تشخيص الضرر الناشئ عن الاخلال بالعقد كمقدمة لتقدير التعويض دراسة في القانون الانكليزي بالمقارنة مع القانون المدني العراقي

Determination of harm eaused by breach of contract as a prelude to assessment of damages
Study in English law as compared to Iraqi Civil Code

م.د. نبراس ظاهر جبر

نبذة عن الباحث :
تدريسي في كلية القانون / جامعة القادسية

م. علي حسين منهل

نبذة عن الباحث :
تدريسي في قسم القانون / كلية شط العرب الجامعة

Abstract:

It is submitted in all legal regimes that damages covered the loss resulting from breach of contract must be just as much as possible, this require a precise mechanisms when determining the loss. To achieve this goal, the English law, so based on the well-established case law, draws clear and disciplined method on the mechanisms to diagnosis the loss arising from the breach of contract, which aims to compensate it by granting fair damages to the promisee. Although Iraqi legislator dealt with this issue, the manner which adopted is different from that in English law. To study the issue, we divided our research into two sections: in the first one we dealt with the concept of loss that must be compensated, and in the second the types of loss that must be compensated and its remedies

الملخص

ان الامر المتفق عليه لدى جميع الانظمة القانونية هو وجوب تعويض الضرر الناشيء عن الاخلال بالعقد تعويضا عادلا بقدر الامكان، وهذه العدالة التي تنشدها القوانين تتطلب اتباع اليات دقيقة عند تحديد الضرر الذي يجب التعويض عنه. وتحقيقا لهذا الهدف وضع القانون الانكليزي مستندا في ذلك على قضاء مستقر منهجية واضحة ومنضبطة تحكم اليات تشخيص الضرر الناشيء عن الاخلال بالعقد يكون هدفها الوصول الى جبر الضرر من خلال منح الدائن التعويض العادل. وهو توجه لم يغب عن تصور المشرع العراقي ولكن بمنهجية تتضمن اختلافاً عما يذهب اليه القانون الانكليزي. وفي سبيل توضيح ذلك تم بحث هذا الموضوع في مبحثين تناول الاول منهما مفهوم الضرر الذي يجبره التعويض. واهتم الثاني ببيان صور الضرر الذي يجبره التعويض وجزاءاته

المقدمة

ان الوظيفة الأساسية للقانون هي حفظ الحقوق. ومن أهم مظاهر هذا الحفظ تعويض الضرر الناشئ عن الاخلال بالعقد. ولكي يحفظ الحق يجب ان يكون التعويض عادلاً بقدر الامكان. وهذه العدالة تتطلب اتباع آليات دقيقة ومنضبطة عند تحديد الضرر الذي يجب التعويض عنه.

وقد وضع القضاء الانكليزي منهجية واضحة ودقيقة تحكم آليات تشخيص الضرر الناشئ عن الاخلال بالعقد. وهدف هذه المنهجية هو الوصول الى جبر هذا الضرر من خلال منح الدائن التعويض العادل. وهذه المنهجية هي موضوع بحثنا الماثل. والذي نرغب من خلاله في تقديم ما يسير عليه القضاء الانكليزي في هذا الشأن بهدف الافادة منه في كل من حقلي القضاء والدراسات الأكاديمية.

ان الآليات الدقيقة التي وضعها القضاء الانكليزي جاءت نتيجة لاهتمامه الكبير بدراسة الوقائع والظروف التي تحيط بكل قضية ثم الرجوع اليها في القضايا اللاحقة. وذلك بسبب اعطاء القانون الانكليزي قيمة خاصة للسوابق القضائية. وهذا يتطلب دراستها ومقارنتها بأحكام قوانيننا المدنية بهدف الخروج بتصور واضح للمسألة. وهو ما يفيد في اقتراح حلول فعّالة. أو تطبيق الاليات المتبعة عندهم إذا لم تكن متعارضة مع الثوابت التي تقوم عليها قوانيننا.

وتبدو أهمية دراسة الموضوع في ان المبادئ المقررة في القانون الانكليزي في هذا الشأن أصبحت مصدراً للعديد من الاتفاقيات الدولية. كاتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠. ومبادئ أحكام العقد الأوربية وغيرها. ولذا. فان دراسة القانون الانكليزي تكون مقدمة لفهم هذه الاتفاقيات التي من الممكن ان تطبق في العراق بسبب إعمال قواعد الاسناد. أو بعد التصديق على تلك التي انضم العراق اليها كاتفاقية فينا.

وبناءً على ما تقدم نقسم الدراسة على مبحثين: نتناول في الأول منهما مفهوم الضرر الناشئ عن الاخلال بالعقد والذي يجبره التعويض. وفي الثاني صور الضرر الذي يجبره

التعويض. ثم نقسم المبحث الأول على مطلبين نتكلم في الأول منهما على معنى الخسارة وفي الثاني على أنواعها. كما نقسم المبحث الثاني على مطلبين ايضاً نخصص الأول منهما بجزاءات تعويض الضرر في القانون الانكليزي، والثاني بمدى امكان الجمع بين الدعاوى.

المبحث الأول: مفهوم الضرر الذي يجبره التعويض

الأصل ان يمنح التعويض لجبر ضرر ينشأ بسبب اخلال أحد الطرفين بالعقد، والضرر في القانون الانكليزي يعني خسارة مالية تلحق بالطرف غير المخل. وللوقوف على ذلك نقسم هذا المبحث على مطلبين: نخصص الأول منهما بمعنى الخسارة التي توجب التعويض، والثاني بطبيعة هذه الخسارة.

المطلب الأول: معنى الخسارة التي توجب التعويض

الأصل في القانون الانكليزي ان التعويض يجبر الخسائر المالية التي تصيب الدائن بسبب اخلال المدين، ولكن قد يكون التعويض بصورة إلزام المدين بالتخلي للدائن عن أية ارباح حصل عليها نتيجة الاخلال بالعقد. ونقسم هذا المطلب على فرعين نتناول فيهما هاتين الحالتين.

الفرع الأول: القاعدة العامة في تحديد الخسارة

لا بد لكل حق من جزاء يحميه، فالحق الذي يخلو من الجزاء حق أجوف معرى من كل قوة عملية ومجرد من أي محتوى، وفي حالات الاخلال بالعقد يكون التعويض جزاء متوافراً دائماً أمام الطرف المتضرر من هذا الاخلال لحماية حقوقه الناشئة عن العقد.[١] ويقدّر التعويض بالنقود من حيث الأصل، إذ يجب على المحكمة التي تقرر وجوب التعويض ان تقدر الضرر الحاصل بمبلغ نقدي تحكم به للطرف المتضرر، أي عليها ان تترجم translate هذا الضرر الى مقدار من النقود[٢]. وبناءً على ما تقدم يعرّف التعويض بأنه "مبلغ من النقود يعطى للطرف المتضرر عندما يحصل اخلال بالعقد من الطرف الآخر، وذلك لجبر ضرره بقدر ما يمكن للنقود ان تفعل ذلك"[٣]. فهذا التعريف يؤكد الطبيعة النقدية للتعويض في القانون الانكليزي، أما التنفيذ العيني والأوامر بالأداء فإنها تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة إذ يمكنها الحكم بذلك بحسب ما تراه مناسباً على وفق ظروف كل قضية[٤].

كما يصرح التعريف المتقدم أيضاً بأن الغرض من التعويض ليس جبر الضرر تماماً في جميع الأحوال، بل تخفيف هذا الضرر بحسب ما يمكن ان تفعله النقود، فيتسلم الدائن مبلغاً تقدره المحكمة وترى فيه ما يكفي لجبر الضرر[٥].

والأصل في القوانين المدنية ايضاً هو التعويض النقدي عند تحقق المسؤولية التعاقدية، إذ يقدر القاضي الضرر الحاصل بسبب الاخلال بالعقد ثم يحدد مبلغاً نقدياً لجبره[٦].ولكن هذه القوانين تختلف مع القانون الانكليزي في انها تعد الضرر ركناً أساسياً من اركان المسؤولية العقدية، ولذا فان التعويض يدور مع الضرر وجودا وعدما، شدة وضعفا. وبناء على ذلك لا يكفي ان يكون المدين قد أخل بالتزامه حتى يقال بقيام مسؤوليته العقدية،

وذلك لأن هدف المسؤولية العقدية هو اصلاح الضرر الواقع، فاذا لم يكن هناك ضرر فلا وجود لهذه المسؤولية[٧].

ولكننا نجد حكماً مختلفاً في القانون الانكليزي، فاذا كان الضرر الذي يجبره التعويض هو الخسارة المالية التي تلحق بالدائن لأنه لم يحصل على الأداء الذي تعاقد من أجله، وان هذه الخسارة تشمل الخسارة المالية بصورة عامة أي الأذى المادي الذي يصيب الدائن أو أمواله أو يسيء الى مركزه الاقتصادي، إلاّ ان القانون الانكليزي يجيز الحكم بالتعويض على الرغم من عدم وجود خسارة مالية جسيمة، وذلك من خلال منح تعويض رمزي للدائن في حالات معينة يطلق عليه "التعويض الإسمي nominal damages"، وهو يمنح لإشعار المدين بخطأه المتمثل بالإخلال بالعقد حتى اذا لم يترتب عليه ضرر ما في جانب الدائن، كما يهدف الى تعزيز ثقة الدائن بصحة موقفه وإشباع رغبته المعنوية في اثبات خطأ المدين[٨].

وقد ذكرنا في ما تقدم ان القوانين المدنية لا تجيز مثل هذا التعويض، ونجد القضاء يمتثل لذلك في قراراته أيضاً، فمحكمة التمييز العراقية تصرح في أحد قراراتها بأن المؤجر اذا قام "بإيجار الدار بأكثر مما كان في العقد المفسوخ، فليس له المطالبة بالضرر". وسوّغت ذلك بانعدام الضرر، إذ "ظهر من المرافعة ان الخطأ الذي سببه المميز عليهم لم يؤد الى ضرر مادي بالمميز ... ولأن التعويض يقدر بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بموجب أحكام المادة ٢٠٧ مدني، ولأن المميزين لم يلحقهما ضرر من العملية الخاطئة التي قام بها المميز عليه، لذلك يصبح الحكم المميز القاضي برد دعوى المميزين مستندا الى أسباب قانونية صحيحة"[٩]. وجاء في قرار آخر "ان المحكمة... كان عليها بعد ان قضت بالفسخ ان تحكم بالتعويض عن الضرر الذي اصاب المميز من جراء اخلال المميز عليه بالتزامه (ان كان هناك ضرر) بمعرفة خبراء قضائيين"[١٠].

ولا يحكم بالتعويض إلاّ بعد التحقق من توافر العلاقة السببية بين الضرر وخطأ المدين، وفي القانون الانكليزي يجب ان لا تكون الخسارة بعيدة جداً عن الخطأ too remote. كما ان الخسارة تعتمد في تقدير جسامتها على الفراغ من واجب تقليل الاضرار mitigation، إذ يجب على الدائن ان يسعى جهده لتقليل خسارته الناشئة عن اخلال مدينه بالتزاماته العقدية، فاذا لم يفعل ذلك فان الخسارة تشخص بطريقة وكأنه قام بهذا التقليل ثم يقدر التعويض بناء عليها[١١].

وما تقدم هي القاعدة العامة في تحديد معنى الخسارة في السوابق القضائية الانكليزية.[١٢] ففي احدى القضايا أخذ شخص مبلغاً من تاجر أخشاب لغرض استثماره في تجارة الاخشاب، ولكنه خالف ذلك وأنشأ بالنقود معصرة خمر فحصل على أرباح كثيرة، وقد حكم بأن تعويض تاجر الأخشاب يشمل خسارته العمل الذي كان من المقرر ان يحصل عليه من الطرف الآخر، أما الأرباح التي تحققت للأخير فلا يمكن للتاجر ان يطالب بها[١٣].

وحكم القضاء الانكليزي أيضاً بأن العامل الذي يترك عمله ويلتحق بعمل آخر بأجر أعلى لا يلزم بالتخلي عن الفرق في الأجر لصاحب العمل الأول، بل تعويضه فقط عن

الخسارة التي أصابته بسبب الاخلال بالعقد في حال وجودها[١٤]. كما قرر هذا القضاء أيضاً ان الخسارة لا تشمل ما ادّخره الطرف المخل من نفقات بسبب عدم قيامه بتنفيذ التزامه[١٥].

والنتيجة ان القوانين لا تختلف في ضرورة تشخيص الضرر الحقيقي الذي اصاب المدعي من حيث الأصل، وهذا ما اتجهت اليه احكام القضاء العراقي، فقد جاء بقرار لمحكمة التمييز قضت فيه بأنه "على المحكمة ان تركن في حكمها الى خبراء آخرين من ذوي الاختصاص في موضوع الدعوى لتقدير الضرر الحقيقي الذي أصاب المدعي من جراء فسخ المدعى عليه للعقد، وذلك بما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه"،[١٦] كما ان محكمة الموضوع "ليس لها تقدير الربح الذي فات المدعي، بل يجب ان يتم ذلك من قبل اهل الخبرة"[١٧].

الفرع الثاني: تخلي المدين عن الأرباح التي حصل عليها نتيجة الاخلال بالعقد

ان الخسارة بالمعنى الذي بيّناه في الفرع السابق تصيب الدائن فيأتي التعويض لجبرها، ويترتب على ذلك ان التعويض لا يراد منه معاقبة المدين من خلال إلزامه بالتخلي عن أي ربح أو كسب حصل عليه بسبب إخلاله بالعقد دون ان تقابله خسارة للدائن. ولكن القانون الانكليزي يقر بعض الاستثناءات على هذه القاعدة، والتي يحكم فيها **(بإلزام الطرف المخل بان يتخلى للدائن عن أية أرباح حصل عليها بسبب إخلاله بالعقد)**، ويتحقق ذلك في ثلاث حالات قررتها السوابق القضائية هي:

١-**الاخلال بالتزام ائتماني:** ومثال ذلك قيام بائع عقار ببيعه مرة ثانية وتسليمه للمشتري الثاني، فالمقرر في القانون الانكليزي ان العقار المبيع يكون أمانة في يد البائع قبل التسليم، فاذا قام ببيعه ثانية وسلمه للمشتري الثاني فانه يعد خائنا هذه الأمانة، ولذا تجوز للمشتري الأول مطالبته بإعادة الثمن زائدا مقدار الفرق الحاصل من البيع الثاني حتى إذا كان هذا الفرق يتجاوز خسارة المشتري الأول. وينطبق الكلام المتقدم ايضاً عندما يستعمل شخص سراً تجارياً أو معلومات ائتمانية لشخص آخر حصل عليها بسبب ارتباطه به بعقد عمل مثلاً. وفي احدى القضايا قام وكيل ببيع شيء يملكه لموكله الذي كان قد كلفه بشراء شيء مماثل، فحكم بأن الوكيل ملزم بالتخلي عن أي ربح حصل عليه من عملية البيع هذه، وحكم أيضاً بمسؤولية الوكيل الذي يأخذ مبلغاً من الغير في سبيل تنفيذ العمل الذي وكل به، وذلك بإلزامه بالتخلي للموّكل عن هذا المبلغ[١٨].

٢- **استعمال أحد المتعاقدين أشياء الآخر:** قد يقوم أحد الطرفين باستعمال أشياء تعود للطرف الآخر دون ان تكون هناك خسارة ظاهرة لصاحب الشيء، ففي هذه الحالة يكون هذا الاستعمال اخلالاً بالعقد ويلزم المستعمل بتعويض صاحب الشيء بالتخلي عن اي ربح حصل عليه من هذا الاستعمال. ففي احدى القضايا[١٩]، اشترى شخص يختاً عائماً ولكنه لم ينقله من مرسى البائع في الوقت المحدد فطالبه البائع بالتعويض فدفع بأن البائع لم يكن ليستعمل المرسى في حالة نقل اليخت فلم تصبه خسارة من بقائه، فرفضت المحكمة هذا الدفع وقال أحد القضاة: "ليس المعيار في حساب التعويض هو ما

خسره المدعي، بل ما كسبه المدعى عليه من استعمال المرسى".[٢٠] وقد حكم بإلزام المدعى عليه بالأجرة المعقولة للمرسى بناءً على خسارة البائع فرصة تأجيره للغير، وبني على ذلك ان المشتري يكون ملزماً بالأجرة المعقولة حتى إذا كان ما كسبه أكبر منها أو اقل.[٢١]

٣- الاخلال بالتزام سلبي مع بعض الشروط: في سنة ٢٠٠١ صدر حكم في قضية اصبحت سابقة شهيرة في مجال أحكام التعويض عن الاخلال بالعقد في القانون الانكليزي لأنها تضمنت استثناء لا يمكن تأصيله بناءً على القواعد العامة للتعويض في هذا القانون، ولذا فمن المتفق عليه في القضاء والفقه الانكليزيين ان المبدأ الذي جاءت به هذه القضية يعد استثناء من هذه القواعد.[٢٢] وهي قضية Attorney General v. Blake التي تتلخص وقائعها بالآتي:

في سنة ١٩٤٤ عُيّن George Blake في وظيفة استخبارية سرية وقام بإمضاء تعهد بعدم الافشاء بأية معلومات سرية يحصل عليها بسبب وظيفته كمتطلب يفرضه قانون الاسرار الرسمية لسنة ١٩١١، ولكنه خالف ذلك واصبح وكيلا للاتحاد السوفيتي في سنة ١٩٥١ وعمل جاسوساً لهم فكشف الكثير من المعلومات السرية القيمة، وفي سنة ١٩٦٠ ألقي القبض عليه وأدين بمخالفة قانون الأسرار الرسمية فحكم عليه بالسجن لمدة ٤٢ سنة، ولكنه هرب من السجن بعد خمس سنوات ولجأ الى الاتحاد السوفيتي وعاش في موسكو، وبعد عشرين سنة اتفق مع ناشر انكليزي على نشر كتاب يتضمن تجاربه الاستخبارية مقابل ١٥٠ ألف باوند تسلم جزء منها مقدماً، وفي سنة ١٩٩٠ نشر الكتاب فعلمت به الحكومة البريطانية، ولكن المعلومات التي تضمنها لم تكن خطيرة الى درجة كبيرة بحيث يضر نشرها بالمصلحة العامة.

أقامت الحكومة البريطانية الدعوى مطالبة بإلزام الناشر بعدم دفع المتبقي من المبلغ لـ Blake وهو ٩٠ ألف باوند. فقررت المحكمة ان قيام Blake بإمضاء التعهد سنة ١٩٤٤ يعد عقدا بينه وبين الحكومة وقد أصبح ملتزما بموجبه بعدم الافشاء بالأسرار، وبعد افشاءها يكون قد أخل بالعقد فيكون ملزما بتعويض الحكومة، ولما كانت المعلومات ليست خطيرة فان خسارة لم تلحق بالحكومة ومع ذلك فقد قررت المحكمة ان التعويض في هذه الحالة يتمثل بالزام Blake بالتخلي عن أي ربح حصل عليه من اخلاله بالتزامه، ولذا فقد ألزمت دار النشر بدفع الـ ٩٠ ألف باوند المتبقية للحكومة، أما الـ ٦٠ ألف المدفوعة لـ Blake فلا يمكن استعادتها منه لوجوده في دولة اخرى كلاجئ، الاّ ان ذمته تبقى مشغولة بها.[٢٣]

وقد قرر مجلس اللوردات ان الحكم بالتعويض بهذه الطريقة جائز، ولكن في حالات استثنائية فقط كهذه القضية وبشروط اربعة هي:[٢٤]

أ- ان يحصل اخلال بالتزام سلبي، وهو في القضية الماثلة الالتزام بعدم افشاء الأسرار الرسمية.

ب- ان يدخل في ذمة الطرف المخل كسب ناتج عن اخلاله بالتزامه السلبي.

ج- ان تكون للمدعي مصلحة خاصة من تنفيذ العقد تتجاوز المصلحة المالية.

د- ان تكون الجزاءات الأخرى المقررة للإخلال بالعقد غير مجدية في رفع أثر الاخلال.

وقد ذهب بعض المعلقين الى ان هذه القضية وفرّت سلاحاً فعالاً لمواجهة امتناع المحاكم عن منح التعويض بناءً على ارباح الطرف المخل،[٢٥] إذ لم تكن المحاكم تعترف قبلها بأي تعويض ما لم يكن مبنياً على اساس خسارة حاصلة للمدعي.[٢٦] ولكن الرأي اختلف عند القضاء والفقه بشأن تسويغ حكمها، فقال بعضهم ان التعويض فيها مبني على أساس الخسارة التي أصابت الحكومة، وقال آخرون انه مبني على أساس حق الحكومة في استرداد الأرباح التي حصل عليها المدعى عليه من استعمال أسرارها، أي الاثراء بلا سبب، وقال رأي ثالث انه مبني على تعويض عقابي أشبه بالغرامة وان حسابه يقدر بناءً على الاعتداء على الحقوق[٢٧].

وإذا كانت القاعدة في القوانين المدنية ان هدف التعويض هو جبر الضرر وليس معاقبة المدين المخل بالتزامه، الاّ أن القانون العراقي يتضمن احكاماً تؤدي الى الالتفاف على هذه القاعدة عملياً في الأقل. ففي حالة نكول البائع عن التعهد ببيع العقار، من خلال امتناعه عن نقل الملكية الى المشتري، تنشأ مسؤولية البائع العقدية نتيجة اخلاله بالعقد[٢٨]. وتبعا لذلك يكون للمشتري المطالبة بالتعويض الذي لا يقل عن الفرق بين قيمة العقار وقت التعهد وقيمته وقت النكول[٢٩].

فاذا كان نكول المتعهد بسبب قيامه ببيع العقار الى شخص آخر بثمن اعلى من الثمن الأول، فان مقدار الزيادة في الثمن التي تضمنها العقد الثاني قد تمثل الفرق بين القيمتين المذكورتين، وعندئذ فان التعويض قد يشمل هذا الزيادة حتى إذا جاوزت خسارة المشتري، وقد اعتبر جانب من الفقه العراقي ذلك خروجا على القواعد العامة في التعويض المنصوص عليها في المادتين (١٧٠،١٦٩) من القانون المدني[٣٠].

المطلب الثاني: طبيعة الخسارة التي تدخل في معنى الضرر

نتناول في هذا المطلب طبيعة الخسارة التي يمكن للدائن ان يطلب التعويض عنها في القانون الانكليزي، وهل تختص بالخسارة المادية أم تشمل المعنوية ايضاً، ثم نحدد أثر الاخلال في المركز الشامل للدائن. ولذا، نقسم الكلام على فرعين.

الفرع الأول: اقتصار التعويض على الخسارة المادية

يشمل الضرر أية خسارة مادية تلحق المدعي سواء أصابت شخصه أم ماله، كما تشمل أية خسارة تصيب مركزه الاقتصادي. ومثال الخسارة التي تلحق المال اتلاف الاشياء أو تخريبها، أما الخسارة التي تصيب المركز الاقتصادي فهي خسارة المتعاقد ما كان يأمل الحصول عليه من تنفيذ العقد بالصورة الصحيحة. فاذا تخلف البائع عن تسليم البضائع او تأخر في التسليم فان خسارة المشتري تتمثل في كونه لم يحصل على هذه البضائع نهائياً، أو لم يحصل عليها في الوقت المحدد[٣١].

أما الضرر المعنوي الذي ينشأ عن الاخلال بالعقد فلا يميل القضاء الانكليزي الى منح التعويض عنه، فعلى الرغم من ان الدائن قد يعاني من ألم معنوي بسبب اخلال شريكه في العملية التعاقدية كالإساءة الى سمعته أو إيذاء مشاعره أو إنسانيته، ولكنه مع

ذلك لا يمنح تعويضاً نقدياً عن هذا الضرر. وهذا بخلاف الأضرار المعنوية الناشئة عن العمل غير المشروع، إذ لا ينكر الحق في طلب التعويض عنها[٣٢].

فالقاعدة في القانون الانكليزي ان التعويض لا يمنح الاّ عن الخسائر المالية التي تنتج عن الاخلال بالعقد[٣٣]. وتسويغ ذلك ان منح التعويض عن الضرر المعنوي يؤدي الى اقامة دعاوى غير لازمة والمطالبة بتعويضات مفرطة، ولذا فان انكار منح التعويض عن هذا الضرر سيقلل اللجوء الى اقامة هذه الدعاوى. ومن جانب آخر لا يوجد معيار محدد يمكن من خلاله تقدير قيمة الضرر المعنوي لكي يترجم الى تعويض نقدي[٣٤]. وجدير بالذكر ان المحاكم الاميركية تميل الى منح التعويض عن الضرر المعنوي، وقال أحد القضاة الانكليز مبدياً تحفظه على ذلك: "**انه غير متحمس الى ما تذهب اليه المحاكم الاميركية بمنح التعويض عن الضرر المعنوي في العقود التجارية**"[٣٥].

ويجدر بالذكر ان انكار منح التعويض عن الضرر المعنوي خاص بالعقود التجارية التي يهدف اطرافها تحصيل الربح، فاذا حصل اخلال بهذه العقود فلا يمكن للدائن ان يطالب بالتعويض عن الكرب والانزعاج الذي عاناه من ذلك. ولكن إذا كان محل العقد واردا على تقديم احدى وسائل الترفيه والمتعة او التخلص من الألم او الحصول على راحة الذهن، كالقيام بسفرة مع التعهد بقضاء وقت جيد great time، فيجوز للطرف الذي لم يحصل على هذه المتعة ان يطالب بالتعويض، وذلك لتخلف الأداء المقصود من التعاقد أصلاً[٣٦].

ولا يختلف الحكم في القانون المدني العراقي، عن سابقه في القانون الانكليزي، اذ ان التعويض في نطاق المسؤولية العقدية يقتصر على الضرر المادي من دون الضرر المعنوي، وهذا ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي، والتي لم تذكر الضرر المعنوي من بين عناصر التعويض. وهناك من ينتقد هذا النص، بحجة ان الاتجاه الحديث للفقه والقضاء والتشريعات يذهب الى جواز الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية، وهو يدعو في النهاية الى أن يعدل المشرع العراقي موقفه في المادة (١٦٩) لتشمل التعويض عن الضرر المعنوي الى جانب الضرر المادي، او ينص على التعويض عن الضرر المعنوي ضمن اثار الالتزام[٣٧].

وإذا كان انكار منح التعويض عن الضرر المعنوي وفقا للقانون الانكليزي خاص بالعقود التجارية التي يهدف اطرافها تحصيل الربح، الا ان القانون العراقي أجاز منحه في حالة اخلال الناقل بعقد النقل، وهو عقد تجاري. فقد نصت المادة (٢٤) من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ على جواز "اقامة دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل في حالة وفاة الراكب، سواء وقعت الوفاة أثر الحادث مباشرة او بعد فترة زمنية من وقوعه من قبل ...ثانيا: الزوج والاقارب الى الدرجة الثانية الذين اصيبوا بآلام حقيقية وعميقة من الضرر الادبي). وقد يفسر هذا الحكم بأنه استثناء من القاعدة العامة، أو ان اخلال الناقل بالتزامه بضمان سلامة الراكب يجعل خطأه تقصيرياً او شبيها بالخطأ التقصيري.

الفرع الثاني: أثر الاخلال في المركز الشامل الدائن

عند تحديد مقدار الضرر المادي يجب ان يؤخذ في الحساب مركز الدائن بصورة شاملة، وذلك من خلال الاعتداد بأية منافع أو مزايا كان سيحصل عليها من العقد لولا الاخلال،

وكذلك تحلله من التزاماته بموجب هذا العقد. فاذا تخلف البائع عن تسليم المبيع ولم يكن المشتري قد دفع الثمن مقدماً، فان الأخير يتحلل من التزامه بالدفع ولن يكون له عندئذ المطالبة برد الثمن لأنه لم يدفعه أصلاً، ولكنه يستحق تعويضا يتمثل بالفرق بين قيمة المبيع الفعلية وثمنه المحدد في العقد. ويترتب على ذلك ان المشتري إذا كان قد تعهد بان يدفع للبائع قيمة المبيع دون تحديد الثمن بمبلغ معين، فانه لا يخسر شيئاً في هذه الحالة[٣٨].

وقد يدعي الطرف المخل ان المركز الفعلي للمدعي لم يتضرر بسبب الاخلال بالعقد، وانه لم يخسر شيئاً، فيكون عبء الاثبات في هذه الحالة على الطرف المخل، إذ عليه اثبات ان الطرف الآخر لم يتعرض لخسارة ما، وان مركزه ما كان ليتغير سواء أحصل اخلال بالعقد أم لم يحصل[٣٩]. وهناك قاعدة في القانون العراقي تخالف هذا الحكم، وهي خاصة بالتأخير في الوفاء بالدين النقدي، إذ يفترض القانون ان الدائن يلحقه ضرر نتيجة هذا التأخير فلا يكلف بإثباته[٤٠]، وتبعا لذلك لا يجوز للمدين ان يثبت ان الدائن لم يلحق به ضرر ليتخلص من المسؤولية[٤١].

ويؤخذ المركز الشامل للطرف المتضرر في الحساب ايضاً عند تحديد أساس تقدير التعويض، فالمحكمة لا تلزم الطرف المخل بشيء يجعل مركز المدعي أفضل مما سيكون عليه فيما لو تم تنفيذ العقد. ففي قضية Phillips v. Ward سنة ١٩٥٦ أراد شخص شراء منزل وكلف أحد المساحين بمعاينته والكشف عليه فأوصاه المساح بشراءه غير ملتفت الى تلف أخشاب أرضية المنزل. طالب المشتري بإلزام المساح بدفع كلفة اصلاح الأخشاب التالفة، ولكن المحكمة لم تجبه الى ذلك لأن اصلاح هذه الأخشاب يعني ايجاد أرضية جديدة للمنزل وبأخشاب جديدة، وهذا سيجعل المدعي في مركز أفضل مما سيكون عليه فيما لو كانت الأخشاب سليمة ولكنها قديمة. وبناءً على ذلك حكم للمشتري بالفرق بين الثمن الذي دفعه في المنزل وقيمة المنزل الفعلية وقت الشراء، وبعبارة أخرى الفرق بين ما دفعه فعلاً وما كان سيدفعه فيما لو قام المساح بعمله ونبّه المشتري على عيوب الأخشاب[٤٢].

وقد حصل التساؤل بشأن الاستعمال المقصود من الشيء محل العقد، وما إذا كان ذا صلة في تقدير التعويض أيضاً، فاذا ثبت ان الدائن لن يستعمل الشيء محل العقد حتى إذا حصل عليه في الموعد المحدد، أو انه لن يحصل على أية ارباح من استعماله، فهل يقال في هذه الحالة انه لم يتعرض لأية خسارة؟

يجيب الرأي الراجح بالسلب، ففي احدى القضايا كانت الحكومة الأسبانية قد اشترت سفناً حربية، ولكن البائع تأخر في تسليمها فطالبته الحكومة الأسبانية بالتعويض الاتفاقي المنصوص عليه في العقد بسبب اخلاله بالالتزام بالتسليم في الموعد المحدد، فدفع البائع بأن الحكومة الأسبانية إذا كانت قد تسلمت السفن في الموعد المحدد لأشركتها في أسطول تعرض للدمار في معركة بحرية، ولذا فان عدم تسليمها في ذلك الوقت أدى الى حفظها من الدمار، فرفضت المحكمة هذا الدفع وحكمت بالتعويض. ولكن، إذا كان ذلك لا يقبل كدفع لدعوى التعويض إلاّ انه قد يؤثر في مقداره، كما لو

تسلم المشتري البضائع في وقت متأخر ولكنه تمكن من بيعها كلها كما كان مخططا له، وكما لو تمكن مستأجر عقار أخل بالتزامه برده الى الحالة التي كان عليها ان يثبت ان المؤجر سيهدم العقار في كل الأحوال[٤٣].

وإذا كان الأصل ان الخسارة التي توجب التعويض هي التي تؤثر في المركز الشامل للدائن، فان المقصود من هذا التأثير هو التأثير الفعّال في هذا المركز، وهو لا يكون فعّالاً إذا لم يمكن عدّ ما تعرض اليه الدائن بسبب الاخلال خسارة بأي معنى. والسبب في ذلك ان التعويض يمنح لجبر ضرر حاصل وليس لمنح أحد الطرفين منفعة تفضلية على حساب الطرف الآخر. ومثال ذلك تخلف البائع عن تسليم المبيع في وقت كانت فيه السوق منخفضة جداً، ففي هذه الحالة يمكن للمشتري ان يحصل على شيء آخر بثمن يقل عن ثمن العقد، وعندئذ لا يسبب له الاخلال أية خسارة بل قد يوفر له جزء من الثمن فلا يكون له الحق في تعويض جوهري. ومثال آخر إذا تخلف مستأجر سفينة عن تحميلها في الموعد المحدد ولكن صاحبها تمكن من تأجيرها بفرق كبير عن الأجرة الأولى، وكذلك إذا قام البائع بتسليم بضاعة تختلف عن تلك المحددة في العقد ولكنها لا تقل عنها قيمة في الواقع[٤٤].

اما في القانون العراقي، فالحكم فيه عند تحديد مقدار الضرر المادي يجب ان يؤخذ في الحساب ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب[٤٥]، وهذان هما العنصران الذي يتكون منهما التعويض التي يتعين على المحكمة ان تأخذهما بعين الاعتبار عند الحكم بالتعويض. بحيث يتعلق العنصر الاول بالماضي، وهو يمكن الدائن في أن يحصل على تعويض عن الالتزام الذي كان يجب على المدين ان ينفذه ولكنه لم يفعل او انه تأخر في تنفيذه، ويتعلق العنصر الثاني بالمستقبل، حيث يشمل الكسب الذي كان للدائن الحق في ان يتوقعه فيما لو نفذ المدين التزامه، كما لو ان الدائن قد باع البضاعة بثمن يتجاوز ثمن شرائها، فكان بذلك يستحق ربحا ضاع عليه هذا الربح بسبب عدم تسليم البضاعة، ولكن هذا المبدأ في التعويض يرافقه مبدأ آخر يخفف من حدته يتمثل بسلطة المحكمة في تقدير قيمة الضرر، فالتعويض، كما مرّ بنا، يجب ان يكون معادلا لمقدار الضرر، بحيث يجب الا يترتب على تقديره بحسب الأصل ربح يحصل عليه الدائن ولا خسارة تلحق به[٤٦].

وقد سارت الاحكام القضائية على هذا المنوال، فقد قررت محكمة التمييز ان المميز عليه "يستحق التعويض، غير ان التعويض الذي يستحقه يقتصر على رد ما كان قد دفعه الى الوقف من تأمينات وبدل ايجار وما صرفه على تصديق العقد من رسوم وطوابع فقط"[٤٧].

في حين اهتمت احكام قضائية أخرى بضرورة تحقيق الموازنة بين مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن ومقدار الضرر الذي لحق به، مستندة الى المبنى العام الذي أشرنا اليه وهو ان التعويض يجب ان يكون معادلا لمقدار وحجم الضرر، حيث جاء فيه بأنه "عند تقدير التعويض للعامل عند فسخ العقد من طرف واحد يجب تحديد مدى الضرر الذي أصاب العامل، فإذا كان العامل قد بقي عاطلا فمدى الضرر يختلف عما إذا كان قد اشتغل لدى جهة أخرى خلال مدة العقد"[٤٨]. واعطت احكام اخرى الحق لمحكمة الموضوع في ان تكون عقيدتها في تقدير التعويض بما لها من سلطة تقديرية، وهذا ما انتهت اليه

محكمة التمييز بقولها على أنه "قيمة الاضرار مسألة واقع تستقل محكمة الموضوع فيها بما لها من سلطة تقديرية"(٤٩).

المبحث الثاني: صور الضرر الذي يجبره التعويض وجزاءاته

يتمثل هدف تعويض الضرر الناشئ عن الاخلال بالعقد في القانون الانكليزي بأحد أمرين: إما وضع الدائن في المركز الذي يشغله على فرض تنفيذ العقد بالصورة الصحيحة في موعده المحدد، أو وضعه في المركز الذي يشغله على فرض عدم ابرام العقد أصلاً. والهدف الأول ينظر الى المستقبل المتوقع للعقد، ويقال ان التعويض في هذه الحالة يكون عن "خسارة التوقع Expectation loss"، أما الهدف الثاني فينظر الى الماضي، أي لحظة ابرام العقد ويقال ان التعويض في هذه الحالة يكون عن "خسارة الارتكان Reliance loss".(٥٠) والاصل ان الدائن يكون حراً في اختيار الجزاء المناسب من بين هذين الجزائين. ولبيان ذلك نقسم هذا المبحث على مطلبين: الأول في جزاءات تعويض الضرر، والثاني في مدى حرية الدائن في اختيار الجزاء المناسب.

المطلب الأول: جزاءات تعويض الضرر

ذكرنا سابقا ان الهدف من التعويض قد يكون أحد أمرين: التعويض عن خسارة التوقعات، أو التعويض عن خسارة الارتكان. ولتفصيل أحكامهما نقسم هذا المطلب على فرعين.

الفرع الأول: التعويض عن خسارة التوقعات

يمنح هذا التعويض عن خسارة التوقعات الناشئة عن العقد والتي ضيعها الاخلال الحاصل من أحد الطرفين. فهدف التعويض عن الاخلال بالعقد في هذه الحالة هو وضع الدائن في المركز الذي قد يشغله إذا ما تم تنفيذ العقد وذلك بقدر ما يمكن للنقود ان تفعل ذلك. وبعبارة أخرى فان الدائن يكون له الحق في جبر ضرره الناشئ عن ضياع العقد عليه، وبهذا تحمى توقعاته التي خلقها هذا العقد ونشأت عنه، أي ان خسارة هذه التوقعات تعوض بمبلغ من النقود فيوضع الدائن في مركز الحاصل عليها بأقرب ما يمكن من خلال منحه مبلغاً من النقود(٥١). وهذا المنهج في التعويض يدعم الفكرة السائدة في احكام العقود، والتي تقضي بضرورة الابقاء على الاتفاقات وتصحيحها بقدر الامكان(٥٢).

والمسألة الحاسمة في ذلك هي تحديد ما تم التعاقد عليه، أي تحديد النطاق الدقيق للالتزام الذي أخلّ به أحد الطرفين. وهناك سابقة قضائية مهمة تبين هذه المسألة بوضوح هي قضية SAAMCO في سنة ١٩٧٧، والتي تتلخص وقائعها في ان شخصا اقترض نقودا وقدم أموالاً لرهنها ضمانا للوفاء بالقرض، فتعاقد المقرض مع شركة متخصصة لتقدير الأموال المرهونة وتحديد قيمتها للنظر في مدى كفايتها لضمان مبلغ القرض. ولكن الشركة أخطأت في التقدير فأعطت مبلغا أكبر من القيمة الحقيقية للأموال. وعند حلول أجل الوفاء بالقرض تخلف المقترض عن الوفاء به فأراد المقرض التنفيذ على الأموال المرهونة فاكتشف ان قيمتها لا تكفي للوفاء بالقرض، وذلك لأن الشركة أخطأت في التقدير فضلا عن انخفاض قيمتها السوقية وقت الوفاء.

وعند مطالبة المقرض بإلزام الشركة بالتعويض قرر مجلس اللوردات ان الأخيرة مسؤولة عن الخسارة التي لحقت المدعي بمقدار الزيادة التي تضمنها التقدير في قيمة الأموال المرهونة، أما ما ترتب على انخفاض القيمة السوقية لهذه الأموال فلا مسؤولية عنه. فاذا كانت قيمة المبلغ المقترض مثلا ٨ ملايين باوند، وكانت القيمة المقدرة للأموال المرهونة ١٠ ملايين باوند بحسب تقدير الشركة في حين لم تساو فعلاً إلاّ ٦ ملايين باوند، ثم نزلت قيمتها بسبب هبوط السوق الى ٢ مليون باوند فقط، فان مسؤولية الشركة تتحدد بمبلغ ٤ مليون باوند فقط، وهو مقدار الفرق في قيمة الأموال، وليس بمبلغ ٦ مليون باوند مقدار الخسارة الفعلية(٥٣).

وقد أسّس الحكم في هذه القضية على مبدأ عام يقضي بأن الطرف المخل لا يسأل إلاّ عن النتائج التي تعزى الى خطأه، وتعريف الخطأ في المسؤولية العقدية يتوقف بالضرورة على الطريقة التي تحدد بموجبها الالتزام العقدي، فالتزام الشركة في القضية أعلاه هو مجرد التزام بتزويد المقرض بمعلومات، وهي معلومات تتعلق بقيمة الأموال المقدمة كرهن للقرض، وبناءً على هذه المعلومات يقرر المقرض قبول اعطاء القرض من عدمه، وعندئذ فان الطرف المكلف بالتقدير لا يسأل إلاّ عما ينتج عن تخلفه عن اتخاذ العناية اللازمة في تقديم معلومات صحيحة(٥٤).

ويترتب على ذلك برأي بعضهم ان الالتزام باتخاذ العناية اللازمة في تقديم معلومات صحيحة يختلف عن الالتزام بتقديم نصيحة advice، فالطرف الذي يتخلف عن اتخاذ العناية اللازمة بإعطاء النصيحة قد يكون مسؤولاً عن جميع الخسائر المتوقعة التي تحصل بسبب عمل الطرف الآخر بناءً على النصيحة الخاطئة، وقد يمتد ذلك ليشمل الخسارة الناتجة عن هبوط القيمة السوقية للأموال(٥٥).

وهناك من ينتقد التمييز بين "المعلومات" و "النصيحة" قائلاً ان هذا التمييز صعب التحقق لسببين: الأول، غموض معنى كلمة "نصيحة advice" فقد يراد بها "النصيحة لـ ...advice to"، وقد تعني "النصيحة بـ ...advice that". وهي بالاستعمال الثاني يكون معناها الأولي "تقديم معلومات"، بينما تعني بالاستعمال الأول "التوصية باتخاذ تصرف او إجراء معين". والالتزام المعروف بتقديم "نصيحة قانونية" ليس أكثر من التزام بتقديم معلومات كالتي تتعلق بوجود قيود على الأرض المراد شراؤها. وتقديم هذه المعلومات لا يتضمن أية توصية بشأن التدبير التجاري للدخول في صفقة معينة كالقرض بناءً على ضمان عقار أو شراء عقار معين. أما السبب الثاني فيكمن في ان الشخص الذي يتعهد صراحة بتقديم معلومات قد يقدم نصيحة بصورة ضمنية، ومثال ذلك ان يقول شخص لآخر: "ان عوارض هذا الجسر سليمة"، فهذه العبارة قد تعني في سياقها "ان بإمكانك العبور على الجسر بأمان"، فتعد نصيحة عندئذ فضلا عن كونها معلومة(٥٦).

ويدعم ذلك ما جاء في قضية Aneco Reinsurance Underwriting Ltd v. Johnson & Higgins Ltd سنة 2001 إذ أراد شخص ان يبرم عقداً معيناً والتأمين بشأنه، فكلف سمساراً للتأكد من توافر تأمين على الخطر المحتمل في السوق فأخبره السمسار بوجود التأمين

رغم عدم وجوده واقعاً. فقررت المحكمة ان التزام السمسار كان التزاما بنصيحة، ولذا يعد مسؤولاً عن كامل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر بسبب دخوله الصفقة[٥٧].

وأخيراً، فان التمييز بين تقديم النصيحة وتقديم المعلومات لا يؤخذ به إلاّ في حالة خسارة توقع الحصول على الأداء محل الالتزام، أما صلاحية الشيء للغرض المقصود منه فلا يدخل في هذا التمييز. فمشتري المواد الأولية مثلاً يتوقع حصوله عليها فضلاً عن استعمالها بعد تسلمها في أغراضه الصناعية، فاذا تخلف البائع عن التسليم يكون حق المشتري في التعويض مبنياً على قيمة البضاعة التي كان يجب ان يتسلمها، فضلاً عن تعويضه عن خسارة الأرباح الناجمة عن عدم التسليم[٥٨].

والنتيجة ان التعويض يجب ان يقدر بالاستناد الى تحديد التزامات الطرف المخل، والذي لا يسأل عن عدم تنفيذ عمل لم يلتزم به بموجب العقد. فالعامل الذي يطرد بشكل تعسفي يمكنه الحصول على تعويض من رب العمل مقدراً بما كان سيحصل عليه من عمله طيلة المدة المحددة في عقد العمل، ولا يشمل هذا التعويض مقدار المكافآت التي يعتقد ان رب العمل كان سيمنحها له من مدة الى أخرى، وذلك إذا كان منحها يعتمد ممارسة رب العمل سلطته التقديرية في ذلك. وبعبارة اخرى، فان التعويض الذي يمنح للعامل لا يشمل المكافآت غير المعلنة حتى إذا كان منحها له محتملا الى درجة كبيرة في حال استمراره في العمل[٥٩].

ويمكن التوصل الى وجوب وضع الدائن في المركز الذي قد يشغله إذا ما تم تنفيذ العقد وفقا لأحكام القوانين المدنية، ولكن المنهجية قد تتضمن اختلافاً في هذا الشأن عما يذهب اليه القانون الانكليزي. فالتعويض الذي يحكم به للدائن يجب ان يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب[٦٠]. وهذا يؤدي الى اعادة مركز الدائن الى ما كان عليه قبل التعاقد. وقد قضي بأن الخبراء يجب عليهم "احتساب مستحقات المدعي عما أنفقه من مصروفات وما انجزه من اعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل مع بيان ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء فسخ العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في امر اخر فكان على المحكمة افهامهم بذلك"[٦١].

الفرع الثاني: التعويض عن خسارة الارتكان

إذا كان الأصل في التعويض انه يرمي الى وضع الدائن في المركز الذي يشغله على فرض تنفيذ العقد، وهو المنهج المعتاد في التعويض عن الاخلال بالعقد[٦٢]. إلاّ ان هناك مبدأ آخر هو وضع هذا الدائن في المركز الذي يشغله على فرض عدم ابرام العقد أصلاً. ويتم ذلك من خلال تعويضه عن المصروفات التي أنفقها بالارتكان الى العقد، فضلاً عن أية خسارة أخرى أصابته بسبب ارتكانه الى العقد[٦٣].

والمصروفات التي ينفقها المتعاقد بالارتكان الى العقد قد تكون واجبة عليه لتنفيذ الالتزام الذي في جانبه، ومثال ذلك ان يتفق طرفا عقد بيع على التزام البائع بتسليم المبيع في محل المشتري فيقوم البائع بذلك وينفق مصروفات في التحميل والنقل ولكن المشتري يرفض تسلم البضاعة، ففي هذه الحالة يكون للبائع الحق في تعويضه عما أنفقه من مصروفات لتسليم البضاعة الى المشتري وذلك بناءً على خسارة الارتكان[٦٤].

وقد ينفق الدائن مصروفات بالارتكان الى العقد دون ان يكون ملزما بذلك، وفي هذه الحالة أيضاً يمكن تعويضه عما أنفقه بناءً على خسارة الارتكان ويكون الأمر خاضعاً لسلطة المحكمة التقديرية. ففي قضية Mc Rae v. Commonwealth سنة ١٩٥١ تعاقد شخصان على بيع ناقلة جاثية في مكان معين في البحر، وعندما جهّز المشتري حملة لإنقاذ الناقلة لم يعثر عليها في هذا المكان فطالب بتعويضه عن جميع ما أنفقه في حملة الانقاذ للبحث عن الناقلة، فحكمت له المحكمة بذلك على الرغم من عدم التزامه بدفع هذا المبلغ بموجب العقد[١٥].

ويمكن ان تنفق المصروفات في وقت سابق لإبرام العقد ولكن بالارتكان اليه، وفي هذه الحالة أيضاً يجوز التعويض عنها بناءً على خسارة الارتكان. والقضية الرائدة في ذلك هي قضية Anglia TV. v. Reed سنة ١٩٧٢ إذ اتفق منتج تلفزيوني مع أحد الممثلين على أداء دور البطولة في مسرحية تلفزيونية، وقبل إمضاء العقد النهائي قام المنتج بصرف مبالغ في التحضير للمسرحية، ولكن الممثل Reed رفض امضاء العقد بعد ذلك فطالبه المنتج بالتعويض عما أنفقه بالارتكان الى العقد الذي كان يؤمل ابرامه، وحكمت المحكمة له بذلك[١٦].

وقد حاول بعضهم تسويغ هذا الحكم بعدة تسويغات منها ان المنتج قد أنفق المصروفات بعد شعوره بأن العقد قد أصبح أمراً واقعاً بحيث يسمح له بالإنفاق، أو ان المنتج قد امتنع عن البحث عن ممثل آخر ارتكاناً الى العقد المؤمل مع الممثل Reed، والذي برفضه امضاء العقد النهائي جعل من المتأخر جداً العثور على بديل له، أو ان المصروفات قد أدت الى خسارة لم يكن بالامكان تجنبها بعد حصول الاخلال[١٧].

ويختلف التعويض عن خسارة الارتكان عن جزاء آخر يسمى **الاسترداد Restitution**، والذي يتقرر بموجبه حق الدائن في استرداد ما دفعه للمدين تنفيذاً للعقد كالثمن. فجزاء الاسترداد يتقرر للدائن لمنع حصول اثراء في جانب المدين بلا سبب، أما تعويض خسارة الارتكان فيتقرر عن مصروفات ينفقها الدائن في سبيل تنفيذ العقد. وقد تدفع هذه المصروفات لأشخاص آخرين غير المدين كأجرة نقل المبيع الى محل اقامة المشتري والتي تدفع الى الناقل[١٨].

ولا يوجد مانع في القوانين المدنية من الحكم بالتعويض عن جميع المصروفات التي انفقها الدائن بالارتكان الى العقد، ما دامت تدخل في مفهوم الخسارة التي لحقت به، فعبارة التعويض عن ما لحق الدائن من خسارة وردت من خلال المادة (٢/١٦٩) مطلقة، وفي ضوء هذا الاطلاق نعتقد ان جميع المصروفات التي أنفقها الدائن يجب ان يعوض عنها، بشرط ان يكون التعويض متناسبا مع حجم الضرر، والامر متروك في كل ذلك لتقدير المحكمة، فاذا قدرت المحكمة ان الضرر لا يجبر ما لم يعوض الدائن عن المصروفات التي أنفقها في وقت سابق على ابرام العقد ولكن بالارتكان اليه، فلها ان تحكم بتعويض يغطي هذا الضرر. والامر لا يختلف بشأن باقي المصروفات، فالدائن الذي يقوم بإرسال اعلانات الى زبائنه يخبرهم بأن لديه بضاعة معينة، ثم بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه بتسليم البضاعة يعمل اعلانات اخرى تنفي ذلك، يجب تعويضه عن كل المصروفات التي

أنفقها بسبب اعتماده على هذا العقد والتي تسبب المدين بخطئه في ان يتحملها الدائن.

ويدعم رأينا ما قرره القضاء بشأن التعويض الذي يستحقه الدائن، إذ يشمل "ما كان قد دفعه الى المدين... من تأمينات وبدل ايجار وما صرفه على تصديق العقد من رسوم وطوابع"[٦٩].

المطلب الثاني: خيارات الدائن والعلاقة بين الدعاوى

نقسم هذا المطلب على فرعين: نتكلم في الأول منهما على المبدأ في القانون الانكليزي وهو حرية الدائن في اختيار الجزاء المناسب والاستثناءات التي ترد عليه. أما الفرع الثاني فنخصصه بمدى امكان جمع الدائن بين أكثر من دعوى للمطالبة بالتعويض.

الفرع الأول: حرية الدائن في اختيار الجزاء المناسب

الأصل في القانون الانكليزي ان الدائن يكون حراً في اختيار الدعوى التي يقيمها، فيجوز له مثلاً ان يقيم الدعوى مطالباً بالتعويض عن خسارة التوقع بهدف وضعه في المركز الذي يشغله فيما لو تم تنفيذ العقد بالصورة الصحيحة، كما يستطيع المطالبة بتعويضه عن خسارة الارتكان، او باسترداد ما دفعه فقط. أما الطرف المخل، أي المدين، فليس له الخيار في ذلك ولا يمكنه اجبار الدائن على السير في دعوى معينة وترك الدعاوى الأخرى.

فاذا كان البائع مثلا قد تسلم الثمن مقدماً ولكنه لم يسلم المبيع الى المشتري، فان المشتري يجوز له في هذه الحالة ان يختار بين جزاء الاسترداد، أي ان يطلب إلزام البائع برد الثمن الذي تسلمه مقدماً فضلا عما أنفقه بالارتكان الى العقد، كما تمكنه المطالبة بتعويضه عن خسارة التوقع، أي بقيمة المبيع في الوقت المحدد للتسليم. وعندئذ يدرس المشتري الخيار الأفضل بالنسبة اليه، فاذا كانت قيمة المبيع في وقت التسليم مرتفعة فانه يطالب بلا شك بهذه القيمة، أما إذا كانت قيمته منخفضة فسوف يطالب باسترداد نقوده فقط[٧٠].

وإذا فرضنا في هذه الحالة ان البائع له الحق في اجبار المشتري على اتخاذ طريق معين فسوف يتمكن من حرمان الأخير من الفرق في القيمة من خلال اجباره على سلوك دعوى الاسترداد في حالة ارتفاع القيمة وقت التسليم، او حرمانه من بعض نقوده إذا أجبره على سلوك دعوى خسارة التوقع في حالة انخفاض القيمة وقت التسليم[٧١].

ولكن هناك قيود ترد على حرية الدائن في اختيار الدعوى تتمثل في: ثبوت كون الصفقة خاسرة، وحالة عدم امكان تقدير الخسارة المتوقعة، وهذا ما نتناوله في الفقرتين أدناه.

أولاً- الصفقة الخاسرة: اذا كانت الخسارة ستلحق بالدائن حتى اذا تم تنفيذ العقد بصورة صحيحة فانه لا يستحق تعويضاً كاملاً بل تعويضا اسميا فقط، وسوف يحرم أيضاً من المطالبة بما أنفقه بالارتكان الى العقد[٧٢]. والسبب في ذلك ان الدائن إذا منح تعويضاً كاملاً في هذه الحالة فانه سيوضع في مركز أفضل من مركزه الذي يشغله فيما لو تم تنفيذ العقد. ففي قضية C and P Haulage v. Middleton في سنة ١٩٨٣ كان المدعي قد حصل على حق استعمال مبان في مدينة Wolford لمدة ستة أشهر مع امكان تجديد

العقد، وقد صرف نقوداً على إنشاء تأسيسات وتجهيزات في المباني مع علمه بأن العقد ينص على ان هذه التأسيسات والتجهيزات لا يجوز رفعها عندما تنتهي مدة الاستعمال. وبعد ذلك أخلّ صاحب المباني بالعقد فطالبه المدعي بالتعويض عما أنفقه بالارتكان الى العقد، ولكن المحكمة ردّت دعواه وحكمت له بتعويض اسمي فقط، وذلك لأن ما أنفقه في اقامة التأسيسات والتجهيزات سيضيع عليه حتى لو تم تنفيذ العقد بحسب الاتفاق لأن العقد ينص على عدم جواز رفعها[٧٣].

والقاعدة نفسها تنطبق في الحالات الأخرى، ففي قضية الممثل Reed التي مرّت بنا سابقاً، إذا تمكن هذا الممثل من اثبات ان المنتج التلفزيوني ما كان ليحصل على اي ربح من المسرحية في جميع الأحوال، فان المنتج لا يمكنه ان يطالب باسترداد النقود التي أنفقها بالارتكان الى العقد[٧٤].

ثانياً- عدم امكان تقدير الخسارة المتوقعة: اذا أخل أحد المتعاقدين بالعقد وطالب الطرف الآخر بالتعويض، ولكنه لم يتمكن من تقدير ما كان سيحصل عليه من كسب من العقد فيما لو تم تنفيذه بصورة صحيحة، فان دعواه بتعويض خسارة التوقع لا تسمع ولا يكون أمامه الاّ المطالبة بتعويضه عن خسارة الارتكان[٧٥]. هذه هي القاعدة ولكن المحاكم الانكليزية نادراً ما تعمل بهذا القيد بل تمنح التعويض عن خسارة التوقع حتى إذا كان تقديرها صعبا نوعا ما.

ومن الدعاوى التي طبق فيها هذا القيد قضية Mc Pae v. Commonwealth سنة ١٩٥١ والتي مرّت بنا سابقاً، إذ رسى على المدعى عليه عطاء لصفقة انقاذ ناقلة نفط والتي أخبر انها حطام في شعب مرجاني يبعد ١٠٠ ميل شمالي Samarai وأعطي خريطة دقيقة للدلالة على موقع الناقلة، ولكن ارساليته فشلت في العثور عليها فطالب بالربح الذي توقعه من القيام بانقاذ السفينة، فرفضت المحكمة ذلك مستندة الى استحالة حساب قيمة الناقلة لأنها غير موجودة، ومع ذلك فقد حُكم للمدعي بالمصروفات التي أنفقها على رحلة الانقاذ، اي خسارة الارتكان[٧٦].

ومثال آخر أيضاً قضية Sapwell v. Bass سنة ١٩١٠ والتي كان المدعي فيها مربياً لخيول السباق وقد تعاقد مع صاحب حصان ذكر للقيام بتلقيح خيوله مقابل مبلغ ٣١٥ باوند، ولكن صاحب الحصان باعه لشخص ثالث في جنوب اميركا جاعلاً بذلك تنفيذ العقد مستحيلاً، فطالبه المدعي بالتعويض عن خسارة الأحصنة الصغيرة (الفلو) التي كانت ستولد وتصبح ذات قيمة مربحة. قررت المحكمة ان هذه الخسارة بعيدة جداً ولا يمكن تقديرها، وحكمت بتعويض اسمي فقط[٧٧].

ويلاحظ ان القوانين المدنية تعطي الدائن حقاً أكثر سعة مما يقرره القانون الانكليزي، فالخسارة اللاحقة والكسب الفائت هما عنصرا التعويض الأساسيان، ولا يمكن ان ينفك أحدهما عن الآخر لأنهما يكونا معاً التعويض الاجمالي. وعندئذ، فان الدائن لا يقف حائراً بين اختيار أحد العنصرين دون الآخر، بل هما مقرران له دفعة واحدة.

الفرع الثاني: مدى امكان الجمع بين أكثر من جزاء

الراجح في القضاء والفقه الانكليزيين ان الجمع بين أكثر من دعوى للمطالبة بالتعويض عن الاخلال بالعقد غير جائز، فلا يمكن توحيد انواع متعددة من الدعاوى كالمطالبة بتعويض خسارة التوقع وتعويض خسارة الارتكان في دعوى واحدة لأن هذا الجمع يخالف المنطق، فالتعويض الذي يرمي الى وضع الدائن في المركز الذي يشغله إذا تم تنفيذ العقد لا يمكن ان يضم الى التعويض الذي يرمي الى وضع الطرفين في المركز الذي يشغلانه فيما لو لم يبرم العقد أصلاً[٧٨].

ويذهب بعضهم الى ان توحيد انواع مختلفة ليس فيه ما يتعارض مع مقتضيات المنطق، بل الاعتراض الوحيد على هذا الجمع هو الخوف من اقتضاء الدائن تعويضاً مضاعفاً عن خسارة واحدة، فاذا اثبت ان الجمع بين أكثر من نوع لا يترتب عليه تعويض مفرط ولا يتضمن تعارضاً بين أسس التعويض فبالإمكان قبوله[٧٩]. فاذا دفع المشتري ثمن المبيع مقدماً على سبيل المثال ولكن البائع تخلف عن التسليم فان المشتري لا يمكنه المطالبة باسترداد الثمن الذي دفعه كاملاً زائدا تمام قيمة المبيع مقدرة في الوقت المحدد للتسليم، أي خسارة الصفقة، "فالتعويض التام والاسترداد الكامل لا يمنحان كلاهما عن ذات الاخلال بالعقد"[٨٠].

وكذلك الحال في الجمع بين دعوى التعويض عن خسارة الارتكان وخسارة الصفقة، فهاتان الدعويان لا يمكن جمعهما لأن ذلك سيؤدي الى الحكم بتعويض مضاعف[٨١]. فاذا افترضنا ان المدعي في قضية Mc Rae المشار اليها سابقاً تمكن من اثبات قيمة الناقلة المفترضة، ففي هذه الحالة لا يكون له الحق في أخذ هذه القيمة زائدا المبلغ الذي حكم له به وهو ٣٢٨٥ باوند، والسبب في ذلك ان المبلغ الأخير كان سيصرف حتماً في سبيل الحصول على الناقلة، والحكم بالمبلغين معاً يعني اعطاء المدعي قيمة الناقلة مجاناً دون ان يصرف شيئاً للحصول عليها، وهذا أمر غير مقبول[٨٢].

وهناك عدد من السوابق القضائية تبين هذه القاعدة منها قضية Cullinane v. British سنة ١٩٥٤ والتي تتلخص وقائعها في ان شخصا باع ماكنة لسحق الصلصال (الطين)، وضمن صلاحيتها لمعالجة ستة أطنان من الطين في الساعة الواحدة. ولما ظهر خلاف ذلك طالب المشتري بالتعويض عن الاخلال بهذا الضمان تحت عنوانين: الأول، كلفة رأس مال الماكنة وتنصيبها، والثاني، خسارة الأرباح. فحكم بعدم امكانه الحصول على التعويض بناءً على العنوانين معاً، وذلك لأن الأرباح التي يطالب بها المشتري ما كانت لتنتج من غير دفعه رأس المال لغرض شراء الماكنة، وعندئذ فان الحكم له برأس المال زائداً الأرباح المتوقعة يعني تعويضه مرتين عن الخسارة نفسها[٨٣].

وفي قضية George Mitchell v. Fenney سنة ١٩٨٣ اشترى أحد المزارعين حبوباً ليزرعها في أرضه فتبين انها معيبة مما أدى الى فشل المحصول، فأقام الدعوى مطالباً بإلزام تاجر الحبوب بالتعويض، فحكم بأن المزارع يستحق تعويضاً عن جميع التكاليف التي أنفقها في حراثة الأرض زائداً الربح الذي كان يتوقع الحصول عليه من المحصول على فرض تجهيزه بحبوب غير معيبة. وقد يعني هذا للوهلة الأولى ان المزارع سيحصل على تعويض

مضاعف، ولكن الحقيقة ان المقصود بالربح الذي حكم به للمزارع هو عائدات المحصول الناجح ناقصاً كلفة حراثة الأرض. وذلك لأن هذه الكلفة كانت ستنفق من قبل المزارع حتى إذا تم تجهيزه بحبوب غير معيبة، وعندئذ فان عدم أخذها في حساب الربح يؤدي الى منحه تعويضاً يجاوز الخسارة التي لحقت به[٨٤].

والحقيقة ان اقتضاء الدائن تعويضا مضاعفا غير جائز في جميع الأنظمة القانونية من حيث الأصل، وهو ما تذهب اليه المحاكم في قراراتها توخياً للعدالة. فقد قررت محكمة التمييز العراقية "ان الآلات والسيارات معدة لإنجاز الاعمال المتعلقة بالعقد ولا يستوفي المقاول اجرا مستقلا عنها وخدماتها تدخل ضمن الارباح التي يتوقعها المدعي من العمل فلا يحق له المطالبة بالضرر الناتج عن توقفها"[٨٥]. حيث اعتبرت المحكمة ان عمل المعدات يدخل ضمن العمل والجهد الذي يقوم به المقاول، ومن ثم فان تعويضه عن توقفها عن العمل سيجعله يحصل على تعويض مضاعف.

الخاتمة

اولا: الاستنتاجات:

١-ان تعويض الضرر الناشئ عن الاخلال بالعقد يعد من أهم مظاهر حفظ الحقوق، ولكي يحفظ الحق يجب ان يكون التعويض عادلاً بقدر الامكان، وهذه العدالة تتطلب اتباع آليات دقيقة ومنضبطة عند تشخيص الضرر الذي يجبره التعويض. وقد وجدنا في هذا البحث ان القضاء الانكليزي قد وضع آليات دقيقة لهذا الغرض، والتي جاءت نتيجة لاهتمام هذا القضاء بالوقائع والظروف التي تحيط بكل قضية ثم الرجوع اليها في القضايا اللاحقة، وذلك بسبب اعطاء القانون الانكليزي قيمة خاصة للسوابق القضائية. أما في العراق فان الاهتمام بالسوابق القضائية لم يصل الى حد الرجوع اليها وعدّها مصدرا للقانون، ولذا فقد ضاعت اجتهادات المحاكم في العديد من القضايا بشأن آليات تشخيص الضرر وتقدير التعويض وغيرها.

٢-وجدنا من خلال البحث ان القاعدة العامة في القانون الانكليزي والقانون المدني العراقي، ان التعويض لا يمنح الاّ عن الخسائر المادية التي تنتج عن الاخلال بالعقد. أما الاضرار المعنوية التي تنشأ عن الاخلال بالعقد فلا يميل القضاء الانكليزي الى منح التعويض عنها، وخاصة إذا تعلق الامر بالعقود التجارية التي يهدف اطرافها تحصيل الربح. اما القانون العراقي، فقد وجدنا المشرع فيه اجاز التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق القانون التجاري بشأن عقد النقل بوصفه استثناء من الاصل.

٣-تبين لنا من خلال البحث ان الهدف من تعويض الضرر في القانون الانكليزي، هو اما وضع الدائن في المركز الذي يشغله على فرض تنفيذ العقد بالصورة الصحيحة في موعده المحدد، ويقال ان التعويض في هذه الحالة يكون عن خسارة التوقع، او وضعه في المركز الذي يشغله على فرض عدم ابرام العقد أصلاً، ويقال ان التعويض في هذه الحالة يكون عن خسارة الارتكان. بينما في القانون العراقي فوضع الدائن في المركز الذي قد يشغله إذا ما تم تنفيذ العقد. يمكن ان نصل اليه من خلال ما وضعه المشرع العراقي من

وسائل، والمتمثلة بمطالبة الدائن مدينه بتنفيذ التزامه عينا. فإذا حصل التنفيذ، كان هذا وفاء من المدين بالتزامه وليس تعويضا، أما إذا تخلف المدين عن التنفيذ يصار الى الحكم عليه بالتعويض. وعندها لا يتغير مركز الدائن، فالقاعدة في التعويض هي وضع الدائن في الموضع الذي كان سيشغله فيما لو تم تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا في وقته المحدد.

٤-الاصل في القانون الانكليزي ان الدائن يمنح قدرا من الحرية في اختيار الدعوى التي يقيمها، فيحق له ان يقيم الدعوى مطالباً بالتعويض عن خسارة التوقع، كما يستطيع المطالبة بتعويضه عن خسارة الارتكان، او باسترداد ما دفعه فقط. أما الطرف المخل، أي المدين، فليس له الخيار في ذلك ولا يمكنه اجبار الدائن على السير في دعوى معينة وترك الدعاوى الأخرى. بينما القاعدة في القانون العراقي انه عندما يتخلف المدين عن تنفيذ التزامه التعاقدي، فيكون الدائن بعد اعذار مدينه، بالخيار بين طلب تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا أو بمقابل، وبين طلب فسخ العقد مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى. كما ان الدائن غير ملزم بالبقاء على خياره، فله ان يعدل عن طلب التنفيذ الى طلب الفسخ أو العكس ما دام لم يصدر من المحكمة حكم نهائي.

ثانيا: المقترحات:

١-في ضوء ما تقدم يجب الافادة من المنهجية التي رسمها القانون الانكليزي ودراستها تفصيلاً من عدة محاور، ولا يمكن القول ان ذلك من شأنه ان يخل بحقيقة انتماء القانون العراقي الى النظام اللاتيني الذي يختلف عن النظام الانكلواميركي، وحجة ذلك واضحة اذ ان القوانين وان كانت مختلفة في أصولها إلاّ ان الوقائع لا تختلف، فكما نتصور شخصاً يخل بالتزامه في العراق نتصور ذلك أيضاً في أي مكان آخر. ودراسة الواقع من صلاحية المحكمة على كل حال، إذ يكون بإمكان القاضي ان يرجع الى كل ما ينفعه بهدف الوصول الى حكم عادل يقرر تعويضاً عادلاً.

٢-ندعو القضاء العراقي الموقر الى اتباع المسلك الذي انتهى إليه القضاء في القانون الانكليزي، ولاسيما من ناحية الاهتمام بالوقائع والظروف التي تحيط بكل قضية ثم الرجوع اليها في القضايا اللاحقة، حتى لا تضيع اجتهادات المحاكم في العديد من القضايا بشأن آليات تشخيص الضرر وتقدير التعويض الذي يستحقه الدائن. فضلا عن ذلك فان هذا المسلك يمكن القضاء العراقي من الوصول الى اليات دقيقة ومنضبطة لتشخيص الضرر وتعويضه تعويضا عادلا.

٣-ومن جانب آخر، ندعو الباحثين الأكاديميين الى ضرورة الاهتمام بدراسة هذه الآليات التفصيلية الدقيقة من خلال المقارنة بالقوانين الأخرى، وأهمها القانون الانكليزي الذي لم يحظ بالاهتمام اللازم في دراساتنا الأكاديمية، وذلك على الرغم مما فيه من المبادئ والأحكام التي ترمي الى تحقيق أكبر قدر ممكن من العدالة في المراكز القانونية، وخصوصاً فيما يتعلق بتقدير التعويض. وتبرز اهمية الاهتمام بذلك خاصة بعد ان أصبحت المبادئ المقررة في القانون الانكليزي مصدراً للعديد من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠ ومبادئ أحكام العقد الأوربية وغيرها. ولذا، فان دراسة

القانون الانكليزي تكون مقدمة لفهم هذه الاتفاقيات التي من الممكن ان تطبق في العراق بسبب إعمال قواعد الاسناد، أو بعد التصديق على تلك التي انضم العراق اليها كاتفاقية فينا.

هوامش البحث:

(1) Lord Hope of Craighead in Chester v. Afshar [2004], see: David Pearce and Roger Halson, Damages for breach of contract: compensation, restitution, and vindication, Oxford Journal of Legal Studies (2007), p. 1. Available at: http://eprints.whiterose.ac.uk/3518/.

(٢) Robert Upex, Davies on contract, 7th ed., Sweet & Maxwell, London, 1995, P. 243.

(3) Sir Guenter Treitel, The Law of Contract, 11th edition, Sweet & Maxwell Limited, London, 2003, p. 926.

(4) Paul H. Richard, Law of contract, 9th ed., Pearson Education Limited, London, 2009, p. 387.

(5) Mary Charman, Contract Law, 4th ed., Willan Publishing, 2013, p. 227.

(٦) انظر د.عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج٢، أحكام الالتزام، ط٦، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص٣١.

(٧) انظر د.حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣، ص٤٠٣.

(8) Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, 7th edition, Pearson Education Limited, Edinburgh Gate, England, 2009, p. 331.

(٩) قرارها المرقم ٨٥ح٣/٩٧١، في ١٩٧١/٢/٢٥، منشور في مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق، العدد الثالث، تموز-أب-أيلول، ١٩٧١، السنة ٢٦، ص٢٧٣.

(١٠) قرارها المرقم ٣١٧٦/الهيأة المدنية عقار/٢٠٠٨ بتاريخ ٢٠٠٩/١/١٨. منشور في النشرة القضائية، تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية - مجلس القضاء الاعلى، العدد الرابع عشر، ايلول ٢٠١٠، ص١٧-١٨.

(11) Paul H. Richard, op. cit., p. 387.

(12) Paul H. Richard, op. cit., p. 304.

(13) Case of Teacher v. Calder (1889) in: Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 927, n. 8.

(14) Ibid.

(15) Case of White Arrom Express Ltd. v. Lamey's Distribution Ltd (1995) in: Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 928, n. 11.

(١٦) قرارها المرقم ٣٨٣/موسعة أولى/٩٠ بتاريخ ١٩٩١/٥/٢٩. اشار اليه إبراهيم المشاهدي، معين المحامين، ج٣، من دون مكان وسنة طبع، ص ٧٤-٧٥.

(١٧) قرارها المرقم ٤٨٥ و٦٢٣/مدنية أولى/١٩٧٢ بتاريخ ١٩٧٢/١١/١٥. منشور في النشرة القضائية، السنة الثالثة، العدد الرابع، ص٣٨.

(18) Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 928.

(19) Penarth Dock Engineering Co. Ltd v. Pound (1963), in Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 928.

(20) LJ. Denning, in Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 928.

(21) Ibid.

(22) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit., p. 355; Richard Stone, The Modern Law of Contract, 8th edition, Routledge-Cavendish, London and New Yurok, 2009, p. 596; Mindy Chen-Wishart, Contract Law, 4th edition, Oxford University press, Great Clarendon Street, Oxford, UK, 2012, p. 486; Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 928.

(23) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit., p. 355-56.

(24) Ibid., p. 356.

(25) Adrian Chandler & Ian Brown, Q & A Revision Guide Law of Contract 2013 and 2014, Oxford University Press, 2013, p. 252.
(26) David Pearce and Roger Halson, op. cit., p. 1.
(27) Ibid., p. 2.
(٢٨) مع ملاحظة ان عدها مسؤولية عقدية يمثل اتجاه غالبية الفقه، انظر د.سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، في البيع والايجار، ط٣، بغداد، ١٩٧٤، ص١٠٧. د.غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج١، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٩-١٩٧٠، ص٢٢٢-٢٢٣. د.عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، دراسة مقارنة، القسم الأول، بحث منشور في مجلة العدالة، تصدرها وزارة العدل في جمهورية العراق، السنة الثانية، العدد الثامن، ١٩٧٦، ص٩٤٠. كما انه اتجاه تبنته بعض من احكام القضاء، فقد جاء بقرار لمحكمة التمييز قضت فيه بأنه (أن بيع العقار لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة الطابو ولا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا من وقت التسجيل إلا ان التعهد السابق على العقد المبرم هو عقد غير مسمى وليس عقد بيع، فإذا أخل أحدهما التزم بالتعويض وهذا التعويض ينشأ من مسؤولية عقدية). قرارها رقم ٢٢٣٧/حقوقية/٦٤ بتاريخ ١٩٦٥/٦/٢١. منشور في مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق، العدد الثاني، ١٩٦٦، ص١٢٣.
(٢٩) فقد جاء في البند (أولاً) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار (١٤٢٦) في ١٩٨٣/١٢/٢١ على انه (أ- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض أذا أخل أحد الطرفين بتعهده، سواء أشترط= =التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمته عند النكول، دون أخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر).
(٣٠) انظر د.عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢، ط٤، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠، ص٧٠.
(31) Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 926.
(32) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit., p. 331; Adrian Chandler & Ian Brown, op. cit., p. 239.
(33) Lord Steyn in case of Farley v. Skinner, see: Mindy Chen-Wishart, op. cit., p. 494.
(34) Mindy Chen-Wishart, op. cit., p. 494.
(35) LJ. Staughton in Hays v. Dodd (١٩٩٠), see: Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit., p. 332.
(36) Richard Stone, op. cit., p. 613.
(٣٧) انظر د.منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، دار اراس للطباعة والنشر، اربيل، ٢٠٠٦، ص٢٣٢-٢٣٣.
(38) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit., p. 331.
(39) Ibid.
(٤٠) انظر المادة (١٧٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (١- لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت او اتفاقية ان يثبت الدائن ان ضررا لحقه من هذا التأخير).
(٤١) انظر د.عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مج٢، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٧٦٣-٧٦٤.
(42) Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 933.
(43) Ibid, p. 934.
(44) Ibid, p. 935.
(٤٥) انظر المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (٢-ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخر في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به).

(٤٦) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٣، أحكام الالتزام، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، ١٩٥٤، ص ١٦٠-١٦١.

(٤٧) قرار رقم ١٥٧٣/ هيأة مدنية ثانية عقار/٧٣ بتاريخ ١٩٧٤/٣/١٨. منشور في النشرة القضائية، السنة الخامسة، العدد الاول، كانون الثاني ١٩٧٤، ص١٥.

(٤٨) قرارها المرقم ٢٦٥ / استئنافية / ١٩٧٠ في ١٩٧١/٤/٧. نقلاً عن: شاكر ناصر حيدر، واجب تقليل الضرر في القانون الانكليزي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدر عن جمعية القانون المقارن في جمهورية العراق، السنة التاسعة، العدد الثالث عشر، ١٩٨١، ص٣٧.

(٤٩) نقلا عن: د.حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص٢٤١.

(50) L. L. Fuller and William R. Perdue, The Reliance Interest in Contract Damages, 46 Yale Law Journal 1936, p. 2-4. Available at: cisgw3.law.pace.edu.

(51) Richard Stone, op. cit., p. 596-97.

(52) Mary Charman, Contract Law, 4th ed., Willan Publishing, 2013, p. 227.

(53) David Pearce and Roger Halson, op. cit., p. 8.

(54) Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 938.

(55) Lord Hoffmann in SAAMCO (1977), in: Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 939.

(56) Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 940.

(57) Ibid.

(58) Ibid.

(59) Michael Furmston, Cheshire, and Fifoot, Law of Contract, 16th edition, Oxford University Press, Great Clarendon Street, Oxford, UK, 2012, p. 753.

وهذا الحكم عالجه المشرع العراقي من خلال قصر التعويض في المسؤولية العقدية على جبر الضرر المباشر المتوقع، مالم يرتكب المدين غشا او خطأ جسيما. انظر المادة (١٦٩) من القانون المدني التي جاء فيها على أنه (٣-إذا كان المدين لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت). وقد وجد الفقه بالقانون المدني ان خير تبرير لذلك انه يتماشى مع ارادة الطرفين التي لم تجيز التعويض في دائرة العقد الا عن الضرر الذي يتوقعه المتعاقدان وقت التعاقد. انظر د.عبدالرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص٧٧١. د.عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، مصدر سابق، ص٥٨. الامر الذي عده جانب من الفقه بأنه لا يحقق العدالة؛ لان في قاعدة قصر التعويض على الضرر المتوقع فقط، من شأنها ان تعفي المدين من المسؤولية عن ضرر نتج عن اخلاله بالالتزام فيتحمله الدائن لمجرد ان هذا الضرر= =لم يكن متوقعا وقت التعاقد. كما ان صعوبة التمييز بين الضرر المتوقع وغير المتوقع تجعل من العسير التنبؤ في دعاوى المسؤولية العقدية بما ستقضي المحكمة. انظر د.اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، مطبعة النصر بشبرا، ١٩٥٦، ص٩٧.

(٦٠) انظر د.عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مج١، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٥٨٥. وتأكيدا لذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بعد ان نقضت الحكم البدائي الذي قضى بالفسخ دون الحكم بالتعويض بأنه "يتعين على المحكمة الخوض في الدعوى موضوعا وتعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال وما كان يستطيع كسبه فيما لو اتم العمل". قرارها المرقم ١٣٥٩/الهيأة المدنية/٢٠١٤ بتاريخ ٢٠١٤/١٠/٢١. (غير منشور).

(٦١) قرارها المرقم ١٧٣٠/الهيأة الاستئنافية مقول/٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٣/٧/٢٨. (غير منشور).

(62) Mindy Chen-Wishart, op. cit., p. 486.

(٦٣) ومنح التعويض بهذا الشكل يشبه المبدأ في المسؤولية التقصيرية، إذ يكون الغرض من التعويض عند تحقق العمل غير المشروع هو اعادة الدائن الى وضعه قبل ارتكاب العمل غير المشروع وذلك بتعويضه عن الخسارة التي نتجت عن هذا العمل. انظر

Richard Stone, op. cit., p. 596 (n. 19)

(64) Janet O'Sullivan & Jonathan Hilliard, The Law of Contract, 5th ed., Oxford University Press, 2012, p. 386.

(65) Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 940.

(66) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit., p. 346.

(67) Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 940.

(68) Joachim Dietrich, Restitution: A New Perspective, The Federation Press, Sydney, 1998, p. 8-9.

(٦٩) قرارها قرار رقم ١٥٧٣/ هيأة مدنية ثانية عقار/٧٣ بتاريخ ١٩٧٤/٣/١٨، منشور في النشرة القضائية، مصدر سابق، ص١٥.

(70) Linda Mulcahy, CONTRACT LAW IN PERSPECTIVE, 5th ed., Routledge-Cavendish, 2008, p. 213.

(71) Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 941.

(72) Mindy Chen-Wishart, op. cit., p. 486.

(73) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit., p. 346.

(74) Michael Furmston, Cheshire, and Fifoot op. cit., p. 749.

(75) Laurence Koffman & Elizabeth Macdonald (LL. B.), The Law of Contract, 7th ed., Oxford University Press, United States, 2010, p. 543.

(76) Catherine Elliott & Frances Quinn, op. cit., p. 347.

(77) Ibid.

(78) Lord Denning in case of Reed, see: Laurence Koffman & Elizabeth Macdonald (LL. B.), op.cit., p. 544.

(79) Donald Harris & David Campbell & Roger Halson, Remedies in Contract and Tort, 2nd ed., Cambridge University Press, New York, USA, 2005, p. 83.

(80) Sir Guenter Treitel, op. cit., p. 942-43.

(81) Huge Beale, Chitty on Contracts, V1, General principles, Sweet & Maxwell, London, 2012, p. 1775.

(82) Ibid, p. 843.

(83) Ibid.

(84) Ibid.

(٨٥) قرارها المرقم /٤٨٥و٦٢٣/ مدنية اولى/ ١٩٧٢، بتاريخ ١٩٧٢/١١/١٥. منشور في النشرة القضائية، السنة الثالثة، العدد الرابع، ص٣٨-٣٩.

المصادر

اولا: باللغة العربية:

(أ): الكتب القانونية:

١- د.اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، مطبعة النصر بشبرا، ١٩٥٦.

٢- د.حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.

٣- د.حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣.

٤- د.سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، في البيع والايجار، ط٣، بغداد، ١٩٧٤.

٥- د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٣، أحكام الالتزام، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، ١٩٥٤.

٦- د.عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.

٧- د.عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، ج٢، ط٦، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.

٨- د.عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢، ط٤، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠.

٩- د.غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج١، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٩-١٩٧٠.

١٠- د.منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، دار اراس للطباعة والنشر، اربيل، ٢٠٠٦.

(ب): البحوث العلمية:

١- شاكر ناصر حيدر، واجب تقليل الضرر في القانون الانكليزي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدر عن جمعية القانون المقارن في جمهورية العراق، السنة التاسعة، العدد الثالث عشر، ١٩٨١.

٢- د.عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، دراسة مقارنة، القسم الأول، بحث منشور في مجلة العدالة، تصدرها وزارة العدل في جمهورية العراق، السنة الثانية، العدد الثامن، ١٩٧٦.

(ج): المجموعات القضائية:

١- إبراهيم المشاهدي، معين المحامين، ج٣، القضاء المدني والتجاري، من دون مكان وسنة طبع.

٢- مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق، الاعداد:

- السنة السادسة والعشرون، العدد الثالث، تموز-أب-أيلول، ١٩٧١.
- العدد الثاني، ١٩٦٦.

٣- النشرة القضائية، تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية - مجلس القضاء الاعلى، الاعداد:

- السنة الثالثة، العدد الرابع.
- السنة الخامسة، العدد الاول، كانون الثاني ١٩٧٤.
- العدد الرابع عشر، ايلول ٢٠١٠.

(هـ): القوانين:

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢- قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣.
٣- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧.
٤- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣.

ثانيا: باللغة الانكليزية:

1. Adrian Chandler & Ian Brown, Q & A Revision Guide Law of Contract 2013 and 2014, Oxford University Press, 2013.
2. Catherine Elliott & Frances Quinn, Contract Law, 7th edition, Pearson Education Limited, Edinburgh Gate, England, 2009.
3. David Pearce and Roger Halson, Damages for breach of contract: compensation, restitution, and vindication, Oxford Journal of Legal Studies (2007). Available at: http://eprints.whiterose.ac.uk/3518/.
4. Donald Harris & David Campbell & Roger Halson, Remedies in Contract and Tort, 2nd ed., Cambridge University Press, New York, USA, 2005.
5. Huge Beale, Chitty on Contracts, V1, General principles, Sweet & Maxwell, London, 2012.
6. Janet O'Sullivan & Jonathan Hilliard, The Law of Contract, 5th ed., Oxford University Press, 2012.
7. Joachim Dietrich, Restitution: A New Perspective, The Federation Press, Sydney, 1998.
8. L. L. Fuller and William R. Perdue, The Reliance Interest in Contract Damages, 46 Yale Law Journal 1936. Available at: cisgw3.law.pace.edu.
9. Laurence Koffman & Elizabeth Macdonald (LL. B.), The Law of Contract, 7th ed., Oxford University Press, United States, 2010.
10. Linda Mulcahy, CONTRACT LAW IN PERSPECTIVE, 5th ed., Routledge-Cavendish, 2008.
11. Mary Charman, Contract Law, 4th ed., Willan Publishing, 2013.
12. Michael Furmston, Cheshire, and Fifoot, Law of Contract, 16th edition, Oxford University Press, Great Clarendon Street, Oxford, UK, 2012.
13. Mindy Chen-Wishart, Contract Law, 4th edition, Oxford University press, Great Clarendon Street, Oxford, UK, 2012.

14. Paul H. Richard, Law of contract, 9th ed., Pearson Education Limited, London, 2009.
15. Richard Stone, The Modern Law of Contract, 8th edition, Routledge-Cavendish, London and New Yurok, 2009.
16. Robert Upex, Davies on contract, 7th ed., Sweet & Maxwell, London, 1995.
17. Sir Guenter Treitel, The Law of Contract, 11th edition, Sweet & Maxwell Limited, London, 2003.