وظيفة التعويض في المسؤولية العقدية

د. سليمان براك داي

وظيفة التعويض في المسؤولية العقدية

المقدمة

قد يبدو للوهلة الاولى ان البحث في التعويض، بحث لايقدم جديداً، خاصة انه من المواضيع التقليدية التي استقرت في المعالجة التشريعية، ورسخت اغلب جوانبها في احكام قضائية، ومن ثم فأن الخوض فيها ماعاد يغني الباحث او البحث في شيء، لان تناول الموضوع سيكون في اطار فقهي جامد وفي ظل معالجة تشريعية مستقرة.

ربما كانت وجهة النظر هذه في مكانها، لو ان الامر بقي دون انت تلتفت اليه اقلام بعض من الفقهاء، لتثير تساؤلات هامة، جعلت مابدا مستقراً فقهياً وتشريعياً وقضائياً، موضوعا للجدل، ليعاد اكتشاف ما انطوت عليه وجهة النظر التقليدية من هنات ما عادت آراء الباحثين لتغفل عنها، ومما يعطي الموضوع اهمية مضافة ان هذه الآراء وجدت طريقها الى الاحكام القضائية، التي لم تبقَ حبيسة وجهات النظر التقليدية، وهذا ماجعلنا نختاره موضوعاً لبحثنا علنا نقدم فيه مايغني في ظل احكامن القانون المدني العراقي.

فاذا كان مستقراً فقهيا ان التعويض يهدف الى اصلاح الضرر الذي اصاب الدائن، بغض النظر عن مصدر الالتزام الذي اخل به المدين، وبغض النظر عن طبيعة المسؤولية سواء كانت تقصيرية او عقدية، الا ان هذه النظرة الى التعويض، لم تعد كذلك، حيث انبرى بعض الفقهاء الى القول، لايجدر بالنظام القانوني ان يساوي بين

غاية نظامين قانونيين مختلفين، فالمضرور عندما يقيم دعواه بموجب احكام المسؤولية التقصيرية، انما يهدف الى جبر ما اصابه من ضرر، واعادة الحال الى ماكانت عليه قبل تحقق الضرر، غير المتعاقد الذي يخل مدينه بتنفيذ ما التزم به، عندما يطالب بالتعويض، فانما يريد الحصول على منافع ومزايا حرمه منها الاخلال الذي صدر عنه مدينه، وازاء ذلك كيف يمكن لنا ان نساوي بين هذين الدائنين ؟

هذا التساؤل وغيره كانت محلاً للمناقشة والبحث وعلى اساس تناول الموضوع طبقاً لخطة بحث، قسمتها الى مبحثين، الاول: يتناول التعويض بصفته وسيلة لجبر الضرر. وخصص الثاني للتعويض بوصفه وسيلة لتنفيذ عقد لم ينفذ، ثم اختم البحث بخاتمة اعرض فيها اهم نتائج البحث.

فان وفقت فبفضل من الله وتوفيقه، وان كانت الاخرى فعزائي صِدق المحاولة، ورجائي أجر الاجتهاد.

المبحث الاول

التعويض وسيلة لجبر الاضرار التي لحقت بالدائن

استقر من الناحية التقليدية ان التعويض يهدف الى ازالة الضرر الذي لحق بالدائن او على الاقل تقليل آثاره، وعليه فلا فرق بين التعويض في المسؤولية العقدية والتعويض في المسؤولية التقصيرية، الا من حيث نطاق التعويض. اما شروط استحقاقه فهي واحدة في المسؤوليتين، اذ لابد من تحقق اركان المسؤولية المدنية عموماً من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية، حتى يستطيع الدائن الحصول عليه. بيد ان التسوية بين اثر نظامين مختلفين، ماكان لها ان تمر دون ان تحدث جهلا فقهيا، اذ قيلت بصددها اراء متعددة حاولت تبرير التسوية بين اثر المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ويمكن ان نرد هذه الآراء الى مجموعتين، انطلقت الاولى من هذه النقطة لتهاجم فكرة ازدواج المسؤوليتين، وذهبت الثانية الى عد عدم تنفيذ العقد مساوياً للخطأ التقصيري، ولابد منم عرض هذه الاراء ومن ثم تقييم هذه اللآراء، وهذا مانعرضه في مطالب ثلاثة، وكما يأتي:

المطلب الاول
وحدة التعويض ترجع الى وحدة المسؤولية

يرى بعض الفقهاء ان وظيفة التعويض هي اصلاح الضرر الذي لحق بالدائن، دون ان يتوقف ذلك على طبيعة المسؤولية، فليست المسؤولية الا مسؤولية واحدة، فالتعويض يهدف الى جبر الاضرار الناتجة عن عدم التنفيذ، اياً كان مصدره[١]، ويترتب على ذلك ان احكام تقدير التعويض تكون واحدة وعناصر تقديره هي الخسارة الحالية والكسب الفائت[٢]، ومن ثم فان قصر التعويض في حالة الاخلال بالتزام ناشيء عن عقد صحيح، على الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع في حالة الاخلال بالتزام ناشيء عن غير التصرف القانوني، مسألة ينتقدها اصحاب هذا الرأي، ويرونها تؤدي الى نتائج ظالمة وغير مقبولة ويضربون لذلك مثلاً، ان قيام مدير شركة من الشركات بالادلاء بمعلومات غير صحيحة او نشر وقائع كاذبة لاستدراج الناس وحملهم على الاكتتاب بأسهمها، فانه يكون مسؤولاً امام هؤلاء الناس (الأغيار) مسؤولية تقصيرية ومن ثم يلزم بتعويضهم عما لحقهم من ضرر مباشر متوقعاً كان او غير متوقع، غير انه لايلزم قبل الشركة نفسها، الا بتعويض الاضرار المباشرة المتوقعة، طبقاً لحكام المسؤولية العقدية (مالم يكن نشر هذه المعلومات قد تم عن خطأ جسيم او تعمد)، وهذه نتيجة غير عادلة ولا مقبولة[٣].

كما انه ليس منطقياً التفرقة بين التعويض الذي يستحقه الراكب عن الضرر الذي لحقه، تبعاً لما اذا كان النقل بالمجان او لقاء اجر[٤]، مادام السبب الذي ادى الى تضرر الراكب واحداً في الحالتين وهو خطأ الناقل، فهل يختلف التعويض بحسب ما اذا كان الناقل يتقاضى اجراً عن النقل، او انه قام بخدمة النقل بدون مقابل ؟

---

[1] *Veney: Responsabilite. T1.p:507*

[٢] ينظر: نص المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي.

[٣] استاذنا د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١، ص ٦٧.

[4] *Tallon (D): L inexecution du contrat. Pour une autre presentati-on REV.TR.CIV.1994,p:223.*

لذا فأن انصار هذا الرأي، يذهبون الى ان التعويض له وظيفة اصلاحية لاتختلف بأختلاف ما اذا كان الاخلال الذي قام به المدين قد انصب على التزام ناشيء عن تصرف قانوني صحيح، او كان انصب على التزام مصدره القانون، فالتعويض واحد في المسؤولية المدنية، وغايته جبر ما اصاب الدائن من ضرر[١].

المطلب الثاني
الأخلال بالتزام عقدي يساوي الخطأ التقصيري

يرى بعض الفقهاء ان مسالة التمييز بين المسؤوليتين مسألى لازمة، ولكن ذلك لايبرر اختلاف وظيفة التعويض تبعاً لاختلاف المسؤولية، فغاية التعويض اصلاح الضرر، وهي غاية واحدة في المسؤوليتين، ويردون وحدة النتيجة هذه في المسؤوليتين الى وحدة السبب الذي انشأ الحق بالتعويض، فالمدين في المسؤولية العقدية يلتزم بالتعويض اذا اصبح تنفيذ التزامه العقدي مستحيلاً بخئه، او نفذه تنفيذاً معيباً او تأخر في تنفيذه، وهذه كلها تختلف عن الالتزام الذي كان ينبغي عليه تنفيذه. فواقعة عدم التنفيذ او الاخلال به، تختلف عن الالتزام الواجب التنفيذ، فالاخير ولاشك يجد مصدره في التصرف القانوني الذي انشأه. اما الاخلال فهو اواقعة مستقلة عن العقد، ولاينشأ الالتزام بالتعويض الا بهذه الواقعة الاخيرة، ومن ثم فأن واقعة الاخلال بتنفيذ التزام عقدي تصبح مساوية لواقعة الاخلال بأي التزام آخر أياً كان مصدره، وعليه يصبح التعويض امراً لازماً لجبر الضرر الذي ترتب على هذه الواقعة، بغض النظر عن مصدر الالتزام الذي اخل به المدين[٢].

فتنبغي التفرقة، طبقاً لانصار هذا الطرح، بين التعويض الذي يجد اساسه في واقعة عدم التنفيذ او التنفيذ المعيب، وبين الالتزام الذي حصل الاخلال به، ولايحق للدائن المطالبة

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مصادر الالتزام، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٨٤٩، ف ٥١١.

[٢] د. محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة في دور التعويض في المسؤولية العقدية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠٥، ص ٢١.

بالتعويض، مالم يكن عدم التنفيذ خاطئاً، ومن ثم لابد لاستحقاق التعويض من تحقق اركان المسؤولية جميعاً من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية، فالخطأ هو الواقعة المنشئة للالتزام بالتعويض وليس العقد، ومن ثم اصبح التعويض هو الجزاء المناسب والضروري في حالة الاخلال باللتزامات بغض النظر عن مصدرها.

والالتزام بالتعويض قد يحل محل الالتزام غير المنفذ بصورة كلية، اذا اصبح تنفيذه مستحيلاً بخطأ المدين، وقد يحل محله بصورة جزئية في حالة التنفيذ الجزئي، ويترتب على ذلك اختلاف مقدار التعويض المستحق في كل حالة على حده.

ويرى انصار هذا الرأي ايضا، انه اذا كان الالتزام التعاقدي ينشأ عن عقد ويرتبط بتنفيذه، فان المسؤولية العقدية لاتنتج من العقد، وانما من فعل المدين، وهو امر شبيه بالتقصير، وبذلك تنشأ رابطة قانونية جديدة متميزة عن الرابطة العقدية، يلتزم المدين بمقتضاها بتنفيذ الالتزامات التعاقديةن عن طريق جبر الاضرار الناتجة عن عدم التنفيذ[1].

ومن هنا ينبغي ان يتحقق في عدم التنفيذ صفة الخطأ، وانيترتب عليه ضرر ينشأ عنه مباشرة، لذا فأن التعويض، بصفته التزاماً جديداً ناشئاً عن عدم التنفيذ، لايخرج عن اطار المسؤولية العقدية واحكامها، التي لابد من تحقق شروطها، لكي نكون امام التعويض الذي يكون دوره اصلاحياً، اما اذا تخلف اي من شروط المسؤولية العقدية، فلا يتحقق اثرها المتمثل بالتعويض[2].

المطلب الثالث

تقييم الآراء التي ترى التعويض وسيلة إصلاح الضرر

ان الآراء التي سبق بيانها بشأن الدور الاصلاحي للتعويض هي صدى للرأي القائل بوحدة المسؤولية. فالمسؤولية المدنية عند انصار هذا الرأي، غايتها ازالة الاضرار التي لحقت بالدائن، او تخفيفها على الاقل، بغض النظر ان كان الالتزام الذي حصل

---

[1] *Mazeaud: Responsabilite delictuelle et responsabilite contacuelle Rev. Dr. Civ. P:55.*

[2] *Starck: Droit Civil, Les obligations, T2, Paris, 1986, p:485.*

الاخلال به التزاماً منشؤه القانون او العقد، لذا نجد بعضاً من انصار هذا الرأي من استند الى هذه الوظيفة التي يؤديها التعويض، للقول بوحدة المسؤولية، او للقول ان الخطأ التعاقدي لايختلف عن الخطأ التقصيري.

اما عن انكار المسؤولية العقدية والقول بوحدة المسؤولية المدنية، فهو موضوع اثار الكثير من الجدل الفقهي[1]، ولست بصدد الخوض فيه هنا، الا انني اؤكد على ان مابين النظامين من فوارق تجعل مسألة التمييز بينهما مسألة حتمية. فالمسؤولية التقصيرية هي الاطار العام لجبر الضرر الذي يتسبب به المسؤول، دون ان يكون بين الدائن والمسؤول تصرف قانوني صحيح، وانصب الاخلال الذي صدر عن المسؤول على التزام ناشيء عن ذلك التصرف، في حين ان المسؤولية العقدية، هي آلية لضمان حسن تنفيذ طرفي التصرف القانوني للالتزامات الناشئة عنه، ويترتب على ذلك ان دور التعويض في المسؤولية العقدية ينبغي ان يتميز عن دوره في المسؤولية التقصيرية. ففي الاخيرة ولاشك، اد دوره هو جبر الضرر الذي أَلَمَّ بالدائن، ويكون ذلك عن طريق اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل تحقق الضرر، أي ان الدائن الذي يقيم دعوى المسؤولية التقصيرية، انما يهدف الى اصلاح ما اصاب ذمته المالية من ضرر بفعل المسؤول، او لتقليل ما اصابه من ضرر، ان تعذر ازالة الضرر بصورة نهائية.

اما في المسؤولية العقدية فان الدائن ارتبط مع المدين بتصرف قانوني، ويهدف من وراء ابرام هذا التصرف الى تحقيق منافع مالية، فاذا اخل غريمه بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن ذلك التصرف القانوني، فأن من شأن ذلك الاخلال ان يحرم الدائن من المنافع التي اقدم على ابرام التصرف لتحقيقها، ومن ثم فليس مستساغاً القول ان وظيفة التعويض في المسؤولية العقدية هي ايضا اصلاح الضرر، واعادة الحال الى ماكان عليه قبل حصول الاخلال، لان في فوات المنافع التي توخاها الدائن ضرراً بحد ذاته، وعليه فأن وظيفة التعويض ينبغي ان تأخذ ذلك بنظر الاعتبار، أي ان يكون التعويض وسيلة للحصول على المنافع التي حرم الدائن منها بسبب اخلال غريمه بالتزامه العقدي، ومن هنا فأن

---

[1] د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٨٤٧، ف ٥٠٩.

الدائن في المسؤولية العقدية يكون متاحاً له اما حمل مَدينِه على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، ان كان ممكناً، او الحصول على التنفيذ بمقابل (التعويض)[1]، ويجب ان يشتمل التنفيذ بمقابل على منافع التنفيذ العيني لو كان ممكناً.

واما من يرى ان الخطأ العقدي يساوي الخطأ التقصيري، فهو رأي مردود، وذلك ان الخطأ التقصيري، انما ينصب على الواجب العام وهو عدم الحاق الضرر بالغير، أي ان مضمونه التزام سلبي فأذا ما اخل به الزم المخل بتعويض الضرر الذي يمكن ان تترتب عليه، وهنا يكون دور التعويض دوراً ايجابياً يتمثل باعادة الحال الى ماكانت عليه قبل حصول الاخلال. في حين ان الاخلال بالتزام تعاقدي قد ينصب على التزام سلبي، كالالتزام التعاقدي بعدم المنافسة، وقد ينصب على التزام ايجابي، كالالتزام بتسليم المبيع في عقد البيع، ويترتب على ذلك اختلاف في الاحكام تبعاً لاختلاف طبيعة الالتزام، سواء من يث الاثبات او من حيث الاثر (التعويض)[2]. فاذا اخل المتعاقد بالتزامه بعدم المنافسة، فانه يلزم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، وهو الكف عن المنافسة، ويلزم فضلاً عن ذلك بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به بسبب المنافسة، اما اذا تعذر التنفيذ العيني، لان فيه ارهاقاً للمدين لايتناسب مع الضرر الذي اصاب الدائن، فيصار الى التنفيذ بمقابل، والذي ينبغي ان يكون مساوياً للمنافع التي كان سيحصل عليها الدائن لو ان مَدينَه نفذ التزامه تنفيذاً عينياً، وكذلك الحال اذا لم يسلم البائع المبيع، فاذا تعذر جبره على التنفيذ العيني، فيجب عليه ان يعوض المشتري عن جميع المنافع التي فاتت عليه بسبب الاخلال، مادامت هذه المنافع ينطبق عليها وصف الاضرار المباشرة المتوقعة، وفي كلتا الحالتين لايعدو التعويض عن كونه خياراً يملكه الدائن للحصول عما كا يستطيع الحصول عليه عن طريق التنفيذ العيني، فلا يهدف الدائن، بالتزام تعاقدي، جبر ما أَلَمَّ به من ضرر، وانما الحصول على منفعة فاتت عليه نتيجة لاخلال

---

[1] د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٣٤٤.

[2] د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مصادر الالتزام، الكويت، ١٩٨٢، ص ١٣٧ ومابعدها.

مَدينَه بتنفيذ التزامه، وعليه فليس ممكناً القول بالمساواة بين الخطا التقصيري والخطأ العقدي، مادامت هنا فوارق في الاحكام.

المبحث الثاني
التعويض وسيلة لتنفيذ العقد

مادام العقد يمثل مصالح مالية لاطرافه، وعندما يقدم المتعاقد عل ابرام العقد فانما يهدف الى الوصول الى تحقيق تلك المصالح، فاذا ما اعترض تحقيق ذلك الهدف اخلال غريمه فينبغي منح الدائن من الوسائل مايضمن له وفاء مَدينَه بما يجب عليه، ومنتلك الوسائل المطالبة بالتنفيذ العيني او التنفيذ بمقابل او فسخ العقد.

ويلعب التعويض دور وسيلة تنفيذ الالتزامات التعاقدية غير المنفذة، بحيث يمكن للدائن الحصول على مزايا التنفيذ العيني عن طريق التعويض، غير ان طرحاً جديداً بشأن مصطلح مستقر، ينبغي له من الحجج والاسانيد مايدعمه، وفضلاً عن ذلك لابد من التساؤل ان كان التعويض هو الوسيلة الوحيدة التي يمكن للدائن اللجوء اليها لمواجهة اخلال مَدينَه ؟ وما النتائج التي يمكن ان تترتب على القول ان التعويض وسيلة لتنفيذ العقد ؟

وعليه نقسم هذا المبحث الى مطالب ثلاثة، يتناول الاول: اسانيد القول ان التعويض وسيلة تنفيذ للعقد. ونخصص الثاني: للبحث في خيارات الدائن في مواجهة اخلال مَدينَه. ونفرد الثالث: لعرض النتائج التي تترتب على القول ان التعويض وسيلة تنفيذ. وكما يأتي:

المطلب الاول
أسانيد كون التعويض وسيلة تنفيذ

ان القول بأن التعويض وسيلة لتنفيذ العقد، فكرة جديدة لم تلقَ حظها الوافر من البحث بعد، سواء من جانب الفقهاء او من جانب القضاء، لذا فأن طرحها لابد ان تدعمه حجج

تدلل عليها. وعليه لابد من بيان الاسانيد والحجج التي يمكن الركون اليها لتبرير الاخذ بها. ويمكن اجمال هذه الحجج بما يأتي:

١. ان المقارنة بين التعويض في المسؤولية التقصيرية والتعويض في المسؤولية العقدية، يشير الى اختلاف بَيِّن في الاحكام والمباديء التي تحكم كلاً منهما، ويمكن رد هذا الاختلاف الى اتختلاف وظيفة كل منهما، فلو كانت وظيفتهما واحدة لما كان اختلاف في احكام كل من النظامين[١].

٢. ان المشرع العراقي وقبله الفرنسي في القانون المدني، ربط التعويض المستحق نتيجة عدم تنفيذ العقد او الاخلال به بعدم التنفيذ، ولم يتطلب اية شروط اخرى، وهذا دليل آخر على ان التعويض في المسؤولية العقدية وسيلة لتنفيذ عقد لم ينفذ[٢].

٣. لم يورد المشرع الفرنسي، عند معالجة احكام المسؤولية التقصيرية، ما يشير الى ان التعويض فيها يغطي حالات الاخلال بتنفيذ الالتزامات التعاقدية، وكذلك فعل المشرع العراقي والمصري، بأن جعل التعويض المستحق في حالة الاخلال بالالتزامات العقدية، يعالج في اطار المسؤولية العقدية وليست التقصيريةن، واذا كان الأمر كذلك، فكيف يسوغ ان نجعل وظيفة كل منهما واحدة، والمشرع يفرق بينهما ؟

٤. ان القول بالدور الاصلاحي للتعويض في المسؤولية العقدية، يعارض ما استقر عند فقهاء القانون المدني، من ان التعويض المستحق في حالة الاخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية انما يكون طبقاً لآثار العقد ذاته، لذا فأن التعويض يكون تنفيذاً بمقابل تلك الالتزامات[٣]

---

[١] *Savaux: La fin de la responsabilite contractuelle. Rev. Tr.Dr.Civ.1999. p:3*

[٢] حيث تنص المادة (١١٤٧) من القانون المدني الفرنسي على انه: (يلزم المدين بدفع تعويض سواء بسبب عدم التنفيذ او بسبب التأخر فيه، وذلك في جميع الحالات لايثبت فيها ان عدم التنفيذ يرجع الى سبب اجنبي)، وتقابلها المادة (١/١٦٩) من القانون المدني العراقي.

[٣] د. عبد المنعم فرج الصده، المصدر السابق، ص ٣٥٨.

المطلب الثاني
الخيارات التي يملكها الدائن لمواجهة الاخلال بالتنفيذ

اذا اخل المدين بالتزامه العقدي، فان المشرع، سواء في فرنسا او مصر او العراق، يخول الدائن خيارات متعددة لمواجهة ذلك، وهذه الخيارات هي التنفيذ العيني الجبري والتنفيذ بمقابل والفسخ. وللدائن حرية اختيار الوسيلة المناسبة لمواجهة اخلال مَدينَه، ولايملك حتى القاضي، اجباره على اللجوء لهذه الوسيلة او تلك، وان كانت هذه الحرية ليست مطلقة، اذ توجد حالات تعد استثناءات على هذا الاصل العام، يمكن فيها للمحكمة ان تجبر الدائن على اللجوء الى وسيلة دون اخرى، من خلال ماتتمتع به المحكمة من سلطة تقديرية، اذ بأمكانها رفض طلب الدائن بشأن وسيلة والابقاء على الاخرى، كأن ترفض المحكمة طلب فسخ العقد، فيضطر الدائن الى طلب التنفيذ العيني او التنفيذ بمقابل[١].

ومما يدعم حرية الدائن في اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة، عدم وجود تدرج ملزم بين هذه الوسائل، فهو غير ملزم بالمطالبة بالتنفيذ العيني الجبري قبل المطالبة بفسخ العقد.

بيد ان ذلك لايعني عدم تقييد حرية الدائن بأي قيد، اذ ينبغي عدم التعسف في اختيار الوسيلة المناسبة[٢].

ونعرض للوسائل التي يملكها الدائن، للحصول على تنفيذ الالتزام العقدي في فروعٍ ثلاثة، نخصص الاول: للتنفيذ العيني. ونفرد الثاني: للتعويض. ونبحث في الثالث: الفسخ. وكما يأتي:

الفرع الاول
التنفيذ العيني الجبري

يمكن للدائن الاستعانة بالسلطة العامة لحمله مَدينَه على تنفيذ التزامه، اذا لم ينفذ التزامه طوعاً[١]، بيد ان مكنة الدائن في طلب التنفيذ العيني الجبري ليست مطلقة من كل قيد،

---

[١] *Veney: Obligation. T2. Paris. p:61.*

[٢] استاذنا د. حسن علي الذنون، احكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢، ص ٢٤.

وانما مقيدة بوجوب ان يكون الالتزام المطالب بتنفيذه ممكناً، والا يكون في طلب التنفيذ العيني ارهاق للمدين، والعدول عنه لايلحق بالدائن ضرراً جسيماً[٢].

اما كيفية حصول التنفيذ العيني، فهي مسألة تختلف باختلاف محل الالتزام وباختلاف طبيعته، فاذا كان محل الالتزام نقل حق عيني يرد على منقول معين بالذات، فان الحق العيني ينتقل من تلقاء نفسه، ومن ثم لاحاجة لطلب التنفيذ العيني، الا اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني يرد على منقول معين بالنوع، فلا ينتقل الحق العيني الا بالافراز وتعيين الشيء بالذات، فاذا امتنع المدين عن فرز الشيء، جاز للدائن طلب اجباره على الفرز كما يحق له الحصول على شيء من النوع نفسه من السوق وعلى نفقة المدين، بأذن المحكمة وبغير اذنها في حالة الاستعجال[٣].

واذا كان محل التزام المدين قياماً بعمل، لم تراعَ فيه شخصية المدين، ولم ينفذ المدين ما التزم به، جاز للدائن التنفيذ على حساب المدين بعد استئذان المحكمة وبغير إذنها في حالة الاستعجال، واذا كانت شخصية المدين ملحوظة في التنفيذ، فليس مجدياً طلب التنفيذ العيني الجبري، ولا سبيل امام الدائن الا طلب التعويض اذا لم ينفذ المدين التزامه طوعاً[٤].

وينبغي ان يلاحظ هنا ان مجرد امتناع المدين عن تنفيذ التزامه، لايعطي الدائن مكنة طلب التنفيذ العيني الجبري، بل لابد لذلك من تحقق شرطين:

اولهما: يجب ان يكون امتناع المدين عن التنفيذ او تأخره فيه غير مشروع، وذلك لان القانون يخول المدين، في بعض الحالات مكنة رفض تنفيذ الالتزام دون ان يعطي للدائن مكنة طلب التنفيذ الجبري، كما لو كان الالتزام الذي لم يوفِ ناشئاً عن عقد ملزم

---

[١] ويمكن له قبل ذلك ان يدفع بعدم التنفيذ، ان كان العقد ملزما للدانبين وتحققت شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ. ينظر: نص المادة (٢٨٠) من القانون المدني العراقي.

[٢] ينظر: نص المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي.

[٣] ينظر: نص المواد (١٤٧- ٢٥٠) من القانون المدني العراقي.

[٤] ينظر: نص المادة (٢٥٣) من القانون المدني العراقي؛ وينظر ايضا: استاذنا الذنون، اكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢، ص ٢٤.

للجانبين، ولم ينفذ الدائن ايضاً ما بذمته، فلايمكن للدائن اجبار مَدينَه على التنفيذ لانه يكون من حقه الدفع بعدم التنفيذ.

وثانيهما: يجب ان يكون بيد الدائن سند تنفيذي حتى يمكنه طلب التنفيذ العيني الجبري[1].

الفرع الثاني
التنفيـــذ بمقابـــل

اذا لم يعد التنفيذ العيني مجدياً للدائن، او انه اصبح مسحيلاً بخطأ المدين، او كانت شخصية المدين ملحوظة في التنفيذ ولم يمكن كسر عناده، او ان الدائن لم يطلب التنفيذ العيني ولم يعرضه المدين، عندها يصار الى التنفيذ بمقابل[2]، بهدف حصول الدائن على ما كان ينتظره من التنفيذ، وعليه فأن الآثار المترتبة على التنفيذ بمقابل هي الآثار ذاتها التي يتوقعها المتعاقدان.

ويغطي التنفيذ بمقابل عدم التنفيذ الكلي، او التنفيذ الجزئي او المعيب للالتزام، ويتم تقديره من خلال المقارنة بين ما كان متوقعاً الحصول عليه من كلي طرفي العقد، وبين الحالة التي نشأت من جراء عدم التنفيذ او التنفيذ الجزئي او المعيب، وماتسفر عنه المقارنة يكون مقدار التعويض[3].

ويمكن ان يلاحظ هنا ان التنفيذ بمقابل ليس بمنبت الصلة عن الوسائل الاخرى التي يملكها الدائن، اذ يمكن ان يجمع بينه وبين الوسائل الاخرى. فلو ان العقد الذي حصل الاخلال به كان عقداً زمنياً، مرت على تنفيذه مدة من الزمن، يستطيع الدائن المطالبة بالتنفيذ بمقابل عن الاخلال الذي بدر من المدين، كما انه يستطيع المطالبة بالفسخ بالنسبة للمستقبل، لتعذر تطبيق الاثر الرجعي للفسخ بالنسبة لما تم تنفيذه[4].

---

[1] استاذنا الذنون، احكام الالتزام، المصدر السابق، ص ٢٢.

[2] د. عبد المجيد الحكيم، ومحمد طه البشير، وعبدالباقي البكري، الموجز في النظرية العامة للالتزام، ج٢، احكام الالتزام، بغدادن ١٩٨١، ص ٢٢.

[3] د. محمد عبد الظاهر حسين، المصدر السابق، ص ٦١.

[4] د. عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٨، ص ٢٥٥.

كما يمكن تصور اجتماع المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري والتنفيذ بمقابل، في حالة التأخر بالتنفيذ، فيطالب الدائن بأجبار مَدينَه على تنفيذ ما التزم به، والتعويض عن التأخر بالتنفيذ، ولايمكن الاعتراض على ذلك انه يستحيل الجمع بين التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل لان الدائن سيحصل على حقه مرتين، وذلك لان التأخر في التنفيذ قد يسبب ضرراً للدائن، ومن حقه المطالبة بالتعويض عنه، فهو لايطلب التنفيذ بمقابل عن عدم تنفيذ، لكي يقال بعدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل.

وتنبغي الاشارة هنا الى ان طلب التنفيذ بمقابل لايستلزم فسخ العقد، بل من مصلحة الدائن استبقاء العقد وطلب التعويض[1]، خاصة اذا كانت هناك ضمانات لتنفيذ العقد، حيث تضمن تلك التأمينات الوفاء بالتعويض المستحق، وهذا مايؤكد على ان الالتزام بالتعويض انما هو خيار يملكه الدائن للحصول على المنافع التي تعاقد للحصول عليها.

الفرع الثالث
فســـخ العقـــد

قد يصل الدائن الى قناعة مفادها عدم جدوى الابقاء على الرابطة العقدية، لان الاخلال الذي صدر من مَدينه اتى على الثقة التي ينبغي ان تسود العلاقة بين المتعاقدين ومن ثم عدم جدوى الاستمرار في العلاقة العقدية، او ان التنفيذ العيني للالتزام لم يعد ذا نفع له، وفي الوقت نفسه يريد ان يتخلص من الالتزامات التي تثقل كاهله، لذا يعمد الى طلب انهاء الرابطة العقدية كي تبرأ ذمته من الالتزامات المقابلة للالتزام الذي اخل به المدين.

وينبغي الاشارة هنا الى ان الفسخ قاصر على العقود الملزمة للجانبين الفورية التنفيذ والتي تقبل اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل ابرام العقد، لان الاثر الاول الذي يترتب على الفسخ هو اعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه قبل التعاقد، اما العقود المستمرة التنفيذ فهي تأبى تطبيق احكام الفسخ عليها، لذا يقال الغاء العقد او انهاؤه ولايقال بفسخه لعدم امكانية ازالة آثار العقد من لحظة ترتبها.

---

[1] د. عبد الحميد الشواربي، المصدر السابق، ص ٢٥٥.

بيد ان ذلك لايعني ان اخلال المدين بتنفيذ العقد يجعل سلطة فسخه منوطة بالدائن، لان الدائن ان كان يملك مكنة طلب الفسخ فان هذا لايعني ان الفسخ اصبح محتماً، اذ تملك المحكمة سلطة تقديرية بهذا الشأن وتملك ان تجيب طالب الفسخ الى طلبه كما تملك رد الطلب والابقاء على العقد والزام الطرفين بتنفيذه، فالقاضي يوازن بشأن ذلك بين اعتبارات متعددة، فاذا وجد ان الاخلال حصل بحسن نيّة وسوء حظ، رد طلب الفسخ وكذلك الحال اذا كان الاخلال انصب على التزام ثانوي قليل الاهمية اذا ما قورن بما تم تنفيذه، ويملك القاضي ايضا منح المدين مهلة اذا ما وجد ان المدين مستعد لتنفيذ العقد، وان عدم التنفيذ كان نتيجة لظرف طاريء آيل الى الزوال[١]، فالعقد لايمثل مصالح اطرافه فقط، وانما يمثل وسيلة لتبادل السلع والخدمات مما ينعكس ايجابياً على الاقتصاد القومي، من هنا نجد ان القضاء الفرنسي قطع شوطاص بعيداً في توسيع سلطته في اعطاء الروابط العقدية درجة كبيرة من الفاعلية، والتأثير عن طريق تفضيل الحل الذي يبقى على العقد، على الحلول الاخرى التي يؤدي الاخذ بها الى انهاء العقد، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بدائرتها المدنية الثالثة، برد طلب المدعي انهاء العقد، لانه كان طلباً متعسفاً[٢]، كما قضت الدائرة التجارية في المحكمة ذاتها بان عدول البنك مانح الاعتماد كان عدولاً متعسفاً ومن ثم فلايترتب عليه أي اثر قانوني، ومن ثم الزمت البنك بدفع ثمن البضائع التي ارسلت بعد هذا العدول[٣].

بيد انه تنبغي الاشارة الى ان سلطة القضاء التقديرية بشأن فسخ العقد، يمكن ان تتقيد اذا اورد المتعاقدان شرطاً تعاقدياً يقضي بعد العقد مفسوخاً اذا اخل أي من المتعاقدين به، من دون حاجة الى اعذار او حكم، فعندها يصبح لزاماً على القاضي الحكم بفسخ العقد اذا ثبت له الاخلال به[٤].

---

[١] د. حسن علي الذنون، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة ٢٩١، الرابطة، بغداد، ١٩٥٣، ص ٢٩١.

[٢] *Cass Civ.3ch 3-11-1975. D, 1978 J.Pp269.*

[٣] *Cass Comm, 3-11-1991. Revue Banque, 1992, p:743.*

[٤] ينظر: نص المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي.

واذا طلب الدائن فسخ العقد فهذا لايمنعه من طلب التعويض، لكن طبقاً لاحكام المسؤولية التقصيرية، مادام ان خطأ المدين هو الذي تسبب بفسخ العقد، وعندها يختلف نطاق التعويض ليشمل الاضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة[1]، كما ان وظيفة التعويض تكون اصلاح ما لحق الدائن من ضرر، وليست تنفيذاً للعقد بمقابل[2].

المطلب الثالث

النتائج التي تترتب على عد التعويض وسيلة تنفيذ للعقد

يترتب على الاخذ بفكرة ان التعويض في المسؤولية العقدية لايعدو عن كونه وسيلة متاحة امام الدائن للحصول على مزايا التنفيذ العيني، التي حرمه منها المدين بعدم تنفيذ ما التزم به او نفذه تنفيذاً معيباً، جملة من النتائج نلخصها بما يأتي:

اولاً: اذا كان انصار الفكرة التقليدية التي ترى ان التعويض واحد في المسؤوليتين، ووظيفته واحدة وهي اصلاح الضرر الذي اصاب الدائن، ومن ثم فلا يمكن ان يكون التعويض مستحقاً، مالم تتحقق اركان المسؤولية عموماً من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية، فأن القول بأن التعويض وسيلة تنفيذ لالتزام لم ينفذ، تجعلنا لا نشترط تحقق ركن الخطأ في امتناع المدين عن التنفيذ او تنفيذه تنفيذاً معيباً، اذ يكفي الدائن ليستحق التعويض ان يثبت عدن التنفيذ، ودون أي وصف اخر.

ومما يدعم وجهة النظر هذه ان المشرع لم يشترط تحقق الخطأ في عم التنفيذ لاستحقاق التعويض. اذ نصت المادة (٢٥٦) من القانون المدني العراقي على انه: (لايستحق

---

[1] ينظر: نص المادة (٣/١٦٩) من القانون المدني العراقي.

[2] ويبدو ان القضاء العراقي يشترط لامكانية القضاء بالتعويض عن عدم التنفيذ او التنفيذ المعيب، ان يطلب المدعي فسخ العقد، ويؤسس ذلك على نص المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي، وهو موقف محل نظر، لان المشرع العراقي في المادة (١٧٧) لم يشترط الفسخ للمطالبة بالتعويض، وانما اجاز للدائن طلب فسخ العقد، وينبغي عدم الخلط بين الفسخ وبين التعويض بوصفه وسيلة لتنفيذ العقد. ونناشد القضاء العراقي الى اعادة النظر في موقفه هذا، في ضوء ما استجد من مواقف فقهية واحكام قضائية في النظم القانونية المقارنة. ينظر في موقف القضاء العراقي هذا: النشرة القضائية، ع١ نيسان ٢٠٠٧، رقم القرار (٧٧/ مدني اولى/ ٢٠٠٥)، والعدد ١١ شباط ٢٠٠٨، رقم القرار (١١٣٤/ مدنية ثانية/ ٢٠٠٦).

التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) فالنص صريح بعدم اشتراط وجود الخطأ للحكم بالتعويض.

ثانياً: كما لايشترط لحصول الدائن على التعويض ان يثبت الضرر الذي لحق به، وانما يكفي ان يثبت تخلف مَدينَه عن تنفيذ ما التزم به، واذا كان الضرر يشترط تحققه، فهذا في المسؤولية التقصيرية التي لاتقوم بدونه، بل عدم ضرورة اثبات الضرر، لاتكون عند المطالبة بالتعويض فحسب، وانما عند اللجوء الى أي من الوسائل التي خولها المشرع للدائن كالفسخ او المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري.

ويبدو ان هذا الطرح وجد صدى له في بعض الاحكام التي صدرت عن محكمة النقض الفرنسي، فقد قضت المحكمة ان الضرر ليس شرطاً للمطالبة بالتعويض عن مخالفة الالتزام بالامتناع عن عمل، وقالت: (بما ان الدائن له الحق في المطالبة بهدم ماتم بالمخالفة للالتزام، وان له ان يطلب من المحكمة السماح له بالقيام بذلك على نفقة المدين، فان الأمر لايحتاج الى اثبات الضرر)[1].

ونقضت المحكمة نفسها حكماً صادراً عن محكمة الموضوع يستلزم اثبات الضرر للمطالبة بالتعويض في قضية تتلخص وقائعها في ان مستأجراً احداث تعديلات في المأجور، فطالب المؤجر بالتعويض، ولم يطلب التنفيذ العيني في هدم المحدثات واعادة الحال الى ما كانت عليه، فقضت محكمة النقض ان ليس شرطاً لاستحقاق التعويض ان يثبت الدائن الضرر الذي أَلَمَّ به[2].

الخاتمة

يمكن ان نلخص اهم النتائج التي خرجت بها دراسة الموضوع وكما يأتي:

---

[1] *Cass Civ. 13-11-1997, Rev. Tr.DR.Civ.1998, p:124.*

[2] *Rev.Tr.Dr.Civ.1997,p:150.*

١. لم تعد النظرة التي سادت من الناحية التقليدية والتي ترى التعويض وسيلة لاصلاح الضرر، سواء في المسؤولية العقدية او التقصيرية، مقبولة في ظل الطرح الجديد الذي نادى به بعض الفقهاء، والذي بدأ يجد له صدى في احكام المحاكم، كما ان هذه النظرة تنطوي على مخالفة لاحكام القوانين، من حيث انها تضيف شروطاً على حق الدائن في طلب التعويض لم يقل بها المشرع.

٢. ان محاولة انكار المسؤولية العقدية والقول بوحدة المسؤولية المدنية، وان كان له من المبررات المنطقية التي تدعمه، لكن لاسبيل الى ذلك في ظل المعالجة التشريعية التي تكرس ازدواج المسؤولية، وعليه لابد من الاعتراف بنطاق كل مسؤولية، ولكن ينبغي اعمال المسؤولية العقدية في معالجة الاخلال الذي ينصب على الالتزامات التعاقدية المحددة، اما ماجاوز ذلك فينبغي معالجته بموجب احكام المسؤولية التقصيرية، كعدم مراعاة مبدأ حسن النيّة في تنفيذ العقد، او التعسف في استعمال الحق وان انصب على حق تعاقدي.

٣. لايشترط لاستحقاق التعويض اثبات الخطأ، فيكفي لاستحقاقه الا ينفذ المدين التزامه، او ينفذه تنفيذاً معيباً، دون حاجة لأي وصف آخر.

٤. ان التعويض في المسؤولية العقدية ينبغي معالجته بوصفه وسيلة لتنفيذ العقد الذي اخل به المدين، ويترتب على ذلك ان ليس ضرورياً اثبات الدائن للضرر الذي اصابه حتى يمكنه المطالبة بالتعويض، فكما لايلزم الدائن باثبات الضرر الذي اصابه حتى يطالب بالتنفيذ العيني، فينبغي ايضا عدم مطالبته بإثبات الضرر لكي يطلب التعويض.

المصادر

اولاً: المصادر العربية:

١. د. حسن علي الذنون، احكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢.
٢. د. حسن علي الذنون، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥٣.
٣. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١.
٤. د. عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٨.
٥. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للقانون وفقاً للقانون الكويتي، ج١ن مصادر الالتزام، الكويت، ١٩٨٢.
٦. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
٧. د. عبد المجيد الحكيم، ومحمد طه البشير، وعبد الباقي البكري، الموجز في النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، بغداد، ١٩٨١.
٨. د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
٩. د. محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة في دور التعويض في المسؤولية العقدية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠٥.
١٠. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١,
١١. النشرة القضائية، العدد (١)، نيسان ٢٠٠٧,
١٢. النشرة القضائية، العدد (١١)، شباط ٢٠٠٨.

ثانياً: المصادر الفرنسية:

13. *Mazeaud (H): Responsabilite delictuelle et responsabilite contacuelle Rev. Dr. Civ.1966.*
14. *Starck: Droit Civil, Les obligations, T2, Paris, 1986.*
15. *Savaux: La fin de la responsabilite contractuelle. Rev. Tr.Dr.Civ.1999.*
16. *Tallon (D): L inexecution du contrat. Pour une autre presentati-on REV.TR.CIV.1994.*
17. *Veney(g): Obligation. T2. Paris. 1982.*
18. *Veney (G): Les obligation. Responsabilite Civil. T1.Paris. 1982.*