الاخلال المسبق واثره في تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين

- دراسة في القوانين المدنية والقانون الانكليزي -

Pre-default and its effect on the performance of the contractual obligation at the debtores expense

أ.م.د. علي مطشر عبد الصاحب
كلية القانون
جامعة بغداد

ماجد مجباس حسن
طالب الدكتوراه
كلية القانون/ جامعة بغداد

الملخص

الاخلال المسبق 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 يطالب بفسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى كما هناك ثمة امكانية لجبر الضرر عن طريق التنفيذ على حساب المدين.

بيد ان هذه المسألة نسبية بحسب كل قانون، فهي تختلف في القانون الانكليزي عنها في القوانين المدنية (القانون الفرنسي، المصري، العراقي) بوصف القوانين الاخيرة تفتقر الى تنظيم متكامل لاحكام الاخلال المسبق حين ان القانون الانكليزي نظم هذه الاحكام بشكل متكامل.

Abstract

Per- breach of the contract is that the other contractor shall act, act or issue a statement indicating that will not out the performance on time and that such breach may provide the contracting party with the right to damage a range of options in order to remedy such damage, if there is necessity, there is also the possibility of reparation through the performance at the expense of the debtor. This matter is relative according to each law. It is different in English law than in civil laws as the latter lack an integrated regulation of predefault provision. The provisions are detailed.

مقدمـــــة

Introduction

الاخلال المسبق هو ما يصدر من المدين من مسلك او ما تؤكده الوقائع انه سوف لن يقوم بتنفيذ التزامه العقدي، مما من شانه ان يلحق ضرراً بالمتعاقد الاخر، ولاجل جبر الضرر هذا انبرت التشريعات المختلفة لوضع مجموعة من العلاجات لغرض توفير الحماية الكافية للمتعاقد الذي لم يصدر منه اخلال، فبموجب القواعد العامة في القوانين المدنية يجوز للدائن ان يمتنع عن التنفيذ من جانبه ايضاً، وله ان يطلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى، وبوصف هذه الوسائل تخرج من نطاق بحثنا سنركز على مدى امكانية التمسك بتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين في حالة الاخلال المسبق.

فهل ثمة امكانية لاعمال هذه الصورة من صور جبر الضرر في حالة تحقق الاخلال المسبق بتنفيذ الالتزام العقدي؟ واذا كان الجواب بالايجاب فما مفهوم الاخلال المسبق، وما هي الكيفية التي يمكن من خلالها اعمال التنفيذ على حساب المدين في حالة توافر الاخلال المسبق؟

هذا ما سنحاول جاهدين الاجابة عنه بشيء من التفصيل، وذلك في مطلبين :

المطلب الاول: مفهوم الاخلال المسبق.

المطلب الثاني: تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بموجب الاخلال المسبق

المطلب الاول

مفهوم الاخلال المسبق في تنفيذ الالتزام العقدي

The concept of prejudice in the performance of the contract obligation

للاخلال المسبق في تنفيذ الالتزام العقدي مفهوماً خاصاً من شانه ان يميزه عن غيره من التنظيمات القانونية، وقد يتقارب هذا المفهوم في القوانين المدنية محل الدراسة والقانون الانكليزي، وقد يبتعد بحسب كل حكم من احكامه، لكن سنلاحظ ان تنظيم احكام الاخلال المسبق وردت بشكل مفصل، وصريح في القانون الانكليزي، ومن ثم سنحاول معرفة موقف القوانين المدنية من هذا الاخلال عن طريق مقارنة احكامها في هذا المورد بالقانون الانكليزي، ومن اجل اظهار مفهوم الاخلال المسبق بجلاء لابد من دراسته في فرعين يخصص اولهما لمفهوم الاخلال المسبق بتنفيذ الالتزام العقدي في القوانين المدنية، ويفرد الثاني لمفهومه في القانون الانكليزي.

الفرع الاول

مفهوم الاخلال المسبق بتنفيذ الالتزام العقدي في القوانين المدنية

The concept of prejudice to the performance of the contractual obligation in civil law

عرف الاخلال المسبق بتنفيذ الالتزام العقدي بانه اخلال من احد طرفي العقد يقع في وقت سابق لتنفيذ الالتزام العقدي، بان يرفض هذا الطرف تنفيذ التزامه مسبقاً، وياتي هذا الرفض من خلال القول او اتخاذ اي مسلك قبل وقت التنفيذ، مما يؤكد انه سيخل بتنفيذ التزامه وقت الاستحقاق، او بعبارة اخرى هو اخلال بالتزام مستقبلي التنفيذ يحصل في وقت سابق على الوقت المحدد لتنفيذ الالتزام العقدي، والذي يستنتج استنتاجاً معقولاً، وعلى وجه محقق من خلال ما يصدر من المدين بانه لن ينفذ التزامه في الوقت المحدد[١] .

وعرفه جانب من الفقه بانه (كل مظهر او مسلك خارجي يصدر من المدين ويفصح عن نيته عدم تنفيذ العقد عندما يحل اجله، وهذا المظهر قد يكون عبارة عن تصريح شفوي او فعل ياتيه المدين)[٢] .

وعرفه اخرون انه اخلال بالتزام مستقبلي التنفيذ يحصل في وقت سابق على الوقت المحدد لتنفيذ هذا الالتزام بان يستنتج استنتاجاً معقولاً على وجه محقق مما يصدر من المدين بانه لم ينفذ التزامه في الوقت المحدد[٣] .

وقد انقسم الفقه بين منكراً ومؤيد لتبني القوانين المدنية لفكرة الاخلال المسبق للعقد، اذ يرى العلامة السنهوري بمعرض تعليقه على المادة(٦٥٠) مدني مصري، بان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يشتمل على نص المادة (٨٧٠)، التي نصت على انه (اذا تاخر المقاول في ان يبدأ العمل او في ان ينجزه تاخراً لا يرجى معه مطلقاً ان يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغي في المدة المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول اجل التسليم)، وان نص هذه المادة يجيز الى رب العمل فسخ العقد اذا تاخر المقاول بتنفيذ التزامه العقدي تاخراً لا يرجى معه مطلقاً ان يقوم بالتنفيذ في الوقت المحدد.

ويرى الدكتور السنهوري ان القوانين المدنية اخذت هذا المبدأ من التقنين الانكلوسكسوني، وخاصة التشريع الامريكي المنظم لاحكام العقود الصادر سنة ١٩٣٣، اذ يسمح هذا القانون بطلب

الفسخ مقدماً اذا اخل المدين في تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد لدرجة يكون من الثابت معها، او من المحتمل جداً ان لن يتمكن من اتمام التزامه في الميعاد المحدد، فيكون قد اخل مقدماً بالتزامه التعاقدي، وهذا الحكم بحسب وصف السنهوري يخالف القواعد العامة، التي لا تجيز الفسخ الا عند الاخلال بالالتزام العقدي فعلاً، وقد حذف نص المادة(٨٧٠) الموجود في المشروع التمهيدي من قبل لجنة المتابعة اكتفاء بالقواعد العامة[٤] .

وهو الاتجاه ذاته الذي تبناه الدكتور محمد لبيب شنب الذي يرى ان حسن النية يلزم المدين بالامتناع عن كل ما من شانه ان يعرقل التنفيذ في المستقبل كأن يصرح بانه لن ينفذ التزامه العقدي، او يقوم بفعل من الاستحالة معه ان يحقق التنفيذ[٥] .

وثمة من يذهب بذات الاتجاه على انه القوانين المدنية قد تبنت فكرة الاخلال المسبق بصورة مطلقة، فيعد المدين مخلاً بالتزامه اذا لم يقم بالتنفيذ في الوقت المحدد، او يعلن قبل حلول الاجل انه لم ينفذ التزامه، وكذلك اذا اصبح تنفيذ الالتزام العقدي غير ممكن، او غير مجد بفعل المدين او ظهر من خلال الظروف انه غير قادر على تنفيذ التزامه العقدي قي الوقت المحدد[٦].

وفي مقابل هذا الاتجاه يذهب اتجاه اخر الى انكار تبني القوانين المدنية لفكرة الاخلال المسبق، اذ يرى البعض ان ما توصل اليه العلامة السنهوري من استنتاج كان محل نظر فليس في القواعد العامة ما يوحي ان القوانين المدنية تبنت فكرة الاخلال المسبق للعقد، فلم يبين الدكتور السنهوري بحسب وصفهم القواعدد العامة التي اكتفى المشرع بالاحالة عليها لدى الغاء المادة(٨٧٠) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، هذا من جانب، ومن جانب اخر ان السنهوري نفسه يصرح ان هذه النظرية تجد اساسها في القوانين الانكلوامريكية، ويقرر انها تطبيق للقواعد العامةن ولم يبين اية قواعد في القوانين المدنية تبنت هذه الفكرة، وكأنه يقصد القواعد العامة في القوانين الانكلوامريكية، ويعكسها على القوانين المدنية، وهذه نتيجة لا يمكن قبولها، فالاحالة الى مبدأ عام يجب ان يكون في النظام القانوني ذاته، ولا يمكن الاحالة الى مبدأ عام في القوانين الانكلوامريكية، وتبنيه في القوانين المدنية، ومن ثم يرى اصحاب هذا الرأي ان التشريعات المدنية لا توجد فيها قاعدة عامة تبنت فكرة الاخلال المسبق او الجحود المبتسر[٧]، وغاية ما في الامر وجود تطبيق وحيد في عقد المقاولة يتمثل في نص المادة(٨٧٠) من المشروع التمهيدي المصري الملغاة، والمادة(٨٦٨) من القانون المدني العراقي، فالمواد تبنت الاخلال المسبق، لكن من غير

الممكن تعميم حكم هذه المواد لتشمل الحالات جميعها لتكون قاعدة عامة لان ذلك من شانه تشويه القواعد العامة في القوانين المدنية ، وعليه بات من الضرورة بمكان الاقرار ان القوانين المدنية قد جاءت خلواً من فكرة الاخلال المسبق بل يمكن القول انه مبدأ غريب عن القوانين المدنية لان جميع اثاره الموجودة في القوانين الانكلوامريكية لا تصلح للتطبيق في القوانين المدنية، واذا طبقت فانها تتعارض مع اثار فسخ العقد، لاسيما ان واجب تخفيف الاضرار التي تتبناه القوانين الانكلوامريكية لازالت احكامه غير ناضجة في القوانين المدنية مما يجعل تطبيق الاخلال المسبق بالعقد امراً عسيراً[٨] .

ويرى اخر[٩]، في معرض انتقاده لتوجه الدكتور السنهوري ان ما تبناه الاخير من كون الاخلال المسبق مبدأ موجود في القواعد العامة تبني محل نظر، لانه استنتج توجهه هذا من خلال الاحالة على بحث الدكتور محمد لبيب شنب وهو بحث في القوانين الانكلوامريكية ولا علاقة له في القوانين المدنية، وعليه فان ما توصل له السنهوري من نتائج حسب وصفه كان محل نظر، اذ ليس في المبادىء العامة شيء البته يدل على الاخذ بالاخلال المسبق.

ويرى جانب من الفقه الانكليزي عدم تقبل القوانين المدنية لجميع اثار الاخلال المسبق الموجودة في القوانين الانكلوامريكية، ومن ثم لا وجود لمبدأ الاخلال المسبق بتنفيذ الالتزامات العقدية[١٠] .

ومن جانبنا نعتقد ان اظهار الموقف الحقيقي للقوانين المدنية من فكرة الاخلال المسبق تقتضي ان نبحث في خطوة اولى عن التطبيقات التي يكون فيها الاخلال المسبق محققاً بذاته، وتلك التي يستنتج معها الاخلال المسبق من الظروف المحيطة، وان هذا التمييز من شانه ان يقودنا في خطوة ثانية الى اظهار موقف التشريعات المدنية بتبنى الفكرة من عدمه.

اذ من الضرورة بمكان ان نميز ذلك الاخلال الذي يعد بذاته اخلالاً بمعزل عن الالتزام العقدي المراد تنفيذه في المستقبل، وبين الاخلال الذي يستنتج منه ان الالتزام العقدي سوف لم يتم تنفيذه في الوقت المحدد. فالتأخر في تنفيذ الالتزام العقدي يعد بذاته اخلالاً من شانه ان يحرك مسؤولية المدين، والعيب او التنفيذ المعيب يعد اخلالاً حالاً، وان كان الالتزام العقدي بمجمله لم يحن وقت تنفيذه، ولعل العلامة السنهوري اقر هذا التمييز، الا ان منتقديه لم يركزوا على هذه الحقيقة، وانما ركزوا على مسالة عدم وجود مبادىء عامة تقرر الاخلال المسبق كما يدعي الدكتور السنهوري على حد وصفهم.

اذ يضرب الدكتور السنهوري مجموعة من الامثلة يظهر من خلالها وقوع الاخلال المسبق المحقق بذاته قبل تنفيذ الالتزام العقدي المستقبلي، فلو اتفق مؤلف مع مطبعة ان يطبع مؤلفه في وقت معين او اتفق عارض مع مقاول على ان يتم صنع الاشياء المتفق عليها ليتسنى له عرضها في معرض معروف بتاريخ افتتاحه، وتاخر المقاول اما بالبدء بالعمل او في الانجاز، بحيث يظهر جلياً ان المطبعة والمقاول سوف لن ينجزاء التزاماتهما العقدية في وقتها المحدد.

فالدائن في الامثلة اعلاه اما ان ينتظر حلول الاجل وعندها يستعمل الخيارات التي وفرها له القانون من اجل جبر الضرر الذي وقع عليه، او يجنب نفسه ضرر الانتظار ويستعمل خياراته من لحظة الاخلال، فيقوم بطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى، ويجنب نفسه تاخيراً اكثر فيما لو انتظر الميعاد، وكذلك يجنب المدين التعويض الا بقدر ما لحقه من ضرر لدى وقت التمسك بالفسخ او غيره من وسائل جبر الضرر الاخرى، واذا اردنا ان نستند الى نص بحسب وصف الدكتور السنهوري، فمن الممكن ان نقرب المسالة من المسالة التي تعرضت لها المادة (٦٥٠) مدني مصري التي نصت على انه (على انه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة الى تعيين اجل، اذا كان اصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً)، اذ في الحالتين اذا ارتكب المقاول خطأ من غير الممكن تداركه، فهو اما ان يكون تنفيذاً معيباً من غير الممكن تداركه او تاخر في الانجاز لدرجة لا يمكن معها تحقق الانجاز في الوقت المحدد، ومن ثم يستدرك السنهوري، بانه ليس دقيقاً ما ورد في المذكرة الايضاحية من ان الحكم المقرر في النص المحذوف (٨٧٠) يخالف القواعد العامة التي لا تجيز الفسخ الا اذا حصل اخلال بالالتزام فعلاً فالاخلال قد حصل مقدماً على وجه محقق[١١].

وقد يكون الاخلال المسبق يقوم على اساس الاستنتاج اوالتوقع من خلال ما يصدر من المدين من تصرفات او افعال او تصريحات او اي مسلك اخر من شانه ان يضر بالتنفيذ مستقبلاً، لذلك اذا قام المدين بالتصريح انه لا يرغب تنفيذ التزامه العقدي المستقبلي، او عند اتخاذه مسلك يتعارض مع التنفيذ المستقبلي او من غير الممكن معه تحقق التنفيذ عندها نكون امام اخلال مسبق مستنتج[١٢].

وعليه اذا اردنا تحديداً دقيقاً لموقف التشريعات المدنية من اقرار الاخلال المسبق من عدمه، فيجب ان نضع كلا الصورتين الاخلال المسبق المحقق بذاته المتمثل في التاخير والتنفيذ المعيب بحسب الامثلة اعلاه، والاخلال المسبق المستنتج موضع التطبيق وكما ياتي:

اولاً: الاخلال المسبق المحقق

يعد التطبيق الابرز للاخلال المسبق المحقق بذاته في المادة (٨٦٨) مدني عراقي التي نصت على انه (اذا تاخر المقاول في الابتداء بالعمل او تاخر عن انجازه تاخراً لا يرجى معه مطلقاً ان يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدى المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول اجل التسليم)[١٣].

فالنص ورد بطريقة تؤكد وقوع الاخلال المسبق بشكل لا يقبل الشك، اذ اورد المشرع اصطلاح تاخراً لا يرجى معه مطلقاً، وكأن الاخلال قد تحقق بمجرد تحقق واقعة التاخير بعيداً عن الالتزام الذي سيتم تنفيذه مستقبلاً، فالجزاء المتمثل بالفسخ جاء نتيجة للتاخر، ومن ثم لا محل للقول ان هذا الاخلال يستنتج بل هو اخلال بات مؤكداً بمجرد التاخر.

كما ان التنفيذ المعيب قبل اتمام تنفيذ الالتزام العقدي المستقبلي من شأنه ان يعد اخلالاً مسبقاً محققاً بذاته، ولعل في نص المادة (٦٥٠) مدني مصري، والمادة (١/٨٦٩) مدني عراقي تطبيقاً لذلك، اذ نصت المادتين على التنفيذ المعيب قبل التنفيذ النهائي، واجازت للدائن ان ينذر المدين بان يعود للتنفيذ الصحيح، والا للدائن حق الفسخ والتعويض، وحق التنفيذ على حساب المدين كذلك.

فهذه التطبيقات من شانها ان تكون اضاءات واضحة تنير طريق المحاكم من اجل اعمال فكرة الاخلال المسبق على الحالات المشابهة في عقود اخرى، وان لا يقتصر الامر على عقد المقاولة، وان في القواعد العامة ما يكفي للقول دون تردد بامكانية تطبيق الاخلال المسبق على الحالات المشابهة، من هذه القواعد مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية، الذي قررته المادة (١/١٥٠) مدني عراقي، اذ نصت على انه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)[١٤].

عليه ان هذه المادة تقرر مبدءاً عاماً يصلح قاعدة عامة في تنفيذ العقود جميعها، ومراعاة مبدأ حسن النية يوجب على المتعاقد الاخر احترام التزاماته التعاقدية وتنفيذها بحسب ما يقتضي هذا المبدأ دون تاخير او عيب، ومن ثم فان القول بحسن النية في تنفيذ العقود يصلح مبدءاً عاماً للاستناد عليه من اجل اقرار فكرة الاخلال المسبق.

ولا نعتقد بصحة الراي الذي يذهب الى كون الارتكاز الى مبدأ حسن النية للقول بان القانون المدني ياخذ بالاخلال المسبق من شانه، ان يطبق المبدأ تطبيقاً مشوهاً[١٥]، لان مبدأ حسن النية مبدءاً عاماً يلزم المتعاقدين بالامتناع عن الاخلال بالتزاماتهم العقدية سواء كان اخلالاً بمعناه

المعتاد، او حتى اخلالاً مبتسراً، ولعل اصحاب هذا الرأي انفسهم قد وقعوا بتناقض من شانه اثبات ما بذلوه من جهد لنفيه، اذ يرى استاذنا الفاضل لدى انتقاده للاستناد على مبدأ حسن النية في هذا المجال بانه (وهو حسب ما نراه مبدءاً عاماً (مبدأ حسن النية) لا يحتمل تطبيق مبدأ الاخلال المسبق بالعقد)[١٦] .

فالملاحظ ان صاحب الرأي السابق يقرر باصل عمومية هذا المبدأ معطوف بعدم امكانية مد نطاقه على الاخلال المسبق، ونحن نتسأل هل يستقيم القول بعمومية مبدأ حسن النية الا اذا كان يستوعب بنطاقه جميع التطبيقات المتعلقة بموضوع معالجته ، فوصف الاخلال المسبق يرتبط بالتنفيذ ويعد احد تطبيقات الاخلال به، فلا شك ان مبدأ حسن النية في التنفيذ يستوعب بنطاقه الاخلال بالتنفيذ سواء كان اخلالاً عادياً ام اخلالاً مسبقاً، وما يسند توجهنا هذا هو ان مبدأ حسن النية ورد في نظرية العقد بمناسبة التنفيذ، ومن ثم هو مبدأ عاماً يتعلق بالتنفيذ قبل غيره، وعليه يمتد سلطان حسن النية على جميع ما يتعلق بالتنفيذ من تطبيقات بما فيها الاخلال المسبق، فليس من حسن النية بشيء ان يخل المدين بتنفيذ التزامه العقدي مبتسراً.

ثانياً: الاخلال المسبق المستنتج

اما الاخلال المسبق المستنتج الذي يتم تحديده من خلال الظروف المحيطة او من خلال ما يصدر من المدين من تصريح او اتخاذ اي مسلك اخر من شأنه ان يدل على ان المدين سوف لن ينفذ التزامه التعاقدي، فالاخلال المستنتج يظهر من خلال الطريقة التي يعدها المدين لتنفيذ العقد، او الطريقة التي يتبعها في تنفيذه توحي انه سوف لن يقوم بالتنفيذ بالشكل المتفق عليه[١٧] .

وكما هو الحال في الاخلال المسبق المحقق فان للاخلال المسبق المستنتج مجموعة من التطبيقات في القوانين المدنية من شانها تحديد موقف هذه التشريعات من الاخلال المسبق بوجه عام، ومن ثم امكانية القول بوجود قاعدة عامة تصلح اساساً لتطبيق الحلول الواردة في التطبيقات على جميع الحالات المشابهة.

من هذه التطبيقات ما ورد بخصوص حالات سقوط الاعذار، اذ نصت المادة (٢٥٨/د)، على انه (لا ضرورة للاعذار في الحالات الاتية..... : د- اذا صرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه)، فالملاحظ ان قانوننا المدني قد اقر فكرة الاخلال المسبق المستنتج بموجب هذه المادة

فالتصريح بعدم الرغبة في التنفيذ هو الاخلال المسبق بعينه، ويتم استنتاج هذا الاخلال من مسلك المدين المتمثل بالتعبير عن ارادته بعدم التنفيذ كتابتاً.

كما ان المادة (٦) من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ من شانها ان تمثل تطبيقاً اخراً للاخلال المسبق المستنتج ، اذ نصت على انه (يشترط في الدعوى ان يكون المدعى به، مصلحة معلومة وحالة ممكنة ومحققة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن....).

اذ يذهب اجماع شراح قانون المرافعات[١٨]، الى امكانية اقامة الدعوى على اساس المصلحة المحتملة، اذ استثنى قانون المرافعات العراقي من شروط المصلحة المحققة امكانية اقامة الدعوى على اساس المصلحة المحتملة.

فاصطلاح التخوف الذي استعمله المشرع يدل على فكرة الاخلال المسبق، وان مسألة الحاق الضرر بذوي الشأن تؤكد قيام المسؤولية المدنية، فالضرر يمثل الركن الاخير من اركان هذه المسؤولية، ومن ثم افتراض وجوده يلزم توافر الاركان الاخرى، ومنها ركن الخطأ او الاخلال، وبوصف الضرر ورد مطلق في النص فقد يكون الضرر في المسؤولية العقدية او حتى التقصيرية، وعليه ان هذه المادة تقر بوجود المسؤولية العقدية على اساس الاخلال المستقبلي الذي يمكن استنتاجه من ظروف الدعوى.

ولعل ذات السبب الذي جعلنا نقر مبدأ حسن النية في التنفيذ اساساً عاماً للاخلال المسبق المحقق هو ذاته ينطبق على الاخلال المسبق المستنتج.

خلاصة القول نعتقد ان في القوانين المدنية من التطبيقات، والقواعد العامة ما يكفي للاعتراف بان هذه القوانين تاخذ بالاخلال المسبق، ولعل ما ورد في الاتجاه الفقهي الاول الذي ينادي بوجود الاخلال المسبق في القوانين المدنية هو الاقرب للمنطق القانوني السليم، فلم يكن رأي الدكتور السنهوري مجرد تعليق ورد بمناسبة المادة(٨٧٠) من المشروع الملغى، بل ظهر انه اتجاه يعتنقه اذ لم يتوانى من اطلاقه في كل مناسبة من الممكن اعماله، وهذا ما لاحظناه بشأن تعليقه في القواعد العامة المنظمة لاحكام فسخ العقد، ومن ثم هو يعتقد تماماً بامكانية تطبيق فكرة الاخلال المسبق بموجب القواعد العامة[١٩].

هذا من جانب، ومن جانب اخر ان انصار الاتجاه الثاني لم يقدموا من الحجج ما يدعم توجههم القاضي بعدم تبني القوانين المدنية للاخلال المسبق، سوى تمسكهم بحجة عدم وجود قواعد

عامة، وهذه حجة سبق ان لاحظنا عدم دقتها، اذ ظهر لنا جلياً ان في القوانين المدنية من القواعد العامة ما يستوعب فكرة الاخلال المسبق، كما ان مسالة ذكر التطبيقات بشكل صريح اكثر منه ذكر القواعد العامة من الامور التي اعتادتها الصياغة التشريعية في القوانين المدنية خاصة القانون المدني العراقي، لكن هذا لا يدفع الى القول بعدم وجود قواعد عامة من شانها ان تستوعب الاخلال المسبق.

الفرع الثاني

مفهوم الاخلال المسبق بتنفيذ الالتزام العقدي في القانون الانكليزي

The concept of prejudice to the performance of the contractual obligation in English law

اسس القضاء الانكليزي لفكرة الاخلال المسبق منذ قضية (Hochster v. De Tour)، والتي تتلخص وقائعها في ان اتفاق وقع بين (هوستر) و (دي لاتو) بتاريخ ١٨٥٢/٤/١٢ على ان يكون (H) دليلاً سياحياً للمدعى عليه في جولة سياحية في اوربا ولمدة ثلاثة اشهر، الا ان المدعى عليه بعد شهر من ابرام العقد ابلغ المدعي بالغاء الرحلة السياحية، فاقام المدعي دعوى يطالبه من خلالها بالتعويض عن الاخلال بالعقد، وقد اجابة المحكمة الى طلب المدعي واقرت باستحقاقه للتعويض نتيجة للاخلال المسبق بالعقد من قبل المدعي عليه للعقد[٢٠].

H0chster v de Le Tour(1853) :

The parties agreed in April 2852 that the defendant as a courier for three months from 1 June 1852 for p10 a month. On 11 May, the defendant wrote to the plaintiff withdrawing from the agreement. The plaintiff started the current action on 22 May. Later in May, the plantiff obtained an equally good position as a courierto start in July.

Held the plaintiff could obtain damages from the defendant without waiting for the defendant to fail to employ the plaintiff on 1 June. The defendant's renunciation of the c0ntract on 11 May would be treated as a

breach of contract. The plaintiff was therefor entitled to minmise his loss by accepting another position without losing his right of action against the defendant.

وقد قررت محكمة منصة الملكة[٢١]، في هذه القضية مبدءاً عاماً مفاده انه يجوز للدائن ان ينهي العقد ويطالب بالتعويض على الفور، لدى تصريح المدين انه لن ينفذ التزامه العقدي المستقبلي، ولا حاجة للدائن ان ينتظر الى الوقت المحدد للتنفيذ.

وان التصوير القانوني في هذا المجال يعد بسيطاً وجذرياً، فاذا اخبر احد الطرفين في العقد، الطرف الاخر انه لن يقوم بتنفيذ العقد، فان الطرف الاخر يمكن ان يقوم بمقاضاته على الفور للاخلال الذي وقع في العقد على الرغم من انه لم يكن هناك تنفيذ بعد[٢٢].

Where on of the parties to contract told the other party that he was not goning to perform it, the other party could be excused form performace and sue immediately for breach of contract, in spit of the fact that on performance was yet due.

وقد انتقلت فكرة الاخلال المسبق الى تشريعات عدة، من ذلك القانون التجاري الامريكي الموحد لسنة ١٩٥٢، اذ انبرى لتنظيمه بشكل دقيق وارسى له مبادىء عامة وتطبيقات، فصيغت قواعد الاخلال المسبق العامة في المواد (٦٠٩- ٦١٠- ٦١١) في القسم الثاني منه، اذ نصت المادة(٦١٠) من القانون على انه (١- اذا رفض احد المتعاقدين العقد فيما يخص التنفيذ غير الحال، وكانت الخسارة المترتبةعلى ذلك ستضعف من قيمة العقد جوهرياً بالنسبة الى الطرف الاخر، جاز للطرف الاخر ان:

أ- ان ينتظر لمدة تجارية معقولة تنفيذ العقد من قبل الطرف الرافض.

ب- او ان يلجأ الى الجزاءات المقررة قانوناً للاخلال بالعقد المنصوص عليها في المادتين (٧٠٣ و ٧١١ من القسم الثاني)، وذلك حتى اذا كان قد اعلن المدين انه ينتظر قيامه بالتنفيذ ويحثه على العدول عن الرفض.

ج- وفي كلتا الحالتين يجوز للطرف المتضرر ان يوقف التنفيذ من جانبه، او ان يقوم بفرز البضائع محل العقد طبقاً لهذه المادة، او ان يتدارك البضاعة غير المكتملة الصنع (٧٠٤ من القسم الثاني).

٢- يتكون الاخلال المسبق بالعقد من التصريح الذي يستنتج منه الشخص العاقل ان الطرف الاخر لن ينفذ التزامه الذي لم يصبح مستحقاً بعد، بموجب العقد او انه لا يستطيع تنفيذ هذا الالتزام او من الفعل الارادي القاطع الذي يتضح منه للشخص العاقل انه يجعل التنفيذ المستقبلي من الطرف الاخر مستحيلاً).

610- Anticipatory Repudation

1-When either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggriered party may.

a-For a commercially reasonable time await performance by the repudiating party, or.

b-Resort to any remedy for breach(section 2- 703 or section 2- 711), even though he has notified the repudiating party that he would await the latter's performance and has urged retraction: and.

c-In ether case suspend his own performance or proceed in accordance with the provisions of this Article on the seller's right to identify goods to the contract notwithstanding breach or to salvage unfinished goods(section 2- 704).

2-Repudiation incudes language that a reasonable person would interpret to mean that the other party will not cannot mak a performance still due under the contract or voluntary affirmative contract that would appear to a reasonable person to make a future performance by the other party impossible.

اما القانون الانكليزي فلم ينظم مسالة الاخلال المسبق في قوانين خاصة كما هو الحال في قانون التجارة الامريكي الموحد، وانما اكتفى بالقواعد العامة التي تواترت السوابق القضائية في اعمالها، وهي التنظيم الاول لفكرة الاخلال المسبق.

ومن الجدير بالاشارة هنا الى ان القانون الانكليزي يفرق بين قبول الدائن للاخلال المسبق ورفضه له، ويرتب اثراً مختلف على كل من الحالتين، ويطلق على قبول الاخلال (Acceptance of Anticipatory breach of contract)، ولهذا الاصطلاح مدلولاً خاصاً في القانون

الانكليزي، فهو يعبر عن اعمال الدائن القناعة والاستنتاج الحاصلين لديه من ان المدين سوف لن يقوم بتنفيذ التزامه العقدي الامر الذي يشكل اخلالاً مستقبلياً في العقد[٢٣]

This term has a special connotation in English law. It reflects the adoption of the conviction and the conviction and the conclusion obtained by the debtor, which will not implement its contractual obligation and this will set a future breach in the contrct.

ويرى اتجاه من الفقه ان الاخلال المسبق الذي لا يتمسك به الدائن لا يرتب عليه اية اثار قانونية، اذ يذهب اصحاب هذا الاتجاه الى ان فكرة الاخلال المسبق لا يمكن القول بوجودها من غير اتخاذ موقف من قبل الدائن ينم عن تمسكه بالاخلال. بينما يذهب اتجاه اخر الى ان ما يصدر من المدين قبل حلول موعد التنفيذ، من تصريح او مسلكاً اخر ويكون متعارضاً مع هذا التنفيذ يعد بذاته اخلالاً، لكن الدائن لا يمكنه اقامة الدعوى بناء على هذا الاخلال، وعليه فان تمسك الدائن وقبوله بالاخلال يعد شرطاً لتحقق الاخلال[٢٤] .

وثمة من يرى[٢٥]، ان الاتجاه الاول منتقد كونه يتضمن تناقضاً منطقياً، لان الاخلال وفق المعنى الاصطلاحي هو الخطأ العقدي الذي يرتكبه احد طرفي العقد، فاذا ما صدر الخطأ يكون موجوداً بصرف النظر عن قبول، وعدم قبول الطرف الاخر، ويتسأل صاحب الانتقاد عن كيفية ربط مسألة ارتكاب الخطأ العقدي بتمسك الطرف الاخر بهذا الاخلال، ويجيب عن التساؤل بان مسألة ربط الاخلال المسبق بقبول الطرف الاخر لا تعد مسالة منطقية عقلاً بحسب وصفه.

ومن جانبنا نعتقد ان ما ذهب اليه الرأي اعلاه محل نظر لان الاتجاهين السابقين لم ينكرا تحقق الاخلال المسبق او وجود الاخلال المسبق من حيث الاصل، وان الخلاف بينهما يدور حول الاثار المترتبة على تمسك الدائن بالاخلال المسبق، فالاتجاه الاول يقر عدم ترتب اية اثار دون تمسك الدائن به، والاتجاه الثاني يرى ان تمسك الدائن شرطاً لاقامة الدعوى.

ولو تمعنا في النظام القانوني الانكليزي، لوجدنا ان الاصل في هذا القانون ان يتم فسخ العقد بارادة الدائن، فالدائن بالالتزام العقدي هو الذي يقدر الاخلال الذي وقع من جانب المدين، وهو الذي يبادر الى انهاء الرابطة العقدية دون اللجوء الى القضاء، الذي يقتصر دوره على التحقق من

توافر الاسباب الفسخ، والا فيحكم للمدين بالالتزام العقدي بالتعويض، وهذه القاعدة تنطبق على الاخلال سواء كان حالاً او مسبقاً[٢٦] .

ويختلف القانون الانكليزي في هذه المسالة عن القوانين المدنية التي تمنح للمحكمة السلطة التقديرية في تقرير الفسخ من من عدمه، والتعويض باية صورة كان[٢٧].

وعليه فان قبول الدائن للاخلال المسبق في القانون الانكليزي يعني اعمال هذا الاخلال، وترتب الاثر القانوني عليه، من خلال التمسك بهذا الاخلال، واعمال حقه بفسخ العقد، ولعل النتيجة ذاتها تترتب في القوانين المدنية، الا وهي حق الدائن بطلب الفسخ، والتعويض ان كان له مقتضى، وان كان الاخلال مسبقاً كما في حالة المقاول الذي يتأخر او ينفذ بشكل معيب .

ولعل سؤالاً يتبادر الى الذهن عن الكيفية التي يتم من خلالها التعبير عن قبول الاخلال المسبق في القانون الانكليزي، ومن ثم اعماله وترتيب الاثر عليه.

يذهب الرأي الراجح للاجابة عن هذا التساؤل من ان قبول الاخلال المسبق يكون بشكل صريح، ذلك عندما يعلن الدائن صراحة انه يقبل الاخلال المسبق بتفيذ الالتزام العقدي كطريقة لانهاء العقد، او عندما يعبر عن موقفه باية صورة اخرى كأن يقيم الدعوى للمطالبة بالتعويض، او يتخذ موقفاً من شانه ان يدل على موقفه بقبول الاخلال المسبق، كما لو قام البائع ببيع البضاعة لمشترٍ اخر، او يحصل المشتري على الشيء محل العقد من بائع اخر.

ويتحدد قبول الدائن للاخلال المسبق عن طريق اعتماد المعايير الموضوعية التي تستند الى ما يتجه اليه الشخص المعتاد لو وضع في الظروف ذاتها، وعليه فان المعيار المعتمد بهذا الخصوص هو معيار موضوعي يستند على الظروف الخاصة بكل حالة على حدة، ومن ثم تعد هذه المسالة من مسائل الواقع لا القانون[٢٨] . وكما يكون قبول الاخلال بطريقة صريحة كذلك يكون بطريقة ضمنية[٢٩] .

كما قد يرفض الدائن قبول الاخلال المسبق، ومن ثم لا تترتب على الاخلال المسبق اية اثار مثل تلك المترتبه فيما لو قبله، فالدائن بموجب القانون الانكليزي لا يكون خاضعاً لاي التزام يفرض عليه قبول الاخلال المسبق، ويعفي الطرف الاخر المخل من التزاماته التعاقدية، او يستمر ويعامل العقد بحالته الملزمة لحين حلول موعد تنفيذه[٣٠] .

وعليه فالاخلال المسبق (Anticipatory breach) في القانون الانكليزي يتحقق حيث يعبر الطرف الاخر عن نيته عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية قبل استحقاق تنفيذها، او يتصرف بطريقة يظهر من خلالها نيته في الاخلال المسبق بالعقد قبل استحقاق تنفيذه، وعندما يكون هذا الطرف ارتكب اخلالاً مستقبلياً في العقد، يكون في كل الظروف للطرف البرىء (حسن النية) خيارين:

١-يستطيع قبول الاخلال ويتقاضى التعويض فوراً.

٢- يستطيع ان يرفض الاخلال وينتظر وقت استحقاق التنفيذ، وفي هذه الحالة يبقى العقد ملزماً لكلا الطرفين، والمدعى عليه يكون ضامناً للاخلال، فقط اذا اخفق في تنفيذ التزاماته التعاقدية في موعد الاستحقاق، واذا لم يقم الطرف المخل بالتنفيذ لدى حلول ذلك الوقت، فالطرف البريء (حسن النية) يستطيع اقامة دعوى التعويض او التنفيذ العيني[٣١].

Anticipatroy breach in Enghlish law, where a party expresses its intention not to perform its contractual obligation befor its performace is due, or ach in such a way as to show its intention to breach the contractbefore performace hs due, the party has committed an anticipatory breach of the contract. In such cirecumstances, the innocent party has tow options:

1-He may accept the breach and immediately sue for damages.

2- He may ignore the breach and wait for the time whene the performance is due. In that case the contract continues to bind both parties and the defendant will commit a breach oniy if the defendant fails to perform the contractual obligation on the due date. If the guilty party does not perform the contract by then, the innocent party may sue for an appropriate remedy, damages or specific performance.

مما تقدم نلاحظ ان القانون الانكليزي هو المصدر الرئيس لفكرة الاخلال المسبق بتنفيذ الالتزام العقدي، وهو بعكس القوانين المدنية اوجد للفكرة نظرية عامة من شانها ان تطبق على سائر الحالات المشابهة، في حين لم نجد في القوانين المدنية نظرية عامة للاخلال المسبق بهذا الوضوح، وانما توصلنا لها من خلال التطبيقات القواعد العامة المنظمة لتنفيذ الالتزامات العقدية.

.

وبعد ان بينا فكرة الاخلال المسبق في القوانين المدنية والقانون الانكليزي، بات من الضرورة بمكان ان نجيب عن تساؤل مفاده هل بالامكان ان يكون الاخلال المسبق سبباً لتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، او بمعنى اخر هل يمكن جبر الضرر الذي خلفه الاخلال المسبق عن طريق تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين؟ هذا ما سنحاول الاجابة عنه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

التنفيذ على حساب المدين بموجب الاخلال المسبق

performance at the expense of the debtor under the pre-breach

الاخلال بتنفيذ العقد اياً كانت صورته هو خطأ عقدي صادر من جانب المدين من شانه ترتيب مسؤوليته العقدية، فاذا تسبب الاخلال هذا بضررٍ للمتعاقد الاخر، عندها تلح الحاجة لايجاد وسيلة لجبر الضرر الذي لحق المدين، ولا شك ان القوانين محل الدراسة توفر للدائن مجموعة من الخيارات يتمكن من خلالها جبر الضرر الذي حل به.

ويعد التنفيذ على حساب المدين واحد من اهم الخيارت التي مكنها القانون للدائن المضرور، وبوصف الاخلال المسبق لا يخرج عن نطاق الاخلال بمفهومه العام. فهل بالامكان جبر الضرر الذي خلفه الاخلال المسبق عن طريق تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين؟

لا شك ان الاجابة عن هذا التساؤل تختلف في القوانين المدنية عنها في القانون الانكليزي، وهذا ما سنبحثه في فرعين نخصص اولهما للتنفيذ على حساب المدين بموجب الاخلال المسبق في القوانين المدنية، ونفرد الثاني للتنفيذ على حساب المدين بموجب الاخلال المسبق في القانون الانكليزي.

الفرع الاول

التنفيذ على حساب المدين بموجب الاخلال المسبق في القوانين المدنية

Performance at the expense of the debtor under the pre-breach in civil law

سبق ان لاحظنا موقف القوانين المدنية من فكرة الاخلال المسبق، اذ تبين لنا عدم تبني هذه القوانين للفكرة بشكلٍ صريح، وانما تناولتها في بعض التطبيقات، لكن لدى اقتفاء اثر العلامة السنهوري من هذه المسالة تبين لنا انه من شأن القواعد العامة في القوانين المدنية ان تستوعب فكرة الاخلال المسبق بتنفيذ الالتزام العقدي خاصة تلك التي تناولتها المادة(١٥٠) مدني عراقي والمواد المقابلة لها في الحكم في القوانين المدنية[٣٢] ، والتي توجب تنفيذ الالتزام العقدي بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية.

ومن المسلم به ان الاخلال المسبق بالتنفيذ تثور معه مسؤولية المدين العقدية الامر الذي يقتضي قيام الحماية القانونية للمدين من خلال تمكنيه التمسك بالخيارات المتوفره له في حالة اخلال المتعاقد الاخر اخلالاً ترتب على اثره ضرراً للدائن، اذ بموجب القواعد العامة في المسؤولية العقدية للدائن فسخ العقد، والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى، ولعل من ابرز الاثار التي تترتب على الاخلال المسبق هي انحلال العقد عن طريق فسخه قبل حلول اجل تنفيذه[٣٣] .

ولدى العودة على ذي بدء من تساؤلنا السابق هل بالامكان اعمال تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين كصورة من صور جبر الضرر لتعويض ما حل بالدائن من اضرار بسبب اخلال المدين المسبق بتنفيذ التزامه العقدي؟

للاجابة على هذا التساؤل لابد من الرجوع الى القواعد العامة المنظمة لتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين ليتسنى لنا في خطوة اولى معرفة مدى اقرار هذه القواعد لاخلال المدين المسبق سبباً لتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، ومن ثم الانتقال في خطوة ثانية صوب التطبيقات التي تبنت الاخلال المسبق سبباً لجبر الضرر عن طريق تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين.

ان امعان النظر في نصوص المواد (٢/٢٤٨) و (٢٥٠) من القانون المدني العراقي، والمواد المقابلة لها في القوانين المدنية محل الدراسة[٣٤]، التي اجازت تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين باستئذان المحكمة في الاحوال العادية، وبدون استئذانها في الحالات المستعجلة، تبين لنا ان

هذه المواد لم تقم وزناً للتمييز بين كون الاخلال حالاً او اخلالاً مسبقاً، اذ صيغ صدر هذه المواد ب (اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه) وعدم التنفيذ ورد بصورة مطلقة والمطلق يجري على على اطلاقه، اذ يمكن ان يكون الاخلال بعدم التنفيذ حالاً او مستقبلياً، يتمثل بتصريح المدين انه يمتنع عن تنفيذ التزامه العقدي، اذ لاحظنا انه من اهم صور الاخلال هي الامتناع عن تنفيذ الالتزام[٣٥]، ومما لا شك فيه ان هذا الامتناع قد يكون عن تنفيذ التزام حال او عن تنفيذ التزام مستقبلي.

وان مما يعضد الرأي الذي ننفرد به هذا ان التطبيقات التي تبنت الاخلال المسبق سبباً للتنفيذ على حساب المدين استندت القواعد العامة اعلاه. من ذلك ما ورد في نطاق عقد المقاولة متى نفذ بشكل معيب، فالمقاول، وان كان مستقلاً عن رقابة وتوجيه رب العمل، الا ان الاخير في مقابل التزامه بالتعاون مع المقاول لتمكينه من تنفيذ عقد المقاولة له الحق في مراقبة سير العمل وعدم الاكتفاء بانتظار الوقت المحدد للتنفيذ[٣٦].

وعليه متى انحرف المدين عن اصول تنفيذ عقد المقاولة، ونفذ التزامه العقدي بطريقة من شانها ان لا تتفق مع الشروط والمواصفات التي التقت عندها اردة المتعاقدين، واستنتج رب العمل تلكأ المدين المقاول هذا او تنفيذه المعيب، الذي ينطبق عليه وصف الاخلال المستقبلي يمكن لرب العمل ان يقوم بتنفيذ المقاولة على حساب المدين عن طريق مقاول اخر، وهذا ما نظمت احكامه المادة(٨٦٩) مدني عراقي التي اجازت لرب العمل مجموعة من الخيارات لجبر الضرر الذي سببه اخلال المقاول بتنفيذ التزامه العقدي، اذ له ان يطلب فسخ العقد او ان يعهد بالعمل الى مقاول اخر على نفقة المقاول الاصلي متى كانت طبيعة تسمح بذلك، كما اجازت له له فسخ العقد في الحال اذا كان اصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً.

اذ ورد نص المادة اعلاه بانه (اذا ظهر لرب العمل اثناء سير العمل ان المقاول يقوم به على جه معيب او مناف للعقد.....)، فالنص يوحي بان رب العمل يستنتج الاخلال المستقبلي من طريقة التنفيذ لان العمل لم يتم انجازه الى الان للقول بان اخلال المقاول اخلالاً حالاً، بل هو عبارة عن اخلال مستقبلي يستنتجه رب العمل من طريقة التنفيذ وكيفية سير العمل، اذ تتولد لدى الاخير قناعة كافية من ان المقاول بهذا الشكل سوف لن يكمل التزامه العقدي بالطريقة الصحيحة.

فالمشرع بعد ان قرر في المادة (٨٦٨) بانه اذا تاخر المقاول بشكل لا يرجى معه مطلقاً تنفيذ التزامه في الوقت المتفق عليه وسمح لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لموعد التسليم، قد توسع في خيارات الدائن من اجل جبر الضرر المتولد من اخلال المدين بصورة التنفيذ المعيب.

ويلاحظ ان البعض[٣٧]، يذهب بتحليله لاستنتاج الاخلال المسبق في المادة (٨٦٩) مدني عراقي بان هذه الحالة تفرق عن حالات فسخ المقاولة، بان استنتاج الاخلال هنا لا يكون على درجة كافية من الوضوح، ومن ثم لا يخول صاحب العمل امكانية فسخ العقد، بل يبقى عقد المقاولة قائم وينفذ على حساب المقاول.

بيد اننا نعتقد بعدم دقة هذا التحليل، اذ من جانب ان المشرع لم يورد اية اشارة تؤكد انه رتب اثر على وضوح او عدم وضوح استنتاج الاخلال بتنفيذ الالتزام العقدي، ومن جانب اخر ان المشرع في هذه الحالة قد توسع في خيارات الدائن لجبر مالحقه من ضرر بسبب اخلال المدين المسبق، فلم يصرح في حالة التاخر الواردة في نص المادة (٨٦٨) الا باجازة فسخ العقد، بينما اجاز للدائن (رب العمل) في حالة الاخلال المسبق المنصوص عليها في المادة(٨٦٩) الفسخ، وكذلك تنفيذ الالتزام العقدي في عقد المقاولة على حساب المدين، وان القول بعدم وضوح استنتاج الاخلال جعل المشرع يقرر التنفيذ على حساب المدين دون الفسخ، قول ينم عن سوء فهم للتنفيذ على حساب المدين والفسخ، واستنتاج الاخلال المسبق على حدٍ سواء، فمسالة اعمال تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين لا علاقة لها بدرجة استنتاج الاخلال، اذ يتواجد التنفيذ على حساب المدين على فرض وجود الاخلال، ولا اهمية للحديث عن درجة الاستنتاج اي كونه اخلالا واضحا او بدرجة اقل من الوضوح كما يصور اصحاب هذا الاتجاه، كما ان خيار الفسخ هو الاخر موجود بموجب هذه المادة وان القول بعدم وجود الفسخ لان استنتاج الاخلال لا يرتقي الى درجة اجازة الفسخ قول يجافي حقيقة نص المادة(٨٦٩) التي نصت بشكل صريح على توسيع خيارات الدائن في حالة الاخلال المسبق الذي تناولت احكامه هنا ولا شك ان من بين اهم الخيارات الفسخ وكذلك التنفيذ على نفقة المدين.

ولعل القانون المدني المصري في المادة (١/٦٥٠) منه ذهب بذات اتجاه القانون المدني العراقي، من حيث استنتاج اخلال المدين، اذ نص (اذا ثبت اثناء سير العمل.....)، اذ مما لا شك فيه ان وجود الاخلال اثناء سير العمل يتاتى من خلال استنتاج رب العمل للاخلال بشكل ثابت يمكنه من تنفيذ عقد المقاولة على نفقة المدين، وقد اشار نص المادة اعلاه من انها تطبق وفق المادة (٢٠٩) مدني مصري التي تعد القاعدة العامة في تنفيذ الالتزام على حساب المدين متى كان محله قياماً بعمل.

هذا وقد تسنى للقضاء العراقي ان يطبق هذه الاحكام بمناسبات عديدة من ذلك ما قضت به محكمة تمييز العراق على انه (اذا ظهر لرب العمل ان المقاول قد امتنع عن اكمال البناء المتفق

عليه فلرب العمل ان يعهد بالعمل الى مقاول اخر على نفقة المقاول الاول.....)[٣٨] . فمسالة منطوق القرار بصيغة اذا ظهر تدل على اكتشاف رب العمل الدائن للاخلال من خلال الظروف وقبل موعد التسليم.

ويمثل البعض لهذه الحالة من انه اذا تعاقد المشتري لشراء مادة تدخل في تكوينها مواد اولية دقيقة، ثم يظهر له ان البائع قد سلم بضاعة من نفس النوع لمشترين اخرين، وكانت معيبة لانه يستعمل في جميع منتجاته هذه المواد المعيبة التي يحصل عليها من مصدر معين، فسلوك البائع هنا من شانه ان يعطي مؤشراً للمشتري انه سيقوم بتسليمه مواد معيبة[٣٩] .

نستنتج مما تقدم ان التشريعات المدنية محل الدراسة قد اقرت الاخلال المسبق سبباً لتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، اذ لاحظنا انه ليس في القواعد العامة المنظمة لتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين ما يمنع من ان يكون الاخلال المسبق سبباً لاقرار هذه الطريقة من طرق جبر الضرر، بل لاحظنا في هذه القواعد ما يؤكد اقرارها لهذا الامر، كما توجد تطبيقات تستند الى القواعد العامة في التنفيذ على حساب المدين نظمت هي الاخرى فكرة تبني الاخلال المسبق سبباً للتنفيذ على نفقة المدين، وان كان هذا التنظيم لم يات بشكلٍ صريح، الا ان النظر اليها بعمق يمكن الباحث في هذا المجال من القول باستيعابها لهذه النوع من الاخلال.

الفرع الثاني

التنفيذ على حساب المدين بموجب الاخلال المسبق في القانون الانكليزي

Performance at the expense of the debtor under the pre-breach in English law

ان القانون الانكليزي هو المهد الاول لفكرة الاخلال المسبق او الاخلال المبتسر، كما ان القانون الانكليزي ان القانون الانكليزي يتبنى واجب تخفيف الاضرار The duty of (mitigation)، اذ يفرض هذا الواجب بموجب القانون الانكليزي على الدائن بعد ان يحصل اخلال بتنفيذ الالتزام العقدي من قبل المدين، فيجب على الدائن اتخاذ السبل التي من شانها ان تقلل خسارته التي خلفها هذا الاخلال.

ولا شك ان واجب تخفيف الاضرار يرتبط بواجب مراعاة حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية، والمعيار الذي يحدد من خلاله مراعاة الدائن لهذا الواجب هو معيار موضوعي يتمثل بما سيقوم به الشخص المعتاد اذا وضع بالظروف ذاتها، ويترتب على عدم مراعاة الدائن لواجب تخفيف الضرر حرمانه من التعويض بالقدر الذي يعادل الاضرار التي كان بامكانه تخفيفها ولم يفعل.

غير ان السؤال الابرز بهذا الصدد هل يمكن اعمال واجب تخفيف الاضرار، ومن ثم التنفيذ على حساب المدين متى صرح الاخير قبل حلول اجل تنفيذ الالتزام العقدي بانه لا يرغب التنفيذ لدى حلول اجله، او ظهر للدائن عدم قدرة المدين من الناحية المادية او القانونية على تنفيذ التزاماته التعاقدية، بمعنى اخر هل يمكن بموجب القانون الانكليزي ان يكون الاخلال المسبق سبباً لتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين.

للاجابة عن هذا التساؤل يحب الاقرار بقاعدة عامة انه مجرد جحود المدين المسبق لالتزاماته العقدية، لا يوثر على الخيارات التي مكنها القانون للدائن[٤٠]. ويذهب اتجاه في الفقه[٤١]، الى ان تقدير التعويض في حالة الاخلال المسبق بالالتزامات العقدية، لن يختلف كثيراً عن حالة تقدير التعويض عن الاخلال الفعلي، فاذا كان الدائن لديه اسس كافية ليتوقع ان الطرف الاخر سيرتكب اخلال جوهري، فيستطيع ان يفسخ العقد ويقوم بابرام صفقة بديلة، ومن ثم يطالب المدين بالفرق بين ثمن العقد الاصلي والصفقة البديلة.

بينما يرى اتجاه اخر ان مشكلة تخفيف الضرر لها صورة خاصة في حالة الجحود المبتسر للعقد او الاخلال المتوقع. ويضرب مثل على ذلك انه في حالة ان انهى المدعى عليه العقد في ايار، والذي ينص على ان يكون تسليم البضاعة في تموز، فيكون للمدعي الخيار، اذ له من ناحية ان يقبل فسخ العقد، ويطالب بالتعويض عن الاخلال به فوراً، كما يجوز له من ناحية اخرى الا يقبل فسخ العقد وان يلزم المدعى عليه به وينتظر تاريخ تنفيذه. ومتى اختار الطريق الثاني يبقى العقد سارياً، ولا تثور عندها مسألة التعويض او حتى واجب تخفيف الضرر، وذلك انه لا يمكن القول بوجود واجب تخفيف الضرر عن خسارة قبل حدوث اي اخلال قد سبق قبوله على هذا الوصف[٤٢].

The problem of mitigation is presented in a special light in the case of the so. Called(anticipatory breach) It has already been seen that, if a defendant repudiates in May a contract for the delivery of goods in July,

the plaintiff has an option. On the one hand, he may accept the repudiation and sue at once for breach of contract he will then be under the ordinary duty to mitigate. On the other hand, he may refuse the repudiation, hold the defendant the dat of performance. If he prefers this course, the contract rcmains alive and on question of damages or of mitigation has yet arisen.

It can not be said that there is any duty on the part the plaintiff to mitigation his damages befor there has been any breach which he has accepted as a breach.

والذي نعتقده ان الاراء جميعها تقرر حقيقة واحدة، الا وهي امكانية ان يكون الاخلال المسبق سبباً لتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، الا ان الراي الاخير، وان كان تبنى فكرة عدم وجود الاخلال اصلاً في حالة رفض الدائن للاخلال المسبق، الا انه يبدو اكثر الاراء تفصيلاً, وهو الاقرب للمنطق القانوني السليم.

وعليه فان الدائن اذا رفض الاخلال المسبق وتمسك بالعقد ظل العقد ملزماً للطرف الاخر كما هو ملزماً للدائن، ومن ثم الاخير لا يلتزم بتخفيف الضرر عن طريق تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين.

وقد رسخ القضاء الانكليزي هذا التوجه في سابقة(whit and carter (oncil), Itd. V. Me grogor)، والتي تتلخص وقائعها في ان كان عمل المستأنفة كانت تورد توريد حمالات للاعلانات للمجالس المحلية في جميع ارجاء بريطانيا، ولم تكن المجالس هي التي تقوم بالدفع لها، بل كان التجار الذين يستاجرون مكاناً للاعلانات هم الذين يتولون الدفع لها. وفي ٢٦ حزيران ١٩٥٧، اتفقت الشركة المستأنف ضدها على ان تستاجر مكاناً للاعلان لمدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ اول اعلان. حدث فيما بعد ان الشركة المستانف ضدها الغت الاتفاق فيما بينها وبين المستأنف في اليوم ذاته. رفضت المستأنفة قبول فسخ العقد، وكانت الى ذلك التاريخ لم تقم باي عمل باتجاه التنفيذ، ولكنها مالبثت ان قامت باعداد الملصقات على الحمالات واستمرت في عرضها للاعلان خلال ثلاث سنوات، ولم تقم بادنى محاولة لتخفيف الخسائر عن طريق الحصول على اعلانات من الغير بدلاً من الاعلان المخصص للمستانف ضدها، ثم قامت المستانفة باقامة دعوى ضد المستانف عليها للمطالبة بكامل الثمن المتفق عليه. وعندها قضى مجلس اللوردات لصالح المستانفة باغلبية ثلاثة اعضاء مقابل عضوين)[٤٣].

(With amd cartedr (council), Ltd v. McGrgor) the business of the appellants was to supply litter bins to local councils theoughout Gread Britain. They aere not paid by the councils, but by traders who hired advertising space on the bins. On June 26th, 1957 the respondent agreed to hire space for three yars beginning on the same day the respondent wrote to cancel the contract. The appellants refused to accept the repudiation. Up to this moment they had taken no steps to carry out the contract. But they now preparted avertiment plates, attached them to the bins and continued to display them for the next three years. The made no attempt minimize their loss by procuring other advertisers to take the responden't place.In due course they sued the respondent for the full contract price.

The Hous of Lords, by a majority of three to two, held that they were entitled to succeed.

غير ان قاعدة الخيارات المفتوحة (All courses are open the promise) للدائن ليست مطلقة بل مقيدة بقيدين من شانهما تقليص خيارات الدائن بانتظار اجل التنفيذ، وحصر حقه في المطالبة بالتعويض وقت تحقق واقعة الاخلال المسبق، ومن ثم يستتبع حقه في المطالبة بالتعويض التزامه بتخفيف الاضرار التي من ابرز صورها تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين.

القيد الاول: ان وقائع كل قضية قد تجعل من انتظار اجل تنفيذ الالتزام العقدي من قبل الدائن امراً غير معقول بالكامل، اذ تفسر بوجود سوء نية لدى الدائن عند عدم اقامة الدعوى لحين حلول اجل التنفيذ، من اجل زيادة مقدار الاضرار التي تلحق به، ومن ثم الرجوع بها على المدين الاخر مما يشكل اخلالاً بمبدأ حسن النية بتنفيذ العقود(٤٤).

وقد وصف الفقيه (keith) هذه النتيجة بالمزعجة، ودعت الى البحث عن طريقة من اجل تجنبها. بحيث لا تخالف القواعد المسلم بها، ولعل من الممكن تحقيق ذلك لدى التحقق من ان قاعدة تخفيف الضرر ليست لها ذاتية خاصة بحيث تعمل بمعزل عن القواعد الاخرى، ولكنها مثال لقاعدة اوسع هي قاعدة السببية، ففي كل من دعوى العقد، ودعوى المسؤولية التقصيرية يستطيع المدعي

المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي سببه خطأ المدعى عليه فحسب، وان اية خسارة تعزى الى السلوك غير المعقول للمدعي يجب ان يتحمل اثارها المدعي نفسه[٤٥].

As soon as it is realized that the mitigation rule is not a rule sui generis, functioning in vaguer doctrin of causation, Alike in contract and in tort a plaintiff may clim compensation only for the loss caused by the defendat's wrongful aet: any loss created by his own unreasonable conduet he must bear him self.

اذ من المعروف ان واجب تخفيف الاضرار يفرض على الدائن من ناحية التزاماً باتخاذ السبل المعقولة التي من شانها تقليل الضرر الذي ينشأ بسبب الاخلال في العقد من جانب المدين، ومن ناحية ثانية فان واجب تخفيف الضرر يفرض على الدائن التزاماً بعدم اتيان اي عمل غير معقول من شانه ان يؤدي الى زيادة الاضرار [٤٦].

A party to a contract who suffers by reason of a breach committed by onother party must take reasonable step to mitigate the loss. The second aspect of the duty to mitigate is that the injured psrty must not take unreasonable steps actually to increase the loss.

وقد تسنى للقضاء الانكليزي ان يجسد مسالة عدم اطلاق خيارات الدائن بشكل مطلق مع توافر هذا القيد، من ذلك ما ورد في قضية طرحت امام مجلس اللوردات عام ١٩٥٥، اذ كان على اللورد هودسون(Hodson) ان يتعرض لهذه المسالة فقال: (يثور التساؤل عما اذا كان التعويض عن الضرر الذي نشأ من الاخلال وفقاً للقواعد العامة في القواعد المنظمة للتعويض عن الاخلال بالعقد. هل يعد التعويض عن الضرر نتيجة طبيعية ومرجحة للاخلال . فان لم يكن كذلك كان الضرر غير مباشر. ويستتبع (Hodson) بالقول ان المستانفة كانت على حق في ان تقف موقفاً سلبياً، وان تنتظر الى حلول وقت تنفيذ العقد، نظراً لرفضها فسخ العقد من جانب الطرف الاخر. بيد انها لم تكتف بالموقف السلبي. لانها شرعت باتخاذ طريق ادى الى انفاق مصروفات، دون ان يؤدي ذلك الى تحقيق غرض مفيد، وكان هذا السلوك بعلم المستانفة ذاتها، انه غير مرغوب فيه من جانب المستأنف ضدها، وبعبارة اخرى اختارت المستأنفة ان تضخم خسائرها .

ذلك انه رغم ان لم يكن هنالك واجب عليها لتخفيف الضرر، لكن بالتاكيد كان عليها ان لا تزيد من جسامة الضرر، لانها على حد تعبير (Hodson)، قد سلكت سلوكاً غير معقول في الظروف التي وضعت فيها، ومن ثم يتعين اعفاء المستأنف ضدها من المسؤولية التي كان يمكن ان تقع على عاتقها نظراً الى ان المصروفات التي انفقت من جانبها كانت من خلقها هي، ولم تكن بسبب الاخلال بالعقد[٤٧] .

In a case in 1955, Hotson, L, J, had to consider the question (whether the damages flow from the breach in accordance with the ordinary law of damages for breach of contract. were they the natural and probable consequences of the breach? If not, they are too remote .

They had refused the repudiation, were entitled to remain in active and await the dae of performance> But they were not contract to be passive. They embarked upon a course of conduct which cost money, seved no useful purpose and was, as they knew, unwanted by the respondent. They had chosen, in other words, to inflate their loss, and, wile under no duty to mitigate, they were surely bound not to aggravate the damage. In the words of Hodson, L.J., quoted above they had (acted unreasonably in the in wich they had been placed) and the respondent shold have been relieved from the liability which wouold otherwise have fallen on him their expense was self- imposed and was not caused by the breach of contract.

اما القيد الثاني الذي من شانه حصر خيار الدائن بالتعويض ويحرمه من انتظار اجل تنفيذ الالتزام العقدي، فيما اذا كان العقد يتطلب نوعاً من التعاون بين طرفي العقد، واصبح تحقيق التعاون مستحيلاً بسبب ما صدر من جحود من قبل احدهما. ومثال على ذلك كما لو تعاقد تاجر عراقي مع اخر صيني ان يورد الاخير (١٥٠٠) شاشة بلازما في حزيران ٢٠١٥ بطريق البيع (F.O.B)، الا ان التاجر العراقي ارسل اشعاراً الى التاجر الصيني في شباط ٢٠١٥ يخبره بانه لم يعد بحاجة الى الصفقة، بسبب ضعف الاقبال على الشاشات محل العقد نتيجة لانخفاض القدرة الشرائية. ففي هذا المثال يقيد خيار التاجر الصيني في انتظار موعد تنفيذ الالتزام لغرض المطالبة بالتنفيذ العيني

او التعويض، ولا يبقى امام التاجر العراقي سوى المطالبة بالتعويض، ومن ثم اعمال واجبه بتخفيف الضرر عن طريق ابرام صفقة بديلة في الوقت الذي وصل اليه اشعار اخلال الدائن المستقبلي بتنفيذ التزامه العقدي، وبنفس الحكم لو كان العقد المبرم يقتضي تصنيع مواد يلتزم المشتري بتوريدها، الا انه جحد تنفيذ التزامه العقدي قبل حلول اجل التنفيذ. كما لو تعاقد تاجر مصري مع اخر ايطالي بان يقوم التاجر الايطالي بتصنيع ملابس رجالية من القطن المصري. واتفقا بان يتم ارسال القطن في تشرين الثاني ٢٠١٥، الا التاجر المصري ارسل اشعاراً الى نظيره الى الايطالي في نيسان ٢٠١٥ يخبره بصرف النظر عن الصفقة لان اسعار القطن قد ارتفعت بشكل كبير. هنا يقيد خيار الدائن (التاجر الايطالي) بانتظار حلول اجل تنفيذ الالتزام العقدي ليتسنى له المطالبة بالتنفيذ العيني او التعويض، لان تنفيذ العقد يتطلب ان يقوم التاجر المصري بتنفيذ التزامه العقدي بتوريد القطن الذي من المفروض ان يدخل في عملية التصنيع، ولا يبقى امام الدائن(التاجر الايطالي) سوى خيار المطالبة بالتعويض، واعمال واجبه بتخفيف الضرر عن طريق ابرام صفقة بديلة[٤٨].

مما تقدم نلاحظ ان القانون الانكليزي في حالة الاخلال المسبق يميز بين فرضين، وتتغير حالة توافر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بحسب كل فرض منهما:

الفرض الاول: لدى رفض الدائن الاخلال المسبق ففي هذه الحالة لا يمكن القول بوجود تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين لان الدائن سيتعامل مع هذا الاخلال كانه غير موجود، او بتعبير ادق وان وجد من الناحية المادية الا انه لا يرتب اثراً، ومن ثم سينتظر الدائن الى حين حلول اجل التنفيذ، وعندها يطالب المدين بالتنفيذ العيني او التعويض بحسب الاحوال.

الفرض الثاني: في حالة قبول الدائن للاخلال المسبق، عندها تكون جميع الخيارات متاحه امامه، اذ يستطيع ان ينتظر حلول اجل التنفيذ، ويطالب المدين بالتنفيذ العيني او التعويض، هذا من جانب ومن جانب اخر يستطيع ان يطالب المدين بالتعويض من لحظة تحقق واقعة الاخلال المسبق، ومن ثم ينهض واجبه بتخفيف الضرر عن طريق تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين.

بيد ان حرية خيارات الدائن في اختيار طريقة جبر الضرر هنا ليست قاعدة تسري على اطلاقها، وانما لاحظنا انها مقيدة بقيدين اولهما اذا كانت ظروف القضية تجعل من غير المعقول انتظار اجل التنفيذ، وثانيهما اذا كان التنفيذ يحتاج الى نوع من التعاون وامتنع المتعاقد الاخر القيام به، ويكاد يكون هذين القيدين متفرعين من مبدأ حسن النية في التفيذ الذي تاخذ به القوانين المدنية، اذ ليس من حسن النية بشيء ان يقف الدائن موقفاً سلبياً، ويقصد زيادة الاضرار التي تلحق به لحين

حلول اجل التنفيذ من اجل ان يسوء مركز المدين، ويحمله مصروفات لا مبرر لها. وعليه هذا يعزز رأينا السابق الذي مؤداه ان فكرة الاخذ بالاخلال المسبق يمكن تأصيلها في القوانين المدنية، تاسيساً على القواعد العامة االتي من اهمها تلك المتعلقة بحسن النية في التنفيذ.

الخاتمـــــة

Conclusion

ونحن نصل الى نهاية المطاف في بحث (الاخلال المسبق واثره في تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين) لابد لنا من ان نسطر النتائج التي تمخضت عنه، واهم التوصيات التي نأمل من مشرعنا ان ياخذها بعين الاعتبار، وكما يأتي:

اولا: النتائج

تبين لنا من خلال البحث جملة من النتائج يمكن اجمال اهمها في الاتي:

١-الاخلال المسبق هو كل مظهر او مسلك خارجي من قول او فعل يصدر من المدين يبين نيته عدم التنفيذ لدى احلال اجله، وهذا الموقف يمكن ان يكون صريحا من خلال تصريح الدائن الشفوي او فعله، او يكون ضمنيا بان يستنتج استنتاجا معقولا على وجه لا يقبل الشك من ان المدين سوف لن ينفذ التزامه لدى حلول اجل التنفيذ.

٢- انقسم فقه القوانين المدنية بين منكرا ومؤيد لتبني هذه القوانين للاخلال المسبق من عدمه، اذ يرى جانب من الفقه ان القوانين المدنية وان لم تنظم هذا النوع من الاخلال بشكل مفصل الا ان في قواعدها العامة وبعض التطبيقات ما يكفي للقول باقرارها في هذا النوع من الاخلال العقدين، في حين ذهب اتجاه اخر الى عكس هذا التحليل ونادى بان القول باستيعاب القواعد العامة لهذا النوع من الاخلال تحميل لهذه القواعد باحكام لم تهتم بتنظيمها.

تبين لنا من خلال البحث ان الاتجاه الاول هو الاتجاه الاقرب للمنطق القانوني السليم، ففي القواعد الخاصة بالتنفيذ ما وبعض التطبيقات في القوانين المدنية ما يكفي للقول باستيعاب احكام الاخلال المسبق خاصة تلك المتعلقة بمراعاة حسن النية في تنفيذ العقود.

٣- تبين لنا من خلال البحث ان القانون الانكليزي ومثله الامريكي يعدان المهد الاول لهذا النوع من الاخلال، اذ اقرت السوابق القضائية الانكليزية منذ زمن ليس بالقريب هذا النوع من الاخلال ومنها اخذت القوانين الخاصة تنظيم احكام الاخلال المسبق في تنفيذ الالتزام العقدي.

٤- لاحظنا من خلال البحث امكانية جبر الضرر الناتج عن الاخلال المسبق عن طريق التنفيذ على حساب الدين، اذ اجازت القواعد العامة الخاصة بالتنفيذ على حساب المدين لدى الاخلال بالتنفيذ امكانية طلب التنفيذ على حساب المدين، وقد وردت صيغة الاخلال مطلقة دون الخوض بانه اخلالا مستقبليا ام حالا، كما اجازت بعض تطبيقات العقود امكانية التنفيذ على حساب المدين لدى الاخلال المسبق من ذلك ما ورد في المادة (٨٦٩) مدني عراقي والمواد المقابلة لها في الحكم.

٥- كما يمكن بموجب القانون الانكليزي ان يتم جبر الضرر عن الاخلال المسبق من خلال التنفيذ على حساب المدين عن طريق ابرام صفقات بديلة تطبيقا لواجب الدائن بتخفيف الاضرار.

ثانيا: التوصيات

١- نعتقد ضرورة تنظيم الاخلال المسبق في قاعدة عامة منعا للاجتهاد ومن اجل ان تحكم جميع التطبيقات التي تدخل في نطاقها، وان يكون النص عليه ضمن المواد المنظمة للخطأ في المسؤولية العقدية، وبالشكل الاتي: (اذا رفض احد المتعاقدين مسبقاً تنفيذ التزامه العقدي، رفضا من شأنه الحاق ضرر بالمتعاقد الاخر، جاز للدائن بعد الانتظار لمدة معقولة ان يقوم بالتنفيذ على حساب مدينه متى كان ذلك ممكناً او يطلب التعويض مع الفسخ في كلتا الحالتين).

٢- ضرورة تبني واجب تخفيف الاضرار الذي نظم احكامه القانون الانكليزي والذي يمكن من خلاله توسيع نطاق فكرة التنفيذ على حساب المدين بموجب الاخلال المسبق، من اجل الحد من حالات تعسف الدائنين، فبدل من انتظار التعويض، يقتضي على الدائن لدى اخلال مدينه ان يتخذ خطوات ايجابية للحد من خسارته، بأن يقوم بالتعاقد مع شخص اخر لتغطية الصفقة التي لم يقم بتنفيذها المدين، ويتحمل الاخير الفرق بين قيمة العقد الاصلي، والعقد البديل. ونقترح ان يكون هذا التنظيم في نطاق المواد الخاصة بالمسؤولية العقدية والتعويض عنها، ويكون النص على هذا الواجب بالشكل الاتي: (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، يجب على الدائن ان يبذل ما بوسعه لتنفيذ الالتزام العقدي عن طريق شخص اخر بموجب عقد بديل والرجوع بالفرق بين العقدين على المدين الاصلي، كلما امكن ذلك)

الهوامـــــش

Margins

(١) د. وليد خالد عطية: التنفيذ على حساب المدين عن طريق ابرام صفقات بديلة ، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط١، ٢٠١٧، ص٢٩٨، وانظر وسن كاظم زرزور: الاخلال المتوقع واثره على تنفيذ العقد، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٥، ص١٨.

(٢) د. محمد لبيب شنب: الجحود المبتسر للعقد، دراسة في القانون الامريكي مقارنة بالقانون الفرنسي والمصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثانية، يونيا١٩٦٠، ص١٤٨.

(٣) د. منصور حاتم، علي حسين منهل: اثار الاخلال المسبق بالعقد، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول، السنة٤، ٢٠١٢، ص٦٧.

(٤) د. السنهوري: الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، ج٧، ط٣، ٢٠٠٩، ص٨٥ وما بعدها.

(٥) د. محمد لبيب شنب: المصدر السابق، ص٣٠٠.

(٦) د. محمد حسين منصور: الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ص٧١،وما بعدها.

(٧) د. وليد خالد عطية: التنفيذ على حساب المدين عن طريق ابرام صفقات بديلة، مصدر سابق، ص٢٠٣ وما بعدها، وانظر بذات الاتجاه علي حسين منهل: الاخلال المسبق بالعقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ص٢٧.

٨) د. وليد خالد عطيه: المصدر السابق، ص٣٠٣.

(٩) علي حسين منهل: المصدر السابق، ص٢٨ وما بعدها.

(١٠) G. H. Treitel:Remedies for breach of contract A comparative acont, Oxford 2011, p380- 381, نقلاً عن د. وليد خالد عطية: مصدر سابق، ص٣٠١.

(١١) د. السنهوري، مصدر سابق، ج٧، ص٨٦- ٨٧.

(١٢) د. عبد الوهاب علي: الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الكتب المصري، مصر، ط١، ١٩٩٤، ص١٣٢ وما بعدها.

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

(١٤) انظر ما يقابلها من نص المادة (١٤٨) مدني مصري.

(١٥) د. وليد خالد عطية: التنفيذ على حساب المدين عن طريق ابرام صفقات بديلة، مصدر سابق، ص٣٠٣.

(١٦) د. وليد خالد عطيه: المصدر اعلاه، ص٣٠٣، وما بعدها.

(١٧) د. صفاء العيساوي: الاخلال المبتسر بالعقد واثره، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، ع٢، ٢٠٠٧، ١٣١.

(١٨) د. صلاح الدين الناهي: الوجيز في المرافعات المدنية و التجارية، دراسة موازنة، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٢، ص١٤٣، د. ضياء شيت خطاب: شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة

العاتي، بغداد، ١٩٦٩، ص٣٠، د. عباس العبودي: شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقانة ومعززة بالتطبيقات القضائية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ٢٠٠٠، ٢١٢، هادي عزيز علي: الصيغ القانونية لرفع الدعوى المدنية، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص١٣.

(١٩) د. السنهوري: مصدر سابق،ج١، ص٧٩٣.

٢٠) Slmon salzedo and peter Brunner: Brief case, British library cataloguing in publication Data, 1999, p 237.

(٢١) محكمة منصة الملكة تشكيل من التشكيلات القضائية الانكليزية، وهي اكبر محكمة للقانون العام هناك، تتاصل تسميتها تاريخياً من جلوس الملك سابقاً على منصة للنظر في القضايا مع القضاة الملكيين، وتختص في الوقت الحاضر في القضايا المدنية والتجارية والجنائية، بالاضافة لاختصاصها الاستئنافي، ومما تجدر الاشارة اليه ان اسم هذه المحكمة يتغير مع تغير جنس الملك، فاذا كان ذكراً سميت محكمة منصة الملك (King's Bench) واذا كان انثى سميت منصة الملكة (Queen's Bench)، انظر د. مجيد حميد العنبكي: مبادىء العقد في القانون الانكليزي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ٢٠٠١، ص١١- ١٢- و ص٦٩- ٧٤.

(٢٢) Charles Mitchell and paul Mitchell: Landmark cases in the Law of contract, HART pubushing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, p135.

(٢٣)Chitty: On contract Twenty- Fifth Edition, volume1, genral principle, London and Maxwell, 1983, p1080, and see Smithand Keenanes: Enghlish law, sixteenth edition, England, 2010, p413.

(٢٤) انظر: في عرض الاراء وسن كاظم زرزور: مصدر سابق، ص١١٤.

(٢٥) وسن كاظم زرزور: المصدر السابق، ص١١٤.

(٢٦) د. مجيد حميد العنبكي: مصدر سابق، ص١٨٢.

٢٧) انظر نص المادة (١/١٧٧) مدني عرقي التي نصت على انه (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمةان تنظر المدين، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته)، وانظر ما يقابلها من نص المادة (١٢٢٨) مدني فرنسي، والمادة (٢/١٥٧) مدني مصري.

(٢٨) د. وليد خالد عطية: تنفيذ الالتزام العقدي عن طريق ابرام صفقات بديلة، مصدر سابق، ص٣٠٥، وانظر علي حسين منهل: المصدر السابق، ٩٨.

(٢٩) انظر تفصيل ذلك في قادم الاشارة ص، سابقة .vitol v

(٣٠) د. وليد خالد عطيه: المصدر السابق، ص٣١٦.

(٣١)Mr. Edward chow, Mr. Devin sio: Essential priniciples in breach of contract, see htt// w.w.w. hkis org. hkis/ general/ events/ cpd. 2015054. P11.

(٣٢) انظر نص المادة (١٤٨).

(٣٣) وسن كاظم زرزور: مصدر سابق، ص١٨٦.

(٣٤) انظر ما يقابلها من المواد (١٢٢٢) مدني فرنسي، و المواد (٢٠٥- ٢٠٩) مدني مصري.

(٣٥) انظر سابق الاشارة، ص.

٣٦) د. جعفر الفضلي: الوجيز في عقد المقاولة، مكتبة زين الحقوقية، لبنان،٢٠١٣، ص٣١، وانظر وسن كاظم زرزور: مصدر سابق، ص١٩١.

(٣٧) د. طالب حسن موسى: عقود المقاولات الانشائية، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، العددان ٣- ٤، السنة(٤٤)، ١٩٨٩، ص٢٨٩، مشار اليه لدى وسن كاظم زرزور: مصدر سابق، ص١٩٦، وقد تبنت وسن كاظم زرزور الاتجاه ذاته في اطروحتها سابقة الاشارة، ص١٩٦.

(٣٨) انظر قرار محكمة تمييز العراق ذي الرقم/ بتاريخ ٥/ ٦/ ١٩٥٦، مشار اليه لدى عبد الرحمن العلام: المبادىء القضائية، القسم المدني، مطبعة العاني، بغداد،١٩٥٧، ص٣٢٨.

(٣٩) د. نسرين سلامه محاسنة: التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١، ص٢٠٢.

(٤٠) د. ظافر حبيب جباره، د. عماد حسن سلمان: واجب الدائن بتخفيف الضرر في المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة في ضوء النظام الانكلوامريكي واتفاقية فينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠، متاح على شبكة الانترنيت pss. Utq. Iq/Magazanes/docxlaw-2-16/6.Docx:، ص٢٢.

٤١) نقلاً عن د. وليد خالد عطيه: مصدر سابق، ص٢٢٧ s. waddams: The Law of, Domages uth edn (Toronto Canada Law Book Inc, 2004, p70.

٤٢) - G.C. Cheshir, C.H.S. fifoot, M.P. Furmston: The law of contract, London, Butterw, rthsm, 1972. op. cit,p600.

٤٣) G. C. Cheshire. C.H.S Fufoot, M.P. furmston: op, cit, p600.

(٤٤)nienaber, P.M, the effect of Anticipatory Repudiation: principle and policy, The combridge Law Journal, vol,20, no2, 1962, p213. نقلاً عن د. ظافر حبيب جباره، ود. عماد حسن سلمان: صدر ساب،.ص٢٢

٤٥)G.C. Cheshire,C.H.S. Fufoot, M.P. Furmston:0p, cit,600.

(٤٦) see Aubrey L. Dimond and w.s. Grabiner and R.S. Nock, Sutton and Shannon on contract 17th edition. Butterworths, London, 1970, p402.

٤٧) G.C. cheshier c.h.s fifoot, m.p. furmston: op, cit, p600.

(٤٨) د. ظافر حبيب جباره، و د. عماد حسن سلمان: مصدر سابق، ص٢٥.

المصـــــادر

Sources

اولا- الكتب القانونية.

I. د. جعفر الفضلي: الوجيز في عقد المقاولة، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.

II. د. صلاح الدين الناهي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، بلا ذكر مطبعة، بغداد، ١٩٥٠.

III. د. صلاح الدين الناهي: الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، دراسة موازنة، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٢.

IV. د. ضياء شيت خطاب: شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٩.

V. د. عباس العبودي: شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ٢٠٠٠.

VI. د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، ج٣، احكام الالتزام، مطبعة الفجالة الجديدة، ١٩٥٤.

VII. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

VIII. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

IX. د. عبد المنعم موسى ابراهيم: حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

X. د. عبد الوهاب علي: الاستحالة واثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الكتب المصري، مصر، ط١، ١٩٩٤.

XI. د. مجيد حميد العنبكي: مبادىء العقد في القانون الانكليزي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ٢٠٠١.

XII. د. محمد حسين منصور: الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، بلا سنة طبع.

XIII. د. نسرين سلامه محاسنه: التزام البائع بالتسليم والمطابقة، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١.

XIV. هادي عزيز علي: الصيغ القانونية لرفع الدعوى المدنية، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠.

XV. د. وليد خالد عطية: التنفيذ على حساب المدين عن طريق ابرام صفقات بديلة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٧.

ثانياً: الاطاريح والرسائل والبحوث.

I. صفاء العيساوي: الاخلال المبتسر للعقد واثره: بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، ع٢، ٢٠٠٧

II. علي حسين منهل: الاخلال المسبق بالعقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٣.

III. د. طالب محسن موسى: عقود المقاولات الانشائية، بحث منشور في مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، العددان ٣-٤ لسنة ٤٤، ١٩٨٩.
IV. د. محمد لبيب شنب: الجحود المبتسر للعقد، دراسة مقارنة في القانون الامريكي والفرنسي والمصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة٢، ١٩٦٠.
V. د. منصور حاتم، علي حسين منهل: اثار الاخلال المسبق بالعقد، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد١، سنة٤، ٢٠١٢.
VI. وسن كاظم زرزور: الاخلال المتوقع واثره على تنفيذ العقد، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٥.

ثالثا: مراجع الاحكام القضائية.

I. عبد الرحمن العلام: المبادىء القضائية، القسم المدني، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧.

رابعاً: القوانين.

I. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩.
II. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
III. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ١٨٣ لسنة ١٩٦٩.
IV. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٩٨٠.

خامساً: المراجع الانكليزية

I. Aubrey L. Dimond and W.S. Grabiner and R.S Nock: Sutton and Shannon on contract 17th edition, Buttwworths, London, 1970.

II. G.C. Cheshir, C.H.S. fifoot, M.P. Furmston: The law of contract, London, Butterw, rthsm, 1972.
III. Citty: On contract Twenty- Fifth Edition, volume1, genral principle, London and Maxwell, 1983.
IV. Slamon Salzedo and Peter Brunner: Brief cas, British Library, cataloguing in puplicaction, data, 1999.
V. Treitel: Remedies for breach of contract a comperative acont, oxford, 2011.
VI. Waddams: The Law of damages 4th edn Toronto Canada law book Inc, 2004.

سادساً: الانترنت:

I. د. ظافر حبيب جباره، د. عماد حسن سلمان: واجب الدائن بتخفيف الضرر في المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة في ضوء النظام الانكلوامريكي واتفاقية فينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠، متاح على شبكة الانترنيت :pss. Utq. Iq/Magazanes/docxlaw-2-16/6.Docx