اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين في سلطة المحكمة/ دراسة في القوانين المدنية والقانون الانكليزي

Effect of berformance of contractual obligation at) the expense at of the debtor)

ا.م. د. علي مطشر عبد الصاحب
م.م .ماجد مجباس حسن

مستخلص:

اذا حدث ضررا لاحد المتعاقدين من جراء اخلال الطرف الاخر بالتزامه العقدي، فعلى المحكمة ان تبحث عن انسب الطرق، لتعويض ما لحق به من اضرار، وفي الغالب ما تكون سلطة المحكمة واسعة في اختيار طريقة جبر الضرر، وبوصف تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين لا يعدو عن كونه طريقة من طرق جبر الضرر، فيخضع هو الاخر لسلطة المحكمة التقديرية الا ان هذه السلطة قد تكون مقيدة ببعض القيود، والامر يختلف بحسب القانون محل الدراسة، فهو يختلف في القوانين المدنية عنه في القانون الانكليزي.

الكلمات المفتاحية : التزام ، عقد، مدين ،ضرر ، القوانين المدنية

Abstarct

If the contracting party is harmed by the breach of the contractual obligation of the other party the court should look for the most appropriate ways to compensate for the damage suffered often the authority of the court is broad in choosing the method of reparation and as the performance of the debtor is nothing but a method reparation is also subject to the jurisdiction of court, but this authority may be restricted by some restriction and is different according to the law in question, it is different in civil laws than in English law.

مقدمة: (introduction):

يتجاذب فكرة تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، بوصفها طريقة من طرق جبر الضرر مفهومان يناقض احدهما الاخر، وهما حرية الدائن في

اختيار هذه الطريقة لتعويض مالحق به من اضرار جراء اخلال المتعاقد الاخر، وسلطة المحكمة في اختيار تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، وتحديد مداها.

ولا شك ان التأصيل التشريعي الذي قامت عليه هذه الفكرة يختلف في القوانين المدنية عنه في القانون الانكليزي، وان الاختلاف هذا ألقى بظلاله على اغلب الأحكام الناظمة لتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين جميعها.

والمحكمة بوصفها الجهة المنوط بها تقدير التعويض او تحديد مداه، تتأثر سلطتها لدى اعمال تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، فتتسع هذه السلطة، وتضيق بحسب كل نظام قانوني من الانظمة محل الدراسة. ومن ثم بات لزاماً علينا ان ندرس مسالة هذا الاثر بمطلبين مستقلين وكالاتي: المطلب الاول: اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بسلطة المحكمة في القوانين المدنية.

المطلب الثاني: اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بسلطة المحكمة في القانون الانكليزي.

المطلب الاول

اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بسلطة المحكمة في القوانين المدنية (Effect of berformance of contractual obligation at the expense at of the debtor in the civil laws)

مما لا شك فيه ان المحكمة بموجب فكرة التعويض العادل التي بدأت تسود على حساب فكرة التعويض الكامل[١]، تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في حسم الدعاوى بشكل عام، وتلك المتعلقة بالتعويض عن الاخلال بالالتزام العقدي بشكل خاص، فأن ما تضطلع به المحكمة من مهمة وضع العلاجات المناسبة للاضرار المتأتية من هذا الاخلال، يقضي ان لا تكون المحكمة مجرد آلة للتطبيق الحرفي للنصوص بل لابد من وجود سلطة تقديرية واسعة تمكنها من مواجهة المخاطر المتأتية من هكذا اضرار.

هذا من جانب ، ومن جانب اخر فأن منح السلطة التقديرية للمحكمة لا يعني انها مجردة من كل قيد، بل قد تتأثر سلطتها التقديرية هذه بمجموعة من القيود التي قد تتسع دائرتها وتضيق بحسب كل طريقة من طرق جبر الضرر. فالسؤال الذي يتبادر الى الاذهان هنا هل يختلف معنى سلطة المحكمة في تنفيذ

---

(١) التعويض الكامل هو التعويض الذي يغطي كامل الاضرار بشكل مجرد، بصرف النظر عن الاعتبارات الاجتماعية او تلك المتعلقة باعتبارات العدالة، اما التعويض العادل هو التعويض الذي لا يعد الضرر معياره الوحيد، وانما يتأثر باعتبارات اجتماعية او متعلقة بالعدالة. انظر د. حسن حنتوش: التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص١٥٧- ١٥٨.

الالتزام العقدي على حساب المدين عن المعنى المعتاد لها في صور جبر الضرر بشكل عام، وهل ثمة قيود قيود تؤثر في سلطة المحكمة التقديرية في حالة كون جبر الضرر ورد بصور التنفيذ على حساب المدين.

هذا ما سنحاول جاهدين الاجابة عنه في فرعين نخصص اولهما لمعنى سلطة المحكمة في تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، ونفرد الثاني للقيود الواردة على سلطة المحكمة في تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين.

الفرع الاول

معنى سلطة المحكمة في تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين(Meaning the power of the court to enforce the contractual obligation at the expense of the debtor)

تعني سلطة المحكمة التقديرية العمل الذي يمارسه القاضي من خلال سلطته القضائية، وذلك بانزال حكم القانون على الواقعة محل النزاع، وان فكرة السلطة التقديرية للمحكمة مرتبطة بالتنظيم القانوني الذي يمنحها هذه الصفة، فالسلطة التقديرية للقاضي متى عملت بمعزل عن نصوص القانون اصبحت سلطة تحكمية، اذ ان القاضي لدى اعمال سلطته التقديرية في البحث عن الاثر القانوني للنص، انما هو يطبق في الوقت ذاته القاعدة القانونية في مضمونها، وما ترمي اليه من اهداف[١] .

وسلطة القاضي التقديرية تتواجد في اغلب تفاصيل الدعوى المدنية، وتظهر على آجوها لدى اعمال التعويض او جبر الضرر المتأتي من الاخلال في تنفيذ الالتزام العقدي، وتظهر سلطة المحكمة في هذا المجال بمظهرين:

المظهر الاول: الاصل في التعويض ان يتولى القاضي امر تقديره، وعلى القاضي ان يبذل ما بوسعه، ويستخدم كل ما لديه من علم ومعرفة وحكمة ونزاهة، ليجعل مقدار التعويض مساوياً لما حل بالدائن من ضرر، وعلى المحكمة تعويض المدعي عن كل ضرر لحقه من جراء خطأ المدعى عليه، ما دام هذا الضرر نتيجة طبيعية لذلك الخطأ[٢] .

وهذا ما نظت احكامه القوانين المدنية محل الدراسة، من ذلك ما نصت عليه المادة (١/١٦٩) من القانون المدني العراقي على انه (اذا لم يكن التعويض

---

(١) د. نبيل اسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط١، منشأة المعارف، ١٩٨٤، ص٣٠ وما بعدها، د. احمد محمود السعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص٣٥ وما بعدها.

(٢) د. حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١، ص٢٧٢ وما بعدها.

مقدراً في العقد او بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره)[١] . وكذلك في حالة تخفيض التعويض في الشرط الجزائي[٢] .

المظهر الثاني: اما المظهر الثاني يتمثل في سلطة المحكمة باختيار طريقة التعويض، اذ سبق ان لاحظنا ان القوانين المدنية تمكن الدائن مجموعة من الخيارات لجبر الضرر الذي لحقه، فمنحت هذه القوانين القاضي ابتداءاً سلطة اختيار الطريقة المناسبة من طرق جبر الضرر، والى ذلك نصت المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (١- تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح ان يكون التعويض اقساطاً او ايراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة الزام المدين بان يقدم تأميناً. ٢- ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر ان تأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه او ان تحكم بأداء امر معين او برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض)[٣] .

فاذا ثبت للقاضي مسؤولية المدعى عليه يصدر حكماً عندها بإدانته، والادانة هنا تأخذ احدى صورتين، اولهما ان يصدر حكماً بإعادة الحال الى ما كان عليه، بمعنى ان يرد المضرور الى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الاخلال، وهذا هو التعويض العيني، وثاني الصورتان بأن يعمد القاضي الى جبر الضرر بمقابل، وقد يكون المقابل نقدياً او غير نقدياً احياناً وهذا هو التنفيذ بمقابل او التعويض لدى اطلاق هذا اللفظ[٤] .

والسؤال الجدير بالإشارة في هذا المقام هل يتمتع القاضي بالسلطة ذاتها في اختيار التنفيذ على حساب المدين، بوصفه صورة من صور جبر الضرر بطريقة عينية، او بمعنى اخر، ماهو الاثر الذي يرتبه تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بسلطة القاضي في حرية اختيار طريقة التعويض.

الاصل ان القاضي حر في اختيار طريقة التعويض التي يراها مناسبة لجبر الضرر، وفي ذلك يقول الاستاذان (كولان وكابتيان) ان الطلب الاصلي الذي يجب على المدعي التقدم به الى المحكمة هو طلب التعويض العيني، شأنه في ذلك شأن

---

(١)انظر: ما يقابلها من نص المادة(١/٢٢١) من القانون المدني المصري التي نصت على انه (اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد او بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره.....)

(٢) انظر: نصوص المواد (١٧٠) مدني عراقي، و (١٢٣١) مدني فرنسي و (٢٢٣- ٢٢٤) مدني مصري.

(٣) انظر: ما يقابلها من نص المادة (١٧١) مدني مصري.

(٤) د. حسن علي الذنون: المبسوط، مصدر سابق، ص٢٧٨، د. السنهوري: الوسيط، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص١٠٩٢.

التنفيذ العيني، ولا يمكن للمدعي طلب التعويض بمقابل الا على شكل الاحتياط، والقاضي لا يستطيع الحكم بالتعويض الا اذا رفض المدعى عليه التنفيذ العيني[١] .

لكن هذا الرأي منتقد لدى جانب من الفقه[٢]، الذي يرى ان ما ذهب اليه الاستاذان لا يمكن الركون اليه الا في حالة ما اذا عرض المدعى عليه استعداده للتنفيذ العيني، اما في غير ذلك فأن بامكان المضرور ان يختار الطريقة التي يراها اسهل تنفيذاً، واكبر نفعاً، كما ان المحكمة لها حرية اختيار الطريقة التي تراها اسهل تنفيذاً لحكمها، واجدى للدائن، واقل ضرراً بالمدعى عليه، ولمحكمة الموضوع كامل السلطة التقديرية في اختار الطريقة الانسب لإصلاح الضرر، فقد تقضي بالزام المدعى عليه بشيء معين بدلاً من الزامه بدفع مبلغ من النقود، كما لو الزم المودع عنده بأن يقدم الى المودع اطارات من نوع تلك الاطارات التي كانت مودعة وسرقت.

وهذا ما استقر عليه قضاء القوانين المدنية محل الدراسة، من ذلك ما ذهبت اليه محكمة (ليون) الفرنسية بالزام الوديع الذي اخل بالتزامه العقدي، وتسبب بضياع العين المودعة، التي كانت عبارة عن عدد من السندات، بأن يدفع الى المودع عدداً مماثلاً من السندات ذاتها[٣] .

لكن هل اطلاق السلطة التقديرية للمحكمة هذا من شأنه ان يستوعب تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، كطريقة من طرق جبر الضرر.

يذهب جانب من الفقه [٤] ، الى انه رغم تمتع المحكمة بسلطة تقديرية واسعة في مسالة اختيار طريقة التعويض، لكنها تكون ملزمة في الحكم بتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، بوصفه جبراً لضرر بطريقة عينية، متى كان ذلك التعويض ممكناً وطلبه الدائن، على ان تراعي المحكمة ظروف وطبيعة الدعوى المعروضة امامه.

في حين يذهب جانب اخر من الفقه[٥]، على ان التعويض العيني بصورة تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين منوط بطلب الدائن، وللمحكمة سلطة

---

(١) Colin et Capitan: Cors elmentarive, de, droit civil, 10edition, paris, tom, 1959, p256.

(٢) د. حسن علي الذنون: المصدر اعلاه، ص٢٨٠- ٢٨١. حسين عامر: المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، ط١، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٦، ص٥٣٣.

(٣) ليون في ٤/٦/ ١٩٤٦ مشار اليه لدى د. حسن علي الذنون: المصدر السابق، ص٢٨٤.

(٤) د. انور سلطان: الموجز في مصادر الالتزام، مشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٥، ص٣٨٠، محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص٨١٨.

(٥) د. اسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام، ج٢، احكام الالتزام والاثبات، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٩٧، ص١١١، د. محمود عبد الرحمن محمد: النظرية العامة للالتزامات،ج٢، احكام الالتزام، ط٢، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص٣١٣، د. محمود عبد الرحيم الديب: مصدر سابق، ص٩٣.

تقديرية فيما اذا كانت هذه الصورة لجبر الضرر ملائمة او غير ملائمة، ولا يخضع حكمها في ذلك لرقابة محكمة النقض، وقد عزز اصحاب هذا الرأي توجههم بنص المادة (١٧١) مدني مصري التي تقابل في الحكم نص المادة (٢٠٩) مدني عراقي، وبناء على ذلك فأن المحكمة تملك سلطة اختيار طريقة التعويض المناسبة لجبر الضرر، وتسترشد في ذلك بطلبات الطرف المضرور وظروف القضية.

ومن جانبنا نعتقد ان تمكين الدائن اختيار تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، كطريقة لجبر الضرر الذي لحقه ليس من شأنه ان يسلب سلطة المحكمة التقديرية تماماً في اختيار طريقة التعويض، ولا ادل من ذلك ان القوانين المدنية محل الدراسة لدى تنظيمها لهذه الطريقة من طرق جبر الضرر، اجازتها للدائن مع جواز طرق اخرى كالفسخ والتعويض ان كان له مقتضى، وان هذا الجواز مشروط باستئذان المحكمة، او بدون استئذانها في الحالات المستعجلة[١] .

والاصل ان يستأذن الدائن القاضي في تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، ويكون الاستئذان عن طريق دعوى يقيمها، ويحصل على حكم شراء الشيء محل التعاقد، متى كان الالتزام ورد على نقل ملكية شيء لم يحدد الا بنوعه، وفي حالة الاستعجال يستطيع الدائن التنفيذ على حساب مدينه دون استئذان المحكمة، لكن الاستعجال لا يعصم الدائن من رقابة المحكمة، بل لها ان تبسط رقابتها على تصرف الدائن، والتأكد من ان ظروف الدعوى كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائي، فتحكم له بما طلب، او قد ترى الحكمة ان الدائن كان متسرعاً وعندها يخفض المبلغ المطلوب بما يناسب مقدار الخسارة التي لحقت الدائن نتيجة هذا التسرع[٢] .

والامر ذاته اذا كان الالتزام العقدي ورد على عمل لم تكن شخصية المدين فيه محل اعتبار، سواء كان تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين ورد بصورة اتمام العمل او اصلاح العيب على حساب المدين، يجوز للدائن تنفيذ هذا الالتزام على حساب مدينه، فيستطيع المستأجر مثلاً ان يطلب الحكم باجراء الاصلاحات في المأجور على نفقة المؤجر، ومتى صدر الحكم بأن يتعاقد مع شخص للقيام بالاصلاحات على نفقة المؤجر، وكذلك الحال لو التزم مقاول ببناء دار، واخل بالتزامه يستطيع الدائن ان يطلب تنفيذ المقاولة على نفقة المقاول.

---

(١) انظر نصوص المواد (٢٤٨- ٢٥٠) مدني عراقي، و (٢٠٥- ٢٠٩) مدني مصري.

(٢) د. السنهوري: مصدر سابق،ج٢، ص٧٧٨ وما بعدها، وانظر د. عبد المجيد الحكيم واخرون، ا. عبد الباقي البكري، أ.م. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢، ، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠، ص٢٣ وما بعدها.

فاذا كان الالتزام لا يحتمل الابطاء يسطيع الدائن في الامثلة السابقة ان ينفذ على حساب المدين دون استئذان المحكمة، وللمحكمة ان تفرض رقابتها لتثبت ان تصرف الدائن كان مبرر، وان النفقات التي انفقت من قبل الدائن كانت معقولة، فاذا كانت كذلك يحكم بها، وان كان فيها اسرافاً فتقضي المحكمة بتخفيضها الى الحد المعقول[١] .

نستنتج مما تقدم ان سلطة المحكمة التقديرية، موجودة في الاحوال جميعها، فليس من شأن تمكين الدائن اختيار التنفيذ على حساب المدين ان يؤدي الى ان يكون بمنأى عن رقابة المحكمة، فالمحكمة هي من تمنح جواز تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين من عدمه في الحالات غير المستعجلة، ومن ثم لها ان ترفض التنفيذ على حساب المدين، وتختار بمقتضى سلطتها التقديرية طريقاً اخر لجبر الضرر الذي لحق الدائن.

لكن هل بامكان المحكمة وفق المنطق السابق ان تقوم بابطال الصفقة البديلة او العقد البديل الذي ابرمه الدائن في حالة الاستعجال.

ليس في القوانين المدنية ما يجيز للمحكمة القيام بابطال هذا التصرف او فسخه، ونحن نتفق مع ما ذهب اليه الدكتور السنهوري[٢]، بان سلطة المحكمة تنحصر في تخفيض المبلغ المطلوب من المدين الاصلي ليجعله مناسباً لما حل على المدين من خسارة بسبب تسرع الدائن.

ونعتقد انه لا يمكن للقاضي بكل حال من الاحوال ان ينهي حياة العقد او يوسع مداه اكثر مما حددته ارادة المتعاقين، بل يجب عليه ان يعتمد اردتهما، ولا يحيد عنها، والا يكون قد تجاوز سلطته.

فالقاضي بعد ان يفسر العقد ويحدد نطاقه يجب ان يلزم المتعاقدين بجميع ما اشمل عليه، ما دام العقد قد نشأ صحيحاً ملزماً، ومن ثم تطبق المحكمة العقد كما لو كانت تطبق قانوناً، وهذا مقتضى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لان العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة ما بين اطرافه، بل هو ينسخ القانون فيما يخرج من دائرة النظام العام والاداب العامة، وعليه لا يجوز للقاضي نقض العقد او تعديله[٣].

فالعقد بين الدائن والمدين الجديد مازال قد وقع صحيحاً ملزماً لا يمكن للمحكمة نقضه، ولها في حدود سلطتها بالرقابة على اعمال الدائن اللاحقة بعد قيامه بالتنفيذ على حساب المدين، فتقدر هل ان الحالة كانت تندرج ضمن وصف

---

(١) د. السنهوري: مصدر سابق، ص٧٩١ وما بعدها، وانظر بالمعنى ذاته د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، احكام الالتزام، ج٢،العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٦، ٢٠٠٩ ص٨ وما بعدها.

(٢) د. السنهوري: المصدر السابق، ص٧٧٨.

(٣) د. السنهوري: المصدر السابق، ج١، ص٦٩٨.

الامور المستعجلة التي يجيز له التنفيذ على حساب المدين بدون اذن المحكمة هذا من جانب، ومن جانب اخر تبسط سلطتها في تخفيض ما يلتزم به المدين من تعويض لتغطية الصفقة البديلة او العقد البديل متى رأت ان الدائن كان متسرعاً في تصرفه.

ومن الجدير بالاشارة هنا ان هناك ثمة من يرى[١]، بعدم امكان المحكمة رفض التنفيذ على حساب المدين.

لكننا نعتقد انهم اسسوا توجههم هذا على اساس الخلط بين تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بوصفه تعويضاً عينياً، وبين التنفيذ العيني للعقد، اذ لا توجد سلطة تقديرية للمحكمة في حالة التنفيذ العيني، فلا يجوز للقاضي ان يستبدل التنفيذ العيني بطريقة اخرى للوفاء متى كان التنفيذ العيني ممكناً، كما لا يمكن للدائن ان يرفض التنفيذ العيني متى تقدم به المدين لان الاصل في التنفيذ ان يكون عينياً.

والمحكمة في المسؤولية العقدية، تكون مشغولة بترتيب التنفيذ العيني، قبل انشغالها بالتعويض العيني، ولو بصورة التنفيذ على حساب المدين، والسبب الجوهري في ذلك هو التنظيم العملي للعقد[٢] .وهذا ما استقر عليه العمل في فرنسا، فلا سلطة تقديرية للقاضي ازاء التنفيذ العيني، فلا يستطيع رفض التنفيذ العيني متى طلبه المدين، وكان ممكناً[٣] . بل ليس للقاضي بموجب فكرة التنفيذ التام ان يجبر الدائن على القبول بالوفاء لغير محل العقد المتفق عليه مسبقاً، وان كان البديل مساوياً في القيمة او ذا قيمة اعلى[٤] . وهذ ما نصت احكامه القوانين المدنية محل الدراسة[٥] .

وعليه تلزم المحكمة بأن تقضي بالتنفيذ العيني تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، في حين لا تلزم بصورة معينة من صور جبر الضرر، بل لها سلطة

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم واخرون: مصدر سابق، ص٨١، عبد المجيد الحكيم: مصدر سابق، ج٢، ص١٢.

(٢) د. اسماعيل غانم: مصدر سابق، ص١٤٠.

(3) (Planiol, Ripert et Esmein: obligations, 1954 p783.

(٤) استاذنا د. جليل الساعدي: اصول العقد في القانونين الانكليزي والعراقي، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مجلد ٢٥، ع٤، ٢٠١٠، ص١٧٧.

(٥) انظر: نص المادة (١/٣٩٠) من القانون المدني العراقي، والمادة (٣٤١) مدني مصري، وانظر نص المادة (٤/١٣٤٢) مدني فرنسي بعد التعديل التي نصت على انه (يجوز للدائن ان يرفض الوفاء الجزئي حتى لو كان الاداء قابلاً للقسمة، وللدائن ان يقبل لغرض الوفاء تلقي شئاً اخر غير ذلك المستحق له).

تقديرية واسعة في تحديد هذه الطريقة سواء كان تعويضاً عينياً ام تعويضاً بمقابل[١] .

نستنتج مما تقدم ان للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الحكم بالتنفيذ على حساب المدين من عدمه متى طلب الدائن ذلك، بوصف التنفيذ على حساب المدين طريقة من طرق جبر الضرر، وتحديد الطريقة المناسبة للتعويض من اختصاص المحكمة، الا انه ليس للمحكمة ان تبطل العقد البديل متى ابرمه الدائن في حالة الاستعجال دون استئذان المحكمة، وينحصر دورها لاحقاً في تحديد كون الوضع مستعجل من عدمه، وتخفيض ما يستحقه الدائن من تعويض يلتزم به المدين الاصلي متى ظهر للمحكمة ان الدائن كان مستعجلاً.

وقبل ان ننهي الحديث في معنى السلطة التقديرية للمحكمة في القوانين المدنية من الضرورة بمكان ان نبين، بأن القانون المدني الفرنسي في التعديل الاخير قد اجاز تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بشرط الاذن المسبق من المحكمة، واورد شرط الاذن مطلقاً، ولم يميز في كون الحالة مستعجلة من عدمها، بل اشترط الاذن المسبق في الاحوال جميعها، ومن ثم تبسط سلطة المحكمة التقديرية على التنفيذ على حساب المدين بشكل مطلق[٢] .

الفرع الثاني

القيود الواردة على سلطة المحكمة في تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين (Restrictions on the power of the court to enforce the contractual obligation at the expense of the debtor)

قد يسلب اتفاق اطراف الخصومة على التعويض سلطة القاضي في وضع تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين موضع التطبيق، والاتفاق هذا يأتي في احدى صورتين، فهو اما ان يتم مقدماً قبل وقوع الضرر، وذلك هو الشرط الجزائي[٣]، الذي يعرف بانه اتفاق يحدد فيه المتعاقدين مسبقاً مقدار التعويض المستحق للدائن متى اخل المدين بتنفيذ التزامه العقدي[٤] ، وقد اجازت القوانين محل الدراسة هذا النوع من التعويض، والى هذا نصت المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي على انه (يجوز للمتعاقدين ان يحددوا مقدماً قيمة التعويض بالنص

---

(١) انظر: بالمعنى ذاته نصير جبار لفته: التعويض العيني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠١، ص١١٤. وانظر د. محمود عبد الرحيم الديب: التعويض العيني لجبر ضرر المضرور، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ص٩٣ وما بعدها.

(٢) انظر: نص المادة (١٢٢٢) من القانون اعلاه.

(٣) د. حسن علي الذنون: المبسوط، ج٣، مصدر سابق، ص٢٦٤، د. السنهوري: مصدر سابق، ج٢، ص٨٥١.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم واخرون: مصدر سابق، ج٢، ص٦٠.

عليه في العقد او في اتفاق لاحق.....)[١] ، كما قد يكون الاتفاق بعد وقوع الضرر، وفي هذه الحالة اما ان ياخذ صورة عقد صلح او صورة تحكيم.

اما الصلح فيحدث عندما يتنازل كل طرف من اطراف الخصومة عن جزء من طلباته من اجل فض الخصومة بينهما[٢] . وينعقد عقد التحكيم باتفاق بين طرفي الخصومة على احالة احالة نزاعهما الى محكم او هيئة تحكيم للفصل به بدلاً من المحكمة المختصة، وبهذا يخرج الموضوع برمته من اختصاص المحكمة، ويرى البعض[٣] ، انه في حالة الاتفاق على الصلح او التحكيم فأن من شأن ذلك ان يسلب سلطة المحكمة في اختيار طريقة التعويض، ومن ثم ناقشوا هذه الحالة على انها قيد يرد على سلطة المحكمة.

ومن جانبنا نعتقد ان اصحاب هذا الاتجاه قد جانبوا الصواب لان الامثلة اعلاه لا تتداخل مع فكرة تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، ولا تعد قيداً على سلطة القاضي في اختيار طريقة التعويض، لان اطراف الخصومة في الصلح والتحكيم هم من اتفقوا باراتهم على تسوية نزاعهم ومن ثم لا مسؤولية على اي منهما، بينما في تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين مسؤولية المدين العقدية واقعة لا محالة، لان اخلاله قي تنفيذ التزامه العقدي هو الذي جعل الدائن يلتجأ الى المحكمة لطلب التنفيذ على حسابه.

هذا من جانب، ومن جانب اخر فان الشرط الجزائي، وان كان يخرج التعويض من سلطة المحكمة، الا انه لا يمثل قيدا حقيقيا على سلطة المحكمة في تحديد مدى التعويض، فيضل للمحكمة سلطة تخفيض الشرط الجزائي، بل لها ان لا تحكم به متى ظهر لها ان الدائن لم يلحقه ضرر[٤] .

وعليه نستبعد ان تكون الحالات السابقة قيوداً على المحكمة تحد من سلطتها في الحكم بالتنفيذ على حساب المدين، بل انها تمثل تعويضا تم تحديده بارادة الاطراف بطريقة ضمنها القانون لهم، ومن ثم ما على المحكمة الا ان تحترم هذا التحديد متى جاء في الحدود التي رسمها القانون، وعليه نكتفي بهذا القدر فيما يتعلق بمدى عد الصلح والتحكيم والشرط الجزائي قيوداً على سلطة المحكمة في تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، ونعتقد ان ما من شأنه ان يمثل قيوداً

---

(١) انظر: ما يقابلها من نص المادة (١٢٣١) مدني فرنسي بعد التعديل، والمادة (٢٢٣) مدني مصري.

(٢) ماجد مجباس حسن: المركز القانوني للمحكم – دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة البصرة، ٢٠١٣، ص١١٢.

(٣) نصير جبار لفته: مصدر سابق، ص١٢٥ وما بعدها، د. محمود عبد الرحيم الديب: مصدر سابق، ص١٠٣ ومابعدها.

(٤) انظر: نص المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي، والمادة (٢٢٤) مدني مصري، والمادة (١٢٣١/٥) مدني فرنسي.

حقيقة على سلطة المحكمة في هذا المجال، هي عدم طلب الدائن، وعرض المدين، واستحالة الحكم بالتنفيذ على حساب المدين، وهذا ما سنبين تفاصيله في الفقرات الاتية:

اولاً: عدم طلب الدائن:

من المبادئ المستقرة في قانون المرافعات ان الدعوى المدنية حبيسة طلبها، فليس للمحكمة ان تقضي بشيء لم يطلبه الدائن، وليس لها ان تقضي بشيء اقل او اكثر مما طلب، والا فأن قرارها هذا سيكون عرضه للنقض، فالاصل ان القضاء لا يفصل في مسالة لم تطرح عليه، فليس للمحكمة ان تحكم في قضية بغير طلب[١]، والى ذلك اشارت المادة (٥/٢٠٣) من قانون المرافعات العراقي التي نصت على انه (للخصوم ان يطعنوا تميزاً، لدى محكمة التمييز في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف او محاكم البداءة او محاكم الاحوال الشخصية، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الاحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة، وذلك في الاحوال الاتية.....٥- اذا وقع في الحكم خطأ جوهري.

ويعتبر الخطأ جوهرياً اذا اخطأ الحكم في فهم الوقائع او اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى او قضى باكثر مما طلبوه.....).

ويذهب اجماع شراح قانون المرافعات العراقي[٢] ، انه بموجب المادة (٢٠٣) لا يمكن للمحكمة ان تحيد عن طلب المدعي، وتحكم بشيء لم يطلبه، او تحكم بما هو اكثر او اقل مما طلب.

لكن هل ينطبق التحليل اعلاه على مسالة طلب طريقة معينة من طرق التعويض، نعتقد ان مبدأ كون الدعوى المدنية حبيسة طلبها يتعلق في الطلبات التي يدعيها الدائن تجاه المدين، ولا يمتد الى فكرة تحديد وسيلة جبر الضرر، لان الاخيرة تكون من اختصاص المحكمة، ولا تخضع لارادة الخصوم.

لكن السؤال الجدير بالاشارة في هذا المقام انه هل بامكان المحكمة ان تقضي في التنفيذ على حساب المدين دون طلب الدائن، بوصفه طريقة من طرق جبر الضرر.

يرى الدكتور حسن علي الذنون ان ارادة القاضي لا تتقيد بطلب المدعي الا اذا كان هذا الطلب متعلقاً بالتنفيذ العيني، وكان هذا التنفيذ ممكناً، وليس فيه ارهاق

---

(١) انظر د. السنهوري: الوسيط، ج٢، مصدر سابق، ص٧٦١، عصمت عبد المجيد: تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٧، ص١٨٣.

(٢) انظر :من ذلك استاذنا د. عباس العبودي: شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ٢٠٠٠، ص٤٨٤، مدحت المحمود: شرح قانون المرافعات المدنية رقم٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، بلا اسم مطبعة، ط٢، بغداد، ٢٠٠٨، ص٢٨٦، د. عماد حسن سلمان: شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص٤٠٧.

للمدين. اما اذا كان المدعي قد طلب التعويض، فبأمكان القاضي رفض هذا الطلب، واصدار حكم بالزام المدعى عليه بالتنفيذ العيني، لكن هذا الحكم لا يعفي المدعى عليه من الالتزام بالتعويض عن التأخير[١].

ويذهب اتجاه اخر الى ان الحكم بالتعويض العيني بجميع صورة خاضع لسلطة المحكمة، التي لها لدى مطالبة الدائن ان تحكم به، او ان تحيد عنه صوب التعويض النقدي، بيد ان القاضي لا يستطيع ان يرفض طلب التنفيذ العيني، واوضح اصحاب هذا الاتجاه بأن تحليلهم هذا يعكس الفارق بين الصفة الاختيارية للتعويض العيني، والخصوصية الالزامية للتنفيذ العيني[٢].

ومما تجدر الاشارة اليه ان القضاء الفرنسي، قد درج على منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في اجابة طلب التعويض العيني بصورة التنفيذ على حساب المدين، واستندت محكمة النقض في احكامها صراحة على المادتين(١١٤٣-١١٤٤) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، وهذا ما يؤكد صفة الاختيارية في هذا النوع من التعويض[٣].

بيد ان تعديل القانون المدني الفرنسي الاخير قد انهى كل غموض يشوب هذه المسالة، ورسخ فكرة حرية القاضي في الحكم بتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، اذ اجاز للدائن طلب تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، شرط تحقق اذن المحكمة المسبق في الاحوال جميعها[٤].

ومن ثم قد ترى المحكمة بما لها من سلطة تقديرية في اختيار طريقة جبر الضرر ان تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين ليس هو الطريقة المثلى لجر الضرر، او من شأن الحكم به ان يؤدي الى تعسف بحق المدين فتحكم بالتعويض النقدي.

ومن جانبنا نعتقد ان التنظيم القانوني لتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين في القانونين العراقي والمصري، يدل بما لا يقبل الشك، أن للمحكمة السلطة التقديرية الواسعة في اجابة طلب الدائن بتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، او رفضه والحكم بطريقة اخرى من طرق جبر الضرر الذي في الاصل ما يكون تعويضاً نقدياً، فسواء كان محل الالتزام العقدي نقل ملكية شيء لم يحدد الا بنوعه، او القيام بعمل لم تكن شخصية المدين فيه محل اعتبار، يجوز للدائن

---

(١) د. حسن علي الذنون: المبسوط، مصدر سابق، ج٣، ص٢٨١.
(٢) د. اكثم الخولي: مصدر سابق، ص١٢٨، د. محمود عبد الرحمن الديب: مصدر سابق، ص٩٨.
(٣) نقض فرنسي ٣١ اكتوبر سنة ١٩٠٦، وانظر نقض فرنسي ١٨ يونيو سنة ١٨٨٣ مشار اليهما لدى د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج١، مصادر الالتزام، ط١، مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٧٦، ص٥٧.
(٤) انظر: نص المادة (١٢٢٢) مدني فرنسي بعد التعديل.

طلب تنفيذه على حساب المدين شرط الحصول على اذن المحكمة، وسيان كان الاذن سابق للتنفيذ، او لاحق له في الاحوال المستعجلة فأن المحكمة تبسط سلطان رقابتها على هذه الطريقة من طرق جبر الضرر، سواء من حيث الحكم وعدم الحكم بها، او من حيث تحديد مداها، والقول بخلاف ذلك يجعل شرط اذن المحكمة الذي استلزمه المشرع عديم القيمة، وهذه نتيجة غير منطقية[١] .

لكن هل بامكان المحكمة بما لها من سلطة تقديرية ان تحكم بتنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، وان لم يطلبه الدائن.

وذهب جانب من الفقه[٢] ، الى ان للقاضي حق الانتقال من التعويض النقدي الى التعويض العيني بصورة عامة بما في ذلك تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، فموضوع التعويض عن المسؤولية يكون بشكل عام، وليس طريقة محددة بعينها، وأن للقاضي حرية الانتقال من التعويض العيني الذي انصب عليه الطلب إلى التعويض النقدي، وللسبب ذاته يستطيع الحكم بالتعويض العيني وترك التعويض بمقابل، فالقاضي حر في إختيار الطريق الذي يراه مناسباً لجبر الضرر الواقع على المدعي، واقل ضرراً بالمدعى عليه[٣]، وان طلب المتضرر لا يقلل من حرية القاضي في إختيار طريقة التعويض.

وذهب إتجاه آخر[٤] ، إلى أن القاضي لا يستطيع الحكم بالتعويض بمقابل إلا إذا رفض المدعى عليه القيام بالتعويض العيني، لأن التعويض العيني هو الأصل شأنه في ذلك شأن التنفيذ العيني.

في حين يرى الدكتور السنهوري أن التعويض العيني يقع كثيراً في دائرة الالتزامات العقدية، ومن بين الامثلة التي يسوقها على ذلك أن المقاول الذي التزم ببناء منزل، وأمتنع عن تنفيذ التزامه العقدي، يجوز للمحكمة أن تقضي للدائن بان ينفذ الالتزام على حساب مدينه، ويختم تعليقه بأن القاضي غير ملزم أن يحكم بالتعويض العيني، لكن يتعين أن يقضي به متى كان ممكناً وطلبه المدين[٥].

ومن جانبنا نعتقد أن الطريقة التي نظمت بها القوانين المدنية تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، تؤكد من أنها مكنة بيد المدعي لتعويض ما لحقه من ضرر، ومن ثم يشترط لإعمال هذه المكنة أن تطلب من قبل الدائن، فالجواز الذي

---

(١) انظر: نصوص المواد (٢٤٨-٢٥٠) مدني عراقي، و (٢٠٥- ٢٠٩) مدني مصري.

(2) (Planiol, Ripert, op, cit, p783, and see Mazeaud, Trait theoriqe etpratique de la, responsbilit civile delctuelle, et, contractuelle. Et edtion4,,p2306. وانظر بذات الاتجاه د. محمود جمال الدين زكي: مصدر سابق، ص٥٦ وما بعدها.

(٣) د. حسن علي الذنون: المبسوط، ج٣، مصدر سابق، ص ٢٨١.

(4)(colin et capitant: cours elmentarire, de, droit, civil 10 edition paris, Tome 2, 1959,N0.159 .

(٥) د. السنهوري: مصدر سابق، ج٢، ص ٢٧٩ وما بعدها.

منحه القانون يتعلق بقبول أو عدم قبول تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين من قبل المحكمة، ولا يوحي باي شكل من الاشكال إلى إمكانية أن تحكم المحكمة به بدون طلب الدائن، فهذا الطلب هو الذي يحرك سلطة المحكمة بقبول التنفيذ على حساب المدين من عدمه.

هذا من جانب ومن جانب آخر فأن تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين غالباً ما يكون من خلال إبرام الدائن لعقد مع شخص آخر لتنفيذ الالتزام الذي أخل المدين الأصلي بتنفيذه، والمحكمة جهة لفض الخصومات ولا علاقة لها بإبرام العقود، فلا يمكن لها أن تحكم على الدائن بأن يتعاقد مع شخص آخر لتنفيذ الالتزام العقدي الذي أخل المدين الاصلي بتنفيذه دون إرادة هذا الدائن، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى إحلال إرادة المحكمة محل إرادة الدائن، وهذه نتيجة لا يمكن الركون اليها.

ولا يقدح بقولنا هذا كون المادة (٢٠٩) مدني عراقي، والمواد المقابلة لها في الحكم قد أناطت بالمحكمة سلطة إختيار طريقة التعويض ، فالمادة اعلاه وردت لدى تنظيم الأحكام المشتركة في المسؤولية المدنية، وهي تمثل قاعدة عامة تحكم طريقة التعويض في المسؤولية المدنية بشكل عام، وقد تتناسب مع المسؤولية التقصيرية أكثر منها مع العقدية، في حين أن النصوص التي نظمت تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، كان نصوص خاصة بهذه المسألة، وجاء تنظيمها تالياً لنص المادة (٢٠٩) والمواد المقابلة لها في الحكم[١]، ومن ثم تقيد هذه النصوص المادة أعلاه.

وبالعودة على ذي بدء نجد انه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتعويض العيني عن طريق تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين دون أن يطلبه الدائن وقد تسنى للقضاء العراقي أن يرسخ هذا المبدأ من ذلك ما جاء بقرار محكمة تمييز العراق على أنه (حيث أن الإدعاء أنصب على المطالبة بقيمة التمور فيجب الحكم بهذه القيمة، ولا يصح الحكم بالتمور عيناً....)[٢]

وعليه نستنتج مما تقدم أن طلب الدائن يعد قيداً على حرية المحكمة في الحكم بالتنفيذ على حساب المدين.

---

(١) انظر: نص المادة (١٧١) مدني مصري.

(٢) انظر: قرار محكمة تمييز العراق ذا الرقم ١١٨٩/ صلحية/ ٩٦٣ بتاريخ ٩/٥/ ١٩٩٣ مشار إليه لدى إبراهيم المشاهدي: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز/ قسم المرافعات، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠، ص ٢٧٧.

ثانياً: عرض المدين للتنفيذ على حسابه:

قد لا يطلب الدائن جبر الضرر عيناً عن طريق التنفيذ على حساب مدينه، ولكن يقوم المدين بعرض هذا التنفيذ على نفقته، إذ ليس بالضرورة أن يكون إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ إلتزامه العقدي مقترن بنية عدم التنفيذ على حسابه، والسؤال الذي يثار في هذا المقام: هل من شأن العرض هذا أن يقيد سلطة المحكمة، ومن ثم تكون ملزمة بالحكم بما عرضه المدين أم لها أن ترفض هذا العرض، وتلزم المدين بطريقة أخرى من طرق جبر الضرر.

أختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل، فذهب جانب منه[١]، بأن للمدين في الالتزام العقدي الحق عرض التعويض العيني، ومن حقه ان يلزم المحكمة بهذا العرض.

لكننا نعتقد أن إعمال هذا الراي على إطلاقه فيه تطرف لمصحلة المدين على حساب الدائن الذي هو أولى بالحماية، وفيه مصادرة لسلطة المحكمة في تحديد طريقة التعويض، ولعل مما يعضد رأينا هذه أن أصحاب هذا الإتجاه أنفسهم عادوا، وأستثنوا مجموعة من صور التنفيذ العيني بطريقة من شأنها أن تنسف القاعدة التي سعوا لإرسائها، إذ اقروا أن إسلوب التنفيذ على حساب المدين لا يفرض على الدائن، كما لا يلزم الدائن في جميع الاحوال على قبول العرض المقدم من المدين لاصلاح الشيء التالف[٢].

ويرى الدكتور عبد المجيد الحكيم، أنه إذا عرض المسؤول التعويض العيني بصورة التنفيذ على حساب المدين، ورفضه المتضرر فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بغير التعويض النقدي. وقد عزز رايه هذا، بانه ليس من حق المسؤول ان يقوم هو بعرض التعويض العيني، وفقاً للمادة (٢/٢٠٩) مدني عراقي، فالمحكمة غير ملزمة باجابة طلب محدث الضرر، فاذا رفض المضرور ذلك العرض قضت المحكمة بالتعويض النقدي. واسترسل بالقول انه قد ساند الدكتور السنهوري في السابق، من ان المحكمة ملزمة في الحكم بالتعويض العيني متى طلبه الدائن او المدين وكان ممكناً، لكنه عطف بالقول انه بعد امعان النظر في

)[1] (Mazeawd (H et L) op, cit, p 2306, planiol et Esmein, po, cit, p 500, Drague, lexecution en natur du contract, th, paris, p 79. وأنظر بذات الإتجاه د. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٨١٨، وانظر د. أنور سلطان: الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٨، ص ٣٧٩.

)[2](See Mazeaud (H et L) op, cit, p 2306.

نص المادة (٢٠٩) مدني عراقي تبين لنا ان المحكمة غير ملزمة بذلك على حد تعبيره[١] .

بيمنا يذهب رأي اخر على انه اذا عرض المسؤول التعويض العيني، فأنه من غير المقبول ان يرفضه المضرور، ويطلب بدلاً منه مبلغاً من النقود[٢] .

بينما هناك ثمة من يرى ان القاضي وهو يوازن بين مصالح اطراف الدعوى، فأن له سلطة تقديرية في الاستجابة وعدم الاستجابة، بحسب كل دعوى، لانه قد يترتب على رفض العرض الذي تقدم به المدين اجحافاً بحقه، ومن ثم للقاضي في احوال معينة ان يرفض العرض الذي تقدم به المسؤول رغم رفض الدائن[٣] .

في حين ذهب اخر[٤] ، انه ليس هناك ما يمنع المدين من عرض شيء بديل عن ذلك الشيء الوارد في العقد، فاذا قبل الدائن، فان الارادة تجد سلطانها المطلق هنا، ومن ثم ليس بالضرورة ان يكون التعويض حتماً من النقود بل يمكن ان يكون شئياً اخر مقام الشيء الاصلي.

وبدورنا نذهب مع الاتجاه الذي يرفض ان يكون عرض المدين قيداً على سلطة المحكمة التقديرية، بأن تأمر في التنفيذ على حساب المدين، رغم كون الدائن لم يطلبه، فسبق ان لاحظنا ان فكرة تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين في القوانين المدنية ما هي الا مكنة بيد الدائن، ومن ثم لا يمكن ان تفرض عليه بسبب عرض المدين لها، لان الاول هو الطرف الاولى بالحماية من الاخير، والقول بخلاف ذلك من شأنه ان يفتح الباب للتمادي على عدم احترام الالتزامات التعاقدية، فتكون ذريعة بيد كل متعاقد لا يرغب بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً بان يعرض التنفيذ عن طريق الغير على حسابه.

المطلب الثاني

اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بسلطة المحكمة في القانون الانكليزي Effect of berformance of contractual obligation at the expense at of the debtor in the Enghlish law)

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم : مصدر سابق، ج١، ص٥٥٣ وما بعدها. وهذا عكس ما لاحظنا لدى تأصيل فكرة تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، اذ يرى الدكتور الحكيم هناك من ان التنفيذ على حساب المدين ما هو الا تنفيذا عينيا للعقد، لكنه في هذا الفرض يقر بشكل صريح من ان التنفيذ على حساب المدين هو تعويضا عينياعن الاخلال بالعقد، ومن شأن هذا ان يعزز ما تبنيناه عند تاصيل الفكرة. انظر سابق الاشارة، ص، وما بعدها.

(٢) د. محمد كامل مرسي: شرح القانون المدني الجديد، ج٢، القاهرة، ١٩٥٥، ص٢٠٩، د. عماد الملا حويش: الاضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٠، ص٢٠٧.

(٣) نصير جبار لفته: مصدر سابق، ص١٢٥، د. محمود الديب : مصدر سابق، ١٠١ وما بعدها.

(٤) د. مصطفى العوجي: المسؤولية المدنية، ج٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٣، بيروت، ٢٠٠٧، ص٨٧.

يمكن القانون الانكليزي الدائن الذي لحقه ضرر، مجموعة من الخيارات كما لاحظنا، فيستطيع ان يطالب في التعويض الذي هو الاصل في جبر الضرر، كما له في حالات خاصة ان يطلب التنفيذ العيني الذي يعد هو الاخر طريقة من طرق جبر الضرر في هذا القانون، ويستطيع الطرف الذي لم يتم التنفيذ لصالحه، او نفذ اتجاهه تنفيذاً معيباً او جزئياً ان يفسخ العقد، ويسترد اي اموال قام بدفعها[١].

وان تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، بوصفه طريقة من طرق جبر الضرر، تتأصل من واجب الدائن في تخفيف الاضرار، من شأنها ان تؤثر في سلطة المحكمة، بان توسع من سلطتها من جوانب على حساب اردة الدائن، او قد تضيق من هذه السلطة، وتوسع من سلطان اردة اطراف العقد في جوانب اخرى.

وعليه يتجاذب اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بسلطة القاضي مفهومان يتسع ويضيق احدهما على حساب الاخر، ويتجلى اتساع هذه السلطة وضيقها في فسخ العقد، والتنفيذ العيني، والتعويض بشكل عام.

اما عن فسخ العقد ، فالقانون الانكليزي يمكن المتضرر من ان يعد العقد مفسوخاً، ويتجرد من تنفيذ التزاماته العقدية، فسلطة الفسخ منوطة بشخص الدائن متى توافرت شروطها التي من ابرزها ان يكون الاخلال بالتزام جوهري[٢] .

ولان الفسخ لا يثير اشكاليات كبيرة في هذا المقام، ولسبق بحثه في مواضع اخرى من البحث نكتفي بهذا القدر، وسنركز بحثنا على اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بسلطة القاضي في دائرة التنفيذ العيني، والتعويض، وذلك في فرعين نفرد اولهما لاثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بسلطة المحكمة لدى اعمال التنفيذ العيني، ونفرد الثاني لاثر التنفيذ على حساب المدين بسلطة القاضي من حيث الاثبات، ومدى التعويض، والشرط الجزائي.

---

(١) عبد العظيم حسن: التعويض عن الاخلال، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، بلا سنة طبع، ص٥٨.

(٢) استاذنا د. جليل الساعدي: اصول العقد في القانونين الانكليزي والعراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد١، ٢٠١٠، ص٢١٧، وانظر عبد العظيم حسن، المصدر السابق، ص٥٨.

الفرع الاول: اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بسلطة المحكمة لدى اعمال التنفيذ العيني

The effect of performance the contractual obligation at the expense of debter with the authority of the court in the execution of the specific performance

يخضع التنفيذ العيني كطريقة من طرق جبر الضرر في القانون الانكليزي الى مجموعة من القيود، فلا يحكم بالتنفيذ العيني الا اذا كان الحكم بالتعويض غير مناسباً او غير كافياً لجبر الضرر.

وثمة من يرى ان التنفيذ العيني يجب ان يكون اكثر معقولية، ويذهب الى ان التنفيذ العيني يعتمد على مسألة مهمة مؤداها، انه لا يمكن الركون اليه الا اذا كان يحقق العدالة بشكل اشمل، واكمل من التعويض، فيحكم به لا بالتعويض.

ويتساءل اصحاب هذا الاتجاه في السياق ذاته انه عن امكانية الحكم بالتنفيذ العيني رغم وجود اتفاق بين الاطراف على مبلغ التعويض. فيسترسل بالقول انه يذهب الاتجاه السائد ان التنفيذ العيني يحكم به اذا كان ذلك الحكم في الظروف الراهنة هو اكثر المعالجات معقولية، ويخضع الحكم بالتنفيذ العيني في القانون الانكليزي لكامل السلطة التقديرية للمحكمة[١] .

فالحكم في التنفيذ العيني في القانون الانكليزي هو حكم يصدر من المحكمة بالزام الطرف المتعاقد بتنفيذ عين الالتزام الذي تعهد بتنفيذه، وهو نوع من انواع الجزاء القائم على مقتضيات العدالة المجردة في الاصل، وهو تمثيل للمبدأ القائل ان العدالة التزام شخصي[٢] .

Adecree of specific performance is a decree issued by the court which contrains a contraciting party to do that which he has promised to do. It is a a form of relief that purely equitable in origin and is one of the earliest examples of the maxim the equity acts in personam.

ويمكن القول ان ما استقر عليه القضاء الانكليزي ومن خلال قاعدة تبلورت مؤداها ان الجزاء طبقاً للقانون العام (cammon law) عند الاخلال في

---

(١) انظر: في عرض هذا عبد العظيم حسن: مصدر سابق، ص٥٠.

(2) (Gareth and William Goodhart: specific performance, London, butterworths, 1986, p3-7.

الالتزامات العقدية هو التعويض. ولذلك فالقاعدة الاصولية هي ان التنفيذ العيني لا يمكن ان يحكم به اذا كان هناك تعويض نقدي كافي بموجب القانون[١].

It originated in the realization that are may cases in which the remedy available at common law is not adequate. The normal remedy for breach of contract the recover of damages at common law. The fundamental rul, therefore is that specific performance will not be dcreed there is an adequate remedy at law.

وان الغرض من اصدار الحكم بالتنفيذ العيني، هو لضمان تحقق العدالة (فالمحكمة تمنح التنفيذ العيني بدلاً من التعويض فقط عندما يكون بهذه الوسيلة او الطريقة تحقيق عدالة اكثر كمالاً وسداداً)[٢] .

The purpose of such a decree is ensure that justice is done. The court give specific performance instead of damages only when it can by that means do more perfct and complete justice.

والتنفيذ العيني لا يكون متاحا بشكل دائم، فجبر الضرر عادتا ما يكون عن طريق التعويض، وهذه الطريقة تسمح للدائن بالحصول على مبلغ من النقود كمقابل للضرر. ومع ذلك اذا اخفق احد الطرفين في الوفاء بالتزاماته المقررة بموجب العقد، فقد يرفض الطرف الاخر انهاءه، ويطلب التنفيذ العيني.

Specific performance is not always available and the standard remedy for breach of a contractual obligation is an action for damages permitting the creditor to obtain a sum of money as an equivalent satisfaction. However, if one party fails his obligations to the contract, the other may refuse to execute his, and require the specific performance.

وأن التنفيذ العيني لا يتواجد حيث يتواجد تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، لان واجب تخفيف الاضرار الذي يتأصل منه التنفيذ على حساب المدين وجد للحد من حالات التنفيذ العيني، ومن ثم فمسألة السلطة التقديرية للمحكمة

)[1] (Chesire, Fifoot, Furmston: the law of contract, London, Butterw, rthsm, 1972, p611.

)[2] (Idd, p611.

تتواجد بشكل اكبر في التنفيذ العيني، فاذا حكمت به المحكمة عندها لا محل للقول بوجود تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين. اللهم الا اذا قام المدين بتنفيذ جزء من التزامه العقدي تنفيذاً عيناً وقام، الدائن تنفيذاً لواجبه بتخفيف الاضرار بتنفيذ الجزء الاخر على حساب المدين متى اخل الاخير بتنفيذ ما تبقى من الصفقة، وفي هذه الحالة تثور سلطة المحكمة ايضاً للتاكد من كون الدائن قد بذل الخطوات المعقوله في التنفيذ على حساب المدين ام لا[١].

الفرع الثاني

اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بسلطة المحكمة من حيث الاثبات ومدى التعويض والشرط الجزائي(The effect of performance the contractual obligation at the expense of debter with the authority of the court in the execution of the proof and extent of compensation and penal requirement)

تتجلى سلطة المحكمة كذلك في كيفية الاثبات لدى اعمال تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، كطريقة من طرق جبر الضرر، وفي تحديد مدى التعويض ، واثره في نطاق الشرط الجزائي، وهذا ما سنبحنه في الاتي:

اولا: اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بسلطة المحكمة من حيث الاثبات

يجب على المدعي ان يتخذ الخطوات المعقولة للحد من خسارته، ويقع على المدعى عليه عبء اثبات فشل المدعى عليه بهذا الخصوص من عدمه، وهذه مسالة موضوعية تقدر بحسب كل دعوى، ومن ثم يحدد من خلالها فشل المدعي في تخفيف الضرر ، او اتخاذه للخطوات المعقولة لتخفيف الاضرار[٢].

Where the plaintiff has failed to take a reasonable opportunity of mitigation is a question of fact dependent upon the particular circumstance of each case, and the burden of proving such failure rests upon the defendant.

ولذا فأن الطرف المدعي بالتعويض اذا كان قد تخلى عن فرصة معقولة للتخفيف عن الخسارة، فان هذه مسألة وقائع تتعلق بظروف كل دعوى. وفي جميع

---

(١) انظر: د. ظافر حبيب جباره، د. عماد حسن سلمان: واجب الدائن بتخفيف الضرر في المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة في ضوء النظام الانكلوامريكي واتفاقية فينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠، متاح على شبكة الانترنيت :pss. Utq. Iq/Magazanes/docxlaw-2-16/6.Docx، ص٣٣.

(2)(Chiesher and others: op, cit, p598.

الحالات فان عبء الاثبات يقع على عاتق المدعى عليه معنى اخر ان الشخص الذي يطلب التعويض لا يلزم في جميع الاحوال ان يبين ان جميع الخطوات المعقولة قد اتخذت، وعلى الطرف الاخر ان يثبت انها لم تتخذ كذلك، كما انه ليس كافياً ان يثبت المدعى عليه وجود خطوات اخرى معقولة كانت اكثر قبولاً، ومتاحة له، بل هو يجب او هي يجب ان يظهرا بشكل ايجابي ان الخطوات التي اتخذت كانت معقولة[١].

Wherther a party daiming damages has foregone a reasonable apportunity to mitigate loss is a question of fact dependent upun the circumstances of each case. In all cases though, the onus of proving that such an opportunity was forgone rests with the defendant. That is, the person seeking damages need not show that all reasonable stepes were taken, the other party must prove that they were not. Nor is it sufficient for the defendant to show merely that other, mor acceptable steps were available he or she must show postiveiy that the steps that were taken wer uneasonable.

وعليه فأن من يوازن ادلة الاثبات، ويقدم بعضها على بعض لدى اعمال تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين هي محكمة الموضوع، وبحسب ظروف كل قضية، فيلزم المدين بأن يقدم ادلة الاثبات التي تؤكد ان الدائن لم يتخذ الخطوات المعقولة، او يثبت ان ما اتخذه من خطوات او تعاقد عليه من صفقة بديلة لم تكن مناسبة مع طبيعة الضرر محل التخفيف، والدائن من جانبه هو الاخر له ان يثبت العكس، وللمحكمة سلطة الفصل في تقييم ادلة كل منهما.

ثانياً:اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بسلطة المحكمة من حيث مدى التعويض

سبق ان تبين لنا ان المحكمة تقضي للدائن بالتعويض عما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب، وفي الغالب ما يكون هذا التقدير عن طريق الصفقة الواقعية التي تقوم على اساس الفرق بين سعر العقد محل الاخلال، وسعر الصفقة البديلة،

)[1](Maree chetwin, - Maree Chetwin: Grawes intranational to the law of contract in New ze. Aland. , p331. And see chiesher and others: op, cit, p598.

كما تبين لنا ان الدائن لا يستحق التعويض عن تلك الاضرار التي كان من الممكن ان يتجنبها لو انه قام باتخاذ الخطوات المعقولة، من اجل ابرام عقد بديل.

لكن ثمة مسألة جديرة بالاهتمام في هذا المقام، الا وهي ان الدائن لدى ابرامه الصفقة البديلة او العقد البديل، قد يحصل على ارباح اكثر من تلك التي سيحصل عليها من العقد الاصلي، فهل المحكمة بما لها من سلطة تقديرية يلزم ان تأخذ هذه الارباح بنظر الاعتبار.

يرى الاتجاه الغالب في الفقه الانكليزي[١] ، انه يجب محاسبة المدعي عن اي منفعة نالها بالرغم من وجود اخلال من جانب المدعى عليه، وفي هذه الحالة يمكن القول ان الخسارة قد تم تغطيتها من قبل المدعى عليه، فاذا رفض المشتري البضائع التي كانت على ارض الواقع من نوعية معيبة، وكانت هناك مفاوضات بين الطرفين بعد هذا الرفض، مما ادى بالمشتري الى قبول نفس السلعة من البائع، لكن بسعر منخفض.

قررت محكمة الاستئناف في هذه المسألة ان قاعدة سعر السوق الواردة في المادة (٣/٥١) من قانون بيع البضائع لا تنطبق على هذه الحالة، فالمشتري لم يعاني من اي خسارة لان السعر الذي حصل فيه على البضائع كان اقل من سعر السوق للسلع المماثلة في تاريخ خرق البائع للعقد.

The plaintiff has to give credit for certain denefits accruing to himin consequence of the breach. Heve it can be said that his loss is hn fact mitigated. The buyer justifiably rejected the goods on the ground of their defective quality. There were continuous negotiations between the parties following this rejection, leadingto the buyer finally accepting the same goods forul the seller at a reduced price. The court of appeal held that the marker price ruie in section 51(3) did not apply: the buyer suffered no loss since the pfice at which he obtained the goods was less than the market price for similar goods at the date of the seller's breachof contract.

)[1](Treitel, Treitel: Remedies for breach of contract a comperative acont, oxford, 2011. , p754..

ويرى الفقيه (Chity)[١]، بأنه على اي حال فالمحاكم حريصة على منع المشتري من الحصول على اي استحقاق اضافي على نفقة البائع، اذا كانت البضائع البديلة التي اشتراها المشتري اعيد بيعها في وقت لاحق من قبله بربح اضافي لانها كانت ذات جودة افضل او قيمة اعلى من البضائع الواردة في الوصف التعاقدي. ويجب خصم الربح الاضافي من تكلفة شراء السلع البديلة، التي كان يطلبها المشتري من البائع المخل.

However the court are anxious to prevent the buyer from receiving an extra benefit at he seller's expense. If the substitute goods bought by the buyer were later resold by him at an extra profit because they were of better quality or higher value than goods of the contractual description, the extra proft must be set off against the cost of buying the substitute goods which the buyer claims from the defaulting seller.

نستنتج مما تقدم ان للمحكمة السلطة التقديرية الواسعة لدى اعمالها لفكرة التنفيذ على حساب المدين، بأن لا يثرى الدائن على حساب المدين بدون سبب، ومن ثم فأن اية منفعة يحصل عليها الدائن وتجعله بشكل افضل من ذلك الذي يكون عليه لو ان المدين قام بتنفيذ التزامه، تلزم المحكمة بان تستقطعها من حساب التعويض، فالتعويض يجب ان يكون معبراً عما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب لا غير.

ثالثاً: اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين في سلطة المحكمة من حيث الشرط الجزائي ***(Liquidated Damages and penalty)***

تكون التعويضات عادة غير مغطاة، بمعنى اخر ليست محددة في العقد، بل يتم تحديدها من قبل المحكمة، والتي تكون استجابة للخسائر او الاضرار التي تكبدها المدعي، وعلى الرغم ذلك فأن باب الاتفاق بين الاطراف مفتوحاً، للاتفاق في وقت التعاقد على ماهية التعويضات التي يمكن استردادها في حالة الاخلال، ومتى فعلو ذلك سميت هذه العملية بالتعويضات المقطوعة[٢].

Damages are normally unliquidated. That is they are not specified in detail in the contract but rather are

)[1] (Chitiy: : On contract Twenty- Fifth Edition, volume1, genral principle, London and Maxwell, 1983. , p1162.

)[2](Maree chetwin: op, cit, p332.

calculated by a court in response to the loss or damages actually suffered by the plaintiff. Despite this, it is always open to the parties to agree, at the time of contracting, on what damages shall be recoverable in the event of breach and, if they do so, the damages so stipulated are called (Liquidated damages).

ويرى جانب من الفقه الانكليزي[1] ، تماشيا مع القواعد التي ارسى احكامها القضاء الانكليزي بأنه يجوز لطرفي العقد ان يتفقا مقدما على التعويض عن الاخلال. مثلاً عندما يتفق مقاول مبان على انه سيقوم بدفع خمس جنيهات اسبوعياً في كل اسبوع تضل فيه المباني غير مكتملة بعد التاريخ المتفق عليه لانجاز هذه المباني، فالمبلغ المتفق عليه على هذا الوجه يقع في احدى طريقتين:

الطريقة الاولى: يجوز ان يكون المبلغ المتفق عليه تقديراً حقيقياً عن الخسارة التي تلحق احد طرفي العقد، متى قام الطرف الاخر بالاخلال اتجاهه، ففي هذه الحالة يطلق على هذا المبلغ (التعويض الاتفاقي) وهو يمثل المبلغ الذي يمكن للمدعي استرداده دون زيادة او نقصان في حالة الاخلال في العقد دون ان يطلب منه اثبات مقدار الضرر الفعلي الذي لحق به.

The parties to a contract may agree beforehand what sum shall payable by way of damages in the vent of breach, as, for example where a builder agree that he will pay f5 a day for every day that the building remains unfinished after the contractual date for completion. A sum fixed in this manper falls in to one two classes:

Firstly: It may be a genuine per- estimate of the loss that will be caused to one party if the contract is broken by the other. In this case it is called liquidated damages and it constitutes the amount, no mor and less, that the plaintiff is entitled to recover in the event of breach without being required to prove actual damage.

وقد تسنى للقضاء الانكليزي ان يعرف التعويض الاتفاقي في سابقة (Wallis v. Smith)، فذهبت المحكمة الى انه (التعويض الاتفاقي يؤخذ على

)[1] (Cheshire and others: op, cit, p601. And see Treitel: op, cit, p769.

انه المبلغ الذي قدره الطرفان لدى التعاقد باعتباره التعويض الذي يدفع اياً كان مقدار الضرر الفعلي)[١] .

(Liquidated damages means that it shall be taken as the sum which the parties have by the contract assessed as the damages to be paid, whatever may be the actual damage).

الطريقة الثانية: يجوز ان يكون المبلغ عبارة عن تهديد للطرف الاخر ضماناً للموعود له ان العقد سينفذ، ومثل هذا المبلغ المشترط يسمى الشرط الجزائي العقابي، ويخضع هذا الشرط منذ عهد بعيد الى السلطة التقديرية للمحكمة. فاتجهت محاكم العدالة على انه المقصود من الجزاء العقابي ان يكون مجرد ضمان لتنفيذ العقد، فأنه يمكن تعويض الموعود له الطرف المضرور تعويضاً كافيا لدى الحكم له بالخسارة الفعلية التي لحقت به، ومن ثم يعد تصرفه مجافياً للضمير والوجدان السليم اذا ما طالب بمبلغ من المال، وان كان قد تم تحديده بموجب الاتفاق بين الطرفين، الا انه قد لا يكون مناسباً مطلقاً مع الضرر[٢].

Secondly: It may be in the nature of a threat held over the other party in terrorem- a seeurity to the promise that the contract will be perfarmed. A sum of this this nature is called a paenalty, and it has long been subject to equitable jurisdiction. Conrts of equity have taken the viw that, since a penalty is designed as mere security for the compensated by being indemnified for his actual loss, and that he acts unconscionably if he demands a sum which though certanaly fixed by agreement, may well be disproportionate to the injury.

وان ماذهب اليه القانون الانكليزي في تنظيم الشرط الجزائي او التعويض الاتفاقي هو ذاته ما دأبت القوانين المدنية على تكريسه، فذهب اجماع الفقه[٣] ، في الدول التي تنتهج نظام القوانين المدنية، على انه الشرط الجزائي(التعويض

)[1] (Wallis V. Smith (1882), 21ch. D. 243, at p267. Per cottn, L. J, see Cheisher, idd, p601.

)[2] (Idd: p602.

(٣) انظر في ذلك مثلاً د. السنهوري: مصدر سابق،ج٢، ص٨٥١، د. عبد المجيد الحكيم واخرون: مصدر سابق، ص٦٠، د. حسن علي الذنون: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، احكام الالتزام، اثبات الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٦، ص٣٥٣.

الاتفاقي) بانه اتفاق يحدد من خلاله المتعاقدان مسبقا مقدار التعويض الذي يمنح للدائن، اذا ما اخل المدين بتنفيذ التزامه، ويسمى بالشرط الجزائي لانه يدرج عادة ضمن شروط العقد الاصلي، وهو جزاء لان القصد منه مزدوج فهو تعويض عما يصيب الدائن من ضرر، وهو جزاء يفرض على المدين نتيجة الاخلال بتنفيذ الالتزام العقدي، وهو ينطوي على عنصر التهديد، دون ان يعد عقوبة. وتتمتع المحكمة بسلطة تقديرية واسعة في تخفيف الشرط الجزائي، او عدم الحكم به تبعاً للضرر الذي لحق الدائن[١] .

وهو ذات الاتجاه الذي سار عليه القانون الانكليزي، وقد تسنى للقضاء الانكليزي ارساء هذه القواعد في مناسبات عدة، من ذلك ما جاء في سابقة (Dunlop pneumentic tgre co v. Now Garag and Motor) التي تتلخص وقائعها بانه قامت شركة (Dunlop) بتوريد اطارات واسبيرات عربات للشركة المدعى عليها بان لا تغير او تؤثر في العلامات، وان لا تبع بسعر اقل مما مذكور بعرض الاسعار، وان لا تتعامل مع الاشخاص الواردة اسمائهم بكشف الموقعين من التعامل معهم، وان لا تعرض الاطارات او تقوم بتغييرها دون اذن، وان تلتزم بدفع مبلغ خمس جنيهات كتعويض اتفاقي عن كل اطار او انبوبة او غطاء يباع او يتم عرضه للبيع مما يشكل اخلالاً بالشروط المذكورة.

حكم بأن مبلغ الخمس جنيهات انما هو تعويض اتفاقي. فغرامة خمس جنيهات لبيع اطار واحد مثلاً بسعر اقل من السعر المحدد والذي تم الاعلان عنه ربما تكون غير متناسبة مع الضرر الذي حدث، ولكن بالنظر الى ان اشياء الخصم قد تنتشر فوراً، فأن الضرر الذي يلحق مؤسسة (Dunlop) قد يصبح من المستحيل تقديره،لذلك فأن من المعقول تقدير التعويض بمبلغ محدد دون مغالاة[٢].

The Dunlop company supplied tyres to the defendants under an agreement, headed (price Maintenance Agreement) by which the defendants bound themselves not to tamper with the marks on the goods, not to sell below the listed prices, not to supply persone

---

([١]) انظر: نص المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (١- يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد في اتفاق لاحق ..... ٢- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه اي ضرر ويجوز تخفيضه اذا ثبت المدين ان التقدير كان فادحا او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة)، وانظر نصوص المواد (١٢٣١/٥) مدني فرنسي بعد التعديل، و المادتين (٢٢٣- ٢٢٤) من القانون المدني المصري.

([٢]) (Dunlop pneumatic Tyreco v. Now courage and Motor co(1915) A. C. 79 at p6. See Cheiser and others, op, cit, p603.

who were on a suspended list, not to exhibit or export without consent, and to pay t5 by way of liquidated damages for every tyre. But or cover sold or offered in breach of the agreemet. It was held that the sum of f5 was liquidated damages. A fine of f5 for selling, for example, a single tube below the list price might seem disproportionate the harm caused. But the news of the undercutting wouid soon spread and the resultant damage to Dunlop's selling organization would be impossible to estimate. It was, therefor, reasonable to quantify the damage at a fixed but not extravagant figure.

نستنتج مما تقدم ان للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في مجال التعويض الاتفاقي، لكن السؤال الجدير بالاشارة في هذا المقام هل في حالة الاتفاق على التعويض يبقى الدائن مع ذلك ملزم باتخاذ الخطوات المعقولة، بابرام صفقات بديلة تطبيقاً لواجبه في تخفيف الاضرار، ام من شأن الاتفاق المسبق على التعويض عن طريق الشرط ان يعفيه من هذا الواجب.

ذهب القضاء الانكلوامريكي في كثير من قرارته، الى عدم وجود واجب تخفيف الاضرار في حالة وجود الشرط الجزائي، من ذلك ما جاء في قضية(Nps, LL V. Minihan)، في 2008، اذ قررت المحكمة بعدم وجود الحكم بواجب تخفيف الاضرار في حالة اتفاق الاطراف على التعويض عن طريق الشرط الجزائي[١] .

On May 15, 2008, the Massachusetts supreme judicial that there is no duty for non- breaching parties to mitigate damages in the fact of a liquidated damages clause.

ومن جانبنا نعتقد بصواب الرأي[٢]، الذي ذهب بأن هذا الواجب يثبت حتى، وان كان المتعاقدان قد اتفقا على مقدار التعويض الواجب دفعة متى اخل احدهما بتنفيذ التزامه العقدي عن طريق ايراد شرط جزائي في العقد، فلو ان مشترياً اتفق مع بائع ان يقوم الاخير بتوريد بضاعة معينة للاول، واشترط عليه ان يدفع

---

(1) Eortin: Wny there should be Duty to mitigate Liquidated damages clauses, see http/ sch olarycommons. law.hofstra. edu/hlv. p285.

(٢) د. ظافر حبيب جباره، د. عماد حسن سلمان: المصدر السابق، ص١٤.

خمسين الف دولار اذا لم يوردها في الوقت المحدد، واخل البائع بالتوريد في الوقت المحدد، وكان بأمكان المشتري ان يحصل عليها بالسعر ذاته من مورد اخر، فلا يستطيع ان يطالب بقيمة الشرط، وكذا لو اشترى البضاعة بفارق عشرين الف دولار من السعر المحدد في العقد، فأنه لا يسطيع الرجوع الا بهذا المبلغ، لا بكامل مبلغ الشرط الجزائي.

ونعتقد ان افساح المجال الى المحكمة بأن تلزم الدائن في تخفيف الضرر عن طريق ابرام صفقات بديلة مع وجود الشرط الجزائي يدخل ضمن سلطتها التقديرية في تخفيف التعويض الاتفاقي متى كان مغالً فيه.

نستنتج من التحليل السابق لسلطة المحكمة التقديرية لدى اعمال تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين في القانون الانكليزي، بأن القانون الاخير يمنح المحكمة سلطة تقديرية واسعة، بوصف التنفيذ على حساب المدين يدخل في دائرة واجب تخفيف الضرر، وان الواجب هذا يفرض بحكم القانون، ومن ثم تلزم المحكمة بتطبيقه على الدائن، على عكس القوانين المدنية التي تعده حقاً للدائن، ومن ثم لا تلزم المحكمة بتطبيقه عليه متى لم يتقدم بطلبه.

الخاتمة(Conclution):

ونحن نصل الى نهاية المطاف في بحث اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين بسلطة المحكمة لابد لنا ان نبين اهم النتائج التي تمخضت عنه، والتوصيات التي نأمل ان ياخذها مشرعنا بنظر الاعتبار، وكما يأتي:

اولا: النتائج

١- تظهر سلطة المحكمة التقديرية لدى وجود الاخلال بتنفيذ الالتزام العقدي بمظهرين، اولهما ان المحكمة هي من تتولى امر تقدير التعويض المناسب لما لحق الدائن من اضرار، وثانيهما ان المحكمة هي التي تحدد طريقة التعويض المناسبة.

٢- للدائن ان يطلب من المحكمة جبر الضرر الناتج عن اخلال مدينة بواسطة التنفيذ على حساب الاخير، لكن طلب التنفيذ على حساب المدين هذا لا يسلب المحكمة سلطتها التقديرية في استبعاد هذه الطريقة من طرق جبر الضرر واعمال طريقة اخرى، فالمحكمة هي التي تمنح اذن التنفيذ على حساب المدين في الاحوال العادية، وهي من تقدر حسن تصرف الدائن لدى التنفيذ على حساب المدين في الاحوال المستعجلة.

٣- تبين لنا ان سلطة المحكمة التقديرية لدى تنفيذ الالتزام العقدي على حسلب المدين تتقيد بمجموعة من القيود، وهي حالة عدم تقدم الدائن بطلب التنفيذ على حساب المدين فلا تستطيع المحكمة بما لها من سلطة تقديرية ان تامر

بالتنفيذ على حساب المدين دون ان يطلبه الدائن، كما قد تتأثر هذه السلطة عندما يقوم المدين نفسه بعرض التنفيذ على حسابه.

٤- يظهر اثر تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين في القانون الانكليزي لدى اعمال التنفيذ العيني، كما يظهر في توزيع عبء الاثبات على الدائن والمدين، ويظهر هذا الاثر لدى تحديد مدى مايستحقه الدائن من تعويض، وكذلك لدى اعمال الشرط الجزائي.

ثانيا: التوصيات

١- نقترح ان يكون تنظيم النصوص الخاصة بالتنفيذ على حساب المدين ضمن النصوص الخاصة بالتعويض، بوصف التنفيذ على نفقة المدين ما هو الا طريقة من طرق جبر الضرر بصورة عينية، وعليه من اجل ازالة الغموض الذي يعتري فكرة تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، فيجب ان لا يكون تنظيمها ضمن النصوص الخاصة بالتنفيذ العيني.

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

المصـــــــــــادر

ثانياً- الكتب القانونية.

١. د. احمد محمود السعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

٢. د. اسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام، ج٢، احكام الالتزام والاثبات، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٩٧.

٣. د. انور سلطان: الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٥.

٤. حسن حنتوش رشيد: التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.

٥. د. حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١.
٦. د. حسين عامر: القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، القاهرة، ط١، ١٩٤٩.
٧. د. حسين عامر: المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، ط١، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٦.
٨. د. عباس العبودي: شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ٢٠٠٠.
٩. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
١٠. د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني- احكام الالتزام- ج١- العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٦، ٢٠٠٩.
١١. د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني- احكام الالتزام- ج٢- العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٦، ٢٠٠٩.
١٢. د. عبد المجيد الحكيم، أ. عبد الباقي البكري، أ.م. محمد طه البشير: القانون المدني ومصادر الالتزام، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠.
١٣. د. عبد المجيد الحكيم، أ. عبد الباقي البكري، أ.م. محمد طه البشير: القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠.
١٤. د. عبد العظيم حسن: التعويض عن الاخلال، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، بلا سنة طبع.
١٥. د. عصمت عبد المجيد البكر: تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٧.
١٦. د. عماد حسن سلمان: شرح قانون العمل الجديد رقم٣٧ لسنة ٢٠١٥، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.
١٧. د. محمد حسن قاسم: القانون المدني- في الالتزامات، العقد، المجلد الاول، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧.
١٨. د. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦.
١٩. د. محمد حسين منصور: الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
٢٠. د. محمد كامل مرسي: شرح القانون المدني الجديد، ج٢، القاهرة، ١٩٥٥.
٢١. د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج١، مصادر الالتزام، ط١، مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٧٦.
٢٢. د. محمود عبد الرحمن محمد: النظرية العامة للالتزامات، ج٢، احكام الالتزام، ط٢، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
٢٣. د. محمود عبد الرحيم الديب: التعويض العيني لجبر ضرر المضرور، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، ٢٠١٣.
٢٤. د. مدحت المحمود: شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩وتطبيقاته العملية، بلا اسم مؤسسة طبع، ط٢، بغداد، ٢٠٠٨.
٢٥. مصطفى العوجي: المسؤولية المدنية، ج٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٣، بيروت، ٢٠٠٧، ص٨٧..
٢٦. د. نبيل اسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط١، منشأة المعارف، ١٩٨٤.

ثالثاً: الاطاريح والرسائل والبحوث.
١- د. جليل حسن الساعدي: اصول العقد في القانون الانكليزي والعراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد١، ٢٠١٠.
٢- عماد الملا حويش: الاضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٠.
٣- ماجد مجباس حسن: المركز القانوني للمحكم، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة البصرة، ٢٠١٣.
رابعاً: مراجع الاحكام القضائية.
١- ابراهيم المشاهدي: المبادىء القانونية في قضاء محكمة التمييز/ قسم المرافعات، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠.
خامساً: القوانين.
١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩.
٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٣- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٩٨٠.
سادساً: المراجع الفرنسية.
1- colin et capitant: cors elmentarive , de, droit civil, 10edition paris, tom, 1959.
2- Mazeaud(h.et1) traite theoriqe etpratique de la, responsbiblit civile delictuelle, et, contractuelle. Et edtion4.
3- planiol, Ripert et Esmein: obligations, 1954.
سابعاً: المراجع الانكليزية.
1- G.C. Cheshir, C.H.S. fifoot, M.P. Furmston: The law of contract, London, Butterw, rthsm, 1972.
2- Citty: On contract Twenty- Fifth Edition, volume1, genral principle, London and Maxwell, 1983.
3- Gareth and William Goodhart: specific performance, London, butterworths, 1986.
4- Maree Chetwin: Grawes intranational to the law of contract in New ze. Aland.
5- Treitel: The Law of contract, seventh edition, London, stevens and sons, 1987
6- Treitel: An outlin of the law contract, 2nd edition, butter worths, London.
7- Treitel: Remedies for breach of contract a comperative acont, oxford, 2011.
8- Williom Anson: principles of the English law of contract, onford, 17th edition, 1992.
ثامناً: الانترنت:
١- د. ظافر حبيب جباره، د. عماد حسن سلمان: واجب الدائن بتخفيف الضرر في المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة في ضوء النظام الانكلوامريكي واتفاقية فينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠، متاح على شبكة الانترنيت: pss. Utq. Iq/Magazanes/docxlaw-2-16/6.Docx