Journal Of the Iraqia University (75-6) March (2026)

ISSN(Print): 1813-4521 OnLine ISSN:2663-7502
Journal Of the Iraqia University
available online at: https://www.mabdaa.edu.iq

آثار تنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين وفق التشريع العراقي والمقارن

آية رضا خضر قلووس

The Effects of Performing Contractual Obligations at the Debtor's Expense under Iraqi and Comparative Legislation

Prepared by: Aya Redha Khudair Qallous
Email: lawyeraya9911@gmail.com

الملخص

يُعدّ تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين إحدى الوسائل القانونية التي أقرّتها التشريعات المدنية لجبر الضرر الناتج عن إخلال المدين بالتزامه العقدي، بهدف حماية مصلحة الدائن وضمان احترام القوة الملزمة للعقد. ويقوم هذا الأسلوب على تمكين الدائن من تنفيذ الالتزام بواسطة نفسه أو عن طريق الغير مع تحميل المدين التكاليف المترتبة على ذلك، متى كان التنفيذ ممكنًا.

ويترتب على هذا النوع من التنفيذ آثار شخصية تتمثل في انتقال المدين من مرحلة المديونية إلى مرحلة المسؤولية العقدية، وتعزيز مركز الدائن القانوني. كما تنشأ علاقة عقدية جديدة بين الدائن والمدين الجديد، تكون مستقلة عن العقد الأصلي وتخضع لأحكام العقد الثاني. أما من حيث الآثار الموضوعية، فيُعد التنفيذ على نفقة المدين صورة من صور التعويض العيني التي قد تغطي الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، دون أن يمنع ذلك من الجمع بينه وبين التعويض النقدي عند عدم كفاية التنفيذ العيني. ولا يترتب على تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، في الأصل، فسخ العقد الأصلي إلا بنص صريح أو اتفاق أو حكم قضائي، الأمر الذي يحقق التوازن بين استقرار المعاملات وحماية الدائن من آثار الإخلال العقدي.الكلمات المفتاحية: نفقة المدين، المرين الأصلي، المدين الجديد.

Abstract

The performance of a contractual obligation at the debtor's expense is considered one of the legal mechanisms recognized by civil legislation to remedy the damage resulting from the debtor's breach of contractual obligations, with the aim of protecting the creditor's interest and ensuring respect for the binding force of the contract. This mechanism enables the creditor to perform the obligation personally or through a third party, while charging the debtor with the costs incurred, whenever such performance is possible.

This form of performance gives rise to personal effects, notably the shift of the debtor from the stage of indebtedness to that of contractual liability, and the strengthening of the creditor's legal position. It also results in the emergence of a new contractual relationship between the creditor and the new debtor, which is independent from the original contract and governed by the terms of the second contract. With regard to its substantive effects, performance at the debtor's expense constitutes a form of specific (in-kind) compensation that may cover both actual loss and loss of profit, without precluding the possibility of combining it with monetary compensation when in-kind performance is insufficient to fully remedy the damage. In principle, such performance does not lead to the rescission of the original contract unless expressly provided for by law, agreement, or a judicial ruling, thereby achieving a balance between contractual stability and the protection of the creditor against the consequences of contractual breach.

Keywords: Debtor's expense, original debtor, new debtor.

المقدمة

إن التنفيذ على نفقة المدين يرتب مجموعة من الآثار القانونية، فتنتج عن إعمال هذه الطريقة مجموعة من الروابط القانونية بين عدد من الأشخاص، إذ إن التنفيذ على نفقة المدين يأتي من خلال عقد جديد يهدف إلى تنفيذ الالتزام الذي لم يتم تنفيذه في العقد الأول محل الإخلال،

ومن ثم أشخاص هذه الروابط هم الدائن والمدين في العقد الأول (المدين الأصلي)، والمدين الجديد الذي يلتزم بتنفيذ العقد الأول محل الإخلال، كما قد يكون التنفيذ من قبل الدائن نفسه على نفقة المدين، فلكل من هؤلاء الأشخاص مركز قانوني متميز عن مركز الآخر، ولكل منهم علاقة بالآخر قد تضيق أو تتسع بحسب الأحوال، كما يتأثر مركز كل منهم بالتنفيذ على نفقة المدين سواء من حيث حقوقه أو التزاماته، ومن حيث الحماية القانونية التي تقرر له سواء كان ذلك بموجب القوانين المدنية.

ويرتب تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين أثاراً موضوعية تتمثل في مدى التعويض أو الأضرار التي تغطى من خلاله على نفقة المدين، ومدى إمكانية جمع التعويض النقدي مع التنفيذ على نفقة المدين، وقد يترتب على هذه الطريقة من طرق جبر الضرر أيضاً أن حياة العقد الأصلي قد تنتهي بالفسخ أو تستمر بحسب الأحوال.

أولاً: أهمية البحث.

تتبع أهمية دراسة آثار تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين من كونه إحدى الوسائل الأساسية لجبر الضرر الناشئ عن الإخلال العقدي. إذ يترتب على هذا التنفيذ آثار قانونية تمس مراكز أطراف العقد وحقوقهم والتزاماتهم. كما تسهم دراسة هذه الآثار في توضيح مدى إمكانية الجمع بين التنفيذ على نفقة المدين ووسائل جبر الضرر الأخرى، ولا سيما التعويض النقدي. وتكتسب الدراسة أهمية عملية في تحديد موقف القضاء من بقاء العقد أو فسخه عند إعمال هذا التنفيذ. فضلاً عن دورها في تحقيق التوازن بين حماية الدائن وضمان عدم الإضرار غير المبرر بالمدين.

ثانياً: إشكالية البحث.

تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين يعد وسيلة جبر ضرر مهمة، إلا أن اختلاف التطبيقات القضائية وتباين الفقه حول طبيعته وآثاره القانونية يثير تساؤلات حول مدى كفاية هذا التنفيذ في حماية حقوق الدائن. كما يطرح تداخل هذا التنفيذ مع التعويض النقدي وقضايا فسخ العقد إشكالية تطبيقية وقانونية تستحق الدراسة. وعليه يثور لدينا السؤال الرئيسي الآتي: **إلى أي مدى يحقق تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين حماية متكاملة للدائن، وما هي الآثار القانونية المترتبة على هذا التنفيذ على العلاقة بين الأطراف؟**

ثالثاً: منهجية البحث.

يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي لدراسة تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين، من خلال تحليل نصوص القوانين المدنية، والمواد المنظمة للتنفيذ، والأحكام القضائية ذات الصلة، لتوضيح طبيعة هذا التنفيذ وآثاره القانونية. كما يستخدم البحث المنهج المقارن بين القانون المدني العراقي، والمصري، واللبناني، والفرنسي، لتبيان أوجه التشابه والاختلاف في تنظيم التنفيذ على نفقة المدين وتبني التعويض العيني أو النقدي. ويسعى البحث إلى تفسير كيفية تطبيق هذه القواعد عمليًا من خلال دراسة القرارات القضائية وتحليل المواقف الفقهية المتباينة. كما يسلط البحث الضوء على أثر هذه التطبيقات على حقوق الأطراف ومراكزهم القانونية. ويهدف الجمع بين المنهجين إلى تقديم رؤية شاملة ومتوازنة تمكن من استخلاص استنتاجات عملية وقانونية دقيقة.

رابعاً: خطة البحث.

المطلب الأول: مفهوم تنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين.

الفرع الأول: التعريف بتنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين.

المطلب الثاني: الآثار الشخصية لتنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين.

الفرع الأول: علاقة الدائن بالمدين الأصلي والمدين الجديد.

الفرع الثاني: علاقة المدين الأصلي بالمدين الجديد.

المطلب الثالث: الآثار الموضوعية لتنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين.

الفرع الأول: أثر التنفيذ على نفقة المدين في التعويض.

الفرع الثاني: أثر التنفيذ على نفقة المدين على العقد الأصلي.

المطلب الأول

مفهوم تنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين

تتقارب القوانين المدنية فيما بينها بخصوص تنظيم تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين، فجميعها أقرت هذه المكنة لمصلحة الدائن المضرور، ومن ثم يمكن دراسة تأصيل فكرة تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين من خلال المعايير الفقهية والتعليقات التي طرحت بشأنها بالاستناد إلى تنظيمها التشريعي.

وإن هذه المعايير والتعليقات الفقهية جاءت انعكاساً لما تناولته التشريعات من تنظيم لأحكام تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين، وعليه ولبيان المفهوم العام لفكرة تنفيذ الالتزامات على نفقة المدين يجب علينا البحث في تعريف هذه الفكرة من حيث الفقه القانون والتشريعات المقارنة، ومعرفة الأساس القانوني لها.

الفرع الأول

التعريف بتنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين

من أجل بيان مفهوم فكرة تنفيذ الالتزامات على نفقة المدين لا بد لنا أن نتطرق إلى تعريف الفكرة على مستوى الفقه القانوني، من ثم بيان الموقف التشريعي والقضائي منه، وهذا ما سنتناوله في فقرتين، سنبحث في الفقرة الأولى في تعريف تنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين، وسنبحث في الفقرة الثانية في موقف التشريع والقضاء من تنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين.

أولاً: تعريف تنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين.

بداية لم نجد في فقه القوانين المدنية محل الدراسة سواء العراقي أو اللبناني أو العماني تعريفاً مخصوصاً لتنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين، وإنما انبرى الفقه للبحث عن معنى الفكرة لدى تعليقاته على النصوص المنظمة لها، والقرارات القضائية التي جاءت تطبيقا لأحكامها عليه بات لزاماً علينا أن نحدد تعريفاً مخصوصاً للتنفيذ على نفقة المدين بدائرة المسؤولية العقدية من خلال الخوض بتوجهات الفقه هذه.

فعلى مستوى الفقه العربي، عرّف الدكتور السنهوري تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين بأنه "تمكين الدائن من الحصول على الشيء ذاته أو تنفيذ العمل محل الالتزام على نفقة المدين، متى لم يكن لشخص المدين اعتبار خاص. وذهب اتجاه فقهي آخر إلى أن هذه الفكرة تقوم على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإخلال، من خلال إزالة المخالفة، وهو ما يُعد تعويضًا عينياً"[١]. كما استقر إجماع الفقه العراقي، عند تفسيره للنصوص المقابلة في القانون المدني العراقي، على أن: "التنفيذ على نفقة المدين يخول الدائن الحصول على الشيء أو العمل الذي أخل المدين بتنفيذه، مع حقه في الرجوع على المدين بالنفقات التي تكبدها"[٢].

أما في الفقه الغربي، فقد عرّف بعض الفقه الفرنسي تنفيذ الالتزام على نفقة المدين بأنه: "إنشاء التزام بعمل على نفقة المسؤول، بقصد تجنب التعويض النقدي"[٣]. وذهب أساتذة مازو إلى اعتباره صورة من صور الترضية العينية التي يحصل عليها الدائن، مقابل تحمل المدين للنفقات[٤]. في حين يرى دراجو أن هذا النوع من التنفيذ يمثل حكمًا بالإلزام العيني، وغالبًا ما يستوجب التعويض خلق التزام بعمل على نفقة المدين[٥].

ويُستخلص من هذه التعريفات، رغم اختلاف صيغها، أنها تتفق جميعًا على أن تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين يُعد صورة من صور التعويض أو الترضية العينية. غير أن هذه التعريفات لم تُحِط بالفكرة من جميع جوانبها، إذ ركز بعضها على صورة معينة كتنفيذ العمل، وأهمل صورًا أخرى كالحصول على شيء عيني أو إصلاح العيب.

وبناءً على ذلك، يمكن تعريف تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين بأنه إحدى طرق جبر الضرر التي يحصل بموجبها الدائن على تعويض عيني، يتمثل في اقتناء الشيء، أو إتمام العمل، أو إصلاح العيب، على نفقة المدين، متى كان ذلك ممكنًا.

ثانياً: موقف التشريع والقضاء من تنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين.

إن عموم التشريعات المدنية محل الدراسة انبرت لتنظيم تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين في قوانينها المدنية، فقد ورد تنظيم فكرة تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين في المادة (١١٤٢) من المجموعة المدنية الفرنسية الملغاة، والتي نصت على انه "كل التزام بعمل أو امتناع يصار الى تعويض في حالة عدم تنفيذه من قبل المدين".

إذ يرى البعض بحق أن هذه المادة تعد التأصيل الأول لتنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين، فالمشرع الفرنسي لم يستبعد أي أسلوب أخر للتعويض كلما كان هذا التعويض اقرب للعدالة من التعويض النقدي، فمصطلح التعويض الذي ورد في هذه المادة ورد بشكل مطلق، ومن ثم ليس المراد به فقط التعويض النقدي فقد يكون التعويض في دائرة المسؤولية العقدية امر أخر يراه القاضي اكثر ملائمة لجبر الضرر الذي خلفه امتناع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي[6].

أما القضاء الفرنسي فقد كان يمتنع عن الحكم بغير التعويض النقدي تطبيقاً للمادة (١١٤٢)، فالتعويض بحسب راي جانب من الفقه حتما يكون مبلغاً من النقود، وليس للقاضي أن يجعل منه شيئاً أخراً غير النقود، ويعد هذا وفقاً للراي أعلاه قاعدة تقليدية في القانون الفرنسي، والتي تعد بدورها تطبيقاً لمبدأ روماني قديم[7].

واذا كان البعض أجاز أن يكون التعويض أمراً آخر يراه القاضي أكثر ملائمة لجبر الضرر، فإن محكمة النقض الفرنسية في بادئ الأمر رفضت ذلك صراحة وذكرت قضاة الموضوع بعدم وجود نص يجيز لهم ذلك[8].

واذا كان موقف المشرع الفرنسي قبل التعديل يشوبه شيء من الغموض بصدد مدى تبني فكرة تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين من عدمه، إلا أنّ هذا الغموض قد زال بعد أن تم تنظيم الفكرة بشكل صريح في المادة (١٢٢٢) من القانون المدني الفرنسي، بموجب أمر التعديل رقم ١٣١ لعام ٢٠١٦ المتعلق بإصلاح قانون العقود، والنظام العام وإثبات الالتزامات[9]، إذ نصت على أنه "يحق للدائن أيضاً بعد الإعذار، في مهلة وكلفة معقولتين أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه أو أن يزيل بترخيص مسبق من القاضي ما تم القيام به مخالفة لهذا الالتزام، ويجوز له أن يطلب من المدين رد المبلغ المرصود لهذا الغرض. يجوز للدائن أن يطلب من القضاء أن يقدم المدين المبالغ الضرورية لهذا التنفيذ أو هذه الإزالة.

أما على مستوى التشريع العراقي، فقد نصت المادة (٢/٢٤٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه "فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة أو بغير استئذانها في حالة الاستعجال....".

كما نصت المادة (٢٥٠) مدني عراقي على أنه – في الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضروريا أن ينفذ بنفسه جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا. ٢ – ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا إذن من المحكمة.

ونصت المادة (١٤٩) من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على انه "يجوز لطالب الكشف أن يستصدر إذناً من القضاء المستعجل للقيام بتنفيذ التزام على نفقة خصمه أو القيام بعمل أو تصرف، وذلك في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

وبالانتقال إلى التشريع اللبناني نجده قد نص على حق الدائم بالتنفيذ على نفقة المدين وفق ما نصت عليه المادة (٢٥٠) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام ١٩٣٢ بقولها ".....ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب الفعل على حساب المديون. كما يحق له أن يطلب إزالة ما أجري خلافاً لموجب الامتناع وذلك على نفقة المديون.

كما أشار المشرع المصري إلى تنفيذ الالتزام على نفقة المني وفق نص الماد (٢/٢٠٥) مدني مصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ التي نصت على أنه "إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال...".

عليه نلاحظ أن التشريعات المقارنة سالفة الذكر قد أقرت بالأخذ بالتنفيذ على نفقة المدين جزاء لإخلال المتعاقد الآخر بالتنفيذ.

وعلى هذا الأساس اقر القضاء العراقي الأخذ بفكرة تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين بشكل صريح وفق ما سار قضاء محكمة تمييز العراق من ذلك قرارها على أنه (يجوز للطالب أن يستصدر إذناً من القضاء المستعجل للقيام بتنفيذ التزام على نفقة خصمه أو القيام بعمل أو تصرف وذلك في الأحوال المنصوص عليها في القانون كما نصت المادة (٢٥٠) من القانون المدني من انه في الالتزام بعمل. اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يستأذن المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكناً. وحيث قد تبين أن المميز قد توقف من إكمال البناء العائد للمميز عليه خلافاً للعقد المبرم بين الطرفين، فلا جناح على المميز عليه المدعي اذا هو طلب إجراء الكشف المستعجل من المحكمة عملا بأحكام المادة (١٤٩) من قانون المرافعات المدنية، وقد بين الخبراء كلفة العمل المنجز، كما بينا أيضاً الكلفة الواجبة لإكمال العمل البالغة (٤٤٦٥٣٩٠) دينارا. ولما كان الكشف مستوفياً لشرائطه القانونية. فانه يصلح سببا صحيحا لإصدار الإذن بإكمال البناء على نفقة المميز....)[10].

كذلك ذهب محكمة التمييز اللبنانية في قرار لها على أنه)القضاء بتنفيذ العقد على نفقة المقاول مؤداه عدم استحالة تنفيذ العقد، وبقاؤه نافذ الأثر بين طرفيه، فيتحمل المقاول (المدين) تبعته ويحاسب على نتيجته لا بالنسبة لما اتمه من أعمال فحسب بل بالإضافة الى ما يكون رب العمل قد قام به من أعمال مكملة للأعمال المتفق عليها في العقد....)[11].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لتنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين

تثير فكرة تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين إشكالًا فقهيًا مهمًا يتعلق بتحديد طبيعتها القانونية، وقد اختلفت الآراء في فقه القوانين المدنية حول تكييفها، بين من يعدّها تنفيذًا عينيًا، ومن يراها مجرد رخصة إحلال، ومن يكيفها بوصفها صورة من صور التعويض العيني، وصولًا إلى اتجاه توفيقي يجمع بين هذه التصورات.

فقد ذهب اتجاه فقهي أول إلى أن تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين لا يُعد تعويضاً عن عدم التنفيذ، وإنما هو تنفيذ عيني محض، تأسيساً على أن الدائن يحصل في النهاية على محل حقه، وأن العبرة بما يحصل عليه الدائن لا بما يتحمله المدين[١٢]. وبناءً على ذلك، فإن التنفيذ على نفقة المدين لا يخرج – بحسب هذا الرأي – عن كونه تنفيذًا عينياً للالتزام.

في مقابل ذلك، ظهر اتجاه فقهي ثانٍ يرى أن تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين ليس تنفيذًا عينيًا بالمعنى الدقيق، وإنما هو نوع من رخصة الإحلال التي تتيح للدائن التوفيق بين مصلحته في الحصول على محل العقد وبين حرية المدين في الامتناع عن التنفيذ[١٣]. وقد عزز أنصار هذا الاتجاه رأيهم بالأهمية العملية التي اكتسبتها هذه الفكرة في ميدان القانون التجاري، ولا سيما في التجارة الدولية، حيث تطبق بمرونة تفرضها ضرورات السرعة واستقرار المعاملات.

أما الاتجاه الثالث، فقد ذهب إلى أن تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين، ولا سيما عن طريق إبرام صفقات بديلة أو إسناد العمل إلى متعاقد آخر، يُعد صورة من صور التنفيذ العيني الجبري، مستندًا في ذلك إلى تنظيم القوانين المدنية لهذه الفكرة ضمن باب التنفيذ العيني، ويتسند في ذلك إلى نصوص المواد (٢٥٠)[١٤] مدني عراقي، والمادة (٢٥٠) موجبات وعقود لبناني والمادة (٢٠٥) مدني مصري، والمادة (١١٤٣) مدني فرنسي الملغاة[١٥]. ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن إدراج هذه الأحكام ضمن نطاق التنفيذ العيني دليل على تبني المشرع لطبيعته العينية.

إلا أن الرأي الراجح فقهياً يذهب إلى أن تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين لا يُعد تنفيذًا عينيًا، وإنما هو في حقيقته تعويض عيني، إذ إن الدائن لا يحصل على عين حقه من المدين، وإنما يحصل على بديل عنه، وإن كان هذا البديل يحقق له مصلحة مماثلة أو أفضل. فالتنفيذ العيني يفترض قيام المدين ذاته بتنفيذ التزامه قبل تحقق الإخلال، بينما لا يكون التنفيذ على نفقة المدين إلا بعد ثبوت الإخلال وتحقق المسؤولية العقدية[١٦].

ومن هذا المنطلق، يُنتقد الاتجاه الأول لخلطه بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، إذ إن جوهر التنفيذ العيني يقوم على حصول الدائن على محل التزامه الأصلي من المدين ذاته، في حين أن التنفيذ على نفقة المدين يتم في مرحلة لاحقة للإخلال ويقوم على استبدال محل الالتزام الأصلي ببديل يُنفذ على حساب المدين[١٧]. كما وُجه النقد إلى اتجاه رخصة الإحلال لعدم وضوحه، وعدم بيانه المقصود بهذه الرخصة أو الآثار المترتبة على عدم استعمالها من قبل الدائن[١٨].

ويدعم هذا التكييف ما ورد في التطبيقات التشريعية، ولا سيما المادة (١/٦٥٠)[١٩] من القانون المدني المصري، التي تمثل نموذجاً واضحاً لفكرة التنفيذ على نفقة المدين. إذ تميز هذه المادة بين حالتين: الأولى، قيام المدين بتصحيح التنفيذ المعيب بعد إنذاره، وفي هذه الحالة نكون بصدد تنفيذ عيني حقيقي ولا تقوم المسؤولية العقدية[٢٠].

والثانية، امتناع المدين عن تصحيح التنفيذ، حيث يثبت الإخلال وتقوم المسؤولية العقدية، ويُمنح الدائن خيار الفسخ أو إسناد التنفيذ إلى متعاقد آخر على نفقة المدين، وهو ما يشكل تعويضًا عينيًا لجبر الضرر[٢١].

هذا يمكن المشرع للدائن خيارين: الأول فسخ العقد مع التعويض أن كان له مقتضى، والثاني أن يعهد الى مقاول ثان بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً للمادة (٢٠٩) مدني مصري، ولا شك أن هذا يؤكد تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين هو صورة من صور جبر الضرر بطريقة عينية، والمادة (٢٠٩) التي أحالت إليها المادة (١/٦٥٠) هي ذاتها التي استند إليها هذا الرأي لتبرير تبني طبيعة التنفيذ العيني لتنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين. والمشرع العراقي في المادة (٨٦٩)[٢٢] مدني، قد تبنى ذات الحلول التي تبنتها المادة (١/٦٥٠) مدني مصري، إلا أنه لم يذكر بشكل صريح تطبيقا للمادة (٢٥٠) مدني عراقي التي تقابل المادة (٢٠٩) مدني مصري، لكن المسالة لا تحتاج الى نص لأنها تدل بما لا يقبل الشك على كونها تطبيقاً عملياً لفكرة تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين.

كما أن التطور التشريعي في القانون المدني الفرنسي بعد تعديله يؤكد هذا الاتجاه[٢٣]، إذ ميز المشرع صراحة بين حق الدائن في طلب التنفيذ العيني، وحقه أيضاً في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، وهو ما يدل على اختلاف الطبيعة القانونية بين الوسيلتين، وأن التنفيذ على نفقة المدين يعد وسيلة مستقلة لجبر الضرر، لا مرادفًا للتنفيذ العيني[٢٤].

وعليه، فإن الاتجاه القائل بأن تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين هو تعويض عيني يُعد الأقرب إلى المنطق القانوني السليم، خاصة وأن هذا التعويض قد يتخذ صورًا متعددة، كإصلاح العيب، أو إتمام العمل، أو إبرام صفقات بديلة[٢٥].

المطلب الثاني

الآثار الشخصية لتنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين

يترتب على تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين، بوصفه إحدى وسائل جبر الضرر، آثار شخصية تتجلى في تعدد العلاقات القانونية بين أطرافه. فإذا قام الدائن بتنفيذ الالتزام بنفسه على نفقة المدين، بقي أطراف العلاقة العقدية دون دخول شخص أجنبي[٢٦]، مع تغير مراكزهم القانونية نتيجة إخلال المدين، إذ يصبح الدائن في مركز المضرور والمدين في مركز المسؤول عن جبر الضرر. أما إذا تم التنفيذ عن طريق شخص أجنبي، فإن ذلك يؤدي إلى نشوء علاقات قانونية جديدة، تتمثل في علاقة الدائن بالمدين الأصلي، وعلاقته بالمتعاقد الجديد، إضافة إلى العلاقة بين المدين الأصلي والمدين الجديد. ويقتضي هذا التعدد في العلاقات الوقوف على آثار التنفيذ على نفقة المدين في كل حالة على حدة.

الفرع الأول

علاقة الدائن بالمدين الأصلي والمدين الجديد

أولاً: علاقة الدائن بالمدين الأصلي.

إن العلاقة الأولى من بين علاقات تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين هي علاقة الدائن بالمدين الأصلي، وهي علاقة قانونية تظهر بشقين، تتمثل في شقها الأول بالعلاقة العقدية بين الدائن والمدين في العقد محل الإخلال، ويحكم هذه العلاقة العقد المبرم بينهما، فاذا كان عقد بيع طبقت عليه أحكام عقد البيع واذا كان عقد إيجار طبقت عليه أحكام عقد الإيجار، واذا كان عقد مقاولة طبقت عليه أحكام عقد المقاولة. فأي كان هذا العقد طبقنا أحكامه على علاقة طرفيه.

ولا شك أن العقد يولد على عاتق عاقديه مجموعة من الالتزامات تتحلل الى علاقات مديونية متبادلة وعلاقات مسؤولية متبادلة أيضاً، والمديونية تفرض على المدين قانوناً أن ينفذ التزامه العقدي، وفي حالة الإخلال بهذا العنصر يتحرك العنصر الثاني المتمثل بعنصر المسؤولية[27].

وبموجب عنصر المديونية يجب أن تكون العلاقة مبنية على نوع من التعاون بين طرفي العقد من اجل تنفيذه، ولا يصح أن يرهق احدهما الآخر بالتشبث بحرفية العقد، ولا يمكن لاحدهما أن يعتبر العقد بشكل مطلق حقاً له، أو واجب على الآخر، بل أن الأساس الذي تقوم عليه علاقتهما هي أن تكون العلاقة العقدية متقابلة توجب أن يقوم كل من طرفي العقد بتنفيذ التزامه، في حدود الغايات التعاقدية التي قصداها من التعاقد، إذ بمجرد إتمام التعاقد تنشأ التزامات متبادلة على الدائن والمدين، ومن هذه اللحظة يفرض له القانون القوة الإلزامية، ومن ثم لا يمكن أن يتحمل احدهما الأعباء دون الآخر، فلكلا الدائن والمدين نصيبه من الأعباء التي يرتبها العقد، وكما يلتزم المدين بالتنفيذ يلتزم الدائن هو الآخر بتيسير مهمة المدين من اجل تنفيذ الالتزامات العقدية[28].

ومادام العقد قد نشأ صحيحاً، ملزماً، وفي حدود النظام العام والآداب العامة، فيجب على القاضي أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه، ويطبقه كما لو كان يطبق قانونا، فالعقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية بين طرفيه، فاذا أنشأت إرادة المتعاقدين تنظيم العقد فيما بينهما، كان العقد هو القانون الذي يسري عليهما، ومن ثم لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق المتعاقدين أو للأسباب التي يقرها القانون، كما لا يجوز للقاضي نقض العقد أو تعديله طالما كان العقد صحيحاً، ولا يجوز لاحد المتعاقدين نقض العقد وتعديله من جانبه، فإنما كان وليد إرادتين لا تنقضه إرادة واحدة، وهذا هو مقتضى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[29].

وعليه فإن علاقة الدائن بالمدين الأصلي في شقها الأول يحكمها العقد المبرم بينهما، ومتى اخل المدين بتنفيذ الالتزام العقدي يظهر الشق الثاني لهذه العلاقة الذي ينهض عنده عنصر المسؤولية[30]، وعندها يمكن القانون الدائن حق طلب تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين بإذن المحكمة أو بغير إذنها بحسب الأحوال، وسواء كان ذلك في التزام بنقل ملكية شيء لم يحدد إلا بنوعه، أو في حالة الالتزام بالقيام بعمل متى كان تنفيذه على نفقة المدين ممكناً[31].

فالعلاقة بين الدائن والمدين يحكمها العقد المبرم بينهما، ومراكزهم بموجب هذه العلاقة هي مراكز المتعاقدين، أما بعد إخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي تتحول العلاقة إلى علاقة مضرور بمحدث الضرر أو المسؤول الأمر الذي يمكن الأول من تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة الثاني.

ثانياً: علاقة الدائن بالمدين الجديد.

أما علاقة الدائن بالمدين الجديد هي علاقة مستقلة عن علاقة الأول بالمدين الأصلي، فبعد إخلال الأخير بتنفيذ التزامه العقدي يلجأ الدائن للتعاقد مع شخص أخر لتنفيذ الالتزام الذي اخل المدين الأصلي بتنفيذه.

وإن القوانين المدنية محل الدراسة أجازت للدائن أن يتعاقد مع شخص آخر من أجل تنفيذ الالتزام العقدي الذي أخل به المدين الأصلي، ويكون التنفيذ على نفقة هذا المدين، وهو ما نظمت أحكامه المادة (٢٤٨) والمادة (٢٥٠) من القانون المدني العراقي اللتان تعتبران القواعد العامة لتنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين. وكذلك المادتين (٢٤٩ و٢٥٠) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة (١٢٢٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل، والمادتين (٢٠٥ و٢٠٩) من القانون المدني المصري؟

ولدى تعاقد الدائن مع شخص آخر لتنفيذ العقد أو الالتزام العقدي الأصلي محل الإخلال، فأن العلاقة بينهما يحكمها العقد الثاني، فهذا العقد وان كان محله تنفيذ ذات محل العقد الأول، إلا انه عقد مستقل عن العقد السابق، وعليه عندما يكون العقد محل الإخلال بيعاً، وامتنع البائع عن تنفيذ التزامه العقدي، وقام المشتري إعمالاً لحقه بالتنفيذ على نفقة المدين، بالتعاقد مع شخص آخر ليجهز له ذات الشيء محل العقد الأول تكون علاقة المشتري بالبائع الثاني محكومة بعقد البيع الثاني[32]، لأن المدين الجديد لا علاقة له البتة بعقد البيع الأول، ومن ثم إعمال تنفيذ الالتزام العقدي باي صورة من صوره أي سواء كان بصورة إصلاح العيب أو إتمام العمل أو الصفقات البديلة، فأن العلاقة بين الدائن والشخص الذي تعاقد معه لتنفيذ محل العقد الأول علاقة يحكمها العقد الثاني بين الدائن والمدين الجديد[33].

الفرع الثاني

علاقة المدين الأصلي بالمدين الجديد

الأصل لا علاقة بين المدين الأصلي والمدين الجديد، لان كلا منهما طرف في عقد مستقل عن العقد الآخر، ومن ثم لا يستطيع احدهما الرجوع على الآخر، إذ ليس للمدين الأصلي أن يرجع على المدين الجديد بشيء لعدم وجود علاقة بينهما.

وليس للمدين الجديد أن يرجع على المدين الأصلي للسبب ذاته. فالعقود بموجب نظرية نسبية العقد لا تنفع ولا تضر إلا عاقديها، إلا أن هذه النظرية لم تبق على الجمود ذاته بعد أن أصبحت نظرية المجموعة العقدية من المسلمات في فقه القوانين المدنية خاصة ما وصلت إليه من تطور في الدراسات القانونية الفرنسية، إذ تنسب نظرية المجموعة العقدية الى الفقيه الفرنسي تيسي (Teyssie) الذي لاحظ أن العقد قد لا يكون مستقلا عن غيره من العقود، إذ قد تترابط العقود بعضها بالبعض الآخر لتشكل مجموعة عقدية، ويرى تيسي إن هذه المجموعة تمثل حقيقة اجتماعية واقتصادية فرضت وجودها في محيط القانون بطريقة اصبح من الضروري معها رفض مبدأ نسبية اثر العقد في صورته التقليدية وبالقدر الذي يعتبر فيه انعكاسا للفكر الفردي[34].

وتنقسم هذه المجموعة إلى نوعين هما سلسلة العقود، والتي تتكون من مجموعة عقود تتماثل في المحل، والنوع الثاني هو تجمع العقود، والذي تتماثل فيه هذه العقود من حيث المحل والسبب، ولعل الذي يهمنا من هذين النوعين في هذا المقام هو النوع الأول الذي ينقسم بدوره إلى السلسلة العقدية التي تتكون بواسطة الضم ومثالها عقود البيع المتتابعة، والى سلسلة العقود التي تتكون بواسطة التفرع ومثالها عندما لا يستطيع المدين تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، فيتعاقد مع شخص آخر لتنفيذ جزء من هذه الالتزامات من هنا يوجد عقدان يتماثل كل منهما مع الآخر في المحل، إلا إن المحل الذي يرد عليه العقد الثاني يتفرع من محل العقد الأول مثل المقاولة من الباطن، والإيجار من الباطن، ويخلص منطق هذه النظرية إلى القول بإمكانية أي شخص ضمن المجموعة العقدية أن يحرك مسؤولية الآخر العقدية، وان لم تربط بينهما علاقة عقدية مباشرة لازال ضمن المجموعة العقدية ذاتها[35].

لكن نعتقد أن الصورة الأخيرة من صور المجموعة العقدية، وان كانت تتشابه إلى حد بعيد مع فكرة تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين، إلا أنها لا تصل إلى درجة من التطابق تمكننا من القول بان اثر العقد الأول من حيث الأشخاص يتعدى إلى العقد الثاني، ومن ثم يمكن للمدين الجديد أن يقاضي المدين الأصلي بموجب أحكام المسؤولية العقدية، ويمكن للأخير أن يقاضي الأول بموجب أحكام المسؤولية ذاتها، لان المجموعة العقدية بالوصف الأخير نتجت عن التجاء المدين نفسه إلى شخص آخر لغرض التنفيذ، بينما في تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة

المدين نجد أن الدائن نفسه تمسك بهذه الطريقة من طرق جبر الضرر، وفكرة المجموعة العقدية التي انطبقت على الإيجار من الباطن والمقاولة من الباطن لا يمكن الركون إليها من دون نص، والقول بخلاف ذلك يعد قياساً مع الفارق، ولا محل له من التنظيم التشريعي.

المطلب الثالث

الآثار الموضوعية لتنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين

يعد تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين طريقة من طرق جبر الضرر يتم إعماله بمناسبة إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه العقدي، وإن طريقة جبر الضرر هذه تكون من خلال إبرام الدائن لعقد جديد يتم من خلاله تنفيذ العقد محل الإخلال، ومن ثم فان هذه الطريقة من شأنها أن تؤثر وجوداً وعدما وقوة وضعف على ما يستحقه الدائن من تعويض، وذات الأثر ممكن أن ترتبه في حياة العقد محل الإخلال من حيث الوجود أو الانتهاء، وعليه فأثار تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين الموضوعية تنقسم إلى أثار تتعلق بالتعويض، وأخرى تتعلق بحياة العقد.

الفرع الأول

أثر التنفيذ على نفقة المدين في التعويض

تمكن القوانين المدنية الدائن لدى إخلال مدينه بتنفيذ التزامه العقدي مجموعة من الخيارات لجبر الضرر الذي لحقه من جراء هذا الإخلال، فقواعد المسؤولية العقدية تستلزم إزالة الضرر، إذ لا يعوض الدائن إلا عن الخسارة التي لحقت به أما تعويضه عن الكسب الفائت، أو الربح الذي كان يمكن أن يحصل عليه رغم أن العقد لم يتم تنفيذه، فهذا يعني أن نجعله في المركز الذي سيكون فيه لو أن العقد قد تم تنفيذه، بمعنى آخر أن البائع لو تسلم المبيع لكسب ربح منه[36].

والخيارات التي مكنها المشرع للدائن من أجل إرجاعه إلى المركز الذي سيكون عليه لو تم تنفيذ الالتزام العقدي، هي التنفيذ بمقابل، والفسخ، وحق تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين، وللدائن حرية اختيار الوسيلة المناسبة لمواجهة إخلال مدينه[37].

والتعويض في نطاق المسؤولية العقدية يتحلل إلى عنصرين هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت[38]. فهذان العنصران هما اللذان تقومهما المحكمة بالمال إذ لو أن أحداً أتلف سيارة مملوكة لشخص أخر، وكان صاحب السيارة اشترها بعشرة مليون دينار، وحصل على وعد من الغير بشرائها بعشرة مليون ومائتي الف فالعشرة مليون هي الخسارة اللاحقة، والمئتان الف هي الكسب الفائت، ويقتصر هذان العنصران على تعويض الضرر المتوقع في نطاق المسؤولية العقدية في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم[39].

ونعتقد أن التعويض عن الخسارة اللاحقة والكسب الفائت لا يقتصر على التعويض النقدي، وإنما يمتد إلى طرق جبر الضرر الأخرى، ولا ادل من ذلك أن القوانين المدنية محل الدراسة لدى تنظيمها لعناصر التعويض لم تميز بين صورة وأخرى من صور جبر الضرر، وإنما وردت هذه النصوص بشكل مطلق من ذلك ما نصت عليه المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على أنه فاذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادةً وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت.

وهذا ما نظر فيه المشرع اللبناني أيضاً وفق ما نصت عليه المادة (١٣٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني بقولها أنه العوض الذي يجب للمتضرر من جرم أو شبه جرم يجب أن يكون في الأساس معادلاً للضرر الذي حل به، كذلك هذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة (٢/١٢٣١) من القانون الفرنسي العدل والتي نصت على أنه إن التعويض الذي يستحقه الدائن بشكل عام هو الخسارة التي تكبدها والربح الذي حرم منه ....."[40].

وعليه فإن من شأن هذا الإطلاق أن ينصرف إلى صور جبر الضرر جميعها، سواء كان التعويض تعويضاً نقدياً أو تعويضاً عينياً بصورة التنفيذ على نفقة المدين.

لكن اذا كان من شأن الإطلاق الذي أوردته المادة (١٦٨) مدني عراقي والمواد المقابلة لها في الحكم أن يستوعب فكرة تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين، فمن الضرورة بمكان أن نتساءل في حالة اختيار الدائن لهذه الطريقة من طرق جبر الضرر، هل ثمة تطبيقات تعبر بوضوح عن إمكانية تغطية الخسارة اللاحقة، والكسب الفائت عن طريق تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين فحسب من جانب، وهل بالإمكان أن يجتمع التنفيذ على نفقة المدين مع التعويض النقدي لأجل تغطية كامل الأضرار من جانب آخر.

إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب أن نناقش كل صورة من صور تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين، ونحدد مدى تأثيرها على تغطية جوانب الضرر جميعها من عدمه، إذ سبق ملاحظة تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين يكون من خلال صور ثلاث، وهي إصلاح العيوب، وإتمام العمل، والصفقات البديلة، وجميعها تكون على نفقة المدين.

وقبل الخوض بتفصيلات هذه الصور لابد من الإقرار بحقيقة مفادها أن وسائل جبر الضرر جميعها غير منبتة الصلة عن بعضها البعض، فللدائن أن يجمع بين اكثر من طريقة لأجل جبر الضرر الذي تكبده من جراء إخلال المتعاقد الأخر[41]، وعليه نعتقد انه من البديهي تصور اجتماع تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين بالتعويض النقدي.

وتأسيساً على ما تقدم فإنه في صورة إصلاح العيوب بإمكان الدائن أن يلزم المدين بتغطية نفقات الإصلاحات التي قام بها، وفي الوقت ذاته يلزمه بالتعويض عن فوات المنفعة التي حرم منها بسبب التأخر في الترميم، فبإمكان المستأجر الذي قام بالترميم على نفقة المدين أن يلزم الأخير بنفقات الترميم، والتعويض عن فوات المنفعة التي حرم منها بسبب عدم الترميم أو التأخر في الترميم، والتعويض عن هذه الأضرار يكون تعويضاً نقدياً.

كما للمستأجر أن يقوم بإصلاح ما وجد في العين المؤجرة من عيوب بترخيص من القضاء أو بدون ترخيص بحسب الأحوال، وله أن يطلب من القضاء انقاص الأجرة بما يقابل النقص الذي طرأ على الانتفاع الى حين الإصلاح عندها تعود الأجرة لحالتها السابقة بعد إصلاح العيوب وصيرورة العين المؤجرة سليمة من هذه العيوب[42].

وفي عقد المقاولة يجوز لرب العمل بعد استئذان المحكمة أو بدون استئذانها في حالة الاستعجال أن يقوم بإصلاح العيب على نفقة المقاول، وللمحكمة أن تأذن له بالإصلاح، ويحكم له بالتعويض أن كان له مقتضى[43].

ففي جميع الأمثلة أعلاه يعد الإصلاح والتعويض النقدي عن فوات المنفعة طريقان لجبر الضرر المتأتي عن الخسارة اللاحقة، فهل ثمة من أحوال يمكن للدائن بمقتضاها أن يطالب في الكسب الفائت متى كان تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين قد ورد بصورة إصلاح العيوب.

لدى العودة إلى بداية المثال الذي أوردناه، في السيارة التي اتلفها شخص، وكان مبلغها عشرة ملايين دينار، وحصل على وعد بشرائها بعشرة ملايين ومئتين الف، فأن المئتين الف تمثل الكسب الفائت، فلو أن السيارة لم تتلف تماماً بل حصل لها عيب، وتم إصلاح العيب على نفقة المدين، وكان سعرها قبل العيب عشرة ملايين دينار، وحصل على وعد بشرائها بعشرة ملايين ومائتين الف، فإن الإصلاح يمثل التعويض عن الخسارة اللاحقة، ويمكن لصاحب السيارة أن يطالب بتعويض الكسب الفائت المتمثل بمبلغ المئتين الف لو أن السيارة لم تصب بعيب.

كما للدائن أن يطالب بالتعويض عن التأخير الذي استغرقته فترة الإصلاح بمعنى أن فترة إصلاح العيب يحق للدائن أن يطالب عنها بالتعويض[44]، فالإصلاح هنا يمثل التنفيذ على نفقة المدين، والتعويض عن التأخير يكون تعويضاً نقدياً، ومن ثم نجد في كثير من الأحيان إمكانية لتغطية الضرر عن طريق التنفيذ على نفقة المدين بصورة إصلاح العيب، والتعويض النقدي.

ويمكن أن يجتمع تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين بصورة إتمام العمل مع التعويض النقدي لأجل حصول الدائن على تعويض كامل عما لحقه من خسارة، وما فاته من كسب، فاذا تأخر المدين في تنفيذ ما التزم به من عمل فللدائن أن يطالب بتنفيذ الالتزام العقدي على نفقة مدينه، ويطالب بالتعويض عن التأخير، فيجوز لرب العمل أن يطالب بإتمام العمل على نفقة المقاول الذي أخل رين التنفيذ على بالتنفيذ مع حقه بالتعويض أن كان له مقتضى[45].

يظهر من اتجاه القضاء أن تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين، ولا سيما بصورة إتمام العمل، يُعد تعويضًا كاملًا عن الخسارة اللاحقة والكسب الفائت. ويستدل على ذلك من قرارات محكمة التمييز العراقية[٤٦]ومحكمة التمييز اللبنانية[٤٧]التي حصرت التعويض في فرق الزيادة الناجم عن إحالة العمل إلى مقاول آخر.

ويُفهم من هذا الاتجاه أن الدائن لا يملك المطالبة بتعويض إضافي متى كان التنفيذ على نفقة المدين قد غطى الضرر. غير أن هذا التوجه محل نظر، إذ ينطوي على ترجيح مصلحة المدين على حساب الدائن. فلا يوجد في القانون ما يمنع من الجمع بين التنفيذ على نفقة المدين والتعويض النقدي. بل إن هذا الجمع يحقق التعويض الكامل متى لم يكفِ التنفيذ وحده لجبر جميع الأضرار.

الفرع الثاني

أثر التنفيذ على نفقة المدين على العقد الأصلي

تبين لنا لدى بحث الآثار الشخصية لتنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين أنه عند إعمال هذه الطريقة من طرق جبر الضرر، نكون أمام علاقة عقدية جديدة غير العلاقة الأصلية، فإعمال تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين في الغالب ما يتم عن طريق عقد جديد يقوم به الدائن مع شخص أجنبي عن العقد الأصلي من أجل تنفيذ العقد محل الإخلال، فهل ثمة أثار تترتب على إعمال تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين بالنسبة لحياة العقد الأول.

لابد من الإشارة ابتدأ أن القوانين المدنية[48]، محل الدراسة لم تبين في قواعدها العامة المنظمة لتنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين مسألة فسخ العقد من عدمه، فأجازت للدائن أن يقوم بالتعاقد مع شخص آخر لتنفيذ الالتزام العقدي الذي اخل المدين في العقد الأصلي بتنفيذه دون أن تبين مدى اثر العقد الجديد على حياة العقد السابق، كما أن تعليقات الفقهاء [49] هي الأخرى لم تبين اثر تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين في حياة العقد الأصلي، إذ جاءت تعليقاتهم متماشية مع القواعد العامة لهذه القوانين، بأن ذكروا أن للدائن متى أخل مدينه بالتنفيذ أن يتعاقد مع شخص أخر لغرض تنفيذ الالتزام العقدي محل الإخلال.

أما على مستوى التطبيقات القضائية، يُلاحظ أن القضاء العراقي لم يستقر على موقف موحد بشأن الطبيعة القانونية لتنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين، فجاءت تطبيقاته القضائية متباينة وأحيانًا متناقضة.

فقد تبنى القضاء ثلاثة اتجاهات رئيسة في هذا الصدد. الاتجاه الأول يعدّ تنفيذ الالتزام على نفقة المدين تنفيذًا عينيًا للعقد الأصلي، ومن ثم يمنع المطالبة بفسخه لقيام التنفيذ، إذ قررت محكمة التمييز العراقية على انه (اذا كان رب العمل قد أحال العمل على مقاول آخر بعد استحصال الإذن من المحكمة المختصة بإكمال العمل على نفقة المقاول، فيكون الإذن بإكمال العمل قد دخل في المرحلة التنفيذية، ولا يجوز لرب العمل بعد ذلك إقامة دعوى الفسخ لتناقض ذلك مع التنفيذ العيني)[50].

أما الاتجاه الثاني فيجيز الجمع بين تنفيذ الالتزام على نفقة المدين وفسخ العقد، معتبرًا أن إخلال المدين أو لجوء الدائن إلى التنفيذ يعد فسخاً فعلياً للعقد، إذ قررت محكمة التمييز العراقية على أنه (إن ترك المقاول للعمل واضطرار رب العمل على استحصال الإذن بإكمال العمل على نفقة المقاول معناه أن المقاول هو الذي فسخ العقد فعلاً من جانب واحد فليس له أن يتمسك بقيام العقد بعد أن قام رب العمل مضطراً بإكمال العمل عملاً بالإذن الذي استحصاله)[٥١].

في حين يذهب الاتجاه الثالث إلى إقرار التنفيذ على نفقة المدين بوصفه نتيجة للإخلال وقيام المسؤولية العقدية، مع بقاء العقد الأصلي قائمًا، دون توصيف هذا التنفيذ على أنه تنفيذ عيني[٥٢].

ويبدو أن القضاء العراقي ومثله القضاء المصري في الاتجاه الأول لم يميزا بين التنفيذ العيني بمعناه الفني الدقيق المتمثل بتنفيذ الالتزام ذاته من قبل المدين نفسه، والذي يكون بمرحلة سابقة للإخلال، والتنفيذ على نفقة المدين الذي يعد صورة من صور جبر الضرر بطريقة عينية، ومن ثم فهو تعويض عيني لا تنفيذ ويأتي بمرحلة تالية للإخلال وثبوت مسؤولية المدين العقدية[53].

أما الاتجاه الثاني هو الأخر اتجاه قد جانب الصواب، فمن غير الممكن أن يكون التعويض ناتج عن الفسخ والمسؤولية العقدية في الوقت ذاته، فاذا سلمنا جدلاً أن التنفيذ على نفقة المدين طريقة من طرق جبر الضرر تثبت في حالة الإخلال الذي من شأنه أن يرتب مسؤولية المدين العقدية، فأن مقتضى ذلك يحتم أن التعويض ناتج عن المسؤولية العقدية.

الخاتمة

يتضح أن تنفيذ الالتزامات العقدية على نفقة المدين يمثل آلية قانونية فعّالة لضمان احترام العقد وتحقيق التوازن بين الأطراف. الهدف منه ليس مجرد معاقبة المدين، بل حماية مصلحة الدائن وتمكينه من الحصول على المنفعة المتفق عليها. يشكل هذا التنفيذ بديلًا عن التنفيذ العيني المباشر عند تعذر أداء المدين لالتزامه، مع تحميله التبعات المالية الناتجة عن الإخلال. الآثار الشخصية تشمل مسؤولية المدين وتحمله للنفقات، مقابل تعزيز مركز الدائن القانوني. أما الآثار الموضوعية فتتجلى في تحقيق الغاية العقدية على نحو يضمن العدالة ويمنع التعسف. كما يعكس هذا النوع من التنفيذ الالتزام بالمصلحة العامة واستقرار المعاملات. لذلك يظل تنفيذ الالتزامات على نفقة المدين أداة مهمة لحفظ الانضباط العقدي وثقة الأطراف.

أولاً: النتائج.

١. نرى أن تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين هو وسيلة قانونية لتنفيذ العقد عينياً بطريق غير مباشر، تُمكّن الدائن، عند إخلال المدين بالتزامه، من القيام بنفسه أو بواسطة الغير بتنفيذ محل الالتزام، سواء تعلق الأمر باقتناء الشيء أو إنجاز العمل أو إزالة العيب، مع تحميل المدين جميع النفقات والتكاليف المترتبة على ذلك، متى كان التنفيذ ممكنًا دون مساس بطبيعته.

٢. إن علاقة الدائن بالمدين الأصلي تقوم ابتداءً على رابطة عقدية ملزمة تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتفرض على كل طرف تنفيذ التزامه في إطار من التعاون المتبادل. فإذا أخلّ المدين بتنفيذ التزامه، انتقلت العلاقة من نطاق المديونية إلى نطاق المسؤولية، بما يخول الدائن الحق في المطالبة بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين متى كان ذلك ممكنًا ووفقًا لأحكام القانون.

٣. إن الأصل عدم قيام رابطة قانونية بين المدين الأصلي والمدين الجديد لغياب العلاقة العقدية المباشرة بينهما، تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد. وعلى الرغم من محاولة نظرية المجموعة العقدية التخفيف من حدة هذا المبدأ، إلا أنها لا تنطبق على حالة تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، لكون تدخل المدين الجديد فيها يتم بإرادة الدائن لا المدين، مما يبقي كل طرف بمنأى عن الرجوع العقدي على الآخر.

٤. إن تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين يُعدّ إحدى صور التعويض العيني التي أقرّتها التشريعات المدنية، ويستوعب في نطاقه تعويض الخسارة اللاحقة والكسب الفائت أسوةً بالتعويض النقدي، استنادًا إلى الإطلاق الوارد في النصوص التشريعية كالقانون المدني العراقي واللبناني والفرنسي.

٥. أن تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين يُعدّ، في ضوء موقف التشريعات المدنية محل الدراسة، صورة من صور جبر الضرر العيني المترتبة على قيام المسؤولية العقدية، ولا يترتب عليه بذاته فسخ العقد الأصلي ما لم يوجد نص صريح أو اتفاق خاص يقضي بذلك. ويؤكد هذا الاتجاه الإطلاق التشريعي في القوانين المدنية العراقي والمصري والفرنسي.

ثانياً: التوصيات.

١. في ضوء ما استقرّت عليه التشريعات المدنية محل الدراسة، ولا سيما القانون المدني العراقي واللبناني والمصري والفرنسي، من اعتبار علاقة الدائن بالمدين الجديد علاقة عقدية مستقلة يحكمها العقد الثاني دون أي امتداد لآثار العقد الأصلي، يُوصى بتعديل النصوص المنظمة لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين – كالمادتين (٢٤٨ و٢٥٠) من القانون المدني العراقي – بإضافة حكم صريح يقرر استقلال العقد المبرم بين الدائن والمدين الجديد من حيث الآثار والالتزامات، مع النص على عدم قيام أي رابطة عقدية أو مسؤولية مباشرة بين المدين الأصلي والمدين الجديد، وذلك تعزيزًا للأمن القانوني وتوحيدًا للتطبيقات القضائية.

٢. يوصى بأن يتدخل المشرّع العراقي بنص صريح يحدد الأثر القانوني لتنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين في حياة العقد الأصلي، ولا سيما من حيث علاقته بالفسخ، بما يضع حداً للتباين القضائي ويوفر استقرارًا في المعاملات العقدية، مع التأكيد على التمييز بين التنفيذ العيني والتنفيذ على نفقة المدين بوصفه تعويضاً عينياً نابعاً من المسؤولية العقدية.

٣. في ضوء الإطلاق الوارد في المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي وما يقابلها في التشريعات المقارنة، وما يثيره ذلك من غموض بشأن مدى كفاية تنفيذ الالتزام العقدي على نفقة المدين في تغطية عنصري الضرر المتمثلين بالخسارة اللاحقة والكسب الفائت، يُوصى بتدخل تشريعي يزيل هذا اللبس. ويُقترح تعديل نص المادة (١٦٨) بإضافة فقرة تقرر صراحةً أن التعويض قد يكون نقدياً أو عينياً، وأنه يجوز الجمع بين تنفيذ الالتزام على نفقة المدين والتعويض النقدي متى لم يكن التنفيذ العيني كافياً لجبر كامل الضرر، وبما يكفل إعادة الدائن إلى المركز الذي كان سيؤول إليه لو نُفذ الالتزام تنفيذاً صحيحاً.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب القانونية.

١. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، الطبعة الثانية، مكتبة الجاحظ، بغداد، ٢٠٠٢.

٢. احمد حسين، قضاء النقض التجاري (المبادئ التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ١٩٣١ – ١٩٨١)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

٣. الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٨.

٤. حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٦.

٥. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولة المدنية، الضرر، الجزء الأول، شركة التايمس للطبع والنشر والمساهمة، بغداد، ١٩٩١.

٦. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، أحكام الالتزام، إثبات الالتزام، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٥.

٧. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الثالثة، مطبعة مصر، القاهرة، ٢٠٠٨.

٨. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، في نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة نوري، القاهرة، ٢٠٠٢.

٩. خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.

١٠. ربيع محمد الزهاوي، التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محكمة البداءة، الجزء الثالث، ، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٦.

١١. سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٦.
١٢. سعدون العامري، التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية، الطبعة الثانية، منشورات وزارة العدل، بغداد، ٢٠٠٤.
١٣. سعيد مبارك، طه الملا حويش، صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع، الإيجار، المقاولة)، العاتك لصناعة الكتب، دون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٨.
١٤. شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، (التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه)، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، القاهرة، ٢٠٠٨.
١٥. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠١.
١٦. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)، مطابع الشتات، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.
١٧. عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
١٨. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، منشورات جامعة الكويت، ٢٠٠٢.
١٩. عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية، القسم المدني، الطبعة الثانية، مطبعة العاني، بغداد، ٢٠١١.
٢٠. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٢.
٢١. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني ومصادر الالتزام، الجزء الثاني، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠.
٢٢. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل– العراق، ٢٠١١.
٢٣. فتحي عبد الرحيم عبد الله، التنفيذ العيني للعقد (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٢٤. فرحان محمد جاسم الجنابي، الضرر في المسئولية المدنية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٢١.
٢٥. محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفائدة القانونية، الطبعة الأولى، مطبعة هشام بكفر الشيخ، مصر، ٢٠١٦.
٢٦. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة الجامعة، القاهرة، ٢٠١٧.
٢٧. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (دراسة مقارنة)، الجزء الثاني، دار
٢٨. وليد خالد عطية، التنفيذ على نفقة المدين عن طريق إبرام صفقات بديلة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.
٢٩. وليد خالد عطيه، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.
٣٠. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزام) الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

ثانياً: الدراسات الجامعية.

١. حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠١١.
٢. نصير صبار لفته، التعويض العيني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠١.
٣. نور الدين قطيش محمد، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط الأردنية، الأردن، ٢٠١٢.

ثالثاً: المجلات.

١. سليمان براك دايح، وظيفة التعويض في المسؤولية العقدية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠٩.

رابعاً: القرارات القضائية.

١. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١١٠٤/استئنافية منقول التسلسل ١٤٤٥، تاريخ ٢٠٠٧/١٢/١٣.
٢. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١١٣٩/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٣، تاريخ ٢٠١٣/٦/١٢.
٣. قرار محكمة النقض الفرنسية رقم ١٩٣٤/١٣١، ١٩٣٤/٦/٤.

٤. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٥٢٣/م١/١٩٧٤، تاريخ ١٩٧٤/٧/١٥، النشرة القضائية، ع٢، السنة الخامسة.

٥. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٥٢٠/م١/٧٧، تاريخ ١٩٧٧/٧/١٨.

٦. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٦٨٢/م١/١٩٨١، تاريخ ١٩٨١/١٢/١٧.

٧. قرار محكمة التمييز اللبنانية رقم ٢٠٠٢/١٦٧، تاريخ ٢٠٠٢/٧/١٣، حاتم، العدد الأول، ٢٠٠٢.

٨. قرار محكمة التمييز اللبنانية رقم ٢٠٠٩/٣٥٢، تاريخ ٢٠٠٩/٣/٢١، باز، ع١، ٢٠٠٩.

٩. قرار محكمة التميز العراقية رقم ١٣٣/مدنية أولى/١٩٧٢، تاريخ ١٩٧٢/٥/١٥.

خامساً: القوانين.

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١.

٢. القانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لعام ٢٠١٦.

٣. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨.

٤. قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام ١٩٣٢.

---

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٢، ص٧٧٧ وما بعدها.

(٢) حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، أحكام الالتزام، إثبات الالتزام، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٥، ص٣٤٣.

(3)Planiol, Ripert et Esmein: Obligations, 1954, p780.

أشار إليه: فرحان محمد جاسم الجنابي، الضرر في المسئولية المدنية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٢١، ص١٩٣.

(4)Mazeaud (H et L) t3, 0p, cit, n2309, p321

أشار إليه: فرحان محمد جاسم الجنابي، المرجع نفسه، ص١٩٤.

(5)ragu: op, cit, P72.

أشار إليه: فرحان محمد جاسم الجنابي، المرجع نفسه، ص١٩٤.

(6) نصير صبار لفته، التعويض العيني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠٠١، ص٨١.

(7) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة الجامعة، القاهرة، ٢٠١٧، ص٥٢.

(8) قرار محكمة النقض الفرنسية رقم ١٩٣٤/١٣١، ١٩٣٤/٦/٤، أشار إليه: المرجع نفسه، ص٥٣.

(9) نشر في الجريدة الرسمية في العدد (٠٠٣٥) بتاريخ ٢٠١٦/٢/١١، ويجري نص المادة (١٢٢٢) الفرنسي بالآتي:

(Apre's mise en demeure, le cre'ancier peut aussi, danse un de'lai et a' un cou't raisonnables, faire exe'cuter lui meme l'obligation ou, sur autorisation pre'lable du juge, de'truire ce qui a e'te' fait en violation de cell – ci Il peut demander au de'biteur le remboursement des sommes engage'es a' cett fin. Il peut aussi demander en justice que le de'biteur avance les sommes ne'cessaires a' cette exe'cution ou a' cette destruction)

(10) قرار محكمة التميز العراقية رقم ١٣٣/مدنية أولى/١٩٧٢، تاريخ ١٩٧٢/٥/١٥. أشار إليه: عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية، القسم المدني، الطبعة الثانية، مطبعة العاني، بغداد، ٢٠١١، ص١٠١.

(11) قرار محكمة التمييز اللبنانية رقم ٢٠٠٢/١٦٧، تاريخ ٢٠٠٢/٧/١٣، حاتم، العدد الأول، ٢٠٠٢، ص٣١٢.

(١٢) حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، في نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة نوري، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢٩٣.

(١٣) عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٤٠٢.

(١٤) نصت المادة (٢٥٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١ على أنه: ١_ في الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ٢_ ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة.

(١٥) وليد خالد عطية، التنفيذ على نفقة المدين عن طريق إبرام صفقات بديلة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص٢٤.

(١٦) حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولة المدنية، الضرر، الجزء الأول، شركة التايمس للطبع والنشر والمساهمة، بغداد، ١٩٩١، ص٢٧٩.

(١٧) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص٧٩٨.

(١٨) وليد خالد عطية، التنفيذ على نفقة المدين عن طريق إبرام صفقات بديلة، مرجع سابق، ص٣٢

(١٩) نصت المادة (١/٦٥٠) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨ على أنه: "إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف لعقد ، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال معقول يعينه له . فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة ، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة ٢٠٩".

(٢٠) محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفائدة القانونية، الطبعة الأولى، مطبعة هشام بكفر الشيخ، مصر، ٢٠١٦، ص١٥٤_١٥٥.

(٢١) شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، (التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه)، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٩٧.

(٢٢) نصت المادة (١/٨٦٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١ على أنه: "اذا 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 اجل مناسب يحدده له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب أما فسخ العقد وإما أن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر على نفقة المقاول الأول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك، ويجوز فسخ العقد في الحال اذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً:.

(٢٣) نصت المادة (١١٤٣) من القانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لعام ٢٠١٦ على أنه: "يحق للدائن مع ذلك، أن يطالب بإزالة ما تم فعله خلافاً للتعهد ويمكنه الحصول على ترخيص بالإزالة على نفقة المدين....".

(٢٤) ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزام) الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص٢١٣.

(٢٥) حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠١١، ص٧٣.

(٢٦) ينظر في نص المادة (٢٥٠) مدني عراقي على أنه: "١ – في الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ٢ – ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا إذن من المحكمة". يقابلها نص المادة (٢٥٠) موجبات وعقود لبناني، والمادة (٢٠٩) مدني مصري، والمادة (١٢٢٢) مدني فرنسي معدل.

(27) فتحي عبد الرحيم عبد الله، التنفيذ العيني للعقد (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٥.

(28) حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الثالثة، مطبعة مصر، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٤٣ وما بعدها.

(29) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص٦٩٧ وما بعدها.

(30) سليمان براك دايح، وظيفة التعويض في المسؤولية العقدية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠٩، ص٧٦.

(31) سليمان براك دايح، وظيفة التعويض في المسؤولية العقدية، مرجع سابق، ص٧٦.

(32) وليد خالد عطية، التنفيذ على نفقة المدين عن طريق إبرام صفقات بديلة، مرجع سابق، ص٣١.

(33) خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص١٩٢_١٩٣.

(34) Mestre (J.) obs, ua R.T.D. civ.1989.

نقلا عن: صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠١، ص ٢٧٤.

(35) صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٢٧٥ وما بعدها.

(36) صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)، مطابع الشتات، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص١٣٠.

(37) سليمان براك دايح، وظيفة التعويض في المسؤولية العقدية، مرجع سابق، ص٧٦.

(38) حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٦، ص١٥٣.

(39) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص١٠٩٨.

(40) يجري النص الفرنسي:

(Les dommages et ine're'ts dus au cre'ancier sont, en ge'ne'ral, de perte qu'il a faite du gain don't il a e'te' prive'.....)

تقابلها المادة (١/٢٢١) مدني مصري.

(41) سليمان براك دايح، وظيفة التعويض في المسؤولية العقدية، مرجع سابق، ص٧٨.

(42) نور الدين قطيش محمد، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط الأردنية، الأردن، ٢٠١٢، ص٥٧.

(43) عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل– العراق، ٢٠١١، ص١٧٣ وما بعدها.

(44) حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مرجع سابق، ص٥٣٤ وما بعدها.

(45) سعيد مبارك، طه الملا حويش، صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع، الإيجار، المقاولة)، العاتك لصناعة الكتب، دون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٧٨.

(٤٦) جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية أنه: (اذا نكل المقاول عن تنفيذ المقاولة وأحيل العقد ذاته إلى مقاول آخر فيحمل المقاول الناكل فرق الزيادة تنفيذا للعقد ولحكم القانون)، قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٥٢٣/م١/١٩٧٤، تاريخ ١٩٧٤/٧/١٥، النشرة القضائية، ع٢، السنة الخامسة، ص١١٥.

(٤٧) جاء في قرار لمحكمة التمييز اللبنانية أنه: (إن التعويض الذي يستحقه رب العمل من جراء نكول المقاول الأول عن تنفيذ المقاولة يجب أن لا يزيد عن الضرر الذي أصابه والذي يقدر استناداً إلى الشروط والمواصفات التي قدمها المقاول الناكل لا إلى تلك التي قدمها المقاول الثاني الذي أحيلت بعهدته المناقصة بعد نكول المقاول الأول)، قرار محكمة التمييز اللبنانية رقم ٢٠٠٩/٣٥٢، تاريخ ٢٠٠٩/٣/٢١، باز، ع١، ٢٠٠٩، ص١١٢.

(48) يراجع المواد (٢٤٨ و٢٥٠) مدني عراقي، والمادة (٢٥٠) موجبات وعقود لبناني، والمادة (١٢٢٢) مدني فرنسي معدل، والمواد (٢٠٥ و٢٠٩) مدني مصري.

(49) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص٧٧٧ وما بعدها؛ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني ومصادر الالتزام، الجزء الثاني، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠، ص٢٤٨ وما بعدها؛ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، منشورات جامعة الكويت، ٢٠٠٢، ص١٧٩.

(50) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١١٠٤/استئنافية منقول التسلسل ١٤٤٥، تاريخ ٢٠٠٧/١٢/١٣، أشار إليه: ربيع محمد الزهاوي، التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محكمة البداءة، الجزء الثالث، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٦. ص ١٠٥٦. كما جاء في قرار محكمة النقض المصرية على انه)القضاء بتنفيذ العقد تنفيذاً عينياً على نفقة المقاول عملاً بالمادة (٢٠٩) من القانون المدني مؤداه عدم استحالة تنفيذ العقد

وبقاءه نافذ الأثر بين طرفيه.....)، أشار إليه: احمد حسين، قضاء النقض التجاري (المبادئ التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ١٩٣١ – ١٩٨١)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٣٧١.

(٥١) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٥٢٠/م١/٧٧، تاريخ ١٩٧٧/٧/١٨، وقرارها رقم ٦٨٢/م١/١٩٨١، تاريخ ١٩٨١/١٢/١٧، أشار إليهما: إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، الطبعة الثانية، مكتبة الجاحظ، بغداد، ٢٠٠٢، ص٦٥٩_٦٦٣.

(٥٢) جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية على انه (إن سحب العمل من المقاول من قبل رب العمل و وضع اليد على الموقع لا يشكل فسخا للمقاولة وإنما استمرارية العقد موضوع الدعوى ولحين إنجاز العمل بصورة كاملة). أشار إليه: سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص١٥١. وانظر بذات الاتجاه قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١١٣٩/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٣، تاريخ ٢٠١٣/٦/١٢، أشار إليه: وليد خالد عطيه، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص ١٦٩.

(53) منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني (دراسة مقارنة)، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٨، ص٦٤؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص٧٩١؛ سعدون العامري، التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية، الطبعة الثانية، منشورات وزارة العدل، بغداد، ٢٠٠٤، ص٢٧٨.