

فلسفة افتراض الضرر- دراسة مقارنة -

أ. د. عبد المهدي كاظم ناصر

نور امين احمد

كلية القانون جامعة القادسية

كلية القانون جامعة القادسية

abdulmahdi.naser@qu.edu.iq

@qu.edu.iqlaw.mas.20.36

تاريخ الاستلام: ٢٠٢٢-٧-٢

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٢-١٠-٩

المستخلص.

تبحث هذه الدراسة مشكلة كيفية التعويض في نطاق المسؤولية المدنية من دون الحاجة الى اثبات ركن الضرر الذي يعتبر الأساس الذي يقدر بمقداره أذ ان المشرع يفترض وجود الضرر عن طريق اعفاء الدائن من عبء اثبات تحققه أي ان بمجرد حدوث الخطأ من قبل المدين فانه يلزم بالتعويض بغض النظر عن تضرر الدائن من عدمه لذلك ان افتراض ركن الضرر من الاستثناءات التي من الممكن ان ترد على القواعد العامة والتي جاءت لاعتبارات معينة وعليه فان البحث عن منطقية افتراضه برغم من الزامية تحققه يقودنا الى التأسيس له وفق الاطار الفلسفي على فكرة المجاز القانوني اذ ان المشرع عندما افتراض وجود الضرر فان افتراضه كان من باب المجاز على اعتبار ان الامر على درجة عالية من احتمالية التحقق إضافة الى ان ذلك الافتراض كان مخالف للحقائق الثابتة والتي تتمثل بالحقائق القانونية والتمثلة بالإعفاء من عبء الاثبات خلاف للأصل العام والتي يستتبعها بالضرورة مخالفة الحقائق الطبيعية والتي رتبت المخالفة للحقائق الفلسفية التي تعتبر جزء من الحقائق الطبيعية والتي تمثلت بمبدأ عدم التناقض ومبدأ السببية فمخالفة تلك الحقائق جاء نتيجة الافتراض الذي وضع من قبل المشرع.

الكلمات المفتاحية: الافتراض، الضرر، التعويض، الاستثناء، المجاز، الحقيقة

Abstract

This study examines the problem of how to compensate without the need to prove the element of damage, which is the basis for which it is estimated, as the legislator assumes the existence of the damage by relieving the creditor from the burden of proof of its realization, that is, once the error occurred by the debtor, he is obliged to compensate regardless of the damage to the creditor or not, therefore, the assumption of the corner of harm is one of the exceptions that can respond to the general rules that came for certain considerations, and therefore the search for the logicity of his assumption despite the obligatory fulfillment of it leads us to establish it according to the philosophical framework on the idea The legal metaphor, since the legislator, when assuming the existence of harm, his assumption was a metaphor, given that the matter is of a high degree of possibility of verification, in addition to that this assumption was contrary to the established facts, which are represented by the legal facts represented in the exemption from the burden of proof contrary to the general origin, which necessarily entails Contradicting the natural facts, which arranged the violation of the philosophical facts, which are part of the natural facts, which were represented by the principle of non-contradiction and the principle of causation.

Key words: Assumption, damage, compensation, the exception, metaphor, truth.

المقدمة

اما من الناحية العملية فان لموضوع افتراض الضرر أهمية على الواقع العملي يظهر بصورة واضحة في ظل الدور الذي يلعبه، فهو يعتبر من اهم الضمانات التي من الممكن ان تقدم الى المضرور ومن اهم الأدوات التي يسعى المشرع بها الى تحقيق التوازن ما بين المتعاقدين، وذلك لان مجرد وقوع الخطأ من الطرف الاخر سيرتب القانون عليه مسؤولية بصرف النظر عن تحقق الضرر، ومن ثم سيوفر الاستقرار في التعاملات وسيجنب القضاء الكثير من المنازعات التي قد تحدث وذلك لان المشرع قدر الجزاء الذي سيقع على عاتق المخل من دون تكلف المضرور بأثبات وقوعه .

المطلب الأول ماهية الضرر المفترض

يمتاز الضرر بمكانة خاصة في المسؤولية المدنية والمحيط القانوني ككل، اذ هو محور المسؤولية وشق الرحى الذي يدور عليه الخصوم في المنازعات القضائية، فلا مجال لتقرير المسؤولية دون تحققه، الا ان هناك من الفروض التي يصر فيها الى تقرير المسؤولية دون الحاجة الى اثباته، ليكون مفترضاً افتراضاً من قبل المشرع، هو محل دراستنا في هذا المطلب الذي سنقسمه على فرعين نخصص الاول لبحث التعريف بالضرر المفترض، اما الفرع الثاني فهو مخصص لبحث خصائص الضرر المفترض.

الفرع الأول التعريف بالضرر 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

تبنى المسؤولية المدنية بشقيها العقديّة والتقصيرية على ركن جوهرى فيها وهو الضرر، إذ لا يمكن التعويض عنها بدون تحديد حقيقي له، لذلك فان فكرة الافتراض في نطاق الضرر ان كانت تعني اعفاء الدائن من اثبات وقوعه، الا ان هذا الاعفاء تارة قد يكون قطعي _اي غير قابل لأثبات العكس _ لان المشرع قد افترض ذلك كما في حالة الفوائد التأخيرية او الاتفاقية والتي تستحق بمجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، وتارة أخرى يكون غير قطعي _اي قابل لأثبات العكس_ بواسطة المدين إذ يستطيع اثبات عدم تعرض الدائن للضرر كما هو الحال في الشرط الجزائي، لذلك فان افتراض الضرر كان مبني على مخالفة الحقائق والتي أراد المشرع من خلالها تحقيق العدالة ما بين اطراف العلاقات القانونية.

ان لهذه الدراسة قدر من الأهمية تتمثل في ان افتراض وقوع الضرر يقلل الحاجة الى كثرة النصوص القانونية التي ترسم إجراءات المطالبة بالتعويض، الامر الذي يجعل فكرة افتراض الضرر جديرة بالبحث، إذ لم تنل حقها من ذلك وهذا الذي يجعل لدراسة هذا الموضوع جدوى سواء كان ذلك من الناحية العلمية او من الناحية العملية، فعلى الجانب العلمي تعتبر هذه الدراسة بداية لتأسيس نظرية افتراض الضرر وجمع شتاتها من بين التطبيقات المختلفة إضافة الى تسليط الضوء على كل تطبيق من التطبيقات التي تناولها الفقه دون ابراز لتلك الفكرة، بل بداية لهدم فكرة مستقرة فقهياً مفادها ان لا مسؤولية دون وقوع ضرر مؤكد، مع ان التمعن في العديد من التطبيقات يظهر ان لتلك القاعدة استثناءات تبنى على أساس افتراض الضرر.



نصوص القانون المدني والتي غالباً ما يلجأ إليها المشرع من اجل الوصول الى وضع قانوني معين ما كان ليصل اليه لولا وجود الافتراض، فهناك من عرفه في الفقه بانه: الباس الخيال ثوب الحقيقة والواقع لتحقيق اثر قانوني معين ما كان ليتحقق لولا هذا الافتراض الكاذب^(٥)، وعرفه الفقيه سالي بانه: كذبة كبرى يلجأ اليها المشرع عندما يعوز السند العقلي لتبرير وضع قانوني لا مناص منه^(٦)، كما عرفه الفقيه الألماني (Hering) في كتابه روح القانون الروماني انه "كذب فني تفضيه الضرورة"^(٧)، اما الفقيه (Maine) عرفه افتراض يخفي او يسعى الى اخفاء حقيقة ان قاعدة قانونية معينة قد عدلت وغير حكمها دون ان يمس نصها^(٨).

ومن التعريفات اعلاه يرى الباحث ان جميعها تصب في معنى واحد هو ان الافتراض وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون، يترتب عليه تغيير حكم النص دون تغيير صياغته إضافة الى ان الافتراض يؤدي وظيفة هامة يصعب تحقيقها بوسائل او اساليب اخرى وهي تعديل حكم القانون دون نصه وان هذا التعديل يشمل حالة واقعية لا مجال لتنظيمها بنص في القانون، فالافتراض ينطوي دائماً على تجاهل الواقع الملموس او مخالفة للحقائق الثابتة والانحراف بالقاعدة القانونية الى غرض اخر.

اما فيما يتعلق بتحديد معنى الضرر المفترض وعلى مستوى التشريعات محل المقارنة عرفت تعليمات هيئة المحلفين للمجلس القضائي في كاليفورنيا لعام ١٧٠٤ المعدل في ٢٠١٣ الضرر المفترض بأنه: "الضرر الناجم عن نشر مادة تشهيرية، وهو ضرر يفترض انه موجود

الشعوب وتأثر 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^(١)، ولما كان الضرر المفترض من المصطلحات المركبة فأن بيان معناه يستلزم ان نتناول كلا من الضرر والافتراض لتتوصل الى معنى الضرر المفترض.

اما بالنسبة الى الضرر وعلى مستوى التشريعات، فقد عرفه المشرع العراقي^(٢) في القانون المدني النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ في المادة (٢٠٢) على انه: "كل فعل ضار بالنفس من قتل او جرح او ضرب او أي نوع اخر من أنواع الايذاء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر.

اما في نطاق الفقه فيعرف الضرر كركن في المسؤولية المدنية بأنه: "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه او بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق او المصلحة متعلقة بسلامة جسمه او عاطفته او بماله او حريته او شرفه او اعتباره او غير ذلك"^(٣)، ولا يشترط ان يكون الحق الذي يمس هو حق مالي كحقوق الملكية او حقوق الانتفاع او غيرها من الحقوق بل يكفي ان تكون مصلحة مشروعة يحميها القانون^(٤)، فالضرر هو مظهر الخطأ واذا لم يترتب الخطأ ضرر فلا مجال لإعمال قواعد المسؤولية المدنية.

اما تعريف الافتراض فلم يرد في التشريعات محل الدراسة تعريفاً للافتراض، الا ان هذا لا يعني عدم وجود الفكرة في تلك التشريعات، فالافتراض من الأفكار العامة والمنتشرة في ثانيا

طبيعة محل الالتزام او طبيعة الضرر او لما للإرادة من دور في تفعيل احكام افتراضه.

الفرع الثاني

خصائص الضرر المفترض

ان لفكرة الضرر المفترض في المسؤولية المدنية خصائص تميزها رغم أصولها النابعة من القواعد العامة للمسؤولية، وسنستعرض في هذا الموضوع تلك الخصائص بتقسيمه على ثلاث فقرات وعلى النحو الآتي:

أولاً: الضرر المفترض استثناء من القاعدة العامة

يعتبر الضرر المفترض ضرراً استثنائياً من ناحيتين: الأولى تتمثل بتحقيق اركان المسؤولية المدنية اذ انها تنشأ كأصل عام عندما يكون هناك اخلال بالتزام عقدي او التزام فرضه القانون ونجم عن هذا الاخلال إضرار بالغير وربط بينهم - الخطأ والضرر - علاقة سببية، لتكون غاية المسؤولية المدنية هي التعويض عن الضرر الناجم عن الخطأ^(١٤). لذلك فان فكرة افتراض الضرر بمجرد تحقق الخطأ يخرج من إطار القواعد العامة في المسؤولية المدنية ليدخله في إطار الاستثناء والسبب في ذلك هو ان الضرر لا بد من وقوعه بصورة مؤكدة ويقينية حتى نستطيع القول بقيام المسؤولية المدنية ووجوب التعويض لأنه العنصر الذي يعوض على أساسه المتضرر، ولكن رغبة من المشرع باحترام الارادات التعاقدية ومراعاة منه لطبيعة محل الالتزام دفع الى الإقرار ضمناً بالسماح بتحديد التعويض بصورة سابقة لوقوع الضرر لينتج بعد ذلك قيام المسؤولية المدنية على اساس افتراض تحقق الضرر.

وتشمل على سبيل المثال لا الحصر: التعويض المعقول عن فقدان السمعة الشخصية او المهنية وخيانة الامانة والاذى في المشاعر^(٩).

اما على مستوى الفقه، فلم نجد وبحدود ما اطلعنا عليه من مصادر تعريفاً محدداً للضرر المفترض^(١٠)، إلا ان ابرز ما قيل في الضرر المفترض فقهاً كان بمناسبة الحديث عن عبء إثبات الضرر وان مسؤولية المدين تترتب في الوقت الذي يقع الضرر بالفعل، او الوقت الذي يعتبر الضرر متحقق^(١١)، وبالتالي فإن تحققه في الفرض الاخير يكون مفترض، فمتى ما افترض المشرع حدوث الضرر لا يكلف الدائن بإثباته ولا يجوز للمدين ان ينفي حصوله بإثبات ان الدائن لم يلحقه ضرر^(١٢)، في حين هناك^(١٣) من يرى ان للمدين ان يثبت عدم وقوع الضرر لينفي عنه المسؤولية.

وبناء على ما تقدم يمكن ان نصل الى نتيجة مفادها ان الضرر المفترض هو ضرر ذو طبيعة خاصة وان كان يتشابه مع الضرر العادي بصور وقوعه، الا انه يختلف عنه بصياغته الافتراضية ووجوده السابق على تحققه او وقوعه اصلاً لأنه يفرض وجوده بحكم لقانون، وكذلك فان نطاق الضرر المفترض لا يقتصر على مسؤولية دون اخرى وانما يشمل المسؤولية التقصيرية والعقدية، ومن ذلك يمكن ان نعرف الضرر المفترض بأنه:

الضرر المادي او المعنوي الذي يفترض وجوده بمجرد الخطأ عند صياغة النص القانوني لتقوم بعد ذلك المسؤولية المدنية بصرف النظر عن تحققه او وقوعه بصورة يقينية وذلك بسبب



التعويض الاتفاقي مستحق اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا ثبت المدين ان التقدير كان فادحا او ان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة"، وبذلك نجد ان القانون قد سمح بمراجعة الشرط الجزائي من خلال اثبات عدم تحقق أي ضرر ولكن هذه السلطة استثنائية تمنح للمحكمة الغرض منها حماية المتعاقدين لا تغيير طبيعة الشرط^(٢١)، فكانت بذلك القاعدة القانونية مرنة يستطيع المدين ان يثبت عدم وقوع الضرر حتى وان كان مفترضاً، إضافة الى ما سبق فان افتراض وقوع الضرر يستتبع بالضرورة افتراض توافر العلاقة السببية والعلة في ذلك هو ان ليس بالضرورة إقامة الدليل على جميع عناصر الواقعة بل يكفي اثبات قسم منها ليكون كافياً لأثبات الباقي.

ثانياً: الضرر المفترض ضرر معياري

ان فكرة المعيار في مجال القانون وفلسفته تكون ذات مفهوم اخص مما عليه في المجالات الأخرى، فهو يعمل على تقويم سلوكيات الافراد القانونية من خلال سن تشريعات تعمل على تحقيق الوظيفة الاجتماعية للقانون^(٢٢)، لذلك نجد ان هناك الكثير من المعايير الذي وضعها المشرع عند صياغته للنصوص القانونية وأوكل للقاضي مهمة ملء مضمون هذه المعايير ثقةً منه في اجتهاده وحسن تقديره في الوصول لتحقيق العدالة، وتتسم المعايير عموماً بالمرونة وقابليتها على التغير مع متطلبات الحياة وتطوراتها، الا ان هناك معايير تتصف بالجمود استناداً الى عناصرها الثابتة والمؤكدة التي لا تقبل التقدير وهذا ما

اما الناحية الثانية فتمثل بعبء الاثبات، فالقاعدة العامة تقضي ان من يدعي تضرره من شخص معين لا بد من اثبات صحة ادعائه لان الأصل هو براءة الذمة للأشخاص ومن يدعي خلاف ذلك الأصل يكون مكلف بإقامة الدليل لان البينة على من يدعي خلاف الظاهر^(١٥)، وفي هذا الاطار تنبه المشرع الى حالات معينة جعلها استثناء على القاعدة العامة من خلال اعفاء المضرور من عبء اثبات وقوع الضرر مستنداً بذلك الى طبيعة محل الالتزام الذي تستلزم بالضرورة حدوث ضرر وبذلك جاء بصياغة تشريعية من خلال وضع قرينة قانونية قد تكون قاطعة تخلص الأطراف من ضرورة اثبات وقوعه كما هو في نص المادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي^(١٦) التي تقضي بعدم اشتراط وقوع الضرر في الفوائد القانونية او الاتفاقية^(١٧) كذلك الحال بالنسبة لافتراض الضرر الناتج عن الإساءة الى سمعة الغير وهو من التطبيقات التي عرفته السوابق القضائية الامريكية أذ تشير المحاكم الامريكية الى إمكانية تقرر التعويض لمن تعرض للمساس بالسمعة دون الحاجة الى ان يثبت المضرور الضرر الواقع عليه^(١٨) أو من جانب اخر قد نرى ان المشرع في حالات اخرى لا يعفي المضرور من عبء اثبات وقوع الضرر انما ينقل عبء الاثبات من طرف الى اخر من خلال إيجاد استثناء على الاستثناء نفسه بمعنى ان الأصل في هذا الاطار هو افتراض وجود الضرر، ولكن هذا الافتراض لا يكون قاطعاً لان هناك قرينة قانونية تدل على قابلية الضرر لأثبات العكس^(١٩)، كما في الفقرة (٢) من المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي^(٢٠) والتي تنص على: " لا يكون

وفي حالات أخرى يتعدى الامر الى تقدير مضمون الحكم_ التعويض_ كما في حالة التعويض عن الضرر المعنوي^(٢٤)، ففي احدي تطبيقات الضرر المفترض نجد ان المشرع العراقي قد نص في المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي^(٢٥) على: "اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً بان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة بالمائة في المسائل التجارية وتسري هذ الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها وان لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تاريخاً اخر لسريانها وهذا كله مالم ينص القانون على غيره"، يتضح من النص سالف الذكر ان تقدير الفوائد التأخيرية في المسائل المدنية هي ٤٪ وفي المسائل التجارية ٥٪ وبذلك فان القانون لم يقف عند حد افتراض الضرر انما ذهب الى تقدير التعويض عن الضرر المفترض ولم يجز المطالبة بزيادة او نقص التعويض الا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر^(٢٦).

ثالثاً: الضرر المفترض تجسيد للمعيار المنطقي في الصياغة التشريعية

يعد التشريع المصدر الأول الذي يستعان به من قبل القضاء للفصل في المنازعات والوصول الى حكم معين استناداً لما جاءت به الفقرة (١) من المادة (١) من القانون المدني العراقي والتي تنص على: " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها"، لذلك فان النص التشريعي عندما يصاغ من قبل المشرع اما ان يكون بالألفاظ

يختص به الضرر المفترض في معظم الحالات عن سائر الاضرار الأخرى.

ومن المعايير القانونية تلك التي توضع من اجل تقدير التعويض والتي تختلف باختلاف الجهة المقدره له وان كان الأصل في تقدير التعويض مؤكل الى سلطة القاضي التقديرية، الا ان هذه السلطة محكومة بموجب عناصر معينة يستند اليها القضاء عند تقدير التعويض وهي بذات الوقت تعتبر معايير تحكم النص التشريعي، الا ان المشرع في بعض الأحيان قد يستقل المشرع بتقدير التعويض بصورة تتناسب مع طبيعة الالتزام فيحدد التعويض بصورة ثابتة ومؤكدة لا يدع فيها مجال للشك، ولما كان الضرر المفترض يخرج بوجوده عن القواعد العامة التي تحكم المسؤولية المدنية لذلك فان مسالة تقدير التعويض لا بد ان تحدد بصورة تتواءم مع طبيعته الخاصة المفترضة -الاستثنائية- الذي تقضي بوقوع الضرر بمجرد تحقق الخطأ، فهذه الصفة الاستثنائية له تجعل القضاء يقف عاجز عن تحديد أسس التعويض، من هذا المنطلق كان لا بد للقانون من وضع معايير يتم اعتمادها لتقدير التعويض، لذلك عند استقراء النصوص التي تتضمن هذ النوع من الضرر نجد فيها ان المشرع قد استخدم احد وسائل الصياغة المادية المتمثلة بطريقة إحلال الكم محل الكيف ليعبر عن معنى القاعدة القانونية بصياغة كمية او رقمية فيتم تحديد فكرة الكيف تحديداً ثابتاً دون ان يترك الامر للاجتهادات الفقهية والقضائية^(٢٣).

لذلك فان دور القاضي يقتصر في بعض الأحيان على النطق بالحكم وفق مقتضيات النصوص التشريعية الواردة في القانون المدني،

وان البحث في الغاية التي تدفع المشرع الى اتباع هذا الأسلوب - الافتراض - في النصوص المتعلقة بالضرر مراعاةً لطبيعة الالتزام او غير ذلك يقودنا الى فكرة العدالة التي يُسعى اليها دائماً لإصلاح صرامة القوانين، اذ يرى ارسطو ان تفعيل دور العدالة يؤدي الى مرونة في القانون المجرد ويجعله اكثر توائم مع الحالات الخاصة^(٣١)، وبذلك نجد ان العدالة هي حجر الأساس لكل بناء وصياغة قانونية وهي بذات الوقت غاية أي قانون وضعي يشكل في مظهره أداة للارتفاع والحماية.

وعليه ان النصوص وان لم تكن 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 وان نظرنا لها من زاوية مختلفة نجد انها تجسد المثل العليا والشعور بالإنصاف^(٣٢) الناتج عن طبيعة محل الالتزام واحترام الارادات التعاقدية التي سعت الى ايجاد اكبر قدر من ضمانات التنفيذ.

المطلب الثاني

الأساس الفلسفي لافتراض الضرر

ان فكرة الضرر المفترض من الأفكار الفلسفية التي تتضمنها نصوص القانون المدني، الا انها وبشكل أساس تخالف الحقائق الثابتة وتلك المخالفة تبنى على أساس فلسفي ومنطقي، الا ان ثمة تساؤلات قد تثار في هذا الصدد هي، هل ان الفكرة تقوم على المجاز ام انها تقوم على الحقيقة؟ وما هو ذلك المجاز وما هي تلك الحقيقة، وهذا ما سنجيب عليه في هذا المطلب

والعبارات الصريحة الدالة عليه ويسمى عند إذ منطوق النص^(٣٧) او يكون بعبارات ضمنية تستخرج من روح النص ومغزاها وعلتها التشريعية فيسمى عندئذ فحوى النص^(٣٨)، ففهم النصوص التشريعية لا يقتصر على ادراك المعنى الظاهر المباشر الذي يستخلص من الفاظه، بل تقتضي كذلك تحري القصد التشريعي والنزول من ظاهر النصوص الى اعماقها للتعرف على فحواها الحقيقي^(٣٩)، وهذا الذي يفسر اللجوء في بعض الأحيان الى الاخذ بفلسفة التشريع للوصول الى الغاية التشريعية الحقيقية لواضع النص.

ويلجأ المشرع الى المعيار المنطقي في صياغة النصوص الى جانب معايير اخرى^(٣٠) يعتمدها المشرع من اجل اخراج القواعد القانونية اخراج صحيح في حالات معينة ما كان له ان يخرجها بغير هذا الاسلوب، ويعد الاسلوب الافتراضي احد اشكال المعيار المنطقي ويتحقق بقيام المشرع بإيجاد اوضاع لا تتطابق مع الحقيقة كما هو الحال في افتراض الضرر لترتيب احكام المسؤولية المدنية في حالات معينة، وهو ما ينبغي ان يكون فيه المشرع على قدر من الحذر والحيطة كون هذا النوع من الصياغة استثناءً لا ينبغي التوسع فيه، لذلك نرى ان الضرر المفترض يجسد المعنى الفلسفي والمنطقي الذي من الممكن ان نجده في ما ورائيات النصوص التي تضمنته، فهو ضرر لم يصرح عنه بالألفاظ الصريحة لذلك ينبغي علينا استخراجها من روح النصوص وحكمتها التشريعية والغايات التي اوجدت من اجلها النصوص.



قرينة تدل على تحقق وجوده وصرفه الى معناه المجازي، ولمنعه من الانصراف الى مفهومه الحقيقي في ظل وجود علاقة تربط ما بين المعنيين يمكن ادراكها، ونلاحظ في ظل فكرة افتراض الضرر ان المشرع اوجد لنا قرائن قانونية تدل على ان المراد من النص هو المعنى المجازي اذ نصت المادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي بان الفوائد القانونية او الاتفاقية تستحق عند التأخير في تنفيذ الالتزام وان لم يثبت الضرر، فعدم اثبات الضرر يعني انها قرينة تصرف النص الى المعنى المجازي المتمثل باستحقاق التعويض لتحقيق الضرر بصورة مجازية، اما عن العلاقة التي تربط ما بين افتراض الضرر والمجاز هي مخالفتهم للحقائق ذاتها.

الا اننا نلاحظ ان اعتبار الافتراض بصورة عامة هو من باب المجاز تتطلبه ضرورات عملية تتمثل في تبرير أوضاع معينة لا نجد لها في الواقع ما يبرر وجودها باعتبارها احكاماً خاصة حتى تبدو اكثر منطقية مع غيرها من القواعد^(٣٥)، فيأتي الافتراض وهو يخالف الحقائق الواقعية ليبرر هذه الوجود من خلال توضيح الغرض منه والكشف عن الفكرة المنطقية التي تقوم عليه، وهذا ما ينطبق على الافتراض في الضرر فتبرير اعفاء الدائن من اثبات الضرر الذي يلحق به يأتي من باب اعتباره متحقق مجازا بصرف النظر عن وقوعه بصورة فعلية لاعتبارات متعددة منها ما يكون متعلق بطبيعة الالتزام او من باب تحقيق العدالة او ما يستلزمه المنهج القانوني القويم.

الفرع الثاني

الحقيقة أساس لافتراض الضرر

اذا كان الافتراض بحسب تعريفه المبين فيما سبق هو مخالفة الحقيقة المتمثلة بضرورة تحقق

من خلال تقسيمه على فرعين يتضمن الفرع الأول المجازي القانوني كأساس لافتراض الضرر، اما الفرع الثاني سنعده الى الحقيقة كأساس لافتراض الضرر.

الفرع الأول

المجاز القانوني أساس الضرر المفترض

الأصل في الكلام حمله على الدلالة الحقيقية التي هي ظاهرة فيه والمقصودة منه بوصفها هي مراد المتكلم، لان تحديد معنى النص يبدأ من تحديد المعنى الحقيقي للألفاظ، لذلك نصت المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي على: (٢) - على ان الأصل في الكلام الحقيقة اما إذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز)، الا ان ذلك لا يعني ثبوت ذلك الأصل وانطباق الالفاظ بصورة تامة على المعاني لان اعمال الكلام أولى من اهماله لذلك يصار الى المجاز من باب الاستثناء للوصول الى القصد الذي أراده المشرع والاثر الذي ابتغاه.

وعليه فان المجاز في الاصطلاح يقابل الحقيقة بمعنى انه خلاف الأصل وذلك لأنه يتوقف على أمور ثلاثة الوضع الأول والمناسبة والنقل اما الحقيقة فهي تتوقف على الوضع وهي احد الثلاثة، إضافة الى ان المجاز لو ساوى الحقيقة لكانت النصوص كلها مجملة فكان لا يحصل الفهم الا بعد الاستفهام، ولان لكل مجاز حقيقة والعكس غير صحيح فان المجاز هو المنقول الى معنى ثاني لمناسبة شاملة والثاني له اول وذلك الأول لا يجب فيه المناسبة^(٣٣)، وعليه يعرف المجاز على انه لفظ استعمل في غير ما وضع له في اصطلاح اهل التخاطب لصلة بينه وبين المعنى الحقيقي مع قرينة مانعة من إرادة الموضوع له^(٣٤)، يتبين من ذلك انه يحتاج الى



على كل انسان ذي تفكير ولا يمكن مخالفتها الا بطريقة الافتراض ومن هذه الحقائق المبادئ الأساسية في نظرية المعرفة في مقدمتهم مبدأ السببية إضافة الى مبدأ الذاتية ومبدأ عدم التناقض^(٤١)، نستنتج مما سبق ان مؤيدي هذا الاتجاه قد اثبتوا ان الافتراض يخالف الحقائق الطبيعية سواء كانت الفلسفية او التاريخية او العلمية والذي بالتأكيد يؤدي الى افتراض قانوني.

الاتجاه الثاني: اما أصحاب هذا الاتجاه فكان

يرون ان الافتراض لا يقوم على مخالفة الحقائق الطبيعية انما يقوم على مخالفة الحقائق القانونية، فالقاعدة المقررة للأثر الرجعي للقسمة قاعدة افتراضية لأنها تتضمن مخالفة حقيقة قانونية هي ان حقوق الشركاء المفترزة لا تنشأ إلا من القسمة، الا ان أصحاب هذا الاتجاه قد ركزوا على الأحوال التي تختلط فيها الحقيقتين معا بحيث تعتبر الحقيقة القانونية مجرد تقرير للحقيقة الطبيعية، فهي ليست من خلق القانون ولكن في الواقع ان القاعدة الافتراضية في مثل هذه الأحوال تعتبر كذلك لأنها اذ تخالف الحقيقة القانونية فأنها تخالف في الوقت نفسه وبالضرورة الحقيقة الطبيعية نظراً لما بينهم من تلازم وان كانت هناك بعض القواعد التي تنفرد بالمخالفة الطبيعية لوحدها^(٤٢).

الاتجاه الثالث: وتماشيا مع ما سبق ظهر

اتجاه ثالث توفيقي حاول الربط ما بين الاتجاهين، اذ ذهب الى ان الافتراض يتحقق حينما تطبق قاعدة قانونية مرتبطة بحالة مادية معينة على حالة اخرى مع تجاهل الخصائص المميزة للحالة الاخيرة بحيث لا تعتبر مخالفة الحقيقة القانونية افتراضا، الا اذا كانت تلك

الضرر لاستحقاق التعويض، الا ان المراد بالمخالفة هنا ليست المخالفة التلقائية التي تتضمنها كل قاعدة قانونية نظراً لصياغتها في صورة مجردة^(٣٦)، انما يراد بها تلك المخالفة الصريحة من باب افتراض تحققها بغية الانحراف بالقاعدة القانونية الى غرض اخر او تجاهل للواقع الملموس^(٣٧)، وبذلك نجد ان كل قاعدة قانونية تنطوي على قدرًا من المخالفة للحقائق الثابتة، سواء كان ذلك نتيجة صياغتها المتصفة بالعمومية والتجريد او احتواء القاعدة على افتراضات معينة.

وتعرف الحقيقة بانها: لفظ استعمل فيما

وضع له في الاصطلاح الذي تم به التخاطب^(٣٨)، أي ان حقيقة الشيء تُعرف من خلال الاسم الذي وضع له مثل العقد والفسخ والبطلان، وكلها حقائق وضع لها المشرع قواعد قانونية تنظمها، وان بناء الافتراض على اساس مخالفة تلك الحقيقة من قبل الفقه القانوني أثير بشأنه الخلاف حول نوع وطبيعة الحقيقة التي يقوم الافتراض بمخالفتها فانقسموا الى ثلاث اتجاهات^(٣٩):

الاتجاه الأول: ذهب أصحاب هذا الاتجاه

^(٤٠) الى ان الافتراض يقوم على مخالفة الحقائق الطبيعية، وهي تتمثل في مجموعة من الحقائق المادية السابقة في الوجود على الحقائق القانونية، إذ ينكرون مخالفة الافتراض للحقائق القانونية، لأن وجود مثل هذه المخالفة يخرج الامر من نطاق الافتراض ليدخل في دائرة الغاء القانون او الاستثناء الذي يرد على القواعد العامة، والحقائق الطبيعية اما ان تكون حقائق فكرية او تكون حقائق مادية وهذه الأخيرة قد تكون حقيقة تاريخية او قد تكون حقيقة علمية، وبجانب ما سبق ذكرهم توجد حقائق ذات طبيعة فلسفية تفرض نفسها

الافتراض، بالإضافة الى تجسيد رغبة المشرع في منح الامتياز الذي شرع الافتراض لأجله.

٢. تبين لنا ان الضرر المفترض يختلف عن الضرر العادي في طبيعته الافتراضية التي تجعله متحقق بمجرد صدور الخطأ من دون الحاجة الى وقوع الضرر بصورة فعلية، مما يعني انه صورة خاصة مستقلة عن الاضرار الأخرى، ولا يمكن ايجاده الا في اضيق الحدود على اعتبار انه استثناء من القاعدة العامة.

٣. تبين للباحث ان فكرة افتراض الضرر لها أصولاً فلسفية يمكن تبيانها من منظورين الأول المجاز الذي يكون ناتجاً عن الظن الغالب من تحقق الوقوع ذلك الضرر، اما الاخر فيكون وفق منظور مخالفة الحقائق القانونية التي يتضمنها أي نصاً تشريعي والذي يستتبع بالضرورة مخالفة الحقائق الطبيعية والذي تمثل مبدئي التناقض والسببية.

ثانياً: 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 التطبيق النظري، وخاصة وان فكرة الضرر المفترض تثار بمناسبة الاثبات فان ذلك يجعل تلك الفكرة بمساس مباشر مع الحصول على الحقوق او ضياعها لان الحق المجرد من دليله يصبح عند النزاع هو والعدم سواء، وتأسيساً على ذلك ندعو المشرع العراقي الى الإشارة وبصورة صريحة الى فكرة افتراض

الحقيقة مرتبطة بحالة مادية لا توجد في الحالة الجديدة التي امتد اليها حكم القاعدة فبذلك فان هذا العنصر الجديد المتمثل بتجاهل اختلاف الحالة المادية (مخالفة الحقيقة الطبيعية) هو الذي يجعل من القاعدة قاعدة افتراضية قانونية^(٤٣)، وهذا ما يؤيده الباحث اذ يرى ان التوفيق كان منطقياً ومطابقة لما تقتضيه فكرة افتراض الضرر من مخالفة للحقائق القانونية والطبيعية معا.

بناءً على ما سبق نلاحظ ان القاعدة الافتراضية ترمي دائماً الى مخالفة حكم قاعدة قانونية ولكنها تصل الى ذلك عن طريق مخالفة الحقيقة الطبيعية، وهذا يستدعي لمعرفة مدى ما في القاعدة من افتراض هو ان نبحت اولاً فيما اذا كانت تخالف حكم قاعدة قانونية ام لا، فاذا لم توجد مثل هذه المخالفة يعني بعدم وجود الافتراض ولكن ان وجدت تلك المخالفة فان ذلك لا يعني بكفايته، بل لابد من وجود مخالفة لحقيقة طبيعية للقول بوجود الافتراض، وهذا يقودنا الى البحث عن الحقيقة القانونية التي قام الضرر المفترض بمخالفتها لنصل الى الحقيقة الطبيعية لأجل اعتبار هذه الحقائق هي الاساس الفلسفي للضرر المفترض.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراستنا الموسومة (فلسفة افتراض الضرر) لابد من ذكر اهم النتائج التي توصلنا اليها مع اهم المقترحات التي استخلصناها، وعلى النحو الآتي:

أولاً: النتائج

١. ان الضرر المفترض من الأفكار التي جاءت بها الصياغة المنطقية للنصوص، في محاولة منها لإيجاد صياغة تشريعية تلائم مشروعية



الضرر من اجل الوقوف على نظام قانوني واضح وصريح يخلصنا من القصور التشريعي الذي يكتنف تلك الفكرة، على ان يأخذ بنظر الاعتبار عند تأطير الفكرة المحاور الآتية إضافة الى تسليط الضوء على المحاور الآتية:

١. الإشارة الى استثنائية الضرر صراحةً، وذلك من اجل عدم المساس بفكرة المسؤولية المدنية والتي تشترط تحقق ركن الضرر من اجل قيامها.

٢. تحديد المعيار الذي على أساسه يستطيع القاضي تقدير التعويض في الحالات التي يترك للقضاء سلطة تقديرية في التعويض.

٣. حصر المسائل التي بها يعفى الدائن من عبثات وقوع الضرر وجعله مفترضا وذلك لان الافتراض من وسائل الصياغة الاستثنائية التي لا يلجأ اليها المشرع الا في اضيق الحدود وبالتالي يكون منح السلطة التقديرية الى القاضي بما يتعلق بإعفاء المضرور من عبء الاثبات في نطاق محدد تبرره الضرورة.

وعليه ان دعوة المشرع العراقي الى تأطير الفكرة محل البحث يكون باستحداث نص ضمن الفصل الثالث من الباب الأول على ان يكون النص بالشكل الآتي:

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

(1) dabin ،technique p ،282-284

نقلا عن د. سمير تناغو، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف - الاسكندرية، ١٩٧٤، ص ٤٠١، وكذلك د. عبد الرحمن البراز، الموجز في تاريخ القانون، دار دجلة للطباعة والنشر - بغداد، بدون سنة طبع، ص ٦٦-٧٠.

(٢) لم يعرف القانون المدني المصري الضرر.

(٣) د. سليمان مرقص، الفعل الضار، دار النشر للجامعات المصرية، ط ٢، ١٩٥٦، ص ٣٤. وكذلك د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، طبع على نفقة جامعة المستنصرية وبأشرافها، ١٩٧٦، ص ١٨٢.

(٤) كما في حالة موت شخص يعيل عائلة معينة فموته ادى الى ضرر مرتد على هذه العائلة فتكون هذه العائلة هي محل للتعويض عن الاضرار الذي تسبب لهم بها.

(٥) د. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ط ٤، بدون مكان نشر ١٩٦٢ ص ١٧٥.

(٦) نقلاً عن د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العلي - بغداد، ط ١، ١٩٧٥، ص ٢٥٢.

(٧) أنظر في هذه التعريف د. إيناس مكي، الافتراض القانوني، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون _ جامعة كربلاء ٢٠١٧، ص ٤١، وكذلك ابو زيد مصطفى، الافتراض ودوره في تطوير القانون، مطبعة دار التأليف، ١٩٨٠، ص ٩.

(٨) نقلاً عن حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، ص ٢٥٣.

(٩) وما يجدر الإشارة له بهذا الصدد ان فكرة الضرر المفترض في امريكا تبدو اكثر وضوحاً في القانون العام كقانون التشهير الامريكي والتعليمات القضائية، ولا تحدد هذه القوانين الطريقة التي يحتسب بها مقدار التعويض، مع ذلك توفر تعليمات هيئة المحلفين إرشادات لهيئة المحلفين للنظر فيها عند منح التعويضات المفترضة، تنص تعليمات نمط نيويورك على أنه عند تحديد مقدار الأضرار، يجب على هيئة المحلفين "النظر في مكانة المدعي في المجتمع، وطبيعة بيان المدعى عليه الصادر عن المدعي، ومدى تعميم البيان، وميل البيان إلى إصابة شخص مثل المدعي، وجميع الحقائق والظروف الأخرى في القضية.

Michael K. Steenson ،Presumed Damages in Defamation Law ،Article9 ،MITCHELL school of Law ،Voiume 40 ،Issue4 ،2014 ،p1503.

(١٠) تعود فكرة الضرر المفترض في الولايات المتحدة الامريكية الى السوابق القضائية الدستورية المتعلقة بالضرر التي صدرت من المحكمة العليا، إذ أوضحت المحكمة في كاري أن الحرمان من الإجراءات القانونية الواجبة في حد ذاته لا يكفي لتبرير منح تعويضات مفترضة، وعلى الرغم من ان المحكمة المذكورة قد شددت على منح التعويض عن الضرر المفترض الا انها سمحت بعد ذلك بمنحه.

Constitutional Torts 32(2d ed. ،Michael. Wells& Thomas A.Eaton ،Sheldon H. Nahmod 2004).

(١١) د. جعفر محمود المغربي. حسين شاكر عساف، المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٩ ص ١٥٦.



- (١٢) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، المجلد الثاني، العقد، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١٨، ص ٢١٧
- (١٣) صفوان محمد احمد، نظرية افتراض الضرر، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ١، المجلد ١، العدد ١، الجزء ٢، ٢٠١٦، ص ٤٩٣
- (١٤) عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات (المسؤولية المدنية)، ج ٢، ط ٣، مطبعة الكرامة - الرباط، ٢٠١١، ص ١٤-١٥، وكذلك د. احمد سلمان شبيب السعداوي، د. جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقهاء الاسلامي)، مكتبة زين الحقوقية والادبية _ بيروت، ط ١، ٢٠١٥، ص ٢٠٩-٢١٠
- (١٥) د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الاثبات، المكتبة القانونية - بغداد، بدون سنة طبع، ص ٦٦، وكذلك د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني _ المدخل للعلوم القانونية، ط ٥، بدون مكان طبع، ١٩٦٧، ص ٨٩٥، وكذلك د. احمد ابو الوفاء، تعليق على نصوص قانون الاثبات، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٦، ص ٨٢.
- (١٦) يقابلها المادة (٢٢٨) من القانون المدني المصري.
- (١٧) د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام) دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥، ص ١٨٥. وكذلك د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام _ مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ٦٧

18) Graphnet ،Inc. v. Retarus ،Inc:

تتلخص وقائع القضية حول شركتين متنافستين في مجال التجارة، الاولى هي شركة كرافنيت اما الثانية هي شركة ريتورز، وأن كلتا هذين الشركتين هما منافسان تجارين ومارسا الأعمال سوية. في العام ٢٠١٤ نشرت شركة ريتورز منشوراً يحتوي على بيانات تشهيرية ضد شركة كرافنيت. رفعت الاخيرة دعوى في اب من العام ٢٠١٦ ضد شركة ريتورز. لم تقدم للمحكمة الوثائق المطلوبة او الإفادة المطلوبة منها. وبناء على ذلك ردت المحكمة دعواها وطالب المدعى عليه بإعادة المحاكمة. لتبين المحكمة من خلال هيئة المحلفين النموذجية بأنها ستتهم المدعى عليه، بتعويضات عن جريمة التشهير عامة وخاصة والتي كان مقدارها ٥٠٠ دولار والتي لم تتفق بها مع المقدار الذي أوصت به هيئة المحلفين البالغ مقداره ٥٠٠ ألف دولار. وبهذا حكمت المحكمة بتعويضات اسمية عن الافتراء والتشهير بعدما تمت إعادة المحاكمة. ومن دون الحاجة الى تقديم ادلة وقوع الضرر لان وقوع التشهير بحد ذاته يعتبر ضرر. طعن المدعي بالحكم أمام المحكمة العليا لولاية نيو جيرسي. مبين أن المحكمة قد خالفت القانون حينما أمرت بإعادة المحاكمة. الا ان قسم الاستئناف في المحكمة المذكورة اقر بصحة القرار، الا انها بينت أن التعويض الذي طالبت به هيئة المحلفين البالغ مقداره ٨٠٠ ألف دولار كان مبالغاً فيه، كما وأن قرار المحكمة بتعويض بمبلغ ٥٠٠ دولار كان قليلاً ولا يتلائم مع طبيعة الاضرار ويخالف مبادئ الطعون وطالبت المحكمة بإعادة المحاكمة بما يتعلق بمقدار التعويضات. من ذلك يتبين ان فكرة الضرر المفترض تظهر بوضوح في نطاق التشهير في التشريع الامريكي وهذا ما سنبحثه في موضع اخر من الرسالة.

- (١٩) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار احياء التراث، ١٩٥٨، ص ٩٤٠، كذلك انور سلطان، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، مصدر سابق، ص ١٧٦، وكذلك د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التصديرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، مطبعة الحداد_ البصرة، ١٩٥٥، ص ٢٩٠



- (٢٠) تقابلها المادة ٢٢٤ من القانون المدني المصري.
- (٢١) طارق كاظم عجيل، المسؤولية التعاقدية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري - بغداد، ٢٠٢١، ص ١٦٤.
- (٢٢) فارس حامد العجرش، فكرة المعيار في القانون، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ١٠.
- (٢٣) د. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠١٠، ص ١٥٣، وكذلك د. شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل للقانون، ط ١، منشأة المعارف - الاسكندرية، ١٩٦٨، ص ١٥١.
- (٢٤) تطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية: (ان المدعي يستحق التعويض الادبي فقط دون التعويض المادي لعدم تعرضه لأي ضرر مادي جراء فعل المدعى، عليه وحيث ان التعويض المادي نص عليه في المادة ٢٠٧ لذا كان من المتعين على محكمة الموضوع ان ترد المطالبة بالتعويض المادي من جهة ومن جهة ثانية فان التعويض الادبي جاء مغالى فيه فكان من المتعين على محكمة الموضوع افهام الخبراء بتقدير التعويض الادبي دون المغالاة وبشكل متناسباً....) من ذلك يتبين ان التعويض عن الضرر المعنوي جاء بصورة مستقلة عن الضرر المادي إذ ان القضاء قرر التعويض عن الضرر المعنوي بما له من سلطة تقديرية في ذلك، قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر بالعدد ٣٧١٤ بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/٢٠.
- (٢٥) وتطابقها المادة (٢٢٦) من القانون المدني المصري.
- (٢٦) د. عبد المجيد الحكيم. عبد الباقي البكري. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج ٢، العاتك لصناعة الكتب - القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٧٧.
- (٢٧) ويقصد بمنطوق النص هو ما دل عليه لفظ في محل نطق وهو على نوعين اما منطوق صريح او غير صريح والصريح تكون دلالاته اما تطابقه او تضمن حقيقة او مجاز، وغير صريح هو ما دل عليه النص تبعاً وعقلاً تسمى دلالة الالتزام وتنقسم الى اشارة النص ودلالة الاقتضاء ودلالة الايماء. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسجه الجديد، ج ١، ط ٢٣، مطبعة الخنساء - بغداد ٢٠١٤ ص ٣٩٥ هامش رقم ١، وكذلك د. محمد اديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي، ط ٤، المكتب الاسلامي، ١٩٩٣، ص ٥٩٤.
- (٢٨) ويقصد بفحوى النصوص هو ما يؤخذ من روح النص لا من عبارته ومن الغاية المتوخاة من تشريعه دون التمسك بحرفيه ويطلق عليه مفهوم الموافقة، د. احمد الحصري، استنباط الاحكام من النصوص، ط ٢، دار الجبل - بيروت، ١٩٩٧، ص ٣٨٩، وكذلك د. محمد اديب صالح، المصدر نفسه، ص ٦٠٩.
- (٢٩) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت - كلية الحقوق والشريعة، ١٩٧٢، ص ٢٠٩.
- (٣٠) تقسم المعايير المتغيرة للصياغة القانونية الى ثلاث اقسام: هي معايير الصياغة الجامدة، معايير الصياغة المرنة والمعياري المنطقي. وللاطلاع على تفاصيل هذه المعايير يراجع: امته فارس حامد، المعايير العامة للصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية السياسية، العدد ٤، السنة التاسعة، ٢٠١٧، ص ١٠٦ وما بعدها.
- (٣١) نقلاً 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، ص ٩٦٤.



(٣٢) وهذا هو مفهوم العدالة اذا عرف بانه قواعد تصدر من مثل اعلى يستهدف خير الانسانية والمجتمع بما يملأ 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، ص ٦٨. وكذلك د. محمد واصل، د. محمد حاتم البيات، المدخل الى علم القانون، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٧، ص ١٨١.

(٣٣) د. لطفي عبد البديع، فلسفة المجاز بين البلاغة العربية والفكر الحديث، ط ١، دار نوبار_ القاهرة، ١٩٩٧، ص ٨.

(٣٤) محمد بن علي الشوكاني، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول، ط ٤، دار ابن كثير، ٢٠١١، ص ١١٥، وكذلك د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ٤٥٤. وكذلك ابو المعالي بن محمد الجويني، الورقات في اصول الفقه، بدون سنة طبع، بدون مكان طبع، ص ٤.

(٣٥) د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطوير القانون، مصدر سابق، ص ٤٧، وكذلك د. عبد الحميد فودة، الافتراض بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٧٩.

(٣٦) ينبغي عدم الخلط بين المخالفة الجزئية التي تنطوي عليها كل قاعدة قانونية وبين المخالفة التي تحدث بالافتراض بصورة عامة وذلك لان الصياغة القانونية وهي تحاول ضبط الواقع تقوم على تصور ذهني تحكمي الى حد ما حتى يتيسر الوصول الى غايات عملية معينة فالصياغة الفنية للقواعد القانونية في صورة عامة مجردة قد تجعلها غير مطابقة للحقيقة في احيان كثيرة وذلك لان المشرع يبني تصوره على الاحتمالات الغالبة والراجحة في الحياة العملية بحيث يأتي تعميمه في الاتجاه العادي والطبيعي للأمر، د. عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٢.

(٣٧) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطوير القانون، مصدر سابق، ص ٨.

(٣٨) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد ج ١، مصدر سابق، ص ٣٨٦.

(٣٩) د. السيد عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني، مصدر سابق، ص ١٨، د. سمير تناغو، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص ٤٠٢، د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطوير القانون، ص ٩.

(٢١) من ابرز اصحاب هذا الاتجاه هما (ديجي _ دابان) فهما يريان ان الافتراض يقوم على مخالفة للحقيقة الطبيعية فقط وان كانت هناك مخالفة للحقيقة القانونية فلا بد من البحث عن الحقيقة الطبيعية للقول بوجود الافتراض، د. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، ط ١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص ٩٧، وكذلك د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى، المصدر نفسه، ص ١٠.

(٤١) يعتبر مبدأ السببية او ما يسمى بمبدأ العلية من المبادئ العقلية التي تعني ان الانسان يجد في صميم طبيعته الباعث الذي يبعثه الى محاولة تعليل ما يجد من الاشياء وتبرير وجودها باكتشاف اسبابها وهذا الباعث موجود بصورة فطرية في الطبيعة الانسانية، لذلك فان الانسان دائما ما يسأل عما يدور من حوله وحتى وان لم يجد له سبب معين فهو يعتقد بوجود سبب مجهول انبثق منه الحادث، اما بالنسبة الى المقصود بمبدأ الذاتية او مبدأ الهوية هو ان الشيء يبقى كما هو لا يتغير ولا يتبدل وان طرأت عليه تغيرات داخلية ويبقى يحقق الشيء ذاته مهما كان فاذا كنت تبحث عن كتاب فانه يبقى كما هو مهما كانت مدة البحث، اما مبدأ عدم التناقض هو ان التناقض مستحيل أي لا يمكن وفق هذا المبدأ ان يتفق النفي والاثبات في أي حال من الاحوال بمعنى ان كل نفي لا يناقض أي اثبات وكل



اثبات لا يتعارض مع كل نفي وانما يتناقض الاثبات مع نفيه بالذات لا مع نفي اثبات اخر ووجود الشيء يتعارض مع عد ذلك الشيء لا مع عدم شيء اخر، ص ٣٠٢، محمد باقر الصدر، فلسفتنا، ط ٣، دار التعارف للمطبوعات، ٢٠٠٩ ص ٣٠٢-٣٤٩.

(٢٣) ومن اصحابه ديموج انظر في تفصيل ذلك د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، المصدر السابق، ص ٤٠١ وكذلك د. السيد عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، المصدر السابق، ص ٢٣.

(٢٤) من أصحابه الاستاذ (Houin) لتفاصيل اكثر انظر، د. ابو زيد مصطفى، الافتراض ودوره في القانون، المصدر السابق، ص ١٢.

د. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني، المصدر السابق، ص ٩٨.

قائمة المصادر

اولاً: الكتب القانونية

١. د. ابو زيد مصطفى، الافتراض ودوره في تطوير القانون، مطبعة دار التأليف، ١٩٨٠.
٢. د. احمد ابو الوفا، تعليق على نصوص قانون الاثبات، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٦.
٣. د. احمد الحصري، استنباط الاحكام من النصوص، ط ٢، دار الجيل - بيروت، ١٩٩٧.
٤. د. احمد سلمان شهيب السعداوي، د. جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقهاء الاسلامي)، مكتبة زين الحقوقية والادبية - بيروت، ط ١، ٢٠١٥.
٥. د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام) دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.
٦. د. جعفر محمود المغربي. حسين شاكر عساف، المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٩.
٧. ابن المعالي بن محمد الجويني، الورقات في اصول الفقه، بدون سنة طبع، بدون مكان طبع.
٨. د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، مطبعة الحداد - البصرة، ١٩٥٥.
٩. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، طبع على نفقه جامعة المستنصرية وبأشرافها، ١٩٧٦.
١٠. د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العلني - بغداد، ط ١، ١٩٧٥.
١١. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - المدخل للعلوم القانونية، ط ٥، بدون مكان طبع، وبدون سنة طبع.
١٢. د. سليمان مرقس، الفعل الضار، دار النشر للجامعات المصرية، ط ٢، ١٩٥٦.
١٣. د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف - الاسكندرية، ١٩٧٤.
١٤. د. شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل للقانون، ط ١، منشأة المعارف - الاسكندرية، ١٩٦٨.
١٥. د. عبد الباقي البكري و الاستاذ زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد - العاتك لصناعة الكتب، ٢٠١١.



١٦. د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية ج ١، مطبوعات جامعة الكويت_ كلية الحقوق والشريعة، ١٩٧٢
١٧. د. عبد الحميد فودة، الافتراض بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
١٨. د. عبد الرحمن البزاز، الموجز في تاريخ القانون، دار دجلة للطباعة والنشر - بغداد، بدون سنة طبع.
١٩. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار احياء التراث، ١٩٥٨.
٢٠. د. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات (المسؤولية المدنية)، ج ٢، ط ٣، مطبعة الكرامة - الرباط، ٢٠١١.
٢١. د. عبد المجيد الحكيم. عبد الباقي البكري. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج ٢، العاتك لصناعة الكتب _ القاهرة، بدون سنة طبع.
٢٢. د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، المكتبة القانونية - بغداد، بدون سنة طبع .
٢٣. د. لطفي عبد البديع، فلسفة المجاز بين البلاغة العربية والفكر الحديث، ط ١، دار نوبار_ القاهرة، ١٩٩٧.
٢٤. د. محمد اديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي، ط ٤، المكتب الاسلامي، ١٩٩٣ .
٢٥. د. محمد باقر الصدر، فلسفتنا، ط ٣، دار التعارف للمطبوعات، ٢٠٠٩.
٢٦. د. محمد بن علي الشوكاني، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول، ط ٤، دار ابن كثير، ٢٠١١.
٢٧. د. محمد حاتم البيات، المدخل الى علم القانون، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٧.
٢٨. د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، المجلد الثاني، العقد، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٨.
٢٩. د. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠١٠
٣٠. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد ج ١، ط ٢٣، شركة الخنساء للطباعة - بغداد ٢٠١٤.
٣١. د. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، ط ١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦.
٣٢. د. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ط ٤، بدون مكان نشر، ١٩٦٢.
٣٣. د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام_ مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.

ثانيا: الإطار يرح والرسائل القانونية

أ. الإطار يرح

١. د. إيناس مكى عبد نصار، الافتراض القانونى، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون _ جامعة كربلاء، ٢٠١٧.

ب. الرسائل

١. فارس حامد العجرش، فكرة المعيار فى القانون، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، ٢٠٠١

ثالثا: البحوث القانونية

١. امنة فارس حامد، المعايير العامة للصياغة التشريعية، بحث منشور فى مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية السياسية، العدد ٤، السنة التاسعة، ٢٠١٧.

٢. صفوان محمد احمد، نظرية افتراض الضرر، بحث منشور فى مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ١، المجلد ١، العدد ١، الجزء ٢، ٢٠١٦.

٣. د. عابد فايد عبد الفتاح فايد، العدالة فى القانون المدنى (دراسة مقارنة)، بحث منشور فى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية _ جامعة الاسكندرية، مج ٢، ٢٠١٢.

رابعا: المصادر باللغة الاجنبية

1. Michael K. Steen son ،Presumed Damages in Defamation Law ،Article9 ،MITCHELL school of Law ،Volume 40 ،Issue4 ،2014 ،p1503
2. Sheldon H. Nahmod ،Michael. Wells& Thomas A.Eaton ،Constitutional Torts 32(2d ed. 2004).

