IASJ
المجلات الاكاديمية العراقية

مجلة

نينوى

للدراسات القانونية

مجلة فصلية محكمة تصدر عن
كلية القانون - جامعة نينوى

المجلد (1) العدد (1) ايلول 2024م

ISSN: 2957-7721

رقم الإيداع في دار الكتب
والوثائق الوطنية
بغداد (2601) لسنة 2022

مجلــة نينوى

للــدراسـات القانونيــة

مجلــة فصلــية محكمّــة تصـــدر عن كلية القــانون-جامعــة نينوى

المجلد (١) العدد (١) ربيع الاول ١٤٤٦هـ - أيلول ٢٠٢٤م ISSN: 2957-7721

محتويات العدد

ت	أسم الباحث	عنوان البحث	الصفحات
.1	أ.د. زينة العبيدي	إِشكاليَّةُ التعويضِ العادلِ في المسؤوليةِ التقصيريَّةِ دراسةٌ مقارنةٌ	32-1
.2	أ.د. محمد سليمان الأَحمد د. أحسن رابحي م.م. محمد ناصح محمد أَمين	عقدُ الإذعانِ الإداريِّ وفكرةُ العدالةِ العقديَّة "دراسةٌ تحليليَّةٌ في القانونينِ المدنيِّ والإداريِّ"	72-33
.3	أ.م.د . وسام نعمت السعدي	أثرُ الذكاءِ الاصطناعيِّ في حقِّ الإنسانِ في الخصوصيَّةِ - دراسةٌ قانونيَّةٌ في منظورِ القانونِ الدولي لحقوقِ الإنسان -	114-73
.4	أ. أسعد فاضل الجياشي م.م. حيدر صلاح كاطع	دَورُ نِقابَةِ المحامين في ضَمانِ جَودَةِ التشريع (مشروعُ قانونِ المساعدةِ القانونيَّةِ أُنموذجاً) (دراسةٌ مقارنةٌ)	154-115
.5	أ.م.د.يونس صلاح الدين	فسخُ العقدِ بالإرادةِ المنفردةِ للدائنِ في قانون العقودِ الفرنسي الجديد لعام 2016 دراسةٌ تحليليةٌ مقارنةٌ بالقانون المدني العراقي	176-155
.6	أ.م.د. أياد داؤد كويز	دورُ الإدارة في حمايةِ أمن المعلومات	194-177
.7	Lec. Basil Ali Abbas, Assist. Lec. Soudad Taha	The Role of Constitutional Judiciary in Ratifying International Conventions into the Iraqi Legal System	210-195
8.	حارث الدباغ	عرض رسائل وأطاريح أكاديمية الوظيفةُ الإصلاحيَّةُ للقانونِ المقارنِ	216-211
9.	د. محمد نوري علي	تعليق على قرار قضائي قضيةُ الحجابِ في الهند	220-217
10	أ.م.د. عدي طلال محمود	عرض كتاب: القانون الدستوري والدين والمساواة في الحرية: تأثير العلمانية على المجتمع	224-221

مجلة نينوى للدراسات القانونية

مجلة فصلية محكمّة تصدر عن كلية القانون-جامعة نينوى

المجلد (١) العدد (١) ربيع الأول ١٤٤٦هـ- أيلول ٢٠٢٤م

ISSN: 2957-7721

إشكاليَّةُ التعويضِ العادلِ في المسؤوليةِ التقصيريَّةِ دراسةٌ مقارنةٌ

زينة غانم العبيدي[1]

الملخص

ممَّا لا شكَّ فيهِ أنَّ التعويضَ هو وسيلةُ القضاءِ لإزالةِ الضررِ أو التخفيفِ من وطأتهِ، وهو الجزاءُ المدنيُّ الذي يترتبُ على تحقُّقِ المسؤوليةِ المدنيَّةِ.

لقد شغلَ موضوعُ التعويضِ العادلِ وتطبيقاتهِ أهميةً كبيرةً على المستوى القانونيّ والتطبيقِ العمليّ بما لهُ من خصوصيَّةٍ في نطاقِ القانونِ المدنيّ، بوصفِ هذا التعويضِ تعويضاً غيرَ كاملٍ، واستثناءً من الأصلِ العامّ وهو التعويضُ الكاملُ، وأنَّ التطبيقاتِ الواردةَ في نطاقِ المسؤولية التقصيريَّةِ أدَّت إلى استجابةٍ لمطلبٍ أساسيٍّ تقتضيهِ العدالةُ، فالتمسكُ بهذهِ التطبيقاتِ والبحثُ فيها يحقِّقُ مزايا عديدةً؛ لذلك يُفضَّلُ التعويضُ العادلُ على الكثيرِ من أنظمةِ التعويضِ الأخرى، وبنفسِ الوقتِ يُعدُّ أكثرَ مرونةً بالنسبةِ لحالةِ مرتكبِ الفعلِ الضارِويسمحُ بأجراءِ معالجةٍ و اقعيةٍ التي تقتضي فيها العدالةُ مراعاةَ ظروفِ مرتكبِ الفعلِ الضارِ وظروفِ وقوعِ الضرر، ومن أهمِّ هذه التطبيقات هي حالةُ تجاوزِ حدودِ حقِّ الدفاعِ الشرعيِّ وحالة الضرورة؛ لأنَّهُ لا يشترطُ في هذهِ الحالات تحقيقَ المساواةِ يسنُ الضررُ ومقدارُ التعويضِ؛ إذ يحصلُ المضرورُ على تعويضٍ أقلَ من مقداره الأصلي فيما لو حُكمَ بالتعويضِ الكامل، وأنَّ تطبيقاتِ التعويضِ العادل في نطاقِ المسؤولية التقصيرية نصَّ عليها المُشرّعُ آخِذاً بنظرِ الاعتبار الظروفَ المتعلّقةَ بمرتكبِ الفعلِ الضار، فقد بدأت فكرةُ التعويضِ الكامل تقلُّ؛ ليحلَّ محلهَا التعويضُ العادلُ.

كل الحقوق محفوظة لكلية القانون - جامعة نينوى ©2024

(1) استاذ القانون المدني-عميد كلية القانون، جامعة نينوى – الموصل – العراق

Email:
zeena.ghanim@uoninevah.edu.iq

ORCID: 0009-0006-1978-6615

الكلمات المفتاحية:
التعويض،
العادل،
حالة الضرورة،
المسؤولية التقصيرية.

تاريخ الاستلام : 25 تموز 2024
تاريخ قبول النشر: 28 آب 2024م
تاريخ النشر:

مجلة نينوى للدراسات القانونية ● مجلة نينوى للدراسات القانونية ●

The Problem of Fair Compensation in Tort
- A Comparative Study-

Prof. Dr. Zeina Ghanem Al-Obaidi[1]
[1] Dean of the College of Law – University of Nineveh – Mosul – Iraq, Email: zeena.ghanim@uoninevah.edu.iq

Abstract:

Compensation is the means of the judiciary to remove or mitigate the damage, and it is the civil penalty that results from the realization of civil liability. The issue of fair compensation has occupied its applications of great importance at the legal level and practical application with its specificity within the scope of civil law by describing this compensation as incomplete compensation, and that the applications mentioned in the scope of tort liability led to a response to a basic demand required by justice, so adhering to these applications and researching them achieves advantages Therefore, fair compensation is preferred over many other compensation systems, and at the same time it is more flexible in relation to the case of the perpetrator of the harmful act and allows a realistic treatment in which justice requires taking into account the circumstances of the perpetrator of the harmful act and the circumstances of the occurrence of damage, and one of the most important of these applications is the case of exceeding the limits of the right of defense The legal and the state of necessity because it is not required in these cases to achieve equality, as the injured person receives compensation less than its original amount, while a full compensation was issued, and that the applications of fair compensation within the scope of tort liability were stipulated by the legislator, taking into account the circumstances related to the perpetrator of the harmful act, the idea of full compensation began Less to be replaced by fair compensation.

Keywords: compensation, just, case of necessity, tort liability.

المقدمة

أولاً: موضوعُ البحثِ وأهميته:

إنَّ موضوعَ التعويضِ العادلِ ليس موضعاً نظرياً فحسب، وإنَّما لهُ جانبٌ تطبيقيٌّ وشغلَ حيزاً كبيراً في مجالِ الفقهِ والقضاءِ والتشريعِ؛ لوجودِ نصوصٍ صريحةٍ تشيرُ إليهِ، ويحتلُّ مكانةً متميزةً ويعودُ سببُ ذلك لالتصاقِ جزئياتِ التعويضِ بالحياةِ العمليةِ، وما يترتبُ من أحكامٍ وما يقترنُ به من ظروفٍ أو حالاتٍ تجعلُ التعويضَ بدلاً من أن يكونَ كاملاً يكونُ عادلاً، بالنظرِ لاعتباراتٍ معينةٍ مستنداً لمبدأ مقتضياتِ العدالة.

فالتعويضُ هو وسيلةُ القضاءِ لإزالة الضررِ أو التخفيفِ من وطأتهِ، وهو الجزاءُ المدنيُّ الذي يترتبُ على تحقُّقِ المسؤوليةِ المدنيةِ، ويعدُّ الأداةَ التي تعملُ على تصحيحِ ما اختلَّ من توازنٍ في المصالحِ وما أهدرَ من حقوقٍ نتيجةَ وقوعِ الضرر، وبه يتمُّ جبرُ الضررِ الناجمِ عن إخلالِ الشخص.

وقد أشارت بعضُ القوانينِ إلى مبدأ التعويضِ العادل في حالاتٍ معينة، والذي يقضي بأنَّ التعويضَ يقدَّرُ بأقلَ من الضررِ، استناداً إلى مقتضياتِ العدالة، فمضمونُ هذا المبدأ ومفهومهُ يعدُّ إشكاليةً في نظرِ الفهمِ الاجتماعيّ لدى الأفراد، على اعتبارِ لم نجد نصوصاً صريحةً تبينُ مضمونهُ ومفهومهُ؛ إلَّا أنَّ التطبيقاتِ هي التي اسعفتنا لفهمِ ودراسة هذا النوع من التعويضِ على اعتبار تقديرهِ لا يكونُ كاملاً، وإنَّما حسبَ ما تراهُ المحكمةُ مناسباً، وقد أكَّدَ القضاءُ أن يكون التعويضُ كاملاً؛ إلا أنَّ هذه التأكيدات تبقى غيرَ حقيقيةٍ؛ بل هي تأكيداتٌ مبدئيةٌ تهدفُ إلى تجنُّبِ نقصِ التعويض.

فقد شرّعَ التعويضُ العادلُ نتيجةَ ظروفٍ خاصةٍ قد تحيطُ بالأفرادِ فتضفي على أفعالهم الخاطئةِ صفةَ المشروعيةِ على الرغم من ترتُّبِ الضرر، أو قد تكونُ هذه الأفعال تقامُ لمصلحةِ المجتمع، فالبحثُ في المسؤوليةِ المدنية (التقصيرية والعقدية) وأثرُها المترتبُ هو التعويضُ قد يكون غيرَ كاملٍ.

ثانياً: إشكاليةُ وأسئلةُ البحث:

نتيجةً لعدمِ بيان أحكامٍ تفصيليةٍ في القوانينِ بشأن التعويضِ العادل؛ حيثُ اتَّصفَ هذا النوعُ من التعويضِ بصفةٍ مهمةٍ وهي أنَّ التعويضَ ليس كاملاً؛ بل ناقصٌ، وعدمُ المساواةِ هذه تعدُّ في حدِّ ذاتها مشكلةً؛ لأنَّ الأصلَ في التعويضِ أن يكونَ كاملاً، والتعويضُ عندما يكونُ أقلَ من الضرر لربما لا يفي بحاجةِ المتضرر إليه، وعجزُ هذه النصوصِ عن الإحاطةِ بجميعِ حالات التعويضِ العادل، كما أنَّ مفهومَ التعويضِ العادلِ قد يختلفُ من بيئةٍ الى أخرى لصعوبةِ تحديد عدالةِ التعويض، كما أنَّ مفهومهُ لا يدركهُ الأفراد، ويذهبُ الكثيرُ إلى تفسيرِ معناهُ إلى التعويضِ الكامل، ويرى منهم أنَّ التعويضَ عادلٌ بمعنى أن يكونَ التعويضُ كاملاً يعنى عادلاً بمعنى المساواة بين مقدارِ التعويض وقيمة الضرر، وأنَّ أغلبَ النصوصِ القانونيَّةِ أشارت أن يكونَ التعويضُ كاملاً دون مراعاةِ ظروف أحدِ الطرفين أو كلا الطرفين ونظرت إلى قيمةِ الضرر فقط ، ولكن يكونُ التعويضُ في بعضِ الأحيانِ عادلاً استجابةً لمقتضياتِ العدالة، والعدالةُ لا تشترطُ المساواةُ بين مقدارِ التعويضِ وقيمة الضرر.

أما التساؤلاتُ التي يُمكنُ أن تردَ بشأنِ التعويض العادل؛ هي:

1- ما هو مفهومُ ومضمونُ التعويضِ العادلِ في ظلِّ عدمِ وجودِ تعريفٍ واضح له؟
2- وهل يتميزُ التعويضُ العادلُ بخصائص معينةٍ، وما هي أهم خصائصه؟
3- وهل لأركان المسؤوليةِ التقصيرية أثرٌ على جعلِ التعويض كاملاً أم عادلاً؟
4- وهل هناكَ تطبيقاتٌ تشيرُ أو تحكمُ بمقتضى عدالةِ التعويض في الواقعِ العملي؟

ونتيجةً لهذه التساؤلاتِ ارتأينا أن نبحثَ بخصوصِ التعويضِ العادل وبشكلٍ مفصلٍ لبيانِ الإشكالية التي تندرجُ تحته من خلالِ الإجابة على تلك الأسئلة.

ثالثاً: أسبابُ اختيارِ موضوعِ البحث:

1- نجدُ الكثيرَ من البحوثِ والدراسات التي تعرضت للتعويضِ الكامل، في حين لم يلقَ موضوعُ التعويضُ العادلِ الاهتمامَ من قبلِ الفقهاءِ وشُرَّاح القانونِ المدنيّ أو الباحثين.

2- عدمُ وضوحِ المصطلح (التعويضُ العادلُ) في النصوصِ القانونية الواردة؛ حيثُ كانت قاصرةً عن بيانِ معنى واضحٍ للتعويضِ العادل.

3- إنَّ الأفعالَ التي تصدرُ من الأفرادِ قد تكون عمداً، فيعوضُ القانونُ عن الضررِ المترتّبِ عليها بشكلٍ كاملٍ، وقد تصدرُ بشكلٍ غير عمدٍ كأن هناكَ ظروفٌ تجعلُ من الشخصِ يرتكبُ هذه الأفعال، فالقانونُ ينظرُ إلى تلك الأفعالِ بشكلٍ خاصٍّ كحالةِ الضرورة وتجاوزِ حدودِ الدفاع الشرعيّ، فالمسؤوليةُ هنا تقامُ ويكونُ التعويضُ عنها بشكلٍ مخففٍ نظراً لمراعاةِ تلك الظروف.

4- لقد اتجهت بعضُ التشريعاتِ في بعضِ النصوصِ عند تقديرِ التعويضِ إلى عدالةِ التعويضِ؛ لأنَّ مقتضياتِ العدالة أن ينقصَ التعويض متى كان استيفاءهُ يعرّضُ المدين لضيقِ الحال.

رابعاً: منهجيةُ ونطاقُ البحث:

سيتمُّ اتباعُ المنهجِ التحليليّ المقارن، والذي يقومُ على المقارنةِ بين الأنظمةِ الأساسيةِ، وستكونُ الدراسةُ هذه بين منهجِ القانونِ المدنيّ العراقيّ والذي سيكونُ محورُ هذا البحثِ مع المقارنةِ بين القانون المدنيّ المصريّ والقانون المدنيّ الفرنسي، مع الأخذِ بنظرِ الأهميةِ النصوصَ المتعلقةَ بالتعويضِ العادلِ في القوانينِ الخاصةِ وتحليلها وفقاً لجوانبها القانونية، والوقائع التي تندرجُ تحتَ هذا الموضوع؛ كونُ التعويضِ العادلِ أنَّهُ استثناءٌ من الأصلِ وهو التعويضُ الكاملُ.

أما نطاقُ المقارنةِ فيشملُ أحكامَ التشريعِ والقضاءِ واستعراضِ آراءِ الفقهِ في كلٍّ من فرنسا ومصر والعراق، وبحثُ الآراءِ الفقهيةِ وتحليلها واستخلاصُ أهمِّ المبادئِ القانونيةِ منها.

خامساً: هيكليةُ البحث:

بعدَ المقدمةِ سيتمُّ تقسيمُ البحثِ إلى مبحثين ، ولكلِّ مبحثٍ مطلبين، على الشكلِ الآتي:

المبحث الأول / مفهومُ التعويضِ العادلِ وخصائصه.

المطلب الأول / تعريفُ التعويضِ العادلِ لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني / خصائصُ التعويضِ العادل.

المبحث الثاني / التعويضُ العادلُ في المسؤوليةِ التقصيريةِ وتطبيقاته.

المطلب الأول / أركان المسؤوليةِ التقصيرية وأثرها على التعويضِ العادل.

المطلب الثاني / تطبيقاتُ التعويضِ العادل في المسؤوليةِ التقصيرية.

المبحث الأول

مفهومُ التعويضِ العادلِ وسماتهُ

إنَّ مبدأَ التعويضِ العادلِ قد فرضَ وجودهُ في الواقعِ، لذلك لا بُدَّ من التأسيسِ لهذا المصطلحِ في حقلِ اللغة تحديداً من الموقفِ الفقهيّ والتشريعيّ إن وجد، واستظهارُ الصفةِ الاستثنائيةِ والطبيعةِ الناقصةِ لهُ من خلالِ عرضِ أهمِّ الخصائصِ لهذا التعويض.

لا بُدَّ من تعريفِ التعويضِ العادل وبيانِ حقيقته؛ لأنَّهُ الوسيلةُ الفاعلةُ لجبرِ ما وقعَ على الإنسان من ضررٍ، فمبدأُ التعويضِ أياً كان نوعهُ فهو مبدأٌ أصيلٌ، فإن وقعَ الضررُ وجبَ جبرهُ بمثلهِ إن كان مثلياً، أو بقيمتهِ إن كان قيمياً، وهذا هو الأصلُ في التعويض.

وتفصيلاً لما تقدَّمَ ذكرهُ سنبحثُ في كلّ ما يتعلَّقُ بتحديدِ معنى التعويضِ العادل لغةً واصطلاحاً للوصولِ إلى تعريفٍ جامعٍ من خلالِ تعريف التعويضِ العادلِ في فرعٍ أوَّل، ثم نعرّجُ بالبحثِ إلى بيان سماتِ التعويض العادل في فرعٍ ثانٍ.

المطلب الأول

تعريفُ التعويضِ العادلِ لغةً واصطلاحاً

لم نجد تعريفاً واضحاً وشاملاً للتعويضِ العادل، ولكن البحثَ في معناهُ يتطلبُ منا الرجوعَ إلى اللغةِ العربية لبيان معناه، ويمكنُ بحثُ مصطلحِ التعويض لغةً واصطلاحاً، ومن ثم بحثُ العادلِ لغةً واصطلاحاً، ومن ثم جمعُ هاتين المفردتينِ للوصولِ إلى تحديدِ معنى واضح (للتعويض العادل)، لذلك يستلزمُ الرجوعَ إلى اللغةِ العربية للمصطلحاتِ المعنية، ومعرفةُ مدى تطابقها مع المفهومِ الذي تبناهُ المشرّعُ، وبالوقوفِ على حقيقةِ المعنى اللغويّ للشيء يتمُّ الوصولُ إلى تعريفهِ اصطلاحياً، كونُ مصطلحِ التعويضِ العادلِ يتكونُ من جملةٍ مركبةٍ هما (التعويض) و(العادل) ولإعطاءِ تعريفِ التعويض العادل لغةً وتحديد معناهُ يستلزمُ الرجوعَ إلى علماءِ اللغةِ العربيةِ؛ لبيان المعنى اللغويّ في التعويضِ وفي العادل.

التعويضُ لغةً: يعني التعويضُ في اللغةِ هو الخلفُ أو البدلُ، ويجمعُ العوضُ أعواض، وتقولُ: عضيتُ فلاناً أو عوضتهُ وأعضتهُ؛ أي: أَعطيتهُ بدلَ ما ذهب منهُ، وعاضهُ بكذا عوضاً، فيقالُ أخذتُ الكتابَ عوضاً عن مالي؛ أي: بدلاً منهُ وأعاضهُ وعوَّضَهُ تعويضاً وعاضهُ؛ أي: أعطاهُ العوضَ، واعتاضَ وتعوضَ أخذَ العوضَ؛ أي: البدل، وتشتقُ من مادةِ العوض عدةُ اشتقاقاتٍ، والذي يعنينا منها هو (التعويض)، واعتاضني فلاناً إذ جاءَ طالباً للعوضِ وتحقيق التعويض[1].

1- ينظر: جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري، لسان العرب، الدار المصرية للتأليف والترجمة، بلا سنة طبع، مادة عوض، ص 55، وينظر أيضاً: محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، الجزء الثامن عشر، الطبعة الأولى، مطبعة حكومة الكويت، 1979، ص643.

ويلحظُ على معاني التعويضِ عند جمعها من الناحيةِ اللغوية أنَّها تدلُّ على البدلِ الذي يستوجبُ دفعهُ بسببِ الحاق ضررٍ بالغير، أو الأخذ والإعطاء، فأعطيتهُ مقابلَ ما أُخُذ منه.

العادلُ لغةً: هو اسمٌ من أسماءِ الله الحسنى، وهو المستقيمُ، ومعناهُ الذي صيَّرَ الشيءَ معتدلاً متناسبَ الخلقِ من غيرِ تفاوتٍ، والعادلُ هو معادلةٌ، فهو معادل؛ أي: عادلٌ بين شيئين، وتعني أيضاً وازنَ بينهُما وعادلَ بين العقابِ والإهانة [1]، ويعني أيضاً المعادلةُ؛ أي: عادلٌ بين العملين؛ أي: وازنَ بينهما واختارَ أحدهُما، بمعنى فضَّلَ أحدهُما على الآخر.

أما تعريفُ التعويضِ العادلِ في الفقهِ القانونيّ، وعرَّفَ الفقهُ القانونيُّ التعويضَ بعددٍ من التعريفاتِ قد تختلفُ بالألفاظِ وتتشابهُ بالمعنى، فقد عرَّفهُ أحدُهُم بأنَّهُ: (حقٌّ مدنيٌّ يتعلَّقُ بذمةِ المحكوم عليه بالضررِ، ولا يحكمُ بهِ؛ إلا بناءً على طلبِ صاحب الحقِّ)[2]، وعرَّفهُ آخرٌ من الفقهِ بأنهُ: (وسيلةُ القضاءِ لمحو الضرر، أو التخفيفِ عن شدةِ وطأتهِ إذا لم يكن محوهُ ممكناً، وقد يكونُ مبلغاً من المالِ يحكمُ بهِ للمتضررِ على من أحدثَ الضررَ، وقد يكونُ شيئاً آخرَ غيرَ المالِ كالنشرِ في وسائل الإعلام، أو ترضية أخرى)[3].

ويمكنُ أن يلحظَ على التعريفاتِ المتقدمةِ أنَّ من الفقهاءِ مَن ربطَ بين التعويضِ وبين أحدِ أركان المسؤولية، وهو الضررُ ارتباطاً وثيقاً بأعتبارهِ مجردَ وسيلةٍ لجبره، ومنهم من عدَّ الخطأَ عنصراً جوهرياً لتقريرِ المسؤولية ومن ثم التعويض؛ إلَّا أنَّ القاعدةَ العامةَ لا يستحقُ التعويضُ إلَّا إذا توافرت أركانُ المسؤوليةِ المدنية جميعها؛ إلَّا أنَّ هناك حالاتٌ استثنائيةٌ قد لا يشترطُ تحقُّقُ أحدِ أركانِ المسؤولية، ولكن المتضررَ يستحقُ التعويضَ ولكنه تعويضٌ غيرُ كاملٍ، ولم تُشِر التعريفاتُ إلى أنَّ التعويضَ هو جزاءُ تحقُّقِ أركان المسؤوليةِ؛ أي النتيجةُ الطبيعيةُ لتحمُّلِ المسؤولِ التعويضَ الذي ألحقهُ بالمتضرر.

أما موقفُ التشريعاتِ إزاءَ تعريفِ التعويضِ العادل لم نجد في النصوصِ ما يحدِّدُ معناهُ مع ما ذهبَ إليهِ الفقهُ القانونيُّ؛ حيثُ اعتمدَ على أساسِ النظر إليه من زاويةٍ معينةٍ، فعرفهُ جانبٌ من الفقهِ (بأنَّهُ مبلغٌ من النقودِ يساوي المنفعةَ التي كان يحصلُ عليها الدائنُ لو نفَّذَ المدينُ التزامه على النحوِ الذي يقضي بهِ مبدأ حسن النية وتقتضيه الثقةُ المتبادلةُ في المعاملات)[4].

(1) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ص417.

(2) وقد عرفه د. على الخفيف "شغلُ الذمة بما يجب الوفاء من مالٍ أو عمل"، الضمانُ في الفقهِ الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 2012، ص212، د. سعدون العامري، تعويضُ الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية التابع لوزارة العدل العراقية، بغداد، 1981، ص145.

(3) د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطبعة الاعتماد، 1994، ص314.

(4) د. حسن على الذنون، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، مطبعة الجامعة المستنصرية، بغداد، 1976، ص348.

وعرَّفهُ آخرٌ بأنَّهُ: (حقٌّ للدائنِ المتضررِ يترتبُ في ذمةِ المَدين "محدثُ الضررِ" والذي يتَّخذُ شكلَ النقدِ أو أيَّ ترضيةٍ من جنسِ تعادلِ المنفعة التي سينالهُ المتضررُ لو لم يحصل الإخلالُ بالالتزامِ؛ سواءٌ أكان الالتزامُ الذي حصلَ الإخلالُ بهِ إراديٌّ أم غير إرادي)[1].

ويمكنُ إيرادُ بعض الملاحظاتِ على التعريفاتِ المذكورةِ أعلاهُ.

فيلاحظُ على التعريفِ الأولِ أنَّهُ حدَّدَ التعويضَ بأن يكونَ مبلغاً من النقودِ؛ إلَّا أنَّ التعويضَ قد لا يكونُ مبلغاً من النقودِ؛ بل قد يكونُ شيئاً آخرَ، فالتعويضُ نقديٌّ وغيرَ نقديٍّ.

أما التعريفُ الثاني فلم يحدِّد طريقةً معينةً للتعويضِ؛ إذ يستطيعُ القاضي أن يختارَ من طرقِ التعويضِ ما يراهُ أكثرَ ملاءمةً لجبرِ الضرر، وقد تجتمعُ أكثرُ من طريقةٍ للتعويضِ في الحالةِ التي يكونُ فيها الضررُ متغيراً، أوشيئاً آخرَ غير النقودِ كإعادةِ الحال إلى ما كانت عليه قبلَ الضرر، والحكمُ بأداءِ أمرٍ معينٍ كالنشرِ في الصحافةِ والتنويهُ بحقِّ المدعي في الحكمِ وردِّ المثلِ في المثليات[2]، لا سيَّما عندَ وجودِ ضررٍ يتطلبُ مراعاةَ أمورٍ عديدةٍ؛ إذ ينبغي قدرَ الإمكانِ تحقيقُ التعادلِ بين التعويضِ والضرر، وهذا ما يعرفُ بمبدأ التعويضِ الكامل ، ولكن التعويضَ قد يحملُ صفةً أخرى تعرفُ بالتعويضِ العادل؛ أي لا يشترطُ أن يكونَ التعويضُ كاملاً في كلِّ الحالات.

أما تعريفُ العادلِ اصطلاحاً، وبيانُ معناهُ فلا بُدَّ أن نميِّزهُ عن مصطلحاتٍ مقاربةٍ له؛ مثلُ العدلِ والعدالةِ، فالعدلُ هو أساسُ الأحكامِ المنظِّمةِ للعلاقاتِ الإنسانية؛ فضلاً عن أنَّ اللهَ سبحانهُ وتعالى أمرَعبادهُ بالتزامِ العدلِ والحكمِ به، مؤكداً أهميتهُ قال تعالى: (وإذا حَكَمتُم بينَ الناسِ أن تحكُمُوا بالعدلِ)[3]، فهو يعني التوسطُ بين الإفراطِ والتفريطِ والاعتدالِ في الأمور، ويجبُ الالتزامُ بالعدلِ في القولِ والمعاملاتِ وفي القضاءِ وإقامةِ الحدود وغير ذلك، ويعني أيضاً القسطُ والموازنةُ والاستقامةُ والمساواةُ، ويعرَّفُ العدلُ أيضاً: (التزامُ الصدقِ في القولِ والفعل وإعطاءُ الحقِّ لصاحبه، وعدمُ التعدي على الغيرِ بغيرِ حقٍّ في مالهِ ونفسهِ وعرضه)[4]، فالعدلُ هو ضرورةٌ اجتماعيةٌ وليسَ فكرةً مجرَّدةً في عالمِ الخيال؛ إذ لا يوجدُ عدلٌ ثابتٌ ومطلقٌ، وإنَّما هو نسبيٌّ يتوصلُ إليهِ الإنسان.

والعدالةُ تعرفُ بحكمةِ التشريعِ التي يجبُ الرجوعُ إليها في التفسيرِ المنطقيّ، وقد ينظرُ إلى العدالةِ من عدةِ زوايا؛ مثل الناحيةِ الفلسفيةِ والأخلاقيةِ؛ فضلاً عن الناحيةِ القانونية، فالعدالةُ شعورٌ أخلاقيٌّ بالنسبةِ

(1) عضيد عزت حمد، التعويض عن الضرر المتغير في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة النيلين، كلية القانون، الدراسات العليا، 2018، ص156.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري، ود. ومحمد طه البشير، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، بيروت، لبنان، 2009، ص56، مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري، الطبعة الثانية، مطبعة الاعتماد، القاهرة، 1944، ص314.

(3) سورة النساء: آية 58.

(4) د. عباس زبون العبودي، تاريخ القانون، الطبعة الأولى، جامعة الموصل، 1993، ص52.

للقاضي يستلهمهُ أثناءَ محاولتهِ تخفيفَ حكمِ قاعدةٍ قانونيةٍ في تطبيقِها في حالةٍ معينةٍ حينما يأذنُ لهُ الشرعُ في ذلك بنصٍّ صريحٍ، ومعنى ذلك أنَّ القاضي في اختيارهِ للأثرِ القانونيّ الذي سوفَ يحكمُ به القاضي يتمُّ وفقاً لنظرتهِ التقديريةِ للشعورِ بالعدلِ في ضميرِ الجماعة، ومن أجلِ ذلك يجبُ أن يكونَ القاضي في بحثهِ في الاعتباراتِ مستنداً على اعتباراتٍ موضوعيةٍ وليست ذاتية[1].

ويلاحظُ على النصوصِ القانونيةِ أشارت الى أنَّ مصطلحَ العادلِ الذي يعني عدمَ التساوي في مقدارِ التعويض، أو التعويضِ الملائمِ والمناسبِ، وإطلاقُ المُشرّعِ لمصطلحِ العادلِ إنَّما جاءَ لمواجهةِ الحالاتِ الخاصةِ، فالحكمُ العادلُ هو الحكمُ الملائمُ أو المناسبُ الذي يتخذهُ المُشرّعُ عند النظرِ إلى حالاتٍ وفروضٍ معينة تُراعى فيها الظروفُ والملابساتُ المتعلقةُ بالواقعةِ الخاصةِ مما يسهمُ في التخفيفِ من المسؤوليةِ وما يترتبُ على أثرِها وهو التعويضُ.

فالتعويضُ العادلُ قد عرَّفهُ الفقهُ القانونيُّ بتعريفاتٍ متعددةٍ تختلفُ وفقاً لاختلافِ وجهةِ النظر التي يُنظرُ منها إليه، فعرَّفهُ جانبٌ من الفقهِ بأنَّهُ: (تعويضٌ تُراعِي فيه المحكمةُ كافةَ الظروفِ الملابسةِ التي تحيطُ بالمضرورِ ومحدثُ الضررِ معاً من حيثُ مركزهم المالي)[2]، وعرَّفَ أيضاً بأنَّهُ: (استثناءٌ من الأصلِ الذي يقضي بأن يكونَ التعويضُ غيرَ كاملٍ ولا يعوَّضُ المتضررُ عن جميعِ الأضرارِ التي لحقت به؛ كونُ الالتزامِ بعناصرِ التعويضِ تعدُّ من مسائلِ القانونِ وتخضعُ إلى رقابةٍ محكمةِ التمييز)[3]، وذهبَ رأيٌّ آخرَ من الفقهِ إلى أنَّهُ (حصولُ المتضررِ على تعويضٍ أقلَ من الضررِ الذي أصابهُ كونُ الفعلِ غيرَ متعمدٍ ولا جسيمٍ؛ حيثُ ينقصُ القاضي من مقدارهِ عدالةٌ اذا كان استيفاؤهُ كاملاً يعرضُ المدينُ بهِ لضيقِ الحال)[4].

لذلك فإنَّ التعويضَ العادلَ هو أحدُ نظمِ التعويضِ، وهو الحالةُ الوسيطةُ بين التعويضِ الرمزيّ الذي يمثِّلُ تعويضاً قليلاً أو معدوماً وبين التعويضِ الكامل، الذي يكونُ مقدارُ التعويضِ مساوياً لحجمِ الضرر[5].

(1) د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، الكتاب الأول، القاعدة القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 2006، ص152.

(2) د. محمد دمانة، المعايير التشريعية والقضائية الحديثة لعدالة التعويض، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، جامعة ورقلة، ص96.

(3) ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص646.

(4) د. خالد مصطفى فهمي، تعويض المضرورين من الأعمال الإرهابية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص123.

(5) د. ذنون يونس صالح المحمدي، التعويض الناشئ عن الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق، السنة الثانية، المجلد الثاني، العدد الثاني، الجزء الأول، 2018، ص189.

ويمكنُ تعريفهُ بأنَّهُ: (الأداءُ الناقصُ أو الواجبُ الذي لا يلزمُ أداؤهُ كاملاً، فوجبت القيمةُ بتقديرٍأقلَ نظراً للعواملِ المتعلقةِ بالمسؤول والمتضرر)[1].

فالطابعُ العادلُ للتعويضِ إذن هو الابتعادُ عن المساواةِ، فالتوزيعُ يتمُّ وفقاً لمقتضياتِ العدالة، وهو أيضاً يعني جبرَ الضررِ جبراً يكونُ فيهِ مقدارُ التعويضِ أقلُّ من قدرِ الضرر، على شكلِ توزيع المسؤولية بين المسؤول والمتضرر استناداً إلى مقتضياتِ العدالة.

المطلب الثاني

خصائصُ التعويضِ العادل

أبرزُ السماتِ التي تمّيزَ بها التعويضُ العادلُ عن غيرهِ من نظمِ التعويض الأخرى هو الطابعُ الاستثنائيُّ؛ إذ يعدُّ التعويضُ العادلُ استثناءً من الأصلِ الذي يجبُ أن يكونَ التعويضُ كاملاً، وأن يكونَ هذا النوعُ من التعويضِ ناقصاً؛ حيثُ أنَّ الأصلَ أن يكون مقدارُ التعويض مساوياً لقيمة الضرر، وعليه سيتمُّ البحثُ في الفقرتين الآتيتين فيما يتعلَّقُ بالطابعِ الاستثنائيِّ في فقرةٍ أولى والطابعِ الناقصِ في فقرةٍ ثانية.

أولاً/ الطابعُ الاستثنائيُّ للتعويضِ العادل

وعند تتبُّعِ نصوصِ القانون يلاحظُ أنَّ المشَرّعَ قد يستثني حالاتٍ معينةً من الخضوعِ لحكمِ القاعدة العامة، فالقاعدةُ العامةُ هي التي تطبَّقُ على الجميعِ دون استثناءٍ وهذا هو الأصلُ؛ إلا أنَّهُ قد يردُ على هذا الأصلُ استثناءً يعنى بالحالة التي لها حكمٌ خاصٌّ يختلفُ عن الحكمِ العامِ تحقيقاً لمصلحةٍ لا تتحققُ إلا بوجودِ هذا الاستثناء[2].

لم يرد في نصوصِ القانون كلمةُ (الاستثناء) ولكن يفهمُ من التطبيقاتِ بأنَّهُ: (خروجُ مسألةٍ أو واقعةٍ معينةٍ عن حكمِ القاعدةِ العامةِ لضرورةٍ ومصلحةٍ تقتضي ذلك)[3]، وعرَّفهُ آخرٌ على أنَّهُ: (إخراجُ حالةٍ معينةٍ أو أمرٍ معينٍ عن حكمِ الأصلِ لتحقيق مصلحةٍ عامةٍ اقتضت ذلك)[4].

(1) د. آمال علي عبد الحسين الموسوي، التعويض العادل، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2023، 17.

(2) د. محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون والالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الإسكندرية، 2010، ص16.

(3) د. عادل شمران الشمري، فلسفة الاستثناء في القانون المدني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة العاشرة، العدد الثالث، 2018، ص120.

(4) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، في مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة نديم، بغداد، 1977، ص222.

فالتعويضُ في حالةِ ناقص الأهليَّة غيرُ كاملٍ، وهذا استثناءً من حكمِ القاعدةِ الأصلية، فالأصلُ أن يكونَ التعويضُ كاملاً؛ إلَّا أنَّ القانونَ لا يلزمُ ناقصُ الأهليةِ بالتعويضِ الكامل[1].

فالطابعُ الاستثنائيُّ للتعويضِ، يعني أنَّ الأصلَ في المسؤوليةِ المدنية تقومُ ويترتبُ أثرُها بالتعويضِ على أساسِ توافر أركانِ المسؤولية، وهي الخطأُ والضررُ والعلاقة السببية، أما في التعويضِ العادل فقد عدَّهُ الفقهُ استثناءً من التعويضِ الكامل على أساسِ وجودِ الخطأ لمرتكبِ الفعل الضار؛ إلَّا أنَّهُ قد خففت مسؤوليته في تعويضِ المتضرر من الفعلِ؛ إذ لا يكونُ تعويضهُ لجميعِ عناصر الضرر، ومن ثمَّ لا يقومُ تقديرُ التعويضِ على عنصرِ الخطأ، وقد تمَّ استبعادهُ من التعويضِ؛ بل قامَ على عنصرِ الضرر وظروفِ وقوع الضرر، وانعدامُ صفةِ الخطأ في الفعلِ الضارِ يفترضهُ القانون في حالاتٍ تشيرُ إليها القوانينُ المدنية أحياناً، وكان المشرّعُ العراقيُّ من بينهم؛ حيثُ تنصُّ الموادُ (212 – 215) على الحالاتِ التي لا يعدُّ فيها الفعلُ الضارُ خطأً يوجبُ المسؤولية[2]، وهذا الاستبعادُ تمَّ بصفةٍ خاصةٍ، فالمشرّعُ استبعدَ ركناً من أركان المسؤولية المدنية وهو الخطأ، وجميعُ أحكامها في قيامِ الحقِّ في هذا التعويض؛ ليكون استثناءً من الأصل[3].

فأساسُ التعويضِ هو الضررُ الذي يدورُ وجوداً وعدماً معه، فالتعويضُ ليس مرتبطاً مع الخطأ دائماً على الرغم من وجودهِ؛ إلا أنَّهُ ينظرُ بعين الاعتبارِ إلى الضررِ الذي أحدثهُ المدافعُ، كما في حالةِ تجاوز حدودِ الدفاع الشرعيّ؛ حيثُ لا تقومُ المسؤوليةُ المدنية على أساسِ الخطأ على الرغمِ من وجوده؛ إلَّا أنَّها تبنى على ركنِ الضرر[4]؛ حيثُ نظرَ المشرّعُ إلى حالةِ المسؤول وظروفِ وقوع الضرر، وأنَّ الأصلَ هو النظرُ إلى ظروفِ المتضرر فقط، فالطابعُ الاستثنائيُّ للتعويضِ العادل نجدهُ في نصوص القانونِ لذلك، فطبيعةُ الاستثناءِ لهذا التعويضِ أساسُها القانون دون أن يكونَ لاتفاقِ الأطراف أو لإرادتهم أيَّ أثرٍ في الاستثناء، وعليه لجأَ المشرّعُ على النصِّ على التعويضِ العادل لمسوغاتٍ متعددة منها تحقيقُ العدالةِ والتوازن بين المتضررِ والمسؤول، أو لحمايةِ مصلحةٍ هي أولى بالرعاية[5].

ثانياً / الطابعُ الناقصُ لمقدارِ التعويضِ العادل

(1) نصت المادة (191/ 3) من القانون المدني العراقي على أنه (عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بدَّ للمحكمةِ أن تراعي في ذلك مركز الخصوم)، وكما نصت المادة (234/ 2) من القانون نفسه أنه (إذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الأهلية فلا يكون إلا برد ما كسب حتى ولو كان سيء النية).

(2) بورجو وسيلة، دور الخطأ في التعويض عن حوادث العمل، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص31.

(3) بورجو وسيلة، دور الخطأ في التعويض عن حوادث العمل، المرجع نفسه، ص33.

(4) حمد سلمان سليمان الزبود، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث، دراسة مقارنة، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص561.

(5) ينظر المادتين (212/ 2) والمادة (213/ 2) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 النافذ (المعدل).

إنَّ ما يميزُ هذا التعويضَ هو الطابعُ الناقصُ، أن يكون التعويضُ أقلَّ من مقدارهِ الأصليّ فيما لو كان التعويضُ كاملاً، فالأصلُ بالتعويضِ بالكامل هو لا زيادةٌ ولا نقصانٌ في مقداره، بينما التعويضُ العادلُ هو يتَّصفُ بالمقدارِ غير الكافي بما لا يفي بالحاجة، وبتعبيرٍ أدقّ أي ما ينقصُ عن المطلوبِ الأصلي بالنسبةِ للمتضرر، أو أن يكون التعويضُ غيرَ مكتملٍ لجميع عناصرِ التعويض، ولتحديدِ مقدار التعويض يجبُ مراعاةُ عناصرِ التعويضِ عنه، وهي الخسارةُ اللاحقةُ والكسبُ الفائت، كما كان سائداً في مبدأ التعويضِ الكامل للضرر الذي يقومُ على المساواةِ بين التعويض وقيمة الضرر الواقع فعلاً[1]، وهذا الأمرُ نتيجةٌ منطقيةٌ في أن يساوي مقدارَ التعويضِ قيمة الضرر؛ لكن موقفَ الفقهِ والقضاء مع التخفيف، فتمَّ اللجوءُ إلى مبدأ التعويضِ العادل الذي يُراعي فيه القاضي كونَ الفعل الضار غير متعمدٍ ولا جسيمٍ، بحيث يمكنُ للقاضي أن ينقصَ من مقدارهِ عدالة دون أن يتقيَّدَ بعناصرِ التعويض الكامل، فهدفُ التعويضِ هو جبرُ الضررِ وليس عقابُ المسؤول ، فطالما كان التعويضُ يرتبطُ بالضررِ فإنَّهُ يجبُ أن يكونَ متناسباً معه[2].

أما عن موقفِ القضاء الفرنسيّ، فقد بيَّنت المحاكمُ الفرنسيةُ منذ وقتٍ طويلٍ الخروجَ على مبدأ التعويضِ الكامل للضرر، وإقرارَهُ بأنَّ التعويضَ يقتضي التناسبَ، فقد قضت محكمةُ اكس (Aix) للمصابِ بمبلغ تعويضٍ يجاوزُ المدى الحقيقيَّ للضررِ الذي أصابهُ لمجردِ معاقبة الطبيب الذي أجرى على مريضهِ تجارب لأغراضٍ علميةٍ وليست علاجيةٍ دون أن يأخذَ الاحتياطاتِ اللازمة في مثل هذه الأحوال[3]، ولكن سرعان ما تراجعت هذه المحكمةُ عن هذا الموقف، وقد أيَّدهُ قضاءُ فرنسا ليؤكدَ إصراره لتطبيق مبدأ التعويض العادل بما يمثِّلُ التمسكَ الحقيقيَّ بالوظيفةِ الإصلاحية للتعويض مستبعدةً في ذلك الوظيفةَ العقابية، فقد ذهبت في قرارٍ صدرَ عن غرفتها المدنية في 26 / نسيان / 1983 إلى أنَّ التعويضَ يهدفُ إلى إصلاحِ الضرر الذي تحمَّلهُ المضرورُ، ولا يشترطُ التساوي بين التعويض ومدى الضرر[4].

أما موقفُ المشرّعُ المصريُّ إزاءَ هذه الخصيصةِ للتعويضِ العادل فقد أكَّدَ بصورةٍ صريحةٍ أنَّ على القاضي عند تقديرهِ للتعويضِ مراعاةُ الظروفِ الملابسةِ للمتضرر، فقد ذهبَ رأيٌ فقهيٌّ[5]، إلى عدم اقتصارِ الظروفِ الملابسة على ظروفِ المتضرر فقط، وإنَّما شملَ أيضاً ظروفَ المسؤول وظروفَ الفعلِ الضار، ذلك تحسباً لجعلِ التعويض ناقصاً أو أقلَ من مقدارهِ الأصلي.

---

(1) د. محمد حسين عبد العال، تقدير التعويض عن الضرر المتغير، دراسة تحليلية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة أسيوط الناشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص31.

(2) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، 1992، ص162.

(3) أشار إليه:د.حسن علي الذنون،النظرية العامة للالتزامات،أحكام الالتزام، مطبعة الجامعة المستنصرية،بغداد،2006،ص256.

(4) د. إبراهيم صالح عطية الجبوري، العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013، ص83.

(5) د. محمد حسين عبد العال، التعويض عن الضرر المتغير، المرجع السابق، ص35.

وتضمَّنَ القضاءُ العراقيُّ ما يؤكدُ نقصانَ مقدارِ التعويض، فقد وردَ في قرارٍ لمحكمة التمييز جاء فيها: (يجبُ أن يتناسبَ التعويضُ مع الضررِ الحقيقي، وهو فترةُ العلاج وفترةُ الانقطاع من العمل، فإن كان التعويضُ مغالىً فيه جازَ لمحكمةِ التمييز تخفيضه)[1]، يتبينُ من هذا الحكمِ أنَّ محكمةَ التمييز أشارت إلى تأكيدِ التناسب، فإذا كان التقديرُ مغالىً فيه جازَ تقليلهُ، ويتضحُ لنا أنَّ التأكيدَ لدى القضاء على مبدأ التساوي ما بين التعويضِ وقيمةِ الضرر لا يمثِّلُ إصراراً حقيقياً في تطبيق التعويض الكامل.

ويبدو لنا أنَّهُ ليس من العدلِ أن تستندَ المحاكمُ ولا القانونُ إلى قواعدَ أو جداولَ ثابتةٍ لتحديدِ مقدار التعويضِ الذي يستحقهُ المتضرر، وتحقيقُ التكافؤ مع الضررِ المُحدَثِ فقد يكونُ تقديرهُ يسيراً في الضرر الماديّ؛ إلَّا أنَّهُ في الضررِ المعنويّ (الأدبي) تكونُ وظيفةُ القضاءِ مرهقة، وتبدو الصعوبةُ في التقديرِ، ولكن هذا لا يحولُ دونَ إجرائه على وجهِ المقاربة بين التعويض والضرر بشكلٍ يكونُ أقلَ من مقدارهِ الأصلي تحقيقاً للعدالة.

المبحث الثاني

التعويضُ العادلُ في المسؤوليةِ التقصيريَّةِ وتطبيقاته

إنَّ أركانَ المسؤوليةِ المدنيةِ بشكلٍ عامٍ تشكِّلُ دعامةً أساسيةً من دعاماتِ نظريةِ التعويضِ؛ سواءٌ كان التعويضُ كاملاً أم عادلاً؛ إلَّا أنَّهُ قد ينتفي أحدُ أركانِها ويبقى التعويضُ قائماً على أساسِ ركنٍ آخر، لذلك يجبُ أن نبيّنَ أهميةَ تلك الأركانِ من ضرورةِ توافرها أو عدمُ توافرِها، ومدى تأثيرُ ذلك في التعويضِ العادل، وهل يمكنُ استبعادُ أحدِ هذه الأركان مع بقاءِ المسؤوليةِ التقصيريَّةِ قائمةً، أم تنتفي المسؤوليةُ بانتفاء ركنٍ من أركانها.

سنبينُ في هذا المبحث أركانَ المسؤوليةِ التقصيريَّةِ وعلاقتُها بالتعويضِ العادل، وسنبين خطأَ المسؤولِ والفعل الضارِ المترتب عليه، ونبينُ موقفَ القوانينِ من تحققِ أركانِ المسؤولية من خطأ وضرر، والعلاقةُ السببيةُ وأثرُهما على التعويضِ هل تجعلهُ كاملاً أم عادلاً؟ وهل يمكنُ نفيُ مسؤوليةِ المسؤول عن الضررِ في حالةِ انتفاءِ الخطأ، وهل يعدُّ الخطأُ أساساً للمسؤوليةِ التقصيرية للتعويضِ العادل أم يمكنُ استبعادهُ، وما مدى التزامُ المسؤول عن الفعلِ الضار بالتعويضِ في حالةِ عدم وجود خطأ، وهل لركنِ الخطأ دورٌ أساسيٌّ في التعويضِ العادل أم الضرر؟ وما هو تأثيرُ العلاقةِ السببية عليه.

لذلك سنقسِّمُ هذا المبحثَ على مطلبينِ، سنُخصِّصُ المطلبَ الأولَ للبحثِ في أركانِ المسؤولية التقصيريَّةِ وأثرُها على التعويضِ العادل، ونخصِّصُ المطلبَ الثاني للبحثِ في تطبيقاتِ التعويضِ العادل في المسؤوليةِ التقصيريَّة.

---

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية 368/ تمييزية/ 974 في 11/ 4/ 1974، النشرة القضائية/ العدد 3/ السنة 5/ 1974 – 1977، ص257، أشار إليه: د. حسن حنتوش رشيد الحسناوي، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص34.

المطلب الأول

أركانُ المسؤوليةِ التقصيريَّةِ و أثرُها على التعويضِ العادل

من أجلِ أن تقومَ المسؤوليةُ لا بُدَّ من توافرِ أركانِها لإمكانيةِ مساءلة المتسببِ في هذا الضرر، وتحميله تعويضَ المتضررِ عن ما أصابهُ من ضررٍ بموجبِ قواعد القانون المدنيّ، فقد أشارت النصوصُ التشريعيَّةُ إلى أركانِ المسؤولية التقصيريَّة، من خلالِ الموادِ المذكورة في نصوصِ القوانين، وأن مفادَ ما تقدَّمَ من موادٍ قد حدَّدت أركان المسؤوليةِ التقصيريةِ للتعويضِ، وهي الخطأُ والضررُ والعلاقةُ السببيةُ، لذلك سيتمُّ البحثُ من خلالِ الفقرتين التي تتضمنُ الأولى البحثَ في جوازِ إمكانية استبعادِ ركن الخطأ التقصيريّ في التعويضِ العادل، وهل يصحُّ الالتزامُ بالتعويض العادلِ دونَ وجودِ ركنِ الخطأ، فيما سيتمُّ البحثُ في الفقرةِ الثانيةِ في الضررِ والعلاقةُ السببية:

أولاً/ الخطأُ ودورهُ في التعويضِ العادل

يعدُّ الخطأُ ركناً أساسياً للمسؤوليةِ المدنية، كما أنَّ لهُ دورٌ كبيرٌ في المسؤوليةِ التقصيريَّةِ للحصولِ على التعويضِ العادل، فهو يشكِّلُ الأساسَ الأمثلَ المتوافقَ مع الغاية، وتجريدُ المسؤولية التقصيريَّةِ من ركنِ الخطأ لا يصلحُ لتأسيسِ وضعٍ قانونيّ، وهو الالتزامُ بالتعويضِ؛ الَّا أنَّهُ هناكَ حالاتٌ معينةٌ لا يُعتدُّ بالخطأ كأساسٍ للمسؤوليةِ التقصيريَّةِ؛ بل يتمُّ الاعتمادُ على ركنِ الضرر للحصولِ على تعويضٍ عادلٍ.

وعلى هذا الأساسِ يطرحُ التساؤلَ عن جوازِ التخلي عن الخطأ بوصفهِ ركناً في المسؤولية، بمعنى آخرَ استبعادُ ركنِ الخطأ، وتأسيس التعويضِ العادل على ركنِ الضرر، على اعتبارِ أنَّ قيامَ المسؤوليةِ التقصيريَّةِ على فكرةِ الخطأ لم تعُدْ تتلائمُ مع متطلباتِ المجتمع الحديث، لذلك بدأت أهميتهُ كركنٍ في المسؤوليةِ التقصيريَّةِ تتقلصُ، فالتفكيرُ القانونيُّ لدى الفقهاءِ أصبحَ واضحاً إلى حدِّ أنَّ المسؤوليةَ التقصيريَّةَ قد تقامُ على أساسِ عنصرِ الضرر وفقا للمسؤولية الموضوعية، التي أصبحت لها مكانةٌ بارزةٌ بحيث طغت على المسؤولية الخطئية.

ويعدُّ الخطأُ الركنَ الأولَ من أركانِ المسؤولية، ولكن لم يرد في القانون المدنيّ العراقي والقانون المدنيّ المصريّ تعريفاً للخطأ الموجبِ لقيام المسؤولية التقصيرية[1]، وأما الفقهُ الفرنسيُّ ذهبَ إلى وضعِ تعريفاتٍ متباينةٍ للخطأ، فعرَّفَ الفقيهُ ديموج (Demogue)[2]، الخطأ بأنَّهُ: (اعتداءٌ على حقٍّ يدركُ المعتدي فيه جانبَ

(1) تعرف المسؤولية الخطئية: هي المسؤولية التي تقام على ركن الخطأ ويكون الضررالركيزة الأساسية له، وتسمى بالمسؤولية الشخصية أو الذاتية، أشار إلى التعريف د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1978، ص352.

(2) د. عبد الحميد الشواربي، الدفاع الشرعي في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، القاهرة، 1986، ص61.

الاعتداء) أما في الفقهِ المصريّ فعرَّفهُ أحدُهم بأنَّهُ: (انحرافٌ عن السلوكِ للشخصِ العاديّ يصدرُ عن تمييزٍ وإدراك)[1].

ويتَّضحُ مِمَّا تقدَّمَ أنَّ للخطأ عنصرين، هما العنصرُ الماديُّ المتمثلُ بالانحرافِ أو التعدي، والعنصرُ المعنويُّ المتمثلُ بالإدراكِ أو التمييز، فالمقصودُ بعنصرِ "التعدي" كلُّ انحرافٍ عن السلوكِ المألوفِ للشخصِ المعتاد، فهو تجاوزٌ للحدودِ، ويقعُ التعدي بقصدٍ أو من دونِ قصدٍ نتيجةَ الإهمالِ أو التقصير[2]، والسؤالُ هنا يكمنُ في هذا الصددِ في إمكانيةِ نفي الخطأ عن الفعلِ الضارِ، وإعطاءُ وصفٍ للفعلِ غيرِ المشروعِ بالفعلِ المشروعِ، رغمَ توافرِ مقوماتِ العمل غيرِ المشروع فيه، وبناءً على هذا هل تتحقَّقُ المسؤوليةُ ويطالبُ محدثُ الضررِ بالتعويضِ الكاملِ أم أنَّ هناكَ حالاتٍ معينةٍ ينتفي فيها الخطأُ وتقامُ المسؤوليةُ على ركنِ الضرر، ويطالبُ محدثُ الضررِ بالتعويضِ العادل، أما العنصرُ المعنويُّ فهو "الإدراكُ أو التمييزُ" ويجبُ أن يكونَ الشخصُ مدركاً لأعمالِ التعدي، والإدراكُ مرتبطٌ بقدرةِ الإنسان على التمييز.

ويتحققُ استبعادُ الخطأ بوصفهِ ركناً من أركانِ المسؤوليةِ التقصيريَّةِ باستبعادِ أحدِ عناصرهِ، فالعنصرُ الماديُّ للخطأ المتمثلِ بعنصرِ التعدي، والعنصرُ المعنويُّ الآخرُ المتمثلُ بالإدراكِ والتمييز، وتتَّضِحُ الحالةُ الأولى في حالةِ تجاوزِ حقّ الدفاعِ الشرعيّ، وحالةُ الضرورةِ، وتتَّضِحُ الحالةُ الثانيةُ في حالةِ عديمِ التمييز، ففي هذه الحالاتِ وحالاتٍ أخرى يعدُّ الفعلُ غيرَ مشروعٍ مشروعاً، ويحكمُ على مرتكبِها بالتعويضِ؛ إلَّا أنَّ تعويضهُ يكونُ بشكلٍ غيرِ كاملٍ[3].

فالسؤالُ هنا يكمنُ في التبريراتِ التي دعت إلى استبعادِ ركنِ الخطأ للمسؤوليةِ التقصيريَّةِ والحكمُ بالتعويضِ غير الكامل، فالقانونُ يهتمُّ بمصلحةِ المجتمعِ، ولو تطلَّبَ ذلك توزيعُ الضررِ على الطرفين، فمصلحةُ المجتمعِ تتكفَّلُ بتعويضِ الأضرارِ التي تصيبُ أفرادهُ بغضّ النظرِ عن توافرِ الخطأ في سلوكِ من تسبب في حدوثه، والقانونُ عندما يكفلُ تعويضَ الضررِ فهو لا يكفلهُ لذاتهِ، وإنَّما هناكَ مصلحةٌ تقتضي ألَّا يبقى الضررُ الناتجُ عن ذلك الخطأ دونَ تعويضٍ، فقرَّرَ المشرّعُ أن يكونَ التعويضُ عادلاً غيرَ كاملٍ[4].

فقيامُ المسؤوليةِ التقصيريَّةِ للتعويضِ العادل في ظروفٍ خاصةٍ دونَ اعتبارٍ لركن خطأ، كانت من وضعِ المشرّعِ للوصولِ إلى حلولٍ تتكيفُ والضروراتُ الاجتماعيةُ التي تتَّفقُ مع الأوضاعِ الخاصةِ مبتعداً بعضَ الشيءِ

(1)emogue (r.); les notions fondamentales en droit prive.essai critique, pour server d'introduction a l'etude des obligations . paris, 1911, ص 85 أشار إليه: د. إبراهيم صالح الجبوري،

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص264.

(3) أسماء موسى أسعد أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون المدني الأردني، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006، ص73.

(4) أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998، ص126.

عن الحلولِ الموجودة (التعويضُ الكاملُ للضررِ) أحياناً، وذلك لمعالجةِ الحالات الخاصة، ولإحقاقِ العدالة وضمانِ التعويض العادل للمتضرر.

وقد يرى جانبٌ من الفقهِ[1]، أنَّ قصرَ المسؤوليةِ المدنيةِ على الفعلِ الخاطئِ فيهِ إجحافٌ وإضاعةٌ لحقوقِ الكثير من المسؤولين عن الضررِ في ظروف معينةٍ، في حين كانت نصوصُ القوانينِ واضحةً على التضامنِ والتكافلِ من خلالِ عبارةِ (مراعياً مقتضياتِ العدالة)[2]، ليضمنَ الحقوقَ لأفراده، فقد كان لاستبعادِ الخطأ أثرٌ كبيرٌ في رعايةِ حقوقِ المسؤول عن الضررِ مع الأخذِ بحقوق المتضرر، فالأصلُ تتحقَّقُ المسؤوليةُ التقصيريَّةُ كاملةً، وذلك بالتعويضِ الكامل، والاستثناءُ تخفيفُها أو نفيُها بقوةِ القانون، فالقانونُ يكفلُ الحريةَ والسماحَ في حالاتٍ معينةٍ بجعلِ التعدي غيرَ المشروعِ مشروعاً، ولا يسألُ الشخصُ طالما لم يتعدَّ ما حددهُ القانون، فالتعويضُ على هذا الأساسِ يكونُ المقابلُ العادلُ والمشروعُ لحريةِ الفعل.

فالقانونُ هو الذي يخلعُ الصفةَ المشروعةَ على المسؤولِ عن الفعلِ الضارِ ويمكنُ القولُ أنَّ هناكَ أضراراً مشروعةً لا يرتبُ عليها القانونُ المسؤوليةَ، وأضرارٌ غيرُ مشروعةٍ تترتبُ عليها المسؤوليةُ[3]، لذلك يكونُ جبرُ الضررِ (التعويضُ) عنه عادلاً؛ أي: يكونُ التعويضُ بشكلٍ يقلُّ عن القيمةِ الكاملةِ للضرر كما تقررهُ الفقرةُ الثالثة من المادة (191) من القانونِ المدنيّ العراقي مراعاةً منهُ لمركزِ الخصوم.

ويمكنُ القولُ أنَّ هذا النوعَ من التعويضِ إنَّما هو مراعاةٌ لاعتباراتِ العدالة، ولا يستندُ إلى الخطأ مما يجعلهُ قاصراً عن تعويضِ كلِّ الأضرارِ في الحالاتِ التي يتسببُ في أحداثِ الضرر في ظلِّ التطورِ الاقتصاديّ الهائلِ للمجتمع، ففكرةُ الخطأ كأساسٍ للمسؤوليةِ التقصيريَّةِ للتعويضِ الكامل لم تعدْ قادرةً على أن تواكبَ الحالاتِ الخاصةِ والحالاتِ المستحدثة، أضِف إلى ذلك أنَّ فكرةَ الخطأ بوصفِها ركناً أساسياً للتعويض تعدُّ فكرةً نسبيةً، تتأثرُ بظروفِ الحال، وهي غيرُ محددةٍ ولا يمكنُ ضبطُها لاتصالها الوثيقُ بالأفكارِ الأخلاقية[4].

ويرى الباحثُ أنَّ لإرادةِ المُشرّعِ دوراً في إقرارِ هذا التعويضِ بوصفهِ العادلِ مراعاةً منهُ لاعتباراتِ العدالة، فهنا خرَجَ المشرّعُ عن القاعدةِ العامة في التعويضِ الكامل للضررِ ليس على أساس استبعادِ ركنِ الخطأ، وإنَّما على أساسِ نصِّ القانون (أي حلولِ إرادةِ المشرّع) حيثُ نظرَ المشرّعُ إلى الحالاتِ الخاصةِ على صعيدِ المسؤوليةِ التقصيرية، وهي قاعدةٌ قائمةٌ بذاتها، ومصدرٌ مستقلٌّ من مصادرِ الالتزام التي تستندُ إلى العدالة، وهذا

(1) د. عبد الحكم فوده، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة تحليلية مبنية على ضوء الفقه وقضاء النقض، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، القاهرة، 1996، ص16.

(2) أشار المشرع العراقي في المادة (212/ 2) من القانون المدني العراقي عند تقدير التعويض العادل عن الضرر إلى وجوب أن تراعى المحكمة مقتضيات العدالة).

(3) د. عبد الحكم فوده، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص320.

(4) د. محمد إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، الكويت، 1995، ص215 وما بعدها.

الاستنادُ ليس فكرةً مجردةً، وإنَّما هي فكرةٌ واضحةٌ ومحددةٌ مردُّها إلى القانون المدنيّ؛ حيثُ أشارت النصوصُ القانونيَّةُ إلى عبارةِ مقتضياتِ العدالة.

وبهِ خرَجَ التعويضُ من المظهرِ الفرديّ الذي كان ينظرُ فقط لحالةِ المتضرر، بوصفهِ التزاماً يقعُ عاتقاً على المسؤولِ عن الضرر، إلى المظهرِ المزدوجِ الذي ينظرُ إلى كلاهُما، فالالتزامُ بالتعويضِ يتحملُهُ المتضررُ والمسؤولُ عن الضررِ.

ثانياً / الضررُوالعلاقةُ السببيَّةُ

من أجلِ قيامِ المسؤولية التقصيريَّة لا بُدَّ من توافرِ ركنين مهمين هما الضررُ والعلاقةُ السببيَّةُ إضافةً إلى ركنِ الخطأ الذي تطرقنا له في الفقرة الأولى من هذا المطلب، ليتمَّ المطالبةُ عنها بالتعويضِ؛ سواءٌ كان مادياً أم معنوياً، **فالضررُ** هو الأذى الذي يلحقُ بالشخصِ في مالهِ أو جسدهِ أو عرضهِ أو عاطفتهِ، وهو واجبُ التعويضِ؛ سواءٌ كان مادياً أم معنوياً.

ويعرَّفُ الضررُ اصطلاحاً بأنَّه: (كلُّ أذىً يصيبُ الشخصَ من جراءِ المساسِ بحقٍّ من حقوقهِ، أو بمصلحةٍ مشروعة)[1]، والضررُ ركنٌ أساسٌ من أركانِ المسؤولية المدنيةِ لا خلافَ في اشتراطِ وجوده، والتعويضُ المترتبُ على المسؤوليةِ يقدَّرُ بقدرِ الضررِ وبانتفائهِ تنتفي المسؤوليةُ ولا يبقى مسوغٌ للتعويض، وإذا كان متصوراً قيامُ المسؤوليةِ المدنيةِ بتخلُّفِ وجودِ ركنِ الخطأ، فلا يمكنُ تصوُّرُ مسؤوليةٍ تقامُ دون وجودِ ضرر، فلا يمكنُ أن يكونَ التعويضُ عادلاً إلا عن وجودِ ضررٍ أصابَ المتضرر[2].

والضررُ نوعان؛ ماديٌّ ومعنويٌّ فأما الضررُ الماديُّ فيعني ما يصيبُ الذمةَ الماليةَ فيسببُ لصاحِبها خسارةً ماليةً، مما يؤدي إلى إنقاصِ العناصرِ الموجبة فيها، ولا يعاني المختصونَ صعوبةً في تقديرِ الضرر الماديّ، فالضررُ الماليُّ هو أذىً يصيبُ الذمةَ الماليةَ للمتضرر.

أما الضررُ المعنويُّ (الأدبي) فهو ضررٌ غيرُ محسوسٍ، فلا يمكنُ رؤيةُ هذا الضرر أو لمسه، وهذا النوعُ من الضررِ يصيبُ شعورَ الإنسان، فهو خاصٌّ بعواطفِ الإنسان ومشاعرهِ وشرفه، أما الفقهاءُ المعاصرونَ فقد عرَّفوهُ بأنَّهُ: (ما يصيبُ الإنسانَ في شعورهِ أو عاطفتهِ أو كرامتهِ أو شرفهِ، أو هو الذي قد يصيبُ الجسمَ، فيحدثُ تشوهاً فيه فيتألمُ الشخصُ لذلك؛ أي أنَّهُ عبارةٌ عن الألمِ والحزنِ الذي يصيبُ الإنسان)[3].

فموقفُ التشريعاتِ المدنيةِ من الضررِ الأدبي، فقد عرَّفت المذكرةُ الإيضاحيةُ لمشروعِ القانون الفرنسيّ الإيطاليّ للالتزاماتِ والعقودِ الضررَ الأدبيَّ بأنَّهُ: (الضررُ الذي لا يمسُّ الذمةَ الماليةَ وإنَّما سبَّبَ فقط ألماً معنوياً للمتضرر)، وقد جاءَ في نصِّ المادةِ (1/222) من القانونِ المدنيّ المصريّ ما يأتي (يشملُ التعويضُ الضررَ الأدبيَّ

(1) د. حسن حنتوش، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص56.

(2) د. باسل محمد رشدي، الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1989، ص23.

(3) ينظر: وهبه الزحيلي، التعويض عن الضرر، بحث منشور في مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة الملك عبد العزيز، العدد الأول، 1399 هـ، ص12.

أيضاً ...)، فمشرّعُ القانونِ الفرنسيّ قد حدَّدَ التعويضَ عن الألمِ المعنويّ فقط، في حين وردَ في نصّ المادة (1/222) من القانونِ المدنيّ المصريّ إطلاقُ لفظِ الضررِ الأدبي من دون تحديدِ صوره، مما سمحَ بالتعويضِ عن كلّ الأضرارِ العضوية والنفسية، أما القانونُ المدنيُّ العراقيُّ فنلاحظُ أنَّ المادةَ (205/ 1) قصرت حقَّ التعويضِ عن الضررِ الأدبيّ في المسؤوليةِ التقصيريَّة دونَ العقدية، كذلك فعلَ المشرّعُ الفرنسيُّ من خلال الموادِ (1382، 1148) بينما المشرّعُ المصريُّ قرَّرَ التعويضَ عن الضررِ في المسؤوليتين كلتيهما[1].

فقدَ أوردَ القضاءُ الفرنسيُّ تعريفاً للضررِ المعنويّ في حكمٍ لمحكمةِ النقض الفرنسيةِ في قرارٍ صادرٍ عنها في 13/ 10/ 1955، بأنَّهُ (الضررُ الذي يلحقُ بالشخصِ في غير حقوقهِ المالية أو في مصلحةٍ غير مالية)[2]، ووردَ أيضاً قرارٌ لمحكمةِ النقضِ المصرية في 1984/4/29، بتعريفهِ الضررَ الأدبيَّ بأنَّهُ (كلُّ ضررٍ يؤذي الإنسانَ في شرفهِ أو يصيبُ عاطفتهُ ومشاعره[3]، أما القضاءُ العراقيُّ فقد أخَذَ بعدالةِ التعويضِ عن الضررِ الأدبي، فقد قضي (... أنَّ المحكمةَ اعتمدت تقريري الخبراء اللذين يصلحانِ أن يكونا سبباً للحكمِ نظراً إلى الاعتدال في التعويضِ الأدبيّ المقدر ...)[4].

أما التعويضُ عن الضررِ الأدبيّ، فيرى جانبٌ من الفقهِ أنَّ التعويضَ عن الضررِ الأدبيّ يجبُ أن يكونَ تعويضاً غيرَ كاملٍ، فالضررُ الأدبيُّ شأنهُ شأنَ الضررِ الماديّ يقبلُ التقييمَ ولا يوجدُ صعوبةً في تقديره، وفقاً لنظريةِ الترضية التي تعدُّ وسيلةً لترضيةِ المتضرر لا معاقبةَ المسؤول، ويعدُّ التعويضُ وسيلةً من أجلِ محوِ الضررِ أو التخفيف من وطأتهِ إذا تعذَّرَ محوهُ، فالتعويضُ عن الضررِ المعنويّ لا يعني محوَ الأثر نهائياً، وإنَّما يكونُ الهدفُ منه ترضيةَ المتضرر تخفيفاً لآلامه[5].

(1) نصت المادة (205/ 1) مدني عراقي "يتناول حقَّ التعويضِ الضرر الأدبي كذلك، فكلُّ تعدٍّ على الغيرِ في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعلُ المتعدي مسؤولاً عن التعويض" كما نصت المادة (267/ 1) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 (يتناولُ حقَّ الضمان الضرر الأدبي كذلك فكل .....يجعل المتعدي مسؤولا عن الضمان).

(2) أشار إليه: د. باسل محمد يوسف قها، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2009، ص19.

(3) أشار إليه: باسل محمد يوسف، المرجع نفسه، ص19.

(4) قرار محكمة تميز العراق ذو الرقم 76/ م 1/ 1980 في 17/ 3/ 1980، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، 1980، ص36.

(5) د. أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص239.

وقد أخذَ القضاءُ المصريُّ ممثلاً بمحكمةِ النقض المصرية بذلك حيث قضت (.... أنَّ التعويضَ الماديَّ مهما قيل في تعذُّرِ الموازنةِ بينهُ وبين الضررِ الأدبي يساعدُ ولو بقدرٍ على تخفيفِ الألم عن نفسِ المتضرر)[1]، ففي هذا الحكمِ يتَّضحُ اتجاهٌ صريحٌ للقضاءِ المصري للأخذِ بفكرةِ الترضية في التعويض العادلِ عن الضرر الأدبي.

أما دورُ التعويضِ العادل في الضررِ المعنوي ، فكما هو معروفٌ يعدُّ هذا النوعُ من التعويضِ ذا طبيعةٍ خاصةٍ وقائماً بذاته، فهو لا يتحلَّلُ إلى عنصري الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، فلا يمكنُ الأخذُ بهذين العنصرين (الخسارةُ اللاحقةُ، والكسبُ الفائتُ) لتعويضِ هذا النوعِ من الضرر، فهذانِ العنصرانِ يتجردُ منهُما الضررُ المعنويُّ[2]، ولا يكونُ التعويضُ كاملاً إلا إذا استوعب عنصريه، ما لحقَ من خسارةٍ وما فات من كسب[3]؛ فضلاً عن أنَّهُ من الأحسنِ أن يحصلَ المتضررُ على التعويضِ، وإن كان غيرَ كاملٍ فهو خيرٌ من عدم التعويضِ عنه أصلاً، وذلك أن يتمَّ الرجوعُ إلى الظروفِ أو الاعتبارات التي ينبغي أن تؤخذُ بنظرِ الاعتبار من القاضي، لما لها من أثرٍ مهمٍ في تحديدِ مقدار التعويضِ، فالقاضي عند تقديرهِ لهذا النوعِ من التعويضِ يهتدي بالطبيعةِ البشريةِ للإنسان، فإذا تيقَّنَ القاضي من وقوعِ الضرر الأدبي قدِّرَ لهُ التعويضُ ويجبُ على القاضي، الإحاطة بالظروفِ الملابسة، ونقصدُ بالظروفِ الملابسة تلك التي تلابسُ المتضررَ والمسؤولَ عن الضررِ في حالاتٍ معينة[4].

وجاءَ في قرارٍ لمحكمةِ التمييز الاتحادية (لمحكمةِ التمييز تخفيضُ التعويضِ الأدبيّ إذا كان مغالياً في تقديرهِ، وليس للخصمِ الاعتراضُ على انتخابِ الخبير ...) [5]، وقد وردَ قرارٌ آخرَ لمحكمةِ التمييز العراقيةِ في هذا الصددِ أيضاً؛ إذ جاءَ في القرارِ (يجبُ أن يتناسبَ التعويضُ مع الضررِ الحقيقي وهو فترةُ العلاجِ وفترةُ الانقطاع عن

(1) ينظر: قرارها المرقم 5369، أشار إليه: د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المدني، الطبعة الأولى، 1936، ص448، وفي قرار ورد عن المجلس القضاء الأعلى في الجزائر بتاريخ 11/6/ 1976 حيث نصَّ القرارُ (أنَّ التعويضَ بيد القضاء يقدرونه طبقاً لما بدا لهم جبراً للخاطر) ينظر قرار المجلس الأعلى رقم 10511 بتاريخ 1976/11/6 (غير منشور) أشار إليه: د. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1985، ص135.

(2) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص320.

(3) د. ذنون يونس صالح، مهدي صالح شحاذه المحمدي، التعويض الناشئ عن الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة الثانية، المجلد الثاني، العدد الثاني، الجزء الأول، 2018، ص189.

(4) د. مقدم السعيد، المرجع السابق، ص181.

(5) ينظر قرارها المرقم في 23/ هيئة عامة ثانية/ 1977 في 5/3/ 1977، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، لسنة 1977، ص78.

العمل، فإن كان التعويضُ مغالىً فيه جاءَ لمحكمةِ التمييز تخفيضهُ) فالغايةُ من التعويضِ وإن لم يكن كاملاً؛ لكنهُ قد يخففُ ما أصابَ المتضررُ من ألمٍ وحزن[1].

ويمكنُ القولُ أنَّ الضررَ المعنويَّ لا يمكنُ تعويضهُ تعويضاً كاملاً بحيث يغطي كلَّ عناصرِ الضرر؛ لأنَّ الآلآم التي تلحقُ العاطفةَ والشعورَ يصعبُ تقديرُها؛ لأنَّ التعويضَ لا يمكنُ أن يتساوى مع الضررِ إطلاقاً، ولكن يمكنُ تقريبهُ، فالتعويضُ العادلُ من طبيعتهِ لا يغطي جميعَ الأضرارِ، فهو تعويضٌ ناقصٌ كما ذكرنا سابقاً.

ثانياً / العلاقةُ السببيةُ

للمطالبةِ بالتعويضِ عن الأضرارِ الناتجةِ عن الفعلِ الخاطئِ يجبُ أن تكونَ بينهما رابطةٌ سببيةٌ، بحيث يكونُ الضررُ نتيجةً طبيعةً عن هذا الفعل، فإذا تداخلت أسبابٌ أخرى فساهمت في إحداث الضرر، فينظرُ عند ذلك في كلِّ حالةٍ على حدة، لتحديدِ الرابطة السببية لقيامِ موجبِ التعويض، فالشخصُ يسألُ فقط عن نتائج أعمالهِ، وعلى كلِّ من تسبب أو أسهمَ في إحداث الضررِ أن يتحمَّلَ مسؤوليةَ التعويضِ عنه، بالقدرِ الذي يحددهُ القاضي في كلِّ قضيةٍ، تبعاً للمعطيات المتوافرةِ فيها وتُطبق عند تعدُّدِ الأسبابِ القاعدة القانونية المعتمدة في تحديد السببية[2].

تعني الرابطةُ السببيةُ أن يكونَ الضررُ نتيجةً طبيعيةً ومباشرةً للإخلالِ بواجبٍ قانونيٍّ في المسؤولية، فإذا انعدمت الرابطةُ السببيةُ انتفت المسؤولية لانعدامِ ركن من أركانها، والسببيةُ هي الركنُ الثالثُ من أركانِ المسؤوليةِ أما فيما يخصُّ التشريعاتِ فلا يوجد تعريفٌ محدَّدٌ للعلاقةِ السببية لدى التشريعِ العراقيِّ على غرارِ المشرّعِ المصريِّ والفرنسيِّ، لذلك يجبُ أن يكونَ الضررُ قد ترتَّبَ كنتيجةٍ حتميةٍ ومباشرةٍ للفعل الضار، وتظهرُ الرابطةُ السببيةُ فيما يخصُّ المسؤوليةَ التقصيريةَ بمظهرين؛ **أولُهما** هو المظهرُ الإيجابيُّ؛ إذ يتحتمُ على المتضرر حتى يحصلَ على التعويض أن يقيمَ الدليل على قيامِ الرابطة السببية بين الضرر الذي يطالبُ بالتعويض عنه وبين الفعلِ الذي يربطُ القانون التعويض به، **وثانيهما** هو المظهرُ السلبيُّ؛ أي يعطى للمسؤول أحياناً حقَّ نفي السببية التي افترضها القانونُ في جانبه وعن طريق إثباتِ السبب الأجنبيّ، وهو الحادثُ الذي يخرجُ عن سيطرةِ وإرادة مرتكب الفعل الضار، فالعلاقةُ السببيةُ وفقاً للمسؤولية التقصيرية تقومُ على أساسِ الضرر، فقد ينتجُ الضررُ عن أسبابٍ مختلفةٍ ومتفاوتةٍ من حيث الأثرُ الذي تلعبهُ في إحداثه، فقد يكونُ بعضُها منها محدثاً للضرر بشكلٍ رئيسيٍّ للضرر، ومنها من شاركت في حصوله ومنها ما ساعدت أو زادت في حجمه، ومنها ما هي بعيدةٌ عنه، وكان لها دورٌ ضعيفٌ فيه، لذلك اقترحَ الفقهُ نظريتين مهمتين؛ هما نظريةُ تكافؤ الأسبابِ ونظريةُ السبب المنتج أو الفعال.

---

(1) فقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق بقولها في هذا الشأن (أنَّ الغايةَ من التعويضِ هي منحُ المتضرر ترضيةً مناسبةً تكفي بقدرِ الإمكان ما أصابه من ألمٍ وحزن) ينظر: قرارها المرقم 79/ م / 1975 بتاريخ 3/8/ 1975، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة الأولى، ص40.

(2) د. حسن على الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، المرجع السابق، ص210.

تقضي نظريةُ تكافؤ الأسبابِ بالاعتدادِ بكلِّ سببٍ اشتركَ في إحداثِ الضرر وإن كان سبباً بعيداً؛ لأن جميعَ الأسبابِ التي تدخلت في وقوعِ الضرر تعدُّ أسباباً متكافئةً أو متساويةً، ولما كان الخطأُ أحدَ هذه الأسبابِ المتكافئة لم يكن الضررُ ليحدث لولا وقوعه، فإنَّه يعدُّ وحده سبباً له، من ثم تقومُ علاقةُ السببية بينهُ وبين الضرر، فالسببُ هو مجموعُ القوى التي أسهمت في إحداثِ الظاهرةِ، والسببُ ما هو إلا علاقةٌ ضروريةٌ بين الفعل والأثر[1].

أما نظريةُ السبب الفعال أو المنتج فينظرُ إلى النتيجةِ من منظار السبب الذي أحدثها مباشرة وكان من شأنهِ عادةً أن يحدثها وفقاً للسير الطبيعي والعادي للحوادث، فيسألُ من تسببَ بها دون سِواها من النتائج التي حصلت بسبب عوامل أخرى تضافرت في حدوثها[2].

لذلك فإنَّ الالتزامَ الناشئَ عن المسؤوليةِ التقصيرية هو جبرُ الضرر من خلالِ دفع التعويضِ العادل والمناسبِ مع حجمِ الضرر الذي أصابَ المتضررَ بعد توافرِ أركان المسؤوليةِ من خطأ وضررٍ ووجودِ علاقة سببيةٍ بينهما، وبغضِّ النظر عن شخصِ المسؤول الذي تدخل في إحداث الضرر.

المطلب الثاني

تطبيقاتُ التعويضِ العادلِ في المسؤوليةِ التقصيرية

لقد اعتبرت غالبيةُ التشريعات أن من أهمِّ تطبيقات التعويضِ العادل هما حالةُ تجاوزِ حدود حقِّ الدفاع الشرعي وحالة الضرورة، ففي هذه الحالتين قد تنتفي المسؤوليةُ في هذه الحالتين لانتفاءِ صفة الخطأ من الفعل الضار، عندما يتعذرُ اللجوءُ إلى السلطةِ العامةِ لدفع الأذى عن النفسِ أو المال، حتى يحافظَ الإنسانُ على حياتهِ عندما تتعذرُ اللجوءُ إلى السلطة العامة.

لذلك سنبحثُ في هذا المطلب من خلال الفقرتين التاليتين، الأولى عن حالة التجاوزِ في حقِّ الدفاع الشرعيِّ، فيما سنعرِّجُ في الفقرة الثانيةِ عن حالة الضرورة.

أولاً/ حالةُ تجاوزِحدود حقِّ الدفاعِ الشرعي

عند حلولِ خطرٍ يهدِّدُ النفسَ أم المالَ قد يتحركُ السلوكُ الماديُّ والنفسيُّ لوقف ذلك الخطر المتوقع أو دفعهِ لأجل المحافظة على الحياة أو المال من الهلاك، وهذا ما يعرفُ بحالةِ الدفاع الشرعيّ؛ إلا أنَّهُ وأثناءَ قيامِ الشخص بممارسةِ هذا السلوك الذي كفلهُ له القانون، فمن المتصورِ بأن يتمادى لأكثرِ مما هو مستوجبٌ لرد الخطر، ويكونُ بذلك قد خرجَ عن الإطارِ المسموح له؛ لأنَّه قد أوقعَ ضرراً أكبرَ من الضررِ المتوقع حدوثه

(1) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الرابطة السببية)، المرجع السابق، ص10.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص240.

عليه في حالةِ وقوع الخطر، وأمام ذلك فإنَّه تجاوزَ الحدود المسموح له، ويسألُ عن ذلك الخطأ لتجاوزِ حدودِ دفاعه؛ إلَّا أن مسؤوليتهُ عن ذلك الفعل تكونُ مسؤولية مخففة[1].

يلاحظُ على المشرّعِ العراقيّ والمشرّعِ المصريّ قد تجنبا إيرادَ تعريفٍ لحالةِ الدفاع الشرعيّ في قانونهما المدني، واكتفيا فقط ببيان الشروط الواجب توفرها لاستعمال هذا الحق، بوصفهِ تطبيقاً تشريعيّاً لحالةِ انتفاء المسؤولية، وفي هذا الصددِ نتَّفقُ مع موقفهما لعدم إيرادِ تعريفٍ لذلك؛ لأنَّها من مهمةِ الفقه وليس المشرّعُ؛ حيثُ يقصدُ بحقّ الدفاع الشرعيّ بأنَّهُ (استعمالُ القوةِ اللازمةِ لدرءِ خطرِ حالٍ من جريمةٍ تقعُ على حقّ أو مصلحةٍ قانونيةٍ مشروعةٍ للمدافعِ أو غيره أو تولدُ لديهِ الاعتقادُ بقيامِ هذا الخطر وكان اعتقادهُ مبنياً على أسبابٍ معقولةٍ، وتعذرُ اللجوءِ إلى السلطاتِ العامةِ لدفعِ هذا الخطر)[2]، ولا بُدَّ لتحقيقِ حالةِ الدفاع الشرعيّ من شروطٍ تتعلقُ بفعلِ الاعتداء، وهو الخطرُ فلا بُدَّ من وجودِ خطر، ويعرفُ الخطرُ بأنَّهُ (الحالةُ التي من شأنها أن تحدثَ ضرراً لا يمكنُ جبرهُ أو يتمَّ جبرهُ بتضحياتٍ كبيرةٍ ويستوي في هذا الخطرِ الذي يقومُ بهِ الدفاعُ الشرعيُّ أن يكونَ خطراً يهددُ نفسَ المدافعِ أو مالهِ أو نفس أو مالِ الغير)[3]، وقد بيَّنَ المشرّعُ الفرنسيُّ صراحةً حقَّ الدفاعِ الشرعيّ عن النفسِ دون المال[4]، كما أشارَ المشرّعُ المصريُّ إلى حقّ الدفاعِ الشرعي أيضاً في قانونه[5]، وكذلك المشرّعُ العراقيُّ أشارَ لهذا الحقّ للنفسِ أو المال، وقد اشترطَ أن يكونَ قد حصلَ الاعتداءُ بالفعلِ على النفسِ دون المال، ويكتفي لتوافرِ الاعتداء أن يصدرَ من المعتدي فعلٌ يهددُ بارتكابِ جريمةٍ من الجرائمِ التي يجوزُ فيها الدفاعُ الشرعيُّ، ولتحقيقِ ذلك يجب أن يكون الخطر حالاً؛ أي باعتبارِ أنَّ حالةَ الخطرِ الداهم التي يوجدُ فيها المعتدي عليه تعذرُ عليه الالتجاءُ إلى السلطاتِ العامةِ لاتّقاءِ هذا الخطر في الوقت المناسب، أما إذا الحقَ المدافعُ ضرراً بأحدِ رجال الشرطة المكلفة بالقبضِ عليه، لا يجعلُ منه مدافعاً شرعياً عن نفسهِ، فهي التي تبررُ الدفاعُ الشرعيُّ وقد أشارَ المشرّعُ بعبارةٍ (اذا واجهَ المدافعُ خطرَ حال)، وأما الشرطُ الثالثُ أن يكونَ الخطرُ غيرَ مشروعٍ، والمقصودُ بهِ أنَّ الخطرَ يهددُ بالحاقِ ضررٍ يحميهِ القانونُ، فمثلاً الاعتداءُ يكونُ بقتلِ نفسٍ وهذه بحدّ ذاتها جريمةٌ يعاقبُ عليه القانون[6].

(1) د. عبد العزيز محمد محسن، الأعذار القانونية المخففة من العقاب في الفقه القانوني والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص186.

(2) د. حيدر فليح حسن، التعويض العادل عن نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، كلية القانون، جامعة بغداد، 2020، ص80.

(3) د. عبد العزيز سليمان أحمد، تجاوز حق الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص232.

(4) نصت المادة 328 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ 1992 والنافذ بتاريخ 1994 بقولها (لا جناية ولا جنحة إذا كان القتل أو الضرب بدافع الضرورة الحالة للدفاع الشرعي عن النفس او الغير).

(5) عبد المنعم يحيى جواد، الخطأ في المسؤولية التقصيرية، جامعة بغداد، كلية القانون، أطروحة دكتوراه، 1999، ص183.

(6) أشارت المادة (42) من قانون العقوبات العراقي، وكذلك المادة (245) من القانون الجنائي المصري.

كما يجبُ على المدافعِ ألَّا يجاوزَ القدرَ اللازمَ لدرءِ الخطرِ عن نفسه؛ أي ألَّا يتعسفَ المدافعُ في دفعِ الاعتداء عن نفسه، ولا يكونُ مفرطاً؛ إلا بالقدرِ اللازم لدفعه وإلا اعتبرَ المدافعُ متجاوزاً لحقه في الدفاع الشرعيّ، وبه عندئذٍ تحققُ بها مسؤوليته، ويجبُ التعويضُ عليه، غيرَ أنَّ هذه المسؤوليةَ تكونُ مخففةً[1].

أما حكمُ حالةِ الدفاع الشرعيّ، تتحققُ متى ما توافرت الشروطُ المطلوبةُ قانوناً في فعلِ الاعتداءِ وفي فعلِ الدفاع يكونُ الفعلُ مشروعاً وتنتفي صفةُ اللامشروعيةِ عن فاعله، فلا تقومُ من أجلهِ مسؤوليةٌ.

وتعرَّضَ المشرّعُ العراقيُّ في معرضِ كلامه عن المسؤوليةِ المدنيةِ وفي نصِّ المادة (212) من القانون المدنيّ العراقي بأنَّهُ (1- الضروراتُ تبيحُ المحظوراتِ ولكنها تقدَّرُ بقدرها. 2- فمَن أحدث ضرراً وهو في حالةِ دفاعٍ شرعيٍّ عن نفسهِ أو عن غيرهِ كان غير مسؤولٍ على ألَّا يتجاوزَ في ذلك القدرِ الضروري، وإلا أصبحَ ملزماً بتعويضٍ تُراعى فيه مقتضياتُ العدالة)؛ حيثُ بيَّنت هذه المادةُ حكماً مفادهُ عدمُ جوازِ إلزام الشخصِ بالتعويض عند إقدامهِ على فعلٍ يترتبُ عليه إلحاقُ الضررِ بالغير؛ إذا ما كان هذا الشخصُ في حالةِ دفاعٍ شرعيٍّ عن نفسهِ وعن غيره، وفقَ شروطٍ وضوابط[2].

إنَّ هذه الشروطَ المطلوبةَ لتحققِ حقِّ الدفاعِ الشرعيّ لدفعِ ما يقعُ على الإنسانِ من اعتداءٍ في ظروفٍ معينة، وجديرٌ بالذكرِ أنَّ هذا الحقَّ قائمٌ على الموازنةِ بين مصلحتين متعارضتين مصلحةُ المسؤولِ عن الفعلِ والمدافعِ في الدفاعِ عن حقوقه (مصلحةُ المتضررِ عن ذلك الفعل) ولا بُدَّ من تفضيلِ مصلحةِ المدافع عن المسؤولِ عن الضرر، فكلُّ تجاوزٍ في هذا الحقِّ أو عدمُ توفُّرِ شرطٍ من شروطهِ يؤدي إلى عَدِّ الفعلِ خطأً موجباً للمسؤولية المدنية التقصيرية، ومن ثم إلزامُ هذا الشخص بتعويضٍ كاملٍ للمتضرر[3].

أما بعد تحقُّقِ الشروطِ القانونيةِ في حالةِ الدفاع الشرعيّ من قبلِ شخصٍ ما، ننفي عنهُ المسؤوليةَ المدنية، حتى وإن نجمَ عن فعلِ الدفاع إحداثُ ضررٍ بالغير، وذلك لأنَّ استعمالَ الحقِّ يجعلُ من الفعلِ الداخل فيه مباحاً[4]، وينفي عنهُ أيضاً صفةَ التعدي الواجب توفرُها كركنٍ مهمٍ من أركان المسؤوليةِ المدنية التقصيرية، وبالتالي يعفى محدث الضررِ من التعويض تماماً.

أما في حالةِ التعويضِ عن تجاوزِ حدودِ الدفاع الشرعي فالتعويضُ يكونُ عادلاً وليس كاملاً، فالتجاوزُ هو العملُ المحظورُ في ذاتهِ شرعاً وقانوناً، أو هو مجاوزةُ الحدِّ المعتادِ أو المألوفِ بين الناس ويكونُ التجاوزُ إما

(1) د. عبد المنعم يحيى جواد، المرجع السابق، ص184.

(2) أشارت المادة (42) من قانون العقوبات العراقي، وكذلك المادة (245) من القانون الجنائي المصري.

(3) د. داود سلمان العطار، تجاوز الدفاع الشرعي في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 1977، ص25.

(4) (56) أشارت المادة (42) من قانون العقوبات العراقي، وكذلك المادة (245) من القانون الجنائي المصري.
حيث نتلمس من هذه النصوص هذا الحق المقرر بحكم القانون، وبالتالي نفي التعويض عنه تماماً.

بالقصدِ السيء أو بالتقصيرِ والإهمال[1]، فإذا تجاوزَ القدرَ الضروريَّ لدفعِ الاعتداء؛ أيَّ تجاوزٍ لحدوده يجعلُ المدافعَ في هذه الحالة قد ارتكبَ تعدياً يستوجبُ المسؤوليةَ عنهُ ويكون هناك تعويضٌ، فيجبُ أن يكونَ الدفاعُ الشرعيُّ متناسباً مع الاعتداء دون أيِّ تجاوز، بمعنى التناسب بين جسامةِ فعل الدفاع والخطر الذي هدَّدَ المعتدى عليه، واستعمالُ قدرٍ من القوةِ يزيدُ على ما كان كافياً لدرء الخطر، والتجاوزُ عن حدودِ الحقِّ يستلزمُ سبقَ قيامِ حالة الدفاع بتوافر شروطها، فشرطُ التناسب لا يقومُ إلا بتوافرِ الشروط الأخرى مجتمعةً والتي يثبتُ الحقَّ قانوناً فيها، وعليه إذا تخلَّفَ التناسبُ بين جسامةِ الخطر والدفاع كنا في نطاقِ التجاوز وعدَّ الشخصُ مخطئاً، وهنا قد تخلفُ شرطاً من شروطِ الدفاع الشرعي، فالشخصُ في هذه الحالةِ قد ارتكب خطأً موجباً للمسؤولية؛ إلَّا أنَّ هذه المسؤوليةَ مخففةٌ وتترتبُ عليه بتعويضٍ أقل من مقدارهِ الأصلي وهو التعويضُ العادل.

وأنَّ التعويضَ العادلَ في تجاوز حدود الدفاع الشرعيّ لا بُدَّ من توافرِ شروط الخطأ، بأن يكونَ السلوكُ الصادرُ من الشخصِ مخلّاً بالتزامِ قانونٍ عامّ المتضمنُ بعدمِ الإضرارِ بالغير، فرغم توافرِ العنصر المادي للخطأ بمعنى أنَّ الخطأ قد استكمل عناصرهُ وعدَّ الشخصُ مخطئاً؛ لكن تكونُ المسؤوليةُ والتعويضُ عن هذا الخطأ تراعى فيها مقتضياتُ العدالة، والمصلحةُ العامة وعليهِ يكونُ التعويضُ عادلاً استثناءاً من الأصل.

ويتضحُ من موقفِ المشرّعِ العراقي في هذا الصددِ من خلالِ نصّ المادة (212) إذ أورد حكماً مفادهُ إلزامُ من أحدثَ الضررَ بالتعويضِ في حالةِ تجاوز القدرِ الضروري في فعل الدفاع، ولكنهُ جعلَ من هذه المسؤولية مسؤولية مخففةً وعلى أن يراعى في تقديرِ التعويض العادل مقتضياتِ العدالةِ، والمقصودُ في ذلك عدمُ إلزامِ الشخصِ المتجاوزِ لحقِّ الدفاعِ الشرعيّ بالتعويضِ الكامل؛ المتمثلُ بتعويضهِ عما لحقَ من خسارهِ وما فاتهُ من كسبٍ[2]، وإنَّ خطأَ المدافع يكمنُ في أنَّهُ استعملَ حقاً، ولكنهُ تجاوزَ حدودَ هذا الحقِ الممنوحِ له قانوناً، ومن ثمَّ فإنَّهُ يتوجبُ على القاضي عند تقديرِ التعويض الرجوعُ إلى أحكام المادة (212/ 2) والتي قضت الرجوعَ إلى مقتضياتِ العدالة ، فيلاحظُ على المشرّعِ عندما استعملَ تعبيراً (مقتضياتُ العدالة) ليس في محلهِ بصددِ تقديرِ التعويض الناشئِ عن تجاوزِ الحقِّ في الدفاعِ الشرعي؛ حيث استعمل تعبير (مقتضياتِ العدالةِ) فيبدو أنَّ المُشرّعَ في اتجاههِ بخصوص عدِّ الشخصِ المتجاوزِ عن حقّ الدفاع الشرعيّ وعدُّهُ مسؤولاً وذلك لما يحتوي هذا التجاوزُ على ركنِ الخطأ الموجبِ للمسؤولية؛ إذا ما تحققت أركانُها الأخرى من ضررٍ وعلاقة سببية بينهما كان عينُ الصواب؛ إلَّا أنَّهُ يبدو لو أنَّ المشرّعَ كان أكثر دقةً في استعمالِ هذا التعبيرِ، فيمكنُ لهُ إيرادُ نصٍّ

(1) يلاحظ في ذلك: د. محمد أحمد السراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية في القانون، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1993، ص245.

(2) د. داود سلمان العطار، تجاوز الدفاع الشرعي في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 1977، ص27.

بشكلٍ أدق، كأن تكون صياغةُ النصّ (.... وأصبحَ ملزماً بالتعويضِ بقدرِ التجاوز في هذا الحقّ)، فهذا الحكمُ تقتضيهِ مبادئُ العدالةِ دونَ الحاجةِ إلى التعبيرِ بالإشارة أو اللفظ عنها؛ لأنَّ العدالةَ تقتضي إلزامُ الشخصِ بالتعويضِ بقدرِ تجاوزه في الحقّ، وينبغي عند الحكمِ بالتعويضِ الأخذُ بنظرِ الاعتبار خطأ المتضرر نفسه ومقدار مساهمته في إحداثِ الضرر، وتطبيقُ أحكامِ الخطأ المشترك، وهذا ما أشارَ إليه المشرّعُ العراقيُّ نفسه في القانونِ المدنيّ[1].

ونظراً لأهميةِ حقّ الدفاع الشرعي، فقد ذهبت الهيئةُ العامةُ لمحكمةِ التمييزِ في العراقِ في قرارٍ لها في شأنِ تجاوز الحقّ في استعمالِ الدفاع الشرعيّ المتمثلِ بفقدانِ شرطِ التناسب بين فعلِ الدفاع وفعل الاعتداء بأنَّهُ: (فعلُ الدفاعِ غير متناسبٍ مع فعلِ الاعتداء، يكونُ إذا زادَ عن القدرِ اللازم لدفعِ الاعتداء؛ أي كانت القوةُ التي استعملها المدافعُ تزيدُ على الحدِّ الضروريّ لردِّ الاعتداء)[2].

ثانياً / حالةُ الضرورةِ

تعدُّ حالةُ الضرورةِ من تطبيقاتِ التعويضِ العادلِ للمسؤوليةِ التقصيريَّة، ويتطلبُ لمساءلةِ شخصٍ بالتعويضِ عن عملٍ غير مشروعٍ أن ينسبَ إليهِ خطأً، وعلى أساسِ الخطأ يمكنُ مطالبتهُ بتعويضِ المتضرر عن الضررِ الذي لحقَ به وهذا هو الأصلُ، أمَّا مدى تأثيرُ حالةِ الضرورةِ على المسؤوليةِ التقصيريَّة والتي يكونُ الشخصُ فيها لا يلزمُ بدفعِ التعويضِ الكامل للضررِ، وإنَّما يلزمُ بدفعِ التعويض الذي تراهُ المحكمةُ مناسباً، وأغلبُ التشريعاتِ تقرُّ بوجوبِ تعويضِ المتضرر في حالةِ الضرورة؛ إلَّا أنَّهُ لا يكونُ تعويضه كاملاً رغمَ تحقُّق عناصرِ الخطأ.

عُرِّفت حالةُ الضرورةِ بتعريفاتٍ متعددةٍ، ومنها هي: (الحالةُ التي يجدُ فيها الإنسانُ نفسهُ وقد أحاطَ به خطرٌ محدقٌ لا سبيلَ في دفعهِ إلَّا بالحاقِ ضررٍ بالغيرِ يقلُّ عما قد يحدثهُ هذا الخطرُ من ضررٍ أو يساويه على الأقل)[3].

---

(1) ينظر نص المادة (210) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطأه في إحداث الضرر..) ويقابل هذه المادة من القانون المدني المصري نص المادة(216).

(2) ينظر نص المادة (210) من القانون المدني العراقي على أنَّهُ (يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطأه في إحداث الضرر ....) ويقابل هذه المادة من القانون المدني المصري نص المادة (216)، ينظر: القرار المرقم 311/ جنايات/ 1971 في 1/ 3/ 1971، أشار إليه، د. أسماء موسى أسعد أبو سرور، المرجع السابق، ص262.

(3) فقد عرفها أحد الفقهاء فقالوا (هي أن تطرأ على الإنسان حالةٌ من الخطر والمشقة الشديدة بصورةٍ يخافُ حدوثَ ضررٍ أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعينُ أو يباحُ عندئذ إرتكابُ الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعاً للضرر في غالب ظنه ضمن قيود الشرع)، ينظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1983، ص67، وعرفت أيضاً بأنَّها (ظرف خارجي يحمل خطراً يتقابل أمامه حقان لشخصين، فيضحي بأحدهما في سبيل بقاء الآخر) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص621، وعرفت بتعريف جامعٍ لكافةِ صور الضرورة المتعلقة بالنفس أو

وكذلك لحالةِ الضرورة شروطٌ واجبٌ توافرها، ومنها لا بُدَّ من وجودِ خطرٍ جسيمٍ حالٍ أو محدقٍ يهددُ نفسهُ أو نفس غيره، ولا بُدَّ من أن يكونَ مصدرُ الخطرِ أجنبياً لا دخلَ لإرادة الفاعلِ وكذلك المضطر، وكذلك ألَّا يكونَ أمامَ الشخصِ المضطر وسيلةٌ أخرى لدفعِ الضرر، وأيضاً لا بُدَّ من أن يكون دفعُ الضررِ بالقدر الذي تندفعُ بهِ حالةُ الضرورة فقط، وأضف إلى ذلك ألَّا يكونَ المضطرُ ملزماً شرعاً وقانوناً بتحملِ الخطرِ أو الضرر الجسيم[1].

ففي حالةِ الضرورة يضطرُ الشخصُ إلى الإضرارِ بالغير كي يتفادى ضرراً محدقاً به هو أو بغيره، ولكون الخطأ أو الضرر الملحق بالشخصِ المضطرِ يزيدُ كثيراً على الضررِ الذي أُلحقَ بالغيرِ فإذا تحقَّقَ الضررُ يوجبُ المسؤوليةَ المدنيةَ وبالتالي المطالبةُ بالتعويضِ، فالضرورةُ هي عبارةٌ عن حكمٍ استثنائيٍّ بارتكابِ المحظور، فالعبرةُ في مشروعيةِ الفعلِ المكونِ لحالة الضرورةِ تكمنُ في عدمِ المماثلة بين الضررين من حيثُ القوةُ والضعفُ، وأنَّ مسؤوليةَ المختارِ في حالةِ الضرورةِ إذا تحققَّت فإنَّها توقفُ على مدى المقارنةِ بين الضررين من حيثُ التشديدُ والتخفيفُ وذلك مدى التزامُ كونِ الخطرِ المرادُ تفاديهِ عن طريق فعل الضرورةِ أكبرَ وأشدَّ من الضررِ الملحق بالغير، وعليه إذا توفرت حالةُ الضرورةِ فإنَّها لا تنفي عنهُ المسؤوليةَ بشكلٍ كاملٍ؛ بل يبقى المضطرُ مسؤولاً قبلَ المتضررِ مسؤوليةً مخفَّفةً ووفقَ ما يراهُ القاضي مناسباً، وذلك لتحقُّقِ الرابطة السببيَّة بين فعلهِ والضرر الواقع؛ لأنَّ الشخصَ المضطر يجبُ أن يراعى في فعلهِ عنايةَ الرجلِ المعتاد وإذا التزمَ الشخصُ المضطرُ بهذه العنايةِ في فعلهِ، فيلزمُ بتعويضٍ مخفَّفٍ الذي يراهُ القاضي مناسباً[2].

وللقاضي سلطةٌ تقديريةٌ في توجيه الدعوى وإذا ثبَتَ للقاضي بأنَّ الفاعلَ قد تمكَّنَ بفعلهِ من تجنُّبِ الضررِ الأكبر الذي هدَّدَ به، فإنَّهُ يجبُ عليه أن يعوضَ الضررَ تعويضاً عادلاً وجازَ عدُّهُ مخطئاً؛ إلَّا أنَّ عناصرَ الخطأ قد أحاطت بها ظروفٌ معينةٌ فتضفي على أفعالهم صفةَ المشروعيةَ وإن وصفت هذه الأفعال بالخطأ؛ لأنَّ عناصرَ الخطأ موجودةٌ ولكن المسؤوليةَ مخففةٌ؛ إذ لا تعويضَ دون وجودِ خطأ، وينتفي الخطأُ بانتفاءِ أحد هذين العنصرين (التعدي والإدراك) وبالتالي لا مسؤوليةَ ولا تعويضَ لعدم إمكان نسبةِ الخطأ إليه.

وبذلك تكونُ المسؤوليةُ المدنيةُ قد تحققت بوقوعِ التعدي والإدراك، فالمسؤوليةُ المدنيةُ القائمةُ على الخطأ وليس الضررَ فإنَّها تشترطُ توفُّرَ العنصرِ المعنويّ المتمثلِ بالإدراك إلى جانبِ عنصرِ التعدي في الخطأ.

المال على أنها (الحالة التي يجدُ فيها الشخص نفسه مضطراً لارتكاب عمل غير مشروع الجأته إليه حدوث خطر جسيم محدق بنفسه أو ماله أو نفس الغير وماله، على ألَّا يتجاوزَ في دفعِ هذا الخطر وألَّا يكونُ أمامه وسيلةٌ أخرى لصده أو دفعه)، د. حسني محمود عبد الدايم، الضرورة وأثرها على المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص220.

(1) د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع نفسه، ص220.

(2) ومن القوانين التي أشارت بهذا الصدد القانون المدني المصري وذلك في المادة (186) على ما يلي (من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبرَ محدقاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً).

ولمعرفةِ الحكم لا بُدَّ من التساؤلاتِ التي من خلالها نبيّنُ الحكمَ المترتبَ وتقديرِ التعويضِ عنهُ، هل يعدُّ المضطرُ مخطئاً وتترتبُ عليهِ المسؤوليةُ الكاملةُ وهو يُلزمُ بالتعويضِ الكامل أم لم يعدُّ مخطئاً، وهل عناصر الخطأ موجودةٌ أم هناكَ ظروفٌ معينةٌ تؤثرُ على تلك العناصر؟ مما يترتبُ على الأخذِ بحالةِ الضرورة هو وجودُ ركنِ الخطأ مع تكاملِ عناصره، وهو عنصرُ التعدي والإدراك، فإذا انعدمَ أحدُ عناصرِ الخطأ فحسب القواعدِ العامة لا يعدُّ الشخصُ مخطئاً؛ لأنَّ ركنَ الخطأ لا يتحقَّقُ إلا باكتمالِ عناصره، وفي هذه الحالة يترتبُ هدمٌ لركنِ الخطأ في حالةِ عدم توافرِ أحد عناصره، وهو العنصرُ المعنويُّ إلَّا أنَّهُ في بعضِ الأحيان قد تتأثرُ حريةُ الاختيارِ لدى محدثِ الضرر بالظروفِ المحيطة به مما تؤثرُ في إرادته وبها، يتمُّ اللجوءُ إلى تطبيقِ أحكام المادة (2/213) من القانونِ المدنيِّ العراقيِّ ويتمُّ إلزامهُ بالتعويضِ الذي يراهُ القاضي مناسباً، وذلك لانتفاءِ عنصر الإدراك الواجب توفرها للمسؤولية في الخطأ الموجبِ للتعويض؛ إلَّا أنَّه تكون هذه المسؤوليةُ مخففةً، وإذا كان الخطرُ المرادُ تفاديهِ مساوياً للضررِ الذي وقعَ أو دونه وجبت المسؤوليةُ التقصيريةُ وحكمَ بالتعويض الكامل؛ لأنَّ الشخصَ الذي يلحقُ بغيرهِ ضرراً ليتفادى خطراً لا يزيدُ على هذا الضرر يكون متعدياً وتتحققُ مسؤوليتهُ الكاملةَ؛ إلَّا أنَّ المسؤوليةَ تنتفي إذا كان الخطرُ المرادُ تفاديهِ أكبرَ بكثيرٍ من الضررِ الذي وقعَ بحيث يكونُ بمثابةِ قوةٍ قاهرةٍ أو يجعلُ الشخصَ في حالةِ ضرورةٍ ملجئة، وتكون المسؤوليةُ مخففةً؛ أي يكونُ التعويضُ عادلاً في حالة إذا كان الخطرُ لم يبلغ هذا الحد وكان مع ذلك أكبر من الضرر، وفي هذه الحالاتِ قد روعي فيها معيارُ التعدي في الخطأ وهو السلوكُ المألوفُ للشخصِ العادي، فالشخصُ الذي سبَّبَ الضررَ لم ينحرف عن هذا السلوك في الحالتين الأولى والثانية، فارتفعت مسؤوليتهُ وكان التعويضُ كاملاً أما في الحالةِ الثالثة فالشخصُ الذي سبَّبَ ضرراً قد انحرفَ سلوكه انحرافاً تخفَّفُ منه حالة الضرورةُ فتكونُ مسئوليته مخففةً وكان التعويضُ أقلَّ من مقداره الأصلي[1]، وبهذا يكون المضطرُ قد تحمَّلَ مسؤوليةً مخففةً ويختلفُ بذلك عن حالةِ الدفاع الشرعي؛ إذ يعفى من المسؤوليةِ في الحالةِ الأخيرة كما في أنَّ الضررَ في حالة الدفاع الشرعيّ يصيبُ شخصاً معتدياً أما في حالة الضرورة فإنَّ الضررَ يصيبُ شخصاً غير معتدٍ[2]، ومن صورِ حالة الضرورة هي التي اتخذها المشرّعُ العراقيُّ في القانون المدني المتمثلةِ في إزالةِ الضرر الأشدِ بالضررِ الأخفِ، وأما الصورةُ الأخرى هي حالةِ تحمُّلِ الضررِ الخاصِّ لدفعِ الضرر العام، ولقد نصَّ المشرّعُ العراقيُّ في المادة (213) التي تنصُّ على أنَّهُ (1- يختارُ أهونَ الشرين فإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضرراً ويزالُ الضررُ الأشدُّ بالضررِ الأخفِ، ولكن الأضرارَ لا يبطلُ حقَّ الغيرِ إبطالاً كلياً.2- فمن سبَّبَ ضرراً للغير وقايةً لنفسهِ أو لغيره من ضررٍ محدقٍ يزيدُ كثيراً عن الضررِ الذي سبَّبهُ لا يكونُ ملزماً إلا بالتعويضِ الذي تراهُ المحكمةُ مناسباً)

(1) د. إبراهيم صالح عطية الجبوري، المرجع السابق، ص512.

(2) نصت المادة (26) من مجلة الأحكام العدلية على أنه (تحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام). أشار إليها: د. عمار عباس كاظم الحسيني، حالة الضرورة وأثرها في المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص263.

ويتضحُ من هذا النصّ لأجلِ تجنبِ الضرر الذي يواجهُ الشخصَ أو يواجهُ غيره، ففي هذه الحالةِ تكونُ مسؤوليةُ الشخصِ مخففة على أساسِ أن الأضرارَ لا يبطلُ حقَّ الغيرِ، وفي سبيل ذلك لا يكونُ المسؤولُ عن الضررِ ملزماً إلا بالتعويضِ التي تراه المحكمةُ مناسباً للضرر.

وأما الصورةُ الثانيةُ فهي تحمل الضرر الخاصّ لدرءِ الضرر العامّ، فمن خلال نصّ المشرّعِ الوارد في المادة (214) من القانون المدنيّ العراقيّ التي تنصُّ على أنَّهُ (1- يتحملُ الضررُ الخاصُّ لدرءِ الضررِ العامّ 2– فإذا هدَمَ أحدٌ داراً بلا إذنٍ من صاحبها لمنعِ وقوع حريقٍ في المحلةِ وانقطع هناك الحريقُ فإن كان الهادمُ هدمها بأمرٍ من ولي الأمر لم يلزمهُ الضمان، وإن كان هدمها من تلقاءِ نفسه أُلزمَ بتعويضٍ مناسب) فهذا النصُّ يؤكدُ على الأخذِ بالموازنة بين مصلحتين العامة والخاصة وتغليبِ المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارضهما، فإذا حدَثَ أمرٌ يلحقُ ضرراً بالمصلحةِ العامة فلأيّ شخصٍ حقُّ التدخلِ لدفع هذا الضرر العام، وإن قامَ بفعلٍ يلحقُ ضرراً بمصالح فردية، ومع ذلك فإنَّ المسؤوليةَ التي تترتبُ على فعلهِ تختلفُ باختلاف مصدرِ تدخله، فإن كان الفعلُ الضارُ الذي قامَ به الشخصُ بأمرِ السلطةِ العامة أُعفي عن المسؤولية وإن أقدمَ عليه من تلقاءِ نفسه تترتبُ عليه مسؤوليةٌ مخففةٌ وحكم عليه بتعويضٍ مناسبٍ وتراعي المحكمة ظروف وبواعث فعله ومدى ما حققهُ تدخله من نفعٍ للمصلحة العامةِ كلُّ ذلك تأخذهُ المحكمةُ بعين الاعتبار[1]، ويمكنُ القولُ أنَّ المشرّعَ العراقيَّ نصَّ على الصورةِ المذكورة وخصَّها بمادةٍ مستقلةٍ إنَّما أرادَ أن ينبهَ إلى وجودِ فارقٍ بين الصورتين من حيث حجمِ الأضرارِ المتقابلة حيثُ اشترط في هذه الصورة الأخيرة لكي تتحقق حالة الضرورة أن تكونَ الأضرارُ المحدثةُ يسيرةً بحيث لا توازي في أهميتَها وحجمها الأضرارَ التي يجبُ تجنبها بينما لا تشترطُ على هذا النحو من الاختلاف الواسعِ بين الضررين في الصورةِ التي تضمنتها المادةُ (214) إذ يكفي لتحققِ حالة الضرورة لدرءِ الضررِ العامّ هذا الضرر يسيراً أو متعادلاً مع الضرر الخاص، وذلك تعبيراً عن أهميةِ وخطورة الضررِ العامّ وإلا ليس هناك من فائدةٍ على النصّ على هذه الصورة في أعقاب النص على الصورة الأولى التي تضمنتها المادة (213) التي اشترطت فيها عدم التعادل بين الضررين المرادُ تفاديه[2].

فمقتضياتُ العدالةِ تقضي بتعويضِ المتضرر عن كلّ ضررٍ يلحقهُ به شخصٌ آخر ولم يكن له دخلٌ في حدوثهِ وفي إعفاءِ فاعل الفعلِ الضار من جزءٍ من التعويض بالرغمِ من أنَّه ارتكبَ الفعل الضار ليتجنبَ الضررَ الأكبرَ وليستفيدَ من فعله يتحملُ ضرراً أخفَّ وإلقاءُ الجزءِ الأكبرَ على عاتقِ شخصٍ لحقهُ ضررٌ مؤكدٌ وهذا أمرٌ ينافي العدل[3]، فيكونُ بذلك ملزماً عن تعويضِ الضرر الذي ألحقهُ بالغيرِ؛ إلَّا أنَّ مسؤوليته تكونُ مخففةً حيثُ لا يلتزمُ إلا بدفعِ قدرٍ من التعويضِ يراهُ القاضي مناسباً.

(1) د. عمار عباس كاظم الحسيني، المرجع السابق، 265.

(2) أحمد نعمة العادلي، المرجع السابق، ص109.

(3) د. حسن على الذنون، حالة الضرورة وأثرها في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص123.

الخاتمة:

بعد أن بلغنا نهايةَ المطافِ من بحثنا هذا الموسوم (إشكاليةُ التعويضِ العادلِ في المسؤوليةِ التقصيرية، دراسةٌ مقارنةٌ) يلزمُ أن نسجلَ أبرزَ النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها:

أولاً/ النتائج

1- على الرغمِ من النصّ في معظم القوانين المدنية على وجوبِ أن يكون التعويضُ عن حدوثِ ضررٍ معين؛ إلَّا أنَّها جاءت خاليةً من بيان المقصود بالتعويض العادل.

2- إنَّ ما طرحَ من تعريفاتٍ للتعويضِ العادل سواءٌ على مستوى الفقهاء أو القضاء تضمنت العديد من الملاحظات.

3- إنَّ ما يميزُ التعويضَ العادل عن باقي نظمِ التعويض بالخصائص الجوهريَّة ومن أهمها أنَّهُ تعويضُ استثناءٍ من الأصلِ؛ حيثُ أن الأصلّ يكونُ التعويضُ كاملاً لا زيادة ولا نقصان، والطبيعةُ الناقصةُ حيث يكون النوع من التعويضِ يقلُّ مقدارُ التعويض عن قيمةِ الضرر وذلك في حالاتٍ محددة كما في حالةِ الضرورةِ وتجاوز حقّ الدفاع الشرعي.

4- وجدنا أنَّ بعضَ التشريعاتِ الحديثة قد أخذت تتجهُ إلى عدالةِ التعويض وليسَ بالضرورةِ أن يكونَ التعويضُ كاملاً، والبعضُ منها قد هجرت مبدأ التعويض الكامل بنصوصٍ صريحةٍ، كما هو الحالُ في قانونِ الالتزامات السويسري؛ حيثُ أجازَ القانونُ إنقاص التعويض عدالةً.

ثانياً/ التوصيات

1 – نقترحُ على المشرّعِ العراقيّ إيرادُ نصّ صريحٍ بالتعويضِ العادل وتحديدِ مقداره وذلك على أن (يكونَ التعويضُ عادلاً، ويستحقُ المتضررُ من الضررِ تعويضاً أقلَّ من مقدارهِ الأصلي في حالاتٍ محددةٍ اعتباراً لمقتضياتِ العدالة).

2– يلاحظُ خلوُ القانونُ المدنيُّ العراقيُّ من بيان تحديدِ مقدار التعويضِ العادل وشروطه وأُسس تقديره الذي تميز بالاستثناء من الأصل العام وهو التعويضُ الكامل.

3- ضرورةُ اعتمادِ آليات واضحةً لتقديرِ التعويض؛ حيثُ لا تكفي الرجوع إلى مقتضياتِ العدالة الواردةِ في نصّ المادة (212/ 2) حيثُ أنَّ مفهومَ العدالةِ قد يختلفُ من بيئةٍ إلى أخرى مما يترتبُ على ذلك قد يكونُ التعويضُ عادلاً في قانونِ بلدٍ في حين يكون غير عادلٍ في قانونِ بلدٍ آخر، وعليه نقترحُ في هذا الصددِ أن يكونَ تحديداً لمقدارِ التعويض لكلّ حالةٍ على حدهِ حتى لا يكونَ حكمُ القاضي عرضةً للنقض.

5- لغرضِ تلافي القصور في عمليةِ تقدير التعويضِ العادل في المسؤولية التقصيريَّة في حالاتٍ معينةٍ كحالةِ الضرورة أو تجاوز حقّ الدفاع الشرعيّ التي تعدُّ من تطبيقاتِ التعويض العادلِ نقترحُ أن تبدأ عمليةُ التقديرِ بإحصاء جميعِ الظروف الملابسة للمسؤولِ عن الضررِ والمضرورِ وللقاضي الأخذُ بالاعتباراتِ الداخلية والظروف الخارجية.

قائمة المصادر

القرآنُ الكريم

أولاً/ مصادر اللغة العربية

1. جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري، لسان العرب، الدار المصرية للتأليف والترجمة، بلا سنة طبع.
2. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت.
3. محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، الجزء الثامن عشر، الطبعة الأولى، مطبعة حكومة الكويت، 1979.

ثانياً / مصادر الفقه الإسلامي

1. د. أسامة السيد عبد السميع ، التعويض عن الضرر الادبي ، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون ، دار الجامعة الجديدة ، 2007.
2. - د. عبد الحميد الشواربي، الدفاع الشرعي في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، القاهرة، 1986.
3. د. على الخفيف "شغل الذمة بما يجب الوفاء من مال أو عمل"، الضمان في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 2012.
4. د. محمد أحمد السراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية في القانون، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1993.
5. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1983.

ثالثاً / المصادر القانونية

1. د. إبراهيم صالح عطية الجبوري، العوامل المؤثرة في تقدير التعويض عن الفعل الضار، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013.
2. د. آمال علي عبد الحسين الموسوي، التعويض العادل، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2023.
3. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1978.
4. د. حسن حنتوش، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
5. د. حسن على الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر).
6. حسن على الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، احكام الالتزام ، مطبعة الجامعة المستنصرية ، بغداد، 1976 .
7. حسن على الذنون ، حالة الضرورة واثرها في المسؤولية المدنية ، من محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين .
8. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية (الرابطة السببية).

9. حسني محمود عبد الدايم، الضرورة وأثرها على المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
10. حمد سلمان سليمان الزيود، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
11. د. خالد مصطفى فهمي، تعويض المضرورين من الأعمال الإرهابية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
12. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية التابع لوزارة العدل العراقية، بغداد،1981.
13. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، 1992.
14. عباس زبون العبودي، تاريخ القانون، الطبعة الأولى، جامعة الموصل، 1993.
15. عبد الحكم فوده، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة تحليلية مبنية على ضوء الفقه وقضاء النقض، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، القاهرة، 1996.
16. عبد العزيز سليمان أحمد، تجاوز حق الدفاع الشرعي، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
17. عبد العزيز محمد محسن، الأعذار القانونية المخففة من العقاب في الفقه القانوني والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
18. عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري، ود. ومحمد طه البشير، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، بيروت، لبنان، 2009.
19. عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري، ود. ومحمد طه البشير، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، بيروت، لبنان، 2009.
20. عمار عباس كاظم، حالة الضرورة وأثرها في المسؤولية الجنائية.
21. محمد إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، الكويت، 1995.
22. محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون والالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الإسكندرية، 2010.
23. محمد حسين عبد العال، تقدير التعويض عن الضرر المتغير، دراسة تحليلية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة أسيوط الناشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
24. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، الكتاب الأول، القاعدة القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 2006.
25. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري، الطبعة الثانية، مطبعة الاعتماد، القاهرة، 1944.
26. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطبعة الاعتماد، 1994 .
27. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

رابعاً / الرسائل والأطاريح الجامعية

1. أحمد نعمة العادلي، وسائل دفع المسؤولية المدنية في القانون الخاص، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2008.
2. أسماء موسى أسعد أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون المدني الأردني، أطروحة دكتوراه ،كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006.
3. أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998.
4. باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2009.
5. بورجو وسيلة، دور الخطأ في التعويض عن حوادث العمل، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.
6. د. داود سلمان العطار، تجاوز الدفاع الشرعي في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 1977.
7. عبد المنعم يحيى جواد، الخطأ في المسؤولية التقصيرية، جامعة بغداد، كلية القانون، أطروحة دكتوراه، 1999.
8. عضيد عزت حمد، التعويض عن الضرر المتغير في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة النيلين، كلية القانون، الدراسات العليا، 2018.

خامساً / البحوث المنشورة

1. د. حيدر فليح حسن، التعويض العادل عن نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، كلية القانون، جامعة بغداد، 2020.
2. د. ذنون يونس صالح، مهدي صالح شحاذه المحمدي، التعويض الناشئ عن الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة الثانية، المجلد الثاني، العدد الثاني، الجزء الأول، 2018.
3. د. عادل شمران الشمري، فلسفة الاستثناء في القانون المدني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة العاشرة، العدد الثالث، 2018.
4. د. محمد دمانة، المعايير التشريعية والقضائية الحديثة لعدالة التعويض، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، جامعة ورقلة.
5. د. وهبه الزحيلي، التعويض عن الضرر، بحث منشور في مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة الملك عبد العزيز، العدد الأول، 1399هـ

سادساً / مراجع القرارات المنشورة

1. إبراهيم صالح عطية الجبوري، مجموعة المكتب الفني، لمحكمة التمييز الاتحادية، العراق، 1965.
2. مصطفى مرعي، مجموعة عبد العزيز ناصر، المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الأولى، 1936.
3. مجموعة الأحكام العدلية، يصرها قسم الإعلان القانونية، وزارة العدل، العراق، العدد الثالث، السنة 13، 1982.
4. مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، 1980، ص36.
5. مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، لسنة 1977، ص78.

سابعاً / القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
3. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.