern of man anywhere and any when. He always struggles and demands the protection against any infringe on these rights. Nevertheless, the said rights are a human artifact which is infected by the confusion and potential mutual inconsistency of the many aims which society seeks to achieve through legal institutions. Thus, regardless of that religions prohibit violating the said rights; they are not practically speaking, holly or sacred rights. Actual application reveals, sometimes, they contradict with other rights and liberties. This conflict was the motive for widening the scope of legal defenses to free from liability. Also legal systems try to balance between these contradicting concepts.

The putative rights are legally protected in all legal systems. Some systems avail criminal protection as well as civil one. Others avail only civil remedy in some rights. Sanction of criminal responsibility is either sentence to jail or fiscal fine or both. Reparation in tortuous liability is in injunction or pecuniary damages or both.

Being a research in the field of civil law, and personally the researcher is well convinced of the feasibility of the civil remedy specially when some clusters of these rights conflict with other goals and interests of the society, he chooses the tort law (Omissive responsibility, illicit act) as the preferable frame of protection. This choice is based on the believe of the researcher that tort law involves the use of a set of techniques for protecting individual rights, particularly those correlate to the moral component of personality i.e. the right of good reputation and privacy. Such techniques are in addition to injunction, compensatory damages which aims to put the victim in the position he was in before the illicit act, and punitive damages or exemplary damages as it is called in the English law. The last one is a good alternative to penal action simply because it achieves the same goals without extra costs on the state or the government. The purpose of punitive awards is to punish and deter the wrongdoer. In this meaning it copes with the functions of criminal law where emphasis is not on the plaintiff and his hurt but on the defendant and his conduct. Good example is that American common law has gradually substituted the sanction of compensation for the principal of bodily punishment in cases of defamations and violating privacy.

A very important dimensioned in this research is that it is a comparative study on a wide scope to include the three main legal systems prevailing in the organized and modern societies. Comparative studies deal with Latin legal system (France and Egypt); Anglo-American system, (Great Britain and U.S.A), and provisions of Islamic Shariat. Each system has its own formula and school of thoughts. Similarities that exist between these systems reflect the unity of human thinking and solutions for some problems. Dissimilarities are due to the differences in their ideology, their origin and the ecology they developed within. French tends to theorize principals and dogmatism philosophy. Anglo-American common law depends mainly on case law. Islamic provisions were revealed to the prophet Mohamed on the occasion of a new case or issue requires a decision. In this way it resembles the common law system.

In England, the court of English King initiated precedents to be followed later by other courts. Over many years a huge number of legal rules were settled in several fields of law. These findings are called "the common law" because they allegedly rooted in the common practice of people. Common law is applied in English-language countries particularly in respect of this research in Great Britain and United States.

On the contrary, historical background is different in France. When the French revolution arised at the end of eighteenth century, the revolutionaries thought that the judges were as corrupt and worthless as the king, so they hanged the king and extinguished his law, thus abolishing common law of France. Legal scholars started to draft a comprehensive set of statues. Civil code or code Napoleon was the remarkable task. It was based on the Corpus Juris Civilis "The Body of the Civil law."

In the very beginning of Islam during the era called the Mecca period, provisions revealed were constricted. They concentrated only on convincing people of the new religion and strengthening conviction of believers. In later stage prophet Mohamed had the secular and spiritual powers. This period is called the Maddinah (Town) period. Provisions were revealed to him on the occasion of a new event or matter. Followers or companions of prophet Mohamed accepted these provisions voluntarily as they consider them Devine decisions. God missionary taught and trained his companionships how to deduce the legal provision from the detailed evidences. After his death and at the end of the first century (Islamic calendar) four Sunna school of faith came into being to illustrate and interpret provisions of worship and transaction. Al Hanfi doctrine was initiated by the literal doctrinal Abi Hanifa al Numan. He perceived that law enacted for desert people should not be taken literally for application in modern industrial or urban societies. From Al Maddinah, where conservatives lived, appeared Malek ben Annass objecting the libral thinking. He sees as far as most prophet sayings and traditions took place in Al Maddinah, so the unanimity of its citizens in interpreting the holy Qur'an and the honorable sunnah (Prophet speeches and traditions) should be followed. From Egypt, Al Shafie does not accept the idea of Malek. He widens the scope of unanimity to include all Moslem thinkers in all Moslem countries. To Ahmed ben Hanbal this criteria seems vague and too wide. He established a different doctrine depends mainly on the literal interpretation of Al Qur'an and sunnah.

The research is divided to a preliminary part and three parts. Preliminary part is composed of two chapters, chapter one introduces the concept of right and individual rights. The second one deals briefly with Tort (act illicit) its elements, development, interests it protects, and goals it justifies. The first part deals with the rights correlating to physical constituent of individual. It displays the right of life and right of bodily integrity in a two successive chapters. Part two presents rights relate to moral constituent of the person. First chapter is allocated to the right of good reputation and second one for the right of privacy. The last part present effects of obligation i.e. remedy or reparation. First it surveys the classic forms of damages which are well known in legal systems; a compensatory damages. Secondly, the researcher presents punitive damages as it is called in the United States of America or exemplary damages as it is named in England, or private punishment (peine privee) as the used term in France. The researcher has in his mind a hypothesis that such damages integrate with compensatory damages to give a good alternative to the detentive penalty sanctioned in cases of violating the rights of good reputation and privacy. Lastly, to cope with the recent trends and developments in the legal studies, the researcher introduces to Arabic readers the economic analysis of law as a new field of study. Economic analysis provides us with a behavior theory to predict the effect of legal sanctions on behavior and to what extent people as rationally behave, shall response to these sanctions. This new science has mathematically precise theories (price theory and game theory) and empirically sound methods (statistics and econometrics) of analyzing the

effect of sanctions on behavior. It also provides a useful normative standard for evaluating policy of enacting laws in achieving important social goals.

This task is a theoretical and descriptive study with self-explanation and interpretation. The sources of information are mainly textbooks, periodicals, and judgments.

### 0.1- Concept of rights and Individual rights:

Concept of legal right has been unanimously recognized regardless of different views about its definition. This recognition was the finding of ideological, liberal, democratic, and social developments. However, history refers to some theories in the past denying the existence of right as a legal concept. First and oldest theory considers that nature sorts out objective legal correlations rather than rights. This was due to historical viewpoint says that Roman law jurisperitus ignored the concept of the right as it is known nowadays. They used the notion of action ; real action (action in rem) and personal action (actio in personam). Even word "jus" was used to denote to a mere legal objective creation rather than the existence of pouvoir or privilege to the individual. The second theory was initiated by Dean-Leon Dugjiut who was affected by philosophy of social positivism. He rejected the idea of natural rights that coexist with man. Because man has to live in a society and the isolated individual is just a philosophical hypothesized, so natural rights are unfeasible metaphysics. He built his theory on the assumption that individual's wills are equal while the idea of right supposes the superiority of right holders will on the others. He concluded his view by replacing the concept of rights with the notion of jural situations.

However, the above mentioned theories were severely criticized and finally they have become obsolete. Right has become an objective reality, an obvious phenomena and a legal concept, confessed, supported and reinforced by the daily use. It is impossible now to ignore this notion specially when dealing with civil law.

Several endeavors were made to define the concept of right. The first efforts were done by the two German jurists and philosophers in the nineteenth century. Friedrich Carl Von Savigny looked at right as an authority of will granted and recognized by law. Rudolf Von Ihering attacked Savigny's theory denying the role of will's authority to create a right. He defines right as a legally protected interests.

Since this famous contrast of views some scholars tried to find a synthetic formula. The Belgian jurist Jean Dabin presented a new definition to right. He analyzed its components to two main elements: appurtenance and mastery. The first one, which causes and determines the second element, means the privilege that permits or licenses the proprietorship or the performance of the act which is the object of the right. Mastery is the ability of the right-holder to liberally dispose in the object of right. Dabin added two other elements: altruism and legal protection. The first two elements define right with regard to subjective phase, but we should consider, as Dabin suggests, the correlativity of right-holder and others. It is the opposability of right against the second parties. This principle avails to the right holder two facilities: inviolability and exigible. So he becomes immunized against any infringe. The fourth element refers to the interference of the state to impose legal protection through claims.

Dabin's theory fairly differentiates between holding a right and its exercise. The guardian practices rights on behalf of the minor or the ward the real rightholder. Interest is the end goal to be achieved and not the essence of the right. However, analyzing Dabin's theory reveals that it substituted the idea of appurtenance for the idea of interest and the idea of mastery for the idea of ability. Another point of criticism is that it differentiates between exigible, the third element, and legal protection, the fourth one without reasonable basis.

Almost the same methodology of Dabin was used by Wesley Hohfeled, one of the Anglo-American authors, Hohfeled analysis legal right and came to a conclusion that it

could be constituted by any one of four elements, by a claim, but also by a liberty, by a power, or by an immunity. This classificatory analysis might lead us to deduce that he identified four basic types of rights, each type having a unique second-party correlative.

Nevertheless, perplexity of Anglo-American legal authors to give a satisfactory definition to the abstract concept of right let them believe that it is impossible to find any facts that correspond to the idea of a right. Right eludes every attempt to pin it down and place it among the facts of social life. It is in essence something different from all facts. Some thinkers came to a conclusion that right could perhaps not be defined; only described. Several theories tried to characterize the notion of right. Some consider rights as something distributable and individuated. Others look at them as they are-or involve-accredited ways of acting.

The word "right" was mentioned in the Holy Quran in almost thirty meanings. Most of these meanings originated or derived from the senses of obligation and affirmation. One of the contemporary canonist in Science of Shari's Islamiyyah defines right as: "Something confirmed and determined by Divine Laws, entitled purely and solely either to God against worshippers or to a man against others. It also could be entitled co jointly to both (God and a man). Right fulfillment is obligatory".

In the view of the researcher "right" is a culture-product. It is the outcome knowledge and accumulated experiences of humanity. Culture, in one of its definitions, refers to the whole pattern of life in a society. It affects and reflects values, beliefs, norms, ideologies and all other mental creations, legal rights are one of these creations. Consequently, rights are the object of human correlations and the only milieu they live in is the society. In other words, right is a functional social organization that defines and determines the interrelations among individuals. Mechanism of this organization specifies the due portion of each individual in the society, what he owns and what he owes others which justifies justice distributive.

In the behavioral phase of this cultural product or social mechanism rights always imply or have attached some closely related duty of others, whether a specific person or the whole persons (second party). They also involve some sort of normative directions of the behavior of others. For the holder legal rights are secured ways of acting or of being treated within legal norms that authorize the performance of the object of his right. These legal norms are appropriately ratified socially. So, quite natural the idea of legal right leads to a legitimate inequality between the legal situations of the right holder and the second party. Right-holder shall be creditor while the second party shall be debtor. In individual rights the responsibility of second party will be avoidance of injury the doing, or more precisely the not-doing. Creditor has the power and authority to dispose of his property provided that he complies with the legal provisions.

The end in view of right is to justify an interest or perceived benefit or a good of the right-holder, supported that, as itself a plausible or appropriate means, or part of obtaining, the benefit in question. Legality of such an end is determined by positive law or divine law.

Cluster of individual rights is sophisticated, complex, and confusing. The researcher tries to purify, determine, and enumerate them by excluding other confusing legal concepts such as liberties and rights.

Quite often the term liberty right is used by jurisprudence (Hohfeld from Anglo American School and Dabin from Latin school) and some parliamentary statutes in common law countries. However, if we require strictness of legal language we should avoid this confusion and look at each concept as completely different as the other. We may say that content of the right is liberty to its titular. But still there are many aspects of discrepancies that differentiate between them Right exists juxtapose with a positive law regulate the right in question while liberty exist whenever there is no law against it. Right conjures up the idea of something that can be insisted on, whereas a liberty is purely a negative expression. Liberty is equally granted to the whole people on the ground of the principle of equality

spirit, whereas right, a domain reserved to its holder, is exclusively due to him. Object of right is determined or determinable, whereas liberty is an undetermined, uncausable, and unclear preference. Boris Starck says that the practical use of such distinguish between right and liberty appears on the occasion of applying the theory of abuse of practicing right which is not applicable in the field of liberties.

Some authors consider the term human rights as synonym to the term rights of personalities. In fact they are not. Human rights aim to protect individuals from trespass of public authorities. They relate to Public Law. On other side personal rights pertain to constituents and elements, physical and moral; of the person protect him against any infringement from other individuals. Thus, they relate to civil law. Consequently, human rights are much broader and contain non exclusive fields than personal rights. Nevertheless, sometimes they may be confluent in one right. For instance the right of bodily integrity is common between the two clusters. Being one of human rights protects the holder from state trespass, simultaneously as it is one of personal rights it protects him from any infringements from other individuals.

Some writers under the belief that artistic compier is part of the author personality. Classify copyright as one of the personal rights. This idea was criticized and in return another theory adopted the characterization of intellectual rights as an "incorporeal property". This characterization was supported by the first article of the first patent legislation issued in France on 11<sup>th</sup> of March 1957 which described the copyright and right of invention as a right of moral property exclusive and opposable against the whole. This characterization supposes existence of some similarities between such rights and real rights. This result is not acceptable because we cannot ignore the difference between the nature of the material chose that can perceived by sense and the nature of intangible chose which can be visualized only by abstract thought. This difference denied the idea that intellectual rights were duplicated from real rights. A third and recent theory looks at the rights in question as completely different classification that extends, evolve, and develop with the development of know how. This theory, to avoid any discrepancies with the two former theories created a synthesized characterization which called the mixed qualification. Supporters of this last theory say that intellectual rights are mixed of the two rights, one is pecuniary and the other is moral.

By excluding the confusing legal concepts from personal rights, we can enumerate them in two main titles. The first relates to physical elements and constituents of human person. It includes the right of life and the right of bodily integrity. Second title concerns the moral elements and constituents of individual. It comprises the right of good reputation and privacy.

## **0.2- Delinquent (Omissive) Responsibility-Illicit Act-Tort:**

Illicit act, in civil law countries or tort in Anglo-American system, is the common mean of protecting rights of personality in all the prevailing legal systems in the world. It is a civil remedy mainly based on pecuniary damages that suits individual's current attitude where material interests are fundamental motive for both the tort feaser and the victim. Such behavior is well remarked in cases of publications against public figures.

When we multiply damages paid to victim as a reaction to the harmful behavior or the high degree of culpa gravity, by applying what so called punitive (exemplary) damages, illicit act (tort) will play more important role in the society than done by criminal responsibility. Tort has a dual role, a socio-economic, in the society, i.e. deterring the wrongdoer and pumping funds in the market. Criminal sanction justifies deterrence only. It dose not justify any economic interest to the society as a whole. This privilege to civil remedy can be effectuative in cases of violating defamation and privacy by media against public figures.

Civil law countries formulated a unified and general theory of delinquent responsibility (illicit act) to be with the contractual liability the two wings of civil responsibility. This theory is composed of three elements: Cupla, harm, and correlation between them. While in common law countries tort is highly pluralistic intellectual enterprise, a multifaceted response to a very varied set of problems. Thus, we view two contrasting philosophies: unification versus pluralism. However the fundamental principle of tort is *alterum non laedere*-to hurt no body by word or deed.

A Special Committee on the Tort in United States defines tort as "an event, arising out of the action or omission of another party, which causes injury to the human body or personality, to property, or to economic interests, in circumstances where the law deems it just to require compensation from the person who has acted or failed to act".

Torts are of two kinds, namely, those which are actionable per se and those which are actionable only on proof of actual damage resulting from them. Similarly, delinquent responsibility in civil law is of two kinds. The first one, stipulated in articles 1382-83 of the French Civil Law of year 1804 (Code of Naplion) where liability for damages is subject to proofing fault. Second kind is assumed responsibility or liability without fault. Provisions of such responsibility are stipulated by articles 1384-1386 of French Civil Law. Act of libel is actionable per se in both the two legal systems which mean that the defamator is liable without proofing harm.

Tort law exists on a spectrum of culpability that ranges from intentional torts through negligence to strict liability. Intentional torts to the person include assault, battery, false imprisonment, false arrest, malicious prosecution, and abuse of process. The general action for negligence is remarkably capacious, spanning accidents in every realm of life. For example it includes negligent misrepresentation and medical malpractice doctrine of "informed consent". The tort of defamation, now redefined under First Amendment principle in United States, spans intentional and negligent publications. Strict liability has two distinct sub-classifications, for abnormally dangerous activities and for product.

In Shari'a (Islamiyyah), originally earliest canonists did not formulate a general theory for illegal act. On the contrary they cited detailed cases that make the mistaker liable. This was due to the way Divine laws provisions were revealed to Prophet Mohamed as response to any new problem or issue arises. Contemporary scholars try to educe a unified theory of illegal act based on prophet Mohamed saying which means no harm and no contra harm. That saying had become a legitimate rule necessitates the regard of individual interests, warding off corruption, and regulating their rights and obligations against others.

Linguistically, the word "responsibility is an odd and queer in Arabic languish, Canonists were obliged to use instead the terms "Damaan or All Tadmin" which mean civil liability whether contractual or delinquent. In such Islamic system the liable atones the victim a prefixed bloody money called "Al Diah" which corresponds to the pecuniary damages in positive law. In case of sinner's insolvency his relatives and family share among themselves to pay this blood money as a kind of social solidarity.

By no means every interest of humankind falls within the protection of system of illicit (illegal) act, tort. But for the purpose of this research and concerning the protection of the personality rights, the researcher shall narrow down those interests to be only the interest considered the subjects of the said right. In brief these interests are:

- Bodily integrity: the fundamental principle is that every Person's body is inviolate. Any deliberate touching of another constitutes a trespass to the person.
- Personal freedom: freedom as a protected interest is fairly narrowly in tort as individual liberty. Freedom of speech and freedom of press are defined not in terms of protected interests but negatively by reference to the circumstances in which the exercise of such freedoms are not wrongs against others. The citizens enjoy freedom of speech but only to the extent that he does not defame others.



- Physical safety and freedom from injury: This interest is of a prime importance to be protected. Claims for violation of personal safety include harassment threatening to endanger health. Protection of such interest has been extended to any deliberate, negligent violation.
- Psychiatric harm: This general expression comprehends within it all the relevant forms of mental illness such as nervous shock or trauma.
- Privacy and reputation.

There are numerous goals, purposes, and functions which tortious liability seeks to achieve by means of the remedy awarded in any particular case. These ends include the perceived need to respond to the dynamic nature of increasingly sophisticated technology, the desire to provide relatively clear standards of conduct, the goals of protecting expectations and of maintaining certainty and predictability in the law, and the reduction of administrative costs in the justice system itself. The following paragraphs sum up these goals crystallizing the dual role which illicit act plays in society.

\*Compensation: the basic direct aim of tort is compensation. It is imposed to repair the damages which direct or reversionary victim suffers from.

\*Restoration: Injunctions and pecuniary damages are said to aim at restitution in integrum. The general principle of the assessment process is to put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation.

\*Corrective justice: achieving corrective justice between individuals draws on the concepts of justice fairness, and morality that embody the avowed ethical basis of illicit act system. It could be achieved through disgorgement that may be done by equitable remedy of account of profits, or by means of exemplary damages.

\*Punishment: Pecuniary damages are a civil sanction but it does the role of punishment when it exceeds in amount the sum of any loss suffered by the victim and any gain made by defendant. This assumption is ideally justified when lumping disgorgement and punitive (exemplary) damages. In Shari'a Islamiyyah this function could be achieved by applying the aggravated Diah.

\*Vindication or Satisfaction: Achieving the previous goal provides the victim with a sense of satisfaction or vindication. Punishment and vindication are really the same thing looked at from different points of views.

\*Deterrence: Criminal liability may play a far more effective deterrent role than tortious liability in areas such as assault, battery, and consumer product injuries. However, it is not a feasible alternative to it in other areas such as medical accidents, press misconduct, the protection of public figures against infringement of their privacy and reputation, and professional negligence which causes economic loss. Illicit act system may well have some deterrent effect particularly in liability for calculated conduct and to businesses as defendants. This result is based on the assumption that rational people calculate the financial pros and cons before committing an illegal act. If assessment of damage awarded is greater than the sum of the cost to the defendant to avoid committing such an act, then, quite naturally, people will be encouraged to avoid actions which inflict greater costs than benefits.

\*Control of future conduct: It is well remarked that cases of illicit act deal every day with the entire range of injuries in society at ground level. These cases distill a rich set of lessons about values and traditions prevailing in a society. They generate comprise a culture mirror. Through the mechanism of such system we could regulate future conduct either by award of remedies or by injunction.

### 1-1.Right of Life:

The subject and the right holder of this right is man as a human being, a biological being, regardless of his religious, nationality, sex, color, or age. Span of the said right starts from birth and lasts to the end of life by death. Legal entity for natural person begins from the moment of his born alive and viable. Death was a debatable issue from different angles. The first argument was about who is entitled to define death. Those who look at death as a legal fact, by its happening the legal personality ends, give this competence to legislator. Examples of this trend are United States, Switzerland and Italy. Another point of view considers death as a biological fact, a medical issue, variable according to scientific development and it has to be decided by doctors. Countries which adopt this view are France, Egypt, and Syria. A third trend amalgamates the previous two points of views looks at death as a biological event and in the same time a legal fact. Italy followed this last trend. No doubt that defining criteria of death is a specialized and technical issue has to be done by specialized people of biomedical science.

Diagnosis of death and determining its happening are of great concern to legal man in relation to organs plantation, inheritance, estate, civil and criminal liability, insurance, property accrual, and the right of not be defamed. Theories of determining death moment have evolved from the complete destruction of human cells, through final cease of cardiopulmonary functions to the last theory of brain death, and final cease of brain stem functions as illustrated by electroencephalogram apparatus. The final and irrevocable stop of the brain functions could be justified by the symptoms of unreceptivity and unresponsibility, while the cease of brain stem could be evident by the reflexion and reaction of organs affected by it such as cornea, eye pupil pharyngo-oral, and eye nerv, etc.

An exception from the rules of the beginning of legal personality by birth and ending it by death may find in some cases that it exist before the birth and extends after death. En ventre sa mere is a person in being in relation to transfer of ownership to him. Foetus in Shari'a Islamiyah enjoys the right of life. Any infringe on his pregnant mother is illegal act and wrongdoer is liable for violation on the child right of life.

Declaration of death does not mean the immediate expiry of the legal entity to the natural person. His patrimonial extends after declaration of death in concern to some rights and duties. This means that power of man will continues after death especially in testament and in matters had been decided by him during his life such as organization of funeral and burying procedures. Shari'a recognized validity of person's will in some disposition after death as in systems of testament and mortmain. She does not restrict the power person's will unless his disposition causes harm to heirs according to prophet saying: "no harm and no contra harm".

A debate that merits some discussion is that of damages for death. In civil law countries, after great arguments, they reached to a conclusion that death causes material damage. Thus if the victim stays alive for a period after the offensive action and then died, he is entitled to damages. The problem arises in case of on the spot of death. Quite reasonable that legal sequence supposes that by death the victim is not entitled to acquire any right because his legal personality disappeared. This result is rooted from common law traditions based on the maxim action personalis moritur cum persona, most actions of tort died with person. However, this rule has been entirely reversed by the law reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 in U.K. which provides in general terms that on the death of any person all causes of action subsisting against or vested in him shall survive against, or as the case may be, for the benefit of, his estate. Nevertheless, the predominant point of view in French doctrine is that immediate death is damageable. Even there is a protection for the memory of the deceased. However, still in the common law cause of action for defamation dies with either the wrongdoer or the injured person.

Medical malpractice in United State is treated under tort law, while it is contractual liability in French and Egyptian laws. It is worthwhile to discuss some medical/ legal problems taking in mind the American approach. The most existing and debatable problems

are: limitation of refusal of treatment and euthanasia. Decision-making in dealing with these two problems is a sophisticated operation because it is affected by multi-dimensioned factors such as: new technology in medicine, medical ethics, laws and regulations, morality, values and traditions prevailing in the Society, medical status of the patient, and the dichotomy between preserving life and relieving the severe pain of the patient in vegetative status.

Decision-making process usually takes place in Critical Care Department. Admission in this department and decision-making process are guided by five general principles: potential for salvagability, preserving life, nonmalaficence, autonomy, and justic.

Decision of limitation or refusal of treatment differs due to the status of the patient whether he is conscious or unconscious. There is no problem concerning the first status as it is recognized in the patient's Bill of Rights issued by American Hospital Association. In the second status the patient is neither aware nor qualified to take a decision. He cannot practice his power of autonomy. From the side of doctors they are reluctant to carry out the decision of discounting treatment as they are not sure of the patient will and thus afraid of legal liability. Many early efforts have been done to solve this problem. First there was recognition of living will as a valid legal document followed by issuance of the California Natural Death Act. Several other States recognized the "Durable Power Attorney for Health Care" where the patient appoints somebody to be a decision-maker on behalf of him in case of being unconscious. Lastly the Federal Government issued the Determination act enacted in January 1991.

On the contrary in Egypt removing recovery apparatus is an illicit act and any agreement on such matter is null. This provision reflects the difference in culture, values, legends, beliefs, and mythology prevailing in both the American and Egyptian society. Most of the people in Egypt believe that illness and recovery are fatalism matters. This is why the law maker has not stipulated the right of patient in deciding refusal or limitation of treatment. Regardless of the passive factors affecting decision making in this matter, still, the researcher recommends applying the American approach. The available alternatives are:

- 1-Submit the matter to a court or to the judge of summary matter, or
- 2-The Government puts detailed rules and regulations, or
- 3-The medical syndicates suggest an obligatory standard of care. These legal measures are badly needed in Egypt where costs of intensive care and recovery are expensive and where the public fund bears the big bulk of such costs. We cannot ignore the patient's right of limitation or refusal of treatment in his vegetative status while he can from the beginning by his own will decide not to be treated for illness.

Euthanasia is an argumentative subject between supporters and opposers. First group constructs their support on three fundamental points. First, polls revealed that over sixty percent of American people and almost eighty percent of the French people favor mercy kill. Second, that at the critical status of the patient we should give priority to principle of relieving pain over principle of preserving life. In such case we may sacrifice the life as the patient suffers unbearable severe pain. The third point concerning the application of utilitarianism theory and overlook deontology for the benefit of the whole society. Supporters may add the economical dimension when treatment becomes so expensive with no hope for recovery.

Opponents, including the researcher, believe that euthanasia is an explicit violation of religious principles which forbid killing without legal reason. It is also against the medical ethics as they were stipulated in Hippocratic Oath. Mercy killing as a means to relieve the patient from his pain is a clear declaration of the failure of modern medicine in dealing and curing this case. Agreements on this killing are invalid due to the defective volition of the patient because it is issued under usual circumstances. It is not a complete and free wish. Also the subject of this agreement is illegal because it is a violation of the right of life which belongs to cluster of rights of personalities. Such rights are out of commerce. Lastly,

to license killing under the slogan of merciful may lead to malpractice. It may become a part of the routine work of doctors.

## 1-2.Right of Bodily Integrity:

Legal protection for human body aims to realize two integrated and parallel principles: bodily inviolability and bodily integrity. This protection takes two courses. The first one is that the person is protected against aggression from others. Aggression may take the form of, intentionally or negligence, trespass to the person (battery, assault, and false imprisonment), sexual harassment, rape, abortion, medical malpractice, and terrorism. The second course is the protection against the person himself through the principle of considering human body out of commerce which means the nonability of the person to dispose in his body.

Familiar to body inviolability are human dignity and superiority of man. In addition to religion, philosophical, and traditional roots which connect between dignity and man, the recent history of this concept was assured and become a stick characteristic to human being after the Second World War and after heinous transgression committed by Nazi army. Since that dignity concept has become the fundamental basis for superiority of mankind and inviolability and integrity of human body. However, the term dignity as a legal concept is slippery, vague, and not easy to perceive all its imaginary contents except by guess or mentioning some examples. An effort tried to define personal dignity as the minimum of generally accepted moral thoughts in a certain period and recognized from ordinary people. In all cases it is a subjective matter decided by judges according to the general considerations prevailing in the society.

Because the object of such protection is the human body, several theories tried to explain the legal nature of body. They are divided in two main trends. One amalgamates the body with the person to be completely unified and other sees body as a thing. Consequent to the second theory the difference between natural personality which legally designates man and legal entity or artificial person that to nominate organizations, institutions, establishments, and companies, becomes worthless due to the nonexistence of its justification. This result destroys the structure of personality in science of law. Thus, from the research point of view, the theory of reification is not acceptable.

Different attempts were done to illustrate the legal nature of man on his body. Supporters of reification theory assured the property of man on his body. Under criticism of personalists and to avoid the absolute power to individual on his body which is not acceptable, it was said that man has the right of usufruct while the real ownership is to the society or to God as the Islamic canonists say. This theory was criticized as it rotates in reification circle. Another theory qualifies this right as a common proprietorship between individual and society or between man and God. This last theory is in reality the same idea of the previous one. Lastly, it is now recognized as one of the rights of personality.

The essence of bodily integrity principle takes the form of an equilateral triangle. The first side is that all human organs and their components and body products perform their functions completely and efficiently. Any action causes stopping of these functions shall be infringe to an interest protected by law and doer will be liable. The second one is that individual preserves all his body's parts complete without any defect whether by amputate or by eradication or reducing or weakening their complete capacity and performance. The third side refers to the necessity of enjoying good health without physical pain or diseases. Thus bodily protection includes all human organs and products against any aggression from others.

Anglo-American legal system recognizes a general principle to the effect that intentional and reckless conduct which results in defect of bodily integrity is actionable. Recovery of damages for this intentional act is based on the torts of battery and assault

which are species of trespass to the person. Also it classifies medical malpractice under the tort of negligence. Battery is defined as the intentional and impermissible touching of the person to another. While assault is the act of putting another person in reasonable fear or apprehension of an immediate battery by means of an act amounting to an attempt or threat to commit a battery amounts to an actionable assault. So, battery concerns the intentional infliction of an unlawful touching of the person of another, whereas assault denotes acts which threaten an imminent battery. Standard of liability in medical treatment is "school of thoughts, which is to the effect that a doctor is held negligent if he did not act in accordance with a reasonable body of opinion accepted within the profession.

French Civil Law stipulates in article (1611) a general principle for bodily inviolability, right stating that each individual has this right and his body element and human organs and products cannot be subject to financial right. In virtue of this article human body is out of commerce. Reciprocate to this article is the fifth article of the Italian Civil Law and article number (50) of the Egyptian Civil.

Damage in recent French jurisprudence is divided into three clusters: material, moral, and personal injury. The last one is a collection of the previous two damages which are caused by infringement on bodily integrity. In other words effects caused by offensive action on human body are two kinds of damages. The first one is economic or patrimonial damage which include treatment and medical care expenses, loss of likelihood profit or the hope for realizing profit, loss of expected wage or return of professional works, and expenses of hiring another person to carry on the works or duties that supposed to be performed by the victim but for permanent or partial inability. The second one noneconomic prejudice which is referred to a physical or biological prejudice, or functional deficiency. This kind of prejudice includes: bodily harm or physical pain, beauty prejudice, sexual prejudice, and enjoyment (grèment prejudice: pleasing satisfaction).

Right of bodily safety in Shari'a islamyyah is a religion matter cannot be changed or replaced. It is recited from Prophet Mohamed saying which means that every Moslem before a Moslem (each) is tabooed for his blood, pecuniary, and honor; Shari'a classifies this right as the one where there is a right for individual who is liable for pecuniary damages, and a right for God which imposes duties on worshiper not to violate bodily safety.

## 2.1. Defamation:

The right of person's reputation is legally protected in all legal systems against defamatory statements that injures the reputation of the victim by exposing him to be hatred, contempt, shunned or avoided, or ridicule, or which tends to lower him in the esteem of right-thinking members of society. Whether or not a statement is in fact defamatory is a matter of facts to be decided by judge in Latin system and by Jury in Anglo-American system. Law avails this protection for rightholder not as being biological but as a social being.

Comparative study illustrates that right of person's reputation is to a great extent a good example for difference in formulating statutes and ideology of coding laws.

French system analysis the said right to two elements. First is objective or honor which contains the natural characteristics of man that do not change from individual to another. Second is the subjective one or consideration which varies from one person to another according to his social status. Consideration is divided to three sub-elements, a) private which relates to capability of a person to perform his private and family obligations, b) professional or total of his characteristics, capacities, and values in his job or profession; c) political or his status in political life. Violation on the right in question takes four modes: defamation, curse, false account, and proclaim untrue news. While defamation is a publically imputation of criminal offense or a specific fact to the defamed person which may

put him under punishment or to be contempt, curse is an intentional hurt to honor or consideration of the victim without imputing specific facts.

Defamation in Anglo-American system consists of libel and slander. The first is usually written or printed, the second is oral. The main distinction is that libel consists of defamatory statement or representation in "permanent form". Defamatory matter which is published in a transient or temporary form is slander. Other two differences between them are: 1) libel is both a tort and crime, while slander is only a tort; 2) libel is actionable per se whereas slander requires proof of special damages. However, there are four exceptional situations where slander is actionable per se: a) imputation of criminal conduct punishable with imprisonment; b) imputation of unchastity or adultery to a woman or girl; c) imputations of a contagious or infectious disease; and imputations calculated to disparage the plaintiff in any office, profession, calling, trade or business.

Islamic Shari'a followed a completely different approach, in naming and characterizing the illegal act and forms of offensive act. It describes illegal act as imposter, falsehood, backbit, malign, casting ecasts, violation of scanity, defamation, and curse..etc. The illegal act which injures reputation is divided to two kinds. The first is the defamation which deserves doctrinal punishment or punishments predetermined by Divine law for specific crimes. This kind includes defame another of adultery or denying kinship. The second one is the defamation where there is no doctrinal punishment but the wrongdoer shall be subject to chastisement to be decided by judge. Examples of such defamation are curse, imputation of homosexuality (for men) or lesbianism (for women) or intercourse with beast, slander which injures the feeling of the defamed person.

There are several aspects of differences in philosophy and ideology of laws in the prevailing legal systems. For instance both Islamic Shari'a and Anglo-American legal system require for defamation actions is that the communication at issue must be false even the defamed person is one of ordinary people and not a public official or public figure. On the contrary French system does not require such condition as far as the true statements lower the defamed person in the estimation of society. Shari'a considers that estimation of human dignity is the same before the individual himself or before others thus it uniquely doesn't require publicity in defamation action for imputation of adultery or denying kinship.

Ideological differences also occur among countries within the same legal system. For example, Egyptian Law requires bona fide to defend liability for defamation against public official or a like which means that defamator believes in truth of publications and his intent was realizing public interest only and not for mere injure reputation, whereas French does not require such defense but that justification that the statement is true. Another difference between the two laws is that while Egyptian law requires availability of criminal general intent in defamation and injure or knowledge and awareness, the French law rigorously requires availability of criminal general and special intent (actual malice). Motive behind French attitude is to widen the extent of free expression.

Although the American law of defamation is descended from that of England, it has diverged so greatly that the resemblance is largely superficial. The major and remarkable difference is that American common law offers more protection for free speech at the expense of reputation than the English common law. American courts have concluded that the shared common law principles do not give speech, or at least speech about matters of public concern, the degree of protection required under the free-speech and press clauses of the First Amendment to US Constitution. They have created a body of federal constitutional defamation law that supplements, and in some instances supplants, the common law rules. The successive constitutional amendments in US gave reins to mass media to publish issues concerning attitudes and performance of public officials, all-purpose public figures, and limited-purpose public figures, with less restrictions than in England. Also constitutional requirements have implications for defamatory statements couched as opinion or hyperbole.

The result is that rhetorical hyperbole is absolutely protected in American whereas it would be actionable in United Kingdom.

In addition to general defenses in civil liability such as consent and unintentional, Defamation, comparative laws, has its own special defenses. The defendant in defamation action may have the following defenses, 1) justification, 2) privilege which may be in American law absolute or qualified, 3) fair comment. As it was mentioned before that both Islamic and Anglo-American legal systems exempt defamatory from liability if the alleged defamatory statement is true regardless of whether the defamed person is an ordinary man or public official or public figure. The Supreme Court in U.S. has developed a specialized set of constitutional qualified privileges, which protect public officials and public figures so long as those statements are not made knowingly or recklessly of their falsity. In France and Egypt this defense with inter alia are limited only in cases of publications of matters concern public officials, or representatives, or any person charged to perform public service.

A few classes of persons may defame others with impunity. These include parliament members during in the course of legislative proceedings and persons speaking in judicial proceedings. However, witness is not absolutely immune in French Law. He may be liable for damages if his testimony was outside the subject in question and included defamatory statements. In Egypt litigation parties are immuned only against criminal action for defamation. They may be liable for damages. Witness is also immuned according to Islamic law so long as he honestly transmits to the court what he had known or witnessed analogical to great Sunna leaders Abi Hanifa, Al Shafi, and Ahmed perceive that the one who cites or transmits defamatory statement is not defamator.

The core concept of defamation chapter is the dilemma between two contradicting values. On one side stand the avowed belief in the sanctity of reputation and the related interest in personal dignity that defamation suits help to vindicate. Those claiming defamation also invoke the idea that words can cut just as much as knives, even if the wounds are metaphorical. On the other side is the great social interest in freedom of expression and freedom of press, especially with respect to statements that may bear the conduct of public affairs. The essence of a democracy is the participation by citizens in controlling the government performance which includes examination of government and public officials to determine their fitness for serving the people. Thus, the right to discuss, the right to criticize, the right to oppose, the right to advocate the change, all of these dimensions of free speech and free press are at the center of a modern democratic society.

Ever since ancient times, but in modern history with the advent of the French revolution introducing its principles about human liberty, the concept of freedom of expression has developed and was included in the Declaration of Human Rights of 1789 and internal legislations in France and other countries. The modern history of freedom of press really began in England during the 16<sup>th</sup> and the 17<sup>th</sup> centuries as printing developed and grew. The founding fathers of such freedom in America are the great people behind the First Amendment of US Constitution where their constant efforts led to include the constitution the very effective version: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof, or abridging the freedom of speech, or the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for redress of grievances".

So, after the profound expansion and effect of mass media the traditional rules of right for good reputation reflect the pushes and pulls of conflicting opinions about balance to be struck between the reputation of individuals and freedom for the media in a democratic society. The belief assumes that for a democracy to work, it not only must tolerate damaging opinions and insults but must provide a certain amount of elbow room to make statements that may turn out to be false in fact. On the other side of argument, the underlying question remains how to operate a democracy, which premises great respect for

the individual, while permitting a certain latitude to statements that may injure individual reputations in the name of the democratic process.

In solving such a dilemma law gives the defendant a defense labeled "fair comment" or "right of criticism". This defense is an essential aspect of the greater right of freedom of speech and safeguard allowing protest at the undemocratic exercise of power. These considerations are of such social importance that in the area covered by the defense they are taken to outweigh the competing claim of protecting a person's reputation. Privilege of fair comment runs closely parallel to the characterization of a statement as opinion rather than fact. Statements of opinion are not subject to suits for defamation. A principle reason for immunizing statements of opinion is that one cannot prove that an opinion is true or false. The problem of fashioning standards is inherent in the prismatic quality of language itself, as well as the diversity of context in which language appears. A crucial, if abstract, set of concepts lies in the notions of core meaning and verifiability: if a statement has relatively definable common meaning and is capable of some kind of empirical verification, it will be deemed fact. By contrast, if what it communicates in context is that it is an expression of the personal views of the writer, and it does not imply an underlying set of verifiable data, then it will be opinion. Pure opinion is a statement that is incapable of being proved true or false. It does not assert or even imply a provably false fact.

United States uniquely has introduced a new defense to the law of defamation called "rhetorical hyperbole". By virtue of this defense opinion statements may be defended as being unbelievable rhetoric and the language used is so expansive that even the most careless reader must have perceived that the word was no more than rhetorical hyperbole and it is only an opinion, that it is not an assertion of fact.

The climax scene of freedom of expression, the right of reputation crux that merits to be discussed here is the feasibility of criminal liability for defamation committed by media. In Egypt journalists are rebellious against imprisonment punishment stipulated in criminal law for defamation. Others say that exempting journalists from such punishment bears suspicion of unconstitutionality because it violates the constitutional principle of equity before law. In fact criminal defamation has been part of legal protection for the right of reputation as well as the civil liability for as long as the law of defamation existed. Criminal defamation is founded on the theory that sometimes it is appropriate for the state to act on behalf of the party injured by defamation, and bring criminal charges against the defendant. It has been justified traditionally with the argument that if the state fails to act, the injured party or parties may take violent action against the defamator to compensate for the damage they have suffered. The state has a substantial interest in preventing this violence from occurring. This is of course an old thinking. Because of that, most criminal defamation laws go unused today in most states in America, they are relics of the past. The authorities in most states are reluctant to take on someone else's trouble and sue for criminal liability for defamation so long as a civil remedy is ready available. Public authorities have very little to gain from such action. In fact, they would probably be roundly criticized for instituting criminal liability charges.

The theory, in simplest terms, is that when a public official or public figure is defamed by media because of public concern works, he has an adequate remedy in a civil suit for damages. The public suffers no injury. Vindication for the defamed person and adequate or may be punitive compensation for the injury or its gravity done him may be obtained as well in the civil courts. If the rule has always been that the remedy of criminal prosecution should only be sought where the wrong is of so flagrant a character as to punish and deter on public grounds punitive damages is socially uncost alternative to criminal prosecution.

So, in practice, the American law of defamation excludes criminal protection especially in cases of libel against people who are in public eye or matters of public concern. Thus it balances between the two contradicting values. The scale inclines to favor



of the right of reputation by requiring prove of "Knowledge of falsity or reckless disregard for the truth. Preference for free speech at the expense of reputation is the outcome of the constitutional amendment done by the High Court which gave the defendant some defenses and privileges such as fair comment and justification.

The researcher suggests borrowing the American approach not to incriminate defamation action leaving plaintiffs to litigate for civil remedy. This suggestion complies with motive of media for defamation which is almost gaining profit. Thus the effective sanction is the pecuniary compensation including punitive damages.

## **2.2- Privacy:**

Privacy is a social-psychological value badly needed to satisfy the desire for individual to be let alone without interference from meddlers in his private matters. Anthropologists conclude that privacy is a value and a need exists only in societies otherwise there is no importunate necessity for such value. It is a culture-specific, so its ceiling and need for differ from one society to another according to standards of development and lag and social value prevailing in the society. However, generally speaking, most of societies consider some of human activities areas are not proper to be under observation or control.

None of abundant definitions of privacy is entirely satisfactory. Some academics define private life as what is not public. Other explains privacy as a synonym to liberty. One defined infringement of privacy as an unauthorized interference with a person's seclusion of himself or of his property from the public. Synchronized with the public concern of protecting information before recent developed know-how in tools and means of infracting secrecy of information, some concentrated in their definition on information and data secrecy. Privacy was defined due to this approach as the expectation that confidential personal information disclosed in a private place will not be disclosed to third parties, when that disclosure would cause either embarrassment or emotional distress to a person of reasonable sensitivities. Another definition is that the individual's ability to control; the circulation of information relating to him. Incomplete or over-general definitions may impair future expansion or limit to privacy's areas of application. Consequently, it is pragmatic to enumerate areas of privacy rather than wasting time in contentious definition.

We can deduce privacy's areas by surveying judicial applications, juristic discretionary, and statutes. Random order protect of privacy includes: inviolability of house and secrecy of address and telephone number, sentimental life, maternity and paternity, family state, domicile, hygienic state, religious, liturgical, political opinions, patrimon, secrecy of professions, noun, photographs, voice, correspondences, telephone calls, human body, to be alone or isolated, data and information, intrusion upon seclusion, appropriation, public disclosure of private facts, false light, privacy of garbage, leisure time, spying, eavesdropping, following and looking for genitals, records of sales or rental of video tapes, content of e-mail, bank records, library records, student records, and presumption of innocence.

However, some of the above mentioned areas of application, from the strict meaning of privacy and interest it protects, have to be excluded. Some of these fields confuse with the concept of liberties like religious liberty and freedom of belief, political liberty, sentimental life, and enjoying leisure time. Human bodily safety is a separate right within the cluster of individual rights. Some items are merely administrative arrangements such as: domicile, address, and telephone number. While maternity and paternity are legal situations. The interest protected in presumption of innocence relates more to the interest protected in tort of defamation rather than privacy. Some other areas like name, photographs, and voice still debatable between those who recognize than as privacy's applications and others who deny this qualification.

Regardless of the areas excluded from privacy in its precise meaning, the remaining ones are not taken a one package in all countries. Some countries concentrate, in judicial

precedents and statutes, on some item ignoring some others. Some countries avail criminal protection as well as civil one, while others were content with civil protection only.

Privacy, as a human value, had existed since the dawn of written history. In ancient Egyptian Literature it was found in papyrus collection (book of deads) a provision in passive (voluntary) confession says that he was not at all a sly glance. It was assured by heaven religions as a holy duty. But in modern history priority to give judicial protection attributes to American judiciary after the famous phrase of the Supreme Court: a "defendant asks nothing- wants nothing, but to be let alone until it can be shown that he was violated the right of another". On the international level the Universal Declaration of human Rights of 1948 provides in article (12) that "no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence". Some European countries proceeded in stipulating legal protection in its statutes specially in the field of data protection.

Yet, there is no reference in American and French constitution to such right. In Germany, although a right to privacy is not mentioned as such, the constitution begins with the statement that "The dignity of man is inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority." This is followed by other rights such as the one "to the free development of his personality" and the inviolability of his person, and secrecy of mail, post, and telecommunications. On the contrary the Spanish constitution explicitly recognizes such right. Inviolability of privacy of all citizens was stipulated in article (45) of Egyptian Constitution. Article (57) spells out two phases of legal protection: 1- incrimination of offensive invasion of personal privacy without prejudice to the right of victim to claim for damages; 2- both criminal and civil actions are not subject to provision limitations.

In France, before promulgation of civil law of 1804 French judiciary played an initiative role in respecting and protecting private life of individual of recourse to two laws; law of property and law of contract. After issuance of the civil law (Code Napoléon) judiciary established these decisions on the provision of article (1382) concerning the general rule of delinquent liability (illicit act). Several practical problems aroused from applying the general theory of illicit act as it requires from the plaintiff to proof all elements of responsibility. Such proof was sometimes in fact difficult. Judges tried to solve this difficulty by assuming damage resulting from the offensive act a moral prejudice thense to be decided and estimated by discretion of trial judge. Further step judges consider simple fault is enough to acknowledge liability.

Before the judiciary diligences and inadequacy of legislative acts an ad hoc committee had been formed to study the subject in question. The committee suggested some amendments to be included in Civil Law. Lastly act No.70-643 on July 17<sup>th</sup>, 1970 was issued as a result of judiciary interpretative, jurisprudence contribution and the committee recommendations. Article (9) of the French Civil Law States each person has the right to privacy. Judges may order without prejudice to the right of victim for reparation, to take necessary measures such as confiscation, or seizure, or any others to prevent or to stop any violation to intimate of private life. Formulation of such article was general to all individual without exception or exclusion. It is for the first time in France to code a general principle to protect privacy and classify it as one of the rights of personality. Two consequences to this trend: first, the protection available has the character of individuality; which means that it faces prejudices suffered by rightholder personally. Secondly, by virtue of this article, the violation on privacy is actionable per se without need to proof error committed by the wrongdoer and harm suffered by the victim.

Protection of privacy in Egypt is realized under an umbrella of constitutional and statutes which were issued in response to recommendations of Arabic and Islamic covenants and conferences Article six of Arabic convention project for human rights states that, that privacy is scared inviolability and any infringement is a crime. The Ninth Islamic Conference for Ministers of foreign affairs agreed on Cairo declaration which states in

article (8) "... man has the right to be independent in matters of his private life, in his residence, family, wealth, and communication. Home is inviolable in all cases..." Article (50) of Egyptian Civil Law codes a general principle for rights of personality nominating them. "rights inherent to personality". The said article avails civil protection representing in reparation and injunction.

In the United Kingdom there is no general legal right to privacy in the domestic law. But this does not mean that there is no legal protection for privacy. However, the English law affords extensive protection to various aspects of human privacy. In fact, a combination of the common law and statutes have in their own pragmatic way gone along way to achieve the end result. English Common law did not try to develop abstractly a general right of privacy. On the contrary it supplied a bundle of rights that are anchored in reality that deal with privacy. These borrowed systems can be grouped under three broad headings: a) privacy interests violated by intrusion into one's private sphere, b) appropriation of personality, and c) public disclosures of true private facts.

English judiciary extended protection that parliament acts avail to other areas to include protection of privacy. Motive behind this attitude is the increasing voracious willing of media to violate privacy of individuals to make or maximize profit. Such legislations are like: defamation act, rehabilitation of offenders' act of 1974, Sexual Offences (Amendment) Act 1976, Criminal Justice Act 1987, nuisance act of 1977, and the pursuing acts concerning organization of mass media. Under pressure from international institutions English parliament has legislated in the fields of data protection and interception under title of British Data Protection Act taking effect in 1984.

A sharp difference between English law and American tort law is that privacy is related closely enough to defamation. Many libel suits in the United States are combined with claims for invasion of privacy. To some extent privacy law is an outgrowth of changes in the law of defamation. When truth becomes an absolute defense in the United States the action shall fail as defamation, but it could succeed as an invasion of privacy. Invasion of privacy is an umbrella term encompassing for distinct American torts. In addition several statutes on the federal and national levels have been issued to cover areas outside tort law.

After seventy years of the famous law review article by Warren and Brandeis in 1890 and the oft-quoted phrase "the right to be let alone", the American professor Prosser analyzed the several decisions of American courts concerning the right of privacy and in both his article and in the Restatement (Second) of Torts classifies four basic kinds of privacy rights:

1- Unreasonable intrusion upon the seclusion of another, for example, physical invasion of a person's home (e.g., unwanted entry, looking into windows with binoculars or camera, tapping telephone), searching wallet or purse, repeated and persistent telephone calls, obtaining financial data (e.g., bank balance) without person's consent, etc.

2- Appropriation of a person's name or likeness; successful assertions of this right commonly involve defendant's use of a person's name or likeness on a product label or in advertising a product or service. A similar concept is the "right of publicity" in Restatement (Third) unfair competition. The distinction is that privacy protects against "injury to personal feelings", while the right of publicity protects against unauthorized commercial exploitation of a person's name or face. As a practical matter, celebrities generally sue under the right of publicity, while ordinary citizens sue under privacy.

3- Public disclosure of private facts: one who gives publicity to a matter concerning the private life of another is subject to liability to the other for the invasion of his privacy, if the matter publicized is of kind that: a) would be highly offensive to a reasonable person, and b) is not of legitimate concern to the public.

4- The "False light" tort: which has features of both traditional defamation and privacy. A plaintiff establishes a case under this category by showing that the defendant's publication conveys something that is untruthful and thus damaging to reputation. A successful

defamation action requires that the information be false. In a privacy action the information is generally true, but the information created a false impression about the plaintiff.

Another source for privacy to be actionable is professional ethics, such as confidentiality of disclosures during physician- patient, priest-penitent, attorney-client relationships, together with the evidence code that protects such disclosures. Violation of such confidentiality can be a tort and also could be a matter for a professional licensing board.

Islamic Shari'a dealt with the subject matter using different approach and terms. Due to its religious basis it directs its message to the whole people in charge of obligations and duties i.e. the whole except the rightholder. It urges them, through sense of moral and religious goodness and also by frightening them from divine punishment. It did not code specific criminal punishment or civil reparation leaving them to authorities. Divine message includes several mandates and prohibitions to respect the privacy of others and not to make any aggression on such right. It gives special concern to inviolability to home by not allowing entering houses unless they are permitted from their owners or occupants. Islam interdicts spying either by eavesdropping or by furtive sight. It also prevents people from disclosure of secrecy and considers correspondence and book inviolable. Thus we can deduce from this course that Islamic Shari'a put a general principle for respecting privacy and then mentioned various applications.

The question now, after 11<sup>th</sup> of September 2001 event in United States and after feverish movement or war against what is called terrorism, does privacy, as a human value, receive respect and protection in an absolute way? Theoretically this question, in absence empirical research and surveys studies, becomes difficult to give specific and satisfactory answer otherwise the reply shall be self explanation. Generally speaking privacy is not an absolute concept. As it is a culture-specific it is the product of multi milieu factors. These environmental elements include the person as a plaintiff or defendant and values and goals he tries to achieve, the social values believed in that privacy work for, values or other rights contradicts with privacy such as the right for information, social-psychological attitude of public curiosity for information and data specially those concerning public figures, legal defenses, or exemptions, or privileges like consents and public interest, revolution of information or explosion of digital data, the voluntarily compilation of data, the relative exorbitant of privacy costs, and veiling the real information to achieve illegal personal goals.

The above mentioned factors affecting the extent of privacy crystallize the fact that privacy protects individual's dignity and personhood. Its direct aim is to achieve private interests. It also contradicts with right of information which recognizes for each person to get real and true information and news. In such contradiction a balance is done between various interests, sometimes rating individual interests as paramount but often preferring social interests to individual ones. In countries, where right of information is deeply rooted and the prevailing credence is the social gains from right of information justifies the losses to the individual for invasion of his privacy, will draw line of social interest i.e. right of information.

Finally, the researcher suggests that civil reparation and preventive procedures are the convenient methods for protecting such non-sociable concept. Incrimination of invasion of privacy shall be applying criminal law on matter which is by their nature are civil matters. If deterrence is required it could be achieved by punitive damages.

### **3.1- Compensatory damages:**

The most familiar remedy in civil liability claims is an award of damages: a payment of money. Compensation being a prime function of illicit act, this part of research will be allocated to pecuniary compensatory damages. The purpose of an award of damages in delinquent liability is to put the party who has suffered in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong. Thus, the overriding principle of damages is

that the person who has suffered the loss should be fully compensated for the loss he has suffered. Damages are, therefore, generally awarded to compensate the plaintiff and not to punish the defendant.

In comparative law there are two different approaches to characterize the nature of damages. The French school of thought followed by Egyptian scholars considers damages as declarative or revealing to the right when existence of debt is proved, and also constitutive of debt value. Because of this dual nature of damages some consequences stem from the declarative nature of such: if the law was amended within the period damage had occurred up to the date of judgment, the first one will be valid; had the liable paid damages before issuance of judgment he would have satisfied his obligation; the debt becomes mature although its value is indeterminate thus it avails to the victim the liability to dispose by transfer the debt to another person and the right to claim for the nonenforcement of the debtor alienation to others before him even such alienation was before the date of judgment of damages, generally the victim has the right to take all preventive measures on his debt; tort action shall be subject to prescription from the date of injury occurrence subject to victim knowledge of such damage otherwise it shall start from the date of his knowing. As a result of constituent nature damages shall be evaluated on the date of judgment to include any changes in prejudice elements or its value.

English jurisdiction looks at damages as it asserts plaintiff's right. He establishes his theory on the assumption that the law of tort has functions other than that of compensation. In some instances it is used to vindicate private rights, and here the award of damages is not related to the plaintiff's loss (since often there may be none), but merely asserts his right. Thus in torts actionable per se the plaintiff need not prove damage in order to succeed. The fact that no harm was suffered will not affect liability, though it may affect the quantum of damages. These torts illustrate the two meanings: damage and damages. The damage here is the interference with a legally recognized interest whereas damages represent the sum awarded for the violation of such an interest.

Instead, or sometimes in addition to, the award of damages the plaintiff may be granted an injunction. It is an order of the judge restraining the commission of some wrongful act or ordering the defendant to take some positive steps to rectify a wrongful act. Issuance of injunction lies within the discretion of the court. In principle an injunction cannot be granted unless it is based on some actual or potential cause of action in civil liability. English law has four different types of injunction. These are: prohibitory, mandatory, interlocutory and quia timet injunctions.

The trial judge exclusively decides and evaluates elements of prejudice. Damages shall cover only direct, actual, and certain prejudice. Direct prejudice in French civil law is immediate and direct sequence to the illicit act, while it is according to Egyptian civil law the natural result of non-payment or delay of a due obligation. It is as such in Egyptian law when the creditor cannot be cautious of (its occurrence) by exerting reasonable effort. Actual prejudice is that which its existence is ascertainable on the date of judgment. The circumstances under which illicit acts are done and the character of the acts themselves which produce the damage regulate the degree of certainty.

The question relating to certainty is how account is taken of future contingencies. A distinction must be drawn between virtual and eventual losses. Yet, except where provisional damages can be awarded, the former is potential but the latter is expectative depends on hypothetical events. Courts in France and Egypt agreed to grant damages for virtual losses. English courts follow the same trend but no account to be taken of possibilities which are in actuarial terms small, speculative or fanciful. Also the victim may be awarded for loss of chance on the basis that damage is virtual where there is a substantial or real risk in the future.

In some cases, especially in personal injury, exact return to the status quo ante is impossible. In such cases the basic principle is that of full and adequate compensation. Full compensation is achieved by recovery of all pecuniary and non-pecuniary loss.

The ruling principle in Latin countries law that damages includes the loss in sued and missed gains. Regardless of the minor differences between the French and English legal systems concerning denomination and enumeration of personal injury, victim of personal injury suffers two distinct kinds of damage which may be classed respectively as pecuniary or patrimonial and non-pecuniary or extra-patrimonial. Pecuniary or material damage is that which is susceptible of direct translation into money terms and includes such matters as the pre-trial expenses *damnum emergens* such as: out of pocket expenses, loss of earnings, actual and prospective, and future pecuniary loss like: loss of earning capacity, housing costs, medical care, hospital and other nursing expenses, reduction expectation of life or lost years and expenses incurred by others. Non-pecuniary or moral damage include such immeasurable elements as pain and suffering, fear, capacity to enjoy life or loss of amenities, consortium, and bereavement. Similar to kinds of non-pecuniary, labeled physical or biological prejudice are: injured or patient suffered, *pretium doloris*, prejudice of beauty, sexual prejudice, and loss of amenities.

Of the fundamental principle predominant in French law that assessment of compensatory damages is bound to extent of damage regardless to fault gravity or any other external factors leading to act illicit. Since the issuance of French civil law it has diverted from the Roman distinct between *culpa lata dolo proxima*, *culpa levis*, and *culpa levissima*. Since then it has adopted principle of unity of fault. However, it is witnessed that jurisprudence and jurisdiction in some cases take due account to gravity of fault. The said principle of equivalence of damages to damage has not got the same approval in Egypt where civil law allows to take account to attending circumstances and considerations.

Such circumstances and considerations may be related to the victim as his position or profession (as being a public figure or an ordinary man), history of his health and its development, and age. Others related to the responsible as his financial status and also his profession. Victim fault is an important factor in assessing damages. It could be the exclusive cause of harm or proximate cause which is equivalent to *force majeure*, thence the act doer will not be liable because he was debarred by his own negligence. Victim fault could be a partial contribution in damage which well known in legal literature as the common fault or contributory negligence. The three legal systems have been brought into one line with respect of assessing damages in case of contributory negligence by adopting the principle of apportionment. It is proper to apportion the loss between the parties and reduce damages to such extent as it is just and equitable with regard to the victim's share in the responsibility for the damage.

While French and Egyptian laws allow granting awards for reflective damage or damage by *richochet* or both personal injury and death, the Anglo-American and Islamic laws limit such an application to cases of death only. In this section the researcher is concerned with damages for death because of the increased number of cases presented before courts. Comparative study illustrates that a common cause of action is granted for inheritances under different labels but the essence is the same. French law calls such action a succession action whereas it is called in English law system survival action. It is based on the hypothesis that the deceased (victim) would have had this cause of action against the liable for illicit act. Successors can also carry out the deceased action. The only exception in the English law relates to the tort of defamation. Another cause of action is given the deceased dependants. In U.S. Statutes provide that certain categories of claimants defined in the statute, usually persons related to a decedent, may recover for death caused by wrongful act, neglect or default of another. In France and Egypt it is a personal action granted to injured by reflective damage. The class of persons categorized as dependants has been widened in western countries but it is still restricted in Egyptian law as it follows

Islamic law, to lawful heirs as they are enumerated in the Holy Quraan. In case of claiming for non-pecuniary damage Egyptian Law limits class of claimants to only victims that have conjugal relationships or kinship up to the second degree. Defining this class of persons is only a rebuttable presumption subject to prove of damage.

English law recognizes two further claims. First, a claim may be made for damages for bereavement which is a fixed sum of £ 7500 to the wife or the husband of the deceased and, where the deceased was a minor, to the parents of the legitimate child and mother of illegitimate child. Second, a claim may be made in respect of funeral expenses. Sanction for illegal act which causes death in Islamic law is one of two: *lex talionis* or *Al Diaah* (blood money). The first is a criminal punishment and the second is a civil remedy which is a prefixed sum of money has to be paid to the deceased's inheritances. Civil reparation is a substitute to *lex talionis* in cases of murder wherever the felon dies, or the guardian of blood pardons, or lack of talion requirements. It is a vested right in cases of quasi, murder at Hanfiah, Shafiah, and Hanabilah), and manslaughter.

A victim may receive a wide variety of payments and services other than illicit act damages which are designed to alleviate the effects of injury. These payments may be paid from insurance policies or the compensatory prestations of social security. Insurance liability which is a risk-shifting contract, works to the advantage of the plaintiff, in making funds available to meet any award of damages which is made, and of the defendant in providing the facilities to fund and manage the defense of a claim. At the most general level, in many cases it is only the fact that a person is insured against liability which makes that person financially worth suing. This is the most obvious truth in the case of individual defendants; but it is also clear that many business and institution of mass media take out liability insurance out of fear that they may be confronted with claims of defamation which they could not meet out of their own resources. Obligations of the liability insurer only arise once liability has been established.

Of even greater significance than insurance has been the development of social security and other forms of state compensation. The difference of delinquent responsibility damages from social. Security compensation is marked whenever the latter tends to work on the basis of flat rates. For the illicit act system, it is more tailored to the demands of individual plaintiffs rather than "average model".

These collective systems of reparations (insurance and social security) do not abolish the role of tort system. Still it should be retained because of its deterrent effect and because of the ethical and legal principle that he who has by his fault injured another one should bear the costs of reparation. Yet, at the same time, it is acknowledged that liability insurance and social security are regarded as collateral benefits to the damages of the victim who received civil liability. They satisfy the new needs that have aroused since the nineteenth century as a result of two fundamental phenomena. First is the stupendous development in industrial know-how and transportations means, thus the huge increase of industrial and traffic accidents. Such developments have been synchronized with expansion of professional activities: physicians, pharmacists, accountants, editors, advocates, construction engineers, architects, consultants, journalists...etc. Then it is naturally, that demand for insurance has increased. Second, as a result of the problems of proving culpability and defense of responsibility, new concepts of liability such as no-fault liability, assumed fault, assumed responsibility, and the objective delinquent responsibility have been added. The last concept has its theoretical basis in theory of bearing risks and the idea of existence of solidarity within the society to bear the charge of reparation.

Due to the indemnity character of liability insurance and those social security prestations that aim to share the liable in compensating the victim for direct injury, the plaintiff is not allowed to recover any amount paid out once from the insurer or social security and once from the person liable, more than the value of real harm otherwise he is over compensated which can be said to represent an unfair profit (an unjust enrichment).

Thus, law allows subrogation of insurer and social security department against the wrongdoer. So they have a proprietary interests in the proceeds of any action brought by the victim against the responsible third party which can be enforced by a lien.

### **3.2- Punitive (or exemplary) Damages, Private Punishment:**

A traditional classification, in Anglo-American legal system divides tort remedies into two major categories. One discussed in the previous chapter, is compensatory damages, a principle purpose of which is to restore the plaintiff to the position he occupied before an injury. The other, the subject of this chapter, is punitive damages-sometimes called in England "exemplary damages". In civil law countries they have a legal concept labeled "private punishment" (*Peine privée*) which one of its applications, that take an account to fault gravity in assessing damages, corresponds, to some extent, to the Anglo-American legal creation. Punitive damages means an award of money made to a claimant solely to punish or deter a defendant or the others.

Punitive damages rests on several different rationals. As the word "punitive" implies, a major purpose of this form of damages is to punish. Another purpose is deterrence. This goal breaks down into two subcategories. Punitive awards may provide both a club to deter the particular defendant from future behavior of the kind that caused the injury, and a signal to others that will discourage them from conduct of that tort. Closely related to the punishment rational is retribution, a rational that itself has two somewhat separable purposes vindicating both individual plaintiffs and society.

The basic motive to introduce in a separate chapter for punitive damages is that it serves as a bridge between criminal law and civil liability. As a civil remedy punitive awards provide some intermediate punishment and extra deterrence functions without the plaintiff having to meet the relatively stringent due process standards associated with criminal prosecutions. Yet, *prima facie*, punitive (exemplary) damages is an adequate remedy in some cases rather than imprisonment. This hypothesis carries the seeds of an argument against imprisoning journalists for defaming or violating the privacy of public officials or public figures.

In principle, incarceration has at least four social benefits: 1) deterrence, 2) retribution, 3) rehabilitation, and 4) incapacitation. The first two of these objectives are achieved by punitive damages. Bearing in mind that intruding privacy or defaming those who are in public eye are merely infringement on private interests, while other offensive acts may be regarded as violation on public interests and characterize as crimes. Bearing in mind also that motive for journalists to interfere or defame celebrated people, unless otherwise to justify public interest, is to make money through increase of their newspapers distribution. While in the same time privacy and reputation of the famous man are equal to money. So, both potential plaintiffs and defendants are mainly concerned with pecuniary benefits. Hence, the optimum punishment, deterrence, and retribution have to be economic by depriving the wrongdoer from gaining such benefits and drawing financial blood.

Another dimension in comparing feasibility of both imprisonment and punitive damages is the high social costs of the former. These costs include the direct costs of building, maintaining, and staffing prisons, and the opportunity cost of losing the sharing in opinions about public matters of the imprisoned journalists. For the opportunity costs, it is not socially accepted to requalify journalists or people of opinion to produce marketable goods to reduce imprisonment costs.

Thus, we come to the core concept of this these is that the leading alternative to imprisonment in privacy and defamation torts committed by mass media people is punitive (exemplary) damages and not fines. The last accrue to the government, while smart money goes to the pocket of the plaintiffs. When sanction of illicit act is fiscal fine in which case the state is the sole economically beneficiary which disheartens plaintiffs to sue, which in punitive damages both plaintiff and government get use of this money. The plaintiff receives



pecuniary damages and government collect taxes on such income. Consequently civil remedy is appropriate in cases of protecting individual rights correlating to the moral element of personality (the right of reputation privacy). Punitive damages achieve strong deterrence and some punishment without involving the full machinery of the criminal justice process. A practical rationalization of this departure from the requirements of criminal law is that punitive damages result only in an award of money rather than loss of liberty to the defendant, which in many cases is the media corporation.

In most states of the United States of America there is a statute describing the conditions under which punitive damages may be awarded. These are usually attempts to state the common law practices actually followed by the courts. Some courts require that the plaintiff show conduct verges on criminal in other words recklessness must be close to criminality. A scale of culpability epithets defines the standards of culpability or categories of wrongdoing for which a punitive award may be made. Such scale includes several different linguistic tests as: oppression, fraud, deceit, misrepresentation, malice, vindictiveness, ill-will, or wanton, willful or reckless disregard of plaintiff's right. There is an overlapping set of adjectives in which the complaint alleges conduct that was "intentional, reckless, willful, wanton, gross and fraudulent".

Oppression means subjecting a person to cruel and unjust hardship and conscious disregard of that person's rights. Malice required to support a punitive award, may be either actual (malice in fact), or presumed (legal malice). Actual malice is a state of mind which demonstrates a positive desire and intention to injure another. This type of malice is usually actuated by ill-will or hatred toward another person. Presumed malice is what the law infers from or imputes to certain acts. Although a person may not act out of hatred or ill-will, malice may be imputed to that person if he acts willfully and want only to the injury of another.

A number of factors may be considered to determine whether conduct was committed with malice or reckless indifference to the complaining party's federally protected rights. The list is nonexclusive and other relevant factors may also be considered:

- 1- The degree of egregiousness and nature of the respondent's conduct
- 2- The nature, extent, and severity of the harm to the complaining party
- 3- The duration of the discriminatory conduct
- 4- The existence and frequency of similar past discriminatory conduct
- 5- Evidence that the respondent planned and/or attended to conceal or cover-up the discriminatory practices or conduct.

However, California law allows punitive damages even if the defendant had no "actual intent to harm the plaintiff or others". All that is necessary is "conscious disregard" for the safety of such persons. The great majority of jurisdictions in United States do not permit punitive damages for negligent conduct. This is also true for aggravated forms of negligence that pass under the heading of gross negligence. Punitive damages may be awarded only if the claimant proves that the defendant is liable for compensatory damages. They shall not be awarded for mere breach of contract.

American legal system uniquely gives consideration to some factors in assessing amount of punitive awards. The fundamental idea behind such an assessment is that it should bear some relations to the character of the defendant's act along with the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused. So, determining what constitutes a fair and reasonable amount of awards should give regard to the following guidelines factors which are exclusive:

- 1- the amount of compensatory damages;
- 2- any profit or gain, obtained by the defendant through the wrongful conduct, in excess of that likely to be diverted by this or other actions against the defendant for compensatory damages,

- 2- the defendant's present and future financial condition and the effect of an award on each condition;
- 3- any fines, penalties, damages, or restitution paid or to be paid by the defendant arising from the wrongful conduct;
- 4- any adverse effect of the award on innocent persons'
- 5- any remedial measures taken or not taken by the defendant since the wrongful conduct;
- 6- any other aggravating or mitigating factors relevant to the amount of the award.

The principles governing exemplary damages in United Kingdom were thoroughly reviewed in Lord Devlin's speech in the famous case *Rook v. Barnard* in 1964 and further amplified in the House of Lords in 1972. Because such awards blur the distinction between the civil and criminal functions of law, Lord Devlin felt that they should be limited to three categories:

- The first category includes oppressive, arbitrary, or unconstitutional action by the servants of the government Lord Devlin was careful not to extend this category to oppressive actions by private individuals or corporations.
- The second category includes cases in which the defendant's conduct was calculated to make a profit for himself which could exceed the compensation payable to the plaintiff. This is particularly likely to happen in liable cases, where Lord Devlin expressly said that "one man should not be allowed to sell another man's reputation for profit.
- The third category recognizes the obvious fact that exemplary damage may be awards whenever a statute allows such an award to be made.

In addition to setting out those categories, there are three considerations which must be born in mind in any case in which an award of exemplary damages is being claimed. First, the plaintiff must himself be the victim of the punishable behavior; secondly, the power to award such damages must be used with restraint for it may be a weapon against as well as for liberty; thirdly, the means of the defendant, irrelevant in the assessment of compensatory damages, are material, as is everything which aggravates or migrates the defendant's conduct.

Also, English law recognizes another kind of damages called "aggravated damages". They are typically awarded where the manner in which the tort was committed was such as to injure the plaintiff's proper feelings of pride and dignity, or gave rise to humiliation, insult or other distress. In order for granting such damages, two elements must be satisfied. First, the defendant's conduct must be "exceptional", i.e. particularly offensive or accompanied by malevolence or spite. The conduct of the defendant in the process of litigation and at trial has also been considered relevant to aggravated damages. The second requirement is of an injury to a personality interests or feeling. This means that a plaintiff who is unaware of the defendant exceptional conduct or motive cannot claim aggravated damages, although the conduct might otherwise excite outrage or offence.

Aggravated damages cannot be awarded for the tort of negligence or for breach of contract. They have, however, been awarded for many other causes of action, including assault, battery, false imprisonment, malicious persecution, defamation, intimidation, discrimination, trespass to land, deceit, nuisance, and unlawful interference with business.

Although, as clear and high authority in England has stated that aggravated damages are compensatory in nature, there has remained some confusion about whether they have a punitive or quasi-punitive functions. Of course every award of damages which is paid out of defendant's own pocket, whether it is, for example, an award of compensatory damages or restitutionary damages, is likely adversely to affect him. In a loose sense, this effect can be, and often is, described as punitive. As any

award of damages may have such an adverse (or, loosely, punitive) effect on a defendant, the fact that an award of aggravated damages may do so is not a reason for viewing such an award as anything other than compensatory in nature.

Analogue to exemplary (punitive) and aggravated damages in Anglo-American legal system is the aggravated blood money (Al Diah) in Islamic law. It is awarded with regard to culpability per se and malicious and willful of the defendant's conduct. It is also awarded in cases of crimes against kinships within prohibited degree and in cases of crimes committed in holy months or at the sacred city Mecca. Aggravation of the said blood money takes three forms: 1- old ages of the hundred camels (as they are prefixed by Divine law) or their value in money; 2- defendants must bear the award himself from his pocket. This means that no one of his relatives or clan shares in payment; 3- to be paid forthwith.

Private punishment in France, an inheritance of Roman law, had been abandoned during the drastic changes from Roman law thoughts, concerning *poena privata* which adopts the subjective trend in assessment of damages, to the objective one. Such change had taken a lot of time after issuance of the old French civil law and was codified in the civil law of 1804. It was settled since then that damages are to compensate the victim according to suffered damage, no more no less than the real damage regardless of gravity of culpability whether *lata*, or *levis*, or *levissima culpa*. According to such trend compensatory damages are integrated and invariable.

However, judiciary, in assessment of damage, was inclined to increase or decrease it according to gravity of culpability. Jurisprudence took over this line and recreated the concept of private punishment from its grave. First attempt was done by the French jurist Hugueny in his thesis in 1904. He attributed revival of *poena privata* to two main factors. First, is the existence of legal, ethical, social, and economical conditions, as results to changes in thoughts, customs, morals, and social status that make the public atmosphere analogous to that was prevailing in which *poena privata* was first created during Roman era. Second, is the insufficiency of compensatory damages for protecting provisions of civil law. Thus, there was a bad need for a deterring reaction imputed to civil law but may be borrowed from criminal law.

It is quite clear that excavation of private punishment in modern age was done through the good office of the great French jurist Boris Starck. In his thesis in 1947, he considers that some kinds of culpability such as: deceive, fraud, ill-will, and *lata culpa* are social calamities have to be fought by civil law. In such cases augmentation of indemnity is a function of culpa gravity. He also distinguishes between reparation of guarantee which is objective and moderate and integral reparation which its assessment is based on *concereto*. Integral reparation is the maximum for private punishment award.

There are several applications for *poena privata* are stipulated in French and also Egyptian civil laws. They are as follows: taking account to culpability gravity in assessment awards (this the only application that corresponds to punitive or exemplary damages in Anglo-American legal system), indemnifying the unexpected prejudice in case of fraud and serious fault in contractual liability; awarding the indirect harm in civil liability, liability per se regardless of proving damage (example of such application provisions of article 1153 of the French civil law that corresponds to article 228 of the Egyptian civil law which stipulate that moratory interests are due without proving damage; and depriving liability insurance in case of fraud. Courts have used their authority to extend culpa gravity to include the inexcusable fault as being greater than *lata culpa* and lesser than fraud or intentional fault. They consider the inexcusable fault is of exceptional gravity and augmented the rewards as one of private punishment applications. Also, courts nullified the clause of non-liability in illicit act. As per article 1152 of French civil law and the article 223 of Egyptian civil law the penal clause (*stipulatio poena*) performs dual functions. As it is said "it is an arm has two forearms".

It is a contract for carrying out a principal obligation and in case of nonenforcement of such agreement it is a punishment. Sometimes courts issue an interlocutory judgment against the debtor who refrains from executing an in kind obligation to pay sum of money to be calculated on basis of time unit (day, week, month, etc.) as a mean of pressure to carry out his obligation. Such amount is a financial threatens, so it is a kind of private punishment. Some authors consider the award on non-economic damage is to some extent a private punishment. However, it is difficult to survey the other several aspects of poena privata.

### 3.3- Economic Analysis of Reparation:

Perhaps the most important development in legal thought in the second half of last century has been the application of economics to an ever-increasing range of legal fields. Using the classical tools and fundamental concepts such as the law of demand and supply, price theory, rational choice.. etc. have led economics to find a vacant rich in the intellectual ecology of the law and filled it. Economics provide a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior. The idea behind this prediction is that sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices. Also, economics predicts the effects of policies on efficiency by providing normative standard for evaluating law and policy.

One of the central assumptions in economic theory is that decision-makers are rationally self-interested. This means that decision-makers have stable, well-ordered preferences, which implies something about the decision-maker's cognitive and reasoning abilities. Specifically, it suggests that decision-makers can calculate the costs and benefits of the alternatives available to them and that they choose to follow the alternative that offers the greatest benefit. But rational maximization should not be confused with conscious calculation. Economics is not a theory about consciousness. Behavior is rational when it conforms to the model of rational choice, whatever the state of mind of the chooser.

Everybody takes precautions against accidents, but how extensive the precautions taken are. Of course the efficient level of precaution ( $x^*$ ) presumably, equals the legal standard ( $x^*$ ), then  $x^* = x^*$ . The interesting question is how economics help in setting legal standard. An American judge Learned Hand developed a famous rule called "Hand Formula" to put standard for negligence by using algebraic terms. Let (P) denote to probability and the magnitude, (L) for loss, and (B) to the cost of the precaution. Hand wrote that a potential injurer is negligent if but only if  $(B) < PL$ . But this rule is unclear as to whether the variables refer to marginal values or total values. The economist has marginal values in mind. Thus it could be put into another notation. Let us denote to the marginal cost of precaution by ( $w_i$ ), cost of accident harm by (A), and marginal probability by ( $P'$ ). Then we obtain the following rule: marginal Hand rule:  $W_i < P'A \rightarrow$  injurer is negligent. To escape liability under Hand rule, the injurer must increase precaution until the inequality becomes an equality:

$$W = P'(X^*) A$$

Marginal social cost                      marginal social benefit

While ( $x^*$ ) refers to the value of the expected social cost.

Also, the efficient level of precaution  $x^*$  can be found by solving that equation.

Compensatory damages are intended to "make the victim whole". Sometimes this is possible specially when reparation falls within the standard economic concept of indifference: Compensation is perfect when the victim is indifferent between having the injury and damages, and having neither. This concept is relevant for injuries in which a substitute for the lost goods is available in the market. But for some tortuous injuries there is no ready market substitute such as death or serious injury. A rational decision about these serious risks involves balancing the costs and benefits of

precaution. By reasoning in this way and using Hand Formula, it is possible to impute a value to the loss of life. To illustrate, we may suppose that the probability of a fatal automobile accident falls by 1/10,000 when an additional £100 is spent on automotive safety. If expenditures on automotive safety are rational, then the reduction in the probability of a fatal accident, multiplied by the implicit value assigned to a life, equals the marginal cost of care:

$$(1/10.000) (\text{Implicit value of life}) = £100$$

$$\text{Or (implicit value of life) = } 100/(10.000)$$

Which suggest that implicit value of life is one million pound. This method of computing the value of life is referred to as the risk-equivalent method.

The constant-utility demand curve describes decision-makers' willingness to pay for the good. When applied in law, the willingness to pay for a good equals the amount of compensation that must be paid to the victim for depriving him of the good. In other words, perfect compensation for harm resulting from a decrease in quantity of a good equals the corresponding area under the constant-utility demand curve. From a formal standpoint goods and bad are the same but for the positive or negative sign. Thus, the preceding and about compensation for depriving someone of a good also applies to imposing a bad upon someone. Specially, the harm caused by imposing the bad equals the victim's willingness to pay to be free from it. The willingness to pay to be free from a bad can be represented as a constant-utility demand curve, and the area under the appropriate segment will indicate the perfectly compensatory damages for imposing a bad upon the victim.

We can depict the efficient damage rule in algebraic expressions as follows. Consider a potential tortfeasor. The number of offenses he supplies is a function  $O(C_p)$  of his expenditure on precautions  $C_p$ . For each offense he is charged damages  $D$ . The tortfeasor's cost is damage cost plus precaution cost:  $DO(C_p) + C_p$ . He chooses the level of precaution that minimizes it, so:

$$d/dC_p [DO(C_p) + C_p] = DO' + 1 = 0 \quad (\text{eq.1})$$

$$O' = YD. \quad 1/D$$

Each offense imposes a cost on the victim, for simplicity let us assume that the cost per offense is constant. Defining it as  $C_v$ , the total cost imposed by the court on the victim is  $C_v O(C_p)$ . If there were no litigation costs, social cost would be the cost to the victim plus the cost of precautions:  $C_v O(C_p) + C_p$ . Minimizing, we would get:

$$d/dC_p [C_v O(C_p) + C_p] = C_v O' + 1 = 0 \quad (\text{eq.2})$$

Equation 2 describes what we want the potential tortfeasor to do; equation 1 describes what he will choose to do. We make the two the same by setting damages equal to the cost imposed by the tort;  $D = C_v$ .

One of the problems in practice is the assessment of a damages for loss of earning capacity. We have to determine the wages likely to have been received each year between accident and retirement. The starting point for the injury is the wage profile by age for the occupation in question. The next step is to determine how the wages in the occupation are likely to change in the future. Many factors that might alter the wage level in a particular occupation are very difficult to foresee- such as changes in the demand for the output of the industry in which the worker is employed or in the level of unionization in the industry. These sources of future wage change will generally have to be ignored in estimating damages. The foreseeable sources of wage change are three: (1) probability of layoff, based on past employment experience in the industry, (2) rising labor productivity, and (3) inflation.

A somewhat more difficult is awarding damages for pain, disfigurement, loss of mobility, and other forms of suffering inflicted by illicit act. Since the loss of vision or limbs reduces the amount of pleasure that can be purchased with a half pound (fifty piasters), a very large amount of money will frequently be necessary to place the

victim in the same position of relative satisfaction that he occupied before the illegal act. The problem is most acute in a death case. Most people would not exchange their lives for anything less than infinite sum of money if the exchange were to take place immediately, since they would have so little time in which to enjoy the proceeds of the sale. A particularly difficult problem is the valuation of a child's life. Although there is frequently no basis for estimating lost earnings, a minimum estimate of the parents' loss, which can be used as the basis for awarding damages to them, is their investment of both money and time in the rearing of the child up to the date of his death.

Economist can help in stating a method of computing punitive damages. Define the relevant variables as follows:

$x$  = precaution, whose cost is  $\pounds w$  per unit;

$P$  = the probability of an accident as a function of  $x$ , with  $P' < 0$  and  $P'' > 0$  (i.e. the probability of an accident declines as precaution increases, but declines at a decreasing rate);

$A$  = the harm caused by an accident;

$L$  = the injurer's liability conditional on an accident's actually occurring;

$m$  = the punitive multiple; and

$e$  = the enforcement error (ratio of compensated victims to total victims)

Assume that precaution,  $x$ , whose unit cost is  $\pounds w$ , is continuous and that taking precaution reduces the probability,  $P$ , of an accident. Socially responsible decision-makers take precaution to minimize the sum of the costs and expected cost of harm:

$$\min [wx + P(x) A]$$

By contrast, purely selfish actors are not concerned with the harm,  $A$ , suffered by others, but only with their own expected liability,  $L$ . Purely selfish actors thus take precaution to minimize the sum of their costs and their liability times the probability of an accident:

$$\min [wx + P(x) L]$$

Consider, first, the consequences of an enforcement error " $e$ " when there are no punitive damages. By assumption, then decision-maker's liability is limited to compensatory damages,  $A$ , which are imposed with enforcement error " $e$ " in the event of an accident. Thus,

$$L = A e$$

Because  $e < 1$ , the expected liability is a fraction of the actual harm done by an injurer. Substituting this into the preceding relation yields:

$$\min [wx + p(x) A e]$$

This equation differs from the one for socially responsible decision-makers by the term " $e$ ", the enforcement error represents an externalization of social costs that causes decision-makers to take too little precaution.

To make selfish actors internalize social costs, compensatory damages must be augmented by punitive damages. When punitive damages are allowed, liability equals the punitive multiple times the compensatory damages net of the enforcement error:

$$L = A e m$$

The minimization equation for purely selfish actors then becomes

$$\min [wx + P(x) A e m]$$

Let us move to the economic basis of freedom of speech. Ideas are a useful good produced in enormous quantity in a highly competitive market. This marketplace determines the "truth" of ideas, other than of purely deductive propositions such as the Pythagorean Theorem. When we say that an idea is correct, we mean that all or most of the knowledgeable consumers have accepted (bought) it. If competition among ideas is the method by which truth is established, the suppression of an idea on the ground that it is false is irrational, barring some market failure. An idea is false only if rejected in the marketplace, and if it is rejected, there is no occasion to suppress it.

The right of privacy is most often involved by celebrities avid for publicity; they just want to make sure they get the highest possible price for the use of their name and picture in advertising whatever information value a celebrity's endorsement has to consumers will be lost if every producer can use the celebrity's name and picture in his advertising.

The most interesting question in privacy is whether a person should have a right to conceal embarrassing facts about him, for example that he is an ex-convict. There is some, but not much support for such a right. The economist sees a parallel to the efforts of sellers to conceal hidden defects in their products. A person "sells" himself by trying to persuade potential transacting partners that he has good qualities. Should he be encouraged to deceive these people, by being given a right to sue anyone who unmasks his hidden defects"? At least on economic grounds, the answer seems to be no. It would be different if what was "unmasked" was not an embarrassing fact but a superb dinner recipe. We would then be in realm of the trade secret, and the case would be no different in principle from the theft of a secret formula by a commercial rival. Here secrecy is a method of enforcing an informal property right and encourages an investment in a socially valuable idea.

The last issue that deserves to be a suitable capstone to this thesis is the tort of defamation looked at from the economic analysis. Damaging statements about individuals are an important part of the marketplace of ideas and can in principle be validated in several respects as other ideas- by competition. But they are special in several respects. They inflict costs that are both concentrated and at least cruelly measurable; the falsity of the defamation may be a pretty good substitute for market determination, and competition may not be an effective remedy.

Libel a person is a deliberate act specially when it comes from press against a public figure, yet economic analysis of such act considers some factors. The first factor is the cost of preventing defamation is much more lower than damage suffered by the victim i.e. (according to Hand Formula)  $B < PL$ . Another element is that the doer can change his activity and reduce costs of precaution whereas the victim cannot change his economic activity to avoid the tort of defamation. Third factor is that supply of defamation act is elastic. This means if the journalist and the newspaper that employs him are faced with the prospect of large damages (punitive), they may be reluctant to publish the item even though the total social benefits (but not their private benefits), as measured by the willingness of all newspapers readers to pay to read the item, may exceed those damages.

### قائمة المراجع

## أولاً : مراجع الشريعة الاسلاميه

### أ- القرآن الكريم

ب- كتب التفسير وعلوم القرآن :-

- \* أحكام القرآن : للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي المشهور بالجلصاص ، المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ، المطبعة البهيه (١٣٤٧) .
- \* أحكام القرآن : للقاضي أبي بكر محمد بن عبدالله بن محمد المعروف بابن العربي الأندلسي ، المتوفى سنة ٥٤٢ هـ ، تحقيق علي محمد الجاوي ، مطبعة دار إحياء الكتب العلميه عيسى البابي الحلبي وشركاه ، الطبعة الأولى ١٣٧٦-١٩٥٧ .
- \* الجامع لأحكام القرآن : للإمام أبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، المتوفى سنة ٧٦١ هـ ، مطبعة دار الكتب المصرية ، الطبعة الأولى ، وطبعة دار الشام للتراث .

\* جامع البيان عن تأويل آي القرآن : للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، المتوفى سنة ٣١٠ هـ ، مطبعة دار المعارف بمصر .

\* صفوة التفاسير : محمد علي الصابوني ، دار القرآن الكريم ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠١-١٩٨١ .

\* مختصر تفسير ابن كثير : اختصار وتحقيق محمد علي الصابوني ، دار القرآن الكريم بيروت ، الطبعة الرابعة ١٤٠١ .

### ج - الأحاديث القدسيه :-

\* جامع الأحاديث القدسيه: أبو عبدالرحمن عصام الدين الصبايطي ، دار الريان للتراث ، مطبعة الأهرام التجارية ، قلوب .

### د- كتب الحديث وشروحه :-

\* سبل السلام بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام : لمحمد بن إسماعيل الكحلأوى ثم الصنعاني المعروف بالأثير ، المتوفى سنة ١١٨٢ م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي (١٩٥٥-١٣٧٤) .

\* سنن أبى ماجه : للحافظ أبى عبدالله محمد بن يزيد القزويني (٢٠٧ - ٢٧٥ هـ) حقق نصوصه ورقم كتبه ، وأبوابه ، وأحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبدالباقى ، دار الريان للتراث ، مطبعة دار احياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي .

\* سنن أبى داود : للإمام الحافظ المنصف المتقن أبى داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي (٢٠٢ - ٢٧٥) دار الحديث القاهرة ١٤٠٨ - ١٩٨٨ .

\* سنن الترمذى : للإمام الحافظ محمد بن عيسى الترمذى ، المتوفى سنة ٢٧٩ هـ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الأولى ١٣٥٦-١٩٣٥ .

\* السنن الكبرى : للإمام أبى بكر أحمد بن الحسين البيهقي النيسابوري ، المتوفى سنة ٤٥٨ هـ ، الطبعة الأولى ، بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بجيدر آباد الدكن ، الهند ١٣٥٢ .

\* صحيح مسلم بشرح النووي ، وهو الأمام أبوالحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، المتوفى سنة ٢٦١ هـ ، دار إحياء التراث العربى بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٢ - ١٩٧٢ .

\* فتح البارى : شرح صحيح البخارى : للإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلاني (٧٧٣-٨٥٢) طبعة جديدة ومنقحه ومصححه عن الطبعة التى حقق أصلها عبدالعزيز بن عبدالله بن باز ورقم كتبها وأبوابها وأحاديثها محمد فؤاد عبدالباقى ، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع ، القاهرة ١٩٩٩-١٤١٩ .

\* المحرر فى الحديث فى بيان الأحكام الشرعيه : للإمام شمس الدين أبى عبدالله محمد بن عبدالحادى المقدسى الحنبلى ، الشهير بأبن قدامه ، السلام العالميه للطبع والنشر

\* المستدرك على الصحيحين : للحافظ الكبير إمام المحدثين أبى عبدالله محمد بن عبدالله المعروف بالحاكم النيسابوري ، المتوفى سنة ٤٠٥ هـ ، مكتبة ومطبعة النصر الحديثه ، الرياض .

\* مسند الأمام أحمد : الأمام أحمد بن محمد بن حنبل ، صاحب المذهب المعروف ، المتوفى سنة ٢٤١ هـ ، المطبعة الميمنية بمصر ١٣٠٦ هـ .

\* موطأ الأمام مالك : أبى عبدالله مالك بن أنس الأصبحي ، المتوفى سنة ١٧٩ هـ ، رواية محمد بن الحسن الشيباني ، تعليق وتحقيق عبدالوهاب عبداللطيف ، الطبعة الأولى ، النور الاسلاميه .

\* نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار : للإمام محمد بن على بن محمد الشوكاني ، قاضى قضاة القطر اليماني ، المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ ، المطبعة العثمانية ، الطبعة الأولى .

هـ . كتب أصول الفقه :



- \* (شرح أصول البذوى) كشف الأسرار ، للإمام عبدالعزيز بن أحمد بن محمد البخارى ، المتوفى سنة ٧٣٠ .
- \* التقيح وشرحه التوضيح : الصدر الشريعه القاضى عبيدالله بن مسعود بن محمود البخارى الحنفى ، المتوفى سنة ٧٤٧ ، مطبوع بهامش التلويح ، مطبعة محمد على صبيح وأولاده ، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م .
- \* (شرح التوضيح) التلويح على التوضيح : للعلامة سعد الدين مسعود ابن عمر التغاى ، المتوفى سنة ٧٩٢ .
- \* الرسالة : للإمام المطلبى محمد بن إدريس الشافعى ١٥٠-٢٠٤ ، عن أصل بخط الربيع بن سليمان كتبه فى حياة الشافعى ، بتحقيق أحمد شاكى ١٣٠٩ .
- \* فواتح الرخومت بشرح مسلم الثبوت : للعلامة ابن نظام الدين عبدالعلى محمد الأنصارى ، مطبوع مع المستصفى من علم الأصول لحجة الإسلام أبى حامد بن محمد أبى محمد الغزالى ، الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية ١٣٢٤ .
- \* المستصفى من علم الأصول لحجة الإسلام أبى حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥ .
- \* (بالحامش كشف الأسرار) حاشية الشيخ محمد عبدالحليم اللكنوى المسماه قمرالأقمار على نور الأنوار شرح المنار ، الطبعة الأولى ، بالمطبعة الكبرى ١٣١٦ هـ .
- \* المغرب فى ترتيب المغرب أبوالفتح ناصر بن عبدالسيد أبى على المطرزى المتوفى سنة ٦١٦ ، دار الكتاب العربى ، بيروت .
- \* الموافقات فى أصول الأحكام : للإمام أبى إسحاق إبراهيم بن موسى النخعى الغرناطى المعروف بالشاطبى ، المتوفى سنة ٧٩٠ هـ ، تحقيق الشيخ محمد محى الدين عبدالحاميد ، الناشر مكتبة محمد على صبيح وأولاده ، مطبعة المدنى .

#### و- كتب المذهب الحنفى :

- \* بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الملقب بملك العلماء ، المتوفى سنة ٥٨٧ ، الطبعة الأولى بمطبعة الجمالية .
- \* رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار : للعلامة محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز ، الشهير بإبن عابدين ، المتوفى سنة ١٢٥٢ ، مطبعة الحلبي (١٣٨٦-١٩٦٦) .
- \* شرح الكنز (البررائق) : للعلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بإبن نجم ، المتوفى سنة ٩٧٠ ، مطبعة شركة دار الكتب العربية بمصر ١٣٣٣ .
- \* (شرح الكنز) تبين الحقائق : للعلامة فخرالدين عثمان بن على الزيلعى ، المتوفى سنة ٧٧٣ ، المطبعة الأميرية .
- \* (شرح الهداية) فتح القدير : للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبدالحاميد بن مسعود السيواسى المعروف بإبن همام ، المتوفى سنة ٨٦١ ، الطبعة الأولى ، المطبعة الأميرية الكبرى .
- \* الفتاوى الأسعديه فى فقه الحنفية : أسعد المدنى الحسينى ، للطبعة الخيرية ١٣٠١ .
- \* المبسوط : لشمس الأئمة أبى بكر محمد بن أبى سهل السرخسى ، المتوفى سنة ٤٨٣ ، الطبعة الأولى بمطبعة السعادة .
- \* مجمع الضمانات لى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان : لأبى محمد بن غانم بن محمد البغدادى ، المطبعة الأميرية بمصر ، الطبعة الأولى ١٣٠٨ .
- \* نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح القدير) : للعلامة شمس الدين أحمد بن قود المعروف بقاضى زاده ، المتوفى سنة ٩٨٨ ، المكتبة البخارية الكبرى ، مطبعة مصطفى محمد ، الطبعة الأولى ١٣١٨ .

#### ز- كتب المذهب المالكى :-

- \* الشرح الصغير على أقرب المسالك : للشيخ أحمد بن محمد الدردير ١٢٠٦ وعليه حاشية الشيخ أحمد الصاوى المالكى ، بتحقيق الدكتور مصطفى كمال وصفى ، دار المعارف ١٩٧١ .
- \* بداية المجتهد ونهاية المقتصد : للإمام القاضى محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبى المعروف بإبن رشد الحفيد ، المتوفى سنة ٥٩٥ ، مكتبة الكليات الأزهرية وطبعة أخرى بدار الفكر ، مكتبة الخانجى بالقاهرة .

- \* **تبصره الأحكام فى أصول الأفضيه ومناهج الأحكام** : للقاضى برهان الدين إبراهيم بن على بن أبى القاسم بن محمد بن فرحون ، المتوفى سنة ٧٩٩ هـ ، على هامش فتح العلى للشيخ أبى عبدالله محمد عlish ، المتوفى سنة ١٢٩٩ هـ ، الطبعة الثانية بمطبعة مصطفى البابى الحلبي ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م .
- \* **شرح حدود ابن عرفه** : لقاضى الجماعة أبى عبدالله محمد الأنصارى المشهور بالرضاع التونسى ، المتوفى سنة ٨٩٤ هـ ، تحقيق محمد أبو الأحقان ، الظاهر المعمورى ، دار الغرب الاسلامى ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٩٣ .
- \* **شرح الزرقانى على الموطأ** : للعلامة محمد عبدالباقى بن يوسف الزرقانى ، المتوفى سنة ١١٢٢ هـ ، مطبعة مصطفى محمد ١٣٥٥ - ١٩٣٦ .
- \* **الفروق** : للإمام شهاب الدين أبى العباس أحمد بن أدریس بن عبدالرحمن الصنهاجى المشهور بالقراقى ، المتوفى سنة ٦٨٤ هـ ، الطبعة الأولى بمطبعة دار احياء الكتب العربية ١٣٤٤ هـ .
- \* **قوانين الأحكام الشرعية ومساائل الفروع الفقهية** : للإمام محمد بن أحمد بن جزى الغرناطى المالكى ، المتوفى سنة ٧٤١ هـ ، الناشر دار العلم للملايين ، بيروت .
- \* **(شرح مختصر خليل) منح الجليل** : للعلامة أبى عبدالله محمد بن عبدالله الخرشى ، المتوفى سنة ١١٠١ هـ ، الطبعة الثانية ، بالمطبعة العامرة الشرقية ١٣١٧ .
- \* **(شرح مختصر خليل) منح القدير** ، المعروف بالشرح الكبير للشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، المتوفى سنة ١٢٠١ هـ ، مطبوع على حاشية الدسوقي ، الطبعة الأولى بمطبعة السعادة ١٣٢٩ - ١٩١١ .
- \* **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : للشيخ شمس الدين محمد بن عرفه الدسوقي ، المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ ، الطبعة الأولى بمنطقة السعادة ١٣٢٩ - ١٩١١ .
- \* **مواهب الجليل شرح مختصر خليل** للعلامة محمد بن عبدالرحمن الطرابلى المعروف بالخطاب ، المتوفى سنة ١٩٥٤ هـ ، الطبعة الأولى بمطبعة السعادة بمصر .
- \* **المدونة الكبرى** : للإمام أبى عبدالله مالك بن أنس إمام المذهب ، برواية سحنون بن سعيد التنوحى عن الإمام عبدالرحمن ابن القاسم عن الإمام مالك ، مطبعة السعادة ١٣٢٣ .
- \* **المقدمات الممهدة** : للإمام أبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد (ابن رشدالجد) المتوفى سنة ٥٢٠ هـ ، الطبعة الأولى بمطبعة السعادة .
- \* **المنتقى شرح الموطأ** : للقاضى أبى الوليد سليمان بن خلف الباجى الأندلس ، المتوفى سنة ٤٩٤ هـ ، الطبعة الأولى ، بمطبعة السعادة بمصر ١٣٣٢ .

#### ح- كتب المذهب الشافعى :

- \* **الأحكام السلطانية والولايات الدينية** : للقاضى أبى الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى الماوردى ، المتوفى سنة ٤٥٠ هـ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الثالثة ١٣٩٣ - ١٩٧٣ .
- \* **الأشباه والنظائر** : للإمام جلال الدين السيوطى ، المتوفى سنة ٩١١ هـ ، دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابى الحلبي وشركاه .
- \* **احياء علوم الدين** : للإمام ابى حامد محمد بن محمد الغزالى ، المتوفى سنة ٥٠٥ هـ ، دار احياء الكتب العربية، عيسى البابى الحلبي وشركاه
- \* **حاشية الرشيدى (بهامش نهاية المحتاج)** : للعلامة أحمد بن عبدالرازق بن محمد بن أحمد ، المعروف بالمغربى الرشيدى ، المتوفى سنة ١٠٩٦ هـ ، مصطفى الحلبي ، مصر ١٩٦٧ .
- \* **(شرح المنهاج) مغنى المحتاج ، إلى معرفة معانى الفاظه المنهاج** : شرح الشيخ محمد الشربيني الخطيب ، المتوفى سنة ٩٧٧ هـ ، على متن المنهاج لأبى زكريا يحيى بن شرف النووي ، مطبعة مصطفى البابى الحلبي مصر ، ١٣٧٧ - ١٩٥٨ .
- \* **(شرح المنهاج) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** : للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزه بن شهاب الدين الرملى (الشهير بالشافعى الصغير) المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ ، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٥٧ - ١٩٣٨ .
- \* **قواعد الأحكام فى مصالح الأنام** : لشيخ الاسلام أبى محمد عزالدين بن عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمى ، الملقب بسلطان العلماء ، المتوفى سنة ٦٦٠ هـ ، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ، دار الشرق للطباعة ، ١٣٨٨ - ١٩٦٨ .
- \* **المهذب** : للإمام الزاهد أبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز أبادى الشيرازى ، المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ، مطبعة عيسى البابى الحلبي وشركاه .

\* الوجيز في فقه مذهب الأمام الشافعي : للإمام أبي حامد الغزالي ، مطبعة الآداب والمؤيد بمصر ١٣١٧ هـ .

ط- كتب المذهب الحنبلي :-

\* الأحكام السلطانية : للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء ، المتوفى سنة ٤٥٨ ، الطبعة الثانية ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦-١٩٦٦ .

\* اعلام الموقعين عن رب العالمين :- للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بأبن القيم كان أبوه قيما على مدرسة الجوزية بدمشق وقد عرف بإبن القيم الجوزية ، المتوفى سنة ٧٥١ ، راجع وعلق عليه طه عبدالرؤوف سعد ، مطبعة الحاج عبدالسلام بن محمد بن شقرون ١٣٨٨-١٩٦٨ .

\* (شرح الاقناع) كشف القناع عن متن الاقناع : للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوئي ، المتوفى سنة ١٠٥١ ، مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٦-١٩٤٧ وطبعه عالم الكتب ، بيروت .

\* الطرق الحكمية في السياسة الشرعية : للإمام أبي القيم ، الناشر المؤسسة العربية للطباعة والنشر ١٣٨٠هـ-١٩٦١ م .

\* القواعد : للحافظ زين الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي ، المتوفى سنة ٧٩٥ ، راجع وعلق عليه طه عبدالرؤوف سعد ، مؤسسة نبع الفكر العربي للطباعة ، الطبعة الأولى، ١٣٩٢-١٩٧٢ .

\* المحرر في الفقه على مذهب الأمام أحمد بن حنبل : للإمام مجد الدين أبي البركات ، المتوفى سنة ٦٥٢ ، مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٩-١٩٥٠ .

\* المغني : موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمود بن قدامة ، المتوفى سنة ٦٢٠ على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبدالله بن أحمد الخرقى ، المتوفى سنة ٣٣٤ ، ويليهِ الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع ، بيروت ، طبعه ١٩٨٣-١٤٠٣ .

\* منتهى الارادات في جميع المقنع مع التنقيح وزيادات : للشيخ تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى المصرى ، الشهير بإبن النجار ، المتوفى سنة ٩٧٢ ، تحقيق فضيلة الشيخ عبدالغنى ، مكتبة دار العروبة .

ى- كتب في غير المذاهب الأربعة :

١- المذهب الظاهري :

\* المحلى : للحافظ أبي محمد على بن حزم الأندلسى ، المتوفى سنة ٥٠٦ المطبعة المتبرية بمصر ، الطبعة الأولى ١٣٥٢ هـ .

٢- الشيعة الزيدية :

\* البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : للإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى ، المتوفى سنة ٨٤٠ هـ ، مكتبة الخانجي بمصر مطبعة السنة المحمدية ، الطبعة الأولى ١٣٦٨-١٠٤٩ .

\* (مع البحر الزخار) جواهر الأخبار والأثار المستخرجة من لجنة البحر الزخار : للعلامة المحقق محمد بن يحيى بهران الصعدى ، المتوفى سنة ٩٥٧ .

\* جواهر الأخبار : لابن فران : مطبوع بمأمش البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : المهدي لدين الله أحمد بن يحيى المرتضى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الثانية ١٣٩٤ هـ .

٣- الشيعة الإمامية :

\* شرائع اسلام في مسائل الحلال والحرام : المحقق الحلى أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، تحقيق عبدالحسين محمد على ، دار الأضواء ، بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ .

٤- المذهب الإباضى :

\* كتاب النيل وشقاء العليل ، للشيخ ضياء الدين عبدالعزيز التميمي ومعه شرح كتاب النيل وشقاء العليل للشيخ محمد بن يوسف بن أطفيش ، المتوفى سنة ١٣٢٢ ، دار الفتح بيروت ١٣٩٢-١٩٧٢ .

ك- كتب اللغة : المعاجم اللغوية العربية :

- \* **أساس البلاغة** : للإمام محمود بن عمر الزمخشري ، المتوفى سنة ٥٣٨ هـ الطبعة الثانية ، بالمطبعة الأميرية الكبرى ١٣١٨ .
- \* **القاموس المحيط** : تأليف مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، المتوفى سنة ٥٨١٧ هـ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، الطبعة الثانية ١٣٧١-١٩٥٢ .
- \* **لسان العرب** : لإبن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري ، المتوفى سنة ٧١١ هـ - الزء الحادى عشر ، طبعه مصورء عن مطبعة بولاق ، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والأنباء والنشر ، الدار المصرية للتأليف والترجمه .
- \* **مختار الصحاح** : للشيخ الأمام محمد بن أبى بكر بن عبدالقادر الرزائى ، عنى بترتيبه السيد محمود خاطر ، راجعه نخبه من علماء اللغة العربية ، دارنخصه مصر للطبع والنشر .
- \* **المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير الرافعى** : أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى ، المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ، المطبعة الأميرية الكبرى ، الطبعه الرابعه ١٩٢١ م .
- \* **المعجم الوسيط** : مجمع اللغة العربية ، مطبعة مصر ، ١٣٨٠-١٩٦٠ .

ل- مراجع حديثه فى فقه الشريعة الاسلاميه :

## ١- الكتب :

- \* **أحمد فتحى بهنس** : الديه فى الشريعة الاسلاميه ، مطبعة دار الشروق الطبعه الثانية ١٩٨٢ .
- \* **أحمد فهمى أبوسنه** : النظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الاسلاميه ، مطبعة دار التأليف الماليه بمصر ١٣٨٧-١٩٦٧ .
- \* **أحمد النجدى زهو** : أصول الفقه الاسلامى ، دار النصر للتوزيع والنشر (١٤١٩-١٩٩٨) .
- \* **أنور محمد دبور** : القرائن ودورها فى الاثبات فى الفقه الجنائى الاسلامى دار الثقافة العربية ١٤٠٥هـ-١٩٩٥ .
- \* **حسن الشاذلى** : الجنایات فى الفقه الاسلامى ١٩٧٨ .
- \* **رمضان الشرباصى** : النظرية العامة فى الفقه الاسلامى ، دار القلم بدولة الامارات العربية ، طبعه ١٩٨٦ .
- \* **زكريا البرى** : الوسيط فى أحكام التركات والموارث ، دار النهضة العربية ، دار الاتحاد العربى للطباعة ، الطبعه الثانية ١٣٩٠ هـ-١٩٧٠ .
- \* **ألسيد سابق** : فقه السنه ، دار الكتاب العربى ، الطبعه الثالثه ١٣٩٧-١٩٧٧ .
- \* **عبدالحكيم علالمغربى** : الحدود والقصاص فى الفقه الاسلامى ، دار الطباعه الحمدي .
- \* **عبدالخالق النووى** : جرائم الق ذف والسب فى الشريعة الاسلاميه ، مكتبة الأنجلو ١٩٩٨ .
- \* **عبدالرزاق السنهورى** : مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، دراسة مقارنة مطابع دار المعارف بمصر
- \* **عبدالقادر عوده** : التشريع الجنائى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى ، دار الطباعه الحديثه ١٩٨٤
- \* **عبدالله محمد القاضى** : أحكام حد القذف فى الشريعة الاسلاميه وأثر تطبيقه فى حماية الأعراض ، دار الهدى للطباعة .
- \* **ألشيخ على الخفيف** : -
- ١- الحق والذمة وتأثير الموت فيهما ، مكتبة عبدالله وهبه ١٩٤٥ .
- ٢- الضمان فى الفقه الاسلامى ، القسم الثانى ، قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية ، دار الفكر العربى .
- ٣- التصرف الأفرادى والارادة المنفردة .
- \* **على راشء** : دراسة تحليليه فلسفيه للأحكام والنظم الاسلاميه ١٩٦٩ .

\* **أششيخ محمد أبوزهره** : أحكام التركات والموارث ، مطبعة نخيمر - الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى ، مطبعة دار الفكر ١٩٧٦ .

\* **محمد رشدمحمد إسماعيل** :-

١ - الفقه الجنائى الاسلامى ، مطبعة الجبالوى ، الطبعة الأولى .

٢ - الجنائيات فى الفقه الاسلامى ، دار الأنصار ١٩٨٣ .

\* **محمد زكريا البرديسى** : الميراث ، دار النهضة العربية ، دار الاتحاد العربى للطباعة ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٥ م .

\* **محمد سلام مذكور** : - مباحث الحكم عند الأصولين .

- الحكم التخييرى أو نظرية الإباحة عند الأصوليين .

- الجنين والأحكام المتعلقة به فى الفقه الاسلامى ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى .

- المدخل للفقه الاسلامى ، دار النهضة العربية ١٣٨٩ - ١٩٦٩ .

\* **محمد سليم العوا** : - فى أصول النظام الجنائى الاسلامى ، دراسة مقارنة ، دار المعارف ،

القاهرة ، الطبعة الثانية ١٩٨٣ .

\* **محمد عطيه راغب** : - جرائم الحدود فى التشريع الاسلامى ١٩٦١ .

\* **محمد الغزالى** : - حقوق الانسان بين تعاليم الاسلام وإعلان الأمم المتحدة ، دار الكتب الحديثه ،

الطبعة الثانية ١٣٨٥ - ١٩٦٥ .

\* **محمد فوزى فيض الله** : - نظرية أُلضمان فى الفقه الاسلامى ، الطبعة الثانية مكتبة دار التراث ،

الكويت ١٩٨٦

\* **محمد مصطفى شلبى** : - أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المكتب المصرى الحديث للطباعة

والنشر بالاسكندرية ١٩٦٧ .

\* **محمد يوسف مصطفى** : - حرية الرأى فى الاسلام ، مكتبة غريب ١٩٩٤ .

\* **محمد يوسف موسى** : - الفقه الاسلامى ، مطابع دار الكتاب العربى بمصر ، الطبعة الثالثة

١٣٧٧ هـ - ١٩٥٠ م .

\* **محمود بلال مهران** : - نظرية الحق فى الفقه الاسلامى ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ،

دارالثقافه العربيه بجامعة القاهرة ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م .

\* **محمود شلتوت** : - المسئوليه المدنية والجنائية فى الشريعة الاسلاميه ، مطبعة الأزهر .

- الأسلام عقيدته وشريعته ، الطبعة العاشره ، دارالشروق ، القاهرة ١٩٨٠

\* **الأستاذ مصطفى الزرقا** : - الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد - المدخل إلى نظرية الالتزام العامه فى

الفقه الاسلامى ، مطبعة ظردين ، دمشق ١٣٨٤ - ١٩٦٥ .

\* **وهبه الزحيلي** : - نظرية الضمان لى الفقه الاسلامى ، الطبعة الأولى ، دارالفكر ، دمشق

١٣٧٩ - ١٩٧٠ .

- العقوبات الشرعيه وأسبابها ، الطبعة الأولى ، دارالقلم ، دى ١٩٨٧ .

\* **يوسف قاسم** : - أصول الأحكام الشرعيه ، دار النهضة العربيه ١٤١٤ - ١٩٩٤ .

- مبادئ الفقه الاسلامى ، دارالنهضة العربيه ١٤١٧ - ١٩٩٧ .

- التعامل التجاري في ميزان الشرعيه ١٤١٢-١٩٩٢ .

\* يوسف القرضاوى : - ألال والارام فى الاسلام ، المكاب الاسلامى ، ١٩٨٠ .

## ٢- اطروحات الدكتوراه:

\* حسين توفيق رضا : - ألقوبه في الشريعة والقانون - حقوق القاهرة ١٣٨٤-١٩٦٤.

\* سيد أمين محمد : - المسئولية عن فعل الغير في الفقه الاسلامي المقارن ، حقوق القاهرة ١٣٨٤-١٩٦٤.

\* **عبد العزيز عامر** : -التعزير في الشريعة الاسلاميه ، دراسة مقارنة ، حقوق القاهرة ١٩٧٦

\* علي صادق أبوهيف : - الدية في الشريعة الاسلاميه وعادات مصر القديمة، حقوق القاهرة ١٩٣٢ .

\* محمد فاروق بدر بالعكام : - الفعل الموجب للضمان في الفقه الاسلامي ، دراسته مقارنة ، حقوق القاهرة ١٩٧٧ .

\* **محمود أحمد أمان** : - ألحق في صيانة العرض (مدى الحماية الجنائية التي تكفلها له الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، حقوق القاهرة ١٤١٥-١٩٩٤ .

\* محمد فوز فيض الله : - المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون حقوق القاهرة .

٣- بحوث ومقالات في مجال الشريعة الاسلاميه :

\* أحمد أبو زيد : - " القتل يدافع الرحمة " ، مجلة الوعي الاسلامي ، العدد ٣٤٨ ، شعبان ١٤١٥ - يناير ١٩٥٥ .

\* أحمد جمال : - "زراعة الأعضاء البشرية"، مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، الدورة السادسة ، العدد ٦٤ ص ٣

\* أحمد فراج حسين : - "حرمة الحياة الخاصة والقيود التي ترد عليها في الاسلام" ، بحث مقدم إلى مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة الذي نظمته كلية الحقوق جامع الاسكندرية في الفترة من ٤-٦ يونيه ١٩٨٧

\* حسن علي الشاذلي : - "حق الجنين في الحياة في الشريعة الاسلاميه مجله الحقوق والشريعة ٣ ، العدد الأول مارس ١٩٧٩ .

\* صلاح الدين الناصي: - "التعويض عن القتل" مجلة القضاء العراقيه ، عدد ٢٢١ س ٣١ يولييه ١٩٧٦ .

\* **عبدالله سلامه** : - "الحياة الانسانية داخل الرحم بدايتها ونهايتها بحث مقدم إلى ندوة الحياة الانسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الاسلامي ، التي نظمتها المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية بتاريخ ٢٤ ربيع الآخر ١٤٠٥ الموافق ١٥ يناير ١٩٨٥ .

\* **عصام الدين الشربيني** : - "الموت والحياه بين الأطباء والفقهاء" ندوة الحياه الانسانية بدايتها ونهايتها.

\* أليشيخ علي فيف : - " تأثير الموت في حقوق الانسان والتزاماته " مجلة القانون والاقتصاد السنة(١٠)، العدد الخامس .

\* محمد بدر : - "الحق في الخصوصيه في الأسلام" مؤتمر الاسكندريه ١٩٨٧ .

\* **محمد رجب بيومي** : - "قتل المريض الميثوس منه جرعه شعاء"، مجلة الأزهر، السنة الثامنة والخمسون، جمادى الأولى ١٤٠٦، يناير فبراير ١٩٨٦.

\* **محمد الشربيني** : - "أحكام الأرض في الشريعة الاسلاميه ، مجلة المحاماه ، العددان الخامس والسادس مايو ويونيه ١٩٩٠ السنه السبعون .

\* الشيخ محمد عبد القادر : - "زراعة الأعضاء وحكمه في الشريعة الاسلاميه مجله الفقه الاسلامي الدور السادس العدد ٦ ص ٣.

\* **أشيش محمد المجذوب :** - "حقوق الإنسان بين مزايم الحكام وشريعة القرآن" ، مجلة الجامعة الاسلاميه بالمدينه المنوره العدان ٥٦ ، ٥٥ لسنة ١٤ (١٤٠٢) .

\* **أشيش محمود شلتوت :** - "تقرير عن المسؤولية المدنية في الفقه الاسلامي" بحث مقدم للمؤتمر الدولي الثاني للقانون المقارن بلاهاي ..

\* **محمود مصطفى :** \* "تعويض المجنى عليه أو ورثته ، مجلة العدالة بالامارات السنة ٦ العدد ١٩ (١٩٧٩) .

## \* كتب أخرى : -

\* لترغب والترهب : للحافظ عبدالعزيز المتوفى سنة ٦٥٦ ، مطبعة مصطفى الحلبي لتحقيق مصطفى عماره .

\* الاختيار لتعليل المختار : عبدالله محمود الموصل ، المتوفى سنة ٨٦٣ ، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٥٩-١٩٣٦ .

\* فتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير : للشيش يوسف بن اسماعيل بن يوسف النيهاني ، المتوفى سنة ١٣٥٠ ، مطبعة مصطفى الحلبي

## ثانيا:المراجع القانونية

### أ)الكتب القانونية:

\* إبراهيم ابوالليل ، جلال إبراهيم : نظرية الحق في القانون الكويتي ، الكويت ، مطبوعات جامعة الكويت (١٩٩٤)

\* ابراهيم الدسوقي ابوالليل : المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق ، دار النهضة العربية (١٩٨٠) .

-تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، دراسة تحليلية تأصيلية (١٩٩٥)

\* أحمد ابراهيم حسن : الاصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي ، دارالمطبوعات ، الاسكندرية (٢٠٠١) .

\* أحمد جلال حماد : حرية الرأي في الميدان السياسي ، دار الوفاء بالمنصورة (١٩٨٧) .

\* أحمد السعيد شرف الدين : انتقال الحق في التويض عن الضرر الجسدي مطبعة الحضارة العربية ، الفجالة ، مصر(١٩٨٦) .

\* أحمد سلامه : المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الثاني ، مقدمة القانون المدني أو نظرية الحق ، دار النهضة العربية ( ١٩٧٤)

- مذكرات في نظرية الالتزام الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، مؤسسة دار التعاون (١٩٧٥) .

\* أحمد شرف الدين : انتقال الحق في التعويض عن الاضرار الجسدية الى مدين المضور (الى نظام التأمين الاجتماعي بإعتباره مدينا للمضور)

مطبعة جامعة عين شمس (١٩٧٨) .

\* أحمد شوقي عمر ابوخطوه : القانون الجنائي والطب الحديث ، دار النهضة العربية (١٩٨٦) .

\* أحمد شوقي عبدالرحمن : النظرية العامة للحق .

\* أحمد شوقي محمد عبدالرحمن : مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضور وماله في المسؤولية المدنية العقديه والتقصيريه ، منشأة

المعارف بالاسكندرية ١٩٩٩ / ٢٠٠٠ .

\* أحمد فتحي سرور : القانون الجنائي ، القسم الخاص

- الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، لجنة المكتبة والفكر القانوني (١٩٩٦)

\* اسامه ابوالحسن مجاهد : التعويض عن الضرر الجنسي ، دار النهضة (٢٠٠١)

\* اسامه عبدالله فايد : المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، دارالنهضة العربية (١٩٩٠) .

\* إسماعيل غانم : محاضرات في النظرية العامة للحق ، مكتبة سيد عبدالله وهبه ، الطبعة الثالثة ، المطبعة العالمية (١٩٦٦) .

- النظرية العامة للالتزام ، ح٢ أحكام الالتزام والاثبات (١٩٦٧) .

\* أيمن إبراهيم العشماوي : تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية (١٩٩٨) .

\* توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية الطبعة الثانية (١٩٨١)

- النظرية العامة للالتزام ، في مصادر الالتزام مع مقارنتها بين القوانين العربية ، الدارالجامعية (١٩٨٨)
- \* ثروت عبد الحميد : الضرر المرتد الناشئ عن المساس بالحياة أو بالسلامة الجسدية ، دارأم القرى للطبع والنشر بالمنصورة (١٩٩٥) .
- \* جلال علي العدوي : المراكز القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية (١٩٨٨) .
- \* جلال محمد إبراهيم : دروس في التأمين : النظرية العامة للتأمين وعقد التأمين ، جامعة الزقازيق .
- \* جمال الدين العطفي : حرية الصحافة وفق تشريعات ج.م.ع ، مطابع الاهرام التجارية ، الطبعة الثانية (١٩٧٤) .
- \* جميل الشوقاوي : دروس في أصول القانون ، المدخل لدراسة القانون ، الطبعة الثانية ، دارالنهضة العربية .
- النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول : مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية (١٩٩٥) .
- \* جندى عبد الملك : الموسوعة الجنائية ، مطبعة دار الكتب المصرية (١٩٣٢) .
- \* حسام الدين كامل الأهداني : مقدمة القانون المدني ، نظرية الحق (١٩٧٢) .
- مبادئ القانون ، دارالنهضة العربية (١٩٧٥) .
- الحق في احترام الحياة الخاصة ، الحق في الخصوصية ، دراسة مقارنة ، دارالنهضة العربية (١٩٧٨) .
- \* حسن حسن منصور : جريمة الاعتداء على الاخلاق ، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية (١٩٨٥) .
- \* حسن عبدالرحمن قدوس : المصادر غير الارادية للالتزام (١٩٩١) .
- \* حسن كيرة : أصول القانون (١٩٦٠) .
- \* حسين عامر : المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية ، دارالمعارف (١٩٧٩) .
- \* حسين عبدالله قايد: حرية الصحافة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية (١٩٦٤) .
- \* حمدي عبدالرحمن : الحقوق والمراكز القانونية ، دارالفكر العربي (١٩٧٥-١٩٧٦) .
- فكرة الحق ، دار الفكر العربي (١٩٧٩) .
- \* خليل جريح : النظرية العامة للموجبات ، ١- في مصادر الموجبات الخارجة عن الإرادة ، بيروت (١٩٥٧) .
- \* رمزي فريد مبروك : تقدير التعويض عن أذى النفس في قانون دولة الامارات العربية المتحدة ، مكتبة الجلاء بالمنصورة (٢٠٠١) .
- \* رمضان أبو السعود: شرح مقدمة القانون المدني، والنظرية العامة للحق ، دار المطبوعات الجامعية (١٩٩٩) .
- \* رياض شمس : حرية الرأي وجرائم الصحافة والنشر (١٩٤٧)
- \* سليمان مرقس : - دروس في القانون المدني مع التعمق لطلبة الدكتوراه في أركان المسؤولية (١٩٥٤) .
- المدخل للعلوم القانونية ، القاهرة ، مطابع دار النشر للجامعات (١٩٦١) - المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ، القسم الاول ، مطبوعات معهد الدراسات العربية العالمية (١٩٧١) .
- الوافي في شرح القانون المدني -٢- في الالتزامات ، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، القسم الاول - في الاحكام العامة الطبعة الخامسة ، أسهم في تنقيحها وتزويدها بأحدث الآراء والأحكام د. حبيب إبراهيم الخليلي ، إيريني للطباعة (مطبعة السلام) (١٩٨٨) .
- \* سعيد جبر :- الحق في الصورة ، دار النهضة العربية (١٩٨٦) .
- النظام القانوني للأسم المدني ، دار النهضة العربية (١٩٩٠) .
- المدخل لدراسة القانون ، الجزء الثاني ، نظرية الحق (٢٠٠٠) .
- \* السعيد مصطفى السعيد : الأحكام العامة في قانون العقوبات ، دار المعارف ، الطبعة الرابعة (١٩٦٢) .
- \* سمير كامل : نظرية الحق ، دار النهضة العربية (١٩٨٦) .
- \* شفيق شحاته : محاضرات في النظرية العامة للحق ، دار النشر للجامعات المصرية .
- \* شمس الدين الوكيل : محاضرات في النظرية العامة للحق (١٩٥٣) .
- \* صوفي أبوطالب: القانون الروماني ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية (١٩٦٥) .
- \* طارق أحمد فتحي سرور : الحماية الجنائية لأسرار الافراد في مواجهة النشر ، دار النهضة العربية ، القاهرة (١٩٩١) .
- \* عاطف النقيب : النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي ، منشورات عديدات ، بيروت ، الطبعة الثالثة (١٩٨٤) .
- \* عبدالحميد الشوايبي: مسؤولية الاطباء والصيداللة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، منشأة دارالمعارف بالاسكندرية (١٩٩٧) .
- \* عبدالحى حجازي : - نظرية الحق (١٩٥٢) .



- النظرية العامة للالتزامات ، مطبعة نخضة مصر بالفحالة (١٩٥٤) .
- النظرية العامة للالتزام ، ٢ ، مصادر الالتزام ، المصادر غير الارادية ، مطبعة نخضة مصر (١٩٦٣)
- \* **عبدالرحيم صدقي** : الاعلام والجريمة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى (١٩٨٧) .
- جرائم الرأى والاعلام ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية (١٩٨٨) .
- \* **عبدالرزاق السنهوري** ، أحمد حشمت أبوستيت : أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر (١٩٤١) .
- \* **عبدالرزاق السنهوري** : - مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه العربي ، الناشر معهد البحوث والدراسات العربية ، مطابع دارالمعارف بمصر (١٩٦٧) .
- الوسيط في شرح القانون المدني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان (١٩٧٠)
- \* **عبدالرشيد مأمون** : - الوجيز في المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، دار النهضة العربية .
- الحق الادبي للمؤلف : النظرية العامة وتطبيقاتها ، دار النهضة العربية (١٩٧٨) .
- علاقة السببية في المسؤولية المدنية ، دار النهضة العربية .
- \* **عبدالفتاح عبدالباقى** : نظرية الحق ، مطابع دار الكتاب العربي ، الطبعة الثانية (١٩٦٥) .
- \* **عبدالمنعم البدرأوى** : - المدخل للقانون الخاص ، الطبعة الاولى ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر (١٩٥٧) .
- المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق دار النهضة العربية (١٩٦٦) .
- أصول القانون المدني ، الطبعة الثانية .
- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، الجزء الثانى أحكام الالتزام (١٩٩٢) .
- \* **عبدالمنعم فرج الصره** : أصول القانون ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي (١٩٦٥) .
- \* **عبدالهادى يوسف العطاني** : ماهية الحق في القانون الخاص : نقد نظرية ديجي في إنكار الحق ، القاهرة ، مطبعة جامعى القاهرة (١٩٦٤) .
- \* **عبدالودود يحيى** : دروس في المدخل لدراسة القانون ، نظرية الحق ، دار النهضة العربية (١٩٧٠) . - الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، القسم العام ، دار النهضة العربية (١٩٩٤) .
- \* **عدلي خليل** : - جنح وجنايات الجرح والضرب في ضوء الفقه والقضاء والطب الشرعى ، المكتبة القانونية ، الطبعة الاولى (١٩٩٣) .
- القذف والسب وتحريك الدعوى الجنائية ، الطبعة الاولى (١٩٩٣) .
- \* **على حسن نجيده** : - المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) ، دار الفكر العربي (١٩٩١/٩٠) .
- النظرية العامة للالتزام وفقا لقانون المعاملات المدنية وأحكام الشريعة الاسلامية ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى (١٩٩٣/١٩٩٤) .
- \* **على راشد** : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، مطبعة لجنة التأليف ، القاهرة (١٩٤٩) .
- \* **على سيد حسن** : المدخل الى علم القانون ، الكتاب الثانى ، نظرية الحق ، دار النهضة العربية (١٩٨٩) .
- \* **عماد عبدالحميد النجار** : - النقد المباح ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية (١٩٧٧) .
- الوسيط في تشريعات الصحافة ، مكتبة الأنجلو (١٩٨٥) .
- \* **عمر ممدوح مصطفى** : أصول تاريخ القانون ، دار المعارف بالقاهرة ، الطبعة الثانية (١٩٥٢) .
- \* **عوض محمد** : جرائم الاشخاص والأموال ، دار المطبوعات الجامعية .
- \* **فتحي عبدالرحيم عبدالله** : - دروس في مقدمة العلوم القانونية مكتبة الجلاء الجديدة (١٩٨٧) .
- المصادر غيرالارادية للالتزام ، مكتبة الجلاء الجديدة ، بالمنصورة (١٩٩٩)
- نظرية الحق ، دار القلم بالمنصورة .
- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، المطبعة العربية الجديدة (١٩٩٩) .
- \* **فريد ه. كيت** : الخصوصية في عصر المعلومات ، ترجمة محمد محمود شهاب ، الاهرام للترجمة والنشر ، الطبعة الاولى (١٩٩٩) .
- \* **فوزية عبدالستار** : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص (١٩٨٢) .
- \* **فيصل ذكي عبدالواحد** : أثر تغير قيمة النقود على تقدير التعويض ، دار النهضة العربية (١٩٩٨) .
- \* **محسن فؤاد فرج** : جرائم الفكر والرأى والنشر ، دار الغد العربي ، الطبعة الاولى (١٩٨٧) .

- \* محمد إبراهيم الدسوقي : تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية .
- التأمين من المسؤولية : الاحكام العامة - التأمين الاجبارى من المسؤولية عن حوادث السيارات - التأمين الاجبارى من المسؤولية عن تخدم المباني (١٩٩٥) .
- \* محمد السعيد رشدى : الخطأ غير المغتفر - سوء السلوك الفاحش والمقصود ، دراسة فى القوانين الفرنسى والمصرى والكويتى ، مطبوعات جامعة الكويت ، الطبعة الاولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م) .
- \* محمد حسام الدين محمود لطفى :- موجز النظرية العامة للحق ، دار الثقافة للطباعة والنشر (١٩٨٨) .
- الأحكام العامة لعقد التأمين ، دار الثقافة للطباعة والنشر (١٩٨٨) .
- \* محمد حسن قاسم : الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ، منشأة المعارف بالاسكندرية (١٩٩٦) .
- \* محمد حسين منصور : نظرية الحق ، منشأة دار المعارف (١٩٨٨) .
- \* محمد سامى مذكور : نظرية الحق ، ملتزم الطبع والنشر دارالفكر العربى ، الطبعة الثانية (١٩٥٣) .
- \* محمد سعد خليفه : الحق فى الحياة وسلامة الجسد ، دراسة مقارنة فى القانون المدنى والشريعة الاسلاميه، دار النهضة العربية ، القاهرة (١٩٩٥ - ١٩٩٦) .
- \* محمد شتا أبوسعد : الخطأ المشترك ، دار الفكر الجامعى ، الاسكندرية .
- \* محمد شكرى سرور : النظرية العامة للحق ، دار الفكر العربى ، الطبعة الأولى (١٩٧٩) .
- موجز الاحكام العامة للإلتزام فى القانون المدنى المصرى ، (١٩٩٦) مصرى من طبعة (١٩٨٤ - ١٩٨٥) دار النهضة العربية .
- شرح أحكام عقد التأمين ، الجزء الأول "الأحكام العامة" دار النهضة العربية (٢٠٠١) .
- \* محمد عبدالله : جرائم النشر ، دار النشر للجامعات المصرية (١٩٥١) .
- \* محمد عبدالمنعم بدر ، عبدالمنعم البدرأوى : مبادئ القانون الرومانى ، دار الكتاب العربى بمصر (١٩٥٦) .
- \* محمد على عمران : المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية .
- \* محمد كمال عبدالعزيز : التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه والتعليق على المادة ١٦٣ مدنى .
- \* محمد محسن البرازى : دروس فى الفقه المدنى الافرنسى ، الجزء الأول : الأشخاص والأموال ، مطبعة الجامعة السورية (١٩٤٠/٣٩) .
- \* محمد ناجى ياقوت :- التعويض عن فقد توقع الحياة ، المطبعة العربية الحديثة (١٩٨٠) .
- فكرة الحق فى السمع ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة (١٩٨٥) .
- مسؤولية الصحفيين المدنية ، فى حالة القذف فى حق ذوى الصفة العمومية ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف .
- \* محمد نصر رفاعى : الضرر كأساس للمسؤولية المدنية فى المجتمع المعاصر ، دار النهضة العربية .
- \* محمد نصر الدين منصور : ضمان تعويض المضروبين بين قواعد المسؤولية الفردية وأعتبارات التضامن الاجتماعى ، دار النهضة العربية .
- \* محمود جمال الدين ذكى : دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ، الهيئة العربية لشئون المطابع الأميرية (١٩٦٩) .
- الوجيز فى نظرية الألتزام ، الجزء الأول ، مطبعة جامعة القاهرة (١٩٧٦) .
- مشكلات المسؤولية المدنية ، الجزء الثانى ، مطبعة جامعة القاهرة (١٩٧٨) .
- \* محمود عبدالرحمن محمد : النظرية العامة للألتزامات ، الجزء الثانى ، أحكام الألتزام الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية (١٩٩٩) .
- نطاق الحق فى الحياة الخاصة (أو الخصوصية) ، دراسة مقارنة ، دارالنهضة العربية .
- \* محمود محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، مطبعة جامعة القاهرة (١٩٨٤) .
- \* محمود نجيب حسنى : فى قانون العقوبات ، القسم الخاص ، (١٩٧٨) .
- \* مجدى محب حافظ : جرائم القذف والسب دار محمود للنشر والتوزيع (١٩٩٦) .
- \* مصطفى عبدالحميد بدوى : مبادئ القانون ، نظرية الحق (١٩٩٨) .
- \* مصطفى عبدالحميد عدوى : الأخلال المدنى " المسؤولية التقصيرية" فى القانون الأمريكى (١٩٩٤) .
- \* مصطفى مرعى : المسؤولية المدنية ، طبعة (١٩٤٤) .
- \* منصور مصطفى منصور : مذكرات فى المدخل للعلوم القانونية ، الجزء الثانى (نظرية الحق) مكتبة عبدالله وهبه (١٩٦١ - ١٩٦٢) .
- \* نبيل إبراهيم سعد ، همام محمد محمود زهران : المدخل للقانون ، نظرية الحق ، منشأة المعارف بالاسكندرية (٢٠٠٢) .

- \* نزيه محمد الصادق المهدي : المدخل لدراسة القانون ، الجزء الثاني ، نظرية الحق (٢٠٠٠) .
- \* نعمان محمد خليل جمعه : دروس في نظرية الحق ، دار النهضة العربية (١٩٧٣) .
- \* نعيم عطيه : النظريات العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر (١٩٦٥) .
- \* هدى حامد قشقوش : القتل بدافع الشفقة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية (١٩٩٤) .
- \* ياسر أحمد كامل الصيرفي : دروس في المدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني ، نظرية الحق (١٩٩٩/١٩٩٨) .
- \* ياسين محمد يحيى : الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، دار النهضة العربية (١٩٩١) .

## ب- كتب في مجالات أخرى :

- \* أحمد عباده سرحان ، سعد الدين محمد الشيال ، ثابت محمود الشريف : مقدمة الاحصاء التطبيقي ، الطبعة الثالثة (١٩٧٢) .
- \* بروت أم هددو : كتاب الموتى الفرعونى . عن برديه آنى بالمتحف البريطانى ، ترجمة عن الهيروغلوغف السيروالس بيرح ، الترجمة العربية د.فيلب عطية ، مكتبة مدبولي ، يناير ١٩٨٨ .
- \* زكى نجيب محمد : هموم المثقفين ، دار الشروق ، الطبعة الأولى ١٩٨٧-١٤٠١هـ .
- \* ساميه عطاالله : الأمثال الشعبية المصرية ، الوطن العربى ، بيروت ، الطبعة الاولى (١٩٨٤) .
- \* محمد فتحي محمد على ، مصطفى أحمد على : مقدمة الرياضه البحتة للتجارين ، مكتبة عين شمس
- \* محمد ماهر عليش : رياضيات التجارة والمال ، مكتبة عين شمس .
- \* ول ديورنت: قصة الحضارة ، ترجمة محمد بدران ، المجلد السابع ص١٢ عصر الايمان ، هيئة الكتاب (٢٠٠١) .

## ج- الرسائل الجامعية

### ١- رسائل الماجستير :

- \* سلطان الجمال : معصوميه الجسد في ضوء المفردات الطبيه الحديثه ، حقوق القاهرة .

### ٢- رسائل الدكتوراه :

- \* إبراهيم محمد محمد حسن : جريمة القذف ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشرعية الاسلامية ، حقوق الرقازيق ١٩٩٦ .
- \* أبو زيد عبد الباقي مصطفى : التأمين من المسؤولية المدنية عن حوادث السير حقوق القاهرة ١٩٧٥ .
- \* السيد البدوي : نحو نظريه عامه لحسن النيه في المعاملات المدنية ، حقوق القاهرة ١٩٧٨ .
- \* الشهابي إبراهيم الشوقاوى : تثبيت الجنس وآثاره ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، حقوق القاهرة ٢٠٠٠ .
- \* بشر أحمد صالح على : مسؤولية الصحفي المدنية في حالة المساس بسمعة الشخص العام ، دراسة مقارنة ، حقوق المنصورة (١٤٢٢-٢٠٠١) .
- \* جلال محمد محمد إبراهيم : المسؤولية المدنية لعديمي التمييز ، حقوق القاهرة ١٩٨٣ .
- \* جمال الدين العطفي : الحماية الجنائية للخصوم من تأثير النشر ، حقوق القاهرة ١٩٦٤ .
- \* سعيد عبدالسلام : التعويض عن ضرر النفس في المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي والفقه الاسلامي ، حقوق القاهرة ١٩٨٨ .
- \* صالح سيد منصور : جريمة القذف في حق ذوى الصغه العمومية ، حقوق القاهرة ١٩٣٩ .
- \* صلاح البرعى : أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية ، دراسة مقارنة ، حقوق المنصورة ١٩٩٦ .

\* طه عبدالمولى إبراهيم : التعويض القضائي عن الأضرار التي تقع على الأشخاص ، دراسة مقارنة ، بين الشريعة والقانون ، حقوق المنصورة ٢٠٠٠ .

\* عبدالحليم حلمي محمد أنور : التعويض القانوني في القانون المدنى والشريعة الاسلاميه ، دراسة مقارنة ، حقوق القاهرة ١٩٩١ .

\* عبدالرازى محمد هاشم عبدالله : المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، حقوق القاهرة ١٤١٤ - ١٩٩٤ .

\* عبدالرحمن محمد إبراهيم خلف : الحماية الجنائية للحق في الشرف والاعتبار ، دراسة تحليلية تأصيلية ، حقوق القاهرة ١٩٩٢ .

\* عصام فريد عدوى : نطاق الشريعة الجنائية للمتصرف في أعضاء الجسم البشرى حقوق القاهرة ١٩٩٩ .

\* عماد عبدالحميد النجار : النقد المباح ، حقوق القاهرة ١٩٧٦ .

\* فاروق عبدالعزيز حموده : الحماية الجنائية لسلامة الجسم ، حقوق القاهرة .

\* فايز أحمد عبدالرحمن خليل : أثر التأمين على الالتزام بالتعويض ، دراسة مقارنة في القانون المصرى والفرنسى والشريعة الاسلامية ، حقوق أسبوط ١٤١٦ - ١٩٩٥ .

\* محمد إبراهيم دسوقي : تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، حقوق الاسكندرية ١٩٧٢ .

\* محمد سامى الشوا : الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، حقوق القاهرة ١٩٨٦ .

\* محمد شكرى سرور : الجزاءات الخاصة في عقد التأمين ، دراسة لبطان الوثيقة ووقف الضمان ، حقوق القاهرة ١٩٧٥ .

\* محمد عبدالعظيم محمد : حرمه الحياة الخاصة في ظل التطور العلمى الحديث / حقوق القاهرة ١٩٨٨ .

\* محمد محي الدين عوض : العلانية في قانون العقوبات ، حقوق القاهرة ١٩٥٥ .

\* محمد ناجي ياقوت : الاعتداء على الشعور العاطفى في المسؤولية المدنية في القانون الفرنسى والمصرى ، جامعة أكس ١٩٦٨ .

\* مدحت محمد محمود عبدالعال : المسؤولية المدنية الناشئة عن ممارسة مهنة الصحافة حقوق القاهرة ١٩٩٤ .

\* ممدوح خليل الهاتى : حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائى ، دراسة مقارنة حقوق القاهرة ١٩٨٣ .

## ء- مقالات وبحوث علميه :

\* أحمد أبو زيد : "القتل بدافع الرحمة" مجله الوعى الاسلامى ، العدد ٣٤٨ شعبان ١٤١٥ ، يناير ١٩٥٥ .

\* أحمد السعيد الزقرد : "تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب الأتجاهات الحديثه في القانون المقارن ، ومدى الاستفادة منها بالقانونين المصرى والكويتى" مجله الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمى ، جامع الكويت ، السنه الحاديه والعشرون العدد الثالث ، جمادى الأولى ١٤١٨ - سبتمبر ١٩٩٧ .

\* أحمد شرف الدين : " زراعة الأعضاء والقانون " مجله الأمن العام ، العدد ٧٤ .

\* أمال عبدالرحيم عثمان : جريمة القذف ، دراسه مقارنة في القانون المصرى المقارن بالللقانون الفرنسى والقانون الإيطالى ، مجله القانون والاقتصاد ، ديسمبر ١٩٦٨ ، العدد الرابع ، السنه الثامنه والثلاثون .

\* حسام الأهوانى : المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرىه " ، دراسة مقارنة ، مجله العلوم القانونية والاقتصادية ، يناير ١٩٧٥ ، العدد الأول السنه السابعه عشر .

- "حماية الحريات الشخصية في روابط القانون الخاص " / مجله العلوم القانونية والاقتصادية ، حقوق عين شمس ، يناير ١٩٩١ ، العدد الأول السنه الثالثه والثلاثون .

\* حمدى عبدالرحمن : "معصومية الجسر" مجله العلوم القانونية والاقتصادية ، حقوق عين شمس يناير ويوليه ١٩٨٠ .

\* سليمان مرقس : "انتقال حق التعويض إلى ورثة المجنى عليه" مجله القانون والاقتصاد ، مارس ١٩٤٨ .

\* عبدالوهاب الازرق : " الحماية القانونية للحياه الخاصه " ، مجله إدارة قضايا الحكومه ، س ٣ العدد ٢٤ أكتوبر وديسمبر ١٩٥٩ .

\* عبدالوهاب جون : القتل بدافع الشفقة ، عالم الفكر ، المجلد الرابع العدد الثالث ١٩٧٣ .

\* عزت مصطفى الدسوقي : "العمل الاعلامى بين الحرية والمسئولية ، بحث مقدم لمؤتمر الاعلام والقانون ، جامعة حلوان كلية الحقوق الذى عقد في الفترة ٩ - ١٠ مارس ١٩٩٩ .

- \* **فادية أبوشهاب**: "الحق في الخصوصية"، المجلة الجنائية القومية، عدد خاص عن حقوق الإنسان في مراحل الاتهام والتحقيق والمحاكمة (الدعوى الجنائية)، الجزء الثاني، المجلد الرابعون، الأعداد الأول والثاني والثالث، مارس ويوليه ونوفمبر ١٩٩٧.
- \* **محمد صالح الحياضي**: "المسؤولية التقصيرية والعقديه" مذكرات وبحوث قانونية، الطبعة الأولى نشر وتوزيع مؤسسات عبدالكريم بن عبدالله، نوفمبر ١٩٨٧.
- \* **محمد ليبب شنب**: "مدى تغطية تأمين إصابات العمل لحوادث الطرق" / مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة ١١ العدد الثاني.
- \* **محمود نجيب حسني**: "الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث (١٩٥٩).
- \* **نعم عطيه**: "حق الأفراد في حياتهم الخاصة" مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الرابع — السنة الحادية والعشرون، أكتوبر وديسمبر ١٩٥٩.
- \* **نزيه محمد الصادق المهدي**: محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، نحو معيار مشترك يحكم دور الاراك في تكوين الالتزام وتنفيذ آثاره، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني ١٩٨.

### ثالثا: المراجع الفرنسية

#### A- Ouvrages:

- \* **Accarias** Précis de droit romain, les personnes, Paris (1882).
- \* **Andorno R.:** La distinction juridique entre les personnes et les chose á l'épreuve des proveation artificielles, préface F. Chabas, libraire Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), Bible. Dr. privé (1996).
- \* **Arnoux A.:** Les droits de l'être humain sur son corps, Presses Universitaires de Bordeaux (1995).
- \* **Barrot A.:** Le dommage corporel et sa compensation, litec, (1988).
- \* **Baud M-M.J-P.:** Le corps, personne par distinction, in Mélanges dédiés à D.Huet-Weiller, P.U.Strasbourg L.G.D.J.(1994).
- \* **Becourt (Danniel):** Le droit de la personnalité sur son image, préface de M.Jacques Bourquin, presentation de M.Guy chavanom, Paris, L.G.D.J.
- \* **Beignier B.:** Le droit de la personnalité, PUF(1992).
- \* **Beignier B.:** L'honneur et le droit, préf.J.Foyer, L.G.D.J.(1995).
- \* **Bénabent:** Droit civil, les obligations, 6e éd. Montcherstien (1997).
- \* **Béraud, Goger:** Rentes Viagères et Basic à mourriture (1958), avec supplément (1960).
- \* **Boistel:** Philosophie du droit, t.1 (1989).
- \* **Mile Marie-Eve Royou de Boubée:** Essai sur la notion de réparation, L.G.D.J. (1974).
- \* **Briere De L'isle:** La faute inexcusable, Dalloz (1970).
- \* **Buffelan-lanore (y):** Droit civil 3 éd. (1977).
- \* **Cabriliac R.:** Le corps humain in droits et libertés fondamentaux 4 e éd. Dalloz.
- \* **Cadiet L.:** Droit judiciaire privé, lite (1992).
- \* **Carbonnier J.:** Droit civil, Tome Premier, Institutions Juridiques et droit civil, Thémés, Presses Universitaires de France (1955).
- \* **Carbonnier J.:** Droit civil, les personnes, t.I.
- \* **Carbonnier J.:** Droit civil: les biens, t III.
- \* **Carbonnier J.:** Flexible Droit, L.G.D.J., 7e éd.(1992).
- \* **Carbonnier J.:** Les obligations, PUF, 19e éd. (1995).

- \***Carbonnier J.:** Droit civil, t.4, les obligations, 21e éd. PUF, Thémés (1998).
- \* **Carval S.:** La responsabilité civil dans sa fonction de peine privée, préface G.Viney, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé (1995).
- \***Chapus R.:** Droit Administratif Général, Tome 1, Paris, Montcherstien, 10e. éd. (1996).
- \***Chartier Y.:** La réparation du préjudice, 6e éd., D. (1983).
- \***Chestin J.:** Traité de Droit Civil, les personnes.
- \***Colombet:** Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 4 th. éd.
- \***Compte, August:** Cours de philosophie positive ( 1830-42).
- \***Dabin, J.:** Le droit subjectif, Dalloz, Paris (1952).
- \***Deschamps, C. Lapoyade:** La responsabilité de la victime, Bordeaux, préf. A. Tub. (1977).
- \***Decoco, A.:** Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, préf. G. Levasseur, Bibl.dr. privé sous la direction de Henri Solus, L.G.D.J., (1960).
- \***Dulian, pollaud:** L'utilization du nom patronymique comme nom commercial, JCP (1992).
- \***Duguit, Leon:** Traité de droit constitutionnel, 1, 3e ed., Paris (1927).
- \***Edelman:** Esquisse d'une théorie du subject l'homme et son image, dalloz (1970).
- \***Flour J.,et J.L.Aubert:** Les obligations, Armond Colin, t.9,6 e éd. (1994).
- \***François, Pierre L.:** La notion de dette de valeur en droit civil, essai d'une théorie, préf. P Raynaud, LGDJ, (1975).
- \***Galloux J.C.:** La brevetabilité des éléments et des produits du corps humain ou les obscurités d'une loi grand public, J.C.P.,éd.G.I.,(1995).
- \***Geny (m-f):** Les basses fondamentales du droit civil en face des théories de L.Duguit, r.t. (1922).
- \***Geny (m-f):** Science et Technique en droit privé positif, III.
- \***Ghestin J.:** La notion de contract, D. (1990).
- \***Ghestin J., et Goubean G.:** Traité de Droit Civil, Introduction Générale, L.G.D.J. Delta.
- \***Gifard, A.E.:** Droit romain et ancien droit français, Coll. Robert Zillers 2 éd. (1967).
- \* **Goubeaux G.:** Traité de droit civil, les personnes, Paris, L.G.D.J.(1989).
- \***Guillièn Raymond et Jean Vincent:** Lexique de terms juridiques, 13éd. Dalloz (2001).
- \***Mme Harichaux:** La protection des libertés et droit corporel, libertés et droits fondamentaux, Montchrestien (1995).
- \***Ihering (Rudolf Von):** Geist de Romischen Recht(1865), trad. Par: Meulenaere: Esprit du droit romain (1988).
- \***Ionescu:** La notion de droit subjectif dans le droit privé, 2 éd. (1978).
- \***Jon, Dan et Lepargneur:** Traité de droit maritime, 2. éd, t. IV.
- \***Jasserand L.:** Les transport (1926).
- \***Kayser:** Les droits de la personnalité, aspects théorique, RTD civ. (1971).
- \* **Labbée, Xavier:** La condition Juridique du Corps Humain Avant la Naissance et après la Mort, Presses Universitaires de Lille.
- \***Lalou H.et Azard:** Traité pratique de la responsabilité civil, D. 6e éd. (1962).
- \***Lambert-Faivre Y.:**Le Droit Du Dommage Corporel, Systèmes d'indemnisation, D. (1990), et 2e ed. (1993).
- \***Lambert-Faivre Y.:** Droit des Assurances, Dalloz, 9e éd. (1995).
- \***Lanore, Buffelan Y.:** Droit Civil, 3 éd. (1977).
- \* **Larroumet, Christian:** Droit Civil, Tom 1, Introduction àl'étude du droit privé, 3e éd. Economica & Delta.
- \***Lavigne, Pierre:** Risque Social et Charge Social, D. (1948).
- \***Libchaber R.:** Researches sur la monnaie en droit privé, préf. P. Mayer, L.G.D.J. (1992).
- \***Lindon R.:** Dictionnair juridique, les droits de la personalite, D. (1983).
- \***Loiseau:** Le nom object d'un contract, préf. Ghestin, L.G.D.J., Bibliothèque de droit prive (1997).

- \***Malaurie, Ph. et L.Aynes:** Droit civil, Introduction générale au droit 2e éd. Cujas (1994).
- \***Malaurie, Ph. et L.Aynes:** Les Obligations, Cujas, 6e éd. (1995).
- \***Malherbe, Jean:** La vie privée et le droit modern, comment fair, collection dirigé par Emmanuel Blanc, préface de Antoine Perrod, Libraire du Journal des Notaries et des Avocats, Paris, (1968).
- \***Margreat H.:** La réparation des préjudice non-économiques en droit commun, R.G.A.T.(1973).
- \***Marty et Raynaud:** Droit civil, t.1, (1972).
- \***Mazeaud H.L. et F.Chabas:** Leçon de droit civil, 8e éd. Par Chabas Paris, Édition Montchrestien (1986).
- \* **Mazeaud H.L. et F.Chabas:** Obligations, Montchrestien, 8e éd. (1991).
- \***Mazeaud H., Mazeaud L. et Tune:** Traite de la responsabilité civil, t.III, 5e éd. (1945).
- \***Mazeaud H., Mazeaud L. et Tune:** Traite theorique et pratique de la responsabilitécivil délictuelle et contractuelle, t.1, 6 éme éd., Paris, Litec.
- \***Mazeaud D.:** La notion de clause pénale, préf. F.Chabas, L.G.D.J. (1992).
- \***Memeteau, Gérard:** Les gréffes thérapeutiques de tissus embryonnaires et foetaux, J.I.B. (1995).
- \***Mestre J.:** La subrogation personnelle, préf. P. Kayser, L.g.d.J. (1979).
- \***Michaélides-nouaros:** L'évolution récente de la notion de droit subjectif (1966).
- \***Michoud:** La théorie de la personnalité morale, 2e éd. (1924).
- \***Overstake J.F.:** La responsabilité civil pour les activités dangereuses, France, RIDC (1994).
- \***Padovani P.:** Barème accidents du travail, éd. Lamarre-poinat (1986).
- \***De Page, Henri:** Traité élémentaire de Droit Civil Belgique, t.1.re.3 me éd., Bruxelles, établissements Bryland (1962).
- \***Pauffin de Saint Morel, Madeline:** Quelques aspects de la responsabilité du dommage corporel, assurance et Sécurité Social, Paris (1966).
- \***Peltat, Chabert et A.Bensoussan:** Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit, Hermès, Paris (1995).
- \***Perreau, E.H.:** Éléments de jurisprudence médicale, Paris (1908).
- \***Perreau, E.H.:** Les droits de la personnalité, RTD civ. (1909).
- \***Perreau, E.H.:** La droit Au Nom En Matière Civil, (Patronymique, titre, prénom, pseudonym, surnom, armoiries) libraire de la Sociétés du Recueil Sirey, Paris (1910).
- \***Picard, M. et Besson :** Les Assurance Terrestres en droit français T.J., Paris (1975).
- \***Pirovano, Antoine:** Faute Civil et Faute Pénale, bibliothèque de droit privé, sous la direction de Henry Solus, Paris, L.G.D.J.(1966).
- \***Planiol, Marcel:** Traité élémentaire de droit civil, reva et complété par George Ripert, 13me éd, principes généraux: Personne-biens, L.G.D.J.(1946).
- \***Planiol et Ripert:** Traité théorique et pratique de droit civil français, t.IV, 2e éd. par P.Esmein.
- \***Puell, B.:** Gravité ou causalité de la faute de la victime en responsabilité civil, D. (1984).
- \***Pufendorf:** Droit de la nature et des gens, trad. Barbeyrace, Bibl.de philosophie politique et juridique, Caen (1987).
- \***Qurliac, P. et G. De Malafosse:** Histoire de droit privé, Paris (1969).
- \***Rassat, Michel Laure:** Droit Pénale Spécial, 6 m éd., D. (1988).
- \***Ravanas J.:** La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, L.G.D.J. (1978).
- \***L'Ray, M.:** L'évaluation du préjudice corporel.
- \***Raynaud, Pierre:** De la responsabilité civil à la sécurité social, D. (1948).
- \***Recht:** Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, L.G.D.J. (1969).
- \***Ripert:** Prix de la douleur, D. (1948).
- \***Rodière, René:** La responsabilité civil, Paris (1952).

- \***Rodière, René:** La responsabilité délictuelle dans la jurisprudence, Recueil Systématique De Jurisprudence Commentée, sous la direction Rene Rodière, Librairie Techniques.
- \***Roubier, Paul:** Droits intellectuels et droits de clientèle, RTD civ. (1935).
- \***Roubier, Paul:** Droits subjectifs et situations juridiques, Paris (1963).
- \***Roujou de boubée, M.E.:** Essai sur la notion de réparation, préf. P.Hébraud, L.G.D.J. (1974).
- \***Ryn, Van:** Responsabilité Aquilienne et Cobtrar, Paris (1933).
- \***Savatier, R.:** Vers la socialization de la responsabilité et de Risques Individuels, D.H. (1931).
- \***Savatier, R.:** Traite de la responsabilité en droit Francais, Paris, L.G.D.J. (1951) - Paris (1963).
- \***Savatier, R.:** Les Metanporphoses, Economique et Social du droit privé d'aujour d'hui, t.3, Paris (1957).
- \***Starck, Boris:** Essai d'une théorie générale de la responsablité civil, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, avec une préface de M.Maurice Picard, Paris, L. Rodestin libraire, Éditeur (1947).
- \***Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.):** Introduction Au droit, 2éd., Libraire de la Cour de Cassation (1972).
- \***Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.):** Droit civil, obligations, Paris, Libraire de la Cour de Cassation (1995).
- \***Savigny, Friedrich Carl Von:** System des heutigen Roemischen Rechts, Vol.1, (1840).
- \***Tallon:** Réparation civil, droit de la personnalité, Dalloz.
- \***Tercier (P):** La réparation du préjudice réfléchi en droit Suisse de la responsabilité civil, Gadenkschrift P.Joggi, Fribourg (1977).
- \***Terré (François):** Introduction générale au droit, 3e éd. Dalloz (1996).
- \***M. Terre et Mme Fenouillet:** Droit Civil, les Personnes, la Famille, les incapacités, Dalloz (1996).
- \***Thomann:** Christian Wolff et le droit subjectif.
- \***Toulemon, (André) et Jean Moore:** Prejudice Corporel et Moral en Droit Commun, Etude pratique et théorique jurisprudence et methods d'evaluation, Sirey (1957).
- \***Le Tourneau (Philippe) et Cadiet (Loic ):** Droit de la responsabilité, Dalloz Action, Delta ( 1996).
- \***Verson (Michél):** Droit pénal Spécial, 3 éd., Paris (1988).
- \***Viney ( Geneirève ):** L'autonomie du droit à réparation de la victime initiale, D. (1974).
- \***Viney (G) et Patrice Jourdin:** Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Chestin, les condition de la responsabilité, 2e éd., L.G.D.J. Delta (1998).
- \***Weill (A):** Droit civil
- \***Weill (Wlex) et Terré:** La Famille

## **B.Thèses:**

- \***Ancel (P):** L'indispensabilité des droits de la personne, une approche critique de droits de la personnalité, Dijon, (1978).
- \***Anselm-Martin (O):** La responsabilité délictuelle objective, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civil délictuelle, Montpellier, (1991).
- \***Auvert (Patrick):** La Libérété d'expression du journalist et le respect personne, Paris (1982).
- \***Bellivier (F):** Le patrimoine génétique humaine: étude juridique, Paris (1997).
- \***Bienvenu (J):** La faute inexcusable, Caen (1938).
- \***Bosc:** Essai sur les éléments constitutif du délit civil, Montpellier (1910).
- \***Bourdoux:** Les recours de tiers payeurs, Paris 1 (1993).
- \***Cadiet (L):** Le préjudice d'agrément, Paris (1983).



- \***Chabas (F)**: L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation, préf. H. Mazeaud, L.G.D.J.(1967).
- \***Corbesco**: Devoirs materiel et de l'élément intentionnel dans la responsabilité civil, Paris (1903).
- \***David (Aurel)**: Structure de la personne humaine, essai sur la distinction des personnes et des chose, Paris (1955).
- \***Domages (R)**: Le corps humain dans le commerce juridique, Paris (1956).
- \***Dubois (P)**: Le physique de la personne, Paris, 11 éd. (1980).
- \***Dupichot (J)**: Des préjudice nés de l'atteinte à la vie ou l'intégrité corporel, Paris (1969).
- \***Edde, Jean-louis**: Les droits contractuels relatif au corps humain, Paris (1954).
- \***Esmein (P)**: Les effets des décisions de justice sur la reconnaissance et le création des droits, Paris (1914).
- \***Ferrer (D)**: La protection de la vie privée, Toulouse (1973) univ. des Sciences Sociales de Toulouse.
- \***Fougerol (Henri)**: La figure humaine et le droit, Paris (1913).
- \***Galloux, J.-C.**: Essai de définition d'un statut juridique du matériel génétique.
- \***Giudicelli (A)**: Génétique humaine et droit-à la redécouverte de l'homme, Poitier (1993).
- \***Givord (F)**: La réparation du prejudice morales, Grendile (1938).
- \***Goeren (A)**: Les droits de l'homme sur son corps, Nancy (1957).
- \***Guidoni (M)**: Le préjudice esthétique, Paris (1977).
- \***Huguney**: L'idée de peine privée en droit contemporain, Dijon (1904).
- \***Jacomet (P)**:Essai sur les sanctions civiles de caractère pénale en droit français, Paris (1905).
- \***Jaillent ( R)**: La Faute inexcusable en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle, Paris (1980).
- \***Lafonie de Sentenac (Pierre)**: De la clause pénale dans les obligations en droit romain et en droit français, Toulouse (1878).
- \***Mémeteau, Gérard**: La disposition par l'individu de son corps, collection thèses.
- \***Nerson**: Les droits extra-patrimoniaux, Lyon (1939).
- \***Poupard (Y)**: Les ayants droit d'une victime d'un accident d'automobile, responsabilité et assurance, Paris (1963).
- \***Pralus (M)**: Le droit à réparation des proches de la victime, Montepplier (1967).
- \***Ravanas**: La protection des personnes contre la realization et la dublication de leur image, Aix, (1977).
- \***Ripert (Lucienne)**: La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, Paris (1933).
- \***Rutsaert (Josef)**: Le fondement de la responsabilité civil extracontractuelle, Paris (1930).
- \***Savornat (G)**: Le princip de l'inviolabilité du corps humaine, Poitiers (1951).
- \***Seriaux (A)**: La faute du transporteur, Aix. Marseille (1981).
- \***Teisseur**: Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité, étude de droit civil, Paris (1901).
- \***Travers (M)**: Le droit Commercial Contra Four: De la responsabilité des companies, Lyon (1931).
- \***Viney (G)**: Remarques sur la distinction entre la faute intentionnelle, la faute inexcusable et dol en droit français, Paris II (1977).

### **C-Articles:**

- \***Acquarone (D)**: " L'ambiguité du droit à l'image", D. Chron 85.
- \***Agostini (E)**: " La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom", D.Chron (1973).
- \***Auveret (P)**: " Le droit au respect de la présomption d'innocence", JCP, 1994, 1, 3802.

- \***Bach (L):** "Reflexions sur le fondement de la responsabilité civil" RT (1977) 221, 2 em partie.
- \***Badinter (Rober ):** " Le droit au respect de la vie privée", JCP (1968).
- \* **Badinter (Rober ):** " La protection de la vie contre l'ecoute électronique clandestine ", JCP (1971).
- \***Bancal:** " L'indemnisation du préjudice d'enfants mineurs don't le père a été victime d'un accidents mortel ", JCP, 1964, 1, 1821.
- \***Baudouin (J-L) et labrusse-Riou:** " Produire l'homme, de quell droit?" PUF 1987.
- \***Bedoura:** " Les incidences de la loi du 27 décembre 1973 sur les concepts traditionnels relative au préjudice", D. Chron 1980.
- \***Beignier (B):** " Les droits de la personnalité " in cabrillac et Autres, Droits et Libertés fondamentaux, Dalloz 2e éd. 1994.
- \***Berreau:** " Des droit de la responsabilité", Rev. Trim. Dr. civ. 1909.
- \***Blanc (X):** " La responsabilité de l'infans", Rev. Trim. Droit civ. 1957.
- \***Blandel (P):** " La Transmission d'une cause de mort des droit extrapatrimoiniaux, des droits patrim oniaux à caractère personnel" Bib. Dr. Privé, Paris, 1969.
- \***Boré:** " Le recours entre coobligés in solidum" JCP 1967.
- \***Borella, François:** " Le concept de dignité de la personne humaine ", Mélanges Balze.
- \***Bourrie-Quenclet, M:** " Le préjudice sexual: prevue, nature juridique et indemnisation", JCP, 1996, 1.3.
- \***Cadiet (L):** " La notion d'information génétique en droit français, in la génétique humaine: de l' information à l'information", dir.B-M.Knoppers, L.Cadiet et C.M.Laberge, Paris, Litec, 1992.
- \***Cadiet (L):** " Chronique de droit judiciaire privé " JCP 1994, 1, 3755.
- \***Calais (B):** " La mort et le droit", D.1985, chron 22.
- \***Catala (P):** " La transformation du patrimoine dans le droit civil modern", R.T.D. civ. 1966.
- \***Chabas (F):** " Fait ou faute de la victime?" D.1973, chron 27.
- \***Chabas (F):** "Du lien de paranté ou d'alliance entre le victime et l'auteur du dommage" Mélanges G.Marty, 1978.
- \* **Chabas (F):** "La perte d'une chance en droit français, in dévelpment récents du droit de la responsabilité civil", Genève 1991.
- \* **Chabas (F):** "La réform de l'astreinte" D. , 92, chron 299.
- \***Christians:** "Injonction de faire et protection du consommateur", D., 1990, chron 9.
- \***Collette:** "La vie devant l'avortement", coll. De Basançon, Rev. dr. de l'home, 1974.
- \***Dabin:** "Droit subjectif et prérogatives juridiques, examen des thèses de M. Paul Roubert", Mémoires de l'Acadamie Royale de Belgiqes, 1960, t.54, fasc 3.
- \***Dangibeaud et Ruault:** " Les désagréments du préjudice d'agrément" D. 1981, chron 157.
- \***Dekkers:** "Séance inaugurale des Travaux Capitant", Journées Belges, 1975, t. xxvii.
- \***Derrida (F):** "La date d'evaluation d'une créance de réparation", RGLJ, 1950,225.
- \***Edelman:** "Esquisse d'une théorie du sujet: l'homme et son image", D.1970, chron.
- \***Endreo (G):** "Fait générateur des créance et échange économique", RT com. 1984.
- \***Esbach:** "Note sur les prétendus", Revue dr. législation 1882.
- \***Esmein (P):** "Piene ou réparation", Mélanges Hugueny, t.II.
- \***Fliniaux:** "L'évolution de concept de clause pénale chey les canonists du moyen-âges", Mel. Paul Fournier, 1929.
- \***Gaillard (E):** "La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit français", D. 84, chron.
- \***Galloux ( C):** "Relixions sur la catégorie des choses hors du commerce: l'exemple des elements et des produits du corps humain en droit français', les cahiers du droit, vol.30, no 4, nov.1989.
- \* **Galloux ( C):** " Le limon de terre", Gaz. Pal,6 nov.1992.

- \***Gobert (M):** "Reflexions sur les sources du droit et les principes: d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution )" R.T.D. civ. 1992.
- \***Groutel, Gromb H.:** "Les grand handicapés" GP 1991, chron326
- \***Groutel, Gromb H.:** "A propos de quelques décisions récents sur le recours de tiers payeurs", RCQ, 1991, chron 29.
- \***Groutel, Gromb H.:**"De la conscience dans les rapports végétatifs et de l'indemnisation", GP, 1991,2.doctr. 326.
- \***Groutel, Gromb H.:** "La double nature de l'action direct contre l'assureur de responsabilité" RCA, 1991, chron 8, (suit) RCA, 1992, chron 2.
- \***Groutel, Gromb H.:** "L'indemnisation des ce végétatifs et le contrôle de la cour de cassation", RAA, 1995, chron 40.
- \***Hamburger, Jean:** "Progrès de la medeci, et responsabilité de médecin",Travaux du deuxième congres de moral médical, Paris, Mai,1997.
- \***Hepp:** "Le droit d'auteur, propriété incorporelle", RID, t. xix, avr. 1985.
- \***Hermitte, M.A.:** "La diabolique notion de droit de propriété, in l'homme en danger de science", La Mond Diplomatique, mai,1992.
- \***Ivainer (T):** "Le pouvoir souverain du juge dans l'appréciation des indemntes réparation: D., 1972, chron 7.
- \***Jorin (B):** "La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif," R.D.P., 1999.
- \***Josserand (L):** "La personne dans le commerce juridique", D.1932, chron.
- \* **Josserand (L):** "La responsabilité envers soit-même", D.H. 1934, chron 73.
- \***Joulin (Koering, R):** "La dignité de la personne humaine" sous la direction de M.L.Pavia et T.Revet, Economica, Coll.Études juridiques (1999).
- \***Jours ( Saint, Y.):** "La nouvelle configuration des recours des tiers payeurs contre les tiers responsables d'un accident", Reuve Trimestrielle de droit sanitaire et social", RTD ss, 1986, 258.
- \***Kalinowski:** "Logique et philosophie du droit subjectif", Arcl. Philosophie du droit (1964).
- \***Kayser (P):** "La Soldarité en cas de faute" Rev. Git, 1931.
- \***Kayser (P):** "Le droit dit à l'image", Mél.Roubier, t11.
- \***Kayser (P):**"Le secret de la vie privée et la jurisprudence civil", Mélange R.Savatier 1965.
- \***Kayser (P):** "Les droits de la personnalité, aspects théorique et pratique", RTD, civ. 1971.
- \***Kayser (P):** "Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles", Mélange Marty, 1984.
- \***Mme Klen (Meulder):** "Le droit de disposer de soi-même, étendue et limites en droit comparé, in licéité en droit positif et références légales aux valeur", Actes des Xe. journées F.études juridique Jean Dabin, Brymant, Bruxelles, 1982.
- \***Mme Klen (Meulder):** " La production des norms en matière bioéthique" in De la bioéthique au bio-droit, sous la direction de C.Neirinck, Paris, L.G.D.J. 1994.
- \***Lalou (H):** "La revisions des indemntés pour accidents corporels de droit commun", DH 1929, chron 5.
- \***Lalou (H):** " Déclaratifs au attributifs?" D.1998 chron 69.
- \***Lambert-Faivre (Y):** "L'évolution de la responsabilité civil d'une dette de responsabilité à une créance de réparation", Rev. Trimestrielle du Droit Civil, 1987. \***Lambert-Faivre (Y):** "Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommage corporel", D. 1992, chron 165.
- \***Legir (G) :** "La faute inexcusable de la victime d'un accident de la circulation régi par la loi du 5 Juillet", D.chron. 1986.
- \***Lindon:** "La press et la vie privée", JCP, 1965.
- \***Lindon:** "Les droit de la personnalité", Dalloz 1983

- \***Lochak (D)**: "Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs-puissance et impuissance de la norm juridique", in Les bonne Mœurs ,C.U.R., A.P.P., P.U.F., 1994.
- \***Malaurie**: "L'inflation et le droit civil des obligations", Mél. P.Azard, Cujas, 1980.
- \***Margeat (H)**: "Indexation et revalorisation des récentes droit commun", JCP, 1977, 1 ,2855.
- \***Margeat (H)**: "L'indemnisation des victims gravement handicapées", GP, 1991,2,doctr. 327.
- \***Martin (L)**: "Le secret de la vie privée", RT, 1959.
- \***Me Martin (R )**: "De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété", RTD civ. 1975.
- \***Maspétoil**: "Ambiguïté du droit subjectif, métaphysique, technique juridique ou sociologie" Arch, philosophie du droit, 1964.
- \***Mathieu (B)**: "La dignité de la personne: quell droit? Quell titulaire?", D.chron. 1996.
- \***Mathieu (B)**: "La dignite de la personne humaine: du bon (et du mauvais?) usage en droit positif français d'un principe universel", in le droit, le médecine et l'être humain,ouvrage collectif du laboratoire de théorie juridique de la faulté de droit d'Aix-Marseille,avant-propos de A.Sériaux Universitaires d'Aix-Marseille, 1996.
- \***Mazeaud (H)**: "Les récentes flottantes et la réparation des accidents", D.1951, chron 17.
- \***Mazeaud (L)**: "De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitifs des droits", RT, 1929.
- \***Mazeaud (L)**: "Obligation in Solidum et solidarité entre codébiteur", Rev. civ. 1930.
- \***Mazeaud (L)**: "L'évaluation du préjudice et la hausse des prix en cours d'instance", JCP, 1942, II.
- \***Mazen (N)**: "Relexions juridiques sur le material génétique de l'homme", in Bioéthique et droit, C.R.A.P.P.U.F.,1988.
- \***Melenec (L)**: "L'indemnisation du préjudice éthétique", Gaz. Pal. 5 nov. 1976.
- \***Melenec (L)**: "L'indemnisation du préjudice d'agrément", GP 1976, 1, doctr. 272.
- \***Melenec (L)**: "Le préjudice sexuel", Gaz.Pal. 1977, 2, Doc. 525.
- \***Melenec (L)**: "Pour L'abolition pure et simple des systèmes actuels d'indemnisation de le tierce-personne et pour l'institution d'un régime unique de la dependance", GP, 1994, 2, doctr. 1313.
- \***Mestre (J)**: "La protection, independante du droit de response, des personnes physiques et des personnes morale contre l'altération de leur personnalité aux jeux du public", JCP, 1974.
- \***Meurisse**: "Le déclin de l'obligation in solidum" D., chron, 1962.
- \***Molfessis (N)**: "La dignité de la personne humaine en droit civil", ouvrage sous la direction de M.L.Pavia et T.Revet, Economica Coll.Études juridique, 1999.
- \***Murat (P)**: "Reflexions sur la distinction être humaine, personne juridique", Droit Famille, September 1997.
- \***Nerson (R )**: "La protection de l'intimité", Journal de Tribuneaux, 1959.
- \***Nerson (R )**: "L'influence de la biologie et de la médecin modern sur le droit civil", R.T.D., civil. 1970.
- \***Nerson (R )**: "La jurisprudence en matière de droit civil", In Rev. Trim. De droit civil, 1971.
- \***Overstak, J.F.:** "Essai de classification des contracts spéciaux", préf. J. Berthe de la Grassaye, l.g.d.j., Bibl.Dr.privé, Tole 19, 1969.
- \***Pavia, M.L.:** "Le principe de dignité de la personne humaine: un nouveau principe constitutional, in droits et libertés fondamentaux", dir. R. Cabrillac, M.A.F.,Rison-Roch et Revet, 4e éd., D.1997.
- \***Pedrot, Philipe**: "Avant-propos, la dignité de la personne, principe consensual ou valeur incantatoire?" Éthique, Droit et Dignité de la personne, Mélanges Christians Bolze, sous la direction de P.Pedrot, Économica.
- \***Perreau, E.H.:** "Des droits de la personnalité" Rev.Trim.dr.civ.,1909.

- \***Pillebout, J-F.:** "Obligations pragmatiques sur la dette de valeur", Mélange: D.Holleaux, Litec.
- \***Puill (B):** "Les caractères du fait non fautif de la victime" D.1980, chron 157.
- \***Quentillet-Bourrié:** "L'évaluation monétaire du préjudice corporel", pratique judiciaire et donnée transactionnelles", GCP, 1995,1,3818.
- \***Raymondis (M):** "Problèmes juridiques d'une définition de la mort", RTD civ. 1909.
- \***Rigaux (F):** "La protection de la vie privée", Revue internationale de droit comparé, (RIDC), 1995.
- \***Robert (J):** "Le corps humain et la liberté individuelle en droit français", Assocv. H.Capitant, Journées de Madrid.
- \***Roubier, Paul:** "Les prérogatives juridiques" Ancl. Philosophie du droit, 1960.
- \***Le Roy (M):** "La réparation des dommages en cas des lésions corporelles, préjudice d'agrément et préjudice économique" D., 1979, chron.
- \***Soury (R):** Les travaux de la table Ronde sur " La réparation du dommage chez l'enfant", in R.F.D.C. 1979, notamment: R.Soury: "Aspects juridiques particuliers de la réparation du dommage chez l'enfant", RFDC, 1979.
- \***Starck (Boris):** "La pluralité des causes des dommages et la responsabilité civile (La vie brève d'une fausse équation: Causalité particulaire: responsabilité", JCP 1970.1.
- \***Stoufflet (J):** "Le droit de la personne sur son image", JCP, 1975.
- \***Théry (R):** "La condition juridique de l'embryon et de fœtus", D.1982, chron.
- \***Toulemon (A):** "Le secret professionnel médical", Gaz.Pal.13 août 1957.
- \***Le Tourneau (Ph.):** "La plume professorale et libre", D.1995, chron 273.
- \***Varese:** "Le dédommagement de la personne en cas de lésion successive", GP 1991, 2 doctr.373.
- \***Viney (G):** "De la responsabilité personnelle à la réparation des risques", APD, 1977, 5.
- \* **Viney (G):** "La responsabilité", APD, 1990,275.
- \***Viney et Markesinis:** "La réparation du dommage corporel", Essai de comparaison des droit Français et Anglais, préf. A. Tune.
- \***De Vita (A):** "Une nouvelle sorte de dommage, le préjudice biologique", Chronique de droit civil Italien, RTD civ., 1996.
- \***Vouin (R):** "L'unique action civile", D.1973, chron 265.

#### **D- Dictionnaires:**

- \***Dictionnaire:** Hachette Encyclopédique, éd.2001, édité sous la responsabilité d'Emmanuel Fouquet, Hachette Livre 2000, 43, Quai de Grenelle, 75905 Paris Cedex 15.
- \***Larousse:** Dictionnaire Encyclopédique Illustré, Larousse Bordes 1997.
- \***Larousse, Grand Larousse** encyclopédique, 11 vol, Paris 1960-1968.
- \***Lexique** des termes juridiques, Raymond Guillien et Jean Vincent, 13e éd, Dalloz (2001).
- \***Al Manhal,** dictionnaire Français-Arab, Dr.Jabbour Abdel Nour et Dr.Souheil Idris, Dar El-Ilm in Malayin, sept. 1985.
- \***Dictionnaire Pratique,** Français-Arab, Droit, Commerce, Finance, suivi d'un vocabulaire Arab-français, par Youssef Ghlala, édition refondue, Etablissement Al-Maaref, Alex.

\* معجم عبد النور المفصل، عربي فرنسي، جبر عبد النور، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية ١٩٨٦

#### **رابعاً: المراجع باللغة الإنجليزية**

#### **A-Books:**

- \***Alexander, James:** A Brief Narrative on the case and Trial of John Peter Zenger. Edited by Stanley N.Katz, Cambridge: Harvard University Press, (1963).
- \***Baird (Douglas ), Robert Gertner, and Randal Picker:** Game Theory and the Law, University Chicago Press (1995).
- \***Barron and dienes:** Handbook of Free Speech and Free Press.
- \***Beauchamp (T.L.) and J-F. Childress:** Principles of Biomedical Ethics, 4<sup>th</sup>.ed., New York, Oxford University Press (1994).
- \***Becker (Ernest):** The Denial of death, New York, The Free Press, (1973).
- \***Becker (Garys.):** The Economic Approach to Human Behavior, (1976).
- \***Beeson (P.B.) and W.Medermott (eds) Cecil-loeb,** Textbook of Medicine, 13<sup>th</sup>.ed., (1971).
- \***Benedict:** The Patterns of Culture, Boston: Houghton Mifflin, (1934).
- \***Benn (S.I.):** The Principles of Political Thought, New York Free Press, (1965).
- \***Berman (Harold J):** Law and Revolution, The Foundation of the Western Legal Tradition, Cambridge, Mass: Harvard University Press, (1983).
- \***Bierstedt (R.):** The Social Order, New York: Mc Graw Hill, (1963).
- \***Birds (J):** Modern Insurance Law, 3<sup>rd</sup>.ed.London, (1993).
- \***Brandit (Richard B.):** Ethical Theory, Oxford: Oxford University Press, (1983).
- \***Branscomb (Anne W.):** Who Owns Informatuion? From Privacy to Access, Basic Books, (1994).
- \***Cane (Peter):** Tort law and Economic Interests, 2<sup>nd</sup>.ed. Clarendong Press, Oxford, (1996).
- \***Carey (Peter):** Medica law.
- \***Carter (T.Barton):** The First Amendment and the Fifth Estate 696, 4<sup>th</sup>.ed., Foundation Press (1996).
- \***Clerk and Lindsell:** On Torts, 13<sup>th</sup>.ed.,(1969);17<sup>th</sup>.ed., London, Sweet & Maxwell, (1995), 3<sup>rd</sup>. Cumutative Supplement to the Seventeenth Edition, Up-to-date until August (1998).
- \***Clerk (M.):** The law of Insurance Contracts, 2<sup>nd</sup>. ed. London, (1994).
- \***Cohen (Jeremy):** Congress Shall Make No Law, Ames, Iowa State, University Press, (1989).
- \***Cook (W.W.):** The Logical and legal Basis of the conflict of laws.
- \***Cooley (T.M.):** A Treatise on the law of Torts, 29, (2<sup>nd</sup>. Ed.,(1988).
- \***Cooter (Robert) & Thomas Ulen:** Law and Economics, 3<sup>rd</sup>.ed.,Addison Wesley Longman Inc., (2000).
- \***Dawson (John):** The Oracles of the Law, Cambridge, Mass: Harward University Press, (1968).
- \***Dworkin (Ronald):** Taking Rights Seriously, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- \***Eisenberg (Melvin A):** The Nature of Common law.
- \***Engelhardt (H.T.E.):** The Foundation of Bioethics, New York, Oxford, (1986).
- \***Epstein (Richard A.):** Cases and Materials on torts, 5<sup>th</sup> ed., Little, Brown and Co.
- \***Feifel (H.):** New Meaning of Death, (1977).
- \***Flaherty (David H.):** Privacy and Data Protection: An International Bibliography, London: Mansell, (1984).
- \***Flaherty (David H.):** Protecting Privacy in Surveillance Societies Fedral Republic of Germany, Sweden, France, Canada, and the United States, University of North Carolina Press, (1989).
- \***Fleming (James Jr.):** Introduction to the law of Torts.
- \***Fleming (James Jr.):** The Law of Torts, (1956).
- \***Friedman (David):** Price Theory, An Intermediate Text, 2<sup>nd</sup>. Ed.
- \***Grays' (John C.):** The Nature and Sources of the Law, New York, Columbia University Press, (1909).

- \***Guyton (Arthur C.):** Textbook of Medical Physiology, 7<sup>th</sup> ed., W.B. Saunders Company, (1986).
- \***Hall and G Lindzey:** Theories of personality, 2<sup>nd</sup>.ed., (1970).
- \***Harvey (Barbara L.L.B., LLM) and John Marston:** Cases and Commentary on tort, Financial Times Pitman Publishing.
- \***Heuston & R.S.Chambers:** Salmond and Heuston on the Law of Torts, 18<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, (1981).
- \***Hoheld (Wesley N.):** Fundamental Legal Conception, with addition forward by Arthur L.Carbin, New Haven conn: Yale Press, (1964).
- \***Jacobson (L.):** Cardiac Pacing, Principles and Case Studies, New Hyde Park, New York, Medical Examination Publishing Co.,(1981).
- \***Jolliff (V.):** Insolent and high-handed trespass, Willment & Co., (1970).
- \***Jones (W.T.):** A History of Western Philosophy, 2<sup>nd</sup>.ed. , (1969).
- \***Kelsen (H.):** General Theory of Law and State, Cambridge, Mass, (1945).
- \***Krober (A.L.) and Clyde Kluckhoin:** Culture: A Critical Review of Conceptions and Definitions, Harvard University Press, (1952).
- \***Kuhn (Thomas S.):** The Structure of Scientific Revolution, 2<sup>nd</sup>.ed.,(1970).
- \***Levy Leonard:** Emergence of Free Press, New York: Oxford University Press, (1985).
- \***Luntz:** Assessment of Damages for Personal Injury and Death, 3<sup>rd</sup>.ed., (1990).
- \***Maramorosh (K.)(ed):** Advances in Cell Culture, New York, Academic Press, (1981).
- \***Markesinis (B.S.) and S.F.Deakin:** Tort Law, 3<sup>rd</sup>.ed. Clarendon Press-Oxford.
- \***Martin (Rex):** A System of Rights, Clarendon Press, Oxford, (1993).
- \***Meikljohn (Alexander):** Free Speech and its Relation to Self-Government, New York, Harper & Brothers, (1948).
- \***Michael (James):** Privacy and Humant Rights, Unesco Publishing.
- \***Miller (A.R.):** Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers, Ann Arbor, Nich: University of Michigan, (1971).
- \***Mitchell ( C):** The Law of Subrogation, Oxford, (1994).
- \***Moor (Barrington Jr):** Privacy: Studies in Social and Cultural History, Pantheon Books, (1984).
- \***Morton (G. White):** The Philosophy of American Revolution, New York: Oxford University Press, (1978).
- \***Mullis (Alastair) and Ken Oliphant:** Torts, Law Series Editor, Morise Cermona, Macmillan Law Masters, 2<sup>nd</sup> . ed.
- \***Nino (Carlos):** Rights, The International Library of Essays in Law and Legal Theory.
- \***Olivecrona (Karl):** Laws as Fact.
- \***Pember (Don R):** Mass Media Law, Mc Graw-Hill College, (1999).
- \***Posner (Richard A.) and Frank H. Easterbook:** Antitrust: Cases, Economics Notes, and other materials, Brown & Co. (1981).
- \***Posner (Richard A.):** Economic Analysis of Law, 4<sup>th</sup> ed.,Little, Brown and Company, (1992).
- \***Prosser (William L.):** Handbook of the Law of Torts, 3<sup>rd</sup> ed., (1964).
- \***Rawls (John):** A Theory of Jusice, Cambridge, M.A. Harvard University Press, (1971).
- \***Raz (J.):** The Concept of Legal System, Oxford (1970).
- \***Roberts on (A.H.):** Privacy and human Rights, reports and communication presented at the third international colloquy about the European Convention on Human Rights, Manchester Univ. Press.
- \***Roche (John):** Shadow and Substance, New York, Macmillan, (1964).
- \***Ross (A.C.F.):** On Law and Justic, London, Steven., Barkely University of California Press, (1959).
- \***Schuster (Ernest J.):** The Principles of German Civil Law, Oxford, at the Clarendon Press, London, New York, (1970).

- \***Schwartz (Paul M.) and Joel R. Reidenberg:** Data Privacy Law, Charlottesville, Va: Michie, (1996).
- \***Shapo (Marshall S.):** Basic Principles of Tort Law, Hornbook Series, West Group, St. Paul, Minn. (1999).
- \***Siebert (Frederick):** Freedom of the Press in England 1476-1776, Urbana: Univ. of Illinois Press, (1952).
- \***Speiser (Stuart M.) et al.:** Recovery for Wrongful Death and Injury, (1992).
- \***Stanton (K. M.):** The Modern Law of Tort, London, Sweet & Maxwell, (1994).
- \***Stanton (Tefft):** Secrecy: A Cross-cultural Prospective, New York: Human Science Press, (1980).
- \***Street (Harry):** Principles of the Law of Damages (1962).
- \***Street (Harry):** The Law of Torts, 4<sup>th</sup> ed., Foundations of Legal Liability, vol.1, (1968).
- \***Taylor (Edward Burnett):** Primitive Culture, London: John Murray, (1871).
- \***Thompson (Michael), Richard Ellis, and Aron Wildavsky:** Culture Theory, Westview Press, Boulder San Francisco, U.S.A., (1990).
- \***Weir:** A Casebook on Tort, 6<sup>th</sup> ed.
- \***Westin (Alan F.):** Privacy and Freedom, New York, Atheneum, (1967).
- \***Wickett (Humphry D.):** The Right to Die: Understanding Euthanasia, New York, Harper and Row, (1986).
- \***Williams (Glanville):** The Legal Effect of Illegal Contracts, 8 Camb.L.J.,(1942).
- \***Winfield:** Provenance of the Law of Torts.
- \***Woelfel (J.M.), and Sarah Trulove (eds):** Patterns in Western Civilization, Needham Heights, Mass Ginn, (1991).
- \***Yousef (Maher):** Internal Medicine, Part 1, Cardiology, 2nd ed., Concise Medical Textbook, University Book Centre, (1979).

#### **B-Articles:**

- \***Alexander (Leo):** "Medical Science and Dictatorship", New England Journal of Medicine, (N.Engl. J.Med.),214:39, (1949).
- \***Alpert et al:** "Heart muscle mechanism", Annu. Review Physiol., 41: 521, (1979).
- \***Anderson (David A) and Others:** "Protection of Reputation and Privacy, An American Prospective", Tort Law by: B.S. Markesinis and S.F.Deakin.
- \***Annas (G.):** "Killing Machine", Hasting Cent.Rap.33, (1991).
- \***Bates (Alan):** "Privacy- A Useful Concept?", Social Forces, Vol 42, (1964).
- \***Belsh (J.M.), R. Blatt, and P.L. Sciffman:** "A pneu testing in brain death", Arch. Inter. Med., 146, 2385 (1986).
- \***Bibas (Steven ):** "A contractual approach to Data Privacy", Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol.17 (Spring 1994).
- \***Bolyes (Susan H.):** "Punitive Damages: Navigating the Murky Water of Chapter 1 D of North Carolina Law of 1999", <http://www.Kilpatrickstockton.com/site/prime/detail?Article1D:530>.
- \***Branscomb (Anne W.):** "Global Governance of Global Network: A Survey of Transborder Data Flow in Transition", Vanderbilt Law Review, Vol. 36 (May 1983).
- \***Brody (Baruch A.):** "Important Legal Concepts in Critical Care", Civetta, Taylor and Kirby.
- \***Brown (John Purther):** "Toward an Economic Theory of Liability", Journal of Legal Studies, Vol., 11(1973).
- \***Bunker (Ted):** "Is It 1984", L.A.M. Magazine (August 1994).
- \***Calabrex (Guido):** "Some Thoughts on Risks Distribution and the Law of Torts", 70 Yale, L.J., 499 (1961).
- \***Callahan (Daniel):** "Aid-in-dying, the social dimensions", Commonwealth 118, suppl (1991).



- \***Callahan (Daniel):** "Our fear of dying", Newsweek October 4, 1993.
- \***Capron (A.) and L. Kass:** "A Statutory Definition of the Standard for Determining Brain Death", University Rev. 121(1972).
- \***Chung (Tat-Yeong):** "Efficiency of Comparative Negligence: A Game Theoretic Analysis", 22 J. Legal Studies (1993).
- \***Coase (Ronald H.):** "The Problem of Social Cost" 3 J. Law and Econ. 1 (1960).
- \***Coase (Ronald H.):** "Law and Economics at Chicago" Journal of Law and Economics vol. xxxvi, (1993).
- \***Cohen (Cynthia B.):** "Ethical problems of intensive care", Anesthesiology 17: 217 (1977).
- \***Cohen (Lloyd):** "A Justification of Social Wealth" 10 Harvard Journal of Law and Public Policy (1987).
- \***Conley (Bryan C.):** "The Value of Human Life in the Demand of Safety", 66Am.Economic.Rev.Rev. (1976).
- \***Cooke:** "Remoteness of Damage and Judicial Discretion", C.L.J., 288 (1978).
- \***Correspondence:** "Death and dignity, the case of Diana", N. Eng. J. Med., 325, 158 (1991).
- \***Coulter (Joseph C.):** "The Punitive Damages Issue" (1966), [http://www.Unic.com/specaccts\\_riskbuss/damage/htm1](http://www.Unic.com/specaccts_riskbuss/damage/htm1).
- \***Dallaire (Claude):** "Exemplary Damages-Food for Thought", Desjardins Ducharme Stein Monsal (DDSM): En Cours Bulletin (1997), <http://www.ddsm.ca/encours/1998/ob/art2.htm1>.
- \***Davis (Richard F.):** "Cardiovascular System" Critical Care, edited by: Joseph M. Civetta, Robert W. Taylor, Robert K. Kirby, with 203 additional contributors, 3<sup>rd</sup> ed., Lippincott-Raven Publishers, (1977).
- \***Demont (Emily K) David W Arnold:** "When are Punitive Damages Available under Title VII", <http://siop.org/tip/blackissues/TipOcto99/25Demont.htm>.
- \***Dias:** "Remoteness of Liability and Legal Policy", Camb. L.J.175 (1962).
- \***Ellis:** "Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damage", 56 Social Cal. Legal Review 1982.
- \***Fenigsen (R):** "Euthanasia in the Netherlands" Issues Law Med., 6:229 (1989).
- \***Fleming:** "The Impact of Inflation on Tort Compensation", 26Am. Jo. of Comparative law, 51 (1978).
- \***Fleming:** "The Person Report: It's Strategy" 42 M.I.R.24Q (1979).
- \***Frazer:** "Appropriation of Personality: A New Tort", L.Q.R.281 (1983) 99.
- \***Freed (V.):** "Strict liability", Wisiwg: //5/http://injury.Law.Freed.vic.Com/ htm.
- \***Friedman (David):** "An Economic Explanation of Punitive Damages",<http://www-best.com/ddfr/Academic/Punitive-fn.htm1>.
- \***Friedman (David):** "Reflections on Optimal Punishment or Should the Rich Pay Higher Fines", Journal of Law and Economics, (1981).
- \***Gauthier (Candace Cummins):** "Philosophical foundations of respect for autonomy", Kennedy Institute Ethics. J.1:21 (1993).
- \***Gawande (Atul):** "When Doctors Make Mistakes", The New York, Feb 1, 1999.
- \***Gayland (Willard), Leon Kass, and Pellegrino et al:** "Doctors must not kill", J.A.M.A., 259, 2139 (1988).
- \***Gilles (Stephen):** "Rule-Based Negligence and the Regulation of Activity Levels", Journal of Legal Studies, Vol. XII (1992).
- \***Gleckman (Howard):** "The Technology Payoff", Business Week, June 14, 1993.
- \***Gleick (James):** "Behind Closed Doors, Big Brother Is Us", New York Times, Sept.29, 1996.

- \***Gray (W.A.), R.J.Caspone, and A.S.Most:** "Unsuccessful emergency department resuscitation, are continued efforts in the emergency department justified?", N.Eng.Med., 325: 1393 (1991).
- \***Haleuy (A), and B.Brody:** "Brain death: reconciling definitions, criteria, and tests", Ann Intern. Med. , 119,519, (1993).
- \***Hart (H.L.A.):** "Definition and Theory in Jurisprudence," The Law Quarterly Review, Vol.70, Jan 1954.
- \***Honoré (A.M.):** "Causation and Remoteness of Damages", International Encyclopedia of Comparative Law, La Hage (1971).
- \***Jones, et al:** "Cardiac output and physiological mechanism in circulatory shock", In MTP, International Review of Science, Physiology, Vol.1, Baltimore, University Park Press (1974).
- \***Jonsen (A.R.):** "What is at stake?", Commonwealth, 118: 466 (1991).
- \***Jourard (Sidney M.):** "Some Psychological Aspects of Privacy", Law and Contemporary Problems, Vol.31, (spring 1966).
- \***Kass (Leon):** "Neither for love nor for money: why doctors must not kill", the Public Interest, 94: 24 (1989).
- \***Khan (Stephn):** "Causation and Incentives to Take Care under Negligence Rule", Journal of Legal Studies, Vol. XVIII (1989).
- \***Knight:** "Some Aspects of Damages under Civil Liability Acts", Irish Jurist (N.S.), Vol. II, (1966).
- \***Knovitz (Metton R.):** "Privacy and Law", a philosophical prelude rev. Law and Contemporary, No 2, (1966).
- \***Knox (R.A.):** "Poll: Americans favor mercy-killing", Boston Globe 3, (Nov. 1993).
- \***Lyons (David):** "The correlativity of Rights and Duties", Rights, by: Carlos Nino, I.L.E.L.L.T.
- \***Macintosh (Robert):** "Death under anesthetics", 21 British Journal of Anesthesia, (1949).
- \***March:** "The Pearson Report on Civil Liability and compensation for Death or Personal Injury", L.Q.R., 513 (1979).
- \***Markesinics (B.S.):** "The Right to Be Let Alone Versus Freedom of Speech", P.L.b7 (1986).
- \***Martin (R. )::** "Politics and Political Ideas in Seventeenth Century Europe", in J.W.Woelfel and Sarah Trulove (eds.), Patterns in Western Civilization, Needham Heights, Mass, Ginn, (1991).
- \***McCullough (Campbell), and Lane:** "The Insurability of Punitive Damages", <http://www.mcandl.com/puni.Intro.Htm/> (1997).
- \***McGrory (John B.):** "Constitutional Privilege in Libel Law", 498 PL.I/Pat 53, 451 (1997).
- \***Mclarty (Mary Alice):** "Case Facts", <http://www.maryalice.com/cases/sexdiscrim.Htm1>.
- \***Mclarty (Mary Alice):** "Case Facts: The other side of the story, the Mcdonald's Scalding Coffee case", <http://www.maryalice.com/cases/mcdonald.htm1>.
- \***Moshel (Wermhard):** "The Institutional Economics Meets Law and Economics: Comment", Journal of Institutional and Theoretical Economics, 149 (1993).
- \***Orr (Daniel):** "The Superiority of Comparative Negligence: Another Vote", 20 L. Studies (1990).
- \***Owen (David):** "Punitive Damages in Product Liability Litigation", 74 Mich- L. Review [1957].
- \***Paris (John J.) and Frank E. Reardon:** "An Ethical and Legal Analysis of Problems in Critical Care Medicine", Intensive Care Medicine, ed by: James M.Rippe, Richard S.Irvin, Mitchell P. Fink, and Frank B. Cerra, 228, (1996).

\***Pellegrino (E.D.):** "The metamorphosis of medical ethics: A 30 year retrospective", J.A.M.A., 269: 1158 (1993).

\***Pember (Don R.):** "The Smith Act as a Restraint on the Press", Journalism Monographs 10, (1969).

\***Pember (Don R.):** "The Pentagon Papers: More Questions than Answers", Journalism Quarterly 48, (1971).

\***Posner (Richard A.):** "A Theory of Negligence", Journal of Legal Studies, Vol.29, (1972).

\***Posner (Richard A.):** "The Right of Privacy", Georgia Law Review, vol.12, (Spring 1978).

\***Posner (Richard A.):** "Wealth Maximization Revisited", 2 Notre Dam Journal of Law, Ethics, & Public Policy (1985).

\***Prosen (William L.):** "Privacy", California Law Review 48, (August 1960).

\***Quill (Timothy):** "Death and Dignity: A case of individualized decision making", New England Journal of Medicine, 324, 691 (1991).

\***Reidenberg (Joel R.):** "Privacy in the Information Economy : A Fortress or Frontier for Individual Rights?" Federal Communication Law Journal, vol. 44 (March 1992).

\***Rhizome (Raw):** "Privacy in the U.K.", <http://www.rhizome.org.wysiurgy:www.inet-one-come/cy-dated> Tue, 05 May 1998.

\***Raland (John):** "Classification of Rights", <http://www.constitution.org/cal/class.right.htm>.

\*Roscoe: "Interests of Personality", 28 Harvard Law Review (1915).

\***Rosenkrantz (Ted S.):** "Neonatology", Pediatrics, 2<sup>nd</sup> ed, National Medical Series (NMS) editor: Paul H. Dowrkin, Original ed. (1992) by Williams & Wilkings.

\***Rustad (Michael) and Thomas Koenig:** "Punitive Damages in Product Liability: A Research Report", 3 Prod. Liab.L.J., (1992).

\***Rustad (Michael):** "Nationalizing Tort Law: The Republican Attack on Women, Blue Collar Workers and Consumers" 48 Rutgers Legal Review, 673, (1996).

\***Schneiderman, N.S.Jecker, and A.R.Jonsen:** "Medical futility, its meaning and ethical implications", Ann. Intern. Med. , 112, 12: 904 (1990).

\***Schwartz (Paul M.):** "Privacy and participation: Personal Information and Public Sector in the United States" Iowa Law Rev., Vol.80, (March 1995).

\***Shavell (Steven):** "Liability for Harm versus Regulation of Safety", J.L.S., (1984).

\***Smith (D.R.):** "Legal Recognition of Neocortical Death", Cornell Law Review, 71: 850, (1986).

\***Smith (Jeffrey A.):** "Prior Restraint: Original Intention and Modern Interpretation ", William and Mary law Review, 28, (1987).

\***Snyder and Hughes:** "Litigation under the English and American Rules: Theory and Evidence", 38 J.Law & Econ. 225, (1995).

\***Standler (Ronald B.):** "Privacy in the U.S.A., created Sept. 1996, last revision 24 May 1998, <http://www.2rbs2com/privacy-htm>.

\***Steinbock:** "Recovery from Persistant Vegetative State,The Case of Carrie Coons", Hasting center report, 19:41 14, (1989).

\***Stigler (George):** "The Optimum Enforcement of Laws, 78J.Pol. Econ., 526, (1970).

\***Stigler (George):** "Law or Economics?" J.of Law & Economics, Vol.XXXV, (1992).

\***Stone (Ferdinand F.):** "Liability for Damage Caused by Things", International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.X1.

\***Symposium:** "Alternative Compensatory Schemes Tort Theory", B Cal. L. Rev., (1985).

\***Terry (Henry T.):** "Negligence" 29 Harvard Legal Review, 40, (1915).

\***Thaler (Richard), and Sherwin Rosen:** "The Value of Saving a life: Evidence of Labor Market, Household Production and Consumption", Vol.40 of Studies in Income & Wealth. Nestor Terleckjy, (1976).

- \***Truog (R.D.) and A.S.Brott:** "The Problem with futility", N. Eng. J. Med., 342:1560, (1992).
- \***Tullock (Gordon):** "The Logic of the Law", J.Pol. Econ. 526, (1970).
- \***Veatch (R.M.):** "The Whole-Brain Oriented Concept of Death: an Autmoded Philosophical Formulation", J.Thanatal, 3:13, (1975).
- \***Viscusi (Kip):** "Labor Market Evaluation of Life nad limb, Empirical and Implications", 29 Public Policy, (1978).
- \***Wachter (M.A.M.):** "Active enthanasia in the Netherlands", J.A.M.A., 262: 3316, (1989).
- \***Wanzer (S.H.), D.D. Federman, S.J.Edelstein, et al:** "The physician's responsibility toward hopelessly ill patients: a second look", N. Engl.J.Med., 320, 844, (1984).
- \***Walton:** "The Comparative Law of the Right of Privacy", the Quarterly Law Review, (1931).
- \***Warren (Samuel) and Loius Brandeis:** "The Right to Privacy", 4 Harvard Law Review, Vol. 4 (December 1890).
- \***Weinrib (Ernest J.):** "Corrective Justice", 77 Law Rev. 403, (1992).
- \***Weiss (Lois):** "Punitive Awards Worry Owners", PD. Insurance Co. Ltd., E-mail:polinsurance@sirfbri-com.
- \***Wheatley (D.M.):** "Mini-review: on the possible importance of an intracellular", life-science, 36-299, (1985).
- \***White (Edward):** "The Intellectual Origine of Torts in America", 8b Yale L.J., 671, (1977).
- \***Wilkerson (I):** "Opponents weigh action against doctor who aided suicides", New York Times (1991).
- \***Williams (G):** "The Concept of Legal Liability," Columbia Law Review, L.V.I., (1965).
- \***Winfield (P.):** "Privacy", 47, L.Q.R.,23 (1931).
- \***Woodward (D.L.):** "Reciprocal Recognition and Enforcement of Civil Judgements in the United States, the United Kingdom and the European Economic Community", North Carolina J. International L.α Com. Reg., (1980).
- \***Young (Ernlé W.D.):** "Life and Death in the Critical Care."
- \***Younger (S.J.) and E.T.Barlett:** "Human Death and High Technology", Ann Inter. Med., 99: 252, (1983).
- \***Zelortes (Zenas):** "Should Aduio-Visual Defamation on the Internet be Treated as Libel or Slander", Copyright (C ), (1999).

### **C-Committee's Reports:**

- \***Enforcement Guidance:** Compensatory and Punitive Damages Available under sec 102 of the Civil Rights Act of 1991, <http://www.gov./docs/damages.htm1>.
- \***The Faulks Committee on Defamation Comnd.5909,** (1975).
- \***Halsbery's Laws of England:** Notification of Birth and Death Regulations, 4<sup>th</sup>. ed.
- \***Kemp & Kemp:** The Quantum of Damages, and Munkman, Damages for Personal Injury and Death.
- \***The Law Commission Report:** Part II, Aggravated Damages, <http://www.lawcom-gov.U.K/ Library/Lc247/pt2.htm1>.
- \*"Model Punitive Damages Act", <http://www.lectlaw.com./files>, leg 19.htm
- \***National Institute of Health:** Consensus Development Conference Summary, Vol.4, No.6, Washington, DC, Department of Health and Human Services, (1983).
- \*National Telecommunication and Information Administration Fact Sheet, (May 30, 1995).
- \*Pearson Commission, Cmnd.7054, (1978).
- \*The President's Commion for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Bahavioral Research, Washington DC, Government Printing Office, (1983).
- \*Report of the Commission on the Evaluation of Pain, 50 Soc. Sec Bulletin, No 1(June 1987).

\*Report of the Medical Consultants on Diagnosis of Death: Guidelines for the determination of Death, J.A.M.A., 246-2184 (1981).

\*Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation Injury, Cmnd (1978), Pearson Committee.

\*Report of the Younger Committee in the U.K. on Privacy, Cmnd 5012.

#### **D- Encyclopedias:**

\***The New Encyclopedia Britannica**, "Torts", 15<sup>th</sup> ed. (1985).

\***International Encyclopedia of Comparative Law**, by: Honoré A.H., La Hage, (1970).

\***The Columbia Electronic Encyclopedia** (C.E.E.) 1994-2000, Coulumbia Press, wysiwyg: //12/http: //webcenter-netscape. infoplease.com/ce b/ society/ A0849114. htm1.

#### **E- Dictionaries:**

\***Black's Law Dictionary**, 862, 5<sup>th</sup>.ed., (1972).

\***Duhaime's Law Dictioary**, by: Canadian Lawyers Lloved Duhaime-URL: <http://www.lia.org/diction.htm>.

\***Faruqi's Law Dictionary, English-Arabic**, by: Harith Suleiman Faruqi, Librairie du Liban, 2<sup>nd</sup> Revised Edition, (1970), 3<sup>rd</sup> ed. (1988).

\***Law Dictionary, English-Arabic**, by: Dr. Ibrahim I.Al-Wahab, 3<sup>rd</sup> ed. revised and enlarged edition, Librairie du Liban, (1988).

\***A Dictionary of Economics &Commerce, English-Arabic, compiled and edited by:** The Dictionaries B. Department., Librairie du Liban, (1983).

\***Medical Dictionary:** Bishay's New Illustrated, (1987).

\***A New Dictionary of Scientific & technical terms, English-Arabic**, by: Ahmed SH.Al-Khatib, 6<sup>th</sup> ed., Librairie du Liban, (1981).

\***The New Shorter Oxford, English Dictionary**, ed.by: Lesley Brown, Clarendon Press-Oxford, (1993).

\***Webster's Ninth New Collegiate Dictionary**, A Merrian- Webster Inc.Springfield, Massachusetts, U.S.A, (1986).

\***Al-Mawrid, A Modern English-Arabic Dictionary**, by: Munir Ba'albaki, Dar El-Ilm Lil-Malayan, (1981).

## الفهرس

### مقدمة

- أولاً : أهداف البحث ..... 1  
ثانياً : محددات البحث ..... 1V

### باب تمهيدي

#### الفصل الأول

##### الحق وحقوق الشخصية

- مفهوم الحق ..... ٢  
صفات الحق ..... ٣٤  
الحق والحرية ..... ٣٧  
تقسيمات الحق ..... ٤٢  
حقوق الشخصية ..... ٤٩

### الفصل الثاني

#### المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) في النظم المقارنة

- نطاق ونشأة النظم المقارنة..... ٥٩  
تطور المسؤولية التقصيرية ..... ٦٦  
المصالح والأهداف التي تحققها المسؤولية التقصيرية ..... ٦٩  
تنظيم المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) في النظم المقارنة ..... ٧٧

### الباب الأول

#### المقومات المادية

#### الفصل الأول

##### الحق في الحياة

- المبحث الأول : نطاق الحماية ..... ٩٧  
المطلب الأول : بداية الحياة (بداية الشخصية القانونية) ..... ٩٨

|                                                        |            |
|--------------------------------------------------------|------------|
| المطلب الثاني : نهاية الحياة (نهاية الشخصية القانونية) | ١٠٧...     |
| المطلب الثالث : محل الحق في الحياة                     | ١٢٤...     |
| المبحث الثاني : ضرر الموت :                            | ١٢٧. ....  |
| ماهية ضرر الموت                                        | ١٢٧. ....  |
| طبيعة ضرر الموت                                        | ١٣٠. ....  |
| المبحث الثالث : بعض المشكلات الطبية /القانونية         | ١٣٤.. .... |
| تقييد أو رفض العلاج                                    | ١٤٣. ....  |
| الموت الرحيم                                           | ١٥٤. ....  |

## الفصل الثاني

### معصومية الجسد

|                                                                 |            |
|-----------------------------------------------------------------|------------|
| المبحث الأول : محل ومضمون الحماية                               | ١٦١. ....  |
| المطلب الأول : الإنسان والجسد                                   | ١٦٤. ....  |
| المطلب الثاني : مضمون حماية معصومية الجسد                       | ١٧٦. ....  |
| المبحث الثاني : معصومية الجسد في النظام الأنجلو-أمريكي          | ١٨٦.. .... |
| المطلب الأول : الفعل الضار العمدي (التعدي علي الشخص)            | ١٨٧. ....  |
| المطلب الثاني : الفعل الضار بالإهمال : الممارسات الطبية الخاطئة | ٢٠٠. ....  |
| المبحث الثالث : معصومية الجسد في النظام اللاتيني                | ٢٠٨. ....  |
| المبحث الرابع : معصومية الجسد في الشريعة الإسلامية              | ٢٢٢. ....  |

### الباب الثاني

### المقومات المعنوية

## الفصل الأول

### الحق في السمعة أو عدم التشهير

|                                                          |            |
|----------------------------------------------------------|------------|
| المبحث الأول : ماهية وخصائص الحق في السمعة               | ٢٣٦.. .... |
| المطلب الأول : تعريف الحق في السمعة والمصلحة التي يحميها | ٢٣٦. ....  |
| المطلب الثاني : طبيعة وخصائص الحق في السمعة              | ٢٤٧. ....  |
| المبحث الثاني : التنظيم المقارن للحق في السمعة           | ٢٥٦. ....  |

|                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------|-----|
| المطلب الأول : الحق في الشرف والإعتبار في النظم اللاتينية   | ٢٥٦ |
| المطلب الثاني : التشهير في دول القانون العام                | ٢٦٨ |
| المطلب الثالث : الحق في السمعة في الشريعة الإسلامية         | ٢٨٤ |
| المبحث الثالث : اشكالية حرية التعبير / الحق في السمعة       | ٣٠٤ |
| مقدمة وتقسيم                                                | ٣٠٤ |
| المطلب الأول : الحصانة                                      | ٣٠٦ |
| المطلب الثاني : حرية التعبير والحق في النقد والتعليق المجرد | ٣٢٥ |
| المبحث الرابع : إيجاز وتعليق                                | ٣٤١ |

## الفصل الثاني

### الخصوصية أو الحق في الحياة الخاصة

|                                                        |     |
|--------------------------------------------------------|-----|
| المبحث الأول : الحاجة للخصوصية وماهيتها ومجالاتها      | ٣٥١ |
| المطلب الأول : أهمية الخصوصية                          | ٣٥١ |
| المطلب الثاني : ماهية الخصوصية (تعريف الخصوصية)        | ٣٥٦ |
| المطلب الثالث : مجالات الخصوصية :                      | ٣٦٢ |
| المبحث الثاني : الخصوصية في النظام اللاتيني :          | ٣٧٢ |
| المطلب الأول : حماية الحياة الخاصة في فرنسا            | ٣٧٢ |
| المطلب الثاني : حماية الخصوصية في مصر                  | ٣٩٠ |
| المبحث الثالث : الخصوصية في النظم الأنجلو أمريكية      | ٣٩٦ |
| المطلب الأول : الخصوصية في المملكة المتحدة             | ٣٩٦ |
| المطلب الثاني : الخصوصية في الولايات المتحدة الأمريكية | ٤٠٤ |
| المبحث الرابع : الخصوصية في الإسلام                    | ٤٢١ |
| المبحث الخامس : تطبيق الخصوصية في الميزان              | ٤٣٣ |

## الباب الثالث

### آثار الإلتزام (التعويض)

### الفصل الأول

### التعويض الجابر

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| المبحث الأول : المبادئ العامة للتعويض الجابر | ٤٤٧ |
|----------------------------------------------|-----|



|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| المطلب الأول : أنواع وأشكال التعويض                                  | ٤٤٧ |
| المطلب الثاني : ضوابط التقدير الكيفي لعناصر التعويض (النقدي)         | ٤٦١ |
| المطلب الثالث : العوامل المؤثرة في تقدير التعويض                     | ٤٨٠ |
| المبحث الثاني : التعويض عن ضرر الموت والضرر المرتد                   | ٤٩٣ |
| المطلب الأول : التعويض عن ضرر الموت في النظم اللاتينية               | ٤٩٤ |
| المطلب الثاني : التعويض عن ضرر الموت في النظم الأنجلو أمريكية        | ٤٩٩ |
| المطلب الثالث : التعويض عن ضرر الموت في الشريعة الإسلامية            | ٥٠٩ |
| المبحث الثالث : النظم البديلة أو المكملة للتعويض في المسؤولية المدني |     |
| (النظم الجماعية للتعويض)                                             | ٥١٦ |
| المبحث الرابع : المقابل النقدي للضرر في الفقه الإسلامي (الدية)       | ٥٣٠ |

## الفصل الثاني

### التعويض العقابي أو العقوبة الخاصة

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| المبحث الأول : العقوبة الخاصة في فرنسا                                | ٥٤٧ |
| المبحث الثاني : التعويض الإتعاضي والتعويض المشدد في القانون الإنجليزي | ٥٧٦ |
| المبحث الثالث : التعويض العقابي في الولايات المتحدة الأمريكية         | ٥٩٣ |
| المبحث الرابع : التعويض الإتعاضي في بعض الدول الأخرى والتطبيق في      |     |
| الشريعة الإسلامية                                                     | ٦١٨ |

## الفصل الثالث

### التحليل الإقتصادي للتعويض

|                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| تمهيد                                                            | ٦٢٦ |
| المبحث الأول : الصيغ الرياضية ونظرية المباريات                   | ٦٢٧ |
| المبحث الثاني : الطرق الكمية لحساب التعويض الجابر                | ٦٤٧ |
| المبحث الثالث : التحليل الإقتصادي للتعويض العقابي                | ٦٦٠ |
| المبحث الرابع : التحليل الإقتصادي للتشهير والإعتداء علي الخصوصية | ٦٧٢ |

|     |                                                   |
|-----|---------------------------------------------------|
| ٦٧٩ | ... الخلاصة والتوصيات                             |
| ٦٨٦ | ... عرض موجز لأهم موضوعات البحث باللغة الفرنسية   |
| ٧٣١ | ... عرض موجز لأهم موضوعات البحث باللغة الإنجليزية |
| ٧٧٦ | ... مراجع الشريعة الإسلامية                       |
| ٧٨٤ | ... مراجع القانونية                               |
| ٧٩٢ | ... مراجع الفرنسية                                |
| ٨٠٥ | ... مراجع الإنجليزية                              |
| ٨١٦ | ... الفهرس                                        |