وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة ديالى
كلية القانون و العلوم السياسية
قسم القانون

الفعل الضار ((العمل غير المشروع)) في تنازع القوانين

بحث تقدم به الطالب (**عبد الصمد مهند عبد الستار**)

الى كلية القانون و العلوم السياسية / قسم القانون و هو جزء من متطلبات الحصول على شهادة البكالوريوس في القانون

أشراف

م. رغد عبد الامير مظلوم

٢٠١٨ م

١٤٣٩ هـ

قولاً مأثور

يقول الامام المزني– رضى الله عنه :قرأنا كتاب الأم على الشافعي ثمانين مرة وما مرة الا ووقفنا فيه خطأ ، فقال الامام الشافعي رضى الله عنه: ايه ، ابى الله ان يكون كتاب صحيحاً الا كتابه

(عبد الصمد مهند)

الاهداء

اهدي مجهودي هذا اولاً الى احباب روحي وعمري والداي الاعزاء بعد الله والرسول(صلى الله عليه وسلم)، الذين وقفوا في جانبي ووثقوا بي في كل خطوة خطوتها طيلت دراستي وداعمينَ لي ومهدوا لي اسهل الطرق لأصل الى هذا المستوى ارجوا الله ان يحفظهما لي وجعلهم تاجاً فوق رأسي، اعلم ان هذا قليل بحقهم لما قدما لي في حياتي .

واهديه ايضاً الى اخواني و اخواتي الذين كانوا ايضاً داعمين لي من بعد والداي الاعزاء ، ربي اسألك ان تحفظهم من كل شر .

واهديه ايضاً الى الدكتور الفاضل الذي علمني طرق كيفية كتابة البحث العلمي في المرحلة الثالثة وهو عميد كليتنا الفاضل (الدكتور خليفة ابراهيم عوده التميمي).

وايضاً اهديه الى كافة اعضاء الهيئة التدريسية الأفاضل الذين يعاملوني بكل رفق و احسان و يتفهموني ويساعدوني في كل مرة احتاج الى تفسير بعض المواضيع الذين يساعدوني من دون اي تقصير في بحثي جزاهم الله كل خير.

(عبد الصمد مهند)

الشكر والتقدير

اشكر الله العلي القدير الذي انعم علي بنعمته العقل والدين، القائل في محكم التنزيل قال تعالى

((وفوق كل ذي علمٍ عليمُ)) سورة يوسف اية ٧٦

صدق الله العظيم

وقال رسول الله(صلى الله عليه وسلم):((من صنع إليكم معروفاً فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه به فادعوا له حتى تروا أنكم كافأتموه)) صدق رسول الله ..... (رواه ابو داوود)

اثني ثناءً حسناً....

وايضاً وفاءً وتقديراً واعترافاً مني بالجميل واتقدم بجزيل الشكر والتقدير لأولئك المخلصين الذين لم يألوا جهداً في مساعدتنا في مجال البحث العلمي، واخص بالذكر الأستاذة الفاضلة(م. رغد عبد الامير)على هذا البحث وصاحبة الفضل في توجيهي ومساعدتي في تجميع المادة البحثية ، فجزها الله كل خير.

واتقدم ايضاً بجزيل شكري وتقديري الى عميد كليتنا الفاضل والمحترم الاستاذ الدكتور(خليفة ابراهيم عوده التميمي) لما سهل لنا الطريق والاجراءات في البحث عن مصادر لكتابة البحث العلمي.

و لا انسى أن أتقدم بجزيل الشكر قبل كل هذا الى والداي (جنة الله على ارضه) على ما قدما لي من دعم طيلة هذا البحث .

واخيراً اتقدم بجزيل شكري وتقديري الى كل من مدوا لي يد العون والمساعدة في اخراج هذا البحث على اكمل وجه.

(عبد الصمد مهند)

المحتويات

التسلسل	الموضوع	رقم الصفحة
١	قولاً مأثوراً	أ
٢	الاهداء	ب
٣	الشكر والتقدير	ج
٤	المقدمة	١- ٢
٥	المبحث الاول: اركان المسؤولية الناتجة عن الفعل الضار	٣
٦	المطلب الاول: الخطأ التقصيري	٤ - ٧
٧	المطلب الثاني: الضرر	٧ - ١١
٨	المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر	١١- ١٣
٩	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار	١٤
١٠	المطلب الاول: التطور التاريخي للقانون الواجب التطبيق على الفعل الضار	١٥-٢٥
١١	المطلب الثاني: موقف القانون المقارن من القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار	٢٥- ٢٨
١٢	المطلب الثالث: موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار	٢٨- ٣٠
١٣	الخاتمة	٣١- ٣٢
١٤	قائمة المصادر	٣٣- ٣٦

المقدمة

ان الفعل الضار يعد احد شقي الالتزامات غير التعاقدية الذي يكون متمثلاً بالوقائع القانونية الضارة المنشئة لالتزام بالتعويض ، الذي شغل حيز واسعاً من اهتمام المشرعين والفقهاء او الشراح واجتهاد القضاء سواء في العلاقات الوطنية البحتة او العلاقات ذات الطابع الدولي الخاص(والذي يكون محل دارستنا في اختصاص النوع الاخير من العلاقات في تنازع القوانين).حيث ان الفعل الضار لم يورد فيه تعريفاً او مفهوماً في القانون المدني العراقي رقم (٤٠)لسنة ١٩٥١ بنص صريح لذلك اغلب التعريفات تعود الى الفقهاء و الشراح، حيث نلاحظ ان المادتان(٢٠٢)و(٢٠٣) قد تضمنتا النص على الفعل الضار، حيث نصت المادة(٢٠٢) على(كل فعل ضار بالنفس من القتل او الجرح او الضرب او اي نوع اخر من انواع الايذاء يلزم بالتعويض من احدث الضرر). اما المادة(٢٠٣) نصت على (في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسب الجرح او اي فعل ضار اخر يكون من احدث الضرر مسؤولا عن تعويض الاشخاص الذين كان يعليهم المصاب وحرموا من الاعالة بسب القتل والوفاة)[1].

اهمية البحث: ان اهمية هذا البحث هو القى نظرة اولاً على اركان مسؤولية الفعل الضار التي تبين مسؤولية الفاعل وثانياً على احكام القانون المقارن لمختلف قوانين الدول العربية و الغربية التي تبين القانون الواجب التطبيق ، وكذلك الاطلاع على الاتفاقيات الدولية من خلال تحليل نصوصها التي تسهم في تحديد القانون الواجب التطبيق.

مشكلة البحث: تدور مشكلة البحث عن ما هي المسؤولية الناتجة عن الفعل الضار(العمل غير المشروع) ؟،وما هو القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار(اي قضايا الفعل الضار المشوبة بعنصر اجنبي) ؟ التي سنجيب على هذا التساؤل في خاتمة البحث بعد دراسة اركان المسؤولية والقانون المقارن لمختلفة القوانين العربية والغربية والتفسير لبعض الاتفاقيات الدولية.

منهجية البحث: حيث اعتمدنا في درستنا اسلوب المقارنة و التحليل حيث اعتمدنا اسلوب المقارنة بين قوانين الدول العربية والغربية دون التقيد بعدد محدد من القانون المقارن، واعتمدنا الاسلوب التحليلي في الاتفاقيات الدولية .

(١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته ، نشر في الوقائع العراقية ذي العدد ٣٠١٥ في ١٩٥١/٨/٩ .

هيكلية البحث: نظراً لأهمية هذا البحث سنقسم البحث الى مبحثين حيث نخصص المبحث الاول للمعرفة اركان المسؤولية الناتجة عن الفعل الضار، اما المبحث الثاني نخصصه للمعرفة القانون الواجب التطبيق على الفعل الصار(العمل غير المشروع).

المبحث الاول

اركان المسؤولية الناتجة عن الفعل الضار

ان المسؤولية التي يقررها القانون المدني او غيره من القوانين عدا القانون العقابي فتدعى المسؤولية المدنية ، و لكن المسؤولية المدنية بدورها تقسم الى نوعين ، فقد تنشأ عن إخلال بالتزام ناشئ عن عقد صحيح و تسمى المسؤولية العقدية او التعاقدية . و قد تنشأ عن إخلال بالتزام يفرضه القانون فتدعى بالمسؤولية عن العمل غير المشروع. وان المسؤولية الناشئة (الناتجة) عن العمل غير المشروع تطلق عليها تسميات متعددة منها المسؤولية عن الفعل الضار و الضمان و المسؤولية التقصيرية . و لكن أكثرها شيوعاً هو المصطلح الاخير و ان لم يكن أدقها، ولبيان الفعل الضار (العمل غير المشروع) لابد من معرفة اركان هذا الفعل ،حيث سنتناول في المطلب الاول ركن الخطأ ونتناول في المطلب الثاني الركن الثاني من اركان مسؤولية الفعل الضار (العمل غير المشروع) و هو الضرر اما في المطلب الثالث سنتناول الركن الثالث الا هو العلاقة السببية التي تجمع بين الخطأ و الضرر.

المطلب الاول : الخطأ التقصيري.

المطلب الثاني : الضرر .

المطلب الثالث : العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

المطلب الاول

الخطأ التقصيري

لم يتطرق المشرع العراقي في القانون المدني الى وضع تعريف لخطأ التقصيري و ترك الباب مفتوح لإراء الفقهاء والقضاء المعاصرين واجتهاداتهم بهذا الصدد.

اهم التعريفات استقراراً ودقة في الفقه والقضاء بما يخص الخطأ التقصيري هو ان الخطأ التقصيري هو (اخلال بالتزام قانوني يصدر عن ادراك و تمييز) فالخطأ بهذا المعنى هو تعدي غير مشروع من شخص يلحق ضرر بالغير[1]. و ان هذا الالتزام القانوني السابق هو التزام باحترام حقوق الكافة وعدم الاضرار بهم ، وهذا الالتزام ببذل عناية و العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد ، و بذلك يختلف الالتزام العقدي الذي يفضي الاخلال به الى المسؤولية العقدية التي تقوم على الالتزام بتحقيق غاية او بذل عناية احياناً ، عن الالتزام القانوني الذي يؤدي الاخلال به الى المسؤولية التقصيرية ويكون التزاماً ببذل عناية دائماً[2].

و من خلال التعريف نلاحظ ان الخطأ بالمسؤولية التقصيرية يقوم على عنصرين او ركنين ، الركن الاول مادي و هو(التعدي) ويقصد به مجاوزة الحق ، والركن الثاني معنوي هو (الادراك)[3].

الركن المادي : الاخلال والتعدي

يقوم ركن التعدي في ان تصرف الشخص لا يقره القانون حيث يمكن النظر الى هذا التصرف من ناحيتين الايجابية و السلبية فمن الناحية الايجابية يكون الشخص متعدياً عند قيامه بعمل مادي تجاوز فيه الحدود الذي كان يجب عليه التزامها عند قيامه بالعمل[4]،كالسائق الذي يسير بسرعة كبيرة فيدهس شخص متعمد كان عليه

---

(١) د. درع حماد، مصادر الالتزام ، ج١ ، ط١ ، دار السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨١ ، ص١٧٩ .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم و أ. عبدالباقي البكري و م. محمد طه البشير ، مصادر الالتزام ، ج١ ، مؤسسة الكتب للطابعة والنشر ، العراق ، ١٩٨٠ ، ص٢١٥ .

(٣) د. فريد فتيان ، مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٦ ، ص٢٥٧ .

(٤) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني(مصادر الالتزام) ،ج١، ط ٤ ، مطبعة العاني، بغداد ،١٩٥٧، ص٤٩١ .

يتجاوز السرعة الذي حددها القانون ، اما من الناحية السلبية يكون الشخص متعدياً اذا قصر في القيام بعمل مادي يجب عليه القيام به ، كالسائق الذي لا يضئ مصابيح سيارته ليلاً الذي يؤدي الى اصطدام وحدوث ضرر[1] .

وهنا يجب تحديد معيار يقاس به الفعل اذا كان خطأ ام لا . فيوجد معياران حسب ما حدده الفقه اولهما المعيار الشخصي و الاخر المعيار الموضوعي، يراد بالمعيار الشخصي(الذاتي)اننا اذا اردنا ان نحكم على الفعل هل هو اخلال او تعدي فأننا ننظر الى ذات الشخص الذي وقع منه الفعل ، فاذا كان الشخص يقضاً فان اي انحراف من جانبه يعتبر خطأ ، اما اذا كان الشخص دون مستوى الرجل العادي من اليقظة والذكاء، فأننا لا نحاسبه على الانحراف او الاخلال الا اذا كان هذا الاخلال على درجة كبيرة من الخطورة [2] .

اما المعيار الموضوعي مضمونه النظر الى الانحراف بسلوك الشخص المعتاد دون الاكتراث بشخص من وقع منه الفعل الضار بالتالي ننظر الى الشخص على انه من نفس طائفة من وقع منه الفعل و في نفس ظروفه بحيث يصبح قياس التعدي بالنسبة لجميع الناس[3] .

اما المراد بالظروف الفاعل التي يفترض احاطة الشخص المعتاد بها فقد اختلف الرأي بشأنها ، و ذهب اكثر الفقه واغلب القضاء الى القول بأنها الظروف الخارجية المحيطة بالفاعل كظرفي الزمان و المكان ، دون الظروف الداخلية التي تتعلق بشخصه من صحة وثقافة وحالة عصبية وحسن الطباع والسن[4] .

ونلاحظ ان هناك واجب قانوني على الانسان بإتيان فعل او الامتناع عنه فانه لا يكون متعدياً ولا يكون مسؤولاً عما يرتبه من ضرر للغير و هذا هو مرجع للقاعدة الفقهية (الواجب لا يتقيد بوصف السلام)مثلا القاضي الذي يقضي بالإعدام مثلاً لا يكون متعدياً ولا يجب عليه الضمان وعلى المحسن من ذلك الشخص الذي ينكل عن اداء الواجب فيمتنع عن فعل مأمور به او يأتي فعلاً منهي عنه يكون متعدياً يلزمه الضمان[5].

---

(١) د. احمد سلمان و د. جواد كاظم جواد ، مصادر الالتزام ،ج٢، مكتبة زين الحقوقية ،بيروت ، لبنان ،٢٠١٧، ص٢٧١ .

(٢) د. درع حماد ، المصدر السابق ، ص٣٣٨

(٣) د. منذر الفضل ، مصادر الالتزام ، ج١ ، ط١، جامعة بغداد ،١٩٩١، ص٣٠٤ .

(٤) د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، المصدر السابق ، ص٢١٦ .

(٥) د. مصطفى الجمال ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعة ، اسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص٣٩٥ .

الركن المعنوي: الأدراك او التمييز

قد ترتب على اعتبار الادراك او التمييز عنصر في الخطأ عدم مسؤولية الصبي غير المميز او المجنون عن افعالهما الضارة كما ترتب عليه عدم مسؤولية من فقد التمييز بصورة وقتية لأي سبب عارض كالسكر او تعاطي المخدرات الا اذا ثبت أن الفاعل قد تسبب بخطئه في حدوث العارض.

الا ان اشتراط التمييز لترتب المسؤولية عن العمل غير المشروع لم يجد تقبلاً من جانب الفقه والقضاء المعاصرين و في بعض القوانين الحديثة لما ما توجد فيها من مجافاة للعدل لاسيما اذا كان فاعل الفعل الضار مليئاً و المصاب معوزاً[1]. ومن خلال امعان النظر في نصوص التقنيين المدني العراقي يكشف عن امور ثلاثة هي.

١- ان المشرع العراقي جعل مسؤولية عديم التمييز مسؤولية اصلية و ان كانت مخففة فهي مسؤولية اصلية ، و ان تعذر حصول التعويض من ماله و دفعه الولي او القيم او الوصي امكن لأي من هولاء الرجوع عليه .

٢- ان المشرع العراقي وقع في تناقض فهو اشترط التعمد والتعدي لقيام المسؤولية التقصيرية في المادة (١٩١) ، الا ان كان الاجدر اشتراط التعمد والتعدي لمسؤولية كامل الاهلية والضرر لمسؤولية عديم الاهلية .

٣- ان المشرع العراقي و ان حاول جاهدا مجاراة الفقه الاسلامي في مسلكه الا أنه ادخل تحويراً على ما استقر به الفقه ، حيث ان المشرع العراقي اشترط التعمد و التعدي في الضمان خلافاً لفقه الذي لم يشترط أياً منهما ، كذلك الزم المشرع العراقي التعمد او التعدي بالضمان سواء كان مباشراً لفعل الضار او متسبباً في احداثه خلافاً لفقه الذي جعل المباشر وحده ضامناً دون المتسبب ، و كذلك اجاز المشرع اجتماع المباشر والمتسبب في الضمان خلافاً للفقه الذي يجيز التكامل بينهما .

*كما ان يوجد لخطأ التقصيري عدة نواع واهمها .

أ- الخطأ الايجابي و الخطأ السلبي: الخطأ الايجابي هو القيام بعمل يحرمه القانون كالغصب والاتلاف و ارتكاب الجرائم المختلفة[2].اما الخطأ السلبي هو الامتناع عن العمل، كما اذا لم يضئ سائق السيارة مصابيح سيارته ليلاً فأدى

(١) د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، المصدر السابق ، ص ٢١٧ .

(٢) د. احمد سلمان و د. جواد كاظم جواد ، المصدر السابق ، ص٢٩٧ .

الى وقوع اصطدام وحدوث ضرر، فعدم أضاءت المصابيح انا هو عدم القيام بعمل[1].

ب- الخطأ واجب الاثبات و الخطأ المفترض: فالخطأ واجب الاثبات هو الخطأ الذي يجب على الدائن اثباته في جانب المدين ، وذلك تطبيقا للقاعدة العامة بأنه (البينة على من ادعى و اليمين على من نكر) ، لذا فأن المسؤولية الشخص عن اعماله الشخصية تقوم على خطأ واجب الاثبات من مدعي المسؤولية ، اما الخطأ المفترض فهو الخطأ مسؤولية الذي يفترض القانون تحقيقه من جانب المسؤول ثم لا يكلف المدعي بأثبات الخطأ [2].

ج- خطأ العمد و خطأ الاهمال: خطأ العمد هو الاخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الاضرار بالغير ، فلابد فيه من فعل أو امتناع عن الفعل يعد خطأ اي اخلالاً بواجب قانوني، و لابد ان يكون ذلك الخطأ مصحوباً بقصد الاضرار بالغير ، اي اتجاه الارادة الى احداث الضرر و لا يكفي اتجاهها لأحداث الفعل في ذاته اذا لم يتجه الى احداث نتائجه الضارة. اما خطأ الاهمال قد يكون جسيماً وهو ينتج عن عدم بدل العناية والحيطة واليقظة بشؤون الغير بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية و اقلهم ذكاء ان يغفله في شؤون نفسه و هذا الخطأ لا يتفق مع حسن النية، وقد يكون الخطأ يسيراً وهو الذي لا يقترفه الرجل العادي في الحرص والعناية [3].

المطلب الثاني

الضرر

يعرف الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق اوفي مصلحة مشروعة له ، و يعد الضرر ركن اساس في المسؤولية لان المسؤولية تعني التزاماً بالتعويض و التعويض يقدر بقدر الضرر[4].

(١) د. عبدالمجيد الحكيم واخرون ، المصدر السابق ، ص٢٢٠ .

(٢)د.احمد سلمان و د. جواد كاظم جواد ، المصدر السابق ، ص ٢٩٧ .

(٣) المصدر نفسه ، ص ٢٩٨ .

(٤) د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، المصدر السابق ، ص٢١٢ .

حيث ان الضرر هو الذي يعطي الحق في المطالبة بالتعويض وهو الذي يبرر به الحكم لا الخطأ ،فلا يكفي ان يكون هناك خطأ لتقرير المسؤولية ، بل يجب ان ينشأ عن الخطأ ضرر[1].فاذا حاول سائق سيارة دعس شخص و لكنه لم يفلح و لم يصيبه بضرر ، فلا يحكم عليه بالتعويض لعدم وجود ضرر يعوض عنه .

كما ان لم يشترط ان يكون الحق او المصلحة التي تم المساس بها محدودة حيث قد يكون الحق او المصلحة متعلق بسلامة الجسم او العاطفة او المال او الحرية او الشرف او الاعتبار الشخصي او غيرة ذلك ، حيث لا يشترط ان يكون الحق الذي يحصل المساس به حق مالياً بل يكفي المساس بأي حق يحميه القانون كالحق في الحياة و الحق في سلامة الجسم بل انه لا يشترط ان يكون المساس بحق يحميه القانون بل يكفي ان يقع الضرر على مصلحة لشخص حتى و لو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة طالما هذه المصلحة مشروعة وغير مخالفة لقانون[2].

*حيث ان الضرر نقسم الى نوعين الضرر المادي والضرر المعنوي .

اولاً: الضرر المادي: الضرر المادي هو الضرر الذي يصيب الانسان من الناحية المالية او يكون هناك مساس بصحة الانسان وسلامة معاً يترتب عليه خسارة مالية نتيجة لأصابته بعجز عن الكسب سواء كان العجز كلي او جزئي[3] ،

و الضرر المادي قد يكون ضرر جسدياً واقع على جسد المتضرر او واقعاً على المال[4].والضرر الجسدي قد يكون يتمثل بإصابة غير مميتة نتيجة الضرب او الاعتداء و تشمل التعويض عن مصاريف العلاج و الدواء و العجز المؤقت و العجز الجزئي و الالام الجسدية الناتجة عن الجروح و الكسور والرضوض او عن اجراء العمليات الجراحية ،وقد يتمثل الضرر بإصابة مميتة فيلزم محدث الضرر بكافة التعويضيات كمصاريف العلاج و الدواء والعجز عن العمل قبل الموت و مصاريف التشييع و الدفن و اقامة الفاتحة في حالة الموت ، فضلاً عن تعويض الاشخاص الذين كان عيلهم المصاب و حرموا من الاعالة بسبب القتل او الوفاة[5].

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٥٢٥ .

(٢) د. عبد العزيز اللصماصمة ، المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار) ، ط١ ،الاصدار١ ، دار العلمية الدولية و دار الثقافة لنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٢، ص٦٣

(٣) المصدر نفسه، ص٦٤ .

(٤) د. فرهاد حاتم حسين ، عوارض المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية و مقارنة) ، ط١ ، مكتبة الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢١٠٤ ، ص١٥٥ .

(٥)د. احمد سلمان و د. جواد كاظم جواد ، المصدر السابق ، ص٢٧٧ .

حيث نصت المادة (٢٠٢)من القانون المدني العراقي على الضرر والتعويض الذي يترتب عليه حيث جاء بها (كل فعل ضار بالنفس من قتل او جرح او ضرب او اي نوع من انواع الايذاء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر).

وكذلك نص المادة (٢٠٣) من نفس القانون اوضحت الضرر و التعويض الذي يترتب عليه حيث جاء بها (في حالة القتل و في حالة الوفاء بسبب الجرح او فعل اخر يكون من احدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الاشخاص الذين كان يعيلهم المصاب وحرموا من الاعالة بسبب القتل والوفاة).

اما الضرر الذي يقع على المال يصيب شيئاً ذا قيمة مالية اي يصيب الاموال او الذمة المالية للمضرور كالاعتداء على حق الملكية مثلاً كحرق منزل الغير او اتلاف سيارته او منقولاته[1].اضافتاً الى هذه الصور لضرر المادي توجد هناك صورتين اضافيتين لضرر المادي و هي ضرر مادي متجسد بنقص القيمة الاقتصادي ،دون ان صيب الشي ،كما في العقارات التي تعتمد قيمتها على حد كبير على موقعها ،وضرر ما دي متجسد في صورة الاعتداء على الحقوق الفكرية (حقوق المؤلف) كطبع كتاب دون اذن المؤلف[2].

ثانياً: الضرر المعنوي(الادبي):الضرر المعنوي (الادبي) و هو الضرر الذي يصيب الانسان بشرفه و اعتباره كما في القذف و السب، و كل ألم يصيب الانسان في جسمه او عاطفته كما في الضرب و الاهانة او فقدان عزيز عليه أو المساس بشعوره[3].اختلف الفقه في التعويض عن هذا النوع من الضرر حيث ذهب فريق منهم على عدم وجوب التعويض على هذا الضرر حجتهم في ذلك ان هذا النوع من الضرر لا يمكن تقديره بمبلغ من المال، فضلاً عما في ذلك من وضع لشعور الانسان و عواطفه و كرامته و شرفه، وفريق اخر يذهب الى وجوب التعويض عن الضرر الادبي وحجتهم في ذلك اذا لم يكن من الممكن اصلاح الضرر الادبي فالحكم بالتعويض المالي يكون على الاقل مواسي ،فهو اذا لم يزل المصاب الا انه بل شك انه يخفف عنه[4].

(١) د. احمد سلمان ود. جواد كاظم جواد ، المصدر السابق ، ص٢٧٨ .

(٢) د. عبد العزيز اللصماصمة ، المصدر السابق ، ص٦٦ .

(٣) المصدر السابق ، ص٦٤ .

(٤) د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص٥٣١ .

اما القانون المدني العراقي فقد حسم مسألة الأخذ بالتعويض في هذا النوع من الضرر في الفقرة الاولى من المادة (٢٠٥) على (يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته او في عرضه او في شرفه او في او في سمعته او في مركزه الاجتماعي او اعتباره المالي يجعل المتعدي مسولاً عن التعويض)[1].

*كما لا يمكن التعويض عن الضرر الا بتوافر شروطه.

الشرط الاول: ان يكون محققاً: هو الضرر المؤكد الحدوث سواء كان حالاً اي وقع فعلاً او كان مستقبلاً اذا كان وجوده مؤكد و إن تراخى وقوعه الى زمن لاحق ، فاذا تعهد شخص بتوريد المواد الغذائية الى المستشفى شهرياً و توقف عن التوريد فإن الضرر يكون محققاً إن وقع مستقبلاً اذا كان لدى ادارة المستشفى من المواد الغذائية و ما يكفيها من الحال او في المستقبل القريب ما دامت ستضطر الى شراء هذه المواد عند نفاذ ما لديها منها[2] .اذا امكن التعويض عن الضرر المحقق حالاً او مستقبلاً فلا يجوز التعويض عن الضرر المحتمل و هو الضرر الذي يقع ولا يوجد ما يؤكد وقوعه مستقبلاً فاحتمال يقع او لا يقع [3].مثلا لا يجوز لجهة خيرية ان تطالب من قتل شخص اعتاد التبرع لها بالتعويض عن الضرر الذي لحقها من اجراء حرمانها من تبرع اعتاد القتيل تقديمه إليها لأنه ضرر محتمل .

الشرط الثاني: ان يكون الضرر مباشراً متوقعاً او غير متوقعاً : يشترط كذلك للحصول على التعويض عن الفعل الضار ان يكون الضرر مباشراً سواء كان متوقعاً ام غير متوقع والضرر المباشر هو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او التأخر عن الوفاء[4].ونلاحظ ان القانون المدني العراقي اشارة في المادة (٢٠٧) والتي جاء بها (تقدر المحكمة التعويض عن جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا طبيعة للعمل غير المشروع).

اما الضرر الغير مباشر هو الذي تنقطع رابطة السببية بينه وبين الخطأ فلا يلتزم المدين بالتعويض [5]،مثلاً شخص دهس شخص اخر بسيارته وأدى الى عاهة في جسمه ونتيجة العاهة التي اصيب بها نتيجة الدهس تأثرت ام المصاب

(١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، المصدر السابق .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، المصدر السابق ، ص٢١٣ .

(٣) د. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني(مصادر الالتزام)دراسة مقارنة ، ج١ ، دار الثقافة لنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠١١ ، ص٥٥٥

(٤) د. احمد سلمان و د. جواد كاظم جواد ، المصدر السابق ، ص٢٨٢ .

(٥) د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، المصدر السابق ، ص٢١٤ .

بأبنها مما أدى الى وفاتها نتيجة قهرها على أبنها فما اصاب الشخص من عاهة وما تكبده من نفقات وما تحمله من تعطل يعتبر ضرر مباشر وجب التعويض عنه ،اما ما اصاب الام لا يعتبر ضرر مباشر فلا يحوز التعويض عنه.

الشرط الثالث: ان يصيب الضرر حقاً مصلحة مالية مشروعة: كذلك يشترط للحصول على التعويض عن الضرر ان يكون قد اصاب حقاً او مصلحة مالية مشروعة للمتضرر، فاذا كان حقاً مثاله كأن يحرق شخص دار شخص اخر ، اما اذا كان مصلحة مالية مشروعة فمثاله كأن يقتل شخص رجل كان يعيل بعض ذوي قرباه دون ان يكون ملزماً قانوناً بنفقتهم . اذ يستطيع ذووا القربي ممن كان القتيل يعيلهم مقاضاة القاتل لمطالبته بالتعويض عن حرمانهم من الاعالة اذا ثبت ان القتيل كان يعيلهم على نحو مستمر وانه كان سوف يستمر لو كان حياً[1].

ونلاحظ بان اذا كان الضرر لا ينصب على حقاً او مصلحة مالية مشروعة فلا يمكن التعويض عنه مثل لا يحكم بالتعويض لغاصب عين انتزعها منه مالكها لانتفاء حق الغاصب .

المطلب الثالث

العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

تعني العلاقة السببية ان يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي في المسؤولية العقدية و ان يكون نتيجة مباشرة لإخلال بواجبه قانوني في المسؤولية التقصيرية ،حيث لا يوجد فرق بين النتيجة الطبيعية و النتيجة المباشرة من حيث المعنى[2].اما العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر في المسؤولية التقصيرية هي علاقة مباشرة تقوم بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول و الضرر الذي اصاب المضرور ،حيث ان لا يكفي لنشوء المسؤولية هو ارتكاب الخطأ و اصابة المضرور بالضرر ، بل لابد ان يكون هذا الخطأ هو الذي سبب الضرر ، فالسببية تعد ركن من اركان المسؤولية ،فقد يقع الخطأ والضرر دون تواجد بينهما رابطه سببية بالتالي لا تنشأ مسؤولية[3]،حيث لا يلزم المخطئ الا بالتعويض عن الاضرار التي نتج عن ارتكابه الخطأ .كما لو دس شخص السم في طعام شخص اخر قاصداً قتله و

(١) د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، المصدر السابق، ص٢١٤ .

(٢) المصدر نفسه ، ص٢٣٩ .

(٣) د. احمد سلمان و د. جواد كاظم جواد ، المصدر السابق ، ص٢١٦ .

لكنه قبل ان يسير السم في جسمه جاء شخص ثالث و اطلق النار فراده قتيلاً في هذا المثال لم يكن دس السم السبب في الوفاة بل اطلاق النار لذلك العلاقة السببية قد انقطعت لذلك لا يكون من دس السم مسؤولاً عن الوفاة [1].حيث نلاحظ وجود خطأ ووجود ضرر و لكنه لا توجد علاقة بينهما.

اما في مدى توافر العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر فقد تعددت النظريات نشأن تحديد السبب الذي يعتبر الضرر نتيجته الطبيعية واهم هذه النظريات:

اولاً: نظرية تعادل الاسباب: ان تعدد الاسباب التي أدت الى وقوع الضرر و عندما تكون هذه الاسباب متكافئة و متعادلة يصعب تعيين ما تعتبره سبباً حقيقاً لوقوع الضرر و ما لا يعتبره كذلك مثل شخص مصاب بعجز في القلب فيضربه شخص اخر ضربة لا تكون مميتة لشخص السليم و لكن تقضي عليه هو، فيعتبر المرض سبب في موته فلا يسأل عن ذلك هذا حسب الفقيه مرقس[2].اما الفقه والقضاء اختلف في هذه المسألة حيث يرى الفقه الالمان نظرية تعادل الاسباب تقضي البحث في الاسباب جميعاً كلاً على انفراد لتحديد منها السبب الذي يعتبر لولاه ما وقع الضرر و تعادل الاسباب التي تحددت في تسببها في الضرر ،تعتبر اسباباً لحدوثه ، حيث حسب هذه النظرية يعتبر الضرب و مرض القلب في المثال الذي ضربناه سبباً لوفاة [3].

ثانياً: نظرية السببية الفعالة او السبب المنتج: ان نظرية السبب المنتج تقوم على اساس التمييز بين السبب الثانوي و بين السبب الفعال او المنتج و يعتد بالثاني وحده لأحداث الضرر[4]. ويعتبر السبب فعالاً اذا كان يؤدي الى مثل هذا الضرر وحسب السير الطبيعي لأمور، وقد اخذ على هذه النظرية انها تخلط بين ركنين الخطأ والعلاقة السببية ، اذ يجب التساؤل في كل حالة عما كان يجب على الفاعل توقعه و عن مقدار الحرص الذي كان يجب ان يأخذ به نفسه[5]. اما السبب الثانوي او العارض هو السبب الغير مألوف الذي لا يحدث في العادة هذا الضرر ولكنه أحدثه عرضاً و لا اهمية لكون السبب العارض او الثانوي قد ساهم في وقوع الضرر لان السبب المنتج هو السبب القانوني الذي يقف

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص٥٣٥ .

(٢) د. عبد العزيز اللصاصمة ، المصدر السابق ، ص١٣٥.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، المصدر السابق ، ص٢٣٩ .

(٤) د. احمد سلمان و د. جواد كاظم جواد ، المصدر السابق ، ص٣١٥ .

(٥) د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص٥٣٧ .

عنده القانون[1].كسائق سيارة اهمل في اتخاذ الاحتياطات الواجبة في الحفاظ على سيارته من جانب الشخص الاخر السارق الذي كان مسرعاً فصدم شخصاً فالسبب المنتج حسب مجرى الامور العادية هو ما فعله السارق اما الذي ترك السيارة بدون اتخاذ لاحتياطات كعدم غلق الابواب وترك المفاتيح داخل السيارة يكون سبب عارضاً في احداث الضرر[2].فقد اخذ القضاء العراقي بهذه النظرية اما النظرية الاولى اخذ بها القضاء الفرنسي والمصري[3].

اما عن اثبات العلاقة السببية ونفيها على من تقع هل على المدعي ام على المدعى عليه.

اثبات العلاقة ونفيها: ان عبء اثبات توافر العلاقة بين الضرر الذي لحق المدعي (المضرور)وخطأ المدعى علية (فاعل الضرر) تقع على المدعي، من ثم لا يكفي من المضرور ان يثبت خطأ المدعى عليه بل يجب عليه ايضاً اثبات العلاقة السببية المباشرة بين الخطأ و الضر، و بما ان العلاقة السببية هي ركن من اركان المسؤولية مستقل وجب اثابتها ، وطبقاَ لقواعد العامة في الاثبات يكفي ان يقدم المدعي الادلة التي تجعل ما يدعيه امراً معقولاً و مرجحاً ،اي ينبغي توافر قدر معقول من اليقين ومن ثم لا يحتم على المدعي اقام الدليل على جميع عناصر الواقعة التي يدعيها و انما يمكن ان يقتصر الاثبات على قدر من عناصر الواقعة التي تكفي لافتراض اثبات الباقي منها، فاذا اثبت المدعي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر فإن العبء يتحول من الدائن (المضرور) الى المدين (فاعل الضرر) ليقع عليه عبء النفي[4]. وفي وسع المدين نفيها بطريقتين الاولى مباشر والثانية غير مباشرة ،فالطريق المباشر هو بنفيها عن طريق اثبات ان الخطأ التقصيري المدعي به بالعلاقة السببية لم يكن السبب في الضرر الذي اصاب المدعي، اما الطريق غير المباشر فهو نفيها عن طريق اثبات وجود سبب اجنبي دفع المدين الى القيام بالعمل الذي نشأ عنه الضرر او ان السبب الاجنبي هو الذي ألحق الضرر مباشرتاً بالمدعي، ويقصد بالسبب الاجنبي هو كل فعل او حادث لا ينسب الى المدين تترتب عليه استحالة منع وقوع الضرر[5].

---

(١) د. احمد سلمان و د. جواد كاظم جواد ، المصدر السابق ، ص (٣١٥ – ٣١٦) .

(٢) د. امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات(مصادر الالتزام) ، ط١ ، الاصدار٢ ، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٣ ، ص٢٩٦ .

(٣) د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، المصدر السابق ، ص٢٤٠ .

(٤) د. احمد سلمان و د. جواد كاظم جواد ، المصدر السابق ، ص٣١٧ .

(٥) د. عبد المجيد الحكيم واخرون ، المصدر السابق ، ص٢٤٠ .

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار

ان تحديد القانون الواجب التطبيق على مختلف العلاقات و الوقائع القانونية ذات الطابع الدولي الخاص و منها الفعل الضار لم ينشأ دفعة واحدة ، بل كانت هناك محاولات في البحث و اقتراح الحلول تمتد الى زمن بعيد ، فتعددت مبادئ الاختصاص التشريعي، و كانت الريادة و الصدارة لمبدأ اختصاص القانون الاقليمي، و بالرغم من ذلك فإن مبدأ الاختصاص المذكور لم تتحقق له صفة الكمال و الاطلاق عبر مراحل التاريخ المختلفة فكان لابد من تطور و تهذيب لهذا المبدأ (مبدأ اختصاص القانون الاقليمي) لمواكبة تغييرات و تطورات العصر فضلاً عن ظهور مبادئ الاختصاص التشريعي الحديث[1].بناءً عليه سنتناول في هذا المبحث التطور التاريخي للقانون الواجب التطبيق على الفعل الضار التي تتمثل لأهم تلك المبادئ وفقاً للنظريات التقليدية (القديمة) وموقف القانون العراقي، وتتمثل ايضاً لأهم مبادئ الاختصاص التشريعي وفقاً للنظريات الحديثة هذا في المطلب الاول ،اما المطلب الثاني سنتناول موقف القانون المقارن من القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار، و نتناول موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار في الطلب الثالث.

المطلب الاول: التطور التاريخي للقانون الواجب التطبيق على الفعل الضار.

المطلب الثاني: موقف القانون المقارن من القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار.

المطلب الثالث: موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار.

(١) م . هناء عبدالحسين جاسم النصراوي ، الفعل الضار(العمل غير المشروع) في تنازع القوانين ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين ، غير منشورة ،٢٠٠٨ ، ص١٥ .

المطلب الاول

التطور التاريخي للقانون الواجب التطبيق على الفعل الضار

ان القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار لم يظهر دفعة واحدة بل ظهر بشكل تدرجي على مراحل على مر الزمن، و لبيان معرفة التطور التاريخي للقانون الواجب التطبيق على الفعل الضار سنتناول هذا المطلب في نقاط مهمة.

اولاً: القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار وفقاً للنظريات التقليدية (القديمة) وموقف القانون المدني العراقي منه: تعد النظريات التقليدية الحجر الاساس في مساهمة تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن الفعل الضار، و يتم التطرق اليها مع موقف القانون العراقي منه .

أ- التعريف بالنظريات التقليدية(القديمة)والمتعلقة بتنازع القوانين: بغية التعريف بالنظريات التقليدية ارتأينا لتطرق لأهم النظريات بإيجاز .

١- نظرية الاحوال الايطالية: سادت نظرية الاحوال الايطالية القديمة في بعض مدن ايطاليا الشمالية(ميلانو، وبولونيا ، وغيرها) بعد استقلال تلك المدن من الامبراطورية الرومانية المقدسة بمقتضى معاهدة كونستانس لسنة ١١٨٣ حيث انتعشت و ازدهرت التجارة في تلك المدن، حيث كانت لهذه المدن قوانينها المستمدة من العرف والعادة بجانب القانون الروماني وبسبب قيام المعاملات التجارية وازدهار الثقافة نشأت الكثير من العلاقات المالية والعائلية بين المدن الايطالية والخارج بحيث كانت كل مدنية تدعي بأن قانونها هو الاصلح لحكم مثل هذه العلاقات ، فظهر التنازع بين قوانين هذه المدن من جهة وبينها و بين القانون الروماني من جهة اخرى ، فكان لابد من سبيل لحل مثل هذا التنازع مما دعا الحال لتدخل اصحاب الحواشي في القرن الثاني عشر و الثالث عشر عن طريق قيامهم بالتعليق على نصوص القانون الروماني في صورة حواشي جسدوا فيها افكارهم من هذه النصوص و قالوا بإمكانية التعويل عليها كعلاج لما تعرض امامهم من المشاكل، وكان من بين اهم هذه الحواشي هي حاشية (Accurse) سنة ١٢٢٨ التي وجدت في الكتاب الاول من

مجموعة جستنيان التي تضمنت "اي حاشية" (انه اذا ذهب مواطن من بولونيا الى مودين) فإنه لا يخضع لقوانين هذه المدينة الاخيرة في كل نزاع يتعلق بأهليته ، بل يخضع الى قانون بولونيا وهو قانون موطنه .و غيرها من الحواشي الاخرى

التي بلورت حلولاً متنوعة و من ضمنها اخضاع الاموال لقانون محلها، وقد زادت أهمية الحواشي في حل مسائل التنازع في تلك الدة "اي القرن الثاني عشر" حتى ان انصارها شكلوا مذهباً او مدرسة سميت مدرسة اصحاب الحواشي. الا ان هذه المدرسة قد اخفقت في القرن الثالث عشر بظهر مدرسة جديدة في مدرسة الشارحين اللاحقين بزعامة بارتول (Burtol) وقد انضم اليها كثير من الفقهاء ، و كان اهم ما قدمته هذه المدرسة انها ميزت بين مختلف الاوضاع من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق و من بينها خضوع الالتزامات الناشئة من الجنح المدنية (الفعل الضار) الى قانون مكان وقوعها ، اما الالتزامات التي مصدرها العقد فقالت تخضع بخضوعها الى محل عقدها. ومن مزايا نظرية الاحوال الايطالية انها تعد الحجر الاساس بما ارست من اسس وحلول في مسائل التنازع لاسيما اخضاع الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار الى محل وقوعها ، فكانت الاساس لمبدأ اختصاص القانون الاقليمي لهذه الطائفة من الالتزامات . اما عن عيوب هذه النظرية ، فإن أصحاب مدرسة الحواشي و خلفائهم اللاحقين لم يتمكنوا من وضع نظرية عامة في تنازع القوانين(كإقليمية القوانين وشخصيتها) بالإضافة الى الطريقة التي اتبعوها كانت انتقائية وتحليلية مما دعا الى انحسارها و العزوف عنها[1] .

٢- نظرية الاحوال الفرنسية : ظهرت هذه النظرية في غضون القرن السادس عشر وكان اهم فقهائها هم الفقيه ديمولان والفقيه دار جنتريه ، وقد اعتنق ديمولان كثير من الحلول التي وصلت اليها المدرسة الايطالية القديمة مما حدا الى عده من اتباع تلك المدرسة من وجهة نظر بعض الشراح ،ولكن فريق اخر من الشراح عده اول ممثل للمدرسة الفرسية، حيث قدم نظريته التي تقوم على اساس تقسيم الاحوال الى عينية وشخصية لكن بطريقة ثانوية ،والقاعدة بالنسبة لهذه النظرية هي القانون الاقليمي هو و يطبق القانون الشخصي استثناء ، بهذا حلت اقليمية القوانين النسبية محل اقليمية القوانين المطلقة ، حيث اضطر انصار هذه النظرية الى اتباع صنف ثالث من القوانين اطلق عليها الاحوال المختلطة ازاء عدم كفاية التقسيم المشار اليه اعلاه وضموا اليه جميع العلاقات القانونية التي تعذر ادراجها في ضمن التقسيم الثاني للقوانين لتحديد القانون نوعية العلاقة في ما اذا كانت عينية او شخصية[2] .

اما عن دار جنتريه فتعد نظريته اول نظرية عامة في مسائل تنازع القوانين وتقوم هذه النظرية على اجراء تقسيم شامل للفكرة المسندة الى فكرتين فكرة يطبق بشأنها المبدأ العام وهو الاقليمية واخرى يطبق بشأنها قانون الموطن على سبيل

---

(١) د. جابر جاد عبد الرحمان ، تنازع القوانين، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦، ص(٥٤ -٦٢) .

(٢) د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي و تنفيذ الاحكام الاجنبية) ، ج٢ ، ط١ ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ١٩٨٨ ، ص٣٧ .

الاستثناء من هذا المبدأ ولم تلقي نظرية جنتريه في اول عهدها رواجاً لانها قامت على مبدأ السيادة الاقطاعية وكان هذا النظام ايلاً للانهيار فبقى الفقه والقضاء متعلقين بتعاليم دي مولاي وكانت نظرية دار جنتريه مطروحة جانباً في فرنسا طوال القرن السابع عشر[1].

ب– مبدأ اختصاص القانون الاقليمي: مما لاشك فيه ان للنظريات التقليدية التي سبق التطرق لها بتقنين قواعد اسناد منصوص عليها في القوانين الوضعية للدول المختلفة ، و يتم التطرق في هذه النقطة لمبدأ اختصاص القانون الاقليمي من خلال مفهومه و تبريرات اسناد الفعل الضار لقانون الاقليمي.

١– مفهوم مبدأ اختصاص القانون الاقليمي: يعرف الفقيه بارتان القانون المحلي بأنه(مجموعة القواعد القانونية السارية على كل شخص يقيم في اقليم دولة محددة ،او يمر به حيث يخضع لسلطة الامن تتولاها هذه الدولة بالنسبة لعلاقات القانون الخاص)[2] .وحدد المقصود بمفهوم القانون الاقليمي بصورة عامة بأنه(المكان الذي يوجد فيه ذلك الشخص ، و تحدث فوقه تلك المعاملة او التصرف او اجراء ،حيث ان الشخص يجب ان يخضع لسيادة قانون ذلك المكان الموجود فيه فعلاً وقت حدوث المعاملة)[3] .واسناداً الى ذلك يمكن ان نعرف القانون الاقليمي بشأن تطبيقه على الفعل الضار

على انه (قانون المكان ذو الصلة الملاءمة والعقلانية بالواقعة التي سببت ضرراً لغير وانشات الالتزام).

٢– تبريرات اسناد الفعل الضار للقانون الاقليمي: قد تعددت التبريرات و الاسس التي قالها اساتذة وفقهاء القانون الدولي الخاص بشأن مبدأ اختصاص القانون الاقليمي على الفعل الضار وكما يأتي:

أ– الصلة بين القواعد القانونية الخاصة بالفعل الضار وقوانين الامن والبوليس: ان اختصاص القانون الاقليمي قد وجد تبريره لدى جانب من الرأي بوجود الترابط او الصلة المنوه عليها وعلى اعتبار ان مثل ذلك القانون (اي القانون الاقليمي) يتسم بالبساطة و الوضوح[4].

---

(١) د. محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، دار الطالب ، اسكندرية ، ١٩٥٥ ، ص(٢٩٩–٣٠٠) .

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على الوقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص(٥– ٦) .

(٣) د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، ط٢ ، دار الحرية للطباعة، بغداد ،١٩٧٧، ص٣٠٢ .

(٤) د. ابو العلا علي ابو العلا النمر، تعزيز حماية البيئة الاثرية المصرية في العلاقات الخاصة الدولية ،ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٧ ،ص٣٣ .

ويرى الفقيه لوسران بأن (اكثر من ٩٥% من ضوابط الاسناد المستخدمة لإعمال قوانين البوليس وهي ذات طبيعة اقليمية ومن بين هذه الضوابط هو محل وقوع الفعل الضار)[1].

ب– اعتبارات الملاءمة: ان اعتبارات الارتباط او الصلة الوثيقة التي تتحقق بين ما يقع من حوادث او وقائع في اقليم دولة ما بحياة هذه الدولة و نظامها ، ومن ثم يكون هذا المجتمع هو الاكثر قدرة على تحديد الأثر الذي ينجم عن تلك الوقائع بالنسبة لمجتمع الدولة المعنية [2].

ج– اعتبارات قانونية: ان وقائع و حوادث الاعتداء المختلفة عندما تقع في اقليم دولة ما في العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي وما تسببه من أضرار بالأشخاص و الاموال، فإن قانون هذه الدولة هو الذي يضفي الصفة القانونية و يؤدي الى صيرورتها وقائع قانونية [3]،يترتب عليها اثاراً او احكاماً لا يمكن تجاهلها بحيث يخلق معها عند الافراد شعوراً بالتردد في ارتكابها خشية المساءلة والحكم عليهم بالتعويض.

د–اعتبارات الاسناد الى اكثر عناصر العلاقة تركيزاً: ان الوقائع القانونية الناجمة عن الفعل الضار تتألف عن عناصر عدة (الأشخاص، الموضوع، السبب)، و ان هذه الوقائع لا يمكن اسنادها الى موضوعها اي الالتزام بالتعويض، ولا الى اشخاصها الطرف المسؤول(مرتكب الفعل الضار)و الطرف الذي اصابه الضرر (المتضرر)، بل يكون اسنادها الى سببها او مصدرها وهو العمل الضار نفسه[4].ويكون مكان او موقع هذا المصدر هو النقطة التي يعين ويحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق على مثل تلك الوقائع و هو القانون الاقليمي في هذا الغرض ، وذلك تسيراً للإثبات والتحقيق وتحديد المسؤولية .

---

(١) د. احمد عبد الحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين(دراسة مقارنة) ، مؤسسة شباب الجامعة ، اسكندرية ، ١٩٨٩، ص٧٩ .

(٢) د. عبد الحكيم محسن عطروش ، احكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن ، مطبعة جامعة عدن ، ١٩٩٧، ص١٧١ .

(٣) د. احمد عبدالكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص(دراسة تحليلية وتطبيقية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص١٨٠ .

(٤) د. عزالدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ،ج٢ ، ط٩ ، الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٨٦ ، ص ٥١٠ .

٣-عيوب مبدأ اختصاص الاقليمي بشأن الفعل الضار:

أ-ان قوانين الامن والبوليس لا تصلح تبريراً يرتكز اليها لتبرير تطبيق مبدأ اختصاص القانون الاقليمي على الفعل الضار ،بسبب انها فكرة نسبية مرنة تختلف من دولة الى اخرى[1].

ب-ان اعتبارات الملاءمة التي تتحقق بالترابط والصلة الوثيقة بين ما يقع من وقائع وحوادث على اقليم دولة ما بسيادة وسلطان تلك الدولة باعتبار نظامها القانوني هو الذي يرتب الاثار والاحكام على تلك الوقائع الضارة يكون بعض الاحيان تبريراً غير مستساغاً و ذلك بحدوث مثل هذه الوقائع على سبيل الصدفة او العرضية التي تفقد مثل هذا الارتباط او الصلة الوثيقة [2].

ج-ان الارتكان الى اقوى عناصر العلاقة القانونية تركيزاً لا يصلح تبريراً في اختصاص القانون الاقليمي بشأن الأفعال الضارة في بعض الحالات ومن امثلتها حالات الافعال الضارة المستمرة التي تتحقق بتوزيع اركان الفعل الضار[3].

ج- موقف القانون المدني العراقي من مبدأ اختصاص القانون الاقليمي: ان موقف القانون المدني العراقي من مبدأ اختصاص القانون الاقليمي بمفهومه التقليدي سنتناوله في نقطتين مهمتين.

١- تحديد مفهوم اختصاص القانون الاقليمي وفقاً للقانون المدني العراقي: ان تحديد مفهوم القانون الاقليمي وفقاً للنظام القانوني في العراق لم يبدو واضحاً [4].الا بصدور القانون المدني العراقي رقم(٤٠)لسنة١٩٥١.

ان المادة(٢٧) قد تبينت مبدأ اختصاص القانون الاقليمي بشأن الالتزامات غير التعاقدية التي احد شقيها الفعل الضار في العلاقات و الوقائع القانونية ذات الطابع الدولي الخاص و هذا ما كرسه نص الفقرة(١)من المادة المذكورة التي نصت على(الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام)[5] و بمقتضى هذه الفقرة يكون المشرع العراقي قد حدد مفهوم القانون الاقليمي الذي يتمثل(بقانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة

---

(١) د. احمد عبدالحميد عشوش ، المصدر السابق ، ص٧٥ .

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف ، المصدر السابق ، ص٨ .

(٣) المصدر نفسة ، ص١٠.

(٤) د. جابر ابراهيم الراوي ، احكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، جامعة بغداد ، (١٩٧٩-١٩٨٠) ، ص٢١ .

(٥) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، المصدر السابق .

للالتزام)ومما يلاحظ على نص الفقرة(١)انها جاءت مطلقة بحسبانها قد تضمنت شقي الالتزامات غير التعاقدية (الفعل الضار و الفعل النافع) و يكون من الضروري الاشارة الى ان المشرع العراقي قد قيد من اطلاق الفقرة (١) بشأن تبني القاعدة العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار في القضايا المشوبة بعنصر اجنبي باشتراطه وجوب مراعاة شرط عدم المشروعية بالنسبة للفعل الضار المنشئ للالتزام وفقاً للقانونين قانون مكان وقوع الواقعة المنشئة للالتزام و القانون العراقي عندما يكون النزاع قد رفع امام المحكمة العراقية المختصة. وهذا ما جسده نص الفقرة(٢) من المادة نفسها التي نصت على(لا تسري احكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه)[1] ومن خلال التمعن في نص الفقرة(٢)نلاحظ انها تعلقت بالفعل الضار(العمل غير المشروع)دون الفعل النافع.

٢– اتجاه قاعدة الاسناد في القانون المدني العراقي بشأن الفعل الضار: ان المشروع العراقي كان قد نص في القانون المدني على قواعد التنازع التي تضمنتها المواد القانونية المعنية بحل قضايا و مشاكل تنازع القوانين ، فعن اتجاه او نزعة المادة(٢٧) وباللجوء الى مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٤٥ نلاحظ انه لم يرد فيها اي اشارة او توضيح لأساس و نزعة هذه المادة و كل ما وردة في المشروع هو كون تلك المواد(اي مواد تنازع القوانين ومنها المادة(٢٧)) انها مقتبسة من أحدث التقنينات الغربية .و يمكن ان يكون تأثير القانون المدني الايطالي لسنة ١٩٤٢ واضحاً في النص العراقي[0]، اذ المادة (٢٥) من القانون المدني الايطالية قد تبنت مبدأ اختصاص القانون الاقليمي بشأن طائفة الالتزامات غير التعاقدية و منها الفعل الضار في الوقائع المشوبة بعنصر اجنبي التي جاء فيها (الالتزامات غير التعاقدية تحكم بقانون المكان الذي تكون الوقائع قد نشأت فيه)[2].

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار وفقاً للنظريات التقليدية وفقاً للنظريات الحديثة:

عند بداية القرن التاسع عشر ظهرت عددت نظريات حديثة قد اسهمت بشكل ملحوظ في استخلاص قواعد اسناد يتحدد بموجبها القانون الذي يطبق على العلاقات والوقائع القانونية المختلفة ومنها(الفعل الضار)التي نتطرق اليها ايجاز

أ– النظريات الحديثة في أوربا و مبادئ الاختصاص التشريعي بشأن الفعل الضار: سنوضح بها اهم النظريات:

(١) القانون المدني العراقي ، المصدر السابق .

(٢) د. عبد الحميد حسن السامرائي ، تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٠ ، ١٩٥ .

١– النظرية الالمانية الحديثة و قاعدة التنازع بشأن الفعل الضار: تعود هذه النظرية الى الاستاذ الالماني سافيني وكانت نقطة البدء لديه في حل مسائل تنازع القوانين و هذه تقوم على فكرة الاشتراك بين البلاد التي ورثت القانون الروماني والديانة المسيحية وقد بررة هذا الاشتراك انه يولد شعور العدالة والمقبولية بشأن حلول تنازع القوانين ولا حاجة للتعصب لإقليمية القوانين لتقديم قانون عن اخر. وان قاعدة الاسناد وفقاً لهذه النظرية يتوصل اليها من خلال فكرة التركيز المكاني للعلاقة القانونية المعنية، و يتم تحليل طبيعتها فيما بعد لتحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها ،وتطبيقاً لفكرة (تركيز الرابطة في المكان) تمكن الاستاذ سافيني من صياغة عدد من قواعد الإسناد لعلاقات قانونية مختلفة منها اخضاع الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار الى مكان وقعها ، وفي الوقت نفسه اورد قيد في نظريته مفاده في حالة انتفاء (الوحدة القانونية او ما يسمى بالاشتراك القانوني) بين القانون المختص بالتطبيق و قانون القاضي من شأنه يؤدي الى استبعاد تطبيق القانون الاجنبي وتطبيق قانون القاضي تطبيقاً اقليمياً [1].كما ان لهذه النظرية مزايا وعيوب .

أ– مزايا مبدأ اختصاص التشريعي وفقاً للنظرية الالمانية:

١– نجحت في التمكن من صياغة قواعد اسناد متنوعة لعلاقات قانونية مختلفة و منها خضوع الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار الى محل وقوعها .

٢– تمكنت هذه النظرية من صياغة فكرة النظام العام عندما قضت بضرورة وجود الاشتراك القانوني بين قوانين البلدان التي يجمعها مثل هذا الاشتراك في اعمال فكرة التركيز المكاني للقبول بتطبيق قانون اخر غير قانون القاضي.

ب– عيوب مبدأ الاختصاص التشريعي وفقاً للنظرية الالمانية:

ان عيوب هذه النظرية التي طرحها الاستاذ سافيني انها تؤدي الى حلقة مفرغة لأنها تتطلب تحليل العلاقة(الواقعة)وصولاً الى التركيز المكاني لها واستخلاص طبيعتها من اثارها والاخيرة تقتضي الوقوف على القانون الواجب التطبيق بشأنها[2].
و على الرغم من العيوب والانتقادات الا ان لا يمكن من انكار دور الفقيه الالماني في ارساء مبادئ اختصاص لا يزال

(١) د. محمد كمال فهمي ، المصدر السابق ، ص٣٠٩.

(٢) المصدر نفسة ، ص٣٠٩ .

معمول بها لدى قوانين وفقه وقضاء الدول المتقدمة ومنها ألمانيا وخارجها مثل النظام القانوني الانكلوسكسوني لاسيما النظام القانوني الذي تتبعه المحاكم الانكليزية [1].

٢– النظرية الايطالية الحديثة وقاعدة التنازع بشأن الفعل الضار: تنسب هذه النظرية الى الفقيه الايطالي مانشيني، وانها جسدت فقهاً مبدعاً خلاقاً بطرحها معياراً لحل قضايا تنازع القوانين يقوم على الاخذ بمبدأ شخصية القوانين التي تعول على قانون الجنسية التي يتبعها الشخص بحسبانه القانون الواجب التطبيق على جميع العلاقات القانونية حتى تلك الممتدة خارج ايطاليا، العلة من ذلك تمكن في ان الجنسية هي اساس الدولة وان القوانين الشخصية تسري على الاشخاص اينما حلو (فالإيطالي سواء في ايطاليا او في خارجها يخضع لقانون جنسيته وكذلك الاجنبي سواء كان في ايطاليا او في بلده يخضع الى قانون جنسيته)[2] . كما ان لهذه النظرية مزايا وعيوب

أ– مزايا النظرية الإيطالية (النظرية الشخصية) :

١– ان نظرية شخصية القوانين لم تنادي بتطبيق مبدأ شخصية القوانين بصورتها المطلقة في كل الاحوال وعلى جميع العلاقات والوقائع القانونية ،بل اجازت الخروج عن القاعدة العامة(شخصية القوانين) ولكن يكون ذلك على سبيل الاستثناء فيما يخص بعض العلاقات القانونية ومن بينها الالتزامات غير التعاقدية(الفعل الضار)،وبمقتضى هذا الاستثناء يطبق بعض القوانين تطبيقاً اقليمياً.

٢– ان نظرية شخصية القوانين الحديثة لم تقصر تعين هذا القانون بقانون الموطن كما نادت بذلك النظريات القديمة بحسبان ان ذلك القانون كان خاضعاً الى قانون الموطن الدائم (المكان الذي يكون فيه الفرد مرتبأ مع افراد عائلته) الا ان تلاشت بعد قيام الدولة الحديثة واشتداد الروح القومية في أوربا بفعل افكار مانشيني في ايطاليا وروسو ومنتسكيو في المانيا [3] .

(١) د. محمد عبد الخالق عمر ،القانون الدولي الخاص الليبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص(٢٥٤ – ٢٥٧) .

(٢) م. هناء عبدالحسين جاسم النصراوي ، المصدر السابق ، ص ٣٠ .

(٣) د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ، القانون الدولي الخاص والمقارن ، المصدر السابق ، ص ٧٢ .

ب– عيوب النظرية الإيطالية (النظرية الشخصية):

١– ان مبدأ اختصاص القانون الشخصي لا يمكن عده القاعدة العامة لتقوم كل دولة بتطبيق قانونها على كل رعاياها في داخل اقليمها او خارجه ، فاذا كانت الجنسية تعبر عن قومية وشخصية دولة ما فهذا لا يعني بالضرورة بأن لها ذات الميزة بالنسبة لأشخاص وهم خارج الدولة التي يحملون جنسيتها[1] .

٢– ان مبدأ شخصية القوانين اذا كان مفيداً ومبرراً لأخذ به في ايطاليا المزدحمة بالسكان وتشجعاً للهجرة للتقليل من كثافتها السكانية ولإجاد نوع من الثقة والامان في نفوس رعاياها وهم خارج ايطاليا بأنه سيطبق عليهم القانون الإيطالي، حيث ان الامر لا يعد كذلك بالنسبة لدول المهاجر اليها التي قد ترى في مبدأ اقليمية القوانين تجسيداً لسيادتها[2] .

ب– النظريات الحديثة في ايجاد عن القانون الأكثر الملائمة على الفعل الضار: و فقد ظهرت هذه النظريات في الولايات المتحدة الامريكية وامتد اثرها الى انكلترا وغيرها من الدول في القارة الاوربية واهم هذه النظريات :

١–نظريتا العدالة والاعتبارات المحددة لإختيار القانون الواجب التطبيق: ونلاحظ من النظر الى اوجه التقارب او التشابه بالنسبة للاعتبارات التي تؤسس عليها كلتا هاتين النظريتين من الافضل دمجهما في موضوع واحد لتجنب الاسهاب في طرح النظريات .

نظرية العدالة التي تعود الى الفقيه كيفرز ، ونظرية الاعتبارات المحددة للاختيار التي تعود الى الفقيه ليفلير ، و في ضوء هاتين النظريتين يتعين على المحكمة ان تأخذ بنظر الاعتبار عدداً معيناً من العناصر او الاعتبارات التي تمثل اهداف القانون الدولي الخاص ومنها(تناسق العلاقات الدولية ، التوقع الشرعي لأطراف ، السياسات التشريعية محل القضية او الواقعة ، تسهيل مهمة القاضي و تطبيق القاعدة الافضل...) وفقاً لنظرية العدالة فكلما كان تطبيق القانون الاجنبي يؤدي الى تحقيق العدالة (والعدالة تقاس من وجهة نظر المحكمة الوطنية عادتاً) [3] فيصار الى تطبيقه ، حيث ان لهذه النظريتان مزايا وعيوب.

---

(١) د. محمد عبد الخالق عمر ، المصدر السابق ، ص ٢٤٨ .

(٢) د. حسن محمد الهداوي و د. غالب علي الداودي ، المصدر السابق ، ص٤٢ .

(٣) د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، المصدر السابق ، ص٢٦٠ .

–مزايا وعيوب مبدأ الاختصاص التشريعي وفقاً للنظريتين:

من بين اهم مزايا هاتين النظريتين انهما تنطويان على تحقيق عدالة لدى القاضي عن طريق ايجاد القانون الواجب التطبيق من خلال اعتبارات عدة.

اما بصدد العيوب التي وجهت لهاتين النظريتين بشأن مبدأ الاختصاص التشريعي فقد تخلصت:

١– ان تلاؤم النظرتين مع بنية المجتمع الأمريكي قد لا يحقق التلاؤم مع بقية الدول التي تختلف بنيتها عن المتجمع الأمريكي.

٢– ان النظرتين نقلتا للقانون الدولي الخاص الأساليب التقليدية لنظام القانون القضائي او العرف القانوني الانكليزي العام ، فضلاً عن انها تقوم على تحليل تفصيلي لوقائع القضية وإعدادها سابقاً [1].

٢– نظرية القانون المختار:تعود هذه النظرية الى الفقيه هاوس،حيث تم نشر النظرية في كتابه الذي صدر عام١٩٢٤ وقال فيه (ان على القاضي اذا لزم الامر تعيين القانون المختص في حالة تنازع القوانين، البحث اولاً عن القانون المختار الذي يختاره أطراف العلاقة ،فإن تعذر تحديد هذا القانون عليه ان يطبق قواعد التنازع في القانون الوطني...)[2] .قد زادت اهمية الارادة في العصر الحديث لاسيما في مجال العقود الدولية مما حقق تقدم و نجاح في مجال المعاملات المالية و التجارية عبر الحدود، كان هذا من الاسباب التي دعت الى المناداة بسريان القانون الارادة(القانون المختار)على المسؤولية المدنية، فاذا وجد هذا القانون مساحته الواسعة في العلاقات التعاقدية ليس هناك مانع من اعماله في طائفة الالتزامات غير التعاقدية [3] من بينها الفعل الضار، فقد اخذ به عدد من الاتفاقيات الدولية والقوانين الغربية ،اما المشرع العراقي فقد اخذ بمبدأ اختصاص القانون المختار في قانون الطيران المدني العراقي رقم (١٤٨) لسنة ١٩٧٤ في الفقرة (٥) من المادة الثانية والتسعين بعد المئة بمناسبة الافعال والوقائع الضارة في المجال الجوي، وعلى كل حال ان الطريق الذي نهجه المشرع بأخذ بمبدأ القانون المختار يعد خطوة ايجابية متقدمة تحلق السياسة التشريعية في العراق بمصاف الدول المتقدمة،

(١) د. حسام الدين فتحي ناصف ، المصدر السابق ، ص٢٨ .

(٢) د. غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية (دراسة مقارنة) ، الكتاب الاول ، ط٤ ، دار وائل لنشر ، ٢٠٠٥ ، ص٧٦ .

(٣) د. جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص(٥٥٦ – ٥٥٧) .

كذلك القانون الدولي الخاص الالماني لعام ١٩٩٩ اخذ بنفس المبدأ[1] ، حيث لهذه النظرية مزايا وعيوب .

مزايا مبدأ اختصاص المختار :

١- تحقيق التوازن المطلوب بين مصالح طرفي الفعل الضار ويحمي مصالحهما المشرعة في التعويض.

٢- يعد مبدأ اختصاص القانون المختار حلاً سليماً تجاه حالات توزع اركان الفعل الضار .

-عيوب مبدأ اختصاص القانون المختار[(2)]:

١- جعل ارادة أطراف العلاقة فوق القانون.

٢- ان البحث عن ارادة الأطراف تعد مشكلة بحد ذاتها تكلف القاضي الوقت والجهد.

المطلب الثاني

موقف القانون المقارن من القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار

ان موقف الفانون المقارن من حيث مدى تبنيها لمبادئ اختصاص التشريعي بغية تحديد القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار سنتطرق الية من جانب القوانين العربية والقوانين الغربية.

أ- موقف القوانين العربية من القانون الواجب التطبيق: من اهم نماذج القوانين العربية بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار:

(١) د. جمال محمود الكردي ، تنازع الوانين ، المصدر السابق ، ص ٥٥٧ .

(٢) د. غالب علي الداوودي ، المصدر السابق ، ص٦٧

١- موقف القانون المدني المصري :وردت قاعدة التنازع الخاصة بالفعل الضار ضمن مواد تنازع القوانين من حيث المكان التي جسدتها المادة (٢١)من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨حيث جاء بها(١- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام . ٢- على انه فيما يتلق الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار ، لا يسري احكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج و تكون مشروعة في مصر و ان كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه)[1].ومن خلال النظر على قاعد ة التنازع التي نصت عليها المادة ان المشرع المصري قد أخضع مبدأ الاختصاص الاقليمي لمكان وقوع الفعل الضار كقاعدة الاساسية لطائفة الالتزامات غير التعاقدية (الفعل الضار والفعل النافع) وهذا ما اوضحته الفقرة (١) من قاعدة الاسناد المنوه عليها، و لكن المشرع استثنى في الفقرة (٢) من المادة نفسها فيما يتعلق الامر بالفعل الضار. حيث نص على مراعاة قانون المحكمة الوطني (القانون المصري) و قانون مكان حدوث الواقعة المنشة للالتزام في حالة اقامة دعوى الفعل الضار بالنسبة للنزاع المشوب بعنصر اجنبي امام القضاء المصري المختص، ولتأكد من تحقق شرط عدم المشروعية بالنسبة للواقعة المنشئة للالتزام.

٢- موقف القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة٢٠٠٢ : نلاحظ ان المشرع اليمني قد اتجه اتجاهاً مغايراً عما ذهب اليه اغلبية القوانين العربية في تبنيه مبدأ الاختصاص التشريعي بغية تحديد القانون الواجب التطبيق على طائفة الالتزامات غير التعاقدية ومنها الفعل الضار. فاذا حدثت في الخارج ورفعت بشأنها دعوى امام القضاء اليمني المختص فيطبق القانون اليمني هذا ما جسده نص المادة (٣١) من القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢ التي جاءت فيها (يرجع في ما ينشأ عن فعل غير تعاقدي او في غرامته اذا وقع في الخارج الى القانون اليمني)[2].ونلاحظ ان هذا الموقف من المادة تعرض الى الانتقاد من جانب الفقه ذلك لأن لم يبرر حكم القاضي بتطبيق القانون اليمني على الالتزامات غير التعاقدية و منها الفعل الضار اذا ما وقعت في الخارج ، لذلك نرى موقف القانون العراقي و القوانين العربية التي اخذت بالقاعدة العامة مع مراعات شرط عدم المشروعية المزدوج بشأن تحديد

(١) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته ، نشر في الوقائع المصرية ذوي العدد١٠٨ في ٢٩ /١٩٤٨/٧/

(٢) القانون اليمني المدني رقم(١٤) لسنة ٢٠٠٢ ، تاريخ الزيارة٢٠١٨/٣/٢٩ ، الوقت ٥:٣٠ عصرا

yemenlaws.blogspot.com

القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية و منها الفعل الضار افضل وارجح من القانون اليمني[1].

ب–موقف القوانين الغربية من القانون الواجب التطبيق: اضافتاً الى موقف القوانين العربية هناك ايضاً موقفاً للقوانين الغربية من القانون الواجب التطبيق، ومن اهم نماذج هذه القوانين .

١– موقف القانون الانكليزي: نلاحظ ان القانون الانكليزي قد تضمن مبادئ الاختصاص التي تحكم الفعل الضار في القاعدتين (١٧١و١٧٢)، حيث تضمنت القاعدة رقم (١٧١) على(اي فعل تم في دولة اجنبية ،وكونه يعتبر ضاراً او غير ضارٍ كأن يكون ضرر بموجبه يمكن ان ترفع بشأنه دعوى في انكلترا ، يعتمد على الاثر المرتبط مع قانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار (قانون مكان وقوع الفعل الضار) و قانون انكلترا (باعتباره قانون المحكمة) ؛ او في ظروف استثنائية اخرى يعتمد في اثره على قانون دواة اخرى اذا كانت هذه الدولة لها الارتباط الاكثر اهمية مع الحادثة و الاطراف)[2]، و تضمنت القاعدة (١٧٢) على (١–كقاعدة عامة، فعل تم في دولة اجنبية وكونه فعلاً ضاراً يثير مسؤولية تقصيرية ويكون قابلاً لرفع دعوى في انكلترا بهذه الصفة، و ذلك فقط اذا كان هذا الفعل يعتبر كذلك معاً.
٢– ولكن القضية الخاصة (المعنية) ما بين الاطراف يجوز ان يخضع بموجب قانون دولة وذلك بخصوص تلك القضية او الواقعة يكون لها الارتباط الاكثر علاقة مع الحادثة والاطراف)[3].ونلاحظ من خلال النظر الى القاعدتين ان القانون الانكليزي قد تبنى مبدأ اختصاص قانون مكان وقوع الفعل الضار ونظرية قانون المحكمة و القانون الملائم لحكم الفعل الضار.

٢– موقف القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩: ان القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ في المادة(٤٨) الفقرة (١) منه قد تضمنت فكرة التركيز الاجتماعي كأستثناء على القاعدة العامة (مبدأ اختصاص القانون الاقليمي) بشأن القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار، حيث جاء فيها (اذا وجدت مع ذلك، بالنسبة للأطراف رابطة قوية مع قانون دولة واحدة اخرى فيكون هذا القانون هو المطبق)[4].

---

(٣) د. عبد الحكيم محسن عطروش ، المصدر السابق ، ص(١٧٢ – ١٧٣) .

(١) د. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ، القانون الدولي الخاص والمقارن ، ج١ ، ط١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ١٩٩٨، ص١٢٨ .

(٢) المصدر نفسه ، ص ١٢٨ .

(٣) د. جمال محمود الكردي ، المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه بشأن دعاوي المسؤولية والتعويض عن المضار التلوث البيئي العابر للحدود ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٣ ، ص١٣٩ .

٣- موقف القانون الدولي الخاص التركي لعام١٩٨٢: ان القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ المادة (٢٥) بعد ان نصت على مبدأ اختصاص القانون الاقليمي اخذ بفكرة التركيز الاجتماعي، حيث نصت بأنه (في الحالة التي فيها العلاقة القانونية الناتجة عن العمل غير المشروع مرتبطة ارتباطاً وثيقاً مع بلد اخر، قانون هذا البلد يمكن تطبيقه)[1].

المطلب الثالث

موقف الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار

ان بعض الاتفاقيات الدولية لها موقف بشأن مدى تبنيها لمبدئ الاختصاص التشريعي بغية تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن الالتزامات غير التعاقدية وعلى الاخص الفعل الضار فمن اهم هذه الاتفاقيات الدولية.

أ- اتفاقية لاهاي الخاصة بالمسؤولية غير التعاقدية الناشئة عن سير الطرق المبرمة في ٤/ايار/١٩٧١: ان هذه الاتفاقية قد تبنت مبدأ اختصاص القانون الاقليمي كقاعدة عامة و لكنها أجازت الخروج عن مبدأ الاختصاص التشريعي لصالح دولة التسجيل في تحقيق اعتبارات معينة [2]:

١- عندما تكون المركبة هي وحدها متورطة في لحادث فيكون القانون الواجب التطبيق بشأن المسؤولية المتولدة عن الفعل الضار هو قانون دولة تسجيل هذه المركبة بشرط ان لا تكون سائقها او صاحب السلطة فيها او مالكها ساكناً في البلد الذي وقع فيه الحادث، ومن مفهوم المخالفة لهذا النوع يصار تطبيق قانون البلد الذي وقع فيه الحادث المسبب للضرر ، و قانون دولة التسجيل يطبق ايضاً تجاه الضحية اذا كان لها سكن عادي في دولة التسجيل و هذا ما جسده نص المادة (٤) في الفقرة (أ) .

٢- بمقتضى نص المادة (٤)الفقرة (ب)اذا كانت هناك عدة مركبات متورطة في وقوع الحادث فإن قانون دولة التسجيل لا يصار اليه الا اذا كانت جميع المركبات مسجلة في الدولة نفسها ، فاذا لم تحقق هذه الحالة يصار الى تطبيق قانون مكان حدوث الواقعة .

---

(١) د. حسام الدين فتحي ناصف ، المصدر السابق ، ص٤٨ .

(٢) د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، دار الجامعة ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ص(٣٥٤ - ٣٥٥) .

٣- استناداً الى ما نصت اليه المادة(٤) الفقرة (أ) اذا نتج عن الحادث اضرار لعدة اشخاص "اي تعدد المتضررين" فإن القانون الواجب التطبيق يتعين بشكل منفصل تجاه كل متضرر.

٤- اذا تعدد المسؤولين عن الفعل الضار،فإن القانون الواجب التطبيق بشأن الحادث هو قانون واحد، اما يكون قانون مكان حدوث الفعل الضار (القاعدة العامة). او قانون دولة التسجيل، فيما اذا كانوا (اي سائقو المركبات) مسجلة مركباتهم في الدولة نفسها، او حالة ما اذا كان الاشخاص الخارجين (كالضحايا من المشاة) ساكنين في دولة التسجيل.

ب- اتفاقية روما الثانية بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية لعام٢٠٠٧[1]:ان نظام البرلمان الاوربي و المجلس الاوربي قد تبنى من خلال نصوص هذه الاتفاقية تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية. حيث بينت المادة(٤)من هذه الاتفاقية في الفقرة(١)القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية على وجه الخصوص الفعل الضار حيث نصت على (ما لم تنص الاتفاقية على خلاف ذلك فإن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية تنشأ عن فعل ضار هو قانون البلد الذي يحدث فيه الضرر بصرف النظر عن البلد الذي يقع فيه الحادث الذي ينتج عنه الضرر. وبصرف النظر عن البلد او البلدان التي يحدث فيها نتائج عن مباشرة عن ذلك الحادث)،حيث يتضح من هذه الفقرة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي وقعة فيها الضرر، بصرف النظر عن الدولة التي وقع الحادث فيها المسبب للضرر، وبصرف النظر ايضاً عن الدولة و الدول التي وقع فيها نتائج عن مباشرة عن ذلك الحادث. اما الفقرة(٢)من المادة نفسها بينت اختصاص قانون الوسط الاجتماعي حيث جاء فيها(اذا كان المسبب وفقاً للأدعاء بأنه المسؤول وكان الشخص الذي يعاني الضرر يقيمان اعتيادياً في نفس البلد وقت حدوث الضرر فإن قانون هذا البلد هو الذي يطبق)،حيث يتضح من هذه الفقرة اذا مرتكب الفعل الضار والمتضرر لهما مكان سكن معتاد واحد فإن قانون تلك الدولة هو الذي يعد واجب التطبيق بشأن المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار الواقع. اما الفقرة(٣) من المادة نفسها قد اجازت الخروج عن القاعدة العامة بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية وقد قضت بتطبيق قانون الدولة الاكثر علاقة بظروف القضية، فضلاً عن انها قد اوضحت معيار او ماهية العلاقة الاكثر ملاءمة و اتصالاً، وحيث نصت على (حين يكون الامر واضحاً من ظروف القضية بأن الفعل الضار يرتبط ارتباطاً وثقياً ببلد اخر غير ذلك المشار اليه

(١) اتفاقية روما الثانية بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية ،ترجمة وتدقيق الاستاذ المرحوم القاضي محمد الفخري،٢٠٠٧،ص٣١.

في الفقرتين (١و٢) فإن قانون هذا البلد الاخر هو الذي يطبق، ان الارتباط حسبما يظهر بوضوح ببلد اخر قد يقوم بصورة خاصة على علاقة سابقة بين الاطراف كوجود عقد بينهم له ارتباط بالحدث موضوع النزاع) .

الخاتمة

بعد ان تناولنا اركان المسؤولية الناتجة عن الفعل الضار و القانون المقارن لمختلف الدول العربية الغربية و تفسير بعض الاتفاقيات الدولية ، سنجيب عن التساؤل الذي طرح في مقدمة البحث فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية(الفعل الضار) والقانون الواجب التطبيق على الفعل الضار(اي القضايا المتعلقة بالفعل الضار المشوبة بعنصر اجنبي) من خلال النتائج التي توصلنا اليها:

١-ان الخطأ التقصيري هو تعدي غير مشروع من شخص يلحق ضرر بالغير، وان الخطأ لا يمكن الاعتداد به ولا يرتب مسؤولية تقصيرية الا اذا توافر فيه ركنين ركن(الاخلال و التعدي) الذي يتمثل بعمل او تصرف لا يقره القانون ، و ركن (الادراك والتميز) والذي يتمثل بان يكون الشخص الذي قام بالتصرف الذي لا يقره القانون يتمتع بالأدراك والتمييز .

٢-ان الضرر يتحقق بالأذى الذي يصيب الشخص في حقه أو في مصلحته المشروعة ، كما الخطأ وحده لا يكفي في ترتيب المسؤولية اي ان لابد ان ينشأ عن الخطأ ضرراً ، كما ان ليكون هناك مسؤولية لابد ان يكون الضرر محققاً و كذلك ان يكون مباشراً سواء متوقع او غير متوقع ، فالشخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذي اصيب المتضرر سواء كان ضرر مادي او معنوي (ادبي).

٣-ان لكي تكون هنالك مسؤولية تقصيرية اي ان لابد ان تكون هنالك علاقة سببية بين الخطأ(الذي قام به الفاعل) والضرر (الذي اصيب المتضرر)،اي ان على المتضرر للمطالبة بالتعويض لابد ان يكون الضرر الذي اصابه ناتج عن الخطأ الذي قام به الفاعل ، فاذا لم يكن هناك ترابط اي علاقة بين الخطأ و الضرر فلا نكون امام مسؤولية تقصيرية بالتالي لا يكون هناك تعويضاً .

٤-ان القانون الواجب التطبيق بشأن قضايا الفعل الضار في العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي وفقاً للتطور التاريخي للقانون الواجب التطبيق من خلال (النظريات القديمة و الحديثة) يكون مستند على مبدأ اختصاص القانون الاقليمي (اي قانون مكان وقوع الفعل الضار) وهي تعد القاعدة العامة بشأن ذلك.

٥-ان موقف القانون العراقي و معظم قوانين الدول العربية قد اخذت بمبدأ اختصاص القانون الاقليمي في تحديد القانون الواجب التطبيق على قضايا الفعل الضار التي تكون مشوبة بالعنصر الاجنبي، وان الاختصاص التشريعي يجسد القاعدة العامة مع وجوب مراعاة شرط عدم المشروعة .

٦-ان موقف الدول الغربية قد اخذت ايضاً بمبدأ اختصاص القانون الاقليمي "القاعدة العامة" في تحديد القانون الواجب التطبيق على قضايا الفعل الضار التي تكون مشوبة بالعنصر الاجنبي ، مع وجوب مراعاة شرط عدم المشروعة ذات الطبيعة المزدوجة في الاختصاص التشريعي ، ولكن مع ذلك استثناءً عن القاعدة العامة فق اجاز نظام القانون الانكليزي الخروج الى قانون الدولة الأكثر علاقة وارتباطاً مع الحادثة والأطراف كونه القانون الملائم هذا كما قلنا هو استثناء عن القاعدة العامة .

٧- اما موقف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بقضايا الفعل الضار قد اخذت بمبدأ اختصاص القانون الاقليمي" القاعدة العامة "في تحديد القانون الواجب التطبيق (اي قانون مكان وقوع الفعل الضار) ، ومع هذا اجازت الخروج عليه لصالح الفانون المختار كونه القانون الملائم .

التوصيات:

١- كان الأجدر على المشرع العراقي ان يقوم بتعريف الفعل الضار بشكل صريح اي بنص صريح وواضح حتى نتمكن من معرف هل الفعل يعد فعل ضار ام فعل غير ضار.

٢- على الجهة المختصة بوضع القوانين ان تضع قانوناً دولياً خاص (اي عراقي) لمعرفة القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بقضايا الفعل الضار التي تكون مشوبة بعنصر اجنبي لان لا يوجد قانوناً دولياً خاصاً بالعراق لأن نُلاحظ ان مواضيع الفانون الدولي الخاص متناثرة في قوانين مختلقة منها القانون المدني و الاحوال الشخصية .

قائمة المصادر

الكتب

١- د. ابو العلا علي ابو العلا النمر ،تعزيز حماية البيئة الأثرية المصرية في العلاقات الدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .

٢- د. احمد سلمان و د. جواد كاظم جواد ، مصادر الالتزام ، ج٢ ، مكتبة زين الحقوقية ، بيروت ،لبنان،٢٠١٧ .

٣- د. احمد عبدالحميد عشوش ، تنازع مناهج تنازع القوانين(دراسة مقارنة) ، مؤسسة شباب الجامعة ، اسكندرية ، ١٩٨٩ .

٤- د. احمد عبدالكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص(دراسة تحليلية وتطبيقية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ .

٥- د. امجد منصور ، النظرية العامة للالتزامات(مصادر الالتزام)، ط١ ،الاصدار٢ ، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٣ .

٦- د. جابر ابراهيم الراوي ، احكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، جامعة بغداد ، (١٩٧٩ - ١٩٨٠) .

٧- د. جابر جاد عبدالرحمان ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ .

٨- د. جمال محمود الكردي ، المحكمة المختصة في القانون الواجب تطبيقه بشأن دعاوي المسؤولية و التعويض عن المضار التلوث البيئي العابر للحدود ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

٩- د. جمال محمود الكردي ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .

١٠ - د. حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة في القانون المحلي على الوقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة(دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ .

١١- د. حسن محمد الهداوي و د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية) ،ج٢ ،ط١ ،وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ١٩٨٨ .

١٢- د. درع حماد ، مصادر الالتزام ، ج١ ، ط١ ، دار السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨١ .

١٣- د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبدالعال ، القانون الدولي الخاص ، دار الجامعة ،بيروت ، ١٩٩٧ .

١٤- د. عبدالحكيم محسن عطروش ، احكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن ، مطبعة جامعة عدن ، ١٩٩٧ .

١٥- د. عبدالعزيز اللصماصمة ، المسؤولية المدنية التقصيرية(الفعل الضار) ، ط١ ، الاصدار١ ، دار العلمية و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٢ .

١٦- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني(مصادر الالتزام) ، ج١ ، ط٤ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧ .

١٧- د. عبدالمجيد الحكيم و أ. عبدالباقي البكري و م. محمد طه البشير ، مصادر الالتزام ، ج١ ، مؤسسة الكتب للطباعة و النشر ، العراق ، ١٩٨٠ .

١٨- د. عزالدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، ط٩ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦ .

١٩- د. غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية(دراسة مقارنة) ، الكتاب الاول ، ط٤ ، دار وائل للنشر ، ٢٠٠٥ .

٢٠- د. فرهاد حاتم حسين ، عوارض المسؤولية المدنية(دراسة تحليلية ومقارنة) ، ط١ ، مكتبة الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٤ .

٢١- د. فريد فتيان ، مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٦ .

٢٢- د. محمد عبدالخالق عمر ، القانون الدولي الخاص الليبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧١ .

٢٣- د. محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، دار الطالب ، اسكندرية ، ١٩٥٥ .

٢٤- د. مصطفى الجمال ، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، ١٩٩٩ .

٢٥- د. ممدوح عبدالكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، ط٢ ، دار الحرية للطباعة ، ١٩٧٧ .

٢٦- د. ممدوح عبدالكريم حافظ عرموش ، القانون الدولي الخاص والمقارن ، ج١ ، ط١ ،مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨ .

٢٧- د. منذر الفضل ، مصادر الالتزام ، ج١ ، ط١ ، جامعة بغداد ، ١٩٩١ .

٢٨- د. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني(مصادر الالتزام) دراسة مقارنة ، ج١ ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠١١ .

الاطروحات الجامعية :

٢٩- د. عبدالحميد محمود السامرائي ، تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٠ .

٣٠- م. هناء عبدالحسين جاسم النصراوي ، الفعل الضار(العمل غير المشروع) في تنازع القوانين ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، غير منشورة ، ٢٠٠٨ .

الاتفاقيات الدولية:

٣١- اتفاقية روما الثانية بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية ، ترجمة وتدقيق الاستاذ المرحوم القاضي محمود فخري ، ٢٠٠٧ .

القوانين العربية :

٣٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ و تعديلاته .

٣٣- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته .

الانترنت :

٣٤- القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢ ، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٣/٢٩ ، الوقت ٥:٣٠ عصراً

Yemenlaws.bhogspot.com