



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ميسان
كلية القانون/الدراسات العليا

الالتزام العقدي الضمني- دراسة في القانونين العراقي والإنكليزي

رسالة مقدمة إلى

كلية القانون بجامعة ميسان
كجزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص
من قبل الباحثة

بنين ضرغام حسون

إشراف الدكتور

ماجد مجباس حسن

استاذ القانون المدني المساعد

٢٠٢٥ م

١٤٤٦ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ﴾

صدق الله العلي العظيم

(سورة الرعد: الآية/ ٢٠)

إقرار المشرف

أشهد أن إعداد هذه الرسالة الموسومة بـ (الإلتزام العقدي الضمني في القانونين العراقي والانكليزي) لطالبة الماجستير (بنين ضرغام حسون) قد جرى تحت إشرافي في كلية القانون - جامعة ميسان، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

التوقيع
المشرف: د. حسن رئيس القسم
التاريخ: / / ٢٠٢٥ م

(إقرار رئيس القسم)

بناء على التوصيات المتوفرة، أشرح هذه الرسالة للمناقشة . .

التوقيع:
الاسم:

رئيس قسم القانون الخاص

التاريخ: / / ٢٠٢٥ م

إقرار لجنة المناقشة

نحن أعضاء لجنة المناقشة نشهد أننا اطلعنا على الرسالة المسومة بـ(الالتزام
العقدي الضمني - دراسة في القانونين العراقي والانكليزي) التي تقدمت بها طالبة
الماجستير(بنين ضرغام حسون)، في محتوياتها، وفيما له علاقة بها، ووجدنا
أنها جديرة بالقبول لنيل شهادة الماجستير في(القانون الخاص) بتقدير ().

التوقيع :

رئيس اللجنة

التاريخ: / / ٢٠٢٥

التوقيع :

عضواً

التاريخ: / / ٢٠٢٥

التوقيع:

عضواً

التاريخ: / / ٢٠٢٥

التوقيع:

د. ماجد مجباس حسن

عضواً ومشرفاً

التاريخ: / / ٢٠٢٥

صدقت من مجلس كلية القانون/ جامعة ميسان.

التوقيع:

عميد كلية القانون

/ / ٢٠٢٥

الإهداء

إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب...إلى من كلّت أنامله ليقدم لنا لحظة
سعادة إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم إلى القلب الكبير والذي
العزير (الدكتور ضرغام حسون)؛ فبفضل حكمتك الواسعة وعلمك الغزير في مجال العلاقات
الدولية، كنتَ النور الذي أضاء لي الطريق في كل خطوة. توجيهك الدائم ونصائحك السديدة
كانت بمثابة نبراس إرشاد أسهم في فتح آفاق جديدة أمامي. أنتَ ليس فقط والذي، بل المعلم
الذي لم يبخل عليّ بوقته وعلمه.

إلى رمز الحب وبلسم الشفاء إلى القلب الناصع بالبياض إلى من ساندتني في صلاتها
ودعائها نبع الحنان... (أمي الحبيبة).. إلى من سهر الليالي لينير دربي... الذي ساعدني
في ايامي العصبية و جسد الحب في كل معانيه، وكان مرشدي في رحلة البحث هذه، وقدم
لي دروساً علمية مع كل خطوة، وتدعم أفكاري بروحك الطيبة. كانت مساعدتك لي ليست
في القرارات القضائية فحسب؛ بل في كل لحظة من لحظات التحدي، فكنت السند والعطاء
وقدمت لي الكثير من صور الصبر والأمل والمحبة لن اقول شكراً.. بل سأعيش الشكر معك
دائماً...(زوجي الحبيب الأستاذ القاضي: عمار جبار الهاشمي).

وإلى أطفالي وأولادي الغاليين، أنتم زهور حياتي ومصدر بهجتي، وبكم يتحقق كل
حلم. هذا النجاح هو ثمرة محبتكم، صبركم، وأملكم بي. لكم مني كل الشكر والتقدير، فأنتم
السبب في كل خطوة كنتُ أحرزها أحباء عمري هذا الإنجاز ما كان لي أن أحققه لولا
وجودكم في حياتي ولطالما قصرت تجاههم لأجل إتمام دراستي...

إلى كل من ساندني وخطى معي خطواتي ويسر لي الصعاب ...

أزف لكم الإهداء حباً ورفعةً وكرامةً...

الباحثة

شُكْرٌ وَامْتِنَانٌ

انطلاقاً من قوله تعالى: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ﴾ صدق الله العلي العظيم (سورة النمل / آية ١٩).
قال رسول الله محمد (ص):

(من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق) صدق رسول الله (ص)

نحمد الله على حسن نعمائه وعلى جميل آلائه اللهم لك الحمد حمد الشاكرين
أما وقد حان لي أن أتقدم بخالص الشكر وعظيم التقدير لكل من قدم لي يد
المساعدة والعون على النهوض بهذه الرسالة، ولعلّي أبدأ بمن كان الشكر أقل ما
يمكن أن يقال له، أستاذي الجليل ومشرفي الدكتور ماجد مجباس حسن الذي
تحمل مسؤولية الإشراف على البحث فتلقاني بالرعاية والاهتمام، و أمدني بغزير
علمه وصادق توجيهه ونصحه، إن وقتك الثمين وتوجيهاتك القيمة كان لها الأثر
الكبير في تحسين جودة العمل. كما أن تزويدك لي بالمصادر العلمية والإرشادات
الدقيقة كان له دور مهم في بناء أفكارى وتحليل موضوعات الرسالة.

كما أود أن أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى رئاسة قسم القانون في جامعة
ميسان، وعلى رأسهم الدكتور حسن، على دعمه المستمر وتوجيهاته القيمة التي
كان لها الأثر الكبير في إتمام هذه الرسالة. كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير
للمساعد العلمي، الدكتور حيدر عرس، على مساعدته في توفير المصادر
وتوجيهه في طرق البحث، مما سأهم في تحسين جودة العمل الأكاديمي.

الباحثة

المستخلص

لا يقتصر الإلتزام العقدي على إلزام كل عاقد بما ورد من إلتزامات صريحة، وإنما يمتد ليشمل إلزام كل عاقد أيضاً بما يعد من مستلزمات هذا العقد، وذلك على ضوء طبيعة الإلتزامه في هذا العقد، ووفقاً لنصوص القانون و قواعد العرف والعدالة، وهذه الإلتزامات ناتجة عن وجود بنود أو شروط ضمنية غير صريحة، فالغالبية العظمى من الإلتزامات التي يلتزم بها الطرفان عادةً ما يجري النص عليها صراحةً في صلب العقد ذاته، ولكن قد يهمل أو يغفل الطرفان إدراج بعض الإلتزامات الأخرى أو قد لا يتمكن من التبصر بها، أو قد يكون هناك إلتزامات عقدية هي في الأصل موجودة في كل عقد دون الحاجة إلى النص عليها، في هذه الحالات جميعها يمكن افتراض الإلتزامات العقدية على أساس وجود البنود ضمنية في العقد أو إدراجها ضمناً في العقد لتعويض النقص الذي يشوبه من جِّراء تخلف هذه الإلتزامات، وإنَّ الإلتزام العقدي الضمني يتمثل في الكشف عن الإرادة من خلال اتخاذ مظهر ليس موضوعاً للكشف عنها اصلاً، ولكنه لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود الإرادة، فهو التزام بموجب قواعد قانونية يتم تطبيقها حتى لو لم تكن مذكورة بالعقد، وإنَّ الإخلال بتنفيذ هذه الإلتزامات يترتب مسؤولية على الطرف المخل، مما يستوجب التعويض، وجاءت هذه الدراسة لبيان موقف القانون العراقي والإنجليزي من الإلتزامات العقدية الضمنية، ابتداءً من ماهيتها ومفهومها ومصادر أعمالها وصولاً إلى القواعد الناظمة لأحكامها سواءً من حيث المسؤولية العقدية المترتبة عنها أو من حيث التعويض اللازم لجبر الضرر عن الإخلال بها وسلطة المحكمة في ذلك الجبر.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	الآية القرآنية
ب	إقرار المشرف
ج	إقرار لجنة المناقشة
د	الإهداء
هـ	شكر وامتنان
و	المستخلص
ز-ح	المحتويات
٦-١	المقدمة
٧١-٨	الفصل الأول: ماهية الإلتزام العقدي الضمني
٨	تمهيد
٤٣-٨	المبحث الأول : مفهوم الإلتزام العقدي الضمني
٣٠-٩	المطلب الأول: تعريف الإلتزام العقدي الضمني وتميزه مما يشته به من أوضاع
١٦-١٠	الفرع الأول: تعريف الإلتزام العقدي الضمني
٢٧-١٧	الفرع الثاني: تمييز الإلتزام العقدي الضمني مما يشبه به من أوضاع
٤٣-٢٧	المطلب الثاني : شروط تحقق الإلتزام العقدي الضمني
٣٦-٢٧	الفرع الأول : شروط تحقق الإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي
٤٣-٣٦	الفرع الثاني: شروط تحقق الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي
٧١-٤٣	المبحث الثاني : مصادر الإلتزام العقدي الضمني
٥٦-٤٤	المطلب الأول: مصادر الإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي
٥٠-٤٥	الفرع الأول: المصادر التشريعية للإلتزام العقدي الضمني
٥٦-٥٠	الفرع الثاني: المصادر غير التشريعية للإلتزام الضمني
٧١-٥٦	المطلب الثاني : مصادر الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي
٦٣-٥٦	الفرع الأول: الإلتزام العقدي الضمني طبقاً للمصادر التشريعية
٧١-٦٤	الفرع الثاني : الإلتزام العقدي الضمني غير التشريعي
١٣٥-٧٢	الفصل الثاني: القواعد الناظمة لأحكام الإلتزام العقدي الضمني
٧٤-٧٣	تمهيد
٩٧-٧٤	المبحث الأول: أثر الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني
٨٧-٧٥	المطلب الأول: أثر الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي
٨٢-٧٦	الفرع الأول :معنى الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي
٨٧-٨٢	الفرع الثاني: المسؤولية العقدية عن الأخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني
٩٨-٨٧	المطلب الثاني : أثر الأخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي

الصفحة	الموضوع
٩١-٨٨	الفرع الأول: معنى الأخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي
٩٧-٩١	الفرع الثاني: المسؤولية العقدية عن الأخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني
١٣٥-٩٨	المبحث الثاني: جبر الضرر عن الأخلال بالإلتزام العقدي الضمني
١٢٤-٩٨	المطلب الأول: طرق جبر الضرر عن الأخلال بالإلتزام العقدي الضمني
١٢١-٩٩	الفرع الأول: الفسخ مع التعويض النقدي
١٢٤-١٢١	الفرع الثاني: التعويض غير النقدي
١٣٥-١٢٤	المطلب الثاني: سلطة المحكمة في جبر الضرر عن الأخلال بالإلتزام العقدي الضمني
١٣٠-١٢٥	الفرع الأول: سلطة المحكمة في جبر الضرر في القانون العراقي
١٣٥-١٣٠	الفرع الثاني: سلطة المحكمة في جبر الضرر في القانون الإنجليزي
١٤٠-١٣٧	الخاتمة
١٥١-١٦٦	قائمة المصادر العربية والاجنبية
A-B	ملخص باللغة الانكليزية

المقدمة

يقتضي بحث الإلتزام العقدي الضمني أن نقدم له بتسليط الضوء على جوهر فكرته، وأهميته، واشكاليته، وأهدافه، والدراسات السابقة فيه، ومنهجيته، فضلاً عن هيكليته، وهذه ما ستكون محاور مادة المقدمة تباعاً.

أولاً- جوهر فكرة البحث:

للعقد أهمية كبرى منذ وجود الانسان في المجتمع وبدء التعامل مع غيره، فهو يعدّ مصدر العلاقات المالية بين الأفراد، والوسيلة الفضلى لتأمين الحاجات، ونظراً لأهمية العقد، فقد كان موضعاً للدراسة، ومنذ نشوء القانون الروماني فقد حظى بعناية خاصّة في تلك الحقبة، وللشكل (أي الطريقة التي يُبرم بها العقد والإجراءات التي تُحيط به من صيغ وألفاظ) محددة أثر أساسي في إنشاء العقد وكان العقد هو "شيء المتعاقدين"، فلم يكن يسمح لأي طرف خارجي التدخل فيه، وأما القانون فكان دوره ينحصر في فرض احترام المضمون العقدي، وتوقيع الجزاء على من يخالفه، وكانت القاعدة أن "الاتفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقاً ولا يولد دعوى، فيعتبر صحيحاً باستيفائه للشكليات وعدم مراعاته لها يؤدي إلى بطلان العقد، وبعد إبرام العقد يتم تفعيل القوّة الملزمة له، فيصبح بمثابة دستور لا يمكن للأطراف تعديله أو الخروج عنه إلا باتفاقهما أو في الحالات التي ينص عليها القانون، كذلك لا يمكن للغير من حيث الأصل التّدخل في بنود العقد، فهو من حيث المبدأ ليس طرفاً فيه.

وانعقاد العقد هو بداية العلاقة بين المتعاقدين، وقيام العقد صحيحاً ينقل المتعاقدين إلى آثار العقد، ومن الممكن أن يحدث في هذه المرحلة أن يختلف المتعاقدين على آليات وسلامة وتوقيت التنفيذ، فينشأ نزاع حول الإلتزام بتنفيذ العقد.

واليوم وفي القرن الواحد والعشرون، وبعد التطور التدريجي والتغيير المستمر الذي طرأ على العقد منذ بداية القرن التاسع عشر، لم يبق العقد شيء المتعاقدين، وإنما أصبح شيء المشرع و شيء القاضي على اعتبار أن دورهما أساسي لتحقيق التوازن العقدي، حماية للعقد وحفاظاً على دوره كمصدر أمن بالنسبة للمتعاقدين.

فإذا نشأ العقد صحيحاً بين المتعاقدان وفقاً للأركان والشروط التي يحددها القانون فإنه يلزم كل طرف بتنفيذ الإلتزامات التي رتبها العقد في ذمته، ويعبر عن ذلك بالقوّة الملزمة للعقد، ويلتزم كل طرف

باحترام العقد ولا يمكن له أن يتحلل منه أو ينقضه بإرادته المنفردة، كما لا يحق له تعديله ما لم يسمح به القانون أو الاتفاق.

ويترتب على صحة العقد أثر قانوني مهم، وهو تنفيذه بما يتفق وقصد المتعاقدين، غير أنه قد يتعذر تنفيذه، كما لو أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية، أو استحال عليه ذلك نتيجة لسبب أجنبي ففي هذه الحالة فأن المتعاقد الآخر يجد نفسه ملتزماً نحو الطرف الآخر من الناحية القانونية باعتباره طرفاً في العقد والعقد لا زال قائماً، ويجد نفسه أيضاً من الناحية العملية لا يستطيع الحصول على الأداء الذي التزم من أجله؛ إما لاستحالة التنفيذ أو لأن الطرف المدين لا يريد القيام بتنفيذ إلتزاماته، فيكون حينئذ في حالة اخلال في تنفيذ الإلتزام.

ومعلوم أن العقد يحتوي على شروط (بنود) صريحة وأخرى ضمنية، وقد يكون الإخلال بشروط عقدية ضمنية أو شروط عقدية صريحة، ما يهمنا في هذه الدراسة هو الشروط (البنود) الضمنية، فالإخلال بالإلتزامات الناشئة عن الشروط الضمنية موجب للمسؤولية العقدية، كما الإخلال بالبنود الصريحة موجب للمسؤولية العقدية.

ويترتب على قيام المسؤولية العقدية عن الإخلال بالإلتزام العقدي الضمني أن تنهض وسائل جبر الضرر سواء بالتعويض النقدي مع الفسخ ام بصور جبر الضرر الاخرى.

بيد أن فكرة الإلتزام العقدي الضمني، هي فكرة يعتري الغموض الكثير من أحكامها ابتداءً من ماهيتها وصولاً إلى القواعد القانونية النازمة لها.

ولعلّ موضوع هذه الرسالة محاولة لوضع إطار نظري لتنظيم الإلتزام العقدي الضمني في القانونين العراقي والإنجليزي، بما يقتضي هذه الدراسة من ماهية ومفهوم، ومصادر الإلتزام العقدي الضمني في القانونين العراقي والإنجليزي، واسقاط هذه النظرية على القواعد النازمة للإلتزام العقدي الضمني في هذين القانونين.

فضلاً عن دراسة موقف القضاء العراقي والقضاء الإنجليزي ومدى انسجامها مع موقف التشريع في ضوء الأطار النظري الذي نحاول الوصول إليه لتكون بذلك دراسة متكاملة لنظرية الإلتزام العقدي الضمني وتطبيقاته على العقود المختلفة.

ثانياً- أهمية البحث:

تتبع أهمية الدراسة في مجال الإلتزامات الضمنية في العقد من النقص التشريعي في القانون المدني العراقي وندرة الكتابات على مستوى الدراسات القانونية العراقية والعربية في هذا الموضوع، الأمر الذي انعكس على تطبيقات المحاكم، إذ لا تقيد المحاكم بالإلتزام العقدي الضمني على مستوى التطبيقات في العديد من الحالات المنظورة امامها، وإنّ هذا النقص التشريعي وما صاحبه من تطبيقات قضائية غير منتظمة ادى إلى احتمالية مخاطر كبيرة قد يتعرض لها الأفراد من خلال ذلك، ولعلّ ما يعاظم أهمية الموضوع انه اتى مقارنة بنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي ينتمي إليه القانون العراقي، إذ أن مسألة اختيار القانون الإنجليزي للمقارنة هي لم تكن نابعة الا عن حاجة حقيقية لمثل هكذا مقارنة بوصف أن القانون الإنجليزي والمحاكم الإنجليزية قد قطعاً شوطاً مهماً في القانون الإنجليزي قواعد الإلتزامات العقدية الضمنية وما يترتب عليها من آثار لدرجة النص عليها صراحةً في بعض التشريعات الخاصة، من ذلك ما ورد في نص المادة (١٣) من تشريع بيع البضائع الإنجليزي لعام ١٩٧٩ التي نصّت على انه (إذا كان هناك عقد بيع للبضائع بالوصف، فإن هناك شرطاً ضمناً يقضي بمطابقة البضائع للوصف)^(١)، ولعلّ هذه الدراسة محاولة لسد الفجوة ما بين الواقع العملي من جانب والواقع التشريعي والتطبيق القضائي من جانب آخر لتمثل مصدر يمكن الركون إليه للمساعدة في التطبيقات القضائية في مجال الإلتزامات الضمنية، ولتكن تشخيص حقيقي لواقع النقص التشريعي في قانوناً على مستوى القانون الإنجليزي مبادئ للإلتزامات العقدية الضمنية مع القانون الانجليزي وما ينتج عنها من آثار.

ثالثاً: إشكالية البحث

يتناول موضوع البحث الإلتزام العقدي الضمني في القانونين العراقي والإنجليزي حيث سنبيّن من خلاله ماهية الإلتزام العقدي الضمني ونطرح تساؤلات عدة لنكشف عن ابعاد الموضوع ابتداءً بالسؤال الذي يتبادر إلى الذهن عن المقصود بالإلتزام العقدي الضمني؟ ومن الجهة التي تكشف عنه؟ وما مصدره هل إرادة المتعاقدين وحدها هي المصدر الأوحد له، ام يمكن افتراضه من قبل المشرع تارة ومن قبل المحكمة تارة أخرى؟ وما الأثر المترتب على الإخلال بتنفيذ الإلتزام الضمني سواءً من حيث المسؤولية أو من حيث وسائل جبر الضرر، وما دور المحكمة وإرادة الأطراف في كل هذا.

(1) Section (13) 1:- (Where there is a contract for the sale of goods by description, there is an implied condition that the goods will correspond with the description).

رابعاً: أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى بيان ما يلي:

- ١- بيان مفهوم الإلتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والإنجليزي.
- ٢- تمييز الإلتزام العقدي الضمني مما يشته به من أوضاع.
- ٣- دراسة شروط تحقق الإلتزام العقدي الضمني في القانونين العراقي والإنجليزي.
- ٤- دراسة اثر الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي والإنجليزي.
- ٥- بيان طرق جبر الضرر عن الإخلال بالإلتزام العقدي الضمني.
- ٦- تحليل سلطة المحكمة في جبر الضرر والكشف عن الإلتزام العقدي الضمني
- ٧- الخروج ببعض النتائج والتوصيات التي من شأنها ان تساهم في إزالة الإبهام والغموض عن النصوص التشريعية الخاصة بالإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي.

خامساً: الدراسات السابقة

- ١- دراسة للدكتور ماجد مجباس حسن بعنوان "الإلتزام العقدي الضمني ومصادر في القانونين العراقي والإنجليزي"، مجلة ميسان للدراسات القانونية، المجلد (١)، العدد (١٢)، ٢٠٢٤، وتوصل فيه إلى أن الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي أكثر تنظيمًا، ووضوحاً منه في القانون العراقي ، كما أن الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي قد يكون جوهرياً وقد يكون ثانوياً أو تكميلياً، في حين انه في القانون العراقي يجب أن يكون ثانوياً أو تكميلياً بالضرورة، مما يعني اتساع الإلتزامات العقدية الضمنية واتساع أثارها في القانون الإنجليزي أكثر منها في القانون العراقي.
- ٢- دراسة للدكتور رياض أحمد عبدالغفور، دور العدالة في تكميل العقد، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد (١٣)، ٢٠١٩، وتوصل فيه الباحث إلى إن المقصود بتكميل مضمون العقد هو قيام القاضي بإضافة إلتزامات إلى مضمون العقد الأصلي، عندما سكنت إرادة المتعاقدان عن ذكرها في العقد، وذلك وفق المعايير التي وضعها المشرع، وهي طبيعة الإلتزام والقانون والعرف والعدالة، والأصل أن يتم تحديد مضمون العقد بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين، فإذا فشلت تلك الإرادة في ذلك، أو لم يحصل اتفاق أطراف العقد بشأنها، هنا يأتي دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين، إذ منحه المشرع صلاحية تكميل مضمون العقد، مسنّزداً بعدة موجهات حددها له. من بينها قواعد العدالة.
- ٣- دراسة للدكتور حسين عبدالله عبد الرضا الكلابي بعنوان "مضمون العقد-دراسة مقارنة بين النظام القانون الإنجليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل، المجلة الاكاديمية، المجلد (١٧)، العدد (١)،

٢٠١٨، وتوصل فيها الباحث إلى أن فكرة مضمون العقد هي ليست من بنات أفكار المشرع الفرنسي حيث سبقته العديد من النظم القانونية لا سيما النظام القانوني الإنجليزي، إذ تعتبر هذه الفكرة من صنع القضاء الإنجليزي.

٤ - دراسة للدكتور حاتم محمد عبد الرحمن، بنود عقد بيع البضائع دراسة في القانون الإنجليزي مقارنة بالقانون المدني المصري، ٢٠١٦، وجاءت هذه الدراسة لتوضيح بعض النقاط عن مدرسة الشريعة العامة (مدرسة القانون الأنجلو أمريكي)، مثل أنه ليس صحيحاً الإعتماد في هذا النظام على السوابق القضائية وحدها فهناك الدور التشريعي المتزايد في تنظيم العلاقات القانونية والدليل على ذلك في مجال بيع البضائع وجود تشريع عام ١٩٧٩ في تنظيم بيع البضائع والذي حل محل تشريع ١٨٩٣ والذي كان مجرد تقنين للسوابق القضائية قبله.

٥ - دراسة للدكتور يونس صلاح الدين علي بعنوان "بنود العقد في القانون الإنجليزي دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٦)، العدد (٥٨)، ٢٠١٣، وتوصل فيه إلى أنه يمكن تضيق بنود العقد في القانون الإنجليزي إلى شروط وبنود ضامنة وبنود غير مسماة، فالشروط هي بنود تعاقدية على درجة من الأهمية إذ ترتبط ارتباطاً بجوهر العقد؛ وتعد بمثابة (قلب العقد). أما البنود الضامنة فهي بيانات تعاقدية تكون على درجة أقل من الأهمية؛ ولا تعد أمراً جوهرياً أو حيوياً لتحقيق الغرض الأساس من العقد.

أن الدراسات السابقة ساعدتنا كثيراً في انطلاقتنا، وسأهمت في أثراء مخزوننا العلمي، الا اننا أرتأينا أن نكمل ما توصل إليه من سبقنا من الباحثين، وتبسيط الضوء على الإلتزام العقدي الضمني وذلك بمقارنته مع القانون الإنجليزي الذي يعتمد على السوابق القضائية من حيث الأصل.

سادساً- منهجية البحث:

سنعتمد في البحث المنهج التحليلي المقارن منتقلين بين الاستقراء والاستنباط في النصوص النازمة لفكرة الإلتزام العقدي الضمني متمثلة بالقانون المدني العراقي وبعض القوانين الخاصة، مقارنة بالقانون الإنجليزي الذي يعد واحد من أكثر النظم القانونية تطوراً بشكل عام وعلى مستوى الإلتزامات العقدية الضمنية بشكل خاص، ومن ثم تلح الحاجة لدراسة وتحليل أحكام هذا القانون من أجل إكمال نظرية بحثنا، ولابد من اقتفاء توجهات الفقه وتطبيقات المحاكم في القوانين محل الدراسة، وتحليلها بعمق ليتسنى لنا تسطير فهم متكامل للبحث.

سابعاً- هيكلية البحث:

لتحقيق الأهداف المرجوة من هذه الدراسة تم تقسيمها إلى فصلين، نُخصّص الفصل الأول لبيان لماهية الإلتزام العقدي الضمني في القانونين العراقي والإنجليزي، وذلك في مبحثين، نُخصّص أولهما لدراسة مفهوم الإلتزام العقدي الضمني نُبيّن فيه تعريفه، وتمييزه مما يشابهه وشروط تحققه، بينما نفرّد المبحث الثاني لدراسة مصادر الإلتزام العقدي الضمني في القانونين العراقي والإنجليزي، إذ نُبيّن فيه المصادر التشريعية والمصادر غير التشريعية، أما الفصل الثاني فنُخصّصه لدراسة القواعد الناظمة لأحكام الإلتزام العقدي الضمني، وذلك في مبحثين أيضاً، نُخصّص المبحث الأول لدراسة أثر الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانونين العراقي والإنجليزي، فيما نفرّد المبحث الثاني لدراسة جبر الضرر عن الإخلال بالإلتزام العقدي الضمني وذلك في القانونين العراقي والإنجليزي، ثم نختم الدراسة بخاتمة تتضمن أهم النتائج والمقترحات التي نتوصل إليها من خلال دراستنا.

والله ولي التوفيق

الفصل الأول

ماهية الإلتزام العقدي الضمني



الفصل الأول

ماهية الإلتزام العقدي الضمني

تمهيد وتقسيم:

الإلتزام العقدي الضمني يمثل أحد المفاهيم القانونية التي تنشأ ضمن طبيعة العلاقات التعاقدية دون الحاجة إلى وجود نص صريح في العقد يُلزم الأطراف به، فهو التزام يُستنتج من طبيعة العقد، وطبيعة العلاقة بين الأطراف، والقوانين المعمول بها، بالإضافة إلى الأعراف السائدة ومبادئ العدالة.

ففي كثير من الأحيان، تتضمن العقود إلتزامات واضحة ومحددة تم الاتفاق عليها بشكل صريح بين الأطراف المتعاقدة، ومع ذلك، قد تُهمل الأطراف بعض الإلتزامات الضرورية التي يُفترض وجودها لضمان التنفيذ الصحيح للعقد وتحقيق أهدافه. هنا يظهر دور الإلتزامات الضمنية التي تُعد جزءاً لا يتجزأ من العقد، رغم غياب النص الصريح الذي يُشير إليها، وتنشأ هذه الإلتزامات الضمنية إما من خلال تفسير العقد بطريقة تعكس النية المشتركة للأطراف، أو بناءً على قواعد قانونية تُضيف هذه الإلتزامات بهدف سد الثغرات أو معالجة النقص في العقد. على سبيل المثال، في عقد البيع، يُتوقع ضمناً أن تكون السلعة المباعة صالحة للغرض الذي أبرمت الصفقة من أجلها، حتى وإن لم يُذكر ذلك صراحةً في العقد.

وتُعد الإلتزامات الضمنية جزءاً مهماً لضمان التوازن بين الأطراف في العقد وتحقيق العدالة، فما هي الإلتزامات العقدية الضمنية ، وما مصادرها التي يمكن ان تعمل من خلالها ، هذا ما سنحاول الإجابة عنه بشي من التفصيل ، وذلك في بحثين نُخصّص أولها لماهية الإلتزام العقدي الضمني ، ونفرد الثاني لمصادر الإلتزام العقدي الضمني ، سواءً في القانون العراقي أو في القانون الإنجليزي.

المبحث الأول

مفهوم الإلتزام العقدي الضمني

أن العقد لا يقتصر على إلتزام كل عاقد بما ورد فيه من إلتزامات صريحة، وإنما يمتد ليشمل إلتزام كل منها بما يعد من مستلزمات هذا العقد و ذلك على ضوء طبيعة إلتزامه في العقد، ووفقاً لنصوص

القانون و قواعد العرف والعدالة، وهذه الإلتزامات ناتجة عن وجود بنود ضمنية غير صريحة، وإنَّ الغالبية العظمى من الإلتزامات التي يلتزم بها الطرفان عادةً ما يجري النص عليها صراحةً في صلب العقد، ولكن قد يهمل أو يغفل الطرفان إدراج بعض الإلتزامات الأساسية الأخرى أو قد لا يتمكن من التبصر بها مسبقاً، أو قد يكون هناك إلتزامات عقدية هي في الأصل موجودة في كل عقد دون الحاجة إلى النص عليها، ففي هذه الحالات جميعها يمكن افتراض الإلتزامات العقدية على أساس وجود البنود ضمنية في العقد أو إدراجها ضمناً في العقد لتعويض النقص الذي يشوبه من جَرَأ تخلف هذه الإلتزامات، ولتوضيح ذلك، سنُبيِّنُ في هذا المبحث مفهوم الإلتزام العقدي الضمني، في القانونين العراقي والإنجليزي في مطلبين، نبحت في المطلب الأول تعريف الإلتزام العقدي الضمني وتمييزه مما يشابهه، وفي المطلب الثاني نتعرض لبيان شروط تحقق الإلتزام العقدي الضمني

المطلب الأول

التعريف بالإلتزام العقدي الضمني

بداية نُبيِّنُ إن مضمون الإلتزام العقدي هو قيام المدين بأن ينقل حقا عينياً أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهذا الإلتزام يمثل محل العقد، ويتحلل عنصر الإعطاء إلى نقل حق عيني كالملكية، أو الاستعمال أو الحيازة وجميعها يمكن أن يكون محلها شيء من الأشياء. أما العمل فيتحلل إلى العمل الإيجابي أو ما يعرف أيضاً بالأداء أو يتحلل بدوره إلى عدم القيام بعمل وهو الامتناع، كما يتضمن محل الإلتزام العقدي الشروط أو البنود التي يتم إدراجها في العقد، وهذه الشروط أو البنود قد تكون صريحة أو تكون ضمنية نستنتج من واقع العقد، ويختلف القانون العراقي والإنجليزي في استنتاج وتحديد هذه الشروط الضمنية التي يترتب عليها التزام عقدي ضمني، لذا سنُخصِّص هذا المطلب لبيان تعريف الإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي والإنجليزي وتمييزه مما يشته به من أوضاع، وذلك في فرعين، نُخصِّص أولهما لتعريف الإلتزام العقدي الضمني، ونفرد الثاني لتمييزه مما يشته به من أوضاع.

الفرع الأول

تعريف الإلتزام العقدي الضمني

الإلتزام لغةً: مأخوذ من اللزوم المشتق من الفعل لَزِمَ ، يقال: لَزِمَ الشيء لزوماً، وألزمته الشيء فالتزمه^(١)، وهو بمعنى مصاحبة الشيء للشيء دائماً^(٢). وهذا المعنى لا يختلف عن المعنى المراد اصطلاحاً، إذ يقصد منه ملازمة العقد للعاقدة وعدم الانفكاك عنه، فالإلتزام لغةً معناه الثبوت والوجوب، والحق في اللغة له معانٍ عدة ترجع جميعها إلى الثبوت والوجوب^(٣)

أما على مستوى الاصطلاح القانوني فيعرف الإلتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بموجبها أحدهم ويسمى المدين بأداء مالي إلى الآخر الذي يسمى الدائن، وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه "الإلتزام حالة قانونية ترتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع من عمل"^(٤).

ولا يفرق القانون المدني العراقي ما بين تعبير (الإلتزام) ولفظ (الدين) مما يؤديه تعبير للحق الشخصي إذ ورد في المادة (٦٩) ضمن القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه :-

١- الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطلب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقاً عينياً أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل .

٢- ويعتبر حقاً شخصياً الإلتزام بنقل الملكية أي كان عملها نقداً أو ممتلكات أو قيمات.

(١) ابن منظور: لسان العرب، ١٢: ٥٤١، أحمد الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بيروت، المكتبة العلمية، ٢٠٥٢.

(٢) أحمد فارس: مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، بيروت، جدار الفكر، ١٩٧٩م، ٥: ٢٤٥.

(٣) قوله سبحانه وتعالى سورة يس: الآية (٧) : ﴿لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ﴾ أي ثبت ووجب عليهم.

(٤) د. أحمد حشمت ابو شيت: نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، ١٩٤٥، ص ١٢- ١٣ ود. عبد المنعم فرج الصده: مصادر الإلتزام ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة الدينية، ١٩٩٢، ص ٢١.

٣- ويؤدي التعبير (الالتزام) ويلفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي)^(١)

ولكل التزام لابد من وجود مصدر ومصدر الالتزام هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام، والعقد هو المصدر الأوسع والأكثر تطبيقاً في الحياة العملية الالتزام، فالعقد هو توافق إرادتين على انشاء التزام^(٢)، كعقد البيع مثلاً يتفق بموجبه البائع والمشتري على انشاء التزامات تعاقدية منها ما هو من جانب البائع كالتزام لنقل الملكية وضمان التعرض، ومنها ما هو من جانب المشتري كالتزام بدفع الثمن^(٣).

لذلك أن الالتزام العقدي هو ذلك الالتزام الذي مصدره العقد، وتعد الإرادة العنصر الأساس في تحديد التزامات المتعاقدين، إذ لا يمكن أن يتجاوز العقد في مضمونه الالتزامات التي حددتها الإرادة التعاقدية لا من حيث نوع الالتزامات، ولا من حيث مقدارها، وليس للعقد أثر غير ذلك الذي حدده المتعاقدين واتجهت إرادتهما المشتركة إليه^(٤).

ويحدد مضمون العقد في ضوء الإرادة الظاهرة، أي التعبير عن الإرادة أو ما استعمل المتعاقدان عن عبارات لدى إبرام العقد، فإذا عسر على القاضي أعمال الإرادة الظاهرة لجأ إلى الإرادة الباطنة، أي ما قصده المتعاقدان من وراء الالفاظ المستعملة في التعاقد بعبارة أخرى يلجئ إلى البحث عن نيتهما المشتركة^(٥).

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٢٥.

(٢) ينظر نص المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه).

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣١.

(٤) د. حسين عبد القادر معروف، د. ماجد مجباس حسن: أثر العنصر النفسي في تنفيذ العقد / دراسة مقارنة في القانونين العراقي والأنكليزي، بحث منشور في المؤتمر العلمي العراقي الرابع لكلية القانون جامعة البصرة، عدد خاص بوقائع المؤتمر، ص ١٩٩.

(٥) د. عبد الحميد الحكيم، أ.د. عبد الباقي البكري، أ.م. محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ج ١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط ٢، ٢٠١٠، ص ١٥٢.

كما أن الإرادة الباطنة في العقد لا تقتصر على الإرادة الحقيقية الصريحة للمتعاقدان؛ بل تشمل إضافة لذلك أيضاً إرادتهما الضمنية أو تلك الإرادة المحتملة، والتي تعني إيجاد الحل بافتراض ما سيفعله المتعاقدان لو إنهما توقعا المسألة منذ البداية^(١).

وتعرف الإرادة الضمنية بأنها الإرادة المعبر عنهما بوسيلة لا تدل بذاتها مباشرة على حقيقة المعنى المقصود، ولكن ظروف الحال تسمح بترجمة المعنى المقصود عن غيره من المعاني المحتملة، وعُرف آخر الإرادة الضمنية بأنها الإرادة المعبر عنها بتعبير غير متعارف بين الناس، ولكن ظروف العلاقة الخاصة بين أطراف العقد لا يمكن تفسيره، الا بوصفه تعبيراً عن الإرادة التعاقدية المشتركة^(٢).

وعرفت أيضاً بأنها الإرادة المعبر عنها بإفصاح غير مباشر أو وسيلة لا تتفق مع المؤلف بين الناس^(٣)

ولكن السؤال الذي يتبادر إلى ذهن في هذا المقام هل يقف القاضي عند تفسيره للعقد في حدود الإرادة الظاهرة ام يتخطاها لأعمال الإرادة الباطنة، إذا لم تختلف الإرادة الباطنة عن الإرادة الظاهرة، فسواء تم اعمال الأولى أو ثانية لا فرق في ذلك مادامت الإثنتان متطابقتان، ولكن اذا اختلفتا يتجاذب الأمر إلى نظريتان أولهما ما سارت عليه القوانين اللاتينية ، وهي الإرادة الباطنة للمتعاقدين، والتي تبحث عن الإرادة فيما تلتئم عليه النفس، أما مظهر التعبير عن الإرادة ، فهو ليس الا قرينة قابلة لإثبات العكس، فاذا قام الدليل على أن المظهر المادي لا يتطابق مع الإرادة النفسية، فالعبرة بالأخيرة لا بالأولى،

(٢) د.جليل الساعدي: الإرادة الباطنة في العقد، دراسة في القانون المدني العراقي، مكتب نور العين للطباعة، بغداد، ٢٠١١، ص ١٢ .

(٣) ينظر في عرض التعاريف: د.عباس العبودي، يوسف كاظم حمادي : النظرية العامة للإرادة الضمنية ، مجلة العلوم القانونية لكلية القانون ،جامعة بغداد، العدد الخاص الخامس، ٢٠١٩ ص ١٠ .

(٤) د.عبد الحميد الحكيم، أ.د. عبد الباقي البكري، أ.م.محمد طه البشير ،المصدر السابق، ص ٣٤

وعند تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم، فما على المحكمة الا لتعرف عليها عن طريق الافتراض

أما النظرية الثانية:- فهي نظرية الإرادة الظاهرة التي أخذت بها القوانين الجرمانية، والتي تقضي أن الإرادة لا يعتد بها في مظهرها النفسي؛ بل في مظهرها الاجتماعي، إذ عندهم الإرادة التي لم تظهر إلى العالم الخارجي ليس لها اثر في دائرة المعاملات القانونية، والإرادة التي تنتج أثراً قانونياً هي تلك الإرادة التي اتخذت مظهراً اجتماعياً بالتعبير عنها لا تلك الإرادة الكامنة في النفس^(١).

وإذا كان المتعاقد لا يلتزم الا بتلك الالتزامات التي حددت بالعقد، وذهبت إرادة المتعاقدان المشتركة صوبهما، فان هذه الالتزامات ليس فقط الالتزامات الصريحة؛ بل تشمل كذلك تلك الالتزامات الضمنية.

وفي ذلك يرى احد العلماء انه لا يقتصر القاضي على ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين؛ بل يضيف إلى ذلك ما من مستلزمات العقد، قد ذكر القانون على حد وصفه لا على سبيل الحصر، أهم العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد هذه المستلزمات، وبعدها تحديد مضمون العقد أو نطاقه وهذه العوامل هي طبيعة الالتزام، والقانون في أحكامه التكميلية والمفسرة، والعرف ويضاف إليه الشروط المألوفة في الحق والعدالة^(٢).

(١) أما القانون العراقي فقد انتهج نهج الفقه الاسلامي، و لم يأخذ بإحدى النظريتين دون الأخرى، وإن كان من الواضح أنه في مسألة التفسير جعل الإرادة الباطنة هي الراجحة على حساب الإرادة الظاهرة التي ابقى عليها ولو مرجوحة، اذ نصّت المادة (١/١٥٥) مدني عراقي على أنه (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني)، فالملاحظ ان العبرة الاولى لدى التفسير هي المقاصد والمعاني، والتي تمثل الإرادة الباطنة لا الالفاظ والمباني التي تمثل التعبير عن الإرادة او الإرادة الظاهرة، فمتى اختلفت الأخيرة مع الاولى كان لزاماً على المحكمة ان تعمل الإرادة الباطنة. ينظر د. ماجد مجباس حسن، الالتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانجليزي، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد(١٢) المجلد(١)، ٢٠٢٤، ص ٣٥٧.

(١) د. عبدالرزاق احمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٢٦٩١

وقد عرف الالتزام العقدي الضمني بأنه الالتزام الذي لم يعبر عنه صراحة في العقد، ولكن يمكن تحديده من خلال ظروف وملابسات العملية التعاقدية أو من خلال القانون أو العرف أو العدالة أو بحسب طبيعة الالتزام بما لا يخالف الإرادة المشتركة للمتعاقدين وطموحاتهم العقدية المشروعة^(١).

وإنّ في القانون المدني العراقي ما يعزز هذا التعريف إذ ورد في المادة (٢/١٥٠) على انه (لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

مما تقدم يمكن تعريف الالتزام العقد الضمني بأنه ذلك الالتزام غير المنصوص عليه بالعقد، ويمكن إعماله من خلال القانون أو العرف أو العدالة وبحسب طبيعة الالتزام، وبما لا يخالف إرادة المتعاقدين المشتركة.

ونرى ان التعريف اعلاه مناسباً لأنه يجمع بين مختلف مصادر الالتزام العقدي الضمني (القانون، العرف، العدالة، وطبيعة الالتزام) ويوضح أنه التزام غير منصوص عليه صراحةً لكنه لازم لتحقيق الغاية من العقد. كما أن هذا التعريف يوازن بين عنصر الإلزام الذي يفرضه القانون أو العرف أو العدالة، وبين احترام إرادة المتعاقدين المشتركة بحيث لا يُعمل به إذا تعارض مع ما اتفقا عليه، ومن ثم، فإن هذا التعريف يعدّ أشمل من غيره لأنه يبين الطبيعة المركبة للالتزام العقدي الضمني ويظهر أساسه القانوني والعملي في آن واحد.

وأما على مستوى القانون الإنكليزي، على الرغم من انه يكون من الواضح ان عقداً صحيحاً تمّ بين متعاقدين، الا انه مع ذلك فمن الضروري تحديد نطاق الالتزامات التي أنشأتها، ولذلك لابدّ من رسم إطار العقد من حدوده ومداه، يجب التحقق أولاً من ماهية الشروط التي أوردتها المتعاقدان صراحةً في العقد. بيد

(١) د. ماجد مجباس حسن، الالتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانكليزي، مصدر سابق، ص ٣٥٩.

أن محتويات العقد لا تقتصر بالضرورة على تلك التي تبدو في ظاهر العقد لأنه من الجائز أن تتم مفأوضات الطرفين على أساس العرف التجاري أو المحلي الذي يفترض إنهما قصداً ضمناً أن تكون أحكامه شروطاً مكمله لعقدتهما ومجرد التركيز على ما عبّر عنه الطرفان صراحةً قد يؤدي إلى التقليل عن مدى إلتزامتهما، وعلى ذلك يجوز قبول الدليل العرف وفضلاً عن ذلك، فأن بعض الآثار الإضافية يمكن أن تترتب عن طريق القانون بالنسبة لبعض العقود الخاصة والتي يجب أعمالها وإنّ جهل الطرفين بهما؛ بل أنه في بعض الحالات الخاصة قد تترتب الآثار على عكس إرادة الطرفين^(١) .

وإنّ تقسيم بنود العقد إلى صريحة وضمنية يعد من اعمدة قانون العقود الانكليزي، وإذا كانت البنود العقدية الصريحة هي تلك البنود التي يضمنها المتعاقدين في عقدهم صراحةً سواءً كتابةً أو لفظاً لا تثير اي مشاكل في عملية التدقيق في وجودها، فأن القانون الانكليزي يقرّ نوعاً آخر من البنود وفلسفتها

(1) Although it may be clear that a valid contract has been made, it will still be necessary to determine the extent of the obligations that it creates. Its map must be drawn with its features delineated and its boundaries ascertained. It must first be discovered what when these have been established, it does not follow that they are all of equal importance. One undertaking may be regarded as of major importance the breach of entitling the injured party to end the contract. The breach of another, though demanding compensation, may leave the contract intact. Rules of valuation have therefore to be elaborated. Moreover the contents of the contract are necessarily confined. To those that appear on its face. The parties may have negotiated against a background of commercial local usage whose implications they have tacitly assumed, and to concentrate solely upon their express language may be to minimize or to distort the extent of their liabilities. Evidence of custom may thus have to be admitted. Additional particular contracts, which will operate despite the parties' ignorance or even, in exceptional cases, contrary to their intention. Finally, the course may read into a contract some further term which alone makes it effective and which the parties must be taken to have omitted by pure inadvertence. All these implications, customary, or judicial, may be as important as the terms expressly adopted by the parties. G.C. Cheshire, C.H.S.F. Foot, M.P. Furmstone: The law of contract, London, 1972. P.I.O.6.

المتعاقدين يعتبرون بنداً من الوضوح بمكان بحيث لا يضمنه في العقد وفي هذه الحالة يكون من الضرورة نقدر وجود هذا البند لإعطاء فاعلية لنوايا المتعاقدين وطموحاتهم العقدية المشروعة^(١).

وإذا كان من القواعد الأساسية في القانون الإنكليزي أن الطرفين أحرار في وضع بنود عقدهم، وليس من وظيفة المحكمة أن تنشأ بنداً للطرفين إلا أن هذا لا يمنع المحكمة أن تستشف بنوداً ضمنية من عقد الطرفين استناداً لطروف كل قضية، وتستشف هذه البنود عن قصد الطرفين أو سلوكهما أو طبيعة المعاملات السابقة، أو قد يستشف البند الضمني من الغرض الذي أبرم العقد من أجله أو من إعطاء العقد أثراً فعالاً، أو من العرف، وأخيراً قد يستشف البند الضمني من التشريع^(٢).

ويرى جانب من الفقه الإنكليزي أن العقد العادي ليس عملاً مستقلاً عن غيره؛ بل هو واقعاً في مجرى التفاعل في إطار بعض الروابط الأكثر عمومية مثل: - علاقة المالك بالمستأجر، ويقوم العقد عادةً على أساس من العادات المألوفة كل من يدخل في مفاوضات مماثلة، والذي من المفروض أن يحكم صياغة الاتفاق المعني فأنه فضلاً عن الشروط التي يتفق عليها صراحةً من قبل المتعاقدين، ممكن أن تكون هناك بعض من الشروط المكملة للعقد من جِراء سياقه، وهي كغيرها من الشروط قد تكون لها صفة الشروط الجوهرية أو الشروط غير الجوهرية، وهذه الشروط المكملة أو الضمنية يمكن أن تستمد من العادة أو العرف أو يمكن أن تستند على القانون، ويمكن استخلاصها عن طريق القضاة، لكي تعد تعبير الطرفين والتحقق عن نيتهم المشتركة^(٣).

(١) د. حاتم محمد عبد الرحمن: بنود عقد بيع البضائع، دراسة في القانون الإنكليزي، مقارنة بالقانون المصري، المجلة الدولية للفقه والقضاء، كلية الحقوق جتمعة عين شمس، العدد ٢، ج ٢، السنة ٥٨، ٢٠١٦، ص ٨٩٣-٨٩٩.

(٢) د. مجيد حميد العنكي: مضمون العقد، ونطاقه وحدائته في القانون الإنكليزي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهريين، ١٩٩٩، ص ٧٠ وما بعدها.

(3) The normal contract is not an isolated act ,but an incident in the conduct of business or in the framework of some more general relation such as that of landtord and tenant .It will frequently be set against abackage of usage ,familiar to all who engage in similar negotiations

ويعرف جانب آخر البنود الضمنية للعقد على أنه الشروط الضمنية هي تلك التي تم الاعلان عنهما بان تكون جزءاً من العقد على الرغم أن الأطراف لم يدرجوها بوعي. قد تكون المحاكم مستعدة لأدراج شرط في العقد اذا اقتنعت بأن الإضافة ضرورية لجعل العقد يعكس النية الحقيقية للأطراف^(١). وعليه فالغالبية العظمى من الالتزامات الجوهرية يتم النص عليها صراحةً في صلب العقد، ولكن قد يهمل أو يغفل طرفاً العقد عن إدراج بعض الالتزامات أو قد لا يتمكن من التبصر في الاحتمالات جميعها التي قد تنشأ نتيجة المجرى الطبيعي ليتم تنفيذ العقد، وهنا يمكن افتراض بعض البنود أو إدراجها ضمناً لتعويض النقص الذي قد يشوب العقد نتيجة لتخلف هذه الالتزامات^(٢).

مما تقدم يتبين لنا أن البنود الضمنية من القانون الانكليزي هي تلك البنود التي لا يتم الاتفاق عليها صراحةً أو لا تأتي بشكل محدد في العقد، الا أنها تفرض افتراضاً أو تدرج ضمناً في العقد^(٣).

نلاحظ أن نظرية البنود الضمنية في العقد قد أوردت بشكل أكثر تنظيماً في القانون الانكليزي، منها في القانون العراقي، الأمر الذي انعكس على تعريفها وبقية أحكامها كما سنلاحظ، ولكن هذا لا

and which may be supposed to govern the language of a particular agreement .In addition ,therefore to the terms which the parties have exepress adopted ,there may be others imported into the contract from its context ,and they ,like their prototypes .may assume the character of conditions or of warranties .These implications may be derive from custom or they may rest upon statute or the may be inferred by judges to reinforce the language of the parties and realize their manifest intention . See G.C.Cheshire ,C.H.S.Fifoot ,M.P.Furmston :69.p.141.

(1) (Identification of implied terms in a contract, implied terms are those that are declared to be part of the contract even though the parties have not consciously included them. The contract if is satisfied that the addition is necessary to make the contract replect the true intention of parties .GEOFF Monahan David Barker :Essential contract law: cavended puplishing .(Australia)

(٢) د. مجيد العنبيكي : مبادئ العقد في القانون الانكليزي ،جامعة النهريين، ص ١١٩.

(١) ديونس صلاح الدين علي: الوجيز في شرح قانون العقد الانكليزي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٢٤، ص ٢٠٩.

يمنع من القول أن في القانون العراقي ما يكفي من النصوص التي يمكن الركون إليها في إرساء مفاهيم
مفاهيم الالتزام العقدي الضمني كالمادة (٢/١٥٠)، والمادة (٨٦) مدني عراقي على سبيل المثال لا
الحصر^(١).

الفرع الثاني

تمييز الالتزام العقدي الضمني عما يشبهه

قد يشتبه للوهلة الأولى مفهوم الالتزام العقدي الضمني مع غيره من المفاهيم ولعل أهمها الالتزام
العقدي الصريح من جهة والالتزام العقدي الجوهري والثانوي في جهة أخرى، وهذا ما سنبحثه في الفقرتين
الآتيتين:

أولاً: الالتزام العقدي الضمني والالتزام العقدي الصريح:-

سبق أن لاحظنا أن الالتزام العقدي الضمني هو التزام يتمثل في الكشف عن الإرادة من خلال
اتخاذ مظهر ليس موضوعاً للكشف عنها أصلاً، ولكنه لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود الإرادة^(٢)، وقد
عبر المشرع العراقي عن الالتزام الضمني في المادة (١/١٥٥) من القانون المدني على أنه: "العبارة في
العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، ومن ثم يرى جانب من الفقه بأن ما جاء في الفقرة
الأولى من المادة (١٥٥) أعلاه أن المشرع العراقي أخذ بالالتزام العقدي الضمني، إذ قرر عدم جواز

(٢)- إذ نصت المادة (٢/٨٦) على أنه (وإذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية
ينفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام
خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولاحكام القانون والعدالة).
(٢) د. إبراهيم البكار: اثر التعبير الضمني في لزوم العقود المالية " صورة تطبيقية" مجلة ابن خلدون للدراسات و
الأبحاث، المجلد الأول، العدد الأول، ص ٩٣.

وقوف القاضي عند حرفية النص لدى قيامه بتفسير العقد^(١)، وعليه نعتقد أن المشرع العراقي أخذ بالالتزام

الصريح من حيث الأصل، والضمني متى اقتضت مستلزمات العقد ذلك وبحسب طبيعة الالتزام^(٢).

وإن الالتزام العقدي الصريح والالتزام العقدي الضمني وإن كانا يتشابهان من حيث كلاًهما يكون مضمون العقد، إلا أن الالتزام العقدي الصريح هو عكس الالتزام العقدي الضمني، إذ يكون الالتزام العقدي صريحاً متى كانت الوسيلة المستعملة في التعبير تدل بذاتها على حقيقة المعنى المقصود، وهناك بعض العقود الهامة تتطلب أن يتم التعبير عن الرغبة في التعاقد بشكل صريح، بحيث لا يثار أي شك أو منازعات حول شروط أو مضمون العقد، ولذا يجب أن يكون الإيجاب صريحاً^(٣).

وهذا ما سار عليه المشرع العراقي، إذ تطلب في أحوال خاصة أن يكون التعبير عن الالتزام العقدي صريحاً مثل حالة المستأجر من الباطن أو التنازل عن الإيجار، إذ لا تبرا ذمة المستأجر نحو المؤجر في هذا الصدد، إلا إذا صدر قبول صريح بالإيجار الثاني أو بالتنازل عن الإيجار، وقد أشارت إلى ذلك المادة (٧٧٨/ أ) من القانون المدني العراقي على أنه (١- إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالإيجار الثاني أو بالتنازل عن الإيجار، دون أن يبدي أي تحفظ بشأن حقوقه قبل المستأجر الأول)، كذلك ما ورد في نص المادة ٢٩/ ثانياً من قانون الأثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ التي تقضي بأن (القيود الواردة في الدفاتر غير الإلزامية والدفاتر والأوراق الخاصة لا تكون حجة على من صدرت منه إلا إذا ذكر فيها

(١) أ.د. عباس العبودي - كاظم حمادي يوسف: النظرية العامة للإرادة الضمنية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العدد الخاص الخامس، بحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات ٢٠١٩ ص ٩.

(٢) ينظر نص المادتين (٨٦) و (١٥٠) مدني عراقي.

(٣) ينظر عبد الناصر توفيق العطار: نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، الكتاب الأول، مصادر الالتزام (العقود والعهود)، اسيوط، ١٩٩٠، ص ٤٠، وينظر أيضاً: د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر العقد (اركان العقد)، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلي، ١٩٦٧، ص ١٣٦.

صراحةً إنَّه استوفى ديناً أو اذا ذكر صراحةً إنَّه قصد بما دونه فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحة^(١).

أما على مستوى القانون الإنجليزي فسبق أن لاحظنا أن العقد في هذا القانون لا يقتصر على الإلتزامات الصريحة؛ بل يمكن إكمال مضمونه من خلال الإلتزامات الضمنية، والأخيرة هي البنود التي لم يتم الاعلان عنها من قبل المتعاقدين، ولكن المحاكم ترى ضرورة اضافتها أعمالاً للنية الحقيقية لأطراف العقد^(٢).

والقاعدة العامة في القانون الإنجليزي إنَّه ليس هناك حاجة للشكلية، لأن العقد يجوز أن يتم كلياً باللفظ أو الكتابة، أو أن يكون جزءاً منه باللفظ والآخر بالكتابة، والعقد اذا تم كلياً باللفظ ، فإن محتوياته من مسائل الواقع التي يتعين اثباتها، ويخضع ذلك عادةً لتقدير القاضي، ويجب أن يتحقق عما عبر عنه الطرفان بالألفاظ^(٣).

والإلتزام العقدي الصريح (express terms) يعرف بأنَّه (ما يتفق عليه طرفاً العقد صراحةً)^(٤) بصرف النظر عن كون الاتفاق كتابةً أو شفويّاً؛ بل وإنَّ كان جزءاً منه مكتوباً وجزءاً شفويّاً، أما الإلتزام

(١) كذلك الامر بالنسبة للعقود التي يتم بطريق المناقصة والمزايدة يجب ان يكون فيها التعبير عن الإرادة صريحاً ولا يمكن إكمال إلتزامات غير المصرح بها.

(٢)- ينظر سابق الاشارة ص١٧.

3- As a general rule, however, no formality is needed. A contract may be made wholly by word of mouth, or wholly in writing, or partly by word of mouth and partly in writing. If the contract is wholly by word mouth, its contracts are a matter of evidence normally submitted to a judge sitting as a jury. It must be found as a fact exactly what it wase that the parties said. See G. C. Cheshire and others, op, sit, p107.

(٤) - د. حاتم محمد عبد الرحمن: مصدر سابق، ص٨٩٣.

الضمني فهو ما يمكن الاستدلال عليه ضمناً وإن لم يصرح به، وهذا ما نظم إحكامه القسم (٤) من قانون بيع البضائع الإنجليزي لسنة ١٩٧٩ (Sale of Goods Act) ١٩٧٩^(١).

وعرفت البنود التعاقدية الصريحة في القانون الإنجليزي كذلك، بأنها البيانات التي يتفق عليها المتعاقدان بشكل محدد أو صريح شفويًا أو تحريريًا^(٢)

مما تقدم نلاحظ أن كل من الإلتزام العقدي الصريح و الإلتزام العقدي الضمني يتساويان من حيث الأثر، إذ أن الإخلال بأي منهما من شأنه أن يحرك مسؤولية المتعاقد الآخر، ولكنهما يختلفان من حيث التعبير عن كل منهما، إذ يتم التعبير عن الإلتزام العقدي الصريح بوسيلة تدل على حقيقة المعنى، في حين يتم التعبير عن الإلتزام العقدي الضمني بطريقة لا تدل بذاتها على المعنى المذكور، ويتم إعمال الإلتزام العقدي الضمني من قبل المحكمة استناداً إلى القانون أو العرف أو العدالة وبحسب طبيعة الإلتزام، ويختلفان كذلك بأن لا يمكن أعمال الإلتزام العقدي الضمني متى كان مخالفاً للإلتزام عقدي صريح.

ثانياً: الإلتزام العقدي الضمني والإلتزام العقدي الجوهري والثانوي

سنبحث في فقرتين مستقلتين تميز الإلتزام العقدي الضمني عن الإلتزام العقدي الجوهري، وتمييزه عن الإلتزام العقدي الثانوي، وكما يأتي:

١ - الإلتزام العقدي الضمني و الإلتزام العقدي الجوهري

1 - See Act (4) (Subject to this and any other Act, a contract of sale may be made in writing (either with or without seal), or word of mouth, or partly in writing and partly by word or mouth, or may be implied from the conduct of parties)

٢ - د. يونس صلاح الدين علي: الوجيز في شرح قانون العقد الانكليزي، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

لاحظنا أن الالتزام العقدي الضمني يكون متى كان التعبير ضمناً بطريقة غير متعارف عليها بين الناس، ولكنه في ظروف العلاقة الخاصة بين الطرفين لا يمكن تفسيره، إلا باعتباره تعبيراً عن الإرادة^(١)، والالتزام العقدي الجوهري هو الالتزام الذي يكون وجوده لازماً لنشأة العقد، وبعبارة أخرى هو الالتزام الذي لا يتصور وجود العقد بدونه، وهو الذي يعبر عن طبيعته، وتخلفه قد يبطل العقد أو قد يدخله في نطاق عقد آخر^(٢).

وقد اعلى القانون العراقي من شأن الالتزامات التعاقدية الجهرية، وأوقف مصير العقد عليها من حيث الوجود وعدم الوجود، واشترط أن يطابق الإيجاب القبول على جميع المسائل الجهرية التي تمّ التفاوض فيها، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل دون البعض الآخر، فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة، ومن ثم يؤدي عدم الاتفاق على المسائل الجهرية كلاً أو بعضاً إلى عدم تطابق الإيجاب بالقبول تطابقاً، ويؤدي ذلك إلى عدم انعقاد العقد^(٣).

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن في هذا المقام هل يمكن أن يعد التزاماً ضمناً التزاماً جوهرياً، من الملاحظ أن المشرع العراقي قد ميز بشكل واضح بين الالتزامات الجهرية والالتزامات غير الجهرية، واشترط أن يطابق الإيجاب القبول على جميع المسائل الجهرية التي تمّ التفاوض فيها، إذ نصّت المادة (١/٨٦) على إنه (يطابق القبول الإيجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجهرية التي تفاوضاً فيها...)، واستخدام المشرع لاصطلاح تفاوضاً يعني أن هذه المسائل تمّ الإفصاح عنها بشكل صريح، ولا يمكن القول بان مسألة تمّ التفاوض فيها يتم أعمالها ضمناً، لان المسائل التي تعمل ضمناً هي مسائل لم

(١) أ.د. عباس العبودي ، كاظم حمادي يوسف: مصدر سابق، ص ١٠.

(٢) د. عمر عمور : جواهر العقد ، دراسة على ضوء الفقه والقضاء الفرنسي ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة المجلد ٧، العدد ١ ، الجزائر، ٢٠٢١ ، ص ١١٤٥.

(٣) ينظر نص المادة (١/٨٦) مدني عراقي.

يتم الافصاح عنها من قبل المتعاقدين، وعليه لا يمكن أن يكون الالتزام الجوهرى التزاماً يتم إعماله بطريقة ضمنية^(١).

والإلتزام الجوهرى فى القانون الإنكليزى هو جوهر العقد الذى يروم الطرفان أبرامه وهو لا يمكن استبعاده إطلاقاً عن طريق شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية "exclusion clause"^(٢)، ويميز القانون الإنكليزى بين البنود العقدية المعتبرة شروطاً Condition، والبنود العقدية المعتبرة ضمانات Warranties، ويمكن القول أن الأولى هي الإلتزامات الجوهرية وعدم صحتها يستتبع امكان فسخ العقد أما عدم صحة الثانية فيقتصر أثره على طلب التعويض دون الفسخ^(٣)، ولعلّ في قانوننا ما يماثل ذلك، إذ لا تستجيب المحكمة لطلب الفسخ متى كان الإلتزام العقدي نفذ الجزء الأكبر منه أو الجزء الجوهرى أن صح التعبير، والعكس صحيح فالمحكمة تقضي بالفسخ متى ما وجدت أن الجزء الأكبر أو الجزء الجوهرى لم يتم تنفيذه، إذ نصّت المادة (١/١٧٧) مدني عراقي على إنّه (١- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه جاز للعاقد الآخر بعد الأعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى على إنّه يجوز للمحكمة أن تتظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للإلتزام فى جملة)، وهذا ما سار عليه القضاء العراقى، إذ ورد فى قرار لمحكمة تمييز العراق الاتحادية على إنّه (لدى التدقيق والمدأولة من قبل الهيئة العامة فى محكمة التمييز الاتحادية وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ومشتمل على اسبابه قرر قبوله شكلاً ولدى امعان النظر فى الحكم المميز تبين إنّه صحيح لموافقه أحكام القانون فقد جاء اتباعاً للقرار الصادر من هذه الهيئة بالعدد ٢٥ الهيئة العامة ٢٠١٦ فى ٢٩ / ٨ / ٢٠١٦ حيث كلفت المحكمة

(١)- ينظر بالتفصيل ذاته د. ماجد مجباس حسن: الإلتزام العقدي الضمني ومصادره فى القانونين العراقى والانكليزى،

مصدر سابق، ص ٣٦٣.

(2)- Guest Anson's law of contract, 26th edition, oxford university press, 1984, p.152.

(٣) - د. حاتم محمد عبد الرحمن : مصدر سابق، ص ٨٨٩.

الطرفين بتقديم المخططات التفصيلية وجدأول الكميات ومواصفات الاجهزة والمعدات والمواد الخاصة بأعمال الفندق موضوع الدعوى وبعد تقديمها سألت الطرفين أن كانا يتفقان على تسمية الخبراء التسعة فلم يتفقا، وتركنا أمر ذلك إلى المحكمة وتمت مفاتحة نقابة المهندسين المقرر العام لتسمية تسعة من الخبراء المختصين في مجال التأهيل والأعمار للفنادق ذات الخمسة نجوم وفي اختصاصات الهندسة المدنية والمعماري والكهرباء والميكانيك وبعد تسميتهم تم إجراء الكشف على الفندق موضوع الدعوى من قبل المحكمة وبمعيّتهم جرى إفهامهم بالمهمة المكلفين بها وهي بيان نسبة الأعمال المنجزة وقيمتها وفيما اذا كانت مطابقة لبنود العقد المبرم بينهما وقدم الخبراء تقريرهم.....طبقاً للمهمة المكلفين بها وجاء تقريرهم مفصلاً ومعللاً ومراعياً لشروط المعيارية الهندسية ويصلح اتخاذه سبباً للحكم استناداً إلى المادة ١٤٠ / أولاً من قانون الأثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل حيث تتأول بيان الأعمال الانشائية والمعمارية والهندسية ولنسبة الأعمال المنجزة وفقاً للمواصفات العالمية والاخرى غير مطابقة للمواصفات العالمية وبين التقرير أن الشركة المدعى عليها انجزت تأهيل وترميم هيكل البناية المحترقة وحسب المواصفات العالمية للأبنية (IBC)، وتحويلها إلى فندق يعمل (٢٤ ساعة / ٧ ايام) وبلغت نسبة الأعمال المطابقة للمواصفات العالمية ٨٣,٦% ونسبة الأعمال غير المنجزة ٤% واجمالي نسبة الأعمال المنجزة من ترميم وتأهيل الفندق بلغت ٩٦% استناداً للمواصفات العالمية للأبنية وتعد البناية التي قامت شركة سومر بترميمها وتأهيلها فندق ذات خمسة نجوم، ولما تقدم وحيث أن ما تبقى من التزامات المدين المدعى عليه/ إضافة لوظيفته قليلاً بالنسبة للالتزام برمته وعملاً بأحكام المادة (١/١٧٧) من القانون المدني النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي أجازت للمحكمة رفض طلب الفسخ فأن دعوى المميز المدير المفوض لشركة فندق البصرة المسأهمة المختلطة إضافة لوظيفته تكون حرة بالرد.....^(١)، كما ورد في احدى قرارات القضاء

١- ينظر قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية ذي العدد ١١/ الهيئة العامة/ ٢٠١٨ في ٢٧/٣/٢٠١٨ مشار إليه لدى د.

ماجد مجباس حسن: تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط١،

العراقي على إنّه (...وحيث بين وكيل المدعى عليهما إنّه لم يتم انجاز أكثر من ٧% من العمل، وحيث تجد المحكمة أن عدم تمكين المدعى عليه إضافة لوظيفته للمدعي من العمل والقيام بسحب العمل خلال فترة العقد إخلالاً بالعقد المبرم بين الطرفين، وحيث أن العقد من العقود الملزمة للجانبين وإنّه اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الأعذار أن يطلب فسخ العقد مع التعويض أن كان له مقتضى، وللاّذار المسير من قبل المدعي إضافة لوظيفته بواسطة كاتب عدل (.....) و ورقة التبليغ به، ولكل ما تقدم قرر فسخ العقد المرقم (....) المبين. (.....)^(١).

الا أن القانون الإنجليزي يختلف عن القانون العراقي في أن الثاني لا يعد الإلتزام الضمني التزاماً جوهرياً، بيد أن الأول يقضي إنّه الشروط الضمنية المكملّة للعقد من جّراء سياقه قد تكون لها صفة الجوهريّة أو غير الجوهريّة^(٢).

مما تقدم نلاحظ أن الإلتزام العقدي الجوهري يعد العمود الفقري للعقد برمته، ومن ثم يمكن أن يؤدي تخلفه إلى بطلان العقد أو فسخه بحسب ما اذا كان عدم تطابق في مرحلة الإبرام، أو أخلال به في مرحلة التنفيذ، وهذا غير متوفر في الغالب في الإلتزام العقدي الضمني، كذلك أهمية الإلتزام العقدي الجوهري تجعل من غير الممكن أن لا ينص عليه المتعاقدان بصورة صريحة، في حين نجد أن الإلتزام العقدي الضمني لا ينص عليه بصورة صريحة، كما أن عدم تنفيذ الإلتزام العقدي الجوهري يؤدي في الغالب إلى إجابة المحكمة لطلب فسخ العقد مع التعويض أن كان له مقتضى، في حين اذا لم يكن

١ - ينظر قرار محكمة بداءة الأعظمية ذي العدد ٢٠٩٧/ب/ ٢٠١٢ في ٢٧/ ١٢ / ٢٠١٢، منشور لدى ربيع مجد الزهاوي: التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محاكم البداءة، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ٢٥٠.

2 - therefor to the terms which the parties have expressly adopted, ther may be other import into the contract form its context and they, like their prototypes may assume the character of condation or of warranties. See G. C. Cheshir and others, op, cit, p141.

الإخلال بالالتزام جوهرى بالنسبة للعقد بمجمله، لا يؤدي إلى إجابة المحكمة لطلب الفسخ كما لاحظنا سواء كان ذلك في القانون العراقي أو في القانون الإنجليزي.

٢- الإلتزام العقدي الضمني والإلتزام العقدي الثانوي

الإلتزام العقدي الثانوي وهو الإلتزام الذي لا تتحقق الغاية الكاملة من العقد إلا من خلاله ، ويستند في وجوده إلى التزام أساسي تحدده طبيعة العقد أو العرف، فهو بذلك لا يمكن أن يكون موجود إلا من خلال استناده إلى التزام أساسي فهو التزام تابع بطبيعته للإلتزام الأساسي للعقد، ومقابل ذلك لا يمكن للعقد أن يستمر في وجوده، أو بعبارة أخرى الحصول على كامل المنفعة منه، إلا من خلال إتمام الإلتزام الثانوي^(١).

وعرف بعض الإلتزام الثانوي أيضاً بأنه الإلتزام الذي لا يؤدي انتقائه إلى فقدان العقد لصفته المتميزة، أو إلى اختلاف التكليف القانوني له، ويكون مؤكداً إلى الإلتزام الرئيسي في العقد أو مكماً له، أو يكون من شأنه أن يؤدي إلى حفظ العقد^(٢).

ونعتقد أن الإلتزام العقدي الثانوي هو يشته كثيراً بالإلتزام الضمني بموجب أحكام القانون المدني العراقي، فكل التزام عقدي ضمني هو التزام عقدي ثانوي، ولكن ليس كل التزام عقدي ثانوي هو التزام ضمني، اذ سبق أن لاحظنا من خلال تحليل نص المادة (١/٨٦) مدني عراقي، بان الإلتزام العقدي الضمني لا يمكن أن يكون التزاماً جوهرياً، لان الإلتزام الجوهري لابد أن يذكر في صلب المفأوضات التعاقدية، في حين أن الإلتزام الضمني درج ذكره ضمن المسائل التفصيلية أو المسائل الثانوية التي تكون مكملة للعقد طبقاً للقانون أو العرف أو العدالة وبحسب طبيعة الإلتزام، وهذه بالضرورة إلتزامات ثانوية،

(١) حسن عباس العبيدي: الإلتزام الثانوي في العقد_ دراسة مقارنة، بحث منشور، مجلة رماح للبحوث والدراسات، ص٧٠٨.

(٢) د. حيدر حسين كاظم الشمري، راسم عايد حسن: الإلتزام الثانوي تطبيقاً لمقتضى العقد في البيع والأبجار، دراسة مقارنة، مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، العدد ٧٢، ج ١، (د.س)، ص٣٧٨.

ولكن لا يعد كل التزام ثانوي التزاماً ضمناً، لأن الالتزام الضمني كما لاحظنا هو الالتزام غير المعبر عنه بطريقة صريحة أو بالطريقة التي تتماشى مع المألوف بين الناس؛ بل يتم إعماله وفقاً للقانون أو العرف أو العدالة وبحسب طبيعة الالتزام، وعليه لا يمكن أن يتم إطلاق وصف الضمني على الالتزام العقدي متى كان معبراً عنه بطريقة صريحة، في حين أن الالتزام قليل الأهمية أو المكمل لمقتضى العقد تسبغ عليه صفة الالتزام الثانوي متى كان ثانوياً بذاته بصرف النظر عن كونه معبر عنه أو غير معبر عنه.

وعليه فتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور هو ذاته مقتضى عقد الإيجار، ويمثل الالتزام الرئيسي فيه، والالتزام المتفرع عنه والمتفق عليه بين المتعاقدين هو التزام المؤجر بصيانة المأجور لتكون العين المؤجرة صالحة للانتفاع بها، فالالتزام بالصيانة يعد التزاماً مكماً أو التزاماً ثانوياً، ولكنه لم يكن التزاماً ضمناً، بوصفه التزاماً معبراً عنه من خلال اتفاق المتعاقدين عليه^(١).

أما على مستوى القانون الإنجليزي، فإن البنود العقدية أو الالتزامات العقدية هي ليست بالقدر ذاته من الأهمية، إذ تنقسم الالتزامات العقدية من حيث أهميتها بهذا القانون إلى شروط (Condition)، وإلى ضمانات (Warranties)، وبنود غير مسماة (innominate)، ويعد الشرط بنداً مهماً من بنود العقد بحيث يتصل بجوهره، وهو بند أساسي أو جوهري لتحقيق الغرض من العقد، وإذا اخل أحد الطرفين ببند من البنود التي تصنف شروطاً، فمن حق الطرف الآخر المطالبة بالفسخ مع التعويض، أما البنود الضامنة أو الضمانات warranties، فهي بيانات تعاقدية أقل أهمية من الشروط، وهي لا تعد أمراً حيوياً أو أساسياً لتحقيق الغرض الرئيسي من العقد؛ بل هي شيء ثانوي بالنسبة لجوهر العقد، وإن الإخلال بها يعطي الحق للمتعاقد المتضرر بالمطالبة بالتعويضات دون أن يكون له الحق في المطالبة بالفسخ^(٢).

١ - د. حيدر حسين كاظم الشمري، راسم عايد حسن: مصدر سابق، ص ٣٨٧.

٢ - د. يونس صلاح الدين علي: مصدر سابق، ص ٢٠٦، د. حاتم محمد عبد الرحمن: مصدر سابق، ص ٩٠٢ وما بعدها.

وهو ما قررت إحكامه العديد من السوابق القضائية، ففي السابقة (Bettini v Gye 1876) تقرر أن يقوم المطرب بالأداء الفني في مسارح عدة لموسم كامل، وقد أدرج في العقد بند يقتضي حضوره قبل أن يبدأ الموسم بستة أيام لغرض إجراء بروفات على خشبة المسرح، إلا إنه حضر قبل بدء الموسم بثلاثة أيام فقط، وقد اقام المنتج دعوى يطالب فيها إن المطرب قد أخلّ ببند تعاقد من قبيل الشرط، ومن فسخ العقد، إلا أن المحكمة اعتبرت في حكمها أن البند الذي تم الإخلال به ليس شرطاً؛ بل مجرد بند ضامن (Warranty)، وإن المنتج لا يحق له اقامة دعوى فسخ العقد؛ بل من حقه الحصول على التعويض فحسب، لان حضور البروفات لا يعد سوى أمراً ثانوياً بالنسبة لتحقيق الغرض الرئيس من العقد^(١).

كما أن قانون بيع البضائع الإنجليزي لسنة ١٩٧٩ قد قرر الإتجاه ذاته بموجب المادة (٣/١١)، إذ قررت أن الإخلال بالبند الذي يعد شرطاً من شأنه أن يمنح الحق للمتعاقد المتضرر بطلب فسخ العقد مع التعويض، في حين أن الإخلال بالبند التعاقد الذي يعد من قبيل الضمان أو البند الثانوي من شأنه أن يمنح الحق للمتعاقد المتضرر بالمطالبة بالتعويض دون الفسخ^(٢).

نلاحظ أن الالتزام العقدي الثانوي سواء كان في القانون الإنجليزي أو في القانون العراقي هو التزام اقل أهمية من الالتزام الجوهرى، والالتزام الثانوي قد يكون التزاماً صريحاً وقد يكون التزاماً ضمناً بحسب ما اذا كان معبراً عنه أو لم يعبر عنه، وتم إعماله من قبل المحكمة، ولا يجوز بموجب القانون الإنجليزي المطالبة بفسخ العقد نتيجة الإخلال بالالتزام العقدي الثانوي سواء كان صريحاً أو ضمناً، ولكن تقتصر المطالبة على التعويض، في حين أن في القانون العراقي يمكن أن يطالب المتعاقد المتضرر بفسخ العقد

1- Available at: <https://www.lawteacher.net/cases/bettini-v-gye.php> last visit at : 8\12\2024 -

2 - act (11/3) Whether stipulation in contract of sale is a condition, the breach of which may gave rise to right treat the contract as repudiated, or a warranty, the breach of which may give rise to a claim for damages but not to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated....)

مع التعويض ولو كان الإلتزام ثانوياً وسواءً كان صريحاً أو ضمناً، ولكن بوصف الإلتزام الضمني هو دائماً التزاماً ثانوياً كما لاحظنا ممكن أن تكون النتيجة ذاتها التي في القانون الإنجليزي، إذ أن المحكمة بموجب سلطتها التقديرية في الفسخ هي في الأعم الأغلب ترفض طلب الفسخ متى كان الإخلال قليل الأهمية بالنسبة للإلتزام بجملته، وهذا في الغالب يصدق على الإخلال في الإلتزامات الثانوية.

المطلب الثاني

شروط تحقق الإلتزام العقدي الضمني

إن العقد يرتب مجموعة من الإلتزامات وهذه الإلتزامات أما أن تكون إلتزامات صريحة باتفاق المتعاقدين عليها، وأما أن تكون إلتزامات ضمنية تستمدّها المحاكم من الواقع أو العرف أو القانون أو العدالة وبحسب طبيعة الإلتزام، إذ يتم فرض إلتزامات أخرى من قبل المحاكم غير التي اتفق عليها المتعاقدين، ولا يمكن تضمين تلك الإلتزامات إلا إذا توافرت شروط معينة، وهي أن تكون الإلتزامات الضمنية معقولة ومنصفة، وأن تكون ضرورية لإعطاء العقد أثراً فعالاً بحيث يؤدي هذا الإلتزام إلى تحقيق الآثار التي يفترض أن أطراف العقد قصدوا تحقيقها، وأن يؤدي أعمالها إلى تحقيق مستلزمات العقد ولهذا لا يمكن إضافة أي التزام ضمني إذا كان العقد نافذاً بدونه، كما ويجب أن تكون هذه الإلتزامات واضحة، وأخيراً أن لا يتعارض الإلتزام الضمني مع أي التزام صريح في العقد، وسنُبيّن في فرعين شروط الإلتزام العقدي الضمني، نفرد أولهما لشروط الإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي، ونُخصّص الثاني لشروط الإلتزام العقدي في القانون الإنجليزي.

الفرع الأول

شروط تحقق الالتزام العقدي الضمني في القانون العراقي

سنبحث في فقرتين مستقلتين شروط تحقق الالتزام العقدي الضمني في القانون العراقي، والتي لا تعدو أن تكون تلك الشروط التي من شأنها تحقيق مستلزمات العقد، وأن تتوافق مع ما يوجبه حسن النية، وكالاتي:

أولاً: أن يحقق الالتزام الضمني مستلزمات العقد

لم يحدد الفقه بشكل دقيق معنى مستلزمات العقد، بينما وصفها جانب من الفقه^(١)، بأنها غامضة بعد ذاتها، حاول البعض الآخر أن يحدد معناها بذكر الأمثلة لما يعد من مستلزمات العقد فتم تعريفها على إنه "مستلزمات العقد تساوي حقوق العقد، وهي تعني مجموعة الالتزامات التبعية التي تلازم العقد وتترتب عليه بمجرد انعقاده صحيحاً، وبصرف النظر عن اتجاه إرادة المتعاقدين إليها، لان الأثر الأصلي للعقد لا يتحقق بدونها، ذلك أنها تضطلع بوظائف ثلاث، فهي إما أن تؤكد حكم العقد أو تكمله أو تحفظه^(٢)."

ولم يشأ المشرع العراقي أن يترك لإجتهاد القاضي مطلق الحرية في تحديد ما يعد من مستلزمات العقد؛ بل قيده بمجموعة من المحددات التي عليه أن يستعين بها لتحديد الالتزامات التي تدخل ضمن دائرة مستلزمات العقد. وبقراءة متمعة لنص المادة (٢/١٥٠) والمادة (٢/٨٦) من القانون المدني يتبين لنا أن المشرع العراقي قد ربط بين مستلزمات العقد وطبيعة الالتزام، واشترط في المحددات التي ذكرها، وهي

(١) ينظر في عرض الجانب الفقهي عامر علي حسن: دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني- دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر و التوزيع، ط١، ٢٠١٥، ص١٠٨.

(٢) د. علي نجيدة: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، دار الثقافة العربية - القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢٧٧.

القانون والعرف والعدالة أن تكون متوائمة مع طبيعة الالتزام الأصلي للعقد، لذا فإن القاضي حينما يقوم بإكمال نطاق العقد، فعليه أن يظل في دائرة طبيعة الالتزام ولا يخرج عنها، والا فإن اجتهاده يكون عرضة للخطأ، ومن ثم النقض من قبل محكمة التمييز^(١).

من هنا، فإن ما يقرره القانون أو العرف أو ما ترشد له قواعد العدالة من التزامات تبعية يعدها القاضي من مستلزمات العقد ويضيفها إلى مضمون الاخير لكي يستكمل بها نطاقه لا بد أن تكون متناسبة مع الغرض الأصلي للعقد، لان مستلزمات العقد ماهي الا لالتزامات ثانوية تؤكد أو تكمل أو تحفظ حكم العقد، ولا بد أن لا يكون هناك تعارض بينها وبين حكم العقد^(٢).

وعلى الرغم من أن تحديد مضمون العقد يعني رسم صورة كاملة لالتزامات كل من المتعاقدين كما تفرضها طبيعة العقد، الا إنه يتعلق بالتواضع وليس بالمحل الأصلي للالتزام، ذلك أن القاضي حينما يعرض عليه نزاع حول التزام ما وفيما اذا كان العقد ينتجه ام لا، فهذا يفترض أن العقد قد أنعقد، والعقد كما هو معروف لا يتم الا بتعيين الالتزامات الأصلية للمتعاقدين، ومن ثم فالالتزامات التي يضيفها القاضي تعد لالتزامات تبعية تضاف إلى المسائل الجوهرية التي أنعقد بها العقد^(٣).

وعليه لكي يكون الالتزام العقدي الضمني من مستلزمات العقد التي يضطلع القاضي بأعمالها يجب أن لا يكون التزاماً جوهرياً، وهذا على خلاف القانون الإنجليزي الذي يمكن أن يكون الالتزام العقدي الضمني فيه ثانوياً أو جوهرياً، إذ ميّز المشرع العراقي ما بين المسائل الجوهرية والمسائل غير الجوهرية كما لاحظنا في نص المادة (٢/٨٦) منه وعلق تطابق الإيجاب بالقبول على شرط الاتفاق على المسائل الجوهرية، وعد تخلف الاتفاق على بعض المسائل الجوهرية سبب كافٍ لعدم التزام الطرفين حتى لو أثبت

(١) سمير تنياغو: النظرية العامة للالتزام، دار المعرفة الجامعية للطبع، مصر، ١٩٩٣، ص ١٥٠.

(٢) د. عبد القادر الفار: مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة، عمان، دون سنة نشر، ص ١٢٥.

(٣) جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥، ص ١٦٧.

هذا الاتفاق كتابة، فالاتفاق الجزئي على المسائل الجوهرية التي تمّ التفاوض فيها لا يكفي لإلزام الطرفين، والمفهوم المخالف لهذا إنّه لا يمكن الإلزام الا في حالة الاتفاق الكامل على جميع المسائل الجوهرية التي تمّ التفاوض فيها، أما المسائل غير الجوهرية أو المسائل التفصيلية فيمكن أن لا تذكر في العقد، ولا يعد تخلفها سبباً لعدم انعقاد العقد، اللهم الا اذا اشترط المتعاقدان يعد العقد منعقد في حالة عدم الاتفاق على هذه المسائل هنا يصار إلى اعمال إرادة المتعاقدين ويعد العقد غير منعقد، وإن كانت المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها هي لا تعدو أن تكون مسائل غير جوهرية ليس الا، وفي هذا اعلاء لشأن الإرادة من قبل المشرع العراقي أكثر منه لدى المشرع الانكليزي، إذ عد الاخير الإلتزامات العقدية الضمنية جوهرية دون التوقف على إرادة المتعاقدين، الا أن الأول قرر لها أن تكون جوهرية استثناء متى ذهب إرادة المتعاقدين صوب ذلك^(١).

وقد تخوف بعض من إعطاء القاضي القدرة على إضافة إلتزامات جديدة بحجة تكملة نطاق العقد، إذ أنها تلزم المتعاقدين بما وراء السطور وهي تعطي للقاضي سلطة خطيرة، لأنه بموجبها يمكن أن يزيد في إلتزامات المتعاقدين، وفي هذا أهدار لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين^(٢)، بيد أن الإتجاه التشريعي السائد قد استقرّ تحت تأثير تغلغل فكرة العدالة الاجتماعية في ثنايا عصرنا، على شيء معقول من التوسعة في مضمون العقد من غير إسراف أو شطط. ومؤدى هذه التوسعة أن يدخل في مضمون العقد إلى جانب الأحكام التي يجيء بها عاقدها وتلك التي يقضي بها القانون في شأنه، ما يعتبر من توابع العقد ومستلزماته^(٣).

(١) ينظر: د. ماجد مجباس حسن: الإلتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانكليزي، دراسة مقارنة،

مصدر سابق، ص ٣٦٣.

(٢) سلام عبدالله الفتلاوي: نطاق العقد، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٦، ص ٦٥.

(٣) المصدر ذاته، ص ٦٥.

و القاضي عندما يضطلع بمهمة تحديد نطاق العقد إنما يقوم بعملية قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة التمييز، إذ يكون لهذه المحكمة نقض حكمه اذا لم يدخل في نطاق العقد ما يعد من مستلزماته أو ادخل فيه ما لا يعد من مستلزماته^(١).

ونعتقد إنّه من الضرورة إعطاء القاضي سلطة إكمال نطاق العقد الذي يشوبه النقص وتحديد ما هو من مستلزماته، أما التخوف من إعطاء القاضي هذه السلطة فلا مبرر له ويشكل جزءاً من بقية المغالاة بمبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي للإرادة وحدها صلاحية تحديد ما ينتجه العقد من إلتزامات، هذا الأمر الذي لم يعد ينسجم مع الواقع الذي أفرز الكثير من الحالات التي لا يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة بسبب الاختلال في التوازن الاقتصادي أو في عنصر المعرفة التقنية، مما أحدث خللاً في التوازن العقدي، وإعطاء القاضي سلطة التأثير على مضمون العقد يمكنه من إعادة التوازن المفقود بين الطرفين، وتأمين قدر معقول من الحماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

ونعتقد أن الخوف من تحكم القاضي مستبعد، لأن المشرع قد وضع المعايير التي بموجبها يتم تحديد الإلتزامات الضمنية في مضمون العقد والتي تستند إلى فكرة طبيعة الإلتزام، ومن ثم فإن جميع الإلتزامات التي يكمل بها نطاق العقد ستكون متوائمة مع طبيعة العقد. أضف إلى ذلك، أن القاضي حينما يكمل مستلزمات العقد سيكون خاضعاً لرقابة محكمة التمييز التي لها نقض حكمه اذا أضاف إلى العقد ما لا يعد من مستلزماته.

ونعتقد أيضاً أن الإلتزامات العقدية الضمنية كي تكون من مستلزمات العقد يجب أن لا تخالف التزاماً صريحاً، وإن لا تخالف إرادة المتعاقدين بأي حال من الأحوال، فإرادة المتعاقدين من شأنها أن تجعل الإلتزام العقدي الضمني بمصاف الإلتزام العقدي الجوهري من حيث الاثر وتعلق عليه مصير

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ١٨٤.

انعقاد وعدم انعقاد، إذ لو اشترط المتعاقدان أن التزاماً تفضيلاً لا ينعقد العقد بدونه صح هذا الشرط وبطل العقد لعدم وجوده^(١)، فالإرادة التي بإمكانها أن تجعل من الالتزام العقدي الضمني شرطاً يعلق عليه انعقاد العقد لا يمكن أن يفرض عليها التزاماً عقدياً من دون رضاها.

ثانياً: تحقيق حسن النية

لم يتولّى المشرع تعريف "حسن النية"، وتعددت تعريفاته في الفقه، فمبدأ حسن النية هو مفهوم واسع ومن ثم لا يتصور وجود فهم كامل وشامل له كون هذا المبدأ يتميز بالمرونة ويتغير مضمونه من زمان إلى زمان ومن مكان إلى آخر، وهذا المفهوم كثيراً ما يختلط مع مفاهيم ونظريات قانونية أخرى كالنظام العام والآداب العامة ونظرية التعسف في استعمال الحق^(٢).

وقد اختلف الفقهاء في مفهوم حسن النية، إذ يرى جانب من الفقه أن مبدأ حسن النية ذو مفهوم موضوعي، وذهبوا إلى أن الحرية التعاقدية من شأنها أن تؤدي إلى مظالم أو حتى استغلال أطراف العقد لبعضهم، ومن ثم يجب اللجوء إلى خارج العقد بغية معالجة التوازن داخل العقد، وفي نطاق هذا التفكير حاول الأستاذ (فوان) اعتبار حسن النية مفهوماً تعديلياً لهذا التوازن، إذ يرى (ان حسن النية يفرض التطبيق الدقيق بكل ضمير بقصد الحماية لكل من الطرفين، كما يفرض حسن النية إخضاع العقد لمبدأ الانصاف الجماعي)، وحاول بعض من انصار هذا الاتجاه إلحاق مبدأ حسن النية بمفهوم النظام العام أو المصلحة العامة، ومن ثم يرون أن له مفهوماً موضوعياً لا نفسياً^(٣).

(١) ينظر: نص المادة (٢/٨٦) التي نصّت على أنّه (...) واحتفظ بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً ان العقد يكون غير منعقد عند الاتفاق على هذه المسائل...).

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري: مصدر سابق، ص ١٠٧.

(٣) - ينظر في عرض هذا الاتجاه د. عبد المنعم موسى ابراهيم: حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦، ٨٩ وما بعدها.

ويذهب الإتجاه الغالب من الفقه إلى أن مبدأ حسن النية هو مبدأ ذا مفهوماً ذاتياً، إذ أن قوامه إرادة الأطراف حسب المقصد المشترك لهم، ويرتبط مبدأ حسن النية بالمقصد المشترك للأطراف بشكل لا يقبل الانفكاك، ومن ثم يتعذر على المحكمة ادخال اثر أو بند غير متوقع بحجة مراعاة مبدأ حسن النية^(١)

ويرى البعض أن في الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي إن المشرع اعتنق معياراً ذاتياً في تنفيذ العقد مقتضاه أن يكون التنفيذ متفقاً مع ما يوجبه حسن النية، مما يستلزم الرجوع إلى السلوك الشخصي للمدين وقصده الحقيقي لمعرفة ما اذا كان قد اتبع مبدأ حسن النية ام لا، الأمر الذي يختلف من مدين لآخر ويتنوع حسب طبيعة العقود^(٢).

وفيما يخص آثار حسن النية على الالتزام العقدي الضمني، فإن العقد يعتبر كقانون بالنسبة للمتعاقدین متى نشأ صحيحاً لا يستطيع أي منهما أن يتصل مما التزم به، ولا أن يغير أو يبذل في أحكام العقد بإرادته المنفردة طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أما بالنسبة للقاضي لا يستطيع كمبدأ أن يعدل أو يغير ما اتفق عليه المتعاقدان، إلا أن المشرع سمح للقاضي بالتدخل لتعديل العقد في الظروف الخاصة كإعادة التوازن نتيجة ظرف طارئ حدث بعد تكوين العقد وفقاً لنظرية الظروف الطارئة كما يتدخل لتعديل الشرط الجزائي، وكذا إعطاء مهلة للمدين، وكذلك يتدخل القاضي في تحديد ما هو من مستلزمات العقد^(٣).

من هنا، حاول المشرع العراقي أن يوفق بين المعيارين الشخصي والموضوعي، ففي الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي اعتنق المشرع معياراً ذاتياً في تنفيذ العقد مقتضاه أن يكون

(١) - د. عبد الرزاق السنهوري: مصدر سابق، ص ٧٠٠، د. عبد المنعم موسى ابراهيم: المصدر السابق، ص ٧٠٠، د.

حسين عبد القادر معروف، د. ماجد مجباس حسن: اثر العنصر النفسي في تنفيذ العقد، دراسة مقارنة في القانونين العراقي والانكليزي، بحث منشور في مؤتمر كلية القانون/ جامعة البصرة الرابع، ٢٠١٨، ص ٢٠٩ وما بعدها

(٢) سلام عبدالله الفتلاوي: نطاق العقد، مصدر سابق، ص ٧٨.

(٣) عصمت عبد المجيد بكر: اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٨، ص ٩٧.

التنفيذ متفقاً مع ما يوجبه حسن النية، مما يستلزم الرجوع إلى السلوك الشخصي للمدين وقصده الحقيقي لمعرفة ما اذا كان قد اتبع مبدأ حسن النية ام لا، وهو الأمر الذي يختلف من مدين لآخر ويتنوع حسب طبيعة العقود^(١)، الا أن الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) تدارك هذا الأمر، وقيد المعيار الذاتي في تنفيذ العقد بمجموعة من الضوابط الموضوعية في تحديد نطاق العقد لتحقيق التوازن بين المعيارين الشخصي والموضوعي، وذلك عندما نصّت على عدم اقتصار العقد على ما ورد فيه بل بانصرافه أيضاً إلى ما هو من مستلزماته على وفق القانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، لذا فإن نص المادة (١٥٠) مدني عراقي قد أوجد توازناً معتدلاً بين النزعتين الشخصية والموضوعية في الالتزام، إذ جعل مناط تنفيذ العقد مرتبطاً بمعيار ذاتي يستوجب حسن النية، ثم اقام تحديد نطاق العقد على معايير موضوعية تحد من النزعة الشخصية وتمنع من تحكم القاضي^(٢).

وقد أخذ القضاء العراقي في العديد من أحكامه بالزام المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، لان الأصل أن يكون العقد ملزم للطرفين ولا يجوز لأحد العاقدین الرجوع عنه أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي، من ذلك حكم محكمة تمييز العراق الاتحادية والذي جاء فيه على إنّه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى النظر في الحكم المميز وجد إنّه صحيح وموافق للقانون للأسباب والحيثيات التي أستند عليها حيث أجرت المحكمة تحقيقاتها القضائية واستمعت إلى أقوال دفاع الطرفين وأبرز كل منهما ما لديه من مستندات وتبين للمحكمة من خلال المعطيات التي توفرت لديها في الدعوى أن المدعى عليه لم يقم بتنفيذ العقد موضوع الدعوى طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه

(١) د. نزيه محمد الصادق المهدي: النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، دون مكان نشر، ٢٠٠٤، ص ٢٣٢ ومابعدها.

(٢) د. عبدالمجيد عبدالحكيم: عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ١٧١.

حسن النية وفقاً لما تقضي به أحكام المادة (١٥٠) من القانون المدني، وبما أن المتعاقد يجبر على تنفيذ إلتزاماته وفق ما تقضي به أحكام المادة (١٤٥) من القانون المدني، ولما كان العقد ملزم للطرفين، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي وفق ما تقضي به أحكام المادة (١٤٦) من القانون المدني سالف، الذكر يكون الحكم المميز لكل ما تقدم وللأسباب والحيثيات الواردة فيه صحيحاً قرر تصديقه ورد لائحة الطعن التمييزي، وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١٣/ربيع الأول/١٤٢٩ هـ الموافق ٢٠/٣/٢٠٠٨ م.^(١)

والإلتزام بالشروط الضمنية للعقد يستند في الأساس إلى تنفيذ العقد بحسن النية، أو هو من آثار حسن النية في التنفيذ، بمعنى أن يقوم المتعاقدان بالإلتزام بالشروط الصريحة والضمنية في العقد بما يحقق العدالة.

الفرع الثاني

شروط تحقق الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي

لا يمكن إكمال الإلتزامات العقدية الضمنية في القانون الإنجليزي، إلا اذا كانت منصفة ومعقولة، وكان من شأنها أن تعطي للعقد أثراً فعالاً، وأن لا يتعارض الإلتزام العقدي الضمني مع أية التزاماً صريحاً، وهذه تقريبا مجمل شروط تحقق الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي، وهذا ما سنُبين تفاصيله في الفقرات الآتية:

(١) محكمة التمييز الاتحادية. رقم الحكم/256: تنفيذ عقد 2008/ تاريخ اصدار الحكم 20/3/2008 : جهة الاصدار: قرار غير منشور.

أولاً: أن يكون الالتزام العقدي الضمني منصفاً ومعقولاً

الالتزام العقدي الضمني المنصف والمعقول في القانون الإنجليزي يعتمد على معيارين رئيسيين هما: - الإنصاف والمعقولة، ويستند إلى قواعد العدالة والأعراف، ويهدف إلى تحقيق توازن في العلاقة التعاقدية بين الأطراف بما يحقق الغرض الأساسي من العقد بطريقة عادلة ومعقولة، بمعنى إنه يجب أن تكون الالتزامات ضمن حدود ما يُعتبر مقبولاً في الظروف المحيطة بالتعاقد. على سبيل المثال، إذا كان العقد يتطلب تسليم بضاعة في وقت محدد، يُفترض أن يكون هناك التزام ضمني بتسليم البضاعة بطريقة معقولة وفي حالة سليمة^(١).

والمحاكم الإنجليزية تفرض إلتزامات أخرى غير الإلتزامات المتفق عليها بين المتعاقدين، وذلك بحكم الواقع أو العرف أو القانون، وتستند هذه الإلتزامات إلى النية المفترضة للأطراف، ولا يمكن أعمالها الا بتوافر شروط معينة أولها يجب أن تكون منصفة ومعقولة^(٢)، وقد تسنى للمحاكم الإنجليزية أن تطبق هذا الشرط في مناسبات عديدة من ذلك قضية *Liverpool City Council v. Irwin, 1997 A C239*، والتي تتلخص وقائعها في أن بلدية مدينة ليفربول كانت تمتلك مجمعاً من ١٥ طابقاً وتشمل على ٧٠ وحدة اقامة، قام المستأجرون باستئجار واحدة من هذه الوحدات في الطابقين التاسع والعاشر، وعمد المستأجرون الى حبس الأجرة ولم يدفعوا لإحتجاجهم على حالة المبنى، طالب الملاك باستعادة حياة المبنى وقدم المستأجرون طلباً مقابلاً بالتعويض. قضت المحكمة بأن هناك بنداً ضمنياً يفرض التزاماً على الملاك بحق المستأجرون في استخدام الأجزاء المشتركة مثل السلالم والمصاعد، ويكون معيار هذا

(١) د. وليد خالد عطية، د. علي حسين منهل: تفسير شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية دراسة في القانون الانجليزي، ط١، منشورات الحلبي، ٢٠١٦، ص ٣١.

(٢) - زينب عبد الكاظم حسن: التنفيذ الجزئي للالتزام العقدي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، ٢٠٢٤، ص ٤٤-٤٥.

الالتزام المفروض على الملاك هو أن يبذل الملاك الرعاية المعقولة للحفاظ على طرق الدخول في حالة استخدام وصيانة معقولة^(١)

وتوسعت المحاكم الإنجليزية في الحالات التي يفترض معها وجود شرط ضمني بالعقد بما يضمن الانصاف للمتعاقدين، ففي عقود البيع كان اشتراط ملكية البائع للمبيع من الشروط الصريحة، ولا يفترض وجوده ضمناً، إلا إنه ومنذ سنة ١٧٠٠ بدأ القضاء الإنجليزي يتحول تدريجياً عن هذا المفهوم، وأصبحت ملكية البائع للمبيع من الشروط الضمنية^(٢).

واشتراط أن يكون الالتزام العقدي الضمني منصفاً ومعقولاً هو لضمان أن تتصرف الأطراف بطريقة منصفة ومعقولة، حتى عندما لا يتم النص على جميع التفاصيل في العقد، ويعتمد هذا النوع من الالتزام على العرف، وطبيعة العلاقة التعاقدية، ويهدف إلى تحقيق العدالة والتوازن بين المصالح المختلفة لأطراف العقد.

ثانياً: ان تكون ضرورية لإعطاء العقد أثراً فعالاً

الالتزام الضمني يُعتبر ضرورياً عندما يكون تحقيق غرض العقد غير ممكن دون وجوده، بمعنى آخر، إذا كان غرض العقد أو تنفيذه يتطلب من أحد الأطراف القيام بفعل معين أو تحمل مسؤولية معينة رغم عدم ذكرها صراحةً، فأن الالتزام الضمني يصبح ضرورياً^(٣)، وتكون الالتزامات العقدية الضمنية

(١) - ينظر تفاصيل السابقة لدى د. حاتم محمد عبد الرحمن: مصدر سابق، ص ٩٠١.

(٢) **مشار إليه لدى:** مصطفى عبد الحميد عدوي: مفهوم مضمون الشرط في القانون الإنجلو أمريكي، مصدر سابق، ص ١٦٦.

(٣) د. مجيد حميد العنبيكي: مبادئ العقد في القانون الانجليزي ، مصدر سابق، ١٢٠.

ضرورية لإعطاء العقد أثراً فعالاً عندما يؤدي هذا الالتزام إلى تحقيق الأثار التي يفترض أن أطراف العقد قصدوا تحقيقها، وعليه لا يمكن إضافة أية التزام ضمني متى كان العقد نافذاً ومرتباً لأثاره بدونه^(١).

وتم اعتماد هذا الشرط بعد ان حدث تقدماً في الفقه والقضاء الإنجليزي اعتباراً من عام ١٨٦٣، حيث قامت المحاكم الإنجليزية باستخدام آلية الشروط الضمنية للتخفيف من صرامة قاعدة الالتزام أو العقد المطلق، وكانت البداية هي قضية Taylor ضد Caldwell . فحدث أن أبرم (أ) عقداً مع (ب) لاستعمال الثاني صالة للموسيقى لإقامة عدة حفلات في أيام محددة، مع استخدام الصالة والحديقة الملاصقة للتدريب مقابل مائة جنيه عن اليوم الواحد، وحدث قبل التنفيذ بستة أيام أن احترقت الصالة وانهارت قبل اكتمالها نتيجة ترك أحد العمال لموقد مشتعل فوق سطحها الخشبي، وترتب على ذلك استحالة إقامة الحفلات الغنائية المتفق عليها، أي استحالة تنفيذ العقد، فطالب (ب) بالتعويض على أساس اخلال (أ) بالاتفاق، وقضى القاضي بلاكبرن Blak bourne بانفساخ العقد وقال:- أن الاستحالة تعتبر عذراً مشروعاً إذا كان العقد من العقود التي يتوقف تنفيذها على وجود واستمرار بقاء شخص معين أو شيء معين، وإنه يتعين على طرفي العقد التأكد من أن استمرار هذا الوجود هو أساس الصفقة، ومن ثم لا يجب أن ينعت هذا العقد بأنه من العقود المطلقة . وأضاف اللورد بلاكبرن إنه في هذه الحالة يكون هناك شرطاً ضمنياً مؤداه إعفاء من العقد في الحالة التي يصبح فيها الوفاء مستحيلاً نظراً لهلاك الشيء دون خطأ أو تقصير من أيهما.^(٢)

(١) - زينب عبد الكاظم حسن: مصدر سابق، ص ٤٥.

(2) The case of Taylor v. Caldwell involved a contract between (A) and (B), in which (B) agreed to use a music hall to hold several concerts on specific dates, along with access to the adjacent garden for rehearsals, in exchange for £100 per day. However, six days before the scheduled performance, the hall was destroyed by fire and collapsed due to a worker leaving a lit stove on its wooden roof. As a result, it became impossible to hold the agreed-upon concerts, making the performance of the contract impossible. (B) sued for damages,

وقد قيل في افتراض وجود هذا الشرط ضمناً " أن المحكمة تقتض شرطاً معيناً وتقوم بعمل ما كان يقصده الطرفان. وهو ما يعرف بالنية المفترضة أي أن المحكمة تقتض أن الطرفين كانا سيتفقان على أمر أو حل معين أن تمثل في ذهنيهما هذا الموقف^(١).

وأيضاً فإن هناك شرطاً ضمناً في عقود البيع يقضى بأن البضاعة التي بيعت يفترض أن تكون صالحة للغرض الذي اشترت من أجله، ومع ذلك وفي قضية Parinson ضد Lee سنة ١٨٠٢ قضى بأنه ليس هناك شرط ضمني يقضى بصلاحية الشيء - في حالة البيع بالعينة، وعلى المشتري أن يكون حذراً وقت إبرام العقد، وأن وجود شرط سلامة المبيع وقت البيع هو أمر ضروري لإعطاء العقد فعاليته لتحقيق غاية البيع^(٢).

وكذلك ما ذكره اللورد سكرتون سنة ١٩١٨ في قضية Reigate v Union Manufacturing Co [1918] 1 KB 592, at 605 إنه لا يمكن لنا افتراض وجود شرط ضمني في العقد إلا إذا كان

claiming that (A) had breached the agreement. Judge Blackburn ruled that the contract was frustrated and stated that impossibility serves as a valid excuse if the contract depends on the existence and continued availability of a specific person or thing. He emphasized that both parties must recognize that the continued existence of the subject matter is fundamental to the contract. Therefore, such a contract should not be considered an absolute contract. Lord Blackburn further explained that in such cases, there is an implied term that exempts both parties from their contractual obligations when performance becomes impossible due to the destruction of the subject matter, without fault or negligence from either party. ANDREW ROBERTSON and JEANNIE PATERSON ، CONTRACT CASES and MATERIALS ، Thomson Reuters ، op.cit. p.580.S

(١) مصطفى عبد الحميد عدوي: مفهوم مضمون الشرط في القانون الإنجلو أمريكي، مصدر سابق، ص ١٦٧.

(٢) أشار إليه: د. وليد خالد عطية، د. علي حسين منهل: مصدر سابق، ص ٣٥.

ذلك ضرورياً لاعتبارات عملية لإعطاء العقد الفاعلية اللازمة^(١)، وفي ذلك ذكر سكرتون (١٩١٨) بأنه: -) لا يجوز أن يفترض وجود شرط ضمني الا اذا كان ضرورياً لاعتبارات عملية إعطاء فاعلية للعقد^(٢)

ثالثاً: يجب أن لا يتعارض مع اي شرط صريح في العقد

من القواعد الأساسية في القانون الإنجليزي هو عند تحديد الشروط الضمنية في العقد لا يمكن إدراج أي شرط ضمناً إذا كان يتعارض مع شرط صريح، إلى حد إنه قد يكون من المناسب في بعض الحالات إعادة النظر في تفسير الشروط الصريحة للعقد، حتى لو كان إدراج الشرط الضمني صحيحاً، فإنه لا يغير حقيقة أن الشروط الصريحة للعقد يجب تفسيرها قبل أن يتمكن القاضي من النظر في أي مسألة تنطوي على أي شأن^(٣).

فالبنود الضمنية لا يمكن أن يتعارض مع بند صريح ومن ثم يمكن أن تستبعد البنود الضمنية بنص صريح في العقد وهذا ما قرره الفقرة (١) من المادة (٥٥) من قانون بيع البضائع الإنجليزي عندما ينشأ حق أو واجب أو مسؤولية في ظل عقد بيع للبضائع بتقدير من القانون فيمكن أن يتم نفي هذا البند أو تحويره باتفاق المتعاقدين الصريح أو مسار المعاملة أو من خلال عادة تربط طرفي العقد^(٤)،

(١) Likewise, Lord Scruton stated in 1918 in Reigate v Union Manufacturing Co [1918] 1 KB 592, at 605 that we cannot assume the existence of an implied term in a contract unless it is necessary for practical considerations to give the contract the necessary effect. ANDREW ROBERTSON AND JEANNIE PATERSON , CONTRACT CASES and MATERIALS , op.cit.,p.149.

(2) Said Scrutton L.J 1918(if it is necessary in the business sense to give efficacy to the contract).see G.C. Cheshire and others, op, cit, p163.

(٣) مصطفى عبد الحميد عدوي: مفهوم مضمون الشرط في القانون الإنجلو امريكي، مصدر سابق، ص ١٧٢.

(4) The Article(55\1)of Sale of goods 1979 ACT states(Where a right, duty or liability would arise under a contract of sale of goods by implication of law, it may subject to the M2Unfair Contract Terms Act 1977) be negatived or varied by express agreement, or by

ويعنى هذا أن الأصل في النصوص التشريعية المقررة للبند الضمنية في القانون الإنجليزي أنها نصوص مكملّة (وفقاً لمفهوم هذا الاصطلاح في قوانين المدرسة اللاتينية Civil law system) إلا أن هناك نصوصاً تمنع أو تقيد من استبعاد البند الضمنية في كثير من القوانين خاصة إذا كانت تتعلق بحماية المستهلكين، ومن هذه القوانين التي تتضمن مثل هذه النصوص قانون البند العقدية غير العادلة لسنة ١٩٧٧ وقانون توريد البضائع والخدمات لسنة ١٩٨٢، أي إنّه أحياناً ما تكون النصوص التشريعية المقررة لبند عقدية ضمنية نصوصاً أمرة ويلاحظ أن اصطلاح القواعد الآمرة والمكملّة لا يعرفه القانون الإنجليزي، وإن كان يعرف اصطلاحاً مقابلاً للقواعد الآمرة هو قواعد السياسة العامة (Public policy)^(١).

نستنتج مما سبق أن الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي يتحقق وفقاً لما يقرره القاضي شرط أن يكون معقولاً ومنصفاً وأن يكون ذو أثراً فعالاً في العقد، وأن لا يتناقض مع أي التزام صريح، إلا إذا كان البند الضمنية مقرره بموجب قواعد السياسة العامة.

المبحث الثاني

مصادر الإلتزام العقدي الضمني

إن الإلتزامات العقدية الضمنية يتم استخلاصها من العلاقة التعاقدية بما يحقق التوازن بين أطرافه ويحفظ مبدأ العدالة التعاقدية، ويستند هذا الإلتزام في الواقع إلى استنتاج مؤداه؛ أن نية الطرفين قد اتجهت إلى مدى الإلتزام الضمني لعقدهما واعتباره جزءاً منه، وهذا الإلتزام الضمني يُستنتج من العرف المحلي أو الخاص أو حتى من العرف العام، بشرط أن يكون ذلك العرف معيناً ومعقولاً وشائعاً ولا يعارض أي نص

the course of dealing between the parties، or by such usage as binds both parties to the contract.)

(١) حاتم محمد عبدالرحمن: مصدر سابق، ص ٩٠٢.

تشريعي أو بند صريح في العقد، وتختلف مصادر هذه الإلتزام وتتنوع في القانون العراقي والإنجليزي، إذ ممكن تأتي الإلتزامات العقدية الضمنية مستندة إلى مصادر تشريعية، أو قد تكون مستندة إلى مصادر غير تشريعية، وسواء كان ذلك في القانون العراقي أو في القانون الإنجليزي، لذا سُبَيِّنُ في هذا المبحث مصادر الإلتزام الضمني في القانون العراقي والإنجليزي، وذلك في مطلبين نُحَصِّصُ أولهما لمصادر الإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي، ونفرد الثاني لمصادر الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي.

المطلب الأول

مصادر الإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي

إذا كانت القاعدة العامة أن أطراف العقد هم الذين يحددون مضمون عقدهم، وأن القاضي لا يستطيع أن ينشئ مضمونا جديداً للعقد، إلا إنه أحياناً من الناحية العملية تحصل مشكلة ناشئة عن عدم تحديد الأطراف بدقة لمضمون العقد من خلال بنود صريحة، لذلك يتم اللجوء إلى تحديد مضمون العقد من خلال استنباط النية الحقيقية للمتعاقدين بواسطة ما يسمى الشروط الضمنية، وهذه الشروط يمكن استنتاجها طبقاً لما جاءت به المادة (٢/٨٦)^(١) والمادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي بواسطة القانون أو العرف أو العدالة وبحسب طبيعة الإلتزام، لذا ومن أجل بيان مصادر الإلتزام العقد الضمني في القانون العراقي سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نُبَيِّنُ في الفرع الأول مصادر الإلتزام العقدي الضمني التشريعية، وفي الفرع الثاني نُبَيِّنُ مصادر الإلتزام العقدي الضمني غير التشريعية.

(١) ينظر نص المادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي على أنه (وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظاً بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة)، وينظر نص المادة (٢/١٥٠) التي نصّت على أنه (لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام).

الفرع الأول

المصادر التشريعية للالتزام العقدي الضمني

يقصد بالالتزام العقدي الضمني التشريعي تلك الالتزامات التي تعتبر مكملة للعقد بموجب القانون المكتوب والمبادئ العامة للقانون أو قواعد الشريعة العامة، وكذلك القواعد القانونية المفسرة أو المكملة الواردة في مواد متعددة سواء في نظرية العقد أو في العقود المسماة، والأساس القانوني لهذا الالتزام في القانون العراقي هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

والإلتزام العقدي الضمني التشريعي أما يكون وفق قواعد قانونية مفسرة أو مكملة^(١)، أو وفق قواعد قانونية أمرة^(٢)، فالإلتزام التشريعي وفق القواعد المفسرة أو التكميلية يسعى المشرع من وراء وضعه إلى تحقيق هدفين أساسيين:- أولهما تفعيل العقد وذلك بإكمال اتفاق طرفين كلما كان ذلك ضرورياً وجائزاً، وثانيهما حماية المتعاقدين في مواجهة بعضهما بعضاً كانت درجة عدم التبصر أو عدم الدراية بالمسائل القانونية^(٣).

(١) القواعد القانونية المفسرة أو المكملة: تعرف بأنها تلك التي يجوز للمخاطبين بأحكامها الاتفاق على مخالفتها حيث إن سلطان الإرادة كامل إزاء هذا النوع من القواعد القانونية. ينظر: حميد بن شنيقي، مدخل للقانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، مطبعة حسناوي، ط٣، ٢٠١٤، ص ١٢٠.

(٢) القواعد القانونية الأمرة: هي تلك القواعد التي لا يجوز للمخاطبين بأحكامها الاتفاق على مخالفتها، فسلطان إرادة الأفراد معدوم تجاه هذا النوع من القواعد القانونية فلا يملك الأفراد سوى الخضوع لها باعتبار أن إرادتهم مقيدة كلياً ولا يستطيعون الخروج عن أحكامها. ينظر: مصطفى محمد الجمال: تجديد النظرية العامة للقانون، الجزء ١، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٤٨.

(٣) عاشور فطيمة: تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، ٢٠٠٤، ص ٢٣.

وتصبح الأحكام التي جاءت ضمن هذه القواعد إذا ما تم استكمال العقد وتحديد نطاقه بها جزءاً منه، وهذا ما يفسّر أن ليس لها أثر رجعي ينسحب على العقود التي أبرمت قبل صدورها، لأنّ هذه العقود وجدت في وقت كانت أحكام أخرى تفسر وتكمل إرادة المتعاقدين^(١).

وأن عدم الاتفاق صراحةً على بعض المسائل في العقد يراد به ضمناً إن المتعاقدين قد اتفقا على إحالة أمر هذه الالتزامات إلى القواعد القانونية المكملّة أو المفسرة^(٢).

أما الالتزام الضمني التشريعي وفق القواعد القانونية الآمرة، فإن تدخل " القانون " في هذه الحالة الغرض منه أثراً و توسيع المضمون العقدي، ليس فرض احترام القانون بحدّ ذاته^(٣)، وإنّ الفقه العراقي يرى أن الالتزام الضمني التشريعي يكون وفق القواعد المفسرة أو المكملّة لا الآمرة^(٤)، ويرى جانب فقهي إن المراد بالنص الوارد في الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي هي النصوص المكملّة والمفسرة لا النصوص الآمرة لأنها هي التي تحدد نطاق العقد وتكشف عن إرادة الطرفين. فإذا لم ينص المتعاقدان مثلاً على نفقات تسليم المبيع ومكان دفع الثمن تولى القانون بيان ذلك^(٥).

ويرى جانب من الفقه العراقي^(٦) بأن القانون يتضمن نصوصاً أو قواعد آمرة لا يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها ولكن بالمقابل أيضاً فإنه يتضمن نصوصاً مكملّة أو مفسرة يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها. وينص القانون في كل عقد على أمور جوهرية يجب الاتفاق عليها لينعقد العقد

(١) عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٦٢٠.

(٢) منذر الفضل: الوسيط في شرح القانون المدني، ط ١، نارس للطبع والتوزيع، اربيل، ٢٠٠٦، ص ٢١٢.

(٣) محمد الجمال: مصدر سابق، ص ١٥٣.

(٤) د. عبدالمجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري، و د. محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٧٧.

(٥) د. عصمت عبدالمجيد بكر: مصادر الالتزام، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٢٠، ص ٣٣٧.

(٦) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، منشورات جامعة جيهان الخاصة، ٢٠١١، ص ٤١٤.

صحيحاً كأركان العقد، وعلى أمور ثانوية تفصيلية ليست بأهمية الأمور الجوهرية نفسها. فإذا لم يتفق المتعاقدان على الأمور الثانوية أو التفصيلية بالنص عليها في العقد، يبرز دور النصوص القانونية المكملّة أو المفسرة في تكميل إرادة الطرفين وتحديد نطاق العقد وإبراز إرادتهما لعدم اتفاقهما على الأمور التفصيلية^(١).

ونعتقد من جانبنا ضرورة التمييز ما بين القواعد الأمرة والمكملّة والتفسيرية والسماح بأن تكون الثانية مصدر للالتزام العقدي الضمني دون الأولى، لأنّ القول بخلاف ذلك يؤدي إلى مصادرة إرادة المتعاقدين واحلال إرادة المشرع بدلاً عنهما، وهذا أمر يتنافى مع مبدأ سلطان الإرادة ومع القوة الملزمة للعقد، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولعلّ في المادة (١٥٠/١)^(٢) ذاتها ما يؤكد ضرورة الالتزام بإرادة المتعاقدين وعدم الحيد عنها في الالتزامات العقدية الصريحة، أن ايراد عبارة (طبقاً لما اشتمل عليه) تتصرف إلى الالتزامات التي حددت من قبل المتعاقدين في العقد بشكل صريح ولا تتصرف إلى الالتزامات الضمنية، وهو ما أكدّه صدر الفقرة (٢) من المادة ذاتها بإيراد عبارة (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه)، اذ تتصرف عبارة ما ورد فيه إلى الالتزامات الصريحة دون الضمنية، والمفهوم المخالف أن الضمنية هي التي لم ترد فيه، وإنما حددت بموجب مصادر الالتزام العقدي الضمني المتعددة، وعليه فالقواعد الأمرة لا يمكن أن تحدد الالتزامات العقدية الضمنية، والنص الأمر في الفقرة (١) من المادة (١٥٠) أعلاه يؤكد ضرورة الالتزام بإرادة المتعاقدين واحترامها لدى تنفيذ الالتزامات الصريحة.

(١) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد المجيد عبدالحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص ١٦٠.

(٢) أذ نصّت على أنّه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

وفي ذلك يرى جانب من الفقه العراقي^(١) بأن الإرادة هي المصدر الذي يرتب الاثر على التصرفات القانونية بما لها من سلطان ذاتي، ولا يكون للقانون دور سوى احتضان وإقرار ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، ومن ثم يجب أن تحدد هذه الآثار بالرجوع إلى الإرادة التي بدورها تحدد نطاق العقد، ثم تنفيذه في حدود هذا النطاق، ولا يمكن أن يلتزم هذا النطاق على التزامات لم تتصرف إليها إرادة المتعاقدين، فذلك يعني خروج على الإرادة نفسها، كما يعني فرض التزامات لم تتجه إرادة المتعاقدين صوبها، وهذا يتنافى مع استقلال الإرادة، إذ يؤدي إلى إلزام شخص دون إرادته، وحقيقة مبدأ سلطان الإرادة هو أن الشخص لا يلتزم، إلا إذا أراد أن يلتزم وبالقدر الذي أراد أن يلتزم به.

ومثال على الالتزام الضمني وفق القواعد المكملّة أو المفسرة هو المادة (٥٤١) التي تتأولت مكان تسليم المبيع والتي نصّت على إنّه: (١- مطلق العقد يقتضي بتسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده عد مكانه محل إقامة البائع. ٢- أما إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين لزمه تسليمه في المحل المذكور).

فالأصل أنه إذا اشترط المتعاقدان في العقد تسليم المبيع في محل معين فإنه يجب الالتزام بهذا المحل. أما إذا لم يتفق المتعاقدان في العقد على تعيين مكان التسليم فأن مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي يكون موجوداً فيه وقت التعاقد، وإذا كان المبيع منقولاً ولم يتعين محل وجوده فالنص يعد مكانه في محل إقامة البائع^(٢).

(١) ينظر: د. حسين عبدالقادر معروف: النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني -دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩، ص ١٤٠. وما بعدها، وينظر بالمعنى ذاته: د. جليل الساعدي: الإرادة الباطنة-دراسة في القانون المدني، مكتب نور العين للطباعة، بغداد، ٢٠١١، ص ١٠. وأيضاً: د. حسين عبدالقادر معروف، ود. ماجد مجباس حسن، العنصر النفسي في تنفيذ العقد، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٢) د. جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاوله، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٩٥.

ويتبين من هذا النص بآئنه في حالة عدم اتفاق المتعاقدين في العقد على تحديد مكان تسليم المبيع فعندئذ ينبغي التسليم في مكان وجود المبيع.

وأيضاً في عقد البيع يلتزم البائع بتسليم جميع توابع المبيع والأشياء التي لا تقبل الانفكاك عنه وإن لم تذكر في العقد، إذ تتدخل إرادة المشرع هنا لإكمال إرادة المتعاقدين، وهذا ما أشارت له المادة (٥٣٧) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه يدخل في المبيع من غير ذكر: أ- ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظراً إلى الغرض من الشراء، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تباعها الرضيع ب توابع المبيع المستقرة، فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدودها والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار، وإذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المغروسة على سبيل الاستقرار. ج- كل ما يجري العرف على إنه من مشتملات المبيع، وعليه فإن الالتزام بتسليم التوابع والأجزاء التي لا تقبل الانفكاك ما هي الا إلتزامات عقدية ضمنية حددت تحديداً تشريعاً^(١).

إذن، الالتزام بتسليم هذه الأشياء لم ينشأ من اتفاق صريح بين الطرفين، وإنما فرضه القانون أو العرف كتكملة لإرادة المتعاقدين، وهذا هو جوهر الالتزام العقدي الضمني وهو التزام غير منصوص عليه صراحة في العقد، لكن يُفترض وجوده بحكم القانون أو العرف أو طبيعة الشيء المبيع.

ومن الامثلة على القواعد القانونية الآمرة هو لا يمكن للعامل التنازل عن حقوقه الأساسية التي يضمنها القانون مثل الحد الأدنى للأجور وساعات العمل وظروف السلامة، فالإلتزام الضمني التشريعي يمتد ليشمل الشروط التي لا تظهر صراحةً في العقد ومع ذلك تعتبر جزءاً منه بموجب القواعد القانونية

(١) د. ماجد مجباس حسن: الإلتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانكليزي دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٣٦٩.

(المكاملة والآمرة)، وعلى سبيل المثال فإن العامل يلتزم ضمناً بأداء العمل بمهارة، وإنَّ يعمل في خدمة رب العمل بأمانة، والا يعمل ضد مصالحه وهو ما جاءت به المادة (٩٠٩)^(١).

وعليه فإن الصور سالفة الذكر، وغيرها ماهي الا إلتزامات عقدية ضمنية حددت تحديداً تشريعياً.

الفرع الثاني

المصادر غير التشريعية للإلتزام الضمني

تنقسم مصادر الإلتزام العقدي الضمني غير التشريعي إلى أقسام. وهي العرف والعدالة وطبيعة الإلتزام وسنبيِّن كل منها على انفراد وعلى النحو الآتي:

أولاً: الإلتزام الضمني بموجب العرف:

هي الإلتزامات الناشئة عن البنود الضمنية العرفية، ويعمل بها حتى لو لم تكن مذكورة في العقد، شرط أن لا تتعارض مع البنود الصريحة، ففي هذه الحالة يتم إعمال البنود الصريحة لا البنود الضمنية العرفية^(٢).

ويؤدي العرف دورين أساسيين في نطاق القانون المدني الدور الأصلي للعرف والمتمثل بسد النقص الحاصل في التشريع ونصّت عليه الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني العراقي (.. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ..) والدور الثانوي المتمثل بتنظيم مسألة

(١) تنص المادة (٩٠٩): من القانون المدني العراقي على (١ - يجب على العامل: أ - ان يؤدي العمل بنفسه ويبدل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد. ب - ان يراعى مقتضيات اللياقة والآداب. ج - أن ياتمر بأوامر رب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه اذا لم يكن في هذه الاوامر ما يخالف العقد أو القانون أو الآداب، ولم يكن في اطاعتها، ما يعرضه للخطر. د - أن يحرص على حفظ الاشياء المسلمة اليه لتأدية عمله وهو امين عليها، فلا يضمن الا بتعديله. هـ - أن يحتفظ بأسرار رب العمل الصناعية والتجارية، حتى بعد انقضاء العقد. ٢ - والعامل مسؤول عن كل مخالفة لأحكام هذه المادة).

(٢) فتحي عبدالرحيم عبد الله: العناصر المكونة للعقد كمصدر للإلتزام- في القانون المصري والانجليزي المقارن، مطبعة كرمور، الاسكندرية، ١٩٧٩، ص ١٨٦.

معينة^(١) أو ضبط معيار مرن^(٢)، ويسهم العرف في تحديد مضمون العقد بما يجري من فرض إلتزامات معينة في بعض العقود فيلتزم بها الطرفان ولو لم يصرحا بها في العقد، ففي عقد الأيجار أشار المشرع العراقي إلى ضرورة الاستناد إلى هذا المعيار في تحديد التزام المستأجر، على وفق ما جاءت به المادة (٧٦٣) من القانون المدني العراقي (٢- ... وعلى المستأجر إجراء الترميمات الطفيفة التي يقضي بها العرف) ويترتب على اغفال تنفيذ الإلتزام وفقاً لهذا المعيار، ترتب المسؤولية العقدية، وقد ورد ذلك صراحةً في المادة (٧٦٤) منه والتي نصّت على أنّه : (١- المأجور أمانة في يد المستأجر -٢ واستعمال المستأجر على خلاف المعتاد تعد، فيضمن الضرر المتوّلد عنه).

فالعرف قد يتدخل لتحديد نطاق العقد وبيان ما يعد من مستلزماته ولعلّ أوضح مثال على ذلك هي النسبة المئوية التي تضاف على قائمة الطعام أو الإقامة في المطاعم والفنادق عن الخدمات المقدمة^(٣). والعرف ينزل منزلة القانون في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري، وكما للعرف دور في تفسير العقد يكون له دور كبير في تحديد نطاقه، فتضاف إلى العقد الشروط التي جرى العرف على ادراجها فيه، ذلك أن هناك عقوداً أصبح من المألوف فيها أن تحتوي على عبارات معينة، لدرجة أصبح تكرار هذه العبارات غير ذي فائدة، وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة المتعاقدين الآخر بتنفيذ هذه الشروط، وأن لم تذكر في العقد، بوصفها أصبحت عرفاً خاصاً لهذا العقد^(٤).

(١) على سبيل المثال تنص المادة (٢/٥٥٨) من القانون المدني العراقي على أنّه (والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، ويكون قديماً اذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم).

(٢) على سبيل المثال ما نصّت عليه المادة (٥٣٧) من القانون المدني العراقي (يدخل في البيع من غير ذكر:....ج- كل ما يجري العرف على أنّه من مشتملات المبيع).

(٣) محمد حسين منصور : مصادر الإلتزام، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٢٨٧.

(٤) د. عبدالرزاق السنهوري: مصدر سابق، ص ٢٢.

ولكن السؤال الذي يطرح هنا من هي الجهة التي تحدد العرف الذي من شأنه أن يكون جزء لا يتجزأ من العقد، وإن لم ينص عليه صراحةً من قبل المتعاقدين، ومن هي الجهة التي تقضي بمسؤولية متعاقد عن التزام عقدي لا ذكر له في العقد، للإجابة عن هذا التساؤل لابد من القول أن الجهة المختصة بتفسير العقد هي الجهة المعنية بتحديد نطاقه، ومن ثم فالمحكمة في حالة النزاع على وجود العرف من عدمه هي من تنبri للحكم بشأنه، ولكن سلطة المحكمة ليست مطلقة بتحديد وجود العرف من عدمه؛ بل يجب عليها أن تلتجئ إلى أرباب الخبرة لتحديد ذلك^(١)، وهذا ما سار عليه القضاء العراقي، إذ ورد في قرار لمحكمة تمييز العراق الاتحادية على إنّه (إن إقرار المدعى عليه بأنه تسلم المبلغ المدعى به عن قوة المزارعة هو اصطلاح محلي يُصار فيه إلى العرف بعد أن اختلف الطرفان في تفسيره ويجب تكليفهما بانتخاب خبير وعند عدم اتفاقهما تقوم المحكمة بانتخابه لبيان المعنى المراد من الاصطلاح المذكور)^(٢). ويشترط في العرف الذي تم إعماله في هذا المقام أن يكون شائعاً وغير متعارض مع نصوص قانونية أمرة أو بنود عقدية صريحة^(٣).

وبهذا يتبين لنا أن الإلتزامات العقدية الضمنية العرفية هي تلك الإلتزامات التي يؤخذ بها استناداً إلى العرف وإن لم تُذكر في العقد بشكل صريح.

ثانياً: الإلتزام العقدي الضمني بموجب العدالة

تعد قواعد العدالة الأساس الذي يجب أن تقوم عليه كل القوانين و النظم لتحقيق الغاية الأسمى للنظام في المجتمعات وهي الخير العام للمجموع وكذلك الخاص لكل فرد لأنها قواعد سلوك اجتماعي

(١) د. ماجد مجباس حسن: الإلتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانكليزي دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٣٦٨.

(٢) ينظر: قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية ذي العدد (١٧١٨/حقوقية/٦٢) في ١٩٦٣/١٢/١٨ أشار إليه ابراهيم المشاهدي: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز القسم المدني، مطبعة العمال المركزية، بغداد، بلا سنة، ص ٣٣٣.

(٣) مجيد حميد العنبيكي: مبادئ العقد في القانون الانكليزي، مصدر سابق، ص ١٢١.

عامة وملزمة ويترتب على مخالفتها جزاء مناسب وهي تختلف عن العدل من حيث أن تحقيق العدل يحصل من خلال المساواة أمام القانون عن طريق تطبيق النصوص القانونية على الكافة بغض النظر عن الخصوصيات، بينما تأخذ قواعد العدالة بنظر الاعتبار الظروف التي تحيط بالأشخاص وبالتصرفات القانونية^(١)، إذ تعد قواعد العدالة من مصاديق القانون الطبيعي والنسبة بينهما عموم وخصوص مطلق، وهي تختلف عن الافتراض أو الحيلة القانونية وإن كان كل منهما يستعمل لتطوير القواعد القانونية وحل الإشكالات التي تواجه النصوص التشريعية وفي مقدمتها النقص التشريعي وقواعد العدالة وإن اختلف الفلاسفة و فلاسفة القانون و فقهاء في بيان حقيقتها وأصلها، ولكن جميع اختلافاتهم تؤدي إلى معنى واحد وهو إعطاء كل ذي حق حقه.^(٢)

وفيما يخص تحديد مضمون العقد أو نطاقه، فإن القاضي يسترشد بقواعد العدالة طبقاً للمادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي، وكما هو الحال في رجوع القاضي إلى قواعد العدالة باعتبارها مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية، فإنه أيضاً عندما يرجع القاضي إلى قواعد العدالة كضابط يستعين به لتنظيم المسائل التفصيلية، يجب عليه أن لا ينظر للعدالة على وفق مفهومه الخاص أو إنه يعمل فكرته الشخصية للعدالة عند إكمال نطاق العقد، وإنما عليه أن ينطلق من اعتبارات موضوعية تتسجم مع طبيعة العقد وما يستلزمه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد من قيام المتعاقدين بسلوك المسلك المطابق للثقة المشروعة فيما بينهما. ومن هنا ذهب بعض الفقه إلى تخصيص العام للعدالة بمعنى محدد هو العدالة ذات الطابع الفني وتعني العدالة بمعناها الفني هذا، التوسع في مضمونها على وفق قواعد التجربة بحيث

(١) د. سمير تناغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦، ص ١٦٥.

(٢) طاهر عيسى: قواعد العدالة في القانون المدني، اطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠٢٢، ص ٥.

يسود التوازن والتناسب بين الأداءات المتقابلة على وفق معايير التجربة الفنية، فالعدالة هنا هي العدالة المكملة لأثار العقد^(١).

وقد أدرك المشرع العراقي مدى سعة فكرة العدالة بمعناها العام لذا قيد هذا المعنى العام الفضفاض عند ربطه بطبيعة العقد، فالعدالة التي يلجأ إليها القاضي عند تنظيم المسائل الثانوية هي العدالة المنسجمة مع العقد^(٢)، ومن الأمثلة على ذلك هو أن التاجر الذي يبيع متجره يلتزم بعدم منافسة المشتري بفتح آخر وانتزاع عملائه منه^(٣).

وكذلك من تطبيقات مبادئ العدالة نظرية إعادة التوازن المالي في العلاقات العقدية، فهذه النظرية تستند في أساسها إلى مبادئ العدالة، فإذا كان الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بالاتفاق، وهي قاعدة أساسها العدالة الشكلية أو العدالة طبقاً للقانون والتي يفرضها تحقيق الثبات والاستقرار في المراكز القانونية، إلا إنه في بعض الحالات، قد يكون تطبيق العدالة المجرد مؤدياً إلى ظلم شديد، والمثل البارز على ذلك إنه في حالة حدوث اختلال جسيم في التوازن المالي لأطراف العقد، ففي هذه الحالة واستناداً إلى مبادئ العدالة يتم إجازة إعادة التوازن المالي للعقد والخروج على قاعدة، العقد شريعة المتعاقدين^(٤).

(١) د. رياض أحمد عبدالغفور: دور العدالة في تكميل العقود، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد (١٣) ٢٠١٩، ص ٣٥.

(٢) د. سعد حسين الحلوسي: دور القاضي في إكمال نطاق العقد، طبقاً للمادة (٨٦) مدني عراقي، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، ٢٠١٠، ص ٢٢.

(٣) د. حسين عبد القادر معروف د. ماجد مجباس حسن: اثر العنصر النفسي في تنفيذ العقد دراسة مقارنة في القانونين العراقي والانكليزي، مصدر سابق، ص ١٩٩.

(٤) د. أحمد إبراهيم حسن: غاية القانون - دراسة فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٧٧.

وهناك الكثير من الالتزامات التي كانت تستند إلى العدالة إلا أنها أصبحت الآن مقررة بنصوص تشريعية صريحة، من ذلك ما تقضي به المادة (٥٣٥)^(١)، مدني عراقي من أن البائع لا يلتزم فقط بنقل ملكية المبيع، ولكنه يلتزم أيضاً بالامتناع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيل أو عسيراً، وكذلك ما قضت به المادة (١٠٢٦)^(٢) من القانون المدني العراقي من إلزام الدائن بأن يسلم الكفيل الذي أستوفي حقه منه كافة المستندات اللازمة لرجوع هذا الكفيل بما أوفى على المدين الأصلي.

رابعاً: الالتزام العقدي بموجب طبيعة الالتزام

يسترشد القاضي في تحديد مضمون العقد أو عند إكماله إلى طبيعة الالتزام أيضاً، وطبيعة الالتزام تشير إلى خصائص وأساسيات الالتزامات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة، فمن باع عينا يعتبر قد باع إضافة إلى اصل العين ملحقاتها الضرورية، وما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقرره طبيعة الاشياء^(٣)، إذ أن طبيعة الالتزام في عقد البيع توجب أن يشمل العقد ملحقات العين المباعة وإن لم تذكر في العقد، فبيع السيارة يشمل أطاراتها ورخصتها وادواتها الاحتياطية المعدة للطوارئ، وبيع المتجر يشمل الاسم التجاري، والحق في إجارة المكان، وإن لم تذكر في العقد^(٤). وفي ذلك نصّت المادة (١/٥٣٧) على إنّه (يدخل في المبيع من غير ذكر: أ - ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظراً إلى الغرض من الشراء...)، ومن ثم يتغير الغرض من الشراء بحسب تغير طبيعة الالتزام، فالطرق الخاصة بالدار تدخل في البيع وإن لم ينص عليها في العقد، إذ أن طبيعة إعداد الدار للسكن تقتضي

(١) اذ نصّت المادة (٥٣٥) على أنّه (يلتزم البائع بما هو ضروري لنقل ملكية المبيع الى المشتري وإنّ يكفي عن أي عمل من شأنه ان يجعل نقل الملكية مستحيلاً أو عسيراً).

(٢) اذ نصّت المادة (١٠٢٦) على أنّه (يلزم الدائن بان يسلم الكفيل وقت وفاء الدين، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع).

(٣) د. جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية البيع- الأيجار -المقاوله، المكتبة القانونية، بغداد، (د.س)(د.ط)، ص ٩٨.

(٤) د. ماجد مجباس حسن: الالتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانكليزي- دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٣٧٢.

لزماً أن تكون هناك طرق مؤديه إليها، كما أن الذي يشتري بقرة حلوب لأجل اللبن لزماً يدخل رضيعها في عقد البيع، وأن لم يذكر ذلك في العقد.^(١)

الالتزام العقدي الضمني في هذا النص يظهر في التزامات البائع التي لم تُذكر صراحة في العقد ولكنها تدخل فيه بحكم طبيعة الالتزام أو بحكم القانون.

المطلب الثاني

مصادر الالتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي

الالتزامات العقدية الضمنية في القانون الإنجليزي تحدد كما هو الحال في القانون العراقي، فأنها تحدد في القانون الإنجليزي تارةً تحديداً تشريعياً وأخرى تحديداً غير تشريعياً مع إعطاء الأولوية للتحديد غير التشريعي، بوصف صنعة القانون الإنجليزي القائمة على السوابق القضائية تختلف عن دول القوانين المدنية، ومنها العراق، وهذا ما سنُبيّنه في فرعين، نُخصّص أولهما: - للالتزامات العقدية الضمنية غير التشريعية، ونفرد الثاني للالتزامات العقدية التشريعية.

الفرع الأول

الالتزام العقدي الضمني طبقاً للمصادر التشريعية

كانت في السابق الالتزامات العقدية تقتصر على مضمون العقد، ثم وجد أن مضمون العقد يمتد ليشمل ما هو من مقتضيات العقد، كالتزام رب العمل بعدم إيذاء العامل والحفاظ على صحته، هو التزام ضمني يلتزم به صاحب العمل، دون ذكره في العقد بشكل صريح، وقد قننت الكثير من الشروط، كالتزامات ضمنية وأصبحت ضمن نصوص تشريعية، وتقرر بعض التشريعات في النظام القانوني

(١) د. ماجد مجباس حسن: الالتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانكليزي- دراسة مقارنة، المصدر نفسه، ص.

الإنجليزي بنود ضمنية في حال لم يتفق المتعاقدان صراحةً على مخالفتها، ويلاحظ ذلك من خلال تشريع بيع البضائع ١٩٧٩، إذ نصّت الفقرة الأولى من المادة (١٢) بأنّه على البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري خالياً من كل قيد أو عائق غير معلوم للمشتري وقت إبرام العقد.

وكذلك ما نصّت عليه المادة (١٣) المتعلقة بالبيع على أساس الوصف، إذ نصّت على أنّه (إذا كان هناك عقد بيع للبضائع بالوصف فإن هناك شرطاً ضمناً يقضي بمطابقة البضائع للوصف. إذا كان البيع بالعينة وبالوصف فلا يكفي أن يكون معظم البضاعة مطابقاً للعينة إذا كانت البضاعة غير مطابقة للوصف أيضاً^(١)).

وقد يستغرب البعض اعتبار المشرع الإنجليزي الالتزام بتسليم بضاعة مطابقة للوصف العقدي التزاماً ضمناً على أساس أن الالتزام بتسليم بضاعة مطابقة للوصف مصدره بند صريح في العقد، لكن فلسفة وجود هذا البند يمكن تفهمها بالرجوع إلى السوابق القضائية قبل إصدار أول قانون إنجليزي لبيع البضائع ١٨٩٣، ففي هذه الفترة كانت بيوع البضائع تتنوع إلى أحد لأمرين: بيوع لبضائع معينة بذاتها مثل ماكينة أو سيارة معينة، وبيع البضائع العامة مثل بيع مائة طن من القطن، وفي بيوع النوع الأول يعاين المشتري البضاعة بنفسه أو من خلال خبير بحيث يتأكد من أنّه يحصل على البضاعة التي يريدّها وهو بذلك يعتمد على تقديره الشخصي في الشراء، وفي بيوع النوع الأول إذا ما أراد المشتري أن يعتمد على البائع في تحديد المبيع يتحقق بإضافة ضمانّة صريحة في العقد تتعلق بجانب معين في البضاعة المباعة^(٢).

(1) 13.- (1) Where there is a contract for the sale of goods by sate by description, there is an implied condition that the goods will description.correspond with the description. (2) If the sale is by sample as well as by description it is not sufficient that the bulk of the goods corresponds with the sample if the goods do not also correspond with the description."

(٢) حاتم محمد عبد الرحمن: مصدر سابق، ص ٨٨٠.

بينما في النوع الثاني من بيوع البضائع فالوسيلة الوحيدة التي تمكن المشتري من التأكد من إنّه سيحصل على ما يريد هو الوصف الذي يتضمنه العقد لهذه البضاعة، ولذلك فقد أكدت المحاكم على التزام البائع بتسليم بضاعة مطابقة للوصف في هذا النوع من البيوع، وعلى حق المشتري في رفض البضاعة عند الإخلال بهذا الالتزام وهذا ما حدا ب(لجنة شالمر) وهي اللجنة المكلفة بوضع مسودة أول قانون لبيع البضائع في إنجلترا ١٨٩٣ بجعل الالتزام بتسليم بضاعة مطابقة لوصف العقد التزاماً ضمناً، وهو الشرط الضمني الوحيد بالإضافة إلى الشرط الضمني الخاص بضرورة المطابقة مع العينة الذي يصل إلى مرتبة الشرط بينما الشروط الضمنية الأخرى حتى الشروط المتعلقة بملكية البائع كانت في مرتبة الضمانة فقط و ذلك وفقاً لمسودة (شالمر) ويلاحظ أن مسودة (شالمر) وقانون بيع البضائع الإنجليزي من بعدها - لم تفرق بين بيع البضاعة المعينة بالذات وبين بيع البضائع العامة؛ وذلك فيما يخص وجود الشرط الضمني بمطابقة الوصف، وكما حصلت تعديلات على المسودة بحيث أنّه عندما صدر قانون ١٨٩٣ أصبحت كل البنود الضمنية شروطاً، وانتقل هذا الوضع إلى القانون الحالي في بيع البضائع الإنجليزي لسنة ١٩٧٩^(١).

ويعد البيع بيعاً بالوصف عندما يتعاقد المشتري اعتماداً على الوصف حتى ولو لم يكن اعتماداً حصرياً، وعندما لا يكون المشتري قد رأى البضاعة فأن البيع بالتأكيد هو بيع بالوصف؛ بل إنّه حتى في حالة رؤية المشتري للبضاعة فقد يظل البيع بالوصف،^(٢) هذا ما نصّت عليه الفقرة الثالثة من المادة (١٣) من قانون بيع البضائع الإنجليزي لعام ١٩٧٣ "أن بيع البضائع بالوصف لا يحرم من كونه بيعاً بالوصف لمجرد إنّه تمّ اختيار البضائع من المشتري حال كونه معروضاً للبيع أو الإيجار".^(٣)

(١) د. حاتم محمد عبد الرحمن: مصدر سابق، ص ٨٨١.

(٢) د. يونس صلاح الدين علي: مصدر سابق، ص ٧٢.

(3) This is what is stipulated in the third paragraph of Article 13 of the English Sale of Goods Act of 1973: "The sale of goods by description does not deprive it of being a sale by

كما أن مجرد ورود وصف للبضاعة في العقد لا يجعل البيع بيعاً بالوصف، لأن ما ذكر عن المبيع في العقد لا يشكل مكوناً جوهرياً في المبيع ومن ثم لا يعتبر جزءاً من الوصف، ويلاحظ أن البعض يرى إنه لا يشترط أن يرد الوصف في العقد نفسه. مما يعني إنه يكفي أن يكون مجرد تصريح قبل تعاقدية ويؤسس بعض الفقه ذلك على إنه لو فهم الأمر على النحو الذي يصبح فيه من الضروري أن يرد الوصف في العقد نفسه، فمعنى ذلك أن المادة (١٣) قد أصبح تزييداً، لأنه يعني وجود التزام ضمني بمراعاة بند صريح في العقد^(١).

ويترتب على تكييف العقد بأنه عقد بيع بالوصف وجود شرط ضمني على البائع بضرورة أن يكون المبيع مطابقاً للوصف وترتب على الإخلال بهذا الشرط الضمني حق المشتري في رفض البضاعة وفسخ العقد ويقوم هذا الشرط الضمني على البائع حتى لو كان البيع بالوصف والعينة معاً المادة ١٣ فقرة (٢)^(٢).

وكذلك أيضاً نصت المادة (١٤) المتعلقة بالبيع على أساس العينة حيث أوجبت أن يكون المبيع مطابقاً للعينة إذ نصت على إنه (١- حين يقوم البائع ببيع البضائع في سياق العمل التجاري ويقوم المشتري، صراحةً أو ضمناً، بإعلام: (أ) للبائع، أو (ب) حيثما تمّ الشراء يتم دفع السعر أو جزءاً منه على أقساط وقد تمّ بيع البضائع مسبقاً بواسطة وسيط ائتمان إلى البائع، إلى وسيط الائتمان هذا، وأي غرض معين يتم شراء البضائع من أجله، هناك شرط ضمني أن البضائع الموردة بموجب العقد مناسبة

description merely because the goods were selected by the buyer while they were offered for sale or lease. Article (13/3) states (A sale of goods is not prevented from being a sale by description by reason only that, being exposed for sale or hire, they are selected by the buyer.)

(1) Henry Campbell, Black's Law Dictionary - Sixth Edition, Publisher: West Group, 1990, p.222.

(٢) حاتم محمد عبدالرحمن : مصدر سابق، ص ٨٨٣.

بشكل معقول لهذا الغرض، سواءً كان هذا هو الغرض الذي يتم توريد هذه البضائع من أجله أم لا، إلا إذا أظهرت الظروف أن المشتري لا يعتمد، أو إنّه من غير المعقول بالنسبة له الإعتماد، على مهارة أو حكم البائع أو وسيط الائتمان^(١)

ومن القضايا التي أثّر فيها البند الضمني الخاص بالمادة (٢/١٤) قضية Mash & Murell Ltd Emanuel Ltd v. Joseph وتدرّج وقائع هذه القضية حول بيع محصول بطاطس ربيعي يتم شحنها على سفينة SS Ionian وتشحن من ميناء ليماسول في قبرص إلى ليفربول والبيع C&F وعند وصول البضاعة وجد أنها تالفة وغير صالحة للاستهلاك الآدمي، وجد اللورد ديبولك أن البطاطس عند شحنها لم تكن مناسبة لكي تصل إلى ليفربول، وكانت هناك ضمانات بأن تظل قابلة للجودة التجارية لمدة معقولة وهي المدة الضرورية لوصولها إلى ميناء الوصول وهو ليفربول وكذلك حتى يتم التصرف فيها فيما بعد، ووجد القاضي أن ضمانات الجودة قد تمّ خرقها، ورغم أن محكمة الاستئناف قد ألغت الحكم على أساس الواقع وليس القانون، حيث وجدت المحكمة أن البطاطس تعرضت لحرارة شديدة ونقص في التهوية، لذلك يمكن اعتبار حكم اللورد ديبولك ما زال صحيحاً من الناحية القانونية^(٢).

(١) ينظر: تشريع بيع البضائع الانجليزي لسنة ١٩٧٩ الجزء الثاني الخاص بتكوين العقد II PART 1979- Act .

Goods of Sale 3 - FORMATION OF THE CONTRACT- Contract of sale

(١) One of the reasons which revolve around the implied clause of Article (14/2) is the case of Mash & Murell Ltd v. Joseph Emanuel Ltd. The fact of this case revolves around the sale of the product spring potatoes which were shipped on the SS Ionian and shipped from the port of Limassol in Cyprus to Liverpool and the sale C&F. When the goods arrived they were found to be damaged and unfit for human consumption. Lord Debulk found that when they were shipped they were not to reach the next port of call. There is a guarantee because it remains of good quality for a reasonable period of time sufficient for them to reach the port of arrival and Liverpool and also for them to be disposed of afterwards. The claim that the guarantee of quality had been fulfilled was final. However, the court overturned the judgment on the basis of fact and not law, as the authority found that the stoppage was due to extreme heat and a shortage of Messi. Therefore, Lord Debulk's judgment can be considered to be correct from a legal point of view.

وكذلك ما جاءت به المادة (١٥) من قانون بيع البضائع لسنة ١٩٧٩ فإنه نظم حالة البيع على عينة ولم يشترط المطابقة التامة للمبيع مع العينة المتفق عليها إنما اكتفى بمطابقة الجزء الأكبر للمبيع مع العينة إذ نصّت على أنه (البيع بالعينة " عقد البيع هو عقد البيع بالعينة إذا ورد في العقد نص صريح أو ضمني على ذلك)^(١). وبهذا فإذا سلم البائع مبيعاً ذات مواصفات أفضل من المواصفات المتفق عليها فلا يعد تنفيذ الالتزام معيباً؛ لأن التنفيذ المعيب يتحقق إذا كان الجزء الأكبر من البضاعة لا يتطابق مع العينة، ومن ثم إذا سلم البائع مبيعاً ذا مواصفات أعلى أو تفوق المواصفات المتفق عليها في العقد فلا يكون هذا أمراً مرفوضاً في قانون بيع البضائع الإنكليزي، وهذا يختلف عن موقف المشرع العراقي الذي يشترط تطابق الإيجاب بالقبول تطابقاً كاملاً، وفي ذلك يرى الاتجاه الغالب في الفقه العراقي بعدم تطابق المحل ولو كانت الكمية اكبر^(٢)

ومن السوابق القضائية على تطبيق المادة (١٥) هو قضية 1956 Steels&Busks Ltd تعاقدت لشراء مطاط من Bleeker B & Ltd لاستخدامه في صناعة مشدات Corsets وتم النص على أن تكون البضاعة مطابقة لما سبق تسليمه من المطاط واعتبرت المحكمة أن مثل هذا البند يجعل البيع بالعينة اتضح للمشتري بعد استخدامه للمبيع عدم مطابقته للدفعات السابقة حيث اتضح أن المطاط يشتمل على مركب كيميائي غير مرئي PNP وهو الذي لطخ المشدات، وقد وجدت المحكمة إنه لا يوجد أي إخلال بالشرط الضمني المنصوص عليه في المادة (١٥) فقرة (٢/أ) حيث كانت البضاعة موافقة للعينة

(1) Act (15) states:(Sale by sample " 1 – A contract of sale is a contract for sale by sample where there is an express or implied term to that effect in the contract) .

(٢) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي: الموجز في العقود المسماة، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت ٢٠١٧، ص ١١١.

كما إنّه لا يوجد إخلال بالمادة (١٥) فقرة (٢/ج) الخاص بالجودة التجارية، لأن هذا المطاط كان صالحاً للأغراض التجارية متى يتم غسل المطاط أو معادلته^(١).

وفي الشروط الضمنية بشأن نقل الحياة نصّت المادة (١/٧) من تشريع توريد البضائع وتقديم الخدمات لسنة (١٩٨٢) على إنّه (في العقد ذي الصلة بإيجار البضائع يوجد شرط ضمني من جانب المودع يقضي بإنّه في حالة الإيداع يكون له الحق في نقل حياة البضائع عن طريق الإيجار لفترة الإيداع...)، ونصّت الفقرة (٢) من المادة ذاتها على إنّه (في [العقد ذي الصلة بإيجار البضائع] يوجد أيضاً ضمان ضمني بأن المودع لديه سيتمتع بحياة هادئة للبضائع لفترة الإيداع باستثناء ما قد يزعم الحياة من قبل المالك أو أي شخص آخر يحق له الاستفادة من أي رسوم أو عبء تم الكشف عنه أو معرفته للمودع لديه قبل إبرام العقد)^(٢).

(2) Among the judicial precedents on the application of Article (15) is the 1956 case of Steels & Busks Ltd., which contracted to purchase rubber from Bleeker B & Ltd. for use in the manufacture of corsets. It was stipulated that the goods should be identical to the rubber previously delivered. The court considered that such a clause made the sale by sample. It became clear to the buyer after using the sold item that it did not conform to the previous batches, as it became clear that the rubber contained an invisible chemical compound, PNP, which stained the corsets. The court found that there was no breach of the implied condition stipulated in Article (15), paragraph (2/a), as the goods were identical to the sample. There was also no breach of Article (15), paragraph (2/c), regarding commercial quality, because this rubber was suitable for commercial purposes when the rubber was washed or equalized. See: Benjamin, J. Benjamin's Sale of Goods. 9th ed., Sweet & Maxwell, 2018, p.315.

2 - In a [F relevant contract for the hire of goods] there is an implied condition on the part of the bailer that in the case of a bailment he has a right to transfer possession of the goods by way of hire for the period of the bailment).

In a [F³relevant contract for the hire of goods] there is also an implied warranty that the) bailee will enjoy quiet possession of the goods for the period of the bailment except so far as

فهذه النصوص القانونية تفرض شروطاً ضمنية على الطرفين الإلتزام بها، إذ أن مطابقة المبيع للعينه هو غاية المشتري من شراؤه، وكذلك ما يتعلق بالبيع على أساس الوصف وغير ذلك من الإلتزامات.

وقد فرقت بعض المحاكم بين الشروط الضمنية بمقتضى القانون والشروط الضمنية بمقتضى الواقع، على أن الأخيرة تستند إلى أن نية الطرفين قد اتجهت إلى مد الشرط الضمني لعقدهما واعتباره جزءاً منه. لكن مثل هذا الاستنتاج لا يكون ضرورياً بالنسبة للشرط الضمني بمقتضى القانون، لأنه لا يمكن للمتعاقدين استبعاد الشرط الضمني بمقتضى القانون، إلا بموجب نص في العقد صراحةً على خلافه، أما بالنسبة للشرط الضمني بمقتضى الواقع فيمكن استبعاده بموجب الظروف المحيطة والملابسة للعقد^(١).

وبهذا نستنتج أن الإلتزام العقد الضمني التشريعي هو إلتزام بموجب قواعد قانونية يتم تطبيقها حتى لو لم تكن مذكورة بالعقد، إلا أنها في الغالب قواعد غير آمرة يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها، كما هو الحال في القانون العراقي.

the possession may be disturbed by the owner or other person entitled to the benefit of any charge or encumbrance disclosed or known to the bailee before the contract is made).

(١) أحمد محمد أحمد الزين: شروط العقد الصريحة والضمنية في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م دراسة مقارنة بالقانون الإنجليزي، مجلة جامعة شندي، العدد (١٦)، السودان، ٢٠١٦، ص ٣٦.

الفرع الثاني

الالتزام العقدي الضمني غير التشريعي

أن الالتزامات العقدية الضمنية غير التشريعية في القانون الإنجليزي يمكن أن تكون طبقاً للعرف أو طبقاً لأحكام القضاء، وهذا ما سنبينه في الفقرتين الآتيتين:

أولاً: الالتزام العقدي الضمني بموجب للعرف والعادات

يتم تحديد بنود العقد في القانون الإنجليزي عن طريق الاستعانة بالأعراف (customs)، والعادات التجارية trade usages إذ يتم اللجوء إليها في بعض المسائل التي يتخذ العقد حيالها الصمت ويجري إدماجها في عقد يتعلق بمهنة أو حرفة أو تجارة معينة، ولاسيما عندما يثبت شيوع أعراف أو عادات تجارية في هذه المهن أو الحرف^(١)، ويرى البعض من الفقه إنّه بالإمكان استنتاج البند الضمني من العرف المحلي أو الخاص أو حتى من العرف العام، بشرط أن يكون ذلك العرف معيناً ومعقولاً وشائعاً، ولا يعارض أي نص تشريعي أو بند صريح في العقد^(٢).

وقد أصبح من المسلّم به أنه يجوز أن يخضع العقد لشروط مكملة مستمدة من العرف سواء كان عرفاً تجارياً أو غير تجاري، وذلك رغم أنها لم ترد صراحةً من جانب الطرفين^(٣)، أن العقد يمكن أن يتضمن بعض البنود العرفية، وإن كانت لم تذكر بشكل صريح في مضمون العقد من قبل الأطراف، إلا أن هذه البنود العرفية لا يعمل بها ضمن العقد إذا تبين أنّها تخالف البنود الصريحة، على أساس أنّ

(١) - د. الوجيز في شرح قانون العقد الانكليزي: د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص ٢١٣.

(٢) مجيد حميد العنكي: مبادئ العقد في القانون الانكليزي، مصدر سابق، ص ١٢١.

(3) It is a well-established rule that a contract may be subject to terms that are sanctioned by custom, whether commercial or otherwise, although they have not been expressly mentioned by the parties. See G.C. Cheshire and, others, op, cit, p141.

العرف يفترض به أن يمثل إرادة الأطراف، فإذا كانت هذه الإرادة معبر عنها صراحةً فلا يعمل بالعرف المخالف لها^(١).

ففي السابقة القضائية (Hutton v. warren 1836) ثبت للمحكمة عن طريق عرف محلي بأن مستأجر الأرض الزراعية ملزم بزراعتها بطريقة معينة تتناسب مع نوع موقع تلك الأرض ومن حقه عند إنهائه لعقد الإيجار أن يتقاضى مبلغاً من المال يمثل تعويضاً عادلاً عن البذور التي زرعها وجهد العمل الذي بذله في زراعة الأرض. وقد ذكرت المحكمة المالية court of exchequer في حكمها بأنه يجب إدراج أو تضمين هذه البنود المستنبطة من العرف العقد فضلاً عن وجوب تفسير العقد على وفق الأعراف^(٢).

وقد تسنى للقضاء الإنجليزي أيضاً أن يرسخ فكرة اعمال البند الضمني متى توافرت شروطه في مناسبات عديدة من ذلك قضية (Les Affreteurs Reunis Societe Anonyme V.Leopold Ltd, 1919, Walford London, A.C.801. إذ قررت المحكمة بأن الوسيط يستحق العمولة عند توقيع العقد، في حالة استئجار سفينة بموجب مشاركة زمنية، وذلك بسبب وجود بند صريح في العقد يقضي بذلك مخالفة للعرف، ومما ذكره اللورد Birkenhead في هذه القضية بأنه (...إن رجال الأعمال يكونوا بالفعل على علم تام بالعرف الذي رأوا إنه من الصواب الاتفاق على خلافه، ولما كان يراد بالعرف أن يكون مكملاً للعقد بوصفه قانون الطرفين وليس القضاء عليه، لذلك يجب أن لا يكون العرف مخالفاً

(١) د. فتحي عبد الرحيم عبدالله: العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام، في القانون المصري والانكليزي المقارن، مطبعة كرموز، الاسكندرية، ١٩٧٨، ص ٢٨٧.

(4) In the 1836 Hutton v. Warren case, the court established, through local custom, that a tenant of agricultural land was obliged to cultivate it in a certain manner appropriate to the type of location of that land, and that upon termination of the lease, he was entitled to a sum of money representing fair compensation for the seeds he had planted and the labor he had expended in cultivating the land. The Court of Exchequer stated in its ruling that these terms derived from custom must be included or incorporated into the contract, in addition to the necessity of interpreting the contract in accordance with custom.. see: Cheshire and othrrers: op. cit. p.174.

للبنود الصريحة في العقد؛ بل يجب أن يكون أداة خادمة لها أكثر من أن يكون عاملاً من عوامل تحريفها، وأن يساعد على تحقيق الغرض من بنود العقد وفعاليتها^(١).

ونحن نرى مع الاتجاه الذي يعتقد أن القانون الإنجليزي لا يختلف هنا عن القانون العراقي، فالمتبع لنصوص الاخير يلاحظ إنه لا يمكن للعرف يقرر التزاماً عقدياً ضمناً خلاف الإرادة الصريحة لأطراف العقد، إذ توحى صياغة المادة (٢/١٥٠) مدني عراقي بما لا يقبل الشك بان ينفذ العقد ابتداءً طبقاً لما اشتمل عليه، بمعنى طبقاً لما قرره إرادة الطرفين من التزامات، والفقرة الثانية من المادة ذاتها وإن قررت، بان لا يقتصر العقد على الالتزامات المقررة فيه؛ بل يتناول ما يقرره العرف وغيره من المصادر، ولكن شرط أن يكون الالتزام المقرر هنا من مستلزمات العقد، أي مما يعطي للعقد أثراً فعالاً دون مخالفة التزام عقدي صريح، كما أن المادة (١٦٣) مدني عراقي التي نصّت على إنه (١) - المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص، ٢ - والمعرف بين التجار كالمشروط بينهم والمتبع عادةً كالمتبع حقيقة)، هي وإن قررت القيمة العليا للعرف بتكميل العقد، إلا أن ذلك لا يعني بحال من الأحوال أن يعلو ما هو محدد بالعرف على ما هو محدد بالشرط، فاستخدام المشرع ل (ك) التشبيه لدى صياغة النص تؤكد بان المشبه لا يعلو على المشبه به في حالة الاختلاف؛ بل يبقى العرف لدى إعماله هنا خادماً لإرادة المتعاقدين مكماً لها^(٢)، ومما يعزز التحليل أعلاه ما ذهب إليه الدكتور عبد المجيد الحكيم لدى تعليقه على نص المادة (١٦٣) على أنه (...ومعنى هذه القواعد أن ما جرى عليه الناس أو التجار واصبحوا يراعونه من غير نص عليه فإنه في نظر الشارع كالشرط المنصوص عليه صراحةً، ويكون وجوده في المعقود عليه من لوازمه، إلا إذا نص المتعاقدان صراحةً على خلاف ذلك)^(٣)

(١) د. مجيد حميد العنبيكي: مصدر سابق، ص ٧٣.

(٢) - ينظر د. ماجد مجباس حسن: الالتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانكليزي، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٣٥٧.

(٣) - د. عبد المجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٧، ص ٣٧٥.

ثانياً: الالتزام العقدي الضمني طبقاً لأحكام القضاء

إذا كانت بنود العقد الصريحة غامضة وغير واضحة المعنى، فيمكن للمحكمة أن تضمن العقد شرطاً ضمناً عندما ترى من الضروري وجود هذا البند، و ذلك بهدف إنتاج الآثار التي يرغب المتعاقدان الوصول إليها من خلال الشروط الصريحة^(١).

واضافت المحاكم الإنجليزية لبعض العقود شروطاً ضمنية لتكتملتها وفقاً لما تراه عادلاً، من ذلك شرط صلاحية المنزل المفروش للسكنى على وجه معقول، فإذا تبين عند بدء الإجارة عدم صلاحية مواسير الصرف، أو أن الشاغل السابق للمنزل كان مصاباً بمرض خطير معدي كالسل، أو كان بالمنزل حشرات وزواحف، جاز للمستأجر أن يطالب بفسخ العقد مع التعويض^(٢).

وإنّ النهج العام للمحاكم هو أنها مترددة في التلميح إلى الشروط الضمنية، ومن المتوقع عمومًا أن يبذل الأطراف قصارى جهدهم تحديد أحكام اتفاقهم بالكامل، والعقد الذي تكون فيه بعض الشروط ضمنية يوفر فرصاً كبيرة للنزاع بشكل واضح، وكانت المحاكم مترددة في إعطاء أي تشجيع للأطراف لمحاولة التهرب من الالتزامات التعاقدية على أساس بعض الشروط التي لم يتم ذكرها، ولكن يزعم الآن أنها ذات أهمية كبيرة، ومع ذلك هناك مواقف معينة يتم فيها التغلب على هذا التلميح، ويتم التلميح إلى الشروط الضمنية. وعندما تفعل المحاكم هذا، فإنها تخاطر بالقول إن جميع القضايا التعاقدية يمكن حلها من خلال تحديد ما يجب أن يتفق عليه الأطراف في وقت العقد، وإنّ هذا النهج من شأنه أن يعترف بأنّه لا يمكن حل جميع القضايا بهذه الطريقة، وخاصة عندما يتطور العقد أو العلاقة التعاقدية بمرور الوقت،

(١) حسين عبدالله الكلابي: مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانجليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل

بموجب المرسوم التشريعي الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦، مصدر سابق، ص ٦٩٦.

(٢) عدوي مصطفى عبد الحميد: مفهوم الشرط الضمني في القانون الإنجلو امريكي، مصدر سابق، ص ١٨٠.

وهذا من شأنه أن يسمح بنهج أكثر مرونة لإدراج الشروط الضمنية في مواقف معينة^(١).

وهناك حالات متعددة تستطيع المحاكم مع توافرها استنتاج البنود الضمنية، والتي يمكن اجمال أهمها

في الآتي:

- ١ - نية الطرفين أو سلوكهما أو طبيعة التعامل بينهما: إذا اتفق الطرفان على أن يبيع أحدهما إلى الآخر شيئاً معيناً واتفقا على الثمن وعلى أن لا يدفع حالا ولم يحدد موعداً لذلك، فيمكن للمحكمة أن تستنتج بنداً ضمناً يقضي بدفع الثمن في موعد معقول حسب طبيعة الظروف، وإذا كان هناك تعامل سابق بين الطرفين فإنّ هذا التعامل هو الذي سيحدد موعد دفع الثمن، بشرط أن لا يتضمن العقد بنداً صريحاً يحدد ذلك الموعد^(٢).

1 - Terms implied by the courts: The general approach of the courts is that they are reluctant to imply terms. The parties are generally expected to take the trouble to set out the provisions of their agreement in full. A contract in which certain terms are implicit clearly gives great opportunities for dispute, and the courts have been reluctant to give any encouragement to parties to try to escape from contractual obligations on the basis of some term which was not stated, but which is now alleged to be of great significance. There are certain situations, however where this reluctance is overcome, and terms are implied. When the courts do this, they run the risk of suggesting that all contractual issues can be resolved by deciding what the parties must have agreed at the time of the contract that is, the myth of 'presentation', A 'relational' approach would recognise that not all issues can be solved in that way, in particular where a contract or a contractual relationship develops over time. This would allow a more flexible approach to the implication of terms to deal with particular situation. See professor Richard Stone: the modern law of contract. Cavendish publishing Limited, London, 2002, p206

مشار إليه لدى: حسين عبدالله عبد الرضا الكلابي: مصدر p.494 all e.r.re 1932. cov.acros ltd (2)hillas and

٢- الغرض الذي أبرم العقد من أجله: يجب أن يكون البند الضمني ينسجم مع هدف و غرض العقد، فمن يستأجر سيارة أو منزلاً للسكن يفترض أن تكون صالحة للقيادة أو ملائماً للسكن^(١)، وبهذا الصدد قضت إحدى المحاكم الانكليزية في قضية (Samuels V.davis, 1943,2all . 3.e.r.)^(٢) والتي تتلخص وقائعها بأنه اتفق المدعي وهو طبيب أسنان على قيامه بصنع طقم أسنان لزوجة المدعى عليه، وبعد الانتهاء من ذلك اتضح أن طقم الأسنان غير ملائم إلى الحد الذي لم تستطع زوجة المدعى عليه استعماله مما جعل المدعى عليه يتمتع عن دفع الثمن، قررت محكمة الاستئناف أن السؤال هنا لا يتعلق فيما إذا كان هنالك عقد بيع بضائع أو عقد عمل ومواد إنما المهم في كلا الحالتين أن يكون طقم الأسنان صالحاً للغرض منه.

٣- إعطاء العقد أثراً فعالاً: إذ يمكن أن تتحقق الآثار التي يفترض أن الأطراف قصدوا تحقيقها بواسطة البنود الضمنية، فالقاضي يعتبر نفسه إنه يقوم بمجرد ما كان الأطراف يفعلونه بأنفسهم لمواجهة الموقف ذاته و يعبر عن ذلك بأنها تعطي الفعالية العملية للعقد^(٣)، أن العملية القانونية أعلاه المتعلقة بالآثار الفعالة للعقد يمكن أيضاً من خلال قضية (MOORCOCK 1889 ,14P.D.64 THE) والتي تتلخص وقائعها بأن المستأنف اتفق مع المستأنف عليه باستعمال حاجز ورصيف المستأنف لتحميل وخزن بضاعة من السفينة MOORCOK، وكانت منطقة النهر مملوكة من قبل طرف ثالث وخارج

(١) د. مجيد حميد العنبيكي: مبادئ العقد في القانون الانجليزي، مصدر سابق، ص ١٢٠.

(2) Thus in Samuels v. Davis (the plaintiff was a dentist who agreed with the defendant to make a set of teeth for the defendants wife. The teeth were made and delivered, but the defendant refused to pay for them on the ground that they were so unsatisfactory that his wife could use them. The was controversy as to whether the contract was for the sale of goods or for work and materials, but the court of Appeal held that, in circumstances of the case, the question was irrelevant. If it form, the provisions of the sale of goods act= applied, if the laater, they would import into contract, on the analogy of the Act, a term that the teeth should be reasonably fit for their purpose, مشار إليه لدى د. ماجد مجباس حسن: ، الإلتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانجليزي-دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٣٧٨

(٣) مشار إليه لدى د فتحي عبدالرحيم عبد الله: مصدر سابق، ص ٢٨٨.

سيطرة المستأنف، والذي لم يتم باتخاذ أي خطوة للتأكد من أن تلك المنطقة صالحة للسفينة لأن ترسو، و نتيجة لذلك اصطدمت السفينة بقاع النهر بسبب المد والجزر مما أدى إلى تضرر السفينة حكمت المحكمة بأن المستأنف مسؤول من حيث أن السفينة لا يمكن استعمالها مع هذا الحاجز والرصيف في مثل هذه الظروف، لأن المستأنف كان ضمناً يمثل قدرته في اتخاذ العناية المعقولة للتأكد بأن وضع النهر كان بصورة لا تتضرر معها السفينة، وما كان القانون ليرغب في هذا التضمين إلا لإعطاء هذه الصفقة أثراً فعالاً كما يرغب به رجال الأعمال وقد علق اللورد القاضي (بوين) بصدد هذه القضية المذكورة آنفاً (انني اعتقد ان حاول أحد استقراء جميع القضايا، وهي كثيرة التي كانت فيها شروط ضمنية غير جوهرية أو شروط قانونية، فانه سيجد فيها كلها يثير القانون افتراضاً ضمناً مستمداً من النية المفترضة للطرفين من أجل إعطاء المعاملة الفعالية التي يجب على الطرفين اعطاؤها لها)^(١).

وكذلك يرى القاضي (scrutton) إنه يمكن أن يضاف إلى العقد بنداً بشرط أن يكون هذا البند

ضرورياً وأن يجعل العقد فعالاً، وذلك في قضية (in Reigate v Union Manufacturing

. (Co [1918] 1 KB 592, at 605)^(٢).

(1) Bowen LJ explained this reasoning as follows: Both parties knew that the jetty was let for the purpose of profit, and knew that it could only be used by the ship taking the ground and lying on the ground. They must have known, both of them, that unless the ground was safe the ship would be simply buying an opportunity of anger and buying no convenience at all, and that all consideration would fail unless the ground was safe. In fact, the business of the jetty could not be carried on unless, I do not say the ground was safe, it was supposed to be safe. Bowen, I, J, explained the nature of implication (I believe if one were to take all the cases, and there are many, all of them the law is raising an implication from the presumed intention of the parties, with the object of giving to the transaction such efficacy as both parties must have intended that the at all events it should effect by the implication is to give such business efficacy to the transaction as must have been intended at all events by both parties who are business men. See G.C. Chesire and others, op, cit, p162-163.

(2) (Ordinarily it appears to be accepted that the provision to be implied must be necessary in the "business sense" to give efficacy to the contract) see: Andrew Robertson And Jeannie Paterson, Contract Cases And Materials, op.cit, P.149.

نستنتج مما تقدم أن المحكمة ليس لها مطلق الحرية بوضع ما تراه من البنود، وإنما هي بالضرورة مقيدة بظروف محددة أثناء استنتاجها للبنود الضمنية في العقد، حيث يجب أن تراعي فيها نية وظروف الطرفين وتعاملاتهم السابقة، أو الغرض أو الهدف من إبرام العقد أو إعطاء العقد أثراً فعالاً، والقانون الإنجليزي هنا وإن كان أكثر تفصيلاً من القانون العراقي في إيضاح سلطة المحكمة باستنباط الالتزامات العقدية الضمنية والقيود الموضوعة على هذه السلطة، إلا أن هذا لا يمنع من القول:- أن القانون العراقي قد انتهج النهج ذاته بطريقة وأخرى، إذ أنه وإن أعطى للمحكمة سلطة استشفاف البند الضمني، ولكنه اشترط أن يكون من مستلزمات العقد، وما مستلزمات العقد الا صورة اشمل من إعطاءه أثراً فعالاً، كذلك نجد أن القانون العراقي جعل استشفاف الالتزام العقدي الضمني من مصادره المقررة يجب أن يكون بحسب طبيعة الالتزام، وهذا المعيار هو الآخر يستوعب الغرض الذي من أجله انعقد العقد، وطبيعة التعامل السابق، فضلاً عن الضابط العام الذي وضعه المشرع العراقي عند اشتراطه أن يكون التنفيذ طبقاً لما يوجبه حسن النية، وهذا من شأنه أن لا يجعل القاضي متحكماً بافتراض التزام يتنافى مع النية الحقيقة لأطراف العقد^(١).

(١) - ينظر نص المادة (١٥٠) مدني عراقي.

الفصل الثاني

القواعد الناظمة

لأحكام الإلتزام العقدي الضمني



الفصل الثاني

القواعد الناظمة لأحكام الإلتزام العقدي الضمني

يعد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين من المبادئ الأساسية الراسخة في العقود المدنية، وبمقتضى المبدأ المذكور يلتزم المتعاقدان بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد وعلى نحو يتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ورغم ذلك قد ترتكب مخالفة للعقد بأن يقوم أحد طرفيه بعدم تنفيذ إلتزامه مطلقاً عند حلول أجل التنفيذ، أو أن يقوم بالتنفيذ ولكن على نحو معيب، أو يقوم بعدم تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن البنود الضمنية في العقد، وعندئذ يحق للطرف المتضرر اللجوء إلى الجزاءات التي قررها القانون لمواجهة مثل هذا الإخلال وأهمها فسخ العقد، والتعويض إن كان له مقتضى.

وإذا كان المشرع عني عناية كبرى بمرحلة تكوين العقد، فإن عنايته بتنفيذه لا تقل أهمية عن تكوينه؛ ذلك أن المتعاقد الذي يرضى بأن يكون ملتزماً في مواجهة غيره، لا يقوم بذلك من أجل أن يلتزم فقط؛ بل يهدف من وراء دخوله في العلاقة التعاقدية الحصول على مقابل ما يلتزم به، لذلك كان من الطبيعي أن يسعى الطرفان إلى تنفيذ العقد وفقاً لما يقتضيه القانون، ومبدأ حسن النية، والعدالة، وعليه؛ فإن الأثر القانوني المترتب على صحة انعقاد العقد هو تنفيذه بما يتفق وقصد المتعاقدين، إلا إنه قد يُحول دون تنفيذه أن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية أو يستحيل عليه ذلك، وهذا الإخلال ناتج عن عدم الإلتزام بالشروط(البنود) الصريحة أو الضمنية.

ولما كان الإخلال بالإلتزام العقدي الضمني يشكل في الواقع السبب في حدوث الضرر والذي بموجبه ينشأ ويستحق التعويض، فإن القانون يرتب مسؤولية على الطرف المخل، وهو فسخ العقد مع التعويض، والتعويض أما أن يكون نقدي وأما أن يكون غير نقدي، بحسب الأحوال .

وتختلف القوانين في ترتيب الأثر القانوني على الإخلال بتنفيذ الإلتزامات الضمنية للعقد، فيذهب القانون الإنجليزي بترتيب أثر الإخلال بالإلتزام الضمني استناداً إلى حجم الضرر الناتج عنه، إذ يقسم البنود الضمنية للعقد إلى بنود معتبرة ضمانات وأخرى معتبرة شروطاً، وذلك استناداً إلى أثر الإخلال فيها، أي جسامته الإخلال بهذا البند فيما اذا كان (إخلالاً بسيطاً أو جسيماً)، أما القانون المدني العراقي فيعتبر الإخلال موجب للمسؤولية بصرف النظر عن جسامته كقاعدة عامة، وسُنِّيُّ في هذا الفصل القواعد الناظمة للإلتزام العقدي الضمني وذلك في بحثين، نُخصَّص أولهما:- لدراسة أثر الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني وفقاً للقانون العراقي والإنجليزي، ونفرد الثاني:- لدراسة التعويض عن الإخلال بالإلتزام العقدي الضمني وفقاً للقانون العراقي والإنجليزي.

المبحث الأول

أثر الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني

أن العقد المبرم المستكمل لأركانه والمستوفي لشروطه يتمتع بالقوة الملزمة، والتي غالباً ما يكون مصدرها الإرادة الحرة المتجهة نحو إبرامه، فالأخيرة هي من جعلت أطراف العقد ملزمين بالنتائج التي يربتها القانون، فإرادة الأطراف المتعاقدة هي التي تنشئ العقود، والقانون يرتب ما للعقد من أحكام وأثار، ولا شك بأن الإرادة لابدَّ وإنَّ تكون منسجمة مع مضمون العقد، لأن مخالفته تعد مخالفة الإلتزام الرئيسي فيه^(١).

وعليه فإن الشروط (البنود) الضمنية للعقد تعتبر مُلزمة للطرفين بتنفيذها، ولما كان العقد يتضمن الإلتزام الرئيسي والإلتزام الثانوي، فلا شك بأن إجبارية تنفيذ هذه الإلتزامات يعد أمراً حتمياً مسلم به، ومن ثم فإن العقد هو لازم التنفيذ، وتجدر الإشارة إلى أن الأصل في تنفيذ العقد هو التنفيذ الرضائي أو

(١) أحمد سعيد الزقرد: أحكام الإلتزام، بلا دار طبع، مصر، ٢٠٠٥، ص ١٠.

الطوعي وفي حالة عدم تحققه يبرز عنصر الإجبار أو الإلزام على التنفيذ^(١)، وإنَّ الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني يرتب مسؤولية على الطرف المخل وهذه المسؤولية لا اختلاف فيها، غير أن الاختلاف يكمن فيما يعد إخلالاً ام لا، وهو ما سنُبيِّنه في هذا المبحث من خلال مطلبين، نُخصّص أولهما:-
لدراسة أثر الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي، بينما نُخصّص الثاني:- لدراسة أثر الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي:-

المطلب الأول

أثر الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي

الإلتزام هو رابطة قانونية ذات قيمة مالية تقوم بين طرفين أو أكثر يلتزم بمقتضاها أحدهما ويسمى المدين بالقيام بأداء معين (إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل) لمصلحة طرف آخر يسمى الدائن^(٢).

من خلال هذا التعريف يتبين أن الإلتزام عبارة عن فرض قانوني مالي يلقي على عاتق شخص يسمى المدين، يلتزم من خلاله بتقديم أداء مالي معين لمصلحة شخص آخر هو الدائن.

وتنفيذ الإلتزام هو تنفيذ المدين للإلتزام الملقى على عاتقه أيّ كان مصدره سواءً العقد أو أي مصدر آخر من مصادر الإلتزام (العقد، التصرف بإرادة منفردة، الفعل الضار، الفعل النافع، القانون)، اي يقوم المدين بتنفيذ الإلتزام الذي التزم به طواعية وإرادته دون تدخل الدائن^(٣)، وهنا يكون عنصر المديونية أي

(١) منى نعيم جعاز: فكرة مضمون العقد واثّر استحداثها على شروط صحة العقد، مجلة بحوث الشرق الاوسط، المجلد (٩)، العدد (٦٢)، ٢٠٢١، ص ٣٤٧.

(٢) سليمان مرقس: شرح القانون المدني-اصول الإلتزامات، الجزء الاول، مطبعة النهضة، القاهرة، ١٩٦٨، ص ١٧.

(٣) حدة مبروك: محاضرات في احكام الإلتزام، مطبعة التعليم العالي، الجزائر، ٢٠٢٠، ص ١٤.

شعور المدين بالزامية تنفيذ عين ما التزم به دون تدخل أو جبر من الدائن، لأنه عند إجباره من الدائن يتحرك عنصر المسؤولية، ومن ثم يتم اكراه و إجبار المدين على التنفيذ دون إرادته^(١).

ولما كان الألتزام العقدي الضمني هو التزم يقع على عاتق المدين ناشئ عن شروط (بنود) لا ضرورة إلى النص عليه من قبل المتعاقدين كونه يعد مفترضاً، ولما كان مضمون العقد يتمثل بالالتزام الرئيسي في العقد، والذي يعد مختلفاً من عقد لآخر، فإن الشرط العقدي الضمني لا يؤدي إلى المساس به كونه قد جاء تعبيراً عن وجهة نظر المشرع، ولغرض تحقيق مصلحة عليا مع مراعاة ما ترك المشرع للقاضي من سلطة تقديرية لتحقيق الغرض الذي نشأ من أجله العقد، وبما يتفق مع روح القانون، وإن الإخلال بالالتزام بالشرط الضمني في العقد هو أخلال بالعقد، لان الشرط الضمني هو مكمل للعقد ومحققا لغايته، ولتفصيل ذلك سنبيّن في هذا المطلب معنى الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي، والمسؤولية الناتجة عنه وذلك في فرعين، نُخصّص أولهما لمعنى الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني ونفرد الثاني للمسؤولية الناشئة عن هذا الإخلال.

الفرع الأول

معنى الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانون العراقي

الأصل أنّ الإلتزامات المتولدة من العقد تعادل في درجة قوتها الإلتزامات المتولدة من القانون نفسه، فينبغي على كل شخص أن ينفذ بحسن نية الإلتزام الذي فرضه القانون، وإنّ ينفذ الإلتزام الناشئ عن العقد الذي كان طرفاً فيه، فالعقد لا يمكن الرجوع عنه أو تعديله أو إلغائه إلا بالتراضي بين أطرافه، أو بمقتضى نص في القانون، ومن ثم لا يجوز لأحد أطراف العقد أن يقوم بإنهاء أو تعديل العقد بإرادته

(١) محمد حسين منصور: احكام الإلتزام، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٨.

المنفردة؛ لأنَّ العقد اتفاق إرادي ملزم قانونيًا بين أطرافه ويجب الإلتزام به^(١)، أما فعل الامتناع عن تنفيذ عقد، فأصله هو إخلال بالأساس الفلسفي والأخلاقي والاقتصادي لمقتضيات تنفيذ العقد^(٢).

فأما الإخلال بالأساس الفلسفي لمقتضيات العقد فيكمن في تجاهل مبدأ سلطان الإرادة، لأنَّ هذا المبدأ يبنى على اعتقاد راسخ يتمثل في وجود حرية طبيعية للإنسان، أي له الخيار الحر في إنشاء العلاقات والقواعد التي يخضع لها، كما أنَّ القاعدة القانونية تأثرت بهذه الفلسفة وأصبحت الإرادة الحرة هي المصدر الوحيد للإلتزام التعاقدي، وهذا ما يبرر الحرية الفردية والرضائية في العقد^(٣).

وأما الإخلال بالأساس الاخلاقي لمقتضيات تنفيذ العقد فأنَّ تنفيذ العقود والوفاء بالعهود شرط ضروري لتحقيق النظام والأمن والاستقرار داخل المجتمع، إذ أنَّ الأمانة تقتضي الإلتزام بهذه العقود والعهود؛ لأنَّها شرط أساسي لاستقرار النظام الاجتماعي، ولا يتحقق هذا الاستقرار، إلَّا بالوفاء والاحترام لهذه العقود والعهود من جميع أطرافها، وقد أصبح إنفاذ العقود إحدى المبادئ التي استقرت عليها الشعوب والأمم عبر التاريخ، وهذا ما نجده في بحوث الفقيه (هوجو جروسيوس)^(٤) في القانون الطبيعي، فقد أعطى الأهمية الكبرى لمبدأ احترام المواثيق، سواء كانت تلك المواثيق عقودًا بين الأفراد، أو معاهدات واتفاقيات بين الدول، فكل نقض لشيء من هذه المواثيق يُعدُّ إخلالاً بالقانون الطبيعي، سواء وجد عليه نص في القوانين الوضعية أم لم يوجد^(٥).

(١) د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو: الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الاول، دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢، ص ١٧٤.

(٢) د. حسن فالح حسن الهاشمي: الإخلال في تنفيذ عقد - نحو سياسة جزائية في العراق، مجلة المعهد، العدد (١٤)، ٢٠٢٣، ص ٤١٥.

(٣) د. منذر الفضل: الوسيط في شرح القانون المدني "مصادر الإلتزامات وأحكامها"، مصدر سابق، ص ٤٤.

(٤) هوجو جورجيس (١٥٨٣-١٦٤٥): فيلسوف هولندي يعد مؤسس مدرسة القانون الطبيعي وقانون الشعوب، دون آراءه في كتاب من ثلاثة أجزاء سماه "قانون الحرب والسلام"، للمزيد ينظر: عبدالرحمن بدوي، ملحق موسوعة الفلسفة، ط١، المؤسسة العربية، بيروت، ١٩٩٦، ص ١٠٢.

(٥) د. سليمان مرقس: فلسفة القانون، مكتبة صادر، بيروت، ١٩٩٩، ص ٢١٦.

وأما الإخلال بالأساس الاقتصادي لمقتضيات تنفيذ العقد يكمن في المساس بمصالح الناس المالية وبمصالح الدولة المالية ويعيق تقدم النمو الاقتصادي، لأنَّ الإخلال في تنفيذ عقد يعني جمع الأموال بطرق ملتوية غير قانونية وغير مشروعة، وهذا الإخلال يمثل خطراً حقيقياً للاستقرار الاقتصادي في المجتمع مقابل الجزاءات المدنية^(١).

والإخلال بالإلتزام العقدي هو إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ ما رتبته العقد في ذمته من إلتزامات، سواءً كان ذلك بعدم التنفيذ أو التأخر فيه أو جاء التنفيذ معيباً، ويؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية^(٢).

وكذلك الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي يُعرف بأنه عدم وفاء أحد الأطراف بالإلتزامات التي تعهد بها بموجب العقد، سواءً كان ذلك عن طريق الامتناع عن الأداء كلياً أو جزئياً، أو تأخير الأداء، أو تقديم أداء معيب لا يتفق مع ما تمَّ الاتفاق عليه^(٣).

ويسمى أيضاً بالخطأ العقدي وهو شرط أساسي لقيام المسؤولية العقدية، وقد يكون الخطأ عمدي أو غير عمدي، كما قد يكون جسيم أو غير جسيم^(٤).

وكذلك يقصد بالإخلال عدم تنفيذ أي من طرفي العقد لإلتزامه، فالمدين الذي التزم بالعقد يجب عليه تنفيذ العقد بحسن نية وطبقاً لما اتفق عليه المتعاقدان^(٥).

(١) د. أحمد ابراهيم حسن: غاية القانون - دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٥٦.

(٢) د. خالد عبدالفتاح حسن: المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩، ص ١٢٩.

(٣) د. محمد حسن قاسم: القانون المدني الإلتزامات- المصادر العقد، مصدر سابق، ص ١٣٥.

(٤) ياسين محمد الجبوري: الوجيز في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، الاردن، ٢٠١١، ص ٤١٢.

(٥) د. عبدالرزاق السنهوري: مصدر سابق، ص ٧٣٥.

ويحدث الإخلال اما بعدم تنفيذ الإلتزام كعدم قيام البائع بتسليم البضاعة المباعة وعدم قيام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه أو تنفيذه على غير ما يوجبه العقد بأن يتم تنفيذ جزء من الإلتزام فقط كتسليم كمية من المبيع اقل من المتفق عليه أو دفع جزء من الثمن أو أن يكون التنفيذ معيباً كتسليم بضاعة غير مطابقة لما اتفق عليه أو سداد المشتري الثمن بغير العملة المنصوص عليها بالعقد أو التنفيذ المتأخر^(١).

وفي اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠ الصادرة من لجنة المتحدة للقانون التجاري والذي انظم إليه العراق عام ١٩٩٠ تم تعريف الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي أو عدم تنفيذ الإلتزام العقدي من خلال المادة (٢٥) التي نصّت على إنّه (تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية اذا تسببت في إلحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، إلا إذا لم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة ولم يكن أي شخص سوي الإدراك من نفس الصفة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف)^(٢).

ويقتضي تحقيق الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي أن يكون عدم تنفيذ العاقد لإلتزاماته العقدية راجعاً إما إلى تعنته في إتمام هذا التنفيذ رغم كونه ممكناً أو إلى استحالة التنفيذ لسبب يرجع إلى فعله، ومادام

(١) هديل محمد حسن: المسؤولية العقدية الناشئة عن اخلال أحد طرفي عقد البيع(السيف) بإلتزاماتها، مجلة الحقوق، المجلد(٣)، العدد(٩) ٢٠١٠، ص٢٧٥.

(2) The article 25 of 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods states: “A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result”

قد ثبت الخطأ أو الإخلال في جانب العاقد، فيستوي بعد ذلك أن يكون الإخلال أو الخطأ متمثلاً في عدم التنفيذ مطلقاً أو في كون التنفيذ ناقصاً أو جزئياً أو كونه تنفيذاً معيباً^(١).

ويمكن تصنيف الإخلال إلى نوعين رئيسيين وهما: - الإخلال الجوهرى هو إخلال يتسبب في حرمان الطرف الآخر من الغاية الرئيسية التي كان يرجوها من العقد، بحيث يجعل استمرار العقد غير ذي جدوى بالنسبة له. والإخلال غير الجوهرى وهو الإخلال الذي لا يؤدي إلى إلحاق ضرر كبير بالطرف الآخر أو لا يؤثر بشكل جوهري على تحقيق الغاية الأساسية من العقد.^(٢)

والإخلال بالإلتزام العقدي قد يكون إخلال بالإلتزام بتحقيق غاية، أي أن المدين قد نفذ إلتزامه تنفيذاً عينياً وعدم تنفيذ هذه الغاية يقوم مقام الخطأ العقدي الموجب للمسؤولية حتى وإن كان بذل الجهد الكافي والمعتاد في تحقيق النتيجة لكن دون جدوى لعدم تحقيق النتيجة يستوي الخطأ العقدي ما لم يثبت المدين تدخل العامل الأجنبي في عدم تحقق النتيجة^(٣).

أو يكون إخلال بالإلتزام ببذل عناية هنا يكون محلّ التزم المدين ليس تحقيق غاية محددة وإنما ببذل الجهد الكافي والعناية اللازمة في تحقيقها فقد تتحقق النتيجة، وقد لا تتحقق والخطأ العقدي في هذا النوع من الإلتزامات لا يقوم بعدم تحقق الغاية من الإلتزام، وإنما يتحقق بعدم بذل العناية الكافية لتحقيق هذا الإلتزام لان الخطأ العقدي هنا يتحقق بالتقصير والإهمال وليس بعدم تحقق النتيجة^(٤).

(١) خالد جمال الدين أحمد حسن: الوسيط في مصادر الإلتزام-دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري، مطبعة جامعة اسيوط، مصر، ٢٠٢٠، ص ١٧٠.

(٢) د.محمد حسن قاسم: مصدر سابق، ص ١٣٨.

(٣) عبدالرحمن الشرقاوي: القانون المدني- دراسة حديثة للنظرية العامة للإلتزام، دار الافاق المغربية، المغرب، ٢٠١٧، ص ٣٢٠.

(٤) المصدر نفسه، ص ٣٢١.

وفي نطاق الإلزامات العقدية الضمنية، فإن نشوء الإلزام العقدي في ذمة المدين يقتضي وفاء به، وعليه فإن كل ما اتفق عليه العاقدان وأدخله في نطاق العقد يلزمان بالتقيد به والعمل بمضمونه^(١).

وبهذا فإن الإخلال بالشروط الضمنية للعقد هو عدم التزام المدين بتنفيذ الشروط التي هي في الواقع من الشروط التي تجعل العقد مكتملاً.

وقد عالج المشرع العراقي الإخلال بتنفيذ العقدي حينما تطرق إلى موضوع المسؤولية العقدية وذلك في المادة (١٦٨) من القانون المدني والذي نص على (إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الإلزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بإلزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ إلزامه).

وعليه يتبين لنا أن المشرع العراقي ذهب إلى أن الإخلال بالإلزامات التعاقدية هو مرادف للخطأ بوصفه ركناً من اركان المسؤولية العقدية فالخطأ يكمن في إخلال المدين بإلزاماته بموجب العقد، ويتطلب تطبيق قواعد المسؤولية التعاقدية، بغض النظر عن محل الإلزام فيما اذا كان متفق عليه بشكل صريح أو بشكل ضمني في العقد، وذلك استناداً إلى المادة (١٥٠) من القانون المدني والذي ينص على (١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢ - ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلزام). فالمتعاقدان ملزمان بتنفيذ جميع الإلزامات الضمنية والصريحة دون الإخلال بأي منهما)

(١) د. جليل الساعدي: أصول العقد في القرآن، مكتب نور العين للطباعة، بغداد، ٢٠١١، ص ٤١.

والإخلال بالالتزام العقدي لا يكون بعدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ فحسب، كما ذكرت ذلك المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي؛ بل يضيف الفقه صورتان من الإخلال بالالتزام العقدي وهما (التنفيذ المعيب والتنفيذ الجزئي)^(١).

فمثلاً أن لم يقم البائع بأبرام عقد التأمين على البضاعة المباعة كان ذلك إخلالاً بالالتزام العقدي (تنفيذ جزئي)، أو أن يقوم البائع بشحن البضاعة بعد موعد الشحن المتفق عليه في العقد أو المعتاد عليه في التعامل الدولي عد ذلك تأخير في تنفيذ الالتزام العقدي وكذلك تأخر المشتري في دفع الثمن أما إذا كان نقل البضاعة بواسطة وسيلة نقل (سفينة) لا تتلائم وطبيعة البضاعة المباعة عد ذلك تنفيذاً معيباً للالتزام العقدي أما إذا كانت البضاعة المباعة اقل من البضاعة المتفق عليها عد ذلك تنفيذاً جزئياً للالتزام العقدي^(٢).

وعليه فالإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية الضمنية في القانون المدني العراقي هو إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ ما رتبته العقد في ذمته من التزامات بشكل ضمني، سواء كان ذلك بعدم التنفيذ أو التأخر فيه أو كون التنفيذ جاء معيباً.

الفرع الثاني

المسؤولية العقدية عن الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي الضمني في القانون العراقي

يقسم فقهاء القانون الالتزام المدني إلى عنصرين عنصر المسؤولية ويمثل عنصر الجبر في الالتزام أي امكانية جبر المدين قانوناً على الوفاء بما التزم به، أما العنصر الثاني، فهو عنصر المديونية^(٣)، وإن

(١) د. عصمت عبدالمجيد: مصادر الالتزام في القانون المدني، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢١٤.

(٢) هديل محمد حسن، المسؤولية العقدية الناشئة عن اخلال أحد طرفي عقد البيع البحري بالالتزاماتهما، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، المجلد (٣)، العدد (٨، ٩)، ٢٠١١، ص ٢٧٩.

(٣) نبيل ابراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام- احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٩، ص ١٥.

العقد من أهم مصادر الالتزام والوسيلة المثلى لتلبية حاجات أطرافه، ومن ثم تنشأ العقود بغرض تنفيذها وتحقيق المصلحة المرجوة منها، لذلك تحتل مرحلة تنفيذ العقد مكانة بالغة الأهمية ضمن نظرية العقد في تشريعات القانون المدني المختلفة، والتي يسودها طبقاً لهذه النظرية ونسيجها القانوني مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومفاده أن كل ما اشتمل عليه العقد من التزامات واجب التنفيذ والإخلال بها يترتب المسؤولية المدنية العقدية.^(١)

أما فيما يخص أركان المسؤولية العقدية، فلا بد لقيامها من وجود عقد صحيح بين المتعاقدين، بحيث لا يوجد عقد لا تقوم المسؤولية التعاقدية^(٢)، وعلى ذلك فإنه إذا انتفت العلاقة العقدية لإنقضاء نية التعاقد وقصد الالتزام لا يمكن الحديث عن مسؤولية عقدية في حال الإخلال بمثل هذه العلاقات، وإن كان من المحتمل تحقق المسؤولية التقصيرية، ومن ثم فإن المسؤولية التعاقدية لا تبدأ إلا من لحظة وجود العقد، وتنتفي بانقضائه، فلا تبقى بعد زواله هذا من ناحية، ويلزم أيضاً أن يكون الضرر ناشئاً عن الإخلال بالالتزام العقدي الضمني من ناحية أخرى^(٣)؛ ولا يكفي وجود مجرد مظهر عقد، وإنّ يخل أحد المتعاقدين بالالتزامات الضمنية الواردة فيه؛ بل يقتضي أن يؤدي هذا الإخلال إلى إلحاق ضرر بالمتعاقدين الآخر، وتلك هي علاقة السببية التي تربط الضرر بالخطأ، يضاف إلى ذلك وفي بعض حالات الإخلال عدا حالة عدم التنفيذ مطلقاً، شرط الأعذار، وهو تنبيه المدين إلى إنّه متأخر في التنفيذ تأخراً يلقي عليه بعض الآثار القانونية^(٤).

(١) سارة بيلامي، الالتزامات المستحدثة كآلية لتحقيق العدالة العقدية في تنفيذ العقد، مجلة العلوم الانسانية، المجلد (٣٣)، العدد (٤)، ٢٠٢٢، ص ٢٤٤.

(٢) د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن: الاحكام القانونية للتطبيقات العملية في المسؤولية المدنية، المجلد (١)، ط ٢، ٢٠١٣، بلا دار طبع، بلا مكان طبع، ص ١٦.

(٣) حسين عامر: القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة، ط ١، ١٩٤٩، ص ٦٠.

(٤) سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط ٥، ج ٢، المجلد (٢)، ص ٤٤.

وفي الإلتزام بتحقيق غاية يعد المدين مخرلاً بتنفيذ إلتزامه العقدي الضمني إذا لم يحقق الغاية التي إلتزم بتحقيقها، فالتزام البائع في عقد البيع مثلاً هو التزام بتحقيق غاية هي تسليم المبيع إلى المشتري، فإذا لم يتم بذلك اعتبر مخرلاً بتنفيذ إلتزامه، وتتحقق بالتالي مسؤوليته التعاقدية، وكذلك الأمر إذا كان محلّ إلتزام المدين عدم القيام بعمل وقام به^(١).

أما في الإلتزام ببذل عناية يعد المدين قد أخل بتنفيذ إلتزامه إذا لم يبذل في تنفيذه العناية اللازمة، مثال ذلك الطبيب يلتزم بمعالجة المريض والمحامي الذي يلتزم بالسير في الدعوى. فإذا لم يبذل الطبيب العناية اللازمة في معالجة المريض، أو لم يبذل المحامي العناية اللازمة للسير في الدعوى فإنهما يعتبران مخرلين بتنفيذ إلتزامهما وتتقرر مسؤوليتهما العقدية^(٢).

ونحن نرى أن المشرع العراقي لم يغفل التنفيذ المعيب المنافي للعقد بموجب قانونه المدني؛ بل أورده في بعض تطبيقات العقود المسماة من ذلك ما ورد في المادة (٨٦٩) التي نصّت على إنه (١- إذا ظهر لرب العمل اثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، فله أن ينذره بأن يعدل إلى الطريقة الصحيحة خلال أجل مناسب يحدده له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب أما فسخ العقد وأما أن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر على نفقة المقاول الأول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك، ويجوز فسخ العقد في الحال اذا كان اصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً ..)

وبهذا فإن الخطأ العقدي في القانون المدني العراقي هو الخطأ الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو التنفيذ المعيب أو التأخير في التنفيذ، ولا يختلف أن كان محلّ التنفيذ ناشئ عن التزام صريح أو ضمني.

(١) د. عبدالمجيد عبدالحكيم، د.عبدالباقى البكري، د.محمد طه البشير: مصدر سابق، ص١٦٥.

(٢) المصدر نفسه، ص١٦٦.

أما الضرر، فتدور المسؤولية المدنية مع الضرر وجوداً وعدماً وشدةً وضعفً، إذ لا مسؤولية دون وجود الضرر، ولا يكفي مجرد إخلال المدين بالالتزامه؛ بل لا بد من حصول الضرر^(١)، فيجب أن يكون الضرر ناشئاً عن عدم تنفيذ مما يتضمنه العقد من التزام^(٢).

وفي الالتزام العقدي الضمني، فإن إخلال المدين بالالتزامه في الشروط الضمنية والمؤدي إلى حدوث ضرر يكون موجباً للمسؤولية العقدية. وهو ما نصّت عليه المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي (إذا استحال على المدين تنفيذ إلتزامه عيناً، حُكم عليه بالتعويض ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه)، إذ تؤكد هذه المادة أن المدين مسؤول عن الضرر الناتج عن إخلاله بالالتزاماته العقدية، وبوصف النص قد ورد مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه^(٣)، فسواءً كانت تلك الإلتزامات مذكورة صراحةً في العقد أو مستخلصة ضمناً من بحسب مستلزماته.

أما العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا يكفي لتقرير المسؤولية العقدية أن يكون هناك خطأ في جانب المدين وضرر يصيب الدائن، بل يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن خطأ المدين بتنفيذ إلتزاماته العقدية الضمنية، أي أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر. فإذا انقطعت علاقة السببية هذه لا تقرر مسؤولية المدين، وهي تنقطع إذا تدخل سبب أجنبي بين عدم تنفيذ المدين لإلتزامه العقدي الضمني وبين الضرر الذي أصاب الدائن. والسبب الأجنبي إما أن يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً أو فعل شخص ثالث.^(٤)

(١) د.عبدالمجيد عبدالحكيم، د.عبدالباقي البكري، د.محمد طه البشير، نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ١٦٧.

(٢) د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، مصدر سابق، ص ١٧.

(٣) ينظر نص المادة (١٦٠) مدني عراقي التي نصّت على أنّه (المطلق يجري على إطلاقه اذا لم يقد دليل التقيد نصاً او دلالةً)

(٤) نصّت المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي (إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عيناً، حُكم عليه بالتعويض ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه).

والعلاقة السببية هي تلك الصلة التي تربط الضرر بالخطأ رابطة سبب بنتيجة، أي أن يكون الخطأ هو السبب في هذا الضرر، فإذا انعدمت هذه الرابطة انتفت المسؤولية لانعدام ركن من اركانها^(١). فالرابطة السببية في نطاق في الالتزام العقدي الضمني هي أن يكون عدم تنفيذ العقد أو ما التزم به المتعاقد على الوجه المتفق عليه، أو أن يكون عدم تنفيذ ما اشتمل عليه العقد راجع إلى خطأ المدين، وتلك الرابطة بين الضرر والخطأ، مفروضة فرضاً قانونياً قابلاً لإثبات العكس، فعلى المدين الذي يدعي عدم وجود هذه الرابطة أن يقيم الدليل على ذلك.

وجاء في قرار لمحكمة تمييز العراق الاتحادية على إنه (أن مريضاً أجرى عملية جراحية لدى أحد الأطباء الجراحين في مستشفى اليرموك، وبعد فترة من إجراء العملية بدأ يعاني من آلاماً شديدة جعلته طريح الفراش فترة طويلة ومن ثم قام بإجراء الفحوصات والكشف الاشعاعي، الأمر الذي كشف عن وجود (مقص) كان قد نساه الطبيب الجراح عند إجراءه للعملية، الأمر الذي اضطر معه المريض إلى إجراء عملية فتح البطن واستخراج المقص بعد إزالة قسم كبير من امعائه بسبب تلفها نتيجة وجود المقص الأمر الذي أضرَّ به وسبب له عاهة مستديمة لا يستطيع بسببها العيش بصورة طبيعية، قضت المحكمة بمسؤولية الطبيب عن الخطأ وألزمته بتعويض الضرر وصادقت محكمة التمييز على هذا الحكم^(٢)). فالتزام الطبيب بإجراء العملية الجراحية هو التزام صريح، أما إلتزامه بضمان الدقة عند إجراء العملية هو التزام ضمني، لاسيما وإنَّ العدالة وطبيعة الإلتزام تقضي أن لا يقع الطبيب بمثل هكذا إخلال وأن لم ينص عليه العقد.

(١) د. محمد سعيد الرحو: المبسوط في شرح القانون المدني-الضرر، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص٢٧٦.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم(١٥٥٤) في ١٢/٤ / ١٩٩٠، نقلا عن: منى نعيم عجاز، مضمون العقد-دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والانجليزي، مصدر سابق، ص٢٥٢.

وبهذا فإن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في الإلتزام العقدي الضمني يتحقق في حال كون الضرر ناشئ عن الخطأ العقدي مالم يدخل فيه سبب أجنبي^(١)، على سبيل المثال التزم المقاول في عقد المقاولة ببناء منزل، فإن تعرض المنزل للهدم على سبيل المثال بسبب الخطأ في البناء أو سوء اختيار مواد البناء، فإن الضرر الذي يلحق صاحب المنزل هو بسبب خطأ المقاول، وإن لم يُذكر من ضمن شروط العقد هذا الأمر، لأن غاية المتعاقد مع المقاول هو الحصول على منزل آمن صالح للسكن، وهذا ما تقضي به طبيعة الإلتزام، وبهذا فإن الضرر الناشئ عن الخطأ يكون موجبا للمسؤولية.

المطلب الثاني

أثر الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي

إن مدى التزام الأطراف بتنفيذ العقد في القانون الانكليزي يعتمد بالدرجة الأولى على مضمون ذلك العقد، أي على ما ورد فيه من بنود، فمعيار تنفيذ العقد هو ان يكون التنفيذ مطابقاً لذلك المضمون، ووفقاً لقاعدة التنفيذ التام Perfectly Performance Rule المعروفة في القانون الانكليزي، فإن مطابقة تنفيذ العقد لمضمونه لا تعني الاكتفاء بتنفيذ الإلتزامات الصريحة في العقد، إنما يجب تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن البنود الضمنية، فقيام البائع بتسليم البضاعة إلى المشتري، لا يعني إنه قد أتمّ التنفيذ، بل يقع على عاتقه إلتزامات أخرى، كالتأكد من كمية البضاعة، أو التأكد من توافر واسطة النقل ووصولها في الميعاد الملائم، والإخلال بتلك الإلتزامات له الأثر ذاته بالنسبة للإخلال بالإلتزامات الصريحة في العقد، وإذا فشل المتعاقد في تنفيذ التزام صريح أو ضمني، عُدّ مخالاً بالعقد ككل^(٢)، وسنُبيّن في هذا المطلب معنى

(١) للتفصيل أكثر حول السبب الاجنبي وعلاقته بالرابطه السببية ينظر: د. حسن الذنون: المبسوط في شرح القانون المدني،

ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٠.

(٢) منى نعيم عجاز: مصدر سابق، ص ٢١٦.

الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي، والمسؤولية الناشئة عنه، وذلك في فرعين،
نُخصّص أولهما لمعنى الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني، ونفرد الثاني للمسؤولية الناشئة عنه.

الفرع الأول

معنى الإخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي

يعرف الإخلال في العقد على مستوى الفقه الإنجليزي بأنه (الرفض غير العادل، أو فشل أحد أطراف العقد في الوفاء بأي واجب مفروض عليه بموجب العقد، ويكون عادةً برفض تنفيذه، أو التنفيذ المتأخر، أو التنفيذ الناقص، أو التنفيذ المعيب)^(١)، ويرى آخر^(٢)، أن الإخلال بالعقد في القانون الإنجليزي يحصل: ١- عندما يفشل (لا يتمكن) أحد الطرفين في تنفيذ إلتزاماته العقدية كلاً أو جزءاً صراحةً أو ضمناً. ٢- عندما يرفض أحد طرفي العقد تنفيذ إلتزاماته التعاقدية كلاً أو جزءاً صراحةً أو ضمناً).

والإخلال بالعقد في القانون الانكليزي يتخذ شكلين، الأول: ما يسمى بالإخلال الفعلي Actual Breach وهو إخلال يؤثر على الغرض الرئيس للعقد لذا يسمى احياناً بالإخلال الكلي Total Breach. وهو واجب الإثبات من الدائن، بإثبات إنَّ المدين فشل في تنفيذ الإلتزام التعاقدية وفقاً للمعيار الواجب التطبيق على هذا الإلتزام في الوقت المنصوص عليه في العقد، أو عن طريق اثبات أن المتعاقد لم تكن

(1) breach of contract is unfair refusal or failure on one of the parties to the contract to fulfill any duty imposed under the contract and usually by refusing to performance or delayed performance or defective performance) see. David M. Walker: The oxford companion to law clarendon press, oxford, 1980, p149. نقلا عن د. ماجد مجباس حسن: تنفيذ الإلتزام العقدي على حساب المدين، مصدر سابق، ص ١٥٦.

(٢) - د. مجيد حميد العنبيكي: مصدر سابق، ص ١٨٢.

لديه نية صريحة أو ضمنية لتنفيذ الالتزام وهو ما يسمى (بالإخلال المسبق بالعقد)، ويحدث الإخلال الفعلي Actual Breach إذا خرق أحد طرفي العقد التزاماً يفرضه العقد^(١).

والشكل الثاني يتمثل في عدم تنفيذ الالتزام ذي الصلة بالعقد، أو أداء الالتزام بطريقة مغايرة للعقد سواء من حيث كمّه أو نوعه ويسمى بالإخلال الجزئي (Partial breach)^(٢).

والإخلال الفعلي بدوره يتخذ صوراً عدة، ومنها عدم تنفيذ الالتزام (No performance) ويسمى هنا بالإخلال المادي (Material Breach) لأنه يتعلق بالتزام يمثل جوهر العقد، بحيث أن عدم تنفيذ هذا الالتزام يجعل العقد غير قابل للاستمرار به، كون الإخلال غير قابل للإصلاح، بعبارة أخرى أخلال يلامس الغرض الرئيس من العقد، لذلك يسمى أيضاً بالإخلال الكلي (Total Breach)^(٣).

وأيضاً من صور الإخلال الفعلي أيضاً هو الإخلال الجسيم (fundamental breach) وفي هذا الصدد نذكر ما جاء في إحدى أحكام القضاء الإنجليزي من إنّه يكون الإخلال بالعقد جسيماً (fundamental) عندما يذهب الإخلال إلى جذور العقد وفي هذه الحالة من حق الطرف المتضرر من

(1) In English law, there are two types of breach. The first is called actual breach, which affects the main point of the contract, and is gradually called total breach. It is the duty of the creditor to prove that the debtor failed to perform the obligation in accordance with the specifications currently applicable to this obligation in the contract, or by proving that the contracting party did not have an express or implied intention to perform the obligation, which is called total breach. Breach occurs during actual performance if one of the parties to the contract explicitly imposes it. See: J . W. Carter : Breach of contract , the law book company limited ,sydney, 1984, p3

(2) The second form is represented by the failure to implement the obligation related to the contract, or performing the obligation in a manner different from the contract, whether in terms of its quantity or type, and it is called partial breach.. See: Anson william Reynell , Anson's law of contract , 26th ed , oxford university press, 1984 , p507.

(٣) منى نعيم عجاز: مصدر سابق، ص ٢١٧.

العقد أن يختار إنهاء العقد، ويترتب على هذا الإختيار من الطرف المضرر أن يعتبر طرفاً العقد معفيين من تنفيذ الجزء المتبقي من العقد، كما يكون للطرف المضرور الحق في طلب التعويض عن أية إخلالات تمت قبل إنهاء العقد وعن فقد الفرصة في الاستفادة من الإلتزامات التي ما زالت قائمة في ذمة الطرف المخل^(١).

ومن القضاة الإنجليز الذين تعرضوا لنظرية الإخلال بالعقد بما يتضمن ذلك الكلام عن الإخلال الجسيم (Fundamental breach) اللورد ديبولك في قضية (Photo Production v. Securior-) (1980) حيث تكلم اللورد ديبولك في هذه القضية عن نقطتين: جزاء الإخلال بالبنود العقدية سواء كان الإخلال جسيماً أم غير جسيم، ومدى جواز تنظيم العقد لمسألة التعويض المترتب على الإخلال بأحد الإلتزامات وهل يخضع هذا التنظيم للقانون المنظم للبنود العقدية العقابية؟ حيث ذكر اللورد "ديبولك" أن أي عجز عن تنفيذ أحد الإلتزامات العقدية يرتب التزاماً على الطرف المخل بدفع تعويض نقدي عن الخسارة التي لحقته نتيجة الإخلال ويطلق اللورد ديبولك على النوع الأول من الإلتزامات بالإلتزامات الأولية، في حين يطلق على الإلتزام بالتعويض الإلتزام الثانوي، و فيما عدا حالتين استثنائيتين تظل بقية الإلتزامات الأولية للعقد قائمة رغم وجود التعويض^(٢).

ويلاحظ أن الإلتزام الثانوي بالتعويض النقدي ينطبق حتى في الحالتين الاستثنائيتين وهما:- (١)- عندما يكون الحدث الناتج عن الفشل الذي وقع فيه أحد الطرفين في أداء أحد إلتزاماته الأولية له أثر بحيث يحرم الطرف الآخر بصفة جوهرية من الفائدة التي اتفق الطرفان أن تتحقق من العقد وفي هذه الحالة يجوز للطرف غير المخل أن يضع نهاية لكل الإلتزامات الأولية للطرفين والتي لم يكن قد تم تنفيذها بعد، ٢- عندما يتفق طرفاً العقد سواء اتفاقاً صريحاً أو ضمناً بقوة القانون على أن الإخلال بالالتزام

(١) حاتم محمد عبدالرحمن: مصدر سابق، ص ٩٠٧.

(٢) د. حاتم محمد عبد الرحمن: مصدر سابق، ص ٩٠٥.

أولى معين يعطى للطرف المضرور الحق في إنهاء كل الإلتزامات الأولية التي لم يتم تنفيذها بعد من الطرفين بصرف النظر عن جسامه الحدث الناتج عن الإخلال^(١)

وعليه فأن مصطلح الإخلال (Breach) في القانون الانكليزي يدلُّ على رفض المتعاقد أو عدم قيامه بتنفيذ واحد أو أكثر من إلتزاماته العقدية، ويحصل الرفض والإهدار للعقد بواحدة من الحالات الثلاثة وهي عدم تنفيذ الإلتزام في الميعاد المحدد له في العقد (Present reach)، أو رفض المتعاقد التنفيذ صراحةً (Repudiation) (Express)، أو قيامه بعمل من شأنه أن يمنعه من التنفيذ فيعد عمله رفضاً ضمناً لتنفيذ الإلتزام ويطلق عليه (Implicit Repudiation).^(٢)

مما سبق نلاحظ ان القانون الإنكليزي يربط مسؤولية عقدية عن الإخلال بالإلتزامات العقدية الضمنية شأنها شأن الإخلال بالإلتزامات العقدية الصريحة، وهذا ما سنبحثه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

المسؤولية العقدية عن الأخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني

هناك مجال آخر يُظهر فيه القانون الإنكليزي اختلافات كبيرة عما هو عليه في القانون المدني العراقي، وهو مجال المسؤولية عن الإخلال في التنفيذ، فالعقد ملزم بطبيعته، وهذا يعني أن كلا الطرفين مطالب بأداء إلتزامات كل منهما وفقاً للشروط المتفق عليها (مع أو بدون أي تصحيح من خلال الشروط الضمنية أو حسن النية أو المعقولة)^(٣) ففي عقد البيع، على سبيل المثال، سيكون البائع ملزماً بتسليم البضائع، بالحجم والجودة على النحو المحدد في العقد، وفي مكان التسليم المتفق عليه وفي تاريخ التسليم المتفق عليه، وسيلزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه وفقاً للطرق المتفق عليها، وكذلك الاستلام في

(١) د. حاتم محمد عبدالرحمن، المصدر السابق، ص ٩٠٥.

(٢) د. وليد خالد العطية: القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الانكليزي-دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (٣)، العدد (٢)، ٢٠١١، ص ١٣.

(٣) د. منى نعيم حجاز: مصدر سابق، ص ٤٣.

المكان المتفق عليه وفي الوقت المتفق عليه، ومع ذلك، قد تنشأ حالات حيث لا يمثل أحد الطرفين لالتزاماته بموجب العقد، على سبيل المثال، يؤخر البائع تسليم المبيع، أو أن الحجم الذي تم تسليمه أقل أو أصغر من المتفق عليه، أو أن الجودة لا تتوافق مع المواصفات المتفق عليها^(١)، في هذه الحالات، يحدث خرق للعقد وهذا الخرق هو (الأخلال في الالتزام)، فيثور التساؤل حول ما إذا كان الطرف الذي لم يمثل لالتزاماته سيعتبر مسؤولاً عن هذا الإخلال بالالتزام بتنفيذ العقد ويتعين عليه تحمل الآثار القانونية لذلك؟ إن هذا أمر يتم تنظيمه بشكل مختلف يمس كل نظام قانوني، كما أن آثار هذه المسؤولية مختلفة أيضاً.

وهناك، بشكل عام، طريقتان رئيسيتان للنظر في موضوع المسؤولية عن الأخلال في التنفيذ، يفترض أحدهما أن الطرف غير المنفذ مسؤول قانوناً على أي حال عن إخلاله للالتزام بتنفيذ العقد، بينما يفترض الآخر أن المسؤولية القانونية تنشأ على عاتق الطرف غير المنفذ فقط إذا كان هذا الطرف مسؤولاً بالفعل عن هذا الإخلال، ويعتبر النهج الأول الإلتزامات التعاقدية بمثابة إلتزامات مطلقة يضمنها الطرفان، ومن ثم يعمل بمفهوم المسؤولية الموضوعية يكون الطرف مسؤولاً تلقائياً عن عدم امتثاله للالتزام قد كفه، بغض النظر عن أسباب هذا الإخفاق في الامتثال، بينما ينظر النهج الأخير في سلوك الطرف المخل بالالتزام ويتحمل المسؤولية فقط إذا كان هذا الطرف قد انتهك إلتزاماته عن قصد أو بإهمال، فإذا لم يكن من الممكن إلقاء اللوم على الطرف المخل بالالتزام بسبب إخلاله في التنفيذ، فلن يتم اعتباره مسؤولاً^(٢).

وبموجب القانون الإنجليزي، يقع على الطرفين التزام مطلق بأداء العقد بدقة، الحالة الوحيدة التي قد يعفي طرفاً من هذا الواجب هو إذا كان الحادث الطارئ، دون تقصير من هذا الطرف، يجعل تنفيذ

(١) د. عبدالقادر الفار: مصادر الالتزام- مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ١٩٩٨، ص ١٦٣.

(٢) د. طارق كاظم عجيل: نظرية العقد في مِيزان القانون المقارن، دار السنهوري: بيروت، ٢٠١٤، ص ٢٠٧.

الإلتزام العقدي الضمني غير قانوني أو مستحيلًا، ويسمى هذه الحالة باستحالة العقد frustration of the contract، ويتم تطبيقه بشكل مقيد.^(١)

حقيقة أن الأداء أصبح أكثر صعوبة أو عبئاً لا يعني أن الأداء أصبح مستحيلًا. باستثناء الحالات التي يضيع فيها موضوع العقد بشكل واضح، يُعرّف الاستحالة العقد بأنه حدث احترازي أو عرضي (يحدث بدون خطأ من أي من الطرفين ولم يتم النص عليه صراحةً في العقد) والذي يغير بشكل كبير طبيعة الإلتزام، بما يتجاوز مجرد التكلفة أو العبء أو الحقوق أو الإلتزامات التعاقدية، عما كان يمكن للأطراف توقعه بشكل معقول في وقت أداء إلتزاماتهم، بحيث يكون من غير العدل إخضاعهم لشروط العقد في ظل الظروف الجديدة^(٢).

ولا يمكن اعتبار تنفيذ العقد مستحيلًا، إلا إذا غير الحدث الطارئ بشكل جذري طبيعة الإلتزامات التي يتعين أداؤها، فالقانون الإنجليزي يعتمد معيار صارم لاعتبار تنفيذ العقد مستحيلًا، وهو ما يتعلق بخصائص الاحداث الطارئة، حيث يجب أن يكون السبب المؤدي إلى الأخلال بالتنفيذ طارئاً وغير متوقع وخارجياً عن إرادة الأطراف^(٣).

ففي قضية (National Carriers Ltd NCL) منحت شركة Panalpina عقد إيجار لمدة ١٠ سنوات لمستودع، وكانت الوسيلة الوحيدة للدخول إلى المستودع هو طريق غلقته السلطة المحلية لمدة عشرين شهراً، لأنّ حالة الأملاك المجاورة كانت في حالة خطرة، وبذلك مُنعت Panalpina من استخدام

(1) Under English law, both parties are under an absolute obligation to perform the contract accurately. The only case in which a party may be relieved of this duty is if a fortuitous event, through no fault of that party, makes the performance of the implied contractual obligation illegal or impossible. This situation is called frustration of the contract, and it is applied restrictively. Guest: Anson's law of contract, op.cit. 546.

(٢) د. طارق كاظم عجيل: مصدر سابق، ص ٢٢٨.

(٣) المصدر نفسه، ص ٢٢٩.

المبنى لتلك الفترة، ولم يدفعوا الإيجار، رفعت شركة NCL دعوى للمطالبة بالإيجار غير المدفوع، قررت المحكمة أن عقد الإيجار لن يتم إلغاؤه أو أبطاله، فقد كان مبدأ الاستحالة ينطبق، من حيث المبدأ، على عقود الإيجار في ظروف استثنائية، وعلى الرغم من أن عقد الإيجار هو أكثر من مجرد عقد بسيط، لأنه يخلق مصلحة في الأرض، إلا أن هذا لا يمنع إمكانية تطبيق المبدأ على اتفاقيات الإيجار، لم يكن الانقطاع لمدة ٢٠ شهراً في عقد إيجار مدته ١٠ سنوات كبيراً بما يكفي لإنهاء العقد بالكامل، وبالتالي، كانت Panalpina ملزمة بدفع الإيجار طوال المدة.^(١)

فالإلتزام بدفع الإيجار رغم استحالة الظروف هو التزام عقدي ضمني، يترتب مسؤولية عقدية على الطرف المخل بتنفيذ التزاماته العقدية الضمنية.

ونلاحظ قانون بيع البضائع الإنكليزي ١٩٧٩ أن المشرع يعتمد بالدرجة الأساس على أهمية الاشتراطات العقدية لاعتبار الإخلال الجسيم موجب لقيام المسؤولية، وهو يعد تمهيداً لفكرة الأخلال

(1) National Carriers Ltd (NCL) granted Panalpina a 10-year lease of a warehouse. The sole means of accessing the warehouse was via a road which was closed by the local authority for 20 months, because a neighbouring property was in a dangerous condition. Panalpina were thereby prevented from using the premises for that period, and they failed to pay rent. NCL brought an action to claim the unpaid rent. The lease had not been frustrated. The doctrine of frustration was, in principle, applicable to leases in exceptional circumstances. Although a lease is more than a simple contract because it creates an interest in land, this does not preclude the possibility of the doctrine applying to leasehold agreements. The interruption of 20 months in a 10-year lease was not significant enough to destroy the entire contract and, therefore, Panalpina were obliged to pay rent for the full term.=.

=Available at: <https://www.lawteacher.net/cases/national-carriers-v-panalpina.php> last visit at : 5\12\2024.

الجوهري بالعقد^(١)، فالقانون الإنكليزي يفرق بين ما يسمى الشرط، وبين ما يسمى الضمان من حيث مدى المسؤولية ومدى التعويض، وسواء كان ذلك عن التزام صريح أو التزام ضمني، وهذا ما سنُبيِّنه في الآتي:

أولاً: الشرط(البند)العقدي كمعيار للإخلال والمسؤولية

الشرط (Condition) هو كل بند عقدي (شفهي أو تحريري) يتعلق مباشرةً بجوهر العقد، ويمنح الإخلال بهذا الشرط الطرف المتضرر الحق في امكانية الفسخ وكذلك المطالبة بالتعويض أو أن يتمسك بالعقد ويقتصر على المطالبة بالتعويضات بغض النظر عما إذا كان الشرط صريحاً أو ضمنياً^(٢).

وفي عقود البيع في القانون الإنكليزي هناك حالات استثنائية تتعلق بالالتزامات العقدية الضمنية لا يتمتع المشتري فيها بحق رفض البضاعة رغم وجود إخلال بشرط عقدي، وهو ما نصّت عليه المادة(١٥-ب،ج) من قانون بيع البضائع الإنكليزي (ما لم يكن المشتري يتعامل كمستهلك، فإنه يفقد الحق في رفض البضاعة كنتيجة للإخلال بالشروط الضمنية لعقد بيع البضائع والمنصوص عليها في (١٤-٦) من قانون بيع البضائع الإنكليزي إذا كان هذا الإخلال طفيفاً بحيث يعد رفض البضاعة غير معقول^(٣)).

(١) د.علي كاظم الرفيعي ود. لطفى جبر كوماتي، عقد البيع الدولي للبضائع(مع توضيح لاحكام اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠) ط١، بغداد، مكتبة المتنبّي، ٢٠١٢، ص١٢٦.

(٢) د. مجيد حميد العنبيكي مبادئ العقد في القانون الانكليزي، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص١١٥.

(3) The Article(15)of Sale of goods 1979 ACT states(B-In the case of a contract for sale by sample there is an implied condition: (a) that the bulk will correspond with the sample in quality; (b) that the buyer will have a reasonable opportunity of comparing the bulk with the sample; (c) that the goods will be free from any defect, rendering them unmerchantable, which would not be apparent on reasonable examination of the sample. (C) In subsection (2)(c) above "unmerchantable" is to be construed in accordance with section 14(6) above.)

ويذهب اللورد (أوف جاستيس) إلى معيار أهمية البنود في العقد، إذ يقول:- هناك مجموعة من البنود العقدية تكون من الأهمية بمكان في الأداءات العقدية، بحيث أن أي إخلال بها مهما كان صغيراً أو تافهاً يشكل إخلالاً جوهرياً بالعقد، Fundamental breach ويعطى للطرف المضروب الحق في طلب إنهاء العقد، والتعويضات مهما كانت شدة الإخلال، ويمكن للمتعاقدین الاتفاق على جعل أحد البنود العقدية شرطاً رغم إنّه بطبيعته ليس كذلك^(١).

وكذلك فإن تفاهة الإخلال بالالتزامات العقدية الضمنية يمكن أن تلعب دور في تقرير مدى الحق في طلب إنهاء العقد طالما تمّ التحقق من أن البند الضمني المخل به يمثل شرطاً، وإذا كان هذا هو الحال فيما يتعلق ببند عقدي يتعلق بوقت الأداء اعتبر شرطاً رغم عدم النص على ذلك في العقد صراحةً، ويعدّ تحديداً ضمناً لبند عقدي من قبيل الشرط فمن باب أولى يكون الوضع كذلك إذا كان العقد ينص على اعتبار بند مراعاة وقت معين في الأداء شرطاً^(٢)، وهذا يشبه إلى حد ما عليه الحال في القانون العراقي، إذ نرى بحق مع الاتجاه^(٣)، الذي يعتقد عند تحليله للمادة (٢/٨٦) إنّه إذا اشترط المتعاقدان على أن لا يكون العقد منعقد في حالة عدم الاتفاق على بعض المسائل الثانوية أو التفصيلية، هنا يصار إلى أعمال إرادة المتعاقدین ويعدّ العقد غير منعقد، وإنّ كانت المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها هي لا تعدو أن تكون مسائل غير جوهريّة، وعليه يقرر المشرع هنا للإرادة قدرتها بأن تجعل التزاماً غير جوهرياً التزام جوهري.

ثانياً- الضمانات كمعيار للإخلال والمسؤولية

(١) حاتم محمد عبدالرحمن، مصدر سابق، ص ٩١٢.

(٢) حاتم محمد عبدالرحمن، مصدر سابق، ص ٩١٣.

(٣) د. ماجد مجباس حسن: الالتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانكليزي، مصدر سابق، ص ٣٦٣.

الضمان (Warranty) هو بند ثانوي في العقد بالنسبة للغرض الأساسي منه، لذلك فإن الإخلال به لا يخول الطرف المتضرر لاعتبار العقد منتهياً، وإنما يخوله فقط إقامة دعوى التعويض، ولا يعتبر التخلف عن ادائه ذاهباً إلى جوهر العقد^(١)، وكل من الشروط والضمانات هي بنود عقدية وللمحكمة ان تقرر في كل عقد على حدة ما يعد شرطاً أو ضماناً مع الاخذ بنظر الاعتبار النية وظروف الحالة سواء كانت تلك البنود بنوداً صريحة أو بنوداً ضمنية^(٢).

ومن ذلك قضية Bettini v. Gye 1876 1 Q.B.D حيث التزم Bettini بالغناء لحساب GYe المدير الإيطالي لأوبرا في لندن ، واتفق على ضرورة حضوره في ستة أيام قبل العرض ، تأخر Bettini في الحضور يومين، مما دفع Gye إلى اعتبار العقد مفسوخاً، قضت المحكمة بان تأخر Bettini في الحضور لا يمثل إلا إخلالاً بضمانة، ولا يعطى إلا الحق في تعويضات^(٣).

وبهذا نستنتج إنه في القانون الانكليزي تقوم المسؤولية العقدية بمجرد الإخلال، ويعتمد الإخلال على جسامه الضرر بغض النظر عما اذا كان البند صريحاً أو ضمناً، والأمر كذلك في القانون المدني العراقي تقوم مسؤولية المتعاقد على أساس الخطأ، إذ يعد عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه خطأ تترتب عليه مسؤوليته العقدية، ولا يستطيع التخلص منها الا بأثبات السبب الأجنبي، وبصرف النظر عن كون الإخلال كان بالتزام عقدي صريح أو ضمني، فالإخلال بأي منهما يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية.

(1) Dobson, P.: *Charlesworth's Business Law*. 16th ed., Sweet & Maxwell, 1997, p. 341

(٢) د.مجيد حميد العنبي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، جامعة نهرين، ٢٠١٢، ص ١١٥.

(3) An example of this is the case of Bettini v. Gye 1876 1 Q.B.D., where Bettini had undertaken to sing for Gye, the Italian manager of an opera in London, and had agreed that he should be present six days before the performance. Bettini was two days late, which led Gye to consider the contract void. The court ruled that Bettini's lateness to appear constituted only a breach of warranty and only gave the right to damages. Available at: <https://www.lawteacher.net/cases/bettini-v-gye.php> last visit at : 8\12\2024.

المبحث الثاني

جبر الضرر عند الأخلال بالالتزام العقدي الضمني

في حال إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية الضمنية، فإن العقد بما يتضمنه من قوة ملزمة يعطي للطرفين خيارات معينة مستمدة من تلك القوة، وهذه الخيارات هي الضامن لعدم الانتقاص من تلك القوة، وفي حال عدم امتثال المدين للالتزامات العقدية الضمنية فاللدائن الحق في طلب الفسخ مع التعويض عما لحقه من خسارة نتيجة إخلال المدين بالتزاماته، أو يطلب التعويض غير النقدي كإصلاح الضرر وأعادته الحال لما كان عليه في السابق (أي قبل التعاقد)، وللمحكمة السلطة في تحديد حجم الضرر ومقدار التعويض عن ذلك، وتختلف الانظمة القانونية في نطاق الصلاحية الممنوحة للقضاء في تقدير الضرر والتعويض عنه استناداً إلى المعايير التي يتم وضعها لتحديد الالتزامات الضمنية واستناداً إلى أهمية هذه الالتزامات، وسنُبين في هذا المبحث جبر الضرر عن الأخلال بالالتزام العقدي الضمني في القانون العراقي والإنجليزي، وذلك في مطلبين، نُخصّص الأول لدراسة طرق جبر الضرر عن الإخلال بالالتزام العقدي الضمني، والمطلب الثاني لدراسة سلطة المحكمة في جبر الضرر عن الأخلال بالالتزام العقدي الضمني.

المطلب الأول

طرق جبر الضرر عن الإخلال بالالتزام العقدي الضمني

يعد جبر الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام العقدي الضمني أحد معالجات القانون المدني العراقي والقانون الإنجليزي، والذي تلجأ إليها المحاكم لجبر الضرر الذي يتعرض له المدعي نتيجة إخلال المدعي عليه بتنفيذ التزاماته العقدية الضمنية، ولا يهدف إلى إلحاق العقوبة بالمدعي عليه بقدر ما يسعى إلى إعادة المدعي إلى الوضع الذي كان عليه سابقاً قبل التعاقد أو وضعه في وضع جيد، وتتولى المحكمة تقدير التعويض استناداً إلى جسامة الضرر الذي نجم عن هذا الإخلال، ويكون أما بالفسخ مع التعويض

النقدي أو التعويض غير النقدي، وهو ما سنبينه في فرعين، إذ نُخصّص الأول لدراسة الفسخ مع التعويض النقدي، ونفرد الفرع الثاني للتعويض غير النقدي.

الفرع الأول

الفسخ مع التعويض النقدي

لم تلق نظرية الفسخ قبلاً سهلاً لدى فقهاء القانون، فالأصل هو وجوب أن ينفذ المدين إلتزامه، فإن رفض بعد ذلك أجبره الدائن على التنفيذ، ثم ما لبث المشتغلون بالقانون بعد ذلك أن أعطوا للقاضي الحق في أن يقضى بالفسخ إذا ما أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزاماته العقدية، وكان الدائن غير راغب في التنفيذ العيني، ولقد ذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن أساس الفسخ هو ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمني، ويذهب هؤلاء إلى القول بأن كل عقد يحتوى على هذا الشرط ولو صح هذا القول لوقع الفسخ بقوة القانون إذا ما أخل أي من المتعاقدين بتنفيذ إلتزاماته، ولما كان الفسخ لا يقع بقوة القانون بل يتقرر قضاء، فلا يصح الأخذ بالشرط الفاسخ الضمني أساساً للفسخ^(١).

وذهب آخرون إلى القول بأن أساس الفسخ ليس هو الشرط الفاسخ الضمنية بل نظرية (السبب) وعلى رأس هؤلاء في فرنسا الأستاذ لفرنسي (كابيتان) فسبب التزام كل متعاقد في العقود الملزمة لجانبين ليس هو الإلتزام المقابل؛ بل هو تنفيذ المتعاقد الآخر لإلتزامه، وبهذا تنتقل نظرية السبب من الانعقاد إلى التنفيذ، في حين ينتقد آخرون الرأي السابق ويؤسسون الفسخ على فكرة الارتباط ما بين الإلتزامات المتبادلة في العقود الملزمة لجانبين، فإذا كان العقد ملزماً لجانبين ولم يقد أحد طرفيه بتنفيذ إلتزاماته المتولدة عنه، فمن العدل ألا ينفذ المتعاقد الآخر إلتزاماته المتولدة عن هذا العقد بصفة مؤقتة (الدفع بعدم

(١) شريف أحمد الطباخ: التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقهاء، (د،ن)، (د.س)، ص ٣٤٨.

التنفيذ) كما أن له أيضاً أن يتحلل من هذا العقد بصفة نهائية عن طريق الفسخ^(١). وعليه فإن أولى الطرق لجبر الضرر عن الإخلال بالإلتزام العقدي بالضمني هي امكانية الفسخ مع التعويض النقدي، وهذا ما سنُبيِّنُه في الفقرتين الآتيتين:

أولاً: الفسخ

يعرف الفسخ بإنه انحلال العقد، وزواله بأثر رجعي وبهذا يعد العقد كأن لم يكن، ويرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد^(٢)، أو هو جزاء يتقرر لكل من العاقدین إذا أخل العاقد الآخر بالإلتزامات التي يفرضها العقد عليه^(٣). وكذلك يعرف الفسخ على أنه حق لأحد المتعاقدين في العقد الملمز للجانبين إذا ما اخل المتعاقد الآخر بالإلتزاماته في حل الرابطة العقدية، لكي يتحلل هو من إلتزاماته أيضاً.^(٤)

والفسخ بهذا المعنى جزاء يطل المتعاقد المخل بتنفيذ الإلتزام الناشئ عن العقد على نحو يضمن تنفيذ الآثار التي تنشأها التصرفات القانونية في العقود التبادلية، فهو حل الرابطة العقدية وزوال آثارها^(٥).

ولا شك في أن الإخلال بتنفيذ الألتزام العقدي الضمني تزداد أهميته إذا كان هذا الإلتزام مرتبطاً بالترام آخر يقابله، وكان التصرف المنشئ له داخلاً في إيجاد رابطة عقدية، لأنه من اللازم تحديد مصير هذه الرابطة بعد انهيار احدى ناحيتي ارتكازها، وهو ألتزام أحد المتعاقدين الذي لم ينفذ، وتقوم الحاجة عندئذٍ إلى القول بانحلال هذه الرابطة كلها وسيلة لإعفاء الطرف الآخر من إلتزامه، أي يجب القول عندئذٍ بفسخ العقد مع التعويض اذا كان له مبرر^(٦).

(١) شريف أحمد الطباخ: مصدر سابق، ص ٣٥١.

(٢) د. جلال محمد إبراهيم: مصادر الإلتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٣٠٦.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، الكتاب الثاني، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٤، ص ٦١١.

(٤) د. حسن علي الذنون: النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي، القانون المدني، ج ١، (د.ط)، (د.س)، ص ١٤٠.

(٥) د. محمد حسن قاسم: مصدر سابق، ص ٤١٧.

(٦) د. منى نعيم جعاز: مضمون العقد-دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والانجليزي، مصدر سابق، ص ٢٨٧.

ونظم المشرع العراقي الفسخ في الفقرة الأولى من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي، إذ نصت على إنه (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الأعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته).

ولكي يتمكن المتعاقدان من فسخ العقد لابد من تحقق شرط الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي الضمني وإن لا يكون سبب الإخلال أجنبي، لأن استحالة التنفيذ لسبب أجنبي يؤدي إلى فسخ العقد بحكم القانون^(١).

وليتمكن الدائن من طلب فسخ العقد، فقد اشترط المشرع العراقي أن يكون العقد الذي تم الإخلال بالالتزامات الضمنية من العقود الملزمة للطرفين، إذ أن الأخلال بها يفوت على العاقد الآخر، الغرض الذي قصد تحقيقه من العقد، كما هو الحال في عقد البيع^(٢) والإيجار^(٣) والمقاول^(٤)، أما العقود الملزمة لجانب واحد فلا يتصور فيه الفسخ، ذلك لأن أحد طرفيها مدين غير دائن، فلا يستطيع طلب الفسخ لعدم وجود التزام على عاتق الطرف الآخر أخل بتنفيذه، والطرف الآخر دائن غير مدين، فلا مصلحة له في

(١) د. عبدالمجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني-مصادر الالتزام، ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص٤٢٤، وأيضاً: د. انور سلطان: المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٣٤٠.

(٢) تنص المادة(٥٨١) من القانون المدني العراقي على أنه (١- اذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه أو اخل بالالتزامات الأخرى التي نشأت عند عقد البيع، فالبايع بالخيار اما ان يلزم المشتري بالتنفيذ واما ان يطلب فسخ البيع). وكذلك المادة(٧٨٢) من القانون ذاته ينص على أنه (اذا اخل أحد الطرفين بالالتزامات التي يفرضها عليه عقد الإيجار، كان للطرف الآخر ان يطلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له محل، وذلك بعد انذاره بتنفيذ التزامه).

(٣) تنص المادة(٢/١٧٧) من القانون المدني العراقي على (ففي عقد الأيجار ان امتنع المستأجر عن إيفاء الأجرة المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الاجارة، وفي ايجار العمل ان امتنع المستأجر عن إيفاء الاجر المستحق الوفاء كان للاجير طلب فسخ العقد، وفي عقد البيع يجوز للبائع أو للمشتري ان يطلب الفسخ اذا لم يؤد العاقد الآخر ما وجب عليه بالعقد، كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط).

(٤) تنص المادة(٨٦٨) من القانون المدني العراقي على(اذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو تأخر عن انجازه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً ان يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم).

طلب الفسخ؛ بل يستطيع أن يطالب الآخر بتنفيذ إلتزامه وإجباره عليه، كما يستطيع أن ينهي التزام الطرف الآخر بإرادته المنفردة كما هو الحال في عقد الكفالة.^(١)

وكذلك فإن القانون المدني العراقي في المادة(١٧٧) أعلاه اشترط أن لا يكون الإخلال تافهاً أو قليلاً بالنسبة للإلتزام بجملته، بمعنى إنّه لا يجوز فسخ العقد اذا كان الجزء المخل به قليل أو غير جسيم^(٢).

ولا بد من الإشارة هنا أنه يشترط للاستجابة لطلب الفسخ أن يكون الأخلال قد وصل حداً كبيراً من الجسامة بعبارة أخرى يجب أن يكون الأخلال قد وقع في التزام عقدي جوهري، كعدم دفع الثمن في عقد البيع وعدم دفع الأجرة في عقد الإيجار^(٣)، ولدى الرجوع إلى نص المادة(٨٦) من القانون المدني العراقي نجد أن الإلتزامات الصريحة هي دائماً إلتزامات جوهريّة، ومن ثم يؤدي الإخلال فيها إلى الاستجابة لطلب الفسخ تطبيقاً لنص المادة (٧٧) مدني عراقي، إذ أن الإلتزامات العقدية الضمنية في الغالب ما تكون إلتزامات ثانوية وقد تكون إلتزامات جوهريّة متى قررت ذلك إرادة المتعاقدين، اي متى اتفق المتعاقدين على أن تكون بعض المسائل التفصيلية هي من قبيل الإلتزامات الجوهريّة، ومن ثم نجد امكانية رفض طلب الفسخ وإعطاء نظرة في الألتزامات العقدية الصريحة يوصف الأخيرة دائماً تعد من قبيل الإلتزامات الجوهريّة بعكس الأولى التي ممكن أن تكون كذلك وممكن أن لا تكون كذلك^(٤). ومن ذلك ما جاء في حكم محكمة بداءة الاعظمية(.... حيث أن دفع الأجرة هي أحد الإلتزامات المفروضة على المستأجر بموجب القانون وبموجب عقد الإيجار، وإنّ الأخلال بهذا الإلتزام يعطي الحق للمالك بطلب فسخ العقد،

(١) د. عبدالمجيد الحكيم، د.عبد الباقي البكري، د.محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الإلتزام، ط٢، المكتبة القانونية، ٢٠٠٨، ص١٧٦.

(٢) زينب عبدالكاظم حسن عكلة: التنفيذ الجزئي للإلتزام العقدي، مصدر سابق، ص٦٨.

(٣) ينظر نص المادة(١/٥٨١) والمادة(٢/١٧٧) من القانون المدني العراقي.

(٤) للمزيد من التفاصيل ينظر: د. ماجد مجباس حسن: الإلتزام العقدي الضمني ومصادره في القانونين العراقي والانجليزي- دراسة مقارنة، مصدر سابق.

وحيث أن المدعي قد انذر المدعى عليه بتنفيذ إلتزامه رسمياً به والا إنه لم يلزم به... لذلك يكون المدعي عليه في دعواه، لذا قرر الحكم بفسخ عقد الإيجار وإلزام المدعى عليه تسليم الاجور^(١).

وكذلك من شروط الفسخ التي جاءت بها الفقرة الأولى من المادة(١٧٧) هو أن يكون طالب الفسخ نفذ إلتزامه أو مستعد لتنفيذ إلتزامه وقادر على إعادة الحال إلى ما كان عليه وإلا فلا يمكنه المطالبة بفسخ العقد في الوقت الذي يعد فيه هو أيضاً مَخْلاً بِإِلْتِمَامِهِ^(٢)، وهذا الشرط يتمثل بكون الدائن الذي نفذ الإلتزام تجاهه بشكل ناقص أو معيب قادر على تنفيذ إلتزامه أو مستعد لتنفيذ إلتزامه وإلا فلا يمكنه المطالبة بفسخ العقد.

وأيضاً أشارت الفقرة الأولى من المادة(١٧٧) إلى الأعذار كشرط من شروط الفسخ، ويقصد بالأعذار دعوة المدين من قبل الدائن لتنفيذ إلتزامه أو هو تنبيه المدين بالوفاء^(٣)، ويكون الأعذار مفيداً حيث يستطيع الدائن أن يثبت خطأ المدين في التنفيذ فيحصل على التعويض إلى جانب الفسخ وتجدر الإشارة إلى إنه لا يشترط الأعذار في جميع الحالات، لأن هناك حالات يظهر منها وبوضوح تصميم المدين على عدم القيام بتنفيذ إلتزامه فهنا لا داعي للأعذار.^(٤)

وكذلك أشارت المادة(٨٦٨) من القانون المدني العراقي إلى أن الأعذار هو إجراء سابق على الفسخ إذ نص على (١-إذا ظهر لرب العمل أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، فله أن ينذره بان يعدل إلى الطريقة الصحيحة خلال أجل مناسب يحدده له، فإذا انقضى

(١) حكم محكمة بداءة الاعظمية العدد ٤٠١/ب / ٢٠١٣، في ٢٠١٣/٣/١٠، مشار إليه لدى: ربيع محمد الزهاوي: التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محاكم البداءة، الجزء ٣، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ٢٥٥.

(٢) د. اسماعيل غانم: النظرية العامة للإلتزام-مصادر الإلتزام، مكتبة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٦٦، ص ٣٢٦.

(٣) د. أحمد أبو عيسى المحمدي: انحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٤، ص ٤٤.

(٤) د. عبدالرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الاسلامي مقارنة بالفقه الغربي، ج ٦، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٦٩٠.

الاجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل ان يطلب اما فسخ العقد واما أن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر على نفقة المقاول الأول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك، ويجوز فسخ العقد في الحال اذا كان اصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً . ٢ - على أن العيب في طريقة التنفيذ اذا لم يكن من شأنه ان يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو صلاحيته للاستعمال المقصود منه فلا يجوز فسخ العقد).

ويتمثل هذا الشرط بقيام الدائن بتوجيه إنذار للمدين بوجوب قيامه بتكملة ما نقص من التنفيذ أو المطالبة بإصلاح العيب في التنفيذ، وإلا فلا يعد توجيه الإنذار صحيحاً.

وباستقراء نصوص القانون المدني الخاص بالفسخ ونصوصه الخاصة بتنظيم الإلتزامات العقدية الضمنية والإلتزامات العقدية الصريحة، فأنا نلاحظ أن المشرع العراقي قد فرق بين الإخلال بالإلتزام العقدي الجوهري، والذي قرر استجابة الفسخ مع توافره مطلقاً وبين الإخلال بالإلتزام العقدي الثانوي الذي لا يمكن مع الاستجابة لطلب الفسخ، ولأن الألتزامات الجوهريّة هي بالضرورة إلتزامات صريحة بموجب نص المادة(٨٦) مدني عراقي، حيث أن الإلتزامات الضمنية قد تكون جوهريّة أو ثانوية بحسب الأحوال بموجب نص المادة ذاتها التي قررت لإرادة المتعاقدين امكانية جعلها كذلك من عدمه، فيكون الفسخ أكثر تحقّقاً في الإلتزامات العقدية الصريحة عنه في الألتزامات العقدية الضمنية^(١) .

(١) ينظر بشأن التفصيل ذاته د. ماجد مجباس حسن: الإلتزام العقدي الضمني ومصادره، ص٣٦٣، وينظر نص المادة(١٧٧) من القانون المدني العراقي والتي ينصّت على أنّه (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعائد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على أنّه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى أجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للإلتزام في جملته)، وينظر نص المادة(٨٦) التي نصّت على أنّه (يطابق القبول الإيجاب اذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوذا فيها اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لإلتزام الطرفين حتى لو أثبت الاتفاق بالكتابة - 2. وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

أما في القانون الإنجليزي في قانون بيع الضائع لسنة ١٩٧٩، فإن الأثر المعتاد أو الجزاء المعتاد لخرق أحد البنود العقدية في السوابق القضائية هو التعويض النقدي، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحةً أو ضمناً إلى اللجوء إلى فسخ العقد عند الإخلال به من جانب أحد المتعاقدين^(١).

فاذا امتنع المدين عن تنفيذ إلتزاماته بصورة كلية أو قام بتنفيذه بصورة جزئية عُدّ مخالفاً به على نحو يسمح للدائن بطلب الفسخ بإرادته المنفردة، دون الإخلال بحقه بالمطالبة بالتعويض كإجراء تكميلي^(٢).

وجدير بالذكر إنّه في القانون الإنجليزي ليس كل إخلال للإلتزام العقدي يعطي الدائن الحق في فسخ العقد؛ بل يعتمد على ماهية الإلتزام الذي تمّ الإخلال به سواء كان هذا الإلتزام شرطاً أو ضماناً أو التزاماً وسيطاً، فإذا كان الإلتزام الذي تمّ الإخلال به من قبل المدين هو شرط فيحق للدائن المطالبة بفسخ العقد بغض النظر عن خطورة أو عدم خطورة الجزء الذي تمّ انتهاكه، أما إذا كان الإلتزام الذي تمّ انتهاكه هو ضمان فلا يحق للدائن المطالبة بفسخ العقد؛ بل يقتصر حقه على المطالبة بالتعويض فقط بغض النظر عن جسامة الانتهاك، وأما إذا كان الإلتزام الذي تمّ انتهاكه هو التزام غير محدد (غير مسمى أو

(1) In English law, the usual effect or penalty for breach of a contractual clause in case law is monetary compensation, unless the contracting parties expressly or implicitly agree to resort to rescission of the contract in the event of a breach by one of the contracting parties. Chris turner : contract law , routledge london and new york , 2014, p 202.

(2) If the debtor refrains from fulfilling his obligations completely or fulfills them partially, he is considered to have breached them in a manner that allows the creditor to request rescission by his sole will, without prejudice to his right to claim compensation as a supplementary measure.rrichard stone and james devenney: the modern law of contract , eleventh edition , routledge london and new york , 2015 , p 453 ..

وسيط) فإن حق الدائن في فسخ العقد يتعلق بدرجة خطورة الإخلال، فإذا كان الإخلال خطيراً فمن حق الدائن فسخ العقد أما إذا كان العكس فيستطيع الدائن المطالبة بالتعويض فقط^(١).

والإخلال بالالتزام المعتبر شرطاً معناه الإخلال بالعقد، فقانون بيع البضائع الإنجليزي حدد في المواد (١٢-١٥) الالتزامات التي تعتبر شروطاً، وأن أي أخلال من قبل المدين لهذه الالتزامات المعتبرة شروطاً يؤدي إلى الحكم بالفسخ بغض النظر عن جسامته الإخلال وسواءً كان الإخلال بالالتزام عقدي صريح أو التزام عقدي ضمني^(٢).

(1) Richard Ston ، Q&A Contract Law ، Routledge London And New York ، 2013 ، P 180

مشار إليه لدى: زينب عبد كاظم عكلة، مصدر سابق، ص ٧٥.

(2) The Article(12)of Sale of goods 1979 ACT states(there is an implied condition on the part of the seller that in the case of a sale he has a right to sell the goods، and in the case of an agreement to sell he will have such a right at the time when the property is to pass) and The Article(13) states (Where there is a contract for the sale of goods by Sale by description، there is an implied condition that the goods will description.correspond with the description. (2) If the sale is by sample as well as by description it is not sufficient= =that the bulk of the goods corresponds with the sample if the goods do not also correspond with the description.(3) A. sale of goods is not prevented from being a sale by description by reason only that، being exposed for sale or hire، they are selected by the buyer.(4) Paragraph 4 of Schedule 1 below applies in relation to acontract made before 18 May 1973) and the article (14) states(Except as provided by this section and section 15 Implied below and subject to any other enactment، there is no implied terms about condition or warranty about the quality or fitness for any quality a particular purpose of goods supplied under a contract of sale. "(2) Where the seller sells goods in the course of a business،there is an implied condition that the goods supplied under the contract are of merchantable quality) and the article (15) which states(1)A contract of sale is a contract for sale by sample Sale by where there is an express or implied term to that effect in the sample.

وهذا يعني أن الإخلال الذي من شأنه يفسخ أو يلغي العقد، هو ذلك الإخلال الذي يلامس جذور العقد أو أساسه، أو بنوده الصريحة أو الضمنية، أما الإخلال بالضمانات فلا يمنح الدائن حق فسخ العقد، ويخول هذا النوع من الإخلال المتعاقد حسن النية (غير المخل) أن يعامل العقد على أنه ملغي ويطالب بفسخه، وإن القانون الإنجليزي يعتمد على معيار أهمية البند الذي تم الإخلال بتنفيذه ليعتبر الإخلال موجب للفسخ أم لا، فالإخلال بالالتزامات العقدية الضمنية يعد إخلالاً جوهرياً إذا كان البند جوهري (أي أن الدائن لم يكن ليبرم العقد ما لم يتأكد من تنفيذه) وأن تكون هذه الأهمية ظاهرة للمتعاقد الآخر، وهذا الإخلال الجوهري يمنح الدائم حق طلب للفسخ.

وفيما يخص الإخلال بالالتزام العقدي الضمني الجوهري أو الأساسي فهو مبرر للفسخ، وهو ما ورد في السابقة القضائية (Poussard v Spiers and Pond - 1876) كانت السيدة (Poussard) مغنية أوبرا تعاقدت مع شركة (Spiers and Pond) لأداء دور رئيسي في عرض أوبرا لمدة معينة، وبناءً على العقد، كان من المتوقع أن تحضر التدريبات وأن تؤدي من بداية العروض، إلا أن بسبب مرضها، فشلت (Poussard) في حضور العروض الأولى المهمة من المسرحية، وتم استبدالها من قبل الشركة، ثم رفعت (Poussard) دعوى قضائية، زاعمة أن استبدالها كان خرقاً للعقد، وكان قرار القاضي بأن عدم الحضور يرقى إلى حد الإخلال بشرط من شروط العقد لأن هذا الإخلال ذهب إلى جذوره، من ثم فإن Spiers كانت حرة في فسخ العقد، لأن الحضور إلى العرض هو شرط أساسي، وإن الإخلال به هو مبرر للفسخ^(١).

(1) The Claimant (Poussard) was an opera singer. She was contracted by the defendant to perform in that capacity for a duration of three months. This was to subject to certain conditions, such as a salary of £11 per week, a start of "on or about" the 14th of November and an option to re-engage the Claimant's services for another three months for a salary not exceeding 14 pounds per week. Instead of the 14th of November however, the launch performance was subsequently scheduled for the 28th of November, to which the Claimant

فالالتزام العقدي الضمني يتجسد في التزام المغنية بالحضور إلى التدريبات والعروض من بدايتها، وهو التزام لم يُذكر صراحةً في العقد بعبارة مستقلة، وإنما يُفهم ضمناً من طبيعة العقد ذاته؛ فالعقد لم يكن مجرد التزام بأداء الغناء متى شئت، بل يتضمن ضمناً أن حضورها من البداية شرط جوهري لنجاح العرض المسرحي، لأن الجمهور يتوقع رؤيتها منذ العرض الأول.

وعند المقارنة بين قضية (Bettini v Gye)، التي كان التأخر عن حضور التدريبات (التزام ثانوي)، ولم يكن يؤثر على العروض مباشرة، لذا، لم يكن يبطل فسخ العقد، وقضية (Poussard v Spiers and Pond)، التي كان الحضور الأولي للعروض جزءاً أساسياً لا يمكن الاستغناء عنه، وهو مبرر للفسخ، وعليه يتبين من هذه المقارنة أنه ليس كل إخلال يؤدي إلى الفسخ.

وكذلك أن القانون الإنجليزي يعتمد على معيار جسامه النتائج التي نجمت فعلاً من الإخلال، وفيما إذا أدى الأخلال إلى حرمان المتعاقد الآخر من المنافع التي قصد تحقيقها من إبرامه العقد أو إذا أدى

gave no objection. However, she fell ill just before the start of the opera and could not sing for the first three days. The defendant hired another singer as potential cover and then actual cover when the claimant could not sing for the first three days of performances.=Once the Claimant was well again, she wanted to take up her position in the performance but this was refused by the Defendant. An action for wrongful dismissal was then launched against the defendant. At trial, the jury found in favour of the defendant and awarded them the right to claim £83 from the Claimant, as it had been reasonable to hire her replacement. The Claimant appealed against this, the Decision/Outcome: It was held that failure to turn up did amount to a breach of a condition of the contract as this went to its very root and that Spiers were therefore free to rescind the contract. Available at: <https://www.lawteacher.net/cases/poussard-v-spiers.php> last visit at: 11\12\2024.

هذا الإخلال إلى انتقاء الغرض الاقتصادي للعقد، وهذه الأحوال أيضاً يمنح الدائن الحق في طلب فسخ العقد^(١).

ومن السوابق القضائية في القانون الإنجليزي عن الإخلال بالإلتزام العقدي الضمني الذي يؤدي إلى حرمان المتعاقد من غرض التعاقد هو في قضية (Liverpool City Council v Irwin - 1977) وكان ملخص القضية إن السيد والسيدة (Irwin) مستأجرين لشقة في مبنى مملوك من قبل (Liverpool City Council)، اشتكوا من سوء حالة المناطق المشتركة في المبنى (السلالم، الإضاءة، والمصاعد)، مما جعل المعيشة صعبة وغير آمنة، ورفض المستأجرون دفع الإيجار احتجاجاً على الظروف السيئة، ومن ثم رفعت (Liverpool City Council) دعوى ضدهم لاسترداد الإيجار المستحق، بينما زعم المستأجرون أن المجلس أخل بالتزامه بصيانة المناطق المشتركة، وكان القاضي قد حكم لصالح المستأجرون لانتقاء الغرض الذي من أجله تم التعاقد وهو شقة صالحة للسكن^(٢).

(١) د. ظافر حبيب جبارة، طارق كاظم عجيل، مداخلات قطع الرابطة العقدية في القانون الانجليزي، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، العدد (١)، ٢٠٠٩، ص ٥٧.

(2) English law precedents on breach of implied contractual obligation that deprives the contracting party of the purpose of the contract are in Liverpool City Council v Irwin (1977). The summary of the case was that Mr. and Mrs. Irwin were tenants of an apartment in a building owned by Liverpool City Council. They complained about the poor condition of the common areas in the building (stairs, lighting, and elevators), which made living difficult and unsafe. The tenants refused to pay the rent in protest against the poor conditions. Liverpool City Council then filed a lawsuit against them to recover the rent due, while the tenants claimed that the council had breached its obligation to maintain the common areas. The judge ruled in favor of the tenants because the purpose for which the contract was concluded, which was to make the apartment fit for habitation, had ceased to exist. Available at: <https://www.lawteacher.net/cases/liverpool-cc-v-irwin.php> last visit at: 11\12\2024.

الالتزام العقدي الضمني يتمثل في التزام المالك (المجلس البلدي) بصيانة الأجزاء المشتركة من المبنى (السلام، الإضاءة، المصاعد)، هذا الالتزام لم يكن منصوفاً عليه صراحةً في عقد الإيجار، لكنه مستفاد ضمناً من طبيعة العقد وغايته، لأن الغرض الأساسي من الإيجار هو توفير شقة صالحة للسكن، ولا يتحقق هذا الغرض ما لم تكن المرافق المشتركة بحالة صالحة للاستعمال.

بالإضافة لما تقدم فقد صدرت العديد من الأحكام القضائية في انكلترا تؤكد وجود نوع آخر من الالتزامات العقدية تفوق أهميتها الضمان ولكنها لا ترقى إلى مرتبة الشرط ولم تنص عليها قانون بيع البضائع الإنجليزي لسنة ١٩٧٩ إلا أن أحكام المحاكم الإنجليزية نصّت عليه، وهي مرتبة وسط بين الشرط والضمان وتسمى بالشروط المتوسطة (Intermediate terms)، والإخلال بالشروط المتوسطة لا يخول المتضرر اللجوء إلى فسخ العقد إلا إذا وصل إلى درجة من الجسامة تبرر الفسخ^(١)، وقد استعمل القضاء الانكليزي مصطلح (المخالفة الجوهرية Fundamental Breach) لوصف هذا الإخلال، وبعبارة أخرى فإن الإخلال بشرط من الشروط المتوسطة لا يبرر فسخ العقد إلا إذا كان جسيماً بحيث يشكل مخالفة جوهرية للعقد وعليه فإن الإخلال الجسيم بشرط من الشروط المتوسطة يجيز فسخ العقد كالإخلال بالشرط إذا كان جسيماً^(٢).

ومن هذه الأحكام القضائية هي التي صدرت في قضية (Cehave v Bremer) [1976] QB 44 (Handels-gesellschaft m.b.H (The Hansa Nord) حيث اعتبر اللورد ديننج أن البضائع المباعة ماثار النزاع تستوفي الشرط المنصوص عليه في المادة (١٤) من القانون وهي كونها قابلة للإتجار بالرغم من أن البضائع لم تكن في حالة جيدة، بما يمثل إخلالاً ببند عقدي صريح، لكن هذا البند العقدي هو بند غير مسمى-استعمل اللورد اصطلاح Intermediate أي متوسط وهو

(١) د. يونس صلاح الدين علي: مصدر سابق، ص ٨٨.

(٢) أسيل باقر جاسم: المفهوم القانوني للمخالفة الجوهرية في اتفاقية فيينا للبيع الدولي، مجلة رسالة الحقوق، المؤتمر الوطني العاشر، ٢٠١٣، ص ١٤٥.

اصطلاح مرادف لاصطلاح innominate أي غير مسمى - ورتب اللورد على هذا التحليل نتيجة مهمة هي أن كون البضائع ليست في حالة جيدة في هذا النزاع لا يعطى إلا الحق في التعويض^(١).

فالقانون الإنجليزي يعتمد معيار الجسامة لاعتبار الإخلال موجبا للفسخ، أو تعويض الطرف الآخر جزاءات عن أخلاله.^(٢)

والقانون الإنجليزي يعد الإخلال بالالتزام بتنفيذ البنود الضمنية كسبب للفسخ أو أقامه الدعوى للتعويض شأنها شأن البنود الصريحة، وذلك وفقاً لمعيار (الشخص الفضولي) إذ يجري استخدام هذا المعيار من المحاكم الإنكليزية لتفسير البنود الضمنية عادةً، ولأسيما البنود المفترضة ضمناً بحكم

(1) The Hansa Nord – 1976(Pursuant to a contract of sale, a German company agreed to sell a Dutch company 12,000 tons of citrus pulp pellets for use in cattle feed. A clause in the contract stipulated that the shipment is “to be made in good condition.” The buyer sought to reject the goods on the ground that “not all of the goods” were shipped in good condition. However, all of the goods were usable for the same intended purpose. As a general rule, whether a contractual breach entitles the other party to repudiate the contract depends on whether the breached stipulation, on the contract’s construction, constitutes a ‘condition.’ In the case law following the Sales of Goods Act 1893, the right to repudiate is the breach of a condition or if it is so substantial as to go to the root of the contract. On the facts, firstly, in assessing the term “shipped in good condition,” the Court viewed that the buyer should not have a right to reject an entire cargo shipment due to ‘some’ goods being in bad condition. Thus, the term must be construed as an intermediate stipulation and not a condition, the breach of which does not give the buyer the right to reject the goods but solely a right to claim for damages. Secondly, as all of the goods are usable for the same intended purposes, there is no substantial breach of the term that goes to the root of the contract. Accordingly, the buyer did not have the right to reject the goods but solely to claim for damages for the breach of an intermediate term. Available at : <https://www.lawteacher.net/cases/the-hansa-nord.php> last visit at: 6\12\2024.

(٢) حفصة بشير محمود، المخالفة الجوهرية في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ -دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠١٨، ص ٢٦.

المحكمة ولا يتفق على هذه البنود الطرفان صراحةً في العقد؛ بل أن المحكمة عندما تنتظر في الدعوى تفترض اتجاه نية الطرفين المتعاقدين لتضمنيها في العقد دون أن يتم إدراجها صراحةً، ولتطبيق المحكمة الإنكليزية لهذا المعيار فإنها تفترض أن يكون البند على درجة كبيرة من الوضوح إذ يكون تضمينه في العقد أمراً بديهياً^(١)، فإذا ما مر شخص ثالث فضولي بجانب الطرفين المتعاقدين وهما منهماكين بإبرام العقد واقترح عليها من باب الفضول إدراج هذا البند في العقد فإنهما سيقاطعانه بحدده ويرد على اقتراحه بعبارة (أوه بالتأكيد إنه أمر طبيعي) (oh of course)^(٢)، ففي السابقة القضائية society1956 ((spring v. National amalgamated stevedores and dockers)) اتفق المدعى عليهم مع أحد النقابات عام ١٩٣٩ على تطبيق قواعد معينة تحكم انتقال الأعضاء من نقابة إلى أخرى وعُرف هذا الاتفاق فيما بعد بـ (Bridlington agreement). وفي عام ١٩٥٥ وافق المدعى عليهم على قبول المدعي عضواً في نقابتهم خرقاً للاتفاق المذكور على الرغم من أن المدعي كان يجهل تماماً القواعد المنصوص عليها في هذا الاتفاق. وقد علمت اللجنة العليا في اتحاد النقابات التجارية بهذا الخرق وأصدرت أوامرها إلى تلك النقابة بطرد المدعي من عضويتها، فقامت النقابة بطرده . فأقام المدعي دعوى الإخلال بالعقد ضد هذه النقابة مطالباً بإلغاء قرار الفصل. وقد دفعت النقابة في أثناء المرافعة بوجود بند في العقد المبرم بينهما وبين المدعي يقضي باحترام قواعد اتفاق (Bridlington) إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع وأصرت على إلغاء قرار الفصل وأسست المحكمة قرارها على معيار الشخص الثالث الفضولي وذكرت بأنه لو كان هذا الشخص الثالث قد تساءل عما إذا كان قد جرى إدراج اتفاق (Bridlington) في

(١) د. يونس صلاح الدين علي، بنود العقد في القانون الانكليزي-دراسة تحليلية مقارنة مع الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(2) If a curious third party passes by the two contracting parties while they are busy concluding the contract and suggests to them out of curiosity that this clause be included in the contract, they will interrupt him sharply and respond to his suggestion with the phrase (Oh of course, it is a natural thing) Edwin Peel, Treitel: the law of contract, 12th edition, sweet and Maxwell, 2010, p.54..

العقد المبرم بين النقابة والمدعي فإن جواب المدعي في هذه الحالة سيكون: (أنا لا أعلم أي شيء عن هذا الاتفاق) بدلاً من الإجابة المعتادة (أوه بالتأكيد إنه أمر طبيعي)^(١).

لذلك فقد اعتبرت المحكمة بأنه لم يتم إدراج هذا البند في العقد لعدم علم الطرف الآخر به.

نستنتج مما سبق أن القانون الإنجليزي يمنح حق الدائن بفسخ العقد في حال اخلال مدين بالتزاماته الجوهرية أو الأساسية سواء كان ضمناً أو صريحاً، والتي تؤثر على نتيجة العقد أو تحول دون تحقيق الغرض من التعاقد، ويعتمد على جسامته الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام العقدي، وهذا يختلف عن موقف المشرع العراقي الذي تبين لنا إنه يميز ما بين الإخلال بالتزام عقدي ضمني أو أخلال بالتزام عقدي صريح بحسب الأحوال، وإن كان القانونان يلتقيان إلى حد ما في مسألة اثر الإخلال بالتزام جوهري أو التزام ثانوي كما لاحظنا.

(1) In the 1956 case of Spring v. National Amalgamated Stevedores and Dockers, the defendants agreed with a union in 1939 to apply certain rules governing the transfer of members from one union to another. This agreement later became known as the Bridlington agreement. In 1955, the defendants agreed to admit the plaintiff as a member of their union in breach of the agreement, even though the plaintiff was completely unaware of the rules set out in the agreement. The Supreme Committee of the Trades Union Federation learned of this breach and ordered the union to expel the plaintiff from its membership. The union subsequently expelled him. The plaintiff then filed a suit for breach of contract against the union, seeking to have the expulsion order quashed. During the pleading, the union argued that there was a clause in the contract concluded between them and the plaintiff stipulating respect for the rules of the Bridlington Agreement, but the court rejected this argument and insisted on annulling the dismissal decision. The court based its decision on the standard of the curious third person and stated that if this third person had asked whether the Bridlington Agreement had been included in the contract concluded between the union and the plaintiff, the plaintiff's answer in this case would have been: (I do not know anything about this agreement) instead of the usual answer (Oh, of course, it is normal). Available at: <https://ipsaloquitur.com/contract-law/cases/spring-v-national-amalgamated-stevedores-dockers-society-no-2/> last visit at : 7\12\2024.

ثانياً: التعويض النقدي

سبق أن بينا إنه في حال أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته كان حقاً للطرف الآخر أن يلجأ إلى القضاء ويُطالب بفسخ العقد وإعفاءه من تنفيذ التزاماته تطبيقاً للمادة (١/١٧٧) من القانون المدني التي نصّت على إنه (في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدین بما وجب عليه في العقد جاز للعاقد الآخر بعد الأعدار أن يطلب الفسخ مع التعويض أن كان له مقتضى...).

ويترتب على فسخ العقد زوال أثر العقد أي إرجاع كل شيء إلى أصله، واعتبار العقد كأن لم يكن عند نشوئه، وإرجاع كل شيء لأصله، فعند حكم القاضي بفسخ العقد، فإن العقد ينحل باعتباره شيئاً لم يكن، فيسقط أثره ليس من وقت الفسخ فحسب، وإنما من وقت نشأته ووجوده القانوني، أي يسقط أثره بشكل رجعي حتى بالنسبة للماضي، ليس فقط بين المتعاقدين؛ بل أيضاً بالنسبة للغير^(١)، حيث يوجد للفسخ أثر مطلق يحتج به في مواجهة الكافة^(٢).

وفي حالة الفسخ نتيجة أخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية فإن المشرع منح خياراً للدائن وهو حق طلب التعويض عن الضرر جراء تقصير المدين أو تأخير في التنفيذ أو التنفيذ المعيب، ففي عقد البيع قد يسترد البائع للمبيع الذي سلمه نتيجة لفسخ العقد، لكن استرداده غير كافي فقد انخفضت قيمة البيع في الفترة ما بين إبرام العقد وفسخه، فهنا تكون دعوى التعويض لجبر الضرر وليس كأثر للفسخ إن تعذر إعادة الحال لما كان عليه قبل التعاقد.^(٣) وقد أشارت المادة (١٦٩/٢) من القانون المدني العراقي نصّت على إنه: (٢- ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق آخر أو التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل، ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب

(١) د. عبدالرزاق السنهوري: نظرية العقد، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ٢، ص ٦٩٧.

(٢) سامر حلمي صالح، شروط وأثار الفسخ المبكر للوكالة التجارية، جامعة الشرق الاوسط، رسالة ماجستير، عمان، ٢٠١١، ص ٨١.

(٣) عطا الله اسكندر عطية، الآثار القانونية المترتبة على الفسخ التعسفي للعقد في نطاق القانون الخاص، دراسة تحليلية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، المجلد (٨)، العدد (٣٨)، ٢٠١٩، ص ١١.

بسبب ضياع الحق عليه، أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به).

وأن التعويض كجزاء للمسؤولية العقدية هو جزاء مدني لا يهدف إلى معاقبة المدين؛ بل إصلاح الضرر ومحوه قدر الإمكان، وإذا كان الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينياً على اعتبار أن ذلك هو غاية الدائن الأصلية وبه يتحقق التوازن المادي في علاقة الالتزام، إلا إنه قد يحصل أخلال من جانب المدين في تنفيذ التزامه، سواء كان ذلك الإخلال بعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخر في التنفيذ وسواء كان الأخلال بالالتزام عقدي صريح أو بالالتزام عقدي ضمني، وترتب عن ذلك أن أصبح التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن، أو كان ممكناً ولكن في اللجوء إليه إرهاقاً للمدين، دون أن يكون في العدول ضرر جسيم الدائن، أو كان ممكناً ولم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين، فعندئذ يحال إلى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية وجزائها التعويض لذا يوصف هذا الأخير بأنه غاية الدائن الاحتياطية^(١).

الغرض من التعويض هو إصلاح الخسائر التي لحقت بالدائن بسبب فشل المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية. ترى بعض النظريات القانونية أن الحكم بإعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر أفضل من الحكم بالتعويض، لأن نتيجة الحكم هي إزالة الضرر وإزالة آثاره، وليس الإبقاء على الضرر ثم إعطاء المتضرر مبلغاً من المال تعويضاً (التعويض بمقابل)^(٢).

ويحدد مقدار التعويض على أساس الخسارة الناجمة عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ويحسب بطريقة تعويض هذه الخسارة، ولذلك فإن وصف الخطأ أو مداه لا يدخل في حسابه، لأن غرضه ليس فرض عقوبة على المدين؛ بل إزالة آثاره قدر الإمكان، وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها بما

(١) منذر الفضل: النظرية العامة للالتزام، ج ٢، -احكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ١٩٩٨، ص ٦٧.

(٢) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ١٤٩.

يلي: (بأن المدعي يستحق تعويضاً ولو لمرة واحدة بما يتناسب مع مقدار الضرر الذي لحق به من جراء نصب الابراج في المنطقة...)^(١).

ولما كان التعويض هو نتيجة أخلال أحد الطرفين بالعقد فأن وقوع التعويض يشترط أن يكون الضرر حقيقياً بالفعل ويقع عبء الأثبات على الدائن ويتم تقدير مبلغ التعويض على هذا الأساس. وجاء في حكم صادر عن محكمة التمييز الاتحادية العراقية: (يلتزم المؤمن بعقد التأمين بتعويض المستفيد عن الضرر الناشئ من وقوع الخطر المؤمن ضده ويصبح التعويض واجب الأداء متى ما تحقق الخطر)^(٢)، ويشترط ألا يزيد مقدار التعويض على الضرر، ذلك إنه يجب الا يثرى أحد المتعاقدين على حساب الآخر^(٣)، وفي قرار اخر لمحكمة تمييز العراق الاتحادية (يجب ان يكون التعويض متفقاً مع الضرر الذي لحق بالمتضرر إذ هو ليس وسيلة للأثرأء ليرتفع مبلغ التعويض وإنما يتعين أن يكون دون مغالاة أو اجحاف)^(٤).

ويشترط استيفاء التعويض لمرة واحدة، فلا يجوز أن يكون الضرر قد سبق التعويض عنه، ففي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية (لا يجوز استيفاء التعويض عن الضرر لأكثر من مرة).^(٥)

وكذلك يشترط في التعويض أن يكون بعد أضرار المدين، إذ تنص المادة (٢٥٦) من القانون المدني على إنه (لا يستحق التعويض إلا بعد أضرار المدين مالم ينص القانون على غير ذلك) فمتى ما أضر المدين، أصبح مسؤولاً عن تعويض الدائن عن الأضرار الناجمة نتيجة عدم التنفيذ أو عن التأخير

(١) محكمة التمييز الاتحادية العراقية، القرار رقم ٢٢٩٨ / الهيئة المدنية / ٢٠١٥، في ٢٥ / ٥ / ٢٠١٥. القرار غير منشور.

(٢) القرار رقم ١٣٤ موسعة اولى / ١٩٨١، بتاريخ ١٩٨١/٢/٢٠، منشور لدى ابراهيم المشاهدي، معين المحامين، ج٣، القضاء المدني والتجاري، ص٤٥.

(٣) منير قزمان: التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص٧٩.

(٤) القرار رقم ٦٧٣ / موسعة اولى / ١٩٨١، في ١٩٨١/٢/٢٠، منشور لدى ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص٤١.

(٥) القرار الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية، عدد ٢٨١٥ / الهيئة المدنية / ٢٠١٥، في ٣٠ / ٦ / ٢٠١٥.

في التنفيذ، ويستثنى من الأعذار حالة الاستغناء عن الأعذار اتفاقاً، أو اذا كان الأعذار لا مبرر له إذ أصبح التنفيذ غير ممكن بفعل المدين، أو في حالة اظهار النية في عدم التنفيذ.^(١)

وجدير بالذكر إنَّه في القانون المدني العراقي والأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم العراقية نلاحظ إنَّه عند التعويض عن الفسخ نتيجة الإخلال بالالتزام العقدي فإنه يتم النظر إلى مقدار الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام العقدي بغض النظر عن كون الإخلال بالتزام صريح أم ضمني، فالمشرع العراقي ينظر إلى أثر الإخلال الذي يلحق المتعاقد الآخر والمؤدي إلى الفسخ والموجب للتعويض، وعليه فإن جبر الضرر المناسب للإخلال بالالتزام العقدي الضمني يعتمد على مدى التناسب بين هذا الجبر وبين الضرر الحاصل نتيجة عدم التنفيذ أو التأخير أو التنفيذ المعيب للعقد أو التنفيذ الناقص.

أما في القانون الإنجليزي، فلاشك أن القانون الإنجليزي شأنه شأن القوانين الأخرى جعل للعقد قوة ملزمة توجب على أطرافه تنفيذه وفقاً لما هو متفق عليه والا فإن الطرف الذي يخل بأي من الإلتزامات التي ولدها العقد يعد مسؤولاً ومسؤوليته هي مسؤولية عقدية وجزاؤها التعويض، وقد مرت الأحكام الخاصة بالتعويض في المسؤولية العقدية في القانون الإنجليزي بمراحل متعددة حتى وصلت إلى ما عليه الآن إذ كان التعويض يقدر من قبل المحلفين الذين يتم اختيارهم من المنطقة نفسها التي فيها التعاقد، دون أن يكون للقاضي المرسل من العاصمة لندن، علم بتفاصيل الموضوع من الاسباب ما يبرر له تصحيح أو الغاء ما انتهى إليه المحلفون^(٢).

ونظراً لتعدد الأحكام التي جانببت الصواب وتزايدها أصبح من الضروري البحث عن وسيلة قانونية أخرى لتقاضي ذلك ولمراقبة مقدار ما يحكم به من تعويضات، فاصبح من حق المتعاقدين ان يضمنوا

(١) د.محمد شكري سرور: موجز الاحكام العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٤١.

(٢) أحمد عبدالفتاح الشلقاني: احكام التعويض عن الإخلال بالعقد في القانون الانكلو امريكي، ادارة قضايا الحكومة، العدد(٣)، ١٩٧٠، ص ٥٩١.

عقدهم نصا يقضي بدفع مبلغ محدد كتعويض فيما لو وقع أخلال بأحكام العقد، الا أن اتفاق المتعاقدين على مقدار التعويض لم يكن بالحال الكافي لمواجهة الحالات جميعها، فاصبح من الضروري البحث عن نظام يكفل تقديره بصورة سليمة غير خاضعة لأهواء المتعاقدين و المحلفين، إذ منذ عام ١٣٠٠م اصبح من حق المتقاضى التظلم من تقدير المحلفين المحليين امام محلفين أعلى مستوى مكونين من (٢٤) فارساً للمطالبة بإعادة تقدير التعويض، فاذا حكم بإعادة القضية فإن الحكم الخاطئ يستبدل بحكم جديد، اما المحلفون الذين قاموا بالتقدير الخاطئ يعاقبون بشدة لعدم إلتزامهم بالقسم الذي ارتبطوا به للحكم بالتعويض المعادل المقدار الضرر^(١).

أما عن هدف التعويض فقد أجمع الفقهاء في القانون الانكليزي على إن هدف التعويض الرئيس هو وضع المتضرر(الدائن) بقدر ما يتعلق الأمر بمبلغ النقود الذي سيدفع له في نفس الوضع الذي كان عليه لو لم يكن الضرر ليقع، وسيلحق به كما لو أن العقد قد نفذ ولم يحدث فيه أخلال أصلاً مع ملاحظة إنّه في كل قضية في القانون الانكليزي إن تحديد التعويض ينبغي أن يحصل على وفق قيمة الخسارة (value of the loss)^(٢).

ويعتمد القانون الإنجليزي في التعويض عن الفسخ بسبب الإخلال بالالتزامات العقدية على نظرية التعويض التعاقدى (Compensatory Damages) والتي يتم منح تعويضات للطرف المتضرر عن

(١) حسن حنتوش الحساوي: التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية-دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ١٩٩٩، ص ٣٠.

(2) The main goal of compensation is to place the injured party (the creditor) as far as the amount of money that will be paid to him is concerned, in the same position that he would have been in if the damage had not occurred, and it will befall him as if the contract had been implemented and no breach had occurred in the first place, noting that in every case In English law, compensation should be determined according to the value of the loss, see Philip s.james.M.A, lutroduction to English Law, ninth Edition. Butter Worths, London 1976. P. 256.

الخسائر التي تكبدها نتيجة الإخلال، والأرباح التي فاته بسبب الإخلال، وإن أنواع التعويض للأضرار الناشئة عن الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي تتخذ صور ثلاث، الأولى يطلق عليها التعويضات الاسمية والثانية تسمى التعويضات العامة والثالثة هي التعويضات الخاصة أو الاستتباعية، فبالنسبة إلى التعويضات الأسمية (nominal damages) وهي التي يحكم بها على المسؤول عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالعقد على الرغم من عدم استطاعة الدائن إثبات إنه قد أصابه ضرر فعلي نتيجة لهذا الإخلال^(١).

أما النوع الثاني من التعويضات وهي التعويضات العامة (general damages) وهو تعويض يترتب على أخلال المدين بالعقد، أو خرقه لحقوق الدائن، ويشمل الأضرار النقدية وغير النقدية على حد سواء^(٢).

أما النوع الثالث من التعويضات وهي التعويضات الاستتباعية أو الخاصة (special damages) وهي على خلاف التعويضات العامة فلا يمكن المطالبة بها بدعوى قضائية موسعة على العقد ما لم تكن تلك الأضرار الموجب تعويضها قد أحاط أطراف العقد بها علماً في وقت انعقاد العقد^(٣).

وفي جميع الأحوال فإن صور التعويضات جميعها تنطبق سواء كان الإخلال بالالتزام عقدي صريح أو التزام عقدي ضمني.

ومن السوابق القضائية التي أكدت على التعويض النقدي كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية هو ما ورد في قضية Lombard North Central PLC v Butterworth [1987] QB 527، إذ ذكر

(1) Richard Ston ، Q&A Contract Law، op.ct.p.127.

(2) Jill poole: Textbook on contract Law, 8th ed oxford university press. 2006، p374.

(3) E. Allan Farnsworth. contracts. fourth Edition Aspin publishers. New york. 2004 p734،
مشار إليه لدى: وليد خالد عطية، القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الإنكليزي(دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ٧١.

اللورد ديبولك" أن أي عجز عن تنفيذ أحد الإلتزامات العقدية يرتب التزاما على الطرف المخل بدفع تعويض نقدي عن الخسارة التي لحقته نتيجة الإخلال...^(١).

والأصل في التعويض بسبب الإخلال بالإلتزام العقدي الضمني في القانون الانكليزي أن يكون نقدياً، فيقدره القاضي بمبلغ من النقود، وهو التعويض الشائع في دعاوى المسؤولية العقدية، بيد إنه ليس ثمة ما يحول في هذا القانون أن يكون التعويض عينياً لا نقدياً، ولا يراد بالتعويض العيني هنا، هو تنفيذ المتعاقد لعين ما التزم به، إذ يعد تنفيذ عين الإلتزام العقدي، هو الأصل العام، وإنما المقصود بذلك، هو ما يكون تعويضاً عن الإخلال بالعقد، عندما يعجز التعويض النقدي عن جبر الضرر بطريقة عادلة، فيصار إلى التعويض العيني، ومع ذلك فإن الحكم الذي يصدره القاضي بالإلزام المتعاقد بتنفيذ عين ما التزم به في العقد، هو نوع من التعويض، إذ يعد ذلك جبراً ملائماً للضرر^(٢).

(1) Among the judicial precedents that confirmed monetary compensation as a penalty for breach of contractual obligations is what was stated in the case of Lombard North Central PLC v Butterworth [1987] QB 527, where Lord Debulk stated that “any failure to perform one of the contractual obligations creates an obligation on the party in breach to pay monetary compensation for the loss that he suffered as a result of the breach. Available at: https://www.isurv.com/directory_record/4235/lombard_north_central_plc_v_butterworth last visit: 23\12\2024.

(2) The basis for compensation for breach of an implied contractual obligation in English law is that it should be monetary, and the judge estimates it at a sum of money, which is the common compensation in contractual liability lawsuits. However, there is nothing in this law that prevents compensation from being in kind and not in cash. What is meant by in kind compensation here is not the contractor’s performance of the exact thing he committed to, as the performance of the exact contractual obligation is the general principle. Rather, what is meant by it is what constitutes compensation for breach of contract, when monetary compensation is unable to redress the damage in a fair manner, so compensation in kind is resorted to. However, the ruling issued by the judge obligating the contractor to perform the exact thing he committed to in the contract is a type of

نستنتج مما سبق إنه لما كان القانون الإنجليزي يمنح حق الدائن بفسخ العقد في حال أخلال المدين بالتزاماته الجوهرية أو الأساسية سواء كان ضمناً أو صريحاً، فإنه يقر أيضاً وضع المتضرر (الدائن) بقدر ما يتعلق الأمر بمبلغ النقود الذي سيدفع له في نفس الوضع الذي كان عليه لو لم يكن الضرر ليقع، وسيلحق به كما لو أن العقد قد نفذ ولم يحدث فيه أخلال أصلاً.

الفرع الثاني

التعويض غير النقدي

يقصد بالتعويض غير النقدي الحكم بأداء أمر معين وعلى سبيل التعويض يكون ترضية المتضرر لمجرد إحساسه بأنه قد انصف^(١)، وقد وصفه بعض الفقهاء بالتعويض المعنوي أو الأدبي^(٢). وكذلك يعرف التعويض غير النقدي هو أن تحكم المحكمة على المتسبب بتعويض مشابه مثل الشيء الذي اتلف وخسر المضرور أي شيء عيني مع اختلاف المحل^(٣).

وقد أجاز المشرع العراقي الأخذ بهذا النوع من التعويض إذ نص في المادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني على إنه (و يقدر التعويض بالنقد على إنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو ان تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض).

واللجوء إلى هذا النوع من طرق التعويض يعد من الأمور التي تدخل في سلطة القاضي عند نظر الدعوى، وهو ما نصت عليه المادة (٢٥٥) من القانون المدني العراقي التي لم تشترط في التعويض أن

compensation, as this is considered appropriate redress for the damage. SEE: Paul Richards. Law of Contract. Thirteenth Edition. Pearson Education Limited. 2017. P.602.

(١) د.محمد كمال عبد العزيز: التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، مكتبة القاهرة الحديثة، بدون سنة طبع، ص ١٧٥.

(٢) د.سعدون العامري: تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مطبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١م، ص ١٥١.

(٣) المصدر ذاته، ص ١٥٢.

يكون نقدياً^(١)، وهذه السلطة يقدرها القاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر، على سبيل المثال إنَّ الأصل أن يستأذن الدائن من القاضي في تنفيذ الإلتزام على حساب المدين، ويكون الاستئذان عن طريق دعوى يقيمها ويحصل على حكم شراء الشيء محل التعاقد متى ورد الإلتزام على نقل ملكية شيء لم يحدد الا نوعه، وفي حالة الاستعجال يستطيع الدائن التنفيذ على حساب مدينه دون استئذان المحكمة، ولكن للمحكمة ان تبسط رقابتها على تصرف الدائن، والتأكد ان ظروف الدعوى كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائي فتحكم له بما طلب. أو قد ترى المحكمة ان الدائن كان متسرعاً وعندها يخفض المبلغ بما يناسب مقدار الخسارة التي لحقت الدائن نتيجة هذا التسرع^(٢)، وهذا سيان كان الأخلال بإلتزام عقدي صريح أو التزم عقدي ضمني.

وأمثلة التعويض غير النقدي كثيرة منها الحكم الذي يلزم المودع عنده بأن يقدم أطارات من نوع تلك الإطارات التي كانت مودعة عنده وسرقت، وقد يتخذ هذا النوع من طرق التعويض صورة الحكم بمصروفات الدعوى فقد يطالب من أصابه ضرر أدبي مثلاً بإلزام المدعى عليه بمصروفات الدعوى؛ وذلك يشكل ترضية له وفيه ما يكفي لجبر الضرر، أو يتخذ الحكم بمبلغ رمزي ليس فيه معنى مقابل الضرر وإنما إقرار من القضاء بحقه، فمنح المتضرر المبلغ الرمزي لا يعني أن التعويض أصبح نقدياً؛ بل يعني استنكار القضاء لما صدر من المدين من إخلاله بتنفيذ إلتزامه، وإقرار في الوقت نفسه بحق المتضرر الذي يستطيع بواسطته تلافي ما قد يتعرض له من أذى في سمعته خاصة إذا كان المتضرر ذا سمعة تجارية، ولا يسعى إلى الربح عند المطالبة بالتعويض^(٣).

(١) تنص المادة(٢٥٥) من القانون المدني العراقي على (ينفذ الإلتزام بطريق التعويض في الأحوال وطبقاً للاحكام التي نص عليها القانون)

(٢) د. ماجد مجباس حسن: تنفيذ الإلتزام العقدي على حساب المدين- دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص ٣٨٣.

(٣) د. عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد الخاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الإلتزامات، مكتبة وزارة العدل، ٢٠٠٣م، ص ٤٨٨-٤٨٩.

ومن أمثلة التعويض غير النقدي أيضاً هو صورة نشر الحكم الصادر في الصحف المحلية فليس من المستبعد أن يكون الدائن المتضرر شركة صناعية أو زراعية أو تجارية، ولا شك أن ما تتمتع به هذه الشركات من سمعة تجارية له دور كبير في تحديد مدى نجاحها في ممارستها للنشاط الاقتصادي، وفي مدى تعامل الأفراد والشركات الأخرى معها، لذا فأنها ستكون حريصة على سمعتها التجارية وعلى ضرورة تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته بكل دقة حماية لما تتمتع به من سمعة وثقة في التعامل، فلو حصل أخلال من جانب المتعاقد معها في تنفيذ إلتزامه فيكون كافياً أن يتم نشر الحكم الصادر بإدانة من أخلّ بتنفيذ إلتزامه، وفي هذه الحالة لا يكون الحصول على مبالغ من النقود هو الدافع الأول لرفع دعوى التعويض^(١)، وهذا كله متى كان الإخلال بالالتزام عقدي وترتبت عليه المسؤولية العقدية، وسواء كان الإلتزام العقدي التزاماً صريحاً أو التزاماً ضمناً.

وفي القانون الإنكليزي فالأصل في التعويض أن يكون نقدياً، فيقدره القاضي بمبلغ من النقود، وهو التعويض الشائع في دعاوى المسؤولية العقدية، بيد إنه ليس ثمة ما يحول في هذا القانون، أن يكون التعويض عينياً لا نقدياً، ولا يراد بالتعويض العيني هنا، هو تنفيذ المتعاقد لعين ما التزم به، إذ يعد تنفيذ عين الإلتزام العقدي هو الأصل العام، وإنما المقصود بذلك، هو ما يكون تعويضاً عن الإخلال بالعقد، عندما يعجز التعويض النقدي عن جبر الضرر بطريقة عادلة، فيصار إلى التعويض العيني، ومع ذلك فإن الحكم الذي يصدره القاضي بإلزام المتعاقد بتنفيذ عين ما التزم به في العقد، هو نوع من التعويض، إذ يعدّ ذلك جبراً ملائماً للضرر^(٢).

(١) ليث عبد الصمد لفته: المسؤولية التعاقدية، بحث ترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من أصناف القضاة، وزارة العدل، ١٩٩١م، ص ٨٦.

(٢) شاكر ناصر حيدر: واجب تقليل الضرر في القانون الإنكليزي، مجلة القانون المقارن، العدد (١٣)، السنة التاسعة، ١٩٨١، ص ٣٦.

لذلك ينظر إلى التدبير القضائي الخاص بالتنفيذ العيني في القانون الانكليزي على أنه وسيلة لرفع الضرر الذي تم نتيجة الإخلال بالعقد رغم أن التعويض النقدي أو البدلي هو الوسيلة الاعتيادية للتعويض، ولكن يدخل معها التنفيذ العيني كوسيلة وتدبير قضائي لمعالجة الإخلال المؤدي إلى الأضرار بموجب ما تقتضيه قواعد العدالة، فوسيلة التنفيذ العيني تؤسس على قواعد العدالة في القانون الانكليزي، كون أن التعويض النقدي هو الإجراء الاعتيادي للتعويض ولكن يلجأ إلى التنفيذ العيني في حالة عدم كفاية التعويض النقدي عن إصلاح الضرر وهو في كل الأحوال أمر متروك تقديره إلى سلطة المحكمة التقديرية وليس حقاً ينقرر للمدين بشكل تلقائي؛ بل إن المحكمة هي صاحبة السلطة في تقرير هذه التدابير القضائية حول التعويض في القانون الانكليزي، وتقدير التعويض العيني في نطاق العقد، يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، بيد أن ذلك لا يعني أن يترك التعويض المطلق للسلطة الفردية المتقلبة، ولكن المقصود به هو الحكم القضائي له ما يبرره عادةً وفقاً أن للقواعد التي تحكم هذه المسألة، وقد يمتنع القاضي عن إصداره، إن كان الحكم بالتعويض العيني في الظروف المعينة والملازمة للدعوى، يجافي مقتضيات العدالة^(١).

المطلب الثاني

سلطة المحكمة في جبر الضرر عن الأخلال بالالتزام العقدي الضمني

إن العقود هي أدوات قانونية تنتج آثاراً قانونية للأطراف التي تدخل فيها من خلال ما ترتب عليه من حقوق والتزامات منصوص عليها في العقد، ومن المتوقع في المقام الأول أن يؤدي الطرفان إلزاماتهم طواعية وفقاً للبند التعاقدية، ومع ذلك في حالة عدم تنفيذ الإلتزام أو عدم الامتثال للبند التعاقدية، فإن الأطراف تواجه عواقب الإلتزام من وجهة نظر قانونية، ويتمتع الطرف الذي يحق له تعاقدًا بالتنفيذ المتخلف "الدائن" بالإلتزام الذي تم الإخلال به "بحماية النظام القانوني"، والذي سيوفر له سبل الانتصاف

(١) شاكر ناصر حيدر: واجب تقليل الضرر في القانون الإنكليزي، مصدر سابق، ص ٣٧.

من المدين المتخلف عن تنفيذ التزامه^(١)، وتمارس المحكمة سلطة في جبر الضرر عن الإخلال بالالتزام العقدي الضمني استناداً إلى السلطة التقديرية الممنوحة لها، لذا سنُبيّن في هذا المطلب سلطة المحكمة في جبر الضرر في كل من القانون العراقي والإنجليزي وذلك في فرعين نخص الأول لسلطة المحكمة في جبر الضرر في القانون العراقي، ونفرد الثان لسلطة المحكمة في جبر الضرر في القانون الإنجليزي.

الفرع الأول

سلطة المحكمة في جبر الضرر في القانون العراقي

إن القواعد العامة تقضي في تقدير التعويض أن يكون بمقدار الضرر المباشر، فلا تزيد أو تنقص^(٢)، كما أن هناك مبدأ آخر يخفف من مبدأ الضرر الكامل وهو مبدأ السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، وهذا المبدأ يجعل التعويض قادراً على تحقيق هدفه، وهو إعادة المتضرر إلى حالته قبل وقوع الضرر، وعليه فالتعويض يجب أن لا يتجاوز قدر الضرر من ناحية، كما يتعين أن لا يقل عنه في ناحية أخرى^(٣). وهذا ما أخذ به القضاء العراقي ومن ذلك ما ورد في قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية على إنّه) يجب أن يتناسب التعويض مع الضرر الحقيقي وهو فترة العلاج وفترة الانقطاع عن العمل، فأن كان التعويض مغالى فيه جاز لمحكمة التمييز تخفيضه^(٤).

وعلى القاضي وهو يتصدى لتقدير التعويض أن يتأكد أولاً من توافر أركان المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية والأعذار في الحالات التي يشترط توافره فيها. والفكرة الأساسية التي على

(١) ياسين محمد يحيى: الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩١، ص ٣٢٢.

(٢) حسون عبيد هجيج: التعويض في الدعوى الجزائية، بحث منشور في مجلة الكوفة، العدد ٢٠، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٤، ص ٣٩.

(٣) د.حسين عامر و د.عبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مصدر سابق، ص ٥٣٢.

(٤) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٣٩٨ تمييزية ١٩٧٤، تاريخ ١٩٧٤/٩/١١ ؛ منشور في: النشرة القضائية، السنة الثانية، العراق، ١٩٧٥، ص ٢٥٧.

القاضي أن يتوخاها هي رد الدائن إلى الحالة التي يكون فيها لو أن الدائن نفذ إلتزامه، وعلى القاضي وهو يقدر التعويض أن يعوض الدائن عما لحقه من خسارة ومافاته من كسب، ويقدر القاضي التعويض بمبلغ من النقود ، ومع ذلك قد يكون التعويض غير نقدياً في بعض الحالات^(١).

وإن من أبرز مظاهر إعطاء القاضي دوراً ايجابياً في حسم الدعاوي المدنية، اعطاؤه سلطة التقدير للحكم بما يراه مناسباً وخاصة بالنسبة لدعاوى التعويض، وإن كانت تلك السلطة تتغير بحسب ما إذا كان القاضي ملزماً بأن يحكم بالتعويض الكامل للضرر أو بالتعويض العادل له اي ليس بالضرورة ان يكون كاملاً^(٢).

وتقدير القاضي للتعويض يعد من المسائل الموضوعية التي يكون له فيها سلطة تقديرية وفي حصر الضرر وجبره واختيار الطريقة الأفضل في التعويض، وهو ما أكدته نص المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي التي نصّت على (إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون فالمحكمة هي التي تقدره)، وقيام القاضي بتقدير التعويض الذي لحق المتضرر هو الأصل العام في مجال التعويض إذ تتولى المحكمة وفقاً للضوابط التي بينها القانون المدني مهما كان مصدر الإلتزام وحسب طبيعة الرابطة وظروفها^(٣).

ولاشك أن التعويض الذي يقدره القاضي بعد الأعذار الذي يقوم به الدائن في الحالات التي تستوجب الأعذار، هي في حالات أخلل المدين بالإلتزاماته العقدية الضمنية، وهي اما أن يكون عند

(١) د.محمد شكري سرور: موجز الاحكام العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص٥٣.

(٢) ميثاق طالب غركان، التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠٠٦، ص١١٨.

(٣) منذر الفضل: الوسيط في مصادر الإلتزام، دار ثاراس للنشر والتوزيع، ط١، اربيل، ٢٠٠٦، ص٤٦٧.

التأخر في تنفيذ الإلتزام العقدي الضمني أو لعدم القيام به اصلاً، أو لتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني بصورة معيبة أو تنفيذ الإلتزام العقدي الضمني بصورة جزئية^(١).

وعند تقدير التعويض، فإن القاضي يتحقق من عنصرين وهما أولاً:- أن يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة حقيقية، و ثانياً:- ما فاتته من كسب وهو ما نصّت عليه المادة (٢٠٧) الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي^(٢)، ويراد بما لحق الدائن من خسارة هو مدى الضرر المباشر الذي لحق الدائن من جراء أخلال المدين بالإلتزامه الضمني، بشرط ان يكون الضرر مؤكداً ومحقق ناجم عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم تنفيذ الإلتزام العقدي الضمني كلياً أو جزئياً أو التأخير في تنفيذه، و يجوز المطالبة بالفوائد القانونية عن التأخير في تنفيذ الإلتزام العقدي الضمني ان كان محله نقود^(٣).

ويراد بالخسارة اللاحقة الافتقار الحاصل في ذمة المتضرر نتيجة الإخلال بالإلتزام العقدي الضمني، فمجموع الخسائر المادية التي تلحق بالمتضرر من جراء عدم تنفيذ المدعى عليه لإلتزامه الضمني أو تأخره في ذلك أو تنفيذه تنفيذاً معيباً أو ناقصاً، يجب أن يعتد بها في احتساب التعويض المستحق له، ولا يشترط على المدعي سوى أن يقيم الدليل على وقوعها فعلاً^(٤).

وهكذا فيدخل في تقدير الضرر الناجم عن الأخلال بتنفيذ الإلتزام العقدي الضمني الخسارة اللاحقة والكسب الفائت لا بسبب ضياع الحق فحسب، وإنما بسبب التأخر في استيفائه كذلك. فلو تعاقد شخص مع مغنٍ على إحياء حفلة في وقت معين ولم ينفذ المغني إلتزامه حكم عليه بتعويض يشمل ما لحق

(١) المصدر ذاته، ص ٤٦٨.

(٢) تنص المادة (٢٠٧) الفقرة الاولى من القانون المدني العراقي على (تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع).

(٣) بلحاج العربي: أحكام الإلتزام في ضوء الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة، دراسة مقارنة، ط٣، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ٢٠١٦، ص ٨٩.

(٤) مصطفى الكيلة: التقدير القضائي للتعويض-دراسة مقارنة في مجال المسؤولية المدنية، ط١، بلا دار نشر، ٢٠٠٨، ص ١٢٦.

الدائن، وهو متعهد الحفلات من خسارة يمثلها ما أنفق من مصاريف استعداداً لإقامة الحفلة، وما فاتته من كسب يمثلها ما كان يتوقعه المتعهد من ربح يجنيه منها^(١).

وعليه فإنه يتعين على المحكمة احتساب التعويض المستحق بشكل لا تتحقق معه أي خسارة أو أي أثرٌ للمتضرر، ولا يحصل به أي ارهاق للمدين الذي اخل بتنفيذ الالتزام الضمني، فعليها أن تتوخى العدالة في هذا التقدير.

وإنّ تقدير التعويض يعد من مسائل الواقع التي تدخل ضمن سلطة المحكمة النهائية، حيث يناط بها تقدير التعويض عن الضرر الذي لحق الدائن بسبب أخلال مدينه بتنفيذ الالتزام العقدي الضمني، إلاّ إنّه يتحتم على قاضي الموضوع أن يتقيد بكل الشروط والقواعد التي سبق تقريرها، فلا يعتد في حساب التعويض إلاّ بالأضرار المباشرة المتوقعة، وإنّ يتوخى أن يكون التعويض كاملاً، أي شاملاً لعنصريه وهما الخسارة الحقيقية والكسب الفائت، ولا يؤخذ بعين الاعتبار من بين العوامل والظروف الشخصية للطرفين إلا ما يدخل في تكوين الضرر^(٢).

ويختار القاضي طريقة التعويض عن الأخلال بالالتزامات العقدية الضمنية من خلال تحديد ما هو الأنسب لجبر الضرر معتمداً في ذلك على نص الفقرة (٢) من المادة (٢٠٩) من القانون المدني العراقي التي تنص على (ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر ان تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بإجراء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض)، يتبين من هذه المادة أن طريقة جبر الضرر تختلف حسبما تكون الظروف الملائمة لحالة النزاع المطروح، وبما يبدي المتضرر في طلباته عنها، ونعتقد أنها تنطبق على جميع

(١) د. عبدالمجيد الحكيم، د. الباقي البكري، د. محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ٥٧.

(٢) مالك ايد سعيد، أثار عدم التنفيذ-مطل المدين إنموذجاً، المعهد العالي للقضاء، ٢٠١٧، ص ٤٤.

صور المسؤولية سواء كانت عقدية أو تقصيرية، وسواء كانت المسؤولية العقدية ناتجة عن أخلال بالالتزام عقدي صريح أو التزام عقدي ضمني.

ويترك للقاضي كيفية تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً وهذا يقتضي منه القيام بعملين أساسيين هما تمحيص وتدقيق وقائع وأدلة الدعوى المعروضة أمامه لغرض التثبت مما صدر فعلاً من أطراف النزاع والثانية هو بيان حكم القانون فيما ثبت من وقائع وإصدار حكم فاصل في النزاع، فليس للقاضي أن يستند حكمه على معلوماته الشخصية وتحرياته الخاصة التي لم يحصل عليها بالدعوى، ولم تطرح للنقاش أمام المحكمة من قبل الخصوم، هذا وأن سلطة المحكمة التقديرية تحدّها، مجموعة قيود ومنها عدم جواز تقدير التعويض بجوانبه الفنية من قبل المحكمة، لان هذا الأمر يعد من اختصاص الخبراء الفنيين في شأن التعويض، ثم أن القاضي يعتبر خبير الخبراء ولكن في شأن تقديرهم، فالخبرة تدبير حقيقي واستشارة فنية بها القاضي بغية الوصول إلى معرفة علمية أو تتعلق بالواقعة المعروضة عليه تنير الطريق أمامه لبنني حكمه على أساس سليم^(١)، فالخبرة نوع من المعينة الفنية تتم بواسطة أشخاص تتوفر لديهم الكفاءة في النواحي الفنية التي لا تتوفر لدى القضاة، ولا يجوز للقاضي الاستعانة بالخبراء في هذا الشأن الا في تقدير الوقائع والمسائل المادية دون المسائل القانونية، فهذه الأخير، تستند بها محكمة الموضوع ولا علاقة لها بالخبراء^(٢)، وبهذا الشأن تنص المادة (١٧٧) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ (تتأول الخبرة الأمور العملية والفنية وغيرها من الأمور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية) وبهذا الشأن تقول محكمة تمييز العراق في قرار لها (ليس للمحكمة تخفيض قرار التعويض الذي قدره الخبراء؛ بل

(١) د. عصمت عبد المجيد: شرح قانون الإثبات، بغداد الطبعة الثالثة، المكتبة القانونية، ٢٠٠٦، ص ٢٧٨.

(٢) حسين المؤمن: نظرية الإثبات، ج؛ في القرائن وحجة الأحكام والكشف والخبرة بيروت، ١٩٧٧، ص ٢٧٥.

عليها إحالة الموضوع إلى خبراء آخرين عن عدم الاقتناع بهم، ولا يجوز لها تعديل التقرير إن لم تقتنع به^(١).

فرغم أن تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالإلتزامات لعقدية الضمنية يخضع لسلطة المحكمة التقديرية، إلا أن المحكمة غالباً ما تلجأ إلى الاستعانة بخبراء من أجل الوصول إلى التقدير الصحيح للتعويض، لأن القاضي لا يمكن أن يكون ملماً بجميع مجالات الحياة وعادات وأعراف المجتمع، ولذلك فإن الاستعانة بالخبراء يجعل قرار المحكمة أكثر إنصافاً للمتضرر ومحدث الضرر في آن واحد، لأن الغاية من التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالإلتزام العقدي الضمني تنحصر أساساً في جبر الضرر، وذلك يستلزم أن يكون التعويض متناسباً معه، فلا يحصل المتضرر على أكثر من حقه لأن في ذلك إضرار بالمتسبب في الضرر وإغناء للمتضرر بدون مبرر^(٢).

الفرع الثاني

سلطة المحكمة في جبر الضرر في القانون الإنجليزي

لا يعترف القانون الإنجليزي -كقاعدة عامة- إلا بالتعويض النقدي عن الأضرار كجزاء في الفسخ عند الإخلال بالإلتزام العقدي الضمني، ويمنح التنفيذ العيني كعلاج ثانوي، فقط إذا اعتبر القاضي أن التعويض عن الأضرار أقل كفاية من التنفيذ العيني، وإن المحاكم مقيّدة تماماً في تطبيق سلطتها التقديرية، بحيث يقتصر علاج التنفيذ العيني على ظروف خاصة، ومن ثم، فإن التعويض النقدي عن الأضرار هو العلاج الرئيسي بموجب القانون الإنجليزي، ولا يفترض أن الطرف غير المنفذ مسؤول عن الإخلال بتنفيذ إلتزاماته العقدية الضمنية، وتعتبر الإلتزامات التعاقدية مطلقة في القانون الإنجليزي، وأي

(١) قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية المرقم (١٤١٦)، ١٤٦٨ / ١ / إدارية / ١٩٨١، في ١١ / ١٢ / ١٩٨١، مجلة الاحكام العدلية، العدد (٤)، سنة ١٢، عام ١٩٨١.

(٢) إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٥، ص ٢٧٨.

إخلال سوف يمنح الطرف الآخر الحق في تعويض الأضرار بغض النظر عما إذا كان الطرف غير المنفذ هو المسؤول عن الإخلال أم لا^(١).

وفيما يتعلق بحساب التعويضات المستحقة، يتطلب القانون الإنجليزي وجود علاقة سببية بين الإخلال بالعقد والأضرار أي إن الإخلال بالالتزامات العقدية الضمنية هو السبب الفعلي للخسارة دون أي أخلال في سلسلة السببية، ولتحديد نطاق الأضرار القابلة للتعويض، يجب تقييم بعد الضرر، والقاعدة العامة هي أن الأضرار تكون قابلة للتعويض إذا كانت متوقعة كنتيجة معقولة للإخلال وفقاً للمسار المعتاد للأحداث، أو، بدلاً من ذلك، إذا كان من الممكن تصورها بشكل معقول من قبل الأطراف على أنها نتائج (عواقب) على أساس إمكانية معرفتهم في وقت إبرام العقد ويستبعد اختبار المسار المعتاد للأحداث تعويض الخسائر غير العادية، مثل خسارة الأرباح فيما يتعلق بعقد مربح بشكل خاص مع أطراف ثالثة لا يمكن إبرامه نتيجة للإخلال^(٢).

ومعلوم أن أساس التعويض يستند على القاعدة المعروفة في القانون الإنجليزي مقتضاها دفع تعويض إلى الحد الذي يجبر الضرر الواجب التعويض عنه^(٣). وتسمى هذه القاعدة في القانون الإنجليزي "التعويض العادل أو المنصف"^(٤).

والقاعدة العامة في القانون الإنكليزي، أن التعويض يؤسس على خسارة المدعي loss to the plaintiff وليس على الربح الذي جناه المدعى عليه Gain to the defendant فهو يتم بجبر الأضرار

(١) شاكر ناصر حيدر: مصدر سابق، ص ٣٥.

(٢) يونس صلاح الدين علي: التعويض عن الإخلال بالعقد في القانون الانكليزي-دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني العراقي، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١٣)، العدد (٢)، ٢٠٢٣، ص ٢٢٧.

(3) P.S.Atiyah : J. Beatson ،D.R.Harris ،Chitty on Contract ، 25th edition ، vol 1 ، sweet & Maxwell ، London ، 1983 ، p 570

(4)This rule is called in English law “just or equitable compensation.” A.G.Guest: Anson's Law of contract ، op، cit ، p558

المالية التي تصيب الدائن بسبب أخلال المدين بإلتزاماته العقدية الصريحة أو الضمنية، وعليه تعرف الخسارة هنا بأنها أي اذى لشخص المدعي أو ملكيته أو في مقدار من ثروته كأثر طبيعي للإخلال ويعوض عنها بغض النظر عن سببها، سواءً أكانت ناتجة عن عمد أم أهمال، وتكون سبب مسؤولية المتعاقد المخل، ما لم يكن قد تسبب بها وله عذراً معقولاً أو سبباً معقياً أو رخصة^(١).

ويرد على قاعدة (أن التعويض يتم على أساس خسارة المدعي وليس الربح الذي جناه المدعي عليه) استثناء، مقتضاه ان التعويض يؤسس أيضاً، على الأرباح التي جناها المدعي عليه، أو ما يسمى بالخطأ المربح Lucrative Fault ويقصد به الخطأ الذي يحقق فيه مقترف الفعل الضار الموجب للمسؤولية العقدية ربحاً يتجاوز مقدار التعويض الواجب عليه دفعه، والمتمثل بعنصري الخسارة الحالة والكسب الفائت على فرض اقرار مسؤوليته فهامش الربح غير المشروع، الذي يجنى على حساب المتضرر، هو ما يحث مقترف الفعل الضار على ارتكابها بعد أن فكر وقدّر أن ما يجنيه من ربح يفوق ما سوف يغرمه على فرض إقرار مسؤوليته^(٢).

(1) The general rule in English law is that compensation is based on the plaintiff's loss (loss to the plaintiff) and not on the gain made by the defendant (gain to the defendant). It is done by compensating the financial damages that befall the creditor due to the debtor's breach of his contractual obligations, express or implied. Accordingly, the loss is defined here as any harm to the plaintiff's person, property, or an amount of his wealth as a natural consequence of the breach, and it is compensated for regardless of its cause, whether it resulted from intention or negligence, and it is the cause of the liability of the breaching contracting party, unless he caused it and had a reasonable excuse, an exempting reason, or a license. See: William Geldart , Introduction on English law (originally Elements of English law) 9th edition , oxford university press ,New York ,p 128

(٢) د. ظافر حبيب جبارة: النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، العدد (١٣)، ٢٠١٦، ص ٤٩.

ويجري التعويض عن الخطأ المربح في القانون الانكليزي، بإلزام المدين بالتخلي للدائن عن أية ارباح حصل عليها استغلالاً لمركزه الائتماني، كأن يكون المدعى عليه وكيلاً للمدعي، فيخل الوكيل بواجب الحفاظ على اسرار الموكل من أجل الحصول على ارباح ناجمة من افشاء تلك الاسرار^(١)، ويستند التعويض هنا على قاعدة الاسترداد الكامل، اي استرداد الربح الذي اغتتمه المسؤول في حالات الخطأ المربح، والمحكمة تبسط سلطانها بتقدير ذلك سواء كان الإخلال عن التزام عقدي ضمني أو التزام عقدي صريح^(٢).

ولا يعترف القانون الانكليزي، بقاعدة ان التعويض يدور وجوداً وعدمياً مع وجود أو عدم وجود الضرر، ما يعني ان الضرر مفترض في القانون الانكليزي، لهذا السبب وفي كل احوال الإخلال، يستحق المتعاقد حسن النية تعويضاً حتى لو كان تعويضاً اسماً بحتاً، والتعويض بهذا المعنى ليس عقاباً لمحدث الخسارة؛ بل إنه مقرر لجبر الخسارة نفسها، ولا محل للتعويض العقابي في قانون العقد، كما ان التعويض التعاقدي لا يمكن تكيفه على إنه وسيلة عقابية الا اذا كان سلوك المتعاقد المخل بالعقد فاحشاً، ولا اثر أيضاً لقاعدة صعوبة تقدير التعويض Difficulty of Estimation المعروفة في القانون الانكليزي، على حق المتعاقد الآخر في التعويض لا يعني ذلك ان المتضرر لا يحصل على شيء؛ بل ان القاضي يحكم له بعد التأكد من حصول اثبات أخلال العقد بمبلغ من المال يقدره القاضي حسب قناعته اخذاً بالحسبان جميع الظروف المحيطة بالقضية^(٣). ومن التطبيقات القضائية على ذلك هو قضية Hadley v

(1) Compensation for a profitable mistake in English law is achieved by obligating the debtorto give up to the creditor any profits he obtained by exploiting his credit position, such as if the defendant is the plaintiff's agent, and the agent fails to maintain the client's secrets in order to obtain profits resulting from the disclosure of those secrets. Sir Guenter Treitel, 'The Law of Contract', op.cit, p 324-325,

(٢) د. ظافر حبيب جبارة، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص ١٦.

(٣) منى نعيم حجاز، مضمون العقد، مصدر سابق، ص ٢٨٢.

(1854) Baxendale، إذ تعتبر هذه القضية من أهم القضايا في القانون الإنجليزي المتعلقة بالإخلال العقدي، والتي قررت فيها المحكمة أن المدعى عليه كان مسؤولاً عن تعويض المدعي (Hadley) عن خسائر الربح، ولكن بشرط أن تكون الخسارة "متوقعة" من الطرفين عند توقيع العقد. رغم أن الضرر الفعلي (خسارة الأرباح) لم يكن متوقعاً بشكل دقيق، إلا أن المحكمة قررت منح التعويض. وكذلك ما جاء في قضية: Robinson v Harman (1848) هذه القضية تعتبر قاعدة أساسية في قانون العقود الإنجليزي، حيث قضت المحكمة بأن المدعي له الحق في التعويض الكامل عن الأضرار الناتجة عن الإخلال العقدي، حتى في غياب الضرر المادي المباشر، في هذه القضية، تم إلغاء عقد تأجير بسبب أخل أحد الأطراف، وكان المدعى عليه مطالباً بتعويض المدعي عن الأضرار التي نجمت عن الإلغاء، حتى وإن لم يكن هناك ضرر مادي حقيقي.^(١)

ففي القضايا السابقة، نجد أن القانون الإنجليزي لا يتطلب وجود ضرر مادي مباشر لتقرير التعويض في حالات الإخلال العقدي، بدلاً من ذلك، يتم التركيز على الأضرار المحتملة أو المتوقعة التي قد تحدث نتيجة للإخلال بالعقد، ويمكن منح تعويض بناءً على تلك الأضرار حتى إذا لم تكن مادية

(1) One such case is Hadley v Baxendale (1854), considered one of the most important cases in English law relating to breach of contract. The court held that the defendant was liable to compensate the plaintiff (Hadley) for loss of profit, provided that the loss was "foreseeable" by both parties at the time of entering into the contract. Although the actual damage (loss of profit) was not precisely foreseeable, the court nevertheless awarded compensation. Robinson v Harman (1848) is also a fundamental rule in English contract law, as the court ruled that a plaintiff is entitled to full compensation for damages resulting from breach of contract, even in the absence of direct material damage. In this case, a lease was cancelled due to breach by one party, and the defendant was required to compensate the plaintiff for damages resulting from the cancellation, even if there was no actual material damage. Available at: <https://www.lawteacher.net/cases/robinson-v-harman.php> , last visit at 22\12\2024.

بشكل مباشر، هذا يتعارض مع القاعدة التي تنص على أن التعويض يجب أن يرتبط بشكل مباشر بوجود الضرر المادي، ويظهر كيف يمكن أن يعترف القانون الإنجليزي بالأضرار غير الملموسة أو المتوقعة في حالات الإخلال العقدي، وإن هذا القانون يعطي للمحكمة سلطة تقديرية واسعة، وبصرف النظر عن كون الإخلال بالتزام عقدي صريح أم أخلال بالتزام عقدي ضمني.

الخاتمة



الخاتمة

ونحن نصل إلى نهاية دراستنا لموضوع (الإلتزام العقدي الضمني في القانونين العراقي والإنجليزي) لا بد أن نُبيِّن أهم النتائج التي تمخضت عنها، والمفاهيم التي التئمت عليها، وأهم المقترحات التي نأمل من مشرعنا أن يأخذها بعين الاعتبار، وذلك من فقرتين مستقلتين وكالاتي:

أولاً- النتائج:

- ١- إن الإلتزام العقدي الضمني يتمثل في الكشف عن الإرادة من خلال اتخاذ مظهر ليس موضوعاً للكشف عن الإرادة اصلاً، ولكنه لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود الإرادة.
- ٢- في القانون العراقي، فإن الإلتزامات العقدية الضمنية كي تكون من مستلزمات العقد يجب أن لا تخالف التزاماً صريحاً وأن لا تخالف إرادة المتعاقدين بأي حال من الأحوال، فالإرادة التي بإمكانها أن تجعل من الإلتزام العقدي الضمني شرطاً يعلق عليه انعقاد العقد لا يمكن أن يفرض عليها التزام عقدي ضمني دون رضاها، أما في القانون الإنجليزي فإن الإلتزام العقدي الضمني في القانون الإنجليزي يتحقق وفقاً لما يقرره القاضي شرط أن يكون معقولاً ومنصفاً وأن يكون ذو أثراً فعالاً في العقد، وأن لا يتناقض مع أي التزام صريح.
- ٣- إن الإلتزام العقد الضمني التشريعي هو التزام بموجب قواعد قانونية يتم تطبيقها حتى لو لم تكن مذكورة بالعقد، إلا أنها في الغالب قواعد غير آمرة يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها.
- ٤- والإلتزامات العقدية غير التشريعية هي تلك الإلتزامات التي يتم اعمالها تطبيقاً لمصادر الإلتزام الضمني غير التشريعية، وهي العرف والعدالة وبحسب طبيعة الإلتزام سواء كان ذلك في القانون العراقي أو في القانون الإنجليزي والمحكمة هي من تستشف هذه الإلتزامات.
- ٥- لاحظنا إن المحكمة في القانون الإنجليزي ليس لها مطلق الحرية بوضع ما تراه من البنود، وإنما هي بالضرورة مقيدة بظروف محددة أثناء استنتاجها للبنود الضمنية في العقد، حيث يجب أن تراعي فيها

نية وظروف الطرفين وتعاملاتهم السابقة، أو الغرض أو الهدف من إبرام العقد أو إعطاء العقد أثراً فعالاً، أما في العراق فإن القاضي يسترشد بقواعد العدالة طبقاً للمادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي باعتبارها مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية، والمادة (١٥٠) مدني عراقي وهو مقيد بأن يكون أعمال الإلتزام العقدي الضمني يحقق مستلزمات العقد، وبحسب طبيعة الإلتزام، ويخضع بطريقة معينة لرقابة محكمة التمييز.

٦- الإخلال بتنفيذ الإلتزامات العقدية الضمنية في القانون المدني العراقي هو اخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ ما رتبته العقد في ذمته من إلتزامات بشكل ضمني، سواءً كان ذلك بعدم التنفيذ أو التأخر فيه أو كون التنفيذ جاء معيباً، أو تنفيذاً ناقصاً، وفي القانون الإنجليزي فإن الإخلال بالإلتزام العقدي الضمني هو رفض المتعاقد أو عدم قيامه بتنفيذ واحد أو أكثر من إلتزاماته العقدية الضمنية .

٧- ان القانون الإنجليزي يمنح حق الدائن بفسخ العقد في حال أخلال مدين بإلتزاماته الجوهرية أو الأساسية سواءً كان ضمناً أو صريحاً، والتي تؤثر على نتيجة العقد أو تحول دون تحقيق الغرض من التعاقد، ويعتمد على جسامه الضرر الناتج عن الإخلال بالإلتزام العقدي، وهذا يختلف عن موقف المشرع العراقي الذي تبين لنا أنه يميّز ما بين الأخلال بالإلتزام عقدي ضمني أو أخلال بالإلتزام عقدي صريح بحسب الأحوال.

٨- في القانون العراقي، فإن الجزاء المناسب للإخلال بالإلتزام العقدي الضمني يعتمد على مدى التناسب بين هذا الجزاء وبين الإخلال المتحصل من عدم التنفيذ أو التأخير أو التنفيذ المعيب للعقد، ويتأسس هذا المعيار بشأن ما اذا نفذ العقد وفقاً للاتفاق المبرم (أي وفق مضمونه) على مدى تحقق الغاية المرجوة من العقد، وفيما اذا ظفر الدائن بالمكاسب التي كان يروم الحصول عليها من وراء التعاقد، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير تناسب التعويض من عدمه، فيرفض التنفيذ العيني اذا كان صعباً على المدين ويحكم بالتعويض النقدي، أو يرفض جزاء الفسخ، متى تأكد له إن عدم التنفيذ

كان يسيراً ولا يتناسب مع الجزاء المطلوب، أو متى تبين ان أخلال المتعاقد لا يتناسب مع خطورة الجزاء المطلوب تطبيقه .

٩- في القانون الإنجليزي، فإنه لما كان القانون الإنجليزي يمنح حق الدائن بفسخ العقد في حال أخلال المدين بالتزاماته الجوهرية أو الأساسية سواء كان ضمنياً أو صريحاً، فإنه يقر أيضاً وضع المتضرر (الدائن) بقدر ما يتعلق الأمر بمبلغ النقود الذي سيدفع له في نفس الوضع الذي كان عليه لو لم يكن الضرر ليقع، وسيلحق به كما لو أن العقد قد نفذ ولم يحدث فيه أخلال أصلاً.

١٠- بمقارنة الإخلال مع الفسخ في القانون العراقي والإنجليزي نلاحظ إنه في القانون المدني العراقي يقع الفسخ في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف المتعاقد بالتزامه فيجوز للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد، أما في السوابق القضائية الإنجليزي فلا يجوز فسخ العقد إلا إذا كان الإخلال يتعلق بشرط لا بضمان وإن يكون جوهري، بغض النظر عن كونه صريح ام ضمني، وأساس الفسخ في القانون المدني العراقي هو الإخلال بالتزام عقدي جوهري أي يبلغ حداً من الجسامة بالنسبة إلى العقد بأكمله، وفي القانون الإنجليزي فأن أساس الفسخ هو الإخلال الجوهري أو الإخلال المتوقع.

١١- القانون الإنجليزي يرتب مسؤولية قانونية عن الإخلال بالتزامات العقدية الضمنية شأنها شأن الإخلال بالتزامات العقدية الصريحة، وكذلك الحال في القانون العراقي.

١٢- فيما يخص التعويض، فإنه في القانون المدني العراقي يكون بمقدار الضرر الذي لحق بالدائن جراء اخلال المدين بالتزاماته العقدية الضمنية وإعادة الحال إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، أي تعويض الطرف المتضرر عن الأضرار الناتجة بشكل مباشر، بينما القانون الإنجليزي فأن التعويض يسعى إلى تعويض المتضرر كأنه لم يتم الإخلال من قبل الطرف الآخر، بمعنى إعادة الطرف المتضرر إلى الوضع المفترض عند تنفيذ العقد، ونجد ان الحالتين سواء مع الاختلاف في المتغيرات عنها

في القانون العراقي والقانون الإنجليزي، وللمحكمة سلطة تقديرية واسعة في تقدير واختيار طريقة التعويض المناسبة سواء كان ذلك في القانون العراقي أو في القانون الإنجليزي.

ثانياً- المقترحات:

١- نقترح على المشرع العراقي إيراد نص عام يقضي بحق الدائن فسخ العقد عن الإخلال بمضمونه، ليكون على النحو الآتي: (في العقود الملزمة للجانبين إذا اخل أحد المتعاقدين بمضمون إلتزامه جاز للعقد الآخر بعد الأعذار فسخه مع التعويض ان كان له مقتضى)..

٢- نقترح على المشرع العراقي النص صراحةً على الإلتزامات العقدية الضمنية، سواء على مستوى القواعد العامة في نظرية العقد أو على مستوى النصوص الواردة في العقود المسماة كما هو الحال في القانون الإنجليزي، وذلك من خلال تعديل نص المادة (٢/١٥٠) ليكون على النحو الآتي: (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه صراحةً، ولكن يتناول أيضاً الإلتزامات الضمنية التي تُعد من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام).

٣- إنَّ مسألة تحقيق الطموحات التعاقدية المشروعة على اكملها، وتحقيق الفاعلية التعاقدية تقتضي اتساع نطاق الإلتزامات العقدية الضمنية، وإنَّ تشمل الإلتزامات الجوهرية ولا تقف عند حد الإلتزامات الثانوية كما هو الحال في القانون الإنجليزي، الذي يقر بالإلتزامات الضمنية بصفة جوهرية وبصفة ثانوية.

٤- توسيع من نطاق الأخلال بمضمون العقد ليشمل التنفيذ الجزئي والتنفيذ غير المطابق للعقد، ونقترح ان يكون النص على النحو الآتي: (بعد المتعاقد مخلا بمضمون إلتزامه العقدي اذا لم يتم بتنفيذه أو تأخر فيه، ويكون الحكم كذلك اذا نفذه جزئياً، أو اذا نفذه على نحو غير مطابق أيّاً كان نوع المطابقة، وسواء كان الأخلال بالإلتزام صريح أو التزم ضمني) .

(تمت بعون الله وتوفيقه)

المصادر



المصادر العربية والأجنبية

أولاً - القرآن الكريم.

ثانياً - الكتب القانونية:

١. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٥.
٢. إبراهيم المشاهدي: المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز القسم المدني، مطبعة العمال المركزية، بغداد، (د.س.).
٣. إبراهيم المشاهدي: معين المحامين، ج ٣، القضاء المدني والتجاري.
٤. أحمد إبراهيم حسن: غاية القانون - دراسة فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠.
٥. أحمد ابو عيسى المحمدي: انحلال الرابطة التعاقدية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٤.
٦. أحمد سعيد الزقرد: أحكام الإلتزام، بلا دار طبع، مصر، ٢٠٠٥.
٧. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن: الأحكام القانونية للتطبيقات العملية في المسؤولية المدنية، المجلد (١)، ط ٢، ٢٠١٣، بلا دار طبع، بلا مكان طبع.
٨. أحمد عبدالفتاح الشلقاني: أحكام التعويض عن الإخلال بالعقد في القانون الأنجلو امريكي، ادارة قضايا الحكومة، العدد (٣)، ١٩٧٠.
٩. اسماعيل غانم: النظرية العامة للإلتزام-مصادر الإلتزام، مكتبة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٦٦.
١٠. أنور سلطان: المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
١١. بلحاج العربي: أحكام الإلتزام في ضوء الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة، دراسة مقارنة، ط ٣، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ٢٠١٦.
١٢. جعفر الفضلي: الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاوله، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
١٣. جلال محمد إبراهيم: مصادر الإلتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
١٤. جليل الساعدي: أصول العقد في القران، مكتب نور العين للطباعة، بغداد، ٢٠١١.

١٥. جليل الساعدي: الإرادة الباطنة-دراسة في القانون المدني، مكتب نور العين للطباعة، بغداد، ٢٠١١.
١٦. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للإلتزام، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٥.
١٧. د. حاتم محمد عبد الرحمن: بنود عقد بيع البضائع ، دراسة في القانون الانكليزي ،مقارنة بالقانون المصري، المجلة الدولية للفقهاء والقضاء ،كلية الحقوق جتمعة عين شمس ،العدد ٢، ج ٢، السنة ٥٨، ٢٠١٦.
١٨. د. عبدالمجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني-مصادر الإلتزام، ط ٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣.
١٩. د.يونس صلاح الدين علي: الوجيز في شرح قانون العقد الانكليزي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠٢٤.
٢٠. حدة مبروك: محاضرات في أحكام الإلتزام، مطبعة التعليم العالي، الجزائر، ٢٠٢٠.
٢١. حسن الذنون: المبسوط في شرح القانون المدني، ط ١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.
٢٢. حسن الذنون: النظرية العامة للإلتزامات-مصادر الإلتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢.
٢٣. حسن علي الذنون: النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي، القانون المدني، ج ١، دون مكان طبع، (د.ط)،(د.س).
٢٤. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو: الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، دار وائل للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢.
٢٥. حسن حنتوش الحسناوي: التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية-دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ١٩٩٩.
٢٦. حسين المؤمن: نظرية الأثبات، ج: في القرائن وحجة الأحكام والكشف والخبرة بيروت، ١٩٧٧.
٢٧. حسين عامر و د.عبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩م.
٢٨. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة، ط ١، ١٩٤٩.
٢٩. حميد بن شنييتي، مدخل للقانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، مطبعة حسناوي، ط ٣، ٢٠١٤.

٣٠. خالد جمال الدين أحمد حسن: الوسيط في مصادر الإلتزام-دراسة تحليلية في ظلال القانون المدني المصري، مطبعة جامعة اسيوط، مصر، ٢٠٢٠.
٣١. خالد عبدالفتاح حسن: المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩.
٣٢. ربيع محمد الزهاوي: التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محاكم البداية، الجزء ٣، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
٣٣. سعدون العامري: تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مطبعة وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١م.
٣٤. سلام عبدالله الفتلاوي: إكمال العقد-دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط١، ٢٠١٢.
٣٥. سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط٥، ج٢، المجلد (٢).
٣٦. سليمان مرقس: شرح القانون المدني-اصول الإلتزامات، الجزء الأول، مطبعة النهضة القاهرة، ١٩٦٨.
٣٧. سليمان مرقس: فلسفة القانون، مكتبة صادر، بيروت، ١٩٩٩.
٣٨. سمير تناعو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦.
٣٩. سمير تناعو: النظرية العامة للإلتزام، دار المعرفة الجامعية للطبع، مصر، ١٩٩٣.
٤٠. شريف أحمد الطباخ: التعويض عن الإخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه، (د.ط)، (د.س).
٤١. طارق كاظم عجيل، نظرية العقد في ميزان القانون المقارن، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٤.
٤٢. عامر علي حسن: دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني- دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر و التوزيع، ط١، ٢٠١٥.
٤٣. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام- مصادر الإلتزام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.
٤٤. عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، ج١، ط٢، بيروت، منشورات الحلبي.
٤٥. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي مقارنة بالفقه الغربي، ج٦، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.
٤٦. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، الكتاب الثاني، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٤.
٤٧. عبد القادر الفار: مصادر الإلتزام، مكتبة دار الثقافة -عمان، دون سنة نشر.

٤٨. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر العقد (اركان العقد)، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلي، ١٩٦٧.
٤٩. د. عبدالمجيد عبدالحكيم: عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي.
٥٠. عبد الناصر توفيق العطار: نظرية الإلتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام (العقود والعهود)، اسيوط، ١٩٩٠.
٥١. عبدالرحمن الشرقاوي: القانون المدني- دراسة حديثة للنظرية العامة للإلتزام، دار الافاق المغربية، المغرب، ٢٠١٧.
٥٢. عبدالرحمن بدوي، ملحق موسوعة الفلسفة، ط١، المؤسسة العربية، بيروت، ١٩٩٦.
٥٣. عبدالقادر الفار، مصادر الانزام- مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ١٩٩٨.
٥٤. عبدالمجيد الحكيم ود.عبدالباقي البكري، و د.محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الإلتزام، بيروت، ٢٠٠٩.
٥٥. عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد الخاطر: شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الإلتزامات، مكتبة وزارة العدل، ٢٠٠٣م.
٥٦. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، منشورات جامعة جيهان الخاصة، ٢٠١١.
٥٧. عصمت عبد المجيد: شرح قانون الأثبات، بغداد الطبعة الثالثة، المكتبة القانونية، ٢٠٠٦.
٥٨. عصمت عبدالمجيد، مصادر الإلتزام في القانون المدني، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
٥٩. علي كاظم الرفيعي ود. لطفي جبر كومان، عقد البيع الدولي للبضائع(مع توضيح لأحكام اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠) ط١، بغداد، مكتبة المتنبّي، ٢٠١٢.
٦٠. علي نجيدة: النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار الثقافة العربية - القاهرة، ٢٠٠٢.
٦١. فتحي عبدالرحيم عبد الله: العناصر المكونة للعقد كمصدر للإلتزام- في القانون المصري والإنجليزي المقارن، مطبعة كرمور، الاسكندرية، ١٩٧٩.

٦٢. فتحي عبدالرحيم عبدالله: العناصر المكونة للعقد كمصدر للإلتزام، في القانون المصري والانكليزي المقارن، مطبعة كرموز، الاسكندرية، ١٩٧٨، ص ٢٨٧.
٦٣. ليث عبد الصمد لفته: المسؤولية التعاقدية، بحث ترقية من الصنف الرابع إلى الصنف الثالث من أصناف القضاة، وزارة العدل، ١٩٩١م.
٦٤. مالك ايد سعيد، آثار عدم التنفيذ-مطل المدين انموذجاً، المعهد العالي للقضاء، ٢٠١٧.
٦٥. مجيد حميد العنبيكي مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، بغداد ، ٢٠٠١.
٦٦. د.مجيد حميد العنبيكي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، منشورات جامعة نهرين، ٢٠٠١.
٦٧. محمد حسن قاسم: القانون المدني -الإلتزامات العقد، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، هامش.
٦٨. محمد حسين منصور: أحكام الإلتزام، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٠.
٦٩. محمد حسين منصور: مصادر الإلتزام، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٦.
٧٠. محمد سعيد الرحو: المبسوط في شرح القانون المدني-الضرر، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.
٧١. محمد شكري سرور: موجز الأحكام العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٧٢. محمد كمال عبد العزيز: التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، مكتبة القاهرة الحديثة، بدون سنة طبع.
٧٣. مصطفى الكيلة: التقدير القضائي للتعويض-دراسة مقارنة في مجال المسؤولية المدنية، ط١، بلا دار نشر، ٢٠٠٨.
٧٤. مصطفى عبدالحميد عدوي: مفهوم مضمون الشرط في القانون الانجلو امريكي.
٧٥. مصطفى محمد الجمال: تجديد النظرية العامة للقانون، القاهرة، ٢٠٠٠ ، الجزء ١.
٧٦. منذر الفضل: النظرية العامة للإلتزام، ج ٢، -أحكام الإلتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ١٩٩٨.
٧٧. منذر الفضل: الوسيط في شرح القانون المدني "مصادر الإلتزامات وأحكامها"، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢.

٧٨. منذر الفضل: الوسيط في شرح القانون المدني، دار ثاراس للنشر والطباعة، كردستان العراق، ٢٠٠٦.

٧٩. منير قزمان: التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦.

٨٠. نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للإلتزام - أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٩.

٨١. نزيه محمد الصادق المهدي: النظرية العامة للإلتزام، ج ١، مصادر الإلتزام، دون مكان نشر، ٢٠٠٤.

٨٢. وليد خالد عطية، د. علي حسين منهل: تفسير شروط إعفاء من المسؤولية العقدية دراسة في القانون الإنجليزي، ط ١، منشورات الحلبي، ٢٠١٦.

٨٣. ياسين محمد الجبوري: الوجيز في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، الاردن، ٢٠١١.

٨٤. ياسين محمد يحيى: الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩١.

ثالثاً - الرسائل والاطاريح:

١. حسين عبدالقادر معروف : النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني -دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩.

٢. حفصة بشير محمود، المخالفة الجوهرية في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠١٨.

٣. زينب عبدالكاظم حسن عكلة: التنفيذ الجزئي للإلتزام العقدي-دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٢٣.

٤. سامر حلمي صالح: شروط وأثار الفسخ المبكر للوكالة التجارية، جامعة الشرق الأوسط، رسالة ماجستير، عمان، ٢٠١١.

٥. سلام عبدالله الفتلاوي: نطاق العقد، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٦.

٦. طاهر عيسى: قواعد العدالة في القانون المدني، اطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠٢٢.

٧. عاشور فطيمة: تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، ٢٠٠٤.

٨. عصمت عبد المجيد بكر: اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٨.

٩. منى نعيم جعاز، مضمون العقد، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، العراق، ٢٠١٩.

١٠. ميثاق طالب غركان، التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠٠٦.

رابعاً- البحوث

١. إبراهيم البكار: أثر التعبير الضمني في لزوم العقود المالية " صورة تطبيقية" مجلة ابن خلدون للدراسات والأبحاث، المجلد (١)، العدد (١).

٢. أسيل باقر جاسم: المفهوم القانوني للمخالفة الجوهرية في اتفاقية فيينا للبيع الدولي، مجلة رسالة الحقوق، المؤتمر الوطني العاشر، ٢٠١٣.

٣. أحمد محمد أحمد الزين: شروط العقد الصريحة والضمنية في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م دراسة مقارنة بالقانون الإنجليزي، مجلة جامعة شندي، العدد (١٦)، السودان، ٢٠١٦.

٤. حاتم محمد عبدالرحمن: بنود عقد بيع البضائع- دراسة في القانون الإنجليزي مقارنة مع القانون المصري، مجلة كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، العدد (٢)، الجزء (٢)، السنة (٥٨)، ٢٠١٦.

٥. حسن فالح حسن الهاشمي: الإخلال في تنفيذ عقد - نحو سياسة جزائية في العراق، مجلة المعهد، العدد (١٤)، ٢٠٢٣.

٦. حسن عباس العبيدي: الإلتزام الثانوي في العقد_دراسة مقارنة، بحث منشور، مجلة رماح للبحوث

والدراسات

٧. حسون عبيد هجيج: التعويض في الدعوى الجزائية، بحث منشور في مجلة الكوفة، العدد ٢٠،

جامعة بابل، العراق، ٢٠١٤.

٨. حسين عبد القادر معروف د. ماجد مجباس حسن: اثر العنصر النفسي في تنفيذ العقد دراسة

مقارنة في القانونين العراقي والانكليزي، بحث منشور في المؤتمر العلمي الوطني الرابع لكلية القانون

جامعة البصرة، عدد خاص بوقائع المؤتمر.

٩. حسين عبدالله الكلابي: مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون

المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦، جامعة بغداد، المجلة

الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد ١٧، العدد ١، ٢٠١٨.

١٠. د. مجيد حميد العنبيكي : مضمون العقد، ونطاقه وحدائته في القانون الانكليزي، بحث منشور

في مجلة الحقوق ، جامعة النهرين ، ١٩٩٩.

١١. د. حيدر حسين كاظم الشمري، راسم عايد حسن: الإلتزام الثانوي تطبيقاً لمقتضى العقد في البيع

والإيجار، دراسة مقارنة، مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، العدد ٧٢، ج ١، بلا سنة طبع.

١٢. رياض أحمد عبدالغفور: دور العدالة في تكميل العقود، مجلة البحوث القانونية والسياسية،

العدد (١٣) ٢٠١٩.

١٣. سارة بيلامي، الإلتزامات المستحدثة كآلية لتحقيق العدالة العقدية في تنفيذ العقد، مجلة العلوم

الانسانية، المجلد (٣٣)، العدد (٤)، ٢٠٢٢.

١٤. سعد حسين الحلبوسي: دور القاضي في إكمال نطاق العقد، طبقاً للمادة (٨٦) مدني عراقي،

بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد (١)، ٢٠١٠.

١٥. شاكِر ناصر حيدر: واجب تقليل الضرر في القانون الإنكليزي، مجلة القانون المقارن، العدد (١٣)، السنة التاسعة، ١٩٨١.

١٦. ظافر حبيب جبارة، النطاق الفني للتعويض عن الخطأ المربح في المسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، العدد (١٣)، ٢٠١٦.

١٧. ظافر حبيب جبارة، طارق كاظم عجيل، مداخلات قطع الرابطة العقدية في القانون الإنكليزي، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، العدد (١)، ٢٠٠٩.

١٨. ظافر حبيب جبارة، نظرية الجحود المبتسر للإلتزامات العقدية في النظام القانوني الأنجلو امريكي، مجلة العلوم القانونية، المجلد (٣٠)، العدد (١)، ٢٠١٥.

١٩. عباس العبودي - كاظم حمادي يوسف: النظرية العامة للإرادة الضمنية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العدد الخاص الخامس، بحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات

٢٠. عدنان إبراهيم سرحان: المهني المفهوم والانعكاسات القانونية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية، العدد (١)، ٢٠٠٣.

٢١. عطا الله اسكندر عطية، الاثار القانونية المترتبة على الفسخ التعسفي للعقد في نطاق القانون الخاص، دراسة تحليلية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، المجلد (٨)، العدد (٣٨)، ٢٠١٩.

٢٢. عصمت عبدالمجيد بكر: مصادر الإلتزام، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٢٠.

٢٣. د. عمر عمور : جوهر العقد ، دراسة على ضوء الفقه والقضاء الفرنسي ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة المجلد ٧، العدد ١ ، الجزائر ، ٢٠٢١.

٢٤. د. مصطفى عبد الحميد عدوي: مفهوم الشرط الضمني في القانون الانجلو أمريكي، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، جامعة المنوفية، كلية الحقوق مجلد ٧ عدد ١٣، ١٩٩٨.

2. Available at: [https://www.isurv.com/directory _ record/4235/lombard_ north_ central_plc_v_butterworth](https://www.isurv.com/directory_record/4235/lombard_north_central_plc_v_butterworth) last visit: 23\12\2024.
3. Available at: <https://www.lawteacher.net/cases/bettini-v-gye.php> last visit at : 8\12\2024.
4. Available at: <https://www.lawteacher.net/cases/bettini-v-gye.php> last visit at: 13\12\2024.
5. available at: <https://www.lawteacher.net/cases/hadley-v-baxendale.php> last visit at: 12\12\2024.
6. Available at: <https://www.lawteacher.net/cases/national-carriers-v-panalpina.php> last visit at : 5\12\2024.
7. Available at: <https://www.lawteacher.net/cases/poussard-v-spiers.php> last visit at: 11\12\2024.
8. Available on: <https://www.lawteacher.net/cases/photo-production-v-securicor.php> last visit at: 4\12\2024.
9. <https://ipsaloquitur.com/contract-law/cases/spring-v-national-amalgamated-stevedores-dockers-society-no-2> /lastvisitat : 7\12\2024.
10. <https://www.dechert.com/knowledge/onpoint/2022/5/uk-high-court-reiterates-rinciples-for-implied-contractual-term.html> .

11. [https://www.isurv.com/directory_record/4327/trollope and colls ltd v north west metropolitan regional hospital board](https://www.isurv.com/directory_record/4327/trollope_and_colls_ltd_v_north_west_metropolitan_regional_hospital_board) last visit at : 5\2\2025.
 12. <https://www.lawteacher.net/cases/liverpool-cc-v-irwin.php> last visit at: 11\12\2024.
 13. <https://www.lawteacher.net/cases/the-hansa-nord.php> last visit at: 6\12\2024.
 14. Michael is a Partner advising on a wide range of corporate litigation, procurement challenges, competition litigation and professional negligence claims. 06 Nov 2015, 12:18 pm, <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-012>.-
 15. UK High Court reiterates principles for implied contractual terms, MAY 09, 2022. <https://www.dechert.com/knowledge/onpoint/2022/5/uk-high-court-reiterates-principles-for-implied-contractual-term.html>
- PART 1979- التشريع ببيع البضائع الإنجليزي لسنة ١٩٧٩ الجزء الثاني الخاص بتكوين العقد.
Act Goods of Sale 3 - FORMATION OF THE CONTRACT- Contract of sale

سادسا - القرارات القضائية

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١
٢. النشرة القضائية تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية -مجلس القضاء الأعلى، العدد(١٤)، ايلول ٢٠١٠، ص١٧-١٨.

٣. قرار رقم الحكم: ٢٥٦/تنفيذ عقد/٢٠٠٨ تاريخ اصدار الحكم : ٢٠٠٨/٣/٢٠ جهة الأصدار:

محكمة التمييز الاتحادية. قرار غير منشور.

٤. القرار الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية، عدد ٢٨١٥ /الهيئة المدنية/٢٠١٥، في

٢٠١٥/٦/٣٠.

٥. القرار عدد ٢٢٩٨ /الهيئة المدنية/ ٢٠١٥، في ٢٥ /٥ /٢٠١٥. القرار غير منشور.

٦. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٣٩٨ تمييزية ١٩٧٤، تاريخ ١١/٩/١٩٧٤ ؛ منشور في: النشرة

القضائية، السنة الثانية، العراق، ١٩٧٥.

٧. قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية المرقم (١٤١٦)، ١٤٦٨ /ادارية/١٩٨١، في

١٩٨١/١٢/١١، مجلة الأحكام العدلية، العدد(٤)، سنة ١٢، عام ١٩٨١.

٨. قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية ذي العدد(١٧١٨/حقوقية/٦٢)

٩. قرار محكمة تمييز العراق ذي الرقم ٢٢٠ /مستعجل /١٩٩٢ مشار إليه لدى د. ماجد مجباس

حسن، تنفيذ الإلتزام العقدي على حساب المدين، دراسة مقارنة، المركز العربي، ٢٠٢٠ .

١٠. قرارها المرقم ٦١٥ /م٣/ منقول /١٩٨٩ تسلسل ٧٢٩ في ١١/٦/١٩٨٩م (غير

منشور).

ثانياً-المصادر الإنكليزية:

1. A.G.Guest: Anson's Law of contract , op, cit .
2. ANDREW ROBERTSON and JEANNIE PATERSON, CONTRACT CASES and MATERIALS, Thomson Reuters, Australia , 2020.
3. Andrew Robertson And Jeannie Paterson: Contract Cases And Materials , Op.Cit., Australia , 2020.

4. Article (13/3) states) A sale of goods is not prevented from being a sale by description by reason only that, being exposed for sale or hire, they are selected by the buyer.)
5. Benjamin, J. Benjamin's Sale of Goods. 9th ed., Sweet & Maxwell, 2018.
6. Chris Turner , Contract Law , Routledge LONDON and NEW YORK , 2014.
7. Dena Valente: "ENFORCING PROMISES Consideration and Intention in the Law of Contract",) 2010),
8. E. Allan Farnsworth. contracts. fourth Edition Aspin publishers. New york. 2004 .
9. Edwin Peel, Treitel, the law of contract, 12th edition, sweet and Maxwell, 2010.
10. Guest, Anson's law of contract, 26th edition, oxford university press, 1984.
11. Guest, Anson's law of contract, 26th edition, oxford university press, 1984.
12. Guest, Anson's law of contract, op.cit. 546.
13. Henry Campbell, Black's Law Dictionary - Sixth Edition ,Publisher: West Group,, 1990.
14. HILLAS AND .COV.ACROS LTD, 1932.ALL E.R.RE,
15. In a contract of sale, other than one to which subsection (3) below applies, there is also an implied warranty that: (a) the

goods are free, and will remain free until the time when the property is to pass, from any charge or encumbrance not disclosed or known to the buyer before the contract is made.

16. J . W. Carter , Breach of contract , the law book company limited , sydney, 1984.
17. J.W.Carter , Breach of Contract , The Law Book Company limited , Sydney , 1984.
18. Jill poole Textbook on contract Law 8th ed oxford university press. 2006.
19. Michael Furmston Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of contract. Fifteenth edition, Oxford University Press, 2007.
20. P.S.Atiyah : J. Beatson ,D.R. Harris ,Chitty on Contract , 25th edition , vol1 , sweet & Maxwell , London , 1983 .
21. Paul Richards. Law of Contract. Thirteenth Edition. Pearson Education Limited. 2017.
22. Philip s.james.M.A, lutroduction to Euglish Law ,ninth Edition. Butter Worths, London 1976.
23. Richard Ston , Q&A Contract Law , Routledge London And New York , 2013 .
24. Richard Ston , Q&A Contract Law, op.ct..
25. Richard Stone And James Devenney ,The Modern Law Of Contract , Eleventh Edition , Routledge London And New York , 2015.
26. Sir Guenter Treitel, The Law of Contract, , op.cit ,

27. Sir Guenter Treitel, The Law of Contract, 11th edition, Sweet & Maxwell Limited, London, 2003.
28. T , Anson's law of contract , 26th ed , oxford university press, 1984
29. t , Anson's law of contract, op.cit.
30. UK High Court reiterates principles for implied contractual terms, MAY 09, 2022.
31. William Geldart , Introduction on English law (originally Elements of English law) 9th edition , oxford university press ,New York .

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Misan

College of Law - Postgraduate Studies



Implied contractual obligation- Study in Iraqi and English law

A thesis submitted to

College of Law, University of Maysan

As part of the requirements for obtaining a

Master's degree in Private Law

By The Researcher

Benin Dergham Hassoun

Under the supervision of Dr.

Majid Majbas Hassan

Assistant Professor of Civil Law

2025 AH

1446 AD

Abstract

Contractual obligations are not limited to enforcing explicit commitments stated in the contract but extend to obligating each party to fulfill what is deemed necessary for the contract's implementation. This is based on the nature of the obligation within the contract and in accordance with legal provisions, customary practices, and principles of fairness. These obligations arise from implicit or unspoken terms embedded within the contract. While the majority of obligations between contracting parties are typically explicitly outlined within the contract, certain essential obligations might be overlooked or omitted, either unintentionally or due to a lack of foresight. Additionally, some contractual obligations inherently exist in every contract without needing explicit mention. In such cases, contractual obligations can be presumed based on the implicit terms of the contract or incorporated to address deficiencies resulting from the absence of these obligations. An implied contractual obligation reflects the expression of intent through actions or circumstances that cannot be understood without assuming the presence of intent. These obligations are applied based on legal principles, even if they are not explicitly stated in the contract. Breach of these obligations results in legal liability for the breaching party, necessitating compensation. This study examines the stance of Iraqi and Common laws on implied contractual obligations, the consequences of their breach, and the court's authority in determining compensation. It employs a descriptive-analytical approach as well as a comparative method to highlight differences and similarities between the two legal systems. The study is divided into two chapters: the first focuses on the nature of implied

contractual obligations, while the second addresses the rules governing such obligations. The study reached several conclusions, including that compensation for breaching an implied contractual obligation under Iraqi civil law is determined based on the extent of harm suffered by the creditor due to the debtor's failure to fulfill their implied contractual obligations. Compensation aims to restore the situation to what it was before the contract, compensating the injured party for direct damages. In contrast, under Common law, compensation seeks to place the injured party in the position they would have been in if the breach had not occurred, effectively simulating the intended performance of the contract. Despite these differences, both legal systems share similarities in their approach to compensation, with some variations.

Keywords: *Obligation, Contract, Implied Obligation, Breach, Termination, Iraqi Law, Common Law.*