

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إن فكرة المسؤولية التقصيرية أخذت بالتطور تطورا عميقا منذ صدور التقنين الفرنسي ودار تطورها حول فكرة الخطأ أي الخطأ الواجب إثباته ، ثم تطورت المسؤولية إلى مسؤولية قائمة على أساس إفتراض الخطأ إفتراضا قابلا لإثبات العكس فأصبح الأصل إعتبار محدث الضرر مخطأ ولكن هذا الخطأ المفترض الذي ثبته القانون في جانب المسؤول قد يمكن التخلص منه اذا اثبت المسؤول انه لم يرتكب خطأ، ثم تطورت المسؤولية فأصبحت تقوم على أساس الخطأ المفترض إفتراضا قاطعا غير قابل لإثبات العكس وفي هذه الحالة لا يستطيع المدين أن ينفي الخطأ عن نفسه ، إنما يكون له إن أراد التخلص من المسؤولية أن يثبت السبب الأجنبي ثم قطعت المسؤولية مرحلة أخرى في تطورها حيث أصبح الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية هو وقوع الضرر فحسب دون حاجة الى إثبات الخطأ في جانب المسؤول فهي تقوم بدون خطأ ، وأخذ بعض الفقهاء وفي مقدمتهم سالي وجوسران في مهاجمة فكرة الخطأ ذلك إن أستلزام الخطأ للرجوع على الفاعل بالتعويض قد يؤدي الى ضياع حق المضرور إذا عجز عن اثبات هذا الخطأ وقد عرفت هذه النظرية بنظرية تحمل التبعة أو النظرية الموضوعية التي تقوم على أساس الضرر لا الخطأ وهي تقابل النظرية الشخصية التي تؤسس على فكرة الخطأ ولو كان مفروضاً فرضاً غير قابل لإثبات العكس⁽¹⁾.

١- أهمية موضوع البحث وسبب اختياره :

تعتبر المسؤولية المدنية بصورة عامة والمسؤولية التقصيرية بصورة خاصة من أهم المسائل القانونية التي شغلت الفقه والقضاء والتشريع في العالم ، لكثرة الحوادث التي تنشأ عنها هذه المسؤولية في الحياة اليومية العملية فقد أزدادت أهميتها وأخذت تغطي على سائر مصادر الألتزام .

عليه فالخطأ (الفعل الضار) هو منشئ حالة المسؤولية المدنية والالتزام بتعويض الضرر هو الأثر المترتب على تلك الحالة القانونية التي تنشأ نتيجة للفعل الضار وحيث ان المسؤولية هي كل نشاط تحدث ضرراً للغير نتيجة خطأ فلا بد ان تتوفر فيها ثلاث اركان وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ، ونظراً لأهمية ركني (الخطأ والضرر) والذين يعتبران أساسا للمسؤولية التقصيرية وكونهما جديران بالبحث والعناية والتعريف وبيان موقف الأنظمة القانونية وموقف الشريعة الاسلامية وموقف المشرع العراقي منها وتطبيقاته القضائية فقد أثرت الكتابة فيه ومما زاد في رغبتني ان القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ تفرد مواد

(1) د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد-١٩٧١، ص٤٣١.

خاصة بهذا الموضوع وان القضاء العراقي يأخذ بأحكامه مما يؤكد وجود واقع قضائي متطور في هذا الميدان ومن هنا تظهر أهمية البحث لعلاقته بالحياة القانونية وأحكام القضاء .

٢- اشكالية البحث :

ان المشرع العراقي قررت مسؤولية عديم الاهلية او ناقصها مطلقا، ولكن المشرع بتقرير هذا الحكم وقع في شيء من عدم المنطق فبينما هو لا يقرر مسؤولية البالغ الا اذا كان متعمدا او معتديا، اذا به يقرر مسؤولية عديم الاهلية او ناقصها من غير أن يشترط هذا الشرط ، فيكون بذلك قد عامل الشخص البالغ الكامل الأهلية معاملة أخف من معاملة عديم الأهلية او ناقصها ، حيث أن المشرع جعل مسؤولية عديم التمييز مسؤولية أصلية، وإن كانت مخففة، لأن الصبي غير المميز ومن في حكمه يلزم بالضمان من ماله وإذا تعذر الحصول على التعويض من ماله ودفعه الولي أو من القيم أو الوصي ، ووقع في تناقض فهو اشترط التعمد والتعدي لقيام مسؤولية التقصيرية في المادة (١٨٦) من قانون المدني العراقي التي جاءت بحكم عام ولكنه حمل عديم التمييز المسؤولية طبقا للمادة (١٩١) من قانون المدني، والتعمد هو إقرار الفعل بقصد الاضرار، والتعدي هو صدور الفعل الصادر من إهمال وعدم حيطه وكلاهما يفترضان التمييز في الفاعل الضار لانهما يعنيان الخطأ والخطا لا يمكن ان ينسب لعديم التمييز اذا كان المشرع يعتبر الخطا في المادة ١٨٦ وأحد عنصريه هو الادراك والتمييز كقاعدة عامة ويحمل عديم التمييز المسؤولية عن فعله الضار غير مكترث بعنصر الخطا في المادة (١٩١) فان التناقض يبدو واضحا في مسلكه فكانه بمقتضى هذين النصين قد عامل الشخص البالغ معاملة اخف من معاملة عديم الاهلية او ناقصها لانه يتطلب في كامل الاهلية التعمد او التعدي لثبوت مسؤوليته ، ويكتفي بالفعل الضار لترتب مسؤولية عديم الاهلية، ولكل هذا اخترنا موضوع بحثنا

٣- المنهجية المتبعة في البحث:

منهجية بحثي تكون دراسة تحليلية معززه بقرارات قضائية، وذلك من خلال تحليل المواضيع والنصوص القانونية المتعلقة بها وتعزيزها بقرارات قضائية .

٤ - هيكلية البحث:

لبيان موضوع البحث وتفاصيله سوف نقدم خطة بحث مقسمة الى مبحثين، في الاول نتطرق الى الخطأ كأحد أركان المسؤولية التقصيرية، وفي المبحث الثاني سوف نتكلم عن الضرر كأحد اركان المسؤولية التقصيرية، نختم البحث بخاتمة تحتوي على مجمل الاستنتاج والمقترحات التي توصلنا اليها متمنيا ان يكون هذا الجهد عوناً للزملاء وما توفيقى الا بالله .

المبحث الأول

الخطأ التقصيري كأحد أركان المسؤولية التقصيرية

الخطأ هو أهم الأركان الثلاثة التي تقوم عليها المسؤولية التقصيرية، فإذا انعدم الخطأ إنتفت المسؤولية فلا يكفي ان يحدث الضرر بفعل شخص حتى يلزم ذلك الشخص بتعويضه بل يجب ان يكون ذلك الفعل خطأ لأن الخطأ شرط ضروري للمسؤولية بل هو الأساس الذي تقوم عليه .

وهو أهم ركن الذي تقوم عليه المسؤولية في الفقه الغربي فاذا إنعدم الخطأ فلا مسؤولية فالقاعدة العامة ان لامتسؤولية حيث لاخطأ (1) .

وهذا ما أخذ به المشرع العراقي فى القانون المدني حيث نص في المادة (٢٠٤) منه على ((كل تعد يصيب الغير بأي ضرر اخر غير ماذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض)) .
عليه سوف نتطرق الى ذلك في مطلبين في المطلب الاول نتحدث عن الخطأ التقصيري وانواعه وفي الثاني نبين اركانه .

المطلب الاول

التعريف بالخطأ التقصيري وأنواعه

نتطرق في هذا المطلب الى التعريف بالخطأ التقصيري وكذلك أنواعه ونقسمه الى فرعين في الفرع الاول نتطرق الى التعريف بالخطأ التقصيري وفي الفرع الثاني نبين انواع الخطأ التقصيري.

(1) الدكتور غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٤٣٢

الفرع الاول

التعريف بالخطأ التقصيري

اختلفت الآراء بشأن تحديد معنى الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية، فقد أورد الفقهاء العديد من التعاريف للخطأ ولكنهم لم يوردوا تعريفاً جامعاً ومانعاً له، فقد عرفه بلانيول بأنه (الأخلال بالالتزام قانوني سابق) وتم حصر هذه الألتزامات فيما يلي .:

١- الأمتناع عن أستعمال العنف ضد الأشخاص والأموال .

٢- الأمتناع عن الغش .

٣- الأمتناع عن كل عمل يتطلب قدراً معيناً من القوة او المهارة اذا لم يكن القائم بهذا العمل مالكا لهذا القدر .

٤- مراقبة الاشياء الخطيرة التي في حياة الشخص ومراقبة الاشخاص الذين هم تحت رعايته (1) .

وهذا التحديد بدوره غير جامع اذ يخرج عنه مثلا التعسف في استعمال الحق ، فضلاً من أنه ليس تعريفاً

وإنما هو تقييم لأنواع الخطأ.

ويرى إيمانويل ليشي إن تحديد الخطأ يتضمن التوفيق بين أمرين :. اولهما مقدار معقول من الثقة يوليه الناس للشخص فمن حقهم عليه أن يحجم عن الاعمال التي تضر بهم ،وثانيهما مقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فمن حقه على الناس أن يقدم على عمل دون أن يوقع الأضرار بالغير .

فالشخص ما بين الإقدام والإحجام شق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه ولا يتعارض مع ثقة الناس به ، ويدعى هذا المذهب بمذهب الإخلال بالثقة المشروعة ، وعيب هذا الرأي انه يضع ضابطاً بين هذا الطريق الوسط الذي يعصم الشخص من الخطأ إذا هو سلكه (2).

ويعرف سافاتيه الخطأ بأنه (الأخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته ومراعاته) فهو يحلل الخطأ الى عنصرين وهما العنصر المادي وهو الإخلال بواجب ما، والعنصر الأدبي هو إمكانية المعرفة بذلك الواجب ومراعاته ، ولكن هذا التعريف غير جامع ولا مانع ، فهو غير جامع لأنه يخرج عنه التعسف في استعمال الحق، ومن حيث انه غير مانع فانه يدخل ضمن الخطأ كل ما يعتبر واجبا، سواء كان الواجب قانونياً او ادبياً

(1) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، احكام الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد - ٢٠١٢ ص ٢٣٢ .

(2) د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني ، نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٨٨٠ .

ثم لا يحدد الدرجة المطلوبة في إمكانية العلم بالواجب ومراعاته (1) ، اما الدكتور السنهوري فيقترب في تعريفه للخطأ من تعريف (سفاتيية) حيث عرف الخطأ في المسؤولية التقصيرية (بانه اخلال بالالتزام قانوني ، كما ان الخطأ في المسؤولية العقدية هو اخلال بالالتزام عقدي) (2) .

إلا إن (هنري وليون مازو) يعارضان في وجود عامل شخصي أو نفسي في فكرة الخطأ ذلك أنهما لا يجدان بأن نسبة العمل غير المشروع الى فاعله قد أضاف شيئاً الى الخطأ ، عليه فهما في تعريفهما للخطأ يعتمدان على العنصر المادي فقط لذلك قالاً بأن الخطأ هو (إنحراف في السلوك لآيأتيه شخص يقظ متبصر وضع في نفس الظروف الخارجية التي وضع فيها الفاعل) (3)، كما عرفه بعض الفقهاء (بأن الخطأ التقصيري هو إخلال بالالتزام قانوني سابق يصدر عن إدراك) (4) .

كما اسلفنا فان الفقهاء القانون المدني لم يتفقوا على إيراد تعريف جامع ومانع للخطأ يغطي كافة الجوانب القانونية له ، ولكن التعريف الأكثر استقراراً له انه (أخلال بالالتزام قانوني سابق يصدر من تمييز وإدراك) (5). عليه فالخطأ عنصران مادي هو الأخلال، ومعنوي هو التمييز أو الإدراك، اننا نرى ان السبب في عدم امكان وضع تعريف مانع وجامع للخطأ يعود الى ان فكرة الخطأ فيها مرونة عالية اذ تختلف بحسب الظروف والعادات الأخلاقية والإجتماعية للشعوب، لذا لا يمكن ان ينضبط.

(1) د. عصمت عبدالمجيد بكر ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، المكتبة القانونية ، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢٦٤ .

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق، ص ٨٨١

(3) د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ٤٣٢ .

(4) د. عبدالمجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، في مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠ ، ص ٢١٥ .

(5) د. فرهاد حاتم حسين ، عوارض المسؤولية المدنية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤، ص ٩٨ .

الفرع الثاني

أنواع الخطأ التقصيري

تنقسم الخطأ التقصيري الى نوعين ::

اولا: الخطأ القصدي:

القصد في المسؤولية المدنية يمثل فيما بات يعرف لدى الفقه ب(الخطأ العمدي أو الغش أو الخطأ غير المغتفر) وفيمايلي نتناول كل واحد منهم:.

١- الغش :

وقد عرف الغش بانه (عمل يعمد اليه شخص بقصد الاضرار بحقوق شخص آخر)⁽¹⁾ وهو يتضمن، بهذا المفهوم معنى الضرر، فمن يقصد الإضرار بغيره قد يتعمد ذلك من أجل مصلحة ذاتية له وإن كان غير مشروعة ، لكن قصد الإضرار بحقوق الغير المتضمن لمعنى الغش إنما يعد الغرض الرئيس أو الوحيد لا لشيء سوى الغدر والخداع والحاق الأذى والعمل المدفوع بالغش يعبر عما يحمله صاحبه من حقد وضغينة واستهتار بحقوق الغير، وإن الفارق بين الغش والخطأ العمدي في نطاق العقد هو ان يوجد تنفيذ ظاهر للعقد في حالة الغش اما في حالة الخطأ العمدي فلا يوجد تنفيذ له .

٢- الخطأ العمدي :

ويقصد به (الإضرار بواجب قانوني مفترض بقصد الإضرار بالغير)⁽²⁾، كما يعرف بانه (قصد الانحراف في السلوك لتحقيق غرض معين أو هو ذلك الفعل أو الترك الصادر عن نية سيئة)⁽³⁾ .

وهذا يعني ان الخطأ العمدي يجب ان يعبر عن سوء نية مرتكبه، وبسوء النية فان الخطأ العمدي يختلف عن الخطأ الإرادي ، فالخطأ الإرادي هو خطأ متعمد دون أن يكون مقترنا بسوء النية كما في الإخلال المتعمد بالإلتزام العقدي المجرد من سوء النية ، لكن إذا إقترن الإخلال المتعمد هذا بنية الإضرار بالمتعاقدين فإن الخطأ هذا يعد خطأ متعمداً، فالخطأ العمدي أقل من الغش درجة وأكثر من الخطأ الإرادي درجة ، فقصد الإيذاء بالغير بمكر وخداع هو غش ، وقصد إيذاء الغير من غير مكر أو خداع هو خطأ عمد وقصد الإخلال بالإلتزام من غير غايه هو خطأ إرادي، وقصد الإضرار بالغير لا يشترط فيه أن يوجه مباشرة بل يكفي أن

(1) د. محمد سليمان الاحمد ، الخطأ وحقيقة اساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ، الطبعة الاولى ، مكتبة التفسير للنشر والاعلان، اربيل، ٢٠٠٨، ص ٨٦ .

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر ، المصدر السابق ، ص ٢٦٦ .

(3) د. محمد سليمان الاحمد ، المصدر السابق ، ص ٩٠ .

تتجه نية مرتكب الخطأ العمد الى الإنتفاع الشخصي عن طريق الإضرار بالغير كالتاجر الذي يقوم بعمل من أعمال المنافسة غير المشروعة ، فهو لا يريد الإضرار بمنافسه بقدر ما يريد الإثراء شخصيا ، مع ذلك يعد قاصدا الإضرار بالغير (1) .

٣- الخطأ غير المغتفر

هذا النوع من الخطأ وردت صيغته في التشريع الفرنسي الخاص بإصابات العمل ومضمونه إن العامل إذا أصيب بضرر نتيجة خطأ لا يغتفر من صاحب العمل أو من يمثله أستحق تعويضا إضافيا يجاوز التعويض الجزافي المنصوص عليه في القانون، وبالعكس إذا نتجت الأصابة عن خطأ لا يغتفر من جانب العامل فإن من شأنه تخفيض التعويض الجزافي عليه (2) ، وقد عرفه القضاء الفرنسي بانه (الفعل او الترك الارادي بكيف كان يجب ان يخامر الفاعل الخطر فيه وذلك مع انعدام اية دواع تيرره) (3) .

كما يعرف بانه (الخطا ذو جسامه استثنائية ناجم من فعل او امتناع عن فعل او امتناع ارادي ، مع ادراك فاعله بخطره وانعدام كل سبب يسوغه ، ويتميز عن الخطا العمدي بتخلف عنصر القصد فيه) (4) .

والخطأ غير المغتفر له عناصر تمثل الخصائص المميزة له تتمثل بما يلي .:

أ- إستخدام الإرادة في الفعل أو الترك دون قصد الإضرار .

ب-إمكان توقع الضرر الناتج عن الفعل أو الترك .

ج-إنعدام المبرر الداعي للفعل أو الترك .

د-الجسامه غير العادية للفعل أو الترك .

والخطأ الذي لا يغتفر بهذه الأوصاف يقترب من الخطأ العمد والغش من حيث إرادة الفعل أو الترك لكنه لا يماثلها لعدم توفر نية الإضرار قصدا ، لذلك نسأل هل كان توقعه حدوث الضرر في حد ذاته يقتضي أن نقيس سلوك المسؤول بمعيار شخصي حتى يتبين هل كان توقعه لحدوث هذا الضرر ام لا ؟ وإن نعت الفعل أو الترك باي وصف من أوصاف الخطأ الذي لا يغتفر وفقا لمعيار موضوعي المجرد عن كل ظرف شخصي والسبب في ذلك إن الخطأ الذي لا يغتفر وإن كان أشد الأخطاء الغير العمديه جسامه إلا إنه على كل حال لا يرقى من حيث الطبيعه الى مرتبة الخطأ العمد لعدم توفر قصد الإضرار ، وكذلك فإنه يعتبر في درجة

(1) د.محمد سليمان الاحمد ، المصدر السابق،ص ٩١ .

(2) د. محمد حسين علي الشامي ، ركن الخطا في المسؤولية المدنية ، دارالنهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م ، ص ٤٥٨ .

(3) د. محمد حسين علي الشامي ، المصدر نفسه ، ص ١٥٨ .

(4) د.محمد سليمان الاحمد ، المصدر السابق ، ص ٩٢ .

الوسط بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم ، في تقديرنا ان إمكان التوقع وعدمه إنما يستخلص من ظروف الحال وملابسات الواقعة ذاتها .

ثانياً: الخطأ غير القصدي :

ويشمل كل من (الخطا الطفيف والخطا اليسير والخطا الجسيم) وسوف نستعرض هذه الانواع تباعاً فيما يلي:.

١- **الخطا الطفيف (التافه):** وهو الخطا الذي لا يرتكبه شخص حازم حريص (1)، ويمثل الحد الادنى من الخطا او التعدي في اخف صورة وهو يتمثل في الالهال وعدم التبصر ، ومرتكبه يتحلى بقدر عال من حسن النية ، ولكنه اساء التقدير وانحرف سلوكه بغير قصد ، وهذا النوع من الخطأ ولكونه أقل الدرجات يقع فيه التسامح عادة أو غالباً ما يتحمل الناس بعضهم بعضاً عند حدوث مثل هذه الأخطاء التافهة الطفيفة ممكن أن تقع من أكثر الناس حرصاً ، وهي أخطاء يمكن يتم الصفح والتسامح فيها (2)، والخطأ الطفيف يقع نتيجة السهو او النسيان ، سواء كان في علاقات الناس فيما بينهم بصورة عامة ، أو على نطاق العلاقات الخاصة ، كما في علاقات الجوار، والعلاقات العقدية .

٢- **الخطأ اليسير:** هو انحراف في السلوك عن المجرى المعتاد له ، من دون قصد ، ومن دون سهو ومن دون نسيان ، او سهو ونسيان مصحوبين بتقصير من صاحبهما ، وهذا التقصير لا يمكن التسامح فيه لاسيما انه صدر من محترف لعمل ما أخطأ في صميم ما يجب عليه فعله استجابة لقواعد المهنة او الحرفة او لعرفها(3)، فالمحامي الذي ينسى أن يسجل في أجددته ميعاد اخر يوم الإستئناف قضية موكله الخاسرة أمام قضاء الموضوع ، هو مقصر ، وكذا الطبيب الذي ينسى إحدى الآلات العملية الجراحية في داخل جسد المريض ، فهو مقصر ، وهذا التقصير قد يتحول الى خطأ جسيم بحسب تقدير المحكمة وهذا الخطأ ليس فيه قصد لا للفعل ولا للنتيجة .

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٧٤٣ .

(2) د. محمد سلمان الاحمد ، المصدر السابق ، ص ٧٢ .

(3) د. حسن علي الذنون المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء ٢ ، دار النشر (غيرمذكور)، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ٥٠٤ .

٣- الخطأ الجسيم: وقد عرف البعض الخطأ الجسيم بأنه (عدم بذل العناية بشؤون الغير بصورة لا تصدر عن أقل الناس حرصاً في شؤونهم الخاصة (1) ، كما وعرفه البعض الآخر (هو خطأ غير قصدي يمثل إخلالاً صارخاً بإلزام أو واجب أو التزام ، بحيث إنه يحول دون تحقيق الغاية التي من أجلها فرض ذلك إلزام أو الواجب ، أو التزم من أجلها ، الشخص الذي صدر منه الخطأ) (2)، وهذا النوع من الخطأ من المفروض ان لا يرتكبه أقل الناس حيطة وحذراً ، ولذا فأن وقوعه من قبل شخص ما ، يعد خطأ جسيماً وهذا الخطأ وصف بالجسامة ، لأن معنى الخطأ بارز فيه واضح لا يحتاج الى تأويل أو تفسير وعلى الرغم من إن هذا النوع من الخطأ ليس فيه قصد، أي إنه خطأ غير قصدي لكنه بلغ من الجسامة حدا لا يمكن معه عدم مؤاخذة صاحبه عليه ، والخطأ الجسيم يتم قياسه وفقاً للمعيار الموضوعي المجرد السلوك المألوف والظروف الملازمة للمسئول وفقاً لما تقرره المحكمة ومتى ثبت الخطأ الجسيم وجب التعويض عن كل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع (3) .

والخطأ الجسيم وإن كان في مرتبة أقل الخطورة من الخطأ الذي لا يغتفر إلا إنه يماثل الخطأ الذي لا يغتفر من حيث الطبيعة إذ يحتوي على عنصر إمكان توقع الضرر وهو ذات العنصر الذي يقوم عليه الخطأ الجسيم .

المطلب الثاني

أركان الخطأ التقصيري

(1) د. محمد حسين علي الشامي ، المصدر السابق ، ص ١٩٠ .

(2) د. محمد سليمان الاحمد ، المصدر السابق ، ص ٨٢ .

(3) د. محمد حسين علي الشامي ، المصدر السابق ، ص ١٧٩ .

يتكون الخطأ التقصيري من ركنين أساسيين ، أولهما مادي والثاني معنوي أو شخصي ، وهذا يلزمنا تقسيم الطلب الى فرعين، في الاول نتطرق الى الركن المادي ، وفي الثاني نتحدث عن الركن المعنوي او الشخصي.

الفرع الاول

الركن المادي او التقصيري (الاخلال او التعدي) .:

لكي يعتبر محدث الضرر مخطئاً لابد ان يكون قد انحرف في سلوكه عن السلوك الذي كان سلكه الشخص المعتاد او وجد وقت احداث الضرر في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها محدث الضرر وبعبارة اخرى لمعرفة ما اذا كان هناك خطأ ام لا ، يجب قياس سلوك مرتكب الضرر بسلوك الشخص المعتاد فاذا وجدنا ان السلوكين متفقين بمعنى ان الشخص المعتاد لو وجد في نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر كان يتخذ نفس السلوك الذي اتخذه مرتكب الضرر فلا نكون بصدد خطأ اما اذا نتج عن القياس ان الشخص المعتاد ما كان ليسلك نفس السلوك الذي سلكه مرتكب الفعل الضار فان مرتكب الضرر يكون قد انحرف عن سلوك الشخص المعتاد ، وارتكب خطأ .

فمعيار الانحراف إذن هو سلوك شخص المعتاد فهو معيار موضوعي مجرد لا شخصي بمعنى انه لا ينظر لقياس الانحراف الى سلوك الشخص مرتكب الضرر ذاته وما توافر له من ذكاء ومن تبصر واحتياط ، بل ينظر الى سلوك شخص عادي، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة يرتفع الى الذروة ولا هو محدود الفطنة حامل الهمة فينزل الى الحضيض (1) .

وفي قياس سلوك مرتكب الضرر بسلوك الشخص المعتاد يجب النظر الى الظروف التي وقع فيها الضرر والظروف التي يعتد بها في هذا الشأن هي الظروف الخارجية او الظاهرة وهي التي تلامس ارتكاب الضرر ويكون من الممكن العلم بها وبمدى تأثيرها في مسلك مرتكب الضرر (2)، فمثلا إذا كان الضرر قد نتج عن قيام طبيب بإجراء عملية جراحية لمريض و اردنا معرفة ما إذا كان هناك خطأ من جانب الطبيب ، وجب عند قياس سلوكه ومقارنته بسلوك الشخص المعتاد ، ان ينظر الى الوقت الذي اجريت فيه العملية الجراحية نهارا أو ليلا ومدى الاضاءة المتوفرة وقت إجراءها ، والمكان الذي أجريت فيه الجراحة هل كان مستشفى

(1) د. السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٨٨٤.

(2) د. محمد لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، دارالنشر (غيرمذكور)،مكان النشر (غير مذكور) سنة ١٩٨٩، ص ٣٤٤.

مزودة بغرفة العمليات مستوفية لجميع المتطلبات أو وحدة صحية في الريف ، كذلك الوقت الذي أتيح للطبيب قبل اجراء العملية وهل كان كافيا لاجراء الاختبارات اللازمة أم كانت العملية مستعجلة لم يتح ذلك .
كذلك اذا اصطدم شخص كان يسير مسرعا في الطريق بشخص اخر فواقعه ارضا مما ادى الى اصابته بجروح او الى وفاته ، فيجب لتقرير مسلك مرتكب الضرر ان ننظر الى المكان الذي وقع فيه الحادث هل هو شارع ، ام تقاطع ام مر داخل بناء ، وان نحدد وقت الحادث ومدى الرؤية الممكنة في ذلك الوقت ، وما اذا كان هناك ازدحام ام لا .

ويلاحظ اننا وصفنا الظروف التي يعتد بها عند قياس سلوك مرتكب الضرر بالظروف الخارجية للحادث والمقصود بذلك الظروف العامة التي يمكن ان يوجد فيها كل انسان كظرف الزمان والمكان اما الظروف الداخلية الخاصة لشخص مرتكب الضرر فلا يعتد بها بحسب الاصل ، وعلى ذلك اذا كان الشخص ضعيف البصر او طاعن في السن او مريضا باعصابه وارادنا ان نقيس سلوكه وقت حصوله الضرر فيجب صرف النظر عن ضعف بصره وتقدم سنه واضطراب اعصابه ، بحيث ان الشخص المعتاد الذي نقيس سلوك الفاعل عليه ، يظل شخصا صحيح البصر متوسط السن ، سليم الاعصاب ، ومع ذلك فاذا كانت هناك ظروف داخلية لشخص الفاعل لا يست ارتكاب الضرر، وكان المضرور على علم بهذه الظروف او كانت هذه الظروف رغم أنها داخلية ظاهرة بحيث يسهل تبنيها فيجب الاعتداد بهذه الظروف عند تقدير مسلك مرتكب الضرر، وعلى ذلك اذا كان مرتكب الضرر طبيبا حديث التخرج وكان المضرور يعلم بذلك تردد عليه للعلاج فان مسلك هذا الطبيب يقاس بمسلك طبيب حديث التخرج أذ تعتبر حداثة التخرج من الظروف الظاهرة الواجب الاعتداد بها عند تقدير توافر الخطأ .

وملخص مما تقدم أنه إذا تبين أن سلوك مرتكب الضرر لا يتفق مع سلوك الشخص المعتاد إذا وجد في ذات ظروف التي كان فيها مرتكب الضرر فاننا نكون بصدد خطأ أما إذا جاء سلوك مرتكب الضرر متفقا مع سلوك الشخص المعتاد ، فلا يوجد خطأ ولا تتحقق المسؤولية عن الفعل الشخصي .

إن المشرع العراقي أسند الضمان على النظرية الشخصية فأشترط التعمد أو التعدي ، وهذا يدل بوضوح على قيام المسؤولية المدنية على عنصر الخطا وبهذا نص المادة (١٨٦) من قانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه (١- إذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسببا ، يكون ضامنا، إذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى ٢- إذا أجمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المعتدي منهما فلو ضمنا معا كانا متكافلين في الضمان) .

يتبين من هذه المادة إن الإلتلاف قد يكون مباشرة وقد يكون تسببا اي غير مباشر ويكون الإلتلاف المال مباشرة ، عندما لا يتدخل امر اخر بين فعل الشخص وبين تلف المال كأن يحفر شخص حفرة في غير ملكه ، وبدون موافقة السلطات فيأتي شخص اخر ويلقي فيها مال مملوك لشخص ثالث فيتلفه فمن القى المال في الحفرة يعتبر مباشرا ومن حفر الحفرة يعتبر متسببا (1).

وقد قررت الفقرة الاولى من المادة المشار اليها أعلاه، قيام مسؤولية المباشر والمتسبب بتعويض المتضرر اذا كان في إحداثها هذا الضرر قد تعمد او تعدى ، ويراد بالتعمد هو ان يعتمد الفاعل الضرر اي ان يعتمد النتيجة وهي الاضرار بالغير ، ويتحقق هذه النتيجة تتحقق مسؤوليته وان لم يعتمد الفعل لان متعمد الفعل قد لا يقصد عند القيام بفعله الاضرار بالغير ، لكن الضرر قد يقع منه كنتيجة لم يكن يقصدها، اما المراد بالتعدي ، فهو فعل يقوم به الشخص، ولا يكون له الحق في اجرائه فمن يحفر حفرة في ملك الدولة دون ان يكون مخولا بحفرها يكون قد قام بفعل ليس له الحق في القيام به فهو معتدي .

الفرع الثاني

الركن المعنوي او الشخصي (الادراك او التمييز)

لقيام الركن المعنوي في الخطا لابد من توافر عنصرين هما الادراك والتمييز حيث يجب لقيام المسؤولية ان يكون من وقعت منه أعمال التعدي دركا لها واهلا لذلك فالصبي غير المميز والمجنون، والمعتوه عنها تاما

(1)موفق البياتي ، شرح المتون ، الموجز المبسط في شرح القانون المدني العراقي ، القسم المدني ، مصادر الالتزام، الطبعة الاولى، مكتبة السنهوري ، بغداد - ٢٠١٢، ص ٢٣٨.

ومن فقد رشده بسبب عارض كالسكر والغيبوبة والمنوم تنويمًا مغنطيسيا والمصاب بمرض النوم كل هؤلاء لا يمكن أن ينسب اليهم خطأ لانهم غير مدركين لاعمالهم (1).

وهذه المسألة كاد الاجماع ينعقد عليها منذ أن تقررت في القانون الروماني وانتقلت منه الى العصور الوسطى كما استقرت اهميته في القانون الفرنسي وفي القوانين المتأثره به، غير أن إشتراط التمييز لترتيب المسؤولية عن العمل غير المشروع لم يجد تقبلا من جانب الفقه والقضاء المعاصرين وفي بعض القوانين المدنية الحديثة ما ينتج عنه من مجافاة للعدل لاسيما اذا كان فاعل الضرر ميسورا والمصاب معوزا لذلك أعتبر جانب من الفقه والقضاء التمييز من الظروف الداخلية التي لا تؤخذ بعين الاعتبار في قيام الخطأ كما سلم كل من القانون الالمانى (الغربي) والبولوني وتقنين الالتزامات السويسري بمسؤولية عديم التمييز في الحدود التي يرسمها القانون، وكان من دوافع هذا الاتجاه ظهور المسؤولية المادية ونظرية تحمل التبعة التي جعلت قوام المسؤولية عنصر الضرر واستبعدت الخطأ ومايتعلق به من إدراك وتمييز ترتبها.

وجدير بالذكر إن الفقه الاسلامي قصب السبق في هذا المضمار فقد تقدم كل التشريعات زهاء اربعة عشر قرنا في التسليم بالمسؤولية المادية وفي إقرار مبدأ (الغرم بالغنم) ولم يأبه بعنصر الخطأ في التصرفات الفعلية، فقد جعل مرتكب الفعل الضار ضامنا عواقب فعله بصرف النظر عن التعمد والتعدي أي عن الادراك والتمييز، فالمباشر وهو من احدث الضرر فهو ضامن وإن لم يتعمد أو يتعد (2)، فالمسؤولية المادية للإنسان تبدأ منذ مولده وبغض النظر عن مراحل حياته وتفاوت إدراكه ومع ذلك فقد أقر الفقه الاسلامي فكرة الخطأ في نطاق ضيق وسماه تقصيرا اوعدم التحرز وتطلبه في حالات الخطأ المفروض غير قابل لاثبات العكس في القوانين المدنية المعاصرة، وعدم التحرز في الفقه الاسلامي يقابل فكرة الخطأ السلبي في القوانين الوضعية . فمثلا اذا سلم شخص ولده الى سباح ليعلمه السباحة وغرق الولد اثناء التعلم كان السباح مسؤولا عن غرق الولد وذلك لتقصيره عن المحافظة والانتباه وكان عليه ان يتخذ الحيطة الواجبة للمحافظة عليه وأن يتحزر من غرقه ، أن المشرع العراقي على الرغم من اشتراطه عنصري التعمد والتعدي الا انه لم يشترط التمييز في ترتيب الضمان في المادة (١٩١) من القانون المدني فقد نصت(١-اذا اتلف صبي او غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله ، ٢- اذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر إن كان صبيا غير مميز أو مجنون جاز للمحكمة أن تلزم الولي او القيم او الوصي بمبلغ التعويض

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٩٠٣.

(2) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص ٢١٧.

على ان يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر الخ ...)، إن إمعان النظر في النصوص القانون المدني العراقي التي حكمت المسؤولية عن الاعمال الشخصية يتبين لنا امور ثلاثة .:

١- قررت مسؤولية عديم الاهلية او ناقصها مطلقا، ولكن المشرع بتقرير هذا الحكم وقع في شيء من عدم المنطق فبينما هو لا يقرر مسؤولية البالغ الا اذا كان متعمدا او معتديا ، اذا به يقرر مسؤولية عديم الاهلية او ناقصها من غير أن يشترط هذا الشرط ، فيكون بذلك قد عامل الشخص البالغ الكامل الأهلية معاملة أخف من معاملة عديم الأهلية او ناقصها ، حيث أن المشرع جعل مسؤولية عديم التمييز مسؤولية أصلية، وإن كانت مخففة، لأن الصبي غير المميز ومن في حكمه يلزم بالضمان من ماله وإذا تعذر الحصول على التعويض من ماله ودفعه الولي أو من القيم أو الوصي أمكن لاي من هؤلاء الرجوع عليه بما دفع ولكن تلك مسؤولية مخففة ، لأن على المحكمة عند تقدير التعويض أن تقضي على غير المميز بتعويض عادل تراعي فيه الوضع المالي لكل من عديم التمييز والمضروب ، كما يراعي فيه جسامه الضرر دون ان يتعين عليها الحكم عليه بتعويض قانوني كامل.

٢- ان المشرع العراقي وقع في تناقض فهو اشترط التعمد والتعدي لقيام مسؤولية التقصيرية في المادة (١٨٦) من قانون المدني العراقي التي جاءت بحكم عام ولكنه حمل عديم التمييز المسؤولية طبقا للمادة (١٩١) من قانون المدني ، والتعمد هو إقرار الفعل بقصد الاضرار ، والتعدي هو صدور الفعل الصادر من إهمال وعدم حيطه وكلاهما يفترضان التمييز في الفاعل الضار لانهما يعنيان الخطأ والخطا لايمكن ان ينسب لعديم التمييز اذا كان المشرع يعتبر الخطا في المادة ١٨٦ وأحد عنصريه هو الادراك والتمييز كقاعدة عامة ويحمل عديم التمييز المسؤولية عن فعله الضار غير مكرث بعنصر الخطا في المادة (١٩١) فان التناقض يبدو واضحا في مسلكه فكانه بمقتضى هذين النصين قد عامل الشخص البالغ معاملة اخف من معاملة عديم الاهلية او ناقصها لانه يتطلب في كامل الاهلية التعمد او التعدي لثبوت مسؤوليته ، ويكتفي بالفعل الضار لترتب مسؤولية عديم الاهلية .

٣- ان المشرع العراقي وان حاول جاهدا مجارة الفقه الاسلامي في مسلكه وتلقف قواعد ضمان الفعل منه الا انه ادخل تحويرا على ما استقر فيه الفقه الاسلامي من قواعد وهو تحوير يبدو في نواح ثلاث، اولهما ان المشرع العراقي اشترط التعمد او التعدي في الضمان خلافا للفقه الاسلامي الذي لم يشترط ايا منهما بالنسبة للمباشر وثانيهما ان المشرع العراقي الزم المتعمد او المعتدي بالضمان سواء كان مباشرا للفعل الضار او متسببا في احداث الضرر خلافا للفقه الاسلامي الذي جعل المباشر وحده ضامنا دون المتسبب ، وثالثهما ان المشرع العراقي اجاز اجتماع المباشر والمتسبب وقضى بتضامنها في المسؤولية اذ الزمهما بالضمان معا

خلافًا للفقهاء الإسلامي الذي لم يجز التكافل بينهما لأنه لم يسلم باجتماعهما، ويُلخص مما سبق بيانه الى القول ان الخطا التقصيري وفقا لاحكام القانون المدني العراقي هو الاخلال بالتزام قانوني يقتضي إتخاذ الحيطة واليقظة في السلوك ابتغاء عدم الاضرار بالغير ويبدو بصورة انحراف عن سلوك الشخص المعتاد المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية سواء كان اخلايا متعمدا او غير متعمد وسواء صدر من مميز او من عديم تمييز (1).

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز اقليم كردستان بقرارها (إن التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يتطلب التحقق من توافر أركانها من الخطأ والضرر والعلاقة السببية وهذا ما لم يحصل حيث إن مجرد التأخر عن إكمال معاملة الإطفاء لا يعد سببا للتعويض ما لم يكن التأخر بسبب إمتناع المدعي عليه إضافة لوظيفته بتعمد وبنية إرتكاب خطأً جسيماً) (2).

كما جاء في قرار اخر لها برقم (٣٧/الهيئة المدنية الاستئنافية /٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/٣/١٦ (ان الطبيب (المدعى عليه) لا يكون مسؤولاً عن نتائج عملية جراحية اضررت بالمريض (المدعى ،المميز) والتي انتهت بقطع ساقه الأيمن فوق الركبة الا اذا ثبت (أولاً) ان تلك العملية لم تعمل بحسب القواعد الطبية (ثانياً) انه حصل إهمال من الطبيب في أحد الإحتياطات التي تستدعيها حالة المريض توجبها أصول الفن الطبي عقب حصول العملية) (3) .

كما جاء في قرار اخر لها برقم (٤٧١/الهيئة المدنية الاستئنافية /٢٠١٧) (عندما ثبت ان الاضرار الملحقة بالمواد العائدة للمستأنف عليه كانت نتيجة اهمال وتقصير من المستأنف فيكون ضامناً للاضرار) (4) . كما قضت في قرار اخر لها برقم (٨٥٦/الهيئة المدنية الثانية / ٢٠١١) في ٢٠١١/١٢/١ (ان المحكمة حكمت بالتعويض للمدعي المصاب بعد ان استبعدت عنه مقدار ما يتناسب مع درجة اشتراكه في الخطا اثره في تقدير التعويض) (5).

(1) د. عبد المجيد الحكيم عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، المصدر السابق، ص ٢٢٠.

(2) قرار محكمة تمييز اقليم كردستان رقم (338/ الهيئة المدنية الاستئنافية /2020) غير منشور .

(3) سهروه علي جعفر، و جمال صدر الدين علي ، المختار من المبادئ القانونية للقرارات التمييزية في محاكم اقليم كردستان ، الطبعة الاولى ، مطبعة كاره ، سليمانية - ٢٠١٠ ، ص ٧٢ .

(4) ئامانج عارف كريم ، تحفة المحامي ، الشرح الوافي لمبادئ قضاء محكمة التمييز، مطبعة سرمد، ٢٠١٨، ص ٢٠٣

(5)، گهيلاني سيد احمد ، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان ، قسم المدني ، الجزء الاول ، اربيل ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٢ ، ص ٢٤٤ .

كذلك قضت محكمة تمييز العراق الاتحادية (تلتزم دائرة الكهرياء بالتعويض اذا كان الضرر نتيجة خطأ او تقصير ينسب اليها وعلى ضوء تقرير الخبراء) (1).
كما جاء في قرار اخر لها (يلتزم رب العمل (اضافة لوظيفته) عن تعويض الضرر في حالة عدم اتخاذ الحيطه والحذر لمنع وقوع الضرر عملا بالمادة (٢٣١) من قانون (2) .

المبحث الثاني

الضرر كأحد أركان المسؤولية التقصيرية

يشكل الضرر الركن الرئيس من أركان المسؤولية المدنية ، عقدية كانت ام تقصيرية واذا كان هناك تباين أو اختلاف في المواقف لدى الانظمة القانونية بصدد حقيقة اساس المسؤولية المدنية ، ولا سيما التقصيرية منها، فان هنالك إجماعا تاما بشأن ضرورة إشتراط تحقق الضرر لنهوض المسؤولية ، فهو يعد قوام نظرية

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٣٥٤/مدنية منقول / ٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/٥/١٨ ، النشرة القضائية ، العدد الثالث ،

تموز ٢٠١٠ ، المنشور على الموقع الالكتروني [mizan.aladalah](http://mizan.aladalah.com) ، تاريخ زيارة الموقع ٢٠٢٢/١٠/١٩ .

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٣٢٤/تعويض الضرر/٢٠٠٨) في ٢٠٠٨/٦/١١ ، المنشور على الموقع الالكتروني

www.hjc.iq/qanon/civilian ، تاريخ الزيارة الموقع ٢٠٢٢ / ١٠ / ١٩ .

الحماية القانونية المدنية المجردة ، ويعد بمثابة الشرارة الاولى التي ينبع منها البحث حول مدى نهوض المسؤولية المدنية من عدمه، فهو الذي يدور معها وجودا وعدمها ، ولا عبرة بمدى جسامه الخطا المرتكب من قبل شخص ما، ما لم يترتب على هذا الخطا ضرر ، وقد اورد جانب من الفقه عدة امثلة على ذلك ، منها اذا حاول سائق سيارة دعس شخص ولكنه لم يفلح ولم يصبه بالضرر ، فلا يحكم عليه بالتعويض لعدم وجود ضرر يعرض عنه (1).

سوف نتطرق في هذا المبحث الى ركن الضرر التقصيري في مطلبين، نتناول في المطلب الاول التعريف بالضرر كأحد اركان المسؤولية التقصيرية وانواعه وفي المطلب الثاني شروط الضرر.

المطلب الاول

التعريف بالضرر كأحد اركان المسؤولية التقصيرية وأنواعه

نقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الاول تعريف الضرر كأحد اركان المسؤولية التقصيرية، وفي الفرع الثاني نتطرق الى انواع الضرر .

الفرع الاول

التعريف بالضرر

يمكن تعريف الضرر بانه (هو الأذى الذي يصيب الشخص جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقا بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك).

(1) د. عبد المجيد الحكيم ، شرح القانون المدني نظرية الالتزام ، الجزء الأول، مطبعة نديم - بغداد ، (بدون ذكر سنة الاصدار)

لا يشترط ان يكون الحق الذي يحصل المساس به حقا ماليا بل يكفي ان يكون اي حق يحميه القانون كالحق في الحياة والحق في سلامة الجسم وحق الفكرية الشخصية بل أنه لا يشترط ان يكون المساس بحق يحميه القانون، ويكفي ان يقع على مصلحة للشخص ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة طالما إن هذه المصلحة مشروعة أي غير مخالفة للقانون كمصلحة من يعولهم الشخص دون الزام قانوني عليه في بقاء هذا الشخص على قيد الحياة (1) .

يعد الضرر ركنا أساسيا لقيام المسؤولية المدنية مهما كان نوعها ، ايا كان شكل الضرر ، فلا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية وقوع الفعل الضار ، بل لابد ان يترتب على الفعل الضرر، والا انتفت مصلحة المدعي من ممارسة دعوى المسؤولية ، وحتى يستحق المتضرر التعويض كجزاء لقيام المسؤولية التقصيرية ، لابد ان يثبت حصول الضرر، وقيام العلاقة السببية .

ووقوع الضرر مسالة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات، وهو مسألة موضوعية لارقابة لمحكمة التمييز عليها و ما يخضع لرقابتها هو تحديد شروط الضرر القابل للتعويض والمضروب هو الذي يتحمل عب إثبات الضرر(2) .

لا تقوم المسؤولية المدنية إذا انتفى الضرر بصرف النظر عن جسامه الخطا الذي اقترفه الفاعل فاذا قاد شخص سيارته بسرعة فائقة تزيد كثيرا عن السرعة القصوى التي يجيزها قانون المرور مثلا او التزم الجانب الايسر من الطريق ولكن دون أن يصيب أحداً بالأذى فلا تنهض المسؤولية المدنية ضده بالرغم من ان فعله هذه المخالفة يعاقب القانون عليها ، كما لو ان شخصا شرع في قتل اخر فاطلق عليه عيارا ناريا لم يصبه بأي أذى فانه لا يسال مدنيا لانتفاء الضرر على الرغم من ان هذا الفاعل قد يعاقب بعقوبة تصل الى حد السجن المؤبد ومن هنا قيل إن الضرر روح المسؤولية المدنية والعنصر الاساسي فيها (3) .

ويعد الضرر ركن من اركان العمل الغير المشروع اذ لا مسؤولية دون ضرر ، ولا تعويض الا بقدر الضرر، والأذى يكون اما ماديا يصيب المضروب في ماله كاتلاف أو تقويت فرصة، أو جسديا كاصابة الانسان في جسمه ، او معنويا كالم ينتج عن اصابة او مساس بشعور ينتج من اهانة او تقييد للحرية حبس

(1) د.عبد العزيز اللصامة ، المصدر السابق ، ص ٦٣.

(2) د. بشار ملكاوي والدكتور فيصل العمري ، مصادر الالتزام . الفعل الضار، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٦، ص ٧٠ .

(3) د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الضرر ، شركة التامس للطبع والنشر المساهمة ، بغداد 1991، ص ١٥٥.

دون وجه حق (1). وعبر الفقهاء المسلمون عن الضرر بالاستهلاك والافساد والاتلاف ، ولايكفي في الفقه الاسلامي لتحقيق المسؤولية ووجوب الضمان ان يقع التعدي بل لابد من حصول ضرر ناشىء عن هذا التعدي ، والاصل في اعتبار الضرر ماورد في الحديث النبوي الشريف (لاضرر ولا ضرار) ومعناه لا يضر الرجل اخاه ابتداء ولا جزاء ، وقد فرع الفقهاء المسلمون على هذا الحديث قواعد فقهية كثيرة منها (الضرر يزال ، والضرر لا يزال بالضرر ، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ويدفع الضرر الاشد بالضرر الاخف) ومعنى هذه القواعد مجتمعة : ان كل ضرر يجب دفعه والتعويض عنه ، الا اذا كان دفعه لا يتم الا بايقاع ضرر اخر على الضار او على شخص اخر ففي هذه الحالة لا يدفع الا في صورتين احدهما : ان يكون احد الضررين خاصا والاخر عاما فيدفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص ، وثانيهما ان يكون احد الضررين اكبر واشد من الاخر ، فيدفع الضرر الاشد بتحمل الضرر الاخف .

فالضرر في الفقه الاسلامي هو (الاذى الذي يصيب الشخص في كل ما حرمت الشريعة المساس به على الاخرين سواء كان في جسمه وماله او في عرضه وشرفه وكرامته ، او اي معنى من المعاني التي حرمت الشريعة الاعتداء عليها من قبل الاخرين) (2) .

اما بالنسبة للقانون المدني فانه لا يقيم وزنا لغير الضرر ، كقاعدة عامة ، فدعوى المسؤولية المدنية ليست بدعوى مجتمع وانما هي دعوى فرد من افراد المجتمع ، ولهذا فانها لا تكون مقبولة الا اذا توافرت فيها شروط كل دعوى خاصة ولعل من ابرز شروط الدعوى (وجود المصلحة) اذ لا دعوى من غير مصلحة ولا مصلحة اذا لم يكن هناك ضرر قد لحق المدعي (3) .

نظم القانون المدني العراقي المسؤولية التقصيرية في مواد (١٨٦ الى ٢٣٢) منه وبالرجوع الى تلك النصوص نجد انها تصرح في كثير منها بان التعويض ماهو الا ازالة الضرر الذي لحق بالدائن ، ومن هذه النصوص نص المادة (٢٠٢) والتي تنص على ان ((كل فعل ضار بالنفس من قتل او جرح او ضرب او اي نوع اخر من انواع الايذاء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر)) ، والمادة (٢٠٤) التي تنص على انه ((كل تعدي يصيب الغير باي ضرر اخر غير ما ذكر في المواد السابقة تستوجب التعويض)) ، ونصت المادة

(1) د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص ٢١٢ .

(2) عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، المكتبة الوطنية ، بغداد - ٢٠٠٧ ، ص ٢٩٥

(3) د. حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص ١٥٥ .

(٢٠٧) والتي تنص على انه ((١- تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب شرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع)). .
اذا لا مجال للشك مطلقا في ان الضرر ركن أساسي من اركان المسؤولية التقصيرية لا تنهض بدونه ابدأ.

الفرع الثاني

انواع الضرر

ينقسم الضرر الى نوعين مادي ومعنوي وسنتطرق الى الضرر المادي اولاً ، ومن ثم نتناول الضرر المعنوي
ثانياً .

اولا / الضرر المادي .:

الضرر المادي هو (كل اخلال بمصلحة مالية مشروعة للمضرور) (1)، مثال ذلك كالأضرار الناتجة عن حوادث السيارات فقد ينتج عنها وفاة شخص وهو يعبر الطريق او اصابته بكسور او اعاقه ما او تؤدي الى الأضرار بالاموال فقط ، فيما لو صدمت سيارة منزل احد الاشخاص او سيارته او قد ينتج عنها اصابة الاشخاص والاموال بالضرر معا ، ويتحقق ذلك فيما لو قطع سائق سيارة الشارة الضوئية فاذا به يصدم سائق سيارة اخرى له حق المرور ، مما يؤدي الى تدهور سيارة الاخيرة واصابته باضرار بليغة في جسمه .

فالضرر المادي عموما اما ان يكون في صورة اذى يصيب الانسان في سلامة جسمه وحياته فيكيف بالضرر الجسدي ، او في صورة مساس بحق او مصلحة مالية للانسان فيكون له تاثير على ذمته او موارده او يحرمه من فائدة او ميزة ذات قيمة مالية ، او يكبل بتكاليف وأعباء نتيجة هذا المساس(2).

ومن بين الأضرار التي يجب تقديرها الضرر الناجم عن العجز المؤقت والتعطيل عن العمل وكذلك الضرر الناجم عن العجز الجزئي الدائم الناجم عن فقد عضو من اعضاء الجسم كما تاخذ المحكمة بتقدير الضرر الناجم عن الألام الجسدية والمعنوية التي تسبب بها الحادث سواء كانت هذه الألام ناجمة عن التشوه الخلقي او الجمالي، اما الضرر الناجم عن القتل فهو يشمل بالإضافة الى التعويض عن فقدان الحياة والذي يدخل ضمن تركة المتوفي ويوزع على ورثته ، الضرر المادي الذي أصاب الغير او ما يسمى بالضرر المرتد جراء فقدانهم معيهم الوحيد على ان يتم اثبات ذلك من قبل المدعي المتضرر بانه اصاب في مصلحة مشروعة يفقده ذلك الشخص (3) .

اما الضرر المادي الذي يصيب الاموال او مايسمى بالضرر الاقتصادي اي الذي يصيب الذمة المالية كالحاق التلف بمال الغير او انقاص من قيمته نتيجة لذلك الضرر او حرق او هدم منزل الغير او سرقة امواله ، فمثل هذا الضرر من السهولة تقدير جسامته وذلك عن طريق معرفة قيمة الشيء الذي اصابه التلف بفعل المسؤول حيث يعتبر الضرر مساويا لهذه القيمة اذا كان التلف كلياً او اصبح الشيء عديم الفائدة ويقدر الضرر بحسب المبلغ اللازم لإصلاحه إن كان الشيء قابلاً للإصلاح .

(1) د. محمد جلال حسن الاتروشي ، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم ، الطبعة الاولى ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص ١٥٠ .

(2) ناصر محمد عبد الله سلطان ، المسؤولية عن فعل الأشياء التي تتطلب عناية خاصة والالات الميكانيكية ، الطبعة الاولى منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ١٥٥ .

(3) د. عبد العزيز اللصاصمة ، المصدر السابق ، ص ٦٦ .

كما يمكن ان يكون الضرر في نقص قيمة الشيء الاقتصادية دون ان يصيبه تلف مادي ، كما هو الحال اذا تسبب الحادث باضرار جزئية للسيارة اذ في هذه الحالة ينقص من قيمتها الاقتصادية عند البيع في المستقبل(1) .

ثانيا /الضرر الادبي :

وقد عرفه واضعو مشروع القانون الفرنسي الايطالي للالتزامات والعقود في المذكرة الايضاحية بانه (الضرر الذي لايمس الذمة المالية وانما يسبب فقط الما معنويا للمتضرر) (2) .

كما عرف ايضا بأنه (الضرر الذي يصيب الشخص في حريته او عرضه او شرفه او سمعته او في مركزه الاجتماعي من حيث نظرة المجتمع) (3) .

او (هو الضرر الذي لايصيب الشخص في ماله بل يصيبه في شرفه او سمعته او عاطفته او في مركزه الاجتماعي ، بعبارة شاملة هو مايصيب الانسان من الم او حزن او حرمان ، كالكذب والسب والتشهير وايداء السمعة وغير ذلك (4).

ويمكن القول ان الضرر الأدبي هو كل مساس بالقيم الادبية للانسان ، وعليه فان كل مساس بالقيم الادبية للانسان كالشرف، والاعتبار الشخصي والسمعة والكرامة والعاطفة يمثل ضررا ادبيا.

ويمكن ارجاع الضرر الادبي الى احوال معينة.

١-ضرر ادبي يصيب الجسم ، فالجروح والتلف الذي يصيب الجسم والالم الذي ينجم عن ذلك وما قد يعقب من تشويه في الوجه او في الاعضاء او في الجسم بوجه العام كل هذا ان يكون ضررا ماديا وادبيا اذا نتج عنه انفاق المال في العلاج او نقص في القدرة على كسب المادي .

(1) د. عبد العزيز اللصاصمة ، المصدر السابق ، ص ٦٦ .

(2) د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١ ص ٦٩ .

(3) د. يوسف محمد عبيدات ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة عمان، ٢٠٠٨ ص ٣٢٣ .

(4) د . غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف،بغداد، ١٩٧١ ص ٤٦٣ .

٢- ضرر ادبي يصيب الشرف والاعتبار والعرض ، فالقذف والسب وهتك العرض وايداء السمع بالثقولات والتخرصات والاعتداء على الكرامة ، كل هذه الاعمال تحدث ضررا ادبيا .

٣- الضرر الادبي يصيب العاطفة والشعور والحنان ،فانتزاع الطفل من حضن امه وخطفه ، والاعتداء على الاولاد او الام او الاب او الزوج او الزوجة ، كل هذه الاعمال تصيب المضرور في عاطفته وشعوره وتدخل الى قلبه الغم والاسى والحزن .

٤- ضرر ادبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له ، فاذا دخل شخص ارضا مملوكا لآخر بالرغم من معارضته ، جاز لهذا الشخص ان يطالب بتعويض عما اصابه من الضرر الادبي من جراء الاعتداء على حقه ، حتى لو لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء (1) .

وقد تطرقت المادة(٢٠٥) من القانون المدني الى الضرر الادبي حيث نصت على انه ((١-يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك فكل تعد على الغير في حرته او في عرضه او في شرفه او في سمعته او في مركزه الاجتماعي او اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولا عن التعويض))

المطلب الثاني

شروط الضرر

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٩٨١.

لكي يصلح الضرر اساسا للتعويض لابد من توافر الشطرين الاول ان يكون الضرر مباشرا ، والثاني ان يكون محققا ، وسوف نتحدث عن كا الشطرين في فرعين ، نتحدث عن الضرر المباشر في الفرع الاول ، ونتناول الضرر المحقق في الفرع الثاني .

الفرع الاول

الضرر المباشر

الضرر المباشر هو (الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او التأخر عن الوفاء به)⁽¹⁾ وقد اشارت اليه الفقرة الاولى من المادة (٢٠٧) من قانون المدني العراقي بقولها ((تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر مالحق المتضرر من ضرر ومافاته من كسب بشرط ان يكون هذه نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع))، والضرر المباشر اما ان يكون متوقعا او غير متوقع ، ويلتزم المدين في نطاق العمل غير المشروع بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع لان القانون يلزم بالتعويض عن كل ضرر نتيجة طبيعية لعمله غير المشروع .

والضرر المتوقع هو ما كان محتمل الحصول ممكنا توقعه فهو بهذه المثابة يكون ضررا مباشرا ، ويمكن القول بان كل ضرر متوقع يكون ضررا مباشرا ، ولكن ليس كل ضرر مباشر ضررا متوقعا فمن الاضرار المباشرة ما ليس محتمل الحصول ولايمكن توقعه .

اما الضرر غير المباشر هو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي احدث الضرر، فتقطع العلاقة السببية بينه وبين الخطا ولايكون المدعي عليه مسؤولا عنه⁽²⁾، مثال على ذلك لو اعتدى شخص على اخر بالضرب واصابه بعاهه وحزن عليه والده ومات فان ما اصاب الشخص من عاهة وماتكبهه من نفقات وما تحمله من تعطل عن العمل يعتبر ضررا يجب التعويض عنه ولكن موت الاب يعتبر ضرر غير المباشر ولايجوز الحكم بالتعويض عنه وهذا يعني ان مايمكن التعويض عنه من ضرر يكون نتيجة مباشرة للإخلال بالالتزام فرضه القانون عليه بعدم الأضرار بغيره.

وهناك اراء كثيرة في التمييز بين الضرر المباشر والضرر الغير مباشر ومنها ما يذهب الى ان الفكرة الوحيدة التي يمكن الاعتماد عليها التفريق بين الضررين ، هي درجة احتمال وقوع الضرر ، أي درجة التوقع الطبيعي

(1) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص ٢١٢

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص ١٠٣٧ .

للضرر انطلاقاً من الخطأ ، وراي اخر يذهب الى ان الضرر المباشر هو الاثر او النتيجة الحتمية او الضرورية للخطأ⁽¹⁾.

ويقاس الضرر المتوقع او غير المتوقع بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي او شخصي بمعنى انه اذا ما اريد معرفة طبيعة الضرر الواقع بالفعل وهل هو ضرر متوقع او غير متوقع فانه ينبغي النظر وانما ينظر الى مدين عادي او شخص عادي اكتنفته نفس الظروف التي اكتنفت المدين واحاطت به، وليس الشخص المدين بالذات ⁽²⁾.

وترتب على هذا ان تقلبات الاسعار وارتفاعها بشكل غير طبيعي في أعقاب الحروب أو خلال إضطراب الامن والنظام او في سنة قحط وجفاف ، يعتبر امراً متوقعا ، لان المدين العادي يتوقع حدوث مثل هذه الاثار وعلى هذا الاساس يسأل الناقل الذي تأخر في إيصال البضاعة وتسليمها عن الاضرار التي تلحق الدائن من جراء إنخفاض أسعارها في مثل هذه الظروف .

الفرع الثاني

الضرر المحقق

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر ، المصدر السابق ، ص ٣٠٢.

(2) د.حسن علي ذنون ،المبسوط في المسؤولية المدنية ، المصدر السابق ، ص 241.

ويقصد بالضرر المحقق ان يكون الضرر المدعي به ثابتا على وجه اليقين والتاكيد⁽¹⁾ ، بحيث يكون القاضي واثقا من ان طالب التعويض كان سيكون في وضع افضل لو ان المدعي عليه لم يرتكب الفعل الذي ترتب عليه مسؤوليته ويستوي بعد ذلك أن يكون الضرر حالا بان يكون قد وقع بالفعل او سيقع حتما في المستقبل فلا مجال اذا للتمييز بين هذين النوعين من الضرر مادام وجود كل منهما أمرا محققا .
ويكون الضرر محققا او مؤكدا في حالتين ::

١- اذا كان حالا ، اي اذا كان الاخلال حصل فعلا ، اي كان موجودا وقت رفع دعوى المسؤولية .
٢- اذا كان وقوعه في المستقبل محتما ، فيعتبر هذا الضرر محققا رغم انه ضرر مستقبلي وليس حالا⁽²⁾ مثال ذلك ان يصاب شخص بعاهة تعجزه ، عن العمل عجزا ابديا ففي هذه الحالة يستحق هذا الشخص تعويضا ليس من العاهة التي اصابته فعلا فحسب بل وعن الضرر الذي يصيبه نتيجة عجزه عن العمل في المستقبل فهذا مؤكدا .

فالضرر المحقق مستقبلا هو ضرر تحققت اسبابه وتراخت نتائجه كلا او بعضا الى المستقبل فهو محقق الوقوع مادام وجوده في المستقبل لم يكن محل شك⁽³⁾، فالحروق الحادثة من الاشعة التي تبدو او الامر هينة ثم تتمخض عنه ضرر جسيم في المستقبل يتخذ صورة تشويه جسم المصاب ، او اصابة العامل الذي يقعه عن العمل فهو محقق بإمكان القاضي الحكم بالتعويض عنه ، اما اذا كان غير ممكن لعدم التاكيد من مقداره فبوسع القاضي الحكم بالتعويض عن الضرر الحال مع الاحتفاظ للمتضرر بحقه في الرجوع اليه خلال مدة معينة .

وقد نصت اغلبية القوانين على هذا المبدأ منها القانون العراقي حيث نصت في المادة (٢٠٨) منه انه على ((اذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديدا كافيا فلها ان تحتفظ للمتضرر بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة باعادة النظر في التقدير)).

واما اذا تناقص الضرر بعد الحكم بالتعويض كما لو قضي بالتعويض عن عاهة باليد لعوق قدرتها عن العمل ثم زالت هذه العاهة ، فانه لايجوز للمسؤول (المدعي عليه) ان يطالب باعادة النظر في التعويض

(1) د.سعدون العامري ، المصدر السابق ،ص١٤ .

(2) د . محمد لبيب شنب ، المصدر السابق ،ص٣٣٦ .

(3) د . حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت -٢٠١٧، ص٤٢ .

لانقاصه، ذلك ان الحكم الذي قضى بالتعويض قد حاز فيما فصل فيه من تقدير الضرر وتعويضه قوة الشيء المحكوم به ، ولا طريق له الا عن طريق طعن بالطرق العادية وفق اوضاعها القانونية (1) .

اما الضرر الاحتمالي او المحتمل اذا كان القاعدة ان الضرر المستقبل يستوجب التعويض مادام محققا فان الضرر المحتمل وهو ضرر غير محقق الوقوع، قد يقع وقد لا يقع فلا يعوض الا اذا وقع فعلا ، مثال ذلك الارملة التي تطلب التعويض لأن زوجها الذي قتل في الحادث كان سيحصل في المستقبل على أجور عالية ، وكذلك الضرر الذي يدعيه الورثة من ان مورثهم الذي مات بحادث لم يعد بإمكانه إدخار الإيراد الذي كان مقررا له مدى حياته .

اما بالنسبة الى الضرر الحاصل للفرد في تفويت فرصة الحصول على ربح او فائدة ، فهل يعتبر تفويت الفرصة ضررا محققا يجب التعويض عنه ام ضررا محتملا لا يعوض عنه ؟ مثال ذلك ان تعلن جهة من الجهات عن عقد مسابقة للتعيين في الوظائف الخالية بها وتدعو الراغبين الى تقديم طلباتهم معلنة انها ستخطرهم بموعد عقد المسابقة ثم تهمل في إخطار احد المتقدمين فتضيع عليه فرصة أداء المسابقة ، ففي الواقع ان المتقدم للمسابقة لا يستطيع المطالبة بتعويضه عن عدم تعينه في الوظيفة الخالية ، لأن فوزه في المسابقة امر محتمل لا مؤكد ، فيكون الضرر الذي يشكو منه ضررا محتملا غير محقق .

ولكن من الثابت ايضا ان الجهة التي اعلنت المسابقة قد فوتت على الشخص فعلا فرصة اداء المسابقة وبالتالي فرصة الفوز ، ويعتبر ذلك في حد ذاته ضررا وهو ضرر حال محقق ، فيستحق التعويض عنه (2) . كذلك اذا اهمل محام في استئناف حكم صدر ضد مصلحة موكله فانه يضيع فرصة كسب هذا الاستئناف ، ويعتبر ذلك ضررا محققا يستطيع الشخص المطالبة بالتعويض عنه ، ولكنه لا يستطيع ان يطالب بتعويضه عما كان سيحكم له لو انه كسب الاستئناف ، لان ذلك كان امرا محتملا لا محققا ، فتفويت الفرصة الكسب يعتبر بحد ذاته ضررا محققا وان كان الكسب ذاته غير محقق ، واستقر قضاء محكمة التمييز على الحكم بالتعويض عن فوات الفرصة .

سوف نورد عددا من القرارات القضائية الصادرة من محكمتي تمييز الاتحادية والكوردستانية حول موضوع الضرر التقصيري ، حيث قررت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها بصدد التعويض عن الخيانة

(1) د. بشار ملكاوي والدكتور فيصل العمري ، المصدر السابق ، ص ٧٣.

(2) د. محمد لبيب شنب ، المصدر السابق ، ص ٣٣٧.

الزوجية (بانها كل تعد في حريته او في عرضه او شرفه او سمعته او مركزه الاجتماعي او اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض) (1) .

جاء في قرار اخر لها انه (على المحكمة ان تحكم في المسؤولية التقصيرية عن الضرر المباشر سوا كان متوقعا او غير متوقع) (2) .

كما قضت في قرار اخر ب(يلزم المدعي عليهم بالتعويض اذا ثبت اعتدائهم على المدعى بالتهديد بحكم جزائي) (3).

وقد قضت في قرار اخر ب (ان التعويض المطالب به لا يعد تركة حتى يصار توزيعه وفق الانصبة الشرعية للورثة وانما هو لجبر الضرر المادي والادبي الذي اصابهم) (4) .

وكذلك بالنسبة لمحكمة تمييز اقليم كوردستان في قرار لها حول التعويض الادبي (ان القاصرة تستحق التعويض الادبي لان حادثة وفاة والدها ستترك في نفسها لوعة وحسرة وتسبب لها الاما واشجانا وتعاني من ذل اليتيم مم يتعين الحكم لها بالتعويض الادبي اضافة للتعويض المادي المحكوم به لها) (5).

(1)، قرار محكمة تمييز الاتحادية المرقم (٩٨٩/ الهيئة المدنية /٢٠٢٢) في ٢٠٢٢/٢/٢ ، والمنشور على موقع مجلس القضاء الاعلى والمتوفر على الموقع الالكتروني www.hjc.iq/qview، تاريخ زيارة الموقع (٢٠٢٢/١٠/١٨).

(2)، قرار محكمة تمييز الاتحادية المرقم (٢١٢/٢١٣ / الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٨) في ٢٠١٨/٧/١١ ، والمنشور على نفس الموقع الالكتروني، تاريخ الزيارة الموقع ٢٠٢٢/١٠/١٨ .

(3)، قرار محكمة تمييز الاتحادية المرقم (٤٦٥ / تعويض /٢٠٠٨) في ٢٠٠٨/٩/١٣ ، المصدر نفسه، تاريخ الزيارة الموقع ٢٠٢٢/١٠/١٨ .

(4)، قرار محكمة تمييز الاتحادية المرقم (٣٨٤ / الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠٢١) في ٢٠٢١/٢/٧ ، المصدر نفسه .

(5) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم (١٧٣/ الهيئة المدنية الاستئنافية /٢٠١٠) في ٢٠١٠/٦/١٤ ، كيلاني سيد

احمد ، المصدر السابق ، ص ٣٣٧ .

الخاتمة

بعد أن انتهينا من كتابة بحثنا هذا بتوفيق من الله وعونه، رأينا من الضروري ان نختمها بأهم ما توصلنا اليه من الاستنتاجات والمقترحات .

اولا / الاستنتاجات

١- ان القانون المدني لم يشترط التمييز في ترتيب الضمان في المادة (١٩١) منه على الرغم من اشتراط عنصر التعمد والتعدي كما جاء في المادة (١٨٦) وفي هذه المادة تقرر مسؤولية عديم الاهلية او ناقصها مطلقا، ولكن المشرع بتقرير هذا الحكم وقع في شيء من عدم المنطق فبينما هو لا يقرر مسؤولية البالغ الا اذا كان متعمدا او متعديا، اذا به يقرر مسؤولية عديم الاهلية او ناقصها من غير ان يشترط هذا الشرط فيكون بذلك قد عامل الشخص البالغ الكامل الاهلية معاملة اخف من معاملة عديم الاهلية او ناقصها ، حيث ان المشرع جعل مسؤولية عديم التمييز مسؤولية اصلية وان كانت مخففة فهي مسؤولية اصلية لان الصبي غير المميز ومن في حكمه يلزم بالضمان من ماله واذا تعذر الحصول على التعويض من ماله دفعه الولي او من القيم او الوصي ويمكن لاي من هؤلاء الرجوع عليه بما دفعه ولكنها مسؤولية مخففة ، لان على المحكمة عند تقدير التعويض ان تقضي على غير المميز بتعويض عادل تراعي فيه الوضع المالي لكل من عديم التمييز والمضروب ، كما يراعي فيه جسامه الضرر دون ان يتعين عليها الحكم عليه بتعويض قانوني كامل.

٢- ان المشرع العراقي وقع في تناقض فهو اشترط التعمد والتعدي لقيام المسؤولية التقصيرية في المادة (١٨٦) من قانون المدني العراقي التي جاءت بحكم عام ولكنه حمل عديم التمييز المسؤولية طبقا للمادة (١٩١) من قانون المدني ، والتعمد هو اقرار الفعل بقصد الاضرار، والتعدي هو صدور الفعل الصادر من اهمال وعدم حيطة وكلاهما يفترضان التمييز في الفاعل الضار لانهما يعنيان الخطأ والخطا لايمكن ان ينسب لعديم التمييز اذا كان المشرع يعتبر الخطأ في المادة ١٨٦ هو احد عنصريه هو الادراك والتمييز كقاعدة عامة ويحمل عديم التمييز المسؤولية عن فعله الضار غير مكترث بعنصر الخطا في المادة (١٩١) فان التناقض يبدو واضحا في مسلكه فكانه بمقتضى هذين النصين قد عامل الشخص البالغ معاملة اخف من معاملة عديم الاهلية او ناقصها لانه يتطلب في كامل الاهلية التعمد او التعدي لثبوت مسؤوليته ، ويكتفي بالفعل الضار لترتب مسؤولية عديم الاهلية .

٣- ان المشرع العراقي وان حاول جاهدا مجازاة الفقه الاسلامي في مسلكه وتلقف قواعد ضمان الفعل منه الا انه ادخل تحويرا على ما استقر عليه الفقه السلامي من قواعد وهو تحوير يبدو في ثلاث نواح، اولها ان

المشرع العراقي اشترط التعمد او التعدي في الضمان خلافا للفقهاء الاسلامي الذي لم يشترط ايا منهما بالنسبة للمباشر وثانيها ان المشرع العراقي الزم المتعمد او المتعدي بالضمان سواء كان مباشرا للفعل الضار او متسببا في احداث الضرر خلافا للفقهاء الاسلامي الذي جعل المباشر وحده ضامنا دون المتسبب ، وثالثها ان المشرع العراقي اجاز اجتماع المباشر والمتسبب وقضى بتضامهما في المسؤولية اذ الزمهما بالضمان معا خلافا للفقهاء الاسلامي الذي لم يجز التكافل بينهما لانه لم يسلم باجتماعهما .

ثانيا / المقترحات:

١- ان يقر المشرع العراقي بحقيقة ان المسؤولية المدنية تقام على فكرة الخطا اخذا بنظر الاعتبار ماقرته النظرية الشخصية في اساس المسؤولية المدنية بحيث يقوم بتعديل المادة (١٨٦) من قانون المدني بعدم استخدام مصطلح المتعمد كشرط لضمان المتسبب وذلك لينسجم ويتطابق مع نظرية الضمان في الفقه الاسلامي .

٢- تعديل نص المادة (٢٠٥) من قانون المدني واعادة صياغتها بالشكل الاتي (١)-يشمل التعويض الناشيء عن المسؤولية المدنية الضرر المعنوي بكافة صوره ٢-يستحق التعويض عن المسؤولية المعنوية للمتضرر المباشر واقاربه حتى الدرجة الرابعة وكل من يعيله المصاب ٣-لا ينتقل التعويض عن الضرر المعنوي الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق او طالب به المتضرر امام القضاء) .

٣-وضع نظرية متكاملة بالحماية المدنية في القانون المدني بوصفها الوسيلة الوحيدة لضمان حصول المتضرر على حقه في التعويض خصوصا في الحالات التي تعجز المسؤولية المدنية الى تحقيق هذا الهدف وذلك عند عدم امكان نسبة الخطا الى محدث الضرر ، كان يكون صغيرا غير مميزا او مجنونا ، او ان يكون الضرر ناتجا عن الكوارث الطبيعية ، كالزلازل والفيضانات والاعاصير والبراكين وغيرها او عندما يكون الضرر ناشئا عن عمليات ارهابية من قبل اشخاص مجهولين .

المصادر

* /القرآن الكريم

اولا / الكتب والمؤلفات القانونية

١- امانج عارف كريم ، تحفة المحامي ، الشرح الوافي لمبادئ قضاء محكمة التمييز ، مطبعة سرمد ، ٢٠١٨ .

- ٢- د. بشار ملكاوي والدكتور فيصل العمري ، مصادر الالتزام . الفعل الضار، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر ،عمان ، ٢٠٠٦ .
- ٣- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، احكام الالتزام ، المكتبة القانونية ،بغداد ، ٢٠١٢ .
- ٤- د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الاول ، في مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠ .
- ٥- د. حسن حنتوش رشيد الحساوي ، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية ، دراسة مقارنة الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠١٧ .
- ٦- سروهر علي جعفر، و جمال صدر الدين علي ، المختار من المبادئ القانونية للقرارات التمييزية في محاكم اقليم كردستان ، الطبعة الاولى ، مطبعة كاره ، السليمانية - ٢٠١٠ .
- ٧- د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد - ١٩٨١ .
- ٨- د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني ، نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت، ٢٠٠٩ .
- ٩- د. عبد المجيد الحكيم ، شرح القانون المدني نظرية الالتزام ، الجزء الأول ، مطبعة نديم ،بغداد ،سنة النشر (غير مذكور).
- ١٠- د. عبدالمجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، في مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠ .
- ١١- د. عبد العزيز اللصاصمة ، المسؤولية المدنية التقصيرية ، الفعل الضار ، اساسها وشروطها ، الطبعة الاولى ، الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ، ٢٠٠٢ .
- ١٢- د. عصمت عبدالمجيد بكر ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، المكتبة القانونية ، بغداد- ٢٠٠٧ .
- ١٣- د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد- ١٩٧١ .
- ١٤- د. فرهاد حاتم حسين ،عوارض المسؤولية المدنية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ٢٠١٤ .

- ١٥- كيلاني سيد احمد ،كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان ،قسم المدني ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ،اريل ،٢٠١٢
- ١٦ د. محمد جلال حسن الاتروشي ، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم ، الطبعة الاولى ، دار الحامد للنشر والتوزيع ،عمان ، ٢٠٠٨.
- ١٧- د. محمد حسين علي الشامي ، ركن الخطا في المسؤولية المدنية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٠م
- ١٨- د. محمد سليمان الاحمد ،الخطا وحقيقة اساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ، الطبعة الاولى ، مكتبة التفسير للنشر والاعلان ، اربيل، ٢٠٠٨.
- ١٩- د. محمد لبيب شنب ،دروس في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام دارالنشر(غيرمذكور)، سنة ١٩٨٩ .
- ٢٠- موفق البياتي ، شرح المتون ، الموجز المبسط في شرح القانون المدني العراقي ، القسم المدني ، مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢.
- ٢١- ناصرمحمد عبد الله سلطان ، المسؤولية عن فعل الاشياء التي تتطلب عناية خاصة والالات الميكانيكية الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٥.
- ٢٢- د. يوسف محمد عبيدات ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان، ٢٠٠٨.

ثانيا/ المبادئ والقرارات القضائية

- ١- قرار محكمة تمييز اقليم كردستان رقم (338/ الهيئة المدنية الاستئنافية /2020) (غير منشور) .
- ٢-القرارات القضائية المنشور على موقع مجلس القضاء الاعلى والمتاح على الموقع الالكتروني www.hJc. iq/qview تاريخ زيارة الموقع (٢٠٢٢/١٠/١٨) .
- أ- قرار محكمة تمييزالاتحادية المرقم (٩٨٩/ الهيئة المدنية /٢٠٢٢) في ٢٠٢٢/٢/٢
- ب- قرار محكمة تمييزالاتحادية (٢١٢/٢١٣ / الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٨) في ٢٠١٨/٧/١١.
- ج- قرار محكمة تمييزالاتحادية المرقم (٤٦٥ / تعويض /٢٠٠٨) في ٢٠٠٨ /٩/١٣.
- د- قرار محكمة تمييزالاتحادية المرقم (٣٨٤/ الهيئة الاستئنافية منقول /٢٠٢١) في ٢٠٢١/٢/٧.
- 3- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٣٥٤/مدنية منقول /٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/٥/١٨ ، النشرة القضائية ،العدد الثالث، تموز ٢٠١٠ ، المنشور على موقع مجلس القضاء الاعلى والمتاح على الموقع الالكتروني mizanaladalah.com ، تاريخ زيارة الموقع ٢٠٢٢/١٠/١٩ .

5-قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٣٢٤/تعويض الضرر/٢٠٠٨) في ١١/٦/٢٠٠٨ ، المنشور على موقع مجلس القضاء الاعلى والمتاح على الموقع الالكتروني www.hjc.iq/qanon/civilian ، تاريخ الزيارة الموقع ١٩/١٠/٢٠٢٢ .

ثالثا/ القوانين

قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .

الفهرست

١	المقدمة
3	المبحث الاول/الخطا التقصيري كاحد اركان المسؤولية

3	المطلب الاول / التعريف بالخطا التقصيري وانواعه
4	الفرع الاول / التعريف بالخطا التقصيري
6	الفرع الثاني / انواع الخطا التقصيري
10	المطلب الثاني / اركان الخطا التقصيري
10	الفرع الاول / الركن المادي او التقصيري
13	الفرع الثاني / الركن المعنوي او التقصيري
17	المبحث الثاني / الضرر كاحد المسؤولية التقصيرية
17	المطلب الاول / التعريف بالضرر كاحد اركان المسؤولية التقصيرية وانواعه
18	الفرع الاول / التعريف بالضرر
21	الفرع الثاني / انواع الضرر
24	المطلب الثاني / شروط الضرر
24	الفرع الاول / الضرر المباشر
26	الفرع الثاني / الضرر المحقق
29	الخاتمة
31	المصادر