جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

معهد العلمين للدراسات العليا

التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية

دراسة مقارنة بين الفقه والقانون

رسالة قدّمها الطالب

حسن محمد حسن الكرعاني

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف

الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي

أستاذ القانون الخاص

1439هـ

2017م

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

(وَ إِذاَ مَسَّ الإِنسَانَّ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ قائِماً أَو قَاعِداً فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ مَرَّ كَأَنْ لَمْ يَدْعُنَا إِلَى ضُرٍّ مَسَّهُ كَذَلِكَ زُيِّنَ لِلْمُسْرِفِينَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ) .

صدق الله العلي العظيم

سورة يونس أية رقم (12)

الإهداء

إلى والدي .... المرحوم محمد حسن سحيب الكرعاني (حباً و إحتراماً و عرفاناً) .

إلى والدتي الحبيبة ... أطال الله بعمرها .

إلى إخواني الأربعة .... و أخواتي الأربع الحبيبات .

إلى روحي التي بين جنبي .... أكرم (أبي رقية)

إلى جميع زملائي ... قضاة و محامين و زملاء الدراسة .

إلى جميع أصدقائي ...

إلى كل من ساعدني في رحلتي الدراسية هذه .

حسن

شكر و تقدير

أتقدم بالشكر الجزيل و التقدير الوفير و الإحترام الكبير إلى إستاذي المشرف الأستاذ الدكتور (عزيز كاظم جبر) لما رفدني به من معلومات وفيرة ، و ماتحمل من عناء ، و ما بذله من جهد واسع في الإشراف على رسالتي هذه اسأل الله ، العلي القدير ، أن يمن عليه بالعمر المديد ، و أن لا نُحرم من إشراقاته العلمية.

و أتقدم بالشكر الجزيل إلى أخي الذي لم تلده لي أمي (أكرم اليوسف) ؛ الذي بذل معي جهداً كبيراً في جمع المصادر و متابعته لي أثناء مسيرتي العلمية هذه و حرصه الشديد و رفع معنوياتي وقت الشدة .

كما و أتقدم لجميع زملائي الذين واكبوني في دراستي و كتابة البحث هذا ، و أخص منهم بالذكر الأستاذ (ستار جبار الغزي) و الأستاذ (بديوي مجاهد مطر) الذين بذلا معي جهداً رائعاً، أتمنى على الله العلي القدير ، أن يوفقهما في مسيرتهما العلمية .

و أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي و معلمي الفاضل الاستاذ القاضي (أحمد نعمة مطر) ؛ الذي كان سبباً في دخولي لدراسة الماجستير اسأل الله له دوام الموفقية و النجاح في حياته

كما و أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ القاضي (عدنان زيدان العنبكي) ؛ لما افاض به عليّ من المصادر و القرارات التمييزية متمنياً على الله دوام الموفقية و النجاح في حياته العملية .

كما و أتقدم لجميع أساتذتي من تدريسين في كلية القانون جامعة بغداد لكرمهم معي في إرشادي بالمعلومات أثناء مرحلة الكتابة اتمنى لهم التوفيق .

كما و اتقدم بالشكر الجزيل و الامتنان الوفير الى عمادة و مجلس معهد العلمين و الاستاذة التدريسيين فيه لاتاحتهم الفرصة لي بأكمال دراستي العليا هذه و الذين بذلوا جهدا واسعا خلال رحلتي الدراسية ، أسال الله لهم دوام التوفيق و التألق .

كما و أتقدم بالشكر الجزيل إلى جميع موظفات مكتبة كلية القانون جامعة بغداد ، و كذلك كلية القانون جامعة بابل ، لما رفدوني به من مصادر علمية اتمنى على الله العلي القدير ، أن يمنحهم دوام التوفيق .

و أخيراً و ليس آخراً أتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساعدني في كتابة هذا البحث المتواضع .

الباحث

مقدمة

إنَّ أكثر موضوعات المسؤولية المدنية التي أثارت جدلاً كبيراً بين شراح القانون المدني وفقهائه هي موضوعات الضرر بوجه عام ، ومبدأ الضرر الأدبي و تعويضه بصورة خاصة ؛ ذلك لحداثة هذا المبدأ في المنظار الفقهي الحديث قياساً بالضرر المادي و الجسدي الذي يصيب حق الإنسان في حياته أو تكامله البدني ، فضلاً عن إنَّ القضاء لم يستقر على مبدأ ثابت للتعريف بالضرر الأدبي من حيث ماهيته وأنواعه وصوره ومدى التعويض عنه ؛ و لعل السبب في ذلك يعود إلى سكوت بعض التشريعات عن النص بالقول على مبدأ الضرر الادبي و تعويضه ، أو الى تحديده بنص قانوني لا يترك مجالاً لمحكمة الموضوع التوسع في تفسير النص أو إن الأمر قد ترك إلى محكمة الموضوع لتحديد ذلك مما جعل الأحكام القضائية غير مستقرة على مبدأ ثابت تبعاً للآراء الفقهية السائدة حينها وتأثر القضاء بها .

و من الملاحظ إنَّ الجانب الشعوري لدى الإنسان منذ طفولته إلى حين مماته ، و مهما بلغ من العمر ، يشكل موضوعاً مهماً على الصعيد الفقهي والقضائي والتشريعي ؛ إذ إنَّ الذمة المعنوية هي كالذمة المالية فيها عناصر إيجابية و سلبية و تتأثر إيجاباً وسلباً بهذه العناصر ، فإنَّ إصابة شخص بضرر أدبي و مهما كان نوعه أو صورته يُحدِث خللاً في ذمته المعنوية يوجب إعادة توازنه قدر المستطاع عن طريق تعويضه بصورة تتلائم و الضرر الذي أصابه لغرض جبره .

و من الملاحظ إنَّ المسؤولية المدنية تعدُّ من الموضوعات الحيوية بالنسبة إلى القانون المدني و التي أخذت حيزاً كبيراً و واسعاً من إهتمام رجالات الفقه و القانون و القضاء المدني في مختلف البلدان ؛ نظراً لما يحمله هذا الموضوع من سعة و تطور بشكل يستلزم إشباعه بالبحث والدراسة . و على الرغم من كثرة المؤلفات والبحوث والرسائل الجامعية التي تناولت موضوع الضرر الأدبي بصورة عامة ، و في نطاق المسؤولية التقصيرية بصورة خاصة ، إلّا أنَّ ذلك لا يعني أنَّه قد أُحيط بالموضوع من جميع جوانبه .

و لدى قراءتنا لموضوع التعويض عن الضرر الأدبي و تتبعنا لأغلب المصادر وجدنا إنَّ الكثير من الدراسات قد عدَّت التعويض جزاءً للمسؤولية المدنية التي تنشأ عن المسؤولية التقصيرية ، و من ثم فإنَّ الأهمية الكبرى تكون للتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية أكثر منه في المسؤولية العقدية . و إنَّ عدم الإهتمام الذي يعاني منه التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ، الأمر الذي جعلنا نبحث في رسالتنا هذا الموضوع . و سنحاول توظيف أحكام الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية في دراسة الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ، مع الإحتفاظ بخصوصية كل منهما و

مصدر الإلتزام لكل منهما ، كون الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية مصدره الفعل الضار ، و الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية مصدره الإخلال بالعقد ، لعلنا نوفق في معالجته وفق أسس علمية وقانونية رصينة مستقاة من آراء كبار فقهاء القانون والشراح الذين تعرضوا بشكل جزئي لهذه المفردة القانونية ، ألا وهي التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية .

وقد إعتاد الفقهاء على تقسيم المسؤولية في مؤلفاتهم على مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية ، وتقسيم المسؤولية المدنية على مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية ، و الذي يهمنا في هذا المقام المسؤولية المدنية ، و على وجه الخصوص المسؤولية العقدية , و ما يترتب على هذه المسؤولية من تعويض يهدف إلى جبر الضرر الأدبي الناتج عن الإخلال بإلتزام عقدي ، و إنَّ مدار البحث في دراستنا هذه من المسؤوليتين هي المسؤولية العقدية دون التقصيرية ، بالرغم من إنَّنا سنتطرق إلى هذه المسؤولية المذكورة أخيراً في مواطن أخرى يتطلب البحث الإشارة إليها .

وقد قسم الفقهاء أركان المسؤولية المدنية ، سواء كانت عقدية أم تقصيرية على ثلاثة أركان لابد من توفرها ، و هي : خطأ و ضرر و علاقة سببية , و يعد الضرر الركن الأساس في المسؤولية المدنية و من الملاحظ إن بعض التشريعات تقيم المسؤولية المدنية على ركن الخطأ كالتشريع الفرنسي والتشريع المصري و العراقي ، و الأخرى ذهبت إلى إتجاه آخر ألا و هو الضرر ، و مهما تغيرت الآراء حول الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية ، سواء كان الأساس مبنياً على فكرة الخطأ أو فكرة تحمل التبعة أو مجرد التسبب في إحداث الضرر ، فإنَّه لم يؤثر على ضرورة إشتراط الضرر لقيام المسؤولية ؛ لأنَّ وقوع الضرر هو الدافع الأول الذي ينبعث منه التفكير في مسألة من يتسبب فيه . و من الملاحظ إنَّ فكرة الضرر ، و لا سيما مبلغ التعويض ، لا يحظى بالإهتمام الكبير الذي حصلت عليه فكرة الخطأ ، و بالخصوص إنَّ المسؤولية تهدف إلى جبر الضرر كما أشرنا إلى ذلك سابقا عن طريق دفع مبلغ التعويض ، و الذي يمثل الغاية التي يلجأ المتضرر لأجلها إلى اللجوء إلى القضاء و إقامة دعوى مسؤولية مدنية أمام المحكمة المختصة و بهدف الحصول على تعويض مناسب والذي يكون جزاء لهذه المسؤولية ؛ و لعل السبب في ذلك يعود إلى دراسة فكرة الخطأ دراسة معمقة والتي نالت إهتمام الفقهاء و المفكرين و بصورة أوسع و أكبر من فكرة الضرر و تعويضه ، بحيث لم يتم دراسته دراسة مستفيضة وكافية تتناسب مع مايستحقه من أهمية . و بالرغم من إنَّ الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية التقصيرية قد كتبت عنه رسائل وأطاريح جعلت منه نظرية حقيقية ، ومع ذلك فنعندما يصطدم هولاء الكتاب والباحثون بمشكلة تقدير التعويض عنه نراهم يبتعدون عن البحث فيها بوصفها مسألة وقائع متروكة لتقدير القاضي ، فلو تعاقد شخصان ، و أخل أحدهما بالتزامه التعاقدي ، نتيجة هذا الإخلال و ترتب ضرر على المتعاقد الآخر ، ينبغي أن يكون هناك تعويض مناسب لهذا الضرر ، و نلاحظ غالباً

ما يكون التعويض عن الضرر المادي لا الأدبي ، أو يعوض عنه و لكن ليس بالمستوى المطلوب ، الأمر الذي أثار إهتمامنا بدراسة هذا الموضوع ألا و هو التعويض عن الضرر الادبي في المسؤولية العقدية.

أولاً / إشكالية البحث :

تتمحور إشكالية البحث في مدى مشروعية التعويض عن الضرر الأدبي و تقديره في المسؤولية المدنية و على وجه التحديد في المسؤولية العقدية ، و بيان مدى سلطة محكمة الموضوع في تحديد حالات الضرر الأدبي ، و مدى رقابة محكمة التمييز عليها , و هل إنَّ الضرر الأدبي قابل للتعويض عنه مادياً ، و هل إن تعويض الضرر الأدبي يقتصر على المسؤولية التقصيرية فقط أم يشمل المسؤولية العقدية ، إذ لا بد من التعويض عنه في نطاق هذه الإخيرة و لا سيما إنَّ المشرع العراقي قد عالجه في أحكام المسؤولية التقصيرية دون العقدية و هذا نقص في التشريع ينبغي على المشرع تلافيه و ذلك لأهميته في نطاق المسؤولية العقدية ، و هو لا يقل أهمية عنه في المسؤولية التقصيرية . و هذا الأمر قد إنعكس على قرارت المحاكم العراقية سلباً ، حيث بقيت مضطربة ففي بعض الأحيان لا تحكم في نطاق المسؤولية العقدية إلا بمبالغ لاترقى إلى جبر الضرر و إصلاحه ، كما إنَّ إختياري لموضوع التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية أن يكون عنواناً لرسالتي ، كان الهدف منه البحث في هذه الجزئية و إبراز أهمية هذا الموضوع و تطوره ، والأخذ به وإمكانية التعرف على الضرر الأدبي وصوره والتعويض عنه مادياً في المسؤولية العقدية ، ومعرفة موقف الفقه والتشريع والقضاء منه .

ثانياً / منهجية البحث :

اتبعتنا في بحثنا موضوع التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية المنهج التحليلي والوصفي وكذلك المقارن ، إذ إنَّنا نتناول في بحثنا هذا أيضاً القوانين المقارنة التي تطرقت إلى هذا الموضوع ، و تكون المقارنة منعقدة بين القانون العراقي و القانون المصري و القانون الفرنسي و لا سيما الشريعة الإسلامية و بقية القوانين الأخرى العربية و الأجنبية قدر تعلق الأمر بموضوع بحثنا و حسب الحاجة من الإشارة إليها ، و كذلك الفقه المقارن و القضاء المقارن مع الفقه و القضاء العراقيين.

ثالثاً / أهمية البحث :

إنَّ أهمية البحث تكمن في إمكانية التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ؛ لأنَّ هنالك آراءً عطلت كثيراً من إقرار مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية المدنية ، و على وجه

التحديد في نطاق المسؤولية العقدية , و إنَّ بعض التشريعات إتخذت نوعاً من الحذر إتجاه إقرار هذا المبدأ وأثارت حولها جدلاً فقهياً كبيراً بين المؤيدين لهذا المبدأ والمنكرين له ، حتى إنَّ آثار ذلك ما تزال قائمة إلى يومنا هذا ، و إنَّ الأمر وصل الى إيراد قيود على هذا المبدأ لم ترد بشأن التعويض عن الضرر المادي ، بالرغم من إنَّ الغاية من التعويض هو جبر الضرر ، سواء كان مادياً أو أدبياً ، إذ إنَّ منح المضرور ضرراً أدبياً تعويضاً ملائماً بقدر الإمكان يمكننا من خلاله القضاء على الفكرة القائلة بإستحالة إقامة توازن حقيقي بين الضرر والتعويض ؛ فالتعويض الملائم فيه ما يريح نفس المضرور و يجلب له الرضا ، و هذه مسألة دقيقة و مهمة ، فإنَّ ترك أمر تقديرها إلى القاضي المختص يطمئن المسؤول والمضرور معاً , و القاضي له سلطة تقديرية بما يراه ملائماً طبقاً لظروف الدعوى و وقائعها.

و من ثم فإنَّنا نبرز أهمية هذا الموضوع في دراستنا لتكون مفيدة قدر الإمكان للطلبة و الباحثين في هذا المجال ، عسى أَن نوفق بالإحاطة بهذا الموضوع لما نعرضه من نصوص قانونية و موقف القضاء وآراء شراح وفقهاء القانون .

رابعاً / أهداف البحث :

و الهدف من هذا البحث هو بيان أهمية التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ، وكذلك النصوص التشريعية التي تناولت هذا الموضوع ، كما نبرز موقف الفقه و القضاء منه وموضوعية التعويض عنه والآثار المترتبة عليه.

كما إنَّ الهدف من دراسة هذا الموضوع هو التوصل إلى الجزاء الذي يقع على المتعاقد المخل بتنفيذ إلتزامه وجبر الضرر الواقع على المتعاقد الذي وقع عليه الضرر الأدبي و إرضائه ، و من الجدير بالملاحظة إنَّ الدراسات والمراجع والمصادر والأبحاث السابقة لم تتناول الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية والتعويض عنه بصورة شاملة و واسعة و قد واجهت كثيراً من الصعوبات فيما يتعلق بالمصادر الكافية للإحاطة بهذا الموضوع مما اضطرني إلى الاستعانة بكل المصادر والمؤلفات والأبحاث المنشورة من أجل الحصول على المعلومة التي تعطي لبحثي هذا فائدة علمية و توصلني إلى معالجة هذه المشكلة .

خامساً / هيكلية البحث:

تألف بحثنا الموسوم (التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية ، دراسة مقارنة بين الفقه و القانون) من ثلاثة فصول ، و قد إختص كلامنا في الفصل الأول عن ماهية التعويض في نطاق

المسؤولية العقدية ، و قسمناه على مبحثين ، تناولنا في المبحث الأول منه مفهوم التعويض في المسؤولية العقدية ، و المبحث الثاني تكلمنا فيه الى شروط التعويض عن الضرر و عناصره و طرق تعويضه ، و أما الفصل الثاني تكلمنا فيه عن ذاتية الضرر الأدبي ، و قسمنا هذا الفصل على مبحثين ، المبحث الأول في تعريف الضرر الأدبي و مساره التأريخي و أنواعه ، و المبحث الثاني في الضرر الأدبي ، خصائصه ، صوره و شروطه , و الفصل الثالث في أساس التعويض عن الضرر الأدبي ، و الذي تناولناه في مبحيثن ، المبحث الأول في الأساس الفقهي للتعويض عن الضرر الأدبي، و أما المبحث الثاني في الأساس القانوني و القضائي للتعويض عن الضرر الأدبي . و في الخاتمة ثبتت النتائج التي توصلنا إليها و كذلك التوصيات .

والله ولي التوفيق

الباحث