التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها

ميثاق طالب غركان

الى

مجلس كلية القانون في جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف

الدكتور ميري كاظم عبيد

أستاذ القانون المدني المساعد

١٤٢٧هـ ٢٠٠٦م

The Indemnifying Of Moral Damge In The Contractual Responsibility

Athesis submitted to coucil of law university of Babylon in the partial fulfillment of the requirement for master dgree in private law

By

Mithak Taleeb Garkan

Under the supervision of

Dr. Meeri Kazem Aubead

Assist professor

A.H ١٤٢٧ **A.D ٢٠٠٦**

(وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنْبِهِ أَوْ قَاعِداً أَوْ قَائِماً فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ مَرَّ كَأَنْ لَمْ يَدْعُنَا إِلَى ضُرٍّ مَسَّهُ كَذَلِكَ زُيِّنَ لِلْمُسْرِفِينَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ)

صدق الله العلي العظيم

(يونس:١٢)

الإهداء

الى فلذة كبد هادي الأمة... وقرة عين سيد الأئمة..

وأم السادة العصمة.... وشفيعتي يوم القيامة.....

الى الزهراء فاطمة..... عليها السلام.....

الى قائد الركب الذي قاد السفينة الى بر الأمان....أبي

والسماء الصافية التي أمطرت عليّ من وابل خيرها.....أمي

والشموع التي احترقت لنضيء دربي.... أخوتي

والينابيع الصافية التي أسقتني في رحلتي..... أخواتي

اهدي بحثي هذا.....

شكر وتقدير

الحمد لله الذي صرف الرياح بقدرته، وشق الحجر بحكمته، وأمطر السحاب برحمته، ورزقنا خيره بمنته، والصلاة والسلام على خير بريته محمد وعلى عترته أمناء الله وصفوته، أما بعد، يدعوني واجب الوفاء وقد انتهيت من إعداد هذه الرسالة ان أتقدم بجزيل شكري، وعظيم تقديري لأستاذي الفاضل الدكتور ميري كاظم عبيد لتفضله بالإشراف على رسالتي، فقد كان لإرشاداته القيمة، وتوجيهاته السديدة، وغزارة علمه ودقة ملاحظاته أعظم الأثر في إعداد هذه الرسالة وإخراجها بهذا المضمون ولم يأل جهداً في مساعدتي، وأحاطني برعايته الأبوية الكريمة، وأفادني من فيض خبرته الطويلة في مجال البحث، فأسأل الله العلي القدير ان يحفظه ويطيل في عمره.

وشكري وامتناني الى عمادة كلية القانون وأساتذتها، والى موظفي مكتبة كلية القانون بجامعة بابل وبغداد والنهرين وموظفي المعهد القضائي لما بذلوه من جهد وعناء فلم يبخلوا علي بشيء.

وأتوجه بالشكر والامتنان الى كل من السادة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة لما قدموه من توجيهات قيمة ارتقت بمستوى هذه الدراسة، وأتقدم بالشكر والتقدير الى كل من مد لي يد العون وأخص بالذكر الدكتور حسن حنتوش رشيد لما أبداه من معونة ومشورة فله مني كل الحب والمودة. وشكري وتقدري للأستاذ الفاضل محسن علي لما بذله من جهد في ترجمة المصادر الفرنسية، أما الأهل، والأصحاب، والأصدقاء، فلهم إحسان يذكر وجهود لا تنسى أبداً، وكل من له صلة بهذه الدراسة فله مني الثناء الطيب والشكر الجزيل.

وقد روي عن الإمام الصادق (ع) انه قال ((رحم الله أمرءاً أهدى إلينا عيوبنا)) وأسأل الله للجميع العافية وللقاريء المتعة والفائدة وللمتفحص المعذرة، وقد قال ابن قيم الجوزية في كتاب طريق الهجرتين ((فيا أيها القاريء له والناظر فيه هذه بضاعة مزجاة مسوقة إليك، وهذا فهمه ونظره معروض عليك...لك غنمه وعلى مؤلفه غرمه... ولك ثمرته وعليه عائدته... فان عدم منك حمداً وشكراً فلا يعدم منك عذراً)) والحمد لله والشكر له على نعمه وآلائه التي لا تعد ولا تحصى....

الباحث

قرار لجنة المناقشة

نحن أعضاء لجنة المناقشة نشهد بأننا قد اطلعنا على هذه الرسالة والموسومة بـ(التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية- دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (ميثاق طالب غركان) وقد ناقشنا الطالب في محتوياتها وكل ما له علاقة بها ونرى بأنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

التوقيع : التوقيع:

الاسم: ***الأستاذ الدكتور عزيز كاظم جبر*** الاسم : ***الأستاذ المساعد الدكتور حسن حنتوش رشيد***

رئيساً **عضواً**

التوقيع : التوقيع:

الاسم: ***الأستاذ المساعد الدكتور منصور حاتم محسن*** الاسم : ***الأستاذ المساعد الدكتور ميري كاظم عبيد***

عضواً **عضواً مشرفاً**

صدقت من قبل مجلس كلية القانون ـ جامعة بابل

الأستاذ الدكتور

عميد كلية القانون / جامعة بابل

/ /٢٠٠٦م

The Indemnifying of Literary damage in the contractual responsibility

The civil responsibility will not grow unless there is a public punishment which is the indemnifying with out the existence by the damage. The damage is the first flame which is triggered by the responsibility. Most of the damage in the contractual responsibility lay down on the lender is financial harm buty there is also a damage in the lender's sense, dignity and reputation.

This subject reveals a wide controversies among the specialists in law, nevertheless most of the them go to consider it a leak responsibility and not contractual responsibility. This insisting on the compensating of the damage was not some thing easy to establish because of the disagreement and refusal by many of the specialist in law.

Due to the importance of this subject it gain a special attention by civil legislation due to the fact that damge harm the lander deeply in his feeling and reputation and it is something not consistence with logic and justice when this indemnifying is not fitted.

The reason behind confirming the indemnifying for the lender is to comfort him and make him feel happy and the reverse makes the lender feel sad and makes his life not stable.

The researcher deals with the subject in an introduction and three chapter. The first chapter deroted to introduce and define what is meant

by the indemnifying of moral damage in the contractual responsibility and this chapter divided into three parts. Port one deals with defining the concept of moral damage and the second part deroted to shed light on the conditions of the indemnifying of moral damage and third part presents the kinds of the moral damage.

The second chapter presents the legal foundation of indemnifying of moral damage. This chapter is divided into two parts. The first one contains the legal foundation of the indemnifying for the moral damage. The second part deals with the ways of indemnifying for the moral damage.

The third chapter presents the calculating of the indemnifying for the moral damage and the role of the authority of law in calculating that indemnifying and this chapter is classified into two parts, the first one presents the calculating of the indemnifying for moral damage. The second part deals with the role of the law in calculating the indemnifying.

The research ends with some results and suggestions among them are:

- the researcher suggests that Iraqi changes item (٤١) of the Iraqi civil law to contain a legal protection to both the surname and family name instead of protecting the family name only.

- the researcher suggests that the Iraqi civil law must contain a legislation concerning the indemnification for the moral damge in item (٢٠٥) in the impact of obligation and not in special legislation in illegal work.

The researcher asks the legislature to be convinced by what in contractual responsibility, and the researcher suggests that the judge must minimize the indemnification in case of multi- fault by both the lender and borrower in item (٢١٠) in order to establish justice because the lender must submit to part of the indemnification for the damge in case he is a part in making the damage.

The researcher calls for a legislation for indemnification for chance loosing and assists what is now found in our law by consider the chance loosing indemnification is something with establishing justice.

The researcher asks the Iraqi legislature to specify the conditions that must confirm in order to indemnifying the damage in a straight legislation so that we can avoid any disagreement among the specialist in law.

In order to avoid the shorter in the process of culcating the indemnification of the literary damage the researcher suggests that process begins by culcating all the circumstances of the one who is harmed and the researcher suggests that the court chooses a specialist whose circumstances is the same as the one who is harmed.

Finally the researcher hopes that he fulfills the aims of the study.

إقـــرار المقوم العلمي

اشهد بان رسالة الماجستير للطالب (ميثاق طالب غركان) الموسومة (التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية- دراسة مقارنة) قد تمت مراجعتها من الناحية العلمية وإنها صالحة للمناقشة .

التوقيع :

المقوم العلمي :

التاريخ:

إقـــرار المقوم اللغوي

اشهد بان رسالة الماجستير للطالب (ميثاق طالب غركان- دراسة مقارنة) الموسومة (التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية- دراسة مقارنة) قد تمت مراجعتها من الناحية اللغوية وإنها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية .

التوقيع :

المقوم اللغوي : د.موسى حسين الموسوي

الكلية: التربية الأساسية- جامعة بابل

إقـــرار المشـــــرف

اشهد ان هذه الرسالة الموسومة (التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية- دراسة مقارنة) قد جرت تحت إشرافي في كلية القانون / جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص .

التوقيع :

الاسم :

التاريخ : / / ٢٠٠٦م

بنــاءً على التوصيــات المطلوبة أرشح هذه الرسالـــة للمناقشـــة

التوقيع :

الاسم : أ.م.د.حكمت عبد الرزاق الدباغ

م. العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا

/ / ٢٠٠٦م

إقـــرار المشـــــرف

اشهد بان اعداد هذه الرسالة الموسومة بـ (التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية- دراسة مقارنة) المقدمة من الطالب (ميثاق طالب غركان) قد جرى بإشرافي في كلية القانون – جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون .

الموضوع	الصحيفة

التوقيع :

الاسم : **ا.م.د.ميري كاظم عبيد**

التاريخ :

بنـاءً على التوصيـات المتـوفره ارشـح هذه الرسالـة للمناقشـة

التوقيع :

الاسم :

التاريخ :

المقدمة	١٠-١٥
الفصل الأول: التعريف بالضرر الأدبي في المسؤولية العقدية.	١٦-٦٨
المبحث الأول: تحديد مفهوم الضرر الأدبي.	١٨-٣٣
المطلب الأول: تعريف الضرر الأدبي.	١٨-٢٧
المطلب الثاني: ذاتية الضرر الأدبي.	٢٧-٣٣
الفرع الأول: خصائص الضرر الأدبي.	٢٨-٣٢
أولاً:- ورود الضرر الأدبي على حقوق ثابتة للإنسان.	٢٨-٣٠
ثانياً: ان الحقوق الطبيعية هي حقوق غير مالية.	٣٠-٣٢
الفرع الثاني: معايير التمييز بين الضرر الأدبي والضرر المادي.	٣٢-٣٣
المبحث الثاني: شروط الضررالأدبي.	٣٤-٥٠
المطلب الأول: ان يكون الضرر الأدبي مباشراً.	٣٥-٣٨
المطلب الثاني: ان يكون الضرر الأدبي محققاً.	٣٩-٤٤
المطلب الثالث: ان يكون الضرر الأدبي متوقعاً.	٤٤-٤٧
المطلب الرابع: ان يكون الضرر الأدبي قد أصاب حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة.	٤٨-٥٠
المبحث الثالث: صور الضرر الأدبي.	٥١-٦٨
المطلب الأول: الضرر الأدبي الواقع على حق الإنسان في سلامة جسده.	٥١-٥٧
الفرع الأول: الآلام الجسمية.	٥٢-٥٣
الفرع الثاني: الضرر الجمالي.	٥٤-٥٥
الفرع الثالث: ضرر الحرمان من مباهج الحياة.	٥٥-٥٧
المطلب الثاني: الضرر الأدبي الذي يصيب مشاعر الإنسان.	٥٧-٦٨
الفرع الأول: المس بالسمعة أو الشرف.	٥٧-٦٠
الفرع الثاني: الاعتداء على اسم الشخص ولقبه.	٦١-٦٢
الفرع الثالث: الضرر الأدبي الناشيء عن إيقاع الطلاق التعسفي.	٦٣-٦٨
الفصل الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن الضرر الأدبي وطرق تعويضه.	٦٩-١٠٠
المبحث الأول: الأساس القانوني للتعويض عن الضرر الأدبي.	٧٠-٨٣

الموضوع	الصحيفة

المحتويات

المطلب الأول : نظرية العقوبة الخاصة.	٧٠-٧٨
المطلب الثاني: نظرية الترضية البدلية.	٧٩-٨٣
المبحث الثاني: طرق التعويض عن الضرر الأدبي.	٨٤-١٠٠
المطلب الأول: التعويض العيني ومدى صلاحيته لجبر الضرر الأدبي.	٨٦-٩٣
المطلب الثاني: التعويض بمقابل ومدى صلاحيته لجبر الضرر الأدبي.	٩٤-١٠٠
الفرع الأول: التعويض غير النقدي ومدى صلاحيته لجبر الضرر الأدبي.	٩٤-٩٧
الفرع الثاني: التعويض النقدي ومدى صلاحيته لجبر الضرر الأدبي.	٩٨-١٠٠
الفصل الثالث: تقدير التعويض عن الضرر الأدبي وسلطة القاضي التقديرية.	١٠١-١٣٤
المبحث الأول: تقدير التعويض عن الضرر الأدبي.	١٠٢-١١٧
المطلب الأول: موقف الفقه من الظروف الملابسة.	١٠٣-١٠٦
المطلب الثاني: موقف القانون من الظروف الملابسة.	١٠٧-١١٢
المطلب الثالث: موقف القضاء من الظروف الملابسة.	١١٣-١١٧
المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية.	١١٨-١٣٤
المطلب الأول: التعويض الكامل والتعويض العادل.	١١٩-١٢٧
المطلب الثاني: القيود التي ترد على سلطة القاضي في التقدير.	١٢٨-١٣٤
الفرع الأول: طلبات الخصوم.	١٢٨-١٣١
الفرع الثاني: الخطأ المشترك.	١٣١-١٣٤
الخاتمة.	١٣٥-١٤١
المصادر.	١٤٢-١٥٧
ملخص الرسالة باللغة الإنكليزية.	٣-١

المحتويات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله تعالى الذي منه التوفيق واليه الإنابة والصلاة والسلام على رسول الله محمد وعلى اله وصحبه المنتجبين.....

أولاً:- تحديد موضوع البحث:

ان المسؤولية بوجه عام هي حالة الشخص الذي يرتكب فعلاً يستوجب المؤاخذة فان انتهك ذلك الفعل قاعدة خلقية كانت المسؤولية أخلاقية، وجزاؤها استهجان المجتمع لذلك الفعل المخالف للأخلاق.

وقد تكون المسؤولية قانونية وهي على نوعين: أما مسؤولية جنائية تترتب نتيجة مخالفة قواعد القانون الجنائي، أو مسؤولية مدنية تترتب نتيجة لمخالفة قواعد القانون عدا الجنائي، لذا توصف بأنها مسؤولية مدنية، وهي على نوعين: عقدية وتقصيرية، فالمسؤولية العقدية تترتب نتيجة الإخلال بالتزام عقدي، أما التقصيرية فتترتب نتيجة للإخلال بالتزام غير عقدي، وهو التزام عام يفرض على الناس جميعاً ويكون مضمونه عدم إلحاق الضرر بالغير.

والمسؤولية المدنية لا تنهض ولا ينشأ عنها الجزاء العام، ألا وهو التعويض بدون وجود الضرر. فالضرر هو الشرارة الأولى التي تقدح عنها المسؤولية والضرر الذي يصيب الدائن في المسؤولية العقدية قد يكون أدبياً يصيب الدائن في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو سمعته، إذ ليس هناك ما يمنع ان تكون للمتعاقد مصلحة أدبية في تنفيذ العقد، فإذا أخل المدين بالتزامه، لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي في شعوره. ولقد أثار موضوع التعويض عن الضرر الأدبي جدلاً كثيراً بين الفقهاء، ولاسيما ان اتجاهاً واضحاً في الفقه

يذهب الى حصره في مجال المسؤولية التقصيرية دون العقدية مخالفاً بذلك اتجاها آخر يذهب الى الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي في مجال المسؤولية المدنية بوجه عام تأثراً بمبدأ وحدة المسؤولية وصولاً الى التعويض العادل.

وفيما يتعلق بموضوع التعويض عن الضرر الأدبي فان الإقرار به في نطاق المسؤولية العقدية لم يكن التوصل إليه أمراً يسيراً بل تعرض للرفض من العديد من الفقهاء، وهذا ليس بالأمر الغريب، فالضرر الأدبي لم يقره الفقه والقضاء أول الأمر في نطاق المسؤولية التقصيرية، بل تعرض لموجات من المد والجز متأرجحة بين رفضه والأخذ به وتعليقه على شروط وحالات خاصة. ففي فرنسا ظهرت ثلاثة اتجاهات كان لمؤيدي كل منهم حججهم، فالاتجاه الأول يذهب الى عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي وذلك لعدم وجود نص تشريعي يجيزه، إضافة الى ان طبيعة هذا الضرر لا تسمح بالتعويض عنه وان الهدف من التعويض بشكل عام هو محو الضرر وإزالته لا يتناسب مع هذه الطبيعة، وان تقدير التعويض عن هذا النوع من الضرر ان سلمنا به يجد صعوبات من الناحية العملية الى جانب قولهم ان تعويضه يتنافى مع مبادىء الأخلاق.

أما الاتجاه الثاني فكان وسطاً ظهر فيه رأيان: الأول علق جواز التعويض عن الضرر الأدبي ان يكون ناتجاً عن ضرر مادي، في حين كان الرأي الثاني يذهب الى ان التعويض عن الضرر الأدبي يكون في بعض الأنواع دون الأخرى، فالضرر الأدبي الذي يصيب السمعة والشرف والاعتبار والمظهر الجمالي [الجانب الاجتماعي للذمة الأدبية] ضرر قابل للتعويض، بينما الضرر الأدبي الذي لا يمس عواطف الإنسان مشاعره [الجانب النفسي للذمة الأدبية] ضرر غير قابل للتعويض، ولقد فندت حجج هذين الاتجاهين من قبل الاتجاه الثالث القائل بجواز التعويض عن الضرر الأدبي على إطلاقه.

ولقد استقر الفقه على ان القانون الفرنسي القديم كان يعرف التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية التقصيرية وحدها دون العقدية، خلافاً لما كان عليه الحال في القانون الروماني الذي عرف تعويض الضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية العقدية الى جانب التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية التقصيرية ، إذ يرى أنصار

التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ان واضعي القانون الفرنسي القديم لم تصل الى أيديهم نصوص القانون مما دفعهم الى الاعتقاد بعدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية.

ثانياً:- أسباب اختيار الموضوع:

أما عن الأسباب الذي دفعتني لاختيار موضوع البحث فتتمثل بأهميته الكبيرة من الناحية النظرية باعتبار التعويض هو الجزاء الذي يترتب على الإخلال بالتزام عقدي فالضرر الأدبي يصيب الإنسان في اعز ما يملك، فهو يصيبه في مشاعره وأحاسيسه وسمعته، فعدم إقرار الحق في التعويض له فيه مجافاة للعدل والمنطق، فالغاية من الاعتراف لهم بالتعويض في المسؤولية العقدية هو جبر الضرر وإصلاحه، فكان هذا دافعاً لي في اختيار هذا الموضوع. ومن الأسباب الأخرى التي دفعتني لاختياره ان هذا الضرر وتعويضه لفت انتباهي وشدني إليه عامل التطلع والبحث العلمي فوجدت نفسي مضطراً للبحث فيه وكذلك قد شجعني احد أساتذتي وهو المشرف على بحثي هذا في تناول هذه المسألة الجديرة بالبحث، وكذلك لاعتقادي الراسخ في ضرورة النص في قانوننا على تعويض الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ومساواته مع المسؤولية التقصيرية وكذلك لإجل تفنيد الرأي القائل باستحالة تعويض الضرر الأدبي فقد وقع سبب اختياري لهذا الموضوع.

ثالثاً: مشكلة البحث:

أما مشكلة البحث فتتمثل في تعويض الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية إذ لا يقتصر تعويض الضرر الأدبي على المسؤولية التقصيرية فقط. وبخاصة ان القانون المدني العراقي اقر التعويض عن هذا الضرر في نطاق المسؤولية التقصيرية دون العقدية وهذا نقص في القانون المدني العراقي يجب تلافيه لان الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية لا يقل أهمية عنه في المسؤولية التقصيرية، وان هذا الموقف للقانون المدني العراقي انعكس بشكل واضح على قرارات المحاكم التي بقيت مضطربة فأحياناً لا تحكم بالتعويض عن

الأضرار الأدبية الناشئة عن المسؤولية العقدية إلا بمبالغ زهيدة، وتجنح أحياناً الى المبالغة في تقدير هذا التعويض خاصة مع انعدام وجود المعايير العلمية الثابتة لتقدير الضرر الأدبي، ويمكن ان يتأثر القاضي وهو بصدد تقدير التعويض مع أهوائه ومشاعره.

وان المشاكل التي تثيرها دعوى المسؤولية المدنية لا تقتصر على تقدير التعويض وعناصره وإنما تمتد لمعرفة الأساس القانوني للتعويض عن الضرر الأدبي.

رابعاً: أهمية البحث:

أما من حيث أهمية البحث، فموضوع التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية يحتل أهمية خاصة، وذلك لان المس بالقيم المعنوية للإنسان يؤدي الى تعكير صفو حياته وعدم استقراره فمن يتعرض لمسّ بسمعته أو شرفه أو أذى أصاب الناحية الجمالية لجسمه وتخلف عنه تشويهاً أو فقداناً لأحد الأعضاء يخلق في نفس المصاب آلاماً ومشاعر من الحزن والأسى تنغص عليه رغد العيش المستقر، لذا لابد ان يشمل التعويض هذا الضرر في المسؤولية العقدية وذلك من اجل إعادة شيء من هذا التوازن للذمة المعنوية للإنسان.

ومن المسائل الأخرى التي تؤكد أهمية دراسة هذا الموضوع هو ما يتصل بكيفية التعويض عن الضرر الأدبي فقد أصبح واضحاً على صعيد التشريع والفقه ان للضرر الأدبي ذاتية متميزة ووجوداً مستقلاً يتميز بها عن غيره من الأضرار الأخرى التي تؤدي الى قيام المسؤولية.

ونرى اليوم ان الضرر الأدبي هو أكثر الأضرار خطورة وأكبرها أثراً في حياة الأفراد حتى إذا تأملنا الأضرار المالية البحتة لوجدنا إنها في حقيقتها تنتهي الى ضرر أدبي يتمثل بالألم والحزن الذي يصيب الإنسان، ولهذا كان تخصيص الضرر الأدبي بالدراسة أمراً بالغ الصعوبة في كثير من الحالات التي يوجد فيها الضرر الأدبي مختلطاً بالضرر المالي.

بالإضافة الى ذلك فان موضوع الضرر الأدبي وتعويضه أثار جدلاً بين فقهاء القانون وشراحه، ولم يكن القضاء العراقي بعيداً عن تلك الاختلافات الفقهية، إذ ما يزال القضاء العراقي ينظر الى هذا النوع من الضرر بشيء من عدم الارتياح.

ولقد واجهت الباحث عدة صعوبات في البحث ابتداءً من تسجيل البحث وحتى الانتهاء منه وذلك لأسباب كثيرة تتعلق بما يأتي:

١- التعامل مع كتب الفقه الإسلامي إذ لم يكن مصطلح الضرر الأدبي معروفاً لديهم بهذا المعنى.

٢- على الرغم من ان اغلب مؤلفي الكتب القانونية قد أشاروا الى الأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ،فقد كانوا يتناولون هذا الموضوع دون تحليل واضح والتعويل فقط على المسؤولية التقصيرية.

٣- ان القرارات القضائية الحديثة غير منشورة، وكان من الصعوبة بمكان الحصول عليها وبخاصة بعد ان أحرقت ونهبت المكتبات كافة بعد الاحتلال الغاشم.

أما فيما يخص نطاق البحث، فلقد اعتمد الباحث على منهجين: الأول تطبيقي يقوم بالأساس على تعزيز المواقف الفقهية والتشريعية بمواقف قضائية ذات صلة بالموضوع.والمنهج الثاني تحليلي يقوم بالأساس على تحليل الآراء الفقهية ومناقشتها من اجل استخلاص النتائج المناسبة لحل هذه المشكلة.

أما هدف البحث فهو الوصول الى حل لمشكلته المتمثلة بتعويض الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية يعده ضرراً لا يقل أهمية ان لم يكن أكثر أهمية من الضرر المادي.

خامساً: خطة البحث :

ولغرض دراسة التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية واثبات أهمية هذا النوع من الضرر قسمنا الموضوع في ثلاثة فصول وعلى النحو آلاتي:

وأما الفصل الأول فخصصناه للتعريف بالضرر الأدبي في المسؤولية العقدية وتضمن ثلاثة مباحث، تطرقنا في الأول الى تحديد مفهوم الضرر الأدبي ، وكرسّنا الثاني لشروط الضرر الأدبي، وبحثنا في الثالث صور الضرر الأدبي.

وأما الفصل الثاني فخصصناه للأساس القانوني للتعويض عن الضرر الأدبي وطرق تعويضه ويتضمن مبحثين، تناولنا في الأول الأساس القانوني للتعويض عن الضرر الأدبي في ضوء النظريات الفقهية التي طرحت بهذا الشأن، وخصصنا الثاني لدراسة طرق التعويض عن الضرر الأدبي.

أما الفصل الثالث فخصصناه لدراسة تقدير التعويض عن الضرر الأدبي وسلطة القاضي التقديرية، وتضمن مبحثين مستقلين، الأول نتناول فيه تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، أما الثاني فخصصناه لسلطة القاضي التقديرية.

وإذا ما انتهينا مما تقدم نكون قد توصلنا الى خاتمة البحث التي هي عبارة عن أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها من خلال البحث.

وأسال الله التوفيق في القصد، والنفع في العمل، انه سميع مجيب

(الباحث)

الفصل الأول

التعريف بالضرر الأدبي في المسؤولية العقدية

تمهيد وتقسيم:

ان للمسؤولية العقدية ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، فالضرر يعد ركناً جوهرياً في هذه المسؤولية فإذا انتفى الضرر فليس هناك مسؤولية وهذا ما تقرره قاعدة : لا دعوى بلا مصلحة[١] وقد ورد هذا المعنى في المادة المتقدم في نص المادة السادسة من هذا القانون المرافعات المدنية العراقي المرقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩[٢].

فمن المعلوم ان الإنسان يملك ميزات تحقق معنى الحياة التي وهبها الله له كما انه يستطيع من خلالها القيام بالأعمال الضرورية لحياته وهذه الميزات والقدرات تشكل بمجموعها حق الحياة الذي هو بطبيعته حق غير مالي.

وهذه الميزات التي يتشكل من خلالها هذا الحق تعد هي الأخرى بطبيعتها غير مالية[٣]، وان هذه القدرات التي يملكها الإنسان وتحقق له معنى الحياة تعد ذات قيمة لا تقل في أهميتها عن الحقوق المالية الأخرى التي تثبت له، ولما كانت حقوق الإنسان المالية

---

(١) انظر، د.عبد الله مبروك النجار، الضرر الأدبي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والمقارن مطابع المكتب المصري الحديث، دار المريخ للنشر، الرياض، ١٩٩٥م، ص٢٩.

(٢) حيث نصت المادة (٦) من القانون المذكور ((يشترط في الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعو الى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن ويجوز كذلك الادعاء بحق مؤجل على ان يراعى الأجل عند الحكم به وفي هذه يتحمل المدعي مصاريف الدعوى)).

(٣) انظر، د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، مطبعة السلام، شبراء، ١٩٨٧م، ص٧٩١.

تشكل الذمة المالية فانه بالمقابل تكّون مكونات حق الإنسان في الحياة ما يعرف بالذمة الأدبية، وهي بلا شك ذمة غير مالية تتضمن حقوقه الأدبية[٤].

واستناداً لما تقدم فان الاعتداء على حق الإنسان في الحياة يسبب له خللاً عضوياً يترتب عليه الانتقاص من هذه المقومات أو القدرات بصورة كلية أو جزئية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان مكونات حق الإنسان في الحياة تعد أمراً واحداً يتساوى فيه جميع الأفراد، إذ ان معنى الحياة لا يتفاوت من شخص الى آخر وعلى هذا فان الضرر الأدبي الواقع عليها بحسب الأصل واحدٌ لدى الجميع.

وتجدر الإشارة هنا الى ان الأمر الذي يكون محلاً للخلاف هو ما يترتب على الاعتداء الماس بهذه المقومات من نتائج مالية تختلف من فرد لأخر تبعاً لظروف وطبيعة عمله[٥].

وبناءاً على ذلك فان الاعتداء على مكونات حق الإنسان في الحياة والتكامل الجسدي والحق في السمعة والشرف يمثل جوهر الضرر الأدبي الذي يتمثل بمجرد المساس بهذه القيم وتأسيساً على ذلك قسمنا هذا الفصل على ثلاثة مباحث، خصصنا المبحث الأول لتحديد مفهوم الضرر الأدبي، وكرسنا المبحث الثاني لبيان شروط التعويض عن الضرر الأدبي ووضحنا في المبحث الثالث صور الضرر الأدبي.

---

(٤) انظر، د.سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مطبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١م ، ص٨١.

(٥) انظر، د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الحق، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠م، ص ٢٩٨-٢٩٩.

المبحث الأول

تحديد مفهوم الضرر الأدبي

الضرر بصورة عامة هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، وهو كل أذى يلحق بالشخص وهذا الضرر له صورتان، فقد يكون مادياً يلحق الشخص في ماله ، وقد يكون أدبياً الذي هو موضوع دراستنا، فقد اختلف الفقهاء في تعريفه وتحديد شروطه وصوره وكان اختلافهم مبنياً على ان الضرر الأدبي يلحق نواحي غير مادية، فلتحديد معنى الضرر الأدبي وبيان ذاتيته قسمنا هذا المبحث على مطلبين، المطلب الأول خصص لتعريف الضرر الأدبي أما المطلب الثاني، فتضمن بيان ذاتية الضرر الأدبي وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف الضرر الأدبي

الضرر لغةً: كل ما هو ضد النفع، والضُر (بضم الضاد) الهزال وسوء الحال ومن هنا أتت المضَّرة وهي خلاف المنفعة، ويرد الضرر بمعنى الضيق والنقصان يدخل في الشيء[٦].

([٦]) انظر، ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب، الجزء السادس، الدار المصرية للتأليف والترجمة(٦٣٠-٧١١هـ)، ص ١٥٣و ص ١٥٨. وكذلك العالم محمد بن علي المقرمي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٢١م، ص٤٩٢-٤٩٣. وكذلك إسماعيل بن حماد الجواهري، الصحاح تاج اللغة وتاج العربية، مطابع دار الكتب العربية،

أما الضرر اصطلاحاً: فهو يعني الاعتداء أو الأذى الذي يصيب الإنسان بحق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة سواء كان ذلك الحق أو المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بشرفه أو باعتباره وسواء كان هذا الحق أو المصلحة ذات قيمة مالية أم لم يكن[٧].

هذا وينبغي ان يكون من شأن هذا المس، أو الاعتداء جعل مركزه أسوأ مما كان وذلك لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي خولها له الحق أو تلك المصلحة، لذلك فالضرر لا يعتد به إلا إذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل التعدي الماس به، فإذا استبدل الفعل المتضرر منه بالضرر الأشد ضرراً اخف منه فانه لا يعد فعلاً ضاراً ولا يستوجب التعويض، لذا فان الضرر هو الركن الأساس للمسؤولية العقدية فإذا أمكن للمسؤولية ان تتقرر بدون خطأ فإنها مع ذلك لا يمكن ان تقوم وأياً كان أساسها دون ضرر وهذا أمر يمليه العقل والمنطق إذ لا يتصور ان تقوم المسؤولية عن فعل لا يرتب ضرراً ولو كان فعلاً خاطئاً[٨].

ولقد وردت كلمة الضرر في الكتاب العزيز في مواضع عديدة منها قوله تعالى ((**لا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ**

القاهرة، ١٣٧٧هـ، ص٧١٩-٧٢٠.وكذلك احمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، الجزء الثاني عشر، ١٩٧٣م، ص ٣٨٤، ص ٣٩٣.

(٧) انظر د.حسن الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الضرر شركة التايمس للطباعة والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١م، ص ١٥٨. وكذلك د.رمضان محمد أبو السعود، مبادىء الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٤م، ص٢٣١. وكذلك د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الأحكام العامة، الطبعة الخامسة، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٨م، ص١٣٣.

(٨) انظر، د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، الجزء الأول، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥م، ص١٠٨.

وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلّاً وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْراً عَظِيماً))[٩].

وكذلك قوله تعالى **((لَيْسَ الْبِرَّ أَنْ تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ))**[١٠].

وكذلك وردت كلمة الضرر في السنة النبوية من ذلك قولهﷺ **((لا ضرر ولا ضرار))**[١١].

أما عن تعريف الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي، فكانت عبارة الضرر الأدبي مستحدثة الى حد ما ولم تكن معروفة بالصورة التي هي عليها في وقتنا الحاضر وان كانت أصول فكرتها وجدت متناثرة فيما كتبوه في باب الجنايات وباب الغصب.

---

(٩) سورة النساء الآية (٩٥).

(١٠) سورة البقرة الآية (١٧٧).

(١١) ما رواه الكافي عن أبي بكر عن أبي جعفر عليه السلام قال كان هناك رجل يدعى سَمُرَه بن جُنْدب كان له عذق (نخلة) لرجل من الأنصار وكان منزل الأنصاري في باب البستان وكان يمر الى نخلته بدون استئذان فكلمه الأنصاري ان يستأذن فأبى سَمُرَه فجاء الأنصاري لرسول الله وشكاه، فقال الرسول لسَمُرَه إذا أردت الدخول فاستأذن فأبى سَمُرَه فساومه حتى بلغ من الثمن ما شاء الله فأبى ان يبيع فقال له الرسول لك بها عذق يمد لك في الجنة فأبى ان يقبل فقال رسول اللهﷺ للأنصاري اذهب واقلعها وارم بها فانه لا ضرر ولا ضرار [قاعدة لا ضرر ولا ضرار] من أبحاث أية الله العظمى السيد محمد باقر الصدر(قدس)، تأليف السيد كمال الحيدري، دار الفراقد، ٢٠٠٣م، ص١٣٥٦. وانظر،عبد الجبار حمد حسين شراره، نظرية نفي الضرر في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة، جامعة بغداد، ١٩٩٠م، ص٢٥.

إلا انه يمكن القول ان الفقهاء المسلمين قد استعملوا مصطلحات يستدل منها على معنى الضرر الأدبي، كمصطلح (الأذى) فقد استخدم هذا المصطلح في بيان الحكمة من تشريع حد القذف، وبيان تحريم الشريعة للأذى بالكلام[١٢].

أما الفقهاء المعاصرون فقد عرفوه بأنه ((ما يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو هو الذي قد يصيب الجسم، فيحدث تشويهاً فيه فيتألم الشخص لذلك، أي انه عبارة عن الألم والحزن الذي يصيب الإنسان))[١٣].

ويقسم الضرر على نوعين:هما الضرر المادي والذي يمثل إخلالاً أو اعتداءً على حق أو مصلحة مالية للمضرور، ولا يثير هذا الضرر أي صعوبة في المسؤولية عنه في القانون المدني[١٤].

أما النوع الآخر فهو الضرر المعنوي (أو الأدبي) وهو موضوع بحثنا، والذي أثار جدلاً كبيراً بشأن التعويض عنه في المسؤولية العقدية[١٥].

ويلاحظ ان بعض الفقهاء المحدثين أضاف الى نوعي الضرر السابقين، نوعاً ثالثاً وهو الضرر الجسدي أو الجسمي وعدّه نوعاً مستقلاً، غير إننا نرى ان الضرر مادياً أو أدبياً قد ينشأ عن الإصابة الجسدية[١٦].

([١٢]) انظر، أبو عبد الله المقدسي، الفروع، الجزء السادس، عالم الكتاب، بيروت، ١٤٠٢هـ، ص٥٧.

([١٣]) انظر، وهبه الزحيلي، التعويض عن الضرر بحث منشور في مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة الملك عبد العزيز، العدد الأول،١٣٩٩هـ، ص١٢.

([١٤]) انظر، باسم محمد رشدي، الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩م، ص٩.

([١٥]) انظر، إبراهيم محمد شريف، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩م، ص١٦٠.

([١٦]) انظر، د.احمد شرف الدين، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، القاهرة، ١٩٨٢م، ص٩-١١.

ومن الجدير بالذكر ان موضوع التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية لم يلق العناية اللازمة من جانب الفقهاء إذ لم يكلفوا أنفسهم إجراء دراسة متعمقة وموضوعية حول مفهوم وطبيعة الضرر الأدبي[١٧].

هذا وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى عدم استعمال مصطلح الضرر الأدبي أو المعنوي ويرى ان عبارة الضرر الأدبي غير ملائمة، وان الذي يقصده من هذا الضرر هو الذي لا يؤدي الى خسارة اقتصادية، أو انتقاص الذمة المالية وان العبارة الدقيقة عند أصحاب هذا الاتجاه ،هو الضرر غير المتعلق بالذمة المالية أو الضرر غير المالي[١٨].

وقد يتبادر الى الذهن لأول وهلة ان الضرر الأدبي، هو الضرر الذي لا يمكن لمسه أو مشاهدته أي بعبارة أخرى انه لا يقع تحت الحواس لأنه خاص بعالم الأفكار والعواطف غير المادية، بيد ان هذا ليس المعنى الحقيقي للضرر الأدبي ذلك ان بعض الأضرار المحسوسة كالآلام الجسدية الناتجة عن الإصابة والتشويه الناشيء عن الجروح تعد أضراراً أدبية[١٩].

وان المقصود هو الضرر الذي لا يقابل قيمة مالية ملموسة تدخل في الذمة المالية[٢٠].

ومن اجل الوقوف على تعريف الضرر الأدبي، يجدر بنا استعراض المذاهب الفقهية بهذا الشأن.

<u>الاتجاه الأول:</u> يرى أصحابه ان تعريف الضرر الأدبي يبدو من خلال ذكر أهم صوره و أنواعه لهذا يعرفه من قال بهذا الاتجاه بأنه ((الأذى الذي لا يصيب الشخص في ماله بل

---

(١٧) انظر، ليث عبد الصمد لفته، المسؤولية التعاقدية، بحث مقدم للمعهد القضائي، بغداد،١٩٩١م، ص٥٠.

(١٨) Boris Starck, Droit civil obligation,Paris, ١٩٧٢,p.٥٦.

(١٩) انظر د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص٦٨.

(٢٠) انظر ، د.غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١م، ص٤٦٣.

يصيبه في شرفه أو سمعته أو عاطفته أو مركزه الاجتماعي))[٢١]، ويذهب بعض أنصار هذا الاتجاه الى تعريف الضرر الأدبي بأنه ((ما يصيب الإنسان في شعوره وإحساسه أو كرامته أو عاطفته كما لو فقد شخصاً عزيزاً عليه))[٢٢].

وهناك من عّرفه بأنه ((ما يحدثه العمل غير المشروع في نفس المجني عليه من الم وحزن، من جراء ثلم سمعته أو حرمانه من التمتع من نعمة معيله ولا معيل له سواه أو المس بكرامته أو الانتقاص من مركزه المالي))[٢٣].

وقد عرفه بعض الفقهاء بشكل موجز بأنه ((ما يصيب الإنسان في شرفه وسمعته واعتباره))[٢٤].

<u>الاتجاه الثاني:</u> ويذهب أصحابه الى القول بان الضرر الأدبي هو ((الضرر الذي لا يلحق مساساً بالذمة المالية أي بمعنى آخر كل إخلال بمصلحة غير مالية))[٢٥].

([٢١]) انظر، د.غني حسون طه، مصدر سابق، ص٤٦٤.

([٢٢]) انظر ، د.محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٣م، ص١١٩. وكذلك مكي إبراهيم لطفي، من يستحق التعويض عن القتل الورثة أم الأشخاص الذي يعيلهم القتيل، مجلة القضاء، العدد الثالث والرابع، السنة السابعة= = والعشرون، بغداد، كانون الأول، ١٩٧٢م، ص٩٦. و كذلك د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤م، ص٤٧٣.

([٢٣]) ينظر ، د.منير القاضي، العمل غير المشروع في القانون المدني العراقي، مطبعة دار المعارف، بغداد، ١٩٥٥م، ص٢٤-٢٦.

([٢٤]) انظر، د.حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص٢١٥. وكذلك د.أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢م، ص١٢٨. وكذلك د.حسين الظريفي، التعويض عن جرائم القذف والسب والإهانة، مجلة القضاء، العدد الأول، السنة الأولى، بغداد، كانون الثاني، ١٩٤٢م، ص٤٤.

([٢٥]) انظر، د.أنور سلطان،مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٨٧م، ص٣٣١. وكذلك د.علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر

يتبين لنا ان أصحاب هذا الاتجاه يعرفون الضرر الأدبي من خلال النظرة المعاكسة للضرر المادي الذي يتعلق بالذمة المالية للإنسان، ومن التعريفات التي قيلت بهذا الشأن أيضاً بان الضرر الأدبي هو ((ذلك الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله))[٢٦].

وقد عّرف أيضاً هو ((ذلك الضرر الذي يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته أو في شرفه أو عرضة أو كرامته أو سمعته أو مركزه الاجتماعي أي في حق من الحقوق المعنوية التي لا تقوم بمال))[٢٧].

ووفقاً لذلك فان الضرر الأدبي على عدة أنواع فمنه ما يلحق الكيان الاجتماعي للإنسان كخدش الشرف، ومنه ما يمس حقاً ثابتاً للإنسان كاسمه أو خصوصياته، ومنه ما يصيب الشعور والعواطف كالألم الذي يلم بالشخص لوفاة احد أحبائه، ومنه ما يمس الجسم وان لم يؤثر على القدرة على العمل كتشويه الوجه[٢٨].

<u>الاتجاه الثالث:</u> ويرى أصحابه ان الضرر الأدبي هو المس بالحقوق غير المالية فعرف بأنه ((الضرر الذي لا يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية بل في شعوره وعواطفه أو شرفه أو عرضه أو كرامته أو سمعته ومركزه الاجتماعي))[٢٩]، ومنهم من عّرف الضرر الأدبي بأنه ((الألم النفسي الذي يشعر به المضرور من جراء إصابة مادية تصيبه في جسده

الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧م، ص٤٢٥. وكذلك د.حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣م، ص٤٠٠. وكذلك:

Jean Carbonnier , Droit civil,٤ Les obilgtions,Paris,١٩٨٥,p.٣٦٥.

(٢٦) انظر، د.حامد زكي، دروس في الالتزامات، المصادر، ١٩٤٣م، ص١٠٦.

(٢٧) انظر، د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣م، ص٤٦٠. وكذلك د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، ١٩٥٢م، ص٩٨١-٩٨٢.

(٢٨) انظر، عبد الله مبروك النجار، مصدر سابق، ص٣٢.

(٢٩) انظر، د.حسين عامر، المسؤولية المدنية و التقصيرية والعقدية، الطبعة الأولى، مطبعة القاهرة، ١٩٥٦م، ص٣١٧-٣١٨.

كالجروح والكسور، والتشويه الذي يصيبه إضافة الى ما قد يترتب على ذلك من أضرار مالية كنفقات العلاج والعجز عن الكسب، وقد يترتب الضرر الأدبي على الآثار المادية لهذا المساس))[٣٠].

ويبدو لنا ان الاتجاه الأخير في تعريفه للضرر الأدبي هو الراجح فليس من اللازم ان يتمثل الضرر الأدبي في الإخلال بحق من حقوق المضرور بل ان يكفي ان يكون إخلالاً بمصلحة لا ترقى الى مرتبة الحق شريطة ان تكون المصلحة مشروعة.

بعد عرض هذه الاتجاهات في تعريف الضرر الأدبي يتبين لنا ان كل اتجاه حاول ان يعرفه من زاوية معينة، فالاتجاه الأول ركز على تعداد صور الضرر الأدبي، أما الاتجاه الثاني فقد ركز على النظرة المعاكسة للضرر المادي فكل ما هو ضرر غير مادي فهو ضرر أدبي، أما الاتجاه الثالث فقد ركز على الحق الذي يكون محلاً للضرر، فكل ضرر يقع على حق غير مالي هو ضرر أدبي، أما الدكتور سليمان مرقس فقد جاء بتعريف جامع للضرر الأدبي فعرفه ((بأنه كل مساس بحق أو مصلحة مشروعة يسبب لصاحب الحق أو المصلحة أذى في مركزه الاجتماعي أو عاطفته أو شعوره ولو لم يسبب له خسارة مالية))[٣١]، ونحن نعتقد ان هذا التعريف هو الأقرب للصواب لأنه حاول ان يجمع بكل ما يتعلق بالضرر الأدبي فذكر محل الضرر هو الحق أو المصلحة المشروعة إذ يؤدي إلحاق الأذى بها الى المس بالمركز الاجتماعي أو عاطفة أو شعور المتضرر، وهذه بعض صور الضرر الأدبي ولا يشترط ان يجتمع الضرر المادي والضرر الأدبي، فقد يلحق الإنسان ضرر أدبي دون ان يكون هناك خسارة مالية، لذلك نرجح هذا التعريف.

و بعد هذا العرض للتعاريف التي قيلت في الضرر الأدبي، يمكننا ان نضع تعريفاً مبسطاً عسى ان يكون الأقرب للحقيقة، ان الضرر الأدبي، هو الشعور بالأذى الناتج عن

([٣٠]) انظر، د.جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، ص٤٨٤.

([٣١]) انظر، د.سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مطبعة الجيلاوي، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٠م، ص١٣١.

الإخلال بحق أو مصلحة غير مالية للإنسان تسبب ألماً وحزناً، ولا يلحق بالمتضرر أي خسارة مالية.

وبعد ان بيّنا موقف الفقهاء من تعريف الضرر الأدبي يجدر بنا ان نبين موقف التشريعات المدنية من تعريف الضرر الأدبي، فكما نعلم ان مهمة وضع التعاريف هي مهمة الفقه وليس التشريع، فقد عرفت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات والعقود الضرر الأدبي بأنه ((الضرر الذي لا يمس الذمة المالية وإنما سبب فقط ألماً معنوياً للمتضرر))[٣٢].

وبالرجوع الى نص المادة (١/٢٠٥) من القانون المدني العراقي والمادة (١/٢٦٧) من القانون المدني الأردني نلاحظ إنهما عددتا صور الضرر الأدبي دون ان تعطيا تعريفاً له[٣٣].

ومن خلال نص المادة (١/٢٠٥) من القانون المدني العراقي نلاحظ إنها قصرت حق التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية دون العقدية، ولم يكن المشرع العراقي موفقاً في ذلك، فلا يوجد مبرر لقصر التعويض عن الضرر الأدبي على المسؤولية التقصيرية، لذا ندعو المشرع العراقي الى ضرورة النص على جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، وان يجعل النص الذي يجيز التعويض عن الضرر الأدبي ضمن باب آثار الالتزام.

([٣٢]) انظر، د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص٦٩.

([٣٣]) حيث نصت المادة (١/٢٠٥) مدني عراقي ((يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض)) كما نصت المادة (١/٢٦٧) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م على ((يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته أو عرضه أو في شرفه أو في سمعته في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن الضمان)).

أما عن موقف القضاء من تعريف الضرر الأدبي، فهناك مجموعة من القرارات القضائية التي بينت معنى الضرر الأدبي، ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية في ١٣ تشرين الأول ١٩٥٥[٣٤] عرفته بأنه ((الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية)).

وقرار لمحكمة النقض المصرية في ١٩٩٨/٤/٢٩[٣٥] ((المقصود بـ(الضرر الأدبي) كل ضرر يؤذي الإنسان في شرفه أو يصيب عاطفته ومشاعره)).

وعرفته محكمة التمييز العراقية في القرار رقم ٢٥/ مدنية أولى ١٩٧٩ في ١٩٨٠/٢/١٦ بأنه: ((الضرر الذي يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أي معنى من المعاني التي يحرص الناس عليها))[٣٦].

وقد جاء في قرار آخر لها ((ان الضرر الأدبي هو الضرر الذي يصيب الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي بحيث يجعل المعتدي مسؤولاً عن تعويض الضرر الأدبي الذي لحق الغير))[٣٧].

المطلب الثاني

ذاتية الضرر الأدبي

نعني بالذاتية في هذا الصدد، خصائص الضرر الأدبي، ومعيار تمييزه عن الضرر المادي، فقد تأكد لنا فيما تقدم ان الضرر المالي هو عبارة عن خسارة تلحق الشخص في

([٣٤]) مشار إليه في د.محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والمورث، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥م، ص١٢٢.

([٣٥]) انظر،الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥٨ق، جلسة ١٩٩٠/٣/١٥، أشار إليه المستشار سعيد احمد شعله، قضاء النقض المدني، في المسؤولية والتعويض، منشأة المعارف، ٢٠٠٣م، ص٢٦٨.

([٣٦]) انظر، إبراهيم المشاهدي، المبادىء القانونية في قضاء محكمة التمييز، بغداد، ١٩٨٨م، ص٣٠٥.

([٣٧]) انظر، قرارها المرقم ٧٥/ مدنية أولى/ ٩٢ في ١٩٩٢/٢/٢٦ أشار إليه، إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الرابع، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠م، ص١٢٢.

ماله أو جسمه، كإتلاف ماله أو تفويت منفعة عليه، أو إصابته في بدنه إصابة تكبده نفقات مالية، ولهذا فهو يمس الذمة المالية للإنسان، كما تبين لنا ان الضرر الأدبي يمس حقوق الإنسان الأدبية دون ذمته المالية. ووفقاً لذلك سوف نبين خصائص الضرر الأدبي ومعيار تمييزه عن الضرر المادي في الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول

خصائص الضرر الأدبي

من التعريفات السابقة للضرر الأدبي يتبين لنا انه يرد على حقوق ثابتة للإنسان وان هذه الحقوق غير مالية، وسنبين فيما يأتي هاتين السمتين للضرر الأدبي[٣٨] من خلال فقرتين مستقلتين:-

أولاً:- ورود الضرر الأدبي على حقوق ثابتة الإنسان:

الإنسان بحكم كونه إنساناً تثبت له حقوق كثيرة، منها ما هو مالي ومنها ما هو أدبي والحقوق الأدبية عديدة، منها مثلاً حقوقه الشخصية التي تكفل للإنسان ان يستمتع بوجوده وبكل ما هو مرتبط بشخصه ارتباطاً لا انفصام له، وفي الغالب ان هذه الحقوق ليست سلطة تقرر للشخص على نفسه يكون له بمقتضاها ان يتصرف في نفسه كما يشاء، ولكنها حقوق موجهة نحو الغير يقصد منها الاعتراف بوجود هذا الشخص وحماية وجوده[٣٩].

ولقد كان فلاسفة القانون الروماني يطلقون على هذه الحقوق اسم الحقوق الطبيعية، أو الحقوق الثابتة للإنسان ولم يكن القانون الروماني يعرف الحقوق الأدبية التي تثبت للإنسان، باعتبارها طائفة من الحقوق قائمة بذاتها، إلا ان حماية هذه الحقوق كانت تنادى عن طريق دعوى يقصد منها حماية الشخص بصفة عامة أي حماية الكيان الجسدي والروحي للإنسان، وكان

---

(٣٨) انظر، د.عبد الله مبروك النجار، مصدر سابق، ص٣٩.

(٣٩) انظر، د.شمس الدين الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، مطبعة نهضة مصر، مكتبة سيد عبد الله وهبه، بدون سنة طبع، ص ١٣٩-١٤٢. وكذلك د.عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص٩٦٢.

يطلق على هذه الدعوى اسم دعوى الاعتداء، أما في التشريعات الحديثة، فان الأمر يجري على عكس ذلك، إذ انه يلاحظ بقدر ما تتقدم المدنية في الحضارة يزداد احترام شخصية الإنسان، وسماتها الجوهرية مما أدى الى ان تعترف بعدد كبير من الحقوق الأدبية للإنسان ومثال ذلك القانون النمساوي، الذي نص على ان كل إنسان له حقوق طبيعية تنشأ عن كونه مجرد إنسان[٤٠]، أما القانون الفرنسي، فعلى الرغم من انه وليد الثورة الفرنسية والمبادئ المدونة في إعلان حقوق الإنسان إلا انه لم يتكلم عن جانب كبير من الحقوق الأدبية التي تثبت للإنسان وخاصة الحقوق الشخصية، وقد حذت حذو القانون الفرنسي جميع الدول التي سنت قوانينها على غراره، ومنها القانون المدني الإيطالي الصادر عام ١٨٦٥ والقانون المدني المصري القديم عام ١٨٨٣ غير ان القضاء استطاع ان يضع في طائفة تلك الحقوق كثيراً مما لم ينص عليه المشرع.

أما القانون المدني الإيطالي الصادر لعام ١٩٤٢ ، نظم الكثير من الحقوق الأدبية للإنسان، ومن ذلك تنظيمه لحق الإنسان على بدنه والتصرفات التي لا يجوز له ان يجريها عليه إذ انه قال ((يمتنع على الشخص ان يقوم على بدنه بأعمال من شأنها ان تحدث نقصاً دائماً في كيانه، أو ان تكون مخالفة للقانون أو النظام العام أو لحسن الآداب))[٤١].

وفي إطار التشريعات العربية، يلاحظ إنها لم تخل من تنظيم بعض من حقوق الإنسان الأدبية ومنها القانون المدني العراقي، حيث نصت المادة (٤٠/ ف١) منه على انه ((يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب الشخص يلحق بحكم القانون أولاده))[٤٢].

وعلى هذه الحقوق ذاتها نص القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بل انه زاد عليها بقوله ((ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية))[٤٣].

---

(٤٠) انظر، المادة (١٦) من القانون المذكور وفي شرح ذلك انظر، د.عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص١٦٣-١٦٤.

(٤١) انظر، المادة (٥) من القانون المذكور أشار إليه الدكتور عبد الله مبروك النجار، مصدر سابق، ص٣٩.

(٤٢) وتقابل المادة (٤٠) من القانون المدني العراقي المادة (٣٨) من القانون المدني المصري التي نصت ((يكون لكل شخص اسم ولقب، و لقب الشخص يلحق أولاده)).

كما انه نص على انه ((لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من حقوقه الملازمة لشخصيته ان يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر))[٤٤]. والى الحقوق ذاتها أشار قانون حماية حق المؤلف العراقي المرقم ٣ لسنة ١٩٧١، وقانون براءة الاختراع المرقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠[٤٥].

يتبين لنا من خلال ما ذكرناه بأنه تثبت للإنسان عدد كبير من الحقوق الأدبية مثل حقه في تمييز ذاته وحماية كيانه الأدبي والفكري والبدني وحماية حرياته الشخصية.

ثانياً: - ان الحقوق الطبيعية هي حقوق غير مالية

يذهب الفقه الى ان الحقوق الأدبية التي هي محل التعدي في الضرر الأدبي ليست حقوقاً مالية، كما إنها لا تعد أموالاً ، ولهذا فإنها لا يمكن ان تقاس بالمقياس المشترك الذي تقاس به الأموال وهو النقود[٤٦].

ان القول المتقدم يعد محل نظر، فليس معنى ان من شأن المس بهذه الحقوق لا يصلح ان يستحق تعويضاً مالياً بحسب الأصل، فالاعتداء عليها قد يترتب عليه ضرر مالي مباشر، وذلك في الحالة التي يوجد فيها الضرر الأدبي مقترناً بالضرر المالي، كما هو الحال في الاعتداء على حق المؤلف مثلاً، كما ان الاعتداء على الحقوق الأدبية قد ينطوي على ضرر مادي غير مباشر، كما يحدث في حالة الاعتداء على الكيان الجسدي للإنسان، ففي هذه الحالات، لا جدال في وجوب الالتزام بتعويض الضرر، ولكن في الغالب يترتب على المس بالحقوق الأدبية ضرر غير مالي أو أدبي، والذي هو كما لاحظنا عبارة عما يصيب النفس من الم وحزن، والذي كان يوجد خلافاً- كما سنرى- في الفقه حول ما إذا كان يمكن التعويض عنه بالمال أم لا ، فلقد كان الاعتراض الأساسي عند نفاة التعويض عن

([٤٣]) انظر، المادة (٤٩) من القانون المدني المصري.

([٤٤]) انظر، نص المادة (٥٠) من القانون المذكور.

([٤٥]) انظر في ذلك المادة (٤٥) من قانون حماية حق المؤلف العراقي.

([٤٦]) انظر، د.سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١٥٥. وكذلك د.عبد الحي حجازي، مصدر سابق ص٤٧٤.

الضرر الأدبي هو استحالة التعادل بين الضرر الواقع والتعويض المستحق، وبما ان هذا التعادل هو الشرط الأساسي في كل تعويض لذا وجب ألا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي لأنه غير مالي و لا يمكن تقويمه بالنقود[٤٧].

ولكن هذا الاعتراض كما سنلاحظ مردود، لما هو معروف من ان المساواة أو التعادل بين الضرر والتعويض ليس معناه المساواة التامة بينهما، فعندما يقال ان التعويض يجب ان يكون مساوياً للضرر تماماً، فالتعادل الحسابي بينهما لتعويض الضرر ليس ممكناً حتى في حالة الأضرار المباشرة، لذلك يجب ان يقدر التعويض دائماً بالتقريب، صحيح ان هذا التقدير التقريبي أسهل في الأضرار المادية منه في الأضرار الأدبية، إذ يستبدل المال الذي هلك أو نقص بمال آخر من الطبيعة المادية ذاتها، إلا ان هذا لا يمنع إمكانية حصول التقدير التقريبي في حالة الضرر الأدبي[٤٨].

ويترتب على القول بان الحقوق الطبيعية (حقوق شخصية) لا تقّوم بمال سمتان هما:-

١- عدم قابليتها للتصرف أو الانتقال الى الورثة، لان الذي ينتقل الى الورثة من الحقوق هي الحقوق المالية، ولكن هذا القول ليس على إطلاقه بالنسبة للحقوق الأدبية فكما هو معروف إنها تتضمن في طياتها حقوقاً مالية وإذا لم تكن تتضمن في طياتها حقوقاً مالية، فإنها على الأقل تؤول الى مال بالتعويض عنها.

٢- كما يترتب على عدم مالية هذه الحقوق بحسب الأصل إنها لا تقبل السقوط بالتقادم، فمثلاً حق الإنسان في تمييز ذاته يعد حقاً من الحقوق اللصيقة، بشخصه ومن ثم لا يقبل السقوط فإذا سكت شخص عن استعمال حقه الأدبي مدة طويلة لا يترتب على ذلك سقوط هذا الحق بالتقادم[٤٩].

الفرع الثاني

([٤٧]) انظر، د.عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٢١٤.

([٤٨]) انظر، د.عبد الله مبروك النجار، مصدر سابق، ص٤٦.

([٤٩]) انظر، د.حمدي عبد الرحمن، فكرة الحق، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٩م، ص٤٥.

معايير التمييز بين الضرر الأدبي والضرر المادي

يندر ان يجيء الضرر الأدبي مستقلاً في مجال التعدي على الحقوق، بل الغالب فيه ان يأتي مقترناً مع الضرر المادي لذلك حرص جانب من الفقه[٥٠] على وضع معيار يمكن بمقتضاه التعرف على وجود الضرر الأدبي ليكون وجوده محدداً، استناداً الى ما يتميز به من خصائص، إلا إنهم لم يتفقوا على معيار محدد، وإنما ظهر معياران للتمييز هما:-

المعيار الأول: ينظر الى طبيعة الحق أو المصلحة التي وقع عليها الاعتداء.

المعيار الثاني: يأخذ بطبيعة النتائج أو الآثار المترتبة على الاعتداء.

فطبقاً للمعيار الأول يكون الضرر مادياً إذا كان الحق أو المصلحة مالية، أما إذا كان الحق أو المصلحة غير مالية كالحقوق اللصيقة بالشخصية، فالضرر يكون أدبياً[٥١].

وطبقاً للمعيار الثاني فإذا حصل اعتداء على حق مالي، ولم يترتب على هذا الاعتداء خسارة مالية، فان ذلك لا يعد ضرراً مادياً، غير انه قد يترتب عليه ضرر أدبي إذا كان الاعتداء قد أصاب الشخص في شعوره أو نحو ذلك، من القيم التي يحرص الناس عليها[٥٢].

وكذلك قد يقع الاعتداء على حق غير مالي، ومع ذلك يعد الضرر الناتج عن هذا الاعتداء ضرراً مادياً، متى ما ترتب على هذا الاعتداء الانتقاص من المزايا المالية التي تنتج من استعمال هذا الحق، كالمساس بصحة الإنسان وسلامة جسده فهي ترتب على

---

(٥٠) انظر، د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٦م، ص٤٩٠ و ص٤٩٢. وكذلك د.احمد شرف الدين، المصدر السابق، ص١٢.

(٥١) انظر، د.إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٦٧م، ص٤١٦. و كذلك د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٧٨م، ص٥٥.

(٥٢) انظر، د.احمد شرف الدين، المصدر السابق، ص١٣.

المضرور نفقات للعلاج، أو قد تفوت عليه الكسب بعد ان يصبح غير قادر على ممارسة عمله أو مهنته التي يمتهنها[٥٣].

ورغم ان حق الإنسان في سلامة جسده وحياته من الحقوق اللصيقة بالشخصية(أي حق غير مالي) وان الضرر الذي ينتج مباشرة عن المس به يعد ضرراً أدبياً استناداً الى المعيار الأول، ولكن الفقه يذهب الى اعتبار هذا المس ضرراً مادياً وذلك طبقاً للمعيار الثاني الذي يرتكز على آثار الاعتداء، والتي تتمثل بنفقات العلاج بأنواعها المختلفة، وما ينجم عنه من فقدان القدرة على الكسب، وهو ما يؤدي الى خسارة الأجر والمصادر الأخرى للربح[٥٤].

ونحن نؤيد الجمع بين المعيارين للتميز، للتمييز بين الضرر المادي والأدبي إذ يجب ان يؤخذ بعين الاعتبار طبيعة الحق أو المصلحة التي وقع عليها الاعتداء دون النظر الى النتائج المترتبة على هذا الاعتداء، ومن هنا فان المس بجسد الإنسان يعد ضرراً غير مالي، إلا ان ذلك لا يعني إهمال ما جاء به أصحاب المعيار الثاني، فعلى القاضي ان يأخذ باعتباره ما يترتب من نتائج عند تقدير التعويض.

المبحث الثاني

شروط الضرر الأدبي

([٥٣]) انظر، د.عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص١٦٢.

([٥٤]) انظر، د.سليمان مرقس، تعليقات على الأحكام في انتقال الحق في التعويض الى ورثة المجني عليه، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الثامنة عشر، ١٩٤٨م، ص١٠٨.

ليس كل ضرر يستوجب التعويض، وإنما هناك شروطاً لابد من توافرها فيه لإمكانية تعويضه سواء كان هذا الضرر مادياً أو أدبياً وهناك جانب من الفقه المدني يطلق عليها صفات الضرر[٥٥].

ولقد اختلف الفقهاء بشأن تعداد هذه الشروط فمنهم من ذكر شرطاً واحداً أو شرطين[٥٦] ،ومنهم من ذكر ثلاثة شروط[٥٧].

بينما ذهب البعض الآخر الى توافر أربعة شروط[٥٨] ، إلا ان أهم هذه الشروط هي ان يكون الضرر مباشراً وان يكون محققاً وكذلك ان يكون الضرر متوقعاً، وان يكون قد أصاب حقاً مكتسباً أو مصلحة يحميها القانون، ومن الجدير بالذكر ان الشرطين الأولين يصدقان على كل من المسؤولية العقدية أو التقصيرية، أما الشرط الثالث فتستقل به المسؤولية العقدية[٥٩].

المطلب الأول

ان يكون الضرر الأدبي مباشراً

([٥٥]) انظر، د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولادهما، ١٩٦٠م، ص٣٥٨-٣٥٩. وكذلك د.سليمان مرقس، المصدر السابق، ص١٣٣.

([٥٦]) انظر، د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٦٤م، ص٩٧١.

([٥٧]) انظر، د.عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القانون المدني العراقي، الجزء الأول، جامعة بغداد، ١٩٨٠، ص٢١٣. وكذلك د.مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الأولى، ١٩٣٦م،ص١٢٢.

([٥٨]) انظر، د.توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، ١٩٨٨م، ص٣٨٣-٣٨٤.

([٥٩]) انظر، د.جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥م، ص٣٦٨-٣٦٩.

قد يتسبب الإخلال بالالتزام العقدي أضراراً متعددة ومتلاحقة تصيب الدائن وفي هذه الحالة يثور التساؤل عن الأضرار التي يسأل المدين عنها،التي يجب ان يغطيها التعويض باعتبارها أضراراً مباشرة فالضرر قد يكون نتيجة حتمية أو متصلاً بواقعة الإخلال بالعقد من قبل المدين اتصالاً مباشراً في حين قد لا يكون في أحوال أخرى إلا نتيجة غير مباشرة والدائن بموجب العقد لا يمكنه ان يطالب إلا بإصلاح الضرر المباشر، وفي الحقيقة ان معرفة الضرر مباشراً كان أو غير مباشر مسألة في غاية الدقة والصعوبة،إذ تحتاج الى مزيد من التروي وقد قال بعض الفقهاء إنها مسألة ذوق وفطنة أكثر من كونها مسألة فقه وقانون[٦٠].

فيوصف الضرر بالمباشر،متى كان نتيجة طبيعية لإخلال المدين بتنفيذ التزامه، ويكون الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول، وقد أوضحت المادة (٢٢١/ ف١) من القانون المدني المصري النتيجة الطبيعية فقد نصت على انه ((ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول))[٦١]، أما القانون المدني العراقي فقد نصت فيه على انه ((يكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاماً بعمل أو امتناعاً عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين

([٦٠]) انظر د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص٣٣ ، وكذلك ناصرجميل محمد الشمايلة، الضرر الأدبي وانتقال الحق في التعويض عنه، رسالة دكتوراه، كلية القانون جامعة الموصل، ٢٠٠٢م، ص٢٣. وكذلك د.محمد يحيى المحاسنة، المادة ٣٦٠ مدني أردني التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الرابعة والعشرون، جمادي الآخرة، ١٤٢١هـ سبتمبر،٢٠٠٠م، ص٢٤٧.

([٦١]) انظر، مفيد محمد علي عبد الرضا، تعويض الضرر في المسؤولية العقدية، بحث مقدم للمعهد القضائي، بغداد، ١٩٨٤-١٩٨٥م، ص٢١. وكذلك ليث عبد الصمد لفته،مصدر سابق، ص٥٧.

بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به)) إلا ان المشرع العراقي لم يحدد النتيجة الطبيعية كما فعل المشرع المصري[٦٢].

لذا ندعوه الى ضرورة تحديدها على غرار ما فعل المشرع المصري.

ونود الإشارة الى ان عبارة النتيجة الطبيعية التي استعملها المشرع العراقي والمصري أمعن في الدلالة من عبارة (النتيجة الحالة المباشرة) التي استعملتها بعض التقنينات كالقانون المدني الفرنسي فقد استعمل تلك العبارة في المادة (١١٥١) التي قضت بان الأضرار التي تضمن هي تلك الأضرار التي تكون حالة ومباشرة كنتيجة لعدم تنفيذ العقد[٦٣].

فالتعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر سواء أكان ذلك في المسؤولية العقدية أم التقصيرية، لأنه في الضرر غير المباشر تنتفي الرابطة السببية ويتخلف ركن من أركان المسؤولية، ولمزيد من التوضيح نسوق المثال الآتي على الضرر المباشر وغير المباشر: إذا اشترى رجلٌ عجلاً مصاباً بوباء وأدى ذلك الى نفوقه ونفوق العجول التي وضع معها مما سبب للمشتري صدمة نفسية أودت بحياته، فالمدين (البائع) هنا يكون مسؤولاً عن الضرر المباشر فقط وهو نفوق العجل لمرضه والعجول الأخرى، ولا يسأل عن وفاة المشتري لأنه ضرر غير مباشر[٦٤].

([٦٢]) انظر، د.عبد الرزاق احمد السنهوري، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر، بدون سنة طبع، ص٩٥٨-٩٥٩. وكذلك د.صلاح الدين الناهي، الخلاصة الوافية في القانون المدني، مبادىء الالتزامات، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، ١٩٦٨م، ص٢٤٠.

([٦٣]) انظر، د.حسن علي الذنون، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد، ١٩٥٦م، ص١٠٩. كذلك انظر،

Philippe Le Tourneau LAResponsabilite Civil, XII, ٣edition,Paris, ١٩٨٢,p.٨٤

([٦٤]) انظر، د.عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد الخاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، مكتبة وزارة العدل، ٢٠٠٣م، ص٢٢٥.

ومن الأمثلة الأخرى للضرر الأدبي المباشر المسؤولية العقدية حالة ما لو تأخر الناقل في إيصال الراكب الى مكان تشييع شخص عزيز عليه مما سبب له ألاماً معنوية، لذا فان التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر، إلا ان القانون اللبناني انفرد عن غيره من القوانين وأشار الى ضرورة الاعتداد بالضرر غير المباشر بشرط ثبوت صلته بعدم تنفيذ الموجب وهذا ما نصت عليه المادة (٢٥١) من القانون المذكور بقولها ((ان الأضرار غير المباشرة ينظر إليها بعين الاعتبار كالأضرار المباشرة بشرط ان تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب))[٦٥].

وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في احد قراراتها بان ((الضرر المباشر الموجب للمسؤولية هو ما كان نتيجة للخطأ الذي يحدث ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول بشرط ان تتوافر بينه وبين الخطأ علاقة السببية))[٦٦].

وكذلك ورد في قرار آخر لها ((ان الضرر الأدبي الذي يلحق الزوج والأقارب هو ضرر شخصي مباشر، قصر الشارع وفقاً لنص المادة (٢/٢٢٢) الحق في التعويض عنه على الزوجة والأقارب الى الدرجة الثانية من جراء موت المصاب الزوجة))[٦٧].

وبناءً على ذلك فان التمييز بين الضرر المباشر وغير المباشر، يعد من المسائل الدقيقة، وكذلك مسألة وقائع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، ومن الضروري ان نوضح ان المشرع العراقي قد حدد معيار الضرر المباشر بقوله في المادة (١٦٩/ ف٢) ((بشرط

([٦٥]) انظر، حسن حنتوش رشيد، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، بغداد، ١٩٩٠م، ص١٠٨.

([٦٦]) انظر، الطعن رقم ١٧٣٣ لسنة ٦٢/ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/١م، أشار إليه د.عبد الفتاح مراد، موسوعة مراد لأحدث أحكام محكمة النقض الجنائية والمدنية، الجزء الثالث، ٢٠٠٤م، ص١٧٤.

([٦٧]) نقض- جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢ أشار إليه المستشار أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، الأركان، الجمع بينهما والتعويض، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص٢٩٣.

ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به))، والمفهوم المخالف للنص أعلاه بكون الضرر غير مباشر إذا لم يكن نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام ومن ثم لا يستحق التعويض.

ويلاحظ ان القانون المصري أكثر توفيقاً في بيان حدود الضرر المباشر من خلال نص المادة (١/٢٢١) المذكور سلفاً.

المطلب الثاني

ان يكون الضرر الأدبي محققاً

والمقصود بهذا الشرط، ان يكون الضرر ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد واقعاً ولو في المستقبل، أي لا يكون افتراضياً ولا يكون احتمالياً بل يكون قد وقع فعلاً، وهذا الوصف يشمل الضرر الحال والمستقبل، مما يلزم تمييزه عن الضرر الاحتمالي وتفويت الفرصة[٦٨]، فالضرر الحال هو الضرر المؤكد الوقوع كإصابة الراكب بجروح أثناء عملية النقل لحقه من جراء ذلك ضرر أدبي[٦٩].

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها جاء فيه ((الضرر المطالب به يجب ان يكون محققاً ولا يكفي ان يكون محتمل الوقوع))[٧٠].

بمعنى آخر ان محكمة الموضوع تكون على يقين ان وضع المدعي كان أفضل لو لم يقع عليه ذلك الضرر، فعلى سبيل المثال قيام الطبيب بإذاعة سر للمريض لا يجوز إذاعته في عقد العلاج الطبي، وقيام الموكل بإذاعة أمور عن موكله تؤذيه في اعتباره فيكون بذلك سبب له ضرر محققاً[٧١].

([٦٨]) انظر، د.سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١٢٧. وكذلك د.عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، مطبعة بيروت، ١٩٨٣م، ص٢٧٣. وكذلك د.منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول من مصادر الالتزام،الطبعة الأولى، ١٩٩١م، ص٣٣١.

([٦٩]) انظر، احمد سلمان شهيب السعدي، الالتزام التعاقدي بالسرية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين ، ٢٠٠٥م، ص١٠٢.

([٧٠]) انظر، قرارها المرقم ١٤٦٤/ح/١٩٦٤ في ١٩٦٥/٢/٢٧، قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، ص٥٥.

([٧١]) انظر، د.أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، الإسكندرية، ١٩٧٠م، ص٣٤٤. وكذلك المستشار أنور العمروسي، مصدر سابق، ص٣١٧.

وكذلك امتناع المدين بسوء نية عن تنفيذ العقد يجعل التعويض أوسع مدى إذ يمتد الى الضرر غير المتوقع وليس هذا إلا ضرباً من ضروب التعويض عن ضرر أدبي أصاب الدائن بسبب سوء نية المدين[٧٢].

فالضرر الذي يعوض عنه هو الضرر المحقق ،وهو أما ان يكون ضرراً حالاً أو مستقبلاً، فالضرر الحال هو الضرر الذي وقع فعلاً و تكونت عناصره و مظاهره التي توفر للقاضي إمكانية تقديره وتحديد مقداره[٧٣].

أما الضرر المستقبل فهو الضرر الذي حدثت أسبابه ولكن نتائجه كلها أو بعضها قد تراخت الى المستقبل ويجوز التعويض عنه طالما انه محقق الوقوع في المستقبل، وقد تأكد هذا المعنى في قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه ((التعويض عن الضرر المستقبل جائز متى ما كان محقق الوجود))[٧٤] .

وهذه الأضرار كثيرة الوقوع في مجال عقد العمل التي تسبب للعامل عجزاً عن العمل لا يستطيع الأطباء تحديد مداه و درجة العجز عند المطالبة به لعدم وضوح درجة العجز وأثار الإصابة بشكل نهائي عند التقدير، إذ من الممكن ان تظهر أثار أخرى لم يكن بالإمكان حصرها عند وقوع الضرر وقد لا تظهر نتائج تلك الإصابات بصورة واضحة إلا بعد مدة مناسبة قد تطول بعض الشيء[٧٥].

([٧٢]) انظر، د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٩٧٥. وكذلك د.عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص٣٥٩. وكذلك د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٩.

([٧٣]) انظر، د.عاطف النقيب، مصدر سابق، ص٢٧٤. وكذلك د.عبد المنعم فرج الصدة، المصدر السابق، ص٣٦٠.

([٧٤]) انظر، الطعن رقم (١٢٧٠) لسنة ٥٤ ق في ١٩٨٥/١٢/١٦م،أشار إليه د.عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، مطبعة القاهرة، ١٩٨٨م، ص٩٩٥.

([٧٥]) انظر، د.عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، تنفيذ الالتزام، الجزء الثالث، ١٩٧١م، ص١٠٧.

ونرى ان ذلك ممكن تطبيقه في نطاق التعويض عن الضرر الأدبي، لأنه في بعض الحالات ان الأضرار الأدبية، لا تظهر بشكل نهائي عند وقوعها فيجوز إقامة الدعوى للمطالبة بهذا التعويض بعد مرور مدة تكفي لاتضاح حقيقة هذه الأضرار وهذا ما أجازته المادة (٢٠٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه ((إذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها ان تحتفظ للمتضرر بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير))[٧٦].

وفي هذا الصدد نود الإشارة الى ان الضرر المتغير إذا كان يتفق مع الضرر المستقبل في طريقة تعويضه، إلا انه يختلف عنه في المفهوم الدقيق، فالضرر المتغير ضرر حدثت أسبابه ونتائجه ولكن هذه الأخيرة عرضة للتغيير بالزيادة أو النقصان فلابد ان يكون التغيير أمراً محققاً و إلا فلا تعويض عنه[٧٧].

ويمكن إيراد المثال الآتي الذي يعد من أفضل الأمثلة على تعويض الضرر الأدبي الذي لا يمكن تقديره وقت وقوع الحادثة، فلو أصيبت فتاة صغيرة بتشوه جراء حادث سيارة أجرة، فمن الممكن الأخذ بنظر الاعتبار الضرر الذي سيظهر مستقبلاً عندما تصبح الفتاة شابة بمقتبل العمر وتحاط بفتيات من عمرها ومقدار الآلام النفسية التي سيشعر بها عند ذاك[٧٨].

أما بالنسبة للضررالاحتمالي، فهو يختلف عن الضرر المستقبل، لان هذا النوع الأخير من الضرر أمر مؤكد الوقوع ولو ان نتائجه لم تظهر لأنها تراخت الى المستقبل

([٧٦]) انظر، د.هاشم إبراهيم السعيد، المسؤولية المدنية لمعاوني القضاء، دراسة مقارنة، القاهرة، بدون سنة طبع، ص١٤٢. وكذلك د.عز الدين الديناصوري و د.عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص١٦٢. وكذلك د.سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١٧٦.

([٧٧]) انظر، حسن حنتوش رشيد، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤م، ص٢٨.

([٧٨]) انظر، قيس حاتم احمد القيسي، تعويض الضرر الأدبي في التشريع العراقي، دراسة مقارنة، المعهد القضائي، بغداد، ١٩٨٩م، ص٦٦. وكذلك د.احمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، مطبعة دار الفكر العربي، ١٩٦٣م، ص٣٣٣.

ولفترة مستقبلية معقولة وليس ضرراً غير مؤكد الوقوع، كما هو شأن الضرر الاحتمالي، فهذا النوع من الضرر لا يمكن تعويضه باتفاق الفقهاء[٧٩].

ان اغلب المبادىء المشار إليها سابقاً أكدها القضاء في أحكامه فالقضاء المصري ممثلاً بمحكمة النقض المصرية أكد المبدأ الآتي بقولها ((ان احتمال وقوع الضرر لا يكفي للحكم بالتعويض))[٨٠]، وكذلك أكد هذا المبدأ القضاء العراقي ممثلاً بمحكمة التمييز بقولها ((..... حيث ان الضرر الذي يدعيه المميز وهو حرمانه من الانتفاع من داره بسبب إحجام الناس عن استئجارها وهو ضرر غير محقق فلا يستحق تعويضاً))[٨١].

وهنالك مسألة على جانب من الأهمية، اختلف الرأي بشأن التعويض عنها هل هي ضرر محقق أو احتمالي ونعني بذلك مسألة تفويت الفرصة، كما لو أخلت شركة سينمائية بالتزاماتها نحو احد الممثلين فضاعت عليه فرصة الوصول الى الشهرة التي كان يرجو من ورائها الظهور في الأفلام المتعاقد عليها، مما سبب له شعوراً بالخيبة والحسرة ، فبالنسبة للتشريعات المدنية وخاصة العربية منها، فلم يرد فيها نص يشير الى التعويض عن فوات الفرصة، لذلك ندعو المشرع العراقي الى ضرورة النص على التعويض عن فوات الفرصة ذلك إنها إذا كانت بحد ذاتها أمراً محتملاً فان تفويتها يعد ضرراً محققاً، كما ان التعويض عنها أمر توجبه مقتضيات العدالة فالفرصة وان كانت أمرا محتملاً غير ان تفويتها أمرٌ محقق، ولذا ينبغي التعويض عنها والتعويض لا يكون عن موضوع الفرصة لأنها أمر احتمالي، وإنما يكون عن تفويت الفرصة ذاتها وبمعنى آخر ان الضرر الأدبي الحاصل من تفويت الفرصة لا يعلق على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع بل يكون محققاً بمجرد ضياع الفرصة، أما عن موقف القضاء من التعويض عن فوات الفرصة، فالقضاء الفرنسي وبعد تردد طويل اخذ يقضي بالتعويض عن فوات الفرصة على اعتبار ان مجرد

---

(٧٩) انظر، د.إبراهيم عساف، المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية الناتجة عن استعمال السيارة، الطبعة الأولى، ١٩٥٩م، ص٣٧. وكذلك د.احمد حشمت أبو ستيت، المصدر السابق، ص٣٣٥.

(٨٠) انظر، نقض- جلسة ١٩٦٥/٥/١٣م- السنة ١٦ مدني. أشار إليه المستشار أنور العمروسي، مصدر سابق، ص٢٩٠.

(٨١) انظر، قرار ها المرقم ٦٤٢/ م١٩٩٨/٣ في ١٩٩٨/٥/١٨م (غير منشور).

الفرصة يعد أمراً محتملاً ، بينما تفويتها يعد ضرراً محققاً، فقد قضى بالتعويض لمرشح حرم من دخول الامتحان للحصول على وظيفة بسبب خطأ الطبيب الذي عالجه[٨٢].

أما عن القضاء المصري فقد اتيحت له مناسبات كثيرة أصدر فيها أحكاماً تقضي بالتعويض عن فوات الفرصة، فقد ورد في قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه ((امتناع الناشر عن طبع المؤلف المتعاقد على طبعه وحبس أصوله عن مؤلفيه عدة سنوات تضييع لفرصة تسويقه خلال تلك المدة ضرر محقق ورفض دعوى التعويض باعتبار ان الضرر احتمالي خطأ في القانون))[٨٣].

أما القضاء العراقي فقد مر بمرحلتين:-

المرحلة الأولى:- كان فيها يقضي بعدم التعويض عن فوات الفرصة لاعتبارها ضرراً احتمالياً، فقد أصدرت محكمة التمييز قراراً نقضت فيه حكماً لمحكمة الموضوع الذي قضت فيه التعويض عن فوات الفرصة باعتبارها ضرراً محققاً[٨٤].

المرحلة الثانية:- وقضت فيها محكمة التمييز قراراً بالتعويض عن فوات الفرصة باعتبارها ضرراً محققاً[٨٥].

ونحن نؤيد هذا الاتجاه القاضي بالتعويض عن فوات الفرصة باعتباره أمراً توجبه مقتضيات العدالة، وأخيراً لابد لنا من الإشارة الى انه يشترط لتعويض الضرر الأدبي

---

(٨٢) انظر، حكم بوردو ١٦/ كانون الثاني ١٩٥٠م، دالوز، ١٩٥٠م، ص١٢٢. أشار إليه د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص٤٢.

(٨٣) انظر، الطعن رقم ٨٧٣/ لسنة ٥٢ ق في ١٩٨٥/٣/١٤ م ، أشار إليه د.عز الدين الديناصوري و د.عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص٤٤٥.

(٨٤) انظر، قرارها المرقم ١٤٦٤/ ح/ ١٩٦٤م في ١٩٦٥/٢/٢٧م قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، ص٥٠.

(٨٥) انظر، قرارها المرقم ٣٢٧/ هيئة عامة أولى/ ١٩٧٦م ،في ٩٧٧/٣/١٩م، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية، العدد الأول، السنة الثانية والثلاثون، ١٩٧٧م، ص٤.

الناجم عن فوات الفرصة توافر شرطين هما ان تكون الفرصة قد توافرت فعلاً، وان يكون فواتها بسبب يعود الى الغير نتيجة التعدي[٨٦].

المطلب الثالث

ان يكون الضرر الأدبي متوقعاً

ان أهم مما يميز المسؤولية العقدية عن التقصيرية، هو ان الأولى لا تقوم إلا لتعويض الضرر المتوقع في حين ان الثانية تشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع، ويراد بالضرر المتوقع هو ما كان حصوله متوقعاً حين إبرام العقد، أما إذا كان غير متوقع فلا يسأل عنه المدين في العقد إلا إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، حيث تطبق عندئذ قواعد المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن كل الضرر المباشر متوقع كان أم غير متوقع[٨٧]. وقد ورد قرار لمحكمة النقض المصرية بهذا الخصوص جاء فيه ((لئن كان أساس التعويض الذي يستحقه المستأجر في حالة تعرض المؤجر له فيما يخل بانتفاعه بالعين المؤجرة هو المسؤولية العقدية التي تقضي قواعدها بتعويض الضرر المباشر الحصول إلا إذا كان المؤجر قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً فيعوض المستأجر عندئذ عن جميع الأضرار المباشر ولو كانت غير متوقعة الحصول))[٨٨].

ولإيضاح فكرة الضرر المتوقع وغير المتوقع نذكر المثال الآتي،ان يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه القانوني بترميم المأجور فينتقل الى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجره، فتتلف بعض المفروشات أثناء النقل

([٨٦])انظر، د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص١٦٤-١٦٩. وكذلك د.مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٩٢م، ص٥٠ و ص٥١. وكذلك د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص٢٥-٣٢.

([٨٧]) انظر، د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط،الجزء الأول، مصدر سابق، ص١٠٣٢. وكذلك د.حسن الذنون، مصدر سابق، ص٢٤٠-٢٤١.

([٨٨]) انظر، الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٦/١١/١١م، أشار إليه د.سعيد احمد شعله، مصدر سابق، ص٣٨.

ثم يكون في المنزل الجديد (ميكروب) ينقل إليه المرض، فالفرق في الأجرة بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع، وما يتسبب عنه المرض هو الضرر غير المباشر فالمدين في الالتزام التعاقدي لا يكون مسؤولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع ما لم يكن قد اخل بالتزامه عمداً فيكون مسؤولاً عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما في المسؤولية التقصيرية[٨٩].

فالعبرة إذن في توقع الضرر هي بوقت التعاقد فلو لم يكن الضرر متوقعاً في ذلك الوقت فلا يكون المدين مسؤولاً عن تعويضه، وقد أكد هذا المعنى في قضاء محكمة التمييز العراقية في قرار لها جاء فيه ((ان شحة مواد البناء تعتبر من الأمور التي يمكن توقعها وقت التعاقد ولا تعتبر قوة قاهرة أو حادث فجائي))[٩٠]، ومع ذلك ترجع الى القاضي مهمة تقدير ما يتوقعه المتعاقدان وما لم يتوقعاه من إضرار بالاستناد الى عبارات العقد، ومعيار توقع الضرر هو معيار موضوعي لا ذاتي، إذ يقدر بمقدار ما يتوقعه الشخص المعتاد في الظروف التي وجد فيها المدين، وليس الضرر الذي يتوقعه المدين ذاته[٩١].

إذن فالضابط في الانتباه والتبصر في التصرفات الفعلية هو ما يحافظ عليه الرجل ذو الحظ العادي من التحرز والتيقظ والشعور[٩٢].

ومن تطبيقات هذه القاعدة نجد انه لا يسأل المدين عن الضرر الخاص الذي ما كان يصيب الدائن لولا هذا الظرف الخاص مثال ذلك، لو سكت الراكب دون ان يبين للناقل انه يريد الوصول في الموعد المحدد، وكذلك لا يسأل الناقل عن هلاك البضاعة إلا عن القيمة

([٨٩]) انظر، د.منذر الفضل، مصدر سابق، ص٢٦٣.

([٩٠]) انظر، قرارها المرقم ١٣٧/١٣٦/ مدنية أولى، ٩٧٤ في ١٩٧٤/٨/١٤م، منشور في النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، ص٥٠.

([٩١]) انظر، د.عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٧٧٠-٧٧١.

([٩٢]) انظر، د.محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، ص٣٨٣. وكذلك د.كامل الخطيب، نطاق المسؤولية= = التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، محاضرات للدراسات العليا، جامعة عين الشمس، بدون سنة طبع، ص٧٩.

المعلنة في البيانات المقدمة من قبل الدائن، أما فيما يخص القانون المدني العراقي فقد أشار بصراحة الى زمان توقع الضرر، في الفقرة (٣) من المادة (١٦٩) بقوله ((فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت))، فضلاً عن ان قضاء محكمة التمييز قد رفض التعويض عن الضرر غير المتوقع، وقد صدقت محكمة التمييز قرار محكمة الاستئناف المتضمن فسخ قرار محكمة البداءة المتضمن إلزام المدعى عليه من نفقات واعتبرت ان قانون تطهير الجهاز الحكومي قانون استثنائي غير متوقع لذلك لا يكون الموظف مقصراً وان العقد المبرم بين الطرفين قد حدد أسباب الفصل بها وان الموظف لم يخل بأحكام العقد فلا يلزم بالتعويض[٩٣].

ولقد تباينت الآراء في تسويغ التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع في حالتي الغش والخطأ الجسيم، فمنهم من ذهب الى القول بان المسؤولية العقدية تقوم على العقد وان إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مداه، وقد افترض القانون ان هذه الإرادة قد انصرفت الى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين[٩٤].

ومنهم من ذهب الى القول بأن قصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع يعتمد على مبدأ حسن النية، ويقول ان مساءلة المدين عن الضرر المتوقع في المسؤولية العقدية تعود الى مراعاة جانب المدين الحسن النية والى عدم إرهاقه وتوزيع الخسائر بين الدائن والمدين، كما ان مجرد عدم تنفيذه لا يعني سوء النية[٩٥].

([٩٣]) انظر، قرارها المرقم ٥٣٩/ مدنية أولى، ٩٧٣ في ١٩٧٤/٣/٦ منشور في النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الخامسة، ص٧٠.

([٩٤]) انظر، د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٦٨٦.

([٩٥]) انظر، ديموج، الالتزامات، الجزء السادس، فقرة ٢٧٤، ص٣٠٧. أشار إليه بشري جندي، خصائص مسؤولية المدين العقدية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة الرابعة عشر، ١٩٧٠م، ص٥١.

وإنما قد يكون من المستحيل عليه تنفيذه لذلك فان مسؤولية المدين يجب ان تقتصر على تعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، وذهب فريق ثالث الى القول ان التعويض يقتصر في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع وقت العقد إذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً، فإذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً فيكون قد خالف شريعة العقد ووقع في نطاق المسؤولية التقصيرية، ووجب إلزامه بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع ما دام الضرر مباشراً[٩٦].

ونحن نعتقد ان الرأي الأخير هو الرأي الأقرب للصواب،لأنه يستند الى عدالة التعويض.

([٩٦]) انظر، د.سليمان مرقس، مصدر سابق، ص٢٣٧. وكذلك مفيد محمد علي عبد الرضا، مصدر سابق، ص٢٢.

المطلب الرابع

ان يكون الضرر الأدبي قد أصاب حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة

ان من الشروط التي يجب ان تتوافر في التعويض عن الضرر الأدبي ان يكون التعويض عن الضرر قد أصاب حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة[٩٧].

إذ ان الحقوق قبل اكتسابها وصيرورتها حقاً مؤكداً لصاحبها لا يمكن التعويض عنها لعدم تأكد وجودها، والقانون لا يحمي مصالح وهمية أو غير مؤكدة لذا فان الضرر الذي يصيب المصالح غير المشروعة والحقوق غير المؤكدة لا يمكن المطالبة بالتعويض عنه.

والمقصود بمشروعية المصلحة أو الحقوق، هو تمتعها بالحماية القانونية إذ لا أهمية لمصالح لا يحميها ولا يقرها القانون، لأنه الأساس الذي تستمد منه تلك الحقوق والمصالح مشروعيتها[٩٨].

وعلى هذا ما دامت الحقوق والمصالح المشروعة تعد ميزة قانونية مصاحبة للكيان الشرعي سواء درجت في المواد القانونية أو اجتهادات قضائية بصفة قرارات أحكام فان الاعتداء عليها يوجب المسؤولية ومن ثم يوجب التعويض.

والحقوق المكتسبة والمصالح المشروعة كثيرة، وتختلف من بلد الى آخر إذ إنها تحدد طبقاً للمفاهيم الاجتماعية والاقتصادية وقواعد الدستور، إلا ان اغلبها يتعلق بجسم الإنسان وحياته وسلامته من القتل أو الجرح أو التعذيب أو أي نوع من أنواع الإيذاء وكذلك ما يصيب الإنسان من تعد على حريته أو عرضه أو شرفه أو سمعته أو مركزه الاجتماعي،

([٩٧]) انظر، د.أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني،دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، المكتب القانوني، ١٩٩٨م، ص٣٧٢.

([٩٨]) انظر، ناصر جميل محمد الشمايلة، مصدر سابق، ص٣٢.

والحقوق المكتسبة قانوناً تندرج تحت الحقوق السياسية كحق الانتخاب وتولي الوظائف العامة والحق في السلامة الجسمية[٩٩].

وكذلك الحق في الحريات الشخصية كحق الزواج والإقامة والتنقل....الخ، فان المساس بأي منها دون وجه حق يعد انتقاصاً للميزة المقررة قانوناً لصاحبها ومن ثم يعد ضرراً يجعل لمن أصابه ضرر مصلحة في مسائلة الفاعل[١٠٠].

ولكل شخص الحق في ممارسة مختلف الحريات، وهذا الحق من الحقوق الأساسية للإنسان،ولذلك تنص عليه دساتير مختلف الدول وأصبح يكتسب أهمية كبيرة في مجتمعنا المعاصر، والحق في الحرية له مظاهر متعددة، منها حرية التفكير وحرية التعبير وحرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية، لذا فان الاعتداء على أي من هذه الحقوق يسبب ضرراً أدبياً يستوجب التعويض، والقضاء الفرنسي حافل بالأحكام التي تقرر للأفراد الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيبهم نتيجة الاعتداء في ممارسة مختلف الحريات ومن هذه الحريات ما يتعلق بالحرية السياسية فقد حكم القضاء بالتعويض في حالة إدراج اسم احد الأشخاص في احد قوائم المرشحين دون علمه، واعتبر هذا الإدراج يتضمن مساساً بحرية الترشيح للانتخاب ومن ثم يلحق ضرراً أدبياً بصاحبه[١٠١].

أما المصالح المشروعة، هي التي لا تخالف قواعد النظام العام والآداب العامة ولا ترتقي الى مرتبة الحق الذي هو استئثار بشيء، أو بقيمة معينة يحميها القانون[١٠٢].

([٩٩]) انظر، د.مصطفى مرعي، مصدر سابق، ص١٢٨.

([١٠٠]) انظر، د.سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١٣٨.

(١٠١) انظر، د.حسام الدين كامل الاهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية)، دار النهضة العربية، ١٩٧٨م، ص٥٠.

([١٠٢]) انظر، د.توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، ١٩٨٨م، ص٤٥. وكذلك، ادوار غالي الذهبي، التعويض من الإخلال بمصلحة مشروعة، مجلة العلوم المعاصرة، العدد الثاني والثلاثون، السنة السادسة والخمسون، القاهرة، أبريل، ١٩٦٥م، ص٩٣.

والمصالح المشروعة عديدة تختلف باختلاف الأنظمة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وتتنوع تبعاً لتنوع قيم الآداب العامة وفكرة النظام العام، كمصلحة من يعيلهم الشخص دون إلزام قانوني عليه في بقاء الشخص على قيد الحياة[١٠٣].

والسؤال الذي يتبادر الى الذهن بهذا الصدد هو هل يشترط حتى يكون الضرر الأدبي الذي أصاب الدائن صالحاً لتحقيق المسؤولية ان يكون قد انصب على حق من الحقوق المكتسبة أو انه يكفي ان يكون المدعي قد أصابه ضرر في مصلحة والتي لا تسمو الى مرتبة الحق؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول ان الفقه والقضاء يؤكد ان الضرر الأدبي يكون صالحاً لتحقيق المسؤولية وبالتالي يجب التعويض عنه إذا كان قد مس بحق مكتسب أو على الأقل أصاب مصلحة أو منفعة مشروعة للدائن[١٠٤].

من كل ما تقدم نخلص ان المصالح غير المشروعة لا توجد حماية قانونية لها وبالتالي فان الأضرار التي تقع عليها لا يمكن تعويضها سواء كانت تلك الأضرار مادية أو أدبية، فالشخص الذي يستأجر داراً لاستخدامها لأغراض منافية للآداب العامة وحصل إخلال من جانب المؤجر في تنفيذ التزامه فلحق المستأجر ضرر أدبي من جراء ذلك فلا يستطيع المستأجر المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر وذلك لانعدام المصلحة المشروعة التي يحميها القانون.

([١٠٣]) انظر، د.طه عبد المولى، مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار الفكر، المنصورة،٢٠٠٠م، ص٦٣.

([١٠٤]) انظر، د.جميل الشرقاوي، دروس في أصول الالتزام، نظرية الحق، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦م، ص١٩.

المبحث الثالث

صور الضرر الأدبي

قد ينتج الضرر الأدبي عن الاعتداء على حق من الحقوق المالية، كما قد ينتج عن الاعتداء على حق من الحقوق غير المالية، أي الحقوق الشخصية كالحق في الحياة والحق في سلامة الجسم والحق في الحرية بأنواعها المختلفة، وذلك ما دام قد نتج عن الاعتداء على حق من هذه الحقوق مساس بالقيم الأدبية للإنسان التي تتكون منها الذمة الأدبية، ولكن من الملاحظ ان الضرر الأدبي ينشأ في أكثر الأحوال نتيجة الاعتداء على حق من الحقوق غير المالية، وان صور الضرر الأدبي متعددة وان من الصعوبة بمكان حصرها، وهذه الصور هي مدار بحثنا في هذا المبحث الذي وزعناه على مطلبين، خصصنا المطلب الأول للضرر الأدبي الواقع على حق الإنسان في سلامة جسده كالجروح وما تسببه من الآلام وما تخلفه من تشويه في الأعضاء، وجعلنا المطلب الثاني للضرر الأدبي الذي يصيب مشاعر الإنسان أو وجدانه أو عواطفه.

المطلب الأول

الضرر الأدبي الواقع على حق الإنسان في سلامة جسده

من الأضرار الأدبية ما يصيب حق الإنسان في سلامة حياته أو تكامله الجسدي المتمثل بالآلام الجسدية والنفسية التي عاناها المضرور من جراء الإصابة وهي لا تتضمن إلا خسارة بعض القيم غير المالية كالسعادة والتخلص من الآلام والجمال ومتع الحياة، وعليه يمكن القول ان هناك بجانب الأضرار المادية التي تصيب المصاب نتيجة الاعتداء على سلامته الجسمية المتمثلة بنفقات العلاج والعمليات الجراحية وثمن الأدوية والتنقلات أضراراً أدبية تتخذ صوراً متعددة حسب حالة كل مصاب، فالإصابة الجسمية بمعناها العام،

تعني كل مساس غير مشروع بالكمال المادي أو الأدبي لجسم الإنسان مؤدياً الى نقص في الحالة الصحية بصورة مؤقتة أو دائمية. ولتناول صور الأضرار التي تنشأ عن إصابة الإنسان في سلامة جسده ينبغي علينا تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع:-

الفرع الأول

الآلام الجسمية

وهي تلك الآلام التي يشعر بها المصاب في جسده بسبب الجروح أو الكسور أو بسبب الإصابات الجسدية الأخرى، أو بسبب العمليات الطبية التي يخضع لها المضرور[١٠٥].

ولاشك فيه ان الآلام التي تصيب الفرد جراء إصابته الجسمانية تعد أضراراً أدبية وتجعله في حالة عدم استقرار وارتياح وتشكل له اضطراباً يعكر صفو حياته. وخاصة إذا كانت تلك الآلام على درجة عالية من الشدة والتأثير، ولهذا فان التعويض عن هذه الأضرار أصبح مشمولاً بأحكام التعويض الأدبي[١٠٦]، هذا من ناحية، ويلاحظ من ناحية أخرى ان الآلام الجسمية من الصعوبة معرفة تقدير التعويض عنها لأنها من الأمور الذاتية الشخصية التي يتعذر معرفة أبعادها ومع ذلك يمكن التخفيف من هذه الصعوبة من خلال التطور العلمي في مجال الطب إذ قطع شوطاً بعيداً بحيث يستطيع باستخدام الأجهزة الدقيقة بيان شدة الآلام والمدة التي يستمر فيها علاج كل نوع من أنواع الكسور والجروح، مع الأخذ بعين الاعتبار سن المصاب وحالته الصحية والأمراض التي يعاني منها عند الإصابة ومدى تأثيرها عليه.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا ان القانون المدني العراقي لم ينص على تعويض الحالة المذكورة بشكل صريح أو ضمني، ولكن القضاء العراقي جاء فيه حكم يقضي بالتعويض

---

(١٠٥) انظر، د.عدنان إبراهيم، نوري حمد الخاطر، مصدر سابق، ص٤٢١. وكذلك د.محمد لبيب شنب، الموجز في المصادر غير الإرادية في الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩م، ص٢٣.

(١٠٦) انظر، د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١١١. وكذلك د.عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الطبعة الثانية، بيروت، ١٩٩٩م، ص١١٣.

عنها وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية في قرار لها جاء فيه ((ان ما خلفه الحادث بجسم المصاب من أضرار تعتبر أسباباً قانونية لتقاضي المصاب تعويضاً أدبياً عن إصابته))[١٠٧].

ولابد من التنويه الى ان التعويض عن الآلام الجسمية لا يثير أدنى شك في كثير من البلدان، ومع ذلك فان هذا المبدأ ما زال محل تردد في أحكام محكمة التمييز الأردنية، فلئن كانت المحكمة قد أقرت في بعض الأحوال حق من يشكو من الم جسمي في التعويض عما أصابه من ضرر، فإنها قد ذهبت في معظم الأحوال الى الرفض.

فقد قضت في قرار لها انه ((.....إذا أصيب المدعي بجرح في عينه سبب له عاهة فان الألم الذي نشأ عن ذلك من تشويه الوجه..... يعد ضرراً أدبياً قابلاً للتعويض بالمال....))[١٠٨].

لكن المحكمة في معظم أحكامها أخذت بالاتجاه المخالف فهي تعلن في قرار لها بان ((تخرج الآلام العضوية من مفهوم الضرر الأدبي المقبول للضمان، لان الضرر الأدبي هو الضرر الناتج عن التعدي على الغير في حريته أو شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره حسب نص المادة ٢٦٧ من القانون المدني الأردني.....))[١٠٩].

الفرع الثاني

الضرر الجمالي

---

(١٠٧) انظر، قرارها المرقم ٧٦/ م١/١٩٨٠ م، في ١٩٨٠/٣/١٧م، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة الحادية عشر، ١٩٨٠م، ص١٦.

(١٠٨) انظر، قرارها المرقم ٧٨/٧١ منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد السابع، ١٩٧٨م، ص١١٢٨.

(١٠٩) انظر، قرارها المرقم ١٦٨٥/ ٩٧ منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد الثالث، ١٩٩٨م، ص٥٠٠.

يمكن تعريف الضرر الجمالي، بأنه الضرر الناشيء عن تشويه جسم المصاب، مما يسبب له أثاراً سيئة في شعوره، سواء كان هذا الشعور ظاهرياً، كما في حالة الوجه واليدين أم خفياً أي في الأجزاء الأخرى المغطاة من جسم الإنسان[١١٠].

وعلى هذا فان الضرر الجمالي يرتبط بشكل مباشر بالتشوهات الحاصلة في جسم الإنسان، نتيجة الأعمال غير المشروعة التي تمس سلامته، إذ ان هذه الأخيرة كما تلحق به أضرار مادية، كالعاهات والعوق تلحق به أيضاً أضراراً أدبية تنجم عن الإحساس بالألم والمرارة بسبب تشويه جماله[١١١].

وعليه ان اعتبار الضرر الجمالي من صور الضرر الأدبي، يقوم على أساس ما يتركه التشويه من الآلام وعقد في نفس المصاب مما قد يتعذر عليه الانسجام والتكييف مع المجتمع، كما ان مثل هذا الضرر قد يؤدي في بعض الحالات الى منع المصاب من ممارسة مهنته في المستقبل، أو قد يؤثر على قدرته في الكسب وقد يكون هذا الضرر اشد وطأة وخطورة على المصاب إذ ان الناحية الجمالية تؤدي دوراً أساسياً بالنسبة للفنانين والأشخاص الذين يهتمون بأناقتهم كمقدمي البرامج التلفزيونية، وهنا يظهر الضرر الجمالي الناجم عن التشويه، كأحد عناصر العجز الجزئي الدائم ويقدر بوصفه احد عناصره، وليس كعنصر مستقل عن الإصابة الجسمية لذلك أصبح تعويض الضرر الجمالي أمراً متفق عليه في الفقه والقضاء، فقد قضت محكمة (كاياك) الفرنسية في قرار لها في ١٩٥٨/١٠/٤ ((ان الضرر الجمالي لا ينحصر بأعضاء الجسم المعروضة لنظر الغير بل يمتد الى الأجزاء التي لا يكشف عنها إلا في أوقات معينة وأماكن خاصة كالمسابح))[١١٢].

كما ان قضاء محكمة التمييز الأردنية قد قضى بالتعويض عن الضرر الجمالي بقوله: ((إصابة المريضة بعاهة دائمة نتيجة قيام الممرضة بحقنها بمادة سامة وكاوية بدلاً من

---

(١١٠) انظر، د.عاطف النقيب، مصدر سابق، ص٣١٦.

(١١١) انظر، د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص١٨٩.

(١١٢) أشار إليه ، د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١١٢.

المادة المخصصة طبياً لمثل حالتها يجعل من الحكم بإلزام المستشفى والممرضة المسببة بالضرر المادي والضرر الأدبي في محله))[١١٣].

وبطبيعة الحال فان تقدير التعويض عن ضرر التشويه الجمالي يعود الى سلطة المحكمة التقديرية التي لها استخلاص مقداره على ضوء الحادث و ظروفه.

الفرع الثالث

ضرر الحرمان من مباهج الحياة

إذا كان للإنسان الحق في الحفاظ على سلامة جسمه وحياته فان له الحق أيضاً في الإفادة من متع الحياة المشروعة في حدودها المألوفة، وهذه الإفادة من التمتع بملاذ الدنيا جديرة بالحماية، فهذا الشكل من الضرر ينطوي في جوهره على الم نفسي وانفعال ذاتي إذ ان الحرمان من المتع المشروعة يخلق في النفس الضيق والكبت أو الانقباض والحسرة، والمقصود به: الضرر الناشيء نتيجة الاعتداء على ملذات الحياة والاستمتاع بها[١١٤].

ويتمثل هذا الضرر عادة بحرمان المضرور من متع الحياة المختلفة، والمتع التي يحرم الإنسان منها متعددة : منها الحرمان من بعض الأنشطة، وعلى وجه خاص الأنشطة الرياضية[١١٥].

ومما تجدر الإشارة إليه ان هذا الضرر يوجد في حالات عديدة من المساس بالسلامة الجسمية ولا يمكن إنكار حقيقة وجوده وأهميته سواء ما كان مصاحباً لأضرار مادية أم لأضرار أدبية أخرى فمثلاً إصابة ملاكم محترف في يده وتعوقه، فهو فضلاً عن الخسارة

([١١٣]) انظر، قرارها المرقم ٩٩٨/١٧٧٥م، منشور في مجلة نقابة المحاميين الأردنيين، العدد الخامس، ١٩٩٩م، ص١٦٥٣.

([١١٤]) انظر ، القاضي صبري مجيد عطية، التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية عن الآلات الميكانيكية في القانون العراقي، بحث مقدم الى مجلس العدل العراقي، بغداد، ٢٠٠٠م ص١١١. وكذلك د.عاطف النقيب، مصدر سابق، ص١٨.

([١١٥]) انظر، ناصر محمد جميل الشمايلة، مصدر سابق، ص٤٧.

المادية الناتجة عن عدم استطاعته المشاركة في المباريات الرياضية، فانه بلا شك يصاب بضرر أدبي، يتمثل بشعوره بالحرمان من لذة الاستمتاع بمهنته الرياضية.

ان هذا النوع من الضرر لم يكن معروفاً سابقاً ولقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان من الضروري ان يعطى لهذا النوع من الضرر تعويضاً مستقلاً عن الأضرار الأدبية الأخرى الناتجة عن الإصابة الجسمية فمنهم من وقف ضد هذا الضرر ورفض تعويضه رفضاً قاطعاً، ومنهم من كان متردداً في تعويضه بشكل مستقل[١١٦].

وان هذا الضرر ظهر أمام المحاكم الفرنسية نتيجة تعرض صغار السن للإصابات وعجز جسمي يحرمهم مستقبلاً من ممارسة بعض الأنشطة الجسمانية بحرية وكفاءة كاملة وبصفة خاصة الأنشطة الرياضية[١١٧].

ولم يتردد القضاء العراقي في التعويض عن هذا الضرر فقد قضت محكمة التمييز العراقية بقولها ((ان خطورة الحادث ومدة المعالجة الطويلة والعملية الجراحية التي أجريت للمميز عليه تجعل التعويض المحكوم به غير مبالغ فيه وان الآلام النفسية وحرمان المميز عليه خلال هذه المدة من مباهج الحياة ورقوده في المستشفى وما خلفه الحادث بجسمه، كل هذه الأسباب يحق بموجبها تقاضي مبلغ التعويض عن الضرر الأدبي))[١١٨].

المطلب الثاني

([١١٦]) فالأستاذ "اسمان" يرى ان ضرر الحرمان من مباهج الحياة ليس إلا مظهراً لما تدعوه المحاكم الفرنسية عادة بالمضايقة المستمرة في حياة المتضرر اليومية لهذا يجب ان يعوض باعتباره من نتائج العجز الجزئي الدائم، وينتقد ذلك الرأي ان العجز الجزئي يؤدي الى نقص في الإمكانيات على الاستمتاع بالحياة ومباهجها ، ففي الحالات الخطيرة عندما يصاب المتضرر بالعمى يكون ضرر الحرمان من مباهج الحياة أقسى ما يمكن ان يحس به الإنسان. راجع د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١١٣.

([١١٧]) انظر، د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، ١٩٩٥م، ص١٢٥.

([١١٨]) انظر، قرارها المرقم ٧٦/ م١/ ١٩٨٠ في ١٩٨٠/٣/١٧م، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الحادي والعشرون، السنة الحادية عشر، ١٩٨٠م، ص١٧.

الضرر الأدبي الذي يصيب مشاعر الإنسان

وهذا النوع من الضرر الأدبي يمس الإنسان في عاطفته وشعوره وطاقة الحنان الموجودة في فطرته ويطلق عليه الفقه الضرر العاطفي أو النفسي[١١٩].

وهذا النوع من صور الضرر الأدبي كثير الوقوع في الحياة العملية، خاصة ما تعلق منه بالآلام التي تصيب الشخص بسبب وفاة شخص عزيز عليه، أو بسبب الآلام التي يعانيها عند وقوع حادث مؤلم.

والأضرار العاطفية لها تأثير كبير جداً على حياة الإنسان، ويظهر الضرر الأدبي الذي يصيب المشاعر والعواطف في العديد من الصور، منها المس بسمعة الإنسان أو شرفه، وكذلك الاعتداء على اسم الشخص ولقبه، وكذلك صورة الضرر الذي يمس المشاعر والعواطف من جراء إيقاع الطلاق التعسفي، وهذا ما سنوضحه خلال الفروع الآتية:-

الفرع الأول

المس بالسمعة أو الشرف

عولجت فكرة الضرر الأدبي الواقع على شرف الإنسان واعتباره في ظل ما ظهر في الفقه الحديث من حق الإنسان في سمعة طيبة يحرص عليها وتتحدد معالم مكانته الأدبية في مجتمعه من خلالها، والمس بسمعة الإنسان وشرفه يحصل عن طريق القذف والسب[١٢٠]، أو الإهانة أو الإشاعات الكاذبة حيث تمثل تلك الأعمال أضراراً أدبية تضر بسمعة المضرور وتؤذي مشاعره وعواطفه، هذا وقد أثار تعريف حق الإنسان في سمعته

([١١٩]) انظر، د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص١٨٦، هامش رقم٧.

([١٢٠]) يعرف القذف على انه ((إسناد واقعة معينة الى الغير بإحدى طرق العلانية من شأنها لو صحت ان توجب عقاب من أسندت إليه أو احتقاره عند أهل وطنه)) المادة (٤٣٣) من قانون العقوبات العراقي المعدل ١١١لسنة ١٩٦٩م، أما السب فقد عرفته المادة (٤٣٤) من نفس القانون ((رمي الغير بما يخدش شرفه واعتباره أو يجرح شعوره وان لم يتضمن ذلك إسناد واقعة معينة)).

أو شرفه كثيراً من الصعوبات، وفي هذا الصدد يمكن ان نميز بين طائفتين، فالطائفة الأولى تتردد في تعريفها لهذا الحق بين مدلولين: اولهما شخصي، والثاني موضوعي، بينما نجد ان الطائفة الثانية تتردد بين التوسع والتضييق في نطاق هذا الحق[١٢١].

فاستناداً للمدلول الشخصي يقصد بالحق في السمعة أو الشرف بأنه ((مجموعة من القيم المعنوية التي يضفيها الإنسان على نفسه))[١٢٢]، أو هو شعور ذاتي بالكرامة الشخصية يتضمن معنى الرغبة في الحصول على احترام الغير، وتتجسد شخصية هذا المدلول بأنه يتوقف على عدد من الاعتبارات الخاصة التي يجب مراعاتها تجاه شخص معين، كالاعتبارات العلمية أو الوظيفية أو العائلية أو المالية.

أما وفقاً للمدلول الموضوعي فانه: ((المكانة التي يحتلها كل شخص في المجتمع، وما يتفرع عنها في ان يعامل على النحو الذي يتفق مع هذه المكانة أي انه يعطي الثقة أو الاحترام اللذين تقتضيهما مكانته الاجتماعية))[١٢٣]، ومعنى موضوعية هذا المدلول انه بعيد عن أي تأثير من صاحبه أو برأي أشخاص آخرين، ومن ثم يفترض ان يتساوى فيه جميع الأفراد، سواء أكان صاحب هذا الحق غنياً أم فقيراً، كبيراً أم صغيراً وذلك لان العناصر التي يتضمنها هذا المدلول تمثل الحد الأدنى من القيم المعنوية التي يقتضي توافرها بالضرورة لدى كل إنسان بحكم كونه ادمياً فالقانون الوضعي يقر لكل شخص من حيث هو إنسان بالحق ان يطلب من الغير ان يحترم كرامته الآدمية، كما يتكون هذا الجانب من عناصر عدة يمثل كل واحد منها صفة من تلك الصفات العامة التي يتوقف عليها تكامل كرامة الإنسان واحترامه طبقاً للمجرى العادي للأمور، ومن ذلك الأمانة والنزاهة ، والشجاعة والإخلاص والاستقامة، فالإنسان العادي مهما كانت وظيفته الاجتماعية، ينبغي

([١٢١]) انظر ، د.محمد ناجي ياقوت، فكرة الحق في السمعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥م، ص١-١٨.

([١٢٢]) انظر ، د.رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣م، ص٥١٩.

([١٢٣]) انظر، د.عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص٤١. وكذلك د.رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص٥١٩.

له التمتع بحد أدنى من هذه الصفات التي تستلزم احاطته بقدر معين من الاحترام يجب ان يتوفر لأي فرد بمجرد وجوده في المجتمع[١٢٤].

كما يعرف الحق في السمعة أو الشرف من ناحية تردده بين مفهومين[١٢٥]، احدهما ضيق والثاني موسع، فوفقاً للمفهوم الضيق يعني الحق في السمعة أو الشرف، بأنه: ((حق الإنسان في ان لا تذاع عنه أمور من شأنها ان تدعو الى كراهيته واحتقاره والهزء به في نظر الآخرين أو تسبب نفورهم منه)).

أما وفقاً للمفهوم الواسع فيعني الحق في السمعة أو الشرف، بأنه: ((حق الإنسان في ألا تذاع عنه أمور من شأنها ان تدعوه الى إنقاص ما يتمتع به في نظر الآخرين من تقدير واحترام وحسن ظن أو ثقة أو تثير ضده مشاعر أو آراء معادية أو مخجلة أو مشينة أو غير مرضية))، ويتبين لنا من هذا التعريف ان الحق في السمعة أو الشرف، لا يقتصر على مجرد منع تعريض صاحبه للكراهية والاحتقار أو السخرية بل انه يمتد ليشمل أموراً أخرى كثيرة منها عدم جواز تعريض الشخص لآراء ومشاعر الغير تتضمن معنى الشفقة والرثاء عليه.

ومن خلال استقراء النصوص التشريعية لأي بلد أو الإطلاع على اتجاه قضائه، نستطيع ان نتبين بأي اتجاه اخذ (الموسع أو الضيق) لتعريف الحق في السمعة أو الشرف، ومن خلال نص المادة (٢٠٥/ فـ١) من القانون المدني العراقي نلاحظ انه اخذ بالاتجاه الموسع لتعريف الحق في السمعة أو الشرف، وعلى الاتجاه ذاته سار القضاء في فرنسا فان المبدأ العام الذي استقر عليه القضاء الفرنسي بصدد تعويض الضرر الأدبي هو ان كل مساس بالشرف أو السمعة يعتبر ضرراً أدبياً موجباً للتعويض، فلقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية مطالبة الدائن مدينه، الوفاء بالدين، بواسطة بطاقة بريدية، تشتمل على عبارات وألفاظ مهينة ومهددة من قبيل الاعتداءات الماسة بسمعة المدين[١٢٦].

---

(١٢٤) انظر، د.عبد الله مبروك النجار، مصدر سابق، ص١٣٨-١٣٩.

(١٢٥) انظر، د.محمد ناجي ياقوت، مصدر سابق، ص٢٠.

(١٢٦) أشار إليه ، د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص١٨٥.

أما بشأن موقف القضاء العراقي فقد اخذ بذات الاتجاه أي (الاتجاه الموسع) لتعريف الحق في السمعة أو الشرف، فلا يجوز المس بكرامة الإنسان وسمعته بحيث يؤدي الى الحط من المركز الاجتماعي فنشر مقالاً في الصحف تتضمن كلمات تمس بسمعة شخص معين قذفاً يستوجب التعويض عن الضرر الأدبي[١٢٧].

وكذلك جاء في قرار آخر لمحكمة التمييز اعتبرت فيه الشكوى الكيدية ضرر يلحق في السمعة حيث جاء فيه ((إذا كانت الشكوى مخالفة للحقيقة ومقدمة بسوء نية بقصد النكاية والانتقام ولم يثبت صحتها فللمتهم مطالبة المشتكي بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه))[١٢٨].

ونحن بدورنا نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الواسع في تعريفه للحق في السمعة أو الشرف، لان من شأن ذلك إضفاء قدر كبير من الحماية للإنسان في المجتمع.

الفرع الثاني

الاعتداء على اسم الشخص ولقبه

من المعلوم ان حياة الشخص تبدأ بولادته حياً، وان شخصية كل إنسان يجب ان تتميز بوسيلة أو علامة معينة تميزه عن الناس، وهذه الوسيلة أو العلامة هي الاسم المدني، ويتكون الاسم المدني من عنصرين، اولهما الاسم الشخصي أو الذي يتعين به الشخص تعييناً خاصاً، وثانيهما اللقب وهو اسم العائلة[١٢٩].

([١٢٧]) انظر، قرارها المرقم ١١٤/ تمييزية، ١٩٥٢ م، في ١٩٥٢/٣/١٠ م، أشار إليه، علي السماك، الموسوعة الجنائية في القضاء العراقي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، مطبعة الإرشاد، بغداد، بدون سنة طبع، ص٢١١، ص٢١٥.

(١٢٨) انظر، قرارها المرقم ١٠-١١ هيئة عامة في ١٩٧٩/٤/٢١ م، منشور في مجلة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة العاشرة، ١٩٧٩م، ص٣٣.

([١٢٩]) انظر، صبري مجيد عطية، مصدر سابق، ص١١٤. وكذلك د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص١٩٦.

ويقصد عادة باللقب، اسم الأسرة التي ينتمي إليها الشخص إذ يشترك في حمله جميع أفراد الأسرة، أما الاسم الشخصي، فهو الذي يضاف الى اللقب للتمييز بين أفراد العائلة الواحدة الذين يحملون نفس اللقب، واللقب العائلي ليس فيه ما يقتضي السرية أو إخفاءه عن الآخرين بل جعل للتعارف والاستعمال من طرف العامة ما دام انه لا يترتب على ذلك أدنى ضرر مادي أو أدبي[١٣٠].

أما فيما يخص الاسم المستعار، الذي يتخذه الشخص لنفسه ستراً لاسمه الحقيقي ويشبه كذلك الاسم المدني من حيث كونه من الحقوق الشخصية، ذلك ان الشخص في كل نواحي نشاطه وعلى الأخص في نشاطه الأدبي أو الصحفي أو الديني أو السياسي أو التجاري له الحق في ان يتخذ اسماً خيالياً وهذا الحق يحفظ مصلحة إنسانية مرتبطة بالشخصية يجب ان يحميها القانون[١٣١].

وتتمثل صورة الاعتداء على حق الإنسان في لقبه، بمنازعته في استعماله أو انتحاله من قبل الغير مما حدا بقسم كبير من التشريعات الوضعية[١٣٢] ،الى حماية الألقاب من المساس بها، وذلك بوقف هذا التعرض أولاً وإعطاء حق التعويض لمن لحقه ضرر أدبي، وهذا ما نصت عليه المادة (٤١) مدني عراقي إذ جاء فيها ((لكل من نازعه الغير باستعمال لقبه بلا مبرر ولكل من انتحل الغير لقبه، ان يطلب وقف هذا التعرض وان يطلب التعويض إذا لحقه ضرر من ذلك)).

([١٣٠]) انظر، قيس حاتم القيسي، مصدر سابق، ص١١٧.

([١٣١]) انظر، د.عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص٣٤.

([١٣٢]) ان هذه الحماية تمتد لتشمل إبدال اللقب برخصة قانونية أو عند إبدال الشخص لقبه عند تجنسه وتجدر الإشارة انه لا يجوز تبديل اللقب أو اكتسابه إلا بموجب القانون. أشارت الى ذلك المادة (٢/٤٠) مدني عراقي حيث نصت ((ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب = = تغييرها))، وأشارت الى ذلك المادة (٣٩) مدني مصري حيث نصت ((ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها)).

ويفهم من هذه المادة ان الحماية القانونية للقب تكون مقررة باعتبار اللقب حقاً قائماً بذاته وعنصراً لتمييز الشخص، ويترتب على ذلك عدم اشتراط وقوع الضرر للمطالبة بوقف هذا الاعتداء على الاسم، إلا ان النص اشترط وقوع الضرر لتقرير حق المطالبة بالتعويض عن الاعتداء الحاصل على الاسم، وكذلك يفهم من هذه المادة إنها اقتصرت الحماية على اللقب فقط ولم يشر الى الاسم[١٣٣].

لذا ندعو المشرع العراقي الى شمول الحماية القانونية لكل من اللقب والاسم وذلك من خلال تعديل نص المادة (٤١) مدني عراقي وعلى الشكل التالي:

((لكل من نازعه الغير باستعمال لقبه أو اسمه بلا مبرر ولكل من انتحل الغير لقبه، أو اسمه بلا مبرر ان يطلب وقف هذا التعرض وان يطلب التعويض إذا لحقه ضرر من ذلك)).

وهذا ما فعله المشرع الأردني، حيث شمل الحماية لكل من اللقب والاسم في المادة (٤٩) مدني حيث نصت ((لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما بلا مبرر ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق ان يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر))[١٣٤].

الفرع الثالث

الضرر المعنوي الناشيء عن إيقاع الطلاق التعسفي

([١٣٣]) على العكس فعل المشرع المصري في المادة (٥١) من القانون المدني حيث اقتصر الحماية على الاسم فقط وجاء فيه ((لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه دون حق، ان يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر)).

([١٣٤]) انظر، د.عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني الأردني والمقارن المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار، جامعة مؤته، ٢٠٠٢م، ص١١١.

ان الزواج عقد بين رجل وامرأة[١٣٥]، ولابد فيه من الإيجاب والقبول من كل منهما فهو عقد ذو طبيعة خاصه لا ينعقد إلا بها، وهذا من حسنات الزواج في الشريعة الإسلامية التي نظمت العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة وأزالت عنه الصبغة الحيوانية والوحشية في شيوعية الجنس أو الخطف أو الغصب أو غير ذلك من الوسائل الدنيئة التي تنتشر في الجاهليات القديمة والحديثة، كما ان الزواج عقد من العقود المسماة التي ذكرها الشارع وبين أركانها وشروطها، وحدد الحقوق والواجبات المترتبة عليها، أي انه بالإضافة الى الإيجاب والقبول اشترطت الشهادة فيه، وذلك نظراً لأهميته في نظر الشرع وخطورة النتائج المترتبة عليه من حل المتعة وثبوت النسب وثبوت الحرمة وصيانة العرض وغير ذلك[١٣٦].

فالزواج عقد من نوع خاص، ولكن هل هذا العقد يوجب التعويض على الرجل إذا طلق زوجته؟

وللجواب على ذلك لابد من ان نشير الى أهداف الزواج باختصار.

لقد شرع الله الزواج لمقاصد سامية وأهداف جليلة ومنافع متعددة وحكم كثيرة منها ما يرجع للزوجين، كحل الاستمتاع والعشرة الدائمة والأنس بشريك الحياة ومنها ما يرجع بالخير الى المجتمع، كبناء الأسرة السليمة، وتربية الأولاد تربية طيبة سديدة ناجحة لئلا يكونوا عالة

([١٣٥]) حيث حددت المادة الثالثة (الفقرة الأولى) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ م، المعدل الهدف والغاية من الزواج بأنه ((عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)).

([١٣٦]) انظر ، د.محمد مصطفى الزحيلي، التعويض عن الطلاق، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدر عن نقابة المحامين العراقية، العدد الأول والثاني، السنة الرابعة والثلاثون، كانون الأول- شباط – آذار- نسيان- مايس- حزيران ١٩٧٩م، ص١٠٥-١٠٦.

على المجتمع أو مشردين في السلوك والشوارع، ومنها ما يرجع الى النوع الإنساني كله في بقائه واستمرار وجوده في الأرض على أفضل منهج[١٣٧].

وقد ذكر القرآن الكريم بعض غايات الزواج، فقال تعالى ((**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**))[١٣٨].

ومما تقدم يظهر جلياً ان العلاقة بين الزوجين ليست علاقة مادية وان عقد الزواج لا يعني شراء المرأة أو تملكها وان المهر المسمى ليس ثمناً للمرأة، وإنما هو تكريم ومساعدة ومواساة، كما ان عقد النكاح ليس عقداً مالياً بل هو أقدس من المال، وان السعادة التي تتم بين الزوجين- حالة الوفاق- لا تقدر بثمن كما ان البغضاء والعداوة والنفور والآلام النفسية التي تقع بين الزوجين- حالة الخلاف- لا تقدر بثمن أيضاً، وبما ان عقد الزواج غير مالي فلا مجال لفرض التعويض المالي على فسخه أو إنهائه بناءً على المسؤولية العقدية[١٣٩]، لان المسؤولية العقدية تعتمد على الإخلال بما تقتضيه طبيعة العقد أو الإخلال بما يقتضيه الشرط الذي اشترطه احد المتعاقدين صراحة أو دلالة، أي تكون المسؤولية العقدية لوجود الخطأ العقدي الذي يترتب عليه ضرر مع توفر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فالمعيار في الزواج هو معيار ذاتي وشخصي ومعيار موضوعي في آن واحد فالزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها، فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي قد تترتب على عقدها، فالطلاق[١٤٠] في الشريعة الإسلامية لا يعتبر إخلالاً بطبيعة عقد الزواج ولا

([١٣٧]) انظر، عز الدين بحر العلوم، الطلاق أبغض الحلال الى الله، الطبعة الأولى، دار الزهراء، بيروت، ١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م، ص٨٦.

([١٣٨]) سورة الروم ، الآية (٢١).

([١٣٩]) انظر، د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، الجزء الثاني في مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٥٥م، ص٩٨-٩٩. وكذلك د.مصطفى الزحيلي، مصدر سابق، ص١٠٨. وكذلك الشيخ مجيد الصائغ، الطلاق بين التشريع والأحكام، مؤسسة الأعلمي، بيروت لبنان، ٢٠٠٢م، ص٤٨.

([١٤٠]) الطلاق لغةً: الترك والإرسال والتخلية، فيقال طلقت القوم إذا تركتهم، أما في الاصطلاح الفقهي فيعرف: إزالة قيد النكاح بصيغة طالق وشبهها. أشار إليه الشيخ مجيد الصائغ، مصدر سابق، ص١٤٦.

يحق للمرأة ان تشترط في عقد النكاح على عدم إيقاع الطلاق لان هذا الشرط لا يلائم العقد ويخالف النصوص الشرعية، ولذلك يخرج القانون الأحوال الشخصية من الحقوق المالية فالحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون، فالحقوق العامة والحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وان كانت حقوقاً فإنها ليست بذات قيمة مالية[١٤١].

إلا انه قد يتعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ويتجاوز الحدود المرسومة له ويستغل هذا الحق في إيذاء غيره وإلحاق الضرر به فان الشرع والقانون لا يقره على ذلك بل يؤاخذه عليه ويفرض عليه التعويض بناءً على نظرية التعسف في استعمال الحق، وهي نظرية استمدها القانون المدني في البلاد العربية من الشريعة الإسلامية، ونظرية التعسف في استعمال الحق هي أقوى الأسس وأصحها لبناء التعويض للمرأة عن الطلاق التعسفي، مما يعطي للزوجة الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي لحقها من جراء ذلك[١٤٢]، وهذا ما بينته الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل إذ نصت ((إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة ان الزوج متعسفٌ في طلاقها وان الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك،تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه، يقدر جملة، على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى)).

ولكن متى يعد الزوج متعسفاً في الطلاق؟

وقد عرف قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩م الطلاق في المادة (٣٤/ ف١) ((رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو الزوجة ان وكلت به أو فوضت به أو من القاضي ولا يقع إلا بالصيغة المخصصة له شرعاً)).

(١٤١) انظر د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجلد الثاني ، الجزء السادس، نظرية السبب ونظرية البطلان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة طبع، ص١٦٨.

(١٤٢) انظر، د.محمد مصطفى الزحيلي، مصدر سابق، ص١١٢. وكذلك نعيم إسماعيل مع الله الدليمي، التعويض عن الطلاق التعسفي بين الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، وزارة العدل، المعهد القضائي، بغداد،١٩٩٨م، ص٨.

للإجابة على هذا التساؤل ولتحديد معيار الطلاق التعسفي لابد لنا من بيان حكمة الطلاق باختصار للوصول الى معيار التعسف في استعمال الحق عامة، والتعسف في الطلاق خاصة، فلقد عرفنا سابقاً طبيعة عقد النكاح وأهدافه فإذا تحققت هذه الأهداف فقد حصل المقصود، ولكن إذا لم تتحقق هذه الأهداف كلها أو بعضها بان اختلفت الأمزجة وتباينت الأخلاق وتعذر الانسجام بين عمودي الأسرة وغاب الوئام والتفاهم بينهما وأصبح كل منهما يعاكس الآخر في الصغائر والكبائر نفسياً وأخلاقياً واجتماعياً عندئذ تصبح الحياة الزوجية جحيماً بين الزوجين ويصير عش الزوجية سجناً أو كدراً أو عذاباً وتنقلب غايات الزواج الى عكس المقصود منها وتصبح السعادة شقاء، والصفاء كدراً، والحب بغضاء، والود جفاء، والسكن وحشة كما تصبح واجبات الزواج عبثاً يسعى كل منهما للتهرب وقد يظلم احدهما أو كلاهما صاحبه، لكل ذلك شرع الله الطلاق ليكون دواء لهذا الأمراض وعلاجاً لهذه الآلام والأعراض ولوضع حد للشقاء والأزمات وهذا من محاسن الشريعة الغراء التي انزلها رب العالمين فقال تعالى ((وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ))[١٤٣].

ومن خلال ما تقدم نستطيع ان نضع معايير الطلاق المباح شرعاً، وان ما عداه يعد تعسفاً في استعمال الحق وإساءة له وموجباً للتعويض، فمعيار الطلاق المباح ذو شقين:

أولاً: معيار موضوعي: بان يتم الطلاق لأحد الأسباب العامة التي يشترك فيها معظم الناس كعدم الإنجاب.

ثانياً: معيار شخصي وذاتي ينبع من نظرة شخصية يبينها الشخص للقاضي أو الناس ويكون سبب الطلاق من وجهة نظره فقط ، كالبغض والكراهة وان الزواج لم يحقق له الأهداف والغايات، أو ان الزوجة ليست كفأ له وغير ذلك من الأسباب التي تكون موجبة للطلاق في نظر إنسان دون آخر، وقد تكون أكثر حوادث الطلاق تابعة للقسم الثاني لان العلاقة بين الزوجين علاقة إنسانية وعاطفية وأخلاقية واجتماعية وان العلاقة المالية بينهما تأتي في الأخير، فان اخل الزوج بأحد الجوانب المالية كالمهر والنفقة فانه يجبر على ذلك

---

(١٤٣) سورة البقرة/ الآية (٢٢٧).

ويحكم عليه فيها أما النواحي النفسية والإنسانية والأخلاقية فإنها غير محددة ولا محصورة، وبالتالي من الصعب ضبطها لتحكم على الزوج بأنه تعسف بها أم لا، فالعلاقة بين الزوجين في منتهى الدقة والحساسية فقد يعتبر كل منهما ان حقه قد انتقص أو سلب لأصغر شيء فيها ومن هنا لا يوجد طلاق من دون سبب، فأي رجل يقدم على الطلاق يعلم أثار الطلاق المادية ستلحق به بالإضافة الى ما سيلحقه من الأضرار الأدبية والسمعة السيئة.

وبذلك يكون الطلاق حقاً كسائر الحقوق مقيداً بعدم الإضرار بالغير عند استعماله، فليس لصاحب الحق استعماله وقت ما يشاء أو بدون وجه حق، و إلا عدّ متعسفاً في استعماله للحق، فالشريعة الإسلامية لا تجيز الطلاق لمجرد رغبة الزوج في الخلاص من الزوجة وإنما على العكس من ذلك حيث أوجبت الشريعة الإسلامية معاشرة الأزواج بالحسنى ولم تتساهل في إيقاع الطلاق بدون وجه حق[١٤٤].

وكذلك جاء في قرار آخر ((لا مانع من المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب احد الزوجين بسبب الطلاق إذا صاحبه ضرر أدبي أدى الى إلحاق الأذى بنفسية الطرف الآخر ومشاعره وذلك للأدلة الدالة على حرمة الإيذاء ورفع الضرر))[١٤٥].

ونرى وجوب تعويض الزوجة في حالة تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، وذلك لان اثر إساءة استعمال الحق لا يقتصر ضرره على الزوجة فقط، وإنما يمتد ليشمل الأطفال والمجتمع، ولقد اخذ المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية بفكرة التعسف في استعمال الحق في المادة التاسعة والثلاثين الفقرة الثالثة وعد الزوج الذي يطلق زوجته بدون سبب متعسفاً في التعامل مع حق الطلاق ويترتب عليه تعويض مطلقته عن الضرر

([١٤٤]) انظر، نعيم إسماعيل مع الله الدليمي، مصدر سابق، ص١٠. و كذلك د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص٢٠٢-٢٠٣.

([١٤٥]) انظر البيان الختامي للدورة الرابعة عشر للمجلس الأعلى للإفتاء المنعقدة في مدينة دبلن ايرلندا في ٢٣-٢٧/ شباط ٢٠٠٥م وعلى الموقع التالي:

WWW.E.CFR.ORG/ARTICLE.PHP.?=PRINT ٨SIDE ١٣٨.

الأدبي الذي لحقها، وبهذا يكون الطلاق التعسفي صورة من صور الضرر الأدبي التي يصاب بها المضرور.

الفصل الثاني

الأساس القانوني للتعويض عن الضرر الأدبي وطرق تعويضه

تمهيد وتقسيم:

بعد ان استعرضنا وجهة نظر الفقه والقضاء والتشريع تجاه الضرر الأدبي وإمكانية تعويضه بوصفه احد أنواع الضرر، توصلنا الى وجوب التعويض عن الضرر الأدبي بوصفه مبدأ مستقراً في الوقت الحاضر.

إلا ان الفقهاء اختلفوا حول الأساس الذي اعتمدته التشريعات والقضاء في تعويض هذا الضرر، لذا فقد خصصنا هذا الفصل لدراسة الأساس القانوني للتعويض عن الضرر الأدبي وكذلك دراسة طرق التعويض عن الضرر الأدبي من خلال مبحثين مستقلين، تطرقنا في المبحث الأول الى الأساس القانوني لتعويض الضرر الأدبي من خلال النظريات الفقهية التي طرحت بهذا الشأن، ثم خصصنا المبحث الثاني الى دراسة طرق التعويض عن الضرر الأدبي.

المبحث الأول

الأساس القانوني لتعويض الضرر الأدبي

لقد انقسمت آراء الفقه[١٤٦] بصدد الأساس القانوني لتعويض الضرر الأدبي الى اتجاهين فقهيين، ينادي الأول منهما بكون التعويض عن الضرر الأدبي زجراً لمرتكب الضرر ويمثل عقوبة خاصة في نطاق القانون الخاص، بينما ذهب الاتجاه الآخر الى المناداة بكون التعويض تخفيفاً للألم والحزن اللذين ينتابان المضرور، وهو يشكل ترضية له، وبغية توضيح كل منهما قسمنا هذا المبحث على مطلبين بحثنا في الأول نظرية العقوبة الخاصة موضحين فيها الأسس التي اعتمدتها هذه النظرية والنتائج التي توصلت إليها والانتقادات الموجهة إليها، وبحثنا في المطلب الثاني نظرية الترضية البدلية بوصفها أساساً حديثاً نسبياً لمبدأ تعويض الضرر الأدبي والأسس التي استندت إليها والتطبيقات القضائية المعمول بها.

المطلب الأول

نظرية العقوبة الخاصة

([١٤٦]) انظر، د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص١٠٦-١٠٧. وكذلك صبري مجيد عطية، مصدر سابق، ص٧٢.

وفقاً لأنصار هذه النظرية فان التعويض إنما هو عقوبة تفرض على من تسبب بإلحاق ضرر أدبي، وهي على شكل غرامة مالية تفرض على المسؤول وفقاً لجسامة خطئه، فتزداد كلما زادت جسامة الخطأ المرتكب وتقل في حالة كون الخطأ المرتكب يسيراً، بمعنى ان مبلغ التعويض يزداد بشكل طردي مع تزايد حجم الخطأ والعكس صحيح[١٤٧] وقد استند أصحاب هذا الاتجاه في نفي صفة التعويض عن الضرر الأدبي الى حجج عدة منها ، ان الضرر الأدبي هو ضرر مفترض لا يقبل التقييم ولا يقبل الإصلاح، كما تتنافى فكرة التعويض عنه مع قواعد الأخلاق، وذلك ان افتراض الضرر الأدبي أمر قائم في بعض الحالات كما هو الحال في حالة التعويض الناجم عن الوفاة، فهنا يفترض القاضي وجود الضرر العاطفي من دون حاجة الى إثباته من المدعي[١٤٨].

وبصدد عدم قابلية الضرر الأدبي للتقييم أو التقدير، فانه إذا كان الضرر المادي يقبل التقييم بمقاييس كثيرة، فان ذلك ينعدم في حالة الضرر الأدبي، ومن ثم فلا يوجد مقياس يصلح مع القول بان التعويض المحكوم به يوازي الضرر الأدبي، إذ هو اعتداء على الشخص كانسان وليس ذمته المالية، ومن ثم فإننا سنجد دائماً فرقاً في التوازن بين التعويض بأي صورة كان، والضرر الأدبي، سواء كان عاطفياً نشأ عن فقد عزيز عليه أو مساساً بالجسم أو تشهيراً أو اعتداءً على المعتقدات الدينية للإنسان، لان المصلحة في كل ما تقدم لا تقبل التعويض المالي[١٤٩].

ومن حيث عدم قابلية الضرر الأدبي للإصلاح، فان أي مبلغ من النقود لا يكفي لجبر الضرر الناتج عن فقد عزيز أو فوات مصلحة أدبية، ومن ثم فان الضرر قد وقع ولا سبيل

([١٤٧]) علماً ان أنصار هذه النظرية هم القلة تجاه نظرية الترضية البدلية وأبرزهم كاربونيه وبلانيول واسمان و(انجي) وستارك وسافاتيه، أشار الى قسم منهم د.ياسين محمد يحيى، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية، ١٩٩١م، ص٣٢٢.

([١٤٨]) انظر، د.محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، مطابع رمسيس، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص٤٦٧. وانظر: **Jean Carbonnier,op,cit,p.٣٥٥.**

([١٤٩]) انظر، د.سليمان مرقس، الوافي، مصدر سابق، ص١٥٥. وكذلك ياسين محمد يحيى، مصدر سابق، ص٣٢٧.

لإصلاحه، لا بل حتى ولو ترتب على ذلك زيادة الذمة المالية للمضرور، فان ذلك لن يقلل من الخسارة التي أصابته بذمته الأدبية[١٥٠].

وأخيراً يضيف أصحاب هذا الاتجاه الى ان إضفاء صفة التعويض على الضرر الأدبي أمر يتنافى مع قواعد الأخلاق، وانه مما يتنافى مع قواعد الأخلاق القول بأنه من لحقه اعتداء في شعوره يتعزى بما ناله من تعويض، وانه لأمر بعيد عن الأخلاق ان يثرى الإنسان على حساب كرامته، أو بسبب وفاة ابنه[١٥١].

ان ذلك المعنى من شأنه ان يخلع عن الضرر الأدبي الصفة التعويضية ويضفي عليه صفة الإرضاء للمعتدى عليه (الدائن) أو تطييب خاطره[١٥٢].

ولقد كان الفقيه الفرنسي (HUGUENEY) احد أنصار هذه النظرية ولكنه انفرد بتفنيده للفكرة الارضائية للتعويض في كل أنواع الأضرار، حيث عدَّ العقوبة الخاصة الحديثة صورة متطورة للعقوبة الخاصة القديمة تدور بين القانون المدني والجنائي، أي إنها أخذت من القانون الجنائي الأصل والهدف ومن القانون المدني الشكل والآثار، مبرراً ذلك عبر المعايير المادية والأخلاقية التي ترتبط بها، فذكر ذلك في محاولته للتفريق بين مفهوم التعويض المعروف حالياً ومفهوم العقوبة الخاصة، فالتعويض يتحدد بمقدار الضرر الحاصل، بينما العقوبة الخاصة لا يرتبط تحديد مقدارها بالضرر الواقع وإنما بموجب جسامة خطأ المدين (المسؤول) لان الخطأ بالنسبة للعقوبة الخاصة هو المقياس الأعلى بينما في التعويض يكون الخطأ على العكس من ذلك فما هو إلا عامل مساعد لتحديد من يتحمل المسؤولية كما ان الفقيه(HUGUENEY) يذهب الى ابعد من ذلك حيث جعل من العقوبة الخاصة وسيلة لحماية مصلحة المسؤول والمضرور، وكذلك تحقق المصلحة الاجتماعية، إذ ان قياس التعويض بحجم الخطأ الصادر من المدين، يحميه من التعسف في

([١٥٠]) انظر، د.عبد الله مبروك النجار، مصدر سابق، ص٣٧٩-٣٨٠.

([١٥١]) انظر، د.محمد إبراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص٤٦٩.

([١٥٢]) انظر، إسماعيل صعصاع، مسؤولية الإدارة عن الضرر المعنوي، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بغداد ، ٢٠٠٣م، ص٢٢٧ . وكذلك د.محمد احمد عابدين، مصدر سابق، ص١٩٥.

تقديره، خاصة في الحالات التي يكون فيها المدين قد أخطأ دون تعمد، أي كان خطأه غير إرادي، كما ان التعويض يعمل على إرضاء الدائن من خلال معاقبة المدين بحيث تبعده عن فكرة الانتقام كما إنها تحقق المصلحة الاجتماعية[١٥٣].

حيث ان قانون العقوبات قد يغفل عن إيراد أحكام لبعض الأفعال التي تحتاج الى معاقبة مرتكبها، ولكن بعقوبة تتناسب مع حجم هذه الأفعال، فتأتي العقوبة الخاصة متمثلة بالغرامة المالية لسد هذا النقص، ويكون ذلك بشكل خاص في حالات الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، أي ان العقوبة الخاصة تعمل في الوقت نفسه الذي تجبر فيه الضرر على زجر المدين[١٥٤].

كما ان فكرة العقوبة الخاصة في نظر الجانب المؤيد من الفقه هي التي أملت قواعد التعويض عن الضرر الأدبي، فدعوى التعويض عن الضرر الأدبي لا يصرح للدائنين باستخدام حق مدينهم فيها، كما إنها كقاعدة تختفي بوفاة المورث كما ان حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي ليس مقرراً لكل من أصابه ضرر من الوفاة الناجمة عن الفعل غير المشروع، لكن هذا الحق قاصراً على الأفراد اللصيقين بالمورث من عائلته وهو لا يتقرر للصديق أو الخطيبة رغم إنهم قد يلحقهم ضرر يفوق ذلك الذي يلحق عائلة المتوفى[١٥٥].

([١٥٣]) انظر، د.إبراهيم محمد شريف، مصدر سابق، ص١٦٩.

([١٥٤]) انظر، د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص٩٣. وكذلك د.محمد إبراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص١٠٦-١٠٩. وانظر: **Philipe Le Tourneau,op,cit,p.١٢٩.**

([١٥٥]) انظر، وسن سلمان داود، تعويض الضرر الأدبي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠٠م، ص٩٩. وكذلك د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص١١٢.

ومن الجدير بالذكر ان أصحاب هذا الاتجاه لا يرفضون التعويض عن الضرر الأدبي، بل إنهم يرون فيه الوسيلة اللازمة التي تحول دون إفلات المسؤول بخطئه بسبب عدم ملائمة فكرة التعويض، ولكن الذي يعنيه هؤلاء هو نفي الوظيفة التعويضية عن هذا التعويض[١٥٦].

وبناءاً على ما تقدم فان مظاهر العقوبة الخاصة وفقاً لهذا الرأي تتمثل في مبلغ نقدي يقدر لا لجبر الضرر الأدبي وإنما لإطفاء غيظ المضرور والانتقام من مرتكب الفعل الضار. كما ان هذه المظاهر تتمثل في ان القاضي إذ يتعذر عليه ان ينفذ في نفسية المضرور لمعرفة مدى الألم النفسي الذي استقر في شعوره ووجدانه، فانه لن يكون أمامه سوى قياس مشاعره الخاصة تجاه مرتكب الفعل الضار ومدى جسامة الخطأ الصادر منه، كما لو كان الخطأ قد صدر نحوه هو.

فالأسهل على القاضي هنا ان يعتد بمدى جسامة الخطأ بدلاً من البحث في مدى الضرر، ولهذا فمن غير المقبول القول بان المضرور يطلب تعويضاً بمعنى الكلمة عما لحقه من ضرر أدبي، وذلك لان أي مبلغ نقدي لن يزيل ألمه أو معاناته النفسية، ومن ثم فان الواقع يؤكد ان المضرور لا يطلب تعويضاً بل يطلب عقاباً حتى ولو لم يصرح المضرور والقاضي بذلك، ولهذا فان العقوبة سوف ترتدي ثوب هذا التعويض الذي لا يقاس من وجهة نظر المضرور والقاضي إلا بمدى جسامة الخطأ[١٥٧].

وبصورة عامة فان أنصار هذه النظرية يبرزون مزاياها وخواصها بشكل يوحي بأنها الأصلح للاستناد إليها كأساس للتعويض، واهم هذه الخصائص بحسب وجهة نظرهم هي:

١- التعويض عن الضرر الأدبي بموجب فكرة العقوبة الخاصة لا يكون تحكمياً أو كيفياً:

([١٥٦]) انظر، د.محمد إبراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص٤٦٩-٤٧٠. وكذلك د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص١٢٠-١٢١.

([١٥٧]) انظر، د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص١٢٢.

ذلك لان الضرر الأدبي لا يمثل قيمة مادية يمكن تقويمها مالياً بمبلغ محدد يمثل ما أصاب الشخص من ضرر أدبي لاستحالة تقدير ذلك، فعليه لابد ان يكون الحكم بالتعويض على محدث الضرر تحكمياً من قاضي الموضوع خارج فكرة العقوبة الخاصة[١٥٨]، بدلالة لو طرح السؤال عن كيفية توصل القاضي الى الحكم بالمبلغ الفلاني وليس بقدر أعلى أو اقل تعويضاً عن الضرر الأدبي فان الصعوبة تظهر ولا يمكن الإجابة عليها بشكل دقيق إلا إذا أخذنا بفكرة العقوبة الخاصة للمسؤول عن إحداث الضرر وقياس مبلغ التعويض بموجب درجة خطأ المسؤول أو جسامته أو حالته المالية، وليس بمدى الضرر الأدبي الحاصل للمضرور لأنه كامن في النفس ويختلف من شخص لآخر.

٢- ان فكرة العقوبة الخاصة تطابق العدالة والأخلاق:

يرى أنصار هذه النظرية ان مرتكب الفعل الضار لا يكون بمأمن على ما ارتكبه، حيث ان الإدانة العلنية عن طريق عقوبة عامة في اغلب الحالات تكون غير كافية لردع محدث الضرر إلا إذا ألحقنا به عقوبة شخصية خاصة تتمثل بدفع مبلغ متماثل مع درجة خطأه، وفي ذلك مراعاة للعدالة والأخلاق[١٥٩]، كما ان الحكم بالتعويض خارج فكرة العقوبة الخاصة يعني من جهة أخرى بان المضرور قد أثرى على حساب المسؤول بدون سبب لعدم انتقاص أي عنصر من ذمته المالية وهذا خروج على مبادىء العدالة والأخلاق، ورغم الدفاعات التي قدمها أنصار نظرية العقوبة الخاصة فان لهذه النظرية عيوباً يمكن ان توجه لها وهي:-

---

([١٥٨]) انظر، د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة النديم، ص٥٣٢. وكذلك د.حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠م، ص٢٢٢.

([١٥٩]) انظر، قيس حاتم احمد، مصدر سابق، ص٢٨-٣١ و ص٥٠. وكذلك د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص١١٤.

١- ان فكرة العقوبة الخاصة تسمح بان ينال المضرور تعويضاً اكبر مما لحقه من ضرر، وذلك إطفاء للرغبة في الانتقام لدى المضرور وهذا يعني ان العقوبة الخاصة تقوم على أساس شريعة الغاب أو الانتقام البربري[١٦٠]، إذ يحدث ان يكون التعويض أكثر قيمة من الضرر أو على الأقل مختلفاً عن الضرر الذي أصاب المضرور، مما يجعل المضرور بعد تعويضه في حالة أحسن من تلك التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وفي ذلك إثراء لذمته على حساب المسؤول، غير ان أنصار العقوبة الخاصة يرون ان هذا الإثراء وسيلة للحد والتخفيف من نزعة الانتقام الكامنة في نفس المضرور، لان المضرور يتمنى ان يرى مرتكب الفعل الضار(المدين)، قد أحس بالألم الذي أصابه نفسه أو أكثر منه، وهذه فكرة بربرية تحرص على ان يسود الطبيعة البشرية روح البغضاء والانتقام والسوء.

٢- ان مجتمعات هذا العصر تتجه نحو فصل المسؤولية الجنائية التي تتولى أمورها الدولة، عن المسؤولية المدنية التي يتولى الدائن المطالبة بالتعويض عنها، وان الأخذ بنظرية العقوبة الخاصة يعني الدمج بين المسؤوليتين[١٦١].

٣- ان القول بان إقامة التعويض عن الضرر الأدبي على أساس الترضية يخالف المثل الأخلاقية إلا ان القبول بالتعويض على أساس العقوبة الخاصة لا يغير من الأمر شيئاً، إذ ان المضرور في كلا الحالتين سوف ينال مبلغاً نقدياً وبهذا نصل الى نفس النتيجة[١٦٢].

([١٦٠]) انظر، صبري مجيد عطية، مصدر سابق، ص٧٢-٧٥.

([١٦١]) انظر، وسن سلمان داود، مصدر سابق، ص١٠٠.

([١٦٢]) انظر، احمد مصطفى ناصر، المسؤولية عن الآلات الميكانيكية، مجلة العدالة تصدر عن وزارة العدل، العدد الرابع، السنة الرابعة (تشرين الأول- تشرين الثاني- كانون الأول)، ١٩٧٨م، ص٦٩٢. وكذلك د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص٩٤.

٤- ان فكرة العقوبة الخاصة تضيق من دائرة المستفيدين من التعويض الأدبي، فلا يستفيد منها إلا المضرور نفسه وبالتالي تحرم ورثة المضرور وذويه من الاستفادة من التعويض.

٥- ان صعوبة تقدير الضرر الأدبي، وتعذر إزالة هذا الضرر بالنقد لا تصلح بحد ذاتها سبباً لوصف تعويض الضرر الأدبي بصفة العقوبة الخاصة، لان أساس هذه النظرية ليس مجرد عدم الارتباط بالضرر، وإنما الهدف الردع والعقاب، وهو مما لا يتوفر في كل الحالات، وخاصة عند الحكم بتعويض معتدل عن الضرر الأدبي، كما ان الفقه ينكر صفة العقوبة الخاصة عن تعويض الضرر الأدبي من واقع الانتقادات الموجهة الى العقوبة الخاصة ذاتها والتي تتنافى مع الأخلاق، لقيامها على مبدأ الانتقام ولما يسمح به الارتباط بمدى جسامة الخطأ من مخاطر بخس التعويض أو المبالغة به[١٦٣].

٦- ان فكرة العقوبة الخاصة تمنح سلطة تحكمية للقاضي في إنشاء عقوبة لا مبرر لها مع وجود العقوبة العامة[١٦٤].

٧- ان نظرية العقوبة الخاصة تتنافى ومبادىء العدالة، وذلك لان تقدير التعويض بمقدار خطأ مرتكب الفعل الضار يجعله غير كافٍ أو مبالغاً فيه فيكون غير كافٍ إذا كنا بصدد ضرر جسيم نجم عن خطأ يسير، ومبالغاً فيه إذا كان الخطأ جسيماً والضرر يسيراً، إذ يستفيد المضرور في الحالة الأخيرة من ضرره.

وكذلك ان هذه النظرية لا تتلاءم مع الطابع التعويضي للقانون المدني، لان هدف القانون المدني هو التعويض الملائم عن الضرر وليس توقيع العقوبة على مرتكب الضرر[١٦٥].

([١٦٣]) انظر، د.حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص٤٥.

([١٦٤]) انظر، د.ياسين محمد يحيى، مصدر سابق، ص٣٣٠. وكذلك د.محمد إبراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص٤٧٣.

([١٦٥]) انظر، مقدم السعيد، مصدر سابق، ص١٢٧.

ان نظرية العقوبة الخاصة بالإضافة الى النقد الذي وجه إليها لا تصلح كأساس للتعويض عن الضرر الأدبي، ذلك ان العقوبة تفترض الخطأ، لكن من المسلم به ان التعويض عن الضرر الأدبي يكون في حالات المسؤولية التي لا تستند الى الخطأ، كما في حالة قيام صاحب المعمل بدفع تعويض الى العامل الذي أصيب في عمله استناداً لنظرية تحمل التبعة وهو لم يرتكب أي خطأ يستوجب العقوبة، وهكذا الحال بالنسبة للخطأ اليسير الذي لا يستوجب العقوبة وفي هذه الحالات تكون فكرة العقوبة الخاصة غير مقبولة، كما ان مجال العقوبة هو القانون الجنائي وليس القانون المدني، والتعويض يعد في الأساس جزاءً مدنياً يختلف في طبيعته ووظيفته عن الجزاء الجنائي، كما ان القانون الحديث لا يعرف فكرة العقوبة الخاصة وإنما يعرف العقوبة التي يوقعها القاضي في حالة ارتكاب جريمة من الجرائم كجزاء جنائي[١٦٦].

و نحن بدورنا نرى ان نظرية العقوبة الخاصة لا تصلح كأساس للتعويض عن الضرر الأدبي، وذلك لان وظيفة العقوبة بصفة عامة مقارنة بالتعويض لا تهدف الى جبر الضرر، وإنما الى العقاب ومن هنا يبرز عدم دقتها هذا من جهة، ومن جهة أخرى نلاحظ انه لا توجد أي رقابة على القاضي عندما يقوم بتحديد التعويض بهدف عقابي، وبذلك ندرك الحكمة من جعل الأحكام القضائية خاضعة للرقابة القضائية وبذلك تكون العقوبة الخاصة قاصرة، فهذه النظرية تقصر التعويض على المضرور وحده ويُحرم الورثة وذوي الحقوق من التعويض.

ومع ذلك لا يمكن إنكار الصفة الايجابية لهذه النظرية، وذلك بإعطاء عنصر الخطأ في المسؤولية أثراً كبيراً ليس بوصفه عنصراً فيه وإنما مقياس للتعويض أيضاً، ولاسيما ان المحاكم المدنية تتجه في الواقع العملي الى الارتكاز على جسامة الخطأ لتقدير التعويض عن الضرر الأدبي أو على الأقل بوصفه عاملاً مساعداً في تقدير التعويض.

([١٦٦]) انظر، د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص١٢٢-١٢٣. وكذلك د.عبد الله مبروك النجار، مصدر سابق، ص٣٨١-٣٨٢. وكذلك د.سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١٥٥.

المطلب الثاني

نظرية الترضية البدلية

بعد الانتقادات التي وجهت الى نظرية العقوبة الخاصة من قبل الفقهاء باعتبارها من بقايا النظام القانوني القديم القائم على الانتقام، وكونها تخلط بين المسؤولية المدنية والجنائية، وغير ذلك من الانتقادات التي سبقت الإشارة إليها ظهرت نظرية الترضية البدلية كبديل للنظرية السابقة وكان ظهور هذه النظرية في ألمانيا على يد الفقيه الألماني ويند شيد Wind schied [١٦٧].

وتقوم هذه النظرية على أساس ان أي تعويض سواء أكان هذا التعويض عن ضرر مادي أم أدبي، إنما يهدف الى ترضية المضرور بما يتلاءم والضرر الواقع، وان هذا التعويض لا يقصد به عقوبة المسؤول عن فعله، ومادامت الأموال مخصصة لسد حاجات الإنسان المادية والأدبية، فان مهمة التعويض الذي يحصل عليه المضرور هي ارضائية

([١٦٧]) انظر، د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص١٢٧.

لتجعله راضياً مكتفياً، وتحقق هذه الترضية بالحكم بالتعويض، وبالمبالغ النقدية التي يحصل عليها المضرور[١٦٨].

وبما ان التعويض يعتبر وسيلة لمحو الضرر أو تخفيف وطأته على الأقل لذلك فان الهدف يتحقق حسب رأي أنصار هذه النظرية عند الأخذ بنظريتهم، لان الهدف العام هو منح المضرور ترضية تلائم الضرر الذي لحق به[١٦٩]، وقد لا يكون التعويض نقدياً، وإنما يكفي بوسائل أخرى غير مادية، كالنشر في الصحف بشكل يؤدي الى ترضية المضرور.

إلا ان الحكم بالتعويض الرمزي للمتضرر ونشر قرار الحكم قد لا يكفي بعض الناس بل يطالبون بدفع مبلغ معين يرون فيه رضاهم واكتفائهم، ويأخذ هذا المبلغ مكانه في ذمة المتضرر المالية لسد حاجاته شأنه في ذلك شأن عناصر الذمة المالية الأخرى[١٧٠].

وان صعوبة التقييم المالي للضرر الأدبي لا تمنع من الحكم بتعويض حقيقي ففي الكثير الغالب من حالات التعويض عن الضرر المادي قد يصعب التقييم، كما في حالة تقييم شيء فريد من نوعه أو نادر الوجود[١٧١].

وإذا كان تقدير التعويض عن الضرر الأدبي مما يشكل صعوبة أمام القاضي فانه يمكن تخطي تلك الصعوبة بشيء من الملائمة التي يستوجبها في كل حالة على حدة، كما ان القول بعدم قابلية الضرر الأدبي للإصلاح قول غير مقبول، لان التعويض لا يمثل دائماً إعادة الحال الى ما كان عليه، ولكن الغالب ان يعطي المضرور إرضاء يعادل في نفسه ما

([١٦٨]) انظر، د.إبراهيم محمد شريف، مصدر سابق، ص١٧٩. وكذلك د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص٨٩.

([١٦٩]) انظر، عماد محمد ثابت ملا حويش، تعويض الأضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٠م، ص١١٨. وكذلك صبري مجيد عطية، مصدر سابق، ص٧٦.

([١٧٠]) انظر، محمد حيدر حسين، التعويض عن الضرر المعنوي، بحث مقدم للمعهد القضائي، بغداد، ٢٠٠٠م، ص٢٢.

([١٧١]) انظر، د.إبراهيم المشاهدي، تطور اتجاهات القضاء العراق حول التعويض الأدبي، قسم الدراسات القانونية، مجلة فصلية، بيت الحكمة، بغداد، العدد الأول، السنة الثالثة، ١٤٢١-١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م، ص٨٤.

فقده، حيث يتكون التعويض من شيء يجلب للمضرور شعوراً ساراً يترتب عليه بعض السلوى والعزاء[١٧٢].

وهذا ما يحصل عند تعويض الكثير من الأضرار المالية، حيث نجد ان التعويض لا يصلح لاستبدال الشيء التالف أو استرداده كإتلاف لوحة فنية نادرة كذلك الشأن في تعويض الضرر الأدبي، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم بجانبها كسب يعوض عنها، وصحيح أيضاً ان الضرر الأدبي في الوقت الحاضر، يأتي مختلطاً في غالب الأحيان بضرر مادي يتمثل بنقص القدرة على الكسب بسبب تأثر الأحوال النفسية والعصبية للإنسان، مما ينعكس على طريقة سلوكه في كل شؤونه المادية الأخرى، ولهذا فان تعويض الضرر الأدبي غير خالٍ من فكرة الإصلاح وتقييم الضرر، وفقاً لما يقدره القاضي من مقابل يسمح بجبره وبالطريقة المناسبة لظروف المضرور، وإما عن تضمين الضرر الأدبي لعنصر الردع في حالة الخطأ الجسيم فان ذلك العنصر يجد له مجالاً هاماً وخصيباً في هذا النوع من التعويض من الضرر الأدبي، فالقاضي وهو بصدد تقدير التعويض عن الضرر الأدبي وخاصة ان هذا التقدير لا تحكمه معايير مادية لا يستطيع ان يفصل بين شعوره الشخصي وشعور المضرور(الدائن) تجاه المسؤول (المدين)، ومن ثم كان لجسامة الخطأ دور هام في تعويض الضرر[١٧٣]، وإذا كانت شخصية التعويض من شأنها الانتقال بالتعويض العادل الى التعويض الكامل الرادع، فقد حاول جانب من الفقه ان ينفي صفة التعويض الكامل عن الضرر الأدبي، حيث يرى ان هذا التعويض لا يكون كاملاً أبداً بسبب طبيعته ولكن هذا الاعتقاد يمكن ان يرد إذا أخذنا في الاعتبار ان التعويض الكامل يتمثل دائماً في منح المضرور إمكانية الحصول على إرضاء يعادل ما فقده[١٧٤].

([١٧٢]) انظر، د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط،الجزء الأول، مصدر سابق، ص٩٨٢-٩٨٤.

([١٧٣]) انظر، القاضي صبري مجيد عطية، مصدر سابق، ص٧٧. وكذلك ياسين محمد يحيى، مصدر سابق، ص٣٣٠.

([١٧٤]) انظر، د.عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (المصادر- الإثبات، الآثار)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص٢٦٦-٢٦٩.

ومن التطبيقات القضائية بهذا الشأن ما ذهبت إليه محكمة التمييز العراقية بقولها ((..... الغاية من التعويض هي منح المتضرر ترضية مناسبة تكفي بقدر الإمكان ما أصابه من الم وحزن))[١٧٥]، وكذلك ما ذهب إليه القضاء المصري ممثلاً بمحكمة النقض المصرية حيث قالت ((....ان التعويض المادي مهما قيل في تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبي يساعد ولو بقدر على تخفيف الألم عن نفس المضرور))[١٧٦].

فالتعويض عن الضرر الأدبي يعطي القضاة حرية أكثر في التقدير الذي يتأثر غالباً بمدى جسامة الخطأ، ففي حالة الخطأ اليسير نجد القضاة في الغالب يقدرون تعويضاً معتدلاً يغلب فيه جانب جبر الضرر، أو تمكين المضرور من الحصول على شيء من العزاء فيما يحصل عليه من تعويض معقول، أما في حالة الخطأ الجسيم، فان القضاة غالباً ما ينطلقون في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي بمبلغ اكبر، مما لا يجد تفسيره إلا في التأثر بمدى جسامة الخطأ الى أقصى درجة ممكنة، ومع ذلك حتى مع المبالغة في تقدير التعويض في مثل هذه الحالة، فمن المتعذر القول بان القاضي قد انفصل تماماً عن الضرر الذي أصاب المضرور أو تجاوز حدود التعويض الكامل، لان طبيعة الضرر الأدبي تقتضي هذا التحديد لمقدار التعويض[١٧٧].

ويبدو ان القضاء الجزائري قد تأثر بنظرية الترضية البدلية، بدليل ما ورد في حكم له صادر عن مجلس القضاء الأعلى بتاريخ ١٩٧٦/١١/٦ حيث قال ((ان التعويض بيد القضاة يقدرونه طبقاً لما بدا لهم جبراً للخواطر))[١٧٨]، ففي هذا الحكم اتجاه صريح للأخذ بنظرية التعويض عن الضرر الأدبي على أساس فكرة الترضية لا العقوبة.

([١٧٥]) انظر، قرارها المرقم ٧٩/ م/١٩٧٥م في ١٩٧٥/٣/٨ م، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة الأولى، ص٤٠.

([١٧٦]) انظر، قرارها المرقم ٥٣٦٩، مجموعة عبد العزيز ناصر، أشار إليه مصطفى مرعي، مصدر سابق، ص٤٤٨.

([١٧٧]) انظر، د.عبد الله مبروك النجار، مصدر سابق، ص٤٨٤.

([١٧٨]) انظر، قرار المجلس الأعلى رقم ١٠٥١١ بتاريخ ١٩٧٦/١١/٦م. (غير منشور). أشار إليه د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص١٣٥.

ونحن بدورنا نرجح الأخذ بنظرية الترضية البدلية لأنها تجمع في تعويض الضرر الأدبي بين عناصر الإصلاح والردع، كما ان هذين العنصرين هما اللذان يضفيان على تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ملائمة ومرونة خاصة تجعله اقرب للقبول، فضلاً عما يعطيه للقاضي من حرية في التقدير تقتضيها ظروف تغير الخطأ في كل حالة، وكما نلاحظ خلو التشريع العراقي من الإشارة بصورة صريحة الى هذه النظريات كأساس للتعويض عن الضرر الأدبي، لذا من هذا المنطلق ندعو المشرع العراقي الى الإشارة الى تلك النظريات في نصوص صريحة، والأخذ بنظرية الترضية البدلية كونها أساساً حديثاً لتعويض الضرر الأدبي.

المبحث الثاني

طرق التعويض عن الضرر الأدبي

لابد لنا وقبل البدء بتحديد طرق التعويض عن الضرر الأدبي ان نشير ولو بصورة مقتضبة الى تعريف التعويض، فالتعويض لغةً يعني الخلف والبدل[١٧٩]، فيقال أخذت الكتاب عوضاً عن مالي أي بدلاً منه واعاضه وعوضه تعويضاً، وعاوضه أي أعطاه العوض، وإعتاض وتعوض اخذ العوض أي البدل[١٨٠].

أما التعويض شرعاً، فعلى حد تتبعنا لأغلب مراجع الفقه الإسلامي لم نعثر على مصطلح التعويض وإنما وجدنا مصطلح الضمان أو التضمين، وتضمين الإنسان هو الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته، وقد عرفت المادة (٤١٦) من مجلة

([١٧٩]) انظر، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الثاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر،١٩٥٢م، ص٣٥٠.وكذلك ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ص١٩٢. وكذلك علي بن سيده، المحكم والمحيط الأعظم في اللغة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ص٢١٠.

([١٨٠]) انظر، إبراهيم مصطفى، احمد الزيات، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، المكتبة العلمية، ص٦٤٣. وكذلك محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، الجزء الثامن عشر، مطبعة حكومة الكويت، ١٩٧٩م، ص٤٢٩. وكذلك محمد محي الدين ومحمد السبكي، المختار في صحاح اللغة، الطبعة الخامسة، مطبعة الاستقامة، القاهرة، ص٣٦٣.

الأحكام العدلية الضمان بأنه إعطاء مثل الشيء إذا كان من المثليات وقيمته إذا كان من القيميات[١٨١].

أما تعريفه قانوناً، فلم نجد في اغلب النصوص القانونية التي رجعنا إليها تعريفاً للتعويض، وإنما أشارت إليه تلك النصوص كجزاء للمسؤولية وطريق احتياطي لتنفيذ الالتزام، ويعد ذلك اتجاهاً سليماً، فتحديد معنى أي اصطلاح من الأنسب ان يكون من مهمة الفقه القانوني وليس المشرع، لذا نجد الفقه قد تعمق في إيراد تعاريف متعددة للتعويض تقوم على أساس النظر إليه من زاوية معينة فهناك من عرفه بأنه ((مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان يحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس))[١٨٢].

فالتعريف المتقدم يركز على ان التعويض مبلغ من النقود (تعويض نقدي)، بينما سنجد عند البحث في طرق التعويض انه قد يكون عينياً وقد يكون بمقابل غير نقدي، فهو ليس بالضرورة ان يتخذ صورة النقد خاصة إذا تولدت لدى القاضي قناعة بان التعويض العيني أو بمقابل غير نقدي هو أجدى من الحكم بمبلغ من النقود لمحو الضرر.

وهناك من عرف التعويض بأنه ((وسيلة لمحو الضرر أو تخفيف وطأته إذا لم يكن محوه ممكناً والغالب ان يكون مبلغ من المال يحكم به للمضرور على من أحدث الضرر ولكنه قد يكون شيئاً آخر غير المال كالنشر في الصحف أو التنويه بحق المدعي في الحكم))[١٨٣].

([١٨١]) انظر، علي حيدر، دور الحكام في شرح مجلة الأحكام، منشورات مكتبة النهضة ، بيروت، بغداد، توزيع دار العلم للملايين، بغداد، ص٧٩.

([١٨٢]) انظر، د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، طبعة الجامعة المستنصرية، ١٩٧٦م، ص٣٤٨. وكذلك د.عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص٨٠.

([١٨٣]) انظر، د.محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال الطب وجراحة الأسنان، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤م، ص١٩٥.د.مصطفى مرعي، مصدر سابق، ص٣١٤. وكذلك د.محمد شريف احمد، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ١٩٩٩م، ص٢١٨.

وإذا كان التعريف المتقدم أفضل من سابقه حيث أشار الى طرق التعويض فقد يكون نقدياً أو غير نقدي إلا انه ركز على جهة تقديره، فإذا كان الأصل في تقديره ان يكون من جهة القاضي إلا انه في ظل الأوضاع القانونية بموجب النصوص النافذة قد يتولى الطرفان تقديره وقد يتولى القانون بنفسه تقديره.

وهناك من عرفه بأنه ((جبر الضرر الذي لحق المصاب))[١٨٤]. فالتعريفان يشيران الى ان التعويض كجبر للضرر الذي أصاب المضرور.

وإذا أردنا ان نعرفه نرى انه بمثابة حق الدائن، ومن الطبيعي ان ما يعتبر حقاً في جانب الدائن يعتبر التزاماً في جانب المدين، فتعريف التعويض كونه التزاماً يترتب في ذمة المدين نتيجة لإخلاله بتنفيذ التزامه الأصلي يعد أفضل من غيره، وبناءً على ما تقدم فان التعويض هو ((الحق الذي يثبت للدائن نتيجة لإخلال مدينه بتنفيذ التزامه، والذي قد يتخذ شكل النقد أو أي ترضية معادلة للمنفعة التي سينالها الدائن، لو لم يحصل الإخلال بالالتزام من جانب المدين)).

وإذا كانت الطريقة المثالية لتعويض الضرر هي إزالته ومحوه كلما كان ذلك ممكناً بحيث يعود الدائن (المتضرر) الى الحالة نفسها قبل وقوع الضرر وهذا هو التعويض العيني، إلا انه في حالة الضرر الأدبي يبدو ان التعويض العيني غير ملائم فلا سبيل أمام القاضي إلا اللجوء الى طريقة التعويض بمقابل وهو إما ان يكون نقدياً أو غير نقدي.

ولغرض دراسة الطرق المتقدمة جعلنا هذا المبحث على مطلبين، خصصنا المطلب الأول لطريقة التعويض العيني ومدى صلاحيته لجبر الضرر الأدبي، وتناولنا في المطلب الثاني طريقة التعويض بمقابل ومدى صلاحيته لجبر الضرر الأدبي.

المطلب الأول

([١٨٤]) انظر، د.احمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٥٤م، ص٤٥٨. وكذلك علاء الدين الوسواسي، الغرامة والتعويض، مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين العراقية العدد الرابع والخامس، السنة السادسة، ١٩٤٩-١٩٥٠م، ص٩.

التعويض العيني ومدى صلاحيته لجبر الضرر الأدبي

يكون التعويض عينياً متى ما تضمن الحكم بإعادة الحال الى ما كان عليه لو لم يحصل الإخلال من جانب المدين بتنفيذ التزامه العقدي[١٨٥]، وبلا أدنى شك ان هذا الطريق من طريق التعويض يعد بهذا المعنى أفضل من غيره فيؤدي الى إصلاح الضرر بصورة كاملة لذا يكون أكثر انسجاماً مع ما يهدف إليه التعويض، ولقد وجدنا من الملائم، وقبل البحث في التعويض العيني، ان نشير الى ما يميزه عن التنفيذ العيني، فالمقصود بالتنفيذ العيني ان يقوم المدين بأداء ما تعهد به عيناً سواء أكان ذلك باختياره أو جبراً عليه والتنفيذ العيني هو الأصل فيجب على المدين ان يؤدي ما التزم به عيناً وذلك حسب صراحة نص المادة (١/٢٤٦) مدني عراقي التي تنص ((يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً))[١٨٦].

وقد ورد في قرار لمحكمة النقض المصرية يتضمن المعنى المتقدم جاء فيه ((الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ولا يصار الى عوضه أي التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني))[١٨٧]، وإذا كان جانب من الفقه وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري لم يميز بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، فقد عاد وميز بينهما، فيرى ان التنفيذ العيني يقع قبل وقوع الإخلال بالالتزام، أما التعويض العيني فيقع بعد وقوع الإخلال بالالتزام[١٨٨].

([١٨٥]) انظر، د.غني حسون طه، مصدر سابق، ص٤١١. وكذلك نصير صبار لفته، التعويض العيني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠١م، ص٨٢.

([١٨٦]) يقابل هذا النص في بعض تقنينات البلاد العربية المواد (١/٢٠٣) مدني مصري، (٢٠٤) مدني سوري (٢٤٩) لبناني، وكذلك ديفيد كمب، الفرد يتسينج، دراسات في التعويض عن المسؤوليتين، العقدية والتقصيرية، دار الجبل، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص٧٤.

([١٨٧]) انظر، الطعن رقم ٣٦٤، لسنة ٤٦ ق، في ٢٠ يونيو ١٩٧٩م، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة الرابعة والعشرون، ١٩٨٠م، ص٢٣٨.

([١٨٨]) انظر، د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني،١٩٥٦م، فقرة ٤٤٠، ص٧٩٨.

ويرى الأستاذ عبد المجيد الحكيم ان من الأفضل تسمية التعويض العيني بالتنفيذ العيني الجبري تمييزاً له عن امتناع المدين عن القيام بالعمل الذي التزم بالامتناع عنه فهو تنفيذ عيني اختياري، ويضرب الأستاذ الحكيم المثال الآتي.. إذا كان محل الالتزام القيام بعمل ولم تكن شخصية المدين محل اعتبار في التنفيذ ولم يقم بالتنفيذ فبإمكان الدائن تنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين وهذا لا يسمى تعويضاً عينياً بل تنفيذاً عينياً جبرياً[١٨٩].

أما الأستاذ سعدون العامري فيرى ان هناك فرقاً بين التنفيذ العيني والتعويض العيني فيقول ((ان هناك فرقاً بين التنفيذ العيني وهو قيام المدين بتنفيذ عين ما التزم به، والتعويض العيني وهو إعادة المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر وذلك لمحوه وإزالته إذا كان ذلك ممكناً، لان التنفيذ العيني هو الطريق الطبيعي لتنفيذ الالتزام خاصة إذا كان عقدياً، أما التعويض العيني فهو جزاء لتحقق المسؤولية وطريق استثنائي من طريق تعويض الضرر))[١٩٠]، ونحن بدورنا نؤيد ما ذهب إليه الأستاذ السنهوري في الجزء الثاني من الوسيط والأستاذ العامري، فالتنفيذ العيني لا يخرج عن كونه وسيلة أصلية لتنفيذ الالتزام ، أما التعويض العيني فهو وسيلة احتياطية للتنفيذ فلا يلجأ إليه إلا إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن أو ممكناً ولم يقم به المدين ولم يطلبه الدائن.

ونحن برأينا المتواضع نرى ان طريقة التعويض عيناً كونها ملائمة أو غير ملائمة لجبر الضرر لا تحددها طبيعة المسؤولية أعقدية هي أم تقصيرية بل الذي يجعلها ملائمة أو غير ملائمة نوع الضرر المحدث مادياً هو أم أدبياً؟ وبما يراه القاضي من طرق التعويض أكثر ملائمة من غيرها لجبر الضرر[١٩١].

([١٨٩]) انظر، د.عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة، ١٩٧٧م، ص١٥هامش رقم ١٠.

([١٩٠]) انظر، د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٤٩. وكذلك حسن الخطيب، تعويض الأضرار المحدثة، مجلة ديوان التدوين القانوني، وزارة العدل، بغداد، العدد الثالث، السنة الأولى، ١٩٦٢م، ص٤٢.

([١٩١]) انظر، حسن حنتوش رشيد، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مصدر سابق، ص٨١.

أما عن مدى صلاحية التعويض العيني لجبر الضرر الأدبي، فنقول ان التعويض عيناً لا يكون أسلوباً ناجحاً في جبره، إلا في حالات محدودة وتتعلق بالأضرار التي تصيب السمعة أو خدش الكرامة عن طريق تعليق الإعلانات، إذ يجوز للقاضي الحكم بإتلافها أو الحكم بنزع لافتة أو لقب تجاري منافس قد يترتب عليها الإضرار بتاجر آخر[١٩٢].

أما إذا كان الضرر مالياً فليس في طبيعة هذا الضرر ما يتعارض مع فكرة التعويض العيني، ولقد تباين موقف الفقه القانوني بشأن اعتبار التعويض العيني الأصل في التعويض أم لا، فقد تساءل الأستاذان (Marty et Raynuad)[١٩٣] عن إمكان هذا التعويض فيقولان بهذا الصدد((ان هذا النوع من أنواع التعويض لا يزال محل اختلاف الفقهاء فقد رأى بعضهم ان التعويض لا يكون إلا مبلغاً من النقود، أما الحالة الأخرى المتمثلة بإعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار ليست تعويضاً بالمعنى القانوني لهذه الكلمة إلا انه لا يوجد هناك ما يمنع من ان يلجأ الى وسيلة أخرى غير الحكم بالتعويض النقدي للمتضرر ولا فرق في ذلك بين المسؤولية العقدية والتقصيرية)).

بينما يذهب الأستاذان "كولان" و "كابيتان" (Colin et Capitant) الى ان الطلب الأصلي الذي يجب على المدعي ان يتقدم به هو طلب التعويض العيني ولا يستطيع التقدم بطلب التعويض بمقابل الأعلى شكل طلب احتياطي و لا يستطيع القاضي الحكم للمدعي بالتعويض النقدي إلا إذا تعذر القيام بالتعويض العيني[١٩٤].

ونحن لا نتفق مع الاتجاه المتقدم إلا إذا عرض المدعى عليه استعداده للتعويض عيناً أما في غير تلك الحالة، فوفقاً للقواعد العامة، للمتضرر ان يختار من طرق التعويض ما يراه مناسباً له وأكثر فائدة إضافة لما للقاضي من سلطة تقديرية في اختيار طريقة التعويض التي يراها لتنفيذ حكمه وأكثر نفعاً للمتضرر.

([١٩٢]) انظر، د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص٢٢٦.

(١٩٣) ***Marty et Raynuad- droit civil,Les obligation,Paris , ١٩٦٢,p. ٥١١.***

([١٩٤]) ***Colin et Capitant, cours elementair,de, Droit civil, ١٠ edition,Paris,Tome, ١٩٥٩, p. ١٥٩.***

أما أستاذنا حسن الذنون فقال: إذا كان التعويض عيناً اكفل طريقة للتعويض إلا انه توجد حالات استثنائية يمتنع فيها التعويض عيناً، ومنها الحالة التي تكون فيها شخصية المدين محل اعتبار وامتنع عن التنفيذ فلا يمكن إجباره على ذلك لأنه فيه مساس بحريته وكرامته فلا مجال للحكم بالتعويض العيني وإذا كان بالإمكان اللجوء الى وسيلة قانونية وهي الضغط على إرادة المدين وحمله على التنفيذ عن طريق الغرامة التهديدية(المادة ٢٥٣/مدني عراقي) ولو ان هذه الوسيلة قد تفشل في حمل المدين على التنفيذ فلا يبقى أمام الدائن سوى الرجوع الى التعويض النقدي[١٩٥].

أما بشأن موقف التشريعات المدنية من هذه الطريقة من طرق تعويض الضرر الأدبي فنجد ان غالبية التشريعات جعلت الأصل في التعويض ان يكون نقدياً جرياً مع الغالب من الأحوال والاستثناء ان يكون عينياً وبعد توافر شروط معينة ومنها طلب الطرف المتضرر ذلك.

فالقانون المدني الفرنسي في المادة (١١٤٢) نص على ان ((كل التزام بالقيام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل يؤدي الى التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام من قبل المدين))[١٩٦]، فالنص المتقدم لم يشر الى طريقة التعويض، لذا نجد ان اغلب الفقهاء استنتجوا ان التعويض يكون بالنقد في نطاق المسؤولية العقدية مع عدم استبعاد الحكم بالتعويض العيني، فالنص المتقدم لم يستبعد بأي حال من الأحوال إمكانية الحكم بالتعويض

([١٩٥]) انظر، د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٢٧٨-٢٧٩. وكذلك رياض احمد عبد الغفور العاني، الجراحة التجميلية ومسؤولية الطبيب المدنية الناشئة عنها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠٢م، ص١٨٢.

([١٩٦]) انظر، د.حسن الخطيب، مصدر سابق، ص٣٦. وأنظر أيضاً:-

Civil code-Mis A Jour Le Gifran translated by George Routhett, professor of the universityof Clemont- Ferrand, with the co- oper. Anne Breton, professor of the university of Clemont- Ferrand II.

العيني إلا انه استبعد الإكراه الشخصي الذي لا يصح اللجوء إليه لا في حقل المسؤولية العقدية ولا التقصيرية.

أما القانون المدني المصري كذلك فلم يرد فيه نص يشترط ان يكون التعويض بالنقد حيث ان المادة (١٧١) والواردة في الفصل المعقود للفعل غير المشروع خولت القاضي حرية اختيار طريقة التعويض تبعاً للظروف وحسب الأحوال[١٩٧]، أما قانون الموجبات اللبناني فيبدو من نص المادة (١٣٦) ان التعويض بالأصل يكون بالنقد ولكن في استطاعة القاضي بما له من سلطة تقديرية ان يجعله عيناً كلما كان ذلك أكثر ملائمة لمصلحة المتضرر[١٩٨].

أما القانون المدني العراقي فلم يرد فيه ما يحول دون جواز التعويض غير النقدي فقد جاء نص المادة (٢٥٥ مدني) والتي تصدر أحكام التنفيذ بطريق التعويض عاماً، كما لا يشترط في التعويض ان يكون نقدياً إذ نصت ((ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الأحوال وطبقاً للأحكام التي نص عليها القانون)).

وكذلك نصت المادة (٢٠٩) مدني عراقي على ((١- تعين المحكمة طريقة للتعويض تبعاً للظروف ويصح ان يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بان يقدم تأميناً. ٢- ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءاً على طلب المتضرر ان تأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه أو ان تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل بالمثليات وذلك على سبيل التعويض)).

([١٩٧]) نصت المادة (١٧١) مدني مصري ((١- يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح ان يكون التعويض مقسطاً كما يصح ان يكون إيراداً مرتباً ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بان يقدم تأميناً. ٢- ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءاً على طلب المضرور ان يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه، أو ان يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض)).

([١٩٨]) نصت المادة (١٣٦) موجبات لبناني ((يكون التعويض في الأصل من النقود، ويخصص كبدل عطل وضرر، غير انه يحق للقاضي ان يلبسه شكلاً يكون أكثر موافقة لمصلحة المتضرر فيجعله حينئذ عيناً، ويمكن ان يكون على وجه الخصوص بطريقة النشر في الجرائد)).

ونلاحظ من خلال النصوص المتقدمة ان اغلب التشريعات عندما أجازت للمحكمة اللجوء الى التعويض العيني ربطت ذلك بطلب من الطرف المتضرر، ونحن لا نؤيد ذلك فالمحكمة إذا ما رأت ان التعويض عيناً هو أجدى من التعويض بمقابل لإصلاح الضرر فلها الحق في اللجوء إليه دون ان يقيد ذلك بطلب من الطرف المتضرر، ولقد ذهب الأستاذ حسين عامر الى ان للمحكمة كامل السلطة في اختيار طريقة التعويض التي تراها مناسبة دون ارتباط ذلك بطلب من الطرف المتضرر نفسه[١٩٩].

لذلك ندعو المشرع العراقي الى الأخذ بمبدأ إعطاء محكمة الموضوع سلطة تقديرية في اختيار طريقة التعويض التي تراه ملائماً لمحو الضرر دون ان يكون ذلك مرتبطاً بطلب الطرف المتضرر، فالقاضي إذا ما وجد من طرق التعويض (عيناً أم بمقابل) أصلح من غيره لتحقيق الهدف من التعويض حكم به دون ان يكون سلوكه لأي من طرق التعويض معلقاً على طلب المضرور، ومن الطبيعي ان سلطة القاضي في اختيار طريقة التعويض الملائمة تثبت في الحالة التي يطلب فيها الطرف المتضرر التعويض دون ان يبين في عريضة دعواه الطريقة التي يرغب ان تسلكها محكمة الموضوع لإزالة ما لحق به من ضرر، لأنه لو حدد المدعي مطاليبه في عريضة دعواه ومن ضمنها طريقة التعويض فالقاضي ملزم بمراعاة ذلك إعمالاً لمبدأ ضرورة التقيد بطلبات الخصوم في الدعوى المدنية[٢٠٠].

أما عن موقف القضاء من هذا النوع من التعويض فقد كان القضاء الفرنسي في باديء الأمر يرى ان التعويض لا يكون إلا نقدياً ولا يقر الحكم بالتعويض العيني فقد ورد في قرار لمحكمة النقض الفرنسية ((إذا ثبت مسؤولية الناقل البري للأشياء عن الضياع فالتعويض يحصل بإلزام الناقل المسؤول بدفع مبلغ من المال على سبيل العطل والضرر ولا يجوز للمحاكم ان تحكم بإلزام الناقل بالتعويض عن الشيء الضائع أو المتضرر

([١٩٩]) انظر، د.حسين عامر، مصدر سابق، ص٥٣٣. وكذلك د.محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص٢٤٣.

([٢٠٠]) انظر، د.آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، جامعة بغداد، ١٩٨٨م، ص٢٠٩.

عيناً))[٢٠١]، إلا ان المحكمة لم تستقر على موقفها المذكور سالفاً فأجازت ان يكون التعويض بالنقد أو بغير النقد، وأعطت لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة في اختيار طريقة التعويض الأنسب لإصلاح الضرر فقد يقضى بإلزام المسؤول بشيء معين بدلاً من إلزامه بمبلغ من المال.

أما عن موقف القضاء العراقي من التعويض العيني فان محكمة التمييز تؤيد الحكم بالتعويض العيني متى ما كان ممكناً وطلبه المتضرر، فقد ورد في قرار لها صادقت على حكم لمحكمة الموضوع المتضمن تعويضاً عينياً ورد فيه ((مما يتعين إزالة هذا الضرر وقد أوضح الخبيران إزالة الضرر يتم برفع التنانير الثلاثة من مكانها الحالي الى الجهة الأخرى حتى لا تتسرب الحرارة الى المحل المجاور))[٢٠٢].

أما لو كان الحكم بالتعويض العيني متعذراً رغم ان المتضرر طلبه فلا يحكم به بل يصار الى التعويض النقدي، وقد صدر قرار لمحكمة التمييز تضمن المعنى المتقدم جاء فيه ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز صحيح وموافقٌ للقانون وان الأثاث المدعى بها والبالغة قيمتها ٥٠٠٠ دينار قد تعذر تسليمها))[٢٠٣].

وفي رأينا ان هذه الطريقة من طرق التعويض عن الضرر الأدبي لا تكون ناجحة لجبر الضرر الأدبي، وذلك لأنه في بعض الأحيان قد يتعذر إعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوع الضرر الأدبي لذا لا يبقى أمام القضاء سوى اللجوء الى طريقة التعويض بمقابل، وهذا ما سيكون موضوع المطلب الثاني.

([٢٠١]) انظر، قرارها المرقم ٤٦٩ في ١٩٢٤/٦/٤ م، مشار إليه في فايز وديع حداد المحامي، مسؤولية الناقل البري، مجلة المحاماة، نقابة المحامين المصرية، العدد الأول، السنة الأربعون، ١٩٥٨م، ١٩٦٠م، ص١٧٣.

([٢٠٢]) انظر، قرارها المرقم ٢٥٨/ م١٩٧٤/٢م، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة السادسة، ص٦٧.

([٢٠٣]) انظر، قرارها المرقم ٣٤٤/ م منقول/٨٧-٩٨٨ في ١٩٨٧/١٠/٢١م(غير منشور).

المطلب الثاني

التعويض بمقابل ومدى صلاحيته لجبر الضرر الأدبي

يعد التعويض بمقابل عن الضرر الأدبي احد صور التعويض عنه، بل هو الصورة الثانية والغالبة لتعويضه، إذ ان التعويض العيني قد يكون مستحيلاً أو غير ممكن في بعض الحالات، فعندئذ لا يبقى أمام القاضي سوى اللجوء الى التعويض مقابل والذي قد يكون تعويضاً نقدياً أو غير نقدي وهذا ما سنبينه من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

التعويض غير النقدي ومدى صلاحيته لجبر الضرر الأدبي

يقصد بالتعويض غير النقدي، الحكم بأداء أمر معين وعلى سبيل التعويض يكون ترضية المضرور لمجرد إحساسه بأنه قد انصف[٢٠٤]، وقد وصفه بعض الفقهاء بالتعويض المعنوي أو الأدبي[٢٠٥].

فقد يكون التعويض الذي يحكم به القاضي جبراً للضرر تعويضاً غير نقدي، فهو ليس بالتعويض النقدي لأنه لا يتضمن إلزام المدين المخل بتنفيذ التزامه أداء مبلغ من النقود للدائن، كما انه ليس بالتعويض العيني لأنه لا يتضمن إعادة الحال الى ما كان عليه لو لم

([٢٠٤]) انظر، د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥١.

([٢٠٥]) انظر، د.عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، بغداد، ١٩٧٤م، ص٥٥٤. وكذلك د.محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، مكتبة القاهرة الحديثة، بدون سنة طبع، ص١٧٥.

يحصل الإخلال بتنفيذ الالتزام من قبل المدين، فالتعويض غير النقدي يمكن ان نعده تعويضاً من نوع خاص تقتضيه الظروف في بعض صور الضرر الأدبي وحسب نوع الضرر المحدث[٢٠٦].

وقد أجاز المشرع العراقي الأخذ بهذا النوع من التعويض بقوله ((و يقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءاً على طلب المتضرر ان تأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه أو ان تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض))[٢٠٧].

وعلى هذا المعنى نص القانون المصري[٢٠٨].

فلو كان الضرر مالياً وانصب على أشياء قيمية، فان تعويضها بأشياء قيمية أخرى من نفس النوع يعد تعويضاً بمقابل غير نقدي، أما لو كانت أشياء مثلية فان تعويض المتضرر بأشياء مثلية من نفس النوع والمقدار بلا أدنى شك يعد تعويضاً عينياً[٢٠٩].

أما في الضرر الأدبي ففي بعض الأحيان يكون التعويض غير النقدي هو الأكثر فائدة للمتضرر من أي تعويض آخر كما في دعاوى القذف والافتراء إذ تأمر المحكمة بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف وعلى نفقة الأخير[٢١٠].

واللجوء الى هذا النوع من طرق التعويض يعد من الأمور التي تدخل في سلطة القاضي عند نظر الدعوى فكما رأينا ان نص المادة (٢٥٥) مدني عراقي لم تشترط في التعويض ان يكون نقدياً وأمثلة التعويض غير النقدي كثيرة منها الحكم الذي يلزم المودع عنده بان يقدم إطارات من نوع تلك الإطارات التي كانت مودعة عنده وسرقت.

([٢٠٦]) انظر، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص٣٩٦.

([٢٠٧]) انظر، الفقرة (٢) من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي.

([٢٠٨]) انظر، الفقرة (٢) من المادة (١٧١) من القانون المدني المصري.

([٢٠٩]) انظر، د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٥٢.

([٢١٠]) انظر، د.حسين عامر، مصدر سابق، ص٥٣٤. وكذلك د.حسن عكوش، مصدر سابق، ص١٨٧.

وقد يتخذ هذا النوع من طرق التعويض صورة الحكم بمصروفات الدعوى فقد يطالب من أصابه ضرر أدبي مثلاً بإلزام المدعى عليه بمصروفات الدعوى وذلك يشكل ترضية له وفيه ما يكفي لجبر الضرر، أو يتخذ الحكم بمبلغ رمزي ليس فيه معنى مقابل الضرر وإنما إقرار من القضاء بحقه، فمنح المضرور المبلغ الرمزي لا يعني ان التعويض أصبح نقدياً بل يعني استنكار القضاء لما صدر من المدين من إخلاله بتنفيذ التزامه، وإقرار في الوقت نفسه بحق المضرور الذي يستطيع بواسطته تلافي ما قد يتعرض له من أذى في سمعته خاصة إذا كان المتضرر ذا سمعة تجارية ولا يسعى الى الربح عند المطالبة بالتعويض[٢١١].

أما الصورة الأخرى التي قد يتخذها التعويض بمقابل غير نقدي صورة نشر الحكم الصادر في الصحف المحلية فليس من المستبعد ان يكون الدائن شركة صناعية أو زراعية أو تجارية ولا شك ان ما تتمتع به هذه الشركات من سمعة تجارية لها دور كبير في تحديد مدى نجاحها في ممارستها للنشاط الاقتصادي، وفي مدى تعامل الأفراد والشركات الأخرى معها لذا ستكون حريصة على سمعتها التجارية وعلى ضرورة تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته بكل دقة حماية لما يتمتع من ثقة وسمعة في التعامل، فلو حصل إخلال من جانب المتعاقد معها في تنفيذ التزامه فيكون كافياً ان يتم نشر الحكم الصادر بإدانة من اخل بتنفيذ التزامه، ففي هذه الحالة لا يكون الحصول على مبالغ من النقود هو الدافع الأول لرفع الدعوى[٢١٢].

وأما فيما يتعلق بموقف القضاء العراقي من هذا النوع من طرق التعويض فان القضاء لم يتردد بنشر الحكم الصادر بإدانة الطرف المخل بتنفيذ التزامه ففي قرار صادر

([٢١١]) انظر، د.عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد الخاطر، مصدر سابق، ص٤٨٨-٤٨٩. وكذلك د.سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، ألقاها على طلبة الدراسات القانونية، بغداد، ١٩٥٨م، ص١٨٣-١٨٤.

([٢١٢]) انظر، ليث عبد الصمد لفته، مصدر سابق، ص٨٦. وكذلك قيس حاتم القيسي، مصدر سابق، ص٨٩.

عن محكمة التمييز العراقية قضت فيه بتعويض تافه كمقابل للضر المالي، أما الضرر الأدبي فقد قضت فيه بنشر الحكم كتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي[٢١٣].

ويعتقد الأستاذ السنهوري ان الاقتصار على هذا النوع من التعويض قد يعتبر تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي[٢١٤].

وفي رأينا المتواضع ان مجرد الحكم بتعويض غير نقدي قد لا يكون كافياً لجبر الضرر الأدبي، وذلك لأنه كما رأينا من خلال البحث ان هذا النوع من طرق التعويض عن الضرر الأدبي هو تعويض من نوع خاص تقتضيه الظروف وحسب الأحوال وفي بعض الصور، فلا يوجد مانع قانوني من اجتماعه مع طرق التعويض الأخرى سواء كان التعويض النقدي أم التعويض العيني.

وهناك من يرى اعتبار الفسخ وسيلة للتعويض غير النقدي، فالقانون المدني يجيز لأحد المتعاقدين ان يطالب المدين الذي لم يوفِ التزامه بعد أعذاره بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض ان كان له مقتضى[٢١٥].

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد ان بعضاً من الفقه في القانون المدني، ذهب الى نفي صفة التعويض عن الفسخ، لأنه لا يعد سوى إعادة لطرفين الى الحالة التي كان عليها قبل العقد[٢١٦].

إلا إننا نرى مع جانب آخر من الفقه[٢١٧] ، بصحة ان الفسخ من شأنه ان يعيد الطرفين الى ما كانا عليه قبل التعاقد إلا انه ليس تعويضاً وإنما هو جزاء لإخلال احد

([٢١٣]) انظر، قرارها المرقم ٦١٥/ م٣/ منقول /١٩٨٩ تسلسل ٧٢٩ في ١٩٨٩/٦/١١م (غير منشور).

([٢١٤]) انظر، د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٩٧٦.

([٢١٥]) انظر، د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص٢٣١.

([٢١٦]) انظر، د.عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٨م، ص٢٣١.

([٢١٧]) انظر، د.حسين عامر و د.عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩م، ص٥٣١.

الطرفين بتنفيذ التزامه وهو قائم على أساس الترابط أو التقابل بين التزامات الطرفين لذا فانه لا يوجد إلا في العقود الملزمة للجانبين، أما إذا لم يكن من شأن الوسائل السابقة تعويض المتضرر بأي حال من الأحوال عن الآلام والمعاناة التي إصابته كما هو الأمر في حالة الآلام الجسدية، فعندئذ لابد من اللجوء الى طريقة التعويض النقدي، وهو ما سنبينه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

التعويض النقدي ومدى صلاحيته لجبر الضرر الأدبي

يعد التعويض النقدي الطريق الطبيعي لجبر الضرر وإصلاحه والسبب في ذلك يعود الى ان النقود إضافة الى كونها وسيلة للتبادل فهي وسيلة ناجحة لتقويم الضرر الأدبي[٢١٨].

لذا إذا تعذر إعمال التعويض العيني أو التعويض بمقابل غير نقدي يصار الى التعويض النقدي ويتعين على القاضي بيان كل الأضرار التي لحقت بالدائن والتي يجيز القانون التعويض عنها ثم يبحث بما يعادلها من النقود، ويكون التعويض نقدياً متى ما تضمن الحكم الصادر به إلزام المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن كمقابل للضرر الذي أصابه نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي[٢١٩].

([٢١٨]) انظر، د.سليمان مرقس، مصدر سابق، ص٥٢٨.

([٢١٩]) انظر، د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٢٨٣.

وقد عمدت اغلب التشريعات المدنية الى جعل التعويض النقدي هو الأصل في جبر الضرر[٢٢٠]، لأنه الأيسر في التطبيق، والحكم بالتعويض النقدي يعني إدخال قيمة مالية جديدة موازية للقيمة المالية التي فقدها المتضرر من ذمته نتيجة لإخلال مدينه بتنفيذ التزامه[٢٢١].

وإذا كان القانون المدني الفرنسي لم يذكر صراحة التعويضات يجب ان تتمثل دائماً بمبلغ من المال لمحو الضرر الذي تسبب فيه إخلال المدين بتنفيذ التزامه فان المواد (١١٤٢-١١٤٩) مدني فرنسي وما بعدها قد قبلت ذلك ضمناً إضافة الى ان المادة (١١٥٢) مدني فرنسي، قد عالجت الحالة التي يكون فيها الأطراف قد حدّدوا مسبقاً مقدار التعويض بمبلغ من المال يجب على المدين دفعه[٢٢٢]، أما القانون المدني العراقي فان المادة (٢٥٥) والواردة في الفرع الخاص بالتنفيذ بطريق التعويض قد نصت على انه ((ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الأحوال وطبقاً للأحكام التي نص عليها القانون)).

فالمشرع العراقي لم يقيد محاكم الموضوع بإتباع طريقة معينة للتعويض وإنما ترك المجال مفتوحاً أمامها لاختيار الطريقة الملائمة لجبر الضرر، وإذا كان القضاء العراقي قد أصدر أحكاماً عديدة بشأن التعويض العيني فان الأحكام الخاصة بالتعويض النقدي كثيرة أيضاً، ويمكن القول ان القضاء العراقي يتجه الى الحكم بالتعويض النقدي كطريق من طرق التعويض أكثر من غيره من طرق التعويض الأخرى، فقد صدقت محكمة التمييز قراراً لمحكمة الموضوع حكماً قضى بإلزام المدعى عليه بتأديته للمدعي مبلغ ٨٥,٠٠٠ دينار للضرر وقد استند الحكم الى الكشف المستعجل وتقرير الخبير الذي

---

(٢٢٠) انظر، المواد (٢/٢٠٩ مدني عراقي) و (٢/١٧١) مدني مصري و (١٣٦) موجبات وعقود اللبناني و (١٣٢) مدني جزائري.

(٢٢١) انظر، محمد حيدر حسين، مصدر سابق، ص٥٢-٥٣. وكذلك حسن حنتوش رشيد، مصدر سابق، ص١٥٢.

(٢٢٢) ***Coline et Henri- Capitant,Traite, de, Droit civil Tome,II- Paris, ١٩٥٩,p.٨٩٤.***

أيد وجود أضرار وحصولها[٢٢٣]، كما صدقت محكمة التمييز قرار لمحكمة الموضوع ألزمت المدعى عليه بدفع مبلغ (٢٠٠) دينار تعويضاً عن الأضرار[٢٢٤].

والتعويض النقدي يكون بطريقتين: فأما ان تقدره المحكمة بصورة إجمالية وتقرر دفعه للمتضرر دفعة واحدة وهذا هو الأصل في التعويض النقدي، وأما ان يكون على شكل أقساط أو يدفع على شكل إيراد مترتب مدى الحياة، فالتعويض الإجمالي هو ان يكون مقداره محدد بمبلغ معين ويدفع للمضرور دفعة واحدة، أما التعويض المقسط فيتحدد مقداره على شكل أقساط تحدد مدتها ويبين عددها ولا يعرف ذلك المقدار إلا بدفع آخر قسط وهو غير التعويض بصورة إيراد مرتب لمدى حياة المضرور الذي يدفع على شكل أقساط ولكن لا يعرف عددها مقدماً ولا ينقطع إلا بموت المضرور[٢٢٥]، الى جانب وجود التأمين الذي قد تقرره المحكمة في الحالة الأخيرة لضمان استمرار دفع المدين للإيراد، فإذا ما قررت المحكمة تقسيط التعويض كمرتب مدى الحياة فإنها تلزم المدين بتقديم تأمين مناسب لضمان استمرار دفع الأقساط إذا وجدت المحكمة ان هذا الضمان ضرورياً ويتم هذا عادة في الإصابات التي تولد عجزاً دائمياً للمصاب تقعده عن العمل وإذا لم تجد المحكمة ضرورة لهذا التقسيط أو لصعوبته فإنها تحكم بالمبلغ الإجمالي[٢٢٦].

وفي نطاق التعويض الأدبي، فان المحكمة عادة تلجأ الى التقدير الإجمالي في حالة اتجاهها للتعويض النقدي لأنه الأنسب لهذا النوع من الضرر، وان كان ذلك لا يمنع من التعويض الأدبي على شكل أقساط لعدم وجود ما يمنع الحكم به مع ان ذلك نادر الوقوع في

([٢٢٣]) انظر، قرارها المرقم ٥٩٠/ ح٣/ ١٩٧٠م، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الأولى، ض١٠٩.

([٢٢٤]) انظر، قرارها المرقم ٢٤٧٤/ج/١٩٥٦ في ١٩٥٧/٢/١٢م، القضاء المدني، سلمان بيات، الجزء الأول، بغداد، ١٩٦٢م، ص١٩١.

([٢٢٥]) انظر، د.منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٣٧٣- ٣٧٤. وكذلك د.غني حسون طه، مصدر سابق، ص٤٨٣.

([٢٢٦]) انظر، القاضي صبري مجيد عطية، مصدر سابق، ص١٠٣.

الحياة العملية لأنه قلما تلجأ المحكمة الى هذا النوع من التعويض ولم نجد قراراً للقضاء العراقي يتضمن تقسيط التعويض عن الضرر الأدبي[٢٢٧].

وفي رأينا المتواضع ان هذا النوع من طرق التعويض عن الضرر الأدبي يصلح أكثر من غيره من الطرق الأخرى لتعويض الضرر الأدبي، لسهولته وإمكانية تطبيق العمل به، وهذا ما ينسجم مع طبيعة الضرر الأدبي.

الفصل الثالث

تقدير التعويض عن الضرر الأدبي وسلطة القاضي التقديرية

تمهيد وتقسيم:

لقد أتضح لنا من خلال الفصول السابقة ان التعويض هو وسيلة القضاء لمحو الضرر أو تخفيف وطأته، وهو بهذا يختلف عن العقوبة اختلافاً واضحاً، فالغاية من العقوبة زجر المخطىء وتأديبه، والغاية من التعويض جبر الضرر وإصلاحه، ولهذا كان لجسامة الخطأ اثر كبير على مقدار العقوبة وكان التعويض يدور مع الضرر ولا اثر لمقدار الخطأ عليه.

وإذا كانت هناك سهولة في تقدير التعويض عن الضرر المادي، فان تقدير التعويض عن الضرر الأدبي يلاقي الكثير من الصعوبات، وذلك لتعلقه بالمشاعر والأحاسيس والعواطف، إلا ان تلك الصعوبات لا تمنع من تقديره، لذا فان موضوع التقدير والسلطة التقديرية للقاضي تشكل عوامل أساسية لدى القضاء في الوصول الى تحقيق التعويض المناسب لكل حالة، ولاسيما ان الضرر الأدبي لا تحكمه معايير مادية يمكن بواسطتها

([٢٢٧]) انظر، عبد جاسم حنش الجنابي، تعويض الضرر في المسؤولية العقدية، بحث مقدم الى المعهد القضائي، بغداد، ٢٠٠٠م، ص١٧.

التعرف على مقدار الضرر، وبما ان هدف التعويض في العصر الحديث هو إرضاء المضرور وليس عقاباً للمسؤول لذا فان مهمة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ليست باليسيرة، وبغية تفصيل الموضوع والاحاطة بمضمونه قسمنا هذا الفصل على مبحثين تناولنا في الأول تقدير التعويض عن الضرر الأدبي وخصصنا الثاني لسلطة القاضي التقديرية.

المبحث الأول

تقدير التعويض عن الضرر الأدبي

لبحث موضوع تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ينبغي الإشارة ابتداءً الى ان هذا النوع من الضرر ليس كالضرر المادي الذي سهل المشرع تقويمه بما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، فالضرر الأدبي وكما هو معروف ذو طبيعة خاصة وقائم بذاته، فهو لا يتحلل الى عنصري الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، فلا يمكن الأخذ بهذين العنصرين لتعويض هذا النوع من الضرر[٢٢٨].

لذلك سنحاول من خلال هذا المبحث الإشارة الى الظروف أو الاعتبارات، التي ينبغي ان تؤخذ بعين الاعتبار من قبل القاضي والتي لها دورٌ مهم في تحديد مقدار التعويض، فللقاضي تقدير التعويض عن الضرر الأدبي في ضوء ظروف كل حالة على حدة وان يكون في هذا التقدير ترضية كافية للمتضرر فالتعويض لا يزيل الضرر بصورة نهائية إلا انه يخفف من وطأته، والقاضي عند تقديره لهذا النوع من التعويض يهتدي بالطبيعة

([٢٢٨]) انظر، د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٢٣٠. وكذلك د.مقدم السعيد، مصدر سابق، ص٨٢.

البشرية للإنسان فإذا تيقن القاضي من وقوع الضرر الأدبي قدّر له التعويض ولذلك وجب على القاضي الاحاطة بالظروف الملابسة للمتضرر، كالوضع الصحي للمضرور، والمركز المالي والاجتماعي له، ولغرض بيان ذلك قسمنا هذا المبحث الى ثلاث مطالب، خصصنا المطلب الأول منها لبيان موقف الفقه من الظروف الملابسة، ووضحنا في المطلب الثاني موقف القانون من الظروف الملابسة، في حين كان المطلب الثالث مخصصاً لبيان موقف القضاء من الظروف الملابسة.

المطلب الأول

موقف الفقه من الظروف الملابسة

مما لاشك فيه ان للفقه القانوني دوراً مهماً في تفسير القانون والبحث عن إرادة المشرع ومن ثم الوصول الى تحديد هذه الظروف التي تساعد على تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، فالنصوص القانونية في التشريع العراقي والمصري[٢٢٩]، توجب مراعاة الظروف الملابسة[٢٣٠] عند تقدير التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المضرور ، ويقصد بالظروف الملابسة تلك التي تلابس المضرور وليس المسؤول، وذلك لان التعويض

([٢٢٩]) انظر، المادتان (١٧٠ مدني مصري و ٢٠٩ مدني عراقي).

([٢٣٠]) انظر، محمد حنون جعفر، الاعتبارات المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠٠م، ص١٥١.

يقاس بمقدار الضرر الذي لحق المضرور بالذات، ومن ثم فهو يقدر على أساس ذاتي لا موضوعي[٢٣١].

ومن هذه الظروف التي حددها الفقه لتساعد في الكشف عن مدى الضرر الأدبي ومن ثم تقدير التعويض عنه بالطريقة المناسبة هي حالة المضرور الصحية والجسمية ومدى استعداده المرضي، والمركز المالي والاجتماعي للمضرور.

فبشأن الحالة الصحية للمضرور ومدى استعداده للإصابة بالمرض فيتفق أكثر فقهاء القانون المدني الفرنسي على الأخذ بالحالة الصحية السابقة للمضرور لدى تقدير التعويض عن الضرر الذي حل به[٢٣٢].

وتبدو أهمية هذه الحالة عندما يكون المريض مصاباً بمرض من شأنه ان ينقص قدرته على العمل، إذ يكون من العدل والإنصاف ان تؤخذ الحالة الصحية السابقة لوقوع الضرر، إلا ان ذلك لا يعني تهرب مرتكب الفعل الضار من المسؤولية بحجة ان حالة المضرور السابقة على الحادث الذي ألحق الضرر به يعد سبباً أجنبياً يدرأ المسؤولية عن مرتكب الفعل الضار، وإنما يبقى هذا الأخير مسؤولاً على الرغم من استعداد المضرور للمرض أو الإصابة التي ألمت به[٢٣٣].

أما على صعيد الفقه العربي فيرى الدكتور السنهوري ان لحالة المضرور الصحية أثراً مهماً في تقدير التعويض عن الإصابة الجسمية، إذ ان النتائج التي تفرزها الإصابة تختلف من شخص الى آخر بحسب قوته البدنية وسلامته الصحية وتركيبه البنياني ووضعه النفسي، فالمريض بمرض القلب قد يؤدي الفعل الضار الذي تعرض له الى فقدان حياته،

([٢٣١]) انظر، جليل حسن الساعدي، الظروف الملابسة للضرر وتأثيرها على تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المجلد الحادي عشر، ١٩٩٦م، ص٢١٥.

([٢٣٢]) انظر، الفقهاء لالو، ومازو وتنك، أشار إليهم د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٧٨ هامش رقم (٧٥).

([٢٣٣]) انظر، القاضي رعد صبري هاشم، العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، دراسة مقارنة، بحث قانوني مقدم لمجلس العدل، بغداد، شباط ١٩٩٢م، ص٤٣-٤٤.

والإنسان المصاب بمرض السكر قد يكون الجرح الذي تعرض له اشد خطورة من الجرح الذي يصيب شخصاً آخر غير مريض[٢٣٤].

أما عن موقف الفقه القانوني في العراق، ولعدم وجود نص تشريعي فقد قصر بعض الفقه العراقي تأثير الوضع الصحي للمتضرر في نطاق الإصابة الجسدية، فالدكتور سعدون العامري يرى ان التعويض يجب ان يكون كاملاً إذا كان من شأن الإصابة ان تؤدي الى ظهور مرض لم يكن يظهر لولاها، أما إذا لم تؤدِ الإصابة الى تفاقم المرض الذي كان ظاهراً، فمن العدل ان تؤخذ بعين الاعتبار نسبة نقص قابلية المصاب عن العمل، وإنقاص نسبة التعويض بقدر هذا النقص[٢٣٥].

ونحن مع هذا الرأي، إذ ليس لمرتكب الفعل الضار ان يتخلص من المسؤولية بحجة استعداد المتضرر للإصابة بالمرض إذ ان هذا السلوك لا يتلاءم وقواعد العدالة.

ومن الظروف الملابسة الأخرى التي أشار إليها الفقه، هي المركز المالي والاجتماعي للمضرور، فالحالة المالية والاجتماعية من الاعتبارات أو الظروف الملابسة للمضرور والتي ينبغي على القاضي الاعتداد بها عند تقدير التعويض ولا يراد بمراعاة المركز المالي والاجتماعي والمهني للمضرور، انه إذا كان هذا الأخير غنياً وأصابه ضرر يقضى له بتعويض اقل مما لو كان فقيراً، إذ ان قوام المسؤولية هو إعادة التوازن الذي اختل بسبب الإصابة نتيجة الفعل الضار من قبل محدث الضرر، فالقصد من مراعاة هذا الجانب هو النظر بأهمية الضرر وحجمه فتراعي على سبيل المثال موارده ومصادر كسبه[٢٣٦].

فالمركز الاجتماعي له الأثر الفعال في تحديد مقدار التعويض فالأفراد ليس كلهم في مستوى اجتماعي واحد، فهناك تباين من شخص لآخر فهو يتناسب طردياً مع التعويض

([٢٣٤]) انظر، د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٩٧٢، فقرة (٦٤٨).

([٢٣٥]) انظر، د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٧٨-١٧٩.

([٢٣٦]) انظر، القاضي رعد صبري هاشم، مصدر سابق، ص٥٠-٥١.

فكلما كان المضرور في مركز اجتماعي رفيع أو مستوى عالٍ من العلم والخبرة كما لو كان فقيهاً أو أستاذاً جامعياً أو طبيباً فان الضرر الأدبي الذي يتعرض له يكون كبيراً إذا ما قورن بالضرر الذي يتعرض له عامل الأجرة أو سائق سيارة الأجرة، وذلك لان تأثير الضرر سوف ينقلب ليس على شخص الأستاذ فحسب وإنما على جمهور واسع من الطلبة الذين سيكونون بأمس الحاجة لخبرة وتجربة الأستاذ[٢٣٧].

ولقد اختلف الفقه بشأن مراعاة المركز المالي والاجتماعي والمهني للمضرور فلقد كان فريق من الفقهاء الفرنسيين[٢٣٨]، يرون انطلاقاً من مبدأ التعويض الكامل ان حالة المضرور المالية يجب ان لا تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض، فالفقراء والأغنياء لهم الحق في تعويضات متساوية تشمل الضرر كله فلا اثر فيما إذا كان المدعي أو المدعى عليه غنياً أو فقيراً، وهذه الآراء لا يمكن الأخذ بها بالنسبة للأضرار الأدبية، أما البعض الآخر من الفقهاء يرى ان المركز المالي والاجتماعي يجب ان يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض عن الضرر الأدبي[٢٣٩].

أما على صعيد الفقه العربي فيؤكد الدكتور السنهوري[٢٤٠] على أهمية هذه الحالة عند تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، فالضرر واحدٌ سواء أصاب غنياً أم فقيراً، فتقدير التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن الإصابة الجسدية لا يكون بمعزل عن الحالة المالية والاجتماعية للمضرور، لذلك يجب على القاضي ان يراعي الظروف الاجتماعية للمضرور، كأن يكون شخصاً يقتات من عمله وفيما إذا كان عازباً لا يعيل إلا نفسه أو مسؤولاً عن إعالة أسرته وهذا لا يعني بطبيعة الحال انه إذا كان المضرور غنياً اقل حاجة

([٢٣٧]) انظر، د.منذر الفضل، مصدر سابق، ص٣٨٥.

([٢٣٨]) انظر، الفقهاء (مازو و موليز وتولون) أشار إليهم د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٨١-١٨٢.

([٢٣٩]) انظر، د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٨٣.

([٢٤٠]) انظر، د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص٩٧٢.

الى التعويض من الفقير، وإنما الاختلاف في الكسب الذي يفوت للمضرور من جراء الإصابة[٢٤١].

وفي رأينا ان الوضع المالي والاجتماعي للمضرور يعد عاملاً مؤثراً يساعد في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق المتضرر لذا لابد من مراعاته من قبل قاضي الموضوع.

ولابد من الإشارة الى ان ما ذكر من هذه الظروف جاء على سبيل المثال لا الحصر[٢٤٢]، فإذا ما حاول احد التعرض لذكرها فانه لن يستطيع ذكرها جميعاً.

المطلب الثاني

موقف القانون من الظروف الملابسة

ان الظروف الملابسة تساعد على تحديد مدى الضرر الأدبي ومقدار الزيادة والنقصان والتفاوت من حالة الى أخرى، فالقانون لم يزد في تحديده للضرر الذي يقتضي التعويض عنه عن الضرر المباشر المؤكد أو المحقق الذي أصاب المضرور[٢٤٣].

([٢٤١]) يدخل في الاعتبار حالة المضرور المهنية فالحريق الذي يصيب بناء اتخذه تاجر يمارس مهنته فيه يحدث ضرر اشد مما يصيب شخصاً اتخذ هذا البناء مسكناً له.

([٢٤٢]) انظر، د.محمد يحيى المحاسنة، مصدر سابق، ص٢٧ هامش رقم (٤).

([٢٤٣]) انظر، د.محمد يحيى المحاسنة، عناصر تقدير الضرر الأدبي والتعويض عنه، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المجلد السادس عشر، ٢٠٠١م، ص٢١-٢٢.

وعلى هذا الأساس فان التعويض في أي صورة كانت، يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام عن شروط الضرر الأدبي الواجب التعويض عنه.

وبهذا الخصوص نرى ان القانون الفرنسي لم يشر الى مراعاة الحالة الصحية كظرف من الظروف الملابسة، ولكن قوانين العمل الفرنسية أكدت حق المضرور بالتعويض بصورة كاملة بغض النظر عن مدى استعداده للإصابة بالمرض على أساس ان الضرر لم يكن ليحصل لولا خطأ المسؤول، وبذلك لا يمكن التعويل على الحالة الصحية للمضرور عند تقدير التعويض لان قدرة العامل الحقيقية على العمل كما يقول الأستاذ (Lalou) محددة بأجره الذي هو الأساس في تقدير التعويض فتكون حالته الصحية قد أخذت بعين الاعتبار ابتداءً[٢٤٤].

أما بشأن موقف القانون المدني المصري فقد أوضحت المادة (١٧٠)[٢٤٥] منه على ضرورة مراعاة القاضي لكل ظرف من الظروف الملابسة بما فيها الحالة الصحية للمضرور، وهو الذي قصده المشرع من عبارة الظروف الملابسة، وذلك لان التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي لحق المضرور بالذات فتكون محلاً للاعتبار حالة المضرور الصحية والجسمية، فعلى سبيل المثال، من كان سريع الانفعال فان الانزعاج الذي يصيبه من حادث معين يكون ضرره اشد بكثير مما يصيب شخصاً سليم الأعصاب، ومن كان مريضاً بالسكر ويصاب بجرح تكون خطورته اشد بكثير من خطورة الجرح الذي يصيب السليم[٢٤٦].

([٢٤٤]) انظر، د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٧٧-١٧٨.

([٢٤٥]) نصت المادة (١٧٠) مدني مصري على ((يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (٢٢١-٢٢٢) مراعياً الظروف الملابسة، فإذا لم يتيسر له وقت الحكم ان يعين مدى التعويض تعيناً نهائياً فله ان يحتفظ للمضرور بالحق في ان يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير)).

([٢٤٦]) انظر، د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١٠٩٩.

ولقد أشارت المادة (١٧٠) من القانون المدني المصري الى حالة الضرر المتغير، وما يجب على القاضي ان يقرره عندما لا يمكنه ان يقدر التعويض بسب ذلك فللقاضي ان يحتفظ للمضرور بالحق المعروف وقت الحكم على ان يحكم بعد مدة معقولة يحددها بتعويض إضافي إذا كانت حالة الضرر تستوجب ذلك[٢٤٧].

من خلال نص المادة (١٧٠) مدني مصري نرى ان الظروف التي نصت عليها هذه المادة والتي ينبغي مراعاتها عند تقدير التعويض هي الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور، لا الظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول لا تدخل في الحساب عند تقدير التعويض سواء أكان المسؤول لا يعيل إلا نفسه أو يعيل أسرة كبيرة، غنياً كان أم فقيراً فهو يدفع التعويض بمقدار ما ألحقه من ضرر دون مراعاة الظروف الشخصية له.

والأصل ان لا ينظر الى جسامة الخطأ، وإنما يقدر التعويض بقدر جسامة الضرر لا بقدر جسامة الخطأ ومهما كان الخطأ يسيراً أو جسيماً فان التعويض يجب ان يكون عن كل الضرر المباشر، إلا ان القضاء من الناحية العملية يسعى الى زيادة التعويض كلما كان الخطأ جسيماً انسياقاً وراء شعور طبيعي يستولي عليه ولا يمكن لأي فرد ان يتجرد منه بصورة كلية، ولاسيما في الضرر الأدبي الذي يصعب تقديره بشكل دقيق[٢٤٨].

أما بالنسبة لموقف القانون المدني العراقي من الحالة الصحية للمتضرر بوصفها عاملاً مؤثراً في تقدير التعويض، فعلى الرغم من انه استعار من القانون المدني المصري تبوبيه وترتيبه وأساليبه[٢٤٩]، إلا انه لم يسلك مسلكه في هذا الشأن فجاءت نصوصه خالية

([٢٤٧]) انظر، د.حسين عامر عبد الرحيم عامر، مصدر سابق، ص٥٥٩-٥٦٢. وكذلك السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية (عقدية- تقصيرية) وأحكام النقض الصادرة فيها، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة طبع، ص٢٢.

([٢٤٨]) انظر، المستشار أنور العمروسي، مصدر سابق، ص٥٢٨.

([٢٤٩]) انظر، د.عبد الرزاق احمد السنهوري، القانون المدني العربي، مجلة القضاء، نقابة المحامين، العراق، العدد الأول والثاني، بغداد، ١٩٦٢م، ص٢٣٢.

من الإشارة الى حالة المضرور الصحية السابقة للإصابة الجسدية سواء بصورة صريحة أو ضمنية بوصفه ظرفاً واجباً الإتباع لدى تقدير التعويض عن الضرر الأدبي.

وكذلك من الاعتبارات الأخرى التي أكدتها التشريعات المختلفة والتي تساعد على تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، هي المركز المالي والاجتماعي للمضرور فلقد تضمنت المادة (٤٧) من قانون الموجبات السويسري صلاحية جوازية لقاضي الموضوع بمراعاة الظروف الخاصة بالمضرور جسدياً أو لأسرة المتوفى عند تقدير التعويض عن الضرر الجسدي، فقد جاء فيها ((يستطيع القاضي أخذاً بنظر الاعتبار الظروف الخاصة ان يخصص للمصاب بأذى جسدي أو في حالة موت الرجل، للعائلة تعويضاً مناسباً باسم تعويض أدبي))[٢٥٠].

أما بالنسبة للقانون المدني المصري فقد أورد نصاً عاماً هو نص المادة (١٧٠) المذكورة سالفاً بإيراده عبارة الظروف الملابسة[٢٥١]، ومن خلال مراجعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري نجد انه في الوقت الذي صار إليه الرأي الى رفع ما يشير الى جسامة الخطأ واستبدالها بعبارة الظروف الملابسة وذلك لان جسامة الخطأ من ضمن هذه الظروف فقصد المشرع واضح في وجوب إقامة وزن لكل ظرف ملابس للفعل الضار في تقدير التعويض تقضي العدالة بوجوب مراعاته، سواء أكان يتعلق بالمضرور أم بمرتكب الفعل الضار بما يوجب التخفيف أو التشديد ليس بالنسبة لجسامة الخطأ فحسب بل الحالة المالية والاجتماعية لكلا الطرفين من مرتكب الضرر والمضرور[٢٥٢]، وكذلك مركزهما الاجتماعي وخاصة المضرور.

---

(٢٥٠) انظر، د.عبد الرزاق عبد الوهاب، تعويض الضرر الأدبي في القانون السويسري والعراقي، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، نيسان، أيار، حزيران، ١٩٦٩م، ص٢٨.

(٢٥١) انظر، د.عبد الرزاق السنهوري،الوسيط، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٩٧١، فقرة ٦٤٨.

(٢٥٢) انظر، د.سليمان مرقس، الوافي، مصدر سابق، ص٥٥٢. وكذلك حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه في الدول العربية، الجزء الخامس والعشرون، الدار العربية للموسوعات القانونية، القاهرة، ١٩٧٧، ١٩٧٨م، ص٥١٩.

وان المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي قد أشارت الى وجوب تقدير التعويض بقدر الضرر من دون الإشارة الى وجوب مراعاة الظروف الملابسة، إلا ان هذا لا يعني ان المشرع قد قصد إبعاد القاضي من مراعاته للمركز المالي والاجتماعي للمضرور، وإنما العكس من ذلك، كما ان المشرع قد أشار عند تناوله للمسؤولية عن عدم التمييز بجواز ان تقتصر المحكمة على تقدير تعويض عادل وفقاً لما يراه القاضي مراعياً بذلك مركز الخصوم، أي ان هذه المسؤولية مخففة وهذا ما أشارت إليه المادة (٣/١٩١) مدني عراقي[٢٥٣].

وبذلك تكون الظروف الملابسة هي الوسيلة المتبعة في الكشف عن الضرر الأدبي، ولقد أجاد واضعو القانون باعتمادهم الظروف الملابسة في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي.

وإحصاء هذه الظروف بدقة يبين وجود ضرر أدبي بسيط أو شديد بالمقارنة بين حالتين أو شخصين فالضرر الأدبي شيء شخصي وذاتي يزداد ويشتد باختلافه من شخص الى آخر وفقاً للتكوين النفسي والشخصي بين الأفراد، ولهذا الاختلاف أثره في تعميق الضرر الأدبي لدى شخص أكثر من آخر رغم تعرضهم للأذى نفسه ومع تشابه ظروفهم الى حد بعيد، وفي اغلب الأحيان فان الخبير سوف يصل الى مقدار التعويض نفسه في الحالتين مع اختلاف الضرر الأدبي من حيث عمقه وشدته، إلا ان الأمر المؤكد هو ان اختلاف التكوين الشخصي والنفسي بالنسبة للشخصين والحكم لهما بالمقدار نفسه من التعويض من شأنه إلحاق الظلم باحدهما بإعطائه اقل مما يستحق أو إعطاء الآخر أكثر مما ينبغي وفي الحالتين لا يتحقق التعويض العادل[٢٥٤].

ولتجنب الخطأ في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، للقاضي ان يعتمد على مزيد من الوسائل الفعالة حتى يتمكن من الوصول للتعويض المناسب، كأن تقوم محكمة

([٢٥٣]) نصت المادة (٣/١٩١) مدني عراقي ((عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة ان تراعي في ذلك مركز الخصوم)).

([٢٥٤]) انظر، د.محمد يحيى المحاسنة، مصدر سابق، ص٣٦.

الموضوع بالانتقال الى المحل المتنازع فيه لإجراء المشاهدة العيانية التي تتضح من خلالها الصورة في ذهن القضاة[٢٥٥].

وكذلك قد تكون هناك ظروف شخصية خاصة غير ظاهرة لدى الخبراء، فلابد من التوصل الى الوسائل اللازمة التي تجعل هذه الظروف الشخصية الخاصة بالمضرور مأخوذة بعين الاعتبار عند تقدير التعويض، وأيضاً مما لاشك فيه ان هناك اختلافاً قد يحصل على نفسية المضرور من جراء الضرر الأدبي الذي أصابه، ويكون هذا بعد حصول الفعل الخاطيء الذي نجم عنه ذلك الضرر وهذا أمر ذاتي وشخصي لا يمكن معرفته بسهولة الأمر الذي يقتضي السماح للمضرور إبداء رأيه وملاحظاته في شأن التعويض المقترح لجبر الضرر الأدبي الذي أصابه، غير إننا لا يمكن ان تتصور ان يكون المضرور هو مصدر الحكم بالتعويض، ولهذا لابد من التوصل الى وسيلة عادلة تجعل من تقدير التعويض قريباً من التعويض العادل، ومن ثم يكون المضرور كما لو كان هو الذي نطق بذلك[٢٥٦].

وتلافياً للقصور في عملية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي نرى ان تبدأ عملية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، بإحصاء جميع الظروف الملابسة للمضرور، ومن اجل ان لا يكون الأمر تحكمياً قد يؤدي الى ظلم المتضرر، فإننا نرى ان هذه الظروف من الواقع الذي يمكن على أساسه الزيادة في التعويض إذا ما أحصيت بشكل دقيق، ومن الممكن ان ينقص التعويض إذا ما حصل نقص في إحصاء هذه الظروف، وما دامت هذه الظروف من الواقع وللمدعي مصلحة في إثباتها وبناءاً على ثبوتها أمام محكمة الموضوع يتأثر مبلغ التعويض الذي يطلبه فان المدعي المضرور يكون معنياً بإثبات هذه الظروف وإحصائها.

([٢٥٥]) انظر، صبري مجيد عطية، مصدر سابق، ص١٠٧.

([٢٥٦]) انظر، د.محمد يحيى المحاسنة، مصدر سابق، ص٣٧.

وكذلك نرى انه على محكمة الموضوع ان تختار خبيراً تتشابه ظروفه مع ظروف المضرور الى أقصى حد ممكن ولهذا يجب ان يكون الخبير من طبقة المضرور ذاتها اجتماعياً ومالياً ووظيفياً من حيث الفقر ونوع العمل.

وعلى المحكمة ان تسعى الى تحقيق ذلك باختيارها خبراء تتشابه مواصفاتهم مع مواصفات المدعي المضرور والى حد التطابق التام، ثم يقوم الخبير بتقدير مدى الضرر الأدبي الذي من الممكن ان يحصل له لو تعرض هو شخصياً للضرر نفسه من خلال أجابته على السؤال التالي، ما هو التعويض الذي ترى انه يكفي لاستحداث البديل بحيث لا تعود تكترث بالضرر الأدبي الذي أصابك عندما تحصل على هذا التعويض فيما انك أنت الذي كنت مكان المدعي (المضرور)؟[٢٥٧]. ومع ذلك فان الذي يحسم الأمر في النهاية بالحكم من عدمه بناءاً على تقرير الخبير هو قرار القاضي بموجب السلطة التقديرية التي يتمتع بها.

المطلب الثالث

موقف القضاء من الظروف الملابسة

(٢٥٧) انظر د.محمد يحيى المحاسنة، مصدر سابق، ص٣٨.

بعد ان بينا موقف الفقه والقانون من الظروف الملابسة للمضرور ودورها في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي بقي ان نبين موقف القضاء من الظروف الشخصية المحيطة بالمضرور.

فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور، وما قد أفاده بسبب التعويض، كل ذلك يدخل في حساب القاضي عند تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، فبالنسبة لموقف القضاء الفرنسي من الحالة الصحية للمضرور فقد جرى القضاء الفرنسي على تعويض المضرور تعويضاً كاملاً دون النظر الى حالته الصحية قبل الحادث ومدى استعداده الشخصي للإصابة بالمرض فقد ورد في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية جاء فيه ((كون المتضرر مصاب بمرض من شأنه ان يؤدي الى تفاقم النتائج المترتبة على الحادثة يجب ان لا يؤثر على مبلغ التعويض))[٢٥٨].

وموقف القضاء الفرنسي لم يستمر على هذا المنوال، فالقضاء في الوقت الحاضر يتفق مع الفقه على ضرورة مراعاة الحالة الصحية عند تقدير التعويض عن الضرر الأدبي وهذا ما سار عليه القضاء في مصر أيضاً، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٥/ تموز/١٩٤٣ بأنه ((إذا كان حق المضرور في الحصول على تعويض عن الضرر يوجد من وقت وقوع الضرر، إلا ان تقدير التعويض يجب ان يحصل وفقاً لما تكون عليه حالة المضرور وقت صدور الحكم))[٢٥٩].

وكذلك الحال بشأن القضاء المصري حيث اتخذ موقفاً ايجابياً من الحالة الصحية للمضرور، فقد ورد لقرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه ((يراعي القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي الظروف الملابسة للمضرور كسنه والحالة الصحية والاجتماعية، وتقدير الضرر ومراعاة الظروف الملابسة عند تقدير التعويض الجابر له

([٢٥٨]) نقض مدني فرنسي ١٣ تشرين الثاني ١٩١٧م، دالوز، ١٩٢٠م، الجزء الثاني، ص١٢٠، أشار إليه، د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٧٨.

([٢٥٩]) أشار إليه، د.محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق، ص٢٤٣.

مسألة موضوعية تستقل بها محكمة الموضوع))[٢٦٠] ورود في قرار آخر لها جاء فيها ((تقدير التعويض هو من اطلاقات محكمة الموضوع بحسب ما تراه مناسباً لجبر الضرر مستهدية بذلك بكافة الظروف والملابسات في الدعوى))[٢٦١].

أما بشأن موقف القضاء العراقي من الحالة الصحية للمضرور، فان القضاء العراقي يراعي الحالة الصحية للمضرور انسجاماً مع مبادىء العدل والإنصاف، ولمحكمة التمييز العراقية الكثير من القرارات تشير فيها الى مراعاة الحالة الصحية للمضرور وتأثيرها في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، ففي الوقت الذي أعطت فيه أهمية كبيرة لمدى ما يتعرض له الشخص من إصابة وهو سليم مراعية في ذلك سنه وقدرته على العطاء[٢٦٢]، كما ورد في قرار آخر لها جاء فيه ((ان للمضرور الحق في اختيار المستشفى الذي تتم فيه المعالجة ما دام لم يجد فيها حماية أكثر لنفسه ولصحته ولا يجبر على البقاء في المستشفى الحكومي ما دام المستشفى الأهلي الذي عولج فيه مجازاً وبإشراف أطباء اختصاصين دون أي إنقاص من حقه في التعويض))[٢٦٣].

أما فيما يتعلق بموقف القضاء من الحالة المالية والاجتماعية للمضرور،فنجد ان المحاكم تأخذ بعين الاعتبار من الناحية العملية حالة المضرور المالية عند تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، فالقضاء المصري قد استقرت أحكامه على الأخذ بالحالة المالية والاجتماعية للطرفين عند تقدير التعويض، وان كان لا يصرح به في قراراته، ففي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في احد قراراتها جاء فيه ((تقدير التعويض في

([٢٦٠]) انظر، الطعن رقم ٣٣٤ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٨ والطعن ٩٣٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/١٢ أشار اليهما، السيد عبد الوهاب عرفه، مصدر سابق، ص٢٣.

([٢٦١]) انظر، الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٦/١٤، أشار إليه المستشار سعيد احمد شعله، مصدر سابق، ص٨٦.

([٢٦٢]) انظر قرارها المرقم ٤٨٥/ موسعة أولى/ ٩٨٨ في ١٩٨٨/١٠/٣٠، مجلة القضاء، العدد الثالث والرابع، ١٩٨٩، نقابة المحامين العراقية، ص٤٦.

([٢٦٣]) انظر قرارها المرقم ٥٨٣/ مدنية أولى/٩٧٨ في ١٩٧٨/٧/٢٥، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة التاسعة، وزارة العدل، بغداد، ١٩٧٨، ص٢١.

المسؤولية العقدية بمقدار الضرر المباشر المتوقع الذي أحدثه الخطأ وقت التعاقد مع مراعاة الظروف الملابسة للمضرور))[٢٦٤]، وكذلك ورد في قرار لها جاء فيه ((مراعاة الظروف الملابسة في تقدير التعويض أمر يدخل في سلطة القاضي بلا معقب عليه))[٢٦٥].

أما فيما يتعلق بموقف القضاء العراقي من المركز المالي والاجتماعي للمضرور بوصفه عاملاً مساعداً في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، فنلاحظ ان القضاء العراقي لم تستقر أحكامه على نهج واحد بهذا الصدد، ففي بعض القرارات الصادرة من محكمة التمييز العراقية توجب التزام المحاكم الأدنى بضرورة تقدير التعويض عن الضرر الأدبي وفقاً للمركز المالي والاجتماعي للمضرور، فقد ورد في قرار لها جاء فيه ((ليس للمحكمة ان تقدر التعويض بنفسها بل عليها الاستعانة بخبير ممن له معرفة بعائلة المجني عليه ومركزه الاجتماعي))[٢٦٦].

وتؤكد محكمة التمييز العراقية على أهمية المركز المالي والاجتماعي للمضرور ناقضة احد قرارات محكمة الموضوع لجملة أسباب من ضمنها إغفالها تقدير التعويض للحالة الاجتماعية للمضرور، إذ قالت ((ان المحكمة حكمت بالتعويض دون ان تبين الأسس التي اعتمدتها لاحتساب مقداره فكان عليها والحالة هذه ان تستعين في تقديره بخبير ممن له إطلاع على أحوال عائلة المشتكي الاجتماعية))[٢٦٧].

([٢٦٤]) انظر، الطعن رقم ٢٩٩ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٣٠. أشار إليه السيد عبد الوهاب عرفة، مصدر سابق، ص٤٨.

([٢٦٥]) انظر، الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠. أشار إليه المستشار سعيد احمد شعله، مصدر سابق، ص٨٤.

([٢٦٦]) انظر قرارها المرقم ٧١٤، ٧١٥، التمييز الثانية/١٩٧٧ في ١٩٧٧/٥/٣٠. (غير منشور). وبنفس الاتجاه القرار المرقم ٣٢٦/ الحقوقية الثالثة/١٩٧٠ في ١٩٧٠/٥/١٢ منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الأولى، ص١٣٥.

([٢٦٧]) انظر قرارها المرقم ١١٥٨/ تمييزية/١٩٧٥م في ١٩٧٦/١/٢٢م، منشور في مجموعة الأحكام العدلية في العدد الأول، السنة السابعة، وزارة العدل، ١٩٧٦م، ص٢٨.

وفي قرار آخر لها ألزمت محكمة التمييز محكمة الموضوع عند تقدير التعويض، بان تراعي ظروف الحادثة والأشخاص المصابين وأعمارهم ومهنهم ومواردهم المالية الأخرى[٢٦٨].

وكذلك حكمت محكمة التمييز بالتعويض الأدبي عما يصيب العاطفة والشعور والكرامة أو الشرف أو السمعة أو المركز الاجتماعي أو الاعتبار المالي[٢٦٩].

ويبدو لنا من خلال ما عرضناه من الأحكام القضائية ان القضاء العراقي يتجه الى مراعاة الظروف الاجتماعية والمالية للمضرور عند تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، حيث ان المركز الاجتماعي يتناول جوانب متعددة في ما يخص الشخص من ناحية عمره وقدرته على العمل إضافة الى مكانته في المجتمع المتعلقة بمكانته العلمية أو ثقله الاجتماعي أو الوظيفي.

ونحن نرى ان مراعاة الظروف المالية والاجتماعية للمضرور عند تقدير التعويض عن الضرر الأدبي هو السبيل الصحيح للوصول الى العدالة، وذلك لأنه يغطي الضرر الحقيقي الذي حلَّ بالمضرور ومدى تأثير الظروف الملابسة له.

ويمكن إجمال ما ذكرناه، ان هناك ظروفاً خاصة تتعلق بالمضرور، تؤثر في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، وان كانت في بعض الأحيان لا تنص عليها التشريعات بصورة صريحة، إلا ان مراعاة الظروف الملابسة مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع، ما لم يوجد نص في القانون يلزمه بإتباع معايير معينة في خصوصه، فالتقدير الموضوعي للتعويض يستبعد الأخذ بظروف مرتكب الفعل الضار، فالقاضي لا يعتد ولا يتأثر في تقديره للتعويض بخطأ مرتكب الفعل الضار ومدى جسامته إعمالاً لهذا لمبدأ، فالمبدأ العام في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي وكما اشرنا سابقاً الاعتداد بالظروف الملابسة

([٢٦٨]) انظر قرارها المرقم ٢٠٣/ مدنية أولى في ١٩٧٨/٣/٢٧م، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة التاسعة، وزارة العدل، بغداد، ١٩٧٨م، ص١٩٩.

([٢٦٩]) انظر قرارها المرقم ٣٣٩/ مدنية أولى/ ١٩٧٥م في ١٩٧٥/١١/١٢م.منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد السابع، السنة السادسة، ص٢٢.

الخاصة بالمضرور والتي تؤثر في قدر الضرر وقيمته ومن ثم على مدى التعويض الذي يستحقه.

المبحث الثاني

سلطة القاضي التقديرية

ان من مظاهر إعطاء القاضي دوراً ايجابياً في حسم الدعاوى المدنية، منحه سلطة التقدير للحكم بما يراه مناسباً وخاصة بالنسبة لدعاوى التعويض، وصولاً الى تحقيق الغرض المقصود وهو بالدرجة الأساس جبر الضرر الذي لحق بالمضرور.

وان كانت تلك السلطة تتغير بحسب ما إذا كان القاضي ملزماً بالحكم بالتعويض الكامل للضرر أو بالتعويض العادل له أي ليس بالضرورة ان يكون كاملاً، كما ان تلك السلطة تتأثر أحياناً في الدعوى التي موضوعها يستلزم الاستعانة بأهل الخبرة من الفنيين والأخصائيين، ومن هنا يبرز موضوع الاستعانة بأهل الخبرة، كما ان هذه السلطة التي يتمتع بها القاضي ليست مطلقة وإنما مقيدة، وان تلك القيود توجب على القاضي مراعاتها و إلا تعرض حكمه للنقض. وتفصيل ما تقدم هو مدار بحثنا في هذا المبحث الذي قسمناه على مطلبين كرس الأول للتعويض الكامل والتعويض العادل، وخصص الثاني للقيود التي ترد على سلطة القاضي في تقدير التعويض.

المطلب الأول

التعويض الكامل والتعويض العادل

ان القواعد العامة في تقدير التعويض، تقضي بان يقدر التعويض بمقدار الضرر المباشر بحيث لا يزيد ولا ينقص عنه، وهذا ما يعرف بمبدأ التعادل بين التعويض والضرر، بينما يميل جانب من الفقه وخصوصاً في فرنسا الى تسميته بمبدأ التعويض الكامل للضرر[٢٧٠].

فمضمون هذا المبدأ يتحدد بان تقدير التعويض يجب ان يكون بقدر الضرر منظوراً إليه عبر الدائن، ويجب على القاضي النظر إليه من جميع الظروف الخاصة بالدائن أو المتعلقة بالضرر الذي أصابه وبوجه خاص نتائج الضرر الماضية والحاضرة والمستقبلية على ان لا يأخذ بالحسبان أي عنصر خارجاً عن الضرر لان في ذلك مخالفة لمبدأ التعويض الكامل للضرر[٢٧١].

كما ان هنالك مبدأ آخر يخفف من حدة المبدأ المتقدم وهو مبدأ السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، فالمبدأ أعلاه يجعل التعويض قادراً على تحقيق هدفه وهو إعادة

([٢٧٠]) Henri et Leon et Jean Mazeaude et Chabas, La Responsabilite civil deictuell-et contractuell, Tome III,٦٩,emeed, Paris,١٩٧٨,p.٧٠٨.

([٢٧١]) انظر، د.عدنان إبراهيم السرحان و نوري حمد الخاطر، مصدر سابق، ص٤٩٤.

المضرور الى حالته قبل وقوع الضرر، وعليه فالتعويض يجب ان لا يتجاوز قدر الضرر من ناحية، ويتعين ان لا يقل عنه من ناحية أخرى، وان المبدأ المتقدم يعد نتيجة مباشرة ومنطقية لانفصال المسؤولية الجنائية عن المسؤولية المدنية حيث صار التعويض المدني جزاءً مستقلاً ومتميزاً عن العقوبة الجنائية يهدف الى جبر الضرر ولا يتأثر بعوامل تقدير العقوبة[٢٧٢].

وقد أكد المبدأ المتقدم القانون المدني العراقي وذلك في المادة (١٦٩/ ف٢)[٢٧٣]، وكذلك القضاء العراقي الذي تضمنت قراراته العديدة ما يتضمن معنى كون التعويض ينبغي ان يعادل الضرر، فقد ورد في قرار لمحكمة التمييز جاء فيه ((يجب ان يتناسب التعويض مع الضرر الحقيقي وهو فترة العلاج وفترة الانقطاع عن العمل فان كان التعويض مغالى فيه جاز لمحكمة التمييز تخفيضه))[٢٧٤].

وجاء في قرار آخر ((لا يخل بصحة الحكم بالتعويض عدم تقديره من خبير ما دام تقدير المحكمة له متناسباً مع الضرر))[٢٧٥].

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز العراقية ((لمحكمة التمييز تخفيض التعويض الأدبي إذا كان مغالى في تقديره وليس للخصم الاعتراض على انتخاب الخبير وما قدره من تعويض أمام محكمة التمييز ان لم يكن قد أبدى ذلك أمام محكمة الموضوع))[٢٧٦].

([٢٧٢]) انظر، د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٩٧٣.

([٢٧٣]) نصت المادة (١٦٩ مدني عراقي) على ((٢- يكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به)).

([٢٧٤]) انظر قرارها المرقم ٣٦٨/ تمييزية/ ١٩٧٤م في ١٩٧٤/٩/١١م، منشور في النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، ١٩٧٥م، ص٢٥٧.

([٢٧٥]) انظر قرارها المرقم ٢٨٢/ حقوقية/١٩٧٣م في ١٩٧٣/٥/١٣م، منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، ١٩٧٥م، ص٣٩٣.

ان موقف القضاء العراقي من خلال الأحكام المشار إليها يشير الى ضرورة التناسب بين التعويض والضرر، إلا إننا نرى تلك العبارة لا تمثل تمسكاً حقيقياً بمبدأ التعادل بين التعويض والضرر، فالتناسب غير التعادل أو التساوي بين التعويض والضرر.

ونتفق في هذا الصدد مع ما ذهب إليه الدكتور العامري، إذ أشار الى ان القضاء رغم تأكيده على مبدأ التعويض الكامل إلا ان تلك التأكيدات ان تبقى غير حقيقية، بل هي تأكيدات مبدئية محضة تهدف الى تجنب نقض الأحكام من قبل محكمة التمييز، وبالتالي تبقى السلطة التقديرية للقاضي تخفف من حدة هذا المبدأ(٢٧٧).

إلا ان هذا المبدأ اخذ ينحسر في الوقت الحاضر ولم يعد الشكل الضروري لجبر الضرر، بل ان التعويض في ذاته لم يعد معياره الوحيد الضرر الذي لحق الدائن وإنما يرتبط تقديره باعتبارات اجتماعية أو متعلقة بالعدالة(٢٧٨).

لذا نجد ان بعض التشريعات قد أخذت تتجه الى عدالة التعويض وليس بالضرورة ان يكون كاملاً، والبعض منها هجر مبدأ التعويض الكامل بنصوص صريحة كما هو الحال بقانون الالتزامات السويسري حيث أجاز إنقاص التعويض عدالة إذا كان الخطأ يسيراً أو موارد المدين محدودة حيث نصت المادة (٤٤/ ف٢) منه ((إذا لم يكن الضرر ناشئاً من جراء فعل عمد أو إهمال جسيم أو رعونة بالغة فللقاضي ان ينقص التعويض عدالة متى كان استيفاءه يعرض المدين لضيق الحال))(٢٧٩).

وسنجد عند البحث في القيود التي ترد على سلطة القاضي في تقدير التعويض ان مقتضيات العدالة توجب على القاضي تخفيض مقدار التعويض عن المقدار الذي كان مفروضاً ان يحكم به، فإزاء هذا التحول من مبدأ التعويض الكامل الى التعويض العادل

---

(٢٧٦) انظر قرارها المرقم في ٢٣/ هيئة عامة ثانية/ ١٩٧٧ في ١٩٧٧/٣/٥م منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، لسنة ١٩٧٧م، ص٧٨.

(٢٧٧) انظر، د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٦٤.

(٢٧٨) انظر، د.إبراهيم الدسوقي، مصدر سابق، ص٣٢٥.

(٢٧٩) انظر، د.سليمان مرقس، الوافي، مصدر سابق، ص٥٥٠، هامش رقم (٢).

وبجعله إضافة الى ما اتجه إليه جانب من الفقه المؤيد لمبدأ التعويض العادل هو الأصل في التعويض وخاصة في المسؤولية العقدية[٢٨٠].

إزاء كل ما تقدم قد يتبادر الى الذهن تساؤل: ما هو مدى سلطة القاضي في تقدير التعويض؟ بعد مراعاة حقيقة مهمة وهي ليس بالضرورة ان يكون التعويض كاملاً فيكفي ان يكون عادلاً.

مما لا شك فيه ان إعطاء قاضي الموضوع سلطة تقديرية في حسم الدعاوى يعد من الأمور المسلم بها وخاصة في الوقت الحاضر نتيجة لتعدد القضايا وزحمة العمل القضائي اليومي، فمنح القاضي لتلك السلطة خير وسيلة تمكنه من حسم اكبر عدد ممكن من القضايا التي تتعلق بالتعويض، وإذا قيل ان تحكم القضاة يؤدي الى بعض المخاطر كالحكم بتعويضات متفاوتة تفاوتاً كبيراً في قضايا وحالات متشابهة ظاهرياً، فان علاج تلك المخاطر لا يكون بتحويل القضاة الى مجرد آلة لتطبيق النصوص القانونية التي يفترض فيها توقعت كل شيء، وإذا كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية فان ذلك لا يعني وجوب إبداء رأيه في كل مسألة أو ناحية من النواحي قد تتطلب دراسة أو خبرة فنية من قبل أشخاص مؤهلين لذلك، فيجب عليه الاستعانة بالأخصائيين في الأمور الفنية البحتة ولا يعتمد على سلطته التقديرية، وقد أشارت المادة (١٣٣) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ الى ما تقدم ذكره حيث نصت ((إذا اقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي الخبراء كلفت المحكمة الطرفين بالاتفاق على خبير أو أكثر على ان يكون عددهم وتراً ممن ورد اسمه في جدول الخبراء أو ممن لم يرد اسمه في هذا الجدول، وعند عدم اتفاق الطرفين على خبير تتولى المحكمة تعيين الخبير)) ، أما عن موقف القضاء العراقي فان محكمة التمييز في قرار لها نقضت حكماً لمحكمة بداءة كركوك لان هذه الأخيرة اكتفت بالبينة الشخصية ولم تستعن بالخبراء لإصدار حكمها وقد جاء فيه ((وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون حيث وجد ان المحكمة قد أسست قضاءها في تعيين الأضرار الناجمة في الحاصدة من جراء الاستعمال غير الاعتيادي باستماعها الى البينة الشخصية

([٢٨٠]) انظر، عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص٩٨٩.

وحيث ان حصول الأضرار بالحاصدة من جراء الاستعمال غير الاعتيادي من عدمه هي مسألة فنية يقتضي الاستعانة برأي الخبير ليتحقق من ذلك))[٢٨١].

ومما تجدر الإشارة إليه انه إذا قرر القاضي الاستعانة بأهل الخبرة فهو غير ملزم قانوناً بالاعتداد بما ورد في تقرير أهل الخبرة، فما يتوصل إليه الخبير من رأي ليس له حجة قانونية ملزمة[٢٨٢]، فالقاضي قد يأخذ بما توصل إليه الخبير أو قد يهمله إلا ان الغالب عملياً متى ما كان تقرير الخبير مفصلاً ويصلح سبباً للحكم فالقاضي لا يتردد في الأخذ به، وقد أجازت المادة (١٤٠) من قانون الإثبات للقاضي ان يجعل تقرير الخبير سبباً لحكمه حيث نصت ((أولاً- للمحكمة ان تتخذ من تقرير الخبير سبباً لحكمها)).

من كل ما تقدم إذا تبين لنا ان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في تقدير التعويض فما هو موقف القضاء المصري والعراقي من ذلك؟

بالنسبة للقضاء المصري نجد ان محكمة النقض تخول محاكم الموضوع حرية كافية في تقدير التعويض فقد ورد في قرار لها جاء فيه ((تقدير التعويض عن الضرر الذي يلحق بالعامل نتيجة فصله بغير مبرر هو من سلطة محكمة الموضوع))[٢٨٣].

و ورد في قرار آخر لها جاء فيه ((من المقرر ان تقدير التعويض من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع))[٢٨٤]، وجاء في قرار آخر لها ((التعويض تقديره

([٢٨١]) انظر قرارها المرقم ٨٦٣/ م٣ منقول/ ٨٧-٩٨٨ في ١٩٨٨/٣/١م. منشور في مجموعة الأحكام العدلية العدد الأول لسنة ٨٨، ص٣٣.

([٢٨٢]) انظر، د.آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٨٤م، ص٢٦٠.

([٢٨٣]) انظر،الطعن ٣٢٣ لسنة ٢٢ق- جلسة ١٩٥٦/٤/٥م. أشار إليه المستشار سعيد احمد شعله، مصدر سابق، ص٨٣.

([٢٨٤]) انظر قرارها المرقم ١٣٦٢ لسنة ٤٩ ق٢ جلسة ١٩٨٤/٣/٢٢م. أشار إليه المستشار سعيد احمد شعله، مصدر سابق، ص٨٨.

بمقدار الضرر المادي والأدبي المباشر الذي أحدثه الخطأ- استقلال محكمة الموضوع به ما دام قضاءها قد بني على أسباب سائغه تكفي لحمله))[٢٨٥].

أما عن موقف القضاء العراقي فان محكمة التمييز قد أكدت في قرار لها مبدأ السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في تقدير التعويض فقد ورد في قرار لها جاء فيه ((تقدير الأضرار مسألة وقائع تستقل بها محكمة الموضوع بموجب سلطتها التقديرية))[٢٨٦].

وفيما يتعلق بمسألة تقدير التعويض عن الضرر الأدبي من الضروري ان نشير الى حالة مهمة، وهي ان تقدير التعويض عن الضرر الأدبي يخضع لسلطات محكمة الموضوع بشكل مطلق دون رقابة من جهة قضائية أعلى باعتبار ذلك يشكل مسألة من المسائل الموضوعية أو الواقعية إلا ان ذلك لا يعني ان محكمة الموضوع لا تخضع بشكل مطلق لرقابة محكمة التمييز بالنسبة للمسائل القانونية فتكييف الضرر أهو محقق أم احتمالي، مباشر أم غير مباشر كل تلك الأمور من المسائل الخاضعة لرقابة حكمة التمييز[٢٨٧].

وكذلك مسألة مراعاة عناصر التعويض في الحكم الصادر توصف بأنها من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة التمييز بخلاف تقدير التعويض الذي يعد من مسائل الواقع التي لا يخضع فيها القاضي لتلك الرقابة، وإذا كان هذا التمييز بين الواقع والقانون له أهميته في القانون المدني المصري وأكده القضاء فيه ممثلاً بمحكمة النقض المصرية إذ أصدرت العديد من القرارات التي تؤكد ذلك الاتجاه، فقد ورد في قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه ((تعيين عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض، تقدير الضرر وتحديد التعويض

([٢٨٥]) انظر قرارها المرقم ٧٣٤ لسنة ٤٩ ق في ١٩٨٣/٦/١٢م، مشار إليه عند، د.عز الدين الديناصوري، مصدر سابق، ص٩٥٥.

([٢٨٦]) انظر قرارها المرقم ٣٨١/ استئنافية ١٩٦٩ في ١٩٧١/٥/١٨م، منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٧١م، ص١٣١.

([٢٨٧]) انظر، د.احمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص٤٥٩. وكذلك محمد حيدر حسين، مصدر سابق، ص٥٤.

الجابر له من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع متى ما لم يوجب القانون إتباع معايير معينة))[٢٨٨].

وكذلك جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ورد فيه ((انه وان كان تقدير التعويض عن الضرر من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي موضوع إلا ان تعيين عناصر الضرر التي يجب ان تدخل في حساب التعويض هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها لرقابة محكمة النقض))[٢٨٩].

ان هذا التمييز يفقد قيمته عندنا في العراق، فلا يمكن القول ان مسألة مراعاة عناصر التعويض هي مسألة واقع أم قانون وذلك حسب صراحة نص المادة (٢٠٣/ فـ٥)[٢٩٠] من قانون المرافعات المدنية العراقي ذي الرقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل والتي حددت أسباب الطعن تمييزاً ومنها إذا وقع في الحكم خطأ جوهرياً ولصعوبة تحديد الخطأ الجوهري فقد أورد النص أمثلة على ما يعد خطأ جوهري ومنها الخطأ في فهم وقائع الدعوى أي في إعطائها الوصف القانوني السليم (تكييف الدعوى) والتكييف مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة التمييز وان أي خطا فيها يعني الخطأ في تطبيق القانون، لذا فان الخطأ في فهم الوقائع يبرر الطعن في الحكم[٢٩١].

---

(٢٨٨) انظر، الطعن رقم ١١٣١ لسنة ٥٢ في ١٩٨٥/١٢/١١م. وبنفس المعنى أيضاً الطعن رقم ١٨٢٨ لسنة ٥١ ق في ١٩٨٥/١/٢٩م والطعن ١١١١ لسنة ٥٤ في ١٩٨٤/١١/٢٧م. أشار إليه د.عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص١٠-١٢.

(٢٨٩) نقض مدني- جلسة ١٩٧١/٢/٤م، السنة ٢٢، أشار إليه المستشار أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، مصدر سابق، ص٢٦٢.

(٢٩٠) إذ نصت ((إذا وقع في الحكم خطأ جوهري ويعتبر الخطأ جوهرياً إذا أخطأ الحكم في فهم الوقائع، أو اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى أو فصل في شيء لم يدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى أو على خلاف دلالة الأوراق والسندات المقدمة من الخصوم أو كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه البعض وكان الحكم غير جامع لشروطه القانونية)).

(٢٩١) انظر، د.آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص٨٣.

لذلك فان عدم مراعاة عناصر التعويض في القانون العراقي يعد من قبيل الخطأ الجوهري في الحكم والذي يعد سبباً كافياً للطعن في الحكم تمييزاً، وليس على أساس ان المسألة هي مسألة واقع أم قانون[٢٩٢].

وعليه نجد ان محكمة التمييز قد تتدخل وتطلب في قراراتها من المحاكم ان يكون التعويض عادلاً ولا مغالاة فيه ولا إجحاف، أو ان تطلب تخفيض مقدار التعويض المحكوم به متى ما رأت انه مغالاً فيه فقد ورد في قرار لها جاء فيه ((يجب ان يقدر التعويض بحدود معقولة وان لا يغالى فيه لكي لا يكون وسيلة للإثراء والاستغلال إذ ان الحزن والألم لا يقومان بمال والغاية من التعويض منح المتضرر ترضية مناسبة تكافىء بقدر الإمكان ما أصابه من ألم وحزن))[٢٩٣].

والاتجاه الأخير هو الذي استقر عليه موقف محكمة التمييز العراقية فلها حق التدخل للنظر في مدى التعويض المقدر عن الضرر سواء كان أدبياً أم مالياً[٢٩٤]، على الرغم من ان المشرع العراقي لم يمنحها هذه الصلاحية إلا في مجال محدود تضمنته الفقرة الرابعة من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٨١٥ لسنة ١٩٨٢ الخاص بتعويض الأضرار الجسمية (المادية والمعنوية) الناجمة عن حوادث السيارات حيث ورد فيه ان ((لمحكمة التمييز تصديق قرار اللجنة أو نقضه كلاً أو جزءاً أو تخفيض التعويض المقدر أو زيادته ويكون قرارها بهذا الشأن باتاً))[٢٩٥].

فموقف محكمة التمييز سواء أكان قبل صدور القرار السالف أم بعده قد استقر على التدخل في مقدار التعويض بالزيادة أو النقصان.

([٢٩٢]) انظر، إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص٦٨.

([٢٩٣]) انظر قرارها المرقم ٧٩/ مدنية ثانية/٩٧٥ في ١٩٧٥/٣/٨م. منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة الخامسة، ص٤٠.

([٢٩٤]) انظر، هشام فالح طاهات، سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ١٩٩٨، ص٤٣.

([٢٩٥]) القرار منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٨٩١ في ١٩٨٢/٧/٥م.

نحن بدورنا نؤيد اتجاه محكمة التمييز المتقدم وذلك لان إخضاع نشاط قاضي الموضوع الى رقابة محكمة التمييز سيكون بمثابة الضابط الذي يجب على قاضي الموضوع ان يتقيد بأوامره.

من كل ما تقدم تبين لنا ان مبدأ السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي إذا كان قد استقر على النحو الذي رأيناه فان تلك السلطة ليست بالمطلقة بل هنالك قيود ترد على سلطة القاضي في تقدير التعويض وسنتناول بعض هذه القيود على سبيل المثال لا الحصر، وهي ما سيكون موضوع المطلب الثاني.

المطلب الثاني

القيود التي ترد على سلطة القاضي في تقدير التعويض

ان السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ليست مطلقة بل إنها مقيدة ويمكن ان نستدل على ذلك من خلال عرض بعض القيود التي يجب على القاضي ان يراعيها عند إصدار حكمه بالتعويض و إلا كان ذلك الحكم عرضه للنقض، ودراسة هذه القيود هي موضوع هذا المطلب الذي قسمناه على فرعين، كرسنا الأول لطلبات الخصوم، وخصصنا الثاني الى الخطأ المشترك.

الفرع الأول

طلبات الخصوم

ان من ابرز ما يميز دعوى المسؤولية المدنية عن دعوى المسؤولية الجزائية، ان القضاء المدني لا يتحرك تلقائياً، فالقضاء المدني هو قضاء مطلوب وليس قضاء تلقائي التحرك، فما تتضمنه عريضة الدعوى من طلبات هو الذي يحدد نطاق الدعوى ولا يجوز للقاضي ترك الحقيقة جانباً و إلا كان حكمه عرضة للنقض، لأنه يكون قد ارتكب خطأ جوهرياً في الحكم استناداً لنص المادة (٥/٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي، كما لو حكم بأكثر مما طلبه الخصوم أو بغير ما طالبوا فيه بعريضة الدعوى، وقد تسنى للقضاء العراقي تأكيد تلك المبادىء من خلال الأحكام العديدة التي أصدرها وعلى وجه الخصوص الأحكام الصادرة من محكمة التمييز، فقد ورد في قرار لها جاء فيه ((ان الدعوى تتقيد بعريضتها فلا يجوز الحكم بأكثر من الادعاء))[٢٩٦].

([٢٩٦]) انظر قرارها المرقم ٢٥٧/ م١/ ١٩٧١م في ١٩٧١/١٢/٢م، منشور في النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الثانية، ١٩٧٣م، ص١٣٧.

فوظيفة القضاء محددة بالفصل فيما يعرض عليه من طلبات فلا يملك التدخل في أمور لم تعرض عليه و لا يملك الإجابة عن أمور لم يسأل عنها وخارج نطاق القضايا المعروضة عليه، فالأصل في الحكم سبق الطلب والقول بخلاف ذلك يعني التجاوز على معنى الدعوى والخصومة[٢٩٧].

فالقاضي ملزم في البت في كل طلب أو دفع قدم إليه بصورة صحيحة وألا يكون قد ارتكب خطأ جوهرياً في الحكم، فيما لو قضى بما لم يدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه ويعد ذلك مبرراً للطعن به تمييزاً، فالأصل في التمييز انه تدقيق للأحكام والقرارات لتبين ما إذا كانت موافقة للقانون أو غير ذلك[٢٩٨].

والأحكام التي يجوز تمييزها هي جميع الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف بصفتها الاستئنافية كما ان كل أحكام محاكم الدرجة الأولى يجوز تمييزها.

وينبغي الأخذ بنظر الاعتبار ان الاستئناف كطريق من طرق الطعن بالأحكام يجب اللجوء إليه، ووفقاً للغرض الذي قرر من اجله وهو تعزيز قناعة الخصوم بالحكم المستأنف لا لتحقيق أغراض غير مشروعة و إلا نهضت مسؤوليته عن قصد الكيد لخصمه، فاستئناف الأحكام وفي الحدود المقررة قانوناً لا غبار عليه، فالحق في اتخاذ الإجراءات القانونية وفي رفع الدعوى له قدسيته وهو من الحقوق الطبيعية ودعامة قوية من الدعائم التي يقوم عليها التشريع، فهو حق رغم إطلاقه الظاهر فهو مقيد بقيود تنظم حرية اللجوء

([٢٩٧]) انظر، د.سعد ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩م، ص٤١. وكذلك د.احمد مسلم، أصول المرافعات، التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع، ص٥٤٧.

([٢٩٨]) انظر، د.آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص٣٨٠.

الى القضاء والاستعانة بالإجراءات للوصول الى الحقيقة فإساءة استعماله فيه مجلبة للمسؤولية[٢٩٩].

وقد تسنى للقضاء المصري والعراقي تأكيد تلك الحقائق في القرارات العديدة التي أصدرها فالقضاء المصري ممثلاً بمحكمة النقض المصرية زاخراً بالقرارات العديدة في هذا الصدد، فقد ورد في قرار لها جاء فيه ((حق الالتجاء الى القضاء من الحقوق العامة لكافة الأفراد إساءة استعماله موجبة للمسائلة عنه، أثره تعويض الأضرار المترتبة عليه التي تلحق بالغير استناداً للمادة الخامسة مدني))[٣٠٠].

وجاء في قرار آخر ((ان حق الالتجاء للقضاء هو من الحقوق التي تثبت للكافة فلا يكون من استعمله مسؤولاً عما ينشأ عن استعماله من ضرر للغير إلا إذا انحرف بهذا الحق عما وضع له واستعمله استعمالاً كيدياً ابتغاء الإضرار بالغير))[٣٠١].

أما عندنا في العراق فبعد ان وضعت المادة السابعة من القانون المدني القاعدة العامة لنظرية التعسف في استعمال الحق وحددت الحالات التي يعد بموجبها صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه، نجد ان القضاء العراقي لم يتردد في تطبيق هذه النظرية خاصة في مجال التعسف في استعمال حق التقاضي وفي مختلف مراحل الدعوى، فقد ورد في قرار لمحكمة التمييز العراقية ((يحق لمن أقيمت ضده دعوى جزائية ان يطلب التعويض عما

([٢٩٩]) انظر، د.عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص١١١٧. وكذلك صلاح الدين عبد الوهاب، الدعوى الكيدية، مجلة المحاماة، العدد السادس، السنة ٣٤، نقابة المحامين المصرية، مطبعة حجازي، ١٩٥٤م، ص٦٠٩.

([٣٠٠]) انظر، الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٥٣ ق في ١٩٨٣/٦/١م، مشار إليه في د.عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص١١٢٦.

([٣٠١]) انظر، الطعن رقم ١٨١ لسنة ٣٥ ق في ١٩٦٩/٣/٢٠م، مشار إليه في المستشار سعيد احمد شعله، مصدر سابق، ص١١٧.

أصابه من ضرر في سمعته أو رزقه بسبب الشكوى إذا ظهر ان الشكوى كيدية ولم تعزز بدليل ولم يكن لها مبرر))[٣٠٢].

ولعل التبرير المنطقي لضرورة تقييد محكمة الموضوع بطلبات الخصوم يجد أساسه في ان الخصم عندما طالب في عريضة دعواه بما يريده وحدد مطاليبه، ودفع الرسم بحدود ما طلبه فمقداره المدفوع يحدد وفقاً لما يطلبه الخصم هذا من جهة ومن جهة أخرى ان ما يطلبه الخصم هو تعبير عن إرادته وعلى القاضي ان يحترم تلك الإرادة.

من كل ذلك يبدو لنا ان سلطة القاضي المدني في مجال تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ليست مطلقة بل هي سلطة مقيدة فطلبات الخصوم تعد قيداً يرد على سلطة القاضي في هذا المجال.

الفرع الثاني

الخطأ المشترك

المقصود بالخطأ المشترك هو ان يشترك خطأ الدائن الى جانب خطا المدين في إحداث الضرر فيكون للضرر سببان خطأ الدائن وخطأ المدين، وفيه لا يتحمل المدين المسؤولية كاملة بل بقدر ما صدر عنه من خطأ أي تكون مسؤوليته مخففة. ويجب على القاضي ان يأخذ بنظر الاعتبار تلك الحالة ويراعيها، فهي من هذا المنطلق تعد قيداً يرد على سلطة القاضي في تقدير التعويض وخاصة بالنسبة للتشريعات التي توجب على القاضي إنقاص التعويض أو لا يحكم بأي تعويض إذا كان الدائن قد اشترك مع المدين في إحداث الضرر[٣٠٣]، لأننا لو رجعنا الى النصوص التشريعية التي تضمنت الأحكام الخاصة بالخطأ المشترك لوجدناها قد تباينت في مدى إلزام القاضي بإنقاص التعويض من عدمه، فلو رجعنا مثلاً الى نص المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي لوجدنا إنها أجازت

([٣٠٢]) انظر قرارها المرقم ٣٩٨/ مدنية رابعة/ ٩٧٤ في ١٩٧٤/٦/٣م، منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الخامسة، ص٧١. ويشير إليه أيضاً د.إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص٢٧٦.

([٣٠٣]) انظر ، مفيد محمد علي عبد الرضا، مصدر سابق، ص٦٤-٦٥.

للقاضي إنقاص التعويض في حالة الخطأ المشترك دون ان تلزمه في ذلك حيث نصت تلك المادة على ((يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض أو لا تحكم بتعويض، ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطأه، في إحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوأ مركز المدين))[٣٠٤].

أما لو رجعنا الى تشريعات أخرى كالقانون اللبناني، والقانون المدني الروسي لوجدناهما قد الزما القاضي بإنقاص التعويض في حالة الخطأ المشترك، ففي قانون العقود والموجبات اللبناني مثلاً نصت المادة (١٣٥) منه على انه ((إذا كان المتضرر قد اقترف خطأ من شأنه ان يخفف الى حد ما تبعة خصمه لا ان يزيلها وجب عليه توزيع التبعة على وجه يؤدي الى تخفيف بدل العوض الذي يعطى للمتضرر))[٣٠٥]، لذا يعد الخطأ المشترك بالنسبة لهذه التشريعات قيداً على سلطة القاضي في تقدير التعويض ويجب مراعاته و إلا تعرض حكمه للنقض.

وإذا أردنا ان نقول شيئاً عن موقف القانون المدني العراقي، فان المادة (٢١٠) منه والتي سبق ذكرها أجازت إنقاص التعويض في حالة الخطأ المشترك ونرى من مقتضيات عدالة التعويض إنقاصه إذا كان الدائن قد أسهم بخطأه في إحداث الضرر، لذا ندعو المشرع العراقي الى إلزام القاضي بإنقاص التعويض في حالة الخطأ المشترك، فلا يجوز ان يكون التعويض مصدر إثراء للدائن على حساب المدين، إذ من العدل ان يتحمل الدائن جزءاً من الضرر إذا كان قد اشترك مع المدين في إحداثه.

([٣٠٤]) يقابل هذا النص في بعض التقنينات المواد (٢١٦) مدني مصري والتي نصت ((يجوز للقاضي ان ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطأه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه)) و (١٧٧) من القانون المدني الجزائري المرقم ٢٦ سبتمبر= = سنة ١٩٧٥م إذ نصت ((يجوز للقاضي ان ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطأه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه)).

([٣٠٥]) قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ٩ آذار ١٩٣٢م.

أما عن موقف القضاء العراقي فقد أكدت محكمة التمييز العراقية ان اشتراك الدائن مع المدين في إحداث الضرر يؤدي الى إنقاص التعويض فقد ورد في قرار لمحكمة التمييز جاء فيه ((ان اشتراك المدعى عليه في ارتكاب الخطأ الذي تسبب عنه الإضرار بالمدعي يوجب مسائلة المدعى عليه عن التعويض بما يتناسب مع مدى مساهمته في هذا الخطأ))[٣٠٦].

وكذلك استقر القضاء المصري على توزيع المسؤولية بقدر جسامة الخطأ الذي صدر عن كل ممن اشترك في إحداث الضرر كمن يستقل سيارة يعلم بان سائقها في حال سكر بين فان خطأه هذا يكون مشتركاً بينهما[٣٠٧].

وورد في قرار آخر لمحكمة النقض المصرية جاء فيه ((إذا كان المضرور قد ساهم بخطئه في إحداث الضرر فان ذلك يجب ان يراعى في تقدير التعويض المستحق له فلا يحكم على مرتكب الفعل الضار إلا بالقدر المناسب لخطأه))[٣٠٨].

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد ما نشرته جريدة الثورة في بغداد حيث نشرت هذه الجريدة صورة طفل حديث الولادة مقطوع الرأس مع فريق طبي يحمل جثة المولود بدون رأسه، واصل المشكلة ان المولدة الشعبية (الجدة) قامت بجذب رأس المولود بقوة فقطعته وظل الجسد داخل الرحم، حيث لم تشأ الأم الولادة في المستشفى باربيل تبركاً بالمولدة الشعبية(الجدة) وهو خطأ ساهمت الأم به بنسبة معينة يمكن تحديدها بعد الإطلاع على ظروف الواقعة كاملة مع خطأ المولدة الشعبية التي لم تراعِ قواعد التوليد الصحيح.

([٣٠٦]) انظر قرارها المرقم ٨١/ م٤/ ١٩٨٢م في ١٩٨٢/٩/٢٦م، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة الثالثة عشر، ١٩٨٢م، ص١٢.

(٣٠٧) انظر ، د.عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص١٦٨.

(٣٠٨) انظر الطعن رقم ١٣٨٣لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/١١م، أشار إليه السيد عبد الوهاب عرفه، مصدر سابق، ص٢٩-٣٠.

فقد سبب للام أضراراً مادية وأدبية لأنها نقلت بعد ارتكاب (الجدة) للخطأ الى مستشفى اربيل فأجريت لها عملية جراحية لإخراج الجثة من بطن الأم[٣٠٩].

ففي تقديري ان الخطأ مشترك بين الاثنين إلا ان خطأ المولدة الشعبية كان اكبر بسبب جهلها الواضح بأسس التوليد الصحيح بينما تمثل خطأ الأم في عدم مراجعتها لمراكز الأمومة والمستشفى الخاص برعاية الحوامل والقيام بتوليدها من قبل قابلة شعبية فهذا خطأ من قبل المولدة الشعبية ساهمت به بنسبة معينة وبالتالي تتحمل جزءاً من المسؤولية.

من خلال ما تقدم نلاحظ ان الخطأ المشترك يعد قيداً يرد على سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ويجب عليه مراعاته و إلا تعرض حكمه للنقض.

المصادر

أولاً- الكتب والمراجع العربية:

القرآن الكريم

آ- مصادر الفقه الإسلامي:

١- أبو عبد الله المقدسي، الفروع، الجزء السادس ، عالم الكتاب، بيروت، ١٤٠٢هـ.

٢- د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجلد الثاني، الجزء السادس، دار الفكر للطباعة والنشر.

---

(٣٠٩) القرار منشور في جريدة الثورة في بغداد يوم ١٩٨٩/٩/١٢م، وأشار إليه، د.منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦م، ص٣٠٤-٣٠٥.

٣- عز الدين بحر العلوم، الطلاق أبغض الحلال الى الله، دار الزهراء للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة طبع.

٤- علي حيدر، دور الحكام في شرح مجلة الأحكام، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، توزيع دار العلم للملايين، بيروت.

٥- الشيخ مجيد الصائغ، الطلاق بين التشريع والأحكام، مؤسسة الأعلمي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢م.

٦- محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،٢٠٠٢م.

ب- مصادر اللغة العربية:

١- إبراهيم مصطفى ، احمد الزيات، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، المكتبة العلمية، بدون سنة طبع.

٢- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب، الجزء السادس، الدار المصرية للتأليف والترجمة(٦٣٠-٧١١هـ).

٣- احمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، الجزء الثاني عشر، ١٩٧٣م.

٤- إسماعيل بن حماد الجواهري، الصحاح تاج اللغة وتاج العربية، مطابع دار الكتب العربية، القاهرة، ١٣٧٧هـ.

٥- علي بن سيدة، المحكم والمحيط الأعظم في اللغة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر بدون سنة طبع.

٦- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الثاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر،١٩٥٢م.

٧- محمد بن علي المقرمي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٢١م.

٨- محمد محي الدين ومحمد السبكي، المختار في صحاح اللغة، الطبعة الخامسة، مطبعة الاستقامة، القاهرة.

٩- محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، الجزء الثامن عشر، مطبعة حكومة الكويت، ١٩٧٩م.

ج- مصادر الكتب القانونية:

١- احمد مسلم، أصول المرافعات، التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد الجنائية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع.

٢- د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، ١٩٩٥م.

٣- د.إبراهيم عساف، المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية الناتجة عن استعمال السيارة، الطبعة الأولى،بدون مكان طبع، ١٩٥٩م.

٤- د.احمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، مطبعة دار الفكر العربي، ١٩٦٣م.

٥- .....، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ١٩٥٤م.

٦- د.احمد شرف الدين، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، القاهرة، ١٩٨٢م.

٧- د.آدم وهيب النداوي (رحمه الله)، المرافعات المدنية، جامعة بغداد، ١٩٨٨م.

٨- .....، شرح قانون الإثبات، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٨٤م.

٩- د.إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة، ١٩٦٧م.

١٠- د.أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢م.

١١- .....، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني،دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، المكتب القانوني، ١٩٩٨م.

١٢- .....،مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٨٧م.

١٣- د.توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، ١٩٨٨م.

١٤- .....، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، ١٩٨٨م.

١٥- د.جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥م.

١٦- .....، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م.

١٧- .....، دروس في أصول الالتزام، نظرية الحق، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦م.

١٨- د.حامد زكي، دروس في الالتزامات، المصادر، ١٩٤٣م.

١٩- د.حسام الدين كامل الاهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٧٨م.

٢٠- د.حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الضرر شركة التايمس للطباعة والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١م.

٢١- .....، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام،١٩٧٦م.

٢٢- .....، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠م.

٢٣- .....، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد،١٩٥٦م.

٢٤- د.حسين عامر و د.عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية،الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩م.

٢٥- .....، المسؤولية المدنية و التقصيرية والعقدية، الطبعة الأولى، مطبعة القاهرة، ١٩٥٦م.

٢٦- د.حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٢م.

٢٧- د.حمدي عبد الرحمن، فكرة الحق، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٩م.

٢٨- ديفيد كمب، الفرد يتسنج، دراسات في التعويض عن المسؤوليتين، العقدية والتقصيرية، دار الجبل، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.

٢٩- د.رمضان محمود أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣م.

٣٠- .....، مبادىء الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٤م.

٣١- د.سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مطبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١م.

٣٢- د.سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، مطبعة الجيلاوي، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٠م.

٣٣- .....، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الأحكام العامة، الطبعة الخامسة، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٨م.

٣٤- .....، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، مطبعة السلام، شبرا، ١٩٨٧م.

٣٥- .....، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية، بغداد، ١٩٥٨م.

٣٦- د.شمس الدين الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، مطبعة نهضة مصر، مكتبة سيد عبد الله وهبه، بدون سنة طبع.

٣٧- د.صلاح الدين الناهي، الخلاصة الواقية في القانون المدني، مبادىء الالتزامات، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، ١٩٦٨م.

٣٨- د.طه عبد المولى، مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار الفكر، المنصورة، ٢٠٠٠م.

٣٩- د.عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، مطبعة بيروت، ١٩٨٣م.

٤٠-.....، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الطبعة الثانية،بيروت، ١٩٩٩م.

٤١- عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، تنفيذ الالتزام، الجزء الثالث،١٩٧١م.

٤٢- د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الحق، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠م.

٤٣- .....، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤م.

٤٤- د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٦٤م.

٤٥- .....، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، ١٩٥٢م.

٤٦- .....، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر، بدون سنة طبع.

٤٧- .....، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (المصادر، الإثبات، الآثار)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

٤٨- .....، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، ١٩٥٦م.

٤٩- د.عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني الأردني والمقارن المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار، جامعة مؤته، ٢٠٠٢م.

٥٠- د.عبد الله مبروك النجار، الضرر الأدبي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والمقارن مطابع المكتب المصري الحديث، دار المريخ للنشر، الرياض، ١٩٩٥م.

٥١- د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة النديم، بدون سنة طبع.

٥٢- .....، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول ، الطبعة الثانية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣م.

٥٣- .....، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القانون المدني العراقي، الجزء الأول، جامعة بغداد، ١٩٨٠م.

٥٤- .....، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، بغداد، ١٩٧٤م.

٥٥- د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولادهما، ١٩٦٠م.

٥٦- السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية (عقدية- تقصيرية) وأحكام النقض الصادرة فيها، دار المطبوعات الجامعية، بدون سنة طبع.

٥٧- د.عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد الخاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، مكتبة وزارة العدل، ٢٠٠٣م.

٥٨- د.عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٨م.

٥٩- د.علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧م.

٦٠- د.غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١م.

٦١- د.كامل الخطيب، نطاق المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، محاضرات للدراسات العليا، جامعة عين الشمس، بدون سنة نشر.

٦٢- د.محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، مطابع رمسيس، الإسكندرية، بدون سنة طبع.

٦٣- د.محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والمورث، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥م.

٦٤- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني.

٦٥- د.محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٣م.

٦٦- د.محمد شريف احمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، بدون مكان طبع، ١٩٩٩م.

٦٧- د.محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤م.

٦٨- د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الالتزامات، الجزء الأول، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٥م.

٦٩-.....، في الالتزام، الجزء الثاني، ١٩٥٥م.

٧٠- د.محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، مكتبة القاهرة الحديثة، بدون سنة طبع.

٧١- د.محمد لبيب شنب، الموجز في المصادر غير الإرادية في الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩م.

٧٢- د.محمد ناجي ياقوت، فكرة الحق في السمعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥م.

٧٣- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، بدون سنة طبع.

٧٤- د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٧٨م.

٧٥- .....، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٦م.

٧٦- د.مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الأولى، ١٩٣٦م.

٧٧- د.مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٩٢م.

٧٨- د.منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، ١٩٩١م.

٧٩- .....، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦م.

٨٠- د.منير القاضي، العمل غير المشروع في القانون المدني العراقي، مطبعة دار المعارف، بغداد، ١٩٥٥م.

٨١- د.هاشم إبراهيم السعيد، المسؤولية المدنية لمعاوني القضاء، دراسة مقارنة، القاهرة، بدون سنة طبع.

٨٢- د.ياسين محمد يحيى، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية، ١٩٩١م.

د - الرسائل الجامعية والأطاريح:

١- إبراهيم محمد شريف، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩م.

٢- احمد سلمان شهيب السعدي، الالتزام التعاقدي بالسرية، رسالة ماجستير،كلية القانون، جامعة النهرين ، ٢٠٠٥م.

٣- إسماعيل صعصاع، مسؤولية الإدارة عن الضرر المعنوي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٣م.

٤- باسم محمد رشدي، الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩م.

٥- حسن حنتوش رشيد، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه،كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤م.

٦- .....، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير،كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠م.

٧- رياض احمد عبد الغفور العاني، الجراحة التجميلية ومسؤولية الطبيب المدنية الناشئة عنها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠٢م.

٨- عبد الجبار حمد حسين شراره، نظرية نفي الضرر في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة بغداد، ١٩٩٠م.

٩- عماد محمد ثابت ملا حويش، تعويض الأضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير،كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٠م.

١٠- محمد حنون جعفر، الاعتبارات المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠٠م.

١١- ناصر جميل محمد الشمايلة، الضرر الأدبي وانتقال الحق في التعويض عنه، رسالة دكتوراه،كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢م.

١٢- نصير جبار لفته، التعويض العيني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير،كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠١م.

١٣- هشام فالح طاهات، سلطة القاضي التقديرية في فسخ العقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون،جامعة بابل، ١٩٩٨م.

١٤- وسن سلمان داود، تعويض الضرر الأدبي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠٠م.

هـ - المقالات والبحوث

١- إبراهيم المشاهدي، تطور اتجاهات القضاء العراق حول التعويض الأدبي، قسم الدراسات القانونية، مجلة فصلية، بيت الحكمة، بغداد، العدد الأول، السنة الثالثة، ربيع ٢٠٠١م.

٢- احمد مصطفى ناصر، المسؤولية عن الآلات الميكانيكية، مجلة العدالة تصدر عن وزارة العدل، العدد الرابع (تشرين الأول- تشرين الثاني- كانون الأول)، ١٩٧٨م.

٣- ادوار غالي الذهبي، التعويض من الإخلال بمصلحة مشروعة، مجلة العلوم المعاصرة، العدد الثاني والثلاثون، السنة السادسة والخمسون، القاهرة، أبريل، ١٩٦٥م.

٤- بشري جندي، خصائص مسؤولية المدين العقدية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة الرابعة عشر، ١٩٧٠م.

٥- جليل حسن الساعدي، الظروف الملابسة للضرر وتأثيرها على تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المجلد الحادي عشر، ١٩٩٦م.

٦- حسن الخطيب، تعويض الأضرار المحدثة، مجلة ديوان التدوين القانوني، وزارة العدل، بغداد، العدد الثالث، السنة الأولى، ١٩٦٢م.

٧- حسين الظريفي، التعويض عن جرائم القذف والسب والإهانة، مجلة القضاء، العدد الأول، السنة الأولى، بغداد، كانون الثاني، ١٩٤٢م.

٨- رعد صبري هاشم، العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، دراسة مقارنة، بحث قانوني مقدم لمجلس العدل، شباط ١٩٩٢م.

٩- د.سليمان مرقس، تعليقات على الأحكام في انتقال الحق في التعويض الى ورثة المجني عليه، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الثامنة عشر، ١٩٤٨م.

١٠- صبري مجيد عطية، التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية عن الآلات الميكانيكية في القانون العراقي، بحث قانوني مقدم لمجلس العدل العراقي لغرض نيل الترقية الى الصنف الأول من صنوف القضاة، ٢٠٠٠م.

١١- صلاح الدين عبد الوهاب، الدعوى الكيدية، مجلة المحاماة، العدد السادس، السنة ٣٤، نقابة المحامين المصرية، مطبعة حجازي، ١٩٥٤م.

١٢- د.عبد الرزاق احمد السنهوري، القانون المدني العربي، مجلة القضاء، نقابة المحامين، العراق، العدد الأول والثاني، بغداد، ١٩٦٢م.

١٣- د.عبد الرزاق عبد الوهاب، تعويض الضرر الأدبي في القانون السويسري والعراقي، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثاني، نيسان، أيار، حزيران، ١٩٦٩م.

١٤- عبد جاسم حنش الجنابي، تعويض الضرر في المسؤولية العقدية، بحث مقدم الى المعهد القضائي.

١٥- علاء الدين الوسواسي، الغرامة والتعويض، مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين العراقية العدد الرابع والخامس، السنة السادسة، ١٩٤٩-١٩٥٠م.

١٦- فايز وديع حداد المحامي، مسؤولية الناقل البري، مجلة المحاماة، نقابة المحامين المصرية، العدد الأول، السنة الأربعون، ١٩٥٨م.

١٧- قيس حاتم احمد القيسي، تعويض الضرر الأدبي في التشريع العراقي، دراسة مقارنة، المعهد القضائي، ١٩٨٩م.

١٨- ليث عبد الصمد لفته، المسؤولية التعاقدية، بحث ترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من أصناف القضاة، وزارة العدل، ١٩٩١م.

١٩- محمد حيدر حسين، التعويض عن الضرر المعنوي، بحث مقدم للمعهد القضائي، بغداد، ٢٠٠٠م.

٢٠- د.محمد مصطفى الزحيلي، التعويض عن الطلاق، مجلة القضاء ، العدد الأول والثاني السنة الرابعة والثلاثون، ١٩٧٩م.

٢١- د.محمد يحيى المحاسنة، المادة ٣٦٠ مدني أردني المسؤولية العقدية والتعويض عن الضرر الأدبي، مجلة الحقوق، سبتمبر، ٢٠٠٠م.

٢٢- .....، عناصر تقدير الضرر الأدبي والتعويض عنه، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المجلد السادس عشر، ٢٠٠١م.

٢٣- مفيد محمد علي عبد الرضا، تعويض الضرر في المسؤولية العقدية، بحث مقدم للمعهد القضائي كجزء من متطلبات الدراسة القانونية المتخصصة العليا، الفرع المدني، ١٩٨٤-١٩٨٥م.

٢٤- مكي إبراهيم لطفي، من يستحق التعويض عن القتل الورثة أم الأشخاص الذي يعيلهم القتيل، مجلة القضاء، العدد الثالث والرابع، السنة السابعة والعشرون، بغداد، كانون الأول، ١٩٧٢م.

٢٥- نعيم إسماعيل مع الله الدليمي، التعويض عن الطلاق التعسفي بين الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، بحث مقدم لمجلس العدل لنيل الترقية الى الصنف الثالث من صنوف القضاة، ١٩٨٨م.

٢٦- وهبه الزحيلي، التعويض عن الضرر بحث منشور في مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة الملك عبد العزيز، العدد الأول.

هـ - مراجع القرارات القضائية المنشورة

١- النشرات القضائية يصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز العراقية:

- النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الخامسة، ١٩٧٤م.

- النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، ١٩٧٤م.

- النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٧٠م.

- النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٧٠م.

- النشرة القضائية،لعدد الثاني، السنة الرابعة، ١٩٧٥م.

- النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الأولى، ١٩٧١م.

- النشرة القضائية،العدد الرابع، السنة الثانية، ١٩٧٣م.

- النشرة القضائية،العدد الثاني، السنة الخامسة،١٩٧٤م.

٢- مجلة القضاء، العدد الثالث والرابع، ١٩٨٩م:

- مجلة القضاء، العدد الأول، السنة الثانية والثلاثون، ١٩٧٧م.

٣- مجموعة الأحكام العدلية يصدرها قسم الإعلام القانوني/ وزارة العدل/ بغداد:

- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة الحادية عشر، ١٩٨٠م.

- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الحادي والعشرون، السنة الحادية عشر، ١٩٨٠م.

- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول لسنة ١٩٧٧م.

- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة العاشرة، ١٩٧٩م.

- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة الثالثة عشر، ١٩٨٢م.

- الوقائع العدلية، العدد التاسع (العشرون السنة الثانية)، ١٩٨٠م.

- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة الأولى، ١٩٧٥م.

- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة السادسة، ١٩٧٤م.

- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة التاسعة، ١٩٧٨م.

- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة السابعة، ١٩٧٦م.

- مجموعة الأحكام العدلية، العدد السابع، السنة السادسة، ١٩٧٥م.

- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، لسنة ١٩٨٨م.

- مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة الخامسة، ١٩٧٥م.

- قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، ١٩٦٥م.

- القرار ٨١٥ ، الوقائع العراقية ٢٨٩١ لسنة ١٩٨٢م.

- جريدة الثورة ، لسنة ١٩٨٩م.

- مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة الرابعة والعشرون، ١٩٨٠م.

- مجلة نقابة المحاميين الأردنية، العدد السابع، ١٩٧٨م.

- مجلة نقابة المحاميين الأردنية، العدد الثالث، ١٩٩٨م.

- مجلة نقابة المحاميين الأردنية، العدد الخامس، ١٩٩٩م.

٥- إبراهيم المشاهدي، المبادىء القانونية في قضاء محكمة التمييز، من منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٨م.

٦- إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الرابع، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠م.

٧- المستشار سعيد احمد شعلة، قضاء النقض المدني في المسؤولية والتعويض، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.

٨- عبد الفتاح مراد، موسوعة مراد لأحدث أحكام محكمة النقض الجنائية والمدنية، الجزء الثالث، ٢٠٠٤م.

٩- المستشار أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، الأركان، الجمع بينهما والتعويض، دراسة تأصيلية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

١٠- علي السماك، الموسوعة الجنائية في القضاء العراقي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، مطبعة الإرشاد، بغداد، بدون سنة طبع.

١١- سلمان البيات، القضاء المدني، الجزء الأول، بغداد، ١٩٦٢.

١٢- حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه في الدول العربية، الجزء الخامس والعشرون، الدار العربية للموسوعات القانونية، القاهرة، ١٩٧٧، ١٩٧٨.

١٣- البيان الختامي للدورة الرابعة عشر للمجلس الأعلى للإفتاء المنعقدة في مدينة دبلن- إيرلندا في ٢٣- ٢٧/ شباط وعلى الموقع التالي:

www.ECFR.ORG/ARTICLE.P.H.P?=print٨side١٣٨.

و- القرارات القضائية غير المنشورة:

١- قرار محكمة التمييز المرقم ٦٤٢/ م٣/ ١٩٩٨ ١٩٩٨/٥/١٨م.

٢- قرار محكمة التمييز ٣٣٤/ م منقول/ ٨٧- ١٩٨٨ في ١٩٨٧/١٠/٢١م.

٣- قرار محكمة التمييز المرقم ٦١٥/ م٣ منقول/ ١٩٨٩ تسلسل ٧٢٩ في ١٩٨٩/٦/١١م.

٤- قرار محكمة التمييز ٧١٤، ٧١٥ / التمييزية الثانية/ ١٩٧٧ في ١٩٧٧/٥/٣٠م.

ز- القوانين:

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م.

٣- القانون المدني الجزائري رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥م.

٤- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ٩ آذار١٩٣٢م.

٥- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م.

٦- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م.

٧- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م المعدل.

٨- قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩م.

٩- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩م.

١٠- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، الالتزامات، مطبعة دار الكتاب العربي، بدون سنة طبع.

١١- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

١٢- قانون حماية المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧١م.

١٣- قانون براءة الاختراع العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠م.

ثانياً- المصادر باللغة الأجنبية:

١- *Boris Starck ,Droit civil obligation,Paris, ١٩٧٢.*

٢- *Civil Code, mis A jour Le Gifran, Translated by Georges Rou thett, professor of the university of Clemont- Ferrand, with co- opper, Ann Berton, professor of university of Clemont- Ferrand II.*

٣- *Colin et Capitant, Course elementaire, de, Droit civil, ١٠ edition, Paris, Tome, ١٩٥٩.*

٤- *Colin et Henri-Capitant, Traite, de, Droit civil,Tome II-Paris, ١٩٥٩.*

٥- *Jean Carbonnier, Droit civil, ٤ Les obligations, Paris, ١٩٨٥.*

٦- *Marty et Raynuad,Droit civil, Less obligation,Paris, ١٩٦٢.*

٧-*Henri et Leon et Jean Mazeaude et chabas, La responsabilite civil deictuell- et contractuell, Tome III, ٦٩,emeed, Paris, ١٩٧٨.*

٨-*Phillppe Le Tourneau, LA-Responsabilite Civil,XII, ٣edition Paris, ١٩٨٢.*

الخاتمة

بعد ان انتهينا- بتسهيل من الله تعالى- دراسة موضوع التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ظهرت لدينا جملة من النتائج والمقترحات تمثل زاد هذه الرسالة وثمرتها اليانعة فكان حصادنا منها الآتي:

آ- النتائج وتتلخص فيما يأتي:-

١- ان الضرر الأدبي ليس وليد الأفكار القانونية المعاصرة وإنما تمتد جذوره الى التشريعات القديمة فقد اقره القانون الروماني القديم، وان قانوننا المدني العراقي تبنى مبدأ ازدواج المسؤولية المدنية حيث اغفل النص على تعويض الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية حين تكلم عن ضمان العقد وأقره في نطاق المسؤولية التقصيرية وكان من والواجب إقراره في دائرة المسؤولية المدنية كلها.

٢- لقد اختلف الفقه في تعريف الضرر الأدبي وبيان شروطه وصوره وكان اختلافهم مبنياً على ان هذا النوع من الضرر يلحق جوانب غير مالية للإنسان وحسناً فعل المشرع حينما لم يضع تعريفاً له وذلك لان وضع التعاريف من مهمة الفقه وليس المشرع.

٣- لقد تبين لنا ان القيم المعنوية تفوق في أهميتها القيم المادية الإنسانية ولذا فان أثار التعرض لها يتجاوز أثار الأضرار المادية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ان التعرض لمشاعر الإنسان وأحاسيسه وعواطفه أمر بالغ الخطورة وانه مما يجافي العدالة والمنطق عدم تعويض هذا النوع من الضرر في المسؤولية العقدية.

٤- نلاحظ ان هناك ثلاث اتجاهات ظهرت لتعريف الضرر الأدبي وكل اتجاه ينظر إليه من زاوية معينة ونحن نؤيد تعريف الدكتور سليمان مرقس وذلك لاعتقادنا انه الأقرب للصواب.

٥- ان الضرر الأدبي يرد على حقوق ثابتة للإنسان وهذه الحقوق ليست سلطة تتقرر للشخص على نفسه ولكنها حقوق موجهة نحو الغير يراد بها الاعتراف بوجود هذا الشخص وحماية وجوده.

٦- ان التعويض في المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية يقتصر على الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر وحدد الضرر المباشر بأنه الذي يعتبر نتيجة طبيعية لإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي.

٧- ان مسألة التمييز بين الضرر المباشر وغير المباشر من مسائل الواقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة التمييز فهي مسألة ذوق وفطنة إذ إنها في غاية التعقيد فتحتاج الى جهد كبير من القاضي.

٨- ان الضرر المستقبل يختلف عن الضرر المتغير فالضرر المستقبل حدثت أسبابه لكن نتائجه تراخت الى المستقبل لذا يمكن التعويض عنه، أما الضرر المتغير فهو ضرر حدثت أسبابه ونتائجه لكن هذه الأخيرة عرضة للزيادة والنقصان فمن الصعب معرفة حال المصاب وقت الحادث.

٩- فيما يخص التعويض عن فوات الفرصة وجدنا ان المشرع العراقي لم ينص على التعويض عن فوات الفرصة، وهذا قصور يجب تلافيه في التشريع فالفرصة وان كانت أمراً محتملاً فان مجرد تفويتها يعد ضرراً محققاً.

١٠- قد ينتج الضرر الأدبي عن الاعتداء على حق من الحقوق المالية، لكنه في أكثر الأحوال ينشأ نتيجة الاعتداء على حق من الحقوق غير المالية، وبذلك فان صور الضرر الأدبي متعددة ومن الصعوبة بمكان حصرها.

١١- نلاحظ من خلال نص المادة (٤١) من القانون المدني العراقي إنها قصرت حق الحماية القانونية على اللقب دون الاسم. بعكس ما فعل المشرع الأردني في المادة (٤٩) حيث شملت الحماية القانونية لكل من اللقب والاسم.

١٢- يتبين لنا من خلال البحث ان هناك خلافاً فقهياً حول الأساس القانوني للتعويض عن الضرر الأدبي، فمن قال ان هذا الأساس يقوم على مبدأ العقاب فهو في نظرهم عقوبة خاصة تفرض الى جانب العقوبة الأصلية المنصوص عليها في القوانين العقابية وهجرت هذه النظرية للنقد الذي وجه إليها ، ومن قال ان هذا الأساس يقوم على مبدأ إرضاء المضرور فقد اخذ بنظرية الترضية البدلية وهي أساس حديثاً للتعويض عن الضرر الأدبي.

١٣- نلاحظ ان التعويض العيني لا يكون أسلوباً ناجحاً لجبر الضرر الأدبي إلا في حالات محددة، فالوضع الغالب في تعويض الضرر الأدبي هو التعويض بمقابل نقدي، فالنقود إضافة الى كونها وسيلة للتبادل فانها تعتبر وسيلة ناجحة لتقويم الضرر الأدبي.

١٤- ان المشرع العراقي عندما أجاز للمحكمة اللجوء الى التعويض العيني ربط ذلك بموافقة الطرف المتضرر، ونحن نتساءل عن مبرر ذلك، فالقاضي إذا ما رأى ان التعويض عيناً هو أجدى من التعويض بمقابل لإصلاح الضرر فله الحق في اللجوء إليه دون ان يكون مقيداً بطلب من الطرق المتضرر نفسه.

١٥- في حالة الخطأ المشترك وجدنا ان نص المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي أجازت للقاضي إنقاص التعويض دون ان تلزمه في ذلك.

١٦ - فيما يتعلق بتقدير التعويض عن الضرر الأدبي وجدنا ان عنصري الخسارة اللاحقة والكسب الفائت لا يصلحان إلا لتقدير التعويض عن الضرر المادي، لذا فقد وجدنا ان العنصر الأساسي الذي يساعد على تقدير التعويض عن الضرر الأدبي هو الظروف الملابسة والتي تعني بها ظروف المضرور لا المسئول، وقد أتضح لنا ان هذه الظروف غير محددة، تخضع لتقدير الخبراء والقضاة في استيفاؤها منها مثلاً الوضع الصحي للمضرور والحالة الاجتماعية ومهنة المضرور.

١٧- فيما يتعلق بتقدير التعويض عن الضرر الأدبي نلاحظ ان الضرر الأدبي يعد عنصراً قائماً بذاته فلا يتحلل الى عنصري الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، فلا يمكن الأخذ بهذين

العنصرين لتعويضه بعكس الضرر المادي، لذلك نلاحظ استعانة القاضي بالظروف الملابسة للمضرور عند تقديره التعويض عن الضرر الأدبي.

١٨- نلاحظ ان القانون المدني العراقي قد أشار الى وجوب تقدير التعويض بقدر الضرر، دون الإشارة الى عبارة الظروف الملابسة.

١٩- فيما يتعلق بعناصر التعويض ومدى رقابة محكمة التمييز، فقد تبين لنا ان مسألة عناصر التعويض في القانون العراقي لا علاقة لها بمسألة عناصر الواقع وعناصر القانون فقانون المرافعات المدنية العراقي قد أخضع عناصر الواقع والقانون لرقابة محكمة التمييز دون تفرقة بينهما على العكس من القانون المدني المصري، لذا فان عدم مراعاة عناصر التعويض تعد في القانون العراقي من قبيل الخطأ في فهم الوقائع أو بعبارة أخرى تعد خطأ في عملية تكييف وقائع الدعوى التي فيها القاضي لرقابة محكمة التمييز، فالقاضي لو أصدر حكماً بالتعويض، ولكن مغالاً فيه فهذا يعني ان القاضي قد أخطأ في فهم وقائع الدعوى.

٢٠- نلاحظ ان أحكام القضاء العراقي غير مستقرة بصدد مراعاة المركز المالي والاجتماعي للمضرور على نهج واحد فتارة تقضي محاكم التمييز بوجوب التزام المحاكم الأدنى بضرورة تقدير التعويض عن الضرر الأدبي وفقاً للمركز المالي والاجتماعي للمضرور في يلاحظ في قرارات أخرى عدم الركون للمركز المالي والاجتماعي للمضرور.

٢١- ان لموضوع الخبرة دور مهم في تعزيز قناعة القاضي عند إصدار حكم التعويض فهناك طائفة من الأضرار تستلزم استعانة القاضي بأهل الخبرة في الأمور الطبية لتحديد نسبة العجز ومن هنا يبدو لنا مدى أهمية التقارير الطبية والوثائق والمستندات التي يستعين بها القاضي لتحديد مقدار التعويض.

ثانياً: المقترحات:

من خلال ما تقدم بحثه وعلى ضوء ما تم طرحه على صعيد الفقه أو القضاء فهناك بعض الاقتراحات التي يطرحها الباحث في صدد الموضوع ونتمنى ان تنال الاهتمام وان يتم أخذها بنظر الاعتبار وهذه المقترحات:

١- نقترح ان ينص القانون المدني العراقي على تعويض الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية بنص صريح أو ان يجعل النص الذي يجيز التعويض عن الضرر الأدبي في المادة (٢٠٥) ضمن آثار الالتزام وليس ضمن الأحكام الخاصة بالعمل غير المشروع، فتعويض الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية أمر يتلائم مع العدالة والاتجاه الحديث لأغلب التشريعات، إذ ان تحقيق المساواة بين المتخاصمين غاية القانون والقضاء.

٢- ان المشرع العراقي لم يحدد معنى النتيجة الطبيعية كما فعل المشرع المصري لذا ندعو المشرع العراقي الى تحديد معنى النتيجة الطبيعية فينص على ان الضرر يكون نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول.

٣- فيما يخص التعويض عن فوات الفرصة ندعو المشرع العراقي الى ضرورة النص على التعويض عن فوات الفرصة ونؤيد اتجاه القضاء العراقي الحالي بشأن التعويض عن فوات الفرصة للكسب أو لتجنب خسارة، فالتعويض عن فوات الفرصة أمر توجبه مقتضيات العدالة والقول بعدم التعويض عنها فيه مجافاة للعدالة، فالفرصة وان كانت بحد ذاتها أمراً محتملاً فان تفويتها يعد ضرراً محققاً يجب التعويض عنه.

٤- ندعو المشرع العراقي الى شمول الحماية القانونية لكل من اللقب والاسم وذلك من خلال تعديل نص المادة (٤١) من القانون المدني العراقي حيث ان هذه المادة قصرت الحماية القانونية على اللقب فقط دون الاسم، ونقترح النص التالي على المشرع العراقي ((لكل من نازعه الغير باستعمال لقبه أو أسمه بلا مبرر ولكل من انتحل الغير لقبه أو اسمه بلا مبرر ان يطلب وقف هذا التعرض وان يطلب التعويض إذا لحقه ضرر من ذلك)).

٥- نلاحظ خلو القانون المدني العراقي من بيان الأساس القانوني للتعويض عن الضرر الأدبي المتمثل بنظريتي العقوبة الخاصة والترضية البدلية، لذا ندعو المشرع العراقي الإشارة الى تلك النظريات في القانون وترجيح الأخذ بنظرية الترضية البدلية كونها أساس حديث نسبياً ولان هدف التعويض هو جبر الضرر ومحوه وليس معاقبة محدثه.

٦- ندعو المشرع العراقي الى إلزام القاضي بإنقاص التعويض في حالة الخطأ المشترك للوصول الى التعويض العادل فلا يجوز ان يكون التعويض مصدر إثراء للدائن على حساب المدين، فمن العدل ان يتحمل الدائن جزءاً من الضرر إذا كان قد اشترك مع المدين في إحداثه، لذا يجب عدم المغالاة في تقدير التعويض وجعله محصوراً بمقدار الضرر الحاصل فعلاً.

٧- لغرض تلافي القصور في عملية تقدير التعويض عن الضرر الأدبي نقترح ان تبدأ عملية التقدير بإحصاء جميع الظروف الملابسة للمضرور، ولمحكمة الموضوع ان تختار خبيراً تتشابه ظروفه مع ظروف المضرور الى أقصى حد ممكن للقيام بعملية التقدير.

٨- ان أحكام القضاء العراقي غير مستقرة بصدد مراعاة المركز المالي والاجتماعي للمضرور كظرف واجب الإتباع عن تقدير التعويض عن الضرر الأدبي لذا نقترح ان يكون موقف القضاء مستقراً بهاذ الصدد وان يأخذ بها بصورة قاطعة.