



جمهورية العراق  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة القادسية  
كلية القانون

## فكرة الضرر المفترض في المسؤولية المدنية

( دراسة مقارنة )

رسالة تقدمت بها الطالبة

نور أمين أحمد

إلى مجلس كلية القانون - جامعة القادسية

هي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف الأستاذ الدكتور

عبد المهدي كاظم ناصر

أستاذ القانون المدني

٢٠٢٢ م

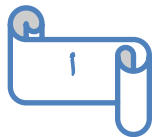
١٤٤٤ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا ۖ وَإِنْ  
حَكَمْتَ فَإِنَّكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ ۗ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ  
الْمُقْسِطِينَ ۖ

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

سورة المائدة الآية ﴿٤٢﴾





لله الفضل من قبل ومن بعد

أما بعد

إلى من بكى على أمته التي قال الله في كتابه عنها خير أمة أخرجت للناس إلى خاتم  
الرسالات والنبوة أبي القاسم محمد صل الله عليه واله وسلم ..

إلى جبلي الراسخ الذي أويت إليه فلم يخذلني .. وها أنا اليوم لم أخذله (أبي الكبير)..  
إلى قلبي النابض.. وصلت كي يستريح قلبك المشغول لسلامتي من الطرقات التي  
تحملني بكل الاتجاهات ودعاؤك يحرسني (امي الحبيبة)..

إلى الغصن الأخضر الذي سوّرنى بهالة من بهاء حين يعثرني الاربك ، وكان يحملني بكفٍ  
من ورد ليكون دوما لي البشارة والامل (زوجي الغالي)..

إلى بهجة الأيام واخضرارها : لتكون فخورة بأمك .. وصلت وسيهدأ قلبك من التعب  
والسؤال في كل مرة ;متى تنتهي من كل هذا ياأمي (قرة عيني ضي)..

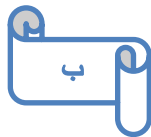
إلى من هم انتمائي وملاذاتي وفرحة قلبي وطفولتي وكل ذكرياتي الجميلة (أخي وأخواتي)..

وهنا لابد أن اقف عنده قليلاً كان أم طويلاً فلن افيه حقه وصدقه وإيمانه بي، ما عساني أن  
اقول في حضرته غير أنني كلي امتنان ، وانحني إلى (الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر)..

واخيرا إلى المتكأ الرصين حين يشتد التعب على ظهري فاسنده اليهن فلا يخيب حسن  
ظني بهن صديقتي واخواتي(امنة واسراء ورواء)..

..اهدي جهدي المتواضع ..

الباحثة



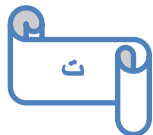
## الشكر والثناء

الحمد لله ، الجلي برهانه ، القوي سلطانه ، الكامل شرعه، الشامل رحمته ، كما احمده حمدا كثيرا لما تفضل به علينا من النعم ، ومن علينا بأعظم الكرم بأن أولانا نعمة العقل جاعلاً منه مناط التكليف ومقياس الفضيلة والرذيلة ، ومدار المثوبة والعقوبة ، حيث كرم بني آدم بالعقل والعلم الضروري، وأهلهم للنظر والاستدلال والارتقاء في مدارج الكمال ثم أمرهم بالتفكير والتدبير لموضوعاته ، أمراً عباده بالقسطاس المستقيم ، القائم على قواعد الفكر السليم ، والمنطق القويم ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين المبعوث رحمة للعالمين نبينا محمد وعلى اهل بيته الطيبين الطاهرين .

أما وقد قدر لهذه الرسالة أن تبصر النور، فأنا واجب العرفان يشدني لشكر والامتنان رغباً من الكلمات تقف عاجزة عن الوفاء بحق استاذي المشرف ( **الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر** ) فقد منّ عليه بقبوله الاشراف متفضلاً على رسالتي ، ولما أولاني به من مساندة وارشاد ونصح ، وانارة سبيل البحث أمامي ، رغم انشغاله فلم يبخل علي بوقته فكان نعم الأب والأستاذ ، كريم العطاء ، ومنهلاً للعلم ، كما عودنا دائماً، وفي هذا المقام ولا يسعني إلا أن اعرب عن شعوري بالفخر والشرف بأني كنت أحد طلابه داعي المولى العزيز أن يحفظه ويزيده شرفاً ورفعةً وأن يديم توفيقه.

كما يشرفني أن أقدم بخالص شكري وتقديري إلى استاذي الدكتور ( **عادل عجيل** ) لكرمه وفضله ولما قدمه لي من نصح وارشاد طيلة مراحل الدراسة ، فله مني كل التقدير والاحترام ، كما واتقدم بعبارات الشكر والامتنان إلى استاذي الدكتور ( **صفاء متعب فجة** ) لما رفدني به من معلومات قيمة فكان نعم العون وخير مرشداً جزاهم الله عني خير الجزاء وكللهم بوافر النعم .

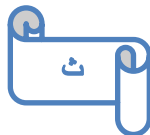
كما واتقدم بالشكر والامتنان إلى عمّادة كلية القانون \_ جامعة المثنى والأساتذة الافاضل ، لما بذلوه من جهود ثرية ساهمت في ايصالي لما انا عليه الآن ، واخص بالشكر استاذتي ( **أسماء الموسوي** ) داعياً الباري لها بالتوفيق والسداد في اكمال اطروحتها .



كما واتوجه بالشكر والامتنان إلى عمّادة كلية القانون \_ جامعة القادسية لما أولته من رعاية ودعم لطلبة الدراسات العليا، وخص بالشكر (الدكتور محمد كاظم العوادي) .

واخير يطيب لي أن أتقدم بوافر الشكر والامتنان وعبارات الاعتزاز لكل من اسهم في أنجاز هذا الجهد المتواضع ومد يد العون ، ولم تسعفني الذاكرة لذكرهم ، فلهم دوام الموفقية والنجاح وأخر دعوانا الحمد لله رب العالمين .

**الباحثة**

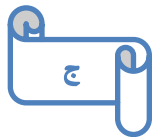


## المخلص

تعد فكرة الضرر المفترض من الأفكار التي تساهم في تخليص الدائن من عبء إثبات تحقق ركن الضرر إذ أن المدين بمجرد ارتكابه للخطأ يعتبر مسؤولاً عن تعويض الدائن عما أصابه من ضرر من دون الحاجة إلى إثبات ذلك الركن لأنه مفترض بموجب القانون، لذلك فإنه يعتبر استثناء من القواعد العامة التي تشترط إثباته وإلا أنتقت المسؤولية المدنية وبالتالي انتقت الحاجة إلى التعويض ، إلا أن فكرة الافتراض في الضرر جاءت على قسمين الأول كان غير قابل لإثبات العكس بموجب القرائن القاطعة التي جاءت بالنصوص القانونية التي من خلالها يمكن لنا الاستدلال على افتراض الضرر ، أما الثاني فكان قابل لإثبات العكس بموجب المدين الذي يستطيع أن ينفى حصول للدائن ضرر .

كما وأن إمكانية تحقق افتراض الضرر في ظل المسؤولية العقدية كانت أكثر وضوحاً من المسؤولية التقصيرية على اعتبار أن المشرع قد اعطى إلى الارادات التعاقدية دور في الاتفاق على افتراض الضرر في المواضع الذي يسمح بتعديل احكام المسؤولية ، إلا أن ذلك لا يعني عدم إمكانية تحقق الافتراض في المسؤولية التقصيرية إذ تحمل المسؤولية التقصيرية بين طياتها فكرة الافتراض إذ اعفى المشرع المضرور من إثبات الضرر في حالات معينة تعود في الغالب إلى طبيعة الضرر .

وعليه فإن هذه الدراسة تبحث في إمكانية افتراض الضرر في ظل عدم وجود نص صريح يقر بوجوده مع محاولة عدم الوقوع في المحذور منه على اعتباره استثناء لا يجوز التوسع به ، محاولين التأسيس له في ظل وجود بعض النصوص تأسيساً تشريعياً بالإضافة إلى التأسيس فلسفياً من أجل الوصول إلى المنطق القانوني السليم الذي من خلال نستطيع اكمال الإطار العام لتلك الفكرة.



## فهرست المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
أ	الآية الكريمة
ب	الإهداء
ت-ث	شكر وتقدير
ج	الملخص
خ-د-ذ-ر	المحتوى
٦-١	المقدمة
٦٠-٧	الفصل الأول   الإطار المفاهيمي للضرر المفترض
٤٠-٨	المبحث الأول   ماهية الضرر المفترض
٢٦-٨	المطلب الأول   التعريف بالضرر المفترض
١٥-٩	الفرع الأول   تعريف الضرر المفترض
٢٦-١٦	الفرع الثاني   خصائص الضرر المفترض
٣٩-٢٧	المطلب الثاني   ذاتية الضرر المفترض
٣٠-٢٧	الفرع الأول   الطبيعية الافتراضية للضرر المفترض

٣٩-٣١	الفرع الثاني تمييز الضرر المفترض عما يشتبه به من أوضاع
٣٥-٣١	أولاً: تمييز الضرر المفترض عن ضرر فوات الفرصة
٣٩-٣٦	ثانياً: تمييز الضرر المفترض عن الضرر الاحتمالي
٦١-٤٠	المبحث الثاني   الأساس القانوني للضرر المفترض
٥١-٤٠	المطلب الأول   الأساس التشريعي للضرر المفترض
٤٥-٤١	الفرع الأول   الأساس المباشر للضرر المفترض
٥١-٤٥	الفرع الثاني   الأساس الغير مباشر للضرر المفترض
٦١-٥١	المطلب الثاني   الأساس الفلسفي للضرر المفترض
٥٥-٥٢	الفرع الأول   المجاز القانوني كأساس للضرر المفترض
٦١-٥٦	الفرع الثاني   الحقيقية كأساس للضرر المفترض
١٠٨-٦٢	الفصل الثاني   احكام افتراض الضرر
٨٦-٦٣	المبحث الأول   القواعد الخاصة لافتراض الضرر
٧٤-٦٤	المطلب الأول   قرائن إثبات الضرر المفترض





٧٠-٦٤	الفرع الأولاً قرينة الضرر المفترض الغير قابلة لإثبات العكس
٧٤-٧٠	الفرع الثاني قرينة الضرر المفترض القابلة لإثبات العكس
٨٦-٧٤	المطلب الثاني ضوابط افتراض الضرر
٨٠-٧٥	الفرع الأولاً معايير الضرر المفترض
٧٨-٧٥	أولاً: المعيار الموضوعي
٨٠-٧٨	ثانياً: المعيار الشخصي
٨٦-٨١	الفرع الثاني حدود سلطة الأطراف في افتراض الضرر
١٠٨-٨٦	المبحث الثاني أبرز التطبيقات للضرر المفترض
٩٨-٨٦	المطلب الأولاً تطبيقات الضرر المادي المفترض
٩٢-٨٧	الفرع الأولاً التعويض القانوني(الفوائد)
٩٨-٩٢	لفرع الثاني التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)
١٠٨-٩٨	المطلب الثاني تطبيقات الضرر المعنوي المفترض
١٠٣-٩٨	الفرع الأولاً التعويض عن التشهير

١٠٨-١٠٤	الفرع الثاني   التعويض عن الضرر المعنوي
١١٢-١٠٩	الخاتمة
١١١-١٠٩	أولاً: النتائج
١١٢-١١١	ثانياً: المقترحات
١٢٧-١١٣	المصادر
A	Abstract



# المقدمة



## المقدمة

### أولاً : جوهر فكرة الدراسة

استقرت التقنيات في مطلع القرن التاسع عشر على تقرير مبدأ عام في المسؤولية المدنية يقضي بإلزام محدث الضرر تعويض المضرور، واعتبر الخطأ ركناً من أركان المسؤولية المدنية لا بد لقيامها توافره غير أن أي قدر من الخطأ يكفي لقيام المسؤولية عقدية كانت أو تقصيرية، إلا أن المسؤولية المدنية قد تطورت وذلك لأنها كانت بعيدة عن فكرة العقوبة فالغاية منها تعويض المضرور لا انزال عقاب بالفاعل، وعليه لماذا نشترط صدور الخطأ من المسؤول ما دمنا لا نريد انزال العقوبة وإنما كل الذي نريده هو تعويض هذا المصاب المضرور عما لحقه من ضرر فكان لا بد من الإخذ بفكرة تحمل التبعة أو المسؤولية المادية.

وعليه كان من أجل تحقق المسؤولية المدنية والتعويض عنها لا بد من إثبات أركانها الثلاثة من خطأ وضرر وعلاقة سببه فغياب احدهم ينفي قيام تلك الأركان، إلا أن بعد التطور الذي حصل أصبح من غير الميسور الكشف عن ركن الخطأ وبذلك بدت تلك القواعد عاجزة وقاصرة عن تلبية حاجة المجتمع، ومن هذا ظهرت فكرة افتراض ركن الخطأ وكان ذلك الافتراض غير قابل لإثبات العكس إلا أن الحاجات العملية تطلبت السماح للمدعي بدفع مسؤوليته عن طريق إثبات أنه قد قام باتخاذ جميع الاحتياطات الكفيلة بمنع وقع الخطأ ليكون بذلك قابلاً لإثبات العكس.

إلا أن طبيعة محل الالتزام وما للإرادات التعاقدية من دور قد اناطت لها من قبل المشرع جعلت المسؤولية المدنية تفترض اهم أركانها من أجل تلك الاعتبارات، وعليه ظهرت فكرة افتراض الضرر الذي تعني افاء الدائن من إثبات وقوعه ليشكل بذلك استثناء على القواعد العامة، وبالتالي تتحقق المسؤولية بمجرد خطأ المدين ولا يطالب الدائن بإثبات الضرر الذي أصابه، لأن المشرع افترض وقوع هذا الضرر ولم يحمل الدائن عبء إثباته، وهذا الافتراض من قبل المشرع جاء لاعتبارات تتعلق بمحل الالتزام كما لو كان المحل مبلغاً من النقود وهذا المبلغ يحصل دخلاً دورياً يحرم الدائن منه بمجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه وتسديد ما بذمته من دين ليكون بذلك الافتراض غير قابل لإثبات العكس أو لاعتبارات تتعلق بإرادة طرفي العلاقة القانونية كما في حالة الشرط الجزائي إذ يستطيع المدين إثبات عدم لحاق الدائن ضرر ليكون بذلك غير قطعي أي قابلاً لإثبات العكس.





## ثانياً: أهمية الدراسة

تتلخص أهمية الموضوع في أن افتراض وقوع الضرر يؤدي إلى الاقتصاد في الإجراءات الواجب اتباعها من أجل الحصول على التعويض، الأمر الذي يجعل فكرة افتراض الضرر جديرة بالبحث، وأن لم تتلحقها من ذلك وهذا الذي يجعل لدراسة هذا الموضوع جدوى سواء كان ذلك من الناحية العلمية أو من الناحية العملية، فعلى الجانب العلمي تعتبر هذه الدراسة بداية لتأسيس نظرية افتراض الضرر وجمع شتاتها من بين التطبيقات المختلفة فضلاً عن تسليط الضوء على كل تطبيق من التطبيقات التي جاءت بها التشريعات أو تناولها الفقه بالشرح والتفسير من غير إبراز لتلك الفكرة، بل بداية لهدم فكرة مستقرة فقهاً مفادها أن لا مسؤولية دون وقوع ضرر مؤكد، مع أن التمعن في العديد من التطبيقات يظهر أن لتلك القاعدة استثناءات تبنى على أساس افتراض الضرر.

أما من الناحية العملية فإن لموضوع افتراض الضرر أهمية على الواقع العملي يظهر بصورة واضحة في ظل الدور الذي يلعبه، فهو يعتبر من أهم الضمانات التي من الممكن أن تقدم إلى المضرور ومن أهم الأدوات التي يسعى المشرع بها إلى تحقيق التوازن ما بين المتعاقدين وذلك لأن مجرد وقوع الاخلال من الطرف الآخر سيرتب القانون عليه مسؤولية بصرف النظر عن تحقق الضرر، ومن ثم سيوفر الاستقرار في التعاملات وسيجنب القضاء الكثير من المنازعات التي قد تحدث وذلك لأن المشرع قدر الجزاء الذي سيقع على عاتق المخل من غير تكلف المضرور بإثبات وقوعه .

## ثالثاً: إشكالية الدراسة

أن المستقر والثابت لا بد لأي شخص يطالب بالتعويض أن يثبت أركان المسؤولية الثلاث الخطأ والضرر والعلاقة السببية فهو ملزم بأن يثبت الخطأ الذي صدر من محدث الضرر وأن يثبت الضرر الذي إصابه وبخلافه يحرم من التعويض ، إلا أن فكرة الضرر المفترض خالفت الفكرة المستقرة فصار بإمكان المضرور المطالبة بالتعويض بمجرد حدوث الخطأ دون أن يكلف بعبء إثبات الضرر، إلا أن خلو القوانين من إشارة صريحة إلى تلك الفكرة يثير العديد من الإشكاليات، والأمر الذي فتح باب التأويل سواء كان على مستوى



الفقه أو القضاء فاستثنائية افتراض الضرر لم ترد بالنص بل استتجت من تحليل روح النص، ولعل أبرز ما يثار بهذا الصدد مسألة تحديد معيار واضح لتقدير التعويض عن الأضرار المفترضة ، إضافة إلى امكانية نفي الضرر المفترض، ذلك أن هذا الأخير قد يكون قابلاً لإثبات العكس أو غير قابل لإثبات العكس وكل ذلك يظهر لنا أن فكرة افتراض الضرر غير مؤطرة قانوناً وبحاجة إلى تدخل تشريعي صريح لضبط قواعده.

### رابعاً: الأسئلة البحثية

تثير الدراسة جملة من الأسئلة تتمثل بسؤال مركزي تدور حوله مفاده: ما هو الضرر المفترض ، وما هو دوره في المسؤولية المدنية؟

ويتفرع من السؤال المركزي أعلاه تساؤلات فرعية عدة من أبرزها:

١. ما جوهر فكرة افتراض الضرر؟ وما أبرز خصائصه؟
٢. ما طبيعة الافتراض في الضرر المفترض؟ وبما يتميز عن غيره من تطبيقات؟
٣. ما الأساس التشريعي الذي تبنى عليه فكرة افتراض الضرر؟ وما من الممكن أن يوجد هناك أساس فلسفي؟
٤. ما المعايير التي أوجدها المشرع من أجل افتراض الضرر؟ وما الضوابط التي من الممكن أن تحكمه؟
٥. ما أبرز التطبيقات التي من الممكن أن تظهر بها فكرة افتراض الضرر؟

### خامساً: فرضية الدراسة

تقوم الدراسة على فرضية وهي أن من الممكن للضرر أن يفترض من قبل المشرع أي أن بمجرد وقوع الخطأ سواء كان عقدياً أم تقصيرياً يؤدي إلى أن يكون المضرور مستحقاً لتعويض دونما الحاجة إلى إثبات وقوع ذلك الضرر.



## سادساً: الدراسات السابقة

لم يسبق الباحث بحسب اطلاعه\_ من الباحثين العراقيين من دراسة هذا الموضوع إلا في حدود دراستين:

١- الأستاذ صفوان محمد احمد " نظرية افتراض الضرر " التي تناولت الفكرة بصورة سطحية من غير التعمق فيها، كما وأن المقارنة كانت بالفقه الإسلامي ولم يتطرق إلى القوانين الأخرى .

٢- إضافة إلى أن هناك دراسة أخرى لد. سعد ربيع عبد الجبار ، الذي بحث في "الضرر المفترض افتراضاً قاطعاً واثره في تحقق المسؤولية المدنية " ، إلا أن نطاق الدراسة قد اقتصر على الضرر غير القابل لإثبات العكس ولم يتطرق إلى الضرر القابل لإثبات العكس، كما وأن المقارنة كانت على وفق القانون الفرنسي ولم يشر إلى القانون الأمريكي مطلقاً.

وما يميز رسالتنا عما سواها من الدراسات والبحوث هو دراستها للموضوع بصورة أعم وأشمل على مختلف الاتجاهات ، إذ أسس للموضوع تأسيساً قانونياً وفلسفياً من خلال تبيان النصوص القانونية التي أوجدتها التشريعات التي تضمنت افتراض الضرر إضافة إلى إرجاع الدراسة إلى أصولها الفلسفية التي انطلقت منه ، ناهيك عن بيان أهم القواعد التي من الممكن أن تحكم تلك الفكرة وأبرز التطبيقات التي من الممكن أن تجسد الافتراض في الضرر.

## سابعاً: منهجية ونطاق الدراسة

تم الاعتماد في هذا الدراسة على المنهج الاستقرائي المقارن، إذ سنعتمد إلى استقراء النصوص القانونية التي تضمنت تطبيقات لفكرة الضرر المفترض، بغية التوصل إلى قاعدة عامة بهذا الخصوص، إلى جانب الأخذ بالمنهج المقارن باعتبار أن هذا المنهج من شأنه أن يُسهم وبصورة فعالة في تحقيق الغاية المتوخاة من هذه الدراسة، فكان تسليط الضوء على القانون الأمريكي بعده القانون الأكثر وضوحاً للفكرة محل البحث كما عزز ذلك اعتماده على السوابق القضائية، لأجل الإحاطة بكل ما يتعلق بموضوع الدراسة والوقوف على



التنظيم الحقيقي لتلك الفكرة، فضلاً عن ذلك فلم تقف حدود المقارنة عند القوانين المدنية فحسب انما امتدت إلى نطاق القوانين الأخرى ذات الصلة كالقانون الأمريكي وكذلك قانون الإثبات وكذلك قانون المرافعات وغيرها من القوانين الأخرى وبحسب الحاجة إلى ابراز متعلقات فكرة افتراض الضرر، إضافة إلى ذلك قد تخطت حدود مقارنة بالتشريعات السابقة إلى موقف الفقه والقضاء سواء كان في العراق أو في مصر أو في أمريكا.

### ثامناً: هيكلية الدراسة

بما يتلاءم مع موضوع الدراسة، ومن أجل تحديد فكرة افتراض الضرر ووضع الإطار العام لها سنعتمد التقسيم الثنائي أسلوباً للبحث، إذ سنقسم الدراسة على فصلين: نخصص الأول لبيان الإطار المفاهيمي للضرر المفترض وهو مقسم على مبحثين: الأول بعنوان ماهية الضرر المفترض، والثاني سيكون بعنوان الأساس القانوني للضرر المفترض أما الفصل الثاني الذي يحمل عنوان الأحكام العامة لافتراض الضرر فهو مقسم على مبحثين: الأول سنعده لبحث القواعد الخاصة لافتراض الضرر، أما الثاني فهو لبحث أبرز التطبيقات لفكرة افتراض الضرر، وبعد ذلك ننهي الدراسة بخاتمة تضم أهم ما يمكن التوصل له من نتائج مع المقترحات التي نرى بها الحلول التي تتناسب حل إشكالية البحث.







# الفصل الأول

الإطار المفاهيمي

للضرب المقتضى





## الفصل الأول

### الإطار المفاهيمي للضرر المفترض

تمهيد وتقسيم :

يعدّ الضرر جوهر المسؤولية المدنية لأنه الركن الأساسي للمطالبة بالتعويض لجبر ما أصاب الدائن من ضرر، إذ لا يمكن تصور قيام المسؤولية المدنية من غير إثبات ذلك الركن، إلا أنه ولا اعتبارات خاصة جاء المشرع بفكرة افتراضه التي تجعل الدائن في موضع لا يتحمل عبء إثبات ما أصابه من أضرار بحكم افتراض وجوده من قبل القانون، ليشكل بذلك استثناء على القواعد العامة التي توجب إثبات الضرر، وليكون بعد ذلك التعويض على وفق معايير تحدد من قبل المشرع وفي نصوص غير قابلة للاجتهاد، لذلك فإن افتراض الضرر كفكرة كانت لها حقيقتها التي يجب الوقوف عليها وأن انعدمت النصوص التي تقر صراحةً بوجودها، وللكشف عن تلك الحقيقة وبيان معالمها يستدعي ذلك الإجابة على أبرز التساؤلات التي أولها ما هو جوهر فكرة افتراض الضرر ، ما هي الطبيعة الافتراضية لوجوده ، وكيف يمكن لنا أن نميزه عما يشته به من أنظمة أخرى، فضلاً عن وما معيار الافتراض المعتمد سواء كان قانوناً أو اتفاقاً ، وأخيراً ما هو المبنى الذي تؤسس عليه فكرة الافتراض ، ولأجل ذلك وبغية الإجابة على التساؤلات أعلاه يستدعي الأمر البحث في ماهية الضرر المفترض عن طريق بيان مفهومه أولاً والتطرق إلى طبيعته الافتراضية فضلاً عن تمييزه عن أهم الأنظمة التي قد تشتهبه معه وهذا ما سنبينه في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فإن محوره سيكون حول تبيان مبنى وجوده من خلال تحديد الأساس القانوني للضرر المفترض الذي سينقسم بدوره إلى الأساس التشريعي ومن ثم الأساس الفلسفي، لأجل ذلك قسمنا الدراسة هذا الفصل على مبحثين الأول: ماهية الضرر المفترض والثاني : الأساس القانوني للضرر المفترض.



### المبحث الأول

#### ماهية الضرر المفترض

تنقسم المسؤولية المدنية في إطار القانون الخاص إلى قسمين رئيسيين هما: المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وقيام هذه المسؤولية بنوعيتها يتطلب وجود ثلاث اركان، خطأ وضرر وعلاقة سببية ليترتب بعد ذلك التعويض لإصلاح ما أحدثه الخطأ من ضرر ولأن قيام المسؤولية المدنية متوقفة على وجود الضرر، لأنه مناطها ومعه تدور وجوداً وهدماً، فبانقائه تنعدم المسؤولية بصرف النظر عن جسامه الخطأ، وعليه فإن افتراض وجوده يجعل منه استثناء على القاعدة العامة، وبالرغم من أن الافتراض القانوني من الافكار التي تحظى باهتمام من قبل الفقه القانوني، إذ تناولته الدراسات بصورة مستفيضة إلا أن فكرة افتراض الضرر لم يكن لها نصيب من تلك الدراسة، ناهيك عن انعدام النصوص التشريعية التي توضح معناه ، وعليه كان لزاماً ونحن نخوض البحث في ماهية الضرر المفترض أن نضع تعريفاً بالفكرة لإزالة الغموض الذي يكتنفه ومن ثم الانتقال إلى تبيان طبيعته الافتراضية بالإضافة إلى تمييزه عما يشته به من أوضاع قانونية ، ولأجل ذلك سنقسم الدراسة في هذا المبحث على مطلبين: الأول التعريف بفكرة الضرر المفترض، أما الثاني ذاتية الضرر المفترض .

### المطلب الأول

#### التعريف بالضرر المفترض

يعد الضرر المفترض أحد الاستثناءات الواردة على القواعد العامة ، وخروج على الأصل العام بضرورة إثبات الضرر من قبل الدائن ، إذ يعني ذلك أن مجرد تحقق ركن الخطأ يعتبر الدائن مستحقاً للتعويض لأن القانون قد افترض له تحقق الضرر، ولبيان فكرة الضرر المفترض لا بد من التعريف بها وتسليط الضوء على معناها، وفي ظل غياب معنى واضح وصريح سنخرج على تبيان أبرز ما قيل في الضرر والافتراض لوضع تعريف جامع



مانع ورسم ملامحه ببيان خصائصه، ولأجل ذلك قسمنا هذا المطلب على فرعين ، نبحت في الأول معنى الضرر المفترض، أما الثاني فنخصصه لبحث خصائص الضرر المفترض.

### الفرع الأول

#### تعريف الضرر المفترض

يعدّ الافتراض وسيلة عقلية أملتها الضرورة، سادت منذ العهد الروماني لتمتد إلى العهد الحديث ولها في التشريعات تطبيقات عدة، فلما كانت القواعد القانونية هي المعبر عن ضمير الشعوب وتتأثر بالتغيرات التي يشهدها المجتمع التي وجدت فيه، فإن الشعوب التي تكون قوانينها مدونة يصعب على الفقه أو القضاء عندها تفسير تلك النصوص أو تطبيقها ومن هنا ظهرت الحاجة إلى الافتراض الذي 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 أشد وسائل الصياغة تطرفاً، ولا تدعو الحاجة إليها إلا بسبب عجز الفكر القانوني عن خلق تطورات تتسجم مع الواقع ولا تخالفه، لذلك ينبغي أن تبقى من وسائل الصياغة الاستثنائية التي لا يلجأ إليها إلا في حالات الضرورة وتحقيقاً لأهداف معينة منها تبرير غاية أو إقامة العدل أو المحافظة على المصالح العامة عندما تعجز وسائل الصياغة الأخرى عن ادراكها<sup>(1)</sup>، ولما كان الضرر المفترض<sup>(2)</sup> من المصطلحات

(1) dabin, technique p, 282-284

نقلا عن د. سمير تناغو ، النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف - الاسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص ٤٠١ ، وكذلك د. عبد الرحمن البزاز ، الموجز في تاريخ القانون ، دار دجلة للطباعة والنشر - بغداد ، بدون سنة طبع ، ص ٦٦-٧٠ .  
(٢) يعرف الضرر لغةً: كل ما هو ضد النفع ، والضّر (بضم الضاد) الهزال وسوء الحال وهو خلاف المنفعة ويقال ايضا ان الضّر والضّر مرادفان ضد النفع (والضّر المصدر والضّر الاسم) فاذا جمعت بين الضرر والنفع فتحت الضاد واذا افردت الضرر ضمنت الضاد اذا لم يجعله مصدرا كقولك ضررت ضراً ، والمصدر الضّر الهزل وسوء الحال وقوله عز وجل ((اذا مس الانسان الضّر دعانا لجنبه )) سورة يونس الآية ١٢ ، فكل ما كان من سوء حال وقفر او شدة في بدن فهو ضرر وقوله (( لا يضركم كيدهم )) سورة ال عمران ايه ١٢٠ من الضرر فهو ضد النفع. ابن منظور



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

المركبة فإن بيان معناه يستلزم أن نتناول كلا من الضرر والافتراض لنتوصل إلى معنى الضرر المفترض.

أما بالنسبة إلى الضرر وعلى مستوى التشريعات، فقد عرفه المشرع العراقي<sup>(١)</sup> على أنه: "كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر"

أما في نطاق الفقه فيعرف الضرر بوصفه ركناً في المسؤولية المدنية بأنه: "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه أو اعتباره أو غير ذلك"<sup>(٢)</sup>، ولا يشترط أن يكون الحق الذي يُمس هو حق مالي كحقوق الملكية أو حقوق الانتفاع أو غيرها من الحقوق بل يكفي أن تكون مصلحة مشروعة يحميها القانون<sup>(٣)</sup>، فالضرر هو مظهر الخطأ وإذا لم يرتب الخطأ ضرر فلا مجال لإعمال قواعد المسؤولية المدنية، كما عرف الضرر بأنه: "الأذى الذي يلحق الغير وهو إما أن يكون مادياً

---

الانصاري، لسان العرب، م ٣ ، دار المعارف، دون سنة طبع، ص ٢٥٧٣. وبنفس المعنى قال الخليل ابن احمد الفراهيدي، العين تحقيق د. مهدي المخزومي ود. ابراهيم السامرائي، دار حافظ وزارة الثقافة والاعلام، العراق، ج ٧، ص ٧.

اما الافتراض لغةً فهو مشتق من الفرض فرضت الشيء افرضه فرضاً وفرضته للتكثير واوله تعالى (سورة انزلناها وفرضناها) سورة النور اية (١). والاسم الفريضة وفرائض الله حدوده التي امر بها ونهى عنها وكذلك الفرائض بالميراث وهي قسمة الموارث، وافتراض أي اتخذ فرضاً ليصل الى حل مسألة معينة. ابن منظور، مصدر سابق، ص ٣٣٨٧. والفرض الحز في الشيء وما اوجبه الله تعالى سمي بذلك لان له معالم وحدود وقوله تعالى (لاتخذن من عبادك نصيباً مفروضاً) سورة النساء اية ١١٨ أي مقتطعا محدوداً والتفريض التحزير وقرئ، وفريضة البحر أي محط السفن، وفريضة البقرة أي كبرت وطعنت في السن ومنه قوله تعالى (لا فارض ولا بكر) سورة البقرة (٦٩). محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار المعاجم، لبنان - بيروت، ١٩٨٦، ص ٢٠٩.

(١) انظر المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي المعدل رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، اما المشرع المصري فلم يعرف الضرر في القانون المدني المصري.

(٢) 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.

(٣) 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.



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

أو ادبياً ويراد بالضرر المادي الأذى الذي يلحق خسارة مالية بالضرور فينقص من ذمته المالية، أما الضرر الأدبي فهو الذي يلحق شرف الإنسان وسمعته واعتباره ومركزه الاجتماعي<sup>(١)</sup>، وعرف الضرر أيضاً بأنه "الخسارة التي تلحق بحق من الحقوق أو مصلحة من مصالح الإنسان سواء كانت المصلحة مادية أو معنوية"<sup>(٢)</sup>، أو بأنه "الأذى أو التعدي الذي يصيب حقاً أو مصلحة مشروعة للشخص"<sup>(٣)</sup>.

نلاحظ من التعريفات أعلاه أن الضرر قد يصيب حق من حقوق الأفراد فيفقد هذا الحق الذي يقره له القانون ويحميه، أو قد يصيب مصلحة مشروعة لذلك الشخص فمن تسبب بخطئه في وفاة غيره فإنه يسبب ضرر لمن كانوا تحت أعالته حتى لو لم يكن لهؤلاء أي التزام في مواجهته لأن هذه الاعالة هي المصلحة المالية وأن لم ترتقِ إلى درجة الحق، ومع ذلك فإن التعدي عليها يؤدي إلى تحقيق الضرر بوصفه ركناً من أركان المسؤولية ويشترط بطبيعة الحال أن تكون هذه المصلحة مشروعة، أما إذا كانت غير مشروعة فلا يجوز المطالبة بتعويض الضرر<sup>(٤)</sup>.

أما تعريف الافتراض فلم يرد في التشريعات محل الدراسة تعريفاً للافتراض، إلا أن هذا لا يعني عدم وجود الفكرة في تلك التشريعات، فالافتراض من الأفكار العامة والمنتشرة في ثنايا نصوص القانون المدني التي غالباً ما يلجأ إليها المشرع من أجل الوصول إلى وضع قانوني معين ما كان ليصل إليه لولا وجود الافتراض<sup>(٥)</sup>، إلا أن ما يلاحظ أن فقهاء القانون قد اتمعنوا في دراسة الافتراض من أجل الوقوف على معناه الحقيقي وإدراك طبيعته،

- 
- (١) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني\_ الضرر، ط١، دار وائل، ٢٠٠٦، ص٢٠٤، وكذلك د. عصمت عبد المجيد، المسؤولية التقصيرية في القوانين العربية، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٦، ص١٨١.
- (٢) د. احمد السعيد الزقرد، اصول القانون، بدون دار نشر، ٢٠٠١، ص٣٣٢.
- (٣) منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار آراس، اربيل-العراق، ط١، ٢٠٠٦، ص٢٣١.
- (٤) سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، ط١، ٢٠٠٩، ص٢٤٧.
- (٥) من الوسائل التي شاع الركون لها لتطوير القوانين المدونة الى جانب الوسائل العقلية التي يصنف الافتراض ضمنها، الوسائل الفلسفية والتي تعد العدالة ابرز مظاهرها إذ بدأ المجتمع في الاحتكام الى روح العدالة التي من شأنها ان تهدي القابضين على السلطة الى الحكم السديد. لتفاصيل اكثر عن هذه الوسائل يراجع: د. السيد عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص١٠.



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

فهناك من عرفه بأنه: وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغير حكم القانون دون تغير نصه<sup>(١)</sup>، وذهب راي آخر في الفقه إلى أنه: الباس الخيال ثوب الحقيقة والواقع لتحقيق أثر قانوني معين ما كان ليتحقق لولا هذا الافتراض الكاذب<sup>(٢)</sup>، وعرفه الفقيه سالي بأنه: كذبة كبرى يلجا اليها المشرع عندما يعوز السند العقلي لتبرير وضع قانوني لا مناص منه<sup>(٣)</sup>، كما عرفه الفقيه الألماني (Hering) في كتابه روح القانون الروماني أنه "كذب فني تقتضيه الضرورة"<sup>(٤)</sup>، أما الفقيه (Maine) عرفه افتراض يخفي أو يسعى إلى اخفاء حقيقة أن قاعدة قانونية معينة قد عدلت وغير حكمها دون أن يمس نصها<sup>(٥)</sup>، أما الفقه الأمريكي فقد عرف الافتراض بأنه بيان قانوني يقبل دونما تكليف بالإثبات فهو قرينة على وجود وقائع تقرر قانوناً<sup>(٦)</sup>.

ومن التعريفات اعلاه يرى الباحث أن جميعها تصب في معنى واحد هو أن الافتراض وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون، يترتب عليه تغيير حكم النص دون تغيير صياغته إضافة إلى أن الافتراض يؤدي وظيفة هامة يصعب تحقيقها بوسائل أو اساليب أخرى وهي تعديل حكم القانون دون نصه وأن هذا التعديل يشمل حالة واقعية لامجال لتنظيمها بنص في القانون، فالافتراض ينطوي دائماً على تجاهل الواقع الملموس أو مخالفة للحقائق الثابتة والانحراف بالقاعدة القانونية إلى غرض آخر.

(١) د. السيد عبد الحميد فوده، المصدر نفسه ، ص ١٥.

(٢) د. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ط٤، بدون مكان نشر، ١٩٦٢، ص ١٧٥.

(٣) نقلاً عن د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني- بغداد، ط١، ١٩٧٥، ص ٢٥٢.

(٤) 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.

(٥) نقلاً عن حسن علي الذنون، مصدر نفسه، ص ٢٥٣.

(6) Fabrizio Macagno and Douglas Walton, Presumptions in Legal Argumentation, An International Jurnal of jurisprudence and Phiolsophy of Law, Ratio Juris. Vol. 25 No. 3 September 2012, Page 272.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

إلا أنه وعلى الرغم مما ذكر فإن استعمال لفظ الحيلة<sup>(١)</sup> أو الكذب قد تثير اللبس لذلك فإننا لا نؤيد ما جاءت به تلك التعريفات، حتى وأن كان الافتراض قائماً على معنى مخالفة الحقيقة إلا أن هذه المخالفة هي من باب المجاز لا الكذب الذي يُذهب بالقارئ إلى أن هناك غش نحو القانون أو تحايل على القانون، فلا يُتصور أن يكون القانون هو مصدر الكذب.

(١) ان استعمال لفظ الحيلة ورد من قبل الفقه الاسلامي فلم يستعمل لفظ الافتراض الا لمعنى يدل على الفروض ، لذلك اختلف الفقهاء في تبيان معنى الحيلة فهناك من عرفها باعتبارها مخرجا شرعيا من المشاكل والازمات التي تعترض الأحكام الشرعية من معاملات وعبادات ، وهناك من عرفها بانها وسيلة تقوم على هدم قواعد الشريعة فيقول انها ذات وجهة مذموم يتخذها المحتال للوصول الى غرض غير مشروع أي لتحقيق احكام مخالفة للشريعة الاسلامية ، الا ان تعريف العلامة ابن قيم الجوزية يعد من اشملى وافضل التعاريف على راي اغلب الفقهاء اذ عرفها كنوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال الى حال ثم غلب عليها بالعرف استعمالها في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل الى حصول غرضه بحيث لا يتقطن له الا بنوع من الذكاء والفتنة ، ومن ذلك يتضح ان تعريف الحيلة في اصطلاح الفقه الاسلامي يكون على وجهين الاولى ينظر فيه الى الحيلة نظرة واسعة اذ يعدها اعم من ان تكون جائزة او غير جائزة وذلك لأنها تستعمل اذا ما ضاقت الحلول وانقطعت السبل، اذ ان الحيلة ليس الا مُخلص من شدة وهذا ما أخذ به فقهاء الحنفية والشافعية ، اما الوجه الاخر فينظر الى الحيلة نظرة ضيقة لتصنف على انها تلك الوسيلة المذمومة التي لا يراها الناس الا من تلك الصفة دون الاكتراث الى الوجه المحمود، بمعنى انها تؤدي الى خرم وهدم قواعد الشريعة الاسلامية وهو ما أخذ به فقهاء المالكية والحنابلة واغلب الامامية ، وعليه فإن الفقه كان مختلفاً في مفهوم الحيلة بحسب الزاوية التي ينظرها منه ، اما الباحث يذهب الى تأييد الوجه الاول الذي وسع من نطاق الحيلة ولم يقيد في امورا معينة وتلك هي غاية الحيلة التي تهدف الى ايجاد حلول لوقائع لم يأتي بها حل مع ورود شرط عدم مناقضة اصلاً شرعياً ، وبذلك فإن الافتراض يختلف عن الحيلة المعروفة في الفقه الاسلامي، وذلك لان الافتراضات ما هي الا تصورات ذهنية يضعها المشرع في اعتباره عند صياغته للقاعدة القانونية اريد بها تحقيق ما يعجز الفكر القانوني عن تحقيقه، ولذلك فإن كل الحيل بطريق الافتراضات تأتي مخالفة للحقيقة ، هذا في حين ان الحيل المشروعة في الفقه الاسلامي تأتي في صورة اعمال مادية يسلكها الافراد للوصول الى اغراض مشروعة بوسائل مشروعة، لذلك فهي تختلف عن الافتراضات التي يراد بها تطوير القانون ، اضافة الى ان الحيل تستخدم من قبل الافراد من اجل التحايل على احكام الشريعة الاسلامية في حين ان الافتراضات تستخدم من قبل المشرع الوضعي كما يمنحها مكنة الى الافراد ، اضافة الى ان الافتراض عند فقهاء القانون تقع كأجراء تسنده الصياغة القانونية ويتسم بالمشروعية بناء عليه ، بينما الحيلة عند فقهاء الشريعة متى ما جاءت بالمعنى المتبادر الى الازهان عند اطلاقه \_التحايل\_ اعتبرت باطلة لا تنفذ ولا تأخذ شرعا وليس لها اثر اصلا. لتفاصيل اكثر يراجع د. محمود عبد الرحيم الديب ، الحيل في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي )، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٨، ص ١٤٣، وكذلك ابن قيم الجوزية شمس الدين محمد بن ابي بكر ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ٤، ط١، دار ابن الجوزي، ٢٠٠٢، ص ٥٢٣.





## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

أما 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 أنه موجود وتشمل على سبيل المثال لا الحصر: التعويض المعقول عن فقدان السمعة الشخصية أو المهنية وخيانة الأمانة والاذى في المشاعر"<sup>(١)</sup>.

أما على مستوى الفقه، فلم نجد وبحدود ما اطلعنا عليه من مصادر تعريفاً محدداً للضرر المفترض<sup>(٢)</sup>، إلا أن أبرز ما قيل في الضرر المفترض فقهاً كان بمناسبة الحديث عن عبء إثبات الضرر وأن مسؤولية المدين تترتب في الوقت الذي يقع الضرر بالفعل، أو الوقت الذي يعتبر الضرر متحقق<sup>(٣)</sup>، وبالتالي فإن تحققه في الفرض الاخير يكون مفترضاً، فمتى ما افترض المشرع حدوث الضرر لا يُكلف الدائن بإثباته ولا يجوز للمدين أن ينفي حصوله بإثبات أن الدائن لم يلحقه ضرر<sup>(٤)</sup>،

---

(١) وما يجدر الإشارة له بهذا الصدد ان فكرة الضرر المفترض في امريكا تبدا 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.

(٢) 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.

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

(٣) د. جعفر محمود المغربي. حسين شاكر عساف، المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٩ ص١٥٦.

(٤) د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، المجلد الثاني، العقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١٨، ص٢١٧.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

في حين هناك<sup>(١)</sup> من يرى أن للمدين أن يثبت عدم وقوع الضرر لينفي عنه المسؤولية<sup>(٢)</sup>، وعبر الفقه الأمريكي عن الضرر المفترض في نطاق قانون إلينوي (Illinois) انه: إصابة الشخص في سمعته مما يزيد معاناة الشخص وقلقه في المجتمع<sup>(٣)</sup>، ويلاحظ أن الضرر المفترض في اطار القانون الأمريكي المذكور محدد بنطاق الأضرار المعنوية دون المادية، كما قيل في الضرر المفترض انه: " تعويض يمنح دون أي دليل فعلي على الإصابة، يعني أن المدعي يعفى من ضرورة تقديم أي دليل على الضرر"<sup>(٤)</sup>، أو انه: " اعتقاد المشرع جازماً بتحقق الضرر لشخص معين ويضعه موضع الدائن سواء كان طرفاً في مسؤولية عقدية ام تقصيرية إذا قام شخصاً بارتكاب فعلاً معيناً ويكون ذلك غالباً راجعاً إلى طبيعة محل الالتزام"<sup>(٥)</sup>.

وبناء على ما تقدم يمكن أن نصل إلى نتيجة مفادها أن الضرر المفترض هو ضرر ذو طبيعة خاصة وأن كان يتشابه مع الضرر العادي بصور وقوعه، إلا أنه يختلف عنه بصياغته الافتراضية ووجوده السابق على تحققه أو وقوعه اصلاً لأنه يفرض وجوده بحكم القانون، وكذلك فإن نطاق الضرر المفترض لا يقتصر على مسؤولية دون أخرى وانما يشمل المسؤولية التقصيرية والعقدية ، ومن ذلك يمكن أن نعرف الضرر المفترض بأنه:

الضرر المادي أو المعنوي الذي يفترض وجوده بمجرد الخطأ عند صياغة النص القانوني لتقوم بعد ذلك المسؤولية المدنية بصرف النظر عن تحققه أو وقوعه بصورة يقينية وذلك بسبب طبيعة محل الالتزام أو طبيعة الضرر أو لما للإرادة من دور في تفعيل إحكام افتراضه.

(١) صفوان محمد احمد، نظرية افتراض الضرر، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ١، المجلد ١، العدد ١، الجزء ٢، ٢٠١٦، ص ٤٩٣.

(٢) سنبحث مسألة قابلية إثبات العكس في الضرر المفترض في موضع اخر من هذه الدراسة.

(1) Charles E. Harris II, Even Presumed Damages Must Be Proven, This article was previously published in the spring 2010 edition of the Cook County (Illinois) Bar Association News, p2.

(2) Ruth Sarah Lee, Unwarranted Presumptions: Common Law , Injury And Presumed Damages For Constitutional Torts,p39.

(٥) د. سعد ربيع عبد الجبار، الضرر المفترض افتراضاً قاطعاً وأثره في تحقق المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة الحقوق، عدد ٢٩، دون سنة النشر، ص ٨٣.



## الفرع الثاني

### خصائص الضرر المفترض

بعد أن بينا المعنى العام للضرر المفترض حري بنا تبيان أهم الخصائص التي يتميز بها هذا النوع من الضرر لإظهار ملامحه الأساسية والوقوف على طبيعته الخاصة المتمثلة بالخروج عن ما هو متعارف ومألوف في قواعد المسؤولية المدنية ، وعليه استلزم الأمر تقسيم هذا الفرع على ثلاث فقرات وعلى النحو الآتي :

#### أولاً: الضرر المفترض استثناء من القاعدة العامة

يعتبر الضرر المفترض ضرراً استثنائياً من ناحيتين: الأولى من ناحية تحقق أركان المسؤولية المدنية إذ انها تنشأ كأصل عام عندما يكون هناك اخلال بالالتزام عقدي أو 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 الذي قد يكون مصدره العقد فتكون المسؤولية عقدية يحكم مداها العقد والقواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية أو يكون مصدر هذا الخطأ هو إخلال بالالتزام قانوني مقرر في صورة تكليف عام يفرض على الكافة فتكون مسؤولية تقصيرية<sup>(١)</sup>.

لذلك فإن المعنى الدقيق للمسؤولية في فقه القانون هو الحكم على من أخل بالالتزام أن يعرض الضرر الناجم عن هذا الاخلال<sup>(٢)</sup>، ولا فرق بين أن يكون الالتزام عقدياً أو تقصيرياً لأن المهم هو توافر الأركان الثلاثة للمسؤولية المدنية، وبالأخص ركن الضرر الذي يعد روح المسؤولية المدنية والعنصر الأساسي الذي يميز المسؤولية المدنية عن المسؤولية

(١) عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات (المسؤولية المدنية )، ج ٢ ، ط ٣ ، مطبعة الكرامة - الرباط ، ٢٠١١ ، ص ١٤-١٥ ، وكذلك د. احمد سلمان شهيب السعداوي ، د. جواد كاظم جواد سميسم ، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الاسلامي)، مكتبة زين الحقوقية والادبية \_ بيروت ، ط ١ ، ٢٠١٥ ، ص ٢٠٩-٢١٠ .  
(٢) د. عز الدين الديناصوري. ود. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقانون، ط ١ ، بدون مكان طبع، ١٩٨٨ ، ص ٦.



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

الجنائية من جهة والمسؤولية الاخلاقية من جهة أخرى<sup>(١)</sup>، لذلك فإن فكرة افتراض الضرر بمجرد تحقق الخطأ يخرج من إطار القواعد العامة في المسؤولية المدنية ليدخله في إطار الاستثناء والسبب في ذلك هو أن الضرر لا بد من وقوعه بصورة مؤكدة و يقينية 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 إلى الإقرار ضمناً بالسماح بتحديد التعويض بصورة سابقة لوقوع الضرر لينتج بعد ذلك قيام المسؤولية المدنية على اساس افتراض تحقق الضرر.

أما الناحية الثانية فهي عبء الإثبات، فالقاعدة العامة تقضي أن من يدعي تضرره من شخص معين لا بد من إثبات صحة ادعائه لأن الأصل براءة الذمة للأشخاص ومن يدعي خلاف ذلك يكون مكلف بإقامة الدليل لأن البينة على من يدعي خلاف الظاهر<sup>(٢)</sup>، بمعنى أن من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف بإثباته وإنما يقع على من يدعي خلافه باعتباره قد استحدث جديد لا تدعيه قرينة بقاء الأصل على أصله، وطبقاً لمبدأ حياد القاضي فإن الإثبات واجب على الخصوم كما هو حق لهم ولكن لا يكون واجباً على الخصمين معاً، لذلك تعيين من يقع عليه عبء الإثبات من الخصوم مسألة لها أهمية بالإضافة إلى ثقل وقعها حيث أن المكلف بها عليه الالتزام بسلوك إيجابي وهو السعي للوصول إلى دليل يؤكد صحة ما يدعيه وإلا خسر دعواه في حين أن الخصم الآخر يكون موقفه سلبياً محضاً إذ يكسب الدعوى دون أي مجهود لمجرد أنه ليس الطرف الذي يلقي عليه عبء الإثبات<sup>(٣)</sup>.

(١) د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية\_ الضرر ، مصدر سابق ، ص ١٥٥.

(٢) د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الإثبات، 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 الوفا ، تعليق على نصوص قانون الإثبات ، مكتبة الوفاء القانونية، ٢٠١٦، ص ٨٢.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني \_ مصادر الالتزام، ج ١، دار احياء التراث، ١٩٥٨، ص ٤٣٩ وكذلك د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الإثبات ، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨، ص ٦٣ فرحان محمد جاسم، الضرر في المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية . ٢٠٢١، ص ١٦٠.



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

تأسيساً على ذلك فإن إثبات الضرر في المسؤولية المدنية يشكل عبئاً على عاتق المضرور إذ لا يستطيع المطالبة بالتعويض إلا اذا استطاع إثبات وقوعه فبذلك يكون قد اقترب من خطر محقق قد يؤدي به إلى خسارتين الأولى محل الذي يعرض على أساسه والثانية خسارة التعويض عن الضرر الذي أصاب المحل .

وفي هذا الإطار تنبه المشرع إلى حالات معينة جعلها استثناء على القاعدة العامة من خلال اعفاء المضرور من عبء إثبات وقوع الضرر مستنداً بذلك إلى طبيعة محل الالتزام الذي تستلزم بالضرورة حدوث ضرر وبذلك جاء بصياغة تشريعية من خلال وضع قرينة قانونية قد تكون قاطعة تخلص الأطراف من ضرورة إثبات وقوعه كما هو في نص المادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي<sup>(١)</sup> التي تقضي بعدم اشتراط وقوع الضرر في الفوائد القانونية أو الاتفاقية<sup>(٢)</sup>، كذلك الحال بالنسبة لافتراض الضرر الناتج عن الإساءة إلى سمعة الغير وهو من التطبيقات التي عرفت السوابق القضائية الأمريكية ، إذ تشير المحاكم الأمريكية إلى إمكانية تقرر التعويض لمن تعرض للمساس بالسمعة دون الحاجة إلى أن يثبت المضرور الضرر الواقع عليه<sup>(٣)</sup>، ومن جانب آخر قد نرى أن المشرع في حالات أخرى

(١) يقابلها المادة (٢٢٨) من القانون المدني المصري .

(٢) 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 ٤٦٧.

(4) 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 هاتين الشركتين هما منافسان تجاريان ويمارسان 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



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

لا يعفي المضرور من عبء إثبات وقوع الضرر انما ينقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر من خلال إيجاد استثناء على الاستثناء نفسه بمعنى أن الأصل في هذا الإطار هو افتراض وجود الضرر، ولكن هذا الافتراض لا يكون قاطعاً لأن هناك قرينة قانونية تدل على قابلية الضرر لإثبات العكس<sup>(١)</sup>، كما في الفقرة (٢) من المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي<sup>(٢)</sup> التي تنص على: " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحق اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا ثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة"، وبذلك نجد أن القانون قد سمح بمراجعة الشرط الجزائي من خلال إثبات عدم تحقق أي ضرر ولكن هذه السلطة استثنائية تمنح للمحكمة الغرض منها حماية المتعاقدين لا تغيير طبيعة الشرط<sup>(٣)</sup>، فكانت بذلك القاعدة القانونية مرنة يستطيع المدين أن يثبت عدم وقوع الضرر حتى وأن كان مفترضاً، فضلاً عن ذلك فإن افتراض وقوع الضرر يستتبع بالضرورة افتراض توافر العلاقة السببية والعلّة في ذلك هو أن ليس بالضرورة إقامة الدليل على جميع عناصر الواقعة بل يكفي إثبات قسم منها ليكون كافياً لإثبات الباقي.

### ثانياً: الضرر المفترض ضرر معياري

يعدّ القانون علماً معيارياً بطبيعته إذ يقاس به سلوك وافعال الافراد بغية التحقق من عوارضها واثارها والتمييز بين صحيحها وباطلها وما إلى ذلك من احوال، لذلك فهو يعرف على أنه مجموعة من القواعد المعيارية التي تبين ما هو جائز وما هو غير جائز ، ولغرض هذا التبيان لا بد أن تكون هناك معايير ثابتة تكشف الغايات التي أوجد من أجلها القانون

قليلاً ولا يتلائم مع طبيعة الاضرار ويخالف مبادئ الطعون وطالبت المحكمة بإعادة المحاكمة بما يتعلق بمقدار التعويضات.

Graphnet, Inc., Plaintiff-Appellant, v. Retarus, Inc, Supreme Court of New Jersey, 250 N.J. 24 269 A.3d 413, 2022.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني \_ مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٩٤٠، كذلك انور سلطان ، مصدر نفسه، ص ١٧٦، وكذلك د. حسن الخطيب ، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن ، مطبعة الحداد\_ البصرة ، ١٩٥٥، ص ٢٩٠.

(٢) يقابلها المادة (٢٢٤) من القانون المدني المصري.

(٣) طارق كاظم عجيل ، المسؤولية التعاقدية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري -بغداد، ٢٠٢١، ص ١٦٤.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

والمتمثلة بتحقيق العدل وضبط سلوك الأشخاص والمحافظة على استقرار ومصالح المجتمع، وتبعاً لذلك فإن القانون علم غائي يقوم على معايير محددة على خلاف العلوم الأخرى<sup>(١)</sup>.

وعلى وفق المعنى المتقدم نلاحظ أن 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<sup>(٢)</sup>، لذلك نجد أن 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، إلا أن هناك معايير تتصف بالجمود استناداً إلى عناصرها الثابتة والمؤكدة التي لا تقبل التقدير وهذا ما يختص به الضرر المفترض في معظم الحالات عن سائر الأضرار الأخرى.

ومن المعايير القانونية تلك التي توضع من أجل تقدير التعويض التي تختلف باختلاف الجهة المقدره له وأن كان الأصل في تقدير التعويض مؤكل إلى سلطة القاضي التقديرية، إلا أن هذه السلطة محكومة بموجب عناصر معينة يستند اليها القضاء عند تقدير التعويض وهي بذات الوقت تعتبر معايير تحكم النص التشريعي وهذا ما أفادت به الفقرة

---

(١) ذلك ان العلوم الاخرى كالتبعية مثلا تبحث عن ما هو كائن لذلك تعتبر علوم تقريرية وصفية لا نها تقتصر على وصف واكتشاف ما هو كائن، فهي تعمل وفق مبدأ السببية اذ لكل سبب نتيجة حتمية لذلك فهي لا يمكن ان تخرق ومن ثم فهي لا تحتاج الى معيار معين ،لان نتائج مخالفتها يتحقق بصورة آلية دون تدخل من شخص بعكس العلوم المعيارية كالقانون مثلا يحكمها مبدأ الاسناد لا السببية وبذلك لا بد ان توضع معايير معينة او نموذجاً محدداً يجب اتباعه، لأنها من الممكن ان تخرق فيعتبر المعيار هو الفيصل في التحقق من وجود الخرق من عدمه من هنا نبعت اهمية وجود المعايير في هذا النوع من العلوم ولذلك سميت علوم معيارية. د. عبد الحي حجازي ،المدخل لدراسة العلوم القانونية ،مطبوعات جامعة الكويت \_ كلية الحقوق والشريعة ، ١٩٧٢ ، ص٣٦. وكذلك د. احمد ابراهيم حسن ، غاية القانون ،دار المطبوعات الجامعية ،بدون سنة طبع ، ص ١٠ .

(٢) فارس حامد العجرش، فكرة المعيار في القانون، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص١٠.



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

(٢) من المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي<sup>(١)</sup> التي تنص على: "تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع"، فنلاحظ أن النص حدد مقدار التعويض وفقاً لمعيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت الذي يجب الاخذ بهم للوصول إلى وظيفة التعويض الحقيقية المتمثلة بتصحيح الاختلال بحالة المضرور الناتج عن وقوع الضرر واعادته إلى ما كان عليه وهذا ما يسمى بالتعويض القضائي<sup>(٢)</sup>، ولكن قد يستغل 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 فإن مسألة تقدير التعويض لا بد أن تحدد بصورة تتواءم مع طبيعته الخاصة المفترضة -الاستثنائية- الذي تقضي بوقوع الضرر بمجرد تحقق الخطأ، فهذه الصفة الاستثنائية له تجعل القضاء يقف عاجزاً عن تحديد أسس التعويض ، من هذا المنطلق كان لا بد للقانون من وضع معايير يتم اعتمادها لتقدير التعويض، لذلك عند استقراء النصوص التي تتضمن هذا النوع من الضرر نجد فيها أن المشرع قد استخدم احد وسائل الصياغة المادية المتمثلة بطريقة إحلال الكم محل الكيف ليعبر عن معنى القاعدة القانونية بصياغة كمية أو رقمية فيتم تحديد فكرة الكيف تحديداً ثابتاً دون أن يترك الأمر للاجتهادات الفقهية والقضائية<sup>(٣)</sup>.

لذلك فإن دور القاضي يقتصر في بعض الأحيان على النطق بالحكم وفق مقتضيات النصوص التشريعية الواردة في القانون المدني، وفي حالات أخرى يتعدى الأمر إلى تقدير مضمون الحكم\_ التعويض\_ كما في حالة التعويض عن الضرر المعنوي<sup>(٤)</sup>، ففي إحدى

(١) تقابلها المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج ١، ط ٣، مكتبة السنهوري - بغداد، ١٩٦٩، ص ٢٩، وكذلك د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام \_ احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٧٢.

(٣) 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.

(٤) تطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية: (ان المدعي يستحق التعويض الادبي فقط دون التعويض المادي لعدم تعرضه لأي ضرر مادي جراء فعل المدعي ، عليه وحيث ان التعويض المادي نص عليه في المادة ٢٠٧ لذا





## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

تطبيقات الضرر المفترض نجد أن المشرع العراقي قد نص في المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي<sup>(١)</sup> على: "اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً بأن 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 وأن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله مالم ينص القانون على غيره"، يتضح من النص سالف الذكر أن تقدير الفوائد التأخيرية في المسائل المدنية هي ٤% وفي المسائل التجارية ٥% وبذلك فإن القانون لم يقف عند حد افتراض الضرر انما ذهب إلى تقدير التعويض عن الضرر المفترض ولم يجز المطالبة بزيادة أو نقص التعويض إلا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر<sup>(٢)</sup>، وهذا أيضاً ينطبق على حالة الاتفاق ما بين المتعاقدين على تقدير قيمة التعويض الذي يعرف بالتعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) وعلى الرغم من أن للإرادات التعاقدية دور في تقدير ذلك التعويض إلا أن المشرع لم يسمح بالتعسف في استعمال تلك الحرية الممنوحة انما جعل للقاضي سلطة التدخل في تخفيض أو زيادة ذلك الشرط<sup>(٣)</sup>، أما فيما يخص القانون الأمريكي فقد كان سعر الفائدة ايضاً محدد وبحسب تشريع كل ولاية ، بالنسبة إلى ولاية كاليفورنيا فتكون النسبة بما يعادل ١٠% سنوياً<sup>(٤)</sup> وتحدد سعر الفائدة بنسبة

---

كان من المتعين على محكمة الموضوع ان ترد المطالبة بالتعويض المادي من جهة ومن جهة ثانية فإن 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 ٢٠٢٠/١١/٢٠ .

(٣) وتطابقها المادة (٢٢٦) من القانون المدني المصري.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم. عبد الباقي البكري. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢، العاتك لصناعة الكتب \_ القاهرة ، بدون سنة طبع، ص٧٧.

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة ١٧٢ من القانون المدني العراقي ، د. محمد ابراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بدون سنة طبع ، ص٤٣٥، وكذلك د. نبيل ابراهيم سعد ، احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ١٨٩.

(4) Cal. Code Civ. Proc. § 685.020(a); but see Cal. Civ. Code § 685.020 (installment payments).



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

لا تقل عن ٢% ولا تزيد عن ٨% بحسب تشريع ولاية كولاريدو<sup>(١)</sup>، أما بالنسبة إلى ولاية فلوريدا فالأصل أن يكون تحديد الفائدة لأطراف العقد وفي حال لم يضع الاطراف نسبة يترك الأمر للجهات الحكومية المالية بحسب قانون الولاية<sup>(٢)</sup>، وهكذا بالنسبة إلى الولايات الأخرى<sup>(٣)</sup>،

(1) Colo. Rev. Stat. §§ 5-12-102; 5-12-106.

(٢) هذا ما تم الاشارة اليه في قضية Amerace Corp.v . Stallings Amerace Corp. v. Stallings, 823 So.2d 110 (Fla. 2002).

(٣) اما بالنسبة الى بقية الولايات فقد نصت على :

أ- ولاية ألباما حددت نسبة الفائدة التأخيرية من اجل دفع المال بنسبة تقدر ٧.٥% لكل سنة وذكر ذلك في

نص قانون ولاية ألباما . Code of Ala. § 8-8-10 وكذلك في قضية Mayo v. Lawter Mayo v. Lawter, 974 So.2d 312 (Ala. Civ. App. 2007).

ب- ولاية ألاسكا: أن النسبة تكون مشروعة طالما لم تتعدى النسبة الأعلى للفوائد المحددة في الولاية وهي ١٠.٥%. وفي حال ما لم تحدد هذه النسبة فيكون قدرها ٣%، وذلك ما ذكر في نص قانون ولاية ألاسكا Alaska Stat. § 09.30.070.

- ولاية أريزونا: لا يحق لمحاكم ولاية أريزونا أن تقر بمنح أي فائدة مهما كان طبيعتها وذلك بموجب قانون. أما في العقود فيجوز منح فوائد بنسبة لا تزيد عن ١٠% سنوياً، ١٠% عن سعر الفائدة الأساسي كما بينها مجلس المحافظين لنظام الخزنة الاتحادي في بيانه الاحصائية أو ما ينشر في تاريخ نفاذ الحكم. وذلك ما ذكر في نص قانون الولاية . Ariz. Rev. Stat. § 44-1201.

Arizona Revised Statutes Title 44. Trade and Commerce § 44-1201. Rate of interest for loan or indebtedness; interest on judgments, Find Law, the link

(<https://codes.findlaw.com/az/title-44-trade-and-commerce/az-rev-st-sect-44-1>

[1201.html](https://codes.findlaw.com/az/title-44-trade-and-commerce/az-rev-st-sect-44-1)) , Accessed at (08-12-2022

ت- ولاية أركنساس: لا يحق للمحاكم النظر بمسألة الفوائد، وذلك بموجب قانون. وإما في العقود فيسمح بنسبة فائدة تساوي نسبة الفائدة المحددة بموجب المجلس الاحتياطي حينما ينفذ الحكم بالإضافة لنسبة ٢%. وذلك ما ذكر في قانون ولاية أركنساس Ark. Code Ann. § 16-65-114، وفي قضية وحدد على وجهة التحديد والدقة Johnson v. Jameson.

Jameson v. Johnson, 33 S.W.3d 140 (Ark. 200).

ث- ولاية كونيتيكت: يجب إلا تزيد نسبة الفوائد التأخيرية عن مقدار ١٠% سنوياً وتترك للمحكمة تقديرها على وجه الدقة، وهذا ما أكد عليه قانون ولاية كونيتيكت Gen. Stat. § 37-3a وقضية Ballou v. Law Offices Howard Lee Schiff

Ballou v. Law Offices Howard Lee Schiff, P.C., 39 A.3d 1075 (Conn. 2012 ).

ح- ولاية جورجيا: ويترك تحديد الفائدة التأخيرية لأطراف العقد وإذا لم يحدد فتكون ما يزيد عن الفائدة الأساسية بنسبة ٣%، وهذا ما أشار إليه قانون Ga. Code § 7-4-12



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

من ثم نصل إلى نتيجة مفادها أن القواعد القانونية التي يضع لها المشرع معايير منضبطة هي قواعد جامدة<sup>(١)</sup> ذات صياغة محكمة ثابتة المضمون لا تُغير ولا تُبدل إلا بإرادة المشرع وهي بذلك تُحول دون أن يكون للقضاء سلطة تقديرية، إلا في بعض الحالات التي يكون بها المجال محدود.

### ثالثاً: الضرر المفترض تجسيد للمعيار المنطقي في الصياغة التشريعية

يعد التشريع المصدر الأول الذي يستعان به من قبل القضاء للفصل في المنازعات والوصول إلى حكم معين استناداً لما جاءت به الفقرة (١) من المادة (١) من القانون المدني

---

Georgia Code Title 7 – Banking And Finance Chapter 4 - Interest And Usury article 1 - IN General § 7-4-12 - Interest on judgments, Justia US Law, 2010, the link [https://law.justia.com/codes/georgia/2010/title-7/chapter-4/article-1/7-4-12#:~:text=\(a\)%20All%20judgments%20in%20this,published%20in%20statistical%20release%20H](https://law.justia.com/codes/georgia/2010/title-7/chapter-4/article-1/7-4-12#:~:text=(a)%20All%20judgments%20in%20this,published%20in%20statistical%20release%20H) Accessed at (08-08-2022).

جـ\_ ولاية هاواي: وتكون نسبة الفائدة بما يقدر بنسبة ١٠% . وهذا ما أشار إليه قانون - 662 Haw. Rev. Stat. 8

Hawaii Revised Statutes Title 36. Civil Remedies And Defenses And Special Proceedings 662. State Tort Liability Act 662-8 Interest, Justia US Law, 2016, the link: [\(\(https://law.justia.com/codes/hawaii/2016/title-36/chapter-662/section-662-8\)\)](https://law.justia.com/codes/hawaii/2016/title-36/chapter-662/section-662-8), Accessed at (08-08-2022).

د\_ ولاية أيلانوي: تحدد نسبة الفائدة بما لا يزيد عن ٦% تجاه الحكومة، إما فيما بين الأفراد بما لا يزيد عن ٩% وهذا ما اكد عليه قانون III. Comp. Stat

III. Comp. Stat. 5/2-1303. Consumer debt of less than \$25,000 earns 5%. 735 III. Comp. Stat. 5/2-1303(b)(2) (eff. Jan. 1, 2020)

ز\_ ولاية إنديانا: سواء كانت الفائدة التأخيرية محددة أم لم تحدد بالعقد فيجب ألا تتجاوز هذه الفائدة مقدار ٨% وهذا ما تم تحديده في قانون ind. Code § 24-4.6-1-101

:Ind. Code § 24-4.6-1-101, Case Text, the link

<https://casetext.com/statute/indiana-code/title-24-trade-regulation/article-46-special-provisions-concerning-certain-transactions/chapter-1-interest-limits-and-application-of-other-laws/section-24-46-1-101-money-judgments> Accessed at (08-08-2022).

(١) القواعد الجامدة هي تلك القواعد التي تضع للمسائل حلاً واحداً ثابتاً لا يتغير إلا بإرادة المشرع مهما تغيرت الظروف والملابسات والتي تقف في بعض المسائل عند رقم معلوم لا تحيد عنه، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٨٩.



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

العراقي التي تنص على: " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها"، لذلك فإن النص التشريعي عندما يصاغ من قبل المشرع أما أن يكون بالألفاظ والعبارات الصريحة الدالة عليه ويسمى عند إذ منطوق النص<sup>(١)</sup> أو يكون بعبارات ضمنية تستخرج من روح النص ومغزاها وعلتها التشريعية فيسمى عندئذ فحوى النص<sup>(٢)</sup>، ففهم النصوص التشريعية لا يقتصر على ادراك المعنى الظاهر المباشر الذي يستخلص من ألفاظه، بل تقتضي كذلك تحري القصد التشريعي والنزول من ظاهر النصوص إلى أعماقها للتعرف على فحواها الحقيقي<sup>(٣)</sup>، وهذا الذي يفسر اللجوء في بعض الأحيان إلى الاخذ بفلسفة التشريع للوصول إلى الغاية التشريعية الحقيقية لواضع النص.

ويلجأ المشرع إلى المعيار المنطقي في صياغة النصوص إلى جانب معايير أخرى<sup>(٤)</sup> يعتمدها المشرع من أجل إخراج القواعد القانونية إخراج صحيح في حالات معينة ما كان له أن يخرجها بغير هذا الأسلوب، ويعد الأسلوب الافتراضي احد اشكال المعيار المنطقي ويتحقق بقيام المشرع بإيجاد أوضاع لا تتطابق مع الحقيقة كما هو الحال في افتراض الضرر لترتيب احكام المسؤولية المدنية في حالات معينة، وهو ما ينبغي أن يكون فيه المشرع على قدر من الحذر والحيطه كون هذا النوع من الصياغة استثناءً لا ينبغي التوسع

(١) ويقصد بمنطوق النص هو ما دل عليه لفظ في محل نطق وهو على نوعين اما منطوق صريح او غير صريح والصريح تكون دلالاته اما تطابقية او تضمن حقيقة او مجاز ، وغير صريح هو ما دل عليه النص تبعا وعقلا تسمى دلالة الالتزام وتنقسم الى اشارة النص ودلالة الاقتضاء ودلاله الايماء . د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسجه الجديد، ج١، ط٢٣ ، مطبعة الخنساء - بغداد، ٢٠١٤ ، ص٣٩٥ هامش رقم ١، وكذلك د. محمد اديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي ، ط٤، المكتب الاسلامي ، ١٩٩٣، ص٥٩٤.

(٢) ويقصد بفحوى النصوص هو ما يؤخذ من روح النص لا من عبارته ومن الغاية المتوخاة من تشريعه دون التمسك بحرفيته ويطلق عليه مفهوم الموافقة ، د. احمد الحصري ، استنباط الأحكام من النصوص ، ط٢، دار الجيل - بيروت ، ١٩٩٧ ، ص٣٨٩، وكذلك د. محمد اديب صالح ، المصدر نفسه ، ص٦٠٩.

(٣) د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مصدر سابق ، ص٢٠٩.

(٤) تقسم المعايير المتغيرة للصياغة القانونية الى ثلاث اقسام: هي معايير الصياغة الجامدة، معايير الصياغة المرنة والمعيير 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.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

فيه، لذلك نرى أن الضرر المفترض يجسد المعنى الفلسفي والمنطقي الذي من الممكن أن 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 أوجدت من أجلها النصوص.

وأن البحث في الغاية التي تدفع المشرع إلى اتباع هذا الأسلوب - الافتراض - في النصوص المتعلقة بالضرر مراعاةً لطبيعة الالتزام أو غير ذلك يقودنا إلى فكرة العدالة التي يُسعى إليها دائماً لإصلاح صرامة القوانين، إذ يرى ارسطو أن تفعيل دور العدالة يؤدي إلى مرونة في القانون المجرد ويجعله أكثر توافقاً مع الحالات الخاصة<sup>(١)</sup>، 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 أن النصوص وأن 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 نلتزمه في فكرة افتراض الضرر التي وأن نظرنا لها من زاوية مختلفة نجدها تجسد المثل العليا والشعور بالإنصاف<sup>(٢)</sup> الناتج عن طبيعة محل الالتزام واحترام الارادات التعاقدية التي سعت إلى إيجاد أكبر قدر من ضمانات التنفيذ.

(١) 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.

(٢) وهذا هو مفهوم العدالة اذا عرف بأنه 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، ص ٦٨. وكذلك د. محمد واصل ، د. محمد حاتم البيات ، المدخل الى علم القانون ، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٧، ص ١٨١.



## المطلب الثاني

### ذاتية الضرر المفترض

إن الكشف عن خصوصية الضرر المفترض يستلزم منا ايضاح الطبيعة الافتراضية لوجود ذلك الضرر، إضافة إلى تحديد هل إن الافتراض قد اضفى طبيعته الخاصة على ذلك الضرر و شكل نظام قانونيا مستقل به ام أنه ضرر يستوي مع صور الضرر الأخرى ؟ معرجين بعد ذلك إلى تبيان أهم الأوضاع القانونية التي قد تثير الالتباس من حيث الوجود مع هذا النوع من الضرر، وخاصة هو يمثل أهم ركن من أركان المسؤولية المدنية، لذلك كان لا بد من بسط الطريق لفهمه من خلال مقارنته بأكثر الأوضاع القانونية التي تشابهه، فالاستثنائية المتصف بها التي تجعله متحقق بالاستناد إلى ركن الخطأ خارجاً بذلك عن شرط تحقق وجوده بصورة فعلية يقربه من فوات الفرصة والضرر الاحتمالي، وعليه كان لزاماً علينا تبيان المائز ما بين هذه الأوضاع القانونية ولأجل ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين: نخصص الأول إلى الطبيعة الافتراضية لافتراض الضرر ، أما الفرع الثاني سنعده إلى التمييز بين ضرر فوات الفرصة والضرر الاحتمالي .

## الفرع الأول

### الطبيعة الافتراضية للضرر المفترض

يلجأ المشرع إلى الافتراضات القانونية من أجل الإقرار بالواقع وتقنينه مستنداً في ذلك إلى القواعد المنطقية ، فالمشرع عندما يجد أن أمراً ما يتكرر في الواقع تكراراً حقيقياً يأتي ويقر هذا الواقع المتكرر على هيئة افتراضات قانونية وذلك لوقوع الظن الغالب بصدق هذا الواقع فهو بذلك قد حقق العدالة وراعى المصالح الأكثر استحقاقا بالرعاية، وعليه فإن القواعد القانونية عندما تصدر فهي إما أن تكون مبنية على اليقين<sup>(1)</sup>،

(1) ان اليقين هو الاعتقاد الجازم برجحان احد الاطراف في الوقوع واللاوقوع ، وبشكل ثابت لا يزول بتشكيك المشككين وبصورة مطابقا للواقع ، ومثال ذلك القاعدة القانونية التي تنص على ان (اذا تعارض المانع والمقتضى قدم



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

وأما أن تكون مبنية على الظن أو على غالب الظن<sup>(١)</sup>، وأخيراً قد يحدث أحيانا أن تبنى تلك القواعد القانونية على الشك<sup>(٢)</sup>.

وبناء على ذلك نجد أن المشرع عندما افترض وجود الضرر فإن افتراضه كان مخالفاً للحقائق الثابتة وينطوي على تجاهل للواقع الملموس في بعض الأحيان إلا أنه كان مبنياً على غالب الظن فنسبة عدم تحقق الضرر طرحت من نسبة تحققه وكان الرجحان إلى الأخير ، لذلك لجأ المشرع إلى افتراض وجوده بغية التقليل من المنازعات وتحقيق أكبر قدر من الاستقرار في المعاملات.

وعليه ومن أجل تحديد الطبيعة الافتراضية انقسم الفقه إلى اتجاهين كلا منهم يحدد تلك الطبيعة بالاستناد إلى توجه معين :

**الاتجاه الأول:** ذهب إلى تحديد الطبيعة الافتراضية من خلال تقسيمه إلى نوعين وهما افتراض تصوري وافتراض قياسي أو مقارن ، ومعيار هذا التقسيم يتبلور فيما إذا كان الافتراض يتمثل في عملية ذهنية محضة فيكون الافتراض تصورياً على خلاف الافتراض

---

المانع ) هذه القاعدة مبنية على اعتقاد المشرع اليقيني بان المانع يجب ان يقدم على المقتضى على الدوام والاطلاق لأنه مطابق للواقع ولا يتأثر بتشكيك المشككين وعله ذلك ان موانع الأحكام اذا لم تقدم على مقتضياتها وقعت الفوضى واستحالت الحياة لتصادم المقتضيات مع بعضها وزوال الحدود المتمثلة بالموانع فيما بينها ، د. اسماعيل نامق حسين ، النظرية العامة للحظ في القانون الخاص، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٤ ، ص ٧٦.

(١) الظن هو العلم تصديقا بترجيح احد الاطراف الا ان ذلك الترجيح لم يصل الى درجة الجزم ، اما في حالة ترجيح احد الاطراف فيعتبر في تلك الحالة غالب الظن ومثال ذلك تصرفات الصغير غير المميز تعتبر باطلة وان اذن له ولديه فغالب الظن ان ذلك الصغير سيتضرر من أي تصرف يجريه فترجح جانب الخسارة وتطرح جانب الربح فغلبه هذا الظن عند المشرع جعل تصرفاته باطلة ، د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص ٤٤٦.

(٢) ان تساوي الوقوع واللاقوع عند العقل من غير رجحان احدهما على الاخر فالإدراك المتعلق بكل منهما يسمى شك ، د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المصدر نفسه ، ص ٤٤٦.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

الذي يتمثل في عملية ذهنية تقوم على التشبيه والمقارنة فيكون في تلك الحالة افتراضاً قياسيً أو مقارنً<sup>(١)</sup>.

فالافتراض التصوري يتمثل في أنه عملية ذهنية محضة تقوم على مخالفة الحقيقة القانونية وحدها دون الحقيقة الطبيعية<sup>(٢)</sup> فهو من هذا يعد استثناء على القواعد القانونية العامة، وهذا النوع من الافتراض كان موجوداً في القانون الروماني فهو يؤدي إلى خلق قواعد قانونية جديدة ليسد النقص في القواعد القانونية القائمة إلا أن هذا النوع من الافتراض لم يعد موجوداً في القوانين الحديثة<sup>(٣)</sup>.

أما الافتراض القياسي أو المقارن ففحواه يقوم على التشبيه والمقارنة بين حالة منصوص على حكمها وحالة أخرى لا حكم لها ، والحاك الحالة التي لا حكم لها بالحالة المنصوص عليها، وبهذا يرى جانب من الفقه أن الأساس الذي يقوم عليه هذا النوع من الافتراض هو القياس كما هو الحال في حالة افتراض وجود شخص معنوي له ذمة مالية مستقلة عن ذمة الأفراد المكونين له قياساً على الذمة المالية للشخص الطبيعي ، وأن هذا النوع من الافتراض غالباً ما يستعمله الفقه وهو يؤدي إلى تيسير فهم الأوضاع القانونية القائمة عن طريق المقارنة بين حالة وأخرى<sup>(٤)</sup> .

إلا أن هذا التقسيم قد تعرض إلى الانتقاد إذ أن الافتراض التصوري لا يقوم على أساس صحيح وذلك لأن ماهية الافتراض تقوم على مخالفة الحقيقة القانونية التي تؤدي إلى مخالفة الحقيقة الطبيعية فمخالفة إحدى الحقيقتين لا يعني أن يكون هناك افتراض ، أما

---

(١) يرجع هذا الاتجاه إلى الفقيه ليكوك الذي أرجع الطبيعة الافتراضية إلى ما سبق ذكره ، نقلاً عن: ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطوير القانون ، مصدر سابق، ص ٣٧.

(٢) سنبحت مفهوم الحقيقة ومخالفتها في المبحث الثاني من الفصل الاول .

(٣) د. السيد عبد الحميد فوده ، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق ، مصدر سابق ، ٣٧ ، وكذلك د. محمود عبد الرحيم الديب ، الحيل في القانون المدني(دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي )، دار الجامعة الجديدة للنشر ، بدون سنة طبع ، ص ٢٤١.

(٤) د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف -الاسكندرية ، ١٩٦٩ ، ص ١٤٥ . وكذلك د. منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العيني ، ط١، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ١٠١.





## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

بالنسبة إلى الافتراض القياسي وهو كذلك غير صحيح لأن القياس يستلزم التماثل في العلة بين المقيس والمقيس عليه فهو ما لا يعد من قبيل الافتراض<sup>(١)</sup>.

**أما الاتجاه الثاني:** فقد لجأ الفقه إلى تقسيم أخرى من أجل التعرف على الطبيعة الافتراضية من خلال تحديد الدور الذي يقوم به ، وقد تضمن ذلك التقسيم ثلاث أنواع من الافتراضات: الأولى منها كان يؤدي إلى توسيع نطاق القواعد القانونية القائمة من خلال أما التوسيع في تطبيق شروط تلك القاعدة القانونية أو من خلال التوسيع في تطبيق الآثار المترتبة على تطبيق القواعد القانونية مما يؤدي من الناحية العملية إلى التوسع من نطاق تلك القواعد ، وعليه فإن هذا النوع من الافتراض يستعين به المشرع للاستعاضة عن ابتكار قواعد قانونية جديدة رغبة منه في الاقتصاد في التشريع ، أما النوع الثاني فلم يقتصر على مجرد التوسيع وإنما كان دوره في انشاء وخلق قواعد قانونية جديدة إذ لولا وجوده لما توصلنا إلى تلك القواعد، والافتراض هنا يكون داخل في أعماق القاعدة ذاتها فهي إذن ليست وسيلة لتحقيق الهدف من القاعدة بحيث يمكن استبدالها بوسيلة أخرى لتحقيق الهدف نفسه، أما النوع الثالث والأخير فهو افتراض يبرر من وجود القواعد القانونية القائمة لأوضاع لا نجد لها في الواقع مبرراً فيأتي الافتراض المجرد من أجل التبرير من وجودها وتوضيح الغرض منها والكشف عن الفكرة المنطقية التي تقوم عليها<sup>(٢)</sup>.

(١) د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطوير القانون ، مصدر سابق ، ص ٣٩.

(٢) كان اصحاب هذا الاتجاه كلا من الفقيه جيني والفقه دابان وان كان جيني قد سبق دابان في ذلك التقسيم اذ اعتمدوا في ايجاد الطبيعة الافتراضية على كيفية اسهامها في صياغة القاعدة القانونية ، وذلك لان التعمق في فكرة الافتراض يؤدي الى القول بان قيمتها تستمد من العمومية والاستمرار ، حيث تجد ان اثر الافتراض يكون واضحاً في كل مرحلة تمر بها القاعدة القانونية سواء كان عند صياغتها او تطبيقها او عند تفسيرها لذلك تجد ان ما سبق ذكرهم اعتمدوا على الصياغة القانونية لتلك القواعد ، اما دابان فقد اقتفى اثر جيني الا انه استبعد النوع الاول من الافتراض الذي يودي الى توسيع من نطاق القاعدة القانونية بحجة ان هذا النوع يتعلق بالمادة الاولية للقاعدة القانونية أي انه يدخل ضمن نطاق السياسة التشريعية لا بمجرد الصياغة الفنية لتلك القاعدة. ولتفاصيل اكثر انظر الى د. السيد عبد الحميد فودة ، الافتراض بين النظرية والتطبيق ، مصدر سابق ، ص ٤٢، وكذلك د. سمير تناعو ، النظرية العامة للقانون ، مصدر سابق ، ص ٤٠٧.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

وبناءً على ما سبق تبيانه وعرضه من أجل الوصول إلى الطبيعة الافتراضية لافتراض الضرر يتضح لنا أن الافتراض يؤدي إلى توسيع من نطاق القاعدة القانونية التي تتعلق بالمسؤولية المدنية وكذلك شروط تطبيقها المتعلقة بوجود إثبات وقوع الضرر من أجل الحصول على التعويض، لأنه يقدر بمقداره من دون التغيير في مضمون تلك القاعدة ، فضلاً عن التوسيع من الآثار القانونية إذ أن المشرع اعفى الافراد من إثبات وقوع الضرر عن طريق إيجاد قرائن قانونية تدل وبصورة واضحة على افتراضه وذلك لأنه قد بنى على الظن الغالب من أن الضرر قد يتحقق .

### الفرع الثاني

#### تمييز الضرر المفترض عما يشته به من أوضاع

يتشابه الضرر المفترض مع الكثير من الأوضاع القانونية لذلك كان لابد من مقارنته مع اكثر وأبرز الأوضاع التي قد يشته بها، فكان لضرر فوات الفرصة وكذلك الضرر الاحتمالي النصيب من تلك المقارنة كونهما متشابهان في درجة احتمالية تحقق الضرر، وعليه سنقسم الفرع على النحو الآتي:

#### أولاً: تمييز الضرر المفترض عن فوات الفرصة

أن مسألة الضرر الناجم عن فوات الفرصة<sup>(١)</sup> تعتبر من اكثر المسائل الجدلية سواء كان ذلك على مستوى الفقه أو القضاء وذلك بسبب طبيعته المتأرجحة بين الاحتمال والتحقق، إذ أن حرمان الشخص من فرصة تحقيق ربح أو تجنب خسارة يجعل من الصعوبة

---

(١) يمكن تعريف ضرر فوات الفرصة على انه حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل ان تعود عليه بالكسب اذ يكون هناك كسب مرجح كان يمكن ان يتحقق وقد قضى محدث الضرر بفعله الضار على تحققه ، د. سليمان مرقص ، الفعل الضار ، مصدر سابق، ص٣٧، كما عرف ايضاً هي تلك الحالات التي تنشأ نتيجة لحصول انتهاك في العقد او الاهمال او الاضرار الشخصية او بسبب سلوك مظلل او مخادع والتي تتسبب بفوات فرص الارباح او الاستحقاقات او الفوائد ،

Paul Croft, What is a loss of opportunity?, Briferrier, 2022, The Link:

((<https://briferrier.com.au/news/what-is-a-loss-of-opportunity>) , Accessed at

((19\_08\_2022)).



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

معرفة فيما لو كان الضرر سيقع أو لا، لذلك تصبح الفرصة لا تتوقف على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع لأن مركز المتضرر قد تم تحديده بصورة نهائية فالخطأ الواقع ادى إلى انقطاع تطور سلسلة من الوقائع كان من الممكن أن تكون مصدراً لربح أو خسارة<sup>(١)</sup>، وبالتالي هل ينظر إلى فوات الفرصة على انها ضرر احتمالي لا يوجب التعويض أم ضرر محقق لأبد من تعويضه؟

اتجهت القوانين محل المقارنة بدءاً إلى عدم التعويض عن فوات الفرصة إذ يرى أن الضرر الذي ينتج عنه لا يرتقي إلى درجة التعويض فهو ليس ضرراً محققاً لأنه لا يمس بحقوق ثابتة انما يقتصر على المساس بمجرد امل، ولكن سرعان ما عدلت عن هذا الاتجاه بتبرير كان اكثر صواباً تجسد بأن الحرمان من الفرصة لا يقتصر اثره على المساس بمجرد الامل في الربح أو تجنب الخسارة بل فيه ايضاً مساس بالحق في انتهاز هذه الفرصة وفي محاولة كسبها وأن سلب هذا الحق في ذاته يعد ضرراً محققاً وأن كانت النتيجة المباشرة احتمالية، فالتسبب في تأخير تقديم أوراق الوكيل للطعن في دعوى ما لا يجعله مسؤولاً عن قيمة الدعوى كلها بل أن مسؤوليته تقتصر على مقابل فوات فرصة عن هذا الطعن مع مراعاة نسبة نجاحها من عدمها<sup>(٢)</sup>، وكذلك الحالات التي لا يستطيع المدعى عليه أن يكمل تنفيذ العقد .

وبناء على ذلك استقر الأمر على اعتبار ضرر فوات الفرصة من الأضرار المزدوجة التي تتألف من شقين يتمثل الشق الأول بالفرصة الضائعة وهي الضرر الأولي أو المحقق المعوض عنه، والشق الآخر هو الضرر النهائي أو الاحتمالي للمضروب والتمثل بالفرصة بحد ذاتها، وبذلك فإن العلاقة بين الضررين هي علاقة تبعية إذ لا يمكن اشارة ضرر الحرمان من تحقيق فرصة ما، إلا بعد تحديد الحالة النهائية التي يعاني منها المضروب

(١) ماز ووتنك، المسؤولية المدنية ج ١ فقرة ٢١٩، نقلاً عن سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية\_ بغداد ، ١٩٨١، ص ٢٥.

(٢) د. سليمان مرقس، الفعل الضار ، مصدر سابق ، ص ٣٧. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني\_ نظرية الالتزام، مصدر سابق ، ص ٨٦٣، وبذات المعنى ينظر

Richard N. Bronaugh, Lost Opportunities and Contract Damages, Valparaiso University Law Review, Volume 17, Number 4, 1983, page 740.



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

وعلى الرغم من استقلالية فوات الفرصة عن الضرر النهائي إلا أن تحديد الضرر الحقيقي الذي رتبته تفويت الفرصة على المضرور يتم بالنظر إلى الحالة النهائية التي يتواجد فيها الاخير<sup>(١)</sup>، أي أن تفويت الفرصة وأن كان في ذاته ضرر محقق فإن هذا الضرر يستند في وجوده والتعويض عنه إلى كسب احتمالي فإن انعدم الكسب انعدمت الفرصة وأن وجد احتمالاً معقولاً للكسب وجدت الفرصة وتعين التعويض لمجرد الضياع<sup>(٢)</sup>، وبذلك يعد تفويت الفرصة فكرة حقيقية مجردة بينما يشكل الضرر النهائي حقيقة ملموسة لذا يتم الاستناد عليه لتحديد طبيعة الضرر اللاحق بالمضرور ومداه<sup>(٣)</sup>.

وبذلك تقف الفرصة باعتبارها احتمال مرجح في مكان وسط بين الاحتمال واليقين فهي احتمال اكبر من مجرد أمل وأقل من درجة اليقين، وتقدر قيمة هذه الفرصة بقدر درجة هذا الاحتمال دون أن تصل إلى درجة اليقين<sup>(٤)</sup>، وتأسيساً على ما سبق يتم التعويض عن ضرر فوات الفرصة بتوافر عنصرين أولهما يجب تفويت الفرصة بصورة مؤكدة ويقينية ويحدث ذلك عندما يكون تحقق الفرصة قد ضاع بشكل لا يرجوا الاستفادة منه بصورة مطلقة بحيث لا يكون هناك محل للانتظار لمعرفة ما سيؤول إليه الأمر مستقبلاً أي ما اذا كان الضرر

(١) آمال بكوش، تعويض الفرصة الفائتة في اطار الالتزام الطبي، دار الجامعة الجديد ، ٢٠١٧ ، ص٩٨. وكذلك ابراهيم سلمان رشيد الجبوري ، التعويض عن تفويت الفرصة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٩ ، ص١٣٦ .  
(٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٥ ، ص ٢٩٤ .

(٣) ان من الامثلة الشائعة في الدول الانكلوسكسونية هي تلك الحالات التي يخسر فيها المدعي فرصة ابرام صفقة اخرى ، وذلك نتيجة لقيام الطرف الاخر من سلوك من شأنه ان يفقد الطرف الاول فرصة الحصول على ارباح او مكاسب اخرى في العقد ويجب على الطرف المتعاقد ان يثبت وجود ضرر في بادئ الامر وان يثبت ان الضرر من شأنه قد اعاقه عن حصول مكاسب مادية ،

Gill Burnett, The Doctrine of Loss of Chance: Recent Developments, Dacbeachcroft, 2020, the link:

[https://www.dacbeachcroft.com/en/gb/articles/2020/april/the-doctrine-of-loss-of-chance-recent-developments/#:~:text=The%20doctrine%20is%20used%20to,some%20\(usually%20monetary\)%20benefit](https://www.dacbeachcroft.com/en/gb/articles/2020/april/the-doctrine-of-loss-of-chance-recent-developments/#:~:text=The%20doctrine%20is%20used%20to,some%20(usually%20monetary)%20benefit) Accessed at(08-05-2022) .

(4) Cass-civ, 1ere, 27\03\1973,Bull.civ,1,n 115.

نقلا عن امال بكوش ، مصدر نفسه ، ص٩٩ .



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

سيقع ام لا، لأن تحقق الضرر لم يعد متوقفا على وقائع مستقبلية أو احتمالية بل اصبح الوضع واضحا وبصفة نهائية<sup>(1)</sup>، وثانيهما أن يرتب هذا التقويت للفرصة ضرراً حقيقياً وبناء على ذلك للتسليم بوقوع الضرر لابد أن تكون هناك فرصة حقيقية وجدية جديرة بالتعويض فالاشتراك في السباق لا يكفٍ لعد ذلك فرصة لتحقيق الفوز وكسب السباق بل لابد أن يتوفر ما يرجح احتمالية الفوز، لذلك فإن مقدار الاحتمال له تأثير في مدى جدية الفرصة وعدّها حقيقية إذ كلما زادت درجة احتمال تحقيق الكسب كلما كان تحقيقها مرجحاً<sup>(2)</sup>، فتوافر الاحتمال في امكانية تحقق الفرصة الضائعة يسند لضرر فوات الفرصة صفة الضرر المحقق الذي على اساسها يقدر التعويض فيما بعد<sup>(3)</sup>.

ويقترّب ضرر فوات الفرصة كثيراً من الضرر المفترض الذي يقوم بمجرد وقوع الخطأ بصرف النظر عن تحقق الضرر بصورة فعلية وأمام هذا التشابه ما بين الاثنين سنبحث في أوجه الشبه والاختلاف على وفق ما يلي:

### أولاً: أوجه الشبه

١- يشترك الضرر المفترض مع الضرر الناجم عن فوات الفرصة في أن كليهما يجعلان الدائن مستحقاً للتعويض بمجرد الخطأ.

(١) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، مصدر سابق ، ص ٣٤١، وكذلك سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، مصدر سابق ، ص ٢٥.

(1) Laurence Butet: op. cit., p.43.

نقلاً عن: مصطفى راتب حسن، التعويض عن فوات الفرصة بحث منشور في مجلة القانون والشريعة، مج ٢٨، ٨٤ ، ٢٠١٦، ص ٧٤٤.

(٣) تبين السوابق القضائية وجوب اثبات قيمة الفرصة التي ضاعت أولاً، وثانياً ان يثبت وجود انتهاكات للالتزامات عقدية ، اذ من دون وجود أي انتهاكات للالتزامات يصعب تصور وجود تعويضات مناسبة ، اضافة الى ضرورة اثبات وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر والارباح او الاستحقاقات او الفوائد التي خسرها الطرف المتضرر ، وهذا ويذكر ان هذه الشروط تختلف وبشكل نسبي وبسيط في دول الانكلوسكسونية من دولة الى اخرى ، باختلاف سوابقها القضائية بتفسير وتوضيح الشروط التي تحكم هذه المسألة ، الا انها تبقى متشابهة من حيث الجوهر إذ يتطلب وجود شرط الانتهاك ووجود العلاقة السببية ،

Harold Luntz, Causation in Law and Medicine, Ashgate/Dartmouth, Australia, First Published, 2002, Page152.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

٢- يَعد كليتهما حالة خاصة في المسؤولية المدنية إذ انها وكأصل عام لا تنهض بدون وقوع الضرر بصورة محققة ومؤكدة إلا أن الأمر قد خرج عن القاعدة العامة في هذين النوعين من الأضرار، فالضرر المفترض قد أوجب وجوده بمجرد وقوع ركن الخطأ وفوات الفرصة استندت إلى درجة احتمالية تحقق الفرصة التي لا بد أن تكون اقرب إلى تحقق.

٣- لم تحمل ثانياً نصوص القانون المدني بصورة صريحة وواضحة كلتا الفكرتين، اذا جاءتا عن طريق الاستنتاج الضمني والاستخلاص من روح النصوص وغايتهم التشريعية.

### ثانياً: أوجه الاختلاف

١- يختلف الضرر المفترض عن فوات الفرصة في أن الضرر المفترض قائم على النص التشريعي المجرد من ربط إمكانية التعويض بإمكانية التحقق ويعتمد على معايير معينة أوجبت من قبل المشرع نفسه، أما الضرر الناجم عن فوات الفرصة قائم على احتمالية تحقق الفرصة، وأن التعويض عنه يستند في الواقع على تقديرين هما ما كان سيؤول إليه مركز المضرور إذ ما تحققت الفرصة والثاني قيمة الفرصة ذاتها أي احتمالية تحققها لتكون جديرة بالتعويض<sup>(١)</sup>.

٢- يعد ضرر فوات الفرصة من ضمن الأضرار المزدوجة التي تتألف من شقين يتمثلان بالفرصة الضائعة وهي الضرر المحقق والفرصة بحد ذاتها وهي ضرر الاحتمالي ، أما الضرر المفترض فهو ضرر واحد لا يتفرع إلى ما سبق ذكره .

٣- سلك المشرع في الضرر المفترض مسلك خاص في مسالة إثباته فنجدته تارة اعفى المدين بصورة مطلقة من عبء إثباته وتكفل هو بذلك وتارة أخرى نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين فهو بذلك قد خفف من كاهل المدين في مسالة الإثبات، أما بالنسبة إلى فوات الفرصة فإنها تخضع للأحكام الخاصة بالإثبات التي تقضي بتحمل - عبء الإثبات- من يدعي هناك فرصة جدية وحقيقية تستحق التعويض<sup>(٢)</sup>.

(١) مصطفى راتب حسن ، تعويض عن فوات الفرصة ، مصدر سابق ، ص ٧٦٩.

(٢) ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تقدير التعويض في المسؤولية المدنية ، مرجع سابق، ص ٣٣٤.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمى للضرر المفترض

٤- للقضاء في فوات الفرصة سلطة واسعة في تقدير مقدار التعويض وذلك بسبب تعذر حساب الضرر وتحديدده بصورة واقعية لأنه يعتمد على درجة احتمالية تحقق الفرصة ويعوض وفق هذه الدرجة، أما في الضرر المفترض فإن مقدار التعويض نجده تارة قد حدد من قبل المشرع أو الإيرادات وتارة أخرى قد ترك الأمر إلى سلطة القاضي التقديرية وفق بعض القيود .



### ثانياً: تمييز الضرر المفترض عن الضرر الاحتمالي

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن الضرر يستوجب التعويض مادام متحقق بصورة فعلية أو سيتحقق في المستقبل بصورة مؤكدة، فإن دخول عنصر الاحتمالية بصورة اقرب إلى الوهم يخرج هذا الضرر من دائرة التعويض، لذلك جرت العادة على عدم التعويض عن الضرر الاحتمالي<sup>(١)</sup> الذي يمكن تعريفه بأنه: ضرر لم يقع ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع غاية الأمر أنه يحتمل وقوعه أو عدم وقوعه وتفاوت درجة هذا الاحتمال بين القوة والضعف، وقد تبلغ من الضعف حداً وهمياً وهو على اية حال لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية إلا بعد تحققه<sup>(٢)</sup>، وكذلك عرف بأنه: ضرر غير محقق الوقوع قد يقع أو لا يقع وبذلك لا يعوض إلا إذا زال منه عنصر الاحتمال بأن يكون قد وقع فعلاً<sup>(٣)</sup>.

فالشخص الذي تسبب في قتل آخر وكان الشخص المقتول قد اعتاد التبرع إلى إحدى الجمعيات الخيرية، فهذه الجمعية لا تستطيع المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم نتيجة موت الشخص الذي اعتاد التبرع لهم، لأن القتل من الممكن أن يقطع هذه التبرعات لأنه غير ملزم بها، وبذلك يكون الضرر الذي أصاب الجمعية غير محقق<sup>(٤)</sup>.

فنلاحظ أن هذا النوع من الأضرار مبني على درجة كبيرة من الاحتمالية التي تكون على احسن الأحوال متساوية مع تحقق وقوع الضرر وفي أحيان أخرى تكون أدنى عن

(١) يعرف الاحتمال لغةً : بأنه هو كل نسبة لوقوع الشيء أو عدمه أو مالا يكون تصور طرفيه كافياً بل يتردد الذهن في النسبة بينهما ويراد به الامكان الذهني ، علي بن محمد السيد الجرجاني ، معجم التعريفات ، دار الفضيلة ، بدون سنة طبع ، ص ١٤ .

(٢) د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية القيت على طلبة الدراسات القانونية، ١٩٥٨، ص ٤٥٨ .

(٣) فرحان محمد جاسم الجنابي، الضرر في المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص ٧٢، وكذلك ابراهيم سلمان رشيد الجبوري ، التعويض عن تقويت الفرصة ، مصدر سابق ، ص ٣٣ .

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٥٣١ .





## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

المستوى المتوسط مما يستدعي القول بأن هذا النوع من الأضرار لا يعوض عنه<sup>(١)</sup>، ولما كانت علة التعويض هو جبر الأضرار التي تحدث نتيجة الاعتداء على الحقوق فإن أي اعتداء غير مؤكد يؤدي إلى نتيجة منطقية هي عدم التعويض عن ذلك الضرر لأنه يعد اثرًا على حساب محدث الضرر<sup>(٢)</sup>، لكن في حال وصول هذه الأضرار إلى درجة احتمالية تغلب عليها صفة التأكيد يكون من الممكن في تلك الحالة المطالبة بالتعويض بناءً على الأضرار المؤكدة التي قد تكون حالة أو مستقبلية، وأن رجحان احتمالية وقوع الضرر من عدمه يمكن التوصل إليه من ظروف الدعوى ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تقدير درجة الاحتمالية<sup>(٣)</sup>.

وبناء على ذلك يتضح أن ما سبق ليس إلا تطبيق محض للقواعد المقررة في فقه قانون المرافعات التي تشترط لقبول الدعوى أن يكون الحق المدعى به موجوداً أو حالاً ويقصد بذلك أن يكون الحق أو المركز القانوني الذي يقصد حمايته رافع الدعوى قد وقع عليه اعتداء بصورة مؤكدة أي أن الضرر الذي يسعى إلى دفعه أو اصلاحه قد وقع بالفعل<sup>(٤)</sup>، وعليه لا بد أن تكون هناك مصلحة معلومة وحالة وممكنة لقبول الدعوى، إلا أن الفقه والقضاء ذهب إلى عدم الوقوف عند التفسير الحرفي لما أورده القانون إذ ليس المقصود منها رفض الادعاء في الحقوق التي لا تنطبق عليها الشروط السابقة، إذ إن هناك

(١) د. محمد مرسي زهرة، المصادر غير الارادية للالتزام (الفعل الضار والفعل النافع)، جامعة الامارات العربية المتحدة، ط١، مطبوعات الجامعة، ٢٠٠٢، ص ١٥٦، وكذلك طلال سالم نوار دحام، فوات الفرصة في المسؤولية الطبية، ط١، المركز العربي، ٢٠١٩، ص ٦٢.

(٢) يلاحظ الفقه الأمريكي انه قد يحصل لبس من قبل المدعين بين فوات الفرصة والضرر المحتمل، فالأخير يكون احتمالي او افتراضي على العكس من الاول والذي يفترض ان يكون اكيداً وموضوعياً لا مجرد افتراض، وكذلك يتبين ان الضرر المحتمل هو ضرر مبني على تكهنات عدة مما يقود لصعوبات جمة في الاثبات وبالتالي هذه العوامل جميعها تؤدي الى صعوبة تحديد التعويضات التي قد تلثمه وتكون مناسبة له،

Paul Croft, op,cit, The Link: <https://briferrier.com.au/news/what-is-a-loss-of-opportunity> Accessed at ((19-08-2022)).

(٣) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الفعل الضار)، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٤) وهذا ما افادت به المادة السادسة من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل ان تكون هناك ( مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحقة) أنظر ايضاً د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٢٤٢.



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

حقوق لا يظهر اثر الاعتداء عليها إلا في المستقبل فتكون واجبة التعويض<sup>(١)</sup>، وبذلك لا يمكن اقامة الدعوى للمطالبة بالتعويض لأنها تعتبر دعوى مبتسرة أي انها دعوى سابقة لأوانها يتحتم على القضاء رفضها كما يقول الاستاذ (سافاتيه)<sup>(٢)</sup> وبذلك يبقى الضرر المحتمل بمنأى عن التعويض إلى أن يقع.

أما موقف التشريعات محل الدراسة المقارنة فلم تنظم هذا النوع من أنواع الضرر وبالتالي لا مجال للتعويض عنه، وذهب القضاء المصري في قراراته للتأكيد على عدم التعويض عن الضرر المحتمل بالقول: " ... وجوب أن يكون محققاً. الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع لا يستحق عنه التعويض إلا إذا لحق بالمضروب أو سيلحق به حتماً"<sup>(٣)</sup>.

وبناء على ذلك نلاحظ أن الضرر الاحتمالي يقترب من الضرر المفترض في الكثير من المواضع إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود اختلاف ما بين الاثنين وإلا أصبحا مترادفي المعنى، وبناء على ذلك سنتقصى أهم أوجه الشبه والاختلاف وعلى النحو الآتي:

(١) هناك ما يسمى بالأضرار المستقبلية هي الأضرار التي تحققت اسبابها وتراخت اثارها كلها او بعضها فيكون تعويضها اما فوري اذا كان بإمكان القضاء تقديره ، اما اذا كان ليس بالإمكان فيكون امام خيارين اما تعويض الجزئي ويحفظ المضروب حقه في المطالبة عند استفحال الضرر اما الحكم بالتعويض بعد استقرار النتيجة النهائية. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الارادية، ج٢، المطبعة الجديدة- دمشق، ١٩٧٨، ص١٥.

(٢) نقلا عن: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص٨٦٢.

(٣) الطعن رقم (١٢٨٠٦) لسنة ٨٧ قضائية، الصادر في ٢٤/١٢/٢٠١٩ منشور على الرابط:

[https://www.cc.gov.eg/civil\\_judgments](https://www.cc.gov.eg/civil_judgments) تاريخ اخر زيارة في ٢٢/٢/٢٠٢٢ الساعة ٣:٠٠ مساءً.

كذلك قررت محكمة النقض المصرية بأن: " ... الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع لا يستحق عنه التعويض إلا اذا وقع فعلاً". الطعن رقم (٦١٢٧) لسنة ٨٤ قضائية الصادر في ١٥/١١/٢٠١٧ منشور على الرابط:

[https://www.cc.gov.eg/civil\\_judgments](https://www.cc.gov.eg/civil_judgments) تاريخ اخر زيارة في ٢٢/٢/٢٠٢٢ الساعة ٣:٣٩ مساءً.



أولاً: أوجه الشبه

١- يقترب الضرر المفترض من الضرر الاحتمالي في أن تحقق وقوع الضرر المفترض من الناحية الطبيعية لا القانونية قائم على الاحتمال، إذ لا يمكن التيقن من تحققه مستقبلاً<sup>(١)</sup>.

٢- لعنصر الزمن دور في كلاً من الضرر المفترض والاحتمالي، فلما كانت طبيعة الضررين قائمة على فكرة احتمالية التحقق، فلا مجال للتأكد من وقوع ضرر فعلياً إلا بمضي مدة من الزمن<sup>(٢)</sup>.

رغم الشبه الذي يعتري كليهما من حيث الطبيعة إلا أن ذلك لا يمنع من وجود اختلافات جوهرية تجعل لكل منهما استقلالية وتفرد عن الآخر وهذا ما سنورده في أوجه الاختلاف:

ثانياً : أوجه الاختلاف

١- يختلف الضرر المفترض عن الضرر الاحتمالي من حيث الحكم، إذ أن الضرر المفترض يستحق فيه الدائن (المضرور) التعويض بمجرد وقوع الخطأ، بينما الضرر الاحتمالي لا يعرض عنه إلا اذا وقع فعلاً أو صار وقوعه مؤكداً في المستقبل<sup>(٣)</sup>.

٢- لما كان حكم التعويض في الضرر المفترض مقرر بنص القانون دون الوقوف على تحقق الضرر فعلياً، فلا عبرة بالخوض في درجة احتمالية (يقينية التحقق) وقوع الضرر مستقبلاً لأنه مقرر قانوناً لاعتبارات خاصة، في حين أن الوضع مختلف في الضرر الاحتمالي حيث تلعب درجة الاحتمالية دوراً في تأهيل المضرور لاستحقاق التعويض.

(١) د. سليمان مرقس، المبسوط في المسؤولية المدنية (الضرر)، مصدر سابق، ص ١٦١.

(٢) د. خالد جمال احمد، الوسيط في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٢٠، ص ١٦١. وكذلك د. عبد العزيز

الصاصمة، المسؤولية المدنية التصيرية (الفعل الضار)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢، ص ٧٢.

(٣) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، دار ثاراس، ٢٠٠٦، ص ٢٩٣.



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

٣- للقضاء سلطة واسعة في تقدير احتمالية هذا النوع من الضرر \_ الاحتمالي \_ التي يمكن استخلاصها من ظروف الدعوى، أما بالنسبة إلى الضرر المفترض فإن سلطة القضاء تكون مقيدة بالنص ولا يسمح بها إلا في اضيق الحدود، لأن هذا النوع من الأضرار استثناء والاستثناء دائماً وكقاعدة عامة لا ينبغي التوسع فيه.



## المبحث الثاني

### الاساس القانوني للضرر المفترض

إن تسليط جانب من الفقه الضوء على فكرة افتراض الضرر لا يعني غياب الأساس القانوني لها وأن خلت النصوص في التشريعات محل الدراسة المقارنة من إشارة صريحة للفكرة ، إذ تسمح تلك القوانين بتحريك المسؤولية المدنية دون الحاجة إلى إثبات الضرر كما تمنح الأفراد الحق بالاتفاق على استبعاد الضرر لتحريك تلك المسؤولية ، مما يجعل الفكرة مرتبطة بفلسفة المشرع وهو ما جعل الفقه يثير بهذا الشأن تساؤلات حول مبنى تلك الفكرة، أولها كيف تستنبط فكرة الافتراض من تلك النصوص ، وهل أن تلك الفكرة تعتبر من الباب التشريعي أم الحيلة القانونية ؟ وللإجابة عن تلك التساؤلات سنقسم المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول الأساس التشريعي لافتراض الضرر أما المطلب الثاني فسنعقده إلى الأساس الفلسفي لافتراض الضرر.

### المطلب الأول

#### الاساس التشريعي للضرر المفترض

تعدّ الإرادة التشريعية هي الأساس المباشر لأي نص قانوني فإرادة المشرع هي التي تحدد وفق متطلبات المجتمع ما يجب أن تتضمن القوانين من احكام ، كما أن المشرع قد يعطي للإرادة دوراً كبيراً ومساحة واسعة من الحرية في انشاء بعض الأوضاع القانونية ولما كانت القاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين فيمكن لإرادة الأطراف وبحسب ما تملئها الحاجة لذلك أن تكون هي الأساس غير المباشر، وفكرة الضرر المفترض هي احدى تلك الأوضاع القانونية ، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين يتضمن الفرع الأول الأساس المباشر للضرر المفترض وسنقده الفرع الثاني إلى الأساس غير المباشر للضرر المفترض.



## الفرع الأول

### الاساس المباشر للضرر المفترض

يعدّ النص القانوني مصدراً مباشراً للأحكام القانونية، فهو يمثل القلب المادي الذي تُقدم به القاعدة القانونية، فيعبر فيها المشرع عن الفكرة المراد تنظيمها إلى عالم الوجود القانوني وفق لما إرادته أن تكون<sup>(١)</sup>، لذلك يجب على المشرع أن يكون يقظاً ودقيقاً في صياغته<sup>(٢)</sup> سواء كان من حيث الشكل والمظهر أو من حيث الموضوع والمضمون لأجل أن تتسم هذه النصوص بعد دخولها حيز النفاذ والتطبيق بالجودة والامتياز والدقة في العبارات لتخرج بعد ذلك أحكام تتواءم مع السياق التطبيقي والبيئة القانونية التي جاءت من أجلها<sup>(٣)</sup>، فالنص القانوني عبارة عن صيغة لفظية تستوعب هدفاً معقولاً يقصده المشرع وهو حصيلة فكر تأملي وواع لمؤلفه<sup>(٤)</sup>، وعلينا أن نفترض أن المشرع قد اختار النص بتأمل وحكمة وأن كلماته تعبر بإخلاص عن فكره وارادته ومن ثم يجب أن نتجه أولاً إلى صيغة النص وأن لا نتخطى هذه الصيغة وأن نستخلص جميع معانيه لأن النص مركب من اللفظ والمعنى

(١) مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط ١ و مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٢، ص ٤٥.

(٢) يقصد بصياغة النص التعبير بالألفاظ عن الصورة الذهنية المتجسدة في المعاني، د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية - بغداد، ١٩٨٧، ص ٣٩، وكذلك عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، ط ١، دار الكتب العلمية - بيروت، ٢٠١٤، ص ٣٨٠.

(٣) بمعنى لا بد من وجود صلة بين القانون والواقع وان يكون هناك ادراك للظروف الاجتماعية بصورة دقيقة ووافية للإلمام بكل الحالات التي تقع او سوف تقع حتى يحقق الغاية التي جاء من اجلها وهذا ما أكده الفقيه بول في موسوعة جستنيان بقوله (انه يجب ان لا ننطلق من مبدا عام مجرد لنصوغ به قواعد القانون بل على العكس علينا ان نركز الى الواقع العملي في الحياة لنقيم صرح المبادئ القانونية العامة العادلة ) ، موسوعة جستنيان ، ترجمة عبد العزيز باشا ، ص ٣٥٥، نقلا عن د. اشرف محمد عبد الشافي ، التأصيل القانوني والفلسفي للمنطق القانوني واثره في التشريع ، ط ١، كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، ٢٠١٥، ص ٧٦.

(٤) د. عصمت عبد المجيد، المصدر نفسه، ص ٣٨١، د. عصمت عبد المجيد ، دور اللغة في صياغة القانونية بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية - بغداد ، ١٩٩٩ ، ص ٩.



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

وعلاقة بين اللفظ والمعنى<sup>(١)</sup>، وبعد ذلك معرفة العلاقة فيما بينهما للوصول إلى التصور الذي إرادة المشرع أن يجسده عند صياغة النص<sup>(٢)</sup>.

وبناء على ذلك يمكن عدّ ما سبق ذكره هو المفهوم العام للنص القانوني، إلا أن هناك اتجاهات أخرى قد أعطت للنص القانوني معنى آخر فقسمته إلى ضيق وواسع، وكان هذا التقسيم مبنياً على أساس ما جاءت به المادة (٢) من القانون المدني العراقي الذي نصت على: " لا مساع للاجتهاد في مورد النص" بمعنى أن النص ينحصر ضمن نطاق القطع<sup>(٣)</sup> لأن الاجتهاد يقع في دائر النصوص الضنية أو الغامضة، أما النصوص القطعية فلا مجال فيها للتأويل أو الاجتهاد لأنها تعبر عن معنى واحد فتكون ثابتة الحكم، ويعدّ الضرر المفترض غير قابل لإثبات العكس مصداق لهذ القسم من النصوص.

لذلك فإن هذا النوع من النصوص وجد في الافتراض المساحة الرحبة، فهو يوسع من نطاق القواعد القانونية عن طريق التعديل في شروط تطبيقها بالخروج عن معطيات القاعدة المنطقية وإضافة معطيات أخرى دون المساس بمظهر القاعدة بحيث لا يبدو هناك -من حيث الظاهر- أي تعديلاً قد طرأ على القاعدة القانونية، لأن الحالات الجديدة التي أدى إليها الافتراض قد دخلت ضمن مضمون القاعدة القانونية القائمة وأن كانت بصيغة الاستثناء<sup>(٤)</sup>، إلا أن ذلك لا يعني سحب دلالة الافتراض المقررة بالنص لحالات أخرى من

(١) د. عبد الهادي الفضلي، الوسيط في فهم النصوص الشرعية، مركز الغدير للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ٢٠٠٧، ص ٦٤. وكذلك استاذنا د. صفاء متعب الخزاعي، علم الاستنباط القانوني، ط ١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١، ص ١٧٠-١٧١.

(٢) ان اللفظ من حيث افادته الى المعنى هو القالب المادي الذي يتجسد فيه المعنى وان الصورة التي يعكسها اللفظ تشكل غاية في الاهمية لتحديد معاني وغايات النص ذلك لان النصوص التي يختل فيه عنصر التعبير لاي سبب تؤدي الى اختلاف القضاة في تفسيرها وفي تحديد معناها مما يفضي الى زعزعة الاستقرار في نطاق تطبيقها، محمد شريف احمد، المصدر نفسه، ص ٣٩.

(٣) النصوص القطعية هي النصوص التي تحمل معنى واحد وتكون دلالتها قطعية غير قابلة للاجتهاد او التأويل، د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، مؤسسة قرطبة، ١٩٧٦، ص ٢٥٨.

(٤) يعتبر هذا النوع من انواع الافتراضات التي تؤدي الى توسيع نطاق القاعدة القانونية وهي من افكار الفقيه دابان التي جاءت بمنطق يختلف عما سبقوه، د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، مصدر سابق، ص ٤٦.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

باب القياس<sup>(١)</sup>، أما الاتجاه الآخر \_الواسع\_ فقد ادخل في نطاقه جميع النصوص سواء كانت القطعية أو الضمنية أو الغامضة فكان كل لفظ أو كلام متسلسل صدر من جهة مختصة كخطاب رسمي للجمهور أو المعنيين التي تحدد المعايير وتعطي سلطة تقديرية للمحكمة<sup>(٢)</sup>، وهذا يجسد القواعد القانونية التي توجد في القوانين وبما فيها القانون المدني.

وبناء على ما سبق يمكن اعتبار النص القانوني الأساس المباشر للضرر المفترض فنلاحظ ما ورد في المادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup> "لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونيا كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن أن ضررا يلحقه من هذا التأخير"، يتضح من النص أن المشرع قد شدد على المدين في مجال الالتزامات التي يكون محلها دفع مبلغ من النقود فافترض وقوع الضرر بمجرد تأخره في تنفيذ الالتزام أي أنه اعفى الدائن من إقامة الدليل على وقوع الضرر، لأن لا حاجة لإثبات ذلك الضرر وليس بمقدور المدين أن ينفي وقوعه، لذلك يتولى القانون امر افتراضه بصورة قطعية غير قابلة للنفي أو الاجتهاد<sup>(٤)</sup>.

ويقول الأساتذة (بلانيول وربير واسمان) أن العلة في هذا الافتراض هي أن الدائن الذي اعتمد على أن يحصل على ماله من الطرف الآخر سوف يتضرر حتماً عند تأخر هذا المدين عن الوفاء وذلك لأن النقود عاملاً من عوامل الإنتاج لا يمكن التصور بعدم

---

(١) يختلف الافتراض عن القياس في ان الاخير يعتبر من وسائل الاستدلال التي يقصد بها ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه الموافق له في العلة سواء كانت هذه العلة مساوية له او متحققة من باب اولى اما الافتراض فلا يمكن ان يؤدي الوظيفة التي يقوم بها القياس لأنه من وسائل الصياغة الاستثنائية التي لا بد ان تقتصر على النص الذي وضع فيه ، د. مصطفى ابو زيد ، المصدر نفسه ، ص ٢٥.

(٢) د. عصمت المجيد بكر ، مشكلات التشريع ، مصدر سابق ، ص ١٦٦.

(٣) تقابلها مادة ٢٢٧ من القانون المدني المصري .

(٤) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة النقض المصرية بان (لا يشترط لاستحقاقه \_ التعويض عن التأخير في الوفاء \_ في حالة التأخير ان يثبت البنك الدائن خطأ المدين او ان ضرراً قد لحق به اذ ان الضرر في تلك الحالة وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض مفترضا افتراضا غير قابل لأثبات العكس) الطعن رقم ١٤٠٨٦ لسنة ٨٥ قضائية بتاريخ ١٩/١١/٢٠١٦ ، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية على الرباط [https://www.cc.gov.eg/judgment\\_single?id=111241680&&ja=124210](https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111241680&&ja=124210) تاريخ الزيارة

.٢٠٢٢/٥/١٧





## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

فأدلتها<sup>(١)</sup>، ومن ثم سيرتب للدائن ضرراً حتمياً نتيجة حرمانه منها فترة عدم السداد التي تجعل الدائن يتحمل ضرراً واحداً للنتيجتين: فأما أن يكون في حاجة إلى هذه النقود فيضطر إلى اقتراضها مترتباً في سداد القرض وفاءً بمدينه بالتزامه وعندئذ يكون قد أصابته خسارة جراء تأخر المدين المتمثلة بالفوائد التي يدفعها عادة لاقتراض المبلغ ومن ثم كان له أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض، أما النتيجة الأخرى تتمثل بعدم احتياجه إلى النقود ولكن بإمكانه استغلالها لو أن المدين أوفى بالتزامه في الميعاد وكان بإمكان الدائن أن يستغل هذه النقود وبالتالي يكون قد فاته ربح من جراء تأخر المدين<sup>(٢)</sup>، يتضح مما سبق أن الفرد في كل الأحوال سيصيبه ضرر سواء كان مادياً ظاهراً أو معنوياً لأن للنقود وظائف متعددة فضلاً عن ذلك فإنها تمثل عصب الحياة الاقتصادية<sup>(٣)</sup>.

وإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن مقدار التعويض يختلف باختلاف الخسارة أو الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة التأخير في التنفيذ أو الامتناع عنه، فإن المشرع جعل مقدار التعويض في حالة التأخير بدفع مبلغ من النقود ثابتاً لا يتغير وهذا الاستثناء جاء مرتبطاً بالاستثناء الأول المتعلق بافتراض الضرر بمعنى لما كان استحقاق التعويض لا يتوقف على إقامة الدليل بوجود الضرر أو وقوعه فإن تحديد مقدار هذا التعويض ينبغي أن يجري بمعزل عن الضرر وبصورة مستقلة عنه فكان لا بد من تدخل المشرع وتحديد مقدار التعويض بصورة صريحة لذلك سمي (بالتعويض القانوني) لأنه عبارة عن فائدة قدرها المشرع وكانت نسبتها بالمسائل المدنية (٤%) والمسائل التجارية (٥%) هذا من جانب ومن جانب آخر، فإن من الصعب على القاضي تقدير الضرر الذي لحق بالدائن في هذه الحالة لأن استغلال النقود يختلف باختلاف الأشخاص واختلاف مركز الدائن من الناحيتين المادية والاجتماعية وأيضاً يتأثر بمقدار النقد المتداول

(١) بلانيول وريبير واسمان ج٧ ف٨٧٧، نقلاً عن د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني \_ الضرر، مرجع سابق، ص ٣٣١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصدر سابق، ص ٨٩٢.

(٣) د. مشعل محمد علي، اثر تغير قيمة النقود على مقدار التعويض، اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق \_ جامعة عين شمس، ٢٠١٣، ص ٢٤.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

في البلد والظروف العامة والخاصة وعوامل أخرى تتدخل في معرفة القيمة الحقيقية للتعويض، لذلك كان من العسير جداً تولي القضاء مسألة تقدير التعويض<sup>(١)</sup>.

يضاف إلى ما سبق ذكره أن هناك مبررات تستلزم وجود معرفة مسبقة لافتراض الضرر<sup>(٢)</sup> منها ما يتعلق بتحقيق العدالة الذي يستلزمه المنطق القانوني والمتجسدة بضرورة التوافق بين أطراف العلاقة القانونية والامتناع عن إيقاع الضرر بالغير وإعطاء كل ذي حق حقه وتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة من أجل حماية النظام اللازم لسكينة المجتمع<sup>(٣)</sup> المتمثل بضمان حد ادنى من أمن واستقرار المعاملات وتحقيق الأمن القانوني السليم<sup>(٤)</sup>، أو قد يكون المبرر هو صعوبة إثبات الأضرار في بعض التطبيقات كما هو الحال في إثبات ضرر المساس بالسمعة في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(٥)</sup>.

### الفرع الثاني

#### الأساس الغير مباشر للضرر المفترض

يحكم مبدأ سلطان الإرادة العلاقات التعاقدية بين الافراد فالنتائج التي ترتبت وفق هذا المبدأ تمثلت بإعطاء الحرية التعاقدية للأطراف من أجل إنشاء الالتزامات وتضمينها ما تشاء من البنود دونما الحاجة لأن تتخذ تلك الالتزامات شكل معيناً على وفق ما يسمى بمبدأ

(١) د. حسن علي الذنون ، المصدر نفسه ، ص ٣٣١.

(٢) ويكون ذلك من قبيل اليقين القانوني الذي يعني امتلاك الافراد القدرة على معرفة النتائج القانونية المترتبة على سلوكهم قبل الدخول في علاقة هي محل تنظيم قانوني، فاليقين القانوني للضرر المفترض يكون عند الدخول في أي علاقة قانونية يكون محل التزامها هو مبلغ من النقود بالضرر الذي ينشأ نتيجة عدم تنفيذ الالتزام لا بد ان يكون معلوم لدى الاطراف ليرتب يقين قانوني بوجوده بمجرد الاخلال ، د. عبد الله فاضل حامد ، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٩. ص ٤٦.

(٣) د. حسن الذنون ، فلسفة القانون، ط ١ ، مطبعة العاني -بغداد، ١٩٧٥، ص ١٦٤.

(٤) يعرف الامن القانوني بأنه وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية القائمة بين الاطراف وحد ادنى من استقرار المراكز القانونية بغية اشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقة القانونية بشكل عام والعلاقة التعاقدية بشكل خاص بغض النظر عما اذا كان الاطراف اشخاص قانونية خاصة ام عامة، د. ذنون يونس صالح ، نظرية الامن التعاقدية\_دراسة مقارنة\_، ط ١، دار نون للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠١٨، ص ٤٤.

(5) Ruth Sarah Lee, op,it, p44. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2035814> .



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

الرضائية أو مبدا كفاية الإرادة<sup>(١)</sup> ليكون الأطراف ملزمين بعد ذلك في حدود ما ارتضوه من تلك الالتزامات دون أن يكون هناك حق لاحدهم في أن ينقض أو يعدل بإرادته المنفردة وهذا ما يسمى بالعقد شريعة المتعاقدين<sup>(٢)</sup> أو القوة الملزمة وهذا النتيجة الثانية للمبدأ سلطان الإرادة<sup>(٣)</sup>، ولذلك فإن للإرادة دور في معظم التصرفات القانونية التي من خلالها يمكن عدّ تلك الإرادة هي الأساس غير المباشر للضرر المفترض.

ويقوم المشرع للإرادة وزناً يعتد به في جميع القوانين<sup>(٤)</sup>، ومرجعية ذلك وتبريره أن إرادة الفرد هي خير من يدافع عن مصالحها الخاصة وهي ادرى بحاجاته، فلا يدخل في علائق تعاقدية إلا إذا كان على بينة فيما هو مقدم عليه، لذلك نجد أن المشرع في أغلب الأحيان يُوكل بعض الأمور إلى الإرادات التعاقدية ليخرج من نطاق تنظيم جزئيات معينة

---

(١) د. حسن علي الذنون، اصول الالتزام. مطبعة المعارف- بغداد. ١٩٧٠، ص ٣٠. د. مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني\_ دراسة مقارنة، ج ١، منشورات الحلبي\_ بيروت، ٢٠٠٧، ص ٢٩.

(٢) نصت المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين، او للأسباب التي يقرها القانون) وكذلك د. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزام، ط ٤، دار الهدى، ٢٠٠٥، ص ٤٦.

(٣) مبدأ سلطان الارادة الذي يقر لإرادة الاطراف بمكنة خلق الالتزامات والحقوق يجد اساسه الفلسفي عند جان جاك روسو فقد قال هذ المفكر بوجود حرية بدائية للفرد وان كل تقييد لحرية الفرد لا يمكن ان يكون مشروعاً الا اذا تمت الموافقة عليه بحرية وبما ان الفرد كان من البداية حراً فلا يمكن ان يقيد بالقانون الا بمحض ارادته لان القوة لا تخلق القانون وبما ان أي انسان لا يملك سلطة طبيعية على ابناء جنسه وان القوة لا تنجب اي قانون فالاتفاقات تبقى اساساً لكل سلطة بين البشر، د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١، ص ١٥٠ هامش رقم ٢.

(٤) يجعل المشرع الفرنسي لمبدأ سلطان الارادة المكانة الاولى في ابرام العقود ووفاءً منه الى ذلك المبدأ فقد حرص على وجوب احترام الارادات التعاقدية اذ نص في المادة (١١٠٣) من قانون العقود الفرنسي على: " تنزل العقود المبرمة على الوجه القانوني منزلة القانون بالنسبة للذين أنشأوها"، لذلك يحكم بالشرط الجزائي بصرف النظر عن تحقق وقوع الضرر او عدم تحققه نتيجة الاتفاق الذي ابرم فيما ما بين المتعاقدين وبذلك يتبين ان موقف المشرع الفرنسي هو عكس موقف التشريع العراقي والمصري الذي يشترط ضرورة تحقق الضرر للحكم بالشرط الجزائي، وهذا ما أشار اليه قانون العقود الفرنسي في المادة ١٢٣١-٥ "عندما ينص في العقد على ان من يتخلف عن تنفيذه يلتزم على سبيل التعويض بدفع مبلغ معين لا يجوز ان يمنح الطرف الاخر مبلغاً يزيد او ينقص عن هذا المبلغ.....".



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

تجعل من النص القانوني نصاً جامداً غير قادر على تحقيق العدالة وغير مراعيّاً للظروف الخاصة<sup>(١)</sup>.

وتطبيقاً لما سبق يعدّ الشرط الجزائي من المصاديق التي يعطي بها المشرع للإرادة التعاقدية دوراً في التنظيم، فتقدير التعويض أن كان في الأصل يتم بموجب القضاء أو عن طريق القانون إلا أن ليس هناك ما يمنع من وجود تعويض اتفاقي يتم عن طريق ارادات الأطراف<sup>(٢)</sup>، إلا أن تلك الارادات تكون مقيدة بالإطار القانوني لمنعها من التعسف في استخدام المكنة التي منحت لها من قبل القانون ، وهذا ما يمكن تبيانه من نص المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "١\_ يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام المواد ١٦٨ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨ . ٢\_ لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت المدين أن التقدير كان فادحا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة"، فاتفاق الاطراف بصورة مقدمة على وجود مثل هذا الشرط في العقد أو حتى وأن كان بصورة لاحقة بشرط أن يكون قبل وقوع الاخلال المتمثل بعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ يعني بوجوب استحقاق الشرط\_ التعويض\_ بمجرد وقوع الخطأ، لأنه واقعا في تقدير المتعاقدين نتيجة افتراض أن الدائن قد أصابه ضرر بسببه، إلا أن ذلك الضرر قابل لإثبات العكس عن طريق المدين لأن المشرع نقل عبء الإثبات له ليخلصه من الشرط الجزائي عن طريق إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر أو بنفي الرابطة السببية بينه وبين الخطأ<sup>(٣)</sup>، وكذلك يمكن له أن يخفض قيمة الشرط اذا اثبت أن الشرط الجزائي لا يتناسب مع مقدار الضرر

(١) يذهب قريب من هذا المعنى د. منذر الشاوي ، المصدر نفسه ، ص ١٥١ .

(٢) ان الشرط الجزائي يوضع بالعقد لغايتين الاولى هي تعويض الطرف المتضرر على الاضرار التي لحقت به اما الثانية فهي ضمان لتنفيذ كل طرف لالتزاماته التعاقدية :

David H Denton, S.C., Liquidated Damages and Penalties ensuring Enforceability, . page13.

(٣) د. مصطفى احمد ابو عمر ، موجز احكام الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١، ٢٠١٠، ص٥٠، وكذلك د. طلبة وهبة خطاب ، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون ، ط١، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع ، ص٧١.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

أي مبالغ فيه أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه وعلّة الخروج عن القاعدة العامة بشأن الإثبات هي من أجل فائدة الدائن إذ يكون غير ملزم بإثبات أن عدم التنفيذ أو التأخر قد سبب له ضرر بل وأنه يستحق التعويض لمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه وأن لم يلحقه أي ضرر<sup>(١)</sup>، وعليه يذهب الفقه الأمريكي إلى ضرورة مراعاة المبادئ الآتية عند صياغة الشرط الجزائي ( شرط الجزاء):

١. مبدأ التناسب بمعنى أن يكون الجزاء متناسبا مع قدر الأضرار التي يسببها الطرف المخل بالتزامه .
٢. عدم استغلال احد الأطراف بانتهاك الطرف الأخر لالتزامه واخذها كوسيلة للإثراء غير المشروع .
٣. مبدأ عدم انتفاع الطرف الذي ينتهك التزاماته من الأضرار التي يتسبب بها .
٤. مبدأ توزيع الأضرار<sup>(٢)</sup> على الطرف الذي من الافضل أن يتحمل الخسائر .
٥. وفي عقود الإذعان يجب إلا يتم وضع شرط يضر الطرف الضعيف<sup>(٣)</sup>.

---

(١) د. نبيل ابراهيم سعد ، الشرط الجزائي في التقنين المصري والقانون الفرنسي الحديث ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية \_ جامعة الاسكندرية ، ع ٤ ، م ٣ ، ٢٠٢٠ ، ص ٣٠٤ . وكذلك د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص١٧٦. وكذلك د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص٨٥٨.

(٢) هو مبدأ في قانون العقود يبين كيفية توزيع الاضرار نتيجة لاتفاق مسبق في العقد ، والذي يوزع بين الاطراف عند تاريخ استحقاق الدفع سواء كانت الاضرار رئيسية ام ثانوية وهو من القيود التي ترد على حق الدائن بالتعويض،

= Loss-Allocation, Law Insider, the link:

(( <https://www.lawinsider.com/dictionary/loss-allocation>), Accessed at ((07-08-2022))).

(3) Ewan McKendrick, Contract Law Text, Cases, and Materials, Oxford University Press, Fifth Edition, 2012, Page 14.



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

وكذلك الحال بالنسبة إلى ضمان التعرض والاستحقاق إذ نصت المادة (٥٤٩) من القانون المدني العراقي<sup>(١)</sup> على: "١\_ يضمن البائع عدم تعرض المشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل اجنبي يدعي أن له حقاً على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري . ٢\_ ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه في العقد"، والمادة (٥٥٠) من القانون ذاته التي تنص على: " اذا استحق المبيع للغير وكان الاستحقاق وارد على ملك البائع ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان في العقد"، يعد ضمان التعرض والاستحقاق<sup>(٢)</sup> من الالتزامات التي تقع على عاتق البائع لغرض تمكين المشتري من حياة المبيع والانتفاع به بصورة هادئة، وهذا الضمان مثبت بموجب القانون في الأصل حتى وأن لم يتفق عليه المتعاقدان في العقد، لأن المفروض في البيع أن المشتري لم يلتزم بالثمن إلا على أساس سلامة المبيع من كل علاقة يمكن أن تكون للغير به إلا أن ذلك ليس من النظام العام إذ يجوز الاتفاق على ما يخالفه<sup>(٣)</sup>، وبذلك يعتبر مجرد التعرض إلى المشتري هو اخلال بأحد الالتزامات التي تقع على عاتق البائع ولا يشترط في الاخلال الذي يقع أن يكون في ذاته خطأ أو أن تتوافر به شروط الفعل الضار بل قد يكون الفعل جائز للغير إلا أن مركز البائع يجعل منه ملزماً بعدم تفويت الانتفاع بالمبيع ولو كان باستعمال حقاً ممنوح له بموجب القانون لأن (من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض)<sup>(٤)</sup>، وأن التعرض الذي يحدث للمشتري لا يشترط به إثبات الضرر وذلك لسببين : الأول يتمثل في

- 
- (١) تقابلها المادة ٤٣٩ من القانون المدني المصري "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله او بعضه سواء كان التعرض من فعله هو او من فعل اجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الاجنبي قد ثبت حقه بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه".
- (٢) يمكن تعريف التعرض هو كل سلوك يحول كلياً او جزئياً دون انتفاع المشتري بالمبيع ويمتد هذا الضمان ليشمل كل ما يعكر على المشتري صفو حيازته سواء كان بنزع الملكية منه او غير ذلك ، فاذا ادى هذا التعرض الى سلب المشتري ملكية المبيع كله او بعضه او احد عناصر الملكية او الحقوق المنفردة منها كالاستعمال والسكنى والانتفاع والارتفاق اعتبر المبيع مستحقاً كله او بعضه للغير فيكون البائع مسؤولاً عن هذا الاستحقاق ، د. سليمان مرقس ، في العقود المسماة \_ عقد البيع \_ ، دار الكتب القانونية ، ١٩٩٠ ، ص ١٢٠ .
- (٣) د. مصطفى احمد الزرقا ، العقود المسماة \_ عقد البيع \_ ، ط٢ ، دار القلم \_ دمشق ، ٢٠١٢ ، ص ١٢٧ . وكذلك د. مورييس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني ، ج ٥ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٩٧ .
- (٤) د. غني طه حسون ، الوجيز في العقود المسماة \_ عقد البيع ، ج ١ ، مطبعة المعارف ، ١٩٧٥ ، ص ٢٣٥ . وكذلك د. ثروت عبد الحميد ، العقود المدنية المسماة \_ عقد البيع \_ ، كلية الحقوق جامعة الفيوم ، بدون سنة طبع ، ص ٩٦ .



## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

أن ضمان التعرض ثابت بموجب القانون بمعنى أن القانون أوجد طريقة ضمان للدائن بموجب اعفائه من إثبات الوسيلة الذي بها يستطع استيفاء حقه والحصول على تعويض، أما الثاني فيعتبر مجرد التعرض هو اخلال بواجب قانوني مفروض وبحق من حقوق المشتري على البائع الذي يؤدي إلى تعكير صفو حيازته كمن يبيع محلاً تجارياً بما به من البضائع ويتعهد بعدم منافسة المشتري لكن بعد ذلك يخل بهذا الالتزام عن طريق فتح محلاً تجارياً مجاور وقيامه ببيع نفس البضائع فهذا بالتأكيد يسبب ضرراً إلى المشتري لذلك لا تكون هناك ضرورة إلى إثبات وقوع الضرر<sup>(١)</sup>، إلا أن ذلك لا يعني عدم قابلية الضرر لإثبات العكس لأن المشرع جعل للأرادات التعاقدية دوراً من خلال نص المادة (٥٥٦) من القانون المدني العراقي<sup>(٢)</sup> على: "يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا الضمان"<sup>(٣)</sup>، فبذلك يكون للمتعاقدين الحق في الاتفاق على أن مجرد الاخلال بواجب الضمان يفضي إلى قيام المسؤولية المدنية مما يعني الاعفاء من إثبات وقوع الضرر، ومن ثم من الممكن تصور افتراض الضرر الناتج عن اتفاق تلك الارادات لذلك فإن من الممكن أن تكون الاساس غير المباشر لافتراض الضرر.

أما بالنسبة إلى تعويض ضمان التعرض لم يتطرق له المشرع إلا أنه بإمكان المشتري فسخ عقد البيع نتيجة اخلال البائع بالتزامه المتمثل بعدم التعرض وكما يمكن المطالبة بالتعويض وفق القواعد العامة للمسؤولية التعاقدية<sup>(٤)</sup>.

(١) رقم القرار 274 لسنة ٢٢ قضائية الصادر في تاريخ ١٩٥٦/١٣/١٨ ومشار له من قبل د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ففي شرح القانون المدني\_ البيع والمقايضة ، ج ٤ ، دار احياء التراث العربي ، ١٩٥٢ ، ص٦٢٧ هامش رقم ٣.

(٢) تقابلها المادة(٤٤٦) من القانون المدني المصري.

(٣) حتى وان كان النص لم يتناول الفروض الخاصة بالتشديد او التخفيف الا ان ذلك جائز طبقاً للقواعد العامة. د. سمير تناغو ، عقد البيع ، ط١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، ٢٠٠٩ ، ص٢٥٠ . وكذلك د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر نفسه ، ص٦٣٩.

(٤) د. سعيد مبارك و د. صاحب الفتلاوي و د. طه حويش ، الموجز في العقود المسماة ، مكتبة السنهوري \_ بغداد ، ٢٠١٥ ، ص١٢٠.



كذلك بالنسبة لضمان الاستحقاق فكما اسلفنا أن للإرادات تعاقدية دوراً في افتراض الضرر، وذلك عن طريق تعديل احكام المسؤولية الخاصة بالضمان فالاتفاق على تشديد ضمان الاستحقاق يمكن التصور فيه أن مجرد المساس بالمبيع يجعل من البائع مسؤولاً دون الحاجة إلى إثبات الضرر الفعلي، ذلك أن جوهر الضمان هو الامتناع عن القيام بعمل يجعل من المشتري غير منتفع بالمبيع، وعليه فإن التعويض يكون على اساس أن عقد البيع لم يزل باقياً إلا أنه يتعذر التنفيذ عينياً فيلجأ إلى التنفيذ بطريقة التعويض فيعوض عما فقده من قيمة المبيع وقت الاستحقاق<sup>(١)</sup>، فنجد أن التعويض في الاستحقاق يكون أكثر تفصيلاً<sup>(٢)</sup> فتعويضه يكون وفق نص المادة (٥٥٤) من القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup> إذا كان البائع حسن النية أي لا يعلم بالاستحقاق فيلزم برد الثمن الذي قبضه من المشتري بغض النظر عما لو كان هناك زيادة حاصلة في المبيع أو نقصان كما يلتزم برد قيمة الثمار التي أعطاهما المشتري إلى المستحق مع المصروفات النافعة التي صرفها على المبيع اضافة إلى مصروفات دعوى الضمان والاستحقاق، أما لو كان البائع سيئ النية فإن المشرع يتشدد في التعويض فيلزمه برد ما ذكر مع الزيادة الحاصلة على قيمة المبيع والمصروفات الكمالية ويحق له المطالبة عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

### المطلب الثاني

#### الأساس الفلسفي للضرر المفترض

أن كل نظام قانوني يتضمن مواقف فلسفية يُسلم بها المشرع ، وأن فكرة افتراض الضرر تعد من تلك الأفكار التي تتضمنها نصوص القانون المدني مع انها تخالف وبشكل أساس الحقائق الثابتة بأحكام المسؤولية ، وتلك المخالفة تبنى على وفق أسس منطقية وفلسفية، لذلك كان لزاماً الرجوع إلى الأصول الفلسفية من أجل إكمال المنظور العام لفكرة

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، مصدر سابق ، ص ٦٧٦ .

(٢) وهذا يتناسب مع ما ذكرناه آنفاً بشأن استخدام المشرع الطرق الكمية لتعبير عن التعويض في الضرر المفترض .

(٣) تقابلها المادة (٤٤٣) من القانون المدني المصري قد ذكرت ايضا جميع عناصر التعويض الموجبة في القانون المدني العراقي الا انها ازادت فقط الفوائد القانونية فوق قيمة المبيع.





الافتراض، إضافة إلى الإجابة على تساؤلات التي قد تثار بهذا الصدد ، أولها هل أن تلك الفكرة تقوم على المجاز القانوني ام انها تقوم على الحقيقة الواقعية؟ وما المقصود بالمجاز وما هي تلك الحقائق؟ وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين يتضمن الفرع الأول المجاز القانوني كأساس لافتراض الضرر، وسنعد الفرع الثاني إلى 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 مراد المتكلم، لأن تحديد معنى النص يبدأ من تحديد المعنى الحقيقي للألفاظ، لذلك نصت المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي على: (٢\_ أن الأصل في الكلام الحقيقة أما اذا تعذرت الحقيقة فيصير إلى المجاز)، إلا أن ذلك لا يعني ثبوت ذلك الأصل وانطباق الالفاظ بصورة تامة على المعاني ، لأن أعمال الكلام أولى من أهماله لذلك يصار إلى المجاز من باب الاستثناء للوصول إلى القصد الذي أراده المشرع والاثر الذي ابتغاه.

وعليه فإن المجاز في الاصطلاح يقابل الحقيقة بمعنى أنه خلاف الأصل وذلك لأنه يتوقف على أمور ثلاثة الوضع الأول والمناسبة والنقل<sup>(١)</sup>، أما الحقيقة فهي تتوقف على الوضع وهي أحد الثلاثة، فضلاً عن ذلك فإن المجاز لو ساوى الحقيقة لكانت النصوص كلها مجتمعة فلا يحصل الفهم إلا بعد الاستفهام، ولأن لكل مجاز حقيقة والعكس غير صحيح فإن المجاز هو المنقول إلى معنى ثاني لمناسبة شاملة والثاني له أول وذلك الأول لا يجب

---

(١) يعرف النقل في علم الاصول بانه وضع اللفظ لمعنى بعد ان كان موضوعاً لمعنى اخر ونقل لعلاقة مناسبة او حتى بدونها ، وهذا الوضع الثاني ان هجر المعنى الاول اصبح منقولاً، وان لم يهجر المعنى الاول اصبح مشتركاً لفظياً بين الاول والثاني، وفي اطار موضوعنا فإن التعويض لا بد ان يكون عن ضرر حقيقي واقع بصورة جازمة ، الا ان المشرع عندما افترض وجوده فإن افتراضه كان مبني على طبيعة محل الالتزام التي تقضي بالضرورة وقوع الضرر ، د. عبد الهادي الفضلي ، اصول علم المنطق ، الغدير للطباعة والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٦ ، ص ٧٤.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

فيه المناسبة<sup>(١)</sup>، وعليه يعرف المجاز على أنه لفظ استعمل في غير ما وضع له في اصطلاح أهل التخاطب لصلة بينه وبين المعنى الحقيقي مع قرينة مانعة من إرادة الموضوع له<sup>(٢)</sup>، يتبين من ذلك أنه يحتاج إلى قرينة تدل على تحقق وجوده وصرفه إلى معناه المجازي، ولمنعه من الانصراف إلى مفهومه الحقيقي في ظل وجود علاقة تربط ما بين المعنيين يمكن ادراكها، ونلاحظ في ظل فكرة افتراض الضرر أن المشرع أوجد لنا قرائن قانونية تدل على أن المراد من النص هو المعنى المجازي، إذ نصت المادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي بأن الفوائد القانونية أو الاتفاقية تستحق عند التأخير في تنفيذ الالتزام وأن لم يثبت الضرر، فعدم إثبات الضرر يعني انها قرينة تصرف النص إلى المعنى المجازي المتمثل باستحقاق التعويض لتحقيق الضرر بصورة مجازية، أما عن العلاقة التي تربط ما بين افتراض الضرر والمجاز فهي مخالفتهم للحقائق ذاتها<sup>(٣)</sup>.

وأن كانت فكرة المجاز مرتبطة بالنواحي اللغوية، إلا أن لها وجود في المجال القانوني ليس على مستوى افتراض الضرر فحسب بل كان تطبيقها الأشهر في تبرير الفقه لمنح الشخصية المعنوية للأشخاص والأموال<sup>(٤)</sup>، وفي إطار تأسيس فكرة افتراض الضرر يمكن

(١) د. لطفي عبد البديع ، فلسفة المجاز بين البلاغة العربية والفكر الحديث ، ط١، دار نوبار\_ القاهرة ، ١٩٩٧، ص ٨.

(٢) محمد بن علي الشوكاني ، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول ، ط٤، دار ابن كثير ، ٢٠١١، ص ١١٥، وكذلك د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مرجع سابق ، ٤٥٤. وكذلك ابو المعالي بن محمد الجويني ، متن الورقات ، بدون سنة طبع ، بدون مكان طبع ، ص ٤.

(٣) هذا ما سنبحثه بالتفصيل في الفرع الثاني من هذا المطلب.

(٤) انقسم الفقه بين مؤيد لفكرة المجاز في الشخصية المعنوية والى معارض الى هذه الفكرة وكلا منهم لديه ما يبرر ذلك :

فالجانب الاول المتمثل بسافيني وبونار و كابتان يرون ان الشخصية المعنوية هي مجاز مخالف للواقع والحقيقة لجا اليها المشرع في الدولة كحيلة قانونية لتمتكن الهيئات من تحقق اهدافها واغراضها وتكون لها اهليه كسب الحقوق وتحمل الواجبات ، اما الجانب الثاني المتمثل ب اهرنج ودوجي وبلاينول فكانا من معارضي تلك الفكرة باعتبار ان لا فائدة ترجوا منها وان ليس لها أي اساس او قيمة في عالم القانون وانه يمكن الاستغناء عنها باعتماد افكار بدلته تكون اكثر منطقية مثل الملكية المشتركة وفكرة التضامن الاجتماعي والمراكز القانونية ، د. عبد الحميد فودة ، الافتراض بين النظرية والتطبيق ، مصدر سابق ، ص ١٢٦، وكذلك د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية \_ نظرية الحق، ج ٢، مطبوعات جامعة الكويت \_ كلية الحقوق والشريعة ، ١٩٧٠، ص ٥٤٩ وما بعدها.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

اعتبار المجاز هو الأساس المنطقي لافتراضه، لأن المشرع إرادة نقل النص القانوني من حقيقته الواقعية إلى حقيقة تخالف الأولى فكان المجاز هو مسلك ووسيلة الانتقال من المعنى حقيقي إلى المعنى المخالف لوجود ضرورة تقتضي ذلك، بالإضافة إلى أن نطاق المجاز يكون أوسع من نطاق الافتراض في الضرر لأن الأخير يكون من صلاحية المشرع وحده، أما المجاز فيختلف باختلاف الجهة التي قد تصدره فقد يكون مجازاً لغوياً عندما يستعمله أهل اللغة وقد يكون شرعياً إذا استعمله أهل الشرع وقد يكون عرفياً عندما يستعمل من أهل العرف سواء كان العام أو الخاص<sup>(١)</sup>، لذلك فإن كان الافتراض في الضرر هو من باب المجاز<sup>(٢)</sup> لاستحقاق التعويض بدون الحاجة إلى الإثبات بسبب طبيعة المحل الذي يقضي مجازاً بوجود الضرر، إلا أن ذلك لا يعني أن افتراض الضرر كالمجاز في القول بوجوده فما يتطلبه الأول لا يتحقق في الثاني المتمثل بضرورة تحقق مبنى يفترض الضرر على أساسه أي بمعنى حصول امر ثابت ومؤكد يجعل منه أقرب ما يكون إلى الحقيقة، فما يحصل في افتراض الضرر عند الإخلال بالالتزامات المقدرة ما بين الأطراف تجعل من الضرر محققاً بصورة تكاد أن تكون فعلية في جميع الوقائع، لذلك فما جاء به المشرع هو من أعلى أنواع الضمانات التي كفلها للدائن أو قصد تحققها<sup>(٣)</sup>، وبذلك تترتب نتيجة منطقية

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسيجه الجديد ، مصدر سابق ، ص ٤٥٦ ، د، احمد جواد البهادلي، المبسط في اصول الفقه المقارن ، ط١، دار الابرار \_ النجف ، ٢٠١٤ ، ص٣٩ ، د عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، مصدر سابق ، ص٣٣٤ .

(٢) ويجب التنبيه ان المقصود بالمجاز وهو وصف يلحق القاعدة القانونية وهو يختلف عن التحايل او الغش نحو القانون الذي لا يتصل ببناء القاعدة القانونية بل هو وسيلة تتبع من الافراد للوصول الى تطبيق القاعدة القانونية او الى استبعاد تطبيقها فحتى لو كان القانون يقر مثل هذه الوسائل فانه يبقى فارق هام بينها وبين المجاز القانوني تتمثل في مخالفة الحقيقة الموجودة في كلا منهم فإن الذي يخالف في المجاز هو واضع القاعدة القانونية بحيث تكون جزءا من القاعدة نفسها اما في نطاق التحايل على القانون فإن المخالفة تقع ممن يوجه اليهم الخطاب في القاعدة ، د. منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العيني ، مصدر سابق ، ص٩٦ هامش رقم ٤ . وكذلك د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطوير القانون ، مصدر سابق ، ص٢٢ .

(٣) د. ياسر باسم ذنون وجويتار عبد الله مصطفى ، الافتراض القانوني في قانون المرافعات ، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق \_ جامعة الموصل ، م٢ ، ع ٤٥ ، ٢٠١٠ ، ص٢٨ .



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

هي عدم جواز القول بوجود الضرر المفترض بغير وجود نص يقر به سواء كان صريح او ضمني ،إضافة إلى عدم جواز التوسع في تفسيره على اعتبار أنه استثناء<sup>(١)</sup>.

بناء على ذلك يعتبر المجاز القانوني هو احد وسائل الصياغة التشريعية الذي يدخل ضمن نطاقه الافتراض من خلال نقل حكم قانوني من واقعة إلى واقعة أخرى، لإعطاء الثانية حكم الأولى لما بينهما من تشابه أو لأسباب أخرى تقتضيه، فبدلاً من الاقتصار على مجرد بسط حكم واقعة إلى واقعة أخرى يصار إلى اعتبار الواقعة الثانية كأنها الواقعة الأولى على خلاف الحقيقة بحيث يسري عليها حكم الواقعة الأولى<sup>(٢)</sup>.

إلا أننا نلاحظ أن 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 أحكاماً خاصة حتى تبدو أكثر منطقية مع غيرها من القواعد<sup>(٣)</sup>، 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 إثبات الضرر الذي يلحق به يأتي من باب اعتباره متحقق مجازاً بصرف النظر عن وقوعه بصورة فعلية لاعتبارات متعددة منها ما يكون متعلقاً بطبيعة الالتزام أو من باب تحقيق العدالة أو ما يستلزمه المنهج القانوني القويم.

(١) يذهب قريب من هذا المعنى د. منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العيني ، مصدر سابق، ص ٩٦.  
(٢) د. عبد الحي حجازي ، محاضرات في مدخل لدراسة العلوم القانونية ، المطبعة العالمية ، ١٩٧٢، ص ٨١.  
(٣) ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطوير القانون ، مصدر سابق ، ص ٤٧ ، وكذلك د. عبد الحميد فودة ، الافتراض بين النظرية والتطبيق ، مصدر سابق ، ص ٧٩.



## الفرع الثاني

### الحقيقة أساس لافتراض الضرر

إذا كان الافتراض بحسب تعريفه المبين فيما سبق هو مخالفة الحقيقة المتمثلة بضرورة تحقق الضرر لاستحقاق التعويض، إلا أن المراد بالمخالفة هنا ليست المخالفة التلقائية التي تتضمنها كل قاعدة قانونية نظراً لصياغتها في صورة مجردة<sup>(١)</sup>، إنما يراد بها تلك المخالفة الصريحة من باب افتراض تحققها بغية الانحراف بالقاعدة القانونية إلى غرض آخر أو تجاهل للواقع الملموس<sup>(٢)</sup>، وبذلك نجد أن كل قاعدة قانونية تنطوي على قدراً من المخالفة للحقائق الثابتة، سواء كان ذلك نتيجة صياغتها المتصفة بالعمومية والتجريد أو احتواء القاعدة على افتراضات معينة.

وتعرف الحقيقة بانها: لفظ استعمل فيما وضع له في الاصطلاح الذي تم به التخاطب<sup>(٣)</sup>، أي أن حقيقة الشيء تُعرف من خلال الاسم الذي وضع له مثل العقد والفسخ والبطلان، وكلها حقائق وضع لها المشرع قواعد قانونية تنظمها، وأن بناء الافتراض على

---

(١) 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 والراجعة في الحياة العملية بحيث يأتي تعميمه في الاتجاه العادي والطبيعي للأمور، د. عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٢.

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

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



## الفصل الأول: الأطار المفاهيمي للضرر المفترض

اساس مخالفة تلك الحقيقة من قبل الفقه القانوني أُثير بشأنه الخلاف حول نوع وطبيعية الحقيقة التي يقوم الافتراض بمخالفتها فانقسموا إلى ثلاث اتجاهات<sup>(١)</sup>:

**الاتجاه الأول:** ذهب أصحاب هذا الاتجاه<sup>(٢)</sup> إلى أن 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 الأمر من نطاق الافتراض ليدخل في دائرة الغاء القانون أو الاستثناء الذي يرد على القواعد العامة، والحقائق الطبيعية أما أن تكون حقائق فكرية أو تكون حقائق مادية وهذه الأخيرة قد تكون حقيقة تاريخية إذا كانت الواقعة المكونة لها ثابتة من الناحية التاريخية، فيقوم الافتراض على مخالفة تلك الحقيقة عندما يقرر أنه قد حدث ما لم يحدث أو عندما يقرر عدم حدوث ما قد حدث فعلاً، كحالة الجنون المتقطع فالقانون ينكر عليه حالات الإفاقة ويعتبرها كان لم تكن<sup>(٣)</sup>، أو قد تكون الحقائق المادية هي حقيقة علمية عن طريق استنادها على معطيات محددة وثابتة علمياً فيقوم الافتراض على مخالفة تلك الثوابت كحالة اكتساب الإنسان للشخصية القانونية ونهايتها بواقعتي الميلاد والوفاة فعندما يقرر القانون بقاء المورث على قيد الحياة حتى يتم قبول الوارث للتركة كي لا تترك التركة شاغرة خلال الفترة الممتدة من وفاة المورث إلى حين قبول الوارث لها فتعد مخالفة لحقيقة علمية متمثلة ببقاء المورث على قيد الحياة، وبجانب ما سبق ذكرهم توجد حقائق ذات طبيعة فلسفية تفرض نفسها على كل إنسان ذي تفكير ولا يمكن مخالفتها إلا بطريقة الافتراض ومن هذه الحقائق المبادئ الأساسية في نظرية المعرفة في مقدمتهم مبدأ السببية إضافة إلى مبدأ الذاتية ومبدأ عدم

(١) 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 ، المصدر نفسه ، ص ٩.

(٢) 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 ، مصدر سابق. ، ص ٩٧ ، وكذلك د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، المصدر نفسه ، ص ١٠، وقريب من ذات المعنى د. كريم كريمة ، محاضرات في فلسفة القانون ، المركز الديمقراطي العربي، ٢٠٢١، ص ٩٠.

(٣) د. السيد عبد الحميد فودة ، جوهر القانون بين المثالية والواقعية ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٥، ص ٢٨٥، وكذلك د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، منشأة المعارف - الاسكندرية، ١٩٦٩، ص ١٤٢.



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

التناقض<sup>(١)</sup>، نستنتج مما سبق أن مؤيدي هذا الاتجاه قد اثبتوا أن الافتراض يخالف الحقائق الطبيعية سواء كانت الفلسفية أو التاريخية أو العلمية الذي بالتأكيد يؤدي إلى افتراض قانوني.

**الاتجاه الثاني:** أما أصحاب هذا الاتجاه فكانوا يرون أن 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 أن حقوق الشركاء المفترزة لا تنشأ إلا من القسمة، إلا أن أصحاب هذا الاتجاه قد ركزوا على الأحوال التي تختلط فيها الحقيقتين معاً بحيث تعتبر الحقيقة القانونية مجرد تقرير للحقيقة الطبيعية، فهي ليست من خلق القانون ولكن في الواقع أن القاعدة الافتراضية في مثل هذه الأحوال تعتبر كذلك لأنها إذ تخالف الحقيقة القانونية فأنها تخالف في الوقت نفسه وبالضرورة الحقيقة الطبيعية نظراً لما بينهم من تلازم وأن كانت هناك بعض القواعد التي تنفرد بالمخالفة الطبيعية لوحدها<sup>(٢)</sup>.

**الاتجاه الثالث:** وتماشياً مع ما سبق ظهر اتجاه ثالث توفيقى حاول الربط ما بين الاتجاهين، إذ ذهب إلى أن الافتراض يتحقق حينما تطبق قاعدة قانونية مرتبطة بحالة مادية معينة على حالة أخرى مع تجاهل الخصائص المميزة للحالة الاخيرة بحيث لا تعتبر مخالفة

---

(١) يعتبر مبدا 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 دائماً 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 مبدا 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 .

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



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

الحقيقة القانونية افتراضاً، إلا إذا كانت تلك الحقيقة مرتبطة بحالة مادية لا توجد في الحالة الجديدة التي امتد اليها حكم القاعدة وبذلك فإن هذا العنصر الجديد المتمثل بتجاهل اختلاف الحالة المادية (مخالفة الحقيقة الطبيعية) هو الذي يجعل من القاعدة قاعدة افتراضية قانونية<sup>(١)</sup>، وهذا ما يؤيده الباحث إذ يرى أن التوفيق كان منطقياً ومطابقاً لما تقتضيه فكرة افتراض الضرر من مخالفة للحقائق القانونية والطبيعية معا .

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

فالمخالفة القانونية التي يقوم الضرر المفترض بناءً عليها تتمثل في الاعفاء من الإثبات<sup>(٢)</sup>، إذ تكفل القانون بإثباته أو نقل عبء الإثبات إلى المدين خلافاً للأصل العام الذي نصت عليه المادة (٧) من قانون الإثبات التي نصت على: "أن البينة على من ادعى واليمين على من انكر"، فالأصل أن من يدعي فإن ادعائه يكون خلاف الظاهر إذ أن الاصل هي براءة الذمة للشخص لذلك عليه اقامة الدليل على صحة ادعائه<sup>(٣)</sup>، وكننتيجة منطقية رتبت تلك المخالفة القانونية مخالفة للحقائق الطبيعية تمثلت الأولى بمخالفة مبدأ

(١) من أصحابه الاستاذ (Houin) لتفاصيل اكثر انظر ، د. ابو زيد مصطفى ، الافتراض ودوره في القانون ، مصدر سابق ، ص ١٢ .د. منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العيني ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .

(2) Charles E. Harris II, op.,cit, p2.

(٣) د صبري السعدي ، الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار الهدى ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٤ . وكذلك د. محمود الكيلاني ، قواعد الاثبات واحكام التنفيذ ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠ ، ص ٢٧، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في مورد اخر من هذه الرسالة.





## الفصل الاول: الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

عدم التناقض فلا يمكن أن يتفق النفي والإثبات في حال من الاحوال، فالتناقض الذي يرفضه هذا المبدأ هو تناقض الإثبات مع نفيه بالذات لا مع نفي إثبات آخر<sup>(١)</sup> (كان تقول أن الشيء موجود وغير موجود في نفس الوقت)، فمسألة تحقق الضرر بصورة فعلية غير مجزوم بها إلا أن إثباته قد تكفل القانون بها.

وعليه رتب اعفاء الدائن من إثبات الضرر نتيجة افتراضه مخالفة أخرى للحقائق الفلسفية، التي تتمثل بمخالفة مبدأ السببية الذي يقصد به العلاقة بين حدث يسمى السبب وحدث آخر يسمى الاثر بحيث يكون الحدث الثاني نتيجة للأول<sup>(٢)</sup>، فلا يوجد شيء قبل تحقق سببه لأنه يعد مخالفة لمنطق الاشياء لذلك نجد أن التعويض وفق القواعد العامة وما جاء به نص المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup>، التي افادت بان: "تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع"، فبذلك يكون التعويض وفق ما أصاب المتضرر من ضرر وهذا بالتأكيد نتيجة طبيعية للعمل الغير مشروع الذي يقوم به المسؤول، إلا أن النصوص التي يكون فيها الضرر مفترض جاءت بشكل يتجاهل السبب الذي من أجله يعوض الدائن، فالتعويض فيه يستحق بمجرد وقوع الاخلال دون الحاجة إلى إثبات سبب التعويض \_ الضرر\_ وهذا ما نصت عليه المادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي: "لا يشترط لاستحقاق فوائد القانونية كانت أو الاتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير"، فبذلك يكون الاخلال هو الحدث الأول \_السبب\_ والتعويض هو الحدث الثاني \_الاثر\_ وهو مترتب قبل وقوع سببه، فمخالفة المشرع للحقائق السابقة جاءت نتيجة الأثر الذي اراده المشرع الوصول اليه الذي يتعلق بتحقيق غايات معينة منها تحقيق العدل والتقدم

(١) محمد باقر الصدر ، فلسفتنا ، مصدر سابق ، ص ٣٠٣.

(٢) د. ايناس مكي عبد نصار، الافتراض القانوني ، مصدر سابق ، ص ٨٣.

(٣) تقابلها المادة (١٧١) من القانون المدني المصري .



## الفصل الاول :الاطار المفاهيمي للضرر المفترض

الاجتماعي في تطبيق القانون فمراعاة الواقع الاجتماعي يستدعي بالضرورة تحقيق الاهداف من التشريع وهي اعطاء كل ذي حقا حقه<sup>(١)</sup>.

إلا أن المخالفات التي يقوم بها المشرع تكون دائما عند صياغة القاعدة القانونية لذلك لا بد أن تكون دائما في اضييق الحدود أي كلما دعت الضرورات العملية إليها، والعلة من ذلك هو اعتبار الافتراض من وسائل الصياغة الاستثنائية .

ومن جميع ما سبق يتبين أن فكرة الضرر المفترض تؤسس وفق أساساً قانوني يتضمن شقين الأول تشريعي يستخرج من نصوص القانون المدني التي تقر بإمكانية تحقق تلك الفكرة ، وأن كان هناك تباين في تلك النصوص فالفوائد التأخيرية أو الاتفاقية تعتبر من أبرز التطبيقات التي من الممكن أن تكون أساساً مباشراً على اعتبار أن المشرع قد نص وبشكل صريح على عدم الحاجة إلى إثبات الضرر وبالتالي يكون غير قابل لإثبات العكس ، إلا أن في بعض الأحيان قد ينص المشرع على عدم تحمل الدائن عبء الإثبات كما في حالة الشرط الجزائي التي يقدر به المتعاقدان قيمة التعويض بصورة مقدمة باعتبار أن الضرر قد وقع بتقديرهم فتكون تلك النصوص هي الأساس الغير مباشرة لتلك الفكرة وبالتالي يمكن إثبات عكسها ، أما الثاني فهو فلسفي يقوم على فكرة المجاز القانوني إذ أن المشرع عندما افتراض وجود الضرر فإن افتراضه كان من باب المجاز على اعتبار أن الأمر على درجة عالية من احتمالية التحقق ، إضافة إلى أن ذلك الافتراض كان مخالف للحقائق الثابتة التي تتمثل بالحقائق القانونية والمتمثلة بالإعفاء من عبء الإثبات خلاف للأصل العام التي يستتبعها بالضرورة مخالفة الحقائق الطبيعية التي رتبت المخالفة للحقائق الفلسفية التي تعتبر جزء من الحقائق الطبيعية التي تمثلت بمبدأ عدم التناقض ومبدأ السببية فمخالفة تلك الحقائق جاء نتيجة الافتراض الذي وضع من قبل المشرع .

(١) د. احمد ابراهيم حسن ، غاية القانون ( دراسة في فلسفة القانون )، دار المطبوعات الجامعية ، بدون سنة طبع ، ص ١٣٨.



**الفصل الثاني**

**أحكام افتراض**

**الضرد**





## الفصل الثاني

### احكام افتراض الضرر

#### تمهيد وتقسيم

ينشأ عن فكرة افتراض الضرر أحكاماً مختلفة وذلك بسبب طبيعته المتصلة بقوانين متعددة ، أولهم الإثبات إذ يشكل جزءاً مهماً من بيانه لذلك استعان المشرع بوسائل الإثبات غير المباشرة من أجل تحقيق المصلحة القضائية بإقامة الدليل أمام القضاء وكذلك المصلحة الاجتماعية بالمحافظة على حقوق الافراد من الضياع، إلا أن تلك المصالح كانت مقيدة ببعض الضوابط التي تحكمها من أجل تحقيق العدالة وعدم التعسف في استعمال الحقوق الممنوحة بموجب القانون ، وتبعاً لذلك كان لا زاماً علينا أن نخرج على أبرز تطبيقات فكرة الافتراض المتناثرة بين القوانين التي من الممكن أن تبين مواضع الافتراض في الضرر، وتجيئنا على التساؤلات أبرزها : ما وسائل الإثبات التي تستلزمها فكرة افتراض الضرر، وما المعايير التي يقدر التعويض على اساسها، وفي مجال الافتراض الاتفاقي هل يوجد إمكانية لسن ضوابط تحكم الارادات التعاقدية في ظل تلك الفكرة، للإجابة على تلك التساؤلات وغيرها سنبحث في القواعد الخاصة لافتراض الضرر عن طريق بيان اهم الوسائل التي تحكمه ، ومن ثم التطرق إلى ضوابط افتراض الضرر ببيان اهم المعايير التي تحكم ذلك الضرر ، علاوة على بيان حدود سلطة الاطراف فيه ، وهذا ما سيكون موضع المبحث الأول وبعنوان القواعد الخاصة لافتراض الضرر، أما بالنسبة إلى المبحث الثاني فإن مرتكزاته ستكون بتبيان أبرز التطبيقات في نطاق القانون المدني الذي سينقسم إلى تطبيقات الضرر المادي المفترض، وتطبيقات الضرر المعنوي المفترض.



## المبحث الأول

### القواعد الخاصة لافتراض الضرر

أن لافتراض الضرر مجموعة من القواعد التي تحكمه التي تختلف عمّا تطرحه القواعد العامة باعتباره يمثل استثناء كما اسلفنا على الأصل العام في مجال المسؤولية المدنية ، فالمشرع لم يحمل المدعي عبء إثباته إنما تولى بنفسه الأمر عن طريق إيجاد قرائن يستطيع من خلالها التخلص من عبء الإثبات، اضف إلى أن افتراض إيجاد الضرر من قبل المشرع يستلزم وجود بعض الضوابط التي تحكمه منها ما يكون متعلقاً بقياس صحة سلوكيات الأفراد التي تختلف باختلاف المعايير التي تحكم النص، وأخرى تكون متعلقة بالإرادة التي بالتأكيد يكون لها دورٌ ولاسيما أن المشرع يقيم لها وزناً ويعتد بوجودها من خلال إعطائها مكنة ابرام بعض العقود التي تستلزم أن يكون الضرر بها مفترض بواسطة القانون، ومن أجل ذلك ولمعرفة ما تلك القرائن التي تقترن مع افتراض الضرر، و ما تلك الضوابط التي تضع من قبل المشرع لإيجاده؟ فقد قسمنا هذا المبحث على مطلبين تضمن المطلب الأول قرائن إثبات الضرر المفترض، أما المطلب الثاني فكان لضوابط افتراض الضرر.



## المطلب الأول

### قرائن إثبات الضرر المفترض

يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الظاهر طبقاً للقواعد العامة إلا أن ولاعتبارات معينة قد يخرج المشرع في بعض الأحيان عن تلك القاعدة، عن طريق وضع قرائن قانونية يعفي الدائن بها من عبء الإثبات، إلا أن تلك القرائن هل تكون على درجة واحدة من حيث نوعها أو قوتها في الإثبات؟ هذا ما سيكون موضع الإجابة في هذا المطلب من خلال تقسيمه على فرعين، أما الفرع الأول سنخصه إلى قرينة الضرر المفترض غير قابل لإثبات العكس، أما الفرع الثاني سنعده إلى قرائن الضرر القابل لإثبات العكس.

## الفرع الأول

### قرينة الضرر المفترض غير قابلة لإثبات العكس

أن للإثبات أهمية بالغة في الحياة العملية ذلك لأن كل أدعاء أمام المحكمة بحاجة إلى إثبات فلا قيمة للحق المدعى به ما لم يقيم الدليل على صحة وجوده، لذلك فإن الاصل من يدعي خلاف الظاهر عليه أن يقيم الدليل على صحة ادعائه إلا أن هناك حالات يعفى فيها المدعي من الإثبات ليتكفل القانون إثباتها عن طريق إيجاد قرينة تجعل الحق المدعى به ثابت بثبوت تلك القرينة وقيامها<sup>(١)</sup>.

(١) ان معيار التمييز بين القرينة والافتراض يتمثل في ان الاخير هو دائما مخالف للحقيقة بينما تقوم القرينة على الاحتمال والترجيح فهي لا تخالف الحقيقة دائما وان كانت من ناحية اخرى لا تتفق معها دائما ، اضافة الى ان القرائن تتعلق بمسائل الاثبات بينما الافتراض متعلق بمسائل الموضوعية ، ومن ناحية اخرى فإن القرائن تكون على نوعين اما قرائن قاطعة او قرائن غير قاطعة اما الافتراض فلا ينقسم انما هو افتراض قانوني يصدر من قبل المشرع ويخول الى المتعاقدين وان كان افتراض قابل لأثبات العكس وغير قابل لأثبات العكس الا انه يبقى من اختصاص المشرع وحده ، د. السيد عبد الحميد فوده ، الافتراض القانوني بين الواقع والتطبيق ، مصدر سابق ، ص٤٨، وكذلك د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطوير القانون ، مصدر سابق ، ص١٨.



## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

وتقسم القرائن في قانون الإثبات العراقي إلى قرائن قانونية وأخرى قضائية<sup>(١)</sup> ونص على الأولى في مادة (٩٨) من قانون الإثبات<sup>(٢)</sup> وعرفها بأنها: "أولاً-القرائن القانونية هي استنباط امر غير ثابت من امر ثابت"، أما الثانية فقد وردت في المادة (١٠٢) من القانون نفسه وعرفها بأنها: "أولاً- القرينة القضائية هي استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة"، وعلى مستوى قواعد الإثبات الفيدرالية الأمريكية فقد نصت القاعدة (٣٠١) على: "القرينة تفرض على كاهل الطرف الذي توجه إليه عبء نفي أو مواجهة القرينة ولكن لا تتقل إلى هذا الطرف عبء الإثبات"، ونصت القاعدة (٣٠٢) من القواعد ذاتها على: " أن اثر القرينة فيما يخص الواقعة التي تعد عنصراً من عناصر الدعوى أو الدفع وبما يتعلق بقانون الولاية الذي يكون سنداً للقرار يتحدد على وفق قانون تلك الولاية"، وبناءً على تلك النصوص يذهب الفقه الأمريكي إلى أن للسلطة التشريعية أن تقرر قرائن قانونية من وقت لآخر وتحدد قوتها الثبوتية أو قيمتها القانونية، ولا تدحض إلا بالدليل الواضح والمقنع<sup>(٣)</sup>.

أما على مستوى الفقه فقد عرفت القرينة بأنها: "بأنها عملية استدلال عقلي أو استنتاجي بين واقعتين الأولى أساسية ثابتة والثانية استنتاجية مفترضة"<sup>(٤)</sup>، كما عرفت بأنها:

(١) ان الفرق ما بين القرينة القانونية والقرينة القضائية كما هو واضح من نص القانون بان القرينة القانونية تضع من قبل المشرع بينما القرينة القضائية تستنبط من قبل القضاء لذلك فإن الأخيرة تكون ادلة ايجابية يستخلصها القاضي من ظروف وملابسات الدعوى لذلك لا يمكن حصرها بينما القرائن القانونية تعتبر ادلة سلبية تعفي من تفررت لمصلحته من اثبات الواقعة الاصلية لذلك فهي تنقسم الى قرائن قابلة لأثبات العكس وقرائن غير قابلة لأثبات العكس بعكس الاخرى التي تكون قابلة لأثبات العكس في جميع الحالات ، د. محمود الكيلاني، قواعد الاثبات واحكام التنفيذ، مصدر سابق، ص ١١٤، د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات المدني ،مصدر سابق ، ص ٢٨٦.

(٢) اما بالنسبة الى قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل فقد نص في المادة ٩٩(القرينة القانونية تعفي من قررت لمصلحته عن أي طريقة اخرى من طرق الاثبات ، على انه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك).

(3) Graham C. Lilly، Principles of Evidence، Fourth edition، Thomason west، 2006،

p.406.

(٤) يميز جانب من الفقه الامريكي بين القرينة والاستنتاج بالقول: انه وعلى الرغم من ان القرينة هي استدلال استنتاجي الا ان هناك فوارق رئيسية بين الاثنين، إذ تقوم القرينة وتنشأ عن طريق الوقائع او الحقائق الاساسية او الثابتة، وبمجرد قبول تلك الحقائق من قبل القاضي يتم التوصل الى استنتاج إلزامي يسمى الحقيقة او الواقعة المفترضة،



" عملية استدلال استنتاجي تؤدي إلى التوصل إلى الاستنتاج المفترض والمرتبط بالواقعة ذات الصلة"<sup>(١)</sup>، وبذلك فإن المفهوم العام ينصرف إلى النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة فهي استنباط امر مجهول من واقعة ثابتة معلومة<sup>(٢)</sup>.

وعليه فإن القرينة تتطوي على عنصرين: الأول يتمثل بالاستنباط الذي يسمح بتأكيد الصفة الاحتمالية لواقعة ما استنادا إلى السير الطبيعي للأمر، أما الثاني فيتمثل بافتراض القرينة حكماً مسبقاً على حقيقة غير معروفة بصورة كافية مما يسمح بتكوين فرضية معينة واستبعاد فرضيات أخرى بالرغم من كون تلك الفرضية ليست بحقيقة مؤكدة<sup>(٣)</sup>، لذلك فإن القرائن تُبنى على أساس القابلية للتصديق وعلى فكرة أن اليقين امر نادر في مجال القانون فكان من الضروري لأعمال القانون أن تحول ما هو غير مؤكد إلى مؤكد والشكوك إلى حقائق اعتماداً على ما يحدث وفقاً للسير العادي للأمر، مما يجعلها تتطوي على خطورة نظراً لوضعها في صياغة عامة مجردة تنطبق بصورة مطلقة على جميع الواقع<sup>(٤)</sup>، وبناء على ذلك فإن القسم الأول -غير قابل لإثبات العكس- من الضرر المفترض يبنى على أساس وجود قرائن قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس التي تغني من تقرررت لمصلحته عن أي طريق أخرى من طرق الإثبات، وبحسب ما جاءت به المادة (٩٨) من قانون الإثبات غير أن ذلك لا يعني الاعفاء المطلق إذ لا بد من إثبات الواقعة التي تقوم عليها

---

اما الاستنتاج فإنه وبحسب رأي الفقه الأمريكي لا يترتب عليه اي اثر ملزم، ويكون للقاضي حرية الاخذ به او طرحه، وعليه تكون القرينة قائمة على حقيقة مفترضة مبنية على حقيقة ثابتة وترتب اثر ملزم، في حين ان الاستنتاج لا ينشأ الا عند تكوين الاسئلة المطروحة. لتفاصيل اكثر يراجع:

Graham C. Lilly، op. cit، p393-394.

(1) Williams، The Proof of Guilt، Steven and Sons، London، 1963، P.250.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر ، طرق الاثبات ، ط١، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، ٢٠١٧، ص٤٤٧. وكذلك د. عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات في المواد المدنية ، ط٢، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٩٥٥، ص٢١٨.

(٣) د. عصمت عبد المجيد ، المصدر نفسه ، ص٤٤٩ ، د. محمد عبد الرحيم الديب ، الحيل في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص٦٥.

(٤) د. توفيق حسن فرج ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٣، ص٢١١ . وكذلك د. نبيل ابراهيم سعد ، الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥، ص١٨٨.





## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

القرينة<sup>(١)</sup>، بمعنى أن المشرع ينقل عبء الإثبات من الواقعة الأصلية المطلوب إثباتها إلى واقعة أخرى بديلة سهلة الإثبات، وبذلك فإن القرينة تؤدي إلى التخفيف من عبء الإثبات عن طريق استبدال الواقعة الأصلية التي يصعب أو يتعذر إثباتها بالواقعة سهلة الإثبات<sup>(٢)</sup>، وهذا ما يلاحظ في افتراض الضرر فالمشرع يعفي الدائن من إثبات وقوع الضرر، لأنه يصعب عليه إثباته باعتبار أن من المتعذر تحديد مقدار الضرر نظرا لتعلقه بقيمة النقود، إلا أن ذلك لا يعفيه من إثبات وقوع الخطأ من جانب المدين المتمثل بتأخر تنفيذ الالتزام، وبذلك يكون الدائن قد اثبت الواقعة البديلة ليترتب عليها اعتبار الواقعة الأصلية ثابتة فرضاً والثابت فرضاً كالثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً<sup>(٣)</sup>، ولا حاجة إلى اقامة الدليل عليه ولا يقع عبء الإثبات على من يتمسك به انما يقع على من يدعي خلافه<sup>(٤)</sup>.

ويعبر عن القرائن القاطعة أو المطلقة بأنها تلك التي لا يمكن نقض دلالتها بإثبات العكس إذ أن الخصم لا يملك إثبات ما يخالفها، لأن المشرع قرر قطعية تلك القرائن وأن

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصدر سابق، ص ٩١. وكذلك د. عبد الله عبد الحي الصاوي، نظرية القرائن في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ج ١، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٨، ص ٧٠. وكذلك د. سمير تتاغو، احكام الالتزام والاثبات، مصدر سابق، ص ٨٤.

(٢) د. سمير تتاغو، المصدر نفسه، ص ١١٧، د. عبد الله عبد الحي الصاوي، نظرية القرائن في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ج ١، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٨، ص ١٩٥، محمد حسن قاسم، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٣٤٦.

(٣) ينقسم الظاهر الى ثلاث انواع منه ما يكون ظاهراً اصلاً أي ما يظهر للناس بصفة عامة ويتفق مع الحقيقة لأنه يوافق طبيعة الأشياء ويمثل العادة والمألوف كما هو الحال في براءة الذمة للشخص ومن يدعي خلاف ذلك يكون ادعائه خلاف الأصل، اما النوع الثاني فهو الظاهر عرضاً هو ما قام الخصم دليل عليه بالطرق القانونية خلافاً لما كان ظاهراً اصلاً فاذا ادعى شخص بانه دائن لأخر يكون ادعائه خلاف الظاهر اصلاً وعليه الأثبات وفي حال اثباته صحة الادعاء يكون المدعى عليه قد اصبح ظاهراً عرضاً، ام النوع الاخير فهو ما افترض المشرع ظهوره بقرينه قانونية يقيمها لصالح المدعي لكي يعفى وان كان بصورة مؤقتة من عبء الاثبات لحكمة يقدرها المشرع وعلى من يدعي عكس تلك القرينة ان يقيم الدليل على صحة ادعائه، د. عباس العبودي، شرح احكام الاثبات المدني، مصدر سابق، ص ٦٦ وما بعدها، د. محمد سعيد عبد الرحمن، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١، ص ٧٦.

(٤) د. سمير تتاغو، احكام الالتزام والاثبات، مصدر سابق، ص ٨٦، وكذلك د. محمد حسن قاسم، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص ٣٤٥.



كان خروجاً عن الأصل العام باعتبار أن القرائن القانونية يجوز إثبات عكسها دائماً، إلا أن ذلك لا يعني أنها لا تدحض ابداً، فالقرائن ماهي إلا قواعد إثبات أن تعلقت بالصالح الخاص امكن نفيها عن طريق الإقرار واليمين، وعلّة ذلك وتبريره أن القرائن أوجدت لحماية وتخفيف عبء من تقررت لمصالحته فاذا نقضها بإقراره أو بيمينه يعني تنازله عن تلك الحماية<sup>(١)</sup>، وهذا ما ينطبق على فكرة الضرر المفترض غير القابل لإثبات العكس، فالمشرع وكنوع من الحماية إلى الدائن ومراعاة لمصالحه الخاصة جعل الفوائد القانونية أو الاتفاقية مستحقة حتى وأن لم يثبت الدائن الضرر، ليعتبر بذلك قرينة قانونية لحالة التأخر بتنفيذ الالتزام الذي يكون محله مبلغ من النقود لاستحقاق التعويض بمجرد المطالبة، إلا أن تلك القرينة يجوز التنازل عنها بالإقرار الصريح أو الضمني من قبل الدائن ، ليتبين بعد ذلك أن الاستنباط الذي بنى المشرع على أساسه تلك القرينة لا يطابق الواقع في هذه الحالة ولا هو محل للأخذ به.

إلا أنه في بعض الأحيان قد يثير اللبس ما بين القرائن القاطعة<sup>(٢)</sup> والقواعد الموضوعية على اعتبار أن كليهما يتم تنظيمهما من قبل المشرع ويكونا قائمين على علة تتمثل بفكرة الاحتمال والترجيح والغالب من الأحوال، إلا أن تلك العلة في القاعدة الموضوعية تخنفي لتستغرق وجود النص لتتحول في تلك الحالة إلى حقيقة ثابتة لا يمكن دحضها بأي دليل، عكس القرائن القانونية فإن العلة تبقى ظاهرة باعتبارها هي موضوع

(١) د. توفيق فرج حسن ، المصدر نفسه ، ص ٢١٧. وهذا ما نصت عليه المادة (١٠١) من قانون الإثبات العراقي على "يجوز قبول الاقرار واليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل اثبات العكس في الامور التي لا تتعلق بالنظام العام".

(٢) هناك جانب من الفقه يرى ان لا وجود للقرائن القانونية القاطعة وانما جميع القرائن هي قرائن غير قاطعة ذلك على اعتبار انها من ادلة الاثبات وان طبيعة الدليل انه يجوز نقضه بدليل مثله او اقوى منه وان جميع الحالات التي تقر بقرائن القاطعة ماهي الا قواعد موضوعية لا يمكن نقضها بأي دليل، الا ان الباحث لا تتفق مع القول المتقدم على اعتبار ان قوانين الاثبات قد ذكرت القرائن القاطعة بصورة صريحة ولم يكن وجودها عن طريق تفسير او التأويل النصوص . د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية الالتزام- الاثبات ، مصدر سابق ، ص ٦١٥. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الاثبات في المواد المدنية ، مصدر سابق ، ص ٢١٧، د. مفلح عواد القضاة ، البيئات في المواد المدنية والتجارية ، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦، ص ٢٦٠.



النص فتظهر على هيئة واقعتين تبنى على اساسهما القرينة بصورة مجتمعة الأولى هي الواقعة الثابتة التي تقوم عليها القرينة والأخرى هي التي تستنبط منها<sup>(١)</sup>، إلا أن ذلك لا يخفي ما للقرائن من دور في مجال القواعد الموضوعية الذي قد تكون القواعد المقررة للافتراض واحدة منها فهي قد تكون وسيلة للإثبات الحقوق والمراكز، كما قد تلعب دور في إقامة القواعد القانونية سواء من ناحية بنائها الداخلي أو من ناحية مبررات وجودها، وعلى اعتبار انها من وسائل الصياغة المعنوية الاستثنائية التي قد يلجأ إليها المشرع بقصد الإمساك بالواقع بشي من اليقين والتحديد على اعتبار أن الواقع مشوب بالشك والاحتمال<sup>(٢)</sup>.

وتأسيساً على ما سبق نرى أن نص المادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي قد جعلت فكرة افتراض الضرر قرينة قانونية قاطعة للالتزام الذي ورد في نص المادة (١٧١) من القانون سالف الذكر<sup>(٣)</sup> الذي مفاده: " اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية ، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها أن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها هذا كله ما لم ينص القانون على غيره ."

وبذلك نلاحظ أن القرينة القاطعة قد أوجدت من أجل تبرير ما ورد في النص أعلاه على اعتبار أن التعويض الذي يحصل عليه الدائن نتيجة التأخر في تنفيذ الالتزامات يكون

(١) حسين المؤمن، نظرية الاثبات القرائن وحجية الأحكام والكشف - المعايينة والخبرة ، ج٤، مطبعة الفجر، ١٩٧٧، ص ٨٠. وكذلك د. حسن علي الذنون ، احكام الالتزام ، شركة الرابطة للنشر \_ بغداد ، ١٩٥٤، ص ٤٠٨.

(٢) ومن الجدير ذكره ان المشرع عندما يحاول وضع قرينة قانونية تجعل الواقع المشوب بالشك اقرب ما يكون الى الحقيقة فانه لا يضعها بطريقة حكمية مجافية للواقع الملموس او الراجح بحسب العقل بل يصيغه بطريقة تجعله يتفق مع ما هو واقع او مألوف او راجحاً بصورة منطقية لأنه لا يجعل من الشيء غير المحتمل شيئاً صحيحاً بطريقة يقينية بل يحاول تقريب ما هو محتمل مهما كانت درجة احتمالته الى شيء صحيح ليدخل في نطاق القرائن القانونية باعتباره من وسائل الصياغة الفنية ، د. سمير تناغو ، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ٣٨٨.

(٣) وكذلك للالتزام الذي ورد في نص المادة ١٧٠ الا ان مضمون ذلك النص سنعالجه في الفرع الثاني من هذا المطلب .



بمقدار الضرر الذي يلحقه، فلا يقدر بصورة سابقة لوقوعه، لأنه لم يقع أصلاً أضف إلى ذلك أن طبيعة محل الالتزام تستلزم بالضرورة وجود تلك القرينة لما لها من خصوصية معينة تجعلها تستعصي عقلاً على الإثبات وما لها من دور في تحقيق المصالح العامة والاستقرار في المعاملات<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثاني

#### قرينة الضرر المفترض القابلة لإثبات العكس

أن الأصل في حجية القرائن القانونية أن تكون قابلة لإثبات العكس أي يجوز نقضها بالدليل العكسي عن طريق إعطاء الحق لأطراف الخصومة لإثبات عكس ما افترضه المشرع بناءً على أن كل دليل يقبل إثبات العكس على وفق المبدأ الأساسي في الإثبات، وهو حرية الدفاع أضف إلى ذلك أن القرائن القانونية بوصفها دليلاً تقوم على الراجح الغالب الحدوث لا على التأكيد المطلق، فكان لا بد من فسح المجال لمن قامت تلك القرينة ضده أن يثبت أن تلك الواقعة لا تدخل ضمن ما اعتبره المشرع راجح الحدوث ناهيك عن أهمية توافر دليل على صحة وجودها وإلا كانت مجرد احتمال يصح فيها الخطأ<sup>(٢)</sup>.

لذلك نصت المادة (١٠٠) من قانون الإثبات العراقي<sup>(٣)</sup> على أن " يجوز نقض القرينة القانونية بالدليل العكسي ما لم ينص القانون على غير ذلك"، فإن كان الأصل هو

---

(١) في اغلب الاحيان نلاحظ ان القرينة القانونية تكون متصلة بذات النص الذي يقرها ، الا ان ومن ما سبق ذكره نلاحظ ان النص القانوني جاء بصورة منفصلة عن القرينة ويرجع تبرير الى ان القاعدة القانونية التي تقرر حكماً معينة قد تكون موزعة على عدة نصوص بحيث ان مضمون تلك القاعدة لا يمكن له ان يكتمل أي ما يمثل ( الفرضية والحكم ) الا بعد الاستعانة بأكثر من نص والعكس صحيح بمعنى ان النص القانوني قد يتضمن مجمل القاعدة القانونية بما تحويه ضمن مادة قانونية واحدة، د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج ١، مصدر سابق، ص ٩٧.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ج ٢، مصدر سابق ، ص ٦٠٦، د. فائز ذنون جاسم ، ادلة الاثبات، مكتبة السنهوري \_ لبنان ، ٢٠١٤، ص ١٥١.

(٣) ونصت المادة ٩٩ من قانون الاثبات المصري المعدل (القرينة القانونية تعفي من قررت لمصلحته من أي طريقة اخرى من طرق الاثبات ، على انه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك).



إمكانية الإثبات خلاف القرينة القانونية إلا أن ذلك لا يعني إثبات عكس القرينة التي قررها المشرع بوصفها قاعدة تشريعية أو مناقشة الاستتباب الذي قرره المشرع لإظهار عدم صحته، الذي يؤدي إلى الاعتراض على حكم القاعدة أو نسخ النص الذي اقامت عليه القرينة، لأن ذلك لا يجوز قبوله عقلاً إذ أن القانون لا ينسخ إلا بقانون مثله انما يقصد من ذلك هو إثبات خلاف الحالة الخاصة التي قامت عليها القرينة باعتبارها غير مطابقة للواقع في القضية المطروحة للنزاع<sup>(١)</sup>.

وعليه فإن القرائن غير القاطعة أن كانت تعفي من تقرررت لمصلحته من عبء الإثبات، إلا أن هذا الاعفاء ليس نهائياً انما عليه أيضا أن يثبت الواقعة البديلة بحيث لا ينتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر إلا اذا قام من تقرررت لمصلحته تلك القرينة بإثبات الواقعة البديلة التي غالبا ما يكون إثباتها اسهل من الواقعة الاصلية التي اعفي منها الدائن وبذلك فهي تؤدي إلى تخفيف من عبء الإثبات الذي يقع على الدائن<sup>(٢)</sup>، فضلاً عن ذلك أن القرينة البسيطة تؤدي إلى نقل عبء الإثبات إلى عاتق الطرف الذي قامت تلك القرينة لمصلحته ليثبت عكس ما جاءت به القرينة باعتبارها تتعلق بالمصالح الخاصة<sup>(٣)</sup>.

أما فيما يتعلق بطريق نفي القرينة غير القاطعة فيجوز إثبات عكسها بجميع طرق الإثبات، وذلك لاعتبارات معينة منها ما يتعلق بتحقيق العدل بين المتخاصمين باعتبار أن ليس من العدل اعفاء احد الخصوم من الإثبات في حين أن الآخر يحرم من نفي ما ينقض تلك القرينة بشتى الطرق اصف إلى ذلك أن القرائن على العموم ماعدا القاطعة فهي اقل ضمانا من غيرها لأنها تبنى على الاستنتاجات وعلى ما هو ظاهر من الأمور وفي كثير من الأحيان لا تطابق تلك الاستنتاجات الواقع، لذلك وبحسب المبادئ العامة في قانون

(١) حسين مؤمن ، نظرية الاثبات ، مصدر سابق ، ص١٠٧ . د، عصمت عبد المجيد ، طرق الاثبات ، مصدر سابق ، ص٤٧٥ .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات في المواد المدنية ، مصدر سابق ، ص٢٢٠ . د. محمد حسن قاسم ، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، مصدر سابق ، ص٤٨ .

(٣) د. توفيق حسن فرج ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، مصدر سابق ، ص٤٦ . د. نبيل ابراهيم سعد ، الاثبات في الواد المدنية والتجارية ، مصدر سابق ، ص٧٢ .



## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

الإثبات الذي تقضي من أن كل دليل يمكن معارضته بدليل ينقضه لذلك يجوز إثبات عكس القرينة بطرق الإثبات كلها<sup>(١)</sup>.

تأسيساً على ما سبق فإن القسم الثاني للضرر المفترض - القابل لإثبات العكس - يقبل إثبات عكسه بواسطة مكنة منحت من قبل المشرع إلى اطراف العقد تقديساً لحرية الارادات التعاقدية، فقد نص القانون المدني العراقي<sup>(٢)</sup> في المادة (١٧٠) على ان: "٢- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة"، فيلاحظ أن المشرع قد وضع قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس إلا أن قبل إثبات عكس تلك القرينة لابد للدائن من إثبات أن المدين قد ارتكب خطأ تمثل في عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه لأن الدائن أن كان معفي من الإثبات إلا أن اعفاءه ليس بصورة المطلقة انما يترتب عليه إثبات الواقعة البديلة لينتقل عبء الإثبات بعد ذلك إلى عاتق المدين الذي يتعين عليه إثبات عكس القرينة القانونية ولكن بصورة خاصة أي يثبت أن الدائن لم يلحق أي ضرر ليستحق الشرط الجزائي<sup>(٣)</sup>، وكذلك الأمر بالنسبة إلى ضمان التعرض والاستحقاق فإن الضرر المفترض بهم يكون قابل لإثبات العكس فما دام التعرض الذي يحدث إلى المشتري يثبت على البائع حتى ولو لم ينص عليه في العقد حسب ما جاء في الفقرة (٢) من المادة (٥٤٩) من القانون المدني العراقي، إلا أن للبائع أن يثبت عكس تلك القرينة، بأن يثبت مثلاً أن التعرض قد كان بخطأ المشتري أو غير ذلك.

أما بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق فإن تحديد المسألة تكون خاضعة إلى الاتفاق الذي يكون ما بين المتعاقدين ففي حالة تشديد الضمان المنصوص عليه في المادة (٥٥٦)

(١) د. محمد صبري سعيد، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، ٢٠٠٩، ص ١٧٦، احمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨، ص ١٧٨.

(٢) تقابلها المادة (٢٢٤) من قانون المدني المصري.

(٣) د. حسن علي الذنون، احكام الالتزام، مصدر سابق، ص ٤١٢، وكذلك د، انور سلطان، النظرية العامة للالتزام - احكام الالتزام، مصدر سابق، ص ١٨٥.



## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

من القانون المدني العراقي وذلك عن طريق جعل التعويض مستحق بمجرد استحقاق المبيع باعتبار أن المشتري قد أصابه ضرر، إلا أن ذلك الضرر يكون قابل لإثبات العكس<sup>(١)</sup>، بواسطة البائع الذي يستطيع نفيه عن المشتري عن طريق إثبات أن الاستحقاق لم يؤثر على المشتري ولا على كيفية الانتفاع بالمبيع<sup>(٢)</sup>.

وعليه فإن القرينة غير القاطعة تكون على نوعين: يبني المشرع النوع الأول على أساس الافتراض إلا أنه افتراض أولي يضعه المشرع ليصل منه إلى تطبيق قاعدة قانونية فييسر من عمل تلك القاعدة كما في حالة أن الأصل براءة الذمة، أما النوع الثاني فيبني على أساس ما هو راجح الحدوث التي غالباً ما يكون المشرع فيها قد رفعها من مرتبة القرينة القضائية إلى مرتبة القرينة القانونية حتى يلزم بها القاضي والخصوم فيجعلها بمنأى عن النزاع والجدال إضافة إلى الاقتصاد في جهد الإثبات من أطراف الخصومة<sup>(٣)</sup>، وبذلك فإن الضرر المفترض القابل لإثبات العكس يؤسسه المشرع على افتراض أولي مفاده الاتفاق ما بين المتعاقدين على تقدير التعويض بصورة مقدمة الذي يعني أن اخلال المدين بالتزامه يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين بناءً على الاتفاق الحاصل بينهم<sup>(٤)</sup>، وكذلك الأمر بالنسبة إلى ضمان التعرض والاستحقاق فإن المشرع قد اسسهما على افتراض أولي مفاده الالتزامات التي تقع على عاتق البائع بتمكين المشتري من حيازة المبيع بصورة هادئة ودون

(١) يكون الضرر المفترض في ضمان التعرض والاستحقاق قابل لأثبات العكس على اعتبار ان مسالة الضمان ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخفف منها او يعفي او يشدد اضافة الى ان الاصل في القرائن القانونية هي قابليتها لأثبات العكس اما الاستثناء هي تلك القرائن القاطعة التي تتطلب نصوص صريحة تصرح بوجودها .

(٢) د. ثروت عبد الحميد، العقود المدنية المسماة \_عقد البيع\_، مصدر سابق، ص١٠٢، د. نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، ج١، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٣٧٩.

(٣) يرجع تقسيم القرائن غير القاطعة الى ما سبق ذكره الى الفقيه الفرنسي دي كوتتينييس (Decotegnies) في كتابه القرائن في القانون الخاص والذي اشار اليه د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصدر سابق، ص٦٢٤ هامش ٢.

(٤) د. هشام ابراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١١، ص١٦٨. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص٥١٤.



أن يكون لاحد حقا عليه الذي يعني في حالة الاخلال بالضمان الموجب على البائع، فإنه يجعله في حالة المسؤولية الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزام الذي يقع عليه<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أن القرائن غير القاطعة يجوز إثبات عكسها إلا أن مسألة الواقعة التي تقوم عليها القرينة تكون مفروضة على المحكمة والمتخاصمين أيضا باعتبار أن دلالتها وضعت من قبل المشرع فمتى ما اثبتت الواقعة التي تقوم عليها القرينة تحتم على المحكمة الاخذ بها لأن لا خيار لها حتى وأن كانت غير مطابقة للواقع في الدعوى المطروحة أمامها إضافة إلى ذلك لا يجوز للمحكمة الاخذ بالقرينة القانونية إلا بعد أن تسمح للخصم بإثبات خلافها فإن لم يفعل أو عجز عن ذلك فعندئذ لا يكون أمامها سبيل غير الاخذ بها علماً أنه ليس لها حق تقدير مطابقتها للواقع من عدمه، أما فيما يخص تقدير الدليل الذي اثبت العكس وعمّا اذا كان كافياً من أجل بناء الحكم عليه هنا تتدخل المحكمة فتكون لها سلطة كما هو الحال في الشرط الجزائي فبعد إثبات المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر أو أن مقدار الضرر لا يتناسب مع مقدار الشرط الجزائي سواء كان تقديره فادحاً أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه فيتدخل القضاء من أجل تخفيض قيمة ذلك الشرط<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني

#### ضوابط افتراض الضرر

أن صياغة النصوص القانونية يتطلب وجود بعض الضوابط والمعايير التي تحكم عملية تطبيقه إلا أن تلك الضوابط والمعايير تختلف من قاعدة إلى أخرى وبما أن الضرر المفترض يمثل احد تلك القواعد فلا بد من وضع ضوابط تحكمه ، وعليه ومن أجل معرفة تلك الضوابط لابد من الإجابة على التساؤلات الآتية ، ما تلك المعايير التي تحكم وجود الضرر المفترض، وأن كان للإرادات التعاقدية دور في ايجاده ماهي حدود تلك الارادات هل

(١) د. انور سلطان، العقود المسماة \_ البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية، ١٩٨٠، ص ٢٧٧. د. رمضان محمد ابو

السعود، شرح احكام القانون المدني \_العقود المسماة ، ج ١، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٠، ص ٣٦٥.

(٢) حسين مؤمن، نظرية الاثبات ، مصدر سابق ، ص ١٠٨، د. عصمت عبد المجيد ، طرق الاثبات ، مصدر

سابق، ص ٤٦٩ .





هي مطلقة ام مقيدة ببعض الضوابط التي تفرض على أي إرادة ترمي إلى الدخول في علاقات تعاقدية ، وللإجابة على ما سبق طرحه سنقسم المطلب على فرعين ، أما الفرع الأول نخصه إلى معايير افتراض الضرر ، أما الفرع الثاني سيتضمن حدود سلطة الأطراف في افتراض الضرر .

### الفرع الأول

#### معايير الضرر المفترض

تختلف المعايير التي تحكم وجود الضرر المفترض باختلاف جهة الافتراض والغاية التي يوجد من أجلها فإن كان مصدر وجوده القانون ويحقق المصالح العامة في اغلب الأحيان يكون المعيار الذي يحكمه معياراً موضوعياً بعكس فيما لو كانت المصالح الخاصة هي التي تُسهم في ايجاده فإن المعيار الشخصي هو الذي يبرز ، ولأجل ذلك سوف نقوم بتقسيم هذا الفرع على فقرتين سنوضح في الأولى المعيار الموضوعي أما الثانية سيكون للمعيار الشخصي وعلى النحو الآتي:

#### أولاً: المعيار الموضوعي لافتراض الضرر

تعتبر القاعدة القانونية هي قاعدة معيارية<sup>(1)</sup> ، لأنها مخصصة لوزن سلوكيات الافراد بصورة عامة، فالقانون يختلف عن العلوم الأخرى على اعتبار أن القواعد التي ينظمها هي

---

(1) وان كانت القاعدة القانونية هي قاعدة معيارية الا ان القاعدة القانونية تختلف عن المعيار في الطبيعة والوظيفة وفي نطاق التطبيق وذلك ، لان القاعدة القانونية سواء كانت مكتوبة او عرفية تنطوي على فرض معين وحل محدد لذلك فهي تتسم بالتحديد سواء من حيث الوقائع المتوقعة او الحل القابل للتطبيق عليها اما المعيار فليس له نفس التحديد اذ انه يضع الخطوط العامة التي توجه السلوك عند العمل في القاعدة القانونية فتطبيق المعيار هو تطبيق وقتي يفضي اعماله الى تحقيق عدالة تفردية تراعي ظروف كل حالة على حدة اما تطبيق القاعدة فهو تطبيق منطقي يفضي الى تحقيق عدالة مجردة مما يعني ان المعيار يستطيع ان يتكيف مع المراكز الجديدة والمتغيرات والتحويلات الطارئة على العلاقات بحسب الظروف المتغيرة الامر الذي يفضي الى تطور القانون وهو امر لا يمكن للقاعدة القانونية المجردة التي قد تكون من حيث الاصل جامدة او شبه جامدة ان تقوم به اذ ان نطاق التطبيق يختلف فالمعيار يعتمد على التجربة ويسعى نحو تفريد العدالة ويشكل اداة لتطوير القانون لذلك فإن الظروف الجديدة هي التي تثير تطبيقه بعكس القاعدة القانونية التي يكون مجال تطبيقها محدود بفروض النصوص وحلولها على نحو يهيئ الاستقرار



## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

قواعد تقويميه تقوم على تقدير وتقويم الواقع وفق القيم والغايات والمثل التي يستهدفها وهذه الصفة المعيارية هي التي تغطي جوهر القانون وشكله<sup>(١)</sup>، وبذلك فإن المعيار في مجال القانون وفلسفته يراد به قياس مدى صحة سلوكيات الافراد وفق الإطار القانوني لأن فكرته تقوم على الاستقرار والملائمة والمرونة، فهي تحدد انماطاً نموذجية للسلوك القانوني في ضوء الظروف الاقتصادية والاجتماعية المتغيرة، ومن ثم فإن المعيار لا يعبر بصورة منطقية عن مقدمات تؤدي إلى نتائج متشابهة إنما يكون متغير بصورة نسبية تبعاً للأوضاع السائدة، وعليه فإن أهم ما يميزه أنه ينم عن الواقع بصورة عملية وبمضمون متجدد دائماً من أجل الملائمة بين القانون الثابت والحياة المستمرة المتغيرة ليشكل بذلك عاملاً من عوامل تطور القانون ويجعله أقل حاجة إلى التعديل والتبديل<sup>(٢)</sup>.

لذلك يعتبر المعيار من الوسائل المعنوية التي يهتدي بها المشرع عندما يقوم بصياغة القاعدة القانونية كما يهتدي بها القاضي وهو يضع الحكم القضائي بعد استقراء الوقائع المطروحة أمامه، لذلك فقد تبنى المشرع العراقي عدة معايير من أجل التمييز بين

---

والامان بالنسبة الى المتعاقدين ، د. محمد شتا ابو سعد ، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة ، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة ، مجلد ٧٧ ، ع ٤٠٦٤ ، ١٩٨٦ ، ص ١٥٠ .

(١) ان التمييز بين جوهر القانون وشكله جاء نتيجة التقسيم الارسطي والذي أكده الفقيه الفرنسي (فرانسوا جيني) وان كان قد عبر عن هذا التقسيم بطريقة جديدة وعبر عن جوهر القانون بالعلم وعن شكل القانون بالصياغة ثم جاء بعدهم الفقيه البلجيكي دابان وأيضا إعادة التعبير عن هذا التقسيم فاطلق على العلم اصطلاح السياسة القانونية وعلى الصياغة مصطلح الصياغة القانونية الا ان جميع تلك التسميات تنصب على فحوى واحد ، فجوهر القانون يمثل المحتوى او المادة الأولية التي تتكون منها قواعد القانون والتي على أساسها يتحدد مدى صلاحية القانون الوضعي في تحقيق الأهداف الاجتماعية لمكان وزمان معينين، اما الشكل فهو الصورة التي أعطاه المشرع الى هذا الجوهر حتى يصبح صالحا للتطبيق في نطاق العمل، د. السيد عبد الحميد فودة ، جوهر القانون بين المثالية والتطبيق ، مصدر سابق، ص ١٠- ١٥ .

(٢) د. نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ط١ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٢ ، ص ١٥٣ ، وكذلك فارس حامد العجرش، فكرة المعيار في القانون ، مصدر سابق ، ص ١٦ .



## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

السلوكيات الصحيحة والخاطئة إضافة إلى أنه يحاول التسهيل من عمل القضاء في قياس مدى صحة تلك الأفعال التي يقوم بها الأفراد<sup>(١)</sup>.

وعليه فإن من أكثر المعايير التي تهيمن سواء كان تشريعاً أو فقهاً أو قضاءً على قواعد المسؤولية المدنية هي المعايير الموضوعية، وذلك لأنها تضيء نوعاً من الجمود على القواعد القانونية وهذا الجمود يحقق نوعاً من الاستقرار التشريعي الذي يعتبر من المتطلبات التي لا يمكن اغفالها<sup>(٢)</sup>، مما يعني ومن الناحية التشريعية أن المشرع يقوم بتشديد معايير عامة غير قابلة للتغيير ومؤكدة وقائمة على التجربة المستمدة من الملاحظة العامة المجردة للسلوك المتوسط، وأن مثل هذا المعيار لا يدخل في اعتباره ما يميز كل حالة فردية من خصوصيات، إنما يقوم المشرع بتجميع الحالات الفردية التي تندرج تحت فرض معين في نموذج واحد مجرد رغم اختلاف هذه الحالات في الظروف والملابسات ليعطي لها حلاً نموذجياً واحد يصدق على كل ما يندرج تحته من حالات فردية مختلفة<sup>(٣)</sup>.

أن المعيار الموضوعي من حيث أنه معيار فإنه يمثل عامل للتطور ومن حيث هو موضوعي فهو يمثل عامل للاستقرار لأن الموضوعية هي صنو الإرادة الظاهرة ومن أكبر عوامل الاستقرار، وهذا ما يفسر أن المشرع أراد أن يخفف من حدة النزعة الذاتية التي تتميز بها التقنيات اللاتينية فأخذ بالإرادة الظاهرة والموضوعية معاً ولكن بقدر متفاوت إذ كان للموضوعية النصيب الأكبر مقارنة بالإرادة الظاهرة، وحتى عند تنظيم بعض المسائل التي تتسم بالذاتية فلم يتخذ معايير ذاتية محضة بل رسم لها ضوابط موضوعية ليضفي عليها نوعاً من الثبات والاستقرار<sup>(٤)</sup>.

(١) د. علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة كربلاء، - ٢٠١٤، ص ١٤٧.

(٢) د. محمد شتا ابو سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة، مصدر سابق، ص ١٦٢.

(٣) د. نبيل اسماعيل عمر، المصدر نفسه، ص ١٥٥، وكذلك د. سه ركه وت اسماعيل هه ورامي، الحقيقة التقديرية، ط ١، دار الكتب القانونية، ٢٠١٢، ص ١٢٥.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصدر سابق، ص ٩٣ وما بعدها.



وبناءً على ما سبق نلاحظ أن المشرع وفي اطار الضرر المفترض غير القابل لإثبات العكس لم يأبه بالأمر الجزئية وتفصيلها انما راعى في ذلك طبيعة محل الالتزام التي تفرض وبصورة حتمية أن يكون المعيار الذي يقاس به هو معيار موضوعي، لأنه يرتبط بالوضع الظاهر ويحميه ويعتد بالنية الظاهرة بوصفها ظاهرة اجتماعية والسلوك المألوف للشخص المعتاد ليحقق من ذلك المشرع نوعاً من الثبات التشريعي على اعتبار أن محل الالتزام هو العنصر الأساسي فيه وأن له من الخصوصية التي تجعله موضع استغلال في كل وقت<sup>(١)</sup>.

فالمعيار الذي وضع هو معيار عام مجرد جاء نتيجة السلوك المعتاد من قبل الافراد على اعتبار أن طبيعة محل الالتزام تفرض التعامل بصورة مستمرة ، فاراد المشرع قطع جميع النزعات فصاغه بصورة موضوعية، هادفاً من ذلك إلى تحقيق الموازنة بين فكرة العدالة ودواعي الامن والاستقرار في المعاملات المدنية والتجارية، ونتيجة لذلك لم يضع المشرع علاقة ما بين التقدير القضائي وعنصر الأثر القانوني لتلك القاعدة لذلك كان حكمها ثابتة لا يملك القاضي سلطة تقديرية إزاء أعمالها أو عدم أعماله انما يكون هذا الأثر قد تم تحديده بصورة سابقة من قبل المشرع نفسه<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: المعيار الشخصي لافتراض الضرر

يعدّ المعيار وسيلة من وسائل البحث عن العدالة وتاريخ وفلسفة القانون يبين أن الأنسان قد عالج منذ القدم مسألة القانون والعدالة وهي نفس المسألة التي يحاول المشرع الوصول اليها عن طريق أدوات الفن التشريعي التي من بينها تلك المعايير التي يضعها في النصوص القانونية، لذلك فإن المعيار الشخصي من اكثر المعايير التي تتناسب مع فكرة

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، ط١، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦٥، ص٥٦. وكذلك د. محمد حسين منصور ، احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٦، ص٩٣. وكذلك فارس حامد العجرش، فكرة المعيار في القانون ، مصدر سابق، ص٧٧.

(٢) د. نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، مصدر سابق ، ص١٩٠.



العدالة وذلك لأنها لا تعبر عن حكم منطقي يقوم على المساواة المجردة إنما تتشكل وفق صور الوقائع باعتبارها تراعي جزئيات الأمور لذلك لا يكون لها شكل محدد<sup>(١)</sup>.

ويقصد بالمعيار الشخصي أو الذاتي هو كل موجه عام أعطى المشرع من خلاله إلى القضاء سلطة مراعاة الظروف المختلفة المحيطة بالمسائل أو الوقائع المعروضة عليه بحيث يصل عن طريقها إلى حكم العادل ومناسب لملازمات الواقعة المطروحة<sup>(٢)</sup>، لذلك فإن هذا النوع من المعايير لا يوازن السلوك على أساس نموذج نمطي متوسط للسلوك المؤلف للرجل المعتاد في مجال وغرض معين وإنما يوازن السلوك باعتبار العوامل الذاتية الشخصية للشخص الذي يتولى تقدير فعله، فلا يعتد إلا بسلوكه الذاتي اخذا بعين الاعتبار ظروفه الشخصية وكل ظرف كان من الممكن أن يؤثر في ارادته وحتى وأن كان ذلك الظرف لا يؤثر على غيره من الافراد.

وبذلك فإن المعيار الذاتي يقتضي أن ننظر إلى شخص الفاعل لا إلى الفعل ذاته أو بمعنى آخر أن ينظر إلى الفعل من خلال شخص الفاعل، فنبحث في ما يقع منه إذ ما كان يمثل بالنسبة اليه انحرافاً في سلوكه فإن كان على درجة كبيرة من اليقظة وحسن التدبير فإن أقل انحراف في سلوكه يكون تعدياً وإذا كان دون المستوى العادي من الفطنة والذكاء فلا يكون كذلك إلا اذا كان الانحراف في السلوك انحرافاً كبيراً واضحاً<sup>(٣)</sup>.

وبناءً على ذلك يعتبر المعيار الشخصي من المعايير المرنة وذلك بسبب طبيعته المعيارية ووسائله التي تتصف بكونها ذات طابع شخصي، إلا أن تلك المعايير تختلف عن القواعد القانونية المرنة في أن الأخيرة تنطوي على كلمات فضفاضة لا تنضبط بمعيار إذ

(١) فارس حامد العجرش، فكرة المعيار في القانون ، مصدر سابق، ص ٢٥، وكذلك سه ركه وت اسماعيل هه ورامي ، الحقيقة التقديرية ، مصدر سابق ، ص ١٣٦ .

(٢) د. محمد شتا ابو سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة، مصدر سابق ، ص ١٥٠، وكذلك د. احمد عبد الدائم ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١، منشورات جامعة حلب ، ٢٠٠٣، ص ٢٨١ .

(٣) د، عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام- مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٩٤ . وكذلك د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ط ٣، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦٩ ، ص ٤٩٦ .



## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

يستخلص مفهومها عن طريق التفسير والاجتهاد الذي لا يعتمد على أي معيار سواء كان ذاتي أو غير ذاتي<sup>(١)</sup>.

وفي هذا المقام لا بد أن نبين أن الضرر القابل لإثبات العكس يعتبر تجسيداً للمعيار الشخصي، وذلك لأن المشرع قد اعطى إلى الارادات التعاقدية دوراً في إثبات عكسه، وهذا يعني أنه قد راعى تفاصيل الأمور الجزئية وأنه قد أخذ بنظر الاعتبار بقصد الأطراف إضافة إلى حسن نيتهم، مما يعني أنه يتفق مع الإرادة الحقيقية للشخص محل الاعتبار مما يجعله أداة لتحقيق العدالة إلا أن المقصود بالعدالة هنا هي عدالة الحالة محل البحث.

إلا أننا في الواقع إذ نظرنا إلى ذلك المعيار الشخصي فلا نجده معيار ذاتياً محضاً إنما هو محدد بمعايير موضوعية أخرى يستدل عليها من خلال المظاهر المادية سواء كانت تلك المظاهر عبارة عن وقائع أو سلوك للمدعى عليه، ونتيجة لذلك فإن مجال المعيار الذاتي في نطاق المسؤولية المدنية يكون ضيقاً فهو يقتصر على الحالات التي يريد فيها القانون حماية شخص معين بناء على اعتبارات أخلاقية في الأصل إضافة إلى أن العدالة تقتضي وجود هذا النوع من المعايير من أجل إعطاء كل ذي حقه<sup>(٢)</sup>.

لذلك فإن المشرع قد منح إلى القضاء سلطة التدخل في تقدير تلك المعايير ففهم الوقائع والقانون هما أول نشاط ذهني يقوم به القاضي، من أجل التوصل إلى معرفة نوع التقدير أن كان موضوعياً أو شخصياً، ويتم ذلك عن طريق فهم المصلحة التي يريد المشرع حمايتها فمن خلال سلطة القاضي التقديرية يقوم بترجيح مصلحة على أخرى ومن خلال طبيعة تلك المصلحة يتم تحديد نوع التقدير، فإن كانت المصلحة محل الحماية هي المصلحة العامة فإن تقدير مضمون القاعدة القانونية سوف يكون تقديراً موضوعياً أما إذا خلص القضاء إلى عد المصلحة محل الحماية هي من المصالح الخاصة بشخص أراد القانون حمايته فإن تقدير مضمون القاعدة سيتم وفق منظورا شخصياً، إلا أن ما يقوم به

(١) د. محمد شتا ابو سعد، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة، مصدر سابق، ص ١٥١، وكذلك د. علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية، مصدر سابق، ص ١٤٥.

(٢) فارس حامد العجرش، فكرة المعيار في القانون، مصدر سابق، ص ٦٤-٦٥، وكذلك د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، ط١، مطبعة عويدات، ١٩٨٠، ص ٢٠٧.



القضاء ليس مسألة اختيار عقلي محض إنما هناك اعتبارات جوهرية لا تنفصل عن الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها السياسة التشريعية<sup>(١)</sup>.

واخيراً وما يجدر الإشارة له أنه وأن كان المعيار الموضوعي هو أهم أدوات المشرع لافتراض الضرر للأسباب المبينة آنفاً، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يتم اعتماد هذا المعيار من قبل الأطراف، وكذلك الحال بالنسبة للمعيار الشخصي.

### الفرع الثاني

#### حدود سلطة الأطراف في افتراض الضرر

أن للإرادة دور في افتراض الضرر كما بينا آنفاً، وذلك لما للأطراف من حرية في تضمين العقد ما شاءوا من الشروط وذلك من منطلق العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن تلك الحرية في افتراض الضرر ليست مطلقة وأن لم ينص القانون على ذلك صراحة إلا أن ذلك ما تقضي به القواعد العامة من تقييد لحرية الأطراف في تحديد نطاق المسؤولية المدنية بعدم التعسف احد الأطراف في استعمال الحق الممنوح له بموجب القانون.

وإذا كان القانون قد منح الافراد حقوقاً ، فإن انحرافها عن الحدود القانونية المقررة لها يعد تعسفاً موجباً للتعويض عمّا سببته من ضرر<sup>(٢)</sup>، وقد عالجت التشريعات محل المقارنة حالات التعسف في استعمال الحق، فنص القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup> في المادة (٦) على:

(١) سه ركه وت اسماعيل هه ورامي ، الحقيقة التقديرية ، مصدر سابق ، ص ٣٥، وكذلك د. حامد زكي ، التوفيق بين القانون والواقع \_دراسة في فلسفة القانون والواقع ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، ع٥، بدون سنة نشر ، ص٢٦٠.

(٢) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام\_ مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٤٦١، وكذلك د. سمير تناعو ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٤٣.

(٣) وتقابلها المادة (٤) من القانون المدني المصري والذي ينص على ان ( من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ من ضرر ) ، اما بالنسبة الى الفقه الامريكى فقد عرف التعسف بانه استخدام الحق على نحو اعتباطي مما يؤدي للأضرار بالغير ،

abuse of rights definition, Law Insider, the link

<https://www.lawinsider.com/dictionary/abuse-of-rights> )) Accessed at (07-09-2022).



"الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر"، ويعدّ النص بمثابة القاعدة العامة فيما يتعلق باستعمال الحقوق وما ينشأ عن ذلك من ضرر إذا كان استعمال الحق غير جائز، كما نصت المادة (٧) من نفس القانون (١) على ان: "١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان ٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية: أ\_ إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الأضرار بالغير ب\_ إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ج\_ إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة"، وبذلك يتبين أن المشرع لم يضع مبدأً عاماً يحكم التعسف إنما حدد لحالات التي يتوافر فيها التعسف عن طريق وضع معايير تدرج ضمنها جميع الحالات التي يعتبر بها الأفراد قد تعسفوا في استعمال حقهم (٢).

ونتيجة لذلك يمكن اعتبار التعسف في استعمال الحق من الضوابط التي تقيد الحريات التعاقدية وتضع لها الحدود، وذلك لأنها مرتبطة بفكرة الحق بصورة ملازمة ومكتملة لها لأن فكرة التعسف في الواقع هي المقوم والمصحح لفكرة الحق فبدونها وبدون ما تحققه من رقابة على استعمال الحقوق تبدو فكرة الحق بما تعنيه من امتياز واستثنائات اهلاً لما تعرضت له من انكار، فبفضلها نستطيع تأكيد استبقاء فكرة الحق باعتبارها من الأفكار الأساسية في

---

(١) وتقابلها المادة (٥) من القانون المدني المصري مطابقة لها بنفس النص. الا ان المشرع المصري استبدل مصطلح غير الجائز في النص اعلاه بمصطلح غير المشروع، الا ان ما تقوله الاعمال التحضيرية المصرية ان المشرع ارادة تجنب مصطلح التعسف لسعته وابهامه الا ان في الواقع فإن المصطلح اعلاه ادى الى نزاع ما بين الفقهاء حول طبيعة التعسف، وهو نزاع اشد مما لو كان قد استعمل لفظ التعسف وبالخصوص ان لفظ التعسف مع عمومته وغموضه وعدم دقته يعتبر الوصف المناسب لاستعمال الحق ولا سيما ان المعايير الواردة في النص ترفع ذلك الابهام والغموض.

(٢) يختلف التعسف في استعمال الحق عن الخروج عن حدود الحق في ان الاخير تتعلق بالحدود المادية والموضوعية في حين ان التعسف يتحقق رغم عدم الخروج عن حدود الحق وانما يكون داخل نطاقه ومضمونه في حين ان الخروج عن الحق لا يكون الا خارج حدود الحق ونطاقه ، فالفرق واضحاً ما بين الاثنين بينما يكون الاول مشروعاً في ذاته ولكنه معيب في غرضه او نتيجته يكون الثاني غير مشروعاً في ذاته اصلاً ، د، حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، مصدر سابق ، ص٧١٨، وبذات المعنى اخذ القانون الامريكي ينظر في ذلك :

Joseph Perillo, Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept, Pacific Law Journal, Vol. 27, 1995, Page 45.





النظام القانوني دون الحاجة إلى الغائها أو تحويلها إلى فكرة واجب ووظيفة اجتماعية خالصة<sup>(١)</sup>، ومن هذا المنطلق تعد الحرية التعاقدية من ضمن الحقوق الممنوحة إلى الأفراد من أجل الوصول إلى الغايات التي ابتغوها التي من الممكن أن يتعسف أحد الأطراف في استعمال تلك الحقوق.

أما في نطاق افتراض الضرر ومجاله وعندما يكون للاتفاق دور في ايجاده، فمن الممكن أن تغالي إرادة الطرفين أو أحدهما من أجل تحقيق المنفعة أو المصلحة المشروعة المراد تحقيقها من ذلك الاتفاق إلى حد المساس بمصالح اسمي، التي قد تكون منها مصلحة الطرف الآخر، وهذا ما يمكن أن يظهر في عقود نقل الأشخاص فالناقل الذي يتأخر في إيصال الراكب إلى المكان المتفق عليه وفي الموعد المحدد يعتبر مجرد التأخير سبباً كافياً لمسألة الناقل والحكم عليه بالتعويض لأن مجرد التأخير يعد قرينة على أن الراكب قد أصابه ضرر، إلا أنها قرينة قابلة لإثبات العكس، فمن حق الناقل أن يقيم دليل على أن الراكب لم يلحقه أي ضرر أو أن الضرر راجعاً إلى خطأ الراكب أو إلى قوة قاهرة<sup>(٢)</sup>، ومن هذا المنطلق يمكن أن يشدد الناقل من شروط النقل لحد التخلي عن أي حدث من الممكن أن يحصل فيكون قد تعسف في استعمال الحق الذي قد منح له<sup>(٣)</sup>، وبناء عليه قد نص المشرع في قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ في المادة (١٠) على: "يسال الناقل عن الأضرار التي تصيب الراكب اثناء تنفيذ عقد النقل . ويبطل كل اتفاق يقضي بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من هذه المسؤولية"، ويعتبر هذا الحكم من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه فكل شرط بالإعفاء يعتبر باطلاً<sup>(٤)</sup>.

(١) د. حسن كيرة ، المصدر نفسه ، ص ٢٢٤، وكذلك د. ايمن ابو العيال ، د. فواز صالح ، مصادر الالتزام ، مصادر الالتزام ، جامعة دمشق ، ٢٠٠٧، ص ٢٨٨.

(٢) نصت المادة (١١) من قانون النقل على: "لا يجوز للناقل ان يدفع مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي يصيب الراكب الا اذا اثبت ان ذلك الضرر يرجع الى خطأ الراكب او الى قوة قاهرة ناتجة من عوامل خارجية لم تتبع من دائرة نشاط الناقل ولم يكن في الامكان توقعها او تلافي اثارها".

(٣) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني \_الضرر، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

(٤) د. مجيد حميد العنبيكي ، قانون النقل العراقي ، منشورات البحوث القانونية \_ بغداد، ١٩٨٤، ص ٨٧، وكذلك د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري - القسم الاول ، مكتبة السنهوري، ٢٠١٥، ص ٢٢٣.



أما فيما يتعلق بالشرط الجزائي الذي يعد من أبرز التطبيقات للموضوع محل الدراسة، فكما بينا سابقاً بأنه تعويضاً اتفاقياً يتفق عليه المتعاقدان بصورة مقدمة وبمقتضى الحرية التعاقدية يتم تقديره بصورة جزافية، لذا قد يكون في اغلب الحالات اكبر من الضرر الحقيقي الذي يصيب الدائن فيكون قد تعسف في استعمال ذلك الشرط<sup>(١)</sup>، لذا وعلى سبيل الاستثناء تُمنح سلطة إلى القضاء من أجل تعديل مضمون ذلك الاتفاق بما يتناسب مع الضرر الذي سببه الاخلال بالالتزام للدائن، واعتبرت هذه الصلاحية من النظام العام لا يمكن الاتفاق على سلبها أو تعديلها، عن طريق إثبات من قبل المدين أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام قد نفذ في جزءاً منه<sup>(٢)</sup>.

أن الهدف الاقتصادي للعقد والقاعدة الأخلاقية يتطلبان بالضرورة التعادل والتناسب بين الاداءات ويشكلان أساساً لمبدأ العدالة العقدية التي قد تعتبر أيضاً من الضوابط التي تحكم الإرادة، فالعدالة العقدية تستند إلى فكرة التبادل وتتجسد في البحث عن التوازن بين الالتزامات التعاقدية<sup>(٣)</sup>، على اعتبار أن العقود بصورة عامة قائمة على المنافع المتبادلة فاذا تلقى المتعاقد مقابلاً عادلاً لما منحه للطرف الثاني امتاز العقد بالتناسب بين الاداءات، سواء كان ذلك من حيث محل المنفعة أي العقد أو الشروط المتفق عليها بين الطرفين، لأن أي شرط يخالف القانون أو النظام العام أو يخل التوازن العقدي يؤدي إلى فقدان التناسب

(١) د. منصور حاتم محسن ، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي -دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، م٧ ، ع٤ ، ٢٠١٥ ، ص١٦٥ ، وكذلك د. احمد عبد الدائم، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص٢٨٩ .

(٢) د. هشام ابراهيم توفيق ، التعويض الاتفاقي ، مصدر سابق ، ص١٥٦ ، وكذلك د. محمد صبري السعدي، احكام الالتزام ، مصدر سابق، ص٨٩ . وكذلك د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام -اثار الالتزام، ج٢، دار النهضة العربية ، ١٩٦٨ ، ص٨٧٦ .

(٣) وهذا ما أشار اليه الفقيه الفرنسي جاك غستان ( صحيح ان مبدأ سلطان الارادة مبدأ يقضي احترام ما اشترطه المتعاقدان من بنود في العقد ، الا ان المنفعة والعدالة تشكلان اساسا للقدرة الملزمة للعقد والبحث في القانون الوضعي عن المنفعة والعدالة يبرر القوة الملزمة للعقد ويحدد شروطها وحدودها ، بعبارة اخرى هو يحدد نظام العقد بأكمله ، فالعقد لا يتمتع بالقوة الملزمة الا لأنه نافع وعدل أي متوافق مع العدالة التعاقدية مما يعني بطريقة غير مباشرة ان العقد يجرى عن قوته الملزمة اذا لم يكن نافعاً اجتماعياً او اذا لم يحترم العدالة التعاقدية التي تقضي بالتوازن بين الاداءات ) . جنيف فيني ، المطول في القانون المدني -المدخل الى المسؤولية ، ترجمة د. عبد الامير ابراهيم شمس الدين ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠١١ ، ص١٣٧ .



بين الاداءات، مما يؤدي إلى عدم تحقق العدالة العقدية الذي تقتضي بالضرورة تدخل من قبل المشرع من أجل إعادة التوازن العقدي، وهناك من يذهب إلى أن تحديد التناسب يجري وفق مرحلتين أن يكون ضرورياً وأن لا يكون مبالغاً فيه نسبة إلى وظيفته، والتوازن العقدي سيتحقق اذا كان البند ضرورياً لأثر العقد ولم يكن مبالغاً في تحديده، وأن مراقبة تناسب البند تسمح بالمحافظة على المنفعة المتبادلة للمتعاقدين، وهذا يقتضي البحث عن هدف البند، لأن ادراج كل بند في العقد لا يكون إلا لسبب معين لا بد من البحث عنه بهدف إعطاء البند معناً ومضموناً<sup>(1)</sup>.

وعليه فإن تنظيم العقود من حيث التكوين ينبغي أن يتضمن تناسبا موضوعياً يحدده القانون، وليس تناسب ذاتياً مؤسس على إرادة المتعاقدين، فأراد المشرع لها دور كبير في تخفيف من اللامساواة بين المتعاقدين ولكن ذلك لا يعني غياب أي دور للإرادة انما يعتمد التناسب على الربط بين الظروف المتبادلة في العناصر الذاتية والموضوعية المكونة للعقد، وهذا يدخل ضمن نطاق عمل القضاء فهو من يبحث عن التوازن العادل بين المصالح والحقوق بحيث لا يؤدي إلى اثناء طرف على حساب طرفاً آخر<sup>(2)</sup>.

من ذلك يتبين أن العدالة العقدية أساساً للالتزام إذ أصبحت مع الإرادة هي القوة الملزمة للعقد لأن العدالة هي أساس نظرية الالتزام ويمتد هذا الأساس إلى حياة العقد ليصح مذهب الإرادة، فإن كان للإرادة دور في خلق وتعديل وانقضاء الرابطة العقدية إلا أن تلك الإرادة ليست ذات سيادة فلا يمكن استعمالها فيما ينافي العدالة ويضر بمصلحة المجتمع، فالعدالة فوق الإرادة فلم تمنح الحرية للأفراد إلا بما ينسجم مع تحقيق العدالة،

---

(1) جال غستان ، المطول في القانون المدني \_ تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، ط ١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٣٩ نقلا عن د. منصور حاتم منصور، العدالة العقدية - دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، م ٢٥ ، ع ٦٤ ، ٢٠١٧ ، ص ٢٥٨٧ .

(2) Pour plus de détail، voir Molfessis (N) ، le principe de proportionnalité et l'exécution de contrat، petites affiches du /1998. N° 117. P. 2

نقلا عن د. زمام جمعة ، العدالة العقدية في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة الجزائر ، ٢٠١٤ ، ص ٢٠٥ .



فالإرادة أداة لخدمة العدالة في نطاق العقد فأصبح العقد مع وجود العدالة العقدية هو وضع تجانسي لا يمكن أن يتحقق احد منهم بمعزل عن الآخر<sup>(١)</sup>.

وبناء على ما سبق وبموجب المكنة التي تمنح من قبل المشرع إلى الإرادات التعاقدية من أجل تفعيل الأحكام الخاصة بافتراض الضرر عن طريق إبرام العقود وتبادل الاداءات، التي قد تحمل بين طياتها مخاطر حدوث حالات عدم التوازن العقدي بناء على استئثار احد الأطراف على حساب الآخر، لذلك كان تدخل القانون واجباً من أجل إعادة العدالة العقدية التي يتطلبها روح القانون ومن أجل تحقيق التوازن والتناسب ما بين المتعاقدين إضافة إلى تحقيق الأهداف الاجتماعية والاقتصادية للعقد.

### المبحث الثاني

#### تطبيقات افتراض الضرر

لا يمكن إكمال الإطار العام لفكرة الضرر المفترض من دون التطرق إلى الجانب العملي وذلك بدراسة أبرز التطبيقات التي من الممكن أن تعزز وجوده ، وعند التمعن في النصوص التي تقر امكانية افتراض الضرر كان لزاماً أن تصنف تلك التطبيقات وفق اسس فنية يراعى فيها الجانب الأبرز والاكثر وضوحاً لبيان أن تلك الفكرة لا تقتصر على جانب واحد ، وعليه فإن أبرز ما يمكن الإجابة عليه في هذا المبحث يدور حول سؤال يتلخص، بما هي الجوانب التي يمكن أن تندرج تحتها تطبيقات الضرر المفترض ، ولأجل ذلك قسمنا هذا المبحث على مطلبين ضم المطلب الأول أبرز التطبيقات الضرر المادي المفترض ، أما المطلب الثاني فقد ضم أبرز التطبيقات الضرر المعنوي المفترض.

(١) د. عبد الرحمن عياد ، اساس الالتزام العقدي ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بدون سنة طبع ، ص ١٣٧.



## المطلب الأول

### تطبيقات الضرر المادي المفترض

إن لافتراض الضرر في القانون المدني تطبيقات يمكن لنا أن نلتمس المواطن التي افترض المشرع فيها الضرر وأعفى المتضرر من إثباته وإن كان ذلك بدرجات متفاوتة، فهذه تطبيقات جاءت في ثنايا القانون ولعل اشد هذه المواطن هي التعويض القانوني (الفوائد) والتعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) الذي سنبحث به الافتراض في جانبه المادي وعليه سنخصص لكل منهما فرع مستقل وعلى النحو الآتي :

## الفرع الأول

### التعويض القانوني (الفوائد)

يتكفل القانون في بعض الأحيان بتقدير مبلغ التعويض للدائن عمّا يصيبه من ضرر الناتج عن اخلال المدين بتنفيذ التزامه، ومن تلك الحالات التي يتحدد بها مقدار التعويض هي حالة ما اذا كان المحل هو مبلغ من النقود وقت نشوء الالتزام، والتعويض الذي يقدره القانون في هذه الحالة هو مقدار الفائدة للمبلغ الواجب دفعه عن المدة التي تأخر فيها المدين في الوفاء<sup>(١)</sup>.

وتعرف الفوائد بانها: مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه على سبيل التعويض عن التأخير في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له، أو بمقابل انتفاعه بمبلغ من المال في عقد من عقود المعاوضة<sup>(٢)</sup>، أما في القانون الأمريكي فقد عرف الفائدة بانها مقدار من النقود يمثل تعويضاً عن انتهاك العقد أو بسبب ضرر ناجم عن عدم دفع

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص٤٨، وكذلك د، حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصدر سابق ، ص ٣٥٩.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص٧٤ وكذلك د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، مصدر سابق ، ص٦٧٢.



## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

مبلغ المال المستحق عن العقد<sup>(١)</sup>، ويتضح من ذلك أن الفوائد على نوعين: أولهما الفوائد التأخيرية أو الفوائد الجزائية<sup>(٢)</sup> وهي الفوائد التي تستحق عند التأخير في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود أيا كان مصدر هذا الالتزام، عقد أو إرادة منفردة أو عملا غير مشروع أو كسباً دون سبب أو نص في القانون ، وأن هذا الالتزام يتميز بأنه قابل للتنفيذ العيني دائماً ولا محل للمطالبة فيه عن التعويض عن عدم التنفيذ وإنما تقتصر المطالبة عن التأخير في تنفيذ وهذا، ما أفادت به المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي التي نصت على: "إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً أن يدفع لل دائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية . وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها أن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

أما الثانية فهي الفوائد التعويضية التي تُستحق مقابل انتفاع المدين بمبلغ النقود التي غالباً ما يكون العقد مصدرها كالفوائد التي تستحق على المقرض مقابل انتفاع بمبلغ القرض، وهو ما يخرج من نطاق دراستنا، وبناء على ذلك فإن خروج المشرع عن القواعد العامة بشأن تقدير التعويض ينبغي عدم الاقدام عليه إلا في حالات يكون فيها ما يبرر هذا

(1 ) Dictionary Definitions, Free Online Dictionary of Law Terms and Legal Definitions, the link:

((<https://legaldictionary.lawin.org/moratory-interest/>)) , Accessed at (07-08-2022).

(٢) وتسمى أيضاً تلك الفوائد في القانون الأمريكي بالفوائد الجزائية أو فوائد التخلف عن السداد، وتستخدم للفوائد العالية التي يفترض على الطرف دفعها في حالة عدم قيامه بدفع الدين ، وكذلك لا بد من الاتفاق على وجوب تلك الفوائد في العقد

Julia Kagan, Default Rate, investopedia, 2020, the link:

((<https://www.investopedia.com/terms/d/defaultrate.asp#:~:text=The%20default%20rate%20is%20the,regular%20payments%20on%20a%20loan.>)) , Accessed at (07-8-2022).



## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

الاجراء، بحيث يكافئ ذلك التبرير الضرر الذي ينجم عن جعل تلك النصوص التشريعية جامدة مهما اختلفت الظروف وتفاوت الضرر في كل حالة<sup>(١)</sup> .

ولعله من المفيد أن نؤكد أن أي التزام محله مبلغ من النقود يدخل في نطاق هذا التطبيق لأن العبرة بمحل الالتزام لا بمصدره، فإذا ترتب في ذمة شخص دين وتأخر في سداده عن الموعد المحدد تحققت المسؤولية المدنية ولكن وفق الخروج عن القواعد العامة المتعارف عليها، الذي تقتضي بافتراض وقوع الضرر افتراضاً غير قابل لإثبات العكس بمجرد تأخر المدين عن الوفاء بالمبلغ الذي بذمته، فإن ذلك يحدث ضرر فلا الدائن بحاجة إلى إثبات وقوعه ولا المدين يستطيع نفيه<sup>(٢)</sup>، وهذا ماكدته نص المادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي على: "لا يشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية القانونية كانت أو الاتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير"، وهذا يرتب أيضاً وبصورة تلقائية أن تكون العلاقة السببية مفترضة وغير قابلة لإثبات العكس، ولكن بشرط أن يكون التأخر في تنفيذ الالتزام جاء بخطأ من المدين ودون أن يكون هناك سبب اجنبي حال دون التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

ومن ذلك يتبين أن الشروط التي تخص المسؤولية المدنية من الممكن أن تتحور لتتخصص بشرطين اثنين لا بد من توافرها عندما يكون محل الالتزام هو دفع مبلغ من النقود

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية الالتزام - الاثبات - اثار الالتزام، مصدر سابق ، ص ٨٨٠، وكذلك د. مصطفى

احمد ابو عمرو ، موجز في احكام الالتزام، مصدر سابق ، ص ٦٠، وكذلك

Merriam-Webster's Dictionary of Law 1996. Merriam-Webster, Incorporated the link:

<https://www.merriam-webster.com/legal/moratory> Accessed at (30-8-2022).

(٢) وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها (ان هناك نوعين من الفوائد التأخيرية لتعويض عن التأخير في الوفاء بمبلغ من النقود وتعويض الضرر الذي يفترض القانون وقوعه كنتيجة مباشرة لتأخر المدين في الوفاء بالتزامه ، والفوائد التعويضية يلتزم بها المدين بناء على اتفاق بينهم وبين الدائن مقابل انتقاعه بمبلغ من النقود يكون في ذمته للدائن ولم يحل بعد اجل استحقاقه ) طعن رقم ٦٩٣٤ لسنة ٧٤ قضائية بتاريخ ٢٠١٤/١٦/٢٣ منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية على الرابط

[https://www.cc.gov.eg/judgment\\_single?id=111286228&&ja=93744](https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111286228&&ja=93744)، بتاريخ الزيارة

٢٠٢٢/١١/١٨.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه ، ص ٨٨٧-٨٩١، وكذلك د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام \_

احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٨٥.



ليستحق بعد ذلك الفوائد التأخيرية، أولهما أن يكون محل الالتزام مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب وذلك لأن اذا لم يكن المبلغ محدد وقت نشوء الالتزام فلا يسري عليه حكم الفوائد القانونية إضافة إلى أن تحديد مقداره لا بد أن يكون قائماً على أساس ثابت لا يكون للقاضي معها سلطة تقديرية، إلا أن ذلك لا يعني منع سريان الفوائد عن كل التزام يكون محلاً للمنازعة بل أن الفوائد تسري طالما اقتصر دور القاضي في حسم النزاع على اتباع أساس ثابت ولا يملك بمقتضاها سلطة تقديرية واسعة<sup>(١)</sup> .

وثانيهما أن تكون هناك مطالبة قضائية<sup>(٢)</sup>، يلاحظ أن المشرع قد اشترط المطالبة القضائية لسريان الفوائد ولم يكتفِ بالأعذار والسبب في ذلك هو أن الفوائد تعد صورة من صور الربا التي أراد المشرع تجنب حدوثها<sup>(٣)</sup>، ولم يكتفِ المشرع بالمطالبة بأصل الدين فقط إنما اشترط المطالبة بالفوائد أيضاً في عريضة الدعوى<sup>(٤)</sup>، فإن لم يذكر الفوائد مع اصل

---

(١) د. محمد حسين منصور، احكام الالتزام، مصدر سابق ، ص ٩٠. وكذلك فرحان محمد جاسم الجنابي، الضرر في المسؤولية المدنية ، مصدر سابق ، ص ١٩٦ .

(٢) وهذا ما قضت به المادة ١٧١ في عبارتها الأخيرة والتي قضت بأن: " وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

(٣) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية (بان حقيقة التعويض عن طريق الفائدة القانونية والفلسفة الأخذ بها من قبل المشرع العراقي في المادة ١٧١ من القانون المدني تتبع من كراهية المشرع للربى مما جعله يتدخل لتحديد سعر للفوائد من خلال وضع حد اقصى للسعر الفوائد القانونية والتي تكون ٤% في المسائل المدنية و ٥% في المسائل التجارية عند سكوت المتعاقدين عن تحديدها.....) قرار محكمة التمييز المرقم ٣٩١ ١ ٣٨٩ الهيئة الموسعة المدنية بتاريخ ٢٠١٨/١٢/١٨ قرار منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الاعلى وعلى الرابط <https://www.hjc.iq/qview.2429>، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١٧/٢٠ .

(٤) نصت المادة ١٢٣١-٧ من قانون العقود الفرنسي ( يستتبع الحكم بالتعويض في جميع الاحوال ، سريان الفوائد بالمعدل القانوني حتى في غياب أي طلب او أي نص في الحكم . مالم يوجد نص مخالف في القانون ، وتسري الفوائد من تاريخ النطق بالحكم ما لم يقرر القاضي غير ذلك) بذلك يتبين ان المشرع الفرنسي يقضي بالفوائد حتى في حالة عدم المطالبة بها من قبل الدائن الا اذا وجد نص يمنع ذلك على عكس من موقف المشرع العراقي والمصري المبين اعلاه ، اذ ان تلك الفوائد يلزم بها المدين بمجرد النطق بالحكم الا اذا قرر القضاء غير ما ورد في النص .





## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

الدين و اراد أن يقدم في اثناء نظر الدعوى طلبا إضافيا بالفوائد فعلى المحكمة أن ترد طلبه وأن يرفع دعوى مستقلة للمطالبة به ولا تسري تلك الفوائد إلا من تاريخ الدعوى الأخيرة<sup>(١)</sup>.

إلا أن قاعدة المطالبة القضائية ليست من النظام العام أي يجوز الاتفاق على جعل تاريخ سريان الفوائد القانونية ليس من تاريخ المطالبة القضائية، وإنما يتحدد وفق ما نصت عليه الاتفاقات التعاقدية ، أو ما جاء به العرف التجاري ، أو وفق ما نص عليه القانون نفسه في حالات خاصة معينة<sup>(٢)</sup> .

أما بالنسبة إلى الفائدة التي يستحقها الدائن عند التأخر في تنفيذ الالتزام فإن المشرع لم يجعل إلى القضاء سلطة في تقديرها لأنها لم تحدد وفق وجود الضرر أو وقوعه، وإنما حددت بصورة ثابتة وبنسب معينة على اعتبار أن المقياس الذي يحدد وفقه مقدار التعويض قد افترض من قبل المشرع (افتراض الضرر)، لذلك فقد حدد المشرع سعر الفائدة التأخرية في المادة (١٧١) بمقدار (٤%) في المسائل المدنية، و(٥%) في المسائل التجارية ولا يجوز المطالبة بزيادة أو نقصان عن الفائدة الواجبة مهما كانت قيمة الضرر الحقيقي كقاعدة عامة ، إلا أن الاستثناء من ذلك جاء بمقتضى نص الفقرة (٢) و (٣) من المادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup>، إذ اجازة إلزام المدين بتعويض تكميلي إذا اثبت أن الضرر يجاوز الفوائد وأن المدين قد تسبب به بسوء نية<sup>(٤)</sup>، كما لو أن المدين قد تعمد التأخير في الوفاء

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٥٢، وكذلك د. احمد السعيد الزقرد ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٥٤.

(٢) د. سمير تناغو ، احكام الالتزام والاثبات ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط١ ، ٢٠٠٩ ، ٢٥٥ ، وكذلك ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، مصدر سابق ، ص ٦٧٦.

(٣) تطابق ف ٢ من المادة اعلاه المادة ٢٣١ من القانون المدني المصري ، اما ف ٣ فتطابقها المادة ٢٢٩ من نفس القانون.

(٤) نصت المادة ١٢٣١-٦ من قانون العقود الفرنسي على ( يتمثل التعويض المستحق بسبب التأخر في الوفاء بالالتزام بمبلغ نقدي في دفع الفائدة بالمعدل القانوني والتي تحسب من تاريخ الاعذار ويكون هذا التعويض مستحقا دون ان يكون الدائن ملزما بأثبات اية خسارة لحقت به ويحق للدائن الذي سبب له مدينه المتأخر بسوء نيته ضررا مستقلا عن هذا التأخر ان يحصل على تعويض مستقل عن فوائد التأخير) يتضح من النص ان المشرع اشترط حساب الفائدة من تاريخ الاعذار على عكس من موقف المشرع العراقي والمصري وان اختلاف المواقف ما بين القانونين سألني الذكر يرجع الى ان المشرع الفرنسي لا يئبه الى الربا الذي قد يحدث من تلك الفوائد اذ ان الضرر في تلك المادة قد



## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

لتقويت صفقة على الدائن كان من شأنها أن تدر عليه ربحاً يفوق الفوائد، وعلى العكس من ذلك فإن الفوائد سواء كانت قانونية أو اتفاقية يجوز تخفيضها اذا تسبب المدين بخطئه بإطالة امد النزاع كما يجوز عدم الحكم اطلاقاً عن الفوائد التي استحققت خلال المدة المطالاة بدون مبرر<sup>(١)</sup> .

أما فيما يخص الفوائد التأخيرية والاتفاقية فقد سمح المشرع الاتفاق على سعر أعلى من ما نصت عليه المادة (١٧١) ولكن بشرط عدم تجاوز ذلك السعر ٧% وإلا يجب تخفيضه ورد الفائض عن المقدار وهذا ما فادت به المادة ( ١٧٢) من القانون المدني العراقي<sup>(٢)</sup>، إلا أن الاتفاق على ما سبق ذكره بصورة صريحة يعتبر من الحالات النادرة لذلك فإن الغالب هو أن تأخذ تلك الفائدة تسمية أخرى لذلك احتاط المشرع ونص في الفقرة (٢) من المادة (١٧٢) من القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup> على: " وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن اذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض اذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن اداها ولا منفعة مشروعة".

وتأسيساً على ما سبق طرحه بشأن افتراض الضرر فإن الفوائد التأخيرية تعتبر احدي أبرز التطبيقات التي من الممكن أن تتجلى بها صورة الضرر المفترض وذلك لأسباب عديدة منها ما جاءت به نص المادة (١٧٣) بشأن استحقاق الفوائد التأخيرية دون الاعتماد على مقدار الضرر أي بدون حاجة الدائن إلى إثبات وقوعه لأن القانون تولى إثباته بصورة قطعية ومن دون أن يكون للمدين مكنة إثبات عكسه، وهذا أدى إلى نتيجة حتمية تمثلت في

---

افتراض ايضاً من قبل المشرع بموجب عدم اثبات أي خسارة من الممكن ان تلك الدائن ليستحق التعويض ، ولكن الشطر الاخير من نص المادة جاء مطابق لموقف المشرع العراقي والمصري بشأن الفوائد التكميلية .

(١) د. مصطفى جمال ، احكام الالتزام ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٣ ، ص ٢٠٠-٢٠١ ، وكذلك د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية الالتزام - اثبات - آثار الالتزام، مصدر سابق ، ص ٩١٢-٩١٧ .

(٢) والتي تقابلها المادة ٢٢٧ من القانون المدني المصري والتي تنص "يجوز للمتعاقد ان يتقنا على سعر اخر للفوائد سواء كان ذلك في مقابل تأخير الوفاء ام في حالة اخرى تشترط فيها الفوائد، على الا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة فاذا اتفقا على هذا السعر ، يجب تخفيضها الى سبعة في المائة وتعين رد ودفع زائد على هذا القدر".

(٣) تطابقها المادة ٢٢٧ من القانون المدني المصري.



تحديد مقدار التعويض الذي قد يستحقه الدائن من دون أن تكون للقضاء سلطة تقديرية ازاءه إلا في اضيق الحدود، وهذا أدى إلى الخروج عن قواعد المسؤولية المدنية ليصبح بذلك الضرر المفترض من الاستثناءات التي ترد على تلك القواعد.

### الفرع الثاني

#### التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

إذا كان الأصل هو أن يتم تقدير التعويض عن طريق القضاء إلا أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على تحديد مقدار ذلك التعويض عن طريق إرادة الأطراف التعاقدية، فيتفقان بصورة مقدمة على استحقاق التعويض للدائن أن لم يتم المدين بتنفيذ التزامه فيكون التعويض عن عدم التنفيذ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام فيكون التعويض عن التأخير وهذا الاتفاق المقدم يسمى دائماً بالشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي<sup>(١)</sup>.

فيعرف الشرط الجزائي على أنه اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه<sup>(٢)</sup>، وعليه فقد نصت ف ١ من المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup> التي تنص على: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام المواد ١٦٨ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨"، وعليه جاءت تسميته بالشرط الجزائي فهو شرط لأنه يدرج ضمن شروط العقد الاصلية ليقوم بعد ذلك استحقاق التعويض على

(١) د. مصطفى احمد ابو عمرو ، موجز احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٤٦، د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصدر سابق ، ص ٣٥١ وما بعدها .

(٢) د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام \_ احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ١٧٣، وكذلك د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني \_ الضرر ، مصدر السابق ، ص ٣٤٣.

(٣) تطابقها المادة ٢٢٣ من القانون المدني المصري ، اما بالنسبة الى قانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة ١٢٢٦ "على ان الشرط الجزائي هو ذلك الشرط الذي بموجبه يحدد الفريقان المتعاقدان بذاتهما وبصورة جازمة مقدار التعويض المتوجبة الاداء في حالة عدم التنفيذ" وكذلك نصت المادة ١٢٢٩ من نفس القانون على ان "التعويضات عن الاضرار التي تلحق بالدائن تكون من جراء عدم تنفيذ الالتزام الاصيلي".



أساسه وهو جزائي لأن القصد منه مزدوج فهو تعويض للدائن عمّا يصيبه من ضرر، اضم إلى أنه جزاء يفرض على المدين لعدم تنفيذ التزامه أو لإخلاله بتنفيذ التزام ترتب في ذمته أو لتأخير في تنفيذه، وقد ينطوي الشرط الجزائي على معنى التهديد ودون أن يكون طابعه عقابي والسبب في ذلك هو أن مبلغ التعويض يقدر عادة بصورة أكثر من الضرر الذي يصيب الدائن عند عدم التنفيذ أو التأخير في الوفاء به<sup>(١)</sup>، أما بالنسبة إلى القانون الأمريكي فقد كان يسمح من حيث المبدأ للأطراف بتضمين عقودهم شرطاً الجزائي ولكن بشرط أن لا يكون الجزاء مبالغاً فيه أو غير متناسب مع مقدار الضرر وإلا عد باطلاً، لتقوم المحاكم في هذه الحالات بالتعويض كأنما لم يكن هذا الشرط مذكوراً في العقد<sup>(٢)</sup>، وعليه قد عرف الفقه الأمريكي الشرط الجزائي بأنه هو نص يوضع الأطراف في عقودهم، يكون جزاء على الطرف الذي خالف التزاماته العقدية<sup>(٣)</sup>، أو ويعرف بأنه جزاء ذو طبيعة جسيمة ومالية في أن واحد، التي تكون مرتبطة بانتهاك أحد الأطراف لالتزاماته العقدية، وينطبق على مسائل

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه بشير ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٦٠، وكذلك د. هشام ابراهيم توفيق ، التعويض الاتفاقي ، مصدر سابق ، ص ١٦.

(٢) وما يجدر الإشارة له ان المحاكم الامريكية لا تفضل وجود الشرط الجزائي في العقد وهي غالبا ما تميل الى ابطاله حتى في تلك الحالات التي يثبت بها الاطراف معقولية الشرط ، وان الحالات القليلة التي تقبل فيها تطبيق هذا الشرط هي الحالات التي يصاغ فيها بدقة عالية جداً مع نسبة تعويض معقولة والا عدّ الاطراف منتهكين للعقد . ولا تعتبر المحاكم الامريكية ان الشرط الجزائي موجود بحسب رأي بعض الفقه الامريكي الا اذا :

١. تعلق الشرط بأضرار شبه محتملة او اكيدة وهذا يتطلب بدوره صياغة دقيقة للشرط والتي قد تكلف وقتاً وجهوداً كبيرة من قبل الاطراف .

٢. ان يكون الشرط عبارة دفع اموال في اوقات محددة تعويضا عن اضرار تعكس مخاطر تجارية عالية وفي كل الاحوال فإن حصول قوة قاهرة سيعدم قيمة الشرط فلا يمكن تنفيذه وان كان معداً بشكل الصحيح ، ينظر في ذلك

-Larry A. DiMatteo, Enforcement of Penalty Clauses: A Civil-Common Law Comparison, Internationales Handelsrecht, 2010, 01 Vol. 10; Iss. 5, page 194.

- Gerrit De Geest, Penalty Clauses and Liquidated Damages, Encyclopedia of Law & Economics, page 146-148.

(3) penalty clause, Legal Information institute, Cornell Law School, the link:

[\(\(https://www.law.cornell.edu/wex/penalty\\_clause#:~:text=A%20penalty%20clause%20is%20a,referred%20to%20as%20penalty%20clauses.\)\)](https://www.law.cornell.edu/wex/penalty_clause#:~:text=A%20penalty%20clause%20is%20a,referred%20to%20as%20penalty%20clauses.) , Accessed at (08-05-2022).



## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

عديدة ومتنوعة من بينها نقل الموجودات بدون قيمتها الحقيقية أو المبالغ المحتجزة أو الأسهم في حالات أخرى عديدة<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك فإن كان المجال التعاقدي هو المجال الأصلي الذي يعمل فيه ذلك الشرط، إلا أن ليس هناك ما يمنع من جواز اللجوء إليه في المسؤولية التصويرية بشرط إلا يرتب عليه اعفاء من هذه المسؤولية أو التخفيف منها وإلا اعتبر مخالف للنظام العام<sup>(٢)</sup>.

ويلجأ المتعاقدان إلى إيجاد ذلك الشرط لتقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه في حالة اخلاله بتنفيذ التزامه، فيتجنب بذلك تدخل القضاء أو التخفيف من تدخله في تقدير قيمة التعويض لأنه يعتبر بمثابة التسليم من قبل المدين بإخلاله في تنفيذ التزامه أو تراخيه فيه مما يرتب الضرر بالدائن وبالتالي يعفي الدائن من عبء إثبات الضرر وينقل ذلك العبء إلى عاتق المدين خلافا للقواعد العامة<sup>(٣)</sup>.

إلا أن وجود الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض، فلا ينتج منه التزام اصلي بالتعويض، وإنما ينتج منه التزام تبعي بتقدير ذلك التعويض بمبلغ معين، لذلك فإن الغاية التي تقصد منه انما هي حمل المتعاقد على تنفيذ الالتزام الأصلي، وعليه لا يكون الشرط الجزائي مقصودا لذاته لأنه ليس محل الالتزام الأصلي انما مجرد تعويض قدره المتعاقدين بصورة مقدما لافتراض أن الضرر قد وقع في تقديرهم<sup>(٤)</sup>.

(1) Damian Crosse, Practical implications of penalty clauses in English law, pinsent masons, the link:

[\(\(https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/practical-implications-penalty-clauses-english-law\)\)](https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/practical-implications-penalty-clauses-english-law) Accessed at (08-05-2022).

(٢) وهذا ما نصت عليه المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي ( يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل الغير مشروع ).

(٤) د. عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٤٠ ، د. هشام ابراهيم توفيق ، التعويض الاتفاقي ، مصدر سابق ، ص ١٩٤ .

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، الاثبات - اثار الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٨٥٤ ، وكذلك د. عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٣٤ ، وبذات المعنى اخذ الفقه الامريكي انظر الى :

N. Delwiche and R. Kennedy, Restatement (second) of Contracts, The Second Edition, USA, 2012, Page75.



ويستلزم لاستحقاق التعويض الاتفاقي توافر الشروط التي لا بد أن توجد في كل مسؤولية مدنية وأن كان هناك خروجاً عن تلك المسؤولية من حيث ركن الضرر بافتراض وجوده إلا أن ذلك الافتراض قابل لإثبات العكس عن طريق إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، اضم إلى ذلك لا بد من حدوث خطأ المتمثل بعدم تنفيذ الالتزام من قبل المدين، ووجود رابطة سببية ما بين الخطأ والضرر<sup>(١)</sup>، إلا أن هناك شرط إضافي يكون وجوده ضروري من أجل المطالبة بالتعويض والمتمثل بالأعذار، وذلك لأن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي بذاته لوضع المدين في موضع المتأخر في تنفيذ التزامه، أي بمعنى أن المدين لا يعتبر مسؤولاً عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه إلا إذا كان بسبب خطئه ويتحدد هذا التصرف الخاطيء عن طريق الاعذار والسبب في ذلك لأنه قد يحل أجل تنفيذ الالتزام ويسكت الدائن عن المطالبة بالتنفيذ فيعتبر بذلك متسامحاً مع المدين وأن أي ضرر لم يلحقه من جراء تأخر المدين في تنفيذ ما لزم به<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك إذا إراد الدائن من المدين أن ينفذ التزامه فعليه الانتظار حتى حلول الأجل ومن ثم اعذاره وفق الطرق القانونية، ليتثبت من التأخر الذي يستوجب التعويض وهذا ما فادت به المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي التي تضمنت أحكام بعض المواد من بينها المادة (٢٥٦) إذ نصت على: "لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم ينص القانون على غير ذلك"، إلا أن تلك القاعدة العامة ليست مطلقة لأن هناك بعض الحالات لا يشترط فيها اعذار المدين وهي حالات الاعفاء من الاعذار<sup>(٣)</sup>.

وبناء على ما سبق تأسيسه فإنه متى توافرت الشروط الخاصة بأعمال الشرط الجزائي وجب على القضاء الحكم بمقتضى ذلك التعويض من دون زيادة أو نقصان احتراماً

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، اثار الالتزام -الاثبات ، مصدر سابق ، ص ٨٥٥ ، د. محمد حسين منصور ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٧٨.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص ٥٣٣، د. محمد صيري السعدي ، احكام الالتزام، مصدر سابق ، ص ٨٧.

(٣) نصت المادة ٢٥٨ من القانون المدني العراقي على الحالات التي يعفي فيها المدين من الاعذار بحيث لا يكون هناك ضرورة لا يجاهه.



إلى ما ارتضته الارادات التعاقدية بشأن تقدير التعويض وأعمالاً لما للاتفاقات من قوة ملزمة تحول دون تعديلها إلا باتفاق الأطراف أو بنص في القانون لذلك فإن القاضي لا يملك بحسب الأصل تعديل قيمة ذلك الشرط ولا بد من تطبيقه كما هو إلا أن ذلك ليس إلا الأصل العام ، الذي يرد عليه بعض القيود والاستثناءات وذلك منعاً للمغالاة والتعسف في ايراد مثلاً ذلك الشرط سمح المشرع في حالات معينة إلى القضاء بالتدخل من أجل تعديل قيمة الشرط الجزائي<sup>(١)</sup>، وبقيود لا بد من ايرادها من أجل تدخل القضاء سواء كان بالزيادة عندما يكون الدائن قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً فلا يعتد بذلك الوقت بقيمة ما اتفق عليه المتعاقدان وإنما يلجأ القاضي إلى الزيادة من أجل جعله مساوياً إلى مقدار الضرر أو في حالة كون الشرط الجزائي على درجة من التقاهة بحيث يكون المقصود به هو الاعفاء من المسؤولية فيعتبر ذلك باطلاً فيلجأ القاضي إلى التعديل قيمة ذلك الشرط وفق القواعد العامة<sup>(٢)</sup>.

أما الحالات التي يخفض فيها القضاء من قيمة التعويض الاتفاقي فهي تتمثل في تنفيذ المدين لجزء من الالتزام الأصلي وبما أن الشرط قد وضع لحالات عدم التنفيذ فإن العدالة تقتضي أن يخفض ذلك الشرط بحسب نسبة ما نفذ من الالتزام، اضم إلى ذلك الحالة التي يكون الشرط قد بالغ به إلى درجة لا يتناسب مع مقدار الضرر الذي حدث فيتدخل القضاء من أجل تخفيض قيمة ذلك الشرط<sup>(٣)</sup>، وعليه قد نصت المادة ١٧٠ من

(١) د. سمير تتاغو ، احكام الالتزام والاثبات ، مصدر سابق ، ص ٢٥١-٢٥٢، وكذلك د. سعيد سعد عبد السلام ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٧٢، وكذلك د. محمد شكري سرور، الأحكام العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨ ، ص ١١٨.

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد ، الشرط الجزائي في التقنين المدني المصري والقانون الفرنسي الحديث، مصدر سابق ، ص ٣٢٠، د. حسن ذا النون، المبسوط في شرح القانون المدني -الضرر ، مصدر سابق ، ص ٣٤٢.

(٣) ان من ضمن التبريرات التي قد تقال بشأن تلك الحالة من التخفيض هي ان اذا كان محل الالتزام الاصلي مبلغاً من النقود فيكون المقصود من تلك المبالغة في قيمة الشرط هي اخفاء الفوائد الربوية فيتعين تخفيضها الى الحد القانوني ، اما في حالة كون محل الالتزام غير النقود فيكون في تلك الحالة من الشروط التهديدية ، اما في حالة التي يكون بها غير ما سبق فلا يمكن غير القول ان هناك تعسف قد وقع وان هذا الشرط الجائر قد اخطأ المتعاقدين فيه ، د. محمد حسين منصور ، احكام الالتزام ، مصدر سابق، ص ٨٣.



## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

القانون المدني العراقي "٢- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت المدين أن التقدير كان فادحا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة ٣- أما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا اذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً" وتعتبر الأحكام السابقة من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

إلا أن تدخل القضاء في تعديل قيمة الشرط الجزائي يكون اختياريا، والاختيار هنا يثبت إلى القاضي نفسه فهو الذي يقرر وفق ظروف الواقع ما اذا كانت العدالة تستوجب تعديل قيمة ذلك الشرط، اخذاً في الاعتبار بكافة ما يحيط الشرط من ظروف قانونية أو واقعية ، وبذلك يسمح للقاضي ليس فقط بتقرير مبدأ التدخل ذاته وإنما أيضا بتقرير مداه ، إلا أن ذلك لا يعني أن سلطة القاضي في نطاق التعديل تكون تلقائية وإنما لا بد من التقدم به عن طريق المدين المضروور من أجل تعديل قيمته<sup>(١)</sup>.

وفي الختام يعتبر الشرط الجزائي من أبرز تطبيقات الضرر المفترض القابل لإثبات العكس، فهو يعفي الدائن من عبء إثبات وقوع الضرر ونقله إلى عاتق المدين إلا أن المدين يستطيع التخلص منه عن طريق إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، وبذلك يعتبر خروجاً عن قواعد المسؤولية المدنية بشأن وجود الضرر ، إضافة إلى أن وجود شرط جزائي متفق عليه مقدماً يمنع من حدوث النزاعات التي يمكن أن تثور حول الضرر، من حيث وقوعه وعدمه ومن حيث اعتباره مباشراً أو غير مباشر ومتوقع وغير متوقع، وذلك لأن مجرد النص عليه يعتبر تسليماً من المدين بأن اخلاله بتنفيذ الالتزام يترتب عليه ضرر لدائن فيعفي بذلك الدائن من عبء إثبات الضرر.

(١) د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص ٦٣٣، وكذلك د. انور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، دار الجامعة الجديد ، ٢٠٠٥، ص ٣٦٩.





## المطلب الثاني

### تطبيقات افتراض الضرر المعنوي

سبق وأن بينا أن للضرر المفترض تطبيقات على وفق الجانب المادي في نصوص القانون المدني ، حري بنا الانتقال إلى الجانب المعنوي لتبيان هل من الممكن أن يكون للضرر المفترض تطبيقات على ذلك الجانب؟ وأن كانت كذلك كيف يمكن لنا أن نلتمس مواطن الافتراض به ، ولأجل ذلك سنقسم المطلب على فرعين، سنخصص الفرع الأول إلى التعويض عن التشهير، أما الفرع الثاني فسنعده إلى بيان التعويض عن الضرر المعنوي.

## الفرع الأول

### التعويض عن التشهير

إن التعويض عن التشهير في التشريع الأمريكي<sup>(١)</sup> كان الموقف فيه اكثر وضوحاً بالمقارنة مع التشريعات العربية ، وبالخصوص في افتراض الضرر الناجم عنه إذ يتجسد هذا الافتراض بقاعدة (التعويضات المفترضة) وعلى الرغم من الانتقادات الموجه لها، إذ ترفض العديد من الولايات أن يكون هناك تعويض بدون إثبات فعلي بوقوع الضرر، إلا أن فكرة التشهير ظلت مؤسسة على تلك القاعدة في الولايات المتحدة، التي تسمح للمدعي المشهر به أن يسترد الأضرار التي لحقت بسمعته أو الألام التي قد سببت له دونما الحاجة إلى إقامة الدليل على أن هناك ضرر فعلي قد حدث، وتعتبر قاعدة التعويضات المفترضة من

(١) ينتمي القانون الأمريكي الى المدرسة الأنكلو- امريكية وهي من المدارس العملية القائمة على السابقة القضائية وهذه الاخيرة هي من تلزم المشرع على تقنين الحكم القضائي الصادرة في تلك السابقة ، ومن ثم يصار الى تعميمها على كافة المحاكم مستقبلا حين تعرض دعوى من حيث الشروط والظروف من تلك السابقة ، فقرارات المحاكم هي المصدر الرئيسي لقواعد والحدود القانونية ، د. عبد المجيد الحكيم ، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلو- امريكي ، مع مقدمة عامة في التعريف في القانون المقارن وعلم الخلاف واهمية الدراسات المقارنة ، رقم الايداع المؤلف في دار الكتب والوثائق في بغداد ٤٣٥ لسنة ١٩٩١ ، ص ٨٤.



الاستثناءات التي ترد على قانون الضرر إذ أن تطبيقها يؤدي إلى تقييد في السلطة التقديرية لهيئات المحلفين إلى حد كبير لأنها مجبرة على منح تعويضات حتى في حالة عدم لحاق المدعي ضرر أو خسارة<sup>(1)</sup>.

وعديدة هي التطبيقات القضائية الأمريكية في المطالبة بالتعويض عن الضرر المفترض لفعل التشهير، ففي قضية Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc. (1985)، أصدرت المحكمة اراء تعددية<sup>(2)</sup>، وأشارت إلى أن إثبات الضرر الفعلي هو أمر مستحيل في أغلب الحالات، لذلك فهي تفرض وقوع الضرر نظرا لطبيعة الكلمات التشهيرية والظروف التي تم النشر بها و بناءً على ذلك فإن المحاكم سمحت لعدة قرون لهيئات المحلفين بافتراض أن بعض الضرر قد حدث نتيجة الاقوال والمطبوعات التشهيرية<sup>(3)</sup>.

كما وتشير تعليمات هيئة المحلفين في كاليفورنيا إلى أن القانون يفترض الضرر الذي لحق بسمعة المدعي، دون الحاجة إلى تقديم دليل كما يمكن منح المدعي مبلغاً يكون تقديره على نحو معقول لتعويض المدعي عن الأضرار التي لحقت بسمعة المدعي، إذ لا يوجد معيار محدد أو طريقة حساب معينة في القانون يتم بموجبها تحديد التعويض لذلك يتم

(1) Michael K. Steenson, op.cit, p1493.

(2) تُعرف القرارات التعددية بأنها تلك القرارات التي لا تستطيع فيها المحكمة ان تصدر رايًا واحدًا تؤيده غالبية القضاة ، الا ان في الواقع تحتوي القضايا ذات الآراء التعددية على ثلاثة آراء على الاقل اذ يعتمد كل منهم على نظريات قانونية مختلفة

(Define Plurality decisions are those in which the Court is unable to generate a single opinion that is supported by a majority of the justices. In fact, cases with plurality opinions have at least three opinions, each relying on different legal theories) Pamela C. Corley, Sommer, Amy Steigerwalt, And Artemus Ward, the justice system journal, vol 31, Number 2 (2010).

(3) Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749, 760, (1985)

<https://www.quimbee.com/cases/w-j-a-v-d-a>. Accessed at (09-05-2022).



## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

تحديده بطريقة معقولة<sup>(١)</sup>، وعليه تؤكد التعليمات في مجلس القضاء الأمريكي على افتراض الضرر الذي يلحق بالسمعة وسبب اذى نفسي مما يستوجب ذلك الحصول على تعويضات بشرط أن يكون ذلك التعويض معقولاً<sup>(٢)</sup> وبدون الحاجة إلى تقديم دليل على وقوع الضرر .

وفي تطبيق آخر في المحاكم الأمريكية تحديداً في ولاية نيو جيرسي متعلق بقضية تشهير عن طريق النشر على موقع المدعى عليه في الانترنت، الذي توصلت فيه المحكمة إلى مبدأ مفاده: " أن الأضرار المفترضة تعمل كأداة اجرائية تعفي المدعي من إثبات الأضرار التي تلحق به وليس استنتاج بعدم حدوث ضرر"<sup>(٣)</sup>، وهي بذلك قد توصلت إلى الفكرة الاساسية أو الفائدة الحقيقية من افتراض الضرر وأن الاخير يبحث ضمن نطاق الإثبات وليس بصدد تحقق وجوده من عدمه.

إن افتراض وجود الضرر في نطاق التشهير في الولايات المتحدة يكون وفق احتمالية أن يحدث ذلك الفعل ضرراً بالمدعى عليه، وليس وفق الشكل الذي شهر به أو على وفق بعض الافكار أو التطبيقات التي تكون بطبيعتها اكثر ضرراً من غيرها، ومن ثم فإن التشريع الأمريكي يأخذ بنظره بعض الاعتبارات من أجل تقدير تلك الاحتمالية منها شخصية المدعي -المُشهر به- بحيث اذا كانت الشخصية محل اعتبار فإن القضاء يأخذها باعتبارها

---

(4) Hon. Martin J. Tangeman, chair, Judicial Council of California Civil Jury Instructions CACI, 1 judicial Council of California, Series 100-2500, VOL 13, P265.

(٢) يعتبر معيار المعقولة من المعايير التي وردت في مواضع متعددة من القوانين والاتفاقات الدولية، فقد ورد في المادة ٢١٤٦ من القانون المدني العراقي (على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ..... جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك) كما ورد في قانون التجارة الامريكي الموحد في المادة ٢٠٥-١١ب (متى تطلب تنفيذ أي التزام ان يتم خلال مدة معقولة وان هذه المدة يجب ان يحددها الاتفاق ويؤخذ بنظر الاعتبار عند تحديدي المعقولة طبيعة وغرض العقد والظروف المحيطة به) من ذلك يتبين ان المعقولة من المعايير العامة المرنة التي توجه القضاء الى ايجاد التوازن بين المصالح المتضاربة التي تشوب العلاقات التعاقدية وفقاً للمعطيات الاقتصادية والاجتماعية والاخلاقية مراعيًا في ذلك طبيعة تلك الالتزامات والغرض منها تحقيقاً لمبدأ حسن النية والعدالة العقدية التي ينشدها اشخاص العقد ، د. عادل شمران حميد ، هديل خضير ، دور المعقولة في العقود (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اهل البيت ، ع٢٣، ٢٠١٩، ص٣٣٢.

(3) WJA.V.DA, 43 A.3d .1148(N.J.2012), <https://www.quimbee.com/cases/w-j-a-v-d-a> . Accessed at (11-05-2022).



من أجل تقدير التعويض لأن التشهير به سيسبب له وبشكل مؤكد ضرر أكثر بكثير من الشخص الذي لا يكون محل اعتبار<sup>(1)</sup>، وهذا ما يفسر طلب القضاء للاعتبار الآخر الذي لا بد من أن تكون هناك علاقة بين المدعي وبين من شهر أمامهم بمعنى أن المدعي قد أسىء إليه في وسطه الاجتماعي مما أدى إلى الانتقاص منه، ففي حالة نشر بعض الأمور المسيئة للمدعي في مكان لم تكن له علاقة سابقة أو مستقبلية مع المتلقين فلا يمكن في تلك الحالة القول بأن هناك ضرراً بالسمعة قد لحق به وبالتالي لا ينبغي افتراض وجود أي ضرر بعكس فيما لو كان الشخص محل اعتبار وأن كان المدعي لا يستطيع إثبات علاقته بجميع من شهر أمامهم ولا يستطيع تحديد العلاقات التي تعرضت للأضرار إلا أنه وبصورة مؤكدة قد تعرض إلى ضرر لحق بسمعته نتيجةً لمكانته الاجتماعية، ومن الاعتبارات الأخرى طبيعة البيانات التشهيرية التي يتم نشرها وظروف النشر، فجميع ذلك يمكن أن يوصل القضاء إلى قناعة هو أن المدعي قد أصابه ضرر إلا أنه يصعب إثباته بطريقة معينة بسبب طبيعته الخاصة<sup>(2)</sup>.

في النيوي، وكذلك في معظم الولايات التي تضمها أمريكا تقسم البيانات التشهيرية إلى قسمين: الأولى هي البيانات التي تكون في حد ذاتها بيانات تشهيرية فيكون من السهل معرفة أن نشرها سيضر وبصورة مؤكدة المدعي من دون الحاجة إلى أدلة تثبت طابعها الضار وبذلك فإن الضرر المفترض يتحقق به وبصورة واضحة، أما الثانية فهي على العكس من الأولى إذ تتطلب أدلة لإثبات أنها ذات طابع تشهيري فإن استطاع المدعي ذلك كان وكما البيانات الأولى وأن عجز خرج عن نطاق التشهير وعن نطاق افتراض الضرر<sup>(3)</sup>.

أما على مستوى التشريعات العربية فلم يرد في التشريع العراقي أو التشريعات محل المقارنة تعريفاً للتشهير، وجرت العادة على أن المعالجة التشريعية له تدرج تحت النص

(1) Bonnie Docherty, Defamation Law; Positive Jurisprudence, Havard Human Rights Journal\ Vol 13, p265.

(2) Michael k. steenson, op.cit, p 1509.

(3) Charles E. Harris II, op.cit, p1.



الذي يجرم القذف تحديداً في قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل<sup>(١)</sup> ،  
فعرف التشهير على أنه من الجرائم التي ينشر فيها المعتدي اسانيد جارحة تتال من شرف  
المعتدى عليه وكرامته وتعرضه لكره الناس، أو هو تصريح مكتوب أو مطبوع أو الفاظ غير  
لائقة يراد بها إيذاء سمعة شخص ما باستخدام الصور والاشارات أو بث الاخبار<sup>(٢)</sup> .

ويؤطر التشهير ضمن الافعال التي تلحق الاذى بسمعة المعتدى عليه، وأن التعريف  
بحق الأنسان في سمعته أو شرفه انقسم إلى فئتين وكل فئة تضم اتجاهين متقابلين<sup>(٣)</sup>، فالفئة  
الأولى التي تضم اتجاهين كان الاتجاه الأول بها شخصي الذي يقصد به في بعض الأحيان  
الحق في الشرف أو الاعتبار، بأنه مجموع القيم المعنوية التي يصنفها الشخص على  
نفسه<sup>(٤)</sup>، أو هو أيضا شعور ذاتي بالكرامة الشخصية يتضمن معنى الرغبة في الحصول على  
احترام الغير<sup>(٥)</sup>، أما بالنسبة إلى الاتجاه الآخر فهو موضوعي الذي يقصد بالحق في السمعة  
أو الشرف هو عبارة عن تقدير الناس للشخص أو بعبارة أخرى المكانة التي يشغلها كل  
شخص في المجتمع وما يترتب عنها من حقه في أن يعامل على النحو الذي يتفق مع تلك  
المكانة وذلك بأن يعطي الثقة والاحترام اللذين تقضيهما مكانته الاجتماعية<sup>(٦)</sup> .

أما الفئة الثانية فتتقسم هي الأخرى إلى اتجاهين الأول ضيق الذي يعرف الحق في السمعة  
أو الشرف بأنه حق الأنسان في أن لا تذاع أو تعلن عنه أمور من شأنها أن تؤدي إلى  
كراهيته أو احتقاره أو الاستهزاء به من قبل الآخرين أو انها تسبب نفورهم أو ابتعادهم عنه،

(١) نصت المادة ٤٣٣ من قانون العقوبات العراقي على ان القذف هو اسناد واقعة معينة الى الغير بإحدى الطرق  
العلائية والتي من شأنها لو صحت ان توجب عقاب من أسندت اليه او احتقاره عند اهل وطنه.

(٢) د. عادل عزام سقف الحيط ، جرائم الذم والقدح والتحقير المرتكبة عبر الوسائط الالكترونية، دار الثقافة للنشر  
والتوزيع، ٢٠١٩، ص ١٦٩.

(٣) د. علاء الدين محمد حمدان ، مسؤولية الادارة عن الضرر المعنوي، ط ١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، ٢٠١٨ ،  
ص ٦٨.

(٤) د. محمد ناجي ياقوت، فكرة الحق في السمعة، منشأة المعارف - الاسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص ١٥

(٥) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

(٦) د. محمود ناجي حسني ، شرح قانون العقوبات - حق الاعتداء على الاشخاص، دار النهضة العربية ، بدون سنة  
نشر ، ص ٤٠٢.



أما الاتجاه الآخر فهو الواسع الذي عرف الحق في السمعة بأنه حق الأنسان في أن لا تذاع أو تنتشر عنه أمور من شأنها أن تؤدي إلى انقاص بعض ما يتمتع به في نظر الافراد من تقدير واحترام وحسن ظن أو ثقة أو من شأنها أن تثير ضده مشاعر أو آراء معادية مخجلة أو مشينة أو غير مرضية<sup>(١)</sup>، لذلك فإن الباحث يؤيد الاتجاه الموسع لأنه قد شمل كل الافعال التي من شأنها أن تضر بسمعة الاشخاص أو على الاقل كان اكثر سعة من غيره من الاتجاهات في تحديد حق الافراد في عدم الأضرار بسمعتهم .

وإذا كان التشهير يعتبر من الجرائم التي يعاقب عليها وفق القانون العقوبات، إلا أنه يتضمن نوع آخر من الجزاء وهو التعويض المدني<sup>(٢)</sup>، لذلك فإن المدعي يكون له الحق في إقامة دعوى أمام المحاكم المدنية بعد الانتهاء من الجانب الجزائي للحكم بالتعويض عن التشهير الذي حدث.

وبناء على ذلك وبقدر تعلق الموضوع بالجانب المدني فإن التشهير يترك ضرراً معنوياً يتعلق بسمعة الشخص المُشهر به، وهذا ما أفادته المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup> التي تنص على: " يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولاً عن التعويض" ، وعليه فإن المشرع العراقي قد شمل الجانب المعنوي (الادبي) في نطاق التعويض ونص عليه بصورة صريحة، لأن الاخلال الذي يحدثه المدين قد لا يتضمن الجانب المالي فقط وإنما قد يشمل الجانب المعنوي ، لذلك

(١) د. محمد ناجي ياقوت ، فكرة الحق في السمعة ، مصدر سابق، ص ٢٠.

(٢) اوجبت المادة ١٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ ( لمن لحقه ضرر مباشر مادي او ادبي من ايه جريمة ان يدعي بالحق المدني ضد المتهم والمسؤول مدنيا عن فعله مع مراعاة ما ورد في المادة التاسعة .....).

(٣) تقابلها المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري والتي تنص على: "ويشمل التعويض الضرر الادبي ايضا، ولكن لا يجوز في هذه الحالة ان ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق ، او طالب الدائن به امام القضاء".



فهو يعرف على أنه الأذى الذي يلحق الشخص في كرامته وشرفه وسمعته واخلاقه أو قد يصيب شعوره أو أحاسيسه<sup>(١)</sup> .

### الفرع الثاني

### التعويض عن الضرر المعنوي

إن إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي<sup>(٢)</sup> 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، إلا أن تلك الآراء قد تم العدول عنها ونصت أغلب التشريعات على وجوب التعويض عن الضرر المعنوي، وذلك لأن الضرر الذي يصيب المضرور لا يقتصر على الضرر المادي سواء كان جسدياً أو مالياً بل يتعداه إلى ما هو نفسي لأنه يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته أو شعوره أي أنه ماس بالناحية النفسية دون أن يسبب له خسارة مالية، وعليه نكون أمام ضرر غير مالي في جميع الحالات التي لا يجوز فيها التعويض النقدي عن الأضرار التي لحقت

(١) د. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام ، ج ٢ ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ ، وكذلك د، سمير تناغو ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٤٩ .

(٢) يسمى البعض الضرر المعنوي بالضرر الادبي الا ان استعمال مصطلح (المعنوي) اشمل وادق من عبارة (الادبي) وذلك لان المعنوي يشمل الجانب الادبي وغيره مما يتمثل بالآلام الجسمية والنفسية الناتجة عن الاصابة البدنية ، بينما يشمل الادبي الآلام النفسية فقط الناتجة عن الأذى بشعور وعاطفة الانسان نتيجة المساس غير المشروع بالحق او مصلحة غير مالية عد الاصابة الجسمية ، ابراهيم محمد شريف ، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التصديرية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٢٧ .

اما بالنسبة للقانون الامريكي فإن التعويض عن هذا النوع من الأضرار يسمى التعويض عن الخسائر غير الاقتصادية او الأضرار العامة

Stephen D Sugarman , Tort Reform Through Damages Law Reform : An American Perspective, vol 27, 2012, p512.



المضرور، فالطبيعة غير مالية لهذا الضرر لا تعدو عن كونها مساساً بالشرف والعاطفة والقيم وهذا ما يشكل جوهر الضرر المعنوي<sup>(١)</sup>.

وعليه أصبح على القضاء واجب قانوني بالتعويض الحقيقي عن الضرر المعنوي دون الاكتفاء بالتعويض الرمزي، وهذا وأن مجال تحقق الضرر المعنوي يكون في المسؤولية التصيرية في الغالب، وفي المسؤولية العقدية في فروض قليلة وذلك راجع إلى طبيعة العقد التي 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 الأضرار المعنوية تلك التي تمس الحقوق المعنوية للشخص كحقه في الحياة وحقه في سلامه جسمه وسمعته ومكانته الاجتماعية سواء بالتعطيل أو الانتقاص<sup>(٢)</sup>.

وتأسيساً لما سبق نصت التشريعات محل المقارنة على التعويض عن الضرر المعنوي ، فقد نص القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup> في المادة (٢٠٥) على مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي وأورد له بعض الصور التي منها ما يصيب الحرية أو الشرف أو سمعة أو المركز الاجتماعي للمضرور وغير ذلك من الأضرار التي تجعل المتعدي مسؤولاً، فالتعويض عن الضرر المعنوي يمكن أن يكون من جانبين، الأول يصيب المضرور بصورة شخصية ومباشرة، إلا أن تلك الأضرار قد تنتج معها اضرار مادية لأنها في الغالب تمس الجانب الاجتماعي للذمة المعنوية فيعوض عن الضررين معاً، أما الجانب الآخر فيمس عاطفة المضرور لتكون الأضرار أدبية مجردة أي \_ اضرار أدبية بحتة \_ كما نصت المادة سالفة الذكر في الفقرة (٢) على ان: "يجوز أن يقضي بالتعويض للأزواج وللأقربين

(١) د. مقدم السعيد ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، مطبعة النخلة \_ الجزائر، ١٩٩٢، ص٤٥، وكذلك علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام \_ مصادر الالتزام ، ط ٥، ديوان المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٣، ص١٦٤.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص٦٨٢، د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني \_ الضرر، مصدر سابق ، ٢٨٢.

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





من الاسرة عمّا يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب"، فيلاحظ أن التعويض عن الضرر المعنوي ينتج عن موت المصاب فينشأ حق المطالبة بالتعويض إلى الأزواج والاقربين من الاسرة<sup>(١)</sup> نتيجة ارتداد أثر ذلك الاعتداء عليهم<sup>(٢)</sup>.

وعليه فقد اختلف الفقه حول طبيعة التعويض عن ذلك الضرر ، إذ اتجهت غالبية الفقه الى فكرة العقوبة الخاصة بدلاً من فكرة التعويض ، وذلك لان حرية القاضي الطليقة من أي معايير في تقدير هذا النوع من التعويض بدت غريبة على المبدأ الذي يؤمن به الفقه من ان 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<sup>(٣)</sup>.

(١) 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 المعنوية 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 المعنوي 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.

(٢) 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 المعنوي المرتد لا يكون الا في حالة موت المصاب فيعرض الأزواج والاقربين عن ذلك الضرر، حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني \_ الضرر ، مصدر سابق ، ص٢٣٤ ، وكذلك محمد احمد عابدين ، التعويض بين المسؤولية المدنية والتقصيرية ، مصدر سابق، ص١٥٥.

(٣) د. محمد ابراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، مصدر سابق، ص٤٦٧، وكذلك د، مقدم السعيد نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص٨٨. وكذلك د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص٣٢٣.



أما فيما يتعلق بنفي الوظيفة الاصلاحية أو التعويضية عن الضرر المعنوي، فقد استند بعض الفقه إلى أن ذلك الضرر هو ضرر مفترض لا يقبل التقييم ولا يقبل الاصلاح وتتنافى فكرة التعويض عنه مع الاخلاق، وعليه فإن التعويض الناتج عن وفاة إنسان كالأب أو الابن أو الزوج فإن القضاء يفترض وجود ضرر عاطفي قد لحق المدعي نتيجة تلك الوفاة من دون التكلف بإثبات ذلك الضرر، فالقضاء يقر التعويض عن الضرر المعنوي حتى في حالة وجود خلاف عائلي أو انفصال بين الزوجين، وذلك لأن تخلف الضرر العاطفي بالمعنى الضيق لا يمنع من القول بوجود اعتداء على حق غير مالي حال ومؤكدهذا التعدي هو سبب مشروعية التعويض<sup>(١)</sup>، لذلك فإن الحزن الذي يستشعر به أولاً المتوفي نتيجة حادث من الحوادث يكفي بحد ذاته للحكم لهم بتعويض حتى ولو لم يصيبهم من جراء الحادث أي ضرر.

أما بالنسبة إلى المعايير التي تحكم التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن موت المصاب فإن من الصعوبة وضع معيار معين وذلك لأن طبيعته تأبى مثل هذا التقدير، لذلك لا بد من الاعتراف بأن تقدير المحاكم للتعويض هو تقدير تحكمي على الرغم من انها تأخذ بنظر الاعتبار مدى جسامة الخطأ الصادر من المسؤول إضافة إلى درجة القرابة بين المتوفي والمطالب بالتعويض ومدى الانسجام بينهما من أجل الاستدلال على عمق تأثير هذا الاخير بموت الأول<sup>(٢)</sup>، إضافة إلى غيرها من العناصر التي تؤثر تأثيراً مباشراً في تقدير التعويض.

أما بالنسبة إلى نوعية الضرر المعنوي في نطاق الافتراض فهو ضرر مفترض قابل لإثبات العكس وذلك لأن صلة القرابة اذا كانت بذاتها تعتبر قرينة على الالم والاسى في حالة موت المصاب إلا أن هذه القرينة بسيطة يمكن دحضها اذا تبين من الظروف أن

(١) د. محمد ابراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، مصدر سابق ، ص٤٦٨، وكذلك د. حسن علي الذنون ، المصدر نفسه ، ص ٢٩١ .

(٢) 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.



المدعي لم يكابد ألماً حقيقية وعميقة بسبب موت المصاب وانما انتهز فرصة الاستغلال والاثراء على حساب الحادثة<sup>(١)</sup> .

وكما يعتبر ايضاً الاعتداء على حق المؤلف من الأضرار التي تتطوي على جانبيين المادي منها بالإضافة إلى المعنوي وهو الغالب إذ أن المساس بشخصية المؤلف يؤثر على مركزه الاجتماعي كان يقوم المعتدي بنشر مصنف المؤلف الذي ابتكره بصورة مشوهة وتتطوي على تعديلات تسيئ إلى سمعة المؤلف الأدبية أو شرفه واعتباره ، أو أن يتسبب الاعتداء في ضرر مادي يصيب المؤلف كان يعمد إلى تخفيض سعر النسخة من المصنف إلى ادنى حد ممكن ، إلا أن التعويض عن الضرر المادي يقوم وفق اسس القواعد العامة على ما لحق المؤلف من خسارة وما فاتته من كسب ، في حين أن التعويض عن الضرر الأدبي يقوم على اساس ترضية المؤلف المتضرر عمّا ترتب على الاعتداء من مساس بشخصيته وسمعته ، إلا أن الضرر الذي يترتب على الاعتداء على الحق الادبي للمؤلف هو ضررٌ مفترض لأن من المستحيل أن يطلب من المؤلف إثبات الضرر إذ للمؤلف سلطة تقديرية تمكنه من استنتاج ادنى اعتداء على المصنف قد يسبب ضرراً ادبياً وبالتالي يلجا إلى القضاء مطالباً بالتعويض<sup>(٢)</sup>، ولا يستطيع المعتدي أن يثبت أن ما قام به من اعتداء لم يسبب للمؤلف أي اضراراً ادبية فهذه المسألة من اختصاص المؤلف وحده نظراً لرابطة الابوة التي تربطه بمصنفه<sup>(٣)</sup> .

(١) سعدون العامري، مصدر نفسه، ص ٨٩، وكذلك د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧. وكذلك د. محمد لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ ، ص ٣٣٩ وما بعدها.  
(٢) د. عبد الرشيد مأمون ، الحق الادبي للمؤلف \_ النظرية العامة وتطبيقاتها ، دار النهضة العربية \_ القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٤٦٢ ، وكذلك د. نواف كنعان ، حق المؤلف \_ النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩ ، ٤٧٤ .

(٣) تطبيقاً 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 ومستنداتهما والدليل فيها استخلاصاً سائغاً حتى تقضي بالتعويض عن الضرر الادبي بحسابه ضرراً مفترضاً يتحقق بمجرد وقوع هذا التعدي ، وهي نتيجة طبيعية تجد سندها في رابطة الابوة التي تربط المصنف 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



## الفصل الثاني : احكام افتراض الضرر

من جميع ما سبق يتبين أن الضرر المعنوي الذي يصيب الأزواج والاقارب من الأسرة نتيجة موت المصاب هو من الأضرار التي تفترض وأن لم تكن بصريح النص، إلا أن المدعين في حالة المطالبة بدعوى شخصية لتعويضهم عما لحقهم من الالم نفسية وعاطفية لا يتحملون عبء إثبات ذلك الضرر إلا أن ليس معنى ذلك عدم قابليته إلى إثبات العكس، أما بالنسبة إلى الضرر المعنوي الذي يصيب المؤلف نتيجة الاعتداء على مؤلفه فإن الضرر به يكون مفترضاً غير قابل لإثبات العكس نتيجة الرابطة ما بين المؤلف ومصنفه التي يصعب على المدعى عليه نفيها تبعاً لخصوصية غير القابلة لتجزئة ، وعليه فإن افتراض الضرر المعنوي جاء من أجل تبرير وضع قانوني لا يمكن تبريره وذلك لطبيعته الخاصة غير القابلة للتقويم، اضافة إلى أنه تدخل ضمن أمارات النفس البشرية التي يصعب الوصول لها ولا يمكن في اغلب الأحيان إثبات وجودها، لذلك كان من المنطق القانوني السليم هو اعفاء المدعين من عب إثبات قد يشكل عبء آخر على المتضررين من موت المصاب.

---

من صعوبة تقدير الضرر نتيجة رابطة الابوة التي تربط المؤلف بمصنفه ، الطعن رقم ٧٢٢٤ لسنة ٨٩ قضائية بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/١٣ ، منشور على الرابط

( [https://www.cc.gov.eg/judgment\\_single?id=111654860&ja=296798](https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111654860&ja=296798)).

تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١١/١٨.



# الخاتمة



## الخاتمة

بعد أن وصلنا إلى نهاية دراستنا الموسومة (فكرة الضرر المفترض في المسؤولية المدنية) \_ دراسة مقارنة، يتوجب علينا أن نذكر ما توصلنا له من نتائج إجابة لما طرحناه من أسئلة في مقدمة البحث وما نوصي به من مقترحات ، ويمكن بيان ذلك على النحو الآتي:

### أولاً: النتائج

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. تبين لنا أن للضرر المفترض طبيعة افتراضية تجعله متحقق بمجرد صدور الخطأ ودون الحاجة إلى إثباته بصورة فعلية ،وقد أضفت عليه هذه الطبيعة خصوصية جعلت منه استثناءً من القاعدة العامة ولا يوجد إلا في نطاق ضيق.
٣. أن الضرر المفترض قد يكون ضرراً غير قابل لإثبات العكس عندما يعفى الدائن وبصورة قاطعة من عبء الإثبات عن طريق بعض القرائن القانونية التي أوجدها المشرع كما في حالة الفوائد القانونية أو الاتفاقية، وقد يكون قابلاً لإثبات العكس عندما ينقل عبء الإثبات إلى المدين ليتخلص من الادعاء المنسوب اليه كما في حالة الشرط الجزائي وبعض التطبيقات الأخرى.
٤. وجدنا أن فكرة افتراض الضرر تؤسس وفق أساس تشريعي تعززه بعض النصوص القانونية التي تقر بإمكانية بتطبيق تلك الفكرة وأن كان هناك تباين في تلك النصوص، فالفوائد التأخيرية أو الاتفاقية تعتبر من أبرز التطبيقات التي من الممكن أن تكون أساساً مباشراً على اعتبار أن المشرع قد نص وبشكل صريح على عدم الحاجة إلى إثبات الضرر، ومن ثم يكون غير قابل لإثبات العكس، إلا أن في بعض الأحيان قد يعطي المشرع إلى الإرادات التعاقدية دور في تفعيل احكام الافتراض، كما في حالة الشرط الجزائي التي يقدر به



المتعاقدان قيمة التعويض بصورة مقدمة باعتبار أن الضرر قد وقع بتقديرهم فتكون تلك النصوص هي الأساس الغير مباشرة لتلك الفكرة وبالتالي يمكن إثبات عكسها.

٥. تبين للباحث أن فكرة افتراض الضرر لها أصولاً فلسفية يمكن تبيانها من منظورين الأول المجاز الذي يكون ناتجاً عن الظن الغالب من تحقق وقوع ذلك الضرر ، أما الآخر فيكون وفق منظور مخالفة الحقائق القانونية التي يتضمنها أي نصاً تشريعي الذي يستتبعه بالضرورة مخالفة الحقائق الطبيعية الذي تمثل مبدئي التناقض والسببية .

٦. أن كان الضرر المفترض يعني اعفاء الدائن من عبء إثبات وقوع ذلك الركن، إلا أن هذا الاعفاء ليس نهائياً، وإنما يتوجب على المدين إثبات واقعة بديلة تكون ايسر من إثبات الضرر، بمعنى لابد من إثبات الخطأ من قبل الدائن سواء كان ذلك الضرر المفترض قابلاً لإثبات العكس أو غير قابل لذلك.

٧. وجدنا أن فكرة افتراض الضرر تحكمها معايير معينة تختلف باختلاف جهة الافتراض والغاية التي وجد من أجلها، فإن كانت جهة الافتراض المشرع (الافتراض المباشر) هي التي تجد الافتراض وبذات الوقت تحقق المصالح العامة فإن المعيار الذي يحكم هو المعيار الموضوعي على الاغلب، أما إذا كانت جهة الافتراض هي غير المباشرة والمصالح التي تراعى هي المصالح الشخصية فإن المعيار الشخصي هو المعتمد ، إلا أن ذلك لا يمنع الارادات التعاقدية من الاتفاق على جعل المعيار الموضوعي هو السائد.

٨. أن المشرع قد اعطى إلى الارادات التعاقدية مساحة واسعة في تضمين عقودهم ما شاءوا من الشروط تحت بند العقد شريعة المتعاقدين لذلك كان لتلك الارادات دور في نطاق افتراض الضرر، إلا أن ذلك الدور مقيد بمقتضى عدم التعسف في استعمال الحق الذي منح لهم ، فضلاً عن ضرورة تحقيق التعادل والتناسب بين أداءات المتعاقدين من أجل تحقيق العدالة العقدية.

٩. تنتشر تطبيقات الضرر المفترض في القانون المدني والقوانين الأخرى وتمتد لنوعي الضرر المادي والضرر المعنوي، وقد تناولت الدراسة أبرز التطبيقات في الضرر المادي المتمثلة بالفوائد القانونية أو الاتفاقية والشرط الجزائي، أما الجانب المعنوي فقد تناولنا به التعويض عن الضرر المعنوي والتعويض عن التشهير، لتبين لنا أن الفكرة لا تظهر على الدوام بجلاء مما أكد لنا ضرورة التنظيم التشريعي لها صراحةً.



١٠. وجدنا أن الضرر المعنوي 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 أو الألم بموت المصاب وهذا يعني أن المشرع افترض الضرر في جانب هؤلاء إلا أن افتراضه كان قابلاً لإثبات العكس حسب ظروف كل حالة ، أما التعويض عن الضرر الذي يصيب المؤلف نتيجة الاعتداء على مؤلفه فهو ضرر غير قابل لإثبات العكس وفق رابطة الابوة التي تربط المؤلف بالمؤلف.

### ثانياً: المقترحات

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

- الإشارة إلى استثنائية الضرر صراحةً، وذلك من أجل عدم المساس بفكرة المسؤولية المدنية التي تشترط تحقق ركن الضرر من أجل 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 إثبات وقوع الضرر وجعله مفترضاً وذلك لأن الافتراض من وسائل الصياغة الاستثنائية التي لا يلجأ المشرع إليها إلا في اضيق الحدود وبالتالي يكون منح السلطة التقديرية إلى القاضي بما يتعلق بإعفاء المضرور من عبء الإثبات في نطاق محدد تبرره الضرورة .





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

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

# قائمة المصادر



## قائمة المصادر

### • القرآن الكريم

#### المصادر باللغة العربية

#### أولاً: الكتب القانونية

١. د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٩٥.
٢. د. أبراهيم سلمان رشيد الجبوري ، التعويض عن تفويت الفرصة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٩.
٣. د. أبو زيد مصطفى ، الافتراض ودوره في تطوير القانون ، مطبعة دار التأليف ، ١٩٨٠.
٤. د. أحمد ابراهيم حسن ، غاية القانون ( دراسة في فلسفة القانون )، دار المطبوعات الجامعية ، بدون سنة طبع.
٥. د. أحمد ابو الوفا ، تعليق على نصوص قانون الإثبات ، مكتبة الوفاء القانونية ، ٢٠١٦.
٦. د. أحمد الحصري ، استنباط الأحكام من النصوص ، ط٢ ، دار الجيل - بيروت ، ١٩٩٧.
٧. د. أحمد السعيد الزقرد ، اصول القانون، بدون دار نشر ، ٢٠٠١.
٨. د. أحمد جواد البهادلي، المبسط في اصول الفقه المقارن ، ط١ ، دار الابرار \_ النجف، ٢٠١٤ .
٩. د. أحمد سلمان شهيب السعداوي ، د. جواد كاظم جواد سميسم ، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الاسلامي)، مكتبة زين الحقوقية والادبية \_ بيروت ، ط١ ، ٢٠١٥.
١٠. د. أحمد عبد الدائم ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، منشورات جامعة حلب ، ٢٠٠٣.
١١. د. أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، ج٢. منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٨.
١٢. د. أسماعيل نامق حسين ، النظرية العامة للحظ في القانون الخاص، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٤ .
١٣. د. أشرف محمد عبد الشافي ، التأصيل القانوني والفلسفي للمنطق القانوني واثره في التشريع ، ط١ ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة ، ٢٠١٥.
١٤. د. أمال بكوش، تعويض الفرصة الفائتة في اطار الالتزام الطبي، دار الجامعة الجديد ، ٢٠١٧.
١٥. د. أنور سلطان، العقود المسماة \_ البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية، ١٩٨٠.



١٦. د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٥ .
١٧. د. أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، دار الجامعة الجديد ، ٢٠٠٥ .
١٨. د. ايمن ابو العيال ، د. فواز صالح ، مصادر الالتزام، جامعة دمشق ، ٢٠٠٧ .
١٩. د. توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٣ .
٢٠. د. ثروت عبد الحميد ، العقود المدنية المسماة \_ عقد البيع\_ ، كلية الحقوق جامعة الفيوم ، بدون سنة طبع.
٢١. د. جال غستان ، المطول في القانون المدني \_ تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٠ .
٢٢. د. جعفر محمود المغربي. حسين شاكر عساف، المسؤولية المدنية عن الاعتداء على الحق في الصورة بواسطة الهاتف المحمول، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٩ .
٢٣. د. جنيف فيني ، المطول في القانون المدني - المدخل إلى المسؤولية ، ترجمة د. عبد الامير إبراهيم شمس الدين ، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠١١ .
٢٤. د. حسن الخطيب ، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن ، مطبعة الحداد\_ البصرة ، ١٩٥٥ .
٢٥. د. حسن علي الذنون ، احكام الالتزام ، شركة الرابطة للنشر \_ بغداد ، ١٩٥٤ .
٢٦. د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني\_ أصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، ١٩٧٠ .
٢٧. د. حسن علي الذنون، اصول الالتزام. مطبعة المعارف- بغداد. ١٩٧٠ .
٢٨. د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العلني- بغداد، ط١، ١٩٧٥ .
٢٩. د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، طبع على نفقه جامعة المستنصرية وبأشرافها ، ١٩٧٦ .
٣٠. د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني الضرر، ط٣، دار وائل، ٢٠٠٦ .
٣١. د. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف - الاسكندرية ، ١٩٦٩ .
٣٢. د. حسين المؤمن، نظرية الإثبات القرائن وحجية الأحكام والكشف - المعايينة والخبرة ، ج٤، مطبعة الفجر ، ١٩٧٧ .
٣٣. د. خالد جمال احمد، الوسيط في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٢٠ .



٣٤. د. ذنون يونس صالح ، نظرية الامن التعاقدى \_دراسة مقارنة\_، ط١، دار نون للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠١٨.
٣٥. د. رمضان محمد ابو السعود، شرح احكام القانون المدني \_العقود المسماة ، ج١، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.
٣٦. د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية\_ بغداد ، ١٩٨١.
٣٧. د. سعيد مبارك ود. صاحب عبيد ود. طه ملا حويش ، الموجز في العقود المسماة ، مكتبة السنهوري \_ بغداد ، ٢٠١٥.
٣٨. د. سليمان مرقس ، الفعل الضار ، دار النشر للجامعات المصرية، ط٢، ١٩٥٦.
٣٩. د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية القيت على طلبة الدراسات القانونية، ١٩٥٨.
٤٠. د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني \_ المدخل للعلوم القانونية ، ط ٥، بدون مكان طبع ، ١٩٦٧.
٤١. د. سليمان مرقس ، في العقود المسماة \_عقد البيع\_، دار الكتب القانونية ، ١٩٩٠.
٤٢. د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٧٤.
٤٣. د. سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع ، ط١، مكتبة الوفاء القانونية ، ٢٠٠٩.
٤٤. د. سمير عبد السيد تناغو ، احكام الالتزام والإثبات ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط١، ٢٠٠٩.
٤٥. د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، ط١، ٢٠٠٩.
٤٦. د. سه ركه وت اسماعيل هه ورامي ، الحقيقة التقديرية ، ط١، دار الكتب القانونية ، ٢٠١٢.
٤٧. السيد عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
٤٨. د. السيد عبد الحميد فودة ، جوهر القانون بين المثالية والواقعية ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٥.
٤٩. د. شمس الدين الوكيل ، الموجز في المدخل للقانون ، ط١، منشأة المعارف \_ الاسكندرية ، ١٩٦٨.
٥٠. د. صبري السعدي ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار الهدى ، ٢٠٠٩.
٥١. د. صفاء متعب الخزاعي، علم الاستنباط القانوني، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١.
٥٢. د. طارق كاظم عجيل ، المسؤولية التعاقدية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري -بغداد، ٢٠٢١.



٥٣. طلال سالم نوار دحام، فوات الفرصة في المسؤولية الطبية، ط١، المركز العربي، ٢٠١٩.
٥٤. د. طلبة وهبة خطاب ، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون ، ط١، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع.
٥٥. د. عادل عزام سقف الحيط ، جرائم الدم والقذح والتحجير المرتكبة عبر الوسائط الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٩.
٥٦. د. عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء ، ط١، مطبعة عويدات ، ١٩٨٠.
٥٧. د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الإثبات ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨.
٥٨. د. عبد الله فاضل حامد ، مبدا اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٩.
٥٩. د. عبد الباقي البكري و الأستاذ زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد - العاتك لصناعة الكتب، ٢٠١١.
٦٠. د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية \_ نظرية الحق، ج٢ ، مطبوعات جامعة الكويت \_ كلية الحقوق والشريعة ، ١٩٧٠.
٦١. د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج١، مطبوعات جامعة الكويت \_ كلية الحقوق والشريعة ، ١٩٧٢.
٦٢. د. عبد الحي حجازي ، محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية ، المطبعة العالمية ، ١٩٧٢.
٦٣. د. عبد الرحمن عياد ، اساس الالتزام العقدي ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بدون سنة طبع.
٦٤. د. عبد الرشيد مأمون ، الحق الادبي للمؤلف \_ النظرية العامة وتطبيقاتها ، دار النهضة العربية \_ القاهرة ، ١٩٧٨.
٦٥. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني \_ مصادر الالتزام، دار احياء التراث، ١٩٥٨.
٦٦. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ففي شرح القانون المدني\_ البيع والمقايضة ، ج٤ ، دار احياء التراث العربي ، ١٩٥٢.
٦٧. د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام \_ اثار الالتزام، ج٢، دار النهضة العربية، ١٩٦٨.



٦٨. د. عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٢.
٦٩. د. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات (المسؤولية المدنية )، ج ٢ ، ط ٣ ، مطبعة الكرامة – الرباط ، ٢٠١١.
٧٠. د. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، مؤسسة قرطبة ، ١٩٧٦.
٧١. د. عبد الله عبد الحي الصاوي، نظرية القرائن في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ج ١، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠١٨.
٧٢. د. عبد المجيد الحكيم ، احكام الالتزام ، ط ١، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦٥.
٧٣. د. عبد المجيد الحكيم ، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلو امريكي ، مع مقدمة عامة في التعريف في القانون المقارن وعلم الخلاف واهمية الدراسات المقارنة ، رقم الايداع المؤلف في دار الكتب والوثائق في بغداد ٤٣٥ لسنة ١٩٩١.
٧٤. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج ١، ط ٣، مكتبة السنهوري -بغداد، ١٩٦٩.
٧٥. د. عبد المجيد الحكيم. عبد الباقي البكري. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج ٢، العاتك لصناعة الكتب \_ القاهرة ، بدون سنة طبع.
٧٦. د. عبد المنعم فرج الصدة ، الإثبات في المواد المدنية ، ط ٢، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٩٥٥
٧٧. د. عبد الهادي الفضلي، الوسيط في فهم النصوص الشرعية، مركز الغدير للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ٢٠٠٧.
٧٨. د. عز الدين الديناصوري. ود. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقانون، ط ١ ، بدون مكان طبع، ١٩٨٨.
٧٩. د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلات التشريع ، ط ١، دار الكتب العلمية -بيروت ، ٢٠١٤.
٨٠. د. عصمت عبد المجيد بكر ، المسؤولية التقصيرية في القوانين العربية ، ط ١، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٦.
٨١. د. عصمت عبد المجيد بكر ، طرق الإثبات ، ط ١، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، ٢٠١٧.
٨٢. د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية -بغداد، بدون سنة طبع.



- ٨٣.د. علاء الدين محمد حمدان ، مسؤولية الادارة عن الضرر المعنوي، ط١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، ٢٠١٨.
- ٨٤.د. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام \_مصادر الالتزام ، ط ٥، ديوان المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٣.
- ٨٥.د. فائز ذنون جاسم ، ادلة الإثبات ، مكتبة السنهوري \_ لبنان ، ٢٠١٤.
- ٨٦.فرحان محمد جاسم، الضرر في المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية . ٢٠٢١.
- ٨٧.د. كريم كريمة ، محاضرات في فلسفة القانون ، المركز الديمقراطي العربي، ٢٠٢١.
- ٨٨.د. لطفي عبد البديع ، فلسفة المجاز بين البلاغة العربية والفكر الحديث ، ط١، دار نوبار \_ القاهرة ، ١٩٩٧.
- ٨٩.د. مجيد حميد العنكي ، قانون النقل العراقي ، منشورات البحوث القانونية \_ بغداد، ١٩٨٤
- ٩٠.د. محمد ابراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بدون سنة طبع.
- ٩١.د. محمد اديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الاسلامي ، ط٤، المكتب الاسلامي ، ١٩٩٣.
- ٩٢.د. محمد حسن قاسم ،قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٧.
- ٩٣.د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، المجلد الثاني، العقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠١٨.
- ٩٤.د. محمد حسين منصور ، احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٦.
- ٩٥.د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون ،منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٠.
- ٩٦.د. محمد سعيد عبد الرحمن ، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١١.
- ٩٧.د. محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية - بغداد ، ١٩٨٧.
- ٩٨.د. محمد شكري سرور، الأحكام العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨.
- ٩٩.د. محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزام ، ط٤، دار الهدى، ٢٠٠٥.
- ١٠٠.د. محمد صبري سعيد، الواضح في شرح القانون المدني ، دار الهدى ، ٢٠٠٩.
- ١٠١.د. محمد لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧.





١٠٢. د. محمد مرسي زهرة، المصادر غير الارادية للالتزام (الفعل الضار والفعل النافع)، جامعة الإمارات ط١، مطبوعات الجامعة، ٢٠٠٢.
١٠٣. د. محمد ناجي ياقوت، فكرة الحق في السمعة، منشأة المعارف - الاسكندرية، ١٩٨٥.
١٠٤. د. محمد واصل، د. محمد حاتم البيات، المدخل إلى علم القانون، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٧.
١٠٥. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الارادية، ج٢، المطبعة الجديدة - دمشق، ١٩٧٨.
١٠٦. د. محمود الكيلاني، قواعد الإثبات واحكام التنفيذ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.
١٠٧. د. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون سنة طبع
١٠٨. د. محمود ناجي حسني، شرح قانون العقوبات - حق الاعتداء على الاشخاص، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
١٠٩. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد ج١، ط٢٣، إحسان للنشر والتوزيع، ٢٠١٤.
١١٠. مصطفى احمد ابو عمر، موجز احكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٠.
١١١. د. مصطفى احمد الزرقا، العقود المسماة - عقد البيع -، ط٢، دار القلم - دمشق، ٢٠١٢.
١١٢. د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط١ و مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٢.
١١٣. د. مصطفى جمال، احكام الالتزام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣.
١١٤. د. مفلح عواد القضاة، البيئات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦.
١١٥. د. مقدم السعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مطبعة النخلة - الجزائر، ١٩٩٢.
١١٦. د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١.
١١٧. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار آراس، اربيل - العراق، ط١، ٢٠٠٦.
١١٨. د. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني، ط١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦.
١١٩. د. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ط٤، بدون مكان نشر، ١٩٦٢.



١٢٠. د. مورييس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني\_ دراسة مقارنة ، ج ١ ، منشورات الحلبي\_ بيروت ، ٢٠٠٧.
١٢١. د. مورييس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني ، ج ٥ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٧.
١٢٢. د. نبيل ابراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥.
١٢٣. د. نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، ج ١، ط ١، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧.
١٢٤. د. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام \_ مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٤.
١٢٥. د. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام \_ احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
١٢٦. د. نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ط ١، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢.
١٢٧. د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٦.
١٢٨. د. نواف كنعان ، حق المؤلف \_ النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته ، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩.
١٢٩. د. هشام ابراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠١١.

### ثانيا: الإطار والرسائل

#### أ- الإطار

١. د. إيناس مكّي عبد نصار ، الافتراض القانوني، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون \_ جامعة كربلاء ، ٢٠١٧.
٢. د. علي حميد كاظم الشكري ، استقرار المعاملات المالية اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون - جامعة كربلاء - ، ٢٠١٤.
٣. د. مشعل محمد علي ، اثر تغير قيمة النقود على مقدار التعويض ، اطروحة دكتوراه قدمت إلى كلية الحقوق \_ جامعة عين شمس، ٢٠١٣.
٤. د. زمام جمعة ، العدالة العقدية في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الجزائر ، ٢٠١٤.

#### ب- الرسائل



١. ابراهيم محمد شريف ، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، ١٩٨٩.

٢. فارس حامد العجرش، فكرة المعيار في القانون، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، ٢٠٠١.

### ثالثاً: البحوث

١. امانة فارس حامد، المعايير العامة للصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية السياسية، العدد ٤، السنة التاسعة، ٢٠١٧.

٢. د. حامد زكي ، التوفيق بين القانون والواقع \_دراسة في فلسفة القانون والواقع ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، ٥٤، بدون سنة نشر.

٣. د. سعد ربيع عبد الجبار، الضرر المفترض افتراضاً قاطعاً وأثره في تحقق المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة الحقوق، عدد ٢٩، دون سنة النشر.

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

٥. 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.

٦. د. عادل شميران حميد ، هديل خضير ، دور المعقولية في العقود (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اهل البيت ، ع ٢٣، ٢٠١٩.

٧. د. عصمت عبد المجيد ، دور اللغة في صياغة القانونية بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية – بغداد ، ١٩٩٩.

٨. د. محمد شتا ابو سعد ، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ضوء المعايير والقواعد القانونية المرنة والجامدة ، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة ، مج ٧٧، ع ٤٠٦، ١٩٨٦.

٩. د. مصطفى راتب حسن، التعويض عن فوات الفرصة بحث منشور في مجلة القانون والشريعة، مج ٢٨، ع ٨، ٢٠١٦.

١٠. د. منصور حاتم محسن ، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي -دراسة مقارن، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، م ٧ ، ع ٤٤، ٢٠١٥.



- ١١.د. منصور حاتم منصور، العدالة العقدية -دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، م٢٥، ع٦٤، ٢٠١٧.
- ١٢.د. نبيل ابراهيم سعد، الشرط الجزائي في التقنين المصري والقانون الفرنسي الحديث، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية \_ جامعة الاسكندرية، ع٤٤، م٣، ٢٠٢٠.
- ١٣.د. ياسر باسم ذنون وجويتار عبد الله مصطفى، الاقتراض القانوني في قانون المرافعات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق \_ جامعة الموصل، م٢، ع٤٥، ٢٠١٠.

### رابعاً: المعاجم وكتب أخرى

١. أبن منظور الانصاري، لسان العرب، م٣، دار المعارف، دون سنة طبع.
٢. أبن قيم الجوزية شمس الدين محمد بن ابي بكر، اعلام الموقعين عن رب العالمين، م٤، ط١، دار ابن الجوزي، ٢٠٠٢.
٣. أبو المعالي بن محمد الجويني، الورقات في اصول الفقه، بدون سنة طبع، بدون مكان طبع.
٤. الخليل ابن احمد الفراهيدي، العين تحقيق د. مهدي المخزومي ود. ابراهيم السامرائي، دار حافظ وزارة الثقافة والاعلام، العراق، ج٧.
٥. عبد الهادي الفضلي، اصول علم المنطق، الغدير للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٦.
٦. علي بن محمد السيد الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة، بدون سنة طبع.
٧. محمد باقر الصدر، فلسفتنا، ط٣، دار التعارف للمطبوعات، ٢٠٠٩.
٨. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار المعاجم، لبنان - بيروت، ١٩٨٦.
٩. محمد بن علي الشوكاني، ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الاصول، ط٤، دار ابن كثير، ٢٠١١.

### خامساً: القوانين

١. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٢. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٣. القانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٤. حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.
٥. قانون الإثبات العراقي ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٦. قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣.



٧. قانون العقود والأحكام العامة للالتزام والإثبات الفرنسي الجديد الصادر بمرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.

### سادسا: المواقع الالكترونية

1. <https://www.cc.gov.eg/>.
2. <https://www.hjc.iq/cv-tmeeza-ar.php>.

### المصادر باللغة الانكليزية

#### • Book and Researches

1. Amerace Corp. v. Stallings, 823 So.2d 110 (Fla. 2002).
2. Ballou v. Law Offices Howard Lee Schiff, P.C., 39 A.3d 1075 (Conn. 2012).
3. Bonnie Docherty, Defamation Law; Positive Jurisprudence, Havard Human Rights Journal\ Vol 13.
4. Cal. Code Civ. Proc. § 685.020(a); but see Cal. Civ. Code § 685.020 (installment payments).
5. Cal. Code Civ. Proc. § 685.020(a); but see Cal. Civ. Code § 685.020 (installment payments).
6. Charles E. Harris II, Even Presumed Damages Must Be Proven, This article was previously published in the spring 2010 edition of the Cook County (Illinois) Bar Association News.
7. Colo. Rev. Stat. §§ 5-12-102; 5-12-106.
8. Comp. Stat. 5/2-1303. Consumer debt of less than \$25,000 earns 5%. 735 Ill. Comp. Stat. 5/2-1303(b)(2) (eff. Jan. 1, 2020).
9. David H Denton, S.C., Liquidated Damages and Penalties ensuring Enforceability.
10. Ewan McKendrick, Contract Law Text, Cases, and Materials, Oxford University Press, Fifth Edition.
11. Fabrizio Macagno and Douglas Walton, Presumptions in Legal Argumentation, An International Jurnal of jurisprudence and Phiolosophy of Law, Ratio Juris. Vol. 25 No. 3 September 2012.
12. Graham C. Lilly 'Principles of Evidence 'Fourth edition ' Thomason west '2006.



13. Harold Luntz, Causation in Law and Medicine, Ashgate/Dartmouth, Australia, First Published, 2002.
14. Hon. Martin J. Tangeman, Judicial Council of California Civil Jury Instructions CACI, 1 judicial Council of California.
15. Joseph Perillo, Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept, Pacific Law Journal, Vol. 27, 1995.
16. Jameson v. Johnson, 33 S.W.3d 140 (Ark. 2000).
17. Mayo v. Lawter, 974 So.2d 312 (Ala. Civ. App. 2007).
18. Michael K. Steenson, Presumed Damages in Defamation Law, Article 9, MITCHELL school of Law, Volume 40, Issue 4, 2014.
19. Pour plus de détail, voir Molfessis (N) le principe de proportionnalité et l'exécution de contrat, petites affiches du 1998. N° 117.
20. Pamela c. Corley, Udi Sommer, Amy Steigerwalt, and Artemus Ward the justice system journal, vol. 31. Number 2 (2010).
21. Richard N. Bronaugh, Lost Opportunities and Contract Damages, Valparaiso University Law Review, Volume 17, Number 4, 1983.
22. Ruth Sarah Lee, Unwarranted Presumptions: Common Law, Injury And Presumed Damages For Constitutional Torts.
23. Sheldon H. Nahmod, Michael I. Wells & Thomas A. Eaton, Constitutional Torts 32 (2d ed. 2004).
24. Williams, The Proof of Guilt, Steven and Sons, London, 1963.
25. Sheldon H. Nahmod, Michael I. Wells & Thomas A. Eaton, Constitutional Torts 32 (2d ed. 2004).
26. Stephen D Sugarman, Tort Reform Through Damages Law Reform: An American Perspective, vol 27, 2012.
27. Larry A. DiMatteo, Enforcement of Penalty Clauses: A Civil-Common Law Comparison, Internationales Handelsrecht, 2010, 01 Vol. 10; Iss. 5.
28. Gerrit De Geest, Penalty Clauses and Liquidated Damages, Encyclopedia of Law & Economics.
29. N. Delwiche and R. Kennedy, Restatement (second) of Contracts, The Second Edition, USA, 2012.

- **Judicial decisions**



1. Graphnet, Inc., Plaintiff-Appellant, v. Retarus, Inc, Supreme Court of New Jersey, 250 N.J. 24 269 A.3d 413, 2022.
2. Amerace Corp. v. Stallings, 823 So.2d 110 (Fla. 2002).
3. Jameson v. Johnson, 33 S.W.3d 140 (Ark. 2000).
4. Pamelac. Corley ‹Sommer, amy Steigerwalt‹And Artemus Ward ‹the justice system journal ‹vol 31.Number2(2010).
- 5.Dun & Bradstreet ‹Inc. v. Greenmoss Builders ‹Inc. ‹472 U.S. 749 ‹760)‹1985.
- 6.Hon. Martin J. Tangeman ‹chair ‹Judicial Council of California Civil Jury Instructions CACI ‹1 judicial Council of California ‹Series 100-2500 ‹VOL 13 ‹P265.
- 7.WJA.V.DA ‹43 A.3d .1148(N.J.2012).
8. Graphnet, Inc. v. Retarus, Inc A.3d 413, 2022.

- **Article**

1. Abuse of rights definition, Law Insider, the link:  
[\(\(https://www.lawinsider.com/dictionary/abuse-of-rights\)\)](https://www.lawinsider.com/dictionary/abuse-of-rights).
2. Arizona Revised Statutes Title 44. Trade and Commerce § 44-1201. Rate of interest for loan or indebtedness; interest on judgments, Find Law, the link:  
[\(\(https://codes.findlaw.com/az/title-44-trade-and-commerce/az-rev-st-sect-44-1201.html\)\)](https://codes.findlaw.com/az/title-44-trade-and-commerce/az-rev-st-sect-44-1201.html)
3. Dictionary Definitions, Free Online Dictionary of Law Terms and Legal Definitions, the link:  
[\(\(https://legaldictionary.lawin.org/moratory-interest/\)\)](https://legaldictionary.lawin.org/moratory-interest/).
4. Georgia Code Title 7 – Banking And Finance Chapter 4 - Interest And Usury article 1 - IN General§ 7-4-12 - Interest on judgments, Justia US Law, 2010, the link  
[\(\(https://law.justia.com/codes/georgia/2010/title-7/chapter-](https://law.justia.com/codes/georgia/2010/title-7/chapter-)



- [4/article-1/7-4-12#:~:text=\(a\)%20All%20judgments%20in%20this,published%20in%20statistical%20release%20H.\)\).](#)
5. Gill Burnett, The Doctrine of Loss of Chance: Recent Developments, Dacbeachcroft, 2020, the link:  
[\(\(https://www.dacbeachcroft.com/en/gb/articles/2020/april/the-doctrine-of-loss-of-chance-recent-developments/#:~:text=The%20doctrine%20is%20used%20to,some%20\(usually%20monetary\)%20benefit\)\).](#)
6. Hawaii Revised Statutes TITLE 36. CIVIL REMEDIES AND DEFENSES AND SPECIAL PROCEEDINGS 662. State Tort Liability Act 662-8 Interest, Justia US Law, 2016, the link:  
[\(\(https://law.justia.com/codes/hawaii/2016/title-36/chapter-662/section-662-8\)\).](#)
7. Julia Kagan, Default Rate, investopedia, 2020, the link:  
[\(\(https://www.investopedia.com/terms/d/defaultrate.asp#:~:text=The%20default%20rate%20is%20the,regular%20payments%20on%20a%20loan\)\).](#)
8. Loss-Allocation, Law Insider, the link:  
<https://www.lawinsider.com/dictionary/loss-allocation>.
9. Merriam-Webster's Dictionary of Law 1996. Merriam-Webster, Incorporated the link  
<https://www.merriam-webster.com/legal/moratory>.
10. Rate of interest for loan or indebtedness; interest on judgments, Find Law, the link:  
[\(\(https://codes.findlaw.com/az/title-44-trade-and-commerce/az-rev-st-sect-44-1201.html\)\).](#)
11. Paul Croft, What is a loss of opportunity?, Briferrier  
<https://briferrier.com.au/news/what-is-a-loss-of-opportunity>.
12. penalty clause, Legal Information institute, Cornell Law School, the link:





([https://www.law.cornell.edu/wex/penalty\\_clause#:~:text=A%20penalty%20clause%20is%20a,referred%20to%20as%20penalty%20clauses.](https://www.law.cornell.edu/wex/penalty_clause#:~:text=A%20penalty%20clause%20is%20a,referred%20to%20as%20penalty%20clauses.)).

13. Damian Crosse, Practical implications of penalty clauses in English law, pinsent masons, the link:

((<https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/practical-implications-penalty-clauses-english-law>).

14. Ind. Code § 24-4.6-1-101, Case Text, the link:

((<https://casetext.com/statute/indiana-code/title-24-trade-regulation/article-46-special-provisions-concerning-certain-transactions/chapter-1-interest-limits-and-application-of-other-laws/section-24-46-1-101-money-judgments>) .

## Abstract

The idea of presumed damage is one of the ideas that contribute to ridding the creditor of the burden of proof that the element of damage has been achieved, as the debtor, once he committed a mistake, is responsible for compensating the creditor for the damage he sustained without the need to prove that element because it is assumed under the law, so it is considered an exception to the rules. The general requirement to prove damage, otherwise civil liability is negated, and thus the need for compensation is negated. However, the idea of assuming damage came in two parts. The first was not able to prove the opposite according to the conclusive evidence that came in the legal texts through which we can infer the assumption of damage, and the second was The opposite can be proven by the debtor, who can deny that the creditor was harmed.

Also, the possibility of achieving the assumption of damage in light of contractual liability was more clear than tort liability, given that the legislator had given the contractual wills a role in agreeing on the assumption of damage in the places that allow the amendment of the provisions of liability, but this does not mean that the assumption of liability cannot be achieved. tort, as the tort responsibility bears the idea of presumption, as the legislator exempts the injured from proving the damage in certain cases, mostly due to the nature of the damage.

Accordingly, this study examines the possibility of assuming harm in the absence of an explicit text that acknowledges its existence, while trying not to fall into the prohibition of it on the grounds that it is an exception that cannot be expanded upon Sound legal logic through which we can complete the general framework for that idea .

Republic of Iraq  
The Ministry of Higher Education and scientific research  
Al- Qadisiya University  
Collage of Law



# **THE NOTION OF PRESUMED DAMMAGS IN CIVIL LIABILITY**

**(A comparative study)**

**A thesis Submitted to**

**College of Law Council-University of Al-Qadisiyah**  
**It is part of the requirements for obtaining a master's degree in**  
**private law**

**By**

**Noor Amein Ahmed**

**Supervised by**

**Dr. Abd Ulmahdi Kadhim Nasser**

**Professor of Civil law**

**1444 AH**

**2022 AD**