كليّةُ العلومِ والمعارفِ

رسالةُ التخرجِ من الدراساتِ العليا مرحلةِ الماجستير

في قسمِ القانون خاص

عنوانُ الرسالةِ

الاخلال المسبق بتنفيذ العقد

دراسة قانونية مقارنة بين القانون العراقي و الفرنسي

إشراف الاستاذ

الدكتور عليرضا الحسيني

الباحث

علي رحيم حسن المكصوصي

الرقم الجامعي

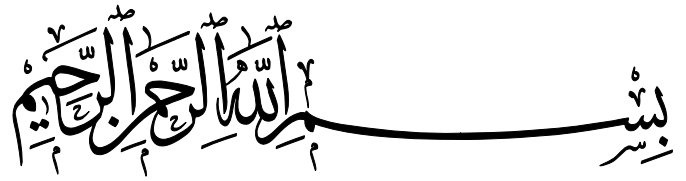
٩٥١٣٧١٢١٠

١٤٤٢ هـ **٢٠٢٠م**

إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحًا مُّبِينًا﴿١﴾ لِيَغْفِرَ لَكَ اللَّهُ مَا تَقَدَّمَ مِن ذَنبِكَ وَمَا تَأَخَّرَ وَيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكَ وَيَهْدِيَكَ صِرَاطًا مُّسْتَقِيمًا﴿٢﴾ وَيَنصُرَكَ اللَّهُ نَصْرًا عَزِيزًا﴿٣﴾

صدق الله العلي العظيم

﴿سورة الفتح، الآية ١-٣﴾



يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴿١﴾

صدق الله العلي العظيم

﴿سورة المائدة الآية ١﴾

لا مانع من الاستفادة من هذه الرسالة في حال ذكر المصدر و اما نشرها في البلاد فيتم بمراعاة شروط جامعة المصطفى العالمية

مسؤوليت مطالب مندرج در اين پايان نامه به عهده نويسنده ميباشد و هر گونه استفاده از اين پايان نامه با ذكر منبع بلامانع ميباشد و نشر آن در داخل كشور منوط به اخذ مجوز از جامعۀ المصطفى العالميه ميباشد

We do not mind to take advantage of this masters thesis in case the source and either deployd in the country are subjected to the provisions of Al Mostafa International University

الاهـــــداء

إلهي لا يطيب الليل ألا بشكرك ولا يطيب النهار ألا بطاعتك ... ولا تطيب اللحظات ألا بذكرك
ولا تطيب الاخرة ألا بعفوك ... ولا تطيب الجنة ألا برؤيتك
(الله جل جلاله)

الى من بلّغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة ..... الى نبي الرحمة ونور العالمين
(محمد صلَ الله عليه واله وسلم)

الى من زرع الأمل في طريقي ..... الى شرفي العظيم ومثلي الأعلى
(والدي العزيز)

الى من غمرتني الحياة بحبها وحنانها وخص الله الجنة تحت اقدامها .....
الى من نسجت بدموعها حنان الليالي الصعاب
(والدتي الغالية)

الى عنوان شبابي وملامح طفولتي ..... الى من احيا من اجلهم
(اخوتي وملجأي، كرار، حوراء، اسماء)

الى توأم روحي ورفيقة دربي .... الى صاحبة القلب الطيب والنوايا الصادقة
(حبيبتي وزوجتي نبأ)

الى فلذت كبدي و قلبي النابض كنت ولازلت سعادتي في الوصول لهدفي
(حبيبي ولدي ذوالفقار علي)

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله محمد الامين المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه المنتجبين، الذي وفقني وهداني واعانني بالصبر و القدرة على انجاز الدراسة فله الحمد أولاً وآخراً.

ابتداءً بالحديث المتوارد "من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق" فإنه لا يسعني وأنا اتمم رسالتي إلا ان اقدم جميع كلمات الشكر و العرفان و الاعتزاز والامتنان الى (**الدكتور السيد عليرضا حسيني**) المشرف على الرسالة لما قدمه من توجيهات علمية رصينة ولمتابعته المتواصلة وجهوده القيمة التي كان له الاثر الكبير في اخراج الرسالة بالصورة التي هي عليها، فضلاً عن اخلاقه الرفيعة ولطفه فرعاه الله وعظم مقامه وادام عطاءه.

شكري وامتناني الى السادة أعضاء لجنة المناقشة المحترمين لما سيبذلونه من جهد في قراءة الدراسة وتقويمها واخراجها بالصورة النهائية.

أتقدم بفائق الشكر و الامتنان الى رئاسة واساتذة قسم القانون الخاص والى موظفي وحدة الدراسات العليا و مكتبة الكلية. والشكر موصول الى الأساتذة الافاضل المحكمين لقائمة الفحص و الذين تفضلوا بتقييمها وابداء ملاحظاتهم القيمة عليها.

اتقدم جزيل الشكر والعرفان الى رئيس وأعضاء مجلس إدارة كلية الكوت الجامعة المتمثلة بـ (**د. طالب زيدان الموسوي**) لما تقدم من دعم للبحث العلمي مادياً و معنوياً لمنتسبي الكلية واكمال الدراسات العليا.

اتقدم جزيل الشكر والعرفان الى نائب رئيس مجلس ادارة كلية الكوت الجامعة للشؤون المالية السيد عقيل زيدان الموسوي، وعضو مجلس ادارة كلية الكوت الجامعة السيد كريم زيدان الموسوي وعضو مجلس ادارة كلية الكوت الجامعة السيد محمد زيدان الموسوي، لما قدموه لي من دعم مادياً ومعنوياً لإكمال مسيرتي الدراسية في الماجستير.

اتقدم بالشكر والعرفان الى اخي (السيد حسن عجم الموسوي) صاحب القلب الطيب على الدعم الامحدود لاكمال مسيرتي الدراسية الماجستير. وشكري الى خالتي العزيزة شيماء لما قدمته لي من دعم وكانت لي سند في طريق دراستي.

واخيراً شكري الموصول الى زملائي جميعا في الدراسات العليا لقسم القانون الخاص لما تقدم من مساعدة ومشاركة عليمة واخص منهم الاخ العزيز اسعد عطية فنجان الكناني، وفي قسم الادارة الحكومية الاخ العزيز حازم عبدعلي جاسم العماري.

والله ولي التوفيق

المستخلص

نتناول في هذا البحث نظرية الاخلال المسبق بتنفيذ العقد وهي نظرية معروفة في القانون الانكليزي ونطاق تطبيق هذه النظرية في القانون المدني العراقي. تختلف هذه النظرية عن القواعد العامة، ففي القواعد العامة لا يمكن مقاضاة المدين ما لم يكن هناك موعد نهائي للأداء وفترة لم يتم الوفاء بها. والمقصود بالأخلال المسبق بتنفيذ العقد هو ان يقوم المتعاقد الاخر بفعل او تصرف او يصدر منه قول يدل على انه لن يقوم بالتنفيذ في الوقت المحدد له، وان من شأن هذا الاخلال ان يوافر للمتعاقد الذي لحقه ضرر مجموعة من الخيارات لجبر الضرر هذا، اذ له ان يطلب فسخ العقد مع طلب التعويض ان كان له مقتضى.

يبدو ان هذه المسالة نسبية حسب كل قانون، فهي تختلف في القانون الانكليزي عن القوانين المدنية الاخرى (القانون الفرنسي، القانون العراقي) بوصف القوانين الاخيرة تفتقر الى تنظيم مكتمل لأحكام الاخلال المسبق بتنفيذ العقد حين ان القانون الانكليزي نظم هذه الاحكام بشكل متكامل.

وانطلاقا من مبدأ المحافظة على العقد نصت اتفاقية فينا لعقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ على فكرة مستوحاة من النظام القانوني الانكلوسكسوني وهذه الفكرة تتضمن منح احد المتعاقدين ضمانة من الاخلال المستقبلي المتوقع والذي يسمى بـ (الاخلال المسبق بتنفيذ العقد) من المتعاقد القابل لالتزاماته من خلال منحه مكنة وقف تنفيذ التزاماته المقبلة لذلك.

حيث انه تم البحث في استعمال مكنة وقف التنفيذ فلا بد قبل كل شيء من اخلال مسبق بتنفيذ العقد وفي هذا الخصوص تم بيان التوقع في وقف تنفيذ الالتزام. وفي هذا النطاق تطرقنا الى الزامية اخطار الطرف المقابل بوقف التنفيذ ام لا. و من ثم وضحنا كيفية تقديم الطرف المقابل ضمانات كافية او زوال الاخلال المسبق بتنفيذ العقد اي احتمالية عدم التنفيذ وكذلك تنفيذ الالتزامات. وطالما كان العراق مصادقا على هذه الاتفاقية فلم يبق سوى اصدار قانون لهذا الامر كان من اللازم بيان فيما اذا كان وقف تنفيذ الالتزام قد نظم في القانون العراقي. وعند التمعن في نصوص القانون المدني يلاحظ بان وقف التنفيذ يتشابه كثيرا مع الدفع بعدم التنفيذ ولكن اوجه الشبه والاختلاف فيما بينهما توصلنا بالبحث انهما مختلفان عن الاخر.

الكلمات المفتاحية: الأخلال المسبق بالعقد، الاخلال بتنفيذ العقد، قانون الفرانسي،القانون العراقي،الاخلال بالعقد

الفهرس:

المقدمة ١

اولاً: بيان المسألة..... ٢

ثانياً: أهمية البحث ٢

ثالثاً: اهدف البحث ٣

رابعاً: اسئلة البحث ٤

خامساً: الفرضيات..... ٤

سادساً: عنوان البحث واختيار تسمية ٤

سابعاً: نطاق البحث..... ٥

ثامناً: منهجية البحث ٥

تاسعاً: الدراسات السابقة..... ٦

عاشراً: صعوبات البحث..... ١٢

الحادي عشر: هيكلية البحث ١٢

الفصل الاول:المفاهيم و الكليات

المبحث الاول: المفاهيم..... ١٦

المطلب الاول:مفهوم الإخلال المسبق..... ١٨

الفرع الأول:المفهوم اللغوي للإخلال المسبق ١٩

الفرع الثاني:المفهوم الاصطلاحي للإخلال المسبق ٢١

المطلب الثاني: مفهوم التنفيذ ٢٥

الفرع الاول: المفهوم اللغوي للتنفيذ..... ٢٥

الفرع الثاني: المفهوم الاصطلاحي للتنفيذ..... ٢٥

المطلب الثالث: مفهوم العقد ٢٦

الفرع الاول: المفهوم اللغوي للعقد..... ٢٦

الفرع الثاني: المفهوم الاصطلاحي للعقد..... ٢٧

المبحث الثاني:الكليات ٢٨

المطلب الاول:نظرية الأنظمة القانونية عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد ٢٨

الفرع الاول: نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد في القانون الفرنسي..... ٢٩

الفرع الثاني:نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد في المسؤولية الخاصة..... ٣١
الفرع الثالث:نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد في اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠..... ٣٢
الفرع الرابع:نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد في القضاء العراقي ٣٥
المطلب الثاني:صور الإخلال المسبق بتنفيذ العقد..... ٣٨
الفرع الأول:الإخلال المسبق بتنفيذ العقد الصريح (المباشر) ٣٨
الفرع الثاني:الإخلال المسبق بتنفيذ العقد الضمني (غير المباشر) ٤١
المطلب الثالث:صورة الخطأ الناتجة عن الإخلال بالالتزامات المسبقة بتنفيذ العقد ٤٣
صور الخطأ السابق أو اللاحق على صدور الإيجاب ٤٦
الفرع الأول: الخطأ السابق على صدور الإيجاب:..... ٤٦
الفرع الثاني: الخطأ اللاحق على صدور الإيجاب:..... ٤٧
الاول – نقض الإيجاب:..... ٤٧
أ – نقض الإيجاب الملزم: ٤٨
ب – نقض الإيجاب غير الملزم:..... ٤٨
ثانياً – رفض القبول: ٤٩

الفصل الثاني:الاثار المترتبة على الاخلال المسبق بتنفيذ العقد

المبحث الاول :تجاهل الدائن للإخلال المسبق بتنفيذ العقد ٥١
المبحث الثاني:اسبقية الخطأ في الإخلال المسبق بتنفيذ العقد ٥١
المبحث الاول :تجاهل الدائن للإخلال المسبق بتنفيذ العقد ٥٤
المطلب الأول:حالات تجاهل الدائن للإخلال المسبق بتنفيذ العقد..... ٥٥
الفرع الأول:تجاهل الإخلال المسبق بتنفيذ العقد من جهة الاتفاقيات الدولية..... ٥٩
الفرع الثاني:التخلي عن الحق في إلغاء العقد في القانون المدني ٦١
أولا: النزول عن الحق في الفسخ بعد ثبوته (بعد حلول الأجل):..... ٦٢
ثانياً: النزول عن الحق في الفسخ قبل ثبوته (قبل حلول الأجل): ٦٢
ثالثاً: الظروف الأخرى التي يتم فيها إنهاء العقد قبل حلول الموعد النهائي: ٦٦
المطلب الثاني:الأمور التي تترتب على تجاهل الدائن للإخلال المسبق بتنفيذ العقد..... ٦٨
الفرع الأول:للدائن حق الاستمرار في تنفيذ العقد ٦٩
أولاً: الإخلال المسبق بتنفيذ العقد وإهمال الدائن ليسا نتيجة داخلية، فالنتائج مرتبة بالترتيب:..... ٧٠

أ- عدم القدرة على تنفيذ العقد لأسباب خارجية: ٧٠
ب- تجاهل الدائن نفسه إخلال المدين السابق للعقد وبالتالي خرقه : ٧٤
ثانياً: نتيجة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد مقدمًا تجاهل الدائن في الترتيب: ٧٥
أ- مدى تجاهل الدائن للضرر ملزم بمسؤولية التخفيف من الضرر: ٧٥
ب- انتقد بإثبات أن مبدأ الإخلال المسبق بتنفيذ العقد يتعارض مع تخفيض المسؤولية عن الأضرار..... ٧٨
الفرع الثاني:للمدين حق في العدول عن إخلاله المسبق بتنفيذ العقد..... ٧٩
اولاً: الحذر في فسخ العقد في حالة تم الاتفاق مقدماً على الفسخ:..... ٨١
ثانياً: ميعاد قبول العدول:..... ٨٢
ثالثاً: أساليب وشروط العدول: ٨٤
أ- الطريقة التي يحقق بها العدول: ٨٥
ب- الطريقة التي حقق بها اتفاقية فينا لسنة "١٩٨٠" العدول: ٨٦
ج- شروط العدول:..... ٨٧
المبحث الثاني:اسبقية الخطأ في الإخلال المسبق بتنفيذ العقد ٨٨
المطلب الأول :تحديد السلوك الخاطئ ٨٨
الفرع الأول:معيار الخاطئ المسبق بتنفيذ العقد ٨٨
الفرع الثاني:أوصاف الخطأ المسبق بتنفيذ العقد..... ٨٩
اولاً: نية الضرر: ٨٩
ثانياً: جسامة الخطأ: ٩٠
أ- حالات إجراءات المفاوضات بين الحرفيين: ٩٠
ب- حالة اجراء المفاوضات بين الحرفي و الشخص العادي:..... ٩١
المطلب الثاني:عواقب الاخلال المسبق بتنفيذ العقد ٩٢
الفرع الأول:إلغاء العقد ٩٢
الحالة الاولى: حالات سقوط الأجل:..... ٩٣
الحالة الثانية: حالات يسمح بإنهاء عقد المقاولة قبل الموعد النهائي للتنفيذ: ٩٥
الحالة الثالثة: حالات إنهاء العقد الزمني: ٩٦
الفرع الثاني:رأي في حل مخالفة العقد بناء على مخالفة سابقة للإخلال المسبق بتنفيذ العقد:..... ٩٧
الفئة أولاً: إنهاء العقد وفقاً للأخلال المسبق بتنفيذ العقد لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠: ٩٩

الفئة الثانية: الإعفاء من تحقيق الشروط المسبقة لتنفيذ العقد: ٩٩
الفئة الثالثة: بنود العقوبة ومصير البنود غير الملزمة بعد إلغاء العقد: ١٠٠

الفصل الثالث:مقدار التعويض و جزاء للأخلال المسبق بتنفيذ العقد

المبحث الأول:شروط استحقاق التعويض عن التأخير وكيفية تقديره..... ١٠٢
المبحث الثاني:الضرر الذي يجبره التعويض وجزاءاته ١٠٢
المبحث الأول:شروط استحقاق التعويض عن التأخير وكيفية تقديره..... ١٠٥
المطلب الأول:شروط استحقاق التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام..... ١٠٥
الفرع الأول:تأخر المدين في تنفيذ التزامه..... ١٠٥
الفرع الثاني:الأصل في التعويض عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد..... ١٠٧
المطلب الثاني:كيفية تقدير التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام للأخلال المسبق بتنفيذ العقد..... ١١١
الفرع الأول:تقدير التعويض القانوني ١١٣
الفرع الثاني:تقدير القاضي للأضرار المستقبلية ١١٤
المبحث الثاني:الضرر الذي يجبره التعويض وجزاءاته ١١٨
المطلب الأول:جزاء التعويض عن الأضرار ١١٨
الفرع الأول:التعويض عن الخسارة المتوقعة ١٢٠
الفرع الثاني:التعويض عن فقدان الثقة ١٢٣
المطلب الثاني:العلاقة بين خيار الدائن وحقوقه ١٢٥
الفرع الأول:حرية الدائن في اختيار الجزاء المناسب ١٢٥
أولا: الصفقة الخاسرة: ١٢٦
ثانياً: عدم إمكان تقدير الخسارة المتوقعة: ١٢٧
الفرع الثاني:مدى إمكان الجمع بين أكثر من جزاء ١٢٧
الخاتمة ١٣٠
اولا- الاستنتاجات: ١٣٠
التوصيات: ١٣٥
المصادر والمراجع ١٣٨

المقدمة

قد ينشئ العقد التزامات يجب تنفيذها على الفور، أو قد ينشئ التزامات يتم تنفيذها في المستقبل. عادة ما يلجأ المقاولون إلى إضافة الالتزامات الناشئة عن العقد إلى فترة محددة أو غير محددة. يشير المصطلح إلى الطريقة التي تنظر بها الأطراف المتعاقدة إلى المستقبل، وقد لا تكون بعض العروض التي يتطلبها العقد مفيدة ما لم تحدث في وقت ما في المستقبل، أو قد تتطلب طبيعة الأداء فترة زمنية بين إبرام العقد وتحقيق الأداء المطلوب. كما في عقد المقاولة الذي يلتزم فيه المقاول بإقامة بناء معين، اذ تتطلب طبيعة إقامة البناء ترك فاصل زمني يتمكن فيه المقاول من القيام بالأعمال اللازمة، لإتمام البناء وتسليمه في الموعد المحدد. عادةً ما يوقع الدائن العقود بناءً على ثقته في قدرة المدين على التنفيذ في تاريخ محدد لمنحه مدة زمنية معينة، كما لو أن البائع أجّل السعر إلى وقت لاحق بناءً على وقت تسليم المعاملة، اعتمادًا على دفع المشتري الثمن عندما يحين ذلك الوقت.

في حالة تأجيل موعد الالتزام، إذا فشل المدين في الوفاء بوعده في التاريخ المحدد، يكون المدين قد أخل في العقد، بعد ذلك يمكن للدائن أن يلجأ بحرية إلى الوسائل المنصوص عليها في القانون لمعالجة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد وتعويض المدين المتخلف، مثل طلب تنفيذ محدد، مقابل التنفيذ أو طلب إنهاء العقد للتعويض عن الخسائر التي تكبدها والخسائر الناجمة عن إخلال هذه الحالة معروفة من الاخلال المسبق بتنفيذ العقد.

ومع ذلك، قد تحدث أشياء قبل وقت التنفيذ المحدد؛ مما يشير إلى حدوث انتهاكات في المستقبل، قد تكون هذه العلامة محددة، كما لو أن المدين فعل شيئًا جعل من المستحيل تنفيذه في الوقت المحدد، مثل تأخر المقاول في بدء العمل؛ فيجعله من المستحيل إكماله في التاريخ المحدد. قد تؤدي هذه الصياغة فقط إلى افتراض حالات التخلف عن السداد في المستقبل، كما لو أن المدين صرح بأنه لن يؤدي التزاماته إذا انقضى أجله النهائي؛ لأنَّ مثل هذا الأداء في هذه الحالة ليس مستحيلًا وواقعيًا، ولكن بيان المدين من المشكوك فيه أنه لن يؤدي التزاماته في الموعد المحدد.

أما فكرة البحث فتدور حول ما يصدر من المدين قبل الموعد النهائي للوفاء بوعده، ويمكن الاستنتاج أن التنفيذ لم يتم في الوقت المحدد. السؤال المركزي هو: في هذه الحالة ما هو موقف الدائن؟ هل يوفر له القانون وسيلة لحماية حقوقه من الاخلال عن السداد الذي لا مفر منه أو الوشيك في المستقبل، أو ما إذا كان من الضروري احترام الموعد النهائي، إذ لا يحتاج الدائن إلا إلى انتظار وقت التنفيذ المحدد واتخاذ الإجراءات بناءً على موقف المدين وما إذا كان للوفاء بالالتزامات.

اولاً: بيان المسألة

لا شك أن على الشخص احترام العلاقة التعاقدية التي أُبرِمت بإرادته، وهذا من أهم الموضوعات التي تمت دراستها في مجال العقود، إذ لا يمكن تنفيذ العقد إلا بناءً على إبرامه إذا ما تم تمديد الالتزامات الناشئة عنه وكانت المدة أطول، عند ذاك يجب على الدائن أن يطمئن إلى أن العقد سيتم تنفيذه في التاريخ المحدد لكامل الفترة قبل الموعد النهائي. وخلال هذه الفترة، فإن أي شيء يصدره المدين قد يخل بثقة الدائن، وهذا غير مقبول ويجب مواجهته. إذ يتم ذلك بموجب قوانين معينة (مثل القوانين الانكليزية والأمريكية) من خلال وضع مبادئ عامة تُعرف باسم (Anticipatory Breach of Contract) تنطبق على هذه المشكلات. يتبنى هذا المبدأ أيضًا اتفاقية عقد دولية، وأهمها اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع (نسميها اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠) والمبادئ التي وضعتها الوكالات المتخصصة في هذا المجال، مثل مبدأ عقد التجارة الدولية (UNIDROIT) ومبادئ قانون العقود الأوروبي PECL.

يتزايد اهتمام الناس في هذه القضية، ويعتبرون المخالفات السابقة هي الشكل الثاني الأساسي للانتهاكات بالإضافة إلى الانتهاكات الفعلية، ويضعون قواعد وتفاصيل فيها، مما دفع الباحث أن يناقش هذا الموضوع لفهم مواقف الأنظمة القانونية المختلفة.

إنَّ هناك أسباب مهمة أخرى، طالما أن الانتهاكات السابقة تمثل مبادئ عامة في هذه القوانين، وبما أن قواعد الإسناد قد تشير إلى تطبيق هذه القوانين على العقود الملوثة من قبل الأجانب، فمن الضروري معرفة كيفية تعامل هذه القوانين مع هذه الالتزامات التعاقدية المتضاربة والتي تأخذ هذا في الاعتبار، إذ يعتبر وضع قوانين أجنبية مسألة قانونية يجب أن يفهمها القضاة، وهو أمر شائع في ذلك الوقت. من ناحية أخرى، ذكرنا أن اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ حلت هذه المسألة بمبادئ عامة، ونعلم أن العراق انضم إلى الاتفاقية في ٣ مارس ١٩٩٠، وبمجرد المصادقة عليها قد تصبح قانونًا محليًا؛ لذلك من المهم دراسة المبادئ التي أقرتها الاتفاقية، ونأمل أن تكون بلادنا منفتحة على التجارة الدولية وتكتسب قوة في هذا المجال، هذا ليس فقط أهمية فهم النظم القانونية المختلفة وطرق مواجهة مشاكل معينة، ولكن أيضًا إثراء التفكير القانوني والإفادة من تجارب الدول الأخرى في هذا المجال.

ثانياً: أهمية البحث

إنَّ اعتبار نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد مبدأً عاماً يحكم العقود في كل من القانون الأمريكي والقانون الإنكليزي والقانون الفرنسي واتفاقية فيينا، دفعنا لنبحث عن هذا المبدأ في قوانين بلداننا العربية والاسلامية ؛ لما له من أهمية كبيرة في الاقتصاد وسرعة التعامل. ومن هنا تكمن أهمية هذا البحث بوصفه من الأبحاث القليلة التي تدل على وجود مثل هذه النظرية في القوانين المدنية لبلدان الشرق الاوسط، ليس كنظرية مستقلة لها وجود مستقل بل كمبدأ يمكن استخلاصه من القواعد العامة. وتتعاظم وتزداد أهميه الموضوع لارتباطه بعقود علاقة السببية بين الإخلال بالتزام عقدي، والضرر لا يكفي أن يكون

هناك إخلال بالتزام عقدي، ولا يكفي أن يكون هناك ضرر، بل يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد هو ما يعرف برابطة السببية بين الإخلال و الضرر.

وتتجاوز أهمية البحث الجانب النظري إلى الجانب العملي، ذلك ان الحياة العملية تكشف أن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد هي ناشئة عن إخلال مرتكب من قبل أحد الطرفين، يتمسك به الطرف الاخر، ويعرض الأمر على القضاء للبت في مدى تحقق الاخلال، والعلاج المناسب له. تكمن أهمية البحث في الإخلال المسبق بتنفيذ العقد؛ كونه يُولّد لدى الباحث الشعور بالحماس والرغبة الملحّة في المعرفة والاكتشاف، ونظراً إلى أنّ البحث يتطلّب الصبر، والتأنّي، وتصفية الذهن فإنّ ذلك يُساعد على التوصل للحقائق التي تستند على أدلة واضحة، كما أنّ عملية البحث لا تضع حدوداً للتفكير، بل إنّها تُطلق العنان للإبداع والوصول لكلّ ما هو جديد، فالهدف من الإخلال المسبق بتنفيذ العقد هو تفسير ظاهرة أو مشكلة ما وتحليل جوانبها المختلفة، وذلك للوصول الى استنتاجات وبراهين تتوافق مع الوقائع المنطقية.

ثالثاً: اهدف البحث

الغرض الأساسي من هذا البحث هو تحديد الإخلال المسبق بتنفيذ العقد من خلال توضيح أهميته المتوقعة وطبيعته القانونية والنتائج المحتملة ومقارنة المواقف التشريعية الخاصة في القانون الانكلو امريكي والاتفاقيات الدولية بشأن مفهوم العولمة ،انطلق الباحث في بحثه على وفقً اتفاقيات التشريعات المقارنة واتفاقيات التجارة الدولية، وخاصة اتفاقيات فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع واتفاقية لاهاي؛ لمعرفة محتوى المفهوم، وكيفية تنظيمه من أجل تحديد أسباب عدم تبني هذه الفكرة في التشريعات العربية (مثل التشريعات والقانون المدني)، لاسيما التشريع المدني في العراق ومصر، وهل من الممكن مراعاة مضمون الفكرة، أو حتى اعتبار جزء منها، أو شرح ما يشبه الفكرة أو روح المبدأ في القوانين الأنجلو أمريكية والاتفاقيات الدولية.

ومن خلال البحث نلاحظ أن هناك بعض التطبيقات في التشريع العربي وطرح فكرة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد؛ لذلك طرحت الدراسة إمكانية تبني هذه الفكرة بشكل مباشر أو غير مباشر على وفق القواعد العامة للقانون المدني، وتحقق الغرض من البحث. يتمثل نطاق البحث في المقارنة مع طريقة تستخدم تحليلها وأسبابها الجذرية؛ لإظهار أحكام توقع انتهاكات العقد في القوانين المقارنة (مثل القانون العام)، والغرض منها هو إتاحة إمكانية تطبيقها على وفقً القواعد العامة للقانون المدني لهذه الفكرة، ومن أجل التعرف على كل هذه الأفكار، سنتعامل مع هذا الموضوع على شكل دراسة تحليلية بدائية مقارنة. ليس قانونًا فقط، إنما قد تتضمن الفكرة بعض القوانين التي تتناول الموضوع في قوانين أخرى، مثل القانون التجاري، وبعض القوانين الخاصة الأخرى التي تتطلبها طبيعة البحث.

بناءً على المحتوى أعلاه، ستكون هذه الدراسة دراسة مقارنة بين القوانين التي تتبنى مفهوم الإخلال المسبق بتنفيذ العقد (مثل القوانين الأنجلو أمريكية) والاتفاقيات الدولية (مثل اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع في عام ١٩٨٠ واتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للبضائع في عام ١٩٦٤). لأنها اعتمدت المبادئ نفسها التي يتبعها القانون الأنجلو أمريكي وأشاروا إلى

القوانين التي رفضتها (مثل القانون الفرنسي) بعدما قارنوها بالقوانين التي تم دمجها مع التشريعات العربية (مثل القانون المدني العراقي، والقانون المدني المصري).

رابعاً: اسئلة البحث

- **السؤال الرئيسي:**

ما هو الاخلال المسبق بتنفيذ العقد؟

- **الاسئلة الفرعية:**

١- كيفية معالجة سوء النية المسبقة لدى ابرام العقد؟

٢- الاثار المترتبة على الاخلال المسبق بتنفيذ العقد؟

٣- كيفية أو مقدار التعويض عن الإخلال المسبق بالعقد؟

خامساً: الفرضيات

الفرضية الرئيسية

- ما هو الاخلال المسبق بتنفيذ العقد؟

ان الاخلال المسبق هو اخلال مستنتج قد يحصل في مرحلة ابرام العقد او قبل موعد تنفيذ العقد.

- **الفرضيات الفرعية:**

١- عندما يقوم المدين بتنفيذ التزامة فعلياً بحسن نية.

٢- عند ما لا يكون التنفيد العيني ممكناً يلجأ الطرف المضرور الى المطالبة بفسخ العقد و التعويض معاً.

٣- قد يكون مقدار التعويض متفق عليه بين اطراف العقد و هذا يسمى التعويض الاتفاقي و قد يكون قانوني،و قد يكون قضائي متروک للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

سادساً: عنوان البحث واختيار تسميتة

يأتي اسم الدراسة الموسومة بـ (الإخلال المسبق بتنفيذ العقد) "دراسة مقارنة افتراضية سابقة"؛ لأنَّها المصطلح الأكثر دقة للأفكار التي تمت مناقشتها، إنه يتفق مع الاسم الذي يطلق على هذه الفكرة باللغة الإنجليزية، ما يسمى بـ Anticipatory Breach of Contract. وهذا يتفق أيضا مع الفكرة التي قالها الأستاذ السنهوري، لأنه وصف نتيجة موقف المدين، أي أن الفكرة تسمى "مخالفة العقد المقدم" وهذا أحد أسباب اختيار هذا الاسم، إذ تم إنشاؤه وفقًا للقانون العام واتفاق فيينا لعام ١٩٨٠ والأنظمة القانونية الأخرى عند مناقشة معنى الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، وسيذكر الباحث أيضًا ترجمات أخرى للاسم الإنجليزي، ومحاولة إثبات عدم دقتها. نعتقد أن الترجمة الأقرب للنسخة الإنجليزية هي الإخلال المسبق بتنفيذ العقد

مقدمًا، مما يدل على أن الصيغة يمكن أن تدعم الصيغة المذكورة أعلاه، والتي تعكس ما قصده مؤلف النسخة الإنجليزية أعلاه في مناقشتنا السابقة لمعنى الإخلال المسبق بتنفيذ العقد.

أما مصطلح "دراسة مقارنه" فيُضاف إلى منهج البحث، فهو طريقة للمقارنة والتوازن بين النظامين الرئيسيين للنظام القانوني الحالي: فمن ناحية هو نظام قانون مدني مشتق من النظام اللاتيني، والآخر هو النظام القانوني الأنجلو أمريكي.

سابعاً: نطاق البحث

الغرض الرئيسي من البحث هو دراسة مفهوم الإخلال المسبق بتنفيذ العقد نفسه وتوضيح مفهومه وآثاره وكيفية أو مقدار التعويض عن الإخلال المسبق بالعقد. ولأن الأفكار القانونية لا تنطبق على جميع أنواع القوانين، واختلاف الدرجات تبني الأفكار التنظيمية في هذه القوانين، فإن بحثنا حول الأفكار يستند إلى مقارنة بين مواقف القانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي فمن ناحية يشير إلى القانون الأنجلو أمريكي واتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠؛ ومن ناحية أخرى، يشير إلى موقف مبادئ عقود التجارة الدولية (UNIDROIT).

وبعد أن حددنا موضوع البحث وأردنا إجراء بحث في أنظمة قانونية مختلفة، وجدنا أن القانون الأنجلو أمريكي يسمى بشكل جماعي القانون الأنجلو أمريكي. لقد أولينا اهتمامًا كبيرًا لهذا الموضوع ووضعنا مبدأً عامًا لحل هذه المشكلة، وهو مبدأ الإخلال المسبق بتنفيذ العقد. هذا مبدأ شامل يتعامل مع الموضوع من منظور مفاهيم، ويشرح ما يعتبر إخلالا مسبقاً بتنفيذ العقد، وشروط التحقق منه، وصورته، وما إلى ذلك بواسطة العقد.

اعتمدت اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ وبعض المبادئ الدولية الأخرى مبادئ المنظمة القانونية الأنجلو أمريكية، كما أنه لا ينبغي فصل موقف دراسة القانون المدني العراقي عن أهم مصادره التاريخية، وهو القانون المدني الفرنسي اللاحق، فهذان القانونان أكثر تنظيماً من القانون المدني العراقي.

ثامناً: منهجية البحث

تتمثل فكرة البحث في التعريف بالموضوع الذي نظمه الباحث، وهو الإخلال المسبق بتنفيذ العقد بناءً على طريقة المقارنة الرأسية، أي لمقارنة كل سؤال نطرحه باستمرار حتى نصل إلى خاتمة البحث في كل من هذه المحاور، وبعد توضيح معناه، يقارن الباحث بين مواقف الأنظمة القانونية المختلفة، بما في ذلك مواقف الأنظمة القضائية والفقه في كل نظام، إذ يعتمد عرض الموضوع على التحليل والمقابلات. هذه هي أفضل طريقة بالنسبة لنا للتوصل إلى الموضوع، لأنها تسهل علينا مقارنة كل سؤال في المقارنة مع القواعد العامة أو الخاصة المقابلة على الجانب الآخر، وبالتالي حل الجانب السلوكي للإخلال المسبق بتنفيذ العقد. وقد تثبت النتائج أن هناك تقارباً أو تشابه بين معالجة هذه القوانين من عدمه.

وتجدر الإشارة إلى أن فكرة الإخلال المسبق بالعقد ليست بعيدة عن فقهائنا، ولا يمكن القول إن قانوننا لم ينظمهم أبدًا، بل على العكس سنرى في البحث أن الأستاذ الكبير السنهوري يعتقد أن الفكرة تدخل في نطاق القواعد العامة للقانون المدني،

ورأي آخر يرى أن القضايا المتعلقة بالفكرة وأعرافها، ينطبق على القانون العام ويمكن دمجه في قانوننا من خلال الامتثال لالتزام حسن النية عند تنفيذ العقد. هناك أيضًا آراء مفادها أن بعض جوانب هذه الفكرة موجودة في قانوننا.

في المقابل، فإن دراسة هذه الفكرة ليست غير مألوفة في العلوم القانونية في بلدنا، على الرغم من أن الدراسة تطرح الموضوع وتوضح موقفه بشكل موجز. وفي هذا البحث، ما سيحاوله الباحث بتحقيقه، وهو تقديم تفاصيل هذه الفكرة والآراء في القانون العام، ويمكن دمج المصطلحات الواردة في قانوننا مع أحكام القانون من خلال التحليل والتأصيل. كل هذا من أجل استخلاص استنتاج يمكننا من خلاله تنفيذ هذه الفكرة في قواعد عامة على نطاق عالمي. كما قال الأستاذ السنهوري، من ناحية أخرى، هل قانوننا ممكن، وما إذا كانت هذه الفكرة تستحق التبني. من ناحية أخرى، فهذا ليس هو الحال.

أخيرًا من المحتوى السابق، لا يمكننا أن نفهم أن بحثنا يقتصر على المحتوى المذكور في القانون المدني، ولكنه يتضمن بعض القواعد الواردة في بعض القوانين الخاصة. ونعتقد أنه من الضروري ذكر هذه القواعد؛ لاستكمال مقارنة العناصر وتوضيح ذات الصلة التي تمثل حالة المشكلة.

تاسعاً: الدراسات السابقة

سنعرض بعض الدراسات ذات الصلة بموضوع الدراسة ومجالات الفائدة منها، وأهم ما يميز هذه الرسالة من سابقتها، إذ تساعد الجهود المعرفية للدراسات السابقة في بناء الأساس للجانب الفكري و النظري لأي دراسة، وتمثل نقطة الانطلاق لأي جهد معرفي جديد؛ لذلك يسعى الباحث في هذه الفقرة إلى عرض بعض الدراسات السابقة التي تمكنه من الاطلاع عليها عربياً من أجل بناء دراسة الحالة وتعزيزها وفقا للتسلسل الزمني، وهذه الدراسات كما يلي:-

١- دراسة: (عمر سالم محمد الزبيدي، ٢٠٠٦)	
عنوان الدراسة	**المسؤولية السابقة على التعاقد**
اهمية الدراسة	استقرت الدراسات الفقهية في دراسة العقد على بحث الإيجاب والقبول، فيتم العقد بتبادل التعبير عن أرادتين متطابقتين اي اقتران القبول بالإيجاب بما يعني أبرام العقد في لحظة وجيزة أو زمن محدد، غير ان الاقتران الفوري للقبول بالإيجاب على هذا النحو ،وان كان متحققاً في بعض الفروض كما هو الحال في العقود اليسيرة الأهمية او عقود الإذعان او العقود التي تبرم بصورة متكررة فهي لا تحتاج لمرحلة المفاوضات التي تمهد للعقد وتسبق أبرامه، الا ان هذا النموذج البسيط للتعاقد لا يمكن ان نجده على نطاق البيوع الضخمة، فتحتاج هذه الأخيرة إلى مفاوضات قد تستغرق وقتاً طويلاً وهذا الذي يحدث عادة في مجال عقود نقل التكنلوجيا و التنقيب عن المعادن (الذهب، البترول....الخ) او عقود التوريدات الضخمة او عقود الإنشاءات الهندسية فهذه العقود ومثلها بحاجة الى مرحلة تمهد للعقد وتسبق أبرامه.
اختيار الدراسة	إن أغلب التشريعات المدنية لم تنظم المرحلة السابقة على التعاقد تنظيماً كافياً ومنها القانون المدني العراقي، وبالتالي لم يكن هناك أيضاً تنظيم لما يمكن ان يتحقق أثناء هذه المرحلة من مسؤولية عن أخطاء سابقة على التعاقد تكون سبباً في الأضرار بالمتفاوض او المتعاقد بعد أبرام العقد، بما في ذلك تحديد طبيعة هذه المسؤولية.
الاستنتاجات	لم يرد في التشريعات المدنية والشروحات الفقهية تعريف جامع مانع للمسؤولية السابقة على التعاقد ونحن بدورنا يمكن ان نعرفها على انه تلك المسؤولية التي تنشأ بعد الدخول في مرحلة المفاوضات وقبل أبرام العقد النهائي، ويكون اساسها الأخلال بالثقة المشروعة المتولدة في هذه المرحلة ،وهدف هذه المسؤولية جبر ما لحق (المتفاوض المضرور) من أضرار سببها له المتفاوض الأخر.
التوصيات	النص في القانون المدني العراقي على مرحلة المفاوضات العقدية وتنظيم الأثار المترتبة عليها بنصوص صريحة وذلك لعدم كفاية أحكام قواعد النظرية العامة للعقد لتقديم حلول للمشاكل التي تطرأ خلال هذه المرحلة ومنها مشكلة مسؤولية المتفاوض عن تعويض الأضرار التي ألحقها بالمتفاوض الأخر نتيجة الأخلال بأحد الالتزامات الناشئة في ذمته أثناء هذه المرحلة.

٢- دراسة: (علي حسين منهل، ٢٠١١)	
عنوان الدراسة	**الاخلال المسبق بالعقد**
مشكلة الدراسة	لكل طرف من أطراف العقد منفعة يسعى الى الحصول عليها من خلال تعاقده مع الطرف الآخر. والمتعاقدون هم الذين يقدّرون المنافع التي تعود عليهم من وراء إبرامهم العقود التي يلزمون أنفسهم بها بناءً على إراداتهم. ولكن منفعة الأطراف وما يتوقعون الحصول عليه من العقد قد لا تتحقق بسبب إخلال شركائهم في العقد بالتزاماتهم.
اهمية الموضوع	لا شك في وجوب احترام الانسان العلاقة التعاقدية التي يدخل اليها بإرادته. وهذا من أهم الموضوعات التي تدرس في مجال العقد، اذ لا يبرم العقد إلاّ لينفذ بحسب الاتفاق. فإذا كان الالتزام الناشئ عن العقد مؤجلا، وكان الأجل طويلا شيئا ما، وجب ان يبقى الدائن مطمئنا لحصول التنفيذ في موعده المحدد طيلة المدة السابقة لحلول الأجل. وأي شيء يصدر من المدين في هذه المدة، ويكون من شأنه ان يعكّر اطمئنان الدائن، هو أمر مرفوض وتنبغي مواجهته
نطاق الدراسة	ان الهدف الرئيس من البحث هو دراسة فكرة الإخلال المسبق بالعقد لذاتها، وبيان مفهومها وخصائها وآثارها. ولما كانت الأفكار القانونية لا تخلو من تطبيق في القوانين المختلفة.
منهجية الدراسة	كل موضوع من هذه الموضوعات، وبعد بيان المقصود منه وتوضيحه، تجري مقارنة مواقف الأنظمة القانونية المختلفة منه، بما في ذلك موقف القضاء والفقه في كل نظام من هذه الأنظمة.
الاستنتاجات	والقواعد الموجودة في الوقت الحاضر لا توفر الحماية الملائمة للدائن في الحالات التي تدخل في صور الإخلال المسبق بالعقد، فعندما يصرح المدين انه لن ينفذ التزامه، فما يتاح للدائن هو مجرد الاعفاء من الاعذار، ولكن هذا قد يكون مضرا بمصلحته، اذ عليه الانتظار لحين مجيء الوقت المحدد للتنفيذ وهذا قد يضيع عليه فرصة تدارك الصفقة بصفقات أخرى. وعليه، فقد يكون الأفضل ان يقرر له الحق في إيقاف التنفيذ إن كان عليه ان ينفذ أولاً، أو إيقاف التحضير للتنفيذ من جانبه لحين تقديم المدين ما يضمن حصول التنفيذ في الموعد المحدد، ومن الأفضل ان تكون هناك مدة يجب تقديم التأمين خلالها، ولكن هذه المدة تختلف باختلاف الظروف ومن يحددها هو المحكمة.
التوصيات	كل موضوع من هذه الموضوعات، وبعد بيان المقصود منه وتوضيحه، تجري مقارنة مواقف الأنظمة القانونية المختلفة منه، بما في ذلك موقف القضاء والفقه في كل نظام من هذه الأنظمة.

٣- دراسة: (طارق كاظم عجيل)	
عنوان الدراسة	**مسؤولية الغير عن الاخلال بالعقد**
اهمية الدراسة	كما ان تقسيم الحقوق الى حقوق عينية و شخصية، ووصف الفقه لهذه الحقوق بانها مطلقة ونسبية، جعل الباحث امام مشكلة، تمتثل باعتراف الفقه التقليدي بالحجية للعقود الناقلة للحقوق العينية، دون الحقوق المنشئة او الناقلة لمجرد حقوق شخصية، مما اضطر الباحث الى محاولة اعادة دراسة نظرية الحق من جديد للتوصيل مع جانب اخر من الفقه الى تمتع جميع الحقوق، ايا كانت طبيعتها، بذات الحجية في مواجهة الكافة، وصولا الى تقرير مسؤولية الغير عن الاخلال بالعقد، ايا كانت طبيعة الحقوق محل العقد.
مشكلة الدراسة	ان الزام الغير بالتعويض عن الاخلال بالعقد هل يعني امكانية مطالبته بالتنفيذ العيني الجبري، فاذا قلنا بالإيجاب، فأننا نلزم الغير بتنفيذ التزام ناشئ عن عقد الغير لم يكن في اي وقت من الاوقات طرفا فيه، واذا قلنا بالسلب، حرمنا الدائن من حقه بالحصول على التنفيذ العيني الجبري، لمجرد ان الغير، وليس المدين، هو من اخل بالعقد.
الاستنتاجات	لا يوجد تناقض بين مبدأ نسبية اثر العقد و مبدأ حجية العقد، فالأول اذا كان يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد، فأن الثاني يلزم الغير باحترام العقد، وعدم الاعتداء عليه، دون ان يقوى على التزام الغير بتنفيذ العقد، ثم ان مبدأ نسبته اثر العقد يحكم الالتزامات التي انشأها العقد كجزء من الذمة المالية للدائن و المدين، بينما يحكم مبدأ حجية العقد الواجب العام بعدم الاعتداء على العقد، وهو واجب يعيش على هامش الذمة المالية للغير دون ان يكون جزء من جانبها السلبي.
التوصيات	نقترح على القضاء العراقي قبول مسؤولية الغير عن الاخلال بالعقد، وفقا للتحديد الذي تم بسطه في البحث، على ان تأسيسها وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

٤- دراسة: (اكرم محمد حسين، ٢٠١٤)	
عنوان الرسالة	**الاخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية**
مشكلة الدراسة	يثير موضوع الاخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية، عدداً من المشاكل دفعتنا الى اختيار البحث فيه، ولعل في مقدمتها، اختلاف الانظمة القانونية وتباينها في تحديد مفهوم الاخلال بتنفيذ عقد البيع الدولي، واساس المسؤولية الناشئة عنه، ونطاقه حدوثه، فضلا عن ان له انواعا تعرفها بعض النظم القانونية لا تعرفها النظم الاخرى.
اهمية الدراسة	من اهمية البيع الدولي ذاته، فاذا سلمنا بأهمية تنفيذ الاخير على الصعيد الدولي و الداخلي، بوصفه وسيلة للتنمية وانتقال و تداول رؤوس الاموال أمكانية ان ندرك أهمية وخطورة موضوع الاخلال بتنفيذه، وضرورة وضع القواعد اللازمة للحد من اثاره الضارة.
منهجية الدراسة	سنعتمد في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، اذ سنعمد في بحثنا الى دراسة الموضوع في النظامين اللاتيني و الانكلو امريكي، وعلى الصعيد الدولي سنقوم بعقد المقارنة بين اتفاقيات التجارة الدولية التي نظمت احكام الاخلال بالتنفيذ، ثم نقوم بتحليل ودراسة كل جزئية في ضوء مختلف الآراء الفقهية و القضائية.
الاستنتاجات	توصلنا الى ان القانون المدني العراقي وان كان يقيم الاخلال على اساس الخطأ، كما هو الحال في القوانين المدنية اللاتينية، الا ان الخطأ في عقد البيع يتحقق بمجرد تخلف النتيجة، ذلك لان الالتزامات التي يرتبها هذا العقد هي التزامات بتحقيق نتيجة.
التوصيات	ندعو المشرع العراقي الى المصادقة على اتفاقية فينا، وذلك لانها تمثل تنظيما دوليا لعقد البيع الدولي، يعد مقبولا على نطاق واسع من عدد كبير من الدول، وقد اشارت وثائق الامم المتحدة الى توقيع العراق على الاتفاقية منذ ٥ ايار ١٩٩٠، ولم يتم المصادقة عليها الى حد الان من مجلس النواب.

٥- دراسة: (وسن جاسم زرزور، ٢٠١٥)	
عنوان الدراسة	**الاخلال المتوقع بالعقد**
مشكلة الدراسة	الا انه من الممكن القول ايضا بان الدائن في حالة استنتاجه عدم امكانية او رغبة المد كانت تلك التوقعات مؤكدة اي لا تقبل الشك، او حالة كون تلك التوقعات ليست مؤك تؤدي الى زعزعة ثقته بحصول التنفيذ في موعده المحدد، في هذه الحالة يكون انتظار حلول ضياع المنفعة المتوخاة من ابرام العقد، خصوصا وان اطراف العقد هم اكثر من يقدر قيمة وطبقا لما تقدم تدور فرضية البحث عن موقف الدائن في حالة توقعه اخلال المدين المستقبلي او يؤكدها.
هدف الدراسة	يهدف البحث بشكل اساس الى الوقوف على فكرة الاخلال المتوقع بالعقد وذلك من الاثار التي من الممكن ان تترتب عليها وموقف التشريعات المقارنة من تلك الفكرة، فكما منظمة كمبدأ قانوني له احكامه الخاصة في القانون الانكلو امريكي والاتفاقيات الدولية فأننا مضمون تلك الفكرة وكيفية تنظيمها مستندين في ذلك بما درجت عليه التشريعات المقار اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع واتفاقية لاهاي مستهدفين من ذلك تحديد اسباب عد كالتشريعيين المدني العراقي و التشريع المدني المصري، وما اذا كان بالإمكان الاخذ بمضمون بيان ما يقارب روح تلك الفكرة او هذا المبدأ في القانون الانكلو امريكي والاتفاقيات الدولي
اهمية الدراسة	وبناء على تلك الاهمية نلاحظ ان بعض التشريعات كالتشريعات الانكلو امريكية قامت الاجل، كمبدأ عام مستقل وحددت له احكاماً خاصة به.
الاستنتاجات	التمسك بالأخلال المتوقع و امكانية ترتيب الجزاءات القانونية عليه بموجب القانون الان الاخلال، فعلاوة على ذلك يستطيع الدائن تجاهل الاخلال المتوقع واعتباره كان لم يكن، وه الفعلي وطلب التنفيذ بناء على الجزاءات المقررة للأخلال المستحق التنفيذ، وفي اثناء ذلك بالعقد، ويشترط القانون الانكلو امريكي، لصحة عدول المدين عن الاخلال المتوقع بالعقد المتوقع، ويلحظ ان هذا الحكم المتقدم معاكس لما تذهب اليه التشريعات المدنية، حيث يجيز ا بالعقد، ما لم يصدر حكم نهائي في الدعوى ولذلك فان عدول المدين عن الاخلال المتوقع ب
التوصيات	نقترح ان يمتد هذا الحكم ليشمل الاخلال المتوقع بالعقد بصورته المباشرة ايضا، وخصوص التزامه العقدي، او باتخاذه مسلكا لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على الاخلال بالالتز

عاشراً: صعوبات البحث

لا تكاد يخلو أي جهود إنسانية من صعوبات خاصة إذا كانت تلك الجهود مركزة على البحث العلمي الأكاديمي المتخصص، ولعل أهم الصعوبة التي واجهتني في استكمال البحث هي عدم وجود مصدر مباشر للأفكار العربية إنَّ هذه مجرد علامات بسيطة نسبيًا، إذا قارنا الطريقة المقارنة؛ لتبني الفكرة من حيث تأثير الفكرة وانعكاساتها على المسؤولية.

وعلى هذا الأساس واجهت صعوبة أخرى تتعلق بمصادر أجنبية، وهي المصادر الإنجليزية، ونظراً لأن أفكار البحث تشكل المبادئ العامة لهذه القوانين، فقد واجهت بعض الصعوبات في الحصول على هذه المصادر وإجراء عمليات البحث، ناهيك عما يقال لترجمة هذه المصادر؛ لتجنب استخدام مفاهيم قانونية متعمقة للأغراض التالية: فهم أفكار البحث الرئيسية، إضافة إلى ذلك، فأنا أواجه صعوبات مهمة أخرى في البحث، وهي عدم وجود أحكام قضائية عربية تتعلق بهذه الفكرة، وقد يرجع ذلك إلى قيود المؤسسة القضائية على الاجتهاد في هذه القضية وانعكاس هذه الأحكام بشكل كامل إلى أن نعتقد أنهم لم يذكروا الفكرة في سبيل زيادة قوة ورصانة البحث، كما سنرى في بحثنا، بعض القرارات المتعلقة بعقود المقاولة أو بعض جوانب التعامل غير المباشر.

الحادي عشر: هيكلية البحث

وبناء على ما تقدم، ولغرض الوصول الى هدف البحث ومنهجية، فسوف نقوم ببحث الموضوع على وفق خطة علمية، ولغرض توضيح ما تقدم سنحاول بحث موضوع الإخلال المسبق بتنفيذ العقد؛ لذا تقسَّم الدراسة إلى ثلاثة فصول:

الفصل الاول: يتناول المفاهيم و الكليات للاخلال المسبق بتنفيذ العقد و يتضمن مبحثين، الاول المفاهيم ، اما الثاني الكليات

الفصل الثاني: يدرس الآثار المترتبة على الإخلال المسبق بتنفيذ العقد و يتضمن مبحثين، الاول: تجاهل الدائن للأخلال المسبق بتنفيذ العقد، اما الثاني: فيرصد أسبقية الخطأ في الإخلال المسبق بتنفيذ العقد.

الفصل الثالث: وانطلاقاً من مقدار التعويض وجزاء للإخلال المسبق بتنفيذ العقد عن هذا النوع من الضرر، ويقسَّم على مبحثين، الأول: شروط استحقاق التعويض عن التأخير و كيفية تقديره، أما الثاني فيعالج الضرر الذي يجبره التعويض وجزاءاته.

واذا ما انتهت الدراسة تكون قد وصلت إلى خاتمة البحث التي لا تكون مجرد خلاصة أو إيجاز لمجمل البحث، بل هي عبارة عن أهم الاستنتاجات التي توصلت الدراسة اليها من خلال البحث، وقد عمدنا إلى أن تكون دراسة هذه الرسالة مقارنه بين القوانين التي تتبنى مفهوم الإخلال المسبق بتنفيذ العقد كالقانون الانكلو امريكي وكذلك الاتفاقيات الدولية كاتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠م واتفاقية لاهاي للبيع الدولي للمنقولات المادية لسنة ١٩٦٤م ولكونهما تبنتا نفس المبدأ

الذي ذهب إليه القانون الإنلكو أمريكي، مقارنة بين القوانين الأجنبية لاسيما القانون المدني الفرنسي، وبين القانون المدني العراقي مع عدم إغفال الإشارة الى موقف الفقه الإسلامي كلما دعت الضرورة لذلك.

الفصل الاول

المفاهيم و الكليات

المبحث الاول:المفاهيم

المبحث الثاني:الكليات

تمهيد:

يقتضي الكلام عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد مفهوماً مميزاً عن غيره من حيث القواعد القانونية وقد ينسجم هذا المفهوم مع القواعد المدنية محل الدراسة وعدة قوانين ومنها الانكليزي و الإنكلو أمريكي قد يبتعد حسب كل حكم من أحكامه لكن سنلاحظ أن فكرة قواعد أحكام الإخلال المسبق بتنفيذ العقد ورده بشكل مفصل.

والإخلال المسبق بتنفيذ العقد استبانة لفكرة الاخلإل ابتداءً هي فكرة قانونية تعالج جهة من جوانب مخالفة العقود ومعالجاته، ودراسة أية فكرة قانونية تستدعي بيانا مفهوماً، عليه تم تقسيم الفصل الى مبحثين. نتناول في المبحث الأول مفاهيم الاخلال المسبق بتنفيذ العقد. سوف نتناول في المبحث الثاني كليات الاخلال المسبق بتنفيذ العقد.

المبحث الاول: المفاهيم

عرف الإخلال المسبق بتنفيذ العقد أنه إخلال بالالتزام من أحد أطراف العقد يكون في وقت مسبق على تنفيذ الالتزام العقدي، على شرط عدم قبول أحد أطراف العقد بتنفيذ التزامه المستقبلي. ويكون هذا الرفض بالقول أو يشير الى مسلك قبل موعد التنفيذ، وانه يؤكد على إصراره بانه سوف يحصل إخلالاً مستقبلياً في تنفيذ الالتزام. أو بصيغه أخرى هو إخلال مسبق بتنفيذ الالتزام المستقبلي الذي يحصل في أجل سابق على إبرام العقد، ويستنتج منه استنتاجاً معقولاً. بانه يصدر من المدين إخلالاً بعد تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد(١).

إنَّ فكرة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد ليس بفكرة جديدة(٢). اذ إنها نشأت كمبدأ ثابت محدد المفهوم في القانون الانكلو أمريكي، ان مبدأ الإخلال المسبق للعقد نشا ولأول مرة في القانون الانكلو امريكي ومن خلال قضية (Hochster V. De La Tour) وتتلخص وقائع القضية بتاريخ ١٨٥٢/٤/١٢م وكذاك، فقد نشأت هذه الفكرة في الاتفاقيات الدولية.

وفي هذه القضية اتفق (De La Tour) بتشغيل (Hochster) لديه ممثل عن السياحة او ساع لمدة اتفقوا عليها ثلاثة اشهر ابتداء من تاريخ ١٨٥٢/٤/٢٢. وبتاريخ ١٨٥٢/٤/١ "قبل الميعاد المتفق عليه بعشرين يوماً" كتب (De La Tour) الى (Hochster) ابلغه غير رأيه وليس لديه الرغبة في تنفيذ الالتزام كما اتفقا سابقاً.

نتيجة لذلك قام برفع دعوى الدائن في ١٨٥٢/٤/١٢ قبل ميعاد الوفاء بالالتزام بمدة عشرة أيام محتجاً بان تنصل المدين (المدعى عليه) من الالتزام بالوفاء فشكل إخلالاً على الرغم من أن الإخلال بالعقد من قبل المدين، أي قبل موعد التنفيذ. وهنا طلب (المدعي) الدائن بالتعويض في هذه الدعوى. احتج (المدعى عليه) المدين أن المدعي ليس له أي حق في التعويض الا بعد اثبات انه كان راغباً وله القدرة بالوفاء بالالتزام في الميعاد المحدد للتنفيذ. وبالنتيجة المحكمة اصدرت قرارها الشهير الذي لايزال يعتبر فكرة الأساس ومبدأها التاريخي للإخلال المسبق بتنفيذ العقد بتثبيت حق المدعي في دعوى التعويض، وبتأكيد أن الطرف الآخر غير محدد في ميعاد الوفاء بالالتزام. وبعد قرار الحكم الصادر بدأت المحكمة الانكليزية تشير وتستند على قضية Hochster De La Tour(٣). لتطبيق مبدأ الإخلال المسبق بتنفيذ العقد وطبق حتى على عقد الزواج.

---

(١) وليد خالد عطية: التنفيذ على حساب المدين عن طريق ابرام صفقات بديلة، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط١، ١٧، ٢٠، ص٢٩٨، وانظر وسن كاظم زرزور: الاخلال المتوقع واثره على تنفيذ العقد، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٥، ص١٨

(2) For the origin of this doctrine see Rowley, Keith. A Brief Historu of Anticipatory Repudiation in American contract law. 69 University of Cincinnati law Review (wnter 2001) p 565-639.

3 . (1853) 2 E&B 678. 118 Er 922. See also Four other early English cases: Danube & Black Sea Railway and Harbour Co. v Xenos 142 ER 753, Frost v Lnight (1872) LR 7, Johnstone v Milling (1886) QBD 16, Synge v Synge (1894) 1 QB 466.

وذكروا مثلاً على ذلك الحكم الصادر في Synge V syhge[1]. وقائع هذه القضية تتلخص، قد قام الزوج بنقل جميع ممتلكاته إلى ابنته وعند وفاته اتفق أن يترك إلى زوجته وكتب هذا الكلام في وصيته مقابلاً لالتزامها بالزواج منه، قامت الزوجة برفع دعوى مطالبة بالتعويض عن الأضرار التي حدثت بسبب إخلال زوجها للعقد المبرم بينهما قبل وفاته، فقررت هذه المحكمة أن تعد تنفيذ هذا العقد مستحيلاً. كما عرفه الدكتور محمد لبيب شنب بقولة: هو كل مظهر أو مسلك خارجي يصد عن المدين ويفصح عن نية عدم تنفيذ العقد عندما يحل أجله، هذا المظهر قد يكون عن تصريح شفوي أو فعل يأتيه المدين[2]. ونحن في دراستنا هذه آثرنا أن نستعمل مصطلح ((الإخلال المسبق بتنفيذ العقد)) خلافاً لما استعمله الفقهاء العرب لمصطلح ((الجحود المبتسر للعقد)) نظراً لإن هذا المصطلح أكثر تماشياً وتناسباً مع اللغة العربية من جهة، وأدق تعبيرا عن المفهوم الحقوقي و القانوني لهذه النظرية.

وعرف مجموعة من الفقهاء بأنه كل شكل أو مسلك خارجي يصدر من جهة المدين و يبين عدم نيته بعدم تنفيذ الالتزام العقدي عندما يحل موعده وهذا الشكل قد يكون كلاماً عن تصريح شفوي أو فعل يبينه المدين[3]. وقد عرفه آخرون بأنه إخلال بالالتزام المستقبلي للتنفيذ يحدث في وقت قبل الأجل المتفق عليه لتنفيذ هذا الالتزام، يستنتج منه استنتاجاً معقولاً بأن المدين لم ينفذ التزامه في الميعاد المحدد[4].

ولاحظ الدكتور السنهوري أنَّ القوانين المدنية اتجهت إلى مبدأ التقنين الإنكلو سكسوني، ومن جهة خاصه للتشريع الأمريكي المتهيء لأحكام العقود الصادرة في سنة ١٩٣٣، هذا القانون يسمح بطلب الإنهاء مقدماً إذا أخل ب المدين تنفيذ التزامه في الأجل المحدد المتفق عليه، ومن المحتمل إن لم يتمكن في إتمام التزامه في الميعاد المحدد المتفق عليه، يكون قد أخل في تنفيذ التزامه التعاقدي مستقبلاً، وإن هذا الحكم خالف القواعد العامة حسب وصف الدكتور السنهوري، عند الإخلال بالالتزام العقدي الذي يجيز الفسخ[5]. هذا الاتجاه الذي احتواه الدكتور محمد لبيب شنب يلزم المدين بالامتناع عن أي شيء يخل التنفيذ في المستقبل وهو حسن النية، أو قد يصرح بانه لن يقوم بتنفيذ التزامه في الميعاد المحدد، إو يقوم بسير يستحيل التنفيذ في الوقت المحدد[6]. وقد يكون الإخلال المسبق بتنفيذ العقد يقوم على فكرة الاستنتاج أو التوقع من خلال ما يبين

---

1 . Synge v Syngw (1894) 1 QB 466.

٢. شنب، محمد لبيب، الجحود المبتسر للعقد، دراسة في القانون الامريكي مقارنة بالقانون الفرنسي و المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية القسم الاول، السنة الثانية، يونيه ١٩٦٠، العدد الثاني ص٢.

٣. محمد لبيب شنب: الجحود المبتسر للعقد، دراسة في القانون الامريكي مقارنة بالقانون الفرنسي و المصري، مجلت العلوم القانونية و الاقتصادية، السنة الثانية، يونيا ١٩٦٠، ص١٤٨.

٤. منصور حاتم، علي حسين منهل، اثار الاخلال المسبق بالعقد، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعوم القانونية و السياسية، العدد الاول، السنة الرابعة، ٢٠١٢، ص٦٧.

٥ السنهوري: الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، ج٧، ط٣، ٢٠٠٩، ص٨٥ وما بعدها.

٦. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص٣٠٠.

من المدين من أفعال أو تصرفات أو قول أو تصريحات أو مسلك من جه أخرى أن يأثر في التنفيذ مستقبلاً، فإذا قام المدين بالقول أنه ليس لديه الرغبة في تنفيذ هذا الالتزام المستقبلي، أو عند التوجه إلى مسلك يخالف التنفيذ المستقبلي، إو من غير الجائز تحقيق التنفيذ نكون عندها باتجاه إخلال مسبق مستنتج[1].

وسوف نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب في المطلب الاول مفهوم الاخلال المسبق. وفي المطلب الثاني مفهوم التنفيذ. اما المطلب الثالث مفهوم العقد.

المطلب الاول:مفهوم الإخلال المسبق

مفهوم الإخلال المسبق بتنفيذ العقد هي مرحلة سابقة على إبرام العقد، وتكون مرحلة إعداد و تهيئة للعقد يكون فيها التزام حقوق لطرفي العقد في المستقبل.

ويتجه الإخلال المسبق بتنفيذ العقد نظرية محدودة في القانون الإنكلو أمريكي، وكذلك يعبر عن نشأته واستقراره وهو مبدأ قانوني في القانون الانكليزي وبعدها احتضنه القانون الامريكي و جزء من الاتفاقيات و المبادئ الدولية.

وتكون دراسة الإخلال لعدم اهتمام التشريعات المدني في كثير من الدول وواحده منها القانون المدني العراقي وحتى اذا تناول هذه التشريعات بالتنظيم فأنها تعد غير كافية، لكي يعالج كل ما يخص هذه المرحلة[2].

ففي هذه المرحلة قد تتطور العلاقة إلى علاقة تعاقدية أولية ممهده إلى العلاقة النهائية تحكمها قواعد المسؤولية العقدية وإن حدث اخلال مسبق قبل تنفيذ العقد، فسوف نبحث في هذا المطلب ولأجل أن نوضح معنى الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، فلابد تعرفة لغة ومن ثم اصطلاحاً، لغرض الوقوف على المعنى القانوني المقصود من ذلك التعبير، ولأجل ذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نذكر في الفرع الأول بيان المفهوم اللغوي للإخلال المسبق. واما الفرع الثاني بيان المفهوم الاصطلاحي للإخلال المسبق.

---

١. عبد الوهاب علي: الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنه في الفقه الاسلامي و القانون المدني، دار الكتب المصري، مصر، ط١، ١٩٩٤، ص١٣٢ وما بعدها.

٢. بعض التشريعات افردت تنظيماً خاصاً للمرحلة المسبقة بتنفيذ العقد ومنها التشريع اليوناني و الايطالي و اليوغسلافي و اللبناني. و المزيد من التفاصيل ينظر. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، الطبعة الثانية، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، ص١٦. وكذلك. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ٢٠٠٢، ص٥.

الفرع الأول:المفهوم اللغوي للإخلال المسبق

إن البحث في التعريف اللغوي للإخلال المسبق بتنفيذ العقد يتطلب بيان التعريف اللغوي لكل معنى واردة في العنوان، فبالنسبة لكلمة الإخلال لغة هي مصدر مأخوذ من الخلل و الخلل يعني: الضعف والفساد الذي يقع في الشيء، وهو مصدر للفعل أخل و يخل، بمعنى عدم الإخلاص بالالتزام الناشئ عن العقد حيث يقال أخل بالرجل لم يعط حقه[١].

أما (المسبق) مصدر مأخوذ من السبق، أي القدمة في الحرب، و في كل شيء، وفعله سبق ويسبق، وسبقه، اي تقدمه، والسباق هو الذي يسبق غيره، فيقال: فرس سابقٌ وسبوق، أي التي تسبق غيرها من الخيل، أما اذا كان يُسبق فهو مسبوق[٢].

ويذهب هذا الجانب لإ سناد رأيه بأن الاستاذ السنهوري عند حديثه عن جواز فسخ عقد المقاولة قبل مكوث الأجل، إذ ذكر بأنه إذا تأخر المقاول في الافتتاح بالعمل أو في إتمامه، فإن هذا يعد إخلالاً متقدماً وعلى وجه محقق. يضيف الفئة السابق بأنَّ الدكتور عبد الرزاق السنهوري أطلق على الإخلال في هذه الحالة الجحود المبتسر للعقد، معتمداً في تلك التسمية على تسمية الدكتور محمد لبيب شنب وذلك لعرض الدلالة إلى المصدر ليس إلا، وأنه ذكر بأن الإخلال هنا قد حصل ابتدائيا ولم يقل بأنه جحود مبتسر[٣]. إلا أن من معانيها الأساسية "النقص"، فالمبتسر هو غير كامل، فيقال مثلاً: عمل مبتسر أي غير كامل و غير ناضج، وإجابة مبتسرة أي غير كاملة وغير مقنعة [٤].

من الممكن أن نقول بأن الآراء السابقة تعد محل رؤية ولا بد من الوقوف عندها، ويبدو أن الدكتور محمد لبيب شنب قد اتبع في بحثه "الجحود المبتسر للعقد" بالاستعمال الامريكي لكلمة (Repudiation) التي ترجمها الى العربية بـ "الجحود". وعلى ذلك أن بعض الكتاب القانونيين يؤكدون بان عدم قبول العقد هو إخلال بعينه وليس جحود كما ذكرنا انفاً، وذهب الى ان رجال القانون الامريكي صححوا استعمال كلمة (Breach) التي تعني الإخلال الى استعمال كلمة (Repudiation) التي تعني الجحود بناء على انتقادهم لأصل مقدمة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، الا أن الاخلال في التصرفات المعروفة بالقول أو السلوك تعد إخلالاً بالعقد التي تؤدي الى استنباط عدم التنفيذ في الوقت المتفق عليه. ومن جهة أخرى فإن هذا الاستنباط مدعم بما يبرره ويكفى للقول بإثبات الإخلال. يلحظ بالإضافة إلى ما تقدم إن الدكتور محمد لبيب

---

(١) وينظر: العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي، لسان العرب، ط٣، ج٤,تنقيح محمد عبدالوهاب، دار احياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، عمان.١٩٩٩، ص١٩٨. وينظر: بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٧٧، ص٩٨١.

(٢) العلامة ابن منظور الافريقي، لسان العرب، ج١٠، ص١٥١.

(٣) علي حسين منهل، مصدر سابق، ص١١ .

(٤) عبد الغني أبو العزم، معجم الغني، نسخة الكترونية متاحة على الرابط التالي:

http:// lexicons. Sakhr. Com/openme.aspx?fileurl=/html/30761130html.

شنب قد استخدم (المبتسر)[1]. لا يهم البحث في كلمة (العقد) لهذه الكلمة من البيان في الفكرة القانونية، إلا أن ما يعنينا و يرتكز عليه موضوع بحثنا هو ذاتية الإخلال هنا، كونه إخلالاً مسبقاً أي يقوم أساساً على الاستنباط، ومما تجدر الإشارة اليه، أن فكرة الإخلال المسبق بالتنفيذ حدثت وتجسدت كمبدأ قانوني عام في القانون الإنكلو أمريكي كما نوهنا سابقاً، وقد استخدمت عدة كلمات للدلالة عليه في اللغة الانكليزية، لا ضير من التعرف عليها للوقوف على معناها الاصطلاحي ومن اهم التعابير اللغوية التي وضع للإخلال المسبق بتنفيذ العقد (Anticipatory Breach Of Contract) فكلمة (Anticipatry) تعني بالعربية المسبق اي يتوقع الاستنتاج المستقبلي للإخلال[2]. وهذا المعنى لا يصلح للإشارة على المقصود من مفردة (Anticipatory) عند استخدامها في إطار فكرة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، لأن الإخلال المسبق الذي تفصح عنه هذه الفكرة، كما ننوه لاحقاً، هو إخلال تترتب عليه نتائج الإخلال التام جميعها، وهو إخلال غير كامل أو غير ناضج، بل هو إخلال مكتمل، غاية ما في الأمر أنه يحصل في وقت سابق للعقد لاستحقاق التنفيذ، أي أنه يكون مسبقاً، فهو إخلال مسبق بتنفيذ العقد، ومما يدعم هذا القول أن الأستاذ السنهوري عند كلامة عن جواز فسخ عقد المقاولة قبل مكوث أجل التسليم إذا تأخر المقاول في المباشرة بالعمل أو في إنجازه، ذكر أن المقاول في هذه الحالة يكون قد ارتكب إخلالاً مسبقاً للعقد، وهو إخلال حصل ابتداء وعلى وجه مؤكد[3].

فتعتبره بأنه حصل إخلالاً مسبقاً وهو الأقرب إلى استعمال كلمة "المسبق". و الاستاذ السنهوري وإن نوه في الموضوع نفسه إلى أن جواز الفسخ في هذه الحالة يعتمد على نظرية "الجحود المبتسر للعقد"[4]. فلفظ التسمية التي أطلقها الدكتور محمد لبيب شنب استعملها لغرض الدلالة الى المصدر، والا، فانه وضح في المتن أن هناك اخلالاً مسبقاً ولم يقل جحوداً مبتسراً، و هذا الإخلال حصل مقدماً، ولم يقل انه جحود مبتسر.

ويلاحظ أن أول من استعمل صيغة "الجحود المبتسر للعقد" هو الدكتور محمد لبيب شنب[5]. وتبعه في ذلك بعض المؤلفين[6]. ويلاحظ اخيراً، أن اتفاقية افيينا لسنة ١٩٨٠ قد استخدمه عبارة (Anticipatory Breach Of

---

(١) محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، دراسة في القانون الامريكي مقارنة بالقانونين الفرنسي و المصري، القسم الاول، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، السنة الثانية، العدد الثاني، يوليه ١٩٦٠، ص ٣٠١.

(٢) ينظر: في بيان مصطلح Black law Dictionary, Bryan . Garner (editor) , Thomson Anticipatoy .west , third book , U.S.A , 2011, p.79

(٣) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مج١، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٤، ص ٨٠.

(٤) عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٨٠.

(٥) محمد لبيب شنب، مصدر سابق ذكره، ص١.

(٦) عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق ذكره، ص٨٠، و محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، من دون سنة طبع ص٧٢والهامش رقم (١)، والمستشار انور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج٩، ط٢، المكتب الجامعي

Contract)[1]. وجاء في الترجمة العربية الاساسية للاتفاقية ان هذه المفردات تعني "الاخلال المبتسر بالعقد"، فقد استخدمت هذه الترجمة مفردة "الاخلال" وليس مفردة الجحود. ومن جهة اخرى، فقد استخدمه كلمة "المبتسر" وليس " المسبق". ولكن الترجمة العربية لم تكن ناجحة في هذا المجال لما سبق ان نوهنا من افضلية استعمال مفردة "المسبق" على مفردة "المبتسر" من جه، ولتقرير بعض المؤلفين والباحثين ان الصورة العربية لاتفاقية فيينا ١٩٨٠ تحتوي اخطاء مؤثرة في عدة مواضيع[2].

ومن جه اخرى. ولهذا ، لم يسعني الاعتماد على تلك الصورة المترجمة في مباحث هذه الرسالة. وبناء على ما تقدم، نقرر اننا عندما نستخدم عبارة "الاخلال المسبق بتنفيذ العقد"، فإنما نقصد منها معنى هذا الاخلال، أيا كانت الالفاظ المستخدمة للإشارة عليه. فيشمل استخدامنا صيغ: الجحود المبتسر للعقد، والاخلال المبتسر للعقد، والاخلال المقدم بالعقد. ويشمل كذلك الصيغ الانكليزية الاتية: (Anticipatory Breach Of Contract، Anticipatory Repudiation،Repudiation)[3].

الفرع الثاني:المفهوم الاصطلاحي للإخلال المسبق

قد تلخص الإخلال المسبق بتنفيذ العقد ويراد به واقعة معينة، وقد تلخص ويراد به التعبير عن مبدأ قانوني. افترق الفقه بصدد تعريف الإخلال المسبق بتنفيذ العقد وذلك بحسب التطلع إلى فكرة الإخلال المسبق. وأغلب التعريفات الاصطلاحية للإخلال المسبق بتنفيذ العقد تعرّفه على انه حادثة معينة تعبّر عمّا يصدر من المدين بمسؤولية مستقبلية التنفيذ من تصريح أو مسلك يشير الى عدم تحقيق التنفيذ في موعده المتفق عليه في الوقت المحدد. وهذه النظرة تنطلق بناء على الحالة الأساسية التي يتمتع بها الإخلال المسبق بتنفيذ العقد الا وهي الاستنباط. ولذلك فقد اتجه جانب من الفقه و التشريعات الى التركيز على هذه الحالة، ويلاحظ أن هذه التعريفات تكون على قسمين: قسم يركز على الحالة المميزة التي ينفرد بها الإخلال المسبق بتنفيذ

الحديث، الاسكندرية، من دون سنة طبع، ص٤٥٠، و محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٩٩-٢٠٠٠، ص٢٢٢ والهامش رقم (٨٠٩).

(١) في عنوان الفرع الاول من الفصل من الجزء الثالث (المواد من ٧١-٧٣).

(٢) انظر: حسام الدين عبدالغني الصغير، تفسير اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص١٧، و أسماء مدحت سامي، الاعفاء من المسؤولية في اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع(فينا)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٣٣٥، الهامش(١).

(٣) هناك صيغ اخرى استعملت للتعبير عن الاخلال المسبق بتنفيذ العقد منها Anticipatory non-performance أي عدم التنفيذ المسبق او المتوقع، وهي الصيغة التي استعملتها مبادئ عقود التجارة الدولية ومبادئ قانون العقد الاوربي. وهناك من يستعمل صيغة Non-Performance Repudiationأي عدم التنفيذ المتوقع، انظر E. Allan Farnsworth, op. Cit., p. 581: وعلى اية حال، فان استعمالنا لصيغة الاخلال المسبق بتنفيذ العقد يشمل هذه الصيغ جميعها كونها تعبر عن معنى واحد.

العقد من غيره من أنواع الإخلال المسبق بالعقد، وهي سمة "الاستنتاج، الاستنباط" إذ يُستنتج أن هناك إخلالا سوف يحصل في المستقبل. أما القسم الثاني لعل ذلك يعود الى حقيقة الإخلال، كونه غير مستحق وإنما متوقع حصوله في المستقبل.

أما القسم الاول، فقد رأينا أن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد يتعلق بالتزام غير حال، أي أن الوقت المتفق عليه لتنفيذ هذا الالتزام لم يأت بعد. فإذا تبين من المدين أفعال قبل هذا الوقت، كقول بأنه لن ينفذ التزامه في المستقبل أو بمسلكه الدال على ذلك، فإن هذا القول لا يجزم عدم التنفيذ الفعلي للالتزام أم ذلك لأن المدين من الممكن أن يقوم بتنفيذ التزامه فيما بعد بالرغم من التصريح أو القول الوارد منه بعدم التنفيذ، ولكن ما يصدر عن المدين على النظير المتقدم، وذلك بتصريحه بعدم رغبته بأجراء التنفيذ. قد يجعل الأمر ظاهراً للدائن بناء على أسباب معقولة، إخلال المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد حتى وإن لم يحل الموعد المحدد لتنفيذ العقد وهذا يتم أحياناً عن طريق الاستنتاج، لذلك فان قوام الإخلال المسبق بتنفيذ العقد هو الاستنتاج الذي يطرأ في ذهن الدائن قبل حلول موعد الأجل المحدد المتفق عليه في العقد[١].

ومن الممكن أن نلتمس ذلك استبانة موقف القانون التجاري الأمريكي من خلال تعريف الإخلال المسبق بتنفيذ العقد في الفقرة الثانية من المادة "٦١٠" القسم "٢" والتي أضيفت بتعديل ٢٠٠٧، حيث جاء فيها أن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد "يكون من التصريح الذي يستخرج منه الشخص العاقل أن الطرف الآخر لن يقوم بتنفيذ التزامه الذ لم يصبح مستحقاً بعد بموجب الاتفاق أو أنه غير قادر على تنفيذ هذا الالتزام، أو من الفعل الإرادي القاطع الذي تبين فيه، للشخص العاقل بأنه يجعل التنفيذ المستقبلي من الطرف الآخر مستحيلاً"[٢].

يتفق مع الاتجاه السابق الدكتور عبد الرزاق السنهوري[٣]. وتدل بصراحة على الاستنتاج الناتج على تأخر المقاول في مقدمة تمهيد العمل والذي يشير إلى أن المدين لن يستطيع إنهاء العمل في موعد محدد المتفق عليه، من خلال عبارة (على وجه محقق). ويقر الدكتور عبدالرزاق السنهوري بناء على ما تقدم إمكانية إنهاء عقد المقاولة قبل حلول الموعد المتفق عليه وخروجاً عن القاعدة العامة في الفسخ التي تتطلب حصول إخلال مؤكد بالعقد[٤]. قرر الأستاذ السنهوري أن الإخلال في هذه الحالة "قد حصل مسبقاً بتنفيذ العقد وعلى وجه محقق[٥].

وتذهب تسمية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد على التوقع على تعريفه بأنه عبارة عن:

---

(1) . Smith & Keenan،s, English law, Sixteenth edition, England, 2010, p, 316

(٢) ينظر نص المادة (٦١٠) القسم (٢) من القانون التجاري الامريكي الموحد لسنة ١٩٥٢ مع اخر التعديلات لسنة ٢٠٠٧م، على الموقع الرسمي لكلية الحقوق، جامعة كورنيل في الولايات المتحدة الامريكية على الرابط: http//www.law-cornel.edu / ucc

(٣) ينظر مؤلفه، الوسيط في شرح القانون المدني، ط٣، ج٧، المجلد الاول، منشورات الحلبي، لبنان،٢٠١١، ص٨٥.

(٤) ينظر التطبيقات القانونية للإخلال المتوقع في الفصل الثالث الاخلال المتوقع بالعقد ،ص١٨٦ وما بعدها .

(٥) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مج١، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأ المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٨٠.

"إخلال بالتزام مستقبلي التنفيذ، يتحقق في وقت سابق على الوقت المحدد المتفق عليه لتنفيذ هذا الالتزام بأن يستنتج "استنتاجا" معقولاً وعلى وجه مؤكد مما يصدر من المدين بأنه لن يقوم بتنفيذ التزامه بوقته المحدد"[١]. وبنفس هذا الاتجاه اتجه الدكتور محمد لبيب شنب، في تعريفه للجحود المبتسر للعقد ((بانه كل مصدر معين أو مسلك خارجي يصدر عن المدين ويبدي عن نيته بعدم تنفيذ العقد عندما يحل موعده المتفق عليه، وقد يكون هذا الفعل عبارة عن بيان شفوي أو فعل يأتيه المدين))[٢].

ويبدو أن اختلاف الفقه في تعريف الإخلال المسبق بتنفيذ العقد بتركيز الجانب الأول منه على سمة الاستنتاج وعدمه في الجانب الثاني. والاختلاف في تكييف الإخلال المسبق بتنفيذ العقد (المبتسر) كما يسميه بعضهم، وذلك يذهب البعض إلى تكييف الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، بأنه عبارة (إخلال بالتزام مستقبلي التنفيذ) يستنتج وقوعه (سلفاً ومقدماً) من خلال ما يصدر من المدين من تصريح أو مسلك يتخالف مع طبيعة الالتزام وبهذا فان القسم الأول يركز على ميزة الاستنتاج، أما بالنسبة الى القسم الثاني فأنه يرى بأن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، وهو عبارة عن إخلال بالتزام مستقبلي، ألا هو الإبقاء على العلاقة التعاقدية[٣].

ولعل الآراء السابقة التي اتجهت في تكييف الإخلال المسبق بتنفيذ العقد بأنه إخلال بالتزام حال تعد محل نظر، لأن الإخلال هنا إخلال مستقبلي وليس حلا كما سنلحظ لاحقاً[٤]. بـ لإضافة الى ذلك فأن هناك صعوبة في تأكيد هذا الافتراض[٥].

وبهذه التعريفات أيضا أن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد هو إخلال من أحد الطرفين يقع في وقت سابق التنفيذ بأن يخل هذا الطرف بالتزامه مسبقا إذا تبين من قوله أو مسلكه الصادر قبل موعد التنفيذ إنه سوف يخل بالتزامه عندما يكون مستحقا[٦].

ومن الجدير بالملاحظة هنا بأنه حتى لو تبين من المدين تصريح أو مسلك الايضاح من خلاله عدم إمكانية المدين تنفيذ لالتزامه المؤجل في الموعد المحدد المتفق عليه، فإن هذا يعد إخلالا مسبقاً بتنفيذ العقد يترتب عليه القانون بعض الآثار منها، إعفاء الدائن من إعذار المدين ابتدأ لرفع الدعوى عليه وبالرغم مما لا يكون المدين متعمداً الإخلال الفعلي بالعقد من خلال "تصريحه أو مسلكه"، فقد يعدل المدين عن تصريحه ويقرر تنفيذ التزامه المتفق عليه حين حلول الأجل إلا أن ما ينبغي هنا

---

(١) منصور حاتم، علي حسين منهل، مصدر سابق، ص٦٨.

(٢) ينظر مؤلفه، الجحود المبتسر للعقد، دراسة القانون الامريكي مقارنة بالقانون الفرنسي و المصري، القسم الثاني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة الثانية، ١٩٦١، ص ١٤٨-١٤٨.

(٣) وليد عطية، القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الانكليزي، ص٢٠ .

(٤) ينظر ما سيتم بحثه بشأن شروط الاخلال المسبق بتنفيذ العقد ص٢٢.

(٥) نظر في ذلك تكييف الاخلال المتوقع بالعقد ص ٦٦.

(6)Brian A. Blum, op. cit., p. 559.

نفذ تصريحه المدين أو عدل عن ذلك التصريح فهنا تكون "استحاله قانونية في تنفيذ الالتزام" وإن لم تتحقق الاستحالة المادية الفعلية، لأن القانون اشترط واجب التقيد بعدم جلب بما يعكر صفوف العلاقة التعاقدية عن طريق التصريح، بعدم التنفيذ أو جلب مسلك يتعارض مع إمكانية تأدية المدين لالتزامه المستقبلي[1].

ولذلك فإذا ما مارس المدين بالتصريح بعدم رغبته بتنفيذ التزامه المتفق عليه المستقبلي ولم ينفذه فعلا عند حلول موعد الأجل أو اذا ما أتى بمسلك يتخالف مع إمكانية تنفيذ لالتزامه العقدي المستقبلي حين حلول الأجل فهنا تكون الاستحالة مادية، و يصبح استنتاج الإخلال تاما، ويلحظ أيضا إنه حتى لو كان قد ظهر من المدين مسلك يتعارض مع التنفيذ المستقبلي المتفق عليه لا يجعل إمكانية تنفيذه مستحيلاً استحاله مادية، و الاستحالة القانونية هنا تكفي للقول بتحقيق الإخلال المسبق بتنفيذ العقد[2].

نستنتج من خلاصة القول للتعريف الاصطلاحي للأخلال: فاذا أردنا أن نورد تعريفاً للإخلال المسبق بتنفيذ العقد، نستطيع أن نذكر التعريف الذي استخلصناه من عبارات الأستاذ السنهوري بشأن سمة الاستنتاج هي أهم ما يميز الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، فهذه الميزة تظل ملازمة للإخلال المسبق بتنفيذ العقد بكل تفاصيله، ولذلك فنحن نذهب إلى ترجيح رأي القسم الاول الذي يركز على سمة الاستنتاج في الإخلال المسبق بتنفيذ العقد مع التوسع فيه بحيث يصبح جامعاً مانعاً وبالإضافة على ذلك فيمكن لنا أن نعرف الإخلال المسبق بتنفيذ العقد بأنه:

إخلال مستقبلي بالتزام عقدي مؤجل غير جدير الإداء يحصل مقدماً عن طريق استنتاج يثور في ذهن الدائن، سواء أكان هذا الإخلال مستنتجاً بصورة مباشرة بناء على ما يصدر من المدين من تصريح بقول أو مسلك معين، او بصورة غير مباشرة من شانها أن تزعزعت ثقة الدائن بإمكانية تنفيذ المدين لالتزامه المستقبلي حين حلول موعد الاجل على ان يكون الاستنتاج مبنيا على اسباب معقولة.

وبالإضافة جعلنا التعريف يرتكز على سمة الاستنتاج او الاستنباط او الاستخراج التي يقوم عليها الاخلال المسبق بتنفيذ العقد فسوف نرى في المباحث القادمة ان هذه السمه حاضره و موجودة في كل تفاصيل الفكرة.

---

(١) ينظر: عبدالوهاب علي، الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي، دراسة قانونية مقارنة في الفقه الاسلامي و القانون المدني، ط١، دار كتب المصري، مصر، ١٩٩٤، ص١٣٢-١٣٣.

(٢) ينظر عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج٢، احكام الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠، ص٥٢.

المطلب الثاني: مفهوم التنفيذ

وسوف نقسم هذا المطلب الى فرعين، نبحث في الفرع الاول مفهوم التنفيذ في اللغة. واما في الفرع الثاني سنبحث مفهوم التنفيذ اصطلاحاً.

الفرع الاول: المفهوم اللغوي للتنفيذ

التنفيذ: نفذ/ نفذإلى/ نفذ في/ نفذ من ينفذ، نفوذاً و نفاذاً، فهو نافذ، والمفعول منفوذ اليه نفذ الشيء: مضى، صار معمولاً به، وقع وتحقق، نفذ الحكم: تم، نفذ. والتنفيذ هو قضاء الامر، فيقال نفذ المأمور الامر، اي قضه واجراه[1].

الفرع الثاني: المفهوم الاصطلاحي للتنفيذ

اقتضاء حق المرء بذمة اخر، او هو الوفاء بالتزام عيناً او بما يقابله مما يقبله الدائن او يعتبره القانون عوضاً عنه، وذلك ابراء لذمة المدين، وفي بعض الاحيان يأتي التنفيذ بتدخل السلطة واجبار الطرف المعني في القضية وفقاً للقانون وبصرف النظر عن ارادة المدين حيث توجد الحماية التنفيذية الى جانب الحماية القضائية تلك التي تعزز الحماية القانونية للحقوق والمراكز القانونية، وجوهر الحماية التنفيذية هو الاجبار او الاكراه[2]. يعد العقد من اهم الانظمة القانونية واكثرها شيوعاً في الحياة فهو عباة عن توافق ارادتين على احداث اثر قانوني معين. والتنفيذ الجبري المباشر او ما يسمى بالتنفيذ العيني، ويهدف الى اجبار الدائن على اداء ذات ما التزم به مثال على ذلك تسليم الصغير الى من له حق حضانته شرعا[3].

ان وجود الالتزام في ذمة شخص يقتضي قيامه بوفاء عين ما التزم به طوعاً ويسمى عند اذ التنفيذ العيني الاختياري، فاذا ما نفذ المدين التزامه مختاراً انقضى التزامه، اما اذا لم يتم بتنفيذ التزامه امكن للدائن جبره على الوفاء بذات ما التزم به، وهو ما يسمى بالتنفيذ العيني الجبري والذي يتحقق استيفاء شروط معينه فاذا كان من اخل بالتزامه هو المقاول يكون رب العمل في هذه الحالة وتطبيقاً للقواعد العامة ان يطلب التنفيذ العيني اي ان يقوم بذات ما التزم به وهذا هو الاصل الا اذا طلب رب العمل اجراء التعويض العيني (استناداً الى نص المادة ٢/٢٠٩١) من القانون المدني. فاذا ما رفع المضرور دعوى مطالبا بها بالتعويض النقدي وعرض عليه المدين التعويض عيناً وجب عليه قبول ما عرض، بل لا تكون للمحكمة متجاوزة سلطاتها اذا عملت هذا الفرض ولم لم يطلب المدعي ذلك، او اصر على التعويض النقدي دون التعويض العيني[4].

---

[1] معجم المعاني الجامع، معجم عربي عربي.

[2] هندي، احمد، اصول التنفيذ، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، الدار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص٨.

[3] الفرا، عبدالله خليل، التنفيذ الجبري، مكتبة الجامعة الاسلامية، ط١، غزة- فلسطيني، ٢٠٠٨، ص٣٣.

[4] المادة (٢٤٦) مدني عراقي وهي متفقة في ما عدا انها لاتنص على الاعذار.

المطلب الثالث: مفهوم العقد

وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين، الفرع الاول نبحث فيه المفهوم اللغوي للعقد. واما في الفرع الثاني سنبحث المفهوم الاصطلاحي للعقد.

الفرع الاول: المفهوم اللغوي للعقد

أما كلمة (العقد) فمعناها اللغوي هو عقد والاتفاق والعهد، وفعلها عقد يعقد، ويقال عقد الحبل والبيع والعهد: يعقده عقداً فانعقد، أي شده[١].

بناء على ما تقدم فان المتوقع يقصد به استنتاج خرق قبل حدوثه. وهذا ما ينصب عليه موضوع البحث، اما بالنسبة لكلمة ((العقد)) الوارد في العنوان، فإن معناها اللغوي ينصب على الاتفاق و العهد و الضمان، وكلمة (عقد) مصدرها الثلاثي عقد يعقد، ويقال عقد الحبل أي أوثقه ويعقد عقدا أي شده بإحكام[٢]. طبعاً كلمة العقد واضحة ولها ارتكاز كبير في الأذهان القانونية خصوصاً في ما يخص معناها الاصطلاحي الا وهو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[٣]. أما كلمة (Breach) تعني بالإنكليزية الخرق و المخالفة، أي الإخلال، حيث يقال (Breach Of Contract) اي خرق العقد او خلل العقد[٤].

على عكس ذلك نجد أن رجال القانون الامريكيون يعرفون الـ (Repudiation) بأنه اخلال (Breach) من أحد الطرفين يحصل في وقت ماض لوقت التنفيذ. وقد اصبح لـ (Repudiation) معنى خاصاً في الوقت الحاضر. وهو يعد اعتماد على ذلك إخلالاً مسبق بتنفيذ العقد[٥].

ولإخلال الناتج هنا وإن كان قد حصل قبل قدوم الوقت المحدد إلا أنه إخلال كامل وغير ناقص. هناك فئه من الباحثين يرى أن لفظة (Anticipatory) في اللغة الانكليزية تعني: (المسبق) وفضل تسمية هذه اللفظة على غيرها من الكلمات[٦].

---

(١) الامام محب الدين الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مج٥، ص١١٥، وأنظر أيضا: المنجد في اللغة والاعلام، ط٣٧، دار المشرق، بيروت، ١٩٩٨، ص٥١٨.

(٢) ينظر: إسماعيل ابن حماد الجوهري، معجم الصحاح، ط٤، تنقيح خليل مأمون شيحار، دار المعرفة، بيروت، ٢٠١٢، ص٧٤٢. وينظر: مختار الصحاح، ص٤٥٧.

(٣) ينظر المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .

(٤) ينظر : في صدد بيان معنى كلمة Breach

(٥) ينظر علي حسين منهل، الاخلال المسبق بالعقد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل،٢٠١١، ص١٠. وما بعدها.

(٦) علي حسين منهل، مصدر سابق، ص١٢.

باعتبار أن لفظ (المسبق) قريب الى المعنى وذلك لكون المسبق مصدر للفعل سبق يسبق بمعنى تحقيق الشي قبل وقته[1]. ولا يعنينا كثيراً هنا أن إيضاح المعنى اللغوي لكلمة ((العقد)) لما لهذا المعنى من الوضوح ولاعتماده في الذهنية القانونية ما يغني عن العمل فيه كثيراً.

الفرع الثاني: المفهوم الاصطلاحي للعقد

مفهوم العقد العام: فالمقصود بالعقد انه كل ما يلزم به المرء نفسه، حيث انه ليس مشروطاً تواجد طرفين في العقد حسب هذا التعريف فيصدق المرء على كل ما التزم به حتى لو لم يتواجد طرف اخر تؤثر ارادته في العقد مثل العتق، الطلاق وما نحوهما.

مفهوم العقد الخاص: وهو ارتباط ايجاب وقبول بوجه مشروع يثبت اثره في المعود عليه، فيقصد بالايجاب والقبول هنا كل ما يدل على ارادة المتعاقدين وما يرضيهما بعقد العقد سواء كان ذلك بالقول او بالفعل، اما كونه على وجه مشروع، يقصد به ان يكون ما تم التعاقد عليه بما يأذن به الشرع وان يكون بما يملكه المتعاقدين ونستنتج من هذا التعريق تواجد طرفين للعقد وهما طرف يصدر منه الايجاب وطرف اخر يصدر منه القبول، ولا يدخل فيه ما يصدر عن ارادة طرف واحد كالعتق و الطلاق.

والخلاصة أن ما نقصده من العقد هو ذلك الفعل القانوني الذي عرفه القانون المدني العراقي في المادة (٧٣) منه بانه "اقتران الإيجاب الصادر من أحد الطرفين العاقدين بموافقة كل منهما على وجه إبقاء أثره في المعقود علية". ولن نتناول هنا الملاحظات الاصطلاحية على هذا التعريف، كما لا نتخذها في بحث معنى الإخلال المسبق بتنفيذ العقد اصطلاحاً لما ذكرناه من الوضوح المرتكز في الذهنية القانونية لهذه الكلمة[2].

(١) ينظر: الامام جار الله ابي القاسم محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، ط١، تنقيح محمد نبيل طريفي، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٩، ص٢٨٢.

(٢) أنظر في ذلك: عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٣٣ الهامش(٢٣).

المبحث الثاني:الكليات

لقد شكلت في بيان اراء الإخلال المسبق بتنفيذ العقد التزامات عقدية[1]. معلماً بأهم معالم التطور القانون الإنكلو أمريكي وتميزه من بين معظم الفكر القانونية و دليلاً لا يقع فيه الشك في قدرة القضاء الإنكلو أمريكي لغرض انشاء النظريات القانونية، والهدف منها البحث على حلول عادلة حاكمة للوقائع التفصيلية التي تكون في الحياة القانونية العلمية في الامور الصعبة والتي تعجز فيها النظريات القانونية عند البحث عن الحلول لها.

وذهب رأي الفقيه الفرنسي أن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد تجد أساسها في القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٨٨، للالتزامات العقدية، التي لا تحق للمدين التمسك بالأجل الممنوح له لغرض تنفيذ التزامه في كل الاحوال قد يتسبب بها بفعل، اضعاف التأمينات الكافية، الذي قدمها بموجب الاتفاق[2].

وقد أثار بيان آراء الإخلال المسبق بتنفيذ العقد إشكاليات و أسباب قانونية متعددة، وبهذا الصدد آثار جدل فقهي عميق حول الأساس القانوني في آراء الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، وشرطها الأساسي هو أن المدين قد أخل في التزامه المستقبلي بعد حلول ميعاد هذا الالتزام ليكون ذلك سبباً حتى يبرره إلى الدائن، بأن المدين قد أخل في التزامه المستقبلي، ويكون هذا سبب يبرره الى الدائن في فسخ العقد المبرم ومن الجهة القانونية نستطيع القول أن المدين قد أخل في التزامه لمجرد ضعف قدرته على التنفيذ أو التصريح.

وبناء على ما تقدم، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب سوف نبحث في المطلب الاول نظرية الأنظمة القانونية عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد اما في المطلب الثاني صور الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، وفي المطلب الثالث صور الخطأ الناتجة عن الإخلال بالالتزامات الناشئة في المرحلة المسبقة بتنفيذ العقد.

المطلب الاول:نظرية الأنظمة القانونية عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد

تختلف فكرة الانظمة في مدى رائيتها عن فكرة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد أن القانون الانكليزي هو الممهد الأول لفكرة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد كما أن القانون الانكليزي يتبنى تخفيف الضرر في النظام الانكلو امريكي يتبنى الفكرة القانونية كمبدأ عام يحكم العقود، وكذلك في اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ وبعض المبادئ الدولية.

وهناك بعض التشريعات المدنية و العديد من الدول حتى اذا تطرقت الى هذه الفكرة بالتنظيم فأنها تكون غير كافية. ومنها القانون المدني العراقي، على الرغم انها تتضمن العديد من الاحكام لتي تدخل في فكرة الاخلال المسبق بتنفيذ العقد.

---

(١) انظر المنجد في اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الثالثة، دار الشروق، بيروت، ٢٠٠٨، ص١٨١ و ص٩٠.

(2) Cassin. R, Reflexion sur al resolution judiciaire des contrats pour inexecution, RTDCIV, paris, 1945, p230.

وذهب راي اخر من الفقهاء ان فكرة الإخلال المسبق موجودة في القوانين، وتكون موجودة في القواعد العامة وسوف نبين في هذا المطب الفكرة التي تذهب الى الإخلال المسبق بتنفيذ العقد في قوانين مختلفة.

وعليه سوف نقسم المطلب الى خمسة فروع ويكون الفرع الاول فكرة الاخلال المسبق بتنفيذ العقد في القانون الانكلو امريكي، وسوف نبين في الفرع الثاني فكرة الاخلال المسبق بتنفيذ العقد في القانون الفرنسي، وسنوضح في الفرع الثالث فكرة الاخلال المسبق بتنفيذ العقد في قوانين اتفاقية فينا، سوف نتطرق في الفرع الرابع فكرة الاخلال المسبق بتنفيذ العقد في قوانين البلدان الاسلامية، الفرع الخامس والاخير نظرية الاخلال المسبق بتنفيذ العقد في القضاء العراقي.

الفرع الاول: نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد في القانون الفرنسي

فكرة القانون المدني الفرنسي هو الاصل و الفوري في إبرام التعهدات تستلزم مدة معينه طبيعة هذه التعهدات المتعارف عليها، او يتفق الاطراف على تأجيل الالتزام بميعاد التعهدات الى ميعاد يتفقان عليه لاحقاً.

هناك اثار مترتبة بالالتزامات على تعيين ميعاد الوفاء في القانون الفرنسي:

اولاً: دون تعليق التعهدات من قبل الطرفين، تأجيل موعد الوفاء لهذ التعهدات يقوم بها الطرفان حسب القانون المدني الفرنسي في نص المادة(١١٨٥).

ثانياً: يكون الدائن في عدة حالات غير قادر أن يطالب المدين في الالتزام قبل الميعاد المتفق عليه من قبل الطرفين حسب القانون المدني الفرنسي في نص المادة(١١٨٦) وبالرغم من موجود حاله اخرى و ترد عليه استثناءات، وهي قبل حصول الميعاد بالوفاء، ليس للمدين القدرة على الالتزام بالوفاء بهذه التعهدات، او يصرح المدين قبل ميعاد الأجل المحدد ليس لديه الرغبة في تنفيذ التزامه المستقبلي في موعده المحدد. في الأمر الواقع، إن الاستثناءين هذين هما من الأمثلة البارزة في نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد الموجود في قانون (كامن لو). بغض النظر عن هذه الاستثناءات، يجب الوثوق في القاعدة العامة من القانون المدني الفرنسي، هي قبل حلول ميعاد التنفيذ، إذ لا يستطيع الدائن ان يطالب بأية دعوى. وان كانت المطالبة بأبطال العقد او تنفيذ الالتزام او المطالبة بالتعويض، لا يحدث الاخلال بالالتزام أصلاً وان كل هذا لأنه قبل انقضاء الاجل المحدد المتفق عليه لتنفيذ الالتزام. وان وجود مثل هذه القاعدة يرجع الى ثلاثة اسباب وهي:

السبب الاول: من الجهة التاريخية للنظام القانوني الفرنسي. لقد كان الفرنسيون يميزون بين تنفيذ الالتزام و الالزام، وان هذا الموضوع تعود جذوره الى القانون الروماني وأن الالتزام المؤجل موعده يكون التزام أو دين موجود بالفعل حيث انه لا يستطيع المطالبة بميعاد استحقاقه اذا قام الشخص المتعهد بتنفيذ التزامه حسب الاتفاق في غض النظر عن المدة المحددة في العقد، فإنه غير قادر على استرداد أي شيء قام بتسليمه الى الشخص الاخر وكل ما يخص ذلك بخصوص ما ذكر استناداً الى المادة (١١٨٥ و ١١٨٦) من القانون المدني الفرنسي.

السبب الثاني: سبق وإن ذكرنا أنه لا يستطيع الدائن أن يثبت عدم قدرة المدين على تنفيذ التزامه قبل ميعاد الأجل المحدد للتنفيذ. ويجب القول انه، خلال مدة العقد المتفق عليها من قبل الطرفين و عدم رفض هذا العقد لا يمكن الاشارة او الاستناد الى اي دعوى بحجة عدم التنفيذ للالتزام العقدي.

السبب الثالث: دائماً يسعون فقهاء القانون الفرنسي الحفاظ على العقد، وعدم إبطاله. وهذا ليس من التعجب، إذ أنهم لا يوافقون ان يقوم احد اطراف العقد قبل انتهاء الاجل المحدد للالتزام بالوفاء. بفسخ العقد حيث يستند الى عدم تنفيذ العقد في المستقبل[١].إن التساهل مع الطرف الناقض للعقد في الواقع تعتبر من خصوصيات الأنظمة القانونية عند الفرنسيون، إذ إنهم يعطون الى المدين إصلاح أخطائه او اصلاح رفضه للعقد[٢].

مع كل ما تطرقنا اليه في النظام القانوني الفرنسي لاسيما عدم وجود قاعدة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد حيث لا يمكن التوقع أن النظام القانوني الفرنسي لا يقوم بالدفاع عن الطرف المتضرر في العقد. إلا ان الظروف التي ادت الى ادت الى انشاء نظرية الاخلال المسبق بتنفيذ العقد في طبيعة النظام القانوني (كامن لو) ف الظروف نفسها التي أخذت المشرع الفرنسي للاعتماد على الوسائل القانونية الموجودة لتعويض الشخص المتضرر في العقد. وقد عرف بالخطأ العقدي[٣]. الخطأ العمد مثل هذا يكون مؤثراً ومقدار التعويض عدم تنفيذ المتعمد للعقد يتجه الى أحد الحالات الاتية: أ- التنفيذ العيني. ب- الابطال القضائي بحجة عدم التنفيذ. ج- التعويض.

إن حكم القرار بالتنفيذ العيني للعقد يكون اختصاص المحكمة المختصة في موضوع العقد، في القانون المدني الفرنسي المشار لها في المادة (١١٨٤). وحسب رأينا أن أحد الصور الواضحة لفكرة نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد هي الإخلال العمدي، وصورته تكون ان يقوم المدين بقول او تصريح بانه ليس لديه الرغبة في تنفيذ التزامه في الأجل المحدد لهذا الالتزام. وفي مثل هذه الحالة تستطيع المحكمة الإجابة على طلب الدائن. بحجة التقصير العمد تقوم بفسخ العقد القائم على الاخلال المسبق بتنفيذ العقد.

وخلاصة القول في ذلك: في القانون الفرنسي تكون القاعدة العامة خلاف قانون (كامن لو) هي أن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد لا يعطي الشخص المتضرر اي وسائل للحماية، وبـ الإضافة الى ذلك لا يحق له الاستناد الى الإخلال الذي حصل للمطالبة بالتعويض، الا في حالات الخطأ العمدي التي اشرنا اليها. إذ إن حالة الخطأ العمدي يمكن ان يكون إقراراً الى

---

(1) Whittaker, Simon (jul, 1996), "How does French law deal with anticipatory breach of contract" the international and comparative law Quarterly, Vol. 45, No. 3, P. 663.

(2) Strub, M. Gilbey (jul, 1989) The convention on the international sale of goods anticipatory repudiation provision and developing countries, the international and comparative law quarterly, Vol. 38, No. 3, p. 487.

(3) J. ceddras, le dol. Eventual: aux. limites de l intentuin dollaz 1995, p 18.

نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد في القانون المدني الفرنسي[1]. اشارة الى ذلك إن فرنسا انضمت الى معاهدة فينا الدولية حيث تمت المصادقة عليها. ومن ثمَّ أن نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد يجب تطبيقها على جميع العقود الداخلية في اي اختصاص من اختصاصات معاهدة فينا الدولية، كحد أقل.

الفرع الثاني:نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد في المسؤولية الخاصة

وجاءت هذه النظرية لمعالجة الاخلال المسبق بتنفيذ العقد التي تحدث في مرحلة المفاوضات بين الطرفين، وقد قال انصار هذا الاتجاه حيث انه لا يمكن تصحيح او معالجة الاخلال المسبق بموجب المسؤولية التقصيرية او المسؤولية العقدية بصورة عامة دون ان تأخذ هذه الامور بنظر الاعتبار التي تحدث خلال فترة المفاوضات وتظهر في هذه الخصوصية؛ لأنها تكون قبل العقد وقبل الدخول في تفاصيل العقد الذي يتفقان عليه وقد جاءت هذه المسؤولية التي تحصل قبل إبرام العقد لمعالجة الاخطاء التي تحدث بسبب الاخلال الذ يورد من قبل احد الاطراف[2]. وذهب انصار هذا الاتجاه الى البحث في إيجاد هذا النوع من المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية الذي يقف صفاً الى صف للدفاع عن هذه النظرية. وان اثبات هذه النظرية ليس بالأمر السهل على الرغم من الانتقادات الكثيرة التي وجهت اليها هو قيام النظرية على فكرة الخطأ[3].

على الرغم من هذا فإنها لها صدى مهم وان المسؤولية التي تحدث اخلال في هذه المرحلة المميزة هي المسؤولية الناتجة عن الخطأ، وهي مميزة وملائمة مع طبيعة المراحل التي تعالجها.

إنَّ رأينا في هذه الفكرة اذا لم يتمكن التعرف بسهولة عن الخطأ بحيث يتم تمييزه هل هو خطأ تقصيري من احد الطرفين او خطأ عقدي، ليس من الضرورة ان نعطي وقت وبذل جهد في كل مكان وزمان أو بعبارة أخرى لهذه الفكرة في كيفية الخطأ الذي حدث الناتج عن إخلال بالتزام عقدي أو أنه كان بصورة تقصيرية من أحد الأطراف. في هذه الحالة يتجه الى المسؤولية المميزة الخاصة التي أيدها انصار هذه النظرية و معرفة المرحلة و بعدها تحليل الاشكالية التي حدثت وتوضيحها بسهولة في جميع الاحوال، فلا يمكن القول ان المسؤولية تطبق في جميع قواعدها في حال لم يكن الإخلال داخل في النطاق العقدي، فتطبق قواعد المسؤولية التقصيرية ويتجه بعض الأوقات والأحيان تطبيقها الى نتائج غير صحيحة وعكسية .

فمثلاً: من يرغب في بناء شركة لغرض التجارة ويفرض عليه أن يشتري الأرض المجاورة الى الشركة لغرض سد النقص في المساحة حيث في هذه اللحظة يتم التفاوض مع صاحب الأرض بعد أن ينفق نفقات لدراسة المشروع ويأخذ منه وقتاً وجهداً وبعد مضي وقت تصل مرحلة المفاوضات بين الطرفين الى مرحلة معينة إلى أن تبدأ شكلية العقد تظهر إلى الوجود.

---

(1) Whittaker, Simon (jul, 1996), "How does French law deal with anticipatory breach of contract", P. 666.

(٢) دكتور صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الاول، العدد الثالث، ١٩٩٧، ص١٣١.

(٣) محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات، ص٥٨

وفجأة يقطع المفاوضات صاحب الارض المجاورة الى الشركة وان هذه المفاوضات حين يمتنع الشخص عن بيع الارض لسبب غير مبرر و غير مشروع، يتضح في ما بعد انه قاصر فلا يمكن تصور مثل هذه الحالة؟

هنا نبين أن المسؤولية التقصيرية لا يمكن لنا تطبيقها في الحالة الاولى في هذا الامر الذي يحدث، إذ لا يمكن إهدار الجانب الإداري لمرحلة المفاوضات، و صحيح انه لم يتم إبرام العقد الا ان ارادة الطرفين اتجهت الى إبرامه وحينها يفاجئ الطرف الاخر الذي لا ذنب له بقطع هذه المفاوضات فيخسر ما كان يود الوصول إليه فهنا تطبيق احكام المسؤولية التقصيرية وهنا لم تعطِ خصوصية مرحلة المفاوضات التي يتمتع بها، وهنا يتم منع الافراد في هذه العلاقات عن الدخول فيها، لأن الطرف الذي يتفاوض يجب ان يضع امامه فكرة جوهرية هي ان يبرم عقد مع الطرف الاخر رغماً عن ارادته الشخصية او ينهي المفاوضات و يتحمل كافة الأضرار التي حدثت أي التعويض الى الطرف المتضرر وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، وهذا ما نجد له فكرة قانونية تجسده.

ويقول بعض من الفقهاء في التصور الثاني: اذا تبين انه في وقتها كان قاصراً فهنا يتبين لنا النتيجة العكسية اما انظارنا اذا ما طبقت احكام المسؤولية التقصيرية، في حال كان احد الاطراف قاصراً ولم تنجح المفاوضات فله خيار الإجازة و النقض خلال الاجل المحدد له قانونياً، وهذا يكون حقاً طبيعياً يمارسه، اذ يبرم العقد موقوفاً لمصلحته فاذا ما رفض العقد فانه لا يتم المطالبة عنه بالتعويض بينما اذا فشلت المفاوضات، فإن القاصر يتم مطالبته بالتعويض في حين لا يطالب عن التعويض لو أبرم العقد ونقضه لقصره[1].

هنا تحدث نتيجة غريبة تترتب على القول بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية أما إمكانية عدم تطبيق القواعد في المسؤولية العقدية عموماً، وهذا القول مع طبيعة المفاوضات لا ينقسم؛ لأن المسؤولية العقدية تقوم بمعالجة الأضرار التي تؤدي الى العقد في حال قمنا بالحكم عليها وضعنا العقد بمداخلة الى المرحلة السابقة على إبرام العقد، في هذه الحالة يصبح التفاوض ملزماً للطرفين في العقد من دخوله في مرحلة المفاوضات لا من اللحظة التي قاموا بها في إبرامه، ومن ثم يذهب الغرض المنشود من مرحلة المفاوضات في العقد المراد إبرامه.

وبهذا الأمر قد انسجمنا مع الطبيعة المميزة للمفاوضات العقدية، وبهذا الصدد نؤيد الاتجاه الفقهي الذي اتجه الى أن المسؤولية السابقة قبل تنفيذ العقد، هي المسؤولية ذات طبيعة خاصة، ومن المحتمل أن المسؤولية تتحمل أوصاف وطبيعة الحق نفسه التي تقوم بحماية هذه المسؤولية العقدية قبل إبرام العقد المتفق عليه من قبل الطرفين.

الفرع الثالث:نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد في اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠

وجاءت هذه النظرية للإخلال المسبق بتنفيذ العقد مبدأ يسيطر على جميع العقود في كل القوانين ومنها الامريكي واتفاقية فينا و القانون الإنكليزي والعديد من الدول الاخرى وله أهمية كبيرة في الاقتصاد وسرعة التعامل. وهي ليست نظرية مستقله

---

(١) سليمان براك دايح الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٨، ص٨٩.

ولها اثر مستقل بل يمكن استخلاصه كمبدأ من القواعد العامة الذي أزاده أهمية الموضوع؛ لأنه يرتبط في عقود ويزداد تنوعه باستمرار في حياة التجارة الدولية. وانتقلت الى اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠ نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، ونظراً لمتطلبات السوق الدولية أصبحت نظرية كاملة ولها أهمية خاصة في حل سريع للمشاكل التي قد تطرأ أثناء هذه العقود. عندما يختلف المتعاقد عن تنفيذ التزامه في الميعاد المتفق عليه يتحقق اخلال[١]. والتوقيع بعدم الالتزام في الميعاد المحقق التي نستنتج منها اخلال مسبق لتنفيذ العقد فالحديث عن التوقع هنا مرتبط بالأحوال و الاوضاع التي ترتبط بأحوال المدين موضوع العقد[٢]. فلا يوجد نص في القوانين المدنية يقر مبدأً عاماً يقوم بتنظيم المسائل التي تحدث كما هو الحال في القوانين الانكلو امريكي[٣]. اما اتفاقية فيينا للبيع الدولي لقد تبنت نظرية الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، وكانت بداية هذه الاتفاقية مبدأ المحافظة على العقد، وقد حددت نظرية اخرى حيث يمكن للدائن الاستناد على هذه النظرية عند فسخ العقد، وهي من جانب الدائن وقف تنفيذ الالتزام لحين تقديم الضمانات الكافية من قبل الطرف الدائن. وهناك عدة شروط الواجب توفرها من جانب الدائن لغض ايقاف تنفيذ الالتزام.

الشرط الاول: ان يتبين الاخلال المسبق بتنفيذ العقد بعد انعقاد العقد.

الشرط الثاني: يتضح للدائن عدم قدرة المدين على الوفاء في الاجلال المحدد المتفق عليه.

الشرط الثالث: ان يتعلق الاخلال المسبق بتنفيذ العقد بموضوع وجزء هام من التزامات المدين.

الشرط الرابع: اخطار المدين، بانه ليس لديه الرغبة في تنفيذ التزامه المستقبلي.

المشكلة في ذلك، ان استطاعة المتعاقد لو تبين له ان الطرف الاخر ليس لديه القدرة في تنفيذ التزامه، شريطة ابرام العقد ابتداءً، وخلاف ذلك اذ قام بأبرام العقد بوضع المدين على الرغم من علمه او بالرغم من تنبيه وذلك عدم قدرة المدين على تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد المتفق عليه، وعليه لابد ان يتحمل تلك التبعات بنفسه. تنفي الحكمة اصلاً في هذه الحالة من حمايته[٤]. وضع المدين اذ كان قت ابرام العقد سيئاً، وبعد انعقاد العقد اتضح انه، الوضع اصبح اكثر سوءً، وهنا يحق للطرف الدائن ان يوقف التزامه لحين تقديم الطرف المدين الضمانات الكافية لهذا الالتزام[٥].

---

(١) عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٥٣٦، و عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٤٠٣.

(٢) شفيق، محسن، اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، مجلة القانون و الاقتصاد، القاهرة، ١٩٧٣، ص١٢٠.

(٣) محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، القسم الثاني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثالثة، العدد الاول، يناير ١٩٦١، ص١٣٩ – ١٤٦.

(٤) دواس، امين، الحق في وقف تنفيذ الالتزام في ظل اتفاقية فيينا للبيوع، ص١٠١.

(5) Enderlein, Friz & Maskow, dietrich 1992. International sale law, oceana puplication Available at:

وهناك صورة نوعية عدم القدرة على تنفيذ التزامه المدين في الميعاد المحدد، يجب ان يتجه ويشير الى معيار موضعي، يكون شخص معتاد ويقوم بنفسه بتوجيه ظروف المدين. اي ان الاخلال لا يكفي ان يكون بموقع الشك، حيث انه لا يطلب قدرة كبيرة في تقنين اتفاقية فينا[١]. وقد ركز على وجود التزام ضمني بين المتعاقدين يفرضه القانون، في تنفيذ العقد بفرض عليه ان يراعي مبدأ حسن النية، فمبدأ حسن النية في الواجب يفرض ان يلتزم المدين في تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد المتفق عليه للتنفيذ وان يمتنع من شانه اذ يعرقل الالتزام في المستقبل، كأن يقول او تصريح بانه لن يقوم بتنفيذ التزامه، او يقوم بفعل يجعل من الالتزام المتفق عليه مستحلاً[٢].

سكتت اتفاقية فيينا عن شكل الاخطار في هذا الموضوع، وعليه ان يكون هذا الاخطار مقدم الى الطرف الاخر بشكل تحريري او شفهي، ويمكن ان يكون الاخطار عن طريق الفاكس، او بطريقة اخرى. عن طريق البريد الالكتروني، في كل هذا والشيء المهم و الوسيلة التي اعتمدها لأخطار الدائن، يتضمن وصول الاخطار الى الطرف الاخر المتعاقد في الزمن المناسب، لغرض تهيئة نفسه وتقديم الضمانات التي تكفل قدرته على تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد.

وان الاخطار تجدر الاشارة اليه وهو ليس شرطاً لممارسة الدائن حقه خلال وقت تنفيذ الالتزام، نظراً لنص المادة (٧١) صراحه بهذا الموضوع[٣].

ويوجد سؤال مطروح: عندما لا يقوم الشخص الذي ارسل الاخطار اليه، بتقديم كفاله و ضمانات كافية للالتزام او قام بتقديم كفالة وضمانات ناقصه لا تكفي للحصول على اطمئنان عند الدائن. كيف سيكون الامر في مثل هذه الحالة؟

يبدو ان الشخص الذي قام بتعليق التزامه، له القدرة في الاستمرار بهذا التعليق، وبـ الاضافة الى ذلك يستطيع الامتناع عن تنفيذ الاعمال الالزامية لتنفيذ التزامه، مثال على ذلك يمتنع عن الانتاج للبضائع المراد تسليمها الى الطرف المشتري في الميعاد المحدد الذي اتفق عليه الطرفان[٤]. وعند الامتناع من قبل الشخص الذي قام بأرسال الاخطار اليه عن تقديم الضمان الكافي، وان هذا الشخص بعد ان اتضح ليس لديه النية اصلاً في تنفيذ التزامه المستقبلي، وبهذا الصدد يحق للشخص الذ علق التزامه له الحق في المطالبة بفسخ العقد محتجاً على الطرف الاخر لأنه لن ينفذ التزامه العقدي[٥].

---

(1) Schlechtriem, peter: Uniform Sales law, p.96.

(٢) محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص١٦٥.

(٣) مصطفى سمير عبدالله، جلال ناصر خليل، وقف تنفيذ الالتزام كجزاء على الاخلال المبتسر للعقد، المجلة العلمية لكلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد١٣، العدد٢، ٢٠١١م، ص٨٥.

(4) Honno ld, John, O (1999) Uniform law for International Sales Under the 1980. United Nation Convention, p.490.

(٥) صفايي، سيد حسين، وديكران، حقوق بين المللى با مطالعه تطبيقي، جاب دوم، انتشارات دانشكاه تهران، ١٣٨٧ش، ص٣٣٧.

اما القانون الانكلوا امريكي كانت وجهت نظرهم في مدى تبيين القوانين لمبدأ الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، فهم يشاهدون ان هذه القوانين بعيدة عنه، فقد اتجهوا الى القوانين المدنية لا تعرف مبدأ الاخلال المسبق بتنفيذ العقد[١]. حيث انه لا تعرفه[٢]. ولا يوجد في هذه القوانين ما يمثل هذا الموضوع بدقة[٣]. ويجب ان نشير هنا الى الامور الصعبة التي واجاهها حيث وضعوا مشروع فيينا لعام ١٩٨٠ بخصوص ادراج مبدأ الاخلال المسبق بتنفيذ العقد من ضمن مبادئ الاتفاقية، وقد عارضو الممثلون عن الدول النامية في لجنة الاعداد للاتفاقية في نصوص الاخلال المسبق بتنفيذ العقد[٤].

وذهب رأي اخر ان من قبل المعارضة من الدول النامية بخصوص الإخلال المسبق بتنفيذ العقد كانت بسبب عدم الفهم للمبدأ[٥]. بينما قام أحد الأطراف المشتركة في هذا الصدد اعداد مسودة الاتفاقية أن المعارضة قد كانت بسبب عدم فهمهم للمبدأ[٦].

وقد اعلن الشخص الممثل عن فرنسا في مسودة الاتفاقية أن الإبطال في المسودة في نص المادة (٧٢) سوف يسبب لفرنسا مشاكل اقتصادية و سياسية[٧]. وأن العراق علماً انه قد قام بالمشاركة في مناقشات مؤتمر فيينا ولا يوجد قرار في مسودة الاتفاقية[٨]. واخيراً تجدر الاشارة الى انه امتناع الطرف المدين عن تقديمه الضمانات الكافية، فانه يحق للطرف الاخر المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي حصل سواء كان فسخ العقد ام لم يقم بفسخه إشارة الى المادة (٧٤) التي استندت عليها اتفاقية فينا[٩].

الفرع الرابع:نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد في القضاء العراقي

إن القضاء العراقي كان امينا اثناء تطبيقه الى نظرية الإخلال المسبق بتنفيذ العقد في الالتزامات العقدية الا ان القضاء العراقي لم يقم بتطبيقها الا في بعض الحالات التي اوردها المشرع المدني، ولم يقم بتطويرها الى اجتهاد مداها الى حالات اخرى

---

(1) Williston, op. cit. p. 190.

(2) M. Gilbey Strub, op. cit, p. 447.

(3) Treitel, Remedies for breach of contract, p. 1339.

(4) M. Gilbey Strub, op. cit. p.476-477.

(٥) المصدر ذاته، ص٤٧٦.

(6) Schlectriem, Uniform Sales law, 1986, p. 93.

(7) M. Gilbey Strub, op. cit. p. 487, note(73).

(٨) ان اغلب الدول النامية تتبنى نظام القانون المدني وليس قانون الاحكام العام، ففي افريقيا تأثرت العديد من البلدان بنظام القانون المدني الفرنسي وتبنت قوانين مدنية، كالسنغال، موريتايا، مالي، نيجيريا، فولتا العليا، ساحل العاج، الغابون، الكونغو، تشاد، مدغشقر، الكاميرون، الجزائر، تونس و المغرب. اما في الشرق الاوسط فقد تأثرت كل من مصر، سوريا و لبنان بالقانون المدني الفرنسي. انظر المصدر ذاته، ص٤٧٧،

(9) Chengwei, liu (2003), Remedies for non – Performance: perspectives from CISG, UNIDROIT principles & pecl, available on line al: <http:www. Cisg. Law. Pace.edu/> 2012/8/1, p. 903.

ولم يضعها نظرية عامه تسود نظرية العقد عكس ما قام بها القضاء الانكليزي. ولقد واجه حالات الاخلال المسبق بتنفيذ العقد في القضاء العراقي من احد طرفي العقد، اما بتكييف هذا الاخلال يكون على اسس تقليدية قانونية، وتكون هذه الاسس في نظرية العقد وان هذا ادى الى عيوب ظهرت في الاحكام التي قامت بإصدارها واحداث قصور في التسبب او بتجاهل واقعة الاخلال ذاتها وهذا ما سنوضحه في هذه النظرية لبعض من التطبيقات القضائية التي اصدرتها محكمة التمييز الموقرة. فقد اتجهت محكمة التمييز الاتحادية[1].

في قضية نبين تلخيص وقائعها فيما يلي (إن الطرف المدعي وزير النفط إضافة لوظيفته قد قام بإقامة الدعوى المرقمة (٩٦٩/١٥٥) في محكمة بداءة بغداد حيث قال فيها أن الشخص المدعى عليه الاول (ع) وبكفالة المدعى عليه الثاني (ع) إنه قد كان مرتبطاً بعقد مؤرخ في ١٠٥٧/١٠/٢ معه، واستناداً الى (١، ٢، ٣) من فقرات العقد المبرم تعهدت وزارة النفط بأرسال المدعى عليه الأول الى دولة انكلترا لغرض الحصول على شهادة (BSC) في قسم هندسة الكهرباء وبعد مدة خمس سنوات من الدراسة وبعد حصوله على الشهادة الموصوفة أعلاه عاد الى دولة العراق، حيث انه قد تعهد في (١١، ١٢) من فقرات العقد الذي كان مبرماً بين الطرفين، عند انتهاء فترة دراسة المدعى عليه الاول يلتزم في الخدمة في أحد دوائر الدولة حسب الاتفاق المبرم تنسبه في الوزارة ولمدة توازي المدة الدراسية التي قضاها خارج العراق لغرض الدراسة، رغم توجيه الوزارة إليه كتب المراجعة لغرض إكمال إجراءات التعيين بصفة مهندس في المنتجات النفطية، فلم ينتبه لذلك، فقد تعين المدعى عليه الأول في وزارة البلديات في ١٩٦٤/٨/١٣ وبعدها فصل في ١٩٦٨/٦/١٦ لتركه الخدمة وبهذا يتضح أنه قد أمضى اقل من المدة المتفق عليها خمسة سنوات، وهنا قد خالف أحكام العقد، على الرغم من الإنذار الذي وجه الى المدعى عليهما بتسديد مبلغ ١٨١، ٣٨٤ دينار وهو المبلغ المتبقي على المدعى عليه الأول من الخدمة الملزم بها حسب الاتفاق بأدائها و البالغة مدة سنة واحدة وشهر و ثمانية وعشرين يوماً وأن المدعى عليهما ممتنعان عن دفع المبلغ. طلب المدعي دعوتهما للمرافعة وإلزامهما بالمبلغ وتحميلهما المصاريف وأتعاب المحاماة. قضت محكمة بداءة بغداد بتاريخ ١٩٧١/٥/٣ " بعد حصر المدعي دعواه بالمدعى عليه الاول" حيث ألزم المدعى عليه الأول إلى المدعي المبلغ المتبقي والمطالب به ٦١٨، ٣٨٤ دينار وتحميلة كافة الأجور وأتعاب المحاماة الذي يبلغ قدرها ٦١، ٨٣٤ دينار.

إن وكيل المدعى عليه الاول قد ميز الحكم الصادر حيث طلب نقضه بحجة مخالفته للقانون وقد ذكر الأسباب في لائحة جاء في ملخصها إن عقد الابتعاث لم تلاحظه المحكمة، اعتبر منفسخاً؛ لأن الجهات الحكومية موكلة في مدة سنة من بعد تاريخ عودته استناداً الى الفقرة (١٣) من العقد، بالرغم ان المميز عليه لوزارة النفط وحيث قام بإجراء الاختبارات و المقابلة معه وأيد بانه يمكن الاستفادة منه كمهندس، إذ إن موكله قد انذر المميز عليه في تاريخ ١٩٦٤/١٠ و انه وضع نفسه في حل

---

(١) رقم القرار ٢١٤، عامة ١-١٩٧٣ الصادر بتاريخ ١٦، شباط، ١٩٧٤ منشور في مجلة القضاء، العدد الثالث والرابع، السنة التاسعة والعشرون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤، ص١٥١-١٥٤.

من الالتزام شريطة عقد الابتعاث مستنداً الى الفقرة (١٣) من فقرات العقد إذ لا يحق للمميز عليه مطالبته في تنفيذ العقد وشروطه ومقاضاته ولا يحق له المطالبة باي مبلغ آخر مادام عقد الابتعاث أصبح مفسوخاً وأن تعيينه قد كان في غير دائرة، وهي خارجه عن اختصاص المميز عليه لا يعد قبوله ضمناً لتنفيذ العقد وشروطه بناء على مراجعته محكمة التمييز أصدرت بتاريخ ١٩٧٣/٢/١١ بعدد ١٧٤١/ مدينة ثانية/ ١٩٧١ كان قرارها: تبين أن حكم المميز قد كان على وفق القانون؛ لأن الطرف الآخر المميز عليه قد خالف نصوص الاتفاق في العقد، إذ ترك الخدمة قبل الميعاد المتفق عليه عملا بنصوص العقد، أما الطعن في العقد يعتبر منفسخاً؛ لأن الشخص المميز عليه لم يعنه في المدة التي اتفقا عليها في العقد، وأن الطعن هذا لا محل له قانوناً بعد ان عين المميز؛ مما تقرر رد لائحة التمييزية وتصديق الحكم و يتحمل رسم التمييز المميز عليه.

طعن بالقرار التمييزي وكيل المميز بحجة مخالفة القانون وطلب تصحيحه من بعد نقض الحكم البدائي التي كانت الأسباب في لائحته المؤرخة ١٩٧٣/٨/١٩ إذ وُجِد الحكم ضمن المدة القانونية، فالمحكمة قررت: بعد مداولة وتدقيق الهيئة العامة، تبين أن الطرف المصحح عليه قد أقام الدعوى في بغداد محكمة البداءة طالباً فيها إلزام طالب التصحيح بأن يقوم بإعطائه مبلغ قدره (٦١٨،٣٨٤) دينار لا غيرها نتيجة لأخلاله بالتزامه الذي اتفق عليه الطرفان المنصوص عليه في تاريخ ١٩٥٧/١٠/٢ وأن يكون طالب التصحيح يخدم في دوائر الدولة فترة تعادل الفترة التي قضاها خارج العراق؛ لغرض الدراسة، إذ أنَّ طالب التصحيح قد درس مدة خمسة سنوات وأمضى في خدمة الوظيفة من تاريخ ١٩٦٤/٨/٣ الى ١٩٦٨/٦/١٦ بعدها تم فصله لتركه الخدمة، إذ صدر حكم محكمة البداءة في بغداد بتاريخ ١٩٧١/٥/٣ حكماً يلزم الشخص الذي قام بالتصحيح بالمبلغ المطالب به، وبهذا طلب الشخص طالب التصحيح طعناً بالحكم البدائي تمييزه، إذ قامت الهيأة المدنية الثانية بإصدار قرار يوجب تصديق الحكم البدائي؛ لأن طالب التصحيح قد خالف نصوص العقد وخالف المدة المتفق عليها وترك الخدمة قبل الميعاد المقرر وأن الطعن التمييزي الذي جاء بها و الموجود، يعتبر العقد منفسخاً؛ لان الطرف "المميز عليه" لم يعين الطرف الآخر ضمن المدة المتفق عليها ضمن فقرات العقد ولا محل لها بعد أن "ميزها"، حيث جاء في البند (١٣) من العقد المبرم بين الطرفين يعتبر مفسوخاً اذ لم يستخدم الطرف طالب التصحيح التوجه إلى الجهة الحكومية. و بعد مدة سنه واحدة من موعد عودته من الابتعاث أن الشخص طالب التصحيح لم يقم باستخدام اي جهة حكومية بعد مرور عام واحد على ميعاد عودته من الدراسة خارج العراق، ومراجعة الطرف المصحح عليه يبلغه فيه بانه اصبح في حل من التزامه بالنظر بعد مرور المدة المتفق عليها في الاتفاق وعدم استخدامه خلالها. حيث نصت المادة (١٧٨) من القانون المدني يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجه الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته، ويكون العقد مفسوخاً بحكم القانون الذي قام بالاستناد إليه المصحح عليه قبل إقامة الدعوى.

أما تعيينه في وزارة البلديات الطرف طالب التصحيح حدث بعد أن بات العقد مفسوخاً، فلا يصح أن نقول بأن الشخص طالب التصحيح والموافقة منه تعتبر تنفيذاً للعقد المفسوخ. إذ إن الحكم الصادر البدائي المميز قد صدر خلافاً على ما تقدم

ويكون الحكم مخالفاً للقانون و القرار التمييزي، اذ خالف المادة (١٧٨) المنصوص عليها في القانون المدني، واستناداً الى المادة (٢١٩) الفقرة (أ) من قانون المرافعات المدنية تكون فقرة تصحيح نقض الحكم البدائي المميز، إذ يتم إعادة الدعوى إلى المحكمة لغرض سير وقف المنهج المشروح ويبقى رسم التمييز متصلة بالنتيجة وإعادة الضمانات الى الشخص الطالب للتصحيح وصدر القرار بالأكثرية.

المطلب الثاني:صور الإخلال المسبق بتنفيذ العقد

إن فكرة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد حول ما يصدر كل شيء من المدين قبل حلول أجل تنفيذ التزامه المستقبلي و يستنتج منه ان التنفيذ لن يحصل في الميعاد المحدد، ذكرنا بصدد تعريف الاخلال المسبق بتنفيذ العقد على أساس فكرة الاستنتاج او الاستنباط، في وقت سابق للموعد المحدد لتنفيذ العقد، وذلك بان استنتاج الدائن لهذا التنفيذ سوف يتسلم المدين هذا الإخطار، بل يكفي إرساله من قبل الدائن. إن باستطاعة المتعاقد لو توضح له عدم القدرة على تنفيذ التزامه الطرف الآخر، في موعده المحدد المتفق عليه فكلما كانت مراحل الاستنتاج متضحة لعدم قدرة المدين الإيفاء بالتزاماته المستقبلية، لابد ان يتحمل تبعة ذلك بنفسه. فكلما كان الاستنتاج شديداً وحاسماً وبالتالي، فإن ذلك يذهب إلى أن يكون الأثر مباشراً وكلما تبين الاستنتاج ضعيفاً وغير حاسم كان الأثر غير مباشر.

فضلاً عما تقدم ذكرة في الإخلال المسبق بتنفيذ العقد قد يكون على صورتين من مبدأ قوة الاستنتاج.

ويكون الأول: هو الإخلال المسبق بتنفيذ العقد بصورة صريحة أو مباشرة وهو الذي ينتج عن استنتاج شديد بعدم إمكانية تنفيذ المدين لالتزامه في موعده المحدد، وتحقيق هذه الصورة بتصريح المدين الواضح و الحقيقي بأنه لن ينفذ التزامه في الوقت المحدد او الوقت المتفق عليه، أ و باتخاذ مسلك يدل على عدم رغبته في التنفيذ في المستقبل أو يجعل من التنفيذ مستحيلاً.

أما الثاني: هو الإخلال المسبق بتنفيذ العقد بصورة الضمني غير المباشر، وهو تحقيق قيام أسباب معقولة تذهب الى عدم الاطمئنان الى قيام المدين في تنفيذ التزامه في الوقت المحدد للعقد المتفق عليه، لا يؤدي إلى تحقيق الإخلال المسبق بتنفيذ العقد مباشرة وعدم الاطمئنان هذا يعد استنتاجاً غير واضح، وهنا يتحقق الإخلال عند عدم تقديم التأئمين اللازم الكافي من المدين إلى الدائن، ومن هذه يتضح السبب بتسمية هذه الصورة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد غير المباشر، اذ تحقق الاخلال على مرحلتين، الأولى: هي عدم الاطمئنان و التأمين، الثانية: التخلق عن تقديم هذا التأمين.

وبناء على ما ذكرنا، فسوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول الإخلال المسبق بتنفيذ العقد الصريح (المباشر)، وفي الثاني الإخلال المسبق بتنفيذ العقد الضمني (غير المباشر).

الفرع الأول:الإخلال المسبق بتنفيذ العقد الصريح (المباشر)

يحدث الإخلال المسبق بتنفيذ العقد بصورة صريحة المباشرة حينما يتطلب من الدائن بصدد التزام مستقبلي المتفق عليه بالتنفيذ ان يكون مستعد لتنفيذ التزامه، في الاجل المحدد لذلك يجب عليه ان يمتنع عن كل شيء يخل بتنفيذ هذا الالتزام في

الوقت السابق لاستحقاقه، و ان المدين قد لا يكون مستعداً ولا راغباً في تنفيذ الالتزام فيصرح بعدم رغبته بتنفيذ الالتزام اذا ما حل موعده المحدد، او قد يقوم بفعل يستنتج منه انه لا يرغب التنفيذ او قد يقوم بفعل يجعل التنفيذ في موعده المتفق عليه مستحيلا[١].

اذا كان محل التزام المدين هو تأكيد نتيجة، فانه يعد مخلاً بالتزامه المتفق عليه بمجرد عدم تحقيق النتيجة، وما على الدائن الا ان يثبت الدليل على عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه المستقبلي، فمجرد عدم تأكيد أو تحقيق النتيجة، يعد خطأ في جهة المدين فتترتب عليه المسؤولية العقدية عن اخلاله بالتزامه المستقبلي، فعدم التنفيذ يعد قرينة قانونية على خطأ المدين استفاق معه المسؤولية العقدية، هذا واصح بنص المادة (٢١٥) مدني مصري، والمادة (١١٤٧) مدني فرنسي[٢].

ولقد أورد المشرع العراقي نصاً مطابقاً لنص المادة (٢١٥) مصري و (١١٤٧) فرنسي، اذ نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على انه " اذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ التزامه عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء في التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه" بما أنَّ الضرر الذي أصاب المضرور حصل مباشرة عن إخلال قبل تنفيذ الالتزامات التي رتبها قبل موعد العقد، ونبين في هذا الامر، أن هذه الالتزامات هي وضع وتحديد المتعاقدين غير أنه: لا يقتصر العقد بالتزام المتعاقد بما توصل إليه فحسب، إذ يتناول مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب شكل الالتزام" و للمتضرر إذن أن يدفع بالمسؤولية العقدية عند عدم الالتزام والإخلال بالالتزامات بين الطرفين التي تضمنها العقد صراحة، وكذلك تلك التي تكون في دائرة التعاقد؛ لأنها من مستلزمات العقد في موقع الأحكام القانونية والعرفية، وكذا العدالة وطبيعة المعاملة[٣].

ولكن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد لا يحدث بأي قول أو تصريح من المدين، بل يجب أن تكون في هذا التصريح شروط واجبة معينة. على ان يكون التصريح واضحا صريحاً في ذاته على عدم إرادة التنفيذ، اذ لا يقبل التصريح الغامض الذي يحتمل أكثر من معنى. على أن يكون التصريح قاطعا و نهائياً وغير مشوبٍ بالتردد، فتصريح المدين بأنه توقع في قدرته على التنفيذ الالتزام في الأجل المحدد و المتفق عليه. مثلا لا يكفي لتحقق الإخلال المسبق بتنفيذ العقد[٤].

وشرط الصراحة والقطعية غير مطلوبين لذاتيهما بل يشترطان هنا لوجود الاستنتاج المعقول الذي يبين الى ان الإخلال بالتزام سوف يحصل في المستقبل، فنوع الاستنتاج كما رأينا هي الميزة الرئيسية للإخلال المسبق بتنفيذ العقد ولذلك يشترط في التصريح ان يجمع كل ما يؤدي لهذا الاستنتاج، وكذلك الحال في ما يستخدمه المدين في مسلك يتجه الى استنتاج يحصل اخلال الالتزام في المستقبل، ويشترط في مسلك المدين ان يكون صريحاً ونهائيا في دلالته على ذلك الوضوح و القطعية يشترطان

---

(١) صفاء تقي العيساوي، الاخلال المبتسر في تنفيذ التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العدد الثاني، أيار، ٢٠٠٧.

(٢) انور السلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٠.

(٣) علي فيلالي، الالتزامات، ص ٢٦.

(4)William Herbert Page, op. cit., § 2902; Brian A. Blum, op. cit., p. 563.

هنا الاستنتاج المعقول و المشير الى اخلال الالتزام في المستقبل من قبل المدين، حيث ان الوضوح هنا يجب يكون بدرجة مرتفعة، تفوق مجرد ((الظهور))، لان الظهور يظهر بدرجة اقل من الوضوح ووجوده يشترط لتأكيد الاخلال المسبق بالتنفيذ الضمني وليس الصريح[١].

ميزة اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ بهذا الصدد بشكل واضح وصريح بين الاستنباط المطلوب في حالتي فسخ العقد وايقاف التنفيذ، حيث نصت المادة (٧٢) منها على انه اذا اصبح صريحاً بان الاخلال المستقبلي سيقع من قبل احد الطرفين، جاز للطرف الاخر انهاء العقد. اما المادة (٧١) فقد اكتفت بان يصبح ظاهراً على ان احد الطرفين سيرتكب اخلالا في المستقبل حتى لا يجوز للطرف الاخر ايقاف التنفيذ وطلب التأمين والضمان الازم[٢].

وشرطا الصراحة و الوضوح والقطعية في التصريح ليسا مرادين لكليهما، بل لتوثيق الاستنتاج المعقول الذي يذهب الى إخلالاً يحصل في المستقبل. فتسمية الاستنتاج، كما رئينا، هي الميزة الاساسية للإخلال المسبق بتنفيذ العقد، ويشترط في التصريح، ان يكون فيه كل ما يتجه الى تحقق الاستنتاج. ولاحظنا الامر لما يتخذه المدين من مسلك يتجه الى استنتاج إخلال مسبق سوف يحصل في المستقبل، من الممكن ان يكون المسلك واضحا وقاطعا في بينته على ذلك. فالوضوح والقطعية هما لتأكيد الاستنتاج المعقول والمتجه الى إخلال مسبق بتنفيذ العقد من المدين [٣].

ولكي يثبت الإخلال المسبق بالتنفيذ المباشر، يجب ان يظهر الاستنتاج بدرجة عالية من القوة، بأن يصبح "واضحا" ان هناك إخلالا سوف يحصل في المستقبل. والوضوح درجة عالية من استبانة تفوق "الظهور" الذي يشترط لتوثيق الصورة الثانية كما نرى لاحقا[٤].

---

(١) انظر هذا الصدد خالد احمد عبدالحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠، ط٢، بلا مكان نشر، ٢٠٠١.

(٢) ينظر هذا الصدد المادتين (٧١،٧٢) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع.

(3)Brian A. Blum, op. cit., p. 564.

(٤) (٢) فرّقت اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ بشكل واضح بين الاستنتاج المطلوب في حالتي ابطال العقد وايقاف التنفيذ، فنصت المادة ٧٢ منها على انه إذا اصبح واضحا it is clear ان إخلالا سيرتكب في المستقبل من أحد الطرفين جاز للآخر ابطال العقأما المادة ٧١ فقد اكتفت بأن يصبح ظاهرا if it becomes apparent ان احد الطرفين سيرتكب إخلالا حتى يجوز للطرف الآخر ايقاف التنفيذ وطلب التأمين الكافي. وعلى ذلك، فان الدرجة المطلوبة في استنتاج إخلال يرتكب في المستقبل والتي تتطلبها المادة ٧١ أقل من تلك المطلوبة بموجب المادة ٧٢. أنظر في ذلك: Mercédeh Azeredo da Silveira, op. cit., p. 6. وأشير الى هذا المعنى بوضوح أيضا في كل من مبادئ عقود التجارة الدولية ومبادئ قانون العقد الأوربي، اذ جاء في المادتين ٣/٣/٧ و٣٠٤/٩ منهما بحسب الترتيب انه إذا أصبح واضحا it is clear ان إخلالا سيرتكب في المستقبل جاز للطرف الآخر انهاء العقأما المادتين ٤/٣/٧ و١٠٥/٨ من هذه المبادئ بحسب الترتيب أيضا فقد اشترطتا ان يقوم لدى الدائن اعتقاد معقول reasonably believes بأن المدين سيرتكب إخلالا بالعقد لكي يوقف التنفيذ ويطلب التأمين الكافي.

وينظر خلاف ذلك: طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٢٠٤، اذ ذهب الى ان معيار التفرقة بين جواز انهاء العقد وايقافه في الاتفاقية هو جسامة الإخلال المستنتج، فالمخالفة في نص الايقاف لا تصل الى حد المخالفة الجوهرية برأيه، لأن المادة ٧٢ تحدثت عن المخالفة الجوهرية فلا يعقل ان تتناول المادة ٧١ المخالفة ذاتها. ولكن هذا الاستدلال لا يكفي

ومما ينبغي الامر الاشارة اليه هنا، ان الانظمة القانونية قد اختلفت في هذا الصدد، ففي القانون الانكلو امريكي مثلا نلاحظ انه يحق للدائن اعلان فسخ العقد فوراً من تلقاء نفسه دون الرجوع الى المحكمة، ويتحدد دور المحكمة هنا فقط بالتأكيد من ان استنتاج الدائن اذا ما كان مقترناً بدرجة مبنية على الوضوح بتحرير ظروف القضية والا وجبت عليه بتعويض المدين عما تسبب له من ضرر بسبب فسخ العقد(١). لأن الاستنتاج يكون في ذهن الدائن نفسه وهو الذي يستخدمها للإجراءات التي يراها مناسبه ويتحمل نتيجة ذلك(٢).

الفرع الثاني:الإخلال المسبق بتنفيذ العقد الضمني (غير المباشر)

سبق وان ذكرنا بان استنتاج الإخلال من قبل الدائن اذا ما كان على طبقة من الوضوح فانه يظهر قاطعاً في دلالته على الإخلال المسبق بتنفيذ العقد الصريح، أما اذا كانت درجة الاستنتاج أقل من الوضوح، فإن النتيجة سوف تتناقض، فلا تكون صلاحية الدائن أوسع في هذه الحالة، فلا يحق له مثلا فسخ العقد فوراً و المطالبة بالتعويض، اما في الامور التي لا يكون فيها الإخلال المسبق بدرجة كافية من الوضوح، اي غير مباشر، ومثاله حالة التامين القليل من قبل المدين، فلا يكون له خلال هذه المدة الا ان يطالب المدين بتقديم ما يكفي من التامين او الضمان او زيادة لتكملة التامين، وقد يكون له ان يطالب بإنهاء التنفيذ خلال هذه المدة و الإخلال المسبق للتنفيذ هنا لا يكون متأكد منه الا بأنهاء المدة المحددة والمتفق عليها لتقديم التامين، حيث لا يكون الإخلال مسبق للتنفيذ قبل انهاء مدة تقديم التامين بدرجة الوضوح الكامل، اي التام وإنما تكون بدرجة الضهور فقط(٣).

ويكون هذا الظهور يتجه الى حد الوضوح في حالة عدم تقديم الدائن التامين التام وحينها يتحقق الإخلال المسبق المباشر في العقد(٤).

ويمكن القول أن الإخلال المسبق للتنفيذ الضمني او غير المباشر يقوم على مرحلتين الأولى تكون بوجود استنتاج معقول من قبل الدائن يتجه الى ان هنالك إخلال مستقبلي سوف يحصل وهذا الاستنتاج يكون ظاهراً فقط ثم تزداد درجة قوته الى الوضوح بعد ذلك بعدم قدرة المدين عن تقديم التامين التام، وحينها يكون الإخلال المسبق للتنفيذ مؤكداً في هذه الحالة.

لاستبعاد معيار التفرقة القائم على درجة الاستنتاج، والذي يفسر بوضوح اختلاف الأثر المترتب على كل صورة من صوريّ الإخلال المسبق بالعقد.

(١) ينظر في هذا الصدد: Smith & Keenans, Op. Cit. p. 415.

(٢) تحدد دلالة تصريح المدين أو مسلكه في القانون الانكلواميركي شخصيا من الدائن، أما بعد قيام النزاع في معقولية استنتاج الدائن وتدخل المحكمة فأنها تحدد ذلك موضوعيا. ومن هنا يمكن القول بأن الدائن يجب عليه منذ البداية ان يراعي المعايير الموضوعية في تحديد دلالة ما يصدر من المدين، وإلاّ، فانه سيواجه تحميله المسؤولية أمام المحكمة.

(3)Michel G.Bridge, Discharge for breach of the contract of sale Good, McGee law Journal , , Vol (28), 2007.p.859.

(٤) صفاء تقي العيساوي، الاخلال المبتسر في تنفيذ التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العدد الثاني، أيار، ٢٠٠٧.ص١٢٦

ولقد نظم القانون التجاري الامريكي الموحد في المادة (٦٠٩) من القسم (٢) بفقراتها الأربع بهذه الصورة، فبدأت الفقرة الاولى بوضع الاساس المنطقي لهذه الصورة، ان كل واحد من طرفي العقد يحق له ان يؤمل الطرف الاخر بانه سوف يقوم بالتنفيذ في الموعد المتفق عليه وفضلاً عن ذلك، يحق له ان يؤمله ايضاً ان الطرف الاخر لن يقوم بشيء من شانه ان يضعف هذا الموعد المحدد وذلك في المدة السابقة لإكمال التنفيذ وعليه ان عقد البيع مثلا يفرض التزامات على كل طرف من طرفيه بعدم إضعاف هذا الموعد المحدد فاذا ظهرت اسباب معقولة تشير الى عدم الاطمئنان الى قيام احد الطرفين بالموعد المحدد للتنفيذ، وحينها يجوز للطرف الاخر ان يقدم له طلبا تحريرياً يطلب فيه ضماناً كافيا يؤمن حصول التنفيذ في هذا الاجل، ويجوز له خلال ذلك ان ينهي التنفيذ من جانبه فاذا تخلف المدين عن تقديم هذا الضمان في مدة معقولة لا تتجاوز(٣٠) ثلاثين يوماً، يحق للدائن ان يعد ذلك اخلالا مسبق للتنفيذ بصورة مباشرة، كما اطلق تسميته القانون الانكلو امريكي ويحق له بعد ذلك اللجوء الى الجزائيات المقررة عن هذا الاخلال، ويذهب الى نفس هذا الحكم اتفاقية فينا (٧١) منها[١].

وان الاضرار غير المباشر فهو لا يدخل في حساب التعويض وهذا ما اتجه اليه مشرعو القانون المدني فلا يكون دخول الضرر غير مباشر في حساب التعويض ولا يكون في المسؤولية التقصيرية ولا في المسؤولية العقدية، فلا يكون القانون المدني بإلزام المدين في الالتزامات العقدية الذي لم يرتكب به خطأ جسيماً او غشاً الا بتعويض الضرر الذي كان مسبق حدوثه في الميعاد المحدد[٢].

وقد يكون في ذلك يشير الى إخلال في التنفيذ، الامر الذي يسبب في الحاق الضرر بالشخص الاخر[٣].

فإذا ظهرت أسباب معقولة تشير الى عدم الاطمئنان إلى قيام أحد الطرفين بالتنفيذ في الموعد المحدد، جاز للطرف الآخر ان يقدم له طلبا تحريرياً يطلب فيه ضماناً كافيا يؤمن حصول التنفيذ في الاجل المتفق عليه، يحق له خلال ذلك ان ينهي التنفيذ من جانبه[٤].

---

(١) وجاء في التعليق الرسمي رقم (١) على المادة أعلاه ان الشعور المستمر بالاطمئنان الى ان التنفيذ سوف يتم في موعده المحدد هو عنصر مهم في الصفقة.

(٢) ينظر المواد (١١٥١) القانون المدني الفرنسي، والمادة (٢٢١) القانون المدني المصري، والمادة (١٦٩) القانون المدني العراقي، سمير ذنون، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية والتامين الالزامي عليها، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، ٢٠٠٥م. ص١١٩.

(٣) عبدالقادر العرعاري، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، ط٣، مطبعة الكرامة، المغرب، ٢٠١١، ص٣٤.

(٤) الفقرة الأولى من المادة ٦٠٩ من القسم ٢ من القانون التجاري الاميركي الموحوقد اشترطت هذه الفقرة ان يكون طلب التأمين الكافي مكتوبا. وقد ذهب بعضهم الى ان الكتابة لا يجب فيها ان تكون على ورقة، بل البريد الاليكتروني يكون كافيا لهذا الغرض = Keith A. Rowley, op. cit., p. 621. = ، في حين ذهبت بعض القرارات القضائية الى ان الطلب الشفوي أو الذي يُستنتج من واقع الحال يكون كافيا في حالات خاصة، أنظر قضية (1976) . AMF v. McDonald's Corp نقلا عن: E. Allan Farnsworth, op. cit., p. 596. , note (16) . وأنظر قضايا أخرى في الاتجاه ذاته في: Keith A. Rowley, op. cit., p. 621. notes (316&317).

فإذا تخلف المدين عن تقديم هذا الضمان في مدة معقولة لا تتجاوز (٣٠) ثلاثون يوما، جاز للدائن ان يعد ذلك إخلالا مسبقا بتنفيذ العقد من جانب المدين، ويلجأ الى الجزائيات المقررة لهذا الإخلال[1].

المطلب الثالث:صورة الخطأ الناتجة عن الإخلال بالالتزامات المسبقة بتنفيذ العقد

قد يتمثل الخطأ في المرحلة المسبقة على تنفيذ العقد بالالتزامات التي يوجبها مبدأ حسن النية على كل طرف متفاوض، فإذا ما خرق او اخل هذا المتفاوض أو بأحد هذه الالتزامات، فان ذلك يعد خطأً صادراً من طرفه، ومن ثم يسأل عن تعويض الضرر الذي حدث الى الطرف الأخر.

لكن يجب علينا الإشارة الى نقطة مهمة، وهي تحديد شكل هذا الالتزام الذي حدث في المرحلة المسبقة على التعاقد، بعبارة أخرى هل هو التزام ببذل عناية او التزام بتحقيق نتيجة، ففي الحالة الأولى عليه ان يبين أن الطرف الأول لم يبذل العناية المعتادة، أما في الحالة الثانية يكون خطأ المتفاوض بمجرد ان يحقق الطرف الأخر انه لم يصل النتيجة المتفق عليها.

وعلى العموم فشكل الالتزام بالإعلام قد تختلف عن شكل الالتزام بالاستعلام وكذلك طبيعة الالتزام بالاستقامة قد تتطابق مع طبيعة الالتزام بالمحافظة على كتمان المعلومات.

سبق وان قلنا أن خطأ المتفاوض في المفاوضات العقدية، قد وقع في عدم وفائه بالالتزامات الناشئة عنها سوف مر على الالتزامات مروراً سريعاً مسلطين الضوء على ما يهمنا بقدر ما هو مهم لاعتبار الإخلال المسبق أو عدم الوفاء خطأً سابقاً على التعاقد.

أما الريستيتمنت الثانية للعقود فلم تشترط في الطلب ان يكون مكتوبا على الرغم من اقرارها بأن الطلب المكتوب يفضل الطلب الشفوي عادة، ولكن الوقت قد لا يسمح بتنظيم الطلب المكتوب. وفي الاحوال جميعها، يجب في طلب التأمين أن يكون بناءً على الالتزام بحسن النية والتعامل الحسن في تنفيذ العقد، ويخل بهذا الالتزام على وجه الخصوص تكرار الطلبات غير المبررة. أنظر التعليق (d) على المادة ٢٥١ من الريستيتمنت.

أما المادة ٣/٧١ من اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ فقد اشترطت قيام الدائن الذي يوقف التنفيذ من جانبه باعطاء اخطار للمدين فورا، ولكن هذه الفقرة لم تبين طبيعة الاخطار وما إذا كان كتابيا أم غير ذلك. ولكن الاحكام التي صدرت استنادا الى هذه المادة تبين عدم وجوب ان يكون الاخطار كتابيا، فقد قضي بأن رفض المشتري دفع تكاليف تخزين الاثاث التي اتفق على مساهمته فيها سابقا يعد اخطارا كافيا، ولكن لا يعد اخطارا كافيا عدم دفع المشتري الثمن. أنظر القرارين الصادرين في قضيتي: كلاوت رقم ٣٣٨، المحكمة العليا لمنطقة Hamm، المانيا في ٢٣/حزيران/١٩٩٨، وكلاوت رقم ٤٣٢، محكمة منطقة Stendal، المانيا، في ١٢/تشرين أول/٢٠٠٠، نقلا عن نبذة الأونسيترال، المصدر السابق، ص ٢١٣ الهامشين (٣٠و٣٢). كما لم تذكر المادة أعلاه جزاء عدم ارسال الاخطار فورا، ولكن القرارات القضائية اتفقت على ان الدائن لا يجوز له التمسك بايقاف التنفيذ في هذه الحالة. وذهب أحد القرارات الى ان البائع قد ارتكب إخلالا بالعقد بايقافه التسليم من دون اخطار المشتري فورا بالايقاف، ومن ثم يجوز للمشتري ان يحصل على تعويض عن ذلك. أنظر: القرار الصادر في قضية كلاوت رقم ٥١، محكمة منطقة فرانكفورت، المانيا، ٣١/كانون الثاني/١٩٩١، نبذة الأونسيترال، المصدر السابق، ص ٢١٤ الهامش رقم (٣٥).

(١) الفقرة الرابعة من المادة ٦٠٩ من القسم ٢ من القانون التجاري الاميركي الموحوقد نظمت الريستيتمنت الثانية للعقود هذه الصورة في المادة ٢٥١ منها، وكذلك اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ في المادة ٧١ منها.

ويكون للالتزام بالإعلام، نجد أن هيكلة هذا الالتزام تكون على وجهين، فعندما يتجه أحد الأطراف المتفاوضة بمجموعه من الأسئلة والاستفسارات، فانه يكون دائناً للطرف الثاني بواجب الإعلام ومن ثمَّ فانه يجب على الطرف الثاني من المفاوضة ان يعطيه كامل المعلومات المتعلقة بهذه الاستفسارات وعلى الشكل الواضح دون نقصان أو تزييف، وهيكلة التزامه هنا هو التزام بتحقيق نتيجة[١].

لأن التزامه هنا هو القيام بإيصال الإعلام المطلوب الى الدائن كما ذكر له في أسئلته، وعليه فاذا قام المدين الشخص المتفاوض المطلوب منه القيام بعمل الإعلام عدم المصداقية في هذه المعلومات أو اعطائها بصورة غير تامه؛ مما يتسبب ضرراً للطرف الأخر فانه يكون قد جسم صورة الخطأ المسبق بتنفيذ العقد في موقفه هذا. أما اذا لم يتقدم الطرف الدائن بمسؤولية الإعلام بأي استفسار محدد فيكون مطلوباً على من تقع عليه مسؤولية الإعلام ان يبذل العناية الواجبة لكي يوضح للطرف الثاني جميع الظروف والمسائل الفنية والقانونية المرتبطة بمشروع العقد المتفاوض عليه وعلى ذلك فان التزامه هنا هو التزام بوجود عناية، إذ يكون التزامه بـ إيصال المعلومات الى الطرف الثاني بأفضل وسيلة لازمة، ولا يكون عليه بعد ذلك ان يؤمن بان الدائن بواجب الإعلام، وقد يستفيد من هذه المعلومات استفادة جيدة[٢].

وعليه فتتحقق صورة الخطأ المسبق لتنفيذ العقد في هذا المجال بمجرد أن يبين الدائن أن المدين لم يبذل اهتمامه اللازم وأنه أصابه ضرر من جراء ذلك.

وبالإضافة إلى ذلك حسب تقديرنا الشخصي يجب ان نميز بين حالتين، حالة ما اذا كان الطرف الدائن هو من ذوي الخبرة والفن التفاوضي[٣]. وحالة كون الطرف الدائن شخصاً عادياً لا يأخذ المعلومات الا من المدين بها، ففي الحالة الأولى يقوم المدين بواجب الإعلام على ان يبذل العناية المعتادة، وان لم يبذل هذا القدر يكون حينها مخطئاً، أما في الحالة الثانية كون المدين يبذل عناية أكثر من اللازم فيصحح الطرف للدائن المفاهيم ويوجه ما لديه من معتقدات ويلفت انتباهه الى اثاره، فيكون مخطئاً اذا لم يصل الى المستوى من العناية المطلوبة.

أما بالنسبة لطبيعة وشكل الالتزام بالاستعلام، فهو التزام تكون فيه العناية للوصول الى أعلى درجة ممكنة من المعلومات والحقائق عن طبيعة وشكل العقد المتفاوض عليه، وإن كانت هنالك أشياء يصعب الاستعلام بها من قبل الشخص غير

---

(١) ممدوح محمد مبارك: أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، الطبعة الأولى، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٧٠ وما بعده .

(٢) نوري حمد خاطر، عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٠، ص١٤٨.

(٣) ولاسيما في عقود التجارة الدولية نجد ان المتفاوضين هم عبارة عن وفود تشمل كوادر ذات خبرة بالشؤون الهندسية والفنية والإدارية .

المحترف، يكون في هذه الحالة قد نفذ واجبه بالاستعلام، أما بالنسبة للشخص المحترف فيكون التزامه أقوى درجة وأعلى مدى من غير المحترف[١].

ويتحقق الخطأ المسبق بتنفيذ العقد، وفي الحالة التي لم يكن فيها المدين قد بذل العناية المطلوبة و الواجبة أو العناية القوية والمركزة وحسب الأحوال.

وبالنسبة للالتزام بالاستقامة يكون متى ما صدر شيء للإيجاب من الشخص، فإن حسن النية يفرض ذلك الشخص والبقاء على اقتراحه فترة تكون كافية؛ لكي يتخذ الشخص الأخر الذي يكون موجه له الاقتراح بشأنه، بعد الدراسة والتفكير[٢]. إذ إنَّ صدور شيء من الإيجاب يزيد من ثقة الشخص الأخر الذي يحق له التصور، وان من صدر منه الاقتراح لن يغير رأيه عن اقتراحه قبل موعد هذه الفترة، وبالإضافة لذلك اذا حدد من صدر منه ميعاد اقتراح القبول ألزم البقاء على اقتراحه الى ان ينتهي هذا الميعاد، ويكون ذلك التزاما بتحقيق نتيجة، يكون متى ما أخل الشخص الذي اصدر الإيجاب بهذا الالتزام والعدول عن اقتراحه قبل إنهاء الأجل المحدد المتفق عليه يكون مخطئاً، وهذه هي صورة الخطأ السابق قبل تنفيذ العقد، أما اذا لم يبين من صدر منه اقتراح الأجل المحدد. فان قاضي الامر في هذه الحالة يقوم بتحديد الاجل الذي يلتزم فيه بالثبات على اقتراحه وفقا لطبيعة و شكل العقد وظروف التعامل[٣]. أما ما يتعلق بضمان الكتمان والسرية، فإن من واجب العرفان بالأمر إذا ما أخفى شخص أسراره لدى طرف أخر فعلى هذا الشخص ان يحافظ على السر ولا يبينه ولا يجعله سيفاً مسلطاً عليه كما يريد، ومن جهة أخرى فان المرحلة التي تكون فيها المفاوضات هي مرحلة الثقة، فإذا ما اتفق أثنان وتبين أحدهما أسرار تخص الشخص الاخر مرتبطة بسمعته التجارية أو محله المالي أو بالكيفية التي يستعمل فيها نشاطه فيجب المحافظة عليها؛ لأنه قد حصل عليها بمرحلة التفاوض، فإذا ما استعملت هذه الأسرار على جهة تخالف غرضها فإن من أستخدمها قد يكون أرتكب خطأً بإخلاله بالثقة بينه وبين الطرف الاخر، ومن ثم يسأل عن تعويض الضرر[٤]. وعليه فان الالتزام بالمحافظة على الكتمان والسرية هو الالتزام بتحقيق نتيجة تتمثل بالرفض عن القيام بإفشاء الأسرار من قبل الشخص الذي أخذ هذه الأسرار، والامتناع عن استخدامها لصالحه، فاذا ما بين هذه الأسرار أو أستخدمها لمصالحه الخاصة عدّ مخلاً بالنتيجة وعليه يتحمل سبب ذلك.

---

(١) جاك غستان: المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الأولى، ص٦٩٧.

(٢) محمد أبراهيم دسوقي: الجوانب القانونية في أدارة المفاوضات وأبرام العقود، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة، ١٩٩٥، ص٩٣.

(٣) حسام الدين الأهواني: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠، ص٧٨.

(٤) انظر بهذا المعنى سليمان براك دايح الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٨، ص١٠٠.

ومن خلال هذا المطلب صورة الخطأ الناتجة عن الأخلال بالالتزامات الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد سوف نتناول في الفرع الاول صور الخطأ السابق وفي الفرع الثاني الخطأ اللاحق على صدور الايجاب.

صور الخطأ السابق أو اللاحق على صدور الإيجاب

قد يقع الخطأ من جهة المتفاوض بعد توجيه الإيجاب وبعد أن يتم الاتفاق بين الطرفين على التعاقد الا انه لم يبرم العقد بسبب هذا الخطأ، فيكون سابقاً على صدور الإيجاب أوقد يكون الخطأ لاحقاً على صدور الإيجاب وفي كلتا الحالتين يعد الخطأ مسبقاً على تنفيذ العقد، وعليه سوف نبحث هذه الفكرة.

الفرع الأول: الخطأ السابق على صدور الإيجاب:

قد تأتي أفكار الى الذهن، ان الداعي الى تكييف فعل المفاوضات العقدية على انه خطأ في درجة قطعية للمفاوضات قبل ان يصدر منه أيجاب؟ طالما لا توجد أرادة تتجه الى إبرام هذا العقد، ويكون مبدأ حرية التعاقد يؤمن حق المتفاوض في الانسحاب من المفاوضات العقدية.

إلا انه في الحقيقة تكون هناك ضرورة تستوجب تكييف هذا الفعل على انه خطأ، وبذلك وفقاً للمفهوم التقليدي للمفاوضات إنه مادامت الإرادة لم تشر الى التعاقد فان مبدأ حرية قطع المفاوضات تبقى قائمة ويتمتع بها المتفاوض ودون تكييف هذا القطع بانه خطأ[1]. ويدخل في مرحلة التساوم، إذ انها فيها تحديد مضمون التعاقد حسب المصالح المتبادلة، ويتم التفاهم بها في صورة اتفاقات لا يقصد منها ابرام أي التزام[2]. وكذلك يدخل بها ضمنها مرحلة متوسطة بين التساوم ويكون صدور الإيجاب وفيها يتجه الى الجهد وجمع ما تم التفاهم به بغية عمله في صورة أيجاب تام، ومازالت الإرادة لم تتجه الى انشاء العقد فلا غبار على فعل الطرف الذي قطع المفاوضات فلا يعد عمله خطأ.

الا أن هذا الموقف تغير وفقاً للنظرة الحديثة، إذ لم تعد المفاوضات مجرد تغيير لوجهات النظر، وانما قد تكون دراسات متخصصة لإبرام التعاقد وهذه تحتاج الى صرف مبالغ مالية، وكذلك تحسين مبدأ حسن النية إذ لم يقتصر على تنفيذ العقد وإنما أمتد ليحدد مرحلة تكوين العقد أيضا، فهذه التطورات التي أدت للاعتراف بالمسؤولية المسبقة على تنفيذ العقد إذا أقترن قطع المفاوضات بخطأ[3].

---

(1) Jean,cland(p),responabilite pour non formation ou nullite dun contrat, these, monpellier,(dyctl),1947,p.14.

(٢) صبري حمد خاطر: قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الاول، العدد الثالث،١٩٩٧، ص١٢١.

(٣) ولمزيد من التفصيل ينظر صبري حمد خاطر ،المصدر أعلاه، ص١٢٢.

وعليه فمادام الاعتراف موجوداً بان مبدأ حسن النية يسيطر على مرحلة تكوين العقد وأن ذلك يكون إنهاء المفاوضات يتجه الى الأحلال بهذا المبدأ ويكون في ذاته خطأ داخلاً في هذه المرحلة المسبقة على تنفيذ العقد[١].

وعلى هذا المبدأ، فانه وفقاً للنظرية الحديثة. يكون الخطأ قد حدث مسبقا على صدور الإيجاب اذا ما يبين المتفاوض ان العقد جائز الانعقاد للطرف الاخر مما جعله يرغب في التعاقد، ثم ينهي الطرف الاول هذا التعاقد مباشرة[٢]. او التأكيد على العمل في المفاوضات دون ان يكون المتفاوض صاحباً لمحل العقد ودون ان يكون واثقاً فيما اذا كان سيملكه في وقت لاحق، مما يؤدي الى انهاء المفاوضات في النهاية[٣].

أو حالة اخرى اذا تم الارتباط في المفاوضات والاستمرار فيها وتكون دون وجود نية صحيحة وصريحة بالتعاقد، ثم تنهي المفاوضات نتيجة لذلك[٤].

أو تنهي المفاوضات فجأة ومن دون سبب مشروع بعد أن تصل الى مرحلة متطورة او متقدمة[٥].

وعليه أصبح الخطأ المسبق على صدور الإيجاب واضحاً كما أشرنا إليه في الحالات المذكورة انفاً.

الفرع الثاني: الخطأ اللاحق على صدور الإيجاب:

بعد أن يكون قد صدر الإيجاب من أحد الطرفين، أي صدور أرادة نهائية تذهب الى التعاقد قد تنتهي المفاوضات العقدية ويكون ذلك الفسخ، أما نتيجة لنقض الإيجاب أو نتيجة لعدم القبول وحينئذ يكون الخطأ لاحقاً على صدور الإيجاب ولكنه سابقاً للتعاقد، وسوف سنتناول كلا من هاتين الحالتين على النحو التالي:

الاول – نقض الإيجاب:

بعد ان يصل الايجاب الى من وجه إليه تظهر مصلحتان: منفعة الموجب الذي من شأنه ان لا يبقى ملزماً بالإيجاب مادام العقد لم يبرم بعد، ومن مصلحة الإيجاب الذي يستفيد من استمرار الإيجاب قائماً أثناء الأجل، و يمكنه التفكير والتروي،

---

(1) Schmidt(j) ,op.cit,p.107.

(٢)صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص١٢٣.

(٣) سليمان براك دايح الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٨، ص٩٧.

(4) Schmidt(j), op.cit,p.112.

(٥) صبري حمد خاطر: قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الاول، العدد الثالث،١٩٩٧، ص١٢٥.

ومن ثم أتخاذ حكم بالقبول أو الرفض[1]. وعليه فإن فكرة نقض الإيجاب تكون بين كون الإيجاب قائماً أو ان أيجاباً ملزماً وهذا ما سنتطرق إليه وكما يلي:

أ – نقض الإيجاب الملزم:

نص المشرع العراقي ان التزام الإيجاب في المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي النافذ، التي قضت بانه (اذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد) وعلى ذلك يكون الموجب ملتزماً بإرادته الشخصية الى نهاية الميعاد المحدد[2]. أما اذا رغب الموجب لنقض أيجابه خلال هذا الوقت فسعيه مردود عليه، وذلك لأنه لرفضه لهذا الإيجاب قد يفوت فرصة التعاقد على من وجه إليه الإيجاب وهنا لا يستطيع هذا الشخص ان يصدر قبولاً، والخطأ في هذه الحالة يكون مسبقاً على التعاقد ويعالج على وفق أحكام مسؤولية التعويض من جانب اخر إليه الإيجاب عما لحقه من ضرر. وهناك فكرة مهمه بالذكر، انه قد يكون الإيجاب محدد الاجل لكن هذا الاجل لم تحدد صراحة بل تستنتج من ظروف الوضع ومن مجريات الأمور

وهناك قضية عرضت امام القضاء الفرنسي ملخصها ان صاحب الدار قد وجه أيجاباً ببيع منزله لأحد الأشخاص ودعاه لزيارة المنزل، و وافق ان يزور هذا الشخص الدار فرفض الموجب أيجابه وانهى المفاوضات، فصدر حكم ضد صاحب الدار، ومفاده ان هذا المالك ملزم بالإيجاب خلال المدة اللازمة ؛ لتمكين المستأجر من زيارة الدار، وأنه، أي صاحب الدار ارتكب خطأً عندما رفض الإيجاب قبل ان تنتهي هذه المدة على وفق مجريات الأمور[3].

ب – نقض الإيجاب غير الملزم:

وخلال نص المشرع العراقي في المادة (٨٢) من القانون المدني من يصدر الإيجاب، الذي لا يكون مقترن باجل محدد يتمتع بالحرية الكاملة في التراجع عن القرار مادام القبول لم يصدر بعد[4].

في حال تراجع الموجب عن ايجابه وأخل بالتزامه في الموافقة بالمفاوضات، فان ذلك لا يرفض من تحديد سلوك الموجب على انه خطأ، لان هذا الالتزام يكون مصدره في مبدأ حسن النية و لا يكون في الإرادة المنفردة كما في حالة الإيجاب في اجل محدد بمدة معينة[5]. ونستنبط من نص المادة (٨٢) مدني عراقي ان الحرية التامة لمن أصدر الإيجاب ان يرجع عنه قبل ان يستحصل القبول، في حال تراجع فعلا عن أيجابه وان ذلك يؤدي ووفقاً لأحكام القانون في بطلان هذا الإيجاب إلا ان ذلك

---

(١) غني حسون طه، مصادر الالتزام، بغداد ١٩٧١، ص١٠٦.

(2)V.civ.17dec.1958,d.1959,1.33.et revtrim droit civil ,1959.1.33.obs carbonnier

نقلا عن صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص١٢٨، وكذلك ينظر في نفس المصدر القضايا المماثلة في القضاء الفرنسي.

(٣) نصت المادة (٨٢) مدني عراقي على ما يأتي (المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب الى أخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الأعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول بعد ذلك).

(١) حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي، رسالة مقدمة الى جامعة باريس، مطبعة حداد، البصرة، بلا سنة طبع، ص٣٤١.

لا يعارض من تكييف سلوك الموجب على انه خطأ كما ذكرنا أنفاً. وجب على من صدر الايجاب غير الملزم ان لا يتراجع عنه حتى يستطيع الموجب له تدبر شأنه، ومن ثم موافقة الإيجاب أو رفضه، فلا بد من حماية العلاقات القانونية ويكون الهدف لتحقيق هذه الحماية هو عدم الإخلال المسبقة بالثقة المشروعة التي يولدها الإيجاب عند الموجب له[١].

ثانياً – رفض القبول:

ومن جهة أن الإيجاب إذا صدر من أحد الاشخاص المتفاوضين يكون في حقيقته لا يلزم الطرف الآخر بالقبول بل يكون لهذا الطرف الحرية في القبول وبذلك يبرم العقد ولا تكون شائبة على تصرف أي منهما الطرفين، ومن وجه إليه الإيجاب قد يعدل عن الإيجاب الصادر من الطرف الأول فيكون بدوره إيجاباً جديداً وبحاجة إلى قبول، أو عدم الموافقة على الإيجاب أصلا أو لا يرد عليه فلا يعد سكوته قبولاً وهي لا ينسب الى ساكت قول حسب القاعدة العامة[٢]. وعليه فإن هذه الحرية الموجودة للطرف الذي اشار إليه الإيجاب يجب ان لا تكون مطلقة في القبول أو الرفض؛ وذلك لكي تتوازن الامور بين الحرية و طبيعة المفاوضات، وان الايجاب الصادر من الطرف الأول قد لا يصدر الا بعد حصول الثقة المشروعة بإبرام العقد[٣].

وشاهدنا سابقاً، سحب الموجب لإيجابه يخل بهذه الثقة وبالتالي يعد خطأً مسبقاً على تنفيذ العقد فمن جهة أولى اذا تولدت هذه الثقة وعدم موافقة الطرف الثاني القبول، فان عدم موافقة القبول ان لم يقع تحت فكرة القانون فان مبدأ المسؤولية عن قطع المفاوضات يمسي نوعاً من العبث لا جدوى فيه[٤].

وعليه فان الفقه يدعو الى وضع هذه الحرية في رفض القبول فتكون (حرية نسبية) فإن من وجه إليه الإيجاب يحق له حرية الاختيار فيجب عليه ان يضع في نصب عينيه الثقة الموجودة في هذه المرحلة، فعند عدم قرار رفض القبول، فإن عليه ان لا يخل بهذه الثقة اذ أخل بها عد تصرفه خطأ و إذا ما تصرف من وجه إليه الإيجاب يكون بشكل أطال فيه مرحلة المفاوضات على مسار يجعل الموجب يرى الثقة الموجودة من إبرام العقد كلما يلتفت يميناً وشمالاً، ومن ثم يفاجئ بعدم الموافقة على الايجاب دون وجود ما يبين الرفض فيعد هذا الرفض خطأ مسبقاً بتنفيذ العقد[٥].

---

(٢) سليمان براك، المصدر السابق، ص٩٧.

(٢) نصت المادة (١/٨١)مدني عراقي "لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى بيان يعتبر قبولا".

(3)V.schmidt,op.cit.117.

ولمزيد من التفصيل ينظر محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص١٠٥.

(٤) صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين غائبين، دار النهضة العربية، ١٩٦٣، ص٨٩.

(٥) صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص١٢٩.

وهناك قرينة قد تؤيد رفض القبول وتدل انه خطأ وهي حالة صدور الإيجاب من الموجب نتيجة رغبته الى التعاقد من قبل من وجه إليه الإيجاب اذا رفض هذا الطرف القبول دون مبرر مشروع، اذ انه أخذ بمعوله تحطيم مبدأ الثقة المشروعة التي أنشأتها المفاوضات أولاً والدعوة الى التعاقد في الموجب نفسه ثانياً[1].

وسنبين في مثال يوضح هذه الحالة، فلنعتقد أن الطرف (أ) هو من صدر منه الإيجاب بخصوص الدعوة إلى التعاقد من الطرف(ب) فيكون الطرف (أ) في مركز الموجب والطرف (ب) في مركز من وجه إليه الإيجاب فاذا رفض الطرف (ب) القبول دون سبب مبرر فانه أخل بالثقة المشروعة الموجودة في هذه المرحلة فيكون الطرف (ب) قد ارتكب برفضه للقبول خطأً مسبقاً بتنفيذ العقد وعليه وحفاظاً على التوازن الكفة العقدية بين الطرفين المتفاوضين إذا سأل الموجب عن إخلاله بالثقة المشروعة لابد من ان يواجه ذلك الزام الموجب له، بعدم الامتناع عن القبول الا اذا وجد ما يبرره[2].

وهنا نجد أن القضاء الفرنسي قد اصدر قرار حكم بمسؤولية من يمتنع عن القبول من دون أي مبرر مشروع لتعويض الضرر الذي أصاب الموجب[3].

---

(١) محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص١٥١،١٥٢.

(٢) سليمان براك، المصدر السابق، ص٩٨.

(٣) ينظر أحكام القضاء الفرنسي التي أشار أليها صبري حمد خاطر، مصدر سابق.ص١٢٩.

الفصل الثاني

الاثار المترتبة على الاخلال المسبق بتنفيذ العقد

المبحث الاول :تجاهل الدائن للإخلال المسبق بتنفيذ العقد

المبحث الثاني:اسبقية الخطأ في الإخلال المسبق بتنفيذ العقد

تمهيد

بعد أن بحثنا في عموم الفصل الاول مسائل معينة و واضحة نستنتج منها انها تشير الى إخلال سوف يحصل في المستقبل من قبل المدين. الاثر الذي يرتبه القانون فانه يعتمد على موقف الاستنتاج الذي يتخذه الدائن، وعلى الرغم من هذا يكون الامر طبيعياً وفقاً الى القاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، إذا ما خالفوا القواعد الملزمة، وفي هذه الحالة يتدخل القانون بينهما، حينما يعرضون النزاع الذي حصل بينهما على القضاء. وان الدائن الذي يحصل على استنتاج يتخذ أحد الموقفين:

من الممكن ان يعتمد هذا الاستنتاج، ويحق له ان ينهي اتفاق العقد ويرجع بالتعويض على المدين قبل وصول الميعاد المحدد لتنفيذ الالتزام. او من الممكن ان يتجاهل هذا الاستنتاج لكي يبقى العقد قائما لغرض المحافظة عليه، فتترتب على هذا الموقف اثار اخرى، فيكون العقد قائماً حيث انه ملزم على الجانبين ويحق للطرف المدين ان يقوم بالعدول عن ارادته ويعود الى التقيد والزام الدائن بالعقد.

وتترتب على اثاره اخلال مسبق بتنفيذ العقد، ان الدائن يحصل على استنتاج حيث يتم تحديده من خلال الظروف الموجودة والمحيطة به او من خلال كل ما يصدر من المدين من اتخاذ مسلك او تصريح بقول، يدل على ان المدين لن ينفذ التزامه في الميعاد المتفق عليه، وان الاخلال المستنتج يظهر بطريقة يتصورها المدين لتنفيذ التزامه، او في طريقة اخرى يتصورها ويتبعها وتبين نواياه بان الطرف الاخر لن يقوم بتنفيذ التزامه في الميعاد المتفق عليه(١).

ويعد التطبيق الابرز في الاخلال المسبق بتنفيذ العقد الذي يكون محقق بذاته التي نصت عليه المادة (٨٦٨) من القانون المدني العراقي (اذا تأخر المقاول في الابتداء في العمل او تأخر عن انجازه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً ان يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول اجل التسليم(٢).

وان النص قد ورد بطريقة تؤيد وقوع اخلال مسبق بتنفيذ العقد بشكل لا يقبل الشك على ذلك، حيث ان المشرع اذا اورد اصطلاح، وان التأخير عن التنفيذ يحقق إخلالا في تنفيذ الالتزام في الميعاد المحدد، والفسخ يمثل الجزء الذي نتيجته التأخير، وان هذا الإخلال بات مؤكداً، ونستنتج منه التأخير الذي يورد في تنفيذ الالتزام. في العقود الملزمة المتبادلة حيث تقابل للطرفين التزامات، حيث يرتبط تنفيذ التزام كل طرف متعاقد، يعتبر شرطاً موقوفاً عليه تنفيذ كل التزام للطرف الاخر، في حال لم يتحقق هذا الشرط بأخلال احد المتعاقدين للعقد او تحقق، حيث بالإمكان ان المتعاقد الثاني ان يمتنع عن تنفيذ التزامه(٣). فلا يعد إخلالا من جانب الطرف الممتنع ويكون هذا الامتناع مشروعاً، لأنه جاء نتيجة الى إخلال المتعاقد الاخر، وبذلك

---

(١) صفاء العيساوي، الاخلال المبتسر بالعقد واثره، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، ع٢، ٢٠٠٧، ص١٣١.

(٢) انظر ما يقابلها نص المادة (٨٧٠) من مشروع القانون المدني المصري الملغاة.

(٣) فولد في مجلة نبراسكا، ص٢٦٩، نبذة ١، سمسون، ص٥٢٠، نبذة ١٤٧،

Pryor v. Hunter, 31 Neb, 678, 48 N.W. 736, Chermak v. Smelik 112 Neb. 54, 198 N.W. 562.

من الممكن ان يتخذ الدائن تجاه الاخلال موقفاً سلبياً، وهو يمتنع عن الاستعداد لتنفيذ التزامه او عدم رغبته لتنفيذ الالتزام عندما يحل موعد الوفاء بالإخلال، إذ انه اذ ما طولب بالتنفيذ يجب عليه ان يدفع المطالبة بالإخلال المطالب بالتزامه(١). وان هذا الموقف أو الاتجاه السلبي قد يغني الدائن عن التصرف بأي جزاء اخر، واذا لم يلتزم في اي اتفاق بالأداء وفقاً للعقد، ولم يكن قد اصيب بضرر من جزاء الإخلال(٢).

ويلاحظ أن الامتناع عن الالتزام، وإن كان بحسب الاصل يحق للدائن استعمالها ان شاء، أو أهملها او استمر في التنفيذ، حيث يصبح في بعض الحالات واجباً عليه، حيث انه لا يجوز ان يستمر في التنفيذ بعد الإخلال، وذلك اذا كان هذا الاستمرار يزيد الاضرار التي تلحقه بسبب اخلال المدين، وبهذا يزيد مقدار التعويض، إذ انه سوف يلتزم به في مواجهة الدائن(٣). ويترتب على اخلال احد المتعاقدين لالتزاماته المؤجلة فعلى المتعاقد الاخر ان يختار بين جزاءات اربعة(٤).

اولاً: ان يمتنع عن تنفيذ التزامه او الاستعداد لغرض تنفيذ التزاماته المؤجلة، وان ينتظر موعد الاخلال المضروب للميعاد المحدد لتنفيذ التزامات مدينه ويقوم برفع دعوى عليه بطلب التعويض عن الاضرار الناتجة التي لحقته من جزاء الاخلال بالعقد.

ثانياً: انه يتجاهل هذا الاخلال وكأنما شيئا لم يكن، ويتجه في تنفيذ العقد من جانبه، حتى اذ لم يأت موعد تنفيذ التزامات المدين، ويقيم عليه دعوى التعويض في حال الامتناع عن وفائها.

ثالثاً: يحق له ان يفسخ العقد في الحال، ويحق له المطالبة باسترداد ما وفاه بناء عليه او قيمته.

رابعاً: ان يقيم على المدين المخل دعوى التعويض دون انتظار موعد الأجل المتفق عليه.

وعليه نقسم هذا الفصل الى مبحثين نتكلم في المبحث الاول تجاهل الدائن للأخلال المسبق بتنفيذ العقد. اما في المبحث الثاني اسبقية الخطأ في الاخلال المسبق بتنفيذ العقد.

---

(1) Miswold- Wide Co. and al. V. Armory Realty Co., 243 N.W. 492 (1932).

(٢) لمبيرج في مجلة كورفل ١٠- ص١٣٧.

(٣) ويلستون ص٣٧٥٣ نبذة ١٣٣٧، وأنظر كذلك:

United Press Association v. National Newspaper, 237 F. 547 – 553.

(٤) كورين ص٨٥٥، سمسون ص٥٢٠ نبذة ١٤٢، لمبيرج في مجلة كورنل ١٠ ص١٧٨، بولوكس ص٢١٤، وأنظر كذلك:

Bare v. Victoria Coal and Coke Co., 80 S.E. 941 (1914), Bu-Vi-Bar Petroleum Corporation, 40 F. 2d. 488 (1930).

المبحث الاول :تجاهل الدائن للإخلال المسبق بتنفيذ العقد

لما كان حقاً على الدائن التنفيذ المستقبلي، فأن مبدأ سلطان الارادة يكون هو الاصل ويجب الامر ان يكون له خيار، عندما يحصل إخلال مسبق بتنفيذ العقد من قبل المدين، يبين ان يتجه الى الجزاءات القانونية التي يقررها بخصوص هذا الإخلال وتكون بالطريقة التي يطبقها اعمال هذه الجزاءات، بحيث يستطيع الدائن ان يكون خيار الابقاء على العقد، وان يتجاهل اخلال المدين ويعتبره كانه شيء لم يحدث، وله في سبيل ذلك ان ينفذ التزامه، او يلتزم بالوفاء بها، حتى اذا ما جاء موعد تنفيذ التزامات المدين، طالبه بهذا التنفيذ، فاذا امتنع يحق له تطبيق القواعد العامة. ومن الممكن جبره على التنفيذ العيني، ويحق له ان يطالب بفسخ العقد، مع ضمان حقه في طلب التعويض في الحالتين ان كان له مقتض (م ١/١٥٧ من القانون المدني).

ولكن يلاحظ أن الدائن لا يحق له الاستمرار في التنفيذ على الرغم من إخلال المدين، ان يزيد من الاضرار على هذا الإخلال الذي تترتب عليه، وتكون القاعدة في القانون المصري و الفرنسي مشابه الى القانون الامريكي، ويكون فيها التعويض لا يشمل الضرر ومن قدرة الدائن على ذلك ان يتوقاه ببذل عناية وجهد معقول (م ١/٢١١) من القانون المدني المصري، فممكن تجنب الإضرار حيث انها لا تدخل في مقدار التعويض، لان التزام الدائن في تخفيف الاضرار الناتجة عن ذلك، ويكون هذا من جهة بعض الشراح تطبيقاً الى مبدأ مراعاة حسن النية بالالتزام في تنفيذ العقد، وعلى اساس ان فكرة هذا المبدأ يقيد المدين والدائن على السواء[١]. فان الدائن اذ يستطيع تخفيف او تقليل من الاضرار الناتجة عن اخلال المدين لكنه لم يفعل ذلك، بل قام بزيادة هذه الاضرار بإصراره على الالتزام من جانبه في تنفيذ التزاماته، رغم تصريح المدين بانه لم يقم بتنفيذ التزامه، وفي هذه الحالة ليس له حق الدائن ان يطالب بالأضرار التي حدثت عن هذا الاستمرار، لأنه كانت له القدرة على ايقافها ببذل جهد معقول.

ونلاحظ مع ذلك، انه استثناء من وجوب ان يحدث الالتزام المدفوع بعدم تنفيذه، ويحق للدائن ان يوقف تنفيذ التزامه اذا كان إخلال المدين بالتعهد، وصرح بالقول عدم نيته ورغبته في تنفيذ الالتزام عند حلول الميعاد المتفق عليه، وليس له القدرة ان يرغم الطرف الاخر (المتعاقد) على الالتزام بالتنفيذ وإخلال المتعاقد الاخر قائم، لم يسحبه او يتراجع عنه، فهذا الإخلال يخل بالتوازن الذي حدده الاتفاق بين الطرفين لغرض الالتزام، ان المتعاقد عند التزامه لكي يحصل على فائدة تترتب على تنفيذ التزامه ولو كان هذا التنفيذ مؤجلاً[٢].

فما دامت للعقد منفعة ترجع على طرفيه بالدرجة الاساسية، وان القانون لا يقوم بفرض الجزاءات التي تترتب على الاخلال المسبق بتنفيذ العقد الا في حال تقديم احد اطرافه طلب، وملخص ذلك يحق للدائن خيار اللجوء الى الجزاءات او تركه (عدمه)، وهناك نتيجة مهمه تكون على خيار الدائن في هذا الخصوص انه لا يسأل عن احد الخيارين؛ لكي يتخذ إحداهما

---

(١) حلمي بهجت بدوي، في اصول الالتزامات، ص٣٩٥، نبذة ٢٧٩، حسين عامر، في القوة الملزمة للعقد، ص٤٦، نبذة ٣٩.

(٢) كاسان في رسالته من الدفع بعدم التنفيذ ص ٥٤٦.

مادام القانون يحدد له ذلك، ففي حالة الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، حيث انه لا يسأل الدائن عن تجاهله الى هذا الإخلال وانتظار الميعاد المتفق عليه للتنفيذ رغم منه المحافظة على العقد، وبجملة اخرى، عند اخلال مدينه، فما يتوفر للدائن بالعقد هو اللجوء الى حماية القانون وقوم طلبها عن طريق القضاء[١].

ما تقدم لذلك فقد يحصل اختلاف بين الآراء التي تتقدم بخصوص تفسير المواقف التي يحددها الافراد في هذه الحالة، وقد يتطلب تحديد الدائن للخيار اما هو اللجوء الى الجزاءات او الجزاء الفوري، او بغض النظر عن ذلك الخيار وتأجيله والابقاء على العقد. وعند تجاهل الطرف الدائن عن الالتزام يتجه الى حدوث اخلال قد يحصل في المستقبل ويترتب على هذا الاخلال اثاراً معينه، وبناء على ذلك، تم تقسيم المبحث الى مطلبين، نبين في المطلب الاول حالات تجاهل الدائن للإخلال المسبق بتنفيذ العقد. اما المطلب الثاني الأمور التي تترتب على تجاهل الدائن للإخلال المسبق بتنفيذ العقد

المطلب الأول:حالات تجاهل الدائن للإخلال المسبق بتنفيذ العقد

إن القاعدة العامة التي توجد في الالتزامات القانونية الواجبة التنفيذ هي عند عدم تنفيذ المدين التزامه العقدي في هذه الحالة يكون الدائن بالخيار من جهة الجزاءات التي تكون في هذه الحالة، فيحق له المطالبة بالتنفيذ المقابل أو بالتنفيذ العيني اذا كان ممكناً، وايضاً يحق له طلب فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض، وهذا حق مشروع، وفي كلا الحالتين إن كان له مسوغاً كما لاحظنا ذلك سبقاً[٢]. فهنا يشير أن الدائن، له مطلق الحرية على ترك خيار تنفيذ العقد، فله الحق في طلب الفسخ او التراجع عن طلب التنفيذ[٣].

وتجدر الاشارة هنا ان الدائن اذا قام باختيار طلب التنفيذ فيكون العقد قائماً سواء أكان قد نفذ تنفيذاً عيناً او بمقابل، في هذه الحالة يكون ملزما الى الطرفين، إذ انه يجب على المدين تنفيذ التزامه حسب الاتفاق بينهما.

إن القانون المدني العراقي وما يقرره للدائن في بعض الامور تدخل في صور الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، ويكون له الحق في فسخ العقد فمن الواجب تحديد طبيعة الحق التي تتجه الى فسخ العقد اولاً. لنرى كيفية إمكان الدائن النزول عنه من عدمه

بصورة عامة تقسم الحقوق على طائفتين، وتمثل هذه الطائفتين عناصر ممتلكاته المالية للشخص، وهي: الحقوق الشخصية والحقوق العينية، وهناك توجد طائفة ثالثة اجتهد الفقه بالبحث وكشفها من خلال دراسة وتحليل فكرة الحق، وتسمى بالحقوق الترخيصيه، الارادية، الثانوية. وتتميز هذه الحقوق (انها سلطات لصاحبه تمكنه من التأثير في مراكز قانونية سابقة بإنهائها او بتعديلها او تقوم بإنشاء غيرها، حيث تكون عن طريق نشاط ويكون من طرفه[٤].

---

(١) علي حسين منهل، الاخلال المسبق بالعقد، ١٣٨.

(٢) عادل جبري محمد، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥، ص٧٥.

(٣) حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، أحكام الالتزام، اثبات الالتزام، بغداد، ١٩٧٦، ص١٩٠.

(٤) عبدالحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، القسم الاول، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، السنة الاولى، يناير ١٩٥٩، العدد الاول، ص ١٦١.

ان هذه الحقوق تتبين من ذلك انها تقسم على ثلاثة اقسام: حقوق ترخيصيه تكون منشأة وتترتب على ذلك انشاء علاقة قانونية او يمكن الحصول على حق شخصي او عيني مثل حق الدائن عندما يحصل على رهن على مال المدين او من كان قد وجه اليه الايجاب في حالة قبوله او رفضه، فضلاً عن ذلك أن هناك حقوقاً ترخيصيه معدله يترتب على استعمالها العلاقة القانونية التي تعدل كحق للخيار في الالتزامات التغييرية وحق تعيين شخص اخر في الاشتراط لمصلحة الغير، اما القسم الثالث فيكون الحقوق الترخيصيه القاضية التي تترتب على استخدامها انقضاء علاقة قانونية، إذ يطلق عليها الحقوق السلبية. ويكون مثالها الحق في انهاء علاقة قانونية او فسخها[1].

ويكون دخول الحق لطالب الفسخ كما في القسم الثالث من هذه الحقوق. يكون هذا الحق ترخيصيا سلبيا، ويتميز هذا الحق انه يرخص الى صاحبه ان ينهي العلاقة القانونية حسب ارادته المنفردة من دون ان يخول جهة على شيء او شخص، ولذلك قد سمي بالحق الثانوي او نصف الحق. ان الشيء الذي يميزه هو ليس عرضه للاعتداء عليه، لأنه لا يحدد واجباً معيناً على شخص او عدة اشخاص معينين باتخاذ مسلك معين، ويكون مخالفاً للحقوق التي تكون عادية مثل حق الملكية الذي يمكن التعدي عليها من غضب الشيء مثلا، ويكون ليس من الحق الترخيصي السلبي خضوعا من جهة شخص واحد او مجموعة اشخاص لا يستطيعون التخلص منه، ولا تتوقف على ارادة استعمال صاحبه في مواجهته، فأن ارادته تكون غير مجدية حيث لا يكون متوقف عليها حدوث الاثر القانوني[2].

وتجدر هنا الاشارة أن الدائن غير مجبر على الابقاء في خيار تنفيذ العقد، فيحق له العدول عن طلب التنفيذ الى الفسخ او بالعكس، ونبين ذلك اذ الدائن اختار طلب التنفيذ فيكون العقد قائماً سواء أكان تنفيذه عينياً او بمقابل، ويكون ملزماً للطرفين في هذه الحالة وحيث ملزم ان ينفذ المدين التزامه كما يجب عليه الالتزام بالميعاد المتفق عليه.

فقد اتجه القضاء في كثير من احكامه، يكون حق للمتعاقد ان يعتبر العقد مفسوخاً من دون ان يصدر حكماً بالفسخ، الذي يؤيد الفقه بصورة عامه هذا القضاء، على انه لا تتوفر ضرورة من المحكمة من اصدار حكم الفسخ، حيث انه لا يوجد هناك مبرر للتمسك بهذا الحكم، حيث يمكن ان نقرر بإيجاز ان احكام القضاء في هذا الامر، للدائن الحق ان يفسخ العقد بإرادته من دون ان يصدر حكماً في حالات ثلاثة:

الحالة الاولى: حيث انه اذا كان إخلال المدين في التزامه باتاً و نهائياً، حيث انه تترتب عليه في هذه الحالة العرض المقصود من العقد، قد اصبح من غير الممكن إبعاد أثر هذا الاخلال، كما لو التزم المدين بالامتناع عن شيء معين ثم احدثه، او تعهد بالقيام بفعل في خلال اجل معين وانتهت مدة هذا الاجل دون إنجاز ما قام بالتعهد به، مثال على ذلك، تعهد مقاول بعمل منصة حيث تم استعمالها لغرض الاحتفال بالعيد، فينتهي العيد ولم يبن المنصة.

---

(١) المصدر ذاته، ص ١٦٣-١٦٥.

(٢) عبدالحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، القسم الاول، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، السنة الاولى، يناير ١٩٥٩، العدد الاول، ص ١٦٢-١٦٣.

إن هذه الحالات لا تحتاج الى المتعاقد الاخر الذي لم يحدث من جانبه اي إخلال بخصوص إصدار حكم بفسخ العقد، ومن يتصرف على هذا الاساس يعتبر مفسوخاً عقده[1].

الحالة الثانية: وهي إن كان بانتظار الحكم بإصدار الفسح، يحدث و يتسبب الى اضرار الدائن ضرراً كبيراً، فان اخلال المدين قد يخلق خطرا يحدث بمصلحة الدائن، فيكون الدائن هنا في حالة ضرورة تبرر ان يعتبر العقد مفسوخاً، وان يثبت مركزه على هذا الاساس، دفعاً لما تحدث من اخطار[2]. وان ذلك يحدث كثيراً في مجال عقود العمل، وفي هذه الحالة تتعرض مصالح رب العمل الى خطر في حال عدم التزامهم، باحترام عقد العمل، ويكون الاستمرار في تنفيذه لغاية صدور الحكم، في حال امتناع العامل عن عمله، وكان بخصوص هذا الامتناع وقف العمل في المصنع يكون جزئياً او كلياً، ففي هذه الحالة لا يمكن ان يلزم رب العمل بالانتظار لحين صدور قرار الحكم بالفسخ، ولابد ان يكون له حق في التعاقد مع عامل اخر دون ان ينتظر صدور ذلك الحكم.

في حال أن الإخلال اذا كان قادماً من جهة رب العمل الذي رفض ان يمكن العامل من عمله، او يدفع له الاجر، في هذه الحالة لا نستطيع ان نلزم العامل بالانتظار من دون عمل ويكون بانتظار القضاء بإصدار حكم بفسخ عقد العمل، في خصوص هذا الامر، يجب ان نسلم لهذا الشخص الذي عمل بالحق في الالتحاق في اي عمل آخر[3].

الحالة الثالثة: في حال إخلال الطرف المتعاقد بالتزامه بوجود حسن النية في تنفيذ العقد[4]. فإننا سوف نعرض فيما يلي بعض احكام و قرارات الفسخ التي فعلها الدائن بإرادته المنفردة، ولكون المدين قد أخل في الالتزام بتنفيذ العقد بصورة تتفق مع مراعاة حسن النية.

قضت محكمة النقض الفرنسية في الرابع من يناير عام (١٩١٠) ان الطرف الممثل التجاري الذي يتخلى عن التزامه في العمل دون اخطار البيت الذي كان يمثله لا يرتكب خطأ ملتزماً بمسؤوليته، بحيث اذا كان سبب تركه للعمل هو الاحتيال الذي وقع من جهة البيت التجاري الذي قد فرضه عليه شخصاً في تجواله، في حال لو تبين معرفة زبائنه قد استغنى عن

---

(١) رينيه موريل، في تعليق له على نقض ٢٢ ديسمبر ١٩٢٠: سيرى ١٩٢٢٢- ١- ٣٦٩، لبريه في المجلة الانتقادية، ص ٦١٤، حلمى بهجت بدوى في اصول الالتزامات، ص ٤٨٦، نبذة ٣٤٩.

(٢) كاسان في رسالته، ص ٣٥٥، سافانييه في تعليق له بدالوز ١٩٢٠ – ٢ – ٤١، موريل في تعليق له بسيري ١٩٢٢ – ١- ٣٦٩، بلانيول وريبير واسمان ج٦، ص ٥٧٦، نبذة، ٤٢٨، جان بولانجيه في موسوعة دالوز، ج١، ص ١٠١٦، نبذة ١٥٦، فاسير في بحث له بعنوان الاستعجال و القانون المدني بالمجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٨٥، ص ٤٢١، نبذة ١١، ص ٤٢٤، نبذة ١٤.

(٣) ٧٧، ١٠ مايو ١٨٨٧ دالوز ١٨٨٨- ٢- ٧٦، عرائض ٢٠ يناير ١٩٠٢- ١- ١٥٥، مدني ٢٥ ابريل ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٦- ١- ٨٧٩، اجتماعي ١٢ يناير ١٩٤٥ جازيت دى باليه ١٩٤٥- ١- ٨٨.

(٤) كاسان في رسالته عن الدفع بعدم التنفيذ، ص٣٥١، فاليمر سكو في رسالته ص ٤٤٦-٤٤٩، بلانيول وريبير واسمان، ج٦، ص ٥٧٦، نبذة ٤٢٨.

خدماته، وان البيت التجاري في هذه الحالة لا يجب ان يتمسك بما تنص عليه المادة (١١٨٤) من ضرورة الحصول على قرار الحكم قبل التحليل من العقد[١].

وبالإضافة الى ذلك، فقد قضت نفس المحكمة في ١٧ يناير ١٩٠٦، اذ أراد احد المتعاقدين رفض التزامه، يحق للمتعاقد يحق للمتعاقد الاخر ان ينهي العقد دون الحاجة الى صدور قرار حكم من القضاء بذلك، وقد تطبقت هذه المبادئ في دعوى تلخصت وقائعها، بما يلي: هناك سيده قد وكلت شخص عنها في تحرير وثائق تأمين على مبلغ اتفقا عليه، وانها تعدت على الشخص الذي اتفقت معه، كونها لا تقم بتحرير الوثائق الا عن طريقه او بواسطته، حيث ان هذا الاتفاق اقترن بشرط جزاء في حال مخالفة السيدة للتعهد فتوجب عليها دفع مبلغ من النقود، وحدث في ذلك ان السيدة قد ابرمت ثلاث وثائق تأمين دون وساطة الوكيل مع احد الشركات، حيث ان الوكيل اقام عليها دعوى قضائية مطالباً بالشرط الجزائي وإلزامها بالتعويض المتفق عليه، الا ان محكمة الموضوع قد رفضت الدعوى التي قدمها الوكيل على اساس المدعى عليها، فسعت لإتمام هذه الوثائق بواسطة المدعى، ولكنه رفض ان يقوم بما طلبت منه لأنه سوف يقوم بالتخفيض في عمولته، وان المحكمة قد ايدت النقض بخصوص هذا الحكم، وقد قررت ان رفض المدعى يعتبر خطأ، وان محكمة الموضوع لها الحكم في تقدير الوقائع بخصوص الدعوى واستخلصت منها ان المدعى عليها التي كانت ضحية لسوء نية المدعى، حيث انها لم تخالف العقد، وحيث انها لا تلتزم باي تعويض[٢].

وفي الحالات الثلاثة المتقدمة، لقد اجازت المحاكم الخروج عن الاصل العام بخصوص الفسخ، ولقد اقرت بما قام به الاطراف المتعاقدة حسب ارادتهم المنفردة من خلال تحليل الرابطة العقدية، وان هذا الخروج قد يتبرر في حالة ما اذا كان الاخلال نهائياً وباتاً، حيث ان طالب الفسخ في حال عرضه على القضاء لا يمكن ان يرفضه، وان يقوم بإعطاء مدة الى المدين في الالتزام في وفائه، وان قيام المدين بالتنفيذ يكون من تلقاء نفسه في هذا الحالة يكون غير مجد لعدم قدرته على ازالة المخالفة التي وقعت بالفعل[٣].

اما طرقة الفسخ التي تحدث دون قرار حكم القضاء، ومثال على ذلك، اذا كان انتظار الحكم سوف يتجه الى الاضرار بالمتعاقد، فان هذا يقوم على حالة الضرورة التي تستدعي التجاوز عن الحصول على قرار حكم السماح للدائن بانقضاء حقه بنفسه[٤].

واخيرا أن ما يبرره التجاوز عن اصدار حكم الفسخ، يكون في حالة مخالفة المدين لواجب حسن النية، وان هذا التمسك بضرورة اصدار الحكم يكون نوعا من الحماية الوقائية لا يفرضها المشرع الا على المتعاقد "حسن النية"، حيث انه في حال

---

(١) يسرى ١٩١١ – ١ – ١٩٥.

(٢) دالوز ١٩٠٦ – ١– ٢٦٢، سيري ١٩٠٦– ١– ٢٠٥.

(٣) لبريه في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤، ص ٦٢٠.

(٤) فالمرسكو في رساله، ص ٤٣٨–٤٣٩، بلانيول وريبير واسمان، ج٦، ص ٥٧٧، نبذة ٤٢٨.

اخلال احد الاطراف المتعاقدة بمبدأ حسن النية، لم يكن له ان يتمسك في مواجهة المتعاقد الاخر بضرورة اصدار قرار حكم الفسخ، بل يكون اعتبار العقد مفسوخاً دون الحاجه الى حكم، ولا يعتبر ذلك خطأ او اخلالا.

الفرع الأول:تجاهل الإخلال المسبق بتنفيذ العقد من جهة الاتفاقيات الدولية

حسب سياق البحث في طبيعة الحال، إن ما يتبادر في الذهن كثير من التساؤلات حول موقف الإنكلو أمريكي من جهة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، لكون القانون الإنكلو أمريكي هو مبدأ هذا الاخلال. وهو يعتبر إخلال كل مصدر أو مسلك خارجي يصدر عن المدين، ويفصح عن نيته عدم تنفيذ العقد عندما يحل موعده.

وإن هذا المظهر قد يكون عبارة عن تصريح شفوي أو تحريري، او اي فعل اخر يقوم به المدين[1]. يعبر به عن نيته في موعد تنفيذ التزامه المؤجل في الميعاد المحدد، ويشترط في هذا التصريح ان يكون قطعياً وواضحاً اي غير غامض ومطلق[2]. بما أنه صاحب هذه الفكرة قد رتب آثار مختلفة بناء على حدوثه. وكذلك من المحتمل ان تطرح بعض التساؤلات بخصوص نهج هذا القانون في تجاهل الإخلال المسبق بتنفيذ العقد من جهة الدائن ورغبته في الاستمرار في الاتفاق على الرغم من هذا الإخلال المستنتج، في القوانين المدنية. فهل يتشابه هذا النهج؟ إن كل هذه التساؤلات سوف نتطرق لها في هذا الفرع، ومن خلال ذلك سوف نقف على الموقف في الاتفاقيات الدولية من تجاهل الاخلال المسبق بتنفيذ العقد في نقطتين تبعاً لذلك:

إن اتفاقيات التجارة الدولية لم تتضمن كما فعلت اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠، وقد نصت الاتفاقية نصاً صريحاً يحق للدائن الخيار عند حدوث اخلال مسبق بتنفيذ العقد من قبل المدين عند تجاهله الاخلال، وانما رخصة الاتفاقية من خلال نص المادة (٧٢) يكون للدائن خيار فسخ العقد، متى ما بات واضحاً الى الدائن ان المدين سوف يرتكب اخلالاً في التزامه المتفق عليه، وان كانت الاتفاقية لم تعط قراراً واضحاً لخيار الدائن وتجاهل الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، حيث يمكن معرفة بعض الامور ونصوص قد وردت بصورة غير مباشرة في الاتفاقية، ومثال على ذلك نلاحظ أن المبادئ المهمة في الاتفاقية تقوم عليها بصورة غير مباشرة، فمثلاً من الممكن ان نلاحظ، المبادئ المهمة التي تقف عليها الاتفاقية حيث يكون حرص الابقاء على العقد قائماً ومستمراً الى أقصى حدوده، وذلك للمصداقية بينهما ومراعاة حسن النية في تعاملات التجارة الدولية[3].

---

(1) Mcintosh v. Miner et al 1899, 55 N. Y. S. 1074.

(2)Dingley v. Oler, United States Sup. Ct. April 5, 1886, 117 U.S. 490; Vittum v.Estly, Sup. Ct. of Vermont, Dec. 3, 1894, 31 A. 144;
Bare v. Victoria Coal and Coke Co., Sup. Ct. of Appeals of West Virginia Feb. 3, 1914, So S.E. 941; Milton v.Lumber Co. v. Banfield et al., Sup. Ct. of Connecticut, April 25, 1933, 165 A. 785; Kimel et al.v. Missouri State Life lns. Co.; Circuit Court of Appeals, June 8, 1934, 71 F. 2d. 921.

(٣) ينظر: محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٦١.

بأنه فسخ قررته الاتفاقية أن يكون الملجأ الاخير، إذ يلجأ إليه الدائن، وقد اشترطت في هذا الأمر عدة شروط، ومنها، على الدائن ان يعلم الدين برغبته بفسخ العقد، لأجل السماح بتقديم التأمين والضمان الكافي له[١].

فإن تقديم المدين إلى الدائن التأمين او الضمان وهنا يمنع الدائن من حقة بفسخ العقد فإنه لا يعفى الدائن من الإخطار الا في حالة، وهي حين يصرح المدين بانه لم يقم بتنفيذ العقد، وكذلك اذا ما كان الميعاد لا يسمح بتوجيه الإخطار[٢].

تهدف اتفاقية فينا الى حماية المتعاقد مشترياً أو بائعاً، مديناً أو دائناً، وذلك عن طريق منحه وقف تنفيذ التزامه، اذ تبين بأن مدينه سوف يخل بتنفيذ التزامه مستقبلاً، وهذا انه ليس من الإنصاف بشيء على اجبار المتعاقد عندما يتبين له ان الشخص الاخر لم ينفذ جانباً مهماً من التزامه، ويكون في انتظار موعد تنفيذ التزامه حينها يطالب بحقوقه عندما يحدث الإخلال بالالتزام، وبالإضافة الى ذلك لا يجوز من جهة اخرى ان يلزمه بتنفيذ التزامه او يقوم بالتحضير له، في حين ذلك، لا ينتظر تطبيق جانب آخر لجانب مهم من التزامه، ويتوقع ان يحدث إخلال مسبق به[٣].

وعليه فان فكرة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد التي تثور او تكون في ذهن المتعاقد الاخر في عقود البيوع الدولية والتي بنيت على أسباب جديه موجودة لا مجرد محل شك، وقد يكون مبرراً في هذه الاحتمالية وتعكس سوء النية في تنفيذ الالتزام، وان هذه الوسيلة التي يلجأ اليها المتعاقد هي الإخلال بتنفيذ الالتزام، وبالتالي فان اتفاقية فينا التي نظمت العقد بخصوص البيوع الدولي للبضائع في هذا الخصوص قد اعطت للدائن حق، ان يوقف تنفيذ التزامه متى ما وجُدِت أسباب تدعو الى وجود إخلال مسبق واحتمالية ان يخل مدينه بتنفيذ التزامه[٤].

إن اتفاقية فينا إضافة الى ذلك، انها تهدف الى مراعاة مصالح الطرفين في خصوص العقود الدولية، إذ انها ألزمت قيام الدائن الذي تجاهل تنفيذ التزامه وإخطار مدينه، حتى يتمكن الطرف المدين تقديم الكفالة الكافية دون متابعة الدائن تجاهل تنفيذ الالتزام، وان الاتفاقية تهدف الى المحافظة واستمرارية العقد والضمان في التنفيذ، وتحاول قدر الامكان من تقليل حالات فسخ العقد[٥].

وإضافة الى ذلك، أن اتفاقية فينا قد وضعت قيودا على استخدام الحق في الفسخ، ومن خلالها تؤكد على أهمية الحفاظ على العقد وتلافي فسخه؛ لأنه من احد المبادئ الاساسية فيه، ومن جانبها ألزمت الاتفاقية الطرف المشتري حتى يستطيع

---

(١) ينظر نص المادة (٧٢) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع.

(٢) ينظر الفقرة (٢، ٣) من المادة ٧٢ من اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠.

(٣) انظر: امين دواس، الحق في وقف تنفيذ الالتزام في ضل اتفاقية البيوع لعام ١٩٨٠ مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الخامس، ص٨٢.

(٤) انظر : امين دواس، مصدر سابق، ص٨٥.

(٥) انظر: خالد احمد عبدالحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠، ط٢، ٢٠٠١، ص ٣٧٤، وانظر: امين دواس، مصدر سابق، ١٢٦.

التمسك في العيب في البضائع ومن ثم المطالبة بالجزاءات المقررة بهذا الامر مثل فسخ العقد، اي يقوم الطرف المشتري فحص البضاعة، فضلاً عن ذلك يخطر البائع حينها بالعيب الذي كشفه فيها[١].

لقد اتجهت الاتفاقية الى خطوات واسعه نحو مساعدة العقد وانفاذه والحفاظ عليه من الفسخ، وذلك الزام الطرف المشتري من الامتناع عن استخدام حقه في فسخ العقد، وحيث وافقه اصلاح البضائع المعابة في المطابقة، بحيث اذا تسلم البضاعة قبل الموعد وقام البائع بعرض هذا الاصلاح، ولن تكون عليه مضايقة الطرف الاخر (المشتري) او يقوم بتحميلة نفقات غير معقولة، حتى وان كانت المخالفة التي حصلت جوهرية، وان هذا الحق ان يستمر في الاصلاح للبائع حتى حلول الموعد المحدد للتسليم[٢].

إن اتفاقية فينا في المادة (٧٢) تجيز للدائن فسخ العقد والتي نصت عليها في الفقرة الاولى "اذا تبين بوضوح قليل حلول موعد تنفيذ العقد من أن احد الطرفين سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد جاز للطرف الاخر فسخ العقد"، فإذا كان فسخ العقد اختيارياً يكون الابقاء عليه و تأكيده ايضاً اختيارياً، وهنا لا يكون الدائن باختيار الفسخ للعقد في حالة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، بل هنا يكون له الخيار بين التنازل او الفسخ، والابقاء على العقد قائماً ويكون ملزماً للطرفين[٣].

وفي الخلاصة، يتضح لنا من خلال الاتفاقية و الأهداف و الأسس التي يقوم عليها هذا الحق هي:

أ- مبدأ العدالة.

ب- مبدأ مراعاة حسن النية.

ج- الموازنة بين مصالح الأطراف التي تتعاقد في عقود البيع الدولي.

د- الحفاظ على العقد وتقليل حالات الفسخ.

الفرع الثاني:التخلي عن الحق في إلغاء العقد في القانون المدني

من أهم العقوبات التي رتبها المشرعون العراقيون في بعض الصور التي تقع ضمن نطاق الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، هو الحق في إلغاء العقد[٤]. علاوة على ذلك، إذا أوقفنا حقوق الدائنين، فسوف نلاحظ أن حق الإبطال يدخل في سلسلة من

---

(١) ينظر: لطيف جبر كوماني، علي كاظم الرفيعي، عقد البيع الدولي للبضائع، منشورات مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص١٧٠.

(٢) خالد احمد محمد عبدالحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠، ط٢، بلا مكان نشر، ٢٠٠١، ص٣٧٣.

(٣) ينظر:

Stefan Koreal, Lokas Mistelis, Op. Cit. p. 212.

(٤) وسن كاظم زرزور، الاخلال المتوقع بالعقد، ص١٢٦.

الحقوق، تسمى حقوق الترخيص، ونعرف هذه الحقوق على أنها (يمكن لأصحابها التأثير على حقوقهم المقابلة سلطة التعديل أو الإنهاء أو الوضع القانوني عن طريق نشاط من جانبه وحده)[١].

يشير التعريف إلى أن هذه الحقوق مقسمة إلى حقوق ترخيص ثابتة، وأن استخدام حقوق الترخيص هذه سيؤدي إلى إقامة علاقات قانونية، مثل حق الدائنين في الحصول على رهن عقاري على أموال المدين، وحقوق الترخيص المعدلة لتعديل العلاقة القانونية إلى التزامات طوعية اختياريه. والنوع الثالث من هذه الحقوق هو حقوق الترخيص التي تشكل التزامات، ويؤدي استخدامها إلى إنهاء العلاقات القانونية، ويطلق عليها الحقوق السلبية، مثل الحق في إنهاء العقود[٢].

لذلك فالإلغاء هنا لا يتعلق بالنظام العام، فيتم إلغاؤه بسبب تعليقه الصريح أو الضمني، ولكن تجدر الإشارة إلى أن الشكوى من استخدام هذا الحق ليست إلغائه ضمنيًا[٣]. نظرًا لأن الإلغاء هو حق ترخيص ويسمح بالتنازل عنه، فيجب علينا هنا التمييز بين حالتين: قبل تاريخ انتهاء الصلاحية (أي قبل فترة التنفيذ) للتنازل عن الحق في طلب الإبطال، وقبل أن يصبح الوعد فوريًا (أي قبل نهاية الموعد النهائي) لطلب الإلغاء الثاني، سنشرح الفرق بين الاثنين بطريقتين:

أولا: النزول عن الحق في الفسخ بعد ثبوته (بعد حلول الأجل):

يرجع الحق في سحب حق الطلب بعد المهلة إلى تخلي الدائن عن حق طلب السحب عندما يفشل المدين في أداء التزاماته بعد انتهاء المهلة، المصطلح هنا لا غنى عنه، لأنه سواء من خلال القضاء أو على أساس شرط إلغاء واضح، يتم إلغاء الإلغاء عن الحقيقة، وليس فقط الأمل، بناء على شرط فاسخ صريح[٤] لذلك، في حالة التقصير الفوري للمدين، من الممكن ولا مفر من أن يتخلى الدائن عن الحق في إلغائه.

ثانياً: النزول عن الحق في الفسخ قبل ثبوته (قبل حلول الأجل):

ما نعنيه أن الدائن تخلى عن حق إلغاء الدين قبل أن يصبح الدين نافذاً على الفور، وهذا في نطاق موضوع البحث، ويطرح سؤال هنا، هل يمكن استخدام الترخيص لإلغاء العقد؟

الفقه هنا اختلف وفي هذه الحالة يرفض بعضهم سحب إذنهم لأنهم لا يزالون في مرحلة الأمل ولأنهم يمثلون حقوقًا غير كاملة، فلا يُسمح لهم بالاستسلام إلا إذا حصلوا على دليل فعلي، ومع ذلك، على الرغم من اختفاء جانب آخر من الفقه،

---

(١) مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية و الاقتصادية، العدد السادس و الخمسون، القاهرة، ١٩٨٦.

(٢) عبدالحي الحجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العدد الاول، السنة الاولى، يناير، ١٩٥٩، العدد الاول، ص١١٦١

(٣) عمر علي الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ٣٢٥.

(٤) حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، احكام الالتزام، اثبات الالتزام، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨، ص٣٩٠.

لا يزال من الممكن إبرام اتفاق في نفس الوقت الذي يمكن فيه للمدين التوصل إلى اتفاق لإلغاء العقد لأنه، كما ذكرنا سابقًا، لا يرتبط حق الإلغاء بالنظام العام، وبسبب الإلغاء يتم تحديد حق لصالح الدائن، لذلك يُسمح له بالتخلي عن حقوق الدائن[١].

القاعدة المتعلقة بالأخلال المسبق بتنفيذ العقد هنا هي أن حق الإلغاء يتم إنشاؤه بعد عدم الأداء، ويمكن للدائنين إما أن يصروا على هذا الحق أو يتنازلوا عن هذا الحق قبل انتهاء المهلة. عند انقضاء المهلة الزمنية، إذا فشل المدين في أداء الدين، سيكون لدى الدائن الخيار. بعد عذره، يحق له المطالبة بتعويض عن الغرامات الناتجة عن الإخلال الفعلي بالعقد. له الحق في الفسخ أو الإعدام، وعليه الانسحاب من الطرف الآخر. بما في ذلك إنهاء العقد، يعتقد جزء من الفقه أن الإبطال لا يتم على أساس البيان فقط، ولكن يمكن للدائن أن يختار بين قبول الإبطال وحل فترة الانتظار وطلب الإنفاذ[٢].

بالإضافة إلى ذلك، في بعض الحالات، وفقًا للقانون، على سبيل المثال، حيث يمكن للدائن إلغاء العقد قبل الموعد النهائي، يقرر الدائن إلغاء عقد المقاولة قبل الموعد النهائي[٣]. في حالات أخرى بخلاف ما ورد أعلاه، أي عندما تقع المهلة الزمنية وينتهي العقد بشكل قانوني قبل نهاية المهلة، فإن المبدأ الأساسي هو أن الحق في الإلغاء يحدث فقط بعد عدم التنفيذ، أي أن الالتزام يجب أن يكون ضروريًا حل البند بمعنى، ولكن لا يزال يسمح باتفاق بين أطراف العقد. يحق للدائنين إنهاء العقد عند توقيع العقد أو بعده. هذه الاتفاقية صالحة طالما وافق الطرفان[٤].

بالإضافة إلى ذلك، سواء في العقد أو في التصرف اللاحق للعقد، قد يكون التنازل عن حق الإلغاء ضمنيًا، وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تم التنازل عن اخلال العقد بشكل ضمني، فلا يجوز للمحكمة توسيع تفسيرها ويجب على المحكمة تشديد استنتاجاتها لرسم الحقائق، أعط معنى لها[٥].

على سبيل المثال، إذا فشل المدين في الوفاء بالتزاماته ورفع مقاول آخر دعوى قضائية للتنفيذ، فقد لا يعتبر هذا الخيار ملغى من مطالبة الإلغاء[٦].

---

(١) عمر علي الشامسي، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

(٢)ينظر: عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج٢، احكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٧، ص ٤٢٧، وينظر ايضاً: عمر بن علي الشامي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ٣٢٦،

(٣) وسن كاظم زرزور، الاخلال المتوقع بالعقد، ص ١٩٠.

(٤) حيث نصت على ذلك المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي بقولها (يجوز الاتفاق على ان العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته).

(٥) ينظر: عدنان ابراهيم السرحان، سلطة القاضي التقديرية ازاء طلب الفسخ لعدم التنفيذ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد الثامن، العدد الاول و الثاني، ١٩٨٩، ص ٢٨٤.

(٦) ينظر: انور طلبة، انحلال العقد، المكتب الجامعي الحديث، مصر، بلا سنة طبع، ص ٦٠.

ربما يرجع ذلك إلى حقيقة أن الدائن يمكنه طلب تنفيذ العقد، لكن المدين لا يزال متخلفًا عن السداد. هنا، يحق للدائن الانسحاب من طلب التنفيذ وطلب إنهاء العقد، فمطالبة الدائن بالالتزام بتنفيذ العقد لا يعد نزولا عن طلب الفسخ، اذا فشل أحد الطرفين في تنفيذ العقد بشكل مستمر، بحيث يمكن للطرف الآخر طلب إنهاء العقد، لأنه في ظل الشروط طويلة الأجل للمدين لتنفيذ العقد، يعتبر التنازل عن طلب الإلغاء بمثابة استقالة معلقة إلغاء[١].

ليس هذا فقط، حتى بعد طلب التقاضي للتنفيذ، يحق للدائن تغيير طلب التنفيذ إلى طلب إلغاء، على سبيل المثال، إذا تم تقديم طلب التنفيذ من قبل المحكمة الابتدائية، فإن عدم طلب إلغاء التنفيذ هو أحد طلبات الأحداث التي يسمح القانون للخصم بتقديمها في الدعوى، إذا كان طلب الحادث مرتبطًا بالطلب الأصلي ويتعلق بالطلب الأصلي، يمكن أن تغير حالة الحادث التقاضي نفسه وفقًا لموضوع أو سبب أو طرف الشخص المعني، وفي هذا الصدد، تنص المادة (٧٢) من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي: يعتبر من الدعاوى الحادثة ما يقدمه المدعي تكملة للدعوى الاصلية او ما يكون مترتبا عليها او متصلا بها بصلة لا تقبل التجزئة بحيث يكون الحكم الذي يقرر لاحداهما من شانه ان يؤثر في الحكم الذ يجب ان يقرره الاخر.

ويترتب على ذلك أن طلب الإلغاء يتعلق بطلب التنفيذ الوارد في الالتماس الأصلي، وكلاهما أساس وقوع الحدث، في حين أنه لم يتم تنفيذه[٢].

بالإضافة إلى الأحكام المذكورة أعلاه، في حالة عدم حصول الدائن على التنفيذ المطلوب من المدين، حتى بعد اتخاذ القرار النهائي في قضية التنفيذ، يجوز رفع دعوى إلغاء إلى المحكمة البداءة، إن الحكم غير المحجوز المتعلق بإنفاذ التقاضي لن يمنع الدائنين من طلب الإلغاء إذا لم يتم تنفيذ العقد، لأن الغرض من تنفيذ التقاضي هو الحصول على الحقوق التي يتمتعون بها في العقد أو إلغاء المطالبات، لأن الغرض منه هو الإفراج عن ضمان العقد.

الأهم من ذلك، في محكمة البداءة، إذا استمر المدين في عدم تنفيذ العقد، فإنه يمكن أن يسمح للدائن بدلاً من الاستمرار في طلب التنفيذ والتحول إلى طلب الفسخ[٣].

---

(١) ينظر: احمد خليل، التنفيذ الجبري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١٠٢-١٠٣.

(٢) ينظر: احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٥٥٢. وينظر كذلك: عبدالوهاب العشماوي، ومحمد العشماوي ، واشرف عبدالوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري و المقارن، بلا محل نشر ٢٠٠٦، ص ٦٠٠. وينظر أيضا: مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقات العلمية، ط٣، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص ١١٨.

(٣) احمد مليجي، اختصام الغير وادخال الضامن في الخصومة المدنية، ط٢، مكتبة دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٨٤.

ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أنه إذا تم تقديم قضية الإلغاء إلى محكمة أول درجة (البداءة)، ولكن إذا تم تحويل القضية إلى محكمة الاستئناف ولم يُطلب من الدائن تنفيذها في محكمة أول درجة، فسيتم تقديم الحديث، ثم المبدأ هنا لا يجوز رفع دعوى استئناف ولم يسبق ذكرها[١].

ومع ذلك، حتى إذا لم يقدم المدعي طلبًا إلى المحكمة الابتدائية، فقد يكون هناك بعض الأشخاص الذين سيقدمون أولاً دعوى إبطال في محكمة الاستئناف، ويستند هذا التلقين إلى الحجة القائلة بأن طلبات التنفيذ والإلغاء يتم دمجها عن طريق عنصر أساسي من مشاركتهم نعم، هذا عرض اقتصادي يستهدف كل منهم هذا الفريق ويبني عليه. من القانون المصري[٢]. رأيه هو الأساس القانوني، لكنه نص المادة (١٥٧) من القانون المدني، الذي يتم حله بين طلبين (أي طلب تنفيذ وطلب إلغاء).

فيما يتعلق بالقانون المدني العراقي، فإن المادة (١٧٧) تشمل حق الدائن في الاختيار بين طلب التنفيذ وطلب الإلغاء، والفقه يعتقد أن الأحكام الواردة هنا تحدد أن طلب الإلغاء مسموح به وليس إلزامياً، وبالتالي يمكن للدائن أن يطلب إجبار المدين على أداء التزاماته بدلاً من إلغاء العقد[٣].

ينطبق هذا الخطاب على الحالة التي يسمح فيها القانون بإلغاء العقد قبل الموعد النهائي للتنفيذ، وفي حالات أخرى وضمن شكل الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، عندما ينتهي في غضون الفترة المقررة ويلتزم بتنفيذها، امكانية ابطال العقد مقدما، لذلك السبب انه لا يجوز طلب الغاء الموعد النهائي لتنفيذ العقد قبل بدء الدعوى[٤].

يعكس موقف القانون المدني موقف القانون الأنجلو أمريكي لأن رفض خيار التخلف عن السداد المتوقع لا رجعة فيه أو نقض، ولكن إذا كان التخلف عن السداد لا يزال موجودًا، وإذا أصر المدين على التخلف عن السداد، في هذه الحالة، على الرغم من رفض مثل هذا الانتهاك للعدالة القضائية، لا يزال بإمكان الدائن اختيار الإصرار على خرق أمر العقوبة عن طريق إنهاء العقد والمطالبة بالتعويض على الفور[٥].

---

(١) وقد نصت على ذلك المادة (١٩٢) من قانون المرافعات المدني رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بقولها (الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم البداءة لما رفع عنه الاستئناف فقط لا يجوز احداث دعوى في الاستئناف لم يسبق ايرادها بداءة).

(٢) عبد الحي الحجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ و الفسخ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العدد الاول، السنة الاولى، يناير، ١٩٥٩، ص ٤٨٦.

(٣) ينظر: عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العاملة للالتزامات، ج١، مصادر الالتزام، مشورات جامعة جيهان، اربيل، ٢٠١٣، ص ٤٧. وينظر ايضا: منذر الفضلي، النظرية العامة للالتزامات، ج١، مصادر الالتزام، ط٢، بلا مكان نشر، ١٩٩٧، ص ٣١٦.

(٤) تاج اليسر محمد حامد، احكام العقود و المسؤولية العقدية، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨، ص ٢٢٦-٢٢٧.

(٥) وليس هذا فحسب فبالرغم من حلول الاجل يحق للمحكمة رفض طلب الفسخ، ونح المدين مهلة اضافية لتنفيذ التزامه، فقد جاء في احد قرارات محكمة التمييز (للمحكمة طلب رفض الفسخ واعطاء المدين مهلة للتنفيذ ولها رفض طلب الفسخ اذا كان ما لم ينفذه المدين من التزامه قليلاً بالنسبة للالتزام كله).

ثالثاً: الظروف الأخرى التي يتم فيها إنهاء العقد قبل حلول الموعد النهائي:

جدير بالذكر أن هناك نصوصًا أخرى أذنت للمقاول بإلغاء العقد قبل الموعد النهائي، على سبيل المثال، في حالة إعلان إفلاس صاحب العمل، يمكن للمقاول إلغاء العقد، وهو ما ينعكس في المادة (٨٩٠) من القانون المدني العراقي، التي تنص على: اذا اشهر افلاس رب العمل، جاز للمقاول او لوكيل التفليسة ان يفسخ العقد دون ان يكون لأي منهما حق للمطالبة بتعويض عن الفسخ.

ويشير الفقه في هذا الصدد إلى أنه حتى لو كان نظامًا خاصًا لرجال الأعمال، فإن الإفلاس هو نفسه، ولكن الإفلاس هنا قد يشمل أصحاب العمل، لأن القانون المدني العراقي ينص على أحكام أخرى غير رجال الأعمال. الكلمة مقصودة وتشير إلى الإعسار[١]. وفقًا لتطبيق طلب العقد هذا، يمكن للمقاول إلغاء العقد مباشرة دون مراجعة السلطة القضائية[٢].

كما ينص القانون الأنجلو أمريكي مباشرة على إنهاء العقد، وإذا كان من المتوقع خرق العقد، يحق للدائن إنهاء العقد مباشرة، ولكن القانون المدني العراقي المنصوص عليه في المادة (٨٩٠) أعلاه يختلف عن القانون الأنجلو أمريكي، وذلك لأن المشرعين العراقيين لا يسمحون للمقاولين بالمطالبة بالتعويض، بينما يسمح القانون الأنجلو أمريكي بالتعويض إذا خالف صاحب العمل العقد[٣].

حالة أخرى ينتهي فيها العقد بنص قانوني وهي محتوى المادة ٨٨٦/١ من القانون المدني العراقي، والتي تحدد ما يلي:

١- ينتهي العقد بمشروع لا يمكن التعاقد عليه.

٢- إذا تعذر تنفيذ العقد لأسباب قاهرة، فإن المقاول سيستفيد فقط من صاحب العمل وفقًا لأحكام لمادة (٨٨٩)، ولكن إذا كان خطأ المقاول يمنع المقاول من تنفيذ العقد، يكون المقاول مسؤولاً يفترض تعويض كبير، لكنه مسؤول عن الخطأ. تنطبق عليه احكام المادة السابقة هي التي تسري.

يمكن أن نلاحظ في هذه المادة أنه حتى إذا كان العقد لا يمكن الوفاء به، فإن العقد يقرر أيضًا إنهاء العقد بمجرد عدم اكتماله ونلاحظ ان هذا الاثر و الموقف مشابه للقانون الانكلو امريكي[٤]. ومع ذلك، كما ذكرنا سابقًا، يتضمن القانون الأنجلو أمريكي إنهاء العقد بناء على إرادة الدائن، ووفقًا لهذا القانون، يتم إنهاء العقد في القانون المدني العراقي[٥].

---

(١) ينظر: عبدالجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاولة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص ١٢٧.

(٢) ينظر: جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، ص ٤٤٧. وينظر ايضاً: دماحة قايقاني، اثار التخلي عن مواصلة العقود جارية التنفيذ، ص ٢٠، بحث منشور على الموقع الالكتروني: .WWW.Droitetentre Prise.Org

(٣) ينظر في هذا الصدد:

Cathrin Macmillan, Richard Stone, Elements of the law of contract, university of London, England, 2012. P282.

(٤) وسن كاظم زرزور، الاخلال المتوقع بالعقد، ص١٥٣.

(5)Gregory E. Maggs, Op. Cit, p80.

ويلاحظ هنا أنه من المستحيل التسبب في إنهاء العقد قبل الموعد النهائي، ولكن الدائن يمكن أن ينتظر تسوية الموعد النهائي، ثم يعود المدين إليه، ثم يحق له الاتصال بالمقاول على الفور، ثم يقرر إنهاء العقد، يجب عليه الانتظار حتى الموعد النهائي، ومن ثم ستظهر الحكم كاشفا إنهاء العقد[١].

جدير بالذكر أن هناك حالة أخرى لإنهاء العقد كما هو منصوص عليه في المادة (٨٨٥/١) من القانون المدني العراقي، بما في ذلك حالة التقدم بطلب لإنهاء العقد قبل انتهاء المدة، الحالة التي انتهى فيها العقد قبل التحلل، نصت الفقرة الاولى من المادة (٨٨٥) من القانون المدني العراقي ذلك (الفقرة الاولى/ لرب العمل ان يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل اتمامه على ان يعوض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل). علاوة على ذلك، حتى إذا تضمن البند إنهاء العقد بناءً على ملخص جهة العمل من جانب واحد، فسوف نجد أن بعض الأشخاص يقولون إن تحليل صاحب العمل انتهك العقد قبل تاريخ التنفيذ[٢].

بالإضافة إلى ذلك، يمنح القانون صاحب العمل سلطة إلغاء العقد قبل انتهاء العقد. يسمح القانون له بذلك، ويمكنه القيام بذلك في أي وقت، ولا يستطيع المقاول هنا رفض طلب صاحب العمل بإنهاء العقد والتوقف عن العمل، والذي يبدو أنه هو الأول، وما إذا كان النص يحدد مبدأ الاستبعاد من القواعد العامة، وذلك لأن صاحب العمل هو الشخص الوحيد الذي لديه الحق في تحليل العقد، وتنص القاعدة على أن العقد هو شريعة المتعاقدين، ولا يمكن إلغاء العقد أو تعديله ما لم يتفق الطرفان أو لأسباب قانونية.

ومع ذلك، عندما نظرنا في رد الغرامات التعاقدية لصاحب العمل لتعويض المقاول عن الخسائر والخسائر التي تكبدها، رأينا أن صاحب العمل قد أذن له بالتخلي عن تنفيذ العقد المادي من خلال إكمال العمل ذي الصلة، لكن القانون لم يعفيه من تنفيذ العقد المسئولية. عقد التعويض[٣].

على الرغم من ذلك، هناك جانب آخر من الفقه القضائي يستمر حتى يقوم صاحب العمل بتحليل وله الحق في إنهاء العقد، ولكن فقط إذا كان لديه أسباب معقولة لإنهاء العقد لسبب وجيه، وإلا فسيكون ملزماً بالقيام بذلك تحليل التعويض للمقاول[٤].

---

(١) ينظر: عبدالوهاب علي، الاستحالة واثرها على الالتزام العقلي، دراسة مقارنه في الفقه الاسلامي و القانون المدني، ط١، دار الكتاب المصري، مصر، ١٩٩٤، ص ٤٩٤-٤٩٥. وينظر ايضا: جليل حسن الساعدي، الارادة الباطنة في العقد، دراسة في القانون المدني العراقي، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٢١٥.

(٢) محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٣) ينظر: عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج٧، مصدر سابق، ص٢٤٢-٢٤٣.

(٤) ينظر: عبدالجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاولة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص٤١٨-٤١٩.

ومع ذلك، إذا نظرنا عن كثب إلى النص القانوني، فسوف نلاحظ أن صاحب العمل لديه تفويض قانوني لإلغاء العقد وإلغاء العقد قبل اكتمال العمل. وبالتالي، لا يحق للمقاول رفض طلب صاحب العمل بإيقاف العمل وإنهاء العقد، حتى إذا كانت هناك حاجة إذا لم يكن هناك سبب لإنهاء العقد كدليل، يحق للمقاول طلب التنفيذ عينيًا، لم يقلها أحد لأن طبيعة العقد كانت ترفض امتثال المقاول لطلب التنفيذ الفعلي.

حتماً لا مصلحة للمقاول في إتمام العمل، وهذا في مصلحة صاحب العمل فقط، وبالتالي، لا يحق للمقاول إلغاء العقد من تلقاء نفسه، لأن القانون يسمح لصاحب العمل بذلك[١]. جدير بالذكر أن هذا الحق لا يأتي من النظام العام، ويجوز للمقاول أن يشترط على صاحب العمل عدم إبطال العقد حسب رغبته، وفي هذه الحالة لا يجوز لصاحب العمل إلغاء العقد[٢].

يمكننا أن نقول هنا أنه عندما يخالف صاحب العمل عقدًا بمحض إرادته، لا يعتبر هذا خرقًا للعقد قبل الموعد النهائي، لأن ذلك يتوافق مع القواعد "الجواز القانوني ينافي الضمان"، وهذا ما ينهي العقد مسألة الاستعداد لإضفاء الشرعية عليها وبالتالي مخالفة الضمان، يتجاوز الضمان حد تعويض المقاول المنصوص عليه في القانون.

المطلب الثاني:الأمور التي تترتب على تجاهل الدائن للإخلال المسبق بتنفيذ العقد

عندما يختار الدائن تجاهل الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، فإن معناه يختلف عن معنى في الاخلال العقد. إذا أدى اخلال مسبق بتنفيذ العقد إلى إنهاء العقد، فإن العقد لا يزال ساريًا وملزمًا لكلا الطرفين إذا لم يكن الدائن قد انتهك أو تجاهل إخلاله. لا يمكن للدائن المطالبة بالتعويض عن الإخلال بالعقد، ولكن في هذه الحالة، لا يمكن تجاهل خرق العقد بالكامل، وتجاهل الإخلال يمنح الدائن الحق في مواصلة تنفيذ العقد، هذا يجعله عرضة لبعض المسؤوليات التي لن تكون موجودة إذا لم يتم انتهاكها مسبقًا. إذا كان الالتزام الناتج تعاقديًا أو خرقًا للعقد، فإن له تأثيرًا واحدًا فقط، حتى إذا تم فرضه على المدين، فإنه ملزم أيضًا بإنفاذ الالتزام[٣]. لذلك، ينبغي أن يقوم المدين طوعًا وانتقائيًا بالالتزامات الناشئة خلال مرحلة التفاوض، بغض النظر عن مصدر هذه الالتزامات، سواء كان مصدرها هو مبدأ حسن النية الذي يمثل المبادئ الأساسية لنظام التفاوض، أو ما إذا كان مصدره هو عقد التفاوض أو العقد الأولي الذي ينظم مرحلة التفاوض [٤]. إذا لم يقم المدين طوعًا بالالتزامات التي

---

(١) ينظر: امير عدلي خالد، المحيط في الارشادات العلمية في الدعاوي المدنية في ضوء ملاحظات، التفتيش القضائي و المستحدث في القوانين و احكام النقض، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص ٣٠٧.

(٢) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج٧، مصدر سابق، ص ٢٤٧.

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٩٤١.

(٢) سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام، الضرورات العملية، الطبعة الاولى، بغداد، ٢٠٠٤، ص ٤٤.

وعد بها، فإنه ملزم بالتنفيذ، ويعني أن المدين قد التزم، لذلك إذا كان مستحيلًا، فسيتم تنفيذه بطريقة تعويض، أي في المقابل هل يفي المفاوضون طواعية وانتقائية بالتزاماتهم التفاوضية؟

يعتقد بعض الفقهاء أن عقوبة المخالفات للالتزامات في مرحلة التفاوض يمكن أن تنفذ، بينما يفعل فقهاء آخرون عكس ذلك، ويقولون إن العقوبة تقتصر على التنفيذ بالمقابل (التعويض). قد تكون هناك أيضًا بعض الأحداث التي تفيد المدين، أي سداد مطالبات دائنة، كما لو كان العقد لا يمكن تنفيذه لأسباب خارجية، أو كان هناك انتهاك للدائن نفسه، من ناحية أخرى يتجاهل الدائن للإخلال المسبق بتنفيذ العقد وعدم تنفيذه، مما يمنح المدين الحق في التخلي عن منصبه ويعلن الحق في العودة إلى الامتثال للعقد، ما إذا كان الدائن ملزمًا بقبول هذا العدول، وما إذا كان هذا العدول سيكون له تأثير مختلف، هذا ما سوف نراه في الفرع الثاني .

وهذا كله يحتاج الى تفصيل، لذلك، سوف نبحث في فرعين. الفرع الأول هو للدائن حق الاستمرار في تنفيذ العقد، والفرع الثاني هو للمدين حق العدول عن إخلاله المسبق بتنفيذ العقد.

الفرع الأول:للدائن حق الاستمرار في تنفيذ العقد

والمبدأ الأساسي للعقد هو أنه "العقد شريعة المتعاقدين"، ولا يمكن لأي طرف إلغاءه أو إنهاءه بشكل مستقل إلا إذا حصل على موافقة الطرف الآخر أو بموجب حكم قضائي[١].علاوة على ذلك، ووفقًا لهذا المبدأ يمكن للطرف الذي يحق له تنفيذ العقد أن يجبر الطرف الآخر على تنفيذ العقد دون سبب مبرر[٢]. ومع ذلك، قد يتردد الدائن في إجبار مدينة على تنفيذ العقوبة من خلال الطريقة التي ينص عليها القانون، لذلك على الرغم من إخلال المدينة للالتزامات، فإنه يختار الانتظار حتى عدول مدينه وانتظار عودته للامتثال للعقد[٣]. إذا كان هذا هو الحال بالفعل عندما يخل المدين فعليًا في العقد، فإن الاستنتاج الوارد وفي باب أولى من خلال تفويض المدين أو الممارسة التي تسببت في إخفاقه في تنفيذ العقد في المستقبل (بما في ذلك فترة التنفيذ).

---

(١) المادة ١/١٤٦ من القانون المدني العراقي التي تنص على انه "إذا نفذ العقد كان لازما، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلاّ بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي". تقابلها المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري.

(٢) المادة ١/٢٤٦ من القانون المدني العراقي التي تنص على ان "يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا". وتنص المادة ١/١٩٩ من القانون المدني المصري على ان "ينفذ الالتزام جبرا على المدين".

انظر في ذلك: عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المستشار احمد مدحت المرغي، ج٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٧٠٦. وانظر ايظا: عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، احكام الالتزام، ط٦، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٥ وما بعدها. وكذلك انظر: انور السلطان، احكام الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤، ص٣٥.

(٣) يشترط للحكم بالتنفيذ العيني ان يطلب الدائن ذلك. أنظر: عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص ٧١٢، وعبدالمجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ١٢.

نحن نعلم بالفعل أن القانون يقرر أن للدائن الحق في اختيار تجاهل العقد، وبعد ذلك لا يزال العقد موجودًا ولن يتم إلغاؤه، لأن إلغاء العقد يجعل الدائن يختار تنفيذ الإخلال. ومع ذلك، إذا اختار الدائن تجاهل الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، فإن العقد لا يزال ساريًا ولن يتم حله؛ لذلك، يلتزم كلا الطرفين بتنفيذ العقد وفقًا لشروط العقد وفي الوقت المحدد للتنفيذ.

هذا هو جهة الأصل، إن الذي أصدره المدين غير متسق مع التزامه المستقبلي. حتى إذا اختار المدين تجاهل الإخلال، فإن الاخلال المسبق بتنفيذ العقد فعالًا تمامًا. قد تكون نتائج تجاهل الدائن للانتهاك مرتبطة بالإخلال نفسه وسلوك المدين، والتي يمكن ترتيبها وفقًا للقواعد الأصلية التي تنص على أن العقد لا يزال ساريًا، بمعنى آخر، نظرًا لوجود العقد، فإن موضوع العقد سيتسبب في عواقب معينة، مما سيؤدي إلى تغييرات في شروطه أو حتى الطريقة التي ينتهي بها العقد، وهذه النتائج هي أنه عندما يكون العقد كاملاً، لا يوجد يتم إدخال الافتراضي، ويختار الدائن تجاهل الافتراضي.

هناك نتائج أخرى؛ لأن هذه النتائج غير موجودة، لذلك يمكن أن يتدخل التحيز ويتجاهل ترتيبهم قبل حدوث التقصير، تم تجاهل الدائن، إذ رأينا هذين النوعين من النتائج كل منها منفصل عن الآخر.

أولاً: الإخلال المسبق بتنفيذ العقد وإهمال الدائن ليسا نتيجة داخلية، فالنتائج مرتبة بالترتيب:

وإحدى المشاكل التي سببها إهمال الدائن لإخلال العقد السابق واختيار تأكيد العقد هو أن المدين استخدم عذر الحدث بعد الإخلال بالعقد، الأمر الذي أثبت معقولية تصرف المدين في مسؤوليته التعاقدية. يمكن أن يؤدي تجاهل خيار خرق العقد قبل العقد إلى الحفاظ على قوة العقد الملزمة لكلا الطرفين، لم يحدث شيء للمدين، وهو ما يعبر عنه بحقيقة أن السقف قد تم تنظيفه من حيث التنفيذ في المستقبل[1]. وأهم ما دفع المدين إلى الإفراج عن مسؤوليته عن خرق العقد بعد أن تجاهله الدائن هو أن العقد لا يمكن تنفيذه لأسباب أجنبية، كما انتهك الدائن نفسه التزاماته.

أ- عدم القدرة على تنفيذ العقد لأسباب خارجية:

عندما يتعذر إنفاذ أسباب المدين الخارجية، يحدد القانون التزام إنهاء الخدمة[2]. يجب علينا العثور على الأمور غير القابلة للتنفيذ بعد إبرام العقد، وهذه الأمور غريبة على المدين، أي أن المدين ليس لديه أي دخل[3]. قد يكون من المستحيل إنهاء العقد جوهريًا أو قانونيًا، وفي كلتا الحالتين، يجب تحقيقه في غضون وقت التنفيذ المحدد. يجب أن يكون المستحيل مطلقًا، وليس

(١) المصدر ذاته، ٣٢٠.

(٢) المادة ٤٢٥ من القانون المدني العراقي التي تنص على ان "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين ان الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه". تقابلها المادة ٣٧٣ من القانون المدني المصري.

(٣) عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المستشار احمد مدحت المرغي، ج١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٨٧٦. وانظر ايظا: عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، ص٤٨٤.

نسبيًا، أي أن الإدراك بحد ذاته مستحيل بالنسبة له، والمدين نفسه ليس مستحيلًا[١]. نظرًا لعدم القدرة على تنفيذ الالتزام، مما يؤدي على إنهاء ا لعقد تلقائيًا بموجب القانون، وينتهي العقد المقابل أيضًا وفقًا لذلك [٢].

عندما لا يمكن تنفيذ العقد لأسباب خارجية، فإن التحقق من المدين للقانون الأنجلو أمريكي ليس له فائدة، وهذا ما يسمى نظرية "Frustration"[٣].

تم تقرير هذه النظرية في قضية"Taylor v. Caldwegg" في عام ١٨٦٣[٤]. ولكن قبل ذلك، تكون الالتزامات الناشئة عن العقد مطلقة، أي أنه يجب تنفيذها دائمًا في جميع الظروف، وإلا، حتى إذا حدث ما بعد العقد ولم يكن من الممكن تنفيذ العقد، يكون المدين مسؤولًا عن تعويض الدائن[٥]. في الوقت الحاضر، إنَّ الاستحالة تحقيق القانون الأنجلو أمريكي بإحدى الطرق الثلاثة: لأسباب خارجية للمدين، لا يمكن تنفيذ الاتفاقية؛ بعد إبرام العقد، فتصبح الاتفاقية غير قانونية؛ أو بسبب التغيرات في البيئة فتنفذ الاتفاقية بتغييرات جذرية، مما تؤدي إلى اتفاق بين الطرفين[٦].

---

(٤) عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٤٨٤.

(٥) لمادة ١/١٧٩ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها انه "إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه". أنظر في ذلك: حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، احكام الالتزام، اثبات الالتزام، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٩٠.

وتقرر هذا الحكم بصورة أوضح في المادة ١٥٩ من القانون المدني المصري التي جاء فيها انه "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه". أنظر في ذلك: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٥٩٨، وانظر ايضا: اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله و هبة، عابدين مصر، ١٩٦٦، ص ٣٣٣.

(٣) تُرجمت الـ Frustration الى العربية بعدة صيغ، منها "تثبيط العقد وإحباطه والخيبة في تنفيذه". أنظر: مصطفى سلمان حبيب، المصطلحات القانونية في العقود الانجليزية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص ٢٣٣-٢٣٧، ومنها "هدم العقد"، محمود محمد علي صبره، صياغة العقود بالعربية والانجليزية وأثر ذلك في كسب الدعاوى، دار الكتب القانونية، مصر-المحلة الكبرى، ٢٠٠٧، ص ٤٨. ويلاحظ على هذه الترجمات انها أقرب الى الترجمة اللغوية منها الى الترجمة الاصطلاحية. وتُرجمت الكلمة أيضا الى "استحالة العقد"، أنظر: مجيد حميد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، جامعة النهرين، ٢٠٠١، ص ١٦٨، وهي الترجمة الأقرب الى المفهوم القانوني الذي يعبر عنه اللفظ، وان كان المبدأ الانكليزي يتضمن حالات لا تتحقق فيها الاستحالة المادية للتنفيذ.

(٤) وتتلخص وقائع هذه القضية في ان الطرفين اتفقا على ان يُقدّم المدعى عليه للمدعي حق الاستعمال في حدائق Surry والقاعة الموسيقية فيها لعقد الحفلات الموسيقية لمدة أربعة أيام تم تعيينها في العقد، وفي اليوم السابق لليوم الأول من هذه الايام الاربعة تعرضت القاعة للدمار بسبب حريق نشب فيها. فأقام المدعي دعواه مطالبا بالتعويض عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، فأصدرت المحكمة قرارا لمصلحة المدعى عليه جاء فيه "اننا نعتقد ان القاعة الموسيقية قد هلكت دونما أي خطأ من أي من الطرفين، فكل منهما يكون معفوا: فيعفى المدعي من تسلم الحدائق ودفع الأجر، ويعفى المدعى عليه من تنفيذ التزامه بتقديم حق الاستعمال في القاعة والحدائق والأشياء الاخرى". نقلا عن: Robert Upex, op. cit., p. 223.

(٥) المصدر ذاته، في نفس الظروف.

(٦) ويصبح التنفيذ غير ممكن Impossible في ثلاث حالات هي: أولاً هلاك محل العقد، ومثالها ما حصل في قضية Taylor المشار اليها أعلاه اذ تعرضت القاعة الموسيقية للحريق، وثانياً موت أحد الطرفين في العقود الشخصية كعقود العمل والتدريب والوكالة، وثالثاً عدم

السبب في استحالة التحقيق هو إنهاء العقد والوفاء بالتزاماته[١].علاوة على ذلك إذا تم تطبيق الاختفاء بأثر رجعي على القانون المدني، فيجب إعادة المقاول إلى الحالة التي كان عليها عند إبرام العقد[٢]. هذا ليس هو الحال في القانون الأنجلو أمريكي ؛ لأن العقد يختفي للمستقبل فقط ولن يتم إنهائه بأثر رجعي[٣].

كما يمكن تحقيق المستحيل في القانون الأنجلو أمريكي من خلال وضع غير قابل للتنفيذ تمامًا، ولكن نظرًا للأحداث اللاحقة التي يتم الوصول إليها وخارجة عن سيطرة الطرفين، فإن تنفيذ العقد قد لا يحقق غرضه، في هذه الحالة بعد ذلك، يجب أيضًا إدارة إلغاء العقود وفقًا لمبدأ "Frustration"[٤].

وقبل أن ينتهي الالتزام المستحيل، "يجب أن يكون هناك شيء يجعل تنفيذه مستحيلًا. وعندما يجب تنفيذه، يكون عمليًا مستحيلًا أو مستحيلًا قانونيًا في الوقت الحاضر يمكن وعده، فالاستحالة المذكورة أعلاه ليس لها تأثير على الالتزام، لكنها لا تزال واجبة ويجب تنفيذها حتى لو كان يتعذر الوفاء بالالتزام قبل الموعد النهائي، فإن هذا الاحتمال ليس دائمًا، وقد يختفي عندما لا يتعارض تنفيذ الالتزام مع الغرض من التزام الاكتشاف، لأن هذا الاستحالة المؤقتة لن يلغي الالتزام، ولكن فقط لإيقافه حتى يصبح قابلاً للتنفيذ والتنفيذ"[٥].

يمكن ملاحظة أنه إذا كان العقد لا يمكن الوفاء به قبل الوفاء بتمديد الالتزام، فيجب إنفاق العقد مباشرة بعد تنفيذ العقد دون الحاجة إلى الانتظار حتى انتهاء مدة تنفيذ العقد[٦].

صلاحية محل العقد للغرض المقصود منه، كتعطل السفينة في عقد إجارة السفينة، والاستيلاء على البضائع في عقد بيع البضائع، ومرض أحد الطرفين أو إيداعه في السجن في عقد الخدمة الشخصية.

(١) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٨٨٤، وعبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٤٣٢.

(٢) انظر المصدر نفسه في نفس موقفهم.

(6) Robert Upex, op. cit, p. 230.

(٤) وهذه هي الحالة التي يصبح فيها التنفيذ بلا جدوى، أنظر الهامش رقم (٦) أعلاه.

وأنظر أيضا: جليل حسن الساعدي، أصول العقد في القانونين الانكليزي والعراقي، مجلة العلوم القانونية، مجلة علمية محكمة نصف سنوية تصدرها كلية القانون في جامعة بغداد، المجلد الخامس والعشرون، العدد الأول، ٢٠١٠، ص ٢١٥-٢١٦.

(٥) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص٥٩٩.

(٦) مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة بين القانون المصري و الفرنسي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٧٧.

وينقضي العقد للاستحالة في القانون الانكلواميركي عندما تجعل الاستحالة المؤقتة من التنفيذ الذي يمكن حصوله بعد انتهائها مختلفا بصورة أساسية عما تعلق به الالتزام أصلا. . Robert Upex , op. cit. , p. 224

أما تبعة انفساخ العقد بسبب استحالة تنفيذه لسبب أجنبي، فيتحملها الدائن في العقد الملزم لجانب واحد، وذلك لعدم وجود التزام على عاتقه ليتحلل منه في مقابل سقوط التزام المدين الذي انقضى باستحالة تنفيذه. أما في العقد الملزم للجانبين، فالمدين هو الذي يتحمل تبعة انفساخ العقد لأن الدائن يصبح متحللا من التزامه فلا يحصل المدين على المقابل الذي كان سيحصل عليه مقابل التزامه الذي انقضى بسبب الاستحالة.

وبناءً على ذلك، إذا أصدر المدين أحكامًا مسبقة و الدائن تجاهلها، واختار الاحتفاظ بالعقد وانتظار الموعد النهائي للتنفيذ، قبل وجود شرط يمنع تنفيذ العقد في التاريخ المحدد، فإن العواقب هي إنهاء العقد والعقد يمثل القواعد العامة للتحليل المحيطي الذي لا يحق فيه للدائن اتباع التحيز المسبق للمدين قبل أن يتمكن من المطالبة بالتعويض، لأنه باختياره تجاهل هذا التحيز وتأكيد العقد، فإنه يحتفظ بحالة العقد ويلزم الطرفين بالعقود القابلة للتنفيذ، وفعاليتها والتي لم يكن فيها مراعاة ما أصدره المدين في وقت سابق[1].

أول سابقة قضائية لتطبيق هذا المبدأ هي قضية"Avery v. Bowden". تأسس بودين عام ١٨٥٥، وخلصت الحقائق إلى أن الطرفين اتفقا على استئجار سفينة لتحميل بضائع معينة في ميناء أوديسا في بحر البلطيق، روسيا. الفرضية هي أن التحميل تم في غضون خمسة وأربعين يومًا بعد وصول السفينة إلى ميناء أوديسا، طلب القبطان من وكيل مستأجر الميناء أن يبدأ التحميل، فأخبره الوكيل أن البضائع غير متوفرة، وأنه لا توجد بضائع بينهما، فطُلب منه مغادرة الميناء. ومع ذلك،

أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٥٩٨-٥٩٩.

وينظم القانون المدني العراقي مسألة تبعة الملك أو تبعة الشيء فضلا عن تبعة العقد التي تقدم الكلام عليها، فإذا وصل شيء ما الى يد شخص، بعقد أم بغيره، فان يد هذا الشخص على الشيء قد تكون يد ضمان وقد تكون يد أمانة. وهي تكون يد ضمان إذا كانت حيازته للشيء بقصد تملكه، وتكون يد أمانة عندما لا تكون حيازته للشيء بقصد تملكه، بل بقصد كونه نائبا عن مالكه. والقاعدة ان الشيء إذا هلك بسبب أجنبي وكانت يد الشخص يد ضمان، فانه يتحمل تبعة الهلاك ويضمن قيمة الشيء لصاحبه، أما إذا كانت يده يد أمانة، فالهلاك يقع على صاحب الشيء ولا يكون صاحب اليد ضامنا. وقد تبدأ يد الحائز يد أمانة، ولكنها تنقلب الى يد ضمان فيتحمل صاحبها تبعة الهلاك بسبب أجنبي، وهي تتحول كذلك إذا أعذر صاحبها برد الشيء أو إذا كان قد أخذه من غير إذن صاحبه كالسرقة. المواد ٤٢٦-٤٢٨ من القانون المدني العراقي، وأنظر في ذلك: عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٤٣٥.

أما في القانون الانكليزي، فقد كانت القاعدة عند نشوء مبدأ الـ Frustration ان الخسارة الناتجة من استحالة تنفيذ العقد لسبب أجنبي تُتحمل حيثما حلّت "The loss lies when it falls"، ففي قضية Chandler v. Webster في سنة ١٩٠٤ والتي تتشابه وقائعها مع قضية Henry المشار اليها أعلاه، يكون المستأجر هو من حلّت الخسارة في جانبه، لأنه لم يحصل على ما كان يرمي اليه من العقد وهو مشاهدة اجراءات التتويج، فهو الذي يتحمل تبعة استحالة تنفيذ العقأما المؤجر فلم يخسر شيئا، لأن المقابل الذي يرمي الى الحصول عليه هو الأجرة التي لا يزال استيفائها ممكنا. وعليه، فقد حكم بالزام المستأجر بدفع الأجرة كاملة بغض النظر عن استحالة تنفيذ العقد.

ولكن صرامة قاعدة "الخسارة تُتحمل حيثما حلّت" أدت الى صدور قانون العقود المستحيلة لسنة ١٩٤٣ والذي قرر بعض الأحكام المتعلقة بتوزيع تبعة استحالة تنفيذ العقد لسبب أجنبي بصورة عادلة بين الطرفين المتعاقدين منها: إلزام الطرف الذي تسلم أداءً لم يعطِ ما يقابله برد ما تسلمه، والاعفاء من دفع ما كان مستحقا قبل حدوث الاستحالة، وإلزام الطرف الذي ربح من العقد قبل حدوث الاستحالة بدفع مقابل عادل للطرف الآخر, وضرورة اعطاء الطرف الذي تحمل مصروفات وتكاليف مقابلا بحدود ما أنفقه أو ما كان يستحقه قبل حدوث الاستحالة. وقد أعطى القانون سلطة تقديرية واسعة للمحكمة لتحقيق العدالة في توزيع عبء انقضاء العقد لاستحالة تنفيذه لسبب أجنبي بين الطرفين.

(1) Robert Upex, op. cit., p. 237.

ويجدر بالذكر ان الاستحالة تحلل المدين المخل من التزامه في حالة الإخلال المسبق فقط، أما في حالة الإخلال الفعلي فلا يتحلل المدين تماما من التزامه. أنظر: Alan H. Robbins, Contracts- Impossibility Occurring after Breach Limits Damages.- Model Vending Inc. v. Staniski, 4 B.C.L. Rev. 190 (1962), p. 191.

رفض القبطان القيام بذلك وأصر على التنزيل في الوقت المحدد. قبل نهاية هذه الأيام الخمسة والأربعين، اندلعت حرب القرم بين روسيا وبريطانيا، وأصبح ميناء أوديسا منطقة معادية، مما أدى إلى إحباط العقد غير القابل للتنفيذ. قدم مالك السفينة دعوى قضائية وطالب بتعويض عن خرق المستأجر مقدمًا، لكن القاضي كامبل رفض الدعوى واعتقد أن المستأجر قد خرق العقد مقدمًا، لكن هذا الخرق لم يمنح مالك السفينة الحق في تقديم مطالبة؛ لأنهم لم يتمكنوا من تنفيذ العقد. كونه لا يقبل التعويض بسبب الحرب[1]. لذلك، يُحكم أنه بعد خرق المدين للإخلال المسبق بتنفيذ العقد، ينص العقد ويحلل الأطراف التزاماتهم، وهو ما يرجع إلى أسباب خارجية غير مقصودة ولا يمكن تنفيذ العقد الذي ينص على قيام الأطراف بتحليل التزاماتهم، وهذا يمنع الدائن من تجاهل التقصير وأصر على إخلال المدين السابق للمطالبة عند عدم الأداء.

ب– تجاهل الدائن نفسه إخلال المدين السابق للعقد وبالتالي خرقه :

يتجاهل الدائن إخلال المدين المسبق بتنفيذ العقد وقد ينتهك العقد. إن انتهاك الدائن للحادث يعطي المدين سبباً للاستفادة منه، قد يكون هذا انتهاكًا مسبقًا، مما يسمح للمدين بإنهاء العقد والمطالبة بالتعويض على الفور، ويعد هذا خرقًا فعليًا للعقد بسبب عدم الوفاء بالالتزامات الحالية، لذلك يمكن للمدين أيضًا اللجوء إلى التعويض أو إنهاء العقد، كما قد تكون الحالة، على الرغم من أنه خرق العقد سابقًا، لأن الدائن تجاهله واختار تأكيد العقد لكن لم يسرِ مفعوله[2].

إنَّ السوابق القضائية الهامة التي تؤكد هذا المبدأ هي Fercometal SARL v. Mediterranena Shipping Co. SA ''The Simona'' في عام ١٩٨٩. والحقيقة هي أن الأطراف في اتفاقية تأجير السفن اتفقوا في يونيو ١٩٨٢ على أن مالك السفينة نقل الكثير من ملفات الصلب من "Durban" إلى "Bilbao" لجعل الميثاق يفيد المستأجر، والذي يتضمن العقد فقرة تنص على أن السفينة يجب أن تكون جاهزة للشحن في أو حوالي ٩ يوليو من نفس العام. في ٢ يوليو، طلب مالك السفينة من المستأجر تمديد فترة التحضير حتى ١٣ يوليو، لأنه أراد أن يحمل سلعة أخرى على السفينة أولاً، لذلك ألغى المستأجر العقد واستأجر آخر بعد استلام هذا الطلب سفينة. اعتبر سلوكه إخلالا مسبقاً بتنفيذ العقد، لأن تلبية متطلبات المالك لا ينبغي أن تكون بهذه الطريقة. ومع ذلك، اختار مالك السفينة تجاهل هذا الإخلال المسبق لتنفيذ العقد، وأعلن المستأجر في ٥ يوليو أن السفينة سيتم تحميلها في ٨ يوليو. في يوم ٨ يوليو، أرسل مالك السفينة إشعارًا آخر إلى المستأجر يبلغه فيه أن السفينة جاهزة للشحن على الفور. ومع ذلك، بدا الإعلان كاذبًا، ولم تكن السفينة جاهزة

---

(١) أنظر تفصيلات القضية في:

Chitty, op. cit., p. 1081.

(1) Paul H. Richard, op. cit., p. 277.

أبدًا للتنزيل في ذلك اليوم ؛ لذلك رفض المستأجر الإعلان وحمل شحنته على سفينة أخرى، لذلك طلب مالك السفينة من المستأجر عدم شحن أي شيء[١].

لذلك، تم اتخاذ قرار المحكمة لصالح مالك السفينة، الذي ذكر أن الرفض الأول للمستأجر كان إخلالا مسبقا لتنفيذ العقد. ومع ذلك، نقضت محكمة الاستئناف الحكم وقضت بأن المالك فشل في توفير السفينة للتحميل قبل الميعاد النهائي، مما سمح للمستأجر بإنهاء العقد بعد أن طعن المالك في مجلس اللوردات الذي أصدر مجلس اللوردات قرارًا في مجلسه، والذي وافق على قرار محكمة الاستئناف. وكان الحكم: (عندما يرفض أي طرف العقد عن طريق الخطأ، يمكن للطرف البريء أن يختار تأكيد العقد أو معاملته على أنه منتهٍ. إذا اختار تأكيد العقد، فإنه ملزم بالامتثال لالتزاماته بموجب العقد، وإذا لم يلتزم بالعقد في المستقبل، يمكن للطرف الرافض أي التخلص من مسؤوليته عن العقد. في هذه الحالة، انتهك مالك السفينة الذي أكد العقد، ولم يقدم السفينة؛ ليتم تحميلها في التاريخ المحدد. لذلك، كان لا يزال ملزماً بشرط الإلغاء في العقد، وقد مارس المستأجر الشرط عندما كانت السفينة متأخرة إلى "Durban" في التاريخ المحدد) ونتيجة لذلك، رُفض استئناف مالك السفينة[٢].

ثانياً: نتيجة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد مقدمًا تجاهل الدائن في الترتيب:

إذا تجاهل الدائن الخرق السابق للعقد، فإن العقد لا يزال ساريًا وملزمًا لكلا الطرفين، لذلك يجب عليهما تنفيذ التزاماتهما وفقًا للوقت المحدد للتنفيذ؛ لذلك يسمى هذا الخيار تأكيد العقد[٣].

ونتيجة لذلك أن الدائن ملزم بالالتزام بتقليل التعويض إلى أدنى حد، فهل يجب على الدائن تخفيض التعويض بسبب استمرار تنفيذ العقد؟

أ- مدى تجاهل الدائن للضرر ملزم بمسؤولية التخفيف من الضرر:

ما تم تمريره إلينا سابقًا هو أن النظام القانوني الأنجلو أمريكي هو من يتحمل مسؤولية الحد من الضرر كمبدأ عام، وبمجرد تحيز الدائن ضد البيانات التي أدلى بها المدين الذين يتعارض مع التصاريح أو الإجراءات المستقبلية إذا كان العقد متحيزًا، يتم

---

(١) نولون العدم dead freight هو ما يدفعه مستأجر السفينة من الأجرة عن جزء لا يشغله من السفينة رغم تعاقده على دفع أجرة استعماله، فهو أجرة الحيز الزائد عن الحاجة. فإذا تعاقد مثلا على استئجار سفينة أو جزء منها ولم يستعمل لنقل بضاعته إلاّ قسما من الجزء المستأجر، اعتبر الحيز الباقي غير المستعمل dead freight. أنظر: حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، انكليزي عربي، ط٥، مكتبة لبنان، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٩٦.

(٢) أنظر تفصيلات هذه القضية في: Paul H. Richard, op. cit., p. 278.

(3) Jill poole, op. cit., p. 328; Paul H. Richard, op. cit., p. 277.

مراجعة الالتزام على الفور[1]. بعد ذلك، يلتزم الدائن اتباع أفضل طريقة ممكنة لتقليل الخسارة الناجمة عن الإخلال بالعقد. إن فشل الدائن في أداء هذا الالتزام سيؤدي إلى الحرمان من التعويض الذي كان بإمكانه تجنبه، لكنه لم يفعل ذلك.

لا يوجد في القانون المدني العراقي أي شيء، وكما شهدنا أيضًا، يمكن مقارنته به من خلال الالتزام بالحد من الضرر سوى أنه يختلف عن القانون المدني المصري الذي يحتوي على نص يلزم الدائن بالامتثال لهذا الالتزام نص المادة "٢٢١" الذي ينص على أن الدائن لديه عقد للتعويض عن الخسائر الناجمة عن الفعل غير المشروع، وهو ما يتجاوز قدرة الدائن على تشجيعه على بذل جهود معقولة.

يتم تطبيق البيان المتقدم عندما يكون الدائن على دراية بالتقصير المسبق للعقد ويقبل المحتوى الذي أصدره المدين بهذا الوصف. وينطبق البيان المتقدم عندما يتجاهل الدائن الانتهاك ويرفض مسار عمل المدين.

كما رأينا سابقًا، فإن المبدأ الأساسي للقانون المدني العراقي هو أن الدائن لن يحرم من التعويض عن الخسائر التي تكبدها نتيجة للأخلال المسبق بتنفيذ العقد ما لم تكن توقعاته الفعلية للخسارة بغض النظر عما إذا كان الخرق سابقًا أم فعليًا، افتراضيا[2].

وبعبارة أخرى، لا يتحمل القانون العراقي التزام القانون البريطاني بتقليل الضرر. أما القانون المدني المصري فيمكن القول أنه إذا أصر الدائن على تنفيذ العقد، فإن الالتزام بتقليل الضرر يتم تعديله، كما كنت آمل من النص، فقد قرر النص أن يتم تعويض الخسارة كنتيجة طبيعية للإخلال المسبق بتنفيذ العقد الذي تم بإخلاله انتهاك الحكم. علاوة على ذلك فإن مثل هذا الإخلال بالعقد لن يحدث إلا عند انتهاء التنفيذ. وبعد ذلك، لا يستطيع الدائن بذل جهود معقولة للتعويض عن الخسارة

---

(3) Jill Poole, op. cit., p. 374; Paul H. Richard, op. cit., p. 320.

(٢) أنظر قرار محكمة التمييز الذي قررت فيه انه "إذا قام المؤجر بايجار الدار باكثر مما كان في العقد المفسوخ، فليس له المطالبة بالضرر"، وقد جاء في حيثيات القرار انه "ظهر من المرافعة ان الخطأ الذي سببه المميز عليه لم يؤد الى ضرر مادي بالمميز بسبب ان بدل الايجار الذي أجرت به قطعة الارض–في العقد الثاني– بعد ان فسخ العقد الأول قد ازداد من ١٥٠ فلسا للمتر المربع الواحد في السنة الى ٢٠١ فلسا للمتر المربع الواحد في السنة لجميع سنوات العقد 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". رقم القرار ٨٥ح٣/٩٧١، في ١٩٧١/٢/٢٥، مجلة القضاء، العدد الثالث، تموز–أب–أيلول، ١٩٧١، السنة٢٦، ص ٢٧٣. وأنظر أيضا في الاتجاه ذاته قرار محكمة العمل العليا رقم ١٧/عليا أولى/١٩٧٧ في ١٩٧٧/١/٢٥ الذي جاء فيه انه "لا يجوز الزام الادارة برواتب المدعي خلال فترة فصله عن العمل إذا ثبت اشتغاله في دائرة أخرى خلال تلك الفترة إذ لا يجوز إستيفاء الأجر من خزينة الدولة مرتين في آن واحد"، مجلة العدالة، مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل، السنة الثالثة، العدد الثاني، نيسان–مايس–حزيران، ١٩٧٧، ص٣٠٧.

التي كان يتوقعها، وفي حالة خرق العقد مقدمًا، يُفترض أن خرقه يشابه نتيجة مماثلة للمبادئ العامة التي اعتمدها القانون الأنجلو أمريكي، والتي ستؤدي إلى انتهاكات فعلية في نص عالي المستوى[١].

في القانون البريطاني، يختلف موقف القانون البريطاني بشأن هذه المسألة عن القانون الأمريكي، لأنه إذا تجاهل الدائن نتيجة التخلف عن السداد المستقبلي ورفض التخلف المبكر للمدين، فإن القانون البريطاني لا يحدد ما إذا كان من الضروري الامتثال لتقليل الأضرار في التزام. إذ ينص القانون على أن الدائن الذي يتجاهل الإخلال المسبق بتنفيذ العقد يمكن أن يستمر في تنفيذ العقد بالطريقة التي تحددها الاتفاقية، ويمكن للدائن أن يطلب التعويض المحدد في العقد دون تقليل خسائره[٢].

تم البت في هذا المبدأ في قضية White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor عام ١٩٦٢، إذ يجب على الدائنين الذين قرروا الاستمرار في أداء التزاماتهم بعد قيام المدين بدفع العقد مسبقًا أن يحصلوا على جميع الأجور المتفق عليها فكانت حقيقة أن المدعي كان يعمل في مجال الإعلان، وقدم صناديق القمامة إلى السلطات المحلية مجانًا. توضع هذه الإعلانات على هذه الصناديق لترويج الشركات والمؤسسات مقابل أجور متفق عليها ثم وقع عقد مع صاحب مرأب مستخدماً هذه الأموال للترويج له مقابل رسم ثابت لمدة ثلاث سنوات. ومع ذلك أعلن مالك المرآب والعقد نفسه في تاريخ توقيع العقد أنه تخلى عن العقد ولم يرغب في الإعلان على الصناديق، التي انتهكت العقد مقدمًا، تحقيقا لهذه الغاية، وقد تجاهل المدعي الانتهاكات السابقة وواصل إعداد الإعلانات وتعليقها على سلة المهملات طوال مدة العقد، ثم رفع دعوى قضائية وطالب بتعويض في العقد. رد مجلس اللوردات على طلبه وأصدر حكمًا بالمبلغ كاملاً.

أثارت القضية بعض الانتقادات، لأن المدعى عليه أعلن أنه غير راغب في تنفيذ العقد، مشيراً إلى أنه لم يستفد منه، لذلك لا ينبغي للمدعي أن يتحمل أي خسائر أو يقدم فوائد للمدعى عليه[٣].

أما بالنسبة لقانون الولايات المتحدة، فقد استمر بالوفاء بالتزامه لتقليل الضرر في هذه الحالة، وقرر أنه إذا اختار الدائن تجاهل هذا الخرق واستمر في فرضه بطريقة تؤدي إلى تفاقم هذه الخسائر، فلن يتمكن الدائن من تحمل جميع السلف التعاقدية الناجمة عن العقد خسارة[٤]. ومثاله تم ذلك في قضية "Clark v. Marsiglia" عام ١٨٤٥، لأن الطرفين اتفقا على أن المدعي سيصلح ويعيد العديد من الأعمال الفنية مقابل الرسوم التي دفعها المدعى عليه. بعد وقت قصير من بدء المدعي إصلاح وترميم هذه اللوحات، إذ أعلن المدعى عليه أنه رفض العقد، ومع ذلك واصل المدعي العمل واستكمل إصلاح وترميم

---

(١) وهو نص المادة ١/٢٢١ من القانون المدني المصري التي جاء فيها انه "إذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون, فالقاضى هو الذى يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول".

(٢) أنظر تفصيلات هذه القضية في: Robert Upex, op. cit., p. 238.

(3) Paul H. Richard, op. cit., p. 279.

(4) Brian A. Blum, op. cit., p. 562.

جميع اللوحات المتفق عليها ثم رفع دعوى قضائية يطلب فيها التعويض المنصوص عليه في العقد، لكن المحكمة لم ترد، وقررت أنه لا يملك أي سلطة غير العمل الذي قام به قبل أن يعلن المدعى عليه رفض العقد ودفع مبلغً إضافي مقابل ذلك التعويض عن إنهاء العقد(١).

ودافع "Williston"عن الحكم بقوله إن المدعي لا يستطيع تحميل المدعى عليه مسؤولية الخسائر غير الضرورية. بشكل عام، إذ يجب على المدّعي أن يحد من الضرر الناجم عن أفعال المدعى عليه في حدود قدرته وفي نطاق عدم إلحاق الضرر بنفسه. أعتقد أن القاعدة تنطبق على الحالات المذكورة صراحة، إذا وعد شخص ما بعمل شيء ما، ثم رفض العقد قبل بدء العمل أو عند اكتمال العمل جزئيًا، فهذا غير مواتٍ للمدعى عليه ولا يعود بالنفع على المدعي. ويسمح للمدعي الاستمرار في الأداء وفقًا للعقد، وقد يكون المدعى عليه ملزمًا بالدفع على الرغم من العمل. إنه عديم الفائدة، لكن الراتب المحدد في العقد كامل(٢).

يرى هذا الرأي أن المسؤولية عن الحد من الأضرار لن تحدث إلا إذا كان يقدر أن التعويض مطلوب لخرق العقد، ولكن في هذه الحالة، يطلب الدائن ثمن العقد بدلاً من التعويض، ومن ثم فإن الدعوى هي الدين، وليس حالات التعويض التي ليس لديها مجال كبير لتقليل المسؤولية عن الأضرار فيه(٣).

ب– انتقد بإثبات أن مبدأ الإخلال المسبق بتنفيذ العقد يتعارض مع تخفيض المسؤولية عن الأضرار

الخيار الثاني المتاح للدائنين عند تخلف المدين عن السداد هو تجاهل خرق العقد واختيار تأكيده. إن اللورد وضح هذه القاعد، بقوله: "يمكن للدائنين، إذا أرادوا بالإضافة إلى ذلك، فإن النية "نية عدم التنفيذ" غير صالحة، وانتظر الوقت لإكمال العقد. ثم حمل الطرف الآخر مسؤولية جميع عواقب عدم الالتزام بالتنفيذ. ولكن في هذه الحالة أبقى العقد ساريًا لصالح الطرف الآخر ومصالحه، واستمر في الالتزام بجميع الالتزامات والمسؤوليات بموجب العقد. على الرغم من أن الطرف الآخر رفض العقد سابقًا، إلا أنه لم يجعل الطرف الآخر يكمل العقد فقط على الأكثر، ولكنه استخدم أيضًا أي ظروف جديدة قد تبرر إلغاءه للعقد(٤).

لكنه "Williston" اعترض على البيان الوارد في الصيغة الذي جاء فيه أن التزام الدائن في هذه الحالة بمواصلة تنفيذ العقد يتعارض مع مسؤوليته في تقليل الضرر. إذ يمكّن التزام الدائن من اتخاذ تدابير معقولة ومناسبة لتقليل الضرر الناجم عن

---

(1) Williston, op. cit., § 1298. نقلا عن:

(2) Williston, op. cit., § 1298.

(3) Qiao Liu, Claiming Damages, op. cit., p.568.

(٤) في قضية Frost v. Knight في سنة ١٨٧٢.

نقلا عن :

Keith A. Rowley, op. cit., p. 578.

تقصير المدين، ويجبر الدائن على الاستمرار في تنفيذ العقد بعد رفض تفاقم الضرر، خاصة وأن المدين أعلن عدم رغبته في تنفيذ العقد، وينتج عن ذلك عدم رغبة الدائن في قيام المدين بتنفيذ الالتزام المتفق عليه ؛ لذلك، خلص إلى أنه من الأفضل اختيار الدائن في حالة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد بين قبول خرق العقد وتقديم مطالبة بالتعويض على الفور وانتظار وقت التنفيذ المحدد، وإلغاء الالتزام الذي يجب أن يستمر في الامتثال وأداء التزاماته[1].

الفرع الثاني:للمدين حق في العدول عن إخلاله المسبق بتنفيذ العقد

تجاهل الدائن خرق العقد السابق لسلوك المدين، مما أدى إلى حق الدائن في الاستمرار في فرض الشروط والقيود التي اعتمدناها سابقًا. ويقابل حقوق الدائن حق المدين في التخلف عن السداد قبل التخلي عن عقده طالما أن الدائن يتجاهل التحيز الصادر عن المدين، فإنه سيبقي العقد قابلاً للتنفيذ. ووفقًا للقيود، فإن كلا الطرفين ملزمان بالعقد، ومن ثم فإن تعويض المدين والالتزام باختيار تنفيذ الالتزام سيعتمد على متطلبات العقد[2].

في ضوء خرق العقد، فإن إنهاء العقد بسبب انتهاء العقد في القانون الأنجلو أمريكي وفسخ العقد في شكل خرق للعقد هما حل في القانون المدني، فمن الضروري تحديد المدين لإلغاء الحكم بعد الامتثال في الإخلال بالتزامات العقد.

عندما يفشل المدين في أداء التزاماته التعاقدية في غضون الوقت المحدد، فإنه يشكل خرقًا فعليًا للعقد. هذا الإخلال بالعقد يسمح للدائن باختيار التنفيذ الإلزامي للمدين في طلب التنفيذ، سواء كان عينيًا أم مقابلًا، وطلب إلغاء العقد، في كلتا الحالتين (إذا طلب ذلك)، مطلوب التعويض. إذا طلب الدائن إبطال، ثم سمح للمدين بالبدء في الوفاء بالتزاماته أو اقتراح التنفيذ، فإن الحكم حريص على إلغاء العقد والقاعدة في القانون المدني، هي أن المدين يستطيع أن يفعل ذلك، أو يستطيع أن يفي

---

(1) Williston, op. cit., §§ 1298-1299.

(٢) للمدين ان يعرض الوفاء طالما لم يصدر حكم نهائي بالفسخ، وتعليل ذلك، هو ان العقد يظل قائما ولا ينحل إلاّ بصدور حكم نهائي بالفسخ، والتنفيذ وارد على عقد قائم واجب التنفيذ ومطلوب فيه ذلك التنفيذ، فدعوى الفسخ غالبا ما تكون وسيلة تهديد لحمل المدين على التنفيذ والحكم بالفسخ منشئ لحالة جديدة". مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، مصدر سابق ذكره، ص ٨١.

بالتزاماته، أو يمكنه أن يقدم له عرضًا حقيقيًا، وبالتالي تجنب حكم التخلف عن السداد[١]. في هذه الحالة، يسمى الحق الذي يحدده المدين بالحق في تأجيل التنفيذ[٢].

إن حق الدائن في إنهاء العقد "لا يستبعد إمكانية التأخير في التنفيذ بسبب التأخير فقط، بشرط أن ينفذ المدين عينية ويدفع تعويضًا عن الضرر الناجم عن التأخير في التنفيذ. وبعبارة أخرى، يجوز للمدين التنفيذ المتأخر إلا إذا تأخر التنفيذ، ونتيجة لذلك، لن يتم قبول المطالبة، وإذا قدم التنفيذ عرضًا حقيقيًا، فسيكون له نفس التأثير[٣].

---

(١) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٧٩، وعبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٤٢٧، وحسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق ذكره، ص ١٨٩، واسماعيل غانم، المصدر السابق، ص ٣٢٨، ومحمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، القاهرة، ١٩٩٩-٢٠٠٠، ص ٢٢٤، وأنظر قرار محكمة النقض المصرية في الطعنين المرقمين ٤٤٨ و ٤٩٣ في جلسة ١٩٩٤/٢/٢٣، والذي جاء فيه ان "ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدني (المصري) من تخويل كل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين الحق بالمطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه بما يكون معه هذا الحق ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه، وان استعمال أي طرف من أطراف العقد خياره في طلب الفسخ طبقا لهذه المادة لا يوجب على المحكمة ان تحكم به، بل ان الأمر في ذلك يرجع الى تقديرها وحدها متى استندت الى أسباب سائغة، إلاّ انه يتعين لاجابة طلب الفسخ ان يظل الطرف المقصر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي، ومن ثم فان له ان يتوّقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه الى ما قبل صدوره، يستوي في ذلك ان يكون حسن النية أو سيئها إذ ان محل ذلك لا يكون إلاّ عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام". نقلا عن: المحمدي أحمد أبو عيسى، انحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٤٥-١٤٦. وأنظر قرارات أخرى لمحكمة النقض المصرية بهذا المعنى: "متى كان العقد لايحوي شرطا صريحا فاسخا فان الدائن إذا استعمل خياره في طلب العقد طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني لعدم وفاء المدين بالتزامه، فان المحكمة لا تلتزم في هذه الحالة بالحكم بالفسخ بل ان الأمر في ذلك يرجع الى تقديرها وهي في ما تقرره من كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى استندت في ذلك الى أسباب سائغة، كما ان للمدين ان يتوّقى الفسخ بالوفاء بالتزامه الى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى". الطعن رقم ٣٦٣ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥، نقلا عن: المستشار أنور العمروسي، الدعاوى المسماة في القانون المدني في ضوء الفقه واحكام القضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢ ص ١٧٦، وقضت كذلك بأن "الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يخول المدين الحق في ان يتوّقى الفسخ بالوفاء بالدين الى ما قبل صدور الحكم النهائي، ما لم يتبين لمحكمة الموضوع ان هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن فلا عبرة بمقدار ما لم يوف به المدين من التزام عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة بل العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائي". نقض ١٩٨٦/٥/٢٨ طعن رقم ٢٠٢٢ س٥٤ ق، نقلا عن: محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، من دون سنة طبع، ص ٨٩ هامش (٢).

(٢) "ان الفقه والقضاء، وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح، لا يعتبر حالة عدم التنفيذ قائمة لمجرد حلول الأجل أو لمجرد الاعذار بدون نتيجة، وإنما ينتظر الى تمام الفسخ، ويستفاد من ذلك ان للمدين ميزة «هي ميزة التنفيذ المتأخر» ومعناها ان يكون للمدين خيار شبيه بخيار الدائن بين التنفيذ أو ترك دعوى الفسخ تستمر، ... وهذا... لا يتعارض مع روح النصوص، فالنصوص أجازت للقاضي منح المدين مهلة للوفاء، فإذا كان الأمر كذلك، فان للمدين ومن تلقاء نفسه أن يوفي". مصطفى عبد السيد الجارحي، المصدر السابق، ص٨١-٨٢.

(٣) عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، القسم الثالث، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثانية، يناير ١٩٦٠، العدد الأول، ص ٢٧.

ويمكن ملاحظة أن حق المدين في تأخير التنفيذ ورغبته في إلغائه لن يكون ساري المفعول إلا في حالة تأجيل التنفيذ، وفي حالة بطلان التنفيذ النهائي، إن حق الدائن في إنهاء العقد لا يعفي عرض المدين بالتعويض عن التأخير في التنفيذ، أي أنه لا يمكن للمدين أن يمنع إبطاله عن طريق الوفاء بالتزاماته كتعويض في هذه الحالة، يجوز للدائن أن يختار قبول التنفيذ مقابل طلب إنهاء العقد[1].

واستناداً إلى الأحكام السابقة، إذا رغب المدين في إلغاء الإلغاء بعد خرق العقد فعلياً، فمن الأهم له تحديد هذا الحق له في حالة ما قبل التقصير، بل على العكس من ذلك، يمكن القول أن حق المدين في منع حل الحكم يتقرر من خلال أشكال مختلفة من الإخلال بالعقد قبل التعاقد، لنفترض أن قانوننا المدني يتعامل مع مثل هذه الانتهاكات كمبدأ ويجب ألا يمنع المدين من تقديم الأداء، أي أن المدين قد ذكر سابقًا أنه لن يفي بالتزاماته حتى إذا كان التصريح مكتوبًا[2]. كما رأينا، يعد الإعلان عن عدم التنفيذ أحد أوضح أشكال خرق ما قبل العقد

اولاً: الحذر في فسخ العقد في حالة تم الاتفاق مقدماً على الفسخ:

بالطبع، عندما يفشل المدين في تنفيذ العقد، ولا يوجد اتفاق بين الطرفين لإلغاء العقد، تنطبق لغة عالية المستوى. ويمكن للاتفاق على إلغاء العقد أن يتخذ أحد الأشكال الأربعة التالية، إذ يمكن للطرفين الاتفاق على إلغائه إذا لم يتم تنفيذ العقد، هذا الشرط لا يضيف شيئا إلى أحكام الإلغاء القضائي، ويجب إلغاء العقد على أساس المدين، ويتم رفع الدعوى وفقا لذلك، ويصدر حكما يمكن للطرفين الاتفاق على إلغاء العقد إذا تم إخلال المدين، لا تعفي الاتفاقية أي عذر والحق في اللجوء إلى المحكمة، لكنها تحرم القاضي من سلطته التقديرية للرد على طلب الإلغاء، كما أدى حكمه إلى الإبطال. يجوز للطرفين الاتفاق على إلغاء العقد من تلقاء نفسها دون إلغاء العقد، وهذا الوضع لن يمنع تحذير المدين إذا فشل الأخير في الوفاء بالتزاماته على الرغم من الذريعة، فسيتم إلغاء العقد من تلقاء نفسه. وأخيرًا، يمكن للطرفين الاتفاق على إلغاء العقد بمفردهما من دون حكم قضائي ودون أي أعذار. وهذا يمكن أن ينقذ الدائن من أعذار المدين ويرفع دعاوى الإفلاس بمجرد فشل المدين في الوفاء بالتزاماته، سيتم فسخ العقد تلقائيًا. وفي الصورتين الأخيرتين، إذا كان هناك نزاع حول وجود الشروط، أو استيفاء الشروط أو تأكيد إخلال العقد، فإن الحكم الصادر عن المحكمة يظهر الإلغاء وليس أصله[3].

---

(١) "للمدين مكنة تفادي الفسخ وتكون تلك المكنة لدائنيه ولكل شخص له مصلحة في الوفاء طبقا للقاعدة العامة. ويجب على من يتقدم بالوفاء ان يعرض التنفيذ العيني، فلا يجوز تفادي الفسخ بعرض التعويض سواءً اكان التنفيذ ما زال ممكنا أو اصبح مستحيلا، ولا يجوز للمدين ان يعرض شيئا آخر أو ان يعرض أداء عمل آخر بدلا من العمل الذي أصبح عاجزا عن أدائه". مصطفى عبد السيد الجارحي، المصدر السابق، ص٨٢.

(٢) مصطفى عبد السيد الجارحي، المصدر السابق، ص ٨١.

(٣) عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٤٢٩-٤٣٢.

قد يكون المدين قلقا بشأن إلغاء الحكم في القضية الأولى، كما لو لم يتم التوصل إلى اتفاق لإبطال الاتفاق، لأن الاتفاق على فسخ العقد في حالة عدم التنفيذ ليس أكثر من قاعدة عامة للإبطال من القانون المدني المنصوص عليها في المادة "١٧٧"[١]. أما بالنسبة للحالات الثلاث الأخرى، على الرغم من وجود اتفاق لإنهاء العقد، أي أن هناك شرط إلغاء واضح في العقد، ولا يتطلب إلغاء الحالتين الأخيرتين حكمًا قضائيًا، ولكن بمجرد الوصول إلى خرق العقد، سيصبح حقيقة، ولكن لن يحدث إنهاء. حالة العقد فقط عندما يعبر الدائن عن رغبته في الامتثال[٢]. في هذه الحالات تكون شروط الإبطال شرطين: خرق المدين للعقد، والدائن يعبر عن استعداده لإلغاء العقد بناءً على شروط الإلغاء الواضحة، وقبل أن يعرب الدائن عن رغباته، قد يشعر المدين بالقلق من الإلغاء بسبب تأخر أداء التزاماته[٣].

ثانياً: ميعاد قبول العدول:

في القانون المدني، يمكن للمدين أن ينفذ التنفيذ اللاحق بعد أن يطلب الدائن عن الفسخ، ولكن يمكنه الوفاء بالتزاماته حتى صدور الحكم النهائي بشأن الفسخ[٤]. أي أن الإلغاء من عمل القاضي وليس رغبات الطرفين، فلن يتم الإلغاء إلا من

---

(١) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٥٨٩، وأنظر قرار محكمة النقض المصرية في جلسة ١٩٧٣/١/٦ و١٩٧٨/٥/٢٥ بأن "الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلاّ إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه، وإذا كانت عبارة الشرط الواردة في عقد البيع انه «إذا لم يدفع باقي الثمن في المدة المحددة يعتبر البيع لاغيا»، فان هذا الشرط لا يعدو ان يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت في حدود سلطتها التقديرية ألاّ تقضي بالفسخ استنادا الى الشرط الفاسخ الضمني الوارد بالعقد لما تبينته من ان الباقي من الثمن بعد استنزال قيمة العجز في البيع قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام في جملته، فانها لا تكون قد خالفت القانون". نقلا عن: عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٨٩ هامش (1) .

(٢) محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص ٦٠.

(٣) عبدالحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، القسم الرابع، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثانية، يوليه ١٩٦٠، العدد الثاني، ص ٢٢٤، وهو يفرّق بين نوعين من الأجل في تنفيذ الالتزام: الأجل الجوهري والأجل غير الجوهري. ويذهب الى ان المدين يجوز له ان يتوّقى فسخ العقد بقيامه بالتنفيذ المتأخر، قبل ان يعلن الدائن إرادته فسخ العقد، في حالة وجود الأجل غير الجوهري وحدها، أما إذا كان الأجل جوهريا فلا يمكن للمدين ان يتوّقى فسخ العقد إلاّ بموافقة الدائن اذ يفسخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد حلول الأجل وعدم التنفيذ.

ويكون الأجل جوهريا، برأيه، عندما يكون ذا أهمية كبرى للطرفين، اذ يجب ان يكون المقصود من اشتراطهما الأجل هو ان يكون التنفيذ بعد حلول الأجل مستحيلا، وعدّ الأداء الذي ينفذ بعد ذلك الأجل أداءً آخر غير الأداء المستحق أصلا، وأن يتجلى قصد الطرفين من خلال الاتفاق الصريح على ذلك أو من النية المشتركة التي تدل عليها الظروف. أما الأجل غير الجوهري فهو أقل أهمية من ذلك، اذ يتفق الطرفان على جواز فسخ العقد بارادة الدائن عند تخلف المدين عن التنفيذ في الموعد المحدد من دون أن يدخل في قصدهما ان يكون الأجل جوهريا بالمعنى المتقدم، بل يكون كل ما قصداه هو تقدير مدى جسامة عدم التنفيذ وسلب القاضي سلطة فسخ العقد وإعطائها للطرف الذي يضره عدم التنفيذ. المصدر ذاته، ص ٢٠٧ و ٢٢٦.

(٤) أنظر في هذا الخصوص ما قضت به محكمة النقض المصرية من انه "يتعين لاجابة طلب الفسخ الضمني أن يظل الطرف الآخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه الى ما قبل صدور الحكم النهائي، وله أن يتوّقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه الى ما قبل صدوره، ويستوي في ذلك ان يكون حسن النية أو سيء النية، إذ محل ذلك لا يكون إلاّ عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام". نقض ١٩٧٠/٣/١٢ س٢١ رقم ٦٩

وقت الحكم، لكن الإلغاء لن يكون نهائيًا ما لم يوافق الحكم عليه أو على الاستئناف معروف، فالحكم النهائي لا يزال قائما. هناك نتيجتان: أولاً، يمكن للمدين التسرع في الإلغاء من خلال اقتراح أداء التزاماته قبل الإعلان عن الفسخ؛ وثانياً، يحق للمدين الإلغاء حتى بعد الفسخ، وإن أخذه فتعتبر طريقة الاستئناف من السؤال ككل كلمة جديدة للاعتراض والاستئناف[١].

اسمح له بتنفيذ وعوده في المحكمة البداءة، فعلى سبيل المثال، إذا صدر حكم واتبع المدين إحدى طرق الاستئناف، مثل الاستئناف، فيمكنه التنفيذ قبل الدرجة الجديدة على العكس، يمكنه أن ينفذ بعد انقضاء الفترة القضائية الممنوحة له؛ إذا أعطى القاضي المدعي تعبيراً لطيفاً لمدة شهر، وحكم أنه إذا لم يتم تنفيذ الفترة، فسوف يتم إنهاؤها، وإذا لم يتم تنفيذ هذه الفترة فعليًا، حتى إذا كان المدين جاذبية، يمكن للمدين أن يفعل الشيء نفسه. التنفيذ الصحيح لهذا الحكم هو ضرورة الطعن في إثارة القضية[٢]. يتم تحديد هذا الحكم من قبل القانون المدني ويختلف عن حكم القانون الانكلو أمريكي. لا يمكن للمدين في هذا القانون أن يحتاج دائمًا إلى العدول في جميع الأوقات. وطالما كان هناك ما يريد، فإن العدول مقيدة بعدم أداء الدائن للأخلال المسبق بتنفيذ العقد، بغض النظر عن طريقة التحقيق[٣]. وهذا يعني أنه يجب سحب خرق الدائن للإخلال المسبق بتنفيذ العقد قبل أن يغير الدائن موقفه بشكل كبير وفقًا لهذا الإخلال للعقد، كما لو أنه قام بعمل بديل أو رفع دعوى قضائية للحصول على تعويض[٤]. بشكل عام، هذا النوع من الحجة غير مقبول ما لم يحدث الإدراك قبل أن يخالف الدائن العقد[٥].

هذا يثبت أنه ليس من المستغرب الحد من الاسترداد بهذه الطريقة، لأن إخلال العقد غير قانوني، بعد كل شيء، والقدرة على تجنب إخلال العقد ليست مطلقة وبمجرد إعلان الدائن عن تنفيذ الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، يفقد هذه القدرة حتى بدون هذا الإعلان، قد لا يتمكن المدين من تغيير سلوكه الافتراضي، وإذا كان الدائن قد حسب السلوك الافتراضي بشكل دائم رفع دعوى قضائية بناء على ذلك، أو تغير موقفه بشكل ملحوظ[٦].

ص ٤٢٥، نقلا عن: محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص ٨٩ هامش (١). وما قضت به أيضا من انه "متى كان الشرط الذي تضمنه العقد شرطا فاسخا ضمنيا فان للمدين ان يتوقى الفسخ بأداء دينه كاملا قبل ان يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ". نقض ١٩٨٧/٦/١٧ طعن ٣٧٧ س ٥٤، نقلا عن المصدر ذاته، ص ٢٢ هامش(٢)، وأنظر في ذلك أيضا: سعيد سعد عبدالسلام، مصادر الالتزام المدني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص ٢٩٤.

(١) المعارضة هي التسمية التي يطلقها القانون المصري على الطعن بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي، وأثرها اعادة طرح النزاع من جديد على المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي لتقضي في النزاع من جديد، أما التماس إعادة النظر فهو طلب إعادة المحاكمة في قانون المرافعات العراقي. أنظر في ذلك: أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط١٥، منشأ المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٩،ص ٨٤٧ و ٩٢٥.

(٢) عبدالحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٢، احكام الالتزام (الاثار)، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٠، ص٣٧-٣٩.

(٣) التعليق (c) على المادة ٢٥٦ من الريستيتمنت الثانية للعقود.

(4) E Hunter Taylor Jr, op. cit., p. 939.

(5) E. Allan Farnsworth, op. cit.,p.591.

(6) Brian A. Blum, op. cit., p. 566-567.

يتم تحديد هذه القاعدة من قبل قضية Danube & Black Sea Railway & Kustendjie Harbour Co. v. Xenos في عام ١٨٦١، واتفق الطرفان على أن سينقل مواد المدعي من إنجلترا إلى القسطنطينية تركيا، في ١ يناير ١٨٦٠. قبل تاريخ التنفيذ، أعلن مالك السفينة المدّعي رفضه للعقد وكان ينوي عدم نقل أي بضائع إلى هذا الأخير، وهو ما كان إخلالا مسبقا بتنفيذ العقد. كتب المدعي رسالة إلى مالك السفينة يخبره فيه أنه رفض مثل هذا الانتهاك المسبق، وحافظ على وجود العقد، لكن مالك السفينة رفض العقد مرة أخرى وأصر على منصبه، رتب المدعي عقدًا بديلًا عن طريق استئجار سفينة أخرى لنقل حمولته إلى القسطنطينية من تاريخ التحميل المحدد بموجب العقد الأول، في ٨ يناير ١٨٦٠، أعلن مالك السفينة عن استعداد المدعي للتنزيل؛ و لذلك أبلغه المدعي أنه رتب عقدًا آخر وسيطلب منه تقديم الفرق بين الأسعار. ورأت المحكمة أن رفض مالك السفينة للعقد يمثل إخلالاً مسبقاً بتنفيذ العقد؛ مما أعطى المدعي الحق في قبول العقد. ومن ناحية أخرى، فإن محاولة مالك السفينة لعكس هذا الخرق للعقد بالإعلان عن استعداد صاحب المطالبة لتحميل البضائع في التاريخ المحدد غير ممكنة؛ لأن ترتيب عقود بديلة لنقل البضائع لتغيير موقف المدعي يكسر إمكانية إيقاف السفينة[١].

احتج المعارضون على فكرة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، بحجة أن الدائن يمكن أن يرفع دعوى قضائية مباشرة قبل الوقت الافتراضي لتنفيذ العقد قبل أن يختار الدائن تنفيذه، وسيحرم المدين من فرصة الانسحاب واستعادة الالتزام بالعقد إذا لم يحن وقت التنفيذ بعد، ولم يصدر المدين خرقاً فعليًا للعقد إذا لم ينفذه في وعده المحدد الذي يحرمنا به من فرصة الندم واستعادة الالتزام بالعقد[٢]. مما سبق، من الواضح أن القانون المدني يأخذ في الاعتبار طرف المدين، حتى إذا كان المدين قد تخلف عن السداد بالفعل، فيمكنه تجنب التخلف عن طريق توفير التنفيذ. إن القانون الانكلو أمريكي هو عكس ذلك تماما، ويبدو أن القانون يضر بالمدين في أحكامه المتعلقة بخرق ما قبل العقد. الشخص الذي يظهر هذا النوع من المصداقية المعززة ينفي أن له الحق في رفض بيانه أو سلوكه الذي لا يتعارض مع التزاماته المستقبلية، حتى لو لم يحن الموعد النهائي للوفاء بالالتزامات حتى الآن، فذلك ببساطة لأن الدائنين قد غيروا مواقفهم واختاروا إنهاء عقد.

ثالثاً: أساليب وشروط العدول:

إن حق المدين في تأخير التنفيذ مشروط بشرط أنه لا يتطلب إلغاء الوصية، وليس هناك موعد نهائي مطلق لا يمكن تجاوزه[٣]. بالإضافة إلى ذلك، عندما يجب تنفيذ حكم يمكن أن يتجنب خرق العقد في التنفيذ، أو على الأقل تنفيذ حقيقي للعرض، مع إيداع ضمان، وإلا، يمكن للقاضي الرد على طلب الإلغاء. وبالمثل، في الأداء الذي يقدمه المدين، يجب أن يكون

---

(١) أنظر تفصيلات القضية في:

Keith A. Rowley, op. cit., p. 584-586.

(3) Williston, op. cit., § 1321.

(٣) عبدالحي حجازي، المصدر السابق، ص ٣٦.

أداءً كاملاً، وعندما يرفض الدائن أداء الائتمان، فإن الدائن سيتعثر. يجب أن يشمل التنفيذ المؤجل أيضًا الفوائد المؤجلة[1]. ولن يتضرر الدائن من ذلك[2]. يمكن القول أن أهم شرط لتجنب التحيز ضد العقد هو أن المدين يجب أن يظهر العرض الحقيقي للمنفذ.

أ- الطريقة التي يحقق بها العدول:

قد يشير الإخلال المسبق بتنفيذ العقد الذي يتخلى عن العقد بأية وسيلة إلى أن نية المدين في الامتثال للعقد وسحبه من رفض إصداره قد تم سحبه سابقًا، فإنْ تم الرفض عن طريق بيان، فإنَّ رد الانسحاب يكون مصحوبًا ببيان مقابل ينص على التزام المدين بالعقد، وهناك طرق معينة للعمل. يتم سحبها عن طريق تصحيح ما يعتبر انتهاكًا، لتجنب خرق البائع للعقد بسبب بيع السلعة لمشترٍ آخر، بذلك يجب استعادة السلعة قبل الوقت المحدد للتنفيذ[3]. علاوة على ذلك، بغض النظر عن الصورة التي يتم الوصول إليها، فإن أي تحيز ضد العقد يمكن عكسه إذا كان الإخلال المسبق بتنفيذ العقد بسبب عدم توفير التأمين المناسب الذي يطلبه الدائن. و (الصورة الثانية): يجوز للمدين إلغاءه بعد انتهاء الفترة المحددة لتقديم التأمين، ومع ذلك، يجب أن يشمل عدم القيام بذلك وهو توفير التأمين الذي يطلبه الدائن، لأن فشل المدين في توفير التأمين بعد فترة الثلاثين يومًا يعتبر خرقًا للعقد مقدمًا، ولا يمكن التنازل عن العقد دون توفير هذا التأمين المطلوب[4]. ومع ذلك، إذا كانت القاعدة العامة هي السماح بالسحب المبكر للعقد، إلا إذا كان من المستحيل في بعض الحالات التخلي عن الواقع، وبسبب خطأ المدين، لا يمكن تنفيذ الالتزام في الوقت المحدد، قد يتخذ المدين إجراءات غير قابلة للتنفيذ في المستقبل، بسبب هذا العجز، لا يمكن تنفيذه تلقائيًا في المستقبل كما لو أن بائع القطعة الأثرية الوحيدة قد دمره قبل وقت التسليم المحدد وتجاهله. في هذه الحالة، كان من المستحيل عدول الإخلال المسبق بتنفيذ العقد ممكنا.

---

(١) المصدر ذاته، ص ٤٣، وغني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول – مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٨٧.

وأنظر أيضا ما ذكره الدكتور مصطفى عبدالسيد الجارحي، المصدر السابق، ص ٨٢ وهو أن "الأصل ان يعرض التنفيذ العيني الكامل، ومع ذلك يجوز أن يعرض تنفيذا جزئيا ويخضع للسلطة التقديرية للقاضي فيجوز أن يأذن ويرفض الفسخ إذا كان يبلغ قدرا كبيرا من الأهمية".

(٢) سمير عبدالسيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٩٢.

(3)E. Allan Farnsworth , op . cit. , p. 591

وهذا ما بيّنته الفقرة الثانية من المادة ٦١١ من القسم ٢ من القانون التجاري الاميركي الموحد والتي جاء فيها ان العدول يكون "بأية طريقة تبين للطرف المتضرر بوضوح ان الطرف المخل ينوي القيام بالتنفيذ".

(٤) وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦١١ من القسم ٢ من القانون التجاري الاميركي الموحد بقولها "يكون العدول بأية طريقة على ان يتضمن ذلك أي تأمين طُلب بشكل مبرر استنادا الى نص المادة ٦٠٩ من القسم ٢ من القانون".

ب– الطريقة التي حقق بها اتفاقية فينا لسنة "١٩٨٠" العدول:

لم تنظم اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ مسألة عدم السماح بإلحاق الضرر بالعقود، لكننا رأينا بالفعل أن الاتفاقية اعتمدت مبدأً أساسيًا يتطلب الحفاظ على العقود القائمة والتحقق منها حيثما أمكن، وحثهم على تنفيذها حتى في ظل ظروف قاسية. إن صياغة الاتفاقية تبطل عقد البيع الدولي ما لم يتسبب استمرار العقد في ضرر لا يمكن إصلاحه لأحد الطرفين أو كليهما[١]. وبناءً على ذلك، إذا اختار الدائن الاحتفاظ بالعقد دون إلغاء العقد بعد أن يدين المدين، يمكن للمدين تغيير رأيه وأداء التزاماته بموجب العقد في أي وقت، ويلتزم الدائن بعد ذلك بقبول إخلال المدين[٢]. وبعبارة أخرى، يحق للدائن أن يعلن إنهاء العقد بسبب الإخلال المسبق بتنفيذ العقد وليس التزاماته[٣]. وتنص الاتفاقية على أن الدائن الذي ينوي إلغاء العقد على أساس الإخلال المسبق بتنفيذ العقد يجب أن يخطر المدين بهذه المسألة لإعطائه الفرصة لتقديم تأمين كافٍ لتجنب إبطال العقد. ومع ذلك، في بعض الحالات، إذا ذكر المدين بوضوح أنه لن يفي بالتزاماته، إذ لا يجوز إخطار المدين. يمكن القول هنا أن فرصة المدين لإلغاء الدين أكثر صعوبة مما كانت عليه عندما يتم إخطاره، لأن الإشعار يتطلب من الدائن قبول التأمين الذي قدمه المدين في ظروف كافية[٤].

وتنص الفقرة ٣ من المادة ٢٧ من الاتفاقية على أنه إذا أعلن الدائن صراحةً أنه لن يفي بالتزاماته، فينبغي على الدائن أن يخطر المدين أنه ينوي إلغاء العقد. كما رأينا، فإن الغرض من الإشعار هو السماح للمدين بتوفير تأمين كافٍ للتنفيذ لمنع إلغاء الدين، بينما يُفسر تقديم تأمين كافٍ على أنه رفض الإضرار بالعقد. إذا حرم المدين من فرصة تقديم هذا التأمين، فقد يحرم المدين من فرصة التخلف عن السداد قبل إنهاء العقد؛ لذلك قال أحدهم: "الإعلان الأصلي عن عدم تنفيذ العقد إعلان لا رجوع فيه[٥]. ومع ذلك، قد لا يكون إيقافه سهلاً. بما أن المدين قد حرم من الحق في توفير تأمين مناسب للتنفيذ، فلا توجد فرصة لتجنب إبطال العقد، لذلك من الممكن أن يدرج في البند وقت لا يسمح فيه بإخطار المدين[٦].

---

(1) Mercedeh Azeredo da Silveira, OP. cit., p. 23.

(٢) المصدر ذاته، ص٢٧.

(٣) المصدر ذاته، ص٣٠.

(4) أنظر: M. Gilbey Strub, op. cit., p.499.

(5) Fritz Enderlein & Dietrich Maskow, International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the InternationalSale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International sale of Goods 285 (Oceana Publications 1992), p. 293.

(٦) عبدالحي حجازي، المصدر السابق، ص ٤٣–٤٤.

ج- شروط العدول:

عندما ينفذ المدين التنفيذ المتأخر للدين أو يقدم عرضًا فعليًا، سيرفض القاضي استبعاد الإلغاء، لأنه في هذه الحالة، ليس لديه الحق في الرد على طلب الدائن؛ لذلك لا يمكنه إلغاء العقد وليس له الحق في أن يقرر بنفسه. ما لم يكن القاضي واضحًا، ولأسباب مشروعة، فإن هذا الأداء يضر بالدائن، أي أنه طالما كان ذلك ممكنًا للدائن، فإن التنفيذ المتأخر سيقضي على شروط عدم الأداء، لكنه لا يستطيع الحكم وتزويد البائع بالواقعية فسخ عقد البيع المعروض بالنسبة للإبطال، لذا لن يتم الإلغاء بسبب اختفاء متطلباته[١].

في حالة عدم ابطال العقد في القانون الأنجلو أمريكي، سيتم إبطال عواقب جميع الانتهاكات، أي مطالبات التعويض وأداء الالتزامات المتبقية والإعفاء من شروط عدم الأداء قبل التنفيذ[٢]. كما احتفظ القضاء بحقوق الأطراف التي انتهكت العقد، وكان الطرف المتضرر خاليًا من أي تأخير ناجم عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد[٣].

واستناداً إلى الأحكام المذكورة أعلاه، إذا كان من الممكن في القانون المدني تجنب الإلغاء بعد انتهاء مدة الالتزام، ولكن بعد تقديم مطالبة الإلغاء وإصدار حكم غير محدود، الأول هو أنه لا ينبغي للمدين أن يشير بأي شكل من الأشكال إلى إذنه أو سلوكه بشأن الإخلال بالعقد في المستقبل. ويشير إلى هذا العدول، كما يشير إلى أن المدين ينوي الوفاء بالتزاماته في الموعد المحدد.

---

(١) وأنظر قرار محكمة النقض المصرية المذكور في الموضع ذاته، نقض مدني ١٤ مايو ١٩٥٣، الذي قضى بأن "عدم اشتمال العقد على الشرط الفاسخ الصريح من شأنه ان يكون للمشتري دفع الثمن ولو بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد بل وبعد رفع دعوى الفسخ ويكون هذا الوفاء مانعا من إجابة طلب الفسخ".

(٢) التعليق (a) على المادة ٢٥٦ من الريستيتمنت الثانية للعقود.

(٣) الفقرة الثالثة من المادة ٦١١ من القسم ٢ من القانون التجاري الاميركي الموحد.

المبحث الثاني:اسبقية الخطأ في الإخلال المسبق بتنفيذ العقد

قد يكون الخطأ المسبق بتنفيذ العقد هو عدم الوفاء بالالتزامات وفقًا للقانون ومتطلبات أي طرف متفاوض، وهو ما يتعارض بلا شك مع مبدأ حسن النية والثقة، والذي يمثل الإطار العام لتنفيذ أي التزامات، أو قد يفتقر إلى آلية التعاقد بمعنى العقد. إذ يتفاوض بهدف الوصول إلى عقد وأهداف أخرى. أو يشير هذا الخطأ إلى أنه تم تعليق التفاوض على العقد بعد الوصول إلى المرحلة المتقدمة، ومثل هذا المقطع غير معقول.

هذا يعني أنه عندما نقوم بحل الخطأ، فسوف نتحمله كجزء من مسؤولية الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، لأنه بالإضافة إلى الحالة التي تحدث فيها المسؤولية في بعض الحالات، بسبب الخطأ الذي حدث في مرحلة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، فإنه يحسب المدخلات التأثير لا علاقة له بالتفاوض على العقد. بدلاً من ذلك، قد يكون بسبب الاحتيال أو السلوك الاحتيالي من قبل أحد الطرفين، التأثير على الطرف الآخر ودفعه للعقد، لأن العقوبة هنا هي ما إذا كان العقد غير صالح، أو لأنه يمكن إرجاع العقد إلى المرحلة المسبقة بتنفيذ العقد.

لذلك سوف نناقش هذا المبحث ونتطرق في تقسيمه الى مطلبين، نتكلم في المطلب الأول عن تحديد السلوك الخاطئ، وفي المطلب الثاني عن عواقب الإخلال المسبق بتنفيذ العقد.

المطلب الأول :تحديد السلوك الخاطئ

يجب تحديد سلوك المفاوض، وهو أمر خاطئ، ومن أجل تحديد هذا السلوك، من ناحية، يجب شرح معايير الخطأ، ومن ناحية أخرى يجب وصف الخطأ؛ وسنقوم بإدراج هذه الفكرة في فرعين، نناقش على وجه التحديد الفرع الأول وهو معايير الخاطئ المسبق بتنفيذ العقد، بينما الفرع الثاني أوصاف الخطأ المسبق بتنفيذ العقد.

الفرع الأول:معيار الخاطئ المسبق بتنفيذ العقد

يمكن القول أن الخطأ لن يتحقق ببساطة عن طريق قطع المفاوضات، لأن مثل هذا الانقطاع قد يكون منطقيًا؛ بل على العكس، عندما يؤدي الانقطاع إلى تدمير الثقة الشرعية الناتجة عن التفاوض، يجب اعتبار انقطاع التفاوض إخلالاً[1]. فالثقة القانونية هي معيار لقياس ما إذا كان سلوك المفاوض صحيحًا، وهل يمكن استنتاج شرعية الثقة من خلال استنتاج أن الظروف المحيطة بوثيقة التفاوض نفسها هي سلوك الطرف المتفاوض والمرحلة التي وصلت إليها المفاوضات، في البداية أم التطور، بمعنى أنها أقرب لمرحلة إبرام العقد[2]. سيؤثر وقت مقاطعة المفاوضات على ما إذا كان كل طرف قد ولد ليؤمن بأنه سيؤدي إلى

---

(١) صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الاول، العدد الثالث، ١٩٩٧، ص ١٣١.

(2)Schmidt(j), negociation et conclusion et contrat, paris, 1981, p. 108

وكذلك ينظر في نفس المعنى عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٢، ص ٥٩٥.

إبرام العقد، لذلك إذا أحرزت الأطراف في المفاوضات تقدمًا كبيرًا، فسيكون لها تأثير في النظر إلى الطرف الذي أنهى العقد. و كلاهما يعتقدان أن العقد سينتهي ويوقع، ثم فجأة قام شخص بقطع العقد دون أي سبب أو سلوك، ولا شك أنه مخطئ هنا، وحكم أنه إذا كان أساس المفاوضات قبل توقيع العقد هو تقليص حرية هذه المفاوضات في أي وقت، فهذا غير مسموح به وإن استغرق التحضير وقتا طويلا، إلى حد ما، يعتقد قانونًا أن كل طرف يعتقد أن الطرف الآخر يقوم بالتوقيع على العقد بجدية إذا توقفت هذه المفاوضات لاحقًا بسبب انقطاع أحد الأطراف، وبسبب الاختلافات في بعض الرسوم، فسيكون ذلك بلا شك خطأ وسيسبب الضرر ويمنح الطرف الآخر الحق في المطالبة بالتعويض.

إن ركن الخطأ هو انتهاك الثقة القانونية الناتجة عن المفاوضات، إذا كان القاضي مبنياً على عوامل موضوعية واضحة واستخلص القاضي من البيئة المحيطة بالمفاوضات، فسيكون خطأً. وهذا يشمل خبرة أحد الأطراف المتفاوضة في موضوع التفاوض المؤهلات المعرفية والفنية على أساس الخبرة التفاوضية توقيع العقد[1]. ميز القضاء الفرنسي الناس العاديين عن الحرفيين وحكم أنه إذا كان بإمكان الحرفي أن يوظف تجربته الخاصة، فلن يكون في عجلة من أمره للثقة في مفاوضاته والتصرف وفقًا لهذه الثقة، لأن المفاوضات لا تنتهي دائمًا بإبرام العقد[2].

لذلك، ضع في اعتبارك تقييم شرعية الثقة بدلاً من تقييم المؤهلات الشخصية لكلا الطرفين. على سبيل المثال: يعترف القضاء الفرنسي أنه إذا أجريت المفاوضات على أسس اقتصادية لا تختلف اختلافًا جوهريًا عن الأساس الذي تم إبرام العقد عليه، وقد انتهت المفاوضات سيكون العقد مليئًا بالثقة في تحديد العقد[3].

الفرع الثاني:أوصاف الخطأ المسبق بتنفيذ العقد

المقصود بالخطأ المسبق بتنفيذ العقد هو ما أصدره أحد المفاوضين و تسبب في الخطأ، ما جعله مسؤولاً عما فعله، لذا يجب تلبية بعض الخطأ شروط مثل المساس بنية مفاوض آخر. بالإضافة إلى ذلك، ما إذا كان الخطأ يتطلب درجة معينة من الجاذبية لجعل الخطأ جسيمًا، أو أن الخطأ يكفي لتمثيل خطأ عادي، وبالتالي سوف نتطرق لنية الاضرار عند النقطة الأولى، ثم نواصل دراسة جسامة الخطأ عند النقطة الثانية وعلى التوالي.

اولاً: نية الضرر:

ذهبت بعض المحاكم الفرنسية بأنه يجب أن يكون هناك نية إضرار المفاوض حتى يتم الحكم عليه بسبب مسؤوليته عن الأضرار لخرقه الثقة القانونية، ولكن بعد ذلك أخذت بين طلب هذه النية وعدم وجود هذه النية حتى تم حل عدم تنظيم

---

(١) طعن رقم "٥" في ١٠٨٦/٤/٢١، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثاني، المجلد الثاني، يونية ١٩٩٦، ص٢، ٣، رقم ١٦، نقلا عن محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ٢٠٠١، ص ٩٨.

(٢) نقض مدني في ١٩٦٤/٣/٢، نقلا عن صبري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ١٢٤.

(٣) سلمان براك دايح الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٨، ص ٩٢.

القصد من الضرر في النهاية على أنه وصف خاطئ للعقد. وذلك ،لأنه بعد أن أخطأ المفاوض وطالب بتعويض، قاطع المفاوضات دون سبب وجيه، وقد لا تتمكن المحكمة من إجباره على التعويض لأنه لم يكن ينوي إيذائه. هذا اتجاه معقول، لأن الهدف العام ضمن نطاق المسؤولية المدنية هو التعويض عن الخسائر بدلاً من معاقبة الأخطاء[١].

وإذا اختلفت شدة الجريمة (العقوبة) باختلاف ما إذا كانت الجريمة متعمدة، فعندئذ إذا تمت الموافقة على الخطأ أو مجرد إهمال وخرق للعقد، فلن تختلف الغرامة المدنية (التعويض) أيضًا، وجدنا أن محكمة الاستئناف العليا الفرنسية لم تنص على القصد من الضرر في هذا الصدد لوصف الخطأ المسبق بتنفيذ العقد. إذا لم يكن هناك سبب شرعي لطلب نية الإضرار من أجل تحديد المسؤولية مقابل العقد.

ثانياً: جسامة الخطأ:

من أجل الحفاظ على مبدأ حرية العقد من ناحية، و لا تضيع من ناحية أخرى، كان من الضروري التكيف مع انقطاع المفاوضات أو الإخلال بالالتزامات الناشئة عن ذلك، من ناحية أخرى، يجب أن تتحمل الأخطاء المسؤولية وبتحديد درجة الجسامة، أي يجب أن يكون هذا خطأ فادحًا في نظام المساءلة[٢]. ومع ذلك، من منظور مالي، لم يتم أخذ هذا الاتجاه، لأن القضاء الفرنسي حدد الفرق بين القضيتين بناءً على المؤهلات المختلفة للأطراف المتفاوضة، على النحو التالي[٣].

أ- حالات إجراءات المفاوضات بين الحرفيين:

من الواضح أن المصطلح الحرفي يشير إلى أن الشخص الذي يمارس نشاطًا لديه خبرة ومعرفة أكبر من الآخرين، وقد لا يكون لدى نظرائه نفس المؤهلات؛ لذلك إذا كانت المفاوضات بين الحرفيين، فإنهم يحتاجون إلى أكبر قدر من حرية التعاقد؛ لأن الطرفين يتفاوضان وفقاً لقواعد المنافسة في السوق، علاوة على ذلك، إذا كانت قواعد المنافسة لا تقضي على إمكانية وعد الحرفي الخاطئ بقطع المفاوضات في المقابل، فإنها تتطلب من الحرفيين الحصول على حرية أكبر في التفاوض من الشخص العادي[٤]. وبعبارة أخرى، فإن الحرفي لديه مؤهلات واستراتيجيات في مجال التفاوض، لأنه يجب أن يكون قد أجرى مفاوضات

---

(١) ينظر بهذا المعنى: صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص١٢٤.

(٢) ورد ذلك في حكم صادر في قضية تفاوض فيها متعهد بناء مع احد الاشخاص لشراء قطعة ارض، ولما كانت الاستفادة منه الا بشراء القطعة المجاورة لها، بادر الى شراء هذه القطعة الاخيرة ثقة منه بان المفاوضات ستنتهي بشراء الاولى وتبين له فيما بعد ان الشخص الذي يتفاوض معه لا يملك قطعة ارض الا على وجه الشيوع وان احد الشركان لم يوافق على بيعها، لذلك اقام الدعوى عليه، ودفع محامو المدعى عليه بان موكلهم ليس لديه نية الاضرار الا ان محكمة النقض لم تتردد في الحكم بمسؤوليته، مقرره بذلك ان نية الاضرار ليست شرطا في تكييف قطع المفاوضات بانه خطأ.

نقلا عن صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص ١٢٤، هامش رقم (٢٥).

وكذلك اشار اليه: سلمان براك، مصدر سابق، ص ٩٣، هامش رقم (١).

(٣) ولمزيد من التفاصيل راجع صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص١٢٤.

(٤) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الاول، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٤٢.

سابقة. وقد راقب القضاء الفرنسي القضية ونظر فيها، لذلك وجدنا أنه تم التأكيد على أن الموعد النهائي للتفاوض قد تم تعديله إلى خطأ، وفي أحد قراراته ذكر أن الخطأ كان واضحًا وأنه لم ينتهك لتكييفه مع الخطأ[١]. ولكن للوهلة الأولى يبدو أن شرط الوضوح الخاطئ مرتبط بالإثبات الخاطئ، ولكن ليس بخطورة الخطأ، لكن الرأي الأصح يميل إلى اشتراط أن الوضوح الخاطئ قاس لاسيما استخدام الحذر لمعايير الحرفيين الذين به يقيسون حدوث الأخطاء[٢].

يبدو أن هذا الجانب سليم، لأن الحرفي أكثر خبرة ومعرفة من الشخص العادي، مما يسمح له بحماية مصالحه مع الحرفي المسؤول عن الأخطاء.

ب- حالة اجراء المفاوضات بين الحرفي و الشخص العادي:

لا يتوجب على كلا الطرفين التفاوض من حيث الأقدمية ويسعون إلى المساواة في الأخبار والدراية، لكنهما يتفاوضان أحيانًا وفقًا لآلية ما، أحدهما يعني حرفيًا والآخر هو شخص عادي، والأول تفهم فانغ الجوانب التقنية للعقد أكثر مما يفهمه الناس العاديون. لذلك، عند التكيف مع انقطاع المفاوضات أو انتهاك الالتزامات الناشئة عنها، يجب مراعاة قدرة الحرفي، وهذا خطأ في المسؤولية، وعند التفاوض مع الناس العاديين، خاصة عندما يكون المستهلك مستهلكًا، يتم ذلك عن طريق توسيع مسؤوليات الحرفيين[٣].

إذا تم إنهاء التفاوض بسبب خطأ حرفي، حتى إذا كان الخطأ يمثل فقط انقطاعًا للتفاوض، فإنه يكون مسؤولاً. والسبب هو أن ثقة الناس العاديين في الحرفيين أكبر من الثقة التي خلقها المفاوضون لي بنفس الكفاءة[٤]. إذا كانت الصورة تحمل هذا المعنى، فسوف يسأل الحرفي عن أخطائه وان لم يكن جسيما، ولكن إذا كان الحرفي هو الطرف المتأثر بالأخلال و المفاوضات، فهل سيسأل الناس العاديين دون تحديد وصفه الخاطئ؟

لأن الحرفي لديه المؤهلات للتفاوض على الفن، فإن ثقته محدودة، خاصة لأن هذا السلوك هو جزء من نشاطه الاقتصادي المعتاد، لذلك لا يريد جميع المفاوضات كافة التي يجريها الى ابرام عقود مع كافة عملائه. لذلك، في حالة التفاوض بين شخص عادي وحرفي، يسأله الحرفي عن أخطائه العادية، وإذا لم يكن جسيما، فإنه لا يسأل الشخص العادي عن الخطأ الجسيم[٥].

---

(١) صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(2) Schmidt, op. cit. p.10.

(3) V.ghestinj). droit civil, les obligations le contrat . l. g. d. 1980. N. 483, p. p 393-395.

(4) Schmit, op. cit, p. p 110-111.

(٥)صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص١٢٥.

المطلب الثاني:عواقب الاخلال المسبق بتنفيذ العقد

عندما يختار الدائن تنفيذ استنتاج حول التخلف المستقبلي للمدين، عندما يقوم الدائن بهذا العمل بالطريقة التي طلبناها سابقًا، سيكون لها بعض التأثير. تختلف هذه التأثيرات في نظام القانون العام ونظام القانون المدني، بعد أن قدم الدائنون الاستنتاجات المذكورة أعلاه، وضع القانون الأنجلو أمريكي قواعد عامة للتعامل مع تأثير الإخلال المسبق بتنفيذ العقد قبل أن يتحقق العقد. ويتجلى ذلك في نتيجتين رئيسيتين: إنهاء العقد والسماح بالتعويض قبل تاريخ التنفيذ.

بموجب الأثر الأول، يحدد الدائن التزاماتهم بموجب العقد. وبموجب الأثر الثاني، يحق للدائن مقاضاة المدين للتعويض عن الخسائر التي تكبدها بسبب خسائر المعاملات. أما بالنسبة للقانون المدني، فإن هذين المؤثرين يجدان نطاقًا داخل نطاق التطبيق، لكنهما لا ينطبقان بشكل مباشر مثل القانون الأنجلو أمريكي. كما رأينا بالفعل، لأن القانون المدني لا يضع قواعد عامة للأخلال المسبق بتنفيذ العقد. إذا كان إنهاء العقد والمطالبة بالتعويض يقعان في نطاق قضية القانون المدني قبل وقت التنفيذ المنصوص عليه، ويتم تضمينهما في شكل الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، بعد شرح التأثيرين المتقدمين، هدفنا، نحن نعلم أنه من الممكن تعميمها على المواقف الأخرى الواردة في هذه الصور، والتي لم ينص عليها القانون المدني مباشرة.

لذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين، وفي كل فرع نتعامل مع أحد التأثيرين المذكورين أعلاه، لذلك الفرع الأول الغاء العقد، واما الفرع الثاني المطالبة بالتعويض قبل وقت التنفيذ.

الفرع الأول:إلغاء العقد

يجوز فسخ العقد بانتهائه قبل اكتمال تنفيذه أو قبل بدء التنفيذ. وبهذا المعنى، يختلف الحل عن انتهاء الصلاحية، لأن انتهائها يكون عندما يتم تنفيذ العقد بالكامل، ويكون الحل قبل تنفيذ العقد. قد يكون الحل اتفاقًا بين الطرفين، ولكن قد يكون الفصل بسبب أسباب يحددها القانون، مثل الإلغاء أو الحل من جانب واحد[1].

في القانون الإنكلو أمريكي، يُستخدم مصطلح "Termination" بشكل أساسي للإشارة إلى تأثير الدائن للأخلال المسبق بتنفيذ العقد[2].

---

(١) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٥٦٥-٥٦٦، وعبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٤٢٠. ولكننا نجد خلطا في كلمات الأستاذ حسن الذنون، اذ ذكر انه يفرّق "بين انقضاء العقد وبين انحلاله، فالعقد ينقضي بتنفيذه، أي بوفاء المدين بالتزامه على النحو المتفق عليه، أما الانحلال فيراد به إنقضاء العقد إنقضاءً مبتسرا، أي انحلال الرابطة التعاقدية قبل التنفيذ أو قبل انقضاء مدة العقد الزمني"، حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق ذكره، ص ١٨٨. فقد عرّف الانحلال بأنه إنقضاء مبتسر للعقد فجعله قسما للانقضاء، مع انه فرّق بين الانحلال والانقضاء قبل ذلك وجعل كل واحد منهما قسيما للآخر. وعلى أية حال، فما نقصده من انحلال العقد هو المعنى المشار اليه في المتن، أي زوال العقد قبل تمام تنفيذه، أو قبل البدء في هذا التنفيذ.

(2) Jill Poole, op. cit., p. 320; Qiao Liu, op. cit., p. 562.

هذا الاستخدام خاص لأنه في حالة الإخلال السابق بتنفيذ العقد، تم الغاء القانون المذكور أعلاه فقط للمستلم، لأنه في هذه الحالات لم يتم إلغاء العقد بأثر رجعي. ونتيجة لذلك، انتقد بعضهم قرارات قضائية معينة تستخدم مصطلح " Rescission" في حالات التحامل، لأن معنى هذه الكلمة هو أن العقد بدأ من البداية، حتى لو كنت قد وافقت على أن هذا التأثير لن يؤدي إلى إخلال مسبق بتنفيذ العقد[١].

لذلك، فإن قاعدة القانون الأنجلو أمريكي هي أن أداء الدائن للإخلال المسبق بتنفيذ العقد، أي فيما يتعلق بالالتزامات المستقبلية، أي إلغاء العقد، وليس لهذا الإرجاع أثر رجعي. وبعبارة أخرى، نتيجة لقبول الدائن إخلال المدين المسبق بتنفيذ العقد، تم الغاء عقد الالتزامات المتبقية لكل طرف، و يحدث هذا الإنجاز مباشرة بعد القبول ولا يعتمد على إجراءات أخرى، والغرض منه تمكين الدائن من كسر الالتزامات بموجب العقد المرفوض من قبل المدين[٢].

إذا نظرنا في القضايا التي ينطوي عليها القانون المدني، والتي يتم تضمينها جميعًا في شكل صور الإخلال المسبق بالعقد، فسوف نجد أن القانون المقدم للدائن بموجب القانون يسمح بإلغاء العقد. ومع ذلك، لا يمكن أن يتم هذا الإلغاء بطريقة مماثلة للقانون الأنجلو أمريكي، ففي القانون الأنجلو أمريكي، بمجرد أن يشير الدائن إلى أنه يقوم بعمل لإنهاء إخلال مستقبلي للعقد، يتم إنهاء العقد وبالمثل، لا يعني الإلغاء في القانون المدني دائمًا إلغاء العقود بأثر رجعي. فيما يتعلق بالتحقق من صحة الإلغاء وفعاليته، يمكننا تقسيم الحالات المذكورة أعلاه إلى ثلاث حالات: حالات سقوط الأجل، حالات يسمح بإنهاء عقد المقاولة قبل الموعد النهائي للتنفيذ، وحالات انهاء العقد الزمني.

الحالة الاولى: حالات سقوط الأجل:

لن يؤدي انتهاء هذه الفترة إلى إلغاء العقد، ولكن سيتم تأكيد العقد من خلال تحويل التزام المدين إلى التزام مستوفى، يمكن للدائن أن يطلبه على الفور إذا نفذ المدين التنفيذ، فقد أوفى بالتزاماته وانتهى العقد، وإذا رفض الدائن تنفيذ العقد، يجوز للدائن أن يختار بين العقد الفعلي أو التنفيذ المدفوع للعقد وفقًا للشروط، أو إنهاء العقد والتعويض إذا لزم الأمر[٣]. يخضع طلب الإلغاء لتقدير القاضي، وقد يرى أنه رد على الطلب ثم ألغى العقد، ولكن في هذه الحالة، سيتم إلغاء فسخه وفقًا

---

(1) Robert Upex, op. cit., p. 239; Jill Poole, op. cit., p. 319.

(2) Jill Poole, op. cit., p. 320; R.D. Mulholland, Business Law Today, 4th ed., The Dunmore Press Limited, New Zeland, 1995, p. 241; Clive M. Schmitthoff & David A.G. Sarra, Mercantile Law, 14th ed. Stevens & Sons, London, 1984, p. 154.

(٣) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، مصدر سابق ذكره، ص ١١٢، وعبد الناصر توفيق العطار، الاجل في الالتزام، من دون محل ولا سنة طبع، ص ٣٦٣.

للقواعد العامة لإلغاء العقد[1]. هذا على النقيض من الظروف التي أدت إلى قبول الإخلال المسبق بتنفيذ العقد من قبل القانون الإنكلو أمريكي.

سيؤدي التخفيض في الحد الزمني إلى التزام تعاقدي عاجل لأنه تم الوفاء بالالتزام المتأخر، وهذا يشمل جميع النتائج الناشئة عن الحق في تنفيذ الالتزام، سواء كان مطلوبًا تنفيذه عينيًا أو مسموحًا به مقابل متطلبات الدفع أو الحل. هذا النوع من التأثير يختلف عن ترتيب الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، لأن المدين أصدر إخلالا للعقد قبل تاريخ التنفيذ، وبالتالي، لا يتم تسريع تاريخ الدين، ولكن هناك إخلال مسبق بتنفيذ العقد، لذلك يتم الحفاظ على الالتزام فقط بعد تنفيذ الإخلال المسبق بتنفيذ العقد ساري المفعول حتى يمكن القول أنه يسرع من تاريخ تنفيذه[2]. وبعبارة أخرى في حالة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، فإن ما حدث هو إلغاء العقد بسبب خطأ المدين، وحدث هذا الإلغاء قبل الموعد النهائي لتنفيذ العقد.

تسلط المادة ٨٦٨ من القانون المدني العراقي الضوء على هذه الميزة من خلال منح صاحب العمل الحق في إلغاء العقد دون انتظار تاريخ التسليم، لذلك لم يكتمل التسليم عند إلغاء الطلب، ولكن التسليم لا يزال متأخراً بسبب مستقبله، فالاستنتاج المستحيل يعني أنه من الممكن إلغاء العقد مسبقًا.

إذا انخفضت مدة المنصب، فإن ما يحدث هو التعجيل بتاريخ الوفاء بالالتزامات. في هذه الحالات، يكون للحقوق التي يمنحها القانون نفس المعنى الذي يثبت للدائن خلال الفترة المحددة للتنفيذ (إذا كان الموعد النهائي لا يزال قائماً)، وهو شرط لأداء الالتزامات وفقاً لشروط العقد، في ذلك الوقت، إذا فشل المدين في الوفاء بالتزاماته المطلوبة، ولجأ الدائن إلى الإبطال والتعويض، يمكن القول أن النتيجة كانت مماثلة لنتائج ما قبل التقصير من العقد، أي إنهاء العقد والمطالبة بالتعويض قبل تاريخ التنفيذ الأصلي. ومع ذلك، فإن هذا التشابه ليس سوى دليل حقيقي، ومن وجهة النظر القانونية، فإن طلب الإلغاء والتعويض بعد انتهاء المهلة الزمنية يستند إلى الإخلال الفعلي بالعقد، وليس مقدمًا. يكون الإخلال المسبق بتنفيذ العقد بسبب الالتزامات المعجلة ؛ لذلك إذا كان الموعد النهائي لا يزال وفقًا لإعداده وشرح أفعاله في التاريخ الأصلي، فقد يكون المدين قادرًا على التنفيذ مع ذلك، فإن مرور الوقت يتطلب منه تنفيذ عمليات خارج هذه الحسابات، وهو ما يتجاوز قدرته حدث هذا بسبب خطئه، لذلك لا يقبل بشكوى من هذه النتيجة. ووفقًا للتقرير المذكور أعلاه، قد تشمل الفترة القصيرة تقصير المدين في إخلالين للعقد، أو إخلال إضعاف التأمين الخاص الذي قدمه لضمان التنفيذ، أو عدم تقديم التأمين أو الإفلاس الذي وعد به إذا اعتبر الإفلاس خرقًا للعقد[3].

---

(١) كما لا بد من اعذار المدين لأن مجرد حلول الأجل لا يكفي لوضع المدين في الوضع القانوني للمتأخر في تنفيذ التزامه. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، مصدر سابق ذكره، ص ٧٧٦.

(2) Williston, op. cit., §1311.

(٣) رأينا سابقا ان بعض القرارات الاميركية عدّت الإفلاس إخلالا مسبقا بالعقدأنظر: Thomas W. Dunfee and others, op. cit., p. 341.

إذا تم اعتباره ضعيفًا أو لا يوفر تأمينًا، فهذا هو الخرق الحالي للعقد، ولكن الاستنتاج هو أن العقد الذي يتم مراقبته لضمان عدم تنفيذ العقد في التاريخ المحدد، سيتم استنتاج المستقبل من الإخلال الأول أي إخلال العقد إلى هذا الحد، على سبيل المثال، إذا تبنى القانون العراقي الانتهاك المسبق لمبادئ العقد كما هو الحال في القانون الإنجليزي، هذا الاستنتاج صالح لموضوع المبدأ ويمكن ترتيبه لفعاليته، أي إنهاء العقد والحق في السماح بالمطالبات. ومع ذلك، نظرًا لأن القانون المدني لم يعتمد فكرة ما قبل التقصير كمبدأ عام، فإن هذه الآثار لم يتم ترتيبها بشكل مباشر، ولكنها خفضت شدتها وقررت التعجيل بالتزاماته حتى يتمكن المدين من تنفيذ هذه الالتزامات وفقًا للعقد وتجنب إلغائها. إذا لم يفعل ذلك، وطلب الدائن إبطالها، فإن الإبطال يرجع إلى الإخلال الحالي بالعقد ويجب أن يخضع لتقدير المحكمة.

الحالة الثانية: حالات يسمح بإنهاء عقد المقاولة قبل الموعد النهائي للتنفيذ:

أما الفئة الثانية فتتضمن الحالات التي يسمح فيها القانون بإلغاء الطلب قبل الموعد النهائي للتنفيذ، وهذه الحالات هي عقود تعاقدية. تسمح المادتان ٨٦٨ و ٨٦٩ من القانون المدني العراقي لأرباب العمل بطلب إنهاء العقد قبل الموعد النهائي للتسليم، وإذا تأخر المقاول عن بدء العمل أو إتمام العقد، فيرجى عدم معالجته، أو عند حدوث طريقة تنفيذ خاطئة. لقد رأينا أنه بسبب خطأ المقاول، لا يمكن تنفيذها في هذه الظروف، وتستند القواعد إلى المادة (٨٨٦) من القانون المدني العراقي، وقد تم إلغاء العقد بموجب سيادة القانون، ويمكن إرجاع هذا الإلغاء إلى متطلبات القاعدة.

يتم إلغاء العقد من قبل المدين وفقا للقانون ولن يتوقف. وذلك لأن الدائن قد اتخذ أية إجراءات لتحقيق استنتاجاته، مما يدل على أن المدين لن يكون قادراً على إكمال العمل في الموعد المحدد. ومع ذلك سيحتاج أصحاب العمل إلى اللجوء إلى القضاء لإعلان هذا الإلغاء ومنح التعويض، ولن يكون لحكم المحكمة أثر إلغاء عقوبة الإخلال.

ومع ذلك، في بعض الحالات، يسمح القانون بإبطال العقد قبل الموعد النهائي للتسليم. في هذه الحالة ليست هناك حاجة لمراجعة القضاء، ولكن يمكن إلغاء العقد مباشرة بعد التحقق منه. هذه هي حالة إفلاس صاحب العمل في العقد؛ لأن القانون المدني العراقي يسمح للمقاول التي نصت عليها المادة (٨٩٠) بإلغاء العقد عند تمريره، ونرى أنه يمكن إلغاؤه مباشرة دون مراجعة قضائية، لأن استخدام الإلغاء هنا يعتمد على حقيقة معينة، ليس هناك شك أو إخفاء، والسلطة القضائية ليس لها قيمة في هذا الصدد[١].

وتجدر الإشارة إلى أن القانون العراقي يستخدم في هذه الحالة مصطلح "الفسخ"، وما لم يوافق الطرفان على إلغاء العقد تلقائيًا، فإن القاعدة العامة للإلغاء قضائية، وهو تحذير ولوم المشرعين العراقيين طريقة استخدام كلمة "الفسخ" في هذا المورد، يفضل استخدام كلمة "الغاء" أو "تحليل" بدلاً من ذلك[٢].

(١) أنظر: عبدالجبار ناجي صالح، انقضا، عقد المقاولة، اطروحة دكتوراه مقدمه الى كلية القانون في جامعة بغداد سنة ١٩٧٩، ص ١٢٧.
(٢) المصدر ذاته، في الموضوع ذاته.

الحالة الثالثة: حالات إنهاء العقد الزمني:

إن طرقة الرد على الفسخ في العقود الزمنية[١]. ومع ذلك، في العقود القليلة الماضية، لا يمكن تصور التحلل بأثر رجعي، لأن الوقت ضروري. لا يمكن حل هذه العقود بأثر رجعي، بل على العكس، فهي مرتبطة فقط بالمستقبل، لأنه لا يمكن استعادة الوضع إلى الحالة السابقة، ولن يعود وقت النهاية[٢]. من بين هذه العقود، فهناك عقود التوريد وعقود العمل وعقود الإيجار، وفي بحثنا حول الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، وجد أن هذه العقود تقبل تحقيق إخلال العقد، ويتعلق العدد الأول من تأسيس هذا المبدأ بعقود العمل[٣].

من الممكن إنهاء عقد الإيجار والعمل والتوريد قبل انتهاء المدة المحددة له، ثم حله للمستقبل فقط، ولا يؤثر الإنهاء على العقود المنفذة في الماضي. وبالتالي يمكن القول أنه وفقًا لمبدأ خرق ما قبل العقد في القانون الإنكلو أمريكي، فإن الأحكام القانونية لإنهاء هذه العقود تشبه أحكام الإنهاء. افترض أن هناك عقدًا يتضمن التنفيذ المستقبلي، والطرف الذي خالف العقد الموقع قبل وقت التنفيذ، حتى يتمكن الطرف الآخر من إنهاء العقد والمطالبة بالتعويض عن الإخلال. في هذه الحالة، يرتبط الإنهاء بالمستقبل وليس له تأثير على الماضي، يعتقد الأستاذ عبد المجيد الحكيم أنه من الأصح وصف إنهاء هذه العقود "إنهاء" وإنهاء بأثر رجعي، لكن القانون المدني العراقي يستخدم مصطلح "الفسخ" في هذه العقود[٤].

فيما يتعلق بعقود العمل، ألغت الفقرة ب من المادة ٣٠ من قانون العمل العراقي المادة ١٥١ لعام ١٩٧٠، التي تنص على أنه لا يجوز لأصحاب العمل أو السلطات المختصة إنهاء عقود العمل برغباتهم الشخصية خلال فترة معينة قبل انتهاء مدة عملهم، وإلا يحق للعمال الحصول على أجر كامل الفترة المتبقية. هذا يعني أن العقد لن ينتهي[٥].

لذلك، فإن طرد العمال قبل نهاية فترة العقد خارج نطاق معاملتنا من شكل التحيز إلى شكل العقد، لأنه كما رأينا، فإن نتيجة هذا التقصير هي أنه بمجرد قبول الدائن للتقصير السابق، سينتهي العقد، لذلك، وفقًا للقواعد العامة، في هذه الحالة، يجب تعويض العامل وفقًا للمسؤولية التعاقدية لصاحب العمل، ويتضمن التعويض فقدان حقوق العامل والخسارة التي تكبدها،

---

(١) أنظر: قرار محكمة النقض المصرية، نقض، جلسة ١٩٨٩/٣/٦، مجموعة المكتب الفني، السنة ٤٠، ص ٧٣٥ "الفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين، سواء أكانت من العقود الفورية أم كانت من العقود الزمنية". نقلا عن: المستشار انور العمروسي، المصدر السابق، ص ١٧٦.

(٢) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ١٣٩، وعبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٤٤٠.

(٣) قضية Hochster v. De La Tour في سنة (١٨٥٣) التي سبقت الاشارة اليها.

(٤) عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٤٤٠.

(٥) يوسف الياس، قانون العمل العراقي، شرح مفصل لاحكام قانون العمل رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠، منشورات مكتبة التحرير، بغداد، ج١، ص ٣٩٥، وعزيز إبراهيم، شرح قانون العمل العراقي، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، من دون سنة طبع، ص ١٣٠.

ولكن الفرضية هي أن التعويض يجب أن يأخذ في الاعتبار أن العامل يستمر في العمل حتى نهاية الفترة مقدار الأجور التي يحق لك الحصول عليها. الى نهاية مدة العقد[١].

إذا كان العقد عقد إيجار، فإن الفترة من تاريخ إلغاء العقد ستبقى صالحة، وسيظل عقد الإيجار ساريًا خلال هذه الفترة. امتياز المالك، اعتبارًا من تاريخ الحل النهائي، يعتبر العقد ملغى وليس قبله[٢].

خلاصة القول هي أننا نرى أوجه تشابه بين قوانيننا والقانون الإنجليزي فيما يتعلق بإنهاء العقود بين موردي العقود الزمنية، وليس هناك تأثير رجعي بناءً على الانتهاكات السابقة، ولكن هذا التشابه يقتصر على هذه العقود، وخاصة العرض وعقود العمل، لا تنطبق على العقود الأخرى.

الفرع الثاني:رأي في حل مخالفة العقد بناء على مخالفة سابقة للإخلال المسبق بتنفيذ العقد:

في الأيام الأولى عندما ظهرت هذه الفكرة كمبدأ في القانون الأنجلو أمريكي، تم إنهاء العقد على أساس التحيز. "Frost v. Knight" في عام ١٨٧٢، حدث الخلاف لأن المدعى عليه تعهد بالزواج من المدعي بعد وفاة والده. بعد فترة، عندما كان والده لا يزال على قيد الحياة، أعلن أنه لا يريد الزواج منها، بعد ذلك بوقت قصير، رفعت دعوى ضده وكان والده لا يزال على قيد الحياة، لذلك حكمت هيئة المحلفين لصالحها، ومع ذلك، رفضت المحكمة الحكم وأصدرته لصالح المدعى عليه، لأنه كان من غير المتصور أن ينتهك المدعى عليه وعده بينما كان والده لا يزال على قيد الحياة؛ لذلك رفعت المدعية دعوى قضائية مبكرة لأنها اضطرت إلى انتظار وفاة والد المدعى عليه لمعرفة ما إذا كان على استعداد للوفاء بوعده بالزواج منها. اعترض المدعي على القرار المعروض أمام المستودع، والذي نقض قرار المحكمة واتخذ قرارًا لصالح المدعي. وذكر القاضي"Cockburn" يمكن للدائن، إذا أراد أن يعتقد أن الطرف الآخر أصدر الرفض هو إنهاء خاطئ للعقد، ويمكن رفع دعوى قضائية فور إخلال مسبق بتنفيذ العقد[٣]. اعترض ويليستون على البيان لأنه كان متناقضًا منطقيًا، ووفقًا لرأيه، قال: "إذا انتهى العقد، فلا يمكنك مقاضاته وفقًا لذلك وإذا كان بإمكانك مقاضاة بناءً على العقد على الفور أو في أي وقت في المستقبل، فهذا يعني أن العقد لم ينته بعد[٤].

يبدو أن ويليستون يشير إلى الفرق بين التعويض المطلوب بموجب مسؤولية العقد أو ضمانات العقد والتعويض المطلوب بعد فسخ العقد بسبب خطأ المدين. إذا قلنا أن الدائن يمكنه إنهاء العقد بعد الخرق السابق له، فهذا يعني أن العقد له أثر

---

(١) محمد علي الطائي، قانون العمل، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٥، ص ٢١٩، والسيد عيد نايل، شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص ٤١٦.

(٢) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٥٨٦.

(٣) أنظر تفصيلات هذه القضية في:

Keith A. Rowley, op. cit., p. 586-587.

(1) Williston, op. cit., § 1301.

رجعي وليس له أهمية قانونية، وهذا نتيجة الفسخ بعد ذلك، لا يمكن القول أن الدائن يمكنه المطالبة بالتعويض بموجب العقد؛ لأن العقد لم يعد قائماً، نعم يجوز له أن يطالب بالتعويض عن الضرر الناجم عن الفسخ. إن هذا تعويض يختلف اختلافًا جوهريًا عن التعويض الممنوح في العقد. ومع ذلك، إذا قلنا أن الدائن يمكنه المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية، فإن هذا التعويض هو تنفيذ غير مباشر للعقد، الأمر الذي يتطلب بقاء العقد سليماً ويتعهد الدائن بتنفيذ التزاماته بموجب العقد(١)

يعتقد ويليستون أنه، من الناحية المنطقية بشكل أكثر وضوحًا الحجة الأكثر فائدة هي أنه يمكن للدائن وفقًا لرغباته، يستعد لاستخدام رفض الطرف الآخر كسبب لإنهاء العقد، ثم يتم إبطال العقد تمامًا، فلا يوجد حق. وبالتالي، إذا قام الدائن بشيء، يمكنه استرداد قيمته بموجب قاعدة "شبه العقد". وبخلاف ذلك، في حالة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، يمكن للدائن الحصول عليه وهو الدفع الخالي من الحق في حالة إنهاء العقد دون تنفيذه (٢).

ولكن من وجهة نظر ويليستون المذكورة أعلاه، لا يختلف عما قاله اللورد كوبورن في الصياغة فقط، طالما أن المدعي معفى من التنفيذ وله الحق في الدفع، فهذا يعني في الواقع أنه تم إنهاء العقد. أدرك ويليستون ذلك وأجاب أنه افترض أن تصريحه كان مختلفًا عن البيان السابق، ولكن فقط من حيث المعنى، ومع ذلك، هذه الكلمة مهمة جدًا إذا كنت تستخدمها بشكل غير صحيح، فستتبع، وستتبع الفكرة الخاطئة الحكم الخاطئ. كما خلص ويليستون، كان السبب الجذري للنزاعات في هذا المجال هو عدم الرغبة في استخدام عبارة "فسخ" أو "إنهاء"(٣).

على أية حال، وفقًا لـ "قانون الشروط العامة الإنكلو أمريكي"، فإن إخلال العقد قبل قبول العقد يعني إنهاء العقد عند قبوله، و يمكن للدائن رفع دعوى قضائية والمطالبة بتعويض عن الاخلال المسبق بتنفيذ العقد. لا يجوز إنهاء العقد بأثر رجعي، ولكن سيتم إنهاء عقد الالتزامات المتبقية التي لم يتم تنفيذها من قبل أي من الطرفين قبل تنفيذ الاخلال المسبق بتنفيذ العقد(٤). هذه ميزة خاصة في هذا الاخلال للعقد، فمن أول شيء وافق على المبدأ مبدئيًا، كان قراري الأولي هو السماح للدائن بتفكيك التزاماته المتبقية بموجب العقد حتى يتمكن من تلبية احتياجاته من مصدر آخر، ولا يفقد وظيفته إلا بعد إبرام عقد يثبت أنه لن ينفذ في الوقت المحدد(٥).

---

(١) أنظر في ذلك: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٥٣٦ و ٥٨٥.

(2) Williston, op. cit., § 1302.

(٣) لمصدر ذاته، وفي الموضع ذاته.

(4) E. Allan Farnsworth, op. cit., p. 589.

(٥) قضية Hochster v. De La Tour في سنة ١٨٥٣ والتي جاء فيها على لسان اللورد Campbell "ان الاكثر عقلانية وفائدة للطرفين كليهما ان يكون المدعي حرا في عد نفسه متحللا من أي تنفيذ مستقبلي ... وهكذا، وبدلا من البقاء عاطلا وصرف الاموال في تحضيرات لا فائدة فيها، فانه يجب ان يكون حرا في البحث عن عمل آخر".

يمكننا تقسيم إلى ثلاث فئات: إنهاء العقد وفقاً للأخلال المسبق بتنفيذ العقد لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠، الاعفاء من تحقيق الشروط المسبقة لتنفيذ العقد، وحالات انهاء العقد الزمني.

الفئة أولاً: إنهاء العقد وفقاً للأخلال المسبق بتنفيذ العقد لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠:

اتخذ اتفاق فيينا لعام ١٩٨٠ موقفا خاصا بشأن مسألة إلغاء العقود بسبب الانتهاكات السابقة. ووصف هذا الحل بأنه "إلغاء العقد" declare the contract avoided[١]. وتنص المادة ٢/٧٢ على أن الدائن الذي يرغب في إنهاء العقد يرسل إخطارًا إلى المدين لإبلاغه بنيته إنهاء العقد، وليس هذا الإخطار شكليًا فحسب، بل يجب أيضًا أن يمنح المدين فرصة لتقديم ضمان كاف للدائن. تجنب إنهاء العقد. ووفقًا للأصل، لا يحق للدائن إنهاء العقد مباشرة بإخطار المدين أو تغيير موقفه أو رفع دعوى قضائية، ولكنه ملزم برد المدين على إشعار الإنهاء. إذا قدم المدين ضمانًا كافيًا في كل حالة، فيجب على الدائن تجنب إنهاء العقد[٢].

ومع ذلك، ليس هذا الإشعار ضروريًا دائمًا، ولكن في الحالتين المذكورتين أعلاه، فإن الإشعار ليس إلزاميًا، وفي كلتا الحالتين، يذكر المدين بوضوح أنه لا ينوي الوفاء بالتزاماته، ولا يُسمح للدائن في هذا الوقت أخطر المدين مثل الطوارئ[٣]. في كلتا الحالتين، إذا فشل المدين في توفير تأمين كاف تحت ظروف أخرى، فإن إلغاء العقد سيؤدي إلى فسخه الفوري دون الحاجة إلى اتفاق بين الطرفين أو اللجوء إلى المحكمة.

والإعلان عن إلغاء العقد وفقًا للمادة ٧٢ من الاتفاقية لا يؤدي إلى إلغائه بأثر رجعي، ولكنه يتسبب في قيام الأطراف بالوفاء بالتزاماتهم المستقبلية، ولا يمكن لأي من الطرفين المطالبة بالأداء المقابل لأداء العقد بعد إنهائه [٤].

الفئة الثانية: الإعفاء من تحقيق الشروط المسبقة لتنفيذ العقد:

في القانون الإنكلو أمريكي، يؤدي إنهاء العقد وأداء الالتزامات المتبقية وفقًا للعقد دورًا مهمًا، أي أنه يمكن للدائن التنازل عن الشروط المنصوص عليها لالتزامات المدين المرفوض. إذا كان الالتزام الذي رفضه المدين مشروطاً بالأداء المحدد للدائن أو لتقديم أداء محدد، يرفض المدين أداء التزاماته، ويعتبر الدائن الرفض بمثابة إخلال مسبق بتنفيذ العقد، عندما ينتهي، إذ لا يكون الدائن مسؤولا عن عرض الأداء، وهو شرط التزام لا يمكن للمدين قبوله. ولا يمكن له أن يشترط أن أداءه يعتمد على الأداء المحدد للدائن، ويفشل في الوفاء بالتزاماته بسبب عدم الوفاء بها، وبالتالي لا يمكنه دفع تعويض، ثم يصبح الشرط غير صالح

---

(١) وقد استعملت كل من مبادئ اليونيدروا ومبادئ قانون العقد الأوربي كلمة "ينهي terminate" في صورتي الإخلال المسبق المباشر وغير المباشر.

(2) M. Gilbey Strub, op. cit., p. 498-499.

(٣)فانسان هوزية، المطول في العقود بأشراف جاك غستان، بيع السلع الدولي، القانون الموحد، ترجمة منصور القاضي، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٤٤٢-٤٤٣.

(4) Mercédeh Azeredo da Silveira, op. cit., p. 36.

بسبب سلوك المدين قبل التعاقد[1].في إحدى هذه الحالات، رفض المشتري قبول المواد الكهربائية التي تم شراؤها بموجب عقده، وقبل البائع الرفض، وطلب العقد من البائع تسليم أو عرض المواد قبل أن يدفع المشتري الثمن وقبل أن يقدم البائع دعوى قضائية بناءً على انتهاكات سابقة، وجادل المشتري بأن البائع لم يسلم السلعة ولم يوردها. وقضت المحكمة بأن حق الدائن في التعويض عن إخلال مسبق بتنفيذ العقد لا يعتمد على المواد المقدمة أو المسلمة، لأنه تم إنهاء هذا الالتزام بقبول الإخلال المسبق بتنفيذ العقد الذي أصدره المدين[2]. لقد وجدت عدة آراء لتبرير استثناء الشروط المسبقة غير المرضية.، و أحد الآراء هو أن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد يجب أن يكون معادلاً مع إخلال الدائن، ومن ثم يجب استيفاء الشروط المسبقة في هذه الحالة، وهناك رأي آخر هو أن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد يعتبر عقبة أمام الدائن لتنفيذ العقد، ولا يمكن تلبية هذا الشرط. واتجه الرأي الثالث إلى أن إخلال المدين الموجود مسبقًا للعقد هو تنازل عن الشرط، أي أن الشرط قد انقضى، أو تم التنازل عنه في هذه الحالة[3]

الفئة الثالثة: بنود العقوبة ومصير البنود غير الملزمة بعد إلغاء العقد:

إذا كان العقد بأثر رجعي، فسيتم اعتباره أولاً كعقد غير موجود قانونيًا، وسيتم حذف جميع الآثار. ووفقاً للرأي السائد آنذاك، فإن اتفاقية التعويض التي اتفق عليها الطرفان في العقد ستختفي، ثم إذا كان هناك تعويض، فيجب إصدار حكم، ثم تكون المحكمة مسؤولة عن التقدير[4]. وهذا يتناقض بشكل صارخ مع عواقب الإخلال المسبق بتنفيذ العقد في القانون الأنجلو

---

(1) E. Allan Farnsworth, op. cit., p. 589.

(٢) قضية: Midwest Engrg. & Constr. Co. v. Electric Regulator Corp. في سنة ١٩٦٧.

(٣) أنظر في هذه الآراء:

Carter & Elisabeth Peden , op. cit., p. 5. J.W.

وتقرر المادة ٢٥٥ من الريستيتمنت الثانية للعقود هذا الأثر بقولها "إذا ساهم الإخلال المسبق الصادر من أحد الطرفين بصورة أساسية في عدم تحقق شرط أحد التزاماته، فان عدم التحقق هذا يكون مغتفرا". وأساس ذلك، انه لا يمكن ان يُطلب من أحد ما أن يقوم بعمل لا فائدة فيه، فإذا ظهر بسبب الإخلال المسبق الصادر من أحد طرفي العقد ان تحقيق شرط الالتزام قد لا يتبعه تنفيذ هذا الالتزام، فان عدم تحقيق الشرط يكون مغتفرا بصورة عامة. أنظر: التعليق (a) على المادة ٢٥٥ من الريستيتمنت الثانية للعقو ونصت على ذلك أيضا المادة ٨٠ من اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ التي جاء فيها انه "لا يجوز لأحد الطرفين ان يتمسك بتخلف الطرف الآخر عن التنفيذ، وذلك في حدود ما يكون هذا التخلف ناتجا عن فعل أو ترك من الطرف الأول".

Article 80: "A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission".

(٤) عبدالمجيد الحكيم، احكام الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٣٥، وانور سلطان، المصدر السابق، ص ٧٦، وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ١٤١، وفتحي عبدالرحيم عبدالله وأحمد شوقي محمد عبدالرحمن، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠١ ، ص ٣٥. وأنظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم ٢٤١٨ س٥٢ ق بتاريخ ١٩٨٦/٥/٦. نقلا عن: إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ط١، ٢٠٠٣، ص ٨٤.

أمريكي واتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، لأنه بالنسبة للالتزامات المستقبلية فقط، يُعتبر العقد قد انقضى من تاريخ القبول، بحيث يمكن للدائن الامتثال الوارد في البنود غير الإلزامية التي لن يتم إنهاؤها بإنهاء العقد، بما في ذلك شرط التعويض المتفق عليه[١]. وبما أن هذه الشروط لا علاقة لها بالعقد، كونها شرط للتحكيم وتسوية المنازعات[٢]. ومع ذلك، ووفقًا لمبدأ الاستقلال لشرط التحكيم المنصوص عليه في المادة ٢٣ من قانون التحكيم المدني والتجاري المصري رقم ٢٦ لعام ١٩٩٤، يظل شرط التحكيم صالحًا بعد إلغاء العقد. ويطلق شرط التحكيم على الشرط المستقل عن العقد الموصوف بالاتفاق إذا تم ذكر هذا الشرط في العقد الأصلي، فهو مستقل عن هذا العقد لأنه إجراء قانوني منفصل، حتى إذا كان مدرجًا في العقد، وينطبق هذا الاستقلال أيضًا على شروط التحكيم المبرمة في اتفاقيات منفصلة بعد إبرام العقد الأصلي، أو بنود التحكيم المبرمة في شكل شروط التحكيم[٣]. إذا تم الاتفاق في العقد في جميع النزاعات التي قد تحدث أثناء تنفيذ العقد والتي تتطلب التحكيم، فإنه يشمل جميع النزاعات التي حدثت بين المقاولين، سواء وقعت في وقت إقامة العقد أو بعد فسخه[٤].

---

(1) Jill poole, op. cit., p. 320.

وتنص المادة ٨١ من اتفاقية فينا لسنة١٩٨٠ على ان المطالبة بالتعويض عن الإخلال، وآليات تسوية المنازعات (شروط التحكيم) والتعويض الاتفاقي والشروط الجزائية لا تتأثر بابطال العقونصت على ذلك أيضا المادتان ٧/٣/٥(٣) و٩/٣٠٥ من مبادئ اليونيدروا ومبادئ قانون العقد الأوربي بحسب الترتيب. أنظر في ذلك:

, op. cit., p. 36. Mercédeh Azeredo da Silveira

(٢) قارن هذا بقرار محكمة النقض المصرية المرقم ١٨٥٧ س ٥١ ق بتاريخ ١٩٨٧/٥/١٧ الذي قرر ان الشرط الجزائي الوارد في العقد الذي اتفق فيه طرفاه على انه يكون مفسوخا من تلقاء نفسه من دون حاجة الى تنبيه أو انذار، وذلك إذا ما تخلف المشتري عن سداد أي قسط من الاقساط، فضلا عن ضياع ما يكون قد دفعه، هذا الشرط يكون مستقلا عما تضمنه العقد من التزامات بحيث لا يكون هذا الشرط التزاما تبعيا يسقط بسقوط الالتزام الاصلي. نقلا عن: إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانون المصري و الفرنسي، الكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ط١، ٢٠٠٣، ص ٨٣. وأنظر في ذلك أيضا: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود و التصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٤٣-١٤٤، وما ذكره من انه "يستثنى من ذلك – أي من سقوط الشرط الجزائي – الحالة التي يكون المقصود فيها من الشرط الجزائي تعويض الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة فسخ العقد المتضمن للالتزام الاصلي". المصدر ذاته، ص ١٤١ الهامش رقم (٢).

(٣) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٩٤-٩٦.

(٤) نزار الطبقجلي، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع، السنة الرابعة والاربعون، ١٩٨٩، ص ١٦.

الفصل الثالث

مقدار التعويض و جزاء للأخلال المسبق بتنفيذ العقد

المبحث الأول:شروط استحقاق التعويض عن التأخير وكيفية تقديره

المبحث الثاني:الضرر الذي يجبره التعويض وجزاءاته

تمهيد

التعويض هو وسيلة للقضاء على الضرر أو التحقيق فيه وعقوبة عامة على الإخلال المسبق بتنفيذ العقد عندما لا يستطيع القاضي استرداد القضية وتأثيرها على المقاول عند منح العقد، فإن الضمان يعوض المدين عن الضرر، و في بعض الأحيان يكون من الصعب على المدين أن يؤدي الأداء عينيًا، بغض النظر عما إذا كان المدين مجبرًا أم لا. ولا يزال على الدائن مسؤولية مطالبة المدين بضمان الخسارة بسبب الفشل في اتهام المدين مقدما، فإن هذا التعويض يعتمد إلى حد ما على الخسارة التي تكبدها المدين، وهذا التعويض له شروط وعناصر وعوامل تؤثر على هذا التعويض. يجب أن يستند هذا التقرير على النسبة أو مقدار الخسائر التي تكبدها الدائن بسبب الإخلال المسبق بتنفيذ العقد. إذا خالف المدين الالتزامات التعاقدية، جاز للدائن أن يختار بين هذه الطلبات في أداء الالتزامات أو طلبات إنهاء العقد وفقا للقواعد العامة بسبب هذا الخطأ.

لذلك، يرفض المدين عقده، مما يضر بالالتزام العام بأداء العقد بحسن النية لأداء التزاماته، ويكون مسؤولاً عن الضرر الناجم عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، وإذا كان الموعد النهائي لعدم الوفاء بالتزامه الأصلي، يتم إضافة هذه الالتزامات إلى أثر الموعد النهائي والاستحقاق الفوري على الالتزام بواجب حسن النية، يجب ترتيب هذا الالتزام وبدء سريانه بعد إبرام العقد .

لا يجوز تأجيل أدائها إلى التاريخ المنصوص عليه في جميع الالتزامات الأخرى يلتزم البائع الملزم بنقل ملكيته في وقت لاحق يحدده العقد بوقف جميع الأعمال التي تجعل الحق غير قابل للتحويل. بهذه الطريقة، حتى لو كان بالفعل قبل تاريخ نقل الملكية، سيكون في الواقع أحد الأفعال وسيتحمل بالتالي مسؤولية العقد.

طالما تم الوفاء بمسؤولية المدين، يحق للدائن تقديم مطالبته في القضية دون الاضطرار إلى انتظار الموعد النهائي المحدد لأداء الالتزام، ولا يجوز رفع دعوى قضائية مبكرة لأن مصلحة القضية (كموضوع المطالبة) هي فقط ويتحقق ذلك من خلال إخلال مسبق بتنفيذ العقد في حقوق الدائن لكل دائن الحق في إلزام المدين المتعاقد الذي يربطه بإخلاص؛ فإذا خالف المدين هذا الالتزام، يمكن إدراك الانتهاك، وبالتالي يمكن الحصول على الفائدة. تُقبل مطالبات الدائن بالتعويض[1].

ولتحقيق ذلك، عوضت محكمة التجارية القضية، وكان ملخص القضية أن المدعي باع عشرة هواتف محمولة إلى المدعى عليه في مارس ١٩٣٢، شريطة أن يكون المشتري قد تسلم المبلغ قبل نهاية العام. ومع ذلك، قبل نهاية العام، أشار المشتري إلى البائع أنه لم يستلم البيع، وقدم البائع دعوى قضائية في ٣٠ سبتمبر ١٩٣٢. وبعبارة أخرى، قبل الموعد النهائي للتسليم، وفقًا للفرق بين السعر المتعاقد عليه وسعر السوق، ويُطلب تعويض المشتري عن الخسارة الناجمة عن إخلاله لالتزامات التسليم[2]. أيد كل من الاستاذ جابربيل والاستاذ فرناند دريدا الحكم، الذي استند إلى رفض المدين التنفيذ، في حالات

(١) راجع في هذا الشأن: عبدالمنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، سنة ١٩٤٧، ص٥٦، ص ١٢٥.

(2) Affaire Comptoire Havrais dimportation colonial c/ Giraud et pize. Tribunal du Havre 1935 81e Annee p. 68-72.

منصوص عليها في المادة ١١٨٨ تكون إرادته واضحة على وجه التحديد، أنه لا يريد تنفيذه الالتزام بالعقد[١]. ولا نتردد في القول إن إخلال هذا المدين للالتزام هو التزام المدين بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما هو مطلوب بحسن نية.

تقضي قاعدة القانون البريطاني بالتعويض فقط عن الخسائر المالية الناتجة عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد[٢]. والسبب في ذلك أن منح التعويض عن الضرر النفسي سيؤدي إلى دعاوى غير ضرورية ومطالبات تعويض مفرطة، وبالتالي فإن رفض دفع التعويض عن هذا الضرر سيقلل من طلبات التقاضي. من ناحية أخرى، إذ لا يوجد معيار محدد لتقييم قيمة الضرر المعنوي المطلوب تحويله إلى تعويض نقدي[٣]. إذا كان القانون أو العقد لا يضمن الإصابة الفعلية التي يجب أن يتحملها المضرور، فإن القاضي مسؤول عن تقييم الضرر الفعلي الذي يستحقه، لذلك تبين الجهة التي تحدد مقدار التعويض. في الواقع، يتأثر القاضي حتماً بعوامل أو ظروف معينة، لأنه يحدد العقوبة كعقوبة لإثبات المسؤولية أو منح التعويض. وبغض النظر عما إذا كانت هذه القرارات مذكورة في القرار نفسه، ويترك تقييم التعويض للمحكمة المختصة ولا يمكن للقاضي أن يتجاهله[٤].

عليه تم تقسيم الفصل الى مبحثين، نتناول في المبحث الأول: شروط استحقاق التعويض عن التأخير وكيفية تقديره، وقسِّم الى مطلبين، في المطلب الاول شروط استحقاق التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام، وفي المطلب الثاني كيفية تقدير التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام للإخلال المسبق بتنفيذ العقد. أما المبحث الثاني: الضرر الذي يجبره التعويض وجزاءاته، وقسم الى مطلبين، المطلب الأول جزاء التعويض عن الأضرار، وفي المطلب الثاني العلاقة بين خيار الدائن وحقوقه.

---

(١) انظر: جابولد في مطول بلانيول وريبير، ج٧، ص ٣٤٣. دريدا في موسوعة دالوز، ج٥، ص ٣٠٦.

(2) Lord Steyn in case of Farley v. Skinner, see: Mindy Chen-Wishart, op. cit., p. 494.

(3) Mindy Chen-Wishart, op. cit., p. 494.

(٤) منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ط١، بغداد، ١٩٩١، ص ٣٧٧.

المبحث الأول:شروط استحقاق التعويض عن التأخير وكيفية تقديره

ولكي يتمكن الدائن من المطالبة ضد المدين الذين أخر أداء الديون المتأخرة، يجب أن تكون هناك مجموعة خاصة من الشروط للتمتع بهذا النوع من التعويض، بعضها يتفق مع شروط التعويض العامة في إطار المسؤولية التعاقدية، و خاصة بعض هذه الشروط مختلفة، كون لها مصلحة قانونية، وما يجب أن يتوفر فيها من شروط لاستحقاقها. يكمن الفرق بين هذا النوع من التعويض في أسلوبه الخاص في التقدير، لأن طريقة التوزيع الخاصة به مقسمة إلى تقدير القانون الذي يكون المسؤول عن تحديد الحقوق والمصالح المشروعة والقضاء الذي يقيم التعويض عن تأخر المدين في تنفيذه للالتزامات بوجه عام كجزء واحد هو التعويض القانوني، وجزء آخر هو التعويض القضائي، وفي بعض الحالات قد يكون اتفاقا.

ستتم دراسة هذه المواضيع، مقسمة إلى مطلبين، المطلب الأول شروط استحقاق التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام، أما المطلب الثاني سيتم فيه كيفية تقدير التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام.

المطلب الأول:شروط استحقاق التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام

ما دامت الدراسة تدور حول طريقة خاصة للتعويض، فإن التعويض الذي يجب أن يحصل عليه الدائن من المدين لاحقًا عندما يحدث إخلال مسبق بتنفيذ العقد، على المدين الالتزام بالبنود التعاقدية، طالما أن هذا التعويض مرتبط بالالتزام التعاقدي ووجود العقد الذي يتحكم في العلاقة بين الدائن والمدين هو أساس البحث.

هذا هو الشرط الأول لالتزام المدين تجاه الدائن في إطار هذا العقد، كان خطأ المدين ناتجًا عن تأخر أداء التزاماته من التاريخ المتفق عليه. وبما أن الوظيفة الرئيسية للتعويض هي التعويض عن الضرر، يجب أن يستحق التعويض عادة إلى الضرر الذي يلحق بالدائن. لكن هذا الشرط هو الضرر، وله خصوصية لهذا النوع من التعويضات التي سيتم دراستها. في الحالة الأخيرة، اما الشرط الاخير فهو الدائن يعبر عن رغبته في تعويض مدينة من خلال الإنذارات والمطالبات. هذا الموقف هو محور القرار، وقد قُسِّم على فرعين. الفرع الاول تأخر المدين في تنفيذ التزامه، اما الفرع الثاني الإنذار و المطالبة.

الفرع الأول:تأخر المدين في تنفيذ التزامه

خطأ العقد هو أحد الشروط التي يجب استيفاؤها للتعويض والخطأ، وهو شرط تحديد الالتزام التعاقدي الذي تقوم عليه المسؤولية، وعندما يفشل المدين في الوفاء بالالتزامات التعاقدية، فإن الأخطاء التعاقدية سوف تتحقق أيضًا، فضلاً عن ذلك، إذا قام المدين بالالتزامات التعاقدية ولكن يتم تنفيذ العقد بطريقة مختلفة عن الاتفاقية، ثم تحدث أخطاء العقد أيضًا لتأخر المدين في اتمام هذا التنفيذ[1]. تأخر أداء الالتزامات هو شكل من أشكال صور الإخلال المسبق بتنفيذ العقد إذا كان من الممكن استخدامه مع الضرر، فيمكن للدائن أن يطلب تعويضًا من المدين. بالإضافة إلى كونه شكلاً من أشكال الخطأ

(١) منصور امجد محمد، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، ط١، عمان، الاردن: دار وائل للنشر و التوزيع، ٢٠٠٦، ص ١٧٨.

التعاقدي، ويمكن أيضًا تصنيف عملية تأخير أداء الالتزامات التعاقدية على أنها بالإضافة إلى عمليات الإخلال غير المحققة والمعيبة، هناك حالة مؤهلة للحصول على تعويض.

لكي يؤجل المدين أداء الالتزام، يجب الوفاء بالالتزام عن طريق تحديد الموعد النهائي لأداء الالتزام، ثم لا يفعل المدين ذلك، إذا لم يكن الالتزام قد انتهى بعد، فلن يكون هناك تأخير(١).

ومع ذلك، إذا تأخر المدين عن أداء التزاماته، سواء كان الدائن يحق له الحصول على تعويض، بغض النظر عن نوع الالتزام، سواء كان الالتزام بالرعاية أو تحقيق النتائج، أو الالتزام بالعمل أو عدم العمل أو دفع مبلغ معين، من الضروري التمييز بين التأخيرات في الوفاء بالالتزامات بدفع مبلغ من المال، والتأخيرات في الوفاء بالالتزام بالدفع بشكل عام، لأن التزام المدين بالدفع هو الالتزام بالحصول على النتائج، لذلك في هذه الحالة، خطأ المدين هو ببساطة تأخر الأداء في التاريخ المتفق عليه المبلغ المقدر في وقت الطلب. هناك تطابق بين الهدف المتوقع من هذا الالتزام (أي نقل ملكية العملة) ومحتوى خدمة الدين، وهو نفس الشيء، أي نقل ملكية العملة(٢).

أما بالنسبة للالتزامات غير التزامات الدفع "الفائدة القانونية"، بغض النظر عما إذا كانت هذه الالتزامات مصنفة كالتزام للحصول على نتائج أو لتوفير الرعاية، فإن جزءً من الالتزام بمنح الدائن الحق في طلب التعويض (٣).

الحق في التعويض عن تأخير أداء الالتزام غير مطلوب، لأن التأخير في الوفاء بالالتزام يجب أن يقترن بقدرة المدين على الأداء، كما هو الحال في الفقه الإسلامي، الذي يتطلب القدرة على تأخير أداء الالتزام أثناء العمل به. و قبل أن يطلق على المدين مدين المماطل، يُطلب منه أن يلتزم بالتعويض بناءً على الرأي القانوني لمثل هذا التعويض المسموح به(٤).

يمكن القول أن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد كأحد شروط الحصول على تعويض ينطوي على عدة أشياء هي:

أولاً: التعويض عن التأخير هو الدين المستحق أو الدين المؤجل، لذلك ليس هناك تأخير لأنه لم يكن مستحق الدفع بعد.

ثانياً: إن التعويض عن التأخير يستحق في جميع الالتزامات سواء كانت التزامات ببذل عناية او التزامات بتحقيق نتيجة.

ثالثاً: التأخير وحده كافٍ للحصول على تعويض، بغض النظر عن القدرة على الدفع.

---

(١) العدوي، محمد شكري الجميل، سوء النية واثره في عقود المعاوضات في الفقه الاسلامي و القانون المدني، ط١، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨، ص ٤٨٤.

(٢) سعد نبيل ابراهيم، النظرية العامة للالتزامات (احكام الالتزام)، ج٢، دون طبع، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديد للنشر، ١٩٩٩، ص ٨٢.

(٣) ابو السعود، رمضان، احكام الالتزام، دون طبع، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ٦٥.

(٤) عيد، عادل عبد الفضيل، البيع بالتقسيط في الاقتصاد الاسلامي، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠٠٩، ص ٤٤١.

يجب على المدين أداء التزاماته التعاقدية في الوقت المحدد في العقد أو الذي يحدده القانون بعدما تكتمل البضائع في التاريخ المحدد في عقد التوريد.... الخ، وهذا يعني أنه إذا تأخرت عملية التنفيذ عن التاريخ المتفق عليه في العقد، فلا يعتبر أن المدين قد أوفى بالالتزامات التعاقدية.

لكي يتأخر المدين في أداء الالتزام، يجب سداد الدين خلال المدة المحددة، وبعد ذلك لا يقوم المدين بسداد الدين إذا لم يكن هذا الدين مستحقًا بعد، فلا يوجد تأخير(١).

ومع ذلك إذا تأخر المدين في الوفاء بالتزاماته، بغض النظر عن نوع حقوق الدائن سواء كان ذلك الوعد بالانتباه، أو تحقيق النتائج، أو الوعد باتخاذ الإجراء، أو التخلي عن العمل، أو السداد، فهل للدائن الحق في المطالبة بالتعويض؟ يجب التمييز بين التأخير في الأداء العام والتأخير في الأداء؛ لأن المدين ملزم بدفع مبلغ معين من المال فهو التزام لتحقيق النتائج. في هذه الحالة، أدى خطأ المدين ببساطة إلى تأخير دفع المبلغ المعروف، أي المبلغ في وقت طلب التاريخ المتفق عليه، وهناك تطابق بين الغرض المقصود من هذا الالتزام (أي نقل ملكية مبلغ معين من العملة) وضمان سداد الدين، وهذا هو نفس الشيء، أي نقل ملكية مبلغ معين من العملة(٢).

من أجل أن يكون المدين مؤهلاً للحصول على تعويض عن التأخير في أداء الالتزامات، لا يُطلب من المدين أن يكون لديه القدرة على أداء الالتزامات عندما يتأخر أداء الدين، وهذا هو الحال في الشريعة الإسلامية، التي تتطلب القدرة على أداء الالتزامات عند تأخر أداء الدين. لذلك يطلق على المدين اسم المدين المؤجل ومطلوب منه دفع تعويض بناءً على الرأي القانوني الذي يسمح بهذا التعويض(٣).

الفرع الثاني:الأصل في التعويض عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد

تشير القواعد العامة، سواء أكانت عقدية أم تقصيرية في الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، إلى الحق في التعويض ولها سلطات المحكمة، لذلك يمكن إجراء استثناءات، أي الوضع حول حقوق التعويض والعوامل التي تؤثر بشكل مباشر عليه، نظرًا لأن المحكمة لا تتبع مبدأ التعويض الكامل عن الضرر، فقد تنظر المحكمة من منظور عملي في بعض الاعتبارات الشخصية التي لا تتعلق بالضرر نفسه، بما في ذلك شدة الخطأ والوضع المالي المتأثر، لأنه قد يتم تقدير تعويض الضرر ستكون مختلفة بشكل كبير، سواء أكان أم لم يكن تقييم الضرر في وقت تقييمه، أو في وقت الحكم عليه. لعب القضاء الفرنسي دورًا في صياغة القواعد العامة لتقدير الأضرار، وأهمها مبدأ التعويض الكامل عن الأضرار، ولكن في هذه الحالة، قد يتأثر تقدير الإضرار بعوامل

---

(١) لعدوي محمد شكري الجمل، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الاسلامي و القانون المدني، ط١، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨، ص٤٨٤.

(٢) سعد نبيل ابراهيم، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، ج٢، دون طبع، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٩، ص٨٢.

(٣) عيد عادل عبد الفضيل، البيع في التقسيط في الاقتصاد الاسلامي، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠٠٩، ص٤١١.

أخرى غير الضرر ستؤثر هذه العوامل على زيادة أو نقصان تعويضهم. أما القانون الحديث فميز بوضوح بين العقوبة التي تفرضها الدولة وعقوبة إحالة الدعوى إلى المدعي العام، والتعويض الذي يدفع للمتضرر لإصلاح أو تخفيف الضرر، ونلاحظ أن المشرعين العراقيين أحلوا التعويض المدني محل القصاص. وقد أيدت أحكام محكمة الاستئناف العليا في العراق، بما في ذلك الأحكام التمييزية، التي تدعم هذا القرار الذي حكم "التعويض الذي يحكم الأضرار والذي لا ينطبق على معاقبة الخصوم الآخرين أو ربح الأضرار، ولكن فقط للتعويض عن الضرر[١].

من حيث المبدأ، عند تقدير الضرر، ينطوي على طريقة التعويض، سواء كان ذلك تعويضًا عينيًا أم بمقابل من سلطة المحكمة المخولة من المحكمة بالتعويض عن أنواع مختلفة من الضرر (سواء كانت المادية أم الادبية)، والتي سيتم تقسيمها إلى نقطتين:

اولاً: يشير التعويض العيني إلى إعادة الدعوى للحكم قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ. وقد تسبب هذا الخطأ في حدوث ضرر، وبهذا المعنى، فإن تعويض الضرر أفضل من التعويض، لأنه يؤدي إلى القضاء على الضرر وإزالته بدلاً من البقاء في الحالة و ليس من المستغرب إعطاء المال تعويضاً يخل بشخص اخر، لأنه يتماشى مع هذه المسؤولية أكثر من المسؤولية التعاقدية[٢].

ثانياً: التعويض في المقابل هو تعويض نقدي أو تعويض غير نقدي، وهو ما سنتعامل معه على النحو التالي:

أ- التعويض النقدي: هذا تعويض مقدّر بمبلغ من المال وهذه طريقة شائعة، ولكن هذا هو مبدأ التعويض بالمقابل بالإضافة إلى كونه وسيلة للتبادل فهذه طريقة تصحيح ناجحة[٣]. تستخدم معظم التشريعات للتعويضات النقدية كأساس للتعويض[٤]. من المعتقد أن التطبيق أسهل، ولصاحب العمل الحق في المطالبة مباشرة بتعويض عن خرق المقاول لالتزامه بإكمال العمل. وفي جميع الحالات التي لا يمكن فيها تقديم تعويض عيني، يجب على المحكمة أن تصدر حكمًا لتجنب إلحاق الضرر بصاحب العمل، إذا استغرق الأمر وقتًا طويلاً لإعادة بناء الشيء المدمر أو إصلاح العيوب التي تظهر فيه، وتسبب في عدم قدرة المالك على استخدام المبنى أو استخدام المبنى أثناء العيوب المتبقية في المبنى، فإن هذا النموذج من الطلب يتضمن متطلبات تنفيذ وتعويض محدد في تنفيذ الطلب[٥].

---

(١) جاسم لفته سلمان، المدخلات في احداث الضرر تقصيراً، مكتبة الجيل العربي، ط١، ٢٠٠٥، ص٢٤.

(٢) فريد فتيان، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦-١٩٥٧، ص٢١٣.

(٣) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، المجلد٢، الفعل الضار و المسؤولية المدنية، ط٥، ص٨٨.

(٤) انظر المواد (٢/٢٠٩ مدني عراقي، م ٢/١٧١ مدني مصري بينما نجد تشريعات اخرى كالقانون المدني الفرنسي لم يرد فيه ما يشير الى التعويض النقدي بشكل صريح حيث اوردت المادة (١١٤٢) مبدأ عام يقضي بتعويض الضرر من دون بيان طريقة التعويض.

(٥) محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول و المهندس في مقاولات البناء و المنشأت الثابتة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦.

لذلك، لا يوجد دليل يمنع المقاول من المطالبة بتعويض عن الخسائر التي تكبدها المدعي عند تجاهل التنفيذ الفعلي[1]. بالنسبة للخسارة التي لحقت بالمالك وخسارة الدخل بسبب هدم المبنى أو ظهور عيوب، يجب أن يكون التعويض شاملاً، وهو ما يعادل الضرر الذي لحق بالمالك، لذلك بالإضافة إلى التنفيذ الفعلي، يُسمح أيضًا بالتعويض النقدي[2].

تم اعتماد هذا من قبل معظم التشريعات. في مصر، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري على أن التعويض النقدي أو التنفيذ العيني مصرح به من قبل المحكمة، وبالتالي فإن صاحب العمل أو المقاول غير ملزم بالاختيار، في القانون المدني العراقي، وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ على أنه: (٢- اذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً).

من خلال النص يمكننا أن نعرف بوضوح أنه إذا كان التنفيذ الفعلي هو عبء المدين، فلن يتسبب الحكم بالتعويض النقدي في إلحاق ضرر جسيم بالدائن، ولا يوجد نص في القانون المدني العراقي يحظر الإذن بموجب شرط التنفيذ للمادة ٢٥٥. يتم استخدام التعويض النقدي كتعويض، وبصفة عامة، لا يلزم أن يكون التعويض نقديًا هذا ما سنوضحه في النقطة القادمة.

ب- التعويض غير النقدي: يهدف التعويض العيني إلى إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر؛ لذا فإن التعويض العيني هو أفضل طريقة للتعويض[3]. مقابل كل ما سبق، يمكن أن يكون تنفيذ الإخلال تعويضًا نقديًا، أو أي مبلغ من المال، أو يمكن الحصول على مثل هذا التعويض صورة أو أداء أمر معين لمصلحة المضرور، وسنقسم هذا المبحث على مطلبين، نخص المطلب الأول تقدير التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام، والمطلب الثاني تقدير التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بأداء مبلغ من المال. تنص المادة (١٦٨/١٦٩) على أن الحق في التعويض عن الأضرار التي لحقت بصاحب العمل يثبت في نطاق القانون المدني العراقي، لأن المادة (١٦٨) تنص على أنه إذا تعذر ذلك (اذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ التي نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه)[4].

فيما يتعلق بالمادة (١٦٩)، إنه:(١- اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره)، (٢- يكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء أكان الالتزام بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو التزام

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، ١٩٧٤، ص ٤٣٧.

(٢) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ج٧، المجلد الاول، (العقود الواردة على العمل) مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٧٤٥.

(٣) عادل عبدالعزيز سمارة، مسؤولية المقاول و المهندس عن ضمان متانة البناء (دراسة مقارنة)، في القانون المدني الاردني رسالة ماجستير جاوعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٧، ص٨١.

(٤) تقابلها المادة (٢١٥ مدني مصري).

بعمل أو بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخير في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به)[١].

حسب النصين أعلاه يحق لأصحاب العمل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهم، ولا يوجد دليل على هذين النصين، أي أنهما لم يحددا نوع التعويض، لأن هذا يعطي القاضي الحرية الكاملة في اختيار الأنسب للعيوب الطفيفة. طريقة التعويض على شكل إصلاح مادي[٢]. وفقاً للمادة (٥٥٩) أنه: "لا يضمن البائع عيباً قديماً كان للمشتري يعرفه أو كان يستطيع أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، إلا اذا اثبت ان البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا المبيع أو أخفى العيب غشا منه"[٣].

أمرت المحكمة بتنفيذ أمر محدد كتعويض. وهذا النوع ليس تعويضاً عينيًا أو تعويضًا نقديًا، بل هو الشرط الأنسب للحالة في ظل ظروف معينة. على سبيل المثال، المطالبة بتعويض غير نقدي بدلاً من التعويض النقدي أثناء الجفاف من مصلحة المصاب طالما أن الضحية يدفع له، فيمكنه الحصول على نفس الأشياء مثل الألم الذي عانى منه. ويبدو الأمر كما لو أن المحكمة قررت تعويض ضحايا المصلحة العامة التي حصلوا عليها من الأرض بأرض مماثلة في الموقع والمساحة، ولاحظت أنه إذا كان الحادث متعلقًا بإتلاف أو سرقة أموال مثلية من نفس الجنس، فإن نفس نوع وكمية سلع المثليين يعتبر تعويض الضحية تعويضا عينيا. يعتبر التعويض عن الأشياء الثمينة الأخرى من نفس النوع كتعويض عن صرف العملات الأخرى[٤].

في القانون المدني العراقي، ويمكن أن يأخذ التعويض شكل إعادة الوضع إلى تطبيق المادة ٢٠٩ من نفس القانون، ويمكننا العثور على تعويض عيني ضمن مسؤولية المقاول عن الهدم الكامل أو الجزئي للمباني والمنشآت الثابتة الأخرى. لذلك يمكن للمحكمة أن تحكم ببناء مشابه تم بناؤه على قطعة أرض بالمواصفات نفسها من قبل صاحب العمل الذي انهار مبنى آخر بناءً على تشييد المبنى المنهار، وجدنا أيضًا أن المقاول مسؤول عن إصلاح العيوب في المبنى خلال عشر سنوات من تاريخ تسليم المبنى[٥].

وعلى وفق أحكام المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي، يضمن المقاول كل ما يحدث في المبنى، بما في ذلك الهدم الكلي أو الجزئي للمباني أو الهياكل التي شيدها، وهذا ضمان لمدة عشر سنوات، على وفق المادة ٢٠٩ من القانون المدني العراقي. وأنَّ التعويض العيني المحدد في الفقرة الثانية وذلك للأسباب التالية:

---

(١) تقابلها المادة (٢٢١ مدني مصري).

(٢) اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج٢، القاهرة، ١٩٦٧، ص ١١٠.

(٣) تقابلها المادة (٢/٤٤٧) مدني مصري والمادة (١٦٤١ مدني فرنسي.

(٤) سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، ١٩٨١، ص١٦٣.

(٥) محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشأت الثابتة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٦، ص ٢٩٠.

اولاً: إن تعهد الضمان الذي قدمه المقاول وفقًا للمادة ٨٧٠ المذكورة أعلاه هو التزام منصوص عليه في النص القانوني، وليس له علاقة برغبات الأطراف ذات الصلة والمقاولين وأصحاب العمل، ويجب اعتبار إصلاح العيوب على أنه تعويض عيني، مثل تحديد المقاول والمهندس لإعادة البناء. والوضع هو نفسه بالنسبة للدمار.

ثانياً: خلال فترة العقد، قبل تسليم المبنى إلى صاحب العمل، وفقًا لأحكام المادة ٢٤٦ من القانون المدني العراقي، يجب إجراء الإصلاحات في شكل حكم مادي، وحكم إزالة الضرر أو العيوب أو ترميم المبنى المتضرر

ثالثاً: بعد انقضاء الفترة الجزئية النظامية في القانون المدني العراقي، بموجب المادة ٨٧٠، يعتبر الحكم بإجبار المقاول أو المهندس على إزالة العيوب الخفية أو إعادة البناء بمثابة تعويض عيني[١].

ووجد نفس الوضع في القانون المدني الفرنسي، فوفقًا للمادة ١١٤٢ من القانون، لا يستبعد القانون حكم التعويض العيني، والتي نصت أنه: "اذا كان تعويض الضرر يقدر في الغالب بالنقود فانه لا يمنع إطلاقا أية طريقة أخرى للتعويض"[٢].

بناءً على المقدمة أعلاه، يمكننا تلخيص تعريف التعويض العيني على أنه تعويض غير نقدي، والذي يُحكم لمواجهة الضرر من خلال القضاء على الانتهاكات المادية أو منع استمرار الضرر، وهو أكثر تكاملاً في طبيعة الضرر من التعويض النقدي.

المطلب الثاني: كيفية تقدير التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام للأخلال المسبق بتنفيذ العقد

إذا كان مبلغ تعويض التأخير للأداء العام للالتزام والالتزام بدفع الدفعة أو مبلغ تعويض التأخير لما يسمى الحقوق والمصالح القانونية يفي بشروط تعويض التأخير، فإن حق تعويض الدائن يأتي من المدينة، لذلك، من الضروري دراسة الطريقة التي وضعها المشرع لتحديد مقدار التعويض الذي يجب دفعه لنوعين من التعويض المتأخر. تختلف هذه الطريقة وفقًا لنوع الالتزام. لذلك، إذا كان تأخر المدين في أداء الالتزام هو مقدار معين من الأداء و حالات الأداء، بعد ذلك، سينظر القانون في تقدير التعويض بطريقة تحدد المصلحة المشروعة، وقد يجعل أطراف العقد راغبين في دور تحديد مبلغ هذا التعويض.

طالما أن الغرض من الدعوى القضائية هو التعويض عن الضرر الناجم عن عدم الوفاء بالالتزام الأصلي، يجب تقدير مبلغ التعويض بناءً على الوقت المحدد في العقد لأداء الالتزام بدلاً من الوقت الذي تم فيه خرق الوقت[٣]. وفقا لهذا المبدأ، استقر القضاء الانكليزي[٤].

---

(١) نصير صبار لفته، التعويض العيني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠١، ص ٩٢.

(٢) انظر المادة (١١٤٢) مدني فرنسي.

(٣) بالنتين في مجلة متشيجان٢٢، ص٣٤٢؛ جلوج، ص ٥٩٨؛ بيل، مجلة بيل ١٧، ص ٤٤٨.

(4) Roehm v. Horst, 178 U.S.I. : United Press Association v. National News paper Association, 237 F.547; Lagerloef Trading Co. lnc. V. American paper products Co. 291 F. 947; Statson and post Lumder Co. v. Commercial Sash and Door Co.299 F. 553; windmuller v. pope, 107 N.Y. 674; Gentrg Co. Co. v. margolius Co., 110 Tenn. 669.

ومع ذلك، إذا لم يتم تحديد تاريخ التنفيذ، يتم تقدير التعويض بناءً على وقت التقصير، كما لو كان التنفيذ واجبًا عندما يطلبه الدائن[١]. يغطي المبلغ التقديري للتعويض الضرر الذي حدث بالفعل والأضرار التي قد تحدث في المستقبل، وهو نتيجة طبيعية للأخلال المسبق بتنفيذ العقد[٢].

إذا قدم الدائن مطالبة بالتعويض، فهذا يعني أنه اختار الاحتفاظ بالعقد، ويجب أن يكون التعويض غرامة على الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، مما يعني أن المسؤولية عن الاخلال هي مسؤولية تعاقدية[٣]. إذا كان التزام المدين المتأخر هو اتخاذ إجراء أو عدم اتخاذ إجراء، يحدد القضاء والاتفاق مبلغ التعويض المستحق أو ما يسمى التعويض القضائي او الاتفاقي.

ليس هناك شك في أنه إذا لم يتم النظر في التقاضي حتى القرار الذي يحدد تاريخ التنفيذ في الأصل، فمن السهل تقييم الضرر، لأنه في هذه الحالة، تم تحديد قيمة الضرر. عندما يحين الوقت، ومع ذلك، فإن هذا العنصر من العناصر غير الحتمية لا يقتصر على الأضرار الناجمة عن الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، حتى لو كانت هناك درجات متفاوتة من التعويض قبل اخلال العقد، سواء قبل أو بعد تاريخ الزواج المتفق عليه، يجب تنفيذ الاخلال المستقبلي للعقد. وبالمثل، يبدو أنه من الصعب تقييم الضرر الذي لحق بالعامل باستخدام تعويض إنهاء صاحب العمل لعقد العمل، سواء تم الحصول على هذا الإنجاز قبل أن يبدأ العامل في العمل أو بعد فترة من الوقت، لأنه سيعتبر العامل يستفيد من وظيفة أخرى[٤].

يتم تقدير تعويض عقد البيع بناءً على الفرق بين وقت تنفيذ العقد وسعر العقد وسعر السوق[٥]. عادة، سيستخدم القاضي تقدير سعر السوق في وقت التنفيذ لفهم السعر في وقت منح التعويض، وقد يؤدي ذلك إلى حصول الدائن على تعويض أكثر بكثير مما لو تمت مراجعته بعد الموعد النهائي للتنفيذ. مثل سعر السوق انخفض عن السعر المقدر من قبل المحكمة لكن المدين لا يسمح له بالنظر في ذلك لأنه هو الذي تسبب في التخلف عن السداد وحدث الاخلال المسبق بتنفيذ العقد[٦]. التنفيذ هو تبادل علاج للتعويض عن خسارة صاحب العمل بسبب اختلال التوازن في العمل، ولكن لا يتم اتخاذ أي إجراء إلا في الحالات التالية:

---

(١) لمبرج، مجلة كورفل ١٠، ص ١٧٠.

(٢) ويلسون نبذة ١٣١٧؛ فولد في مجلة نبراسكاه، ص ٣١٧، وينظر:

(3) The claim for damages by reason of such a breach is founded upon a contract, express or implied. Jnstice pitney in central Trust Co. of lllinois v. Chicago Auditorium Association, 240 U.S. 582.

(٤) لمبيرج، مصدر سابق، ص ١٦٨؛ بيل في مجلة بيل ١٧، ص ٤٤٨.

(٥) لمبيرج، مصدر سابق، ص ١٧٠، وأنظر:

Milton v. Lumber Co., 36 F. 2d. 583 (1928) ; Alger-Fouler Co. v. Tracy, 107 N.W. 1124 (1906) ; Windmuller v. pope 107 N.Y. 674 (1887).

(٦) لمبيرج، مجلة كورنل ١٠، ص ١٧٠؛ بيل في مجلة بيل ١٧، ص ٤٤٩.

اولاً: اذا استحال التنفيذ العيني بخطأ المقاول او المهندس.

ثانياً: إذا أدى التنفيذ العيني إلى إرهاق المقاول أو المهندس، ولا ينطوي العدول عن التنفيذ أضرار جسيمة لصاحب العمل.

ثالثاً: إذا تطلب التنفيذ المادي من المقاول أو المهندس التدخل شخصياً ولم يتم العثور على تهديد مالي وتأثيره على المقاول أو المهندس.

رابعاً: إذا كان من الممكن تحقيق التنفيذ المادي، ولكن صاحب العمل لا يتطلب.

الفرع الأول:تقدير التعويض القانوني

الفائدة إما فائدة تعويضية أو فائدة لاحقة إذا تم استخدام الفائدة كتعويض عن تنمية رأس المال كما هو مفترض، فإنه ملزم بدفع فائدة المقترض خلال فترة القرض، وهذه فائدة تعويضية، والفائدة التعويضية هي دائمًا فائدة اتفاق، يمكن أن يكون هذا إما اتفاقًا قائمًا على عقد، أو اتفاقية قانونية يجب الحصول عليها وفقًا للقانون عند استيفاء شروط معينة وتكون فائدة التأخير القانوني هي تعويض عن خسارة الدائن الذي حرم من حق المطالبة بالتعويض خلال فترة التأخير، بالنسبة للمزايا المؤجلة قانونًا والتي يتم الحصول عليها وفقًا للشروط والأنظمة، يجب استيفاء سلسلة من الشروط، حيث يستوفي المشروع شروطًا معينة.

الشرط الاول: يتعلق هذا الأمر بالتزام معروف جيدًا عند رفع دعوى أمام القضاء، مما يعني أن أساس تحديد هذا المبلغ ثابت، مما يترك للقاضي أي مجال تقريبًا لتقدير المبلغ المستحق.

الشرط الثاني: إذا تأخر المدين في أداء الدين، فإن الفائدة تعود إلى متأخرات المدين. وهذا يحدد طبيعة هذه المزايا هي الفائدة المتأخرة. وفي الوقت نفسه، سيتحقق تأخر المدين في الوفاء بأخطاء المدين.

الشرط الثالث: فيما يتعلق بالدائن، فإن طلب المدين بالفائدة المؤجلة، أي برفع دعوى على المدين، لا يكفي للاعتذار، لأنه لا فائدة مؤجلة أخرى مستحقة إلا الفائدة المؤجلة المقترحة كأساس عام من تاريخ الطلب القضائي. ما لم يكن هناك اتفاق أو لائحة تعني ذلك.

مقدار الفائدة والقيود التي يفرضها المشروع تحددها المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي، اما في القضايا المدنية تحدد المصلحة القانونية (٤%) و (٥%) في القضايا تجارية، أما الفقرة الأولى من المادة (١٧١) فقد نصت على جواز الاتفاق بين الطرفين على سعر آخر للفائدة على أن لا يزيد هذا السعر عن (٧%) فإذا تم الاتفاق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيفها الى (٧%) و تعيين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار [١].

هناك مجموعة من القواعد لجمع تقديرات التعويض، إذا حدث ضرر للغير ف المتضرر الحق في تعويضه عن الضرر ولكن يجب اتباع القواعد التالية:

---

(١) مصطفى جمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩، ص ٣٢٩-٣٣٠

القاعدة الاولى: يجب أن تكون التعويضات كاملة بحيث تشمل الخسائر التي تكبدها المدعي والنفقات اللازمة التي اضطر أو سينفقها في الاتفاقيتين لإصلاح سلوكه ونتائج الإضراب وكذلك الدخل الذي فاته.

القاعدة الثانية: عند تقدير الضرر، يجب على المحكمة النظر في شدة الهجوم على الشخص والنظر فيما إذا كان الضرر الذي لحق بالشخص المصاب نتيجة الهجوم.

القاعدة الثالثة: إذا كان الضرر ناتجًا عن الجهود المشتركة للعديد من الأشخاص، فيجب أن يكون الجميع مسؤولين بشكل مشترك عن العواقب.

القاعدة الرابعة: إذا كان هناك العديد من الأشخاص المسؤولين عن الضرر، ولم يتم تحديد الجناة الأصليين الذين تبعوهم، أو تعذر تحديد اسم كل شخص تسبب في الضرر، فيجب على الجائزة النظر في نفس الأحكام من حيث المسؤولية المشتركة[١].

من الناحية الواقعية، سيتأثر القاضي حتمًا بعوامل أو ظروف معينة، وفي هذه الحالة، سيقرر العقوبة باعتبارها مسؤولية جنائية أو يتخذ قرارًا بشأن التعويض المدني، بغض النظر عما إذا كان قد اتخذ قرارًا في نفس الحكم. بالإضافة إلى هذه العوامل، نحن مسؤولون عن السلوك غير القانوني للجاني. وفي محكمة يكون التعويض فيها جناية أو جنحة، بالإضافة إلى الأحكام الجزائية، يتم تقدير التعويض أيضًا، وتُترك مسألة التعويض للمحكمة المدنية المختصة[٢]. القضاء لم يتجاهل صفة المسؤولية المالية عند تقرير التعويض، واضطر بعض الناس حتى إلى تدمير الوضع الشخصي للموظف وخاصة وضعه الأبيض اللبني. ضع في اعتبارك حالة الالتزامات عند تقدير التعويض في المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض (الفقرة الثالثة)، وبما أن القضاء العراقي تجاهل هذا الموقف عند البت في تعويض الضرر النفسي، فقد رأى أن التعويض ليس وسيلة إثراء على حساب المسؤول عن الضرر، كما رفض حكم المحكمة العراقية المساواة في التعويض بين الضرر المادي والضرر المعنوي، يجب أن يكون ميعاد التعويض يوم صدور الحكم على حدوث السلوك الضار، فما يتعلق بالقضاء الفرنسي يعني أن الوقت المقدر للتعويض يستند إلى التاريخ الذي يكون فيه حق المتضرر في الحصول على تعويض هو اليوم الذي يكون فيه الضرر الناجم عن أفعال ضارة، وهذا الاتجاه لم يظل كما هو لذلك يكون التعويض يوم صدور الحكم، لأن المصاب ربما يكون قد تعمد تأخير الحكم، وتعتزم المحكمة الحصول على تعويض أكبر[٣].

الفرع الثاني:تقدير القاضي للأضرار المستقبلية

من أبرز مظاهر إعطاء القضاة دورًا إيجابيًا في حل الدعاوى المدنية، هو منحه سلطات تقديرية، لا سيما في التعويض المدني؛ لذلك، عندما يشرع القاضي في حل هذه القضايا من أجل تحقيق الغرض المقصود (بشكل أساسي التعويض عن الضرر

---

(١) عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية، دار الشروق للنشر و التوزيع، ط١، عمان، ٢٠٠٢، ص ١٨٨-١٨٩.

(٢) منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ط١، بغداد، ١٩٩١، ص ٣٧٧.

(٣) منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٣٧٩-٣٨٠.

الذي لحق بالمصاب)، فإن الأداء الأساسي للسلطة هو اختيار طريقة التعويض المناسبة، وخاصة الضرر الذي سيتم تعويضه في المستقبل في ذلك الوقت، اكتشفنا سابقًا أنه بالنسبة للقضاة، لا نعارض استخدام أكثر من طريقة تعويض واحدة، والحاجة إلى تقديم تعويض.

عند تقييم الأضرار، يجب أن يأخذ القاضي في الاعتبار محتوى الأضرار. بالإضافة إلى ذلك، في بعض الحالات، إذا كان الموضوع يحتاج إلى توظيف فنيين وخبراء ذوي خبرة للتحقق مما إذا كان الضرر قد تفاقم في المستقبل في بعض الأحيان يؤثر على السلطة إذا كان من المرجح حدوث هذا النوع من الاضرار، فقد لا يتمكن من الحصول على تقييمه على الفور قبل أن تستقر جميع عوامل الإصابة في المستقبل، ما هي الدرجة التي يحق للقاضي عندها تحديد التعويض المؤقت للأضرار.

عند تقدير التعويض، يجب على القاضي أن يتذكر حكمة العناصر المكونة للضرر المزعوم وأن يناقش العناصر المكونة للضرر بشكل منفصل من أجل تحديد حق المدعي في المطالبة بالتعويض، هذه القضية ليست قضيته العملية المستقلة، بل هي قضية قانونية، والقضاة في هذه القضية يخضعون لرقابة صارمة من خلال التمييز[١]. إذا كان الهدف المتوقع لا يمكن تحقيقه، يكون التعويض بذلك عديم الفائدة كعقوبة على المسؤولية المدنية، والتعويض هو التعويض والقضاء قدر الإمكان، لأن معنى التعويض هو تصحيح التوازن المتضرر بسبب حدوث أعمال ضارة بالوضع الأصلي. أي بإعادة خسارة الضحية إلى الشخص المسؤول، إذ يتم إرجاع الضرر إلى البلد الأصلي. ومن المتوقع أنه في حالة عدم حدوث سلوك ضار، فسيكون عليه[٢].

ووفقًا لمبدأ التعويض الكامل، ما لم يشمل التعويض جميع الخسائر التي تكبدها الدائن أو خسارته في الدخل، فمن المستحيل بطبيعة الحال تحقيق هذا الهدف[٣].

لقد أصبحت أحدى المبادئ الراسخة في القانون والمؤسسات القضائية، وخاصة القانون الفرنسي والمؤسسات القضائية، ويلعب دورًا مهمًا في وضع القواعد والمبادئ العامة لتقدير الأضرار[٤]. لا سيما في نطاق المسؤولية التقصيرية أو العقد، مبدأ المساواة بين التعويض والضرر.

---

(١) قرار محكمة تمييز حقوق رقم ٢٦٨١/ عن برنامج قسطاس يقع على عاتق المدعي في دعاوى التعويض عن الضرر نتيجة الفعل الضار اثبات عناصر الضرر.

(٢) سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد– ١٩٨١، ص ١٤٨.

(٣) مما تجدر ملاحظته ابتدأءا هو مبدأ التعويض الكامل للضرر عند تقدير التعويض لذا اقتضى التكلم عن مضمونه ولو بشيء موجز : فيتحدد مبدأ التعويض الكامل للضرر (بأن تقدير التعويض يجب ان يكون بقدر الضرر منظورا اليه عبر المضرور, فيجب على القاضي النظر بدقة الى جميع الظروف الخاصة بالمضرور او المتعلقة بالضرر الذي اصابه وبوجه خاص نتائج الضرر الماضية والحاضرة والمستقبلة على ان لا يأخذ بالحسبان عنصرا خارجا عن الضرر لان في ذلك مخالفة لمبدأ التعويض الكامل للضرر أي ان المعيار الذي ينبغي اتباعه عند تقدير التعويض هو المعيار الموضوعي الذي يرى في التعويض الكامل جبرا للضرر الذي لحق المتضرر وليس عقابا للمسؤول)وهذا المبدأ هو ما تؤكد عليه الشريعة الاسلامية وتقره بالنسبة لتقدير التعويض .لمزيد من التفصيل انظر: محمد ابراهيم الدسوقي المحامي / تقدير التعويض بين الخطأ والضرر مؤسسة الثقافة الجامعية / الاسكندرية / دون سنة طبع / ص٤.

(٤) سعدون العامري، مصدر سابق ,ص١٦٢.

فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية، استند إلى نص المادة (١١٤٩) من القانون المدني الفرنسي بأنه (التعويضات المستحقة للدائن تشمل بوجه عام ما لحق من خسارة وما فاته من كسب).

في مجال المسؤولية التقصيرية، على الرغم من عدم وجود نص، يمكن العمل على نفس المبدأ من خلال استنتاج أحكام المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي، حيث تنص هذا الخطأ على أن الجاني الخطأ يجب أن يعوضه عن الضرر الذي تسبب فيه.

ومع ذلك، فإن تقدم هذا المبدأ يحد ويقلل من حدته وشموليته، وهناك مبدأ آخر هو التقدير المطلق للمحكمة الموضوعة، مما يجعل هذين المبدأين موحدين نظريًا في التطبيقات العملية[١]. إضافة إلى ذلك، إذا كان الفقه والدوائر القضائية الفرنسية قد ساهمت في ترسيخ مبدأ التعويض، فقد تم تأكيد القانون المدني العراقي في المادة (١٦٩/٢)، فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية والتي تنص على (التعويض عن كل التزام ينشأ عن عقد سواء كان التزاما بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر والتزاما بعمل أو امتناعا عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به)[٢].

والمادة (٢٠٧) فيما يخص المسؤولية التقصيرية (تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع). يمكن للقضاء العراقي من خلال حكمه أن يؤكد معنى حقيقة أن التعويض يجب أن يكون معادلا للضرر المذكور (يجب أن يكون التعويض متناسبا مع الضرر الفعلي، فإذا كان التعويض مبالغا فيه يمكن للمحكمة العليا تخفيضه)[٣].

المعنى الرفيع المستوى للقرار يعني أن السلوك الضار لن يتسبب في خسارة، ويقدر في نطاق الضرر. للوهلة الأولى من خلال الأحكام رفيعة المستوى ومعظم الأحكام القضائية العراقية، يتم تأكيد مكانة الدائرة القضائية العراقية. وجوب التناسب بين التعويض والضرر. وبدورنا نرى أن هذه العبارة لا تعني التقيد الصارم بمبدأ المساواة بين التعويض والضرر، لأن التناسب ليس معادلة بين التعويض والضرر، وهذا الرأي أكده الدكتور سعدون العامري[٤].

وأشار إلى أنه رغم تأكيد القضاء على مبدأ التعويض الكامل، إلا أن هذه الضمانات ما زالت غير واقعية، وهي الضمانات الأصلية التي تهدف إلى تفادي نقض أحكام تعويض المحكمة العليا، وحماية قرارات هذه المحاكم من النقد القانوني، وعليه فإن

---

(١) سعدون العامري، مصدر سابق ,ص ١٦٤.

(٢) تقابلها المواد (١/٢٢١) مدني مصري، (١/٢٢٢) مدني سوري (١٨٢) مدني جزائري، (١٥٢) معاملات سوداني، (٢٦٠) موجبات وعقود لبناني .

(٣) قرار محكمة التمييز ٣٦٨/ تميز به ٩٧٤ /في ١٩٧٤/٩/١١/ النشرة القضائية/ العدد ٣ /لسنة ٥-١٩٧٤-١٩٧٧/ ص٢٥٧.

(٤) سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٦٤.

السلطة التقديرية للقاضي تقلل من صرامة وشمولية المبدأ، ولم يتخذ القاضي أي إجراء عند تقدير التعويض فقط على أساس مبدأ التعويض المناسب والدقيق عن الأضرار، بل أخذ في الاعتبار قواعد الأخلاق والإنصاف والعدالة.

من الواضح، وفقًا لنص المادة (٢٠٧)، أن التعويض يتحلل إلى عناصر من الخسائر والمكاسب المفقودة المقابلة، بحيث يمكن تعويض الأضرار الاقتصادية والمعنوية والمادية المختلفة[١].

ونعتقد بتواضع أن الحل التشريعي يجب أن يتم لذلك بغض النظر عما إذا كان الحكم نهائيًا أم مؤقتًا، يجب النظر في محتوى التعويض .

ندعو القضاء العراقي الى النظر في عناصر التعويض سواء أكان تعويضا نهائيا ام تعويضا مؤقتا بالرغم من عدم وجود قرار بهذا الخصوص والقاضي غير راغب في اصدار حكم بما في ذلك بسبب ضعف استقرار نتيجة التعويض والتعويض المستقبلي عن الخسائر المستقبلية. لذا سيتطور الضرر في المستقبل، بغض النظر عن الالتزامات التعاقدية أو المسؤولية عن الإخلال بالعقد، لأنه بشكل عام، يعتمد التعويض على قواعد ثابتة، وهي تعويض المتضرر عن الخسارة التي تكبدها وخسارته من حيث الدخل، بغض النظر عما إذا كان الضرر ماديًا أو روحيًا .

يمكن أن نرى بوضوح من كل ما سبق أنه يمكن للشخص المتضرر المطالبة بالتعويض عن الأضرار المستقبلية دون الحاجة إلى تحديد الطلب، لأن تقييم الأضرار المستقبلية قد يواجه صعوبات ولا يمكن أن يمنع المصاب من رفع دعوى لتعويض هذا الضر، بالإضافة إلى ذلك، ما دام الضرر يحدث في المستقبل، ليس للمحكمة الحق في رفض الدعوى على أساس أن الضرر لم يحدث. وإذا تقرر أن الضرر قد حدث بالفعل، يمكن للمحكمة أن تتخذ زمام المبادرة للتعويض[٢].

---

(١) عبد الباقي البكري / شرح القانون المدني العراقي / ج٣/ احكام الالتزام تنفيذ الالتزام / مطبعة الزهراء / بغداد/ ١٩٧٠/ص١٣٨.

(٢) لمزيد من التفصيل حول السلطة التقديرية للقاضي انظر:

.Boris Starck – Droit civil delictuelle-3edition Boyer edition Litec- oaris- 1985-p566

المبحث الثاني:الضرر الذي يجبره التعويض وجزاءاته

الغرض من القانون الإنكليزي للتعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد هو أحد أمرين: إما جعل الدائن في وضع يتم فيه تنفيذ العقد بشكل صحيح في الوقت المحدد، أو جعل الدائن في الوضع الذي لم يتم فيه إبرام العقد في المقام الأول بافتراض المكانة التي تحتلها. والهدف الأول هو التحقق من المستقبل المتوقع للعقد، ويقال إن التعويض في هذه الحالة هو عن "الخسارة المتوقعة". أما الهدف الثاني، فيركز على الماضي أي لحظة توقيع العقد، ويقال إن التعويض في هذه الحالة هو "فقدان الثقة"[1]. المبدأ الأساسي هو أن الدائن يمكنه بحرية اختيار جزاء مناسب من هذين النوعين من الجزاءات، لتوضيح هذه النقطة، لذا نقسم الموضوع إلى مطلبين: المطلب الأول جزاءات عن تعويض الأضرار، والمطلب الثاني الجزاء المناسب وحرية اختيار الدائن له.

المطلب الأول:جزاء التعويض عن الأضرار

المبدأ هو التعويض عن الضرر الناجم عن إخلال مسبق من قبل أحد الطرفين للعقد. ويعني الضرر في القانون الإنجليزي الخسارة الاقتصادية للطرف غير المنتهك، ويجبر التعويض الدائن على تكبد خسائر مالية بسبب مخالفة المدين للعقد، ولكن شكل التعويض قد يكون هو الدائن الذي يجبر المدين على التخلي عن أي أرباح ناتجة عن التقصير.

يجب أن يكون لكل حق تدبير جزاء لحمايته، لأن الحق في الإفلات من الجزاء هو حق فارغ، بدون أي سلطة حقيقية، بدون أي محتوى، وفي حالة حدوث إخلال، يمكن أن يتأثر دائمًا بالإخلال المسبق بتنفيذ العقد للطرفين لتلقي تعويض لحماية حقوقهم الناشئة عن العقد[2]. ويتم تقدير التعويض على أساس الأصل، لأن المحكمة تقرر وجوب التعويض بعدما تقدر الضرر الناجم عن مبلغ المال الذي يحكم عليه الطرف المتضرر، أي أنه يجب تحويل هذا الضرر إلى مبلغ[3].

إنَّ المبدأ في القانون المدني هو أيضًا تعويض نقدي عند الوفاء بالالتزامات التعاقدية، لأن القاضي سيقيم الخسارة الناجمة عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد ثم يحدد مقدار التعويض[4].

ومع ذلك، فإن الاختلاف بين هذه القوانين والقانون الإنجليزي هو أنها تعتبر الأضرار الركيزة الأساسية للمسؤولية التعاقدية، لذلك يتم التعويض عن الأضرار في الوجود والفراغ والخطورة والضعف، إلى أن يثبت المدين المسؤولية التعاقدية

---

(1)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.

(2)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/.

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

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

للتعويض، فيظل المدين غير قادر على أداء التزاماته، لأن الغرض من المسؤولية التعاقدية هو إصلاح الضرر الناجم، وإذا لم يكن هناك ضرر، فلا وجود للمسؤولية[١].

ومع ذلك، إذا كان الضرر الناجم عن التعويض هو الخسارة الاقتصادية التي تكبدها الدائن بسبب عدم الحصول على الالتزام بتنفيذ العقد، وكانت الخسارة تشمل الخسارة الاقتصادية العامة، أي الضرر المادي الذي يلحق الضرر بالدائن أو المال أو يضر بوضعه، فإنه سيكون هناك مادة أخرى تنص على الاقتصادية، ومع ذلك يسمح القانون الإنجليزي بإصدار حكم بدون خسائر مالية كبيرة. وفي بعض الحالات، يمكن منح الدائن تعويض رمزي يسمى "الأضرار الاسمية"، وحتى إذا لم يتسبب المدين في أي ضرر، يمكن إخطار المدين. أخطاء مخالفة للعقد. على جانب الدائن، كما يهدف إلى تعزيز ثقة الدائن في صحة مواقفهم وإشباع رغبتهم الأخلاقية في إثبات خطأ المدين[٢].

أن القانون المدني لا يجيز هذا النوع من التعويض، ووجدنا أن القضاء قد امتثل أيضًا لهذا المطلب في حكمه، إذ أعلنت المحكمة العراقية العليا في أحد أحكامها أنه إذا كان المؤجر يزيد ثمن البيت المستأجر عن أحكام عقد الإنهاء، فلا يحق له المطالبة بالتعويض وقدمت أسباباً مبررة. إنه غير ضار، لأنه يتضح من الطلب أن الخطأ الناجم عن الامتياز لم ينتج عنه ضرر كبير للسلوك التمييزي علاوة على ذلك، يستند المستوى المقدر للتعويض إلى أحكام المادة ٢٠٧ الخاصة بالسكان المدنيين، فالضرر الذي لحق بالضحية وفقدان الدخل، ولأن التمييز لم يتضرر بسبب العملية الخاطئة، لذلك يصبح الحكم المميز رفض الدعوى المتنازع عليها حكمًا يستند إلى أسس قانونية صحيحة[٣].

وجاء في حكم آخر: "على المحكمة ... بعد أن قررت إلغاء الحكم تقرر تعويض المميز عن الخسائر التي تكبدها المميز عليه الذي كان يعلم أنه أخل بالتزاماته (إذا كان هناك ضرر) لعلم الخبراء القضائيين[٤].

فقط بعد التحقق من وجود علاقة سببية بين الضرر وخطأ المدين، يتم إصدار تعويض، وفي القانون الإنجليزي، يجب ألا تكون المسافة بين الخسارة والخطأ بعيدة جدًا. تعتمد الخسارة أيضًا على تقييم شدة فراغ الالتزام بتخفيف الخسارة، نظرًا لأن الدائن يجب أن يعمل بجد لتقليل الخسارة الناجمة عن إخلال المدين للالتزامات التعاقدية، إذا فشل الدائن في القيام بذلك، فإن طريقة تشخيص الخسارة كما لو كان قد خفض الدين، ثم قام بتقييم التعويض وفقًا لذلك[٥].

---

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

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

(٣) 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.

(٤) 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.

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

ما سبق أن القاعدة العامة التي تحدد معنى الخسارة في السوابق القضائية الإنجليزية[1] في إحدى الحالات، حصل شخص ما على مبلغ من المال من تاجر الأخشاب من أجل الاستثمار في تجارة الأخشاب، ولكن على العكس من ذلك، فقد أنشأ معصرة نبيذ مربحة وحقق أرباحًا كبيرة، لذلك حكم أن تاجر الأخشاب يشمل التعويض خسارة العمل التي كان يجب أن يتقاضاها من الطرف الآخر. بعد الشيك النهائي لا يستطيع التاجر طلبه[2]. كما حكم القضاء البريطاني بأن العامل الذي استقال وتولى وظيفة أخرى بأجر أعلى ليس ملزمًا بالتخلي عن فرق الأجر لصاحب العمل الأول، ولكن فقط للتعويض عن الخسائر التي تكبدها بسبب الإخلال المسبق بتنفيذ العقد (إن وجد)[3]. كما قضت المحكمة بأن الخسارة لا تشمل التكلفة التي وفرها الطرف المتخلف بسبب عدم الوفاء بالوعد[4].

ونتيجة لذلك لا فرق في ضرورة أن يشخص القانون الضرر الحقيقي الذي لحق بالمدعي وهذا ما يهدف إليه القرار القضائي العراقي. وهو حكم أصدرته المحكمة العليا التي قضت بما يلي: "يجب على المحكمة أن تعتمد على حكم خبراء آخرين متخصصين في دراسة الخسائر الفعلية التي تكبدها المدعي كموضوع للقضية بسبب إنهاء المدعى عليه للعقد، وذلك بسبب الخسائر التي تكبدها والمكاسب التي خسرها بسبب ضياع حقوقه[5].

بالإضافة إلى ذلك، فإن المحكمة الابتدائية "ليس لديها تقدير للربح الذي فاته المدعي على العكس من ذلك، إذ يجب أن يتم من قبل الخبراء[6]. وقد يكون الغرض من التعويض أحد أمرين: التعويض عن الخسارة المتوقعة أو التعويض عن فقدان الثقة؛ للتوسع في لوائحها، لذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول:التعويض عن الخسارة المتوقعة

هذا النوع من التعويض هو عن الخسارة المتوقعة بسبب العقد والخسارة بسبب مخالفة أحد الطرفين؛ لذلك في هذه الحالة، يكون الغرض من التعويض عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد هو جعل الدائن في وضع يمكن أن يتحمله إذا كان من الممكن تنفيذ العقد، بمعنى أن للدائن الحق في إصلاح الضرر الذي سببته خسارة العقد له، وبهذه الطريقة حماية توقعاته في هذا العقد والناتجة عنه، مما يعني أنه يمكن استخدام قدر معين من الخسائر لهذه التوقعات. يتم استخدام الأموال للتعويض، بحيث يمكن

---

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

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

(3) Ibid.

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

(٥) 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.

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

للدائن الاقتراب قدر الإمكان من مركز المستلم من خلال منحه مبلغًا معينًا من المال[١]. تدعم طريقة التعويض هذه الفكرة العامة في بنود العقد، والتي تنص على ضرورة الحفاظ على الاتفاقية وتصحيحها قدر الإمكان[٢].

تتمثل القضية الرئيسية في تحديد العقد الذي تم إبرامه، أي تحديد النطاق الدقيق للالتزام الذي خرقه أحد الطرفين. هناك سابقة قانونية مهمة يمكن أن توضح هذه المشكلة بوضوح، على سبيل المثال، حالة شركة SAAMCO في عام ١٩٧٧، يمكن تلخيص الحقائق على النحو التالي: اقترض شخص ما المال وقدم أموالًا برهن عقاري كضمان. يوقع المقرض عقدًا مع شركة محترفة لتقدير أموال الرهن العقاري وتحديد قيمتها للنظر فيما إذا كانت لديها القدرة الكافية لضمان مبلغ القرض، لكن الشركة ارتكبت خطأ وأعطت مبلغًا أكبر من القيمة الفعلية للمال، عندما يحين الموعد النهائي لسداد القرض، لا يستطيع المقترض سداد القرض، لذلك يرغب المقرض في تنفيذ الرهن العقاري ويجد أن قيمته لا تكفي لسداد القرض بسبب أخطاء حساب الشركة وانخفاض القيمة السوقية أثناء السداد.

عندما طُلب من المقرض مطالبة الشركة بسداد ديونها، قرر مجلس اللوردات أن الأخيرة ستكون مسؤولة عن خسائر المدعي، والتي تضمنت زيادة في القيمة المقدرة لأموال الرهن العقاري. وبحسب تقديرات الشركة فمثلاً إذا كان المبلغ المقترض ٨ ملايين جنيه والقيمة المقدرة للأموال الملتزم بها ١٠ ملايين جنيه فلا يوجد سوى ٦ ملايين جنيه. ثم مع انخفاض السوق إلى ٢ مليون جنيه إسترليني، انخفضت قيمته، واقتصرت مسؤولية الشركة على ٤ ملايين جنيه إسترليني، وهو الفرق في قيمة الصندوق، وليس الخسارة الفعلية البالغة ٦ ملايين جنيه إسترليني[٣]. ويستند الحكم في هذه الحالة إلى المبدأ العام، أي أن الطرف المتخلف هو المسؤول فقط عن النتائج الناتجة عن خطأه. ويجب أن يعتمد تعريف خطأ المسؤولية التعاقدية على طريقة تحديد الالتزامات التعاقدية. لذلك، في الحالات المذكورة أعلاه، يكون التزام الشركة فقط من واجب تقديم المعلومات للمقرض. هي معلومات تتعلق بقيمة العملة المقدمة كرهن عقاري، ويقرر المقرض ما إذا كان سيقدم قرضًا بناءً على هذه المعلومات، ثم يسأل الجهة المسؤولة عن التقدير عن نتيجة عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة عند تقديم المعلومات الصحيحة[٤]. وخلص إلى أن بعضهم يعتقد أن واجب العناية اللازمة لتوفير المعلومات الصحيحة يختلف عن واجب تقديم المشورة، لأنه إذا فشل أحد الطرفين في اتخاذ الاحتياطات اللازمة، فقد يكون ذلك بسبب الإجراءات التي اتخذها الطرف الآخر بناءً على توصية خاطئة. مسؤول عن جميع الخسائر المتوقعة. قد يمتد هذا إلى الخسائر الناجمة عن انخفاض القيمة السوقية للصندوق[٥]. ينتقد بعض الناس الفرق بين "المعلومات" و "الاقتراح"، قائلين إن هذا التمييز يصعب التحقق منه لسببين: أولاً: معنى كلمة "اقتراح" غامض مما قد يعني

---

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

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

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

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

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

"اقتراح لـ " أو إنه يعني "اقتراح إلى " في الاستخدام الثاني، المعنى الرئيسي هو "توفير المعلومات"، بينما في الاستخدام الأول، المعنى هو "اقتراح إجراء معين أو إجراء معين". إن الالتزام المعروف بتقديم "المشورة القانونية" ليس أكثر من التزام بتقديم معلومات حول القيود المفروضة على الأرض المراد شراؤها. لا يتضمن توفير هذه المعلومات أي نصيحة بشأن الإجراءات التجارية لإبرام معاملات محددة، مثل القروض القائمة على الضمانات العقارية أو شراء عقارات معينة. بالنسبة للسبب الثاني، فإن الشخص الذي يعد صراحةً بتقديم المعلومات قد يقدم نصيحة ضمنية، على سبيل المثال، عندما يقول شخص ما للآخر: "شعاع هذا الجسر سليم" في السياق، معنى هذه الجملة هو "يمكنك عبور هذا الجسر بأمان." ومن ثم فهو معروف(١).

وجاء في القضية Aneco Reinsurance Underwriting Ltd v. Johnson & Higgins Ltd. في عام ٢٠٠١، عندما أراد شخص ما توقيع عقد محدد والانضمام إلى التأمين، لذلك قام بتعيين وسيط لضمان توفر التأمين ضد المخاطر المحتملة في السوق، رأت المحكمة أن التزام الوسيط كان التزامًا بالتشاور، وبالتالي فهو مسؤول عن جميع الخسائر التي تكبدها الطرف الآخر نتيجة الصفقة(٢).

وأخيرًا، لا يؤخذ في الاعتبار الفرق بين تقديم المشورة وتقديم المعلومات إلا إذا كان متوقعًا أن تكون خسارة من أداء الالتزام، أما فيما يتعلق بصحة الشيء للغرض المقصود منه، فلا ينتمي إلى هذا التمييز. إذا فشل البائع في تسليم البضائع، يجب أن يستند حق المشتري في التعويض أيضًا إلى قيمة البضائع التي ينبغي أن يتلقاها والتعويض عن خسارة الأرباح الناتجة عن عدم التسليم(٣).

نتيجة لذلك، يجب تقدير التعويض بناءً على تحديد التزامات الطرف المخالف دون مطالبة الطرف المخالف بتقصيره في أداء ما لم يلتزم به بموجب العقد. يمكن للعمال المفصولين بشكل تعسفي للمطالبة بتعويض من صاحب العمل لتقدير الدخل الذي يمكن أن يكسبوه من عملهم خلال الفترة المنصوص عليها في عقد العمل، إذ لا يشمل التعويض المكافآت التي يعتقد أنه كان على صاحب العمل منحها من فترة إلى أخرى إذا كان منح هذه المكافآت يعتمد على ممارسة صاحب العمل لتقديره خلال هذه الفترة. بمعنى آخر، فالتعويض الممنوح للعامل لا يشمل المكافآت غير المصرح بها، حتى لو استمروا في العمل، فمن المحتمل أن يتم منحها له إلى حد كبير(٤).

---

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

(2) Ibid.

(3) Ibid.

(4) 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، ما لم 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

يمكن الاستنتاج أنه إذا تم تنفيذ العقد وفقًا لأحكام القانون المدني، فيجب أن يكون الدائن في وضع قد يشغله، ولكن في هذا الصدد، قد تتضمن الطريقة جوانب مختلفة عن القانون الإنجليزي الذي بموجبه يجب أن يشمل تعويض الدائن الخسائر التي تكبدها والمكاسب التي فاتته[١]. يؤدي هذا إلى عودة وضع الدائن إلى المستوى الذي كان عليه قبل العقد. وتقرر أنه يجب على الخبير "حساب نفقات المدعي، والعمل المنجز على العمل والدخل الذي ينبغي كسبه في حالة اكتمال العمل، لإظهار مدخرات المقاول بسبب إنهاء العقد، والأمر الآخر هو الدخل الذي يمكن كسبه، لذلك يجب على المحكمة أن تفهم ذلك "[٢]

الفرع الثاني:التعويض عن فقدان الثقة

إذا كان مبدأ التعويض هو جعل الدائن في وضع يسمح له بإنفاذ العقد، فهذه هي الطريقة المعتادة للتعويض عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد[٣]. ومع ذلك هناك مبدأ آخر هو وضع الدائن في مكانه، بافتراض أن العقد لم يتم إبرامه في البداية، يتم تعويض ذلك من خلال تعويضه عن تكلفة الاعتماد على العقد والخسائر الأخرى التي تكبدها بسبب خفض التصنيف[٤].

قد تكون نفقات المقاول التي يتكبدها العقد التزامًا يجب أن يؤديه. على سبيل المثال، يتفق طرفا عقد البيع على أن البائع يعد بتسليم البضائع المباعة في موقع المشتري، لذلك يقوم البائع بذلك وينفق التكاليف على التحميل والنقل، لكن المشتري رفض قبول البضائع في هذه الحالة، يحق للبائع التعويض عن تكلفة تسليم البضائع إلى المشتري بناءً على فقدان الثقة[٥].

الطرفين التي لم تجيز التعويض في دائرة العقد الا عن الضرر الذي يتوقعه المتعاقدان وقت التعاقدانظر 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 التعاقدكما ان صعوبة التمييز بين الضرر المتوقع وغير المتوقع تجعل من العسير التنبؤ في دعاوى المسؤولية العقدية بما ستقضي المحكمة. انظر اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، مطبعة النصر بشبرا، ١٩٥٦، ص٩٧.

(١) نظر 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).

(٢)) قرارها المرقم ١٧٣٠/الهيأة الاستئنافية منقول/٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٣/٧/٢٨. (غير منشور).

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

(٤) 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)

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

لا يجوز للدائن أن يعتمد على العقد بل أن يعتمد على العقد لدفع المصاريف، وفي هذه الحالة يجوز له أيضاً أن يعوض عن مصاريفه بناء على الخسارة المؤتمنة، وتفصل المحكمة في هذا الأمر حسب تقديرها. في قضية McRae v. في عام ١٩٥١، وقع الكومنولث عقدًا مع شخصين لبيع سفينة فارس في مكان محدد على البحر، عندما كان المشتري يستعد لحملة إنقاذ الناقلة التي لم يجدها في هذا المكان، فطلب تعويضه عن كل الأموال التي أنفقها في عملية الإنقاذ للعثور على الناقلة، فقضت المحكمة أنه فعل ذلك، رغم أنه لم يعد بدفع المبلغ بموجب العقد(١).

يمكن إنفاق هذه النفقات أولاً عند إبرام العقد، ولكن يمكن الاعتماد عليها، وفي هذه الحالة، يمكن أيضًا أن يستند التعويض على فقدان الثقة. و القضية الرئيسية في هذا الصدد هي حادثة محطة التلفزيون الإنجليزية. الخامس. Reed، ١٩٧٢، عندما وافق المنتج التلفزيوني على المشاركة في مسلسل مع الممثلين قبل توقيع العقد النهائي، أنفق المنتج المال للتحضير للدراما، لكن الممثل ريد رفض التوقيع على العقد بعد ذلك، لذلك طلب منه المنتج الاعتماد على العقد الذي كان يأمل في الوصول إليه لتعويضه عن الأموال التي أنفقها، وحكمت عليه المحكمة من هنا(٢).

حاول بعضهم تبرير الحكم لعدة أسباب، منها نفقة المنتج بعد الشعور بأن العقد أصبح أمرًا واقعًا، أو عدم رغبة المنتج في التوقيع مع ممثل آخر،Reed. تمثل للعقد المطلوب وتم البحث عن ممثل آخر، ففات الأوان لإيجاد بديل، أو أن النفقات تسببت في خسائر لا يمكن تجنبها بعد الإخلال بالعقد(٣).

يختلف التعويض عن الخسائر المؤتمنة عن غرامة أخرى تسمى "الاستعادة"، حيث يتم تحديد حق الدائن في استرداد المبلغ المدفوع (مثل السعر) المدفوع للمدين في تنفيذ العقد. يتم تحديد التعويض للدائن لمنع المدين من الثراء من دون سبب. أما بالنسبة للتعويض عن الخسائر، فيعتمد على تكلفة أداء الدائن للعقد. ويمكن دفع هذه التكاليف إلى شخص آخر غير المدين، مثل شحن البضائع المباعة إلى تكلفة إقامة المشتري وتدفع للناقل(٤).

لا يعارض القانون المدني الحكم الذي يفصل في جميع التكاليف التي يعتمدها الدائن على العقد، طالما أن التكاليف مدرجة في مفهوم الخسائر التي تكبدها الدائن. نعتقد أن هذه المصروفات يجب أن يعوض الدائن عن جميع النفقات، الفرضية أن التعويض يتناسب مع حجم الضرر، وأن الأمر تحدده المحكمة بشكل كامل، ثم إذا قدرت المحكمة أن الضرر ليس وجوبًا، إلا إذا كان الدائن قد عوض عن المصاريف التي سبق أن أنفقها في إبرام العقد واعتمد عليها، منح تعويض عن الضرر، أما باقي المصروفات فالأمر واحد، لأن الدائن الذي أرسل الإعلان إلى موكله أخبرهم أن لديه منتج معين، ثم لأن المدين لم يف بالتزامه

---

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

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

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

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

بتسليم البضاعة نفى ذلك في إعلانات أخرى. يجب تعويضه عن جميع النفقات التي تكبدها لأنه اعتمد على العقد، مما جعل الدائن يتحمل المدين خطأ.

قرار القضاء بشأن التعويض الذي يجب أن يتمتع به الدائن يدعم رأينا لأن القرار يشمل "التأمين الذي دفعه للمدين، وبدل الإيجار، والرسوم والطوابع التي أنفقها لإثبات العقد"[1].

المطلب الثاني:العلاقة بين خيار الدائن وحقوقه

تنعكس حقوق الدائن في أحكام القانون الجنائي المصممة لحماية قدرة الدائن (الاشخاص المدين لهم بمال) على استرداد ديونهم من الأموال. بالإضافة إلى عهدة بعض المشتريات أو الهدايا التي تم الحصول عليها عن طريق حجز أجورهم أو مصادرة تحويل الأموال الاحتيالي للمدين، يتم تحديد المطالبات بشكل جزئي على أساس الدين وشروط أي عقد مسجل.

لا شك أنه إذا أقام الدائن دعوى إبطال، فإن حكم الإبطال ليس حتميًا، ولكن يمكنه الاختيار بين الإلغاء والتنفيذ. هذا الخيار مناسب للدائن والمدين والقضاة. بعد أن يباشر الدائن دعوى الإبطال، يحق له تعديل طلب الإبطال إلى طلب تنفيذ معين (إن أمكن) قبل الحكم، وإذا رفع الدعوى إلى التنفيذ الفعلي، فيمكنه تعديلها كإلغاء أو طلب فسخ وتعويض، التنفيذ الفعلي للمطالبة، كما أن له الحق في التنازل عن الإلغاء الذي لا يتطلب سوى تعويض، وليس فقط طلب الإلغاء، الذي يُعتبر حرمانًا من حقه في المطالبة بالتعويض.

بالإضافة إلى ذلك، يحق للمدين أداء التزامه بتجنب الإلغاء قبل الإعلان عن الحكم النهائي، ولن يتم الاحتفاظ به في هذه الحالة ما لم يقرر القاضي ما إذا كان هناك حق في منح تعويض للدائن بسبب تأخر المدين في الوفاء بالتزامه، وهو أعلى استئناف اعتبرتها اللجنة المدنية غير موسعة من قبل محكمة التمييز، بعد أن ربط تعهد المدعي بالبيان التالي، اكتفى المدعي بالتنازل عن حقه في طلب إلغاء حقه في المطالبة بالتعويض: (المطالبة بالتعويض يجب أن تتوافق مع طلب الإلغاء ... ووفقاً للمادة ١٧٧ الخاصة بالقانون بالمدني العراقي).

نقسم هذا المطلب إلى فرعين: أولاً، نناقش مبادئ القانون الإنجليزي، وهي حرية الدائن في اختيار الجزاء المناسب والاستثناءات التي ترد عليه. أما بالنسبة للفرع الثاني، فنخصصه بمدى إمكان جمع الدائن بين أكثر من دعوى للمطالبة بالتعويض.

الفرع الأول:حرية الدائن في اختيار الجزاء المناسب

الشرط الأصلي للقانون الإنجليزي هو أنه يمكن للدائن أن يختار بحرية الدعوى القضائية التي يرفعها لذلك، على سبيل المثال، إذا تم تنفيذ العقد بالطريقة الصحيحة، يمكنه رفع دعوى قضائية والمطالبة بتعويض عن الخسائر المتوقعة من أجل وضعه

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

في المنصب الذي يشغله. ويمكنه أيضًا المطالبة بالتعويض عن خسارة العمولة أو استرداد الأموال التي دفعها فقط. أما الطرف المتخلف المدين، فلا خيار أمامه سوى إجبار الدائن على المضي في قضية معينة والتخلي عن قضايا أخرى.

على سبيل المثال، إذا استلم البائع السعر مقدمًا، لكنه لم يسلم البضائع المباعة إلى المشتري، في هذه الحالة يمكن للمشتري أن يختار استرداد التعويض، أي بالإضافة إلى الاعتماد على سعر العقد، يجب على البائع أيضًا رد الدفعة المقدمة المستلمة السعر، كما أنه يمكّنه من المطالبة بالتعويض عن الخسائر المتوقعة (أي قيمة العناصر المباعة في وقت التسليم المحدد). ثم يقوم المشتري بالتحقق من الخيار الأفضل بالنسبة له، فإذا كان سعر البيع وقت التسليم مرتفعًا، فإنه سيطلب هذه القيمة بلا شك، ولكن إذا كان السعر منخفضًا، فسيطلب فقط استرداد[1].

إذا افترضنا في هذه الحالة أن البائع يحق له إجبار المشتري على اتباع طريقة معينة، فيمكنه حينئذٍ حرمان الأخير من اختلاف القيمة بإجباره على المضي قدمًا في دعوى تعويض عندما تزيد قيمة التسليم، أو إذا اضطر إلى المضي قدمًا. وقد حرمته دعوى الخسارة من بعض ماله. توقع انخفاض القيمة عند التسليم[2].

ومع ذلك، هناك قيود على حرية الدائن في اختيار التقاضي. وتشمل هذه القيود: ثبوت كون الصفقة خاسرة، وحالة عدم امكان تقدير الخسارة المتوقعة، وهذا ما نتناوله في الفقرتين أدناه :

أولا: الصفقة الخاسرة:

إذا كانت الخسارة تقع على عاتق الدائن، حتى لو تم تنفيذ العقد بشكل صحيح، فلن يحق له الحصول على تعويض كامل، بل تعويض رمزي فقط، كما سيحرم من حق الاعتماد على العقد للمطالبة بالتعويض[3]. والسبب في ذلك هو أنه إذا حصل الدائن على تعويض كامل في هذه الحالة، فسيكون الدائن في وضع أفضل من تنفيذ العقد. اسحب C and P Haulage v. Middleton في عام ١٩٨٣، حصل المدعي على حق استخدام المبنى في Wolford سيتي لمدة ستة أشهر، ويمكن تجديد العقد. أنفق أموالاً لبناء أساسات ومعدات في المبنى، علماً بأن العقد ينص على عدم إمكانية هدم هذه الأساسات والمعدات بعد انتهاء مدة الخدمة بعد ذلك قام صاحب المبنى بإخلال مسبق بتنفيذ العقد، وطالب المدعي بالاعتماد على عقده لدفع التعويض، لكن المحكمة رفضت مطالبته وعوضته بشكل رمزي فقط، لأنه حتى لو تم تنفيذ العقد وفقًا للعقد، فإنه ستُفقد أيضًا تكلفة إنشاء الأساس والمعدات؛ لأن العقد ينص على أنه لا يُسمح بأرشفة العقد[4].

---

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

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

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

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

في حالات أخرى، تنطبق نفس القواعد على سبيل المثال، الممثل الذي مررنا به من قبل، Reed، إذا تمكن الممثل من إثبات أن المنتج التلفزيوني لن يحقق أي ربح من العرض في جميع الظروف، فعندئذٍ لا يمكنه المطالبة برد الأموال التي أنفقها بالاعتماد على العقد(١).

ثانياً: عدم إمكان تقدير الخسارة المتوقعة:

إذا خالف أحد الطرفين العقد وطالب الطرف الآخر بالتعويض، لكنه لا يستطيع تقدير الفوائد التي سيحصل عليها من العقد إذا تم تنفيذه بشكل صحيح، فلن يستمع إلى مطالبته بالخسائر المتوقعة، باستثناء لا يوجد خيار سوى تكليف مطالبة خسارة(٢). هذه هي القاعدة، لكن المحاكم الإنجليزية نادرًا ما تستخدم هذا التقييد كشرط، وبدلاً من ذلك تعوض الخسارة المتوقعة، حتى لو كان التقدير المتوقع صعبًا إلى حد ما. من بين الحالات التي ينطبق فيها هذا التقييد، هناك Mc Pae v. Commonwealth الذي مر علينا في عام ١٩٥١، حصل المدعى عليه على عطاء لاتفاقية إنقاذ ناقلة، قال إنه حطام سفينة في شعاب مرجانية على بعد ١٠٠ ميل شمال Samarai وقدم له خريطة دقيقة؛ لبيان موقع الصهريج، لكن مهمته لم تجد ذلك، فطلب منه الربح المتوقع من إنقاذ السفينة، لذلك رفضت المحكمة الاقتراح على أساس عدم القدرة على حساب قيمة الناقلة لعدم وجود الناقلة(٣).

مثال آخر هو وقع Sapwell v. Bass عقدًا مع مالك فحل خلال عام ١٩١٠ (كان المدعي من مربي خيول السباق) لتطعيم حصانه بمبلغ ٣١٥ باوند، لكن المالك باعه إلى شخص ثالث في أمريكا الجنوبية، جعل من المستحيل الوصول إلى العقد. يلتمس المدعي تعويضاً عن خسارة مهر كان ينبغي أن يربيه وتكون له قيمة مربحة. وقضت المحكمة بأن هذه الخسارة كانت أكبر من أن تُقدر، وأن التعويض مُنح لأسباب اسمية(٤).

وتجدر الإشارة إلى أن الحقوق الممنوحة للدائن بموجب القانون المدني أكبر من تلك التي يحددها القانون الإنجليزي، ويعتبر الخسارة وفقدان الدخل اللاحقين عنصرين أساسيين للتعويض، ولا يمكن فصل أحدهما عن الآخر؛ لأنهما يشكلان معًا إجمالي التعويض. في ذلك الوقت لم يكن الدائن في حيرة من أمر اختيار أحد العنصرين على الآخر، بل قررهما له على الفور.

الفرع الثاني:مدى إمكان الجمع بين أكثر من جزاء

أصح وجهة نظر في الدوائر القضائية والقانونية الانكليزية أنه لا يجوز الجمع بين أكثر من دعوى للمطالبة بالتعويض عن الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، وبالتالي لا يمكن توحيد أنواع متعددة من القضايا، مثل المطالبة بالتعويض والتعويض عن الخسائر

---

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

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

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

(4) Ibid.

المتوقعة في حالة واحدة. التعويض عن خسارة العمولة، لأن هذه المجموعة تخالف المنطق، إذا لم يتم إبرام العقد في البداية، بهذه الحال لا يمكن إدراج تعويض الدائن للعقد في التعويض عن حقوق الدائن والتي يمتلكها الطرفان[١].

يعتقد البعض منهم أن الأنواع المختلفة من التوحيد لن تحتوي على أي شيء يتعارض مع المتطلبات المنطقية، ولكن الاعتراض الوحيد هو أنهم قلقون من أن الدائنين سيطالبون بتعويض مزدوج عن خسارة واحدة؛ إذا اتضح مزيج من أكثر من نوع لا ينتج عنه تعويضات مفرطة ولا يشمل التضارب بين المؤسسات. يمكن أن تقبل التعويض[٢].

على سبيل المثال، إذا دفع المشتري السعر المباع مقدمًا، لكن البائع فشل في تسليمه، فلن يتمكن المشتري من طلب استرداد السعر المدفوع بالكامل، بالإضافة إلى إجمالي قيمة المبيعات المقدرة في وقت التسليم المحدد (أي خسارة المعاملة)[٣]. هذا هو الحال أيضًا عندما يتم الجمع بين الدعاوى القضائية للتعويض عن الخسائر وخسائر المعاملات، لأنه لا يمكن الجمع بين هاتين الدعوتين؛ لأن هذا سيؤدي إلى حكم بتعويض مزدوج[٤].إذا افترضنا أن المدعي يمكنه إثبات قيمة الناقلة المفترضة في قضية Mc Rae المذكورة أعلاه، ففي هذه الحالة، لن يحق له تحصيل هذه القيمة، باستثناء المبلغ الذي حدده بنفسه (٣٢٨٥ باوند) والسبب في ذلك أن آخر مبلغ يتم إنفاقه حتمًا على شراء الناقلة، ويعني حكم المبلغين أن قيمة الناقلة تقدم للمدعي مجانًا دون الحاجة إلى إنفاق أي أموال للحصول عليها، وهو أمر غير مقبول[٥].

تشير العديد من السوابق القضائية إلى هذه القاعدة، بما في ذلك Cullinane v. كان رجلاً إنجليزياً في عام ١٩٥٤ باع شخص ما آلة لسحق (الطين) وضمن قدرتها على معالجة ستة أطنان من الطين في الساعة، ويمكن تلخيص ذلك على أنه حقيقة. خلافًا لذلك، يطلب المشتري تعويضًا عن إخلال هذا الضمان تحت هذين العنوانين: الأول هو التكلفة الرأسمالية للآلة وتركيبها، والثاني هو خسارة الربح. قضى بأنه لا يمكنه الحصول على تعويض بناءً على العنوانين معًا، لأن الربح الذي يطلبه المشتري لن يتم تحقيقه إذا لم يتم دفع رأس المال مقابل شراء الماكينة، وبالتالي فإن حكمه برأس المال زائد الربح المتوقع يعني أنه تم تعويض نفس الخسارة مرتين[٦].

---

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

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

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

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

(5) Ibid, p. 843.

(6) Ibid.

في قضية George Mitchell v. Fenney عام ١٩٨٣، اشترى فيني مزارعًا للحبوب وزرع الحبوب في أرضه، فقط ليجد أن الحبوب كانت معيبة، مما أدى إلى فشل حصاد الحبوب. مما يتطلب حبوب غير معيبة، للوهلة الأولى، قد يعني هذا أن المزارعين سيحصلون على تعويض مضاعف، لكن الحقيقة هي أن أرباح المزارعين الحاكمين تعني مكاسب محاصيل ناجحة مطروحًا منها تكاليف الأراضي الزراعية. هذا لأنه حتى لو كان المزارع مزودًا بحبوب لا تشوبها شائبة، فإن التكلفة سوف يتحملها المزارع، ومن ثم عدم إدراجها في حساب الربح والذي سيؤدي إلى تعويضه أكثر من الخسارة التي تكبدها[١].

والحقيقة أنه في جميع الأنظمة القانونية لا يسمح للدائن بدفع تعويض مضاعف، وهذا قرار اتخذته المحكمة بدافع العدالة، أما المحكمة العراقية العليا قضت بأن "الآليات والسيارات جاهزة لإنجاز الأعمال المتعلقة بالعقد، والمقاول لا يتقاضى رسومًا لا تتعلق بالعقد، كما أن خدماتها مشمولة في أرباح العمل المتوقعة للمدعي، ولا يحق له المطالبة بالتعويض عن تعليق العقد. سبب الضرر"[٢]. إذ اعتبرت المحكمة أن عمل المعدات جزء من عبء عمل المقاول وعبء العمل، فإن التعويض عن إيقاف العمل سيجعله ضعف التعويض.

---

(1) Ibid.

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

الخاتمة

بعد ان وفقنا الله سبحانه وتعالى على انجاز هذه الرسالة الموسومة (الاخلال المسبق بتنفيذ العقد)، كان الهدف منه الوصول الى فكرة واضحة، لا يسعني في ختام هذا البحث إلا ان أحمد الله عز وجل على توفيقه وهدايته، فله عز وجل الحمد أولا و اخرا على اتمام هذه الرسالة، فقد تم التوصل الى عدد من الاستنتاجات يمكن تحديدها بالنقاط الآتية:

اولا– الاستنتاجات:

١-ان فكرة الاخلال المسبق بتنفيذ العقد مفهوم قانوني ينطوي على جانب مهم من سلوك الطرفين، ويتعلق هذا الجانب بالدين الصادر من المدين قبل الموعد النهائي للوفاء بالتزاماته، ويستنتج الدائن على هذا الأساس أن التقصير سيحدث في المستقبل. ففكرة الاخلال المسبق بتنفيذ العقد لا تتعامل مع الحقائق الفعلية، ولكن ضع في اعتبارك الحقائق المستنبطة. وهذا هو سبب استحالة قبوله في لمح البصر، وبالتالي فإن كيفية تأثير القانون على استنتاج بسيط لن يتعارض مع المنطق، لأن المنطق يشير إلى أن السبب يجب أن يسبق السبب، والنتيجة يجب أن تتبع النتيجة بعد وجودها. من الناحية الفلسفية، الإخلال المسبق بتنفيذ العقد هو سبب العقوبة، على مخالفة العقد، وسببها ليس قبل سببها، والسبب لن يتأخر عن نتيجتها (إلا للسبب النهائي)، لأنها يمكن أن تسبق تأثيرها في الإدراك، لأنها موجودة، ولكن وجودها ليس في العقل. يحدث هذا الاخلال مسبقًا، وهو السبب النهائي للعقاب، لأنه يسبق وعي العقوبة في العقل، ولكن لا يوجد تحقيق خارجي، لذلك يمكن ترتيب التأثير على الإدراك.

٢-ينص القانون المدني العراقي ومعظم القوانين المقارنة على قواعد خاصة حول عملية التفاوض، ولكن القواعد العامة لهذه القوانين لا يتم استيفائها إلا عند إبرام العقد، أي عندما يكون هناك استعداد إيجابي معين للعقد، أي عندما يكون للعقد بعض عندما يكون العقد إيجابيًا، أي عندما يكون للعقد حق القبول المقابل والأثر الناتج، يكون العقد إيجابيًا إنها نابعة من المسؤولية.

على الرغم من عدم الالتفات إلى مرحلة التفاوض، إلا أنها في سياق هذه القواعد تبدو أنها مرحلة حرة ومنتشرة، بعيدة عن دائرة القانون والالتزام. لذلك من الضروري إخضاع هذه المرحلة لقواعد قبول و ايجاب هذه القوانين، ومحاولة حل الخلافات التي حدثت خلالها. بما في ذلك النظرية القانونية تنص هذه القوانين عليها من أجل فهم طبيعة المسؤولية المطبقة في هذه المرحلة المختلفة، واستخلاص النتائج التالية منها:

أ– تختلف مرحلة التفاوض على العقد. أولا، يجب دعوة الطرف الآخر للمشاركة في مفاوضات الطرف الآخر للتفاوض بشأن مقترح العقد المحدد الذي قدمه أحد الطرفين.

ب– قد يتوصل الطرفان في النهاية إلى رؤية مشتركة لمشروع العقد، وهنا لدينا إجابة مشتركة من كلا الطرفين.

ت– قد تكون نتيجة المفاوضات غير ناجحة اب معنى فاشله، لذلك قد تنتهي دون توقيع العقد.

٣-فإن الأحكام والمبادئ التي تحكم التجارة الدولية مثل اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ تتبنى مفهومًا أقرب إلى القانون الأنجلو أمريكي. بالإضافة إلى ذلك، مثل اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ واللوائح الأخرى التي تحكم التجارة الدولية سلسلة المصطلحات والمبادئ، تم تبني هذه الفكرة بالقرب من القانون الأنجلو أمريكي. طالما أننا جزء من المجتمع الدولي والتجارة الدولية، فنحن نأمل أن تحتل بلادنا المكانة التي تستحقها في هذا المجال، وستؤثر اللوائح التي تحكم هذه التجارة على تعاملاتنا الدولية. لذلك لا بد من تحقيق التنسيق بين القواعد والقواعد الوطنية التي تحكم عقود التجارة الدولية، وأهمها عقد البيع الدولي المنصوص عليه في الاتفاقية. يمكن تحقيق الانسجام من خلال وضع قواعد تحكم شكلين من الاخلال المسبق بتنفيذ العقد: الاخلال المباشر و الاخلال غير المباشر.

٤-تمنح اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن العقود الدولية للبضائع الدائن القدرة على التوقف عن الوفاء بالتزاماته المقابلة عندما يتوقع ان مدينه قد اخل الالتزامات الرئيسية المرتبطة بالعقد، أي لمواجهة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد، وهذا هو احتماله. القدرة القياسية والتوقع بأن الالتزامات المؤجلة لن يتم الوفاء بها في المستقبل.

٥-العقوبة على مخالفة العقد، والسبب لن يتأخر عن نتيجتها (إلا للسبب النهائي)، لأنها يمكن أن تسبق تأثيرها في الإدراك، لأنها موجودة، ولكن وجودها ليس في العقل. يحدث هذا الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، وهو السبب النهائي للعقاب، لأنه يسبق وعي العقوبة في العقل، ولكن لا يوجد تحقيق خارجي، لذلك يمكن ترتيب التأثير على الإدراك. على العكس من ذلك، فهي مقتنعة بأنها مدفوعة بواجب مراعاة مصالح الدائن في إدراج بعض الطلبات في بعض الفصول المنفصلة، وبغض النظر عن شدتها، لا يمكنها دائمًا تجاهل نتيجة التخلف عن السداد في المستقبل. بناءً على ذلك، لا يمكن التسليم بأن فكرة الإخلال السابق بالعقد يجب أن تدار كمبدأ عام، فهو يشمل الحالات التي تقع تحت جميع الظروف المنصوص عليها في القوانين البريطانية والأمريكية. ومع ذلك، من ناحية أخرى، من الضروري الاستفادة من هذه المنظمة القانونية الراسخة في القانون الأنجلو أمريكي، لأن الاحتياجات الفعلية لتلبيتها متشابهة في مجتمعات مختلفة.

٦-لا يمكن للقواعد الحالية أن توفر للدائن الحماية الكافية في حالات التقصير المبكرة. فعندما يعلن المدين أنه لن يؤدي التزاماته، يمكن للدائن فقط الحصول على عذر للإعفاء، ولكن هذا قد يكون ضارًا بمصالحه لأنه يجب عليه الانتظار حتى الوقت المتفق عليه. التنفيذ المحدد قد يفوت هذا فرصته للتوصل إلى صفقة مع صفقات أخرى. لذلك فمن الأفضل له أن يقرر ما إذا كان له الحق في وقف التنفيذ، وإذا كان لا بد له من تنفيذ التنفيذ أولاً، أو إيقاف تحضير التنفيذ حتى يضمن المدين التنفيذ في الموعد المحدد، فمن الأفضل أن يكون لديه فترة يجب توفير التأمين عنها، ولكن الأفضل إيقاف التنفيذ خلال هذه الفترة. اعتمادا على الظروف، من يقرر هو المحكمة.

٧-نظرًا للعديد من الأسباب المذكورة في الجزء الرئيسي من البحث، لا تعتبر الماكينة أحد تطبيقات الدفع غير التنفيذية بموجب القانون المدني.

٨-لن يتعارض منح هذه الآلة مع أسس القانون المدني، خاصة فيما يتعلق بالحفاظ على العقود وتقليل حالات الفسخ

٩-أما فيما يتعلق بالاجتهاد القضائي في ما إذا كان الإخطار شرطًا لتعليق آلية التنفيذ، فقد توصلنا إلى نتيجة مختلفة، لأننا قلنا إن الخطر المنصوص عليه في المادة (٧١) فقرة الثالثة هو تدبير تكميلي وتكميلي لوقف التنفيذ. ما لم يتم إخطار المدين على الفور، فإن الأخير ليس له قيمة قانونية.

١٠- تظهر الطبيعة الخاصة للأخلال المسبق بتنفيذ العقد من خلال الخصوصية التي تتصنف بها اركان المسؤولية و كالاتي:

أ- ان ركن الخطأ في مسؤولية ما قبل العقد، والتي نسميها (خطأ المسبق بتنفيذ العقد)، هي اخلال الثقة القانونية الناجمة عن النموذج الخاطئ للتفاوض أو العقد المسبق. يستخدم لقبول أو سحب ايجابه القائم، او اخلاله بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية.

ب- اما ركن الضرر، فيتميز بأنه يحدث عند إبرام العقد وعند توقع إبرام العقد وتحضيره، ويجب تعويضه وفقاً لأحكام هذه المسؤولية. ولم يحصل المصاب على تعويض غير الخسائر الفعلية التي تكبدها، ولم يتم تعويض ما فقده من أرباح، لأن ذلك يتعارض مع حقيقة مهمة، وهي أن العقد لم يبرم بعد.

١١- كما لاحظنا من خلال البحث، اقترحت بعض التشريعات فكرة التعامل مع الاخلال المسبق بتنفيذ العقد كمبدأ قانوني مستقل بشروط مستقله له احكامه الخاصة به، مثل القانون الانكلو امريكي، حيث انه يطلق عليه الاخلال المسبق بتنفيذ العقد (Anticipatory Breach of Contract)، بعد مواجهة بعض الاعتراضات، تم تثبيت الفكرة كقانون ولائحة في القانون، لكن مؤلفي الفكرة ومؤيديها يعتمدون بشكل أساسي على اعتبارات عملية واقتصادية لحماية الدائن من التخلف عن اخلال بتنفيذ عقد المدين في المستقبل. بالإضافة إلى القوانين الأنجلو أمريكية، فقد لاحظنا أن بعض اتفاقيات التجارة الدولية تبنت أيضًا فكرة الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، وأشهرها اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع. واتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن التنازل العيني للبضائع، وقد كوفئنا برفضنا قبول أفكار القانون اللاتيني مثل القانون المدني الفرنسي والتشريع في القانون المدني العراقي قبل إنفاذ العقد.

١٢- على الرغم من وجود الصعوبات المذكورة أعلاه حول فكرة "موضوع الاخلال المسبق بتنفيذ العقد"، يمكن تغطية الغرض من العقد بظروف أخرى، لأن العقد يهدف إلى تحقيق النتيجة الأولى لمنافع الطرفين. إذا كان الاستنتاج الذي تم التوصل إليه من خلال أسباب معقولة يثبت للدائن مقدمًا أن المدين لن يفي بوعوده المستقبلية في الوقت المحدد، فسيتم تجاهل الغرض من العقد، ولا داعي للقلق من أن الاستنتاج فكرة خاطئة تمامًا، لأنها استدلال على المستقبل. وهي مطلوبة في حالة الإخلال بالعقد، وتستند إلى تأكيد سبب معقول لوقوع اخلال مستقبلي، بناءً على الحالة المذكورة أعلاه، يمكن القول أن الاخلال المسبق بتنفيذ العقد هو النظر في الغرض من العقد والغرض منه، حتى لو كان نتيجة مستقبلية، فقد يكون وجوده مؤكدًا، خاصة إذا قام به الدائن بناءً على أسباب معقولة. يمكن القول أن تنفيذ الإخلال السابق بالعقد سيؤدي إلى

خسائر مستقبلية للدائن، والضرر المعروف في المستقبل هو الضرر الذي تحقق سببه والنتيجة رخوة، ويجب أن يكون تنفيذ المخالفة الاخلال المسبق بتنفيذ العقد على أسس معقولة، كما لاحظنا من بحثنا، في معظم الحالات، يحدد الدائن التوقعات من خلال التحقيق في درجة المخاطر، والأضرار المستقبلية التي قد يتم تعويضها من خلال مسؤولية العقد، لأن هذا ليس مجرد ضرر محتمل، ولكن أيضًا في هذه الحالات يعتبر قدرًا معينًا من الضرر.

١٣- تختلف هذه الحالة في التكيف مع المفهوم الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، لأن بعض الفقهاء يحاولون عدم التركيز على مفهوم الاستنتاج على المبادئ المذكورة أعلاه. وفي هذا الصدد، يعتقد أنه في حالة الإخلال المسبق بتنفيذ العقد ماذا سيحدث والذي يخالف الالتزامات الحالية والمستحقة، يظهر أي سلوك يخالف الالتزامات الفعلية في شكل وعود ضمنية، أي الحفاظ على الصدق والمصداقية، لضمان التشغيل الطبيعي للعلاقة التعاقدية، والحفاظ على شرعية العقد وصحته قدر الإمكان معيار غير دقيق. لذلك، لا يوجد دليل يثبت وجود أساس معقول للعقوبات القانونية. وهذا اتجاه آخر، أي التكيف مع الإخلال السابق بتنفيذ العقد من خلال وجود شروط إنهاء واضحة وضمنية أخرى كاعتبار لإنهاء الاتفاقية، الشرط الصريح هو أن يتفق الطرفان على إنهاء العقد. أما الشروط الضمنية فهي تلزم الطرف الرافض بتعويض الطرف الآخر الدائن عن الضرر الذي لحق به بسبب الفسخ، كما ينتقد الرأي عدم معقولية إنهاء الاتفاق أي إنهاء العقد وهو التزام بالتعويض. بالإضافة إلى ذلك، فهو ليس أكثر من افتراض محض لا أساس له في الواقع. فالقانون لا يقوم على افتراضات مجردة، ولكن يجب أن يتم إنشاؤه على أساس معقول. لذلك، فإن أفضل ترتيب لأخلال المسبق بتنفيذ العقد هو اخلال أساسي مستنتج للعقد. اخلال العقد وشيك وسيحدث في المستقبل. قد يكون أهم سبب لذلك هو أنه يسمح بترتيب غرامة فورية وفقًا لهذا التوقع، وهو إمكانية إنهاء العقد وتعويضه.

١٤- فيما يتعلق بمكانة الفقه الإسلامي، للأخلال المسبق بتنفيذ العقد، فقد لاحظنا أن هذه الفكرة مقيدة إلى حد ما، وقد يرجع ذلك إلى أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر ضررًا مستقبليًا، لأنه خلافًا للقانون، فإن الضرر المستقبلي هو إبرام العقد النوع الأخير من الضرر المحتمل. لذلك، من أجل طلب ضمان، يجب منح تعويضات، ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أنه حتى لو لم يؤخذ في الاعتبار الفقه الإسلامي، حتى لو لم يتم النظر في الاخلال المسبق بتنفيذ العقد بشكل مباشر، فإنها تحسب على أنها اخلال مسبق بتنفيذ العقد بشكل غير مباشر، لأن الفقهاء المسلمين يسمحون بالتأمين على المطالبات، والتي وأبرزها هو الحق في الحبس من أجل الأمان.

١٥- بالإضافة إلى ما سبق، هناك أيضًا تطبيق خاص بالقانون العراقي في قانون المرافعات العراقي، خاصة في المادة ٦ من القانون المذكور أعلاه، والتي تنص على الإجراء، الذي ينص على أن الدائن سيصبح قابلاً للتنفيذ في أقرب وقت ممكن في تاريخ الاستحقاق. الحق في طلب تأخير قبل الملف. ومع ذلك، تجدر الإشارة هنا إلى أنه في حالة الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، فإن هذه الإجراءات لا تكفي لتوفير الحماية اللازمة للدائن، لأن دعوى الالتزام في التنفيذ المستقبلي لن تؤدي إلى

إنهاء الموعد النهائي. تسريع الدين وكافة المحتويات المقدمة هنا هي احتياطيات يجب الإبلاغ عنها حاليًا، وعندما يفشل المدين في الوفاء بالتزاماته، سيتم تحويله إلى احتياطي إلزامي يجب تنفيذه أثناء تنفيذ العقد في الوقت المحدد.

١٦- إن الالتزام بالأخلال المسبق بتنفيذ العقد وإمكانية فرض عقوبات قانونية على العقد بموجب القانون الأنجلو أمريكي ليس هو الأثر الوحيد للأخلال المسبق بتنفيذ العقد. علاوة على ذلك، يمكن للدائن أن يتجاهل المخالفة المتوقعة ويعتبرها ليست اخلال للعقد. وهنا ليس أمامه خيار سوى انتظر التنفيذ الفعلي، وقم بالتنفيذ حسب التعويض المراد تنفيذه، وفي نفس الوقت يمكن للمدين أن ينسحب من اخلاله المسبق بتنفيذ العقد، والقوانين الانكلو امريكي تلزم المدين بالتخلي عن المخالفة السابقة للعقد، ويجب على الدائن عدم الإصرار على المخالفة السابقة، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم المتقدم يخالف أحكام التشريع المدني. ما لم يصدر حكم نهائي في الدعوى، يسمح المشرع بالتنازل عن المخالفة للأخلال المسبق بتنفيذ العقد، وبالتالي، فإن الدرجة الأولى تسمح للمدين بإعفاء المخالفة السابقة للعقد.

التوصيات:

بعد ذلك، بعد عرض أهم الاستنتاجات والأفكار الواردة في البحث، نود أن نبدأ ونقدم بعض و اهم التوصيات حول موضوع الاخلال المسبق بتنفيذ العقد، والتي يمكن ان ينعكس ترتيب هذه التوصيات على النحو الآتي:

١- أما بالنسبة للعقوبة، حفاظًا على حقوق الطرفين، نقترح أن تكون العقوبة حذف المهلة حتى يتمكن الدائن من تنفيذها فورًا، وإذا لم يمدد الدائن انتهاء المهلة، فسيحدث ضررًا محددًا له. أو إذا لم يكن التنفيذ مناسبًا له في ذلك الوقت، فنقترح عليه مصادرة العقد لإنهاء العقد لتجنب الضرر المحتمل للدائن أو تقليل الضرر الذي يلحق بالمدين بسبب سرعة أداء التزامات العقد.

٢- نوصي بتوسيع هذا البند ليشمل الاخلال المسبق بتنفيذ العقد المباشرة لأداء العقد، لا سيما عندما يعلن المدين أنه غير راغب في أداء التزاماته التعاقدية أو يتبنى ممارسات لا تحيد عن وقائع القضية. وهذا الموقف سيشتبه في أنه سيكون مسؤولاً عن الاخلال المستقبلي في أهمية الالتزامات التعاقدية.

٣- من أجل تأكيد ما إذا كان التوقع يستند إلى أسس معقولة، نقترح بموجب هذا أن يحدد القضاة مدى معقولية الاستنتاجات ومدى الاستنتاجات وفقًا لظروف كل قضية ودرجة الاستنتاج المطلوبة.

٤- نقترح تعديل المادة (٨٤) من المدني العراقي، والتي تتبنى معيار تحديد المهلة الزمنية لقبول الالتزامات الإيجابية، أي عدم السماح للمدعى عليه بالعودة إليه خلال المهلة التي يؤكد قبولها، بما في ذلك تحديد إلزامي في إطار تقدير السلطة القضائية. لا يحتاج المعيار إلى تحديد فترة القبول للالتزام الإيجابي فحسب، بل يحتاج أيضًا إلى اعتماد معايير أخرى، وهو معيار الثقة القانونية الذي تحدده المحكمة وفقًا لتقديرها. لذلك، يكون الايجاب ملزمًا، ليس فقط عندما يتم تعيين مهلة زمنية صريحة أو ضمنية لرغبات الملتزم، ولكن أيضًا إذا حكمت المحكمة أنه قد أنشأ ثقة قانونية لإبرام عقد، فإن العرض ملزم أيضًا.

٥- ايراد نص في القانون المدني العراقي نصا ينص على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وإبرام العقد، مع التركيز على الالتزامات الناشئة عن المبدأ. حيث أن "القانون المدني العراقي" لا ينص على هذا المبدأ إلا في مرحلة تنفيذ العقد كما هو منصوص عليه في المادة (١٥٠) منه على انه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية".

٦- قد لا يكون الحكم الذي ينتهي صلاحيته مفيدًا للدائن، وقد لا يكون التنفيذ السريع مفيدًا للدائن على الأقل، لأن الناس يقدرون القيمة التي يحصلون عليها في المعاملة، وهذه القيمة لا تقدر بالكمية وحدها، ولكن للجودة وزن كبير في هذا التقدير، لذلك، قد يكون الإدراك عديم الفائدة في بعض الأحيان، ولكنه مفيد في وقت آخر، وسيترك تقدير ذلك للأطراف في العلاقة. من ناحية أخرى، قد لا يكون المدين قادرًا على التنفيذ السريع لأنه لم يطلب موعدًا نهائيًا، باستثناء تقدير أنه لا يستطيع تنفيذ الدين بشكل مرض قبل وصوله، وقد لا يكون لديه حاليًا الوسائل للمساعدة في تنفيذ الدين. لكنه يضع نفسه في وضع يسمح له بالمطالبة بالتنفيذ السريع لأخطائه. بناءً على ذلك، من الأفضل أن يشمل النص المقترح الأحكام التي تسمح بإنهاء العقد عندما لا يكون التنفيذ السريع في صالح الدائن أو المدين. هذا الحل يملأ الفجوة المنطقية التي يسببها التصريح بأنه يمكن فرض غرامة بناءً على الاستنتاجات وحدها.

٧- إضافة فقرة للمادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي ونصها كالتالي:

(٣- في العقود التبادلية اذا توقع احد المتعاقدين عدم تنفيذ المتعاقد الاخر مستقبلا لا حدى التزاماته المهمة بالعقد جاز للطرف الاخر بعد الاعذار ان يلجا الى وقف تنفيذ التزامه المقبل على ان يراعي طبيعة العقد واحكام القانون و العرف و العدالة في تحديد الالتزامات المهمة من عدمه في حالة الخلاف على هذه المسائل).

٨- نشر قانون الموافقة على الاتفاقية بشكل عاجل في صحيفة الوقائع العراقية للتأكد من أن رجل الأعمال العراقي الذي يوقع على عقد البيع الدولي يمكن أن يستفيد من هذه الآلة ولن يكون تحت رحمة المقاولين الأجانب إذا تأخر في الوفاء بالوعد.

٩- يتضمن النص المقترح شكلين للأخلال المسبق بتنفيذ العقد: مباشر وغير مباشر قد يكون من الصعب التحقق من قوة الاستنتاج وما إذا كانت النتيجة واضحة. لذلك، لا يميز النص المقترح بين شكلي الحكم المسبق.

١٠- في هذه الحالة، يتطلب اللجوء إلى القانون أن يتم ذلك من خلال المحاكم. من الممكن تقدير الظروف التي يُسمح بموجبها بطلبات الإلغاء أو إنهاء العقد بشكل أفضل، ويمكن إنهاء النزاعات المقدرة المتعلقة بهذه الأمور، ويمكن تحديد الوقت اللازم لتقديم التأمين ومدى ملاءمته، وما إذا كان التنفيذ السريع في مصلحة الدائن أم لا بما في ذلك قدرة المدين.

١١- من أجل الحفاظ على استقرار المعاملة وتجنب إهدار المزايا المتوخاة في إبرام العقد، نوصي بأن يسمح المشرع للمدين بتقديم تأمين يضمن أداء الالتزامات التعاقدية. ما لم يتم توفير تأمين، لن يتم إلغاء مدة العقد أو إنهائه.

١٢- يمكن أن تحقق إجراءات صنع القرار المستقبلية والتقاضي الطوعي هذا الهدف. إلا أن هذه الإجراءات لا تكفي للتعامل مع الحالات التي هي أشكال سابقة للتقصير، لأن الحكم يقتصر على الإبلاغ عن الأحداث الجارية،

مثل التحقق من ضمانات الديون، ولن يتجاوز الحكم في موضوع النزاع. أما بالنسبة للإجراءات الإجبارية المستقبلية، فلن تسرع من أداء الالتزامات، ولكن هناك أحكام يجب الإبلاغ عنها في الوقت الحالي، فعندما يتخلف المدين عن أداء الالتزامات، يصبح الحكم حكمًا إلزاميًا في وقت التنفيذ المحدد. علاوة على ذلك، فإن هذا لا يحقق الغرض المقصود، وهو حماية المصالح الحالية للدائن والسماح لهم بتصحيح هذا الوضع، على سبيل المثال، من خلال إجراء معاملات الاستبدال أو التخلص من المواد المصنعة جزئيًا.

١٣- قد لا يكون الحكم الذي ينتهي مدته مفيدًا للدائن، لأن التنفيذ المعجل قد يكون على الأقل ضارًا أو عديم الفائدة للدائن، لأن الناس سيقدرون القيمة التي يتم الحصول عليها في المعاملة، وهذه القيمة لا تقدر فقط من حيث الكمية، ولكن الجودة في هذا التقدير لها وزن كبير. لذلك، قد يكون الإدراك عديم الفائدة أحيانًا، لكنه مفيد في وقت آخر، تُترك التقديرات للأطراف في العلاقة. من ناحية أخرى، قد لا يكون المدين قادرًا على التنفيذ السريع لأنه لا يتطلب سوى موعد نهائي لتقييم أنه لا يستطيع الأداء المرضي قبل الوصول، وقد لا يكون قادرًا على استخدام وسائل المساعدة على التنفيذ في الوقت الحالي، لكنه يضع نفسه في موقف المدعي بسرعة تم تنفيذها، بناءً على ذلك، من الأفضل أن يتضمن النص المقترح حكمًا يسمح بإنهاء العقد عندما يكون التنفيذ السريع ضارًا بالدائن أو غير ممكن بالنسبة للمدين. هذا الحل يملأ الفجوة المنطقية التي يسببها التصريح بأن العقوبات يمكن فرضها على أساس الاستنتاجات فقط. لا تستند العقوبات الملغاة والتعويض الناتج إلى تصريح المدين البسيط أو سلوكه المباشر، ولكن على انخفاض المدة وتسوية الدين.

١٤- بناءً على ما تقدم، يقترح البحث أن النص المضاف هو النص الحالي، كما هو موضح أدناه:

أ- عند تأجيل أداء الالتزام، يحق للدائن اتخاذ الإجراءات المناسبة للاحتفاظ بحقوقه في غضون المهلة السابقة لتاريخ الاستحقاق، خاصةً عندما يصدر للمدين حق دائن يمكن استنتاجه بشكل معقول أنه لن يؤدي الوعد في التاريخ المحدد، ويمكنه أن يطلب ذلك. تأمين لضمان الأداء خلال الفترة. مناسبات خلاف ذلك، يحكم بسقوط الاجل، وإذا كان التنفيذ في هذا الوقت ضارًا بالدائن أو لا يمكن تنفيذه من المدين، فيمكن للدائن أن يطلب إنهاء العقد.

ب- يجوز للدائن أن يوقف التنفيذ أو أن يستعد للتنفيذ حتى يقدم المدين التأمين المطلوب على أن يعود فورًا إلى التنفيذ بعد إظهار التأمين. في هذه الحالة، لا ينبغي أن يؤدي التأخير إلى تحمل الدائن أي مسؤولية.

ت- على وجه الخصوص، ينبغي تطبيق الفقرتين السابقتين عندما يعلن المدين بوضوح أنه لن يؤدي التزاماته في الوقت المحدد أو يعتمد طريقة للإشارة إلى التزاماته.

المصادر والمراجع

اولاً: القرآن الكريم

ثانياً: المصادر العربية

١- ابن منظور الافريقي، لسان العرب، ج١٠.

٢- ابو السعود، رمضان، احكام الالتزام، دون طبع، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.

٣- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي، لسان العرب، ط٣، ج٤،تنقيح محمد عبدالوهاب، دار احياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، عمان.١٩٩٩. بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٧٧.

٤- احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢. وينظر كذلك:عبدالوهاب العشماوي، ومحمد العشماوي، واشرف عبدالوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري و المقارن، بلا محل نشر ٢٠٠٦. وينظر أيضا: مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقات العلمية، ط٣، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩.

٥- احمد خليل، التنفيذ الجبري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

٦- احمد مليجي، اختصام الغير وادخال الضامن في الخصومة المدنية، ط٢، مكتبة دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧.

٧- إسماعيل ابن حماد الجوهري، معجم الصحاح، ط٤، تنقيح خليل مأمون شيحار، دار المعرفة، بيروت، ٢٠١٢. مختار الصحاح.

٨- اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج٢، القاهرة.

٩- امير عدلي خالد، المحيط في الارشادات العلمية في الدعاوي المدنية في ضوء ملاحظات، التفتيش القضائي و المستحدث في القوانين و احكام النقض، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.

١٠- امين دواس، الحق في وقف تنفيذ الالتزام في ضل اتفاقية البيوع لعام ١٩٨٠ مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الخامس.

١١- انور السلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٠.

١٢- بعض التشريعات افردت تنظيماً خاصاً للمرحلة المسبقة بتنفيذ العقد ومنها التشريع اليوناني و الايطالي و اليوغسلافي و اللبناني. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، الطبعة الثانية، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢،. وكذلك. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ٢٠٠٢.

١٣- تاج اليسر محمد حامد، احكام العقود و المسؤولية العقدية، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨.

١٤- جار الله ابي القاسم محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، ط١، تنقيح د. محمد نبيل طريفي، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٩.

١٥- جار الله ابي القاسم محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، ط١، تنقيح د. محمد نبيل طريفي، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٩.

١٦- جاسم لفته سلمان، المدخلات في احداث الضرر تقصيراً، مكتبة الجيل العربي، ط١، ٢٠٠٥.

١٧- جاك غستان: المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الأولى.

١٨- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية. وينظر ايضاً: دماحة قايقاني، اثار التخلي عن مواصلة العقود جارية التنفيذ.

١٩- حسام الدين الأهواني: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠.

٢٠- حسام الدين عبدالغني الصغير، تفسير اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١. أسماء مدحت سامي، الاعفاء من المسؤولية في اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع(فينا)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٢١- حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي، رسالة مقدمة الى جامعة باريس، مطبعة حداد، البصرة، بلا سنة طبع.

٢٢- حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، احكام الالتزام، اثبات الالتزام، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨.

٢٣- حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، أحكام الالتزام، اثبات الالتزام، بغداد، ١٩٧٦.

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

٢٥- حمد علي الطائي، قانون العمل، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٥. عيد نايل، شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥-٢٠٠٦.

٢٦- خالد احمد محمد عبدالحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠، ط٢، بلا مكان نشر، ٢٠٠١.

٢٧- صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الاول، العدد الثالث، ١٩٩٧.

٢٨- دواس، امين، الحق في وقف تنفيذ الالتزام في ظل اتفاقية فيينا للبيوع.

٢٩- رينيه موريل، في تعليق له على نقض ٢٢ ديسمبر ١٩٢٠: سيرى ١٩٢٢٢- ١- ٣٦٩، لبريه في المجلة الانتقادية. حلمى بهجت بدوى في اصول الالتزامات.

٣٠- سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام، الضرورات العملية، الطبعة الاولى، بغداد، ٢٠٠٤.

٣١- سعد نبيل ابراهيم، النظرية العامة للالتزامات (احكام الالتزام)، ج٢، دون طبع، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديد للنشر، ١٩٩٩.

٣٢- سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، ١٩٨١.

٣٣- سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد-١٩٨١.

٣٤- سليمان براك دايح الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٨.

٣٥- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، المجلد٢، الفعل الضار و المسؤولية المدنية، ط٥.

٣٦- سمير ذنون، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية والتامين الالزامي عليها، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، ٢٠٠٥م.

٣٧- سمير عبدالسيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٣٨- السنهوري: الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، ج٧، ط٣، ٢٠٠٩.

٣٩- شفيق، محسن، اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، مجلة القانون و الاقتصاد، القاهرة، ١٩٧٣.

٤٠- شنب، محمد لبيب، الجحود المبتسر للعقد، دراسة في القانون الامريكي مقارنة بالقانون الفرنسي و المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية القسم الاول، السنة الثانية، يونيه ١٩٦٠، العدد الثاني .

٤١- صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد الاول، العدد الثالث،١٩٩٧.

٤٢- صفاء تقي العيساوي، الاخلال المبتسر في تنفيذ التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العدد الثاني، أيار، ٢٠٠٧.

٤٣- صفايي، سيد حسين، وديكران، حقوق بين المللى با مطالعه تطبيقي، جاب دوم، انتشارات دانشكاه تهران، ١٣٨٧ش.

٤٤- صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين غائبين، دار النهضة العربية، ١٩٦٣.

٤٥- عادل جبري محمد، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥.

٤٦- عادل عبدالعزيز سمارة، مسؤولية المقاول و المهندس عن ضمان متانة البناء (دراسة مقارنة)، في القانون المدني الاردني رسالة ماجستير جاوعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٧.

٤٧- عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، ج٣، احكام الالتزام تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧٠.

٤٨- عبد الحي الحجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ و الفسخ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العدد الاول، السنة الاولى، يناير، ١٩٥٩.

٤٩- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.

٥٠- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط٣، ج٧، المجلد الاول، منشورات الحلبي، لبنان،٢٠١١.

٥١- عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية، دار الشروق للنشر و التوزيع، ط١، عمان، ٢٠٠٢.

٥٢- عبد الوهاب علي، الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنه في الفقه الاسلامي و القانون المدني، دار الكتب المصري، مصر، ط١، ١٩٩٤.

٥٣- عبدالجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاولة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩.

٥٤- عبدالحي الحجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العدد الاول، السنة الاولى، يناير، ١٩٥٩، العدد الاول.

٥٥- عبدالحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٢.

٥٦- عبدالحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، القسم الاول، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، السنة الاولى، يناير ١٩٥٩، العدد الاول.

٥٧- عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨.

٥٨- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مج١، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٤.

٥٩- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مج١، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأ المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.

٦٠- عبدالقادر العرعاري، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، ط٣، مطبعة الكرامة، المغرب، ٢٠١١.

٦١- عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج٢، أحكام الالتزام، ط٦، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩،

٦٢- عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، الهامش(٢٣).

٦٣- عبدالوهاب علي، الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي، دراسة قانونية مقارنة في الفقه الاسلامي و القانون المدني، ط١، دار كتب المصري، مصر، ١٩٩٤.

٦٤- عبدالوهاب علي، الاستحالة واثرها على الالتزام العقلي، دراسة مقارنه في الفقه الاسلامي و القانون المدني، ط١، دار الكتاب المصري، مصر، ١٩٩٤. جليل حسن الساعدي، الارادة الباطنة في العقد، دراسة في القانون المدني العراقي، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

٦٥- عد نبيل ابراهيم، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، ج٢، دون طبع، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٩.

٦٦- عدنان ابراهيم السرحان، سلطة القاضي التقديرية ازاء طلب الفسخ لعدم التنفيذ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد الثامن، العدد الاول و الثاني، ١٩٨٩.

٦٧- العدوي محمد شكري الجمل، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الاسلامي و القانون المدني، ط١، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨.

٦٨- العدوي، محمد شكري الجميل، سوء النية واثره في عقود المعاوضات في الفقه الاسلامي و القانون المدني، ط١، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨.

٦٩- عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العاملة للالتزامات، ج١، مصادر الالتزام، مشورات جامعة جيهان، اربيل، ٢٠١٣. منذر الفضلي، النظرية العامة للالتزامات، ج١، مصادر الالتزام، ط٢، بلا مكان نشر، ١٩٩٧.

٧٠- العلامة ابن منظور الافريقي، لسان العرب، ج١٠.

٧١- علي حسين منهل، الاخلال المسبق بالعقد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل،٢٠١١.

٧٢- عمر علي الشامسي، فسخ العقد، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٠.

٧٣- عيد عادل عبد الفضيل، البيع في التقسيط في الاقتصاد الاسلامي، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠٠٩.

٧٤- عيد، عادل عبد الفضيل، البيع بالتقسيط في الاقتصاد الاسلامي، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠٠٩.

٧٥- غني حسون طه، مصادر الالتزام، بغداد ١٩٧١.

٧٦- غني حسون طه، مصادر الالتزام، بغداد ١٩٧١.

٧٧- فانسان هوزية، المطول في العقود بأشراف جاك غستان، بيع السلع الدولي، القانون الموحد، ترجمة منصور القاضي، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، بيروت، ٢٠٠٥.

٧٨- الفرا، عبدالله خليل، التنفيذ الجبري، مكتبة الجامعة الاسلامية، ط١، غزة- فلسطيني، ٢٠٠٨.

٧٩- فريد فتيان، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٦-١٩٥٧.

٨٠- كاسان في رسالته. سافانييه في تعليق له بدالوز ١٩٢٠ – ٢ – ٤١، موريل في تعليق له بسيري ١٩٢٢ – ١- ٣٦٩، بلانيول وريبير واسمان ج٦. جان بولانجيه في موسوعة دالوز، ج١، ص ١٠١٦، نبذة ١٥٦، فاسير في بحث له بعنوان الاستعجال و القانون المدني بالمجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٨٥.

٨١- لطيف جبر كوماني، د. علي كاظم الرفيعي، عقد البيع الدولي للبضائع، منشورات مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

٨٢- محب الدين الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مج٥. وأنظر أيضا: المنجد في اللغة والاعلام، ط٣٧، دار المشرق، بيروت، ١٩٩٨.

٨٣- محب الدين الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مج٥، وأنظر أيضا: المنجد في اللغة والاعلام، ط٣٧، دار المشرق، بيروت، ١٩٩٨.

٨٤- محمد أبراهيم دسوقي: الجوانب القانونية في أدارة المفاوضات وأبرام العقود، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة، ١٩٩٥.

٨٥- محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشأت الثابتة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٦.

٨٦- محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول و المهندس في مقاولات البناء و المنشأت الثابتة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦.

٨٧- محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات.

٨٨- محمد لبيب شنب: الجحود المبتسر للعقد، دراسة في القانون الامريكي مقارنة بالقانون الفرنسي و المصري، مجلت العلوم القانونية و الاقتصادية، السنة الثانية، يونيا ١٩٦٠.

٨٩- محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، القسم الثاني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثالثة، العدد الاول، يناير ١٩٦١.

٩٠- محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، دراسة القانون الامريكي مقارنة بالقانون الفرنسي و المصري، القسم الثاني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة الثانية، ١٩٦١.

٩١- محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، دراسة في القانون الامريكي مقارنة بالقانونين الفرنسي و المصري، القسم الاول، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، السنة الثانية، العدد الثاني، يوليه ١٩٦٠.

٩٢- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الاول، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.

٩٣- محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٩٤- مصطفى جمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩.

٩٥- مصطفى سمير عبدالله، جلال ناصر خليل، وقف تنفيذ الالتزام كجزاء على الاخلال المبتسر للعقد، المجلة العلمية لكلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد١٣، العدد٢، ٢٠١١م.

٩٦- مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية و الاقتصادية، العدد السادس و الخمسون، القاهرة، ١٩٨٦.

٩٧- معجم المعاني الجامع، معجم عربي عربي.

٩٨- ممدوح محمد مبارك: أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، الطبعة الأولى، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٩٩- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ط١، بغداد، ١٩٩١.

١٠٠- منصور امجد محمد، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، ط١، عمان، الاردن: دار وائل للنشر و التوزيع، ٢٠٠٦.

١٠١- منصور حاتم، علي حسين منهل، اثار الاخلال المسبق بالعقد، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعوم القانونية و السياسية، العدد الاول، السنة الرابعة، ٢٠١٢.

١٠٢- نصير صبار لفته، التعويض العيني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠١.

١٠٣- نوري حمد خاطر، عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الثقافة، عمان،٢٠٠٠.

١٠٤- هندي، احمد، اصول التنفيذ، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، الدار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.

١٠٥- وليد خالد عطية: التنفيذ على حساب المدين عن طريق ابرام صفقات بديلة، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط١، ١٧، ٢٠. وسن كاظم زرزور: الاخلال المتوقع واثره على تنفيذ العقد، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٥.

١٠٦- يوسف الياس، قانون العمل العراقي، شرح مفصل لاحكام قانون العمل رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠، منشورات مكتبة التحرير، بغداد، ج١. عزيز إبراهيم، شرح قانون العمل العراقي، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، من دون سنة طبع.

ثالثاً: المصادر الاجنبية

1- (1853) 2 E&B 678. 118 Er 922. See also Four other early English cases: Danube & Black Sea Railway and Harbour Co. v Xenos 142 ER 753، Frost v Lnight (1872) LR 7، Johnstone v Milling (1886) QBD 16، Synge v Synge (1894)

2- Affaire Comptoire Havrais dimportation colonial c/ Giraud et pize. Tribunal du Havre 1935 81e Annee

3- Black law Dictionary، Bryan. Garner (editor) ، Thomson west ، third book ، U.S.A ، 2011.

4- Cassin. R، Reflexion sur al resolution judiciaire des contrats pour inexecution، RTDCIV، paris، 1945.

5- Catherine Elliott & Frances Quinn، Contract Law، 7th edition، Pearson Education Limited، Edinburgh Gate، England، 2009>

6- Cathrin Macmillan، Richard Stone، Elements of the law of contract، university of London، England، 2012.

7- Chengwei، liu (2003)، Remedies for non – Performance: perspectives from CISG، UNIDROIT principles & pecl، available on line al: <http:www. Cisg. Law. Pace.edu/ 2012.

8- Denis Keenan، English Law، Part Two، Fourteenth Edition، Person Education Limited، England، 2004.

9- Dingley v. Oler، United States Sup. Ct. April 5، 1886، 117 U.S. 490; Vittum v.Estly، Sup. Ct. of Vermont، Dec. 3، 1894، 31 A

10- Donald Harris & David Campbell & Roger Halson، Remedies in Contract and Tort، 2nd ed.، Cambridge University Press، New York، USA، 2005،

11- Enderlein، Friz & Maskow، dietrich 1992. International sale law، oceana puplication Available at: http://cisg3. law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein-abb.thml

12- For the origin of this doctrine see Rowley، Keith. A Brief Historu of Anticipatory Repudiation in American contract law. 69 University of Cincinnati law Review (wnter 2001)

13- Francis Dawson، Metahpors and Anticipatory Breach of Contract، The Cambridge Law Journal، Vo1. 40، No. 1، 1981.

14- Fritz Enderlein & Dietrich Maskow، International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the InternationalSale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International sale of Goods 285 (Oceana Publications 1992).

15- Guest، A. G، Chitty on Contracts، Vol. (1) The General Principles، 14th Edition، Sweet & Maxwell، London، 1977

16- Honno ld، John، O (1999) Uniform law for International Sales Under the 1980. United Nation Convention.

17- Huge Beale، Chitty on Contracts، V1، General principles، Sweet & Maxwell، London، 2012

18- J. ceddras، le dol. Eventual: aux. limites de l intentuin dollaz 1995.

19- Janet O'Sullivan & Jonathan Hilliard، The Law of Contract، 5th ed.، Oxford University Press، 2012.

20- Jean،cland(p)،responabilite pour non formation ou nullite dun contrat ،these ،monpellier،(dyctl)،1947.

21- Jill Poole، R.D. Mulholland، Business Law Today، 4th ed.، The Dunmore Press Limited، New Zeland، 1995.

22- Clive M. Schmitthoff & David A.G. Sarra، Mercantile Law، 14th ed. Stevens & Sons، London، 1984.

23- Joachim Dietrich، Restitution: A New Perspective، The Federation Press، Sydney، 1998.

24- John D. Calamari & Joseph M. Perillo، The Law of Contracts، Second Edition، West Publishing Company، 1979.

25- L. L. Fuller and William R. Perdue، The Reliance Interest in Contract Damages، 46 Yale Law Journal 1936 Available at: cisgw3.law.pace.edu.

26- Laurence Koffman & Elizabeth Macdonald (LL. B.)، The Law of Contract، 7th ed.، Oxford University Press، United States، 2010.

27- Linda Mulcahy، CONTRACT LAW IN PERSPECTIVE، 5th ed.، Routledge-Cavendish، 2008.

28- Lord Denning in case of Reed، see: Laurence Koffman & Elizabeth Macdonald (LL. B.).

29- 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) Available at: http://eprints.whiterose.ac.uk/3518/.

30- Mercedeh de silveria، Anticipatory Breach under the United Nordic Journal of Commercial Law، lssue 2،2005. Also available on: 2005/article1. Pdf_http: //www.njcl.

31- Michael Furmston، Cheshire، and Fifoot، Law of Contract، 16th edition، Oxford University Press، Great Clarendon Street، Oxford، UK، 2012.

32- Michel G.Bridge، Discharge for breach of the contract of sale Good، McGee law Journal ، ، Vol (28)، 2007.

33- Miles. E، Harvey، Government Contracts: Damages for Anticipatory Breach، California Law Review، Vo1. 46، No. 1، 1858.

34- Robert Upex، Davies on contract، 7th ed.، Sweet & Maxwell، London، 1995.

35- Roehm v. Horst، 178 U.S.I. : United Press Association v. National News paper Association، 237 F.547; Lagerloef Trading Co. lnc. V. American paper products Co. 291 F. 947; Statson and post Lumder Co. v. Commercial Sash and Door Co.299 F. 553; windmuller v. pope، 107 N.Y. 674; Gentrg Co. Co. v. margolius Co.، 110 Tenn.

36- Smith & Keenan‹s ‹English law، Sixteenth edition، England.

37- Strub، M. Gilbey (jul، 1989) The convention on the international sale of goods anticipatory repudiation provision and developing countries، the international and comparative law quarterly، Vol. 38، No. 3.

38- The claim for damages by reason of such a breach is founded upon a contract، express or implied. Jnstice pitney in central Trust Co. of lllinois v. Chicago Auditorium Association، 240 U.S. 582.

39- V.civ.17dec.1958‹d.1959‹1.33.et revtrim droit civil ‹1959.1.33.obs carbonnier.

40- Whittaker، Simon (jul، 1996)، "How does French law deal with anticipatory breach of contract" the international and comparative law Quarterly، Vol. 45، No. 3.

41- Whittaker، Simon (jul، 1996)، "How does French law deal with anticipatory breach of contract".

القوانين:

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- قانون المرافعات المدني رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٣- القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤.

٤- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٥- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

المواد:

١- المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- المادة (١١٥١) القانون المدني الفرنسي.

٣- المادة (٢٢١) القانون المدني المصري.

٤- المادة (١٦٩) القانون المدني العراقي.

٥- لمادة (١٧٩) القانون المدني العراقي.

٦- المادة (٨٢) القانون المدني مدني عراقي.

٧- المادة (٨٧٠) القانون المدني المصري الملغاة.

٨- المادة (١٩٢) قانون المرافعات المدني رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٩- المادة (٤٢٥) لقانون المدني العراقي.

١٠- المادة(١٤٦) القانون المدني العراقي.

١١- المادة(٢٤٦) القانون المدني العراقي.

١٢- المادة (٨١) القانون المدني العراقي.

١٣- المادة (٢٠٩) القانون المدني العراقي.

١٤- المادة (١١٤٢) القانون المدني الفرنسي.

١٥- المادتين (٧١،٧٢) من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع.

١٦- المادة (٨١) القانون مدني عراقي.

١٧- لمادة (١٧٩) القانون المدني العراقي.

١٨- المادة (٦١١) القسم ٢ من القانون التجاري الاميركي الموحد.

١٩- المادة (١٦٤١) القانون المدني الفرنسي.

الفقرات:

١- الفقرة (٢، ٣) من المادة ٧٢ من اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠.

القضايا:

١- قضية Hochster v. De La Tour في سنة (١٨٥٣) التي سبقت الاشارة اليها.

٢- أنظر تفصيلات هذه القضية في: Keith A. Rowley، op. cit.، p. 586-587.

٣- قضية Hochster v. De La Tour في سنة ١٨٥٣ والتي جاء فيها على لسان اللورد Campbell "ان الاكثر عقلانية وفائدة للطرفين كليهما ان يكون المدعي حرا في عد نفسه متحللا من أي تنفيذ مستقبلي ... وهكذا، وبدلا من البقاء عاطلا وصرف الاموال في تحضيرات لا فائدة فيها، فانه يجب ان يكون حرا في البحث عن عمل آخر".

٤- قضية: Midwest Engrg. & Constr. Co. v. Electric Regulator Corp. في سنة ١٩٦٧.

5-Jenneffer James، Company law Q and A، (2003-2004)، Cavendish publishing، 2003.

روابط الانترنت:

1- http:// lexicons. Sakhr.

2- Com/openme.aspx?fileurl=/html/30761130html.

3- http//www.law-cornel.edu / ucc.

4- http:www. Cisg. Law. Pace.edu.

5- _http: //www.njcl. utu.

6- WWW.Droitetentre Prise.Org

7- http://eprints.whiterose.ac.uk/3518/.

الاتفاقيات:

١- اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠.

٢- اتفاقية لاهاي للبيع الدولي للبضائع ١٩٦٤.

٣- اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ١٩٨٠.

٤- القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية ١٩٦٤.

القرارات:

١- رقم القرار ٢١٤، عامة ١-١٩٧٣ الصادر بتاريخ ١٦، شباط، ١٩٧٤ منشور في مجلة القضاء، العدد الثالث والرابع، السنة التاسعة والعشرون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤

٢- قرار محكمة النقض المصرية المذكور في الموضع ذاته، نقض مدني ١٤ مايو ١٩٥٣، الذي قضى بأن "عدم اشتمال العقد على الشرط الفاسخ الصريح من شأنه ان يكون للمشتري دفع الثمن ولو بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد بل وبعد رفع دعوى الفسخ ويكون هذا الوفاء مانعا من إجابة طلب الفسخ".

٣- طعن رقم "٥" في ١٠٨٦/٤/٢١، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثاني، المجلد الثاني، يونية ١٩٩٦، ص٢، ٣، رقم ١٦، نقلا عن محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ٢٠٠١.

٤- القرارات الاميركية عدّت الإفلاس إخلالا مسبقا بالعقد. أنظر:

Thomas W. Dunfee and others، op. cit.

٥- قرار محكمة النقض المصرية، نقض، جلسة ١٩٨٩/٣/٦، مجموعة المكتب الفني، السنة ٤٠، ص ٧٣٥ "الفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين، سواء أكانت من العقود الفورية أم كانت من العقود الزمنية". نقلا عن: المستشار انور العمروسي، المصدر السابق.

٦- قرار محكمة تمييز حقوق رقم ٢٦٨١/ عن برنامج قسطاس يقع على عاتق المدعي في دعاوى التعويض عن الضرر نتيجة الفعل الضار اثبات عناصر الضرر.

٧- قرار محكمة التمييز ٣٦٨/ تميز به ٩٧٤ /في ١٩٧٤/٩/١١/ النشرة القضائية/ العدد ٣ /لسنة ٥-١٩٧٤-١٩٧٧.

٨- قرارها المرقم ٨٥ح٩٧١/٣، في ١٩٧١/٢/٢٥، منشور في مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق، العدد الثالث، تموز-أب-أيلول، ١٩٧١، السنة ٢٦.

٩- 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.

١٠- قرارها المرقم ٣٨٣/موسعة أولى/٩٠ بتاريخ ١٩٩١/٥/٢٩. اشار اليه إبراهيم المشاهدي، معين المحامين، ج٣، من دون مكان وسنة طبع.

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

١٢- قرارها المرقم ١٧٣٠/الهيأة الاستئنافية منقول/٢٠١٣ بتاريخ ٢٠١٣/٧/٢٨. (غير منشور).

١٣- قرارها قرار رقم ١٥٧٣/ هيأة مدنية ثانية عقار/٧٣ بتاريخ ١٩٧٤/٣/١٨، منشور في النشرة القضائية.

١٤- قرارها المرقم /٤٨٥و٦٢٣/ مدنية اولى/ ١٩٧٢، بتاريخ ١٩٧٢/١١/١٥. منشور في النشرة القضائية، السنة الثالثة، العدد الرابع.

چکیده

در این پایان نامه ما با نظریه نقض قبلی اجرای قرارداد که یک نظریه مشهور در حقوق انگلیس است و دامنه کاربرد این نظریه در قانون مدنی عراق سروکار داریم. این نظریه با قوانین کلی متفاوت است ، در قوانین کلی نمی توان از بدهکار شکایت کرد مگر اینکه مهلت پرداخت و مهلتی برای آن رعایت نشده باشد. مقصود از نقض قبلی اجرای قرارداد این است که طرف قرارداد دیگر اقدام یا اقدام یا اظهارنظر از طرف وی مبنی بر عدم اجرای آن در زمانی که برای وی مشخص شده است ، و این نقض به پیمانکاری که صدمه دیده است مجموعه ای از گزینه ها را برای جبران این خسارت ارائه خواهد داد ، زیرا وی حق درخواست دارد در صورت لزوم فسخ قرارداد با درخواست غرامت .به نظر می رسد که این موضوع مطابق هر قانون نسبی است ، زیرا در قانون انگلیس با سایر قوانین مدنی (قانون فرانسه ، قانون عراق) با توصیف قوانین اخیر که فاقد تنظیم کامل مقررات مربوط به نقض قبلی اجرای قرارداد هستند ، هنگامی که قانون انگلیس این مقررات را به صورت یکپارچه تنظیم کرده است ، متفاوت است .و بر اساس اصل حفظ قرارداد ، کنوانسیون وین در مورد قراردادهای فروش بین المللی کالاها در سال ۱۹۸۰ ایده ای الهام گرفته از سیستم حقوقی آنگلوساکسون را بیان کرد و این ایده شامل اعطای تضمین به یکی از پیمانکاران در مورد نقض احتمالی آینده است که به آن (نقض قبلی اجرای قرارداد) از پیمانکاری گفته می شود که تعهدات خود را با دادن یک ماشین به وی قبول می کند. توقف اجرای تعهدات آینده خود در قبال آن .در حالی که در مورد استفاده از دستگاه توقف اجرا بحث شده است ، قبل از هر چیز ضروری است که به اجرای قرارداد خدشه وارد شود و در این زمینه انتظار متوقف شدن اجرای تعهد روشن شده است. در این رابطه ، ما به تعهد اطلاع رسانی به طرف مقابل برای تعلیق یا عدم اجرای آن پرداختیم. و سپس توضیح دادیم که چگونه طرف مقابل تضمین های کافی را ارائه می دهد یا نقض قبلی اجرای قرارداد از بین می رود ، یعنی امکان عدم اجرای و اجرای تعهدات. و تا زمانی که عراق این توافق نامه را تصویب کرد ، آنچه باقی مانده بود فقط صدور قانون برای این موضوع بود ، لازم بود روشن شود که آیا تعلیق اجرای تعهد در قوانین عراق تنظیم شده است یا خیر. وقتی به مفاد قانون مدنی نگاه می کنیم ، متوجه می شویم که تعلیق اجرا بسیار شبیه دفاع از عدم اجرای است ، اما شباهت ها و تفاوت های بین آنها ، با تحقیق در مورد تفاوت آنها با دیگری به این نتیجه رسیدیم.

کلمات کلیدی: پیش از نقض قرارداد ، نقض اجرای قرارداد ، قوانین فرانسه ، قانون عراق ، نقض قرارداد

دانشگاه علوم و معارف

پایان نامه کارشناسی ارشد

در رشته حقوق خصوصی

عنوان پایان نامه

نقض قبلی اجرای قرارداد یک مطالعه مقایسه ای حقوقی بین قانون عراق و فرانسه

استاد راهنما

دکتر علیرضا الحسینی

دانشجو

علی رحیم حسن المکصوصی

شماره دانشجویی

۹۵۱۳۷۱۲۱۰

۱۳۹۹

Abstract
In this research we deal with the theory of prior breach of contract implementation، which is a well-known theory in English law، and the scope of application of this theory in Iraqi civil law. This theory differs from general rules، in general rules the debtor cannot be sued unless there is a deadline for payment and a period that has not been met. What is meant by a prior breach of the implementation of the contract is for the other contracting party to act or act or make a statement from him indicating that he will not implement the implementation in the time specified for him، and that this breach will provide the contractor who has suffered harm a set of options to redress this damage، as he has the right to request Termination of the contract with the request for compensation، if necessary. It seems that this issue is relative according to every law، as it differs in English law from other civil laws (French law، Iraqi law) by describing the recent laws that lack a complete regulation of the provisions for prior breach of the implementation of the contract when the English law has organized these provisions in an integrated manner. And based on the principle of preserving the contract، the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980 stipulated an idea inspired by the Anglo-Saxon legal system، and this idea includes granting one of the contractors a guarantee against the anticipated future breach، which is called (prior breach of the implementation of the contract) from the contractor who accepts his obligations by giving him a machine Stopping the implementation of his future obligations to that. Whereas the use of a stay-of-execution machine was discussed، it is necessary، first of all، to prejudice the implementation of the contract، and in this regard، the expectation of stopping the implementation of the obligation has been clarified. In this regard، we touched upon the obligation to notify the counterparty to suspend implementation or not. And then we clarified how the counterparty provides adequate guarantees or the prejudice to the implementation of the contract will disappear، i.e. the possibility of non-implementation، as well as the implementation of obligations. As long as Iraq ratified this agreement، what remained was only to issue a law for this matter، it was necessary to clarify whether the suspension of the implementation of the obligation had been organized in Iraqi law. When looking into the provisions of the civil law، it is noticed that the suspension of implementation is very similar to the defense of non-implementation، but the similarities and differences between them، we reached by researching that they are different from the other.
Key words: Prior breach of contract, breach of contract implementation, French law, Iraqi law, breach of contract

A Thesis Submitted in Partial Fulfilment of the Requirements for the Degree in Master of Philosophy

In the Private Law

Thesis Title

Prior Breach of Contract Implementation A Comparative Legal Study Between Iraqi Law and French

Supervised By:

Dr Alireza Al-Hoseini

The Student:

Ali Rahim Hasan Al-Maksosi

ID Number

951371210

2020