مدى تلازم التعويض
مع الفسخ المبتسر للعقد(*)

م. م. جعفر عماد عبد علي* و أ.م.د. علي مطشر عبد الصاحب**

* قسم القانون\ كلية الإسراء الجامعة، بغداد \ العراق

** قسم القانون\ كلية القانون- جامعة بغداد، بغداد \ العراق

Extent of Compensatory Correlates with Premature Termination of the Contract

Assist. Lect. Jafar Emad Ali*

and Assist. Prof. Dr. Ali Mutashar Abd Alsaahib**

*** Law Dept./ Al-Esraa University College, Baghdad / Iraq**

**** Law Dept./ College of Law, Baghdad University, Baghdad / Iraq**

jafer@esraa.edu.iq

* بحث مستل من أطروحة الدكتوراه للباحث الأول.

المستخلص

ان الرابطة القانونية الناشئة عن الالتزامات العقدية والتي يكون فيها التنفيذ مؤجل، تقوم على ان الدائن قد منح مدينه الثقة والائتمان في تنفيذ التزاماته عند حلول ميعاد استحقاقها، الا ان هذه الثقة والائتمان يتقوضان عندما يتخذ المدين سلوكا يدل على عدم التنفيذ إذا ما حان اجل تنفيذها، وهنا أجاز القانون فسخ العقد ابتساراً، أي ان يقع الفسخ قبل ميعاد التنفيذ المتفق عليه، ولا يقتصر حق الدائن على الفسخ وانما جاز له ان يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة لإخلال المدين، وهنا يكون التعويض مصاحب للفسخ المبتسر للعقد.

الكلمات المفتاحية: التعويض الشامل. خسارة التوقع. تقليص الاضرار.

Abstract

The legal bond arising from contractual obligations, in which the implementation is deferred, is based on the fact that the creditor has given his debtor confidence and trust in the implementation of his obligations when they are due, but this trust and credit is undermined when the debtor takes a behavior that indicates non-implementation if the time for implementation comes, Here, the law permitted the premature termination of the contract. The termination occurs before the agreed-upon execution date, and the creditor's right is not limited to the termination, but he may claim compensation for the damage he sustained as a result of the debtor's breach, and here compensation is accompanied by the premature termination of the contract.

Keywords: Comprehensive compensation. Loss of expectation and Damage reduction.

المقـــدمـــــة

قد يُطالِب الدائن بالتعويض عما أصابه من ضرر جراء اخلال المدين الحاصل بتنفيذ الالتزام العقدي، فقد يرى الدائن ان مصلحته تقتضي انهاء العقد بوقت مبكر مع المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به، الامر الذي يدفعه الى المطالبة بذلك التعويض، وعندئذ فان الاستجابة لطلب الدائن هذا يستلزم غالباً فسخ العقد المبرم ابتداءً، طالما كان هو المصدر المنشئ للالتزام، وفي هذه الحالة يكون طلب الدائن للتعويض ملازماً بالفسخ المبتسر، ومن ثم تثار مسألة تقدير التعويض عند الفسخ المبتسر للعقد وما لها من الأهمية في هذه الدراسة، ذلك لان من مقتضيات مبدأ التعويض الكامل للضرر تحقيق التناسب او التعادل بين التعويض والضرر الذي لحق الدائن طالب الفسخ المبتسر، ولصعوبة تحقق ذلك مما يقتضي بيان سلطة القاضي في التقدير وكيفية الوصول الى التناسب بين التعويض والضرر الذي أصاب الدائن.

وللوقـوف علـى حـق الدائـن فـي التعويـض نتيجـة للفسـخ المبتسـر ينبغـي البحـث في مـدى تلازم التعويض للفسـخ المبتسـر للعقد مـن خلال تقسـيم البحث الى ثلاث مطالب كما يلي:

المطلب الأول: التعويض المقترن بالفسخ المبتسر للعقد

المطلب الثاني: تقدير التعويض المقترن بالفسخ المبتسر للعقد

المطلب الثالث: تأثير التعويض المقترن بالفسخ المبتسر للعقد بقيد تقليص الاضرار

المطلب الأول
التعويض المقترن بالفسخ المبتسر للعقد

إذا كان العقد هو المصدر المنشئ للالتزام، وتمسك الدائن بفسخ العقد ابتساراً نتيجة لما فيه من خلل يصعب معه ضمان تنفيذه بالشكل السليم وفقاً للميعاد المحدد، فان للدائن بعد الحكم بالفسخ ان يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق به جراء الاخلال الحاصل بتنفيذ الالتزام، بَيدَ ان جواز الحكم له بذلك التعويض إنما هو أمر مرهون بمدى توافر الشروط اللازمة للحكم بالتعويض أصلاً، إذ يقتضي أولاً ان تتوافر أركان المسؤولية العقدية وينبغي ثانياً ان لا يوجد هناك اتفاق على الاعفاء من هذه المسؤولية، ويختلف التوجه القانوني في ملازمة التعويض للفسخ المبتسر، فهل كل فسخ لابد من ان يصاحب بتعويض؟ ام ان طلب الفسخ جزاء كافي لطالب الفسخ، لتحريره من الالتزامات التي تقع على عاتقه اتجاه الطرف الذي أخل بالتزامه، كل ذلك يستدعي بيان معرفة تلازم التعويض للفسخ المبتسر في ضل القانون العراقي وايضاً تلازم التعويض للفسخ المبتسر في ضل القانون الإنكليزي من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تلازم التعويض للفسخ المبتسر في ظل القانون العراقي

ان اخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية قد تسبب الضرر للمتعاقد الاخر، وقد اجازت النصوص القانونية على ذلك الاخلال إعطاء الحق في المطالبة بالفسخ المبتسر للعقد للطرف الاخر[1] بالإضافة الى التعويض ان كان له مقتضً كما تشير الى ذلك القواعد العامة، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (177) من القانون المدني العراقي على امكانية تلازم التعويض للفسخ كقاعدة عامة بالقول "... ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له

1- ويتخذ الاخلال المسبق الذي يبيح الفسخ المبتسر صورتين الأولى الاخلال المسبق المحقق والثانية الاخلال المسبق المستنتج د. علي مطشر عبد الصاحب، ماجد مجباس حسن، الاخلال المسبق واثره في تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين- دراسة في القوانين والقانون الإنكليزي، مجلة العلوم القانونية/ جامعة بغداد/ مجلد 33 عدد 6، 2018، ص 383-385. https://search.emarefa.net/detail/BIM-910128

مقتضٍ" ومن المعلوم ان الفسخ القضائي لا يمكن ان يتم ما لم يتوفر شرط الاخلال في تنفيذ العقد من قبل أحد الأطراف المتعاقدين وبهذا يكون هناك مسوغ للطرف الاخر طلب الفسخ المبتسر، ولا يقتصر إثر الاخلال على الفسخ فقط وانما يمكن ان يكون مصدراً لتعويض الضرر الذي أصاب الدائن.

ويتضح مما تقدم ان الاخلال العقدي يمكن ان يرتب نتيجتان: الأولى حق الدائن في ان يطلب الفسخ المبتسر للعقد والثانية حقه في التعويض عن الضرر الذي أصابه، ويلاحظ ان طلب الفسخ المبتسر للعقد لا يتوقف على وجود ضرر عن الاخلال الذي صدر من المدين فيتحقق له ذلك طالما وجد اخلالا يستوجب الفسخ، لكن ليس بالضرورة ان ينتج عن هذا الاخلال ضرراً للدائن وهذا بخلاف النتيجة الثانية المتعلقة بالتعويض، اذ يتوقف على حصول الضرر بسبب الاخلال مباشرة [1].

كما لا يحكم للدائن بالتعويض الا إذا ثبت ان هذا الدائن غير مقصر أي انه قام بتنفيذ التزامه أو كان على الأقل مستعداً للقيام به وأن عدم تنفيذ المدين لالتزامه كانت بسبب تقصيره او سوء نيته، اما الفسخ فهو متوقف على ثبوت عدم تنفيذ التزام أحد الأطراف وسقوط التزام الطراف الاخر تبعاً لذلك، فلا يتوقف الفسخ على ثبوت تقصير المدعى عليه وعدم تقصير المدعي، ذلك أن التعويض يثير مسألة المسؤولية وشروطها معروفة، اما الفسخ فهو تقرير للأمر الواقع من سقوط الالتزامات بسبب تخلف ركن المحل او السبب، فإذا رفع احد طرفي العقد دعوى بطلب فسخ العقد وثبت ان الطرفين قد اهملا كل من جانبه تنفيذ الالتزامات على وجه يتبين منه ان كل تنفيذ يقع بعد ذلك لا يحقق الغرض الذي رمى اليه كل منهما، فلا نزاع في ان القاضي يحكم بالفسخ متى تبين ذلك دون ان يعترض على المدعى بالفسخ انه قصر في تنفيذ التزامه، ولكن قد يحكم بان الفسخ بتقصير هذا المدعي ويلزم بالتعويض بسبب ذلك وتلك مسألة أخرى مستقلة عن الفسخ[2].

1- كما ان التعويض يمكن ان يكون في حال طلب التنفيذ العيني وفي حال طلب الفسخ إذا كان له مقتضى. والنص العراقي يفيد ذات المعنى، لان امكان طلب التنفيذ العيني مفهوم ضمنا لأنه الاصل كونه الغاية من التعاقد وان المادة 177 نصت على جواز طلب الفسخ وليس على وجوبه، فيجوز ان يطلب المتعاقد اجبار العاقد الاخر على تنفيذ التزامه بدلا من فسخ العقد د عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، المكتبة القانونية، بغداد، 1997، ص427.

2- حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، أصول الالتزامات، مطبعة نوري في القاهرة، 1943، ص487-488.

ولذلك فان الفسخ والتعويض امران مختلفان من حيث شرط الضرر، فالفسخ يجوز في حال اخلال العاقد الاخر، سواء تسبب الاخلال في ضرر ام لم يتسبب، بينما التعويض يستوجب حصول الضرر بسبب الاخلال، والتعويض ممكن في حال طلب التنفيذ العيني، وفي حال طلب فسخ العقد، وبهذا يكون أعم من الفسخ الذي هو أحد الخيارين من تنفيذ عيني او فسخ العقد ولا تقضي المحكمة بالتعويض من تلقاء نفسها وانما يجب ان يطلبه المدعي في دعوى الفسخ ولا تلزم المحكمة ان تنبه الى حقوقه، ولذلك يلاحظ انه لا تلازم بين الحكم بالفسخ وبين الحكم بالتعويضات، فقد يحكم القاضي بالتنفيذ والتعويضات، وقد يحكم بالفسخ مع التعويض، او الفسخ فقط، فالحكم بالتعويض مستقل عن الفسخ ويخضع لقواعد خاصة به، اذ لا يكفي الحكم بالفسخ لتعويض الدائن إذا كان قد أصاب الدائن ضرر من عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فالفسخ هنا تعويض بهذا المعنى [1].

ومن هنا تظهر عدم دقة وصف هذا التعويض بانه تعويض عن الاضرار المترتبة على فسخ العقد، او انه تعويض ما اصاب الدائن من ضرر بسبب الفسخ [2]، وذلك لأسباب عدة لان التعويض هنا عن الضرر اللاحق بالمتعاقد نتيجة عدم تنفيذ المتعاقد الاخر لالتزاماته منها ومن هذه الأسباب ان الفسخ في نظر الفقه نوع من التعويض وذهب البعض الى ابعد من ذلك فهناك من يؤيد اقتصار الفسخ كجزاء للمدين دون ان يتعدى الى التعويض وهو بصدد التعليق حول الانظمة القانونية التي تمنع تلازم التعويض للفسخ ويصفه بانه "نظام منطقي عادل، لان الفسخ وسيلة ضمان للدائن وهو وسيلة جزاء كذلك، فلا يجوز ان نسمح للدائن ان يستعمل هاتين الوسيلتين مرتين، مرة بالفسخ واخرى بالتعويض، فالفسخ يمثل تعويضا كافيا للدائن عما لحقه من ضرر جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه او الاخلال فيه، هذا فضلا عن ان الفسخ بإرجاعه الحال الى ما قبل التعاقد، لا يلائم مطلقاً تعويض الدائن عما فاته من ربح وما لحقه من خسارة، اما انه نظام عادل فلأنه يعطي الدائن الخيار بين فسخ العقد دون تعويض اضافي، وبين الابقاء على العقد واستحقاق التعويضات، وهذا يكفي لإعادة التوازن المادي بين المتعاقدين"[3]، كما ان

1- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام،ج2، مصادر الالتزام، مكتبة نهضة مصر، 1954، ص 369.

2- د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، طبعة المعارف بغداد، ص 393.

3- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ، المصدر سابق ص 264.

الدائن هو طالب الفسخ، ولا يعقل ان الدائن يطلب ما يضر به نفسه، بل العكس هو يسعى للتخلص من ضرر العقد الذي حصل الاخلال فيه، كما ان الفسخ القضائي من انشاء القضاء، ولا يصنع القضاء ما يفاقم من ضرر الافراد الذين يلجؤون اليه، كما ان التعويض يصاحب الفسخ، فلا يكون الفسخ سببا له لان المفروض في السبب ان يسبق المسبب، لا ان يصاحبه في الحصول، فالتعويض هنا جزاء يفرض على المدين بسبب خطئه الذي تسبب عنه فسخ العقد [1].

غير ان امكان اجماع الفسخ المبتسر للعقد مع التعويض امر مسلم به، وفقا لما نص عليه القانون في الفقرة الأولى من المادة (177) من القانون المدني العراقي بالقول "... ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضٍ". كما لا بد من الإشارة الى ان الاغلب في الفسخ المبتسر ان يصاحبه تعويض، ذلك لان ليس كل اخلال يصدر من المدين يبيح للدائن طلب الفسخ المبتسر للعقد، نظراً لخصوصية هذا النوع من الفسخ، أي لا بد من ان يتصف بشيء من الجسامة، وللقاضي السلطة في ذلك، كما لو كان ما نفذ منه المدين من التزامه الجزء الأقل وامتنع عن انجاز عمله بالشكل الكامل، او اتخذ الطريقة المعيبة في التنفيذ، فبهذا الاخلال لابد من ان يمنح الحق للدائن الفسخ المبتسر للعقد ويلازمه في ذلك التعويض عن الاضرار التي تعرض لها نتيجة لذلك الاخلال وطالما كان وقت التنفيذ من الأمور الجوهرية بالنسبة للدائن.

وبمقتضى ذلك انه لا يكون للدائن ان يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة للإخلال الذي حصل من قبل الدين بشكل مستقل، مالم يسبقه المطالبة بالفسخ المبتسر للعقد، وهنا يلاحظ التلازم بين التعويض والفسخ المبتسر، فلا يحكم له بالتعويض الا بعد مطالبته بفسخ العقد، وصدور حكم بفسخه، وقد اكدت محكمة التمييز الاتحادية هذا التوجه بالقول (.... وان طلب التعويض يجب ان يكون بعد فسخ العقد....) [2]، وقرارها القاضي بانه (إذا ظهر للمحكمة ان عقد المقاولة المبرم بين

1- عباس علي محمد، د. عباس علي محمد،(2012).رجعية العقد عند فسخه، بحث مقارن بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجلة رسالة الحقوق، مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون جامعة كربلاء، س4، ع1، ص42.

2- انظر حكم محكمة التمييز الاتحادية المرقم (443/هـ.م/2008) في 3/8/2008(غير منشور)...

المتداعيين ما زال قائماً وغير منفسخ وكانت دعوى المدعي تتضمن طلب التعويض دون الفسخ فعلى المحكمة ان تقضي برد الدعوى) [1].

الفرع الثاني: تلازم التعويض للفسخ المبتسر في ظل القانون الإنكليزي

للدائن ان يفسخ العقد فسخاً مبتسراً جزاء لإخلال المدين، كما لو كان المدين قد أخل بالتزامه بعد حلول الاجل المحدد للتنفيذ، والفسخ المبتسر يجوز ان يتم بإرادة الدائن وحده، فإلى جانب الفسخ باتفاق الطرفين وبحكم من القضاء، يوجد الفسخ بإرادة منفردة في الحالة التي يقوم فيها احد المتعاقدين بالتنفيذ، ولا يقوم بها المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزامات من جانبه، ويجوز ان يخضع العقد للفسخ بإرادة منفردة، وفي معظم الأحيان يكون الطرف المقصر مرتكباً لإخلال بالعقد بمعنى أنه لم يكن مستعداً ولا راغباً في تنفيذ التزاماته [2]، كما يترتب على الفسخ المبتسر للعقد وفقاً للقانون الإنكليزي، انتهاء العقد كلية، وانقضاء حقوق والتزامات المتعاقدين الناشئة عنه، بحيث لا يكون العقد بعد فسخه صالحاً لترتيب أي إثر بما في ذلك الحق في التعويض [3].

فإذا كانت القاعدة العامة في العقود الملزمة للجانبين، انه اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر ان يطلب فسخ العقد[4]، وطالما اخلال المدين بالتزامه يعد اخلالاً منه بوجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فإنه يكون للدائن ان يواجه هذا الاخلال بان يطلب الفسخ المبتسر للعقد، وإذا كان الأصل في القانون العراقي ان الفسخ لا يقع بقوة القانون بمجرد حصول اخلال بالالتزام العقدي، بل لا بد من ان يتفق

1- ولهذا يرى البعض ان محكمة التمييز تنظر الى التعويض على انه اثر للفسخ وليس اثراً قائماً بذاته، اذ لم تميز المحاكم في اعمال هذه القناعة بين التعويض الذي يقدره القضاء وبين التعويض الاتفاقي، فاعتبرته بعض احكام محكمة التمييز اثراً للفسخ ولو كان التعويض اتفاقياً اذ قررت في قضاء لها انه (لا يحكم بالتعويض الاتفاقي دون الحكم بالفسخ). نورس عباس العبودي،). (2018التنفيذ المعيب للالتزام العقدي-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية القانون جامعة بغداد، ص 253.

2- ج.س. شيشر، س. ه فيفوت، م. ب فيرمستون،).(1987احكام العقد في القانون الإنجليزي، ترجمة هنري رياض، دار الجيل- بيروت، ومروي بوشكوب، الخرطوم، ص692.

3- محمد لبيب شنب،. (1960)الجحود المبتسر للعقد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 2، العدد2، القسم الأول، ص286.

4- المادة (177) من القانون المدني العراقي.

عليه المتعاقدين، او ان يصدر حكم قضائي[1] فالأمر مختلف عما يقرره القانون الإنكليزي[2]، اذ يجوز للدائن ان يفسخ العقد بإرادته المنفردة ولا يجوز الجمع، فحيث يفسخ العقد لا يجوز المطالبة بالتعويض، فمتى ما فسخ الدائن العقد على إثر اخلال مدينه لا يجوز له ان يطالب هذا المدين بتعويض الأضرار التي اصابته من جراء هذا الاخلال، هذا وفقاً للمعنى الدقيق للفسخ، وان كان العمل قد جرى على التجاوز عن هذا المعنى في بعض الحالات وإجازة طلب التعويض رغم الفسخ على أساس ان المقصود به هو اعتبار العقد منتهياً إلا بالنسبة للحق في التعويض[3].

ولهذا فقد ذهب القضاء الإنكليزي ويتبعه في ذلك البعض من الفقه هناك على ان حق الدائن في فسخ العقد ابتساراً ينشأ تلقائياً وما يترتب عليه من تعويض ينشأ تلقائياً من واقعة اخلال المدين للعقد، ويقتصر دور القضاء عند رفع الدعوى إليه، على تقرير فيما إذا كان الدائن محقاً في فسخ عقده تبعاً الى سلوك المدين وتقرير فيما إذا كان هذا السلوك يعتبر واقعة مشكلة لإخلال المدين لعقده ام لا [4].

1- اذ تقوم ضرورة استصدار حكم بالفسخ على الاعتبارات الاتية: ان القانون يعطي للقاضي سلطة تقديرية في نظر طلب الفسخ، فهو لا يوجب عليه الحكم به ولو تحقق له حصول اخلال المدين، بل يجيز له ان يرفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته.

1. ان القانون يعطي للقاضي سلطة منح المدين اجلاً لتنفيذ التزامه، إذا اقتضت الظروف ذلك.
2. ان تصفية الموقف بين المتعاقدين بعد الفسخ يحتاج الى تدخل من القضاء، كما هو الشأن في تحديد مدى التعويض الذي يلتزم به المدين الذي حصل الاخلال منه.

2- يعتمد القانون الإنكليزي على السوابق القضائية بوصفه قانون غير مكتوب مصدر القضاء، وبهذا يشكل القانون العام الذي يمثل عائلة قانونية تقابل في القانون العراقي القانون المدني، استاذنا الدكتور جليل حسن الساعدي، أصول العقد في القانون الإنكليزي والعراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد الخامس والعشرون، العدد الأول، 2010، ص 152.

https://search.emarefa.net/detail/BIM-266787

وأيضا ذكر هذا المعنى د. رؤى عبد الستار صالح أ.د. جليل حسن الساعدي م.م. باسم ذهيب خلف، المجلة القانونية، تعويض الضرر المستقبل في نطاق العقد،جامعة القاهرة كلية الحقوق، المجلد1، 2018، ص130.

https://jlaw.journals.ekb.eg/article_45233_1fa144bce5ae176821babb492d61dd6d.pdf

3- محمد لبيب شنب، القسم الاول، مصدر سابق، ص 290.

4- بينما يذهب غالبية الفقه والقضاء التجاري الدولي على ان حق الدائن في فسخ العقد ابتساراً لا ينشأ بشكل تلقائي بل هو مرهون بإرسال الدائن اشعاراً الى مدينه يدعوه فيه الى تقديم ضمانات تؤكد قدرته على تنفيذه، وان حق الدائن في فسخ العقد ابتساراً وما يتبعه من تعويض ينشأ من اللحظة التي يعجز فيها المدين من تقديم تلك الضمانات في وقت معقول، د. ظافر حبيب جبارة،). (2015نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في النظام القانوني الانكلوامريكي، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، مجلد 30، ص 5.

فالفسخ المبتسر وفقاً للقانون الإنكليزي كما يتضح لا يحتاج الى حكم من القضاء، فإخلال المدين للعقد يعتبر اخلالا منه بالالتزام بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وان هذا الاخلال أجاز للدائن ان يعتبر هذا العقد مفسوخاً دون حاجة الى حكم، مع ملاحظة ان المتعاقد الذي يفسخ العقد دون حكم انما يفعل ذلك على مسؤوليته وتحت رقابة القضاء، بحيث انه يكون مسؤولا عن عدم تنفيذ التزاماته إذا لم يكن هناك أساس مشروع يبرر الفسخ المبتسر للعقد دون استصدار حكم [1].

وطالما مسؤولية المدين قد تحققت، فانه يكون للدائن ان يقيم عليه دعوى التعويض في الحال، دون انتظار لحلول الاجل المحدد لتنفيذ العقد، ولا يجوز ان تدفع هذه الدعوى بأنها سابقة لأوانها، وذلك لأن المصلحة الحالة وهي مناط الدعوى، تتحقق بمجرد الاعتداء على حق الدائن، ومن حق كل دائن أن ينفذ مدينه العقد الذي يربطهما بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فاذا أخل المدين بهذا الالتزام، تحقق الاعتداء وبالتالي توافرت المصلحة الحالة، وكانت دعوى الدائن بطلب التعويض مقبولة [2] اذ ان الهدف الرئيسي من الفسخ المبتسر للعقد هو السماح للدائن بان يحصل على تعويض نتيجة لما لحقه من ضرر بين بسبب اخلال المدين فور حصوله، دون الانتظار لحلول الاجل المعين اصلاً في العقد، فيكون له ذلك عندما تتوافر الشروط المطلوبة لاعتبار مسلك المدين اخلالاً كان للدائن ان يطالب بالتعويض عن الاضرار المترتبة على هذا المسلك، ويستطيع الدائن فعل ذلك ولو لم يكن قد نفذ التزاماته، طالما كان راغباً ومستعداً وقادراً على التنفيذ وقت اخلال المدين، اذ لا يجوز له المطالبة بالتعويض اذا ثبت انه ما كان ينفذ التزاماته لو لم يحصل الاخلال[3].

1- محمد لبيب شنب،(1961).الجحود المبتسر للعقد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، القسم الثاني، المجلد3، العدد 1، ص 162.

2- د. عبد المنعم الشرقاوي،).(1947نظرية المصلحة في الدعوى، الطبعة الأولى، القاهرة، ص 125.

3- .واختلفت الآراء على من يقع عبء الاثبات في توافر القدرة والاستعداد للتنفيذ إذا كان ذلك محل نزاع:

ذهب الراي الأول الى ان المدين هو الذي يلتزم بإثبات ان الدائن لم يكن مستعداً ولا قادراً على تنفيذ العقد من جانبه وقت الاخلال، وقد عبر عن هذا الرأي الحكم الصادر في Mcbevran v. Herous بقوله إنه حيث يخل المدين بعقده، فانه يقع عليه عبء إثبات عدم مقدرة الدائن، فإذا لم يثبت ذلك، افتراض ان الدائن كان قادراً على التنفيذ، ورفع الدعوى قبل حلول الاجل المحدد للعقد، خير دليل على نية ورغبة الدائن في تنفيذ العقد.

الا ان الرأي الغالب هو ان الدائن عندا يطالب بالتعويض يجب عليه ان يثبت انه كان مستعداً وقادراً على التنفيذ، وانه كان سينفذ العقد لو لا الاخلال. ينظر محمد لبيب شنب، القسم الأول، مصدر سابق، ص 291.

وعموماً ان منح الدائن المضرور الحق في رفع دعوى الفسخ المبتسر او التعويض او كلاهما معاً في حال ثبوت الاخلال دون الانتظار لحين حلول الاجل يعد سبباً حالا للدعوى، اما من حيث الوقت المقرر لاستخدام الدائن حقه في الفسخ فإنه في ظل قواعد القانون الإنكليزي وتطبيقات القضاء فإن ذلك الحق ينشأ فور تحقق الاخلال [1].

المطلب الثاني
تقدير التعويض المقترن بالفسخ المبتسر للعقد

تثير مسألة تقدير التعويض عند الفسخ المبتسر للعقد الجانب المهم في هذه الدراسة ذلك لان من مقتضيات مبدأ التعويض الكامل للضرر تحقيق التناسب او التعادل بين التعويض والضرر الذي لحق الدائن طالب الفسخ المبتسر، والاصل في التعويض ان القاضي هو الذي يتولى امر تقديره، ومع ذلك فلا مانع من ان يتولى الطرفين من تقديره، الا ان نطاق البحث يتمحور حول التعويض القضائي نتيجة للصعوبات التي يواجهها القاضي لتعويض الضرر الملازم للفسخ المبتسر للعقد، وبيان سلطته في التقدير وكيفية الوصول الى التناسب بين التعويض والضرر الذي أصاب الدائن.

ومما لا خلاف فيه ان على قاضي الموضوع ان يأخذ بنظر الاعتبار وهو يقدر التعويض الظروف الملابسة للضرر، وهو يبذل في ذلك كل ما في وسعه، ويستخدم كل ما يتمتع به من علم ومعرفة وفطنة وحكمة ونزاهة وحياد، لكي يجعل مقدار التعويض الذي يقضي به للمدعي مساوياً لما نزل به من ضرر لا يزيد عنه ولا ينقص منه، فانه لو جعل مقدار التعويض اقل مما حاق بطالب الفسخ المبتسر من ضرر لما حقق النتيجة التي رمى اليها المشرع من التعويض وهي إزالة الضرر ومحو آثاره [2].

1- G. H. Treitel,(2003). The Law of Contract, Posted by Sweet & Maxwell Ltd. from Sciences,Gloucester Printed in England by MPG, Bodmin, PP. 860.

2- ذلك لو انه قضي بتعويض يزيد عما لحق المدعي من ضرر لكان في قضاءه هذا خلط بين فكرة التعويض المدني وبين العقوبة الجنائية، وهو خلط غير مقبول لدى معظم فقهاء القانون الوضعي في الوقت الحاضر، وعلى هذا الأساس قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية: بان التعويض الذي يحكم به للمتضرر لا يصح اعتباره عقابا على الخصم الآخر أو مصدر ربح وانما هو يبرر الضرر. تمييز 2086/2/956 _ مجلة القضاء 1957 ص 239: نقلاً عن د. حسن علي الذنون،.(1991)المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1،الضرر، شركة التأسيس للطبع والنشر، بغداد، ص356.

وعليه سنبين قواعد تقدير التعويض عند الفسخ المبتسر للعقد وذلك من خلال الافرع الاتية:

الفرع الأول: التعويض الشامل للضرر

يكون التعويض شاملاً للضرر عندما يكون ملائماً لحقيقة الضرر الذي أصاب المضرور فعلاً ويكون كذلك عندما يشتمل التعويض على (**ما لحق من خسارة وما فات من كسب**) نتيجة للإخلال الذي دعا الى فسخ العقد ابتساراً، وقد حدد المشرع للقاضي هذه العناصر التي يجب أن يضعها في اعتباره عند تقدير التعويض وهذه العناصر من شأنها أن تؤدي إلى تحقيق التعويض الكامل الذي يجبر الضرر اللاحق بالطرف المضرور، فمبدأ التعويض الكامل يقتضي الموازنة بين الضرر والتعويض لذلك يلزم تقديره عند المطالبة به بعد انهاء العقد ابتساراً بشكل واقعي، بقدر ما لحق المضرور من ضرر[1].

فقوام المسؤولية هو إعادة التوازن الذي اختل بسبب الاخلال وما نتج عنه من ضرر يقتضي تعويض المضرور بشكل عادل، وفقاً لظروف كل واقعة، ولقد نصت المادة (209) من القانون المدني العراقي.

على أنه " 1 – تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تعويضاً. 2 – ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض".

1- و يختلف الاتجاه الحديث مثل " القانون الإنجليزي " عن هذه القوانين التي تعتبر الضرر الركن الرئيس في أركان المسؤولية العقدية، ومن ثم يدور التعويض معه وجودا وعدما، وبناءً عليه لا يكفي الإخلال بالالتزام فقط حتى يمكن القول بقيام المسؤولية العقدية، بدعوى أن هدف المسؤولية العقدية هو جبر الضرر الواقع، فمع عدم وجود ضرر فلا تقوم هذه المسؤولية، أو أنه لا يحكم بالتعويض إلاّ بعد التحقق من توافر العلاقة السببية بين الضرر وخطأ المدين وقد نرى اختلافا في الاتجاهات القضائية الحديثة مثل ما اتجه إليه " القانون الإنجليزي"، الذي يجيز القضاء بالتعويض حتى في حالة عدم وجود خسارة مالية جسيمة حيث يمكن منح تعويض للدائن في حالات معينة مثل "التعويض الاسمي nominal damages "، وهو يمنح لمجرد الإخلال بالعقد ولو لم يترتب عليه ضرر للدائن، وهذا التعويض يهدف إلى تعزيز الثقة والاحترام للالتزامات التعاقدية ولاسيما حق الدائن في إثبات خطأ المدين، ينظر د.أحمد السيد البهي الشوبري، التعويض عن خسارة التوقع وخسارة الارتكان، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد32، العدد1، 2020 ص176.

وعلى القاضي أن يبين عناصر التعويض بحيث تشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب بالإضافة إلى تعويضه عن كل ضرر غير متوقع في حالتي الخطأ الجسيم أو الغش [1]، فيقرر القضاء وفقاً لذلك عناصر التعويض كما قررت محكمة التمييز ذلك بان (يتعين ان يكون تعويض الضرر الحقيقي الذي أصاب المدعي من جراء فسخ العقد شاملاً ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب) [2]، ويقاس التعويض على أساس الضرر ويكون حسابه بالشكل الذي يغطي هذا الضرر، ومن ثم لا يكون الخطأ او درجته من مقومات حسابه، اذ ان المسؤولية المدنية تقوم على أساس فكرة الإصلاح، فالجزاء ويكون الجزاء فيها عبارة عن تعويض هذا الضرر أو إزالة أثره قدر الإمكان فلا تقوم المسؤولية إذا انتفى الضرر بصرف النظر عن جسامة الخطأ [3].

كما أن المحكمة في حالة عدم تيسر تحديد مقدار التعويض لها فإنها يجب أن تحتفظ للمضرور بان يطالب بإعادة النظر في تقدير المحكمة خلال مدة معينة، فقد يحدث في الحياة العملية كثيراً أن يجد القاضي انه لا يملك عند طرح النزاع أمامه، من الإمارات أو الدلالات ما يمكنه من تقدير الضرر الواقع بالفعل، ومثل هذا الوضع أمر مألوف بالنسبة للضرر، فقد يصعب التقدير لحجم الضرر أو مقداره خاصة وان نوع الفسخ المبتسر بسبب توقيته قد يؤثر بحجم الضرر عما لو انتظر الدائن الى ميعاد التنفيذ، فيكون محلا للغموض والخفاء، كما ان طبيعة الالتزام تلعب دوراً في ذلك مما يتحتم معه إحالة الأمر إلى خبراء أو إلى تحقق وتثبيت حالة، فإذا استشعر القاضي بعدم تمكنه من تقدير

1- وبالرجوع إلى الأحكام العامة للمسؤولية العقدية، فبالاستناد إلى المادة (169) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه

1 - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون فالمحكمة هي التي تقدره.

2 - ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ في عن العقد سواء كان بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعة لعدم وفاء المدين بالالتزام أو التأخر عن الإيفاء به.

3 - فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجاوز التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت.

2- القرار 383/ موسعة أولى/90، تاريخ القرار 2005/5/29/ القرار غير منشور.

3- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1،الضرر، مصدر سابق، ص.155.

الضرر تقديراً سليماً صحيحاً كان له ان يحكم بتعويض مؤقت للدائن[1]، ومثالًا على ذلك يمكن ان يرد التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة لفسخه العقد ابتساراً ان يحصل على تعويض بشكل مؤقت لحين وقوف القضاء على حجم الضرر الذي أصابه، كما لو افترضنا ان اقام المقاول بتنفيذ جزء مما التزم به بشكل معيب مما دعا رب العمل الى فسخ العقد ابتساراً بعد ان اثبت عدم قدرة المقاول بالتنفيذ السليم وبشكل كامل عند حلول اجل التنفيذ، بهذا يمكن ان يحصل على تعويض مؤقت بعد الفسخ المبتسر لحين اعداد الخبراء التوثيق الكامل لحجم الاضرار التي اصابت رب العمل نتيجة لإخلال المقاول.

الفرع الثاني: قاعدة التعويض المنصف أو العادل

إذا كانت القاعدة العامة للمسؤولية المدنية في معظم التشريعات المدنية هو تعويض الدائن عما فاته من كسب وما لحقت به من خسارة، فان القانون الإنكليزي يميل الى اعتبار الخسارة اللاحقة هي نقطة الابتداء في التعويض عن الضرر الناشئ عن المسؤولية التقصيرية والكسب الفائت هو نقطة الابتداء في التعويض عن الضرر في نطاق المسؤولية العقدية [2].

1- وقد قضت محكمة التمييز العراقية في قضية تتلخص وقائعها: في ان أحد أصحاب الدور اقام دعوى على أمانة العاصمة يطالبها بتعويض مؤقت، قدره 850 دينار مع الاحتفاظ بحقه في الاضرار المستقبلية التي قد تظهر في الدار نتيجة انفجار الأنبوب الرئيسي للماء.
قضت محكمة التمييز في هذه الدعوى بما يلي: لدى التدقيق والمداولة وجد أن المميز عليها صاحبة الدار سيق أقامت الدعوى المرقمة 192/ب/975 ضد المميز إضافة لوظيفته، بخصوص الأضرار التي أصابت دارها نتيجة انفجار الأنبوب الرئيسي المار أمام دارها، وقد قدرت الاضرار الناجمة عن ذلك بمبلغ (2500دينار) وقد حكم للمدعية في الدعوى السابقة بما طلبته فيها وهو مبلغ (850 دينار) وصدق هذا الحكم تمييزاً، وان المدعية في دعواها تلك كانت قد احتفظت بحقوقها بخصوص فرق التقدير، وحيث ان المحكمة قدرت التعويض عما لحق المميز عليها كانت قد احتفظت بحقها بما يزيد على ما ورد في تقدير الخبير في الكشف المستعجل، وقد قدر الخبراء الأضرار الناجمة وبينوا أسبابها ومقدارها، وحيث حكم للميز عليها بجزء من هذه الأضرار في دعواها الأولى، وحيث ان أسباب المطالبة في الدعوى ومستنداتها هي نفسها في الدعوى السابقة المكتسبة درجة البتات وان تقدير الخبراء يصح ان يكون سببا للحكم. تمييز 527/ مدينة أولى/ 976 في 24/ 11/ 976 نقلا عن د. حسن علي الذنون، الضرر ج1، مصدر سابق، ص431.

2- Jim Leitzel, Reliance and Contract Breach, Law and Contemporary Problems, Vol. 52, No. 1,1989, P88
نقلا عن د. ظافر حبيب جبارة، مصدر سابق، ص 24.

ويبرر اللورد دننك ذلك بأن الجمع بين الخسارة اللاحقة والكسب الفائت في نطاق المسؤولية العقدية يؤدي في اغلب الأحوال الى تداخل التعويض، ذلك لان تعويض الدائن عن الكسب الفائت يشمل بالضرورة الخسارة اللاحقة فالكسب ما كان ليتم لو لا الخسارة التي تعرض لها الدائن [1] كما لو تعاقد منظم مسرح مع فنان على ان يؤدي أداء في احتفال غنائي، وعلى ذلك تم بيع عشرة الف تذكرة دخول بسعر خمسين دولار، كما تم الانفاق في سبيل اعداد الحفلة خمسة الف دولار وسبعة الف دولار للترويج، الا ان الفنان ارسل اشعار قبل يوم من ميعاد الحفل بعدم رغبته في احياء الحفل، فان التقدير للتعويض يتحدد بالكسب الفائت الذي حرم منه منظم المسرح وهو 500000 عدد التذاكر مضروباً في سعر التذكرة، ولا يجوز للقاضي ان يضيف اليها الخسارة التي تكبدها منظم المسرح (نفقات الترويج) والبالغة 12000 دولار لان منظم الحفلات ما كان يحصل على الربح الفائت على فرض قيام الفنان باحياء الاحتفال لو لا تحمله النفقات التي لحقت به، الا ان تقدير الكسب الفائت قد يشق على القضاء في بعض الأحيان ويعتمد على عوامل لم تحقق حال رفع الدعوى فيلجا القضاء الى الاعتماد على الخسارة التي لحقت بالدائن دون الربح الفائت لصعوبة تقديره [2].

ولا يفرق القانون الإنكليزي لاستحقاق التعويض ان يرد الاخلال على نوع معين من بنود العقد، أي سواء اكان الاخلال قد ورد على بند يعد من البنود الأساسية او ان الخرق ورد على بند ثانوياً بالنسبة لبنود العقد [3]، وطالما الفسخ المبتسر يتحقق بتحقق شروطه ومن بينها، ان يرد الاخلال على بند جوهري واساسي في العقد، لذا بات من المؤكد استحقاق الدائن للتعويض، ولا شك ان مسألة تقدير التعويض من المسائل التي قد يواجه فيها القاضي من الصعوبات في تقديرها إلا ان صعوبة تقدير التعويض لا تمنع الحكم للمدعي

1- Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law, Fourth Edition, 2003, P 274.

2- ينظر د. ظافر حبيب جبارة، مصدر سابق، ص24.

3- يفرق القانون بين الشروط والضمانات ويرتب اثار قانونية مختلفة عليهما فإذا مان التعويض يشمل الحالتين الا ان الفسخ يقتصر على الشروط دون الضمانات، د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل موجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط، 2016، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 17، العدد1، 2018، ص675.

https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/72/9/1/57743

بالتعويض، وعليه يترك الامر الى التقدير السليم للمحكمة لما تراه أفضل ما يمكن تقديره، لكي يكون تعويضاً جابراً للخسارة التي لحقت بالمدعي، وقد يكون تقدير الخسارة مسألة بالغة الصعوبة، كما يكون في بعض الأحيان تقديراً جزافياً، ولكن عدم إمكانية تقدير التعويض تقديراً حسابياً دقيقاً لا يصلح سبباً لحرمان المدعي من تقدير التعويض المستحق[1].

وعليه متى ما كسر العقد أو شرطاً جوهرياً فيه، سيتم التفكير في اتخاذ إجراء قانوني، اذ ينشأ اختيار من سبل الانتصاف القانونية، ولا سيما بعد انهاء العقد يكون الخيار الأمثل هو دعوى الحصول على تعويضات [2]، وهذه التعويضات وفقاً للقانون الإنكليزي متنوعة للغاية، بحيث لا يمكن تصنيفها بسهولة والمبدأ الأساسي ونقطة البداية لتقسيم أي مطالبة بالتعويض عن خرق العقد هو ما ذكره اللورد بلا كبيرن في قضية Livingstone v Rawyards Coal Co (1880) 5 App. Cas. 25 (13 February 1880) اذ "يجب ان يحصل قدر الإمكان على هذا المبلغ من المال الذي سيضع الطرف المصاب أو الذي عانى في نفس الوضع الذي كان سيصبح فيه لو لم يتحمل الخطأ الذي هو عليه الآن الحصول على تعويضه أو جبر الضرر" ولا يزال هذا المبدأ يشهد به في كثير من القضايا المتعلقة بالتعويضات، حتى يومنا هذا، لكن الصعوبة تكمن في تطبيق المبدأ على الحالات الفردية، اذا تم كسر العقد او تم احد شروطه، فيمكن القول بأنه يجب وضع الطرف غير المخالف، من خلال منح تعويضات في الوضع كما لو تم تنفيذ العقد بنجاح دون أي خرق للعقد، وبالتالي فان منح التعويضات سيفي بتوقعات ذلك الطرف، ولكن هناك حجة بديلة وهي ان في بعض الحالات قد يكون المنهج الأفضل هو النظر الى موقف الطرف غير المخالف قبل ابرام العقد واستخدام التعويضات لإعادة ذلك الطرف الى ما قبل التعاقد [3].

1- ج.س. شيشر، س. ه فيفوت، م. ب فيرمستون، المصدر السابق، ص837.

2- **Because the basic principle of compensation for breach of contract is that the injured party deserves it In so far as money can do so, to be put in the position it would have been if the contractual obligation had been properly performed. Professor Richard Stone, the modern law of contract ,University College, Northampton, Fifth edition 2002, Printed and bound in Great Britain,p 429-430.**

3- **The basic principle and starting point for evaluating any claim for breach of contract is what Lord Blackburn stated in Livingstone v. Rawyards Coal Co. (1880) 5 App Cas, 25, at 29:**
See: Robert Ribeiro, Damages and Other Remedies for Breach, Printed in Great Britain by Printflow.com, 2002, p 9.

ويمكن وصف هذين المنهجين المختلفين للتعويض عند الفسخ المبتسر للعقد على النحو الاتي:

أولا: طريقة الصفقة الناجحة (خسارة التوقع)

جوهر العقد هو الأداء، يتم ابرام العقود من اجل تنفيذها وهذا هو الأساس الوحيد لتشكيلها، وعادة ما يدخل الشخص في العقد لأنه مهتم بالحصول على ما يقدمه الطرف الاخر ولأنه يضع قيمة اعلى لأداء الطرف الآخر من التكلفة وسوف يتكبدها للحصول عليها، هذا الاهتمام بالحصول على الأداء الموعود فيما بعد " الفائدة على الأداء" هي المصلحة التعاقدية الصرفة الوحيدة، ومصلحة الأداء هي محمية بسبل انتصاف محددة والتي تهدف الى منح الطرف ذاته الأداء الموعود له، وبهذا يكون من ضمن العلاجات البديلة العلاجات المحددة وفق سبل الانتصاف البديلة عن الأداء الا وهي تعويض الاضرار او اضرار " خسارة الصفقة" من الممكن ايضاً ان نطلق عليها مصطلح " تعويضات الأداء" حيث ان الغرض منها هو وضع المدعي مكانة جيدة مثل تلك التي كان يمكن ان يكون فيها لو كان العقد تم تنفيذه، وهذه تشكل اهم بدائل العلاج [1].

ثانيا: طريقة عدم وجود معاملة (خسارة الارتكان)

ويشير هذا المبدأ الى وضع هذا الدائن المضرور في مركزه الذي كان يشغله على فرض عدم إبرام العقد من الأصل "إعادة المتعاقدين إلى حالتهما قبل التعاقد " ويتم ذلك من خلال التعويض عن المصروفات التي تكبدها الدائن المضرور بالارتكان إلى هذا العقد، فضلاً عن أي خسارة أصابته بسبب هذا الارتكان إلى العقد وتتضح فكرة خسارة الارتكان في حالتين:

الحالة الأولى: نفقات الدائن بالارتكان إلى العقد عندما تكون لازمة لتنفيذ الالتزام الذي في جانبه، ومثال ذلك اتفاق طرفي عقد البيع على التزام البائع بأن يسلم المبيع في محل المشتري فيقوم البائع بتكبد نفقات التحميل والنقل إلا أن المشتري يرفض استلام

1- **Daniel Friedmann , A Comment on Fuller and Perdue, the Reliance Interest in Contract Damages ,Issues in Legal Scholarship , Berkeley Electronic Press (bepress) 2001, p 2-3.**

البضاعة، في هذه الحالة للبائع الحق في التعويض عما تكبده من نفقات ومصروفات لتسليم البضاعة إلى المشتري في محل الاتفاق وذلك بناءً على تحقق ضرر خسارة الارتكان لهذا العقد.

الحالة الثانية: نفقات الدائن بالارتكان إلى العقد دون أن يكون ملزما بذلك، في هذه الحالة يكون التعويض وفق خسارة الارتكان امر خاضعاً للسلطة التقديرية للمحكمة ففي قضية Mc Rae v. Commonwealth سنة 1951 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 الإنقاذ للبحث عن الناقلة، فحكمت له المحكمة بذلك على الرغم من عدم التزامه بدفع هذا المبلغ بموجب العقد [1]

ومن مقتضيات التعويض الكامل للضرر هو تحقيق التعادل والتناسب بين التعويض والضرر، وقد لا يواجه القاضي صعوبة في حالة الضرر الحال الذي تكون نتائجه مستقرة منذ وقوعه الى حين صدور الحكم حيث يسهل تقدير التعويض المساوي له وبشكل نهائي الا ان الصعوبة تظهر في الاخلال المتوقع الذي يكون فيه الضرر مستقبلي، يدخل فيه عامل الزمن، وبناء على ذلك يجب على القاضي عند تقدير التعويض ان يأخذ بعين الاعتبار قيمة الضرر وما يطرا عليه من تغييرات فيجب ان يقدر بالنظر الى الوقت المحدد في العقد لتنفيذ هذا الالتزام، وليس بالنظر الى وقت الاخلال، ولكن إذا كان موعد التنفيذ غير معين، فإن التعويض يقدر بالنظر الى وقت الاخلال كما لو كان التنفيذ واجباً عندما يطلبه الدائن، ويقدر التعويض بحيث يغطي الضرر الذي حصل فعلاً، والضرر الذي سيحصل في المستقبل ويكون نتيجة طبيعية للإخلال[2].

1- د.أحمد السيد البهي الشوبري، مصدر سابق، ص179.

2- محمد لبيب شنب، القسم الأول، مصدر سابق، ص292.

المطلب الثالث
تأثير التعويض المقترن بالفسخ المبتسر للعقد بقيد تقليص الاضرار

تبنى القانون الإنكليزي قواعد محددة لتقدير التعويض، الا ان القانون قد فرض قيد يوجب على المدعي، بإن يتخذ كل الإجراءات والخطوات المعقولة لتخيف الضرر الناتج عن اخلال الطرف الاخر بالعقد، كما منع القانون المدعي بالمطالة بالتعويض اياً كان مقداره عن الضرر الذي نتج بسبب اهماله في هذا الواجب، ويعتمد تقرير مسألة ما إذا كان المدعي قد فشل في انتهاز الفرصة المعقولة لتخفيف الضرر، باعتبارها مسألة موضوعية، على وقائع وظروف وملابسات كل دعوى على حدة، فيما سيقوم به الشخص العاقل المتوسط الفطنة، الذي يتواجد في نفس الظروف التي أحاطت بالدائن، ليتبين موقفه من الإجراءات التي يتخذها لغرض تجنب الاضرار او تخفيفها، وبهذا سوف يعمل الدائن على تخفيف الاضرار كما عليه ان لا يقوم بعمل من شانه زيادة الخسائر، والعمل بخلاف ذلك يحرمه من مقدار من التعويض يعادل قيمة الاضرار والخسائر التي كان بإمكانه ان يتجنبها لو عمل الخطوات المعقولة لتقليص الخسائر، ولوقت تقدير التعويض دور في ذلك كما لو كان بإمكان الدائن ان يعمل صفقة بديلة لتقليص الاضرار ولكن لم يفعلها، فتقدير التعويض سيكون طبقاً للوقت الذي كان بإمكانه ان يعمل هذه الصفقة البديلة ويقع على المدعى عليه عبء اثبات فشل المدعي في هذا الخصوص[1].

1- **The traditional law of leases imposed no duty on landlords to mitigate damages in the event of tenant breach, whereas the modern law of leases (based on contract principles) does. One example is the requirement that the victim of the breach of lease will make reasonable efforts to mitigate damages from the breach. Historically, courts have viewed real estate leases from the perspective of property law, which does not impose such a duty on the landlord, Courts in many countries, however, residential leases are increasingly being interpreted according to principles of contract law.**

See- more: Thomas J. Miceli, C.F. Sirmans, and Geoffrey K. Turnbull, Lease Defaults and the Efficient Mitigation of Damages, June 2006, p1.

ولعل من أشهر القضايا في هذا الخصوص قضية Payzu lid. V. Samders والتي كان فيها المدعي ضحية لفسخ عقد نتيجة خطأ من جانب المدعى عليه، اذ تم الاتفاق بموجب العقد على ان تسلم البضاعة على دفعات، وأن يتم الوفاء بثمن كل دفعة خلال شهر التسليم على ان يخصم من ذلك الثمن 3 ونصف بالمئة، ولكن المشتري عجز عن الوفاء بكامل ثمن الدفعة الأولى، اعتبر البائع ان ذلك سبب كاف لفسخ العقد، ولكنه عرض الاستمرار لتسليم اية دفعة، رفض المشترون العرض، ولما ارتفع سعر البضاعة اقام المشترون الدعوى ضد البائع على أساس الاخلال بالعقد. فقضت المحكمة أولا بأن البائع مسؤولا عن التعويض لان الظروف الملابسة لم تكن تبرر فسخ العقد، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، قضت بأنه كان يتعين على المشترين تخفيف الضرر وذلك بقبولهم لعرض البائع، ولكن على أساس الخسارة التي كان يمكن ان تترتب فيما لو قبل عرض البائع [1].

وللإحاطة أكثر بهذا القيد سنقسم المطلب الى فرعين نبين في الفرع الأول قيد تقليص الاضرار عند الفسخ المبتسر للعقد ونخصص الفرع الثاني لعبء اثبات الاخلال بواجب تقليص الاضرار.

الفرع الأول: قيد تقليص الاضرار عند الفسخ المبتسر للعقد

لقد سبق وان بينا ان الدائن له الخيار، بإن يكون له ان يتقبل انهاء العقد ويطالب فوراً بالتعويض عن الاخلال بالعقد، ومن ثم يكون ملزم هنا بتخفيف الضرر، ومن شأن ذلك تقليص الاضرار التي تقع به، فلا بد من ان يتخذ الدائن الخطوات المعقولة لتقليل الاضرار، كما يرى الفقيه الإنكليزي (chitty) ذلك، وهذا يعتمد على علمه او ما يجب عليه ان يعلم بان الطرف الاخر قد أخل بالتزامه كما يجوز له من ناحية أخرى ألا يقبل فسخ العقد وان يتمسك بإلزام المدعى عليه به وينتظر حتى تاريخ تنفيذ العقد.

ومتى اختار هذا الطريق ظل العقد سارياً ولا تثور وقتئذ مسألة التعويض او تخفيف الضرر، ذلك انه لا يمكن ان يقال بأن ثمة واجباً على المدعي للتخفيف عن خسارة قبل حدوث أي اخلال يكون قد سبق قبوله على هذا الوصف [2].

1- ج. س. شيشر، س. ه فيفوت، م. ب فيرمستون، المصدر السابق، ص846.

2- وليد خالد عطية،. (2011) القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الإنكليزي- دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مجلد3 العدد2، ص42.

ويبدو هذا التسبيب منطقياً وان كانت النتائج التي قد تترتب عليه يمكن ان تتسم بشيء من الغرابة كما تشير القضية white and corter (council)، ltd. V. me gregor [1] الى ذلك، وتتمثل وقائعها بان: كان عمل المستأنفة هو توريد حمالات للإعلانات للمجالس المحلية في جميع أرجاء بريطانيا، ولم تكن المجالس هي التي تقوم بالدفع لها بل كان يقوم بالدفع التجار الذين يستأجرون مكانا للاعلانات، وفي 26 يونيو 1957، اخلت الشركة المستأنف ضدها الاتفاق فيما بينها وبين المستأنفة بتخليها عن العقد.

رفضت المستأنفة قبول فسخ العقد، وكانت الى ذلك التاريخ لم تقم بعمل أي شيء صوب التنفيذ، ولكنها ما لبثت ان قامت باعداد بيانات وألصاقها على حمالات واستمرت في عرضها للإعلان خلال ثلاث سنوات، ولم تقم بأدنى محاولة لتخفيف الخسائر عن طريق الحصول على إعلانات من الغير بدلا عن الإعلان المخصص للمستأنف ضدها، ثم قامت المستأنفة بإقامة الدعوى ضد المستأنف ضدها مطالبة بكل الثمن المتفق عليه.

فقضى مجلس اللوردات لصالح المستأنفة بأغلبية ثلاث أعضاء في مواجهة عضوين وحكم له بالمبلغ كاملا[2]، وما اثاره الحكم من تعقيدات عرض لها اللورد كيث Keith اذ قال: (ان كان ذلك صحيحاً، فانه يبدو من الممكن للشخص الذي يتعاقد على ان يسافر الى هونج كونج على حسابه الخاص وأن يقوم بكتابة تقرير من مقابل عشرة الاف جنيه، والذي يحدث ان يعلن قبل التاريخ المحدد للرحلة بل لربما قبل ان يتحمل بأية مصروفات، من قبل الطرف الاخر بأنه ألغى أو فسخ العقد، ان يكون من حق ذلك الشخص ان يشد الرحال الى هونج كونج وان يقدم تقريره لكي يطالب بالمبلغ المتفق عليه).

والنتيجة لذلك كما وصفها Keith مزعجة وتدعو الى البحث عن طريق لتجنبها بحيث لا يخالف القواعد المسلم بها، ولعل ذلك يمكن ان يتوافر لدى التحقق من ان قاعدة تخفيف الضرر ليست قاعدة لها ذاتية خاصة وتقوم وتعمل بمنأى عن القواعد الأخرى المتعلقة بتقدير التعويض، ولكنها مثال لقاعدة أوسع وأعم هي قاعدة نسبية، ففي كل دعوى العقد ووغير العقد يجوز للمدعي ان يطالب بالتعويض عن الضرر الذي سببه خطأ

1- Sir Jack Beatson, Andrew Burrows and john Cartwright,(2010). Anson's Law of Contract, 29th Edition, Database Right Oxford University Press (maker) Th is Edition pp. 508.

2- F. R. Davied,(1970). Contract, Sweet Maxwell, London, pp.212.

المدعى عليه فحسب، وأن أية خسارة تعزى الى السلوك الخاص غير المعقول للمدعي يجب ان يتحملها المدعي نفسه.

ولهذا نجد ان محكمة نيويورك تتبنى هذا التوجه، ففي قضية (Clark vs Marsiglia) يوليو 1845 [1] والتي تتلخص وقائعها في ان المدعى عليه (كلارك) عهد الى المدعي (مارسيجليا) بتنظيف وإصلاح بعض الرسومات في مقابل ثمن معين عن كل رسم، وبعد ان انجز المدعي تنظيف البعض من هذه الرسوم، طلب منه كلارك الا يستمر في تنظيف وإصلاح ما تبقى من اللوحات، ولكن مارسيجليا لم يعبأ بما طلبه كلارك، واستمر بإنجاز بإصلاح وتنظيف ما تبقى من الرسومات وفقا لاتفاقهما في العقد، وطالب بالأجر الكامل المتفق عليه في العقد، فقضت له محكمة الدرجة الأولى بكامل اجره، ولكن المحكمة الاستئنائية الغت هذا القرار، وصرحت بإن المدعى عليه كلارك وان اخل بالعقد بطلبه من مارسليجليا بعدم إتمام عمله لما تبقى من الرسومات خلافا للعقد، الا انه ليس ل كلارك ان يصر على الاستمرار في تنفيذ العقد، ان يزيد في مقدار ما يحكم به على المدعى عليه من تعويض، لان هذا التعويض المفروض فيه ان يشمل قيمة ما بذل من عمل وما استعمل من مواد، في حين انه كان في وسع المدعى ان ينقص من قيمة هذا التعويض بعدم الاستمرار في التنفيذ بعد علمه برغبة كلارك بأنهاء العقد، وبالتالي عدم بذله لأي عمل وعدم استعمال مواد جديدة.

وبالعكس من ذلك قد يتطلب تخفيف المضار ان يستمر الدائن في التنفيذ رغم اخلال المدين اثناء تنفيذ العقد وذلك إذا كان من شأن هذا الاستمرار ان ينقص من الأضرار المترتبة على انهاء العقد بوقت مبكر، كما لو كنا امام عقد استصناع ورغب المشتري بأنهاء العقد قبل تمام الصنع، فقد يكون من شأن وقف تنفيذ الشيء المتعاقد عليه، ان يضيع قيمة ما اتفق من عمل ومواد أولية هباءً، لانتفاء كل قيمة للشيء الذي لم يتم صنعه، في حين أنه لو استمر الصانع في عمله حتى اتم الصنع لأمكن بيع هذا الشيء في السوق وكان ما يحصل عليه من ثمن واجب الخصم من الثمن المتفق عليه في العقد، وبذلك يكون من شأن الاستمرار في التنفيذ تخفيف الأضرار الناتجة عن تصريح المشتري بأنهاء العقد في وقت مبكر[2].

1- د. وليد خالد عطية، القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الإنكليزي، مصدر سابق،ص46.

2- محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص 39.

وفي قضية طرحت امام مجلس اللوردات عام 1955 كان على اللورد هودسون Hodson ان يتعرض لهذه المسألة، فقال: (يثور التساؤل عما اذا كان التعويض عن الضرر نشأ من الاخلال وفقاً لإحكام القواعد العامة في القانون المنظمة للتعويض عن الاخلال بالعقد، هل يعتبر التعويض عن الضرر نتيجة طبيعية ومرجحة للإخلال؟ فان لم يكن ذلك كذلك، كان الضرر غير مباشر، وهنا التساؤل يتعلق بمسألة السببية. فان كان القبطان بفعله الذي قام به، قد تسبب في الضرر بسلوك غير معقول وفقا للظروف التي وضع فيها، او عجز عن تخفيف الضرر فانه يتعين اعفاء المدعى عليها من المسؤولية التي كان يمكن ان تقع على عاتقها، وقد تقرر في قضية white and corte (council) lit. v. Mc Gregor بأن المستأنفة كانت على حق في ان تقف موقفا سلبيا وان تنتظر الى وقت تنفيذ العقد، نظراً لرفضها فسخ العقد، بيد انها لم تقنع بالموقف السلبي، ذلك انها شرعت في سلوك طرق أدى الى إنفاق مصروفات دون ان يؤدي ذلك الى تحقيق غرض مفيد وكان هذا السلوك على ما كانت تعلم المستأنفة ذاتها انه غير مرغوب فيه من جانب المستأنف ضدها.

وبعبارة أخرى، اختارت المستأنفة ان تضخم خسائرها، ذلك انه رغم ان لم يكن هناك واجب عليها تخفيف الضرر الا انه بالتأكيد كان عليها الا تزيد الضرر جسامة، ذلك انها على حد تعبير هودسون «قد سلكت سلوكا غير معقول في الظروف التي وضعت فيها» ومن ثم يتعين اعفاء المستأنف ضدها من المسؤولية التي كان يمكن ان تقع على عاتقها، نظراً الى ان المصروفات التي انفقت من جانبها كانت من خلقها هي، ولم تكن بسبب الاخلال بالعقد [1].

فإذا كان الفسخ المبتسر من خيارات الدائن المفتوحة تعارض عدم استعماله مع قاعدة تقليص الاضرار ولا سيما في الأحوال التي توجد لدى الدائن نية مضمرة في عدم رفع الدعوى الى حين حلول اجل تنفيذ الالتزام من اجل تقاضي تعويض أكبر، ومن اجل ذلك هناك من ذهب الى ان الفسخ المبتسر واجباً على الدائن وليس حقاً له متى ما كان من شأنه الحد من الخسارة [2].

1- ج. س. شيشر، س. ه فيفوت، م. ب فيرمستون، المصدر السابق، ص853.

2- Bernard Audit,(1990). La Vente International de Marchandises, Conventiondes Nations, Unies du 11 avril 1980, droit des Affairs, L.G.D.j. Paris, pp. 157.

الفرع الثاني: عبء اثبات الاخلال بواجب تقليص الضرر

يقع عبء الاثبات على عاتق المدعى عليه، اذ يتوجب عليه اثبات ان المدعي عجز عن أداء واجبه في تخفيف الضرر، ليس على أي حال عبئا خفيفا، ذلك لأنه في هذه الحالة يطالب الطرف الذي سبق ان ارتكب اخلالاً بالعقد بعمل إيجابي من طرف يكون غير مخل بالتزامه، فإذ كانت قاعدة تقليل الضرر تستلزم من الدائن السعي إلى تلافي الأضرار التي اصابته فإنها في شطرها الثاني تتضمن ضرورة عدم اتخاذ أي خطوة من شأنها ان تؤدي الى زيادة الضرر، فلا يستطيع الدائن الرجوع على المدين بالتعويض إذا كان قد تبين له ان المدين لن ينفذ التزاماته المستقبلية[1].

وقد بينت قضية Pilkington v. wood ذلك، اذ دفع فيها محامي المدعي عليه بأن المشتري لمنزل هامبشير كان يتعين عليه تخفيف خسارته باتخاذ إجراءات قضائية ضد البائع بسبب نقل ملكية معيبة اليه، ولكن الاخذ بهذا الحل كان ينطوي على اتباع إجراءات قضائية معقدة بالنسبة لوجود نص مرن difficult provision في قانون الملكية لسنة law of property Act 1925 ولم يكن من اليسير إطلاق القول بأنه كان من المحتمل ان يكسب الدعوى بفرض اقامتها.

ولهذا قضى هرمان Herman بانه لم يكن على المشتري واجب اللجوء الى خوض مغامرة غير مأمونة العواقب لمجرد ان يحمي محاميه من النتائج المترتبة على خطئه[2].

وتثير وقائع قضية[3] James Finlay et co. v. N. v. Kwick Hoo Tong H.M امراً مخالفاً: كان يتعين بموجب عقد بيع شحن السكر المبيع في سبتمبر، ولكن لم يتم شحنه بواسطة البائعين الا في أكتوبر، مع ذلك فقد سلمت البائعة بوليصة شحن ذكر فيها، دون قصد الغش، بإن الشحن قد تم في سبتمبر وهو امر يشكل اخلالا بالتعاقد، ذلك ان من المسلم به انه في عقد بيع البضاعة يكون ميعاد التسليم شرطاً جوهرياً وأساسياً في العقد، ولما لم تكن المشترية على علم بالتأخير في الشحن، فقد قامت ببيع شحنة السكر الى س

1- د. وليد خالد عطية، القيود الواردة على تعويض الضرر في القانون الإنكليزي، مصدر سابق. ص 44.

2- ج. س. شيشر، س. ه فيفوت، م. ب فيرمستون، المصدر السابق، ص847.

3- Jill Poole,(2016). Casebook on Contract Law, Great Clarendon Street, Oxford, OX2 6DP, United Kingdom, pp 435.

والشركاء التي تعمل بالتجارة في مومباي، وذلك بموجب عقد تضمن بنداً بإن بوليصة الشحن تعتبر دليلاً قاطعاً على تاريخ الشحن، ولما تبين لشركة س والشركاء ان السكر لم يتم شحنه في سبتمبر رفضت الاستلام، مما لا جدال فيه ان للمشتري الحق في استرداد تعويض من البائعة الاصلية الأولى، ولكن دفع بانه كان على المدعى عليها البائعة الثانية، ان تنفذ عقد البيع الثاني في مواجهة س والشركاء استناداً الى ما ذكر في الشرط الوارد ببوليصة الشحن من ان ما دون بها يعتبر دليلاً قاطعاً.

فقضت المحكمة برفض الدفع، وذهبت محكمة الاستئناف الى ان إصرار المشترين على ان تقوم س والشركاء بالوفاء بالثمن المتفق عليه بعد ان تبين لها ان البضاعة لم تشحن وفقاً للعقد، بل شحنت خطأ في شهر لاحق انما يشكل اخلالاً بالمستوى الخلقي الرفيع الذي يتعين على شركة بريطانية ذي سمعة حسنة ان تلتزم به، بل انه في الواقع يحطم سمعتها في الهند[1].

وبالتالي وفقاً لهذا القيد لا يمكن المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي كان بإمكان الدائن تلافيها لو انه عن حدوث الاخلال من الطرف الاخر، اعمل خيار الفسخ المبتسر في وقت كانت الاضرار فيه اقل مما وصلت إليه في تاريخ التنفيذ، وتطبيقاً لذلك قرر مجلس اللوردات الإنكليزي في قضية (Buk oil international Ltd v. Clea shippin corp) عام 1984: ان إصرار المدعي عليه بعدم رغبته في التنفيذ، انما ينطوي على سوء نيته والعمل على زيادة مقدار التعويض[2].

ويلاحظ مما تقدم ان واجب تقليص الاضرار الوارد في القانون الإنكليزي يؤثر على تعويض الدائن عند الفسخ المبتسر للعقد، وكل ذلك يعتمد على مدى اتخاذ الدائن السبل المعقولة لتجنب قدر الإمكان من الاضرار التي من شأنها تزيد في مقدار التعويض.

ولا يوجد لمثل هذا التنظيم في القانون العراقي ولا سيما منه القانون المدني العراقي الذي خلا من الإشارة الى واجب الدائن من تخفيف او تقليل الاضرار، وعلى الرغم من ذلك الا ان هناك من يرى[3] بإن واجب الدائن بتقليل الاضرار يمكن تلمسه في موضعين في القانون العراقي **الموضع الأول**: في قانون بيع وايجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986

1- ج. س. شيشر، س. ه فيفوت، م. ب فيرمستون، المصدر السابق، ص849.

2- Henry R. Cheeseman,(2004). Business law, Fifth Edition, Pearson, U.S.A, pp 417.

3- د. وليد خالد عطية، القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الإنكليزي، مصدر سابق، ص49.

المعدل الذي نص في المادة (19) منه عل واجب تقليل الاضرار المفروض على الدائن وذلك في حالة نكول المشتري او المستأجر عن تسديد بدل الايجار او شراء المال موضوع المزايدة حيث نصت المادة: ـ

(اولاً – إذا نكل المحال عليه عن دفع بدل المبيع والمصاريف في حالة البيع وبدل الإيجار والمصاريف في حالة الإيجار فيعرض المال غير المنقول على المزايد الأخير الذي كف يده قبله بالبدل الذي كان قد عرضه فإذا وافق على أخذه يضمن الناكل بفرار من لجنة البيع أو الايجار الفرق بين البدلين من تأميناته، وان لم تكف فمن امواله الأخرى، ويستوفى ذلك وفق قانون تحصيل الديون الحكومي).

فالمادة حملت الناكل الفرق بين البدلين، وهو وفقا لذلك يعد تطبيقا لواجب تقليل الاضرار المفروض على الدائن.

اما **الموضع الثاني**: الذي يمكن ان يلاحظ فيه واجب تقلقل الاضرار في القانون العراقي هو القرار الصادر من محكمة تمييز العراق وذلك في قضية تتلخص وقائعها "ان شركة نسيج تعاقدت مع طباع للعمل لمدة سنتين بأجرة شهرية ثم طردته بعد تسعة أشهر من بدء العمل فأقام الطباع الدعوى مطالباً بالتعويض المتمثل بأجور المدة المتبقية من العقد فحكمت له محكمة البداءة بذلك وأيدتها محكمة الاستئناف ولما وصلت القضية الى محكمة التمييز لم تعترض على أصل أحقية العامل في التعويض بل اعترضت على طريقة تقديره إذ جاء في قرارها عن 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 لجهة أخرى خلال مدة العقد حيث إن الوقائع تشير الى ان المدعي قد عمل بعد فصله طباعا لدى شركة نسيج أخرى فيجب التحقق من هذه الجهة ومن تاريخ مباشرة العمل الجديد"[1].

1- القرار التمييزي المرقم(265) استئنافية/ 1970 في 1971/4/7، نقلا عن: د. وليد خالد عطية، القيود الواردة على التعويض في القانون الإنكليزي، مصدر سابق، ص 49، اذ يعلق على هذا القرار" ان محكمة التمييز تأخذ بواجب تقليل الأضرار على الدائن فالذي نراه من هذا القرار ان محكمة التمييز ركزت فيه على حصول العامل خلال فترة الطرد على عمل اخر ام بقي عاطلا فهذه إشارة ودلالة على أن الوضع يختلف في الحالتين وسوف يؤثر في نهاية المطاف على مبلغ التعويض فإذا كان قد اتخذ الخطوات اللازمة لتقليل الضرر وذلك ببحثه عن عمل آخر مماثل والعمل به فانه قد نفذ الالتزام بتقليل الأضرار ويستطيع ان يرجع على شركة النسيج بالتعويض والخسائر الإضافية التي تكبدها في البحث عن العمل والمباشرة فيه، أما اذا كان العامل بقي عاطلا وعاجزا من البحث عن عمل مماثل بعد طرده فليس له الحق بالرجوع بالتعويض عن الأضرار الإضافية التي تكبدها جراء الطرد التعسفي من الشركة.

ويلاحظ من خلال توجه محكمة التمييز التوافق بينه وبين ما يتبناه القانون الإنكليزي في مدى تأثير تقدير التعويض على مدى تصرف الدائن بشكل معقول لتخفيف الاضرار الا ان الخلاف يدور على مدى عد ذلك التصرف واجباً يقع على عاتقه، اذ يجب على الشخص الذي عانى من خسارة وفقاً للقانون الإنكليزي، نتيجة لمخالفة العقد أن يتخذ أي خطوات معقولة متاحة للتخفيف من مدى الضرر الناجم عن الانتهاك، فيجب على الموظف الذي تم فصله بشكل غير قانوني أن يبذل جهودًا معقولة للحصول على وظيفة بديلة مناسبة ويجب أن يقبلها.

ولكن هناك من يرى خلاف ذلك بان يقال في كثير من الأحيان أن القانون يفرض "واجب" على المطالبين للتخفيف من خسارتهم. لكن هذا التعبير مضلل، لا يمكن مقاضاة المدعي نفسه لعدم امتثاله لواجبه؛ بل النتيجة ببساطة هي عدم منح تعويضات عن الخسارة التي يمكن تجنبها فلا يمكن للطرف البريء أن يدعي أنه يتم تعويضه من قبل الطرف المتخلف عن الخسارة التي لا ترجع حقًا إلى الانتهاك ولكن إلى إخفاقه في التصرف بشكل معقول بعد الانتهاك، فالسياسة الأساسية هي الرغبة في تجنب الهدر، في هذا السياق خسارة كان من الممكن تفاديها باتخاذ إجراء معقول [1].

كما واجهت اتفاقية فينا مبدأ تقليص الاضرار، فقد جاءت محققــة لمزايا عديدة أهمها تمكين المتعاقدين التخلص من العقد، إذا تأكد أن أحدهما لن ينفذ التزاماتــه، مما يؤدى إلى تقليل الخسائر التي قد تنجم عن الاستمرار في هذه العلاقة التعاقدية، فقد تثار الاضطراب في العلاقات التجارية الدولية وهو الإخلال الذي يظهر قبل حلول أجل تنفيذ الالتزام. فقررت حق الطرف المضرور في وقف تنفيذ التزاماته إذا كان هذا الإخلال سوف يترتب عليه عدم تنفيذ الطرف المخالف لجانب هام من التزاماته، وأتاحت للطرف المضرور اســتئناف التنفيذ إذا قدم الطرف المخالف ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته ولكن وإذا وصل الإخلال المتوقع إلى درجة كبيرة من الأهمية بحيث لا يكفي لمواجهته مجرد وقف الطرف المــضرور تنفيذ التزاماته، أجازت له في هذه الحالة الفسخ المبتسر للعقد. لكنها اشترطت لذلك أن يتبين بوضوح قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد أن الطرف الآخر سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد [2].

1- See Sir Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, Anson's Law of Contract, Op, Cit, pp 435.

2- خالد احمد عبد الحميد،.(2001) فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، الطبعة الثانية، ص261.

الخاتمة

وفي الختام يحتم علينا ان نبين اهم ما توصلنا اليه من النتائج واهم التوصيات، وسنعرض هاتين المسألتين في نقطتين رئيستين:

أولا: النتائج

1. اكدت قرارات محكمة التمميز الاتحادية ما نص عليه القانون من تلازم التعويض للفسخ، على الرغم من ان الحكم بالتعويض مستقل عن الفسخ ويخضع لقواعد خاصة به، فالفسخ المبتسر للعقد لا يتوقف على وجود ضرر عن الاخلال الذي صدر من المدين فيتحقق له ذلك طالما وجد اخلالا يستوجب الفسخ، لكن ليس بالضرورة ان ينتج عن هذا الاخلال ضرراً للدائن وهذا بخلاف النتيجة الثانية المتعلقة بالتعويض، اذ يتوقف على حصول الضرر بسبب الاخلال مباشرة، وبالرغم من ذلك لا يحكم له بالتعويض الا بعد مطالبته بفسخ العقد.
2. يقتصر التعويض على النفقات التي تكبدها الدائن بالارتكان الى العقد بالنفقات اللازمة لتنفيذ العقد ولهذا لا يمكن ان يمتد التعويض ليشمل جميع النفقات التي قام بها الدائن وانما يتحدد التعويض بالخسائر والفوائد المؤكدة فقط.
3. تبنى القانون الإنكليزي قواعد محددة لتقدير التعويض، الا ان القانون قد فرض قيد يوجب على المدعي، بإن يتخذ كل الإجراءات والخطوات المعقولة لتخيف الضرر الناتج عن اخلال الطرف الاخر بالعقد، كما منع القانون المدعي بالمطالة بالتعويض اياً كان مقداره عن الضرر الذي نتج بسبب اهماله في هذا الواجب وهذا ما لم نجد له نظير في القانون العراقي.

ثانياً: التوصيات

1. ضرورة الاخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض، الاضرار التي تعرض لها الدائن والمتعلقة بخسارة التوقع وايضاً خسارة الارتكان.

2. تشريع نص قانوني او تعديل نص المادة 169 من القانون المدني العراقي لتضم في ثناياها مبدأ تقليص الاضرار المعمول به في القانون الإنكليزي لما له من اثار إيجابية.

المصادر

أولا: الكتب القانونية.

1. د. حسن علي الذنون. (1991) , المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1،الضرر، شركة التأسيس للطبع والنشر، بغداد.
2. د. حسن علي الذنون،.(1946) النظرية العامة للفسخ، مطبعة نهضة مصر.
3. حلمي بهجت بدوي،. (1943) أصول الالتزامات، مطبعة نوري في القاهرة.
4. د. خالد احمد عبد الحميد،.(2001) فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980، الطبعة الثانية.
5. ج.س. شيشر، س. ه فيفوت، م. ب فيرمستون،(1987).احكام العقد في القانون الإنجليزي، ترجمة هنري رياض، دار الجيل-بيروت، ومروي بوشكوب، الخرطوم.
6. د عبد المجيد الحكيم،.(1997) الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، المكتبة القانونية، بغداد، ص427.
7. د. عبد الحي حجازي،.(1954) النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة نهضة مصر.
8. د. عبد المنعم الشرقاوي، (1947). نظرية المصلحة في الدعوى، الطبعة الأولى، القاهرة.
9. د. غني حسون طه،(1971) الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، طبعة المعارف بغداد

ثانياً: الإطاريح والبحوث القانونية.

1. د.أحمد السيد البهي الشوبري، (2020). التعويض عن خسارة التوقع وخسارة الارتكان، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد32، العدد1.
2. د. جليل حسن الساعدي،(2010), أصول العقد في القانون الإنكليزي والعراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد الخامس والعشرون، العدد الأول،
https://search.emarefa.net/detail/BIM-266787

3. د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي،(2016), مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل موجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط، 2016، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 17، العدد1، 2018،

https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/7257743/1/9/.

4. د. رؤى عبد الستار صالح, أ.د.جليل حسن الساعدي وم.م. باسم ذهيب خلف،(2018), تعويض الضرر المستقبل في نطاق العقد،المجلة القانونية،جامعة القاهرة كلية الحقوق، المجلد1.

https://jlaw.journals.ekb.eg/article_45233_1fa144bce5ae176821babb492d61dd6d.pdf

5. د. ظافر حبيب جبارة،(2015). نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في النظام القانوني الانكلوامريكي، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، مجلد 30.

6. د. عباس علي محمد،(2012). رجعية العقد عند فسخه، بحث مقارن بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجلة رسالة الحقوق، مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية القانون جامعة كربلاء، س4، ع1.

7. محمد لبيب شنب،(1960). الجحود المبتسر للعقد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 2، العدد2، القسم الأول.

8. د. علي مطشر عبد الصاحب وماجد مجباس حسن،(2018), الاخلال المسبق واثره في تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين- دراسة في القوانين والقانون الإنكليزي، مجلة العلوم القانونية/ جامعة بغداد/ مجلد 33 عدد 6، https://search.emarefa.net/detail/BIM-910128.

9. محمد لبيب شنب،(1961). الجحود المبتسر للعقد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، القسم الثاني، المجلد3، العدد 1.

10. نورس عباس العبودي،(2018). التنفيذ المعيب للالتزام العقدي-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية القانون جامعة بغداد.

11. وليد خالد عطية،(2011). القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الإنكليزي-دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مجلد3 العدد2.

ثالثاً: القوانين.

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

رابعاً: الاحكام القضائية.

1. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (443/هـ.م.م/2008) في 3/8/2008(غير منشور).
2. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 383/ موسعة أولى/90، تاريخ القرار 29/5/2005(غير منشور).

خامساً: الكتب القانونية الإنكليزية.

1. G. H. Treitel,(2003). The Law of Contract, Posted by Sweet & Maxwell Ltd. from Sciences,Gloucester Printed in England by MPG, Bodmin.
2. Professor Richard Stone,(2002) The Modern Law of Contract ,University College, Northampton, Fifth Edition.
3. Robert Ribeiro,(2002). Damages and Other Remedies for Breach, Printed in Great Britain by Printflow.com.
4. Daniel Friedmann,(2001). A Comment on Fuller and Perdue, the Reliance Interest in Contract Damages ,Issues in Legal Scholarship , Berkeley Electronic Press (be-press).
5. Thomas J. Miceli, C.F. Sirmans, and Geoffrey K. Turnbull,(2006). Lease Defaults and the Efficient Mitigation of Damages.
6. Sir Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, (2010). Anson's Law of Contract, 29th Edition, Database Right Oxford University Press (Maker) Th is Edition.
7. F. R. Davied, (1970).Contract, Sweet Maxwell, London p.212.
8. Bernard Audit,(1990). La Vente International de Marchandises, Conventiondes Nations, Unies du 11 avril 1980, droit des Affairs, L. G. D. J. Paris.
9. Catherine Elliott and Frances Quinn,(2003). Contract Law, Fourth Edition.
10. Jill Poole,(2016). Casebook on Contract Law, Great Clarendon Street, Oxford, OX2 6DP, United Kingdom.
11. Henry R. Cheeseman,(2004). Business Law, Fifth Edition, Pearson, U.S.A, pp 417.