الضرر الأدبي بين الافتراض والواقع
دراسة مقارنة

.

أ. د. عبد المهدي كاظم ناصر
كلية القانون-جامعة القادسية
abdulmahdi.naser@qu.edu.iq

الباحثة نور امين احمد
كلية القانون-جامعة القادسية
law.mas.20.36@qu.edu.iq

.

تاريخ الاستلام: ١٥/ ٦/ ٢٠٢٢

تاريخ قبول النشر: ١٧/ ١٠/ ٢٠٢٢

المستخلص

أن مما لا جدال فيه أن الضرر يعد الركن الأهم لقيام المسؤولية المدنية (عقدية كانت ام تقصيرية)، اذ أن التعويض يقدر بمقدار ذلك الضرر أن كان قد سبب اضراراً مادية، لأن تقدير التعويض عنه يحكم بعناصره وهي الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فاته ، اذ لا تثير تلك عملية أي إشكالات ، حتى في نطاق الإثبات فأن من يدعى تضرره لابد من اثبات ذلك الضرر الذي أصابه ، الا أن هناك نوع اخر من الضرر يأتي نتيجة الألم والحزن والمساس بالسمعة والشرف فتثار حوله إشكالات متعددة منها ما يتعلق بتقدير تعويضه اذا لا يوجد هناك نقص مادي يقدر على أساسه الضرر لأنه يصيب الجانب الادبي للأشخاص ، وعليه وأن كان التعويض عن الضرر الادبي حاضراً في بعض الدراسات الا أن فكرة افتراض ذلك الضرر محلاً يستحق البحث لأن الافتراض يعني اعفاء المدعي من عبء اثبات ذلك الضرر وبتالي استحقاقه لتعويض بمجرد حصول الخطأ سواء كان ذلك الضرر قابلاً لأثبات العكس او غير قابلاً لذلك.

الكلمات المفتاحية: الضرر، الادبي ، التعويض ، الافتراض ، الواقع

Abstract

It is indisputable that damage is the most important element for establishing civil liability (whether contractual or tortuous) ،as compensation is estimated by the amount of that damage if it has caused material damage ،because the estimation of compensation for it is judged by its elements ،which is the loss incurred by the injured and the gain that he missed ،as This process does not raise any problems ،even within the scope of proof. The person who claims to have been harmed must prove that harm inflicted on him. However ،there is another type of harm that comes as a result of pain ،

grief ،and compromising reputation and honour. Multiple problems arise around him ، including what is related to the assessment of his compensation if it is not There is a material shortage on the basis of which the damage is estimated because it affects the moral aspect of people ،and accordingly ،although compensation for moral damage is present in some studies ،the idea of assuming that harm is a topic worthy of research ، because the assumption means exempting the plaintiff from the burden of proving that harm and thus his entitlement to compensation as soon as the error occurs Whether or not the damage is provable to the contrary.

Keywords :Damage ،moral ،compensation ،assumption ،fact

المقدمة

أن إمكانية التعويض عن الضرر الادبي اثار جدلاً كبيراً واستمر النقاش فيه زمناً طويلاً ، فلم تُقبل في البداية فكرة التعويض عنه تحت مبرر عدم إمكانية تقويمه بالنقود ، لأن تلك الاخيرة لا يمكن لها أن تزيل ذلك الضرر من نفس الانسان، الا أن تلك الآراء قد تم العدول عنها ونصت اغلب التشريعات على وجوب التعويض عن الضرر الادبي، وذلك لأن الضرر الذي يصيب المضرور لا يقتصر على الضرر المادي سواء كان جسديا او ماليا بل يتعداه الى ما هو نفسي متى يصيب الشخص في سمعته او شرفه او عاطفته او شعوره أي انه ماس بالناحية النفسية دون أن يسبب له خسارة مالية، وعليه ، فالطبيعة غير المالية لهذا الضرر لا تعدو عن كونها مساس بالشرف والعاطفة والقيم وهذا ما يشكل جوهر الضرر الادبي.

لذلك فأن لهذه الدراسية أهمية تتجلى بوضوح في بيان الوجه الحقيقي للضرر الادبي والذي يظهر من خلال افتراض وقوعه في بعض الصور التي أوردتها القوانين ، والتي لم تنال حقها بالبحث وهذا ما يجعل لدراسة هذا الموضوع جدوى تظهر من الناحية النظرية و العملية ، فعلى الجانب النظري فأن بحث افتراض الضرر الادبي من شانه أن يظهر خصوصية هذا النوع من أنواع الضرر ذلك أن فكرة المساس بجانب الادبي تبنى اساساً على نحو مفترض وبتالي سيكون هناك أهمية نظرية تمكن القارئ من فهم فحوى الضرر الادبي ،اما على الجانب العملي فأن للموضوع أهمية تتجسد ببيان ضوابط التعويض عن هكذا نوع من أنواع الضرر الذي له من التطبيقات العملية الكثير .

أن فكرة افتراض الضرر الادبي قد تبدو غريبة بعض الشيء في بعض صوره وذلك لأن مشكلة تقدير الضرر الادبي يختلف باختلاف الأشخاص والمحاكم ، مما قد يضفي صعوبة أخرى الى كيفية تقديره الامر الذي يجعل الإشكالية مزدوجة منها ما يتعلق بالضرر الادبي وصعوبات تقدير تعويضه ومنها ما يتعلق بفكرة افتراض تلك الاضرار واعفاء المضرور من عبء الإثبات[1] وعليه قسمنا

البحث على مطلبين يتضمن المطلب الأول مفهوم الضرر الادبي أما المطلب الثاني التعويض عن الضرر الادبي المفترض وبعد ذلك ننهي الدراسة بخاتمة تضم اهم ما يمكن التوصل له من نتائج مع المقترحات التي نرى بها الحلول التي تتناسب حل إشكالية البحث.

المطلب الأول

مفهوم الضرر الادبي

أن تعدد الآراء وتباين المواقف بشأن الضرر الادبي يجعل منه متأرجح بين الافتراض والواقع، لذلك كان لابد من تحديد في بادئ الامر مفهوم الضرر الادبي سواء كان على مستوى التشريعات محل المقارنة او على مستوى الفقه من خلال التعريف به وعلى النحو الاتي :

قد لا يكون الضرر الذي ينتج عن اخلال المدين بتنفيذ التزامه ضرراً يصيب حقاً مالياً للدائن، وانما قد يكون ضرراً يصيب شعوره او احاسيسه او سمعته فيوصف بانه ضرر غير مالي لأنه لا يمس الجانب المالي من الذمة الدائن، بل يصيب الجانب الادبي لذلك يوصف بانه ضرراً ادبياً.

وعليه فقد نصت المادة ٢٠٥ من القانون المدني العراقي[١] " يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك فكل تعدِ على الغير في حريته او في عرضه او في شرفه او في سمعته او في مركزه الاجتماعي او في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض " ، فنلاحظ أن المشرع العراقي قد أورد بعض الصور التي تتناول بها الضرر الادبي والتي تصيب الكيان الادبي للأشخاص ، اذ ينجم عن جرح يسبب الألم وتشوه في الجسم كله او بعضه ، وقد يصيب الشرف والاعتبار في حالة القذف او السب او إيذاء السمعة ، أو قد يصيب العاطفة كما في حالة خطف الابن او احد افراد العائلة ، او قد يكون مجرد اعتداء على حق من الحقوق الشخصية [٢].

اما على المستوى الفقه، فقد عرف الضرر الادبي بانه: "هو الذي لا يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية، بل في شعوره وعواطف او في شرفه او في عرضه او كرامته او سمعته ومركزه الاجتماعي [٣]، كما عرف ايضاً بانه " يعتبر ضرراً ادبياً كل مساس بشرف الشخص واعتباره كما في القذف والسب ، وكل الم يصيب الأنسان في جسمه او في عاطفته كما في الضرب والاهانة وقتل عزيز ، وبوجه عام كل اعتداء على حق كانتهاك حرمة ملك الغير ، ما دام المساس او الاعتداء في جميع هذه الأحوال لم تنشا عنه خسارة مالية [٤].

اما بالنسبة الى الافتراض فلم يرد في التشريعات محل الدراسة تعريفاً له، ولكن

هـذا لا يعنـي عـدم وجـود الفكـرة في تلـك التشـريعات، فـالافتراض مـن الأفكـار العامـة والمنتشـرة في ثنايـا نصـوص القـانون المـدني والتـي غالبـا مـا يلجـأ أليهـا المشـرع مـن اجـل الوصـول الـى وضـع قـانوني معـين مـا كـان ليصـل اليـه لـولا وجـود الافـتراض، فهنـاك مـن عرفـه في الفقـه بانـه: الباس الخيـال ثـوب الحقيقـة والواقـع لتحقيـق اثـر قـانوني معـين مـا كـان ليتحقـق لـولا هـذا الافـتراض الكـاذب[٥]، وعرفـه الفقيـه (Sally) بانـه: كذبـة كـبرى يلجـا اليهـا المشـرع عنـدما يعـوز السـند العقلـي لتبريـر وضـع قـانوني لا منـاص منـه[٦]، كمـا عرفـه الفقيـه الألمـاني(Hering) في كتابـه روح القـانون الرومـاني انـه "كـذب فنـي تفتضـيه الضـرورة[٧]، امـا الفقيـه (Maine) عرفـه افـتراض يخفـي او يسـعى الـى اخفـاء حقيقـة أن قاعـدة قانونيـة معينـة قد عدلت وغير حكمها دون أن يمس نصها[٨].

ومـن التعريفـات اعـلاه يـرى الباحـث أن جميعهـا تصـب في معنـى واحـد هـو أن الافـتراض وسـيلة عقليـة لازمـة لتطـوير القـانون، يترتـب عليـه تغيير حكـم الـنص دون تغيير صياغته إضـافة الـى أن الافـتراض يـؤدي وظيفـة هامـة يصـعب تحقيقهـا بوسـائل او اسـاليب اخـرى وهـي تعـديل حكـم القـانون دون نصـه وأن هـذا التعـديل يشـمل حالـة واقعيـة لا مجـال لتنظيمهـا بـنص في القـانون، فـالافتراض ينطـوي دائمـا علـى تجاهـل الواقـع الملمـوس او مخالفـة للحقـائق الثابتـة والانحراف بالقاعدة القانونية الى غرض اخر.

وعليـه فقـد اجمـع الفقـه علـى أن الضـرر الادبـي هـو ذلـك الضـرر الـذي يصـيب الجانـب الادبـي او الاعتبـاري دون أن يمـس الذمـة الماليـة لـه ، لـذلك فقـد كـان محـل خـلاف مـا بـين الفقـه حـول جـواز التعـويض عنـه ، اذ يـرى جانبـاً مـنهم وهـم منقسـمين الـى اتجـاهين الأول يـرى أن التعـويض في هـذا النـوع مـن الضـرر لا يمكـن لـه اصـلاح شـيء، وبالخصـوص مـن انـه ضـرر غيـر مـالي فكيـف يمكـن للمـال مـن اصـلاح شـيء غيـر مـالي ، فضـلا مـن أن النقـود التـي يحصـل عليهـا المتضـرر سـتزيد مـن ذمتـه الماليـة في حـين أن تلـك الذمـة سـليمة لـم ينقصـها شـيء، امـا الذمـة الأدبيـة المتضـررة فـأن مـا فقدتـه لا يعـوض بتلـك النقود[٩].

امـا الاتجـاه الثـاني فكـان لا يـرفض التعـويض عـن الضـرر الادبـي في جميـع الأحـوال وانمـا يميـز حسـب نـوع الضـرر فيجيـز لـبعض المتضـررين رفـع دعـوى التعـويض ويمنـع الـبعض الاخـر منهـا ، اذ يـرون بـأن الضـرر الادبـي لا يعـوض عنـه الا اذا كـان مقرونـاً بضـرر مـادي ، الا أن في الحقيقـة لـيس بهـذا الاتجـاه للضـرر الادبـي الا وجـود اسـمي ، لأن التعـويض يكـون الـى الضـرر المـادي وانـه يسـتتر وراء هـذا الجانـب

ليس الا خصوم التعويض عن الضرر الادبي[١٠].

اما الجانب الاخر، فيرى أن هناك بعض الاضرار الأدبية التي تستطيع فيها النقود محو وإزالة الضرر كله او بعضه ، فهي مثلا تسمح لمن يعاني من الألم وتنقص من قدرته على العمل أن يتوجه الى معالجة ويخفف من تلك الألم ، إضافة الى أن المقصود بالتعويض ليس محو الضرر وازالته او إعادة الحالة الى ما كانت عليه لأن ذلك غير ممكن حتى في حالة الاضرار المادية اذ يقتصر الامر على دفع مبلغ من النقود يقدر بشكل تحكمي في اغلب الأحيان ويعتبر مقابلاً للضرر، لأن الغرض من التعويض هو منح المتضرر إمكانية الحصول على ترضية معدلة لما فقده [١١].

الا أن مجال تحقق الضرر الادبي يكون الغالب في نطاق المسؤولية التقصيرية، اما في نطاق المسؤولية العقدية فتكون الفروض قليلة وذلك راجع الى طبيعة العقد والتي تقتضي أن المتعاقد يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية، ولكن ذلك لا يمنع من وجود مصلحة أدبية من الممكن أن تكون للمتعاقد في تنفيذ العقد ، فاذا اخل المدين بالتزامه إصابة الدائن ضرر ادبي ، ومن الأمثلة على الاضرار الادبية تلك التي تمس الحقوق المعنوية للشخص كحقه في الحياة وحقه في سلامه جسمه وسمعته ومكانته الاجتماعية سواء بالتعطيل او الانتقاص[١٢].

اما بالنسبة الى عناصر تقدير الضرر الادبي، فأن القضاء والفقه وفي سبيل تحديد تلك العناصر يستهديا بنصوص القانون لضمان عدم مخالفته، اذ نص القانون المدني العراقي[١٣] في المادة (٢٠٩) على: " تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ...."، وعليه فقد حددت تلك العناصر بالظروف التي تساعد على تحديد مدى الضرر فما يمس سمعة شخص قد لا يكون كذلك عند اخر، لذلك فأن ما يعتبر من عناصر التقدير للضرر والتعويض هو كل ما يساعد على بيان مدى الضرر ومقداره بالزيادة او النقص والتفاوت من حالة الى أخرى، فالظروف التي تلابس المضرور من شأنها التأثير على مقدار الضرر استناداً الى مبدأ التعويض الكامل له واعمالاً للدور الإصلاحي للمسؤولية المدنية عند حساب القاضي تقدير التعويض[١٤]، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الاعتبار، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات فيقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي[١٥]، في حين أن هناك عنصرا اخر يقره القانون في تقدير الضرر والتعويض عنه وهو ينتج عن المسؤولية العقدية والمتمثل بإرادة الأطراف،

اذ يجوز وكقاعدة عامة الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية[١٦]، في حين أن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً في نطاق المسؤولية التقصيرية، فالقاضي بموجب تلك الاتفاقات يمكن له عدم الحكم بالتعويض، اما في مجال التخفيف أي تعديل احكام المسؤولية العقدية فأن إرادة الأطراف هي التي تقدر مقدار التعويض وبتالي بإمكانها الاستحقاق بمجرد الخطأ.

وعليه فأن المشرع في افتراض الضرر الادبي قد لجئ الى المعيار المنطقي لصياغة النصوص الى جانب المعايير الأخرى[١٧]، من اجل اخراج القواعد القانونية اخراجاً صحيحاً ما كان له أن يخرجها بغير هذا الأسلوب الافتراضي ، الذي يعد احد اشكال المعيار المنطقي ويتحقق بقيام المشرع بإيجاد أوضاع تطابق الحقيقة لترتيب احكام المسؤولية المدنية في حالات معينة استثنائية، وهو ما ينبغي أن يكون فيه المشرع على قدر من الحذر والحيطة كون هذا النوع من الصياغة استثناءً لا ينبغي التوسع فيه، لذلك نرى أن الضرر الادبي المفترض يجسد المعنى الفلسفي والمنطقي الذي من الممكن أن نجده في ما ورائيات النصوص التي تضمنته، فهو ضرر مفترض وأن لم يصرح عنه بالألفاظ الصريحة لذلك ينبغي علينا استخراجه من روح النصوص وحكمتها التشريعية والغايات التي اوجدت من اجلها النصوص.

وأن البحث في الغاية التي تدفع المشرع الى اتباع هذا الأسلوب – الافتراض- في النصوص المتعلقة بالضرر مراعاةً لطبيعتها المختلفة التي قد بنيت اساساً على الافتراض، وتلك المراعاة تقودنا الى فكرة العدالة التي يُسعى اليها دائما لإصلاح صرامة القوانين، اذ يرى ارسطو أن تفعيل دور العدالة يؤدي الى مرونة في القانون المجرد ويجعله اكثر توائم مع الحالات الخاصة[١٨]، وبذلك نجد أن العدالة هي حجر الأساس لكل بناء وصياغة قانونية وهي بذات الوقت غاية أي قانون وضعي يشكل في مظهره أداة للانتفاع والحماية.

وعليه وأن لم تكن النصوص صريحة في التعبير عن بعض الأفكار القانونية، فلا يعني ذلك انها أفكار مجردة جاءت من دون علة تشريعية، فتحقيق العدالة والعمل على استقرار المراكز القانونية تعتبر من أولى الغايات في القانون الوضعي، وهذا ما نلتمسه في فكرة افتراض الضرر والتي وأن نظرنا لها من زاوية مختلفة نجدها تجسد المثل العليا والشعور بالإنصاف [١٩]، الناتج عن طبيعة ذلك الضرر واحترام الارادات التعاقدية التي سعت الى ايجاد اكبر قدر من ضمانات التنفيذ.

لذلك فان المشرع عندما يصيغ النصوص التشريعية يحاول أن يحيط بالجوانب المختلفة لتلك الوقائع اذ يراعي في ذلك ايجاد صلة بين القانون والواقع، من خلال ادراكً للظروف الاجتماعية بصورة دقيقة ووافية للإلمام بكل الحالات التي تقع او سوف تقع حتى يحقق الغاية التي جاء من اجلها، وهذا ما أُكد في موسوعة جستنيان بالقول: (انه يجب أن لا ننطلق من مبدا عام مجرد لنصوغ به قواعد القانون بل على العكس علينا أن نركن الى الواقع العملي في الحياة لنقيم صرح المبادئ القانونية العامة العادلة)[٢٠].

المطلب الثاني

التعويض عن الضرر الادبي المفترض

يعدّ الافتراض وسيلة عقلية املتها الضرورة، سادت منذ العهد الروماني لتمتد الى العهد الحديث ولها في التشريعات تطبيقات عدة، فلما كانت القواعد القانونية هي المعبر عن ضمير الشعوب وتتأثر بالتغيرات التي يشهدها المجتمع التي وجدت فيه، فأن الشعوب التي تكون قوانينها مدونة يصعب على الفقه او القضاء عندها تفسير تلك النصوص او تطبيقها من هنا ظهرت الحاجة الى الافتراض والذي نحن بصدد بيان معناه في نطاق الضرر، فمع تطور المجتمع والجوانب الحياتية ظهرت فكرة الافتراض ابتغاء توسيع دائرة تطبيق النصوص، فالافتراض من الوسائل الشائعة في الشرائع القديمة استعان بها لمواجهة قساوة النصوص، فهي تعدّ من اشد وسائل الصياغة تطرفاً ولا تدعو الحاجة اليها الا بسبب عجز الفكر القانوني عن خلق تطورات تنسجم مع الواقع ولا تخالفه، لذلك ينبغي أن تبقى من وسائل الصياغة الاستثنائية التي لا يلجأ اليها الا في حالات الضرورة وتحقيقاً لأهداف معينة منها تبرير غاية او اقامة العدل او المحافظة على المصالح العامة عندما تعجز وسائل الصياغة الأخرى عن ادراكها[٢١].

اما فيما يخص التعويض عن الضرر الادبي المفترض فأن لا شبه في أن ذلك الضرر يستوجب التعويض متى تحقق وطولب به امام القضاء الا أن التعويض عنه يكون على جانبين، الأول يصيب المضرور بصورة شخصية ومباشرة، الا أن تلك الاضرار قد تنتج معها اضرار مادية لأنها في الغالب تمس الجانب الاجتماعي للذمة المعنوي فيعوض عن الضررين معا، اما الجانب الاخر فيمس عاطفة المضرور لتكون الاضرار أدبية مجردة أي _ اضرار أدبية بحتة _ كما نصت المادة سالفة الذكر في الفقرة (٢) على ان: "يجوز أن يقضي بالتعويض للأزواج وللأقربين من

الاسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب"، فيلاحظ أن التعويض عن الضرر الادبي ينتج عن موت المصاب فينشا حق المطالبة بالتعويض الى الأزواج والاقربين من الاسرة[٢٢] نتيجة ارتداد اثر ذلك الاعتداء عليهم[٢٣].

الا أن طبيعة التعويض عن ذلك الضرر اثار بشأنه الخلاف الفقهي ، اذ اتجهت غالبية الفقه الى فكرة العقوبة الخاصة بدلاً من فكرة التعويض ، وذلك لأن حرية القاضي الطليقة من أي معايير في تقدير هذا النوع من التعويض بدت غريبة على المبدأ الذي يؤمن به الفقه من أن التعويض لا يكون الا بمقدار الضرر ، وهو ما دعى الى الاستعانة بفكرة العقوبة الخاصة وبالتصور الذي عرفه الفقه من انها جزاء مالي لا يرتبط بمدى الضرر لتبرير هذا النوع من الضرر، وفي سبيل نسبة تعويض الضرر الادبي الى فكرة العقوبة الخاصة بدلاً من فكرة التعويض ، بدأ الفقه بنفي صفة التعويض لينتهي الى صفة العقاب [٢٤].

وعليه ومن أجل نفي الوظيفة الاصلاحية او التعويضية عن الضرر الادبي، فقد استند بعض الفقه الى أن ذلك الضرر هو ضرر مفترض لا يقبل التقييم ولا يقبل الاصلاح وتتنافى فكرة التعويض عنه مع الاخلاق، وعليه فأن التعويض الناتج عن وفاة انسأن كالأب او الابن او الزوج فأن القضاء يفترض وجود ضرر عاطفي قد لحق المدعي نتيجة تلك الوفاة من دون التكلف بأثبات ذلك الضرر، فالقضاء يقر التعويض عن الضرر الادبي حتى في حالة وجود خلاف عائلي او انفصال بين الزوجين، وذلك لأن تخلف الضرر العاطفي بالمعنى الضيق لا يمنع من القول بوجود اعتداء على حق غير مالي حال ومؤكد وهذا التعدي هو سبب مشروعية التعويض[٢٥]، لذلك فأن الحزن الذي يستشعر به اولا المتوفي نتيجة حادث من الحوادث يكفي بحد ذاته للحكم لهم بتعويض حتى ولو لم يصيبهم من جراء الحادث أي ضرر.

اما فيما يخص المعايير التي تحكم التعويض عن الضرر الادبي الناتج عن موت المصاب فأن من الصعوبة وضع معيار معين وذلك لأن طبيعته تأبى مثل هذا التقدير، لذلك لابد من الاعتراف بأن تقدير المحاكم للتعويض هو تقدير تحكمي على الرغم من انها تأخذ بنظر الاعتبار مدى جسامة الخطأ الصادر من المسؤول اضافة الى درجة القرابة بين المتوفي والمطالب بالتعويض ومدى الانسجام بينهما من اجل الاستدلال على عمق تأثر هذا الاخير بموت الاول[٢٦]، اضافة الى غيرها من العناصر التي تأثر تأثير مباشراً في تقدير التعويض.

اما بالنسبة الى نوعية الضرر الادبي في نطاق الافتراض فهو ضرر مفترض قابل لأثبات العكس وذلك لأن صلة القرابة اذا كانت بذاتها تعتبر قرينة على الالم والاسى في حالة موت المصاب الا أن هذه القرينة بسيطة يمكن دحضها اذا تبين من الظروف أن المدعي لم يكابد ماً حقيقية وعميقة بسبب موت المصاب وانما انتهز فرصة الاستغلال والاثراء على حساب الحادثة[٢٧] .

وكما يعتبر ايضاً الاعتداء على حق المؤلف من الاضرار التي تنطوي على جانبين المادي منها بالإضافة الى الادبي وهو الغالب اذ أن المساس بشخصية المؤلف يؤثر على مركزه الاجتماعي كان يقوم المعتدي بنشر مصنف المؤلف الذي ابتكره بصورة مشوهة وتنطوي على تعديلات تسيئ الى سمعة المؤلف الادبية او شرفه واعتباره ، او أن يتسبب الاعتداء في ضرر مادي يصيب المؤلف كان يعمد الى تخفيض سعر النسخة من المصنف الى ادنى حد ممكن ، الا أن التعويض عن الضرر المادي يقوم وفق اسس القواعد العامة على ما لحق المؤلف من خسارة وما فاته من كسب ، في حين أن التعويض عن الضرر الادبي يقوم على اساس ترضية المؤلف المتضرر عما ترتب على الاعتداء من مساس بشخصيته وسمعته ، الا أن الضرر الذي يترتب على الاعتداء على الحق الادبي للمؤلف هو ضرراً مفترضاً لأن من المستحيل أن يطلب من المؤلف اثبات الضرر إذ للمؤلف سلطة تقديرية تمكنه من استنتاج ادنى اعتداء على المصنف قد يسبب ضرراً ادبياً وبالتالي يلجا الى القضاء مطالبا بالتعويض[٢٨]، ولا يستطيع المعتدي أن يثبت أن ما قام به من اعتداء لم يسبب للمؤلف أي اضراراً ادبية فهذه المسالة من اختصاص المؤلف وحده نظرا لرابطة الابوة التي تربطه بمصنفه[٢٩] .

من جميع ما سبق يتبين أن الضرر الادبي الذي يصيب الازواج والاقارب من الاسرة نتيجة موت المصاب هو من الاضرار التي تفترض وأن لم تكن بصريح النص، الا أن المدعين في حالة المطالبة بدعوى شخصية لتعويضهم عما لحقهم من الالم نفسية وعاطفية لا يتحملون عبء اثبات ذلك الضرر، الا أن ليس معنى ذلك عدم قابليته الى اثبات العكس، اما بالنسبة الى الضرر الادبي الذي يصيب المؤلف نتيجة الاعتداء على مؤلفه فأن الضرر به يكون مفترضاً غير قابل لأثبات العكس نتيجة الرابطة ما بين المؤلف ومصنفه والتي يصعب على المدعى عليه نفيها تبعاً لخصوصية الغير قابلة لتجزئة، وعليه فأن افتراض الضرر الادبي جاء من اجل تبرير

وضع قانوني لا يمكن تبريره وذلك لطبيعته الخاصة غير القابلة للتقويم، اضافة الى انه تدخل ضمن امارات النفس البشرية التي يصعب الوصول لها ولا يمكن في اغلب الأحيان اثبات وجودها، لذلك كان من المنطق القانوني السليم هو اعفاء المدعيين من عب اثبات قد يشكل عبء اخر على المتضررين من موت المصاب.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراستنا الموسومة(**الضرر الادبي بين الافتراض والواقع**) لابد من ذكر اهم النتائج التي توصلنا اليها مع اهم المقترحات التي استخلصناه ، وعلى النحو الاتي:

أولا : النتائج

١. ١.أن الضرر المفترض من الأفكار التي جاءت بها الصياغة المنطقية للنصوص، في محاولة منها في إيجاد صياغة تشريعية تلائم مشروعية الافتراض ، بالإضافة الى تجسيد لرغبة المشرع في منح الامتياز التي شرع الافتراض لأجلها.

٢. وجدنا أن الضرر الادبي يعد مصداقاً واضحاً للضرر المفترض لأن المشرع يعوض المستحقين عن الضرر الادبي لمجرد توافر الصلة التي اشترطتها في المادة (٢٠٥) دون التحقق من اشتراط الأذى او الألم بموت المصاب وهذا يعني أن المشرع افترض الضرر في جانب هؤلاء الا أن افتراضه كان قابلاً لأثبات العكس حسب ظروف كل حالة ، اما التعويض عن الضرر الذي يصيب المؤلف نتيجة الاعتداء على مؤلفه فهو ضرر غير قابل لأثبات العكس وفق رابطة الابوة التي تربط المؤلف بالمؤَلف.

ثانيا: المقترحات

يفتح غياب التنظيم القانوني الصريح لفكرة افتراض الضرر باب التأويل والاجتهاد من قبل الفقه والقضاء، والذي بدوره يثير العديد من الإشكاليات سواء كان على مستوى التطبيق العملي بالخصوص او الجانب النظري ، ولا سيما وأن فكرة الضرر المفترض تثار بمناسبة الإثبات فأن ذلك يجعل تلك الفكرة بمساس مباشر مع الحصول على الحقوق او ضياعها لأن الحق المجرد من دليله يصبح عند النزاع هو والعدم سواء، وتأسيساً على ذلك ندعو المشرع العراقي الى الإشارة وبصورة صريحة الى فكرة افتراض الضرر من اجل الوقوف على نظام قانوني واضح وصريح يخلصنا من القصور التشريعي الذي يكتنف تلك الفكرة ، على أن يأخذ بنظر الاعتبار عند تأطير الفكرة المحاور الاتية:

- الإشارة الى استثنائية الضرر صراحةً، وذلك من اجل عدم المساس بفكرة المسؤولية المدنية والتي تشترط تحقق ركن الضرر من اجل قيامها.
- تحديد المعيار الذي على أساسه يستطيع القاضي تقدير التعويض في الحالات التي يترك للقضاء سلطة تقديرية في التعويض.
- حصر المسائل التي يعفى الدائن بها من عب اثبات وقوع الضرر وجعله مفترضا وذلك لأن الافتراض من وسائل الصياغة الاستثنائية التي لا يلجأ المشرع اليها الا في اضيق الحدود وبتالي يكون منح السلطة التقديرية الى القاضي بما يتعلق بإعفاء المضرور من عبء الإثبات في نطاق محدد تبرره الضرورة .

وعليه ندعوا المشرع العراقي الى تأطير الفكرة محل البحث يكون باستحداث نص ضمن الفصل الثالث من الباب الأول على أن يكون النص بالشكل الاتي :

(يعفى المضرور من عبء اثبات الضرر أستثناءاً اذا ما تبين للقاضي تعذر ذلك او استلزمت طبيعة الالتزام الاعفاء او اتفق الأطراف على ذلك فيعد الضرر حينها مفترضا، ويترك للقاضي مسالة تقدير التعويض بحسب ظروف كل حالة).

.

هوامش:

(١) . تقابلها المادة ٢٢٢ من القانون المدني المصري والتي جوزت ايضا التعويض عن الضرر الادبي الا انها لم تذكر الصور التي ذكرها المشرع العراقي إذ اكتفت بالإشارة الى التعويض والى حق انتقال التعويض الادبي الى الغير.

(٢) د. غني طه حسون ، الوجيز في النظرية العامة – مصادر الالتزام ،مطبعة المعارف_ بغداد ، ١٩٧١، ص٤٦٣، وكذلك د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ج١، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٢، ص ٨٦٤.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام ، ج١، ط٣، شركة الطبع والنشر الاهلية_ بغداد ، ص٥٣٣.

(٤) د. سليمان مرقص ، الفعل الضار ، ط٢، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٦، ص٣٥.

(٥) د. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ط٤، بدون مكان نشر،١٩٦٢ ص١٧٥.

(٦) نقلاً عن د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العلني- بغداد، ط١، ١٩٧٥، ص٢٥٢.

(٧) . انظر في هذه التعريف د. إيناس مكي، الافتراض القانوني، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون _ جامعة كربلاء،٢٠١٧ ، ص٤١، وكذلك ابو زيد مصطفى ، الافتراض ودوره في تطوير القانون ، مطبعة دار التأليف ، ١٩٨٠، ص٩.

(٨) نقلاً عن د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات ، طبع على نفقه جامعة المستنصرية وبأشرافها ، ١٩٧٦ ص٢٥٣.

(٩) د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، منشورات مركز البحوث القانونية _ بغداد ، ١٩٨١، ص٧٨، وكذلك د. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات (المسؤولية المدنية)، ج٢ ، ط٣ ، مطبعة الكرامة – الرباط ، ٢٠١١، ص١٣٥.

(١٠) د. مقدم السعيد ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، المؤسسة الوطنية للكتاب _ الجزائر ، ١٩٩٢، ص٧١.

(١١) . د. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام _ مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٤، ص٤٤٧، وكذلك د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٥، ص١٣١.

(١٢) . د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني _ مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص٦٨٢، وكذلك د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني _ الضرر ، ط٣، دار وائل،٢٠٠٦، ص٢٨٢.

(١٣) نصت المادة ١٧٠ من القانون المدني المصري على ان "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا الأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعيا في ذلك الظروف الملابسة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

(١٤) . د. غني طه حسون ، الوجيز في النظرية العامة – مصادر الالتزام، مصدر سابق ، ص٤٧٠، وكذلك د. عدنان سرحان ، المصادر غير الارادية للالتزام ، ط١، مكتبة الجامعة _ الشارقة ،٢٠١٠، ص٨٥.

(١٥). د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص٩٧١، وكذلك د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص٤١٥.

(١٦) . نصت المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي على ان " ٢- يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشا عن غشه او خطاه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ٣- يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل الغير مشروع ".

(١٧) . تقسم المعايير المتغيرة للصياغة القانونية الى ثلاث اقسم: هي معايير الصياغة الجامدة، معايير الصياغة المرنة والمعيار المنطقي. وللاطلاع على تفاصيل هذه المعايير يراجع: امنة فارس حامد، المعايير العامة للصياغة

التشريعية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية السياسية، العدد٤، السنة التاسعة، ٢٠١٧، ص١٠٦ وما بعدها.

(١٨) . نقلا عن : د. عابد فايد عبد الفتاح فايد، العدالة في القانون المدني (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية _جامعة الاسكندرية، مج ٢ ، ٢٠١٢، ص٩٦٤.

(١٩) . وهذا هو مفهوم العدالة اذا عرف بانه قواعد تصدر من مثل اعلى يستهدف خير الانسانية والمجتمع بما يملا النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلول منصفه، د. عبد الباقي البكري و الاستاذ زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد – العاتك لصناعة الكتب، ٢٠١١، ص٦٨. وكذلك د. محمد واصل ، د. محمد حاتم البيات ، المدخل الى علم القانون ، منشورات جامعة دمشق ،٢٠١٧، ص١٨١.

(٢٠) . وهذا ماكده الفقيه بول في موسوعة جستنيان، ترجمة عبد العزيز باشا ، ص٣٥٥، نقلا عن د. اشرف محمد عبد الشافي ، التأصيل القانوني والفلسفي للمنطق القانوني واثره في التشريع ، ط١، كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ٢٠١٥، ص٧٦.

((21)) dabin، technique p، 282-284

نقلا عن د. سمير تناغو ، النظرية العامة للالتزام ، منشاة المعارف – الاسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص٤٠١، وكذلك د. عبد الرحمن البزاز ، الموجز في تاريخ القانون ، دار دجلة للطباعة والنشر – بغداد ، بدون سنة طبع ، ص٦٦-٧٠.

(٢٢) . كان موقف المشرع المصري ادق من موقف المشرع العراقي اذ نص في مادة ٢٢٢ من القانون المدني المصري (٢_ ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الا للأزواج والاقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب) فقد حدد درجة القرابة التي يجوز بمقتضاها التعويض عن الاضرار الادبية الناتجة عن موت المصاب ، اما بالنسبة الى المشرع العراقي فقد اختلف الفقه في تبيان درجة القرابة فانقسم الى اتجاهين الاول يرى ان (للأقربين من الاسرة) هم ورثة المتوفي إذ يقتصر حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي عليهم ، اما القريب غير الوارث فليس له الحق حتى وان لحقه ذلك الضرر نتيجة موت قريبه ، اما الاتجاه الاخر فيرى ان النص لم يحدد درجة معينة لذلك ينبغي ترك مسالة تحديد هؤلاء الاقارب الى سلطة قاضي الموضوع وملابساتها ، د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني_ أصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، ١٩٧٠، ص٢٢٣، وكذلك عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني _مصادر الالتزام ، مصدر سابق، ص٥٣٣.

(٢٣) يسمى هذا النوع من الاضرار بالمرتد او العكسي او التبعي وتعرف على انها الاضرار المتعددة التي تلحق اشخاصا اخرين غير من كان ضحية الفعل الضار نتيجة موت المصاب او اصابته بضرر بالغ في جسمه ، الا ان ما يؤخذ على هذا التعريف ان التعويض عن الضرر الادبي المرتد لا يكون الا في حالة موت المصاب فيعرض الازواج والاقربين عن ذلك الضرر، حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني _ الضرر ، مصدر سابق ، ص٢٣٤ ، وكذلك د. محمد احمد عابدين ، التعويض بين المسؤولية المدنية والتقصيرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥. ، ص١٥٥.

(٢٤) . د. محمد ابراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بدون سنة طبع. ، ص٤٦٧، وكذلك د، مقدم السعيد نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مصدر سابق ، ص٨٨.

(٢٥) . د.محمد ابراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، مصدر سابق ، ص٤٦٨، وكذلك د. حسن علي الذنون ، المصدر نفسه ، ص٢٩١.

(٢٦) . د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، مصدر سابق ، ص٢٠٣-٢٠٤، وكذلك ،د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني _الفعل الضار ،مصدر سابق، ص٤٦، وكذلك د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، مصدر سابق ، ص١٣٣ .

(٢٧) . سعدون العامري، مصدر نفسه، ص ٨٩، وكذلك د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص٢٢٧.وكذلك د. محمد لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ ، ص٣٣٩ وما بعدها.

(٢٨) . د. عبد الرشيد مأمون ، الحق الادبي للمؤلف _ النظرية العامة وتطبيقاتها ، دار النهضة العربية _القاهرة ، ١٩٧٨، ص٤٦٢، وكذلك د. نواف كنعان ، حق المؤلف _ النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته ،ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩، ص٤٧٤.

(٢٩) تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية :. (وبحسب محكمة الموضوع لها ان تستخلص ركن الخطأ المتمثل في التعدي على المصنف بانتهاك حق الابوة الذهنية لمبتكره، وذلك من اوراق الدعوى ومستنداتها والدليل فيها استخلاصاً سائغاً حتى تقضي بالتعويض عن الضرر الادبي بحسبانه ضررا مفترضاً يتحقق بمجرد وقوع هذا التعدي ، وهي نتيجة طبيعية تجد سندها في رابطة الابوة التي تربط المضرور بمصنفه) من القرار يتبين ان القضاء المصري قد اعتبر مجرد التعدي على الحقوق الادبية للمؤلفين يجعله بغنى عن اثبات وقوع الضرر نتيجة افتراض وقوعه الذي جاء من صعوبة تقدير الضرر نتيجة رابطة الابوة التي تربط المؤلف بمصنفه ، الطعن رقم ٧٢٢٤ لسنة ٨٩ قضائية بتاريخ ١٣\٢\٢٠٢٠ ، منشور على الرابط

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111654860&&ja=296798

تاريخ الزيارة ١٨\٨\٢٠٢٢.

المصادر

اولاً : الكتب القانونية

١. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٥ .

٢. ابو زيد مصطفى ، الافتراض ودوره في تطوير القانون ، مطبعة دار التأليف ، ١٩٨٠ .

٣. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني_ أصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، ١٩٧٠ .

٤. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العلني- بغداد، ط١، ١٩٧٥ .

٥. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات ، طبع على نفقه جامعة المستنصرية وبأشرافها ، ١٩٧٦ .

٦. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني _ الضرر ، ط٣، دار وائل،٢٠٠٦.
٧. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، منشورات مركز البحوث القانونية _ بغداد ، ١٩٨١.
٨. سليمان مرقص ، الفعل الضار ، ط٢، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٦.
٩. سمير تناغو ، النظرية العامة للالتزام ، منشاة المعارف – الاسكندرية ، ١٩٧٤.
١٠. عبد الباقي البكري و الاستاذ زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد – العاتك لصناعة الكتب، ٢٠١١.
١١. عبد الرحمن البزاز ، الموجز في تاريخ القانون ، دار دجلة للطباعة والنشر – بغداد ، بدون سنة طبع.
١٢. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ج١، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٢.
١٣. عبد الرشيد مأمون ، الحق الادبي للمؤلف _ النظرية العامة وتطبيقاتها ، دار النهضة العربية _القاهرة ، ١٩٧٨.
١٤. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات (المسؤولية المدنية)، ج٢ ، ط٣ ، مطبعة الكرامة – الرباط ، ٢٠١١.
١٥. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ، ج١، ط٣، شركة الطبع والنشر الاهلية_ بغداد، ١٩٦٩.
١٦. عدنان سرحان ، المصادر غير الارادية للالتزام ، ط١، مكتبة الجامعة _ الشارقة ،٢٠١٠.
١٧. غني طه حسون ، الوجيز في النظرية العامة – مصادر الالتزام ،مطبعة المعارف_ بغداد ، ١٩٧١.
١٨. محمد ابراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بدون سنة طبع.
١٩. محمد احمد عابدين ، التعويض بين المسؤولية المدنية والتقصيرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥.
٢٠. محمد لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧.
٢١. محمد واصل ، د. محمد حاتم البيات ، المدخل الى علم القانون ، منشورات جامعة دمشق ،٢٠١٧.
٢٢. مقدم السعيد ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، المؤسسة الوطنية للكتاب _ الجزائر ، ١٩٩٧.
٢٣. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ط٤، بدون مكان نشر،١٩٦٢.
٢٤. موسوعة جستنيان، ترجمة عبد العزيز باشا ، ص٣٥٥، نقلا عن د. اشرف محمد عبد الشافي ، التأصيل القانوني والفلسفي للمنطق القانوني واثره في التشريع ، ط١، كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، ٢٠١٥.
٢٥. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام _ مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٤.
٢٦. نواف كنعان ، حق المؤلف _ النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته ،ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩.

ثانياً: الاطاريح

١. إيناس مكي، الافتراض القانوني، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون _ جامعة كربلاء،٢٠١٧

ثالثاً: البحوث القانونية

١. امنة فارس حامد، المعايير العامة للصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية السياسية، العدد٤، السنة التاسعة، ٢٠١٧.

٢. عابد فايد عبد الفتاح فايد، العدالة في القانون المدني (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية _جامعة الاسكندرية، مج ٢ ، ٢٠١٢.

رابعا: القوانين

١.القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٢.القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة١٩٥١.