

إشكال التكيف القانوني للمبادرة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية المتقابلة (دراسة قانونية)

The Legal Adaptation of the Initiative in Implementing Reciprocal Contractual Obligations (A Legal Study)



أ. د. صدام فيصل كوكز المحمدي^{1*}،

أستاذ القانون الخاص، كلية القانون – جامعة الفلوجة (العراق)

Faisal Kokez Almohammedi Saddam^{1*}, University of Irak

بلال شاكر أحمد الحسناوي^{2*}،

باحث في القانون الخاص، كلية القانون – جامعة الفلوجة (العراق)

تاريخ الاستلام: 18/10/2023 تاريخ القبول للنشر: 03/12/2024 تاريخ النشر: 30/12/2024.



الملخص: المبادرة إلى تنفيذ الإلتزامات التَّعاقُديَّة، عملية إرادية ليست في حقيقتها أثراً قانونياً للعقد، بقدر ما هي تجسيد لبدء مرحلة التنفيذ الفعلي للعقد، وبداية سريان آثاره القانونية في مواجهة الطرفين، فدور الإرادة لا يقتصر على إنشاء العقد وتحديد الآثار الناتجة عنه، بل يتعدى ذلك الدور إلى حالة واقعية، فيها يبادر الطرف الملتزم بتنفيذ الإلتزامات التَّعاقُديَّة الملقاة على عاتقه، ويكون لهذه المبادرة أثر قانوني على الإلتزامات التَّعاقُديَّة ذاتها. وتكمن مشكلة البحث في طرح الحلول والمعالجات، التي تقود إلى نفي حالة السبات التي يُمكنُ أن تعترى العلاقة العَقْدية، عند عدم البدء بتنفيذ الإلتزام التَّعاقُدي من قبل أحد المتعاقدين، فنحن أمام إلتزامات متقابلة لا يبدأ المتعاقد بتنفيذ إلتزامه، ما لم يبدأ الطرف الآخر بتنفيذ إلتزامه المقابل.

الكلمات المفتاحية: المبادرة، تنفيذ الإلتزام، العقود الملزمة للجانبين، حسن النية.

Abstract:

The initiative to implement contractual obligations is a voluntary process that is not in reality a legal effect of the contract, but rather an embodiment of the beginning of the actual implementation stage of the contract and the beginning of the legal effects in the face of the two parties. The role of the will is not limited to creating the contract and determining the effects resulting from it, but rather extends to a realistic situation in which the obligated party takes the initiative to implement the contractual obligations imposed on him, and this initiative has a legal effect on the contractual obligations themselves.

The problem of the research lies in proposing solutions and treatments that lead to negating the state of hibernation that can affect the contractual relationship, when one of the contracting parties does not begin to implement the contractual obligation, as we are faced with reciprocal



obligations in which the contracting party does not begin to implement his obligation, unless the other party begins to implement his reciprocal obligation.

In this study, we will rely on a research plan that includes reviewing the nature of the initiative in implementing contractual obligations (the first section) before moving on to explaining the legal nature of the initiative in implementing contractual obligations (the second section).

Keywords: Initiative, implementation of the obligation, bilateral contracts, good faith.

مقدمة:

يعدّ تنفيذ العَقد الفيصل ما بين حالة العَقد وحالة اللاعقد، فإنعقاد العَقد يجعلنا أمام نشوء آثار في ذمّة كلا الطرفين، يلتزمان بموجب العَقد بتنفيذها، سواء كان ذلك التنفيذ طواعياً أو جبرياً، وسواء كان هذا التنفيذ عينياً أو تنفيذاً بمقابل، فالتنفيذ يجري بالوفاء بتسليم الشيء ذاته أو بالنوع أحياناً، أو نقل الحق العيني أو القيام بالعمل المتفق عليه، أو الامتناع عن القيام بالعمل محل الإلتزام، ويجري التنفيذ من قبل الطرف المدين بالإلتزام، وفق ما هو محدد في العَقد من طريقة للتنفيذ، أو على وفق ما يوجبه حسن النية للتنفيذ.

والمبادأة إلى تنفيذ الإلتزامات التّعاقديّة، عملية إرادية ذات صبغة أخلاقيّة، يرجع أساسها إلى القانون أحياناً أو العرف وطبيعة التعامل أحياناً أخرى، فهي في حقيقتها ليست أثراً قانونياً للعقد، بقدر ما هي تجسيد لبدء مرحلة التنفيذ الفعلي للعقد وبداية سريان آثاره القانونية في مواجهة الطرفين، فدور الإرادة لا يقتصر على إنشاء العَقد وتحديد الآثار الناتجة عنه، بل يتعدّى ذلك الدور إلى حالة واقعيّة فيها يبادر الطرف الملتزم بتنفيذ الإلتزامات التّعاقديّة الملقاة على عاتقه، ويكون لهذه المبادرة أثراً قانونياً على الإلتزامات التّعاقديّة ذاتها، لذلك إهتم المُشرّعون بتحديد من هو الطرف الذي يبدأ بتنفيذ إلتزامه في العديد من الأحكام، خصوصاً في نصوص القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ المعدل.

وتكمن مشكلة البحث في طرح الحلول والمعالجات، التي تقود إلى نفي حالة السبات العَقدي التي يُمكنُ أن تعتري العلاقة العَقدية، عند عدم البدء بتنفيذ الإلتزام التّعاقدي من قبل المتعاقد، فنحن أمام إلتزامات متقابلة لا يبدأ المتعاقد بتنفيذ إلتزامه، مالم يبدأ الطرف الآخر بتنفيذ إلتزامه المقابل، وهو ما يعني ضرورة تحديد من هو الطرف الذي يبدأ بتنفيذ إلتزامه، وإلا دخل المتعاقدان في حلقة مفرغة، كل طرف فيها ينتظر الطرف الآخر ليبادر إلى تنفيذ إلتزامه، الأمر الذي يُمكنُ أن يفقد العَقد ميزته في تيسير التعامل، وإشباع الحاجات بالوقت المناسب، ويقَلّ من النزاعات.

ومن ثمّ يجب الوقوف على الأساس القانوني لإلزام المتعاقد بالبدء إلى تنفيذ إلتزامه، والمبادرة إلى التنفيذ قبل المتعاقد الآخر، وبيان الأحكام القانونية التي يتعلّق بها هذا الوضع القانوني.

كل هذه التساؤلات يمكن الإجابة عليها، وفق منهج علمي تحليلي، يعتمد على تحليل النصوص القانونية من جهة، والآراء والطروحات الفقهية من جهة أخرى، بالاعتماد على خطة بحث تتضمن استعراض ماهية المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية (المبحث الأول)، قبل الانتقال إلى بيان الطبيعة القانونية للمبادأة في تنفيذ الإلتزامات التّعاقديّة (المبحث الثاني).

وقد إختتمنا البحث بخاتمة تضمّنت أبرز النتائج والمقترحات التي نرى في تبنيها والأخذ بها فائدة علمية وعملية.

المبحث الأول

ماهية المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية

يمكن الوقوف على ماهية المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، من خلال التعريف بها إبتداءً، ومن ثم نبين أهم التطبيقات والصور التي تمثل مظاهر المبادأة في تنفيذ الإلتزامات العقدية، في إطار الأحكام القانونية المقررة في القانون المدني.

الأمر الذي يستدعي منّا؛ تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نبين في الأول منهما التعريف بالمبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، أما الثاني فنبين فيه صور تحقق المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، وكما يلي:

المطلب الأول

التعريف بالمبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية

يقتضي التعريف بالمبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، تحديد المقصود بالمبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، ومن ثمّ بيان الأساس القانوني الذي يؤسس لمشروعيتها، في إطار أحكام القانون المدني النافذ. وعليه، فإننا سنقسّم هذا المطلب إلى فرعين، نحدّد في أولهما المقصود بالمبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، وفي الثاني، الأساس القانوني للمبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، وكما يأتي:

الفرع الأول: المقصود بالمبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية: يُمكن أن نضع تعريفاً للمبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، بأنّها: " وضع قانوني يتجسّد بحالة واقعية مقتضاها البدء بتنفيذ الإلتزام التعاقدية أو على الأقل الاستعداد للقيام بتنفيذ الإلتزام من قبل أحد الأطراف المتعاقدة".

ووفق هذا التعريف فإنّ المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية لها مجموعة من السمات الذاتية، والتي يمكن أن تتحدد بالآتي:

1- المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، هي إنعكاس واقعي لوجود العقد، وتجسيد مادي لنفاذ العقد والآثار الناتجة عنه.

2- لا تكون المبادأة بحدّ ذاتها الأثر المباشر المقصود للعقد، صحيح أنّها ترتبط بالمراكز القانونية التي تنشأ عن العقد، لكنّها في الواقع ليست إلا خطوة عملية لتنفيذ الإلتزامات التعاقدية.

- 3- يُمكن أن نحدد وقت المبادأة بمعيار زمني ينشئ على أساسه ترتيب تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فالمبادأة ليست التزاماً عقدياً في ذاتها، فهي مظهر لفاعلية الالتزامات التعاقدية نفسها، حيث تتحرك بنود العقد بالبدء في تنفيذها، ويجري تفعيلها على أرض الواقع، بعد أن كانت بنود اتفاقية مسطرة في صلب العقد.
- 4- إنَّ إنعدام المبادأة سيعني إنعدام السبب، بعد أن كان قد وجد عند نشوء الالتزام، وهذا يتحقق في الإلتزامات النَّعَاقُديَّة المُسْتَمَرَّة، كالاتزامات التي ينشؤها عقد الإيجار، فإنَّ هذا العقد ينشئ التزاماً مستمراً في ذمة المستأجر، مفاده أن يبادر إلى دفع الأجرة في موعدها المحدد، وعدم التأخر فيها، وسبب هذا الالتزام هو إلتزام مستمر آخر في ذمة المؤجر، هو تمكين المستأجر بالإنتفاع بالعين المؤجرة، فإذا هلكت العين المؤجرة بقوة قاهرة، فإنَّ سبب التزام المستأجر يزول بعد أن كان موجوداً، وبذلك ينقضي هذا الالتزام لانقطاع سببه.⁽¹⁾
- 5- تتطلب المبادأة من الطرف المدين في العقد، القيام بفعل على نحو شخصي، يجسد نية في التعاقد في البدء بتنفيذ العقد، بغية الحصول على المزايا والحقوق التعاقدية والتحمل بالالتزامات التي ينتجها العقد، فهي تعكس مبادرة (شخصية) من المتعاقد، بصيغة نشاط إيجابي، يبتغي فيه ضمان عدم خضوعه للمسؤولية العقدية الناتجة عن عدم قيامه بتنفيذ التزامه التعاقدية، أو على الأقل استعداده لتنفيذ هذا الالتزام.
- 6- يتمتع الطرف المبادئ بميزة يمنحها له القانون، تقوي مركزه القانوني في مواجهة الطرف الآخر، حيث سيستفيد من الحماية القانونية المقررة له، فله أن يلجأ إلى أي من الإجراءات القانونية ضد الطرف المتعاقد الآخر المقصر بالتنفيذ، فيكون له أن يستخدم حقَّه في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ.
- 7- ترتبط المبادأة بمبدأ حسن النية الواجب مراعاته في كافة العقود:
- فالعقود سواء أكانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد، تقليدية كانت أو إلكترونية، يجب أن يسود فيها مبدأ حسن النية في التنفيذ، حيث يعتبر عنصر حسن النية الهاجس الأهم في نفوس المتعاقدين، وهنا تكون المبادأة في تنفيذ الإلتزام النَّعَاقُدي، الإنعكاس الأمثل لحسن نية المتعاقد في تنفيذ العقد.⁽²⁾

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عقود الغرر وعقد التأمين، المجلد الثاني، م7، دار النهضة، القاهرة 1968، ص552.

(2) قارن مع: د. احمد ابراهيم الحيارى، تعديلات القانون المدني الفرنسي دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة القانونية، العدد الحادي عشر، متاح على شبكة الانترنت، على الرابط الآتي: <https://legalaffairs.gov.bh/QTTopics/Q11T06.PDF> تاريخ الرجوع 2024/3/23، ص254-255.



الفرع الثاني: الأساس القانوني للمبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية: في العقود التي تنفذ بشكل رضائي لا تبرز مشكلة في التنفيذ، خصوصاً إذا ما كان الطرفين متعاونين فيما بينهم، ولا يوجد مانع مادي أو معنوي يحول دون التنفيذ، فالعقد انعقد صحيحاً ونتج آثاره، بين المتعاقدين الأطراف في العقد، وأنَّ الغير عليه احترام الإرادة التي انصرفت لإحداث هذه العقد وتحمل آثاره، لأنَّ العقد انعقد لينفذ، فإذا انعقد العقد الملزم للجانبين صحيحاً، وجب تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه، ويترتب على هذه القاعدة نتيجتان:

الأولى: أنه لا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين عند إبرام العقد أو بعد ذلك باتفاق لاحق أو للأسباب التي يقررها القانون مثل، جواز تعديل أو إنهاء عقد الوكالة وعقد الوديعة.

ثانياً: أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع حسن النية، فمن مقتضى حسن النية مثلاً وجوب الامتناع عن كل عمل من شأنه جعل نقل الحق المبيع إلى المشتري مستحيلاً أو عسيراً، وكذلك على المؤجر أن يتمتع عن كل ما يعوق المستأجر من الانتفاع بالمأجور، وعلى سائق سيارة الأجرة أن ينقل الراكب من أقرب وأيسر طريق. وعليه يُمكن أن ننظر إلى فكرة المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، البدء بالتنفيذ أو على الأقل الاستعداد لهذا التنفيذ، على نحو يفهم منه انتفاء سوء النية التي تمنع من اتمام تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، بما يعكس وجود رغبة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية،⁽¹⁾ حيث ذهب المشرع العراقي في المادة (150) من القانون المدني إلى أنه: "1 - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2 - ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام".

ويختلف الأساس الذي تقوم عليه المبادأة، بحسب الصورة التي تظهر بها، فأحياناً يكون أساس المبادأة إرادياً، في حالة اتفاق المتعاقدين على تحديد من يبدأ أولاً بتنفيذ الإلتزامات العقدية، كما يمكن أن يكون قانونياً، كما في حالة تحديد المشرع بالنص الصريح، الطرف الذي يبدأ في تنفيذ إلتزامه أولاً، كما حصل في بعض أحكام العقود المسماة الملزمة للجانبين، ويمكن أن يكون قضائياً، بموجب حكم قضائي بات يحدد من يبدأ بالتنفيذ في حالة رفع النزاع إلى المحكمة.

وعلى ذلك، فإنَّ أساس المبادأة يختلف بحسب المصدر الذي يقررها، فعندما يكون مصدرها اتفاقياً، كأن تكون شرطاً في عقد البيع مثلاً، ينص على أن يكون الطرف الذي يبدأ أولاً بالتنفيذ، هو البائع أو المشتري، وقد

(1) وليد صالح نعمة، إثبات حسن النية في القانون المدني، رسالة ماجستير، كلية القانون – جامعة كربلاء، 2021، ص 48.



يكون مصدره قانونياً، إذ حددت النصوص القانونية من هو الطرف الذي يقوم بالمبادأة في عقد البيع، ألا وهو المشتري بموجب نص المادة (536) من القانون المدني العراقي، والتي تنص على أن: "على البائع أن يُسلم المبيع وتوابعه الى المشتري عند نقده الثمن..."، أمّا إذا كان مصدر المبادأة قضائياً، فهذا يعني أنّ الحكم القضائي الذي يقضي بالتنفيذ العيني الجبري مثلاً، في حالة عدم المبادرة إلى تنفيذ الإلتزام بعد أن سبق الاتفاق على القيام به من قبل طرف معين، فنكون هنا أمام المبادأة التي تؤسس على الحكم القضائي.

فمن جهة، يُمكن أن نتلمس هذا الوضع الواقعي في جميع العقود، سواء كانت العقود الملزمة لجانب واحد أو العقود الملزمة للجانبين، وإن كانت أهميته في النوع الثاني من العقود تظهر بشكل جلي، حيث تبرز أهمية المبادأة بشكل واضح في العقود الملزمة للجانبين، لأنّ سبب التزام كل طرف في هذه العقود هو التزام الطرف الآخر، فيكون تنفيذ التزام أحد الطرفين، هو السبب في إلزام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، وذلك لأنّ عدم تحديد الطرف الذي يبدأ بتنفيذ التزامه العقدي أولاً، سيجعل التزامات الطرفين المتعاقدين في حالة سكون مُستمرّة، إذ يبقى فيها كل متعاقد منتظراً مبادرة الطرف الآخر للقيام بتنفيذ التزامه، ومن ثم فإنّ بقاء العقد وتنفيذه يُمكن أن تضيق فرصة مواتية للأطراف، كانوا سيحصلون عليها، لو أنّ أحدهم بادر إلى تنفيذ الإلتزام أولاً، ودفع الطرف الآخر إلى تنفيذ التزامه، فحالة السكون التي يكون عليها المتعاقدان قد تطول.⁽¹⁾

ومن جهة أخرى، فمن الناحية القانونية فقد يستوجب القانون المبادأة في تنفيذ الإلتزام، كما يُمكن أن يلزم القضاء أحد المتعاقدين بالبداية بتنفيذ التزامه العقدي، فضلاً عن أنّه يُمكن أن يتم تحديد من الطرف الذي يبدأ بالتنفيذ اتفاقياً، على النحو الذي تمارسه إرادة الأطراف في فترة إيلام العقد، حيث لم يغفل المشرع العراقي في القانون المدني النافذ، النص على أحكام المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، حيث حدد مجموعة من الأحكام الخاصة بها في إطار الأحكام المرتبطة بالعقود المسماة،⁽²⁾ إذ ترتبط المبادأة بالمفاعيل الأساسية للعقد، كونها وضع مادي ذا أثر قانوني، نجد له انعكاس في مرحلة نفاذ العقد بعد تمام إنعقاده وتكوينه.

(1) قد تؤدي المبادأة في النهاية بإنهاء العقد وفسخه، مع تعنت الطرفان في موقفهما السليبي، ولم يبادر أحدهما إلى التنفيذ، وفي ذلك ضياع للفرصة التعاقدية وهدر لإرادة الأطراف وجهودهما المبذولة في إنشاء العقد، وما تبع ذلك من نفقات ومصاريف ووقت، وبالتالي ضياع المصالح المادة (177) من القانون المدني العراقي النافذ، رقم 40 لسنة 1951.

(2) ومن الأمثلة على ذلك، نص المشرع العراقي في القانون المدني العراقي (المادة 536) على أنّ: "على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن، ولو اشترط أخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز"، كما نص عليها في عقد الإيجار في المادة (742) على أنّ: "على المؤجر بعد قبضه الاجر المسمى المشروط تعجيله، ان يسلم المأجور للمستأجر

المطلب الثاني

صور تحقق المبادأة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية

تظهر أهمية المبادأة في تنفيذ الالتزامات التَّعاقُديَّة على المستوى القانوني والعملي، من خلال التطبيقات القانونية والصور المتنوعة التي تظهر بها، إذ أنَّ هنالك صور للمبادأة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بحسب الصيغة التي تظهر بها، فيمكن أن تكون المبادأة بصيغتين:

الأولى هي المبادأة بصيغة المباشرة بالبده في تنفيذ الإلتزام التَّعاقُدي.

والثانية، هي المبادأة المطلوبة من المدين لتنفيذ إلتزامه المستمر.

وعليه، يمكن أن نستعرض كل من صور المبادأة والمبادأة تباعاً في فرعين كالآتي:

الفرع الأول: المبادأة بصيغة المباشرة بالبده في تنفيذ الإلتزام التَّعاقُدي: يمكن أن نلاحظ المبادأة في بعض العقود المسماة، أهمها عقد البيع وعقد الإيجار وعقد المقاولة، حيث يكون مفروضاً على المدين في هذه العقود أن يبدأ بتنفيذ إلتزامه العَقْدي، لكي يستطيع مطالبة الدائن بتنفيذ إلتزامه المقابل، ويمكن أن نرى هذه الصور بالتفصيل في فقرات ثلاث، كالآتي:

الصورة الاولى: المبادأة بتنفيذ الإلتزام في عقد البيع: للمبادأة في تنفيذ الإلتزام التَّعاقُدي في عقد البيع مظاهر متعددة، وذلك بحسب المحل الذي يرد عليه عقد البيع، سواء كان منقولاً أو عقاراً، وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني العراقي، نجد بحسب نص (المادة 536) منه، تنص على أن: " على البائع أن يُسَلِّم المبيع وتوابعه الى المشتري عند نقده الثمن، ولو شرط اخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز"، وبموجب هذا النص فإنَّ الأصل هو أن لا يكون البائع ملزماً بتسليم المبيع، ما لم يقر المشتري بدفع الثمن، وهذا يعني أنَّ الأصل هو أن يبدأ المشتري بتنفيذ إلتزامه بنقد الثمن للبائع، قبل أن يطالب البائع بنقل ملكية المبيع إليه، ما لم يتم الإلتفاق أو أشارت ظروف التعاقد إلى خلاف ذلك،⁽¹⁾ والسبب في تقديم إلتزام المشتري بدفع الثمن على إلتزام البائع بنقل الملكية، هو كون إلتزام المشتري أقل وطأة وتكلفة من إلتزام البائع بنقل الملكية والتسليم،

بالحالة التي عليها وقت العقد فان كانت قد تغيرت بفعله أو بفعل غيره تغيراً يخل بالمنفعة المقصودة فالمستأجر مخيراً ان شاء قبله وأنَّ شاء فسخ الاجارة"، وكذلك النص عليها في عقد المقاولة في (المادة 876) على أنه : "يستحق دفع الاجرة عند تسلم العمل، الا اذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك مع مراعاة احكام المادة 874"، للمزيد ينظر: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، المكتبة القانونية - العاتك لصناعة الكتاب، بغداد 2011، ص 94.

(1) د. جعفر الفضلي، الوجيز، المرجع السابق، ص 121.

وما يستتبع ذلك من مصروفات وجهود يمكن أن تذهب هباءً إذا ما تراجع المشتري عن الشراء، فتكون دلالة قبض الثمن واضحة على أن المشتري جاد في إتمام الصفقة، وبذلك سيكون العقد باتاً، ولذلك فإن المشرع أقر بدء المشتري بدفع الثمن، ويمكن ان نلتمس مصداقية هذا التصور في أحكام العربون التي نص عليها المشرع العراقي، فما هي إلا دلالة على صحة هذا التصور، إذ أن العربون هو جزء من الثمن المحدد في العقد، وفي ذات الوقت هو دلالة على أن عقد البيع قد أصبح باتاً.⁽¹⁾

الصورة الثانية: المبادأة بالتنفيذ في عقد الإيجار: تجري المبادأة في تنفيذ الإلتزامات في عقد الإيجار من قبل المستأجر، حيث يقوم بدفع الأجرة من قبله مقدماً، بحسب نص المشرع العراقي في القانون المدني العراقي النافذ في المادة (742)، والتي جاء فيها: "على المؤجر بعد قبضه الأجر المسمى المشروط تعجيله، أن يسلم المأجور للمستأجر بالحالة التي عليها وقت العقد، فإن كانت قد تغيرت بفعله أو بفعل غيره تغييراً يخل بالمنفعة المقصودة، فالمستأجر مختياراً، إن شاء قبله وإن شاء فسخ الاجارة."، حيث نص المشرع صراحة على المبادأة التي تكون من قبل المستأجر إن إشتراط تعديلها، فيسلم الأجرة المتفق عليها للمؤجر، والأصل هو أن المؤجر في عقد الإيجار هو الذي يبدأ بالتنفيذ إن لم يكن هناك شرطاً لتعجيل الأجرة.

والسبب الذي دعى المشرع إلى تقديم إلتزام المستأجر على إلتزام المؤجر في التنفيذ، هو إتفاقيهما على ذلك، ولكن بالرغم من كون إلتزام المستأجر بدفع الأجرة أيسر عملاً من إلتزام المؤجر، كون إلتزام الأخير يحتاج إلى القيام بعمل مادي يمكن أن يكلف بحد ذاته نفقات وجهد أكبر من عملية دفع الأجرة المطلوبة من المستأجر، ومن ثم فإن هذا يعني، تقرير مسؤولية الطرف الملزم بالبدء بالتنفيذ في عقد الإيجار، ولكن الأصل هو أن يجري تسليم المأجور قبل تسليم الأجرة للمؤجر، حيث لا يكون أمام المؤجر إلا أن يقوم بتسليم المأجور، وتمكين المستأجر من الإنتفاع بالمأجور، ومن ثم المطالبة بالأجرة، وإلا عد إمتناعه إخلالاً يوجب المسؤولية العقدية، ولا يحق له مطالبة المستأجر بالأجرة، ما لم يتم الإنتفاع بالمأجور أو على الأقل يمكنه من ذلك، كون عقد الإيجار عقد ملزم للجانبين، ويرتب الإلتزامات متقابلة على كل طرف، فإذا نفذ المؤجر إلتزامه بتسليم المأجور وتمكين المستأجر من الإنتفاع بالمأجور، بحسب بنص المادة (770)، والتي جاء فيها: "تسليم المأجور شرط في لزوم

(1) بحسب نص المادة (92) من القانون المدني العراقي، والتي جاء فيها: "1- يعتبر دفع العربون دليلاً على ان العقد اصبح باتاً لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك. 2- فإذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول، فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضه رده مضاعفاً".



الاجرة على كل حال، فليس للمؤجر ان يطالب بالاجرة عن مدة مضت قبل التسليم، وإذا انقضت مدة الاجارة قبل التسليم، فلا يستحق المؤجر شيئاً من الاجرة"، إذ لا يمكن إلزام المستأجر بدفع الأجرة، فلا يبقى أمام المستأجر سوى ان يقوم بتنفيذ إلتزامه بدفع الأجرة بحسن نية، وما يؤكد هذا التوجه، نص المادة (765) والتي جاء فيها: "يصح اشتراط تعجيل الاجرة وتأجيلها وتقسيتها الى اقساط تؤدي في اوقات معينة"، كما أكدت على ذلك المادة (766) والتي جاء فيها: "إذا اشترط تعجيل الاجرة لزم المستأجر دفعها وقت العَقْد، وللمؤجر ان يتمتع عن تسليم المأجور للمستأجر حتى يستوفي الاجرة وله ان يطلب فسخ الايجار عند عدم الايفاء من المستأجر".

ومن ناحية أخرى، جاء في قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ العراقي النافذ المعدل المادة (10) على أن: "1 - تدفع سلفاً أجرة العقارات المشمولة بأحكام هذا القانون بأقساط شهرية بصرف النظر عن مدة سريان عقد الايجار، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك، وإذا كان المؤجر هو الدولة او الاشخاص المعنوية العامة، فللمستأجر ان يدفع الأجرة شهرياً او بقسط واحد او اكثر". ونص في المادة (8)، ما يفيد بأن "على المؤجر ان يسلم المأجور للمستأجر بحالة تصلح للانتفاع به، وفق العَقْد".

فقد ذهب المُشَرِّع إلى أنَّ الإلتزام بدفع الأجرة هو الإلتزام الذي يبدأ بتنفيذه المستأجر، لحظة الاتفاق بين الطرفين، وهذا يعني أن نص القانون هو مصدر هذه المبادأة، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها في إطار أحكام قانون إيجار العقار العراقي سابق الذكر.⁽¹⁾

وقد أوجب القانون على المستأجر دفع الأجرة سلفاً، أو أن يقوم المستأجر في عقد الايجار بتأجيل دفع الأجرة إلى المؤجر، بحكم الإتفاق المبرم بينهما، ويصبح المؤجر مخلاً ان لم يبادر للتنفيذ بما عليه من التزام، بتمكين المستأجر من الإنتفاع بالمأجور، أما إذا لم ينفذ كلا المتعاقدين التزاماتهما، فإنَّ العَقْد يصبح معلق وهذا التعليق لا يخدم كلا المتعاقدين، سواء بقت حالة عدم التنفيذ أو بقي التعليق أو تعرّض للفسخ، وسيكون دور الطرف المتضرر من تعليق العَقْد، طلب الفسخ وصادر انذار للطرف الآخر، وأصبح الطرف الآخر مخيراً بين التنفيذ أو الفسخ وما ينتج عنه من تعويض.⁽²⁾

(1) د. شروق عباس فاضل وهناء محمد مسلم، النطاق الزمني للإلتزام بصيانة المأجور، دراسة قانونية، مجلة الحقوق، جامعة النهريين، العدد 12، المجلد 2، 2016، ص93.

(2) فالحكم المعروف اعلاه، مبدأ القرار فيه ان قطع المفاوضات من قبل أحد الاطراف يترتب المسؤولية عليه كونه التزام بنتيجة، وهذا ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية بالقرار اعلاه. ينظر: مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق – جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص53.



الصورة الثالثة: المبادرة في عقد المقابلة: ذهب المشرع العراقي في القانون المدني، إلى أنّ المقابل هو من يبدأ بتنفيذ التزامه العقدي بالقيام بعمل، وذلك في معرض تنظيمه لعقد المقابلة، حيث نصّت (المادة 876) من القانون المدني العراقي على أن: "يُستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل، إلّا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك..."، ومن هذا النص، يتضح لنا أنّ الأصل أن المقابل هو من يبدأ بتنفيذ التزامه بالقيام بعمل، ثم يقوم رب العمل بدفع الأجرة المتفق عليها بموجب عقد المقابلة عند تسلمه العمل، وبالتسليم يكون رب العمل ملزم بتسليم الأجرة المحددة، بموجب عقد المقابلة، مالم يقضي العرف أو ينص الاتفاق على خلاف ذلك، حيث يمكن أن يكون العرف يقضي أنّ رب العمل هو من يبدأ بدفع الأجر المتفق عليه، أو جزء منه، أو أنّ المتعاقدين يتفقا على ذلك، ولكن إذا لم يتفق الأطراف على من يبدأ بتنفيذ التزامه، فإنّه يجب عليهم أن يرجعوا إلى حكم القانون، وهذا نص القانون هو ما يستند عليه الأطراف عند النزاع أو عدم الاتفاق المسبق على الواجبات والالتزامات.

الفرع الثاني: المبادرة بصيغة المبادرة في الالتزامات التعاقدية: نجد للمبادرة التي هي الوجه الثاني للمبادرة في الالتزامات التعاقدية الخاصة بمرحلة نفاذ العقد وتنفيذه، حيث يستمر تنفيذ الالتزام المعنية لمدة من الزمن، ومن ثم فإنّ ما يحصل خلال هذه المدة من مستجدات أو تغيرات أو أحداث تؤثر في الالتزامات المعنية، يكون مدعاة لأن يبادر المتعاقد لإبلاغ الطرف الآخر عنها خلال مدة محددة، أو إتخاذ الإجراء القانوني الملائم بالسرعة اللازمة أو خلال مدة معقولة، وإلا أهدر حقّه في الحماية القانونية، وكان عليه أن يتحمّل مسؤولية عدم مبادرته لوحده، ويمكن أن نتلمّس هذا الوضع في أحكام عدّة مقررّة في أحكام القانون المدني العراقي، ومنها:

أولاً: المبادرة إلى الإبلاغ عن التعرض القانوني: نص المشرع العراقي في القانون المدني العراقي النافذ على أحكام التعرض القانوني في العديد من العقود المدنية المسماة، ومنها عقد البيع، حيث أوجب المشرع ضمان التعرض القانوني والاستحقاق الناتج عنه من قبل البائع، ولكن يشترط أن يبادر المشتري إلى إبلاغ البائع بالتعرض القانوني الصادر من الغير، وأن يشركه في الدعوى، وذلك لإحتمال وجود دليل لدى البائع يدفع به التعرض القانوني، ومن ثمّ ينتهي التعرض، فقد نصّت المادة (551) على أن: "1- لا يرجع المشتري بالضمان إذا لم يثبت الاستحقاق إلّا بإقراره أو بنكوله 2- ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت إلّا بإقراره أو بنكوله، إذا كان حسن النية، وكان قد اعذر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم، ودعاه للدخول معه في الدعوى فلم يفعل، هذا ما لم يثبت البائع ان المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق".

ومن هذا النص نستنتج أن المبادرة عمل مادي يقوم به المشتري، يبلغ فيه البائع بالتعرض القانوني الذي واجهه، ويطلب منه مساندته في ردّه، وفي هذا الحكم مقبولة منطقية وعملية أيضاً، فكيف يتسنى للمشتري أن

أ. د. صدام فيصل كوكز
المحمدي،
-بلال شاكر أحمد الحساوي

التكييف القانوني للمبادرة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية
المقابلة: (دراسة قانونية)



يستمتع بفائدة ملكه الذي إشتراه من البائع، والغير يتعرض له وينازعه في هذا الملك، ومن ثم يجب على البائع أن يضمن له ملكية هادئة، تمكّنه من الإنتفاع بالمال على الوجه المطلوب.⁽¹⁾

ومن الناحية العملية، فإن من مقتضيات المبادرة التي يلتزم بها المشتري، هو إبلاغ البائع بالتعرض الحاصل، وإحاطته علماً بأن الملكية التي إنتقلت إليه منه مهددة بالإنتزاع، وهو إن لم يتدخل في رد المتعرض، سيضمن إستحقاق المبيع، وبدون المبادرة إلى إبلاغه كيف سيتحصّل لديه العلم، وهو قد سلّم المبيع إلى المشتري وأصبح في ملك الأخير ولا حق له عليه بعد نقل ملكيته، فالحرص في حماية المال قد بات مقرراً للمالك الجديد، ألا وهو المشتري، فإذا قصر الأخير بهذه الحالة ولم يقدّم بالمبادرة المطلوبة منه تجاه البائع، كان عليه أن يتحمّل تبعات ذلك التقصير، ويكون إستحقاق المبيع كلاً أو جزءاً عليه وحده، ويكون بذلك قد أضعاف فرصة مساندة البائع له في حماية المبيع، خصوصاً إذا ما كان لدى البائع ما يثبت ملكيته الخالصة للمبيع، بما يرد دعوى المتعرض وفق القانون.⁽²⁾

ثانياً:: المبادرة إلى الإبلاغ عن العيب الخفي: المبادرة إلى الإبلاغ عن العيب الخفي هي صورة بارزة للمبادرة في العقود الملزمة للجانبين، مثل عقد البيع وعقد الإيجار وعقد المقاولة، كونه التزام دائم مستمر، والفكرة التي تقوم عليها حالة المبادرة المقررة في الإبلاغ عن العيب الخفي في هذه العقود، ترجع إلى الغاية من إبرام هذه العقود أصلاً.

فالعيب الخفي الذي يوجد في المبيع أو في المأجور، يمكن أن ينفي الغاية من إبرام عقد البيع، كون البائع ملزماً بضمان العيب الخفي الذي يقلل من قيمة المبيع أو يجعله غير مناسب لأداء المهمة التي تمّ شراؤه

(1) د. جعفر الفضلي، الوجيز، المرجع السابق، ص 136.

(2) وذات هذا الوضع مقرر أيضاً، بالنسبة لضمان التعرض القانوني في أحكام عقد الإيجار وعقد المقاولة، وذلك في المادة (758) التي جاء فيها: " 1- إذا وجد بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان جاز للمستأجر ان يطلب فسخ العقد او انقاص الاجرة. 2- فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت انه كان يجهل وجود العيب". وكذلك المادة (869)، والتي جاء فيها: " 1- إذا ظهر لرب العمل اثناء سير العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب او مناف للعقد، فله ان ينذره بان يعدل الى الطريقة الصحيحة خلال اجل مناسب يحدده له، فإذا انقضى الاجل دون ان يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل ان يطلب اما فسخ العقد واما ان يعهد بالعمل الى مقاول آخر على نفقة المقاول الاول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك، ويجوز فسخ العقد في الحال اذا كان اصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً. 2 - على ان العيب في طريقة التنفيذ اذا لم يكن من شأنه ان يقلل الى حد كبير من قيمة العمل او صلاحيته للاستعمال المقصود منه فلا يجوز فسخ العقد".



من أجلها،⁽¹⁾ كما أنَّ التزام المؤجر بضمان العيب الخفي في المأجور، يرجع إلى أنَّ المستأجر يدفع أجرة للمؤجر، تكون كمقابل لانتفاع المستأجر بالمأجور، ومن ثَمَّ يكون ملزماً بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور على النحو الطبيعي والإعتيادي، ومن مقتضيات ضمان المؤجر للمستأجر بالانتفاع المعتاد من المأجور، هو خلوه من العيب.

لذلك تنص المادة (٧٥٦) من القانون المدني العراقي على أنه: "١- يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به، أو تنقص من هذا الانتفاع انقاصاً كبيراً، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها. ٢- وهو مسؤول أيضاً عن خلو المأجور من صفات تعهد صراحة بتوافرها، أو خلوه من صفات يقتضيها الانتفاع به، كل هذا ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك".

وعلى ذلك فإنَّ المُشْرِع كان قد ألزم المستأجر بإبلاغ المؤجر عن العيب الذي وجده بالمأجور، وذلك على وفق ما تنص عليه المادة (٧٥٧)، والتي جاء فيها: "لا يضمن المؤجر العيب إذا كان المستأجر قد اخطر به أو كان يعلم به وقت التعاقد، وكذلك لا يضمن المؤجر العيب إذا كان يسهل على المستأجر ان يتحقق وجوده، إلا إذا أعلن المؤجر خلو المأجور من العيب"، ومن مفهوم المخالفة لهذا النص نستنتج بأنَّ المؤجر يضمن العيب إذا لم يكن قد أخطر المستأجر أو لم يثبت أنَّه كان يعلم به وقت التعاقد، وكذلك يضمن المؤجر العيب، إذا لم يكن من السهولة على المستأجر أن يكتشفه، أو أعلن المؤجر خلو المأجور من العيب.

ويتضح من هاتين المادتين انه يشترط لضمان المؤجر للعيوب الخفية شرطان: أن يكون مؤثراً، وأن يكون خفياً،⁽²⁾ والمبادرة بإبلاغ المؤجر بالعيب ضرورة جدّاً في سياق الأحكام القانونية المقررة لعقد الإيجار، لأنَّ عدم مبادرة المستأجر إلى الإبلاغ عن العيب الخفي ستعني أنَّه تسامح فيه، أو أنَّه تقبل المأجور بالحالة التي هي عليه، فهو رآه ووافق على إبرام العقد رغم وجود العيب، وهذا ما يجعل للمبادرة في الإبلاغ أهمية عملية وقانونية، كونها تحافظ على حق المستأجر في ضمان العيب الخفي من قبل المؤجر قائماً.

أمّا عن المبادرة إلى الإبلاغ عن العيب الخفي بتنفيذ عقد المقاولة، فهي ضرورة جدّاً، وذلك لأنَّ عقد المقاولة إذا ما ورد على أعمال الإنشاء أو البناء، فقد يستعمل المقاول الغش في إخفاء العيب أو المخالفة، مما يصعب معرفة ذلك العيب أو المخالفة في وقت التعاقد أو وقت إستلام العمل، كون هذه العيوب لا تظهر إلا بعد

(1) د. جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 239.

(2) د. جعفر الفضلي، المرجع نفسه، ص 249.



مدّة من الزمن، فإذا ثبت أن هناك غشاً فإنّ رب العمل يستطيع الرجوع على المَقاول بالضمان، اعتباراً من تاريخ اكتشافه العيب، لأن المَقاول يكون مسؤولاً عن العيب الحاصل في البناء خلال المدّة القانونية.⁽¹⁾

إذا ثبت أثناء سير العمل بأن المَقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، فلرب العمل أن ينذره بأن يعدل عن طريقته في التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، وذلك ان استمرار المَقاول في طريقة تنفيذه الخاطئة، رغم تنبيه رب العمل له وعلمه بالعيب، يكون من حق رب العمل أن يرفض تسلم العمل فيما بعد، أمّا إذا لم يبادر رب العمل على تنبيه المَقاول بالعيب أو الخلل، في الوقت الذي كان بإمكانه القيام بذلك، فذلك يعني أنّه تقبّل العمل بالوضعية القائمة، إذ أنّ رب العمل، وإن لم يكن له حق الاشراف والتوجيه على المَقاول، كون المَقاول يعمل مستقلاً عن رب العمل، إلّا أنّ من حقه أن يراقب تنفيذ المَقاول للعمل، فيما إذا كان يجري طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها، وأنّ المَقاول ينفذ العمل طبقاً لأصول الصناعة في عمله فيقبل العمل، أو لم يراعها فينبهه ويهدده برفضه، والخير من الناحية العملية، هو في أن يسمح المَقاول وهو المدين، لرب العمل وهو الدائن، مراقبة إنجاز العمل منذ البداية أثناء تنفيذ المَقاول، ليوثر على الطرفين الوقت والجهد والمشقة إذا ما تم العمل معيباً أو منافياً للشروط والمواصفات التي تمّت في العقد، ممّا يعني إستبعاد رفض العمل وعدم إستلامه من قبل رب العمل مستقبلاً.⁽²⁾

ثالثاً: المبادرة في الإبلاغ عن المستجدات والخطر في عقد التأمين: عقد التأمين، هو عقد بموجبه يحصل أحد المتعاقدين، وهو المؤمن له، في نظير مقابل يدفعه، على تعهد بمبلغ يدفعه له أو للغير، إذا تحقق خطر معين، المتعاقد الآخر وهو المؤمن، الذي يدخل في عهده مجموعة من هذه الاخطار يجري مقاصة فيما بينها طبقاً لقانون الاحصاء.⁽³⁾

ويفرض عقد التأمين على المؤمن إلزاماً بإبلاغ شركة التأمين بأي مستجدات يمكن أن تتسبب بزيادة المخاطر على المؤمن عليه، والمبادرة إلى إبلاغ شركة التأمين هي التزام قانوني وضعها القانون لكي يجعل من المتعاقدين في حالة من الالتزام الدائم بينهما، وفي كل لحظة العقد منتجاً لآثاره بمجرد انعقاده صحيحاً بين

(1) نصت المادة (868)، على أنّه: "إذا تأخر المَقاول في الابتداء بالعمل أو تأخر عن انجازه، تأخراً لا يرجي معه مطلقاً ان يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدّة المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم".

(2) عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون في جامعة بغداد، بغداد 1973، ص 315.

(3) (المادة 1/929) من القانون المدني العراقي النافذ.

أطرافه، فهو ليس في حالة سكون ما دام لم يتحقق الخطر، إذ أنَّ التزام الطرفين نابع من انها في حالة التزام دائماً، من حيث الإدلاء وبشكل دائم بأي معلومات ممكن أن تنفع شركة التأمين، حيث يمكن أن يزداد الخطر أو تزداد نسبة أو احتمالات وقوعه،⁽¹⁾ فهذا الواجب يترتب أثراً قانونياً، يتعلّق بشركة التأمين، حيث يؤدي هذا التغيير إلى الفسخ أو الإبقاء على العقد مع الزيادة في قسط التأمين أو قد يجري الإبقاء على العقد مع إنقاص في مبلغ التأمين.⁽²⁾

فالمبادرة هنا حالة فرضها القانون على الأطراف التي تؤمن عند شركة التأمين، سواء ورد عقد التأمين على خطر المرض أو السرقة أو الحريق أو الإصابة أو الوفاة، فأي ظروف أو مستجدات تطرأ حين نفاذ عقد التأمين، يجب أن يخطر المؤمن الشركة بها، وإلا كان ذلك مخالفاً للقانون، ويتحمل المؤمن تبعه هذا الخطر، كون سكوته يعد من قبيل الغش الذي لا يقبل به القانون.

والطرف الذي يبادر هنا، هو المؤمن، ويكون عليه إبلاغ شركة التأمين عما حصل من مستجدات أو أخطار تؤدي إلى تغيير الحال الذي كان قائماً وقت انعقاد عقد التأمين، ويجري ذلك في حالتين:

1- الإبلاغ عن المستجدات: فإنَّ الوضع يجري حين تنفيذ عقد التأمين، بالمبادرة بإخطار الشركة

المؤمنة بما يستجد من الظروف التي تؤدي إلى زيادة الخطر المؤمن منه، خصوصاً إذا تسبب المؤمن له بفعله في زيادة المخاطر المؤمن منها، بحيث لو كانت هذه الحالة قائمة وقت إتمام العقد، لامتنع المؤمن عن التعاقد أو لما تعاقد، إلا في نظير خدمة مضافة، ويجب على المؤمن له قبل أن يتسبب في زيادة النظر، قبل أن يعلن به، فإذا لم يكن للمؤمن يد في زيادة المخاطر، وجب أن يقوم بإعلان المؤمن بها وقت علمه بها.⁽³⁾

2- الإبلاغ عن الخطر: المبادرة هنا تظهر بصيغة الالتزام، وذلك بإعلام شركة التأمين بوقوع الخطر

المؤمن منه، فإذا تحقق الخطر المؤمن منه، وكان الخطر الواقع يستلزم أن تقوم شركة التأمين بتنفيذ التزامها بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له، والخطر المؤمن منه، هو الخطر المنصوص عليه في وثيقة التأمين، ويحدد عادة

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1090.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1265.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1256-1320.

تحديداً دقيقاً، بحيث يمكن التثبت من وقوعه إذا وقع، وينشأ بوقوعه الحق للمستفيد من التأمين بالمطالبة بالتغطية التأمينية.⁽¹⁾

سادساً: المبادرة الدورية في العقود المستمرة: تظهر المبادرة بصورة مبادرة دورية هنا في القيام بعمل في صور مختلفة، كإبرام تصرف قانوني مثل إبرام عقد تطبيقي تنفيذاً لإتفاق إطار، أو التوريد الدوري للبضائع المتفق عليها، تنفيذاً للإلتزامات المحددة بالمواعيد المقررة في عقد التوريد، وكذلك المبادرة إلى تنفيذ العقد ضمن إطار المجموعة العقدية.⁽²⁾

وسنبين كيف تظهر المبادرة الدورية في الأحوال الثلاثة البارزة، كالآتي:

1- المبادرة في ظل اتفاقات الإطار: إتفاق الإطار هو إتفاق أساس يتضمن قواعد عامة، تحدد مقدماً كيفية إبرام وتنفيذ عقود أخرى لاحقة، بمقتضاه يلتزم الطرفان بمراعاة هذه القواعد وإتباعها فيما يبرمانه من عقود تطبيقية مستقبلاً، ويحدد إتفاق الإطار الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان حين إبرام العقود التطبيقية أو العقود التنفيذية،⁽³⁾ وقد عرفته المادة (1111) من القانون المدني الفرنسي بموجب التعديل الصادر عام 2016 بأنه: "توافق إرادتين بمقتضاه تتفق الأطراف على الخصائص العامة لعلاقاتهم العقدية المستقبلية، وتحدد العقود التطبيقية كميّات هذا التنفيذ"، فإتفاق الإطار على هذا النحو إتفاق ينظم كيفية تنفيذ عقد من العقود الدورية المألوفة، يهدف إلى تيسير إبرام وتنفيذ العقود التطبيقية، كعقود البيع المستقبلية مثلاً، والتي تبرم تنفيذاً له، عند الحاجة إلى إبرامها، فهو لا يتضمن بالضرورة تحديداً لكافة العناصر الأساسية والجوهرية للعقد التطبيقي، الوارد مباشرة على السلعة أو الخدمة، نظراً لصعوبة واستحالة هذا التحديد مسبقاً، وإنما يمكن أن تتحدد وقت إبرامه.⁽⁴⁾ هذا وإنّ المبادرة في تنفيذ الإلتزام التعاقدية، تظهر في ظل إتفاقات الإطار بصورة المبادرة إلى إبرام العقود التطبيقية، حيث تكون مبادرة متجددة في إطار عملية تعاقدية واحدة مستمرة ومتعاقبة، والسبب في ذلك هو أنّ العقود التطبيقية أو التنفيذية التي تبرم في ظل إتفاق الإطار، ما هي إلا عقود تنتج عن التطبيقات العملية للعقود بين الطرفين، وأنّ لإرادة الطرفين فيها دور مهم في تحديد مضمونها وبعض التفاصيل فيها، فإذا ما اقترن إيجاب

(1) ينظر: المادة (٧٦٦/١) من القانون المدني المصري، سابق الذكر.

(2) صدام فيصل كوكز، أخلال الغير بالعقد والمسؤولية الناشئة عنه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بجامعة النهرين، بغداد 2004، ص 53.

(3) صدام فيصل كوكز المحمدي، اتفاقات الاطار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق في جامعة النهرين، بغداد 2007، ص 14.

(4) ايمان دلمة، المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة غرداية، الجزائر 2022، ص 16.



المشتري (تاجر التجزئة) فيها، بقبول البائع (تاجر الجملة أو المنتج أو الموزع)، إنعقد العقد التطبيقي أو التنفيذي، وتطبق في العقد التطبيقي ذات الشروط العامة التي تمّ الإتفاق عليها في إتفاق الإطار، والتي تمثل الشروط العامة للبيع مثل المواصفات المطلوبة وطريقة التجهيز وكيفية التسليم ومكانه، والقانون الواجب التطبيق على النزاع والإختصاص القضائي، والتأمين والضمانات المطلوبة، وغير ذلك من المسائل الموحدة في التعامل الجاري بين الطرفين، أما العقود التطبيقية فيتم فيها فقط تحديد الكمية المطلوبة ووقت التجهيز والسعر، كون هذه المسائل كتغيرة مع كل طلبية بحسب الظروف وأوضاع السوق وتقلبات الأسعار، فإذا لم يبادر المشتري ببيان هذه المسائل في كل عقد تطبيقي، فإنّ هذا يعدّ أمراً يحول دون انعقاد العقد التطبيقي.⁽¹⁾

والمبادرة إلى إبرام العقد التطبيقي ترتبط بالعقد التطبيقي، ولكنها ليست ركناً فيه، ومن ثمّ فإنّه إذا ما حلّ أجل إبرام العقد التطبيقي وامتنع المشتري من بيان رغبته في إبرام العقد التطبيقي، فإنّ ذلك سينعكس على إتفاق الإطار ذاته، إذ سيكون إتفاق بلا تطبيق، ولا يؤدي وظيفته التي من أجلها، لجأ إليه الطرفين لتسهيل التعاقد وتيسير التعامل فيما بينهم، لتنظيم علاقاتهم الدائمة والمستمرة.⁽²⁾

وجدير بالذكر هنا، أنّ إتفاق الإطار يعدّ عقداً مستقلاً عن العقود التطبيقية التي تبرم لاحقاً تنفيذاً له، فيؤدّ ويحضّر لإبرام هذه العقود مستقبلاً، لذلك فإنّ الإتفاق الإطار يدخل في طائفة الاتفاقات التمهيديّة المبرمة في فترة ما قبل العقود التفصيلية أو التطبيقية، كونه يتضمّن شروطاً عامة موحدة، تلزم كلا من الطرفين باتباعها والتقيّد بها، فيما قد يرغبان في إبرامه من عقود في المستقبل تعرف بعقود التطبيق أو التنفيذ.⁽³⁾

فاتفاقات الإطار تسعى دائماً إلى تيسير إبرام وتنفيذ العقود التطبيقية، أو المنفذة له، عند الحاجة إلى إبرامها دون ضرورة حالة لقيام إتفاق جديد بين الأطراف المتعاقدة، يتضمّن التفاصيل الكاملة للعقد الخاصة بالمسائل والعناصر الأساسية اللازمة لقيام العقد التطبيقي، ومن هنا فقد لوحظ في الآونة الأخيرة ازدياد لجوء المتعاملين في تطبيق هذا النوع من العقود، وفي العديد من المجالات.⁽⁴⁾

(1) صدام فيصل كوكز المحمدي، المرجع السابق، ص 109.

(2) آمنة عبد الكريم علي احمد، الوعد بالتعاقد وتطبيقاته في القانون المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق – جامعة النهرين، بغداد 2008، ص 29.

(3) رياض احمد عبد، قطع المفاوضات في العقود المدنية ما بين الشرعية والمسؤولية العقدية، دار هاتريك، 2023، ص 71.

(4) رياض احمد عبد، المرجع السابق، ص 71.

فالواقع أن الهدف الذي يسعى الطرفان إلى تحقيقه من اتفاق الإطار هو تسهيل التعامل المستمر بين الطرفين، ليقصر لاحقاً على المبادرة إلى التعاقد، بحيث لا يتكلف كل طرف بالدخول في مفاوضات أو إتفاق جديد يتضمن كافة التفاصيل الخاصة بالعقد، لذا فإن إتفاق الإطار سيسهل من إبرام العقود التطبيقية التي تترتب بعده مستقبلاً، وسيسهل في تأمين هذه المعاملات وضمان تدفقها واستمرارها بصورة منتظمة وبدون توقف، حيث يجري إتمامها بصورة بسيطة وسريعة عبر تقليص دائرة التفاوض والتعاقد بصدها، حتى يتم إتمامها في بساطة وسهولة بحيث ينجح الاتفاق الاطاري والعقود التي تليه بالمرتبة الزمنية.

وعلى وفق الموقف التشريعي الفرنسي السابق الذكر، يعتبر إتفاق الإطار مشروعاً وملزماً للأطراف، ما دام قد تضمن العناصر الجوهرية للعقد،⁽¹⁾ ما لم يشترط الأطراف لتكوينه الاتفاق على بعض العناصر الثانوية كأشكال الدفع أو ضمانات الدفع، إذ إن بعض العناصر الثانوية بطبيعتها قد تتحول إلى عناصر جوهرية بإرادة الأطراف، وهذا ما عبرت عنه المحكمة العليا الفرنسية عندما اعتبرت أن البيع يعد تاماً، منذ الاتفاق على الشيء المبيع والتمن، وعدم الاتفاق على العناصر الثانوية للعقد التطبيقي، لا يحول دون تكوين إتفاق الإطار واعتباره تاماً، ما لم يتفق الأطراف على عكس ذلك، ويعمدون إلى تأخير تكوين العقد إلى حين الاتفاق على هذه العناصر.⁽²⁾

2- المبادرة في عقود التوريد: عقد التوريد هو العقد الذي يلتزم بموجبه شخص بتجهيز آخر ببعض الأموال المنقولة على دفعات متتالية خلال مدة معينة، لقاء ثمن أو أجر متفق عليها، بحسبها إذا كان تسليم الاموال هذه على سبيل البيع أو الاجارة.⁽³⁾

⁽¹⁾ الموضوع (أو المضمون أو المحتوى) وهو ما ينطوي عليه الشيء من مادة وجوهر، وقد استخدم المشرع الفرنسي في قانونه الجديد لفظة موضوع العقد (Contenu du contrat) واستبعد كلمتي المحل (objet) كمحل للعقد، كما تمت الإشارة أنفاً، والموضوع (fond) التي تستخدم في المقابل لكلمة الشكل (forme) رغم تعاطي الكتابات العربية لعبارة المسائل الموضوعية، والعناصر الموضوعية أو الجوهرية، من حيث الموضوع ... (الخ) فهي ما زالت مقبولة وتعكس المعنى المطلوب، أي أنها تقابل الكلمتين (contenu) ... د. نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد، جامعة الفلوجة كلية القانون مركز التعليم المستمر، ط1، 2017، ص193.

⁽²⁾ آمنة عبد الكريم علي احمد، المرجع السابق، ص 21.

⁽³⁾ 1. د باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الاول، مكتبة السنهوري، 2015، ص62.



وتتجلى صورة المبادرة، في خصيصة التنفيذ المتتابع الموجودة في عقود التوريد، بأوضح صورها، ففي هذا العقد يلتزم المورد بتجهيز المورد إليه السلع والخدمات على شكل دفعات متتابعة، خلال فترة زمنية معينة، لقاء ثمن أو أجر متفق عليها، وتختلف طبيعته بحسب ما إذا كان تسليم الأموال على سبيل البيع أو الإجارة أو الاستعمال.⁽¹⁾

ومثال ذلك التعهد بتوريد مقدار معين من الأغذية على المستشفيات أو الملاجئ أو توريد الملابس والوقود للسفن والطائرات ووسائل النقل الأخرى، فالتوريد يفترض من جانب المتعهد المورد القيام بسلسلة من عمليات تسليم أموال وبضائع ليست لديه ساعة العقد وإنما يلتزم بالحصول عليها وتوريدها فيما بعد.⁽²⁾

ولما كان التنفيذ في عقد التوريد، يجري من خلال عمليات تجهيز متعاقبة، مما يجعله يأخذ شكلاً خاصاً مستقلاً عن العقد الفوري أو عقد المدة العادي، فقد تقررت له أحكامه وأسسها التي تميزه عن العقد الفوري أو عقد المدة العادي،⁽³⁾ وأن المبادرة في هذا العقد، تتجسد بالمبادرة الدورية من قبل المورد في تجهيز المورد له في المدة المحددة، وهذا يعني أن تنفيذ الالتزام لا يكون من قبل المشتري ابتداءً في عقد التوريد كما في البيع التقليدي، وإنما من قبل البائع أو المورد،⁽⁴⁾ فيكون للمشتري أو المورد له الحق في مطالبة البائع أو المورد بتسليم الدفعة المتفق عليها في الوقت المحدد لها، وإن لم ينقده الثمن أو المقابل كما في البيع العادي، لأن اتفاق التوريد قد إنعقد وأصبح نافذاً ملزماً لأطرافه وخصوصاً المورد من وقت إنعقاده صحيحاً، لذا لا يصح له أن يحتج بعدم تسلم الثمن أو المقابل، ويمتنع عن التجهيز، لأن ذلك سيكون خلافاً لرغبة المتعاقدين باللجوء إلى عقد التوريد في تنظيم العملية التجارية فيما بينهما، لأن عقود التوريد هي في الأصل عقود ذات التنفيذ المتتابع،⁽⁵⁾ فالكيفية التي تجري بها المبادرة إلى تنفيذ عقد التوريد، تجسد خاصية التنفيذ المتتابع لعقد التوريد، حيث يعتمد على الاتفاق المبرم بين أطرافه، بحيث يجري من خلاله تثبيت الوضع المراد المضي به بموجب العقد المستمر، ولكي

(1) زينة وليد فاضل، عقد توريد الخدمات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة النهرين، بغداد 2008، ص 9.

(2) اسعد محمد عناد الدليمي، مسؤولية الطبيب العقدية عن اعمال تابعيه، رسالة ماجستير، كلية القانون في جامعة الفلوجة، 2022، ص 7.

(3) د باسم محمد صالح، المرجع السابق، ص 63.

(4) نمر صالح محمود دراغمة، عقد التوريد في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح في نابلس، فلسطين، 2004، ص 7.

(5) جاك غستان، تكوين العقد، ط 2، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008، ص 42.

يكون ملزماً لأطرافه باستمرار فاعليته وقوته، وأنَّ العَقدَ يعتبر الأداة لتنفيذ المحل فيه، بظروف من الأمان والاستقرار والائتزان، فعقد التوريد إنَّما وُضع لأجل تنفيذه بتتابع.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للمبادأة في تنفيذ الإلتزامات التَّعاقُديَّة

تأرجح الطبيعة القانونيَّة للمبادأة بين ثلاثة إتجاهات:

أولها يذهب إلى كون المبادأة إلتزام قانوني.

بينما الثاني يذهب إلى كونها عمل مادي.

في حين يذهب الثالث إلى عدّها مكنة أو رخصة للمتعاقد، يكون له الأخذ بها أو لا.

ولغرض التعرّف على الطبيعة القانونية للمبادأة وبيان الرأي فيه، لا بد لنا أن نستعرض مضمون هذه

الإتجاهات، ونضعها في ميزان التقييم، لكي نصل إلى التكييف القانوني الصحيح للمبادأة.

وهو ما يدفعنا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأوّل المبادأة إلى تنفيذ

الإلتزامات التَّعاقُديَّة من حيث كونها التّزام، وسنتناول في المطلب الثَّاني المبادأة إلى تنفيذ الإلتزامات التَّعاقُديَّة

بوصفها واقعة، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأوّل

المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التَّعاقُديَّة بوصفها التّزام قانوني

إنَّ إتّجاه توصيف المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التَّعاقُديَّة كالتّزام قانوني، لا يستند إلى فراغ، وإنَّما يقوم على

أساس قانوني يسبغ على المبادأة هذا التوصيف، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنَّه بالرغم من أنَّ إسباغ وصف الإلتزام على المبادأة له أهمّية في الواقع العملي، إلّا أنَّ

التساؤل المهم هنا، هو هل يمكن أن يصدق هذا التوصيف على جميع صور المبادأة في تنفيذ الإلتزامات

التعاقدية؟ ممّا يعني ضرورة الوقوف على أساس توصيف المبادأة إلى تنفيذ الإلتزام التعاقدية كالتّزام، في فرع

أول، وبيان أهمّية توصيف المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية كالتّزام، في فرع ثانٍ، وكالاتي:

الفرع الأول: أساس توصيف المبادأة إلى تنفيذ الإلتزام التعاقدي كإلتزام: يمكن أن نبين المبادأة في

تنفيذ الإلتزامات التَّعاقُديَّة بوصفها التزام قانوني، في كل من التعاقدات التقليدية، المبادأة يمكن أن توصف بأنها التزام قانوني، فهي حق شخصي للمتعاقد الدائن، والمتعاقد المدين هو من يلتزم بالمبادأة، ويبادر إلى التنفيذ، كالإلتزام مفروض عليه أيضاً، مستمد من قوة العَقد من جهة، ومن القانون من جهة أخرى، فالطرف الذي يقبل أن يكون الاتفاق هو الفيصل الحاكم بينه وبين المتعاقد الآخر، فإنَّه قد قبل ضمناً أنَّ القانون الذي أباح التعاقد، هو المصدر غير المباشر لنشوء هذا الإلتزام عند نشوء العَقد، وبهذا المعنى للمبادأة قد ينطبق على بعض صور المبادأة، خصوصاً المبادأة الاتفاقية، عندما يكون هناك اتفاق بين المتعاقدين أو ينص القانون على من يبدأ أولاً بتنفيذ إلتزامه العَقْدي، فبموجب (المادة ٦٩) من القانون المدني العراقي يعرف الإلتزام أو الحق الشَّخصي بأنَّه: " رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاه الدائن بأن ينقل حقّاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل".⁽¹⁾

وعلى ذلك، فإنَّ المبادأة في تنفيذ الإلتزام التَّعاقُدي، بوصفها إلتزام ناتج عن العَقد خصائص عديدة، أهمها:

1- الإلتزام بالمبادأة رابطة قانونية: فالإلتزام رابطة قانونية بين الدائن والمدين، وهو قيد يرد على ارادة المدين يقيد من حريته لصالح الدائن، يفترض أن يقوم بتنفيذ مقتضى هذا الرابطة طواعية، وإلاَّ تمَّ ذلك التنفيذ قسراً بمعاونة السلطة العامة عند الضرورة، بإجبار المدين على تنفيذ التزامه، فالأصل أن يتم الوفاء اختياراً من قبل المدين، وبخلاف ذلك يخوّل الدائن اللجوء إلى التنفيذ القهري لاستيفاء حقه، فالإلتزام في ذاته لا يُمكن أن ينتج أثراً ما، إذ هو أثر لمصدره الذي أنشأه وأعطاه قوته الملزمة، وكل ما يجب أن نعرفه هنا الأحكام التي تطبق على الإلتزام من حين نشوئه إلى حين زواله وانقضائه، وحكم الإلتزام هو وجوب تنفيذه، وهذا الوجوب إنما يضاف إلى مصدره الذي انشأه وأعطاه قوته الملزمة.⁽²⁾

(1) أما الفقرات 2 و3 من المادة (69) فنصّت على أن: "٢- ويعتبر حقاً شخصياً الإلتزام بنقل الملكية أياً كان محلها نقداً أو مثليات أو قيميات، ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الإلتزام بتسليم شيء معين 3-ويؤدي التعبير (الإلتزام) وبلفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي)".

(2) د. عصمت عبدالمجيد بكر، تنفيذ الإلتزام في القوانين المدنية العربية، تنفيذ الإلتزام في القوانين المدنية العربية: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ومشروع القانون المدني العربي الموحد في ضوء أحكام القضاء مع الإشارة إلى أحكام القوانين المرافعات والتنفيذ، منشورات زين الحقوقية، بيروت 2017، ص 6.

2- إنَّ الالتزام بالمبادأة فيه إلزام شخصي بالقيام بعمل: الحق الشَّخصي يفترض وجود رابطة بين شخصين، الأول هو صاحب الحق الشَّخصي (الدائن)، وبين الملتزم (المدين)، ولا يستطيع الدائن الذي هو صاحب الحق الشَّخصي، الحصول على محل حقه، إلَّا بتدخل الطرف الآخر (المدين) للقيام بعمل إيجابي، ومن ثم فإنَّ تنفيذ محل الحق الشَّخصي لا يجري إلَّا بواسطة هذا الأخير،⁽¹⁾ ولا يهم إن يكون الشخص هنا طبيعياً أو معنوياً، فالعبرة في الالتزام أن تكون الرابطة بين شخصين؛ ذلك أن الالتزام هو الوجه الثاني للحق الشَّخصي.

3- إنَّ الالتزام بالمبادأة إلزام بنتيجة يتضمَّن عبئاً مالياً: فالالتزام بالمبادأة لا يكون إلَّا إلزاماً بنتيجة، حيث يطلب من المدين تحقيق نتيجة مفادها البدء بتنفيذ الإلتزام التَّعاقدِي، وإلَّا كان مسؤولاً عن عدم تحقق النتيجة المرجوة، وتحقيق النتيجة يتطلَّب بطبيعة الحال تحمُّل عبء مالي، فهذا الالتزام يمكن أن يكون اعطاء شيء أو نقل ملكية الشيء، أو قد يكون ممارسة عمل معين، وذلك بعكس الإمتناع عن القيام بعمل، حيث أنَّ إمتناع المدين عن المبادأة بتنفيذ الالتزام، سيجعله عرضة للمسؤولية، وسيكون إمتناعه سبباً للفسخ والمطالبة بالتعويض أيضاً، وهذا ما يجعل للمبادأة صفة الفاعلية والأثر القانوني.

4- المبادأة إلزام يمكن أن يكون مصدره المباشر إتفاق المتعاقدين، وذلك عندما يحدد المتعاقدان الطرف الذي يبدأ بالتنفيذ، فيكون هذا الإلتزام بصيغة بند تعاقدِي ضمن بنود العَقْد، أو يكون مصدره القانون فيكون من صنف الإلتزامات القانونية التي يكون مصدرها هو نص القانون ذاته، ووسيلة معرفة الإلتزام القانوني بالمبادأة وتحديده، يكون بالرجوع إلى النصوص القانونية، فأينما نجد نصاً ينشئ التزاماً بالمبادأة، فإننا نكون أمام التزام قانوني.⁽²⁾

إنَّ يُبنى على ذلك، أنَّ المبادأة هي رابطة شخصية والاعتماد على طرفي الإلتزام وتغليبها على موضوع الإلتزام،⁽³⁾ ينبع عنه تحديد طبيعة المبادأة بأنها التزام قانوني بالمعنى القانوني الفني.⁽⁴⁾ وإنَّ الإلتزام القانوني ينبع من القوة العَقْدية وتأثيرها على أطرافها، فالعَقْد لا يجوز نقضه إلا للأسباب التي يقررها القانون، وإن العَقْد المبرم

(1) وليد صالح نعمة، إثبات حسن النية، المرجع السابق، ص 62.

(2) د. جعفر الفضلي، الوجيز، المرجع السابق، ص 196.

(3) د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، التكييف القانوني لاعتبار الشخصي في التعاقد، بحث منشور في مجلة المعهد، معهد العلمين للدراسات العليا، العدد 5، النجف الأشرف، 2021، ص 17-18.

(4) د. عصمت عبدالمجيد بكر، المَرَجُّعُ السَّابِقُ، ص 9.

بالاتفاق إذا انعقد صحيحاً فإنه يكون نافذاً ويكون ملزماً لعاقديه، إذ يتعين عليهما الانصياع له والوفاء بالالتزامات الناجمة عنه، كما لو كان القانون نفسه هو الذي فرض عليهما هذه الالتزامات،⁽¹⁾ فالعقد بالنسبة للمتعاقدين، يعتبر قانونياً للمتعاقدين أو بتعبير آخر هو "شريعة المتعاقدين".⁽²⁾

كما أنّ المبادأة يُمكن أن تكون التزاماً، ولكنها التزام ناشئ عن عقد، أي أنها بند من بنود العقد، ومن ثمّ يكون قيام بعمل والتزام ايجابي، والتزام محدد، فيه شخصية المتعاقد محل اعتبار، وهي التزام فوري، ولكن ليس كل صور المبادأة هي التزام، وإلا كان تسميته واحدة، ألا وهو الالتزام بالمبادأة، لكنّ الواقع أنّ المبادأة ليست على طبيعة واحدة، فقد تتحقق في أوضاع ليست التزامات، وهي التزام قانوني في بعض الاحيان، عند غياب الإتفاق الارادي على المبادأة، فالقانون هو الذي حدد من يجب عليه المبادأة، وما على المدين إلا التنفيذ، والتنفيذ المقصود هنا، هو التنفيذ العيني الإختياري، وليس التنفيذ بمقابل أو التنفيذ الإجباري.

فالتنفيذ الذي يهدف إليه المتعاقدون في الإلتزام بالمبادأة، وكذلك القوانين، هو التنفيذ العيني للالتزام، أي أن يقوم الطرف المدين بالالتزام بالبداية بتنفيذ عين ما التزم به، لأنّ الدائن عند إقدامه على التعاقد على أمر معين إنّما أراد في قرارة نفسه أن يؤدي المدين التزامه المحدد بالعقد، بحيث هو قد رتب مسبقاً كل شؤونه بما ينسجم وآثار هذا العقد، وهو ما قصده المشرع العراقي في نص (المادة 246) من القانون المدني العراقي، والتي جاء فيها: "1- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً. 2- على أنّه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً"، وفي هذا النص دلالة واضحة على إلزام القانون المتعاقد المدين، بأن يقوم بتنفيذ إلتزامه، بإختياره، وإلا أجبر على ذلك، متى كان ذلك ممكناً، إذا كان ذلك لا يشكل إرهاباً على المدين، وإلا فيصار إلى التعويض، إن لم يستطع المدين تنفيذ التزامه عيناً.⁽³⁾

(1) د. شيرزاد عزي سليمان، وم.م يونس عثمان علي، مبدأ القوة الملزمة للعقد واسسه القانونية، بحث منشور في مجلة قه لاي زانست العلمية، المجلد 5، العدد 3، صيف 2020، ص 388.

(2) د. شيرزاد عزي سليمان، م.م يونس عثمان علي، المرجع السابق، ص 288.

(3) كما نص على ذلك أيضاً المشرع المصري في (المادة 215) من القانون المدني المصري، بالقول: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ".

ومن الأحوال التي تكون فيها المبادأة إلزاماً بحكم القانون، ما نصّ عليه قانون الاستثمار العراقي النافذ، في (المادة ١٤/أولاً) منه، على أن: "إشعار الهيئة الوطنية للاستثمار أو هيئة الإقليم أو المحافظة حسب الأحوال خطياً فور الانتهاء من تركيب الموجودات وتجهيزها لأغراض المشروع وتاريخ بدء العمل التجاري"،⁽¹⁾ فقد أوجب القانون ذلك بشكل مباشر، فأوجب على المستثمر تثبيت حالة البدء وتاريخها.

الفرع الثاني: أهمية توصيف المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية كالإلتزام: لما كانت المبادأة بحسب وجهة النظر هذه، توصف بأنها إلتزام مصدره العقد أو القانون، فإن ذلك يجعل لها أهمية خاصة في الواقع العلمي، إذ لا بدّ من قيام الطرف المدين بتنفيذ التزامه بالبدء بتنفيذ إلتزاماته العقدية، بعد تمام التعاقد أو في الوقت المحدد لتنفيذ الإلتزامات التعاقدية، والمتعاقد المبادئ بذلك يمكن أن يلزم بالبدء بالتنفيذ العيني الجبري، ويجبر على أداء عين التزامه عند توافر شروط معينة، إذا ما إمتنع عن أداء هذا الإلتزام التعاقدية، بحيث يحق للدائن المطالب بالدين باللجوء إلى السلطة العامة، وتفعيل الطرق القانونية لتنفيذ هذا الإلتزام جبراً على المدين، وتكون للمبادأة بالتنفيذ هنا بوصفها إلتزام تعاقدية أهمية خاصة، تتجلى صورتها في المنفعة الاقتصادية للتنفيذ العيني، وتعكس أهمية المبادأة بحسب تصنيفات العقود الملزمة للجانبين أو عقود المعاوضة أو العقود المسماة.⁽²⁾

والقول بخلاف ذلك لا يجعل من توصيف المبادأة على أنها إلتزام، فائدة عملية، إذ سيكون للمبادأة هنا دوراً مهماً في قطع شوط المماثلة التي قد يمارسها الطرف المدين في العقد،⁽³⁾ وبذلك تكون سبباً يؤسس للفسخ، إذا لم يتم المدين بالمبادأة بالأداء طبقاً للاتفاق، وحسبما ارتضاه الأطراف.

فالمبادأة بتنفيذ عقد البيع الوارد على منقول مثلاً، ذهب المشرع العراقي في القانون المدني العراقي النافذ، بموجب نص (المادة 536) منه، على أن: "على البائع ان يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن،

⁽¹⁾ وذلك في قانون الاستثمار الوطني رقم (13) لسنة 2006 والمعدل بالقانون رقم (2) لسنة 2010 والقانون (50) لسنة 2015.
⁽²⁾ وان العقد يقتصر في تنفيذه على ما هو وارد فيه، فاذا نص على المبادأة اعتبرت التزاماً مضافاً إلى الإلتزامات الأخرى، وقد نصت (المادة 148) الفقرة (2) من القانون المدني المصري التي تنص على أن: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام".
⁽³⁾ د. جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 76.



ولو اشترط اخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز"، فإنَّ البائع بالأصل عليه ان يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري عند نقده الثمن، أي أنَّ الالتزام الذي ينفَّذ أولاً هو نقد الثمن من قبل المشتري، ثم يقوم بعد ذلك البائع بتسليم المبيع وتوابعه له، فالالتزام البائع يكون أكثر مشقّة وأصعب في التنفيذ من التزام المشتري، من إلزام المشتري بدفع الثمن، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإنَّ المبادأة في العقود الواردة على عقار، وهي عقود شكلية بحكم القانون، فبالنسبة لموقف القانون المدني العراقي، نصت المادة (508) منه على أنه: "بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة التسجيل المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون"، وكذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (1126) على أنه: "العقد النقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً"، وأيضاً نصت المادة (3) الفقرة الثانية من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، بأنه: "لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري" فالأصل أن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري، حيث غرض المُشرِّع من الشكلية هو تحقيق المصلحة العامة واستقرار المعاملات في المجتمع، ونفي أسباب المنازعات بتأشير التصرفات القانونية التي ترد على عقار في التسجيل العقاري، بغية تعريف الغير بها حفاظاً على حقوقهم.⁽¹⁾

وتتضمَّن الشكلية المطلوبة هنا، (التسجيل) كركنٍ رابعٍ في العقد الوارد على عقار، بحسب أحكام القانون العراقي، إضافة إلى أركان العقد الرضا والمحل والسبب، نتيجة الضرورة العملية،⁽²⁾ ففيها إشارة ضمنية إلى أنَّ عبء المبادأة يجري على المشتري بدفع الثمن، ومن ثم يجري الشروع بإجراءات التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة من قبل البائع، لأن دفع الثمن في عقد البيع، يكون بواسطة النقود، والنقود من الأشياء المثلية

(1) يذهب بعض الفقه إلى أنَّ الاتفاق الذي يتم بين الطرفين قبل الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري اتفاق صحيح لاستيفائه شروطه وأركانه اللازمة، ولكنه لا ينتج أثره، وهو انتقال الملكية، حتى إتباع إجراءات التسجيل بدائرة التسجيل العقاري فنكون بذلك أمام عقد صحيح وليس عقداً باطلاً... للمزيد في ذلك ينظر: د. درع حماد عبد، فكرة السبب الصحيح كأساس لطلب التملك في العهد بنقل ملكية عقار، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهدين، مجلد 20، العدد 2، 2018، ص 28.

(2) بالاستناد إلى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧ وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٤٢٦ بتاريخ ١٢ هـ / ١٢/١٩٨٣ المعدل للقرار السابق، للمزيد ينظر: د. صدام فيصل كوكز المحمدي ولمياء عواد خلف الزيابي، مظاهر الوجود الواقعي للعقد، الوفاء مع الحلول والبيع الخارجي للعقار إنموذجاً، بحث منشور في مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 12، العدد 1، الجزائر 2024، ص 19.

التي يمكن استبدالها إذا تلفت أو هلك، حيث يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، أما نقل الملكية العقارية، فيتطلب اجراءات ومشقة على البائع، يمكن أن يتحمل فيها أعباء مالية، ولهذا يكون التزام البائع تابع لالتزام المشتري، وهذا الوضع قد قرره المشرع بشكل إلزام على الطرف المتعاقد لإنفاذ العقد وتفعيله على أرض الواقع، ونفي حالة التوقف أو الانتظار التي تجعل العقد في وضع شاذ، لا يعرف منه مصير الشيء المعقود عليه، ويعطل انتفاع أحد العاقلين بما تقرر له من حقوق بالعقد المتوقف، لذلك لم يكن بُدّ، من تحديد من يبدأ بتنفيذ إلتزامه، خلال مدة قصيرة يتبين بانقضائها مصير العقد من حيث النفاذ أو الفسخ.⁽¹⁾

ورغم وجاهة هذا التوجه والصحة الظاهرة فيه، إلا أنه لا يمثل توصيفاً جامعاً مانعاً للمبادأة، إذ لن تظهر المبادأة على الدوام بصيغة إلتزام إتفاقي أو قانوني على الدوام، إذ يمكن أن يكون مصدرها القضاء، ومعلوم أن الحكم القضائي ليس من مصادر الإلتزام المدني، كما أنها المبادأة كوضع تتداخل فيه موجبات القانون مع ظروف الواقع، والأحوال والملابسات التي تحيط بالتعاقد، مما يعني أن توصيفها بكونها إلتزام قانوني في كل الأحوال ليس دقيقاً.

⁽¹⁾ ولهذا نصت المادة (١٣٦/٢) من القانون المدني العراقي فيما يخص حالة وقف العقد، على أنه: "يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في خلال هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد، اعتبر العقد نافذاً" فلا يجب أن يبقى العقد موقوفاً لمدة غير محددة، فلا يجوز أن تطول فترة التوقف أكثر مما هو مطلوب لأخذ الإجازة ممن له الإجازة مثلاً، لذلك حدّد المشرع مدة زمنية لمن تقرر الوقف لمصلحته، يجب ان يأخذ قراره خلالها،... للمزيد ينظر: د. عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الإلتزام، ج1، المكتبة القانونية، بغداد 1980، ص118.

المطلب الثاني

توصيف المبادأة في تنفيذ الإلتزام التعاقدية على أنها واقعة

في ظل هذا الإتجاه، نجد طرحين متميزين، يذهب أولهما إلى إعتبار المبادأة في تنفيذ الإلتزام التعاقدية واقعة مادية، بينما يذهب إتجاه آخر إلى عدّها مكنة قانونية، يمكن ان نفصل في كلا الرأيين في فرعين، كالآتي:

الفرع الأول: المبادأة إلى تنفيذ الإلتزامات التعاقدية واقعة مادية: توصف المبادأة في سياق هذا التوجّه، بأنها واقعة مادية، تتجسّد بعمل مادي يقوم به أطراف العقد، في سياق إلتزامهم في تنفيذ العقد المبرم بينهم، وتتميز بكونها ضمن أحكام اصل الاتفاق بين الأطراف، إذا تم النص عليها صراحة في متن العقد، فالمبادأة كعمل مادي، تمثل إنعكاساً واقعياً لنفاذ العقد، تنشط من حيث توجد في اتفاق مكتوب أو نص قانوني أو حكم قضائي بات، فتكون المبادأة والحال هذه، غير محددة بنوع معين من أنواع الاداء، فقد تكون بشكل عمل أو امتناع أو أداء مرتبط بشيء معين.

وتُعرف الواقعة المادية بأنها حدث يقع في عالم الواقع، يمكن تصويرها أو وصفها بشكل محايد دون تدخل قانوني، ويمكن أنْ نتصوّر المبادأة على هذا النحو، بصيغة أحداث وأعمال مادية مثل التسليم والافراز والحراسة، وغيرها من الأفعال المادية المرتبطة بتنفيذ العقود، وتختلف الواقعة المادية عن الإلتزام القانوني، فالإلتزام يعد من قبيل التصرفات القانونية، والتي هي اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، سواء كان بقصد إبرامه أو بقصد حله، وسواء كان بإرادتين أو بإرادة واحدة،⁽¹⁾ وبهذا يظهر أن التصرف القانوني قد يُنشئ حقوقاً شخصية أو يُكسب حقوقاً عينية، فالصورة الواقعية للمبادأة تظهر في الواقعة المادية وفي الإلتزام القانوني، بينما الواقعة القانونية هي واقعة مادية يترتب عليها أثر قانوني، وهذه الواقعة قد تكون بإرادة الإنسان كبناء عقار أو نقل مركبة أو استيلاء على أموال أو حيازة عقار، وقد تكون من غير إرادته كالموت، وبهذا يظهر أن الواقعة القانونية أيضاً قد تنشئ حقوقاً شخصية أو تكسب حقوقاً عينية.⁽²⁾

(1) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون، نظرية العقد والارادة المنفردة، ج1، دار الكتب القانونية، مصر، المنشورات الحقوقية، لبنان، بيروت، 1986-1987، ص39.

(2) صالح الخروصي، التصرف القانوني والواقعة القانونية بين التوثيق والإثبات، ص2. متاح على الرابط الإلكتروني الآتي:

<https://alwatan.om/details/483038> تاريخ الرجوع في 2023/6/27



وعلى ذلك، فإنَّ المبادأة باعتبار أنها صورة للتصرفات المادية التي يقوم بها طرف، ما هي إلا عملاً مادياً مفاده: المبادرة إلى تنفيذ العقد، ومما يوضح هذا النظر، فكرة بقاء المستأجر في المأجور بعد انتهاء العقد المحدد المدة، فهذه واقعة مادية تدل على اتفاق تجديد العقد، وعدم تغيير آثار العقد السابق على العقد، فالمبادأة هي واقعة مادية لو قام بها المتعاقدين وتترتب على ذلك ان المبادر إلى المبادأة، يتكيف مع الظروف التي وردت بالعقد، لكي ينفذ وفقاً لما اتفق عليه، كما أنَّ المبادأة الواردة في نص المادة (1005) من القانون المدني العراقي، قد وضحت شروط يجب تحققها لكي ينتج الحكم على هذه الواقعة بأنها مادية، وهي ان تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة، أي فيها إضافة للموضوع المطروح، وإن يكن من الممكن تحملها لو الحقت بالواقعة المعروضة أي لا يُمكن أن يكون سرد لقضية لا يُمكن أن تتسجم مع الدعوى ووقائعها.⁽¹⁾

الفرع الثاني: المبادأة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية مكنة: على وفق هذا الإتجاه، فإنَّ المبادأة توصف بأنها مكنة، والمكنة هي منزلة وسطى بين الرخصة والحق، فهي أعلى مرتبة من الرخصة وأدنى من الحق، وقد عرّف الفقه المكنة بأنها "ميزة تُعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص في أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته".⁽²⁾ والمكنة هنا تعطي معنى الإمكانية في المبادأة، بمعنى أن المبادأة يمكن ان تحصل، ويمكن أن لا تحصل بحسب الأحوال، وبذلك يستطيع الطرف المتعاقد (المبادئ) أن يقوم بالبدا بمحض إرادته وإمكانيته، ولا يحتاج إلى موافقة الطرف الآخر، لأنه ينتظر منه المبادأة أصلاً، ولذلك يمكن في حالة عدم المبادأة أن يلجأ الدائن إلى القضاء، وللمحكمة السلطة التقديرية في ذلك، كون هذه المكنة ينبغي أن لا يفهم أنها مكنة مطلقة، وإنما هي مقيدة بشروط قانونية، يخضع تقديرها ومراعاتها لسلطة القاضي التقديرية⁽³⁾، على وفق ظروف الحال ومقتضيات الوضع الجديد.

(1) وفي هذا السياق نصّت (المادة 1005) من القانون المدني على أنه: "يصح الاتفاق على اعفاء المؤمن من الضمان إذا كان المستفيد دون رضا من المؤمن قد دفع إلى المتضرر تعويضاً أو اقر له بالمسؤولية، ولكن لا يجوز التمسك بهذا الاتفاق، إذا كان ما اقر به المستفيد مقتصرًا على واقعة مادية أو إذا ثبت ان المستفيد ما كان يستطيع ان يرفض تعويض المتضرر أو ان يقر له بحقه دون ان يرتكب ظلماً بئناً.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج2، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة 1954، ص 9.

(3) قارن مع: ثارم محمد صالح سعيد: المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق، دار الكتب القانونية، 2010، ص 33.



ولمّا كان مبدأ العَقْد شريعة المتعاقدين يسري على كل العقود، فإنّه من حق أي طرف أن يمارس حقه بالعدول عن التعاقد أو عن التنفيذ، إن كان هنالك ما يسوغ له ذلك، وهناك من الفقه من يقارب بين الرخصة والمكنة القانونية، كونهما محض إرادة شخص، تعطيه إمكانية الاختيار بين عدة خيارات، وتقرر لشخص ما إستثناء من الأصل، فالأصل في القانون تمتعه بالصفة الملزمة، ومنح الرخصة يعد خروجاً على هذا الأصل، لكن بغية تحقيق نوع من التخفيف والتيسير تمّ إقرار هذه الرخصة، مع مراعاة أنّ الرخصة تقتصر على صاحبها فقط، الذي يكون مخيئاً بين بدائل محددة، في حين أن الحرّية تثبت لجميع الناس، وبذلك تختلف عن الحق بأنّها قاصرة على بدائل محدودة، بينما يكون نطاق الحق أوسع، وليس من شأنه التضييق على صاحبه بخيارات محددة، إلى جانب ذلك أن الرخصة تعد طارئة في حين أن الحق يعدّ أصلاً.⁽¹⁾

ووفق هذا التصرّ، فإنّ المبادأة كمكنة يمكن أن تقترب من الرخصة، كون الأخيرة تستند إلى إجازة قانونية أو قدرة واقعية، يسمح بمقتضاها المُشرّع ممارسة الحرية والتمتع بها في الحدود التي تقتضي ممارستها. وهي بهذا المعنى مُرادفة لمعنى الحرية، وعلى النقيض من الحق إذ لا تتطلب وجود رابطة قانونية وتجعل الأفراد في مركز واحد من حيث السلطات المخولة لهم، لذلك هي بعيدة عن فكرة الاستثناء، والحرّيات أو الرخص لا تعد حقوقاً بذاتها، ولكنها تنشئ حقوقاً عند إنشاء رابطة قانونية تُعطي شخصاً تخوياً يضم عنصرين هما: التسلّط والاقتضاء على وجه الإنفراد، كحرية العمل والتنقل والتملك.

فالفارق بين الحقوق من جانب والحرّيات أو الرخص القانونية من جانب آخر، كالفارق الذي يكون بين الطريق العام والخاص، فالأول يختص بشخص معين اختصاصاً استثنائياً مانعاً، والثاني يشترك كافة في استعماله من غير استثناء،⁽²⁾ إذ تقتصر الدلالة القصدية للرخصة على معنى أكثر تحديداً، فالرخصة تؤسس نوعاً من المزايا القانونية لأصحابها،⁽³⁾ وهي بمثابة سلطات تستمد من الخيار الممنوح من القانون، لمن يملكها فيُنشئ مركزاً قانونياً أو يحول دون نشوئه.⁽⁴⁾

(1) ينظر د. درع حماد الدليمي: إنهاء العقد غير المحدد المدة، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، العدد الخامس، شباط، ٢٠١٢، ص 7.

(2) يُنظر د. حسن كيرة، المدخل الى العلوم القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1969، ص ٤٤١.

(3) أشار إليه د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ، ط ١، دار وائل للنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٦، ص ٤٠٢-٤٠٣.

(4) احمد فائز عبد حميد، فسخ العقد من غير اخلال، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة الفلوجة، 2021، ص 43.

وبموجب هذه النظرة فإنَّ تعسف المتعاقد في استعمال مكنته هذه، وقيامه بعدم المبادأة، بدون سبب، فإنَّه يؤدِّي بهذه الحال إلى إعاقة الدائن من تنفيذ التزامه المقابل، وهذا التعسف الذي يُعد خطأ في جانب المدين، ويعد سبباً يعفي الدائن من مسؤولية عدم التنفيذ، ويتجلى هذا الخطأ في خروج المدين المتعسف على مقتضيات الثقة المتبادلة والتعاون والتنسيق المتبادل بين طرفي العقد، لتحقيق الغرض المتوخى من التعاقد.⁽¹⁾

والرخصة طبقاً لهذا التصوّر لا تصلح أن تكون وصفاً للمبادأة في تنفيذ الإلتزامات التّعاقديّة، لأنَّ الرّخص مُختلف في مضمونها، وتأتي في معنيين إبّاحة عامة وإبّاحة خاصة، فالعامة ترتكز على فرضية غير مقبولة قد تهدر قيمة القوة الملزمة للعقد، وأثر ذلك العقد بالنسبة للأشخاص عن طريق السماح لمن لا علاقة له بالعقد أن يتدخل فيه، خلافاً لما يبتغيه القانون، ومن جانب آخر إن الإبّاحة الخاصة، لا تتسجم مع المبادأة لأنّها تمثل مرحلة أولى لسريان العقد، وترتبط بتكوين العقد على النحو المذكور سلفاً، إلى جانب أن الأخير خلط بين معنى الرخصة و(السلطة) التي قد تدخل في مفهوم الحق.

وهناك من الشراح من يجمع بين المكنة والرخصة القانونية، لكونهما محض إرادة الشخص تخوّله إمكانية الاختيار بين خيارات معينة، وتقرر لشخص معين بصفة استثنائية من الأصل، إذ إنّ الأصل في العقد تمتعه بصفة ملزمة، ومنح الرخصة يُعدّ خروجاً على ذلك الأصل لكنها قررت بغية تحقيق نوع من التيسير والتخفيف، ويضيف صاحب هذا الرأي أن الرخصة تقتصر على صاحبها الذي يختار بين بدائل مُحددة، في حين أن الحرية إبّاحة عامة تثبت لجميع الناس، وتختلف عن الحق في أنها تقتصر على بدائل محدودة لكن نطاق الحق واسع ولا يقيد صاحبه بخياراتٍ مُحدّدة، إلى جانب أن الحق يُعدّ أصلياً، في حين تُعدّ الرخصة طارئة.⁽²⁾

ومن خلال ما تقدّم، فإنّنا نرى بأنّ المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، ما هي إلّا وضع خاص، فهي ليست رخصة بالمعنى الذي بيّناه سلفاً، فهي ليست منه في شيء، إلّا أنّها ممكن أن تكون مكنة أو رخصة فيما تقدم بشكل ضيق، فإنّنا نخلص إلى أنّ المبادأة هي وضع قانوني خاص له طبيعة وأساس خاص بها.

فاذا قلنا بأنّ المبادأة رخصة قانونية، فهذا يعني أنها رخصة قانونية محددة بهذا الجانب دون غيره، فهذا يعني أنّ الرخصة القضائية لا يمكن تصور وقوعها هنا، وإذا قلنا بأنّ الرخص أصلها الاتفاق، ويحكم تنظيمها القانون، فيبقى أمامنا عقبة كأداء، تتعلّق بمرحلة وجود الرخصة، فكيف نقول أنّ المبادأة رخصة، والأخيرة بحسب

(1) عبدالجبار ناجي الملا صالح، المرجع السابق، ص 181-182.

(2) ينظر د. درع حماد الدليمي، انتهاء العقد غير المحدد المدة، المرجع السابق، ص ٧.



القائلين بهذا الرأي، تنشأ في مرحلة نشوء المراكز القانونية، في حين أنّ المبادأة تتعلّق بالمرحلة التالية لمرحلة النشوء، ألا وهو مرحلة التنفيذ، وهو ما يعني عدم انسجام الرخصة مع المبادأة لكون انهما لا يلتقيان في المرحلة الاولى للعقد.⁽¹⁾

وهنا نرى، بأنّ الفارق كبير بين المبادأة والرخصة، فالرخصة تعتبر مخرج لإنهاء العُقد بالفسخ، وإنهاء حالة التعليق أو التوقّف المملة في العُقد، ووسيلة للخلاص من حالة التراخي بالتنفيذ، بينما المبادأة هي وضع خاص يسهم بتنفيذ العُقد، وليس فسخه في الوهلة الاولى، والنية الاولى للأطراف بالتعاقد والتنفيذ.

فالتعميم لكل حالة من حالات المبادأة على انها رخصة لا ينسجم معها كوضع قانوني ذو طبيعة خاصة بذاته، فهي مكنة مستمدة من القانون، يحق للمتعقد أن يمارسها أو لا يمارسها، وهذا ما يميزها كونها رخصة، ولكن، هذا خلل يعتبر بحسب رايانا لان الأطراف ليس مخيرون بالتخير المطروح بالرخصة عند تطبيق المبادأة وهذه من الهنات والضعف في اعتبار المبادأة هي رخصة قانونية، فهي اما موجودة أو لا، من ثَمَّ فإنّ استعمالها وعدم استعمالها بحد ذاته هنة وضعف، انما يعتبر مخالفا لمعنى المبادأة الحقيقي مدار البحث.

ونحن نرى أنّ الرأي الصحيح في الطبيعة القانونية للمبادأة، أنها وضع قانوني ذو طبيعة خاصة، يختلف التوصيف القانوني له بحسب الصور التي يظهر بها، فقد يكون التزاما ويُمكن أن يكون عملا ماديا ويُمكن أن يكون رخصة، حيث يتنوع الأساس القانوني للمبادأة، فليست كل صور الأساس القانوني منطبقة على جميع صور المبادأة، إذ أنّ هنالك صوراً لا تقترب من المبادأة بشيء.

ففي صورة المبادأة بصيغة الالتزام ان كان هنالك اتفاق عليها اصبحت المبادأة، التزام ولكن فيما لو لم يتم الاتفاق عليها فنحن لسنا بصدد مبادأة بصيغة التزام، على الأقل ليس جميع صور المبادأة، ممكن ان توضع ضمن دائرة الالتزام القانوني، فالأمر يقتصر على بعض صورها دون الأخرى، كما في صورة المبادأة بحكم القضاء فيما لو الزم الحكم البات بالمبادأة على طرف فهذا لا يعدّ التزاماً، فضلاً عن ذلك، فإنّه وبالرغم من ان المبادأة عمل، وهي عمل ايجابي وليس سلبي، إلّا أنّه ليس عمل مادي محض، لأنّ العمل المادي قد يمارس بشكل عشوائي وليس بشكل محدد مسبقاً، ومن ثَمَّ فهي ليست عملاً مادياً محضاً، لأنّه لو امتنعت عن المبادأة، وأنا كطرف في عقد ما، سأتحمل مسؤولية قانونية، باعتباري قد تنكرت لمقتضيات تنفيذ بنود العقد، واصبح هنالك إخلالاً في التنفيذ، ممّا يوجب تحمّل تبعة التعويض.

(1) احمد فائز عبد حميد، المرجع السابق، ص44.



كما أنَّ المبادأة ليست مكنة، فالمبادأة بالرغم من انها امكانية لطرف بأن يقوم بعمل ما، تجعل له من القوة بمكان بحث يتمكن من العقد ومن مجرياته وحيثياته الا انه هذه المكنة ممكن ان يمارسها أو لا يمارسها، ومن ثمَّ فقدت المبادأة جزء مهم من خصوصيتها بانها ضمانة، لأنها اصبح بإمكان المتعاقد أن يمارسها أو لا يمارسها، وهذا خلل يضرب صميم الديناميكية المرسومة لها في النص القانوني أو البند العَقْدِي أو الحكم القضائي الذي يقررها. ⁽¹⁾

فالرخصة يُمكن أن تمارس أو لا تمارس بخلاف المبادأة التي لا يُمكن أن يكون لطرف الخيار بها فهو يكون ملزم بها بحسب مصدرية العقد، باعتبار ان المبادأة من المسائل التفصيلية الجوهرية المهمة التي يجب ان ينص عليها العقد.

أما رأينا في الموضوع، فإنَّ الرأي الذي نراه صواباً في الطبيعة القانونية للمبادأة، أنَّها وضع قانوني ذو طبيعة خاصّة، يجمع بين مواصفات الإلتزام، من حيث كونها إلتزاماً بالقيام بعمل، من قبيل الإلتزام بنتيجة، ولكنّها تختلف عنه من حيث كون مصدرها يمكن أن يكون مختلف عن مصادر الإلتزام المعروفة، وهي بذلك تقترب في صفتها هذه من الواقعة المادية، حيث تتجسد بعمل مادي ليس هو الإلتزام التَّعاقُدي ذاته، وإنَّما هي مقدّمة ممهدة له، يمكن أن يقتضيها الإلتفاق وينص عليها المُشرِّع ويقر بها العرف ومبدأ استقرار التعامل، من أجل وتحقيق غايات العقد المرجوة، فهي تحقق منفعة آنية أو منفعة لاحقة على إتمام عملية التعاقد، وترتبط بمرحلة التنفيذ، فبالمبادأة يتم تنفيذ العقد، وبدونها لا يتم التنفيذ، ويبقى العقد معلقاً على نحو ينفي أي جدوى اقتصادية من العقد.

فالمبادأة بالشكل الذي تمَّ بيانه، هي التزام من نوع خاص بصيغة واجب يفرضه القانون أو الإرادة أحياناً ونقتضية الأخلاق بالإستناد إلى مبدأ حسن النية وحالة التعاون التي يفترض أن تسود العلاقة التعاقدية، ويفرضه القضاء بحكم بات أحياناً أخرى، وهي بهذا التوصيف، ليست إلتزاماً بالمعنى القانوني الفَنِّي الدقيق، الذي يفترض وجود رابطة قانونية بين شخصين، فهي التزام من نوع خاص يتداخل معه بعض الصور من القانون والارادة والقضاء، لكن يبقى له الخصوصية بالتنفيذ للالتزامات التعاقدية، فالمبادأة إلتزام ذا طبيعة خاصة، له تميز وخصوصية من الناحية القانونية، والعملية على السواء، فهي تسهم في انعاش العقد وتجسّد مفاعيل العقد على

(1) قارن مع: نأ رام محمد صالح سعيد، المكنة القانونية، المرجع السابق، ص 33.

- 41 -	التكييف القانوني للمبادأة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية المتقابلة: (دراسة قانونية)	- أ. د. صدام فيصل كوكز المحمدي، - بلال شاكر أحمد الحسناوي
--------	---	---

أرض الواقع، وتعكس في ذات الوقت انعاش وحركة التعاملات القانونية في المجتمع، بحيث أن العَقْد لو تمَّ عقده ونفذ، فلا أخلق من تنفيذه إلا أن يكون صورياً.

هذا وإنَّ الطبيعة الخاصة للمبادأة، جعلت منها منحى مهم في عملية تنفيذ الإلتزامات التَّعاقُديَّة، سواء كان العقد شكلياً أو رضائياً، فورياً أو مستمراً، فيمتزج أساس المبادأة القانوني – بالأخلاق، لما تعكسه المبادأة أهميَّة في الحياة القانونية والإجتماعية، فما يقدم عليه الأطراف في المبادأة يصبح مبادرة حسنة، ذات صيغة قانونية.

خاتمة

أولاً: النتائج:

1- إذا ما انعقد العَقْد صحيحاً، وجب تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه، يجب تنفيذ العَقْد بطريقة تتفق مع حسن النية، فمن مقتضى حسن نية المدين، حيث تتطلب المبادأة من الطرف المدين بها، القيام بفعل على نحو شخصي، يجسّد نيَّته في البدء بتنفيذ العَقْد، بغية الحصول على المزايا والحقوق التعاقدية والتحمّل بالإلتزامات التي ينتجها العَقْد، فهي تعكس مبادرة (شخصية) من المتعاقد، بصيغة نشاط إيجابي، يبتغي فيه ضمان عدم خضوعه للمسؤولية العَقْدية الناتجة عن عدم قيامه بتنفيذ التزامه التعاقدية، أو على الأقل استعداده لتنفيذ هذا الإلتزام.

2- المبادأة وضع قانوني ذو طبيعة خاصة، يختلف التوصيف القانوني له بحسب الصور التي يظهر بها، فقد يكون التزاماً، ويُمكن أن يكون عملاً مادياً، ويُمكن أن يكون رخصة، بحسب تنوُّع الأساس القانوني للمبادأة.

3- غاية المُشرِّع في النص على المبادأة في نصوص صريحة، ضمن أحكام العقود المسماة، هو لمنع حالة التماهي والتراخي التي تلعب بها الغايات الاقتصادية دورها، من قبل الطرف المتصل عن اداء التزاماته العَقْدية، بحيث يقطع المُشرِّع وجود المصلحة الخفية لدى الطرف الآخر الممتنع أو المتأخر عن التنفيذ، ومن ثمَّ فإنَّ النص على المبادأة، يأتي بفرضها فرضاً إيجابياً، حيث حددت النصوص القانونية، من يبدأ بتنفيذ إلتزامه أولاً.

4- المبادأة في تنفيذ الإلتزامات التَّعاقُديَّة في المجموعة العَقْدية مهمّة جدّاً، كونها لا تسهم فقط في تنفيذ العَقْد الذي إرتبط به المتعاقد مباشرة، وإنَّما سيسهم في تنفيذ الإلتزامات التَّعاقُديَّة الناتجة عن العقود الأخرى المرتبطة، سواء كانت تتكون من عقود متجمعة أو عُقود متعاقبة تستدعي أن يبادر كل طرف في عقود

المجموعة إلى تنفيذ إلتزاماته العقدية، لأنَّ الإخلال في تنفيذ أي عقد سيكون مدعاة للإخلال بالعقود التي ارتبطت معه، سواء بتجمعها أو بتعاقبها، فهي قد ترابطت في مجموعها لتحقيق هدف مشترك، ولا يتحقق ذلك من دون تعاون جميع الأطراف على تنفيذ ما بذمتهم من إلتزامات.

ثانياً: المقترحات:

1- للأهمية التي تحظى بها المبادأة في تنفيذ الإلتزامات العقدية، في الواقع والقانون، نقترح على المشرع تبني نص يؤسس للأخذ بالمبادأة بتنفيذ الإلتزام، كمظهر لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، بوصفه قاعدة للسلوك بمفهومها الموضوعي على الأطراف المتعاقدة، ونقترح أن يكون النص ضمن أحكام القانون المدني، على النحو الآتي: "يفترض بالمدين أن يبدأ بتنفيذ إلتزامه العقدي خلال المدة المحددة بالعقد أو بنص القانون أو بالحكم القضائي، وأن يبادر إلى التنفيذ دون إبطاء في مدّة معقولة، وفق ما تستدعيه الظروف أو واقع الحال، على النحو الذي لا يضيع على المتعاقدين منافع العقد".

2- نقترح النص تشريعياً على أنَّ الإخلال بالمبادأة، يحمل المتعاقد مسؤولية التأخير عن التنفيذ، ويستحق فيه المتعاقد المضرور من التأخير التعويض، دون إشتراط أن يفسخ العقد أو ينحل، وذلك بتعديل نص المادة (246) من القانون المدني العراقي، بحيث يمكن أن تبقى العلاقة العقدية قائمة، ما لم يتعارض هذا الوضع مع ظروف الحال، التي يمكن أن تدل فيها على أن المتعاقد قصد من عدم البدء بتنفيذ إلتزامه، الإنحلال من إلتزامه العقدي، وذلك يمكن أن يكون مدعاة للإسراع بتنفيذ الإلتزامات العقدية، وتقليل مدة التسويق والمماطلة أو الإنتظار.



قائمة المراجع والمصادر

أ: الكتب:

- ✓ باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الاول، مكتبة السنهوري، بغداد 2015.
- ✓ جاك غستان، تكوين العقد، ط2، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008.
- ✓ جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، المكتبة القانونية - العاتك لصناعة الكتاب، بغداد 2011.
- ✓ حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني - الخطأ، ط 1، دار وائل للنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٦.
- ✓ حسن كيرة، المدخل الى العلوم القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1969.
- ✓ رياض احمد عبد، قطع المفاوضات في العقود المدنية ما بين الشرعية والمسؤولية العقدية، دار هاتريك، 2023.
- ✓ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون، نظرية العقد والارادة المنفردة، ج1، دار الكتب القانونية، مصر، المنشورات الحقوقية، لبنان، بيروت، 1986-1987.
- ✓ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عقود الغرر وعقد التامين، المجلد الثاني، م7، دار النهضة، القاهرة 1968.
- ✓ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج2، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة 1954.
- ✓ عبدالمجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج1، المكتبة القانونية، بغداد 1980.
- ✓ عصمت عبدالمجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ومشروع القانون المدني العربي الموحد في ضوء أحكام القضاء مع الإشارة إلى أحكام القضاء مع الإشارة إلى أحكام قوانين المرافعات والتنفيذ، منشورات زين الحقوقية، بيروت 2017.



- ✓ نافع بحر سلطان، قانون العقود الفرنسي الجديد، جامعة الفلوجة كلية القانون مركز التعليم المستمر، 2017.
- ✓ ثارام محمد صالح سعيد: المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق، دار الكتب القانونية، 2010.
- ب- أطاريح الدكتوراه ورسائل الماجستير:
- ✓ احمد فائز عبد حميد، فسخ العقد من غير اخلال، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة الفلوجة، 2021.
- ✓ أسعد محمد عناد الدليمي، مسؤولية الطبيب العقدية عن اعمال تابعيه، رسالة ماجستير، كلية القانون في جامعة الفلوجة، 2022.
- ✓ آمنة عبد الكريم علي احمد، الوعد بالتعاقد وتطبيقاته في القانون المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق – جامعة النهرين، بغداد 2008.
- ✓ ايمان دلمة، المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة غرداية، الجزائر 2022.
- ✓ زينة وليد فاضل، عقد توريد الخدمات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة النهرين، بغداد 2008.
- ✓ صدام فيصل كوكز المحمدي، اتفاقات الاطار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق في جامعة النهرين، بغداد 2007.
- ✓ صدام فيصل كوكز، أخلال الغير بالعقد والمسؤولية الناشئة عنه، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بجامعة النهرين، بغداد 2004.
- ✓ عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، كلية القانون في جامعة بغداد، بغداد 1973.
- ✓ مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق – جامعة الشرق الأوسط، 2014.
- ✓ نمر صالح محمود دراغمة، عقد التوريد في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح في نابلس، فلسطين، 2004.
- ✓ وليد صالح نعمة، إثبات حسن النية في القانون المدني، رسالة ماجستير، كلية القانون – جامعة كربلاء، 2021.



ج- المقالات العلمية المنشورة:

- ✓ احمد ابراهيم الحياوي، تعديلات القانون المدني الفرنسي دراسة مقارنة، بحث منشور في المجلة القانونية، العدد الحادي عشر، متاح على شبكة الانترنت، على الرابط الآتي: <https://legalaffairs.gov.bh/QTopics/Q11T06.PDF>: تاريخ الرجوع 2024/3/23 ،
- ✓ درع حماد الدليمي: إنهاء العقد غير المحدد المدة، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، العدد الخامس، شباط، 2017.
- ✓ درع حماد عبد، فكرة السبب الصحيح كأساس لطلب التملك في التعهد بنقل ملكية عقار، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهرين، مجلد 20، العدد 2، 2018.
- ✓ شروق عباس فاضل وهناء محمد مسلم، النطاق الزمني للالتزام بصيانة المأجور، دراسة قانونية، مجلة الحقوق، جامعة النهرين، العدد 12، المجلد 2، 2016.
- ✓ شيرزاد عزي سليمان، وم.م يونس عثمان علي، مبدأ القوة الملزمة للعقد واسسه القانونية، بحث منشور في مجلة قه لاي زانست العلمية، المجلد 5، العدد 3، صيف 2020.
- ✓ صالح الخروصي، التصرف القانوني والواقعة القانونية بين التوثيق والإثبات، ص 2. متاح على الرابط الإلكتروني الآتي <https://alwatan.om/details/483038> : تاريخ الرجوع في 2023/6/27
- ✓ صدام فيصل كوكز المحمدي ولمياء عواد خلف الذيابي، مظاهر الوجود الواقعي للعقد، الوفاء مع الحلول والبيع الخارجي للعقار إنموذجاً، بحث منشور في مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 12، العدد 1، الجزائر 2024.
- ✓ عزيز كاظم جبر الخفاجي، التكييف القانوني لاعتبار الشخصي في التعاقد، بحث منشور في مجلة المعهد، معهد العلمين للدراسات العليا، العدد 5، النجف الأشرف، 2021.