الضرر الأدبي وكيفية إثباته في المسؤولية التقصيرية
دراسة في القانون العراقي

م.م. طارق عبد العزيز العبيدي
مدرس القانون المدني المساعد
كلية القانون والعلوم السياسية-جامعة الانبار

المقدمة:

أهمية الموضوع:

يحتل موضوع الضرر الأدبي أهمية كبيرة من الناحية القانونية على الصعيدين النظري والعملي فمن الناحية النظرية جر هذا الموضوع الفقه القانوني إلى سجلات كبيرة حول تحديد مضمون هذا النوع من أنواع الضرر ورسم معالم الصور التي يظهر بها وتحديد الشروط اللازمة لعد الضرر الواقع ضرراً أدبياً بما يميزه بالتالي عن الضرر المادي، وعلى الصعيد العملي أدخل الضرر الأدبي القضاء في دوامة من الاختلاف حول التعويض عنه بوصفه الأثر القانوني الذي يترتب على المسؤولية التقصيرية عن الضرر الأدبي، فقد اختلفت المحاكم فيما بينها حول تحديد عناصر التعويض عن الضرر الأدبي وحول تحديد الأشخاص الذين يسحقون التعويض عن هذا الضرر وكان الاختلاف على صعيد محاكم البلد الواحد فنجد القضاء العراقي منقسماً على نفسه حول مسائل التعويض عن الضرر الأدبي.

ومن خضم هذه الاختلافات النظرية والعملية تلمس الباحث في الضرر الأدبي موضوعاً شيقاً من الناحية القانونية يستحق البحث أغرى الباحث في الدخول في هذه الاختلافات الفكرية للوصول إلى النتائج القانونية التي تتلاءم مع طبيعة الضرر الأدبي في كل مسألة من مسائله طالما أن الاتفاق سواء في الفقه أو القضاء حول هذه المسألة أو تلك لا زال منفرطاً إلى الآن.

إشكالية البحث:

يطرح موضوع الضرر الأدبي إشكاليات متعددة يمكن أن نختصرها في تحديد ماهية الضرر الأدبي وتحديد التعويض عنه، كما يمكن تفصيل هذه الإشكاليات على النحو الآتي:

١- يطرح الموضوع إشكالية تحديد مضمون الضرر الأدبي من خلال تعريف هذا الضرر إذ لم نجد تعريفاً مانعاً جامعاً للضرر الأدبي يحدد مضمونه بشكل جلي وصريح يمنع تداخله أي الضرر الأدبي مع أنواع الضرر الأخرى لاسيما الضرر المادي.

٢- يطرح الموضوع إشكالية تحديد الشروط اللازمة لعد الضرر الواقع ضرراً أدبياً تنطبق عليه أحكام تعويض هذا الضرر وبما يميزه عن الضرر المادي، حيث نجد على صعيد الفقه القانوني من يزيد في هذه الشروط ومن ينقص منها على نحو يشوش على مضمون الضرر الأدبي ويحيطه بضبابية تهدد المعالم الفاصلة التي تميزه عن الضرر المادي.

٣- ومن إشكاليات الضرر الأدبي حصر الصور التي يظهر بها والتي يمكن الاعتراف بالتعويض عنها من الناحية القانونية، فهناك في الفقه من يضيف له صوراً جديدة يطالب بالتعويض عنها وهناك من يحذف من هذه الصور، وأثر ذلك في رسم معالم الضرر الأدبي.

٤- لعل من أبرز إشكاليات الموضوع على الصعيد العملي هو تحديد من يستتحق التعويض عن الضرر الأدبي بالشكل الذي يوازن بين كفتين متأرجحتين كفة تمثلها قاعدة مساواة التعويض لحجم الضرر وكفة يمثلها الحجم المتعاضم لأثر هذا الضرر والذي يرتبط بتحديد الأشخاص المستحقين له، ولا شك إن عدم الموازنة بين الكفتين سيؤدي إما إلى تجهيل حجم الضرر وجعل التعويض عن الضرر الأدبي رمزياً أو على الأقل لا يتناسب مع حجم هذا الضرر، أو إنه يؤدي إلى المغالاة في التعويض عن هذا الضرر لغير مستحقيه في حال ترجيح الكفة الثانية، وهنا تبرز صعوبة عمل الباحث في الموازنة في الكفتين والخروج بنتيجة منطقية تتلاءم مع طبيعة الضرر الأدبي، وعادلة تتفق مع قاعدة جبر الضرر في القانون المدني.

٥- ويطرح البحث إشكالية إثبات الضرر الأدبي والوسائل التي يقبل بها القاضي في ذلك، ذلك إن الضرر الأدبي من طبيعته تجعله من الصعوبة إثباته بجميع وسائل الإثبات مما يتطلب إبراز الوسائل التي تتلائم مع هذه الطبيعة.

منهجية البحث:

اعتمد الباحث على المنهج التحليلي في دراسة مسائل الضرر الأدبي حاصراً الدراسة في إطار القانون العراقي تجنباً للتوسع والتزاماً بضوابط النشر ومحدودية المدى المسموح بنشره من الصفحات.

خطة البحث:

درس الباحث موضوع الضرر الأدبي في مبحثين الأول تناول فيه التعريف بالضرر الأدبي ببيان ماهيته وشروطه وصوره، والثاني تناول فيه إثبات الضرر الأدبي بتحديد عبء الإثبات والواقعة الواجب إثباتها ووسائل هذا الإثبات ومن ثم وضع البحث قائمة بين فيها أهم نتائج البحث والتوصيات المرتبطة بها.

وعلى كل حال فإن هذا البحث ليس إلا محاولة لسبر غور موضوع طالما أشكل على الفقه والقضاء راجين من الله تعالى أن يوفقنا إلى الصواب ونحن ندرس هذه الإشكاليات وإن كانت الأخرى فنستجير بقوله تعالى (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطئنا).

المبحث الأول

التعريف بالضرر الأدبي

نحاول في هذا البحث تناول مسألة تحديد ماهية الضرر الأدبي وبيان صوره وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

ماهية الضرر الأدبي

ما المقصود بالضرر الأدبي ؟ وما هي الشروط اللازمة لعد الضرر أدبياً ؟ هذه الأسئلة يطرحها الباحث ويحاول الإجابة عنها بفرعين الآتيين:

الفرع الأول

تعريف الضرر الأدبي

الضرر لغة الضر خلاف النفع [١] والضُّرُّ الفاقة والفقر بضم الضاد وبفتحها مصدر ضَرَّه ويضُرُّه [٢].

أما في الاصطلاح القانوني فقد عرف بتعريفات متعددة منها من عرف الضرر الأدبي بمفهوم المخالفة عن الضرر المادي فقال إن الضرر الأدبي هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في مالهِ [٣].

كم عرف الضرر الأدبي بأنه الضرر الذي يصيب الإنسان في ذمتهِ الأدبية[٤]. أو انه الضرر الذي يصيب حقاً من الحقوق غير المالية التي لا تعتبر عنصراً من عناصر الذمة المالية [٥].

---

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري، دار العلم لملايين، ط٤، بيروت، ١٩٩٠م، ج٣، ص٢٨٢ .

(٢) المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المغربي، دراسة وتحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، ج١، ص١٨٦ .

(٣) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقي، بيروت، ط٣، ٢٠٠٠م ، ج١، ص٩٨١ .

(٤) د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، ١٩٥٠، ص٢٢٥ .

(٥) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر، ط١، ٢٠٠٦م ، ج١، ص٢٧٩ .

ويلاحظ أن هذه التعريفات السابقة تلتقي عند نقطة واحدة وهي تقسيم الحقوق إلى قسمين: الأول الحقوق المالية وهي حقوق تعطي لأصحابها حق القيام بأعمال معينة لتحقيق مصلحة يمكن تقديرها بمبلغ من النقود كالحقوق العينية مثل حق الملكية أو حق الرهن أو حق الامتياز والحقوق الشخصية أو (الحقوق الدائنية) والحقوق الذهنية، والثاني الحقوق غير المالية وهي حقوق لا تدخل في الفقه القانوني ضمن عناصر الذمة المالية كالحقوق السياسية مثل حق الترشيح وحق الانتخاب وحق تولي الوظائف العامة وحقوق الشخصية كالحق في الاسم واللقب والحياة والحرية وحقوق الأسرة الناشئة عن كون الإنسان زوجاً أو أبا أو ابنا [١]. وعلى هذا وحسب التعريفات السابقة فإن الضرر الأدبي ينصب على القسم الثاني من هذه الحقوق والذي يصيب حقاً من الحقوق غير المالية في حين إن الضرر المادي ينصب على القسم الأول والذي يصيب حقاً من الحقوق المالية [٢].

ومن الفقه[٣]من حاول تعريف الضرر الأدبي من زاوية النتائج والآثار التي تترتب عليه وتميزه عن الضرر المادي، فإذا كان الضرر المادي يتمثل بالخسارة المالية التي تنتج عن المساس بالحق أو المصلحة المالية فقيل إن الضرر الأدبي هو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه يسبب له الاما جسمانية أو نفسية أو تصيبه في عواطفه أو شرفه أو كرامته أو في شيء يحرص عليه الإنسان دون أن يسبب له خسارة مالية.

وطبقاً لهذه المعايير التي ذكرناها فإن الضرر الأدبي هو المساس بالذمة الأدبية، وقد يترتب على الفعل الواحد ضررين هما ضرر مادي وضرر أدبي مثل إصابة الشخص بعاهة مستديمة يتمثل ضررها المادي بنقص المزايا المالية نتيجة عدم القيام بإعماله ونفقات العلاج وتفويت الفرصة وغيرها ويتمثل ضررها الأدبي بالألم والحزن والأسى وقد ينتج عن الفعل الواحد ضرراً أدبياً فقط لا يسبب خسارة مالية كالشتم مثلاً .

ويلاحظ أن المشرع العراقي قد أورد نصاً عاماً يقضي بضرورة التعويض عن الضرر الأدبي وذكر صوراً له في المادة (٢٠٥ ف١) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م ولم يضع له تعريفاً يحدد مضمونه وبناء على هذا وحسب ما

(١).د. عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني والاردني والمقارن، مطبعة الارز، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٢م، ص٩٢ .

(٢)د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١، ص٢٧٨ – ٢٧٩

(٣)د. حسن علي الذنون، المرجع نفسه، ص٢٧٨ – ٢٧٩ .

تقدم من تعريفات فإنه يمكن تعريف الضرر الأدبي تعريفاً يستوعب ما قيل من تعريفات وحسب مفهوم المخالفة للضرر المادي مفهوماً ونتائجاً بأنه خسارة غير مالية ناتجة عن أذى يتمثل بحزن أو ألم يصيب الإنسان في حق أو مصلحة غير مالية مشروعة.

الفرع الثاني

شروط الضرر الأدبي

للضرر الأدبي عند الفقه والقضاء شروطاً لازمة لوجوده لا تختلف عن شروط الضرر المادي إلا من حيث طبيعة الضرر الأدبي الخاصة وسنبحث هذه الشروط في المقاصد الآتية:

المقصد الأول

ان ينصب الضرر الأدبي على حق أو مصلحة غير مالية مشروعة

تقتضي فكرة الضرر بحد ذاتها وبوصف الضرر ركناً من اركان المسؤولية التقصيرية ان يكون المدعي في دعوى المسؤولية قد أُضير في مركز كان يفيد من ورائه أو في منفعة كان يحصل عليها قبل وقوع الفعل الضار [١].

ويستوي في الضرر بصورة عامة ان يصيب حقاً مكتسباً أو مجرد مصلحة مالية مشروعة، وفي نطاق الضرر الأدبي فإن كل إخلال بمصلحة أدبية مشروعة يستوجب التعويض دون ان يكون هناك حصراً لهذه المصالح وهذا ما فعله المشرع العراقي في المادة ٢٠٥ من القانون المدني بل ترك الأمر لتقدير الفقه والقضاء فيما يعتبر من صور الضرر الأدبي .

ويشترط في المصلحة الأدبية ان تكون مشروعة غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة ولذلك لا يجوز للعشيقة أن تطالب بالتعويض في حالة قتل عشيقها لان الضرر الأدبي الذي أصابها لا يمس مصلحة مشروعة يحميها القانون [٢].

وكذلك لا يجوز لتاجر المخدرات المطالبة بالتعويض عن العطل الناجم عن الحادث الذي منعه من ممارسة نشاطهِ المحظور [٣].

---

(١) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١،٢٧٢

(٢) د. عبد العزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص١٢٨ .

(٣) د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٢٣.

المقصد الثاني
ان يكون الضرر الأدبي محققاً

ويشترط ذلك في الأساس لقبول الدعوى حيث تنص المادة السادسة من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ (يشترط في الدعوى أن يكون المدعى به مصلحته معلومة وحالة وممكنة ومحققة...) .

ويقصد بالمصلحة المحققة أن يكون الاعتداء قد وقع بالفعل على الحق أو المركز القانوني المراد حمايته فمن يطالب بتعويض عن الضرر، عليه أن يثبت وقوع هذا الضرر بالفعل وليس مجرد تصور بان الضرر سيقع [١].

فالضرر يتحقق إذا اعتدي على شرف امرأة مثلاً كالزوجة التي يتهمها زوجها بالزنا فيحق لها المطالبة بالتعويض اذا أثبتت انه كان سيء النية في اتهامه لها وانه قصد من ذلك النكاية والانتقام من زوجتهِ [٢].

أو ان يعتدي شخص على المركز الاجتماعي لإنسان وعلى سمعته عن طريق دعوى كيديه، فللمتهم حق مطالبة المشتكي بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه اذا كانت الشكوى مخالفة للحقيقة ومقدمة بسوء نية وبقصد النكاية والانتقام ولم يثبت صحتها[٣] .

أو ان يصيب الضرر بجسم المضرور فيسبب له عطلاً والماً نفسياً قد يلازمه طول حياته فالضرر هنا ضرر جسماني نتيجة الإصابة مما يستوجب التعويض[٤]. ويمكن أن يكون الضرر المحقق مستقبلياً وهو ما تحقق سببه وتراخت اثاره كلاً أو بعضاً في المستقبل وهو ايضاً محقق الوقوع [٥].

ولذلك يشترط للتعويض عن الضرر المستقبلي ان يكون محققاً وقوعه وان يكون قابلاً للتقدير فوراً ومباشرة[٦] .

---

(١) د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، ط٢، ٢٠٠٩م، ص١٢٣ .

(٢) قرار تمييزي رقم ٢٧٤، هيئة موسعة، ١٩٨١، مجموعة الإحكام العدلية ع١، ٢، ٣، ٤ لسنة ١٩٨٣، ص١٢.

(٣) قرار تمييزي رقم ١٠، ١١ ، هيئة مدنية، ١٩٧٩، مجموعة الأحكام العدلية ١٠/١٩٧٩، ص٣٣ .

(٤) قرار تمييزي ١١٣٠ ، حقوقية، ١٩٧٩، مجموعة الإحكام الدولية ع٣ سنة ١٠/ ١٩٧٩، ص١١٠ .

(٥) إبراهيم المشاهدي، تطور اتجاهات القضاء في العراق حول التعويض الأدبي، بحث منشور في دراسات قانونية، بيت الحكمة، ع١، بغداد، ٢٠٠١، ص٨٧.

(٦) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١، ص٢٠٩ .

مثال ذلك ما قررته محكمة التمييز العراقية في قرار لها بانه تستحق الصغيرة وعمرها سنة تعويضاً اديباً لحرمانها من الاب ومعاناتها من ذل اليتم وهذا الاخير سيقع في المستقبل كون الفتاة يتيمة [١] .

وكذلك الذي يصاب بتصلب شديد في مفصل ابهامه وحصول عطل فيه بمقدار ١٠% بسبب حادث الدعس يؤدي إلى شعوره بنقص قدرته الفنية لاداء عملهِ كمصلح ساعات وهذا الشعور يلازمه طيلة حياته وقد يصرف عنه زبائنه نتيجة تلك الاصابة مما يجعله محقاً في طلب التعويض الأدبي [٢].

وتقوم المحكمة بتقدير التعويض عن الضرر المستقبلي اذا كان ذلك ممكناً واذا لم يتيسر لها ذلك فلها ان تحتفظ للمضرور بالحق في ان يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر بالتقدير [٣].

والطريقة المتبعة من قبل القضاء العراقي في تقدير التعويض عن الإصابة بجسم الإنسان هي تقوم على أساس الاستقرار النهائي لحالة المصاب ويتعين ذلك بتقرير الخبراء[٤]،ويبدو من هذا التوجه القضائي أن ثمة تعارض مع النص القانوني في المادة(٢٠٨) من القانون المدني الذي يعطي المصاب وخلال فترة معقولة حق طلب زيادة التعويض مع تطور حالته بعد الإصابة وهذا يعني ان القاضي يمكنه ان يقدر التعويض قبل استقرار حالة المصاب النهائية على ان يكون لهذا المصاب حق طلب زيادة التعويض اذا تطورت حالته الصحية في حين ان التوجه القضائي أعلاه يرجيء الحكم بالتعويض لحين الاستقرار النهائي لحالة المصاب،ونرى على القضاء العراقي العدول عن هذا التوجه أخذا بالجواز القانوني الذي وضعته المادة (٢٠٨).

المقصد الثالث

ان يكون الضرر الأدبي مباشراً

يقسم الضرر إلى مباشر وغير مباشر ومتوقع وغير متوقع ويشترط في المسؤولية العقدية ان يكون الضرر مباشراً ومتوقعاً ولا يُسأل الشخص عن الضرر المباشر غير المتوقع إلا اذا صدر عنه غش أو خطأ جسيم، أما في المسؤولية التقصيرية فالشخص المسؤول يسأل عن الضرر المباشر متوقعاً وغير

(١) قرار تمييزي رقم ٦٧، مدنية أولى ١٩٨٠، مجموعة الأحكام العدلية، ع٢ سنة ١٩٨٠، ص٢٩ .

(٢) قرار تمييزي رقم ١١٣/ حقوقية/ ١٩٧٩، مجموعة الأحكام العدلية، ع٣ سنة ١٩٧٩/١٠ ، ص١١٠ .

(٣) المادة (٢٠٨) من القانون المدني العراقي .

(٤) ابراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص٩٠ .

متوقع بغض النظر عن جسامة الخطأ أو درجتهِ، اما الضرر غير المباشر فلا يسأل المدين عنه في كلتا المسؤوليتين [١].

اما معيار التفرقة بين الضرر المباشر وغير المباشر فقد نصت المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي على إن ((تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع)) وبهذا فالمعيار هو ان يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ أي الذي تربطه رابطة السببية مع الخطأ فمن يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يجب ان يثبت الخطأ والضرر والرابطة السببية طبقاً للقواعد العامة في الاثبات لان الدائن المضرور يكون مدعياً والبينه على من ادعى[٢].

فيعتبر الضرر الأدبي مباشراً اذا وقعت جريمة اغتصاب لفتاة فلا يمكن للمضرور توخي مثل هذا الضرر وكذلك يعتبر الضرر الأدبي مباشراً بالنسبة لأولاد المقتول فلا يمكن للأولاد توخيه ببذل جهد معقول ولأنه نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع[٣].

والتعسف في رفع الدعوى بقصد الإضرار بالمشتكي عليه يعتبر الضرر واقعاً لأنه نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع [٤].

المقصد الرابع

ان يكون الضرر الأدبي شخصياً

ويعني ذلك ان يصيب الضرر المدعي بالذات سواء كان الضرر قد انصب على شخص المدعي أو على ماله أو على مصلحة مشروعة له يحميها القانون[٥].

وفي حالة وفاة المضرور يكون أمام خلفه دعويين متميزتين، الأولى دعوى الاستخلاف وترفع للمطالبة بالحقوق ومن هذه الحقوق هو التعويض عن الضرر

---

(١) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، ١٩٧٦، ص٢١٧، د. صلاح الدين الناهي، مرجع سابق، ص١٤٦، م ١٦٩/ ٣ من القانون المدني العراقي.

(٢) المادة (٧) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

(٣) تنص المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على ان ((... ويعتبر الضرر نتيجة طبيعة اذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوخاه ببذل جهد معقول)) د. السنهوري، مرجع سابق، ج١، ص ١٠٣٢ – ١٠٣٣ .

(٤) قرار تمييزي رقم ١٩٠ / مدنية رابعة / ١٩٨٢ ، مجموعة الإحكام العدلية، ع٢ سنة ١٣، ١٩٨٢، ص٢٤ .

(٥) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١، ص٢٣٤ .

المادي الذي أدى إلى وفاة المضرور، والثانية دعوى شخصية يرفعها المضرور باسمه مباشرة للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر أدبي جراء موت المصاب[١].

فالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد لا يستحقه المضرور عن طريق الاستخلاف أي لا يستحقه بوصفه وارثاً انتقلت إليه حقوق مورثه وإنما يستحقه ابتداءاً لا انتقالاً إليه من المتوفي فالتعويض هنا حق شخصي لصيق بصاحبه وكذلك التعويض عن الضرر الذي أصاب الميت نفسه لا ينتقل إلى خلف العام ولا يجوز احتسابه عنصراً من عناصر ذمتهِ المالية إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي مكتسب حجية الأمر المقضي فيه [٢].

وإذا كان المضرور شخصاً واحداً أو عدة أشخاص فانه هناك ضرر شخصي بالنسبة لكل واحد منهم وبالتالي يجب ان يكون الضرر شخصيا لكل فرد يدعى حصول الضرر، اما اذا وقع الضرر على جماعة فهنا نفرق بين ما اذا كانت للجماعة شخصية معنوية فتستطيع المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي مس الجماعة ويكون باسم الشخصية المعنوية كما لو وقع الضرر على نقابة معينة أما اذا لم يكن لهذه الجماعة شخصية معنوية فيستطيع كل فرد أصابه ضرر أدبي شخصيا ان يطالب بالتعويض جراء الاعتداء على تلك الجماعة[٣].

وقد يكون الضرر جماعياً يصيب مجموعة كبيرة ولكن ليس لهذه الجماعة شخصية معنوية خاصة ولذا يكون من حق الشخصية المعنوية العامة المطالبة بالتعويض عما أصاب هذه المجموعة من الشعب من ضرر فيكون حق المطالبة للدولة ممثلة بالمحافظات والاقضية والبلديات لان الاضرار بالشعب إضراراً بالدولة[٤].

(١) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج٢، ص٣٤٧ .

(٢) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١، ص٢٨٩، ج٢، ص٣٧٧، م ٢٠٥ من القانون المدني العراقي .

(٣) د. عبد العزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص١٣٠ .

(٤) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١، ص٢٧١ .

المقصد الخامس

ان لا يكون الضرر الأدبي قد سبق التعويض عنه

ان الهدف من مسائلة الفاعل عن الضرر الذي أحدثه هو أصلاح آثار هذا الضرر فإذا ما استوفى المضرور التعويض اللازم فقد زال اثر الضرر لذلك لا يصلح ان يكون أساساً لرفع دعوى به أمام القضاء فلا يجوز ان يتخذ الضرر الأدبي وسيلة للإثراء [١].

وهذا الشرط بديهي فإذا ما استوفى المضرور حقه بالتعويض فلا يستطيع ان يستوفي حقه مرة ثانية .

وإن كان المضرور قد رفع دعوى وصدر حكم فيها فلا يجوز رفع دعوى ثانية للمطالبة بالتعويض لاكتساب الحكم حجية الأمر المقضي فيه، هذا إن حصل المضرور على التعويض من الفاعل الذي احدث الضرر، اما إذا حصل المضرور على التعويض من غير الفاعل وحصل عليه من شخص آخر أو جهة أخرى ففي هذا الموضوع نفرق بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى / الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض .

قد يكون التأمين على الأشخاص وقد يكون على الأشياء، وفي التأمين على الأشخاص يكون الخطر المؤمن منه متعلقاً بشخص المؤمن له اما في التأمين على الأشياء فان الخطر المؤمن منه يتعلق بأموال المؤمن له لا شخصهِ، وعلى هذا ففي التأمين على الأشخاص يستطيع المضرور الجمع بين مبلغ التأمين الذي يستحقه على أساس العقد (التأمين) وبين التعويض الذي يستحقه قِبَلْ الفاعل وذلك إن مبلغ التأمين في هذا النوع من التأمين يبتعد عن صفة التعويض[٢].

اما مبلغ التأمين في التأمين على الأشياء فإنه يأخذ صفة التعويض وبالتالي لا يجوز للمضرور الجمع بين المبلغ الذي يستوفيه من شركة التأمين بموجب العقد والتي سوف تحل محله قانوناً قبل من تسبب بفعله بإحداث الضرر وبين مبلغ التعويض الذي يستحقه بموجب المسؤولية التقصيرية لأنه لا يجوز ان يتجاوز التعويض أصلاح الضرر، وإلا يكون التعويض وسيلة لعقاب الفاعل، ويشترط في حالة عدم الجمع بين مبلغ التعويض ومبلغ التأمين ان تكون شركة التأمين قد عوضت المؤمن له تعويضاً كاملاً، فان كان ناقصاً رجع بالباقي على الفاعل[٣].

---

(١) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١، ص٢٢٣ .

(٢) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١، ص٢٢٥ .

(٣) د. صلاح الدين الناهي، مرجع سابق، ص٢٢٨، م ٩٩٨ من القانون المدني العراقي .

الحالة الثانية / الجمع بين التعويض الذي يدفعه المسؤول وبين التعويض الذي تدفعه الدولة أو المؤسسات الأخرى .

وفي هذه الحالة يجوز الجمع لانه الأصل الا إذا نص القانون على خلاف ذلك، فبذلك يستطيع المضرور أو خلفه الجمع بين التعويض الذي يستحقه ضد من قام بالفعل الضار وبين ما يستحقه هذا المضرور أو خلفه من راتب تقاعدي أو مكافئه أو منحه من الدولة أو المؤسسة عامة أو خاصة، ولا يجوز حرمان المضرور من هذا الحق الا بنص صريح من القانون لان المصاب أكثر احتياجاً للتعويض والراتب التقاعدي [١] .

الحالة الثالثة / الجمع بين التعويض وبين المعونات التي يتلقاها المصاب أو خلفه على سبيل المعونة أو الإحسان أو الصدقة وفي هذه الحالة يجوز الجمع بينهما لان هذه المعونات ليست تعويضاً ولأنها دفعت للمصاب على أنها أحسان أو صدقة ومرجعها التكافل الاجتماعي فلا يجوز للمسؤول الاحتجاج بذلك للتخلص من المسؤولية [٢].

المطلب الثاني

صور الضرر الأدبي

للضرر الأدبي صوراً كثيرة لا يمكن حصرها ويختلف نطاقها باختلاف الزمان والمكان وحسب اعتبارات التطور الاجتماعي والاقتصادي والنصوص القانونية التي تنظمها [٣].

لذلك يمكن إجمال بعض صور الضرر الأدبي الأكثر شيوعاً على وفق ما جاءت به التشريعات ونادى به الفقه ، وسنتناول تلك الصور تباعاً كل في فرع مستقل :

---

(١) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج ، ص٢٢٦ ، د. صلاح الدين الناهي، مرجع سابق، ص٢٢٨ ، م ١٠٠١ من القانون المدني العراقي .

(٢) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١، ص٢٣٢ .

(٣) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١، ص٢٣٣ .

الفرع الأول

الضرر الأدبي الناتج عن الاعتداء على جسم الإنسان

ويتمثل هذا النوع من الضرر الأدبي بالجروح والإتلاف الذي يصيب جسم الإنسان وما يعقبه من تشويه في الوجه أو في الأعضاء أو في الجسم بوجه عام ويكون مع الضرر الأدبي ضرراً مادياً اذا نتج عن الاعتداء أنفاق المال في العلاج أو نقص في القدرة على الكسب المادي، وما عدا ذلك من الآلام فتكون أضراراً أدبية .

ويمكن تقسيم هذا النوع من الضرر إلى ثلاثة أقسام :

أولا / الآلام الجسمانية : وهذه الآلام تحدث نتيجة الاعتداء على جسم الإنسان وتسبب له ضرراً اديباً، والآلام الجسمانية تحدث نتيجة حصول ضرر جسدي حيث يكون المصاب قد تعرض لضرر جسدي سبب له ضرراً ادبياً، وعلى المحكمة هنا ان تقدر التعويض عن الضرر الجسدي والضرر الأدبي معاً[١] .

ويلاحظ ان المشرع العراقي قد ميز بين الضرر الجسدي والضرر الأدبي عندما نص في المادة (٢٠٢) من القانون المدني بان ((كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر)) ونص في المادة (٢٠٥) من القانون المدني على الضرر الأدبي وصوره .

ثانياً / الضرر الجمالي : وهو الضرر الناتج عن الاعتداء على جسم الإنسان والذي يصيب مظاهر الجمال للشخص فيسبب له ألماً شديداً لفوات الجمال ولفوات الفرص التي تستدعي هذا الجمال كالحصول على وظيفة مضيفة طيران مثلاً وهذا الضرر يحصل نتيجة الجروح والكدمات وما تخلفه العمليات الجراحية وهو يختلف من شخص إلى اخر من حيث الجنس اذا كان رجلاً أو امرأة ومن حيث السن شاباً ام كهلاً ونوع العمل الذي يمارسه المصاب كل هذا يدخل في تقدير التعويض عن الضرر الجمالي[٢].

ثالثاً / الضرر الناتج عن الحرمان من مباهج الحياة .

وهو الضرر الحاصل من الحرمان من التمتع بمباهج الحياة من ممارسة الرياضة أو القراءة وما يستمتع به بحواسه بصورة عامة وهذه المباهج كثيرة جداً

---

(١) ابراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص٨٢ – ٨٥ .

(٢) قرار مشار اليه في د. عبد العزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص ١١٤ .

لذلك على القاضي ان يقدر التعويض المناسب لهذا الضرر وله الاستعانة بالخبراء لتقدير كل حالة على حدة وفي النهاية يجب على من يطالب بالتعويض من هذا الضرر ان يثبت المتعة التي كان يمارسها أو يهواها .

الفرع الثاني

الضرر الأدبي المتعلق بالشرف والاعتبار والعرض

فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات والاعتداء على الكرامة وغيرها مما يصيب السمعة يعتبر ضرراً ادبياً [١]ذلك انها تؤثر على المركز الاجتماعي للشخص وذلك ينطبق على الدعاوى الكيدية التي تصيب السمعة والاعتبار والمركز الاجتماعي ، وحالات أخرى لا يمكن وضعها تحت الحصر والأمر متروك للمحكمة [٢].

الفرع الثالث

الضرر الأدبي الناتج عن مجرد الاعتداء على الحقوق الثابتة

دخول ملك الغير مثلا مع معارضة هذا الأخير يعطي الحق للمالك المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي حتى ولو لم يصبه ضرر مادي[٣].

ويشمل هذا النوع من الضرر الاعتداء على الاسم واللقب حيث قررت المادة (٤١) من القانون المدني العراقي الحماية القانونية للقب بقولها ((لكل من نازعه الغير في استعمال لقبه بلا مبرر ولكل من انتحل الغير لقبه ان يطلب وقف هذا التعرض وان يطالب التعويض اذا لحقه ضرر من ذلك)) .

فالاسم واللقب من الحقوق المدنية اللصيقة بالشخصية ومجرد الاعتداء عليها يجيز للمتضرر حق المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، هذا وقد يحدث الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية ضرراً أدبياً من نوع أخر كالضرر بالسمعة والمركز الاجتماعي وفي هذا النوع من الضرر يكفي الاعتداء وحده للمطالبة بالتعويض دون حاجة لإثبات وقوع الضرر لان مجرد الاعتداء على الحق الثابت يسبب ضرراً أدبياً، في حين نلاحظ ان المشرع العراقي اشترط أثبات الضرر .

---

(١) د. عبد العزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص ١١٤ – ١١٥ .

(٢) د. السنهوري، مرجع سابق، ج١، ص٩٨١ .

(٣) راجع ماذكرناه عن بيان تعريف الضرر الأدبي .

الفرع الرابع

ضرر أدبي يتعلق بالحريات الشخصية

عندما يخطأ شخص ويمس الحرية الشخصية لشخص أخر فمن حق هذا الأخير ان يطالب بالتعويض عن الضرر الأدبي لأنه ذلك يمس حريتهِ وقد كفل الدستور العراقي هذه الحريات الشخصية فلا يجوز المساس بها الا بنص القانون، وان التعرض لهذه الحريات لا يسمح به الا للضرورة والا اعتبر ذلك خطأ يستوجب التعويض عما يسببه من ضرر للشخص المعتدى على حياته الخاصة وهذا ما نصت عليه المادة (٧) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ م بقولها ((اولاً . لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة))

فمثلاً لا يجوز التنصت أو التجسس أو المراقبة أو تصوير الشخص دون موافقته ولكن يجوز التعرض للحياة الخاصة اذا كان ذلك جائزاً قانوناً وبموافقة القاضي أو عندما تنطوي الخصوصية الشخصية على أفعال مخالفة للآداب العامة [١].

وكذلك تشتمل الحياة الخاصة حرية المسكن وهذا ما قررته المادة (٧١) من دستور ٢٠٠٥ في فقرتها الثانية بقولها ((حرمة المساكن مصونة ولا يجوز دخولها أو تفتيشها أو التعرض لها الا بقرار قضائي ووفقاً للقانون)) .

الفرع الخامس

الضرر الأدبي الناتج عن الوفاة

ربما ينتج عن الفعل وفاة المصاب فيكون للمجني عليه الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه نتيجة الضرر الجسدي اعتبارا من تاريخ الإصابة وحتى الوفاة وبما ان الضرر الأدبي شخصيا فانه لا يستطيع غير المضرور المطالبة به و لأنه ذو صبغة أدبية يصعب تقدير قيمته فان الحق بالتعويض عن الضرر الادبي الذي أصاب المتوفي قبل الوفاة لا ينتقل إلى الورثة الا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي نهائي [٢][٤٣] .

وإذا كان الأصل انه لا يجوز لغير المجنى عليه المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الا انه هناك دعوى ثانية شخصية أيضا وهي لمن أصابه الضرر

---

(١) د. السنهوري، مرجع سابق، ج١، ص٩٨٢ . المادة (٣٧) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ .

(٢) المادة (٢٠٥/ ٣) من القانون المدني العراقي .

الأدبي المرتد حيث يجوز لأقرباء المتوفي المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابهم نتيجة قتل قريبهم والضرر الأدبي يتمثل هنا بالألم والحزن والاسى على فقد عزيز أو قريب ، وقد أجاز المشرع التعويض عن هذا النوع من الضرر على أساس المحبة والعاطفة والحنان التي تربط الشخص بغيره ، وحدد الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة بالتعويض وهم الأقرباء والأزواج [١] ولكن لم يحدد درجة القرابة وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠٥ / ٢) من القانون المدني بقولها ((ويجوز ان يقضى بالتعويض للأزواج والأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب)) ، وبصدد المقصود بأقرباء المتوفي هناك رأيان رئيسان في الفقه القانوني العراقي الأول يذهب إلى ان المقصود بأقرباء المتوفي هم ورثته [٢].

اما الثاني فيذهب إلى ترك المسألة لمحكمة الموضوع تقدر كل حالة على حدة وحسب ظروف كل قضية[٣].

ونحن بدورنا نؤيد الرأي الأول بان يكون لورثة المتوفي الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي المرتد وبذلك تنطبق قواعد الميراث فيما يتعلق بالحجب والموانع والشروط وهو يشمل دائماً أقرباءه من الدرجة الاولى فان لم يجد منهم احد فلاقرباءه من الدرجة الثانية وطالما ان المسألة أيضاً تثير خلافاً عند الرجوع للفقه الإسلامي في من يكون من الورثة لذلك نرى ان يتدخل المشرع ليقسم الورثة إلى مراتب يحجب المتقدم منهم المتأخر فيما يخص عن التعويض عن الضرر الأدبي.

اما محكمة التمييز العراقية فإنها في بادئ الأمر اعتبرت أقرباء المتوفي هم أقرباءه من الدرجة الأولى فقط إضافة إلى زوج المتوفي مستندة في ذلك إلى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٥ والمعدل للقرار المرقم ٨١٥ لسنة ١٩٨٢ الخاص بتقدير التعويض عن حوادث السيارات وفقاً لقانون التأمين من حوادث السيارات رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠، حيث قضت في قرار لها بان لا

---

(١) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١، ص٢٨٩ ، د. عبد العزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص١٢٤ – ١٢٥ . والضرر المرتد هو ما يصيب غير من كان ضحية الفعل الضار مباشرة ينظر د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١، ص٢٣٤ .

(٢) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة، مرجع سابق، ص٢٢٨ .

(٣) د. عبد الرزاق عبد الوهاب، تعويض الضرر الأدبي في القانون السويسري والعراقي، بحث منشور في مجلة القضاء، السنة الرابعة والعشرون، العدد الثاني، بغداد، ١٩٦٩، ص٢٩ .

يستحق التعويض عن الضرر الأدبي الا زوج المتوفي وأقاربه من الدرجة الأولى الذين أصيبوا بالآم حقيقية وعميقة [١] باعتبار ان النص الوارد في قرار مجلس قيادة الثورة يصلح ان يكون نصاً عاماً لتحديد من له الحق بالمطالبة بالتعويض الأدبي الا ان محكمة التمييز عادت مخالفة لقرارها السابق في قرار لها برقم ١٣٨/ هيئة عامة / ١٩٩٢ وقضت بان نص قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٥ هو خاص بالتعويض الأدبي الذي يكون وفقاً لقانون التأمين من حوادث السيارات رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠ ولا ينطبق على الحالات الأخرى فهو نص خاص يقيد النص العام الوارد في المادة (٢٠٥) في حدود ما نص عليه وبالتالي لا يجوز التوسع في هذا القرار لأنه استثناء والاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه وان نص المادة (٢٠٥) من القانون المدني يبقى سارياً لحالات التعويض الأدبي الأخرى في غير ما ورد في قرار مجلس قيادة الثورة [٢].

ونحن نرى في ظل تباين موقف محكمة التمييز العراقية بانه يتوجب على المشرع ان يتدخل لتحديد من له الحق بالمطالبة بالتعويض الأدبي في حالة الضرر الأدبي المرتد مراعياً في ذلك مراكز الخصوم فيجب أولا حصر نطاق المدعين ، والحد ثانيا من المغالاة في تقدير التعويض وان لا يكون وسيلة للثراء بما يثقل كاهل المدعى عليه أو يفلسه وهذا ما تأباه قواعد العدالة .

المبحث الثاني

إثبات الضرر الأدبي

سبقت الإشارة الى ان الضرر الأدبي يثير إشكالية إثباته وذلك نابعا من طبيعته المرنة التي يصعب تحديد معالمها ، على هذا وبعد ان صرفنا معنى الضر الأدبي الى الخسارة غير المالية التي تصيب حقا للمضروب او مصلحة غير مالية مشروعة فانه لا بد من تحديد من يتحمل عبء أثبات هذا الضرر وتحديد وسائل الإثبات وسنتناول ذلك في المطلبين الآتيين .

(١) قرار تمييزي رقم ١٢/ مصلحة القانون / ١٩٨٩، مجلة القضاء ع٣ و٤ لسنة ١٩٩٠، ص٦٠.

(٢) إبراهيم المشاهيدي، مرجع سابق، ص٨٨ .

المطلب الأول

من يتحمل عبء اثبات الضرر الادبي

من هو الشخص الذي يكلف بإقامة الدليل أمام القضاء على واقعة الضرر الأدبي ؟ نجد الإجابة عن هذا التساؤل في القواعد العامة في الإثبات . حيث تنص المادة السابعة من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ (أولاً - البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) (ثانياً- المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل) .

ووفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية التي تتطلب ان تتحقق أركانها الثلاثة حتى يكون موجباً للتعويض وهي الخطأ والضرر والرابطة السببية يجب أثبات هذه العناصر الثلاثة ولذلك فالمدعي هو المضرور أو المصاب فهو من يتحمل عبء إثبات الضرر الأدبي والخطأ والرابطة السببية ، المدعي هو يدعي خلاف الظاهر أصلا أو عرضاً أو فرضاً وان البينة على من يدعي خلاف الأصل بمعنى من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف بالإثبات وإنما يقع على عاتق من يدعي خلاف هذا الأصل باعتبار انه يستحدث جديداً ولان بقاء الأصل على أصلهِ هو القاعدة[١] .

على هذا فالمضرور هو المدعي وهو من يتحمل عبء الإثبات لأنه يدعي خلاف الأصل وهو براءة الذمة [٢] ، فإذا ما أقام الدليل على تحقق الضرر الأدبي انتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه وهو المسؤول عن الفعل الضار ويكون المدعى عليه هو المدعي في دفعهِ ويكون مكلفاً بإثبات نفي تحقق الضرر الأدبي، فعبء الإثبات يكون على المدعي في دعواه والمدعى عليه في دفعهِ .

وإذا كان المدعي هو من يدعي خلاف الظاهر فالظاهر قد يكون أصلا أو عرضاً أو فرضاً وعلى النحو الأتي :

١) الظاهر أصلاً : ان الأصل يؤيده ظاهر الحال فلا يحتاج لتأييد اخر وخلاف الظاهر يتأرجح بين الصدق والكذب فيحتاج إلى مرجح وهي البينة ولذلك فمن يدعي على اخر بانه مشغول الذمة بدين له فيجب عليه إثبات ذلك بان يثبت مصدر هذا الالتزام لانه يدعي خلاف الأصل ولذلك على المضرور ان يثبت الضرر والخطأ والرابطة السببية .

---

(١) د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ط٢، ٢٠٠٧، ص٧٠ .

(٢) المادة السادسة من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

٢) الظاهر عرضاً : عندما يدعي شخص انه دائن لاخر فهو يدعي خلاف الظاهر أصلاً باعتبار ان الأصل براءة الذمة فاذا استطاع إثبات ادعائه وثبت انشغال ذمة المدين بالدين فالظاهر ان المدعى عليه مدين وهو الظاهر عرضاً فينتقل عبء إثبات خلاف الظاهر عرضاً أي إثبات خلاف انشغال ذمتهِ [١].

فلو ثبت الضرر الأدبي بقرينة القرابة على تحققه عند ابن المقتول فيصبح المدعى عليه في مركز المدعي ويستطيع ان يثبت ان الابن منقطع عن ابيه وانه خلاف الظاهر عرضاً وهو انشغال ذمته بالدين الذي مصدره الفعل الضار .

٣) الظاهر فرضاً : وذلك بواسطة القرينة القانونية وهي ان يفترض المشرع وضعاً ثابتاً يعفي من يتمسك به من عبء الإثبات وعلى من يدعي خلاف القرينة القانونية إثبات عكسها والقرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحتهِ عن أي دليل آخر من أدلة الإثبات [٢]. مثال القرينة القانونية الخاصة بفوائد التأخير وهي قرينة قاطعة والقرين الخاصة بالشرط الجزائي وهي قرينة بسيطة[٣]ولا علاقة لهذا النوع من أنواع الظاهر بالضرر الأدبي لعدم وجود قرينة قانونية خاصة بهذا الضرر .

المطلب الثاني

وسائل إثبات الضرر الأدبي

نرى من الأنجع أنه يجب أن نبحث القاعدة العامة في وسائل الإثبات ومن ثمَّ نعرج على وسائل الإثبات الخاصة بالضرر الأدبي لنرى مدى انطباق القواعد العامة في تحديد وسائل إثبات الضرر الأدبي لذا سنبحث في هذا المطلب وعلى فرعين قاعدة الإثبات الحر التي نراها أكثر ملائمة لإثبات الضرر الأدبي[٤].

---

(١) د. عصمت عبد المجيد، مرجع سابق، ص٧٢ .

(٢) المادة (٩٨/ ٢) من قانون الإثبات العراقي ، د. عصمت عبد المجيد، مرجع سابق، ص٧٢ .

(٣) المادة (١٧٣) و (١٧٠) من القانون المدني العراقي .

(٤) وقد جمع المشرع العراقي في قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ مبدأ الإثبات الحر والمقيد معاً ويقصد بالإثبات المقيد هو تحديد وسائل الإثبات وتقييد سلطة القاضي تقديرياً ونرى أن الضرر الأدبي لا يتقيد بوسيلة إثبات معينة فلا ينطبق عليه هذا المبدأ.

الفرع الأول
مبدأ الإثبات الحر

يعتبر الضرر بصورة عامة إضافة للخطأ والرابطة السببية وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات بما فيها الشهادة والقرائن . فالمضرور حُر في اختيار أي دليل لإثبات الضرر[١].

فإن كان الضرر واقعة مادية فعدم وقوعه أيضاً واقعة مادية وبالتالي يجوز إثبات الوقائع المادية بجميع الادلة بما فيها الشهادة والقرائن .

وان التثبت من وقوع الضرر أو عدم وقوعه مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة التمييز[٢].

ويلاحظ عندنا في العراق إن رقابة محكمة التمييز تشمل الواقع والقانون فإذا أخطأت المحكمة في فهم الواقع يكون حكمها عرضة للنقض من قبل محكمة التمييز [٣].

فاذا كان واجبا إثبات الضرر وتحققه فيجب ايضاً اثبات مقداره وعناصره الا اذا اقتصر المدعي في دعواه على طلب تعويض مؤقت لمجرد تقرير مسؤولية المدعى عليه تمهيداً للتقديم بعد ذلك يطلب التعويض الكامل عن الضرر كله اذ يكفي في هذه الحالة مجرد اثبات الضرر دون مقداره أو عناصره، اما اذا كان المدعي قد تقدم بطلب التعويض الكامل فيجب اثبات وقوع الضرر واثبات مقداره وعناصره فتكون المسألة من مسائل القانون وتخضع لرقابة محكمة التمييز وبهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية (ان تعيين العناصر المكونة للضرر والتي يجب ان تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض فاذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالتعويض بصورة مجملة دون ان يبين كنه عناصر الضرر فانه يكون قد عابهُ البطلان لقصور أسبابه مما يستوجب البطلان) [٤].

فإذا أراد المدعي إثبات الضرر الأدبي فيجب ان يثبت عناصره وهي لا تتحدد بما فاته من كسب وما لحقه من خسارة بل تتقرر في ضوء كل حالة على

---

(١) د. السنهوري، مرجع سابق، ج١، ص١٠٦٨ .

(٢) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١، ص٣٢٠ و ج٢، ص٦٩٢ .

(٣) المادة (٢٠٣/٥) من قانون المرافعات العراقي .

(٤) نقض مصري ١٩٦٣/٤/١ / مجموعة أبو شادي، ص٩٤٤ نقلاً عن د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج١، ص٣٢١ .

حده فإذا كان الضرر مثلاً جمالياً فيجب الاخذ بنظر الاعتبار مدى جمال المضرور ووظيفته وفرصه التي قد تتحقق وما أصابه من تشويه وما سيصيبه من ضرر مستقبلي محقق ومركزه الاجتماعي كلها عناصر تدخل في تقرير التعويض عن الضرر الأدبي .

وكذلك يجوز اثبات عدم تحقق أو تحقق الضرر الأدبي بجميع الوسائل بما فيها الشهادة والقرائن لانها واقعة مادية .

الفرع الثاني

مدى انطباق مبدأ الإثبات الحر على إثبات الضرر الأدبي

عبارة عن الألم والحزن وهذا يعتبر واقعة مادية وإذا كانت كذلك فيجوز إثباته بجميع وسائل الإثبات وهذا قد يتعذر تهيئة الدليل الكتابي في نطاق المسؤولية التقصيرية، وان كان يمكن تصور الاتفاق المضرور مع المسؤول على تقدير التعويض عن الضرر الأدبي ويثبت هذا الاتفاق بسند عادي مثلاً [١].

هذا ولا يكفي إثبات الضرر الأدبي بالإقرار لان هذا الضرر أمر معنوي كامن بالنفس فان كان الإقرار يصلح لإثبات وجود الضرر الأدبي فانه لا يصلح لتقدير حجم الضرر امام المحكمة ما لم يستعين القاضي بخبير، ولا تصلح اليمين الحاسمة لإثبات الضرر الأدبي لنفس العلة في الإقرار وكذلك لان المسؤولية التقصيرية واقعة مركبة من خطأ وضرر ورابطة سببية فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة الا عن واقعة حاسمة للنزاع، ويضاف إلى ذلك أن توجيه اليمين الحاسمة يعتبر تنازلاً عما سواها من أدلة الاثبات[٢]ونحن نحتاج إلى أدلة اخرى لإثبات مقدار الضرر الأدبي.

وكذلك بالنسبة للشهادة فهي لا تفيد في إثبات الضرر الأدبي لكنها تساعد القاضي في استنباط قرائن قضائية من خلال إثبات وقائع قانونية عن طريق الشهادة.

اما المعاينة فانها ترد على الأشخاص والأموال مع الأخذ بالاحتياط اللازم لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته [٣]. فيكون للمحكمة إجراء المعاينة على الشخص المضرور خاصة في حالات الإصابة الجسدية ولكن المعانية لا

---

(١) المادة (٣/٢٠٥) من القانون المدني العراقي .

(٢) المادة (١١١) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

(٣) المادة (١٢٦) من قانون الإثبات العراقي.

تكفي لإثبات مقدار الضرر وإنما يجب على المحكمة الاستعانة بخبير لاثبات ذلك[١].

وعلى هذا يتبين أن أيسر وسائل إثبات الضرر الأدبي هي القرنية والخبرة وسنتناول بيان هذين الدليلين في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول

القرينة

القرينة وهي استنباط امر غير ثابت من امر ثابت، وقد تكون قانونية يستنبطها المشرع فينص عليها في القانون وبالتالي تغني من تقررت لمصلحته عن أي دليل أخر من أدلة الإثبات [٢]، وهذه القرينة القانونية تقسم إلى قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها الا بالإقرار واليمين وفي الأحوال التي لا تتعلق بالنظام العام[٣] وقرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس[٤]. وهذه القرينة يجوز نقضها بالدليل العكسي فإذا استخدمت في واقعة مادية او تصرف قانوني قيمته اقل من خمسة ألاف دينار فيجوز نقضها بالشهادة والقرائن القضائية [٥].

وقد تكون القرينة قضائية يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وملابستها المنظورة أمامه [٦]، وينحصر الإثبات فيها في الأحوال التي تجوز فيها الشهادة[٧]. واذا كان الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بالشهادة فيجوز إثباتها بالقرينة القضائية فمثلاً القرابة دليل على تحقيق الضرر الأدبي في حالة قتل قريب ولكن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس كما لو ثبت ان الأب المطالب بالتعويض عن الضرر الأدبي نتيجة قتل ابنهِ كان قد ترك ابنهُ وشرده ولم يعد يهتم به إلا منذ ان علم بوفاتهِ باعتبار أنها فرصة للكسب [٨] .

---

(١) المادة (١٢٦ / ثانياً) من قانون الإثبات العراقي .

(٢) المادة (٩٨) من قانون الإثبات العراقي .

(٣) المادة (١٠١) من قانون الإثبات العراقي .

(٤) المادة (١٠٠) من قانون الإثبات العراقي .

(٥) د. عصمت عبد المجيد، مرجع سابق، ص٢٢٥ .

(٦) المادة (١٠٢) من قانون الإثبات العراقي .

(٧) المادة (٢/١٠٢) من قانون الإثبات العراقي .

(٨) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ج٢، ص٣٦٣ و٣٧٠ .

كما ويعتبر صغر السن قرينة على عدم تحقق الضرر الأدبي لدى الصغير في حالة الضرر الأدبي المرتد نتيجة قتل ابيه [١]، بيد انه يلاحظ في هذا المجال إن محكمة التمييز العراقية وكما سبقت الإشارة قضت باستحقاق الصغير حتى غير المميز التعويض عن الضرر الأدبي نتيجة فقد احد ابويه، فقررت بان ولادة الابن بعد وفاة ابيه تجعله مستحقاً للتعويض الأدبي بشرط الا يكون مغال فيه [٢]وقضت باستحقاق الصغيرة وعمرها سنة تعويض أدبي لحرمانها من الاب ومعاناتها من ذل اليتم[٣] .

وهذا ما استقرت عليه محكمة التمييز من تعويض الصغير غير المميز آخذةً بتطور الدراسات النفسية عن حالة الطفل في حالة فقد ابويه وما يسببه من الم وحزن له وان يتأخر ذلك بعد وقت ولكنه ضرر ادبي محقق [٤].

وقد جعل المشرع العراقي من قرينة القرابة قاعدة موضوعية لحصر من يستحق التعويض عن الضرر الأدبي المرتد في حالة وفاة المصاب [٥].

ونحن نرى ان وقوع الضرر الأدبي مفترض في جميع صور الاعتداء على الغير ولكن هذا الافتراض يمكن اثبات عكسه، ولكن المشكلة تكمن في ان للضرر الأدبي عناصر ومقادير لابد من اثباتها حتى يكون التعويض مستحقاً فاذا اثبت العناصر و أثبت المقدار ثبت وقوع الضرر الأدبي وان لم تثبت شيء من ذلك فإن الضرر الأدبي وعلى هذا فأن واقعة الضرر الأدبي لا يمكن تقييد اثباتها بدليل معين كالقرائن القانونية مثلاً وانما يمكن إثباتها بجميع وسائل الاثبات .

المقصد الثاني

الخبرة

وهي اجراء من اجراءات الاثبات يلجأ إليها للحصول على معلومات ضرورية في مسائل فنيه وعلمية ليست من اختصاص القاضي وانما من

---

(١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج١، ص١٦٠ .

(٢) قرار تمييزي رقم ٤٧٦/ مدنية اولى/ ١٩٨١/١١/١١ مجموعة الاحكام العدلية ع٤ سنة ١٩٨١/١٢، ص٢٢.

(٣) قرار تمييزي رقم ٦٧/ مدنية اولى /١٩٨٠/٥/٢٦ مجموعة الاحكام العدلية ع٢ سنة ١٩٨٠/١١، ص٢٩ . وانظر خلاف ذلك قرار تميزي رقم ٢٢٣/ مدنية اولى/ ١٩٧٩ مجموعة الاحكام العدلية ع٢ سنة ١٠/ ١٩٧٩، ص٣١ .

(٤) ابراهيم المشاهدي، مرجع سابق، ص٨٩ .

(٥) المادة (٢/٢٠٥) من القانون المدني .

اختصاص أشخاص اخرين لهم الخبرة في مجال معين يساعد القاضي في حسم الدعوى[١].

ويتضمن موضوع الخبرة امرين هما اختيار الخبير وحجية الدليل الناتج عن الخبرة .

أولاً / اختيار الخبير:

ويتم ذلك اما عن طريق الخصوم او عن طريق المحكمة:

أ) اختيار الخصوم للخبير: لأي من الخصوم في الدعوى سواء كان الخصم مدعياً أم مدعى عليه او شخصاً ثالثاً ان يطلب من المحكمة تعيين خبير في أي مرحلة من مراحل الدعوى عدا محكمة التمييز شرط ان يبين الاسباب التي تقتضي الخبرة ونوع العمل المطلوب منه القيام به وتأثيره على الدعوى وللمحكمة سلطه تقديرية واسعة في إجابة طلب الخصم[٢]، فالأمر لها جوازياً الا انها ملزمة بتسبب عدم الأخذ به واهماله [٣]، ويكون تعيين الخبير في هذه الحالة باتفاق اطراف الدعوى على ان يكون العدد وتراً ممن ورد اسمه في الجدول[٤].

ب) اختيار المحكمة للخبير . فاذا لم يتفق الخصوم على اختيار خبير فان المحكمة تتولى اختيار خبير من جدول الخبراء ولكن ليس قبل ان تكلف الخصوم باختيار خبير، كما ان المحكمة لا تستطيع رفض اختيار الخبير اذا كانت خبرته المرجوة الدليل الوحيد في الدعوى او ان طبيعة الدعوى تتطلب خبرة فنية وعلمية في امر ما كما هو الحال في مسألة اثبات مقدار الضرر الأدبي وتقدير التعويض عنه [٥].

وتتناول الخبرة المسائل الفنية والعلمية دون المسائل القانونية فالمسائل الاخيرة من اختصاص القاضي [٦]، واذا تم اختيار الخبير من قبل الخصوم او القاضي أصدرت المحكمة قراراً بتعيين الخبير مشتملاً على البيانات الآتية :

١ـ اسم الخبير ومهنته وغير ذلك من البيانات الدالة على شخصيته .

---

(١) د. أدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، بغداد، ط٢، ٢٠٠٧، ص٢٠١

(٢) د. عصمت عبد المجيد، مرجع سابق، ص٢٩١ .

(٣) قرار تمييزي رقم ١٠٩١/ حقوقية/ ١٩٨١ مجموعة الإحكام العدلية ع٣ سنة ١٢/ ١٩٨١، ص١٢١ .

(٤) المادة (١٣٣) من قانون الإثبات العراقي .

(٥) د. ادم وهيب النداوي، الموجز، مرجع سابق، ص٢٠٢ ، المادة (١٣٣) من قانون الإثبات العراقي .

(٦) المادة (١٣٢) من قانون الإثبات العراقي .

٢ـ الأمور التي يراد الاستعانة بخبرته فيها وما يرخص له من اتخاذه من التدابير العاجلة عند الاقتضاء .

٣ـ موعد الانتهاء من المهمة الموكلة اليه.

٤ـ المبلغ الواجب إيداعه في صندوق المحكمة لحساب أجور الخبير والمصاريف وموعد ايداعه واسم الخصم الملزم بالإيداع وما يصرف من هذا المبلغ مقدماً [١].

ثانياً / حجية الدليل الناتج عن الخبرة .

تقوم المحكمة بتلاوة تقرير الخبير بحضور الخصوم وتسألهم عما لديهم من اعتراضات وملاحظات ولها ان تقوم بدعوة الخبير لكي تسأله عما يفيد في إيضاح موضوع الخبرة وللخصوم ايضاً ان يسألوا الخبير عما ورد في تقريره، ولا يجوز للمحكمة ان تستند إلى تقرير خبير غامض او مبهم او انه متناقض في فقراته[٢].

واذا وجدت المحكمة ان تقرير الخبير غير كافٍ ولا يصلح سبباً للحكم فيجب ان تعهد بالمهمة إلى خبير آخر او خبراء آخرين دون ان تضم خبراء إلى الخبير الأول[٣].

وكذلك للخصوم الطعن في تقرير الخبير من الناحية الشخصية بالاستناد على الشخص الخبير وعلاقته بأحد الخصوم ولهم الطعن فيه من الناحية الموضوعية وذلك في مدى مخالفة التقرير للواقع او انه كان مبهما او غير حاسم للدعوى على ان يكون الطعن مسبباً ويكون قرار المحكمة غير قابل للطعن الا تبعاً للحكم الحاسم في الدعوى[٤].

وللمحكمة سلطة تقديرية واسعة في الأخذ برأي الخبير واستنتاجاته او طرحه وإهماله والاستعانة بخبير آخر ويجب ان يكون قرارها مسبباً كما تستطيع

(١) د. ادم وهيب النداوي، الموجز، مرجع سابق، ص٢٠٥، والمادة (١٣٧) من قانون الإثبات العراقي .

(٢) المادة (١٤٥) من قانون الإثبات . وقرار تمييزي رقم ٢٣٢/ استئنافية / ١٩٧١ ، النشرة القضائية، ع١ سنة ثانية / ١٩٧٢/ ص ١٠٤ .

(٣) قرار تمييزي رقم ١٠٩٣/ مدنية اولى / مجموعة الاحكام العدلية ع١ سنة ١٠/ ١٩٧٩ / ص٩٠ .

(٤) المادة (١٤٦) من قانون الإثبات .

ان تأخذ به كلاً او جزءاً واذا ما صلح تقرير الخبير وأصبح حاسماً للنزاع فالمحكمة ان تتخذه سبباً لحكمها[١][٨٥] .

وتعد الخبرة من اهم الأدلة في إثبات الضرر الأدبي، فطبيعة الضرر الأدبي تستدعي ذلك فهو امر كامن في النفس لا يمكن للقاضي التثبت من مقداره الا عن طريق استشارة فنية وعلمية من أصحاب المعرفة في هذا الأمر، ففي حالة قتل شخص يقدر التعويض لاقرباءه حسب تقرير الخبراء ولا يستند في ذلك إلى القسام الشرعي وذلك لان التعويض عن الضرر الأدبي ليس ميراثاً[٢].

الخاتمة:

أولاً / النتائج :

١. الضرر الأدبي خسارة غير مالية ناتجة عن أذى يتمثل بالحزن والألم والأسى نتيجة الاعتداء على شخص في حق او مصلحة مشروعة غير مالية .
٢. للضرر الأدبي شروط لا يمكن التحقيق منها الا بعد إثبات واقعة الضرر نفسها.
٣. الضرر الأدبي ذو طابع شخصي فلا ينتقل التعويض عنه الا بالاتفاق او بحكم نهائي وبالتالي لا يدخل بذمة المضرور عند وفاته قبل تحديده ولا يعتبر من تركته .
٤. لا يمكن تعويض كل ضرر ادبي ناشئ عن الفعل الضار عندما يكون مرتداً وذلك لما فيه من ارهاق للمدين فيتحول التعويض إلى وسيلة للانتقام بدلاً من كونه اصلاح للمخالفة وهذا يتنافى مع العدالة.
٥. اذا كان لا يجوز تعويض الضرر اكثر من مرة فانه لا يشتمل ما يمنح للمضرور من اعانات ومساعدات ومكافئات، فيجب النظر لطبيعة المال الذي يسلم للمضرور من المدين او من شخص آخر او جهة اخرى فإذا كيفنا تعويضاً فلا يجوز الجمع بينه وبين التعويض عن الضرر الأدبي وإن كان غير ذلك جاز الجمع بينهما.

---

(١) قررت محكمة التمييز بان ((تقرير الخبير الذي كان محل مناقشة الخصوم وتقدير المحكمة يصلح ان يكون سبباً لحكمها)) قرار تمييزي رقم ١٩١/ مدنية اولى، النشرة القضائية ع٢ سنة ١٩٧٤/٣، ص١٨٣ . والمادة (١٤٠) من قانون الإثبات العراقي.

(٢) قرار تمييزي رقم ١٠٥١ / مدنية اولى / مجموعة الأحكام العدلية ع٢ سنة ١٠/ ١٩٧٩/ ص ٢٨ .

٦. لا يمكن حصر صور الضرر الأدبي لانه يخضع للظروف الاجتماعية والاقتصادية وهو يشمل كل اعتداء على حق ثابت ولا يمكن حصر هذه الحقوق .
٧. لا يكفي للتعويض عن الضرر الأدبي وقوعه وانما يجب تحقق عناصره وبعدها التحقيق من مقداره ولذلك يرد الاثبات على اكثر من واقعة .
٨. مسألة وقوع الضرر الأدبي وعدم وقوعه تستقل بها محكمة الموضوع، اما مقدار الضرر الأدبي فهو مسألة فنية يجب احالتها إلى الخبراء .
٩. لا يمكن التثبت من وقوع الضرر الأدبي الا بالقرائن ولا يتعين مقداره الا عن طريق الخبراء وهذه مسألة قانونية تخضع فيها المحكمة لرقابة محكمة التمييز.

ثانياً / التوصيات :

١. نوصي بالاخذ بالرأي القائل باستحقاق التعويض عن الضرر الأدبي المرتد في حالة وفاة المضرور بحصره بالورثة لكن بيان ذلك بمراتب وبنص صريح .
٢. يمكن للمشرع ان يعفي المضرور من اثبات وقوع الضرر الأدبي بقرينة قانونية قابلة لاثبات العكس بجميع الوسائل لان الضرر الأدبي واقعة مادية .
٣. ممكن للمشرع ان يفترض الضرر الأدبي فرضاً قاطعاً في بعض صوره كمجرد الاعتداء على الحقوق الثابتة كالاسم واللقب وحرية التعبير وحرية المسكن .
٤. نوصي القضاء بالنظر إلى مركز المدعى عليه واخذه بنظر الاعتبار في مسألة التعويض فيجب اجراء موازنة بين مراكز الخصوم حتى لا تتحول الدعوى إلى وسيلة للانتقام وتعيق تحقيق هدف القانون الاجتماعي وبالتالي تختل العدالة التي هي مطلب جميع الناس .

المصادر:

أولاً: مراجع اللغة

١. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لاسماعيل بن حماد الجوهري، دار العلم للملايين، ط٤، بيروت، ١٩٩٠ .
٢. المصباح المنير لاحمد بن محمد بن علي الفيومي المغربي، دراسة وتحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية .

ثانياً/ الكتب القانونية

١. د. أدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، ط٢، ٢٠٠٩.
٢. د. أدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، بغداد، ط٢، ٢٠٠٧ .
٣. د. حسن علي ذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر، ط١، ٢٠٠٦.
٤. د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، ١٩٧٦ .
٥. د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٣، بيروت، ٢٠٠٠ .
٦. د. صلاح الدين التاهي، النظرية العامة للالتزامات ، بغداد، ١٩٥٠ .
٧. د. عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني الاردني والمقارن، مطبعة الارز، الدار العلمية الدولية، ط١، ٢٠٠٢ .
٨. د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ط٢، ٢٠٠٧ .
٩. د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠.
١٠.مجلة القضاء .

ثالثاً/ البحوث القانونية:

١. ابراهيم المشاهدي، تطور اتجاهات القضاء في العراق حول التعويض الأدبي، بحث منشور في دراسات قانونية، بيت الحكمة، ع١، بغداد، ٢٠٠١.
٢. عبد الرزاق عبد الوهاب، تعويض الضرر الأدبي في القانون السويسري والعراقي، بحث منشور في مجلة القضاء، سنة ٢٤، ط٢، ١٩٦٩ .

رابعاً/ الدوريات القضائية والمجلات النشرات:

٣. مجموعة الاحكام العدلية .
٤. النشرة القضائية .

خامساً: التشريعات

٥. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٦. قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .
٧. قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .