دور جسامة الخطأ في تقدير مقدار التعويض

أ.م .د. نواف حازم خالد
كلية القانون / جامعة السليمانية

Abstract

Although opinions differ and change during the historical periods about the different basis of civil liability, whether it built its base on the idea of carrying liability or simply to causing damage or the idea of error, but this did not affect the necessity for requiring damage for the establishment of the two types of liability.

Damage considered as the spark of thinking in the accountability of the cause, and the most important aspect of the damage is the amount of compensation because it draws attention and affects the person's self , and its obtaining is the motive to make a claim of responsibility, for its the penalty which results on it.

The civil law takes into consideration damage only, and as long as it relates to compensation there must be something to compensate.

مقدمة

على الرغم من إختلاف الآراء وتغيرها خلال الحقب التاريخية المختلفة في أساس المسؤولية المدنية سواء في بنائها على فكرة تحمل التبعة او مجرد التسبب في إحداث الضرر او فكرة الخطأ إلا أن هذا لم يؤثر على ضرورة اشتراط الضرر لقيام هذه المسوؤلية بنوعيها العقدية والتقصيرية ، فما الضرر إلا الشرارة الأولى التي ينبعث منها التفكير في مساءلة من يتسبب فيه ، واهم جانب يتعلق بالضرر هو مبلغ التعويض لأنه يلفت النظر ويؤثر في النفس فالحصول عليه هو الباعث الدافع لرفع دعوى المسؤولية وما هو الا الجزاء الذي يترتب على تحققها

أن القانون المدني لا يأخذ بنظر الاعتبار ألا الضرر ومادام الأمر متعلقاً بالتعويض فلابد من وجود شيء لتعويضه والدعوى التي يرفعها المتضرر ليست دعوى عامة إنما دعوى خاصة يرفعها شخص معين للمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر شخصي فإذا لم يصب بضرر فانه لايستطيع ان يطالب بالتعويض ويرد طلبه استناداً للقاعدة القائلة ((لا دعوى بلا مصلحة)) واخذ بذلك المشرع العراقي في المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ والتي اشترطت ان تكون للمدعي في دعواه مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة ومع هذا المصلحة المحتملة تكفي للادعاء اذا كان هناك تخوف من الحاق الضرر بذي الشأن

وهذه القاعدة تشمل المسؤولية المدنية بنوعيها العقدية والتقصيرية وهذه الاخيرة تناولتها المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي بشكل عام اما المسؤولية العقدية نجد ان المادة (١٦٨) مدني عراقي لا تتحدث عن الضرر لتحقق تلك المسؤولية بل نصت على انه اذا استحال على الملتزم تنفيذ التزامه عينا حكم عليه بالتعويض ، وبنيت المادة (٢/١٦٩) مدني عراقي عناصر الضرر الذي يتم الالتزام بتعويضه وهما الخسارة التي حلت والكسب الذي فات ، وعليه فان الاصل بالتعويض يقع على عاتق مسبب الضرر ضمن نطاق مبدأ التعويض الكامل وسلطة المحكمة فيه بانواعه المادية والادبية ، كما ان هناك ملابسات تحيط تقدير التعويض وهي عوامل تؤثر فيه منها ما يتعلق بالشخص المسؤول عن التعويض ومنها ما يتعلق بالمتضرر نفسه كذلك لما لوقت تقدير التعويض من تاثيرات كذلك يكون لدرجة الخطأ تاثير في مدى تقدير لتعويض وان كانت نظرية تدرج الخطأ نظرية مهجورة في نطاق قيام المسؤولية المدنية بذاتها الا ان ذلك لا يعني انتفاء أي اثر لدرجة الخطأ في تقدير التعويض نهائياً واشير هنا الى ان السبب الأجنبي يخرج عن نطاق مثل هذه العوامل لانه ينفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وبالتالي ترد دعوى المطالبة بالتعويض أساساً ولكن هذا لايعني ان السبب الاجنبي لا يعد عاملاً مؤثراً في التعويض لان وجوده ينفي التعويض اصلاً وبالتالي فأثره يكون معدوماً في تقدير التعويض .

المبحث الأول
نظرة في الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية

تعد المسؤولية المدنية من الموضوعات القانونية الجديرة بالبحث والدراسة لانها انعكاس لواقع الحياة العملية المتغيرة خاصة ونحن امام التطور العلمي والتقني الذي بشكل واضح في مجالات الاجتماعية او الاقتصادية وبشكل اساسي القانونية منها لان التقنيات الحديثة خلقت مشكلات قانونية عديدة اثرها يتعلق بالمسؤولية المدنية وبالتالي اصبحت ذلك المجال الخصب للاجتهاد القضائي الغاية منه الوصول الى حسم النزاع وبالتالي تحقيق العدل بين افراد المجتمع

ان المسؤولية المدنية مرت بمراحل متعددة وتناولتها عدة نظرية مما ادى الى اختلاف الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية وخاصة في التشريعات التي اخذت بالنظريات الحديثة مع بقاء تشريعاتها متأثرة بما جاء في الفقه الاسلامي وهذا ما سنبحثه في المطلبين الاتيين:

المطلب الأول ـ الأساس الفقهي للمسؤولية المدنية

يقصد بأساس المسؤولية السبب المؤدي الى تعويض الضرر الذي يصيب الغير ، وسبق ان بينا أن المسؤولية المدنية مرت بمراحل مختلفة وبالتالي اختلفت الاسس التي تقوم عليها المسؤولية وهذا ما سنبحثه في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول ـ الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية في الفقه المدني

كانت المسؤولية المدنية تتميز بعدم وجود مبدأ عام ينظمها وانما توجد في حالات خاصة محددة ولم يكن يشترط الخطأ وانما يكفي مجرد حدوث الضرر لالتزام المدعي عليه بالتعويض بعد ذلك بدأت المسؤولية ترتبط بالخطأ ، إذ أن فقهاء القانون الروماني لم يتوصلوا الى الخطأ بشكله المعروف ولكنهم ادخلوا بعض الافكار المتعلقة بالخطأ مثل سوء النية والغش والاهمال والتي كان لها تاثير كبير في ادخال هذه الفكرة على مجال المسؤولية المدنية بعد ذلك ، ولكن لوحظ انه قد يتعذر مساءلة بعض الاشخاص وهم فاقدوا العقل والتمييز وصغار السن لعدم امكانية نسبة خطأ اليهم . الا ان استخلاص وصياغة مبدأ عام للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية لم يتم الا في القانون الفرنسي القديم على يد الفقيه الفرنسي الكبير (دوما) فقد وضع مؤلفه على القوانين وتاسيسها بوجه عام على خطأ المسؤول وكان متاثراً بالقانون الكنسي الذي اعطى لفكرة الخطأ كل اهمية ، وقال دوماً (إن الخسائر والاضرار التي تحدث بفعل أي شخص سواء كان هذا الفعل نتيجة عدم تبصر او طيش او جهل بما ينبغي العلم به ، او أي خطأ مماثل مهما كان يسيراً ملزم بتعويضها الذي تسبب في حدوثها بعدم تبصره ، او باي خطأ اخر ولو لم يقصد إحداث هذا الضرر) . إذن أكد دوما على الخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية وهو فصل بذلك بين المسؤولية المدنية والجنائية[١]

أما فقهاء القانون الانكليزي فقد استندوا على فكرة واجب العناية لرفضهم الاعتراف بوجود مبدأ عام للمسؤولية المدنية قائمة على أساس الخطأ أو الإهمال (أي انه يشترط ليس فقط تحقق الإهمال ووقوع الضرر بسببه ، وإنما يشترط كذلك أن يقع على عاتق المتسبب التزام أو واجب باتجاه المضرور باتخاذ الحرص والعناية) أي يجب أن يوجد خطأ ويتم إثبات هذا الخطأ ، وفي غير حالات الخطأ ، فلا تقوم المسؤولية ألا إذا وجد نص قانوني يقررها ، لكن في مرحلة لاحقة تقلص دور الخطأ كأساس للمسؤولية وخاصة بعد التطورات الصناعية واستخدام الآلات المعقدة ومخاطر العمل وزيادة الحوادث وإصابات العمل ، فأصبح من الصعب حصول المضرورين على التعويض بسبب صعوبة إثبات الخطأ لان الضرر عادة أصبح ينشا بسبب تشغيل الآلات واستخدام وسائط النقل والسيارات وغيرها وكثرة حوادثها دون أن يكون هناك خطأ من قائدها ولصعوبة الإثبات مما يؤدي إلى ضياع الحق ، فظهر عدم عدالة قاعدة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية ، لذا اتجهت الأنظار إلى استبعادها ، فظهر دور الفقه خصوصا في فرنسا وباتجاه جديد في المسؤولية المدنية يعيد إلى الأذهان قاعدة حمو رابي القديمة وينادي بقيام المسؤولية بعيداً عن فكرة الخطأ ، وفرض التعويض على مجرد حدوث الضرر ، أي على أساس موضوعي وليس شخصي[٢]. وهكذا نلاحظ انه وجد في المسؤولية المدنية لتحديد أساس هذه المسؤولية مبدآن أو نظريتان وهما النظرية الشخصية (الذاتية) والنظرية الموضوعية (نظرية تحمل التبعة) وكالاتي:

١. النظرية الشخصية : تقيم هذه النظرية المسؤولية على أساس الخطأ ، وهي تعتد أساساً بسلوك الشخص المسؤول وبحالته النفسية ، والخطأ في هذه النظرية ، وهو إخلال بالسلوك ، وهو لا يمكن أن ينسب إلى من لا يملك

إرادة عاقلة حرة ، ويخضع التعويض فيه إلى البحث في نفس الفاعل وتقدير حالته المعنوية ، وتقوم المسؤولية الشخصية على الخطأ ، سواء كان الخطأ واجب الإثبات في حالة المسؤولية عن الفعل الشخصي ، أو خطأ مفترضا في حالة المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن الأشياء كما يستوي أن يكون هذا الافتراض قابلاً لإثبات العكس أو غير قابل له . لان أساس المسؤولية في جميع الأحوال هو الخطا [٣].

٢. النظرية الموضوعية (تحمل التبعة) : تقيم هذه النظرية المسؤولية على الضرر ولا تقيمها على الخطأ . فهي تهتم اساسا بالعلاقة السببية الموضوعية التي تربط بين المسؤول والضرر وهي خلافا للشخصية لا تهتم بالشرائط النفسية التي رافقت المسؤول ، عند إحداثه للضرر ، فهو يعد مسؤولاً أراد إحداث الضرر أم لم يرد [٤]. فحسب نظرية تحمل التبعة ان من يستفيد من شئ فيجب ان يتحمل الاضرار التي تحدث للاخرين نتيجة لذلك ، فاذا ما وقع ضرر دون ان يتسبب احد بخطئه في إحداثه ، فمقتضى العدالة ان يسأل الشخص الذي كان بعمله سبباً في هذا الضرر [٥] . ويكفي لقيام المسؤولية ان توجد رابطة مادية بين الضرر وهذه الافعال ، فاذا اقيم مشروع ، واصيب احد الاشخاص بضرر منه ، دون خطأ من احد ، فالاولى ان يتحمل صاحب المشروع تبعة اخطاءه ، اذ الغرم بالغنم ، فهو الذي جنى نفعا من هذا المشروع ، وعليه ان يتحمل في مقابل نفعه ، التعويض عما يحدثه من ضرر.

ومن الفقهاء الذين قالوا بهذه النظرية هم العلامة (لابيه) ثم تبعه العلامة (سالي)، وعرفت هذه النظرية بنظرية تحمل تبعة المخاطر المستحدثة . غير انه سرعان ما ظهر للفقه ان الاخذ بنظرية تحمل التبعة كمبدأ عام يحل محل نظرية الخطأ من شأنه ان يجعل المرء مسؤولاً عن النتائج الضارة لأي نشاط يبذله ، وان من شان هذه المسؤولية المطلقة التي تهدد الناس باستمرار ان تثنيهم عن العمل وتجعلهم يمتنعون عن كل نشاط نافع ، فرأى بعضهم وفي مقدمتهم العلامة (جوسران) وجوب تحديد هذا المبدأ وقصر تطبيقه على الاحوال التي يكون فيها المتسبب في الضرر قد زاد المخاطر العادية الملازمة للحياة في المجتمع بإنشاء مستغل بربح هو منه ، بحيث يكون تحمله تبعة هذه المخاطر غير العادية في مقابل ما يربحه من ذلك الاستغلال على اساس قاعدة الغرم بالغنم ، وهي القاعدة التي تجعل مخاطر الملك او المصنع أو أي مستغل أخر على عاتق من يعود عليه ربحه ، فهذه صورة مقيدة من فكرة تحمل التبعة وعرفت فقها بنظرية تحمل تبعة المخاطر المقابلة للربح[٦].

وتختلف النظريتان الذاتية والموضوعية من حيث عبء الاثبات ، ففي النظرية الذاتية يجب على المضرور إثبات الخطأ ، لكي يحصل على التعويض ، أما في النظرية الموضوعية فحسب الدائن ان يثبت وقوع الضرر بسبب نشاط المدين ، كما ان إثبات الخطأ في النظرية الذاتية يتطلب البحث في حالة المسؤول النفسية

وهو أمر ينطوي على صعوبة كبيرة اكبر من تلك التي يتطلبها إثبات علاقة السببية ، كما انه يحمل المتضرر الأضرار التي يظل سببها مجهولا ، والذي يراه غالبية الفقه إن أيا من النظريتين غير صحيح على إطلاقه لان هناك حالات تقوم على الخطأ وحالات أخرى تكون فيها بعيدة عن هذه الفكرة ، أي أن لكل منهما مجال في المسؤولية ونطاق لكن في هذه الحالات إعمال القرائن واثبات العكس الأمر الذي يفسح المجال لوجود نظريات متوسطة ، ففي المسؤولية الذاتية التي تقوم على خطأ مفترض ، بالاستناد الى بعض الوقائع المادية ، يعفى المضرور من إثبات الخطأ وبهذا تقترب من المسؤولية الموضوعية القائمة على تحمل التبعة [٧] .
وهكذا نلاحظ من خلال ما سبق صعوبة الوصول الى معيار واضح ومحدد للتمييز بين ان تتقيد المسؤولية بالخطأ أو لا تتقيد به ، لكن من الضروري ان تقوم المسؤولية على من احدث ضرراً بالغير بمجرد انعدام حقه في إحداث هذا الضرر ، فلا يكفي إذن مجرد حدوث الضرر بل يجب كذلك ان لا يستند هذا الضرر الى مبرر او سبب قانوني ، أي يجب ان تقوم المسؤولية في حالة التعدي القانوني والذي لا يتحقق الا بانعدام المبرر القانوني للتعدي المادي (حدوث الضرر) ، فكما ان لكل فرد الحق في الحركة والتصرف ، فللغير ايضا الحق في الامانة والسلامة بعدم الاعتداء على مصالحهم المشروعة وعدم المساس باشخاصهم وممتلكاتهم دون وجه حق .وذلك بالاستناد الى الالتزام او الواجب القانوني العام الذي يقع على الكافة بعدم الاضرار بالغير .وبذلك يمكن التوفيق بين المصالح المتعارضة لكل من المضرور وفي حقه في التعويض وبين مصلحة المتسبب في الضرر وعدم هدر حريته وحقوقه لان مسؤوليته لن تقوم الا إذا انعدم المبرر القانوني لتصرفه الضار .

الفرع الثاني ـ الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي

عرف الفقهاء المسلمون فكرة المسؤولية المدنية بشكلها الحديث وميزوا بين الأضرار الناتجة من عدم تنفيذ العقد (المسؤولية العقدية) وبين الأضرار التي تكون خارجة عن أحكام العقد كالضرر المادي ، الإتلاف ، والضرر الشخصي الناتج عن أحكام ضمان النفوس (المسؤولية التقصيرية) . وان النظرية الإسلامية لفكرة المسؤولية هي نظرة موحدة غايتها تعويض المتضرر في أي حقل من حقول المسؤولية من خلال الأمثلة والقضايا التي يعرضونها مع حكمها الشرعي حسب اجتهادهم في المسائل التي لم يرد بشأنها نص صريح [٨]. إلا ان الفقه الإسلامي لا يعرف تسمية المسؤولية ، وإنما يطلق على موضوعاتها تسمية (الضمان) ويقصد به بوجه عام شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء به إذا توفرت شروطه وقد يطلق عليه ما يجب أداؤه من مال تعويضا عن مال فقد [٩]. وقصد بالضمان كذلك واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة كما يعرفه الإمام الغزالي ، أو اعطاء مثل الشيء أن كان من المثليات ، وقيمتنه إن كان من القيميات ، كما عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة ٤١٦ . ويعرف الفقه الحديث الضمان بانه التزام بتعويض مالي عن ضرر بالغير ، فكلمة ضمان تفيد لغة معنى الالزام والالتزام . والمسؤولية

المدنية في القانون الوضعي تفيد ايضا معنى الإلزام والالتزام [١٠]. والحلول في الشريعة الاسلامية تميل الى الصفات الموضوعية ، أي إن الاسلام وحسب تعاليمه كان يحدد العقوبة بمقدار جسامتها والضرر الحاصل ، وتأمين الحصول على التعويض للأضرار ووضع مثلا عليا لوضع حد للأخذ بالثأر والانتقام الذي كان يتعدى جسامة الجريمة ومقدار الضرر بإفراط وتعسف وقد كان حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " يمثل قاعدة تحكم الضمان ، ومنه استق الفقهاء العديد من القواعد ومنها " الضرر يزال " و " الضرر يدفع بمقدار الإمكان " . ولاشك إن القران الكريم حوى الكثير من الايات التي تامر بالحفاظ على حرمة النفس والمال وتؤكد على حق المضرور في الضرر وفي التعويض ومن هذه الايات " وان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به " ،[١١] وأيضاً " جزاء سيئة مثلها " [١٢] ويقسم الفقه الإسلامي الضرر وفقا لمدى ارتباطه بالفعل الضار إلى ثلاثة أنواع : ضرر مباشر ، وهو ما يترتب على الفعل مباشرة دون أن يفصل بينهما فعل آخر فيكون الضرر علة للفعل . وضرر غير مباشر " التسبب " ، وثالث لا علاقة له بالفعل .

فنظام الضمان في الفقه الإسلامي له من خصائص التي تميز الضمان في الفقه الإسلامي عن غيره من الأنظمة الأخرى ، فهو يأخذ بمبدأ " الضمان الفردي " أي أن كل شخص يضمن فعله الشخصي ولا يضمن فعل غيره انطلاقاً من قوله تعالى " ولا تزر وازرة وزرة أخرى " [١٣]. ومن النتائج التي تترتب على مبدأ الضمان الفردي أيضاً انه عند تعدد مرتكبي الفعل الضار فلا يضمن كل فاعل إلا بمقدر الضرر الذي أحدثه ، وعلى هذا الأساس فإن صدور الضمان في الفقه الإسلامي هي :

١. الدية : كانت معروفة قبل الإسلام ، ولما جاء الإسلام أصبحت على أسس ثابتة وقواعد راسخة حتى تؤدي الغرض الذي شرعت من اجله .ومنها قوله تعالى " وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله " [١٤]. ولا تختلف الدية باختلاف حال المجني عليه حسبا ونسبا وإنما ساوت الشريعة بين الناس باعتبار إن دماؤهم جميعا مصونة .
٢. الارش : يطلق الارش لغة على الدية وعلى " الخدش" كما يطلق على الرشوة . و الارش في الشرع هو المال الواجب فيما دون النفس . وهو على نوعين كما ذهب الفقهاء ، احدهما مقدرة حددها الشارع وهو الذي يرد دائما على السنة الفقهاء ، وآخر ترك تقديره للقاضي وفق قواعد معينة ويسمى حكومة العدل .
٣. حكومة العدل : وهي عوض متروك تقديره للقاضي في كل حالة على حدة ، وهي ما تكون في حالات الجناية على النفس فيما لا يمكن فيه المماثلة سواء وقع عمداً أم بغير عمد [١٥]. وهكذا فالفقه الاسلامي يتضمن مبداين عامين يحكمان مصادر الضمان في الشريعة الاسلامية ، إذ يقضي المبدأ الأول ، أن كل اعتداء ضار يصيب المرء في جسمه يلزم فاعله بالضمان ،

وحسب تقدير القاضي ، ويقضي المبدأ الثاني بان كل عمل ضار أصاب مال الغير بدون حق يوجب الضمان على المعتدي (وهذا المبدأ الذي يوجد في باب الإتلاف قد تبسط الفقهاء فيه وادخلوا تحته أمثلة خارجة عن الضرر المالي حتى سمي كل ضرر إتلافا سواء وقع على مال أو على نفس [١٦].

وتميز الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بوجوب الضمان للضرر أو الإتلاف بين ما إذا كان هذا الإتلاف قد حدث من الفعل الضار مباشرة ، أم قد حدث تسببا ، ثم تبني على ذلك حكما على قدر كبير من الأهمية ، حيث تقرر انه في حالة حدوث الضرر عن طريق المباشرة فان مباشر هذا الضرر يضمنه وان لم يتعمد أو يتعدى ، بينما في حالة حدوث الضرر عن طريق التسبب ، فان المتسبب في هذا الضرر لا يضمن ألا بالتعمد أو التعدي .

إذن أساس الضمان هنا إما أن يتم حدوث الضرر عن طريق المباشرة ، لا يحتاج ضمانه لأمر آخر بل يكفي حدوث الضرر بهذه الكيفية ، لذلك فان الضمان أو المسؤولية هنا تكون مطلقة غير مقيدة . أو أن يتم حدوث الضرر تسببا ، وهنا لا يكفي هذا التسبب لوجوب المسؤولية والضمان ، بل لابد من شرط آخر هو التعدي ، وتكون المسؤولية هنا مقيدة .

فالمقصود بالمباشرة : هي طريقة محددة لإحداث الضرر أو الإتلاف فيها تترتب النتيجة الضارة على الفعل مباشرة ، أي دون تدخل فعل آخر . وهذا ما اخذ به الحنفية والشافعية والمالكية ، فالذي يرمي الحجر على آخر فيقتله يكون مباشرا للقتل ، والمار في السوق الذي يمس وعاء ويلقيه على الأرض فيتلف يكون مباشرا لهذا الإتلاف [١٧]. وفكرة المباشرة لا تتعارض مع إمكان صدور الفعل وبالتالي إحداث الضرر من غير المباشر ذاته ، بشرط ان لا يستقل الفعل عنه كلية كصدور الفعل من الحيوان او الشيء الموجود تحت الرقابة.

والمقصود بالتسبب : عندما يحدث الضرر ليس عن فعل الشخص مباشرة وانما نتيجة تدخل فعل اخر معه ، بحيث لايوجد الفعل الضار مباشرة ، وانما يوجد مايقتضي وجوده ، وعرف الحنفية التسبب أو الاتلاف تسببا بقولهم (إن التسبب في تلف شيء معين يعني ان يحدث في ثيء ما يفضي عادة الى تلف شيء آخر ويقال لفاعله متسبب ، فان من قطع حبل قنديل معلق يكون سببا مفضيا في سقوطه على الارض وانكساره ، ويكون حينئذ قد اتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا . وفي نفس الاتجاه عرفه الشافعية والمالكية . فالتسبب أو السبب هو ما يحدث الضرر لا بذاته وإنما بواسطته وكان علة للضرر . فالمسؤولية هنا تكون مقيدة لان مجرد إحداث الضرر لا يكفي لضمان المتسبب كذلك لا يكفي الاعتداء على حقوق ، بل يجب كذلك توفر القصد أو الإهمال ، إذن فمعيار المسؤولية هنا هو التعدي إهمال أو قصدا ، ويجب توفر شروط للتعدي وهي :

١- أن يكون هناك خروج على نطاق الحق الشخصي واعتداء على حقوق الغير ما لم يكن الشخص متعسفاً في استخدام حقه.

٢- أن يترتب على الخروج عن دائرة الحق الشخصي ضرر بالغير ، أي التعدي على حقوقهم ، فإذا لم يترتب ضرر للغير فلا يكون هناك تعمد ولا ضمان .

والتعدي في الفقه والشريعة الإسلامية له ركن واحد فقط وهو الركن المادي ولا يهتم بالركن المعنوي ، ولا يعتد الفقهاء بادراك وتمييز الفاعل ، فيكون الشخص مسؤولاً بصرف النظر عن شخص من صدر منه التعدي وما إذا كان مميزاً لما يفعل مدركاً لعواقبه أم لا ، لهذا فأساس ضمان المتسبب في الفقه الإسلامي هو الخطأ أو الإهمال ، حيث إن التعدي المصحوب بالقصد أو التعمد يشكل خطا في ذاته [١٨] .

إذن فالشريعة الإسلامية تميزت بتحديد مجال المسؤولية القائمة على الخطأ ، وآخر للمسؤولية التي لا تقوم على الخطأ وتجمعها بقاعدة المباشرة والتسبب ، فالمسؤولية القائمة على الخطأ تتمثل في حالات التسبب ، والمسؤولية غير القائمة على الخطأ تتمثل في حالات المباشرة ، فالتعدي إذن هو أساس للمسؤولية أو الضمان في الشريعة الإسلامية ، وهو شرط ضروري في كل من المباشرة والتسبب [١٩] ، وإن كان يكفي في الأولى دون الثانية التي تتطلب إلى جانبه الخطأ أيضاً.

المطلب الثاني - الأساس القانوني للمسؤولية المدنية

أساس المسؤولية معناه العثور على الرابطة التي تربط بين الشخص الذي نحمله المسؤولية وبين الضرر ، وبدون هذه الرابطة بين المسؤول وبين التضرر لا يمكننا أن نقول إننا أمام حالة من حالات المسؤولية إذ تقوم فكرة المسؤولية المدنية بنوعيها التعاقدية والتقصيرية على فكرة إصلاح الضرر غير المشروع ، فالجزاء فيهما عبارة عن تعويض هذا الضرر أو إزالة أثاره على قدر الإمكان .

وقد نظم القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ هذا النوع من المسؤولية في المواد (١٨٦-٢٣٢) . وقسم الفصل الخاص بالعمل غير المشروع إلى فرعين أولهما للمسؤولية عن الأعمال الشخصية ، والثاني للمسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية عن الأشياء . وقسم الفرع الأول إلى ثلاثة أجزاء ، عرض فيه المشرع أحكام المسؤولية عن الأعمال غير المشروعة التي تقع على المال ، وهي الإتلاف بالمواد (١٨٦-١٩١) ، والغصب بالمواد (١٩٢-٢٠١)، أما الجزء الثاني فقد تناول فيه الأعمال غير المشروعة الواقعة على النفس بالمادتين (٢٠٢-٢٠٣) ، والجزء الأخير خصص للأحكام المشتركة للأعمال غير المشروعة بالمواد (٢٠٤-٢١٧)[٢٠].

أما الفرع الثاني فقسمه إلى قسمين تناول في أولهما المسؤولية عن عمل الغير بالمواد (٢١٨-٢٢٠) ، والقسم الثاني المسؤولية عن الأشياء ، حيث تكلم عن جناية الحيوان بالمواد (٢٢١-٢٢٦)، وعما يحدث في الطريق العام بالمواد (٢٢٧-٢٢٨). وعن المسؤولية عن البناء بالمواد (٢٢٩-٢٣٠) ، وعن المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والأشياء الأخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها بالمادة (٢٣١) . ولهذا التميز أهمية كبيرة فيما يتعلق بتعيين الشخص المسؤول وبأحكام المسؤولية التقصيرية ، أما بالنسبة للمسؤولية التعاقدية (ضمان العقد) تناولها المشرع العراقي في المواد (١٦٨-١٧٦)[٢١] .

إذن توجد عدة مسؤوليات تختلف كل واحدة عن الأخرى في مصدرها وفي إحكامها وفي أساسها . لكن بالنظر لعدم إيراد المشرع العراقي قاعدة تحكم المسؤولية المدنية عموما فقد حدث خلاف في أساس المسؤولية ، فذهب فريق إلى القول بان الخطأ هو أساس المسؤولية بركنيه المادي والمعنوي [٢٢] وفريق أخر يرى أن التعدي هو أساس المسؤولية وان التعدي لا يعني الخطأ بركنيه المادي والمعنوي . لذا سنحاول توضيح بعض النصوص لنستخلص الأساس الحقيقي للمسؤولية المدنية في الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول - أساس المسؤولية عن الفعل الشخصي

أولا : المسؤولية عن إتلاف المال :

تنص المادة (١٨٦) على :

١- إذا اتلف احد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى.

٢- وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو ألمتعد منهما فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان .

وقد ذهب كثير من الشراح إلى أن المقصود بالتعدي هو الخطأ بالمعنى القانوني بركنيه المادي والمعنوي . إذ التعمد هو قصد إحداث الضرر ، أما التعدي فهو انتفاء الحق في مزاولة الفعل والسبب الذي أفضى إلى الضرر . فالمشرع يكتفي تحقق احدهما التعمد أو التعدي لقيام الضمان عن الإتلاف . فهنا يرون أن الخطأ هو أساس المسؤولية [٢٣]. بينما يذهب جانب اخر الى ان التعدي هو أساس المسؤولية عن العمل غير المشروع الواقع على الاموال وليس الخطأ ويرون ان المقصود بالتعدي هو (مجاوزة الحد) بغض النظر عن العنصر النفسي لدى الفاعل ولايهم إن يكون هذا الخروج مقترناً بالتمييز أم غير مقترن به وان التعدي هو فقط الركن المادي وان التعمد هو صورة من صور التعدي وان وجود التعدي يغني عن التعمد [٢٤] لكنني ارى ان المشرع العراقي في مجال المسؤولية عن الفعل الشخصي في المسؤولية عن إتلاف الاموال اقام المسؤولية على الخطأ بركنيه المادي والمعنوي لانه لو كان يقصد التعدي بركنه المادي فقط فمعنى ذلك انه سيشمل بحكمه الشخص المميز وغير المميز وهذا لايمكن ان يكون قصد المشرع والا لاصبحت المواد الخاصة بمسؤولية الصغير المميز او غير المميو لغواً زائداً ، وهذا الامر لا يمكن ان يغيب عن بال المشرع . لكن يلاحظ انه بالنسبة للمادة (١٨٦) المارة الذكر ان المشرع العراقي قد ساوى بين المباشر والمتسبب من حيث الضمان ، وقد أخذ بهذا الاتجاه القضاء العراقي إذ جاء بقرار لمحكمة التمييز "يكون ضامناً من أتلف مال غيره مباشرةً أو تسبباً إذا كان في أحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى حسب أحكام المادة ١٨٦ من القانون المدني عليه قرر تصديق الحكم المميز"[٢٥]

وفي قرار آخر للمحكمة ذاتها جاء فيه "يلزم المتسبب بالضرر بمقدار الضرر بعد تعيينه"[٢٦] ويلاحظ وجود تعارض بين الفقرتين الاولى والثانية من

هذه المادة اذ اراد المشروع العراقي التوفيق بين نصوص الشريعة الاسلامية والقوانين الاوربية لكنه لم يكن موفقاً بذلك ، كما انه لم ينص على ركن الخطأ صراحة ولكنه تكلم عن التعمد والتعدي . ويجب بالاضافة الى ذلك توفر عنصرين هما الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذين يمكن اعتبارهما عنصران ثابتان في المسؤولية ، وقد تطلب القانون فيما يتعلق بالمسؤولية عن الأعمال الشخصية إثبات خطأ المسؤول .

ويعرف الضرر بأنه : الأذى الذي يلحق بالغير وهو أما أن يكون مادياً أو أدبيا ، ويراد بالضرر المادي ذلك الأذى الذي يلحق خسارة مالية بالمضرور فيؤدي إلى نقص في ذمته المالية مثل المساس بحق من حقوقه المالية كحق الملكية عن طريق الغضب أو الإتلاف ، ومثاله المساس بجسم الإنسان وسلامة الصحية . ويراد بالضرر الأدبي الأذى الذي يلحق شرف الإنسان وسمعته واعتباره ومركزه الاجتماعي . ويشترط في الضرر كأساس للمسؤولية عدة شروط وهي أن يكون الضرر محققاً وان لا يكون قد سبق التعويض عنه وان يكون ماساً بالمدعي نفسه وان ينصب على حق المدعي أو مصلحة مشروعه له وان يكون الضرر مباشراً [٢٧] .

بينما يعرف الخطأ بأنه : إخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن إدراك ، وهو يقوم على عنصرين : الأول هو الإخلال والتعدي والثاني معنوي وهو الإدراك والتمييز فالإخلال او التعدي هو تجاوز الحدود سواء كان متعمدا او غير متعمد [٢٨]. وبالنسبة للإدراك فقد اعتبر عنصراً في الخطأ منذ عهد القانون الروماني واستقرت أهميته في القانون المدني الفرنسي والقوانين المتأثرة به ، وهذا ترتب عليه اعتبار الإدراك عنصرا في الخطأ وعدم مسؤولية الصبي غير المميز عن أفعاله الضارة ، لكن هذا الأمر لم يلق قبولاً لدى الفقه والقضاء والقوانين المعاصرة لما فيه من مجافاة للعدالة خصوصاً إذا كان فاعل الفعل الضار مليئاً والمصاب معوزاً . فظهرت نظرية تحمل التبعة التي اعتبرت قوام المسؤولية هو الضرر واستبعدت الخطأ وما يتعلق به من إدراك وتميز ، وكان للفقه الإسلامي السبق في هذا المجال وتقدم كل التشريعات بزهاء أربعة عشر قرناً من التسليم بالمسؤولية المادية وبإقرار مبدأ الغرم بالغنم وجعل مرتكب الفعل الضار ضامناً عواقب فعله بصرف النظر عن الإدراك والتمييز . فالمباشر هو من احدث الضرر ، ضامن وان لم يتعمد او يتعد ، ومن هنا نجد أن المشرع العراقي قد تأثر بالفقه الإسلامي وساير نصوصه وبالذات المواد (٩٠، ٩٢، ٩٣، ٨٨٧، ٩١٢، ٩٢٢، ٩٢٥" من مجلة الأحكام العدلية والتي كان يعمل بها قبل صدور القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وقد جاء في أحد القرارات القضائية تطبيقاً لنصوص المجلة أنه "يسأل الشخص عما أصاب به الدولة من أضرار نتيجة عمله غير المشروع ولكن هذه المسؤولية المترتبة يجب أن تتحدد بتعيين مقدار الضرر وعما إذا كان فاعلاً مباشراً أو متسبباً حسب أحكام المواد ٩١٢، ٩٢٢، ٩٢٥ من المجلة" [٢٩] لكن مع ذلك فقد اقر الفقه الإسلامي فكرة الخطأ في نطاق محدد وسماه تقصير او عدم تحرز ، أما بالنسبة لأساس مسؤولية الصبي غير البالغ في القانون العراقي وبعض

القوانين العربية الأخرى فالمشرع العراقي استبعد كليا فكرة الخطأ كأساس لهذه الصورة من المسؤولية حيث تنص المادة (١٩١) من القانون المدني على:
١-إذا اتلف صبي مميز او غير مميز او من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله.
٢-إذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز او مجنون جاز للمحكمة ان تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر .
٣-عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعي في ذلك مركز الخصوم .

نلاحظ من نص هذه المادة إن المشرع العراقي حاول مجاراة الفقه الاسلامي في أحكامه في تقرير مسؤولية غير البالغ ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه واستبعد عنصر الادراك ولم يشترط التمييز في ترتيب الضمان وان اشترط التعمد والتعدي لترتيبه في المادة ١٨٦ منه . ويلاحظ كذلك من نص هذه المادة عدة أمور نوجزها بما يلي :
١-جعل المشرع العراقي مسؤولية عديم التمييز مسؤولية أصلية وان كانت مخففة لانه يلتزم بالضمان من ماله واذا تعذر الحصول على التعويض من ماله ودفعه الولي او الوصي او القيم أمكن لهم الرجوع عليه بما دفع ، وانها مسؤولية مخففة لان على المحكمة عند تقدير التعويض ان تقضي على غير المميز بتقدير عادل تراعي فيه الوضع المالي لكل من عديم التمييز والمضرور وتراعي جسامه الضرر دون ان ينعين عليها الحكم عليه بتعويض قانوني كامل .[٣٠]

أما بالنسبة للمشرع المصري ، فهو قد نص في المادة (١٦٤) من القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على ما يأتي :
١- يكون الشخص مسؤولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز.
٢- و مع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه ، آو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للقاضي ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيا في ذلك مركز الخصوم.

فنلاحظ هنا ان المشرع المصري جعل مسؤولية عديم التمييز مسؤولية احتياطية وليست أصلية ولا تترتب على عديم التمييز ألا إذا لم يوجد من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على التعويض من المسؤول عنه ، كما إنها مسؤولية مشروطة وإنها كذلك مسؤولية مخففة وجوازية للقاضي[٣١].وهذا هو بنفس الوقت موقف المشرع اللبناني في المادة (١٢٢ ف٣) من قانون الموجبات اللبناني ، كذلك المشرع السوري في المادة (١٦٥) من القانون المدني السوري .

٢-يلاحظ كذلك على نص المادة (١٩١) من القانون العراقي إنها حددت الفعل الضار بالإتلاف فقط دون غيره من الأفعال ، بينما المشرع المصري واللبناني والسوري استعمل عبارة الضرر .

٣-كذلك إن المشرع العراقي لم يفرق في الحكم بين كون الصبي مميزاً او غير مميز ، بينما المشرع المصري فرق بينهما وربط بين المسؤولية وبين التميز في الفقرة الأولى من المادة (١٦٤) ، فمن كان مميزا يسأل مسؤوليه كاملة عن الضرر الذي يصيبه للغير بخطئه ، أما فاقد التميز فهو كقاعدة عامة لا يسأل ، ولكنه يسأل استثناء حسب الفقرة الثانية من المادة أعلاه .

٤-إن المشرع العراقي وقع في تناقض ، فهو قد اشترط التعمد والتعدي لقيام المسؤولية في المادة ١٨٦ والتي جاءت بحكم عام ، ولكنه حمل عديم التمييز المسؤولية حسب المادة (١٩١) أي انه اشترط لمحاسبة كامل الأهلية التعمد أو التعدي ، بينما اكتفى بالفعل الضار لترتيب مسؤولية عديم التمييز ، وهكذا يبدو انه قد حاسب كامل الأهلية محاسبة اخف من عديم التمييز.

هذا ويلاحظ ان موقف المشرع الأردني والبحريني كذلك هو نفس موقف المشرع العراقي مع بعض الاختلافات البسيطة ، حيث نص المشرع الاردني في المادة (٢٥٦) من القانون المدني على : (كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر). فهو بذلك اعتبر كل فعل يصيب الغير بضرر يستوجب التعويض حتى ولو كان صادر من شخص غير مميز ، كالطفل والمجنون ، كما يلاحظ انه لم يشترط ثبوت الخطأ في جانب المسؤول عن الضرر ، لأنه لو اشترط الخطأ لما أمكن مساءلة الطفل أو المجنون عن الضرر الذي يوقعه أي منهم لانهم معدومي الارادة [٣٢]

وبالنسبة للمشرع البحريني فقد نص في المادة (١٥٩) من القانون المدني المرقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ على : (يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز) أي انه أقام مسؤولية ناقص الأهلية او عديمها على أساس فكرة الضمان أو تحمل التبعة وليس على أساس الخطأ. فمن المتصور قيام المسؤولية في حق الشخص والتزامه بتعويض المضرر ولو كان غير مميز .[٣٣]

ثانياً : أساس المسؤولية عن الأعمال غير المشروعة الواقعة على النفس :

نص القانون المدني العراقي في المادة (٢٠٢) على : (كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع أخر من أنواع الايداء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر). أساس المسؤولية هنا هو الضرر ، إذ إن المشرع لم يشترط الخطأ أو التعدي كما كان يشترطه في جرائم الإتلاف . وكذلك الحال بالنسبة للمادة (٢٠٣) فأساس المسؤولية هنا هو أساس موضوعي قائم على الضرر وحده ، واشتراط التعدي يكون مجردا من القصد .[٣٤]

الفرع الثاني - أساس المسؤولية عن فعل الغير

الأصل إن الإنسان لا يكون مسؤولاً إلا عن فعله الشخصي ، ولكن يسال استثناء عن فعل غيره في حالتين هما :

١- حالة من تجب عليه رقابة شخص آخر في حاجة الى الرقابة ويكون مسؤولاً عن الأعمال الصادرة من ذلك الشخص .

٢- حالة المتبوع ، ويكون مسؤولاً عن أعمال تابعيه .

وهذا ما نص عليه القانون العراقي في المواد من (٢١٨-٢٢٠) وهي الخاصة بمسؤولية الأب والجد عن تعويض الضرر الذي يحدثه الصغير ، ولكن يستطيع الأب او الجد ان يتخلص من المسؤولية إذا اثبت انه قام بمواجب الرقابة وان الضرر كان لابد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب . فأساس المسؤولية هنا هو خطأ مفترض بناء على إخلالهما بواجب الرقابة . وهذا الافتراض قابل لإثبات العكس . وفي الفقه الإسلامي كذلك استثناء يضمن الأولياء وغيرهم من المكلفين بالرقابة لان الفقه الإسلامي يعوض عن أي ضرر يقع ومن أي فرد كان . وأساس مسؤولية المتبوع في القانون العراقي ، فيكاد يجمع الفقه في العراق على أن أساس هذه المسؤولية هو قرينة الخطأ البسيطة وان المتبوع يستطيع دراً المسؤولية عن نفسه إذا استطاع أن يقيم الدليل على انتفاء الخطأ من جانبه أو وجود سبب أجنبي عنه يقطع العلاقة السببية بين خطأه المفترض ووقوع الضرر . لكن الأرجح هو الاستعانة بفكرة تحمل التبعة لبناء مسؤولية المتبوع عليها كما هي الحال في الشريعة والفقه الإسلامي وكذلك موقف المشرع المصري ، فهو بخلاف المشرع العراقي لم يجز للمتبوع التخلص من المسؤولية ، ولكن يجب توفر مجموعة من الشروط لقيام هذه المسؤولية .[٣٥]

الفرع الثالث - أساس المسؤولية عن الأشياء

تناولها المشرع العراقي في المواد (٢٢١-٢٣١) في القانون المدني وتكلم فيها عن المسؤولية عن الحيوان وعن البناء وعن الأشياء الجامدة .

١-أساس المسؤولية عن الحيوان هو أن مسؤولية صاحب الحيوان تقوم على خطأ يجب على المضرور إثباته وهو عدم اتخاذ الحيطة الكافية لمنع الضرر . وقد أورد المشرع العراقي جملة صور لهذا الخطأ ، إذ نجد هناك خطأ مفروض قابل لإثبات العكس في المادتين (٢٢٤، ٢٥٥ ف٢) وأخرى أساسها خطأ مفروض غير قابل لإثبات العكس في المواد (٢٢٢-٢٢٣ ف١، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ف١) .

٢-بالنسبة للمسؤولية عن البناء ، حسب المادة (٢٢٩) هناك صورتين لها وهما : المسؤولية الناشئة عن انهدام البناء أو سقوطه ، والمسؤولية الناشئة عما يلقى أو يسقط من المسكن ، فبالنسبة للصورة الأولى ، فصاحب البناء هو من يتحمل المسؤولية وبشرط وهي أن ينشأ الضرر عن انهدام أو سقوط البناء ، وان يهمل صاحب البناء في صيانة بنائه وأساس المسؤولية هنا هو خطأ مفروض غير قابل لإثبات العكس إذا كان قد نبه إلى العيب الموجود في البناء ، أما إذا لم يعلم بالعيب ولم ينبه عنه فأساس المسؤولية هو خطأ مفروض فرضا قابلا لإثبات العكس . أما بالنسبة للصورة الثانية ، يتحمل المسؤولية كل من يقيم في سكن ويسبب أضرارا للغير وتقوم على أساس مفروض فرضا قابلاً لإثبات العكس حسب المادة (٢٣٠) من القانون المدني العراقي ، ويستطيع التخلص من المسؤولية إذا ثبت اتخاذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر وكذلك بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير ، وهذه المسؤولية يقرها كذلك الفقه الإسلامي .

٣-وبالنسبة للمسؤولية عن الآلات الميكانيكية وغيرها فحسب المادة (٢٣١) أساسها خطأ مفترض فرضا قابلا لإثبات العكس ويستطيع صاحب السيطرة الفعلية على الشئ التخلص منها إذا نفى خطئه المفترض بإثبات اتخاذه الحيطة الأزمة ، وكذلك أذا اثبت السبب الأجنبي . بينما في القانون المدني المصري وحسب المادة (١٧٨) فأساس المسؤولية هو خطأ مفترض فرضا غير قابل لإثبات العكس [٣٦]. ونرى انه من الأفضل لو أن المشرع العراقي أقام هذه المسؤولية على أساس تحمل التبعة ، بحيث لا يمكن للمسؤول أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي وفي حدود القانون وان لا يأبه بعنصر الخطأ سواء كان ثابتاً أو مفترضاً .

المبحث الثاني
الأصل والاستثناء في تقدير التعويض عن الضرر

لقد كان للقضاء الفرنسي دوراً في وضع قواعد عامة لتقدير التعويض عن الضرر وأهمها هو مبدأ التعويض الكامل للضرر ولكن مع هذا قد يتأثر تقدير التعويض ببعض العوامل الخارجة عن الضرر تأخذ دورها في زيادة أو إنقاص مبلغ التعويض ولهذا سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول ـ الأصل في تقدير التعويض

كان الفعل الضار في الشرائع القديمة والمجتمعات البدائية يتبعه رد فعل مماثل له إذ كان من حق المضرور أن يثأر لنفسه ويلحق الأذى بمن أضره وهذا ما دأب عليه العرب قديماً كما في حرب البسوس وداحس والغبراء.

وعندما جاء الإسلام فقد أخذ بالقصاص كقاعدة عامة تضمنت إحداث الضرر بمثل ما حصل للمتضرر من أذى وتضمنت مراعاة الحد وعدم التجاوز وقد وردت عدة آيات قرآنية تؤكد ذلك ومنها قوله تعالى : { فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ }[٣٧] ، وكذلك قوله تعالى : {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ }[٣٨] . وقد فرقت الشريعة الإسلامية بين الجرائم على النفس والجرائم على المال والأولى جزاءها يدور بين العقوبة والضمان وهو الدّية والثانية فجزاؤها الضمان وهو تعويض مدني محض) [٣٩]

أما القوانين الحديثة فقد ميزت بشكل واضح بين العقوبة التي تفرضها الدولة وبناءاً على تحريك الدعوى فيها إلى المدعي العام وبين التعويض الذي يدفع للمتضرر لإصلاح الضرر أو التخفيف منه . ونلاحظ أن المشرع العراقي أحل التعويض المدني محل القصاص أو الدّية أو الأرش وهذا ما بينته الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ، وأيدت ذلك قرارات محكمة التمييز العراقية ومنها القرار التمييزي الذي قضى بأن ((التعويض الذي يحكم به للمتضرر لا يصح اعتباره عقاباً على الخصم الآخر أو مصدر ربح للمتضرر إنما هو لجبر الضرر))[٤٠].

وفي نطاق الأصل في تقدير التعويض تناول طرق التعويض سواء التعويض العيني أم بمقابل ومدى سلطة المحكمة في تقدير التعويض عن الأنواع المختلفة للضرر سواء المادية أم الأدبية وهذا سوف يكون في الفرعين الآتيين :

الفرع الأول ـ طرق التعويض [٤١]

إن الطريقة المثالية لتعويض الضرر هي إزالته ومحوه كلما كان ذلك ممكناً بحيث يمكن إعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر وهذا هو التعويض العيني أما إذا تعلق التعويض بضرر أدبي أو جسمي فإن التعويض العيني يكون مستحيلاً وعليه سوف تلجأ المحكمة إلى التعويض بمقابل سواء كان تعويضاً نقدياً أم تعويض غير نقدي وسوف يتم بحث الموضوع في الفرعين التاليين:

أولاً : التعويض العيني[٤٢]

يقصد بالتعويض العيني ، الحكم بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر ، و تعويض الضرر بهذا المعنى يعتبر أفضل من التعويض بمقابل ذلك أنه يؤدي إلى إزالة ومحو الضرر بدلاً من بقاءه على حاله وإعطاء المتضرر مالاً كعوض وهذا ليس غريباً على المسؤولية التقصيرية إذ أنه يتلاءم مع المسؤولية هذه أكثر من ملاءمته مع المسؤولية العقدية [٤٣] ، مثال ذلك ما ورد في المادة ١٠٨٤ / مدني عراقي التي تقضي ((إذا هدم صاحب السفل سفله تعدياً ، يجب عليه تجديد بناءه ويجبر على ذلك)).

ثانياً : التعويض بمقابل

إن التعويض بمقابل إما يكون تعويضاً نقدياً أو غير نقدي وهذا مانتناوله كالآتي :

١ـ التعويض غير النقدي:

وهو أن تأمر المحكمة بأداء أمر معين على سبيل التعويض وهذا النوع هو ليس تعويض عيني أو تعويض نقدي بل هو أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور ، مثال على ذلك أن يكون من مصلحة المتضرر أن يطلب التعويض غير النقدي في فترات القحط بدلاً من التعويض ألنقدي حيث لا يستطيع المتضرر بالمبلغ الذي يدفع له أن يحصل على مثل الشيء الذي أصابه الضرر منه كما لو قررت المحكمة تعويض المتضرر الذي انتزعت منه الأرض للمنفعة العامة بأرض مشابهة من حيث الموقع والمساحة ، ويلاحظ بأنه إذا كان الأمر متعلقاً بإتلاف أو سرقة أموال مثلية فإن تعويض المتضرر بأشياء مثلية من نفس النوع والمقدار يعتبر تعويضاً عينياً أما إذا تعلق الأمر بأشياء قيمية فإن تعويضها بأشياء قيمية أخرى من نفس النوع يعتبر تعويضاً بمقابل غير نقدي[٤٤].

٢ـ التعويض النقدي:

التعويض ألنقدي هو الأصل في المسؤولية المدنية ، فالنقود إضافة إلى كونها وسيلة للتبادل فهي وسيلة للتقويم ، ذلك أن كل ضرر بما في ذلك الضرر الأدبي يمكن تقديره بالنقود وفي جميع الأحوال إذا تعذر على المحكمة تقدير

التعويض العيني أو التعويض غير النقدي أن تلجأ إلى التعويض ألنقدي وهذا ما أشارت له المادة (٢٠٩ / مدني عراقي) على أنه ((يقدر التعويض بالنقد)).[٤٥]

والمحكمة لها سلطة تقديرية في تعيين التعويض ألنقدي تبعاً للظروف وعلى شكل مبلغ معين إما دفعة واحدة أو بشكل أقساط أو إيراد مرتب مدى الحياة وحسبما يقتضيه موضوع كل دعوى.

الفرع الثاني ـ تقدير التعويض ومبدأ التعويض الكامل

إن القضاء الفرنسي له الدور الواضح في وضع قواعد عامة لتقدير التعويض عن الضرر ومن أهم هذه القواعد هو مبدأ التعويض الكامل للضرر.

أولاً : مبدأ التعويض الكامل وسلطة المحكمة في تقديره

لقد وضع القضاء والفقه الفرنسيان واستناداً إلى نص المادة ١٣٨٢ / مدني فرنسي مبدأ التعويض الكامل للضرر ولكن يرافق هذا المبدأ ويخفف حدته مبدأ آخر وهو سلطة المحكمة من التقدير وهي سلطة مطلقة وهذين المبدأين متكاملين من الناحية العملية والنظرية مما دفع المشرع العراقي إلى النص في المادة (١٦٩ / مدني) بالنسبة للمسؤولية العقدية على أنه:

١ـ إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون ، فالمحكمة هي التي تقدره .

٢ـ ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو حق

منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزام بعمل أو امتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة لعدم وفاء المدين بالالتزام أو التأخر عن الوفاء به.

وكذلك نص المادة (٢٠٧ / مدني) على أنه : ((١ـ تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة للعمل غير المشروع . ٢ـ ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان ويجوز أن تشمل الضمان على الأجر))

وعليه نجد أن القضاء في قراراته يؤكد على أن التعويض يجب أن يكون معادلاً للضرر بحيث لا تسبب الإصابة للمتضرر لا ربحاً ولا خسارة [٤٦] ومنها قرار محكمة التمييز العراقية حيث بين بأن ((قيمة الأضرار مسألة وقائع تستقل بها محكمة الموضوع بمالها من سلطة تقديرية)).[٤٧]

ثانياً : تقدير التعويض عن الأنواع المختلفة للضرر

لابد للمحاكم لتجعل التعويض كاملاً يجب أن تقدره في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة للعمل غير المشروع وهذا المبدأ وإن بدا سهلاً إلا أن تطبيقه يثير صعوبات عملية

إذ أن تقدير التعويض يتدرج من حيث صعوبته ودقته بحسب ما إذا كان الضرر مادياً أو جسدياً أو أدبياً وهذا ما نتناوله بالتفصيل الآتي:

١ـ تقدير التعويض عن الأضرار المادية:

يعد تقدير التعويض عن الضرر المادي أسهل نسبياً من غيره وقد درجت المحاكم في أغلب الأحيان على تعيين خبير للقيام بهذه المهمة وإن كان رأي الخبير غير ملزم للمحكمة إلا أنها تعتمد عليه في الغالب وتأخذ به كسبب للحكم [٤٨] ، وكغيره من أنواع الضرر لابد وأن يشتمل التعويض على العنصرين ((الخسارة الحّالة والكسب الفائت)) ، ونجد أن المشرع العراقي أهتم بالضرر المادي وكرّس له خمسة عشر مادة ((م / ١٨٦ – م / ١٩١)) والتي تضمنت صور الإتلاف المختلفة وصور الغصب وأحكامه وقد نقلت أغلب النصوص عن المجلة والتي اقتفت أثر فقهاء الشريعة الإسلامية في ترتيب المسائل.

في حقيقة الأمر إن النصوص المذكورة آنفاً ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة التي أخذ بها المشرع العراقي في المواد (٢٠٤ و ٢٠٧ و ٢٠٩) من حيث تقرير المسؤولية وتعيين طريق التعويض وكيفية تقديره.

٢ـ تقدير التعويض عن الأضرار الجسمية:

إن التعويض عن الأضرار الجسمية يشتمل على التعويض عن الأضرار بسبب الإصابة غير المميتة وكذلك التعويض الذي يرتد على أصحاب الحق في التعويض في حالة موت المصاب وعليه التعويض عن الإصابة غير المميتة يشتمل على تعويض مصاريف العلاج والدواء والعجز الكلي المؤقت والعجز الجزئي الدائم ومختلف صور الأضرار الأدبية التي تلحق المصاب ، أما النوع الثاني فيشتمل على الأضرار المادية التي أصابت أصحاب الحق بسبب حرمانهم من الإعالة والآلام الأدبية التي عانوها بسبب فقد المصاب .[٤٩]

٣ـ تقدير التعويض عن الأضرار الأدبية:

لقد درجت المحاكم في أغلب الأحيان على أن تقضي بمبلغ إجمالي كتعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي لحق بالمصاب أو كتعويض عن الضرر الأدبي الناشئ بسبب فقد المصاب ، وفي الأولى والثانية كحالات تستلزم التعويض عن الضرر الأدبي تأخذ المحكمة بنظر الاعتبار جسامة خطأ المسؤول ومدى تأثيره على الشخص المضرور ، أما أصحاب الحق بالتعويض بسبب وفاة المصاب فهنا تراعى درجة قرابتهم بالمتوفى أثناء تقدير التعويض ومدى الانسجام بينهما وذلك للاستدلال على مدى عمق تأثر الأول بموت الثاني .[٥٠]

المطلب الثاني ـ الاستثناء في تقدير التعويض

إن القواعد العامة سواء أكانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية والتي تشير إلى تقدير التعويض ومع ما تتمتع به المحكمة من سلطة في ذلك إلا أنه قد ترد استثناءات على ذلك تتمثل بملابسات تحيط تقدير التعويض وتكون عوامل مؤثرة فيه تأثيراً مباشراً ، إذ لا تنطلق المحاكم من مبدأ التعويض الدقيق والكامل للضرر بل قد تأخذ بنظر الاعتبار من الناحية العملية بعض الاعتبارات الشخصية التي لا

علاقة لها بالضرر في ذاته ومنها جسامة الخطأ ، الحالة الصحية والعقلية ، والمركز المالي للمسؤول والمتضرر ، كما أن تقدير التعويض عن الضرر قد يختلف اختلافاً واضحاً حسب التاريخ الذي يتم فيه هذا التقدير سواء كان ذلك الوقت في تقدير التعويض هو وقت حدوث الضرر أم وقت صدور الحكم ، إن هذه العوامل تتمثل باعتبارات لها تأثيرها على تقدير التعويض مما سوف نتناوله في الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول ـ تأثير الاعتبارات الخاصة بالمسؤول على مبلغ التعويض

ويمكن رد هذه الاعتبارات إلى ثلاثة أنواع وهي:

النوع الأول : جسامة خطأ المسؤول:

من المعروف أن قاضي الجزاء وظيفته إيقاع العقوبة أما القاضي المدني فوظيفته هي الحكم بالتعويض وبما أن المسؤولية المدنية توجب التعويض ومن المنطقي أن لا يكون لجسامة خطأ المسؤول أي تأثير على مبلغ التعويض ولكن من الناحية العملية هذا الحل إذا كانت تتضمنه القواعد العامة إلا أنها بذات الوقت أعطت لجسامة الخطأ تأثير على تقدير التعويض بالزيادة أو التقليل وهذا نجده بوضوح عندما يقرر القاضي الجنائي (قاضي الجزاء) توقيع العقوبة وتقدير التعويض بذات الوقت.

لكن من جانب المسؤولية المدنية فإن جسامة الخطأ تحتل مكان الصدارة في حالة تعدد المسؤولين عن حصول الضرر فيكون لذلك تأثير في تقدير التعويض زيادة ونقصاً حسب جسامة خطأ كل مسؤول عن الفعل الذي ارتكبه[٥١].

النوع الثاني : حالة المسؤول المالية :

لقد أخذ الفقه الفرنسي على أساس مبدأ التعويض الكامل للضرر بأن يغض النظر القضاء عن المركز الشخصي للمسؤول وخاصةً حالته المالية.

وعلى العكس من هذا الرأي أخذ جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى أن مبلغ التعويض يجب أن يتحدد بمقدار الضرر وحده.

بعض التشريعات أعطت للمحاكم سلطة تقديرية بأن تأخذ بعين الاعتبار في تقدير التعويض المركز المالي للمسؤول إذا كان عديم الأهلية ومنها (٨٢٩ / من القانون المدني الألماني) ، وبذات الشأن أخذ القانون المدني البلجيكي الصادر في ١٦/نيسان/١٩٣٥ في المادة (١٣٨٦)

أما المشرع المصري فقد أخذ في المادة (٧٦) من القانون المدني المصري إذ أوجبت مراعاة الظروف الملابسة الأساس لتقدير مدى التعويض عن الضرر ، وجاءت المادة (١٦٤/مدني مصري) لتبين أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً في ذلك مركز الخصوم ، وقد بينت المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في الفقرة الثالثة على أنه : ((وعند تقدير التعويض العادل عن الضرر

(الذي يسببه صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما) لابد للمحكمة من أن تراعي في ذلك مركز الخصوم [٥٢].

النوع الثالث : التأمين من المسؤولية:

لقد أخذ جانب من الفقه الفرنسي بالتأمين من المسؤولية كحالة قريبة من حالة المسؤول المالية إذ وجد الفقه أن القضاء الفرنسي يأخذ بعين الاعتبار واقعة ما إذ كان المسؤول مؤمناً على مسؤوليته لدى شركة التأمين بدفع مبلغ التعويض الذي سيحكم به عليه وبالتالي سوف يتأثر تقدير التعويض من قبل المحكمة في حالة التأمين باعتبار أن الشركة سوف تكون مسؤولة عن دفع المبلغ وهي بالتالي تتمتع بملائة مالية.[٥٣]

الفرع الثاني ـ تأثير الاعتبارات الخاصة بالمتضرر على مبلغ التعويض

هناك اعتبارات تتعلق بالمتضرر تعد من العوامل المؤثرة على مبلغ التعويض وهذه الاعتبارات بثلاثة أنواع وكالآتي:

النوع الأول : الحالة الصحية للمتضرر :

إن الحالة الصحية للمتضرر تلعب دوراً في تقدير التعويض عن الضرر الجسمي وهذا ما يسمى بمسألة الاستعداد الشخصي للمتضرر إذ أن نتائج الإصابة الجسمية يمكن أن تتفاقم بسبب استعداد المتضرر الشخصي للإصابة ببعض الأمراض في مثل هذه الحالات نجد أن تقدير التعويض يتأثر بذلك فالفقه والقضاء الفرنسيين متفقين على وجوب الأخذ بالحالة الصحية السابقة للمتضرر بنظر الاعتبار في تقدير التعويض لكن لا يصل مثل هذا الاعتبار إلى حد أن يعد قوة قاهرة يتمسك بها المسؤول كونها ساهمت مع خطأه في تحقق الضرر[٥٤]

النوع الثاني : خطأ المتضرر:

إذا كان خطأ المتضرر هو السبب الوحيد في وقوع الضرر ففي مثل هذا الفرض يعفى المدعى عليه من أية مسؤولية بشرط أن يكون هذا الخطأ مما لا يمكن دفعه أو اعتباره سبباً أجنبياً[٥٥].

أما إذا كان خطأ المتضرر أحد الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر إلى جانب خطأ المسؤول وبالتالي يكون الخطأ مشتركاً ، هنا تكون المسؤولية موزعة بين محدث الضرر والمتضرر وعليه يتوزع التعويض عليهما كلّ بنسبة خطأه وإذا التبس تحديد نسبة خطأ أي منهما هنا سوف يوزع التعويض عليهما بالتساوي ، وبكل الأحوال المحكمة تبحث في الحالتين عن رابطة السببية بين الخطأ والضرر على انفراد ومدى مساهمة كل خطأ في إحداث الضرر ، وقد أخذ المشرع العراقي خطأ المتضرر بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض في المادة (٢١٠ / مدني) والتي تتوضح فيها سلطة المحكمة في إنقاص أو زيادة مقدار التعويض حسب خطأ المتضرر.

النوع الثالث : المركز المالي للمتضرر:

جانب من الفقه الفرنسي يرى أن حالة المتضرر المالية يجب أن لا تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض ، إذ مهما كان المركز المالي للمتضرر زيادة أو نقصاً فالتعويضات يجب أن تكون متساوية سواء كانت تلك التعويضات عن أضرار مادية أو أضرار أدبية ومع هذا نجد أن القضاء العراقي وفي أحد قرارات محكمة التمييز اعتمد في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي بالمركز الاجتماعي للمتضرر إذ جاء في القرار ((ما ذهبت إليه المحكمة في استحقاق المميز عليه التعويض عما أصابه من ضرر أدبي ومادي من جراء اتهام المدعى عليهم وهم المميز وأبنه وزوجة ابنه ذلك من الإضبارة التحقيقية والتقرير الطبي وبرجوع هذه المرأة عن أقوالها جاء موافقاً للمادة ٢٠٥ / مدني غير أن استناد المحكمة إلى حكم بالتعويض بالمبلغ الذي أدعى به المميز عليه إلى مجرد ادعائه وإلى ما قدره لنفسه من تعويض غير صحيح فكان عليها أن تستعين في تقدير التعويض بخبرة خبير لتقدير التعويض المناسب لمركز المميز عليه الاجتماعي ثم تصدر حكمها حسبما يتراءى لها من نتيجة ذلك وحيث أن المحكمة أصدرت حكمها دون ملاحظة ما تقدم لذا قرر نقضه من هذه الجهة وإعادة الدعوى إلى محكمتها)) [٥٦]

الفرع الثالث ـ تأثير الاعتبارات الخاصة بوقت تقدير التعويض

إن الضرر في كثير من الأحيان لا يبقى على نفس الحالة التي كان عليها وقت صدور الحكم فقد يتغير بمرور الزمن زيادة أو نقصاناً مثال ذلك أن تؤدي الجروح البسيطة إذا كان الضرر واقعاً على جسم الإنسان إلى بعض المضاعفات أو يحصل العكس وهو أن لا تصل المضاعفات التي كانت متوقعة وقت الإصابة والتي أخذتها المحكمة بعين الاعتبار عند تقدير التعويض ، إذ في مثل هذه الحالات يكون من الأفضل بالنسبة للمحكمة أن تفصل في موضوع تعويض الضرر الحال وإن تحتفظ للمتضرر بحق تعويض الضرر المستقبل القريب.

والتساؤل الذي يفرض نفسه في هذا الصدد هل يستطيع الطرفان المطالبة بإعادة النظر في تقدير التعويض إذا لم تكن المحكمة قد أخذت بعين الاعتبار التغييرات المستقبلية للضرر.

أن جانب من الفقه الفرنسي يميز بين ما إذا كان التعويض يشمل كل النتائج المترتبة على الضرر الحالي والمستقبل وبهذا لا يجوز إعادة النظر بالقرار لأنه يخالف حجية الشيء المحكوم فيه ، وإذا كان قرار التعويض لم يشمل الأضرار المستقبلية فهنا من حق المتضرر أن يطالب بتعويض إضافي في حالة تفاقم الضرر لأنه في هذه الحالة يكون سبباً جديداً للتعويض يختلف عن السبب في التعويض المحكوم به عن الضرر الأصلي ، ولو أن جانب من الفقه المصري يفرق بين التعويض مرة واحدة والتعويض الذي يكون بشكل إيراد مرتب مدى الحياة إذ في الحالة الأخيرة المذكورة آنفاً يكون للمسؤول أن يطالب بإعفائه عن المتبقي أو الاستمرار بدفع التعويض في حالة شفاء المتضرر [٥٧]

المبحث الثالث
تدرج الخطأ ومدى جسامته في تقدير التعويض

الخطأ هو احد الأركان التي تنهض بموجبه المسؤولية المدنية سواء كانت هذه المسؤولية عقدية ام تقصيرية وبتحقق أركانها الاخرى من ضرر وعلاقة سببية ، وبسبب التطور الحاصل فقد هجرت التشريعات المدنية النظرية القديمة لتدرج الخطأ ضمن نطاق تحقق المسؤولية المدنية بذاتها الا ان ذلك لا يعني غياب أي دور لمثل هذا التدرج في ثنايا هذه المسؤولية اذ يبقى لتردج الخطأ دور في مدى ونطاق التعويض عن الضرر الحاصل نتيجة لذلك الخطأ. واما من ناحية تاثيره على شكل او نوع التعويض بذاته او تاثيره على مرتكب الخطأ نفسه وما يلتزم به من تعويض خاصة عند تعدد الفاعلين وعليه نتناول ذلك في المطلبين الآتيين-:

المطلب الأول ـ ماهية تدرج الخطأ

الفرع الأول ـ تعريف الخطأ بوجه عام

تعريف الخطأ لغة : هو نقيض الصواب، تقول اخطات وتخطأت بمعنى واحد [٥٨] وقوله تعالى : (ومن قتل مؤمنا خطأ). [٥٩]

أما الخطأ في الاصطلاح القانوني :

هو سلوك المتعاقد على نحو يتنافى مع ما التزم به ويكون المدين (الملتزم مخطأ اذا امتنع عن تنفيذ ما التزم به او تاخر في تنفيذ ذلك الالتزام اذا كان مقتضى ذلك الالتزام تنفيذه ضمن مدة محددة او نفذه بشكل معيب، اذن الخطأ العقدي هو اخلال بالتزام عقدي يقابله الخطأ التقصيري وهو الاخلال بالتزام قانوني .[٦٠]

وعدم قيام المدين في العقد بتنفيذ التزامه او تاخره به يتحقق الخطأ العقدي سواء كان ذلك عن عمد او اهمال بل ان الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه لسبب اجنبي لا بد له منه كالقوة القاهرة لكن في هذه الحالة سوف يكون السبب الاجنبي نافيا للمسؤولية العقدية لانتفاء الرابطة السببية بين الخطأ والضرر على الرغم من تحقق الخطأ العقدي وبالتالي يكون الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد ايا كان السبب في ذلك [٦١].

اما الخطأ التقصيري فهو اخلال بالتزام قانوني ونكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية لها عنصران مادي وهو التعدي وعنصر معنوي وهو الابداك و بالتالي يكون المعيار موضوعيا للخطأ فاذا ما تحقق الخطأ سواء اكان عقديا او تقصيريا وينتج عنه الضرر وكانت العلاقة السببية بينهما متحققة ترتب ازاء ذلك التعويض وقد قضت بهذا الشان محكمة التمييز العراقية بقرارا لها جاء فيه ((لا يضمن محدت الضرر اذا لم يكن مقصرا او مهملا او متعديا او متعمدا من احداثه للضرر وكان ذلك خارجا عن ارادته)) [٦٢] ونجد ان اتجاه القضاء العراقي الى عدم التقيد بمعنى واحد للخطأ إذ أخذ بالتقصير او الاهمال او التعدي او التعمد كاشكال متعددة للخطأ والسبب في ذلك يعود الى عمومية النص الوارد في المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها على انه ((كل تعد يصيب الغير باي ضرر

اخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض)) وهذا النص وان كان يقارب نص المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري التي جاء فيها ((كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)) . وكان المشرع المصري موفقا في هذا النص اكثر مما ورد في المادة (٢٠٤) مدني عراقي لانه اخذ الخطأ كاحد اركان المسؤولية التقصيرية وبشكل عام دون الاعتماد على احد صوره كما فعل المشرع العراقي في نص المادة المذكورة انفا. وساير المشرع السوري ايضا موقف المشرع المصري ازاء المسؤولية عن الافعال غير المشروعة في المادة (١٦٤) من القانون المدني السوري والتي جاء فيها ((كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكابه بالتعويض))[٦٣]

الفرع الثاني- تعريف تدرج الخطأ

عرف تدرج الخطأ بشكل نظرية قديمة نسبت خطأ الى القانون الروماني في حين انها نظرية في القانون الفرنسي القديم قسم الخطأ بموجب هذه النظرية الى ثلاثة اقسام تدرجا حسب جسامته يقابل ذلك تقسيم العقود الى ثلاثة طوائف

بموجب هذه النظرية يقسم الخطأ العقدي الى ثلاثة أقسام:

١- الخطأ الجسيم: وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل وهو اقرب ما يكون الى العمد ويلحق به.
٢- الخطأ اليسير : وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص معتاد.
٣- الخطأ التافه: وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حازم حريص.

اما العقود واستنادا الى ذات النظرية فهي تقسم الى ثلاثة طوائف:

١- عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة وفيه لا يسأل المدين الا عن الخطأ الجسيم.
٢- عقد لمنفعة المتعاقدين معا كالايجار وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير.
٣- عقد لمنفعة المدين وحده وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ التافه.

وقد انتقدت هذه النظرية من ناحيتين اولهما بالعموم كونها نظرية ليست صحيحة لان الخطأ العقدي يتمثل بالالتزام من جانب المدين نتيجة لاخلاله بالتزامه العقدي مهما كانت درجة تقصيره سواء كان متعمدا بان لا ينفذ التزامه وبالتالي يكون الخطأ جسيما او يكون يسيرا او تافها ويبقى الخطأ قائماً حتى في حالة توافر السبب الاجنبي الذي ينفى العلاقة السببية بين الخطأ والضرر اذ تنعدم المسؤولية لانعدام الرابطة السببية لا لانعدام الخطأ ، اما من ناحية التدرج ايضا انتقدت هذه النظرية بسبب الربط الحاصل بين اشكال الخطأ وانواع العقود ولهذه الاسباب هجرت هذه النظرية وهدم القانون المدني الفرنسي في المادة (١١٣٧) منه هذه التقسيمات واوجب المشرع الفرنسي في جميع العقود كاصل عام ان تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد وهذا ما اخذ به القانون المدني المصري الجديد رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ حين كان واضحا في نفيه لنظرية تدرج الخطأ فالاصل في القانون المصري هو عناية الرجل المعتاد وفق ما جاء في المادة ٢١١/مدني مصري ، ومع هذا يجوز الخروج عن هذا الاصل إما بنص القانون او بالاتفاق وقد

اخذ القانون فعلا في بعض العقود بعناية تزيد او تقل عن عناية الرجل المعتاد كالتزام البائع في عقد البيع بتسليم البيع هو التزام بتحقيق غاية والتزامه أيضاً بضمان التعرض والاستحقاق وكذلك التزام المودع عنده برد العين المودعة لديه هو التزام بتحقيق غاية [٦٤] ، كما ان المتعاقدين يجوز ان يتفقا على مقدار من العناية ازيد او اقل كذلك لهما ان يتفقا على الاعفاء من المسؤولية العقدية الا اذا ثبت من جانب المدين غشا او خطأ جسيم وفق ما جاء في المادة (٢١٧) مدني مصري .[٦٥]

وقد ساير المشرع العراقي القانون المدني المصري باعتباره احد مصادره وجاء القانون خاليا من أي اشارة لفكرة تدرج الخطأ وقد كان المشرع موفقاً في ذلك إذ أن الأخذ بهذه الفكرة (تدرج الخطأ) في قيام او انتفاء المسؤولية لا يتلائم والتطورات التقنية والتكنولوجية الحاصلة كما ان ذلك يؤدي الى امكان تخلص المدين من التزاماته وفق معايير الخطأ الحاصل بمقابلة تقسيمات العقود ولنفس الاسباب هجر الفقه هذه النظرية وبالتالي أصبح مجرد اخلال الدين بالتزاماته العقدية او القانونية يتحقق الخطأ العقدي أو التقصيري واصبح المعيار المعمول عليه هو معيار الرجل المعتاد واساسه الشخص العادي [٦٦].

المطلب الثاني ـ تأثر التعويض بمقدار الخطأ في القانون المدني العراقي

ذكرنا سابقا ان تدرج الخطأ كنظرية قديمة مهجورة بالنسبة لتأثيرها وتاثيرها على قيام المسؤولية المدنية او انتقائها الا ان ذلك لا يعني انتقاء أي تاثير لها ضمن نطاق أحكام المسؤولية ، اذ يظهر واضحا تدرج مقدار الخطأ واثره على التعويض وهذا ما اخذ به المشرع العراقي في القانون المدني اذ جعل المشرع العراقي الاساس في تقدير التعويض عنصرين هما الخسارة الحالة والكسب الفائت بمقتضى نص الفقرتين الأولى والثانية في المادة (١٦٩) مدني ويكون التعويض ضمن نطاق المسؤولية العقدية عن الاضرار المباشرة والمتوقعة وقت التعاقد الا ان المشرع وبنص الفقرة الثالثة في المادة (١٦٩) مدني جعل في جسامة الخطأ سببا مؤثرا في شكل ونوع التعويض وبمقتضى الفقرة المذكورة انفا تتوسع دائرة التعويض لتشمل الاضرار غير المتوقعة ايضا مع بقاء المطالبة بدعوى التعويض ضمن نطاق المسؤولية العقدية ومدى توافر شروطها ، وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية بقرار لها جاء فيه:

((كان على محكمة الاستئناف ان تفصل فيما اذا كان المميز عليه قد ارتكب خطا جسيما ام لا فاذا ظهر لها انه لم يرتكب خطا جسيما طبقت الفقرة الثالثة من المادة ١٦٩ مدني ، واذا ظهر عكس ذلك فلها ان تحكم بالتعويض الذي تراه مناسبا طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة ، ولما كان الحكم الاستئنافي قد خالف وجهة النظر هذه فهو يكون مخالفا للقانون قرر نقضه)) [٦٧]

كما ان المشرع العراقي وضمن نطاق المسؤولية العقدية اعطى حق للدائن (المضرور) بالمطالبة باكثر من قيمة التعويض الاتفاقي اذا جاوز الضرر هذه القيمة اذا كان المدين (المسؤول) قد ارتكب خطا جسيما بمقتضى نص الفقرة الثالثة

من المادة (١٧٠) مدني عراقي التي جاء فيها ((اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب باكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطا جسيما)).

كذلك تحتل جسامة الخطأ مكان الصدارة في حالة تعدد المسؤولين عن الضرر الحاصل إذ ساوى المشرع العراقي وبمقتضى نص المادة (٢١٧/مدني) بين الفاعل الاصلي والشريك والمتسبب وجعل الالتزام بينهم تضامنيا كل بنسبة خطاؤه والتي نصت على:

((١-اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزاماتهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الاصلي والشريك والمتسبب.

٢-ويرجع من دفع التعويض باكمله على كل من الباقين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الاحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم ، فان لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي))

وقد بنيت ملاحظات اللجنة التحضيرية للقانون المدني العراقي ازاء نص المادة اعلاه ان الاساس في تحديد نصيب أي من المسؤولين عن الضرر يكون حسب جسامة التعدي الذي وقع منه دون النظر الى ثروته [٦٨].

ان نص المادة ٢١٧ يقابل نص المادة ١٧٠ من القانون المدني السوري والمادتين اعلاه مصدرهما المادة ١٦٩ من القانون المدني المصري وأخذت بذلك المحاكم المصرية في قرارها جاء فيه ((من المقرر قانونا اذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزاماتهم بتعويض الضرر قبل المضرور الا ان يستغرق خطأ احدهم ما نسب الى الاخرين من خطا كان يكون الفعل الضار عمديا يفوق في جسامته باقي الاخطاء غير المتعمدة او يكون هو الذي دفع الى ارتكاب الاخطاء الاخرى)) [٦٩]

ولجسامة الخطأ أثر ايضا بالنسبة لاشتراك المضرور بالخطأ اذا كان احد الاسباب التي ادت الى تحقق الضرر وفي هذه الحالة سوف يكون امام خطأن خطا المسؤول وخطا المضرور وبالتالي سوف تتوزع المسؤولية بينهما ونتيجة لذلك يتوزع التعويض عليهما كل بنسبة خطأه وقد اخذ المشرع العراقي خطا المتضرر بنظر الاعتبار في تقدير التعويض بمقتضى نص المادة ٢١٠ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ((يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطاه في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سوأ مركز المدين)).

وهذا ما اقتضت به محكمة التمييز الاتحادية بقرار جاء فيه ((ان أحد الأنبوبين العائد للمميز وامام باب العمارة كان مكسورا مما سبب اضرارا في البناية اشار الخبراء الخمسة انه لا يمكن معالجتها إلا بالهدم والبناء واكدوا ان نسبة تقصير المميز من احداث الضرر كانت ٦٠% واما تقصير المدعي في حدوثها فكانت نسبته ٤٠% وقد اخذت محكمة الاستئناف بهذا التقرير بعد اقتناعها به لانه جاء مفصلا ومعللا ويصح اتخاذه سببا للحكم عليه قرر تصديق الحكم))[٧٠]

الخاتمة

إن التعويض يدور وجوداً أو عدماً مع الضرر كأصل يستند عليه ضمن القواعد العامة في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية والمحكمة تتمتع بسلطة تقدير التعويض بما يتناسب والضرر الحاصل زيادة ونقصاناً مادامت قد تحققت كافة الأركان المطلوبة للمسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية واشترط القانون أن يكون الضرر حالاً ومحقق وحدد أيضاً عناصر الضرر الواجب التعويض عنها والمتمثلة بالخسارة الحالة والكسب الفائت ويدخل ضمن ذلك تفويت الفرصة نفسها أو فرصة بديلة وإن التعويض قد يكون عيني وعند استحالة ذلك يصار إلى التعويض النقدي ((مالياً)) ويكون تقدير التعويض في أغلب الأحيان من خلال استعانة المحكمة بالخبرة الفنية اللازمة إزاء كل قضية وحسب ظروفها وملابساتها .

ومع هذا قد نجد هناك من العوامل الخارجة عن سلطة المحكمة في تقدير التعويض الكامل بعيدة عن الأركان الأساسية للمسؤولية تتمثل هذه العوامل باعتبارات لها تأثيرها المباشر والمؤثر بشكل واضح على تقدير التعويض زيادة أو نقصاناً ولكن يخرج من نطاق هذه العوامل السبب الأجنبي لأنه ينفي المسؤولية وبالتالي لا مجال لاستحقاق التعويض ، أما العوامل التي تؤثر زيادة أو نقصاً بصدد تقدير التعويض منها ما يرجع إلى المسؤول نفسه كمركزه المالي أو أهليته القانونية كما لو كان مجنوناً أو في حكم ذلك ومنها ما يرجع إلى المتضرر نفسه كأن يشترك خطأه مع خطأ المسؤول أو مركزه المالي أو التأمين من المسؤولية ، كذلك إن وقت تقدير التعويض له دور مهم في التقدير واستمراره أو انقضاءه ومن العوامل التي أخذ بها المشرع العراقي وتأثيراتها في تقدير التعويض هي أهلية المسؤول والمركز الاجتماعي للمتضرر جسامة الخطأ والتي لها الدور الأساسي في تقدير نوع التعويض ، إذ جعل المشرع العراقي وضمن نطاق المسؤولية العقدية من جسامة الخطأ سبباً لاستحقاق التعويض عن الأضرار غير المتوقعة بالإضافة إلى التعويض عن الأضرار المباشرة والمتوقعة وأعطى سلطة للمحكمة بعدم التقيد بالتعويض الاتفاقي كلما كان الخطأ جسيماً من جانب المدين ، أما ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية فقد جعل المشرع من جسامة الخطأ تأثيراً على مقدار التعويض في حالة تعدد المسؤولين أو في حالة اشتراك المضرور بالخطأ بحيث يتوزع مقدار التعويض على المسؤولين كل بنسبة خطأه .

والأخذ بمدى جسامة الخطأ كأحد العوامل المؤثرة على مقدار التعويض لا يعني اعتماد نظرية تدرج الخطأ في نطاق المسؤولية المدنية كون الأخيرة نظرية مهجورة في هذا المجال والتي كانت تعتمد على مدى جسامة الخطأ أو يسره في قيام المسؤولية أو انتفاءها ، وهذا يختلف عن موقف المشرع العراقي في القانون المدني الذي جعل من الخطأ الجسيم أو عدمه تأثير على مقدار التعويض دون أن يمس ذلك قيام المسؤولية المدنية أو انتفاءها .

الهوامش والمصادر

١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق – دراسة تحليلية – دار النهضة العربية - ١٩٨٠ ، ص٢١-٢٢ ، د.مقدم السعيد ، التعويض عن الضرر المعنوي – دراسة مقارنة – ط١ – دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع - ١٩٨٥ ، ص.٢٧
٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مصدر سابق ، ص٢٨ .
٣) د. أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٣ ، ص٣٠٠-٣٠١ ، جبار صابر طه ، أقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر – دراسة مقارنة – في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، ١٩٨٤ ، ص٤٥ وما بعدها .
٤) محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، ج١، مصادر الالتزام ، ١٩٧٦، ص١٠.
٥) د. امجد محمد منصور ، النظرية العامة للألتزامات ، مصادر الالتزام ، ٢٠٠٦ ، ص٢٥٧
٦) د. سليمان مرقس ، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، القسم الثنائي ، الأحكام الخاصة (المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن فعل الأشياء) ، ١٩٦٠ ، ص١٩٦ وما بعدها .
٧) محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص١١ .
٨) د. حسن الخطيب ، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي والمقارن ، مطبعة حداد ، البصرة ، العراق ، ص٣٠ وما بعدها .
٩) د. امجد محمد منصور ، مصدر سابق ، ص٢٥٨ .
١٠) د. حسن الخطيب ، مصدر سابق ، ص١٠٤ ، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مصدر سابق ، ص١٤٥ ، جبار صابر طه ، مصدر سابق ، ص١٧١ وما بعدها .
١١) سورة النحل ، الآية ١٢٦ .
١٢) سورة الشورى ، الآية (٤٠) .
١٣) سورة فاطر ، الآية (١٨) .
١٤) سورة النساء ، الآية(٩٢) .
١٥) د. امجد محمد منصور ، مصدر سابق ، ص٢٤٤ ، عز الدين الدناصوري ، د. عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضرر الفقه والقضاء ، القاهرة المدنية للطباعة ،١٩٨٨ ، ص٥٣-٥٤ .
١٦)د. حسن علي الذنون ، البسوط في المسؤولية المدنية ، ١٩٩١ ، ص ٣٧ .
١٧) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مصدر سابق ، ص١٤٢ وما بعدها ، د. عدنان إبراهيم السرحان ، د. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية ، الالتزامات دراسة مقارنة ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٥ ، ٣٦٤ وما بعدها .
١٨) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مصدر سابق ، ص١٤٢ وما بعدها ، جبار صابر طه ، مصدر سابق ، ص٢٢٣ وما بعدها .
١٩) المادة ٨٨٧ مجلة الإحكام العدلية : الإتلاف مباشرة هو أتلاف الشئ بالذات...." .
المادة ٨٨٨ مجلة الإحكام العدلية : الإتلاف تسببا هو إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على حري العادة .... "
٢٠) جبار صابر طه ، مصدر سابق ، ص٢٨٦.
٢١) د. سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص١٩٩ وما بعدها .
٢٢) جبار صابر طه ، مصدر سابق ، ص٢٩٠-٢٩١ .
٢٣) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٤٠٢/حقوقية/٦٦ بتاريخ ١٩٦٦/١٠/١٧ منشور في قضاء محكمة تمييز العراق المجلد الرابع ، مطبعة دار الحرية – بغداد - ١٩٧٠ – ص١٢٥.
٢٤) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٤٢٩/حقوقية/١٩٦٧ بتاريخ ١٩٦٧/٨/٥ منشور ، المصدر السابق ، ص٣٨٥ .
٢٥) د. حسن على الذنون ، مصدر سابق ، ص٣٨ .
٢٦) د. محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي _ نظرية الالتزام – ج١، مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٥ ، ص٣٧٧ وما بعدها .

٢٧) قرار رقم ٣٧/ب/٤٦ للعام ١٩٤٦/ من أرشيف القضاء العراقي في العصر الإسلامي/ منشور في مجلة القضاء العدد الأول والثاني / السنة الخامسة والخمسون/ عام ٢٠٠٠/ ص٣٤٥ .
٢٨) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام بالقانون المدني العراقي ،ج١، ١٩٨٠ ، ص٢١٧-٢١٩ .
٢٩) د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص٣١٦ وعز الدين الدناصوري ، عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص٧٨-٧٩
٣٠) د. عبد القادر الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، ٢٠٠١ ، ص١٨٥ .
٣١) د. خالد جمال احمد حسن ، النظرية العامة لالتزامات في القانون المدني البحريني ، مصادر الالتزام ، ٢٠٠١ ، ص٢٢٢ .
٣٢) جبار صابر طه ، مصدر سابق ، ص٢٩٣ وما بعدها .
٣٣) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص٢٥٩ وما بعدها .
٣٤) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص٢٦٨ وما بعدها ، جبار صابر طه ، مصدر سابق ، ص٣٦٩ وما بعدها ، سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص٦ وما بعدها .
٣٥) سورة البقرة الآية ١٩٤ .
٣٦) سورة المائدة الآية ٤٥ .
٣٧) الدكتور جاسم لفته سلمان العبودي ، المدخلات في إحداث الضرر تقصيراً مكتبة الجيل العربي ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥ ، ص١٣ .
٣٨) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٢٠٨٦ / ح / ١٩٥٦ / منشور / مجلة القضاء / لسنة ١٩٥٧ ، ص٢٣٩ .
٣٩) عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني العراقي – ج١ (مصادر الالتزام) ، الطبعة الثالثة ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٩ ، ص٥٣٣ .
٤٠) د.جاسم لفته العبودي ، مصدر سابق ، ص٢٤ .
٤١) وعلى العكس من ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري – مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – الجزء الثاني ، ص٣٩٦ – ٣٩٧ .
٤٢) الدكتور عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٩ ، ص٥٥٧ .
٤٣) فريد فتيان – مصادر الالتزام – مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٦ – ١٩٥٧ ، ص٢١٣ .
٤٤) الدكتور سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، بغداد ، ١٩٨١ ، ص١٦٣ .
٤٥) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٣٨١ / استئناف / ١٩٦٩ في ١٩٧٠/٥/١٨ النشرة القضائية ، السنة الأولى ، العدد الثاني ، ١٩٧٠ ، ص١٣١ .
٤٦) المادة (١٤٠ / أولاً) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .
٤٧) حسن علي الذنون ، أصول الالتزام ، مطبعة المعارف (بغداد) ، ١٩٧٠ ، ص٢٤١ .
٤٨) الدكتور عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ١٩٥٢ .
٤٩) الدكتور سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص١٦٦ .
٥٠) الدكتور عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص٥٦١ .
٥١) الدكتور فريد فتيان ، مصدر سابق ، ص٢٤٨ .
٥٢) غني حسون طه – الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧١ .
٥٣) د.سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص١٧٢ .
٥٤) قرار محكمة التمييز المرقم ٣٢٦ – حقوقية ثالثة – ١٩٧٠ بتاريخ ١٢ / ٥ / ١٩٧٠ ، النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الأولى ١٩٧٠ ، ص١٣٥ .

٥٥) الدكتور أحمد السيد هادي ، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص١٤٦ .
٥٦) الامام اسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصحاح ، اعتنى به خليل مامون شيما ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الطبقة الأولى، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م، ص ٣٠٢.
٥٧) سورة النساء ، الاية ٩٢.
٥٨) د. حسن علي الذنون د.محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والمقارن، ج١، دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص٢٠٥.
٥٩) د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦، ص٢٥٣.
٦٠) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٤١٣ ٦٨ بتاريخ ٧-٦-١٩٦٨ منشور في المجلد الخامس من قضاء محكمة تمييز العراق، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧١، ص٣٠٣.
٦١) القانون المدني المصري، رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٦٢) القانون المدني السوري الصادر بتاريخ ١٨-٥-١٩٤٩.
٦٣) المواد (٤٣١، ٤٣٧، ٤٣٨) و (٤٣٩، ٤٤٧) و (٦٤٢) من القانون المدني المصري وتقابلها المواد (٥٣٦) و (٥٤٩) و (٩٦١) من القانون المدني العراقي .
٦٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٥٤٤ .
٦٥) د. مقدم السعيد ، مصدر سابق ،ص.٣١
٦٦) قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٦٨/١٦١٠ بتاريخ ١٩٦٩/٩/٢٤ منشور في مجلة القضاء العدد الأول السنة الخامسة والعشرون ، ١٩٧٠ ، ص .١٠٨
٦٧) سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، الجزء الأول ، مركز الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦٢ ، ص.٢٩٣
٦٨) سعيد احكم شعلة ، قضاء النقض المدني ، دعوى التعويض ، منشاة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٨ ،ص.٢٥
٦٩) سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص .١٨١
٧٠) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد ١٠١٠ عقار/٢٠٠٧ بتاريخ ٢٠٠٧/٥/١٥ (غير منشور).