



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ذي قار

كلية القانون

# فكرة التعويض العقابي وأثرها في المسؤولية المدنية

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة ذي قار

كجزء من متطلبات نيل درجة الماجستير من قبل الطالب

مها ناجي جاسم

بإشراف الأستاذ الدكتور

ظافر حبيب جبارة

أستاذ القانون المدني

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(أَفَمَنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَى تَقْوَىٰ مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانٍ  
خَيْرٌ أَم مَّنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَىٰ شَفَا جُرُفٍ هَارٍ فَانَهَارٍ  
بِهِ فِي نَارِ جَهَنَّمَ ۖ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ)

صدق الله العظيم

سورة التوبة

الآية: ١٠٩

الإهداء..

اخترعت الكتابة حينما كان غيري يأكل عشب البراري....

صنعت العجلة حينما كان غيري حافيا يجوب الصحاري...

بنيت المسلات والقصور حينما كان غيري يسكن الحواري....

أنا ٧٠٠٠ سنة من القوانين والأنظمة والمدن والقرى والزراعة والصناعة...

أنا قارئ النجوم ومؤسس العلوم....

أنا سومر, بابل, انور, شمش, كلكامش, عشتار...أنا العراق

إلى وطني.....العراق

إلى كل لحظة مقاومة للخلايا الخبيثة التي تعيش بداخلك وأعلنت الحرب عليها.....

إلى صبرك العظيم على كل جرعة كيميائية منحتك القوة والضعف للاستمرار والعيش....

إلى....والدتي

مها

**شكر وتقدير**

اللهم لك الحمد حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه, ملء السموات وملء الأرض, وملء ما شئت من بعد,  
أشكرك رب على نعمك التي لا تعد, وآلائك التي لا تحد.

ثم أتوجه بالشكر إلى من رعاني طالباً ومعداً لهذا البحث أستاذي ومشرفي الفاضل الأستاذ الدكتور  
ظافر حبيب جبارة الذي له الفضل – بعد الله تعالى – على البحث والباحث مذ كان الموضوع عنواناً  
وفكرة إلى أن أصبح بحثاً ورسالة, فله مني الشكر كله والعرفان.

وأتوجه بالشكر الجزيل والثناء إلى السيد رئيس قسم القانون الخاص الاستاذ المساعد الدكتور(أياد  
مطش رصيهود) الذي كان نعم المعين والموجه, فجزاه الله عني خيراً, وأشكر اعترافاً بالفضل أستاذة كلية  
القانون وعمادتها وأخص منهم بالثناء أستاذة القسم الخاص في السنة التحضيرية كل من: الاستاذ  
الدكتور(طارق كاظم عجیل) والأستاذ المساعد الدكتور(حسام عبد الواحد كاظم) والأستاذ المساعد  
الدكتور(مرتضى جمعة عاشور) والأستاذ المساعد الدكتور(عماد حسن سلمان).

وأقدم بشكري الجزيل إلى أساتذتي الموقرين في لجنة المناقشة رئاسة وأعضاء لتفضلهم عليّ  
بقبول مناقشة هذه الرسالة, فهم أهل لسد خللها وتقويم معوجها والإبانة عن مواطن القصور فيها, سائلة  
المولى أن يثيبهم خيراً.

كما أشكر زملائي والاخوة الذين قدموا لنا العون على إكمال هذه الرسالة جميعاً ولاسيما موظفي  
مكتبة كلية القانون في جامعة ذي قار لحسن تعاملهم وأخلاقهم الفاضلة وأخص منهم الست(أمل جعفر  
عيسى).

وأخيراً اشكر كل من ساعدني وأعانني على إنجاز هذا البحث, فلهم في النفس منزلة وإن لم يسعف  
المقام ذكرهم, فهم أهل الفضل ومحل الشكر.

الباحثة

## المحتويات

| الموضوع | الصفحة |
|---------|--------|
| المقدمة | ١      |

|    |                                                                                                 |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ٦  | <b>الباب الاول: فكرة التعويض العقابي في القانون الانكليزي</b>                                   |
| ٧  | <b>الفصل الاول: مفهوم التعويض العقابي</b>                                                       |
| ٧  | المبحث الاول: تعريف التعويض العقابي والخصائص المميزة له                                         |
| ٧  | المطلب الاول: تعريف التعويض العقابي                                                             |
| ١٢ | المطلب الثاني: الخصائص المميزة له                                                               |
| ١٩ | المبحث الثاني: التطور التاريخي لفكرة التعويض العقابي                                            |
| ١٩ | المطلب الاول: الصورة التقليدية لفكرة التعويض العقابي في الشرائع القديمة                         |
| ٢٠ | الفرع الاول: التعويض العقابي في شريعة حمورابي                                                   |
| ٢٣ | الفرع الثاني: التعويض العقابي في القانون الروماني                                               |
| ٢٤ | المطلب الثاني: الصورة الحديثة لفكرة التعويض العقابي في القوانين الانكلوامريكية                  |
| ٢٤ | الفرع الاول: التعويض العقابي في القانون الانكليزي                                               |
| ٢٨ | الفرع الثاني: التعويض العقابي في القانون الامريكي                                               |
| ٣١ | المبحث الثالث: الوظيفة المزدوجة للمسؤولية المدنية بأعمال فكرة التعويض العقابي                   |
| ٣٧ | <b>الفصل الثاني: مواطن تبني فكرة التعويض العقابي في القانون الانكليزي والمشكلات التي تثيرها</b> |
| ٣٧ | المبحث الاول: مواطن تبني فكرة التعويض العقابي في القانون الانكليزي                              |
| ٣٧ | المطلب الاول: اختلال التوازن الاقتصادي والمعرفي بين شخص المسؤول والمضرور                        |
| ٣٨ | الفرع الاول: مسؤولية المنتج                                                                     |
| ٤١ | الفرع الثاني: الخطأ المربح                                                                      |
| ٤٥ | المطلب الثاني: انتهاكات الحق في الخصوصية                                                        |
| ٤٨ | المبحث الثاني: المشكلات القانونية التي تثيرها فكرة التعويض العقابي                              |
| ٤٨ | المطلب الاول: مدى جواز التأمين من التعويض العقابي                                               |

|     |                                                                                 |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------|
| ٥٢  | المطلب الثاني: المعايير التي تسترشد بها المحكمة في تقدير التعويض العقابي        |
| ٥٥  | الفرع الاول: معيار مضاعفة التعويض                                               |
| ٥٧  | الفرع الثاني: معيار مقدار الربح العائد على المدعى عليه                          |
| ٥٩  | الفرع الثالث: الحد الاقصى للتعويض العقابي                                       |
| ٦٢  | <b>الباب الثاني: مواطن فكرة التعويض العقابي في القانون العراقي</b>              |
| ٦٣  | <b>الفصل الاول: مواطن فكرة التعويض العقابي في القضاء العراقي</b>                |
| ٦٣  | المبحث الاول: الشرط الجزائي الامتثالي في نطاق العقود لشكلية                     |
| ٦٣  | المطلب الاول: مفهوم الشرط الجزائي الامتثالي                                     |
| ٦٨  | الفرع الاول: الشرط الجزائي الامتثالي في التعهد بنقل ملكية عقار                  |
| ٧٢  | الفرع الثاني: الشرط الجزائي الامتثالي في التعهد بنقل ملكية سيارة                |
| ٧٥  | المطلب الثاني: موقف الفقه العراقي من الشرط الجزائي الامتثالي                    |
| ٨٠  | المبحث الثاني: الغرامات التأخيرية في نطاق العقود الحكومية                       |
| ٨٥  | المطلب الاول: موقف القضاء العراقي من الغرامات التأخيرية في نطاق العقود الحكومية |
| ٩٠  | المطلب الثاني: تقويم موقف القضاء العراقي ومقارنته بموقف القضاء المصري           |
| ٩٣  | <b>الفصل الثاني: مواطن فكرة التعويض العقابي في التشريعات العراقية</b>           |
| ٩٣  | المبحث الاول: مواطن التعويض العقابي في القانون المدني والتشريعات المكملة له     |
| ٩٣  | المطلب الاول: مواطن التعويض العقابي في القانون المدني العراقي                   |
| ١٠١ | المطلب الثاني: مواطن التعويض العقابي في قانون العمل العراقي                     |
| ١٠٧ | المبحث الثاني: مواطن فكرة التعويض العقابي في التشريعات العراقية الخاصة          |
| ١٠٧ | المطلب الاول: مواطن التعويض العقابي في قانون التضمين                            |

|     |                                                             |
|-----|-------------------------------------------------------------|
| ١١٥ | المطلب الثاني: مواطن التعويض العقابي في قانون ادارة الاوقاف |
| ١١٩ | المطلب الثالث: مواطن التعويض العقابي في قانون النقل         |
| ١٢٤ | <b>الخاتمة</b>                                              |
| ١٢٧ | <b>المصادر</b>                                              |

## المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطاهرين.

يُعد مبدأ التعويض من المبادئ المهمة التي تنشد تحقيق العدالة ويراعى فيه دائماً أن يكون متناسباً مع الضرر الذي أحدثه المدعى عليه، إذ أن من شروط التعويض أن يكون بمقدار الضرر، إلا أن التعويض العقابي لا يقيم وزناً لركن الضرر بقدر ما يقيمه لركن الخطأ، فهو تعويض يعد استثناء على مبدأ التعويض الكامل يهدف إلى معاقبة محدث الضرر وردع غيره عن إتيان الفعل نفسه.

وهو نظام من ابداع الشريعة العامة الانكليزية، ويعد أحد السمات الخاصة للقضاء الانكليزي، إذ أدرك الأخير أن من الحالات ما لا يمكن للتعويض في المسؤولية المدنية أن يحقق فيه العدالة، فهي تستحق أكثر من مجرد تعويض بمقدار الضرر بل يجب أن يفرض عليه تعويضاً يحمل طابعاً عقابياً، في الوقت نفسه فإن هذا الفعل لم يصل إلى درجة الجريمة التي يعاقب عليها وفق نظام المسؤولية في القانون الجنائي، فكان لا بد من ابتداع نظام التعويض العقابي.

وللتعرف أكثر على الفكرة محل البحث لابد من تقسيم هذه المقدمة إلى خمس فقرات، الأولى لجوهر فكرة البحث والثانية لأهمية موضوع البحث وغرضه والثالثة لمشكلات البحث وصعوباته والرابعة للمنهج المتبع في كتابة البحث والخامسة لخطة البحث.

**- جوهر فكرة البحث**

إن قصر وظيفة المسؤولية المدنية على جبر الضرر فقط، دون الردع والعقوبة كان من نتائج الفصل والتفرقة بين المسؤوليةين المدنية والجزائية، بعد أن قطعت هذه التفرقة شوطاً طويلاً في الارتقاء بالفكر القانوني، ومن ثم إضفاء سمة العقوبة والردع على نظام المسؤولية المدنية بعد ذلك يعد شيئاً من الرجوع إلى النظام القديم، إلا أننا وجدنا أن الفقه يسلم بالأخذ بجسامة الخطأ، وأن القاضي كذلك لا يخلو حكمه من وزن لمدى جسامة الخطأ إلا أنه خوفاً من تعرض حكمه للنقض فلا يصرح بالأخذ به في حكمه، ويخفيه في أحيان كثيرة تحت ستار السلطة التقديرية الممنوحة له.

فلماذا هذا التناقض والتحايل على أحكام القانون إذا كان بالإمكان أن يستعين القاضي بنظام قانوني كالتعويض العقابي يجعل حكمه أكثر عدالة، فجبر الضرر وإن كان الوظيفة الأساسية للمسؤولية المدنية إلا أنه ليس الوظيفة الوحيدة وإنّ وبذلك نجعل الوظيفة عقابية رادعة للمسؤولية المدنية لا يمكن أن يخل بالتفرقة بين المسؤوليةين المدنية والجزائية ففي حالة الأخذ بهذا النوع من التعويض فما يزال الحكم في نطاق أموال الشخص دون التعدي على حياته أو حريته التي هي من نطاق المسؤولية الجزائية، خصوصاً في بعض الحالات التي يجدها القاضي في مكان وسط بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة فلا يستطيع أن يحكم وفق الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية، لأنه بذلك سيحقق مصلحة الفرد تاركاً مصلحة الجماعة، فيجد في التعويض العقابي خير وسيلة لتحقيق العدالة.

وإدراكاً لذلك من بعض التشريعات والقصور الموجود في نظام المسؤولية المدنية في بعض الأحيان فقد أسبغت بعض التشريعات الصبغة العقابية على هذا النوع من التعويض لفرضه على كل سلوك استثنائي ومتهور يصدر من المدعى عليه لأجل معاقبته وليس لأجل تعويض المدعي. فهو تلك الجائزة التعويضية للمضرور الذي تعتقد المحكمة أن تعويضه عن الأضرار الفعلية فحسب لن يحقق العدالة وأنه يجب فرض مبلغ يحمل طابعاً عقابياً نتيجة السلوك السيء للمدعى عليه من جهة وردع كل من يفكر بارتكاب سلوكٍ مماثلٍ لسلوك المدعى عليه في المستقبل من جهة أخرى.

من أجل ذلك جعلت للمسؤولية المدنية وظيفة عقابية Punitive Function إلى جانب وظيفتها التعويضية Compensatory Function، تهدف إلى إصلاح وردع المتسبب بالضرر هو وغيره عن الانخراط في سلوكٍ مماثلٍ، على أن التعويض العقابي أيضاً يهدف إلى تعويض المتضرر وإن كان غرضه بالدرجة الأساس عقاب فاعل الضرر، فهو وسيلة انصاف كافية تلجأ إليها المحكمة في حالة الانتهاكات القانونية التي لا تعاقب عليها المسؤولية الجزائية ولسد النقص في نظام المسؤولية المدنية.

هذا التعويض الذي يقف في منتصف الطريق بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية من خلال فرض تعويض يحمل صبغة جزائية إنما يقيم وزناً للخطأ في تقدير قيمة التعويض، فإنه

نظام قانوني سليم يقيم المسؤولية على أساس مبدأ لا مسؤولية دون خطأ، ويجب أن يعتمد كذلك في تقدير التعويض أن تكون هذه المسؤولية تقدر بحجم جسامة الخطأ المرتكب.

### - أهمية موضوع البحث وغرضه

مما لا شك فيه أن الاتجاه إلى التأسيس لمشروعية موضوع يعد استثناء على نظام التعويض في المسؤولية المدنية الراسخ لهو اتجاه جريء ومسلك جيد خصوصاً مع حقيقة أن القدر الأكبر مما كتب في هذا الموضوع من مصادر أجنبية وأن ما تناولته الكتابات العربية فيه إنما هو الشيء القليل إذ لم يكن من النادر بل أن معظم ما تطرق له بحثنا من موضوعات لم يتم التطرق إليه في الكتابات العربية كعلاقة البحث بمسؤولية المنتج والخطأ المربح والحقوق الشخصية للإنسان، والأهم من ذلك التطرق إلى كشف وجوده في القانون العراقي والإشارة إلى أهم تطبيقاته فيه، وهذا أن دل على شيء إنما يدل على أهمية الموضوع مرة أخرى في إمتداده إلى النظم القانونية التي لا ترى في المسؤولية المدنية سوى السمة أو الوظيفة التعويضية كالقانون العراقي.

والبحث في هذا الموضوع يمكن أن يكون منبعاً يستقي منه قضاؤنا الموقر الكثير من الحلول الرادعة لبعض المشاكل والحالات التي لا تسعفه فيها قواعد القانونية من إصدار حكم بجانب العدالة من جهة ويشكل عنصراً رادعاً من جهة أخرى، وأيضاً إلفات نظر المشرع إلى الحاجة لإدخال عناصر رادعة وعقابية في مجال المسؤولية المدنية، والمشرع يجد فيه ما يثريه إذا بادر إلى معالجة موضوع التعويض العقابي بوضوح أكثر مما هو عليه الآن.

### - مشكلات البحث وصعوباته

أثارت فكرة التعويض العقابي عدداً من الإشكاليات، إذ شكل موضوع التأمين من التعويض العقابي واحدة من أهم هذه الإشكالات، فهل يمكن التأمين من هذا التعويض؟ وما هي المزايا والمساوئ في هذه الحالة؟ وما هي الإشكاليات التي برزت للتشريعات التي تأخذ بالتأمين من التعويض العقابي؟ أم إنه تعويض لا يمكن التأمين منه؟ وما هي الأسباب؟.

والإشكالية الثانية حول المعايير التي تتبعها التشريعات في تقدير أسس هذا التعويض والمشكلة التي يواجهها القاضي في أنه يجب أن يقدر تعويضاً مستبعداً في معيارية هذا التقدير الضرر كأساس، وهل هذه التشريعات متفقة على معيار واحد؟ وأيها أفضل؟ كل ذلك في البلدان التي تأخذ به، وأيضاً إشكالية وضع حد أقصى لهكذا نوع من التعويضات أم تركه مفتوحاً لتحكم القاضي وسلطته.

وأهم صعوبات البحث كانت هي الانتقال من مدرسة قانونية وهي المدرسة الفرنسية التي تتبع نظاماً قانونياً معيناً متمسكاً بالنظرية بعض الشيء، إلى الكتابة في مدرسة قانونية تتبع نظاماً مختلفاً تماماً وهي المدرسة الانكلوسكسونية، أو هي صعوبة الانتقال من مبدأ يعتمد التعادل بين قيمة التعويض والضرر المتحقق أو ما يسمى بالتعويض الكامل الذي يهيمن على نظام المسؤولية

المدنية في التعويض إلى ذلك الاستثناء الذي يدخل عناصر عقابية على نظام التعويض في المسؤولية المدنية.

فكان البحث في موضوع يعاكس مسألة أن التعويض يجب أن لا يقل عن مقدار الضرر, وأن قيمة التعويض يجب أن لا تزيد عن مقدار الضرر, وأن مبلغ هذا التعويض يجب أن لا يتأثر بجسامة الخطأ, وأن هذا التعويض يجب أن لا يمس مبدأ الفصل بين المسؤوليتين المدنية والجنائية, وأن القاضي عند تقديره للتعويض يجب أن لا يعير أي اهتمام للظروف الخارجية كالوضع المالي ومقدار الربح الذي حصل للمدعى عليه, فكان على الباحث مواجهة كل هذه المبادئ الراسخة في المسؤولية المدنية محاولاً التأسيس لمشروعية موضوع يعد استثناء على المبادئ السابقة وهذه كانت أكثر الصعوبات الموضوعية.

أما الصعوبات الأخرى فتمثلت بندرة المصادر التي تتناول الموضوع في البلدان العربية, فموضوع البحث فقير جداً من حيث الكتابات التي تناولته من المؤلفين العرب-على حد علمنا- حتى المصادر العربية القليلة التي تناولته لم تتطرق إلى جميع الموضوعات التي تناولناها في البحث, وإن كانت مصادره في اللغة الانكليزية متوافرة إلا أنها تبرز صعوبة وضع ترجمات قانونية لهذه المؤلفات.

## **- المنهج المعتمد**

اعتمدنا في دراستنا لموضوع "فكرة التعويض العقابي وأثره في المسؤولية المدنية" المنهج المقارن, حيث قمنا بمقارنة الموضوع بين ما هو موجود في القانون الانكليزي لأنه المرجع الذي استلهمنا منه الكتابة عن هذا الموضوع, ولكونه الأساس لظهور موضوع التعويض العقابي بهذه الصورة المتطورة والحديثة, وكذلك القانون الأمريكي. والمقارنة مع القانون العراقي وبعض القوانين التي تتبع نهج المدرسة الفرنسية كالقانون المصري.

واتبعنا أيضاً المنهج التحليلي في الباب الثاني, من خلال تحليل النصوص القانونية, بغية تبيان أن المشرع العراقي في تشريعات مختلفة منه قد نص على تطبيقات للتعويض العقابي وإن لم يشر لها صراحة تحت مسمى التعويض العقابي.

## **- خطة البحث**

لأجل الإحاطة بموضوع البحث, وتلبية لمتطلبات البحث العلمي الصحيح وطبيعة الموضوع والغرض من البحث, اقتضى ذلك بحثه في بابين, تناول الباب الأول فكرة التعويض العقابي, فقسّمناه إلى فصلين, تناولنا في الفصل الأول مفهوم التعويض العقابي والخصائص المميزة له, وفي الفصل الثاني مواطن التعويض العقابي في القانون الانكليزي والمشكلات التي يثيرها موضوع البحث, وخصصنا الباب الثاني لمواطن التعويض العقابي في القانون العراقي مقسمينه

إلى فصلين, بحثنا مواطن التعويض العقابي في القضاء العراقي كفصل أول, وخصصنا الفصل الثاني لمواطن التعويض العقابي في التشريع العراقي.

# الباب الأول

# فكرة التعويض

## العقابي في القانون

### الانكليزي

#### الباب الاول

#### فكرة التعويض العقابي في القانون الانكليزي

##### تمهيد وتقسيم

لقد شكل موضوع التعويض العقابي إحدى معالم تطور القانون الأنكلوامريكي فهو يدين بوجوده إلى الشريعة العامة، وهذا دليل لا يرقى إلى الشك بقدرة هذا القضاء على خلق الحلول للوقائع التفصيلية التي تقع في الجانب التطبيقي العملي في الحالات التي تعجز النظريات القانونية التقليدية عن معالجتها، هكذا جاء موضوع التعويض العقابي حلاً لتلك الحالات التي لا تستطيع فيها قواعد القانون خلق جزاء عادل فيكون بذلك وسيلة بيد القاضي لأجل الوصول إلى حكم يعاقب ويردع المدعى عليه وفي الوقت نفسه يجبر ضرر المدعي.

فالمسؤولية المدنية بوظيفتها التعويضية تنسم بالضعف في بعض النواحي ومن أهمها إنكارها للعلاقة الحتمية بين التعويض وبين درجة جسامه الخطأ وأن هذه المسؤولية تقوم على أساس مبدأ التعويض الكامل الذي يهدف إلى جبر الضرر فقط دون عقاب المسؤول عن الفعل الضار، بالرغم من أننا لا يمكن أن ننكر أن القضاء من الناحية العملية يقدر التعويض في حال كون الخطأ جسيماً بصرامة أكثر.

ومن ناحية أخرى ضعف آثار المسؤولية المدنية بسبب شيوع نظام التأمين في الوقت الحاضر وما يستتبع ذلك من ضعف المسؤولية الفردية في ظل سيادة الطابع الجماعي كعقود التأمين من المسؤولية, على أنه وجب التنبيه إلى أن المسؤولية المدنية في الأصل لا تستهدف جبر الضرر فقط وإنما تتجاوز وظيفتها ذلك إلى الردع والعقوبة.

وعلى ذلك ففكرة التعويض العقابي ليست بالفكرة الحديثة وإنما تمتد جذورها إلى بدايات ظهور القانون قبل أن تكتمل على ما هي عليه اليوم بصورتها الحديثة بعد أن قطعت طريقاً من التطور والوصول إلى ما هي عليه اليوم.

إن البحث في فكرة التعويض العقابي تطلب تقسيم هذا الباب إلى فصلين نعرض في الفصل الأول مفهوم فكرة التعويض العقابي فيقسم إلى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول التعريف بفكرة التعويض العقابي والخصائص المميزة لها وفي المبحث الثاني التطور التاريخي لفكرة التعويض العقابي أما المبحث الثالث فخصصناه لمبحث الوظيفة المزدوجة للمسؤولية المدنية بأعمال فكرة التعويض العقابي, وتناولنا في الفصل الثاني مواطن تبني فكرة التعويض العقابي في القانون الانكليزي والمشكلات التي تثيرها, فقسمناه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول مواطن تبني فكرة التعويض العقابي في القانون الانكليزي وفي المبحث الثاني المشكلات التي تثيرها فكرة التعويض العقابي.

## **الفصل الأول**

### **مفهوم التعويض العقابي**

سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث نتناول في المبحث الأول بيان مفهوم التعويض العقابي والخصائص المميزة له, ثم نبين التطور التاريخي للتعويض العقابي فنعقد له المبحث الثاني, ونعرج بعد ذلك على الوظيفة المزدوجة للمسؤولية المدنية بأعمال فكرة التعويض العقابي في مبحث ثالث.

### **المبحث الأول**

#### **تعريف التعويض العقابي والخصائص المميزة له**

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف التعويض العقابي, ونعالج في المطلب الثاني الخصائص المميزة له.

## المطلب الأول: تعريف التعويض العقابي<sup>(١)</sup>

يمكن أن نعرف التعويض العقابي بأنه تعويض إضافي يمنحه القاضي المدني إلى المضرور به ليجاوز في مقداره ما لحق المضرور به من خسارة وما فاتته من كسب، في أحوال خاصة واستثنائية تستوجب فرضه نظراً إلى الطبيعة الخطرة لخطأ المسؤول أو الظروف المحيطة باقترافه وبشخص المسؤول ذاته رغبة في عقاب من اقتترفه وردعه هو وغيره .

أو هو تعويض آخر إلى جانب التعويض العادي يمنح لشخص ضد آخر لمعاقبة الأخير عن سلوكه الشائن وردع أمثاله ممن قد يكون لهم سلوك مماثل في المستقبل، أو هو تعويض يفرض على المدعى عليه لسلوكه المتهور واللامبالي بحقوق الآخرين<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك فإن التعويض العقابي هو تعويض من نوع خاص يمنح عندما تكون هناك ظروف خاصة واستثنائية تحيط بسلوك مقترف الفعل الضار .

فيتبين من ذلك أن التعويض العقابي هو زيادة في مبلغ التعويض بسبب صبغة وسلوك مرتكب الفعل الضار أو مساسه بالاعتبارات الأخلاقية للمضرور به أو اقترانه بالحد أو الضغينة، مجاوزاً بذلك فكرة جبر الضرر الناشئ عن المسؤولية المدنية وإعادة الفرد إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر<sup>(٣)</sup>.

وعرفه السير جون سالمون Sir John Salmon بأنه "مبلغ من المال يربو عن أي خسارة عادية أو أي تعويض عن الأضرار المعنوية يدفعه مرتكب الفعل الضار للمضرور لما انطوى عليه فعله من إهانته أو أي

---

(١) التعويض مشتق من كلمة عوض أي دفع بدل الذي ذهب وهو ما يعطى للمرء مقابل ضرر لحق به ويقدر في المسؤولية غير التعاقدية طبقاً لحجم الضرر، أو هو مبلغ من المال يدفع لشخص معين مقابل ضرر لحق به. د.بشار عدنان ملكاوي، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، دار وائل، عمان - الأردن، ٢٠٠٦، ص٦٢، وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة ٤١٦ بأنه "إعطاء مثل الشيء إذا كان من المثليات وقيمته إذا كان من القيميات"، سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط٣، دار العلم للجميع، بيروت، ١٩٩٨، ص٩٨.

و العقوبة هي جزاء ينطوي على ألم بالمجرم نظير مخالفته نهى القانون أو أمره، أو هو جزاء يوقع تنفيذاً لحكم قضائي لمن ثبتت مسؤوليته عن الجريمة. د. حسن علي الخلف، د. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة الرسالة، الكويت، ١٩٨٢، ص٤٠٥.

والمثال في كلمة التعويض العقابي حسب ترجمتها من الانكليزية يجد أنه ليس بتعويض عن شيء فقد أو ضرر ولذلك اقترح جانب من الباحثين تسميته بالتضمينات العقابية Punitive Damage في قبال التضمينات التعويضية Compensatory Damage، انظر في ذلك:- د. ظافر حبيب جبارة، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، العدد الثالث عشر، ٢٠١٦، ص١٧. ويسمى التعويض العقابي ايضاً exemplary damage, vindictive damage, punitive damage, presumptive damage, added damage, aggravated damage, speculative damage, imaginary damage, smart money, punies, treble damage. ينظر في ذلك:-

Bryan A.Garner, Black s Law Dictionary, 8<sup>th</sup>ed 2007, p419

ومع ذلك سوف نحفظ بتسميته بالتعويض العقابي لشيوعها في الاوساط القانونية العربية.

(٢) انظر LuisErnestoAguirre, litigation of punitive damages in civil law countries law

system:Mexico's case, a dissertation submitted to Tulane university, July 2008, p12

(٣) د. عدنان احمد ولي، التعويض العقابي والتأمين (مفهوم التعويض العقابي وجواز التأمين عليه ) مجلة رسالة التأمين، العدد الاول، السنة الخامسة، ٢٠٠٣، ص١٤.

اعتداء أقيم آخر على مشاعر المدعي في حالات الاعتداء المتعمد التي فيها عدم اكتراث مهين لحقوق شخص آخر"<sup>(٤)</sup>.

ويتضح من ذلك أن التعويض العقابي لا يطبق على كل سلوك يرتكبه المدعى عليه وإنما يدور سبب التعويض حول السلوك العمدى أو المصحوب بنية سيئة أو بإهمال شديد<sup>(٥)</sup>.

فهي التعويضات الممنوحة بالإضافة إلى التعويضات العلاجية لمعاقبة الجاني عن سلوك مستهجن وردع غيره من ارتكاب سلوك مماثل في المستقبل<sup>(٦)</sup>.

وعرفه جانب من الفقه الانكليزي بأنه "حكم بمبلغ من النقود يحكم به للمدعي إلى جانب التضمينات التعويضية لعقاب أو ردع المدعى عليه وردع الآخرين"، أو هو غرامة مدنية يفرضها المحلفون المدنيون لعقاب مرتكب الفعل الضار على سوء سلوكه وردعه، ولكنه عكس الغرامات في العقوبات الجنائية، لأنها تدفع للدولة بينما التعويض العقابي يدفع للشخص المضرور حصراً<sup>(٧)</sup>.

ويرى بعضهم أن تعريف التعويض العقابي معقد، وأن أسهل طريقه لتكوين فكرة واضحة عن كيفية التأسيس لتكوين تعريف نوعي للتعويض العقابي ووصفي هي في حالة كون المدعى عليه وجد مفرطاً في التقصير الاجتماعي فهو ذلك التعويض الذي يرفع من قيمة وجودية الانسان فوق المعايير الاقتصادية وهو بذلك سلاح قوي وخطر يجب أن يفرض بحكمة. فهو بالإضافة إلى كونه فرصة قضائية إلى جانب دعوى جبر الضرر يهدف إلى تحقيق مثل عليا في الردع الاجتماعي. فأسهل طريقة لتكوين تعريف نوعي ووصفي للتعويض العقابي هي عندما يوجد المدعى عليه مفرطاً في التقصير الاجتماعي<sup>(٨)</sup>.

وعلى ضوء ما تقدم، يمكن أن نضع تعريفاً للتعويض العقابي بأنه تعويض مستقل عن التعويض الأساسي للضرر المادي يفرض على المدعى عليه بسبب دوافعه الخبيثة أو إهماله المؤدي إلى جرح الآخرين شعورياً

---

(4) John Salmond , Treatise on the Law of Torts, sweet & Maxwell , 1945, P129

(5) Michael Rustad & Thomas Koenig, Reconceptualizing Punitive damage in medical malpractice: Targeting amoral corporations, 47 Rutgers L. Rev, ١٩٩٥, p62

(6) Jane Swanton, Barbara McDonald, Commentary on the report of the English law commission on aggravated, 1999, p14-21

(7) "Punitive damages are damages awarded in addition to a compensatory remedy to punish a defendant for particularly reprehensible behavior and to deter the defendant and others from committing similar behavior in the future" see A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, Punitive damage: An Economic Analysis, 1998, p869 ,

(8) Robert D. Cooter, Punitive damage social norms and economic analysis , law and contemporary problems , Vol 60 , No 3 , 1997 , p74-76,

وبوضوح أو الاستخفاف بحقوقهم أو كان الغرض من اقتراف الفعل الضار جني ربح يفوق العناصر التقليدية في التعويض على فرض إقرار مسؤولية مرتكب الفعل الضار.

أما عن طبيعة هذا التعويض فهي من أهم المواضيع التي أثارت الجدل فهل هو تعويض جابر أم أنه عقابي. يذهب بعضهم إلى أنه من الناحية العملية التطبيقية هو تعويض جابر لأنه تعويض يمنح للمدعي بسبب الضرر الذي أصابه في مشاعره أو عن الأذى أو الضرر الإضافي الناتج عن الأسلوب التعسفي الذي تصرف به المدعى عليه وليس لعقاب أو إدانة أو ردع الفاعل وإن المبلغ المحكوم به يعكس ذلك وقد قاد هذا الاتجاه للورد دفلن في القضية الشهيرة *Rookes vs Barnand* في سنة ١٩٦٤ إلى القول إن دخول عناصر عقابية في التعويض المدني يعد أمراً شاذاً يجب أن يحد من تطبيقه<sup>(٩)</sup>.

وهذا ما ذهبت إليه إحدى محاكم الاستئناف في بريطانيا، سنة ١٩٩٧ في قضية *Thompson V. MPC* حيث بينت أن هذا التعويض لا يمكن اعتباره غير أنه تعويض جابر فهي تعويضات ذات طبيعة جابرة وليست عقابية وإن بعض التعويضات الجابرة سيكون لها - عرضاً - بعض التأثير العقابي على الطرف المخل الذي يجب عليه أن يدفع هذه التعويضات، وأن هذا التأثير العرضي العقابي يجب اعتباره عند تقدير طبيعة التعويض بأنه تعويض جابر فقط وعلى هذا الأساس يجب توجيه هيئة المحلفين<sup>(١٠)</sup>.

وهذا الرأي قابل للنقاش ففي البدء يلاحظ أن التعويض العقابي من حيث تسميته أو من حيث شروط منحه يستدعي إلى الذهن أنه ليس تعويضاً يستهدف جبر الضرر فقط فهو من ناحية المفهوم منفصل عن التعويض الجابر العادي ويحوي عناصر عقابية، فهو تعويض يزيد عن المألوف أو التعويض العادي الذي يقاس بمقدار الضرر فقط دون زيادة أو نقصان، فالجبر يعني تعادل كفتي الميزان بين الضرر والتعويض أما العقاب فيعني عكس ذلك أي عدم التعادل بين الضرر وبين التعويض<sup>(١١)</sup>.

أما من ناحية شروط تطبيقه والحالات التي يطبق بها، فنجد أنها تتجه بهذا التعويض بعيداً عن فكرة الجبر إلى فكرة العقاب فأحد أهم شروط تطبيق هذا التعويض هو أن يكون سلوك الفاعل استثنائياً ولم يكن هذا الشرط من التعويض العادي الجابر فسلوك الفاعل هو المحرك لزيادة مبلغ التعويض وذلك لأنه شطط في السلوك إلى الحد الذي يستدعي معه فكرة العقاب في التعويض<sup>(١٢)</sup>.

ومن الأسباب التي تجعل هذا التعويض عقابياً وليس تعويضاً جابراً عادياً هي أن المحاكم لا تمنح هذا التعويض في حالات الإهمال حتى لو كان أثره جسيماً بحق المضرور به وذلك لأن الإهمال هو المجال الطبيعي للفعل الضار للحكم بتعويض جابر في حال ثبوت المسؤولية وذلك تأسيساً على اعتبار أنه إنتهاك

<sup>(٩)</sup>Die Mercuri, united kingdom house of lords decisions, 1973, p2-12

<sup>(١٠)</sup>Robert D. cooter, punitive damage for deterrence when and how much?, 1999, p143-175

<sup>(١١)</sup>د.عدنان احمد ولي، المصدر السابق، ص ١٥

<sup>(١٢)</sup>Theodore Eisenberg, John Goerd, The predictability of Punitive damage, 26 J. legal stud, 1997, p623-659

لواجب اتخاذ العناية اللازمة ودون أي اعتبار لحسن أو سوء نية الفاعل أو الدافع وراء ارتكابه لهذا الخطأ وجاء هذا المعنى في قضية Donoghue V. Stevenson سنة ١٩٣٢ التي خرجت بوصف للإهمال بأنه الامتناع عن فعل شيء يفعلُه الرجل العاقل على ضوء الاعتبارات التي تنظم عادة السلوك الإنساني أو فعل شيء ما كان يفعلُه الرجل المعتاد، وذلك يؤدي بنا إلى نتيجة مفادها أن عدم تطبيق التعويض العقابي في حالات الإهمال قد جاء لأنها لا تستحق التشديد عن طريق الزيادة في التعويض الجابر<sup>(١٣)</sup>.

ولذلك فهذا التعويض يحوي عناصر عقابية أكثر من العناصر التعويضية وإذا كان اللورد دفلن يرى في التعويض العقابي تعويضاً جابراً وأن التعويض العقابي خارج عن المألوف أو مصدر إرباك في المسؤولية المدنية فإنه بتحليله هذا لم يبدد الغموض حول طبيعة التعويض العقابي بل زاده غموضاً، لذلك يمكن أن نقول إن التعويض العقابي هو تعويض مدني ذو صبغة عقابية يتكامل مع التعويض الجابر الإصلاحي أو العادي للوصول إلى تحقيق تعويض عادل للمضرور ومفيد للمجتمع.

ولهذا ذهب الفقيه الفرنسي الكبير (ديموج) إلى أن التعويض العقابي هو نظام ذو طابع خاص يشكل حلقة وصل بين فكرة التعويض التقليدية داخل نظام المسؤولية المدنية وفكرة العقوبة داخل نظام المسؤولية الجنائية، ويسد في المواضع التي يطبق فيها قصور هذين النظامين عن تأدية وظيفتهما في التعويض والعقوبة والردع<sup>(١٤)</sup>.

## المطلب الثاني: خصائص التعويض العقابي

التعويض العقابي هو تعويض من نوع معين جاء استثناء على مبدأ التعويض الكامل، ولذلك فهو يتميز بالعديد من الخصائص أهمها:

---

<sup>(13)</sup>Die Mercuri , optic, p25

<sup>(14)</sup>Rene Demogue, Validity of the theory of compensatory damages, the yale law journal, Vol 27, No 5, 1918, p593,

مشار إليه في د. ظافر حبيب جبارة، فكرة التعويض العقابي ومواطن الإخذ بها في القانون الانكليزي، مجلة كلية الحقوق جامعة النهدين، المجلد ١٧، العدد ٣، ٢٠١٥، ص ٣٩٤

## أولاً: التعويض العقابي تعويض استثنائي

أي إن سلوك الفاعل يجب أن يكون سلوكاً استثنائياً وهذا يعني أن المحكمة وهي بصدد منح هذا التعويض تركز انتباهها بالدرجة الأولى على سلوك المدعى عليه أكثر من النظر إلى مدى الضرر الذي أحدثه، ثم تحدد التعويض وفقاً لأبعاد هذا السلوك<sup>(١٥)</sup>.

فهو يزيد بعلاقة طردية مع سلوك الفاعل وهذا يتشابه مع العقاب ويكون السلوك استثنائياً متى ما كان عدوانياً ومصحوباً بحقد أو ضغينة أو نكاية أو مساس بالشعور أو إهمال شديد أو لامبالاة<sup>(١٦)</sup>.

فهو تعويض يختلف عن التعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية التي تلحق بالمضرور وتستهدف جبر الضرر لأنه يهدف إلى الإعلان عن استنكار المحكمة ومعاقبة من ارتكب سلوكاً ماکراً أو مشوباً بسوء النية<sup>(١٧)</sup>.

لذلك فهو لا يطبق على كل سلوك يمارسه المدعى عليه وإنما يدور سبب هذا التعويض حول السلوك العمدي أو المصحوب بنية سيئة أو إهمال شديد، وتعود أهمية السلوك في هذا النوع من التعويض بسبب هدفه وهو العقاب والردع ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً يشترط في السلوك أن يكون باعثة الحقد في حين تشترط ولايات أخرى أن يكون السلوك قد جاوز الإهمال الشديد<sup>(١٨)</sup>.

أن التعويض العقابي يعد استثناءً كذلك وخروجاً على مبدأ التعويض الكامل الذي يعتبر المعيار الأساس في تقدير التعويض في المسؤولية المدنية، فهو تعويض لا يعتد بمقدار الضرر كما هو في التعويض الكامل الذي يعتمد على الضرر في تحديد مقداره بما يتناسب مع الخسارة اللاحقة والكسب الفائت ولكن التعويض العقابي يعد استثناءً على ذلك في أنه يقيم للخطأ وزناً في إقرار التعويض من عدمه أكبر من الوزن الذي يقيمه لركن الضرر ولذلك يعد استثناءً جاء ليستوعب النقص الذي يعتري بعض حالات المسؤولية المدنية وقصورها عن ردع المسؤول، وهذا ما دعا إلى الخروج على مبدأ التعويض الكامل للإقرار بالتعويض العقابي لكونه أكثر تحقيقاً للعدالة في بعض الحالات<sup>(١٩)</sup>، فالتعويض الكامل لا يقيم وزناً للقدرة المالية ولا لجسامة الخطأ المنسوب إليه أو المنفعة المالية التي تعود على المسؤول من ارتكابه الفعل الضار<sup>(٢٠)</sup>.

---

(15) The Lord Irvine of lairg ,the law commission report: (aggravated exemplary and restitutionary damages , part 1 , 2015 , p218

(١٦) د. أسامة مجاهد أبو الحسن , المصدر السابق , ص ٢٣-٣٤.

(١٧) منصور عبد الرحمن الحيدري, التعويض العقابي في القانون الأمريكي (دراسة مقارنة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي), المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية, العدد الثاني, ٢٠١٥, ص ١.

(18) Anthony J. sebok , Punitive damage in the united states , common law and civil law perspectives , tort and insurance law , Vol 25 , p 155-167

(١٩) د. أسامة مجاهد أبو الحسن, المصدر السابق, ص ١٣٥-١٣٨

(٢٠) حسن حنتوش رشيد, الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية, مجلة جامعة كربلاء, جامعة كربلاء, العدد ٢, المجلد ٥, ٢٠٠٧, ص ٧٨-٨٠

وعلى ذلك فهذا الخروج على القواعد العامة يكسب هذا النوع من التعويض صفة الاستثنائية، وينبغي على ذلك أنه لا يجوز منح هذا التعويض الاستثنائي إلا في حالات خاصة يعتقد فيها القاضي بضرورة الخروج على المبدأ الأساسي وذلك في الأحوال التي يكون فيها خطأ المسؤول غير معاقب عليه جزائياً أو أن العقوبة الجزائية غير كافية أو غير موجودة كما هي الحال في الأخطاء التي ترتكبها الشركات التي تضطلع بالأنشطة الاقتصادية.

ويجب على القاضي أن يأخذ بنظر الاعتبار عند فرض تعويض عقابي العوامل الآتية :

١- طبيعة سلوك الفاعل ومدى تأثيره على المدعي والآخرين وهذا العامل يقتضي أن يكون هناك تناسب بين سلوك المدعي بحيث يحقق هدف الردع والعقاب للفاعل ولغيره في عدم إتيان هذا الفعل مستقبلاً<sup>(٢١)</sup>.

٢- مبلغ التعويض الجابر لأن بعض التشريعات كالشريعة العامة في القانون الانكليزي والتشريع الأمريكي توجد علاقة رياضية بين التعويض الجابر والتعويض العقابي كأن يكون هذا الأخير ثلاثة أمثال الأول<sup>(٢٢)</sup>.

٣- أي كسب أو غنم تحقق للمدعى عليه من جراء الفعل الضار، بالإضافة إلى ما هو محتمل أن يخسره في هذه الدعوى أو غيرها من تعويض عقابي أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الفعل الضار أو اية غرامات مالية أو جزاءات دفعت أو ستدفع نتيجة هذا الفعل<sup>(٢٣)</sup>.

٤- من المناسب معرفة الموقف المالي للمدعي عليه الحالي والمستقبلي وذلك كمقياس لتحديد مبلغ التعويض العقابي، فقد يطلب من المدعى عليه الغني دفع مبلغ أكبر مما يدفعه شخص فقير يرتكب الفعل الضار نفسه فيجب الأخذ بالاعتبار مصادر الدخل وذلك في ضوء اعتبار عام هو ان مبلغ التعويض العقابي " يلسع المدعى عليه ولكن لا يحطمه Bites The defendant, but does not break him"<sup>(24)</sup>.

وبصدد معرفة المركز المالي للمدعى عليه يمكن الاسترشاد بالعوامل التالية وهي ليست حصرية منها :

أ- عائدات المدعى عليه والتزاماته.

ب- مقدار الأصول المتوافرة نقداً لدى المدعى عليه .

---

<sup>(٢١)</sup>A.Mithell polinsky and Steven shavell, op.cit, p870

<sup>(22)</sup>W. Kip Viscusi ,The challenge of punitive damage mathematics , the journal of legal studies ,The 69 university of Chicago press ,No 2 , Vol 30 ,June 2001 , p313-320

<sup>(23)</sup> E. Donald Elliott, why punitive damage don't deter corporate misconduct effectively, 40 ala. L. rev, 1989,p72

<sup>(24)</sup> Cass R. Sunstein& Daniel Kahneman , Assessing Punitive damage(with notes on cognition and valuation in law), 107 Yale L.J 1998, p621

ج-أملاك المدعى عليه التي يمكن أن تدر دخلاً في المستقبل والأرباح المنظورة<sup>(٢٥)</sup>.

د-أي إجراء اتخذته المدعى عليه أو لم يتخذته لإصلاح الخطأ منذ ارتكاب الفعل .

هـ-تعتمد المدعى عليه للسلوك المستوجب للعقاب ونيته ودوافعه وراء هذا السلوك واستمرار سلوكه لمدة طويلة مع ثبوت أن المدعى عليه كان راضياً عن هذا السلوك ومتسترّاً عليه ومدى علمه بخطأ هذا السلوك أم لا<sup>(٢٦)</sup>.

و-أي عوامل أخرى مشددة أو مخففة لمبلغ التعويض وهي أي دليل آخر مناسب مثل البحث في وجود أو عدم وجود تأمين من التعويض العقابي على حسب النظام المطبق هل هو يسمح بالتأمين من التعويض العقابي أم لا؟<sup>(٢٧)</sup>.

<sup>(٢٥)</sup>د. اسامة ابو الحسن مجاهد، المصدر السابق، ص ١٠٢-١٠٣.

<sup>(٢٦)</sup>د. اسامة ابو الحسن مجاهد، المصدر نفسه، ص ٩٧.

## ثانياً: التعويض العقابي تعويض شخصي

يمنح هذا التعويض عندما يصيب الضرر مصالح شخصية للمضرور أي لمن سبب له ضرراً في المشاعر وله عدة صور أهمها اذاء المشاعر والإهانة والحط من الكرامة والإذلال ومن الطبيعي أن كل هذه الصور لا تتوافر إلا في الشخصية الإنسانية ويترتب على ذلك أن المضرور غير المدرك للسلوك الاستثنائي للفاعل أو لدوافعه في ارتكاب الفعل الضار لا يتحقق معه هذا التعويض .

وعلى هذا نلاحظ أن الحالات التي منح فيها هذا التعويض هي حالات طالب فيها الشخص التعويض لأنه أدرك أن سلوك الفاعل كان استثنائياً وسبب ضرراً لا يتناسب وحجم التعويض الجابر العادي, وأيضاً يترتب على كون هذا التعويض تعويضاً شخصياً أن الشركات والوحدات التنظيمية مثل الهيئات والمؤسسات لا تمنح هذا التعويض إذ ليس لديها مشاعر إنسانية ومع ذلك فقد حكم بهذا التعويض في إحدى القضايا لأحدى الشركات المحدودة ولكن جاء التعويض العقابي أقل مما حكم به للأشخاص الطبيعيين لكون المحكوم له شخصاً معنوياً<sup>(٢٨)</sup>.

ومن ذلك فالتعويض العقابي يعتد بشخصية المسؤول أو المسلك المعلوم الذي اتخذ في ارتكاب الخطأ وهذه الخاصية لا تؤدي إلى التفرقة بين المسؤولين حسب جسامة خطئهم فحسب, بل أيضاً تفرق بين المضرورين فمن يلحقه ضرر يسير يتقاضى تعويضاً أقل من الشخص الذي يلحقه ضرر كبير يأخذ عنه تعويضاً يتجاوز التعويض الكامل وإن هذه التفرقة بين المضرورين قد تكون مستندة إلى عنصر المصادفة, فمن تضرر من جراء خطأ جسيم أو غش يكون حظه أوفر في تعويض عقابي ممن تضرر من جراء خطأ يسير وإن هذه التفرقة هي تفرقة مستندة إلى قواعد الأخلاق والعدالة وذلك لأن ردع المسؤول بخطأ عمدي أو جسيم هو الهدف الأسمى للقاعدة التشريعية التي لم يكن من بين أهدافها تحقيق ميزة أفضل لمضرور على آخر<sup>(٢٩)</sup>.

لذلك فالاعتداد بجسامة الخطأ من جانب المتسبب بالضرر الذي يجد نفسه ضمن نظام قانوني واجتماعي يأخذ بالتعويض الرادع يكسب التعويض العقابي صفة الفردية, حيث إن الردع يجب أن يوجه بصفة خاصة إلى شخص المسؤول في ذمته الخاصة بإطلاق حق الرجوع في النظام القانوني للمجتمع بهذه الزيادة في التعويض على شخص أحدث الضرر فقط<sup>(٣٠)</sup>.

فالمشرع في حالات معينة كان قد سمح بتحمل ذمة عن ذمة أخرى بعبء الضرر كالتأمين الاختياري أو التأمين الإجباري أو قضائه بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه حيث يقرر مسؤولية شخص معين ليس نتيجة

(28) Bethany Rabe, the constitutionality of split-recovery punitive damage statutes: good policy but bad law, Utah.rev, 2008, p 21-33

(29) Cass R. Sunstein & Daniel Kahneman, op.cit, p345

(٣٠) د. محمد ابراهيم الدسوقي, المصدر السابق, ص ٢٢٧

لفعله الضار والخطأ وإنما نتيجة لأفعال قام بها غيره، ولكنهم تابعين له مثل مسؤولية الشركة عن أعمال القائمين على الإدارة فيها، وكذلك مثل مسؤولية الأب عن الأضرار التي يحدثها ولده الصغير<sup>(٣١)</sup>.

وكذلك يمكن أن نرى ذلك في مسؤولية الدولة عن أعمال تابعيها وذلك نزولاً لاعتبارات اجتماعية واقتصادية تقتضي حصول المضرور على التعويض وعدم تعرضه لإعسار المدين أو تخفيفاً عن المضرور باعتباره شخصاً يؤدي نشاطاً نافعاً في المجتمع ولذلك يجب أن لا يفلت أي شخص من المسؤولية الرادعة للتعويض سواء كان من غش أو من خطأ جسيم أو أي ضرر آخر لأن في هذا الإفلات تشجيع لعدم المبالاة وقضاء على شعور الفرد بالمسؤولية تجاه مجتمعه وسلوكه نحو الفرد الآخر<sup>(٣٢)</sup>.

إن التعويض بالمفهوم التقليدي ما هو إلا جزاء الانحراف عن السلوك المعتاد للفرد فتتحمل بذلك ذمة محدث الضرر المسؤولية بتعويض المضرور عن كل الأضرار التي لحقت به نتيجة سلوكه، فالمسؤول يمتلك الخيار بين طريق التمسك بالقانون وطريق الانحراف عنه، وباختياره إيذاء الغير فلا يجب تحميل ذمة مالية أخرى غير ذمة المسؤول لغرض تعويض المضرور<sup>(٣٣)</sup>.

نستنتج من كل ذلك أن المبلغ الإضافي الذي يدفعه المسؤول بالإضافة إلى التعويض العادي الجابر هو تعويض لصيق بشخص المسؤول أي إنه لا ينتقل إلى ورثته بعد وفاته والسبب في ذلك هي الطبيعة شبه الجزائية لهذا التعويض الذي يقف على الحد الفاصل بين المسؤولية المدنية والجزائية<sup>(٣٤)</sup>.

وبناء على ذلك فإن أهم ما يميز المسؤولية الجنائية هي شخصية عقوبتها، والعقوبة لا تطبق إلا على مرتكب الجريمة ذاته بوصفه فاعلاً أو شريكاً مباشراً أو شريكاً تبعياً بالاتفاق أو المساعدة أو التحريض وهذا يقتضي أن المسؤولية الجنائية تسقط بوفاة المتهم، وعلى ذلك فالحكم عليه بالإدانة والعقوبة يسقطان إذا ما توفى مع بقاء العقوبات المالية التي تقضى من تركة المتوفى ولكن طابع هذه العقوبات هو جبر الضرر وليس الردع كما هو الحال في مسألة التعويض العقابي<sup>(٣٥)</sup>.

قد يتعارض هذا القول مع إقرار المشرع لمسؤولية الشخص في بعض الحالات على أفعال صدرت من غيره مثل مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه وعلى هذا فالجدل قائم حول إمكانية فرض تعويض عقابي من عدمه في مثل هذه الأحوال لأن العقوبة والردع لا يمكن أن تتعدى إلى غير شخص المسؤول وإن كان من تابعيه أو ابنه، على سبيل المثال في مسؤولية الأب عن أفعال ولده الصغير .

(٣١) د. عدنان احمد ولي، المصدر السابق، ص ١٥

(٣٢) د. سليمان مرقس، مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعى، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، ١٩٦٨، ص ٢١٠-٢٢٧، وينظر كذلك: د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١١٦. وينظر كذلك: د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٠٠.

(٣٣) د. محمد ابراهيم الدسوقي، المصدر نفسه، ص ٢١٩

(٣٤) د. ظافر حبيب جباره، فكرة التعويض العقابي ومواطن الاخذ بها في القانون الانكليزي، المصدر السابق، ص ٣٩٦

(٣٥) د. حسون عبيد هيج، حسن خنجر عجيل، شخصية العقوبات الاصلية، مجلة المحقق الحلي للعلوم السياسية والقانونية، جامعة بابل، العدد الثاني، المجلد ١، السنة السادسة، ٢٠١٤، ص ٢٥٥

ونجد قوانين بعض الدول تقر بذلك مثل الولايات المتحدة الأمريكية التي أجازت الحكم بتعويض عقابي عن أفعال صادرة من بعض التابعين كالوكيل، فهي تنص على جواز الحكم بتعويض عقابي في حالة أن يكون المتبوع أو الأصيل قد خول آخر إحداث الضرر وفي حالة كون المتبوع أو الأصيل غير مؤهل أو مهملاً في استخدام التابع أو في حالة كون الوكيل قد استخدم في العمل بوصف إداري في المجالات التي يعمل فيها المستخدمين أو التابعين وأخيراً حالة كون رب العمل أو المتبوع كان قد وافق على الفعل الضار<sup>(٣٦)</sup>.

وعلى الرغم من ذلك، فمسألة الإقرار بالتعويض العقابي من عدمه في حالة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هي محل جدل وحتى في حال الاتفاق عليها فإن ذلك لا يعتبر إلا استثناء فرضته حالات معينة على الأصل العام القاضي بعدم جواز انتقال المسؤولية في دفع التعويض العقابي إلى غير شخص المسؤول بسبب شخصية التعويض العقابي وطبيعته شبه الجزائية.

هذا فيما يخص التعويض العقابي من جانب المسؤول أي إنه يسقط بوفاة المسؤول لأنه تعويض شخصي وطبيعته شبه الجزائية تفرض ذلك.

أما فيما يتعلق بالشق الخاص بشخص المضرور فيما أن ما سبق ذكره فيما يتعلق بشخصية العقوبة وكونها لصيقة بشخص المسؤول وتسقط بوفاته بسبب الطبيعة شبه الجزائية للتعويض العقابي فالمنطق يقتضي كذلك سقوط الحق في الحصول على تعويض عقابي من جانب المضرور بوفاته وأنه لا ينتقل الحق بالحصول على هذا المبلغ الإضافي إلى ورثة المضرور، ولكن مع ذلك لا نرى وجود مبرر قانوني يمنع انتقال الحق في الحصول على تعويض عقابي في حال وفاة المضرور إلى ورثته على الرغم من معارضة هذا القول بأن التعويض سوف يؤول إلى أشخاص لا يستحقونه فلا نرى ما يمنع انتقال الحق في الحصول على التعويض محل البحث إلى الورثة<sup>(٣٧)</sup>.

### ثالثاً: التعويض العقابي تعويض تحكّمي

ينظر القاضي إلى شروط تحقق المسؤولية ومطالبة المضرور للحكم بالتعويض وبعد ذلك يحكم بالتعويض ويقوم بتقدير قيمة ذلك التعويض إذا لم يكن التقدير قانونياً أو اتفاقياً بالإضافة إلى ذلك تحديد الطريقة التي يجب بها دفع هذا التعويض لجبر الضرر ولمعاقبة المتسبب بالضرر وردع غيره<sup>(٣٨)</sup>.

إن المحاكم جرت على التأكيد في قراراتها بضرورة التناسب بين الضرر و التعويض، بحيث لا يسبب للمضرور لا ربحاً ولا خسارة وتأكيد المحاكم على هذا الأمر ليس في الحقيقة إلا محاولة لإبعاد قرارات المحكمة من احتمالية النقض من قبل محكمة التمييز ومع ذلك فالمحاكم تتمتع بكامل حريتها في تقدير التعويض وهذا ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية في العراق في أحد قراراتها بأن "قيمة الأضرار مسألة وقائع تستقل بها

(٣٦) د. عدنان احمد ولي، المصدر السابق، ص ١٥

(٣٧) د. ظافر حبيب جباره، فكرة التعويض العقابي ومواطن الأخذ بها في القانون الانكليزي المصدر السابق، ص ٣٩٦

(٣٨) د. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، ط ١، دار الحداثة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٥، ص ٢٥٢.

محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية "، ومع ذلك فالمحكمة مقيدة بطلبات الخصوم بأن تقدر مبلغ التعويض دون أن يتجاوز طلبات المدعي<sup>(٣٩)</sup>.

كل ما تقدم يكون في الأحوال الاعتيادية، ولكن في حالة وجود تعويض عقابي فإن هذا التعويض يحمل من الاعتبارات ما يجعل سلطة القاضي في تقدير مبلغ التعويض مختلفة، فإذا كان خطأ المسؤول جسيماً مثلاً أو لا مبالى عندها تتسع سلطة القاضي في تقدير التعويض بالزيادة أو الحط منه، وهذه السلطة تظهر بوضوح في حالة وجود تعويض عقابي فجسامة الخطأ تحتل الصدارة في حالة العنت أو الاستخفاف بمصالح الآخرين فيكون لذلك تأثير بالزيادة أو النقص حسب جسامة الفعل الذي ارتكبه المدعى عليه<sup>(٤٠)</sup>.

## المبحث الثاني

### التطور التاريخي لفكرة التعويض العقابي

لما كان القانون ظاهرة اجتماعية متصلة بالماضي اتصالاً وثيقاً فلا يمكن فهمه في الحاضر فهماً صحيحاً إلا بالتعرف على الماضي لأنه يعد امتداداً له وقد أثبتت الدراسات التاريخية أن الشرائع والأنظمة القانونية ماهي إلا مرحلة من مراحل التطور القانوني بنيت على ما سبقها وتكون أساساً لما سيعقبها من مراحل فالقوانين الوضعية الآن ستصبح بدورها قوانين تاريخية بالنسبة لقوانين ستأتي في المستقبل<sup>(٤١)</sup>.

ولكي ندرك سمات الفكرة موضوع البحث، لابد من دراستها في عدد من الشرائع ومن الأفضل تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول الصورة التقليدية لفكرة التعويض العقابي في الشرائع القديمة، وفي المطلب الثاني الصورة الحديثة لفكرة التعويض العقابي في القوانين الأنكلوأمريكية.

### المطلب الأول :- الصورة التقليدية لفكرة التعويض العقابي في الشرائع القديمة .

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، فنعرض في الأول التعويض العقابي في شريعة حمورابي، ونخصص الفرع الثاني للتعويض العقابي في القانون الروماني.

(٣٩) القرار المرقم ٣٨١/استئناف\١٩٦٩، النشرة القضائية، السنة الأولى، العدد ٢، ص ١٣١. مشار إليه في:- د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ١٦٤-١٦٥.

(٤٠) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام)، ج ١، ط ٣، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٩، ص ٥٥٧.

(٤١) د. عامر سليمان، القانون في العراق القديم (دراسة تاريخية قانونية مقارنة)، ط ٢، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٨٧، ص ٦٠٥.

## الفرع الاول:- التعويض العقابي في شريعة حمورابي<sup>(٤٢)</sup>.

من المعلوم أن مصادر البحث في تاريخ العراق القديم كثيرة جداً وعند البحث وجدنا ان فكرة التعويض العقابي موجودة في عدد من الشرائع العراقية القديمة<sup>(٤٣)</sup>.

وسنقتصر على ذكر أهمها ولعله اوضح ظهور للتعويض العقابي فيها هي شريعة حمورابي<sup>(٤٤)</sup>.

يرجع بعض الباحثين نشأة التعويض العقابي تاريخياً إلى شريعة حمورابي فهذه الشريعة تحوي ما يعرف بالتعويض المضاعف الذي كان يحكم به على المدعى عليه في أحوال معينة فبدلاً من أن يدفع ألفا يدفع الفين أو ثلاثة آلاف<sup>(٤٥)</sup>.

فقد نصت المادة الخامسة من هذه الشريعة على أنه "إذا أعطى قاض حكماً وأصدر قراراً وثبت على رقيم مختوم ثم غير حكمه فعليهم أن يثبتوا أن ذلك القاضي قد غير الحكم الذي أعطاه وعليه أن يدفع اثنا عشر مثل الشكوى التي رفعت في تلك الدعوى وزيادة على ذلك أن يطردوه امام الجميع من كرسي القضاء وعليه أن لا يجلس ثانية أبداً مع القضاة في دعوى"<sup>(٤٦)</sup>.

نلاحظ في هذه المادة أن القاضي غير الأمين والذي يغير حكمه يدفع اثنا عشر مرة مثل قيمة محل الدعوى كعقوبة دالة على بشاعة ما ارتكبه القاضي وهي تعويض عقابي للمتضرر من تبديل القاضي لحكمه .

أما المادة الثامنة من قانون حمورابي فقد نصت على أنه "إذا سرق رجل أما ثوراً أو شاة أو حماراً أو خنزيراً أو قارباً فإذا كان الشيء المسروق يعود للإله أو للقصر فعليه أن يدفع كغرامة ثلاثين ضعفاً"<sup>(٤٧)</sup>.

(٤٢) شريعة حمورابي شريعة أصدرها الملك البابلي حمورابي سادس ملوك بابل الأولى الذي حكم للفترة من ١٧٩٢-١٧٥٠ ق.م صدرت شريعته في السنة الثلاثين من حكمه، وهي تدل على درجة كبيرة من التقدم القانوني على الرغم من تجردها من الاسبقية فقد سبقها العديد من الشرائع ولكنها تفوقت عليها لا بل حتى على الشرائع التي جاءت بعدها فهي تميزت حتى على قانون الألواح الاثني عشر الروماني الذي يعد بالنسبة لها قانوناً بدائياً وهي اقدم منه بألف سنة تقريبا وتحتوي هذه الشريعة على ٢٨٢ مادة قانونية عالجت انظمة قانونية متعددة يمكن إجمالها بنظم القانون العام ونظم القانون الخاص. تعد هذه الشريعة بحق أنموذجاً رائعاً ليس للقوانين في وادي الرافدين فحسب وإنما في التاريخ القانوني للعالم القديم كذلك. د. عباس العبودي، شريعة حمورابي، (دراسة مقارنة مع التشريعات القديمة والحديثة) ط١، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة، عمان- الاردن، ٢٠٠١، ص ١١. كذلك ينظر شعيب احمد الحمداني، قانون حمورابي، مكتبة السهري، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٧.

(٤٣) ينظر المادة ٢٩ من قانون لبث عشتار.

انظر في تفصيل ذلك:- Luis Ernesto Aguirre, op.cit, p2-7 (44)

(٤٥) منصور عبد الرحمن الحيدري، المصدر السابق، ص ١.

(٤٦) الاب سهيل قاشا (ترجمة محمود الامين)، شريعة حمورابي، ط١، دار الوراق للنشر، لندن، ٢٠٠٧، ص ١٤. وانظر كذلك مصطفى كريم فاضل الخفاجي، تاريخ القانون في المجتمعات القديمة، مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية، جامعة بابل، المجلد ٣، العدد ٢، ٢٠١٣، ص ٢٨٩١٤.

(٤٧) انظر في تفسير هذا النص:- شعيب احمد الحمداني، المصدر السابق، ص ٦٣.

وعلى ذلك نلاحظ بوضوح وجود تعويض عقابي في هذه المادة وهي مضاعفة العقوبة والسبب هنا هو كون هذه الأموال عائدة للمعبد والقصر وهي أموال عامة "حسب التعبير القانوني الحديث"، وهي حالة شدد فيها التعويض.

ونصت شريعة حمورابي في مواد أخرى على أنه في حال أضرع سيد قسماً من ماله ووجد هذا المال في حوزة سيد آخر وادعى هذا الأخير أنه حصل على المال عن طريق شرائه من شخص معين، فعلى كل من الطرفين إثبات ذلك بشهود يؤيدون المال المفقود ويثبتون عائدة هذا المال فإذا ثبت أن هذا المال قد حصل عليه السيد الثاني من بائع كان قد سرقه فإن هذا البائع السارق يعدم ويعاد المال المفقود إلى السيد مالكة الأول، بينما يحصل المشتري على الفضة التي دفعها من ثروة البائع السارق. أما إذا فشل المشتري في إثبات أنه قد حصل على المال من بائع فهذا يعني أنه هو السارق فيعدم ويعاد المال المفقود إلى صاحبه .

وفي حال فشل المدعي بالمال المفقود في إثبات عائدة المال له ففي هذه الحالة هو غشاش وقام بشكاية كاذبة ويجب أن يعدم أما إذا كان قد قضى نحيبه فيؤخذ من ثروته خمسة أمثال ما ادعاه في تلك الدعوى حسب ما نصت عليه المواد ١٢، ١١، ١٠، ٩ من شريعة حمورابي<sup>(٤٨)</sup>.

وفيما يخص أحكام الأسرة نصت المادة ١٦١ في موضوع الخطبة على أنه إذا عدل والد الفتاة عن إتمام الزواج وكان العدول بوشاية من أحد فإنه يلتزم برد هدية الخطبة مضاعفة مع الامتناع عن تزويج ابنته لذلك الشخص الواشي.

ونصت المادة ١٠٦ "إذا اقترض ببيع منتقل مالا من تاجر ومن ثم أنكره على تاجره فإن على التاجر أن يبرهن بحضور الإله والشهود بأن البيع المنتقل قد اقترض المال وعلى البيع المنتقل أن يدفع للتاجر ثلاثة أمثال المبلغ الكامل للمال الذي اقترضه"، حيث جاء ذلك عقوبة للمقترض الذي ينكر المال الذي اقترضه من التاجر وتعويضاً عقابياً يمنح للتاجر المتضرر.

وفي عقوبة أخرى للتاجر الذي ينكر ما استلمه من البائع المنتقل فقد نصت المادة ١٠٧ من شريعة حمورابي على:

"إذا تاجر ائتمن ببيعاً منتقلاً بشيء ما وكان البيع المنتقل قد أعاد إلى تاجره ما كان التاجر قد أعطاه فإذا أنكر التاجر ما كان قد دفعه له البيع المنتقل فإن على البيع المنتقل أن يبرهن ذلك ضد التاجر أمام الإله والشهود وعلى التاجر أن يدفع للبيع المنتقل ستة أمثال ما استلمه لأن أنكره على بيعه المنتقل".

ونصت المادة ١١٢ منها على "إذا ارتبط سيد برحلة تجارية وأعطى فضة أو ذهباً أو أحجاراً كريمة أو أموالاً تعود إلى سيد وائتمنه على نقلها فإذا لم يسلم ما وجب نقله إلى حيث يجب أن ينقل وامتلكها فعلى مالك

<sup>(٤٨)</sup>د. نائل حنون، شريعة حمورابي - ترجمة النص المسماري مع الشروحات اللغوية، ج ١، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٣، ص ٢١٩-٢٣٤.

الأموال المفروض نقلها أن يثبت التهمة على السيد في القضية التي يجب أن تنقل والتي لم ينقلها وعلى ذلك السيد أن يدفع لصاحب الأموال المفروض نقلها خمسة أمثال ما سلم إليه".

وجاء في المادة ١٢٤ منها مايلي:

"إذا أعطى سيد سيداً فضة أو ذهباً أو أي شيء آخر أمام شهود للمحافظة عليها فأنكرها ومن ثم أثبتوا ذلك على هذا السيد فيجب عليه أن يدفع ضعف ما أنكره"<sup>(٤٩)</sup>, فقد جاء التعويض المضاعف في هذه المادة جزاءً على عدول والد الفتاة عن اتمام الزواج.

وأيضاً المادة ١٦٠:

"لو قدم الرجل هدية لحميه مع هدية الزواج ثم قال له الحمي لن أعطيك ابنتي زوجة أي لن أسمح بإتمام الزواج عليه أن يرد للرجل ما أخذ منه مضاعفاً"<sup>(٥٠)</sup>.

كل هذه المواد في شريعة حمورابي وغيرها تدل على تبني هذه الشريعة لفكرة التعويض العقابي فهي تظهر بوضوح في هذه المواد وعلى ما يبدو أنه يأخذ من الفكرة موضوع البحث قاعدة عامة لتعويض الضرر وهذا يدل على أن أصل الفكرة يعود إلى قانون حمورابي وهو الأصل الأوضح من بينها وذلك للتطور والتقدم الذي تتمتع به نصوص هذه الشريعة التي تكاد توازي ما نحن عليه اليوم من تطور .

## الفرع الثاني:- التعويض العقابي في القانون الروماني

أدى التطور التاريخي لنظام الدية إلى ظهور الجرائم الخاصة<sup>(٥١)</sup> وأهمها جريمة الاعتداء على الشخص وقد تطورت هذه الجريمة تطوراً ملحوظاً بحيث أصبحت تستوعب كل صور الاعتداء على الجسم ثم اتسع نطاقها في العصر العلمي بناءً على التعديلات البريتورية لتشمل حالات الاعتداء الأدبي مثل القذف والسب والأفعال المنافية للأداب كهتك العرض .

(٤٩) انظر في تفسير هذه المواد:- الاب سهيل قاشا, المصدر السابق, ص ٣٤-٣٨ , وانظر كذلك:- شعيب احمد الحمداني, المصدر السابق, ص ١٤٦.

(٥٠) اسامة سرار, شريعة حمورابي واصل التشريع في الشرق القديم, ط ٢, دار علاء الدين, دمشق, ١٩٩٣, ص ٥٩.

(٥١) جبرائيل البنا, دروس في القانون الروماني, ط ١, مطبعة الاعتماد, بغداد, ١٩٤٩, ص ١٠٠-١٠٨.

وكان جزاء ارتكاب هذه الجريمة غرامة مالية وهي البديل المتطور للدية التي تمثل مبلغاً من المال لا تقتصر على تعويض الضرر الذي أصاب المجني عليه بل تجاوزه إلى معنى العقوبة التي تتجاوز حد الضرر إذ هي عبارة عن ثمن يقدمه الجاني ليشترى به حياته<sup>(٥٢)</sup>.

وكانت وسيلة الحصول على الغرامة هي الدعوى التي يمنحها البريتور للمجني عليه فيطلب من المحكمين الذين تحال إليهم الدعوى الحكم طبقاً لما تقتضيه العدالة وحسن النية فيراعى في الحكم حسن نية الجاني وسوئها ومركز المجني عليه في المنظومة الاجتماعية ومدى الضرر الذي أصاب الضحية، أي إنه يحكم وفقاً لما تقتضيه العدالة في كل حالة وفق حد أقصى يقرره البريتور وجعل مدة سقوط هذه الدعوى سنة<sup>(٥٣)</sup>.

وبعد تطور القانون الروماني وإقراره لفكرة الضرر المعنوي وفرض عقوبات شديدة في هذا الصدد أن الضرر لا يتحدد بالأشياء المادية فحسب وإنما هناك قيم معنوية يجب التعويض عنها تتعلق باعتبارات شخصية للفرد.

وفي هذا يذكر الفقيه اهرنج "إن مهمة القاضي كانت ترمي إلى حماية المصالح النقدية والمنافع ذات الطابع الذهني في ان واحد، وكان للمدعي الحق في الحصول على تعويض لا على أساس الخسائر المادية فقط ولكن عن كل ما من شأنه المساس بالجانب العاطفي أو المعنوي للشخص. وكان قانون القصاص هو السائد في القانون الروماني بغرض فرض عقوبة مماثلة على المسؤول عن الفعل الذي اقترفه والحق ضرراً بالضحية لذلك كانت النقود تقوم بوظيفة البديل والعقوبة، وبمرور الوقت أصبح لها وظيفة أخرى وهي وظيفة ترضية ذلك المضرور بعدما كثرت الاعتداءات على كرامة الشخص الطبيعي وشرفه إذ أصبح للمضرور الحق في التعويض عن الأضرار المعنوية وأقر القانون الروماني ذلك في مجالات واسعة"<sup>(٥٤)</sup>.

وقد أنتج التطور التاريخي منذ قانون الألواح الاثني عشر وحتى صدور قانون اكويليا عن وجود ثلاث دعاوى لمواجهة الفعل الضار وهي الدعوى الجنائية والدعوى المدنية والدعوى المختلطة وهذه الدعوى الأخيرة ظهرت في عهد الإمبراطورية وهي تحمل من صفات الدعويين المدنية والجنائية معا وتهدف لجبر الضرر بغرامة تجاوزه ولذلك سميت مختلطة فهي تأخذ من الدعوى الجنائية الشخصية في الالتزام والاقتضاء ولا تنتقل إلى الورثة وتتصاعد مع سوء النية وحسنها أو الإنكار ولصاحبها الخيار أما طلب إنزال العقوبة البدنية أو اقتضاء الغرامة المالية أما اقتربها من فكرة التعويض العقابي أو الدعوى المدنية فيتمثل بالتطور الذي لحق بالغرامة المالية إلى أن أصبحت مبلغاً يضعه القانون يتفاوت حسب مدى جسامته الضرر .

(٥٢) د. احمد محمد خليفة، النظرية العامة للتجريم، دار المعارف، مصر، ١٩٥٩، ص ٧١-٧٥

(٥٣) محمد طه البشير، د. هاشم الحافظ، القانون الروماني، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٢، ص ٢٠١-٢٢٤

(٥٤) مشار إليه في:- د. سعدون العامري، المصدر السابق، ص ٧١

هذه الغرامة المالية هي ما يمثل التعويض العقابي والتي أصبحت تمثل مبلغاً من المال يحدده القانون للضحية ضد الفاعل عندما يرتكب فعلاً من الأفعال الضارة التي يحددها القانون، ولهذه العقوبة إلى جانب خاصية تعويض المدعي عقاب المدعى عليه عما أصابه<sup>(٥٥)</sup>.

## المطلب الثاني:- الصورة الحديثة لفكرة التعويض العقابي في القوانين الانكلوأمريكية.

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول التعويض العقابي في القانون الانكليزي ونفرع الفرع الثاني للتعويض العقابي في القانون الأمريكي.

### الفرع الأول: التعويض العقابي في القانون الانكليزي

تاريخ التعويض العقابي في القانون الانكليزي قديم حيث يرجع الانكليز أصله إلى ما قبل ٤٠٠ سنة تقريباً حيث كان يعرف بالتعويض المتعدد أو المتكرر وأهم قضية قررت التعويض العقابي في القانون الانكليزي هي قضية Money V. Huckle في ١٧٦١<sup>(٥٦)</sup>.

فجذوره تعود إلى العقائد الكاثوليكية منذ أيام كنيسة القديس أوغسطينوس التي هي واحدة من آباء الكنائس الانكليزية في حوالي القرن العاشر حيث نشأت مدارس سلوكية توصلت إلى خلق نظام اجتماعي ديني فهذه الطريقة لتسوية النزاعات قدمت منذ الفتح النورمندي في عام ١٠٦٦ كوسيلة لمعاقبة الافراد الذين تورطوا في سلوك مسيء للملك حيث كان في وقتها التمييز قليل جداً بين القانون الجنائي وقانون المسؤولية المدنية<sup>(٥٧)</sup>.

وفي الحقيقة أن أصل التعويض العقابي يوجد في المملكة المتحدة ويسمى أحياناً بالتعويض العقابي وأحياناً أخرى بالتعويض الامتثالي حيث تتحقق أهداف الردع والعقوبة في القانون الانكليزي من خلال هذا النوع من التعويض. وأهم ظهور له في المملكة المتحدة في القرن الثالث عشر عندما وضع قانون الغرامات المالية وأعلنت ذلك المحكمة العليا في المملكة المتحدة في عام ١٨٥١ في أحد القضايا الشهيرة التي تتعلق بالتعدي على الممتلكات حيث قدمت هذه القضية أحد العناصر القانونية الأولى للتعويض العقابي وهي أن هذا التعويض ينشأ من أفعال غير مشروعة تنطوي على نية سيئة غير أن مبدأ التعويض العقابي الذي يبدو غريباً في الوقت الحاضر بعد قرون من التطور والتمييز الواضح بين المسائل الجنائية والمسائل المدنية هو مبدأ يرجعه الانكليز إلى قانون حمورابي والشريعة اليهودية والقانون الروماني<sup>(٥٨)</sup>.

<sup>(٥٥)</sup>د. محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، بلا سنة طبع، ص ٣٦-٣٩

<sup>(٥٦)</sup>Money V. Huckle ، 1761 متاح على الشبكة الدولية على الرابط التالي:-

<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>

<sup>(٥٧)</sup>Luis Ernesto Aguirre, op.cit, p4-18

<sup>(٥٨)</sup>Luis Ernesto Aguirre, ibid, p1-15

ففي القرن العاشر والحادي عشر بدأ طريق الانقسام بين القانون المدني والقانون الجنائي وقبل استقرار قواعد القانون الانكليزي لتصبح رصينة كان هذا القانون به العديد من الفجوات وكانت إحداها التعويض العقابي وهذا التعويض يهدف إلى تحقيق نظام حماية بين الفرد والمجتمع من ناحية الحقوق، وتأكد هذا الهدف باتصال الاهتمام بهذا الموضوع في القرنين اللاحقين. وقد أكد مجلس اللوردات في قضية *Wood V. Wilkes* سنة ١٧٦٣ أحد أهم المبادئ في الشريعة العامة الانكليزية بان الفعل الذي ينتهك الحرية وكل فعل يمكن أن يمس الحياء ويعرض كرامة الانسان للإهانة يجب أن يعاقب بما يسمى العقوبة النموذجية أو تعويض انتقامي ضد المدعى عليه مأخوذة من فعله غير المؤدب وعمله الشائن الواضح وهكذا تم التأسيس للتعويض العقابي بصراحة تكفي للأخذ به في القانون الانكليزي<sup>(٥٩)</sup>.

ويشير بعض الباحثين في القانون الانكليزي إلى أن تبني القضاء الانكليزي لهذه الفكرة لعدد من العوامل منها انه قضاء إنشائي فهو لا يقتصر على تطبيق النصوص القانونية فحسب وإنما هو قضاء فيه من المرونة ما يسمح للقاضي في أن يبتدع قواعد قانونية جديدة يساهم من خلالها بتطوير القضاء بل أكثر من ذلك إن القانون الانكليزي هو نفسه قانون من خلق القضاء الانكليزي .

ومما ساعد أيضا في إرساء معالم فكرة التعويض العقابي لدى الانكليز أن القانون الانكليزي لا يحوي على قواعد صارمة فيما يتعلق بالتعويض من حيث تحديد نوعه ومقداره لذلك فإن هذا القانون يعرف أنواع عديدة من التعويضات في المسؤولية العقدية والتقصيرية لاتقف عند حد تعويض المضرور عما لحقه من خسارة ومافاته من كسب وإحدى أنواع هذه التعويضات هو التعويض محل البحث بالإضافة إلى هذه الأسباب فإن القانون الانكليزي لا يحتوي على نظرية عامة للمسؤولية التقصيرية وإنما هي مجموعة من الأفعال التي توجب المسؤولية ويطلق عليها بالجرائم المدنية مما ساعد القضاء الانكليزي في مراعاة خصوصية كل فعل من هذه الأفعال على حد سواء من حيث طريقة ارتكابه أو من حيث طبيعته وشخص مرتكبه فافترضنا تعويضا عقابيا على بعضها<sup>(٦٠)</sup>.

ففي الحالات التي تتعلق بالإهانة أو السب أو تلك التي تشكل جنحة، فللمضرور الحق بالحصول على تعويض عن هذه الاضرار كما في حالة القذف الشفوي أو المكتوب أو في حالة قيام مالك المنزل ببعض الأعمال التي يقصد من خلالها الاضرار بالجيران، فللمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بتعويض مرتفع والتعويض هنا يجاوز الضرر والغاية منه هي عقابية وهي تفترض سوء نية الجاني أو تهاونه الجسيم كحد أدنى للحكم بمبالغ مرتفعة وبالتالي مضاعفة التعويض عن الضرر<sup>(٦١)</sup>.

<sup>(59)</sup> journal of Gore, 1996, W. Morgan and Karl A. Boedecker, punitive damage after BMW V. Fred public policy and marketing, Vol. 16, No. 1, 1997, p164.

<sup>(٦٠)</sup> د. ظافر حبيب جباره، فكرة التعويض العقابي ومواطن الاخذ بها في القانون الانكليزي، المصدر السابق، ص ٣٩٤-٣٩٥

<sup>(٦١)</sup> د. مقدم السعيد، المصدر السابق، ص ١٥٠

ويعود الفضل في إبراز هذا الموضوع في القانون الانكليزي إلى سلسلة من القضايا في القرن الثامن عشر كان هدفها حماية العامة من سلطة الدولة حيث تقرر في قضية *Broom V. Cassel* في سنة ١٩٧٢ أنه يجب أن لا يتم تفسير تعبير موظفي الحكومة بشكل ضيق لذلك تقرر أنها لا تشمل موظفي التاج فقط بل كل من يمارس وظائف حكومية مثل رجال الشرطة وموظفي الحكم المحلي تحقيقاً لهدف التعويض العقابي في السعي لحماية الأفراد من سلطة الدولة.

وبناء على ذلك ففي قضية خاصة بجهاز وطني صدر قرار بتأميمه وذلك بموجب تشريع برلماني ليمارس أعمال تجارية وذلك تماشياً مع قانون المجتمع الاوربي "European community" وقد أخطأ هذا الجهاز في أنه لم يحذر الجمهور بتلوث مياه الشرب وكانت المحكمة قد حكمت برفض منح تعويض عقابي على اعتبار أن هذه الجهة لم تكن تؤدي وظيفة حكومية لأنه كان هناك اتجاه يضيق من منح التعويض العقابي ويمنعه في حالة كون الضرر صادر من جهات خاصة ولكن تعرض هذا الاتجاه لنقد شديد في أنه كيف يمكن أن يكون تزويج موظف بالتهديد لشخص ما عن طريق سوء استخدام السلطة أسوأ من فعل العمل نفسه من شخص عادي معتمد على قوته ونفوذه .

ولكن النقد الشديد الذي وجه إلى هذه التفرقة بين موظفي الدولة وغيرهم من الأشخاص أو الجهات الخاصة العادية في أنه لا يعتبر رشداً استبعاد سلوك جائر وتحكمي وغير دستوري صادر من موظفي المشاريع الضخمة من تطبيق التعويض العقابي لأن هذه المشروعات العملاقة قادرة على إحداث الكثير. إن لم يكن أكثر من الضرر الذي يحدثه رجال الشرطة وموظفي الحكومة فلماذا يحكم بتعويض عقابي على رجال الشرطة لسوء استعمالهم السلطة بينما لا يحاسب موظفي شركات الأمن والحراسة على الأفعال نفسها في حال ارتكابهم لها فالسعي لتوسيع مفهوم رجال السلطة ما هو إلا إقرار لفكرة التعويض العقابي بإضفاء صفة موظفو الحكومة على فئات اكبر من أجل منح تعويضات عقابية على اعتبار أن جنور فكرة التعويض العقابي كانت لمواجهة رجال السلطة<sup>(٦٢)</sup>.

وهكذا أصبح التعويض العقابي من المسلمات في القانون الانكليزي وتم النص عليه في عديد من التشريعات البرلمانية مثل قانون قوات الاحتياط وحماية المصالح لسنة ١٩٥١ في المادة ١١٣ في الفقرة الثانية وقانون حماية النشر والتصميم وبراءة الاختراع لسنة ١٩٨٨ في المادة ٢٧ في الفقرة الثانية والمادة ٢٩ في الفقرة الثالثة حيث إن أغلب التعويضات العقابية تقع ضمن هذين القانونين فهما يعدان مثالين للفكرة موضوع البحث ولا أدل على ذلك من أن قانون حقوق النشر يستخدم عبارة تعويضات إضافية " في حالة انتهاك الحقوق التشريعية للمدعي في ظروف مشددة Additional damages when the plaintiffs statutory rights have been infringed in aggravating circumstances"<sup>(٦٣)</sup>.

(62)Die Mercuri, op.cit, p2-12.

(63)Jim Gash, Solving the multiple Punishments Problem: A Call for a National Punitive damages Registry, NW.L Rev, 2004-2005, P163.

وهكذا يمنح التعويض العقابي في كل حالات السلوك الاستثنائي لمقترب الفعل الضار الذي ينشأ عن نية سيئة وطيش ولا مبالاة أو تفرقة عنصرية أو تعدي على الأراضي والممتلكات والادعاء الكاذب والتشهير والتدخل الضار في شؤون الآخرين ومع ذلك تقرر في عدد من القوانين عدم منح تعويض عقابي منها حالة مخالفة قانون التفرقة الجنسية لسنة ١٩٥٧ وقانون العلاقات العنصرية لسنة ١٩٧٦.

### الفرع الثاني:- التعويض العقابي في القانون الأمريكي

التعويض العقابي هو التسمية السائدة لهذا النوع من التعويض في الولايات المتحدة الأمريكية وهذا النوع من التعويض حتى العقد السادس من القرن العشرين كان الطلب عليه في الدعاوي نادراً جداً غير أنه منذ عام ١٩٦٠ ومع التطور المذهل لنظام الفعل الضار المتعلق بمسؤولية المنتج نتيجة تزايد عدد الضحايا وافقه تزايد على طلب التعويض العقابي وكذلك زيادة في مبالغ هذا التعويض التي بلغت في المتوسط ما يزيد على مليون دولار حسب جسامه الخطأ<sup>(٦٤)</sup>.

وكانت أول قضية في التعويض العقابي في القانون الأمريكي صدرت في عام ١٧٨٤ وهي قضية Harris V. Jenney التي أعقبتها قضية Holien Kame V. Fleet في ١٨٥٢ التي كانت بخصوص بيع أدوية مغشوشة وعموما هذه القضية عرفت كأول قضية في مسؤولية المنتج قرر فيها تعويض عقابي للمدعي<sup>(٦٥)</sup>.

وتعود أسباب هذا التطور في منح التعويض العقابي بالدرجة الأولى إلى نمط الحياة في الولايات المتحدة الأمريكية، التي تعد من أكبر الدول التي تحول الفكر إلى صناعة وأموال وكذلك المهارة المتزايدة لوكلاء المدعين والقضاء الشجاع وزيادة الوعي بالحقوق المدنية التي يتمتع بها الفرد وحرصه للحصول على حقوقه وحمايتها تحت مظلة القانون المدني، فضلا عن الطبيعة الخاصة للقانون الأمريكي التي تسمح لكل ولاية بسن قوانينها<sup>(٦٦)</sup>.

مما تجدر الإشارة إليه أن القانون الأمريكي نظام يسمح لكل ولاية بسن قوانينها الخاصة مثل قانون الأفعال الضارة والتعويض العقابي، والسماح لمنح التعويض العقابي في الولايات المتحدة الأمريكية يختلف من ولاية إلى ولاية فبعض يسمح به وبعض آخر يضع له شروطاً وبعض يرفضه نهائياً كولاية نبراسكا التي لاتعترف به أبداً. أما ولاية واشنطن فهي تعترف به ولكن تضع له بعض الشروط التي لاتسمح به إلا في حالة ورود نص صريح في قانونها يوجب مثل هكذا تعويض .

أما في ولاية نيوهامبشاير فإن قانونها يسمح بمنح تعويض عقابي في الحالات التي تشمل على ظروف مشددة لتعويض المدعي عن سلوك المدعى عليه أما ولاية وسكنسن فإنها تحد من فرض هذا التعويض إلا في إطار الأفعال المتهورة وعدم المبالاة المقترنة بطيش أو تعمد وفيما عدا هذه الولايات فالولايات الأخرى تطلق

(64)Volker Behr, Punitive Damage in American and German Law Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts, 78 Chi.Kent L. Rev, 2003, p105

(65)Kame V. Holien Fleet ,1852seeVolkerBehr,op.cit, p42

(66)John J. Kircher and Christine, punitive damage: law and practice, 2000, p13

منح التعويض العقابي في مجالات مختلفة<sup>(٦٧)</sup>، وليس لنا الاستغراق والتفصيل في قانون كل ولاية والاكتفاء بالإشارة إلى الأمور المشتركة بينها.

كان الهدف من التعويض العقابي البعث برسالتين الأولى ذات مغزى أخلاقي قوي لمرتكب الفعل الضار والثانية إيذاء مالي للفاعل وكان التفكير الأولي هو العقاب لمن يحمل صفات الاعتداء بغضا مثل سائقي السيارات المتهورين .

ويفرض التعويض العقابي كذلك إذا انطوى فعل المسؤول على سلوك عنصري أو فظاعة سلوك الفاعل أو العنت أو غش المدعى عليه عملاء الذين وثقوا به كما الحال في القضية الرائدة Bmw V. Gore في سنة ١٩٩٦ التي تتلخص وقائعها في أن شركة BMW باعت إحدى سياراتها بعد أن قامت بإعادة طلائها ولم تخطر المشتري بأن فيها بعض التلفيات قبل إعادة الطلاء وعندما اكتشف المدعي الأمر صدفة عند عرضه السيارة على إحدى ورش التصليح فقام برفع دعوى على الشركة مطالبا إياها بتعويض عقابي لأنها قامت بخداعه وتبين فيما بعد أن هذا السلوك كان بمثابة سياسة عامة للشركة في بيع سياراتها المعطوبة أو التي بها بعض التلفيات القليلة وقد ضاعفت المحكمة التعويض العقابي بنسبة ٥٠٠ مرة للتعويض الجابر آخذة في الاعتبار عدد المدعين في نطاق الاقليم القضائي للمقاطعة<sup>(٦٨)</sup>.

وفرضت المحكمة العليا في ولاية وسكنسن تعويضاً عقابياً بسبب السلوك الفظيع والشنيع للمدعي حيث تعود وقائع قضية Jones V. Fisher إلى ديسمبر ١٩٦٦ حيث التحقت المدعية اليتا جونز للعمل كمرضة في منزل للتمريض يملكه السيد جيروم فيشر وزوجته وبعد عام من العمل اقترضت المدعية من صاحب العمل مبلغاً من المال وهو تكاليف طقم أسنان علوي تحتاج إليه بشدة وكان من المفترض والواضح أنها ستبقى للعمل لديهم مدة من الوقت، ولكن بعد حصولها على الطقم بأسبوع أخبرت المدعى عليهم بأنها عازمة على الاستقالة وترك العمل فثار جدل حينها عن كيفية سدادها للمبلغ الذي اقترضته ، وبعد أن قدمت المدعية عرضاً لسداد مبلغ القرض جذبها أحد المدعى عليهم وقام الآخر بخلع طقم الاسنان بالقوة و بطريقة وحشية مؤكدين بأن لهم الحق في الاحتفاظ به كتأمين لحين سداد مبلغ الدين.

فجرت المدعية اليتا في هلع إلى أقرب صيدلية للحصول على علاج وطلبت توكيل محام للدفاع عنها.ثم ذهبت إلى مركز الشرطة للإبلاغ عن الحادثة ووصف الفعل الشنيع الذي ارتكبه بحقها المدعى عليهم وأمام المحكمة وصفت شعورها بأنها عانت الذل والهوان والعار أمام الصيدلي ورجال الشرطة. وقررت المحكمة

(67) John Y. Gotanda, punitive damage: A comparative analysis, Andrew C.W.Lund, Punitive damage after BMW V.Gore and state farm. Mutual automobile insurance Co V.camfbell, Elisabeth Haub school aflaw at pace University, New York, Vol20, 2005, P947-951.

(68) fred, W.Morgan and karl A. Boedecker, op.cit, p164.

بعدها أن سلوك المدعى عليهم غير قانوني وفظيع وشنيع بالمرّة وغير معقول ومن ثمّ فالمدعي يستحقّ تعويضاً عقابياً<sup>(٦٩)</sup>.

### **المبحث الثالث**

## **الوظيفة المزدوجة للمسؤولية المدنية بأعمال فكرة التعويض العقابي**

---

<sup>(69)</sup>Jones V. Fisher , supreme court of Wisconsin , See: Dorsey D. Ellis, Jr, Op.cit, p124.

قبل نزوح نظام المسؤولية ووصوله إلى ما هو عليه الآن فقد كان نظام المسؤولية القانونية نظاماً موحداً لا تفرق ولا تميز بين ما هو جنائي وما هو مدني، حيث كانت ظاهرة ردع الفعل هي السائدة فالجزاء كانت تعميه العاطفة فيضيع تقدير الجرم ذاته وإنه لم يكن يكتفي بمجرد إصلاح الضرر بل كان يأخذ طابعاً شخصياً بإرضائه لشعور المضرور أي إن الجزاء المدني كان يتطلب عقوبة. فالرغبة بالانتقام لم تكن شعوراً غريزياً فقط بل كانت واجبا مقدسا تدعو إليه عشيرة الجاني والتهاون به وتركه يجلب العار لذلك كان يسود النزاعات طابعاً فوضوياً وهذا ما كان يعرف بنظام القضاء الخاص.

وهذه الأفكار تعود بجذورها للقانون الروماني الذي مارس تأثيره المباشر على عدد من القوانين منها القانون الفرنسي على سبيل المثال وبقيت نفس طريقة التعويض سائدة فترة من الزمن حتى بعد انهيار الأمبراطورية الرومانية<sup>(٧٠)</sup>.

ولكن ما لبث أن حدث التحول عن أفكار القانون الروماني فيما يتعلق بجزاء الفعل الضار على الرغم من أن هذا التحول أخذ وقتاً ومع ذلك يمكن رصد أهم علامات هذا التحول:

أولاً:- التمييز في أوائل القرن الثالث عشر والرابع عشر بين الجرائم التي تقع على الأشخاص وجزائها عقوبة جنائية وبين التي تقع على الأموال والتي تخول حقاً مدنياً يتمثل في تعويض الضرر<sup>(٧١)</sup>.

ثانياً:- إن أهم تحول هو تأثير القانون الكنسي على القانون الفرنسي الذي أدى به إلى التحول عن أفكار القانون الروماني إذ حدث تحول جذري للبحث عن النية والعامل النفسي وراء الفعل الضار أي إن ارتكاب الخطأ شرط لوصف الفعل بعدم المشروعية إلا أن الخطأ في القانون الكنسي يتخذ معنى أقرب للخطيئة الأخلاقية ويعتبر الغش وسوء النية وعدم الحيطة والخفة في الأضرار بمصالح الغير أحد صور الخطأ .

وهنا نرى أن هذا القانون هو - الجذور الحقيقية لفكرة التعويض العقابي - وذلك لنظره ليس للفعل الضار فحسب أو مدى جسامة الخطأ وإنما لأوصاف معينة من السلوك وراء ذلك تبرر هذا التعويض ومنها سوء النية والغش والإهمال وعدم الحيطة والحذر والاستخفاف بحقوق ومصالح الآخرين .

كل هذه السمات كان لها التأثير على التقنين المدني الفرنسي الذي صدر عام ١٨٠٤ وأخذ التمييز بين العقوبة والتعويض الجابر للضرر وأصبحت الفكرة المسيطرة على واضعي هذا القانون الاتجاه في تقدير التعويض من النزعة الشخصية والنزعة التي عرفها القانون الروماني إلى نزعة موضوعية مطلقة .

لذلك كان واضحاً تبني المشرع الفرنسي للأفكار القانونية السائدة التي تقوم على الفصل التام بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية لذلك كانت وظيفة التعويض هي جبر الضرر فقط ولا يختلف تقديره بحسب جسامة

(٧٠) د. مقدم السعيد، المصدر السابق، ص ١٨-١٩.

(٧١) د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ط ٨، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٨٥، ص ٣-١٢.

الخطأ وإن التعويض هو واحد بالنسبة لجميع أنواع الخطأ<sup>(٧٢)</sup>، وعلى نهج المشرع الفرنسي سار القانون العراقي.

إن قصور جزاء التعويض الذي يقوم على فكرة إصلاح الضرر عن حماية قواعد القانون المدني كان أهم العوامل التي دعت إلى ظهور فكرة التعويض العقابي إذ تبين أن قصور مبدأ التعويض الكامل في التطبيق العملي ففي بعض الأحيان يستلزم الفعل الضار نوعاً من الردع هو ردع لا يصل إلى مرتبة العقوبة العامة في القانون الجنائي على الأخص في الحالة التي يحقق فيها الضرر فائدة للمسؤول تفوق قيمة التعويض الذي سيدفعه، وهكذا فإن عدم الرغبة بالاستعانة بالجزاءات الجنائية وضعف الجزاءات المدنية من ناحية أخرى أدى إلى أن يكون التعويض العقابي وسيلة لردع الخطأ الجسيم في القانون المدني وقمع الغش في المسؤولية المدنية مما أدى إلى ضرورة تفريد العقوبة حسب مدى جسامة الخطأ ووجوب الاعتداد بشخص محدث الضرر أكثر من الضرر ذاته<sup>(٧٣)</sup>.

لذلك فإن هذا النوع من التعويض يبدو غريباً في الوقت الحاضر بعد مرور زمن في مجال الدراسات القانونية والتمييز الواضح بين المسائل الجنائية والمسائل المدنية<sup>(٧٤)</sup>، حيث يذكر اللورد مانسفيلد لا يوجد تمييز معروف في القانون أفضل من التمييز بين القانون المدني والقانون الجنائي " There is no distinction better known than the distinction between civil and criminal law"<sup>(٧٥)</sup>.

وبعد هذا التطور والتراجع في فكرة الخطأ هاجمها العديد على أنها من مخلفات الماضي الذي يخلط بين المسؤولتين المدنية والجزائية ويمزج التعويض بالعقوبة فالمسؤولية المدنية في الوقت الحاضر لا تهدف إلا لتعويض الضرر والعقاب ليس من شأنها بل المجال الحقيقي له هو المسؤولية الجزائية وبالتالي لا أهمية للخطأ في التعويض طالما أن الضرر قد وقع " فالمخاطر على من يفعل أو من يفعل فعله مخاطر فعله"، ففي الوقت الحاضر إن فكرة الخطأ - وإن لم تختف نهائياً - ولكنها أصبحت قليلة الأهمية في الأحكام القضائية حتى أن بعض الأحكام القضائية قررت حالات من المسؤولية بعيدة عن الخطأ فالقضاء لم يعد يأخذ من الخطأ معناه التقليدي المبني على أساس معنويه النفسي والمادي، وأصبح أكثر اعتداداً بعنصره المادي حيث ترى فيه الكفاية لتحميل المسؤول تبعية عمله أي إنها أصبحت تأخذ بالخطأ الموضوعي. وهذا ماذهب إليه الفقيه سالي فهو يؤكد أن الاهتمام يجب أن ينصب أساساً على مخالفة الفعل للقواعد دون الاعتداد بالخطأ الشخصي وهذا يسهل إثبات الواقعة الخاطئة وليس الخطأ<sup>(٧٦)</sup>.

(72) J. De Malafosse , Histoire du droit prive" , presses universitaires de france , saint germain , paris , 2016, p374-376

(73) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المصدر السابق، ص ٤٧-٥٣

(74) د. محمد ابراهيم الدسوقي، المصدر السابق، ص ١٠١-١٠٣.

(75) Luis Ernesto Aguirre, op.cit, p13-20

(76) نقلاً عن د. محمد نصر رفاعي، موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية، ج ٩٠، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٤٣٤-٤٣٧

فموقف القوانين من المسؤولية المدنية يتأرجح بين النزعتين الشخصية الموضوعية، فأما تغليب مصلحة الإنسان في أن يعيش بأمان أو تغليب مصلحته في أن يتصرف بحرية، وموضوع بحثنا يغلب المصلحة الثانية على الأولى فهو يركز على الفرد ووجوب إعطائه الثقة لكونه عنصراً مسؤولاً عن تصرفاته ونتائجها. فالمسؤولية عن الفعل الضار تقوم على أساس الخطأ، وإن الشخص لا يسأل إلا عما قام به بحرية لأن المسؤولية هنا تفترض في الشخص الادراك والتمييز بين الخير والشر اولا وقدرة هذا الشخص على فعل الخير وتجنب الشر ثانياً.

والأخذ بالمسؤولية على هذا الأساس إنما هو لتحقيق هدفين الأول هو تعويض المضرور عما أصابه من ضرر أما الثاني فهو عقاب مرتكب الفعل الخاطئ على ارتكابه لهذا السلوك المنحرف الذي خان به الثقة التي كانت قد منحت له باعتباره كائناً مسؤولاً في المجتمع وكذلك ردع غيره عن اتیان نفس هذا السلوك وهذا الهدف الثاني هو أسمى وأهم من الأول فمحدث الضرر يجب أن يمر دائماً عبر العقاب عن سلوكه الخاطئ<sup>(٧٧)</sup>.

وعلى ذلك فإن أول وظائف هذا التعويض هي جبر الضرر أو ما يسمى بمبدأ التعويض الكامل الذي يحتم على القاضي تقدير التعويض بناء على الضرر الواقع فعلاً وأن لا يقيم وزناً لأي ظرف خارجي لا علاقة له بالمضرور كالوضع المالي لمحدث الضرر من غنى أو فقر المضرور، وأن لا يربط القاضي بين درجة جسامه الخطأ وبين مقدار التعويض فلا يحق للقاضي أن يزيد من مبلغ التعويض أو يحط منه لمجرد أن الخطأ جسيم أو بسيط، وإنما يكون ذلك بالاستناد إلى مقدار الضرر أي حصر التعويض في وظيفته الإصلاحية التي تتمثل في جبر الضرر دون الاهتمام بالعوامل الأخرى التي أدت إلى إحداث الضرر والتي رافقت ارتكابه ومنها درجة جسامه خطأ مرتكب الفعل الضار<sup>(٧٨)</sup>.

وعلى ذلك فالتعويض العقابي يعيد إلى ركن الخطأ مكانته المتميزة بعد أن هجرت التشريعات المدنية النظرية القديمة في تدرج الخطأ والتي تؤثر مباشرة على فكرة التعويض العقابي لكن ذلك لا يعني غياب أي دور لمثل هذا التدرج ضمن نطاق تحقق المسؤولية المدنية إذ يبقى لتدرج الخطأ دور في مدى التعويض ونطاقه عن الضرر الحاصل نتيجة لذلك الخطأ وهو يؤثر على شكل التعويض ذاته ونوعه ويؤثر على مرتكب الخطأ نفسه ففكرة الخطأ لها ارتباط ودور مهم في فكرة التعويض العقابي فهذا الإخلال بالالتزام العقدي الذي يقابله الإخلال بالالتزام قانوني في موضوع المسؤولية التقصيرية هو الذي يحرك القاضي نحو زيادة مبلغ التعويض وجعل هذا التعويض أشبه بالعقوبة لأجل معاقبة الفاعل وردع غيره<sup>(٧٩)</sup>.

(٧٧) د. عدنان ابراهيم سرحان، موضوعية ضمان الضرر، مجلة الحقوق الاماراتية، جامعة الشارقة، المجلد ١١، العدد ١، ٢٠١٣، ص ٤٢-٤٣.

(٧٨) د. عدنان ابراهيم سرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني "مصادر الحقوق الشخصية- الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط ٥، ٢٠١٢، ص ٤٧١-٤٨٤.

(79) Lee Katherine Goldstein, Split Recovery Statutes Do more harm than Good (A Subtitle in – splitting) Punitive Damages with the state, 38 Colo. Law, 2007, P104-106.

وتدرج الخطأ وأثره على التعويض قد أخذ به المشرع العراقي في القانون المدني إذ جعل المشرع الأساس في تقدير التعويض عنصرين، هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت وذلك بمقتضى نص الفقرة الأولى والثانية من المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

والخطأ الذي يؤثر في التعويض العقابي هو الخطأ الجسيم وفارق التقابل بينه وبين الخطأ البسيط تصنعه الخطورة فعندما يكفي لقيام المسؤولية مجرد توافر فعل يوصف بالخطأ المسبب للضرر دون أن يتطلب الأمر معرفة درجة الخطأ كنا أمام خطأ بسيط ولكن في حالة قيام المسؤولية على أساس خطأ ولكن بدرجة متقدمة تفوق حالته العادية كنا أمام خطأ جسيم<sup>(٨٠)</sup>.

ولا يزال الخلاف محتدماً حول تكييف التعويض في المسؤولية المدنية بين التقدير الموضوعي الذي لا يعتد إلا بالضرر وحده ويعوض على أساسه وبين التقدير الشخصي للتعويض الذي يعتمد على درجة جسامة الخطأ حيث لاحظ بعض الفقهاء تشدد المحاكم في منح التعويض على أساس الضرر فقط وإغفال جسامة الخطأ، ودعوا إلى الموازنة بين الضرر والخطأ في تقدير التعويض المناسب لهذا الضرر وكذلك هناك حالات تتطلب ردعاً خاصاً أشد من التعويض ولذلك برزت ضرورة الاعتداد بشخص محدث الضرر ومسلكه .

وعلى ذلك ضرورة الاعتداد بالخطأ وبدرجة جسامته في تقدير التعويض إلى جانب الضرر على أن هناك العديد من القوانين أقامت المسؤولية المدنية على أساس جسامة الخطأ ومنها القانون المدني الألماني<sup>(٨١)</sup>، وكذلك القانون المدني السويسري.

فالجزاء العقابي والإصلاحي يهدف إلى احترام القاعدة القانونية ولكي يتحقق هذا الاحترام للقاعدة القانونية لا بد من اتخاذ كافة السبل التي تمنع مخالفة هذه القاعدة وردع المخالف وغيره من ارتكاب هذا السلوك في المستقبل. فالمنع سابق على وقوع المخالفة والإصلاح لاحق لها وعلى سبيل المنع اتخاذ إجراءات الحجر التحفظي على أموال المدين وذلك لأجل أعمال قاعدة أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، وعلى سبيل الإصلاح استرداد الشيء جبراً ممن استولى عليه بغير وجه حق.

فالتعويض في الأصل لا يعرف الخطأ ولا يعتد به كأساس للمسؤولية المدنية، بينما يجعل التعويض العقابي الخطأ مقياساً للمسؤولية. فالتعويض العقابي يدعم التعويض الكامل في المسؤولية المدنية ويقويه فهو تعويض يراعي مصلحة المسؤول والمضرور والمصلحة الاجتماعية فمن حيث حمايته مصلحة المضرور فهو يقدر التعويض على أساس جسامة الخطأ ومن حيث حمايته مصلحة المسؤول لأنه يقيه التقدير التعسفي للتعويض في حالة تفاهة الخطأ ويحمي كذلك المصلحة الاجتماعية من خلال وظيفة الردع والعقاب التي يقوم بها هذا التعويض الاستثنائي<sup>(٨٢)</sup>.

(٨٠) محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٤-١٥  
(٨١) د. اسامة ابو الحسن مجاهد، المصدر السابق، ص ١٢٩-١٣٢  
(٨٢) د. محمد ابراهيم الدسوقي، المصدر السابق، ص ١٠٧-١٠٨

يتضح من ذلك أن قصور المسؤولية المدنية في بعض الحالات عن تعويض المضرور تعويضاً عادلاً واقتصارها على الإصلاح وجبر الضرر، وأيضاً إغفال المسؤولية الجنائية وعدم شمولها لبعض الأفعال بالعقاب إذا فرض عقوبة لا تتناسب مع خطورة الفعل ذاته.

على ذلك ففكرة التعويض العقابي تقع على حدود كل من القانون الجنائي والقانون المدني فهي تتعلق بالقانون الجنائي من حيث أصلها وهدفها أما من حيث شكلها وآثارها فهي تتعلق بالقانون المدني<sup>(٨٣)</sup>.

وكما قلنا إن التعويض العقابي يعد استثناءً على مبدأ التعويض الكامل ولقد حان الوقت للتوسع في هذا الاستثناء ومنح القضاء فسحة يستطيع التشديد بها على مرتكبي الأفعال الضارة المدعومة بخطأ شخصي وليس ذلك أمراً سلبياً فالخطأ في المسؤولية الجنائية هو ركن لا تقوم بدونه فما المانع إذا جعلناه سبباً بتوافره يزداد مقدار التعويض في نطاق المسؤولية المدنية؟ ويبدو أنه لا مانع من ذلك بل على العكس فيه العديد من المزايا التي تدعو إلى ذلك.

وما الضرر من جعل وظيفة المسؤولية المدنية مزدوجة عقابية من جهة، وتعويضية من جهة أخرى، إذا كان في ذلك تحقيق لمصلحة المضرور في بعض الحالات، فوظيفة التعويض هي ليست الوظيفة الوحيدة للمسؤولية المدنية ولا سيما أن وظيفة الردع والعقاب تتكامل مع التعويض الكامل للتوصل إلى تعويض عادل للمضرور، وعلى ذلك متى ما فرضت المحكمة تعويضاً عقابياً مارست المسؤولية المدنية كلتا وظيفتيها التعويضية والعقابية.

## الفصل الثاني

### مواطن تبني فكرة التعويض العقابي في القانون الانكليزي والمشكلات التي

#### تشيرها

سنتناول في هذا الفصل مواطن تبني فكرة التعويض العقابي في القانون الانكليزي والمشاكل التي تشيرها فنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول مواطن تبني فكرة التعويض العقابي في القانون الانكليزي وينقسم إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول اختلال التوازن الاقتصادي والمعرفي بين شخص المسؤول والمضرور ونعرج في المطلب الثاني على انتهاكات الحق في الخصوصية، وقد أفردنا المبحث الثاني

(٨٣) د. محمد ابراهيم الدسوقي، المصدر نفسه، ص ١٩٧-٢٠٧.

للمشكلات التي تثيرها فكرة التعويض العقابي في مطلبين خصصنا الأول لمدى جواز التأمين من التعويض العقابي، أما المعايير التي تسترشد بها المحكمة لتقدير مبلغ التعويض العقابي فخصصنا لها المطلب الثاني.

## **المبحث الأول :- مواطن تبني فكرة التعويض العقابي في القانون الانكليزي**

نتناول هذا المبحث في مطلبين نخصص الاول لاختلال التوازن الاقتصادي والمعرفي بين شخص المسؤول والمضرور اما المطلب الثاني فنخصصه لانتهاكات الحق في الخصوصية .

### **المطلب الاول:-اختلال التوازن الاقتصادي والمعرفي بين شخص المسؤول والمضرور**

هناك أحوال التي يختل فيها التوازن بين شخص المسؤول الذي يبدي عدم اكتراث خطير بمصالح شخص المضرور مما يستدعي فرض تعويض عقابي .

وقد يعود هذا الاختلال إلى اختلاف المركز بين المسؤول والمضرور فيدخل المسؤول بحقوق الآخرين مستخدماً عدم المعرفة والجهل لدى المضرور كما هو حال العلاقة بين المؤمن وشركات التأمين أو العلاقة بين المنتج والمستهلك ولتوضيح الفكرة أكثر سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول مسؤولية المنتج وفي الفرع الثاني الخطأ المربح .

#### **الفرع الأول :- مسؤولية المنتج**

يحظى موضوع مسؤولية المنتج بقدر كبير من الأهمية حيث أدى التطور الصناعي والتكنولوجي إلى ظهور منتجات جديدة استخدمت فيها تقنيات متطورة فأصبحت تتسم بالتعقيد الفني الذي يسهم في زيادة الاحتمالية من اختلال التوازن بين المنتج والمستهلك، ويكمن هذا الاختلال في العلم بمكوناتها وحدود استخداماتها إذ يمكن أن تؤدي استخدامات معينة إلى التسبب في مخاطر كبيرة .

وقد أدى اتساع رقعة التبادل الدولي في ظل نظام حرية التجارة التي تدعمها اتفاقيات حرية التجارة، إلى تزايد أهمية التعويض العقابي في مجال مسؤولية المنتج بوصفه بائعاً ومسؤولاً عن ضمان العيب الخفي في مواجهة المشتري منه وحتى آخر مستهلك في سلسلة المتعاقدين<sup>(٨٤)</sup>.

ولجهل المستهلك بالمنتج جعل لمسؤولية المنتج أهمية كبيرة وعناية خاصة من قبل الفقه وهي تلعب في مجال التعويض العقابي دوراً كبيراً ويتعامل القضاء مع هذا الموضوع باهتمام كبير.

---

(٨٤)د. حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٧-١٠

فعلى سبيل المثال هناك قائمة من التوجيهات لهيئة المحلفين الخاصة بقضايا المنتج المعيب الذي يؤثر على صحة الانسان وسلامته ومن أهمها مدى وعي المصنع لهذه المواد وإدراكه للخطر ومدى تفاقمه ومدى توفر العلاج المجدي لدرء هذا الخطر والتخلص منه. فضلاً عن الأسباب التي أدت إلى اخفاق المنتج في أن يتصرف بطريقة مناسبة لاكتشاف الخطر وتعطيله وإلى أي درجة تصرف المنتج عمداً لخلق الخطر وتكاليف الخطر وجدوى تعطيله وتخفيضه إلى المستوى المطلوب. زد على ذلك درجة تقيد المدعي بتعليمات السلامة ودرجة التزامه بها والاخذ بنظر الاعتبار احتمالات فرض تعويض عقابي، وفضلاً عن قياس المدة منذ قيام التصرف محل الردع إلى الوقت الذي أقيمت فيه الدعوى وبالتالي الحصول على تعويض عقابي. إن كل هذه العوامل تؤخذ بنظر الاعتبار من قبل هيئة المحلفين عند محاولتهم فرض تعويض عقابي أو تقدير قيمة هذا التعويض في موضوع التعويض العقابي حصراً<sup>(85)</sup>.

وإن أهم المواضيع التي تناقش في مجال مسؤولية المنتج في أن الأضرار قد لا تظهر مباشرة أو بعد فترة قصيرة، إنما قد تأخذ فترة طويلة جداً، وخلال هذه الفترة قد تكون احتمالات التأثير على أعداد هائلة من المستهلكين لعدم خروج نتائج المنتج بسرعة فيما يتعلق بأضراره كما هو الحال على سبيل المثال في التدخين وبعض السلع التي تتطلب استخداماً طويلاً للتعرف على نتائج أضرارها<sup>(86)</sup>.

ومن أهم القضايا الرائدة في عصرنا اليوم بخصوص هذا الموضوع هي قضية شركة Ford-Firestone في سنة ١٩٨٦ إذ تشكل أهم قضايا السلامة في التاريخ الأمريكي، فعلى أثرها قامت شركة فايرستون بسحب 6.5 مليون إطار معيب ووصل عدد القتلى إلى ١١٩ فقط في شهر سبتمبر- أيلول من عام ٢٠٠٠ وإن معظم السيارات المجهزة بهذه الإطارات هي سيارات دفع رباعي (فورد اكسبلورر) وسيارات سباق .

وقد قامت اللجنة الوطنية المتعلقة بالسلامة بإرسال عدد من الخطابات إلى الشركة تطلب فيها معلومات عن ارتفاع حالات الفشل في إطارات هذه الشركة وحصل فريق إدارة الأزمات على بيانات متعلقة بهذه الحوادث وكشفت أن الفشل في هذه الإطارات متوفر بمعدلات عالية والسبب في ذلك هو ضعف القشور في إطارات هذه السيارات وأن الفشل في هذه الإطارات غالباً ما يقتل ويفتك أكثر من شاغلي السيارة أنفسهم، وقدر مسؤولو فورد أن نسبة الفشل في هذه الإطارات تقدر ب ٢٤١ إطار لكل مليون منها .

وظلت فايرستون تنفي وجود مشكلة محددة في هذه التصميم أو في طريقة إنتاج هذه الإطارات وقدمت تبريرات منها نسبة الضغط والهواء في هذه الإطارات وطريقة استخدام العميل لها. وقد أكد عدد من المحامين أن الشركة كانت على علم مسبق بالعيوب، وهذه واحدة من أهم مشاكل مسؤولية المنتج فاطلاق هذه الإطارات كان في سنة ١٩٩٧ لكن اكتشاف المشكلة بدأ منذ عام ٢٠٠٠ وهذا يدل على الفترة الزمنية الطويلة التي قد

---

(85)Thomas Rouhette, The Availability of Punitive Damage in Europe: growing trend or nonexistent concept?, 74 Def. Couns.J, 2007, p320

(86)Michael J. Moore, op. cit ,p38

يتطلبها المنتج للكشف عن عيوبه فمن المؤكد أنه خلال ثلاث سنوات كانت للشركة مبيعات هائلة من هذه الإطارات إلى حين اكتشاف العيب علما أن شركة فورد بعدها قررت التخلي عن هذه الإطارات واستبدالها<sup>(٨٧)</sup>.

إن قضايا مسؤولية المنتج ووجود تعويض عقابي هائل فيها أدخلت الرعب في نفوس المنتجين خصوصا كبريات الشركات ففي عام ١٩٧٦ عندما كان هناك احتمال تفشي حالة فلونزة الخنازير في الولايات المتحدة الأمريكية، على سبيل المثال، رفض المنتجون وشركات تصنيع اللقاحات الإقدام على صنع لقاح للمرض حتى وافقت الحكومة على تحمل نتائج أي آثار جانبية يمكن أن تتخلف من استعمال هذا اللقاح خصوصا سبقتها قضايا من هذا النوع فرضت فيها تعويضات عقابية مثل قضية Johnson V. American Cyanamid في سنة ١٩٨٤ التي كانت بخصوص لقاح شلل الأطفال، حيث منحت فيها هيئة المحلفين تعويضا عقابيا مقداره ١٠ ملايين دولار إلى الأباء والأمهات المدعين على الرغم من أن تقارير الخبراء في هذه القضية كشفت أن اللقاح تم تصنيعه وفق معايير السلامة المنصوص عليها في هذا المجال<sup>(٨٨)</sup>.

وهذا - ان دل على شيء - فمن المؤكد إنه يحقق أحد أهداف التعويض العقابي ألا وهو اتخاذ الحيلة والحذر من قبل المنتجين والتزامهم الجاد بمعايير السلامة مما يحقق الاطمئنان للمستهلكين في الاقبال على السلع.

وبسبب هذه الاتجاهات التصاعدية للتعويض العقابي والانتساع في مسؤولية المنتج والمطالبات الواسعة للحكم بهذا التعويض على سبيل المثال هناك عدد من الولايات في أمريكا أدخلت العديد من الاصلاحات على مسؤولية المنتج<sup>(٨٩)</sup>.

ومن أهم الأسباب التي تدعو إلى تفعيل فكرة التعويض العقابي في خصوص مسؤولية المنتج هو استغلال كبرى الشركات للمستهلكين الذين لن تنفعهم الطرق المباشرة في الحصول على حقوقهم "الدعوى القضائية" لأنها عملية طويلة ومكلفة ومعقدة وفرص المدعي المستهلك في كسب القضية في المحكمة هي من الناحية العملية منخفضة جداً ومبالغ التعويض عن الضرر غير مؤكدة وعادة ما تكون غير عالية وأضف إلى ذلك التكاليف العالية للتعاقد مع محامي في الولايات المتحدة الأمريكية .

فعلى سبيل المثال ما حدث في قضية صاحب سيارة هونداي C.R.V في سنة ٢٠٠٠ المعيبة والذي تبين له بعد شرائها بيومين أن فيها عيباً وعندما راجع الشركة لاستبدالها أو إصلاح العيب فيها لم تعره أي اهتمام ورفضت طلبه مما أدى إلى استفزاز المدعي ولكنه لم يلجأ إلى الطريق المباشر في المطالبة بحقه، فهو لم يرفع دعوى قضائية ولم يقدم أية شكوى إلى مجلس السلامة، وإنما اختار طريقاً آخر أكثر جدوى - من الناحية العملية - مع ضعف قوانين السلامة في حماية حقوق المستهلك بأن قام بإحراق السيارة أمام مركز الشرطة مما

(87)Professors Pindo , Seshadri , Zemel ,The ford-firestone Case, new york university, 1998 , p1-18

(88)Michael J. Moore, op.cit, p25

(3)Michael J. Moore, ibid, p29

أثار جلبة إعلامية واسعة كان من نتيجتها أن جميع عملاء هونداي الذين تظهر لهم عيوب في سيارات هونداي يقومون بإحراقها بوجود حشود ووسائل إعلام بل أكثر من ذلك فلقد أصبح هذا السلوك تقليداً شائعاً حتى لبقية عملاء شركات السيارات الأخرى غير هونداي الذين تظهر لهم عيوب في سياراتهم.

هذا السلوك غير المباشر والاعلامي أدى بالمدعي للحصول على حقه بطريقة اضمن واسرع من الدعوى المباشرة حيث قامت الشركة فوراً بتعويضه<sup>(٩٠)</sup>.

ولقد تضافر مع هذا ضعف قوانين حماية المستهلك ووجود حاجة إلى تعديلها واستخدام سبل أكثر جدية في إجبار المنتجين على احترام حقوق المستهلك وأفضل وسيلة لذلك هي وجود تعويض عقابي على سلوك المنتجين سواء بتأثيره عليهم من خلال العقاب والانتصار للمستهلك بمبلغ كبير أو من خلال ردع بقية المنتجين من الإقدام على أي سلوك يمكن أن يؤدي المستهلك وأيضا من شأن ذلك أن يشجع المستهلك على سلوك الطريق القانوني في المطالبة بحقه بدلا من ابتداع طرق أخرى غير قانونية.

### الفرع الثاني :- الخطأ المربح

يهدف مرتكب الفعل الضار إلى مجرد إلحاق الضرر بالمضرور سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، ولكن يحدث في كثير من الأحيان أن مرتكب الفعل الضار يبغي من وراء فعله جني أرباح خصوصا إذا كانت هذه الأرباح تفوق كثيراً ما سوف يخسره محدث الضرر لتعويض المضرور بناء على عناصر التعويض "الخسارة اللاحقة والكسب الفائت". وهذا ما يسمى بالخطأ المربح الذي لا يدخل تحت ظل مبدأ التعويض الكامل لأن هذا المبدأ لا يأخذ بنظر الاعتبار مدى الربح الذي حصل عليه مقترف الفعل الضار، وعلى ذلك عرّف بعضهم الخطأ المربح " بأنه ذلك الخطأ الذي يحقق فيه مقترف الفعل الضار الموجب للمسؤولية المدنية ربحاً يتجاوز مقدار التعويض الواجب عليه دفعه المتمثل بعنصري الخسارة اللاحقة والكسب الفائت على فرض إقرار مسؤولية مرتكب الفعل الضار، فهامش الربح الذي يجنيه على حساب المضرور سواء تحقق عن قصد وتدبير أو تحقق عرضاً فهو يمثل كسباً غير مشروع"<sup>(٩١)</sup>.

فالخطأ المربح هو ذلك الخطأ الذي يحقق ربحاً أو نفعاً لمن صدر عنه مثال ذلك أن يتعهد شخص بتوريد سلعة معينة ويتأخر بضعة أيام عن موعد التوريد ويكون سعر السلعة خلالها قد ارتفع في الأسواق المحلية

---

(90) the business shall not take advantages of the consumers by selling the products that the quality is below than was advertised, such that happened in the case of Honda CR-V standard and Honda CR-V full option in nakornsawan province in 2003. The dealer had sold Honda CR-V standard for the Honda CR-V full option series, which the two series have different price and quality and Honda company could only compensate to some of the complaints from almost 100 complainers.

متاح على الشبكة الدولية للمعلومات الالكترونية على الرابط التالي:

<http://www.manager.co.th\QOL\ViewNews.aspx?NewsID=9480000013173>

(٩١) د. ظافر حبيب جبارة، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص ٢-٧

والعالمية فلا ينفذ التزامه بتسليم البضاعة ويقوم بالتعاقد مع مشتر آخر سعياً لتحقيق هامش ربح أكبر. ويعتبر هذا الموضوع حديث نسبياً في مجال التعويض في المسؤولية المدنية حيث حاولت بعض المحاكم الفرنسية اعتبار ذلك مجرد خطأ حقق نفعاً أو ربحاً ممن صدر عنه خطأ جسيم يمكن اعتباره خطأ بمنزلة العمد تسري عليه أحكام هذا النوع من الخطأ ومنها بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية وعلى الرغم من أن هذا التيار لم يلق القبول في القضاء الفرنسي<sup>(٩٢)</sup>.

إلا أن القضاء الفرنسي والالمانى وفقاً عاجزين أمام اتساع مدى هذا النوع من الاخطار فتنبه القضاء الانكليزي صاحب المنهج العلمي العملي الرصين بعد أن أدرك أن ترك متصيدي الأخطاء المربحة وما يحققونه من هامش لا يدخل في عناصر التعويض العادية فقرر ادخال هذا النوع كعنصر تعويضي حتى لا يغتني شخص من خطأ اقترفه والسبب في ذلك هو مرونة قواعد المسؤولية المدنية في القانون الانكليزي والتي تعطي أهمية للوظيفة الردعية إلى جانب وظيفة جبر الضرر للمسؤولية المدنية<sup>(٩٣)</sup>.

وأهم الخصائص التي تميز الخطأ المربح أنه خطأ لصيق بشخص مرتكبه أي إنه شخصي، والخصيصة الثانية إنه خطأ عمدي ولكن من نوع خاص لأن مرتكبه لا ينوي مجرد الحاق الضرر وإنما تحقيق هامش من الربح يفوق في كثير من الأحيان ما سوف يدفعه مرتكب الفعل الضار من تعويض للمضرور، أما الخصيصة الثالثة فهي عدم قابلية الخطأ المربح للتغطية التأمينية من قبل شركات التأمين والسبب في ذلك حتى لا يقوم مقترف الفعل الضار بنقل عبء خطئه أو فعله الضار إلى شركات التأمين بينما هو يحتفظ بالربح الذي جناه بخطئه<sup>(٩٤)</sup>. ومن ملاحظة هذه الخصائص تبين أن الخطأ المربح هو تطبيق لفكرة التعويض العقابي.

والخطأ المربح هو خطأ متميز ومستقل عن الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والذي يوجب المسؤولية المدنية العادية ويلعب دوراً في مضمار المسؤولية التقصيرية وأكثر القضايا ملاءمة للفكرة موضوع البحث هي قضايا التعدي على العقار Trespass to land وقضايا التشهير ففي القضية الشهيرة Broom V. Cassel في سنة ١٩٧٢ التي تتلخص وقائعها في أن الناشرين أو المدعى عليهم قد أصدروا كتاباً يحوي مزاعم تشهيرية وتهم خطيرة خاصة بسلوك المدعي وهو ضابط بحرية متقاعد وذلك عندما كان في قيادة حامية للحراسة أثناء الحرب، وقد كان هناك اقتناع من المحكمة والمحلفين بأن المدعى عليهم "الناشرين" يعلمون وبصورة مؤكدة وقبل قيامهم بالنشر بأن الكتاب المنشور يحوي على مقاطع تشهيرية خاصة بالمدعي "ضابط البحرية" وعلى الرغم من علمهم بذلك فهم مضوا في سلوكهم وقاموا بنشره، وإن تقدير الربح المتوقع من النشر سوف يزيد على أي تعويض نقدي متوقع أن يصدر من الحكم حسب توقعاتهم.

(٩٢) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الرابطه السببية)، دار وائل للنشر، عمان-الأردن، ٢٠٠٦، ص ٢٤٢-٢٤٣

(٩٣) د. ظافر حبيب جبارة، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، المصدر نفسه، ص ٣

(٩٤) د. ظافر حبيب جبارة، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص ١٠-١٤.

وقد قررت هيئة المحلفين أن المدعى عليهم قد اتخذوا قرارهم بالنشر وهم على معرفة تامة وكاملة بأنه فعل خاطئ وضار بيد أنهم بتهور واضح وطيش بيّن لم يهتموا بهذا الخطأ، بعد ذلك أصدر المحلفون قرارهم بأن يدفع المدعى عليهم تعويضاً عقابياً مقداره خمسة وعشرون ألف جنيه استرليني وتعويضاً جابراً مقداره خمسة عشر ألف جنيه استرليني وحصل قرار الحكم على موافقة مجلس اللوردات<sup>(٩٥)</sup>. ذلك أن فعل التشهير ذاته ينطوي على روح ونية الناشر في الإيذاء لأنه يصدر بترو وإصرار ويتم عن رغبة مريضة في الكيد والتسبب بالأذى للطعن في عزة وكرامة وشرف المضرور.

وإذا كان سلوك مرتكب الفعل قبل التشهير بالكتابة له أهمية خاصة كدليل على إضرار نية الأذى فإن سلوكه بعد الفعل الضار أيضاً يؤخذ بالاعتبار عند إقرار التعويض كما في قضية *Sutcliffe V. Press dram Ltd* في سنة ١٩٩١ فان فشل المدعي في إبداء أي عذر كاف وتكراره لعبارات التشهير أمام المحكمة وكذلك الإصرار بطرق عدائية على استجواب المدعي وإلقاء عبارات لجذب انتباه المحلفين وتحقيق أغراض إعلانية كاذبة على حساب المدعي كلها اعتبارات يجب الأخذ بها عند تقدير التعويض العقابي<sup>(٩٦)</sup>.

وفي قضية أخرى وهي أيضاً قضية تشهير بالنشر أوضحت المحكمة بأنه حتى يتم الحكم بتعويض عقابي يشترط أن يكون أمام هيئة المحلفين دليل واضح بأن المدعى عليهم يعلمون مسبقاً ان هذه المقالة تحوي على تشهير ويجب أن يقوم المدعى عليه بنشر المقالة لأنها تدر عليه ربحاً مقابل النشر أكثر من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها في حال رفع دعوى تشهير عليه<sup>(٩٧)</sup>.

ومع ذلك فإن واقع الحياة العملية والنظرة الواقعية تثبت أن الغرض من النشر في أغلب الأحيان هو لزيادة التوزيع في الصحف أو الاصدارات وتحقيق الربح من خلال هذه الزيادة ولذلك من الصعوبة اعتبار كل حالات النشر التشهيرية ضمن نطاق التعويض العقابي والفيصل في ذلك كما هو واضح العلم المسبق أو اللامبالاة في العلم أو الطيش البين.

وكما حدث في قضية في سنة ١٩٩٦ حيث قامت صحيفة بقذف مغنية معروفة من خلال وصف قصة أنشطة قامت بها هذه المغنية أثناء حضورها لحفل وكانت هذه الصحيفة قد تلقت معلومات من فتاتين بأن هذه المغنية تتناول الطعام بطريقة غريبة بعدها اعتذرت الصحيفة في أنها أخطأت في تحديد هوية المغنية وتعهدت بدفع مبلغ من المال إلى أي جمعية خيرية يختارها المدعي كتعويض عن هذا التشهير والادعاء الخاطئ على المغنية.

---

(95) Die Mrcuri, op.cit, p6-12

(96) Bethany Rabe, op. cit, p223

(97) Riches V. Newspapers Ltd. (1985) 2 ALLE. R.845 at 861 (٩٧) متاح على الشبكة الدولية للمعلومات الالكترونية على الرابط التالي:-

إلا أن المحامي رفض هذه التسوية على اعتبار أن الأرباح العائدة على الصحيفة أكبر بكثير من قيمة التشهير، وأن سلوك الصحيفة كان متهوراً في أنها يمكن لها أن تتأكد من هوية المغنية قبل نشر الخبر في الصحيفة على الأقل عن طريق الاتصال بها أو بأحد موظفيها إلا أنها لم تبذل جهداً للتأكد من عدم زيف القصة وحكمت المحكمة بتعويض مقداره ٣٥٠,٠٠٠ دولاراً منها ٧٥,٠٠٠ دولاراً تعويضاً عادياً و ٢٧٥,٠٠٠ تعويضاً عقابياً<sup>(٩٨)</sup>.

وهناك من يعارض مسألة وجود تعويض عقابي في مثل هذه القضايا وأنه يجب الاكتفاء بالتعويض الجابر فقط وإعادة الحالة إلى ماكانت عليه قبل وقوع الفعل الضار. إذ أن الفاعل قد حصل على فائدة على حساب المضرور فلا أقل من أن يسترد المضرور مبلغ الفائدة أو قيمتها، وقد تم الرد على هذا الرأي في أنه يجب أن ننظر بالدرجة الأولى إلى طبيعة سلوك الفاعل واتجاه إرادته بتدبر وروية سابقين لإيذاء الضحية بالتشهير والتعدي أكثر منه الحصول على ربح من ارتكاب هذا الفعل الضار ويكون بذلك مرتكب هذا الفعل الضار مستحقاً للمسائلة مع البحث عن مبرر آخر متمثل في طبيعة الفعل للحكم عليه بتعويض عقابي إلى جانب التعويض الجابر العادي<sup>(٩٩)</sup>.

## المطلب الثاني: انتهاكات الحق بالخصوصية

الحياة الخاصة من الموضوعات المهمة التي عملت المجتمعات على حمايتها فالحق في الخصوصية<sup>(١٠٠)</sup>، هو حق قديم قدم البشرية، لأنه يتعلق بحق الإنسان وبخصوصيته في أن يترك شأنه ويمارس حياته بمنأى عن أنظار الآخرين خصوصاً بعد تطور وسائل التقدم العلمي. والحق في الخصوصية هو الحق الذي يحمي ذلك الجانب من الإنسان الذي لا يرغب في أن يطلع أحد عليه فهو حقه في الذود عن فرديته وأن يعيش كما يريد مع ذاته دون أن تتربصه الأعين<sup>(١٠١)</sup>.

---

<sup>(٩٨)</sup>Article 19, 1996, United Kingdom: John V. MGN Ltd. متاح على الشبكة الدولية للمعلومات الالكترونية على الرابط التالي:-

<http://www.Mavrkydefamationcaselaw.blogspot.com>

<sup>(٩٩)</sup>ينظر في ذلك رأي اللورد دفلين في قضية Rooks V. Bernard حيث قال ( cases in which the defendants conducts has been calculated by him to make a profit for himself which may will exceed the Harvey McGregor, McGregor on damage, 15th, 2014, p422. (compensation payable to the plaintiff

<sup>(١٠٠)</sup> الخصوصية لغة هي الخصوص، وهي نقيض العموم، يقال خصه بالشيء يخصه خصاً وخصوصاً وخصوصية. لسان العرب، ابن منظور، ج ٥، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٨٠.

أما الخصوصية من الجانب القانوني فهي احترام الحياة الشخصية للفرد وعائلته ومسكنه ومراسلاته. ينظر في ذلك د. مازن ليلو راضي، د. حيدر ادهم عبد الهادي، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، ط ١، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ٢٠٠٧، ص ١٦٧-١٧١. وينظر كذلك:- د. ساسي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان، ط ٣، دار الكتب الوطنية الجديدة، بنغازي، ٢٠٠٤، ص ١٤١. أو هي حق الشخص في أن تتركه يعيش وحده، يعيش الحياة التي يرتضيها مع أدنى حد في التدخل من جانب الغير. د. كريم الساعدي، حسن محمد كاظم، الحق في الخصوصية، مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثاني، العدد العاشر، ٢٠٠٥، ص ٧٨.

<sup>(١٠١)</sup>د. كريم الساعدي، حسن محمد كاظم، المصدر نفسه، ص ٧٦.

ولذا تحرص المجتمعات وخاصة الديمقراطية منها، على جعل هذا الحق من الحقوق المستقلة وهي لاكتفي بسن القوانين لحماية هذا الحق فقط بل تسعى إلى أن ترسخ هذا الحق في الأذهان عن طريق زرع القيم النبيلة التي تمنع من التدخل في خصوصيات الآخرين وحظي هذا الموضوع باهتمام سواء من جانب الهيئات والمنظمات والدساتير والنظم القانونية<sup>(١٠٢)</sup>.

فالحق في الخصوصية من أسمى الحقوق المدنية وأهم مظاهر الكرامة الإنسانية فالفرد لا يستطيع أن يعيش فقط بمصالحه المادية وإنما هو بحاجة إلى حقوق لصيقة بشخصه وهذا الحق وثيق الارتباط بحرية الفرد، وفكرة الحق بالخصوصية فكرة نسبية تتعرض للتغيير بتغير الزمان والمكان والعادات والتقاليد والعوامل السياسية والاجتماعية والاقتصادية وهذا يثير إشكالات في تحديده لأنه حق من الصعوبة ضبطه بدقة<sup>(١٠٣)</sup>.

وفكرة الخصوصية هي بمثابة الحماية من التفتيش المتطفل ومنع عرض سلوك الأفراد الخاص وأعمالهم أمام الجمهور فهي لها صلة قوية بالشخصية الفردية وهي حق الفرد وليست حق المجموعة أو المجتمع فمن دون خصوصية لا يستطيع المرء تطوير الشعور بالفرد البشري كمخلوق له قيمة بذاته بغض النظر عن دوره الاجتماعي<sup>(١٠٤)</sup>.

وبسبب هذه القيمة والأهمية التي يحتلها الحق في الخصوصية نجد أن التعويض العقابي يلعب فيه دورا أيضا على اعتباره تعويضا رادعا ومن القضايا الشهيرة في هذا المضمار قضية التشهير التي رفعت ضد شركة مالكة لعدة صحف يومية ومجلات أسبوعية ولذلك لاستمرارها من الفترة ٨ كانون الثاني لعام ١٩٦١ إلى ١٠ شباط ١٩٦٣ بنشر فقرات تشهيرية بحق المدعي.

نظرت القضية أمام محكمة من الدرجة الأولى وأنكر المدعى عليه مزاعم المدعي ودفع بالحماية المقررة وفق المادة ١٧ في الفقرة الخامسة من قانون التشهير الاسترالي لسنة ١٩٥٨ ولأن الغرض من النشر الذي زعمت بأنه كان في إطار مناقشات عامة هو الصالح العام وتحقيق فائدة عامة كما أن العبارات التي نشرت تمثل تعليقات عادلة ومنصفة. إلا أنه تبين للمحكمة أن النشر كان قد تم بنية سيئة وإرادة خبيثة من قبل الناشر وقد ضمن القاضي في توجيهاته هذه النتيجة لهيئة المحلفين، ولكنه ترك لهم مسألة تقدير قيمة التعويض العقابي إذا توصلوا لنفس نتيجة المحكمة، صدر الحكم ضد الشركة المدعى عليها.

استأنفت الشركة فيما بعد حكم المحكمة على اعتبار أن القاضي قد أخطأ بتوجيه المحلفين وطالبت بمحاكمة جديدة وفعلا جرت محاكمة جديدة كانت قد تزامنت مع صدور الحكم في قضية Rooks v. Barnard وتم النقاش في المحكمة هل يؤخذ بالحكم الذي جاء في القضية اعلاه ام يلتفت عنه وانتهت المحكمة بأشهر حكم

(١٠٢) د. منى تركي موسى، جان سيريل فضل الله، الخصوصية المعلوماتية وأهميتها ومخاطر التقنيات الحديثة عليها، مركز بحوث وسوق حماية المستهلك، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، جامعة بغداد، ٢٠١٣، ص ٣٠٥  
(١٠٣) سليم جلال، الحق في الخصوصية بين الضمانات والتطبيق في التشريع الجزائري والفقه الاسلامي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون مقدمة إلى مجلس كلية العلوم الانسانية والحضارة الاسلامية، قسم العلوم السياسية، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص ٩.  
(١٠٤) رودا هوارد العالمية السياسية، متاح على الشبكة الدولية للمعلومات على الرابط التالي :-

للمحكمة العليا في استراليا بعدم وجود الحاجة إلى الأخذ بالحكم الوارد في القضاء الانكليزي المتعلق بقضية Rooks v. Barnard<sup>(١٠٥)</sup>.

وقد عرض ملخص الحكم على مجلس الملكة في استراليا Privacy Council أمام اللجنة القضائية التي كان عليها ان تجيب هل اخطأت المحكمة في حكمها أم لا واستعرضت الهيئة القضائية السوابق الصادرة في نفس الموضوع لتتبين مدى استقرار المحاكم على الحكم بالتعويض العقابي في مجال قضايا التشهير بالنشر وقد ورد في أسباب هذا الحكم أن منح التعويض العقابي يجب أن يتم فقط في حالات الأفعال الخاطئة التي تتم بوعي وإدراك وتمثل استخفافا بحقوق الآخرين ولم تخرج هذه السوابق القضائية عن هذا المعنى<sup>(١٠٦)</sup>.

وفي قضية مشابهة وهي قضية Faulk v. Aware في سنة ١٩٦٢ حيث رفع السيد جون هنري فولك وهو مقدم برامج اذاعية وتلفزيونية شهير قضية على مؤسسة Aware التي تهدف إلى مناهضة الشيوعية وعلى مؤسسها ورئيسها متهما إياهم بالتشهير به بالنشر وذلك بزعم أنه متعاطف مع الشيوعية وأنه لديه ميول بالانحياز لهم وقد حكمت له المحكمة بمليون دولار تعويض جابر وبمليون ومئتين وخمسين ألف دولار تعويض عقابي ضد المؤسسة ورئيسها<sup>(١٠٧)</sup>.

## المبحث الثاني

### المشكلات القانونية التي تثيرها فكرة التعويض العقابي

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول مدى جواز التأمين من التعويض العقابي وفي الثاني المعايير التي تسترشد بها المحاكم لتقدير مبلغ التعويض العقابي.

<sup>(105)</sup>Australian CONSOLIDATED Press LTD V .Uren(1967), see, W. J. Tearle, Judicial Policy and Punitive Damages, 2007, p111-117

<sup>(106)</sup>The Herald and Weekly Times LTD V. MS Gregory (1928), See: HarreyMcgregor, Op.cit, p394.

<sup>(107)</sup>Faulk V .Aware ,Inc.1962, See: Mathew Scarola, Annotated Case information, 2014, P270.

## المطلب الاول

### مدى جواز التأمين من التعويض العقابي<sup>(١٠٨)</sup>

تقدم أنَّ غرض التعويض العقابي غرض يجاوز الحدود المتعارف عليها في المسؤولية المدنية، وهي جبر الضرر، وهو غرض لا يصل إلى حد العقوبة في القانون الجنائي يهدف من ذلك ردع مرتكب الفعل الضار لتصبح العقوبة مشروعة ليس في المسؤولية الجنائية فحسب وإنما في المسؤولية المدنية أيضاً وقد أثارت مسألة التعويض العقابي في موضوع التأمين العديد من التساؤلات التي من أهمها مدى جواز التأمين من التعويض العقابي؟

يعد التأمين من أفضل الوسائل التي يلجأ إليها الإنسان لإزالة آثار الكوارث، فهو وسيلة سريعة وعاجلة يستطيع الشخص من خلالها الحصول على المبلغ الذي يعوضه عما لحقه من أضرار وإن لم يكن باستطاعة هذه الوسيلة منع وقوع الضرر إلا أنها تستطيع دَرء آثاره عن طريق تعويض المتضرر عما لحقه من ضرر، لذلك فهو وسيلة فعالة لإزالة الضرر أو على الأقل التخفيف منه . وهو طريقة مؤكدة توفر الأمان للأشخاص سواء عن الأضرار التي تحدث بفعل الآخرين أو التي لا ترجع إلى فعل أحد على أن التأمين يمكن أن يمتد فيغطي نشاط الإنسان في المجالات كافة<sup>(١٠٩)</sup>.

وحتى نجيب على التساؤل السابق "مدى جواز التأمين من التعويض العقابي" يجب أن نرى مدى ملاءمة التأمين للتعويض العقابي حتى نتوصل إلى إمكانية التأمين على هذا النوع من التعويض من عدمه.

وبما أن عقد التأمين من العقود الاحتمالية، فهو قائم على عنصر الخطر وهذا هو محله وهو خطر يجب أن يكون غير محقق الوقوع وغير معلق على إرادة الطرفين أي إن الخطر غير مؤكد فهو قد يقع وقد لا يقع أي إنه عمل متروك للصدفة والتأمين قائم على الاحتمال لأن جميع الأنشطة الإنسانية مرتبطة بحالة عدم التأكد من المستقبل فهي أنشطة لا تخلو من الخطر الذي هو حالة مرتبطة بالاحتمالات والتوقعات<sup>(١١٠)</sup>، والاحتمالية في التأمين أكثر ما يعطي هذا العقد طابعه المتميز<sup>(١١١)</sup>. يتبين من ذلك أن التأمين يقع بناء على حادث غير مؤكد ومتروك للصدفة ولا التزام دون تحققه<sup>(١١٢)</sup>.

(١٠٨) التأمين: "هو عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن" ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة -، ج٧، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠١١، ص١٠٢٢.

(١٠٩) د. توفيق حسن فرج، أحكام الضمان (التأمين في القانون اللبناني)، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩، ص١٦.

(١١٠) بهاء بهيج شكري، التأمين في التطبيق والقانون والقضاء، ط ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦، ص٤٤.

(١١١) د. السباعي محمد الفقي، وآخرون، مبادئ التأمين (الاصول العلمية التطبيقية)، ط ١، منشورات ذات السلاسل، الكويت، ٢٠٠٠، ص٥.

(١١٢) محمد حسين المنصور، احكام قانون التأمين (مبادئ و اركان عقد التأمين الاجباري في المسؤولية من حوادث السيارات، المباني)، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٦٦.

والتعويض العقابي تعويض يترتب على فعل مقصود من محدث الضرر جاء هذا التعويض معاقبا عليه أي إنه غير متروك لمجرد الصدفة بل توافر القصد في الضرر الواقع على المدعي فلا يمكن أن نقول في التعويض العقابي أن الضرر قد يقع وقد لا يقع كما هي الحال في التأمين.

وبما أن الخطر المؤمن منه متروك للصدفة ولا يتوقف على إرادة أحد العاقدین فإذا كان تحقق الخطر متعلقاً بإرادة المؤمن وهذا لا يقع لأن الأخير يستطيع أن يمنع وقوعه وإذا كان وقوع الخطر المؤمن منه متعلقاً بإرادة المؤمن له فلا معنى للتأمين حينها لأنه يؤمن نفسه من خطر يقوم هو بتحقيقه حتى يستولي على مبلغ التأمين وهو غير جائز في عقد التأمين لأن الخطر الذي هو محل التأمين يجب أن يكون غير متوقف على إرادة أحد الطرفين<sup>(١١٣)</sup>.

في حين أن التعويض العقابي يقع بقصد وإرادة من أحد الطرفين وهو ما ينافي أحد أهم شروط الخطر في عقد التأمين لأن الشخص لا يجوز له أن يؤمن نفسه من خطاه العمدي لأن هذا الخطأ يتعلق بمحض إرادته، فلا يجوز أن يؤمن الشخص على إصابته ثم ينتحر حتى لو كان هذا التأمين لمصلحة شخص آخر كما لو أمن شخص نفسه من المسؤولية عن الحوادث ومن ثم يعتمد إلحاق الضرر بالغير فإن المؤمن في هذه الحالة لا يكون مسؤولاً لأن المؤمن له هو الذي تعمد إلحاق الضرر<sup>(١١٤)</sup>.

ويستثنى من ذلك حالة تعمد تحقيق الخطر من شخص خارج عقد التأمين وغير مستفيد منه أي إنه أجنبي عنه وكذلك حالة الخطأ العمدي الصادر من المؤمن له إذا كان هناك ما يبرره كما في حالة التأمين على الحياة وقام بتعريض نفسه للخطر من أجل إنقاذ حياة شخص آخر أو كان الواجب الإنساني أو المصلحة العامة دعت إلى ذلك أو أن الضرر العمدي قد ارتكب دفاعاً عن النفس كما لو أمن شخص على حياة آخر واضطر إلى قتله دفاعاً عن نفسه<sup>(١١٥)</sup>.

كل هذه تعتبر استثناءات على التأمين الذي تعتبر من شروطه أن لا يكون هناك تدخل لإرادة أحد الطرفين في إيقاع الضرر وهذا الشرط يتعارض مع التعويض العقابي الذي يقع بناء على ضرر يتسبب به أحد الطرفين عن قصد وإرادة. نستنتج من ذلك أن التأمين يتعارض مع فكرة التعويض العقابي ويتنافى معها بل أن التأمين يذهب من حقيقة الفكرة محل البحث وروحها ولا تصبح للعقوبة أو الغرض منها في هذا النوع من التعويض أي معنى .

وبما أن الغرض من التعويض العقابي هي العقوبة والردع فهذا الغرض يتعارض مع التأمين لأنه لو قلنا بجواز التأمين من التعويض العقابي لانتفت فكرة العقوبة والردع التي يهدف إليها هذا التعويض الاستثنائي لأنه

(١١٣) د. عصام انور سليم، أصول عقد التأمين، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٨

(١١٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(عقود الغرر والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة)، ج ٣، المصدر السابق، ص ١٢٢-١٢٣

(١١٥) د. عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، عقد التأمين حقيقته ومشروعيته، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٣، ص ١٠٨-١٠٩.

بتأمين التعويض العقابي ينتقل العبء من محدث الضرر إلى الشخص المؤمن وهو ما يتقاطع مع الفكرة موضوع البحث<sup>(١١٦)</sup>.

وإذا سلمنا بهذا التعارض بين التأمين والتعويض العقابي فلا يمكن بعدها قبول فكرة التأمين من التعويض العقابي لأننا توصلنا إلى أن هذا المنع من التأمين يمكن أن يجعل الأشخاص في المسؤولية عن الغير أكثر حرصاً في اختيار مستخدميهم<sup>(١١٧)</sup>.

فالمسؤولية المترتبة على فعل الغير هي مسؤولية من نوع خاص (مسؤولية عقدية) والشخص يسأل عن هذا الغير سواء كان هذا الغير الذي استخدمه المدين في التنفيذ يعمل لحسابه الخاص أم يعمل لحساب المدين. وأن المدين لا يسأل عن أخطاء هؤلاء الأغيار وسواء كانوا بدلاء أم مساعدين وسواء كان إخلالهم عن التزام جوهري أم التزام ثانوي من الالتزامات

المتولدة عن العقد. فعندما يرتكب التابع أو المستخدم خطأ يمكن القول إن هذا التابع أو المستخدم هو نائب عن المدين وإن أثر عمله هذا يتعدى إلى الأصل الذي ينوب عنه وعلى ذلك يتعدى هذا الخطأ إلى المدين نفسه كما لو كان هو نفسه من ارتكب الخطأ وقد يكون هذا الخطأ جسيماً أو على مستوى من الأهمية مما يضر بالمدين<sup>(١١٨)</sup>.

ومن وجهة نظرنا، إن عدم إمكانية التأمين من التعويض العقابي تؤدي إلى حسن اختيار المستخدمين والمساعدين من قبل الأشخاص، وإن عدم إمكانية التأمين من التعويض العقابي لا تؤدي إلى ذلك فحسب وإنما كذلك مراقبة هؤلاء المستخدمين والمساعدين لمنع وقوع الضرر وهذه أهم فوائد عدم التأمين من هذا النوع من التعويض إضافة إلى أن التأمين سوف يذهب معنى العقوبة والردع الموجودة في هذا النوع من التعويض لأنه ينقل العبء إلى شخص شركة التأمين في حين كونها عقوبة شخصية رادعة.

ومع ذلك وجدنا رأياً آخر يذهب إلى عكس ذلك أي إنه يميل إلى التأمين من التعويض العقابي ويؤسس أصحاب هذا الاتجاه رأيهم على التكييف القانوني لهذا التعويض في أنه جزاء مدني وإن كان يتأخم حدود القانون الجنائي إلا أنه ليس أكثر من إجراء عقابي وردعي في إطار القانون الخاص. ومن ثم يخضع لآليات ونظم هذا القانون في منظومة عامة للتعاملات التي يكون فيها المال عنصراً جوهرياً، ومن هذه النظم التي تعيش تحت مظلة القانون الخاص نظام التأمين وأحد تطبيقاته التأمين من المسؤولية بصفة عامة وتحمل الأعباء المالية ولا يقدح ذلك بالقول إن التأمين يفرغ التعويض العقابي من مضمونه وذلك لتحمل شخص ثالث دفع

<sup>(١١٦)</sup>د. عدنان احمد ولي، المصدر السابق، ص ١٦.

<sup>(١١٧)</sup>د. عدنان احمد ولي، المصدر نفسه، ص ١٦.

<sup>(١١٨)</sup>د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (المسؤولية عن فعل الغير)، دار وائل للنشر، عمان-الأردن، ٢٠٠٦، ص ٧٩-٨١.

المبالغ المالية المحكوم بها الأمر الذي يؤدي إلى عدم تحقيقه لأهدافه وأهمها العقاب لمرتكب الفعل شخصياً وردع غيره عن ارتكاب مثل هذا الفعل مستقبلاً<sup>(١١٩)</sup>.

ويتضمن مع هذا التوسع في فكرة التأمين من المسؤولية للحد الذي لا يشترط فيه الخطأ باعتبار بعض الحالات إخطاراً جماعية يقع على عاتق الدولة فيها التعويض والسبب في الأخذ بالمسؤولية دون خطأ هو الاتجاه لحماية الأشخاص أكثر من حماية الأشياء مما يؤكد أن الدائنية بالمسؤولية تكتسب يوماً بعد يوم أهمية إنسانية بالتأكيد على قيمة الفرد وحماية جسمه دون الركون للأفكار التقليدية في الخطأ بفقدان الضرور حقه بالتعويض عن جسمه وكيانه ولا سيما أن التقدير الحقيقي والعاقل لكل خطر من الأخطار لا يحقق العدالة للمؤمن له فحسب بل يؤدي به إلى الحذر وبالتالي التقليل من الأخطار مادام المؤمن له هو من يدفع قيمة هذه الأخطار<sup>(١٢٠)</sup>.

وهذا الحذر الذي يدفع المؤمن له للتقليل من الأخطار هو ما يهدف إليه التعويض العقابي بجعل المتعاقدين أكثر حذراً وحرصاً على حقوق الآخرين.

إن التأمين يتكفل بحد ذاته من تحقيق أهداف التعويض العقابي سواء عن طريق رفض الشركات المؤقتة التأمين من حيث المبدأ بالنسبة لبعض الأشخاص الذين تكشف سيرتهم وتاريخهم على تعودهم ارتكاب مثل هذه الأفعال الضارة أو وضعها شروطاً خاصة لضبط السلوك أو رفع مبلغ قسط التأمين الدوري.

وليس الأمر باليسير على شركات التأمين بالنسبة للتعويض العقابي فبعض المحاكم تمنع التأمين بالنسبة للأفعال الضارة العمدية أو الغش وبعضها تقضي بعدم تغطية وثيقة التأمين للأضرار الجسدية وبعضها تقصر التأمين ضد التعويض العقابي الصادر عن السلوك المستهتر والمتعنت أو الطائش لحقوق ومصالح المدعي فقط<sup>(١٢١)</sup>.

## المطلب الثاني

### المعايير التي تسترشد بها المحكمة في تقدير التعويض العقابي

---

<sup>(119)</sup>Ralph A. Winter, The Liability Insurance Market, 5 J. Econ. Perspect, 1991, p115

<sup>(١٢٠)</sup>د. محمد نصر رفاعي، المصدر السابق، ص ٥٨٥-٥٩١

<sup>(121)</sup>Richard A. Epstein, products liability as an insurance market, 14 J. legal stud, 1985, p645

يفرض القانون على كل شخص عدم الإضرار بالغير فإذا خالف الشخص هذا الالتزام كان مسؤولاً مسؤولية مدنية يلتزم فيها بأداء مبلغ التعويض متى توافرت أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية أو مسؤولاً مسؤولية عقدية متى ما كان هناك عقد بينه وبين المضرور.

وليس كل ضرر يجب تعويضه لأن هناك أضراراً لا تستوجب التعويض، فالضرر غير المتوقع لا يعوض في المسؤولية التعاقدية لأنه يفترض أن الطرفين قد اتفقا ضمناً على استبعاده وكذلك الضرر غير المباشر لا يعوض وذلك لانعدام أحد أركان المسؤولية المدنية (عقدية كانت أم تقصيرية) وهي علاقة السببية بين الخطأ والضرر. ويشترط في الضرر القابل للتعويض أن يكون محققاً أي ثابتاً على وجه اليقين بأن يكون قد وقع فعلاً أو أنه سيقع حتماً بالمستقبل وكان هناك من الوسائل لتقدير قيمتها الحقيقية مقدماً. ومن شروطه أيضاً أن يكون مباشراً أي أن الضرر الذي وقع كان نتيجة مباشرة لفعل المسؤول، كذلك يجب أن يكون الضرر شخصياً لمن يطالب به بأن يكون طالب التعويض قد أصيب شخصياً بضرر فهو لا يستطيع أن يطالب بضرر أصاب غيره، ويجب كذلك أن يصيب هذا الضرر حقاً أو مصلحة مشروعة (١٢٢).

والتعويض يكون على كل ضرر سواء كان مادياً أم معنوياً ويمكن أن يكون التعويض بمقابل مادي أو نقدي (١٢٣)، غير أنه في مجال التعويض العقابي هو تعويض جزافي للضرر ويملك القاضي فيه سلطة تقديرية واسعة سواء في تقدير حجم الضرر أو في تقدير التعويض المناسب له أو في اختيار الكيفية والطريقة التي يتم فيها دفع هذا التعويض.

وعلى هذا فإن حالات الضرر المادي في هذا التعويض تعد قليلة مقارنة بالضرر الأدبي، وبما أن غرض التعويض العقابي ليس جبر أو تعويض الضرر بل غرضه معاقبة المدعى عليه على الوجه الذي يستحقه ومنعه هو وغيره من التصرف في المستقبل بمثل ذلك التصرف.

أما كيفية تقدير هذا التعويض فإنها ليست مسألة متفق عليها حيث تعتمد المحاكم عدة معايير لهذا التقدير حسب الفلسفة القانونية في تلك الدولة ويقدر التعويض العقابي على ضوء الظروف وخاصة جسامة خطأ المدين وموقفه المالي.

ولذلك فتقدير التعويض العقابي متوقف على مجموعة من الأسئلة وهي: من هو المدين؟ ما هو موقفه المالي، هل هو فقير متوسط الحال أم ثري فقد يكون مبلغ مئة دولار كافياً لردع شخص محدود الدخل أو دخله ضئيل جداً وقد لا يكون كذلك بالنسبة للشخص الثري حيث يجب أن يكون مبلغ التعويض مؤلماً ومحققاً لوظيفتي الردع والعقوبة أي إنه يجب أن يكون ثمناً باهضاً عند الفاعل مقابل فعله الضار؟ وهل هذه هي الدعوى الأولى التي ترفع ضده من هذا النوع وهل تم عقابه عقوبات جنائية وإدارية أخرى؟ وهل هو من

(١٢٢) د. سعدون العامري، المصدر السابق، ص ٣٣-٤٠

(١٢٣) د. جعفر محمود المغربي وحسن شاكر عساف، المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول، ط ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠، ص ١٦٦

سيقوم بدفع مبلغ التعويض أم أنه سيتبركه لشخص ثالث أو لشركة التأمين؟ هل قبل بالنتائج العكسية لسلوكه المشين واعترف بها وشعر بتأنيب الضمير والندم؟

وبالنهاية يجب أن يكون المبلغ مناسباً لجعل الفاعل يفكر أكثر من مرة قبل تكرار مثل هذا الفعل في المستقبل فهو يجب أن لا يخرج عن هذه الأسئلة فلا يزيد مقداره عن هدفه المانع<sup>(١٢٤)</sup>.

وبالرغم من أن حدود وفئات منح التعويض العقابي قد تعمقت خلال تطبيقات المحاكم المتعددة لكنها لم تسلم من النقد على أساس أنها صارمة وتحكّمية وغير منطقية حتى في الدول الأنكلوسكسونية ذات المرونة القضائية لذلك تتجه المحاكم إلى منحه بحذر محاولة وضع اسس وحدود قصوى له<sup>(١٢٥)</sup>.

وأخيراً يجب أن ننوه إلى قيمة عنصر الخطأ في موضوع التعويض العقابي لها أهمية خاصة، فالخطأ هو أحد الأركان التي تنهض بها المسؤولية المدنية سواء كانت هذه المسؤولية عقدية أم تقصيرية وبتحقق أركانها الأخرى من ضرر وعلاقة سببية .

وبسبب التطور الحاصل فقد هجرت التشريعات المدنية النظرية القديمة في تدرج الخطأ والتي تؤثر مباشرة في فكرة التعويض العقابي لكن ذلك لا يعني غياب أي دور للتدرج ضمن نطاق المسؤولية المدنية إذ يبقى لتدرج الخطأ دور في مدى ونطاق التعويض عن الضرر الحاصل نتيجة لذلك التعويض وهو يؤثر في شكل التعويض ونوعه وأيضاً على مرتكب الخطأ نفسه. ففكرة الخطأ لها ارتباط ودور مهم في فكرة التعويض العقابي فهذا الإخلال بالالتزام العقدي الذي يقابله الإخلال بالتزام قانوني في موضوع المسؤولية التقصيرية هو الذي يحرك القاضي نحو زيادة مبلغ التعويض وجعل هذا التعويض أشبه بالعقوبة لأجل معاقبة الفاعل وردع غيره<sup>(١٢٦)</sup>.

ويمكن أن نجمل أهم هذه المعايير وهي معيار مضاعفة التعويض الذي سيعرض في الفرع الأول ومعيار مقدار الربح الذي حصل عليه المدعى عليه في الفرع الثاني ونتناول الحد الأقصى لهذا التعويض في الفرع الثالث.

(١٢٤) انظر المادة ١٦٢١ من التقنين المدني الكندي لمقاطعة كوبيك والتي نصت على انه " Where the law provides for punitive damage, they cannot exceed in value what is sufficient to ensure their preventive function. They shall be assessed in the light of all the relevant circumstances, in particular the gravity of the debtors fault, his patrimonial situation or the extent of the reparation to which he is already liable towards the creditor and the payment of the reimbursement is wholly or partly borne by a third party, ويقدر التعويض العقابي على ضوء الظروف المناسبة وعلى وجه الخصوص جسامة خطأ المدين، وموقفه المالي، ومدى قيامه بإصلاح الضرر المسؤول عنه"، Civil code, art1621, Quebec.

(125) Denise Weybury, Case Notes: the appeal in the case of the mixed up sperm, 1995, p214

(١٢٦) د. مصطفى العوجي، القانون المدني (المسؤولية المدنية)، ج٢، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٧، ص ٢٧٠-٢٧٥.

## الفرع الأول: معيار مضاعفة التعويض

يعد هذا المعيار من أهم المعايير التي تسير عليها أغلب الدول التي تأخذ بفكرة التعويض العقابي وهذا المعيار في التقدير هو الأسبق والأقدم في الظهور فقد لاحظنا أن معيار التقدير في شريعة حمورابي كان معيار مضاعفة التعويض<sup>(١٢٧)</sup>.

أي إن من يرتكب سلوكا يستوجب فرض تعويض عقابي فإنه يتحمل مضاعفة تقدير التعويض العادي للضرر الذي حكمت به المحكمة للمدعي. فالمحكمة تقوم أولا بتقدير التعويض الجابر حسب كمية الضرر وبعد هذا التقدير يكون الأساس للانطلاق منه في تقدير التعويض العقابي فيكون على أساسها مبلغ التعويض العقابي ضعف أو ضعفين على مبلغ التعويض الجابر.

ومع سهولة هذا المعيار وسهولة مراقبته من قبل القضاء فهو أكثر تعقيداً لكونه علاقة بين التعويض الجابر وبين تقدير قيمة التعويض العقابي لأن تقدير التعويض العقابي على هذا الأساس يربطه بمدى الخسارة اللاحقة بالمدعي في حين أن المناط الحقيقي في فرض التعويض العقابي هو سلوك المدعى عليه وليس مقدار الضرر المتحقق للمدعي .

وعلى ذلك يجب عدم فهم فكرة التقدير على أساس مضاعفة التعويض على هذا النحو لأنه سوف يؤدي إلى نتائج لا تتناسب وغرض التعويض العقابي فالأخذ بهذا العامل لا يقصد منه مجرد النسبة بين مبلغ التعويض الجابر والتعويض العادي وإنما يجب أن يفهم بأنه تعويض قد روعي فيه سلوك المدعي ومركزه المالي و دوافعه من وراء ارتكاب هذا السلوك<sup>(١٢٨)</sup>.

ويعد هذا المعيار الأكثر استخداماً في تقدير مبلغ التعويض العقابي، ففي قضية السيدة ستيل Libeck V. McDonalds Restaurants من ولاية نيو مكسيكو في سنة ١٩٩٤ التي تدور وقائعها في أن هذه السيدة كانت جالسة في مقعدها في السيارة التي كان يقودها حفيدها عندما توجهت إلى أحد فروع ماكдонаلد لتقديم القهوة لراكبي السيارات فوضعت هذه السيدة كوب القهوة على ركبتها أثناء نزع الغطاء لوضع الحليب والسكر تساقطت محتويات الكوب على أرجلها وبعض من أجزاء جسمها وصلت إلى ٦٪ وأحدثت حروق من الدرجة الثالثة.

بعدها كشفت التحقيقات أن هنالك حوالي ٧٠٠ شكوى مشابهة لحالة السيدة ستيل وقد شهد مدير ضمان النوعية أن الشركة أصدرت أوامرها بأن تكون الحرارة ١٨٠ درجة مئوية وأن خطر حريق الجلد يكون في درجة حرارة مقدارها ١٤٠ درجة مئوية وأن درجة حرارة قهوة ماكдонаلد غير صالحة للاستهلاك البشري لأنها تؤدي إلى حرق الفم وأنه ليس هناك أي نية للشركة لتخفيض درجة الحرارة.

(١٢٧)الاب سهيل قاشا، المصدر السابق، ص ٣٤-٣٥

(١٢٨)د. اسامة ابو الحسن مجاهد، المصدر السابق، ص ١٠٤-١٠٥

وبرر محامي الشركة أن العملاء يطلبون هذه القهوة لاحتوائها في منازلهم إلا أن الشركة اعترفت أن العملاء غير مدركين لإمكانية تعرضهم لحريق من الدرجة الثالثة من احتساء هذه القهوة مباشرة وأنه وإن كانت هناك عبارة مكتوبة بهذا المعنى على أحد جانبي الفئجان لكنها لم تكن تحذيراً بقدر ما كانت تخلص الشركة من المسؤولية إذ أن موقعها على الفئجان لم يكن ليحذر المستهلك من هذا الخطر، وقدرت هيئة المحلفين التعويض بمقدار ٢٠٠٠٠٠ دولاراً حُفِضَ بعد ذلك إلى ١٦٠٠٠٠ دولاراً لأن المدعية أخطأت بنسبة ٢٠٪. كما أُجبرت الشركة على دفع تعويض عقابي مقداره ٢ مليون دولار وهو ما يساوي إجمالي مبيعات يومين من هذا الفرع خفض بعد ذلك إلى ٤٨٠٠٠٠ دولاراً وهو ما يساوي ثلاثة أضعاف التعويض الجابر ووصفت المحكمة سلوك المدعى عليها بأنه طائش وجامد المشاعر ومتعنت تبين بعد الحكم أن هذا الفرع خفض درجة حرارة القهوة إلى ٧٠ درجة مئوية<sup>(١٢٩)</sup>.

ويقع عبء الإثبات على المدعي وفق المبادئ العامة كما قالت المحكمة العليا في كندا في أن تدخل المدعي في التسبب بالضرر كان بطريقة غير قانونية وعمدية، كما يجب عليه كذلك أن يثبت أن مرتكب الفعل الضار كان في حالة عقلية تتضمن رغبة أو نية التسبب بنتائج سلوكه الضار أو أن هذا الشخص قد تصرف بمعرفة كافية بالنتائج المباشرة أو الطبيعية أو المحتملة على الأقل لسلوكه الضار<sup>(١٣٠)</sup>.

### الفرع الثاني:- معيار مقدار الربح العائد على المدعى عليه

يعد هذا المعيار من الاعتبارات التي تتعلق بشخص المسؤول، فمن أهم أهداف التعويض العقابي هو تفويت الفرصة على المدعى عليه بالاعتقاد أن التعويض الجابر أو العادي ليس إلا مبلغ مالي يتناسب مع الضرر الذي تسبب به وقد يكون في معظم الأحيان أقل بكثير مما حصل عليه المسؤول. ويبرز ذلك بشكل جلي في قضايا الخطأ المربح ومسؤولية المنتج، فالأرباح التي تعود على المدعى عليهم في مثل هذه القضايا تفوق بكثير مقدار الضرر والتعويض العادي.

فالمدعى عليه يعتمد على كون سلوكه سيحقق ربحاً عالياً يفوق التعويض الجابر فيقدم عليه غير مبال بما سيحكم عليه من تعويض عما لحق المدعي من ضرر لأن ما حققه من أرباح يفوق قيمة الضرر بكثير وهنا يأتي دور التعويض العقابي ليقطع الطريق أمام المسؤول في أنه عندما يقدر التعويض فإن المحكمة تأخذ بنظر الاعتبار ما حققه المدعى عليه من ربح دون حق من جراء ارتكابه لمثل هذا السلوك<sup>(١٣١)</sup>.

(129) Kevin G. Cain, The McDonalds coffee Lawsuit, Journal of Consumer & Commercial Law, Vol.13, 1993, p15-17

(130) Tamarabnckwold, punitive damage for breach of contract, 2003, p15-17

(١٣١) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المصدر السابق، ص ١٠٣ - ١٠٤

ومن القضايا الرائدة في هذا المجال قضية *whiten V. pilot insurance* الكندية في سنة ٢٠٠٢ وهي شركة تأمين كانت قد تعاملت بسلوك قمعي مع حملة وثائق التأمين في أن المدعى عليه كان قد أمن من الحريق وعندما احترق منزله بالكامل هو وزوجته وابنته التي لم تبلغ الثامنة عشر ونقل على أثرها للمشفى وكان وضعه المالي بعدها سيء للغاية حيث وافقت الشركة في البداية على دفع بدل إيجار أقل مما هو متفق عليه ولكن بعدها أوقفت الدفع دون إخبار الأسرة ودفعت بأن الحريق كان مفتعل على الرغم من أثبات تقارير الخبراء بعكس ذلك. زد على ذلك طول فترة المحاكمة بسبب تعنت شركة التأمين وتمسكها بموقفها حول كون الحريق مفتعلاً مما زاد في معاناة الأسرة المادية حيث جاء قرار المحكمة بأن شركة التأمين يجب أن تتعامل مع حاملي هذه الوثائق بحسن نية وأن المحكمة ترى أن الشركة قد قامت بخرق واجب تعاقدى من خلال ما أبدته من معاملة متعالية وشجب للمؤمن عليهم وكان بنتيجة ذلك فرض تعويض عقابي على الشركة مقداره ١٠٠٠٠٠٠ دولاراً راعت المحكمة في تقديره مقدار ما حصلت عليه الشركة من أرباح وكذلك خرجت المحكمة بعدد من المبادئ التي تؤسس لموضوع التعويض العقابي وكان من بينها أن منح التعويض العقابي يجب أن يراعى فيه بالإضافة إلى تقييم الاضرار أي ميزة أو ربح كان قد حصل عليها أو اكتسبها المدعى عليه من جراء سلوكه هذا الفعل<sup>(١٣٢)</sup>.

ومع ذلك يجب الحذر في تطبيق هذا المعيار وأن يتعامل القاضي بحكمة فيما يتعلق بسلطته التقديرية في هذا المجال وموازنة آراء المحلفين في خصوص التقدير مع القواعد القانونية المعمول بها في هذا الاتجاه<sup>(١٣٣)</sup>.  
لعلنا ذكرنا أهم معيارين في تقدير التعويض العقابي والتي تسير عليها عدد من الدول منها عدد من محاكم بعض الولايات المتحدة في امريكا<sup>(١٣٤)</sup>.

وهناك عدد من الاعتبارات التي يمكن أن تؤثر في معايير التقدير وهي اعتبارات خارجة عن الضرر، أهمها جسامة خطأ المسؤول فكما نعلم أن جسامة الخطأ في تقدير العقوبة مهم بالنسبة للقاضي الجزائي ولكن القاضي المدني يقدر التعويض على أساس الضرر وهي قاعدة تم التوصل إليها بعد تطور طويل للمسؤولية المدنية، ولكن التمسك بهذا الرأي فقط قد يبدو به شيء من الاجحاف ويبدو كقاعدة نظرية أكثر مما هي عملية خصوصاً في الاحوال التي تتعلق بتقدير تعويض كان قد نشأ عن جريمة جنائية .

فالمحكمة التي أقرت الجريمة معتمدة على الخطأ وجسامته لا يمكنها إغفال ذلك عند تقدير التعويض الناشئ من نفس الجريمة المنظورة أمام المحكمة وهكذا نرى فاعلية جسامة الخطأ عند تقدير التعويض العقابي، وكذلك من العوامل الاخرى التي تؤثر في تقدير التعويض العقابي هي حالة المسؤول المالية أو مركزه المالي فالتعويض العقابي الذي يفرض على شخص ذي ملاءة مالية يختلف عن ذلك الذي يفرض على شخص معسر

(132) Yehuda Adar, The unofficial death of the independent wrong requirement and official birth of punitive damage in contract, canadian Business law Journal, Vol. 41, 2005, p251

(133) د. اسامة ابو الحسن مجاهد , المصدر السابق , ص ١٠٤

(134) William Schubert, simplifying punitive damage in the u.s, 2010, p3-4

لأن هذا التعويض يهدف إلى الردع والعقوبة فيأخذ بالاعتبار الظروف الشخصية للمسؤول, وبهذا هو يختلف عن التعويض الكامل الذي كما يقول الاستاذ مازو بأن القاضي فيه يجب أن يغمض عينيه عن المركز الشخصي للمسؤول, ومن العوامل الأخرى كذلك هي التأمين من المسؤولية<sup>(١٣٥)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه في الدول التي تأخذ بالتأمين من التعويض العقابي فالمحكمة تأخذ بنظر الاعتبار ما إذا كان المسؤول قد أمن من التعويض العقابي لدى شركات التأمين من عدمه من أجل رفع مبلغ التعويض العقابي أو خفضه لأن شركات التأمين هي من سيتحمل دفع التعويض العقابي في حالة التأمين.

### الفرع الثالث :- الحد الأقصى للتعويض العقابي

من الأمور المثيرة للجدل هو تزايد الأحكام التي تمنح تعويضات عقابية بمبالغ كبيرة جدا تصل إلى ملايين الدولارات دون وجود معايير ومعدلات وإرشادات واضحة ومحددة لتحديد المبالغ التي يحكم بها, ومن هنا برز جانب من الفقه داعيا إلى وجود حد أقصى لتفادي الانهيار المالي والاقتصادي للمدعى عليهم الذين يفرض عليهم دفع تعويضات عقابية باهظة تفوق قدراتهم المالية. أضف إلى ذلك أن هذه المبالغة في التقدير غالبا ما تعكس مشاعر هيئة المحلفين وعواطفهم، التي لا يمكن تحليلها على أساس من الرشد والمعقولة كما لا يمكن التنبؤ بها. فهي قد تكون مساوية أو مماثلة لربح أيام عديدة أو تعادل بعضا من الميزانية النقدية.

ولقد حاولت المحاكم مراجعة هذه المسألة, وكانت محاولاتها بطيئة في صياغة إرشادات أو حدود جوهرية ملموسة ففي إحدى القضايا أيدت المحكمة الحكم بتعويض عقابي ولكنها اقترحت في حيثيات حكمها ضرورة وجود قيود إجرائية وأن هذه التعويضات يجب أن تخضع لمراقبة قضائية وفقا لحدود مرسومة مسبقا وقائمة على نسب رياضية مع التعويضات الجائرة ومع ذلك رفضت المحكمة أن تضع خط رياضي واضح بين التعويض العقابي المعقول وذلك غير المعقول<sup>(١٣٦)</sup>.

وفي قضية أخرى وهي قضية قذف في حق الغير بطريق الكتابة إذ أقرت أغلبية ضئيلة في أن يكون التعويض العقابي يعادل ٥٢٦ مرة للتعويض الجابر وهي بهذا الحكم لم تقدم معدلا مقبولا يمكن استخدامه بالرغم من تأكيدها مجددا على ضرورة وجود مراجعة قضائية للأحكام<sup>(١٣٧)</sup>.

وحديثا قدمت المحكمة العليا في إنكلترا إرشادات للمحاكم الدنيا لتطبيقها عند مواجهة المسائل نفسها ففي إحدى القضايا التي نشأت عن وفاة جيسي وليامز نتيجة لتدخينه سجائر فيليب مورييس وهي الشركة المصنعة لسجائر مارلبورو. وكان المتوفى يفضل اقتناء هذه العلامة التجارية إلا أنه توفي نتيجة سرطان كان سببه

(١٣٥) د. سعدون العامري, المصدر السابق, ص ١٦٩-١٥٧

(136) Marc Galanter and David Luban, poetic Justice: Punitive Damages and Legal Purism U.L.REV, 1993, P138.

(137) Theodore Eisenberg, John Groerdt, op.cit, p623

التدخين. فرفعت أرملة وليامز الدعوى على الشركة المصنعة عن الإهمال والخداع لارتفاع نسبة النيكوتين واختلافها عن المثبتة على العلبة، وأقرت هيئة المحلفين أن سبب الوفاة هو التدخين حيث كان وليامز يدخن هذه السجائر ظناً منه أنها آمنة ووجهت هيئة المحلفين أخيراً أن فيليب موريس الشركة المصنعة كانت مهملة في سلوكها فمنحت تعويضاً مادياً عن الأضرار مقداره ٨٢١٠٠٠ دولار وتعويضاً عقابياً مقداره ٧٩,٥٠٠,٠٠٠ دولار أي ما يعادل ٧٣ مرة التعويض العادي الذي فرضته عن الضرر المتحقق وكانت المحكمة قد خفضت نسبة التعويض العقابي إلى أقل من ذلك فيما بعد وبررت هيئة المحلفين أن سبب منح تعويض عقابي في هذه القضية هو توبيخ الشركة ومعاقبتها على إهمالها بشأن عملائها علماً أن هيئة المحلفين عندما فرضت التعويض العقابي كانت قد راعت عدد المتضررين في الولاية من اقتنائهم لهذا المنتج<sup>(١٣٨)</sup>.

وبالرغم من تجنب المحاكم إيجاد صيغة رياضية بسيطة فإنها قدمت بعض الاعتبارات لتحديد مبلغ التعويض العقابي منها إلى أي حد يستحق سلوك المدعى عليه التوبيخ واللوم والمسألة وأن تكون هناك نسبة معقولة بين مبلغ التعويض العقابي والتعويض الجابر ومقارنة التعويض العقابي مع أي عقوبات مدنية أو جزائية يمكن فرضها على السلوك الضار نفسه<sup>(١٣٩)</sup>.

وحتى مع عدم وجود إرشادات جوهريّة في المحاكم العليا فإن عدداً من الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً أجرت منفردة إصلاحات من خلال التشريعات أو الشريعة العامة بقصد تلجيم المحلفين عن فرض تعويضات عقابية زائدة بدون حدود مثال ذلك الحد الأقصى الذي يضعه قانون نورث كارولينا بما يعادل ثلاثة أمثال التعويض الجابر أو مبلغ مائتي وخمسون ألف دولار أيهما أكبر واستثناء من ذلك الحد الأقصى لمرتكبي حوادث السيارات و المركبات والسائق في حالة سكر<sup>(١٤٠)</sup>.

ففي قضية هوندا للسيارات قررت المحكمة الدستورية العليا للولايات المتحدة الأمريكية ضرورة وجود مراجعات قضائية هادفة لتقديرات المحلفين للتعويضات العقابية وإن لم تتوسع في بيان أنماط المراجعة القضائية الفعالة الواجب اتباعها.

إلا أننا نذهب إلى ترجيح عدم وضع حد أقصى للتعويض العقابي، لأن ذلك سيذهب من روح الموضوع، فحكمة هذا النوع من التعويض هي أنه ليس له حد أعلى وأن القاضي يستطيع أن يزيده حتى الوصول إلى المقدار الذي يحقق العدالة، وبوضع قيد الحد الأقصى لهذا التعويض فنحن نعود به إلى نقطة البداية ونلغي أهميته وحتى وجوده أيضاً، فما يكون الفرق بينه وبين التعويض الكامل المحدد بعنصري الكسب الفائت والخسارة اللاحقة، فالسر في عدالة هذا التعويض والحكمة منه هو أنه غير محدد بحد أعلى، مع ذلك نحن لا ننكر ما لخطورة التعويض العقابي كأداة في يد القضاء، إلا أنه يمكن أن نواجه هذه الخطورة من خلال وضع

(138) William Schubert , op.cit, p17-19

(139) Theodore Eisenberg, John Groerdt, op.cit, p659

(140) Volker Behr, op.cit, p105.

شروط لفرض هذا التعويض ومروره بمراحل قبل فرضه خصوصا عرضه على هيئة المحلفين والاعتماد على عدد من المعايير في فرضه.

وإن حجة المعارضين لفكرة القيد على مبالغ التعويض العقابي فتعتمد على أن المحاكم لا تتردد في تخفيض مبالغ التعويض الغريبة أو الشاذة وغالبا ما تلجا إلى إحالتها مرة ثانية وذلك إضافة إلى جدوى التعويض الزائد له تأثير إيجابي في ردع سوء السلوك ولاسيما في المؤسسات الاقتصادية العملاقة<sup>(١٤١)</sup>.

ولدور القضاء في موضوع التعويض العقابي خصوصية فهو لا يحكم به إلا بعد أن يتأكد بالدليل الواضح والمقنع أنها قائمة على أسس معقولة وأن وقائعها تدل على أن سلوك المدعى عليه واحد أو أكثر من سبب للحكم بالتعويض العقابي، وعند إحالتها إلى هيئة المحلفين تصدر لهم توجيهات بالمعايير التي يجب اتباعها والالتزام بها عند تقدير هذا التعويض، وبعد صدور قرار المحلفين تستخدم المحكمة صلاحيتها في مراجعة مبالغ التعويض في ضوء المعدلات السائدة أو الحد الأقصى للقضايا التي حكم فيها بتعويض عقابي أو السوابق القضائية في الموضوع نفسه<sup>(١٤٢)</sup>.

# الباب الثاني

---

<sup>(141)</sup>Marc Galanter and David Luban, op.cit, p1393.

<sup>(142)</sup>Stephen Daniels and Joanne Martin, punitive damage, change and the Politics of Ideas: Defining Public Policy Problems, Wis. L. Rev, 1998, p71

# مواطن التعويض العقابي في القانون العراقي

## الباب الثاني

### مواطن تبني فكرة التعويض العقابي في القانون العراقي

#### تمهيد وتقسيم

لم ترد في القانون العراقي تسمية التعويض العقابي ولا في القضاء العراقي أيضا فلم يذكرها في أحكامه, إلا أن ذلك لا يعني خلو القانون العراقي من تطبيقات لفكرة التعويض العقابي وان لم تكن بهذا المسمى, ففي مواطن عديدة من القانون العراقي قد أخذ بالفكرة محل البحث وبصورة صريحة, وكذلك اثبت القضاء حاجته إلى الأخذ بفكرة التعويض العقابي لإصدار احكام أكثر تحقيقا للمصلحة العامة والعدالة.

من ذلك يتضح أن القضاء جعل للشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي وظيفة أخرى إلى جانب وظيفته التضمينية لكونه تقديراً مسبقاً للتعويض, وظيفه امثالية غايتها انتهاء الردع والعقوبة لحمل الاشخاص على تنفيذ التزاماتهم.

من جهة أخرى افترض المشرع الضرر لمجرد تأخر المتعاقد مع الإدارة بأن ضمنه مبلغاً دون الحاجة إلى إثبات ضرر معين, وبالعودة إلى النصوص التشريعية في القوانين الخاصة والتشريعات المكملة لها وتحليلها نجد أن المشرع قد أقر وبصورة مما لا تقبل الشك الأخذ صراحة بفكرة التعويض العقابي.

ولاثبات ذلك نعرض في هذا الباب مواطن التعويض العقابي في القانون العراقي وقد قسمته إلى فصلين فالفصل الأول لبحث فكرة التعويض العقابي في القضاء العراقي وكان على مبحثين المبحث الأول يعرض الشرط الجزائي الامتثالي في نطاق العقود الشكلية وفي المبحث الثاني نبين الغرامات التأخيرية في نطاق العقود الحكومية, أما الفصل الثاني فقد خصصته لمواطن الفكرة محل البحث في التشريع العراقي وكان في مبحثين أيضاً الأول لمواطن التعويض العقابي في القانون المدني والتشريعات المكملة له وفي المبحث الثاني مواطن فكرة التعويض العقابي في التشريعات الخاصة.

## **الفصل الأول**

### **مواطن فكرة التعويض العقابي في القضاء العراقي**

نتناول في هذا الفصل بحث فكرة التعويض العقابي في القانون العراقي في مبحثين نتناول في المبحث الأول الشرط الجزائي الامتثالي في العقود الشكلية والمبحث الثاني نخصصه لبحث الغرامات التأخيرية في نطاق العقود الحكومية.

### **المبحث الأول :- الشرط الجزائي الامتثالي في نطاق العقود الشكلية**

نتناول في هذا المبحث عرض أهم تطبيق لفكرة التعويض العقابي وهي الشرط الجزائي الامتثالي فنبحث في المطلب الأول مفهوم الشرط الجزائي الامتثالي وما المقصود به وفي المطلب الثاني نعرض لموقف الفقه من الشروط الجزائية الامتثالية.

### **المطلب الأول :- مفهوم الشرط الجزائي الامتثالي**

الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي يدرجه المتعاقدون في عقودهم من أجل ضمان تنفيذها ويلزم بموجبه المتعاقد الذي يخل بالتزامه بأداء معين يدفعه إلى الطرف الآخر، فالهدف منه ضمان تنفيذ الالتزامات واحترامها<sup>(١٤٣)</sup>.

ويهدف الشرط الجزائي بصورة أصلية إلى ضمان تنفيذ الالتزام في حال تحقق الإخلال به، و الشرط الجزائي يهدف إلى تعويض الطرف الذي تعرض للإخلال، على ذلك فالشرط الجزائي هو تقدير للتعويض من قبل أطراف العقد وهو جزاء للمسؤولية ويتم تحديده جزافاً من قبل أطراف التعاقد الذين يقدرّون حجم الأضرار التي من المتوقع حصولها في المستقبل بسبب عدم تنفيذ الالتزام<sup>(١٤٤)</sup>.

فأول وظيفة يمارسها الشرط الجزائي هي الوظيفة التعويضية أو الوظيفة الأصلية للشرط الجزائي ويمكن ان يستدل على هذه الوظيفة بأن مبلغ الشرط الجزائي مساوٍ لحجم الأضرار المتحققة، وبممارسة الأطراف تقديرهم المسبق للتعويض في حالة إخلال أحدهم بالتزامه فهم بذلك يستبعدون سلطة القاضي في تقدير التعويض وبذلك يتخطى المتعاقدون أي صعوبة في تقدير التعويض في مداه وقيمته وما يتطلبه ذلك من الاستعانة بأهل الخبرة بعد وقوع الضرر.

وبما أن الشرط الجزائي هو تقدير للتعويض، فإنه يتعين أن يسري بشأنه كل ما يطبق على التعويض حيث يجب أن يتحدد بما لحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب وأن يقتصر على الضرر المباشر المتوقع ولا يشمل الأضرار غير المتوقعة إلا في حالات الغش والخطأ الجسيم<sup>(١٤٥)</sup>.

والشرط الجزائي الذي يوقع على من يخل بالتزامه ليس هو سبب أو مصدر ذلك التعويض بل إن التعويض يقع عن الإخلال بالتزام الأصلي الذي جاء هذا الشرط لضمان تنفيذه وإن هذا التقدير الاتفاقي المسبق للتعويض له أهمية في كونه تقديراً جزافياً يعتمد عليه القاضي في تقدير التعويض<sup>(١٤٦)</sup>.

وقد تطرق المشرع العراقي لأحكام الشرط الجزائي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل في المادة ١٧٠ منه إذ نصت على مايلي:

"١- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في ذلك أحكام المواد ١٦٨، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨.

٢- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا ثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر ويجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة.

(١٤٣) د. عدنان إبراهيم سرحان، د. نوري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ١٠٥

(١٤٤) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٩، ص ٧٨

(١٤٥) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، شركة التايمس للطباعة النشر، بغداد، ١٩٩١، ص ٢٥٤-

٢٦٦

(١٤٦) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصدر السابق، ص ٤١٩-٤٢٣

٣- أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

والشرط الجزائي نظام قانوني قديم عرفه القانون الروماني فقد ورد ذكره في قانون جستنيان وارتبط منذ أول ظهوره بفكرة العقوبة حيث كان يستخدم كوسيلة للضغط على أطراف التعاقد

من أجل ضمان تنفيذ التزاماتهم حيث كانوا يضمنون اتفاقاتهم لشروط جزائية يكسب التصرف قوته الملزمة وهكذا كان الشرط الجزائي عبارة عن جزاء وعقوبة أكثر من كونه تقديراً للتعويض<sup>(١٤٧)</sup>.

وإذا كانت وظيفة الشرط الجزائي الأصلية هي التعويض فهل يمكن أن يكون له وظيفة أخرى استثناء إلى جانب وظيفته الأساسية ألا وهي التعويض؟

يلاحظ أن الهدف من الشرط الجزائي ابتداءً هو التعويض ولكن عند تطبيق هذا الجزاء انتهاء عند مخالفة أحد الأطراف للتعاقد فإن الشرط الجزائي تكون له وظيفة أخرى أو هدف آخر إلى جانب التعويض ألا وهو العقوبة وهذا يحدو بنا إلى التساؤل عن طبيعة الشرط الجزائي هل هو من طبيعة تعويضية أم من طبيعة جزائية؟<sup>(١٤٨)</sup>

اختلف الفقه حول طبيعة الشرط الجزائي، فذهب بعضهم إلى أنه مجرد تعويض يحل محل الالتزام الأصلي في حال مخالفة أطراف التعاقد للاتفاق الموجود في العقد فما هو إلا تقدير اتفاقي من قبل الطرفين للتعويض الذي سوف يتحمله الطرف المخل بالتزاماته وتعهدهاته. وإذا كان الأصل أن القاضي هو من يتولى تقديره بناء على ما لحق الدائن من خساره ومافاته من كسب ولكن ليس ثمة ما يمنع ترك تقديره لأطراف التعاقد قبل وقوع الضرر ويستحق عند عدم التنفيذ بناء على قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)<sup>(١٤٩)</sup>.

ومنهم من يذهب إلى أن الشرط الجزائي من جانب آخر ذو طبيعة جزائية تتمثل في كونه عقوبة تهدد الطرف المخالف لحمله على الامتثال لتنفيذ التزامه وبذلك يمكن أن نقول إن للشرط الجزائي طبيعة مزدوجة، فهو من طبيعة تعويضية، وهي وظيفته الأصلية وله أيضاً طبيعة جزائية عقابية<sup>(١٥٠)</sup>.

ومن هنا تظهر الوظيفة الثانية للشرط الجزائي وهي ما يهمنها في موضوع البحث وهي الصفة العقابية للشرط الجزائي الذي يتمثل في ذلك التقدير الذي يكون لصالح الدائن ويهدد المدين ويحمله على تنفيذ التزامه وبهذه الوظيفة فإنه يعطي للالتزام صفة تأمينية، على أن الصفة أو الوظيفة الجزائية للشرط الجزائي ماهي إلا

<sup>(١٤٧)</sup>د. احمد ابراهيم حسن، الاصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ٦-٨.

<sup>(١٤٨)</sup>د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المصدر السابق، ص ٤١٣-٤٢٣.

<sup>(١٤٩)</sup>د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام (اثار الالتزام)، ج ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ص ٧١٧-٨٠٦.

<sup>(١٥٠)</sup>جواد محمد احمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، فلسطين، ٢٠٠٩، ص ١٣٢.

استثناء على الوظيفة الأصلية التعويضية وأن هذه الصفة تجد قبولاً في الفقه على أساس أنها تحمل المدين على تنفيذ التزامه<sup>(١٥١)</sup>.

إن أكثر ما تظهر به الصفة العقابية للشرط الجزائي هو حالة كون مبلغ الشرط الجزائي أكبر من قيمة الضرر الذي لحق بالدائن ولكن بالرغم من ذلك تقضي به المحكمة فمتى ما كانت هناك زيادة معقولة عن الضرر في الشرط الجزائي كان هذا الفرق بين قيمة الضرر ومقدار الشرط الجزائي هو العقوبة أو هو التهديد الذي يحمل المدين على تنفيذ التزامه وهو مظهر الصفة العقابية للشرط الجزائي وبذلك يمثل قوة ردع وشرطاً ضابطاً في العقد، وكل ذلك بشرط إصابة الدائن بضرر فبعده لا وجود للشرط الجزائي وليس له أية أهمية في العقد ولا لدوره الجزائي وتظهر أهمية الشرط الجزائي بصفته العقابية في الأثر النفسي الذي يتولد في ذهن المتعاقدين من إنهم سوف يتعرضون لتقدير مغالى به في حال عدم تنفيذهم لالتزاماتهم مما يحملهم على المزيد من الحرص على الالتزام باتفاقاتهم.

إن الصفة العقابية للشرط الجزائي لا تتعارض مع الصفة الاجتماعية لفكرة الجزاء التي هي من حق الدولة تستأثر بها دون الأفراد لأن الشرط الجزائي يقع بناء على تحقيق ضرر للدائن باعتبار أن هذا الضرر هو أساس الالتزام فإذا تخلف هذا الضرر تخلف معه إيقاع الشرط الجزائي<sup>(١٥٢)</sup>.

وفيما يتعلق بالصفة العقابية للشرط الجزائي، فإن سلطة القاضي التي منحها القانون في التحكم بالشرط الجزائي في حال كونه غير متناسب مع الضرر لا تتعارض مع الصفة العقابية للشرط الجزائي، وذلك لأن دور القاضي في تعديل الشرط الجزائي يبرز عندما يكون الشرط الجزائي مغالى فيه إلى حد كبير لا تتناسب أبداً مع مقدار الضرر الذي لحق بالدائن.

أما مبلغ الفرق بين قيمة الضرر والشرط الجزائي الذي أشرنا إليه وتتحقق فيه الصفة العقابية للشرط الجزائي فهو مبلغ معقول غير مبالغ فيه بدرجة كبيرة، أما في حال كون هذا الفرق مغالى به مما يستدعي تدخل القاضي لتخفيضه لا نكون أمام صفة عقابية للشرط الجزائي، ولكن حتى حالات تدخل القاضي بالتخفيض في كثير من الأحيان بالرغم من التخفيض إلا أن المبلغ لا يزال أعلى من الضرر الفعلي وهو ما يحقق صفة العقوبة في الشرط الجزائي التي أرادها المتعاقدان ابتداءً<sup>(١٥٣)</sup>.

ويتميز الشرط الجزائي بأنه التزام احتياطي فهو لا يلجأ إليه إلا في حال تعذر تنفيذ الالتزام الأصلي لذلك فهو لا يمكن الأخذ به إذا كان الالتزام العيني ممكناً فيمكن أن نقول إنه التزام معلق على شرط وهو عدم إمكانية تنفيذ الالتزام الأصلي حيث أن الدائن لا يمكن أن يطالب بتنفيذ الشرط الجزائي إذا كان تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً عينياً ممكناً وليس له أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فهو ليس بالتزام تخيري والمدين لا

(١٥١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصدر السابق، ص ٤٤٣-٤٤٧.

(١٥٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصدر نفسه، ص ٢٤٣-٢٤٦.

(١٥٣) د. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام (أثر الحق في القانون المدني)، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص ٨٤.

يستطيع أن يعرض على الدائن أن يقوم بتنفيذ الشرط الجزائي بدلاً من الالتزام الأصلي فهو التزام احتياطي لا ينشأ ولا يعمل مصدراً ولا يكون له محل إلا عندما يتعذر تماماً تنفيذ الالتزام الأصلي.

أما الخصيصة الثانية للشرط الجزائي فهي أن الشرط الجزائي هو تقدير جزافي ومسبق للتعويض يقدره المتعاقدان عند قيام العقد أو في اتفاق لاحق فهو مجرد تقدير مسبق للأضرار التي سوف تقع في حال عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه ويحل فيه المتعاقدان محل القاضي في هذا التقدير الجزافي<sup>(١٥٤)</sup>.

أما الخصيصة الثالثة فهي كونه التزاماً تابعاً للالتزام أصلي وأن هذه الخصيصة متعلقة بصميم موضوع التعويض العقابي والشرط الجزائي الامتثالي في نطاق التعهدات بنقل ملكية العقار وبعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ومن أبرزها السيارات.

والشرط الجزائي لا يمكن تصور وجوده بمعزل عن التزام أصلي كان سببا في إدراج هذا الشرط ويكون بناء عليه، فالشرط الجزائي هو اتفاق غير مقصود لذاته إنما جاء بناء على التزام آخر، ويترتب على كونه التزاما تابعا إلى التزام آخر أنه يتبعه في وجوده وفي انقضائه أي إنه يزول بزواله فيفترض أن يوجد التزام أصلي يرد عليه الشرط الجزائي ولا تهم صفة هذا الالتزام سواء كان القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تسليم شيء معين وأيضا أي وصف يقع على الالتزام الأصلي يقع بالتالي على الشرط الجزائي لكونه تابعا سواء كان هذا الوصف شرطاً أم أجلاً أم تضامناً أم قابلية للانقسام.

وأكثر ما يهمننا في تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي أنه يزول بزواله فلا يمكن أن يوجد مستقلاً في حين أن الالتزام الأصلي انتهى وزال كالأستحالة في التنفيذ التي لا تعود إلى المدين وأيضاً يبطل الشرط الجزائي إذا بطل الالتزام الأصلي<sup>(١٥٥)</sup>. مثال ذلك أجرتك أن تقتل فلاناً يوم السبت بمليون دينار فإن تأخر إلى يوم آخر فإنه ينقص من الأجرة مائة ألف دينار<sup>(١٥٦)</sup>.

### الفرع الأول: الشرط الجزائي الامتثالي في التعهد بنقل ملكية عقار

إن أحد أهم التزامات البائع هي نقل ملكية الشيء المبيع سواء في العقار أو المنقول ووقت انتقال الملكية في العقار يختلف بحسب النظام القانوني لكل دولة كنظام التسجيل العيني كما في القانون العراقي أو نظام الشهر العقاري كما في القانون المصري<sup>(١٥٧)</sup>.

(١٥٤) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، ج ٢، المصدر السابق، ص ٢٥٧-٢٦١.  
(١٥٥) إبراهيم سيد احمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، ط ١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٦١-٦٢.  
(١٥٦) د. عباس علي كاشف الغطاء، الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي، مجلة كلية الفقه، جامعة الكوفة، العدد ١٩، ٢٠١٤، ص ٢٤.  
(١٥٧) د. سليمان مرقس، الوافي في العقود المسماة (عقد البيع وعقد الكفالة)، ط ٥، المجلد ٣، دار صادر للمنشورات الحقوقية، بيروت-لبنان، ١٩٩٨، ص ٣٧٧.

إن بيع العقار في القانون العراقي لا تنتقل ملكيته إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري وهذا ما أوردته المادة ٢٤٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل بنصها "الالتزام بنقل ملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل", فيتبين من هذه المادة أن نقل ملكية العقار لا تصح إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري<sup>(١٥٨)</sup>.

وكذلك نص المادة ٥٠٨ "بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون".

ونص المادة ١١٢٦ "العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً".

ونص المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ " لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري".

إلا أن عقود نقل ملكية العقار غالباً ما يسبقها اتفاقات خارجية على شكل تعهدات بنقل هذه الملكية قبل أن تأتي مرحلة التسجيل وأن ما يهمنا من هذا التعهد هو في حالة عدم قيام صاحب العقار بتنفيذ التزامه أي النكول عن التسجيل في دائرة التسجيل العقاري, فما هو الجزاء في هذه الحالة؟

واستناداً إلى القرار ١١٩٨ المعدل<sup>(١٥٩)</sup>, في هذه الحالة يكون المشتري أو المتعهد له أمام خيارين, أولهما أن المشتري يستطيع أن يملك العقار جبراً على البائع, ولكن يجب أن تتوافر عدد من الشروط في هذه الحالة, أولها أن يصدر هذا التعهد عن مالك العقار أو مالكٍ لحق التصرف فيه ومسجل في دائرة التسجيل العقاري باسمه ويجب أن يصدر هذا التعهد من شخص إرادته صحيحة وغير معيبة, أي يجب أن تتوافر جميع شروط العقد الصحيح في هذا التعهد من رضا ومحل وسبب ويمكن أن يكون هذا التعهد شفويّاً أو تحريراً مع الإشارة إلى صعوبة الإثبات في حالة التعهد الشفوي, ويجب أن يكون المبيع معيناً معيناً نافياً للجهالة الفاحشة والغرر<sup>(١٦٠)</sup>.

أما الشرط الثاني فهي أن يقوم المشتري بإقامة أبنية ومنشآت أو مغروسات في العقار كما جاء في القرار ١١٩٨ في الفقرة الثانية منه أو أن يقوم المشتري بسكنى العقار قبل أن تنتقل إليه ملكيته لأن ذلك يشكل سبباً

---

(١٥٨) د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني (آثار العقد)، ج ٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص ١٣٠. وانظر أيضاً: القرار المرقم ٦٩٢/مدنية اولى ١٩٩٢ "إذا تم تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري باسم المشتري طبقاً لأحكام القانون فلا عبرة بأي عقد بيع خارجي يخالف البيع المذكور، لأن عقد البيع الخارجي عقد باطل ولا ينتج أثراً قانونياً" مشار إليه في:- ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، ج ٥، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠.

(١٥٩) المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٢٦٢١ في تاريخ ١٩٧٧/١١/١٤، ص ١٦٧٦ والمعدل بموجب القرار ١٤٢٦ بتاريخ ١٩٨٣/١٢/٢١، واضيفت الفقرة ج إلى البند اولا منه بموجب القرار رقم ١٩٨ بتاريخ ١٩٩٤/١١/١٠.

(١٦٠) علي شاكر عبد القادر، التعهد بنقل ملكية عقار واثره في انتقال الملكية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة الخامسة، العدد ٣، ٢٠١٣، ص ١١٨.

صحيحاً لانتقال الملكية للمشتري, على أن لا توجد أي معارضة تحريرية من قبل البائع تجاه المشتري اعتراضاً على سكناه الدار أو إقامته فيها أبنية أو منشآت أو غراس على أن هذه المعارضة يجب أن تكون سابقة على نكول البائع للتسجيل وليس لاحقة على ذلك, وكل من السكنى والبناء والغراس واقامة المنشآت يجب أن يتم قبل إقامة الدعوى من قبل المتعهد التي تعد بمثابة معارضة تحريرية.

ويجب أن لا يكون هناك ما يمنع الانتقال أي أن يكون المبيع مما يصح التعامل به والمعارضة يجب أن تكون تحريرية وليست شفوية وأن تكون خلال مدة معقولة سواء كانت عن طريق إنذار رسمي أو عن طريق دعوى<sup>(١٦١)</sup>.

وبتحقق نكول البائع يفتح الباب أمام البائع لتطبيق القرار ١١٩٨ من القانون المدني العراقي وغالباً مايقع السبب وراء هذا النكول هو ارتفاع الأسعار بين وقت التعهد من البائع وبين وقت نكوله وأن هذا النكول هو ما يمثل الإخلال الذي يوجب المسؤولية أي أن لا يكون للبائع أي استعداد لنقل الملكية<sup>(١٦٢)</sup>.

ولوقت النكول أهمية كبيرة لانه على أساسه وتأريخه تقدر قيمة العقار في هذه الحالة يجب أن يبادر المشتري إلى انذار البائع بضرورة تنفيذ التزامه وقيامه بالتسجيل على انه يجب أن لا يكون امتناع البائع ونكوله عن التسجيل سببه عدم قيام المشتري بدفع الثمن أو عدم دفعه للعربون<sup>(١٦٣)</sup>.

إذا توفرت كل الشروط السابقة فإن المشتري يكون مستحقاً للعقار وتقوم المحكمة بتملكه وتسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري وهذا ما جاء في نص القرار ١١٩٨ بنصه "يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمه عند النكول دون الاخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر.

ب- إذا كان المتعهد قد سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار أو حق التصرف بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (١) من هذا البند مضافاً إليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول".

كل ذلك في حال وجود إمكانية للتملك ولكن قد لا تتوافر أي من الشروط السابقة فما هو الجزاء في هذه الحالة؟

(١٦١) علي غسان احمد, التعويض عن الاخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار, مجلة كلية الحقوق, جامعة النهرين, المجلد ١٤, ٢٠١٢, ص ١٩٢

(١٦٢) د. صبري حمد خاطر, تعويض الضرر عن الاخلال بتعهد نقل ملكية عقار, مجلة العلوم القانونية والسياسية, المجلد السادس, العدد الاول والثاني, مطبعة العاني, بغداد, ١٩٨٧, ص ٣٩١-٣٩٣

(١٦٣) هديل سعد احمد, التعهد بنقل ملكية عقار بين القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل, مجلة كلية الحقوق, جامعة النهرين, مجلد ١٦, ٢٠١٤, ص ٢٥٠

أن الجزاء المترتب في هذه الحالة التعويض وإن هذا الشق من الجزاء في حال عدم إمكانية التملك هو ما يهملنا في موضوع البحث لأن ما جاء به القانون المدني العراقي في هذا الخصوص هو ما يمثل الشرط الجزائي الامتثالي الذي يدفع المتعاقد إلى تنفيذ التزامه فقد نصت المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي "التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهدده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط".

فبعد أن نص القانون على أن عقد بيع العقار يجب أن يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري حتى يعد صحيحاً ثم عاد ليقرر تعويضاً عن عقد غير مسجل<sup>(١٦٤)</sup>, أو هو مجرد تعهد خارج دائرة التسجيل العقاري فهذا العقد الذي وقع خارج دائرة التسجيل العقاري ولم يستوف الشكلية التي نص عليها القانون هو عقد باطل لانه فقد أحد الأركان التي يتطلبها القانون وهو ركن التسجيل في الدائرة المختصة فهو قبل ذلك التسجيل عقداً باطلاً ولا يمكن الأخذ به وإن هذا البطلان إنما ينسحب على جميع العقد أي حتى على الشروط الموجودة فيه<sup>(١٦٥)</sup>.

إن الملكية تبقى في الذمة المالية للبائع ولا تخرج عنها ولا يعتبر المشتري قد ملك العقار ويبقى المبيع في الضمان العام للبائع وإن المشتري لا يستطيع أن يتصرف به أي نوع من التصرفات بناء على هذا التعهد فقط، فكل ما يولده هذا التعهد هو حقوق شخصية تتمثل في حق البائع بالمطالبة بالثمن وحق المشتري بالمطالبة بتسجيله أو نقل ملكيته بالإضافة إلى الالتزامات الأخرى من ضمان التعويض والاستحقاق وضمن العيوب الخفية اما تبعة الهلاك فهي مرتبطة بالتسليم لا بنقل الملكية<sup>(١٦٦)</sup>.

وهذا التعهد لا يعطي للمشتري أن يرفع دعوى استحقاق للمطالبة فيها بنقل الملكية وذلك لأن العقار غير مسجل بعد وكذلك فإن هذا العقار لا يعتبر من الضمان العام بالنسبة للمشتري فلا يستفيد منه خلفه العام ولا خلفه الخاص<sup>(١٦٧)</sup>.

ورغم كون التعهد بنقل ملكية عقار باطل من حيث الأساس ومع ذلك فقد أجاز المشرع العراقي التعويض الاتفاقي الذي يدرجه المتعاقدان في هذا التعهد وذلك بنص المادة ١١٢٧ على اعتبار أنه تعويض عن النكول. وإذا دققنا النظر في هذه المادة نلاحظ أنها تخالف أهم خصائص الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي التي ذكرناها سابقاً وهو كون هذا الشرط يحمل صفة التبعية أي لانه تابع للالتزام الأصلي أو العقد الأصلي فإذا بطل الأخير فإن هذا التعويض الاتفاقي وحسب خصيصة التبعية يجب أن يبطل معه لانه تابع للالتزام الأصلي، وهذا هو صلب موضوع التعويض العقابي فتصحيح شرط في عقد باطل مع تبعية هذا الشرط للالتزام الأصلي جاء

(١٦٤) ينظر القرار المرقم ٣٢٤٩/٢٠٠٨ الهيئة المدنية للعقار ٢٠٠٨/٢٠٠٩ والصادر في ٢٠٠٩/٢٢/٣، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج ١، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١١، ص ٢٢٥  
(١٦٥) راجع توماس هاشم، حكم التعويض الاتفاقي في التعهد بنقل ملكية عقار، مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، النجف الاشرف، ٢٠٠٦، ص ١٠

(١٦٦) أنيل ابراهيم سعد، العقود المسماة (البيع)، ج ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٢٠٢-٢٠٤  
(١٦٧) د. عبد الرزاق احمد السنيهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة)، ج ٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ص ٤١١-٤١٣

من المشرع في سبيل حمل المتعاقدين على الامتثال للتسجيل وهو أحد مؤشرات تطبيق موضوع البحث في القانون العراقي.

كل ذلك يؤدي إلى التساؤل حول صحة هذا الشرط الوارد على عقد باطل وما هو أساس إقراره؟ وقد اختلف الفقه حول مسالة تصحيح شرط في عقد كان قد بطل وللإجابة على هذا التساؤل خصصنا الفرع الأول من المطلب الثاني عند الكلام عن موقف الفقه العراقي من الشروط الجزائية الامتثالية.

### الفرع الثاني :- الشرط الجزائي الامتثالي في التعهد بنقل ملكية السيارات

حتى ينشا العقد فإنه لا يحتاج إلا إلى اجتماع الإيجاب والقبول من أطراف الالتزام وان يعبر عن هذا الإيجاب والقبول بأحد طرق التعبير التي نص عليها القانون لذلك فالقاعدة العامة في العقود هي مبدأ الرضائية الذي يحكم التصرفات القانونية أي ترك للأفراد الحرية في التعبير عن إرادتهم.

تعد الرضائية المبدأ العام إذ أن أغلب العقود هي عقود رضائية كعقد بيع المنقولات مثلا الذي لا يحتاج سوى إلى أن يتم الاتفاق بين إرادتين بغض النظر عن الشكل الذي تعبر به كل من الإرادتين عن نفسها, فهذا العقد يصح بمجرد رضا الطرفين دون الحاجة إلى شكلية قانونية معينة.

وهي خلاف حال العقود الشكلية التي نص المشرع على وجوب استيفائها لشكلية معينة حيث أن مبدأ الشكلية هو استثناء على مبدأ الرضائية في العقود, على أن هذه الشكلية كانت قد اقتضت على بعض العقود التي نص عليها المشرع حتى يصبح التصرف صحيحا وناظا حيث فرضها المشرع كقيد على تصرفات الافراد وبدونها لا يمكن أن يصح التصرف<sup>(١٦٨)</sup>.

وان العقد محل البحث جعله المشرع من العقود الشكلية, فعقد بيع السيارة كغيره من العقود يخضع للنظرية العامة للعقد من حيث يجب توافره على الأركان العامة للعقد من رضا ومحل وسبب ويجب أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة, وأيضا يخضع العقد الوارد على السيارة للقواعد الخاصة إذا كان هذا العقد من العقود التي خصها المشرع بتنظيم خاص مثل عقد الإيجار<sup>(١٦٩)</sup>.

وعلى الرغم من تخلص القوانين من الشكليات القديمة وغدو الاتفاقات رضائية في العصر الحديث إلا أن المشرع اشترط الشكلية في بعض العقود لأهمية وخصوصية هذه العقود وأهمها العقد الذي ينقل ملكية العقار, وجعل المشرع العراقي العقد الذي ينقل ملكية السيارة عقدا شكليا<sup>(١٧٠)</sup>.

(١٦٨) د. محمد علي عبده, دور الشكل في العقود, ط ١, منشورات زين الحقوقية, بيروت-لبنان, ٢٠٠٧, ص ٢٩-٣٩.  
(١٦٩) د. اميل طويبا بيار, الدليل الشامل في قضايا السيارات والمركبات الالية الاطارين العقدي والتقصيري - في الحراسة على الجوامد, ط ١, ٢٠٠٦, ص ٢٥.  
(١٧٠) د. طارق كاظم عجيل, المطول في شرح القانون المدني(اثر العقد), ج ٢, منشورات زين الحقوقية, بيروت - لبنان, ٢٠١٣, ص ٨٣.

وقد ذكرت الأحكام الخاصة بعقد نقل ملكية السيارة في قانون المرور رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤ حيث نص في القسم الخامس منه في الفقرة الثالثة على أنه "عند انتقال ملكية المركبة لشخص آخر لأحد أسباب التملك فعلى المالك السابق والمالك الجديد الحضور أمام ضابط التسجيل والاعتراف بنقل الملكية وعلى ضابط التسجيل أن يوثق نقل الملكية في حاسبة التسجيل بعد دفع الرسم المقرر من كلا الطرفين", ليعود ويؤكد ذلك في الفقرة السابعة القسم نفسه بالقول: "لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة التسجيل المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من هذا القسم إلا ما استثنى منها بقانون"(١٧١).

يتبين من هذه النصوص أن عقد بيع السيارة هو عقد شكلي لا تنتقل فيه ملكية السيارة إلا إذا تم تسجيلها في الدائرة المختصة, وقد خص المشرع العراقي عقد بيع السيارة بهذه الشكلية وذلك لأهمية المحل الذي وقع عليه البيع.

وتطبيقاً لذلك ذهب محكمة التمييز (الاتحادية) في حكم لها "عقد بيع السيارة خارج دائرة المرور باطل عملاً بالمادة الخاصة من قانون المرور, غير أن الناقل يلزم بأداء التضمينات المشروطة في العقد الخارجي"(١٧٢).

نلاحظ أن المحكمة قد أقرت بطلان عقد بيع السيارة المنعقد خارج دائرة المرور وذلك لعدم استيفاء الشكلية التي يتطلبها المشرع وفق ما جاء في قانون المرور السابق ذكره.

إذا دققنا النظر في نص قرار المحكمة نلاحظ أنها في الشق الثاني منه فبعد أن أقرت بطلان العقد الخارجي عادت وذكرت صحة التضمينات التي أوردتها المتعاقدان في عقدهم الخارجي واشترطت أن يدفع الطرف الذي نكل عن تسجيل عقد البيع في دائرة المرور التعويض الاتفاقي المنصوص عليه في العقد, وعلى ذلك فالعقد الأصلي بطل والشروط الجزائية الواردة فيه أو التعويضات الاتفاقية تعتبر صحيحة وهذا يخالف أحد أهم خصائص الشرط الجزائي وهي التبعية فهو شرط تابع لا التزام أصلي يبطل ببطلانه(١٧٣).

وهذا يعني أن توجه القضاء العراقي في الحكم بصحة (الشرط الجزائي) على الرغم تبعيته إلى التزام أصلي باطل إنما يهدف من ورائه إلى حمل الملتزم على تنفيذ التزامه وعدم النكول عن التسجيل, أي إن دور التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي هنا امتثالي جاء لأجل الضغط على المتعاقدين وحثهم على الامتثال للشكلية التي رسمها القانون لإجراء التصرف القانوني الناقل لملكية السيارة أو المركبة. وهذا أحد أهم أهداف التعويض العقابي فمن ينكل عن تعهده ويمتنع عن التسجيل يستحق أن يفرض عليه شرط جزائي كعقوبة عن

(١٧١) هذه المواد مماثلة للمادة الخامسة من قانون المرور الملغي رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ بفقراتها الثالثة والخامسة.

(١٧٢) القرار المرقم ٢٧٩ مدنية في ١٣/١٢/١٩٨٩ ينظر في ذلك, ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم القانون المدني والقوانين الخاصة), ج ٣, مطبعة الزمان, بغداد, ٢٠٠٠, ص ٢٣, ينظر كذلك القرار المرقم ٢١٨ تمييزاً لحقوقية في ٢٢/٤/٢٠١٠ والذي جاء فيه "عقد بيع السيارة الخارجي باطل لعدم استيفاء الشكلية التي يتطلبها قانون ادارة المرور", غير منشور

(١٧٣) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, المصدر السابق, ص ٥٤٧-٥٥٣

هذا النكول وان توجه القضاء بتصحيح الشرط الجزائي الوارد في عقود السيارات الباطلة هو تصريح منها بتطبيق فكرة التعويض العقابي بخروجها على القواعد العامة وإقرارها بصحة الشروط الجزائية الباطلة.

وتكريسا لهذا التوجه، ذهبت محكمة التمييز (الاتحادية) في حكم لها<sup>(١٧٤)</sup> إلى "أن المدعي محق في طلب التعويض الاتفاقي الذي تم الاتفاق عليه في عقد البيع الخارجي وانه يقدر بفرق سعر السيارة في التعهد الخارجي وفرقها وقت نكول البائع عن التسجيل حيث أن عقد بيع السيارة خارج دائرة المرور يتضمن شرطاً بأن يتحمل الناقل تعويضاً مقداره الفرق بين سعر السيارة المبين في العقد وسعرها عند النكول فإن هذا الشرط معتبر ويتعين على القضاء التعويض بموجبه".

إن مسألة تصحيح الشرط الجزائي الوارد في عقود السيارات الباطلة لعدم تسجيلها في الدائرة المختصة ليست بحالات قليلة ونادرة في القضاء العراقي إنما هو مسلك وتوجه قضائي تسيير عليه المحاكم وهو مسلك محمود، على الرغم من أن القضاء يجب أن يتمسك بالقواعد العامة الموجودة في قانونه التي تقضي بتبعية الشرط الجزائي ووجوب بطلانه ببطلان العقد الأصلي الذي ورد عليه هذا الشرط الجزائي<sup>(١٧٥)</sup>، - هذا إن دل على شيء - إنما يدل على إقرار القضاء بحاجته إلى إدخال عناصر عقابية وامتنالية على التعويض في المسؤولية المدنية، فالخروج على القواعد العامة يؤدي إلى تحقيق مصلحة أكبر من حالة التمسك بتلك القواعد العامة ويحقق غايات يمكن أن تحمل الأشخاص على الوفاء بالتزاماتهم فالخروج في هذا الموضوع على القواعد العامة مسلك محمود للقضاء وتوجه يحسب له.

من خلال هذه القرارات والتطبيقات القضائية للقضاء العراقي نكتشف خاصيتين جوهريتين للشرط الجزائي الامتثالي، الأولى في أن الشرط الجزائي الامتثالي على عكس الشرط الجزائي التعويضي مستقل عن العقد الوارد فيه، فهو كشرط التحكيم<sup>(١٧٦)</sup> سواء بسواء، فهذا الشرط الذي يدرجه المتعاقدون في تعهداتهم إنما هو ليس بتابع للعقد الأصلي يبغي المتعاقدين من ورائه والقضاء من خلال الإقرار بصحته إلى حمل المتعاقد المخل على تنفيذ التزامه.

أما الخصيصة الجوهرية الثانية للشرط الجزائي الامتثالي هي أن هذا الشرط على عكس الشرط الجزائي التعويضي، لا يرتبط بالضرر فليس للقاضي سلطة تقديرية في انقاصه أو زيادته، وغاية الأمر أن القاضي يتحقق من تخلف أو نكول أطراف العقد عن إتمام الشكل الذي فرضه القانون، فهذه المتعاقدين من إدراجه أصلاً هو الامتثال للتسجيل.

(١٧٤) القرار المرقم ٢٧١ مدنية في ١٦/١٠/١٩٩١، مشار إليه في: ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ج ٣، ص ٤٣.  
(١٧٥) القرار المرقم ٢٩٥ حقوقية في ١٥/٥/١٩٦٥ قضاء محكمة التمييز في العراق، المجلد الثالث، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٦٩، ص ٤٧

(١٧٦) هو اتفاق أطراف علاقة معينة على إحالة أي نزاع ينشأ بينهما إلى التحكيم من خلال الإشارة إلى ذلك صراحة في نص العقد، أو في وثيقة منفصلة تتضمن الاتفاق على التحكيم، وهو شرط مستقل عن العقد. ينظر في ذلك: ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٦٥-٧٠

## المطلب الثاني: موقف الفقه العراقي من الشرط الجزائي الامتثالي

تقدم أن الشرط الجزائي الامتثالي مدار البحث لارتباطه بفكره التعويض العقابي هو ذلك الشرط الذي يصححه القاضي ويحكم به على الرغم من بطلان العقد وبذلك تحقق صفه الامتثال في شرط كان يجب أن يكون باطلاً لأنه تابع لالتزام أصلي يبطل ببطلانه وعلى ذلك ما هو أساس القضاء بهذا الشرط بالرغم من بطلان العقد الأصلي أو الالتزام الأساسي وكيف علل الفقه هذا الأمر ولا سيما اختلافهم حول أساس التعويض الوارد في المادة ١١٢٧ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل؟

فذهب بعضهم إلى أن الأساس هنا هو العمل الضار ويدافعون عن رأيهم في أن القانون أشار إلى أن التعويض ملزم سواء اشترط في العقد أم لم يشترط وأن عقد نقل ملكية عقار قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري هو عقد منعدم ولا يترتب أي آثار نقل ملكية عقار أي إن التعويض الاتفاقي الذي يأخذ به القضاء ويصححه بالرغم من بطلان العقد هو تعويض لا يستند إلى سند سليم من نصوص المسؤولية العقدية أي إن المسؤولية في تعهد نقل ملكية عقار إذ لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية<sup>(١٧٧)</sup>.

وذهب رأي آخر إلى عكس من ذلك بالقول إن العقد غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري لا يعني أنه منعدم الآثار نهائياً بل إنه يولد بعض الحقوق الشخصية وذلك لكونه عقداً صحيحاً باعتباره عقداً غير مسمى يوجب القيام بعمل معين لا بوصفه عقد نقل ملكية عقار وكل ذلك كان نتيجته تحول عقد باطل وهو عقد بيع عقار إلى عقد آخر غير مسمى حسب ما جاء في المادة ١٤٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل بنصها "إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتبار العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهم تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

وهكذا يكون الشرط الجزائي الوارد في عقد نقل ملكية عقار خارج دائرة التسجيل العقاري صحيح بعد أن بطل العقد بعدم تسجيله في التسجيل العقاري والذي يحقق ركن الشكلية في عقد نقل ملكية عقار وبذلك يكون الأساس هو تحول عقد نقل ملكية عقار غير مسجل بعد في دائرة التسجيل العقاري إلى عقد آخر غير مسمى<sup>(١٧٨)</sup>.

وإلى مثل ذلك ذهب الدكتور سعدون العامري وأنه في حالة الإخلال بهذا العقد يوجب التعويض ولكن هذا التعويض لا يكون على أساس المسؤولية التقصيرية وإنما على أساس المسؤولية العقدية باعتباره عقداً غير مسمى وبذلك يصح الشرط الجزائي الوارد به وإن المحكمة تقوم بفرضه على أساس أنه وارد في عقد صحيح

(١٧٧)د. حسن علي الذنون، اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٢٨

(١٧٨)د. كمال ثروت الوندائي، شرح احكام عقد البيع، ط ١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٢٠-١٣٠

وليس في عقد باطل ويجوز لها بعد ذلك تخفيضه وفي حال عدم وجوده فإنه يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم به بناء على العقد الموجود بين الطرفين<sup>(١٧٩)</sup>.

وهذا ماجاء بنص المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل في الفقرة الأولى منها بقولها "إذ لم يكن التعويض مقدراً في العقد وفي نص القانون فإن المحكمة هي التي تقدره".

و يذهب الاستاذ السنهاوري في تعليقه على المادة ١١٢٧ بخصوص الجدل الحاصل في الفقه العراقي والمتعلق بأساس التعويض الذي أورده المشرع في هذه المادة على الرغم من بطلان العقد الأصلي لعدم التسجيل حيث يرى أن العقد غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري ليس بعقد باطل وإنما هو عقد غير مسمى وملزم وبناء على ذلك فإن إخلال أحد الطرفين بالتزامه يلزمه بدفع تعويض وإن هذا التعويض مبني على أساس مسؤولية عقدية وليست مسؤولية تقصيرية وذلك لوجود عقد بين الطرفين وإن هذا العقد يلزم الطرف المخل بالتزامه بالتعويض المتفق عليه في العقد أو ما يعرف بالشرط الجزائي.

ومصدر هذا التعويض يقدره القاضي على أساس المسؤولية العقدية على اعتبار التعهد الموجود بين المتعاقدين وبناء على ذلك فإن القاضي يستطيع أن يتصرف بالشرط الجزائي كأنه وارد على عقد صحيح فله أن يقوم بتخفيضه إذا كان تقديره فادحاً ولا يتلاءم مع الضرر الذي وقع، وله أيضاً في حال عدم النص على الشرط الجزائي في العقد أن يحكم به حسب القواعد العامة المتعلقة بالشرط الجزائي ويقوم القاضي بتقديره في هذه الحالة حسب الضرر الذي لحق المدعي.

ويعلق الاستاذ السنهاوري على رأي بعض الفقه العراقي من أن العقد باطل وتحول إلى عقد غير مسمى بأن هذا القول غير سليم من الناحية القانونية فالعقد منذ إبرامه هو عقد صحيح وليس بباطل حتى وإن لم يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري إلا أنه عقد غير مسمى مصدره المسؤولية العقدية وليست المسؤولية التقصيرية ويرى أنه كان أفضل بالمشرع العراقي لو أقر التملك في المادة ١١٢٧ بدلاً من الاقتصار على التعويض أي أن يلتزم الناقل بنقل الملكية وهذا ما فعله المشرع الالمانى والسويسري الذي يطابق نظامه في نقل ملكية العقار القانون العراقي وهو نظام التسجيل العقاري<sup>(١٨٠)</sup>.

نلخص من رأي الفقه المصري أنه أقر بصحة العقد الذي لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري على أنه عقد غير مسمى وملزم ومصدره المسؤولية العقدية، وإن هذا الرأي لا يجانب الصواب لأن عقد نقل ملكية عقار جعله المشرع العراقي عقداً شكلياً لا يصح إلا بالتسجيل في الدائرة المختصة وبعدم تسجيله لا يمكن القول بصحته وبأنه عقد غير مسمى وذلك لأنه فقد أحد الأركان التي اشترطها المشرع لذلك فهو عقد باطل.

(١٧٩) د. سعدون العامري، المصدر السابق، ص ١٠٤

(١٨٠) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي تقع على الملكية - البيع والمقايضة)، ج ٤، المصدر السابق، ص ٣٧٦

وأهم رأي للفقهاء العراقيين يتلخص في رأي الاستاذ شاكِر ناصر حيدر الذي ذهب في بادئ الأمر إلى أن العقد غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري باطل وبناء عليه يبطل أي ينشئ شرط وارد في هذا العقد وذلك لأن العقد الباطل لا يفيد الحكم ولا ينشأ أي التزامات على عاتق الطرفين وبناء على ذلك يجب أن لا يعد الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي الوارد في هذا العقد معتبرا لانه بطل ببطلان العقد الاصيلي.

أما نص المشرع العراقي على إقرار الشرط الجزائي أو التعويض الوارد في هذا التعهد يكون على أساس المسؤولية التقصيرية وأنه بإقراره هذا إنما يريد دفع الشك عن أن إقراره لهذا الشرط يمكن أن يفسر بناء على قواعد المسؤولية العقدية<sup>(١٨١)</sup>.

إلا أن له رأيا متميزا آخر يشير فيه إلى وجود توجه لمحكمة التمييز العراقية قبل إقرار المشرع لحاجته للتعويض التي كرستها المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي، في حال عدم إمكانية التسجيل لتخلف شروطه، فقد جاء في قرار محكمة التمييز "إن البيع خارج دائرة الطابو وإن كان غير معتبر غير أن ما جاء في العقد من باقي الشروط وبضمنها شرط الضمان فهي صحيحة ومعتبرة وقد أقرها العرف والقضاء العراقي فلا مسأغ من اعتبار شرط الضمان أو التعويض المتفق عليه عند النكول عن التقرير بدائرة الطابو باطلا"<sup>(١٨٢)</sup>. وهو يعتبره توجهها متميزا للقضاء العراقي بخصوص التعويض عن النكول بالتعهد في نقل ملكية عقار وأيضا دافعا للمشرع في إقرار المادة ١١٢٧.

ويعلل الاستاذ شاكِر ناصر حيدر اتجاه المحكمة هذا في أنها اعتبرت الشرط الجزائي الوارد في هذا العقد اتفاقا قائما بذاته وأنه يمكن أن يصح حتى مع بطلان العقد نفسه، وسبب إقرار المحكمة لهذا الشرط هو مصلحة المتعاقدين في أنها بإقرارها هذا تدفعهم إلى تنفيذ التزاماتهم وبالتالي إكمال شرط التسجيل الذي يعد الركن الشكلي في عقد نقل ملكية عقار الذي بدونه يبطل العقد ولا ينتج آثاره وبذلك حسنا فعلت محكمة التمييز فهو توجه محمود لها على الرغم من أن العقد إذا كان باطلا يبطل ما كان تابعا له<sup>(١٨٣)</sup>.

بذلك يكون الشرط الجزائي الوارد في عقد نقل ملكية عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري معتبر وصحيح على الرغم من بطلان الالتزام الأصلي، ولأن هذا التوجه المتميز للقضاء العراقي هو توجه محمود فقد أبدى المشرع العراقي رغبته في تكريس هذا التوجه فكان منه أن أقره في المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل وعليه يكون عقد بيع عقار - غير مسجل في دائرة الطابو أو التعهد الذي جرى التعامل على أن يقع بين البائع والمشتري في العقارات والذي بطل بعدم تسجيله - صحيحا فيما يخص الشرط الجزائي الوارد به ويلزم من ذلك تعويض الطرف الآخر الذي تضرر من جراء نكول البائع عن

(١٨١) الاستاذ شاكِر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩، ص ١٧٧-١٧٩

(١٨٢) القرار رقم ٤١٢/٤١٠ في ١٠/٦/١٩٥٣، مشار اليه في: د. شاكِر ناصر حيدر، المصدر نفسه، ص ١٧٦-١٧٧.

(١٨٣) الاستاذ ناصر شاكِر حيدر، المصدر السابق، ص ١٧٧

التسجيل سواء كان ذلك الشرط الجزائي قد أدرج في العقد أم لم يدرج<sup>(١٨٤)</sup>, وهذا أكثر الآراء تميزاً في خصوص السؤال المطروح حول مدى صحة الشرط الجزائي الذي ورد في عقد تم إبطاله.

ويمكن القول إن العقد المبرم خارج دائرة التسجيل العقاري والذي لم يصل لمرحلة التسجيل هو عقد باطل وذلك لانه لم يستوف الشكلية التي يتطلبها القانون لأجل صحة عقد بيع العقار وعلى ذلك يجب أن يبطل كل شرط معه, أما إقرار المشرع لصحة التعويض الاتفاقي الذي جاء في هذا العقد إنما جاء لمجرد دفع أطراف العقد للامتنال لتنفيذه, أي لان هذه المادة بإقرارها للشرط الجزائي الامتثالي كانت تهدف إلى حمل البائع على تنفيذ التزامه.

فتصريح القانون بصحة الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي الوارد في عقد نقل ملكية عقار لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري بالرغم من بطلان العقد إنما يحمل شيئاً من العقوبة والجزاء من أجل أن يمثل البائع للتسجيل, وبذلك نجد تطبيقاً صريحاً لفكرة التعويض العقابي في القانون العراقي فيما يخص موضوع الشرط الجزائي الامتثالي حيث نجد أن المشرع قد اضطر إلى الخروج على القواعد العامة بتصحيحه شرط أحد أهم خصائصه أنه تابع لالتزام أصلي بعد أن كان قد أبطل هذا الالتزام.

وبذلك يكون حكم الشرط الجزائي الوارد في عقد غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري والذي اقرته المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل هو حكم خاص كان قد اضطر المشرع العراقي إلى إقراره وذلك تلافياً منه للنتائج التي تترتب على عدم القيام بما يقتضيه العقد المبرم بين الطرفين لنكول البائع عن التسجيل.

## المبحث الثاني :- الغرامات التأخيرية في نطاق العقود الحكومية<sup>(١٨٥)</sup>

<sup>(١٨٤)</sup> الاستاذ ناصر شاكر حيدر, المصدر نفسه, ص ١٧٦-١٧٧

<sup>(١٨٥)</sup> العقود الحكومية هي " العقود التي يبرمها شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام. أو هي العقد الذي تبرمه الدولة أو إحدى دوائرها فيما يتعلق بتنفيذ المقاولات العامة والحصول على السلع والخدمات بتمويل عام" ينظر في ذلك:- اياد جواد محمد, تسوية منازعات العقود الحكومية, ط ١, مكتبة السنهوري, بيروت, ٢٠١٥, ص ١٧-١٨, انظر كذلك الفقرة ١ من القسم الاول من امر سلطة الائتلاف رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ بنصه " ١- يطبق هذا الامر على جميع عقود التعهدات التي تتعلق بالسلع والخدمات وخدمات الاعمار التي تباشرها دولة العراق عبر وزاراتها أو مؤسساتها الفدرالية الاخرى والتي ستدعى هنا اجمالاً بـ(المؤسسات), والوحدات الحكومية بما فيها الاقاليم والمحافظات وكل التقسيمات الفرعية الاخرى لدولة العراق والتي ستدعى هنا اجمالاً بـ(الوحدات الحكومية) وتقوم بالتمويل العام, التجهيزات هي الحصول على السلع والخدمات وخدمات الاعمار بعقود ذات تمويل عام بواسطة أو للأجل الحكومة من خلال الشراء أو الايجار على دولة العراق خلال وزاراتها ومؤسساتها الفدرالية الاخرى والاقاليم والمحافظات وكل التقسيمات الفرعية الاخرى لدولة العراق". مشار اليه في:- الوقائع العراقية, العدد ٣٩٨٤, ج ١, ٢٠٠٤, ص ٤٢, وانظر كذلك الفقرة ١ من المادة الاولى من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ بنصها " أ- العقود التي تبرمها الجهات التعاقدية ممثلة برئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء ومجلس النواب ومجلس القضاء الاعلى والامانة العامة لمجلس الوزراء والوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والاقليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم مع الجهات العراقية وغير العراقية لتنفيذ المقاولات العامة والمشاريع والعقود الاستشارية وعقود الخدمات غير الاستشارية وعقود تجهيز السلع والخدمات المحسوبة على الموازنات الاستثمارية والجارية والتشغيلية". منشور في:- الوقائع العراقية, العدد ٤٣٢٨, ٢٠١٤.

يقصد بالغرامة التأخيرية هي جزاء يفرض على الجهة المتعاقدة مع الإدارة لأجل ضمان حسن تنفيذ وسير العمل.

والإدارة توقع هذا الجزاء دون الحاجة إلى إثبات الضرر<sup>(١٨٦)</sup>, وهي بذلك تعد واحدة من أهم الضمانات لتنفيذ العقود الإدارية التي لا يقبل فيها من المتعاقد أن يثبت عدم حصول الضرر وذلك لكون المرافق العامة تحدد مدة معينة للتنفيذ من خلالها تفترض أن للمرفق الحاجة التي تستوجب الانتهاء في هذه المدد المحددة وبخلافها فإنها تتعرض للضرر<sup>(١٨٧)</sup>.

والغرامات التأخيرية تعد تعويضا مقدراً تفرضه الإدارة وتوقعها بمجرد إخلال المتعاقد معها بالتزامه فنلاحظ أن الإدارة تثبتها في عقودها على أنها أحد بنود هذا العقد على الرغم من أن المشرع قد أوردها في تعليمات وشروط التعاقدات الحكومية, إذ هي مبالغ إجمالية محددة مسبقاً من قبل الإدارة توقعها على المتعاقد الذي يتلأأ أو يخل بالتزامه أو لإهماله وهي تمارس هذا الحق دون الحاجة منها إلى اللجوء إلى القضاء على أن فرض هذه الغرامات كحق للإدارة هذا لايعني سقوط التزامات المتعاقد مع الإدارة والمثبتة في العقد<sup>(١٨٨)</sup>.

وتتميز الغرامات التأخيرية بعدد من الخصائص التي من أهمها أنها اتفاقية أي إن الطرفين يحددانها مسبقاً بين الإدارة والجهة المتعاقدة معها ومن هنا تلتزم الإدارة بمبلغ الغرامة الذي تم الاتفاق عليه فهي لاتستطيع مثلاً زيادته في حال كون الأضرار التي تحققت بعد العقد نتيجة لإخلال المتعاقد مع الإدارة أكثر من مبلغ الغرامة وإن على القضاء أن يحكم بها في هذه الحالة إذا ما رفع إليه الأمر.

ولكن قد يحدث أن لا تحدد الغرامة التأخيرية في الاتفاق المسبق في العقد ولكن عوضاً عن ذلك تتفق الإدارة والمتعاقد معها على أن مبلغ الغرامة في هذه الحالة يحدد وفقاً لتعليمات العقود الحكومية أو أي نظام قانوني تخضع له هذه العقود والقاضي في هذه الحالة يطبق ما جاء في هذه التعليمات, وإذا حدث ولم توجد نصوص قانونية أو تعليمات تحكم مقدار التعويض المستحق للإدارة في حالة مخالفة المتعاقد معها وكونها لم تحدد بالاتفاق مبالغ التعويض فإن القاضي في هذه الحالة يسترد سلطته التقديرية ويفرض التعويض حسبما يراه<sup>(١٨٩)</sup>.

أما الخصيصة الثانية فإن الغرامة التأخيرية يمكن للإدارة فرضها دون الحاجة إلى إنذار فبمجرد أن يخالف المتعاقد مع الإدارة التزاماته فإن للإدارة استحصال مبلغ الغرامة منه أي بمجرد حصول تأخير وتلكاً من قبل

(١٨٦) احمد طلال عبد الحميد البديري, العقد شريعة المتعاقدين في العقود الادارية, ط١, دار ميزوبوتاميا ودار ومكتبة عدنان للطباعة والنشر, بغداد, ص ١١٥.

(١٨٧) د. احمد محمود جمعة, العقود الادارية طبقاً لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد (الصادر بالقانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٩٨), منشأة المعارف, الاسكندرية, ط ٢, ٢٠١٣, ص ٤٨٥.

(١٨٨) د. محمود عاطف البنا, العقود الادارية, ط١, دار الفكر العربي, القاهرة, ٢٠٠٧, ص ٢٥٢.

(١٨٩) د. محمد فؤاد عبد الباسط, العقد الاداري (المقومات- الاجراءات - الآثار), دار الجامعة الجديدة للنشر, الاسكندرية, ٢٠٠٦, ص ٢٩٢-٢٩٣.

المتعاقد معها. وهكذا ما أن تقع المخالفة فإنها تعطي الحق للإدارة في ايقاع الغرامة دون حاجة إلى اثبات الضرر من قبل المتعاقد معها<sup>(١٩٠)</sup>.

وهي بذلك تختلف مع الشرط الجزائي الذي لا يستحق إلا بعد إعدار المدين بالمخالفة الواقعة من قبله وأيضاً تختلف عن الفوائد التأخيرية الموجودة في القانون الخاص التي يشترط فيها الإعدار أيضاً، وأن الغرامة التأخيرية لا يجوز تخفيضها حتى لو دفع المتعاقد مع الإدارة في أن الضرر غير متحقق من التأخير مثلاً أو دفع بأن التأخير أو الإهمال الحاصل لا يستوجب كل مبلغ الغرامة المتفق عليه وذلك لأن مسألة تقدير كمية الضرر المتحقق في حال الإخلال بأحد الالتزامات مع الإدارة وهو أمر يخضع للسلطة التقديرية للإدارة نفسها.

على أن الغرامة التأخيرية حتى تستحصلها الإدارة يجب عليها أن تصدر ذلك بقرار إداري ويكون ذلك بإرادة الإدارة المنفردة دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء لإصدار قرار بناء على ميزة التنفيذ المباشر التي تتمتع بها السلطة الإدارية<sup>(١٩١)</sup>.

وحتى تقوم الإدارة بفرض الغرامة التأخيرية فإنه يشترط لذلك أن يحدث التأخير من جانب المتعاقد مع الإدارة يترتب بسببه ضرر للإدارة على أن الضرر كما قلنا مفترض، ومن ثم فإن الغرامة التأخيرية تكون مستحقة بمجرد تحقق سببها وهو التأخير، والقرينة هنا قاطعة لا تقبل إثبات العكس فكل تأخير يؤدي حتماً إلى الأضرار بالإدارة والدولة وحرمان المواطنين من الفوائد العائدة عليهم من إنجاز المشروع في الوقت المحدد وعلى الكيفية المحددة وهو إخلال بشؤون سير المرافق العامة وفإن ذلك يحقق إهداراً للمصلحة العامة، لأن الغرامة التأخيرية جاءت لضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته في الوقت المحدد حسب المواعيد المقررة في العقد بين الطرفين ولذلك فإن التأخير هو سبب فرض هذه الغرامات<sup>(١٩٢)</sup>.

ولا يمكن إعفاء المقاول أو المتعاقد مع الإدارة من هذه الغرامات وذلك لأن التزام المقاول مع الإدارة هنا هو التزام بتحقيق غاية وليس التزام ببذل عناية فلا يكفي للمقاول مثلاً في هذه الحالة أن يثبت أنه قد بذل العناية اللازمة للقيام بالعمل في الموعد المحدد بالعقد إلا لأنه لم يتمكن من ذلك ولن يعفيه من هذه المسؤولية إلا إثبات السبب الأجنبي، أي عليه أن يثبت أن سبب التأخير هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي<sup>(١٩٣)</sup>، أو تدخل الغير وعليه أن يثبت وجود علاقة سببية بين التأخير الذي حصل وبين هذا السبب الأجنبي حتى ينفي عنه المسؤولية. أما غير ذلك فعليه دفع الغرامة المقررة في العقد كان يكون العمل منوطاً بعدد من المقاولين وإن التأخير حدث بسبب أحدهم وكان إنجاز كل مقاول لعمله معتمداً على إنجاز المقاول الآخر لعمله ففي هذه الحالة يستطيع

(١٩٠) د. سعاد الشرقاوي، العقود الادارية، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٤٧٠.

(١٩١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، المصدر السابق، ص ٢٩٣-٢٩٤.

(١٩٢) د. احمد محمود جمعة، المصدر السابق، ص ٤٨٨-٤٨٩.

(١٩٣) د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاوله، ط ١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ٤٣٤.

المقاول الذي لم يحدث التأخير في مرحلته أن يدفع بأن المقاول الآخر هو من تكلأ في العمل الذي يعتمد عليه عمل هذا المقاول الثاني أي إن التأخير حدث هنا بفعل الغير<sup>(١٩٤)</sup>.

ولا بد من تمييز الغرامة التأخيرية عن الغرامة التهديدية أو ما يعرف بالتهديد المالي ضمن نطاق القانون الخاص فقد نص القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل في المادة ٢٥٣ منه على أنه "إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ, جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن أن تصدر قراراً بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن بقي ممتنعاً عن ذلك".

أي إنه في حال امتناع المدين عن تنفيذ التزامه أو في حال تأخره عن تنفيذ هذا الالتزام أو رفضه له يمكن للمحكمة في هذه الحالة أن تصدر قرارها بفرض مبلغ غرامة معين على المدين عن كل يوم تأخير أو أسبوع أو شهر حتى يقوم المدين بتنفيذ التزامه وإذا امتنع المدين عن التنفيذ في هذه الحالة فإن المحكمة تترك فرض الغرامة التأخيرية وتقوم بتقدير تعويض للدائن عن تأخير المدين في تنفيذ التزامه<sup>(١٩٥)</sup>, عن كل مافاته من كسب وما لحقه من خسارة فضلاً عن التعنت الذي أبداه المدين في عدم تنفيذه لالتزامه. وهذا مانصت عليه المادة ٢٥٤ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل من أنه "إذ لم يتم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائياً مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والتعنت الذي بدا من المدين".

وبذلك تكون الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة لدفع المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً حيث يقوم القاضي بإصدار حكمه بناء على طلب الدائن بأن يلزم المدين الذي امتنع عن تنفيذ التزامه بتنفيذه بمدة محددة وإلا فإنه يدفع مبلغاً عن تأخره بالتنفيذ كتعويض عن التأخير<sup>(١٩٦)</sup>.

وحتى تفرض الغرامة التأخيرية يجب أن يطالب بها الدائن من المحكمة فالمحكمة لا تقضي بها من تلقاء نفسها وإن التنفيذ العيني للالتزام لا يزال ممكناً إذ لا تقضي بها المحكمة إلا إذا كان المدين لا يزال قادراً على تنفيذ التزامه إلا أنه ممتنع عن هذا التنفيذ أو يجب أن يكون تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه أي إن الغرامة التهديدية تفرض على الطرف الذي امتنع عن تنفيذ التزام لا يزال ممكناً<sup>(١٩٧)</sup>.

بينما الغرامة التأخيرية تفرض على المتعاقد مع الإدارة الذي تأخر في التنفيذ عن المدة المحددة في العقد, وأنه كما لاحظنا في المادة ٢٥٣ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل فإن المحكمة هي من يفرضها والأخيرة لها سلطة تقديرية في هذه الغرامة أما الغرامة التأخيرية فلا تحتاج لاستحصال حكم قضائي لغرض فرضها وإنما تفرضها الإدارة بمجرد إخلال المتعاقد معها على أنه لا يمكن اعتبار الغرامة التهديدية حقا

(١٩٤) د. محمد فؤاد عبد الباسط, المصدر السابق, ص ٢٩٩-٣١٣.

(١٩٥) د. عبد المجيد الحكيم, الوجيز في شرح احكام القانون المدني العراقي (احكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي), ج ٢, ط ٢, شركة الطبع والنشر الاهلية, بغداد, ١٩٩, ص ١٥-١٦.

(١٩٦) د. عبد القادر الفار, المصدر السابق, ص ٧٦.

(١٩٧) د. مصطفى الجمال وآخرون, مصادر واحكام الالتزام, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, ٢٠٠٣, ص ٦٠٩-٦١٠.

للدائن إنما حقه ينحصر بالمطالبة بالتنفيذ العيني وهي ليست ديناً على المدين فهو ليس له أن يعرضها بدلاً من التنفيذ العيني الذي لا يزال ممكننا بينما الغرامة التأخيرية هي حق للإدارة تستخدمه وتلجأ إليه دون الحاجة إلى القضاء إذا ما أحل الطرف المتعاقد معها بالتزامه<sup>(١٩٨)</sup>.

ولا بد لنا من تمييز الغرامة التأخيرية عن الشرط الجزائي الذي مر ذكره سابقاً بأنه تعويض اتفاقي يحدده الطرفان مسبقاً ببيان من ورائه التقدير المستقبلي للأضرار التي ستقع في حال مخالفة أحد الطرفين لالتزامه وأيضاً استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض فالأصل أن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض ولكن يجوز للطرفين أن يحددانه مسبقاً في العقد أو في اتفاق لاحق وأيضاً القانون أعطى القاضي سلطة بالتدخل بالتعديل للشرط الجزائي وأنه يشترط لاستحقاقه أن تتوافر أركان المسؤولية كافة من خطأ وضرر وعلاقة سببية<sup>(١٩٩)</sup>.

ويختلف الشرط الجزائي عن الغرامات التأخيرية في أن الشرط الجزائي لا يمكن أن تحكم به المحكمة إلا بناء على وقوع ضرر للدائن أي إن المدين يستطيع أن يتخلص منه إذا ما أثبت أن الدائن لم يصبه أي ضرر من جراء إخلاله بتنفيذ التزامه، أما في الغرامات التأخيرية كما لاحظنا فإنه لا حاجة لإثبات ضرر معين وإنما الضرر مفترض وغير قابل لإثبات العكس فبمجرد حصول التأخير فإن الإدارة تفرض الغرامة التأخيرية.

إن الغرض من الشرط الجزائي هو تجنب تدخل القضاء في تقدير التعويض عن الإخلال الذي سيقع بينما الغرامات التأخيرية الهدف منها هو التأكيد على تنفيذ العقود الإدارية في المدة المحددة في العقد الإداري لضمان حسن سير المرافق العامة، وبالرغم من أن الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض إلا أنه لا يصدر إلا بحكم من المحكمة في حين أن الغرامة التأخيرية لا تحتاج إلى صدور قرار من المحكمة فبمجرد وقوع التأخير من المتعاقد مع الإدارة فإنها تقوم باستحصالها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم قضائي بذلك<sup>(٢٠٠)</sup>.

إلا أننا نرى في ما ذهب إليه الفقه من التمييز بين الغرامة التأخيرية والشرط الجزائي بالكيفية السابقة هي محل نظر، فالغرامات التأخيرية ليست إلا شروطاً جزائية اكتسبت طابعاً خاصاً جعلها وسيلة عقابية بيد جهة الإدارة تستخدمها مع من يخل بالتزاماته لضمان حسن تنفيذ العقد، إلا أن التمييز الصحيح بين الشرط الجزائي والغرامة التأخيرية هو الغرض الذي توضع لأجله هذه الجزاءات فالشرط الجزائي الامتثالي مثلاً في التعهد بنقل ملكية السيارة يضعه المتعاقدان لأجل الضغط على المتعاقد وحمله على إبرام العقد غير الموجود أصلاً لأن مجرد التعهد بنقل الملكية باطل، في حين أن الإدارة عندما تفرض الغرامة التأخيرية فإن العقد مبرم

<sup>(١٩٨)</sup>د. أنور سلطان، احكام الالتزام - الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٤، ص ٦١-٦٣.

<sup>(١٩٩)</sup>د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح لقانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام - آثار الالتزام)، ج ٢، المصدر السابق، ص ٧٩٧-٨٠٢.

<sup>(٢٠٠)</sup>د. أحمد محمود جمعة، المصدر السابق، ص ٤٨٨-٤٨٩.

وموجود وصحيح فلا اعتراض عليه, ولكن الغرامة التأخيرية تأتي لضمان حسن تنفيذ ذلك العقد الصحيح, أي أن الغرامة التأخيرية تفرضها الإدارة على مرحلة لاحقة لإبرام العقد.

من خلال ماتقدم يمكن أن نلتبس الارتباط بموضوع البحث في أن هذه الغرامات التأخيرية يمكن عدها إحدى تطبيقات التعويض العقابي من خلال ملاحظة التطبيق لها في أن الإدارة تقوم بفرضها على الرغم من عدم تحقق ضرر في بعض الأحيان فالضرر فيها مفترض بمجرد وقوع التأخير حتى لو لم يتحقق أدنى ضرر للإدارة, زد على ذلك في حال كون مبلغ هذه الغرامات غير متوافق مع مقدار الضرر المتحقق والمقصود هنا أنها تكون أعلى فإنه ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب تخفيضها بحجة أنها لا تتلاءم مع الضرر المتحقق, وكل ذلك تعلله الإدارة في كونها مرفقا عاما وبمجرد التأخير فإن ذلك يصيبها بضرر ولكن يمكن أن نلتبس جانب العقوبة والتعويض على الامتثال من جانب الإدارة في هكذا غرامات فهي بأدراجها هذه الغرامات في عقودها فإنها تنذر المتعاقد بوجود جزاء عقابي يجبره على تنفيذ التزامه حتى في حال عدم وقوع الضرر.

ولتوضيح الارتباط بين موضوع التعويض العقابي وبين الغرامات التأخيرية في مجال العقود الحكومية لابد أن نستعرض موقف القضاء العراقي منها في مطلب أول ثم نعرض بعد ذلك لتقويم موقف القضاء العراقي ومقارنته بموقف القضاء المصري.

## **المطلب الأول:**

### **موقف القضاء العراقي من الغرامات التأخيرية في نطاق العقود الحكومية**

يعد فرض الغرامات التأخيرية حقاً للإدارة تستخدمه في مجال المتعاقد المخل معها بالتزامه بعدم الإنهاء في المدة المحددة في العقد وخلاف ذلك يكون لها سحب العمل من المتعاقد معها وإبرادتها المنفردة<sup>(٢٠١)</sup>.

وإن الإدارة تفرض الغرامة التأخيرية بناء على ضرر مفترض حتى وإن لم يلحقها ضرر من جراء هذا التأخير أي إنها تعتبر مجرد وقوع التأخير سبباً في استحقاق الغرامة.

حيث ذهبت محكمة التمييز في حكم لها<sup>(٢٠٢)</sup>, "لدى التدقيق والمداولة تبين أن الحكم المميز بما قضى به مخالف للقانون لأن العقود الإدارية التي تقوم على أساس المرافق العامة يتحقق الضرر فيها بمجرد حرمان المواطنين من الفوائد المتوخاة من المشروع ولا لزوم لإثبات الضرر".

---

(٢٠١)د. فاروق احمد خماس, محمد عبد الله الدليمي, الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية, دار الكتب للطباعة والنشر, الموصل, ١٩٩٢, ص ١٣١-١٣٥  
(٢٠٢)القرار المرقم ٢١١٣\حقوقية\في ١١\٤\١٩٦٥ مشار اليه في:- قضاء محكمة التمييز, المجلد ٣, مطبعة الارشاد, بغداد, ١٩٦٩, ص ١٢٦

على أن ما درج عليه الفقه القانوني بالقول بافتراض الضرر<sup>(٢٠٣)</sup>، وهو قول يجانب الصواب لأن مايفترض هو الخطأ وليس الضرر، فالضرر أما أن يقع أو لا يقع فلا يمكن افتراضه، حيث أنه ليس كالخطأ الذي يمكن افتراضه لإمكانية تقدير الخطأ، على عكس الضرر الذي لا يمكن تقديره جزافاً من قبل الإدارة. ولكن قد يتبادر إلى الذهن الاعتراض من أن المشرع قد افترض الضرر في مسألة الفوائد القانونية فجعلها ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية، يمكن أن نرد على ذلك بأن مسألة افتراض الضرر في حال كون المحل مبلغاً من النقود قد تكون ممكنة وجائزة، إلا أنها تبقى استثناء من الأصل وهو عدم إمكانية افتراض الضرر هذا من جانب ومن جانب آخر أنه في الحالة الاستثنائية الوحيدة في مسألة افتراض الضرر في المسائل المالية فإن هذا الافتراض جاء بنص من المشرع، نستنتج من كل ذلك بأن الأصل في الضرر لا يمكن أن يفترض وذلك لصعوبة تقديره أولاً ولعدم إمكانية وضع حد له ثانياً، وأنه حتى في الحالة الاستثنائية الوحيدة وهي كون المحل مبلغاً من النقود فإن هذا الافتراض جاء بنص المشرع.

وعلى ذلك فتحقق مسؤولية المتعاقد بمجرد إخلاله وعدم التنفيذ بتأخيره وإن لم يكن نتيجة خطأه وتقصيره فتفرض الإدارة هذا الضرر فرضاً غير قابل لإثبات العكس<sup>(٢٠٤)</sup>، فإن هذا إن دل على شيء فإنه يدل على غاية العقوبة والردع ومحاولة الإدارة دفع المتعاقد معها للامتثال في تنفيذ التزامه، ومن هذا يمكن أن نلتمس جانب العقوبة في هذا النوع من الجزاءات.

وأيضاً ذهبت محكمة التمييز في حكم آخر لها<sup>(٢٠٥)</sup>، "يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في عقودها من تلقاء نفسها دون تنبيه أو إنذار ودون الحاجة إلى صدور حكم وذلك بمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاء لها".

وهكذا نلاحظ أن فرض هذه الغرامة لا يحتاج إلى إعدار من قبل الإدارة للمتعاقد معها ولعل تلك وسيلة عقاب أخرى إضافة إلى كون الضرر مفترض بمجرد التأخير حيث إن الإدارة يمكنها فرض هذه الغرامة دون الحاجة إلى إنذار المتعاقد بهذا التأخير.

ولعل الإدارة تعلل حقها في فرض هذه الغرامة بأن مجرد التأخير يؤدي إلى فوات المنافع المتوخاة من المشروع للمواطنين وإن هذا التأخير يؤدي إلى الإخلال بسير المرافق العامة التي يجب أن تعمل بانتظام واطراد وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز في حكم لها<sup>(٢٠٦)</sup> "إن كل مشروع إذ لم ينجز خلال المدة المتفق عليها فإن الخزينة يلحقها ضرر من جراء حرمان المواطنين من الفوائد المتوخاة من هذا المشروع".

(٢٠٣) د. محمود خلف الجبوري، العقود الادارية، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ١٣٥. ينظر كذلك: د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الادارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ٤٣٨.

(٢٠٤) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص ٢١٩-٢٤٦.

(٢٠٥) القرار المرقم ٧٢٣/حقوقية/١٩٦١ في ١١/١١/١٩٦٥ مشار اليه في:- قضاء محكمة التمييز، المجلد ٣، ص ١٢٤-١٢٦.

(٢٠٦) القرار المرقم ٧١٠/حقوقية/ في ١٣/٤/١٩٥٩ مشار اليه في:- عبد العزيز سهيل، قضاء محكمة التمييز، احكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، ج ٢، دار التضامن للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٦٣، ص ١٣.

وهكذا فبمجرد التأخير يترتب هذه الغرامات في ذمة المتعاقد مع الإدارة وهذا ما جاء بنص المادة ٤٨ من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية "إذا عجز المقاول عن إكمال (الأعمال) خلال المدة المحددة بموجب المادة الرابعة والأربعين من هذه الشروط أو خلال المدة التي جرى تحديدها فعندئذ يجب على (المقاول) أن يدفع إلى (صاحب العمل) المبلغ المحدد في القسم الثاني من شروط المقولة باعتباره غرامة تأخيرية عن هذا التأخير لصاحب العمل ودون المساس بآية طريقة أخرى من طرق التحصيل أن يستقطع مبلغ الغرامات التأخيرية من أية ضمانات تنفيذ أو مبالغ مستحقة للمقاول أو قد تصبح مستحقة له" (٢٠٧).

وهو نفس ما جاء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في المادة ١٦ منه "على الجهة المتعاقدة وبقرار مسبب فرض الغرامات التأخيرية أو إيقافها عند سحب العمل من المقاولين أو المتعاقدين" (٢٠٨).

وهكذا تكون الغرامة التأخيرية إجراء قصد من وراءه حمل المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزامه في المدة المحددة في عقده مع الإدارة وبمجرد تحقق التأخير في المواعيد فإنها تستحق، ومن هذا ما جاء في قرار محكمة التمييز بنصه (٢٠٩)، "إن الغرامة التأخيرية هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه في المدة المتفق عليها".

على أن فرض الغرامة التأخيرية من قبل الإدارة لا يعفي المقاول من إكمال التزامه تجاه الإدارة ولا يسقط عنه أي التزامات الواردة بموجب العقد فالغرامة التأخيرية تقع فقط على أي تأخير يصدر من المتعاقد مع الإدارة وهذا ما دلت به المادة ٤٨ من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية بنصها "إن دفع أو استقطاع الغرامات التأخيرية لا يعفي المقاول من التزامه بإكمال أعماله أو التزاماته والمسؤوليات بموجب المقولة"، وهكذا فبمجرد التأخير فإن الإدارة تستحصل الغرامة التي تم الاتفاق عليها في العقد على اعتبار أنها شرط جزائي أورده المتعاقدان في اتفاقهم (٢١٠).

وإلى ذلك ذهب محكمة التمييز في حكم لها (٢١١)، "إن المميز كان قد تعاقد مع وزارة الدفاع على إنشاء دور للضباط في مدى ١٥٠ يوماً وقد أنجز المقاول العمل وسلمه إلى الوزارة، إلا أن الوزارة بعد ذلك طالبت المقاول بأن يؤدي لها مبلغ غرامة عن ٦٦ يوماً تأخر فيها عن تسليم العمل وبواقع ١٥ ديناراً لليوم الواحد وانتهت المحكمة إلى أن اتفاق الطرفين على غرامة تأخيرية هو شرط جزائي يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين".

وذهبت محكمة التمييز في حكم آخر لها إن المميز رسي عليه العطاء بتشديد مدرسة من ١٩٦٠/١٠/٢٠ وتسليمها ١٩٦١/١٠/١٩ وجاء في نص العقد في حال تأخر المقاول عن إنجاز العمل في الأجل المحدد يدفع

(٢٠٧) الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة ٢٠٠٥، المادة ٤٨

(٢٠٨) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، المادة ١٦

(٢٠٩) القرار المرقم ٤٥٥/حقوقية في ١٩٦٥ المشار إليه في: قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، ص ٣٤٦-٣٤٢.

(٢١٠) الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسنة ٢٠٠٥، المادة ٤٨

(٢١١) القرار المرقم ٢١٠/حقوقية في ١٩٦٥ المشار إليه في: قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، مطبعة الارشاد، ١٩٦٩، ص ١٢٧.

غرامة مقدارها عشرة دنائير عن كل يوم, وحيث قامت الإدارة باستقطاع غرامة تأخيرية عن ٣٠٣ يوم دفع المقاول بعدها بعدد من الأسباب التي دفعته إلى هذا التأخير إلا أن المحكمة ردت دفعه على اعتبار أن المتعاقد مع الإدارة يتضمن شرطاً غير مألوفاً في العقود المدنية يستهدف تحقيق مصالح كبرى تعلوا على المصالح الخاصة وإن هذه الغرامة هي جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه في المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرافق العامة بانتظام واطراد وفي سبيل هذه الغاية يفترض الضرر واقعاً ويحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في عقودها من تلقاء نفسها دون تنبيه أو إنذار ودون الحاجة إلى صدور حكم وذلك بمجرد وقوع المخالفة التي تقرر المخالفة جزاء لها وليس للمقاول أن يتنازع في استحقاقها بحجة انتفاء الضرر أو المبالغة في التقدير طبقاً لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة<sup>(٢١٢)</sup>.

وقد ذكر المشرع العراقي أن الغرامة التأخيرية يجب أن تحدد من جهة التعاقد بنسبة لا تقل عن ١٠٪ ولا تزيد عن ٢٥٪ من مبلغ العقد وعلى جهة التعاقد تثبيت تلك النسبة في الشروط التعاقدية أو في وثائق المناقصة والتعليمات إلى مقدمي العطاءات.

وتطبق المعادلة التالية عند احتساب قيمة هذه الغرامة :-

$$\text{مبلغ العقد (مبلغ العقد الأصلي + أي تغيير في المبلغ)} \times \frac{(١٠ - ٢٥\%) = \text{غرامة اليوم الواحد}^{(٢١٣)}}{\text{مدة العقد الكلية (مدة العقد الأصلية + أي تغيير في المدة)}}$$

من كل ماتقدم يمكن أن نلخص موقف القضاء العراقي تجاه الغرامات التأخيرية في نطاق العقود الحكومية بما يلي :

١- إن فرض هذه الغرامة هو حق للإدارة تفرضها دون حاجة إلى إثبات الضرر فهي تستقطع من المتعاقد مع الإدارة بمجرد تأخيرها لأن الضرر مفترض فرضاً غير قابل لأثبات العكس.

(٢١٢) القرار المرقم مشار إليه في:- قضاء محكمة تمييز العراق, المجلد ٣, مطبعة الارشاد, بغداد, ١٩٦٩, ص ١٢٥  
(٢١٣) تعليمات تنفيذ العقود الحكومية, رقم ٢ لسنة ٢٠١٤, المادة (٩) الفقرة (٤).

٢- إن الإدارة تفرض هذه الغرامة دون حاجة إلى اعدار المقاول الذي تأخر في تنفيذ عمله ولا حاجة بعد ذلك إلى حكم قضائي، وفي ذلك تختلف التشريعات المقارنة عن التشريع العراقي منها القانون الفرنسي الذي يفرض على الإدارة اعدار المتعاقد معها الذي يخل بالتزامه بالتأخير بالتنفيذ<sup>(٢١٤)</sup>.

من كل ما تقدم يمكن أن نقول إن الغرامة التأخيرية في نطاق العقود الحكومية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها لمجرد تأخيره دون الحاجة إلى إثبات الضرر الذي يكون مفترضا فرضا غير قابل لإثبات العكس ودون حاجة إلى اعدار ما هي إلا صورة للتعويض العقابي فهذه وسيلة امتثالية تستخدمها الإدارة لجبر المتعاقد معها إلى الامتثال في تنفيذ التزامه في المدة المتفق عليها وهي وسيلة ردع للمتعاقد معها.

## **المطلب الثاني :- تقويم موقف القضاء العراقي ومقارنته بموقف القضاء المصري**

ذكر المشرع المصري الغرامة التأخيرية في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المعدل وذلك في المادة ٢٣ منه بنصها "إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير طبقا للأسس والنسب وفي الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ٣٪ لقيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات، و ١٠ ٪ بالنسبة لأعمال المقاولات والنقل، وتوقيع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو إتخاذ أي إجراء آخر".

نلاحظ هنا أن المشرع المصري أيضا افترض الضرر بمجرد تأخر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزامه حيث جاء في حكم المحكمة الادارية العليا "إن غرامة التأخير تعتبر تعويضا عما أصاب الادارة من ضرر نتيجة التأخير وإن هذا الضرر مفترض على أساس الإخلال بحسن سير المرافق العامة وإن الإدارة غير ملزمة بإثبات حصول الضرر"<sup>(٢١٥)</sup>.

وكذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها إلى أن "غرامة التأخير التي ضمنها الإدارة لعقدها الذي أبرمته مع المدعي لا يشترط لتوقيعها قيام ضرر يصيب الادارة، بل إن هذا الضرر مفترض بشكل قاطع لا يقبل الدليل العكسي ذلك أن غرامة التأخير هي جزاء، وليس ثمة ما يمنع الجمع بين الجزاءات لاختلاف

<sup>(٢١٤)</sup>د. عثمان سلمان غيلان العبودي، الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية، ط١، مطبعة السيماء، بغداد، ص ٩٠١  
<sup>(٢١٥)</sup> القرار المرقم ١٧٧٢\حقوقية مشار اليه في:- ماجد راغب الحلو، العقود الادارية، ط١، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٧، ص

السبب في توقيع كل منها، فغرامة التأخير ليست مرتبطة بإثبات الضرر الذي يقع من جراء التأخير في التنفيذ<sup>(٢١٦)</sup>.

نلاحظ مما تقدم أن هذا هو نفس توجه التشريع والقضاء العراقي فيما يتعلق بالضرر في أنه ضرر مفترض غير قابل لإثبات العكس إلا أن المشرع المصري وبعد صدور قانون المزايدات والمناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المعدل كان قد أورد تعديلاً في مسألة إثبات الضرر حيث ذيل المادة ٢٣ منه بما يلي "...، ويعفى المتعاقد من الغرامة بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته - عدا هذه الحالة - بعد أخذ رأي الإدارة المشار إليها إعفاء المتعاقد من الغرامة إذ لم ينتج عن التأخير ضرر، ولا يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية بالرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من أضرار بسبب التأخير". ومن ذلك نلاحظ في القانون المصري مسألة افتراض الضرر قد اختلفت فبعد أن كان ضرراً غير قابل لإثبات العكس أصبح ضرراً مفترضاً قابلاً لإثبات العكس بإقرار المشرع المصري بعد أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وفي هذا الخصوص أصبح التأخير ليس قرينة قاطعة لاتقبل إثبات العكس على وجود الضرر، وعلى ذلك يعفى المقاتل من الغرامة التأخيرية إذا أثبت أنه لم يلحق الإدارة ضرراً من جراء تأخره<sup>(٢١٧)</sup>.

وبذلك نلاحظ الاختلاف بين موقف المشرع العراقي والمصري فيما يتعلق بمسألة إثبات الضرر وكونه قابل أو غير قابل لإثبات العكس وبالمقارنة بين التوجهين نرى أن توجه المشرع العراقي محمود في جعل الافتراض غير قابل لإثبات العكس وإن كانت مسألة افتراض الضرر محل نظر إلا أن كل ذلك أن دل على شيء فإنه يدل على تطبيق فكرة التعويض العقابي التي ذهبت بالمشرع إلى افتراض الضرر أو لا مع أن الضرر لا يمكن أن يفترض فهو إما أن يقع أو لا يقع فضلاً عن أن الضرر يحتاج إلى تقدير كمي كي يتسنى تقدير التعويض على أساسه. وثانياً ذهب إلى أبعد من ذلك بأن جعل هذا الضرر مفترضاً فرضاً غير قابل لإثبات العكس. وكما هو حال توجه القضاء والتشريع العراقي فيما يخص الأعذار، ذهب التشريع والقضاء المصري إليه فلا حاجة فيه إلى إعدار المتعاقد مع الإدارة فبمجرد حصول التأخير فإن الأخيرة تستطيع فرض غرامة تأخيرية دون تنبيه المتعاقد معها بهذا التأخير<sup>(٢١٨)</sup>.

علماً أنه يمكن أن يعفى المقاتل من غرامة التأخير إذا أثبت أن التأخير كان بسبب أجنبي لا يد له فيه وخارج عن إرادته وهذا ما ورد في المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المعدل، وعلى ذلك فإن على المقاتل أن يثبت السبب الأجنبي أو أن ذلك يعود إلى خطأ الإدارة في

<sup>(٢١٦)</sup> ينظر قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم والصادر في ١٩٥٧\١١\٢٥ مشار إليه في: د. سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة في العقود الادارية، ط٢، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٦٥، ص ٥٠١.  
<sup>(٢١٧)</sup> د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الحكومية، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ١٨٢.

<sup>(٢١٨)</sup> احمد محمد جمعة، المصدر السابق، ص ٤٨٨

ارتكابها لأفعال معطلة أو مثقلة للتنفيذ كأن تتأخر الإدارة في تسليم العمل على أن لا يصل كل ذلك إلى الاستحالة في التنفيذ الذي ينقضي الالتزام عنده<sup>(٢١٩)</sup>.

وفي ذلك ذهبت المحكمة الادارية العليا في مصر في إحدى قراراتها إلى انه " متى كان واضحا أن هذين التعهدين بالتدريس أن المدعى عليه وابنته يقيمان بمدينة السويس وان نيتهما ظاهرة في أن تتلقى الابنة دروسها في مدرسة المعلمات الموجودة بهذه المدينة بالذات فإنه إذا حدث بعد ذلك ونقلت المدرسة من هذه المدينة إلى مدينة أخرى فإن تنفيذ الالتزام بمواصلة الدراسة يكون قد تحول بفعل أجنبي عن المتعهد الأمر الذي يبرر تحلله بمواصلة الالتزام بالدراسة على اعتبار أن قبول مواصلة الدراسة في مدرسة بالمدينة التي تقيم بها الطالبة ابنة المدعى عليه وإن نقل المدرسة إلى بلدة أخرى لا يحقق لأسرة البنت الرقابة والرعاية إلا أن تنتقل معها أسرتها وهو أمر غير مقبول ومن ثم فإن انقطاع ابنة المدعى عليه عن مواصلة التدريس يعتبر عذراً مقبولاً يعفي والدها المدعى عليه من مسؤوليته قبل الإدارة"<sup>(٢٢٠)</sup>. علما أن إيقاع الغرامة التأخيرية لا يخل بحق الإدارة في الحصول على تعويض من المقال عن الأضرار التي أصابتها وهنا يثور التساؤل حول كون الضرر الذي لحق بالإدارة أكبر من مبلغ الغرامة الوارد في العقد؟

وأجاب على هذا التساؤل نص المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المعدل على أن الغرامة التأخيرية لا تخل بحق الإدارة بالرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عما أصابها من ضرر<sup>(٢٢١)</sup>.

---

<sup>(٢١٩)</sup>د. محمد فؤاد عبد الباسط، المصدر السابق، ص ٣١٠، وهو نفس توجه القضاء العراقي حيث ذهب الأخير في حكم له إلى انه " لا يجوز استقطاع الغرامة التأخيرية عن تأخير تنفيذ العقد اذا كان سبب التأخير اجنبيا لا يد للمقاول فيه" ينظر القرار رقم ١٦٤٨/حقوقية في ١٩٦٨/٦١١ مشار -اليه في:- قضاء محكمة تمييز العراق، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٣٨-٣٤٠، وذهبت في حكم اخر لها بانه " ولأن التأخير كان سببه المميزين كما ظهر ذلك في تقرير الخبراء في المرافعة الاستئنافية، فإنه لا يحق لهما فرض غرامة تأخيرية على المقال عن المدة التي كانا سببا في تأخيرها إذ أن الغرامة التأخيرية تفرض عندما يكون سبب التأخير المقال نفسه" ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٧٩٤ في ١٩٦٨ مشار اليه في:- قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٧٠.

<sup>(٢٢٠)</sup>ينظر قرار المحكمة الادارية العليا في مصر المرقم ٢٩٩، مشار اليه في:- د. سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٥١١

<sup>(٢٢١)</sup>د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المصدر السابق، ص ٢٨٨.

## الفصل الثاني

### مواطن فكرة التعويض العقابي في التشريعات العراقية

نتناول في هذا الفصل بحث فكرة التعويض العقابي كتطبيق في القوانين العراقية، فنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نعرض في المبحث الأول مواطن فكرة التعويض العقابي في القانون المدني والتشريعات المكملة له، ثم نعرض في المبحث الثاني لنعرض مواطن فكرة التعويض العقابي في التشريعات العراقية الخاصة.

### المبحث الأول

#### مواطن التعويض العقابي في القانون المدني والتشريعات المكملة له

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول مواطن التعويض العقابي في القانون المدني، وفي المطلب الثاني مواطن التعويض العقابي في قانون العمل باعتباره تشريعا مكملًا للقانون المدني.

#### المطلب الأول

##### مواطن التعويض العقابي في القانون المدني

يأتي التعويض بناء على العلاقة بين القانون والحق فالقانون هو الذي يقرر الحقوق ويعينها ويفرض عدم التعدي عليها واحترامها من قبل الافراد ووسيلته في ذلك فرض الجزاءات على من يخالفها<sup>(٢٢٢)</sup>.

وبناء على إلحاق الضرر بالغير تترتب المسؤولية نتيجة ماسببه المسؤول من ضرر وأذى في حق المضرور فتترتب بالتالي نتائج مالية على المسؤول وأخرى غير مالية، فالتعويض هو محاولة إعادة المضرور

---

(٢٢٢) انور سلطان، المصدر السابق، ص ٦٦-٧٠، ينظر كذلك:- د. حسن عبد الرحمن قدوس، الحق في التعويض، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٦-٤٢، وينظر كذلك:- د. سوزان علي حسن، الوجيز في القانون المدني (النظرية العامة للقانون- النظرية العامة للحق- النظرية العامة للالتزام)، مطبعة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٩.

إلى ماكان عليه قبل وقوع الضرر أو إلى الحالة التي كان متوقعا أن يكون عليها المضرور لو لم يقع الضرر فهذا الجزاء أو المقابل يهدف إلى إزالة الاعتداء على حق أو مصلحة المضرور(٢٢٣).

لقد أقر القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل التعويض كجزاء للمسؤولية المدنية وكان قد أخذ بشكل صريح وواضح بمبدأ التعويض الكامل تأثراً منه بالقوانين اللاتينية التي تؤسس المسؤولية على الضمان أي إن التعويض لأجل إصلاح الضرر وإزالة آثاره وليس الهدف منه معاقبة محدث الضرر وبذلك يأتي مبلغ التعويض مساويا لقيمة الضرر الذي وقع(٢٢٤).

ويتجلى ذلك واضحا من نص المادة ٢٠٧ في الفقرة الثانية منه " تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ".

وعلى ذلك فعناصر التعويض في القانون المدني العراقي عنصران ما لحق الدائن من ضرر وما فاتته من كسب فالقاضي عندما يقدر التعويض فإنه يقدره على أساس هذين العنصرين، فينظر أولا إلى مدى ما أصاب المدعي من ضرر ومن ثم يقدر الكسب الذي فاتته و من مجموع هذين العنصرين يتكون التعويض، فعلى سبيل المثال يقدر القاضي التعويض بسبب خسارة دائن تخلف مدينه عن تسليم البضاعة مما اضطره إلى شراء بضاعة بديلة عنها بثمن أعلى ثم ينظر القاضي إلى الربح الذي فوته المدين على الدائن نتيجة إخلاله بتنفيذ التزامه، وما كان سيعود على الدائن في حال إبرام الصفقة، فيكون التعويض في هذه الحالة على أساس الفرق بين سعر البضاعة في حال لو أن الصفقة قد تمت وبين سعر البضاعة البديلة المرتفع، فالتعويض بمقدار هذه الزيادة في السعر.

وأنه في حال عدم تحقق ضرر للمدعي فلا يكون هناك أي محل للتعويض فالمحامي الذي يتخلف عن تنفيذ التزامه ولم يلحق موكله أي ضرر من جراء عدم التنفيذ ولم يفوت عليه أي منفعة فلا يكون مسؤولا عن دفع تعويض لموكله(٢٢٥).

ولكن بسبب اعتبار تقدير التعويض من مسائل الواقع فإن المحكمة تتمتع بسلطة تقديرية في هذا الشأن وإن هذه السلطة التقديرية تسمح للمحكمة بالأخذ بالعوامل الخارجية ففي الوقت الذي أقر فيه القانون المدني العراقي بشكل صريح مبدأ التعويض الكامل أعطى سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع على الرغم من تأكيد المحاكم على تناسب قيمة التعويض مع الضرر وأنه يجب أن يكون معادلا له إلا أن هذه التأكيدات تذهب إليها المحاكم لأجل إبعاد القرارات عن الانتقادات الفقهية بالإضافة إلى تحصينها من النقض من قبل محكمة التمييز، فالمحاكم تتمتع ضمنيا برخصة الأخذ بعين الاعتبار باعتبارات العدالة إلى جانب القواعد العامة التي تهدف إلى جبر الضرر وإعادة الحال إلى ما كانت عليه سابقا، وفي ذلك يقول الاستاذ مازو بناء على مبدأ التعويض الكامل إنه على

(٢٢٣)د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المصدر السابق، ص ١٣

(٢٢٤)د. عدنان ابراهيم السرحان، المصدر السابق، ص ١٠٤

(٢٢٥)د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد( نظرية الالتزام بوجه عام- الاثبات-اثار الالتزام )،

ج ٢، المصدر السابق، ص ٨٤٤

القاضي عند تقديره للتعويض أن يغمض عينيه عن المركز الشخصي الذي تمتع به شخص المسؤول وهو رأي لم يسلم من النقد الفقهي<sup>(٢٢٦)</sup>.

وعلى الرغم من أخذ القانون المدني العراقي بمبدأ التعويض الكامل إلا أنه شذ عن هذا المبدأ استثناء في بعض الحالات التي تعتبر تطبيقاً لفكرة التعويض العقابي ويمكن أن نسلط الضوء على أهم هذه الحالات كما يلي:

#### أولاً:

نص المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي وهي حالة ارتكاب المدين للغش والخطأ الجسيم حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة أعلاه " فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما كان متوقعا عند التعاقد من خسارة محل أو كسب يفوت " وبالمفهوم المخالف لهذه المادة يمكن أن نستنتج أن المدين في حال ارتكابه غشاً أو خطأ جسيم وكان نتيجة ذلك عدم تنفيذ الالتزام فإنه يلزم ليس بتعويض الضرر المتوقع عند التعاقد وإنما الضرر غير المتوقع كذلك، وما ذلك إلا بمثابة عقاب مدني على السلوك الفاحش الذي ارتكبه المدين<sup>(٢٢٧)</sup>.

فمسألة جسامه الخطأ من الاعتبارات التي تتعلق بشخص المسؤول والتي في حال تحققها فإنها تمنح القاضي المدني القدرة على زيادة مبلغ التعويض حسب جسامه هذا الخطأ الذي يمكن أن نستشف من خلاله أنه يهدف إلى عقاب المسؤول وإقامة وزن أكبر للخطأ في تقدير التعويض<sup>(٢٢٨)</sup>.

وهكذا تزيد قيمة التعويض بمقدار طردي مع مقدار الخطأ الذي ارتكبه المدين وتسبب به بالضرر للمدعي ويكون ذلك استثناء لمبدأ التعويض الكامل، وأورد المشرع هذا الاستثناء لأنه يهدف لإعطاء المسؤولية المدنية وظيفة عقابية رادعة بالإضافة إلى وظيفتها الإصلاحية إذ لا يكفي في بعض الحالات أن تكون وظيفة التعويض إصلاح الضرر والتعويض عنه فقط بل قد تكون هناك ضرورة إلى معاقبة محدث الضرر عن خطاه الجسيم وتقصيره رغبة من المشرع في تقويم سلوكه الخاطئ وردع غيره ممن يحذو حذوه<sup>(٢٢٩)</sup>.

وعلى ذلك فإنه عند تقدير التعويض لا ينظر فقط إلى مدى الضرر الواجب إصلاحه بل أيضاً إلى مدى جسامه خطأ محدث الضرر الواجب معاقبته عليه وردعه عن تكراره عن طريق زيادة مقدار التعويض.

---

(٢٢٦) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ج ٢، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل، ٢٠١٢، ص ١١٦-١١٨، انظر في استعراض هذه الآراء:- رائد كاظم محمد الحداد، التعويض في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير تقدم بها إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية في جامعة الكوفة، ٢٠١٠، ص ٩٠-٩٢.

(٢٢٧) ينظر المادة ٢٢٤ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل، وكذلك الفقرة الثانية من المادة ٣٥٨ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل والتي تقابل المادة ١٦٩ من قانوننا المدني.

(٢٢٨) د. نواف حازم خالد، دور جسامه الخطأ في تقدير مقدار التعويض، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، المجلد ٣، العدد ١١، ٢٠١٠، ص ١٦٧.

(٢٢٩) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، ج ١، المصدر السابق، ص ٦٥-٦٨.

لا يقتصر وجود التعويض العقابي في القانون المدني العراقي على الحالة السابقة فقط بل له مواطن أخرى أيضا في هذا القانون وهي:

### ثانياً:

نصت المادة ٢٥٤ منه على أنه "إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة نهائياً مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين".

تناولت هذه المادة حالة تعنت المدين على الرغم من الحكم عليه بالغرامة التهديدية فإن تعنته هذا يؤخذ بنظر الاعتبار عندما تقوم المحكمة بتقدير التعويض الذي يؤدي بالتالي إلى زيادة التعويض عن الضرر الذي وقع فعلاً<sup>(٢٣٠)</sup>.

حيث إن الغرامة التهديدية أو الاكراه المالي وسيلة غير مباشرة على حمل المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى ما كان هذا التنفيذ ممكناً أو متى ما كان هذا التنفيذ يتطلب التدخل الشخصي من قبل المدين لتنفيذ الالتزام، حيث تحكم بها المحكمة عن كل فترة محددة كان تكون عن كل شهر ويمكن للمحكمة تخفيض هذه الغرامة أو إعفاء المدين منها ولها أيضاً أن تقوم بزيادتها من أجل الضغط على المدين ودفعه إلى تنفيذ التزامه ولذلك هي تسمى تهديدية، فهي ليست تعويضاً عن ضرر وقع وإنما هي وسيلة وقائية عن ضرر قد يقع في المستقبل. وبناء على ذلك لا يراعى في تقدير نسبة هذه الغرامة مقدار الضرر الذي سيقع في المستقبل من جراء عدم التنفيذ وإنما نسبة مبلغ الغرامة يكون بالقدر الذي يكفي لحمل المدين على الوفاء بالالتزام فلا تقيد على القاضي بقواعد تقدير التعويض وإنما كل السلطة التقديرية للقاضي في فرضها والتحكم بها<sup>(٢٣١)</sup>.

وعلى ذلك فالحكم بالغرامة التهديدية هو حكم وقتي فلا يحوز حجية الأمر المقضي به، فيجوز للمدين أن يطالب بتخفيضه أو الإعفاء منه، ويجوز للدائن أن يطالب بزيادته من أجل التغلب على عناد المدين وحمله على الامتثال للتنفيذ. ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأن الحكم بها صار نهائياً، وهي بذلك لا تعتبر سنداً تنفيذياً يجوز للدائن أن ينفذه مباشرة على أموال المدين وإنما يتعين أن يلجأ إلى المحكمة مرة أخرى لعرض موقف المدين ورفضه للتنفيذ على الرغم من الحكم عليه بالغرامة التهديدية ثم بعدها يستحصل على حكم من المحكمة يقضي بتصفية الغرامة التهديدية على ضوء تصرف المدين بعدم التنفيذ.

إن ما يهمنا هو مصير هذه الغرامة التهديدية فبعد الحكم بها ينتهي تصرف المدين بسببها إلى حالتين وهي إما أن يمتثل ويقوم بتنفيذ التزامه في خلال المدة التي حددتها المحكمة للتنفيذ ما لم يكن لديه عذر بعدم التنفيذ أو

---

(٢٣٠) ينظر المادة ١٧٠ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل، وكذلك المادة ٣٦٣ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل وهي المواد التي تقابل المادة ٢٥٤ من قانوننا المدني.  
(٢٣١) د. سليمان مرقس، موجز اصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، ١٩٦١، ص ٦٦٠-٦٦٤.

التأخر فيه، أما الحالة الثانية فهي حالة تعنت المدين وعدم امتثاله للغرامة التهديدية أي عدم قيامه بوفاء التزامه بإصراره على عدم التنفيذ في هذه الحالة يقوم القاضي بتحديد التعويض.

أما مقدار هذا التعويض فقد ذكر المشرع ما على القاضي مراعاته عند تقديره للتعويض وهي ما أصاب الدائن من ضرر نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ويجب عليه أن يراعي أيضا في مقدار التعويض العنت الذي بدأ من المدين بعدم التنفيذ على الرغم من الحكم عليه بالغرامة التهديدية<sup>(٢٣٢)</sup>.

ما نلاحظه هنا هو أن المشرع لم يحدد التعويض بمقدار الضرر فقط وإنما أخذ بعين الاعتبار أيضا مقدار عنت المدين وهو ما يشكل تعويضا عقابيا لما يحمله من طابع الجزاء نتيجة لسلوك المدين المتعنت وهذا ما يمثل صريح تطبيق فكرة التعويض العقابي في المادة ٢٥٤.

### ثالثا:

ويظهر تطبيق الفكرة موضوع البحث جليا في المادة ٢١٧ من القانون المدني والتي تنص على "١- إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب. ٢- ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم، فإن لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي".

وكما ذكرنا سابقا أن القانون العراقي قد أخذ بمبدأ التعويض الكامل للضرر الذي يهدف إلى جبر الضرر وإصلاحه وليس عقاب محدث الضرر وكان ذلك واضحا من نص المادة ٢٠٧ منه ولكن مع ذلك لديه بعض الاستثناءات على هذا المبدأ وحالة الأخذ بمبدأ جسامة الخطأ المرتكب<sup>(٢٣٣)</sup>.

على ذلك فإذا تسبب عدد من الأشخاص بالضرر كانوا مسؤولين بالتضامن عن تعويض الدائن وإن هذا التضامن مقرر بحكم القانون سواء أكان خطأهم عمديا أم غير عمدي. والمقصود بالتضامن بين الفاعلين أن المضرور له أن يطالب أي منهم بالتعويض كاملا، ومع ذلك فليس له أن يتقاضى من كل منهم تعويضا كاملا لأن الدائن يكون في هذه الحالة قد استوفى حقه أكثر من مرة وهذا ما لا يجوز قانونا. وأنه يمكن للمحكمة أن تحدد مقدار كل منهم من التعويض في حال كون خطأ كل منهم متميز في التسبب بالضرر، أما في حال كونه خطأ كل منهم فلا يمكن تحديده ففي هذه الحالة يشترك جميع المسؤولين بدفع التعويض بالتساوي وفي هذه الحالة يكون كل منهم مسؤولا عن دفع التعويض كله قبل المضرور ولكنه في علاقته مع بقية الفاعلين لا يكون مسؤولا إلا عن حصته من الضرر، وعلى ذلك إن حدث ودفع أحدهم التعويض كله إلى الدائن جاز له الرجوع

(٢٣٢)د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام(احكام الالتزام)، ج٣، مطبعة الفجالة، مصر، ١٩٥٤، ص ١٨٢-١٩٢

(٢٣٣)د. عدنان ابراهيم السرحان، المصدر السابق، ص ١٠٤.

على بقية الفاعلين كل حسب نصيبه من الضرر سواء كانت أنصبتهم من التعويض متساوية أو متميزة حسب جسامه خطأ كل منهم<sup>(٢٣٤)</sup>.

وبذلك فإقرار المشرع للتضامن بين المسؤولين وعدم تمييزه بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب يحمل ضماناً أكبر للدائن وجانباً من العقوبة في أنه جعلهم متضامنين فيما بينهم وهو ما يشير إلى تطبيق التعويض العقابي ولأنه أخذ بنظر الاعتبار جسامه الخطأ الذي ارتكبه الفاعل فجعل جسامه الخطأ واحدة من الاعتبارات التي يجب على القاضي عند تقدير التعويض وذلك ما هو إلا جزاء وعقوبة على مرتكب الفعل الضار.

#### رابعاً:

لم يكتف المشرع العراقي بما سبق من تطبيقات على فكرة التعويض العقابي فقد نص في المادة ١٧٠ من القانون المدني في الفقرة الثالثة على "أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

فيتضح من هذا النص أن الضرر إذا زاد عن التعويض الموجود في الشرط الجزائي واثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً يجوز في هذه الحالة أن يحكم القاضي بزيادة التعويض حتى يكون معادلاً للضرر الذي وقع آخذاً في حسابه الغش والخطأ الجسيم ولا يمنعه عن هذا التقدير كون التعويض مقدراً في الشرط الجزائي والسبب في ذلك هو كون الدائن عندما اتفق مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين وخطأه الجسيم<sup>(٢٣٥)</sup>.

وهنا تبرز بوضوح وظيفة الردع والعقاب للمسؤولية المدنية إلى جانب وظيفتها الإصلاحية والعقوبة والردع هنا يتمثل في أن المشرع كان قد فرق بين مدين وآخر حسب جسامه الخطأ الذي صدر منه.

فالأصل هو عدم جواز زيادة نسبة التعويض الاتفاقي وجواز الزيادة هو الاستثناء وإن عدم جواز زيادة قيمة الشرط الجزائي ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة التي تقضي باحترام الاتفاقات ما بين أطراف التعاقد على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين<sup>(٢٣٦)</sup>.

نصت المادة ١٧٠ في الفقرة الثالثة في حال ارتكاب المدين للغش والخطأ الجسيم بمثابة استثناء على حصانة الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، فعندما يتعهد فنان بأحياء حفل معين ولكنه لم ينفذ التزامه وكان هناك شرط جزائي محدد ولم يتم بأخطار منظم الحفل عن نيته بعدم تنفيذ التزامه الا قبل وقت الحفل بقليل يثبت ذلك إصراره على عدم التنفيذ وهو بذلك ارتكب غشاً يتيح للقاضي زيادة مبلغ التعويض الاتفاقي<sup>(٢٣٧)</sup>.

(٢٣٤) د. سليمان مرقس، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، المصدر السابق، ص ٤٢٢-٤٢٤.

(٢٣٥) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص ١٦٥-١٦٦.

(٢٣٦) د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، ١٩٥٦، ص ٤٣-٤٨.

(٢٣٧) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المصدر السابق، ص ٦٥٣-٦٥٨.

وعلى ذلك فإعطاء المحكمة السلطة في زيادة قيمة الشرط الجزائي إذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن الضرر الواقع وذلك عندما يكون الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي ينسب إلى الغش والخطأ الجسيم الذي ارتكبه المدين وما ذلك إلا تطبيق واضح لفكرة التعويض العقابي في القانون المدني.

ومما سبق يمكن أن نستنتج أن التشريع المدني العراقي في هذا الشأن يهدف إلى تبني الجانب العقابي ولو بشكل استثنائي وادخاله إلى أحكام المسؤولية المدنية وبالتالي تقويم سلوك الافراد بشكل أكبر وأوضح وذلك بتقرير عقاب مدني يتمثل بزيادة مقدار التعويض الذي يلتزم بدفعه مرتكب الفعل الضار.

وعلى ذلك فإن زيادة مقدار التعويض بشكل طردي متزايد مع مقدار جسامه الخطأ الذي ارتكبه محدث الفعل الضار وإن كان استثناء على الأصل غير محبذ التوسع فيه لأن القانون أخذ بمبدأ التعويض الكامل إلا أن لهذا الاستثناء مزايا أهمها هو قضاءه على مساوئ تتمثل بالمساواة بين مرتكبي الأفعال الضارة على الرغم من تفاوت الأخطاء التي يرتكبونها وهذا سوف يؤدي بالنتيجة إلى تشجيع المتهمين وعدم ردهم عن ارتكاب الأخطاء الجسيمة ما دام انهم بالنتيجة سيدفعون التعويض نفسه الذي يدفعه مرتكب الخطأ البسيط وذلك سيؤدي بالنتيجة إلى تفشي روح التهاون بين أفراد المجتمع وما يستتبعه من آثار سلبية في الجانبين الاجتماعي والاقتصادي<sup>(٢٣٨)</sup>.

## المطلب الثاني

---

(٢٣٨)د. عدنان ابراهيم سرحان، د. نوري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ١١٠.

## مواطن التعويض العقابي في قانون العمل<sup>(٢٣٩)</sup> العراقي

يعد قانون العمل قانوناً مهماً لكونه ينظم العلاقة بين طبقتين مهمتين من طبقات المجتمع وهما الطبقة العاملة التي تشكل غالبية السكان في الدولة وطبقة أصحاب العمل الذين يمثلون رؤوس الأموال في المجتمع. وتتجلى أهميته على الصعيد الاجتماعي وذلك لأهمية الطبقة العاملة في المجتمع التي إذا تم تجاهل حقوقها فإن ذلك سوف يخلق توتراً اجتماعياً وسخطاً من هذه الطبقة للمطالبة بحقوقها فهذا القانون يشكل الوسيلة المثلى للمحافظة على حقوق هذه الطبقة مثل وضع حد أدنى للأجور وحمايتها وتحديد ساعات العمل والحرص على حصوله على إجازة أسبوعية وحماية أسرته من خلال تشريع اجتماعي متطور يتمثل بقانون الضمان الاجتماعي<sup>(٢٤٠)</sup>. أما أهمية هذا القانون على الصعيد الاقتصادي فمثلاً تحديد ساعات العمل سيؤدي بصاحب العمل إلى الحصول على عدد أكبر من العمال وذلك سيؤدي إلى رفع أسعار المواد المنتجة وكذلك تحديد حد أدنى للأجور واشتراكات الضمان الاجتماعي كل ذلك يؤدي بصاحب العمل إلى رفع قيمة المنتجات ولذلك تتدخل الدولة من خلال تشريعات العمل للتخلص من هذه المشاكل والوصول إلى نقطة من التوازن بين العرض والطلب<sup>(٢٤١)</sup>.

ولهذا القانون طبيعة خاصة فهو بالرغم من كونه يعد أحد فروع القانون الخاص لأنه ينظم العلاقات بين الافراد الذين يتمثلون بالعمال إلا أن ازدياد تدخل الدولة في تنظيم قواعده بما تتمتع

به من سلطة أمرة فعلى سبيل المثال أن العقد شريعة المتعاقدين في القانون المدني بينما في القانون العام وفي العقد الإداري فإن هذا العقد يخضع لسلطة الإدارة بالتعديل وزيادة التزامات الافراد وعقد العمل قريب من ذلك، ففي الوقت الذي يمنح فيه المشرع الحق للعمال بالإضراب مطالبين بتعديل شروط العقد فإن دل على شيء فإنه يدل على تجاوزه لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فعلاقات العمل ليست كلياً علاقات فردية ينظمها عقد العمل إنما هي علاقات تتدخل فيها اعتبارات خارجة عن إرادة كل من العامل ورب العمل كالأحكام المتعلقة بتنظيم

---

(٢٣٩) قانون العمل :- هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم علاقات العمل على وجه العموم، أو هو مجموعة من العلاقات القانونية التي تطبق على العلاقات الفردية والجماعية الناشئة بين اصحاب العمل وبين العاملين تحت اشرافهم وسلطتهم بمناسبة ادائهم العمل أي انه ينظم العلاقات الناشئة عن اداء العمل لحساب الغير كلما كان هذا العمل يتم بأشراف وتوجيه صاحب العمل، وتسميته بقانون العمل لم تستقر الا بعد عدد من التسميات فقد اطلق عليه في بادئ الامر بالتشريع الصناعي كونه ظهر بعد الثورة الصناعية، وبعدها اطلق عليه اسم القانون العمالي لتعرض تسميته السابقة للانتقاد من قبل الفقه وسبب تسميته بالقانون العمالي هو تأكيد لضمان حقوق العمال وهذه التسمية كسابقتها تعرضت للانتقاد فاطلق عليه القانون الاجتماعي بسبب الدور الذي يقوم به هذا القانون في المنازعات الاجتماعية وأيضاً تم انتقاد هذه التسمية إلى أن استقر أخيراً على تسميته بقانون العمل، ينظر في ذلك:- د. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي (دراسة مقارنة مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز والنقض)، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ط ١، ٢٠١٠، ص ٥-١١، وانظر كذلك:- د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠، ط ٤، دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٧١، ص ٤. "وحتى تسمية قانون العمل يعاب عليها أن لفظة العمل تعم دلالتها العمل الانساني بجميع انواعه في حين أن موضوع قانون العمل يقتصر على عمل التابع فقط"، ينظر: د. عماد حسن سلمان، شرح قانون العمل الجديد رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص ١١.

(٢٤٠) د. محمد حسين منصور، قانون العمل، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ٧-٨.

(٢٤١) د. احمد عبد الكريم ابو شنب، شرح قانون العمل، ط ١، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص ٣٣-٣٦.

ساعات العمل وتحديد حد أدنى للأجور وإجازات العمال. فالدولة بما لها من سلطة لا تتدخل فقط بحماية العمال وإنما قد يدفعها إلى ذلك أسباب اجتماعية ومصلحة المجتمع، وعلى ذلك فطبيعة هذا القانون هي طبيعة خاصة<sup>(٢٤٢)</sup>.

أما عن ظهور هذا القانون فحتى بداية القرن التاسع عشر لم تكن هناك حاجة إلى قانون العمل فالصناعات كانت صغيرة وكانت الشقة بين العامل ورب العمل أيضا صغيرة، ولكن بعد قيام الثورة الصناعية وظهور المنشآت العملاقة التي توظف آلاف العمال أصبح لصاحب العمل من الامكانيات والثروة مما يؤدي إلى استغلال العمال والتحكم بهم وبما أنه فرع من فروع القانون الخاص لأنه ينظم علاقة بين الأفراد فالسائد كان مبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين مما أدى بالعامل إلى الإذعان إلى الشروط التي يضعها صاحب العمل وهي شروط جائرة ومع زيادة فداحة الأمر مما دفع العمال إلى المطالبة بتحسين شروط العمل وتوحيد موقفهم مما أدى إلى تدخل الدولة لصالح طبقة العمال بتشريع قواعد الحماية لمصلحتهم والقاء التزامات على صاحب العمل.

والدول تتدخل بتنظيم هذه العلاقات بتشريعات خاصة بعيداً عن قواعد القانون المدني بتحديد الحد الأدنى للأجور وساعات العمل ومنع الصغار من العمل وتوفير حماية خاصة للمرأة العاملة والأحداث<sup>(٢٤٣)</sup>.

ولأن هذا القانون جاء لحماية حقوق العمال وتحقيق أهداف اجتماعية فهو يشترك مع هدف التعويض العقابي الذي يعطي للتعويض معنى آخر هو الردع والعقوبة ولتحكم أصحاب العمل بالعمال يمكن أن نستفيد من تطبيق فكرة التعويض العقابي في مجال قانون العمل لأجل ردع ارباب العمل وتوفير المزيد من الحماية للعمال.

وبعد صدور قانون العمل العراقي الجديد رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ يمكن أن نستشف من خلاله العديد من مواطن التعويض العقابي وإن لم يذكره المشرع العراقي صراحة.

حيث جاء في المادة ٦٤ منه "يعاقب بغرامة لا تقل عن ضعف الحد الأدنى للأجر الشهري المقرر قانوناً كل من خالف الاحكام المتعلقة بالأجور المنصوص عليها في هذا القانون وإذا كانت المخالفة تتعلق بدفع يقل عن الحد الأدنى عن الأجر فيلزم المخالف بالإضافة إلى دفع الغرامة المفروضة عليه بدفع تعويض إلى العامل يعادل ضعف الفرق بين الأجر المدفوع واجر الحد الأدنى".

تتعلق هذه المادة بمخالفة الحد الأدنى للأجور، فالأجر هو قيمة العمل مقدرة على أساس كمية الجهد المبذول ونوعيته ويلحق به ويعتبر من متمماته قانوناً كل ما يمنح للعامل من علاوات مهما كان نوعها، فهو مقابل العمل وقد اشترطه المشرع حتى يعد العقد عقد عمل اما اذا كان بدون أجر فإنه يعتبر من عقود التبرعات.

(٢٤٢)د. عدنان العابد، د. يوسف الياس، قانون العمل، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٢٠-٢١.

(٢٤٣)د. السيد عيد نأيل، قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩-٢٠١٠، ص ٧-٨.

ويستحق العامل الأجر بمجرد قيامه بالعمل أو بحضوره واستعداده للقيام بالعمل بالوقت المحدد، وإن الأجر يتحدد بسوق العمل بناء على نوع الخدمة التي يقدمها العامل ولا يراعى فيه حاجات العامل، ومفهوم الأجر في قانون العمل لم يعد كالسابق حيث كان يعتمد على مفهوم القانون المدني بأن سبب التزام كل منهم هو التزام المتعاقد الآخر لأن هذا المفهوم سوف يؤدي بالنهاية بأن صاحب العمل يتحلل من التزامه إذ لم يقم العامل بتنفيذ التزامه أي التزامه بأداء العمل، إلا أن هذا المفهوم يغفل الجانب الاجتماعي لأجر العامل الذي كان سببا في تدخل المشرع في تنظيم حقوق العمال<sup>(٢٤٤)</sup>.

حيث إن طبقة العمال تعتمد في معيشتها على هذه الأجور لذلك يجب أن يعيش هذا العامل في ظروف تضمن الكرامة له ولعائلته، لذلك فالمفهوم الحديث لم يقم علاقة سببية مباشرة بين تنفيذ العمل واستحقاق الأجر بل جعل كل ما يحصل عليه العامل بمثابة مزايا وذلك لأن القوانين الحديثة تهدف إلى حصول العامل على أجر مستمر حتى في أيام الاجازات والاعیاد<sup>(٢٤٥)</sup>.

وقد تدخل المشرع في تحديد الحد الأدنى للأجور من أجل توفير الحماية للعمال حيث نص على أن الحد الأدنى للأجور المقررة قانونا هي الأجر المقرر في مشروع صاحب العمل وفقا لعقد العمل الفردي والجماعي أيهما أكثر وجعل عقوبة مخالفة الأحكام المتعلقة بالأجور ضعف الحد الأدنى للأجر، وهذه تعد ضمانا للعامل لأن الأجور تعتبر من النظام العام لا يجوز مخالفتها<sup>(٢٤٦)</sup>.

وكما نلاحظ من نص المادة ٦٤ من القانون المذكور إن المشرع قد ضاعف العقوبة في حال كون مخالفة الأحكام المتعلقة بالأجور جاءت أقل من الحد الأدنى للأجر الذي حدده المشرع بنص القانون بأن جعل صاحب العمل بالإضافة إلى دفعه الغرامة المتعلقة بمخالفة أحكام الأجور والتي لا تقل عن ضعف الحد الأدنى كما ذكرنا سابقا إذ يدفع صاحب العمل تعويضا يعادل ضعف الفرق بين الأجر المدفوع وأجر الحد الأدنى وفي ذلك تطبيق صريح وواضح لموضوع التعويض العقابي في قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥، والملاحظ على سلوك المشرع العراقي في تقدير قيمة التعويض العقابي هي طريقة الضعف التي مر ذكرها سابقا عند الكلام عن أساليب تقدير التعويض العقابي المتبع من قبل الدول.

وحسنا فعل المشرع العراقي بإدراجه هذه العقوبة فهم مسلك محمود للضرب على أيدي أصحاب العمل الذي يتهاونون في دفع أجور العمال أو أرباب العمل الذين يستغلون العمال بدفع أجور تقل عن الحد الأدنى المقرر قانونا.

وأیضا نص المشرع العراقي في المادة ٤٩ من قانون العمل وهي حالة تتعلق بإنهاء عقد العمل بإرادة منفردة حيث جاء في الفقرة الثانية من هذه المادة " للعامل أن يطلب من لجنة إنهاء الخدمة أو المحكمة تعويضا

<sup>(٢٤٤)</sup>د. عبد الواحد كرم، قانون العمل، ط ١، مكتبة الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ١٩٩٨، ص ١٣٣-١٤٥.

<sup>(٢٤٥)</sup>د. شاب توما منصور، المصدر السابق، ص ٣٢٦-٣٢٢.

<sup>(٢٤٦)</sup>الفقرة الثانية من المادة ٦٢ من قانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ العراقي.

وفقا لما هو منصوص عليه في الفقرة (ب) من البند ثانيا في المادة ٤٨ من هذا القانون " وهو محدد وفق ماهو منصوص عليه في المادة ٤٧ من قانون العمل التي تنص في الفقرة الثانية على أنه إذا قررت لجنة إنهاء الخدمة أو المحكمة تعذر إعادة العامل ينتهي عقد العمل من تاريخ صدور قرار اللجنة أو قرار المحكمة ودفع تعويض إلى العامل يعادل ضعفي مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها في المادة ٤٥ من هذا القانون".

هذه المواد مرتبطة بإنهاء عقد العمل فهذا العقد هو رابطة يمكن أن تنتهي لأسباب عديدة بعضها معروف في القانون المدني والبعض الآخر ذكره المشرع في قانون العمل، وان الانهاء قد يكون من جانب صاحب العمل وقد يكون من جانب العامل نفسه، وعلى اعتبار أن عقود العمل نوعين فهي إما عقود عمل محددة المدة أو عقود عمل غير محددة المدة وقد نص المشرع على طرق الأنهاء لكل منها، ولكن هناك أسباب مشتركة بينها أو ما تعرف بالأسباب العامة لإنهاء عقد العمل<sup>(٢٤٧)</sup>، وهي أسباب تؤدي إلى إنهاء عقد العمل سواء كان عقد عمل محدد المدة أو عقد عمل غير محدد المدة، وهذه الاسباب جاء المشرع على ذكرها في المادة ٤٣ من قانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥.

حيث ابتدأها بوفاة العامل، وإذا حكم على العامل بحكم قضائي بات بالحبس لأكثر من سنة واحدة، وأيضا وفاة صاحب العمل إذا كانت شخصيته محل اعتبار ولا يمكن إكمال عقد العمل مع ورثته، وفي حال تصفية المشروع بموجب حكم قضائي بات أو في حال تصفيته اختياريا، وإذا اتفق الطرفان على إنهائه في حال كونه محدد المدة، وكذلك بتنفيذ العمل أو بتقديم الخدمة إذا كان عقد العمل للقيام بخدمة معينة، وفي حالة استقالة العامل، وأيضا حالة القوة القاهرة إذا أصيب العامل بإصابة أقعدته عن العمل ولم يشف خلال ستة أشهر أو إذا أصيب بعجز أقعده عن العمل وبلغت نسبة العجز ٧٠٪، أو أكمل العامل سن التقاعد، وإذا اقتضت ظروف العمل في المشروع تقليصه، أو عندما يرتكب العامل سلوكا مخرجا بواجباته، أو انتحال العامل لشخصية كاذبة، وأيضا إذ لم يظهر الكفاءة خلال فترة تحت التجربة، أو إذا ارتكب خطأ جسيماً أدى إلى خسارة فادحة.

كل هذه أسباب مشتركة بين عقود العمل محددة المدة وغير محددة المدة تؤدي إلى إنهاء عقد العمل، فإذا أنهى صاحب العمل عقد العمل بإرادته المنفردة ووجدت لجنة إنهاء الخدمة أن سبب الإنهاء ليس واحداً من الأسباب السابقة التي مر ذكرها والواردة في المادة ٤٣ من قانون العمل فإنها تقوم بإعادة العامل إلى عمله حسب ما ورد في المادة ٤٧ ولكن قد يتعذر إعادة العامل إلى عمله السابق ففي هذه الحالة فرض المشرع تعويضا للعامل يعادل ضعفي مكافأة نهاية الخدمة وهذا ما ذكرته الفقرة الثانية من المادة ٤٧ التي سبق عرضها.

نلاحظ التعويض هنا جاء من باب العقوبة لكون الإنهاء حصل لسبب خارج عما ذكره المشرع ففرض ضعفي مكافأة نهاية الخدمة وذلك لحمل أصحاب العمل على عدم إنهاء عقود العمال لأسباب غير قانونية

(٢٤٧)د. همام محمد محمود زهران، قانون العمل(عقد العمل الفردي)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٦٧٥-٦٧٨.

ورددتهم عن التحكم بمصير العمال بإرادتهم المنفردة وهذا ما يعد تطبيقاً للتعويض العقابي في قانون العمل العراقي محل البحث.

أما الفقرة الثانية من المادة ٤٩ التي سبق ذكرها تتعلق بإنهاء عقد العمل بإرادة العامل المنفردة بناء على أخطاء من صاحب العمل في حال ارتكابه جناية أو جنحة ضد العامل وفي حال تحلل صاحب العمل من أحد التزاماته المنصوص عليها في العقد وفي حال وجود خطر جسيم يهدد العامل وإن صاحب العمل على علم به, كل هذه الأسباب تدفع العامل إلى إنهاء عقد العمل وله في هذه الحالة الحصول على تعويض مضاعف على أن لا يقل عن مبلغ ضعفي مكافأة نهاية الخدمة كما جاء في الفقرة الثانية من المادة ٤٨ من قانون العمل.

إن وجود التعويض العقابي المضاعف هنا جاء بناء على أن العامل قد اضطر إلى إنهاء عقد العمل الذي يعتبر مصدر عيش له وإن السبب الذي دفعه إلى هذا الإنهاء هو صاحب العمل نفسه فجاء التعويض يحمل طابعاً عقابياً لأجل ردع اصحاب العمل من التسبب بإنهاء عقود العمل.

من كل مما سبق يمكن أن نستشف أن المشرع العراقي قد اخذ بفكرة التعويض العقابي في قانون العمل.

## المبحث الثاني

### مواطن فكرة التعويض العقابي في التشريعات العراقية الخاصة

نتناول في هذا المبحث بيان فكرة التعويض العقابي في بعض التشريعات العراقية الخاصة فنقسمه إلى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول مواطن التعويض العقابي في قانون التضمين وفي المطلب الثاني مواطن التعويض العقابي في قانون إداره الاوقاف واخيرا بيان مواطن التعويض العقابي في قانون النقل فنخصص له المطلب الثالث.

#### المطلب الاول

##### مواطن التعويض العقابي في قانون التضمين

يعرف التضمين بأنه نظام خاص يهدف المشرع من خلاله إلى تحقيق غايتين الاولى جبر الضرر وإزالته عن المال العام نتيجة فعل الموظف, والثانية تحقيق الحماية للمال العام من خلال ردع الموظف عن الإخلال بهذا المال, وعلى هذا فالتضمين هو أحد وسائل جبر الضرر عن الخسائر التي تتعرض لها أموال الدولة بسبب كل مخالفة أو تقصير من قبل الموظف أو المكلف بخدمة عامة<sup>(٢٤٨)</sup>.

لقد اهتمت الدول بإيجاد تشريعات تضمن الحماية للمال العام وذلك للأهمية التي يحتلها هذا المال فهي تؤمن الحماية له بنصوص تضمنها في قانونها المدني من أجل إزالة الضرر الذي يصيب المال العام, حيث احتوت القوانين المدنية على النصوص التي تحمي هذا المال منها عدم جواز التصرف بالمال العام وعدم جواز تملكه بالتقادم وعدم جواز الحجز عليه وجعل الدفاع عن هذه الاموال دفاعاً شرعياً لأهميتها.

وكذلك تضمين قانون العقوبات نصوصاً حددت بعض أفعال الموظف الضارة بالمال العام على أنها جرائم وحددت لها العقوبات<sup>(٢٤٩)</sup>.

وأبعد من ذلك فإن الدساتير هي أول من يشير إلى ضرورة حماية المال العام ومنها الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ حيث جاء في المادة ٢٧ منه بفقرتها الأولى على " للأموال العامة حرمتها وحمايتها واجب على كل مواطن".

(٢٤٨) عواد حسين ياسين العبيدي, شرح قانون التضمين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦, ط١, دار السنهوري, بغداد, ٢٠١٤, ص ٣٠-٣١.  
(٢٤٩) محمد يوسف السعدي, مسؤولية الموظف المدنية عن الاضرار باموال الدولة(التضمين), مطبعة السيماء للطباعة الفنية المحدودة, بغداد, ٢٠١٤, ص ١٦-١٥.

أما عن الأساس القانوني للتضمنين فهو نص القانون الذي فرض على الموظفين تحمل تبعه أخطائهم فالقانون هو المصدر العام لجميع الحقوق والروابط القانونية وهذا مانصت عليه المادة الأولى من قانون التضمنين التي جاء فيها " يضمن الموظف أو المكلف بخدمة عامة قيمة الأضرار التي تكبدتها الخزينة العامة بسبب تقصيره وإهماله أو مخالفة القرارات والأنظمة والتعليمات" (٢٥٠).

وهكذا نجد أن القانون هو من ألزم الفئات السابقة بالتعويض وذلك لأهمية المال العام وضرورة حمايته لكونه يتعلق بعموم المواطنين وحمايته مرتبطة بحماية مصالحهم لذلك عرجت التشريعات على وضع نظام خاص بالتضمنين لحماية المال العام من استئثار الفساد فبسبب صفة هذه الأموال وكونها تشمل على مصالح المواطنين وتلبيتها للحاجات المتعلقة بهم يعمد مشرعو القانون إلى أن يوفر لهم هذه الأموال حماية قانونية أكبر من تلك التي وفروها للأفراد لأن تعلق هذه الأموال بمصلحة الجماعة وأهميتها أهمية استثنائية (٢٥١).

ففي ظل التطور التكنولوجي وزيادة الانتاج وزحمة الأعمال الوظيفية قد يخطأ الموظف خطأ يؤدي إلى الإضرار بالمال العام كالموظف المأمور بالصرف فيصرف مبالغ أكثر من المبلغ اللازم أو الموظف الذي يتسبب خطأه بإتلاف الانتاج أو موظف الحسابات الذي يهمل تثبيت الرواتب المصروفة إلى الموظفين أو الموظف السائق الذي يتجاوز السرعة المقررة مسبباً ضرراً بالمال العام أو القانوني الذي يهمل الطعن في قرار ضد دائرته ويكبد المال العام مزيداً من الخسائر ولفداحة نتائج هذه الأعمال عمدت التشريعات إلى تقنين مسؤولية الموظف عن الأضرار بالمال العام في تشريع خاص يسمى بقانون التضمنين (٢٥٢).

وإن مادفعه إلى إيجاد قانون خاص ينظم مسؤولية الموظف عن الأضرار بالمال العام هو بطء إجراءات التقاضي لذلك أعطى هذه السمة للإدارة بسبب الحرمة التي تتمتع بها هذه الأموال وهذا مانص عليه قانون الخدمة المدنية في المادة ٦١ منه على " وزير المالية يضمن الموظف أو المستخدم الأضرار التي تكبدها الخزينة بسبب إهماله أو مخالفته للأنظمة والتعليمات والقوانين المرعية وللموظف أو المستخدم الاعتراض على قرار وزير المالية لدى المحاكم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه إذا كان وستين يوماً إذا كان خارج العراق، ٢- ولايمنع خروج الموظف أو المستخدم بأي شكل من الأشكال كان من تضمينه وفق الفقرة ١ من هذه المادة" (٢٥٣).

وهكذا نلاحظ أن هذا القانون قد أناط بالإدارة تضمين الموظف عن الأضرار التي تسبب بها والتي تؤدي إلى إهدار المال العام، وبعد أن نص المشرع على هذه المسؤولية مبنية على إهمال وتقصير من قبل الموظف أو مخالفته للأنظمة والتعليمات وهذه المفردات يمكن إدراجها تحت ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، فمتى تحققت مسؤولية الموظف يجب أن يصدر منه إخلال بالتزام قانوني عن إدراك وتمييز وإن هذا الخطأ يجب أن

(٢٥٠) ينظر المادة الأولى من قانون التضمنين العراقي رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥.

(٢٥١) د. غازي فيصل مهدي، مدى فاعلية قانون التضمنين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ في حماية أموال الدولة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، ص ٢-٤.

(٢٥٢) محمد يوسف السعدي، المصدر السابق، ص ١٩.

(٢٥٣) قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل، المادة ٦١.

يسبب الأذى والتعدي على مصلحة مشروعة وإن يكون محققاً ومباشراً وأن تتوافر علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه الموظف وبين الضرر الذي أصاب المال العام وعلى ذلك يكون سبب فرض التعويض في قانون التضمين هو مخالفة الموظف أو المكلف بخدمة عامة للأنظمة والتعليمات<sup>(٢٥٤)</sup>.

وبعد صدور دستور ٢٠٠٥ العراقي النافذ صدر إلى الآن قانونين للتضمين هما القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ والقانون رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥ النافذ، وهذان القانونان تبنيان موقفين مختلفين لتضمين الموظف أحدهما نظام متشدد والآخر نظام متسامح.

فمن يطلع على قانون التضمين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ يلاحظ أنه نظام متشدد من حيث تضمين الموظف الذي يسبب ضرراً للمال العام وجاء هذا الموقف المتشدد واضحاً في المادة الثانية من هذا القانون "يشكل الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة لجنة تحقيقية من ثلاثة أعضاء على الأقل من ذوي الخبرة والاختصاص ويكون أحد أعضائها موظفاً قانونياً لتحديد مبلغ التأمين والمسؤول عن إحداث الضرر المنصوص عليه في المادة (١) من هذا القانون وجسامة الخطأ المرتكب وما إذا كان عمدياً أو غير عمدي وعلى اللجنة الاستعانة بجهة رسمية ذات اختصاص".

فبعد الاخبار بحدوث ضرر بالمال العام يبدأ في هذه الحالة تشكيل اللجنة التحقيقية من أجل تضمين محدث الضرر وعلى ذلك فالشكوى تتحرك بأخبار بعد ذلك تبدأ هذه اللجنة التحقيقية تحديد مسؤولية محدث الضرر هل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟

ويمكن أن نستشف ذلك من خلال المادة الأولى من قانون التضمين فإذا كان المتسبب بالضرر موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة كنا أمام مسؤولية تقصيرية، أما إذا كان محدث الضرر شركة عامة أو خاصة نكون أمام مسؤولية عقدية وبعدها تقوم هذه اللجنة ببيان الضرر هل هو جسيم أم غير جسيم؟ وطبيعة هذا الضرر هل هو عمدي أم غير عمدي؟<sup>(٢٥٥)</sup>.

لذلك فالإدارة لا تتوصل إلى قراراتها إلا عن طريق لجنة تحقيقية على أن ذلك لا يسلب الموظف أو المكلف بخدمة عامة من الطعن بقرار هذه اللجنة والدفاع عن نفسه<sup>(٢٥٦)</sup>، وإن هذه اللجنة لا تتخذ إجراءاتها بحق المقصر إلا بعد إجراءات شكلية وموضوعية نص عليها القانون<sup>(٢٥٧)</sup>.

<sup>(٢٥٤)</sup> رشا محمد جعفر، تضمين الموظف في التشريع العراقي، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد ٢٤، ٢٠٠٩، ص ١٨٢-١٨٦.

<sup>(٢٥٥)</sup> ابراهيم حميد كامل، إجراءات تضمين الموظف في القانون العراقي، مجلة النزاهة والشفافية للبحوث والدراسات، العدد التاسع، ٢٠١٦، ص ١٤٣-١٤٥.

<sup>(٢٥٦)</sup> د. غازي فيصل مهدي، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام، ط ١، سلسلة الدراسات القانونية، بغداد، ٢٠٠٤، ص ١٣٨-١٣٩.

<sup>(٢٥٧)</sup> عثمان سلمان غيلان، شرح احكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام، ط ١، المكتبة الوطنية، بغداد، ٢٠١٠، ص ٣٠٣-٣١٠.

وبعد تحديد المتسبب بالضرر تقوم اللجنة التحقيقية بتحديد جسامة الخطأ أي تقرير ان الفئات التي يشملها القانون قد قامت باختراق واجبات الحيطة والحذر وعدم التقيد بما يفرضه القانون على أنه مدرك لارتكابه لهذا الخطأ باعتبار الإدراك مناط المسؤولية وهو يمثل الركن المعنوي للخطأ وتبين اللجنة التحقيقية هل هذا الخطأ جسيم أم لا؟.

أما تحديد معيار الجسامة فإنه يتبع في ذلك معيار موضوعي يتمثل في الشخص العادي المتوسط من الناس الذي ليس بخارق الذكاء وليس بالمهمل البليد ويسمى برب الأسرة الحريص ويعتبر ذلك معيار يقاس عليه سلوك محدث الضرر.

وعلى ذلك يكون الخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه أكثر الناس إهمالاً وهو أقرب ما يكون إلى العمد ولا يرتكبه الشخص الفطن الحازم والحق الخطأ الجسيم بالغش لأنه يتعارض مع حسن النية وهو أعلى من الخطأ اليسير الذي لا يقع من شخص متوسط الحرص والعناية ويطلق عليه أيضاً اسم الخطأ العادي ويصفه بعضهم بلفظ الخطأ مجرداً وإن كلاً من الخطأين يستتبعه مسؤولية إلا أن التعويض في الحالتين يختلف<sup>(٢٥٨)</sup>.

وبتطبيق المعيار الموضوعي لتحديد جسامة الخطأ فلا تعترض الإدارة في هذه الحالة أية صعوبة لأنه معيار سهل التطبيق ولا يعتمد على الظروف الشخصية فهو ينظر إلى الفعل ذاته على ضوء المألوف من سلوك الناس فيقيم سلوك الموظف في هذه الحالة بسلوك موظف متوسط العناية من نفس الفئة حيث يعتبر خطأ جسيماً إذا خرج عن المألوف والشخص المتوسط هنا هو شخص متوسط الحيطة والحذر، ولا يعتد في هذا المعيار بالظروف الخارجية إذ هي ظروف تلازم جميع الناس<sup>(٢٥٩)</sup>.

وبعد أن تحدد اللجنة التحقيقية خطأ الموظف هل هو خطأ جسيم أم خطأ غير جسيم؟ تنظر بعدها إلى عمدية هذا الفعل من عدمه<sup>(٢٦٠)</sup> أي هل هو خطأ عمدي أم خطأ غير عمدي؟ فالمخطئ يرتكب الفعل بسوء نية ويقصد الحاق الضرر بالغير فهنا يكون الخطأ عمدياً، وقد يرتكبه بدون نية الإضرار وإنما يصدر بسبب إهماله وعدم تبصره فيكون الخطأ في هذه الحالة غير عمدي، فالعمد يراد به القصد وهو قصد الضرر وليس قصد الخطأ، أي إن هذا التقسيم جاء من حيث تدخل الإرادة في ارتكابه فالعمدي هو الذي يتعمد فيه الشخص إلى ارتكاب الفعل الضار قاصدا تحقيق النتيجة الضارة، أما غير العمدي أو ما يسمى بخطأ الإهمال فهو ذلك الإخلال بالالتزامات القانونية من غير قصد الإضرار بالغير<sup>(٢٦١)</sup>.

وبعد أن تقوم اللجنة التحقيقية بتحديد وصف الخطأ هل هو عمدي أم غير عمدي وليتوقف عليه تحديد مبلغ التعويض وبهذا تكون أركان مسؤولية الموظف قد اكتملت واستحق فرض التعويض عليه وتحمل المسؤولية

(٢٥٨) عواد حسين ياسين، المصدر السابق، ص ٧٩-٨٢.

(٢٥٩) رشا محمد جعفر، المصدر السابق، ص ١٧٧-١٨٢.

(٢٦٠) علي حسين الثامر السعدي، المرشد إلى كيفية الطعن بقرار تضمين الموظف، ج ٦، ط ١، بلا مطبعة، ص ٣٦.

(٢٦١) د. وليد مرزة المخزومي، وفاء عبد الفتاح النعيمي، اجراءات تضمين الموظف في القانون العراقي، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، بغداد، المجلد ٣، العدد ١١، ٢٠١٠، ص ١٨٢.

بسبب فعله المنحرف عن سلوك الشخص المعتاد والجزاء الذي تحدده الادارة في هذه الحالة هو مبلغ من النقود كما هو واضح من نصوص قانون التضمين الذي أورد لفظ مبلغ في أكثر من مادة منه<sup>(٢٦٢)</sup>.

وقد منح قانون التضمين الإدارة حق اقتضاء هذا التعويض جبرا للضرر الذي تسبب به هذا الموظف بسبب سلوكه المنحرف عن المعتاد، والملاحظ على قانون التضمين إن المشرع قد استبعد التعويض العيني<sup>(٢٦٣)</sup>.

وهذا اتجاه منتقد فقهيًا وذلك لأن التعويض العيني هو الأصل ويؤدي إلى إزالة الضرر الذي تسبب به الموظف وإعادة الحال إلى ماكانت عليه، فالواضح من اتجاه المشرع في قانون التضمين أنه قد جعل في المقام الأول التعويض النقدي وليس العيني واستثناء التعويض العيني على أن ذلك لا يتماشى مع الغرض من قانون التضمين والذي يهدف إلى حماية المال العام الذي يمكن إزالة الضرر الواقع عليه بفرض تعويض عيني على المقصر متى ما كان التعويض العيني ممكنا أفضل من فرض التعويض النقدي<sup>(٢٦٤)</sup>.

وعلى ذلك تقوم اللجنة التحقيقية بتعويض الضرر الذي أحدثه الموظف بناء على مبدأ التعويض الكامل، أي إن ما يفرض عليه يكون بمقدار الضرر هذا في حال كون الخطأ عادياً ليس جسيماً ولا عمدياً.

أما إذا كان خطأ الموظف جسيماً فتلتزم الإدارة في هذه الحالة مراعاة جسامته وأيضاً مراعاة قصد محدث الضرر هل كان قصد الموظف عند إثباته الفعل الذي تسبب بالضرر عمدياً أم غير عمدي؟<sup>(٢٦٥)</sup>.

الملاحظ على نص المادة الثانية من قانون التضمين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ أن المشرع ذكر الخطأ الجسيم والعمدي كمعايير في تقدير التعويض المفروض على الموظف وهذا مسلك محمود للمشرع العراقي وهو ما يتوافق مع موضوع التعويض العقابي فالأخذ بمدى جسامه الخطأ ونوع قصد الموظف الغرض منه التمييز بين مرتكبي الأفعال الضارة بحق المال العام وتشديد عقوبة من يكون خطؤه جسيماً وعمدياً.

إلا أن المشرع قد عدل عن هذا الاتجاه المتشدد في قانون ٢٠٠٦ ليسلك سلوكاً متسامحاً في التضمين الحالي رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥ فلم يعر جسامه الخطأ أو قصد الموظف أي أهمية في تقدير قيمة التعويض ففي الوقت

---

(٢٦٢) احمد محمود احمد الربيعي، التحقيق الاداري في الوظيفة العامة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١١، ص ١٢٦-١٢٧.

(٢٦٣) التعويض العيني هو "الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قيل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي ادى إلى وقوع الضرر" ينظر في ذلك د. نصير صبار، التعويض العيني، ط ١، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢١ وينظر كذلك د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني "الاثبات-اثار الالتزام"، ج ٢، المصدر السابق، ص ٧٥٨-٧٦٦.

(٢٦٤) ابراهيم حميد كامل، المصدر السابق، ص ١٤٧-١٤٨.

(٢٦٥) ينظر في ذلك قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٩ حيث قضى في البند الخامس منه بانه في حال كون الخطأ عمدي فان الادارة تضمن الموظف أو المكلف بخدمة عامة ضعف قيمة الاضرار التي سببها هذا الموظف، وانه لا يتم اطلاق سراح هذا الموظف الا بعد تسديده لمبلغ التعويض الذي ضمنته آياه الادارة، مشار اليه في:- د. غازي فيصل مهدي، مقالات وتعليمات في مجال الوظيفة العامة، ط ١، دار الكتب، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٣.

الذي كان الافضل بالمشروع أن يتشدد أكثر في فرض التضمين على الموظف والنص على مضاعفته كان قد تراجع خطوة إلى الوراء بإلغائه معياري الجسامة والعمد.

وعلى ذلك فنقاط الاختلاف بين تشريع التضمين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ وبين التشريع الحالي رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥ النافذ هو أن التشريع الحالي قلص من الفئات التي يشملها هذا القانون فبعد أن كانت تشمل الموظف والمكلف بخدمة عامة والشركات العامة والخاصة والمقاولين أصبحت في التشريع الحالي لا تشمل إلا الموظف والمكلف بخدمة عامة.

والأمر الثاني أن المشرع في القانون الجديد يضمن على أساس الخطأ بصورة عامة دون تشديد المسؤولية بالنص على كون الخطأ جسيماً أو غير جسيم وكونه عمدياً أو غير عمدي كما في القانون السابق.

إلا أننا لاحظنا أن قانون التضمين الحالي رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥ النافذ قد نص في المادة الحادية عشر منه "يلغى قانون التضمين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ وتبقى التعليمات الصادرة بموجبه بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون إلى حين صدور ما يحل محلها".

نفهم من ذلك أن المشرع العراقي قد ألغى القانون السابق إلا أنه أبقى على التعليمات النافذة بخصوصه. وبالعودة إلى التعليمات رقم ٣ لسنة ٢٠٠٧ الخاصة بتسهيل تنفيذ قانون التضمين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦، فإن المادة الرابعة منها نصت "أولاً- تتولى اللجنة التحقيقية المنصوص عليها في المادة الثالثة من هذه التعليمات ما يلي:

أ- تحديد المسؤول عن إحداث الضرر بالمال العام وجسامة الخطأ المرتكب وفيما إذا كان عمدياً أم غير عمدي؟.

ب- التوصية بتضمين المتسبب بإحداث الضرر مبلغ التعويض عنه حسب الأسعار السائدة وقت حصول الضرر إذا كان الخطأ غير عمدي وبضعف المبلغ المذكور إذا كان عمدياً".

ولعل التفات المشرع إلى الإبقاء على هذه التعليمات من محاسن تشريع التضمين الحالي على الرغم من التراجع الواضح فيه، وبذلك فإن الإدارة بناء على هذه التعليمات تستطيع الأخذ بمعياري الجسامة والعمدية في تضمين الموظف وسندها في مشروعية الأخذ بهذه التعليمات هو نص المادة الحادية عشر من قانون التضمين الحالي التي أبقّت على العمل بهذه التعليمات.

على أنه لا يوجد أي تعارض بين العمل بقانون التضمين الحالي وهذه التعليمات جنباً إلى جنب وذلك لأن قانون التضمين الحالي لم يمنع الأخذ بمعياري الجسامة والعمدية وإنما قام بإلغائها فقط وبالأخذ بالتعليمات السالفة الذكر يمكن أن نعتبرها تسهيل وتفسير للتطبيق هذا القانون بطريقة أكثر عدالة وحكمة، ولا ننسى من أنه كان الأجدر بالمشرع ذكر الجسامة والعمدية في متن قانون التضمين ووجوب التشدد أكثر في موضوع تضمين الموظف كون المال الذي تعرض للضرر هو مال عام.

وعلى ذلك فالنظام المتبع في التشريع السابق أفضل مما هو عليه في تشريع التضمين رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥ خصوصاً بعد زيادة تطور وسائل الاحتيال وفساد الذمم وتعدد نشاط الدول والمهام التي تقوم بها فكان الأجدر به أن يشدد التعويض<sup>(٢٦٦)</sup>.

## المطلب الثاني

---

<sup>(٢٦٦)</sup> خصوصاً بعد تطور وسائل الاحتيال في ظل الوضع الراهن وضياع الذمم وما تمر به الدولة من استئراء للفساد في ظل الوظيفة العامة، وضعف الوعي بالأموال العامة وأهميتها لدى عدد غير قليل من الموظفين وتفشي السرقة والرشوة بين أوساطهم وما يستتبع ذلك من ضعف المقدرات الاقتصادية للدولة، ولأهمية التي تحتلها هذه الاموال العامة على اعتبار انها مرآة الدولة الاقتصادية لذلك كان على المشرع إيجاد التوازن بين هذه الاموال العامة وبين الموظف من خلال اختيار الأكفأ من بين المتقدمين والتشدد بمحاسبتها في حال اضراره بهذه الاموال العامة، وان ما يكفل هذه الحماية هو إيجاد تشريع يستطيع معالجة الفساد المستشري في الدولة حالياً بالضرب على أيدي كل موظف تسول له نفسه الاضرار بهذه الاموال خصوصاً لخدمة منافع الشخصية. ينظر في ذلك:- محمد يوسف السعدي، المصدر السابق، ص ٣-٤

## مواطن التعويض العقابي في ظل قانون الأوقاف

يمكن أن نعرف الوقف<sup>(٢٦٧)</sup> بأنه حبس العين عن التملك لشخص معين والتصرف بمنفعة المال الموقوف لمصلحة الفقراء أو أي وجه من وجوه البر أو إلى جهة خيرية، وقد تكون منفعة المال الموقوف للشخص الواقف نفسه في حياته ولذريته بعد مماته<sup>(٢٦٨)</sup>.

وعلى ذلك فإن الوقف يكون على نوعين، هما: الوقف الخيري والوقف الذري، فالخيري هو ما يوقف لجهة بر أو أي جهة خيرية سواء عند الإنشاء أو عند المال ورصد منفعته لهذه الجهات الخيرية سواء كانت للفقراء وذوي الاحتياجات الخاصة أم مسجد أم مشفى، أي إنه يجب أن يخصص لمنفعة بر، أما النوع الثاني فهو الوقف الذري الذي يقصد به وقف المنفعة لحساب صاحبها أو لحساب ذريته أو كليهما معا أو مع شخص آخر يشاركهم فيه حتى وإن تم تحديد ماله على جهة خيرية كان يقفه ابتداء لنفسه وأولاده ويذكر انتهاء إلى جهة خيرية<sup>(٢٦٩)</sup>.

أما أهمية الوقف فتأتي من الفائدة الاجتماعية التي يحققها هذا النظام، فيمكن من خلالها حفظ الثروة وبقاؤها وذلك بمنع بيعها أو رهنها وبقاء العين الموقوفة سليمة من الاندثار ومتجددة ولذلك أهمية في عمارة الدولة، وأيضا قد يكون أحد أولاد الواقف مبدراً وسفيها فالوقف خير طريقة لحفظ هذه الأموال وما تعود به هذه الأوقاف من موارد على البلاد سواء كانت أوقاف خيرية أو ذرية مالها خيرية<sup>(٢٧٠)</sup>.

أما فيما يخص مشروعية الوقف وحكمه فهو مشروع عند أصحاب العلم وأقروا بمشروعيته وأنه مستحب عند عدد من جمهور العلماء<sup>(٢٧١)</sup>.

ولأهمية نظام الوقف فقد اخصه المشرع العراقي بتنظيم خاص هو قانون إدارة الأوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل وما يهمننا من هذا القانون الجانب الذي يرتبط بموضوع التعويض العقابي وهي المادة الثانية عشر من هذا القانون في فقرتها الثانية التي جاء فيها "يضمن المتجاوز ضعف أجر المثل من تاريخ التجاوز ولغاية رفع التجاوز الذي يتم على نفقته مع ضعف قيمة الإضرار عن هذا التجاوز".

يضمن الشخص الذي تجوز على المال الموقوف فهو يعتبر غاصب<sup>(٢٧٢)</sup>، حيث يضمن بدل هذا التعدي سواء تم استرداده إذا كان قائماً أو هلك وهو تحت يده ولا فرق بهلاك العين بتعدي منه أو بدون تعدي وذلك

<sup>(٢٦٧)</sup> جاءت أحكام الوقف غير مفصلة في شرع من قبلنا أي أنها نظام قديم وجد قبل الشريعة الإسلامية التي نظمتها وجعلته متوافقاً مع نظام الميراث. ينظر في ذلك: د. أحمد فراج حسين، د. محمد كمال الدين امام، نظام الارث والوصايا والاوقاف في الفقه الاسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٢، ص ١٤٤.

<sup>(٢٦٨)</sup> حسين علي، أحكام الاوقاف، ط ٣، مطبعة المعارف، بغداد، بلا سنة طبع، ص ١٤-١٧.

<sup>(٢٦٩)</sup> منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف (دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون)، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٥٤-٥٦.

<sup>(٢٧٠)</sup> د. أحمد فراج حسين، د. محمد كمال الدين امام، المصدر نفسه، ص ١٤٦-١٤٧.

<sup>(٢٧١)</sup> ينظر المغني لابن قدامه المقدسي، مكتبة القاهرة، مصر، ١٩٦٨، ج ٦، مشار اليه في: منذر عبد الكريم القضاة، المصدر نفسه، ص ٤٧.

لأن يد الغاصب هي يد ضمان، وعلى ذلك يلتزم الغاصب برد المال المغصوب دون أن يغيره أو ينقص منه، وإذا طرأ على قيمة ذلك المال المغصوب نقصان بفعل الغاصب فإنه يضمن نقصان هذه القيمة وعلى سبيل المثال لو هدم أحدهم جزءاً من الدار التي غصبها بسبب سكناه فيها وطرأ عليها نقصان فإنه يضمن قيمة هذا النقص (٢٧٣).

والحقيقة إن ما أورده المشرع العراقي يمثل خروجاً عن أحكام الوقف في الفقه الاسلامي، الذي ذهب إلى أن المال المغصوب عند استرداده لا يخرج عن ثلاث حالات فهو إما يكون على حاله وقت الغصب أو قد تكون قيمته نقصت أو تكون هذه القيمة قد ازدادت، ففي الحالة الأولى أي إن المال المغصوب بقي على حاله فلا يتحمل الغاصب في هذه الحالة زيادة على أجر المثل، فهو لا يلزم إلا برد أجر مثل المال المغصوب خلال مدة الغصب (٢٧٤).

أما الحالة الثانية أي حدث نقص في الشيء المغصوب فنكون أمام أمرين وهو أما أن الغاصب يستطيع إعادة الحال إلى ما كانت عليه وقت الغصب كقيامه بإعادة بناء الجزء الذي تهدم من العقار الذي غصبه، وقد لا تكون هناك إمكانية لإعادة الحال إلى ما كانت عليه وقت الغصب كان يكون شجر قام الغاصب باقتلاعه ففي هذه الحالة يضمن قيمته فقط (٢٧٥).

أما إذا حصلت زيادة في المال المغصوب عن وقت الغصب فإن هذه الزيادة إما أن تكون من مال الوقف في هذه الحالة تؤخذ هذه الزيادة لمصلحة الوقف، ولكن إذا كانت الزيادة من مال الغاصب نفسه ففي هذه الحالة تطبق الطريقة الأكثر نفعاً لجهة الوقف فإذا وجد أن أخذ هذه الزيادة لا يضر بالمال الموقوف عندئذ يكلف الغاصب بأخذ هذه الزيادة، أما إذا كان أخذ هذه الزيادة يؤدي إلى الاضرار بالمال المغصوب فلا تراعى في هذه الحالة مصلحة الغاصب ويمكن أن يدفع في هذه الحالة إلى الغاصب أقل القيم الثلاث أي أقل قيمتها مستحقة القلع ومستحقة البقاء أو مقلوعة ومهدومة بالفعل، ما إذا كانت الزيادة التي أضافها الغاصب لا يمكن أخذها من المال المغصوب كان يقوم بحراثة الارض المغصوبة مثلاً ففي هذه الحالة لا ترد له قيمة هذه الزيادة وذلك لأنه متعد وغاصب فليس له أخذ شيء مما أجراه (٢٧٦).

أما إذا هلك العين المغصوبة في يد الغاصب سواء أتلّفها هو أم تلفت بنفسها أم بقوة قاهرة؟ يجب في هذه الحالة ضمان المثل باتفاق الفقهاء إذا كان مثلياً أي يوجد له مثل في الأسواق وعلى سبيل المثال ما يباع كيلاً ووزناً وعدداً، وقيّمته إذا كان من القيميات أي ليس له مثل في الأسواق وتعذر رد مثله.

---

(٢٧٢) الغصب هو الاستيلاء على حق الغير عدواناً أو هو اخذ مال متقوم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده أو هو اخذ مال الغير تعدياً بلا حراية، ينظر في ذلك جمعة عبدالله رباح، احكام الغصب وصوره المعاصرة في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية، غزة، ٢٠١٠، ص ٣-٦.

(٢٧٣) جمعة عبدالله رباح، المصدر نفسه، ص ١٤-١٧.

(٢٧٤) محمد زيد الانباني، كتاب مباحث الوقف، ط ٢، مطبعة علي سكر احمد، مصر، ١٩١١، ص ١١٧.

(٢٧٥) محمد زيد الانباني، المصدر نفسه، ص ١١٧-١١٩.

(٢٧٦) محمد زيد الانباني، المصدر السابق، ص ١١٩.

وليس للغاصب أن يتصرف في المال المغصوب باعتباره ليس مالكا للعين المغصوبة وقدرته على التسليم وتصرفاته بالمال المغصوب مردودة ولا تعتبر صحيحة وليس له أن يجري عليها الرهن أو الكفالة، على أنه إذا كان المال المغصوب قابلاً للتلف فله أن يتصرف به للمحافظة على قيمته، أما إذا تحول وصف المال المغصوب كأن كان عند الغصب قمحا وحوله الغاصب دقيقاً فله في هذه الحالة تملكه على أن يدفع قيمته للمغصوب منه<sup>(٢٧٧)</sup>.

وعلى ذلك يتبين أن الفقهاء في حال التجاوز على أموال الوقف فإنهم يضمنون أجرة مثل هذا الوقف إلا أن موقف الشرع العراقي أكثر تشدداً فهو يضمن ضعف أجرة المثل وفي ذلك عقوبة لمن يتجاوز على المال الموقوف، وأسبغ المشرع العراقي لجانب العقوبة في هذا التعويض كان لأهمية وخصوصية المال المغصوب لكونه مالا متعلقاً بالوقف، فقد ذهبت محكمة التمييز في حكم لها إلى "إن المدعى عليه كان قد تجاوز على جزء من العقار

للمدعي فتقرر الحكم عليه بأجر المثل. ولأن العقار مسجل وقفاً في دائرة الوقف الشيعي وأن المدعى عليه قد سكن في هذا العقار تجاوزاً دون وجه حق، فقد تم الحكم عليه بضعف مبلغ أجر المثل عن المساحة المتجاوز عليها وفق ما نصت عليه المادة ١٢ من قانون إدارة الأوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦١ المعدل"<sup>(٢٧٨)</sup>، وعلى ذلك فالمبدأ الذي خرجت به المحكمة عن هذا القرار هو أنه إذا كان العقار المغصوب من العقارات الموقوفة فإن أجر المثل عن فترة الغصب يكون مضاعفاً.

بالإضافة إلى ذلك فإن قانون إدارة الأوقاف جعل قضايا الوقف من الدعاوى التي تنتظر على وجه السرعة وذلك في الفقرة الرابعة منها فنص على أن "تنتظر المحكمة في الدعوى المقامة على المتجاوز بصورة مستعجلة"، وذلك لأن عدم مراعاة حقوق الوقف ومصلحته سيلحق به ضرراً كبيراً وبغرضه الخيري الذي يهدف إلى البر والنفع العام<sup>(٢٧٩)</sup>، ولذلك جعلت دعاوى الوقف من الدعاوى المستعجلة.

وعلى هذا الأساس عمل المشرع العراقي على حماية هذه الأموال فجعلها من النظام العام فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على "ويعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف بالوقف وفي العقار والتصرف في المال المحجور ومال الوقف....".

(٢٧٧) جمعة عبدالله رباح، المصدر السابق، ص ٢٣-٢٩

(٢٧٨) القرار المرقم ٧٦٨ /محكمة بداءة الناصرية/ ١١/٨/٢٠٠٨، غير منشور، وجاء رأي محكمة التمييز متوافقاً مع رأي محكمة بداءة الناصرية بالعدد ٢٦٢٢/الهيئة المدنية/عقار ٢٠٠٨، غير منشور، وينظر في نفس المعنى القرار المرقم ٧٦٧/بداءة الناصرية/في ١١/٨/٢٠٠٨، غير منشور

(٢٧٩) ينظر المادة الأولى من قانون إدارة الأوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل في الفقرة الثامنة التي جاء فيها (المؤسسات الخيرية والدينية هي.... وغيرها من المؤسسات التي ينشأها الواقفون أو التي أنشأها ديوان الأوقاف والأشخاص الآخرون وتهدف إلى البر والنفع العام)

لكل هذه الأهمية التي تحتلها أموال الوقف على اعتبار الغرض الذي تهدف إليه هذه الأموال فقد تشدد المشرع في تضمين المتجاوز ضعف أجر المثل<sup>(٢٨٠)</sup>، فضلاً عن أن أموال الوقف هي في حكم الله وهي أعلى درجة من أموال الدولة، كما جاء في قرار محكمة التمييز من أن "التجاوز على العقار الموقوف يعد غصباً ويضمن المتجاوز ضعف أجر المثل من تاريخ التجاوز ولغاية رفع التجاوز الذي يتم على نفقته مع ضعف الأضرار الناجمة من التجاوز"<sup>(٢٨١)</sup>.

من كل ماتقدم يمكن أن نتبين موقف المشرع العراقي فيما يخص التعويض العقابي في قانون إدارة الأوقاف فهو جعل أجره مثل التجاوز على أموال الوقف مضاعفة، وفي جانب آخر جعل دعوى التجاوز على أموال الوقف من الدعاوى المستعجلة، وأيضاً جعل التعويض عن الأضرار التي يحدثها التجاوز في مال الوقف مضاعفاً وحسناً فعل المشرع العراقي بتشدده فيما يخص أموال الوقف لخصوصية هذه الأموال بجعله التعويض عليه يحمل طابعاً عقابياً داخلاً ضمن نطاق فكرة التعويض العقابي بالرغم من أن موقف الفقهاء من التجاوز على أموال الوقف كان أكثر تسامحاً.

### المطلب الثالث

#### مواطن التعويض العقابي في قانون النقل

النقل عقد بين شخصين على نقل أشياء أو أشخاص من مكان إلى مكان آخر بواسطة نقل معينة يتم الاتفاق عليها ويكون ذلك بمقابل أجر معين يحدده الطرفان، أو هو عقد نقل الأشياء أو الأشخاص بواسطة السيارة أو الطائرة أو السكك الحديدية أو السفن<sup>(٢٨٢)</sup>.

وللنقل أهمية كبيرة خصوصاً بعد التوسع السكاني وزيادة الانتاج فظهرت الحاجة الملحة للنقل سواء البري منه بواسطة السيارات والسكك الحديدية أو الجوي بواسطة الطائرات أو المائي بواسطة السفن، فالنقل اليوم يشكل أهمية اقتصادية كبيرة ومصدراً للدخل القومي في الدول وأيضاً في تشغيل الأيدي العاملة<sup>(٢٨٣)</sup>، بالإضافة إلى أنه وسيلة الإنسان في تلبية حاجات العمل والسياحة وبواسطته تنتقل المستحدثات من مكان إلى آخر وبذلك تتقدم الأمم<sup>(٢٨٤)</sup>.

(٢٨٠) جاء في الأسباب الموجبة لقانون التعديل الثامن لقانون إدارة الأوقاف العراقي النافذ ( لغرض الحفاظ على حقوق الوقف من تصرفات بعض المتجاوزين على عقارات الوقف وللمحد من المخالفات والتجاوزات عليها ولتشديد العقوبات عليهم)  
(٢٨١) القرار التمييزي المرقم ١٦٣٨/الهيئة المدنية|عقار|٢٠١١|محكمة بداءة الموصل، غير منشور.

(٢٨٢) د. حسن علي يونس، عقد النقل، دار الفكر العربي، مصر، بلا سنة طبع، ص ٣.

(٢٨٣) د. روجي لطفي الشريف، مبادئ النقل البري (طرق وسكك) والبحري والجوي، بلا مطبعة، عمان، ١٩٩٧، ص ١٤.

(٢٨٤) د. عيسى غسان ربضي، مسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الضرر الواقع على الاشخاص وامتعهم، ط ١، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ٢٠٠٨، ص ٢.

ويتميز عقد النقل بعدد من الخصائص أولها أنه من عقود المعاوضات فهو عقد لا يتم بلا مقابل فالناقل يحصل على أجر بدل عمله في مقابل أن يقوم بتوصيل البضائع والأشخاص إلى المكان المتفق عليه وإذا تم بلا أجره لانكون عندها أمام عقد نقل وإنما عقد تبرع، أما مقدار الأجرة التي يحصل عليها الناقل فإنه لا يشترط فيها أن تكون بمقدار قيمة الخدمة التي قام بتأديتها على أن لا تكون ثمنًا تافهاً أو صورياً وإلا كان العقد في هذه الحالة مجانياً وبلا مقابل فالأجر التافه والصوري بحكم المعدم، ولكن يمكن أن يكون الأجر أقل من الخدمة التي قام بها الناقل فلا يمنع ذلك من وجود عقد النقل<sup>(٢٨٥)</sup>.

وأيضاً عقد النقل من العقود الملزمة للجانبين حيث يلتزم فيه المرسل بدفع الأجرة إلى الناقل الذي يلتزم بدوره بإيصال الشخص أو البضاعة إلى المكان المتفق عليه، وينبني على ذلك أنه إذا أخل أحد الطرفين بالتزامه سواء الناقل أو المرسل أو المرسل إليه فإن الطرف الآخر يتحلل من التزامه وله أن يطلب فسخ العقد على أن للطرف الذي تضرر من جراء هذا الإخلال أن يطالب بتعويض عن الضرر الذي لحق به<sup>(٢٨٦)</sup>.

وأهم خصيصة لعقد النقل أنه عقد تجاري حيث نص المشرع العراقي في المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل في فقرته التاسعة على "تعتبر الاعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح ويفترض فيها هذا القصد مالم يثبت العكس...تاسعاً: نقل الأشياء والأشخاص"، حيث يعد النقل عملاً تجارياً يمارسه الناقل سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً كالشركات، وسواء كان من أشخاص القانون الخاص أم من أشخاص القانون العام كالدول مثلاً التي تتولى النقل بالسكك الحديدية فهي تنزل منزلة الأفراد وتعامل وفق القانون الخاص باعتبارها ناقل بغض النظر عن كونها دولاً، إلا أن بعض الأحكام لا تجري بحقها باعتبارها تاجر، فعلى سبيل المثال الإفلاس لا يجري بحق الدولة وأيضاً هي لا يمكن أن تقوم ببعض الأعمال التي يقوم بها التاجر لمقتضيات المصلحة العامة فلا يمكن أن نفرض عليها الأحكام والواجبات نفسها التي تفرض على التاجر هذا بالنسبة للناقل<sup>(٢٨٧)</sup>.

أما الراكب أو المرسل إليه فإن عمله يعتبر مدنياً، وإن الفصل في كون العمل تجارياً أم مدنياً له أهمية من حيث معرفة النظام القانوني الذي يجب أن يطبق هل هو القانون المدني أم القانون التجاري؟<sup>(٢٨٨)</sup>.

وعقد النقل إما أن يكون عقد نقل أشياء أو عقد نقل أشخاص، ففي عقد نقل الأشياء ينقذ العقد بين شخص الناقل والمرسل إلا أن آثار هذا العقد تنصرف إلى شخص ثالث يسمى المرسل إليه، فيلتزم المرسل بتسليم الشيء محل النقل وكافة البيانات الخاصة به وإعداد الشيء للنقل وإخطار الناقل باستعدادات النقل متى كان ذلك مطلباً ودفع الأجرة إذ لم تكن من التزامات المرسل إليه، أما الناقل فيلتزم بتسليم الشيء وشحنه ونقله والمحافظة

(٢٨٥) د. عزيز العكلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج ١، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠٠٨، ص ٢٩٥-٢٩٦.

(٢٨٦) خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، ط ٣، داروائل للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠١٢، ص ١١٣.

(٢٨٧) د. أكرم ياملي، العقود التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٠ (عقد النقل)، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢، ص ٨-١٧.

(٢٨٨) مصطفى رضوان، مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري، ج ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٢، ص ٣٤٩.

عليه وتفرغته وتسليمه إلى المرسل إليه الذي يلتزم بتسليم الشيء محل النقل ودفع أجرة النقل إذا كان دفع الأجرة يقع على عاتقه<sup>(٢٨٩)</sup>.

أما عقد نقل الأشخاص فإنه يتم بين الراكب والناقل أي إن أشخاصه اثنان وفي هذا يختلف عن عقد نقل الأشياء الذي يحوي على ثلاثة أشخاص، ويلتزم الراكب بأداء أجرة النقل واتباع تعليمات الناقل الذي يلتزم بدوره بنقل الراكب إلى المكان المتفق عليه هو وامتنعته والمحافظة على سلامته خلال عملية النقل<sup>(٢٩٠)</sup>.

وقد اختلف الرأي حول طبيعة عقد النقل فذهب البعض إلى أنه عقد وديعة وعلى الرغم من التشابه بين العقدين من حيث تسليم الشيء إلى الناقل والالتزام بالمحافظة عليه إلى حين تسليمه إلى المرسل إليه، إلا أنه لا يمكن التسليم بذلك لأن عقد الوديعة يهدف إلى حراسة الشيء في حين أن غاية عقد النقل هي نقل الشيء من مكان إلى آخر، وذهب رأي آخر إلى أن عقد النقل إما أن يكون عقد إجارة أشخاص أو عقد إجارة أشياء ولا يمكن التسليم بهذا الرأي أيضا لأن عقد النقل لا يتضمن فقط تأجير واسطة النقل بل تغيير محل الشيء، بالإضافة إلى أن واسطة النقل تكون خاضعة للناقل نفسه وليست تابعة إلى المرسل أو المرسل إليه، وفي إجارة الأشخاص لا يمكن أن نقول إن الناقل يكون تابعا لمصلحة الراكب لأنه يقوم بعمله بحسب العقد ولا توجد أية تبعية<sup>(٢٩١)</sup> والرأي الراجح حول طبيعة عقد النقل إنه من طبيعة عقد المقاولة لأن الناقل يدير عملية النقل بواسطة أداة النقل التي تكون خاضعة له<sup>(٢٩٢)</sup>.

أما من حيث ارتباط موضوع التعويض العقابي بعقد النقل الذي نظمته المشرع في قانون خاص فيتجلى ذلك واضحا من حيث الجزاء الذي فرضه المشرع على الذي يخل بدفع أجرة النقل، حيث نصت المادة الثامنة عشر من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ بفقرتها الثانية على أنه "إذا استقل الراكب واسطة النقل دون دفع الأجرة أو تهرب من دفعها إذا كانت مستحقة الدفع أثناء النقل فيلزم بدفع الأجرة مضاعفة على أن لا تقل عن خمسة دنانير".

يعد الالتزام بدفع الأجرة من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الراكب وقد يقوم بدفعها قبل القيام بعملية النقل، ولكن قد يتأخر الوفاء بها إلى حين اتمام عملية النقل، وإن تحديد الأجرة يتم بالاتفاق بين الناقل والراكب في عقد النقل، والأغلب أن تحديد هذه الأجرة يكون من قبل الناقل لأنه هو الذي يكون أكثر معرفة وتقديرا لها، على أن هذه الأجرة في بعض الأحيان تدفع مقدمة وهذه الطريقة غالبا ماتشيع من قبل شركات النقل حيث تدفع الأجرة قبل القيام بعملية النقل من أجل الحصول على تذكرة النقل، وفي بعض الأحيان تكون أجرة النقل بشكل تعريفية تعلن للكافة من قبل الناقل ولا تقبل فيها المناقشة وهي الطريقة المتبعة من قبل شركات النقل<sup>(٢٩٣)</sup>.

(٢٨٩) كامل السامرائي، القوانين الخاصة بالتجارة البرية والبحرية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٧، ص ٩٦-١٠٦.

(٢٩٠) خالد ابراهيم التلاحمة، المصدر السابق، ص ١١٩.

(٢٩١) د. حسن علي يونس، المصدر السابق، ص ٤.

(٢٩٢) د. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، ج ١، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٧١، ص ٧٣.

(٢٩٣) د. عزيز العكيلي، المصدر السابق، ص ٣٣٤-٣٣٥.

وإن الناقل يكون مستحقاً لأجرة النقل ولو لم يحضر الراكب في الموعد المعين، على أن الراكب لا يلزم بدفع الأجرة إذا حال دون النقل قوة قاهرة أو منع منه خطر يهدد الأرواح قبل القيام بعملية النقل، ولكن إذا حدث بعد المباشرة بعملية النقل إن تعطلت واسطة النقل ففي هذه الحالة يتحمل الناقل أجرة إيصال الراكب إلى المكان المتفق عليه أو الانتظار إلى حين عودة حركة النقل وإتمام دون أن يتحمل الناقل أية مصاريف إضافية، هذا في حال كون التعطل راجعاً إلى الناقل أو إلى واسطة النقل نفسها<sup>(٢٩٤)</sup>.

على أن الراكب لا يلتزم بدفع الأجرة إلى الناقل إذا عدل عن النقل وقام بأخطار الناقل بذلك قبل فترة معينة قبل هذا العدول<sup>(٢٩٥)</sup>، إما إذا عدل عن النقل بعد مباشرة فتستحق عليه الأجرة في هذه الحالة، وإن له أن يتنازل عن تذكرة النقل قبل المباشرة بعملية النقل إذا كانت شخصية من قطعت له التذكرة محل اعتبار كان تكون قطعت لموظف أو مجموعة من الطلبة<sup>(٢٩٦)</sup>.

ولكن قد يحدث أن يستقل الراكب واسطة النقل ولم يقد بقطع تذكرة قبل ذلك أو استقل واسطة النقل وامتنع عن دفع الأجرة، فإن المشرع جعل عقوبة ذلك دفع قيمة الأجرة مضاعفة وذلك لأن لدفع الأجرة في عقد النقل أهمية كبيرة فهو يقوم عليه، فجعل المشرع على عاتق المخل بهذا الالتزام ليس دفع الأجرة فقط إنما فرض دفعها مضاعفة ولعل في ذلك جانب من العقوبة كما هو واضح وذلك ما يعتبر من صميم موضوع التعويض العقابي في أن المشرع لا يتوخى من المسؤولية جانب الضرر فقط بل يجعل لجانب العقوبة قيمة في فرض التعويض.

وتجدر بالإشارة هنا إلى أن هذه الأجرة المضاعفة ليست غرامة جزائية، فعندما تستحق المؤسسة الحكومية التي تقوم بنشاط النقل الأجرة المضاعفة فإنها تستحقها باعتبارها دائناً عادياً وليست سلطة عامة كما هو الحال في الغرامات الجزائية، وذلك بحكم نص المادة الرابعة من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل "أولاً- يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع العام والمختلط والخاص".

أما فيما يخص النقل الجوي فقد نص المشرع العراقي في المادة ١٤٦ من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ على "تطبق على نقل الشخص والشيء والامتعة بطريق الجو حتى لو كان النقل داخلياً أحكام اتفاقية توحيد قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في وارشو بتاريخ ١٢ تشرين الأول في ١٩٢٩ والاتفاقيات الملحقة بها والمعدلة لها والمصادق عليها بالقوانين ١٠٧، ١٠٦، ١٠٥ لسنة ١٩٧٣ أو أية اتفاقية تحل محلها ويصادق عليها القانون"، من هذه المادة يتبين أن المشرع العراقي قد أحال فيما يخص النقل الجوي على اتفاقية توحيد بعض أحكام النقل الجوي المعروفة بوارشو، وأنه وفقاً لهذه المعاهدة، ليس للناقل الجوي أن يشترط إعفائه من

(٢٩٤) د. فوزي محمد سامي، د. محمد فواز المطالقة، شرح القانون التجاري (مصادر القانون التجاري- الأعمال التجارية- العقود التجارية)، ج ١، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠٠٩، ص ٢٤٣-٢٤٤.

(٢٩٥) نصت المادة ٢٠ من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ على "أولاً إذا عدل الراكب عن النقل قبل مباشرته فعليه أن يخطر الناقل بعدوله قبل مدة لا تقل عن ٢٤ ساعة من الموعد المعين لتنفيذ النقل وعند الضرورة القصوى يجوز أخطار الناقل في اليوم المذكور وفي هاتين الحالتين لا يستحق الناقل أجرة النقل".

(٢٩٦) د. عزيز العكيلي، المصدر السابق، ص ٣٣٤-٣٣٥.

المسؤولية كلياً وليس له أن يقلل من الحد الأدنى الذي حددته اتفاقية وارشو، وإن الناقل الجوي يحرم من تحديد المسؤولية في عدد من الحالات وواحدة منها هي ارتكابه الغش والخطأ الجسيم منه أو من أحد تابعيه<sup>(٢٩٧)</sup>.

وهكذا نلاحظ أن المشرع وفقاً لاتفاقية وارسو أخذ بجسامة الخطأ كسبب لحرمان الناقل من تحديد المسؤولية وكان المشرع يهدف هنا لمعاقبة لناقل الذي ترتكب خطأً جسيماً فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز من أنه "يسأل الناقل الجوي استناداً لأحكام المادة ٢٥ من اتفاقية وارسو (المعدلة) بتعويض مقداره (٢٥٠) فرنك فرنسي من الذهب عن كل كيلو غرام من وزن البضاعة المفقودة، وتستفسر المحكمة من البنك المركزي عما يقابل قيمة الفرنك بالعملة العراقية"<sup>(٢٩٨)</sup>.

وهكذا في حال ارتكاب الناقل للغش والخطأ الجسيم فإنه يحرم من تحديد المسؤولية عقوبة له عن خطئه غير العادي وهذا يعني إعمال الوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية إلى جانب الوظيفة التعويضية، ومما لا شك كل المواد السابقة التي احتوت على الجانب العقابي بالإضافة لتعويض الضرر عن المسؤولية المدنية إن دلت على شيء فإنها تدل على إقرار المشرع والقضاء العراقي بفكرة التعويض العقابي تشريعاً وقضاء وإن لم ينص على التسمية الصريحة لهذه الفكرة.

## الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث في فكرة التعويض العقابي وأثرها في المسؤولية المدنية، خلصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات، نعرض لأهمها في الفقرتين الآتيتين.

### أولاً: النتائج

- ١- التعويض العقابي هو تعويض مستقل عن التعويض الأساسي للضرر المادي، يفرض على المدعى عليه بسبب دوافعه الخبيثة أو إهماله، والتي تؤدي إلى جرح الآخرين وبوضوح، أو الاستخفاف بحقوقهم أو كان الغرض من الفعل الضار جني ربح يفوق العناصر التقليدية في التعويض، على فرض إقرار مسؤولية مرتكب الفعل الضار.
- ٢- اختلف الفقه حول طبيعة التعويض العقابي، فذهب جانب كبير منهم إلى أن التعويض العقابي من طبيعة جابرة لأنهم يعتبرون مسألة إدخال عناصر عقابية في التعويض أمر شاذ وغير جائز، إلا أننا نرى أن هذا التعويض هو تعويض مدني ذو صبغة عقابية يتكامل مع التعويض الجابر العادي للوصول إلى تعويض عادل للمضرور.

<sup>(٢٩٧)</sup> ينظر في ذلك المادة ٢٥ من اتفاقية توحيد بعض أحكام النقل الجوي (وارشو)

<sup>(٢٩٨)</sup> ينظر القرار رقم ١١٦/موسعة أولى\ في ١٩٨٧\١١\٢٩، إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم القانون المدني والقوانين الخاصة)، ج ١٠، ص ١٠١. وينظر كذلك القرار المرقم ٢٨/هيئة عامة ١٩٨١، مشار إليه في: إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، ج ٧، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٢، ص ٨٩.

٣- يعتبر التعويض العقابي استثناء على مبدأ التعويض الكامل فهو لا يعتد بمقدار الضرر كما هي الحال في التعويض الكامل بما يتناسب مع الخسارة اللاحقة والكسب الفائت, إلا أنه يقيم اعتباراً ووزن للقدرة المالية ومدى جسامة الخطأ المرتكب أو الربح المالي العائد على المسؤول والتي لا يعيرها مبدأ التعويض الكامل أهمية في التقدير.

٤- فكرة التعويض العقابي ليست مستحدثة وجديدة فهي تعود بجذورها إلى الشرائع القديمة وأوضح ظهور لها في شريعة حمورابي, كذلك هي تمتد بجذورها إلى القانون الروماني, إلا أنها ليست بالشكل الذي عليه الآن من التطور.

٥- تعتبر الشريعة العامة في القانون الانكليزي أصل الصورة الحديثة للتعويض العقابي ومنه انتقلت إلى بقية قوانين الدول وما ساعد على بلورة هذا الموضوع ونضوجه في القانون الانكليزي هو المرونة التي يتمتع بها القضاء الانكليزي لكونه قضاء إنشائي وللقاضي تلك المساحة من الحرية التي تسمح له بان يبتدع قواعد قانونية جديدة متلائمة مع تطور المجتمع وأكثر تحقيقاً للعدالة.

٦- ازدواج وظيفة المسؤولية المدنية بإدخال فكرة التعويض العقابي, فتكون بذلك لها وظيفة إصلاحية لجبر الضرر وتعويض المدعي عن الخسارة اللاحقة والكسب الفائت, ووظيفة عقابية لمعاقبة مرتكب الفعل الضار وردع غيره عن ارتكاب نفس الفعل في المستقبل, كل ذلك للتوصل إلى زيادة فاعلية قواعد المسؤولية المدنية.

٧- فكرة التعويض العقابي تعيد إلى ركن الخطأ مكانته المتميزة بعد أن هجرت التشريعات المدنية النظرية القديمة في تدرج الخطأ, والتي تؤثر مباشرة في موضوع التعويض العقابي, فنحن لا يمكن أن نغفل ما لتدرج الخطأ من أهمية في التوصل لعدالة تعويضية كاملة, ولا يمنع من إحياء دور الخطأ في موضوع التعويض العقابي مجرد التمسك بالتقسيم التقليدي بين المسؤوليتين المدنية والجنائية, ففي الوقت الذي لا ننكر فيه ما لهذا التقسيم من مزايا وأهمية ولكونه يمثل مرحلة طويلة ومتطورة من التقدم القانوني, إلا أنه في نفس الوقت إذا كان التقريب بعض الشيء بين المسؤوليتين في موضوع التعويض العقابي حصراً بنتيجته التوصل لتحقيق تعويض عادل ومتكامل فما الضير من هذا التقريب, فالقانون غايته تحقيق الفائدة للمجتمع بالدرجة الأساس وليس مجرد التمسك بالنظرية.

٨- أوضح مجال يلعب فيه التعويض العقابي دوراً الخطأ المربح ومسؤولية المنتج وانتهاكات الحق في الخصوصية, التي كانت المبعث لاغتنام فكرة التعويض العقابي في التشريعات, كونها مجالات لا يمكن للتعويض العادل إن يتوصل فيها إلى تحقيق العدالة.

٩- اختلف الفقه حول إمكانية التأمين من التعويض العقابي, ومدى فائدة ومساوئ التأمين في الفكرة موضوع البحث, فكانت واحدة من المشكلات التي يثيرها التعويض العقابي, وذهبنا مع الرأي الذي قال بعدم إمكانية التأمين من التعويض العقابي لان التأمين يذهب من حقيقة وروح فكرة التعويض العقابي, فما دامت شركة التأمين هي من سيدفع هذا التعويض فلا يشكل التعويض العقابي بعد ذلك بالنسبة للمدعى عليه أي أهمية ولن يكون وسيلة ردع أو عقاب.

١٠- اختلفت التشريعات من حيث المعايير التي تسترشد بها المحكمة في تقدير التعويض العقابي, فاتبع بعضها معيار مضاعفة التعويض, وأسس البعض الآخر تقدير هذا التعويض على أساس مقدار الربح العائد على المدعى عليه, ومن ملاحظة تطبيقات هذا التعويض في القانون العراقي نلاحظ إنه اعتمد معيار مضاعفة التعويض.

١١- اختلف الفقه حول وضع حد أقصى لهذا النوع من التعويضات, فذهب بعضهم إلى ضرورة وضع حد أقصى لهذا النوع من التعويض وضرورة وجود مراجعات قضائية ونسب رياضية تفرض على أساسها هذه التعويضات, واتجاه معارض لذلك في أن وضع حد أعلى للتعويض العقابي ينسف الفكرة محل البحث من أساسها ويذهب بأهميتها والغرض المرجو منها, وقد رجّحنا الرأي الأخير.

- ١٢- إن أوضح تطبيق لفكرة التعويض العقابي في الدول التي لم تأخذ بها صراحة هي الشروط الجزائية حينما يكون الغرض منها امتثالاً، سواء أكان لحمل المتعاقدين لأبرام عقد أو لحمل المتعاقد على تنفيذ عقد كان قد أبرم، أي سواء في التعهد بنقل ملكية عقار أو سيارة، أو في الغرامات التأخيرية في نطاق العقود الحكومية كونها شروطاً جزائية تحمل طابعاً خاصاً وهي امتثالية أيضاً.
- ١٣- اختلف الفقه حول أساس الشروط الجزائية الامتثالية، من خلال محاولتهم تأسيس المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، فتعددت الآراء وكان الأرجح من بينها وهو ما ذهبنا معه من رأي للأستاذ شاكراً ناصر حيدر في أن التعهد خارج دائرة التسجيل العقاري باطل والشرط الوارد فيه صحيح ويلزم الطرف المخل بالتعويض، ونرى في ذلك ما هو إلا استثناء من الأصل الذي يقتضي بطلان الشرط الجزائي لأنه تابع يبطل ببطلان العقد الأصلي، وأورده المشرع متبعاً مسلك القضاء المحمود في هذا الخصوص لأجل حمل المتعاقدين إلى الامتثال لأبرام عقودهم.
- ١٤- أخذ القانون العراقي بفكرة التعويض العقابي في مواطن عدة منه، بإدراجها في قوانينه الخاصة، إلا أنه لم يطلق عليه تسمية التعويض العقابي لأن هذه التسمية غير متبلورة وواضحة لدى المشرع بعد.
- ١٥- أهم تطبيقات التعويض العقابي في القانون العراقي أوردها المشرع في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، وقانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥، وقانون التضمين رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥، وقانون إدارة الاوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦١ المعدل، وقانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣، على أنها أمثلة فهذه التطبيقات ليست هي الوحيدة في القانون العراقي.

## ثانياً: التوصيات

- ١- نوصي المشرع العراقي، بإدراج تسمية التعويض العقابي لتطبيقات الفكرة التي أوردها في تشريعاته، من أجل الاستفادة من مزايا هذا الموضوع، فإدخاله تسمية التعويض العقابي يمكن للموضوع أن يتبلور أكثر في ذهن الأشخاص المخولين بتطبيق القانون، ومن ثم الوصول إلى تعويضات أكثر عدالة هذا جانب، ومن جانب آخر إعطاء قضائنا العراقي الموقر المرونة للموازنة بين درجة جسامه خطأ المسؤول والتعويض الممنوح للمضروب.
- ٢- نقترح على المشرع المدني، إضافة فقرة ثالثة إلى المادة ٢٠٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل كالآتي: "٣- ويجوز الحكم على المدين إضافة للتعويض المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة، إذا كان سلوك المدين متعمداً أو مقترناً بخطأ جسيم، بتعويض إضافي تراعي فيه كافة الظروف التي تجعل منه عقاباً له وردعاً له ولغيره من إتيان نفس السلوك، ولا يجوز الحكم بهذا التعويض الإضافي في حالة وفاة المسؤول، ولا تمنع وفاة المضروب من استحقاقه".
- ٣- نوصي المشرع العراقي، بتعديل نص المادة الثانية من قانون التضمين الحالي رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥ بإعادتها إلى سابق ما كانت عليه في قانون التضمين الملغى رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦، أي بأحياء معياري الجسامة والعمدية، كشرط في مضاعفة التعويض على الموظفين الذين يتعمدون الاضرار بأموال الدولة أو يضررون بها باخطائهم الجسيمة حتى يكون ذلك وسيلة فعالة في حماية تلك الأموال.

## المراجع

اولاً: القران الكريم

ثانياً: المراجع اللغوية

- لسان العرب, ابن منظور, ج ٥, دار صادر, بيروت, ٢٠٠٤.

## المصادر باللغة العربية

### أولاً: الكتب القانونية

- ١- الاب سهيل قاشا (ترجمة محمود الامين), شريعة حمورابي, ط ١, دار الوراق للنشر, لندن, ٢٠٠٧
- ٢- ابراهيم سيد احمد, الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي, ط ١, المكتب الجامعي الحديث, الاسكندرية, ٢٠٠٣
- ٣- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل, تعويض الضرر في المسؤولية المدنية, مطبوعات جامعة الكويت, الكويت, ١٩٩٥
- ٤- د. احمد ابراهيم حسن, الاصول لرومانية لفكرة الشرط الجزائي, دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية, ٢٠٠٧
- ٥- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن, النظرية العامة للالتزامات (احكام الالتزام), منشأة المعارف, الاسكندرية, ٢٠١١
- ٦- احمد طلال عبد الحميد البدري, العقد شريعة المتعاقدين في العقود الادارية, ط ١, دار ميزوبوتاميا ودار عدنان للطباعة والنشر, بغداد, ٢٠١٣
- ٧- د. احمد عبد الكريم ابو شنب, شرح قانون العمل, ط ١, مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع, عمان, ١٩٩٩
- ٨- احمد فراج حسين, د. محمد كمال الدين امام, نظام الارث والوصايا والاقواق في الفقه الاسلامي, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت-لبنان, ٢٠٠٢
- ٩- احمد محمد خليفة, النظرية العامة للتجريم, دار المعارف, مصر, ١٩٥٩
- ١٠- احمد محمود احمد الربيعي, التحقيق الاداري في الوظيفة العامة, دار شتات للنشر والبرمجيات, مصر, ٢٠١١
- ١١- احمد محمود, العقود الادارية طبقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد والصادر بالقانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٩٨, ط ٢, منشأة المعارف, الاسكندرية, ٢٠١٣
- ١٢- أسامة ابو الحسن مجاهد, فكرة التعويض العقابي, دار النهضة العربية, مصر, ٢٠٠٣
- ١٣- اسامة سرار, شريعة حمورابي واصل التشريع في الشرق القديم, ط ٤, دار علاء الدين, دمشق, ١٩٩٣
- ١٤- السباعي محمد الفقي واخرون, مبادئ التأمين (الاصول العلمية التطبيقية), ط ١, منشورات ذات السلاسل, الكويت, ٢٠٠٠
- ١٥- السيد عيد نايل, قانون العمل الجديد, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٩-٢٠١٠
- ١٦- د. اكرم ياملكي, العقود التجارية وفقا لاحكام قانون التجارة الجديد رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٠ (عقد النقل), مطبعة العاني, بغداد, ١٩٧٢
- ١٧- اميل طوبيا بيار, الدليل الكامل في قضايا السيارات والمركبات الالية (الطارين العقدي والتقصيري- في الحراسة على الجوامد), ط ١, بلا مكان طبع, ٢٠٠٦
- ١٨- د. انور سلطان, احكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام), دار النهضة العربية للطباعة والنشر, بيروت, ١٩٧٤

- ١٩- د. انور سلطان, النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام), دار الجامعة الجديدة للنشر, الاسكندرية, ٢٠٠٥
- ٢٠- ايداد جواد محمد, تسوية منازعات العقود الحكومية, ط١, مكتبة السنهوري, بيروت, ٢٠١٥
- ٢١- د. بشار عدنان ملكاوي, معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص, دار وائل, عمان-الاردن, ٢٠٠٦
- ٢٢- بهاء بهيج شكري, التأمين في التطبيق والقانون والقضاء, ط١, دار الثقافة, عمان, ٢٠٠٦
- ٢٣- د. توفيق حسن فرج, احكام الضمان (التأمين في القانون اللبناني), الدار الجامعية, بيروت, ١٩٨٩
- ٢٤- جبرائيل البنا, دروس في القانون الروماني, ط١, مطبعة الاعتماد, بغداد, ١٩٤٩
- ٢٥- د. جعفر محمود المغربي, حسن ثامر عساف, المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول, ط١, دار الثقافة, عمان, ٢٠١٠
- ٢٦- د. حسن عبد الباسط جميعي, مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٠
- ٢٧- د. حسن عبد الرحمن قدوس, الحق في التعويض, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٨
- ٢٨- د. حسن علي الخلف, د. سلطان الشاوي, المبادئ العامة في قانون العقوبات, مطبعة الرسالة, الكويت, ١٩٨٢
- ٢٩- د. حسن علي الذنون (اصول الالتزام), مطبعة المعارف, بغداد, ١٩٧٠
- ٣٠- د. حسن علي الذنون, المبسوط في شرح القانون المدني (الرابطة السببية) دار وائل للنشر, عمان-الاردن, ٢٠٠٦
- ٣١- د. حسن علي الذنون, المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر), شركة التايمس للطباعة والنشر, بغداد, ١٩٩١
- ٣٢- د. حسن علي الذنون, المبسوط في المسؤولية المدنية (المسؤولية عن فعل الغير), دار وائل للنشر, عمان-الاردن, ٢٠٠٦
- ٣٣- حسن علي يونس, عقد النقل, دار الفكر العربي, مصر, بلا سنة طبع
- ٣٤- حسين علي, احكام الاوقاف, ط٣, مطبعة المعارف, بغداد, بلا سنة طبع
- ٣٥- خالد ابراهيم التلاحمة, الوجيز في القانون التجاري, ط٣ و دار وائل للنشر والتوزيع, عمان-الاردن, ٢٠١٢
- ٣٦- رؤوف عبيد, جرائم الاعتداء على الاموال والاشخاص, ط٨, دار الفكر العربي, مصر, ١٩٨٥
- ٣٧- روجي لطفي الشريف, مبادئ النقل البري (طرق-سكك) والبحري والجوي, بلا مطبعة, عمان, ١٩٩٧
- ٣٨- ساسي سالم الحاج, المفاهيم القانونية لحقوق الانسان عبر الزمان والمكان, ط٣, دار الكتب الوطنية الجديدة, بنغازي, ٢٠٠٤
- ٣٩- د. سعدون العامري, تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية, منشورات مركز البحوث القانونية, بغداد, ١٩٨١
- ٤٠- د. سعاد الشرقاوي, العقود الادارية, دار النهضة العربية, مصر, ٢٠٠٧
- ٤١- د. سليمان محمد الطماوي, الاسس العامة للعقود الادارية, ط٢ و دار الفكر العربي, مصر, ١٩٦٥
- ٤٢- د. سليمان مرقس, الوافي في العقود المسماة (عقد البيع وعقد الكفالة), ط٥, المجلد ٣, دار صادر للمنشورات الحقوقية, بيروت-لبنان, ١٩٩٨
- ٤٣- د. سليمان مرقس, مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعى, معهد الدراسات والبحوث العربية, مصر, ١٩٦٨
- ٤٤- د. سليمان مرقس, موجز اصول الالتزامات, مطبعة لجنة البيان العربي, القاهرة, ١٩٦١
- ٤٥- د. سليمان مرقس, نظرية العقد, دار النشر للجامعات المصرية, مصر, ١٩٥٦

- ٤٦- سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط٣، دار العلم للجميع، لبنان، ١٩٩٨.
- ٤٧- د. سوزان علي حسن، الوجيز في القانون المدني (النظرية العامة للقانون- النظرية العامة للحق- النظرية العامة للالتزام)، مطبعة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٤٨- د. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي (دراسة مقارنة مع التطبيقات القضائية لمحكمتي التمييز والنقض)، ط١، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ٢٠١٠.
- ٤٩- د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل رقم ٥ لسنة ١٩٧٠، دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦١.
- ٥٠- الاستاذ شاكرا ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، ج١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩.
- ٥١- د. شعيب احمد الحمداني، قانون حمورابي، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٥٢- د. طارق كاظم عجيل، المطول في شرح القانون المدني (آثار العقد)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.
- ٥٣- د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد المقاولة، ط١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
- ٥٤- د. عامر سليمان، القانون في العراق القديم، ط٢، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٨٧.
- ٥٥- د. عباس العبودي، شريعة حمورابي (دراسة مقارنة بالتشريعات القديمة والحديثة)، ط١، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة، عمان- الاردن، ٢٠٠١.
- ٥٦- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، ج٣، مطبعة الفجالة، ١٩٥٤.
- ٥٧- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام - اثار الالتزام)، ج٢، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١١.
- ٥٨- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (العقود التي تقع على الملكية- البيع والمقايضة)، ج٤، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١١.
- ٥٩- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة)، ج٣، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١١.
- ٦٠- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الحكومية، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١١.
- ٦١- د. عبد القادر الفار، احكام الالتزام (اثار الحق في القانون المدني)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.
- ٦٢- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام)، ج١، ط٣، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٩.
- ٦٣- د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح احكام القانون المدني العراقي (احكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي)، ج٢، ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٩٦.
- ٦٤- د. عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، عقد التأمين (حقيقته ومشروعيته)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٣.
- ٦٥- د. عبد الواحد كرم، قانون العمل، ط١، مكتبة الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ١٩٩٨.
- ٦٦- د. عثمان غيلان العبودي، الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية، مطبعة السيماء، بغداد، ط١، ٢٠١٥.
- ٦٧- د. عثمان غيلان العبودي، شرح احكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام، ط١، المكتبة الوطنية، بغداد، ٢٠١٠.

- ٦٨- د. عدنان ابراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني(مصادر الحقوق الشخصية-الالتزامات)، ط٥، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢
- ٦٩- د. عدنان العابد، د. يوسف الياس، العاتك لصناعة الكتاب، بلا سنة طبع
- ٧٠- د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج ١، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الاردن، ٢٠٠٨
- ٧١- د. عصام انور سليم، اصول عقد التأمين، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨
- ٧٢- د. عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للالتزامات، ج ٢، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل، ٢٠١٢
- ٧٣- علي حسين الثامر السعدي، المرشد لكيفية الطعن بقرار تضمين الموظف، ط ١، بلا مطبعة، ٢٠١٢
- ٧٤- د. عماد حسن سلمان، شرح قانون العمل الجديد رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧.
- ٧٥- عواد حسين ياسين العبيدي، شرح قانون التضمين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٤
- ٧٦- د. عيسى غسان ربضي، مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الواقع على الاشخاص وامتعهم، ط ١، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ٢٠٠٨
- ٧٧- د. غازي فيصل مهدي، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام، ط ١، سلسلة الدراسات القانونية، بغداد، ٢٠٠٤
- ٧٨- د. غازي فيصل مهدي، مقالات وتعليقات في مجال الوظيفة العامة، ط ١، دار الكتب، بغداد، ٢٠١٤
- ٧٩- د. فاروق احمد خماس، محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٢
- ٨٠- د. فوزي محمد سامي، د. فواز المطالقة، شرح القانون التجاري(مصادر القانون التجاري-الاعمال التجارية-العقود التجارية)، ج ١، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الاردن، ٢٠٠٩
- ٨١- كامل السامرائي، القوانين الخاصة بالتجارة البرية والبحرية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٧
- ٨٢- د. كمال ثروت الوندائي، شرح احكام عقد البيع، ط ١، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٣
- ٨٣- ماجد راغب الحلوي، العقود الادارية، ط ١، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٧
- ٨٤- د. محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، بلا سنة طبع
- ٨٥- محمد بن سعيد بن حمد المعموري، الرقابة القضائية على العقود الادارية في مرحلتي التنفيذ والانعقاد، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١
- ٨٦- محمد حسين المنصور، احكام قانون التأمين(مبادئ واركان عقد التأمين الاجباري في المسؤولية من حوادث السيارات والمباني)، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥
- ٨٧- د. محمد حسين منصور، قانون العمل، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١
- ٨٨- محمد زيد الانباني، كتاب مباحث الوقف، ط ٢، مطبعة علي سكر احمد، مصر، ١٩١١
- ٨٩- د. محمد طه البشير، د. هاشم الحافظ، القانون الروماني، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٢
- ٩٠- د. محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٧
- ٩١- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الاداري(المقومات-الاجراءات-الاثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٦
- ٩٢- محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ اساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام(الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣
- ٩٣- محمد نصر رفاعي، موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية، ج ٩٠، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ١٩٨٠

- ٩٤- محمد يوسف السعدي, مسؤولية الموظف المدنية عن الاضرار بأموال الدولة(التأمين), مطبعة السيماء للطباعة الفنية المحدودة, بغداد, ٢٠١٤
- ٩٥- محمود خلف الجبوري, العقود الادارية, ط١, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان, ١٠١٠
- ٩٦- د. محمود عاطف البنا, العقود الادارية, ط١, دار الفكر العربي, مصر, ٢٠٠٧
- ٩٧- د. مصطفى الجمال واخرون, مصادر واحكام الالتزام, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, ٢٠٠٣
- ٩٨- د. مصطفى كمال طه, الوجيز في القانون التجاري, ج١, المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر, الاسكندرية, ١٩٧١
- ٩٩- د. مصطفى العوجي, القانون المدني(المسؤولية المدنية), ج٢, ط٣, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت-لبنان, ٢٠٠٧
- ١٠٠- د. مقدم السعيد, التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية, دار الحداثة للطباعة والنشر, بيروت, ط١, ١٩٨٥
- ١٠١- منذر عبد الكريم القضاة, احكام الوقف(دراسة قانونية فقهية بين الشريعة والقانون), ط١, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان, ٢٠١١
- ١٠٢- د. نائل حنون, شريعة حمورابي(ترجمة النص المسماري مع الشروحات اللغوية), ج١, بيت الحكمة, بغداد, ٢٠٠٣
- ١٠٣- ناصر ناجي محمود جمعان, شرط التحكيم في العقود التجارية, المكتب الجامعي الحديث, الاسكندرية, ٢٠٠٨
- ١٠٤- د. نبيل محمد سعد, العقود المسماة(البيع), ج١, منشأة المعارف, الاسكندرية, بلا سنة طبع
- ١٠٥- د. نبيل ابراهيم سعد, النظرية العامة للالتزام(احكام الالتزام), دار الجامعة الجديدة, مصر, ٢٠٠٩
- ١٠٦- ناصر ناجي محمد جمعان, شرط التحكيم في العقود التجارية, المكتب الجامعي الحديث, الاسكندرية, ٢٠٠٨
- ١٠٧- د. نصير صبار, التعويض العيني, ط١, دار قنديل للنشر والتوزيع, عمان, ٢٠٠٩
- ١٠٨- د. همام محمد محمود زهران, قانون العمل(عقد العمل الفردي), دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, ٢٠٠٧

## ثانيا: رسائل الماجستير

- ١- جواد احمد محمد بحر, نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون, رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس جامعة الخليل, كلية الدراسات العليا, فلسطين, ٢٠٠٩
- ٢- جمعة عبدالله رباح, احكام الغصب وصوره المعاصرة في الفقه الاسلامي, رسالة ماجستير قدمت الى مجلس كلية الشريعة والقانون, الجامعة الاسلامية, غزة, ٢٠١٠
- ٣- سليم جلال, الحق في الخصوصية بين الضمانات التشريعية والتطبيق في التشريع الجزائري والفقه الاسلامي, رسالة ماجستير في الشريعة والقانون مقدمة الى مجلس كلية العلوم الانسانية والحضارة الاسلامية, ٢٠١٢-٢٠١٣
- ٤- رائد كاظم محمد الحداد, التعويض في المسؤولية المدنية, رسالة ماجستير قدمت الى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية, جامعة الكوفة, ٢٠١٠

## ثالثاً: البحوث

- ١- ابراهيم حميد كامل, اجراءات تضمين الموظف في القانون العراقي, مجلة النزاهة والشفافية للبحوث والدراسات, العدد التاسع, ٢٠١٦
- ٢- حسن حنتوش رشيد, الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية, مجلة جامعة كربلاء, جامعة كربلاء, العدد ٢, المجلد ٥, ٢٠٠٧
- ٣- حسون عبيد هجيج, حسن خنجر عجيل, شخصية العقوبات الاصلية, مجلة المحقق الحلي للعلوم السياسية والقانونية, جامعة بابل, السنة السادسة, المجلد ١, العدد ٢, ٢٠١٤
- ٤- رحيم تومان هاشم, حكم التعويض الاتفاقي في التعهد بنقل ملكية عقار, مجلة الكلية الاسلامية الجامعة, النجف, ٢٠٠٦
- ٥- رشا محمد جعفر, تضمين الموظف في التشريع العراقي, مجلة العلوم القانونية, المجلد ٢٤, جامعة بغداد, ٢٠٠٩
- ٦- د. صبري حمد خاطر, تعويض الضرر الناشئ عن الاخلال بنقل ملكية عقار, مجلة العلوم القانونية والسياسية, المجلد السادس, العدد الاول والثاني, جامعة بغداد, مطبعة العاني, بغداد, ١٩٨٧
- ٧- د. ظافر حبيب جبارة, النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية, مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية, جامعة ذي قار, العدد ١٣, ٢٠١٦
- ٨- د. ظافر حبيب جبارة, فكرة التعويض العقابي ومواطن الاخذ بها في القانون الانكليزي, مجلة كلية الحقوق, المجلد ١٧, العدد ٣, جامعة النهرين, ٢٠١٥
- ٩- د. عباس علي كاشف الغطاء, الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي, مجلة كلية الفقه, العدد ١٩, جامعة الكوفة, ٢٠١٤
- ١٠- د. عدنان ابراهيم السرحان, موضوعية ضمان الضرر, مجلة الحقوق الاماراتية, المجلد ١١, العدد ١, ٢٠١٣
- ١١- د. عدنان ابراهيم السرحان, التعويض العقابي, مجلة ابحاث اليرموك, المجلد ١٣, العدد ٤, ١٩٩٧
- ١٢- د. عدنان احمد ولي, التعويض العقابي والتامين (مفهوم التعويض العقابي وجواز التامين عليه), مجلة رسالة التامين, السنة الخامسة, العدد الاول, ٢٠٠٣
- ١٣- علي شاکر عبد القادر, التعهد بنقل ملكية عقار واثره في انتقال الملكية, مجلة رسالة الحقوق, السنة الخامسة, العدد ٣, جامعة كربلاء, ٢٠١٣
- ١٤- علي غسان احمد, التعويض عن الاخلال بنقل ملكية عقار, مجلة كلية الحقوق, المجلد ١٤, جامعة النهرين, ٢٠١٢
- ١٥- د. غازي فيصل مهدي, مدى فاعلية قانون التضمين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ في حماية اموال الدولة, مجلة كلية الحقوق, جامعة النهرين,
- ١٦- د. كريم الساعدي, حسن محمد كاظم, الحق في الخصوصية, مجلة جامعة كربلاء, المجلد الثاني, العدد العاشر, ٢٠٠٥
- ١٧- مصطفى كريم فاضل الخفاجي, تاريخ القانون في المجتمعات القديمة, مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية, المجلد ٣, العدد ٢, جامعة بابل, ٢٠١٣
- ١٨- منصور عبد الرحمن الحيدري, التعويض العقابي في القانون الامريكي (دراسة مقارنة في ضوء احكام الفقه الاسلامي), المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية, العدد الثاني, ٢٠١٥

- ١٩- منى تركي موسى, جان سيرل فضل الله, الخصوصية المعلوماتية وأهميتها ومخاطر التقنيات الحديثة عليها, مركز بحوث وطرق حماية المستهلك, مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية, العدد الخاص بمؤتمر الكلية, جامعة بغداد, ٢٠١٣
- ٢٠- نواف حازم خالد, دور جسامه الخطأ في تقدير مقدار التعويض, مجلة الحقوق, المجلد ٣, العدد ١١, الجامعة المستنصرية, ٢٠١٠
- ٢١- هديل سعد احمد, التعهد بنقل ملكية عقار بين القانون المدني العراقي وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل, مجلة كلية الحقوق, المجلد ١٦, جامعة النهرين, ٢٠١٤
- ٢٢- د. وليد مرزة المخزومي, وفاء عبد الفتاح النعيمي, اجراءات تضمين الموظف في القانون العراقي, مجلة الحقوق, المجلد ٣, العدد ١١, جامعة المستنصرية, بغداد, ٢٠١٠.

#### رابعاً: مصادر القرارات القضائية

- ١- ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم القانون المدني والقوانين الخاصة), ج ٥, مطبعة الزمان, بغداد, ٢٠٠٠
- ٢- ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم القانون المدني والقوانين الخاصة), ج ١٠, بلا سنة طبع
- ٣- ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم القانون المدني والقوانين الخاصة), ج ٣, مطبعة الزمان, بغداد, ٢٠٠٠
- ٤- لفته هامل العجيلي, المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية (القسم المدني), ج ١, ط ١, مطبعة الكتاب, بغداد, ٢٠١١
- ٥- قضاء محكمة تمييز العراق, المجلد الخامس, دار الحرية للطباعة, بغداد, ١٩٧١
- ٦- قضاء محكمة تمييز العراق, المجلد الثالث, مطبعة الارشاد, بغداد, ١٩٦٩
- ٧- النشرة القضائية, العدد الثاني, السنة الاولى, ١٩٧١

#### خامساً: القرارات القضائية غير المنشورة

- ١- القرار المرقم ٧٦٨\محكمة بداءة الناصرية\في ١١\٨\٢٠٠٨, غير منشور والمميز بالقرار رقم ٢٦٢٢\الهيئة المدنية\عقار\٢٠٠٨, غير منشور
- ٢- القرار المرقم ٧٦٧\بداءة الناصرية\في ١١\٨\٢٠٠٨, غير منشور
- ٣- القرار التمييزي المرقم ١٦٣٨\الهيئة المدنية\عقار\محكمة بداءة الموصل, ٢٠١١, غير منشور
- ٤- القرار المرقم ٢١٨\تمييز\حقوقية\في ٢٢\٤\٢٠١٠ محكمة بداءة الكوت, غير منشور

#### سادساً: المواقع الالكترونية

- 2- <http://press-pubs.uchicago.edu/founder>
- 3- <http://www.globalfreedomofexpression.columbia.edu>
- 4- <http://www.Mavrkydefamationcaselaw.blogspot.com>
- 5- <http://iipdital\usembassy\Gov.\st\Arabic\bublication\2008\11\20081124115823snm>

## **سابعاً: القوانين والقرارات والانظمة والتعليمات**

### **اولاً: القوانين والانظمة والتعليمات والقرارات العراقية**

- ١- اتفاقية توحيد بعض احكام النقل الجوي الدولي (وارشو) لسنة ١٩٢٩ والبروتوكولات الملحقة بها والمصادق عليها بالقوانين ١٠٧, ١٠٦, ١٠٥ لسنة ١٩٧٣
- ٢- الشروط العامة لمقاولات اعمال لهندسة المدنية لسنة ٢٠٠٥
- ٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل
- ٤- امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤
- ٥- تعليمات رقم ٣ لسنة ٢٠٠٧ لتسهيل تنفيذ قانون التضمين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦
- ٦- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤
- ٧- الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥
- ٨- قانون ادارة الاوقاف رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٦ المعدل
- ٩- قانون التجارة رقم ٣ لسنة ١٩٨٤ المعدل
- ١٠- قانون التضمين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦
- ١١- قانون التضمين رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥
- ١٢- قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل
- ١٣- قانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥
- ١٤- قانون المرور الملغي رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١
- ١٥- قانون المرور النافذ رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤
- ١٦- قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل

### **ثانياً: القوانين المقارنة**

- ١- القانون المدني الاردني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل
- ٢- القانون المدني المصري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل
- ٣- قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المعدل
- ٤- Civil Code, Quebec

## **المصادر باللغة الانكليزية**

## اولا: الكتب

- 1- A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, Punitive damage: An Economic Analysis, 1998.
- 2- Bethany Rabe, the constitutionality of split-recovery punitive damage statutes: good policy but bad law, Utah.rev, 2008.
- 3- Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 8th ed 2007..
- 4- Cass R. Sunstein & Daniel Kahneman, Assessing Punitive damage (with notes on cognition and valuation in law), 107 Yale L.J 1998.
- 5- Denise Weybury, Case Notes: the appeal in the case of the mixed up sperm, 1995.
- 6- Die Mercuri, united kingdom house of lords decisions, 1973.
- 7- E. Donald Elliott, why punitive damage don't deter corporate misconduct effectively, 40 Ala. L. rev, 1989.
- 8- Harvey McGregor, McGregor on damage, 15th, 2014..
- 9- Jim Gash, Solving the multiple Punishments Problem: A Call for a National Punitive damages Registry, NW.L Rev, 2004-2005.
- 10- John J. Kircher and Christine, punitive damage: law and practice, 2000.
- 11- John Salmond, Treatise on the Law of Torts, sweet & Maxwell, 1945.
- 12- Jane Swanton, Barbara McDonald, Commentary on the report of the English law commission on aggravated, 1999.
- 13- Lee Katherine Goldstein, Split Recovery Statutes Do more harm than Good (A Subtitle in – splitting) Punitive Damages with the state, 38 Colo. Law, 2007..
- 14- Luis Ernesto Aguirre, litigation of punitive damages in civil law countries law system: Mexico's case, a dissertation submitted to Tulane university, July 2008.
- 15- Marc Galanter and David Luban, poetic Justice Punitive Damages and Legal Purism U.L.REV, 1993..
- 16- Mathew Scarola, Annotated Case information, 2014.
- 17- Michael Rustad & Thomas Koenig, Reconceptualizing Punitive damage in medical malpractice: Targeting amoral corporations, 47 Rutgers L. Rev, 1995.
- 18- Professors Pindo, Seshadri, Zemel, The Ford Firestone Case, New York University, 1998.
- 19- Ralph A. Winter, The Liability Insurance Market, 5 J. Econ. Perspect, 1991..
- 20- Robert D. Cooter, punitive damage for deterrence when and how much?, 1989.

- 21- Tamara bnckwold, punitive damage for breach of contract, 2003.
- 22- Theodore Eisenberg, John Goerd, The predictability of Punitive damage, 26 J. legal stud, 1997.
- 23- Thomas Rouhette, The Availability of Punitive Damage in Europe: growing trend or nonexistent concept?, 74 Def. Couns.J, 2007.
- 24- The Lord Irvine of lairg ,the law commission report: (aggravated exemplary and restitutionary damages , part 1 , 2015.
- 25- Volker Behr, Punitive Damage in American and German Law Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts, 78 chi.kent L. Rev, 2003.
- 26- William Schubert, simplifying punitive damage in the u.s, 2010.
- 27- W. J. Tearle, Judicial Policy and Punitive Damages, 2007.

### **ثانيا: البحوث**

- 1- Anthony J. sebok , Punitive damage in the united states , common law and civil law perspectives , tort and insurance law , Vol 25.
- 2- Fred W.Morgan and karl A. Boedecker, punitive damage after BMW V. Gore, 1996, journal of public policy and marketing,Vol.16, No.1, 1997.
- 3- John Y. Gotanda, punitive damage: A comparative analysis, Andrew C.W.Lund, Punitive damage after BMW V.Gore and state farm. Mutual automobile insurance Co V.camfbell, Elisabeth Haub school aflaw at pace University, New York, Vol20, 2005.
- 4- Kevin G. Cain, The McDonalds coffee Lawsuit, Journal of Consumer & Commercial Law, Vol.13, 1993.
- 5- Lee Katherine Goldstein, Split Recovery Statutes Do more harm than Good (A Subtitle in – splitting) Punitive Damages with the state, 38 Colo. Law, 2007..
- 6- Robert D. Cooter, Puntive damage social norms and economic analysis , law and contemporary problems , Vol 60 ,No 3 , 1997.
- 7- Rene Demogue, Validity of the theory of compensatory damages, the yale law journal, Vol 27, No 5, 1918.
- 8- Stephen Daniels and Joanne Martin, punitive damage –change and the Politics of Ideas: Defining Public Policy Problems, Wis. L. Rev, 1998.
- 9- W. Kip Viscusi ,The challenge of punitive damage mathematics , the journal of legal studies ,The 69 university of Chicago press ,No 2 , Vol 30 ,June 2001

- 10- Yehuda Adar, The unofficial death of the independent wrong requirement and official birth of punitive damage in contract, canadian Business law Journal, Vol. 41, 2005.

### المصادر باللغة الفرنسية

- 1- J. De Malafosse, Histoire du droit prive', presses universitaires defrance ,saint germain , paris ,2016.

### Abstract-٢

### The Idea Of Punitive Damages & Its Effect On Civil -٣ Liability

Compensation shall always be proportionate to the damage caused -٤  
by the defendant. Therefore, one of the conditions for compensation is to be equal to the damage. Punitive damages, on the other hand, does not consider the damage to the extent that it considers the mistake. Punitive damages is an exception of the principle of full compensation, for it aims to punish the perpetrator and deter others from doing the same thing.

A punitive damages was created by British Common Law. It is -٥  
described as one of the features of the British judiciary, for the British legislator realized that there are legal cases in which the compensation does not adress the justice. Therefore, the perpetrator deserved more than just a compensation for causing damage, but he must be getting a punitive damages. Meanwhile, this act did not reach the level of crime, which is punishable under the liability system in the criminal law; thus, it was necessary to invent a punitive damages system.

Aware of the shortcomings of the civil liability system in some cases, -٦  
this legislation has legitimized this type of compensation in order to impose it on any reckless behavior that conducted by the defendant, rather than to compensate the plaintiff. Courts believe that composing the plaintiff for the actual damage that he suffered of is insufficient and that the defendant must be punished financially as a result of his bad behavior, and deterring anyone who intends of committing similar behavior in the future.

For the purpose of the subject , We divided our research into two -٧  
sections, In the first chapter, we discussed the concept of punitive compensation and its distinctive characteristics. In the second chapter, the subject of punitive damages in English law and the problems raised by the subject of the research, and we devoted The second of the field of

—人

- 

17-

23-

27-

## 1438 AH

## **٢٩- توصية المشرف**

**٣٠-** أشهد أن إعداد هذه الرسالة الموسومة (فكرة التعويض العقابي وأثرها في المسؤولية المدنية) دراسة مقارنة، للطالبة (مها ناجي جاسم) قد تمت تحت إشرافي في قسم القانون الخاص/ كلية القانون/ جامعة ذي قار، وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص.

**٣١-**

**٣٢-** **التوقيع:**

**٣٣-** **الإسم: أ.د. ظافر حبيب جبارة**

**٣٤-** **التاريخ:**

---

## **٣٦- توصية القسم**

**٣٧-** بناءً على التوصية أعلاه أُرشح هذه الرسالة للمناقشة.

**٣٨-**

**٣٩-** **التوقيع:**

**٤٠-** **الإسم: أ.م.د. أياد مطشر صيهود**

**٤١-** **التاريخ:**