اثر درجة جسامة الخطأ في تقدير التعويض

أ. د. عزيز كاظم جبر الخفاجي

نبذة عن الباحث :
الاستاذ المتمرس الدكتور في القانون الخاص ، كلية القانون جامعة الكوفة .

شيماء عقيل متعب

نبذة عن الباحث :
طالبة ماجستير

تاريخ استلام البحث :
٢٠١٨/١٢/٠٦
تاريخ قبول النشر :
٢٠١٩/٠١/٢٨

الكلمات الافتتاحية :
جسامة الخطأ، التعويض، الضرر، المسؤولية.

مقدمة:

تعدُّ المسؤولية المدنية من اهم موضوعات القانون المدني ، التي أثارت جدل الفقهاء حول الكثير من مسائلها لاسيما مسألة وظيفة هذه المسؤولية ، وهل يستند التعويض فيها إلى خطأ المسؤول أم إلى الضرر ، فرغم أنَّ أكثر القوانين تبنت فكرة التعويض الكامل ، نجد الكثير من التطبيقات أخذ بها المشرع العراقي جسامة الخطأ أثناء تقدير التعويض ، بينما نجد اكثر الفقهاء يميل الى رفض وجود الخطأ الجسيم لأنَّ الخطأ واحد مما ادى الى ظهور فكرة وحدة الخطأ ، أمّا بالنسبة للتشريعات الحديثة فقد تمسكت بهذه الفكرة وجعلت لها مجال كبير بالتطبيق حيث عدّت الخطأ أهم ركن تقوم عليه المسؤولية المدنية ، فهو الفعل الذي يقوم به محدث الضرر وهو يقابل السلوك المادي في القانون الجزائي وتترتب نتيجة لذلك الفعل المسؤولية المدنية، وبالتالي أدّى ذلك إلى اختلاف الفقهاء أيضاً حول معيار الخطأ ، فمنهم من يأخذ بالنظرية التقليدية للخطأ إذ يتحقق بتوافر عناصره ، ومنهم من يعول على نظرية تحمل التبعة ، أمّا المُشرِّع العراقي

نستطيع القول انه عدَّ كل فعل ضار يلزم محدثه بالتعويض سواء كان هذا الخطأ جسيم ام يسير ، إلا أنه نجد المحاكم في بعض الأحيان تأخذ بنظر الاعتبار جسامة خطأ المسؤول أثناء تقدير التعويض عن المسؤولية التقصيرية ، دون ان تصرح بذلك في حيثيات حكمها خوفاً من تعرض حكمها للنقض ذلك لان مسألة الاعتداد تشريعياً بجسامة الخطأ اثناء تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية لم تُنظم تشريعياً في قانوننا .

سوف نتناول في مقدمة هذا البحث مجموعة من النقاط الرئيسة، التي سوف تحدد اتجاه البحث، إذ سنبين أصل الدراسة و مشكلة البحث، ومن ثم ننتقل لتوضيح الاسئلة البحثية والتي تشمل على السؤال المركزي والاهداف البحثية ،ثم نتطرق إلى أهمية البحث ،ونتطرق إلى منهجية البحث واخيراً نورد خطة البحث .

اولاً : أصل الدراسة

يعدُّ الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية ، والركن الاول من أركانها ، بل هو شرط ضروري لتحققها وذلك لأنه لا يكفي أن يحدث الضرر بفعل شخص حتى يلتزم بتعويضه، وانما لابد من ان يكون الضرر ناتج عن خَطَئِه، فيتمسك المتضرر به ويقيم الدليل عليه ،ويختلف الخطأ حسب درجاته ، فرغم ان الفقه القانوني هجر نظرية تدرج الخطأ واخذ بنظرية وحدة الخطأ ، إلا أننا نجد لها الكثير من المظاهر أو التطبيقات في الكثير من القوانين ومنها القانون العراقي، والتي ترجع جذورها إلى القانون الروماني وخاصة في عصر الامبراطورية السفلى ، حيث قُسِّم الخطأ فيه إلى جسيم ويسير وتافه .

ثالثاً : مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في غياب الأساس التشريعي الذي يعتمده القاضي لتقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية ، في حالة ارتكاب الفاعل غشاً او خطأً جسيماً ، حيث نجد المشرع العراقي نظم تلك المسألة في نص المادة ١٦٩ مدني عراقي الخاصة في المسؤولية العقدية فقط .

وبالتالي فأن هذا القصور التشريعي اصبح يلقي بظلاله على ما يُصدّره قاضي الموضوع من أحكام مختلفة في قضايا متشابهة ظاهرياً ، محاولاً معالجة سد النقص وازالة الغموض باحثاً عن العدالة ،حتى وان كان ذلك بالخروج عن النص القانوني الذي حدد قاعدة ثابتة في التعويض ، وهو نص المادة ٢٠٧ مدني عراقي وهذه القاعدة، أن (الاصل في التعويض ان المحاكم لا تقيم وزن لجسامة خطأ الفاعل وانما تنظر إلى ما لحق المتضرر من ضرر)، لكن دون ان يصرح القاضي عن ذلك في حيثيات حكمهُ خوفاً من تعرضه للنقض ، وذلك لان مسألة الاعتداد بجسامة الخطأ لم نجد ما يشير اليها في قانونا. وهذا ما سوف نعالجه في بحثنا .

رابعاً :الاسئلة البحثية

والتي تشتمل على السؤال المركزي والذي يتفرع إلى مجموعة من الأسئلة البحثية التي تمثل الاجابة عليها الخطوط العريضة لحل المشكلة البحثية .

السؤال المركزي

ما هو أثر جسامة الخطأ في تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية ؟

الاسئلة الفرعية

١ – ماهي فكرة الخطأ الجسيم؟

٢- هل أنَّ الاعتداد بجسامة الخطأ في تقدير التعويض مخالف للأصول القانونية التي تحكم فكرة التعويض؟

٣-ماهو مدى سلطة قاضي الموضوع في تقدير التعويض مع غياب النص القانوني لأثر الخطأ الجسيم في المسؤولية التقصيرية ؟

الاهداف البحثية :

والتي تنقسم إلى مجموعة من الأهداف الفرعية التي يمثل تحقيقها الوصول إلى غاية البحث .

الهدف المركزي

بيان أثر جسامة الخطأ في تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية .

الأهداف الفرعية

١-تحديد فكرة الخطأ الجسيم .

٢-بيان كيفية الاعتداد تشريعياً بجسامة الخطأ في تقدير التعويض .

٣-بيان الدور الايجابي لقاضي الموضوع في تقدير التعويض مع غياب النص القانوني.

خامساً: أهمية البحث :

الأسباب التي تستدعي دراسة هذا الموضوع :-

١-ما نجده من الغموض الذي يكتنف فكرة الخطأ الجسيم ،وتركها تارة والعمل بها تارة أخرى من قبل بعض التشريعات ومنها التشريع العراقي وذلك بسبب غياب النص القانوني الذي يُنظم هذه المسألة .

٢-وتتجلى اهمية الموضوع في نقطة الشد والتوتر الذي نراه في المحاكم العراقية وذلك من خلال جانبين مهمين ، الجانب الأول وهو حرص القاضي وتجنبه الامتناع عن اصدار الحكم في النزاع المعروض أمامه بحجة غموض النص او غيابه لأنه يعدُّ منكراً للعدالة، ومن جانب اخر لا يستطع القاضي خلق قواعد جديدة فهذه مهمة المشرع لا القاضي لذلك نراه يحاول دائماً الخروج عن النص القانوني من أجل سد ذلك القصور التشريعي من أجل تحقيق العدالة.

٣-على الرغم من تمسك التشريعات الحديثة بفكرة الخطأ الجسيم حيث افردت له مساحة واسعة في التطبيق، لكنها اختلفت حول مسألة الاعتداد بتلك الفكرة تشريعياً، وكذلك لم تضع له معياراً محدداً تميزهُ عن الخطأ العمد والخطأ غير العمد الامر الذي أدّى إلى اختلاف الرأي بشأنه . هذا ما جعلنا نتناول تلك الفكرة في القانون العراقي .

سادساً:منهجية البحث

ان طبيعة الموضوع هي التي تفرض نوعية المنهج الواجب الاتباع، ودراستنا لهذا الموضوع تعتمد على المنهج الاستقرائي فقد قمنا بتتبع آراء الفقهاء في القانون المدني العراقي والقانونين الفرنسي و المصري وذكر الخلاف الموجود

سابعاً:خطة البحث

من اجل الاحاطة بموضوع البحث ، وجدنا انه من الضروري تقسيمه الى مبحثين ، الاول نخصصه لتحديد فكرة الخطأ الجسيم ، ذلك من خلال تقسمه الى مطلبين ، الاول يخصص لماهية الخطأ الجسيم ، و المطلب الثاني لموضع الخطأ الجسيم بين مجموعة الاخطاء ،في حين سيخصص المبحث الثاني لغياب النص القانوني لاثر الخطأ الجسيم في المسؤولية التقصيرية والذي يُقسم الى مطلبين ، المطلب الاول يخصص لبحث الاساس القانوني لاثر الخطأ الجسيم في القانون العراقي ،والمطلب الثاني لتطبيقات المحاكم العراقية للخطأ الجسي

المبحث الاول : تحديد فكرة الخطأ الجسيم

فكرة الخطأ الجسيم فكره قديمة تعود جذورها إلى القانون الروماني ،وخاصة في عصر الامبراطورية السفلى وقد حاول الفقه الحديث انكار هذه الفكرة، فعندما نرجع إلى تأريخ الخطأ نجد أن نظرة الفقه القديمة له محدودة جدا، أذ قسمت الخطأ إلى نوعين خطأ عمد وخطأ غير عمد ، وقد توسعت هذه النظرة في التشريعات الحديثة ، مما أدى إلى تقبل فكرة الخطأ الجسيم.

وللإحاطة اكثر بهذه الفكرة التي ثار حولها خلاف الفقهاء ، سوف نقسم المبحث إلى مطلبين ،الاول نخصصه لماهية الخطأ الجسيم ، اما المطلب الثاني سيكون لموضع الخطأ الجسيم بين مجموعة الاخطاء الاخرى .

المطلب الاول: ماهية الخطأ الجسيم

لابد لنا وقبل الولوج في عملية البحث عن الأثر الذي يترتب على ارتكاب الخطأ الجسيم ، وكيفية تأثيره على تقدير التعويض ،من ان نتعرف على ماهية الخطأ الجسيم، والمعيار الذي يقاس به ، وكذلك تميزه عما يشتبه به، من أجل ان يكون له مفهوم واسع ومستقل في جميع القوانين ،لذلك قسمنا المطلب إلى فرعين ، الاول لتعريف الخطأ الجسيم ، والفرع الثاني لمعيار الخطأ الجسيم .

الفرع الاول: تعريف الخطأ الجسيم

قبل أن نعرف الخطأ الجسيم لابد من معرفة مفهوم الخطأ بوجه عام ، فالخطأ لغة :ضد الصواب إي الانحراف عن الصواب ،وتقول اخطأت أو تخطأت بمعنى واحد[١]. والخطأ: ما يتعمد ، والخطيئة :النبذ اليسير من كل شيء[٢]. يقال أخطأ الطريق عدل عنه ، واخطأ الرامي الغرض أي لم يصبه [٣].

أما الخطأ اصطلاحا :فقد كثر الجدل حول تعريفه فلم يجمع الفقهاء على تعريف موحد له ، فتعددت الافكار وتنوعت التعاريف التي طرحت بشأنه ،وسوف نتناول البعض من تلك الأفكار والتعاريف .

عرفه البعض بأنه (العمل الضار غير المشروع أي العمل المخالف للقانون)[٤].

نجد أن هذا التعريف حدد الخطأ بأنه كل عمل غير مشروع يحرمه القانون فلكي نتيقن من كون الفعل خاطئ أو لا كان لابد ان نتعرف على جميع الأعمال التي تخالف القانون .

وعرف ايضا بأنه (هو الاضرار بحق دون ان يكون في وسع المعتدي ان يعارضه بحق أقوى أو مماثل له) وهذا يفترض في ان للخطأ أمرين احدهما في جانب الضحية اذ يقع على حق من حقوقها والأخر في جانب الفاعل يقتضي ان لا يتمسك بحق يعادل حق غيره او أقوى منه [٥].

ورأي أخر يرى ان الخطأ ما هو إلا إخلال بواجب كان لابد من مراعاته . فإذا ارتكب هذا الاخلال بصورة عمديه نكون أمام جريمة مدنيه، أمَّا اذا وقع الخطأ بدون تعمد نكون أمام ما يسمى في لغة القانون بشبه الجنحة. فالخطأ اذاً يتكون من عنصرين مادي ومعنوي . المادي وهو الإقدام على مخالفة ذلك الواجب . ومعنوي هو التعمد على ارتكاب ذلك الأخلال [٦].

وعرف أيضاً بأنه (إخلال بالتزام سابق) وهذا التعريف على الرغم من أنه يُعدُّ من اهم التعاريف التي تبناها الكثير من الفقهاء ألا أنه حصر الالتزامات التي تُعدُّ مخالفتها خطأ في أربع أنواع وهي الابتعاد عن الغش، وترك العنف، وكذلك أتخاذ الحيطة والتبصر أثناء قيامه بواجب الرقابة سواء على الأشياء أو الاشخاص .فهذا التعريف غير شامل فهناك الكثير من الحوادث في الحياة تنطوي على ارتكاب الخطأ عن طريق الاخلال بالتزام لكن لا يشترط أن يكون من بين تلك الالتزامات . التي حددت بالتعريف [٧]. أما ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا بالنسبة لتعريف الخطأ انه (اخلال بالتزام قانوني ببذل عناية .وهو ان يراعي الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بغيره. فالخطأ هو انحراف الشخص عن السلوك الواجب عن ادراك وتميز) [٨]. فعلى كل شخص بذل العناية اللازمة وان يتخذ الحيطة والحذر من أجل تلافي الاضرار بالغير .

وبعد ان عرضنا الآراء الفقهية لتعريف الخطأ ينبغي التصدي لتعريف الخطأ الجسيم وذلك من أجل وضع خطوط تحدد المعيار ألذي يعتمد لقياسه . خاصه في حالة غياب النص القانوني الذي يحكمه في بعض الحالات .والتي لا تشكل مخالفه للقانون في الوقت نفسه وهنا يدق تعريف الخطأ الجسيم .

الخطأ الجسيم لغة :جسم الشيء أي عظم فهو جسيم .والجسم : الأمور العظام . والأجسم : الأضخم . والجسيم : ما ارتفع عن الارض وعلاه الماء [٩].

اما في الاصطلاح فقد عرف الخطأ الجسيم بأنه (كل إخلال بواجب جوهري ينحرف فيه من أرتكب الخطأ بعيدا عن السلوك ألمتوقع من الشخص ألعادي)[١٠].

إذاً الخطأ الجسيم هو ذلك الخطأ الذي يحدث بسبب مخالفة واجب جوهري، إذ يكون سلوك من ارتكبه بعيدا كل البعد عن سلوك الشخص العادي، أي سلوكه المتوقع متجاوز الدرجة المعتادة التي يتوقعها الناس .لكنه مع ذلك توقع حدوث الضرر الناتج عن فعله، دون ان يتوقف عن ارتكابه الفعل الضار رغم انه لم يتعمد حصول الضرر، وعرف أيضا (ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه أقل الناس علما واكثرهم بلاده وجهلاً وهو خطأ يتعارض مع حسن النية ولذا لحق بالغش وعُومل معاملته) [١١] . وعرف أيضا بأنه الخطأ

(الذي لا يرتكبه الشخص قليل الذكاء والعناية [١٢]. أي انه ذلك الخطأ الذي ينتج عن عدم بذل العناية والحيطة في شؤون الغير بقدر لا يمكن لأقل الناس ذكاء ان يغفله .وعرف كذلك بأنه (ذلك الخطأ اللفظ الغليظ الذي لا يرتكبه اكثر الناس اهمالاً او غباوة، بصرف النظر عن كونه مقصود او غير مقصود، متعمداً او غير متعمد، وان فاعل هذا الخطأ لم يرد ايقاع الضرر ولم يرفض تنفيذ العقد ولكنه في سلوكه وكأنه اراد ذلك)[١٣] .

يلاحظ من التعريفات السابقة ان الخطأ الجسيم لا يرتكبه إلا الشخص قليل العلم والدراية الذي ينحرف عن سلوك الإنسان العادي لذلك لحق بالغش وعومل معاملته .

وإن أصل فكرة معاملة الخطأ الجسيم معاملة الغش تعود إلى القانون الروماني فقد برر الرومان موقفهم هذا لسببين ،الأول لصعوبة إثبات الغش أما الثاني وذلك من أجل استقرار المعاملات وعدم إعطاء فرصة لمرتكب الغش أن يتظاهر بالغباء تهربا من جزاء ارتكابه الغش [١٤].

فكان الرومان هم أول من عرف فكرة الخطأ الجسيم وألحقوه من حيث الآثار في التزامات حسن النية . فأصبح المدين مسؤولا عن غشه وخطئه الجسيم معا [١٥]،ثم انتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسي القديم وأصبحت لها منزلتها بالنسبة لنظرية تدرج الخطأ الا انه ما اتفق عليه الفقه ان هذه الفكرة استبعدها قانون نابليون الا انها عادت في مرحلة لاحقة على يد القضاء الفرنسي[١٦].

أما في القانون المعاصر فقد عولت المحاكم على الخطأ الجسيم في الكثير من المسائل ومنها ما يرتبط بمسؤولية الأطباء أو أمين نقل الركاب في النقل المجاني، وجميع اصحاب المهن الحرة الذين لا تتحقق مسؤوليتهم إلّا بإثبات الخطأ الجسيم[١٧]، وسيأتي تفصيل ذلك لاحقا عندما نتناول تطبيقات المحاكم الفرنسية والمصرية للخطأ الجسيم .

نستخلص من كل ما سبق ان تحديد فكرة الخطأ الجسيم ليس بالأمر البسيط .فالخطأ الجسيم ليس له فكرة محددة في التشريعات الحديثة، فمرة يُقصد به الخطأ الذي يبلغ من الجسامة درجة كبيره ناتجه عن أهمال وعدم تبصر الفاعل وتارة أخرى نجد تلك الجسامة تجعل من الممكن افتراض سوء النية بجانبه .

الفرع الثاني: معيار الخطأ الجسيم

اختلف الفقه بشأن تحديد المعيار الذي يقاس به الخطأ الجسيم، فمنهم من كان يرجح الأخذ بالمعيار الشخصي الذاتي فمن أجل تحديد ما أذا كان الخطأ جسيم أم لا كان لابد من الرجوع إلى الظروف الملابسة التي تحيط بالمسؤول . أمّا الاتجاه الثاني يرجح الأخذ بالمعيار الموضوعي والذي يستلزم قياس سلوك المدعي عليه بسلوك الرجل المعتاد مع الأخذ بنظر الاعتبار الظروف الملابسة التي تحيط بالمسؤول وحسب تقدير المحكمة [١٨].

إذاً ما هو المعيار الذي يقاس به الخطأ هل هو المعيار الموضوعي الذي يحتم على القاضي ان يقارن سلوك الفاعل بسلوك الرجل العادي ؟ أم أنّه المعيار الشخصي الذي يركز محور عمله على شخص الفاعل وقدرته الذهنية ؟

فالمعيار الشخصي يأخذ بعين الاعتبار ظروف الفاعل وقدراته ،أي النفاذ إلى دخائل المدعي عليه ،من أجل استخلاص صفاته الخاصة لكي نصل إلى ما يجول في مخيلته

وفكره وما ينتاب ضميره ، فهذا المعيار يؤدي إلى جعل الخطأ فكرة ذاتية محضة لأنه يجعلنا ندخل في خفايا نفس الإنسان وضميره، فلا يمكن الحكم عليه بتعويض اذا اثبت لنا ان هذه النوايا لا غبار عليها وإنها سليمة [١٩].

فمن الممكن أن يكون الشخص الذي ارتكب الخطأ ، غير مدرك أو غير متوقع لحدوث النتيجة الضارة أو لم يكن قادر على ان يتوقع أو يتدارك الأضرار الناتجة عن فعله الخاطئ ، أو كان التصرف الذي أقدم عليه هو من عاداته التي تعود أن يقوم بها دائما [٢٠].

فكيف لنا أن نحاسب شخص على تصرفاته الضارة ، إذا كان غير مدرك أو كان قد درج على الفعل ظناً منه انه فعل صائب ؟

فمثلا لو كان الفعل الذي تسبب بالحادث صدر عن طبيب تجاه المريض ،فهنا القاضي يتساءل إثناء معرض تقويمه لتصرف الطبيب وبحثه عن ما اذا كان الطبيب قد اتخذ الحيطة والحذر اللذين اعتدادهما في مثل هذا الوضع الذي وجد فيه ،بمعنى اخر هل كان تصرفه ناتج عن اهمال في اتخاذ الحيطة والحذر اللذين يتخذهما في الحالات المماثلة [٢١]،فمسائلة القاضي للطبيب حسب هذا المعيار فيه نوع من الصعوبة والتعقيد لأنه من الصعب الدخول إلى أعماق الإنسان لمعرفة ما يخالج نفسه وفكره، لان قضية معرفة دواخل النفس تختلف من حالة إلى أخرى رغم تقارب تلك الحالات .

اذاً كان لابد من الرجوع إلى المعيار المجرد الذي يقاس به الخطأ حسب الفعل الخاطئ الذي يصدر من الفاعل ، وليس إلى شخصية الفاعل ، فيجب أن تكون هناك موازنه بين سلوك المسؤول الذي أدّى إلى حدوث الضرر مع سلوك شخص عادي ،أي انه تقاس درجة الإهمال وعدم التبصر بما يجب ان لا يصدر عن ذلك الرجل الذي يسمى رب الأسرة الحريص، فيعدُّ خاطئ كل من ينحرف عن سلوك هذا الشخص النموذجي [٢٢].

فهذا الشخص هو من أواسط الناس وهو لا يكون ذكي إلى درجه بحيث يوصف انه صاحب الذكاء الخارق ولا يكون مهمل إلى درجه يقال عنه انه إنسان غبي اعتاد الإهمال ، فهو نفس النموذج الذي يقاس به الخطأ العقدي عندما يكون التزام المدين التزام ببذل عناية [٢٣].

وهذا المعيار يعدُّ أكثر دقه وأكثر استقرار لجميع الأفكار القانونية التي تتناولها فكرة الخطأ ،وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا ، وإن الأخذ بمعيار آخر يُعدُّ خروجاً عن تقاليد القانون المدني الفرنسي القديم والذي نص عليه في المادة ١١٣٧ [٢٤]، إذ ألزم القاضي دائما بالبحث عن سلوك المدعي عليه هل خرج عن سلوك الشخص العادي أم أنَّهُ متفق معه ، ولقد تبنى القانون الفرنسي القديم هذا المعيار بالنسبة للمسؤولية العقدية ، لكن من خلال الرجوع للمناقشات التي دارت حول المادتين (١٣٨٣-١٣٨٢)نجد ان المشرع الفرنسي أراد تطبيق هذا المقياس حتى في المسؤولية التقصيرية ، أمّا موقف المشرع العراقي والمشرع المصري فبالرجوع إلى النصوص القانونية ٢٠٤ مدني عراقي والمادة المقابلة لها ١٦٣ مدني مصري والتي مفادها ان كل خطأ او تعدي يسبب ضرر للغير يوجب التعويض على من ارتكبه ، فثمة واجب يفرض على الكافة وهو عدم الإضرار بغيره فعلى الجميع التزام التبصر أثناء قيامه بأي تصرف وأن لا يخرج تصرفه عن سلوك

الرجل المعتاد ، إذاً اتفق كل من القانونين العراقي والمصري على مسألة ترك تقدير الخطأ للقاضي متخذاً من الشخص العادي الذي تحيط به نفس ظروف الفاعل الخارجية سواء المكانية منها او الزمانية [٢٥]، كنموذج يقاس به الخطأ التقصيري .

أما بالنسبة لظروف الفاعل التي تحيط به، والتي يفترض أنها نفس الظروف التي تحيط بالشخص المعتاد ، فقد تباينت الآراء بشأنها فذهب غالبية الفقهاء والقضاة إلى الأخذ بنظر الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة بالفاعل كظرفي الزمان والمكان، وعدم الأخذ بالظروف الداخلية التي تتعلق بشخصه من صحة وثقافة وحالة عصبية وسن وجنس وطباع ، فلو افترضنا صدور تصرف خاطئ من سائق معتاد تحيط به نفس الظروف الخارجية التي تحيط بالفاعل فلو كان يسير في شوارع مزدحمة أو منعطفات ضيقة أو ظلام أو فوق ارض مبتلة فإن هذه الظروف تفرض عليه قدراً من اليقظة والانتباه يفوق ما يطلب منه في الظروف الاعتيادية، فإذا كان السلوك الذي سلكه السائق كمسلك السائق المعتاد المحاط بنفس ظروفه الخارجية نفي الخطأ عنه ، أما أذا كان دون ذلك يُعدُّ خاطئاً [٢٦].

فالشخص الذي يُتخذ كنموذج للقياس لا يكون شخص خيالي ،لا تحيط به نفس ظروف الفاعل سواء الزمانية أو المكانية فهذا إنسان غير موجود لذلك كان لابد من تحديد معيار محدد تتحدد من خلاله الظروف التي يوضع فيها هذا الإنسان المجرد ، وبالتالي نضعه في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمدعي عليه دون الاكتراث بالظروف الداخلية .

وبالرجوع إلى الواقع العملي نجد ان ذلك الرجل العادي هو القاضي ،حيث يضع نفسه مكان الفاعل والزمان الذي حدث فيه الفعل الخاطئ ،ثم يتساءل لو كانت نفس ظروف الفاعل تحيط به هل ارتكب نفس الخطأ الذي ارتكبه الفاعل ؟ فما هو التصرف الذي كان يتصرفه لو كان في مكانه ؟ فيجب ان يكون الحكم الذي يصدره القاضي حكم مبني على قواعد العدالة [٢٧]، فيرى الباحث ان ذلك يتطلب اتخاذ معيار للخطأ مرن ودقيق ، أي لا يكون جامداً مما يؤدي إلى إصدار أحكام ظالمه ،وبالتالي نجد ان المعيار الموضوعي هو المعيار المناسب الذي يُقاس به .

المطلب الثاني : موضع الخطأ الجسيم بين مجموعة الأخطاء

لما كانت فكرة الخطأ الجسيم غير واضحة او غير محددة في التشريعات المدنية الحديثة ،لذا كان يجب أن نجد صورة واضحة له تميزه من بين بقية الأخطاء الأخرى ، وذلك من أجل وضعه في إطار خاص به ، وبالتالي يصبح له مفهوم واضح في جميع القوانين الحديثة، ومن أجل تحقيق هذه الغاية لابد من معرفة مكانته بين مجموعة الأخطاء وعليه نقسم المطلب الى ثلاثة فروع سنبحث في الفرع الاول منها الخطأ العمد وغير العمد والفرع الثاني للخطأ غير المُغتفر،والفرع الثالث للغش .

الفرع الاول : الخطأ العمد والخطأ غير ألعمد

يحتل الخطأ العمد الدرجة الأولى من درجات الخطأ من حيث الشدة ،فهو يقع في المرتبة الأولى بالنسبة لتسلسل الأخطاء ، وذلك بسبب الرغبة لدى مرتكبه في تحقيق النتيجة

ألا وهي الإضرار بغيره ، فعرف الخطأ العمد بأنه (إخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بغيره)[٢٨].

فقد عدَّتْ محكمة النقض الفرنسية ان حفر بئر رملي القاع من قبل مهندس معماري ، خطأ عمدياً ذلك لان المهندس خالف القواعد العامة للصحة والسلامة فأدى الخطأ الذي أرتكبه إلى تسرب الماء تحت الأرض ، متعمدا إخفاء كون البئر رملي القاع عند تقديمه طلب الترخيص ،فهو علم بخطورة فعله لكنه تعمد ارتكاب الخطأ[٢٩].

فعليه يجب ان لا نخلط بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم ، فالأول هو انحراف في سلوك الشخص العادي وذلك لأن مرتكبه أراد الفعل وأراد النتيجة ،أما لمرتكب الخطأ الجسيم فنجده دائما يفترض الإهمال الشديد في جانبه ،بالنسبة لتوقعه نتيجة فعله الذي بلغ درجة من الجسامة يسبب الإضرار للغير مع عدم توفر النية لحصول ذلك[٣٠].

إذاً ما هو معيار التفرقة بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم ؟هل هو معيار موضوعي أم معيار شخصي ؟

إنَّ أمر الإثبات في هذا الصدد يقع على عاتق المسؤول ،فمهما كانت درجة جسامة الخطأ الذي صدر منه عليه ان يثبت انه لم يكن ليقصد حدوث النتيجة الضارة، أي لم تتجه إرادته إلى نية الإضرار بغيره ،فان لم يستطيع ان يثبت ذلك دخل الخطأ الجسيم في دائرة الأخطاء العمدية التي أراد مرتكبها الفعل والنتيجة معاً[٣١]. يرى الباحث ان معيار التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ العمد هو معيار شخصي يتعلق بإرادة الفاعل ونيته فيرجع من خلاله للظروف والملابسات الخاصة بالمسؤول .

أما بالنسبة لموقف التشريعات من الخطأ العمد ،فقد ألحقه القانون المدني الفرنسي بالغش بالنسبة لقانون التأمين لعام ١٩٣٠ ، ففي حالة ارتكاب المؤمن له خطأ عمديا فلا يعوضه المؤمن ، وعُدَّت هذه قاعدة آمرة لا يمكن مخالفتها ،ونص على ذلك في المادة١٢ من هذا القانون ، وكذلك نص عليه في المادة ١٧ من قانون ١٩٤٦ ، للعامل الذي أصيب أثناء العمل ان يرجع على رب العمل وكذلك على من تسبب بإصابته أذا لم يحصل على تعويض كافي من رب العمل [٣٢].

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي فقد أستعمل تعبير الخطأ ألعمد في العديد من المواد والنصوص ، ومنها المادة ٥٦٨ /٢التي أشارت إلى بطلان الشرط الذي يؤدي إلى سقوط الضمان إذا ما تعمد البائع إخفاء العيب ، والمادة ١٨٦ / والتي أشارت إلى حالة اجتماع المباشر والمتسبب فالضمان يكون على المتعدي او المتعمد أما إذا ضمنا معاً فهما متكافلين في الضمان [٣٣].

أما بالنسبة للخطأ غير العمد أو خطأ الإهمال ،والذي يعرف(بأنه إخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المخل هذا الإخلال دون قصد الإضرار بغيره)[٣٤]. من خلال التعريف نجد ان الخطأ غير العمد يتكون من عنصرين وهما التميز والادراك والذي يقدر تقديرا شخصيا ، أما العنصر الثاني وهو الإخلال بواجب قانوني يقتضي تعين مدى الواجب القانوني الذي كان واقعا على عاتق الفاعل في الظروف التي ارتكب فيها الفعل الضار ، وإن الخطأ غير العمد على درجات فمنه ما يكون جسيم ومنه ما يكون يسير أو خطأ غير

مغتفر، وبما انه إخلال بواجب قانوني فان التفاوت في درجاته يكون حسب مضمون تلك الواجبات القانونية لافي الخطأ ،ذلك لان الخطأ يتحقق بمجرد أي إخلال بتلك الواجبات [٣٥].
ومن أجل ان يتجنب الإنسان ما يحدثه لغيره من إخلال دون أن يكون قصده ذلك كان لابد ان يتخذ الحيطة والحذر وهذا ما تفرضه العلاقات بين الناس ، من أجل تحقيق الاستقرار وتنظيم التعايش بين افراد المجتمع ،فان أي إخلال بالواجب يصدر من فرد من أفراده يعدُّ عملاً غير اجتماعي ،بالتالي ينعكس على المجتمع فيحاسب من ارتكبه تجاه من تضرر بذلك لأنه تعمد حصوله[٣٦]، لذلك من المنطق ان يتجنب كل شخص الإخلال بالواجب القانوني وبالتالي يتجنب الوقوع في الخطأ بأي درجة من درجاته هذا ما يمليه العقل والتصرف السليم .

الفرع الثاني : الخطأ غير المغتفر

لم يرد هذا النوع من الخطأ إلا في التشريع الفرنسي الخاص بإصابات العمل المعدل الصادر في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ فقد أشارت إليه المادة٤٦ في فقرتها الثانية من هذا القانون والتي تتضمن انه في حالة إصابة العامل نكون هنا أمام حالتين ،الاولى اذا كان سبب الإصابة هو خطأ صاحب العمل فيكون للعامل أن يحصل على تعويض يضاف إلى التعويض المحدد في القانون ، أمّا الحالة الثانية حالة كون الإصابة حدثت بسبب خطأ العامل الذي لا يغتفر فيحصل على تعويض اقل مما هو محدد قانونا [٣٧].

فلم نجد أي تعريف للخطأ غير المغتفر ولم يحدد القانون الفرنسي ما المقصود بتلك التسميه ،لكن عرفته محكمة النقض الفرنسية ،(بأنه خطأ ذو جسامه استثنائية ناجم عن فعل او امتناع ارادي مع ادراك فاعله بخطره وانعدام كل سبب يسوغه، ويتميز عن الخطأ العمدي بتخلف عنصر القصد فيه)[٣٨].

إذاً فالخطأ غير المغتفر هو خطأ اقل من الخطأ العمدي وأشدُّ من الجسيم ، فالذي ارتكبه يكون قد ارتكب خطأ فاحشا بلغ حداً استثنائياً من الجسامة إلى درجه لا يعلو عليه خطأ آخر ، ويكاد يصل إلى درجة الغش [٣٩].فالخطأ غير المغتفر عادة ما يصدر من رب العمل الذي لا يبالي بسلامة عماله من الخطر في حالات كثيره ،مثلا عدم صيانته للمكائن والآلات التي يشتغل عليها عماله مما يعرضهم للأخطار ، فهذا يعدُّ استهانة من قبل رب العمل بحياة عماله ،وكذلك في حالة وضعه ماده سريعة الاشتعال بالقرب من مكان العمل الذي يتواجد فيه عماله، فهذا يعدُّ مخالفاً للقوانين واللوائح خاصة وانه لم يجهز المكان بآلات الإطفاء لاستخدامها في حالة حدوث حريق[٤٠].

نستنتج مما سبق ان الخطأ غير المغتفر هو أشدُّ أنواع الإهمال أو الأخطاء غير العمدية من حيث مقدار الجسامة ،ولكن لا يتساوى مع الخطأ العمدي لعدم توافر نية الإضرار بغيره، فهو إذاً يحتل مكانه وسط بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم ،وان الخطأ غير المغتفر لا يوجد له أي تعبير او تعريف في القانون العراقي ،لذلك لحق بالخطأ الجسيم وعومل معاملته .

الفرع الثالث : الغش

الغش ذلك العمل الذي يتعمد فيه الشخص الإضرار بحقوق شخص آخر ، ذلك لما يتضمنه من سوء نية الفاعل أي تعمده الإضرار بغيره سواء بطريق ايجابي او سلبي، فهو يحتل قمة أنواع الخطأ ذلك لأنه وليد خبث نفسي [٤١]، وذلك لان الفاعل قد تعمد وخطط لإلحاق الأذى بغيره .

أما إذا انصرف لفظ الغش إلى معنى التحايل ففي هذه الحالة يمكن القول ان إرادة الفاعل اتجهت إلى مخالفة القواعد القانونية الآمرة ، فإذا كان الهدف من هذا التحايل هو الإضرار بغيره فتنهض مسؤولية الفاعل وذلك لأنه ارتكب خطأ عمديا ، وبالتالي يعدُّ تصرفه غير نافذ تجاه من تسبب لهم بضرر [٤٢].

فالغش هو خدع وحيل يمكن ان يستعملها المدين للإضرار بالدائن كما في حالة وهبه لأمواله أو بيعها حتى لا تقع في قبضة الدائن ، فلا علاقة للغش في إنشاء العقد فهو أما يقع أثناء تنفيذ العقد أو خارج نطاق العقد [٤٣] ،فتقع مسؤولية استظهار وقائع الغش والبحث عنه على عاتق القاضي فيتوجب عليه التحقق من وقوعه، فالغش لا يفترض فيكون البحث عنه في داخل نفس المتعاقد وما يحتويه ضميره ، إذاً هو عمل نفسي بحت [٤٤]، ويمكن ان يكون الغش (تدليس) وذلك عندما ينطوي على استعمال طرق احتياليه ،وللغش صور وحالات تخرجه عن نطاق المسؤولية المدنية ، كما في حالة التحايل على القانون المعروفة في القانون الدولي الخاص ،فلا مجال لبحث مسؤولية الشخص المصري الذي بدل جنسيته بالجنسية العراقية ذلك من أجل التصرف وفق قانون الجنسية العراقية والذي حدد سن الرشد بثمانية عشر سنه بينما قانون الجنسية المصري حدده بإحدى وعشرين سنه ،فلا تنهض هنا مسؤولية هذا الشخص المدنية [٤٥].

اما بالنسبة للخطأ الجسيم والغش فهناك من يرى ان الخطأ الجسيم يكون عندما ينتفي حسن النية اذ يبلغ الخطأ حدا من الجسامة يتساوى فيها مع الغش ، وانتُقِدَ هذا الراي لأنه يخلط بين الإرادة والنية ، إذ أنَّ الفقهاء ومنذ زمن بعيد يرفضون أية معادلة بين الخطأ الجسيم والغش [٤٦].والباحث يميل إلى الرأي الأخير فهناك ثمة فارق جوهري بينهما وهو سوء النية التي يضمرها مرتكب الغش .

المبحث الثاني : غياب النص القانوني لأثر الخطأ الجسيم في المسؤولية التقصيرية

أن الأساس القانوني لقيام مسؤولية الشخص في حالة ارتكابه خطأ جسيم، هو السند القانوني الذي يمكن بموجبه مساءلة المسؤول عن هذا الخطأ، الذي وقع نتيجة لإهماله وانحرافه عن سلوك الإنسان العادي ،وهو المبرر الذي يعتمده قاضي الموضوع لتبرير حكمهُ.

فأن ما وجدناه عندما استقرئنا النصوص القانونية العراقية الخاصة بالمسؤولية العقدية (ضمان العقد)، أنها أشارت للخطأ الجسيم وأثره على مقدار التعويض في المسؤولية العقدية، أي ان الاعتداد بجسامة الخطأ أصبح مبدأً ثابتاً بنصوص قانونية فنص المادة ١٦٩ مدني عراقي الذي يعفي المدين الذي لم يرتكب غشا او خطأ جسيما من تعويض الاضرار غير المتوقعة وقت التعاقد وانما يلتزم بالتعويض عن ما كان متوقع من

خسارة تحل او كسب يفوت ما هو إلّا دليل على ثبوت هذا المبدأ في المسؤولية العقدية ، مما جعل الفقه والقضاء العراقي يحاول استعارته وتطبيقه في المسؤولية التقصيرية وذلك لانعدام النص القانوني الذي يشير إلى أثر الخطأ الجسيم في مقدار التعويض في المسؤولية التقصيرية، وهذا يعلل تفاوت التعويضات التي يحكم بها قاضي الموضوع في قضايا متشابه ظاهريا.

وبالرجوع إلى وقائع كل قضية نجد ان موقف القاضي وان لم يجد سنداً أو أساساً يعتمد عليه من أجل تبرير اختلاف تلك التعويضات خاصة في حالة غياب النص القانوني الذي يحكم النزاع المعروض أمامه مع تيقنه ان النص القانوني لا يفي بالغرض ،فهو من ناحية لا يستطيع الامتناع عن إصدار الحكم متحججاً بالقصور في التشريع لأنه سيكون منكراً للعدالة، ومن ناحية أخرى لا يستطيع خلق قواعد جديدة فمهمته تكمن في تطبيق التشريع لا خلقهُ ،وبين هذين الحدين تدق المشكلة التي نحن بصددها وهي غياب النص القانوني الذي يحكم تأثير الخطأ الجسيم في مقدار التعويض في المسؤولية التقصيرية، لذلك كان على القاضي ان يسعى إلى البحث عن حلول لمواجهة تلك الحالة، أمَّا عن طريق الاجتهاد برأيه والاستنباط من التشريع أو من مصادر القانون الأخرى وذلك بإتباع أسس ثابتة وضعها المشرع العراقي لمعالجة النقص في التشريع والتي أشار إليها في المادة الأولى من القانون المدني العراقي ، أو عن طريق القيام بدوره المتميز في الحياة القانونية عن طريق إتباع قواعد التفسير أي التوسع في المعنى الجوهري للنص القانوني المعيب .

لذلك سنقسم المبحث إلى مطلبين نبحث في المطلب الاول الأساس القانوني لأثر الخطأ الجسيم في القانون العراقي ،والمطلب الثاني لتطبيقات المحاكم العراقية للخطأ الجسيم.

المطلب الأول: الأساس القانوني لأثر الخطأ الجسيم في القانون العراقي

ان البحث في النصوص القانونية العراقية يجعلنا ندرك أنَّ التشريع العراقي رغم انه هجر نظرية تدرج الخطأ، لكنه اشار اليها في نصوص قانونية صريحة لكي يجسد بعض المظاهر لتلك النظرية، والتي ترجع جذورها إلى القانون الروماني في قانون جستنيان، وخاصة في عصر الإمبراطورية السفلى ، هذا العصر الذي أصبح فيه الخطأ هو المعيار الأساسي للمسؤولية العقدية هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى قُسم الخطأ فيه إلى ثلاثة أنواع، وهي الخطأ الجسيم، واليسير، والتافه، وبذلك ظهرت تلك النظرية.

ومن أجل معرفة الأساس القانوني للخطأ الجسيم في القانون العراقي ومدى تأثر المحاكم العراقية بجسامة الخطأ الصادر من المسؤول، نقسم المطلب إلى فرعين نتناول في الأول أثر الخطأ الجسيم في المسؤولية العقدية وفي الفرع الثاني سنتناول اثر الخطأ الجسيم في المسؤولية التقصيرية .

الفرع الاول: اثر الخطأ الجسيم في المسؤولية العقدية

عند استقراء نص المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي "١.إذا لم يكن التعويض مُقدّراً في العقد او بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره . ٢- ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاماً بعمل أو امتناع عن عمل ،ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب

ضياع الحق عليه او بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به .٣- فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت ".

نجد المشرع العراقي سار على ما نهجهُ المشرع الفرنسي والمشرع المصري بالنسبة لتعويض الضرر، فنجد من خلال نص المادة سالفة الذكر ،انه أشترط حتى يكون الضرر قابل للتعويض أن يكون متوقع عادةً وقت التعاقد ،باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم .

معللاً موقفه هذا بأن طرفي العقد قد أبرما العقد بإرادتهما الحرة التي انصرفت إلى الاتفاق على تعويض الاضرار المتوقعة فقط . فالإرادة لها الأثر الكبير في احداث أثر قانوني ،فمنشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة [٤٧]. والذي جعل المشرع العراقي يستبعد تعويض الأضرار غير المتوقعة من جهة المدين الذي لم يصدر عنه غش أو خطأ جسيم . وذلك من أجل تحقيق عدالة التعويض [٤٨].

أما بالنسبة للشرط الجزائي فقد أجازت المادة ١/١٧٠ من القانون المدني العراقي لطرفي العقد أن يحددا مسبقا قيمة التعويض إذ نصت "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ،ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد ١٦٨ و ٢٥٦و٢٥٧و٢٥٨ ٠".والمقابل للنص ١١٥٢ مدني فرنسي والماده٢٢٣ مدني مصري .

مفاد هذه المادة انه يمكن للمتعاقدين ان يذكرا في العقد جزاء مسؤوليه الطرف الذي يخل بتنفيذ التزامه أو يتأخر عنه، ويمكن لهما ان يتفقا عليه لاحقا ولكن بشرط قبل وقوع الإخلال بالتنفيذ[٤٩]. أمّا الفِقرة الثانية من المادة آنفة الذكر أشارت إلى عدم جواز مطالبة الدائن بأكثر من القيمة المحددة في العقد حتى وان جاوز الضرر قيمة التعويض إلّا في حالة إثبات غش المدين وخطئه الجسيم .

إذاً هذا التحديد الجزافي الذي يتفق عليه الطرفان هل من الممكن ان يختلف عن مقدار الضرر زيادة أو نقصان ؟وما هو دور القاضي إذا ما حدثت هذه الإشكاليات ؟.

أنقسم الفقه بالنسبة لهذه المسألة إلى اتجاهين الاتجاه الاول وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي ،وهو تعطيل سلطه القاضي وبالتالي لا يحق له التدخل بتعديل الشرط الجزائي [٥٠]،إلى ان موقف المشرع المدني الفرنسي وبسبب النقد الذي تعرض له ،لما يحمله موقفه من صرامة وخروج عن قواعد العدالة ، أصدر في التاسع من تموز يوليو ١٩٧٥ قانوناً عَدَّل فيه النص القانوني الفرنسي ١١٥٢، إذ أعطى في النص الجديد للقاضي صلاحيه تعديل الشرط الجزائي اما الاتجاه الاخر وهو ما اخذ به المشرع العراقي والمشرع المصري ، بإعطاء سلطة مطلقة للقاضي للتدخل في تعديل الشرط ، مجارياً في ذلك التشريعات الحديثة [٥١]. وان العلة التي تكمن وراء إعطاء القاضي هذه السلطة وذلك من أجل أن لا يتحول الشرط أو البند الجزائي إلى عقوبة تفرض على المدين مما يؤدي إلى إبطال العقد [٥٢].

أمّا بالنسبة لموقف المشرع العراقي حول مسألة الإعفاء عن المسؤولية المدنية ، نجده استقر على جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية، اذ يمكن للمدين ان يضع شرطاً في العقد يعفي به نفسه في حالة عدم تنفيذه التزامه ،سواء كان سبب عدم التنفيذ ناشئاً عن خطئه أو خطا من استخدمهم لتنفيذ الالتزام ، وهذه تعدّ وسائل قانونية يمكن من خلالها الالتفاف على قاعدة خصوصية العقد [٥٣]،الا ان هذا الاتفاق يصبح مستحيلاً في حالة كون الإخلال ناتج عن غشه أو خطئه الجسيم [٥٤] .

نستنتج من ذلك أنّ موقف المشرع العراقي موافق مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي والمشرع المصري، إذ جعل الإعفاء عن المسؤولية العقدية جائز ولكن في حدود معينة ، وكذلك جعل كل اتفاق بالنسبة للإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع باطلاً وهذا ما أكدته المادة ٢٥٩ والتي نصت "١- يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة .٢- وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشأ عن غشه او عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .٣- ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع ".

الفرع الثاني : اثر الخطأ الجسيم في المسؤولية التقصيرية

آما بالنسبة لأثرالخطأ الجسيم في المسؤولية التقصيرية، سنجده من خلال التطرق للتعويض عن الضرر المادي وذلك في المقصد الاول وكذلك التعويض عن الضرر الأدبي وذلك في المقصد الثاني .

المقصد الأول – التعويض عن الضرر المادي

إنَّ التعويض في المسؤولية التقصيرية ما هو إلا جزاء لإخلال بواجب قانوني سابق، وهو عدم الإضرار بغيره فالجزاء وسيلة لردع الانحراف بالسلوك [٥٥]، ويعدُّ جزاءً لجبر الضرر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع، فالتعويض هو حكم يترتب على تحقق المسؤولية [٥٦].

فبالنسبة للتعويض عن الضرر المادي في القانون العراقي نصت المادة ٢٠٧منه"١-تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ٢- ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان ويجوز ان يشتمل الضمان على الأجر ".

يتضح من النص أعلاه ان عناصر الضرر عنصران أساسيان ،هما ما لحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب ،فنستنتج من ذلك ان تقدير التعويض يكون بقدر الضرر المباشر سواء كان متوقعاً أم غير متوقع، بشرط ان يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، إلَّا أنَّ المُشرّع العراقي لم يبين ما هو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية، على عكس المشرع المصري الذي وضح ذلك في المادة ٢٢١ والتي مفادها ان الضرر يعدُّ نتيجة طبيعية، إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وهو معيار يجمع بين الدقة والمرونة [٥٧].

فعند تقدير المحكمة للضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه عليها ان تأخذ بعين الاعتبار سن المصاب وقدرته العقلية والجسمية على العمل هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ان الضرر الذي يقع على جسم الإنسان أو نفسه يختلف عن الضرر الذي يؤدي للوفاة فالأول لا يعطي للمصاب غير الحق في دعوى توجه مباشرة ضد الفاعل[٥٨]، أمَّا في الحالة الثانية فسوف تكون هناك ثمة أضرار أصابته نتيجة فقده الحياة بسبب الفعل الضار الذي أصابه ،فهذه الأضرار يمكن للورثة المطالبة بها بالإضافة إلى مطالبتهم بجبر الأضرار المادية والأدبية، التي لحقت بهم جراء موت مورثهم ،فيدخل حقهم في التعويض عن الحالة الأولى في التركة ويوزع حسب الانصبة الشرعية، أمّا في الحالة الثانية فلا يدخل حقهم بالتعويض في تركة المتوفى ،لأنه هدف التعويض هنا سيكون لمعالجة الأضرار التي أصابة المتضررين أنفسهم [٥٩].

إن موقف المحاكم العراقية بالنسبة للتعويض عن الأضرار المادية والأدبية غير ثابت فتصدر أحكاماً مختلفة بالنسبة لقضايا متشابهة اذ تحكم بتعويضات متفاوتة دون ان تصرح عن الأسباب التي دعتها لتغيير موقفها من قضية لآخري متأثرة بجسامة الخطأ الذي ارتكبه المسؤول من أجل تحقيق عدالة التعويض ،ففي قضية رفعت لدى محكمة بداءة بغداد الجديدة بتأريخ ١٦ /١٢ /٢٠١٣ طالبت فيها زوجة المتوفي بالتعويض عن وفاة زوجها الذي تعرض لصعق كهربائي أثناء تأدية واجبه الرسمي في دائرته ، فأصدرت محكمة الموضوع قرارها برد الدعوى ، إلّا أنَّ قرارها تعرض للنقض من قبل محكمة التميز وحالت القضية إلى خبراء من ذوي الاختصاص [٦٠].

وجدها بعد ما يقارب سنتين عن تأريخ القضية الأولى في قضية ثانية متشابه ظاهريا معها طالب فيها أولاد عن وفاة أبيهم أثر صعقة كهربائية اثناء تأدية واجبه في دائرته بالتعويض مدعين ان الحادث وقع بسبب إهمال وتقصير الدائرة ، فحكمت لهم محكمة الموضوع بتعويض عن الأضرار المادية وقدره أربعون مليون عراقي وتعويض عن الأضرار الأدبية وقدره ثلاثة عشر مليون ، فتعرض حكمها للنقض من قبل محكمة التميز والاستعانة بخبراء لتقدير مبلغ التعويض [٦١]،من الواضح ان محكمة الموضوع تأثرت في القضية الثانية بجسامة الخطأ الصادر من المسؤول لكن دون أن تصرح بذلك فحكمت للمتضرر بتعويض كبير بينما ردت الدعوى في القضية الأولى رغم تشابه القضيتين ،نستنتج من ذلك ان لجسامة الخطأ الصادر من المسؤول دور كبير في تقدير التعويض .

ولا يقتصر الحق في التعويض عن الأضرار المادية على الورثة فقط ، وإنما هناك من يعطيهم القانون هذا الحق أيضاً، وهم المعالين أي اللذين كان المجني عليه يعيلهم وحرموا من تلك الإعالة، بسبب موته على أثر تلك الإصابة، وهذا ما تؤكده المادة ٢٠٣ من القانون المدني العراقي "في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح أو أي فعل ضار آخر يكون من احدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الأشخاص الذي كان يعيلهم المصاب وحرموا من الإعالة بسبب القتل والوفاة .

نجد النص العراقي صريح بشان من حرم من الإعالة ولا يشترط النص ان يكون المعال من الورثة، وإنما ممن كانوا يعينهم المصاب في أمور حياتهم ويتلقون المساعدة والعون منه إذاً

ممكن أن يترتب على هذا النص نتيجة ،والتي تجعلنا نتساءل هل من الممكن أن يحرم الورثة من هذا الحق لأنهم لم يكونوا من المعالين ؟.
للإجابة على هذا التساؤل يجب أن نرجع إلى شروط الضرر المادي لكي تثبت المطالبة به، فإنَّ من أهم شروطه أن يكون قد وقع فعلا، فكيف يمكن للورثة المطالبة بهذا الحق ،وهم لم يكونوا من المعالين وحرموا من تلك الإعالة بسبب موت المعيل، وأيضاً بالرجوع إلى النص السالف الذكر، نجده قد حدد التعويض بالمعالين بشرط أن يكونوا قد حُرموا من الإعالة، فِعلا فما المقصود بعبارة قد حرموا من الإعالة ؟ أن اشتراط الحرمان الفعلي من الإعالة حتى يستحق المعيل التعويض ،ذلك لأنه المشرع العراقي يواجه في هذا النص ضرراً مادياً، أي ضرر لحق بالذمة المالية للمتضرر، لذلك كما ذكرنا سابقا لكي تتحقق المطالبة بهذا النوع من الضرر كان لابد ان يقع بالفعل ،ففي حاله كون موت المعيل لم يسبب أي أضرار مادية للمعالين اذ كان لهؤلاء معيل آخر، فأنهم في هذه الحالة لا يستحقون أي تعويض[١٢]، بينما وجدنا موقف القضاء الفرنسي مختلف حيث انه لم يقيم وزن لموت المعيل أو بقائه على قيد الحياة بالنسبة لإقرار الحق بالمطالبة بالتعويض ، لذلك ندعو المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع الفرنسي بالنسبة لهذه المسألة .
المقصد الثاني _التعويض عن الضرر الأدبي
عندما نتصفح نصوص القانون العراقي ،لا نجد أي إشارة إلى التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ،يعلل المشرع العراقي موقفه هذا لان الضرر الأدبي قليل الوقوع في نطاق العقد[١٣]، وكذلك بالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية ،التي كان معمول بها قبل نفاذ القانون المدني، فأنه لم يرد فيها أي نص عن الضرر الأدبي[١٤].
اما بالنسبة للتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية فجاء نص المادة ٢٠٥ عراقي "يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعدٍّ على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي او في اعتباره المالي يكون المتعدي مسؤولاً عن التعويض٢-ويجوز ان يقضى بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب ٣-ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى غيره إلّا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي .
وغني عن البيان ان يكون الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية ،تصوره أيسر من نطاق المسؤولية التعاقدية [١٥] ،أما في الفقرة الثانية من المادة ٢٠٥ نجد المشرع العراقي أجاز التعويض عن الضرر الأدبي للأزواج والأقربين من الأسرة ممن أصابهم الضرر بسبب موت المصاب، لكنه لم يحدد درجه القرابة بخلاف ما فعلت بعض التشريعات العربية ،ومنها القانون المدني المصري ،الذي حدد درجه القرابة بالدرجة الثانية ،وهذا ما أدى إلى حدوث اختلاف بين الفقهاء والشراح العراقيين[١٦]، وذلك لان درجه القرابة تختلف قُرباً أو بُعداً، فإطلاق النص من قبل المشرع العراقي يجعل كل قريب يحق له المطالبة بالتعويض ،مهما كانت درجه قرابته بعيدة فعند أصابه طفل من قبل شخص ما ومات على أثر الإصابة، وكان له أب وأخوة وعمات وأجداد[١٧] ،فهل يحق لهؤلاء جميعهم المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأدبية التي أصابتهم من جراء موت الطفل ؟

اختلفت آراء الفقهاء العراقيين حول هذه المسالة ،فالرأي الاول والذي يتطابق مع رأي معظم شراح القانون المدني العراقي(بانه يجب ترك هذا الموضوع الدقيق إلى اجتهاد المحاكم فتقدر التعويض في كل قضية وحسب ما تراه من تحقق الضرر أو عدم تحققه) [١٨]. أما الرأي الثاني هو انه يجب ان ينحصر التعويض عن الضرر الأدبي، في حاله موت المصاب بالورثة فقط ،والذي يتفق مع ما ذهب إليه القضاء الفرنسي وما قاله الأستاذ سافتيه، وهو(ان من يجب أن يعترف لهم القضاء بهذا الحق هم الضحايا، وهؤلاء الضحايا هم الأولاد والزوجة واقرب الأقرباء)[١٩].

لذلك نجد موقف القضاء العراقي من هذه المسألة غير واضح ، ففي قضية لمحكمة التمييز العراقية ذهبت فيها إلى اعطاء الحق بالتعويض عن الضرر الأدبي إلى أقرباء المتوفي حتى الدرجة الرابعة [٧٠]، وفي قضية أخرى ذهبت فيها إلى ان الجدة تستحق التعويض الأدبي عن موت حفيدها بسبب حادث دعس ذلك لأنها من المشمولين بتعبير الأقربين من الأسرة الذي ورد في المادة ٢٠٥ من القانون العراقي[٧١]. لذلك كان الأجدر بالمشرع العراقي ان يحدد درجة القرابة أسوة بنظيره المصري الذي حدد درجة القرابة بالدرجة الثانية فترك المسألة بدون قيد او درجة محددة يؤدي إلى تضارب أو تفاوت الأحكام القضائية في قضايا متشابه .

المطلب الثاني : تطبيقات المحاكم العراقية للخطأ الجسيم

تتمتع المحاكم بسلطة واسعة في مجال تقدير التعويض اللازم لجبر الضرر هذا من جانب ونجد من جانب آخر تقيد لتلك السلطة من خلال مسألتين، المسألة الأولى وهي مبدأ التعويض الكامل للضرر والذي يرافقه ويقلل من حدته مبدأ آخر وهو سلطة التقدير المطلقة لمحكمة الموضوع والتي تسمح لها ضمنيا ان تأخذ بعين الاعتبار اعتبارات العدالة المختلفة في تقدير التعويض دون التصريح بذلك والا تعرض حكمها للنقض ، أمّا المسألة الثانية ورغم ما قلناه من ان تقدير التعويض يخضع لسلطة قاضي الموضوع إلّا انه نجد القضاء درج ع

ي الموضوع إلّا انه نجد القضاء درج على الأخذ برأي خبراء تنتخب من أجل ذلك، ورغم أن رأي الخبير غير ملزم لكن ما نجده أن المحاكم العليا أصبحت تستند عليه من أجل المصادقة على قرار محكمة الموضوع في حالة الطعن فيه .

وهذا ما سنجده عندما نتناول بعض تطبيقات المحاكم العراقية من خلال التطرق لتطبيقات مختلفة عن الاضرار المادية والادبية وذلك في الفرع الاول ،وكذلك معرفة موقف القضاء العراقي من المسؤولية الطبية وذلك في الفرع الثاني .

الفرع الاول : تطبيقات مختلفة عن الاضرار المادية والادبية

من خلال استقراء النصوص القانونية العراقية ،بالنسبة للتعويض عن الضرر المادي والأدبي ،وبالرجوع إلى تطبيقات المحاكم العراقية نجد ان محاكم الموضوع تتمتع بسلطة تقديرية مطلقة أثناء تقدير التعويض ،ففي قضية رُفِعت أمام محكمة بداءة بغداد طالب فيها المدعون بتعويض عن الأضرار المادية والأدبية عن وفاة مورثهم بسبب تعطيب الأسلاك الكهربائية لشواية كانت موجودة في كراج المدعي عليه ، فأصدرت محكمة

الموضوع قرارها بتعويض أولاد المتوفي بمبلغ وقدره ثلاثة وثلاثين مليون عراقي ، فتعرض حكمها للنقض من قبل محكمة التميز ، نجد ان محكمة الموضوع كان قرارها نابع من تأثرها بجسامة خطأ المسؤول .

وفي قضية أخرى نجد محكمة التميز نقضت قرار لمحكمة الموضوع بتعويض المميز عليه عن الأضرار المادية والأدبية، وذلك لان ما استندت عليه المحكمة غير صحيح إذ استندت على ادعاء المميز وتقديره لقيمة التعويض بنفسه ، دون ان تتأكد من ذلك عن طريق الخبراء ومن ثم تقدر حسب ما تراه مناسب[٧٢]، وكذلك نجدها ذهبت في حكم آخر مستنده إلى نص المادة ٢٠٥،. التي تمنع التعويض عن الأضرار الأدبية في حالة بقاء المصاب على قيد الحياة، اذ رفضت المحكمة تعويض الابن عن الضرر الأدبي الذي أصابه بسبب إصابة والده وذلك لبقاء الأب على قيد الحياة [٧٣].

ولكن نجد من جانب آخر تقيد لسلطة القاضي العراقي ،اذا ما ترك التقدير الكامل للضر وحكم بتعويض عادل للمتضرر ،بسبب أخذه بنظر الاعتبار ما يحيط الواقعة من ظروف ملابسة، فالقاضي عند تقديره للتعويض يهتدي بالطبيعة البشرية للإنسان، فاذا ما تيقن من وقوع الضرر حكمت عليه هذه الصفة، انه لابد ان يتأثر بالظروف الملابسة للضرر، وخاصة في الأضرار الأدبية ،ولكنه لا يستطيع ان يستند إلى هذه الاعتبارات من الناحية القانونية ،فاذا برر قراره في تخفيض أو زيادة التعويض بحجة أن خطأ المسؤول كان يسيراً أو جسيماً، سوف يكون مصير قراره النقض من قبل محكمة الت

الفرع الثاني : موقف القضاء العراقي من المسؤولية الطبية

إن البحث عن الخطأ جاء بنص عام ،هذا ما جعل المحاكم العراقية لم تفرق بين الطبيب وغيره ،ولكن تأثرا بموقف الفقهاء والشراح والذين قسموا الخطأ الصادر من أرباب المهن إلى قسمين أما ان يكون عادياً وهو الخطأ الذي يسأل عنه الطبيب كغيره من الناس أي الخطأ الخارج عن مهنته ، وإما ان يكون خطأ مهنياً أي الخطأ الفني الذي يكون تقديره خاضع للمسائل الفنية والمهنية ،وبعد قطع شوط كبير من البحث بين هذين النوعين من الخطأ وفي رابطة السببية بين الخطأ والضرر قررت محكمة التميز ان تحصر مسؤولية الطبيب عن الخطأ الجسيم وحده [٧٤].

أ-مسؤولية الطبيب والمستشفى

في قضية طالبت فيها المدعية ابنة المريضة التي توفت بسبب إهمال وتقصير الطبيب الذي يعالجها، فحكمت لها محكمة الموضوع بتعويض وقدره مليون وخمس مئة ألف دينار عن الأضرار التي أصابتها عن وفاة والدتها بسبب الخطأ الجسيم الذي ارتكبه الطبيب ، فتعرض حكمها للنقض من قبل محكمة التميز وذلك لتطلب الأمر الاستعانة بذوي الخبرة من الأطباء المختصين لإبداء رأيهم في الحالة المعروضة[٧٥].

ب-المسؤولية المترتبة على تفويت فرصة في الحياة

أدخلت إلى أحدى المستشفيات العراقية امرأة حامل وضعت حملها في الشهر السابع من الحمل فوقع الطبيب على شهادة وفاة الطفل وسلم إلى ذويه الا انه تبين الطفل انه

على قيد الحياة فأقامت والدته دعوى على وزارة الصحة فأصدرت المحكمة دعواها بعد ان استوضحت من اللجنة التي قامت بالتحقيق والتي لم تنفي احتمال بقاء الطفل على قيد الحياة ولو بنسبة ضئيلة ١٠ ٪والذي يقضي بإلزام المدعي عليه إضافة لوظيفته بان يؤدي للمدعية مبلغا وقدره ألف وخمسمائة دينار تعويض عن فوات فرصة في البقاء على قيد الحياة [٧٦].

ففي القضيتين مسؤولية الطبيب ما كانت تقع لو كان بذل العناية الواجبة من دون أي تقصير منه، حتى وان لم يحقق النتيجة التي كان يسعى إلى تحقيقها ،فانعقدت مسؤولية الطبيب التقصيرية في كلتا الحالتين السابقتين ، فإهمال الطبيب يعد خطأ جسيماً ترتب عليه موت المريض ويعدّ خطأ تقصيرياً أدى إلى إصابة الغير بضرر، فالعناية المطلوبة من الطبيب تقضي ببذل جهود صادقة يقضه تتفق مع أصول ثابتة في مهنة الطب في غير الظروف الاستثنائية

الخاتمة

من خلال البحث بموضوع الخطأ الجسيم تمخضت لنا جملة من النتائج والتوصيات سنبينها فيما يأتي .

أولاً: النتائج

١- إن تحديد فكرة الخطأ الجسيم ليس بالأمر البسيط فليس له فكرة محددة في التشريعات المختلفة فعند بحثنا في ماهية الخطأ الجسيم لاحظنا ما يلي :

أ-من خلال دراستنا لتعريف الخطأ الجسيم ورغم عدم وضوح فكرته ،لكنه لا يخرج عن كونه ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه إلا الشخص قليل العلم والدراية الذي ينحرف عن سلوك الإنسان العادي .

ب- اختلاف الفقه والقضاء بشأن تحديد المعيار الذي يقاس به الخطأ الجسيم ، إلا إننا رأينا أن المعيار الموضوعي هو المعيار المناسب وذلك لأنه معيار يمتاز بالدقة والمرونة .

ت- إن للخطأ الجسيم صور واضحة تميزه عن بقية الأخطاء الأخرى، وبالتالي أصبح له مفهومه ومكانته الواضحة بين مجموعة الأخطاء الأخرى .

٢- من خلال بحثنا في الأساس التشريعي للخطأ الجسيم في القانون العراقي توصلنا إلى ما يلي :

أ.لم يحظ الخطأ الجسيم بالتنظيم في التشريع العراقي بالنسبة لأثره في المسؤولية التقصيرية ، وهذا انعكس بدوره على موقف المحاكم العراقية بالنسبة لتقدير التعويض عن الاضرار المادية والأدبية .

ب.ان للخطأ الجسيم أثره الكبير في المسؤولية العقدية ،اذ يجعل حكمها حكم المسؤولية التقصيرية ، في حالة ارتكاب المدين غشاً او خطأ جسيماً ، وكذلك في حالة التنفيذ بطريق التعويض ، وحالات الاتفاقات الخاصة بالمسؤولية .

ت.وان للخطأ الجسيم أثره على المحاكم العراقية اثناء تقديرها للتعويض عن الأضرار الأدبية والمادية، فغياب النص القانوني الذي ينظم أثره في المسؤولية

التقصيرية جعل موقف المحاكم العراقية متباين بالنسبة للحكم في قضايا متشابه.

ث.اشترط القانون العراقي حتى يكون للمعالين الحق بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية ان يكونوا قد حرموا من الإعالة فعلاً . أما بسبب القتل أو الوفاة.

ج.اما بالنسبة للتعويض عن الضرر الأدبي، فلم يحدد المشرع العراقي درجة محددة لمن يكون لهم الحق بالتعويض عن تلك الأضرار.

ح.حصرت محكمة التميز العراقية مسؤولية الطبيب عن الخطأ الجسيم وحده ، على اعتبار ان خطأ الطبيب كقاعدة عامة خطأ تقصيرياً

ثانيا- التوصيات

١. ندعو المشرع العراقي إلى إزالة الإرباك الذي يعتري نص المادة ١٦٩ مدني عراقي المعيب بنقص في عبارته ، وذلك بسبب إغفال لفظ لا يستقيم الحكم بدونه ،فيكون ذلك عن طريق منح دور ايجابي للقاضي في تفسير النص وتطبيقه ، بإتباع إحدى طرق التفسير الخارجية وذلك بتقريب النصوص ومقارنتها بنص آخر حتى وان كان من تشريع آخر، متى ما كان في نفس الموضوع ، لذلك يرى الباحث من أجل إزالة الغموض الذي يعتري نص المادة ١٦٩ مدني عراقي مقارنتها بالمادة ١٧٠ مدني مصري ، وبتعاون المشرع العراقي والفقه والقضاء العراقيين للخروج بنص جديد معدل لنص المادة ١٦٩، وذلك بإضافة عبارة الظروف الملابسة ليصبح النص القانوني الجديد (يقدر القاضي التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ١٦٩ ،٢٠٥ ، مراعياً في ذلك الظروف الملابسة وان 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).

٢. ندعو المشرع العراقي إلى عدم جعل موت المعيل شرط او قيد ،من أجل إعطاء الحق للمتضررين مادياً بالمطالبة بالتعويض ، أسوة بنظيره الفرنسي .

٣. ندعو المشرع العراقي إلى تحديد درجة القرابة بالنسبة للأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي ، أسوة بنظيره المصري .

المصادر العربية

اولا – القرأن الكريم

ثانيا – كتب اللغة

١.ابن منظور ، لسان العرب

٢.العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، طبعة فنية منقحة بأشراف محمد نعيم العرقوسي ، مؤسسة الرسالة ،٢٠٠٥

٣.د. جميل حمداوي ، بيدا فوجيا الاخطاء

ثالثا- الكتب القانونية

١- د. احمد شعبان، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠١٥

٢- المستشار أنور العمروسي ، عيوب الرضا في القانون المدني ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٣م

٣- المستشار أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، ط١ ، دار الثقافة والنشر ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٧م
٤- المستشار أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١١
٥- د.حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج١ ، الضرر ، شركة التايمس للطبع والنشر ، بلا سنة طبع
٦- د.حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، ج٢،الخطأ ، دار وائل للنشر ، ٢٠٠٦
٧- د. حسين عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، ط١ ، مطبعة مصر ، ١٩٥٦
٨- د.حسين عامر ، وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية التقصيرية والعقدية ، ط٣ ، دار المعارف ، ١٩٧٩
٩- د.سامي الجربى ، شروط المسؤولية في القانون التونسي المقارن ، ط١ ، بلا مكان طبع ،
١٠- د.سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج٢ ،في الالتزامات ، المطبعة العالمية القاهرة ، ١٩٦٤
١١- د.سليمان مرقس ، مذكرات في الفعل الضار ، مكتبة دار السلام ، النجف ، بلا سنة طبع
١٢- د.عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ، منشورات عويدات ، بيروت – باريس ، ١٩٨٣
١٣- د.عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الاجنبية ، مكتبة السنهوري ، ٢٠١٥
١٤- د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٤
١٥- د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج١ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنات – بلا سنة طبع ، ٧٧٨
١٦- د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بلا سنة طبع
١٧- د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، شركة الطبع الاهلية ، بغداد ،١٩٦٧ .
١٨- د.عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ،نظرية الالتزام ، ج١ ، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥م
١٩- د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية وأثرها في العقود المدنية ، مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الكتب القانونية ، ٢٠١١ -
٢٠- د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية ، دراسة مقارنة ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٨
٢١- د. عصمت عبد المجيد ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع
٢٢- د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧١
٢٣- د. فايز محمد حسن ، د. احمد ابو الحسن ، الموجز في نظرية الالتزامات في القانون الروماني ، منشورات الحلبي ، بلا سنة طبع
٢٤- د. فتحي عبد الرحيم ، شرح النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، ط٣ ، ٢٠٠٠
٢٥- القاضي لفتة هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التميز الاتحادية ، القسم المدني ، ج ١ ، مطبعة الكتاب ، العراق ، بغداد ، ٢٠١١

٢٦- القاضي لفته هامل العجيلي ، دراسات في قانون المرافعات المدنية ، مكتبة السنهوري ، ٢٠١٧
٢٧- د.محمد السعيد الرشدي، الخطأ غير المغتفر، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٢، ٢٠٠
٢٨- القاضي محمد عبد جازع ، المنتقى من القرارات المدنية المنقوضة الحديثة الصادرة من محكمة التميز الاتحادية ، مكتبة صباح بغداد ، ٢٠١٨
٢٩- د.مصطفى العوجي، القانون المدني، ج٢، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧
٣٠- مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج١ ، العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط٤ ، ٢٠٠٧
٣١- د. مصطفى احمد ابو عمرو ، موجز أحكام الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، ٢٠١٠
٣٢- د. وليد خالد عطية ، د- علي حسين منهل ، تفسير شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بلا سنة طبع

ثانياً :- المصادر الأجنبية

1- planiol ;etudes sur la responsabilite civile
2- josserand.cours de droit civ
3- savatier.traite de la responsabilite civile . tome I .n5,9
4- Daived Feldman – error of law and flawed administrative actc,p.2

الهوامش :

(١) ابن منظور ،لسان العرب ،٨٥٤
(٢)العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي :القاموس المحيط ،طبعة فنية مقتحة بأشراف محمد نعيم العرقسوسي ،مؤسسة الرسالة ،ط٨ ،٢٠٠٥ ،ص ٣٩
(٣) د. جميل حمداوي بيدا فوجيا الاخطاء ،ص ٧
(٤) عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء اول ، دار احياء التراث العربي –بيروت – لبنان – بلا سنة طبع ، ص ٧٧٨
(٥) تعريف الفقيه جوسران في مؤلفه عن القانون المدني : josserand.cours de droit civil .tome ii . N 423-425.:
(٦)الفقيه سافتيه في مؤلفه عن المسؤولية المدنية ج١ ، رقم ٥ – ٩ :savatier.traite de la responsabilite civile . tome I .n5,9
(٧) تعريف الفقيه بلانيول : planiol:traite elementaire de droit civil . tome ii n 863; revue – critique de droit
(٨)د. فتحي عبد الرحيم ،شرح النظرية العامة للالتزامات ،الكتاب الاول ،مصادر الالتزام ،ط٣ ،٢٠٠٠، ،ص٤٣٦
(٩) ابن منظور، لسان العرب، ص ١٤٧
(١٠) د.عاطف النقيب،النظرية العامة للمسؤوليةالناشئةعن الفعل الشخصي،منشورات عويدات،بيروت باريس،١٩٨٣، ص٢٠٤
(١١) تعريف الفقيه بوتيه،أشار اليه،حسن علي الذنون،المبسوط في شرح القانون المدني–الخطأ-دار وائل للنشر،٢٠٠٦،ص ١٥٦
(١٢) د. سليمان مرقس ،شرح القانون المدني ،ج٢،في الالتزامات ،المطبعة العالمية ،القاهرة ،١٩٦٤ص ٣٣١
(١٣) د. سامي الجربي ،شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي المقارن ،ط١ ، بلا مكان طبع ، ٢٠١١ ،ص ١٩٦
(١٤)د. سليمان مرقس ،شرح القانون المدني، ج٢، صص٣٣١ .
(١٥) د.فايز محمد حسن،احمد ابو الحسن،الموجز في نظرية الالتزامات في القانون الروماني،منشورات الحلبي،بلا سنة طبع،ص ١٣٨.
(١٦) د. سليمان مرقس ،موجز اصول الالتزامات ،مطبعة لجنة البيان العربي ،١٩٦١ ،ص ٣٧٤.
(١٧) د. محمد السعيد الرشدي ، الخطأ غير المغتفر ،منشاة المعارف ،الإسكندرية ،ط٢ ،٢٠٠٨ –ص٧٨ .
(١٨) د. احمد شعبان محمد طه ، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،٢٠١٥ ،ص ٣٩ ،انظر أيضا محمد جمال الدين ،اتفاقيات المسؤولية ،مجلة القانون والاقتصاد ،السنه ٣٠ ،العدد ٣ ،ص ٥٢١
(١٩)د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني ،الخطأ ، مصدر سابق ،ص ١٠٤ ،ويذهب الأساتذة مازو وتنك الى انه لا يمكن قبول هذا المعيار لا من ا لناحيه العقلية ولا من الناحية القانونية فأول عيب نلاحظه في المعيار المتقدم هو انه يجعل من المسؤولية المدنية مجرد تابع للمسؤولية الجنائية ،اشار اليه د. حسن علي الذنون ، الخطأ، مصدر سابق، ص١٠٤ .

(٢٠) د. عاطف النقيب ،النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ،مصدر سابق ،ص ١٣٦ ،ويتفق مع هذا الاتجاه الدكتور مصطفى العوجي ،في كتابه المسؤولية الجنائية في المسؤولية الاقتصادية ،ص ٨٤
(٢١)د. مصطفى العوجي، القانون المدني،ج٢،المسؤولية المدنية،منشورات الحلبي الحقوقية،٢٠٠٧،ص ٢٥٤،يقول مازو في هذا الصدد ان القاضي يتساءل في الواقع كيف يفترض تصرفه هو لو وجد في نفس الظروف،نقلا عن المصدر نفسه،الصفحةنفسها،هامش رقم ١
(٢٢) د.حسين عامر ،المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ،ط١ مطبعة مصر ،١٩٥٦ ، ص ١٧٩-١٨٠ ،وعرف الدكتور السنهوري رب الأسرة الرشيد بانه ذلك الرجل العادي في ذكائه ويقظته وتبصره وعنايته ،الوسيط ،مصدر سابق ،ص ٧٧٩
(٢٣) د.غني حسون طه،الوجيز في النظرية العامة للالتزام،الكتاب الاول،مصادر الالتزام،مطبعة المعارف،بغداد،١٩٧١،ص ٤٣٦
(٢٤)د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ١٠٧ .انظر نص المادة المادة ١١٣٧ "يخضع التزام المحافظة على الشيء المسؤول عنه الاعتناء به عناية رب العائلة الصالح ،سواء اكانت الاتفاقية تستهدف منفعة احد الطرفين ،ام كانت تهدف الى تحقيق منفعتهم المشتركة ".
(٢٥)د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، المصدر السابق نفسه ، ص ١٢٧
(٢٦)د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،مصدر سابق ،ص ٤٣٧ ، انظر ايضاً :عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق،ص ٧٨٣، انظر أيضا: سليمان مرقس، شرح القانون المدني، مصدر سابق ،ص ٣٢١
(٢٧) د. حسن علي الذنون ،المبسوط في شرح القانون المدني ،الخطأ، مصدر سابق ، ص ١٢٥
(٢٨)د. محمد السعيد الرشدي، الخطأ غير المغتفر ، مصدر سابق ، ص ٦٣
(٢٩) محكمة النقض الفرنسية :،نقض مدني ١٨ ديسمبر ١٩٧٢ ،دالوز ،١٩٧٣ ،قضاء ص ٢٧٢،اشار اليه د. محمد السعيد الرشدي ، مصدر سابق ، ص ٦٦ .
(٣٠) هلا عبد الله السراج ، مدى لزوم الخطأ كركن من اركان المسؤولية دراسة تحليليه مقارنه في القانون المدني الاردني والقانون المدني الفلسطيني ،كلية الحقوق ، جامعة الازهر ،٢٠١٣ ،ص ٦٦
(٣١)د. حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ،مصدر سابق ، ص ١٧٨
(٣٢)د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ١٧٥
(٣٣) انظر المواد ٥٦٨ ،١٨٦ /٢ من القانون المدني العراقي
(٣٤) سليمان مرقس ، موجز أصول الالتزامات ، مصدر سابق ، ص ٣٧٣
(٣٥)د. سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٣٣٠
(٣٦) د. عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ١٣١
(٣٧) د.احمد شعبان محمد طه ، مصدر سابق ، ص ٣٧
(٣٨) د. محمد سعيد الرشدي ، مصدر سابق ، ص ٣٧ ،لم يعمد تشريع عام ١٩٩٨ ولا تشريع عام ١٩٤٦ الى تعريف المقصود من الخطأ غير المغتفر ،إذ لا مناص إذا ما أردنا التعرف على طبيعة هذا الخطأ وخصائصه من الرجوع إلى أحكام المحاكم الفرنسية والى آراء الفقهاء ، نقلا عن حسن علي الذنون ، مصدر سابق ،ص ١٧٣
(٣٩)د. عاطف النقيب ، مصدر سابق ، ص ٢٠٥
(٤٠) محكمة باريس في ٢ يوليه سنة ١٩٥٢ جازيت دي باليه ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٢،اشار اليهد. حسين عامر،مصدر سابق، ١٨٦
(٤١) حسين عامر ، عبد الرحيم عامر ، المسؤولية التقصيرية والعقدية ، ط٢ ، دار المعارف ، ١٩٧٩ ، ص ٣٠٦
(٤٢)د. حسن على الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ،ص١٨٤
(٤٣) د. عبد المجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني ،مصادر الالتزام ،المكتبة القانونية ،بغداد ،بلا سنة طبع ،ص ١٥٤
(٤٤) د. حسين عامر ،عبد الرحيم عامر ،المصدر السابق نفسه الصفحة نفسها
(٤٥)د. عباس العبودي ، تنازع القوانين ، والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ، مكتبة السنهوري ، ٢٠١٥ ص٢٢١ ، انظر ايضاً المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي والتي نصت "يتبع في ما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا "
(٤٦)د. حسين عامر ،عبد الرحيم عامر ،مصدر سابق ،ص ٣١١
(٤٧) المستشار انور العمروسي ،عيوب الرضا في القانون المدني ،منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص٧٠-٧١ انظر أيضا د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ،شركة الطبع الاهلية _ بغداد ،١٩٦٧ ص ٧٧

(٤٨) د. علي مطشر عبد الصاحب ،اثر درجة جسامة الخطأ في المسؤولية المدنية ، مصدر سابق ،ص ٢٨١ ، انظر ايضا : محمود جمال الدين زكي ، نظرية الالتزام في القانون المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٦ ،ص ٣٤٣
(٤٩) منير قزمان ،التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،مصر ،٢٠٠٦ ،١٠٥ ، انظر ايظا :مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج١ ، العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط٤ ، ٢٠٠٧ ، ص ٥٧٧
(٥٠)د. حسن علي الذنون ،المبسوط في المسؤولية المدنية ،الضرر ،ص ٢٦٠
(٥١) د. حسن علي الذنون ،المصدر السابق نفسه ، ص ٢٦١
(٥٢) مصطفى احمد ابو عمرو ، موجز احكام الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بلا سنة طبع ، ص ٥٤
(٥٣) وليد خالد عطية ، علي حسين منهل ، تفسير شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية ، دراسة في القانون الانكليزي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بلا سنة طبع ، ص ٥٩
(٥٤)د. عصمت عبد المجيد ،النظرية العامة للالتزامات ، ج١ مصادر الالتزام ، بلا مكان نشر ، بلا سنة طبع ،ص ٤٦٠ -٤٦١
(٥٥) د. السيد عبد الوهاب عرفه،المسؤولية المدنية،الجزء الثاني ،الناشر المكتب الفني للموسوعات القانونية ،الإسكندرية – مصر،بلا سنة طبع ،ص٩
(٥٦) د. عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،مصدر سابق،ص١٠٣٧
(٥٧)د. انور سلطان ،مصادر الالتزام ،مصادر الالتزام ،ط١،دار الثقافة والنشر ،عمان ،الاردن ،٢٠٠٧،ص٣٥٥
(٥٨) د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٥١٣
(٥٩)استاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ،في كتابه الضرر المرتد ، مصدر سابق ،ص٦٤
(٦٠) محكمة التميز الاتحادية : ٨ / ذو القعدة / ١٤٣٨ /الموافق ٣١ /٧ /٢٠١٧ ،المنتقى من القرارات القضائية المقوضة الحديثة الصادرة من محكمة التميز الاتحادية ،محمد عبد جازع ،ص ٩٦
(٦١)محكمة التميز الاتحادية : ٢٤ /رمضان / ١٤٣٨ /الموافق /١٩ /٦ /٢٠١٧ ،المنتقى من القرارات القضائية المقوضة الحديثة الصادرة من محكمة التميز الاتحادية ،القاضي محمد عبد جازع ،ص ٩٧
(٦٢) حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٣٥٦
(٦٣)د. حسن علي الذنون ،المبسوط في المسؤولية المدنية ،الضرر ،٢٣٣
(٦٤)د. عصمت عبد المجيد ،النظرية العامة للالتزامات ،مصدر سابق ،ص٥٨٩
(٦٥)د. منير القاضي ،مصدر سابق ،ص١٠٤
(٦٦)د. عبد المجيد الحكيم ،عبد الباقي البكري ،محمد طه البشير ،نظرية الالتزام ،الجزء الاول ،مصدر سابق ،ص ٢٤٨
(٦٧)د. حسن علي الذنون ،المبسوط في شرح القانون المدني –الخطأ-مصدر سابق ،ص٣٧٢
(٦٨) استاذنا د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، في كتابه الضرر المرتد ، مصدر سابق ، ص ٨٤،وهذا ما ذهب اليه د. عبد المجيد الحكيم ،مصادر الالتزام ف ٨٧٣،د. عبد الرزاق عبد الوهاب ،مقاله في مجلة القضاء سنة ١٩٦٩ ،ص ٣٠ ،والدكتور صلاح الناهي مبادئ الالتزامات ،نقلا عن د. حسن علي الذنون ،المبسوط في شرح القانون المدني –لخطأ -ص٣٧٣
(69)Ia juris prudence reconvait done a les victims un droit a indeminte de la succession or ces victmes sont generalement la veuve \ les in fauts les plus proches parents de defunt eiesta dire parailleurs ses heritiers appleles exercer sur ses bien des droits de succession ،نقلا عن حسن علي الذنون ،ص٣٧٥
(٧٠) محكمة التميز العراقية :رقم القرار ١٧٧ /مدنية أولى /١٩٨٠ مجموعة الأحكام العدلية العدد ٣ /١٩٨٠ ،ص ١٥
(٧١) محكمة التميز العراقية :رقم القرار ٤٧٢ /م١ /١٩٨١ /في ١٠ /٥ /١٩٨١ مجموعة الاحكام العدلية العدد الاول /السنة ١٩٨١ ،ص ٢٣
(٧٢) محكمة التميز العراقية :٩٧٠/٥/١٢/-النشرة القضائية س٢٢١ ص١٣٦ نقلا عن حسن علي الذنون،مصدر سابق،ص ٢٢٨
(٧٣) رقم القرار ٣٩ /موسعة/١٩٨١-مجلة الاحكام العدلية – العدد الرابع –س -١٩٨٢ ،ص ١٦ وص ١٧ ،نقلا عن د. عزيز الخفاجي – مصدر سابق ،ص ٩٨ ،هامش رقم ٢
(٧٤)د. حسن علي الذنون ،المبسوط في شرح القانون المدني ،الخطأ ،،مصدر سابق ،ص ٥٣٨
(٧٥) محكمة التميز العراقية ،٢٠٠٢/٧/٢٣ ،المختار من قضاء محكمة التميز الاتحادية ، لفتة هامل العجيلي ،ص ٨٠
(٧٦) محكمة التميز الاتحادية ،٩٨٤/١٢/٣١/نقلا عن حسن علي ذنون ،مصدر سابق ،ص ٥٤٠