بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص البحث

عندما يكون الالتزام المترتب في ذمة المدين مؤجلا، ويتخلف المدين عن تنفيذ التزامه في موعده المحدد. يكون الدائن حراً في اللجوء الى الوسائل التي يوّفرها القانون لمعالجة الإخلال بالعقد ومجازاة المدين المقصر، كطلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل أو طلب فسخ العقد مع التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب الإخلال. وهذه هي الصورة المعروفة للإخلال بالعقد.

المقدمة

١- جوهر فكرة البحث:-

تدور فكرة بحثنا الموسوم بـ(آثار الإخلال المسبق بالعقد- دراسة قانونية مقارنة) حول ما يصدر من المدين قبل حلول أجل تنفيذ التزامه ويُستنتج منه ان التنفيذ لن يحصل في موعده. اذ نحاول الاجابة على السؤال التالي: ما موقف الدائن في هذه الحالة، فهل يوّفر له القانون من الوسائل ما يستطيع معها حماية حقه من الإخلال الذي أصبح وقوعه محتما أو وشيكا في المستقبل، أم ان احترام الأجل أمر لازم ولا يكون أمام الدائن إلاّ انتظار مجيء الوقت المحدد للتنفيذ والتحرك عند ذلك بناءً على موقف المدين، وما إذا كان سينفذ التزامه من عدمه.

هذا ما يحاول البحث ان يجيب عنه من خلال بيان مواقف الأنظمة القانونية من هذه المسألة، ومقارنة هذه المواقف مع بعضها للوصول الى الإجابة المقنعة عن التساؤل المتقدم,والذي يتمركز حول الاثار المترتبة على حصول اخلال المدين المسبق قبل حلول اجل تنفيذ الالتزام المترتب في ذمته وهل يعطى الدائن خيارا باعمال هذا الاخلال وتفعيله وهل يمكن له ان يحافظ على العقد ويتجاهل الاخلال المسبق؟

٢- أهمية الموضوع وأسباب اختياره: لا شك في وجوب احترام الانسان العلاقة التعاقدية التي يدخل اليها بارادته. فإذا كان الالتزام الناشئ عن العقد مؤجلا، وكان الأجل طويلا شيئا ما، وجب ان يبقى الدائن مطمئنا لحصول التنفيذ في موعده المحدد طيلة المدة السابقة لحلول الأجل. وأي شيء يصدر من المدين في هذه المدة، ويكون من شأنه ان يعكّر اطمئنان الدائن، هو أمر مرفوض وتنبغي مواجهته. وهذا ما فعلته بعض القوانين، كالقانونين الانكليزي والأميركي، بوضع مبدأ عام ينطبق على هذه المسائل أطلق عليه مبدأ الإخلال المسبق بالعقد Anticipatory Breach of Contract.وتتسجم هذه

التسمية مع ماأطلقه الاستاذ السنهوري اذ وصف ماينتج من موقف المدين بـ(اخلال مقدم بالعقد) وتبنّت هذا المبدأ أيضا اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠ والتي نطلق عليها اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠، وقد انضم اليها العراق في ١٩٩٠\٣\٥ كما تبنته المبادئ التي أعدتها جهات متخصصة في هذا المجال كمبادئ عقود التجارة الدولية (اليونيدروا) ومبادئ قانون العقد الأوربي PECL.

وهذا الاهتمام بهذه المسألة، وعدّ الإخلال المسبق بالعقد صورة أساسية ثانية للإخلال بالعقد الى جانب الإخلال الفعلي، ووضع القواعد والتفصيلات في ذلك وتطويرها والاضافة عليها، هو ما دفعنا الى بحث هذا الموضوع لتعرّف مواقف الأنظمة القانونية المختلفة منه. أذ تختلف القوانين في تنظيمها لمديات هذه الآثار على الرغم من اتفاقها على ما يتاح للدائن ان يتخذه في حالة الإخلال المسبق بالعقد، فالموقفين أعلاه يفرضهما الحصر العقلي، اذ لا يوجد موقف وسط بينهما يمكن للدائن ان يتبناه. وقد نظّم القانون الانكلواميركي هذين الموقفين بقواعد ونصوص صريحة، أما في القوانين المدنية، فانّ القواعد العامة، وما ذكرناه من الحصر العقلي، تفرض على الدائن ان يتخذ موقفا من الموقفين المتقدمين اما اعمال الاخلال وتفعيله او تجاهله وتأكيد العقد، ومع فرض التسليم بأن هذه القوانين تتبنى فكرة الإخلال المسبق بالعقد بالشكل الذي هي عليه في القانون الانكلواميركي، أو بشكل مخالف شيئا ما، تختلف الأنظمة القانونية في مدى تبنيها فكرة الإخلال المسبق بالعقد، فالنظام القانوني الانكلواميركي يتبنى الفكرة كمبدأ قانوني عام يحكم العقود، وكذلك الحال في اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ وبعض المبادئ الدولية الأخرى. أما القوانين المدنية، ومنها القانون المدني العراقي، فعلى الرغم من عدم تنظيمها لفكرة الإخلال المسبق بالعقد كمبدأ عام من خلال نصوص معينة، إلاّ انها تتضمن أحكاما تنظم العديد من المسائل التي تدخل في مفهوم الإخلال المسبق بالعقد، وان لم تطلق عليه هذه التسمية. كما ان من الفقهاء من يذهب الى ان الفكرة موجودة في القوانين المدنية، وهي تدخل في نطاق القواعد العامة(١).

٤ - منهجية البحث ونطاقه: ان منهجية البحث هي منهجية المقارنة والموازنة بين نظامين رئيسين من الأنظمة القانونية القائمة هما: نظام القوانين المدنية المستمدة من النظام اللاتيني من جهة، ونظام القانون الانكلواميركي من جهة أخرى.

فانّ دراستنا لاثار الاخلال المسبق تكون على أساس المقارنة بين موقف القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١والقانون المدني المصري رقم١٣١ لسنة ١٩٤٨من جهة ، والقانون الانكلواميركي واتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠، وموقف مبادئ عقود التجارة الدولية (اليونيدروا) ومبادئ قانون العقد الأوربي من جهة أخرى.

فبعد ان حددنا موضوع بحثنا وأردنا دراسته في نظم قانونية مختلفة، وجدنا ان القانونين الانكليزي والأميركي، اللذان نطلق عليهما معا القانون الانكلواميركي، قد اهتما كثيرا بهذا الموضوع وأسسا مبدأ عاما يعالجه أطلق عليه مبدأ الإخلال المسبق بالعقد ورتبا آثارا على اعماله وتجاهله.

٥ - خطة البحث: وبناءً على ما تقدم ذكره في اهمية البحث واسباب اختياره,نبدأ بتمهيد نبين من خلاله مفهوم الاخلال المسبق بالعقد ومتى يتحقق من قبل المدين وموقف الانظمة القانونية منه ,ثم نقسم بحثنا الموسوم بـ(اثار الاخلال المسبق بالعقد- دراسة قانونية مقارنة) على مبحثين نخصص الاول لدراسة الاثر الاول من اثار الاخلال المسبق وهو اعمال الدائن الاخلال المسبق بالعقد وذلك سيكون في مطلبين نحدد في الاول لكيفية اعمال الدائن لهذا الاخلال نبين من خلاله موقف القوانين المدنية والقانون الانكلواميركي واتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ من قبول الدائن لاعمال اخلال مدينه المسبق بالعقد . اما في المطلب الثاني فندرس مايترتب على اعمال الدائن لهذا الاخلال من انحلال للعقد والمطالبة بالتعويض قبل وقت التنفيذ وقبل حلول اجله.وفي المبحث الثاني فأننا سندرس تجاهل الدائن لاخلال مدينه المسبق بالعقد في مطلبين يخصص الاول لممارسة الدائن لهذا الخيار وفقا للقوانين المدنية والقانون الانكلواميركي واتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ ونعرض في المطلب الثاني لما يترتب على استعمال خيار تجاهل الدائن للاخلال من استمرار تنفيذ العقد وحق المدين في العدول عن اخلاله وتكون الدراسة وفقا للقوانين المقارنة, ونصل في نهاية البحث الى خاتمة تتضمن استنتاجات وتوصيات بشأن موضوع بحثنا.

تمهـــــــــــــــــيد:-

يقوم الإخلال المسبق بالعقد على الاستنتاج الذي يحصل لدى الدائن والذي يشير الى ان المدين لن ينفذ التزامه المستقبلي بسبب ما يصدر من الأخير من تصريح أو مسلك قبل وقت التنفيذ.

وقد جسد القانون التجاري الاميركي الموحد هذه السمة في تعريفه للإخلال المسبق بالعقد في الفقرة الثانية من المادة ٦١٠ من القسم ٢ منه التي أضيفت بتعديل سنة ٢٠٠٣ اذ جاء فيها ان الإخلال المسبق بالعقد Repudiation "يتكون من التصريح الذي يستنتج منه الشخص العاقل ان الطرف الآخر لن ينفذ التزامه الذي لم يصبح مستحقا بعد بموجب العقد أو انه لا يستطيع تنفيذ هذا الالتزام، أو من الفعل الارادي القاطع الذي يتضح منه للشخص العاقل انه يجعل التنفيذ المستقبلي من الطرف الآخر مستحيلا"[٢].

ويمكننا ان نستخلص تعريفا للإخلال المسبق بالعقد يؤكد سمة الاستنتاج من عبارات الأستاذ السنهوري بشأن تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو في إنجازه بحيث يجوز لرب العمل ان يفسخ العقد حتى قبل ان يأتي الوقت المحدد للتسليم، فبعد ان أورد ما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري من كون الفسخ في هذه الحالة يعد خروجا على القاعدة العامة في الفسخ التي تتطلب حصول إخلال فعلي بالعقد[٣]، قرر الأستاذ السنهوري ان الإخلال في هذه الحالة "قد حصل مقدماً وعلى وجه محقق"[٤]. فقوله ان الإخلال قد حصل مقدماً يعني انه قد حصل مسبقاً، وقوله على وجه محقق يدل على الاستنتاج الحاصل من تأخر المقاول في الابتداء بالعمل والذي يشير الى انه لا يستطيع إتمامه في وقته المحدد. ويمكننا ان نستدل أيضا من عبارة "على وجه محقق" على اشتراط معقولية الاستنتاج، فحتى يكون الاستنتاج قائما على وجه محقق، يجب ان يكون معقولاً.

وبناءً على ما تقدم، يمكننا ان نعرّف الإخلال المسبق بالعقد بانه "إخلال بالتزام مستقبلي التنفيذ يحصل في وقت سابق على الوقت المحدد لتنفيذ هذا الالتزام، بأن يُستنتج استنتاجا معقولا وعلى وجه محقق، مما يصدر من المدين، انه لن ينفذ التزامه في وقته المحدد".

ومن التعريفات الاخرى ان الإخلال المسبق بالعقد هو "إخلال من أحد الطرفين يقع في وقت سابق لوقت التنفيذ بأن يرفض هذا الطرف التزامه مسبقا إذا اتضح من قوله أو مسلكه الصادر قبل وقت التنفيذ انه سوف يخل بالتزامه عندما يكون مستحقا"[٥]. والاتضاح يحصل عن طريق الاستنتاج.

أما القسم الثاني من تعريفات الإخلال المسبق بالعقد، فهو التعريفات التي لا تتطرق الى سمة الاستنتاج، بل تُعرّف الإخلال المسبق بالعقد انه إخلال يحصل عندما يصدر من المدين تصريح أو مسلك يتعارض مع التنفيذ المستقبلي، أي ان هذا التصريح أو المسلك بنفسه هو الإخلال المسبق بالعقد دونما اعتداد بما يُستنتج منهما. فقد عرّفه Corbin بقوله ان "الإخلال المسبق بالعقد من المدين هو ان يرفض هذا المدين التزامه التعاقدي قبل ان يأتي الوقت المحدد في العقد لقيامه بتنفيذ هذا الالتزام"[٦]. فالرفض الحاصل عن طريق التصريح أو المسلك هو الإخلال المسبق بالعقد.

والسبب في اختلاف التعريفات في القسمين أعلاه بتركيز بعضها على سمة الاستنتاج وعدم ذلك في الأخرى، هو الاختلاف في تكييف الإخلال المسبق بالعقد. فهناك اتجاه يذهب الى ان الإخلال المسبق بالعقد إخلال بالتزام حالّ هو الالتزام بعدم الاضرار بالعلاقة التعاقدية وبوجوب الابقاء على العقد قائما، وان كل ما يصدر من المدين قبل الوقت المحدد للتنفيذ يضر بهذه العلاقة فيكون إخلالا بالتزام حالّ[٧]. وعليه، فقد عُرّف الإخلال المسبق انه ما يصدر من المدين من تصريح أو فعل ذاته. أما الاتجاه الآخر، فيصف الإخلال المسبق بالعقد انه إخلال بالتزام مستقبلي التنفيذ يُستنتج وقوعه سلفاً ومقدماً من خلال ما يصدر من المدين من تصريح أو مسلك يتعارض مع هذا الالتزام، ولا ضرورة لافتراض التزام حالّ هو الالتزام بالابقاء على العلاقة التعاقدية قائمة وعدم الاضرار بها لصعوبة اثبات وجود مثل هذا الالتزام[٨].

ومن تعريفات القسم الثاني ما ذكره الدكتور محمد لبيب شنب، وهو ان (الجحود) "كل مظهر أو مسلك خارجي يصدر عن المدين ويفصح عن نية عدم تنفيذ العقد عندما يحل أجله"، و "هذا المظهر قد

يكون عبارة عن تصريح شفوي أو فعل يأتيه المدين"[٩]. فقد ركز هذا التعريف على المظهر أو المسلك الخارجي ووصفه بأنه جحود، أي (إخلال مسبق).

فإذا أردنا ان نورد تعريفا للإخلال المسبق بالعقد، أمكننا ان نذكر التعريف الذي استخلصناه من عبارات الأستاذ السنهوري بشأن فسخ عقد المقاولة قبل موعد اتمام تنفيذه، مع بعض الاضافات التي توضح مفهوم هذا الإخلال، وهو انه "إخلال بالتزام غير مستحق التنفيذ يحصل في وقت سابق على الوقت المحدد لتنفيذ هذا الالتزام، بأن يُستنتج استنتاجا معقولا، من خلال ما يصدر من المدين من تصريح أو مسلك معين، ان الالتزام المستقبلي التنفيذ لن ينفذ في موعده المحدد، وهو ما يرتب عليه القانون امكان انهاء العقد واقامة الدعوى بالتعويض فوراً من دون حاجة الى انتظار الموعد المحدد للتنفيذ".

وجعلنا التعريف يركز على سمة الاستنتاج التي يقوم عليها الإخلال المسبق بالعقد، فسوف نرى في المباحث القادمة ان هذه السمة حاضرة في كل تفاصيل آثار الاخلال المسبق، وان من أهم أهداف البحث معرفة ما إذا كان القانون يرتب آثاراً على الإخلال المُستنتج فضلا عن الاخلال الواقع بالفعل.

المبحث الأول

إعمال الدائن الإخلال المسبق بالعقد

أذا اختار الدائن إعمال استنتاجه الذي يتضمن ان المدين سوف يرتكب إخلالا بالعقد في المستقبل، فانه يكون قد قبل ما صدر من المدين من تصريح أو مسلك يتعارض مع التزامه المستقبلي. والاختلاف هو في ما يترتب على هذا القبول، فهل يجوز للدائن ان ينهي العقد مباشرة ويطالب بالتعويض، وهل يجوز له ان ينهي العقد من تلقاء نفسه من دون حاجة الى اللجوء الى القضاء، وما هو التعويض المستحق للدائن في هذه الحالة وكيف يتم تقديره. هذه هي المسائل التي نتناولها في هذا المبحث الذي نقسمه على مطلبين، الأول في كيفية إعمال الإخلال المسبق بالعقد، والثاني في ما يترتب على هذا الإعمال.

المطلب الأول
كيفية إعمال الإخلال المسبق بالعقد

لا يترتب على استنتاج الإخلال المستقبلي أثر تلقائي، بل لا بد من إعمال هذا الاستنتاج واعتماده من الدائن حتى يترتب الأثر الذي يقرره القانون عليه. ويطلق على إعمال الدائن للاستنتاج المذكور في القانون الانكلواميركي اصطلاح " قبول الإخلال المسبق بالعقد Acceptance of Anticipatory Breach of Contract"(١٠).وما يترتب على قبول الدائن لاعمال هذا الاستنتاج مختلف فيه بين القوانين, وكذلك هناك اختلافات واضحة بين هذه القوانين بشأن دور قبول الدائن في تحقق الاخلال هل هو شرط لذلك ام يتحقق الاخلال قبل تحقق القبول. لذى سيقسم هذا المطلب الى فرعين ندرس في الاول الموقف القانوني من قبول الدائن لاعمال الاخلال المسبق بالعقد وفي الفرع الثاني نبحث دور اعمال الاخلال المسبق بالعقد في تحقق هذا الاخلال.

الفرع الاول: - الموقف القانوني من قبول الدائن لاعمال الاخلال المسبق بالعقد

تختلف الاثار المترتبة على قبول الدائن لاعمال الاخلال المسبق بالعقد بين القوانين المدنية والقانون الانكلوأميركي واتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠, لذى سنقسم هذا الفرع الى ثلاث فقرات نبحث في الاولى موقف القوانين المدنية وفي الثانية موقف القانون الانكلواميركي وفي الثالثة موقف اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠.

اولا: - موقف القوانين المدنية من قبول الدائن لاعمال الاخلال المسبق بالعقد

ان مصطلح القبول، الذي يستعمل للتعبير عن إعمال الدائن ما يحصل لديه من استنتاج، يمكن استعماله في الحالات التي أجازت فيها القوانين المدنية فسخ العقد قبل حلول أجل تنفيذه. فرب العمل الذي يلجأ الى طلب فسخ عقد المقاولة بعد أن يتأخر المقاول في البدء بالعمل، يكون قد قبل ان يلجأ الى الجزاء الذي يوّفره له القانون في هذه الحالة. أما إذا فضّل انتظار حلول الأجل المحدد، فيكون قد رفض اللجوء الى هذا الجزاء. ومع ذلك، ولما قد يسببه مصطلح القبول من التباس واختلاط مع قبول الايجاب في مرحلة تكوين العقد(١١)، فقد فضلنا استعمال اصطلاح أعمّ منه هو إعمال الدائن للإخلال المسبق بالعقد، وهو يعبّر بدقة عن الخيار الذي يوّفره القانون للدائن في هذه الحالة.

ولما كان الاستنتاج الذي يقوم لدى الدائن أمراً نفسياً، وإن كان يجب فيه ان يبنى على مقدمات موضوعية، فهو لا ينتج أثره في الخارج إلاّ بالتعبير عنه وإظهاره. وحتى يكون هذا التعبير فعّالاً،

يجب ان يكون بكيفية معينة. وقد اختلفت القوانين في تحديد هذه الكيفية، فاختلفت تبعا لذلك الآثار المترتبة عليها. فليس الاختلاف في كيفية التعبير عن إعمال الدائن الاستنتاج اختلافا شكليا، بل تترتب عليه اختلافات في الاحكام الموضوعية. فرب العمل في عقد المقاولة الذي يريد ان يُعمل استنتاجه المشير الى ان المقاول لن يُتم العمل المطلوب في موعده المحدد بسبب تأخره في البدء به، يجب عليه ان يرفع دعوى الفسخ، فالفسخ لا يتم إلاّ قضاءً بحسب الأصل. ولكن الاعذار لا يكون مطلوبا هنا عندما يصبح تنفيذ العقد غير ممكن بفعل المدين، وهذا ما ينطبق في هذه الحالة لأن تأخر المقاول في البدء بالعمل، والذي يجيز الفسخ، يفترض فيه ان يجعل التنفيذ في الموعد المحدد مستحيلا. فقد أجازت المادة ٨٦٨ من القانون المدني العراقي لرب العمل ان ينهي العقد إذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو في انجازه، وذلك دونما حاجة الى انتظار الموعد المحدد لتسليم العمل، اذ جاء فيها انه "إذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو 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 أجل التسليم". ومن الحالات أيضا ما جاء في المادة ٢/٧٨٥ من القانون المدني العراقي، في عقد الايجار، التي أجازت للمؤجر ان يفسخ عقد الايجار إذا أعسر المستأجر ولم تقدم للمؤجر تأمينات في وقت مناسب تكفل الوفاء بالأجرة التي لم تحل. فإعسار المستأجر لا يترتب عليه ان تحل أجرة لم تستحق.

وبصورة عامة، يمكن القول بأن الحالات التي تدخل في صور الإخلال المسبق بالعقد جميعها، والتي نظمتها القوانين المدنية، تخضع للقاعدة المتقدمة لأن ما يتيحه القانون للدائن فيها هو الفسخ، والأصل فيه ان يكون بالطريقة الموصوفة أعلاه(١٢).

ثانيا: - موقف القانون الانكلوأميركي من قبول الدائن لإعمال الإخلال المسبق بالعقد

أما في القانون الانكلواميركي فالأمر مختلف، فالأصل في هذا القانون ان يقع الفسخ بارادة الدائن. فالدائن هو الذي يقدّر ان إخلالا حصل من المدين وهو الذي يبادر الى انهاء العقد من دون حاجة الى اللجوء الى القضاء، ويقتصر دور القضاء في هذه الحالة على التحقق من توافر أسباب الفسخ، وإلاّ، فيحكم للمدين بالتعويض. وهذه القاعدة تنطبق أيضا في حالة الإخلال المسبق بالعقد(١٣). ان ما يطلق على إعمال الدائن استنتاج الإخلال المستقبلي في القانون الانكلواميركي هو اصطلاح "قبول الإخلال المسبق بالعقد". وقد وقع الخلاف في ما يتحقق به هذا القبول، فهل يجب فيه ان يكون بتصريح أو سلوك صريحين وواضحين في الدلالة على ان الدائن يقبل إخلال المدين، أم ان القبول الضمني يكفي في حالات معينة.

والرأي الغالب في ذلك ان قبول الإخلال المسبق بالعقد يتحقق عندما يعلن الدائن صراحة انه يقبل هذا الإخلال كانهاء للعقد، أو عندما يقيم الدعوى مباشرة للمطالبة بالتعويض، أو عندما يغيّر موقفه بصورة أو بأخرى بناءً على هذا الإخلال كأن يبيع البضاعة محل العقد الى مشتر آخر، أو يحصل على الشيء المبيع من بائع آخر(١٤).

وقد حصل خلاف في إمكان تحقق قبول الإخلال المسبق بالعقد عن طريق السكوت. وتُبين لنا أحداث قضية Vitol v. Norelf في سنة ١٩٩٦ ذلك، وهي تتعلق بعقد بيع اتفق فيه الطرفان على ان يبيع أحدهما للآخر كمية من غاز البروبان بمبلغ ٤٠٠ دولار للطن الواحد. وقبل ان يأتي وقت التحميل أرسل المشتري تلكسا الى البائع يخبره فيه انه يرفض العقد ولا يريد شراء البضاعة، فلم يجب البائع على هذا التلكس بشيء. وعندما جاء وقت التحميل لم يحاول البائع ان ينفذ العقد بل اتخذ موقفا سلبيا، وبعد ذلك قام ببيع البضاعة لمشتر آخر بمبلغ ١٨٠ دولار للطن الواحد، وأرسل رسالة الى المشتري الأول يطالبه فيها بالفرق بين الثمن المحدد في العقد الأول والثمن الذي بيعت به البضاعة للمشتري الثاني. فحصل نزاع بين الطرفين وأحيل الأمر الى المحكّم الذي أصدر حكما لمصلحة البائع مقررا فيه ان رفض المشتري الأول لالتزامه كان إخلالا مسبقا منه بالعقد، وان البائع قد قَبِل هذا الإخلال بعدم إتخاذه أية خطوة لتنفيذ العقد.

فطعن المشتري الأول في قرار المحكّم أمام المحكمة العليا، ألاّ انها أيدت القرار وجاء على لسان القاضي Phillips انه "لا يوجد سبب للقول بأن قبول الإخلال المسبق لا يمكن ان يتم إلاّ من خلال الاقوال أو السلوك اللذين يجعلان الأمر واضحا ان الطرف البريء قد قبل الرفض من خلال عدّه العقد منتهيا". وقررت المحكمة أيضا ان من الممكن لنشوء قبول الإخلال المسبق بالعقد ان يقوم الطرف البريء بعمل ما يتعارض كليا مع تنفيذه لالتزاماته، أو ان لا يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية ببساطة.

ولكن محكمة الاستئناف نقضت هذا الحكم مقررة ان اختيار الطرف البريء قبول الإخلال المسبق الصادر من الطرف الآخر يجب أن يكون واضحا، وان مجرد عدم تنفيذ العقد من الطرف البريء بعد صدور الرفض لا يعد قبولا واضحا لهذا الرفض، لأن تخلفه عن التنفيذ قد يكون ناتجا عن تردده أو إهماله أو وقوعه في لبس في ما يخص حقوقه التعاقدية.. ولما وصلت القضية الى مجلس اللوردات نقض قرار محكمة الاستئناف وأيد قرار المحكّم والمحكمة العليا، مقررا، كمسألة قانون، أن مجرد التخلف عن تنفيذ الالتزام التعاقدي يكون كافيا ليعد قبولا للإخلال المسبق، وذلك اعتمادا على الظروف الخاصة بكل قضية، وان قبول الإخلال المسبق لا يتطلب شكلا خاصا(١٥). فالقاعدة اذن، وطبقا لما رأيناه اعلاه، ان إعمال الإخلال المسبق بالعقد يمكن ان يتحقق بأية طريقة تدل عليه، والتحقق من ذلك مسألة واقع تترك لمحكمة الموضوع تستنتجها من الظروف المحيطة بالقضية.

ثالثا: -موقف اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ من قبول الدائن لإعمال الدائن الإخلال المسبق بالعقد:

حددت اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ طريقة خاصة لإعمال الإخلال المسبق بالعقد من خلال اشتراط قيام الدائن الذي يرغب في إنهاء العقد، بناءً على إخلال المدين المسبق، باخطاره هذا المدين رغبته في إنهاء العقد(١٦). فالطريقة التي يتحقق بها القبول طبقا للاتفاقية هي إخطار المدين. ولكن الاتفاقية لم تحدد الجزاء الذي يترتب على تخلف الدائن عن هذا الاخطار، وقد ذهب بعضهم الى ان تخلف الاخطار لا يمنع من ان يكون إنهاء العقد مشروعا إذا ما كانت الشروط الرئيسة للانهاء متوافرة، وفي هذه الحالة فانّ المدين يعطى الحق في التعويض في حالة اثباته انه كان سيتمكن من تقديم تأمينات كافية فيما لو تم إخطاره، ولا يعطى تعويضا عن الاهمال في إخطاره بانهاء العقد. في حين ذهب آخرون الى ان تخلف الاخطار المسبق بانهاء العقد يجعل الانهاء غير نافذ، ويكون انهاءً "مجمدا(١٧).

على ان الاخطار المسبق لا يكون واجبا في حالتين نصت عليهما الفقرة الثانية من المادة ٧٢ من الاتفاقية، ففي الحالة الأولى لا يكون الاخطار واجبا إلاّ إذا كان الوقت يسمح بتوجيهه، أما إذا كان الوقت ضيّقاً بحيث يكون توجيه الاخطار وإيصاله الى المدين مضرا بالدائن فانه يعفى من توجيه الاخطار، ومثال ذلك ان يكون العقد قد حدد مدة قصيرة للتنفيذ وكانت هذه المدة على وشك الانتهاء، أو عندما تكون أسعار السلع قابلة لتغييرات مهمة. ومسألة ما إذا كان الوقت يسمح بتوجيه الاخطار من عدمه تحدد طبقا لمعيار موضوعي يعتمد على الظروف الخاصة بكل قضية(١٨).

والحالة الثانية التي يعفى فيها الدائن من توجيه إخطار الى المدين بانهاء العقد بناءً على الإخلال المسبق هي ما لو كان المدين قد أعلن صراحة انه لا ينوي تنفيذ التزامه في وقته المحدد. ففي هذه الحالة لا تكون هناك ضرورة للدائن إخطاره المدين بقبوله الإخلال المسبق الحاصل من جانب الأخير وإنهاءه العقد بناءً على هذا الإخلال طالما عبّر هذا المدين عن نيته عدم تنفيذ العقد(١٩).

وبما ان الحديث عن استنتاج إخلال يحصل في المستقبل، فانّ المدة التي يُعمل فيها هذا الاستنتاج يجب ان تكون سابقة لحصول الإخلال الفعلي بداهة. فالمدة التي يجب إعمال استنتاج الإخلال المستقبلي في خلالها يجب ان تسبق الوقت المحدد للتنفيذ ويكون للدائن خلال هذه المدة، أي الى ان يأتي وقت التنفيذ، ان يلجأ الى الجزاء الذي يوّفره له القانون في حالة الإخلال المسبق بالعقد(٢٠).

الفرع الثاني: - دور إعمال الإخلال المسبق بالعقد في تحقق هذا الإخلال:

وقع الخلاف، من ناحية أخرى، في تحديد دور الإجراء الذي يتخذه الدائن لإعمال استنتاج الإخلال المستقبلي، فهل هذا الإجراء ضروري لتحقق الإخلال المسبق بالعقد، أم ان هذا الإخلال يتحقق بصرف النظر عما يتخذه الدائن من موقف أو إجراء في مواجهة ما يصدر من المدين من

تصريح أو مسلك يؤدي الى استنتاج حصول إخلال مستقبلي. وبعبارة أخرى، فانّ الاستنتاج الذي يُبنى على ما يصدر من المدين لا يرتب أثرا تلقائيا، بل لا بد من إعماله وإظهاره لترتيب الآثار التي ينص عليها القانون، فهل يعني هذا ان الإخلال المسبق بالعقد لا يتحقق ولا يكون له وجود قبل ان يُعمل الدائن الاستنتاج ويظهره، أم انه يوجد قبل ذلك وغاية ما في الأمر ان بعض آثاره لا تترتب إلاّ باظهار الاستنتاج والبناء عليه.

الأصل في القوانين المدنية ان تخلف المدين عن تنفيذ التزامه في وقته المحدد يعد إخلالا بنفسه بصرف النظر عن قبوله من الدائن من عدمه(٢١)."فمجرد عدم قيامه بتنفيذ التزامه يعد خطأ يوجب مسؤوليته التعاقدية ويوجب عليه تعويض الدائن عما أصابه من ضرر، يستوي في ذلك ان يكون عدم تنفيذ الالتزام ناشئا عن عمد أو عن إهمال وتقصير(٢٢). فإذا قلنا ان ما يصدر من المدين قبل موعد التنفيذ يعد إخلالا بالعقد، وهو إخلال يحصل مقدماً وعلى وجه محقق، فانّ اطلاق الإخلال عليه يبيّن ان ما يتخذه الدائن من موقف في مواجهته ليس بذي صلة في تحققه، فهو متحقق بغض النظر عن موقف الدائن. ولكن الدائن يحتاج الى اقامة الدعوى واعذار المدين كي يحصل على التعويض(٢٣).

أما في القانون الانكلواميركي فيوجد اتجاهان في هذه المسألة في إطار مبدأ الإخلال المسبق بالعقد، يذهب الاول الى ان ما يصدر من المدين قبل وقت التنفيذ من تصريح أو مسلك يستنتج منه عدم حصول التنفيذ في موعده لا يعد إخلالا مسبقا بنفسه ما لم ينضم اليه موقف يتخذه الدائن يبين فيه إعماله ما استنتجه من هذا التصريح أو المسلك، أي ما لم يقبل الدائن ما يصدر من المدين على انه إخلال مسبق بالعقد. وبعبارة أخرى، فانّ قبول الدائن ضروري لتكوين الإخلال المسبق بالعقد، وان رفض المدين المسبق عن طريق التصريح أو السلوك لا يكفي بحد ذاته ليعد إخلالا مسبقا ما لم ينضم اليه عنصر آخر هو قبول الدائن ومعاملته له على انه إخلال مسبق بالعقد(٢٤).ومن أجل ذلك، فقد أطلق بعضهم على هذه العملية "قاعدة تحوّل الإخلال The Breach Conversion Rule" اذ يتحوّل رفض المدين الى إخلال مسبق بعد قبوله من الدائن(٢٥).فالإخلال المسبق غير المقبول لا تترتب عليه أية آثار قانونية(٢٦).ويتعرض هذا الاتجاه للنقد كونها تتضمن تناقضا منطقيا، اذ تصطدم مع المعنى الطبيعي لمصطلح "الإخلال"، فالإخلال خطأ عقدي يرتكبه أحد طرفي العقد، وهو يتمثل في ما يصدر عن هذا الطرف وحده، فكيف تُربط مسألة ارتكاب هذا الطرف إخلالا عقديا باستجابة الطرف الآخر. وعليه، فانّ تكوّن الإخلال المسبق من عدمه لا يمكن ان يعتمد على قبول الطرف الذي حصل هذا الإخلال في مواجهته(٢٧).

أما الاتجاه الثاني، فيذهب الى ان ما يصدر من المدين قبل وقت التنفيذ ويكون متعارضا مع هذا التنفيذ يعد إخلالا بحد نفسه، ولكن الدائن لا يقدر ان يقيم الدعوى بالتعويض بناءً على هذا الإخلال

ما لم يقبله. وبعبارة أخرى، فقبول الدائن هذا الإخلال شرط لاقامة دعوى التعويض وليس شرطا لتحقق الإخلال نفسه(٢٨).ولهذا، فقد أطلق بعضهم على عملية اشتراط إقامة الدعوى بقبول الدائن الإخلال المسبق بالعقد "دعوى التعويض المشروطة Conditional Damages Claim "(٢٩).

وقد تبنّى هذا الاتجاه مَن ذهب في تكييف الإخلال المسبق بالعقد الى انه إخلال فعلي، لأن ما يصدر من المدين يضعف الحق في الاحتفاظ بالعقد قائما وفعّالا قبل وصول وقت التنفيذ. ومن ثم فهو خرق للعقد بكامله بغض النظر عن قبوله من الدائن، وذلك بناءً على ان الدائن ينشأ له حق ناقص في تنفيذ العقد في المدة السابقة لوقت التنفيذ، وما يصدر من المدين في هذه المدة يضعف من هذا الحق مباشرة من دون توقف على ما يتخذه الدائن(٣٠).

ويترتب على الاختلاف بين الاتجاهين المتقدمين آثار معينة، منها ان التعويض عن الإخلال المسبق بالعقد قد يقدّر في أحوال معينة بناءً على وقت الإخلال، كما لو لم يكن هناك وقت محدد للتسليم في العقد مثلا. وعندها، فقد يحصل اختلاف في تقدير التعويض تبعا للفكرة التي تتبناها المحكمة في تحديد دور القبول. فإذا كانت تتبنى الاتجاه الأول، وان ما يصدر من المدين لا يعد إخلالا ما لم يقبله الدائن، فالتعويض يجب ان يقدّر بناءً على وقت القبول. أما إذا كانت المحكمة تتبنى الاتجاه الثاني، فيكون الإخلال متحققا في وقت صدور تصريح المدين أو مسلكه، وفي هذه الحالة يكون التعويض مقدرا بناءً على هذا الوقت(٣١).

المطلب الثاني

ما يترتب على إعمال الإخلال المسبق بالعقد

عندما يختار الدائن إعمال الاستنتاج الذي يحصل لديه بشأن ارتكاب المدين إخلالا مستقبليا، وبعد ان يجري هذا الاعمال بالطريقة المطلوبة التي مرّت بنا سابقا، فانّ آثارا معينة تترتب على ذلك. وتختلف هذه الآثار في القانون الانكلوامريكي عنها في القوانين المدنية، فالقانون الانكلوامريكي يضع قاعدة عامة تعالج الآثار التي تترتب على تحقق الإخلال المسبق بالعقد بعد ان يُعمل الدائن الاستنتاج المشار اليه. ويتمثل ذلك بأثرين رئيسين هما انحلال العقد، وجواز المطالبة بالتعويض قبل الموعد المحدد للتنفيذ. فبمقتضى الأثر الأول يتحلل الدائن من التزاماته بموجب العقد، وبمقتضى الأثر الثاني يحق له ان يرفع الدعوى على المدين بالتعويض عن الضرر الذي يتعرض له بسبب خسارته للصفقة. أما في القوانين المدنية، فانّ هذين الأثرين يجدان مجالاً في التطبيق، ولكن ليس بصورة مباشرة كما في القانون الانكلوامريكي، لأن القوانين المدنية، لا تضع قاعدة عامة في الإخلال المسبق بالعقد. وبناءً

على ذلك، نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في كل واحد منهما أثراً من الأثرين أعلاه، فيكون الفرع الأول لانحلال العقد، والثاني للمطالبة بالتعويض قبل الوقت المحدد للتنفيذ.

الفرع الأول
إنحلال العقد

قد ينحل العقد بزواله قبل تمام تنفيذه، أو قبل البدء في تنفيذه. والانحلال بهذا المعنى يختلف عن الانقضاء، فالانقضاء يكون عند تمام تنفيذ العقد، أما الانحلال فيكون قبل ان ينفذ العقد أو قبل ان يتم تنفيذه. وقد يكون الانحلال باتفاق الطرفين وهو التقايل، وقد يكون لسبب يقرره القانون كالالغاء بالارادة المنفردة أو الفسخ(٣٢).

ويغلب في القانون الانكلوامريكي استعمال كلمة "إنهاء Termination" للدلالة على أثر إعمال الدائن الإخلال المسبق بالعقد(٣٣). ولهذا الاستعمال خصوصيته بسبب ما يقرره القانون المذكور من انحلال العقد بالنسبة الى المستقبل وحده في حالات الإخلال المسبق، اذ لا ينحل العقد في هذه الحالات بأثر رجعي. ولهذا، فقد انتقد بعضهم ما ذهبت اليه بعض القرارات القضائية التي استعملت كلمة "الفسخ Rescission" في قضايا الإخلال المسبق بالعقد، لما لهذه الكلمة من معنى يفيد انحلال العقد بأثر رجعي ab initio، مع ان المتفق عليه عدم ترتب هذا الأثر على الإخلال المسبق بالعقد(٣٤).

فالقاعدة في القانون الانكلوامريكي إذن، ان ما يترتب على إعمال الدائن الإخلال المسبق بالعقد هو انحلال العقد بالنسبة الى الالتزامات المستقبلية وحدها، أي انتهاؤه، من دون ان يكون لهذا الانحلال أثر رجعي. وبعبارة أخرى، فما يترتب على قبول الدائن الإخلال المسبق الصادر من المدين هو إنتهاء العقد فيما يتعلق بالالتزامات المتبقية على كل واحد من الطرفين. ويحصل هذا الانتهاء فور تحقق القبول ولا يتوقف على إجراء آخر، والغرض من ذلك هو ان يكون الدائن متحللا من التزاماته بموجب العقد الذي رفضه المدين(٣٥).

وإذا نظرنا الى الحالات التي عالجتها القوانين المدنية، والتي تدخل في صور الإخلال المسبق بالعقد، نجد ان ما يوّفره القانون للدائن فيها هو جواز فسخ العقد. ولكن تحقق هذا الفسخ لا يتم بطريقة مشابهة لما يحصل في القانون الانكلوامريكي الذي ينتهي فيه العقد بمجرد ان يُظهر الدائن إعماله إستنتاج الإخلال المستقبلي، كما لا يترتب على الفسخ في القوانين المدنية دائما وفي الحالات جميعها انحلال العقد بأثر رجعي. وبامكاننا أن نقسم الحالات المذكورة، من ناحية تحقق الفسخ وأثره، على

فقرات ثلاث هي: حالات سقوط الأجل، وحالات جواز فسخ عقد المقاولة قبل حلول أجل تنفيذه، وحالات فسخ العقود الزمنية ونخصص الفقرة الثالثة لبحث انحلال العقد بناءا على الاخلال المسبق وفقا لاتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠.

أولا- حالات سقوط الأجل:

لا يترتب على سقوط الأجل إنحلال العقد، بل يتأكد العقد من خلال تحول التزام المدين الى التزام منجّز يجوز للدائن ان يطلب تنفيذه في الحال. فإذا قام المدين بالتنفيذ، كان هذا وفاءً منه بالتزامه وانقضى العقد لذلك، وان امتنع عن التنفيذ، كان الدائن مخيرا بين ان يطلب تنفيذ العقد تنفيذا عينيا أو بمقابل بحسب الاحوال، وبين ان يطلب فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض ان كان له مقتض(٣٦). ويكون طلب الفسخ خاضعا لسلطة القاضي التقديرية، فقد يرى ان يستجيب للطلب وعندها ينحل العقد، ولكن انحلاله في هذه الحالة يكون بأثر رجعي طبقا للقاعدة العامة في الفسخ(٣٧). وهذا بخلاف ما يؤدي اليه قبول الإخلال المسبق بالعقد في القانون الانكلوامريكي.

وسقوط الأجل يؤدي الى تسريع الالتزامات التعاقدية، فالالتزام المؤجل يصبح منجّزا، ويترتب على هذا كل ما يترتب على استحقاق تنفيذ الالتزام من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل أو المطالبة بالفسخ. ولا يشبه هذا الأثر ما يرتبه القانون الانكلوامريكي على الإخلال المسبق بالعقد، لأن ما يصدر من المدين قبل موعد التنفيذ يعد إخلالا منه، وهو إخلال يحصل مقدماً، ولهذا، فلا يوجد تسريع لموعد الالتزامات، بل ما يوجد هو إخلال يترتب عليه انحلال العقد، فلا يبقى الالتزام قائما بعد إعمال الإخلال المسبق حتى يمكن الكلام على تسريع لموعد تنفيذه(٣٨). وبعبارة أخرى، فما يحصل في حالات الإخلال المسبق بالعقد هو انحلال العقد بسبب خطأ من المدين، وهذا الانحلال يحصل قبل الموعد المحدد لتنفيذ العقد.

وقد أبرزت المادة ٨٦٨ من القانون المدني العراقي هذه الخاصية بمنحها الحق لرب العمل في فسخ العقد دونما حاجة لانتظار أجل التسليم، فالتسليم لا يكون منجّزا وقت طلب الفسخ، بل التسليم يبقى مؤجلا، ولكن استنتاج استحالته في المستقبل يفرض جواز فسخ العقد مسبقاً. أما القانون المدني المصري، فقد نص في المادة ٢٧٤ التي قررت ان الدائن يجوز له "حتى قبل انقضاء الأجل، ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه، وله بوجه خاص ان يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك الى سبب معقول". فطبقا لهذه المادة إذا قامت لدى الدائن ذو الحق المؤجل أسباب معقولة لعدم الاطمئنان الى حصول التنفيذ في موعده المحدد، جاز له ان يطلب من المدين تأمينا يضمن له حصول التنفيذ في هذا الموعد، ولم تذكر المادة جزاء التخلف عن تقديم التأمين،

ويذهب الفقه الى ان هذا الجزاء هو سقوط الأجل واستطاعة الدائن الرجوع على المدين فورا قياسا على حالة عدم تقديم المدين التأمين الخاص الذي وعد بتقديمه للدائن(٣٩).

ويستفاد مما تقدم، ان الحالات التي يسقط الأجل فيها قد تتضمن صدور إخلالين من المدين، إخلال بإضعافه للتأمينات الخاصة التي قدمها لضمان التنفيذ أو بتخلفه عن تقديم التأمينات التي وعد بتقديمها أو بإفلاسه، إذا ما عُدّ الإفلاس إخلالا مسبقا(٤٠)،وهو إخلال حالي إذا نظر اليه بما هو إضعاف للتأمين أو عدم تقديم له، ولكن يستنتج منه ان العقد الذي رُصد التأمين لضمانه لن ينفذ في موعده المحدد، أي يكون هناك إخلال مستقبلي مستنتج من الإخلال الأول. والى هذا الحد، فإذا كان القانون العراقي مثلا، يتبنى مبدأ الإخلال المسبق بالعقد كما هو عليه في القانون الانكلوأميركي، فانّ هذا الاستنتاج يصلح موضوعا للمبدأ ويكون قابلا لترتب آثاره وهي إنهاء العقد وجواز المطالبة بالتعويض. ولكن القوانين المدنية، وبسبب عدم تبنيها لفكرة الإخلال المسبق بالعقد كمبدأ عام، لا ترتب هذه الآثار مباشرة، بل تخفف من شدتها وتقرر تسريع الالتزامات ليتمكن المدين من تنفيذها طبقا للعقد ويتلافى الحكم بفسخه، فإذا تخلف عن ذلك وطلب الدائن الفسخ، كان الفسخ بسبب الإخلال الحالي، وهو يخضع لتقدير المحكمة، فتحكم به إنْ رأت ما يبرر ذلك، وترفضه إذا رأت ذلك مما توجبه العدالة ومصلحة الطرفين.

ثانيا- حالات جواز فسخ عقد المقاولة قبل حلول أجل تنفيذه:

أما الفئة الثانية، فتضم الحالات التي أجاز القانون فيها طلب الفسخ قبل حلول الأجل المحدد للتنفيذ، وهي الحالات التي تندرج في إطار عقد المقاولة. فالمادتان ٨٦٨ و٨٦٩ من القانون المدني العراقي تجيزان لرب العمل ان يطلب فسخ العقد قبل حلول أجل التسليم عندما يتأخر المقاول في البدء بالعمل أو في إنجازه تأخرا لا يرجى تداركه، أو عندما يتبع طريقة معيبة في التنفيذ. فان التنفيذ في هذه الحالات يصبح مستحيلا بخطأ المقاول، والقاعدة في ذلك ان العقد ينفسخ بحكم القانون طبقا للمادة ٨٨٦ من القانون المدني العراقي، وهذا الانفساخ يكون بأثر رجعي على مقتضى القاعدة.

فانحلال العقد في الحالات المتقدمة يترتب بحكم القانون عند صدور الخطأ من المدين، ولا يتوقف ذلك على قيام الدائن بأي إجراء لإعمال ما يحصل لديه من استنتاج يشير الى ان المدين لن يستطيع انجاز العمل في الموعد المحدد. ولكن رب العمل يكون بحاجة الى اللجوء الى القضاء ليكشف عن هذا الانفساخ ويحكم بتعويضه، ولا يكون لحكم المحكمة أثر منشئ للفسخ.

ولكن، توجد حالة أجاز فيها القانون فسخ العقد قبل حلول أجل التسليم لا يشترط فيها مراجعة القضاء، بل يمكن فسخ العقد مباشرة عند تحققها، وهي حالة إفلاس رب العمل في عقد المقاولة، اذ

أجاز القانون المدني العراقي للمقاول في المادة ٨٩٠ ان يفسخ العقد، وقد ذهب رأي الى جواز الفسخ مباشرة من دون حاجة الى مراجعة القضاء، لأن استعمال حق الفسخ هنا يتوقف على واقعة معينة لا شك فيها ولا خفاء، وليس للقضاء ما يقدّره في هذا الصدد(٤١). ويلاحظ على ذلك ان القانون العراقي استعمل تعبير الفسخ في هذه الحالة، والقاعدة العامة في الفسخ ان يكون قضائيا ما لم يتفق الطرفان على فسخ العقد تلقائيا، وهذا ما تنبّه اليه صاحب الرأي السابق وانتق المشرع العراقي استعماله كلمة "يفسخ" في هذا المورد، وفضّل استعمال كلمة "ينهي" أو "يتحلل" بدلا منها(٤٢).ويقابل هذا النص المادة ٦٥٠ من القانون المدني المصري التي استند اليها الأستاذ السنهوري في تبرير ما ذهب اليه من امكان تطبيق المادة ٨٧٠ الملغاة من مشروع القانون المدني المصري، اذ ذهب الى امكان قياس تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو في انجازه على حالة قيامه بالعمل بشكل معيب، وبهذا يكون هناك أساس تشريعي لتطبيق حكم المادة الملغاة فضلا عما ذكره سابقا من تبرير(٤٣).

ثالثا: -انحلال العقد بناءً على الإخلال المسبق في اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠:

اتخذت اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ موقفا خاصا بعض الشيء من موضوع إنحلال العقد بسبب الإخلال المسبق. فقد أطلقت على هذا الانحلال "اعلان ابطال العقد declare the contract avoided(٤٤).وقد اشترطت المادة ٢/٧٢ ان يوّجه الدائن، الذي يريد إنهاء العقد، إخطارا الى المدين يعلمه فيه نيته إنهاء العقد، وليس هذا الاخطار مجرد إجراء شكلي، بل يترتب عليه إعطاء المدين فرصة تفادي إنهاء العقد بتقديمه تأمينات كافية للدائن. فليس الدائن مخولا، بحسب الأصل، في ان ينهي العقد مباشرة باخطار المدين بذلك أو بتغيير موقفه أو باقامة الدعوى، بل هو مقيد باستجابة المدين لاخطار الانهاء. فإذا قدم المدين التأمينات الكافية التي تقدّر كفايتها في ضوء الظروف الخاصة بكل قضية، امتنع على الدائن إنهاء العقد(٤٥).على ان هذا الاخطار لا يشترط دائما، بل هناك حالتين، أشرنا اليهما سابقا، لا يكون معهما الاخطار واجبا، وهما حالتا اعلان المدين صراحة انه لا ينوي تنفيذ التزامه، وكون الوقت لا يسمح للدائن باخطار المدين، كحالة الاستعجال مثلا(٤٦).وفي هاتين الحالتين، وفي حالة تخلف المدين عن تقديم التأمين الكافي في الحالات الأخرى، فانّ اعلان ابطال العقد يترتب عليه انحلاله فورا من دون حاجة الى اتفاق بين الطرفين أو اللجوء الى المحكمة.

واعلان ابطال العقد بموجب المادة ٧٢ من الاتفاقية لا يؤدي الى انحلاله بأثر رجعي، بل يؤدي الى تحلل الطرفين من التزاماتهما المستقبلية، ولا يكون لأي منهما ان يطالب بالأداء المقابل للأداء المطلوب منه بعد انحلال العقد(٤٧).

يتضح مما تقدم ان الأثر الأول الذي يترتب على الإخلال المسبق بالعقد في القانون الانكلوامريكي هو انحلال العقد بالنسبة الى المستقبل وحده، مع بقاءه قائما فيما يخص المطالبة بالتعويض(٤٨).وهذا الأثر عام، أي انه يتحقق كلما كان هناك إخلال مسبق بالعقد. أما في القوانين المدنية، فالحالات التي تدخل في صور الإخلال المسبق بالعقد تتضمن انحلال العقد، ولكن ليس بصورة مباشرة وبالكيفية التي ينحل بها العقد في القانون الانكلوامريكي. فلا يترتب الانحلال في حالات سقوط الأجل مباشرة، بل يعتمد على تخلف المدين عن تنفيذ التزامه الذي أصبح حالاً، وطلب الدائن فسخ العقد بناءً على ذلك. أما في حالات جواز فسخ عقد المقاولة، فالانحلال يكون بحكم من القضاء، وان كان هذا الحكم ذا أثر كاشف بناءً على ما تقرره المادة ٨٨٦ من القانون المدني العراقي.

الفرع الثاني

المطالبة بالتعويض قبل وقت التنفيذ

عندما يتخلف المدين عن تنفيذ التزامه الحال، يكون الدائن مخيرا بين طلب تنفيذ العقد وطلب فسخه. فإذا أمكن تنفيذ العقد تنفيذا عينيا، باختيار المدين أو جبرا عليه، انقضى العقد، أما إذا لم يمكن ذلك، فقد يطلب الدائن التنفيذ بمقابل، أي التعويض، وقد يطلب فسخ العقد. وهو في الحالتين يعوّض عما لحقه من ضرر، ولكن أساس التعويض في الحالة الأولى هو المسؤولية التعاقدية، وأساسه في الحالة الثانية هو المسؤولية التقصيرية(٤٩).

والكلام المتقدم يفترض التزاما حالاً تخلف المدين عن تنفيذه، أما إذا كان الالتزام مؤجلا وتحقق إخلال مسبق بالعقد بالشكل الذي عرضناه في المباحث السابقة، فهل يحق للدائن ان يطلب التعويض على الرغم من عدم مجيء الموعد المحدد للتنفيذ.

وقد رأينا ان الإخلال المسبق بالعقد يترتب عليه انحلال العقد قبل تمام تنفيذه أو قبل البدء بتنفيذه، وبناءً على هذا، فقد يكون جواز المطالبة بالتعويض سائغا ما دام العقد قد انحل ولم يعد له وجود(٥٠). وهناك مسألة مهمة ترتبط بذلك هي ان التعويض الذي يمنح للدائن في القانون الانكلوامريكي بناءً على الإخلال المسبق بالعقد يكون على أساس المسؤولية التعاقدية للمدين، فقد مرّ بنا ان العقد في هذا القانون لا ينحلّ بأثر رجعي، بل يبقى قائما بحدود تمكين الدائن من المطالبة بالتعويض على أساس الإخلال به، واستفادته من البنود الأخرى كبند التعويض الاتفاقي وشرط التحكيم. أما الحالات التي نظمتها القوانين المدنية، والتي تدخل في صور الإخلال المسبق بالعقد، فانتهاء العقد فيها يكون بفسخه، ويكون هذا الفسخ بأثر رجعي بحسب القاعدة. وعندها، فالرأي الغالب

ان التعويض الذي يمنح للدائن يكون على أساس المسؤولية التقصيرية، اذ لا يبقى وجود للعقد حتى يقال بتحقق المسؤولية التعاقدية للمدين بناءً عليه(٥١).

يقع البحث في التعويض الذي يطلب على أساس الإخلال المسبق بالعقد في محورين يتمثلان بعناصر هذا التعويض والوقت الذي يقدّر بناءً عليه من جهة، وما يؤثر في تقديره من جهة أخرى، أي، واجب تقليل الأضرار والأحداث اللاحقة لانحلال العقد بناءً على إعمال الدائن الإخلال المسبق بالعقد.

أولا- عناصر التعويض والوقت الذي يقدّر بناءً عليه:

ان الغاية من التعويض عن الإخلال بالعقد هي وضع الدائن في الموضع الذي كان سيشغله فيما لو تم تنفيذ العقد في وقته المحدد، وفي حدود ما يمكن للتعويض النقدي ان يفعل ذلك(٥٢). ولا تختلف القوانين في هذه المسألة، ولكن الأمر المهم في ذلك، هو ان القانون الانكلوأميركي يطبق القاعدة المتقدمة على حالات الإخلال المسبق بالعقد. اذ يرمي التعويض عن هذا الإخلال الى وضع الدائن في الموضع الذي يكون فيه على فرض تنفيذ العقد تنفيذا تاما(٥٣). ولما كان الوقت الذي يجب تنفيذ العقد فيه وقت مستقبلي، وجب ان يكون تقدير التعويض بناءً على الضرر الذي يحصل في هذا الوقت، وهذا يعني ان التقدير يكون تنبؤيا في هذه الحالة، وهو ما يثير العديد من المصاعب التي يجب على المحكمة ان تتجنبها عن طريق إتبّاع الطرق الأفضل لتقدير الضرر الذي يعوّض عنه الدائن(٥٤).

والطريقة التي يقدّر بها التعويض هي الاعتماد على التعويض الاتفاقي المحدد من الطرفين في العقد. أما إذا لم يكن هناك اتفاق على هذا التعويض، فتطبق عندئذ قاعدة سعر السوق Market price rule بشرط ان تكون هناك سوق متوفرة للشيء محل العقد وقت التنفيذ المحدد فيه(٥٥). وتعتمد المحكمة في التقدير على افتراض كون العقد قد تم تنفيذه بالصورة الصحيحة. فإذا كان العقد بيعا، افترضت المحكمة ان البائع قد نفذ التزامه بنقل ملكية المبيع وتسليمه الى المشتري، وان المشتري قد نفذ التزامه بتسلم المبيع ودفع ثمنه. وفي هذه الحالة، يقدّر التعويض بالفرق بين ثمن الشيء المحدد في العقد وثمنه في السوق في الوقت الذي يجب التسليم فيه. والقاعدة نفسها، تنطبق في حالة الاخلال بعقد الايجار أو عقود تقديم الخدمات الشخصية كعقد العمل وعقد المقاولة(٥٦). أما إذا لم تكن هناك سوق متوفرة، فعلى المحكمة ان تبذل وسعها لتقدير التعويض بصورة تعكس الحقائق التي تكشّفت لها في أثناء المحاكمة، مع مراعاة القاعدة المتقدمة التي تقضي بضرورة وضع الدائن في الموضع الذي سيشغله فيما لو تم تنفيذ العقد بصورة صحيحة في موعده المحدد(٥٧).

وإذا نظرنا الى الحالات التي تدخل في صور الإخلال المسبق بالعقد، والتي تنظمها القوانين المدنية، لوجدنا أغلبها تتضمن سقوط الأجل وصيرورة الالتزام مستحقا فورا. وفي هذه الحالة يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه عينا(٥٨). فإذا حصل التنفيذ، كان هذا وفاءً من المدين بالتزامه وليس تعويضا، أما إذا تخلف المدين عن التنفيذ وصار الأمر الى الحكم عليه بالتعويض فلا تثور عندئذ مشكلة التنبؤ، لأن التعويض سيكون عن الاخفاق في تنفيذ التزام حالٍّ وليس التزاما مستقبليا. وعندها فالقاعدة في التعويض هي وضع الدائن في الموضع الذي كان سيشغله فيما لو تم تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا في وقته المحدد، وهو الوقت الذي سقط فيه الأجل. والأمر نفسه فيما لو طلب الدائن فسخ العقد، اذ يجوز للدائن ان يطلب تعويضا بسبب إخلال المدين ولكن لا على أساس العقد لأنه يكون قد انتهى بأثر رجعي، بل على أساس المسؤولية التقصيرية الناشئة عن خطأ المدين. ويشمل التعويض في هذه الحالة أيضا ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب(٥٩). وفي حالات سقوط الأجل بخطأ من المدين جميعها، يُلزم المدين بتمام مقدار الدين، ولا يخصم منه مقدار الفوائد عن المدة المتبقية لحلول الأجل، وذلك جزاءً على خطئه(٦٠). إذا كان تقدير التعويض يتم بناءً على الوقت المحدد للتنفيذ بحسب الأصل، ففي حالات معينة يتغير هذا الوقت ويقدر التعويض بناءً على وقت آخر. فإذا لم يكن هناك وقت محدد للتنفيذ في العقد أصلا، وجب تقدير هذا التعويض بناءً على وقت حصول الإخلال المسبق(٦١). كما حدد القانون التجاري الاميركي الموحد وقتا آخر لتقدير التعويض، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة ٧٢٣ من القسم ٢ منه انه "إذا أقيمت الدعوى المؤسسة على الإخلال المسبق قبل الوقت المحدد للتنفيذ فيما يتعلق ببعض البضائع أو بجميعها، فانّ أي تعويض مبني على سعر السوق يجب ان يحدد طبقا للسعر السائد لهذه البضائع في الوقت الذي علم فيه الطرف المتضرر بالإخلال المسبق"(٦٢). وإذا كان إثبات السعر السائد للبضائع في هذا الوقت ليس من السهولة بمكان، جاز اللجوء الى سعرها السائد في أي وقت معقول سواءً أكان سابقا لذلك الوقت أم لاحقا عليه، على ان يكون بديلا معقولا طبقا للمعايير والعادات التجارية(٦٣). وأخيرا، فقد يختلف وقت تقدير التعويض بسبب تطبيق مبدأ تقليل الاضرار كما نراه لاحقا.

وقد تبنت اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ القاعدة العامة المتقدمة في التعويض، وهي ضرورة وضع الدائن في الموضع الذي كان سيشغله فيما لو تم تنفيذ العقد بصورة صحيحة، وذلك بتعويضه عن الخسارة اللاحقة والكسب الفائت بشرط ان يكون الضرر متوقعا أو ممكن التوقع وقت العقد(٦٤)، إلاّ انها وضعت قواعد خاصة للتعويض في حالة اعلان ابطال العقد.

فقد تبنت الاتفاقية ما يسمى بطريقة الصفقات البديلة التي يقدّر التعويض طبقا لها على أساس الفرق بين سعر الصفقة الأصلية وسعر الصفقة البديلة التي يشترط فيها ان تجري في خلال مدة

معقولة وعلى نحو معقول، أي بأحسن الشروط المتاحة في السوق(٦٥). أما إذا لم يقم الطرف المتضرر باجراء صفقة بديلة بعد فسخ العقد، فلا يسقط حقه في التعويض، ولكن مقدار التعويض يقدّر بمبلغ معادل للفرق بين السعر المحدد في العقد والسعر الجاري وقت اعلان الابطال(٦٦). وفي كلتا الحالتين، يجوز للطرف المتضرر ان يلجأ الى القاعدة العامة في التعويض لتكملة مقداره إذا كان التقدير طبقا لطريقة الصفقات البديلة لا يغطي الأضرار التي لحقت به جميعا(٦٧).

ثانيا - الأمور التي تؤثر في تقدير التعويض:

تتمثل هذه الأمور بواجب تقليل الأضرار، وبادخال الأحداث اللاحقة في الحساب عند تقدير التعويض.

١ - واجب تقليل الأضرار:

يتبنى القانون الانكلواميركي واجب تقليل الأضرار The Duty of Mitigation كقاعدة عامة، ويراد منه الزام الدائن، بعد ان يحصل إخلال بالعقد من المدين، باتخاذ السبل التي تقلل من خسارته بسبب هذا الإخلال. ويرتبط واجب تقليل الأضرار بواجب مراعاة حسن النية والتعامل الحسن، والمعيار الذي تقاس من خلاله مراعاة الدائن لهذا الواجب هو معيار موضوعي، قوامه تحديد ما سيقوم به الشخص العاقل الموجود في موضع الدائن، وفي ظل الظروف التي تحيط بالمسألة نفسها(٦٨). ويترتب على عدم مراعاة واجب تقليل الأضرار حرمان الدائن من مقدار من التعويض يعادل قيمة الأضرار التي كان بامكانه تجنّبها ولكنه لم يفعل(٦٩). كما قد يترتب على ذلك تغيّر وقت تقدير التعويض، فإذا كان بامكان الدائن ان يجري صفقة بديلة يقلل فيها من الأضرار ولكنه لم يفعل ذلك، فانّ تقدير التعويض سيكون طبقا للوقت الذي كان بامكانه ان يجري هذه الصفقة البديلة فيه(٧٠).

ويجد واجب تقليل الاضرار مجالا في التطبيق عند تحقق الإخلال بالعقد، سواءً أكان فعلياً أم مسبقاً. ففي نطاق الإخلال المسبق بالعقد، فانّ قبول الدائن لهذا الإخلال يجعله ملزما بتقليل أضراره وخسائره الى الحد الممكن(٧١)، اذ يجب عليه ان يتخذ الخطوات اللازمة للحد من تفاقم أضراره الناشئة بسبب إخلال المدين كي يكون التعويض الذي سيرجع به على الأخير بأقل قدر ممكن. فإذا كان الدائن بائعا، مثلا، ورفض المشتري تسلم البضاعة قبل ان يأتي موعد تسليمها، فعلى البائع، بعد قبوله لإخلال المشتري، ان يحاول بشكل معقول ان يبيع البضاعة الى مشتر آخر، وكذا العامل الذي يفصل من العمل قبل انتهاء المدة المحددة في العقد، عليه ان يحاول الحصول على عمل آخر وبشروط مشابهة(٧٢). وتبنت اتفاقية فينا مبدأ تقليل الأضرار، فأوجبت على الدائن اتخاذ الاجراءات المعقولة لتقليل أضراره. فقد جاء في المادة ٧٧ منها، والتي تنطبق على نوعي الإخلال الفعلي والمسبق، انه(٧٣) "يجب على الطرف الذي يتمسك بالإخلال بالعقد ان يتخذ الاجراءات المعقولة والمناسبة بحسب

الظروف للتخفيف من الخسارة الناتجة من الإخلال، والتي تشمل الكسب الفائت، فإذا أخفق هذا الطرف في ذلك، جاز للطرف المخل ان يطلب تقليل التعويض بمقدار الخسارة التي كان بالامكان تجنبها"(٧٤).

أما في القانون المدني العراقي، فلا توجد قاعدة عامة تفرض على الدائن واجبا بتقليل الأضرار، بل يمكن ان نستنتج من بعض النصوص الواردة في أبواب متفرقة ان قانوننا لا يقيم وزنا لهذا الواجب. فقد قررت المادة ٧٩١ ان المستأجر الذي لم يباشر الانتفاع بالمأجور أو لم ينتفع به إلاّ انتفاعا ناقصا وكان ذلك راجعا الى خطئه، يبقى ملزما بدفع الأجرة، ولكن الفقرة الثانية أوجبت على المؤجر ان يخصم من الأجرة قيمة ما اقتصده من وراء عدم انتفاع المستأجر، وقيمة ما حققه من نفع من وراء استعماله للمأجور في أغراض أخرى. فهذه الفقرة لا توجب على الدائن ان يسعى الى الاقتصاد أو الانتفاع، ولا تقرر حرمانه، بخلاف ذلك، من مقدار من التعويض، بل تتحدث عن أمر واقع هو ان الانتفاع أو الاقتصاد إذا كان حاصلاً فعلاً، فعلى المؤجر ان يخصم قيمته من الأجرة(٧٥)، وهذا لا يتضمن واجبا على المؤجر بتقليل الأضرار، بخلاف ما يفرضه المبدأ في القانون الانكلواميركي الذي يحرم الدائن مما كان بامكانه تجنبه ولكنه لم يفعل، فالمؤجر طبقا للفقرة أعلاه يحرم مما تجنبه فعلاً، لا ما كان بامكانه تجنبه ولكنه لم يفعل.

والموضع الآخر هو ما جاء في المادة ٨٨٥ بشأن عقد المقاولة التي أجازت لرب العمل ان يتحلل من العقد بارادته المنفردة، على ان يعوّض المقاول عما أنفقه من المصروفات كافة وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل. ولكن الفقرة الثانية من هذه المادة أوجبت على المحكمة ان تُنقص من التعويض ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء فسخ العقد، وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر. وهذا الحكم، كسابقه، لا يركز على ما كان بامكان المقاول ان يقتصده، بل على ما اقتصده فعلا، وهذا لا يستبطن واجبا عليه بالاقتصاد، بل يُنقص من تعويضه إذا كان الاقتصاد واقعا بالفعل.

ومع ذلك، فهناك من يذهب الى ان القانون المدني العراقي يتبنى واجب تقليل الأضرار على الرغم من غياب أي نص عليه(٧٦)، وقد استند في ذلك الى قرار لمحكمة التمييز في قضية تتلخص وقائعها في ان شركة نسيج تعاقدت مع طبّاع للعمل لديها لمدة سنتين بأجرة شهرية، ثم طردته بعد تسعة أشهر من بدء العمل. فاقام الطبّاع الدعوى مطالبا بالتعويض المتمثل بأجور المدة المتبقية من العقد، فحكمت له محكمة البداءة بذلك وأيدتها محكمة الاستئناف. ولما وصلت القضية الى محكمة التمييز لم تعترض على أصل أحقية العامل في التعويض بل اعترضت على طريقة تقديره، اذ جاء في قرارها انه "عند تقدير التعويض للعامل عند فسخ العقد من طرف واحد يجب تحديد مدى الضرر الذي أصاب العامل، فإذا كان العامل قد بقي عاطلا فمدى الضرر يختلف عما إذا كان قد اشتغل لدى جهة أخرى خلال مدة

العقد، وحيث ان الوقائع تشير الى ان المدعي قد عمل بعد فصله طبّاعا لدى شركة نسيج أخرى، فيجب التحقق من هذه الجهة ومن تاريخ مباشرة العمل الجديد"(٧٧). ولكن هذا القرار لا يدل على اعتداد محكمة التمييز بواجب تقليل الأضرار، فقد وجّهت محكمة الموضوع بضرورة مراعاة عمل المدعي لدى جهة أخرى بعد طرده من عمله الأول، مقررة ان مدى الضرر سيختلف في هذه الحالة عن الضرر الذي يلحق به فيما لو بقي عاطلا. وهذا لا يختلف عن موقف القانون المدني في الموضعين المتقدمين، فقد ركزت المحكمة على العمل الفعلي للعامل بقرينة الالزام بضرورة التحرّي عن واقعة عمله لدى جهة أخرى، فإذا كانت في صدد واجب تقليل الأضرار لبحثت عن إمكانية عمله لدى هذه الجهة ولقيّمتها من وجهة موضوعية، فإذا ثبتت هذه الامكانية فانّ العامل يحرم من مقدار من التعويض وان لم يكن قد عمل لدى الجهة الأخرى فعلاً. في حين ان الظاهر من قرار المحكمة ان العامل لا يحرم إلاّ مما يقابل قيمة ما حصل عليه فعلاً من عمله الآخر، وبشرط التحري عن هذا العمل وإثباته كواقعة لا لبس فيها. أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة ٢٢١ منه على ان التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط ان يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالتزامه أو تأخره في الوفاء، "ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوّقاه ببذل جهد معقول". وهذا الموقف يختلف عن موقف القانون العراقي، فمن مفهوم مخالفة هذا النص يتبيّن ان ما يستطيع الدائن ان يتوّقاه من الخسارة ببذل جهد معقول لا يعد نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بالوفاء، ومن ثم فلا يشمله التعويض(٧٨)، وما يستطيع الدائن ان يتوّقاه غير ما يتوّقاه فعلا(٧٩).

٢ - أثر الاحداث اللاحقة لانحلال العقد في تقدير التعويض:

وقع الخلاف في إدخال الأحداث اللاحقة للإخلال المسبق بالعقد Later Events في الحساب عند تقدير التعويض. فإذا حدث بعد انحلال العقد ما يؤدي الى تغير قيمة التعويض فيما لو بقي العقد قائما، فهل يجب ادخال هذا الحدث في تقدير التعويض. تُبين لنا قضية The Golden Victory في سنة ٢٠٠٧ مدى الخلاف بشأن هذا الموضوع بين القضاء والفقه الانكلواميركي، اذ كان هناك عقد لاجارة سفينة اتفق فيه الطرفان على ان تكون الاجارة لمدة سبع سنوات تنتهي في ٢٠٠٥/١٢/٦، وتضمن العقد بندا يعطي لكل من الطرفين الحق في الغاء الاجارة إذا ما اندلعت الحرب بين دولتين أو أكثر من بين مجموعة من الدول هي العراق والولايات المتحدة والمملكة المتحدة. وفي يوم ٢٠٠١/١٢/١٤ رفض المستأجرون العقد وقاموا باعادة السفينة الى المؤجرين، فقَبِل هؤلاء الرفض على انه إخلال مسبق بالعقد من المستأجرين، وتقدموا بطلب التعويض أمام المحكّم. وتحددت مطالبهم بالتعويض عن

مدة ٤٨ شهرا، وهي المدة المتبقية من مدة الاجارة بعد الرفض. وقبل أن يُحسم النزاع اندلعت حرب الخليج الثانية بتاريخ ٢٠٠٣/٣/٢١، فاستند المستأجرون الى هذا الحدث وطالبوا باحتساب التعويض الى يوم ٢٠٠٣/٣/٢٠ وهو اليوم السابق ليوم اندلاع الحرب. وقد اعتمدوا في ذلك على البند الذي تضمنه العقد والذي كان يسمح لأي من الطرفين بانهاء العقد فيما لو اندلعت الحرب، فاحتجوا بأنهم كانوا سيستعملون هذا الشرط في كل الاحوال، وان العقد سيكون منتهيا حتما في هذا التاريخ. وعليه، فانّ تعويض المؤجرين عن المدة اللاحقة لنشوب الحرب سيكون تعويضا غير مستحق لانهم توقعوا انتهاء العقد في هذا التاريخ من خلال موافقتهم على البند المذكور. فاستجاب المحكّم لطلب المستأجرين وحسم من مبلغ التعويض ما يعادل المدة من ٢٠٠٣/٣/٢١ حتى نهاية مدة الاجارة. فطعن المؤجرون أمام هيئة منصة الملكة فرُفض الطعن، ثم طعنوا أمام محكمة الاستئناف فرُفض الطعن أيضا، وبعدها تقدموا بالطعن الى مجلس اللوردات فقرر باغلبية ثلاثة الى اثنين من أعضاءه إبرام قرار المحكّم ورد طعن المؤجرين(٨٠). وقد تعرّض هذا القرار الى انتقادات مهمة تركزت في انه يؤدي الى عدم اليقينية، اذ لا يكون الاطراف عالمين بمقدار التعويض وقت الإخلال المسبق أو قبوله، واليقينية قيمة مهمة يجب الحفاظ عليها في القانون. ومن ناحية أخرى، فانّ القرار سيدفع الطرف المخل الى تأخير حسم النزاع والمماطلة فيه، وخاصة إذا كان هناك حدث متوقع سيؤثر في تقدير التعويض(٨١). وأجاب مؤيدو القرار عن ذلك بأنه وان كان يتضمن قدرا معينا من عدم اليقينية، إلاّ ان هذا ليس صفة مختصة به، فالقواعد القانونية أغلبها يكتنفها نوع من عدم اليقينية لضرورة التنبؤ فيها(٨٢).

أما القول بأن أخذ الاحداث اللاحقة في الحساب يجعل المدين يماطل في حل النزاع، فهو انتقاد زائف، لأن ما يتحمله المدين عند إطالة النزاع لا يكون دائما أقل مما يتحمله فيما لو حسم النزاع فورا، بل قد يكون أكبر من ذلك. وهذا ما قد يشجع المدين على الكشف المبكر عن نية الإخلال المسبق بالعقد لغرض حسم النزاع مبكرا(٨٣).

وذكر المدافعون عن القرار، أيضا، قضايا سابقة استشهدوا بها كانت قد أدخلت الأحداث اللاحقة في حساب التعويض يكون القرار معها مدعوما بحجية من السوابق القضائية(٨٤). واحتجوا أيضا بأن الأمور التي تحدث عند إبرام العقد يجب أخذها في الحساب، ومن هذه الأمور تعيين الطرفين للخطر المحتمل والطرف الذي يتحمل هذا الخطر. فالطرفان باتفاقهما على جواز الغاء العقد عند اندلاع الحرب قد حددا الخطر ومن يتحمله مقدماً عن طريق حساب الاحتمالات وفيما إذا كان الالغاء سيحصل من جانب المؤجر أو المستأجر، وهذا التحديد لا يمكن إهماله. وعليه، فأخذ الأحداث اللاحقة في الحساب عند تقدير التعويض يكون تنفيذا لارادة المتعاقدين(٨٥). ونجد تأصيلا شبيها بذلك في قانوننا، فالفقرة الثالثة من المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي تنص على ان التعويض يجب ان لا

يجاوز ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت، وهذا، بالطبع، إذا لم يكن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما(٨٦). كما يجب ان ينصبّ التوقع على مقدار الضرر فضلاً عن سببه(٨٧). وعليه، فإذا كان التعويض يتحدد بمقدار ما توقعه الطرفين عند التعاقد، وكانا قد توقعا أحداثا لاحقة كقيام الحرب مثلا ورتّبا شرطا يجيز لأي منهما الغاء العقد عند وقوع الحدث، فانهما يكونان قد أخذا هذا الحدث في حسابهما لغرض تقدير التعويض. كما ان المحكمة وهي تقدّر التعويض بقدر الضرر، يجب عليها ان تراعي في هذا التقدير قيمة الضرر عند الحكم به لا عند وقوعه(٨٨). فيكون التعويض الذي ينجم عن التقدير الذي يُدخل هذه الأحداث في الحساب، عندئذ، هو التعويض الذي توقعه الطرفان عند إنشاء العقد.

واخيرا لابد من الاشارة الى ان القانون العراقي يوّفر للدائن في هذه الحالات أكثر مما يوّفره غيره من القوانين المدنية، اذ يجيز الحصول على حكم بالحق المستقبلي قبل حلول أجله طبقا للمادة السادسة من قانون المرافعات. وهذا يعني ان قانوننا يتخذ في مواجهة المسائل التي تتدرج في مفهوم الإخلال المسبق بالعقد موقفاً وسطاً بين القوانين التي تتبنى مبدأ الإخلال المسبق بالعقد والقوانين التي ترفضه. فهو لا يجيز اللجوء فورا الى إنهاء العقد والمطالبة بالتعويض قبل حلول الأجل كما يقرره القانون الانكلواميركي، كما لا يسد الباب تماماً على الدائن الذي يتعرض لانكار المدين ورفضه المسبق للالتزام. بل يهيئ طريقا وسطا في هذه الحالات، يجيز من خلاله للدائن ان يلجأ الى القضاء للحصول على حكم بالحق المؤجل، ويكون هذا الحكم غير قابل للتنفيذ فورا ولكنه يتحول الى سند تنفيذي بمجرد حلول الأجل(٨٩).وإذا كان القانون المصري لا يتضمن نصاً مشابهاً، إلاّ ان القضاء هناك يسمح باصدار حكم من هذا القبيل في حالة طلب أقساط حالّة من الدين وأخرى مؤجلة. ومثال ذلك حالة المستأجر الذي يمتنع عن دفع الأجرة، اذ يقبل القضاء المصري دعوى المطالبة بالأجرة المتأخرة وما يستجد منها(٩٠). ويؤسس ذلك على ان امتناع المستأجر عن دفع الأجرة الحالّة يؤدي الى احتمال تخلفه عن دفع الأجور المستقبلية، وهذا يجعل للمؤجر مصلحة قائمة وحالّة في إلزام المستأجر بهذه الأجور. فإذا حلّ موعد دفعها وتخلف المستأجر عن الدفع، أمكن للمؤجر ان ينفذ في مواجهته بموجب الحكم الذي صدر سابقاً في هذه الدعوى(٩١).

المبحث الثاني
تجاهل الدائن الإخلال المسبق بالعقد

لما كان التنفيذ المستقبلي حقا للدائن، فانّ الأصل الذي يقوم على مبدأ سلطان الارادة يقتضي ان يكون له الخيار، عند حصول إخلال مسبق من المدين، بين أن يلجأ الى الجزاءات التي يقررها القانون لهذا الإخلال بالطريقة التي يتطلبها إعمال هذه الجزاءات كما رأينا في المبحث الأول، وبين ان يتجاهل ما يصدر من المدين وما يترتب عليه من استنتاج وينتظر الموعد المحدد للتنفيذ ليتحدد موقف المدين نهائيا. ففي حالة الإخلال المسبق بالعقد، لا يسأل الدائن عن اختياره تجاهل هذا الإخلال وانتظار الموعد المحدد للتنفيذ رغبة منه في المحافظة على العقد مادام القانون يقرر له ذلك.

ومع ذلك، فقد يحصل اختلاف في وجهات النظر بشأن تفسير المواقف التي يتخذها الأطراف في هذه الحالة، وهذا يتطلب تحديد ما يدل على اختيار الدائن وهل هو اللجوء الى الجزاء الفوري، أم تأجيل ذلك واختيار الابقاء على العقد. ثم ان تجاهل الدائن ما يحصل لديه من استنتاج يشير الى وقوع إخلال في المستقبل تترتب عليه آثار معينة، وهي آثار تختلف عن تلك التي تترتب على اختياره إعمال هذا الإخلال. وبناءً على ذلك، وللوقوف على هاتين المسألتين، نقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص الأول منهما بممارسة الدائن خيار تجاهل الإخلال المسبق بالعقد، والثاني بما يترتب على ممارسة هذا الخيار.

المطلب الأول
ممارسة الدائن خيار تجاهل الإخلال المسبق بالعقد

القاعدة عندما يتخلف المدين عن تنفيذ التزامه التعاقدي المستحق التنفيذ ان يكون الدائن بالخيار بين طلب تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا أو بمقابل، وبين طلب فسخ العقد مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتض(٩٢). والدائن غير ملزم بالبقاء على خياره، فله ان يعدل عن طلب التنفيذ الى طلب الفسخ أو العكس(٩٣). وإذا اختار الدائن طلب التنفيذ، فانّ العقد يبقى قائما سواءً أتم تنفيذه تنفيذا عينيا أم بمقابل، ويكون ملزماً لطرفيه، فيكون على المدين ان ينفذ التزامه كما يجب عليه بمقتضى العقد، ويجب على الدائن في المقابل ان ينفذ ما في جانبه من التزام.

ولما كان ما يقرره القانون المدني العراقي للدائن في الحالات التي تدخل في صور الإخلال المسبق بالعقد هو حقه في فسخ العقد(٩٤). وهل يجوز للدائن ان يتجاهل اخلال المدين المسبق بالعقد,

ومن ثم ينزل عن حقه في طلب الفسخ ويتمسك بتنفيذ العقد. نحاول الاجابة عن ذلك بثلاثة فروع نخصص الاول الى ممارسة الدائن خيار تجاهل الاخلال المسبق في القوانين المدنية ثم نتطرق بالفرع الثاني لبحث ذلك في القانون الانكلو أميركي وفي الفرع الثالث نبحث في تجاهل الدائن للاخلال المسبق المستمر .

الفرع الاول:- خيار تجاهل الاخلال المسبق في القوانين المدنية

فإذا تحدد الحق في طلب فسخ العقد بأنه حق ترخيصي سلبي، فهل يجوز لصاحبه ان ينزل عنه ويتمسك بطلب تنفيذ العقد. ينبغي لنا ان نفرّق في ذلك بين حالتين هما: النزول عن الحق في طلب الفسخ بعد ثبوته، والنزول عن هذا الحق قبل ثبوته.

١- **النزول عن الحق في طلب الفسخ بعد ثبوته**: ويقصد بذلك، ان يحصل النزول عن الحق في طلب الفسخ بعد ان يتحقق عدم التنفيذ من جانب المدين. فبعد ان يتخلف المدين عن تنفيذ التزامه يصبح حق الدائن الترخيصي في طلب الفسخ ممكنا ومكتسبا بصفة نهائية، والقاعدة في ذلك "ان الحقوق التي لا يجوز، بمقتضى أسباب خاصة، النزول عنها ما دامت في مرحلة مجرد الأمل أو الحق الناقص، يجوز النزول عنها متى تم اكتسابها نهائيا وصارت بذلك ممكنة الاستعمال على وجه كامل"(٩٥). ولهذا، فانّ الدائن يستطيع ان ينزل عن حقه في طلب فسخ العقد بعد ان يرتكب المدين إخلالا بالتزامه.

٢- **النزول عن الحق في طلب الفسخ قبل ثبوته**: أي قبل ان يتحقق عدم التنفيذ من جانب المدين، وقبل ان يصبح من الممكن استعمال الحق الترخيصي للدائن في فسخ العقد. وقد اختلفت الآراء في ذلك، فذهب فريق الى عدم جواز النزول عن الحق في الفسخ قبل ثبوت هذا الحق فعلاً، وذهب آخرون الى جواز الاتفاق، كقاعدة عامة، عند ابرام العقد على نزول المتعاقد عن الحق في طلب الفسخ عند عدم تنفيذ المتعاقد الآخر إلتزامه، مستندين الى ان كل صاحب حق يجوز له، متى كان كامل الأهلية، ان يستعمل حقه أو ان يمتنع عن استعماله، كما يجوز له ان يعدمه بالنزول عنه ما لم يكن الحق ذو طابع عام وله تعلق بالنظام العام، وليست دعوى الفسخ كذلك، لأنها مقررة لمحض مصلحة الدائن، ومن ثم يجوز له ان ينزل عنها مكتفياً بدعوى التنفيذ(٩٦).

وبعد ان تبين لنا ذلك، نأتي الى السؤال الأهم المتعلق بالحق في طلب الفسخ في حالات الإخلال المسبق بالعقد، فهل ينشأ هذا الحق في هذه الحالات أصلاً حتى يأتي الكلام على جواز النزول عنه والتمسك بدعوى التنفيذ

القاعدة في القوانين المدنية،ان الحق في الفسخ ينشأ بعد ان يتحقق عدم التنفيذ، فيجوز للدائن ان يُعمل هذا الحق أو ان ينزل عنه(٩٧). وهذا يشمل حالات سقوط الأجل، فالدائن مخير بين طلب الحكم

بسقوط الأجل، أو تجاهل ما يصدر من المدين من مسلك يؤدي الى جواز هذا الطلب، فإذا لجأ الى طلب الحكم بسقوط الأجل، فانّ التزام المدين يصبح حالاً فوراً. وعندها، يكون الدائن بالخيار، عندما يتخلف المدين عن تنفيذ هذا الالتزام بعد إعذاره، فله ان يلجأ الى جزاءات الإخلال الحالي بالعقد، والتي تتمثل بطلب التنفيذ أو الفسخ، مع إمكان العدول من أحدهما الى الآخر ما دام لم يصدر من المحكمة حكم نهائي(٩٨).

وفي الحالات التي قرر القانون فيها حق الدائن في الفسخ قبل حلول موعد التنفيذ كما جاء في المادتين ٨٦٨ و ٨٦٩ بشأن عقد المقاولة، فانّ الحق الترخيصي للدائن يكون قائما، اذ يكون بامكانه ان يُعمله أو يتنازل عنه. وذلك بأن يطلب الفسخ طبقا للحق الذي قرره له القانون في هذه الحالات، أو ان ينتظر الوقت المحدد للتنفيذ، فيتنازل بهذا عن حقه في فسخ العقد قبل حلول أجله. وهذا بحسب التصور الأولي، أما مع مراعاة ما تقضي به المادة ٨٨٦ من القانون المدني من انتهاء عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه، فانّ النزول عن طلب الفسخ والتمسك بتنفيذ العقد يكون بلا جدوى ما دام العمل قد أصبح مستحيلا على وجه محقق في المستقبل(٩٩).

أما الحالات الأخرى التي تدخل في صور الإخلال المسبق بالعقد، والتي لم تنظمها القوانين المدنية بنصوص خاصة، فالأصل فيها ان الحق في الفسخ لا ينشأ إلاّ بعد ان يتحقق عدم التنفيذ من جانب المدين. وهذا يعني ان يصبح التنفيذ مستحقاً ويتخلف المدين عن تنفيذه. ولكن النزول عن الحق في طلب الفسخ يكون ممكنا قبل ذلك, فيجوز ان يتفق الطرفان على نزول الدائن عن الحق في الفسخ عند التعاقد أو بعده وقبل صدور تصريح المدين أو مسلكه الدال على تخلفه عن التنفيذ مستقبلا أو بعده، وهذا الاتفاق يكون صحيحا ما دام قد حصل بارادة الطرفين(١٠٠). القاعدة ان النزول عن الحق في طلب فسخ العقد لا يُفترض، ولا يجوز استنتاج النزول الضمني إلاّ من افعال لا يقع الشك في دلالتها على قصد النزول، أو من افعال تستلزم النزول حتما. ويستطيع الدائن ان يعلن إرادته النزول عن الحق في طلب الفسخ صراحة في العقد أو في تصرف لاحق، ويجوز ان يحصل ذلك شفاها. وعندما يكون النزول ضمنيا، فلا يجوز التوسع في تفسيره، وعلى المحكمة ان تتشدد في استنتاجه، اذ يجب ان تخلو الواقعة التي يراد استنتاج النزول منها من أي شك، وان يكون من المؤكد ان نية من صدرت عنه هذه الواقعة تأخذ المعنى الذي يراد إعطاؤه لها(١٠١).فإذا تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه ورفع المتعاقد الآخر الدعوى مطالبا بالتنفيذ، فلا يجوز ان يعد اختياره هذا نزولا منه عن دعوى الفسخ(١٠٢).

الفرع الثاني :- خيار تجاهل الإخلال المسبق بالعقد في القانون الانكلواميركي:

يطلق على حق الدائن في اختيار تجاهل الإخلال المسبق بالعقد في القانون الانكلواميركي "رفض الإخلال المسبق بالعقد" في مقابل قبوله لهذا الإخلال الذي مرّ بنا في المبحث الأول. ويقصد من رفض الإخلال المسبق بالعقد ان يختار الدائن انتظار الموعد المحدد للتنفيذ وعدم اللجوء الى الجزاءات التي يقررها القانون لهذا الإخلال وهي انحلال العقد والمطالبة بالتعويض قبل وقت التنفيذ(١٠٣).

والدائن الذي يرفض الإخلال المسبق يكون قد اختار تأكيد العقد، وهو بهذا يبقي عليه حيّاً لمصلحته ومصلحة الطرف الآخر في الوقت نفسه. وقد أشير الى هذا الخيار في القضية الأولى التي أسست لمبدأ الإخلال المسبق بالعقد، وهي قضية (هوكستر)، اذ أورد اللورد (كامبل) ان "من المعقول ان يعطى الخيار للطرف المتضرر في ان يقيم الدعوى فوراً، أو ان ينتظر الى ان يأتي الوقت الذي يجب التنفيذ فيه، وعند اتخاذ الطرف المتضرر لخيار الانتظار، فانه يبقي على العقد ملزما، وهذا ما قد يكون مفيدا له ولا يمكن ان يكون مضرّا بالمدين"(١٠٤).

وحتى يتحقق هذا الخيار للدائن، فانه يجب ان يكون عالما بالوقائع التي تهيئه له، وبحقّه في الاختيار بين قبول الإخلال المسبق بالعقد ورفضه. وبعبارة أخرى، فانّ الدائن يجب ان يكون عالما بأن هناك إخلالا مسبقا صادر من مدينه، وان هذا الإخلال المسبق يعطيه الحق في اختيار قبوله وانهاء العقد، أو رفضه والابقاء على العقد قائما، وبخلافه، فانّ الخيار يتحقق من الوقت الذي يعلم فيه الدائن بوقوع الإخلال المسبق(١٠٥).

كما يجب أيضا، عندما يختار الدائن رفض الإخلال المسبق وتأكيد العقد، ان يكون اختياره واضحاً، اذ يجب في الموقف الذي يتخذه الدائن ان يكون دالاً بوضوح على انه يختار تأكيد العقد والاستمرار في الالتزام به(١٠٦). والسبب في هذا الشرط ان اختيار الدائن تأكيد العقد اختيار لا يقبل النقض بحسب الأصل. فلا يجوز للدائن بعد رفضه الإخلال المسبق بالعقد ان يعود ويختار قبول هذا الإخلال وانهاء العقد(١٠٧). ولهذا، يجب ان يكون اختياره تأكيد العقد واضحا لا لبس فيه، وتقدير ذلك يعود الى المحكمة، فمجرّد الطلب من المدين ان يغير رأيه ويحترم التزاماته التعاقدية وتنفيذها في موعدها المحدد لا يكفي لرفض الإخلال المسبق وتأكيد العقد. وقد حكم في إحدى القضايا بأن الدائن الذي يواجه الإخلال المسبق الصادر من المدين باعلانه "ان هذا الإخلال غير مقبول، وان المدين يجب عليه ان ينفذ العقد طبقا للاتفاق"، لا يعد مختارا لتجاهل الإخلال المسبق وتأكيد العقد بالضرورة(١٠٨).

ومن جانب آخر، فانّ سكوت الدائن لمدة طويلة وعدم اختياره انهاء العقد أو تأكيده قد يعد تأكيدا مستمرا للالتزام بالعقد من جانبه،ومحكمة الموضوع هي التي تقدر ذلك حسب ظروف القضية(١٠٩).

الفرع الثالث: - خيار تجاهل الإخلال المسبق بالعقد في اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠:

لم تتضمن اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ نصاً صريحاً يقرر خيار الدائن في حالة حصول إخلال مسبق بالعقد من المدين، بل تكلمت المادة ٧٢ منها على خيار اعلان ابطال العقد إذا اصبح واضحا للدائن ان المدين سوف يرتكب إخلالا جوهريا بالتزامه. ومع ذلك، فبالامكان تبيّن خيار تأكيد العقد من عدة أمورٍ، منها ان من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الاتفاقية مبدأ الحفاظ على العقود قائمة وفعّالة الى أقصى حدٍ والسماح بتنفيذها حتى في الظروف السيئة، وذلك تشجيعا للمصداقية وحسن النية في التعاملات التجارية الدولية. وان ابطال العقد بسبب الإخلال المسبق هو الملجأ الاخير الذي يلجأ اليه الدائن(١١٠)، اذ توجب الاتفاقية على الطرف الذي يريد اعلان ابطال العقد بسبب الإخلال المسبق الصادر من المدين ان يخطر هذا المدين بنيته في ابطال العقد، وذلك للسماح له بتقديم تأمين كاف للتنفيذ لكي يتفادى ابطال العقد. فإذا قدّم المدين هذا التأمين، امتنع على الدائن ابطال العقد، وإلاّ، عُدّ مُخلا به من جانبه، وأصبح مسؤولا عن تعويض المدين(١١١). مع ملاحظة ان هذا الاخطار لا يكون واجبا في حالة اعلان المدين انه لن ينفذ العقد، وما إذا كان الوقت لا يسمح بتوجيه هذا الاعلان(١١٢).

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فانّ المادة ٧٢ من الاتفاقية تتحدث عن خيارٍ للدائن في ابطال العقد عند صدور إخلال مسبق من المدين، اذ جاء فيها انه "إذا اصبح واضحا قبل تاريخ تنفيذ العقد، ان أحد الطرفين سوف يرتكب إخلالا جوهريا بالعقد، جاز للطرف الآخر إعلان إبطال العقد"، فما دام الابطال اختيارياً، أي انه أحد طرفي الخيار، فالتأكيد يكون اختيارياً أيضاً، فهو الطرف الثاني للخيار. وعندها، لا يكون الدائن ملزما باختيار ابطال العقد في حالة الإخلال المسبق، بل هو مخيّر بين هذا الابطال وبين تجاهل الإخلال المسبق والابقاء على العقد قائما وملزما للطرفين(١١٣).

الفرع الرابع: -تجاهل الدائن للاخلال المسبق المستمر:

عندما يختار الدائن طلب تنفيذ العقد، ويستمر المدين في تخلفه عن هذا التنفيذ، فالأصل ان الدائن يجوز له ان يعدل عن طلب التنفيذ الى المطالبة بفسخ العقد، اذ لا يجوز ان تعد مطالبة الدائن بالتنفيذ نزولا منه عن الحق في طلب فسخ العقد. وحتى على فرض كونها نزولا، فهو نزول معلّق على شرط واقف هو قيام المدين بالتنفيذ، فإذا استمر هذا في تخلفه عن التنفيذ، لم يجز له بعد ذلك ان يتمسك باختيار الدائن للتنفيذ وعدّه تنازلا عن طلب الفسخ(١١٤). ومن جانب آخر، فانّ المطالبة بالفسخ تقوم على عنصر جوهري هو عدم قيام المدين بالتنفيذ، فإذا استمر المدين في عدم التنفيذ، فليس هناك ما يدعو الى حرمان الدائن من التمسك بالحق في الفسخ ما دام عنصره الجوهري متوافرا(١١٥).

ويجوز للدائن ان يعدل من طلب التنفيذ الى طلب الفسخ حتى بعد ان يرفع الدعوى طالبا التنفيذ. فإذا كانت دعوى طلب التنفيذ مقامة أمام محكمة أول درجة، كان العدول من طلب التنفيذ الى طلب الفسخ من الطلبات الحادثة التي أجاز القانون للخصم إبداؤها في أثناء نظر الخصومة. والدعوى الحادثة قد تتناول بالتغيير الخصومة ذاتها من حيث موضوعها أو سببها أو أطرافها، بشرط ان تكون الطلبات الحادثة متصلة ومرتبطة بالطلب الأصلي(١١٦). ويعد طلب الفسخ متصلا بطلب التنفيذ الوارد في عريضة الدعوى الأصلية عن طريق وحدة الواقعة التي يستند اليها كل منهما، وهي عدم التنفيذ(١١٧).

ويجوز رفع دعوى الفسخ أمام محكمة أول درجة حتى بعد ان يصدر حكم بات في دعوى التنفيذ، وذلك إذا لم يحصل الدائن على التنفيذ المطلوب من المدين. فالحكم البات الصادر في دعوى التنفيذ لا يمنع الدائن من طلب الفسخ إذا ما بقي العقد من غير تنفيذ، ذلك ان دعوى التنفيذ تختلف عن دعوى الفسخ في الغاية التي تهدف اليها كل منهما، فالغاية من دعوى التنفيذ هي حصول الدائن على الأداء الذي له الحق فيه بمقتضى العقد، أما دعوى الفسخ فهدفها حل الرابطة التعاقدية واعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

وخلاصة ما تقدم "انه إذا لم يترتب على الحكم القاضي بالتنفيذ أيّ أثر، بأن استمر المدين في عدم التنفيذ، جاز للدائن – بدلا من الاستمرار في طلب التنفيذ – ان يطلب الفسخ، فما دام عدم التنفيذ مستمرا، يجب الاّ يترتب على صدور الحكم بالتنفيذ امتناع المطالبة بفسخ العقد"(١١٨).

أما إذا انتقلت الدعوى الى محكمة ثاني درجة، أي الاستئناف، وكان الدائن لم يطلب أمام محكمة أول درجة الاّ التنفيذ، فالأصل انه لا يجوز إحداث دعوى في الاستئناف لم يسبق إيرادها بداءة(١١٩)، وعليه، يتعين الرجوع الى محكمة البداءة لرفع دعوى الفسخ. ولكن هناك رأيا في الفقه يذهب الى جواز تقديم طلب الفسخ لأول مرة أمام محكمة الاستئناف على الرغم من ان المدعي لم يطلب أمام محكمة البداءة إلاّ التنفيذ، مستندا الى ان طلب التنفيذ وطلب الفسخ يجمعهما عنصر جوهري يشتركان فيه وهو الغرض الاقتصادي الذي يستهدفه كل منهما. فدعوى الفسخ تهدف الى حماية مصلحة الدائن الذي لم تعد دعوى التنفيذ مجدية في حمايته، ولما كان الغرض الذي يرمي اليه القانون من جواز تغيير الطلب أمام محكمة البداءة عن طريق الطلبات الحادثة هو حماية مصلحة الدائن، فانّ تحقيق هذه الحماية أمام محكمة الاستئناف أولى، وهي تتحقق من خلال إجازة العدول الى طلب الفسخ(١٢٠). ويتلمّس صاحب هذا الرأي أساسا قانونيا له من خلال النص الذي يقرر للدائن الخيار بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ، وهو نص المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري، اذ يسوّي بين هذين الطلبين ويكون استثناءً على النص الاجرائي الذي يمنع من تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف(١٢١).

ومن الطبيعي ان يكون الكلام المتقدم منطبقا في الحالات التي أجاز فيها القانون فسخ العقد قبل حلول أجل تنفيذه، والحالات التي يصبح التنفيذ فيها مستحقا بعد سقوط الأجل، أما في غيرها من الحالات التي تدخل في صور الإخلال المسبق بالعقد، فقد رأينا ان الأصل فيها هو عدم جواز طلب فسخ العقد قبل حلول الموعد المحدد للتنفيذ وتخلف المدين عنه.

أما في القانون الانكلواميركي، فإذا كان الأصل في اختيار رفض الإخلال المسبق وتأكيد العقد ان يكون اختيارا غير قابل للنقض، إلاّ ان هناك استثناءً مهما على ذلك، وهو عندما يكون الإخلال المسبق مستمرا. فقد يختار الدائن تأكيد العقد ولكن المدين، مع ذلك، يبقى مصرّاً على إخلاله المسبق به، ففي هذه الحالة يجوز للدائن، وعلى الرغم من رفضه لهذا الإخلال في الوقت السابق، ان يعدل ويختار قبوله وانهاء العقد والرجوع بالتعويض فورا(١٢٢).

ويتحقق الإخلال المسبق المستمر باصرار المدين على موقفه بسلوك ايجابي كالتصريح أو الفعل، كما يمكن ان يتحقق من خلال صمت المدين بعد ان يُعلمه الدائن انه يرفض الإخلال ويؤكد العقد. فصمت المدين وعدم التزامه بالعقد يعبر عن موقفه في الاستمرار في الإخلال، فيكون بهذا "صمتاً متكلماً"(١٢٣).

المطلب الثاني

ما يترتب على تجاهل الدائن الإخلال المسبق بالعقد

عندما يختار الدائن تجاهل الإخلال المسبق بالعقد، فانّ الآثار التي تترتب على ذلك بقاء العقد قائما وملزما لطرفيه في حالة عدم إعمال الإخلال وتجاهله من الدائن، كما لا يمكن للدائن ان يطالب بالتعويض عن الإخلال المسبق بالعقد. ولكن واقعة الإخلال المسبق بالعقد لا يمكن تجاهلها كليا في هذه الحالة، فتجاهل هذا الإخلال يعطي الدائن الحق في الاستمرار في تنفيذ العقد، وهذا يجعله ملزما ببعض الواجبات التي لم يكن لها وجود لولا حصول الإخلال المسبق. وهذا ما نراه في الفرع الأول من هذا المطلب. ومن ناحية أخرى، فانّ تجاهل الدائن الإخلال المسبق بالعقد وعدم إعماله يعطي الحق للمدين في العدول عن موقفه وإعلان العودة الى التقيد بالعقد، فهل يلزم الدائن بقبول هذا العدول، وهل يترتب على هذا العدول أثر مختلف، هذا ما نراه في الفرع الثاني. وعليه، نقسم هذا المطلب على فرعين، الأول في حق الدائن في الاستمرار في تنفيذ العقد، والثاني في حق المدين في العدول عن إخلاله المسبق بالعقد.

الفرع الأول
حق الدائن في الاستمرار في تنفيذ العقد

الأصل في العقد ان يكون شريعة المتعاقدين، وان لا يجوز لأحد منهما ان يستقل بفسخه أو إنهائه إلاّ بموافقة الطرف الآخر أو بمقتضى حكم قضائي(١٢٤). ومقتضى هذا الأصل، ان الطرف الذي له الحق في تنفيذ العقد يمكنه إجبار الطرف الآخر على هذا التنفيذ عند تخلف الأخير عنه من دون مبرر مشروع(١٢٥). ولكن الدائن قد لا يكون راغبا في إجبار مدينه على التنفيذ عن طريق اللجوء الى الطرق التي حددها القانون لذلك، فيختار، على الرغم من إخلال مدينه بالتزامه، ان ينتظر عدول الأخير ورجوعه الى التقيد بالعقد(١٢٦). وإذا صح هذا في حالة إخلال المدين بالعقد إخلالاً فعلياً، فهو يصح من باب أولى عند حصول إخلال مسبق عن طريق تصريح المدين أو اتخاذه مسلكا يؤدي الى استنتاج تخلفه عن التنفيذ في المستقبل في العقد الذي يتضمن أجلا للتنفيذ.

وقد مرّ بنا ان القانون يقرر للدائن الحق في اختيار تجاهل الإخلال المسبق بالعقد، وعندها، فانّ العقد يبقى قائما ولا ينحل، لأن انحلال العقد يترتب على اختيار الدائن إعمال هذا الإخلال كما رأينا في المبحث الأول. أما إذا اختار الدائن تجاهل الإخلال المسبق بالعقد، فانّ العقد يبقى موجودا ونافذا ولا ينحل. ويترتب على ذلك، ان يكون الطرفين ملزمان بتنفيذ العقد طبقا لبنوده، وفي الوقت أو الأوقات المحددة لهذا التنفيذ.

وهذا من حيث الأصل، ولكن ما يصدر من المدين ويكون متعارضا مع التزامه المستقبلي، والإخلال المسبق الذي يترتب عليه لا يكون بلا نتيجة تماما، حتى عندما يختار الدائن تجاهل هذا الإخلال. والنتائج التي تترتب في حالة تجاهل الدائن الإخلال المسبق قد تكون متعلقة بالإخلال ذاته وما أدى اليه من مسلك صادر من المدين، وقد تكون مترتبة بحسب الأصل الذي يقضي ببقاء العقد قائما وملزما. وبعبارة أخرى، فهناك نتائج تترتب على أمور تعرض للعقد بعد وجوده وتؤدي الى تغيير في مسار أحكامه أو حتى الى انتهائه، وهذه النتائج يتدخل الإخلال المسبق وتجاهله في ترتبها، فهذه النتائج لا يكون لها وجود قبل تحقق الإخلال المسبق بالعقد وتجاهله من الدائن. اذ يترتب على تجاهل الدائن الإخلال المسبق بالعقد بقاء العقد قائما وملزما لطرفيه، فيجب على كل منهما ان ينفذ التزاماته بموجبه في الوقت المحدد لهذا التنفيذ. ولذلك، يسمى هذا الخيار بخيار تأكيد العقد Affirmation of Contract(١٢٧). ويترتب على ذلك نتيجة تتمثل بمدى تقيد الدائن بمراعاة واجب تقليل الأضرار، فهل يجب على الدائن تقليل الاضرار التي تترتب على استمراره في تنفيذ العقد،وكذلك اللجوء الى خيار التاكيد لم يبق مطلقا دون قيود لذا ندرس اولا مدى تقيد الدائن الذي يتجاهل الاخلال

المسبق بواجب تقليل الاضرار في فقرة اولى وفي فقرة ثانيا نتحدث عن قيود استخدام الدائن خيار تأكيد العقد عند تجاهله الاخلال المسبق بالعقد.

اولا: - مدى تقيد الدائن الذي يتجاهل الاخلال المسبق بواجب تقليل الأضرار:

مرّ بنا سابقا ان القانون الانكلواميركي يتبنى واجب تقليل الأضرار كمبدأ عام، وان هذا الواجب ينقدح بمجرد ان يُعمل الدائن الإخلال المسبق بالعقد الذي ينتج عمّا يصدر من المدين من تصريح أو مسلك يتعارض مع التنفيذ المستقبلي(١٢٨). وعندئذ، يكون الدائن ملزما باتخاذ الطرق الممكنة أفضلها للتقليل من خسارته المترتبة على الإخلال بالعقد. ويترتب على عدم التزام الدائن بهذا الواجب ان يُحرم من التعويض عمّا كان بامكانه تجنبه من الخسارة ولكنه لم يفعل. وليس في القانون المدني العراقي، ما يمكن القول معه بتبنيه واجب تقليل الأضرار، بخلاف القانون المدني المصري الذي تضمّن نصاً يستفاد منه إلزام الدائن بهذا الواجب وهو نص المادة ٢٢١ التي ورد فيها ان الدائن يعوّض عن الخسارة التي تكون نتيجة طبيعية للإخلال بالعقد، وما يكون كذلك هو ما يخرج عن إمكان الدائن توّقيه ببذل جهد معقول. والكلام المتقدم كان في حالة إعمال الدائن الإخلال المسبق بالعقد وقبوله لما يصدر من المدين بهذا الوصف، فهل ينطبق ذلك في الحالة التي يتجاهل فيها الدائن هذا الإخلال ويرفض مسلك المدين. الأصل في القانون المدني العراقي، كما رأينا، هو عدم حرمان الدائن من تعويض الخسارة التي لحقت به بسبب الإخلال بالعقد إلاّ ما توّقاه فعلا من هذه الخسارة، سواءً أكان هذا الإخلال إخلالا مسبقا أم فعليا(١٢٩)، أي ان القانون العراقي لا يتبنى واجب تقليل الأضرار بالمفهوم الذي يوجد عليه في القانون الانكلواميركي. أما في القانون المدني المصري، فيمكن القول بأن واجب تقليل الأضرار ينقدح أيضا في حالة تمسك الدائن بتنفيذ العقد، اذ أُريد من النص، الذي قرر ان يكون التعويض عن الخسارة التي هي نتيجة طبيعية للإخلال بالعقد، ان يحكم الإخلال الفعلي. وهذا الإخلال لا يحصل إلاّ عندما يصبح التنفيذ مستحقا، وعندها، فانّ الدائن لا يعوّض عن الخسارة التي كان باستطاعته ان يتوّقاها ببذل جهد معقول، وما يحصل في حالات الإخلال المسبق بالعقد، على فرض التسليم بأنها تمثل مبدأ عاما مشابها لما يتبناه القانون الانكلواميركي، يؤدي الى الإخلال الفعلي فيكون محكوما بالنص المتقدم(١٣٠).

أما في القانون الانكلواميركي، فقد اختلف الموقف في القانون الانكليزي عنه في القانون الاميركي بشأن هذه المسألة، اذ لم يقرر القانون الانكليزي ضرورة الالتزام بواجب تقليل الأضرار في حالة تجاهل الدائن إستنتاج الإخلال المستقبلي ورفضه ما يصدر من المدين من إخلال مسبق بالعقد. وقد استقر في هذا القانون ان الدائن الذي يتجاهل الإخلال المسبق بالعقد يستطيع ان يمضي في تنفيذه

بالطريقة التي يحددها الاتفاق، وله ان يطالب بالمقابل المحدد في العقد من دون ان يكون ملزما بتقليل خسائره(١٣١). وقد تقرر هذا المبدأ في قضية White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor في سنة ١٩٦٢، التي حُكم فيها بأن الدائن الذي يستمر في تنفيذ التزامه بعد إخلال المدين المسبق بالعقد يستحق الأجر المتفق عليه كاملا. وتتحصّل وقائع القضية في ان المدعي كان يعمل في مجال الاعلان، وكان يزوّد السلطات المحلية صناديقا للمهملات مجانا، ويضع على هذه الصناديق إعلانات تروّج للشركات والأعمال مقابل أجور يتفق عليها معها. فحدث وان تعاقد مع صاحب مرآب على ان يروّج له من خلال هذه الصناديق لمدة ثلاث سنوات وبأجرة محددة. ولكن صاحب المرآب، وفي يوم التعاقد نفسه، أعلن تخليه عن العقد وعدم رغبته في الاعلان على الصناديق، وهو ما كوّن إخلالا مسبقا منه بالعقد. وقد واجه المدعي ذلك بتجاهله الإخلال المسبق، واستمراره في اعداد الاعلانات وتعليقها على صناديق المهملات لتمام مدة العقد، ثم إقامته الدعوى مطالبا بالأجر المتفق عليه في العقد. فاستجاب مجلس اللوردات لطلبه، وحكم له بالمبلغ كاملا(١٣٢). وقد ثارت عدة إنتقادات على هذه القضية، اذ بيّن المدعى عليه، باعلانه عدم رغبته في تنفيذ العقد، عدم استفادته منه، فكان على المدعي ان لا يقوم بعمل يزيد في الخسائر ولا يتضمن منفعة للمدعى عليه(١٣٣). أما القانون الاميركي، فقد ذهب الى إعمال واجب تقليل الأضرار في هذه الحالة أيضاً، وقرر ان الدائن لا يستطيع ان يغطي الخسائر التي تلحقه بسبب اخلال المدين المسبق بالعقد جميعها إذا اختار تجاهل هذا الإخلال والاستمرار في التنفيذ بطريقة تتفاقم فيها هذه الخسائر(١٣٤). وقد تقرر ذلك في قضية Clark v. Marsiglia في سنة ١٨٤٥، اذ كان الطرفان قد اتفقا على ان يقوم المدعي باصلاح عدد من اللوحات الفنية وترميمها في مقابل أجر يدفعه المدعى عليه. وبعد ان بدأ المدعي في العمل على إصلاح اللوحات وترميمها بوقت قليل أعلنه المدعى عليه رفضه العقد. ولكنّ المدعي، مع ذلك، استمر في العمل وأتمّ اصلاح اللوحات المتفق عليها وترميمها جميعها. ثم أقام الدعوى مطالبا بالأجر المحدد في العقد، ولكن المحكمة لم تُجِبه الى ذلك، وقررت ان ليس له الحق إلاّ في ما كان قد أنجزه من عمل قبل ان يعلنه المدعى عليه رفضه العقد، مع مبلغ إضافي كتعويض عن إنهاء العقد في تلك المرحلة(١٣٥).

وقد دافع Williston عن هذا الحكم مبيّناً ان المدعي لا يستطيع ان يُحمّل المدعى عليه المسؤولية عن الاضرار التي لم يكن هناك داع لحصولها. اذ يقال عادة ان على المدعي بقدر استطاعته وبقدر عدم الاضرار بنفسه، ان يقلل الاضرار الناتجة عن فعل المدعى عليه الخاطئ. وهذه القاعدة تنطبق على القضية المشار اليها بشكل واضح، برأي Williston، فإذا التزم الانسان بالقيام بعمل ما، وبعد ذلك أنكر العقد قبل ان يبدأ العمل أو عندما يكون العمل قد تم جزئياً، فسوف يكون مضراً بالمدعى عليه، ومن دون أية مصلحة للمدعي، ان يُسمح للأخير بالاستمرار في التنفيذ وفقاً للعقد، فقد يصبح المدعى عليه

ملزما بدفع الأجر المحدد في العقد كاملا، على الرغم من كون العمل عديم الفائدة بالنسبة اليه(١٣٦). ومما يؤخذ على هذا الرأي ان واجب تقليل الاضرار لا يقوم إلاّ بمناسبة تقدير التعويض الذي يطلب بسبب الإخلال بالعقد، أما ما يطلبه الدائن في هذه القضية وشبيهاتها، فهو ثمن العقد وليس التعويض، فالدعوى هنا هي دعوى دين assumpsit وليست دعوى تعويض damages فلا مجال لإعمال واجب تقليل الاضرار فيها(١٣٧). إذا كان ما يترتب على اختيار تأكيد العقد هو بقاء العقد ملزما لكلا طرفيه، وهو يعني ان يكون الدائن ملزما بتنفيذ ما في جانبه بمقتضى العقد، إلاّ ان القانون التجاري الاميركي الموحد قد أعطى الحق للدائن، في حالة اختياره تجاهل الإخلال المسبق بالعقد، في ان يوقف التنفيذ من جانبه. فقد جاء في الفقرة (c) من المادة ٦١٠ من القسم ٢ ان الدائن يجوز له أن يوقف التنفيذ من جانبه، سواءً اختار تأكيد العقد أم اختار اللجوء الى الجزاءات المقررة له بعد الإخلال المسبق الصادر من المدين.

وقد ينسجم هذا الحكم مع ما ذهب اليه Williston وهو ان استمرار الدائن في التنفيذ يتعارض مع واجب تقليل الاضرار. ولكن يلاحظ ان الدائن، طبقا للنص المتقدم، يحق له ان يوقف التنفيذ إذا أراد ذلك من دون ان يكون هذا الايقاف واجبا عليه. كما قيّد القانون الايقاف بأن يكون لمدة مقبولة تجاريا، وهي المدة التي يتفاوض فيها مع المدين أو التي ينتظر فيها قيام الأخير بالتنفيذ، وإذا زادت مدة الانتظار عن المدة المقبولة من الناحية التجارية، فلا يمكن للدائن ان يحصل على التعويض عن الاضرار التي كان يجب عليه ان يتجنبها(١٣٨).

ثانيا: - قيود استخدام الدائن لخيار تأكيد العقد عند تجاهله الاخلال المسبق بالعقد:

تتمثل هذا التقييد باشتراط توافر مصلحة مشروعة للدائن عند اختياره تأكيد العقد، وبضرورة إمكان تنفيذ الدائن التزامه من دون حاجة الى التعاون مع المدين(١٣٩).

١ - ضرورة توافر مصلحة مشروعة للدائن في تأكيد العقد:

لكل صاحب حق ان يستعمل حقه، بشرط ان لا يكون متعسفا في هذا الاستعمال(١٤٠). ويتحقق التعسف في استعمال الحق عندما يتحقق من هذا الاستعمال ضرر للغير، ويكون هذا الضرر راجحا على المصلحة التي تتحقق لصاحب الحق من استعماله حقه رجحانا كبيرا(١٤١). ويملك الدائن، الذي يصدر من مدينه إخلال مسبق بالعقد، الحق في اختيار تجاهل هذا الإخلال وتأكيد العقد والابقاء عليه قائما. ويترتب على هذا جواز استمرار الدائن في تنفيذ العقد طبقا لبنوده، ثم مطالبة المدين بتنفيذ التزامه المرفوض في الوقت المحدد للتنفيذ، بعد ان يصل هذا الوقت، فان امتنع المدين عن تنفيذ ما في جانبه كان مخلا بالتزامه إخلالا فعليّاً فيكون مسئولا عن تعويض الدائن عما يلحقه من ضرر(١٤٢).

ولكن حق الدائن في تجاهل الإخلال المسبق واختيار الابقاء على العقد، يكون مقيد بوجود مصلحة مشروعة له في ذلك، سواءً أكانت مصلحة مالية أم غيرها، وإلاّ، فلا يجوز له ان يختار تأكيد العقد. فإذا اختار تأكيد العقد من دون ان تكون له مصلحة مشروعة في ذلك، فانه يحرم من المطالبة بالمقابل الذي يحدده العقد ويقتصر حقه على المطالبة بالتعويض عن إخلال المدين بالعقد(١٤٣).

ولم يتبين من القانون الانكليزي انه يقيم هذا التقييد على فكرة التعسف في استعمال الحق، إلاّ انها تدخل في تطبيقاتها، خاصة فيما يتعلق بعدّ صاحب الحق متعسفاً في استعماله حقّه إذا كان يترتب على هذا الاستعمال ضرر يرجح رجحانا كبيرا على المصلحة التي يحققها.

وكان أحد اللوردات الذين أصدروا الحكم في قضيةWhite & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor وهو اللورد القاضي Ried قد ذكر هذا القيد على صلاحية الدائن في تأكيد العقد والاستمرار في تنفيذه، وهو ان تكون له، أي للدائن، "مصلحة مشروعة" في الاستمرار في التنفيذ وليس في إعمال الإخلال المسبق والمطالبة بالتعويض فورا. وهذه المصلحة المشروعة قد تكون مصلحة مالية أم غير مالية، فالمهم ان تكون له مصلحة مشروعة، وتقدير وجود هذه المصلحة ومشروعيتها يعود للمحكمة تستنتجه من الظروف الخاصة بكل قضية(١٤٤).

وقد تقرر في إحدى القضايا ان عبء الاثبات في هذه الحالة يقع على عاتق المدين، اذ يجب عليه ان يثبت ان الدائن لم تكن له مصلحة مشروعة في الاستمرار في التنفيذ على الرغم من وجود الإخلال المسبق بالعقد الصادر من المدين. ولا يكفي في هذه الحالة ان يثبت المدين ان مصلحة الدائن من التنفيذ قليلة نسبياً بالمقارنة مع خسارة المدين المترتبة على الاستمرار في التنفيذ(١٤٥).

٢ -ضرورة إمكان تنفيذ العقد من دون تعاون المدين:

يجب على المتعاقدين ان ينفذا التزاماتهما بحسب ما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية(١٤٦)، ومن أهم مصاديق تنفيذ العقد بحسن نية ان يكون هناك تعاون بين الطرفين في تنفيذ العقد. ويكون التعاون مطلوبا بصورة خاصة في العقود التي تقوم على الثقة بين الطرفين أو التي تقتضي علاقة مستمرة بينهما كعقد الشركة وعقد التأمين وعقد الوكالة وعقد العمل(١٤٧). ويتجسد تعاون الطرفين المتعاقدين في ان يخطر أحدهما الآخر بما يجّد من ظروف أوحوادث في أثناء تنفيذ العقد ليتيح له ان يدرأها أو يقلل ضررها(١٤٨). فإذا علم أحد المتعاقدين بما يجّد من حوادث في أثناء تنفيذ العقد قبل الآخر وكان الطرف الآخر يعنيه ان يعلم بهذه الحوادث لتعلقها بتنفيذ العقد، كان على الطرف الأول إعلامه بها، كما لو حصلت قوة قاهرة تؤخر التنفيذ، وكالتزام المؤمن له بأن يخطر

المؤمن بالحوادث التي تزيد من أخطار التأمين وتقتضي دفع قسط أكبر في مقابل تحمّله هذه الأخطار(١٤٩).

ومن تطبيقات فكرة التعاون أيضا، وجوب امتناع المتعاقد عن التعسف في استعماله حقّه عند تنفيذ العقد، كما لو نص في عقد الايجار على ان المستأجر لا يجوز له ان يؤجر العين من الباطن إلاّ إذا اعتمد المؤجر شخص المستأجر من الباطن، فعلى المؤجر ان يبدي سبب رفضه إعتماد هذا المستأجر، وللقاضي مراقبة هذه الأسباب(١٥٠). وقد يقتضي التعاون في تنفيذ العقد ان يقدم أحد المتعاقدين للآخر ما يمكّنه من تنفيذ العقد، كتقديم رب العمل التراخيص اللازمة للمقاول للبدء بالعمل وإخلاء موقع العمل أمامه ليتمكن من إنجاز ما التزم به(١٥١).

فإذا كان العقد يتطلب تعاونا بين المتعاقدين، وحصل إخلال مسبق من أحدهما بأن صرّح انه لن ينفذ التزامه المستقبلي أو اتخذ مسلكا ينمّ عن نيته ذلك، فانّ حق الدائن في تجاهل هذا الإخلال وتأكيد العقد والاستمرار في تنفيذه يكون مشروطا بتمكنه من تنفيذ الالتزام الذي في جانبه من دون توقف على تعاون المدين. والسبب في ذلك واضح، فالمدين قد أعلن رفضه تنفيذ العقد، فهو لن يتعاون مع الدائن في ذلك، وسوف يكون من غير المجدي للدائن ان يستمر في تنفيذ التزامه أو التحضير له، لأنه سيزيد بذلك من خسائره التي يفترض ان له الحق في التعويض عنها. وهنا فقد وضع القانون الانكليزي هذا القيد للتلطيف من القاعدة التي وردت في قضية White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor والتي تقضي بحق الدائن في الحصول على ثمن العقد كاملا بعد تجاهله الإخلال المسبق واستمراره في تنفيذ التزاماته بموجب العقد(١٥٢).

وبناءً على ما تقدم، فإذا استمر الدائن في تنفيذ التزاماته بعد الإخلال المسبق بالعقد من المدين، ثم طالب بالمقابل المتفق عليه في العقد، فعليه ان يثبت قدرته على الاستمرار في التنفيذ من دون حاجة الى التعاون مع الطرف المخل، سواءً أكان هذا التعاون ايجابيا أم سلبيا.

وقد حكم في إحدى القضايا بأن المقاولين ليس لهم الحق في الاصرار على الاستمرار في التنفيذ بعد أن أخلّت الادارة المحلية مسبقا بالعقود، وذلك لأن العمل يجري على أرض مملوكة للادارة المحلية وان الاستمرار في العمل يتطلب تعاونا منها بتوفير المنفذ الى موقع العمل(١٥٣). وحكم كذلك بأن العامل الذي يُفصل من العمل بشكل تعسفي لا يستطيع ان يطالب بالاستمرار في تنفيذ العقد حتى إذا كان راغبا في ذلك وقادرا عليه، لأن هذا التنفيذ يتطلب تعاونا مع رب العمل(١٥٤). وكذلك الحال في عقد بيع البضائع المثلية أو المستقبلية التي لا تنتقل ملكيتها من البائع الى المشتري إلاّ بعد فرزها ومطابقتها للعقد وموافقة المشتري على ذلك، فالمشتري الذي يرفض العقد قبل موعد تسليم البضائع يكون قد منع انتقال ملكيتها عمليا، لأن هذه الملكية لا تنتقل كما ذكرنا إلاّ بموافقة المشتري، وهذا يعني

ان البائع لا يمكنه الاستمرار في تنفيذ العقد من دون ان يتعاون المشتري معه فيكون خاضعا للقيد المتقدم(١٥٥).

وفي الحالتين المتقدمتين اللتين لا يمكن فيهما للدائن ان يستمر في تنفيذ العقد، لا يكون له الحق إلاّ في الحصول على التعويض عن إخلال المدين، وليس له ان يطالب بالأجر أو الثمن المحدد في العقد(١٥٦).

ويلاحظ من جهة أخرى، ان اختيار الدائن تأكيد العقد قد يؤدي الى الاضرار بالمدين الذي صدر عنه الإخلال المسبق بالعقد. فالثابت ان الدائن إذا اختار تأكيد العقد وبقي المدين مصرّاً على إخلاله الى حين مجيء الوقت المحدد للتنفيذ، فللدائن في هذه الحالة ان يطالب بالتعويض عن الإخلال الفعلي بالعقد والذي يقدّر بناءً على سعر السوق في الوقت المحدد للتنفيذ. وفي هذه الحالة، فقد يكون سعر السوق في وقت المطالبة أكبر منه في وقت صدور الإخلال المسبق بالعقد، ويترتب على ذلك ان يكون التعويض الذي يلزم به المدين أكبر منه في حالة قبول الدائن الإخلال المسبق وقت صدوره من المدين، ويحصل هذا في الحالات التي يقدّر فيها التعويض بناءً على وقت الإخلال، والضرر الذي يلحق بالمدين في هذه الحالة لا يقيد الدائن في اختياره تجاهل الإخلال المسبق بالعقد، ويجب على المدين ان يتحمل نتيجة عمله الخاطئ(١٥٧).

الفرع الثاني
حق المدين في العدول عن إخلاله المسبق بالعقد

يترتب على تجاهل الدائن للإخلال المسبق الصادر من المدين بالعقد، حق الدائن في الاستمرار في التنفيذ بالشروط والقيود التي مرّت بنا سابقا. ويقابل حق الدائن هذا، حق للمدين في العدول عن إخلاله المسبق بالعقد. فما دام الدائن قد تجاهل الإخلال المسبق الصادر من المدين، فقد أبقى على العقد قائماً ونافذاً، ومقتضى ذلك أن يكون الطرفان ملزمين بالعقد، وعندها، يكون عدول المدين واختياره تنفيذ التزاماته مبنيٌ على متطلبات العقد(١٥٨).لذا سندرس هذا العدول وفقا للقوانين المدنية والقانون الانكلو اميركي واتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ وذلك في الفقرات الثلاثة التالية:-

اولا:- حق المدين في العدول عن اخلاله المسبق بالعقد وفقا للقوانين المدنية

فعندما يتأخر المدين عن تنفيذ التزامه التعاقدي في وقته المحدد، يكون قد ارتكب إخلالاً فعلياً بالعقد. وهذا الإخلال يجيز للدائن ان يختار بين طلب التنفيذ جبراً على المدين، سواءً أكان التنفيذ عينياً

أم بمقابل، وبين طلب فسخ العقد، مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتض. فإذا طلب الدائن الفسخ، فهل يجوز للمدين بعد ذلك ان يبادر الى تنفيذ التزامه أو عرض هذا التنفيذ فيتوّقى الحكم بفسخ العقد.

القاعدة في القوانين المدنية ان ذلك جائز للمدين، فله ان يقوم بتنفيذ التزامه، أو ان يعرضه عرضا حقيقيا فيتفادى الحكم بفسخ العقد(١٥٩). والحق الذي يتقرر للمدين في هذه الحالة يسمى الحق في التنفيذ المتأخر(١٦٠)، فحق الدائن في فسخ العقد "لا يستبعد إمكان التنفيذ المتأخر في حالة مجرد التأخير بشرط ان يقوم المدين بالتنفيذ العيني، وأن يدفع التعويضات عن الأضرار الناشئة عن التأخير في التنفيذ. وبعبارة أخرى، يجوز للمدين، في حالة مجرد التأخير في التنفيذ، ان يقوم بالتنفيذ المتأخر، ويترتب على ذلك عدم قبول دعوى الفسخ، ويحدث نفس الأثر في حالة عرض التنفيذ عرضا حقيقيا"(١٦١).

ويتضح من ذلك، ان حق المدين في التنفيذ المتأخر وتوّقي الفسخ لا يكون قائما إلاّ في حالة تأخر التنفيذ، أما عند عدم التنفيذ النهائي، فانّ حق الدائن في فسخ العقد لا يسقط بعرض المدين للتنفيذ المتأخر بطريق التعويض، أي ان المدين لا يستطيع توّقي الفسخ عن طريق تنفيذ التزامه بمقابل مع التعويض، ويكون للدائن في هذه الحالة الخيار بين قبول التنفيذ بمقابل وطلب فسخ العقد(١٦٢).

وبناءً على ما تقدم، فإذا كان يمكن للمدين ان يتوّقى الحكم بالفسخ بعد ان يرتكب إخلالا فعليا بالعقد، فمن باب أولى ان يتقرر له هذا الحق في الحالات التي تدخل في صور الإخلال المسبق بالعقد. بل يمكن القول بأن حق المدين في توّقي الحكم بالفسخ يتقرر في صور الإخلال المسبق بالعقد جميعها، على فرض التسليم بأن قوانيننا المدنية تتبنى هذا الإخلال كمبدأ، فلا يَمنع المدين من عرض التنفيذ "ان يكون قد سبق ان صرّح بأنه لن يوفي بالتزامه ولو كان التصريح كتابة"(١٦٣).

يجوز للمدين، في القوانين المدنية، ان يقوم بالتنفيذ المتأخر حتى بعد رفع دعوى طلب الفسخ من الدائن، بل يجوز له ان ينفذ التزامه الى ان يصدر حكم نهائي بالفسخ(١٦٤). "ذلك انه لما كان الفسخ من عمل القاضي وليس بارادة الطرفين، فانه لا يقع إلاّ من وقت الحكم به، بل ان الفسخ لا يكون نهائيا إلاّ إذا حاز الحكم حجية الشيء المقضي، أو أُيد في الاستئناف. ومقتضى ذلك ان العقد ما دام لم يصدر بفسخه حكم نهائي، فانه يظل قائما. ويترتب على ذلك نتيجتان: الأولى، ان المدين يجوز له الى وقت صدور الحكم بالفسخ ان يتوّقى الفسخ بأن يعرض تنفيذ التزامه، والثانية، ان يكون للمدين الحق في توّقي الفسخ حتى بعد صدور الحكم بالفسخ، وذلك إذا سلك إحدى طرق الطعن التي تطرح المسألة برمّتها من جديد كالمعارضة والاستئناف وإلتماس إعادة النظر(١٦٥). متى قام المدين بالتنفيذ المتأخر أو عَرَضه عرضاً حقيقياً على النحو المتقدم، امتنع على القاضي ان يحكم بالفسخ، اذ لا يجوز له في هذه الحالة ان يستجيب الى طلب الدائن فسخ العقد ولا تكون له سلطة تقديرية في ذلك. فلا يجوز له ان يحكم بفسخ عقد البيع مع عرض المشتري الثمن عرضا حقيقيا على البائع، ما لم يتبيّن للقاضي،

ولأسباب مسوغة، ان هذا الوفاء مما يضار به الدائن، أي ان التنفيذ المتأخر ما دام ذات جدوى للدائن، فانه يمحو عدم التنفيذ الذي هو شرط للفسخ، ومن ثم لا يقع الفسخ لزوال ما يدعو اليه(١٦٦).

ثانيا: -حق المدين في العدول عن الاخلال المسبق بالعقد في القانون الانكلوأميركي:

القاعدة في القانون الانكلواميركي، وطبقا للأحكام المنظمة لمبدأ الإخلال المسبق بالعقد، ان المدين له الحق في العدول عن إخلاله المسبق ما دام الدائن لم يختر إعمال هذا الإخلال، سواءً أكان الدائن قد هذا الإخلال. فيجوز للمدين، في هذه الاحوال جميعها، ان يسحب إخلاله ويعدل عن موقفه(١٦٧). وعندها، يبقى العقد قائما ويُلزم طرفيه بتنفيذ التزاماتهما في موعدها المحدد(١٦٨).

وفي القانون الانكلواميركي، المدين لا يستطيع العدول دائما وكلما أراد ذلك، بل العدول مقيّد بعدم إعمال الدائن الإخلال المسبق بالعقد، أيا كانت الطريقة التي يحصل فيها هذا الإعمال (١٦٩). وهذا يعني ان سحب الإخلال المسبق بالعقد يجب ان يحصل قبل ان يغير الدائن موقفه بصورة أساسية بناءً على هذا الإخلال، كما لو قام بتصرف بديل أو أقام الدعوى مطالبا بالتعويض(١٧٠). وبصورة عامة، لا يكون العدول مقبولا إلاّ إذا حصل قبل ان يُعمل الدائن الإخلال المسبق بالعقد، أيّاً كانت الطريقة التي يتحقق فيها هذا الإعمال كما رأينا في المبحث السابق(١٧١).

ويبرّر ذلك بأن تقييد العدول بهذه الطريقة يجب ان لا يكون أمراً مستغرباً، لأن الإخلال المسبق بالعقد هو، بعد كل شيء، عمل خاطئ، وليست القدرة على العدول عنه مطلقة، فبمجرد ان يختار الدائن عدم انتظار عدول المدين عن إخلاله، يفقد الأخير قدرته على هذا العدول. وهو يفقد هذه القدرة حالما يعلنه الدائن إعماله الإخلال المسبق بالعقد، بل حتى في غياب هذا الاعلان، قد لا يستطيع المدين ان يعدل عن إخلاله، وذلك إذا كان الدائن قد عدّ هذا الإخلال نهائيا وقام برفع الدعوى بناءً عليه، أو حصل تغيير مادي في موقفه(١٧٢).

وقد تقررت هذه القاعدة في قضية Danube & Black Sea Railway & Kustendjie Harbour Co. v. Xenos في سنة ١٨٦١ والتي تتلخص وقائعها في ان الطرفين كانا قد اتفقا على ان ينقل المدعى عليه، على سفينته، مواد تابعة للمدعي من انكلترا الى القسطنطينية في تركيا في يوم ١٨٦٠/٨/١، وقبل ان يأتي اليوم المحدد للتنفيذ أعلن صاحب السفينة المدعي إنكاره وجود العقد ونيته عدم القيام بنقل أية بضائع للأخير، مما كوّن إخلالا مسبقا بالعقد. فأرسل المدعي الى صاحب السفينة رسالة يخبره فيها انه يرفض هذا الإخلال المسبق ويتمسك بوجود العقد، ولكن صاحب السفينة أنكر العقد مرة أخرى وأصرّ على موقفه. فقام المدعي بترتيب عقد بديل من خلال استئجار سفينة أخرى لنقل بضاعته الى القسطنطينية. وفي اليوم المحدد للتحميل طبقا للعقد الأول، أي في يوم ١٨٦٠/٨/١، أعلن صاحب السفينة المدعي إستعداده للتحميل، فأعلمه المدعي انه رتّب عقدا بديلا وانه سيطالبه

بالفرق بين الأجرتين. فقررت المحكمة ان انكار صاحب السفينة العقد كان إخلالا مسبقا مما أعطى الحق للمدعي في قبوله. ومن ناحية أخرى، فانّ محاولة صاحب السفينة العدول عن هذا الإخلال، باعلانه المدعي استعداده للتحميل في اليوم المحدد، لم تكن ذات جدوى لأن امكانية العدول قد قطعت من خلال تغيير المدعي موقفه بقيامه بترتيب عقد بديل لنقل البضائع(١٧٣).

وقد احتج خصوم فكرة الإخلال المسبق بالعقد بأن القول بجواز اقامة الدعوى الفورية قبل وصول الوقت المحدد للتنفيذ بناءً على اختيار الدائن إعمال الإخلال المسبق بالعقد، سوف يحرم المدين من فرصة العدول والعودة الى الالتزام بالعقد والتقيد به. فإذا كان وقت التنفيذ لم يصل بعد، وان إخلالا فعليا لم يصدر من المدين، بل كل ما صدر منه هو تصريحه انه لن ينفذ العقد في موعده المحدد، فلماإذا نحرم هذا المدين من فرصة الندم والعودة الى الالتزام بالعقد(١٧٤).

فأجيب عن ذلك، بأن الإخلال المسبق الذي يتحقق عن طريق قيام المدين بما يجعل التنفيذ مستحيلا، يقطع بنفسه فرصة العدول، فما دام التنفيذ قد أصبح مستحيلا فلا يمكن للعدول ان يصحح الموقف لأن وقوع الإخلال في المستقبل قد أصبح حتمياً واقعاً في هذه الحالة. أما تصريح المدين انه لن ينفذ التزامه المستقبلي أو ما يعادل هذا التصريح من مسلك يتخذه المدين، فهو وإن لم يؤدِّ الى جعل التنفيذ مستحيلا واقعاً، اذ يمكن القول بضرورة منح المدين فرصة العدول عن موقفه والعودة الى التقيد بالعقد ضمانا للحفاظ على العقود قائمة ونافذة، إلاّ ان فرصة العدول يجب ان لا تكون مطلقة، اذ تجب مراعاة مصلحة الدائن في الوقت نفسه. ونتيجة ذلك، ان تصريح المدين بعدم التنفيذ وان لم يجعل التنفيذ مستحيلا واقعاً، إلاّ ان قبول الدائن هذا التصريح على أنه إخلال مسبق بالعقد يجعل التنفيذ مستحيلاً قانوناً. ومن ثم، فليس هناك ما يدعو الى ضرورة إعطاء المدين فرصة العدول عن عمله الخاطئ بعد قبول الدائن هذا العمل وعدّه إخلالا بالعقد(١٧٥).

امّاالطريقة التي يجب ان يتحقق فيها العدول في القانون الانكلوأميركي فتكون من خلال تبيّن إنصراف نية المدين الى الالتزام بالعقد وسحبه الرفض الذي صدر منه سابقا. فإذا كان الرفض بطريق التصريح، فسحبه يكون بتصريح مقابل يبيّن التزام المدين بالعقد، وإذا كان بمسلك معين، فسحبه يتحقق بتصحيح الوضع الذي كان يُعد إخلالا مسبقا، فالعدول عن إخلال البائع الناتج عن بيعه الشيء الى مشتر آخر يكون باستعادة ذلك الشيء قبل ان يصل الوقت المحدد للتنفيذ(١٧٦).

وأي إخلال مسبق بالعقد يكون قابلا للعدول عنه، أيّاً كانت الصورة التي تحقق بها. فإذا كان الإخلال المسبق بالعقد ناشئا عن التخلف عن تقديم التأمين الكافي الذي طلبه الدائن (الصورة الثانية)، فبامكان المدين ان يعدل عنه بعد انقضاء المدة المحددة لتقديم التأمين، ولكن العدول عن هذا الإخلال يجب ان يتضمن تقديم التأمين الذي طلبه الدائن، لأن تخلف المدين عن تقديم هذا التأمين لمدة تتجاوز

الثلاثين يوما يُعد بنفسه إخلالا مسبقا بالعقد، ولا يتصور العدول عنه من دون تقديم هذا التأمين المطلوب(١٧٧).

ولكن، إذا كانت القاعدة العامة تقضي بجواز العدول عن الإخلال المسبق بالعقد، إلاّ ان هناك حالات لا يمكن فيها العدول واقعاً، وذلك إذا أصبح تنفيذ الالتزام في وقته المحدد مستحيلا بخطأ المدين. فقد يقوم المدين بفعل يعجزّه عن التنفيذ المستقبلي، اذ يؤدي هذا التعجيز الى جعل التنفيذ المستقبلي مستحيلا تلقائيا، كما لو قام بائع قطعة أثرية فريدة بتحطيمها قبل الوقت المحدد للتسليم إهمالاً منه، ففي هذه الحالة لا يكون العدول عن الإخلال المسبق ممكنا(١٧٨).

ويترتب على العدول عن الإخلال المسبق بالعقد في القانون الانكلوامريكي، إبطال النتائج التي تترتب على هذا الإخلال كافة، وهي جواز إقامة الدعوى بالتعويض قبل وقت التنفيذ، وانقضاء الالتزامات المتبقية، والاعفاء من عدم تحقق الشرط(١٧٩). كما يبقي العدول على حقوق الطرف المخل بموجب العقد، ويعفي الطرف المتضرر من أي تأخيرٍ حاصلٍ نتيجةً للإخلال المسبق(١٨٠).

ثالثا :- حق المدين في العدول عن الاخلال المسبق بالعقد وفقا لاتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠

اما اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ فأنها لم تنظم مسألة جواز العدول عن الإخلال المسبق بالعقد، ولكننا رأينا ان الاتفاقية تتبنى مبدأ أساسيا يقضي بضرورة الحفاظ على العقود قائمة وفعالة كلما أمكن ذلك، والحثّ على تنفيذها حتى في الظروف السيئة. فقد صيغت الاتفاقية بصورة لا تسمح فيها بابطال عقود البيع الدولية إلاّ في الحالات التي يتسبب الاستمرار فيها بضرر غير قابل للاصلاح لأحد الطرفين أو لكليهما(١٨١). وعلى هذا، فإذا اختار الدائن الابقاء على العقد وعدم إبطاله بعد الإخلال المسبق الصادر من المدين، جاز للأخير ان يغيّر رأيه في أي وقت وينفذ التزامه بموجب العقد. وعندها، يكون الدائن ملزما بقبول التنفيذ الذي يقدمه المدين(١٨٢). وبعبارة أخرى، فانّ إعلان إبطال العقد بسبب الإخلال المسبق هو حق للدائن وليس التزاما عليه، فإذا لم يقم الدائن بابطال العقد، وغيّر المدين الرافض رأيه، أي عدل عن إخلاله المسبق بالعقد، كان للأخير ان يستمر في تنفيذ العقد(١٨٣).

وقد نصت الاتفاقية على وجوب قيام الدائن الذي ينوي ابطال العقد بناءً على الإخلال المسبق باخطار المدين بذلك، ليمنحه الفرصة في تقديم تأمين كافٍ يتفادى من خلاله ابطال العقد. ولكن هناك حالة لا يجب فيها اخطار المدين، وذلك إذا أعلن المدين صراحة انه لن ينفذ التزامه. وهنا يمكن القول بأن فرصة المدين في العدول تكون أصعب منها في حالة إخطاره، لأن الاخطار يوجب على الدائن أن يقبل ما يقدمه المدين من تأمين إذا كان كافيا، أما عند غياب الاخطار فقد يبادر الدائن الى ابطال العقد قبل ان يتمكن المدين من اعلان عدوله(١٨٤).

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٧٢ من الاتفاقية على ان الدائن لا يجب عليه ان يخطر المدين بأنه ينوي ابطال العقد، إذا كان هذا المدين قد أعلن صراحة انه لن ينفذ التزاماته. وغرض الاخطار، كما رأينا، هو السماح للمدين بتقديم تأمين كاف للتنفيذ يتفادى بوساطته إبطال العقد، ويفسر تقديم التأمين الكافي بأنه عدول عن الإخلال المسبق بالعقد، فإذا حُرم المدين من فرصة تقديم هذا التأمين، فقد يكون محروماً من فرصة العدول عن الإخلال المسبق بالعقد. ولذا، قيل ان "التصريح المقصود بعدم تنفيذ العقد هو إعلان غير قابل للنقض"، أي ان العدول عنه قد لا يكون سهلاً. ويمكن إدخال الحالة التي لا يسمح فيها الوقت باخطار المدين في هذا الحكم، اذ يكون المدين محروماً من تقديم تأمين كافٍ للتنفيذ، ومن ثم، من فرصة تفادي إبطال العقد(١٨٥).

الخاتمة

نستنتج في نهاية بحثنا الموسوم بـ(اثار الاخلال المسبق بالعقد-دراسة قانونية مقارنة) بأن الاثار التي يرتبها القانون على اخلال المدين المسبق بما يترتب في ذمته من التزامات يتوقف على مايمكن للدائن ان يستنتجه من جانب المدين ,فالآثار التي تترتب على الاستنتاج الواضح الذي يشير بصورة قاطعة الى ان المدين لن ينفذ التزامه تختلف عما يرتبه القانون على الاخلال المسبق الذي لايستنتج فيه عدم تنفيذ المدين لالتزامه بصورة قاطعة وحاسمة , وعليه يتطلب القانون في الحالة الاخيرة ان يعزز بتخلف المدين عن تقديم التأمين الذي يطلبه الدائن بناءآ على ذلك الاستنتاج غير الواضح وعندها يتحقق الاخلال المسبق الذي تترتب عليه الاثار القانونية .وقد رأينا ان القانون الانكلواميركي يقرر ان أي تصريح أو مسلك من المدين، يُستنتج منه استنتاجا واضحا ان التنفيذ لن يحصل في المستقبل، يجيز للدائن، ومن تلقاء نفسه، أن ينهي العقد ويطالب بالتعويض. أما الإخلال المسبق غير المباشر، فدرجة الاستنتاج المطلوبة فيه أقل قوة فيكفي أن يصبح ظاهرا ان هناك إخلالا يحصل في المستقبل، وما يترتب عليه هو جواز ايقاف الدائن التنفيذ من جانبه، والمطالبة بتأمين كاف يضمن حصول التنفيذ في موعده المحدد، وإلاّ، فللدائن انهاء العقد. والاعتبارات التي دعت الى هذين الحكمين إن كانت مقبولة في المجتمع الانكلواميركي، إلاّ انها لا تقبل على عمومها في مجتمعنا. وما نراه صالحا في الوقت الحاضر، ان يُجعل الخيار للدائن، في هذه الحالات جميعها، في إيقاف التنفيذ من جانبه والطلب من المدين ان يقدم تأمينا كافيا يضمن حصول التنفيذ في موعده.

ومن جانب اخر قد لا تتوفر الحماية الملائمة للدائن في الحالات التي تدخل في صور الإخلال المسبق بالعقد، فعندما يصرح المدين انه لن ينفذ التزامه، فما يتاح للدائن هو مجرد الاعفاء من الاعذار، ولكن هذا قد يكون مضرا بمصلحته، اذ عليه الانتظار لحين مجيء الوقت المحدد للتنفيذ وهذا قد يضيع عليه فرصة تدارك الصفقة بصفقات أخرى. وعليه، فقد يكون الأفضل ان يقرر له الحق في إيقاف التنفيذ إن كان عليه ان ينفذ أولاً، أو إيقاف التحضير للتنفيذ من جانبه لحين تقديم المدين ما يضمن حصول التنفيذ في الموعد المحدد، ومن الأفضل ان تكون هناك مدة يجب تقديم التأمين خلالها، ولكن هذه المدة تختلف باختلاف الظروف ومن يحددها هو المحكمة.

لذا فمن الأفضل ان يُتضمّن القانون المدني العراقي نصا شبيها بنص المادة ٢٧٤ من القانون المدني المصري، مع التوسع فيها من حيث الموضوع ومن حيث الحكم. فيكون التوسع في الموضوع بشموله الحالات التي يتحقق فيها استنتاج معقول بدرجة من الوضوح يشير الى ان المدين لن ينفذ التزامه في الوقت المحدد، ويقدّر ذلك موضوعيا من المحكمة. ويُنص على ان هذا الاستنتاج يكون متحققا بصورة خاصة عندما يصرح المدين انه لن ينفذ التزامه في موعده المحدد، أو يتخذ مسلكا يدل على ذلك. أما الحكم فيكون التوسع فيه بجواز توجيه الدائن إعلانا الى المدين يطلب فيه تأمينا كافيا لضمان التنفيذ في خلال مدة معقولة تحددها المحكمة بحسب ظروف كل حالة، وإلاّ يحكم بسقوط الأجل. كما يُقرر جواز ايقاف الدائن التنفيذ من جانبه حتى تسلمه التأمين المطلوب. واللجوء الى ما يتيحه القانون في هذه الحالة، يجب ان يكون عن طريق المحكمة فهي أقدر على تقدير الظروف التي تجيز طلب اسقاط الأجل أو فسخ العقد، وهي التي تستطيع ان تنهي النزاع بشأن تقدير هذه الأمور، كما تحدد المدة اللازمة لتقديم التأمين وكفايته، وما إذا كان التنفيذ المُعجّل لا يصبّ في مصلحة الدائن أو لا يدخل في إمكانيات المدين.

وقد لا يكون الحكم بسقوط الأجل نافعا للدائن،عندما يكون التنفيذ المعجل ضاراً به أو غير نافع له في الأقل، اذ يقّدر الناس قيمة ما يحصلون عليه في معاملاتهم، وهذه القيمة لا تقدّر من حيث الكمية وحدها، بل الكيفية لها وزن كبير في هذا التقدير. ومن ناحية أخرى، فقد يكون المدين غير قادر على التنفيذ المعجّل، فهو لم يطلب الأجل إلاّ لتقديره أنه لا يكون قادرا على التنفيذ بصورة مرضية قبل حلوله، وقد لا تكون الوسائل المساعدة على التنفيذ متوافرة بين يديه في الوقت الحاضر وعلى هذا، فالافضل ان يُضمّن النص المقترح جواز الحكم بفسخ العقد عندما لا يكون التنفيذ المعجّل نافعاً للدائن، أو عندما لا يكون ممكنا من المدين. وهذا الحل يسد الثغرة المنطقية التي تنشأ من القول بجواز إيقاع الجزاء بناءً على مجرد الاستنتاج، فجزاء الفسخ وما يتبعه من تعويض لا يكون مبنياً على مجرد تصريح المدين أو مسلكه مباشرة، بل على سقوط الأجل وحلول الدين.

وبناءً على ما تقدم يقترح البحث ان يكون النص المقترح على النحو التالي:

١- عندما يكون تنفيذ الالتزام مؤجلا، فللدائن ان يتخذ الاجراءات المناسبة للمحافظة على حقه في المدة السابقة على حلول الأجل، وله بوجه خاص، عندما يصدر من المدين ما يُستنتج منه بصورة معقولة انه لن ينفذ التزامه في الموعد المحدد، ان يطلب تأمينا كافيا لضمان التنفيذ خلال مدة مناسبة، وبخلافه يُحكم بسقوط الأجل، فإذا كان التنفيذ في هذا الوقت غير نافع للدائن أو غير ممكن من المدين جاز للدائن طلب فسخ العقد.

٢- ويجوز للدائن ان يوقف التنفيذ أو التحضير للتنفيذ من جانبه حتى يقدم المدين التأمين المطلوب، على ان يعود الى هذا التنفيذ فور تقديم التأمين. ولا يترتب على التأخير الحاصل في هذه الحالة أية مسؤولية في جانب الدائن.

٣- تطبق الفقرتان أعلاه، على وجه الخصوص، عندما يصرّح المدين انه لن ينفذ التزامه في موعده المحدد، أو يتخذ مسلكا يدل على ذلك.

الهوامش

(١) د. محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، دراسة في القانون الامريكي مقارنة بالقانونين الفرنسي والمصري، القسم الثاني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثانية، العدد الثاني، يوليه ١٩٦٠، ص ١٣٩.

(٢) Revised Article 610-2(2):"Repudiation includes language that a reasonable person would interpret to mean that the other party will not or cannot make a performance still due under the contract, or voluntary affirmative conduct that would appear to a reasonable person to make a future performance by the other party impossible."

(٣) كان مشروع القانون المدني المصري يتضمن نصا يجيز فسخ عقد المقاولة في هذه الحالة، وهو نص المادة ٨٧٠ التي كانت تجري على النحو الآتي: "إذا تأخر المقاول في ان يبدأ العمل أو في ان ينجزه تأخرا لا يرجى معه مطلقا ان يتمكن من القيام بالعمل كما ينبغي في المدة المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم". وقد جاء في المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بشأن هذا النص ما يلي: "اقتبس المشروع هذا النص عن تقنين الالتزامات السويسري (م ٣٦٦ فقرة أولى) والتقنين البولوني (م٨٨٤) والتقنين التونسي (م٨٧٠) والتقنين اللبناني (م٦٦١)، وهو يجيز لرب العمل فسخ العقد إذا تأخر المقاول في انجاز العمل تأخرا لا يرجى معه مطلقا ان يتمكن من القيام به في المدة المتفق عليها. والتقنين الالماني يقصر هذا الجزاء على حالة عدم احترام الأجل المتفق عليه، أما المشروع فهو يجيز الفسخ حتى قبل مرور الأجل إذا تبين انه لا أمل مطلقا في انجاز العمل في المدة المتفق عليها. وقد أخذ التقنينان اللاتيني والجرماني هذا المبدأ عن التقنين الانجلوسكسوني، وخاصة عن التشريع الامريكي المنظم لاحكام العقود الصادر في سنة ١٩٣٣، وهو يسمح بطلب الفسخ مقدماً إذا تأخر المقاول في تنفيذ التزامه لدرجة يصبح معها ثابتا أو محتملا جدا انه لن يتمكن من اتمامه في الميعاد فيكون بذلك قد أخل مقدماً بالتزامه. وهذا الحكم يخالف القواعد العامة التي لا تجيز طلب الفسخ إلاّ إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلا". وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاءً بالقواعد العامة. أنظر في ذلك: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني,تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ج٧منشأة المعارف, الاسكندرية، ص ٧٩. ويلاحظ هنا ثمة تعارض بين ما جاء في تعليل لجنة المراجعة لحذفها النص من الاكتفاء بالقواعد العامة، وبين ما جاء في المذكرة الأيضاحية من ان حكم النص معارض للقواعد العامة. أما القانون المدني العراقي، فيشتمل على نص يتضمن الحكم اعلاه وهو نص المادة ٨٦٨ التي جاء فيها انه "إذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو 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 أجل التسليم".

(٤) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص ٨٠.

(٥) Brian A. Blum, Contracts – Examples and Explanations, 3rd ed., Aspen publisher, 2004. ., p. 559

(٦) Corbin, Corbin on Contracts, § 959.

نقلا عن: Anticipatory Breach of Contract Ronen Avraham and Zhiyong Lin, Remedies for with Two-Sided Asymmetric Information: A Comparison of

Legal Regimes, Northwestern University School of Law, Law and Economics Papers, Year 2005 Paper 15, p. 3.

وقريب من ذلك ما جاء في معجم: West's Legal Thesaurus Dictionary, by William Statisky, 2ND ed., West Publishing Co., USA, 1986, P. 53.

"Anticipatory breach of contract is a repudiation of a contract duty before the time fixed in the contract for the performance of that duty".

(٧)- Qiao Liu, Inferring Future Breach: Towards a Unifying Test of Anticipatory Breach of Contract, (66)3 Cambridgelaw journal. November, 2007.p.592

(٨) Qiao liu, op. cit, p.593

(٩) د. محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، دراسة في القانون الامريكي مقارنة بالقانونين الفرنسي والمصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية القسم الأول، السنة الثانية، يونيه ١٩٦٠، العدد الثاني ص ٢٦٠.

(10) Qiao Liu, Claiming Damages upon Anticipatory Breach: Why should an Acceptance be Necessary?, (25)4 Legal studies, 2005, p. 559; Paul H. Richard, op. cit., p. 280. Chitty, On contracts, vol. 1, 26 ed., Sweet & Maxwell, London, 1989.p.1080. Colin P. Campbell, The Doctrine of Anticipatory Breach of Contract, (60) Central law journal, 1950.p.67. Jill Poole, Textbook on contract law, 8th ed., Oxford university press, 2006.p.328

(١١) ذهب الى وجود الشبه بين قبول الايجاب في مرحلة ابرام العقد وقبول الإخلال المسبق بالعقد وفي امكان تحقق قبول الايجاب عن طريق السكوت في حالات معينة، كما في العقد الملزم لجانب واحد اذ يكون الموجب قد تنازل ضمنا عن الحاجة الى اعلان القبول. Paul H. Richard, Law of contract, 4th ed., Pitman Publishing, London, 1999.p276.

(١٢) يلاحظ ان القانون المدني العراقي فرّق بين حالتين عند تنفيذ المقاول العمل تنفيذا معيبا، فإذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب ممكنا، كان على رب العمل ان ينذر المقاول أولاً ويحدد له أجلا معينا، فإذا انقضى هذا الأجل من دون ان يعود المقاول الى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل فسخ العقد. أما إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا فلا ضرورة لاعذار المقاول ويجوز فسخ العقد مباشرة. على ان الفسخ في الحالتين يجب ان يتم عن طريق رفع الدعوى أمام القضاء، والمحكمة هي التي تقدر توافر أسباب الفسخ من عدمه. وبهذا، فان إنهاء العقد لا يكون بيد رب العمل تماما، فقد ترى المحكمة عدم الاستجابة الى طلب الفسخ بحسب ما يتراءى لها من ظروف القضية. وقد نصت المادة ١/١٧٧ من القانون المدني العراقي على انه "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتض على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى أجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته"، ويقابل هذا النص في القانون المدني المصري المادة ١/١٥٧، وفي القانون المدني الفرنسي المادة ١١٤٨ التي هي أوضح في وجوب طلب الفسخ من القضاء بقولها "ويجب ان يطلب الفسخ من القضاء .."، أنظر في ذلك: د. محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ ،دار الجامعة الجديدة للنشر،الاسكندرية، ص ٧، وأنظر قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٧٨ لسنة ٢٣ جلسة١٩٥٧/١/٢٤ س٨ ص ٩٨ الذي جاء فيه بهذا المعنى ان "فسخ العقد لا يكون إلاّ نتيجة لاتفاق المتعاقدين أو لصدور حكم به، ولا يشفع لأحد المتعاقدين في الانفراد بالفسخ

قوله بقيام أسباب هي في نظره مبررة للفسخ"، نقلا عن: المستشار أنور العمروسي، الدعاوى المسماة في القانون المدني في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٨١.

(13)-Robert Upex, Davies on contract, 7th ed., Sweet & Maxwell, London, 1995, p. 235.

(14)Samuel Williston, The law of contract, New York Baker, Voorhis & Co., 1922. §.1323

(١٥) أنظر تفصيلات هذه القضية في: Paul H. Richards, op. cit., p. 275.

(16)M. Gilbey Strub, The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and(2) Developing Countries, (38) International and comparative law Quarterly, 1980.p.498

(١٧) أنظر في هذه الآراء: فانسان هوزيه، المطول في العقود باشراف جاك غستان، بيع السلع الدولي، القانون الموحد، ترجمة منصور القاضي، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٤٤٣ وهوامشها (٢-٥).

(١٨) المصدر ذاته، ص ٤٤٢-٤٤٣.

(19) M. Gilbey Strub, op. cit., p. 499 Mercédeh Azeredo da Silveira, Anticipatory Breach under the Unitednations(3) Convension on Contracts for the International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, issue 2005 #2.p.30

(20) أنظر في ذلك: Michael G. Bridge,Issues arising under articles 64, 72 and 73 of the united nations convention on contracts for the international sales of goods, 60 journal of law and commerce, Vol. 25:405, 2005, p. 418.

(21) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي , ج١، منشأة المعارف ,اسكندرية ٢٠٠٤، ص ٥٣٦، ود. بشرى الجندي، خصائص مسؤولية المدين العقدية، مجلة ادارة قضايا الحكومة، السنة الرابعة عشرة، العدد الأول، يناير-مارس، ١٩٧٠، ص ٣٩.

(22) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني,مصادر الالتزام،العاتك لصناعة الكتب , القاهرة ٢٠٠٨، ص ٤٠٣. وهذا من غير اختلاف في تعريف الإخلال بالعقد بصورة عامة، فهو يعرّف في الفقه الانكلواميركي بأنه "عدم الامتثال لبنود العقد من جانب أحد الطرفين". أنظر: Marion Hetherington, Contracting out of Discharge for Breach, U.N.S.W Law Journal, vol. 3, 1980, p. 235.

(23) وقد أكدت محكمة استئناف الاسكندرية هذا المعنى بقولها "ان الخطأ في المسؤولية التعاقدية هو بذاته واقعة الإخلال التي يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام، وذلك طالما لم يثبت الملتزم قيام السبب الخارجي الذي يدعي به، وفي هذه الحالة يتبين ان تلك الواقعة وحدها هي كل ما يتعين على طالب التعويض إثباته، وانه متى قام باثباتها فانه يكون قد اثبت الخطأ الذي تبنى عليه مسؤولية الملتزم". استئناف اسكندرية في ٥ فبراير سنة ١٩٥٠، نقلا عن: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٣٩، هامش رقم (٢). ومن ناحية أخرى، فان دعوى المطالبة بالتعويض أو الفسخ أو إسقاط الأجل في الحالات محل البحث لا تتوقف على سبق قبول الدائن لما صدر من المدين على انه إخلال بالعقد. فإذا أضعف المدين بفعله ما كان قد هيأه من تأمين خاص، فان الأجل يسقط بحكم القانون ولكن الدائن بالخيار ان شاء طالب بتثبيت هذا السقوط وان شاء تغاضى عن ذلك أو طلب تأمينا إضافيا، فقد نصت المادة ٢٩٥ من القانون المدني العراقي على ان "يسقط حق المدين في الأجل: ب- إذا اضعف بفعله .... ما لم يختر الدائن ان يطالب بتكملة.." فإذا تردد في أول الأمر عن طلب إسقاط الأجل ثم طلبه بعد ذلك، فلا يحتج عليه بعدم سبق قبوله لسقوط الأجل. وهذا يعني ان الإخلال متحقق بغض النظر عن موقف الدائن منه. أنظر: د. عبدالرزاق أحمد

السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣،تنقيح المستشار احمد المراغي ,منشأة المعارف,الاسكندرية ٢٠٠٤، ص ١٠٣ الهامش (٢) الذي جاء فيه ان "الظاهر من الرجوع الى نص المادة ٢٧٣ مدني ان القانون يقضي بسقوط الأجل، فالأجل يسقط اذن بحكم القانون، والحكم القضائي انما يحسم النزاع في هذا الصدد، فهو كاشف لا منشئ"، ولكن أنظر في الموضع ذاته ما يشير الى انقسام الفقه في فرنسا وذهاب الاغلبية الى ان سقوط الأجل لا يكون إلاّ بموجب حكم قضائي له أثر منشئ، لا مجرد أثر كاشف، فهو الذي يسقط الأجل، ولا يسقط الأجل بحكم القانون، ولكن هناك رأيا يذهب الى ان الأجل يسقط بحكم القانون، وعند النزاع يصدر حكم قضائي ليقرر سقوطه، وهذا الحكم له أثر كاشف لا أثر منشئ.

(٢٤) وقد ذُكرت هذه القاعدة أول مرة في قضية Johnstone v. Milling في سنة ١٨٨٦ والتي جاء فيها "ان رفض العقد، أو بعبارة أخرى، الرفض التام لتنفيذه من أحد الطرفين قبل ان يصل وقت التنفيذ، لا يكون في نفسه مساويا للإخلال بالعقد، ولكن يمكن ان يُعامل كذلك أو يتبناه الطرف الآخر كفسخ للعقد فيما يتعلق باعطاءه الحق الفوري في الدعوى، وانه يصبح إخلالا فقط عندما يتحول بقوة ما يتبعه الى تخلٍّ خاطيء عن العقد". اللورد Esher، نقلا عن: Collin Campbell, op. cit., p. 65.

(٢٥) Qiao Liu, op. cit., p. 560

(٢٦) القاضي Asquith في قضية Haward v. Pickford في سنة (١٩٥١)، نقلا عن: Qiao Liu, op. cit., p. 576.

(٢٧) Qiao Liu, op. cit., p. 575.

(٢٨) والقضية الأولى التي أُشير فيها الى هذا الرأي هي قضية Avery v. Bowden في سنة ١٨٥٥ التي تقرر فيها ان هناك إخلالا مسبقا بالعقد من المستأجرين، ولكن هذا الإخلال لم ينشئ الحق للمالكين في إقامة دعوى التعويض لانهم لم يقبلوه قبل استحالة تنفيذ العقد بسبب الحرب. أنظر تفصيلات هذه القضية في: Chitty, op. cit., p. 1081. .

(29) Qiao Liu, op. cit., p. 562.

(٣٠) المصدر ذاته، ص ٥٦٦.

(٣١) J.W. Carter & Elisabeth Peden, Damages following termination for repudiation: taking account of later events, Legl studies research paper No. 80/91, august 2008, p. 5, available at: http://ssrn.com/abstract=1222047.

والظاهر تبني الريستيتمنت للنظرية الثانية، فقد جاء في المادة ١/٢٥٣ منها انه "عندما يرفض المدين التزامه قبل ان يكون قد ارتكب إخلالا ناتجا عن عدم التنفيذ، وقبل ان يكون قد تسلم المقابل المتفق عليه بتمامه لهذا الالتزام، فان رفضه لوحده ينشئ الدعوى بالتعويض عن الإخلال التام". فإذا كان الرفض لوحده ينشئ الدعوى بالتعويض فان الإخلال ينشأ قبل الانهاء أي قبل قبول الرفض. أنظر: المصدر ذاته، ص ٣. كما يمكن استنتاج هذا الموقف مما ورد في بعض نصوص القانون التجاري الاميركي الموحد التي تحدد طريقة تقدير التعويض في حالة الإخلال المسبق بالعقد، فقد نصت المادة ٧١٣ من القسم ٢ من القانون على ان تقدير التعويض الذي يترتب للمشتري عن إخلال البائع المسبق يتحدد بالفرق بين الثمن المحدد في العقد وسعر السوق في الوقت الذي يعلم فيه المشتري بالإخلال.

2-713 : ".... [t]he measure of damages for non-delivery or repudiation by the seller is the deference between the market price at the time when the buyer learned of the breach and the contract price

فقد وصفت المادة ما يصدر من البائع بأنه إخلال حتى قبل ان يعلم به المشتري. ويبدو ان هذا هو موقف اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠، فالمادة ٧٢ منها تجيز إبطال العقد إذا كان واضحا ان إخلالا جوهريا سيقع في المستقبل بشرط إعلان المدين بالابطال. ولكن الدائن يستطيع أيضا ان يبطل العقد مباشرة ومن دون إعلان إذا كان الوقت لا يسمح بذلك، كما

يستطيع إبطال العقد مباشرة ولو كان الوقت يسمح بالاعلان إذا كان المدين قد أعلن صراحة انه لا يريد تنفيذ التزامه في الموعد المحدد. أنظر في ذلك: M. Gilbey Strub, op. cit., p. 498-500.

فما دام باستطاعة الدائن ان يبطل العقد مباشرة في الاحوال المتقدمة، فهذا يعني ان ما يصدر من المدين يعد إخلالا بنفسه ولا يتوقف على ما ينضم اليه من جانب الدائن بصورة قبول لهذا الإخلال.

(٣٢) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٥٦٥-٥٦٦، ود. عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٤٢٠. ولكننا نجد خلطا في كلمات الأستاذ حسن الذنون، اذ ذكر انه يفرّق "بين انقضاء العقد وبين انحلاله، فالعقد ينقضي بتنفيذه، أي بوفاء المدين بالتزامه على النحو المتفق عليه، أما الانحلال فيراد به إنقضاء العقد إنقضاءً مبتسرا، أي انحلال الرابطة التعاقدية قبل التنفيذ أو قبل انقضاء مدة العقد الزمني"، د. حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات،بغداد١٩٧٦، ص ١٨٨. فقد عرّف الانحلال بأنه إنقضاء مبتسر للعقد فجعله قسما للانقضاء، مع انه فرّق بين الانحلال والانقضاء قبل ذلك وجعل كل واحد منهما قسيما للآخر. وعلى أية حال، فما نقصده من انحلال العقد هو المعنى المشار اليه في المتن، أي زوال العقد قبل تمام تنفيذه، أو قبل البدء في هذا التنفيذ.

(٣٣) Jill Poole, Textbook on contract law, 8th ed., Oxford university press, 2006.p.320

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

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

(٣٦) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، مصدر سابق ذكره، ص ١١٢، ود. عبد الناصر توفيق العطار،الآجل في الالتزام, من دون سنة طبع، ص ٣٦٣.

(٣٧)كما لا بد من اعذار المدين لأن مجرد حلول الأجل لا يكفي لوضع المدين في الوضع القانوني للمتأخر في تنفيذ التزامه. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المستشار احمد المراغي ,ج٢، منشأة المعارف ,الاسكندرية ٢٠٠٤، ص ٧٧٦.

(٣٨) Williston, op. cit., §1311

(٣٩) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، مج١، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، ٢٠٠٤، ص ٨٩،ومع ذلك، فهناك رأي يذهب الى ان تخلف المدين عن تقديم التأمين لا يؤدي الى سقوط الأجل طبقا لهذه المادة لكون حالات سقوط الأجل جاءت على سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليها أولاً، وثانيا فان المشرع حصر حالات اسقاط الأجل بإضعاف التأمينات الخاصة، والخشية من الإفلاس أو الإعسار تتضمن إضعافا للضمان العام، ولم يُرد المشرع ان إضعاف هذا الضمان يؤدي الى سقوط الأجل.

أنظر: د. محمد علي عرفه، التقنين المدني الجديد، شرح مقارن على النصوص، ط٢، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٥، ص ١٨٨، ود. عبدالناصر توفيق العطار، الأجل في الالتزام، من دون محل ولا سنة طبع، ص ٣٥٨.

(٤٠) Thomas W. Dunfee and others, Modern Business Law and The Regulatory Environment, 3rd ed., Irwin McGraw-Hill, United States, 1996.p.341

(٤١) أنظر: عبدالجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاولة ,اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد لسنة ١٩٧٩، ص ١٢٧.

(٤٢) المصدر ذاته، وفي الموضع ذاته.

(٤٣) د.عبد الرزاق السنهوري الوسيط.ج٧.مصدر سابق.ص٨٠.

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

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

(٤٦) أنظر في ذلك: فانسان هوزيه، المصدر السابق، ص ٤٤٢-٤٤٣.

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

وقد رتبت مبادئ اليونيدروا ومبادئ قانون العقد الأوربي هذا الأثر في المادتين ٥/٣/٧ و ٣٠٥/٩(١) منهما بحسب الترتيب. أنظر: المصدر ذاته، وفي الموضع ذاته.

(48) "عند حصول إخلال مسبق بالعقد، يجب الموازنة بين منافع الدائن من العقد والتعويض المشروط". أنظر:
Victor P. Goldberg, Cleaning up Lake River, Verginia Law & Business Review, 3:427, 2008, p. 444.

(٤٩) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٥٨٥.

(٥٠)Qiao Liu, op. cit., p. 562.

(٥١) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص ٥٨٦.

(٥٢) اللورد Wilberforce في قضية Johnson v. Agnew في سنة ١٩٨٠ .

نقلا عن: Qi Zhou, Damages for repudiation, An *ex ante* prospective on the Golden Victory case,p.7,availableat:http://ssrn.com/abstract=1525469.

(53) Douglas G. Baird, The Law and Economics of Contract Damages, The Coase Lecture, Winter 1994, The Chicago Working Paper Series Index, available at: http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html, p. 2.

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

(5٥) المصدر ذاته، ص ٤.

(٥٦) وجاء في قرار لمحكمة تمييزالعراق انه "إذا وردت عبارة سعر السوق في عقد ما وحصل الخلاف بشأنها فعلى محكمة الموضوع الاستعانة برأي أهل الخبرة لتفسير ذلك بعد الاطلاع على العقد والمعاملات المماثلة والعقود السابقة والعرف الجاري في نوع التجارة التي حصل الخلاف بشأن سعر السوق فيها وهل هو السعر في سوق البيع بالجملة أو سوق البيع بالمفرد". رقم القرار ٢٨٢/موسعة أولى/٨٧/٨٦، مجلة القضاء، العددان الثالث والرابع، ١٩٨٨، السنة الثالثة والاربعون، ص ٣٨٣.

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

(٥٨) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني , احكام الالتزام طبعة ٦ , العاتك لصناعة الكتاب ,القاهرة ٢٠٠٨، ١٩٤.

(٥٩) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٥٨٥، وأنظر قرار محكمة النقض المصرية الذي قضى بأن "النص في المادة ١٥٧ من القانون المدني(المصري) يدل على ان الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فان هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط، وانما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ". نقض ١٩٧٨/١/١٩ طعن ٥٨ س٤٤ ق، نقلا عن: المستشار أنور طلبه، المسؤولية المدنية، ج٣، ط١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٨٩.

(٦٠) د. عبدالمجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ١٩٧، ود. عبدالناصر توفيق العطار، المصدر السابق، ص ٣٥٤.

(٦١) أنظر المادة ٣/٥١ من قانون بيع السلع الانكليزي لسنة ١٩٧٩ والتي تطبق في حالتي الإخلال المسبق والفعلي اذ جاء فيها ان تعويض المشتري، في حالة رفض البائع تسليم البضاعة أو إهمالـــه في تسليمها، يتحدد بالفرق بين سعر العقد وسعر السوق أو السعر الجاري للسلعة في الوقت المحدد لتسليم البضاعة، أما إذا لم يكن هناك وقت محدد للتسليم ففي الوقت الذي حصل فيه رفض هذا التسليم. ونص الفقرة ٣ منها هو الآتي:

Where there is an available market for the goods in question, the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price at the time or times when the goods ought to have been delivered or (if no time was fixed) at the time of the refusal to deliver.

أنظر أيضا المادة ٣/٥٠ بشأن تعويض البائع في حالة رفض المشتري قبول البضاعة، وذلك بتقدير التعويض بناءً على سعر السوق في الوقت المحدد للقبول، وفي حالة عدم وجود وقت محدد للقبول، ففي الوقت الذي رفض فيه قبول البضاعة.

(62) 2-723 : "(1) If an action based on anticipatory repudiation comes to trial before the time for performance with respect to some or all of the goods, any damages based on market price shall be determined according to the price of such goods prevailing at the time when the aggrieved party learned of the repudiation".

(63) الفقرة الثانية من المادة ٧٢٣ من القسم ٢ من الـــ UCC:

"(2) If evidence of a price prevailing at the times or places described in this Article is not readily available, the price prevailing within any reasonable time before or after the time described or at any other place which in commercial judgment or under usage of trade would serve as areasonable for the one described may be used ...".

(64) المادة ٧٤ من اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠، وهي تجري على النحو التالي "يتكون التعويض عن إخلال احد الطرفين بالعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والكسب الذي فاته بسبب الإخلال، ولكن يجب ان لا يزيد التعويض على قيمة الخسارة والربح الفائت التي توقعها الطرف المخل أو التي كان يجب عليه ان يتوقعها وقت ابرام العقد طبقا للظروف التي يعلم بها أو كان عليه ان يعلم بها كونها نتيجة متوقعة للإخلال بالعقد".

ونصت على ذلك أيضا المادة ٢/٤/٧ من مبادئ اليونيدروا التي اصدرها معهد توحيد القـــانون الخـــاص لـــسنة ١٩٩٤جاء فيها ان "١- للدائن الحق في تعويض كامل عن الضرر الذي لحقه نتيجة لعدم التنفيذ، ويتمثل هذا فيما لحقه من خسارة وما فاته من كسب".

وكذلك المادة ٥٠٢/٩ من مبادئ قانون العقد الأوربي التي اصدرها الاتحاد الاوربي لسنة ١٩٩٨ نصت على ان "التقدير العام للتعويض يكون بالمبلغ الذي يضع الطرف المتضرر باقرب ما يمكن من الموضع الذي كان سيشغله إذا ما نُفذ العقد كما يجب، ويغطي هذا التعويض الخسارة التي لحقت بالطرف المتضرر والكسب الذي فاته".

(65) -المادة ٧٥ من الاتفاقية التي تنص على انه "إذا فسخ العقد وحدث على نحو معقول وخلال مدة معقولة بعد الفسخ ان قام المشتري بشراء بضائع بديلة أو قام باعادة بيع البضائع، فللطرف الذي يطالب بالتعويض ان يحصل على الفرق بين سعر العقد وسعر شراء البديل أو السعر عند اعادة البيع، وكذلك التعويضات الأخرى المستحقة بموجب المادة ٧٤".

وتقابل هذه المادة في مبادئ اليونيدروا المادة ٥/٤/٧ التي نصت على انه "يجوز للدائن الذي فسخ عقده وابرم عقدا بديلا خلال مدة معقولة وبطريقة معقولة ان يغطي الفرق بين قيمة العقد الأول وقيمة العقد البديل فضلا عن التعويض عن أي ضرر اضافي آخر".

(66)- المادة ٧٦ من الاتفاقية التي جاء فيها انه "١- إذا فسخ العقد وكان هناك سوق جار للبضائع، فللطرف الذي يطالب بالتعويض، إذا لم يكن قد قام بالشراء أو باعادة البيع بموجب المادة ٧٥، ان يحصل على الفرق بين السعر المحدد في العقد والسعر الجاري وقت فسخ العقد وكذلك التعويضات الاخرى المستحقة بموجب المادة ٧٤، ومع ذلك، فإذا كان الطرف الذي يطلب التعويض قد فسخ العقد بعد تسلمه البضائع فيطبق السعر الجاري وقت تسلم البضائع بدلا من السعر الجاري وقت فسخ العقد. ٢- لاغراض الفقرة السابقة، يكون السعر الجاري هو السعر السائد في المكان الذي يجب تسليم البضائع فيه، فإذا لم يكن هناك سعر سائد في هذا المكان، يكون السعر في مكان آخر بديلا عنه إذا كان سعرا معقولا مع مراعاة الفرق في كلفة نقل البضائع".وتقابلها المادة ٦/٤/٧ من مبادئ اليونيدروا التي جاء فيها انه "إذا انهى الدائن العقد ولم يقم بابرام عقد بديل وكان هناك سوق جار للتنفيذ المتعاقد عليه، يجوز للدائن ان يغطي الفرق بين القيمة الواردة في العقد والسعر الجاري في تاريخ انهاء العقد فضلا عن التعويض عن أي ضرر آخر".

(67) المادتين ٧٥ و ٧٦ أعلاه.

وأنظر في ذلك: د. خالد أحمد عبدالحميد،فسخ عقد البيع الدولي وفقا لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ ط٢, من دون محل طبع,٢٠٠١، الفقرة ٤٤٢، ص ٣٧٣.

(68)Brian A. Blum, op. cit., p. 621.

(٦٩)Paul H. Richard, op. cit., p. 321.

(٧٠)Jill Poole, op. cit., p. 360 & 374.

(71) Jill Poole, op. cit., p. 374; Paul H. Richard, op. cit., p. 320; Robert Lower, Commercial Law, 6th ed., Sweet & Maxwell, London, 1983, p. 188.

(72)William Herbert Page, The law of contract, vol. 3, The W.H. Anderson Co., 1919., § 2898; Brian A. Blum, op. cit., p. 619.

(73)Article 77 :"A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated".

(74)- وأنظر كذلك ما جاء في المادة ٨/٤/٧ (١) من مبادئ اليونيدروا وهو انه "لا يسأل المدين عن الضرر الذي لحق بالطرف المتضرر بمقدار ما كان بامكان الأخير تخفيفه بخطوات معقولة". وهو مشابه جدا لنص الفقرة الأولى من المادة ٥٠٥/٩ من مبادئ العقد الاوروبية.

(75)- أنظر قرار محكمة التمييز المرقم ٧٩٣ / مدنية أولى / ٩٢ في ١٩٩٢/٨/١٨ المشار اليه سابقا والذي جاء فيه ان حق المؤجر "يقتصر على مقدار الاجرة المتفق عليها .. إلاّ في حالة انتفاع المؤجر من المأجور خلال المدة المتفق عليها في العقد فحينئذ يخصم من الاجر مقدار ما انتفع منه المؤجر من العقار....". نقلا عن: إبراهيم المشاهدي،المختار من قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ج٥ بغداد ٢٠٠٠، ص ٦٤. ويلاحظ ان المحكمة استعملت أداة الاستثناء "إلاّ" وهي تفيد الحصر، فما لم يكن المؤجر قد انتفع فعلا من المأجور، فان الاجرة لا تنتقص.

(76) - شاكر ناصر حيدر، واجب تقليل الضرر في القانون الانكليزي، مجلة القانون المقارن، العدد الثالث عشر، السنة التاسعة، ١٩٨١، ص ٣٦.

(77)- القرار المرقم ٢٦٥ / استئنافية / ١٩٧٠ في ١٩٧١/٤/٧. نقلا عن: المصدر السابق، ص ٣٧.

(78)- أنظر: أحمد عبدالفتاح الشلقاني، أحكام التعويض عن الإخلال بالعقد في القانونين الانجليزي والامريكي والقواعد المقابلة في القانون المصري، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة الرابعة عشرة، يناير-مـــارس، ١٩٧٠، ص ٦٥٢، وأنظر في ذلك أيضا: د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول-الأحكام العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ١٩٧١، ص ٤٧٥.

(٧٩) ولم يتضمن القانون المدني الفرنسي نصا يقرر واجب تقليل الاضرار، ولكن القضاء الفرنسي توصل الى تكريس هذه الفكرة في بعض الحالات مستندا في اغلبها الى مفهوم حسن النية. أنظر: ألان بينابنت،القانون المدني الموجبـــات ,ترجمة منصور القاضي,ط١, مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ,بيروت,٢٠٠٤، ص ٢٩٠، وأنظر القرارات القضائية التي يذكرها في الهامش رقم(٢) في الموضع ذاته. وأنظر كذلك في عدم وجـــود واجـــب تقليـــل الاضرار في القانون المدني الفرنسي: جيروم هوييه، المطول في القانون المدني باشراف جاك غستان، العقود الرئيسية الخاصة، ترجمة منصور القاضي، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٣، ص ٦٢٥.

(٨٠)-أنظر تفصيلات هذه القضية في : Qi Zhou, op. cit., p. 1-2.

(٨١)- أنظر في هذه الانتقادات: المصدر ذاته، ص ٣.

(٨٢)-المصدر ذاته، ص٢٦.

(٨٣)- المصدر ذاته، ص ٢٢.

(٨٤)J.W. Carter & Elisabeth Peden , op. cit., p. 4.

(٨٥)Qi Zhou, op. cit., p. 14.

(٨٦) المادة ٣/١٦٩ من القانون المدني التي جاء فيها انه "إذا كان المدين لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت". تقابلها المادة ٢/٢٢١ من القانون المدني المصري، والمادة ١١٥٠ من القانون المدني الفرنسي. أنظر في ذلك: ألان بينابنت، المصدر السابق، ص ٢٨٩.

(٨٧) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٥٦٢، ود. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، ج٢، في الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٢٣٨. وأنظر خلاف ذلك: ألان بينابنت، المصدر السابق، ص ٢٨٩، الذي ذكر ان "طبيعة الضرر هي التي يجب ان تكون متوقعة لا قيمته". ومن ناحية أخرى، فان "توقع مقدار الضرر يستفاد أيضا من المادة ٥٢ من اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ E. Allan Farnsworth, Contracts, 4th ed., Aspen publisher, 2004., p.567 note(6).

(88) د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ٦٠٤.

(89) مصطفى صخري، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية والادارية والجنائية-دراسة نظرية وتطبيقية، ط٣، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٦٦٦.وقد نصت المادة ٦ من قـــانون المرافعـــات العراقـــي رقـــم ٨٣ لسنة١٩٦٩(يشترط في الدعوة ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة....)

(90) د. عبدالحكيم فودة، الدفع بانقضاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٥٨.

(91) المصدر ذاته، وفي الموضع ذاته، وأنظر كذلك: د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني – قانون المرافعات، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٨٦، ص ١١٥-١١٦.

[92] د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٥٦٩، ود. عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٤٢١-٤٢٢، ود. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام ,مصادر الالتزام, مكتبة عبدالله وهبة, مصر ١٩٦٦، ص ٣٢٣، ود. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ،في الفقه الاسلامي والقانون المدني,مطبعة نهضة مصر ١٩٤٦، ص ٢٢٥.

[93] أنظر: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق ذكره، ص ١٩٠.

[94] انظر تفصيل طبيعة حق الدائن في النزول عن فسخ العقد في :-د. عبدالحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، القسم الأول، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى، يناير ١٩٥٩، العدد الأول، ص ١٦١.

[95] د. عبدالحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، القسم الثاني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى، يوليه ١٩٥٩، العدد الثاني، ص ٤٦٤.

[96] المصدر ذاته، ص ٤٧٢.

[97] د. عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٤٢٧.

[98] د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، مصدر سابق ذكره، ص ١١٢، ود. عبد الناصر توفيق العطار، المصدر السابق، ص ٣٦٣.

[٩٩] ان الأستاذ حسن الذنون يذهب الى ان العقد ينفسخ بحكم القانون في حالة استحالة تنفيذه بفعل المدين، وذلك طبقا للمادة ١/١٧٩ من قانوننا المدني التي جاء فيها انه "إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه، انفسخ العقد، سواءً كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة". د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق ذكره، ص ١٩٠.

ورأينا أيضا ان الأستاذ عبدالمجيد الحكيم يخالف ذلك، وقد عاب على القانون المدني العراقي جمعه بين الاستحالة لسبب أجنبي والاستحالة لخطأ المدين في نص المادة ١٧٩. وذهب الى ان التمييز بين هاتين الحالتين كان أمراً واجباً، اذ لا ينفسخ العقد إلاّ في حالة استحالة التنفيذ لسبب أجنبي وينقضي التزام المدين من دون تعويض، أما إذا كانت الاستحالة راجعة الى خطأ المدين فلا ينفسخ العقد، بل يتأكد وتتقرر مسؤولية المدين التعاقدية ويلزم بالتعويض لعدم قيامه بتنفيذ التزامه. د. عبدالمجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٤٣٣.

[١٠٠] أنظر: د. عبدالحي حجازي، المصدر السابق، ص ٤٧٢.

[١٠١] أنظر قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٧٥/٥/٢٥ س٢٦ الذي قضى بأنه "إذا كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه برفض دعوى البائع بطلب الفسخ للعقد استخلص لأسباب سائغة ان الطاعن تنازل ضمنا عن طلب الفسخ بحصوله على حكم بباقي الثمن، فان مجادلة الطاعن في ذلك لا تعدو ان تكون جدلا موضوعيا يستقل به قاضي الموضوع". نقلا عن: أنور العمروسي، المصدر السابق، ص ١٧٩.

[١٠٢] د. عبدالحي حجازي، المصدر السابق، ص ٤٦٤ و ٤٧١-٤٧٢.

[١٠٣] E. Allan Farnsworth, op. cit., p. 592.

[١٠٤] قضية Hochster v. De La Tour في سنة ١٨٥٣.

[١٠٥] Jill Poole, op. cit., p. 321.

[١٠٦] المصدر ذاته، وفي الموضع ذاته.

[١٠٧] Paul H. Richard, op. cit., p. 280.

(١٠٨) قضية Yukong Line Ltd. of Korea v. Rendsburg Investments Coropration of Liberia في سنة ١٩٩٦. نقلا عن: Jill Poole, op. cit., p. 321.

(١٠٩) Jill Poole, op. cit., p. 330 ,.

(١١٠)Mercédeh Azeredo da Silveira, op. cit., p. 23 .

(١١١) المصدر ذاته، ص ٢٩.

(١١٢) الفقرتين ٢و٣ من المادة ٧٢ من اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠.

(١١٣) أنظر نبذة الأونسيترال، المصدر السابق، ص ٢١٥، فقرة ١. والكلام ذاته يقال بشأن مبادئ اليونيدروا ومبادئ قانون العقد الأوربي.

(١١٤) والمحكمة هي التي تقدر ما إذا كان ما صدر من الدائن هو نزول عن أحد الطلبين. أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٥٧٨، الهامش (٣)، ود. عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٤٢٧، ود. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق ذكره، ص ١٨٩، ود. عبدالحي حجازي، المصدر السابق، ص ٤٧٤.

(١١٥) قضت محكمة النقض المصرية بأن "للمشتري، عند تأخر البائع في التسليم، الخيار بين طلب التنفيذ العيني وطلب فسخ البيع مع طلب التضمينات في الحالتين، كما له لو كان قد رفع دعواه بطلب التسليم ان يعدل عنه الى طلب الفسخ. وليس في رفع الدعوى بأي من هذين الطلبين نزولا عن الطلب الآخر، فان هذا الذي قررته المحكمة هو صحيح في القانون". نقض مدني رقم ٢٤٩ في ١٩٥٢/١٢/٢٥ س٢٠ ق. نقلا عن: د. محمد حسين منصور، مصدر سابق ذكره، ص ١٠٨ الهامش(١).

(١١٦) المادة ٦٧ من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على انه "تعتبر من الدعاوى الحادثة ما يقدمه المدعي تكملة للدعوى الاصلية أو ما يكون مترتبا عليها أو متصلا بها بصلة لا تقبل التجزئة بحيث يكون الحكم الذي يقرر لأحدهما من شأنه ان يؤثر في الحكم الذي يجب ان يقرر للآخر."

وأنظر في ذلك: مصطفى صخري، المصدر السابق، ص ٦٨١. وهادي حسين عبد علي، الدعوى الحادثة – دراسة تأصيلية مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص ١٩٣.

(١١٧) د. عبدالحي حجازي، المصدر السابق، ص ٤٧٨.

(١١٨) المصدر ذاته، ص ٤٨١-٤٨٢.

(١١٩) المادة ١٩٢ من قانون المرافعات المدنية التي تنص على ان "الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور حكم البداءة لما رفع عنه الاستئناف فقط، ولا يجوز احداث دعوى في الاستئناف لم يسبق ايرادها بداءة ..".

(١٢٠) ولكن قرارات محكمة النقض المصرية تسير على منع طلب الفسخ أمام محكمة الاستئناف لأول مرة، فقد قررت "ان المطعون ضده إذ ذهب في عريضة استئنافه الى تعديل طلباته السالفة في الدعوى الابتدائية باضافة طلب الحكم بفسخ عقد البيع الابتدائي المؤرخ في ١٩٧٣/١٢/٢٤ الى طلب الزام المطعون ضده بمقابل الانتفاع، فان طلب الفسخ يعد طلبا جديدا يبدى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بما كان يستوجب منها ان تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبوله". النقض المدني-الطعن رقم٦٨٦لسنة ٤٩ ق-جلسة١٩٨٢/١١/٣٠ المكتب الفني٣٣ ص١٠٩٩. نقلا عن: المستشار أحمد محمد عبدالصادق، المرجع القضائي في قانون المرافعات، ط١، ٢٠٠٨، من دون محل طبع، ج٣، ص ١٩١٣. وأنظر فيه أيضا قرارات أخرى في الاتجاه ذاته: النقض المدني –الطعن٦٥٩ لسنة ٤٧ ق–جلسة ١٩٧٩/٣/١٩ المكتب

الفني ٣٠ ص ٨٦٥، في الصفحة ١٩١٩ من الكتاب، والنقض المدني –الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٤١ ق–جلسة ٢/٢٦/ ١٩٧٦ المكتب الفني ٢٧ ص ٥١٥، في الصفحة ١٩٢٢.

(١٢١) أنظر: د. عبدالحي حجازي، المصدر السابق، ص ٤٨٥-٤٨٦ والمراجع المشار اليها في الهامش (٢) ص ٤٨٣، ود. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص ١٠٨ الهامش (٣)، ولم تتضمن المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي، التي قررت حق الدائن في فسخ العقد إذا لم يوف المدين بالتزامه، اعطاء الدائن الخيار بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ، ولكن الفقهاء يقررون ذلك بناءً على ان المادة قررت جواز طلب الفسخ لا وجوبه، فيجوز للدائن ان يطلب اجبار المدين على تنفيذ التزامه بدلا من فسخ العقد. د. عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص ٤٢٧. إلاّ ان المادة١/٥٨١ من القانون المدني العراقي أجازت للبائع ان يختار بين طلب التنفيذ أو فسخ العقد عندما يتخلف المشتري عن دفع الثمن. وقررت محكمة التمييز في هذا الصدد انه "إذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه أو أخل بالالتزامات الأخرى التي نشأت عن عقد البيع فللبائع الخيار إما ان يلزم المشتري بالتنفيذ وإما ان يطلب الفسخ". رقم القرار ٣٨٠/مدنية أولى/٩٢ في ١٩٩٢/٥/٧، إبراهيم المشاهدي، معين المحامين، ج٣،القضاء المدني والتجاري , من دون محل وتاريخ الطبع, ص ٣٦-٣٧. وحكم هذه المادة خاص بعقد البيع وبخيار البائع وحده.

(١٢٢) Jill Poole, op. cit., p. 321.

(١٢٣) محكمة استئناف انكلترا في قضية Stoczina Gadanska SA v. Latvia Shipping Co. في سنة ٢٠٠٢.

نقلا عن: Jill Poole, op. cit., p. 330.

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

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

أنظر في ذلك: د. عبدالمجيد الحكيم، أحكام الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٥ وما بعدها، ود. أنور سلطان، أحكام الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٣٥.

(١٢٦) يشترط للحكم بالتنفيذ العيني ان يطلب الدائن ذلك. أنظر: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري،تنقيح المستشار احمد المراغي ،ج٢،منشأةالمعارف،الاسكندرية ٢٠٠٤، ص ٧١٢، ود. عبدالمجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ١٢.

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

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

(١٢٩) أنظر قرار محكمة التمييز الذي قررت فيه انه "إذا قام المؤجر بايجار الدار باكثر مما كان في العقد المفسوخ، فليس له المطالبة بالضرر"، وقد جاء في حيثيات القرار انه "ظهر من المرافعة ان الخطأ الذي سببه المميز عليه لم يؤد الى ضرر مادي بالمميز بسبب ان بدل الايجار الذي أجرت به قطعة الارض-في العقد الثاني- بعد ان فسخ العقد الأول قد ازداد من ١٥٠ فلسا للمتر المربع الواحد في السنة الى ٢٠١ فلسا للمتر المربع الواحد في السنة لجميع سنوات العقد ولأن التعويض يقدر بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بموجب أحكام المادة ٢٠٧ مدني، ولأن المميزين لم يلحقهما ضرر من العملية الخاطئة التي قام بها المميز عليه، لذلك يصبح الحكم المميز القاضي برد دعوى المميزين مستندا الى أسباب قانونية صحيحة". رقم القرار ٨٥ح/٩٧١/٣، في ١٩٧١/٢/٢٥، مجلة القضاء، العدد الثالث،

تموز-أب-أيلول، ١٩٧١، السنة٢٦، ص ٢٧٣. وأنظر أيضا في الاتجاه ذاته قرار محكمة العمل العليا رقم ١٧/عليا أولى/١٩٧٧ في ١٩٧٧/١/٢٥ الذي جاء فيه انه"لا يجوز الزام الادارة برواتب المدعي خلال فترة فصله عن العمل إذا ثبت اشتغاله في دائرة أخرى خلال تلك الفترة إذ لا يجوز إستيفاء الأجر من خزينة الدولة مرتين في آن واحد"، مجلة العدالة، مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل، السنة الثالثة، العدد الثاني، نيسان-مايس-حزيران، ١٩٧٧، ص٣٠٧.

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

(١٣١)Jill Poole, op. cit., p. 374.

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

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

(١٣٤)Brian A. Blum, op. cit., p. 562.

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

(١٣٦)Williston, op. cit., § 1298.

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

(١٣٨)التعليق الرسمي رقم (١) على المادة ٦١٠ من القسم ٢ من القانون التجاري الاميركي الموحد.

(١٣٩)Jill Poole, op. cit.,p.326.

(140) المادة ١/٧ من القانون المدني العراقي التي تنص على ان "من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان".

(141) المادة ٢/٧ من القانون المدني العراقي التي تنص على ان "يصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية: ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها"، تقابلها المادة ٥/ب من القانون المدني المصري.

(142)Jill Poole, op. cit., p.374.

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

(144) قضية: Clea Shipping Corp. v. Bulk Oil International Ltd. (The Alaskan Trader) في سنة ١٩٨٤. أنظر تفصيلها في: Jill Poole, op. cit., p. 326.

(145) قضية: Ocean Marine Navigation Ltd. v. Koch Carbon Inc. (The Dynamic) في سنة ٢٠٠٣. أنظر تفصيلها في: المصدر ذاته، ص ٣٢٦-٣٢٧.

(146) المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي التي تنص على انه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". تقابلها المادة ١/١٤٨ من القانون المدني المصري.

(147) د. اسماعيل غانم، المصدر السابق، ص ٣١١.

(148) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق ذكره، ص ١٤٦.

(١٤٩) د. عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٣٩١.

(١٥٠) المصدر ذاته، وفي الموضع ذاته.

(١٥١) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مج١، مصدر سابق ذكره، ص١٣٦، ود. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية،ط٢,عمان١٩٩٧، ص ٤١٢.

وأنظر قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٢٤٣ جلسة ١٩٧٢/٦/١ الذي جاء فيه ان "تأخر رب العمل في عقد المقاولة في الحصول على التراخيص اللازمة لبدء العمل والمضي في تنفيذه حتى يتم انجازه هو إخلال بالتزامه التعاقدي، ومن ثم يعتبر في ذاته خطأ موجبا للمسؤولية لا يدرؤها عنه إلاّ اثبات قيام السبب الاجنبي الذي لا يد له فيه". نقلا عن: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣٦.

وأنظر في ذلك أيضا: آلان بينابنت، القانون المدني، العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٤، ص ٤٢١.

(١٥٢)Paul H. Richard, op. cit., p. 280.

(153) قضية: Hownslow London Brought Council v. Teickenham Garden Development Ltd. في سنة ١٩٧١.

نقلا عن: Jill Poole, op. cit., p. 327.

(154) قضية: Denmark Productions Ltd. v. Boscobel Prodections Ltd. في سنة ١٩٦٩.نقلا عن

G.C. Cheshire & C.H.S. Fifoot & J.F. Northey, The law of contract, 5th New Zeland ed., Butterworthes, Willington, 1979.p.499

(١٥٥)Jill Poole, op. cit., p. 327.

(١٥٦) المصدر ذاته، وفي الموضع ذاته.

(157) Cheshire & C.H.S. Fi foot & J.F. Northey, op. cit., p. 498.

(١٥٨) "للمدين ان يعرض الوفاء طالما لم يصدر حكم نهائي بالفسخ، وتعليل ذلك، هو ان العقد يظل قائما ولا ينحل إلاّ بصدور حكم نهائي بالفسخ، والتنفيذ وارد على عقد قائم واجب التنفيذ ومطلوب فيه ذلك التنفيذ، فدعوى الفسخ غالبا ما تكون وسيلة تهديد لحمل المدين على التنفيذ والحكم بالفسخ منشئ لحالة جديدة". د. مصطفى عبدالسيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي ط١,دار النهضة العربية ,القاهرة ١٩٨٨، ص ٨١.

(١٥٩) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصدر سابق ذكره، ص ٥٧٩، ود. عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق ذكره، ص ٤٢٧، ود. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق ذكره، ص ١٨٩، ود. اسماعيل غانم، المصدر السابق، ص ٣٢٨، ود. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام ,مصادر الالتزام ,القاهرة ١٩٩٩-٢٠٠٠ ، ص ٢٢٤، وأنظر قرار محكمة النقض المصرية في الطعنين المرقمين ٤٤٨ و ٤٩٣ في جلسة ١٩٩٤/٢/٢٣، والذي جاء فيه ان "ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدني (المصري) من تخويل كل من المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين الحق بالمطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه بما يكون معه هذا الحق ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه، وان استعمال أي طرف من أطراف العقد خياره في طلب الفسخ طبقا لهذه المادة لا يوجب على المحكمة ان تحكم به، بل ان الأمر في ذلك يرجع الى تقديرها وحدها متى استندت الى أسباب سائغة، إلاّ انه يتعين لاجابة طلب الفسخ ان يظل الطرف المقصر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي، ومن ثم فان له ان يتوّقى صدور

هذا الحكم بتنفيذ التزامه الى ما قبل صدوره، يستوي في ذلك ان يكون حسن النية أو سيئها إذ ان محل ذلك لا يكون إلاّ عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام". نقلا عن: د. المحمدي أحمد أبو عيسى، انحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٤٥-١٤٦. وأنظر قرارات أخرى لمحكمة النقض المصرية بهذا المعنى: "متى كان العقد لايحوي شرطا صريحا فاسخا فان الدائن إذا استعمل خياره في طلب العقد طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني لعدم وفاء المدين بالتزامه، فان المحكمة لا تلتزم في هذه الحالة بالحكم بالفسخ بل ان الأمر في ذلك يرجع الى تقديرها وهي في ما تقرره من كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى استندت في ذلك الى أسباب سائغة، كما ان للمدين ان يتوّقى الفسخ بالوفاء بالتزامه الى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى". الطعن رقم ٣٦٣ لسنة٣٠ ق جلسة١٩٦٥/٣/٢٥، نقلا عن: المستشار أنور العمروسي، المصدر السابق، ص ١٧٦، وقضت كذلك بأن "الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يخول المدين الحق في ان يتوّقى الفسخ بالوفاء بالدين الى ما قبل صدور الحكم النهائي، ما لم يتبين لمحكمة الموضوع ان هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن فلا عبرة بمقدار ما لم يوف به المدين من التزام عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة بل العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائي". نقض ١٩٨٦/٥/٢٨ طعن رقم ٢٠٢٢ س٥٤ ق، نقلا عن: د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص ٨٩ هامش (٢)، وأنظر في القانون الفرنسي: آلان بينابنت،العقود الخاصة, المصدر السابق، ص ٢٧١.

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

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

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

(١٦٣) د. مصطفى عبدالسيد الجارحي، المصدر السابق، ص ٨١.

(١٦٤) أنظر في هذا الخصوص ما قضت به محكمة النقض المصرية من انه "يتعين لاجابة طلب الفسخ الضمني أن يظل الطرف الآخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه الى ما قبل صدور الحكم النهائي، وله أن يتوّقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه الى ما قبل صدوره، ويستوي في ذلك ان يكون حسن النية أو سيء النية، إذ محل ذلك لا يكون إلاّ عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام". نقض ١٩٧٠/٣/١٢ س٢١ رقم ٦٩ ص ٤٢٥، نقلا عن: د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص ٨٩ هامش (١). وما قضت به من انه "متى كان الشرط الذي تضمنه العقد شرطا فاسخا ضمنيا فان للمدين ان يتوّقى الفسخ بأداء دينه كاملا قبل ان يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ". نقض ١٩٨٧/٦/١٧

طعن ٣٧٧س ٥٤، نقلا عن المصدر ذاته، ص ٢٢ هامش(٢)، وأنظر في ذلك أيضا: د. سعيد سعد عبدالسلام، مصادر الالتزام المدني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص ٢٩٤.

(١٦٥) المعارضة هي التسمية التي يطلقها القانون المصري على الطعن بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي، وأثرها اعادة طرح النزاع من جديد على المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي لتقضي في النزاع من جديد، أما التماس إعادة النظر فهو طلب إعادة المحاكمة في قانون المرافعات العراقي.

(١٦٦) د. عبدالحي حجازي، المصدر السابق، ص ٤٣-٤٤.

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

(١٦٧) Williston, op. cit., § 1335. وجاء في الفقرة الأولى من المادة ٦١١ من القسم ٢ من القانون التجاري الاميركي الموحد ان الطرف الذي صدر منه إخلال مسبق يستطيع "ان يعدل عن إخلاله الى ان يصبح التنفيذ الواجب عليه مستحقا".

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

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

(170)E Hunter Taylor Jr, The Impact of Article 2 of the U.C.C. on the Doctrine of Anticipatory Repudiation, 9 B.C.L. Rev. 917 (1968).p.939.

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

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

وجاء في التعليق (c) على المادة ٢٥٦ من الريستيتمنت الثانية للعقود ان سحب الإخلال المسبق يجب ان يتحقق قبل ان يغير الطرف المتضرر موقفه بصورة أساسية بناءً على الإخلال المسبق بالعقد. ويستطيع الدائن ان يقطع صلاحية العدول من خلال بيانه للمدين انه يعد الإخلال المسبق نهائيا.

واستشهد التعليق المذكور بما جاء في الفقرة الأولى من المادة ٦١٢ من القسم ٢ من القانون التجاري الاميركي الموحد، وهو ان الطرف الذي صدر منه إخلال مسبق بالعقد يستطيع "ان يعدل عن إخلاله الى الوقت الذي يصبح فيه التنفيذ الواجب عليه مستحقا ما لم يكن الطرف المتضرر، وبسبب الإخلال المسبق، قد انهى العقد أو غيّر موقفه بصورة أساسية أو أشار بطريقة أخرى الى انه يعد الإخلال نهائيا".

(173)Keith A. Rowley, A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law, (69) University of Cincinnati law(4) review, 2001.p.584-586

(١٧٤)Williston, op. cit., § 1321.

(١٧٥) أنظر في ذلك: القاضي Devlin في قضية Universal Cargo Carriers Corporation v. Citati في سنة ١٩٥٧.

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

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

أما الريستيتمنت الثانية للعقود فقد حددت طريقة العدول في المادة ١/٢٥٦ منها بنصها على ان أثر التصريح الذي يعد إخلالا مسبقا يكون قابلا للابطال عن طريق سحب هذا التصريح باعلان يصل الى الطرف المتضرر قبل ان يغير موقفه بصورة أساسية بناءً على الإخلال المسبق أو يعبّر للطرف الآخر بأنه يعد الرفض نهائيا. أما الفقرة الثانية من المادة نفسها فقد حددت طريقة العدول عن الإخلال المسبق الذي يحصل عن طريق الاحداث الاخرى غير التصريح، اذ يكون هذا الإخلال قابلا للسحب إذا توقفت هذه الاحداث، على ان يكون ذلك بمعرفة الطرف المتضرر، وقبل ان يغيّر الأخير موقفه بصورة أساسية بناءً على الإخلال المسبق أو يعبّر للطرف الآخر بأنه يعُد الإخلال نهائيا. ومع ذلك، فليس من الضروري لمن يصدر منه الإخلال المسبق ان يستعمل الاقوال لسحب تصريحه، فاتخاذه مسلكا معينا كقيامه بعرض التنفيذ قد يكون كافيا لايصال فكرة العدول للطرف المتضرر.

أنظر: التعليق (b) على المادة ٢٥٦ من الريستيتمنت الثانية للعقود.

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

(١٧٨)Qiao Liu, Claming damages upon anticipatory breach, op. cit., p. 573

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

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

(١٨١) Mercédeh Azeredo da Silveira , op. cit., p. 23.

(١٨٢) المصدر ذاته، ص ٢٧.

(١٨٣) المصدر ذاته، ص٣٠.

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

(١٨٥) Mercédeh Azeredo da Silveira , op. cit., p. 40.

المصادر

أولا: الكتب القانونية:

(أ) باللغة العربية:

١- د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، عابدين مصر، ١٩٦٦.

٢- آلان بينابنت، القانون المدني – العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٤.

٣- آلان بينابنت، القانون المدني – الموجبات (أو الالتزامات)، ترجمة منصور القاضي، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٤.

٤- د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤.

٥- المستشار أنور العمروسي، الدعاوى المسماة في القانون المدني في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢.

٦- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، ط٢، عمان، ١٩٩٧.

٧- جيروم هوبيه، المطول في القانون المدني باشراف جاك غستان – العقود الرئيسية الخاصة، ترجمة منصور القاضي، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٣.

٨- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٦.

٩- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، أحكام الالتزام، اثبات الالتزام، بغداد، ١٩٧٦.

١٠-د. خالد أحمد عبدالحميد، فسخ عقد البيع الدولي وفقا لاتفاقية فينا لعام ١٩٨٠، ط٢، من دون محل طبع، ٢٠٠١.

١١-د. سعيد سعد عبدالسلام، مصادر الالتزام المدني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢-٢٠٠٣.

١٢-د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول – الاحكام العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ١٩٧١.

١٣-د. عبدالحكيم فودة، الدفع بانقضاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

١٤-د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، الاجزاء ١و٢و٣و٤و٧، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.

١٥-د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، ط٦، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.

١٦-د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٨.

١٧-د. عبدالناصر توفيق العطار، الأجل في الالتزام، من دون محل ولا سنة طبع.

١٨-فانسان هوزية، المطول في العقود باشراف جاك غستان، بيع السلع الدولي، القانون الموحد، ترجمة منصور القاضي، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٥.

١٩-د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٩٩-٢٠٠٠.

٢٠-د. محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، من دون سنة طبع.

٢١-مصطفى صخري، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية والادارية والجنائية- دراسة نظرية وتطبيقية، ط٣، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٢٢-د. مصطفى عبدالسيد الجارحي، فسخ العقد – دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

٢٣-د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني- قانون المرافعات، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٨٦.

(ب) باللغة الانكليزية:

1- Brian A. Blum, Contracts – Examples and Explanations, 3rd ed., Aspen publisher, 2004.
2- Chitty, On contracts, vol. 1, 26 ed., Sweet & Maxwell, London, 1989.
3- E. Allan Farnsworth, Contracts, 4th ed., Aspen publisher, 2004.
4- G.C. Cheshire & C.H.S. Fifoot & J.F. Northey, The law of contract, 5th New Zeland ed., Butterworthes, Willington, 1979.
5- Jill Poole, Textbook on contract law, 8th ed., Oxford university press, 2006.
6- Paul H. Richard, Law of contract, 4th ed., Pitman Publishing, London, 1999.
7- Robert Lower, Commercial Law, 6th ed., Sweet & Maxwell, London, 1983.

8- Robert Upex, Davies on contract, 7th ed., Sweet & Maxwell, London, 1995.
9- Samuel Williston, The law of contract, New York Baker, Voorhis & Co., 1922.
10- Thomas W. Dunfee and others, Modern Business Law and The Regulatory Environment, 3rd ed., Irwin McGraw-Hill, United States, 1996.
11- William Herbert Page, The law of contract, vol. 3, The W.H. Anderson Co., 1919.

ثانيا: الرسائل والأبحاث:

(أ) باللغة العربية:

١- د. بشرى الجندي، خصائص مسؤولية المدين العقدية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الرابعة عشرة، العدد الأول، يناير-مارس، ١٩٧٠.
٢- عبدالجبار ناجي صالح، انقضاء عقد المقاولة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد سنة ١٩٧٩.
٣- د. عبدالحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية:
- القسم الأول، السنة الأولى، يناير ١٩٥٩، العدد الأول.
- القسم الثاني، السنة الأولى، يوليه ١٩٥٩، العدد الثاني.
- القسم الثالث، السنة الثانية، يناير ١٩٦٠، العدد الأول.
- القسم الرابع، السنة الثانية، يوليه ١٩٦٠، العدد الثاني.
٤- د. محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، دراسة في القانون الامريكي مقارنة بالقانونين الفرنسي والمصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية:
- القسم الأول، السنة الثانية، يونيه ١٩٦٠، العدد الثاني.
- القسم الثاني، السنة الثالثة، يناير ١٩٦١، العدد الأول.
٥- هادي حسين عبد علي، الدعوى الحادثة – دراسة تأصيلية مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد، ٢٠٠٦.

(ب) باللغة الانكليزية:

1- Colin P. Campbell, The Doctrine of Anticipatory Breach of Contract, (60) Central law journal, 1950.
2- Douglas G. Baird, The Law and Economics of Contract Damages, The Coase Lecture, Winter 1994, The Chicago Working Paper Series Index, available at: http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html.
3- E Hunter Taylor Jr, The Impact of Article 2 of the U.C.C. on the Doctrine of Anticipatory Repudiation, 9 B.C.L. Rev. 917 (1968).

4- J.W. Carter & Elisabeth Peden, Damages Following Termination for Repudiation: taking account of later events, Legal studies research paper No. 80/91, august 2008, p. 5, available at: http://ssrn.com/abstract=1222047.
5- Keith A. Rowley, A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law, (69) University of Cincinnati law review, 2001.
6- M. Gilbey Strub, The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries, (38) International and comparative law Quarterly, 1980.
7- Marion Hetherington, Contracting out of Discharge for Breach, U.N.S.W Law Journal, vol. 3, 1980.
8- Mercédeh Azeredo da Silveira, Anticipatory Breach under the Unitednations Convension on Contracts for the International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, issue 2005 #2.
9- Michael G. Bridge, Issues Arising under Articles 64, 72 and 73 of the United Nations cConvention on Contracts for the International Sales of Goods, 60 Journal of law and commerce, Vol. 25:405, 2005.
10- Qi Zhou, Damages for Repudiation, An *ex ante* Prospective on the Golden Victory case, p. 7, available at: http://ssrn.com/abstract=1525469.
11- Qiao Liu, Claiming Damages upon Anticipatory Breach; Why should an Acceptance be Necessary ?, (25)4 Legal studies, 2005.
12- Qiao Liu, Inferring Future Breach: Towards a Unifying Test of Anticipatory Breach of Contract, (66)3 Cambridge law journal. November, 2007.
13- Ronen Avraham and Zhiyong Lin, Remedies for Anticipatory Breach of Contract with Two-Sided Asymmetric Information: A Comparison of Legal Regimes, Northwestern University School of Law, Law and Economics Papers, Year 2005 Paper 15 .
14- Victor P. Goldberg, Cleaning up Lake River, Verginia Law & Business Review, 3:427, 2008.

ثالثا: مصادر القرارات القضائية

١- إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، ج٥، بغداد، ٢٠٠٠.
٢- إبراهيم المشاهدي، معين المحامين، ج٣، القضاء المدني والتجاري، من دون محل ولا سنة طبع.
٣- مجلة القضاء، الأعداد:
- السنة الرابعة والعشرون، العدد الأول، كانون الأول-شباط-آذار، ١٩٦٩.
- السنة الخامسة والعشرون، العدد الأول، كانون الأول-شباط-آذار، ١٩٧٠.
- السنة السادسة والعشرون، العدد الثالث، تموز-آيار-ايلول، ١٩٧١.

- السنة التاسعة والعشرون، العددان الثالث والرابع، تموز -كانون الأول، ١٩٧٤.
- السنة الثالثة والأربعون، العددان الثالث والرابع، ١٩٨٨.
٤- نبذة الأونسيترال عن السوابق القضائية المستندة الى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠٨.

رابعا: القوانين والاتفاقيات ومجموعات المبادئ

(أ) القوانين:

١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.
٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٤- القانون التجاري الأميركي الموحد لسنة ١٩٥٢،(The Uniform Commercial Code (U.C.C
٥- قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
٦- قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٧- قانون بيع السلع الانكليزي لسنة ١٩٧٩، The Sale of Goods Act. 1979

(ب) الاتفاقيات ومجموعات المبادئ:

١- الريستيتمنت الثانية للعقود، أعدها وأصدرها معهد القانون الأميركي، واشنطن، ١٩٧٩، Restatement of The Law Second, Contracts 2d, Volume 2, §§ 178-315, As Adopted and Promulgated by The American Law Institute at Washington, D.C., May 17, 1979.
٢- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠، United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980.
٣- مبادئ عقود التجارة الدولية (اليونيدروا)، أصدرها معهد توحيد القانون الخاص سنة ١٩٩٤، Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT) 1994, International Institute for the Unification of Private Law.
٤- مبادئ قانون العقد الأوربي، أصدرها الاتحاد الأوربي سنة ١٩٩٨، The Principles Of European Contract Law 1998, European Union.

Abstract

The contract is an agreement that binds its parties and it should be performed precisely according to what the parties have been agreed upon and to what the duty of good faith requires. The executory contract is precisely performed through the performance of each partys obligation on time .Otherwise ,the party is in breach of the contract and he is liable to compensate the other party. The breach of contract in this case is called an actual breach . But the promisor by executory contract may do something at the meantime showing to the promisee that the promisor will fail to perform his future duty such as his affirmative and an unequivocal declaration that he will not perform his future obligation or his conduct which shows this effect or making the performance impossible in the future.

Effects of Anticipatory Breach of Contract
(a Comparative Study)

By
Ass.Prof.Dr.Mansoor hatem mohsen
Ali Hussain Manhal