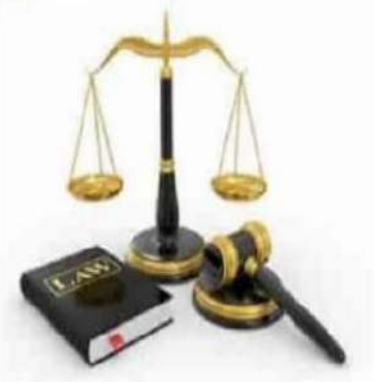
الرقم الدولي : ISSN: 2075-7220
الرقم الدولي العالمي : ISSN: 2313-0377

# مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية



مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الثاني/ملحق 2024 السنة السادسة عشر

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

Print ISSN : 2075-7220
Online ISSN : 2313-0377

# Al-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and Political Science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Second issue/Appendix 2024 Sixteenth year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

# هيئة تحرير المجلة

| ت | الاسماء | الصفة | مكان العمل | الاختصاص العام | الاختصاص الدقيق |
|---|---|---|---|---|---|
| 1 | أ.د. فراس كريم شيعان | رئيس هيئة التحرير | كلية القانون / جامعة بابل | قانون خاص | قانون دولي خاص |
| 2 | م.د. هند فائز احمد | مدير هيئة التحرير | كلية القانون / جامعة بابل | قانون خاص | قانون دولي خاص |
| 3 | أ.د. اسراء محمد علي سالم | عضواً | كلية القانون / جامعة بابل | قانون عام | قانون جنائي |
| 4 | أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان | عضواً | كلية القانون / جامعة بابل | قانون عام | قانون اداري |
| 5 | أ.د. حسون عبيد هجيج | عضواً | كلية القانون / جامعة بابل | قانون عام | قانون جنائي |
| 6 | أ.د. ضمير حسين ناصر | عضواً | كلية القانون / جامعة بابل | قانون خاص | قانون مدني |
| 7 | أ.د. وسن قاسم غني | عضواً | كلية القانون / جامعة بابل | قانون خاص | قانون مدني |
| 8 | أ.د. ذكرى محمد حسين | عضواً | كلية القانون / جامعة بابل | قانون خاص | قانون تجاري |
| 9 | أ.د. صادق محمد علي | عضواً | كلية القانون / جامعة بابل | قانون خاص | قانون اداري |
| 10 | أ.د. اسماعيل نعمة عبود | عضواً | كلية القانون / جامعة بابل | قانون عام | قانون جنائي |
| 11 | أ.م.د محمد جعفر هادي | عضواً | كلية القانون / جامعة بابل | قانون خاص | قانون مدني |
| 12 | أ.م.د. رفاه كريم كربل | عضواً | كلية القانون / جامعة بابل | قانون خاص | قانون اداري |
| 13 | أ.م.د. قحطان عدنان عزيز | عضواً | كلية القانون / جامعة بابل | قانون عام | قانون دولي |
| 14 | أ.م.د. ماهر محسن عبود | عضواً | كلية القانون / جامعة بابل | قانون خاص | قانون مدني |
| 15 | أ.م.د. اركان عباس حمزة | عضواً | كلية القانون / جامعة بابل | قانون عام | قانون دستوري |
| 16 | أ.د. مروان محمد محروس | عضواً | كلية الحقوق/جامعة البحرين | قانون | ــــــــــ |
| 17 | أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم | عضواً | اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان | قانون عام | قانون جنائي |
| 18 | أ.د. سهيل حدادين | عضواً | الجامعة الاردنية | قانون | ــــــــــ |
| 19 | أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن | عضواً | كلية القانون/جامعة البتراء | قانون | ــــــــــ |
| 20 | أ.م.د. منى محمد عباس عبود | مدقق اللغة الانجليزية | كلية التربية الاساسية / جامعة بابل | اللغة الانجليزية | ــــــــــ |
| 21 | م.د. احمد سالم عبيد | مدقق اللغة العربية | كلية القانون / جامعة بابل | اللغة العربية | ــــــــــ |

# مجلة المحقق الحلي

# للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الثاني/ ملحق

السنة السادسة عشر

**2024**

البريد الالكتروني **https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues**

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد **1291** لسنة **2009**

# الفهرس


| ت | عنوان البحث | اسم الباحث | رقم الصفحة |
|---|---|---|---|
| 1 | المركز القانوني للحارس القضائي على المصارف | أ.د.ذكرى محمد حسين<br>أ.م.د.رباب حسين كشكول | 1 - 21 |
| 2 | التعويض العقابي<br>(دراسة في تطبيقاته المحتملة في القانون العراقي) | أ.م.د.محمد جعفر هادي | 22 - 46 |
| 3 | احكام تحديد الاجرة في عقد الايجار<br>(دراسة مقارنة بين القوانين المدنية والفقه الاسلامي) | م.د.عباس سهيل جيجان<br>م.د.محمد عدنان باقر | 47 - 80 |
| 4 | الطبيعة القانونية لتكتل بريكس في ضوء القانون الدولي العام | م.د.عبد الناصر عبد الستار حسين | 81 - 100 |
| 5 | تأثير التطرف وخطاب الكراهية على الاستقرار السياسي في العراق<br>(دراسة تحليلية) | م.سلام داود محمود | 101 - 119 |
| 6 | دور النظام الانتخابي في اختيار اعضاء مجلس النواب العراقي | م.م.صفا مظهر عبد الستار | 120 - 141 |
| 7 | الرقابة القضائية على اعمال الوحدات الادراية المحلية في العراق | سامر محمد حسين<br>أ.م.د.اركان عباس حمزة | 142 - 169 |

# التعويض العقابي

## (دراسة في تطبيقاته المحتملة في القانون العراقي)

أ. د. محمد جعفر هادي
كلية القانون / جامعة بابل
Mohammed.hadi@uobabylon.edu.iq

تاريخ استلام البحث:2024/6/30 تاريخ قبول النشر:2024/7/1 تاريخ النشر:24/7/2024

**ملخص**

يستهدف التعويض إصلاح الضرر الذي لحق بالمضرور، وهو ما يعرف بمبدأ التعويض الكامل الذي يلتزم بالتكافؤ الصارم بين الضرر الواقع والتعويض المخصص لجبره. يستند هذا المبدأ الى جملة من نصوص القانون المدني والتي من اظهرها ما جاء في المادتين (169 و207 ) اللتين تنصان على شمول "التعويضات المستحقة" للدائن، بشكل عام، على عنصري الخسارة اللاحقة والكسب الفائت اذا كان الضرر ماديا، والحصول على ترضية مالية تمنح للمضرور او لذويه جبرا للخاطر اذا كان الضرر معنويا طبقا للمادة (205)مدني. ان جميع هذه المبالغ الممنوحة لجبر الضرر بشقيه المادي والمعنوي يطلق عليها بالتعويض الاصلاحي تمييزا له عن التعويض العقابي الذي يفرض كجزاء عن الاخطاء العمدية التي تدر على فاعلها ربحا بهدف ردع الفاعل وتجريده مما جنى من خطئه المربح. هذه الوظيفة الثانية ذات البعد الردعي هي اجنبية عن قانونا العراقي فهو يعتمد منهجا تقتصر وظيفة التعويض فيه على جبر الضرر ولا شيء سواه. في هذا البحث ناقشنا التطبيقات التي نسبها بعض الفقه للتعويض العقابي لمعرفة مدى اقترابها فعلا منه، فوجدنا ان الغالب منها تنتمي الى نظام قانوني مختلف فكريا وفلسفيا عن ذلك الذي نشأت فيه فكرة التعويض العقابي.

**الكلمات المفتاحية**: التعويض العقابي ، الغرامة المدنية ، الخطأ المربح ، المسؤولية المدنية، مبدا التعويض الكامل.

# Punitive damages

## A study of its potential applications in Iraqi law

**Prof. Dr. Mohammed Jaafar Hadi**
University of Babylon/college of law

**Abstract**

Compensation aims to repair the damage caused to the injured person, which is known as the principle of full compensation, which adheres to strict parity between the damage caused and the compensation allocated to compensate for it. This principle is based on a number of provisions of the Civil Code, the most evident of which are what is stated in Articles (169 and 207), which stipulate that the “compensations owed” to the creditor include, in general, the elements of subsequent loss and lost gain if the damage is material, and obtaining financial satisfaction granted to the injured party. Or to his family for reparation if the damage was moral in accordance with Article (205) Civil. All these amounts granted to compensate for damage, both material and moral, are called corrective compensation to distinguish it from punitive compensation, which is imposed as a penalty for intentional mistakes that generate profit for the perpetrator, with the aim of deterring the perpetrator and stripping him of what he gained from his profitable mistake. This second function, which has a deterrent dimension, is foreign to Iraqi law, as it adopts an approach in which the function of compensation is limited to reparation for damage and nothing else. In this research, we discussed the applications that some jurists have attributed to punitive compensation to determine how close they actually are to it. We found that most of them belong to a legal system that is intellectually and philosophically different from the one in which the idea of punitive compensation arose.

**Keywords:** punitive damages, civil fine, lucrative fault, civil liability, the principle of full compensation.

**مقدمة**

تعود جذور فكرة التعويض العقابي dommages et intérêts punitifs الى القوانين القديمة كقانون حمورابيle code babylonien d'Hammurabi[1]، والقانون الروماني le droit romain[2]. مع ذلك فان هذا النوع من التعويض يعتبر اليوم احد الخصائص المتفردة للنظام القانوني الأنجلو-أمريكي[3]، حيث يظهر تحولا كبيرًا في تحديد نطاق الأضرار وتصنيفها. في الأصل، كان التعويض هو الجزاء الوحيد المتاح أمام المحاكم، ثم في مرحلة لاحقة أنشأ القضاء فئات من العقوبات المالية تلبي أهدافًا جديدة كان منها ايقاع العقوبة من خلال الية فرض التعويض. من هنا فان للتعويض –بحسب هذه النظرة- وظيفة مزدوجة Double fonction فهو كما يهدف الى إصلاح الضرر فانه يستهدف أيضًا المعاقبة على الخطأ بإضافة مبالغ اخرى فوق تلك التي يستلزمها اصلاح الضرر. ولذلك لم يعد الأمر يتعلق بإصلاح الضرر La réparation du dommage الذي لحق بالمضرور، بل بحرمان مرتكب الفعل الضار من أي ارباح يكون قد جناها من خطئه.

مع ذلك، أن هذا النوع من التعويض يظل استثناءً حتى في البلدان التي تعتبر مهدا له، حيث أن مسالة فرض التعويض تبقى ذت طبيعة اصلاحية لا عقابية بحسب الاصل. كما ان نطاق تطبيق هذا النوع من التعويض كان قد حدد بحالات معينة ضمانا لعدم التوسع في هذا الاستثناء، مع الاشارة هنا الى ذلك النطاق ليس موحدا في النظامين الامريكي والبريطاني. فالتعويض العقابي يعتبر متجذر بقوة في التقاليد القانونية للولايات المتحدة، على المستوى المحلي والفدرالي، لذلك فهو اوسع نطاقا من نظيره في القانون البريطاني[4]، فالخطأ المتعمد يكفي من حيث المبدأ لتطبيقه. في المقابل، فإن نطاق التعويض العقابي في المملكة المتحدة يعتبر ضيق جدا، لان شروط منح التعويض العقابي مقيدة جدا، فلا يكفي مثلا للحكم به ان يكون الضرر قد نشا عن خطأ متعمد la faute délibérée او غش le dol، بل يجب ان يكون الخطا المتعمد مربحا ايضا faute lucrative[5].

في الواقع هناك سببان يمكن أن يفسرا –بحسب الظاهر- ازدهار فكرة التعويض العقابي قضائيا. فمن ناحية، اعتبر القضاة أن هذا التعويض يعتبر مفيدا عندما يكون المدعى عليه ثريًا وأن فرض تعويضات بسيطة لن تثنيه عن تكرار الفعل الضار. ومن ناحية أخرى، استخدمت المحاكم هذا المبدأ من أجل التعويض عن الاضرار التي يصعب تحديدها بشكل منضبط، مثل الاضرار المعنوية le préjudice moral أو الاضرار التي تلحق بالسمعة l'atteinte à la reputation[6].

بالتوجه صوب النظام اللاتيني والقوانين المتاثرة به والتي يعتبر القانون العراقي منها فان فكرة التعويض العقابي تصطدم بمبدأ التعويض الكامل Le principe de la réparation intégrale الذي يعتبر مبدأ اساسيا في عقيدة


Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues

المشرع العراقي عند بناءه لاحكام المسؤولية المدنية، فلا يسمح طبقا لهذا المبدا الا بإصلاح الضرر، ولا شيء غيره، والذي يتمثل بشكل عام بعنصري الخسارة اللاحقة والكسب الفائت[7] اذا كان الضرر المادي، وبالترضية المالية التي لا تتحلل الى عناصر اذا كان الضرر معنويا. ولذلك فإنه يعتبر اجنبيا عن مفهوم التعويض في القانون العراقي مسالة فرض مبالغ اضافية بهدف معاقبة المعتدي والوصول الى غاية الردع dissuasion، لان مهمة التعويض هي الاصلاح لا المعاقبة.

ومع ذلك، فإن هناك بعض التطبيقات التي يمكن من خلالها تلمس فكرة "العقابية" في تقدير التعويض لا سيما في مجال الاعتداءات التي تطال حقوق الملكية الفكرية la propriété intellectuelle . كذلك فقد اجتهد الفقه في سبيل البحث عن بعض الحالات التي يمكن ان تلامس بشكل او باخر فكرة العقوبة في فرض التعويض، كما في حالتي الشرط الجزائي والغرامة التهديدية. في هذا البحث سوف نحاول استقراء تلك الحالات وتحليلها لمعرفة مدى صدقية اقترابها من مفهوم التعويض العقابي من عدمه، مع التنويه باننا لا ندعي عدم وجود حالات قابلة للنقاش اخرى انما حاولنا جمع اغلب الحالات بحسب تقصينا. في الحقيقة ان النظر في التطبيقات المنسوبة للتعويض العقابي يوحي بامكانية ردها الى مجموعتين، الاولى تضم كل الحالات التي يمكن ان تندرج في اطار المسؤولية العقدية (المطلب الاول)، اما الثانية فتشمل الحالات التي يمكن ادراجها تحت احكام الشريعة العامة لقواعد المسؤولية عن الفعل الضار (المطلب الثاني).

**المطلب الاول : التطبيقات المحتملة للتعويض العقابي في دائرة المسؤولية العقدية**

اورد الفقه[8] جملة من الحالات التي وصفت بانها من تطبيقات التعويض العقابي في دائرة المسؤولية العقدية نستعرضها تباعا لنرى مدى اقترابها فعلا من فكرة التعويض العقابي من عدمه وكما يلي:

**الفرع الاول : الشرط الجزائي La Clause pénale**

ابتداء لا بد من التنويه الى انه ليس من هدفنا استعراض احكام التعويض الاتفاقي كونها من القواعد العامة المعروفة والتي لا تحتاج الى تبيان انما سيكون الكلام فقط في مدى اقتراب احكام التعويض الاتفاقي من دائرة التعويض العقابي . لقد نظمت المادة 170 من القانون المدني العراقي احكام التعويض الاتفاقي حيث نصت على انه (1 – يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام 168 و256 و257 و258. 2 – ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا ثبت المدين ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة. 3 – اما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا ثبت ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأً جسيماً).

من خلال التمعن في الفقرة الاولى من المادة اعلاه نجد انها قد اجازت لأطراف العلاقة التعاقدية الاتفاق ابتداء (حال التعاقد) على مقدار التعويض تحسبا من حصول اخلال بالالتزامات التعاقدية يستتبعه ضرر قابل للتعويض، اما الفقرة الثانية فيظهر من سياق الجزء الاول منها ان المشرع قد افترض وقوع الضرر بقرينة بسيطة وللمدعي عليه ( المدين) اثبات عدم وقوعه ، فالنص يصرح بان التعويض الاتفاقي لا يستحق في حالة اثبات المدين لعدم وقوع الضرر بالدائن، بما يفهم منه ان المشرع قد افترض وقوع الضرر وعلى المدين دفع هذا الافتراض بالدليل العكسي. بمعنى ان الدائن لن يكلف عند مطالبته بالتعويض – بحسب النص- الا باثبات الاخلال بالالتزام العقدي ووجود الاتفاق على التعويض الاتفاقي، اما العلاقة السببية فهو ايضا في غنى عن اثباتها طالما ان الضرر مفترض لمجرد وقوع الاخلال باحد الالتزامات العقدية ووجود شرط جزائي بالتعويض . هذه الفقرة لا تخلو من فائدة للدائن (المدعي) من حيث اعفاءه من اثبات الضرر وتكليف المدعى عليه بنفيه بعد افتراضه قانونا. اما في الجزء الثاني من ذات الفقرة فقد نص المشرع على امكانية التخفيض في حال اثبت المدين فداحة التقدير او ان الالتزام الاصلي قد نفذ بجزء منه. ان هذا الاستدراك من المشرع يجعل مسالة المقاربة بين فكرة التعويض العقابي والتعويض الاتفاقي امرا عسيرا جدا وذلك لربط مسالة تحديد حجم التعويض بالضرر ولا شيء غيره من خلال منح المحكمة الحق في تعديل مقدار التعويض المتفق عليه وجعله متناسبا مع حجم الضرر لا سيما وان للمحكمة ان تجري التعديل ولو بدون طلب من صاحب المصلحة المدين طالما ان المشرع قد قضى ببطلان كل اتفاق يخاف مقضى هذا النص. لذلك فان محاولة الدائن تغليظ حجم الشرط الجزائي سوف لن ينفع طالما ان مصير ذلك هو التعديل تبعا لحجم الضرر، من هنا سوف يبتعد الشرط الجزائي عن التعويض العقابي.

مع ذلك فان اللافت في النص يمكن ان يظهر في الفقرة الثالثة منه وذلك على وجهين : الاول هو ان النص لم يسمح بالتعديل بالزيادة في حالة عدم التناسب بين الضرر والتعويض المقدر اتفاقا الا في حالة اثبات ان المدين قد ارتكب غشا او خطا جسيما وهذا بذاته يبدو متسقا مع القواعد العامة التي تجعل من عناصر التعويض شاملة لعنصري الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع - في دائرة المسؤولية العقدية- اذا كان الضرر قد نشا عن غش او خطا جسيم . مع ذلك فان الفقرة المذكورة منتقدة لجهة انها لا تسمح بالزيادة في حال كان التعويض المقدر اقل من الضرر الحاصل، فطالما قبلنا امكانية النقيصة عند المبالغة في تقدير التعويض الاتفاقي فلماذا لا تقبل الزيادة في حال عدم التعادل بين الضرر ومقدار التعويض فحكم الامثال فيما يجوز او لا يجوز يفترض ان يكون واحدا. من هنا لا يوجد سبب يدعو الى عدم السماح للدائن بالمطالبة بالزيادة، فالضرر يجب ان يزال حادثا كان او قديما طبقا للقواعد العامة، وهذا لن يكون الا بإعادة التقدير للحالتين ( الزيادة والانقاص) على حد سواء. اما الوجه الثاني اللافت في الفقرة الثالثة هو ان المشرع على خلاف الفقرة الثانية المتعلقة بالانقاص لم يعتبر الاتفاق على خلاف مضمون الفقرة الثالثة اتفاقا باطلا، وهو ما يجعل نص المادة موصوفا بعدم الانسجام ومخالفة المنطقية في حكم الحالات المتماثلة. في كل الاحوال فان مضمون هذه الفقرة اجنبي تماما عن التعويض العقابي لان العقوبة تطال الدائن لا المدين، بل حتى في الفرضية التي يسمح فيها بزيادة

التعويض في حالتي الغش او الخطأ الجسيم فان هذه الزيادة سوف لن تتجاوز العناصر التعويضية التقليدية التي يراد منها جبر الضرر فقط ولا شيء غيره.

**الفرع الثاني : الغرامة التهديدية L'astreinte**

من المعروف ان الهدف من الغرامة التهديدية هو ارغام المدين على الانصياع لحكم العقد والمبادرة الى التنفيذ في الحالات التي يمتنع فيها عنه وتكون شخصيته محلا للاعتبار فتكون الغرامة الوسيلة الاخيرة لحمل المدين على التنفيذ عينا، بخلافه لا سبيل الا باللجوء الى التنفيذ بطريق التعويض. لقد نصت المادتان 253 و 254 من القانون المدني العراقي على هذه الوسيلة التهديدية حيث جاء في الاولى منهما على انه ( اذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن ان تصدر قرار بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتنعاً عن ذلك.) الظاهر من النص انه للمحكمة بناء على طلب الدائن ان (تصدر قرارا بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية) ، مع ذلك فان ما يفهم من النص يبدو متضاربا، فمن حيث ان شخصية المدين محل اعتبار لا مجال لإجباره بالقوة على القيام بالتنفيذ عينا. لذلك لا معنى حقيقي يمكن ان يستفاد من تعبير ( اصدار قرار بالزام المدين)، انما الذي يمكن ان يستعاض به عن التعبير المذكور هو عبارة (ان تصدر المحكمة قرارا بفرض غرامة تهديدية لإلزام المدين بالتنفيذ. فالفرق هو ان القرار يجب ان يكون بفرض الغرامة -بهدف الالزام بالتنفيذ- وليس قرارا بالإلزام مباشرة لان هذا الاخير بذاته غير ممكن. يضاف الى ذلك، ان النص قد اردف الالزام بالتنفيذ بعبارة دفع غرامة تهديدية، ومعلوم ان توظيف هذا المصطلح اذا اريد منه الحقيقة فيتضمن الدفع حقيقة لمبلغ الغرامة للدائن وليس مجرد الحكم بها والا لكان قد استخدم مصطلح الحكم عليه بغرامة بدلا عن مصطلح (دفع غرامة). ربما يرد على هذا التفسير بمقولة ان المشرع قد قيد ذلك في المادة 254 والتي تنص على انه (اذا تم التنفيذ العيني او اصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائياً مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعية في ذلك الضرر الذي اصاب الدائن والتعنت الذي بدا من المدين.)، حيث يفهم من عبارة ( حددت المحكمة مقدار التعويض نهائيا) كإشارة على ان مصير مبالغ الغرامات هو التسوية النهائية ضمن مبلغ التعويض . هذا التفسير لا يسعف لجهة انه ليس هو المعنى الوحيد للنص لا بل ليس هو الارجح من حيث ان المراد هو ان المحكمة عندما تحدد نهائيا مبلغ التعويض سوف تأخذ بنظر الاعتبار المبالغ المدفوعة كغرامات تهديدية اي انها سوف تخصم من مبلغ التعويض عند تقديره نهائيا، ولا ضرورة للقول انها لم تدفع ابتداء لان ذلك يتعارض مع صريح النص. يضاف الى ما تقدم ان مسالة عدم التنفيذ للغرامات المفروضة سوف يفقد هذه الالية اي دور يذكر الا اذا كان المدين لا يعلم بان مصير الغرامة المفروضة هو انصهارها في مبلغ التعويض فيبادر الى التنفيذ خوفا من تراكم الغرامات. من هنا فان الذي ينسجم منطقيا مع روح النص هو تنفيذ قرار فرض الغرامة حتى يمكن ان يحقق الغرض منه في ان يلمس المدين الجدية ويبادر الى التنفيذ. في كل الاحوال، المهم بالنسبة لنا هو البحث عن اجابة للسؤال الاتي: هل ان هذه الالية تعتبر قريبة من مفهوم التعويض العقابي؟

انطلاقا من المقدمة التوضيحية السابقة وسواء دفعت الغرامة ابتداء ثم خصمت من مبلغ التعويض –كما نعتقد انطلاقا من منطوق النص وانطلاقا ايضا من فلسفته- او انها دفعت انتهاء كجزء من مبلغ التعويض فهي في الحالين سوف تندمج او تحسب ضمن مفهوم التعويض سواء أكان التعويض قد استحق عن الاصرار على عدم التنفيذ والذهاب للتنفيذ بطريق التعويض وعدم نجاعة الغرامة في ثني المدين عن موقفه الرافض للتنفيذ عينا او كان التعويض قد استحق عن التأخر في التنفيذ قبل ان يتم رضوخ المدين للتنفيذ بفعل الغرامة . من هنا سوف لن يتبقى من الغرامة الا الاسم طالما ان المبالغ المحكوم بها سوف تندمج مع مبلغ التعويض من جهة وحيث انه لن يلحظ في هذا الاخير الا الضرر. تبقى مسالة ان النص قد حدد للقاضي المعايير التي يجب ان يأخذها بعين الاعتبار لتحديد مبلغ التعويض والتي منها فضلا عن الضرر هو مقدار التعنت الذي بدا من المدين، فهل في عبارة التعنت ما يفيد اضافة مبلغ اضافي فوق مبلغ التعويض كعقوبة تقترب من مفهوم التعويض العقابي؟

بحسب ظاهر هذه العبارة يمكن تصور فكرة "العقابية" في التعويض حاضرة لا سيما وان هذا المعنى يتقوى بقرينة الترتيب الذي ورد في النص لأنه قد تم ربط التعويض بالمسالتين معا (الضرر والتعنت) بنحو قد جعل كل واحد منهما مستقل عن الاخر. مع ذلك ، يمكن ان يفهم من مصطلح التعنت اضافة عنصر اخر للضرر وهو الضرر المباشر غير المتوقع بقرينة ان التعنت هو عبارة عن فعل عمدي يتمثل بالإصرار على عدم التنفيذ بما يسوغ ادخال الضرر المباشر غير المتوقع ضمن دائرة الاضرار القابلة للتعويض طبقا للقواعد العامة في حالتي الغش والخطأ العمدي ولا يوجد ادل من التعنت والاصرار على عدم التنفيذ كدليل على العمدية. الخلاصة انه لا تقارب بين مفهوم الغرامة التهديدية والتعويض العقابي لسببين هما هو ان الغرامة تدمج بالتعويض ولا ينظر لها بشكل مستقل عن الضرر الواقع فعلا هذا من جهة ، ثم ان التعنت كعنصر يلحظ في تقدير التعويض هو لا يضيف للتعويض عنصرا عقابيا انما يضيف له عنصرا من العناصر التي ترسمها القواعد العامة وهو ادخال الاضرار المباشرة غير المتوقعة ضمن مبلغ التعويض في حالات الغش والخطأ الجسيم ولا يمكن نكران ان التعنت هو احد الوان جسامة الخطأ. والنتيجة هو ان جعل مصير الغرامة مرتبط بالتحديد النهائي للتعويض يكشف بشكل او باخر ان هذا التقدير يلحظ فيه الضرر ولا يهدف الى ايقاع العقوبة من خلال فرض تعويض عقابي.

بناء على ما تقدم يكون كل تطبيق او حالة مماثلة للحالة المتقدمة تغلظ فيها المسؤولية من قبل المشرع بسبب الغش او الخطأ الجسيم – وتحديدا في دائرة المسؤولية العقدية - يصدق عليها ما قيل عن الحالات المتقدمة المشابهة وهو ان التعويض سوف تتعاظم عناصره بشمول الضرر المباشر غير المتوقع ، هذا التعاظم وان جاء بسبب العمدية في الخطأ الا انه بالنتيجة سوف يجعل التعويض شاملا لعنصر جديد يمكن قياسه بالضرر الحاصل وليس على نحو عقابي مجرد بعيد عن فكرة الضرر. بمعنى ان كل الحالات التي ينطبق عليها الوصف المتقدم هي ليست من تطبيقات التعويض العقابي وانما هي حالات لا تخرج عن مبدا التعويض الكامل كل ما في الامر ان التعويض اصبح شاملا لعنصرين بعد ان كان متضمنا لعنصر واحد فقط.

في الحقيقة ان هذا التصور يمكن ان يساعد في فهم مسالة ان اخذ القاضي بنظر الاعتبار للظروف الملابسة – كجسامة الخطأ- عند تقدير التعويض سوف لن يوصل الى ادخال العنصر العقابي في التعويض بفرض مبالغ اعلى من مقدار الضرر الفعلي، انما سوف يقضي بالتعويض ولكن بسقفه الاعلى، والمقصود بهذا الاخير شمول التعويض للضرر المباشر بعنصريه من جهة، وحساب المبالغ اللازمة لجبر الضرر بأعلى سعر في السوق وللمواد الاعلى جودة من جهة ثانية، فيكون تقدير الظروف الملابسة ليس هادفا الى ادخال الجنبة العقابية في التعويض وانما يتعلق فقط بحساب الاضرار مع الاخذ بنظر الاعتبار طبيعة الاخطاء وحجمها.

**الفرع الثالث:- العربون**

تنص المادة 92 من القانون المدني العراقي على انه ( 1 – يعتبر دفع العربون دليلاً على ان العقد اصبح باتاً لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك. 2– فإذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول، فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضه رده مضاعفاً). كما هو ظاهر من النص ان الاصل هو ان دفع العربون يعتبر دليلا على بتات العقد ، وحيث ان نص المادة 92 ليس من النصوص الامرة لذلك يجوز الاتفاق على اعتبار العربون جزاء للعدول، عندئذ يخسره من قام بدفع اذا كان هو الناكل ويرده مضاعفا من استلمه اذا كان هو من قام بالعدول. هذه الاحكام تكشف عن انه عندما لا يتفق الطرفان على اعتبار العربون جزاء للعدول يتوجب على من تسلمه رده. في هذه الفرضية لا يمكن الحديث عن مسالة التقريب بين موضوع العربون والتعويض العقابي. مع ذلك يبقى السؤال عن حال وجود ضرر قد اصاب الطرف غير الناكل عندئذ ليس له الا ان يذهب للقضاء للمطالبة بالتعويض بعد ان يقيم الدليل على وجود الضرر، وليس له بالتالي الاستيلاء على مبلغ العربون بحجة وجود الضرر.

اما الفرضية الثانية وهي الحالة التي يتم الاتفاق فيها على اعتبار العربون جزاء للعدول، هنا تدق المسالة لا سيما عندما لا يكون هناك اي ضرر قد اصاب الطرف غير الناكل، لأنه مع وجود الضرر يمكن اعتبار ان العربون هو الجابر للضرر ومن ثم ليس للمتضرر من نكول متعاقده الاخر الحق في المطالبة بالتعويض لان الاتفاق على خسارة العربون هو جزاء للعدول ولا شيء سواه. من هنا يتضح ان مقولة ان العربون لا يرتبط بوجود الضرر ليس دقيقة على نحو مطلق، لان المتضرر من العدول ليس له الامرين معا : العربون والتعويض، وانما له فقط تملك مبلغ العربون، لذلك فالعربون مع وجود الضرر يمثل حقيقة التعويض بشكل واضح. مع ذلك، تبقى خصوصية ان هذا التعويض هو اشبه بالمبلغ المقطوع الجزافي ( المتفق عليه) سواء اكان اكثر من حجم الضرر او اقل منه فانه لا يمكن المطالبة بأكثر منه كما لا يمكن تخفيضه كما هو عليه الحال بالنسبة للشرط الجزائي. تبقى اخيرا الحالة الاكثر قربا من التعويض العقابي وهي حالة ان يتفق على اعتبار العربون جزاء للعدول ويتم العدول من دون ان يكون هناك ضرر يذكر، هذه الفرضية ممكنه وان كانت في الغالب نادره لان العدول في الغالب يسبب ضررا وان كان يسيرا فهو يستحق التعويض. الخلاصة انه في هذه الحالة الاخيرة يمكن المقاربة بين التعويض العقابي وخسارة مبلغ العربون بسبب العدول مع

ملاحظة ان هذه المقاربة تتعلق فقط بجزئية ان هناك عقاب مالي في ان المبلغ يتخلى عنه مع عدم وجود ضرر يكافئ مبلغ العربون ولا يشترط ان يكون العدول محققا لأوصاف الخطأ العمدي المربح. فمن هذه الجهة يفترق العربون عن التعويض العقابي.

**الفرع الرابع:- دفع اجرة النقل بشكل مضاعف**

نصت المادة 18/ ثانيا من قانون النقل العراقي رقم 80 لسنة 1983على انه ( اذا استقل الراكب واسطة النقل دون دفع الاجرة او تهرب من دفعها اذا كانت مستحقة الدفع اثناء النقل فيلزم بدفع اجرة مضاعفة على ان لا تقل عن خمسة دنانير). الظاهر من النص ان المشرع قد خرج فيه عن القواعد العامة التي تقضي في الحالات المماثلة باستحقاق اجر المثل فقط وليس بدفع ضعف الاجرة. فماهي دوافع المشرع من هذا الخروج ؟ هل يمكن اعتبار ان دفع الضعف هو ايضا من باب تغطية قيمة ما خسره الناقل من امكانية تنمية المبلغ في الحصول على فوائد مبلغ الدين ( الاجرة)؟ في الواقع يصعب اعتبار دفع الضعف مكافئا لخسارة ارباح المبلغ المستحق وذلك من عدة وجوه: اولا ان الحكم الذي جاءت به المادة من وجوب دفع الضعف سوف لن يسلب حق الناقل من المطالبة ايضا بالفوائد عن مبلغ الدين المستحق، بل للناقل ان يطالب بالفوائد لا فقط عن مبلغ الاجرة كما هي وانما عنها بقيمتها المضاعفة فحيث انها ثبتت قانونا كدين فلا مانع بالتالي من استحقاق الفوائد عنها من تاريخ المطالبة، اما لو اعتبر دفع الجزء المضاعف من الاجرة بحكم الفائدة فلا يمكن والحالة هذه المطالبة بالفوائد الجزء المضاعف لأنه لا فوائد على متجمد الفوائد بحسب الاصل[9]. ثانيا، ان تحديد نسبة دنيا لمبلغ الاجرة والتي يجب ان لا يقل عنها مبلغ الاجرة المضاعفة وهي خمسة دنانير يعتبر نوعا من الاصرار على ان يكون المبلغ موجعا او فيه معاقبة للراكب وهو نفس المبدأ الذي تستهدفه فكرة التعويض العقابي، مع الاشارة هنا انه بسبب التضخم في قيمة العملة اصبح مبلغ الخمسة دنانير لا قيمة له بل لا وجود لهذه الفئة النقدية اصلا. والخلاصة ان دفع الضعف هو اقرب للعقوبة منه للتعويض وذلك لتحقيق الردع وضمان عدم تكرار الفعل. وبالتالي لا ينكر هنا توفر عنصر المعاقبة بالنسبة لقيمة الجزء المضاعف من الاجرة فالجزء الاول هو استحقاق تعويضي عادي والثاني هو جزاء عقابي.

**المطلب الثاني : التطبيقات المحتملة للتعويض العقابي في دائرة المسؤولية التقصيرية**

سوف نتعرض في هذا المطلب لبعض الحالات التي اعتبرها الفقه مقاربة من مفهوم التعويض العقابي من تلك التي تقع في دائرة المسؤولية التقصيرية، وكما يلي:

**الفرع الاول:- حالة الغصب**

من المعلوم ان احكام الغصب اجمالا قد اخذت من الفقه الاسلامي[10] والتي تستند الى موقف حازم من الغاصب لجهة ان يده على الشي المغصوب هي يد ضمان ومن ثم فهو مسؤول عن الهلاك وان كان راجعا لسبب اجنبي، كما انه مسؤول او ضامن للمنافع التي حصل عليها من المال المغصوب[11]، فهل يعتبر ذلك تطبيقا لمفهوم التعويض العقابي كما يصور البعض[12]؟

ابتداء، ان اعتبار الغاصب ضامنا لهلاك المال المغصوب ولو بسبب اجنبي وان كان بظاهره يعتبر نوعا من العقوبة الا انه لا يرتبط بفكرة الربح الذي جناه من استحواذه على مال مملوك لغيره، فهذا –اي الاستحواذ-اجنبي عن فكرة الخطأ المربح لان من مقتضى هذه الفكرة ان يجني ربحا من المال لا ان يسال عن ضمان عين المال، فضمان هذا الاخير يعتبر تعويضا بلا خلاف. اما مسالة تضمين الغاصب في حالة هلاك العين بسبب اجنبي فمرده الى حقيقة ان الغاصب وان لم يك مخطا في سبب هلاك المال فهو مرتكب لخطا حيازة المال غصبا فيكون امر تحميله المسؤولية عن هلاك المال امرا منطقيا وعادلا . في كل الاحوال فان مسالة التضمين لا تعتبر تجريدا من الارباح وانما ضمان للمال الهالك.

اما الحالة الثانية التي قد يدق فيها البحث وهو ان الغاصب يعتبر ايضا مسؤولا عن اعادة الاموال التي جنيت من العين المغصوبة. في الحقيقة يمكن ان نفرق هنا بين نوعين من الزوائد والثمار التي جنيت من المال فيما اذا كانت من جنس او طبيعة ما يدره ذلك المال من زوائد ام لا، وكما يلي:-

**اولا:- الزوائد من جنس ما يدره المال**

مثال هذه الحالة ما يجنى من المزرعة او ما يتحصل من اجرة الدار المغصوبة، فالدار قابلة للتأجير والاشجار قابلة للإثمار والحيوان قابل للاستكراء ونحو ذلك وحكمها بالتالي ملحق بحكم المال المغصوب، فاذا كان قد استوفى الغاصب تلك الثمار حقيقة بان قام بتأجير المنزل المغصوب عندئذ يكون قد جنى مالا حرم منه المالك المغصوب منه، اما اذا لم يكن قد استغل المال بالتأجير او السكن فانه ايضا قد قام بخطئه بحرمان المغصوب منه من الاستفادة من ملكه المغصوب. لذلك فانه في الحالين يكون الضمان جابرا لضرر فعلي قد اصاب المغصوب منه وليس تجريدا من ارباح لا تمثل ضررا فعليا قد اصاب المغصوب منه.

ومن الامثلة على هذه الفرضية ما نصت عليه المادة 2/1063 حيث جاء فيها ما نصه ( ويجوز لكل منهم ( اي للشركاء على الشيوع) حق الانتفاع بحصته، فإذا انتفع بالعين كلها في سكنى ومزارعة او ايجار او غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه، وجب عليه لهم اجر المثل، على انه اذا اجر العين الشائعة بأكثر من اجرة المثل، وجب ان

يعطي كل شريك حصته من الاجرة المسماة)[13]. ان الركون الى اجر المثل ليس امرا مطلقا ففي حال سكن الشريك في العين يكون من المنطقي اعتماد معيار اجل المثل كتعويض لباقي الشركاء اما اذا اجر احد الشركاء تلك العين للغير فسوف نكون امام فرضيتين: الاولى هو ان يكون مبلغ الاجرة المتفق عليها اقل من اجل المثل وعندئذ يلزم الشريك باجر المثل لا بالأجرة المسماة طالما ان هذه الاخيرة تقل عن اجر المثل فهذا الاتفاق فيه تفريط من جانب الشريك لا يلزم به باقي الشركاء ويتحمل مسؤوليته بالتالي الشريك وحده من خلال تحمله للفرق بين اجر المثل والاجرة المسماة. اما الفرضية الثانية فهي ان يتم تأجير العين بأكثر مما يمكن ان يكون عليه اجر مثل وعندئذ سوف يلزم الشريك بدفع الاجرة المقبوضة حقيقة او المسماة وان كانت تزيد على اجر المثل. هذه الاحكام هي واقعا تلحظ مصلحة الشركاء في عدم تعريضهم للضرر بإعطائهم الاجرة المسماة اذا كانت اكثر من اجر المثل ، واجر المثل اذا كانت المسماة تقل عن الاجرة المتفق عليها، ففي الحالتين لا يوجد مفهوم للعقاب او للتعويض العقابي وانما هو عين التعويض الاصلاحي.

ذات المنهج قد اختطته المادة 240 من القانون المدني والتي نصت على انه ( 1– اذا استعمل شخص مالاً بلا اذن صاحبه لزمه اداء منافعه سواء كان المال معداً للاستغلال او غير معد له وذلك دون اخلال بأحكام المادة 1165. 2 – فمن سكن دار غيره من دون عقد لزمه اجر المثل، ولو انقضت مدة الاجارة في الارض المزروعة قبل ادراك الزرع فللمستأجر ان يبقى الزرع في الارض الى ادراكه ويعطي اجرة المثل). ففي حين اوضحت المادة في فقرتها الاولى المفهوم العام المتمثل بوجوب اداء منافع الشيء في استعماله بدون اذن المالك، تكفلت في الفقرة الثانية بسرد المصاديق لذلك المفهوم من خلال الزام المستعمل بدفع اجر المثل. ومن الجدير بالذكر ان هذا النص قد اثار نقاشا فقهيا مفاده ان المشرع بسبب هذا النص قد خلط بين مصدري الالتزام المتمثلين بالفعل الضار والكسب دون سبب[14]، بدعوى ان ايراد هكذا نص ضمن المواد المتعلقة ببيان احكام الكسب دون سبب يعتبرا خلطا تشريعيا كان يتوجب عدم الوقوع فيه، لان المشرع قد نظم ذات المسالة في المادة 197 التي تنص على انه (المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجر مثله واذا تلف العقار طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان). فعلى الرغم من المشرع في النص الاول قد حاول تجنب استخدام مصطلح الغصب الا ان مضمون النص يشير اليه بشكل واضح.

على الرغم من التداخل الظاهر الذي وقع فيه المشرع بين مصدري الالتزام المذكورين في اعلاه الا انه يمكن رفعه من خلال قصر نطاق هذه المادة على الحالات التي لا يكون الاستعمال فيها منضويا تحت دائرة الغصب اي الحالات التي لا يشكل فيها الفعل خطا تقصيريا كأن يظن المسؤول موافقة المالك او كان في حالة من الضرورة، فهنا تؤسس دعوى الاسترداد على قواعد الكسب دون سبب، بخلافه اذا لم يكون الحال كذلك فان الاستعمال يقع تحت طائلة الفعل الضار ومن ثم يجب تأسيس الدعوى هنا على اساس المسؤولية التقصيرية. ويتوجب على محكمة التمييز ان تقوم بأخذ المبادرة لتحديد هذا الفاصل. وقد يشكل على هذه التوجه بالقول بان اخذ المال كان بدون اذن المالك، نقول ان عدم اخذ اذن المالك ليس دليلا قطعيا على حصول القهر بأخذ الشي جبرا ومجاهرة وانما يمكن ان يكون الاخذ للأسباب التي لا

تصطدم بحسن النية ، علما ان النص لم يذكر غصبا من المالك وانما اكتفى بتوصيف الحالة بعدم اذن وهذا دليل كافي على انتفاء نية الغصب. ان الذي يعضد هذا التفسير هو ان المشرع قد استخدم مصطلح الاستعمال فقط في دلالة على وجود الحاجة الشخصية دون ان تكون هناك نية لا للاستغلال ولا للتصرف اللتين تكشفان بشكل اكبر عن نية تملك العين المغصوبة.

**ثانيا:- اجنبية الثمار عن جنس ما يدره الشي**

ومثالها ان يغصب احد مالا ثم يستفيد منه بطريقة لا تنسجم مع حقيقة الاستغلال الطبيعي له فمغتصب الارض الزراعية هو مسؤول بحسب الاصل عن اعطاء اجر المثل بمعنى ان يلزم بدفع ما يمكن ان تدره الارض لو استغلت حقيقة بحسب طبيعة جنسها وهي الزراعة ، اما لو استغلت بإنشاء مشروع صناعي فهل يلحظ في تقدير اجر المثل الاستغلال الافتراضي المنسجم مع حقيقة جنسها ام الاستغلال الفعلي الذي تم واقعا؟

تباينت مواقف محكمة التمييز الاتحادية من المسالة، فهي قد ذهبت مرة لتقدير اجر المثل انطلاقا من طبيعة جنس الارض واعتمدت ثانية على نمط الاستغلال الحقيقي وليس مجرد الرجوع الى جنس الارض فقط. لذلك سوف نعرض للموقفين مع التقييم .

أ- التوجه الاول يمكن استخلاصه من وقائع قضية قضت فيها محكمة التمييز بالمنفعة التي فاتت على المضرور بحسب جنس الارض لا بحسب نمط الاستغلال. في وقائع القضية ان المدعى عليه المميز كان قد استأجر محلا لخزن البضائع من المدعي ، الا ان المدعى عليه قد تجاوز على الارض الفضاء فانشا عليها اكشاكا، عندها قضت محكمة الموضوع للمدعى بقيمة اجر المثل للأكشاك لا قيمة ما تدره المساحة المستغلة من الارض من حيث جنسها الزراعي. لم يقتنع المدعى عليه بحكم المحكمة طالبا نقضه، فاستجابت محكمة التمييز الى الطعن معللة نقض حكم محكمة الموضوع بان ( استغلال المستأجر للساحة ببناء الاكشاك وايجارها للغير يعد تجاوزا لحق الانتفاع المسموح به ..فيكون الزام المستأجر باجر المثل موافقا للقانون ، مع ذلك فان تقدير الخبراء لأجر المثل مع عدم ملاحظة ان الاكشاك قد احدثها المستأجر من ماله ومن ثم ليس للمؤجر الا اجر مثل الارض فقط ويقدر بالمتر المربع وبحسب جنس الارض وليس ككشك منشأ. ولذلك تقرر نقض الحكم[15] . بقدر تعلق الموضوع بفكرة التعويض العقابي، لا يمكن طبقا لهذا التوجه القول بوجود ميل نحو تلك الفكرة طالما ان المدعي الدائن سوف لن يأخذ تعويضا الا بالاستناد في عملية التقدير الى معيار طبيعة جنس الارض وليس تبعا لنمط الاستغلال الفعلي.

ب. التوجه الثاني ويتمثل بتقدير قيمة التعويض من خلال الركون الى اعتماد معيار اساس قيمة المنفعة التي كسبها المسؤول بدلا من القيمة التي فاتت على المضرور ، ففي قضية تتلخص وقائعا بان المدعى عليه قد غصب ارضا زراعية الا انه قد غير من نوع استغلالها فحولها من الاستغلال الزراعي ( الاقل ربحا بحسب الظاهر) الى الاستغلال الصناعي ( الاكثر ربحا) فطالب المدعي بالتعويض من خلال الحصول على اجل المثل عن الاستغلال الصناعي

للأرض ، غير ان محكمة الموضوع لم تستجب الى الطلب ووجهت الخبراء الى تقدير اجر المثل بحسب طبيعة الاستغلال (الافتراضي) المثبت بسند الملكية والذي يستفاد بالنتيجة من صنف هذه الارض لا من حقيقة الاستغلال. لم يقتنع المدعي بالحكم فطلب نقضه امام محكمة التمييز، وفعلا تم نقضه بدعوى ان توجيه الخبراء لتقدير اجر المثل حسب جنس الارض الوارد بسند ملكيتها غير صحيح ولا بد من ملاحظة نوع الاستغلال لتلك المساحة المطالب باجر مثلها ... وهو الاستغلال التجاري المتمثل بإنشاء محطة وقود. فكان على محكمة الموضوع بالتالي توجيه الخبراء بان يأخذوا بنظر الاعتبار بدل القطعة المتجاوز عليها لواقع حالها المذكور عند تقديرهم لأجر المثل كي لا يكون هناك اثراء بلا سبب على حساب المميز باعتبار ان المردود المالي للاستغلال التجاري هو اكثر من المردود الزراعي لذا قرر نقض الحكم المميز)[16].

والخلاصة وبقدر تعلق الموضوع بمسالة مدى امكانية اعتبار توجه المحكمة المتقدم ميلا نحو الاقتراب من مفهوم التعويض العقابي، نقول ان الجواب على ذلك هو بالسلب لعدة وجوه : فمن جهة ان من يسوق لهذه الفكرة لم ياخذ بنظر الاعتبار انه ليس دائما سيكون ما يتحصل من الاستغلال التجاري اكثر من ذلك المتحصل من الاستغلال الزراعي، فقد يتحقق العكس تماما. مع ذلك لو تنزلنا وقبلنا ان الاستغلال الصناعي اعلى في الفرض المتقدم فكيف سيكون الحال لو كان جنس الارض المغصوبة طابو صرف وقد استغلت زراعيا فهل سيتم تحديد مبلغ التعويض على اساس الاستغلال الفعلي الذي سوف لن يحقق غايات التعويض العقابي؟ يضاف الى ما تقدم ان واقع توجه محكمة التمييز في القرار المتقدم هو محاولة الاقتراب اكثر من ملامسة حجم الضرر الفعلي المتمثل بمقدار الخسارة التي اصيب بها المضرور، فالمحكمة كانت امام خيارين اما ان تسير خلف معيار افتراضي يستخلص من جنس الارض المغصوبة او ان تنساق خلف معيار واقعي يبحث عن طبيعة الاستغلال المتحقق فعلا. من هنا فالموضوع لا يعدو اكثر من البحث عن معيار لتحديد الضرر بشكل واقعي اكثر منه محاولة لا دخال فكرة التعويض العقابي لقانون لا يسلم بها ، ولا يعيب في المسالة ان يكون المعيار المستخدم قد اوصل الى ان يكون هناك تناظر او تقارب بين حجم الضرر الذي لحق بالمضرور وبين حجم الفائدة التي عادت على مرتكب الفعل الضار. فما اصاب المضرور هو ذاته بالفعل الذي جناه المسؤول من استغلال ارض الغير. هذا التساوي لا يجعل المعيار المستخدم في حساب التعويض هادفا الى معاقبة المسؤول.

تبقى مسالة الاجابة عن حالة ما لو كان المال المغصوب مبلغا نقديا، فهل يكون الامر متماثلا من خلال فرض تعويض عقابي عن واقعة الاستحواذ على المبلغ النقدي غصبا؟

ان خصوصية ان يكون محل الحق مبلغا نقديا تجعل المشرع يعطيه بعض الاحكام المتميزة التي تنسجم مع طبيعته. ابتداء ان سبب الخصوصية يعود لأمرين : اولهما الطبيعة القابلة للنماء، فالنقود هي الوسيط الاول في التداول لما تملك من قدرة تبادلية عالية مع باقي الاشياء[17] . هذه القدرة تجعل النقود هي الاكثر قابلية على النماء لا اقله من خلال الامكانية المتاحة لإيداعها في البنوك والحصول على الفوائد. ولقد كان من نتائج هذه الطبيعة هو ان المشرع

يفترض تضرر الدائن بقرينة قطعية[18] بمجرد التأخر في السداد ومن ثم لا يكلف هذا الاخير الا بإثبات الخطأ المتمثل في عدم الوفاء في الوقت المحدد ليستحق الفوائد بالتالي من تاريخ المطالبة القضائية[19]. اما الامر السبب الثاني للخصوصية فيتمثل بحساسية موضوع الفوائد من الناحية الشرعية، هذه الحساسية جعلت المشرع على الرغم من شرعنته للفوائد ان يعمد الى تضييق نطاقها الى حد كبير بان يضع نسبا لا يجوز تجاوزها 4% في المسائل المدنية و5% في المسائل التجارية و7% بالنسبة للفوائد الاتفاقية، سعيا في سد الابواب على الذين يريدون المبالغة في اخذ الفوائد التاخيرية او التعويضية.

من كل ما تقدم يمكن ان نفهم السبب وراء الاحكام المتفردة للمحل النقدي، والان هل يمكن اعتبار ان تلك الاحكام بإعطاء الحق باستحقاق الفوائد من وقت المطالبة هو نوع من السعي وراء فكرة التعويض العقابي؟

في الواقع، ان افتراض المشرع لوقوع الضرر في حال التأخر في الوفاء بالالتزام الذي يكون محله مبلغا من النقود يقطع الطريق على الذهاب كثيرا وراء الافكار الاجنبية عن القانون العراقي لا فرق ان كانت تلك الفوائد مستحقة عن التأخر في الوفاء بالنسبة للفوائد التاخيرية ام عن انتفاع (المقترض) بمبلغ القرض لما يعرف بالفوائد التعويضية او الاستثمارية[20]. لذلك في الحالين تعتبر الفوائد بحكم التعويض بل هي تعويض يقابل الضرر الذي اصاب الدائن من تأخر الوفاء او من انتفاع المدين بالمبلغ النقدي مؤجل السداد، ولا مجال عندئذ لاعتبار الفوائد عقوبة مجردة عن مفهوم الضرر او الخسارة التي المت بالدائن، كل ما في الامر ان هذه الخسارة مفترضة من قبل المشرع بقرينة قطعية انطلاقا كما قدمنا من خصوصية النقود القابلة للنماء.

تبقى مسالة هل ان الخروج عن قاعدة ان الفوائد تستحق من تاريخ المطالبة القضائية ووجوبها من تاريخ سابق لذلك هل يعتبر ايضا ذلك ايغالا في العقوبة كما يصور بعض الفقه[21]؟ ان من الامثلة التي اعتبر فيها المشرع ان الفوائد تستحق في وقت سابق لتاريخ المطالبة القضائية، ما ورد في المادة 937 التي تنص على انه ( ليس للوكيل ان يستعمل مال الموكل لصالح نفسه، وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها وعليه ايضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت اعذاره)[22]. ان خصوصية هذه الحالة تنبع من ان الوكالة هي من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي فلا يقوم الشخص بتوكيل أيا كان وانما يوكل من يثق به من الناحيتين الاخلاقية والمهنية ومن ثم فان اخلال الوكيل بواجباته من هذه الناحية يعتبر سببا لتغليظ الجزاء عليه بإلزامه بدفع فوائد المبالغ التي استعملها لصالح نفسه من تاريخ الاعذار لا من تاريخ المطالبة القضائية ، في كل الاحوال ان اعتراف المشرع بان الفوائد هي من جنس التعويض المقابل للضرر لا يبقى معنى للقول بان التغيير في تاريخ الاستحقاق سوف يغير حقيقة المدفوع من التعويض الى جنس العقوبة.

**الفرع الثاني :- التجاوز على اموال الوقف**

وتتمثل هذه الحالة بالتجاوز على الاموال الوقفية طبقا لما جاءت به المادة 12 من قانون ادارة الاوقاف رقم 64 لسنة 1966 والتي تنص على انه ( يعاقب كل من تجاوز بعد نفاذ هذا القانون على ارض موقوفة بغرسها او البناء عليها او يزرعها بالحبس مدة لا تقل عن الشهر ولا تزيد على السنة او بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار او بكليتهما وبالتعويض بما لا يقل عن ضعف اجر المثل من تاريخ التجاوز حتى تاريخ القلع ، وبقلع المحدثات وبيعها على نفقة المتجاوز وعلى المحكمة ان تحسم الدعوى بصورة مستعجلة) . بينت هذه المادة حكم التجاوز على الوقف من خلال الجمع بين فرض العقوبة الجزائية وبين التعويض المدني. ان هذا النص ربما هو من اظهر التطبيقات التي تقترب من مفهوم التعويض العقابي فهو لم يلزم المحكمة بالحكم بضعف اجر المثل فقط وانما الزمها بان يكون هذا التعويض ( او اجر المثل المضاعف) هو الحد الادنى وبالتالي يمكن للمحكمة ان تقضي بأكثر منه حسب طبيعة المخالفة التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع. ان التوجه ربما يعتبر مبررا من ناحية خصوصية الاموال الموقوفة وحماية الفئة المستفيدة منها ولكن بذات الوقت يعتبر توجها مخالفا للقواعد العامة التي لا تسمح بان يتجاوز مقدار التعويض الضرر الواقع فعلا، لأنه يفترض ان تكون قدسية المال واحدة ولا يجب ان يتغير الحكم في حال التجاوز على اموال الوقف عنه في حالة التجاوز على الاموال الخاصة على الاقل من الناحية المدنية.

**الفرع الثالث :- المخالفات المتعلقة بمسائل الملكية الفكرية والصناعية**

يمكن الحديث عن فكرة التعويض العقابي الناشئ عن المخالفات المتعلقة بمسائل الملكية الفكرية والصناعية من خلال موردين هما :

**اولا:- الاخلال بالمادة 44 من قانون حماية حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971 المعدل**

نصت المادة 44 من قانون حماية حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971 المعدل بموجب امر سلطة الائتلاف المرقم 83 لسنة 2004 على انه ( لكل مؤلف وقع التعدي على حق من حقوقه المقررة بمقتضى احكام هذا القانون الحق بتعويض مناسب. ويؤخذ بالاعتبار, عند تقدير التعويض, المنزلة الثقافية للمؤلف والقيمة الادبية والعلمية والفنية للمصنف ومدى الفائدة التي حصل عليها المعتدي من استغلال المصنف). يعطي ظاهر هذه النص يعطي انطباعا بتبني المشرع العراقي للتعويض العقابي في حالة الاعتداء على احد حقوق المؤلف لجهة انه يفرض على القاضي عند تقديره للتعويض ان يأخذ بالاعتبار مقدار الفائدة التي حصل عليها المعتدي. لا يخفى ان هذا نص المادة 44 آنفة الذكر قد تم تعديله بموجب امر سلطة الائتلاف المشار اليه في اعلاه حيث كان النص يقضي بإعطاء الحق بتعويض مناسب من دون تفصيل في المعايير التي اضافها التعديل والتي منها مقدار الفائدة التي حصل عليها المعتدي على المصنف. ان اعداد -او على اقل تقدير- اشراف القانونيين الامريكان على الاوامر الصادرة عن سلطة الائتلاف هو الذي يفسر الكيفية التي تسربت فيها مسالة ربط مقدار التعويض بمقدار الارباح المتحصلة. مع ذلك يبدو ان هذه الفكرة لا سيما في المورد الذي شرعت فيه يمكن ان تكون مبررة اولا وملطفة ثانيا: فهي مبررة لجهة ان طبيعة الحق المعتدى عليه يمكن المعتدي من جني ارباح

كبيرة، هذه الخصوصية في المحل المعتدى عليه هي التي تبرر بالتالي ان يؤخذ بنظر الاعتبار الربح المتحقق للمعتدي عند تقدير التعويض في محاولة لوضع حد لظاهرة التزييف المتنامية، والتي لا يقدم لها القانون الوضعي إجابات مرضية[23]. يضاف الى ذلك يوجد شبه تناظر بين حجم الضرر من جهة ومقدار الارباح المجنية بما يسوغ اعتماد مقدار الارباح كمعيار لتحديد مقدار التعويض، لا سيما وان الارباح هي نتيجة طبيعية ومباشرة لفعل الاعتداء بمعنى ان العلاقة السببية هي حاضرة بين الاعتداء او الخطأ والفائدة المجنية، بما يشجع باعتماد معيار الارباح في تحديد حجم التعويض. اما عن عملية تلطيف التعويض او تهذيبه فإنها تظهر من خلال جعل الارباح المتحققة هي احد المعايير المعتمدة في التقدير وليس المعيار الاوحد بما يساهم في تجنب المغالاة في التقدير وابقاءه في دائرة المعقولية. هذه الرغبة تجلت من خلال امرين: الاول ان المشرع قد استخدم عبارة ( تعويض مناسب) وهذا دليل على عدم رغبة المشرع في تحويل مفهوم التعويض الى وسيلة للربح والمتاجرة بالضرر، اما الثاني فان المشرع لم يعمل على تجزئة مفهوم التعويض الى اصلاحي وعقابي بما يوحي بان المشرع لا يريد صرف التعويض عن معناه التقليدي انما كل ما في الامر هو انه قد ادخل عنصر الربح الذي جناه المسؤول الى جانب الضرر عند التقدير هادفا الى تحقيق حماية اكبر وليس بهدف تحويل مسالة جبر الضرر الى صفقة تجارية. فلو اراد المشرع الاقتراب من المفهوم العقابي لجعل التعويض العقابي عنصرا مستقلا لا فقط احد المعايير التي تسهم مع غيرها في تقدير الضرر.

**ثانيا: الاخلال بالمادة 38 من قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية**

عمد المشرع في المادة 38 من قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية رقم 21 لسنة 1957 المعدل بموجب امر سلطة الائتلاف رقم 80 لسنة 2004 الى الفصل وبشكل واضح بين التعويض بالمعنى التقليدي ( التعويض الاصلاحي) وبين التعويض العقابي حيث نصت تلك المادة على انه ( أ – للمحكمة المختصة بنظر الدعوة المدنية ان تأمر: 1 – تعويض مناسب يعوض خسارة صاحب الحق بسبب التعدي . 2 – الارباح التي جناها المحكوم عليه من جريمته ولا يؤخذ بحساب ذلك مجموع الاضرار التي تشير اليها الفقرة 1 من هذه المادة ....). الواضح من هذا النص ان المشرع يريد ان يتعامل مع التعويض ذو البعد العقابي بشكل مستقل ومنفصل عن نظيره التعويض الاصلاحي ففي حين تكفلت الفقرة الاولى من المادة اعلاه ببيان احقية المضرور بالحصول على تعويض عن الضرر الذي اصابه، عالجت الفقرة الثانية وبشكل لا يقبل التأويل او اللبس مسالة تجريد المسؤول من الارباح التي حصل عليها لا بعنوان التعويض الاصلاحي للضرر وانما بعنوان استرداد الارباح التي جناها المعتدي من خطئه كنوع من العقوبة الردعية ، وحتى لا يحصل لبس باندماج مفهوم التعويض الاصلاحي بالعقابي اكد المشرع في ذيل تلك الفقرة بان الارباح المستردة يجب ان تحسب بعيدا عما ورد في الفقرة الاولى التي تتعلق بالأضرار بالمعنى التقليدي. ربما تعتبر هذه المادة اظهر تطبيق صريح لفكرة التعويض العقابي من بين الحالات الاخرى التي استعرضناها في هذا المطلب.

**الخاتمة**

بعد ان وصل بنا المطاف الى نهاية هذا البحث يمكن ان نسجل النتائج والتوصيات الاتية:

**اولا- النتائج**

1. تعتبر فكرة التعويض العقابي اجنبية عن نظامنا القانوني انطلاقا من حقيقة ان للتعويض وظيفة اصلاحية تستهدف ازالة الضرر من دون ان يحصل المضرور على اي نماء او زيادة اكثر مما لحقه من ضرر، ولا يلتفت عندئذ لمقدار ما جناه المعتدي من ارباح. ان الذي يعضد هذا التوجه هو ان استجلاء موقف المصدرين الاساسين للقانون العراقي( الفقه الاسلامي والقانون المصري ومن خلفه القانون الفرنسي) يشير بشكل واضح الى انهما يرفضان فكرة اعطاء المسؤولية المدنية وظيفة زجرية عقابية، وان المدار في تحديد حجم التعويض هو بحصر الاذى الذي اصاب الضحية من خسارة لاحقة وكسب فائت، لا سيما وانه لا يمكن التوسع في مفهوم هذين العنصرين لانهما محددين بقيد ان يكونا من النتائج الطبيعية للاخلال العقدي ( م /169) او للعمل الضار ( م/207 ) ، ومعلوم ان الارباح التي يجنيها المسؤول هي –غالبا- لا ترتبط بعلاقة سببية طبيعية (مباشرة) مع الخطأ وانما لها ارتباط بنشاط المعتدي بعد ارتكابه للخطأ، لا بالخطأ ذاته. من هنا اذا اريد اعتماد الارباح كمعيار يقاس به الضرر كما هو مقتضى المادة 44 من قانون حماية حق المؤلف، فانه يجب ان يكون مشروطا اولا وقبل كل شيء بوجود رابطة سببية مباشرة بين الخطأ ومسالة جني الارباح ، فحيث ان هذه الاخيرة مكافئة للضرر -ومقياسا له بنفس الوقت- يتوجب ان يكون الحصول عليها نتيجة طبيعية للخطأ المرتكب. بخلافه اذا انتفت تلك الرابطة السببية فانه سيكون من العسير قانونا اعتماد مقدار الربح في تحديد حجم الضرر طالما انها ستكون من الاضرار (الارباح ) غير المباشرة.
2. مع ذلك، فان مواقف القوانين في المدرسة اللاتينية واولها القانون الفرنسي قد بدأت تتقبل فكرة التعويض ذو النزعة العقابية وان كان على استحياء وعلى نحو استثنائي ومع ادخال تحويرات في شروطه وموارد صرفه كما سيتضح معنا في بحثنا القادم والمعنون بالغرامة المدنية. هذا التهذيب لمفهوم التعويض العقابي –طبقا لمشروع تعديل قانون المسؤولية المدنية لعام 2017- ظهر من جهتين: الاولى انه محصور في دائرة المسؤولية غير التعاقدية وعن الخطأ النافع العمدي فقط، وثانيا ان ما يقضى به من تعويض عقابي( غرامة مدنية بحسب المصطلح الفرنسي) هو يذهب للخزينة العامة وليس للمضرور تجنبا لاثراء المضرور على حساب المعتدي. ان المرونة في تقبل فكرة التعويض العقابي ( المحورة طبقا للرؤية الفرنسية) تعود لأسباب متعددة اهمها تأثيرات العولمة لا سيما الاقتصادية منها التي تستلزم ايجاد نمط شبه موحد للمبادئ العامة الحاكمة للمسؤولية المدنية يجاري المستقر في اغلب المدارس القانونية. يضاف الى ذلك ما يفرضه البرلمان الاوربي من توجيهات تعتبر بحكم القانون يتوجب على الدول الاوربية الالتزام بها وادخالها في تشريعاتها الوطنية بهدف ايجاد منظومة قانونية موحدة تحقق الانسجام داخل الاتحاد الاوربي.

3. ان الامثلة التي سيقت كتطبيقات للتعويض العقابي في القانون العراقي هي اجنبية عن مفهومه -الا ما استثنى بدليل خاص كما راينا في محله - فاغلب التطبيقات التي نسبت للتعويض العقابي قد اخرجت عن سياقها تكلفا، ان هذا المنهج الاسقاطي الذي يقوم على اسقاط الافكار الاجنبية على القانون الوطني على الرغم من الاختلاف في المتبنيات الفكرية والفلسفية هو منهج غير علمي يعمل على تشويه النظامين المنقول عنه والمنقول له. فلا ضير من الانبهار بفكرة ما ومحاولة الدفاع عنها الا ان ذلك يجب ان يبقى محكوما بالاصول المنهجية والمنطقية للبحث والابتعاد عن عملية إلباس بعض الانظمة المعروفة والمستقرة ثوبا لا ينسجم مع فلسفتها التشريعية. في الحقيقة ان محاولة الاستنبات للافكار الاجنبية في نظامنا القانوني تعتبر محاولة محفوفة بالمخاطر لانها قد تصطدم احيانا بالبناء الفكري والفلسفي العام للقواعد القانونية، فالتعويض العقابي قد نشا في ظل فكر رأسمالي يقدس المال فيكون منطقيا عندها ان تتحول واقعة الاضرار الى صفقة تجارية تستهدف تجريد المسؤول من كل ما جناه وان كانت تلك الارباح المتحصلة لا ترتبط برابطة سببية مباشرة مع الخطأ المرتكب. بخلافه في نظام لا ينشط فيه ما يعرف باقتصاد التقاضي وليس من فلسفته تحويل النزاعات الى طريق للتكسب، فانه لن يلحظ عندئذ في تحديد التعويض الا الضرر الفعلي الذي اصاب المضرور ولا شيء سواه.
4. بناء على ما جاء في الفقرة المتقدمة ان القانون العراقي قد اخذ بمفهوم التعويض العقابي في حالتين احدهما بشكل ظاهري والاخرى تمثل تطبيقا حقيقيا لفكرة العقابية في التعويض: اما الحالة الاولى الظاهرية فتتمثل بنص المادة 44 من قانون حماية حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971 المعدل والتي اعتبر فيها المشرع الارباح التي يجنيها المعتدي هي احد المعايير التي على اساسها تقدر المحكمة مبلغ التعويض، فكأن المشرع يقر بوجود نوع من التناظر بين حجم الضرر الواقع ومقدار الارباح المجنية من قبل المعتدي، ولكن بشرط ان تكون تلك الارباح نتيجة طبيعية (مباشرة) للخطأ. من هنا اذا اعتبرنا ان الربح مكافئ للضرر يكون هذا التطبيق ظاهريا لا حقيقيا لانتفاء الصفة العقابية واقتصار التعويض على الضرر فقط. اما المورد الثاني وهو الاكثر وضوحا والذي يمكن وصفه بالحقيقي ويتمثل بما ورد في المادة 38 من قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية لعام 1957 المعدل، حيث عمد النص الى الفصل التام بين مفهومي التعويض الاصلاحي والعقابي بهدف تجريد المسؤول من الارباح التي حصل عليها لا بعنوان التعويض الاصلاحي للضرر وانما بعنوان العقوبة الردعية.
5. ان الاطلاع على تجارب الدول التي تعتبر مهدا لهذا النوع من التعويض لا سيما كل من الولايات المتحدة وبريطانيا وحتى كندا تشير الى ان هذا النوع من التعويض هو استثنائي ومحدد بشروط قاسية ، وان ما يتردد في بعض المصادر غير المعمقة او وسائل الاعلام من حديث عن ارقام مبالغ فيها كتعويضات عقابية هو امر ليس دقيقا بشكل كاف ، لان الحكم بمبالغ كبيرة من قبل لجان المحلفين (غير المتخصصين بالقانون) هو – وان وجد- فانه في الغالب ينقض من قبل المحاكم الاعلى درجة وذلك اما بسبب خرق تلك الاحكام للسقوف المحددة

قانونا في الحالات التي ينص فيها على سقف للتعويض، او لخرق تلك الاحكام لمبدا الامن القانوني الذي يختل بسبب المبالغات في التقدير التي تسبب تفاوتا بين ما يحصل عليه المتقاضون من تعويضات في المناطق المختلفة للبلد الواحد، بما يوجب نقضها مراعاة لمبدا الامن القانوني، فالتقدير وان كان من المسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه من قبل المحاكم الاعلى درجة، الا ان ما يسببه هذا التفاوت في التقدير من مساس بمبدا الامن القانوني يعطي الحق للمحكمة العليا في ان تنقض الحكم القضائي لخرق المحكمة لمبدا الامن القانوني الذي هو من مسائل القانون وذلك بسبب التفاوت الكبير فيما بين المتقاضين في نسبة ما يحصلون عليه من تعويضات عقابية لا سيما في القضايا المتماثلة.

**ثانيا :- التوصيات**

نوصي المشرع العراقي بعدم التوسع في تطبيقات التعويض العقابي، بل الى تجنب الاخذ بالانظمة القانونية التي لا تنسجم مع البناء الفلسفي للقانون العراقي. في الحقيقة، لقد نشا التعويض العقابي في ظل فكر راسمالي تهيمن عليه القيم المادية التي تغتنم فيها الفرص في سبيل الحصول الى المال، هذا المنهج في كسب المال عن طريقة واقعة الضرر هو يتعارض مع القواعد المستقرة في القانون العراقي، فمهما يكن من امر يجب ان يحافظ قانوننا على صبغته المتاثرة بالقيم الاسلامية التي ترفض الانجرار غير الواعي خلف الانظمة القانونية المستوردة لا سيما تلك التي تتعارض مع ثوابتنا، فهذه الاخيرة ان كانت بمعناها القانوني (مبدا التعويض الكامل ) او الشرعي ( ان الضرر يزال) هي ترفض المتاجرة بالضرر وتحويل واقعة الضرر الى صفقة تجارية. في الواقع ، لا ينكر ان هنالك بعض الحقوق التي يمكن ان يكون الاعتداء عليها مغريا لجهة ما يجنيه المعتدي من ارباح مستفيدا من خطئه لا سيما في مسائل الملكية الفكرية، الا انه بنفس الوقت يجب بناء الحلول لهذه الظاهرة بما ينسجم مع القواعد العامة التي تحكم المسؤولية، وتجنب استنبات الحلول التي لا تنسجم مع تراثنا القانوني. بناء على هذه الحقيقة نعتقد انه بالامكان اعمال التصور الاتي : اذا حق لنا القول ان الارباح الناشئة عن الخطأ هي بالمقابل اضرار قد اصابت المضرور، هذه المقدمة الكبرى اذا صحت يكون عندها من المناسب القول انه يمكن تغطية تلك الاضرار من خلال التوسع بمفهوم الكسب الفائت ليشمل فضلا عن معناه التقليدي كل الارباح المباشرة الناشئة عن الخطأ ومن دون اشتراط العمدية لان المناط هو جبر الضرر المتمثل بمقدار الارباح التي حصل عليها المعتدي بارتكابه للخطا وحرم منها المعتدى عليه. من هنا فان المضرور لا يستحق تعويضا الا عن الارباح التي جناها المعتدي من الخطأ مباشرة ، اما الارباح التي يجنيها عن نشاط تال للخطا فانها غير قابلة للتعويض والسبب ببساطة هو لانتفاء الرابطة السببية بين الخطأ المرتكب والارباح المتحصلة. قد يرد على هذا المقترح ان الفرق يبدو شكليا فبدلا من ان نعتبر الارباح عنصرا مستقلا بذاته تحت مسمى التعويض العقابي نقوم بإدخالها ضمن احد عناصر الضرر الاخرى وهو الكسب الفائت. في الحقيقة ان الاشكال لا يتعلق بموضوع شكلي وان كان هذا الفرق بذاته مهما لانه يولد نوعا من الانسجام بين عناصر الضرر وبين ما تسمح به نصوص القانون، مع ذلك فالاهم من

مسالة الانسجام هو ان ادخال التعويض عن الارباح التي يحصل عليها المعتدي تحت عنصر الكسب الفائت يعني اخضاعه لشروطه، ان الذي يجب الا يغيب عن الذهن ان التعويض العقابي هو غير مرتبط بالضرر (الربح الفائت في فرضنا المدروس) وانما بما يراه القاضي كافيا من مبالغ لتأديب المعتدي، بمعنى هو لا يرتبط في مقداره بمقدار ماجناه فعلا المعتدي وانما بمبلغ تحكمي غير مبني على اساس الا بما يراه القاضي موجعا للمضرور، او في احسن الاحوال فانه يحدد بنسبة تعادل الضعف او الضعفين –او اكثر بكثير- من مقدار الارباح المتحصلة، فبعد ان اصبحت المبالغات في تقديره فاقعة تضر بمبدا الامن القانوني، عمدت التشريعات في اميركا وبريطانيا الى تحديده بنسب معينة، مع بقاءه مستقلا عن مبلغ التعويض الاصلاحي الذي يكافئ الضرر الفعلي او الحقيقي. عندئذ يتضح الفرق بين ان يربط التعويض بمقدار الربح الفائت مع التوسع في مفهومه ليشمل الارباح المباشرة التي جناها المعتدي وبين ان يحصل المضرور على التعويض عن ربحه الفائت اولا وفوقه يحصل ايضا على مبلغ اضافي يقدره القاضي او المشرع بعنوان تعويض عقابي تأديبا للمعتدي عن سلوكه الخاطئ.

الهوامش

. A. Finet, Le Code de Hammurabi : Les Editions du Cerf, 5e éd. 2004.

[2] . J. Gaudemet, Droit privé romain : Montchrestien, 3e éd. 2009, p. 18-19 et p. 279-282.

[3] . C. Jauffret-Spinosi, Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers : LPA 20 nov. 2002, n° 232, p. 8.

[4] . Pascal Kamina, Quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon, Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, Juillet 2007, dossier 23

[5] . Albane Pons, A propos de la notion de dommages et intérêts punitifs en droit français et américain, Soumis le 03/07/2012 par Albane Pons dans MBDE / Rapports droit interne et droit international ou européen, disponible sur le site suivant :https://blogs.parisnanterre.fr/content/propos-de-la-notion-de-dommages-et-int%C3%A9r%C3%AAts-punitifs-en-droit-fran%C3%A7ais-et-am%C3%A9ricain-par-alba.

[6] . R. Ausness, Retribution and deterrence : the role of punitive damages in products liability litigation », préc. note 12, p. 5.

[7] . لتحديد عناصر الضرر بشكل عام في دائرة المسؤولية التعاقدية انظر نص المادة 169 / 2 من القانون المدني التي تنص على انه ( ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية او منفعة او أي حق عيني آخر او التزاماً بعمل او بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به.). بالمقابل لتحديد عناصر الضرر بشكل عام في دائرة المسؤولية عن الفعل غير المشروع انظر المادة 207 من القانون المدني التي تنص على انه ( 1- تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. 2- ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الاعيان ويجوز ان يشتمل الضمان على الاجر).

[8] . Diana Calciu, « Les dommages et intérêts punitifs », mémoire de fin d'études réalisé sous la direction du professeur Denis Mazeaud. Université Paris II « Panthéon Assas », master 2 « droit privé général»- Allison Fiorentino, Les dommages-intérêts punitifs en droit américain : fausse polémique ou vraie monstruosité prétorienne ? L'exemple des discriminations, La Semaine Juridique Social n° 48, 24 Novembre 2015, 1426 - Oliver BERG , Amende civile ou dommages et intérêts collectifs - Amende civile ou dommages et intérêts collectifs, Responsabilité civile et assurances n° 4, Avril 2019, étude 3 - . Benoît Javaux, L'amende civile, entre sanction pénale et punitive damages ? La Semaine Juridique Edition Générale n° 6, 11 Février 2019, p.152.- Dommages et intérêts punitifs et ordre public international : contrôle de proportionnalité – Pauline Remy-Corlay – RTD civ. 2011. 317.

من الفقه العربي انظر د. احمد السيد الدقاق، التعويض العقابي في القانون الامريكي ومدى ملائمة تطبيقه في القانون المصري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية في كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، العدد الثاني ، المجلد الرابع، 2017، ص 1389- 1441؛ د. محمد عرفان الخطيب، جدلية التعويض العقابي في القانون المدني - الاشكالية والامكانية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة العاشرة ، العدد الثاني، العدد التسلسلي 38، 2022 ، ص 179- 219 ؛ أ. حسيبة معامير، التعويض الاصلاحي والعقابي في نظام المسؤولية المدنية، مجلة الحقيقة ، العدد 40، جامعة احمد دراية ادرار ، ص 511- 535 .

[9] . انظر نص المادة 174 من القانون المدني التي تنص على انه ( لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في اية حال ان يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن اكثر من رأس المال، وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية).

[10] . عبد المجيد الحكيم واخرون، مصادر الالتزام ، ج 1 ، مؤسسة العاتك، بغداد ، ص 235 وما بعدها.

[11] . انظر نصوص المواد 192 – 201 من القانون المدني العراقي والمواد من 1352-1 الى المادة 1352 -9 من القانون المدني الفرنسي.
[12] . لتفاصيل اكثر حول هذا التوجه انظر : د. ظافر جبارة ، النطاق الفني للتعويض عن الخطا المربح في المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة ، مجلة كلية القانون جامعة ذي قار، العدد ، السنة ، ص 17 وما بعدها . د. علاء الدين الخصاونة ، ماهية التعويض العقابي وطبيعته ومدى امكانية الاخذ به في القانون الاردني- دراسة مقارنة ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة التاسعة ، العدد الثاني، 2021 ، ص 391-449 . أ.د. ايمان طارق الشكري و د. وليد طعمه مفتن، مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، 2021, المجلد 13, العدد 4, الصفحات 457-490
[13] . انظر بخصوص رد الشريك لأجر المثل او الاجرة المسماة ايهما اعلى قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم : 23/ الهيئة الموسعة المدنية/2015، بتاريخ 16/2/2015.
[14] . د. صلاح الدين الناهي , الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام, محاضرات عن القانون المدني العراقي القاها على طلبة قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية, 1958 , ص174.
[15] . رقم القرار 530 / حقوقية ثالثة/ 1970 في 1970/5/11 ، النشرة القضائية ، العدد الثاني، السنة الاولى/ مطبعة الادارة المحلية/ بغداد، 1970، ص 95 . انظر بخصوص ذات التوجه قرار محكمة التمييز رقم 1776/حقوقية / 1964 ، تاريخ القرار 1965 /10/2 .منشور في:- قضاء محكمة التمييز ، المجلد الثالث)القرارات الصادرة سنة 1965 (، المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، مطبعة إلرشاد ، بغداد ، 1969، ص 4-3.
[16] . رقم القرار 372/ك1 عقار، 1999 في 1999/9/29 ، مجلة القضاء ، العدد الرابع . بخصوص ذات التوجه انظر قرار محكمة التمييز رقم -226/ التنفيذ/ 1964، تاريخ القرار -1964 / 12/8. قضاء محكمة التمييز ، المجلد الثاني)القرارات الصادرة سنة 1964 (، المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، مطبعة إلادارة المحلية ، بغداد ، 1978، ص313.
[17] . محمد جعفر هادي ، تطويع العقد تبعا لتقلبات الاسعار- دراسة مقارنة في القانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات الفقهية والقانونية/ جامعة آل البيت/ الاردن، 2000، ص .
[18] . انظر نص المادة 173/ 1 من القانون المدني التي تنص على انه ( لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت او اتفاقية ان يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير).
19. انظر نص المادة 171 من القانون المدني التي تنص على انه (اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً ان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره).
[20] . عبد المجيد الحكيم واخرون، احكام الالتزام، ج 2 ، المكتبة القانونية – بغداد، ص 79.
[21] . انظر أ.د. ايمان طارق الشكري و د. وليد طعمه مفتن، مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، 2021, المجلد 13, العدد 4, الصفحات 457-490
[22] . من الامثلة الاخرى التي تستحق فيها الفوائد بوقت سابق لتاريخ المطالبة ما ورد في المادة 1/941 من القانون المدني والتي تنص على انه (على الموكل ان يرد للوكيل ما انفقه في تنفيذ الوكالة المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق مهما كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته، فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة ان يقدم الموكل للوكيل مبالغ للانفاق منها في شؤون الوكالة، وجب على الموكل ان يقدم هذه المبالغ متى طلب الوكيل ذلك ).
[23] . Pascal Kamina, Quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon, Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, Juillet 2007, dossier 23

## قائمة المصادر

### اولا:- المصادر العربية

### أ. الكتب والابحاث

1. د. احمد السيد الدقاق، التعويض العقابي في القانون الامريكي ومدى ملائمة تطبيقه في القانون المصري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية في كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، العدد الثاني ، المجلد الرابع، 2017، ص 1389- 1441.
2. د. ايمان طارق الشكري و د. وليد طعمه مفتن، مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، 2021, المجلد 13, العدد 4, الصفحات 457-490
3. أ. حسيبة معامير، التعويض الاصلاحي والعقابي في نظام المسؤولية المدنية، مجلة الحقيقة ، العدد 40، جامعة احمد دراية ادرار ، ص 511- 535 .
4. د.عبد المجيد الحكيم واخرون، مصادر الالتزام ، ج 1 ، مؤسسة العاتك، بغداد ، ص 235 وما بعدها.
5. د.عبد المجيد الحكيم واخرون، احكام الالتزام، ج 2 ، المكتبة القانونية – بغداد، ص 79.
6. د. علاء الدين الخصاونة ، ماهية التعويض العقابي وطبيعته ومدى امكانية الاخذ به في القانون الاردني- دراسة مقارنة ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة التاسعة ، العدد الثاني، 2021 ، ص 391-449 .
7. د. صلاح الدين الناهي , الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام, محاضرات عن القانون المدني العراقي القاها على طلبة قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية, 1958 , ص174.
8. د. ظافر جبارة ، النطاق الفني للتعويض عن الخطا المربح في المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة ، مجلة كلية القانون جامعة ذي قار، العدد ، السنة ، ص 17 وما بعدها .
9. د. محمد عرفان الخطيب، جدلية التعويض العقابي في القانون المدني - الاشكالية والامكانية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة العاشرة ، العدد الثاني، العدد التسلسلي 38، 2022 ، ص 179- 219 .
10. محمد جعفر هادي ، تطويع العقد تبعا لتقلبات الاسعار- دراسة مقارنة في القانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات الفقهية والقانونية/ جامعة آل البيت/ الاردن، 2000، ص 3 وما بعدها.

**ب. القوانين**

1. القانون المدني العراقي لعام 1951
2. قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1971المعدل.
3. قانون النقل العراقي رقم 80 لسنة 1983
4. قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية العراقي رقم 57 لسنة 1965 المعدل.
5. قانون ادارة الاوقاف رقم 64 لسنة 1966

**ثانيا:- المصادر الاجنبية**

1. A. Finet, Le Code de Hammurabi : Les Editions du Cerf, 5e éd. 2004.
2. Albane Pons, A propos de la notion de dommages et intérêts punitifs en droit français et américain, Soumis le 03/07/2012 par Albane Pons dans MBDE / Rapports droit interne et droit international ou européen, disponible sur le site suivant :https://blogs.parisnanterre.fr/content/propos-de-la-notion-de-dommages-et-int%C3%A9r%C3%AAts-punitifs-en-droit-fran%C3%A7ais-et-am%C3%A9ricain-par-alba.
3. Allison Fiorentino, Les dommages-intérêts punitifs en droit américain : fausse polémique ou vraie monstruosité prétorienne ? L'exemple des discriminations, La Semaine Juridique Social n° 48, 24 Novembre 2015, 1426
4. Benoît Javaux, L'amende civile, entre sanction pénale et punitive damages ? La Semaine Juridique Edition Générale n° 6, 11 Février 2019, p.152.- Dommages et intérêts punitifs et ordre public international : contrôle de proportionnalité – Pauline Remy-Corlay – RTD civ. 2011. 317.
5. C. Jauffret-Spinosi, Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers : LPA 20 nov. 2002, n° 232, p. 8.
6. Diana Calciu, « Les dommages et intérêts punitifs », mémoire de fin d'études réalisé sous la direction du professeur Denis Mazeaud. Université Paris II « Panthéon Assas », master 2 « droit privé général», 2011.
7. J. Gaudemet, Droit privé romain : Montchrestien, 3e éd. 2009, p. 18-19 et p. 279-282.
8. Oliver BERG , Amende civile ou dommages et intérêts collectifs - Amende civile ou dommages et intérêts collectifs, Responsabilité civile et assurances n° 4, Avril 2019, étude 3
9. R. Ausness, Retribution and deterrence : the role of punitive damages in products liability litigation », préc. note 12, p. 5.
10. Pascal Kamina, Quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon, Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, Juillet 2007, dossier 23