

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية

أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار



Abstract

The study dealt with the legislative mechanism in the investigation of civil liability without corner of damage, the confirmation legislative texts was firm in the need to achieve that corner with some permissibility in the assumption of other pillars and followed the jurisprudence of low scholars, and produced this dispute what has been proven in many texts recognizes in itself the assumption of certain damage to which the responsibility is liable and the danger in the matter is that this assumption is irrevocable and cannot prove the contrary, and we dealt with these details in a scientific way in order to legal recognition and established by civil liability on the basis of damage has been the assumption is unequivocal and that this acknowledgment takes the form of a clearly defined legal text that is determined by a basis and conditions that define it.

The study examined two studies and conclusion of the most prominent results and recommendations..

نبذة عن الباحث :

استاذ مساعد دكتور
تدريسي في كلية
القانون والعلوم
السياسية - جامعة
الأنبار.

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية

* أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

الملخص

تناولت الدراسة آلية تشريعية في تحقق المسؤولية المدنية من غير قيام الركن الأهم فيها ألا وهو ركن الضرر. فتأكيد النصوص التشريعية كان حازما في ضرورة تحقق ذلك الركن مع بعض السماحات في افتراض غيره من الأركان و اتبع فقهاء القانون ذلك الحزم . وأفرزت هذه الدراسة خلاف ما تم الحزم به وذلك في نصوص كثيرة تقرر في باطنها افتراض تحقق ضرر معين يوجب المسؤولية عنه والخطير في الأمر أن هذا الافتراض قطعا غير قابل لإثبات العكس. و تناولنا هذه التفاصيل بطريقة علمية بغية الإقرار قانونا و فقها بقيام المسؤولية المدنية على أساس ضرر تم افتراضه بطريقة قاطعة وأن يأخذ هذا الإقرار شكل نص قانوني واضح المعالم منضبط بأساس و شروط تحدده. فبحثت الدراسة في مبحثين وخاتمة لأبرز النتائج والتوصيات.

المقدمة

الأصل في المسؤولية المدنية - عقدية كانت أم تقصيرية - عدم قيامها إلا بتحقيق أركانها : خطأ و ضرر و علاقة سببية . و الغاية منها إصلاح الضرر غير المشروع بتعويضه و إزالة اثره قدر الإمكان. إذ أنها منطلقة بدافع الوصول للعدالة . و لذات المنطلق و لذات الغاية فقد يسرت بعض النصوص التشريعية للمضروور عبء إثبات ركن الخطأ و تم افتراض وقوعه بحسب الحالة و حيثيات كل قضية على حده. فيكون افتراضا بسيطا قابلا لإثبات العكس تارة . و افتراضا قطعا تارة أخرى . و أساس ذلك التنظيم كان في فكرة تحمل التبعة والحراسة و ما يضارعهما.

اما افتراض الضرر واقعا فلم ينظم بل لم يعترف المشرع بالضرر ركنا في المسؤولية المدنية الا ان وقع حقيقة و بصرف النظر عن جسامته الخطأ الذي اقترفه الفاعل . فارتكاب الاخير لفعل غير جائز لا يسأل مدنيا عن هذا الخطأ اذا لم يرتب ضررا. فقد يسأل جزائيا لمخالفته القوانين والانظمة و هذا الامر خارج نطاق الدراسة.

فوقوع الضرر حقيقة هو الذي تتميز به المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية و الخلقية. الامر الذي تكتفي به الثانية لقيامه بظهور نية الفاعل السيئة الى العالم الخارجي كما في الشروع في حين ان المسؤولية الثالثة تشجب و تدين الخطيئة سواء حققت هدفها السيء أم لم تحققه. و هذا التفصيل لا يقام له وزنا اذا لم يتحقق الضرر فدعوى المسؤولية المدنية هي دعوى فرد و ليست دعوى مجتمع و لا تأتي بثمرتها إلا اذا توافرت فيها شروط كل دعوى خاصة و لعل أهم شروطها هو وجود المصلحة و لا مصلحة إذا لم يكن هناك ضرر لحق بالمدعي . و هذا يستشف من النصوص القانونية المعالجة للمسؤولية المدنية و هو واضح و جلي في أحكام المسؤولية التقصيرية و نسوق لذلك مثلا في نص المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ و التي تقضي بالزام من احدث الضرر بالتعويض عن كل فعل ضار بالنفس من قتل او جرح . و كذلك ما قضى به المادة (٢٠٤) بالتعويض عن تعد يصيب الغير بضرر و غيرها نصوص كثيرة . الا ان الامر يدق بالنسبة للمسؤولية العقدية و تحديدا في إخلال المتعاقد بتنفيذ

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية * أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

التزامه التعاقدي . فهل يكون ذلك كافيا لتحقيق المسؤولية المدنية عن هذا الإخلال اذا لم يكن قد الحق ضررا بالطرف الآخر؟. للوهلة الأولى تبدو هذه الفرضية غير واقعية لان الإنسان لا يدخل في أي رابطة عقدية عبثا وبدون فائدة مرجوة فتفويت الفرصة او الغرض من التعاقد بحذ ذاته ضررا . و لكن هذا التصور خداع و مضلل فهناك حالات ليست بالقليلة و النادرة لا ينتج عن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي او التأخر بتنفيذه اي ضرر بالتعاقد الآخر . فتأخر المدين في عقد الرهن التأميني في تسجيل الرهن لا يحدث ضررا بالدائن اذا كان هناك عددا من الدائنين السابقين الذين تستغرق ديونهم قيمة العين المرهونة.

و أيا كان الأمر لكيفية تحقق الضرر فالإمعان و التمهيص في بعض النصوص التشريعية يبرز لنا قيام المسؤولية المدنية من غير كلفة إثبات وقوع الضرر . فنزول المشرع أحيانا لرغبة أطراف العلاقة العقدية في تحديدهم تعويضا بشكل متقدم على حدوث الضرر و مراعاة منه لطبيعة محل التزام المدين أحيانا أخرى . كل ذلك دفع الى الإقرار ضمنا (عدم وجود نص صريح) بقيام المسؤولية المدنية على اساس افتراض تحقق الضرر. و ان هذا الافتراض قد يكون مرتكزا على قرينة قابلة لإثبات العكس اي بانهدام و تقويض هذه القرينة انهضمت المسؤولية المدنية لعدم وقوع الضرر. كما لو اشترط احد المتعاقدين شرطا جزائيا محله مبلغ من النقود يقع جزاء على المتعاقد الذي يخل بالتزامه التعاقدي. و قد نقل المشرع بهذا الاتفاق عبء اثبات تحقق الضرر من عاتق المطالب بالتعويض الى الطرف المخل . و معنى ذلك ان إخلال المتعاقد باي من ألتزامات المتفق عليها يكفي بحذ ذاته لمطالبة الطرف الثاني له بالتعويض ألتفاقي (الشرط الجزائي) و مع ذلك فان المشرع في هذه التفصيلية بقي متمسكا بأصل تحقق المسؤولية المدنية ألا و هو حدوث الضرر و إثباته أيا كان المكلف بذلك.

إلا ان بعض النصوص القانونية ذهبت ابعد من ذلك هو افتراض وقوع الضرر و ان هذا الافتراض افتراضا قطعيا لا يقبل إثبات عكسه و كأنما قامت المسؤولية المدنية بمجرد تحقق الخطأ و العلاقة السببية بان يكون ذلك الضرر المفترض افتراضا قاطعا يستند الى ذلك الخطأ و ليس لخطأ غيره. و بذلك يكون الفاعل تحت المسؤولية المدنية بمجرد وقوع ذلك الخطأ المعني كما في كفاية تأخر المدين في سداد دينه (النقد) لالتزامه بدفع الفوائد القانونية و أيضا خسارة العربون يتحملها الطرف الذي يخل بالتزاماته الناجمة عن عقد مقترن بعربون (ان كانت دلالتة بهذا الاتجاه) . و تكون فكرة الدراسة متجلية أكثر في تنفيذ العقود الحكومية و كيفية إيقاع الغرامات التأخيرية و حالات أخرى سنعرضها في ثانيا هذه الدراسة .

لقد كان السبب الدافع الى هذه الدراسة هو التمسك و بتزمت من قبل الفقه و القضاء بضرورة تحقق ركن الضرر في المسؤولية المدنية بحجة أن عدم تحقق الضرر مدعاة بالضرورة الى إسقاط المسؤولية المدنية انسجاما و ما يقتضيه العدل و المنطق مستنديين في ذلك الى النصوص التشريعية . في حين ان الأخيرة تحمل في طياتها قواعد و فرضيات تقضي بعكس ذلك و ان هذه القواعد متناثرة و منتشرة و لا يجمعها نص عام

تنضوي تحته بين لها اساس التحقق و شروطه و هذا الامر يخلق إشكالا قانونيا في كيفية تقدير التعويض عن ذلك الضرر الذي لم يقع أصلا. لذلك أتت الدراسة لإيجاد حلا قانونيا لذلك الاشكال عن طريق تسليط الضوء على تلك النصوص القانونية بغية إبراز فكرتها و لممة شتاتها تحت قاعدة عامة يرسم لها إطارها و ما بنيت عليه و شروط تحقيقها كي لا يقتصر تطبيقها في القانون المدني فحسب بل يتم اعتمادها في اي قانون خاص لا يوجد فيه نص خاص في نطاق الفكرة المعنية . و اعتمدت الدراسة على المنهج التحليلي للنصوص القانونية لاستخراج منها ما هو في مضمونها و مقارنة في بعض الأحيان مع القانون المصري و القانون الفرنسي. و للوصول إلى النتائج المرجوة انبسطت الدراسة على مبحثين الأول تناول الإطار العام للضرر المفترض افتراضا قطعيا في بيان مفهومه و أساسه و شروطه و تميزه عن الأنظمة التي تشابهه اما الثاني فكان لبحث التطبيقات القانونية على تأسيس المسؤولية المدنية على الضرر المفترض بشكل قاطع. و اختتمت بخاتمة بينا فيها النتائج التي تم التوصل إليها و المقترحات المقدمة للمشرع و القضاء.

المبحث الأول : الإطار العام للضرر المفترض القطعي

إن الخروج عن المألوف في المسؤولية المدنية هو ان يتم افتراض الضرر بطريقة قاطعة و يؤسس على ذلك الافتراض (غير الواقعي) جزاء مدنيا. و بذلك يكون المشرع اقرب من خطر كبير و فاصل دقيق بين تحقيق العدالة و إلحاق الحيف و الظلم . و لدقة هذا الأمر يتوجب رسم إطاره العام بعناية . و عليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين تخصص الأول للمقصود بالضرر المفترض افتراضا قطعيا و الشروط الواجب توافرها فيه و تخصص الثاني للمبحث في تمييزه عن بعض المفاهيم القانونية التي تقترب منه .

المطلب الأول: المقصود بافتراض الضرر افتراضا قطعيا و شروطه

نتناول هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: المقصود بالضرر المفترض افتراضا قطعيا

الافتراض في اللغة هو القطع او الحزم في الشيء^١. و أيضا افتراض الباحث فرضا ليصل إلى حل مسألة معينة^٢ و يستخدم هذا المصطلح لكل مبدأ تستنبط منه نتائج بصرف النظر عن صدقه أو عدم صدقه. أما الافتراض اصطلاحا فهو "وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه"^٣ و هو أيضا "افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه أو الاستناد إلى واقعة كاذبة باعتبارها صحيحة لينطبق القانون عليها"^٤. و عرف أيضا انه "إلباس الخيال ثوب الحقيقة و الواقع لتحقيق اثر قانوني معين ما كان ليتحقق لو لا هذا الافتراض الكاذب"^٥. فالافتراض بمعناه هذا يتم اللجوء إليه كوسيلة لتطور القانون و ينبغي لذلك أن تكون هناك حالة لا مجال لتنظيمها بنص في القانون و يراود على الرغم من ذلك تطبيق حكم القانون عليها و الاستفادة من أثره دون

ان يحدث اي تغيير في نص القانون هذا، فالتصدي هنا بافتراض ان هذه الحالة الواقعية توجد في صورة و على نحو تلك الحالة التي ينظمها القانون و ذلك على خلاف الواقع و بمحض الافتراض و التصور^١.

و يتضح من عرض التعارف الفقهية للافتراض انها بمجموعها تدور حول معنى واحد هو ان يقوم الفقيه او القاضي (حصرا) باستخدام وسيلة عقلية تقوم على أساس تصور غير الواقع لترتيب حكم قانوني مغاير لنص القاعدة القانونية المنصوص عليها تشريعا دون احداث اي تغيير في تلك القاعدة.

و لا نقصد في هذه الدراسة الافتراض بالمعنى الذي تم بيانه فالأمر عندنا لا يتعلق بالتصور الذي يقيمه الفقيه او القاضي و إنما بالتصور الذي يقيمه و يعتمد عليه المشرع نفسه. و لتوضيح ما نبغي اليه نقول الآتي:

لما كان الضرر يعني أذى يصيب الشخص في مصلحة مشروعة^٢، فتخلفه يؤدي بالضرورة الى عدم قدرة القاضي على تحديد و تقدير التعويض عن ذلك الأذى. فالتعويض يقوم على دعامتين هما إلحاق الخسارة و فوات الربح فيكون جبر ذلك الأذى بتعويض المضرور عما لحقه من خسارة و ما فاته من ربح على ان تؤخذ ظروف كل قضية على حده.

و تأسيسا على ذلك ارتبط تحقق الضرر بالمسؤولية المدنية ارتباطا وثيقا، و يقع عبء إثباته على المضرور باعتباره مدعيا على خلاف الظاهر استنادا الى المادة السابعة من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، و يمكننا في هذا المقام من تسمية هذا الضرر بالضرر الواقع حقيقة، الا انه و في حيثيات معينة يغلب على ظن المشرع ان الضرر يقع بمجرد حدوث إخلال بالتزام معين فيقوم أحيانا بالتخفيف عن عاتق الدائن و لا يلزمه بشيء و يلقي اثبات عدم تحقق ذلك الضرر على المدين. و حتى يتخلص الأخير من المسؤولية عليه ان يثبت ان الضرر لم يقع و لم يلحق بالدائن اي أذى. و أحيانا أخرى يعتمد المشرع (بنصوص قانونية واضحة الدلالة) الى الجزم في وقوع الضرر سابقا في ذلك ما يحصل من ظروف و ملايسات و لا يقبل من المدين سوى حمله المسؤولية المدنية و بغض النظر عن تحقق الضرر فعلا، فالتصور في الحالة الأولى يكون ضررا مفترضا قابلا لإثبات العكس. و التصور في الحالة الثانية يكون ضررا مفترضا افتراضا قاطعا لا يقبل إثبات عكسه.

و صفوة القول ان الافتراض في الضرر هو اعتقاد المشرع جازما بتحقيق الضرر لشخص معين و يضعه موضع الدائن (سواء كان طرفا في مسؤولية عقدية ام تقصيرية) اذا قام شخصا بارتكاب فعلا معيناً. و يكون سبب ذلك غالبا راجعا الى طبيعة محل الالتزام - كما سيتم بحثه لاحقا - و بناءا على ذلك لا يطالب المضرور (الدائن او المدعي) بإثبات الضرر بل و لا يتاح للطرف المخل إتباع الطرق القانونية لنفي تحقق ذلك الضرر و عليه تحمل المسؤولية المدنية إلا اذا أثبت ان هناك عذرا مشروعا وراء ارتكابه الخلل. و تحدد مسؤوليته عندئذ حسب ظروف كل قضية.

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية *أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

و على هذا الاعتقاد يقوم المشرع بصياغة النص القانوني و هذا فرق جوهري بين الافتراض الذي تم توضيح معناه لغة و اصطلاحا و بين المعنى المقصود بالافتراض في هذه الدراسة. فهو و الحالة هذه أشد خطورة لأنه صدر من المشرع و على القاضي العمل به. أما الأول فهو افتراض من قبل الفقيه او القاضي و بالتالي لا يكون فيه صفة الإلزام.

الفرع الثاني: شروط الضرر المفترض افتراضا قطعيا

ان الضرر المفترض افتراضا قاطعا استثناء و بطبيعته خروجاً عن الأصل فيشترط فيه أولاً ان يوجد فيه نص قانوني يقره او اتفاق بين الأطراف على ان يعترف المشرع به هذا من ناحية. و من ناحية ثانية ان يؤسس هذا النص على ما يستوجب التعويض عنه و من ناحية ثالثة ان يشتمل هذا النص او الاتفاق على معايير تحدد آلية تقدير التعويض عنه. لذلك فان الشروط الواجب توافرها فيه ثلاثة شروط سوف نخصص مقصداً مستقلاً لكل شرط كالآتي:

المقصد الأول: وجود نص قانوني ينظمه او اتفاق يقر به المشرع.

ليس للقاضي الحكم بتحقيق ضرر مفترض افتراضا قاطعا استناداً الى استنتاج مهما كان منطقاً او مطابقته للعدالة او الواقع لانه استثناء و خروجاً عن الأصل الذي يقضي بضرورة ان يكون الضرر واقعاً و لا يفترض. لذلك لا بد من وجود نص قانوني ينظمه كما ورد في نص المادة ١٧١ من القانون المدني التي تقضي بان الضرر لاحق بالدائن مجرد تأخر المدين عن سداد دينه و يكون للأول المطالبة بالفوائد القانونية . كما لا يجوز للقاضي سحب دلالة هذا الافتراض المنصوص عليه على حالات لم يرد بشأنها نص^١. و لا ضير ان يستنبط وجود الافتراض من القواعد القانونية اذا لم يكن المشرع صريحاً في نصه على افتراض الضرر بصورة قطعية. بشرط ان يكون النص قطعي في دلالة على افتراض الضرر بشكل لا يقبل إثبات عكسه

و يكفي اذا لم يوجد نص صريح او ضمني لتنظيم الضرر المفترض ان يكون هناك اتفاق بين طرفين على تعويض احدهما للآخر بمجرد تحقق إخلال بالتزام او التزامات معينة على ان يعترف المشرع بذلك الاتفاق. كما ورد في المادة ٩٢ من القانون المدني التي تقضي بإمكانية ان يكون العربون جزاء للعدول اذا اتفق الطرفان على ذلك. فالعدول بحذ ذاته قد لا يرتب اي ضرر و مع ذلك اقر المشرع ان يكون مبلغ العربون جزاء و تعويضاً عن ذلك العدول.

فإذا لم يقر المشرع هذا الاتفاق لا يمكن إطلاقاً تحقق الضرر المفترض لعدم تحقق هذا الشرط. و مثال على ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠٢/١٧٠ من القانون المدني بخصوص التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) فكما أعطى المشرع الحق بالاتفاق على تحديد تعويض اتفاقي عن إخلال احدهما في التزامه اقر للقاضي بذات الوقت الحق في تخفيض قيمة التعويض (الشرط الجزائي) اذا أثبت المدين ان التقدير كان فادحاً او انه نفذ جزءاً من التزامه. بل و قضى بعدم استحقاق ذلك التعويض المتفق عليه اذا أثبت المدين ان الدائن لم يلحقه ضرر من ذلك الإخلال.

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية * أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

المقصد الثاني: تحقق أساس الافتراض القطعي

يقصد بأساس افتراض الضرر افتراضا قطعيا هو الأمر الذي يبني عليه المشرع تصوره، فالتصور والحالة هذه يجب أن يكون قائما على أساس ثابت و مؤكد لا يداخله شك أو احتمال. فإذا لم يتحقق الأساس لا يمكن بأي حال من الأحوال القول أو الحكم بافتراض تحقق الضرر، فإذا وجد هذا الثبوت وهذا التأكيد فإن المشرع يقصد بذلك إلى تحقيق ضمانات فعالة تجعل من افتراض الضرر أقرب ما يكون إلى الحقيقة والواقع. وهذا الأمر يفرض إلى ما يبغيه المشرع في النهاية في أن هذا الضرر المفترض هو الحقيقة الوحيدة التي أرادها المشرع دون الاعتداد بحقيقة الواقع ولا يسمح للطرف المخل إثبات عكس الحقيقة المفترضة. ومن الأمثلة بهذا الصدد افتراض المشرع العراقي في المادة ١٧١ من القانون المدني بأن الضرر يلحق بالدائن بمجرد تأخر المدين، فتأخر المدين عن السداد في أجل المتفق عليه كان أساسا اتخذ المشرع في بناء افتراضه بتحقيق الضرر لذا يجب في هذا الإخلال أن يقع فعلا وبدون مسوغ مشروع. وكذلك نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني التي تقضي بحصر المسؤولية بالتعويض ويفرض على من أخل بالتزامه بتعديه في نقل ملكية عقار. فالأساس الذي اعتمدته المشرع للحكم بالتعويض هو الإخلال بالتعهد ويجب أن يقع هذا الإخلال فعلا ودون مسوغ شرعي. وسنتناول هذه الأمثلة ببحثها تفصيلا كتطبيقات في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

المقصد الثالث: اشتغال النص القانوني المنظم أو الاتفاق المقر به من المشرع على معايير تحدد آلية التعويض.

الأصل في التعويض أن القاضي هو الذي يتولى أمر تقديره ومع ذلك فلا مانع بمنع الطرفين - الفاعل والمضرور - من أن يتوليا تقدير التعويض دون اللجوء إلى القضاء ويتدخل المشرع أحيانا ليتولى أمر تقدير التعويض مقدما. لذلك فإن تقديره يكون اتفاقا أو قانونا أو قضاء^١. وإيا كان الأمر فأنواع تقدير التعويض انفة الذكر تقوم على معايير خاصة بكل نوع على حده. فالتقدير الاتفاقي للتعويض إما أن يكون قبل وقوع الضرر كما في الشرط الجزائي أو بعد وقوعه كما في الصلح أو التحكيم^٢. والكلام في الاتفاق على قدر التعويض بعد وقوع الضرر خارج عن نطاق الدراسة لذلك نستبعد بحثه. فلو كان الاتفاق على التعويض سابقا لحدوث الضرر لكان للقاضي الحق في تخفيضه أو الحكم بعدم استحقاقه إذا أثبت المدين أن ذلك التعويض تم تقديره جزافا أو أن الدائن لم يصبه ضرر ومعنى ذلك أن المعايير التي تعتمد لتقدير التعويض قد قوضت.

أما بالنسبة لتقدير التعويض القانوني فإن المشرع وضع معايير واضحة لاعتمادها في التعويض عن الضرر كما في النسب في الفوائد القانونية المحددة. لا يمكن تجاوزها وهي ٤٪ من قيمة الدين إن كان مدنيا و ٥٪ من قيمة الدين إن كان تجاريا^٣. وأخيرا فإن التقدير الأكثر شيوعا للتعويض هو التعويض القضائي بل هو الأصل في التعويض وعلى القاضي أن يبذل في ذلك ما بوسعه من علم ومعرفة وفطنة وحياد و

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في حق المسؤولية المدنية *أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

نزاهة بالاعتماد على معيارين حددهما له المشرع هما: ما لحق المضرور من خسارة . و ما فاته من كسب. استنادا لنص المادة (٢/١٦٩) من القانون المدني التي تقضي "و يكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاما بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاما بعمل و بامتناع عن عمل و يشمل ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفاءه" و كذلك نص المادة ١/٢٠٧ "تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر و ما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع".

و اذا كان الامر كذلك فان معايير تقدير التعويض بأنواعه تنعدم احيانا اذا قام المشرع بافتراض تحقق الضرر. و ذلك في حالة عدم إصابة المشرع للواقع في افتراضه بمعنى أي ضرر لم يحصل. و بالتالي سيكون القاضي والحالة هذه مجردا من أي من المعايير المذكورة لتحديد و تقدير التعويض عن هذا الضرر. فعلى الرغم من تمتع القاضي بسلطة تقديرية في تقدير التعويض الا ان ذلك لا يعفيه من بيان عناصر كل ضرر قضى بالتعويض عنه و الأسباب التي حملته على ذلك و الا تعرض حكمه للنقض. و على ذلك لا يجوز له ان يجعل مقدار التعويض اقل مما حاق بالدائن من ضرر و لا يقضي بما يزيد عنه و حتى لا يترك القاضي في موقف يتوجب فيه حسم النزاع و لا يملك أدوات لذلك يلزم ان يتم تحديد معايير لتقدير التعويض.

و صفة القول اذا نص المشرع على افتراض الضرر افتراضا قطعيا او اعترف باتفاق معين يفترضه فيجب على المشرع تحديد معايير تقدير الضرر للقاضي او ان يقر بالمعيار الذي حدده الاتفاق.

المطلب الثاني: تمييز الضرر المفترض افتراضا قاطعا ما يتشابه معه من مفاهيم قانونية.

قد يقترب مفهوم الضرر المفترض افتراضا لا يقبل إثبات عكسه من بعض المفاهيم القانونية . كفوات الفرصة و الضرر الاحتمالي. لذا كان لزاما تمييزه عنها ونبحث ذلك بالفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تمييز الضرر المفترض قطعيا عن فوات الفرصة.

تفويت او فوات الفرصة حالة خاصة من الضرر و يتسبب فيها الفاعل في حرمان شخص من فرصة كان يتوقع من ورائها جني كسب او تفادي خسارة و يكمن موطن الصعوبة في هذه الحالة في انه لم يعد من المجدي الانتظار لمعرفة ما اذا كان الضرر سيقع ام سيتخلف. اذ لم يعد وقوع الضرر متوقفا على امر مستقبل غير محقق الوقوع. فقد حُدد مركز المضرور تحديدا نهائيا و ضاعت الفرصة التي كان يتعلق عليها تحقيق مكسب او تفادي خسارة^١. ففرصة تحقيق المكسب او تفادي الخسارة امر محتمل الا ان تفويتها امر محقق . و على هذا الأساس يجب التعويض. فإذا قصرت جهة عقدت مسابقة في إخطار احد المتسابقين عن ميعاد المسابقة ففاته التقدم إليها و كان الأخير يفوز حتما في المسابقة لو انه تقدم إليها. فلا يمكن القول انه لا يفوز في المسابقة حتما. و كل ما يمكن قوله هو تم تفويت عليه فرصة الفوز. و هذا هو القدر المحقق من الضرر الذي

وقع و على القاضي ان يقدر هذا الضرر بان ينظر الى اي حد كان الاحتمال كبيرا فيكسب المسابقة و يقضي بتعويض يعدل هذا الاحتمال و الأمر لا شك يتسع فيه الاجتهاد و يختلف فيه التقدير و على القاضي ان يأخذ بالاحوط و ان يتوقى المبالغة في تقدير الاحتمال في نجاح الفرصة^{١٤}.

اما الضرر المفترض افتراضا قاطعا فهو كما بيناه تصور للمشرع في حتمية وقوع الضرر اما وقوعه فعلا فهو امر غير محتوم و لا تتاح فيه الفرصة للمدين بإثبات عكس ذلك. فهو و الحالة هذه يقترب من فوات الفرصة في ان كليهما يرقى لتمثيل ركن الضرر في المسؤولية المدنية (على ان تتحقق فوات الفرصة بالشكل الذي تم بحثه اعلاه). و بما ان الامر كذلك فكليهما يستحقان التعويض عنهما. فالضرر المفترض بمجرد تحقق شروطه يستحق التعويض عنه . كما ان فوات الفرصة في ذاتها ضرر محقق. لذا يتم التعويض عن فواتها^{١٥}.

الا ان كلا المفهومين يختلفان و يفترقان عن بعضهما من جهتين. فالجهة الأولى من حيث كيفية التحقق. ففوات الفرصة تسمح بجعل الضرر أكيد بإسناد نسبة معينة لاحتمال تحققها من عدم ذلك^{١٦}. اما الضرر المفترض فعلى الرغم من إمكانية تحقيقه الا ان ذلك يبقى امرا افتراضيا. و مدلول ذلك انه قد يتحقق و يقع فعلا و قد لا يقع. اما الجهة الثانية فيختلفان من حيث تقدير التعويض. فالمشرع (سواء كان بنصه ام بإقراره الاتفاق الذي يقدر التعويض عن الضرر المفترض افتراضا قاطعا) هو يقدر التعويض او يقر تقديره. اما التعويض عن فوات الفرصة في ذاتها غير محدد. الا انه يتم تقدير التعويض عنها بما لها من قيمة مالية و على الرغم من صعوبة تقدير هذه القيمة فهي لا تعفي المحاكم من ضرورة التعويض عنها اذ عليها في هذه الحالة ان تبذل ما في وسعها لتقدير هذه القيمة تقديرا عادلا وفقا لظروف كل قضية على حده^{١٧}.

الفرع الثاني: تمييز الضرر المفترض افتراضا قاطعا عن الضرر الاحتمالي.

الضرر المحتمل هو ضرر غير محقق قد يقع و قد لا يقع^{١٨} و ليس هناك ما يقطع في وقوعه مستقبلا. و الأصل في هذا النوع من الضرر ان لا يكون محلا للتعويض . فالدعوى المقامة بطلب التعويض عنه دعوى مبتسرة بمعنى أنها دعوى سابقة لأوانها يتحتم على القضاء رفضها. و يترتب على ما تقدم انه اذا ضرب شخص امرأة حامل على بطنها فانه لا يسأل عن تعويضها عن الأضرار التي ستلحقها من الإجهاض ما دام هذا الإجهاض لم يقع بالفعل اما وقوعه في المستقبل فهو امر غير مؤكد قد يتم و قد لا يتم و عليها اذا ما أرادت التأكد من ذلك الانتظار فترة معينة فإذا أجهضت و تبين للمحكمة ان هذا الإجهاض كان نتيجة تلك الضربة فقد تأكد وقوع الضرر و انقلب الاحتمال إلى يقين و صار هذا الضرر الذي كان محتملا من قبل ضررا مستقبلا محققا يجري التعويض عنه^{١٩}. و كذا الأمر لو احدث شخص خللا في منزل جاره فالضرر المحقق هنا هو ما وقع من هذا الخلل و يلتزم المسؤول بإصلاحه لكنه لا يلزم بإعادة بناء المنزل اذا لم يكن من المحقق

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في حقن المسؤولية المدنية * أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

ان الخلل سيؤدي الى انهدامه و يتربص صاحب المنزل حتى اذا أنهدم فعلا بسبب هذا الخلل رجع على المسؤول بالتعويض^١.

اما الضرر المفترض افتراضا قاطعا بالصورة التي تم بحثها سابقا فهو يقترب من الضرر الاحتمالي من جهتين: الأولى هو يقترب من حيث تاريخ وقوعهما فكل من الضرر المفترض المعنى و الضرر الاحتمالي يقعان مستقبلا. اما الجهة الثانية فإنهما يشكلان استثناء من القاعدة العامة و يكون الضرر المدعى به ثابتا على وجه اليقين و التأكيد^٢.

الا ان الضررين يختلفان أيضا من جهتين: الأولى من حيث التحقق و بناء النتيجة. فالضرر المفترض المعنى يمكن تحقيقه مستقبل و مع ذلك يبقى أمرا افتراضيا و لا ينظر الى نتيجة هذا الافتراض و لا ينظر الى تحقيقه لذلك بمجرد استيفاء شروطه فهو واجب التعويض عنه. اما الضرر المحتمل فهو كما اوضحناه ضررا غير محقق قد يقع و قد لا يقع الا ان الأنظار تتجه الى لحظة الحسم في تحقيقه من عدمها و يتم انتظار تلك اللحظة حتى يتم بناء الحكم النهائي في التعويض عنه أم لا. أما الجهة الثانية في الاختلاف فتكمن بالتعويض ذاته. فالذي وقع بحقه الخلل و افتراض لصاحبه الضرر فانه يستحق التعويض بمجرد توافر شروط الأخير بالطريقة التي تم بحثها سابقا. أما ان كان الضرر محتملا فلا يستحق التعويض عنه مطلقا ما دام انه محتمل فلا بد ان يتغير حاله من محتمل إلى مؤكد حتى يتم تعويضه.

يتضح من كل ما تقدم في تبيان مفهوم الضرر المفترض افتراضا قطعيا و تحديد شروطه و تمييزه عن غيره انه يتمحور حول خاصية لا يتميز بها اي نوع اخر من الضرر الا وهي قيامه على تصور و افتراض فقط دون انتظار او التأكد من تحقق وقوعه. و إنما ينظر الى شروطه ان تحققت فسيتم التعويض حتى و ان لم يقع أصلا. و هذا الأمر لا يحصل مع اي ضرر اخر. و تأسيسا على ذلك فان المفاهيم المقترية منه لا تتوقف عند الضرر المحتمل و فوات الفرصة بل يتعدى الأمر الى الضرر المستقبلي الذي هو ضرر تحقق سببه و تراخت آثاره كلها او بعضها كأن يصاب شخص بعاهة تعجزه عن الكسب فان الإصابة في ذاتها محققة قد وقعت بالفعل لكن الخسارة المالية التي تصيب الإنسان من جراء عجزه عن العمل يعتبر أكثرها ضررا مستقبلا^٣. و كذلك نوع اخر من الضرر يطلق عليه الضرر المرتد و معناه لو ان ضررا أصاب شخصا من الأشخاص و وقع الضرر على شخص او أشخاص آخرين فيسمى هذا بالضرر المرتد و المثل البارز لمثل هذا النوع من الضرر ذلك الذي يصيب عائلة المتوفي اثر حادث يؤدي بحياته^٤. و لتمييز هذه الأضرار عن الضرر المفترض موضوع الدراسة يكون التركيز على ما يتمحور عليه و ذلك بانه قائم على تصور معين اما الأضرار الاخرى لابد من وقوعها حقيقة حتى يتم التعويض عنها.

المبحث الثاني : التطبيقات القانونية للضرر المفترض افتراضا قاطعا

بعد ان جلى مفهوم و شروط الموضوع مدار البحث و ارتسم إطاره العام من خلال بلورت هذه الفكرة في اطار الدراسة النظرية ، فانه ينبغي ان نعصدها بدراسة تطبيقية. فعلى الرغم ان المشرع في القانون المدني كان حذرا الى حد كبير في تحديد الأضرار المتحققة و

الضرر المفترض افتراضا قاطعا و أثره في تحقق المسؤولية المدنية *أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

اعتمادها ركنا في المسؤولية المدنية للتوصل إلى آلية عادلة للتعويض عنها، إلا أنه حاد أحيانا عن اشتراط التحقق في الضرر فقام بافتراضه افتراضا ، ويختلف الأمر من نص قانوني إلى آخر فأحيانا يعتبره افتراضا قاطعا لا يمكن إثبات عكسه و أحيانا أخرى اعتبره افتراضا قابلا لنقضه ، فالتطبيقات القانونية على الاعتبار الأول مدار البحث في هذه الدراسة. جدها في تأخر المدين عن سداد دينه في مضمون نص المادة ١٧١ و المادة ١٧٣ ، و تطبيقا ثانيا في إخلال أحد أطراف التعهد بنقل ملكية عقار في مضمون نص المادة ١١٢٧ من القانون المدني، و تطبيقا ثالثا في عدول متسلم أو مسلم العربون في مضمون نص المادة ٩٢ و سنقوم بمقارنة المعالجة القانونية للعربون و الحالة هذه مع المعالجة القانونية للشرط الجزائي، و سيكون للغرامات التأخيرية في العقود الحكومية نصيبا لها في هذا البحث، و على ذلك سنخصص مطلبا مستقلا لكل تطبيق على حده بالآتي:

المطلب الأول: التأخر في تنفيذ الالتزام بدفع مبلغا من النقود

ان اي التزام بدفع مبلغ من النقود ابتداء يدخل في نطاق هذا التطبيق القانوني. فالعبرة بمحل الالتزام و لا عبرة بمصدره فقد يكون هذا المصدر عقدا، و هو الغالب مثل ذلك التزام المشتري بدفع الثمن و التزام الشريك بدفع حصة في الشركة اذا كانت هذه الحصة مبلغا من النقود او التزام المقترض برد النقود التي اقترضها، و قد يكون مصدر الالتزام غير العقد كالمسؤولية التقصيرية و مثل ذلك ان سائقا ارعنا اصاب مارا و احدث به عاهة مستديمة أعجزته عن العمل فقضت المحكمة للمصاب بتعويض على شكل مرتب شهري مدى الحياة او لمدة معلومة ، فاذا توقف المدين (السائق) عن دفع الأقساط فانه يكون قد تأخر او امتنع عن التنفيذ بحسب الاحوال^٤، و يكون مصدر الالتزام رد غير المستحق اذا كان كل ما دفع دون حق نقودا، و قد يكون مصدر الالتزام القانون كالاتزام بالنفقة.

و يفرق الأستاذ الدكتور السنهوري بين عدم التنفيذ و بين التأخر بالقول ان عدم التنفيذ تصور صعب حقه اذا كان الالتزام مبلغ من النقود^٥، و بقدر تعلق الأمر بالموضوع المعنى بالدراسة نقول لا يغير هذا الرأي شيئا في هذا الأمر فما يتوقف عليه هذا التطبيق القانوني سواء امتنع المدين ام تأخر في التنفيذ هو مضي اجل الدين بدون سداد المدين و لم يكن للأخير سببا مشروعا يستند عليه (كسماح الدائن له بذلك او حصوله على مهلة قضائية).

و مهما كان الأمر فاذا ترتب في ذمة شخص دين (مبلغ من النقود) و على النحو الذي اوضحناه و تأخر في سداده بتاريخ اجله فالمعالجة القانونية أتت بخروج عن الأصل في تحقق المسؤولية المدنية على وفق القواعد العامة، فبالنسبة لخطأ المدين هنا ينحصر في التأخر بذاته عن السداد ذلك ان التزام الوفاء بمبلغ من النقود في ميعاد معين هو التزام بتحقيق غاية و ليس ببذل عناية لانه التزام بنقل ملكية، فمجرد التأخر في الوفاء بالمبلغ عن الميعاد المعين هو الخطأ، اما الضرر فان المشرع افترض وقوعه افتراضا غير قابل لإثبات عكسه، مجرد تاخر المدين عن الوفاء بالمبلغ الذي بذمته فان ذلك يحدث ضررا

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية * أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

بالدائن. فلا الدائن بحاجة الى اثبات وقوع هذا الضرر ولا المدين يستطيع ان ينفي وقوعه. اما العلاقة السببية فهي تكون كالضرر مفترضة افتراضا غير قابل لإثبات العكس لعدم استطاعة المدين ان ينفي الضرر ولا يكون الأمر كذلك ان استطاع المدين تبرير خطاه بمسوغ قانون.

فالدائن والحالة هذه اذا لم يستوف المبلغ الذي بذمة المدين في الاجل المحدد يكون في احد موقفين: فإما يكون بحاجة الى هذه النقود. فهو مضطر إذن ان يقترضها متربصا في سداد القرض وفاء مدينه بالتزامه وعندئذ يكون قد أصابته خسارة من جراء تاخر المدين وهي الفوائد التي يدفعها عادة لافتراض المبلغ ومن ثم كان له ان يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض واما ان يكون في غير حاجة الى النقود . ولكن النقود يمكن استغلالها^١. فلو ان المدين وفي بالتزامه في الميعاد لكان في مكنة الدائن ان يستغل نقوده وعندئذ يكون قد فاتته ربح من جراء تاخر المدين. ومن ثم كان له هنا ايضا ان يسترد الفوائد من المدين على سبيل التعويض ويتبين من ذلك انه لا حاجة الى استيفاء هذين الشرطين - الضرر والعلاقة السببية - ضمن شروط مسؤولية المدين عن التاخر في الوفاء بالمبلغ من النقود^٢. ما دام القانون يفترض تحققها افتراضا لا يقبل فيه اثبات العكس.

وبناء على كل ما تقدم فقد نص المشرع العراقي في المادة ١٧١ من القانون المدني على "اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود و كان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام و تاخر المدين في الوفاء به . كان ملزما ان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التاخير فوائد قانونية قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تاريخا اخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره". ونصت المادة ١٧٣ على انه "١- لا يشترط لاستحقاق فوائد التاخير قانونية كانت او اتفاقية ان يثبت الدائن ان ضررا لحقه من هذا التاخير . ٢- ويجوز للدائن ان يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد القانونية او الاتفاقية اذا اثبت ان الضرر الذي يجاوز الفائدة قد تسبب فيه المدين بغش منه او خطأ جسيم . ٣- اما اذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في اطالة امد النزاع بخطئه فللمحكمة ان تحفض الفوائد القانونية كانت او اتفاقية او الا تقضي بها اطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بدون مبرر. " و يقابل هذا النص في القانون المصري المادتين (٢٢٧ و ٢٢٩) وفي القانون الفرنسي ١١٥٣ الفقرات ١ و ٢ و ٣. ويتضح من النصوص القانونية اعلاه ان المشرع تولى بنفسه وضع قواعد معينة لهذه الفوائد سواء فيما يتصل بتقدير مبلغ التعويض او فيما يتعلق بركن الضرر او ما يتصل بسلطة القاضي والطرفين في تقدير التعويض.

و اذا كانت القواعد العامة تقضي بان مقدار التعويض يختلف باختلاف مقدار الخسارة او الضرر الذي اصاب الدائن جراء تاخر مدينه في التنفيذ فان المشرع جعل مقدار هذا التعويض ثابتا لا يتغير. و ما هذا الا نتيجة لافتراض الضرر بصورة قطعية . ولما كان استحقاق التعويض لا يتوقف على اقامة الدليل على وجود الضرر او وقوعه فان تحديد

مقدار هذا التعويض ينبغي ان يجري بمعزل عن هذا الضرر ومستقلا عنه، هذا من ناحية و من ناحية أخرى فان من العسير جدا على القاضي تقدير الضرر الذي حاق بالدائن في هذه الحالة لان استغلال النقود مسألة تختلف باختلاف الأشخاص و باختلاف مركز الدائن من الناحية الاجتماعية و المادية و باختلاف مقدار النقد المتداول في البلد و بكثير من العوامل الأخرى التي يعرفها علماء الاقتصاد و خبراء الشؤون المالية^{٢٨}.

و جملة ما تقتضيه النصوص القانونية المذكورة (ليتم العمل بهذا الافتراض لركن الضرر) هو ان تتحقق الشرطان الآتي بيانهما: الشرط الأول هو تأخر المدين في الوفاء بالتزامه و بدون مسوغ مشروع . فان تأخر عن الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود عن ميعاد الاستحقاق من غير موافقة الدائن على تمديد هذا الميعاد او عدم . فانه يعتبر مخلا و يكون ركن الخطأ متحققا. اما الشرط الثاني فهو مطالبة الدائن بالفوائد التأخيرية مطالبة قضائية . و بذلك فان الاعذار المشروط في الحكم بالتعويض عن غير الفوائد لا يكفي هنا لسريان تلك الفوائد، و بذلك يكون المشرع شدد على المدين من ناحية و خفف عنه من ناحية مقابلة. فكان موضع التشديد باعتباره مخلا مخطأ بمجرد تأخره في تنفيذ التزامه و رتب على ذلك افتراض تحقق ركن الضرر افتراضا لا يقبل اثبات العكس. اما موضع التخفيف فكان باعتماد شرطا اشد من الأعذار لسريان تلك الفوائد و هو مطالبة الدائن للمدين بها قضائيا . و هذا الامر في الفوائد التأخيرية القانونية . اما الاتفاقية فيمكن للطرفين الاتفاق على خلاف شرط المطالبة القضائية كأن يكون الاتفاق على ان تسري الفائدة من تاريخ الاعذار او من تاريخ الإخلال ذاته^{٢٩}.

المطلب الثاني: خسارة العربون اذا كان جزاء عن العدول

نصت المادة ٩٢ من القانون المدني العراقي على "١- يعتبر دفع العربون على ان العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك ٢- فاذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه و ان عدل من قبضه رده مضاعفا . " اما في القانون المدني المصري فقد نصت المادة ١٠٥ منه على "دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد ان لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك". و نصت المادة ١٥٩٠ من القانون المدني الفرنسي على "اذا جرى الوعد بالبيع مصحوبا بالعربون ثبت الحق لكل من المتعاقدين في ان يعدل عن العقد . فاذا عدل من دفع العربون خسره و اذا عدل من قبضه رده مضاعفا". من خلال عرض النصوص القانونية تبين أن أي من القوانين المذكورة لم يعط تعريفا خاصا بالعربون و انما اكتفت فقط في تحديد دلالته . و على ذلك انقسم فقهاء القانون في تعريفه بين من يشترط فيه ان يكون مبلغا من النقود و بين من يجيزه في غيرها. فذهب جانب الى ان العربون مبلغ من النقود يدفعه احد المتعاقدين الى الآخر وقت انعقاد العقد^{٣٠}. و ذهب جانب اخر الى انه مقدار معين من المال يدفعه احد المتعاقدين وقت ابرام العقد بقصد المحافظة على حق العدول عن التعاقد لكل من المتعاقدين. و يغلب ان يكون العربون مبلغا من النقود^{٣١}.

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية

* أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

ما تقدم يتضح جليا بان حكم العربون ينحصر في احد أمرين: اما ان يكون العربون تأكيدا للعقد و وسيلة لضمان تنفيذه و عندئذ يعتبر دفعه على الحساب خصم فيما بعد من أصل الثمن عند تأديته من المشتري. و يمكن القول في هذا السياق بان تسليم نقود في معرض اتفاق محدد يفيد في الغالب اتجاه إرادة الأطراف نحو التأكيد على ان العقد باتا و نهائيا لا رجوع فيه. فإذا اخل احد الطرفين بالحكم في الحالة هذه رد مبلغ العربون الى من سلمه و تقدير الضرر الذي حاق بالمضطر نتيجة هذا الإخلال. و يقوم القاضي بتقدير قيمة الضرر الواقع بعيدا عن قيمة و مبلغ العربون و عندئذ يكون التعويض مرتبطا طرديا مع الضرر فان كان كبيرا زاد التعويض لتغطية ذلك الضرر و ان كان يسيرا قل التعويض. و الأكيد انه لا يتم الحكم باي تعويض ان لم هناك ضرر واقع . و الواجب الإشارة اليه في هذا المقام هو انه لو كانت دلالة العربون كما تم توضيحه فان ذلك يخرج من نطاق الدراسة.

أما الأمر الثاني فهو أن يكون العربون جزاء لاستعمال خيار العدول عن الصفقة و ثمنا لنقض العقد. فإما ان يستعمل احد التعاقدين حقه في النقض و ترك العقد او يصار في هذا العقد الى التنفيذ^٣.

فاذا اراد احدهما استعمال حقه في العدول اي دفع البديل في الالتزام البدلي فلا يقيد في هذا الاستعمال بشيء^٣. فاذا ابدى المتعاقد رغبته في استعمال خيار العدول فله ذلك على ان يترك العربون اذا كان الذي دفعه للطرف الاخر. و اذا كان الذي يريد العدول هو من قبض العربون فيتوجب عليه ان يرد العربون الى الطرف الاخر مضاعفا . و شاهد التطبيق القانوني على افتراض الضرر افتراضا قاطعا هو هذه الدلالة او الحكم للعربون. فكان في اصله اتفاق بين المتعاقدين و اقره المشرع بالنص عليه كمثال للاتفاقات الجائزة بين الطرفين في دلالة العربون. فالمشرع و الحالة هذه لم ينظر الى تحقق الضرر و في ذات الوقت لم يترك للطرف المخل الفسحة القانونية لإثبات عدم إلحاق الضرر بالطرف الآخر . فبمجرد إخلال احد طرفي العقد سيكون جزاء ذلك الإخلال هو خسارة العربون و دلالة ذلك ان المشرع قبل بافتراض الضرر افتراضا قاطعا غير قابل لإثبات العكس . و معلوم ان هذا الامر غير منطبق اذا كان الإخلال بعذر مشروع

و في هذا الامر لنا وقفة في مقارنة المعالجة القانونية للعربون و المعالجة القانونية للشرط الجزائي او التعويض الاتفاق. فالشرط الجزائي هو اتفاق^٣ يقدر فيه المتعاقدين سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه او تاخر في تنفيذه و سمي كذلك لانه يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي الا ان ذلك لا يمنع من ان يتم تضمينه في اتفاق لاحق على ان يكون هذا الاتفاق سابقا على إخلال المدين بالتزامه. و يقصد المتعاقدان عادة منه تجنب حكم القضاء. و قد نظمته القانون المدني العراقي في المادة ١٧٠ التي نصها "١- يجوز للمتعاقدان ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق و يراعى في هذه الحالة احكام المواد ١٦٨ . ٢٥٦ . ٢٥٧، ٢٥٨ -٢ و لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه ضرر. و يجوز تخفيضه اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحا او ان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه و يقع باطلا

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية *أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

كل اتفاق يخالف هذه الفقرة ٣- أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطال باكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما". و يقابل هذا النص المادة ٢٢٣ من القانون المدني المصري و المادة ١١٥٢ من الفرنسي.

يتضح مما سبق ان هناك تقاربا كبيرا^{٣٥} بين نظام العربون و نظام الشرط الجزائي من حيث الأثر فالأخير يستهدف عدم تنفيذ العقد شأنه في ذلك شأن العربون في شرط العدول^{٣٦}. و مع ذلك فقد جاءت المعالجة القانونية تختلف عما تم النص عليه في العربون . فالمشرع قبل باتفاق الطرفين على تحقق ركن الضرر بمجرد إخلال المدين الا ان هذا الافتراض جعله قابلا لاثبات العكس و نستند في ذلك الى المادة القانونية المذكورة انفا ٢/١٧٠ اذ قضت بعدم استحقاق الشرط الجزائي اذا اثبت المدين عدم الحاق الضرر بالدائن.

و في تقديرنا لا نرى ما يبرر للمشرع افتراض ركن الضرر افتراضا قاطعا في العربون الذي يكون جزاء للعدول و افتراضا قابلا لاثبات العكس في الشرط الجزائي. فلا يمكن تفسير الغرض من الشرط الجزائي دائما هو الاضرار بالمدين كأن يكون تحايل على احكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير . او ان يكون الغرض منه التشديد من المسؤولية على المدين و التخفيف من الاثبات على الدائن و غرض النظر عن غاية الشرط الجزائي الأساس و التي تروم الى تأكيد التزام المدين في التنفيذ العيني و يكون تعويضا عن الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة اخلال المدين. و لا يمكن الاحتجاج بان الشرط الجزائي يقدر جزافا و هو بذلك يختلف عن العربون الذي يكون عادة اقل بكثير من قيمة الشيء محل التصرف . لان ما قضت الفقرة ذاتها من المادة المذكورة اعطاء الحق للقاضي في انقصه اذا اثبت المدين ان تقديره كان فادحا او انه نفذ جزءا من الالتزام الأصلي.

المطلب الثالث: الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار

لقد اعتبر المشرع العراقي ان الشكلية في بيع العقار ركن من اركان العقد و نصت المادة ١/٩٠ على "اذا فرض القانون شكلا معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك" و تقضي المادة ١/١٢٦ بان "العقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت في الطريقة المقررة قانونا" و اكد هذا الركن قانون التسجيل العقاري في المادة الثالثة منه و التي قضت بضرورة تسجيل كل تصرف يرتب او يزيل حق عيني على عقار. اما القانون المصري فلم يعتبر الشكلية ركنا في العقد و انما علق انتقال الملكية على توافر الشكل المطلوب و هذا ما قضت به المواد ٢٠٤ و ٩٣٢ و ٩٣٤ و قد اكد هذا الامر قانون الشهر العقاري المصري.

و الاختلاف كبير بين ان تعتبر الشكلية ركنا في العقد ام انه مجرد شرط. فان كان ركنا فان العقد يكون باطلا اذا لم يستوفيه و بالتالي فلا التزامات تترتب عليه. اما و ان كانت الشكلية شرط فهذا يعني ان العقد اصبح صحيحا مرتبا لالتزاماته و بذلك يحق للمشتري رفع الدعوى على البائع المنكر للعقد و يكون بالإمكان اللجوء الى وسائل التنفيذ و هذا الامر لا يثير اشكالا و نستبعده من نطاق الدراسة.

و بالرجوع الى موقف المشرع العراقي فنكول التسجيل من البائع يثير إشكالا ، فالبيع و الحالة هذه غير منعقد اي انه يعتبر في نظر المشرع في حكم العدم اي يكون باطلا و هو بذلك لا ينتج الى التزام من التزاماته الأصلية و التبعية كالشروط الجزائي.و على هذا الأساس لا يجوز للمتعاقد الذي اخل الطرف الثاني بحقه بان امتنع عن التسجيل في دائرة التسجيل العقاري مطالبته بما يشتمل عليه العقد من تعويض اتفاقي لبطلانه تبعا، و ليس له الا ان يطالب بالتعويض الذي اقرته المادة ١١٢٧ من القانون المدني و التي نصها "التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهد سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط ."

ان السؤال الذي يطرح في هذا المقام هو البحث عن أساس هذا التعويض، فهل تقضي به المحكمة على أساس الإخلال بالتزام ناشئ عن عقد ام تقضي به على أساس المسؤولية التقصيرية باعتبار التعهد باطلا و النظر اليه على انه واقعة مادية ادت الى الحاق الضرر بالغير؟.

في حقيقة الامر وجدت ثلاث اتجاهات لبيان أساس المسؤولية في دفع التعويض فذهب الاتجاه الأول الى ان المسؤولية هي عقدية باعتبار التعهد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ عقد غير مسمى، و هو ليس عقد الا انه ملزم اذا اخل به احد الطرفين لزمه التعويض، و التعويض هنا ينشأ عن مسؤولية عقدية أساسها التعهد الملزم ، و هناك جانب اخر ذهب الى الضد من ذلك و قال بان أساس التعويض هو المسؤولية التقصيرية لا العقدية فالقول بان التعهد بنقل ملكية عقار يعتبر قبل تسجيله عقدا غير مسمى خروج صريح على نص القانون الذي يقرر صراحة عدم انعقاد العقد، فجزاء عدم تسجيل هذه العقود في التشريع العراقي هو البطلان و القول بان هذا التعهد يعتبر عقدا غير مسمى بقية من بقايا طغيان مبدأ سلطان الإرادة و كفايتها و محاولة لاحياء فكرة (الخطأ عند تكوين العقد) و هي فكرة لم تحظ بالقبول لا من المشرع و لا من الفقه^{٣٧}.

و ذهب اتجاه ثالث الى ان مصدر التعويض هذا هو القانون باعتبار الأخير مصدر من مصادر الالتزام^{٣٨}، و ايا كان الامر فان الذي يعنينا بهذه الدراسة هو ان المشرع في المادة المذكورة اعلاه فرض جزاءا على من يخل بالتزامه في التعهد بنقل ملكية عقار الا و هو التعويض، و كانت صياغة المادة و تعبيرها صارما في وجوب الحكم بالتعويض بمجرد الإخلال و لم ينظر المشرع في ذلك الى الضرر الذي يمكن وقوعه او ان يلحق بالطرف الاخر، لذلك سواء وقع الضرر فعلا ام لم يقع لابد من الحكم بالتعويض ، و على هذا الأساس يكون ركن الضرر في هذه المسؤولية مفترض افتراضا قاطعا غير قابل لإثبات العكس، الا ان تطبيق هذه المادة يثير إشكالا قانونيا في مقدار التعويض الذي يتم الحكم به في حالة عدم تحقق الضرر المفترض و هذا الإشكال مبني على عدم اكتمال شروط الضرر المفترض قطعيا و التي بينهاها في المبحث الأول و هو ان يشتمل هذا الافتراض معايير تحدد قيمة التعويض، و قد تم تدارك و حل هذا الامر بصور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢ و جاء فيه الية احتساب مقدار التعويض عند النكول في التعهد بنقل ملكية العقار فنصت الفقرة (أ) منه على "يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على

الالتزام بالتعويض اذا اخل احد الطرفين بتعهدده سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط فيه على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعنية في التعهد و قيمته عند النكول دون الاخلال بالتعويض عن اي ضرر اخر.^{٣٩} ان هذه الفقرة دليل نستعاضد به على ان المشرع افترض الضرر في هذا النكول و كان افتراضا قاطعا. و يتجلى ذلك بتحديد حد ادنى للتعويض "الفرق بين قيمة العقار وقت التعهد و وقت النكول" و ترك الامر مفتوحا بالنسبة للحد الاعلى . و بذلك لا يمكن الركون الى تصور ان هذا سوف لن يتم الحكم به اذا لم يوجد فرق في قيمة العقار وقت التعهد و وقت النكول و بالتالي فان الضرر المفترض يكون قابلا لاثبات عكسه او نفيه او عدم التعويض عنه. و لا يمكن اطلاقا الركون الى هذا التصور بسبب ان القرار المعني حدد الحد الادنى للتعويض عن الضرر و معنى ذلك ان للقاضي الحق في الحكم بمقدار التعويض الذي يراه مناسبا على ان لا يقل عن فرق قيمة العقار وقت التعهد و النكول. و لا يجوز له ان يمتنع عن تقدير تعويض اذا لم يكن هناك فرقا في القيمة بحجة عدم وجوده هو دليل على عدم وقوع الضرر.

و صفوة القول ان المشرع العراقي اتى مرة اخرى بتطبيق واضح لافتراضه ركن الضرر في المسؤولية المدنية و لم يعط الحق للمدين في اثبات عدم تحقق الضرر بالدائن و بذلك يكون ضررا مفترضا قاطعا لا يقبل اثبات عكسه.

المطلب الرابع : الغرامات التأخيرية في العقود الحكومية او الادارية

لا يدخل في نطاق الدراسة البحث في العقود الحكومية او الادارية فهي من صلب مواضيع القانون الاداري. الا ان اهميتها البالغة فيما تحتويه من غرامات تأخيرية متقاربة في مفهومها من احكام الشرط الجزائي مع مراعاة الفارق بينهما. لذلك سنكتفي ببيان فكرة مبسطة عن تلك العقود و اقترانها بالغرامات التأخيرية.

فالعقد الاداري هو الذي يبرمه شخص معنوي من اشخاص القانون العام و الذي يتصل بمرفق من المرافق العامة و ينطوي على شروط غير مألوفة في القانون الخاص^{٤٠}. او تسمى بعقود الاشغال العامة و هي التي يبرمها شخص معنوي من اشخاص القانون العام يكون محله عقار الغرض منه تحقيق النفع العام^{٤١}. و مثل ذلك العقد الذي تبرمه الجامعة لانشاء كلية او مجموعة كليات او العقد الذي تبرمه وزارة الصناعة مع احدى الشركات لانشاء مصنع معين.

و مهما يكن الامر فان هذه العقود قلما تخلو من تعويض اتفاقي يسمى (الغرامات التأخيرية) و لهذه الغرامات طبيعة خاصة فهي تتميز عن الشرط الجزائي الذي قد ينطوي عليه عقد من العقود المدنية بما يلي:

١- تستطيع الادارة ان تعتمد من تلقاء نفسها و دون الحاجة الى استئذان المحكمة او

الحصول على حكم الى استقطاع مبلغ الغرامة التأخيرية دون ان تلتزم باثبات وقوع الضرر. و يؤكد هذا المبدأ ما نصت عليه تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ في فصلها الثامن الذي كان بعنوان (التأمينات و الغرامات التأخيرية و مدة العقد و التمديد) و كذلك الفصل التاسع الذي كان

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية *أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

بعنوان (الأثار القانونية الناجمة عن الإخلال بالعقد) و نورد على سبيل المثل ٣ /
ب/ أولا من الفصل التاسع "في حالة نكول المرشح الثالث يتم مصادرة
التأمينات الأولية له و يتم إعادة الإعلان عن المناقصة و يتحمل المناقصون
الناكلون الثلاث الفرق".

٢- ان الغرامات التأخيرية تطبق مباشرة بمجرد إخلال المتعاقد بالتزاماته و دون
حاجة الى تكليف الادارة باثبات ما لحقها من ضرر و هذا يدل على ان الضرر
الناجم عن التأخير في تنفيذ هذه العقود مفترض افتراضا قاطعا غير قابل
لأثبات العكس، اذ ان كل تأخير في تنفيذ هذه الالتزامات التي تتصل بمرفق ذي
نفع عام يخل بحسن سير هذا المرفق و بسمعة القائمين به لهذا كان الضرر
الناجم عن هذا الإخلال او التأخير فيه مفترض بقوة لقانون فرضا لا يجوز نقضه
او اقامة الدليل على عكسه، فكانت هذه الغرامات بمثابة جزاء يفرضه القانون
على المتعاقد المقصر^١، من الامثلة على هذا التفصيل ما جاء في ١/ج من رابعا
من الفصل الثامن من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية "يتم استقطاع
الغرامات التأخيرية عند انتهاء مدة العقد الأصلية مضافة إليها المدد
الإضافية الممنوحة للمتعاقد او عند استحقاقها في العقود المجزأة و حسب
منهاج تقدم العمل و يتم تحديد آلية الاستقطاع في شروط المناقصة و العقد".

و ليس معنى افتراض وقوع الضرر في هذه العقود ان مسؤولية المتعاقد تتحقق بمجرد
عدم التنفيذ او التأخير فيه و انما ينبغي لقيام هذه المسؤولية ان يكون هذا الاخلال
نتيجة خطأ المتعاقد و تقصيره فلا مجال للحكم بالتعويض او استقطاع الغرامات
التأخيرية اذا كان سبب التأخير او عم التنفيذ راجعا الى عمل الادارة ا و الى قوة القاهرة، فاذا
كان قد سلب من المدين حقه في اثبات عدم الحاق الضرر بالدائن لانه مفترض قطعيا
فليس معنى ذلك انه لا يحق له ايضا اثبات ان عدم التنفيذ او التأخر بالتنفيذ لم يكن
سببه هو بل بسبب قوة القاهرة او بسبب الطرف الاخر، و هذا الامر يسري على جميع
التطبيقات التي تم دراستها.

و اخيرا لا بد من الإشارة الى ان افتراض ركن الضرر افتراضا قاطعا يحد له تطبيقات
قانونية في قانون العمل و قانون النقل و مواضع اخرى الا اننا استبعدنا دراستها كونها
خارج نطاق القانون المدني و اكتفينا ببحث الغرامات التأخيرية لان فيها تطبيقا واضحا
جدا و تجدر الإشارة إليه.

الخاتمة

تناولت الدراسة موضوع الضرر المفترض افتراضا قاطعا و هو في ذاته صلب تحقق
المسؤولية المدنية على خلاف الأصل في ضرورة وقوع الضرر، فجاءت النصوص القانونية

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية *أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

المعالجة محتوية على ثغرات و غور و ذلك في عدم شمول هذا الموضوع بقاعدة قانونية عامة من جهة و تشتت تلك النصوص من جهة ثانية لذا كان البحث فيه لابراره بقاعدة عامة و سد الثغرات و سبر الغور . فقمنا بمسح قانوني لقواعد المسؤولية المدنية في القانون المدني . و من خلال ذلك توصلنا لمجموعة من النتائج و التوصيات نوردها بالاتي:

اولا: النتائج

١- لم تعتمد الدراسة معنى الافتراض الاصطلاحي المقصود به عملية قانونية لازمة لتطوير القانون لتصور امر مخالف للواقع و يترتب عليه تغيير الحكم دون تغيير النص . فالافتراض و الحالة هذه معتمد على تصور القاضي او الفقيه . اما الافتراض في الضرر موضوع الدراسة هو اعتقاد او تصور المشرع و ليس الفقيه او القاضي و يكون المشرع بذلك جازما بتحقيق الضرر لشخص معين و يضعه بموضع الدائن بالمسؤولية المدنية. اذا قام الطرف الاخر بارتكاب فعل معين . اما حقيقة وقوع الضرر فليست حقيقة مطلقة و ليس بالضرورة ان يقع فعلا و مع ذلك تقوم المسؤولية و يتم التعويض عن ذلك الضرر . و هو ما اسميناه بالضرر الذي تم افتراضه افتراضا قاطعا . و انه لا يقتصر تحققه على نوع معين من المسؤولية. فافرض تحققه الخصبة في المسؤولية العقدية لكن لا يمنع ذلك من من فرضيات تحققه في المسؤولية التقصيرية.

٢- يشكل الضرر المفترض افتراضا قاطعا استثناء على الاصل في المسؤولية المدنية و انه تمت معالجته بنصوص قانونية بالاشارة اليه صورة غير صريحة . و لعدم الاشارة اليه بصورة صريحة و مباشرة و لصعوبة تصور التزام شخص معين بتعويض عن ضرر مفترض غير واقع لذلك لم يكن محل بحث و اعتراف من قبل الفقه باعتباره افتراضا خطيرا يحتوي على محاذير اهمها صعوبة تقدير التعويض عنه اذا لم يقع فعلا. الا ان الدراسة اثبتت باعتمادها على المنهج التحليلي وجود هذا الافتراض الا انه لا يمكن الحكم به الا اذا تحققت فيه شروطه الثلاث . فبما انه استثناء على الاصل فيجب ان يرد نص قانوني يقضي به او يوجد اتفاق بين طرفين على التعويض عن ضرر مفترض منهما افتراضا قاطعا بشرط ان يعترف المشرع بهذا الاتفاق و ينص على صحته و نفاذه . اما الشرط الثاني فهو ضرورة تحقق اساس الضرر المفترض افتراضا قاطعا و المقصود بالاساس هو الامر الذي يبني عليه المشرع تصوره او اعتقاده بتحقيق الضرر و يجب ان يكون هذا الاساس ثابتا و مؤكدا . فافتراض الضرر ليس مدلوله ان يقوم على اساس مفترض ايضا و انما يجب ان يتحقق ذلك الاساس . فأساس افتراض الضرر في الفوائد القانونية هو تاخر المدين عن السداد في اجل الدين و

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية * أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

الحكم بخسارة العريون أو مقداره هو عدول الطرف الآخر. لذلك إذا أراد المدين التخلص من المسؤولية عليه أن يعمل على تقويض هذا الأساس لا أن يثبت عدم الحاق الضرر بالطرف الآخر. ويكون تقويض ذلك الأساس بأن يثبت المدين أنه لم يكن له يد بالاخلال و إنما جاء لظروف قاهرة أو أن الاخلال كان بسبب الطرف الآخر مثلا. أما الشرط الثالث فهو ضرورة أن يشتمل النص على افتراض الضرر أو الاتفاق الذي تم إقراره من المشرع على معايير واضحة لتقدير التعويض عنه و هذه المعايير إما أن يتم النص عليها كما هو الحال في نسب الفوائد القانونية أو يكون فيها اتفاق الطرفين كتحديد مبلغ العريون و إذا تم تحديده بالاتفاق فيجب أن يكون وقت التعاقد أو بعده لكن قبل وقوع الضرر. أما و إن تم الاتفاق عليه بعد وقوع الضرر فهذا الأمر لا يدخل في بحثنا. والغرض من هذه المعايير لاعتمادها من قبل القاضي في الحكم بتقدير التعويض و حتى لا يقع في حرج صعوبة التقدير إذا لم يتحقق الضرر فعلا. فمعلوم أن القاضي يعتمد على دعامتين لتحديد مقدار التعويض عن الضرر الواقع هما ما لحق المضرور من خسارة و ما فاتته من كسب و هو معرض لفقد هاتين الدعامتين في حالة افتراض ضرر غير قابل لإثبات العكس يجب تعويضه و لم يقع فعلا لذلك ينجح القاضي إلى المعايير التي تم إقرارها و تحديدها لذلك التعويض.

٣- قد يقترب الضرر المفترض قطعيا من بعض المفاهيم القانونية و تم البحث في تمييزه عنها و التوصل إلى أنه يتمحور حول أمر جوهري لا يتميز بها أي نوع آخر للضرر ألا و هو التصور و الافتراض فقط دون النظر إلى حقيقة وقوعه. فبتحقيق شروطه الثلاثة يكون كافيا أن تقوم عليه المسؤولية المدنية و يتم التعويض عنه. و قد تم تمييزه عن أنموذجين يقتربان منه هو الضرر المترتب على فوات الفرصة و الضرر الاحتمالي و بتمحيص و تحليل للنصوص القانونية و إراء الفقهاء تبين أنهما لا يتم التعويض عنهما إلا بوقوعهما فعلا. و قد يدق الأمر في فوات الفرصة في كيفية التحقق إلا أن الفرق بينها و بين الضرر المفترض افتراضا قاطعا هو أن فوات الفرصة يجد ذاتها تعتبر قيمة مالية تم خسارتها بغض النظر عن الفرصة ذاتها. و مهما كان الأمر فإن تمحور الضرر المفترض حول افتراض وقوعه دون الاعتداد بنتيجة وقوعه فعلا بعد ذلك هو ما يميزه عن تعويض أي ضرر آخر.

٤- حتى يعضد الموضوع مدار البحث من الناحية العملية و عدم اقتصره على الجانب الفلسفي افردنا المبحث الثاني منه لبيان تطبيقاته القانونية. فكان

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية

* أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

التطبيق الاول هو ما اورده المشرع في المادة ١٧١ و المادة ١٧٣ من القانون المدني و ما يقابلها في القانونين المصري و الفرنسي. فعلى الرغم من اشارة المشرع فيها بصورة غير مباشرة الى ان الضرر مفترض و غير قابل لاثبات العكس كانت دلالة النص صريحة الى ذلك . فقد تم تحديد اساس الضرر المفترض و هو تاخر المدين بمبلغ من النقود عن السداد عند اجل الدين. و حدد معايير لتقدير التعويض و هي النسب المئوية من اصل الدين و كانت العلة من افتراض المشرع الضرر لمجرد تاخر المدين هي ما للنقود من اهمية اقتصادية يمكن استغلالها في كل مكان و زمان لذلك فالضرر مفترض لاحق بالدائن بمجرد تاخر المدين. فلو تم الاخلال بالطريقة هذه فلا يمكن للمدين على ان يعمل على اثبات عدم الحاق الضرر بالدائن و عليه تحمل المسؤولية فحسب.

و كان التطبيق القانوني الثاني هو ما اورده المشرع العراقي في المادة ٩٢ و ما يقابلها في القانون المصري و الفرنسي بالنسبة للعربون اذا اتفق الطرفان على ان يكون جزاء للعدول . و لا يكون الضرر مفترضا افتراضا قاطعا اذا كان العربون دليلا على بتات العقد لان القاضي سيحكم بارجاع العربون لمسلمه في حال الاخلال بالعقد و اللجوء الى تقدير تعويض عن الضرر الذي تحقق فعلا نتيجة ذلك الاخلال و يكون التعويض و مقداره مرتبطا بعلاقة طردية مع الضرر في الوجود و المقدار. اما ان كان العربون جزاء للعدول و اختار احد المتعاقدين العدول او عدم التنفيذ فسيكون الجزاء محددًا بخسارة العربون فقط سواء تحقق الضرر ام لم يتحقق و اذا تحقق فلا ينظر الى جسامته . و العربون في هذه الحالة يقترب كثيرا مع الشرط الجزائي من حيث الاثر فالخير يتفق على مقداره الطرفان ليكون جزاء لاخلال المدين . الا ان المعالجة القانونية اتت بصورة مختلفة عما تمت به معالجة العربون ان كان جزاء للعدول . فقد افترض المشرع فيه الضرر افتراضا إلا ان هذا الافتراض قابل لاثبات العكس عندما اجاز للمدين التخلص من دفعه اذا اثبت ان الضرر لم يلحق بالدائن . فعلى الرغم من ان تحديد الشرط الجزائي يتم جزافا أحيانا و بمبالغ عالية الا انه في تقديرنا ليس مبررا للمشرع في تجاهله فقد اجاز للقاضي تخفيضه اذا اثبت المدين ان مبلغ الشرط الجزائي اكبر من الضرر المتحقق او انه نفذ جزءاً من التزاماته . ولا نجد مبرراً للمشرع ايضاً عندما قضى بعدم جواز زيادة مبلغ الشرط ان كان الضرر المتحقق اكبر من الاول .

الضرر المفترض افتراضاً قاطعاً وأثره في تحقق المسؤولية المدنية

* أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

أما التطبيق الثالث فكان في الإخلال بالتعهد بنقل ملكية عقار وما أورده المشرع العراقي في المادة ١١٢٧ عندما فرض التعويض والتعويض فقط ان اخل احد الاطراف بالتعهد بنقل ملكية العقار ولم ينظر في ذلك الى ضرورة ان يحاق الضرر بالطرف الاخر جراء هذا الإخلال . وإياً كان مصدر هذا التعويض فانه يجب على المخل ان يدفع تعويضاً عن اخلاله وزاد تأكيداً على هذا الحكم هو قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ بهذا الخصوص عندما اكمل ما في النص القانوني من قصور في تحديد معيار تقدير التعويض فأتى القرار مكملاً بتحديد الفرق بين قيمة العقار وقت التعهد و النكول كحد ادنى للتعويض . لذلك يجب الحكم بالتعويض بغض النظر عن وقوع الضرر وتختلف مع من ذهب الى ان التعويض ينتفي اذا لم يكن هناك ثمة فرق بين قيمة العقار وقت التعهد ووقت النكول وحجتنا في ذلك ان القرار المذكور قدر حد ادنى للتعويض في ذلك وليس حداً اعلى وعلى هذا الأساس فان الحكم بالتعويض لا بد منه .

أما التطبيق الرابع قد أوردناه على الرغم من خروجه من نطاق القانون المدني لوضوحه في اسناد جوهر الدراسة واقترابه الكبير من الشرط الجزائي . الذي هو الغرامات التأخيرية في العقود الحكومية او الإدارية وتبين من ذلك ان الإدارة تقتضي مبلغ الغرامة التأخيرية بمجرد إخلال المدين من غير ان تكلف بإثبات وقوع الضرر بل وحتى من غير اللجوء الى القضاء .

واخيراً لا بد من القول ان تطبيقات الضرر المفترض افتراضاً قطعياً لا تقف في إطار القانون المدني فحسب وإنما له تطبيقات أخرى في قوانين أخرى .

ثانياً: التوصيات

استناداً الى النتائج المتوصل إليها فإننا نرفع للمشرع العراقي والقضاء التوصيات الآتية:

- ١- نوصي المشرع العراقي بالنص على قاعدة قانونية عامة توضح الية العمل بقيام المسؤولية المدنية التي يتم افتراض الضرر فيها افتراضاً قاطعاً حتى تكون سنداً يستند عليها ليس فقط في القانون المدني فحسب بل وفي اي قانون اخر لا يوجد فيه نص خاص سواء قانون العمل او النقل او تعليمات كتعليمات تنفيذ العقود الحكومية. و تكون هذه القاعدة متوافرة فيها شروط الضرر المفترض قطعياً وعلى وفق ما تم بحثه في هذه الدراسة. ويكون النص كالاتي: "يجوز ان يفترض الضرر في المسؤولية المدنية افتراضاً قاطعاً اذا ورد فيه نص او اتفاق تم اقراره قانوناً و يكون ذلك

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في حق المسؤولية المدنية *أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

متأسسا على مبنى ثابت و مؤكد على ان يحدد له معيار لتقدير التعويض عنه".

٢- نقترح تعديل نص المادة ٢/١٧٠ بإلغاء شطرها الأول و هو المتعلق بعدم استحقاق التعويض ألتفاقي اذا اثبت المدين عدم حق الضرر بالدائن ، و ذلك أسوة بنص المادة ٢/٩٢. و لغلبة الظن ان التعويض ألتفاقي او الشرط الجزائي ان يكون مقدرا جزافا بمبالغ كبيرة على خلاف العربون نوصي بإبقاء الشطر الثاني للفقرة ذاتها ، و بذلك تستوي الفقرة الثانية من المادة ١٧٠ على الأتي "٢- يجوز تخفيض التعويض ألتفاقي اذا اثبت المدين أن التقدير كان فادحا او ان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه و يقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة". و اعتمادا على قاعدة الغرم بالغنم نوصي بالإبقاء على الفقرة الثالثة من ذات المادة على حالها التي تقضي بعدم جواز زيادة التعويض ألتفاقي ان كان الضرر المتحقق اكبر من تلك القيمة إلا إذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما.

٣- نرفع التوصية الى القضاء بتطبيق نص المادة ١١٢٧ كما وردت و كما قضت و عدم البحث عن حق وقوع الضرر ، فالمرجع افترض فيها الضرر افتراضا قاطعا، و أما الاحتجاج بالقرار الذي يبين قيمة التعويض فانه جاء مكملا للنص القانوني عندما حدد معيارا لتقدير التعويض عن ذلك الضرر المفترض و كان تعبيره دقيقا يستحق الثناء عليه و هو الفرق في قيمة العقار بين وقت التعهد و وقت النكول كحد أدنى للتعويض.

الهوامش

- ١ - الصحاح في اللغة و العلوم، نديم و اسامة مرعشلي، معجم وسيط، دار الحضارة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٧٥، ص ٨٥٣.
- ٢ - لسان العرب، لابي الفضل جمال الدين بن مكرم الافريقي المصري ابن منظور، المجلد الخامس، دار صادر، بيروت، بدون سنة طبع، ص ١٩٨٤.
- ٣ - ٢٨٣، p. ١٩٥٣، dabin: la technique de Lelaboration du droit positif especialement en droit civil.
- ٤ - د. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني و تطبيقها في القانون المدني المصري، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٤٧.
- ٥ - د. زهدي يكن، محاضرات في تاريخ القانون، بيروت، لبنان، ١٩٦٤، ص ٦٣.
- ٦ - د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض و دوره في تطور القانون، دراسة نظرية تطبيقية لفكرة الافتراض القانوني، مصر، ١٩٨٠، ص ٨.
- ٧ - د. رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، ط١، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٤٠ و ٢٤١. و كذلك د. عبد الخالق حسن احمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات، مصادر الالتزام، ج ١، ط١، الامارات، ٢٠٠٣، ص ٢٩٧. و كذلك د.

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية *د.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

- انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط١، الاردن، ٢٣٥. وكذلك المستشار حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقديرية والعقدية، ط٢، دار المعارف، القاهرة، ص٣٣٢. وآخرون.
- ٨ - د. محمد الصاوي مصطفى، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، ط١، كلية الحقوق جامعة الزقازيق فرع بنها، بدون مكان النشر، ١٩٩٨، ص٢٤.
- ٩ - د. ياسر باسم ذنون، جوتيار عبد الله احمد، الافتراض القانوني في قانون المرافعات، مجلة الراغبين للحقوق، مجلد ١٢، العدد ٤٥، ٢٠١٠، ص٢٦.
- ١٠ - د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، بغداد، بدون سنة النشر، ص٢٦٤.
- ١١ - و نكون هنا بصدد اتفاق الطرفين على ان يتوليا بنفسهما تقدير التعويض الذي يستحقه المضرور دون حاجة الى التقاضي. او احالة الامر الى التحكيم، فالغاية من هذا الاتفاق اللاحق على وقوع الضرر هو تقادي وقوع الخصومة بالتراضي بينهما كما في المادة (٦٩٨) من القانون المدني و اذا تم ابرام عقد الصلح و اتفق على تحديد مقدار التعويض فقد أصبح هذا الاتفاق ملزما لهما لا يجوز لاي منهما الرجوع عنه. و تسقط هذا الاتفاق دعوى المضرور بطلب التعويض ان كان أقامها.
- ١٢ - و من الأمثلة على تقدير التعويض القانوني نص المادة ٩٧٢ من القانون المدني التي تقضي ان أصحاب الفنادق و الحانات و المأوى (البانسيونات) فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الاشياء التي ياتي بها الزلاء مسؤولون عن كل فعل رائج و غاد في الفندق او الحان او المأوى غير ائتم لا يكونون مسؤولين فيما يتعلق بالقود و الاوراق المالية و الاشياء الثمينة عن تعويض يجاوز خمسين ديناراً ما لم يكونوا قد رفضوا دون مسوغ ان يستلموها عهدة في ذمتهم او يكونوا قد تسببوا في وقوع الضرر بحطأ منهم او من احد تابعيهم، و يقابل هذا النص في القانون المصري المادة ٢٧٢ و في القانون الفرنسي ١٩٥٣ المعدلة.
- ١٣ - د. حسن الذنون، مرجع سابق، ص١٦٤.
- ١٤ - د. احمد عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة النشر، ص٨٦٢.
- ١٥ - د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص١٦٥.
- ١٦ - BERAU (M), Le principe de la reparation de la perte de chance, p.٤٠, منشور على الموقع الالكتروني www.droit.univparis5.fr/AOCIVcom/01/me
- ١٧ - د. حسن الذنون، مرجع سابق، ص١٦٥.
- ١٨ - د. عبد الرزاق السهوري، مرجع سابق، ص٨٦٢.
- ١٩ - د. حسن الذنون، المرجع نفسه، ص١٦٢.
- ٢٠ - السهوري، المرجع نفسه، ص٨٦٢.
- ٢١ - د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقديرية، منشورات مركز البحوث القانونية ٢، بغداد، ١٩٨١، ص١٤ و ١٥.
- ٢٢ - د. الذنون، مرجع سابق، ص١٦٣.
- ٢٣ - د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد و تعويضه في المسؤولية التقديرية-دراسة مقارنة، ط١، الإصدار، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ص٣٩.
- ٢٤ - د. الذنون، المرجع نفسه، ص٢٥٢.
- ٢٥ - د. احمد عبد الرزاق السهوري، المبسوط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، اثبات الالتزام و اثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص٨٨٧ هـ.
- ٢٦ - هناك فرق بين الفوائد التأخيرية التي تدفع نتيجة تاخر المدين عن سداد دينه و التي هي محل الدراسة، و بين الفوائد التعويضية التي تدفع ليس لتأخر المدين عن السداد و انما مقابل بقاء المبلغ بيد المدين طيلة الفترة المتفق عليها و هذا الموضوع خارج نطاق الدراسة لذلك سوف لن يتم التطرق لها.
- ٢٧ - د. السهوري، الوسيط، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص٨٩١ و ٨٩٢.
- ٢٨ - د. الذنون، مرجع سابق، ص٢٥٣.
- ٢٩ - للمزيد من التفصيل في كيفية اتفاق الطرفان على خلاف شرط المطالبة القضائية ينظر د. السهوري، الوسيط، الجزء الثاني، ص٨٩٨ و ما بعدها.

الضرر المفترض افتراضاً قاطعاً وأثره في تحقق المسؤولية المدنية *أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

٣٠ - د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٣، ص ٥٣. وكذلك د. سعيد مبارك، د. طه الملاحويش، د. صاحب عبيد الفتاوي، الموجز في العقود المسماة (عقد البيع والإيجار والمقاول)، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩، ص ٥١.

٣١ - د. عباس العبودي، شرح احكام العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠٠٩، ص ٧٨. وكذلك د. عباس الصراف، العربون احكام في القانون المدني، بغداد، بدون سنة النشر، ص ٥.

٣٢ - Ibid, p.3

٣٣ - يذهب الدكتور عباس الصراف إلى ان الذي يقيد هذا الحق في الاستعمال هو الوقت المحدد المتفق عليه من قبل الطرفين فإذا لم يوجد اتفاق يوضح هذا الامر ترك للقاضي تحديد تلك المدة على ان تكون مدة معقولة فإذا قُضت هذه المدة دون ان يستعمل المتعاقد هذا الخيار في العدول سقط حقه والتم بتمفيذ الالتزام الاصيل، د. عباس الصراف، مرجع سابق ص ٢٩.

٣٤ - لا يقتصر الشرط الجزائي على المسؤولية العقدية فيمكن تصويره في المسؤولية التقصيرية كما في مضار الجوار فلا يوجد ما يمنع انساناً يريد انشاء مصنع يقدر انه سيسبب جيرانه مضايقات تفوق مضايقات الجوار المعتادة من ان يتفق مع هؤلاء الجيران على ان يتحملوا هذه المضايقات لقاء مبلغ معين من المال او اي تعويض اخر، لمزيد من التفصيل ينظر د. الذنون، المرجع السابق، ص ٢٦٢ و ٢٦٣.

٣٥ - هناك اختلافات كثيرة بين النظامين للمزيد من التفصيل فيها ينظر د. عباس الصراف، مرجع سابق، ص ٧ وما بعدها. وكذلك سمير فايز غانم، العربون في العقود، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩، ص ٧٥ وما بعدها. مع تحفظنا بعدم الايمان بتلك الاختلافات من حيث الاثر، فالأثر واحد في تقديرنا

٣٦ - سمير فايز اسماعيل، المرجع نفسه، ص ٧٤.

٣٧ - د. جعفر الفضلي، مرجع سابق، ص ١١١ وما بعدها

٣٨ - للمزيد من التفصيل ينظر د. سعيد مبارك والملاحويش والفتاوي، مرجع سابق، ص ٧٣ و ٧٣.

٣٩ - نصت الفقرة ب منه على "إذا كان المتعهد له قد سكن في العقار محل التعهد او أحدث فيه ابنية ومنشآت اخرى ومغروسات دون معارضة تحريرية من المتعهد فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار بقيمته في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة أ من هذا البند مضافاً اليه قيمة المحدثات قائمة وقت النكول".

٤٠ - د. الذنون، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

٤١ - د. سعيد مبارك والملاحويش والفتاوي، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

٤٢ - د. الذنون، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

قائمة المصادر

مصادر اللغة

١ - الصحاح في اللغة والعلوم، نديم واسامة مرعشلي، معجم وسيط، دار الحضارة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٧٥.

٢ - لسان العرب، لايي الفضل جمال الدين بن مكرم الافريقي المصري ابن منظور، المجلد الخامس، دار صادر، بيروت، بدون سنة طبع.

المصادر القانونية

١ - د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، دراسة نظرية تطبيقية لفكرة الافتراض القانوني، مصر، ١٩٨٠.

٢ - د. احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة النشر.

٣ - د. احمد عبد الرزاق السنهوري، المبسوط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، اثبات الالتزام واثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.

٤ - د. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط١، الاردن

٥ - د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد البيع، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠١٣.

٦ - د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، بغداد، بدون سنة النشر

٧ - المستشار حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط٢، دار المعارف، القاهرة

٨ - د. رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، ط١، الاسكندرية، ٢٠٠٧

٩ - د. زهدي يكن، محاضرات في تاريخ القانون، بيروت، لبنان، ١٩٦٤

الضرر المفترض افتراضا قاطعا وأثره في تحقق المسؤولية المدنية *أ.م.د. سعد ربيع عبد الجبار

- ١٠- د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية ٢، بغداد، ١٩٨١.
 - ١١- د. سعيد مبارك، د. طه الملاحويش، د. صاحب عبید الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (عقد البيع والإيجار والمقولة)، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩.
 - ١٢- سمير فايز غانم، العربون في العقود، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩.
 - ١٣- د. عباس الصراف، العربون احكام في القانون المدني، بغداد، بدون سنة النشر.
 - ١٤- د. عباس العبودي، شرح احكام العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠٠٩.
 - ١٥- د. عبد الخالق حسن احمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات، مصادر الالتزام، ج ١، ط١، الامارات، ٢٠٠٣.
 - ١٦- د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية-دراسة مقارنة، ط١، الإصدار، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن.
 - ١٧- د. محمد الصاوي مصطفى، فكرة الافتراض في قانون المرافعات، ط١، كلية الحقوق جامعة الزقازيق فرع بنها، بدون مكان النشر، ١٩٩٨.
 - ١٨- د. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٤٧.
 - ١٩- د. ياسر باسم ذنون، جوتيار عبد الله احمد، الافتراض القانوني في قانون المرافعات، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد ١٢، العدد ٤٥، ٢٠١٠.
 - ٢٠- Dabin: la technique de Lelaboration du droit positif especialement en droit civil, ١٩٥٣, p. ٢٨٣.
 - ٢١- BERAU (M), Le principe be la reparation de la parte de chance, p. ٤
 - ٢٢- www.droit.univparis5.fr/AOCIVcom/01/me
- القوانين**
- ١- القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، جامعة القديس يوسف، بيروت، ط١، ٢٠٠٩.
 - ٢- القانون المدني المصري
 - ٣- القانون المدني العراقي
 - ٤- قانون الاثبات العراقي
 - ٥- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية