نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في النظام القانوني الانكلوامريكي

"دراسة مقارنة "

أ. م. د. ظافر حبيب جبارة
أستاذ القانون المدني المساعد ورئيس
قسم القانون الخاص، كلية القانون –
جامعة ذي قار

The theory of Anticipatory Breach of Contractual Obligations In Anglo – American Legal System
"Comparative Study"

The abstract:

The theory of anticipatory breach of contract is one of the novelties of Anglo – American legal system, unknown by other legal systems such as French and German. According to this theory, it is permissible for the creditor to disaffirm the contract and suing for damages, if it appears certain or probable that the debtor is unwilling or unable – legally,economically,or technically to perform his obligations – stipulated by the contract with his creditor – when the fixed time will come. In spite of the fact that this theory has been opposed by many English and French jurists since it deviates from the traditional legal norms which forbid to rescind the contract unless the other party breach actually one of his obligations, the right of the creditor can not be based on mere expectation or possibility of the breach, nevertheless it has not been confined to Anglo – American legal system only,but it has been inserted also by many international conventions such as Vienna Convention for International Sale

of Goods dated 1980 and many Software laws such as the European Contract Law dated 2002; for its undeniable practical convenience.

The research had been divided into three chapters, in the first chapter the researcher has dealt with the legal basis for theory of anticipatory breach of contractual obligations and its legal constituent elements, whereas the second chapter has been specified for the legal effect of the theory of anticipatory breach, which has been subdivided into three sub – chapters the first dealt with the duty of notification and submitting the guarantees ; and the second has analyzed the options of the creditor after the breach anticipatorily and the third dealt with the scope of damages – given to creditor – under this theory. While the third chapter has been devoted to examine the standpoint of some Arab – Civil Codes (including the Iraqi Civil Code dated 1950) and the Iraqi Judiciary system from the theory of anticipatory breach of contractual obligations.

Finally, the researcher has summed up his research by many recommendations and proposals; hoping that Iraqi legislative organs and judiciary system to adopt them.

المقدمة

لقد شكلت نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية (١)، معلما بارزا من معالم تطور القانون الانكلوامريكي وتفرده من بين معظم الأنظمة القانونية ودليلا لا يرقى إليه الشك في قدرة القضاء الانكلوامريكي في خلق وإنشاء النظريات القانونية لإيجاد الحلول العادلة للوقائع التفصيلية التي تقع في الحياة القانونية العملية في الأحوال التي تعجز فيها النظريات القانونية التقليدية في إيجاد الحلول لها.

وللتزود بفكرة عن موضوع البحث هذا، وجدنا من المناسب أن نتناول هذه المقدمة في ثلاث فقرات نخصص الأولى منها لجوهر فكرة البحث والثانية لأهمية البحث من الناحية العملية، ونفرد الثالثة منها لخطة البحث.

أولاً: جوهر فكرة البحث

تستند نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية على فرضية أساسية مفادها: اذا كان من المسلم به في ظل الأنظمة القانونية المختلفة ان الرابطة القانونية الناشئة عن الالتزامات العقدية ذات التنفيذ المؤجل تقوم على ان الدائن قد منح مدينه الثقة والائتمان في تنفيذ لالتزاماته عند حلول ميعاد استحقاقها، (٢) فان تلك الثقة وهذا الائتمان يتقوضان في كل الأحوال التي تطرأ فيها ظروف من شأنها أن تحمل الدائن على الاعتقاد بأن مدينه سوف لن ينفذ التزامه اذا ما حان اجل تنفيذها اما لتصريحه بعدم رغبته في التنفيذ او لعدم قدرته على تنفيذه من الناحيتين المادية او القانونية مما يمنح الدائن الحق – طبقا لهذه النظرية – في فسخ العقد بشروط معينة – قبل حلول الأجل المضروب لتنفيذ تلك الالتزامات.

ولقد أثارت نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية إشكاليات قانونية متعددة، فثار جدل فقهي عميق حول أساسها القانوني وشكك البعض من الفقه الإنكليزي والفرنسي فيها لافتقارها إلى أساس قانوني متين لخروجها عن الإطار التقليدي في نظرية الفسخ والتي تشترط أن يكون المدين قد اخل بالتزامه العقدي بعد حلول اجل هذا الالتزام حتى يكون ذلك سببا يبرر للدائن فسخ العقد المبرم ولا يمكننا القول من الناحية القانونية بان المدين قد اخل بالتزامه لمجرد تصريحه أو

ضعف قدرته على تنفيذه، فضلا ان مسايرة منطق هذه النظرية يودي بالضرورة إلى الانتقاص من القوة الملزمة وذريعة قد يلجا لها الدائن للتخلص من عقد أصبح غير ذي جدوى بالنسبة إليه. وقد رد أنصار هذا النظرية بالقول ان نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية لا تستند الى المدين قد اخل بالتزامه ألعقديه فهذا الالتزام لما يحن اجله حتى يخرق، بل تستند الى واجب عام مفروض بحكم القانون يفرض على المدين الا يقوم بأي سلوك من شأنه ان ينقض تعهده بتنفيذ التزامه، غير ان التبرير الأبرز لأنصار هذه النظرية هو الفائدة العملية لتبني هذه النظرية في تسوية المراكز القانونية القلقة فليس من المنطق القانوني في شيء انتظار حلول اجل تنفيذ التزام أثبتت الوقائع أن المدين به غير قادر على تنفيذه، فضلا على ان تبني هذه النظرية يحقق فائدة كبيرة للمدين كذلك اذ انها سوف تقلل كثيرا من مقدار الأضرار التي سوف تصيب الدائن والتي يجب ان يتحملها المدين عبء تعويضها لو انتظرنا حلول اجل تنفيذ الالتزام وهذا ما يدعو اليه معارضو هذه النظرية.

ولم تقتصر الإشكاليات القانونية لنظرية الجُحود المبتسر على أساسها القانوني بل امتدت إلى طبيعة وأنماط الوقائع التي تعتبر جحودا من المدين لعقده، وقد استقر القضاء الانكلوامريكي وتبعه في ذلك القضاء التجاري الدولي على أن تلك الوقائع المشكلة لجحود المدين يجب ان تكون من القوة بمكان بحيث تحمل دائنا معتادا على الاعتقاد بأن مدينه سوف لن ينفذ التزامه اذا ما حان اجل تنفيذ هذا الالتزام اما لان المدين قد صرح بعدم رغبته في تنفيذه او لان طرأت ظروف عليه جعلته غير قادر على تنفيذه.

ولم تقتصر إشكاليات نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية على الأساس القانوني لهذه النظرية أو طبيعة الوقائع المشكلة لجحود المدين لعقده، بل امتدت الى النتائج المترتبة عليها سوى فيما يتعلق بحق الدائن في فسخ عقده ابتسارا (أي قبل حلول اجل تنفيذ التزام المدين) او نطاق التعويض الذي يستحقه الدائن. فذهب القضاء الإنكليزي وتبعه في ذلك بعض من الفقه هناك على ان حق الدائن في فسخ العقد ابتسارا ينشأ تلقائيا وما يترتب عليه من تعويض ينشأ تلقائيا من واقعة جحود المدين لعقده ويقتصر دور القضاء – عند رفع الدعوى إليه – على تقرير فيما إذا كان الدائن محقا في فسخ عقده تبعا الى سلوك المدين وتقرير فيما اذا كان هذا السلوك يعتبر واقعة مشكلة لجحود المدين لعقده ام لا. بينما ذهب

قانون التجارة الموحد الأمريكي وتبعه في ذلك غالبية الفقه والقضاء التجاري الدولي على ان حق الدائن في فسخ العقد ابتسارا لا ينشأ بشكل تلقائي بل هو مرهون بإرسال الدائن أشعارا إلى مدينه يدعوه فيه الى تقديم ضمانات تؤكد قدرته على تنفيذه وان حق الدائن في فسخ العقد ابتسارا وما يستتبعه من تعويض ينشأ من اللحظة التي يعجز فيها المدين من تقديم تلك الضمانات في وقت معقول.

ثانياً: أهمية موضوع البحث

مما لا شك فيه ما تحضى به نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية من اهمية كبرى على المستويين الفقهي والقضائي وخاصة بعد ان توسع نطاق تطبيقها فلم تعد قاصرة في نطاق تطبيقها على القانونين الإنكليزي والأمريكي بل امتد نطاق تبنيها وتطبيقها الى غالبية دول العالم حتى تلك الدولة ذات النهج اللاتيني والجرماني كفرنسا وايطاليا وألمانيا بعد انضمام هذه الدول الى اتفاقية فينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠ – التي تبنت هذه النظرية – والتي تسري نصوصها من الناحية العملية على ثلاثة ارباع التجارة الدولية. وقد استشعر الباحث أهمية مضاعفة لهذه النظرية في القوانين المدنية العربية مما حدى به للكتابة عنها، فمن جهة اولى فلقد انضمت العديد من الدول العربية كالعراق ومصر وسوريا ولبنان وموريتانيا لاتفاقية فينا للبيوع الدولية وأصبحت نصوص هذه الاتفاقية جزءا من القوانين المدنية والتجارية لهذه الدول فيما يخص عقود البيوع الدولية التي تعقدها الأشخاص الطبيعية او المعنوية التي يكون مقر عملها هذه الدول فضلا عن تطبيق هذه الاتفاقية من قبل الهيئات التحكيم التجاري العربية. (٣) ومن جهة أخرى فلم يكتب على هذه النظرية في اللغة العربية سوى النزر اليسير والذي لا يعد شيئا يذكر بالمقارنة بما كتب عنها في اللغات الأخرى كالإنكليزية والألمانية والفرنسية.

ثالثاً: خطة البحث:

لقد قسمنا بحثنا هذا البحث الى ثلاثة مباحث، تناولنا في المبحث الأول الاساس القانوني لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية وشروط تحققها، وقد تم تقسيم هذا المبحث بدوره الى ثلاثة مطالب تناولنا في المطلب الأول تطور نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في النظام القانوني الانكلوامريكي، أما المطلب الثاني الاساس القانوني لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية وافردنا المطلب الثالث لشروط تحقق نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية. أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه الآثار القانونية المترتبة على الجحود المبتسر

للالتزامات العقدية، وقد تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب تناولنا في المطلب الأول واجب الاخطار وتقديم الضمانات، أما المطلب الثاني فقد خصصناه الى خيارات الدائن بعد ثبوت الجحود وافردنا المطلب الثالث لنطاق التعويض المترتب على الجحود المبتسر للالتزامات العقدية. وقد خصصنا المبحث الثالث لتناول نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في القوانين المدنية العربية وموقف القضاء العراقي منها وقد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين تناولنا في المطلب الاول نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في القوانين المدنية العربية وخصصنا المطلب الثاني للتوفر على موقف القضاء العراقي من نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية.

ولقد ختمنا بحثنا هذا بمجموعة من النتائج والتوصيات التي خلص إليها الباحث والتي بين فيها المواضع التي يمكن للمشرع المدني العراقي والقضاء العراقي الاستفادة منها.

المبحث الأول: الأساس القانوني لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية وشروط تحققها

سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب تناولنا في المطلب الأول تطور نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في النظام القانوني الانكلوامريكي، أما المطلب الثاني الاساس القانوني لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية وافردنا المطلب الثالث لشروط تحقق نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية.

المطلب الأول: تطور نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في النظام القانوني الانكلوامريكي

بادئ ذي بدء لابد من القول ان نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية (the theory of anticipatory breach of contract)هي نظرية انكلو سكسونية النشأة والتطور والتأصيل، ابتدعها القضاءان الإنكليزي والأمريكي ثم ما لبثت – بعد إرساء معالمها وتوضيح أسسها القانونية – ان انتقلت الى القوانين المنظمة للتجارة الدولية ولعل من ابرزها اتفاقية فينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠. وتنطلق هذه النظرية من فكرة جوهرية الا وهي: اذا كان من المسلم به في ظل الانظمة القانونية الحديثة انه اذا اخل احد العاقدين بالتزامه – بعد حلول اجل الالتزام – جاز للمتعاقد الاخر – بعد الاعذار – ان يطب فسخ العقد، فان نظرية الجحود

المبتسر للالتزامات العقدية تذهب ابعد من ذلك فهي لا تشترط في الاخلال ان يقع فعلا (actual breach) بل تعطي الحق للدائن في ان يوقف تنفيذ التزاماته مؤقتا او يطلب من القضاء فسخ عقده في كل الاحوال التي يصدر فيها تصريح او سلوك من المدين – قبل حلول الاجل المحدد لتنفيذ التزامته العقدية – يظهر منه جليا ان المدين غير راغب في تنفيذ التزامه أو تغيرت الظروف المحيطة به بحيث أصبح غير قادر على تنفيذ التزاماته اذا ما حان اجل تنفيذها. (٤)

ولقد كانت قضية (Hochster v. De La Tour 1853) هي المناسبة التي اعرب فيها بشكل واضح القضاء الانكليزي عن إيجاده لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية، وتتلخص وقائع هذه القضية الرائدة بان السيد هوشستر قد ابرم عقد عمل مع احد الاشخاص للعمل كمرشد سياحي على ان يبدأ سريان عقد العمل في الاول من شهر حزيران ١٨٥٢، غير انه في الحادي عشر من ايار من نفس السنة ارسل ذلك الشخص الى السيد هوشستر اشعارا بانه قد غير رأيه وانه غير راغب في تشغيله. وفي الثاني عشر من ايار (أي قبل حلول الاجل المحدد لتنفيذ العقد) رفع السيد هوشستر الدعوى مطالبا بفسخ العقد المبرم مع تعويضه عن الانهاء التعسفي لعقد العمل ,(Wrongful Dismissal) طالب المحامي برد الدعوى على اساس ان ميعاد تنفيذ العقد لما يحن بعد وبالتالي فلا يوجد سبب للدعوى(5) .(Cause of Action)

قررت المحكمة الانكليزية بفسخ العقد وتعويضه ورد الطلبات التي تقدم بها محامي المدعى عليه، وفي ذلك يقول اللورد (Campbell) احد قضاة المحكمة في تسبيبه للحكم ورد طلبات المحامي " ان الشخص الذي يتنصل بشكل غير مبرر عن عقد قد ابرمه بملئ ارادته، لا يمكن ان يحتج اذا ما رفعت عليه الدعوى ولو قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد من قبل الشخص المتضرر. وانه لمن المنطق اعطاء الخيار للمتضرر ان يرفع الدعوى مباشرة او يتربص ميعاد تنفيذ العقد... وكل ذلك يصب في مصلحة المتضرر وليس فيه إجحاف في حق من أحدث الضرر". (٦)

وفي نفس السياق تبنى القضاء الأمريكي نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في قضية (Cort&Gee v. Ambergate, Nottingham &Boston& Eastern Junction Railway 1851)والتي تتلخص وقائعها بان المدعيين قد اتفقا مع احدى شركات النقل بالسكك الحديدية على توريد كراس معدة للنصب في عربات

القطارات على شكل دفعات ثلاثة في فترات محددة بالعقد، غير انه وقبل حلول الاجل المعين للدفعة الثالثة ارسلت الشركة اشعارا الى المدعين تصرح فيه انها غير مستعدة لتسلمها ولن تدفع أي مبالغ عنها، استجابت المحكمة الى دعوى الفسخ وطلب التعويض الذي تقدم به المدعون، مقررة ان الأشعار الذي صدر من الشركة قد اجهض العقد وجعل من غير المجدي للمدعين الاستمرار في الإعداد لتنفيذه. (٧)

غير ان القانون الانكليزي سرعان ما توسع في الوقائع التي تعتبر جحودا مبتسرا للعقد فلم يقتصرعلى حالة الاعلان الصريح عن عدم في التنفيذ ليمدها الى كل حالة يجعل فيها المدين نفسه غير قادر على تنفيذ العقد او يفتقر الى الوسائل المادية لتنفيذه. وهذا ما قضت به احدى المحاكم الانكليزية في قضية Omnium) (d'enterprise v. Sutherland 1919والتي تتلخص وقائعها بان المدعي قد استأجر سفينة من المدعى عليه وقد اتفقا على سريان عقد الايجار بعد انتهاء عقد الايجار المبرم بين مالك السفينة واحدى الهيئات الحكومية، غير ان مالك السفينة – وقبل حلول ميعاد عقد مشارطة السيفنة – باعها الى الغير. رفع المدعي الدعوى مطالبا بفسخ عقد الايجار مع التعويض عن الاضرار التي اصابته، استجابت المحكمة الى طلب المدعي مبررة حكمها بان المدعي عليه قد افقد نفسه القدرة على تفيذ التزاماته بموجب عقد الايجار، فمنذ اللحظة التي باع سفينته انتفت عنه صفة المالك وتعذر عليه تسليمها الى المدعي (المستأجر). (٨)

ونظرا الى الاهمية البالغة لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في ميدان التجارة الداخلية والخارجية ووضعها الحلول المناسبة والعدالة للحالات التي لم تستطع نظرية الفسخ في اطارها التقليدي ان تلبيها، فقد تلقفتها التشريعات الداخلية وغالبية الاتفاقات الدولية المنظمة للتجارة الدولية. فعلى الصعيد المحلي فقد قننت توجيهات العقد الاميركي (Restatement of the law of contract 1933) نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية فلقد نصت المادة٢٤١منها" في العقد التبادلي يعتبر المدين (المتعهد) قد ارتكب جحودا مبتسرا مبررا اعفاء الدائن (المتعهد له) من تنفيذ الالتزامات الخاصة به ومعطية الحق له في رفع الدعوى مباشرة، اذا قام المدين (المتهعد)، بدون مبرر قانوني وقبل صيرورة الالتزامات العقدية نافذة بما يلي: (٩)

١–إصدار أشعارا الى المدين (المتعهد له) او أي شخص يتمتع بحق بموجب العقد يعبر فيه عن عدم رغبته او عن عدم قدرته على تنفيذ جزء مهم من التزاماته العقدية. او

٢–بنقل او التعهد بنقل حق على ملكية عقارية او على بضائع او أشياء أخرى تكون جوهرية لتنفيذ جزء مهم من التزاماته العقدية الى المدين (المتعهد له). او

٣–ارتكب أي عمل اختياري من شانه ان يجعل تنفيذ جزء مهم من التزاماته العقدية مستحيلة او ظاهرة الاستحالة.

اما على الصعيد التجارة الدولية فقد تبنت اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ نظرية الجُحود المبتسر لالتزامات العقدية في المواد ٧١و٧٢ و٧٣ منها. (١٠)

اما في القانون الفرنسي بصورة خاصة، والقوانين ذات النهج اللاتيني بصورة عامة (١١)، فلا يوجد نص يتبنى هذه النظرية، ولا توجد اشارة اليها في الادبيات القانونية الفرنسية التقليدية. والحقيقة ان اهتمام الفقه الفرنسي بنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية، يرجع – من وجهة نظرنا المتواضعة – الى عاملين اساسيين: اولهما انضمام فرنسا الى اتفاقية فينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠ والتي تبنت بدورها هذه النظرية فضلا عن تبنيها من قبل توجيهات العقد الاوربي ذي الحجية المعنوية العالية وخاصة في مجال التحكيم التجاري الدولي، وثانيهما الدراسات والابحاث الفرنسية والتي جعلت من القانون الانكليزي والامريكي وخاصة في مجال نظرية العقد ميدانا للموازنة والمقارنة. وقد انكر الباحث الفرنسي (سيمون وتيكار) انسجام هذه النظرية مع المبادئ الاساسية في النظرية العامة للالتزامات في القانون الفرنسي؛ ذلك ان القانون الفرنسي يميز في ميدان العقود الملزمة للجانبين ذات التنفيذ المؤجل تمييزا واضحا بين وجود الالتزام وبين امكانية رفع الدعوى للمطالبة بتنفيذه، فاذا كان وجود الالتزام يتحقق منذ اللحظة التي ينشأ فيها العقد غير انه لا يمكن المطالبة به قضاء الا عند حلول الاجل الواقف الذي اضيف اليه ذلك الالتزام، وهذا ما تقضي به المادة ١١٨٦ من التقنين المدني الفرنسي صراحة.) ١٢ (غير ان القضاء الفرنسي اكثر مرونة من هذا المنطق القانوني البحت، ففي قضية شهيرة مشابه الى حد بعيد للقضية الانكليزية الرائدة (Hoshester v. De La Tour) استجابت محكمة هارفر التجارية في ٢٨ تشرين الثاني لسنة ١٩٣٤ الى طلب فسخ العقد لدائن صرح مدينه – قبل

حلول الاجل المضروب لتنفيذه – بأنه غير راغب في تنفيذه. وقد اثنى الفقيه الفرنسي الكبير ديموج – في تعليق له – على هذا الحكم حيث قال: " انه كمبدا عام، ان التصريح الذي يبين فيه الشخص بأنه سوف لن ينفذ التزامه مساو – من الناحية القانونية – لعدم تنفيذه للتزامه. (لانه) يمكن القول بأن المدين بتصريحه الجلي المعبر عن اراته بعدم تنيفذ ما التزم به، يكون قد اخل بالفعل بالعقد (المبرم مع دائنه).) ١٣ (وذهب رأي في الفقه الفرنسي ان نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية تجد اساسها في المادة ١١٨٨ من القانون المدني الفرنسي والتي تمنع المدين من التمسك بالاجل الممنوح له لتنفيذ التزامه في كل الاحوال التي يتسبب فيها بفعله باضعاف التأمينات التي قدمها بموجب العقد المبرم مع دائنه.) ١٤ (فاذا كان الدائن قد منح الحق في سقوط الاجل المضروب لمدينه في تنيفيذ التزامه في حالة اضعاف التأمينات والتي سوف تولد مخاطر بسيطة في عدم التفيذ، فلماذا لا تكون باقي الوقائع الاشد نتائجا تمنح نفس الاثر؛ ان من يستطيع فعل الاكثر، يستطيع فعل الاقل15 (.(Qui Peut le Plus, peut le moins))وقد ساير البعض منطق هذا الرأي وقالوا بضروة تبني هذه النظرية في القانون الفرنسي لفائدتها العملية التي لا تنكر وفاعليتها الاقتصادية المشهودة، فلا يجوز سبب معقول – في الوقائع – يحتم الانتظار وقت سقوط الاجل بينما بدا مؤكدا بأن المدين سوف لن ينفذ ما التزم به، (لان) الانتظار سوف يكون – بكل تأكيد – مضيعة للوقت والمال. ") ١٦ (المطلب الثاني: الأساس القانوني لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية

بينما كانت نظرية الجُحود المبتسر تسير بخطوات وئيدة وتترسخ في القوانين الانكليزي، ثار جدل فقهي حول اساسها القانوني ولم تحظ نظرية من نظريات القانون الإنكليزي بمثل ما حظيت به نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية من نقاشات على الصعيد الفقهي، وانقسمت الآراء بشأنها بين مؤيد ومعارض وان معظم الآراء التي قيلت في تأييدها من هي إلا ردود فعل لحجج معارضيها والتي يمكن تلخيصها بما يلي:

١–انها نظرية غير مقنعة من ناحية المنطق القانوني ,(legally illogical) فكيف يمكن اعتبار المدين الذي لما يحل اجل تفيذ التزامه مخلا به قبل الاجل، فحلول اجل تنفيذ الالتزام وحده هو الذي يحدد لنا فيما اذا كان المدين راغبا او قادرا على تفيذ التزامه، ولا يمكن قبل حلول هذا الاجل من اصدار الحكم على المدين

بأنه غير راغب او غير قادر على تفيذه. (١٧) ويجدر بالاشارة هنا ان هذه الحجة هي التي حدت بجانب من الفقه الفرنسي الى القول بان القانون الفرنسي لا يقر نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية، ويعلل الفقيه (سيمون وتيكار) ذلك بأن القانون يميز في ميدان العقود الملزمة للجانبين ذات التنفيذ المؤجل تمييزا واضحا بين وجود الالتزام وبين امكانية رفع الدعوى للمطالبة بتنفيذه، فاذا كان وجود الالتزام يتحقق منذ اللحظة التي ينشأ فيها العقد غير انه لا يمكن المطالبة به قضاء الا عند حلول الاجل الواقف الذي اضيف اليه ذلك الالتزام، وهذا ما تقضي به المادة ١١٨٦ من التقنين المدني الفرنسي صراحة. (١٨)

٢–انها نظرية لا تستند على اساس قانوني متين، فسبب الدعوى في اطار الحالات التي تعتبراخلالا مبتسرا بالعقد لما يوجد بعد وان الدعوى التي تقام على اساسها تفتقر الى سببها وكان من المفروض على القضاء ان يردها، فثمة تلازم بين سبب الدعوى وحلول اجل الالتزام العقدي. (١٩)

٣–انها نظرية تؤدي الى الانتقاص من القوة الملزمة للعقد الى درجة كبيرة، فالسماح للمدين بالتوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية أو فسخها – وهذا ما تقضي به نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية – يؤدي إلى تهديد المعاملات المدنية والتجارية، ففسخ العقد جزاء قاس أحيط في معظم القوانين بقيود صارمة ورقابة القضاء. (٢٠) وفضلا عن ذلك فان نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية لا تنسجم اطلاقا مع مقتضيات التجارة الدولية التي تسعى الى الإبقاء على عقود التجارة الدولية ما استطاعت إلى ذلك سبيلا ولا تلجأ إلى الفسخ إلا في الحالات الاستثنائية. (٢١)

ورغم هذه الاعتراضات على نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية فقد رد أنصارها بقوة محاولين دحض كل ما قاله معارضوها وتزعم الفقيه الامريكي هنري بالنتين الرد على هذا الحجج في مقالته الشهيرة (الجحود المبتسر للالتزامات العقدية وانفاذ الواجبات العقدية) (٢٢)، ولعل ابرز حجج هذا الفريق ما يلي:

١–في العقود التبادلية ذات التنفيذ المؤجل ينشأ واجب سلبي مضمونه الامتناع عن كل ما من شأنه أن ينقض أو يعارض ما تعهد المتعاقدان بتنفيذه وان تصريح المدين بعدم التنفيذ أو عجزه عن تنفيذ العقد يعتبر أخلالا بهذا الواجب وعلى أساس خرق هذا الواجب ترتكز نظرية الجحود المبتسر للالتزامات

العقدية. (٢٣) وبعبارة أدق، وكما ذهب جانب من الفقيه الأمريكي فثمة فرق بين التعهد بتنفيذ الالتزام (the promise to perform) والتنفيذ الموعود (the promised performance) وان سبب الدعوى في دعاوى الجحود المبتسر للالتزامات العقدية لا تقوم على افتراض قانوني أن ثمة اخلال بتنفيذ الالتزام فهذا الالتزام لم يحل اجله حتى يخرق وإنما ترتكز دعوى الجُحود المُبتسر على أساس الإخلال بواجب التعهد بتنفيذ الالتزام إذ أن تصريح المدين بعدم رغبته في التنفيذ أو عدم استطاعته التنفيذ ينتقض هذا التعهد من أساسه. (٢٤)

٢- إن نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية أن حققت فائدة للدائن بالتخلص من عقد صرح المدين بعدم رغبته في تنفيذه أو عدم قدرته على تنفيذه، فأنها في ذات الوقت – بفسحها المجال للدائن بفسخ العقد قبل حلول اجل تنفيذه – ستحقق فائدة جليلة إلى المدين إذ أنها سوف تقلل إلى درجة كبيرة من مقدار الأضرار التي سوف تصيب الدائن والتي يجب أن يتحمل المدين عبء تعويضها لو أخذنا برأي معارضي نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في عدم تبنيها. (٢٥) والحقيقة ان هذه الحجة المتقدمة هي احد الحجج الرئيسية التي ساقتها المحكمة عند تسبيبها للحكم في القضية الرائدة Hoshester (1853 v. De La Tour) وفي ذلك تقول" انه لأكثر اتساقا مع المنطق ولأكثر تحقيقا لمنفعة طرفي العقد بأن يمنح المدعي – بعد أن صرح المدين بعدم رغبته بتنفيذ العقد – الرخصة باعتباره نفسه غير ملزم بتنفيذ التزامات المستقبلية الناشئة عن العقد، ومحتفظا – في نفس الوقت – بحقه في طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به. وهكذاً: وبدلا من أن يبقى المدعي عاجزا ومنفقا ماله في التحضير لشيء غير ذي جدوى (تنفيذ العقد المجحود) – يكون المدعي حرا في البحث عن عمل آخر وهذا ما سيقلل الأضرار التي سوف تصيبه والتي من حقه المطالبة بتعويضها عنها من المدين الذي جحد العقد. " (٢٦)

٣- إن القول بأن نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية تؤدي الى اضعاف القوة الملزمة للعقد قول يجانب الصواب، فمن جانب فأن اعطاء الحق لاحد المتعاقدين بوقف تنفيذ التزامته او فسخ العقد لا يستند على مجرد الادعاء والظن بعدم قدرة المدين على تنفيذ التزامه بل يرتكز اما على تصريح قاطع وغير مشروط من المدين بعدم رغبته بتنفيذ العقد او على وقائع مادية ملموسة تشير – بما لا يدع مجال للشك – في عدم قدرة المدين على تنفيذ التزامه. (٢٧) ومن جانب آخر فان نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية تقوي القوة الملزمة للعقد بطريق غير مباشر من وجهة نظرنا المتواضعة – كما هو

الحال في بعض النظم القانونية المعروفة كالشروط الجزائية والغرامات التهددية – اذ ان المدين الذي يعرف ان للدائنه الحق في فسخ العقد اذا ما جحده فانه لن يقدم على جحوده ما دام راغبا في تنفيذه.

المطلب الثالث: شروط تحقق الجحود المبتسر للالتزامات العقدية

تشترط القوانين الانكلوامريكية ثلاثة شروط لكي يتحقق ثبوت جحود المدين لعقده ابتسارا، اولهما، ان يكون هناك انهيار لثقة الدائن بقدرة مدينه على تنفيذ التزامه وثانيها ان يكون اعتقاد الدائن بعدم قدرة مدينه مبنيا على أسباب معقولة او راجحة وثالثهما الا يكون المدين قد عزز ثقة دائنه بقدرته على تنفيذ الالتزام او ما يعرف في القانون الأمريكي بسحب الجحود (Retraction of anticipatory breach). وسوف نتناول تحليل هذه الشروط على التوالي.

اولاً: انهيار ثقة الدائن بقدرة مدينه على تنفيذ التزاماته العقدية

ترتكز نظرية الجُحود المبتسر على فكرة انهيار ثقة الدائن بقدرة مدينه على تنفيذ التزامه اذ ان الدائن وقد منح مدينه ائتمانا قوامه ان ينفذ التزامه في اجل معين، فاذا قامت اسباب قوضت هذا الائتمان الممنوح وفقد الدائن ثقته بقدرة مدينه على تنفيذ التزامه جاز له مطالبة مدينه بتقديم ضمانات تعزز تلك الثقة التي انهارت فان لم يقدمها جاز له المطالبة بفسخ العقد ابتسارا. وتتنوع الاسباب التي تؤدي الى انهيار الثقة فقد تتجسد بأعلان يصرح فيه المدين بعدم رغبته في تنفيذ التزامه، ويشترط القضاء الانكلوامركي في هذا الاعلان ان يكون صريحا في دلالته قاطعا في التعبير عن ارداة المدين بعدم رغبته في تنفيذ العقد فمجرد تشكيك المدين بنيته على تنفيذ التزاماته العقدية لا ترقي لكونها جحودا مبتسرا للعقد. (٢٨) وفي ذلك تقول احد المحاكم الأمريكية في قضية (Marek v. McHardy 1958) " ان الاعلان بجحود العقد يجب ان يكون من الوضوح بمكان بان تكون أهدافه معلنة وان يكون مطلقا (غير مشروط) بحيث تكون نية المدين بعدم تنفيذ العقد لا يلابسها ادنى شك". (٢٩) وبناء على ذلك اذا كان الإعلان الصادر من المدين بعدم رغبته بالتنفيذ مرتبطا بمطالبات يعتقد بانه له حق بموجب العقد المبرم فيها فان ذلك لا يعتبر جحودا مبتسرا للعقد يبيح للمتعاقد الاخر طلب الفسخ، وفي ذلك ذهبت احد المحاكم الإنكليزية في قضية " (Vaswani v. Italian Motors Ltd. 1995 والتي تتلخص وقائعها بان شخصا قد اشترى سيارة فيراري من احد شركات التي لها الحق الاستثاري (Exclusive Right) في بيع هذه السيارات في هونج كونج بسعر

١٩٧، ٥٠٠دولار امريكي على ان يدفع ربعه مقدما وقد تضمن العقد المبرم شرطا يتضمن امكانية زيادة السعر لتغطية نفقات جلب السيارة من الشركة الأم واي نفقات قد تفرض في بلد المنشأ، أرسلت الشركة المتعاقدة إعلانا الى المشتري تخبره بان السيارة قد جلبت من بلد المنشأ وانها مستعدة لتسليمها اليه في تأريخ المحدد في العقد شريطة دفعه المتبقي من الثمن اضافة الى مبلغ اضافي مقداره ٤٠، ٣٠٠ دولار – لا علاقة له البتة بشرط زيادة السعر المثبت بالعقد – وانه اذا لم يتسلمها في الوقت المحدد بموجب هذا الاعلان فانها تعتبر العقد مفسوخا وسوف تحتفظ الشركة بالمبلغ الذي دفعه. رفع المشتري الدعوى مطالبا بفسخ العقد على أساس إن الاعلان الصادر من الشركة المتعاقدة بشكل جحودا مبتسرا للعقد، لم تستجب المحكمة الإنكليزية التي رفعت اليها الدعوى لطلب الفسخ الذي تقدم به المشتري لان الاعلان الصادر من الشركة لا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال إنكارا للعقد وجحودا للالتزامات المتضمنة به وان إعلان رغبتها في عدم تنفيذ العقد جاء مشروطا بزيادة السعر الذي اعتقدت – وبحسن نية – ان لها الحق في المطالبة به. (٣٠)

وقد ترجع الاسباب التي تؤدي الى انهيار الثقة الى تتغير الظروف المحيطة بالمدين فيواجه صعوبات في تنفيذ التزامات العقدية اما بسبب نقص الامكانات المادية او المعرفية اللازمة لتنفيذ العقد او تدهور حالته المالية كأن يتلكأ في سداد التزامته في مواعيدها وخاصة في نطاق البيوع الدولية التي تتم على شكل دفعات (Installment Sales), (31)وقد نصت المادة ٧١

من اتفاقية فينا للبيوع الدولية صراحة على انه" ١ – يجوز لكل من الطرفين ان يوقف التزاماته اذا تبين بعد انعقاد العقد ان الطرف الآخر سوف لن ينفذ جانبا هاما من التزاماته:

١–بسبب وقوع عجز خطير في قدرته على تنفيذ هذا الجانب من التزاماته، او بسبب اعساره او

٢–بسبب الطريقة التي يعدها لتنفيذ العقد او يتبعها فعلا في تنفيذه.

ونصت المادة ٧٣ من نفس الاتفاقية على انه: "١ – في العقود التي تقضي بتسليم البضائع على دفعات اذا كان عدم تنفيذ الطرفين لالتزام من التزاماته

المتعلقة بأحدى الدفعات يشكل مخالفة جوهرية للعقد بشأن تلك الدفعة جاز للطرف الاخر فسخ العقد بالنسبة لتلك الدفعة.

٢–اذا كان عدم تنفيذ احد الطرفين لالتزام من التزاماته المتعلقة بأحدى الدفعات يعطي الطرف الاخر اسبابا جدية للاعتقاد بانه ستكون هنالك مخالفة جوهرية للعقد بشأن الالتزامات المقبلة جاز له ان يفسخ العقد مستقبلا على ان يتم ذلك خلال مدة معقولة.

وتطبيقا لنص المادتين٧١و ٧٣ من الاتفاقية ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قضية (Societe Min v. Societe Yslp 2007) والتي تتلخص وقائعها بأ ن أحدى شركات بيع العطور الفرنسية قد تعاقدت مع شركة فنزولية بتوريد العطور إليها بصورة دورية وحصرية، غير انه ظهر بعد إبرام العقد ومنذ عام ١٩٩٥ ان الشركة الفنزولية المشترية قد تعثرت تعثرا واضحا في سداد اثمان الدفعات المرسلة اليها وكانت نادرا ما تدفع هذه الاقساط في اوقات استحقاقها فضلا عن ان هذه الشركة تنتمي الى مجموعة من الشركات التي تعاني من صعوبات مالية واضحة. وبناء على ذلك كله قامت الشركة الفرنسية بفسخ العقد، رفعت الشركة الفنزولية الى احدى المحاكم الفرنسية الدعوى مطالبة بتعويضها عن فسخ العقد معها، لم تستجب هذه المحكمة ولا محكمة استئناف فرساي التي استنأف فيها الحكم الابتدائي الى طلب التعويض وعند تمييز الحكم لدى محكمة النقض الفرنسية صادقت بصورة على جزئية على حكم محكمة استئناف فرساي الخاصة برفض طلب التعويض عن الفسخ معللة ذلك بان الشركة الفرنسية كانت محقة في فسخ العقد ابتسارا اذ ان عدم تسديد اثمان الدفات في اوقات استحقاقها والصعوبات المالية التي تواجهها الشركة الفنزولية قد ولد مخاوف جدية لدى الشركة الفرنسية في قدرة تلك الشركة في الاستمرار في تنفيذ العقد. (٣٢)

وفي نفس السياق ذهبت المحكمة الفدرالية في نيويورك في قضية (Doolim Corp. v. Doll, LLC 2009) والتي تتلخص وقائعها بأن شركة دوليم الكورية للحياكة وتصنيع الملابس قد ابرمت سلسلة من عقود البيع مع شركة دول الامركية في غضون شهري نيسان وتشرين الاول من سنة ٢٠٠٧، وقد تم الاتفاق على ان تلتزم الشركة الكورية بتوريد ٥٠٠٠٠٠ قطعة من الملابس النسائية والفساتين وان يتم وضع العلامة التجارية للشركة الامريكية على الجزء الاعظم من الملابس المصنعة مقابل سعر يتراوح بين ثلاث دولارات وعشرين سنت وعشرين دولار

وخمسين سنت للقطعة الواحدة على ان يتم التسديد في غضون ١٥ يوما من تاريج تسلم أي دفعة. غير ان الشركة الامريكية قد أظهرت – اثناء تنفيذ العقد – تلكا واضحا في سداد اثمان الدفعات مع عجزها عن دفع اثمان الدفعات التي تم ارسالها في شهري تموز واب، فطلبت الشركة الكورية من الشركة الامريكية تقديم ضمانات كافية لدفع المبالغ المستحقة عليها فوعدتها الشركة الاميركية بتقديم خطاب ضمان يغطي المبالغ غير المدفوعة وأثمان الدفعات اللاحقة، وبناء على ذلك استمرت الشركة الكورية بإرسال دفعات الملابس الى شهر تشرين الثاني. وحتى منتصف شهر كانون الثاني لسنة ٢٠٠٨ لم تقم الشركة الأمريكية بدفع اثمان الدفعات التي ارسلت اليها بعد شهر اب ٢٠٠٨ ولم تقدم خطاب الضمان الذي وعدت به. رفعت الشركة الكورية الدعوى مطالبة بإلزام الشركة الأمريكية بدفع اثمان الدفعات التي لم تدفعها الشركة الامريكية وفسخ العقد فيما يتعلق بدفعات الملابس التي قامت الشركة بتصنيعها ولم ترسلها على أساس المادتين ٧١و٧٣ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية المتعلقتين بالجحود المبتسر للالتزامات العقدية. استجابت المحكمة الى الطلبات المقدمة من الشركة الكورية المدعية وقررت الفقرات الحكمية التالية:

١–إلزام المدعى عليه (شركة دول الأمريكية) بدفع٨٤٠، ٠٨٥ دولارا وهم المتبقي من قيمة جميع دفعات الملابس المصنعة المرسلة إلى الشركة الأمريكية والبالغة ١، ٠٤٠، ٠٨٥ دولارا بعد طرح ما قامت بدفعة الشركة الأمريكية والبالغ ٢٠٠، ٠٠٠ دولارا استنادا إلى المادة ٥٣ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية السارية المفعول في أمريكا.

٢–إن المدعي (شركة دوليم الكورية) كانت محقة بتوقفها عن إرسال دفعات الملابس منذ شهر تشرين الثاني والأشهر التي تلته لأنه ومنذ هذا الوقت أصبح لدى الشركة المدعية مخاوف جدية (Well Founded fears) يبرر لها التوقف المؤقت عن تنفيذ التزاماتهاً: بعد ان ظهر عجز واضح في عدم قدرة الشركة الأمريكية المدعى عليها بعد ان تأخرت في سداد أثمان دفعات الملابس للأشهر من تموز إلى كانون الثاني – استنادا إلى نص الفقرة الأولى من المادة ٧١ من اتفاقية فينا.

٣–إن المدعي (شركة دوليم الكورية) كانت محقة بفسخ العقد والتوقف بشكل نهائي عن ارسال دفعات الملابس لشهر تشرين الثاني والأشهر التي تلته لان

الشركة الأمريكية المدعى عليها كان مصرة على عدم دفع أثمان الدفعات المرسلة في آجالها المحددة والذي يثبت بما لا يدع مجالا للشك في عدم قدرتها او عدم رغبتها في تنفيذ العقد المبرم مما يبرر فسخه استنادا للمادة ٧٢ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية.

٤– إن من حق المدعي (شركة دوليم الكورية) ان تبيع دفعات الملابس التي قامت بتصنيعها ولم يتم إرسالها إلى الشركة الأمريكية وبغض النظر عما تحمله هذه الملابس من علامة تجارية للشركة الأمريكية. (٣٣)

ثانياً: أن يكون اعتقاد الدائن بعدم قدرة مدينه على تنفيذ التزامه معقولا أو راجحا

يكاد يكون ثمة شبه إجماع في الفقه والقضاء الانكلو امريكي على ان يكون اعتقاد الدائن او شكوكه بعدم قدرة مدينه معقولا او راجحا، ومعيار معقولية الاعتقاد يقاس بدائن معتاد لو وضع في نفس ظروف العقد وتبين له الأسباب التي طرأت للمدين وتدور حول قدرته على تنفيذ التزامه لاعتقد بأن مدينه غير قادر على تنفيذه لو حل اجل تنفذ الالتزام حتى لو ظهر عكس ذلك في حقيقة الامر وهذا ما أشار اليه صراحة قانون التجارة الموحد الأمريكي في المادة ٦٠٩ (الفقرة الثانية) من الفصل الثاني بقولة بان معقولية (Reasonableness) أسباب انهيار الثقة تقاس بمقياس المعايير التجارية .(34) (Commercial Standards) فالقوانين الانكلو امركية قد وقفت موقفا وسطا من هذا الشرط فهي لم تشترط درجة عالية تصل الى درجة يقين الدائن بعدم قدرة مدينه على تنفيذ لان ذلك يشق على الدائن إثباته في كثير من الأحيان ويفقد النظرية أهميتها العملية ولم تركن من جهة أخرى إلى مجرد اعتقاد الدائن وشكوكه بعدم قدرة مدينه على تنفيذ التزامه حتى لا تكون نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية وسيلة للتنصل من العقود التي لم يعد فيها الدائن راغبا بالعقد الذي ابرمه مما يفقد العقد قوته الملزمة.

ثالثاً: الا يكون المدين قد استرد ثقة دائنه بسحب جحوده

اذا تجسد جحود المدين للعقد المبرم بينه وبين دائنه بتصريح يعرب فيه عن عدم رغبته في تنفيذ التزامه فقد اجازت القوانين الانكلوامريكية للمدين ان يسحب جحوده في أي وقت سواء بعد صدور منه وقبل وصوله الى الدائن او بعد وصوله اليه. فلو اكد البائع الى المشتري – بعد تصريحه بعدم رغبته في تنفيذ الالتزام – بان راغب وقادر على تنفيذ التزامه فهذا التأكيد من جانب البائع – كما يشير جانب من الفقه الامريكي يفقد تصريحه في عدم الرغبة أي قيمة قانونية. (٣٥) غير ان

هذا الاثر المتقدم لسحب الجحود (Withdrawal of anticipatory breach) يتوقف الى درجة كبيرة على موقف الدائن في اللحظة التي وصل تصريح عدم الرغبة اليه فاذا كان قد قبله او غير من مركزه التعاقدي، كما لو تعاقد مع شخص اخر على بيع البضائع المتعاقد عليها الى شخص آخر، فان العقد يعتبر مفسوخا وجاز للدائن ان يرفع دعوى على المدين لتعويضه عن جحوده المُبتسر للالتزاماته العقدية. وهذا ما اشار اليه قانون التجارة الامريكي الموحد في المادة ٦١١ من الفصل الثاني بقوله " يجوز للطرف الجاحد بالعقد – وحتى حلول اجل تنفيذ التزامه – ان يسحب ما صدر منه من جحود مالم يكن الطرف المتضرر (الدائن) قد الغى او غير من مركزه (التعاقدي) بشكل جوهري او قام باي عمل من شأنه ان يدل على قبوله للجحود الذي صدر من مدينه". (٣٦)

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الجُحود المبتسرللالتزامات العقدية

اذا تحققت احد الوقائع المشكلة لجحود المدين لالتزاماته العقدية، فان القوانين الانلكو – امريكي ترتب على واقعة الجحود مجموعة من الاثار القانونية، وسنتناول هذه الاثار في ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول واجب الاخطار وتقديم الضمانات وفي المطلب الثاني خيارات الدائن بعد ثبوت الجحود وفي المطلب الثالث نطاق التعويض المترتب على الجحود المبتسر للالتزامات العقدية.

المطلب الأول: واجب الإخطار وتقديم الضمانات

عندما تحقق شروط تحقق الجحود المبتسر للالتزامات العقدية، فان القوانين الانكلوامريكية تفرض التزما على الدائن بإشعار المدين الجاحد بالعقد، وان هذا الإشعار نابع من واجب التعاون (Duty to Collaborate) المفروض بحكم القانون في نطاق الالتزامات العقدية. (٣٧)

وليس لهذا الأشعار شكلا معينا وان كان الغالب في المعاملات المعاصرة ان يتم على شكل رسالة الكترونية (ايميل) ويجب ان يتضمن الأشعار أمرين مهمين: اولهما طبيعة المخاوف التي تنتاب الدائن حول قدرة المدين في تنفيذ العقد كالإضراب الحاصل في مصانع البائع ومدى تأثيره على قدرة البائع على ارسال البضائع المتعاقد عليها، وثانيهما تقديم الضمانات الكافية التي تثبت قدرة المدين ورغبته في تنفيذ التزاماته العقدية. وهذا الالتزام بأرسال الاشعار قد اشار اليه

عليه صراحة قانون التجارة الموحد الامريكي في المادة ٦١٠ (الفقرة الاولى) من الفصل الثاني والتي نصت على انه " عندما تطرأ مخاوف معقولة لانعدام الثقة في تنفيذ التزام أي من اطراف العلاقة العقدية في الاجل المحدد فعلى الدائن ان يطلب كتابة ضمانات كافية من المدين في تنفيذ الالتزام في اجله المحدد وله ان يوقف – اذا كان ذلك معقولا من الناحية التجارية – تنفيذ التزاماته حتى يحصل على هذه الضمانات". (٣٨)

وهذا ما أشارت اليه كذلك الفقرة الثالثة من المادة ٧٢ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية والتي نصت على انه"يجب على الطرف الذي يوقف تنفيذ التزاماته قبل إرسال البضائع او بعد إرسالها ان يرسل مباشرة الى الطرف الاخر أخطارا بذلك وعليه ان يستأنف التنفيذ اذا قدم له هذا الطرف ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ التزاماته. ". ولقد اثيرت التساؤلات لدى فقهاء القوانين الانكلوامريكية وشراح اتفاقية فينا حول طبيعة الضمانات التي يجب ان يقدمها المدين واختلفت الاراء بشأنها. وفي رأينا المتواضع فان الضمانات المقدمة من المدين يجب ان تتناسب في طبيعتها وحجمها وقوتها مع الظروف التي طرأت فأثارت المخاوف لدى الدائن وزعزعت الثقة لديه بقدرة مدينه على تنفيذ التزامه، فقد تتجسد بخطاب ضمان يؤمن سداد المشتري للثمن او استشهداد من المؤسسة المصرفية التي يتعامل معها المدين بان عناصر الدائنية في حسابه الجاري تفوق عناصر المديونية، او ان دعوى الإفلاس التي رفعت على المدين قد تم توقيها بسداد الدين وان لديه السيولة الكافية لتغطية التزاماته او ان الاضراب التي حدث في مصانع البائع قد تم تسويته مع العمال المضربين. ويجب ان تقدم هذه الضمانات في مدة معقولة حسب مدة الأجل المضروب لتنفيذ التزام المدين وطبيعة الضمانة المقدمة. وفي ذلك يقول الفقيه (Bennett) " ان التساؤل حول فيما اذا كانت الضمانات كافية ام لا، يعتمد على الظروف التي ولدت مخاوف عدم التنفيذ، وان الضمانة المقدمة يجب ان تكون من القوة بمكان بحيث تزيل تلك المخاوف وبصورة عامة فان مجرد تصريح المدين المجرد بنيته او قدرته على التنفيذ لا يعتبر ضمانة كافية ". (٣٩) ويرى الفقيه (Bennett) بأن المركز القانوني للمدين من نزاهة وسمعة تجارية وتصرفاته السابقة فيما يتعلق بالعقد المبرم او العقود التي سبق إبرامها مع الدائن لها دور مهم كذلك في تقدير فيما إذا كانت الضمانة كافية أم لا. (٤٠)

ويجدر بالإشارة هنا بان حق الدائن في التوقف المؤقت عن تنفيذ العقد مرهون من حيث وجوده بوجوب إرسال الأشعار إلى المدين وهو مرهون من حيث استمراريته بتقديم المدين لضمانات كافية في مدة معقولة.

فهو مرهون من حيث وجوده بإرسال الأشعار بحيث يصبح حق الدائن في التوقف المؤقت عن تنفيذ التزامه متعاصرا ومرتبطا بالتزامه بإرسال الأشعار بحيث لا يمكن ممارسة احدهما بدون القيام بالآخر وفي ذلك حكمت محكمة مقاطعة فرانكفورت الألمانية في حكمها الصادر في ٣١ كانون الثاني سنة ١٩٩١ بان مخاوف البائع المعقولة حول الوضع المالي للمشتري ليست كافية لإلغاء التزامه بارسال الاشعار طبقا للفقرة الثالثة للمادة ٧١ من اتفاقية فينا للبيوع الدولية وفي ذلك تقول " إن ممارسة الحق في التوقف المؤقت للعقد مرتبط بالتزام متعاصر معه وهو الالتزام بارسال الاشعار طبقا للفقرة الثالثة من المادة ٧١ من اتفاقية فينا، ومن ثم اذ ما أراد البائع ان يمارس حقه بالتوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية فأنه ملزم بإشعار المشتري حول أية مخاوف تتصل بالوضع المالي له او في قدرته على تنفيذ التزامته العقدية بموجب عقد البيع. ولطالما ان البائع لم يثبت او يعط الدليل على قيامه بذلك فانه لا يستطيع ممارسة حقه في التوقف عن تنفيذ العقد لان إرسال الأشعار متطلب ضروري ومطلق (Absolute and necessary prerequisite)للممارسته. (٤١)

وهو مرهون من حيث استمراريته بتقديم المدين لضمانات تبدد المخاوف التي انتابت الدائن وزعزعت الثقة لديه بقدرة المدين على تنفيذ التزاماته وفي ذلك تقول محكمة ستندال الالمانية في حكمها الصادر ١٢ تشرين الاول ٢٠٠٠ " ان الحق في الوقف المؤقت للعقد يبقى قائما الى ان تنقضي الظروف التي شكلت الجحود المبتسر للالتزامات العقدية او الى ان يرتكب المدين مخالفة جوهرية (Fundamental breach)للعقد (تبرر طلب الفسخ) او ان يقدم المدين ضمانات كافية تؤكد على قدرته على تنفيذ العقد ". (٤٢)

المطلب الثاني: خيارات الدائن بعد ثبوت الجحود

يكاد يكون ثمة شبه إجماع في الفقه والقضاء الانكلوامركيين والى وقت قريب بأن الخيارات مفتوحة للدائن الذي جُحِد عقده فهو بالخيار اما ان يختار الاستمرار في الاستعداد لتنفيذ العقد ويتربص ميعاد تنفيذه ويطالب مدينه بتنفيذه،

فاذا لم يقم به رفع الدعوى عليه مطالبا بالتنفيذ العيني (Specific Performance) او بفسخ العقد مع التعويض واما ان يختار فسخ العقد ابتسارا منذ اللحظة التي جحد فيه التزاماته كما هو الحال في القانون الإنكليزي او من الوقت المعقول الذي يفشل فيه المدين في تقديم الضمانات الكافية التي تؤكد رغبته وقدرته على تنفيذ العقد كما هو الحال في قانون التجارة الموحد الامريكي واتفاقية فينا للبيوع الدولية. (٤٣) وفي ذلك ذهب القضاء الأمريكي في قضية (Bernstein v. Meech 1891) والتي تتلخص وقائعها بان احد المؤدين قد تعاقد مع احد منظمي المسارح لاداء بعض الفعاليات في شهر كانون الاول، غير ان المؤدي قد ارسل اخطارا الى منظم المسرح بانه سوف لن يقوم بتلك الفعاليات ما لم يتم زيادة اجره فلم يستجب منظم المسرح الى هذا الطلب وان عليه ان يلتزم بالعقد المبرم بينهما وانقطعت الاتصالات بينهما عند هذا الحد. وعند حلول شهر كانون الاول جاء المؤدي لاحياء الفعاليات التي وعد بها غير انه فوجئ بان منظم المسرح قد تعاقد مع مؤد آخر. استجابت المحكمة التي رفعت اليها دعوى التعويض التي تقدم بها المؤدي على اساس ان اصرار منظم المسرح على وجوب تنفيذ العقد قد اختار ان يبقي العقد نافذا. (٤٤) وفي نفس السياق ذهب مجلس اللوردات الإنكليزي في قضية (White and Carter v. McGregor 1962)والتي تتلخص وقائعها بان وكيل السيد مك كروكر وهو احد اصحاب معارض السيارات قد تعاقد مع المدعيين للترويج عن المعرض وبضاعته ولمدة ثلاث سنوات، غير انه وفي اليوم الاول لابرام العقد ارسل السيد مك كروكر اشعارا الى المدعين يخبرهم بعدم رغبته بالعقد الذي ابرمه وكيله معهم. وعلى الرغم من ذلك فقد اصر المدعيين على تنفيذ العقد والاستمرار فيه للمدة المحدد في العقد. استجاب مجلس اللوردات الى الطلب الذي تقدم به المدعون مقررا انهم يستحقون الاجر المحدد في العقد لانهم بالخيار بعد ثبوت جحود المدين اما ان يطلبوا الفسخ مع التعويض او يصروا على تنفيذ التزامهم وبالتالي يبقى العقد نافذا بما اشتمل عليه من حقوق والتزامات. (٤٥)

ويجدر الاشارة هنا بان مبدأ ان كل الخيارات مفتوحة للدائن (All Courses are open to the promisee)وان يبدو منسجما مع القواعد العامة في المسؤولية العقدية غير انه في حقيقة الامرقد يؤدي الى نتائج غير عادلة وقد يتعارض مع مبدأ اصيل من مبادي المسوؤلية العقدية الا وهو واجب تخفيض الضرر (The duty to mitigate the damage)وخاصة في تلك الاحوال التي توجد فيها نية

مضمرة لدى الدائن في عدم رفع االدعوى الى حين حلول اجل الالتزام من اجل ان يزيد من مقدار الاضرار التي تصيبه والتي يحق له الرجوع بها على المدين. وفي ذلك ذهب مجلس اللوردات الانكليزي في قضية (clea Shipping Corp v. Bulk Oil International Ltd. 1984) والتي تتلخص وقائعها بان المدعى عليهم قد استأجروا سفينة لمدة محددة واشترطوا على الشركة المالكة للسفينة اصلاحها لانها كانت في وضعية سيئة، وبعد ابرام عقد مشارطة السفينة ارسلوا اشعارا الى الشركة المالكة بانهم غير راغبين في تنفيذ العقد، ورغم ذلك الاشعار قامت الشركة المالكة بصرف نفقات باهضة وصلت الى ٨٠٠٠٠٠ باوند لاصلاح السفينة والتعاقد مع كادر بحري لغرض القيام بالرحلة. وعند حلول اجل تنفيذ العقد رفض المدعى عليهم تسلم السفينة مع الكادر الذي تم التعاقد معه. لم يستجب مجلس اللوردات الى الطلب الذي تقدم به الشركة المالكة للسفينة للمطالبة بقيمة الاجر المثبت بالعقد معللة حكمها بان الشركة المالكة لم يعد لديها مصلحة مشروعة في الاستمرار بالاستعداد لتنفيذ العقد بعد اعلان المدعى عليهم عدم رغبتهم في تنفيذ العقد وان اصرارها على التنفيذ ينطوي على نية سيئة الى زيادة مقدار التعويضات (Inflate the damages) التي يرغبون الحصول عليها من المدعى عليهم. (٤٦) وفي رأينا المتواضع فان مسألة حصر خيار الدائن المجحود عقده بفسخ العقد مع التعويض فقط يرتبط بثلاثة عوامل رئيسة تسترشد بها المحكمة في تقدير سلوك الدائن:

١–الفترة الزمنية بين جحود المدين واجل تنفيذ الالتزامات العقدية فكلما طالت تلك الفترة انحصر حق الدائن – حال ثبوت الجحود – بدعوى الفسخ مع التعويض دون طلب التنفيذ العيني وهذا ما اشارت اليه المادة ٦١٠ الفصل الثاني من قانون التجارة الموحد الامريكي والتي قيدت حق الدائن بانتظار حلول اجل تنفيذ العقد بكون المدة الفاصلة بين جحود المدين وميعاد تنفيذ العقد مدة معقولة من الناحية التجارية.(Commercially reasonable time)

2– نمط الجحود الصادر من المدين فاذا كان عن طريق اعلان يصرح فيه بشكل قاطع بعدم رغبته او لم يستجب للاشعار الذي قدمه بتقديم ضمانات التنفيذ فليس من المنطق القانوني في شيء انتظار الدائن حلول اجل تنفيذ الالتزام للمطالبة بالتنفيذ العيني او بفسخ العقد بل يجب عليه طلب الفسخ مع التعويض حال ثبوت جحود المدين في الحالتين السابقتين.

٣–طبيعة العقد المبرم وخاصة تلك العقود التي تتطلب مشاركة بين الدائن والمدين في تنفيذه كما هو الحال في عقود العمل وعقود المقاولة فليس من المنطق القانوني في شيء اجبار رب العمل على تنفيذ عقده او اجبار المقاول على تنفيذ المقاولة بل يجب على الدائن ان يطلب الفسخ مع التعويض حال ثبوت جحود المدين.

وأخيرا وليس آخرا ان تحققت شروط جحود المدين للعقد واختار الدائن ان ينتظر حلول اجل الدين وطرأت اثناء الفترة الفاصلة بين جحود العقد وأجل تنفيذ الالتزام مداخلة (Intervening event) من شأنها حل الرابطة العقدية طبقا لما يعرف في القانون الانكليزي بـ (The Discharge of the contract by frustration) فان الدائن يفقد حقه في طلب التعويض عن جحود المدين للالتزاماته العقدية. وفي ذلك ذهبت احد المحاكم الانكليزية في قضية (Avery v. Bowden 1855) والتي تتلخص وقائعها بأن شخصا قد استأجر سفينة لكل تنقل شحنة بضاعة من جزيرة اوديسا الى مقصدها الاخير في روسيا، فقام مالك السفينة بارسال السفينة وطاقمها الى جزيرة اودسيا استعداد لنقل البضاعة الى روسيا غير ان ممثل المستأجر هناك لم يقم بأعداد الشحنة المراد نقلها فأرسل المستأجر اشعارا الى طاقم السفينة بانه غير مستعد لتنفيذ والافضل لهم ان يرجوا من جزيرة اوديسا فلم يعط طاقم السفينة أي اهتمام لهذا الاشعار وبقوا في الجزيرة استعدادا لنقل الشحنة الى روسيا حال حلول اجل المحدد. وقبل حلول هذا الاجل قامت حرب كرمين بين روسيا وبريطانيا مما تعذر معه نقل البضاعة. رفع مالك السفينة الدعوى مطالبا بتعويضه عن الاضرار التي اصابته والخسائر التي انفقها على اساس ان المدعى عليه قد جحد العقد بارساله الاشعار الى طاقم السفينة. لم تستجب المحكمة الانكليزية التي رفعت اليها الدعوى طلب التعويض مسببتا حكمها على ان مالك السفينة وطاقمها بصرارهم على البقاء في الجزيرة وقيامهم بالاستعدادات اللازمة لتنفيذ العقد قد اختاوا ان يبقوا العقد قائما. وان العقد فيما بعد قد انحل لسبب خارج سيطرة أي من المتعاقدين (قيام الحرب) فوجب ارجاعهما الى الحالة التي كان عليها قبل العقد بدون أي تعويض. (٤٧)

المطلب الثالث: نطاق التعويض المترتب على الجحود المبتسر للالتزامات العقدية

لا يخرج التعويض عن تحقق شروط الجحود المبتسر للالتزامات العقدية عن القواعد العامة للمسؤولية العقدية من حيث نطاقه لا من حيث مقداره، واذا كانت القاعدة العامة المسوؤلية المدنية في معظم التشريعات المدنية هو تعويض الدائن عما فاته من كسب وما لحقت به من خسارة، فان القانونين الانكليزي والامريكي يميلان الى اعتبار الخسارة اللاحقة هي نقطة الابتداء في التعويض عن الضرر الناشئ عن المسوؤلية التقصيرية والكسب الفائت هو نقطة الابتداء في التعويض عن الضرر في نطاق المسؤولية العقدية. (٤٨) ويعلل العلامة القاضي اللورد دننك ذلك بأن الجمع بين الخسارة اللاحقة والكسب الفائت في نطاق المسؤولية العقدية يؤدي في اغلب الاحوال الى تداخل التعويض (Duplication of Damages) ذلك عن تعويض الدائن عن الكسب الفائت يشمل بالضرورة الخسارة اللاحقة فالكسب ما كان ليتم لولا الخسارة التي تعرض لها الدائن. (٤٩) فلو ان منظم مسرح قد تعاقد مع مطرب مشهور على احياء احتفال غنائي وقد باع منظم الحفلات ١٠٠٠٠ آلاف تذكرة دخول بسعر مقداره ٥٠ دولار وقد انفق في سبيل الاستعداد للحفلة ٥٠٠٠ دولار و٧٠٠٠ دولار للترويج لها، وقبل يوم من الميعاد المحدد لاحياء الحفل ارسل المطرب اشعارا الى المنظم يخبره بعدم رغبته في احياء الاحتفال. فان تقدير التعويض يتحدد بالكسب الفائت الذي حرم منه منظم المسرح وهو ٥٠٠٠٠٠ (عدد التذاكر مضروبا في سعرالتذكرة) ولا يجوز للقاضي ان يضيف اليها الخسارة التي تكبدها منظم المسرح (نفقات الاستعداد الى الاحتفال ونفقات الترويج) والبالغة ١٢٠٠٠ دولار لان منظم الحفلات ما كان ليحصل على الربح الفائت – على فرض قيام المطرب باحياء الاحتفال – لولا تحمله النفقات التي لحقت به. غير ان تقدير الكسب الفائت قد يشق على القضاء في بعض الاحيان ويعتمد على عوامل لم تحقق حال رفع الدعوى فليجا القضاء الى الاعتماد على الخسارة التي لحقت بالدائن دون الربح الفائت لصعوبة تقديره. وهذا ما ذهب اليه مجلس اللوردات الانكليزي في قضية (Anglia Television Ltd. v. Reed 1972) والتي تتلخص وقائعها بان احد الشركات المالك لقناة تلفزية محلية في بريطانيا قد تعاقدت مع المثل روبرت ريد لكي يقوم بدور البطولة في فيلم من انتاجها، وبعد توقيع العقد ارسل الممثل اشهارا يعلن عن رغبته في عدم اتمام الفيلم مما اضطر الشركة الى العدول عن اتمام مشروع الفيلم. رفعت الشركة الدعوى مطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بها من جراء جحود المدعى

عليه ابتسارا بعقده، صادق مجلس اللوردات على الحكم الابتدائي الصادر من احد المحاكم الانكليزية والذي قصر نطاق التعويض عن الخسارة التي لحقت الشركة المدعية دون الكسب الفائت وقد علل مجلس اللوردات هذا الحكم على انه يصعب تقدير التعويض عن الكسب الفائت في هذه القضية فالفيلم لم ينتج ولا يعرف فيما اذا كان سوف يحقق نجاحا باهرا (Huge Success) او يخفق اخفاقا ذريعا (Sink without trace). غير ان محكمة الموضوع في هذه القضية قد مدت من نطاق التعويض عن الخسارة التي لحقت بالشركة لتشمل النفقات التي تكبدتها الشركة في المراحل التمهيدية (Preparatory stages) لانتاج الفيلم قبل توقيع المدعى عليه على العقد فضلا عن تلك الخسائر التي لحقت بها بعد التوقيع وأيد مجلس اللوردات توجه المحكمة هذا معللا ذلك – وكما يقول اللورد دننك – بان ظروف العقد وطبيعته تجعل من المفروض بان المدعى عليه كان يعلم بان المدعي قد صرف نفقات من اجل الاستعداد لتنفيذ الفيلم والتي سيخسرها لو انه لم ينفذ التزامه بإتمام إنتاج الفيلم. (٥٠)

والحقيقة ان مسألة التعويض عن الجُحود المبتسر لا تخضع الى ضابط معين وللقضاء سلطة واسعة في تقدير حجم ومدى التعويض عنه فهو يعتمد على طبيعة الجحود الذي صدر من المدين من جهة وعلى الاجراءات التي اتخذها الدائن في سبيل تخفيض الضرر الذي اصابه ففي ميدان عقد العمل اذا اشعر رب العمل العامل بعدم رغبته فيه قبل المعياد المحدد لسريان عقد العمل فان القانون يفرض واجبا على العامل بان يسعى – بعناية عامل معتاد – الى ايجاد فرصة عمل فاذ ما وجدها باجر مساو لما التزم به رب العمل فان المحكمة – على هذا الفرض – لا تحكم الا بتعويض رمزي (Nominal Damages) لان العامل لم يصبه أي ضرر من جراء جحود رب العمل لعقده. (٥١) اما اذا حصل العامل على فرصة عمل بأجر اقل او مدة اقل فان المحكمة – على هذا الفرض – تحكم للعامل بتعويض يعادل الفرق بين الاجر المثبت في العقد العمل الاول وعقد العمل الثاني او الاجر المقابل للفترة الزمنية التي لم يغطها عقد العمل الثاني.

وفي ميدان عقد البيع فأن قانون بيع البضائع الانكليزي المعدل لسنة ١٩٧٩ وتبعته في ذلك اتفاقية فينا للبيوع الدولية في المادة ٧٥ قد تبنت ما يعرف بقاعدة سعر السوق (The market price rule) ومودئ هذه القاعدة فاذا اخل البائع إخلالا حقيقا بالتزامه بالتسليم او جحده قبل حلول اجله جاز للمشتري – بدون استئذان

المحكمة – ان يشتري بضائع بالموصفات والكمية المتعاقد عليها ويرجع بالفرق بين سعر السوق الذي اشترى به والسعر المثبت في العقد – اذا كان ثمة فرق – على البائع الذي اخل بالتزامه بالتسليم.

وبالمقابل اذا اخل المشتري بالتزامه بدفع ثمن البضائع المتعاقد عليها اخلالا حقيقيا حال حلول اجل تنفيذ التزامه بدفع الثمن او جحده قبل حلول هذا الأجل جاز للبائع بيع البضائع المتعاقد عليها في السوق ويرجع بالفرق بين سعر السوق والسعر المثبت في العقد على المشتري فضلا عن أي نفقات يمكن عن تنشا من جراء الاستعداد لبيع البضاعة كأجور التخزين والحفظ استعدادا لبيعها. (٥٢)

والحقيقة ان تبني قاعدة سعر السوق – من وجهة نظرنا المتواضعة – تنسجم تمام الانسجام مع اقتصاد السوق حيث تشتد المنافسة بحيث ان المتعاقدين يمكن ان يجدا ما تعاقدا عليه بيسر، فضلا عن انسجامها مع معطيات التجارة الدولية حيث يواجه الدائن في اجبار مدينه على تنفيذ التزامه عينا صعوبات كبيرة من الناحية العملية وتأخير كبير يسبب اضرار جسيمة للمتعاقدين وهذا ما حدا بانقافية فينا لتبني احكام قانون بيع البضائع فيما يتعلق بالجزاء المترتب على الاخلال بتنفيذ الالتزام في ميدان عقد البيع.

المبحث الثالث: نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في بعض القوانين المدنية العربية وموقف القضاء العراقي منها

سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في القوانين العربية ونفرد المطلب الثاني الى موقف القضاء العراقي منها

المطلب الأول: نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في بعض القوانين العربية

بادي ذي بدء ان القوانين المدنية العربية لا تعرف نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية كقاعدة عامة توازي نظرية الفسخ او كأمتداد لها (٥٣)، رغم ان ذلك لا ينفي وجود بعض النصوص القانونية – كما يشير جانب من الفقه المصري – التي تشكل تطبيقا من تطبيقات هذه النظرية. ففي ميدان عقد المقاولة نصت المادة ٨٦٨ من القانون المدني العراقي على انه" اذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل او تأخر عن انجازه تأخرا لا يرجى معه مطلقا ان يتمكن من القيام

به كما ينبغي في المدة المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول اجل التسليم". غير ان هذا النص – وان كان تطبيقا حقيقيا لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية املته الضرورات العملية – يقف على مشارف هذه النظرية لانه تطبيق متشدد لها باشتراطه ان يكون تأخر المقاول لا يرجى معه مطلقا انجاز العمل بحيث ان المخاوف التي تولدت لدى رب العمل بعدم امكانية المقاول في اتمام العمل في الاجل المحدد له تصل الى درجة اليقين وهذا ما لا يستطيع اثباته – من الناحية العملية – الا اذا كانت الفترة الزمنية بين رفع الدعوى للتأخر المقاول في انجاز العمل وبين ميعاد الابتداء به او انجازه قصيرة جدا وهذا ما يفقد جزءا مهما من اهميته العملية. (٥٤) وقد حاول الدكتور محمد لبيب شنب محاولة جادة في التقريب بين نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية وبعض الانظمة القانونية المعرفة في التقنيات المدنية العربية كالحالات التي تنتفي فيها الحاجة الى اعذار المدين او حالات سقوط الاجل او مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. (٥٥) فحاول – على سبيل المثال – التقريب بين مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ونظرية الجحود على اساس ان جحود المدين لالتزاماته العقدية يشكل انتهاكا للواجب القانوني المفروض عليه بتنفيذ التزامه بحسن نية وفي ذلك يقول " فإذا جحد المدين عقده بأن اتخذ مسلكا يجعل من المستحيل عليه عند حلول الاجل المضروب له ان ينفذ التزامه، فان هذا الجحود يعتبرا اخلالا منه بواجب مراعاة حسن النية في تنفيذه لعقده، بحيث يصبح مستأهلا للجزاء المقرر لهذا الاخلال". ويضيف قائلا" كذلك فان مجرد تصريح المدين بأنه لان ينفذ التزامه عندما يحل أجله يعتبر اخلالا منه بمبدأ حسن النية، ولو لم يصحبه أي فعل من شأنه ان يجعل تنفيذ الالتزام المؤجل مستحيلا او عسيرا". (٥٦) ومع تقديرنا لرأي الدكتور محمد لبيب شنب فأنه ليس هناك تماهي تام بين نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، فليس كل جحود من المدين للالتزاماته العقدية يعتبر اخلالا بواجبه في تنفيذ العقد بحسن نية فقد يبذل المدين قصارى جهده في الاستعداد لتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه العقد ومع ذللك يبقى جاحدا لعقده. فاذا حدث اضراب في مصانع البائع او احترقت هذه المصانع بفعل خطأ ارتكبه احد عماله بحيث اصبحت هنالك مخاوف جدية في عدم قدرته على تنفيذ التزامه فانه يعتبر في حالة جحود لعقده تبرر طلب دائنه فسخ عقد البيع ابتسار

على الرغم من انه قد يكون بذل قصارى جهده في تفادي هذا الاضراب او تلافي نتائج الحريق.

ومن وجهة نظرنا المتواضعة فان القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري قد اوردا العديد من النصوص القانونية التي لا يمكن تفسيرها وتأصيل الاحكام الواردة فيها الا وفقا لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية، ومن هذه النصوص ما أورده المشرع العراقي في المادة ٧٨٥ – في نطاق عقد الايجار – والتي نصت على انه "١ – لا يترتب على اعسار المستأجر ان تحل اجرة لم تستحق.

٢–ومع ذلك يجوز للمؤجر ان يطلب فسخ الايجار اذا لم تقدم له في ميعاد مناسب تأمينات تكفل الوفاء بالاجرة التي لم تحل، وكذلك يجوز للمستأجر الذي لم يرخص له الايجار او التنازل عنه، ان يطلب الفسخ على ان يدفع تعويضا عادلا. " فالمشرع العراقي هنا يقرر قاعدة هنا مفادها ان التزام المستأجر بدفع الاجرة لا يحل لمجرد اعساره اذ ان طبيعة عقد الايجار الزمنية تتنافى مع فكرة سقوط الاجل التي نص عيها المشرع العراقي في المادة ٢٩٥ من تقنينه المدني، فكل وحدة انتفاع يحصل عليها المستأجر يقابها مقدار من الاجرة حسب ما هو مثبت في عقد الايجار ولا يمكن الزام المستأجر باجرة لم يأخذ عنها ما يقابها من انتفاع. (٥٧) ولكن لما كان المستأجر في حالة اعسار فأن ثمة مخاوف جدية ومعقولة قد تولدت لدى المؤجر في عدم قدرة المستأجر على سداد ما قد يترتب في ذمته اذ ما حان اجلها ولهذ فقد اعطى المشرع للمؤجر – طبقا لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية – الحق في طلب فسخ عقد الايجار ابتسارا حتى يجنبه مخاطر عدم سداد المستأجرالاجرة التي لما يحين اجل استحقاقها.

ويجدر بالاشارة هنا ان العلامة د. عبد الرزاق السنهوري قد اصل حق المستأجر وحق المؤجر في انهاء العقد على اساس نظرية الفسخ للعذر المعرفة في المذهب الحنفي (٥٨)، ومع احترامنا لرأي العلامة الجليل واتفاقنا معه من ان حق المستأجر في الفسخ في حالة اعساره يستند الى نظرية الفسخ للعذر ذلك ان موارد المستأجر المالية بعد شهر اعساره قد اصبحت تضيق عن دفع الاجرة ولهذا فقد منحه المشرع حق الفسخ، فان هذه النظرية لا يمكن ان تبرر او تفسر لنا حق المؤجر في فسخ عقد الايجار بعد اعسار المستأجر ذلك ان حق الفسخ للعذر لصيق بالشخص الذي طرأ عليه (المستأجر في هذه الحالة) ولا يمكن ان نجد تبريرا

وتأصيلا لحق المؤجرالا في ضوء نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية. (٥٩)

وفي ميدان عقد البيع نصت المادة (٥٧٦) من القانون المدني العراقي على انه"١ – اذا تعرض احد للمشتري مستندا في حق سابق على عقد البيع او آيل من البائع او اذا خيف لاسباب جدية على المبيع ان يستحق، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد ان يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض او يزول خطر الاستحقاق، ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة ان يطلب باستفياء الثمن على ان يقدم كفيلا". فالفرض الثاني من هذا النص ما هو الا تطبيق لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية اذا ان المشرع قد اعتبر البائع جاحدا للالتزامه بضمان عدم التعرض ابتسارا في كل الاحوال التي تقوم فيه اسباب جدية تعرض المشتري الى خطر استحقاق المبيع في يده كما لو تقدم الغير إلى المشتري بعقد بيع سابق على عقده او لاحق عليه وانتقلت حيازة الشيء المنقول المعين بالذات الى هذا الغير او عرف المشتري بأن اجرات نزع الملكية تمت المباشرة فيها ولما تنتهي بعد او ان بائعه قد تصرف في ملك الغير. وفي ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها " مفاد نص المادة ٤٥٧ الفقرة الثانية من القانون المدني – وعلى وجه ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ان المشرع اجاز للمشتري حبس الثمن اذا تبين له وجود سبب يخشى معه نزع المبيع من تحت يده، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في ان يحبس ما لم يكن قد اداه من الثمن ولو كان مستحق الاداء حتى يزول الخطر الذي يتهدده، وعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه نزع الملكية من تحت يده لا يكفي بحد ذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لانه قد يكون محيطا بالخطر الذي يتهدده ويكون في ذات الوقت معتمدا على البائع لدفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن. ولم يقصر المشرع في المادة المذكورة حق المشتري في حبس الثمن على وقوع تعرض له بالفعل وانما اجاز له هذا الحق ايضا ولم لم يقع التعرض اذا تبين له سبب جدي يخشى معه نزع المبيع من تحت يده. وتقدير جدية السبب الذي يولد الخشية في نفس المشتري نزع المبيع من تحت يده هو امر من الامور التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض متى اقام قضاءه على اسباب سائغة تكفي لحمله. " (٦٠) ولا يمكن القول في هذا الفرض ان البائع قد اخل بالتزامه بضمان التعرض والاستحقاق اخلالا حقيقا وليس ابتسارا اذا ان التزام البائع بضمان

التعرض والاستحاق وان كان قائما منذ اللحظة التي ابرم فيها عقد البيع الا ان مفاعيله وآثاره القانونية تكون في حالة سبات الى ان يقع التعرض فعلا فأثر التزام البائع بضمان التعرض وهو تدخله لرد التعرض قد علقه المشرع على شرط واقف مفاده قيام تعرض من الغير. غير ان المشرع قد حور من الجزاء المترتب على جحود البائع بالتزامه بضمان التعرض فلم يجعله فسخ العقد بل لطف منه وجعله امتناعه مؤقتا للمشتري عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن.

ويجدر بالاشارة هنا ان المشرع المصري في نطاق بيع ملك الغير قد منح المشتري حق ابطال البيع سواء اكان عالما بأن الشخص الذي تصرف له مالكا للشيء محل العقد ام لا، وان اثرعلم المشتري ينحصر بمدى امكانية رجوعه على من تصرف له بالتعويض. فقد نصت المادة ٤٦٦ من القانون المدني المصري على انه "١ – اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري ان يطلب ابطال البيع، ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد او لم يسجل. " وقد حدث خلاف عميق لدى فقهاء القانون المصري حول طبيعة البطلان في بيع ملك الغير والاساس القانوني الذي يستند اليه، ويلخص العلامة د. عبد الرزاق السنهوري هذا الخلاف على النحو التالي: " لذلك لا نرى بدا من القول بأن بيع ملك الغير ليس بعقد باطل ولا بعقد موقوف، بل هو عقد قابل لابطال كما يقطع بذلك صريح النص. ") ٦١ (ويضيف قائلا" واكثر الفقهاء يفترضون ان النص ليس الا تطبيقا للقواعد العامة، ثم يبحثون في نطاق هذه القواعد عن سبب البطلان، فيحتدم الخلاف بينهم ويتضاربون. والواقع من الامر ان البطلان هنا خاص بالبيع، انشأه نص تشريعي خاص، لعلة معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع. ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان. من ذلك ان بيع ملك الغير يجيزه المالك الحقيقي، وينقلب صحيحا اذا اصبح البائع مالكا للمبيع، مع ان العقد القابل للابطال لا ينقلب صحيحا الا اذا اجازه العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشتري. فلا بد اذن من القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة، وقد انشأه نص تشريعي صريح واستند في انشائه الى علة معقولة. " (٦٢)

والحقيقة ان الالتجاء الى نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية تفسر لنا بيسر وعمق كل الاحكام التي وضعها المشرع المصري في نطاق بيع ملك

الغير ومن هنا تأتي اهمية هذه النظرية بأعتبارها اضافة اصيلة الى النظرية العامة للالتزامات. فلو قلنا لماذا اعطى المشرع المصري المشتري حق ابطال عقد البيع؟ لكانت الاجابة وفقا لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية: ان المشتري قد قامت لديه اسباب معقولة وراجحة – ان لم تكن يقينية – في عدم قدرة مدينه – البائع الفضولي – في تنفيذ التزاماته العقدية، فأذا كان البائع الفضولي لم يسلم العين المبيعة الى المشتري – وكانت في حيازة المالك – امكن بيسر القول ان البائع الفضولي سوف لن ينفذ التزامه بالتسليم فلم يبقى المشتري ملتزما بعقد اثبت وقائع الحال عدم قدرة مدينه على تنفيذه؟!، واذا كان البائع الفضولي قد سلم العين المبيعة كما لو كانت في حيازته بصفته مستأجرا، فأن التزامه بضمان التعرض والاستحقاق سوف لن ينفذه حتماً: لكون الشيء ملوكا لشخص اخر – فالعين المبيعة محل عقد البيع سوف تستحق عاجلا ام اجلا من قبل المالك الاصلي وخاصة ان الغرض الاقتصادي للمشتري هو في الحصول على مبيع تستقر ملكيته اليه. ولهذا كان من حسن السياسة التشريعية اعطاه الحق في ابطال العقد. واذا استطاعت هذه النظرية ان تفسر لنا وجود حق المشتري في الابطال، فانها بذات اليسر والعمق تستطيع تفسير الحالات التي يسقط فيها حق المشتري في الابطال في حالة اجازة المالك الاصلي للعين المبيعة لعقد الفضولي وحالة ايلولة العين المبيعة الى ملك البائع الفضولي، وهذا ما قررته المادة ٤٦٤ من القانون المدني المصري والتي نصت على انه" ١ – اذا اقر المالك البيع، سرى العقد في حقه، وانقلب صحيحا في حق المشتري. ٢ – وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري اذا الت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد. " ففي هاتين الحالتين تتقوض الاسس التي اعطى المشرع المصري فيها الحق للمشتري في ابطال العقد وتنفي المخاوف التي انتابت المشتري في عدم تنفيذ العقد ففي الحالة الاولى – اجازة العقد من قبل مالك الشيء – اصبح مالك الشيء هو البائع وخرج الفضولي من صفقة البيع ولم يعد ثمة شك يعتري المشتري في عدم قدرة بائعه في تنفيذ التزاماته، وكذلك هو الموقف في الحالة الثانية – ايلولة ملكية الشيء المبيع الى الفضولي – فقد اصبح الفضولي مالكا للشيء ولم يعد ثمة عائق يحول بينه وبين تنفيذ التزاماته العقدية واذ لم ينفذها اجبر على تنفيذها كما هو الحال في اي عقد اخر. (٦٣) اما بالنسبة الى موقف المشرع العراقي في هذه المسالة، فلم يعط المشتري الحق في الابطال، فبيع ملك الغير في القانون العراقي – وسائر

التصرفات القانونية التي تصدر من اشخاص ليسوا مالكين للعين محل التصرف – موقوف على اجازة المالك وحده، ٦٤ وهذا ما قضت به المادة ١٣٩ من القانون المدني العراقي"١ – من تصرف في ملك غيره بدون اذنه، انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك. ٢ – فأذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا ويطالب الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الاخر. " الا ان المشرع قد جافى المنطق القانوني السليم في تنظيمه لاحكام بيع ملك الغير، فهو لم يكتف بعدم اعطاءه الحق للمشتري في ابطال العقد، بل حمله تبعة هلاك المعقود عليه حتى لو كان الهلاك بسبب اجنبي وحتى لو لم يكن عالما بأن من تصرف له فضولي ام لا. وهذا ما قضت به المادة ١٣٩ والتي نصت"٤ – واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه، فللمالك ان يضمن قيمتها ايهما شاء فأذا اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الاخر. " واذا كان البيع في صورة مقايضة فقد حرم المشرع العراقي من تعاقد مع الفضولي حتى حق الرجوع على الفضولي بما قايضه به في حالة هلاك هذا الشيء في يد الفضولي اذا وقع هذا الهلاك بدون تعد منه، وكأن المشرع العراقي يعامل من تعاقد مع الفضولي معاملة اشد قسوة من معاملة الفضولي نفسه!. (٦٥) وهذا ما نصت عليه المادة ١٣٩ "٣ – واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف واذا كان العاقد الاخر قد ادى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فأن هلك في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الاخر قد اداه عالما انه فضولي فلا رجوع له بشيء منه. " (٦٦) وكان يجدر بالمشرع العراقي ان يمنح المشتري مع الفضولي الحق في ابطال العقد او فسخه حتى يتخلص من المسؤولية المحتملة له في حالة هلاك الشيء الملوك للغير فليس من المنطق القانوني في شيء ان احمل شخصا المسؤولية واسد عليه اي منفذ في التخلص منها، بل ندعو المشرعين العراقي والمصري الى تعميم حق الابطال ليس للمشتري من البائع الفضولي فقط بل لسائر الاشخاص الذين يتعاقدون مع اشخاص فضوليين – كالمستأجر من المؤجر الفضولي والمرتهن من الراهن الفضولي – في التصرفات القانونية كافة.

ورغم القيمة العملية الكبيرة للتطبيقات التشريعية هذه التي أوردها المشرع العراقي لنظرية الجُحود المُبتسر للالتزامات العقدية، فان هذه الأهمية تبقى قاصرة في نطاق هذه النصوص التي أشار إليها المشرع ولا تتعدها الى غيرها وكان حري به ان يجعل منها نظرية عامة وينزلها بها في مقامها المناسب في نظرية

العقد في النصوص المتعلقة بفسخ العقد. وفي راينا المتواضع كان يجدر بالمشرع العراقي ان يمد تطبيق نظرية الجُحود المبتسر لالتزامات العقدية الى الحالات التالية:

١–حالة العقود ذات الطبيعة المتشابه او المتماثلة كما هو الحال في عقد التوريد او عقود المقاولة، يعتبر التأخر او التخلف في تنفيذ أي دفعة من الدفعات جحودا مبتسرا للدفعات الاخرى يخول المورد له فسخ العقد، وكذلك الحال اذا ما احيل اكثر من عقد مقاولة الى مقاول – كما يحث كثيرا في عقود الاشغال العامة في العراق – فان اخلال المقاول بالالتزامات الناشئة عن احد تلك العقود – سواء تجسد بعدم التنفيذا او التأخر فيه او التفيذ المعيب – يعتبر جحودا مبتسرا لباقي تلك العقود يبرر للرب العمل فسخ تلك العقود. ولهذا المبدأ الذي نقترحه اهمية كبرى في عقود المقاولات العامة في العراق اذ كثير من تحال جملة من عقود المقاولة الى مقاول واحد مما يوفر حماية قانونية متميزة لرب العمل لا تسمح بها الاطر التقليدية في نطاق نظرية العقد.

٢–حالة العقود ذات الارتباط الغائي والتي تبرم من اجل تسهيل تنفيذ عقود اخرى كما هو الحال في الكفالات المصرفية وخطابات الضمان والاعتمادات المستندية والتي تبرم من اجل تنفيذ عقود البيع وخاصة الدولية منها او عقود المقاولات، فان عدم ابرام هذه العقود او التأخر في ابرامها يعتبر جحودا مبتسرا للعقد البيع او المقاولة يبرر للبائع ورب العمل فسخ العقد.

٣–في حالة انهيار المركز المالي للمقاول في عقد المقاول او رب العمل في عقد العمل كما لو كان المقاول او رب العمل كما قد دخلا في فترة الريبة او تم اشهار افلاسهما او اعسارهما، فان ذلك الانهيار المالي يعتبر جحودا مبتسرا لعقدي المقاولة والعمل يبرر لرب العمل وللعامل ان يفسخا عقديهما لانه قد قامت شكوك جدية في عدم قدرة المقاول ورب العمل في تنفيذ الالتزامات الناشئة عنهما.

ويجدر بالإشارة في هذا المجال ان المشرع المدني العراقي لم يجعل من افلاس المقاول سببا يبرر لرب العمل فسخ العقد وهذا ما حدا بجانب من الفقه العراقي الى القول باستمرار عقد على الرغم من افلاس المقاول حيث يوكل العمل الى السنديك (امين التفلسية) لاستمرار بتنفيذه. (٦٧) ومع اتفاقنا مع الرأي المتقدم في ان نصوص القانون المدني العراقي الواردة في عقد المقاولة لا تسمح لرب العمل بفسخ العقد في حالة افلاس المقاول، غير اننا نرى بان المشرع المدني

العراقي قد جانب الصواب في ذلك اذ ان ايكال الاستمرار بتنفيذ الاعمال التي تعهد بها المقاول المفلس فيه خروج عن الهدف الرئيس لعملية الافلاس بما تتضمنه من تصفية المركز المالي للمقاول، فضلا عن ان استمرار في تنفيذ الاعمال يتطلب الارتباط بعقود تخرج عن سلطات الادرارة والمحافظة التي منحها القانون لامين التفلسية في الفقرة الاولى من المادة (٥٨٨) من الباب الخامس النافذ لحد الان من قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠. (٦٨) ونرى كان يجب على المشرع العراقي ان يسمح لرب العمل بفسخ عقد المقاولة في حالة افلاس المقاول استنادا لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية لان افلاس المقاول دليل لا يدانيه الشك في ضعف قدرة المقاول في تنفيذ الاعمال التي تعهد بتنفيذها مما يهدم الاساس الذي بموجبه منح رب العمل ثقته الى المقاول.

المطلب الثاني: موقف القضاء العراقي من نظرية الجُحود المبتسر للالتزامات العقدية

لقد كان القضاء العراقي امينا في تطبيقه لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية فهو لم يطبقها الا في الحالات التي اوردها المشرع المدني ولم يطورمن اجتهاده الى مدها الى حالات اخرى ولم يجعل منها نظرية عامة تسود نظرية العقد كما فعل القضاء الانكليزي. ولقد واجه القضاء العراقي حالات الجحود من احد طرفي العقد اما بتكييف هذا الجحود على اسس قانونية تقليدية في اطار نظرية العقد مما ادى الى عيوب في الاحكام التي اصدرتها او قصور في التسبب او بتجاهل واقعة الجحود ذاتها وهذا ما سنتبينه في استعراضنا لبعض من التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز الموقرة.

فقد ذهبت محكمة التمييز (الاتحادية) (٦٩) في قضية تتلخص وقائعها" بأن المدعي وزير النفط اضافة لوظيفته قد اقام الدعوى المرقمة ٩٦٩/١٥٥ لدى محكمة بداءة بغداد قال فيها بان المدعي عليه الاول (م) وبكفالة المدعى عليه الثاني (م) كان قد ارتبط بموجب عقد مؤرخ في ٢ – ١٠ – ١٠٥٧ معه واستنادا الى الفقرات ١، ٢، ٣ من العقد فقد تعهدت وزارة النفط بارسال المدعى عليه الاول الى انكلترا للحصول على شهادة .BSC لهندسة الكهرباء وبعد دراسة دامت خمس سنوات فقد حصل على الشهادة الموصوفة أعلاه وعاد إلى العراق، وبما انه قد تعهد في الفقرات ١١، ١٢ من العقد المبرم بينهما بان يتعهد المدعى عليه الاول بالخدمة في أي دائرة من دوائر الدولة حسبما تنسبه الوزارة ولمدة توازي

المدة التي قضاها في الدراسة خارج العراق الا انه رغم توجيه الكتب اليه بوجوب مراجعة الوزارة لاجل اكمال إجراءات تعينه بصفته مهندس في مصلحة المنتجات النفطية فلم يلتفت لذلك واخيرا فقد عين في وزارة البلديات بتاريخ ١٣ – ٨ – ١٩٦٤ ثم فصل لتركه الخدمة بتاريخ ١٦ – ٦ – ١٩٦٨ وبذلك يكون قد امضى في الخدمة اقل من خمس سنوات وبهذا يتضح انه خالف احكام العقد، ورغم انذار المدعى عليهما بوجوب تسديد مبلغ ١٨١، ٣٨٤ دينارا وهو المبلغ الذي يقابل ما بقى على المدعى عليه الاول من الخدمة الملزم بادائها بموجب العقد والبالغة سنة واحدة وشهر وثمانية عشرون يوما فانهما ممتنعان عن الدفع. طلب دعوتما للمرافعة والزامهما بالمبلغ المطالب به وتحميلهما المصاريف واتعاب المحاماة.

قضت المحكمة بتأريخ ٣ – ٥ – ١٩٧١ (بعد ان حضر المدعى دعواه بالمدعي عليه الاول) الزام المدعي عليه الاول بان يؤدي الى المدعية المبلغ المطالب به والبالغ ٦١٨، ٣٨٤ دينارا وتحميله مصاريف واجور المحاماة البالغة ٦١، ٨٣٤ دينارا.

ميز وكيل المدعي عليه الاول الحكم المذكور طالبا نقضه بحجة مخالفته للقانون ولاسباب ذكرها في لائحته ملخصها ما يلي: ان محكمة الموضوع لم تلاحظ ان عقد البعثة اعتبر منفسخا نظرا لان الجهات الحكومية موكله لمدة تزيد على السنة من تأريخ عودته حسبما تضمنته الفقرة ١٣ من شروط العقد بالرغم من مراجعته لوزارة النفط (المميز عليها) واجراء المقابلة والاختبار معه وتأييد امكان الاستفادة منه كمهندس اضافة الى ان موكله كان قد انذر المميز عليها بتأريخ ١٠ – ١٩٦٤ واعتبر نفسه بانه قد اصبح في حل من الالتزام بشروط عقد البعثة مشيرا بذلك الى الفقرة ١٣ من العقد. وعليه فليس من حق المميز عليها مطالبته بتنفيذ شروط العقد ومقاضاته ولا مطالبته باي مبلغ اخر طالما ان عقد البعثة اصبح منفسخا وان تعينه في دائرة اخرى خارج ادارة واختصاص المميز عليها بعد ذلك بناء على مراجعته ولا يعني قبوله ضمنا تنفيذ شروط العقد.

فاصدرت محكمة التمييز بتاريخ ١١ – ٢ – ١٩٧٣ وبعدد ١٧٤١/مدنية ثانية/١٩٧١ قرارها التالي: وجد ان الحكم المميز موافق للقانون لان المميز – المدعى عليه – خالف نصوص العقد وترك الخدمة قبل اكمالها عملا بنصوص العقد اما الطعون المنصبة على ان العقد يعتبر منفسخا لان المميز عليه لم يعينه

في ظرف المدة المنصوص عليها في العقد فان هذا الطعن لا محل له قانونا بعد ان تم تعينه المميز لذا قرر رد اللائحة التمييزية وتصديق الحكم وتحميل المميز رسم التمييز.

طعن وكيل المييز بالقرار التمييزي وطلب تصحيحه بحجة مخالفته للقانون ومن ثم نقض الحكم البدائي للاسباب التي بينها في لائحته المؤرخة ١٩ – ٨ – ١٩٧٣، وجد ان الحكم مقدم ضمن المدة القانونية فقررت المحكمة: بعد التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة وجد ان المصحح عليه اقام الدعوى في محكمة بداءة بغداد طالبا الزام طالب التصحيح بان يؤدي له مبلغا قدره (٦١٨، ٣٨٤) دينارا لاخلاله بالتزامه المنصوص عليه في العقد المبرم بين الطرفين بتاريخ ٢ – ١٠ – ١٩٥٧ والذي يقضي بان يخدم طالب التصحيح في دوائر الدولة مدة تعادل المدة التي قضاها في الدراسة خارج العراق اذ ان طالب التصحيح درس خمس سنوات وخدم كموظف من ٣ – ٨ – ١٩٦٤ الى ١٦ – ٦ – ١٩٦٨ حيث فصل لتركه الخدمة. فأصدرت محكمة بداءة بغداد بتأريخ ٣ – ٥ – ١٩٧١ حكما يقضي بالزام طالب التصحيح بالمبلغ المطالب به. فطعن طالب التصحيح بالحكم البدائي تمييزا فأصدرت الهيئة المدنية الثانية قرارا يقضي بتصديق الحكم البدائي تأسسيا على ان طالب التصحيح خالف نصوص العقد وترك الخدمة قبل اكمالها وان الطعون التمييزية التي اوردها والمنصبة على ان العقد يعتبر منفسخا لان (الميز عليه) لم يعينه في ظرف المدة المنصوص عليها في العقد، لا محل لها قانونا بعد ان تم (المميز). وحيث ان الثابت في العقد المبرم بين الطرفين ان البند (١٣) من بنوده جاء فيه ان العقد يعتبر منفسخا اذا لم تستخدم طالب التصحيح احدى الجهات الحكومية خلال مدة سنة من تأريخ عودته من البعثة. ولما كان الثابت في اوراق الدعوى ان طالب التصحيح لم يستخدم لدى الحكومة رغم مرور سنة على عودته من الدراسة ومراجعته المصحح عليه وقد وجه طالب التصحيح انذارا الى المصحح عليه يعلمه فيها بأنه أصبح في حل من التزاماته بالنظر لمرور المدة المنصوص عليها في العقد وعدم استخدامه خلالها. وحيث ان المادة (١٧٨) مدني نصت على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، لذا يكون العقد الذي استند اليه المصحح عليه في الدعوى مفسوخا بحكم القانون قبل اقامة الدعوى. اما تعين طالب التصحيح موظفا في وزارة البلديات فقد تم بعد ان اصبح

العقد المبرم بين الطرفين مفسوخا فلا يصح القول بان تعيين طالب التصحيح يعتبر موافقة منه على تنفيذ العقد المفسوخ. وحيث ان الحكم البدائي المييز قد صدر خلافا لما تقدم لذا يكون مخالفا للقانون ويكون القرار التمييزي المطلوب تصحيحه اذ خالف نص المادة (١٧٨) مدني – حريا بالتصحيح استنادا لاحكام الفقرة أ/من المادة (٢١٩) من قانون المرافعات المدنية فقرر قبول التصحيح ونقض الحكم البدائي المميز واعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق المنهاج المشروح على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة واعادة التأمينات الى طالب التصحيح وصدر القرار بالاكثرية".

ومع احترمنا لما قضت به الهيئة العامة في محكمة التمييز الموقرة فان لنا الملاحظات التالية على الحكم المذكور آنفا:

١–اننا نلاحظ في هذه القضية ان هنالك عقدين قد تم ابرمهما: عقد البعثة الدراسية واتفاق ابتدائي ملزم للجانب واحد (للمدعى عليه طالب التصحيح) على عقد عمل تضمنته الفقرتان الحادية عشرة والثانية عشرة من عقد البعثة، ولم تلاحظ الهيئة العامة الموقرة ان طالب التصحيح (المدعى عليه) قد قام بتنفيذ مجمل الالتزامات الواردة في عقد البعثة الدراسية فقد اكمل دراسته بنجاح في مدة الخمسة سنوات الواردة في العقد ونفذ مضمون الاتفاق الابتدائي بوضع نفسه تحت تصرف وزارة النفط (المدعي المصحح عليه) بعد ان قام باجراء المقابلات والاختبارات اللازمة، غير ان وزارة النفط قد جحدت عقد العمل المستقبلي ابتسارا المشار اليه في الفقرتان الحادية عشرة والثانية عشرة من عقد البعثة الدراسية وسلكت سلوكا ينطوي على نية واضحة في عدم الرغبة في ابرام هذا العقد وسدت كل السبل امام ابرامه خلال مدة السنة المتفق عليها لاجراء العقد. وكان المفروض على الهيئة العامة الموقرة ان تستند في رد دعوى المدعي (المصحح عليه) الى قيام المدعى عليه (المصحح) بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد البعثة الدراسية.

٢–ان الهيئة الموقرة قد انساقت الى الوصف الذي اسبغه وكيل المدعي عليه (طالب التصحيح) على الانذار الذي وجهه الى الوزارة باعتباره الاجراء الذي ترتب عليه فسخ العقد، وكان يتوجب عليها الا تتقيد بما اسبغه عليه وكيل المدعي عليه من وصف فالانذار بمعناه الفني الدقيق هو دعوة المدين من قبل دائنه الى تنفيذ العقد وجعله في موضع قانوني تترتب عليه مسؤوليته، فما قام به المدعى عليه لا يعدو ان يكون اشعارا او اعلاما بانه قد قام بتنفيذ التزامه

ولذلك قد اصبح في حل من التزامه الوارد في عقد البعثة في العمل لدى الوزارة لا لان عقد البعثة قد انفسخ بل لانه قد نفذ.

٣–ان الهيئة العامة الموقرة قد استندت في حكمها الى اعتبار عقد البعثة مفسوخا من تلقاء نفسه بعد الانذار الذي سيره المدعى عليه (طالب التصحيح) ولكن مقتضى الفسخ وكما تقضي به المادتان ١٧٩ و١٨٠ من القانون المدني ويتوجب في هذه الحالة على المدعى عليه (طالب التصحيح) رد ما قبضه من مبالغ، وهذه النتيجة تناقض ما رغبت الهيئة الموقرة في الحكم به.

وذهبت محكمة التمييز (الاتحادية) في حكم آخر لها على أن قيام رب العمل بإنهاء عقد المدعي قبل انتهاء مدته فلا يحق للمدعي طلب إلغاء القرار الإداري لان العقد قد انتهت مدته إثناء أقامة الدعوى ولا يحق له المطالبة بالأجر لأنه كان قد ترك العمل وان الأجر يكون لقاء العمل في قضية تتلخص وقائعها بانه" ادعى المدعي (ع) لدى محكمة القضاء الإداري انه تبلغ بالأمر الإداري المرقم ١٧٣٦ الصادر بالعدد ٦٠٨١٨ والمؤرخ في ٢٠٠٥/١١/٢٠ بتاريخ ٢٠٠٥/١١/٢٩ المتضمن إنهاء فترة العقد وانتفاء الحاجة لخدماته استناداً للفقرة الخامسة من العقد، رغم أن العقد المبرم بين الطرفين ينص في الفقرة (خامساً: منه (يعتبر العقد مجددا بصورة تلقائية لمدة سنة أخرى إذا لم يصدر أمر إداري بتجديده) وان الفقرة (ثالثاً: منه تضمنت أن مدة العقد سنة واحدة تبدأ من ٢٠٠٥/٥/١٢ وتنتهي في ٢٠٠٦/٥/١١ ولان السنة المذكورة لم تنته بعد، ولان مدة عمله في الهيئة هي لستة أشهر فقط وهي اقل من المدة المتفق عليها لذا لا يمكن تطبيق الفقرة الخامسة من عقد العمل المبرم بين الطرفين، وانه تظلم من قرار فصله وإنهاء خدماته إلا أن المدعى عليه لم يستجب للطلب وسكت عن التظلم، لذا طلب دعوته للمرافعة والحكم بإلغاء قرار إنهاء عقده وإعادته إلى عمله لدى المدعى عليه واحتساب رواتبه من إنهاء فترة العمل لحين المباشرة وفقا لقانون الهيئة باعتباره لازال يعمل لديها وان إنهاء عمله كان بقرار تعسفي، قررت محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٠٠٦/٢/١ وبعدد ٢٠٠٦/١٤ أحالة الدعوى إلى محكمة العمل وبتاريخ ٢٠٠٦/٢/٢٧ وبعدد ١٣٧/عمل/٢٠٠٦ قررت المحكمة الأخيرة أحالة الدعوى إلى محكمة بداءة الكرادة للنظر فيها حسب الاختصاص الوظيفي، أصدرت محكمة بداءة الكرادة بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٢٧ وبعدد ٧٣٦/ب/٢٠٠٦ حكما حضوريا يقضي برد دعوى المدعي وتحميله المصاريف وأتعاب محاماة وكيل المدعى عليه. ولعدم

قناعة المدعي بالقرار المذكور فقد طعن به تمييزا طالبا نقضه بلائحته المؤرخة ٢٠٠٦/٩/٢١ أصدرت محكمة التمييز بتاريخ ٢٠٠٧/٢/١١ وبعدد ٨٤٤/مدنية منقول/٢٠٠٦ حكما يقضي بنقض القرار المميز وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفق ما جاء بالقرار التمييزي، أصدرت محكمة بداءة الكرادة بتاريخ ٢٠٠٧/٥/١٤ وبعدد ٧٣٦/ب/٢٠٠٦ حكما حضوريا يقضي برد دعوى المدعي وتحميله المصاريف وأتعاب محاماة وكيل المدعى عليه مبلغا مقداره عشرة ألاف دينار، ولعدم قناعة المدعي بالحكم المذكور فقد طعن به تمييز اللاسباب الواردة بلائحته التمييزية المؤرخة ٢٠٠٧/٦/٧. فاصدرت الهيئة الموسعة المدنية حكمها التالي:

لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً. ولدى عطف النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند إليها وان محكمة الموضوع فصلت في طلبات المدعي المميز في ضوء القرار التمييزي الصادر في الدعوى بعدد ٨٤٤/مدنية منقول/٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/٢/١١ حيث تبين من وقائع الدعوى ومستنداتها أن المدعي المميز كان قد تعاقد مع المدعى عليه إضافة لوظيفته بعقد عمل مؤقت لمدة سنة واحدة تنتهي في ٢٠٠٦/٥/١١ وان الأخير كان قد اصدر أمراً بإنهاء عقد المدعي قبل انتهاء مدة العقد الأمر الذي دفع المدعي إلى إقامة الدعوى للمطالبة بإلغاء أمر إنهاء خدمته ودفع رواتبه من تاريخ صدور لأنه يترتب على إلغاء الأمر إعادة المدعي إلى عمله ويتعارض مع أحكام العقد الذي انتهت مدته، أما عن مطالبة المميز بدفع رواتبه فان المدعي كان قد ترك العمل عقب صدور أمر إنهاء عقده وان استحقاقه الأجر يكون لقاء العمل لذا فان مطالبة المدعي بالأجر ليس لها سند من القانون لذلك قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق. (٧٠) في ومع احترمنا لما قضت به الهيئة العامة في محكمة التمييز الموقرة فان لنا الملاحظات التالية على الحكم المذكور أنفا:

١- إن الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الموقرة لم تلاحظ ما صدر من تصريح من رب العمل والذي اعرب فيه بشكل صريح عن عدم رغبته في الاستمرار بتفيذ عقد العمل عن طريق الامر الاداري بفصل المدعي (طالب التصحيح) والذي ثبت قضائيا عدم احقيته فيه بناء على امر الالغاء الصادر من حكمة

القضاء الاداري الموقرة، وهذا ما يشكل جحودا مبتسرا من رب العمل لالتزاماته العقدية الواردة في عقد العمل وبالاخص التزامه بدفع الاجرة للشهور الست المتبقية من عقد العمل المحدد المدة، مما اخل بصحة الحكم الصادر.

٢–ان الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الموقرة قد جانبت الصواب في التسبيب الذي استندت اليه في حكمها وهو الطبيعة الزمنية لعقد العمل والتي تقضي بأن اجرة العامل تستحق وتقاس بمقدار العمل المودى حيث ان هذا التبرير صحيح لو ان العامل قد ترك العمل بدون مبرر او ان العقد قد انقضى بأنقضاء مدته واستمر العامل في العمل على الرغم من معارضة رب العمل، ولم تلتفت الى ان الانهاء المبتسر لعقد العمل المحدد المدة يعد اخلالا بعقد العمل ويوجب، من ثم، المسؤولية العقدية على الطرف الذي قام بفسخه سواء اقترن هذا الفسخ بتعسف منه او لم يقترن. ويجدر بالاشارة هنا ان نصوص القانون المدني المنظمة لعقد العمل والحاكمة في هذه القضية (٧١)، لم تشر إلا الى أسس تقدير التعويض في حالة الفسخ التعسفي لعقد العمل غير محدد المدة في المادتين ٩١٨ و٩١٩ منه، فأن ذلك لا يستنتج منه بأن المشرع المدني العراقي لا يعوض في حالة الانهاء المبتسر لعقد العمل محدد المدة لان المشرع قد ترك ذلك الى القواعد العامة الواردة في الفقرة الثانية من المادة ١٦٩ من القانون المدني والتي توجب تعويض المتعاقد المضرور عما فاته من كسب وما لحقته من خسارة.

٣–كان على الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الموقرة أن تنقض الحكم وترشد محكمة الموضوع إلى وجوب تعويض المدعي (طالب التصحيح) عن أجرة الشهور الست المتبقية من عقده كأساس أولي لتقدير التعويض مع الأخذ بنظر الاعتبار جهد عامل حريص يسعى الى الحصول على عمل يتناسب مع حرفته ومهارته ومدى توفر فرص عمل مناسبة في المنطقة التي يقيم فيها العامل. (٧٢)

الخاتمة

(النتائج والتوصيات)

النتائج:

يمكن إجمال أهم ما توصل إليه الباحث بالنتائج الآتية:

١–إن نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية هي نظرية قضائية النشأة والتأصيل أوجدها القضاءان الإنكليزي والاميركي واستندا في ايجادها الى مبررات قانونية عملية وسمحا بموجبها للدائن ان يفسخ العقد الذي ابرمه مع مدينه في كل الاحوال التي تظهر فيه امارات واضحة في عجز مدينه عن وفاء التزامات اذا ما حان اجل استحقاقها.

٢–ان النقد الذي وجه إلى نظرية الجحود سواء من حيث افتقارها الى أساس قانوني سليم او في أضعافها للقوة الملزمة للعقد هو نقد يجانب الصواب، فدعوى الفسخ المبتسر للعقد تستند إلى واجب عام مفرض بحكم القانون يلزم ما اعطى تعهدا بموجب عقد ان يحافظ على تعده وألا يسلك مسلكا من شأنه ان يقوض هذا التعهد، وان هذا الواجب العام مستقل من حيث وجوده ومصدره عن التزام المدين المؤجل التنفيذ بموجب العقد المبرم.

٣–ان الوقائع المشكلة للجحود المدين لعقده متنوعة من حيث طبيعتها ومصدرها، فقد تنشأ من اعلان صريح من المدين – قبل حلول الاجل المحدد لتنفيذ الالتزام – يعبر فيه عن نيته في عدم تنفيذ التزامه او اتخاذ مسلك من شأنه ان يجعل تنفيذ التزامه المؤجل التنفيذ مستحيلا من الناحييتين المادية او القانونية، او تنشأ من ظروف خارج ارادته تجعله غير قادر على تنفيذ التزامه.

٤–يشترط في الوقائع المشكلة لجحود المدين ان تؤدي الى انهيار ثقة الدائن بقدرة مدينه على وفاء الالتزام المؤجل بحيث تكون من القوة بمكان بحيث انها تحمل دائنا معتادا الى الاعتقاد بأن مدينه غير قادر على تنفيذ التزامه.

٥–ان حق الدائن في فسخ العقد ابتسارا (أي قبل اوانه) طبقا للاطار الحديث لنظرية الجحود المنصوص عليها في قانون التجارة الموحد الامريكي واتفاقية فينا للبيوع الدولية لا ينشأ تلقائيا بمجرد ثبوت واقعة الجحود، بل يجب على الدائن ان يرسل اشعارا الى مدينه يبين فيه اسباب مخاوفه وماهية الواقعة او الوقائع المشكلة لجحود المدين ويدعوه فيها الى تقديم ضمانات تؤكد جديته في تنفيذ بحيث تزيل واقعة الجحود، فاذا فشل المدين في تقديم هذه الضمانات او لم يقدمها في وقت معقول من الناحية التجارية استقر حق الدائن في فسخ العقد ابتسارا.

٦–ان القضاء الانكليزي قد استقر والى وقت قريب في السير على مبدأ مفاده: انه في حالة ثبوت جحود المدين لالتزاماته المؤجلة التنفيذ، فأن كل الخيارات مفتوحة للدائن فهو مخير بانتظار حلول اجل التزام المدين لمطالبه به وفي

حالة عجز المدين المطالبة بتعويضه عن الاضرار الناتجة عن عدم التنفيذ او يفسخ عقده ابتسار والمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي اصابته من جحود المدين لعقده.

٧- غير ان القضاءان الانكليزي والامريكي سرعان ما ادرك ان السير وفق مبدأ ان كل الخيارات مفتوحة للدائن قد يتعارض مع مبدأ اصيل من مبادئ المسؤولية العقدية الا وهو واجب تخفيف الضرر وخاصة في تلك الاحوال التي توجد فيه نية مضمرة لدى الدائن في عدم رفع الدعوى الى حين حلول اجل تنفيذ الالتزام من اجل زيادة مقدار التعويضات التي سيحصل عليها الدائن من مدينه الجاحد للعقد. ومن ثم فقد ربط القضاءان الانكليزي والاميركي خيار الدائن بين فسخ العقد ابتسار او انتظار حلول اجل الالتزام بطبيعة العقد المبرم بين الدائن والمدين والفترة الفاصلة بين واقعة الجحود وميعاد تنفيذ التزام المدين وطبيعة الواقعة المشكلة للجحود.

التوصيات:

يود الباحث في نهاية بحثه هذا أن يسجل جملة من التوصيات آملا من المشرع المدني العراقي وقضاءنا الموقر أن يأخذ بها لتطوير نظامنا القانوني، وهي على النحو التالي:

١-ضرورة الاهتمام على المستوى الفقهي بالنظريات القانونية للقوانين الانكلوامريكية بعد ان أصبح قسم كبير من هذه النظريات منصوصا عليه في الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية كنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية ونظرية الاخلال الجوهري بالعقد ونظرية انحلال الرابطة العقدية بسبب تغير اساسها (Discharge of Contract by Frustration) فضلا عن التأثير الكبير للدول ذات النهج الانكوامريكي في القوانين المنظمة للملكية الفكرية والتجارة الالكترونية.

٢-نهيب بالمشرع العراقي تبني نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية وإنزالها في موضعها المناسب في النظرية العامة للعقد وعدم الاكتفاء بأيراد تطبيقات تشريعية متناثرة في هذا العقد او ذاك مما يفقد نصوص القانون تناسقها الداخلي، ونقترح النصوص الآتية:

" في العقود الملزمة للجانبين ذات التنفيذ المؤجل، للدائن ان يطلب فسخ العقد اذا اصبح واضحاً: بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه – من مسلك المدين او من

الوقائع والظروف المحيطة به انه غير راغب او غير قادر على تنفيذ الالتزاماته المؤجلة التنفيذ، وتعتبر الوقائع التالية – بوجه خاص – مبررا كافيا لطلب الفسخ:

١–إذا أعلن المدين صراحة انه غير راغب في تنفيذ التزاماته المؤجلة.

٢–إذا سلك المدين مسلكا يجعله غير قادر على تنفيذ ما تعهد به من التزامات مؤجلة من الناحيتين المادية أو القانونية.

ج. إذا ما أحاطت بالمدين ظروف او بوسائله المادية او البشرية – التي يستعين بها في تنفيذ التزاماته المؤجلة – وكانت من القوة والتأثير بمكان بحيث تجعله غير قادر على تنفيذ التزاماته بشكل مطلق او لا يستطيع تنفيذها في اجلها المحدد بالعقد او في اجل معقول بعد ذلك.

د. إشهار إفلاس المدين إذا كان محل التزامه قياما بعمل.

" على الدائن الذي يريد الفسخ بموجب المادة السابقة – فيما عدا الفقرتين (أ) و(د) – ان يرسل أشعارا إلى مدينه يبن فيه مسلك المدين أو الوقائع والظروف التي يتخوف منها ويدعوه إلى تقديم ضمانات كافية تزيل هذه المخاوف، فإذا لم يقم المدين بتقديم هذه الضمانات أو لم يقدمها في وقت معقول استرد الدائن حقه في فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى. "

" على القاضي أن يعتمد في تقديره لمقدار التعويض بموجب المادة السابقة مقدار الخسارة التي لحقت بالدائن والكسب الفائت من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أخذا بنظر الاعتبار بأن على الدائن ان يبذل جهد دائن حريص في تقليل الأضرار التي إصابته من خسارة أو كسب ويعتبر بوجه خاص جهدا حريصا أن يسعى الدائن للحصول على ما تعهد به المدين من أشخاص آخرين مستعدين لتنفيذ ما تعهد به وما يكون بأمكان الدائن ان يقتصده من جراء فسخ العقد قبل اوانه، وما يكون بأمكانه الدائن ان يكسبه لو استثمر وقته في آمر آخر. "

٣–نهيب بالقضاء العراقي الموقر كحل وقتي الى حين ادخال نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في القانون المدني ان يتبنى هذه النظرية في الاحوال التالية:

١–حالة العقود ذات الطبيعة المتشابهة او المتماثلة كعقود التوريد وعقود المقاولة، حيث يعتبر التأخر او التخلف في تنفيذ أي دفعة من دفعات عقد التوريد جحودا مبتسرا للدفعات الاخرى يخول المورد له فسخ العقد، وكذا الحال في عقود

المقاولة وخاصة عقود الاشغال العامة التي تكون الدولة طرفا فيها في كل الاحوال التي يحال فيه اكثر من عقد مقاولة الى مقاول واحد فيعتبر عدم تنفيذ هذا المقاول لالتزامه بموجب احد عقود المقاولة تلك او تأخر في تنفيذه او تنفيذه تنفيذا معيبا جحودا مبتسرا للعقود الاخرى حتى لو لم يحن بعد ميعاد تنفيذها.

٢- حالة العقود ذات الارتباط الغائي والتي تبرم من اجل تسهيل تنفيذ عقود اخرى كما هو الحال في الكفالات المصرفية وخطابات الضمان والاعتمادات المستندية والتي تبرم من اجل تنفيذ عقود البيع وخاصة الدولية منها او عقود المقاولات، فان عدم ابرام هذه العقود او التأخر في ابرامها يعتبر جحودا مبتسرا للعقد البيع او المقاولة يبرر للبائع ورب العمل فسخ العقد.

ج. في حالة انهيار المركز المالي للمقاول في عقد المقاول او رب العمل في عقد العمل كما لو كان المقاول او رب العمل كما قد دخلا في فترة الريبة او تم اشهار افلاسهما او اعسارهما، فان ذلك الانهيار المالي يعتبر جحودا مبتسرا لعقدي المقاولة والعمل يبرر لرب العمل وللعامل ان يفسخا عقديهما لانه قد قامت شكوك جدية في عدم قدرة المقاول ورب العمل في تنفيذ الالتزامات الناشئة عنهما.

مراجع البحث

المراجع باللغة العربية

أولاً: المراجع اللغوية

١–المنجد في اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الثالثة، دار الشروق، بيروت، ٢٠٠٨.

ثانياً: مراجع الفقه الإسلامي

١–ابن رشد الحفيد، ابو الوليد القرطبي الاندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد الأول، المكتبة العصرية، بيروت – لبنان ٢٠٠٤.

٢–الشافعي، الامام ابي عبد الله محمد بن ادريس، كتاب ألام، الجزء الرابع، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ٢٠٠١.

٣–السرخسي، شمس الائمة ابو بكر محمد بن احمد، كتاب المبسوط، المجلد الخامس، الجزء الخامس عشر، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، ٢٠٠٢

٤–محمد بن الحسن بن علي الحر العاملي، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، المجلد السابع الجزء الثالث عشر، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بيروت – لبنان، ٢٠٠٧.

ثالثاً: المراجع القانونية

الكتب القانونية:

١–د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع (العقود التي تقع على الملكية)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

٢–د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السادس – المجلد الاول (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

٣–د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع – المجلد الاول (العقود الواردة على العمل)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩

٤–د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول في مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٨٠.

٥–د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مطبعة وفسيت الوسام، بغداد،، ١٩٧٦.

٦–د. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطابع الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، ١٩٨٢.

البحوث القانونية:

١–د. محمد لبيب شنب، نظرية الجحود المبتسر للعقد، (القسم الاول)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الثانية، يناير ١٩٦١.

٢–د. محمد لبيب شنب، نظرية الجحود المبتسر للعقد (القسم الثاني)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة الثالثة، يناير، ١٩٦١.

المراجع القضائية العربية:

١–المستشار سعيد احمد شعله، قضاء النقض في عقد البيع (مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال ثمانية وخمسن عاما ١٩٣١ – ١٩٨٨)، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨.

٢–مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع، السنة التاسعة والعشرون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤.

٣–رقم القرار ٢١٧/موسعة/٢٠٠٨ الصادر في ١٦/ربيع الثاني/١٤٢٩ هجرية ٢٠٠٨/٤/٢٢ ميلادية.

المراجع باللغات الأجنبية (الإنكليزية والفرنسية)

اولاً: المراجع باللغة الإنكليزية

الكتب القانونية:

١– Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law, Fourth Edition, Pearson, London, 2003.

2– Dennis Keenan, English Law, Part Two, Fourteenth Edition, Person Education Limited, England, 2004.

3– Guest, G. ,H. , Chitty on Contracts, Vol. 1 (the General Principles), Fourteenth Edition, Sweet& Maxwell, London, 1977.

4– Guest, A. G, Chitty on Contracts, Vol. (1) the General Principles, 14th Edition, Sweet & Maxwell, London, 1977.

5– Hardy Ivamy & Paul Latimer, Casebook on Commercial Law, Third Edition, Butterworths, London, 1979.

6– Henry R. Cheeseman, Business Law, Fifth Edition, Pearson, U. S. A, 2004.

7– John D. Calamari & Joseph M. Perillo, The Law of Contracts, Second Edition, West Publishing Company, U. S. A, 1979.

8– Peter de Cruz, Comparative Law in a Changing World, Third Edition, Routledge – Cavenish, London, 2007.

9– Trietle. G. H, The Law of Contract, Seventh Edition, Stevens& Sons, London, 1983.

البحوث القانونية باللغة الإنكليزية

١– Arthur Rosett, Partial, Qualified and Equivocal Repudiation, Cambridge Law Review, Vol. 81, No. 1,1981,.

2– Charles J. Goetz & Robert. E, Scott, the Mitigating principle: Towards a General Theory of Contractual Obligation, Virginia Law Review, Vol. 69, No. 6,1983

2– Daniel Markovits, Contract and Collaboration, The Yale Law Journal, Vol. 113, No. 7,2004,.

متوفر في المكتبة الافتراضية العلمية العراقية وعلى الموقع التالي:

www. ivsl. org

3– Fred,W. Morgan and Karl, A. Boedecher, Punitive Damages after BMW v. Gore 1996, Journal of Public Policy and Marketing, Vol. 16, No. 1,1997.

4– Francis Dawson, Metaphors and Anticipatory Breach of Contract, The Cambridge Law Journal, Vol. 40, No. 1,1981.

5– Gilbey. M, Strub, Convention of International Sale of Goods: Anticipatory Breach Provisions, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 38, No. 3,1989,.

6– Henry Ballantine, Anticipatory Breach and the Enforcing Contractual Duties, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 4,1924.

متوفر في المكتبة الافتراضية العلمية العراقية وعلى الموقع التالي:

www. ivsl. org

7– Jim Leitzel, Reliance and Contract Breach, Law and Contemporary Problems, Vol. 52, No. 1,1989.

8– Miles. E, Harvey, Government Contracts: Damages for Anticipatory Breach, California Law Review, Vol. 46, No. 1,1858, P129 – 132.

متوفران في المكتبة الافتراضية العلمية العراقية وعلى الموقع التالي:

www. ivsl. org

9– Nienaber, P. M, The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy, The Cambridge Law Journal,Vol. 20,No. 2,1962,.

10– Simon Wittakar, How Does French Law Deals With Anticipatory Breach of Contract, International and Comparative Law Quarterly,Vol. 45,No3 (July 1996), p 1.

متوفر في المكتبة الافتراضية العلمية العراقية وعلى الموقع التالي:

www. ivsl. org

11– Thomas, J. M, The effect of a Repudiatory Breach, The Modern Law Review, Vol 41, No. 2,1978,.

متوفر في المكتبة الافتراضية العلمية العراقية وعلى الموقع التالي:

www. ivsl. org

12– Vold, L. , The Tort Aspect of Anticipatory repudiation of Contract, Harvard Law Review, Vol. 41, No. 3,1928.

البحوث القانونية باللغة الإنكليزية عبر شبكة الانترنت

١– Chengwei, liu, Remedies for Non – Performance: Perspective from CIGS, UNIDROIT principles and PECL. Available on: http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/biblio/chengwei. html

2– Chengwei Liu, Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach, http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/biblio/liu9. html

3– Keith A. Rowley, Brief History of Anticipatory Repudiation in Contract Law, http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/biblio/rowley. html

4– Jeffrey. S, Sutton, Measuring of Damages under United Nations Convention on the International Sale of Goods, http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/biblio/sutton. html

5– Mercedeh Azeredo de Silveira, Anticipatory Breach Under the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods, http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/biblio/azeredo. html

6– Trevor Bennett, Bianca – Bonell Commentary on International Sales Law, Reproduced with Permission of Dott. A Guifffre Editore, http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/biblio/bennett – bb71. html

التشريعات والقرارات القضائية الاجنبية عبر شبكة الانترنت

١–نصوص قانون التجارة الموحد الأمريكي:

(2 http: //www. law. cornell. edu/ucc/1/الدول المنظمة لاتفاقية فينا للبيوع الدولية

3) http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/countries/cntries. html

3– http: //cisgw3. law. pace. edu/cases/070220f1. html

4– http: //cisgw3. law. pace. edu/cases/090529u1. html

5– http: //cisgw3. law. pace. edu/cases/001012g1. html

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية

الكتب القانونية

١– Cassin. R, Réflexion sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution, RTDCIV, Paris, 1945.

2– Francois Terre, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit Civil (les Obligation), Dixième Edition, Dalloz,Paris, 2009.

3– Laithier, Y. M, Etude comparative des sanction de inexécution du contrat, LGDl, paris, 2004.

4– Thomas Genicon,, La Résolution Du Contrat Pour Inexécution,L. G. J. D,, Paris, 2011.

هوامش البحث

1– والجحود في اللغة العربية مشتق من الفعل الثلاثي جحد (جحدا وجحودا): انكر شيئا مع علمه به، ويقال جحد فلانا حقه لم يعترف به، ويقال ايضا جحد المعروف انكره. اما المبتسر فهو اسم فاعل مشتق من فعله المضارع ابتسر وماضيه الثلاثي بسر ومعناه اتيان الشيء قبل اوانه، او عمل قبل الاوان. انظر: المنجد في اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الثالثة، دار الشروق، بيروت، ٢٠٠٨، ص ١٨١ وص٩٠.
وقد ترجم بعض من الفقهاء العرب المصطلح القانوني الانكليزي (the theory of Anticipatory Breach of Contract)او المصطلح القانوني الامريكي (the theory of Anticipatory Repudiation of Contract)بنظرية الجحود المبتسر للعقد. انظر د. محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، القسم الاول، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الثانية، ١٩٦٠، ص١. والادق في ترجمة هذا المصطلح – من وجهة نظرنا المتواضعة – بنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية ذلك ان المدين – كما سنرى فيما بعد – لا ينكر العقد من حيث وجوده القانوني بأعتباره تصرف قانوني اتفق عليها الطرفان كما توحي الترجمة المنتقدة، بل ينكر ويجحد الالتزامات الناشئة عنه اما بالتصريح بعدم الرغبة في تنفيذها او بعدم الاستطاعة – المادية او القانونية – في تنفيذها.

٢– ويجدر بالإشارة هنا ان اللغتين الإنكليزية والفرنسية موحيتين جدا في هذا المجال فالترجمة الحرفية للفظ دائن في هاتين اللغتين (creditor), (Créditeur) تعني مانح الائتمان لانهما مشتقان من لفظ الائتمان.(credit), (Crédit)

3– ونود التنويه هنا الى ان هذه الاتفاقية قد دخلت حيز النفاذ في مصر وسوريا في الأول من كانون الثاني لسنة ١٩٨٨ وموريتانيا في الأول من ايلول ٢٠٠٠ ولبنان في الأول من كانون الأول سنة ٢٠٠٩، اما في العراق فعلى الرغم من ان الحكومة العراقية قد انضمت الى هذه المعاهدة في الاول من نيسان سنة ١٩٩١ غير أنها لما يتم نشرها بعد في الجريدة الرسمية. انظر في الدولة المنظمة لهذه الاتفاقية، الموقع الرسمي الالكتروني لهذه الاتفاقية:
http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/countries/cntries. html

4– Thomas, J. M, The effect of a Repudiatory Breach, The Modern Law Review, Vol 41, No. 2,1978, P 137 and Seq.
متوفر في المكتبة الافتراضية العلمية العراقية وعلى الموقع التالي:
www. ivsl. org

Arthur Rosett, Partial, Qualified and Equivocal Repudiation, Cambridge Law Review, Vol. 81, No. 1,1981, P 97 and Seq.

5– Denis Keenan, English Law, Part Two, Fourteenth Edition, Person Education Limited, England, 2004,776.

6– وهذا نص يقوله اللورد كامبل باللغة الإنكليزية:

"" the man who wrongly renounces a contract into which he has deliberately entered can not justly complain if he is immediately sued for a compensation in damages by the man who he has injured: and it seems reasonable to allow an option to the injured party, either to sue immediately or to wait till the time when the act was to be done, which may be advantageous to the innocent party and can not be prejudicial to the wrongdoer".

Hardy Ivamy & Paul Latimer, Casebook on Commercial Law, Third Edition, Butterworths, London, 1979, P80.

7– Keith A. Rowley, Brief History of Anticipatory Repudiation in Contract Law,

http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/biblio/rowley. html 7–

8– Guest, A. G, Chitty on Contracts, Vol. (1) the General Principles, 14th Edition, Sweet & Maxwell, London, 1977, P 702

9– انظر نصوص هذه التوجيهات مذكورة في:

Keith A. Rowley, Op. Cit, P14.

10– سوف نشير الى نصوص هذه الاتفاقية في موضعها المناسب من البحث منعنا للتكرار.

١١– – ويجدر بالاشارة هنا ان القانون المدني الايطالي لسنة ١٩٥٦ قد تبنى نظرية التغير في الظروف المالية للمتعاقدين والتي نصت المادة ١٤٦١ على المبدأ العام فيها والتي اجازت لكل دائن ان يوقف تنفيذ التزاماته المستحقة ان تغيرت الملائة (الظروف) المالية لمدينه تغيرا من شأنه ان يجعل تنفيذ هذا الاخير للالتزاماته المقابلة المستقبلية في خطر بين، ما لم يتوق المدين ذلك بتقديم ضمانات كافية. وقد طبق المشرع المدني الايطالي هذه النظرية في مواضع عدة من بينها المادة ١٨٢٢ والتي اجازت لمن وعد بتقديم قرض ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا تغيرت الملائة (الظروف) المالية للموعود له تغيرا من شأنه ان يجعل من الصعب على الواعد استرجاعه.

والحقيقة ان هذه النظرية وان اشتركت مع نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية في الاساس الذي تقومان عليه: قيام اسباب معقولة تؤدي الى انهيار ثقة الدائن بقدرة مدينه على تنفيذ التزاماته المستقبلية، غير انهما يختلفان من حيث الاثر ومن حيث النطاق: من حيث الاثر ذلك ان نظرية التغير في الظروف المالية تعطي للدائن الحق في عدم تنفيذ التزاماته موقتا ويدخل العقد في حالة سبات مشابه لحالة العقد الموقوف في القانون العراقي، اما اثر نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية فهي تعطي للدائن الحق هو فسخ العقد ابتسارا مع التعويض، ومن حيث النطاق فأن نظرية التغير في الظروف المالية للمتعاقدين ذات نطاق محدود يقتصر على الحالات التي تؤدي الى اضعاف العناصر الموجبة في الذمة المالية للمدين حتى لو لم يرتق هذا الانقاص الى حالة الاعسار او الافلاس، بينما تتسع نظرية الجحود المبتسر الى نطاق ارحب يشمل اضعاف العناصر الموجبة للذمة المالية للمدين وحالة تصريح المدين بعدم رغبته في التنفيذ قبل حلول الاجل المضروب لتنفيذ التزاماته فضلا عن الوقائع التي تجعل المدين عن قادر من الناحيتين المادية او القانونية على تنفيذ ما التزم به.

١٢– Simon Wittakar, How Does French Law Deals With Anticipatory Breach of Contract, International and Comparative Law Quarterly,Vol. 45,No3 (July 1996), p 1.

متوفر في المكتبة الافتراضية العلمية العراقية وعلى الموقع التالي:

www. ivsl. org

13– وهذا نص ما يقوله ديموج باللغة الفرنسية:

" De façon générale, une déclaration indiquant qu'on n'exécutera pas on peut dire que le débiteur, en manifestant …équivaut a une inexécution «nettement sa volonté de ne pas exécuter, déjà viole le contrat.

مشار إليه في:

Thomas Genicon,, La Résolution Du Contrat Pour Inexécution,L. G. J. D,, Paris, 2011, P230.

14– Cassin. R, Réflexion sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution, RTDCIV, Paris, 1945, P545.

15– Thomas Genicon, Op. Cit. , P232 – 233.

وهذا نص ما يقوله هذا الفقيه باللغة الفرنسية:

Si la seule perte de sûretés, qui fait naître un simple risque d'inexécution, " permet d'obtenir la déchéance du terme, on ne voit pas du tout pourquoi d'autre événements, souvent beaucoup plus lourds de conséquence, «n'auraient pas les mêmes effets,qui peut le plus, peut le moins.

ومع ذلك، فهنالك جانب من الفقه الفرنسي يتقيد بحرفية النص ويقصر حالات سقوط الاجل في القانون الفرنسي على المواطن التي يضعف فيها المدين التأمينات الاتفاقية (كالرهن التأميني) التي قدمها بموجب العقد، ولا يشمل حتى حالة انقاص التامينات القانونية كحقوق الامتياز، فضلا عن الاضعاف للضمان العام له. انظر في هذا الرأي:

Francois Terre, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit Civil (les Obligation), Dixième Edition, Dalloz, 2009, P1200 – 1201

والمراجع والقرارات القضائية المشار اليها في هامش رقم (١) من صفحة رقم ١٢٠١ من ذات المرجع.

١٦– Laithier, Y. M, Etude comparative des sanction de inexécution du contrat, LGDl, paris, 2004, P560

وهذا نص ما يقوله هذا الكاتب باللغة الفرنسية:

" La résolution anticipée est parfois d'une indéniable utilité, et plus économique. A quoi bon, en exactement d'une remarquable efficacité effet, attendre le jour de l'échéance du terme lorsque l'on est certain que le débiteur ne s'exécutera pas ? l'attente sera certainement la source «d'une perte de temps et d'argent.

١٧– John D. Calamari & Joseph M. Perillo, The Law of Contracts, Second Edition, West Publishing Company, 1979, P 456.

Keith A. Rowley, Op. Cit, P12.

18– Simon Whittakar, Op. Cit. , P1.

19– Francis Dawson, Metahpors and Anticipatory Breach of Contract, The Cambridge Law Journal, Vol. 40, No. 1,1981, P 83.

Miles. E, Harvey, Government Contracts: Damages for Anticipatory Breach, California Law Review, Vol. 46, No. 1,1858, P129 – 132.

متوفران في المكتبة الافتراضية العلمية العراقية وعلى الموقع التالي:

www. ivsl. org

20– انظر في نفس المعنى:

Treitle, G. H, The Law of Contract, Seventh Edition, Stevens & Sons, London, 1987, P656 – 657.

21– Mercedeh de Silveria, Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for The International sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, Issue 2,2005, P 46. also available on:

2005/article1. pdf_http: //www. njcl. utu. fi/2

22– انظر:

Henry Ballantine, Anticipatory Breach and the Enforcing Contractual Duties, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 4,1924,329 – 352

وفي معرض دفاعه عن نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية يقول " ان القول بان المنطق القانوني لا يمنح أي جزاء قانوني ضد المدين الجاحد لعقده مالم ينفذ تهديده الضار يبدو مسالما ومساويا للقول بان الدولة – أي دولة – لا يمكنها ان تتخذ أي اجراء اذ ما اعلنت دولة اخرى الحرب عليها بل يجب عليها الانتظار حتى يتم اجتاحيها فعلا واحتلال ارضها من قبل الدولة الغازية ". وهذا نص ما قاله

' To say that the law can not logically give any remedy to باللغة الانكليزية enforcing the contract against the repudiator until he actually carries out his injurious act seems as pacific as to say that a country can not take any measure to defend itself upon a mere declaration of war, but must wait until it is actually invaded and occupied by the enemy".

Henry Ballantine, Op. Cit, P 352.

23– Vold. L, The Tort Aspect of Anticipatory Repudiation of Contracts, Harvard Law Review, Vol. 41, No. 3,1928, P 344 – 345.

Keith A. Rowley, Op. Cit, P1

John D. Calamari & Joseph M. Perillo, Op. Cit, P 458.

24– Keith A. Rowley, Op. Cit, P13.

25– Charles J. Goetz & Robert. E, Scott, the Mitigating principle: Towards a General Theory of Contractual Obligation, Virginia Law Review, Vol. 69, No. 6,1983, P975 and Seq.

26– Gilbey. M, Strub, Convention of International Sale of Goods: Anticipatory Breach Provisions, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 38, No. 3,1989, P480.

Keith A. Rowley, Op. Cit, P3.

27– Gilbey. M, Strub Op. Cit, P 483 – 484.

28– Henry R. Cheeseman, Business Law, Fifth Edition, Pearson, U. S. A, 2004, P417.

29– John D. Calamari & Joseph M. Perillo, Ibid,P460.

30– Catherine Elliott and Francs Quinn, Contract Law, Fourth Edition, Person Education Limited, England, 2003. P 215.

31– انظر في ذلك:

Mercedeh Azeredo de Silveira, Anticipatory Breach Under the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods, http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/biblio/azeredo. html

32– انظر نص القرار بالكامل باللغتين الإنكليزية والفرنسية على الرابط التالي:

http: //cisgw3. law. pace. edu/cases/070220f1. html

33– انظر نص القرار بالكامل باللغة الانكليزية على الرابط التالي:

http: //cisgw3. law. pace. edu/cases/090529u1. html

34– John D. Calamari & Joseph M. Perillo, Op. Cit,P462.

وانظر نصوص قانون التجارة الموحد الامريكي على الموقع التالي:

http: //www. law. cornell. edu/ucc/1/35 – 35) John D. Calamari & Joseph M. Perillo, Op. Cit,P464.

36– انظر نصوص قانون التجارة الموحد الامريكي على الموقع التالي:

http: //www. law. cornell. edu/ucc/1/37 – 37) Daniel Markovits, Contract and Collaboration, The Yale Law Journal, Vol. 113, No. 7,2004, P 1446 – 1464.

BMG Publishing Group, Informed Consent: Ethical, Legal, and Medical Implication, British Medical Journal, Vol. 286, No. 6371,1983, P 1118.

متوفران في المكتبة الافتراضية العلمية العراقية وعلى الموقع التالي:

www. ivsl. org
38– انظر نصوص قانون التجارة الموحد الامريكي على الرابط التالي:
http: //www. law. cornell. edu/ucc/1/39 – 39) Trevor Bennett, Bianca – Bonell Commentary on International Sales Law, Reproduced with Permission of Dott. A Guifffre Editore,
http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/biblio/bennett – bb71. html
40– Trevor Bennett, Ibid,
http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/biblio/bennett – bb71. html
41– انظر نص قرار المحكمة باللغة الانكليزية على الموقع التالي:
http: //www. cisg. law. pace. edu/cases/910131g1. html
مشار اليه كذلك:
Chengwei Liu, Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach,
http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/biblio/liu9. html
42– انظر نص حكم المحكمة بالكامل باللغة الإنكليزية على الرابط التالي:
http: //cisgw3. law. pace. edu/cases/001012g1. html
43– Trietle. G. H, The Law of Contract, Seventh Edition, Stevens& Sons, London, P 656.
John D. Calamari & Joseph M. Perillo, Op. Cit,P465.
Jeffrey. S, Sutton, Measuring of Damages under United Nations Convention on the International Sale of Goods,
http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/biblio/sutton. html
44– John D. Calamari & Joseph M. Perillo, Op. Cit,P467.
45– Nienaber, P. M, The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy, The Cambridge Law Journal,Vol. 20,No. 2,1962,213 and Seq.
Catherine Elliott and Francs Quinn, Contract Law,P254.
46– Catherine Elliott and Francs Quinn, Ibid, P 255.
47– Denis Keenan, English Law, Part Two, 14th Edition, Person Education Limited, England, 2004. P 778.
48– انظر في ذلك:
Jim Leitzel, Reliance and Contract Breach, Law and Contemporary Problems, Vol. 52, No. 1,1989, P88 and Seq.
Miles, E. Harvey, Government Contracts: Damages for Anticipatory Breach, California Law Journal, Vol. 46, No. 1,1958, P129 – 132.
متوفران في المكتبة الافتراضية العلمية العراقية وعلى الموقع التالي:
www. ivsl. org
49– Catherine Elliott and Francs Quinn, Op. Cit, P 274.
50– Catherine Elliott and Francs Quinn, Ibid, 274.
51– (51) Denis Keenan, Op. Cit, P 390.
Fred, W. Morgan and Karl A. Boedecker, Punitive Damages after BMW v. Gore 1996, Journal of Public Policy and marketing, Vol. 16, No. 1,1997, P163 and Seq.

52– Guest, A. G, Chitty on Contracts, Vol. (2) Specific Contracts, 14th Edition, Sweet & Maxwell, London, 1977. P 968 – 972 and 977 – 978.
Catherine Elliott and Francs Quinn, Ibid, 276
Peter de Cruz, Comparative Law in a Changing World, Third Edition, Routledge – Cavenish, London, 2007, P 456 – 460.
Chengwei, liu, Remedies for Non – Performance: Perspective from CIGS, UNIDROIT principles and PECL. Available on:
http: //www. cisg. law. pace. edu/cisg/biblio/chengwei. html

53– ويجدر بالاشارة هنا ان المشرع المدني العراقي قد تفرد في الاشارة الى مصطلح الجحود المبتسر للالتزامات العقدية واطلق عليه (الفسخ قبل الآوان) في المادة ٩٢٢ منه المتعلقة بعقد العمل والتي تنص على انه" وتعد من مبررات الفسخ قبل الاوآن الظروف التي لا يمكن معها الزام احد المتعاقدين ان يبقى مرتبطا بالمتعاقد الاخر سواء كان ذلك لسبب يتعلق بالاخلاق او كان لسبب يتعلق حسن النية الواجبة في الاعمال " غير اننا نرى بأن هذا النص ليس تطبيقا حقيقيا لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية ذلك ان التزامي رب العمل والعامل في مرعاة الاخلاق وحسن النية هما التزامان متعاصران من حيث الوجود والسريان مع اللحظة التي يبرم فيها عقد العمل فاذا احد طرفي عقد العمل بهذين الالتزامين كما لو تحرش رب العمل جنسيا بأحد العاملات لديه فأنه يجيز لهذه العاملة ان تطلب فسخ العقد مع التعويض عن الضرر الادبي الذي اصابها طبقا لنظرية الفسخ في صورتها الطبيعية وليس طبقا لنظرية الجُحود المُبتسَر ذلك ان رب العمل قد اخل بالتزام قائم وسار عليه منذ لحظة ابرام عقد العمل.

٥٤– قارن مع ذلك ما يقوله د. عبد الرزاق السنهوري في معرض تعليقه على نص المادة ٨٧٠ من مشروع القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ والمقابلة لنص المادة ٨٦٨ من القانون المدني العراقي:
د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع – المجلد الاول (العقود الواردة على العمل)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩ ص٨٥ – ٨٧. ويجدر بالاشارة ان العلامة د. السنهوري لم يشر الا الى هذه الحالة – وعلى طول كتابه الوسيط – باعتبارها التطبيق الوحيد لنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية.

٥٥– د. محمد ابيب شنب، نظرية الجحود المبتسر للعقد، (الجزء الثاني)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول السنة الثالثة، يناير ١٩٦١، ص ٤٥ – ٦١.

٥٦– د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٦٣. ولقد تأثر المشرع المدني الكويتي بآراء الدكتور محمد لبيب شنب تأثرا كبيرا فمد – في المادة ٦٦٨ من تقنيه المدني – الحالات التي يجوز فيها لرب العمل فسخ العقد ابتسارا إلى كل حالة يتخذ فيه المقاول مسلكا ينم عن نيته في عدم تنفيذ التزامه او يأتي فعلا من شأنه ان يجعل تنفيذ التزامه مستحيلا ولم يقصرها – كما هو الحال في القانون المدني العراقي – على حالة تأخر المقاول في البدء في تنفيذ العمل او في انجازه تأخرا لا يرجى معه مطلقا تنفيذ في وقته المحدد. قارن في ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي:
المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، جمعية المحامين الكويتية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، ص ٤٨٥ – ٤٨٦.

٥٧– انظر عكس هذا الرأي د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السادس – المجلد الاول (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩ ص ٨٧٦، حيث يرى ان حكم المادة ٦٠٣ من القانون المدني المصري المقابلة لنص المادة ٧٨٥ من القانون المدني العراقي هي استثناء من القواعد العامة وقد اقرت رأفة بالمستأجر. والحقيقة ان النص المتقدم هو تطبيق للقواعد العامة لمنافاة فكرة سقوط الاجل مع طبيعة عقد الايجار الزمنية كما اوضحنا ذلك في المتن.

٥٨– د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السادس، المرجع السابق. ص ٨٧٦

ويقول شمس الائمة السرخسي في استعراضه فكرة الفسخ للعذر والجدل العميق الذي دار حولها في هذا المذهب الحنفي ما نصه" وعن شريح رحمه الله انه خاصم اليه بقال قد اجره رجل بيتا فالقى فيه مفتاحه في وسط الشهر (يعني ان المستأجر البقال قد فسخ عقد الاجارة قبل انتهاء المدة) فقال شريح رحمه الله

هو بري من البيت. وكان هذا مذهب شريح في الاجارة انها لا يتعلق بها اللزوم فكل واحد منهما ان ينفرد بفسخه... ولسنا نأخذ في هذا بقوله فالإجارة عقد معاوضة واللزوم اصل في المعاوضات يجب النظر من الجانبين ولا يعتدل النظر بدون صفة اللزوم (أي ان الامام السرخسي قد انتقد رأي شريح لانه يؤدي الى اضعاف القوة الملزمة لعقد الاجارة بالسماح لطرفيه بفسخه في أي وقت بعذر او بدون عذر). ثم اخذ ابو حنيفة رحمه الله بحديث شريح رضي الله عنه من وجه فقال: ان القى اليه المفتاح بعذر له، فهو بري من البيت، والعذر ان يريدا سفرا او يمرض فيقوم او يفلس فيقوم من السوق وما اشبه ذلك (أي ان الامام الاعظم ابو حنفية قد قصر حق المستأجر في الفسخ بوجود العذر فقط) ... وقد برر الامام السرخسي رأي ابي حنفية بفكرة رفع الضرر عن المستأجر في حالة قيام العذر ويقول في ذلك " لان عند الفسخ تعذر بقصد دفع الضرر عن نفسه (اي المستأجر) وعند الفسخ بغير عذر يقصد الاضرار بالغير ". شمس الائمة ابو بكر محمد بن احمد السرخسي، كتاب المبسوط، المجلد الخامس الجزء الخامس عشر، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، ٢٠٠٢، ص ٨٠. وفي وجهة نظرنا المتواضعة فان ما سهل على المذهب الحنفي التوصل الى فكرة الفسخ بالعذر هو تصورهم الفقهي لعقد الاجارة بأعتبارة سلسلة من العقود التي تنعقد بتجدد المنفعة واستحقاق الاجرة واستناد هذا العقد المتجدد الى الايجاب والقبول الصادر ابتداء من المؤجر والمستأجر وربطهم المنفعة التي يحصل عليها المستأجر بالغرض الذي يسعى الى تحقيقه من وراء ابرام العقد فأذا زال الغرض الذي يسعى المستأجر الى تحقيه لعارض الم به لم يتجدد عقد الاجارة منذ اللحظة التي طرأ فيها العارض. وفي ذلك يقول الامام السرخسي " ان الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة، وانما كذلك لحاجة الناس فالفقير محتاج الى مال الغني والغني محتاج الى عمل الفقير وحاجة الناس اصل في شرع العقود فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقا لأصول الشرع، ثم يرد هذا العقد تارة على المنفعة وعلى العمل تارة اخرى. السرخسي، المرجع السابق، ص ٧٥ – ٧٦. وانظر في موقف باقي فقهاء الشريعة الاسلامي المعارض لنظرية الفسخ للعذر: الامام ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي القرشي، كتاب ألام، الجزء الرابع، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ٢٠٠١، ص ٣٣١ – ٣٣٦، ابو الوليد القرطبي الاندلسي الشهير بأبن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد الاول، المكتبة العصرية، بيروت – لبنان ٢٠٠٤، ص ٢١٩ – ٢٢٠. محمد بن الحسن بن علي الحر العاملي، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، المجلد السابع الجزء الثالث عشر، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بيروت – لبنان، ٢٠٠٧، ص ١٣١.

٥٩– ويستطيع المستأجر طبقا للمادة ٧٥٨ ان يتقي فسخ المؤجر للعقد اذا قدم تأمينات تكفي لوفاء مبلغ الاجرة عند حلول اجلها، والحقيقة ان المستأجر لا يمكنه من الناحية القانونية ان يقدم تأمينات من امواله لان الاثر القانوني لاشهار اعساره او افلاسه – في حالة كونه تاجراً: هو غل يده من التصرف باموالة ومنها تقديم التأمينات هذا من جهة، ومن جهة اخرى فان تقديمه لتامينات لاحد دائنيه فهي تفضيل لدائن على اخر وهذا ممنوع بموجب الفقرة الاولى من المادة (٢٦٨) من القانون المدني العراقي، فلم يبق امام المستأجر من طريق لاتقاء فسخ العقد الا ان يقنع الغير في ان يضم ذمته اليه في صورة كفالة شخصية او يقدم ماله كتأمين في صورة كفالة عينية. ويصعب هذا الأمر من الناحية العلمية اذ ان من النادر ان يكفل شخص شخصا آخر قد تم اشهار افلاسه او إعساره.

٦٠– الطعن رقم ٧١١ سنة ٤٧ ق جلسة ١٠ – ٢ – ١٩٨١ مشار اليه في:
المستشار سعيد احمد شعله، قضاء النقض في عقد البيع (مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في عقد البيع خلال ثمانية وخمسن عاما ١٩٣١ – ١٩٨٨)، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨ ص٣٣٥.

٦١– – د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع (العقود التي تقع على الملكية)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩ ص٢٨٢.

٦٢– – د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص٢٨٣

٦٣– – ويجدر بالاشارة هنا ان الاستاذ الجليل منصور مصطفى منصور قد اقر باستعصاء تاصيل حق المشتري في الابطال طبقا للاسس التقليدية المعروفة في اطار النظرية العامة للالتزامات ورجح رأيا في الفقه الفرنسي – يقترب كثيرا من نظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية – يقول بأن حق المشتري في الابطال ما هو الا اعمال لضمان الاستحقاق قبل ان يتحقق التعرض الفعلي وفي ذلك

يقول: " ولهذا ننتهي الى انه لا يوجد اساس فني يبرر ابطال بيع ملك الغير. وربما كان مسلك القضاء الفرنسي الذي تأثر به المشرع المصري قد جاء نتيجة الرغبة في تكملة احكام ضمان الاستحقاق... لهذا نجد المحدثين من الشراح الفرنسيين يقولون ان دعوى ابطال بيع ملك الغير ليست الا اعمالا لضمان الاستحقاق قبل ان يتحقق التعرض الفعلي، او انها تكملة لاحكام الضمان. "

د. منصور مصطفى منصور، البيع والايجار والمقايضة، القاهره، ١٩٧٥، ص ٢٦١ – ٢٦٤. ولم نعثر – لسوء الحظ – على هذا المؤلف للاستاذ الجليل، مشار اليه في: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص٢٨٤ – ٢٨٥ هامش رقم (١)

٦٤– – انظر في ذلك د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول في مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٨٠، ص١١٥ – ١١٦.

٦٥– – فلو قايض احمد قطعة ارض مملوكة لزيد بسيارة لعمر، فنقض زيد المقايضة، وحدث ان السيارة – بعد ان سلمها عمر الى احمد – قد هلكت بفعل حريق نشب في بيت احمد عرضا، لم يستطع عمر الرجوع بالتعويض عن قيمة السيارة التي هلكت في يد احمد.

٦٦– – انظر تطبيقات اخرى لهذا المبدأ في القانون المدني العراقي في نطاق عقد العارية في الفقرة الثانية من المادة ٨٥٥، وفي نطاق عقد الوديعة في الفقرة الثانية من المادة ٩٥٦.

٦٧– د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاولة، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، مطبعة وفسيت الوسام، بغداد،، ١٩٧٦، ص ٣٢٣.

٦٨– – وقد عدلت العديد من نصوص هذا الباب بموجب امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٧٨ الصادر في ٢٠ نيسان ٢٠٠٤ الخاص بتطوير الاجراءات القضائية المتعلقة بمنازعات الدين، غير ان نص المادة ٥٨٨ لم يطله اي تعديل.

٦٩– – رقم القرار ٢١٤، عامة ١ – ١٩٧٣ الصادر بتأريخ ١٦، شباط، ١٩٧٤، منشور في مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع، السنة التاسعة والعشرون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤، ص ١٥١ – ١٥٤.

٧٠– – رقم القرار ٢١٧/موسعة/٢٠٠٨ الصادر في ١٦/ربيع الثاني/١٤٢٩ هجرية ٢٠٠٨/٤/٢٢ ميلادية. غير منشور

٧١– – ويجدر بالإشارة هنا الى ان نصوص قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ المعدل لا يمكن تطبيقها على العاملين في دوائر الدولة والشركات العامة لان نطاق تطبيق هذا القانون يقتصر على العاملين في القطاع الخاص والمختلط والتعاوني بحكم نص المادة الثامنة من هذا القانون والتي نصت على انه: " تسري أحكام هذا القانون على جميع العمال في القطاع الخاص والمختلط والتعاوني. ". وندعو المشرع العراقي الى مد نطاق تطبيقه الى العاملين في دوائر الدولة والشركات العامة لأنه لا يوجد مبرر في استبعاد هذه الطائفة من الحماية والحقوق الواسعة التي يخولها قانون العمل، فضلا عن ان الدولة بكافة مؤسساتها يجب ان تكون مثالا يحتذى به في تطبيقها للقوانين التي تصدرها ولا يجوز ان تستبعد مؤسساتها من الخضوع الى قانون العمل وفي نفس الوقت تلزم القطاع الخاص في الخضوع لإحكامه. !

٧٢– – وفي مسألة أساس ونطاق التعويض في حالة عقد العمل محدد المدة، يقول الأستاذ الجليل د. محمود جمال الدين زكي ما نصه: " إن العقد ذا المدة المحددة يلزم طرفيه إلى نهاية مدته، ويترتب، من ثم، خلالها، لكلا طرفيه، حقوقا مؤكدة، لا يرتبها، لهما، العقد ذو المدة غير المحددة لما يقترنة به من مكنة الانفراد، في أي وقت، بإنهائه، ويتعين، لذلك، الرجوع الى المبادئ العامة، في التقنين المدني، لتقدير التعويض، وهي تقضي ان يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب. "

د. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٩٩٢ – ٩٩٣.