

قواعد المسؤولية التقصيرية الشخصية

بين القوانين العراقية والقوانين المعاصرة (*)

أ. سارة أحمد حمد	د. محمد صديق محمد عبد الله
مدرس القانون المدني	مدرس القانون المدني
كلية الحقوق / جامعة الموصل	كلية الحقوق / جامعة الموصل

الاستخلص

لا يخفى على أحد من المتخصصين في الجانب القانوني بأن أية قاعدة من القواعد القانونية لا تستكمل إطارها القانوني إلا بعد أن تكون ملامح تلك القاعدة قد ترسخت، سواء عن طريق النص عليها في قوانين سابقة أو عن طريق تلمس محاورها في الجانب العملي وهو ساحة القضاء، وتأتي قواعد المسؤولية التقصيرية بوصفها من أهم تلك القواعد القانونية التي شغلت تفكير المهتمين بالجوانب القانونية، فمما لا شك فيه أن المسؤولية التقصيرية هي في قمة المسائل والموضوعات التي أهتمت بها التشريعات والدراسات منذ القدم، ولا غرابة في ذلك، فهي كما يراها كثير من الفقهاء نقطة الارتكاز في الفلسفة التشريعية للقانون المدني، بل للقانون بأسره، فموضوعاتها ترجمة لواقع الحياة، وأحكامها تمثل الحلول القانونية لفض كثير من المنازعات والخصومات.

Abstract

It is no secret one of the specialists in the legal aspect that any rule of the legal rules do not complete the legal framework only after they have features that rule has been established, either through a text of the previous laws, or by touching the axes in the practical side, a court of law, and come rules of tort as one of the most important legal rules that had occupied the thinking of those interested in the legal aspects, there is no doubt that the tort is at the top of the issues

(*) أستلم البحث في ٢٠١١/٣/١٦ *** قبل للنشر في ٢٠١١/٥/٢٩ .

and topics that focused on the legislation, studies since ancient times, not surprisingly, they are also seen by many scholars the focal point in legislative philosophy in civil law, but to the whole law, Vemoduaadtha translation of the reality of life, and its provisions are legal solutions to resolve many of the disputes and rivalries.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين..... وبعد:-
سنوضح مقدمة البحث من خلال النقاط الآتية:-

أولاً:- مدخل تعريفي بموضوع البحث:

لا يخفى على أحد من المتخصصين في الجانب القانوني بأن أية قاعدة من القواعد القانونية لا تستكمل إطارها القانوني إلا بعد أن تكون ملامح تلك القاعدة قد ترسخت، سواء عن طريق النص عليها في قوانين سابقة أو عن طريق تلمس محاورها في الجانب العملي وهو ساحة القضاء، وتأتي قواعد المسؤولية التقصيرية بوصفها من أهم تلك القواعد القانونية التي شغلت تفكير المهتمين بالجوانب القانونية، فمما لا شك فيه أن المسؤولية التقصيرية هي في قمة المسائل والموضوعات التي أهتمت بها التشريعات والدراسات منذ القدم، ولا غرابة في ذلك، فهي كما يراها كثير من الفقهاء نقطة الارتكاز في الفلسفة التشريعية للقانون المدني، بل للقانون بأسره، فموضوعاتها ترجمة لواقع الحياة، وأحكامها تمثل الحلول القانونية لفض كثير من المنازعات والخصومات.

وتجدر الإشارة الى أن دراسة تاريخ المسؤولية التقصيرية ومراحل تطورها منذ القانون الروماني كانت دراسة قيمة لا شك في أهميتها قبل اكتشاف القوانين في العراق القديم، أما بعد ذلك فأن هذه الدراسة تعد ناقصة لا تغطي حقيقة تاريخ هذا النظام القانوني المهم وتطوره ، لأن القوانين في العراق القديم وردت أقدم من القانون الروماني بأكثر من خمسة عشر قرناً، وعليه يكون بحث المسؤولية التقصيرية في شريعة حمورابي فضلاً عن القوانين العراقية القديمة الأخرى من الأمور المهمة واللازمة لبيان أصول هذه المسؤولية وتطورها ، إذ لا يتصور فهم النظم القانونية من دون بحث جذورها التاريخية، ومن ثم أن أية فكرة لا يمكن فهمها جيداً إلا من خلال تاريخها، فالأهم تتوارث القوانين كما تتوارث الحضارات.

ثانياً:- مشكلة البحث وهدفه:

كثر الحديث في الآونة الأخيرة أن المسؤولية التقصيرية الشخصية قد تطورت وأصبحت يمكن أن تقوم في بعض الحالات على ركن الضرر فقط من دون اشتراط تحقق ركن الخطأ، مما دفع الباحث الى التقصي عن هذه المسألة من خلال تأصيلها ومنذ المعالجات القانونية في القوانين العراقية القديمة وصولاً الى القوانين العراقية المعاصرة مع التعليق على الآراء الفقهية الحديثة للوصول الى التسليم بذلك الإتجاه من عدمه وللتأكد من إمكانية قيام المسؤولية التقصيرية الشخصية من دون خطأ، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد جاء البحث لمحاولة إزالة التعارض في موقف المشرع العراقي من مسؤولية الصغير، فضلاً عن غيرها من المسائل التي تتعلق في كيفية التعويض عن تحقق المسؤولية من حيث الأخذ بنظر الاعتبار جسامة الخطأ من عدمه.

ثالثاً:- منهجية البحث:

لقد أنتهج الباحث أسلوب البحث القانوني التحليلي المقارن، من خلال بيان موقف المشرع العراقي تفصيلاً من موضوع البحث مقارنة مع القوانين العراقية القديمة بصورة عامة مع التركيز على شريعة حمورابي، ومقارنة موقف القانون المدني العراقي مع القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، فضلاً عن تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية والقرارات القضائية أن وجدت، ومؤكداً المسائل الفقهية المختلفة فيها، وتأييد ما رجح منها مع بيان أسباب التأييد، ومن ثم فإن منهجية البحث ستكون دراسة تحليلية مقارنة.

رابعاً:- نطاق البحث:

إن البحث سينصب على تناول المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية من دون غيرها من صور المسؤولية التقصيرية، وذلك لتحقيق أكبر فائدة ممكنة وهذا ما يتوافق مع الأسلوب العلمي الصحيح من حيث تناول جزئية معينة من المواضيع القانونية ومن ثم التوسع بها ومناقشتها تفصيلاً.

خامساً:- هيكلية البحث:

يقتضي الإلمام بالموضوع والإحاطة به أن تتم دراسته من خلال مطلب تمهيدي ومبحثين وخاتمة، خصص المطلب التمهيدي للتمييز بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية الجنائية في بعض القوانين العراقية القديمة. في حين خص المبحث الأول لبيان أركان المسؤولية التقصيرية بين القوانين العراقية القديمة

والقوانين المعاصرة، أما المبحث الثاني فقد خص لبيان التعويض عن المسؤولية التقصيرية بين القوانين العراقية القديمة والقوانين المعاصرة. عليه سيتم تناول الموضوع بحسب الخطة الآتية:-
المطلب التمهيدي: التمييز بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية الجنائية في بعض القوانين العراقية القديمة .
المبحث الأول: تحقق أركان المسؤولية التقصيرية بين القوانين العراقية القديمة والقوانين المعاصرة .
المبحث الثاني: التعويض عن المسؤولية التقصيرية بين القوانين العراقية القديمة والقوانين المعاصرة .
الخاتمة .

المطلب التمهيدي

التمييز بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية الجنائية

في بعض القوانين العراقية القديمة

أن من أهم أوجه تحديد نطاق المسؤولية هو التمييز بين المسؤوليتين الجنائية والتقصيرية من خلال الفصل بين نطاق كل منهما، إذ تعنى الأولى بالعقاب وتعنى الثانية بالتعويض، وينصب العقاب على السلوك إما التعويض فيتعلق بالضرر، لأن التصرفات الخاطئة للإنسان يمكن أن تستلزم المسؤوليتين كليهما، ولكن في وظيفة مختلفة، إذ به يحكم على السلوك في المسؤولية الجنائية للعقاب، وبه يقرر السلوك في نطاق المسؤولية التقصيرية للتعويض^(١).

وعليه فإن المسؤولية الجنائية تحدد الواجبات المفروضة على الفرد تجاه المجتمع، في حين أن المسؤولية المدنية تعنى بحقوق الأفراد وواجباتهم في علاقاتهم فيما بينهم، عليه فلا تقوم المسؤولية الجنائية إلا في حالة ارتكاب شخص لفعل جرى على وفق قانون العقوبات، أما المسؤولية المدنية فتقوم بمجرد تسبب

(١) ينظر:- د.صبري حمد خاطر، تطور فكرة المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الأول، السنة الثالثة، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١، ص ٧٠.

الشخص في ضرر لغيره، فيلزم بتعويض هذا الضرر (١) ، لذا فلكي يلتزم الشخص في نطاق المسؤولية الجنائية ويتحمل نتائج أفعاله المجرمة يلزم أن يكون متمتعاً بقوة الوعي والأدراك وبسلامة الإرادة والتفكير، لأن إقامة هذه المسؤولية على الفاعل تؤدي الى العقاب ولا قيمة للعقاب على من لا يدركه (٢) .

وتجدر الإشارة الى أن الخطأ الجنائي لا يقوم إلا عن خطأ جسيم أو خطأ يسير، أما الخطأ التافه أو اليسير جداً فلا يكون إلا خطأ مدنياً، لأن العقاب على الخطأ التافه لا يمنع من الوقوع فيه مرة أخرى، ومن ثم تنتفي الفائدة من العقاب عليه، ومن ثم فإن الخطأ المدني أعم من الخطأ الجنائي، وأن الفعل الذي يكون خطأً جنائياً يعد في الوقت نفسه خطأً مدنياً، ولكن العكس غير صحيح، إذ يمكن تصور خطأً مدني من دون أن يعد الفعل المكون له خطأً جنائياً إذا لم يكن فيه مخالفة نصوص قانون العقوبات (٣) .

لابد من الإشارة الى أن الأمر المؤكد أن المسؤوليتين كليهما كان يصعب الفصل بينهما في المجتمعات القديمة ومنها مجتمع العراق القديم، ذلك لأن أساس كل منهما كان نظام القصاص والأخذ بالثأر، وبتطور الحياة الإنسانية وبتقدم الحضارة فقد أمكن التخفيف من فكرة الثأر واستبدالها بالدية التي يدفعها مرتكب الفعل الضار الى المجني عليه وهي تقوم مقام العقوبة الجنائية والتعويض المدني في وقت واحد (٤) . ولكن هل يعني ذلك الكلام بأن القوانين العراقية القديمة لا تميز

(١) ينظر:- جبار صابر طه، أقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٤، ص ٢٤.

(٢) ينظر:- د.مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، ج ٢، المسؤولية الجنائية، بيروت، ١٩٨٥، ص ١١-١٢.

(٣) مع ذلك هنالك بعض الأفعال يعاقب عليها القانون الجنائي ولكنها لا تترتب عليها دعوى مدنية ومن ثم لا توجب المسؤولية إذا لم تحدث الأضرار أو لم تستكمل العناصر اللازمة لقيام المسؤولية المدنية، كما في بعض أحوال الشروع وفي جرائم التشرد والتسول.

ينظر:- جبار صابر طه، مصدر سابق، ص ٦٦

(٤) ينظر:- جورج بوبيه شمار، المسؤولية الجزائية في الآداب الأشورية والبابلية، ترجمة سليم الصويص، مطبعة بغداد، بغداد، ١٩٨١، ص ٣١٤

بين المسؤولين؟ أو بعبارة أخرى هل يمكن القول بوجود مسؤولية تقصيرية مستقلة عن المسؤولية الجنائية في القوانين العراقية القديمة؟

لقد ذهب جانب من الفقه^(١) بالقول بأن المسؤولية التقصيرية في الشرائع العراقية القديمة كانت مختلطة بالمسؤولية الجنائية وأن أساسها كان الضرر على المعتدى عليه، ولم يكن يؤبه لمسلك الفاعل ونيته، لذا فالمسؤولية كانت موضوعية لا شخصية، إذ لم تكن الشرائع القديمة قد اهتمت الى فكرة الخطأ لتأسيس المسؤولية عليها.

ومع ذلك فإن نصوصاً كثيرة في شريعة حمورابي يمكن على أساسها القول بوجود بداية مسؤولية مستقلة عن المسؤولية الجنائية وهي المسؤولية التقصيرية. فمثلاً نصت المادة (٢٣٨) من شريعة حمورابي على أنه "إذا أغرق ملاح سفينة رجل ثم أخرجها (من الماء)، فعليه أن يدفع (لصاحبها) نصف ثمنها فضة" ونصت المادة (٢٤٠) على أنه "إذا صدمت سفينة (تسير بقوة الجذب) سفينة أخرى (تسير بقوة التيار)، فغرقت (السفينة التي تسير بقوة التيار)، فعلى صاحب السفينة، الذي غرقت سفينته أن يعرض أمام الإله الأشياء التي فقدها والتي كانت في سفينته. وعلى ربان السفينة (التي تسير بقوة الجذب) الذي أغرق سفينة الربان (الذي تسير سفينته بقوة التيار) أن يعرضه سفينته والحاجات التي فقدت"، فنلاحظ في هاتين المادتين بأن الأثر المترتب على الوقائع الواردة فيها قد أنصب على التعويض وليس على العقوبة وهذا يدل على وجود التمييز ما بين المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية. كما تشير المادة (٢٥١) من هذه الشريعة على أنه "إذا كان لرجل ثور نطاح وأعلمته إدارة بلده بأن (ثور) نطاح، ولكنه لم يقص قرنه أو لم يراقب ثوره. فإذا نطح الثور ابن رجل وتسبب في موته، فعليه (أي على صاحب الثور) أن يدفع (كغرامة) نصف المنة من الفضة"، وهذا يدل على وجود التقارب بالأحكام بين ما أخذت به شريعة حمورابي والقانون المدني العراقي حتى في صياغة المواد^(٢).

وتجدر الإشارة الى أن حالات المسؤولية التقصيرية قد وردت في القوانين العراقية القديمة على سبيل المثال لا الحصر لأن هذه القوانين لم تقن الأعراف والقوانين كلها التي كانت سائدة في ذلك الوقت بل عالجت ما كان غامضاً أو محل

(١) ينظر:- جبار صابر طه، مصدر سابق، ص ٣٣.

(٢) ينظر:- نص المادتين (٢٢١ و ٢٢٢) من القانون المدني العراقي.

شك، وهذا لا يتحقق في المسؤولية الجنائية وجزاؤها العقوبة أو الغرامة لأن لا عقوبة إلا بنص (١).

ولم تحدد القوانين القديمة قيمة التعويض مباشرة في النصوص جميعها التي وردت بخصوص المسؤولية التقصيرية بل ترك المشرع الكثير منها لتقدير القضاء يحددها بقيمة الأضرار الحاصلة للمتضرر (٢) ، ويتميز التعويض في هذه القوانين بزيادة مقداره كما في قانون أشنونا عما كان عليه في قانون أورنمو ولبت عشتار (٣) ، وهذا يؤيد أن المشرع العراقي قد ميز بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية الجنائية لأن التعويض يحدده المستوى الاقتصادي في المجتمع وتأثره به أكثر بكثير من العقوبة في المسؤولية الجنائية (٤)

وبهذا يتضح خطأ ما ذهب إليه البعض من شراح القانون عند بيان التطور التاريخي للمسؤولية التقصيرية المستنبط من طبيعة القانون الروماني -الذي دون بعد خمسة عشر قرناً من تدوين أقدم القوانين في العراق- من أنها كانت بدائية مختلطة مع المسؤولية الجنائية وأن تطورها بدأ من الأخذ بالتأثر ثم القصاص الى الدية التي كانت اختيارية ثم أصبحت إجبارية بعدها تحولت الى العقوبة منذ أن أستقر تدخل الدولة لإقرار الأمن وأخيراً انفصلت المسؤولية الجزائية عن المسؤولية التقصيرية وبدأ يزداد مجالها ويتسع نتيجة لتطور القانون الفرنسي القديم

(١) ينظر:- د. علي الجيلاوي، أثر القوانين العراقية القديمة في التشريعات المدنية الحديثة، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الثاني، السنة الثانية، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٠، ص ٤٧.

(٢) ينظر ما ورد في المواد (١٧، ١٤، ١٢، ١١، ٨) من قانون لبت عشتار والمواد (٥٤، ٢٤، ٢٣، ٥، ٥٩) من قانون أشنونا.

(٣) ينظر نصوص المواد (٤٣-٤٨) من قانون أشنونا سيئين بأن مقدار التعويض أزداد عما كان عليه من قانون أورنمو في المواد (١٥-١٩).

(٤) ينظر:- د. هاري ساكز، ترجمة د. عامر سليمان، عظمة بابل، طبع كلية الآداب، الموصل، ١٩٧٩، ص ٢٣٦

بعد تأثره بالقانون الكنسي^(١)، إذ ذكر البعض^(٢) بأنه "قد تم التمييز بين هاتين المسؤوليتين ولأول مرة من قبل الفقيه (دوما) في القرن الثامن عشر في كتابه الشهير (القوانين المدنية)"، ولكننا لحظنا بأن بوادر التفرقة فيما بينهما هي قديمة بقدم القوانين العراقية القديمة، ولذلك نتفق مع جانب من الفقه^(٣) بأن الشرائع العراقية القديمة قد عرفت كثيراً من المبادئ القانونية التي تشابه فيه مثيلاتها في تشريعات اليوم، وبأنه وأن كان لفكرة القصاص ومن ثم المسؤولية الجنائية دور كبير فيها، لكننا وكما وضحنا عرفت كثيراً من الالتزامات التي يمكن أن تقوم على غير فكرة المسؤولية الجنائية أو هي بداية للمسؤولية التقصيرية، مما يؤكد أصالة هذه الشرائع ودقتها وأثرها الواضح في كثير من الشرائع. وعليه لا نتفق مع جانب من الفقه^(٤) في ذكره بأن "التعويض هو الوظيفة الرئيسة للمسؤولية في الوقت المعاصر، أما من الناحية التاريخية فلم يكن التعويض كذلك، وإنما كانت وظيفته ثانوية، إلا أنه بعد أن تم التمييز بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني صار للتعويض كيانه الخاص".

المبحث الأول

أركان المسؤولية التقصيرية بين القوانين العراقية القديمة

والقوانين المعاصرة

لا بد من القول بأن الشراح أغلبهم يلاقون صعوبة كبيرة في تعريفهم المسؤولية، إذ أنهم لا يجدون مناصاً من تضمين تعريفهم الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، واضطرابهم في ذلك إلى الانحياز إلى النظرية التي تُعد الخطأ أساساً للمسؤولية وأما إلى النظرية التي لا تعند بالخطأ أساساً للمسؤولية بل تؤسس المسؤولية على عنصر الضرر، ولذا جاءت هذه الدراسة لبيان موقف القوانين القديمة من ذلك، وذلك محاولة لبيان الأصح ما بين الاتجاهين.

(١) ينظر: - د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر،

دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٧-٩.

(٢) ينظر: - جبار صابر طه، مصدر سابق، ص ٢٨.

(٣) ينظر: - د. زهير البشير، مصدر سابق، ص ١٣٥.

(٤) ينظر: - د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص ٨٠.

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا أتلّف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في أحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى"، وقضت المادة (٢٠٢) منه على أنه "كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر"، وجاء في المادة (٢٠٤) منه "كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض". تشير هذه المواد التي تضمنت قواعد عامة للمسؤولية التقصيرية الى أن هذه المسؤولية تقوم على ثلاثة أركان هي : (الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بين الضرر والخطأ). ولذلك سنبحث المسؤولية التقصيرية على نمط موقف المشرع العراقي على غرار الدراسات والبحوث القانونية المعاصرة ولذا سيقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ، نتناول في المطلب الأول (الخطأ بين القوانين العراقية القديمة والقوانين المعاصرة)، ونبين في المطلب الثاني (الضرر بين القوانين العراقية القديمة والقوانين المعاصرة)، ويشمل المطلب الثالث (العلاقة السببية بين القوانين العراقية القديمة والقوانين المعاصرة).

المطلب الأول

الخطأ بين القوانين العراقية القديمة والقوانين المعاصرة

لم يرد في القوانين المختلفة تعريفاً للخطأ باستثناء ما ورد في القانونين التونسي والمغربي، حيث عرفا في المادة ٣/٨٣ تونسي والمادة ٣/٧٨ مغربي خطأ الإهمال من دون خطأ العمد. فقد نصت المادتان المذكورتان في الفقرة الثالثة من كل منهما على أن "الخطأ هو عبارة عن إهمال ما يجب أو اتيان ما يجب الامتناع عنه من دون قصد الأضرار". وقد اختلفت الآراء بشأن تحديد معنى الخطأ التقصيري^(١)، وسيقت له تعريفات كثيرة ومختلفة لن نعرض لذكرها جميعها وإنما حسبنا أن نذكر منها ما نراه أكثرها استقراراً في الفقه والقضاء المعاصرين الذي يقول بأن الخطأ التقصيري هو "أخلال بالالتزام قانوني سابق يصدر عن

(١) ينظر في تفصيل هذه الآراء والتعاريف:- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج١، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢، ص ٧٧٧ و ٧٧٨.

أدراك"^(١). ويتضح من هذا التعريف أن الخطأ يتحلل الى عنصرين، أولهما هو العنصر المادي أو الموضوعي وهو الأخلال أو التعدي، وثانيهما هو العنصر المعنوي أو الشخصي وهو الإدراك أو التمييز... وهنا نتساءل هل فعلاً يشترط المشرع العراقي توفر العنصرين لنهوض المسؤولية؟ كما ونتساءل عن موقف القوانين القديمة من ذلك؟

لقد أقر المشرع العراقي مسؤولية غير البالغ ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه، وقطع شوطاً أبعد مما قطعه المشرع المصري - والذي سنبين موقفه فيما يأتي من هذا المطلب - في استبعاد عنصر الإدراك، لأنه لم يشترط التمييز في ترتيب الضمان في المادة (١٩١)^(٢)، وأن أشرت التعمد والتعدي لترتيبه في المادة (١٨٦)^(٣).

ويلحظ أن المشرع العراقي في المادة (١٩١) جعل مسؤولية عديم التمييز مسؤولية أصلية وأن كانت مخففة، فهي مسؤولية أصلية لأن الصبي غير المميز ومن في حكمه يلزم بالضمان من ماله وإذا تعذر الحصول على التعويض من ماله ودفعه الولي أو القيم أو الوصي أمكن لأي من هؤلاء الرجوع عليه بما دفع ولكنها مسؤولية مخففة، وفي هذا تناقض مع ما أشرت به المشرع في المادة

(١) ينظر: - د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الألتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الألتزام، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل، ١٩٨٠، ص ٢١٥.

(٢) فقد نصت المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي على أنه "١- إذا أثلف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله ٢- وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر أن كان صبياً غير مميز أو مجنون جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر. ٣- عند تقرير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم".

(٣) نصت المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي على أنه "١- إذا أثلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في أحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى. ٢- وإذا أجمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما، فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان".

(١٨٦) إذ أشتراط التعمد والتعدي لقيام المسؤولية التقصيرية ولكنه حمل عديم التمييز المسؤولية طبقاً للمادة (١٩١) والتعمد هو اقرار الفعل بقصد الأضرار والتعدي هو صدور الفعل الضار عن اهمال وعدم حيطة وكلاهما يفترضان التمييز في فاعل الفعل الضار، وحيث أن جانباً من الفقه والقضاء المعاصرين يُعد التمييز من الظروف الداخلية التي لا يكثر بها في تحديد الخطأ، وبالنظر الى أننا نتخذ معياراً للخطأ هو الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية، فإن المشرع العراقي لم يهمل فكرة الخطأ في تقرير المسؤولية التقصيرية خلافاً لما فعله الفقه الإسلامي لأنه أشتراط التعمد أو التعدي للضمان ولكنه أهمل عنصر الأدراك بوصفه عنصراً من عنصري الخطأ في ترتيبها^(١).

ونشير الى أن المشرع العراقي قد أشتراط التعمد أو التعدي في الضمان بالنسبة للمباشر في الفعل الضار. حيث أنه ألزم المتعمد أو المتعدي بالضمان سواء كان مباشر للفعل الضار أو متسبباً في أحداث الضرر، خلافاً للفقه الإسلامي الذي جعل المباشر وحده ضامناً من دون المتسبب^(٢)، وأجاز المشرع العراقي اجتماع المباشر والمتسبب وقضى بتضامنها في المسؤولية إذ ألزمهما بالضمان معاً خلافاً للفقه الإسلامي الذي لم يجز التكافل بينهما لأنه لم يسلم باجتماعهما^(٣).

(١) ينظر: - د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٢١٨-٢٢٠.

(٢) القاعدة في فقه الشريعة الإسلامية أن المباشر ضامن وأن لم يتعمد وهو ما نصت عليه صراحة المادة (٩٢) من مجلة الأحكام العدلية، إلا أن بعض الفقه يذهب الى أن الصياغة السليمة للقاعدة هي "أن المباشر ضامن وأن لم يتعمد" وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، ط ١، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٠، ص ١٩٦ وما بعدها.

كما نصت المادة (٩٣) من مجلة الأحكام العدلية على "أن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً".

(٣) ينظر: - د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الألتزام، بغداد، ١٩٧١، ص ٤٥٤.

نخلص مما تقدم الى الاتفاق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه (١) في أن الخطأ التقصيري على وفق أحكام القانون المدني العراقي هو الأخلال بالالتزام قانوني يقتضي إتخاذ الحيطة واليقظة في السلوك ابتغاء عدم الأضرار بالغير، ويبدو في صورة انحراف عن سلوك الشخص المعتاد المحاط لظروف الفاعل الخارجية نفسها، سواء كان أخلاقاً متعمداً أو غير متعمد وسواء صدر من مميز أو من عديم التمييز.

في حين يلحظ أن المشرع المصري يأخذ قاعدة عامة بفكرة الخطأ بعنصرها المادي والمعنوي عند تقرير المسؤولية عن الأفعال الشخصية، ومن ثم فإنه يستلزم لتحقيق هذه المسؤولية انحرافاً في السلوك مع توافر الإدراك أو التمييز لدى مرتكب الفعل الضار فضلاً عن الشروط الأخرى من تحقق الضرر وتوافر علاقة السببية (٢)، ولكنه أورد على القاعدة العامة المقررة في المادة (١٦٤) منه استثناء يأخذ فيه بمسؤولية عديم التمييز في حدود وبشروط معينة (٣)، ويكاد ينعقد أجماع الفقه المصري على أن أساس المسؤولية الاستثنائية لعديم التمييز هي فكرة تحمل التبعة أو التضامن الاجتماعي، فغير المميز يتحمل تبعة أفعاله الضارة ولكن

(١) ينظر: - د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ٣٤٠.

(٢) ينظر: - د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مدى مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، بحث مقارن في القانون الفرنسي والقانون المصري وفقه الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة السادسة، العدد الرابع، ١٩٨٢، ص ٨٠.

(٣) تنص المادة (١٦٤) من القانون المدني المصري على أنه "١- يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز. ٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم".

في حدود معينة فهي مسؤولية مقررة على خلاف الأصل العام^(١) ، في حين ذهب البعض الى تأسيسها على فكرة الضمان^(٢) .

أما المشرع الفرنسي فقد نص في القانون المدني في المادة (١٣٨٢) على أن "كل فعل أياً كان للإنسان يسبب أضراراً للغير يلزم بجبره الشخص الذي بخطئه حدث هذا الفعل"، ثم نصت المادة (١٣٨٣) منه على أن "كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب، بل أيضاً بإهماله أو عدم تبصره".

أما بالنسبة لمسؤولية عديم التمييز في القانون الفرنسي فقد صدر القانون رقم ٦٨ لعام ١٩٦٨ الخاص بتقرير المسؤولية الكاملة للمختلين عقلياً عن أفعالهم الضارة من دون غيرهم من عديمي التمييز بمقتضى تعديل نص المادة ٢/٤٨٩ من القانون المدني الفرنسي وإذا كان المشرع تقدم بأصدار هذا القانون نحو حماية المضرور إلا أنه يتعين أن تتلوها خطوة أخرى تنقرر بمقتضاها المسؤولية الكاملة لعديم التمييز بأطلاق^(٣) ، وتجدر الإشارة الى أن القضاء الفرنسي بعد تردد طويل أقر مسؤولية عديم التمييز بسبل متعددة كالقول بمسؤوليته إذا كان سبب فقد الإدراك راجعاً الى فعله كأدمان الخمر، وهذا كان نزولاً على مقتضيات العدالة والضرورات الاجتماعية^(٤) .

ولذا فإن أساس المسؤولية عن الفعل الشخصي غير المشروع في القانون الفرنسي هو الخطأ الواجب الأثبات من المدعى عليه، فإذا لم يثبت بجانبه الخطأ فلا سبيل الى إلزامه بتعويض الضرر الذي أحدثه، وهذا يتفق مع المبادئ التي تتبناها النظرية الشخصية في أساس المسؤولية المدنية.

وتجدر الإشارة في هذا المجال الى أنه ليس من المستغرب أن نلاحظ كون الخطأ أساساً للمسؤولية عن الفعل الشخصي في القانون المصري، لأن القانون الفرنسي هو مصدر التشريع المصري وقد نص المشرع المصري على ذلك في

(١) ينظر:- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٠٤. د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٥٠.

(٢) ينظر:- د. د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مصدر سابق، ص ٩٢.

(٣) ينظر:- المصدر نفسه، ص ١٢١.

(٤) ينظر:- جبار صابر طه، مصدر سابق، ص ٦٦.

المادة (١٦٣) التي جاء فيها "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، لذلك فالخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية، بل هو الأساس الذي تقوم عليه، وعلى المتضرر أن يتمسك بخطأ صادر من المدعى عليه، وأن يقيم الدليل عليه، فليس لمحكمة الموضوع إقامة المسؤولية التقصيرية على خطأ لم يدعه المدعي متى كان أساسها خطأ يجب أثباته^(١).

ونشير الى موقف القانون المدني الأردني الذي جاء بموقف مغاير للقانون المدني العراقي، إذ نصت المادة (٢٥٦) منه على أن "كل أضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، ومن ثم نصت المادة (٢٧٨) على أنه "إذا أتلّف صبي مميزاً أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله". ونقترح أن يحذو المشرع العراقي حذو المشرع الأردني بأن يتبنى موقفاً موحداً من مسؤولية الصغير ليرفع التناقض الذي وقع فيه من خلال نص المادتين (١٨٦) و (١٩١) من القانون المدني العراقي. وبذلك يكون المقصود من الخطأ قد تغير بعد أن أنقلبت القاعدة وصار المجنون مسؤولاً على الرغم من عدم أدراكه^(٢). ولذلك نعتقد بأن المفهوم الصحيح للخطأ يتمثل بأن الخطأ لا ينسب الى فاعله وإنما ينسب الى الفعل وحده، لذا نتفق مع جانب من الفقه^(٣) في أنه يمكن تعريف الخطأ بأنه "الفعل الذي لا يرتكبه الشخص العادي".

أما بالنسبة للخطأ أو الفعل الضار في قوانين العراق القديم، فقد أترف المجتمع العراقي القديم بالشخصية المستقلة لكل فرد فيه وبينت القوانين العراقية القديمة حدود الحقوق لكل فرد لإقامة العدالة ومنعاً للظلم، فمنعته من صور الاعتداء كلها على الغير حتى التعسف عند أستعمال حقه الذي ورد في نص المادتين (١٤) من قانون لبت عشتار والمادة (٦٠) من قانون أشنونا. فقد نصت المادة (١٤) على سبيل المثال من قانون لبت عشتار على أنه "إذا أشتكى عبد سيد على سيده بسبب عبوديته (أي سوء معاملته) وثبت من سيده (أساءة) عبوديته مرتين فسوف يحرر العبد (من سيده)"، فقد أقرت هذه المادة للعبد شخصية مستقلة عن شخصية سيده وأن السيد لا يملك منه إلا المنفعة من دون الرقبة، فإذا أساء السيد معاملة عبده للمرة الثانية تحرر العبد كتعويض عن أساءة سيده له، وهذا على

(١) نقض مدني ١٩٦٧، مجموعة أحكام النقض ١٨-١٣١٦

نقلاً عن: - جبار صابر طه، مصدر سابق، ص ٢٤٠.

(٢) قد تم ذلك في فرنسا بموجب قانون رقم (٣) كانون الثاني ١٩٦٨.

(٣) ينظر: - د. صبري حمد خاطر، تطور فكرة المسؤولية التقصيرية، مصدر سابق، ص ٧١.

العكس مما ورد في القوانين الرومانية التي تجعل للسيد الحق المطلق بالتصرف بعبده كالمال المجرد من الإنسانية تماماً^(١)، وعليه فإن نظرية التعسف في استعمال الحق ليست نظرية حديثة أوجدها فقهاء العصر، إذ يؤكد أن التعرف على نصوص القوانين العراقية القديمة بأن لهذه النظرية جذورها في أعماق الماضي السحيق.

أما بالنسبة للفعل الضار بصورة عامة في قانون أورنمو فيقصد به، كل فعل ترتب عليه ضرر بطريق مباشر كالاغتداء الصادر مباشرة من الرجل الذي أعتدى على شرف الأمة (م٥) أو الذي طلق زوجه (م٦ و٧) أو أتهم الآخر بالباطل (م١٠ و١١) أو قام بفسخ الخطبة (م١٢) أو قطع قدم الآخر أو حطم طرفه أو كسر سنه (م١٥-١٩) أو بطريق غير مباشر أو المتسبب، كتسبب الرجل في إغراقه حقلاً مزروعاً لغيره (م٢٨). ويستوي في ذلك وصف فاعله بالمتعمد أو المتعدي (م١٦) أم كان حسن النية، إيجابياً كان الفعل أم سلبياً (م٢٩).

وعليه تكون القاعدة العامة التي يمكن أستخلاصها للفعل الضار هي أن الفعل إذا أدى الى الضرر في ذاته أستوجب تعويض ما ترتب عليه من تلف لأنه يكون فعلاً محظوراً بالنظر الى نتائجه، فتقع تبعيته على فاعله وأن لم يكن متعمداً. ولهذا فإن قانون أورنمو لم يعتد بمعيار معين للفعل الضار لكونه يُعد وجود الضرر سبباً للتعويض ولهذا يستوي فيه أن يكون الفعل الضار صادراً عن عمد أو عن حسن نية أو يكون الأهمال بقصد أو من دون قصد مادامت النتيجة الضارة قد تحققت فتحققت بها المسؤولية^(٢). ولهذا لم يأخذ قانون أورنمو بفكرة الخطأ المعروفة في القوانين الوضعية المعاصرة والتي تقوم على التعدي والأدراك.

أما الفعل الضار في قانون لبت عشتار فهو لا يختلف عما عليه في قانون أورنمو وهو كل فعل يترتب عليه ضرر سواء كان مباشراً أو بطريق التسبب، إيجابياً أم سلبياً، وصف فاعله بالمعتدي أم كان حسن النية فالفعل هنا لا بوصفه بل بنتائجه

(١) ينظر: - د. علي الجيلاوي، مصدر سابق، ص ٦١.

(٢) ينظر: - د. ليلي عبدالله سعيد، المسؤولية التقصيرية في أقدم القوانين العراقية، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الأول، ١٩٨٦، ص ١٦٦ و١٦٧.

وقد تبين ذلك من خلال استقراء نصوص المواد (٢٩، ١٧، ١٤، ١٣، ١٢، ١٠، ٨، ومن ٣٣-٣٧) التي تضمنت المسؤولية الشخصية^(١).

ولا يختلف الفعل الضار في قانون أيشنونا عنه عما سبقه من قوانين بل نجد أن نطاق المسؤولية في أيشنونا أوسع من القوانين السابقة، فعند استقراء نصوص المواد التالية (٥، ٦، ١٢، ١٣، ٢٣، ٢٤، ٢٦، ٣٢، ومن ٤٣-٤٨، ٦٠)، تضمنت المسؤولية الشخصية وأن المواد (٥٤-٥٨) تضمنت حالة المسؤولية عما يحدثه الحيوان من ضرر، أما المادة (٥٩) فقد تضمنت حالة المسؤولية عن البناء، فهذا التوسع في حالات المسؤولية يجعل قانون أيشنونا أكثر تطوراً من القوانين السابقين.

لا يختلف الفعل الضار في شريعة حمورابي عما كان معروف عليه في القوانين التي سبقتها، فكل فعل يلحق ضرر بالغير يستوجب التعويض، فهي لا تعتمد على ضرورة تحقق الإدراك وهو العنصر الثاني من عناصر الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية، فالأفعال ترتبط بنتائجها وليس بصفاتها، وهذه النظرية العادلة لحماية الضعيف (المتضرر) في قوانين العراق القديم والمعروفة الآن أكدها مشرعون من الملوك^(٢).

وعليه يكون الفعل الضار هو كل فعل ترتب عليه ضرر بطريق مباشر كقطع شجرة من بستان الغير من دون موافقة أو إذن صاحب البستان (م٥٩)، وحجز شخص لآخر من دون حق (م١٤)، وفضع عين شخص أو كسر عظمه أو ضربه أو جرحه أو الاعتداء على امرأة حامل يسبب لها أسقاط ما في بطنها أو وفاتها (م١٩٨، ١٩٩، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٦، ٢٠٩، ٢١١، ٢١٤)، بطريق غير مباشر إذا كان الفاعل متسبباً للضرر كتسبب الشخص أغراق حقل جاره المزروع نتيجة أهماله وتقاعسه أثناء فتح جدولته الخاص بالري (م٥٦، ٥٥)، ويستوي في الفعل

(١) هنا لا بد من الإشارة إلى أن المادة (١١) من قانون لبيت عشتار قد تضمنت حالة المسؤولية عن الأشياء، وهذه تجعل هذا القانون أكثر تطوراً من قانون أورنمو.

ينظر: - د. عامر سليمان، القانون في العراق القديم، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٧٧، ص ١٦٣ وما بعدها.

(٢) ينظر: - د. ليلي عبدالله سعيد، المسؤولية المدنية في شريعة حمورابي، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات التي تصدر عن جامعة مؤتة، الأردن، القسم الثاني، المجلد الثاني عشر، العدد الثالث، ١٩٩٧، ص ١١٥ و١١٢.

الضار أن يكون الفعل سلبياً كتقاعس الشخص في تقوية سد حقله مما يترتب عليه حدوث ثغرة في السد فيدخل من خلالها الماء ليخرب حقل الجار (م٥٣) وأهماله إغلاق السد فيغمر الماء حقل الجار (م٥٥) وامتناع صاحب الحيوان عن قص قرنه (م٢٥١)، وأهمال الراعي للبقرة والغنم حتى يتفشى المرض بيثهم (م٢٦٧)، أو يكون الفعل إيجابياً كالضرب والحبس (م١١٤)، كذلك يستوي في الفعل الضار وصف فاعله بالعمد أو التعدي أو كان الفاعل حسن النية، ومثال الأول ضرب الدائن لكفيل المدين وأساءة معاملته (م١٦٧)، ومثال الثاني ما ورد في المواد (٢٦) ، (٢٠٨) على أساس أن التعويض واجب على الرغم من حسن نية الرجل وقسمه على ذلك.

ولذلك نتفق مع جانب من الفقه^(١) في أن القوانين في العراق القديم هي الأصل التاريخي لنظرية المسؤولية الشخصية التي تركز على الضرر من دون الخطأ، التي يطالب بها الفقه القانوني المعاصر في أنحاء العالم معظمه لتقوم بدلاً من المسؤولية التي تبنى على الخطأ بركنيه (التعدي والأدراك)، أو بعبارة أخرى نقول بأن المسؤولية لا تنهض من دون خطأ ولكن الخطأ بمعنى الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد من دون النظر الى أدراك المخطأ في تسببه بالضرر من عدمه، ومن ثم يمكن القول بأنه ترجع جذور أحكام المسؤولية الشخصية الى قانون أورنمو.

ومما يؤكد تطور القوانين في العراق القديم بأن شريعة حمورابي تميز بين الفعل الضار الصادر من الغير والفعل الضار الصادر من المتضرر نفسه، فإذا كان الضرر نتيجة فعل المتضرر أنتفت المسؤولية، وهذا ما أكدته المادتان (ج، ٦١)، أما إذا كان الضرر من الغير ولا يد للمتضرر له فيه فإن مسؤولية فاعل الفعل الضار تنهض لتعويض المتضرر كما في المواد (٥٣، ٥٤، ٥٦).

وتجدر الإشارة الى أن قوانين العراق القديم قد أعتمدت في تحديد مقدار التعويض على الخطأ في المسؤولية التقصيرية لأن كون مقدار التعويض لديها يتأثر بحسب ما إذا كان الفعل الضار صادراً عمداً أم أهمالاً^(٢). وأن المبدأ العام الذي يسود مواد هذه القوانين هو أن التعويض الذي يتحملة مرتكب الفعل الضار عمداً يكون أكبر

(١) ينظر: - د. ليلي عبدالله سعيد ، المسؤولية التقصيرية في أقدم القوانين العراقية، مصدر

سابق، ص ١٨٩

(٢) ينظر: - د. عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، ط ١،

١٩٦٤، ص ٢١٠.

لو كان الفعل الضار صادراً عن إهمال أو مجرد تسبب في وقوع الضرر، فالمادة (١٥) من قانون أورنمو ألزمت من حطم أحد أطراف غيره أن يعرض المتضرر مناً واحد من الفضة في حين أشارت المادة (١٦) على أنه يعرضه ثلاثة أضعاف التعويض في المادة (١٥) إذا حطم طرفه عن تعمد وقصد^(١).

المطلب الثاني

الضرر بين القوانين العراقية القديمة والقوانين المعاصرة

في البداية لا بد من الإشارة الى أنه من خلال أستعراض النصوص القانونية التي تناولت المسؤولية التقصيرية سواء في القوانين القديمة أو القوانين المعاصرة تبين بأنها تقيم المسؤولية التقصيرية أما على أساس الخطأ وإما على أساس الضرر، وقبل تحليل هذه النصوص لا بد من أن نبحت آراء الفقه بهذا الخصوص، فقد تحاورت المسؤولية نزعتين احدهما تمسكت بالخطأ أساساً لها بما يشتمل عليه من عنصر أرادي وهذه هي النزعة الشخصية. والثانية الى الضرر لتقيم المسؤولية من دون خطأ وتسمى بالنزعة الموضوعية، ولكل نزعة براهين وحجج سنعرضها كالآتي:-

أولاً:- النزعة الشخصية: تستلزم لقيام المسؤولية أن يرتكب الشخص خطأ لكي يكون مسؤولاً عما ينجم من ضرر نتيجة هذا الخطأ أستناداً الى أن الشخص يسأل عن أثر الخطأ الذي يرتكبه، وبالمقابل لا يسأل عن أثر خطأ لم يرتكبه، و تقتضي العدالة أن يسأل الشخص عن الخطأ الذي يرتكبه ومن مستلزمات ذلك أن يعيد الشيء الذي تغير نتيجة سلوكه الى وضعه العادي. ويستند أصحاب هذا الاتجاه الى القول بأن وصف الخطأ هو أنحراف في السلوك ومن ثم أن يُعد هذا الخطأ معياراً للمسؤولية هو من الأسس التي يبني المجتمع عليها، فالضرر لوحده لا يصلح معياراً للمسؤولية لأنه لا يمكن أن يعيش أي شخص من دون أن يحدث ضرر

(١) ينظر:- المواد (٤٢-٤٨) من قانون أيشنونا وقارن المواد (١٩٦-٢١٤) من قانون

حمورابي.

للغير، فالفعل يوصف بأنه خطأ إذا وقع على الرغم من أنه ممنوع وكل مالم يمنع مباح حتى ولو الحق ضرراً بالغير فلا يسأل فاعله (١).

ثانياً:- النزعة الموضوعية: وهي تقييم المسؤولية على ركن الضرر والعلاقة السببية بين الفعل والضرر سواء كان الفعل خاطئاً أم لا. وأساس هذه المسؤولية تحمل المخاطر أو جلب المنفعة وهي تأخذ بالأعتبار مصلحة المضرور وضرورة تعويضه (٢) إذ يرى اصحاب هذا الرأي بأن وظيفة المسؤولية هي إزالة الضرر وليس من شأن المسؤولية تقويم سلوك المسؤول عن الضرر وما دامت ترتبط بالضرر لذلك لا يمكن أن يكون الخطأ أساساً لها أو معياراً لقياس وجودها. ويرى أصحاب هذه النزعة بأن حرمان المتضرر من أي تعويض على أساس عدم إثبات الخطأ هو موقف غير أنساني.

وعلى الرغم من أهمية التعويض، هذه الأهمية التي سنوضحها فيما يأتي من هذا البحث، فعلى الرغم من ذلك نتفق مع النزعة الشخصية للأسباب الآتية:-

١- تخطت النزعة الموضوعية بين الوظيفة والأساس فإذا كانت الوظيفة التعويض فما الذي يمنع من أن يكون الخطأ المعيار الذي تحدد به المسؤولية عن التعويض؟ فهذه الحجة غير مناسبة في بيان علة رفض العلاقة بين المسؤولية والخطأ.

٢- نتفق مع جانب من الفقه (٣) في أن التعويض لا يكفي في الوقت المعاصر لإستبعاد فكرة الخطأ لأن المتضرر يحصل على

(١) ينظر:- د. صبري حمد خاطر، تطور فكرة المسؤولية التقصيرية، مصدر سابق، ص ٦٩ و ٧٠

(٢) من أنصار هذه النزعة جوسران وسالي الفرنسيين. أشار إليهما:-
عوني فخري، وجوب تعويض المضرور وأثره في تطور المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية التي تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، العدد الرابع، السنة الثانية، بغداد، ٢٠٠٠، ص ١٠.

(٣) ينظر:- د. صبري حمد خاطر، تطور فكرة المسؤولية التقصيرية، مصدر سابق، ص ٧١-٧٢.

التعويض من خلال المؤسسات الاجتماعية، كالضمان الاجتماعي، التأمين، لأن هذه الفكرة تخلط بين الشخص الذي تنهض بحقه المسؤولية وهو المخطأ دائماً وبين الجهة التي ستدفع التعويض والذي قد يكون شركات التأمين على سبيل المثال.

٣- يستند ركن الخطأ الفكرة الاجتماعية التي تقضي فضلاً عن التعويض، منع (الأنحراف في السلوك)، بوصفه ضد المجتمع. ويفتضي ذلك الرجوع الى الخطأ.

٤- أن النزعة الموضوعية كان لها حضور في نطاق النشاط الصناعي وعمليات النقل والنشاطات ذات الخطورة الشديدة، ولكن هذا كله يبقى استثناءً يستند الى وجود نص قانوني وبغير النص القانوني لا يمكن أن تنهض المسؤولية، ولذا تبقى المسؤولية الشخصية القائمة على الخطأ هي الأصل الذي يرد عليه الاستثناء (١).

وتجدر الإشارة الى أنه مهما تغيرت الآراء خلال حقب التاريخ المختلفة في أساس المسؤولية التقصيرية وبنائه على فكرة الخطأ أو فكرة تحمل التبعة أو مجرد التسبب في أحداث الضرر، فإن ذلك لم يؤثر قط على ضرورة اشتراط الضرر لقيام هذه المسؤولية، لأن وقوع الضرر هو الشرارة الأولى التي ينبعث منها التفكير في مسألة من ينسب فيه.

أن المقصود بالضرر، هو الأذى غير المشروع الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شعوره (٢). ويستوي إذا تعلق بحق أو مصلحة له يحميها القانون. والضرر نوعان مادي وأدبي، فأما الضرر المادي هو الأخلال بمصلحة أو حق للمضرور ذات قيمة مالية كأتلان مال أو تفويت صفقة أو أحداث أصابة تكبد المصاب نفقات (٣). أما الضرر الأدبي فهو الضرر الذي يصيب المضرور في

(١) ينظر:- عوني فخري، مصدر سابق، ص ١٠ و ١١.

(٢) ينظر:- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٥٥.

(٣) ينظر:- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٢١٢.

شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه^(١). وعلى الرغم من وجود آراء مختلفة في الفقه الفرنسي حول إمكانية الأستناد الى الضرر الأدبي في القانون الفرنسي^(٢)، إلا أنه يمكن القول بأن المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي قد قطعت الشك باليقين من حيث إمكانية أن يُعد السند القانوني للمطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي، إذ أنها تلزم من سبب بخطئه ضرراً للغير بتعويضه، إذ تقرر قاعدة عامة في تعويض الضرر سواء أكان هذا الضرر مادياً أم أدبياً على الرغم من أن القانون الفرنسي لم يشر صراحة الى الضرر الأدبي. وتجدر الإشارة الى أن المشرع الفرنسي قد سار في اتجاه تعويض الضرر الأدبي في عدة قوانين اصدرها بعد وضع التقنين المدني الفرنسي مثال ذلك ما ورد في قانون الصحافة الصادر في ١٨٨١/٧/٢٩ الذي يجيز في المادة ٤٦ منه للمتضرر من القذف الذي تعرض له أن يطالب بالتعويض.

يعد التعويض ركناً أساسياً في المسؤولية التقصيرية، لأن المسؤولية تعني التزاماً بالتعويض، والتعويض يقدر بقدر الضرر، ويشترط في الضرر توفر الشروط الآتية:-

أولاً:- أن يكون الضرر محققاً:- وهو الضرر المؤكد الحدوث سواء كان حالاً أي وقع فعلاً أو كان مستقبلاً إذا تحقق سببه وأن تراخت آثاره كلها أو بعضها الى المستقبل^(٣)، كأصابة شخص بعاهة مستديمة تعجزه عن الكسب، وهي تشمل كل ما كان سيربحه من عمله في مستقبل حياته^(٤)، وإذا أمكن التعويض عن الضرر المحقق حالاً أو مستقبلاً فلا يجوز التعويض عن الضرر المحتمل*.

(١) ينظر:- شعيب أحمد سليمان، المسؤولية المبنية على تحمل التبعة، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد الخامس عشر، السنة العاشرة، بغداد، ١٩٨٣، ص ٣٩٦ و ٣٩٧.

(٢) للمزيد من التفاصيل حول تلك الأختلافات ينظر:-

د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مصدر سابق، ص ٧٥ وما بعدها.

(٣) ينظر:- د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٦٢.

(٤) ينظر:- د. أنور سلطان، النظرية العامة للألتزام، ج ١، مصادر الألتزام، دار المعارف، بغداد، ص ٥٢٢.

وقد جرى القضاء الفرنسي والمصري على أن تُعد تفويت الفرصة للكسب ضرراً محققاً وليس محتملاً، كحرمان حصان من الأشتراك في سباق الخيل، لأن الحرمان لا ينطوي على المساس بالأمل في الفوز وإنما يمس الحق في الفرصة لمحاولة الفوز، وتفويت الفرصة ضرر محقق إلا أن الضرر لا يقدر بقدر الكسب الذي فاتت فرصته وإنما يقدر ما يحتمل معه تحقق الكسب في تلك الفرصة^(١).

ثانياً:- أن يكون الضرر مباشراً، متوقفاً كان أو غير متوقع. والضرر المباشر هو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر عن الوفاء به^(٢)، وإليه أشارت الفقرة الأولى من المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي بقولها "تقدر المحكمة التعويض في الأحوال جميعها بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع"، وهذا يعني أن ما يمكن التعويض عنه من ضرر هو ما كان نتيجة مباشرة للإخلال بالالتزام القانوني بعدم الأضرار بالغير. فالنتيجة الطبيعية للأخلال بالالتزام ترادف الضرر المباشر في المعنى، وقد أوضحت المادة (٢٤١) من القانون المدني المصري معنى النتيجة الطبيعية بقولها "..... ويُعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

أما الضرر غير المباشر فلا يجوز التعويض عنه لأنقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلو أعتدى شخص على آخر بالضرب وأصابه بعاهة وحزنت أم المصاب على أنها فماتت كمدأ فأن ما أصاب الشخص من عاهة وما تكبده من نفقات وما تحمله من تعطل بعد ضرراً مباشراً يجب التعويض عنه ولكن موت الأم يعد ضرر غير مباشر لا يجوز الحكم بتعويض عنه. ويلتزم المدين بتعويض

* يعرف الضرر المحتمل بأنه الضرر الذي لم يقع ولا يوجد ما يؤكد وقوعه مستقبلاً. ومثاله ضرب حامل على بطنها يحتمل معه أجهاضها أو عدمه وكذلك الضرر الذي يصيب شخصاً كان يعوله القتيل من دون أن يكون ملزماً قانوناً بالأنفاق عليه.

(١) هذه القرارات القضائية هي نقلاً عن:-

د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، بدون مكان

وسنة طبع، ص ٣١٣.

(٢) ينظر:- المصدر نفسه، ص ٣١٣.

الضرر المباشر متوقفاً كان أم غير متوقع لأنه يعتبر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع (١) .

ثالثاً:- أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحة مالية مشروعة للمضرور. أن الضرر الذي يمكن تعويضه قد يصيب حقاً للمضرور، كأن يحرق شخص دار آخر وقد يصيب الضرر مصلحة مالية مشروعة للمضرور دون أن ترقى الى مرتبة الحق، كأن يقتل شخص رجلاً كان يعيل بعض ذوي قرباه من دون أن يكون ملزماً قانوناً بنفقتهم، إذ يستطيع ذوو القربى ممن كان القتل يعيلهم مقاضاة القاتل لمطالبته بالتعويض عن حرمانهم من الإعالة إذا ثبت أن القتل كان يعيلهم على نحو مستمر وأنه كان سيستمر في الأنفاق عليهم لو بقي حياً. إما إذا لم ينصب الضرر على حق أو مصلحة مالية مشروعة فلا يجوز تعويضه (٢) .

أما الضرر على وفق القوانين العراقية القديمة، فسنين الضرر على وفق التسلسل الزمني لهذه القوانين . فنجد أن الضرر في قانون أورنمو يعتبر ركن أساسي لقيام المسؤولية التقصيرية لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر أصاب طالبه، فنقوم المسؤولية لتعويضه وتقدر بقدره (٣) . ويتمثل الضرر هنا بإيذاء الجسم كقطع أو تحطيم عضو من أعضائه كالأطراف والأنف وكسر السن، (٤) أو إيذاء الشعور كهتك الشرف وإيذاء السمعة والقلق المترتب على الطلاق والمساس بالشرف والسمعة الناتج عن البلاغ الكاذب وإهدار عاطفة الرجل وكرامته نتيجة لفسخ الخطبة (٥) ، أو إتلاف المال كإغراق حقل مزروع يعود لآخر (٦) .

(١) ينظر:- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٢١٣ و ٢١٤.

(٢) ينظر:- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٥٦ و ٨٥٨.

(٣) نصت المادة (٨) من قانون أورنمو على أنه "إذا كان الرجل قد عاشر الأرملة بدون عقد زواج أصولي فلا يحتاج أن يدفع لها شيئاً على الأطلاق(في حالة طلاقها)"

(٤) ينظر المواد (٥٥ من ١٥-١٩) من قانون أورنمو.

(٥) ينظر المواد (٦، ٧، ١٠، ١١، ١٢) من قانون أورنمو.

(٦) ينظر المادتين (٢٨ و ٢٩) من قانون أورنمو.

ويشترط في الضرر أن يكون محققاً سواء كان حالاً أو سيقع حتماً في المستقبل (١) ، وأن يكون الضرر مباشراً أو قد أصاب حقاً مشروعاً يحميه القانون كالملكية وسلامة الجسم وصور الشرف والشعور (٢) .

وعليه فإن قانون أورنمو قد اخذ بالضرر المادي والضرر المعنوي بأنواعه كافة كالضرر المعنوي البحت والذي يتمثل بالأذى الذي يلحق الشخص في سمعته أو كرامته كالأتهام الباطل (٣) ، وقد يكون الضرر المعنوي مقترن بضرر مادي، كالآلام الناتجة عن التشويه عن فقدان الأطراف (٤) ، وقد يترتب على الضرر المعنوي ضرر مالي فيسبب للمتضرر خسارة مالية كالادعاء بالزور (٥) .

مما تقدم يتبين بأن الضرر في قانون أورنمو (هو كل أذى وقع على حق مادي أو معنوي يحميه القانون ويمكن تعويضه بالمال). ويشترط أن يكون طالب التعويض هو المتضرر شخصياً، إذ لم يرد ما يدل على حق الورثة أو الغير الذين تتأثر مصلحتهم بالضرر بطلب التعويض (٦) .

أما بالنسبة للضرر في قانون لبت عشتار، فهو يمثل الركن الأساسي لقيام المسؤولية التقصيرية كما هي عليها الحال في قانون أورنمو ويتمثل أيضاً بإيذاء الجسم أو الشعور (٧) أو المال (٨) وأن يكون محققاً ومباشراً ووقع على حق

(١) ينظر المواد (٥، ١٢، ١٥، ١٩، ٢٨، ٢٩) من قانون أورنمو.

(٢) د. ليلي عبدالله سعيد، المسؤولية التقصيرية في أقدم القوانين العراقية، مصدر سابق، ص ١٦٩.

(٣) ينظر المواد (١٠، ١١، ١٢) من قانون أورنمو.

(٤) ينظر المواد (٥ ومن ١٥-١٩) من قانون أورنمو.

(٥) ينظر المادتين (١١ و١٢) من قانون أورنمو.

(٦) د. ليلي عبدالله سعيد، مصدر سابق، ص ١٧٠.

(٧) ينظر المواد (١٧، ١٩، ٣٣) من قانون لبت عشتار.

(٨) ينظر المواد (٨، ١٠، ١٢، ١٣، ١٤، ومن ٣٤-٣٧) من قانون لبت عشتار.

مشروع، ويكون على نوعين ضرر مادي وضرر معنوي. وقد ظهر الاعتداء على الحرية بالحبس من دون سبب لأول مرة كضرر معنوي في قانون لبت عشتار^(١). أما الضرر في قانون أيشنونا فهو لا يختلف عن الضرر المطلوب تحققه لقيام المسؤولية التقصيرية في قانوني أورنمو لبت عشتار كليهما ، لأن التعويض يرتبط بالضرر لا بقصد فاعله، وقد أكدت المادة (١٧) منه على أنتفاء المسؤولية إذا أنتفى الضرر. كما يستوي في الضرر أن يكون مادي أو معنوي سواء كان واقعاً على المال^(٢) أو الجسم^(٣) أو الشعور والكرامة^(٤).

والضرر في قانون حمورابي فهو لا يختلف عما أخذت به القوانين التي سبقته، إذ يعد الضرر الركن الأساس لقيام المسؤولية التقصيرية سواء كان يتمثل بإتلاف المال^(٥) أو إيذاء الجسم^(٦) أو إيذاء الشعور والشرف والكرامة والحرية^(٧).

وأيضاً يشترط في الضرر أن يكون محققاً سواء كان حالاً^(٨) أو كان مستقبلاً^(٩) وأن يكون مباشراً* وأن يصيب الضرر حقاً مشروعاً يحميه القانون كالحقوق المالية وسلامة الجسم وصون الشرف وكرامة الإنسان وشعوره وحرية. مما تقدم يتبين بأن الضرر في القوانين العراقية القديمة هو كل أذى وقع على حق مالي أو معنوي يحميه القانون ويمكن تعويضه بالمال. لذا فإن أساس المسؤولية التقصيرية في هذه القوانين يركز على الضرر وأن فكرة الخطأ لا تظهر إلا في الدرجة الثانية، فهذه القوانين لا تأخذ بفكرة الخطأ الذي يقوم على عنصري التعدي

(١) ينظر المادة (١٧) من قانون لبت عشتار.

(٢) ينظر المواد (٥، ٦، ٢٣، ٢٤) من قانون أيشنونا.

(٣) ينظر المواد (٣٢، ومن ٤٣-٤٨) من قانون أيشنونا.

(٤) ينظر المواد (١٢، ١٣، ٢٦، ٦٠) من قانون أيشنونا.

(٥) ينظر المواد (٥٦، ٥٩، ٢٤١، ٢٥٩، ٢٦٠) من قانون حمورابي.

(٦) ينظر المواد (١٩٨، ١٩٩، ٢٠١، ٢٠٤، ٢٠٦، ٢١٣) من قانون حمورابي.

(٧) ينظر المواد (١١٤، ١٣٧، ١٤٠، ١٦٠، ١٦١، ١٥٩، ١٢٦) من قانون حمورابي.

(٨) ينظر المواد (٥٦، ٥٩، ١١٤، ١٣٧، ٢٦٠) من قانون حمورابي.

(٩) ينظر المواد (٥٥، ١٥٩، ٢٠٦، ٢١٣) من قانون حمورابي.

* لم يرد من بين النصوص في قانون حمورابي ما يدل على الأخذ بالضرر غير المباشر.

والأدراك وإنما يقوم على الخطأ بأحد عناصره وهو التعدي، إذ تتحقق المسؤولية سواء كان مرتكب الفعل الضار متعمداً أم غير متعمد مميّز أم غير مميّز فهو مسؤول عن تعويض الضرر الناشئ عن فعله، وعليه فإن القوانين العراقية القديمة تُعد الأصل التاريخي للنظرية الموضوعية التي تركز على ركن الضرر التي ترجع جذور أحكام هذه المسؤولية الى قانون أورنمو مثلما تبين من خلال البحث.

المطلب الثالث

العلاقة السببية بين القوانين العراقية القديمة والقوانين المعاصرة

لعلاقة السببية أهمية كبرى في مجال المسؤولية التقصيرية، فهي التي تحدد الفعل الذي سبب الضرر وسط الأفعال المتنوعة المحيطة بالحادث، فإذا وقع الضرر وكان السبب في وقوعه هو الفعل غير المشروع للمدعى عليه فإن المسؤولية المدنية تنشأ في هذه الحالة، وعلى العكس فإذا اثبت أن الفعل غير المشروع الذي وقع من جانب المدعى عليه لم يكن له أي أثر في حدوث الضرر فإن المدعى عليه سيكون معفى من المسؤولية. ولعلاقة السببية أهمية أخرى، فهي تستعمل في تحديد نطاق المسؤولية، فالضرر في أغلب الأحيان يترتب عليه أضرار أخرى، وفي هذه الحالة يلزم معرفة هل سيتحمل الشخص الذي سبب الضرر الأول الأضرار الأخرى كلها المترتبة عليه؟ وعليه فإن علاقة السببية تثير صعوبة تقديرها لسببين، أولهما، عندما تتعدد النتائج التي تترتب على سبب واحد، وثانيهما، عندما يجتمع عدد من الأسباب في أحداث ضرر واحد.

فبالنسبة للسبب الأول، إذا تعددت النتائج الناشئة عن خطأ واحد، تتوفر علاقة السببية بالنسبة الى النتائج المباشرة لذلك الخطأ وتعد هذه النتائج بأنها أضرار مباشرة. أما إذا اجتمعت عدة أسباب في أحداث الضرر، كأن يموت شخص يشكو مرضاً في القلب عند ضربه ضرباً ما كان يقضي على رجل سليم، فإن تقدير مدى توفر علاقة السببية قد يصعب. وقد تعددت النظريات بشأن تحديد السبب الذي يعتبر الضرر نتيجته الطبيعية وبرزت النظريتان الآتيتان^(١):

(١) ينظر: - د. منذر الفضل، النظرية العامة للألتزامات في القانون المدني، ج ١، مصادر

الألتزام، ط ١، ١٩٩١، ص ٣٩٢ و ٣٩٣.

كما ينظر في تفاصيل هذه النظريات: - د. عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في

المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦١ وما بعدها.

أولهما:- نظرية تعادل الأسباب للفقيه الألماني (فون بري) وبمقتضاها ينبغي بحث الأسباب جميعاً كلاً على أفراد ليتحدد منها ما يمكن القول أنه لولا حدوثه لما وقع الضرر. وتتعاقد الأسباب التي أتحدت في تسببها في الضرر وتعد أسباباً لحدوثه. وفي ضوء هذه النظرية يعد من الضرب ومرض القلب كليهما في المثال السابق سبباً للوفاة.

ثانيهما:- نظرية السبب المنتج للفقيه الألماني (فون كريسي) ومفادها أنه ينبغي عند تعدد الأسباب التمييز بين السبب الثانوي والسبب الفعال أو المنتج ليعتد بالثاني وحده، ويعد السبب منتجاً إذا ثبت أن الضرر كان نتيجة له وأنه كان كافياً لوحده في أحداث الضرر. وبمقتضى هذه النظرية يعتبر مرض القلب كليهما في المثال السابق السبب الفعال في الموت.

ويقع عبء إثبات علاقة السببية على مدعي التعويض لأنه عليه إثبات أركان المسؤولية، ويكون إثباتها في الغالب عن طريق قرائن الحال وقد تنتفي الحاجة لإثباتها لوضوح القرائن وعندئذ يتحول عبء الإثبات من الدائن الى المدين لفيها. ويستطيع المدين نفيها بطريقتين. أولهما الطريقة المباشرة فينفيها عن طريق إثبات أن خطأه التقصيري لم يكن السبب في الضرر الذي أصاب المدعي، وثانيهما، الطريقة غير المباشرة عن طريق إثبات وجود السبب الأجنبي الذي دفع المدين الى القيام بالعمل الذي نشأ عنه الضرر، والسبب الأجنبي هو "كل فعل أو حادث لا ينسب الى المدين تترتب عليه استحالة منع وقوع الضرر" (١).

وقد أشارت المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي الى أثر السبب الأجنبي وعددت صورته فقد نصت على ما يأتي "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر، كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك" (٢).

(١) ينظر:- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٤٠.

(٢) قد نص المشرع المصري في المادة (١٦٥) من القانون المدني على الأسباب الأجنبية التي يمكن أن تدفع بها مسؤولية المدعى عليه فيقول بأنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو

يُلاحظ أن المشرع العراقي ذكر الآفة السماوية والحادث الفجائي والقوة القاهرة كلها تفيد معنى واحد وهو القوة القاهرة التي لا تنسب الى فعل البشر وليس في الحسبان توقعها أو تلافيتها وتجعل كلها تنفيذ الالتزام مستحيلاً. وكان الأجدر بالمشرع العراقي أن يذكر فقط القوة القاهرة بدلاً من ذكر الآفة السماوية والحادث الفجائي. فإذا تحقق السبب الأجنبي بهذه الصورة يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً قانوناً وبالتالي أعفاء المدين من تعويض الضرر^(١).

ويُعد فعل الغير سبباً أجنبياً إذا أثبت المدعى عليه أن الضرر نتج عن خطأ شخص أجنبي عنه يستغرق خطؤه. ويستطيع إثبات ذلك إذا أفلح في نفي علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر ليتحملها الأجنبي ويعفى من المسؤولية^(٢).

ويُعد خطأ المضرور سبباً أجنبياً إذا أثبت المدعى عليه أن المدعي تسبب بخطئه فيما أصابه من ضرر وينفي علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر، أما إذا ثبتت علاقة السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر كان للضرر سببان وسميت هذه الحالة بحالة الخطأ المشترك، وعندئذ توزع المسؤولية على المضرور والمدعى عليه بحسب جسامته خطأ كل منهما^(٣)، لذا قضت المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي بقولها "يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض إذا كان المتضرر قد أشترك بخطئه في أحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سواً مركز المدين"^(٤). وهنا لا بد من الإشارة الى أن المشرع العراقي بموجب

خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر". ولكن يلحظ بأن هذه المادة لم تشير الى الآفة السماوية التي أشار إليها المشرع العراقي متأثراً بالفقه الإسلامي.

(١) ينظر:- د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٣٩٤.

(٢) ينظر:- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٤١.

(٣) ينظر:- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٨١ وما بعدها.

وينظر في تفاصيل السبب الأجنبي:- د. عبد الرشيد مأمون، مصدر سابق، ص ٦٦ وما بعدها.

(٤) وتقابلها المادة (٢١٦) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد أشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

نص المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي قد نص على تضامن المسؤولين في حالة تعددهم عن عمل غير مشروع وألتزموا بتعويض الضرر، وكذلك فعل المشرع المصري في المادة (١٦٩) من القانون المدني.

أما علاقة السببية في القوانين العراقية القديمة فهي واحدة ويراد بها العلاقة بين الفعل الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، فنقوم عندما يكون الضرر ناشئاً عن الفعل فيكون الفعل سبباً والضرر مسبباً، وتظهر هذه العلاقة واضحة عندما يكون فعل المسؤول سبباً في قطع يد الآخر أو إتلاف طرفه أو كسر سنه أو تشويه سمعته أو النيل من كرامته أو إغراق حقل الآخر أو كان إهماله سبباً في تحويل الحقل الى أرض جرداء^(١).

وتظهر علاقة السببية واضحة في نصوص قانون حمورابي فقد ورد "أن الرجل إذا فتح الماء وخرب العمل الذي أنجزه في حقل جاره فعليه أن يدفع....." (٢). فخراب الحقل كان نتيجة لفتح الماء كما أن حجز الشخص من دون سبب يترتب عليه أهدار حرите^(٣) ، وحجز الشخص لأموال الغير من دون سبب يمنع صاحب المال من الإستفادة منه وأستغلاله^(٤).

وتجدر الإشارة الى أنه على الرغم من ذهاب جانب من الفقه^(٥) الى أنه "لم يرد ما يدل على حالة تعدد الأسباب أو حالة قيام السبب الأجنبي وأثره على العلاقة السببية بين الفعل والضرر"، إلا أننا نعتقد عكس ذلك إذ أن من المبادئ التي جاءت بها قوانين العراق القديمة والتي أثرت وسادت في القوانين المدنية الحديثة، مبدأ القوة القاهرة، لذا تعد تلك القوانين أصلاً لهذا المبدأ ونستند في قولنا الى نص المادة

(١) ينظر المواد المشار إليها في كل من قانون أورنمو ولبت عشتار وأيشنونا وقانون حمورابي في المطلب الخاص بالضرر في القوانين العراقية القديمة من هذا البحث.

(٢) ينظر المواد المشار إليها في كل من قانون أورنمو ولبت عشتار وأيشنونا وقانون حمورابي في المطلب الخاص بالضرر في القوانين العراقية القديمة من هذا البحث.

(٣) ينظر نص المادة (١١٤) من قانون حمورابي.

(٤) ينظر نص المادة (٢٤١) من قانون حمورابي.

(٥) ينظر:- د. ليلي عبدالله سعيد، المسؤولية التقصيرية في أقدم القوانين العراقية، مصدر

سابق، ص ١٧٠.

(٤٥) من قانون حمورابي إذ جاء فيها "أذا أعطى رجل حقله لفلاح لقاء جزء من الغلة وأستلم (صاحب الحقل) حصة حقله، وبعد ذلك دمر أله الأعاصير "أدد" الحقل أو ضربه الفيضان فإن الخسارة تقع على الفلاح وحده"، ونشير الى حكم المادة (١١٥) من قانون حمورابي التي أعتبرت بأنه إذا مات الكفيل في بيت محتجزه موتاً طبيعياً لاتقوم المسؤولية التقصيرية ولا يلزم محتجزه بالتعويض، ولا يسأل الراعي تجاه المالك للحيوانات إذا مرضت بسبب وباء أو قتلت بفعل الأسد (١).

المبحث الثاني

التعويض عن المسؤولية التقصيرية بين القوانين العراقية القديمة

والقوانين المعاصرة

أذا توفرت اركان المسؤولية التقصيرية (الخطأ والضرر والعلاقة السببية)، وأمكن إثباتها ترتب حكمها وهو التعويض، ويعرف التعويض بأنه "مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار" (٢)، فالتعويض هو وسيلة القضاء لجبر الضرر محوياً أو تخفيفاً وهو يدور مع الضرر وجوداً وعدمياً ولا تأثيراً لجسامة الخطأ فيه، وينبغي أن يتكافأ مع الضرر من دون أن يزيد عليه أو ينقص عنه ولا يجوز أن يتجاوز مقدار الضرر كي لا يكون عقاباً أو مصدر ربح للمضرور (٣). ولكن هل يحق للقاضي أن يأخذ الظروف الملازمة للضرر بعين الاعتبار عند تقديره للتعويض؟

(١) ينظر نص المادة (٢٦٦) من قانون حمورابي.

(٢) ينظر:- د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٣٧١.

(٣) ينظر:- د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٣٧١.

تبرز نظريتان في هذا الشأن ^(١) ، الأولى وهي النظرية الشخصية التي تعتنق الفكرة القائلة بمراعاة الظروف والعوامل المحيطة بالضرر والخارجة عنه وهو ما يعبر عنه بمبدأ (التعويض العادل للضرر)، والثانية، وهي النظرية الموضوعية التي تنادي بضرورة تجاهل الظروف الملازمة للضرر والخارجة عنه بمعنى التزام مبدأ (التعويض المعادل للضرر). إذ تأتي دراسة هذا الموضوع من الصبغة العملية التي يمتاز بها، إذ يؤدي القضاء دوراً عملياً مهماً في مسألة تقدير الضرر والظروف الملازمة له، بل أن دور القضاء في هذا الشأن يوصف أحياناً بالتحكمي ^(٢) ، وهذا التحكم الذي قد يكون واضحاً إذا كان الضرر مادياً، فإنه يبدو أكثر وضوحاً إذا كان الضرر جسماً، ويبلغ ذروته إذا كان الضرر أدبياً. وبناءً على ذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول التعويض عن الضرر في القوانين المعاصرة ونبين في المطلب الثاني التعويض عن الضرر في القوانين العراقية القديمة على وفق الآتي:-

المطلب الأول

التعويض عن الضرر في القوانين المعاصرة

يبدو التعويض في صور شتى، فقد يكون تعويضاً عينياً أو نقدياً أو غير نقدي، ويراد بالتعويض العيني عملية إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً بأعادة المتضرر (طالب التعويض) الى الوضع نفسه الذي كان فيه المتضرر قبل حدوث أي نوع من أنواع الأضرار أو الأصابات .
وتجدر الإشارة الى أن القانون المدني العراقي قد أشار الى بعض التطبيقات للتعويض العيني في نطاق التعسف في استعمال الحق سواء أكان الضرر المتولد مادياً أم معنوياً، إذ جاء في المادة (٤١) مثلاً ما يخص التعويض العيني من الضرر المعنوي، إذ نصت على أنه "لكل من نازعه الغير في استعمال لقبه بلا مبرر ولكل من أنتحل الغير لقبه أن يطلب وقف هذا التعرض....."، ومع

(١) ينظر:- جليل حسن الساعدي، الظروف الملازمة للضرر وتأثيرها على تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد خاص، ١٩٩٨، ص ٢١٣.

(٢) ينظر:- جليل حسن الساعدي، مصدر سابق، ص ٢١٣.

ذلك يشترط عادةً للحكم بالتعويض العيني أن يكون ممكناً وغير مرهق للمسؤول (م ٢٤٦ مدني عراقي)، إلا أنه في كثير من الأحيان يتعذر على القاضي الحكم بالتعويض العيني مما يوجب عليه اللجوء الى التعويض بمقابل.

أما عن التعويض غير النقدي فهو يتوسط التعويض العيني والتعويض النقدي، فهو تعويض عما قد تقتضيه ظروف الدعوى في بعض الصور ، فقد يكون من مصلحة المتضرر أن يطلب التعويض غير النقدي فتأمر المحكمة بأمر معين على سبيل التعويض.

أن التعويض على صورته التي ذكرناها قد يكون عن ضرر مادي أو يحكم به عن ضرر أدبي. وعليه سيقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الأول التعويض عن الضرر المادي، ثم نتناول في الفرع الثاني، التعويض عن الضرر الأدبي.

الفرع الأول

التعويض عن الضرر المادي

يقتضي البحث في التعويض عن الضرر المادي معرفة ما المقصود بالضرر المادي، ويمكن القول أن الضرر المادي هو الذي يخل بمصلحة أو مشروع للمضروع أو حقه قيمة مالية وينقسم الى قسمين، الأول هو الضرر الجسدي، وهو الأذى الذي يصيب جسم الإنسان وهذا الضرر قد يقع على جسم الإنسان فيزهق الروح أو أن يقع على حق الإنسان في السلامة الجسدية، وأن الضرر غير المميت قد لا ينشأ عن الضرب أو الجرح أو الكسر وإنما لمجرد الأضرار بالصحة بسبب أستنشاق الهواء الملوث الذي يسببه الغير. وأن هذا الضرر قد يؤدي الى العجز الكلي الدائم او المؤقت أو الى العجز الجزئي الدائم أو المؤقت بحسب شدة الأصابة في الجسم أو جسامتها^(١).

أما القسم الثاني فهو الضرر المالي، وهو الضرر الذي ينصب على المال فيؤدي الى تلفه كلاً أو جزءاً أو الى نقص في قيمته أو تفويت منفعته ويقع هذا الضرر على الذمة المالية للشخص فيخل بمصلحة المتضرر، ومن أمثلته المساس

(١) ينظر:- د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٣٥١ و ٣٥٤.

بحقوق الشخص المالية كحق الملكية وحقوق المؤلف فضلاً عن المساس بصحة الإنسان وجسده إذا كان يترتب عليه خسارة مالية كنفقات العلاج والأدوية (١).

ومن ثم يمكن القول بأنه أياً كانت الأصابة أو الضرر الجسدي مميتاً أو غير مميت فإنه ينشأ عنه نوعين من الأضرار وهما الضرر المالي وعناصره مالحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب ، الضرر الأدبي وهو الآلام والحزن والتشويه الذي ينجم عن الضرر الجسدي (٢).

فبالنسبة لتعويض الضرر الجسدي الناشئ عن أصابة غير مميتة فقد حددته المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي (٣) بقولها "١- تقدر المحكمة التعويض في الأحوال جميعها بقدر مالحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ٢- ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان ويجوز ان يشتمل الضمان على الأجر". يتضح من هذا النص أن عناصر تعويض الضرر المادي يشتمل مالحق المتضرر من خسارة وهي مصاريف العلاج والدواء وما فاتته من كسب أي ما يؤدي إليه نقصان أو فقدان قدرته على العمل. كأن يكون عجز كامل ولكنه لفترة محدودة أو عجز جزئي دائم يبقى ملازماً للمتضرر طوال حياته*.

ومن ثم فإن التعويض عن الضرر المادي يمثل قيمة مالية تضاف الى ذمة المضرور من دون الحاجة الى اتفاق بشأن تحديده أو حكم يبين مقداره الى ورثته،

(١) ينظر:- د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٣٧ و ١٣٨.

(٢) ينظر:- د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٣٥٥.

(٣) تقابلها المادة (٢٢١/ف١) مدني مصري إتنص على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في أستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

* هذا فضلاً عن التعويض عن الضرر الأدبي والذي سنوضحه فيما يأتي من هذه الدراسة الذي يشتمل على أنواع مختلفة من الأضرار غير المالية التي قد يكابدها المصاب على أثر الحادثة.

ويجب أن يكون معادلاً للضرر بحيث لا تسبب الأصابة للمتضرر لا ربحاً ولا خسارة^(١).

أما في حالة الضرر الجسدي المميت فكذلك يرتب هذا الضرر حقين هما التعويض عن الضرر المادي والحق في التعويض عن الضرر الأدبي، أما التعويض عن الضرر المادي فقد حددت المادة (٢٠٣) من القانون المدني العراقي من يستحقه بقولها "في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح أو أي فعل ضار آخر يكون من أحدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الأشخاص الذين كان يعيلهم المصاب وحرموا من الأعالة بسبب القتل أو الوفاة"، وبمقتضى هذا النص يستحق التعويض المادي من كان له حق النفقة على الميت وكان الميت يعيله فعلاً فالمحروم من الإعالة قد يكون وارثاً أو غير وارث.

وينبغي أن يلحظ أن التعويض عن الضرر المادي الذي تقضي به المحكمة لمن كان يعيلهم يثبت لهم مباشرة ويدخل في ذمتهم عن ضرر أصابهم شخصياً من دون أن ينتقل إليهم بالميراث عن طريق ذمة المتوفي. وتتولى المحكمة توزيعه عليهم بحسب مآتنسبه^(٢).

أما الضرر الذي أصاب المصاب وهو الموت وهو ضرر مادي يصيب المتوفي الذي فقد أعلى شيء مادي يملكه وهو الحياة ولا يحق للوارث المطالبة بالتعويض عن ضرر الموت بوصفه خلفاً على أن فكرة التعويض عن ضرر

(١) تقابلها المادة (٢٢١/ف١) مدني مصري إتنص على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

* هذا فضلاً عن التعويض عن الضرر الأدبي والذي سنوضحه فيما يأتي من هذه الدراسة الذي سيشتمل على أنواع مختلفة من الأضرار غير المالية التي قد يكابدها المصاب على أثر الحادثة.

(٢) ينظر: - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٦٩: د. منذر عبد الحسين الفضل، مصدر سابق، ص ٢٨٢.

الموت لا يقضي بها القضاء العراقي في تطبيقاته القضائية في الوقت الحاضر (١) ، ولكن من حق الورثة المطالبة بتعويض الضرر المادي الذي لحق بمورثهم قبل موته والذي يشمل مصاريف العلاج والدواء والعجز عن العمل من تاريخ الإصابة حتى تاريخ الوفاة فضلاً عن مصاريف التشييع والدفن وإقامة الفاتحة (٢) ويمكن الاستناد في ذلك الى نص المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي. أما الحق في تعويض الضرر الأدبي الذي يصيب ذوي الميت في شعورهم وعواطفهم وهو الذي نصت عليه المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي (٣) التي قضت بأن من يستحق التعويض عنه هم أحد الزوجين والأقربين من الأسرة ولا ينتقل إليهم إلا إذا حددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي. ويلحظ أن التعويض الذي يضاف الى ذمة المتضرر ويؤول الى الورثة سواء كان تعويضاً عن ضرر مادي أو أدبي وتحدد مقداره في حياة المصاب فإنهم يقتسمونه على وفق أحكام الميراث الشرعي (٤) .

ويثار السؤال عن كيفية تعويض الضرر المادي هل يجوز التعويض العيني أم التعويض بمقابل أم الأثنين معاً؟

(١) تقابلها المادة (٢٢١/ف١) مدني مصري ! تنص على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

* هذا فضلاً عن التعويض عن الضرر الأدبي والذي سنوضحه فيما يأتي من هذه الدراسة الذي سيشتمل على أنواع مختلفة من الأضرار غير المالية التي قد يكابدها المصاب على أثر الحادثة.

(٢) ينظر: - د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١١٧ و ١١٨ كما ينظر في تفصيل ذلك ص ١٣٠.

(٣) تقابلها المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري.

(٤) ينظر: - د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٤٩.

يمكن الأجابة على ذلك بما ورد في المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي (١) بقولها "١- تعين طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو أيراد مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً. ٢- ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بأعادة الحالة الى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض".

يتبين من النص بأن الأصل في التعويض أن يكون نقدياً يقدره القاضي بمبلغ من النقود إلا أنه ليس ما يمنع أن يكون التعويض النقدي مبلغاً مقسطاً أو على شكل أيراد مرتب مدى حياة المتضرر وغالباً ما تلجأ إليه المحكمة في الأحوال التي يتعذر فيها التعويض العيني أو التعويض غير النقدي فلا تفرض المحكمة كليهما إلا بناءً على طلب الدائن أو توافرت أمكانية الاستجابة للطلب، كما قد يكون التعويض بأعادة الحالة الى ما كانت عليه كالحكم بهدم حائط بناه شخص فسد على جاره الضوء والهواء كما قد يكون التعويض بصورة حكم بأداء أمر معين كنشر الحكم الصادر بأدانة مرتكب الفعل الضار في الصحف وقد يتخذ التعويض صورة رد المثل في المثليات (٢).

والأصل في تقدير التعويض أن يحدده القاضي بقدر الضرر وقت تحمله ما يقتضيه الغرض من التعويض وهو رد المضرور الى الوضع الذي كان يمكن أن يكون فيه لو لم يخل المدين بالتزامه، ومع ذلك قد يتغير الضرر من حيث جسامته في الفترة التي تمتد بين حدوثه وبين النطق بالحكم بالتعويض عنه. ويثار التساؤل عندئذ عما إذا كان يقدر وقت تحمله أو عند الحكم بتغطيته؟ من مقتضى العدالة أن يقدر التعويض عن الضرر المادي وقت صدور الحكم به لأن الضرر قد يتفاقم ويصبح عاهة مستديمة الى يوم صدور الحكم، أو

(١) تقابلها المادة (١٧١) من القانون المدني المصري.

(٢) ينظر:- د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٣٧٣ وما بعدها؛ د. سعدون العامري، مصدر

سابق، ص ٢٧٥ و٢٧٦.

تتغير أسعار السوق فالعبرة بسعر النقد أو السوق يوم النطق بالحكم (١) ، أما إذا تعذر على القاضي تقدير التعويض تقديراً نهائياً وقت الحكم جاز له أن يترك للمضروب الحق في المطالبة بأعادة النظر في تقدير التعويض خلال مدة معقولة وتكون العبرة في تقدير التعويض النهائي بوقت النطق بالحكم به وعلى ذلك نصت المادة (٢٠٨) من القانون المدني العراقي بقولها "إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد التعويض تحديداً كافياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بأعادة النظر في التقدير" (٢) .

الفرع الثاني

التعويض عن الضرر الأدبي

قبل الكلام عن تعويض الضرر الأدبي يقتضي الأمر معرفته فضلاً عن الضرر المعنوي. وقد يتبادر الى الذهن بأن الضرر الأدبي هو الذي لا يقع تحت الحواس فلا يمكن رؤيته أو لمسه لأنه خاص بالعواطف غير المادية، غير أن هذا ليس المعنى الحقيقي للضرر الأدبي لأن بعض الأضرار المحسوسة كالآلام الجسمية الناشئة عن الأصابة والتشويه الناتج عن الجروح تعد أضراراً أدبية. ولذلك فهو الضرر الذي لا يلحق بالمضروب أي ضرر مالي ولا يؤدي الى أي نقص في ذمته المالية، فهو يعرف بالضرر غير المالي (٣) .

(١) ينظر:- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٥٠؛ القاضي محمد عبد

طعيس، الأحكام الخاصة للتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، بغداد، ١٩٦٧، ص ١١٤.

(٢) تقابلها المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري.

(٣) ينظر:- د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٦٨ و ٦٩. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٦٤ و ٨٦٥.

* ينظر في تفصيل الضرر الأدبي وموقف القضاء العراقي:- د. منذر عبد الحسين الفضل، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الأول والثاني، بغداد، ١٩٨٧، ص ٢٥٥ وما بعدها.

ويمكن حصر أن الضرر الأدبي في الأحوال الآتية*:-
أولاً: ضرر أدبي يصيب الجسم، فالضرب والجرح علاوة على ما يسببانه للمصاب من ضرر مادي يتمثل فيما ينفقه من مال في العلاج أو في تعطله عن العمل يحدثان ضرراً أدبياً يتمثل فيما يسببه الاعتداء من ألم للمصاب.
ثانياً: ضرر أدبي يصيب الشرف والأعتبار والعرض، فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة والاعتداء على الكرامة أعمال تحدث ضرراً أدبياً، إذ هي تضر بسمعة المصاب وتؤدي شرفه وأعتباره بين الناس.
ثالثاً: ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور كانتزاع طفل من حضن أمه وخطفه أو الاعتداء على الأولاد أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة أو أصابة الشخص في معتقداته الدينية.

رابعاً: ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له كدخول شخص ملك غيره رغم معارضة المالك.

والتعويض عن الضرر الأدبي قد أشارت إليه المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي بقولها "١- يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حرите أو عرضه أو شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في أعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولاً عن التعويض. ٢- ويجوز أن يقضي بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب. ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي الى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي" (١).

يتضح من هذا النص أن المشرع العراقي وضع في الفقرة الأولى المبدأ العام للتعويض عن الضرر الأدبي وأجاز في الفقرة الثانية منحه للأزواج والأقربين من الأسرة في حالة موت المصاب، (٢) وحدد في الفقرة الثالثة شروط

(١) نصت المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري على أنه "١- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً. ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل الى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء. ٢- ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض إلا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب".

(٢) (الأقربون من الأسرة). من الصعب تحديدهم، فأقارب الشخص من يجمعهم وياه أصل مشترك (م ٣٨ مدني عراقي)، والقربانة أما أن تكون مباشرة ما بين الأصول والفروع أو غير مباشرة كقربانة الحواشي (م ٣٩ مدني عراقي). وأقارب أحد الزوجين يعدون في القربانة

أنتقله الى الغير. ويستفاد من هذا النص أن التعويض عن الضرر الأدبي حق يتعلق بشخص الدائن أو المضرور، فلا يثبت له الكيان المالي إلا إذا أقر به المدين أو طالب به الدائن قضاءً ، ولا ينتقل الى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق بين المتضرر وفاعل الضرر أو صدر به حكم نهائي إذا كان المتضرر قد رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض.

ويترتب على ذلك، أن المدعي إذا توفي قبل صدور الحكم في الدعوى أنقضى حقه بموته ولا ينتقل الحق الى الورثة، ولا يحق لدائني المضرور أن يستعملوا بأسمه الدعوى المباشرة للمطالبة بحق مدينهم في التعويض عن الضرر الأدبي إلا إذا تحدد مقدار التعويض اتفاقاً أو قضاءً. ويفهم كذلك أن الضرر الأدبي إذا نشأ عن موت المصاب كقتل زوج أو طفل أو مجنون فإن الحق في التعويض ينتقل الى الزوجين والأقربين من الأسرة الذين لم يتولى المشرع العراقي حصرهم، وأما ترك أمر تحديدهم الى القضاء وفي ذلك مسايرة للعدل، حيث سيجيز ذلك للقضاء التحري عن يتألمون حقيقة لموت المصاب بصرف النظر عن درجة القرابة، لأن الضرر الأدبي يبدو في هذه الحالة أماً في الشعور ومساساً بالعواطف، فقد لا يتأثر بموت المصاب أقرب أقربائه وقد يكون من الأبعدين من ذوي قرباه ممن يبدو أكثر الناس تألماً لموته (١).

ولما كانت الفقرة الثانية من المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي لم تحدد درجة القرابة من المستحقين للتعويض عن الضرر المعنوي الأمر الذي أوقع القضاء العراقي في حيرة، ففي قضية ذهبت فيها محكمة التمييز الى أنه "يستحق

والدرجة بالنسبة للزوج الآخر نفسها (م ٣/٣٩ مدني عراقي)، فأمر تقدير القرابة في حالة تقدير الضرر الأدبي متروك للمحكمة والعبرة لا بدرجة القرابة التي تربط المدعي بقريبه المتوفي بل بما سبب له موت هذا القريب من ألم وحزن.

ينظر في تفصيل ذلك:- د. عبد الرزاق عبد الوهاب، تعويض الضرر الأدبي في القانون السويسري والقانون العراقي، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الرابعة والعشرون، بغداد، ١٩٦٩، ص ٢٩-٣٠.

(١) ينظر:- عبد الرزاق عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٢٩-٣٠. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٢٤٨.

التعويض عن الضرر الأدبي أقرباء المتوفى حتى الدرجة الرابعة" (١) ، وفي قضية أخرى ذهبت فيها الى ما يأتي "تستحق الجدة التعويض الأدبي عن دعس حفيدها ووفاته لأنها من المشمولين بتعبير (الأقربين من الأسرة) الوارد في المادة (٢٠٥) من القانون المدني" (٢) ، في حين ذهبت في قضية أخرى الى ما يلي "أم الزوجة تستحق تعويضاً أدبياً عن موت زوج أبنيتها" (٣) ، و وجدت قرارات متعددة تحصر حق التعويض عن الضرر المعنوي للمستحقين بسبب الوفاة الى الدرجة الثانية من القرابة (٤) .

وتجدر الأثرة الى أن القانون المدني العراقي لم ينص على حالة تعويض الغير عن الضرر المعنوي في حالة العجز الدائم للمصاب وهو عيب في التشريع، وقد ذهب القضاء العراقي الى تأكيد ذلك، ففي قضية ذهبت فيها محكمة التمييز الى ما يأتي "إذا لم يمت المصاب فلا يحكم لوالده بتعويض أدبي عن أصابة ولده" (٥) ، وإلى أنه "لا يحق للغير المطالبة بالتعويض الأدبي إلا في حالة موت المصاب" (٦) .

(١) رقم القرار ١٧٧/مدنية أولى/ ١٩٨٠ في ١٩٨٠/٨/٣٠، مجموعة الأحكام العدلية، العدد ٩٨٠/٣، ص ١٥.

(٢) رقم القرار ٤٧٢/م/١/١٩٨١ في ١٩٨١/٥/١٠، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة ١٢، ١٩٨١، ص ٢٣.

(٤) رقم القرار ١٤٠٤/أدارية/ ٩٨١ في ١٩٨١/١٢/٣٠، مجموعة الأحكام العدلية، ١٩٨١، ص ٢٣.

(٤) رقم القرار ٤٠٢/م/١/٩٧٥ في ٩٧٥/١٠/٣٠، مجموعة الأحكام العدلية، ١٩٧٥، ص ٣٣.

(٥) رقم القرار ١٠٩٨/مدنية أولى/١٩٧٩ في ١٩٧٩/٥/٢٢، مجموعة الأحكام العدلية، العدد ٢، ١٩٧٩، ص ٣٦.

(٦) رقم القرار ٦٦٤/م/٤/١٩٧٩ في ١٩٧٩/٢/١٦، مجموعة الأحكام العدلية، العدد ١، ١٩٨٠، ص ١٥.

ونتفق مع جانب من الفقه^(١) في أن الوضع الصحيح لمسألة تحديد المستحقين للتعويض عن الضرر الأدبي بسبب القتل أو حوادث السيارات أو غيرها يوجب التمييز بين الضرر الجسمي المميت والضرر الجسمي غير المميت كما في حالة العجز الجزئي أو الكلي إذ يكون للزوج والأقارب الى الدرجة الثانية هم المستحقين للتعويض عن الضرر الأدبي وذلك تحقيقاً للعدالة. وعليه نقترح أقرار ما جاء بمضمون النص الوارد في مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٨٦ إذ نصت المادة (٤٣١) منه بقولها "١- لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن موت المصاب إلا للزوج والأقارب الى الدرجة الثانية الذين أصيبوا بالألم حقيقية. ٢- يجوز أن يقضي للأشخاص المشمولين بحكم الفقرة (١) من هذه المادة بالتعويض عن الضرر المعنوي في حالة العجز الدائم للمصاب إذا كان هولاء يعيشون معه".

ويثار السؤال هنا هل يجوز تعويض الضرر الأدبي تعويضاً عينياً أم بمقابل سواء كان نقدياً أو غير نقدي؟

أن حكم المادة (٢٠٩) مدني عراقي المار ذكرها جاءت مطلقة ومن ثم فإن شكل التعويض تحدده المحكمة فلها أن تحكم بتعويض مالي أو بأعادة الحالة الى ما كانت عليه أو نشر الحكم في الصحف على نفقة المدعى عليه (فاعل الضرر) أو بأي شكل تراه مناسباً لأزالة الضرر الذي أصاب المدعي (المتضرر)، و يمكن القول بأن التعويض بمبلغ من النقود وأن لم يكن طريقة مثالية لتعويض الضرر الأدبي فإنه طريقة ناجحة للتعويض في هذا المجال وأن كانت النقود لا تلعب في مجال التعويض عن الضرر الأدبي الدور نفسه الذي تلعبه في مجال التعويض عن الضرر المادي فهي مع ذلك تقوم بدور مرض، إذ أن الغاية من التعويض عن الضرر الأدبي منح المتضرر ترضية مناسبة تكافئ بقدر الأمكان الألم والحزن الذين يحيطان به، ويمكن تحقيق هذه الغاية عن طريق مبلغ من النقود يمنح للمتضرر ليستخدمه على وفق ما يريد^(٢).

(١) ينظر:- د. منذر عبد الحسين الفضل، مصدر سابق، ٢٨٣ و٢٨٤: ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ٨٥.

(٢) ينظر:- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٦٧٨: د. عبد الرزاق عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٣٢.

وتجدر الإشارة الى أن القضاء العراقي لم يستقر على رأي موحد من فكرة اعتماد الاعتبارات الخارجة عن الضرر المؤثرة في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، ففي قضية ذهبت محكمة التمييز الى ما يأتي "أن الضرر الأدبي يقدر من الخبراء بما يناسب مركز المتضرر الاجتماعي" (١)، في حين ذهبت في قرار آخر الى أن "التعويض الأدبي هو الحزن واللوعة أي ينتفي فيه المركز الاجتماعي او الاقتصادي لأي شخص فهو تعويض عن لوعة وعاطفة قد يتساوى فيه الناس كافة وعليه فلا ينبغي أن يكون هناك تفاوت ملحوظ في التعويض الأدبي بين شخص وآخر" (٢).

وهنا نتساءل فيما إذا كان يجوز التعويض عن الضرر المعنوي لعديم التمييز ومن في حكمه؟

لم تستقر محكمة التمييز على رأي محدد في هذا المجال، إذ جاء في إحدى القرارات بأن "الطفل الذي يشعر بالألم بسبب دعس أخته ووفاتها يستحق التعويض عن الوفاة دون أخيه الذي لا يشعر بذلك بسبب صغر سنه ويعود تقدير هذا الأمر الى الخبير مع الأخذ بنظر الاعتبار أن سن التمييز هو تمام السابعة من العمر (٣)، في حين من جهة ثانية ذهبت محكمة التمييز الى أنه "تستحق ابنة المتوفى دعساً تعويضاً أدبياً ولو كان عمرها سنة واحدة لأن حزن الصغيرة أشد وأوجع لحرمانها من الأب ومعاناتها من ذل اليتيم" (٤).

المطلب الثاني

التعويض عن الضرر في القوانين العراقية القديمة

- (١) رقم القرار ٣٢٦/حقوقية ثلاثة/٩٧٠ في ١٢/٥/٩٧٠، النشرة القضائية ١٩٧٠.
- (٢) رقم القرار ٣٨٦٧/أدارية ثلاثة/٩٨٢ في ٢٦/٦/٩٨٣، نقلاً عن: د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصدر سابق، ص ٣٦٩.
- (٣) رقم القرار ٨٠٣/مدنية أولى/١٩٧٨ في ١٦/٩/١٩٧٩.
- (٤) رقم القرار ٦٧/م/١٩٨٠ في ٢٦/٥/١٩٨٠، مجموعة القاضي ابراهيم المشاهدي، ص ٣٠٣.

أن التعويض في القوانين القديمة كما هي الحال في القوانين المعاصرة القصد منه إزالة الضرر أو التخفيف من وطأته إذ أتضح أن هنالك اختلافاً في صور التعويض ومقداره وأن قانون أورنمو يفرق بين تعويض الضرر الواقع على النفس وتعويض الضرر الواقع على المال، فقد جعل تعويض الأول مقداراً من الفضة يتسع ويضيق بحسب العضو التالف، ووجود نية الاعتداء أو أعدامها، وتعد الفضة من النقود في ذلك الزمن، يتضح هذا من خلال مواد قانون أورنمو كالمادة (٥) منه إذ نصت على أنه "خمس شقيقات من الفضة تعويض عن هتك عرض الأمة"، والمادة (١٥) بقولها "..... عشرة شقيقات من الفضة تعويضاً لقطع القدم"، والمادة (١٧) حيث نصت "..... ثلثا المنا من الفضة تعويضاً لقطع الأنف" (١)

أما تعويض الضرر الواقع على المال فيكون بمقدار معين من الشعير عن كل مساحة معينة من الأرض التالفة ويعد الشعير في المجتمع العراقي القديم من النقد أيضاً، إذ نصت المادة (٢٨) من قانون أورنمو على "..... ثلاثة كور من الشعير تعويضاً لأتلاف كل أيكو من الحقل". وبهذا يكون تعويض الأضرار في قانون أورنمو تعويضاً نقدياً على الرغم من اختلاف جنس التعويضات. ويتبين أن التعويض حق شخصي للمتضرر له أن يطالب به أو أن يعفي المسؤول عنه ولا ينتقل إلى الغير، ويشتمل على الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته أن وجد على وفق النص المادتين (٢٨ و٢٩)، ويحدده المشرع مسبقاً في كل حالة يمكنه فيها أن يتوقع قيمة الضرر (٢).

أما بالنسبة للتعويض في قانون لبت عشتار فقد نص على صور التعويض جميعها ، سواء كان النقدي (الفضة) (٣) ، أو التعويض العيني (١) أو التعويض

(١) ينظر كذلك:- (المواد ١٠، ١١، ١٦، ١٩) من قانون أورنمو.

(٢) ينظر:- د. ليلي عبدالله سعيد، المسؤولية التقصيرية في أقدم القوانين، مصدر سابق، ص ١٧١ و١٧٢.

(٣) نصت المادة (١٠) من قانون لبت عشتار على أن "..... نصف المنا من الفضة تعويضاً عن قطع شجرة من البستان".

أما المادة (١٣) فتبين قيمة العبد بخمسة عشر شيقلاً من الفضة.

كما ينظر:- المواد (من ٣٣-٣٧) من القانون نفسه .

بمقابل (٢) ، وأن التعويض النقدي فيها تمثله الفضة دون الشعير الذي ورد ذكره كنفذ في قانون أورنمو سواء كان تعويض الضرر واقعاً على المال أم على النفس. كما نجد أنه في قانون لبت عشتار كالمواد (٨، ١١، ١٢، ١٤، ١٧، ٢٩) لم يقدر فيها التعويض مباشرة بل ترك تقديره للقاضي على وفق شروط معينة في كل حالة، وهذا يؤكد انفصال التعويض المدني في أقدم القوانين عن الغرامة الجنائية، كما يبين هذا أن للقاضي سلطة تقديرية أوسع عن قانون أورنمو وهذا يدل على تطور السلطة التقديرية للقضاء.

لا يكاد يختلف التعويض في قانون أيشنونا فإنه عنه عما كان في قانون لبت عشتار، إذ كان التعويض أما عيني أو نقدي أو بمقابل (٣) ، ولم يرد ذكر الشعير بوصفه تعويضاً نقدياً ولكنه كان يتميز عن القانونين السابقين بزيادة مقدار التعويض، و كان للقضاء سلطة تقديرية في تقدير قيمة التعويض (٤) .

أما بالنسبة للتعويض في قانون حمورابي الذي أخذ بأنواع التعويض فقد حددت النصوص مقدار التعويض ونوعيته عن الضرر، وهي تشمل أنواع التعويض جميعها ويشمل النقد الفضة والحنطة والشعير، وميز بين التعويض بالحبوب (الحنطة والشعير) بوصفها من النقود لتعويض الضرر الواقع على المزروعات والأراضي الزراعية والبساتين (٥) أما التعويض بالفضة بوصفها نقداً فيعوض بها إذا تعلق الضرر بالجسم والحرية والأموال الأخرى غير المزروعات والأراضي الزراعية والبساتين، ومقدار الفضة يختلف باختلاف الضرر ونوعه ومقداره (٦) .

(١) تبين المادة (١٢) من قانون لبت عشتار التعويض العيني، حيث يعوض العبد بعبد وعند عدم توفر العبد يدفع خمس شقيقات من الفضة.

(٢) حيث بينت المادة (١١) من قانون لبت عشتار "يعوض صاحب الأرض جميع خسارة صاحب الدار".

(٣) ينظر المواد (٥، ٢٤، ٢٦) من قانون أيشنونا.

(٤) ينظر المواد (٢٣، ٢٤، ٢٦، ٥٤، ٦٠) من قانون أيشنونا.

(٥) ينظر المواد (٤٢، ٤٣، ٥٦، ٤٤، ٥٧، ٥٨) من قانون حمورابي.

(٦) ينظر المواد (٢٤، ١٣١، ١٤٠، ٢١٩، ٢٢٠، ٢٤١، ٢٢٥) من قانون حمورابي .

أما التعويض العيني فهو أكثر أنواع التعويض عدالة للمتضرر لأنه يعيد حالة المتضرر الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، ويتحقق إذا كان التعويض العيني ممكناً، فيرى حمورابي بأن التعويض النقدي ليس بإمكانه أن يحو ما يعانيه الشخص عندما تهان كرامته ولذا عاقب المعتدي في مثل هذه الحالات بالمثل لأنها حتماً سوف ترضي الطرف المعتدى عليه^(١) ، أما إذا أستحال تنفيذه فيتحول الى التعويض بالنقد ومثال ذلك ما ورد في المادة (٥٤) التي تؤكد أن من ألحق الضرر بالغير إذا أستحال عليه تعويض الضرر عيناً بدفع الحبوب التي تسبب بتلفها، فللمتضررين أن يبيعه وممتلكاته ثم يقسمون الثمن ويدفع للمتضررين^(٢) . وبالنسبة للتعويض بمقابل وهو دفع قيمة التعويض من غير النقد أو عين الضرر^(٣) وبالرجوع الى قانون حمورابي نجد أن النصوص القانونية جميعها المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية تضمنت نوعية التعويض ومقداره^(٤) ، وهذا ما يسمى بالتعويض القانوني.

أما التقدير الإتفاقي والقضائي للتعويض فإن عدم الإشارة إليهما لا يعني عدم معرفتهما أو اعتمادهما في المسؤولية، لأن العقود بأنواعها كانت معروفة وأكثرها رضائية وليس ما يمنع من إضافة الشروط المعروفة إذا أرتضاها الطرفان وهذا ما يؤكد نص المادة (٢٣٣) من قانون حمورابي حيث ورد فيها "ولم يكن عمله بحسب الشروط"، أما التعويض القضائي فإن نص المادة (٥) من قانون حمورابي يؤكد تأكيداً لا لبس فيه بقدرة القاضي على تحديد التعويض ومقداره فقد نصت على "إذا نظر في قضية قانونية وأصدر بخصوصها حكماً وثبت (الحكم) على رقيم مختوم، وبعد ذلك غير قراره فإن ثبت أن ذلك القاضي

(١) د. عباس العبودي، شريعة حمورابي، مصدر سابق، ص ٤٦ : شعيب أحمد الحمداني، قانون حمورابي، جامعة بغداد، ١٩٨٨، ص ٣٠.

(٢) ينظر المواد (٤٢، ٤٣، ٥٣، ٥٥، ٦٢، ١٦٠) تشمل التعويض العيني في قانون حمورابي.

(٣) ينظر المواد (٦١، ٦٢، ١٢٤، ١٢٥، ٢٣٢، ٢٣٧، ٢٤٦) من قانون حمورابي.

(٤) ينظر المواد (٤٤، ٥٦، ٥٧، ٥٩، ١١٢، ١١٧، ١٢٤، ٢١٤، ٢٠٩، ٢١١) من قانون حمورابي.

غير حكمه في القضية التي نظر فيها فعليه أن يتحمل عقوبة تلك الدعوى ويدفع أثني عشر مثلها".

وتجدر الإشارة الى أن تعويض الضرر الأدبي ليست بالمشكلة الحديثة، فقد عرفها رجال القانون منذ القدم، لذا كان الجزاء الذي يترتب على الاعتداء على شرف الشخص أشد من الجزاء الذي يترتب على الاعتداء على أمواله، ولاسيما في زمن كان فيه الانتقام والأخذ بالتأثر شريعة في المجتمع، ولعل في أسباب المبارزة التي ظلت سائدة الى وقت قريب خير دليل على ما نقول^(١). ويتحدد مقدار التعويض بمقدار الضرر الواقع إذا كان الخطأ (الفعل الضار) صادر عن أهمال وتقاعس أي خالي من الغش والخداع والتعمد، بإلزام الفلاح تعويض صاحب الحقل الذي تركه من دون زراعة بقدر ما ينتجه حقل جاره، وألزام البستاني الذي لم يلقح الأشجار وأهملها أن يدفع لصاحب البستان قدر محصول بستان جاره^(٢). ويتحدد التعويض بمقدار أضعاف مقدار الضرر في الحالات التي يتصف فيها الفاعل (مرتكب الفعل الضار) بالغش والخداع والعمد، ومن ذلك إلزام المقرض رد ضعف ما تسلمه للمقترض إذا أضاف الفائض الذي أسنلمه الى المال ولم يدون فيه عقد لخداع المقترض^(٣)، وإلزام الراعي الذي غش في علامات الحيوانات المسلمة إليه ثم باعها بدفع عشرة أمثالها لصاحبها، أما إذا أهمل في حراستها وضاعت فعليه تعويض صاحبها بمثلها^(٤). وبالتالي يكون للتعويض في شريعة حمورابي هدف مزدوج، يتمثل الأول في إصلاح الضرر وجبره كاملاً للمتضرر، والثاني هو ردع المسؤول السيء النية لأصلاح سلوكه المعوج وعقابه بدفع قيمة الضرر مضاعفة.

وتجدر الإشارة الى مسألة مهمة وردت في شريعة حمورابي، وهي في حالة إذا تحققت أركان المسؤولية وأستحال معرفة الفاعل للفعل الضار فأن المسؤولية عندئذ تقع على حاكم المدينة أو عمدتها بوصفهما المسؤولين عن حماية الأشخاص والأموال في داخل مدينتهما أو مقاطعتهما، إذ تشكل المادتان (٢٣)،

(١) ينظر: - د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٧١.

(٢) ينظر المواد (٤٣، ٤٤، ٦٢، ٦٥) من قانون حمورابي.

(٣) ينظر المادة (م/ي) من قانون حمورابي.

(٤) ينظر المادتين (٢٦٣، ٢٦٥) من قانون حمورابي.

(٢٤) قاعدة قانونية غاية في الأهمية حتى الوقت الحاضر وهي ضمان الدولة وحماتها للشخص وماله من كل اعتداء سواء كان المعتدي معلوماً أو مجهولاً، وهذا المبدأ العادل لم تعرفه حتى اليوم معظم القوانين المعاصرة والنافذة ومنها القانون المدني العراقي وقوانين الدول العربية الأخرى، وتقوم مسؤولية الحاكم أو عمدة المدينة على أساس الخطأ المفترض غير القابل لأثبات العكس، بوصفهما مسؤولين عن حماية المواطنين وممتلكاتهم ووجوب اليقظة لإيجاد المعتدين على الأشخاص والممتلكات أو منعهم من ذلك وإلا كانا ضامنين.

الخاتمة

بعد أن أنهينا من كتابة بحثنا المتواضع، لا بد من عرض أهم ماتوصلنا إليه من نتائج وتوصيات على وفق الآتي:-

أولاً: النتائج

١. يتضح لنا عدم صحة ماذهب إليه البعض من شراح القانون الى أن الشرائع العراقية القديمة كانت تختلط فيها المسؤولية التقصيرية بالمسؤولية الجنائية، وعليه نتفق مع جانب من الفقه بأن تلك الشرائع قد عرفت حالات المسؤولية التقصيرية بصورة مستقلة، إذ وردت فيها تلك الحالات على سبيل المثال لا الحصر، لأنها لم تقن الأعراف والقواعد القانونية كلها التي كانت سائدة، بل عالجت ما كان غامضاً أو محل شك، وهذا لا يتحقق في المسؤولية الجنائية التي جزاؤها العقوبة أو الغرامة لأن لا عقوبة إلا بنص.

٢. يبدو الخطأ التقصيري على وفق أحكام القانون المدني العراقي في صورة انحراف عن سلوك الشخص المعتاد المحاط بالظروف نفسها الفاعل الخارجية، سواء كان أخلاقياً متعمداً أو غير متعمد وسواء صدر من مميز أو من عديم التمييز، أما بالنسبة للخطأ أو الفعل الضار في الشرائع العراقية القديمة فهو كل فعل يؤدي الى الضرر في ذاته أستوجب تعويضاً ما ترتب عليه من تلف لأنه يكون فعلاً محظوراً بالنظر الى نتائجه، ويعد الضرر سبباً للتعويض ويستوي أن يكون الفعل الضار صادراً عن عمد أو

عن حسن نية أو يكون الأهمال بقصد أو من دون قصد مادامت النتيجة الضارة قد تحققت فتحققت بها المسؤولية .

٣. أن القوانين في العراق القديم هي الأصل التاريخي لنظرية المسؤولية الشخصية التي تركز على الضرر من دون الخطأ، التي يطالب بها الفقه القانوني المعاصر في أنحاء العالم معظمها لتقوم بدلاً من المسؤولية التي تبني على الخطأ بركنيه (التعدي والأدراك)، أي بمعنى أن المسؤولية تبني على فكرة الخطأ أي الانحراف عن السلوك المعتاد من دون النظر إلى أدراك المخطئ في تسببه بالضرر من عدمه.

٤. قد يكون التعويض عيني أو نقدي أو غير نقدي، والتعويض بصوره هذه قد يكون تعويض عن ضرر مادي أو ضرر أدبي. ويكون تعويض الضرر المادي غالباً نقدياً تلجأ إليه المحكمة عندما يتعذر فيها التعويض العيني أو التعويض غير النقدي، وكذلك يجوز تعويض الضرر الأدبي تعويضاً عينياً أو بمقابل وأن كان التعويض بمبلغ من النقود ليس طريقة مثالية لتعويضه فهي طريقة ناجحة وأن كانت النقود لا تؤدي الدور نفسه الذي تلعبه في مجال التعويض عن الضرر الأدبي.

٥. كما وجدنا بأن القوانين في العراق القديم قد اعتمدت في تحديد مقدار التعويض على الخطأ في المسؤولية التقصيرية لأن مقدار التعويض لديها يتأثر بحسب ما إذا كان الفعل الضار مكوناً عمداً أم أهمالاً ، لأن المبدأ الذي يسودها هو أن التعويض الذي يتحمله مرتكب الفعل الضار عمداً يكون أكبر لو كان الفعل الضار مكوناً عن أهمال أو مجرد تسبب في وقوع الضرر، وبهذا يتبين مدى الدقة في التنظيم للمسؤولية في تلك المرحلة التاريخية.

٦. عرفت القوانين القديمة مسألة في غاية الأهمية وهي ضمان الدولة وحمايتها للشخص وماله من كل أعتداء سواء كان المعتدي معلوماً أو مجهولاً، وهذا المبدأ العادل لم تعرفه حتى اليوم القوانين المعاصرة والنافذة معظمها ومنها القانون المدني العراقي وقوانين الدول العربية الأخرى، وتقوم مسؤولية الحاكم أو عمدة المدينة على أساس الخطأ المفترض غير القابل لأثبات العكس، بوصفهما مسؤولين عن حماية المواطنين وممتلكاتهم ووجوب اليقظة لإيجاد المعتدين على الأشخاص والممتلكات أو منعهم من ذلك وإلا كانا ضامنين.

ثانياً: التوصيات

١. نقترح بأن يحذو المشرع العراقي حذو المشرع الأردني بأن يتبنى موقفاً موحداً من مسؤولية الصغير، وأن ينص على أن "كل أضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، و "إذا أتلّف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله"، وبذلك يرفع التناقض الذي وقع فيه من خلال نص المادتين (١٨٦) و (١٩١) من القانون المدني العراقي. وذلك على أساس أن المفهوم الصحيح للخطأ يتمثل بأن الخطأ لا ينسب الى فاعله وإنما ينسب الى الفعل وحده.
٢. نوصي المشرع العراقي بأن يكتفي في نص المادة (٢١١) من القانون المدني على ذكر القوة القاهرة من دون ذكر الآفة السماوية لأنها تفيد المعنى نفسه ، فهي كل فعل لا ينسب الى فعل البشر وليس في الحسابان توقعها أو تلافيتها فضلاً عن عدم الحاجة لذكر الحادث الفجائي لأنه إما أن يكون قوة قاهرة أو فعل الغير الذي نصت عليه المادة نفسها .
٣. لم ينص القانون المدني العراقي على حالة تعويض الغير عن الضرر الأدبي في حالة العجز الدائم للمصاب وهو عيب في التشريع، ونقترح إقرار ما جاء بمضمون النص الوارد في مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٨٦ إذ نصت المادة (٤٣١) منه بقولها "١- لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن موت المصاب إلا للزوج والأقارب الى الدرجة الثانية الذين أصيبوا بالأم حقيقية. ٢- يجوز أن يقضي للأشخاص المشمولين بحكم الفقرة (١) من هذه المادة بالتعويض عن الضرر المعنوي في حالة العجز الدائم للمصاب إذا كان هولاء يعيشون معه".
٤. لم ينص القانون المدني العراقي على حالة تعويض عديم التمييز ومن في حكمه عن الضرر الأدبي، وهذا أيضاً قصور في التشريع، لذا نقترح على المشرع أن ينص صراحة على ذلك لأن الصغير سوف يكبر ويحس بالحرمان والحزن لفقدان أحد أفراد أسرته وأن كان لا يحس بالحزن والفرح في حينها فإنه يحتاج الى المال لمعيشته.

٥. نوصي المشرع العراقي بأن ينص على حالة ضمان الدولة وحمائتها للأشخاص وأموالهم من كل أعتداء يقع عليهم ولاسيما إذا كان الفاعل للفعل الضار مجهول الهوية وتقوم مسؤولية الدولة هنا على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس بوصفها مسؤولة عن حماية المواطنين وممتلكاتهم ووجوب اليقظة لإيجاد المعتدين على الأشخاص وأموالهم أو منعهم من ذلك وإلا كانت ضامنة.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب القانونية

١. د. أنور سلطان، النظرية العامة للألتزام، ج ١، مصادر الألتزام، دار المعارف، بغداد، بدون سنة طبع.
٢. جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٤.
٣. جورج بوبيه شمار، المسؤولية الجزائية في الآداب الأشورية والبابلية، ترجمة سليم الصويص، بغداد، ١٩٨١.
٤. د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١.
٥. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الألتزام، بدون مكان وسنة طبع.
٦. شعيب أحمد الحمداني، قانون حمورابي، جامعة بغداد، ١٩٨٨.
٧. د. عامر سليمان، القانون في العراق القديم، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٧٧.

٨. د. عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، ط١، ١٩٦٤.
٩. د. عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
١٠. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج١، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢.
١١. د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل، ١٩٨٠.
١٢. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٧١.
١٣. د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
١٤. د. مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، ج٢، المسؤولية الجنائية، بيروت، ١٩٨٥.
١٥. د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، ط١، ١٩٩١.
١٦. د. هاري ساكز، ترجمة د. عامر سليمان، عظمة بابل، طبع كلية الآداب، الموصل، ١٩٧٩.

١٧. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، ط١، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٠.

ثانياً: البحوث

١. ابراهيم المشاهدي، تطور اتجاهات القضاء في العراق حول التعويض الأدبي، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الأول، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١.

٢. د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مدى مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في القانون المقارن، بحث مقارن في القانون الفرنسي والقانون المصري وفقه الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة السادسة، العدد الرابع، ١٩٨٢.

٣. جليل حسن الساعدي، الظروف الملازمة للضرر وتأثيرها على تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد خاص، ١٩٩٨.

٤. د. زهير البشير، الالتزامات في شريعة حمورابي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد الثامن، العددان الأول والثاني، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٩.

٥. شعيب أحمد سليمان، المسؤولية المبنية على تحمل التبعة، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد الخامس عشر، السنة العاشرة، بغداد، ١٩٨٣.

٦. د. بصري حمد خاطر، تطور فكرة المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الأول، السنة الثالثة، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١.

٧. د. عبد الرزاق عبد الوهاب، تعويض الضرر الأدبي في القانون السويسري والقانون العراقي، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الرابعة والعشرون، بغداد، ١٩٦٩.
٨. د. علي الجيلاوي، أثر القوانين العراقية القديمة في التشريعات المدنية الحديثة، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، العدد الثاني، السنة الثانية، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٠.
٩. عوني فخري، وجوب تعويض المضرور وأثره في تطور المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية التي تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، العدد الرابع، السنة الثانية، بغداد، ٢٠٠٠.
١٠. د. ليلى عبدالله سعيد، المسؤولية التقصيرية في أقدام القوانين العراقية، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الأول، ١٩٨٦.
١١. د. ليلى عبدالله سعيد، المسؤولية المدنية في شريعة حمورابي، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات التي تصدر عن جامعة مؤتة، الأردن، القسم الثاني، المجلد الثاني عشر، العدد الثالث، ١٩٩٧.
١٢. القاضي محمد عبد طعيس، الأحكام الخاصة للتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، بغداد، ١٩٦٧.
١٣. د. منذر عبد الحسين الفضل، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد السادس، العددان الأول والثاني، بغداد، ١٩٨٧.

ثالثاً: - القرارات القضائية

١. رقم القرار ١٧٧/مدنية أولى/١٩٨٠ في ١٩٨٠/٨/٣٠، مجموعة الأحكام العدلية، العدد ٣/١٩٨٠.
٢. رقم القرار ٤٧٢/م/١٩٨١ في ١٩٨١/٥/١٠، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة ١٢، ١٩٨١.
٣. رقم القرار ١٤٠٤/أدارية/ ٩٨١ في ١٩٨١/١٢/٣٠، مجموعة الأحكام العدلية، ١٩٨١.
٤. رقم القرار ٤٠٢/م/١٩٧٥ في ١٩٧٥/١٠/٣٠، مجموعة الأحكام العدلية، ١٩٧٥.
٥. رقم القرار ١٠٩٨/مدنية أولى/١٩٧٩ في ١٩٧٩/٥/٢٢، مجموعة الأحكام العدلية، العدد ٢، ١٩٧٩.
٦. رقم القرار ٦٦٤/م/١٩٧٩ في ١٩٧٩/٢/١٦، مجموعة الأحكام العدلية، العدد ١، ١٩٨٠.
٧. رقم القرار ٣٢٦/حقوقية ثلاثة/١٩٧٠ في ١٩٧٠/٥/١٢، النشرة القضائية ١٩٧٠.
٨. رقم القرار ٨٠٣/مدنية أولى/١٩٧٨ في ١٩٧٩/٩/١٦.

رابعاً: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م المعدل.
٢. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م المعدل.
٣. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م المعدل.