الرقم الدولي: ISSN 2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية

محكمة تصدر

عن كلية القانون

بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- حالات تجهيل الرهن الحيازي – دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي
- معايير منح الائتمان المصرفي دراسة مقارنة
- التنظيم القانوني للرقابة على التكنولوجيا المالية
- الجهة المختصة برعاية ذوي الاعاقة والاحتياجات الخاصة (دراسة مقارنة)

- أ.د. ميري كاظم عبيد
- مريم مالك زباله
- الاستاذ المتمرس الدكتور/ ابراهيم اسماعيل ابراهيم
- م.د. فرقد زهير خليل
- ا.د.سعد خضير عباس الرهيمي
- ا.د اسماعيل صعصاع غيدان
- زينب حسين منصور

السنة الرابعة عشر

العدد الثاني

٢٠٢٢

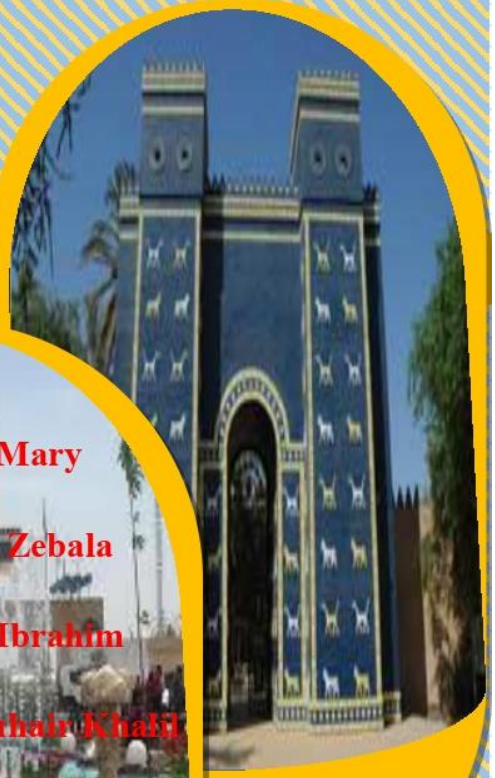
رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN :2075-7220

ISSN ONLINE: 2313-0377

AL-Mohaqiq Al-Hilly Journal

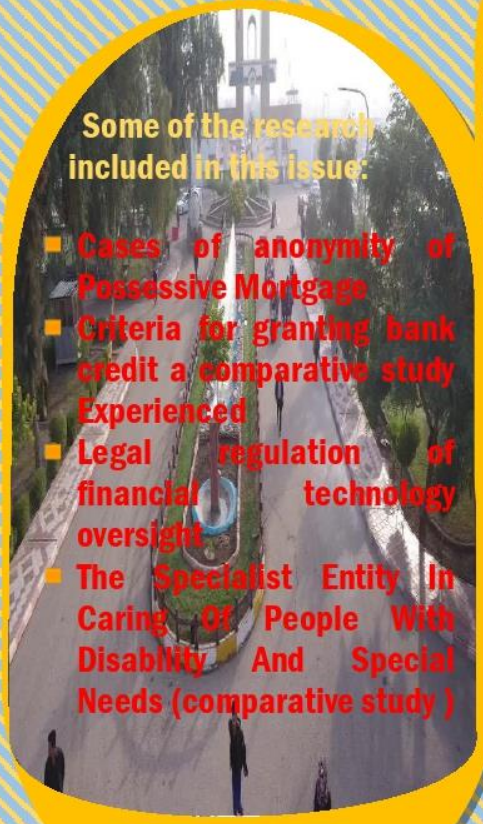
For Legal and political science



Quarterly Refereed and Scientific Journal

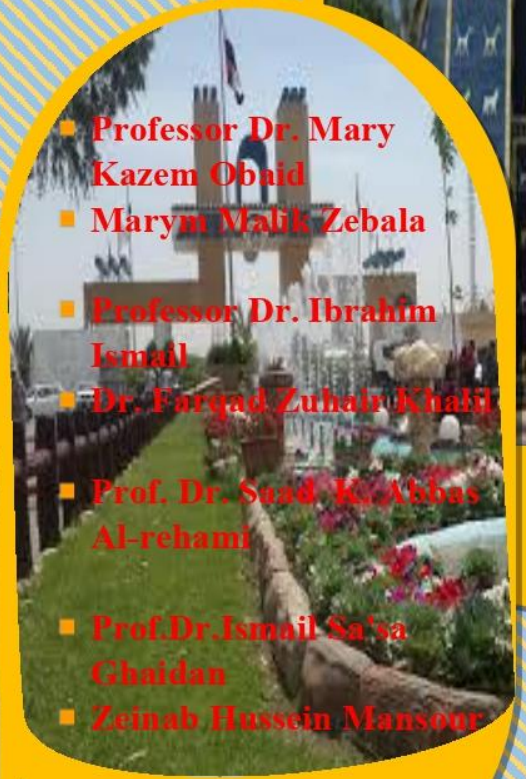
Issued By

College of Law in Babylon University



Some of the research included in this issue:

- Cases of anonymity of Possessive Mortgage
- Criteria for granting bank credit a comparative study Experienced
- Legal regulation of financial technology oversight
- The Specialist Entity In Caring Of People With Disability And Special Needs (comparative study)



- Professor Dr. Mary Kazem Obaid
- Marym Malik Zebala
- Professor Dr. Ibrahim Ismail
- Dr. Farqad Zuhair Khalil
- Prof. Dr. Suad K. Abbas Al-rehami
- Prof.Dr.Ismail Sa'sa Ghaidan
- Zeinab Hussein Mansour

Second Issue 2022 fourteenth Year

No. Deposit in the Archives office-office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرس

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١	حالات تجهيل الرهن الحيازي -دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي	أ.د. ميري كاظم عبيد مريم مالك زباله	٩-٣٥
٢	معايير منح الائتمان المصرفي دراسة مقارنة	ا.د.ابراهيم اسماعيل ابراهيم م.د فرقد زهير خليل	٣٦-٩٤
٣	التنظيم القانوني للرقابة على التكنولوجيا المالية	ا.د.سعد خضير عباس الرهيمي	٩٥-١٢٢
٤	الجهة المختصة برعاية ذوي الاعاقة والاحتياجات الخاصة (دراسة مقارنة)	ا.د اسماعيل صعصاع غيدان زينب حسين منصور	١٢٣-١٥٤
٥	توزيع حصيلة بيع الاموال المرهونة (دراسة مقارنة)	أ.د. منصور حاتم محسن ليث عباس منصور	١٥٥-١٨٧
٦	ابرام عقد الزواج بالوسائل المعلوماتية (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقوانين الاحوال الشخصية)	أ.د سلام عبد الزهرة الفتلاوي أ.م انغام محمود الخفاجي	١٨٨-٢٢٨
٧	الاشكاليات القانونية بشأن اثبات مسائل الاحوال الشخصية باستخدام الوسائل المعلوماتية	ا.د سلام عبد الزهرة الفتلاوي أ.م انغام محمود الخفاجي	٢٢٩-٢٤٧
٨	دور مجلس الامن في مكافحة الإرهاب وفق قرار مجلس الامن رقم ٢٣٧٩(٢٠١٧)	ا. د. طيبة جواد حمد المختار علي عادل عبد الجاسم	٢٤٨-٢٧٢
٩	الاختصاص القضائي الوطني في الجرائم الإرهابية	ا. د. طيبة جواد حمد المختار علي عادل عبد الجاسم	٢٧٣-٢٩٩
١٠	دور مجلس حقوق الانسان في حماية الحقوق	ا.د طيبة جواد حمد المختار سلام حاتم بريهي شياع	٣٠٠-٣٢٤
١١	منح الترخيص المصرفي وإلغاءه في التشريع العراقي	ا.د.ذكرى محمد حسين الياسين ا.م.د رفاه كريم كربل	٣٢٥-٣٥٧
١٢	موقف التشريعات من التعامل بالمخدرات والمؤثرات العقلية (دراسة مقارنة)	ا.د. إسماعيل نعمة عبود م.م. صفاء عبد الواحد عبود	٣٥٨-٣٩٥
١٣	التنظيم القانوني للتصويت الالكتروني للاختيار أعضاء المجالس النيابية (دراسة مقارنة)	ا.د. حسين جبار النائلي بنين قاسم محمد	٣٩٦-٤٢٩
١٤	التفسيرعن طريق الدلالة العقلية للنص-دراسة مقارنة بأصول الفقه الاسلامي	ا.م.د محمد جعفر هادي م.م حسن ضعيف حمود	٤٣٠-٤٤٧
١٥	فكرة التفسير المتطور للقانون - دراسة مقارنة بأصول الفقه الاسلامي	ا.م.د محمد جعفر هادي م.م حسن ضعيف حمود	٤٤٨-٤٧٧
١٦	التزامات وحقوق المصرف في عقد توطين رواتب موظفي الدولة والقطاع العام (دراسة مقارنة)	ا.م.د رفاه كريم كربل علاء علي عبد الحسين	٤٧٨-٥٠١
١٧	اساس الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	أ.م.د. ميثاق طالب عبد حمادي ايمان عباس مهدي	٥٠٢-٥٦٠
١٨	الاثار القانونية المترتبة على انتهاء عضوية رئاسة مجلس النواب	أ.م.د ليلى حنتوش ناجي علي راهي موسى	٥٦١-٥٩٢
١٩	الطبيعة القانونية للبيع المأذون به للأموال المحجوزة تنفيذيا (دراسة مقارنة)	أ.م.د إيناس مكي عبد زيد جبار أحميد الجبوري	٥٩٣-٦٢٠
٢٠	مفهوم صكوك التمويل -دراسة مقارنة-	أ.م.د نهى خالد عيسى احمد عباس جاسم	٦٢١-٦٦٨
٢١	جريمة افشاء معلومات خاصة بمجلس او مكتب مكافحة غسل الاموال وتمويل الارهاب -دراسة مقارنة-	ا.م.د حوراء احمد شاكر	٦٦٩-٦٩٨
٢٢	القانون واجب التطبيق على النفقة وفق بروتوكول لاهاي لسنة ٢٠٠٧	أ.م. د. زينة حازم خلف	٦٩٩-٧٣٠
٢٣	سلطة المحكمة الادارية العليا في اعادة التكييف القانوني للوقائع	ا.م.د علاء ابراهيم محمود م.د. اثير ناظم حسين	٧٣١-٧٧٧
٢٤	الشخصية المعنوية كأحد مفترضات التنظيم الاداري	فاتن عبد الجبار لفتة ا.م. قاسم عبد الجليل محسن	٧٧٨-٧٩٣
٢٥	الاطار القانوني لتطبيق نظام الخصخصة في ادارة الموانئ العراقية	م .م . دعاء رحمن حاتم م . م . هيثم علي كزار	٧٩٤-٨١٦

اساس الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية

أ.م.د. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري

جامعة بابل / كلية القانون

ايمان عباس مهدي

جامعة بابل / كلية القانون

ملخص البحث:

يسعى الاطراف دائماً عند إبرام العقد إلى تنفيذ كافة الالتزامات التي يفرضها عليهم ، اذ يحقق ذلك التنفيذ الحد الاقصى لحاجات ومتطلبات كل طرف ، وأذا لم ينفذ أحد الاطراف التزاماته بسبب وقوع ضرر من احد الاطراف فأن الطرف الاخر سوف يتحمل دون شك ضرراً معيناً ستتضاءل في أقل تقدير الفائدة التي يحققها له العقد لانه سيكون عاجزاً عن تلبية حاجات ومتطلبات هذا الطرف لذلك فان اساس الالتزام بتخفيف الضرر يجد اساسه في المبادئ الفلسفية المتمثلة بقواعد العدالة والانصاف والمبادئ القانونية المتمثله بمبدأ حسن النية وقيام العلاقة السببية وتعاون الدائن والمدين وكذلك التشريعات الدولية كاتفاقية فيينا ومبادئ اليوندروا و قضاء التحكيم التجاري الدولي .

المقدمة

أولاً:أهمية الموضوع وواسباب اختيارة:

أن الطبيعة الانسانية تتصف برغبتها الفطرية في تحقيق المنافع المادية والمعنوية،وهذه الغاية عند تحققها تتصدع في حال التعرض لاي ضرر يؤدي الى المساس بالذمة المالية لصاحبها، او بغيرها من المكاسب المعنوية ،لذلك ترى الافراد يبذلون الغالي والنفيس في سبيل المحافظة على منافعهم تلك.

وانعكس هذا الشعور على التشريعات في اغلب دول العالم ،فتضمنت القوانين نصوصاً تحمي حقوق الافراد المادية والمعنوية من ناحية ،ومن ناحية اخرى تراها تضرب بشدة على يد المسؤول عن المساس بتلك الحقوق،وبما يعيد نصاب الحق الى صاحبه،ومن النصوص التي درجت القوانين الى إدراجها هي الزام كل من تسبب بضرر للغير ان يزيل ماترتب عن فعله وان يعوض المضرور عن الضرر الذي اصابه،ونتيجة لتطور المفاهيم والافكار القانونية اصبحت هناك افكار جديدة من خلق القضاء و الفقه، ومن هذه الافكار الزام المتضرر سواء في نطاق المسؤولية العقديه او التقصيرية من تخفيف الاضرار التي تصيبه نتيجة خطأ المسؤول وذلك باتباع اي اجراء يمكنه من ذلك التخفيف شريطة عدم بذله جهودا غير معقوله في سبيل تحقيق تلك الغاية.

ولم يكن هذا الانقلاب في المفاهيم وليد الصدفة او ترفاً قانونياً وانما كان لاسباب كثيرة اهمها التخفيف من مسؤولية محدثي الضرر اولاً والتشجيع على المحافظة على الاموال والممتلكات من الهلاك والتلف من ناحيه ثانية.

وعلى الرغم من ان الامر لايخلو من غرابة،الا انه طُبق واستقر العمل به، ومبنى الغرابة يكمن في عدم تقبل فكرة الزام المتضرر بالتخفيف من الاضرار باعتباره واجباً قانونياً يثقل كاهله على الرغم من انه هو من وقع عليه الضرر ،فالاولى ان يكون المسؤول عن الضرر هو من يقوم باصلاح الضرر والتخفيف منه لا المتضرر،الا ان هذا الاستنتاج لم يستطع مقاومة سيل الاراء الفقهية واحكام القضاء الحديث الذي اجتهد في مسعاه لاقرار هذه الفكرة ،فطبقها بشكل مطرد تارة نتيجة اجتهاده في تفسير بعض المباديء القانونية كمبدا حسن النية ومبدأ تعاون الدائن والمدين في تنفيذ الالتزامات، وتارة اخرى يطبقه انعكاساً لما ورد من نصوص قانونية تستلزم من القاضي عدم الحياد عنها

ثالثاً:مشكلة البحث

عدم وضوح الاساس القانوني الدي يمكن الاستناد إليه في التزام الطرف الدائن بتخفيف الاضرار التي تصيبه جراء عدم التنفيذ تحقيقا لمصلحة الطرف الاخر،ان من اساسيات القانون تحقيق العدالة،ومقتضيات العدالة بصورة عامة تجبر المسؤول عن احداث الضرر بقيامه بجبر تلك الاضرار،الا ان ذلك لايعني ان المتضرر في حالة استطاعته تخفيف الاضرار وكان ذلك لايكلفه جهوداً كبيرة،ان يبقى مكتوف اليدين وهو يرى الاضرار تتفاقم ليغلظ من مسؤولية محدث الاضرار من جهة وغير مكترث بما يلحق الاموال والاشياء من اضرار من جهة اخرى.الزمت اغلب التشريعات الاشخاص ان تتسم تصرفاتهم القانونية بحسن النية، وقد كتب كثيرا عن هذا المبدأ وتطبيقاته(مبدأ حسن النية)، ومما لاشك فيه أن التزام المتضرر بتخفيفه للأضرار هو من صلب مقتضيات حسن النية.

رابعاً:منهجية البحث:

سنتناول في بحث موضوع الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية المنهج التحليلي المقارن حيث سنقوم بتحليل كل جزيئة من جزيئات البحث في ضوء القواعد العامة والقواعد الخاصة ، للوصول إلى نتائج دقيقة ، وكذلك سيكون منهجاً مقارناً ، حيث سنبحث في أطار القانون الفرنسي والقانون المصري والأمريكي والانكليزي والقانون العراقي ، وهذا على مستوى التشريعات الوطنية ، واتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ،ومبادئ اليونيدروا ومبادئ غرفة التجارة الدولية لسنة ٢٠٠٣ وهذا على المستوى الدولي.

خامساً:نطاق البحث:

يتمثل نطاق البحث في بيان الاساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية و في المبادئ القانونية والفلسفية .

سادساً:خطة البحث:

سنقسم موضوع البحث على مبحثين ، الاول سيتناول اساس الالتزام بتخفيف الضرر في المبادئ الفلسفية والقانونية والذي سيتضمن مطلبين الاول اساس الالتزام بتخفيف الضرر في المبادئ الفلسفية ،إما المطلب الثاني سيتضمن اساس الالتزام بخفيف الضرر في المبادئ القانونية ، إما المبحث الثاني فسنخصصه إلى اساس الالتزام بتخفيف الضرر في التشريعات الوطنية وعقود التجارة الدولية ،وهو على مطلبين الاول سيتضمن اساس الالتزام بتخفيف الضرر في اتفاقيات التجارة الدولية ،إما المطلب الثاني سنخصصه إلى اساس الالتزام بتخفيف الضرر في القضاء والتحكيم ،ومن ثم سننتهي موضوع البحث بالخاتمة ،والتي ستحتوي على النتائج والتوصيات .

المبحث الاول

الأساس القانوني للألتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية

يعد مبدأ تخفيف الضرر مبدأ عاماً من مبادئ قانون التجارة الدولية ،وتم أقرارة في العديد من التشريعات الوطنية والأتفاقيات الدولية ، فضلاً عن أقراره في العديد من قرارات التحكيم الدولية ، ولكن سنقف حول الأساس الذي يستند الية لإقرار هذا المبدأ ، وسواء كانت هذه الأشاره صريحة كما جاء في القانون المدني المصري، ومنها ما كانت ضمنية ، كما ورد في القانون المدني الفرنسي والعراقي ' والبعض الآخر أرجعه إلى أسس فلسفية ضمن مبدأ العدل والأنصاف ، في حين أدخله البعض الآخر إلى المبادئ القانونية العامة كمبدأ حسن النية والسببية بين الخطأ والضرر وتعاون الدائن والمدين في تنفيذ العقد ، وسنتناول ذلك تباعاً.

المطلب الاول

اساس الالتزام بتخفيف الضرر في المبادئ الفلسفية

تعددت الاراء في شأن أساس هذا القيد ،فيرى البعض أن الالتزام بالتخفيف من الضرر يعتبر مبدأ من ضمن مبادئ قانون التجارة الدولية حيث قام قضاء التحكيم الدولي بإرساء قواعده وترسيخ آثاره[١] في حين يذهب البعض الآخر إلى أعتبار ذلك القيد المنصوص علية في أتفاقية فيينا ، بمثابة قاعدة أخلاقية يمليها حسن النية والتعاون اللازم في العلاقات التجارية ،حيث لا يجب على الطرف المضرور أن يقف إزاء الضرر –الذي لحقه –مكتوف اليدين غير مكترث، لعلمه أنه سينال مايقابله من

(١) د.سهير شرف أبراهيم ، التعويض كجزاء تكميلي في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ،جامعة المنوفية –كلية الحقوق،٢٠١٤ ،ص١٨١.

تعويض مهما عظم ،وإنما يقتضي حسن النية والأمانه في التعامل، بل –ايضا –الاعتبارات الاقتصادية ،أن يسارع ذلك الطرف إلى الحد من الضرر[١].

من المعروف ان من اهم غايات القانون هي تحقيق العدالة [٢] بين الافراد،وهذه الغاية اذ ما اريد لها ان تتحق فلابد من ان تصاغ بقواعد ومبادئ قابلة للتطبيق،ولكون مفهوم العدالة من المفاهيم الواسعة جدا فكان من الصعب صياغته بقاعدة واحدة ،بل ترك الامر للقاضي يستوحيه ويستلهمه من احساس اخلاقيوهذا ماسنتناوله في مطلبنا في فرعين ،وكالاتي:

الفرع الاول

قواعد العدالة

وعلى الرغم من صعوبة صياغة مفاهيم العدالة بقاعدة واحدة الا ان ذلك لم يمنع من بروز مبادئ عليا لها عرفت بمبادئ العدالة والتي يمكن تعريفها بانها ((القواعد القائمة الى جانب قواعد القانون الوضعي والمؤسسة على وحي العقل والنظر السليم وروح العدل الطبيعي بين الناس،والتي ترمي الى تعديل قواعد القانون ،او الحلول في مكانها بفضل مافيها من القوة المعنوية المستمدة من سمو مبادئها))

(١) د.محسن شفيق ،اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ،دراسة مقارنة ،كلية الحقوق –جامعة القاهرة ،١٩٨٨ ،ص٢٤٤.

(٢) وقد عرفت العدالة بتعريفات كثيرة ومنها بالأمر((المتوسط بين طرفي الافراط والتفريط))....راجع الشريف ابو الحسن الجرجاني،التعريفات،ط٣،دار الكتب العلمية– بيروت،٢٠٠٩،ص ١٥٠.والعدالة في الشريعة الاسلامية لفظ مرادف للعدل،فالعدل والعدالة لغة بمعنى واحد ،اما العدالة بمفهومها الضيق فقد عبرت عنها الشريعة الاسلامية بلفظ(الاحسان).ويرى البعض ان الاحسان فوق العدل كون ان العدل يعطي الانسان ماعليه وياخذ ماله،بينما الاحسان ان يعطي اكثر مما عليه وياخذ اقل مما له ،وبذلك يكون الاحسان زائد عن العدل ،فتحري العدل واجب وتحري الاحسان ندب وتطوع...لمزيد من التفصيل راجع.د.عبد السلام الترمانيني،مفهوم العدل والعدالة في الشريعة الاسلامية،بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة–الكويت،العدد الاول،السنة الثانية،يناير ١٩٧٨،ص ٣٦٤.

[١].وبتعريف اخر هي ((ايفاء واستيفاء الحقوق بالطريقة التي يوحيها الضمير الحي))[٢]،وعرفها اخرون بانها ((القواعد التي تستوحى من ضمير المجتمع استناداً الى الضمير الحي)) [٣]

وتجد مبادئ العدالة قوتها في طبيعة مبادئها واتساقها مع العقل السليم والمنطق وهي بوجه عام روح القوانين في نصوصها وفي مضمونها ، والغاية القصوى التي يسعى اليها[٤]،بل هي اساس القانون[٥] ومن ثم على القاضي ان يتوخاها ويعمل على تحقيقها،بل عليه ايضا ان يستلهمها فيما لو افتقد النص او شابه الغموض واشكل عليه الوصول الى الحل العادل[٦].

وتلزم قواعد العدالة والانصاف[٧]ان يتصرف المتعاقد تجاه المتعاقد الاخر بقدر من العدالة فلا يبادر الى الاضرار به او مقابلة الضرر بالضرر. لان الضرر ظلم ولابد ان يرفع، وبناء على ذلك تفرعت قواعد

---

(١) د.رمضان ابو السعود،المدخل الى القانون،خال من رقم طبعة،الدار الجامعية،١٩٨٦،ص ٢٦٠.

(٢) د.عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ،ط١، مطبعة اليرموك ،١٩٧٤،ص ٣٠٠.

(3) Leslie G.Rubin,Justice V.Law in Greek Political Thought,1 edishen,Bublished by rowan and Littlefield,1997,p5

(٤) المحامي اللورد دنيس لويد، فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصويص، خال من رقم طبعة، عالم المعرفة،١٩٨١،ص ١٤٣.

(٥) حسين عامر، نظرية سوء إستعمال الحقوق، ط١،مطبعة مصر – القاهرة ، ١٩٤٧، ص ١٤.

(٦) ويرى الفقيه appleton بوجوب اغفال النصوص القانونية والقواعد القانونية اذا ما ادى الاخذ بها الى نتائج تتجافى واصول الاخلاق والعدالة،وتفريعاً على ذلك لايمكن ان يتضمن نص قانوني ما يتنافى وحسن الذوق ،ولا يمكن ان ينطوي على ما يتنافر مع ما تستلزمه طبائع الاشياء....د.حسين عامر،، نظرية سوء إستعمال الحقوق، ط١،مطبعة مصر – القاهرة ، ١٩٤٧، ص ١٤.

(٧) فالمقصود بالعدل هو العدل العام اما المقصود بالانصاف فهو العدل الخاص وهو بدوره يتحقق بحالتين الاولى عندما يوجد نقص في التشريع فيقوم القاضي باكمال هذا النقص وايجاد حل للنزاع يعثر عليه بمجهوده الشخصي ،والحالة الثانية عندما لايكون هناك نقص في التشريع ولكن القاضي لايطبق القاعدة العامة تطبيقا حرفيا ،بل يراعي المرونة في تطبيقها مراعاة للظروف الخاصة في النزاع.....لمزيد من التفصيل راجع.د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، خال من رقم طبعة، منشاة المعارف، ١٩٨٤ ،ص ١٥٢.

اساسية في الفقه الاسلامي مطبوعة بطابع العدالة[١] وبُنيت عليها الكثير من الاحكام ومنها(لاضرر ولا ضرار) و(الضرر يزال)و(الحاجة تنزل منزله الضرورة عامة كانت او خاصة) و(الضرورات تبيح المحظورات) .

ومن العدالة ان يبادر الفرد الى منع تفاقم الاضرار التي تسبب بها الغير تجاهه فليس للمظلوم ان يضلم كما ظلم[٢] وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي في المادة ١/٢١٦ والتي جاء بها ((لاضرر ولا ضرار والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم ان يظلم بما ظلم)).

الفرع الثاني

قواعد الانصاف والعدل التبادلي

ويرى جانب من الفقه ان العدالة تقتضي وجود قدرٍ من الثقة المشروعة عند التعامل وان الاخلال بهذا القدر يعد بحد ذاته خطا يتوجب المؤاخذه،فمن حق كل شخص ان يتوقع قدرا معقولا من الثقة عند التعامل مع الغير مضمونها ان يباشر الغير نحوه السلوك الذي يمكنه من العمل وللشخص ان يعول على

(١) د. اسماعيل نامق حسين، العدالة واثرها في القاعدة القانونية، خال من رقم طبعة، دار الكتب القانونية-مصر،٢٠١١،ص ١٤٣.

(٢) وعلى الرغم من ذلك يرى البعض بانه في بعض الاحيان توجد هناك حالات تقتضي العدالة فيها ان يلحق الفرد ضررا بقدر ما لحقه من ضرر تجاه نفس الشخص الذي الحق به ذلك الضرر ويكون هذا التصرف جائزا متى كان الانسان على نسبة من انسان اخر فابطلت هذه النسبة بحيف او ضرر لحق به....لمزيد من التفصيل راجع.ابو علي بن احمد بن يعقوب الرازي المعروف بابن مسكوية ، تهذيب الاخلاق وتطهير الاعراق،ط١، دار صادر –بيروت،٢٠٠٦،ص ٧٩.

هذا السلوك في نشاطه ومباشرته لاعماله، فاذا اخل الغير بهذه الثقة ولم يراع في سلوكه ماهو منتظر ومتوقع منه يكون قد اخطأ بهذا التصرف(١).

ويرى البعض ان قصر التعويض على الاضرار المباشرة للفعل دون غيرها يرجع ايضاً لاعتبارات العدالة.اذ ليس من العدالة تحميل الفاعل المسؤولية عن النتائج الى ما لانهاية(٢) والتي كان من الممكن للمتضرر ان يتلافاها او يخفف منها على الاقل ببذل جهد معقول.فمقتضيات العدالة والانصاف(٣) تقضي بتدخل المتضرر اذا ما امكنه ذلك لتخفيف تلك الاضرار .

وهذا النوع من التدخل هو احد اوجه العدل الذي يصنف تحت باب العدل التبادلي والذي يسود علاقات الافراد فيما بينهم فيوازن بين المنافع والاداءات المتبادلة،ولايفهم من ذلك مطلقا انه يقتصر على الروابط التعاقدية التي تنشا بين الافراد،بل انه ينطبق على كل الروابط الخاصة تعاقدية او غير تعاقدية،ففي حالة ان تسبب شخص بخطئه في الاضرار بغيره فان مقتضى العدل التبادلي ان يلتزم بتعويضه بمقدار ما لحق المضرور من ضرر(٤)،وهذا الضرر لابد ان يكون ضرراً طبيعياً ناتجاً من خطا المسؤول فقط ولا علاقة للمتضرر بزيادة مداه (المتمثل بتفاقم الضرر نتيجة عدم تخفيفه من جانب المتضرر)،فيكون بذلك(المتضرر) قد تلقى تعويضا اكثر مما كان له ان يستحق

(١) د. ابراهيم دسوقي ابو الليل ، المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق، خال من رقم طبعة ، دار النهضة العربية– القاهرة،١٩٨٠،ص ٥٣.

(٢) د.حسن علي الذنون،المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج١،خالي من رقم الطبعة ، شركة التأمين للطبع والنشرالمساهمة ،١٩٩١،ص٢٨٨.

(٣) فانسان هوزيه ، المطول في العقود–بيع السلع الدولي–القانون الموحد، باشراف جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، ط١، مجد المؤوسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،٢٠٠٥،ص٤٦٨.

(٤) د.حسن علي ذنون، فلسفة القانون،ط١،مطبعة العاني– بغداد،١٩٧٥،ص١٦٤.

المطلب الثاني

اساس الالتزام بتخفيف الضرر في المبادئ القانونية

يمكن تأسيس دور المتضرر في تخفيف الضرر الى مجموعة من المبادئ والاحكام القانونية التي يمكن ارجاع هذا الدور اليها،ومن ذلك : ارجاع هذه الفكرة الى مبدأ حسن النية وهو المبدأ الذي يسود العلاقات التعاقدية في كافة مراحلها ،سواء كانت في إنشاء العقد او تنفيذه او حتى انهاءه، كما يسود كذلك العلاقات غير التعاقدية.ومنهم من يرجعه الى كونه تصرف يقطع العلاقة السببية بين الخطا والضرر.ومنهم من يرجع هذا الدور الى تعاون الدائن والمدين في تنفيذ العقد فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية.

الفرع الاول: مبدأ حسن النية

قبل أن نعرض أراء الفقهاء نرى من الضروري إيضاح هذا المبدأ وبيان مدى إقراره في التشريعات الداخلية والعلاقات التجارية الدولية التي تزايدت أهميتها في العصر الحديث ،حيث بدأت تحتل مكانا مهما في عقود التجارة الدولية[1] ولقد أكد الأستاذ Goldman ذلك بقولة إن هذا المبدأ هو جوهر قانون التجارة الدولي الجديد فهو مبدأ قانوني عام تستقي منه العديد من القواعد القانونية في النظم القانونية

(١) د.محمد السيد عرفة، فكرة حسن النية في قانون الجنسية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة ، دراسة تأصيلية ،مجلة الشريعة والقانون ،العدد الخامس عشر ، ربيع الاول ،١٤٢٢هـ-يونيه٢٠٠١،ص٥٩.

المختلفة أسباب وجودها[١] ويتمثل حسن النية في أنتفاء الخطأ العمدي وأنتفاء الغش وأنتفاء التعسف في أستخدام الحق بسوء نية وأنتفاء الخطأ الجسيم [٢]

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ القانونية المعروفة والشائعة في نطاق التطبيق القانوني،كون ان ممارسة الحقوق محاط باطار من حسن النية لايجوز للشخص ان يتجاوزه او ان يخل به، وهو مبدا اساسي في كل العقود[٣] وينبغي ان يتسم به كل عقد وان يتحلى به كل متعاقد[٤]،وهو ماعبر عنه البعض بالتعامل الشفاف والعادل[٥].

وهذا المبدأ ليس وليد الوقت الحاضر بل ان جذوره تمتد الى القانون الروماني وبالتحديد في نطاق عقد البيع، من خلال تفسير العقد بعيداً عن حرفيته حيث ساهم ذلك كثيرا في تطوير القانون لاسيما التجاري منه[٦].

ويعد هذا المبدأ من المبادئ التي تسعى الى تحقيق اهداف القانون المتمثلة باستقرار التعامل،وتحقيق العدالة،وحماية الحقوق[١]،فضلا عن ذلك ان المشرع قد لايستطيع الاحاطة بجميع ما من

---

(١) د.عادل أبو هشيمة ، التعويض في التحكيم التجاري الدولي ، كلية الحقوق –جامعة بني سويف ، دار النهضة العربية ٢٠٠٩ ،ص١٦٤.

(٢) د.عبد الحميد الشواربي ،المشكلات العملية في تنفيذ العقد ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ،١٩٨٨ ،المقدمة ،ص٥.

(3) David Thomas,Contracttual obligation of good faith,construction law international,volume7,issue 3,October,2012,p31

(٤) د.سعد واصف، التامين من المسؤولية، خال من رقم طبعة، مطبعة جامعة القاهرة،١٩٥٨،ص٢٤٥.

(٥) د. رعد عداي حسين ،دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية ،جامعة كربلاء –كلية القانون ،٢٠١٤،ص٤٨.

(6) Reinhard Zimmermann and Simon Whittaaker,Good Faith in European Contaract LawCambridge University Press,2000,p21

شانه ان ينظم كافة الاحكام القانونية المتعلقة بالعقود او المسؤولية التقصيرية او غير ذلك من الاحكام ،لذلك فان هذا المبدأ يمكن له ان يسد الفراغ التشريعي ويتلافى النقص في النصوص عن طريق انطباقه واستيعابه للكثير من الاحكام القانونية، وتأثرا بذلك فان القوانين المقارنة تتضمن الكثير من النصوص التي تشير صراحة او ضمنا الى هذا المبدأ، ومن النصوص الواردة في القوانين المقارنة التي تشير الى هذا المبدأ نص المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي التي تنص ((يجب ان تنفذ الاتفاقات بحسن نية)) ، كما تنص المادة (٤٤٠-١٣٠٤) من قانون التجارة الأمريكي الموحد CUCC على أنه" كل عقد أو واجب في هذا العمل يفرض التزاماً بحسن النية في ادائه وتنفيذه"(٢).،إما بالنسبة للقانون الإنكليزي فإن تشريعاتها الوطنية لاتتضمن مبدأحسن النية في علاقاتها القانونية ، وهذا مايفسر اعتراض المملكة المتحدة اثناء مرحلة اعداد الاتفاقية على الاخذ بمبدأ حسن النية واقراره في الاتفاقية، والمادة ١/١٤٨من المدني المصري، وليس ببعيد عن ذلك قانوننا المدني فقد اشار في كثير من المواطن الى حسن النية سواء كان باعتباره مبدأ رجع اليه في تفسير العقود او باعتباره صفة لازمة للشخص يرتب عليه القانون كثيرا من الاحكام(٣).ومن النصوص التي تشير بصورة مباشرة الى حسن النية في القانون المدني العراقي هي نص المادة١١٨ التي نصت على انه لاعبرة بالظن البين خطاه فلا ينفذ العقد :

---

(١) د.شيرزاد عزيز سلمان،حسن النية في ابرام العقود،ط١،دار دجلة-عمان،٢٠٠٨، ص ١٤.

٢) د.رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ ، التزام إعادة التفاوض في العقود المدنية،(دراسة مقارنة)كلية الحقوق -جامعة طنطا، بدون سنة طبع، ص٣٣.

(٣) وكذلك المادة ١/١٥٠ ((يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)). والمادة ٢٦٤،والمادة٥٥١،والمادة ١/٩٢٢، والمادة٩٤٨،والمادة ٢/٩٨٧،و المادة١١٦٣،والمادة ١١٦٥،والمادة١/١٣١٥،والمادة١٣٤٦،والمادة٣،٤/١٤٧٤،والمادة١/١٣٧٦.أنظر في تفصيل ذلك د.عادل ابو هشيمة ،مصدر سابق ،ص١٧٠ .

١-((اذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين او يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.))

حيث أن مبدأ حسن النيه يلزم كل متعاقد يكوّن امينا في تنفيذ التزاماته التي يرتَبها عليه عقود التجارة الدولية التي يَفرضها العقد تَجِاه المتعاقد الاخر وأن يبذل قصارى جهده من اجل عدم الاضرار به وتَكمن اول الصور في ذلك هو يَترك الخساره التي يتَحملها تَتفاقم مما تزيد من مسؤوليه المتعاقد الاخر لذلك فان الالتزام بتَخفيف الضرر يَعد احد المبادئ التي يَستَخلص من مبدأ اعلى َ يحكمُ تنفيذ العقود كما يحكم ابرامها وهو مبدا حسن النيه ويقع الالتزام بمراعاة حسن النية بصفة اساسية على المدين كونه هو الملتزم به في اكثر الاحيان ،الا أن ذلك لايعني ان الدائن يكون بمعزل عنه وانماَ يقع عليه كذلك مراعاة حسن النَّية ،فالمدين والدائن سواء في هذا الالتزام ، فيلتزم به المدين في تنفيذ التزامه،فينفذه طبقاًلما تقتضية الامانة والاخلاص مهما كانت العقبات التي تعترض هذا التنفيذ . ويلتزم ايضاٍ بحسن نية فيجب أن يراعي حسن النية في المطالبة بالتنفيذ ،فلايتعنت ويلزم المدين في أتباع حرفية الاتفاق الذي تم بينهما ،طالما انه لم تكن له مصلحة في ذلك.[١]

وتأسيسا على ذلك فان دور المتضرر(الدائن) في تخفيف الضرر يجد اساسه في مبدأ حسن النية ، إذ يعد الاخير من المبادئ العامة التي تسود العلاقات القانونية حتى وان لم يُنص عليها بين المتعاقدين

(١) . د. احمد حشمت ابو ستيت ،نظريه الالتزام في القانون المدني المصري ،خال من رقم الطبعة ،.مطبعه مصر ١٩٤٥ ،ص٢٤٢ وكذلك د. وليد صلاح رمضان ،القوه الملزمه للعقد والاستثناءات الواردة عليها ،خال من رقم الطبعة، دار الجامعه الجديده،الاسكندريه ٢٠٠٩ ،ص٢٦٦.

[١]ولا يقتصر أثره على تكوين العقد أو تنفيذه بل يمتد إلى آثاره وإنقضائه[٢] مما يجعل مداه في التطبيق اوسع وابعد

لذلك فان مبدأ حسن النية لا ينحصر مجاله فقط عند تحقق الضرر بل انه يَحكم المرحلة السابقة على ابرام العقد ويَتخلل مبدا تفسيره ومراحل تنفيذه وهو مبدأ مَعترف به في كافه الأنظمةالقانونيه الوطنيه والدولية ولهذا فان عند دُخول احد الطرفين المتعاقدين في مفاوضات من اجل اعادة تَخفيف الضرر للعقد و لم تَكن لديه الرغبة الحقيقية من اجل التوصل الى اتفاق وخشيه من هذا الامر كان لابد من القاء التزام اخر على عاتق الدائن والمدين يصبح الاطراف بموجبه ملزمين بتخفيف الضرر حيث هو التزام مزدوج يَتمثل بتخفيف الضرر وثانيا بحسن النية اثناء عمليه التفاوض، ويعد مبدا حسن النية قبل كل شيء اداه لاحترام القوه الملزمة للعقد بشكل عام ولبقيه العقود بشكل خاص باعتباره عنصر يعمل على تحديد الاوضاع وكذلك حدود كلَ سلطه تعاقديه من اجل تَحقيق النطاق الذي يَعتبر فيه الطرفين وافو بشكل دقيق بالتزاماته التعاقدية.

ولهذا فان مبدأ حسن النية يَستخدم كمعيار لقيَاس الَسلوك يَسمح بتقدير عدم شرعيه سلوك احد الطرفين بالنسبة الى الحرص الذي ينِبغي عليه الذي يَقوم بإظهاره في سَبيل التقيد بحرفتيه ، وكذلك بروح العقد والقانون [٣] حَيَث يتبين لنا أن مفهوم حسن النية يَجب على كلا الطرفين أن يَضَع اقتراحات جاده وامينه تهدف الى الوصول الى حل مناسب لهما وليس مجرد التسويف وتعجيز المتعاقد الاخر

(١) د.حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الاولى،مطبعة مصر،١٩٤٩،ص ٤٠.
(٢) د. محمد لبيب شنب ، الجحود المبتسر للعقد ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الاول ١٩٦١،ص ٦١.
(٣) د. نرمين محمد صبح ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد علية في قانون التجارة الدولية ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق –جامعة عين شمس ،٢٠٠٣ ،ص٥٠٦.

عن الوصول الى حل وفي المقابل يَتوافر حسن النية متى التزم المتعاقد الاخر به حتى لو لم يَتم التوصل الى اتفاق ودي بينهما [١] .

وهناك دَلْائل واضحه لانتفاء حسن النية من قبل احد الطرفين المتَعاقدين ومنها الا يكون لديه النية الحَقيقية والرغبة الجادة لا عاده التوازن لهذا العقد وقد اكد هذا المعنى نص الفقرة(٣)من المادة (٢_١٥) من مجموعة المبادئ المتعلقة بِعقود التَجارة الدولية التي اقرها معهد توحيد القانون الخاص في روما عام١٩٩٤ اليونيدروا بقولها (ويَعَتبر سيء النية خصوصا الطرف الذي يفتح مراجعة المفاوضات وهو يَعلمُ انه ليس لديه النية في الوصول الى اتفاق)([٢])

ويجب على الطرفين المتعاقدين عند تخفيف الضرر أن يلتزمان بمراعاة حسن النية ومن مقتضيات حسن النية التزامها بالتعاون فيعد اخلالا مبدأ حسن النية الرفض المسَتمر وغير المبرر لكافه الاقتراحات التي يَقوم المتعاقد الاخر بتقديمها بالرغم مما تتسم به هذه المقترحات من اعتدال ومنطقيه كذلك يلتزم الطرفين بالجدية حيث يَعد ايضاً من مقتضيات حسن النية. [٣]

(١) د. شريف محمد غنام ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ،كلية الحقوق –جامعة المنصورة ،دار الجامعة الجديدة ،٢٠٠٧،ص٤١٤.

(٢) د. مراد محمود المواجدة ،مصدر سابق ،ص٤٥٠.

(٣) د. هاني صلاح سري الدين ،التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنيه الاساسيه الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مصدر سابق ،ص٢٨١ .

الفرع الثاني

إنتفاء الرابطة السببية

تتحقق المسؤولية المدنية بتحقيق اركانها الثلاثة من خطأ وضرر وعلاقة سببية تربط بينهما [١]،وبذلك فلا يكفي ان يكون هناك ضرر فقط بل يجب ان يكون الخطأ هو المسبب لذلك الضرر[٢] ،حيث يحدث احياناً ان يكون هناك خطأ من المدين كما يمكن ان يكون هناك ضرر اصاب المتضرر من دون ان يكون ذلك الخطأ هو المسبب للضرر مثال ذلك ان يقود عامل النقل المركبة التي ينقل فيها بضائع المتضرر بسرعة اكبر مما يجب ،ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصفها صاحبها بحيث يأمن عليها من التلف ،فيكون الضرر الذي اصاب المتضرر في هذه الحالة غير ناشئ من خطا المدين بل من خطا الدائن نفسه[٣] ، وكذلك ((لا تسأل هيئة السكك الحديد عن نفوق الحيوانات المنقولة من مكان الى اخر اذا ثبت ان نفوق الحيوانات ليس بسبب البرد الذي تعرضت له في العربة التي وضعت فيها والتي لم تكن مغلقة ،وانما يرجع هذا النفوق لسبب اخر وهو اصابتها بمرض معين))[٤]، ففي هذه الحالات لايمكن ان ننسب المسؤولية الى المدين وذلك لعدم وجود ارتباط بين الضرر الحاصل والخطأ الصادر من جانبه لعدم تحقق العلاقة السببية بينهما.

---

(١)واحياناً تتحقق المسؤولية اذا ما كانت هناك علاقة سببية بين الضرر والفعل في المسؤولية القائمة على الضرر د. فتحي عبد الرحيم عبدالله، دراسات في المسؤولية التقصيرية نحو مسؤولية موضوعية، خال من رقم طبعة، منشاة المعارف بالاسكندرية،٢٠٠٥،ص ٦٧.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٥٦٣.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،الجزء الاول ،الطبعة الثالثة ،منشورات دار الحلبي الحقوقية ، بيروت –لبنان ، ٢٠٠٠،ص ٧٧٤.

(٤) د. مصطفى عبد الجواد ، مصادر الالتزام–المصادر الارادية، خال من رقم طبعة، دار الكتب القانونية،٢٠٠٥،ص٤٩٥ ويشير بدوره الى د.رمضان ابو السعود.

وعلى الرغم من ان مفهوم العلاقة السببية ليس بالفكرة السهلة والبسيطة[١] الا انه يمكن اثباتها ولو بشيء من الصعوبة عن طريق القرائن ، وبوسع المدعى عليه ان يدفع المسؤولية عنه بطريقين اما مباشر بان يثبت بانعدام السببية بين فعله والضرر ،واما بطريق غير مباشر بان يثبت بان الفعل الذي تسبب بالضرر قد نتج عن سبب اجنبي[٢] .

والذي يهمنا هنا هو البحث في الاتجاه الذي يرى بان امكانية المتضرر في تخفيف الضرر من شانه ان يقطع العلاقة السببية بين الضرر والخطأ الصادر من المسؤول، ويحول الضرر من ضرر مباشر الى ضرر غير مباشر او كما يسميه البعض بالضرر البعيد[٣] اوالنتيجة غير الطبيعية للخطأ، وهذا الاتجاه هو اتجاه سائد في الفقه ثبت واستقر في كتابات الكثير من الفقهاء.وماهو في الحقيقة سوى رجوع الى نظرية السبب المنتج[٤] ،وبذلك فان الضرر الذي لايعتبر نتيجة طبيعية للخطأ وهومايسمى بالضرر غير

(1) Vivienne Harpwood, LLB, Barrister PRINCIPLES OFTORT LAW, Fourth Edition,2000,p216

(٢) د.جاسم لفته العبودي ،المداخلات في احداث الضرر تقصير ، ط٢، مكتبة الجيل العربي – الموصل،٢٠٠٩،ص ٤١.

(3) Vivienne Harpwood, LLB,Op.cit ,p216

(٤) ورعى هذه النظرية بصفة اساسية اغلب الفقهاء الالمان والتي بدورها تفرق بين الاسباب التي يؤدي اجتماعها الى حدوث الضرر وهي السبب المنتج وهوالسبب المألوف الذي يؤدي بحسب المجرى العادي للأمور الى احداث الضرر،والاسباب العارضة وهي التي لاتحدث في العادة هذا الضرر ،والوقوف عند السبب المنتج ليعتبر وحده سبباً للضرر،دون الاسباب الاخرى التي لاتعتبر اسباباً له

المباشر والذي لاتقوم رابطة سببية بينه وبين الخطا[١]،لايكون له محل من التعويض لعدم تحقق العلاقة السببية.

وعلى الرغم من الاساس المنطقي لهذه النظرية(علاقة السببية) الا ان هناك اسباب اخرى شجعت على الاخذ بها ،منها انها تتماشى مع مبدأ العدالة،كون ان هذه النظرية تحدد بشكل واضح وصحيح السببية القانونية ،فتتكر قيامها في الحالات التي يبدو الاخذ بها منافياً للعدالة بشكل ظاهر،ويرجع ذلك الى النهج الذي اتبعته هذه النظرية في معالجة الحالات والمتضمنة فصل التسلسل السببي عن العوامل الشاذة غير المالوفة،والاكتفاء بالعوامل الطبيعية المالوفة[٢].

ومثال ذلك تقليص التعويض المستحق بناء على رفض المتضرر بالخضوع الى عملية جراحية بسيطة كون ان هذا المتضرر ملزم بالعمل على كل ما من شانه ان يؤدي الى منع تفاقم الضرر،فان لم يقبل الرضوخ لهذه العملية التي لاتنطوي على خطورة كبيرة ،فان الضرر الذي يصيبه من جراء ذلك يعود عليه وحده ،وبذلك تنتفي بين ضرره وبين فعل المسؤول علاقة السببية ويوصف حينئذ الضرر الذي اصابه بالضرر غير المباشر[٣].

ومن الجدير بالذكر ان انقطاع علاقة السببية المتعلقة بقدرة المتضرر على تخفيف الضرر قد تتحقق في اي مرحلة من مراحل الاخلال العقدي او التقصيري،ويترتب على اساس ثبوت وقت تحقق انقطاع علاقة السببية تحديد لقيمة التعويض المستحق للمتضرر والذي سيتأثر حتما بوقت تدخله صراحة او حتى وقت

(1) Helmut Koziol andVanessa Wilcox,Punitive Damages- Comman Law and civile Law Perepectives,Tort and Insurance Law,Edition 1,vol.25,2010,p274

(٢) د.علي سيد حسن، فكرة الضرر المباشر بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ،السنة الثانية والخمسون ، ١٩٨٢،ص ٥٢٠.

(٣) د. علي سيد حسن ،المصدر السابق ،ص ٤٧٢.

امكانية تدخله في تخفيف ذلك الضرر، حيث تنقطع علاقة السببية بالقدرة على التدخل في التخفيف مع الامتناع عنه[١] لان من شان ذلك ان يقطع علاقة السببية بين خطا المسؤول والضرر الحاصل.

فيما يبدوا ان القانون الفرنسي لا يعول كثيراً على فكرة تخفيف الضرر كمعيار للتفرقة بين الضرر المباشر من غير المباشر ،فالقانون وبجانبه الفقه والقضاء في بداية الامر كانوا يركزون على فكرة السببية بصورة عامه من دون الاشارة الى دور الدائن في تخفيف الضرر لعدم اعترافهم بهذا الدور بداهةً،حيث بين القانون المدني الفرنسي في المادة (١١٥١) بان((المدين في الالتزام التعاقدي لا يسال الا عن النتائج المباشرة لعدم تنفيذه لالتزامه)).وقد اجمع الفقة والقضاء الفرنسي ان التفرقة بين الضرر المباشر وغير المباشر ترجع الى علاقة السببية فقط[٢].وقد قررت المحاكم الفرنسية ان الاحتمال(Evantualite) يقطع رابطة السببية،بمعنى انه اذا لم يكن الضرر الواقع نتيجة طبيعية للخطأ فان الفاعل لا يسأل عنه وهذه النتيجة الطبيعية من وجهة نظرهم في الاونة الاولى لا تعتمد على تدخل المضرور في تخفيف الضرر،بل تعتمد على معيار اخر وهو كون السبب منتجا بحد ذاته او غير منتج[٣]،وهذا ما سارت عليه المحاكم الفرنسية وطبقته لمدة طويلة فحكمت لو ان شخصاً وشى باخر وشهر به مما ادى الى اعتقاله ونفيه خارج البلاد،الامر الذي ادى الى موته ،تحمل الواشي تبعة تعويض ذويه عن كل هذه النتائج التي ترتبت على فعله[٤].باعتبارها اضرار مباشرة ترتبط بالخطا بعلاقة سببية.

---

(١) وقد يسأل البعض عن اثار قيام الدائن بتخفيف الضرر فما هو الوصف القانوني لذلك ويجيبنا في هذا الشأن الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي يرى انه عندما تنعدم السببية ينعدم في الوقت ذاته الضرر لان في هذا الوجه يكون الضرر والسببية متلازمين، وهذا الراي دقيق للغاية فعندما يتدخل الدائن بالتخفيف فان هذا من شانه ان يمنع الضرر المتلاحق...د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص٩٩١.

(٢) د.علي سيد حسن، مصدر سابق،ص٤٧٣.

(٣) المصدر السابق،ص٥٢٠.

(٤) د.حسن علي الذنون،المبسوط في شرح القانون المدني – رابطة السببية،ط١،دار وائل،عمان،٢٠٠٦،ص٣١.

وقضت كذلك بمسؤولية بائع الاسلحة التي يبيعها لطفل صغير عما قد يحدثه هذا الطفل من اضرار للغير نتيجة لاستخدامه لهذه الاسلحة،وقضت كذلك بمسؤولية رب العمل الذي يترك في يد مستخدميه وسائل تساعد في ارتكاب جرائم النصب والاحتيال[١].

فكل هذه الامثلة تشير الى وجود اتجاه واضح لمحكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر واعتمادها على فكرة النتيجة الطبيعية المستندة الى فكرة السبب المنتج ومن دون الاشارة الى دور المتضرر الا ان هذا الاتجاه قد تغير في الآونة الاخيرة .

إما بالنسبة إلى القانون الأمريكي الذي صرح بأن الاختبار الوحيد للسببية كان إمكانية التوقع ([٢]) .

اما القانون المدني المصري ففي راينا انه قد حسم الامر في المادة ١/٢٢١ عندما ميز بين الضرر المباشر(النتيجة الطبيعية) والضرر غير المباشر عن طريق الاستعانة بمعيار استرشادي، ويبدو ان الفقه مجمع عليه كذلك وهو قدرة الدائن على القيام بالتخفيف.

وقد اشار القانون المدني العراقي الى علاقة السببية في عدة مواضع،ومنها ماجاء في المادة(١٦٩) فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية عندما اوجب ان يكون الضرر الذي يجري التعويض عنه نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالتزام او لتأخره عن الوفاء به، ثم اعاد هذا النص فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية عندما اشارت الفقرة (١/٢٠٧)إلى ان التعويض الذي تقضي به المحكمة بالنسبة للضرر الناجم عن العمل غير المشروع انما يكون بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، وكذلك ما جاء في المادة (٢١١) حيث نصت هذه المادة ((اذا اثبت

(١) المصدر السابق ،ص ٣٢.

(٢) يرى الفقه أن إمكانية التوقع والسببية ترتبط أحدهما بالأخرى أرتباطاً كبيراً،ونادراً مايكون ممكناً فصلهما فصلاً حاسماً..... د.سهير شرف ابراهيم، مصدر سابق، ص١٥٣.

الشخص ان الضرر نشا عن سبب اجنبي لايد له فيه كافة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطا المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك)). ويظهر من هذه النصوص بصور واضحة الاشارة الى العلاقة السببية المتمثلة بكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ اي ان يرتبط به بعلاقة سببية،ويتضح كذلك ان هذه العلاقة مابين الخطأ والضرر تنقطع وتنتفي المسؤولية تجاه محدث الخطأ عند نسبه احداث الضرر الى العامل المتداخل وحده[١].

وعلى الرغم من ان المادة الاخيرة تركز على المداخلة في قطع العلاقة السببية الا انها تشير ايضا الى خطا المتضرر (باعتباره الاقرب الى فكرة تخفيف الضرر من قبل المتضرر) وظاهراً ان وصف الخطأ لايكون الا اذا سلمنا ان الشخص المخطئ قد انتهك الالتزامات التعاقدية، او لم ينفذها ، ويكون ذلك بحالتين اذا لم يصل المدين للغاية المطلوبة او لم يبذل من العناية والرعاية الموعود بها[٢] . الا ان مبدأ حسن النية يفرض نفسه وعدم الاخذ به وانتهاكه يعد خطأً ايضا يوجب المسائلة.

اما في المسؤولية التقصيرية فيمكن تصور ذلك ايضاً باعتبار ان الخطا في المسؤولية التقصيرية حسب تعريف العلامة بلانيول[٣] هوالاخلال بالتزام قانوني سابق،وحسب تعريف سافاتييه هو مخالفة الواجب العام الذي يفرض على الشخص بعدم الاضرار بالغير[٤].فلذلك تكون احكام تخفيف الضرر اكثر وضوحا في نطاق المسؤولية التقصيرية عما هي في العقدية،كون ان عدم قيام المتضرر بتخفيف الضرر ماهو

(١) د. جاسم لفته العبودي، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٢) يمكن الوصول الى معيار للتفرقة مابين هو التزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية،فالمعيار الاول موضوعي يعتمد على الصفة المؤكدة او المحتملة للنتيجة المستهدفة ،والمعيار الثاني يعتمد على دور الدائن ،فاذا كان لا يقوم الا بدور سلبي وليس عليه ان يتخذ اي مبادرة فان التزام الدائن يكون التزاما بنتيجة،اما اذا كان على الدائن ان يتعاون مع المدين تعاونا ايجابيا في تنفيذ العقد فان الالتزام يكون التزاما بوسيلة....لمزيد من التفصيل راجع د.حسام الدين كامل الاهواني،النظرية العامة للالتزام،ط٣،خال من مكان نشر،٢٠٠،،ص ٦٣٠.

(3) Planiol, Traite elementaire de droit civil,2 ed,ed,1949,p865

(4) Savatier(R),Traite de la responsadilite civil en droit francais ,vol.2ed.1951,p8

الا صورة من صور الاضرار بالغير(المسؤول) حيث ان من شان هذا الامتناع ان يغلظ من مسؤولية الفاعل بصورة اكبر .

الفرع الثالث

تعاون الدائن والمدين في تنفيذ العقد

يرى اتجاه واسع في الفقه ان واجب التعاون هو من مقتضيات حسن النية[١]،ونحن نتفق مع ذلك الا ان هذا الواجب(واجب التعاون) اخذ بالشيوع بشكل كبير وفي كثير من العقود إلى ان اصبحت له مكانة مميزة جعلته مستقلا عن مبدا حسن النية.

وعلى الرغم من ان الالتزام بالتعاون يجب ان يسود كامل حياة العقد الا ان الفقه تنازع في نطاقه فمنهم من اقتصره على الفترة السابقة على العقد ومنهم من مد هذا الالتزام الى فترة تنفيذ العقد والتي رجحت كفتها على الفترة السابقة على التعاقد، وهذه الحقيقة اقرها القضاء الفرنسي في كثير من احكامه ،حيث كشفت هذه الاحكام ان الغاية من التعاون هو الوصول بالعقد للغاية المنشودة عن طريق تعاون الدائن والمدين في تنفيذه ،والابتعاد عن فكرة تناقض مصلحة الدائن مع مصلحة المدين[٢]،بمعنى أن لايتصرف الدائن بطريقة عدائية مع مدينه[٣]،وفي ذلك مجالٌ خصبٌ لنمو فكرة تخفيف الضرر اذ ان قيام الدائن بالتعاون مع مدينه والذي قد يكون بأمس الحاجة الى هذا التعاون ماهو الا تطبيقٌ لفكرة تخفيف الضرر ،اذ لو ترك المدين تحت رحمة الظروف المادية او القانونية التي تواجهه من دون تقديم الدائن له يد العون فان ذلك سيؤدي حتما الى مضاعفة مسؤوليته وزيادة في قيمة الاضرار .

(١) د.حسين عامر ، مصدر سابق ،ص ٤٣ .كذلك،شاكر ناصر حيدر، واجب تقليل الضرر في القانون الانكليزي ،بحث منشور في مجلة القانون المقارن ،العدد الثالث عشر ، السنة التاسعة ١٩٨١،ص ١٢.

(٢) د. أمل كاظم سعود،الالتزام بالتعاون،إطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد،٢٠٠٧،ص ٢٦.

(٣) د.احمد محمد الرفاعي، الالتزام بالتسامح،خال من رقم طبعة،دار النهضة العربية– القاهرة، بلا سنه طبع ،ص١٥.

ومن مقتضيات هذا التعاون الذي يصب في فكرة تخيف الضرر ان المدين لايتحمل وحده اعباء تنفيذ الالتزام بل ان الدائن كذلك يتحمل نصيباً من هذه الاعباء اذا اقتضى الامرأي يتعاون مع الطرف الآخر في تنفيذ العقد، أثي يلتزم المتعاقد بالمساهمة أو التدخل بفعالية في العقد بهدف تسهيل مهمة الطرف الآخر [١].وتبعا لذلك فان على الدائن ان يسهل على المدين تنفيذ ماعليه من التزامات[٢] ،وان يمنع قدر الامكان اتساع الضرر الذي يصيبه تخفيفاً من مسؤوليته [٣].ويهون كل ما من شانه ان يعيق من نهاية سليمة للعقد، وان يتدخل في الوقت المناسب واللازم للتخفيف على المدين .

ومن تطبيقات هذا المبدأ كذلك ان على الدائن ان يسلك تجاه المدين سلوكا متبصراً بحيث يذلل كل ما من شانه ان يؤثر على تنفيذ العقد وانهائه نهاية مثلى[٤].وعلى المدين في نفس الوقت ان لايرهق الدائن بالتشبث بحرفية العقد بل عليه ان ينظر الى العقد نظرة متسامحة ليس الهدف منها التمسك بالحقوق فقط وانما ينبغي ان ينظر اليه من زاوية اخرى هي تحقيق الهدف النهائي من التعاقد[٥].

وكذلك فان على الدائن ان لايزيد من نفقات المدين[٦] بحيث لا تتناسب مع الفائدة المرجوة من العقد،ومثال ذلك انه في حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه التعاقدي في الوقت المتفق عليه فعلى الدائن مطالبته بتنفيذ التزامه قبل ان يصبح هذا التنفيذ اكثر صعوبة وارهاق[٧].

---

(١)المصدر السابق ،ص١٥.
(٢) شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ،ص١٢.
(٣) د.أمل كاظم سعود، مصدر سابق ،ص ٢٦ .
(٤) د.عبد الجبار ناجي الملا صالح، مصدر سابق، ص١٧٢.
(٥) د.احمد السعيد الزقرد، محاولات لإنقاذ العقود من الفسخ ،خال من رقم طبعة، المكتبة العصرية،٢٠٠٧،ص٢٤.
(٦) حسين عامر،،مصدر سابق،ص٤٦.
(٧) المصدر السابق، ص ٢٩.

وفي عقد البيع فان على المشتري ان يساهم بإيجابية في منع تفاقم الضرر تخفيفاً لمساءلة البائع عن اخلاله باي التزام ناتج عن هذا العقد ،وتقع على المشتري تبعه كل الاضرار التي كان في استطاعته توقيها ولم يفعل ذلك ،ولذلك ((لايجوز رجوع المشتري بالضمان اذا كان تلف الاله التي ضمن البائع صلاحيتها لمدة معلومة ناشئاً عن عدم قيام المشتري باصلاحات بسيطة))[١].

وكذلك فان على الزبون ان يشير الى البقع السابقة للبياضات بالكلور الموجودة على سطح الارضية ويُرشد اليها المقاول لتدارك ثباتها وصعوبة ازالتها في وقت لاحق مما يعرض المقاول للمسؤولية أو إلى وجود تقنية يمكن أن تؤدي إلى ضرر معدات المقاول [٢].

وعلى المزارع الذي اشترى بذور مضمونة الانبات ان يبادر الى تجربتها للتأكد من صلاحية هذه البذور قبل بذرها[٣] تداركاً لما قد يظهر من عدم صلاحيتها مما يثقل كاهل البائع بمبالغ تعويضية باهضة.

وعلى العموم في كل عقد عمل على صاحب العمل أن يقدم للعامل مايلزم لهذا الاخير للقيام بعمله فمثلاً أن شركة السكك الحديدية التي عليها بمقتضى العقد أن تزن البضاعة بمجرد وصولها ليس لها أنتشتكي من بقاء القبضاعة دون أستلام والمطالبة بأجر التخزين(الارضية) أذا غ كانت قد تأخرت في القيام بوزن البضاعة – وأن من كلف آخر باقامة بناء لاتسمع منه الشكوى من عدم أقامتة أذا كان هو لم يقم من ناحيته بتحديد مكان أقامة البناء

(١) المصدر السابق ،ص ٥٠.

(٢) الان بنابنت، القانون المدني–العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي،ط١،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،٢٠٠٤،ص٤٢١.

(٣) د.حسين عامر، مصدر سابق، ص ٤٨.

-وكذلك على الدائن أن يعمل على وزع ما يلحقه من ضرر تخفيفاً لمسؤولية المدين:فمن أشترى آله من الآلات ض منها البائع لمدة معينة لايجوز له الرجوع بالضمان أذا كلف تلف الآلة يرجع إلى عدم قيامه باصلاحات بسيطة كان من شأنها منع الضرر. وأن يعمل على أن لاتزيد كلفة المدين : فأذا تأخر المدين عن التسليم في الميعاد فعلى الدائن أن يبادر بالمطالبة بالتنفيذ وألا ينتظر حتى يحل الوقت الذي يصبح فيه التنفيذ أشد كلفة [١].

وفي عقد الايجار لايجوز للمستأجر ان يمنع المؤجر من اجراء الترميمات الضرورية والمستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة وذلك لان منع المؤجر من القيام بهذه الاعمال من شانه ان يفاقم من الاضرار الموجودة في العين المؤجرة فيما لو قام(المؤجر) في اجراء هذه الترميمات في الوقت المناسب[٢].

وحكم كذلك بمسؤولية المستأجر اذا لم يخطر مالك العقار الذي يسكن في بلدة اخرى بحالة العقار الايلة للسقوط.

واذا ((قدمت شركة السكك الحديد احدى عرباتها لشحن بضائع وكان في العربة عطل لاحظه المرسل،وبدلاً من ان ينبه اليه الشركة،قام بشحن بضائعه ففقد بعضها في الطريق بسبب هذا العطل ،فان هذا المرسل قد اخل بما كان يجب عليه من الاخطار بحالة العربة))[٣]

(١) د.حلمي بهجت بدوي، مصدر سابق،ص٣٩٦.

(٢) انظر المادة ١/٧٥٢ من القانون المدني العراقي والتي تنص((اذا احتاج الماجور لعمارة ضرورية لصيانته فليس للمستأجر ان يمنع المؤجر عن اجرائها ،فان ترتب على ذلك ما يضر بالسكنى او يخل بالمنفعة ،جاز للمستأجر ان يطلب فسخ الايجار او انقاص الاجرة)).وتقابل هذه المادة نص المادة ٥٧٠ من القانون المدني المصري

(٣) د.حسين عامر، مصدر سابق ،ص ٤٩.

وعلى الرغم من هذه الايجابيات التي يتمتع بها الالتزام بالتعاون الا ان القوانين المقارنة كالقانون المصري او الفرنسي فضلا عن القانون العراقي لم تتضمن نصا مباشرا او تنظيماُ لهذا الالتزام،لذلك فقد وقع الحمل الاكبر على الفقه والقضاء في بيان ماهية واساس وطبيعة هذا الالتزام على الرغم من تباين ارائهما بهذا الشان.وجل ماوصلوا اليه هو ارجاع هذا الالتزام الى المبدأ العام المتضمن حسن النية،وهذا الاخير ورد في الكثير من القوانين بصورة مباشرة وصريحة واهتم الفقه المقارن به وبشرحه ورتب القضاء عليه الكثير من الاحكام.

المبحث الثاني

اساس الالتزام بتخفيف الضرر في التشريعات الوطنية واتفاقيات التجارة الدولية

تحرص اتفاقيات التجارة الدولية على النص صراحة على هذا الالتزام رغم كونه تطبيقاً لمبدأحسن النية في تنفيذ العقد ولا يحتاج إلى نص صريح لتقريره . ومن الاتفاقيات التي تنص على هذا الالتزام اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠ حيث تنص في مادتها (٧٧) على أن " يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة ،بما فيها الكسب الذي فات .وإذا أهمل القيام بذلك ،فللطرف المخل أن يطالب بتخفيف التعويض بقدر الخسارة التي كان من الممكن تجنبها"[١].

وتحت عنوان " تخفيف الضرر "Attenuation du prejudice" تنص المادة (٨-٤-٧) من مبادئ اليونيد روا Unidroitعلى أن"١- لا يلتزم المدين بتعويض الضرر في الحالة التي يستطيع فيها الدائن

(١)أنظر المادة (٧٧)من هذه الاتفاقية ويجري نص المادة (٨٨) من القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية (لاهاي ١٩٦٤) ،على هذا النحو أيضا تشير هذه المادة إلى الاجراءات المعقولة التي يجب أن يتخذها الدائن لتخفيف ما يلحقه من ضرر ،وانظر في ذلك د،شريف محمد غنام، مصدر سابق ص٥١٨.

تخفيف هذا الضرر بطرق معقولة .٢- يمكن للدائن أن يستعيد النفقات المعقولة التي أنفقها لغرض تخفيف الضرر"[١].

إما الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية فهو لايتناول هذا الالتزام إلا في التعليقات والملحوظات الواردة عليه وبنص البند العاشر من هذه التعليمات على أن " الطرف الذي يفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ الطرف الآخر لألتزامه يجب أن يحاول doit tenter تخفيف خسائره الناتجة من عدم التنفيذ .... فإذا لم يفعل ذلك ،فإنه يلتزم بدفع تعويض يجبر الاضرار والخسائر التي كان يمكن تجنبها"[٢]. وعلى هذا يجازي الشرط الطرف الذي لايحاول تخفيف الاضرار التي لحقت به بدفع تعويض للطرف الآخر، وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين يخصص كل منهما إلى اساس الالتزام بتخفيف الضرر في اتفاقيات التجارة الدولية وفي القضاء والتحكيم.

المطلب الاول

اساس الالتزام بتخفيف الضرر في اتفاقيات التجارة الدولية

ومن المعروف ان مبدأ تخفيف الاضرار يعد من المبادئ القديمة الذي استند الى مبدأ اسمى وهو مبدأ حسن النية ،الا ان قدم هذا المبدأ لم ينعكس اثره على التشريعات او الاتفاقيات الحديثة بصورة كبيرة، وذلك لعدم تضمين اكثر القوانين المقارنة لهذا المبدأ على وجه يوازي اهميته ،فلم ينتشر هذا المبدأ في القوانين الحديثة او التنظيم الدولي الحديث بشكل واسع،سواء كان بصورة اتفاقية او مبادئ دولية ضمن

(١)انظر المادة (٨-٤-٧) من هذه المبادئ.
(٢)انظر البند العاشر من هذه التعليقات والملحوظات ص١٦ من منشورات غرفة التجارة الدولية.

نطاق القانون الخاص ،واقتصر الامر على اشارتين مهمتين أولهما في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠وثانيهما في مباديء اليوندرو

الفرع الاول

تخفيف الضرر في اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠

يعد مبدأ حسن النية احد اهم المبادئ التي تنهض عليها اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع[١] حيث ورد في الفقرة الاولى من المادة السابعة من هذه الاتفاقية بان ((يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية)).ونتيجة لذلك فقد اشارت هذه الاتفاقية بصورة صريحة الى ضرورة تدخل الدائن بتخفيف الضرر الواقع عليه وذلك في المادة (٧٧) من هذه الاتفاقية إذ جاء بها ((يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد ان يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة بما فيها الكسب الذي فات ،واذا اهمل القيام بذلك فللطرف المُخل ان يطلب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها)).

وبذلك يستنتج من هذه المادة أن مديات إستحقاق التعويض يتوقف على امرين:

١. ان يتصرف الدائن تصرفاً رشيداً مُقترناً بحسن النية بغية تخفيف الضرر الواقع عليه.

٢. ان يكون الدائن قد اتخذ تدابيرً معقولة وملائمة للظروف المحيطة به.

(١) د. احمد السعيد الزقرد، اصول قانون التجارة الدولية،ط٢،المكتبة العصرية للنشر والتوزيع،٢٠١٠،ص١١٥.

ومن امثلة هذه التدابير المعقولة هي قيام الدائن بالتعاقد مع مورد آخر بسبب عدم قدرة الطرف المُخالف على تسليم القوالب في الوقت المحدد[١]، وقيام الدائن باستخدام مخزونه الاحتياطي من الفحم عند تأخر البائع في تسليم الدفعة المتفق عليها[٢].

وقد تكرس هذا الواجب وهي القضية[٣] رقم ١٣٠ في ١٤ كانون الثانى / يناير ١٩٩٤ والتي تتلخص وقائعها((طلب المدعى عليه، وهو شركة ألمانية ، من المدعى ، وهو صانع أحذية إيطالى، ١٤٠ زوجاً من الأحذية الشتوية . وبعد أن صنع المدعى الأحذية المطلوبة، طلب ضماناً لثمن البيع نظراً لأن المدعى عليه لا تزال عليه فواتير مستحقة السداد للمدعى. غير أن المدعى عليه لم يدفع الثمن ولم يقدم الضمان المطلوب . وبناء على ذلك أعلن المدعى فسخ العقد وباع الأحذية لتجار تجزئة آخرين : منها ٢١ زوجاً بيعت بنفس السعر المتفق عليه مع المدعى عليه ، و ١٠٩ أزواج بسعر أدنى كثيراً، و ١٠ أزواج ظلت دون بيع .

وقد طلب المدعى تعويضاً عن مختلف الأضرار التى سببها الإخلال بالعقد وهي

١- تعويضٌ عن الفرق بين سعر العقد وأسعار الصفقات البديلة.

٢- أتعاب المحاماة.

---

(١)محكمة استئناف اونتاريو، كندا ،٢٦ كانون الثاني ٢٠٠٠،متاح على الموقع الالكتروني http://is.dal.ca/cisg/cases/nova2.htm

(٢) قرار تحكيم الغرفة التجارية الدولية رقم ٨٧٤٠،تشرين الاول ١٩٩٦. موقع الامم المتحدة الاونيسترال على الموقع الالكتروني http://www.uncitral.org/uncitral/ar/case_law/digests/cisg.html تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٦/١٦.

(٣) موقع شبكة المحامين العرب
http://www>mohamoon montada.com. تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٦/١٦.

٣- خسارة الفائدة بنسبة ١٦.٥ فى المائة.

٤- خسارة أسعار صرف العملة بنسبة ١٥ فى المائة.

٥- الفائدة الحالية بسعر ١٦.٥ فى المائة .

وقبل المدعى عليه المسؤولية بوجه عام ولكنه نازع فى مدى الأضرار التى وقعت والتى يعزوها هو إلى قصور المدعى عن بيع الأحذية بطريقة معقولة .

وقد بينت محكمة الاستئناف أن المدعى كان محقاً فى فسخ العقد وفقا للمادة (٧٢) من اتفاقية البيع، ومنحته بالتالى الحقوق المنصوص عليها فى المادتين(٧٤ و ٧٥) من اتفاقية البيع . وبناء على ذلك سمح للمدعى بأن يسترد الفرق بين سعر العقد وأسعار الصفقات البديلة (المادة ٧٥ من اتفاقية البيع). ووجدت المحكمة علاوة على ذلك أن المدعى أجرى عملية إعادة للبيع فى غضون وقت معقول إذ أنه لم يكن مجبرا على إعادة بيع الأحذية قبل تاريخ فسخ العقد . وذهبت المحكمة إلى أن عملية إعادة بيع تجري بعد مضى قرابة شهرين على فسخ العقد (فسخ العقد فى ٧ آب / أغسطس وإعادة البيع فى ٦ و ١٥ تشرين الأول/أكتوبر) تعتبر أنها تمت فى غضون مدة معقولة ولا تنطوى على إخلال بالتزام المدعى بموجب المادة(٧٧) من اتفاقية البيع ، بالتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة . وفى هذا الصدد ، قبلت المحكمة دفع المدعى ، الذى كان قد عرض الأحذية للبيع فى السوق الإيطالية ، بأن معظم تجار التجزئة كانوا فى شهر آب / أغسطس قد اشتروا مخزونهم من سلع الفصل التالى ، ولم يكن ثمة ما يدعوهم إلى شراء المزيد من سلع فصل الشتاء .

بينت المحكمة أن المدعى تحمل خسارة فى الفائدة وفقا للمادة(٧٤) من اتفاقية البيع . فقد دفع المدعى بأنه استخدم قرضا مصرفيا بسعر فائدة قدره ١٦.٥ فى المائة . وقبلت المحكمة هذا الادعاء وفقا للمادة (٢٨٧) من قانون الإجراءات المدنية الألمانى . ومن جهة أخرى رفضت مطالبة المدعى بأتعاب المحاماة

. فعلى الرغم من أن هذه الأتعاب يمكن عموماً استردادها بموجب المادة (٧٤) من اتفاقية البيع ، فإنها كانت فى هذه القضية ستؤدى إلى تعويض مزدوج نظرا لأن المحامى كان قد طالب بتكاليفه فى الإجراءات الخاصة لتحديد التكاليف .

بينما رفضت المحكمة مطالبة المدعى بالتعويض عن خسارة أسعار صرف العملة بين الليرة الإيطالية والمارك الألمانى . فقد رأت أنه لا يوجد عرف عام يقضى بصرف النقود المدفوعة بالعملة المحلية إلى عملة أجنبية، ما لم يكن ذلك هو الممارسة المعتادة للمدعى . وبالنظر إلى أن ذلك لم يتسن إثباته ، فقد ارتأى أن المدعى لم يلحق به أى ضرر من هذا القبيل.

وفي قضية اخرى[١] ٢٢ أيلول /سبتمبر ١٩٩٢ ((عرض مشتر المانى (المدعى عليه)، شراء عشر كميات من لحم الخنزير "المغلف" من بائع ايطالى(المدعى). وقد أشار البائع فى رده على عرض المشترى إلى أن اللحم " غير مغلف " . بيد أن المشترى لم يعترض على تغيير شروط العقد ،وقد رفض المشترى بعد أن استلم أربع كميات من اللحم ، قبول الشحنات الأخرى . وبالتالى أعلن البائع فسخ العقد وقام ببيع الكميات الست المتبقية بسعر يقل كثيرا عن كل من سعر السوق وسعر الشراء المتفق عليه. وطالب البائع بتعويضه عن الأضرار الناجمة عن عدم دفع سعر الشراء والفوائد .

وقد رأت المحكمة أن رد البائع على عرض المشترى يشكل إيجابا مقابلا (المادة ١٩(١) من الاتفاقية) وليس قبولا (المادة ١٨(١) من الاتفاقية) وأنه ينبغى – نظرا لعدم احتواء رد المشترى على الايجاب المقابل على أى اعتراضات بشأن تغيير شروط العقد– اعتباره قبولا غير مشروط (المادة ٨(٢) من

(١) قضية منشورة على موقع شبكة المحامين العرب
.http://www.mohamoon.com/MONTADA/Default.aspx?Action=Display&ID=17214&Type=3

اتفاقية البيع) . ومن ثم فإنه يحق للبائع إعلان فسخ العقد لأن عدم تسلم المشترى لأكثر من نصف كمية البضائع يشكل مخالفة جوهرية للعقد (المادة ٦٤ (١) (أ) من الاتفاقية) .

ورأت المحكمة أيضاً أنه من حق البائع المطالبة بتعويضه عن الأضرار (المادة ٦١(١) (ب) والمادة ٧٤ من الاتفاقية) . ولتقييم هذه الأضرار فإنه يتعين إعطاء الأولوية لأسلوب التقدير بموجب المادة (٧٥) من الاتفاقية . غير أن البائع ملزم – بهدف تخفيف خسارته – بأن يقوم بإعادة بيع البضائع على نحو مربح (المادة ٧٧ من الاتفاقية) . وطالما أن البائع لم يتمكن من إعادة بيع البضائع بسعر يزيد على سعر السوق ، أى سعر السوق السائد فى مكان التسليم وليس فى مكان عمل البائع ، فقد طبق أسلوب التقدير بمقتضى المادة(٧٦)من الاتفاقية .

هذا من جانب ومن جانب آخر فان المتضرر يجب عليه ان يخفف من الخسارة بصورة فعلية منتجة كإعادة بيع البضاعة بثمن وان كان يقل عن الثمن الذي عرضه المشتري المخالف واذا وجد ان تصرفه لم يحد من الخسارة فترى بعض الجهات التحكيمية بان جميع النفقات التي انفقها في سبيل التقليل منها لا تُرد له ،فقد رفضت عدة قرارات مطالبة المشتري المتضرر باسترداد النفقات لان تلك النفقات لم تحد من الخسارة،فرفض قرار منح المشتري تعويضاً عن نفقات تعديل الة لمعالجة اسلاك معيبة سلمها اليه البائع لان نفقات التعديل لا تتناسب مع ثمن شراء الاســلاك [١].ورفضت قرارات اخرى مطالبة مشتر باسترداد

(١) قضية CLUT ، رقم ٢٣٥،المانيا ٢٦ حزيران١٩٩٧ . متاح على الموقع الالكتروني http://www.uncitral.org/uncitral/ar/case_law/digests/cisg.html تاريخ الزيارة ،٢٠٢٢/٦/١٦.

تكاليف ترجمة دليل يرافق البضاعة التي يراد اعادة بيعها لان المشتري المتضرر لم يبلغ البائع الذي كان لديه بوصفه شركة متعددة الجنسيات،ادلة باللغة التي ترجم اليها الدليل[١]

وقد الزم النص الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد باتخاذ جميع وسائل تخفيف الضرر ولم يترك له خياراً في ذلك،وبذلك فقد بينت هذه الاتفاقية بان قيام المتضرر بتخفيف الضرر ماهو الا واجب ملقى على عاتقه ويجب عليه القيام به،وفي اعتقادنا ان سبب قيام هذه الاتفاقية بالزام المتضرر بتخفيف الاضرار يعود الى الابعاد الاقتصادية للتجارة الدولية ولما لها من اثر بالغ في التنمية لذلك اتجهت هذه الاتفاقية الى المحافظة على الاموال من جهة وبذل كل مايمكن من تخفيف الاضرار التي تمس الاموال والاشياء وبما يضمن المحافظة عليها ،ومن جهة اخرى ترى هذه الاتفاقية انها تسعى قدر الامكان من تقليل حالات الفسخ وانقاذ العقود بداعي نفس الاسباب(زيادة التنمية الاقتصادية عن طريق نبذ كل ما من شانه اعاقة ذلك)

وبغية تطبيق احكام المادة المذكورة فانه يشترط ان يطالب الدائن المتضرر التعويض من المدين المُخالف بصورة صريحة ويمكن للاطراف المتعاقدة تطبيقاً لمبدأ سلطان الارادة ان يتفقوا سلفاً على عدم التقيد بالصيغة الواردة [٢] في المادة (٧٧) او على تعديلها بالشكل الذي يرتأونه.وهذا ما بينته المادة السادسة من الاتفاقية حيث يجوز للبائع والمشتري الاتفاق على عدم التقيد بالصيغة الواردة في المادة

(١) قضية CLUT رقم ٣٤٣ ،المانيا ٩ ايار ٢٠٠٠ ... حكم منشور على موقع الجمعية العامة للامم المتحدة، لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الموحد،في بيان السوابق القضائية المتعلقة بالمادة ٧٧ من الاتفاقية.
(٢) قضية CLUT رقم ٤٢٤ ،النمسا،٩إذار ٢٠٠٠.حكم منشور على موقع الامم المتحدة ،الاونيسترال http://www.uncitral.org/uncitral/ar/case_law/digests/cisg.html تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٦/١٨ .

(٧٧) ،ولذلك فان مبدأ سلطان الارادة يفرض نفسه اذا سعى الطرف المتضرر الى انفاذ شرط جزائي وارد في العقد ، وعندها لا تلزم المادة (٧٧) ذلك الطرف بالتخفيف من الخسارة[١].

اما بخصوص ما يتحمله المتضرر من تبعات مالية نتيجة عدم قيامه بتخفيف الاضرار فلم تستقر الهيئات التحكيمية على معيار معين بخصوص ذلك ،حيث وجد في احد القرارات ان المشتري المتضرر الذي لم يتخذ مايلزم للتخفيف من الخسارة في حينه ينبغي ان يستحق ٥٠% فقط من الفرق بين سعر العقد و السعر الذي حصل عليه المشتري عندما اعاد بيع البضاعة غير المطابقة الى زبائنه[٢] بينما رأت هيئة تحكيم اخرى تقسيم الخسارة بين المشتري المتضرر والبائع المخالف الذي كان يطالب بتسديد ثمن جزء من البضاعة قام بتسليمها،وذلك بسبب عدم اتخاذ المشتري ما يلزم لتخفيف الخسارة[٣].

الفرع الثاني:

تخفيف الضرر في مباديء اليوندروا

اخذت بعض الهيئات الدولية على عاتقها مهمة توحيد قانون التجارة الدولية،وتنوعت هذه الهيئات بين هيئات حكومية وهيئات غير حكومية،ومن الهيئات الحكومية بل ومن وأهم هذه الهيئات لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة ومقرها فيينا والتى تعرف باسم UNCITRAL ، والمعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فى روما والمعروف باسم UNIDROIT.

---

(١) Hof arnhem،هولندا ٢٢ اب ١٩٩٥...حكم منشور على موقع الجمعية العامة للامم المتحدة، لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الموحد،في بيان السوابق القضائية المتعلقة بالمادة ٧٧ من الاتفاقية.

(٢)قضيه clut رقم ٤٧٤في ٢ كانون الثاني ٢٠٠٠منشور على موقع الجمعيه العامه للامم المتحده . قضية مشار اليها لدى د.رعد عداي حسين ،مصدر سابق ،٢١٦.

(٣)قضيه clutرقم٢٦٥ هنغاريا ايار ١٩٩٩ منشور على الموقع العام لجمعيه الامم المتحده. قضية مشار اليها لدى

د.رعد عداي حسين ،المصدر السابق ،ص٢١٦.

اما الهيئات غير الحكومية فهي الهيئات التي يشترك فيها اعضاء لايمثلون اي حكومة وانما يشتركون فيها بصفتهم الشخصية لما لهم من خبرة في هذا المجال وهم من المشتغلين والمتخصصين بقانون التجارة الدولية ومن هذه الهيئات غرفة التجارة الدولية في باريس والتي يطلق عليها ICC

والذي يهمنا هنا المبادئ التي وضعها المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فى روما والمعروف باسم UNIDROIT،فقد اشارت هذه المبادئ الى دور المتضرر في تخفيف الضرر احيانا بشكل مباشر واحيانا بشكل غير مباشر ،ومن الاشارات غير المباشرة هو ماجاء بالمادة (٦-١-١/٣) والتي تنص ((يجوز للدائن ان يرفض عرضاً بالوفاء الجزئي عند حلول ميعاد التنفيذ سواء اكان هذا العرض مصحوباً بضمانة لتنفيذ باقي الالتزامات العقدية ام لا ،الا اذا لم تكن للدائن مصلحة مشروعة في ذلك)).فاذا لم تكن للدائن مصلحة مشروعة فليس عليه ان يفاقم من اضرار مدينه وعليه ان يقبل بالتنفيذ الجزئي طالما كان هذا التنفيذ يلبي رغباته العقدية.

وكذلك ماورد في المادة(٧-١-١/٥) والتي جاء بها ((في حالة عدم التنفيذ يجوز للدائن اخطار المدين بمنحه مدة اضافية لتنفيذ التزاماته)).وفي نفس المادة في الفقرة ٣ ((يجوز للطرف الدائن في حالة التأخر غير الجوهري في التنفيذ،ان يوجه اخطاراً يسمح فيه بمدة اضافية معقولة ويجوز له فسخ العقد عند انقضاء هذه المدة ،فاذا كانت المدة الاضافية المسموح بها غير معقولة فتمتد لمدة معقولة،ويجوز للدائن ان يضمن اخطاره ما يفيد ان عدم التنفيذ للالتزامات خلال المدة الممنوحة بموجب الاخطار يترتب عليه اعتبار العقد منتهياً بقوة القانون)).

فبعد ان اعطت اغلب التشريعات المقارنة موضوع اعطاء مهله للمدين ،للقاضي المختص وحده ارتقت هذه المبادئ الى ارفع من ذلك واجازت للدائن نفسه ومن غير توسط القضاء الى منح مدينه مدة اضافية

معقولة تبعاً لنوع الالتزام المطلوب تنفيذه ،شريطة ان يكون التأخر عن التنفيذ غير جوهري .وفي هذا الامر تخفيفٌ كبيرٌ على المدين اذ يمكن لهذه المهلة ان تساعد المدين في تنفيذ باقي العقد ،وتعفيه من المسؤولية عن التأخر في تنفيذ التزاماته وبالتالي انقاذ العلاقة التعاقدية من الانهيار.

وكذلك ماورد في المادة (٧-٣-٣) والتي تنص((يجوز لاي طرف فسخ العقد اذا ماتبين قبل الاستحقاق ،ان الواضح هو عدم التنفيذ الجوهري من جانب الطرف الاخر)).

اما الاشارة الصريحة الى واجب المتضرر بتخفيف الضرر فكانت في المادة(٧-٤-٨)والتي جاء بها ((١- لايسأل المدين عن الضرر الذي تكبده الدائن بقدر ماكان يمكن للدائن تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة.٢- يحق للدائن استرداد اي مصروفات معقولة يكون قد تكبدها لدى محاولته تخفيف الضرر)).

وهذه المادة وان اتت في الفقرة الاولى منها بنص يكاد يكون قاعدة عامة ضمن قواعد التجارة الدولية حالياً الا ان ماورد في الفقرة الثانية يعد تقدما ملموساً ضمن احكام تخفيف الضرر،فبعد ان كان هذا الحكم يستمد من اراء الفقهاء في الغالب وبعض احكام القضاء والهيئات التحكيمية ،نرى ان هذه المبادئ قد جائت بنص مباشر وبالتالي يستمد هذا الحكم قوته من المبادئ نفسها وليس من اي مصدر اخر،فبعد ان كانت هيئات التحكيم تتارجح في مسالة استرداد الدائن للمصروفات التي بذلها في تخفيف الاضرار،فان هذا النص ينهي هذا الاجتهاد ويلزم بان للدائن الحق في استرداد تلك المصروفات شريطة ان تتسم بالمعقولية، فلا تكون هذه المصروفات من الدرجة بحيث تفوق قيمة المال المراد انقاذه او قيمة مجمل الاضرار المراد التخفيف منها[1] .

(1) Dr. Maren Heidemann, Methodology of Uniform Contract Law-The UNIDROIT in International Legal Doctrineand Practice,edition 1,1998,p92.

المطلب الثاني

أساس الالتزام بتخفيف الضرر في القضاء والتحكيم

اختلفت محاكم الدول في نظرتها لواجب المتضرر في تخفيف الضرر وذلك تبعاً للفلسفة القانونية المتبعة لديها اولاً ،ولصراحة النصوص في الاشارة لهذا الواجب ثانياً، فكلما كانت النصوص واضحة في معناها وتدل بصورة صريحة عليه تراجع الاجتهاد القضائي تبعاً لذلك واصبح واجباً عليه التقيد بالنص وبالتالي تطبيقه على المنازعات.

١. ومن وجهة نظرنا انه حتى وان كان هناك نص مباشر في هذا القانون او ذاك الا اننا لم نجد القوانين تنظم اثار هذا الالتزام في حالة النص عليه،ولذلك كان القضاء او حتى هيئات التحكيم في تلك البلدان تجتهد بالاستعانة بالمبادئ العامة في القانون لتضع احكاماً لهذا الواجب كحالة الامتناع عن تخفيف الاضرار، والعناية المطلوبة له وفي ما اذا كان هذا التخفيف يستلزم جهداً معقولاً ، ام لا وحالة استرداد المصاريف ، التي بذلت في ذلك التخفيف وما غير ذلك من احكام.

بذلك سوف يتم التطرق إلى موقف القضاء في الانظمة القانونية الوطنية بشكل مفصل:

الفرع الاول

موقف القضاء الفرنسي

تعد فرنسا مهداً للشريعة اللاتينية حيث تبنى قانون نابليون الاخذ باغلب احكام القانون الروماني ،إذ ساد العالم شريعتان قانونيتان متميزتان هما الشريعة اللاتينية وتتزعمها فرنسا والشريعة الانكلو امريكية

وتتزعمها انكلترا ،التي تستند على مبدأ السوابق القضائية وهي مهد فكرة تخفيف الضرر في القوانين الحديثة[١].

وعلى الرغم من ان النظام الانكلو امريكي هو من احتضن هذه الفكرة وتبناها الا انها لم تعد حكراً عليه فقد تم الاخذ بها في بلاد الشريعة اللاتينية التي تستند في فلسفتها القانونية الى تغليب التشريع على حساب فكرة السوابق القضائية ،وكان ذلك نتيجة لفائدتها وما تتضمن من عدالة عند الاخذ بها.

وقد اخذت المحاكم في فرنسا احياناً بهذه الفكرة وطبقتها ولكن دون ان تشير اليها او تسميها وذلك عن طريق حرمان المضرور من جزء من التعويض عن الضرر الذي تقاعس عن دفعه ،في حين رفضتها بعض المحاكم الاخرى ومنها محكمة النقض الفرنسية[٢]

ولقد خلا القانون المدني الفرنسي من نص صريح يلزم المتضرر بالتخفيف من الاضرار ،وقد استند القضاء الفرنسي في اسناد تطبيق هذه الفكرة في احكامه الى مبدأ حسن النية الذي يعد من المباديء المهمة في القانون المدني الفرنسي والى الالتزام بالامانة اذا كان الالتزام عقدياً والى الواجب العام بالحرص والحذر اذا كان الالتزام غير عقدي ، وتراه احياناً يرجعه الى فكرة السببية بشكل عام[٣].

ويرى جانب من الفقه الفرنسي ان مبدأ التخفيف المعروف في القانون الانكليزي لايمكن اقتباسه ونقله كلياً الى القانون الفرنسي لوجود احكام قانونية تعيق من ذلك [٤] .ولانعتقد ان هذا الراي دقيق بما فيه الكفاية

(١) د.رعد عداي حسين ،مصدر سابق ،ص٢٢٩.
(٢) د.رعد عداي حسين ،مصدر سابق ،ص٢٢٩.
(٣) د.رعد عداي حسين ،مصدر سابق ،ص٢٢٩.
(٤) د.احمد محمد الرفاعي،المصدر السابق،١٣٨

فمبدأ حسن النية الوارد في القانون المدني الفرنسي يمكن له ان يحكم اغلب التصرفات التي تتضمن الاضرار بالمتعاقد الاخر ،ويمكن للقضاء لما له من سلطة تقديرية في وزن تصرفات الاطراف ان يعد تصرفاً معيناً قد خرق مبدأ حسن النية ام لا ،وعليه يتحمل الشخص الذي خرق هذا المبدأ تبعة فعله والمتمثل بتحمله لجزء من المسؤولية.

وعلى الرغم من اعتماد القضاء الفرنسي في اسناد هذه الفكرة الى مجموعة من الاسانيد القانونية الا ان هذا الامر لم ينل من الاعتراف باصل الفكرة ويتضح ذلك ايضاً من خلال اتجاه القضاء الفرنسي الى حرمان المضرور من جزء من التعويض عن الضرر الذي تقاعس عن دفعه،من القضايا التي تشير الى اتباع القضاء هذا النهج هي قضية النزاع بين شركة Auchan وشركة PBC والتي تتلخص وقائعها((قضت محكمة استئناف DOUAI بحرمان المضرور من التعويض عن جزء من الضرر الذي كان بامكانه تجنبه عن طريق بحثه عن حل بديل، ففي نزاع بين شركة AUCHANوشركة PBC المسؤولة عن تركيب نظام معلوماتي للاشراف على محلات HIPEAR MARKET . فقد ازدهرت العلاقات التجارية لمدة عشر سنوات قبل ان تفتر في عام ١٩٩٧ وانتهت تماماً بناء على طلب من شركةAUCHAN. محكمة استئناف DOUAI اعتبرت ان المضرور (الذي اعطت الدليل على عدم التبصر) لا يمكنه ولا يجب عليه ان يتوقع استمرار ديمومة العلاقات مع شركة AUCHAN وقضت بتخفيض التعويض عن الضرر الذي اصابه بنسبة ٢٥% من الضرر المالي الذي لحق به حيث كان باستطاعة المتضرر ان يجد حلا بديلا وبصورة سهلة عن طريق البحث عن شركة اخرى تؤدي نفس العمل[١].

(١) د.رعد عداي حسين، مصدر سابق ، ص٢٣٠.

وفي حكم للدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية عام ١٩٧٠رفضت الحكم بالتعويض الكامل عن الاضرار الجسدية للمصاب اذا كان تفاقم حالته راجعاً الى اهماله او رفضه تحمل العلاج العادي الذي كان من شانه ان يحد من الضرر الناجم عن الحادث،فالامتناع برعونة من جانب المصاب من شأنه اعطاء فرصة سانحة لحدوث تاثير يزيد ويفاقم من الضرر بعد وقوع الحادث[١].

لم تطبق محكمة النقض الفرنسية[٢] من جانب اخر واجب تخفيف الضرر، حيث يتبين ذلك من عدة قضايا ومنها ما اكدته في حكم ١٠ مايو ١٩٥٠والتي بينت فيه انه لا مجال لمطالبة المضرور بتخفيف الاضرار الواقعة عليه ،وان الالتزام بتخفيف الضرر يقع على المسؤول وحده[٣] سواء كان ذلك في نطاق المسؤولية العقدية ام التقصيرية على حد سواء[٤]

وظهر هذا الاتجاه ايضاً في النزاع الدائر بين الشركة العامة للمياهCGE وبين مكتب عام للتاجيرHLM حيث امتنعت شركة توزيع المياه عن تسعير امدادات المياه لعقارين مملوكين لمكتب التاجيرHLM بعد المطالبة بذلك،وبعد ذلك طالبت الشركة من مكتب التاجير بالدفع ، وطالب مكتب التاجير HLM بالمقابل بدفع تعويضات تعادل المبلغ المحكوم به عليه رغم انه يعترف بالدين. وقد اعتبر القضاة ان الدائن قد ارتكب خطأ وذلك لعدم تسعيره الامدادات بالدقة الواجبة او اللازمة لضمان حسن ادارة المدين لعقاراته تاركا الدين يتراكم وهو ما ادى الى عدم اعتراف المستاجرين (الذين سبق وان استاجروا من مكتب التاجير HLM) بهذه المطالبات منذ ذلك الوقت

---

(١).د..احمد محمد الرفاعي،مصدر سابق،ص٦٠

(٢) د.احمد محمد الرفاعي،المصدر السابق،ص١٣٣

(٣) د.احمد محمد الرفاعي،المصدر السابق،ص٦٢

(4)cass930 في 19 jun,whth, 2003 David Lewin,Continental European Legislative And Judicial Trends:France,p14. نقلاً عن د. رعد عداي حسين ، مصدر سابق ،ص ٢٣٢

وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم استنادا للمادة ٣/١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي باعتبار ان الدائن لايتحمل اي مسؤولية حيث كان يفترض ان استخدام مكتب التاجير للعقارين كان يتضمن بالضرورة انهما كانا مزودين بالمياه سابقا وانه كان يعلم بقيمة التسعير بالشكل الدقيق والصادرمن جانب الشركة العامة للمياه CGE[١].

وعادت محكمة النقض الفرنسية[٢] وكررت ما سارت عليه من عدم الاعتراف بمبدأ التخفيف وذلك في حكمين حديثين لها وبالتحديد في نطاق حوادث المرور ،ففي القضية الاولى رقم ٩٣٠ في ١٩ يونيو ٢٠٠٣((طلب طبيب الاعصاب من المضرور بان يتمرن لاعادة تأهيل نفسه على مخاطبات سمعية ونفسية، فامتنع عن ذلك ،وقد بينت المحكمة ان امتناع المضرور على معالجة نفسه ليس خطأ وفقاً لراي المحكمة العليا، وقالت ان المضرور لم يكن عليه الزام قانوني بالحد من الاضرار التي اصابته نتيجه خطا المسؤول وان رفض المضرور للعلاج لا يمكن ان يؤثر في مقدار التعويض .

والقضية الثانية هي لمحكمة النقض الفرنسية ايضاً في ٣ مايو ٢٠٠٦((اصيب المضرور في حادث مرور وطالب المسؤول بالتعويض بما يعادل اغلاق محله التجاري ((مخبز)) لمدة ٦ سنوات من دون استغلال. وقد اعتبرالمضرور ان عجزه الجسدي الذي حدث له يبررله الاغلاق المستمر لمتجرة . وبينت محكمة استئنافAMIENS ان صاحب المخبز قد ترك مشروعه ينهار عندما اتيحت له فرصه استغلاله بواسطة شخص اخر .

(١) د. رعد عداي حسين ،مصدر سابق ، ص ٢٣٢.
(٢) د.احمد محمد الرفاعي،المصدر السابق،ص١٣٧

الا ان محكمة النقض قامت بنقض الحكم مستبعدة اي امكانية تخفيف ضرر من جانب المضرور،وقالت ان ليس على المتضرر ايداع الادارة لشخص اخر وليس على المتضرر اي الزام بتخفيف الاضرارياي حال من الاحوال))[١].

تأرجحت المحاكم الفرنسية في الاخذ وعدم الاخذ بواجب تخفيف الاضرار ،إلا ان الفقه الفرنسي قد رجح بان القضاء يُغلب جانب الاخذ بواجب التخفيف من عدمه ،ومع ذلك فان عدم وجود تسبيب للاحكام الخاصة بالتعويضات يمنع وضع معيار مهم لهذا الاجراء ،وكذلك فان الاحكام المتعلقة بالالتزام بالتخفيف والصادرة من جانب الدائن او المتضرر تخبو اذا كان القاضي يربطها بمعايير بسيطة[٢].

وعلى الرغم من اقرار القضاء الفرنسي في النهاية لفكرة تخفيف الضرر الا انه لم يعتبرها مبدأ اساسياً تتبني عليه الاحكام وانما كان يرجع بهذه الفكرة الى مبدأ السببية بين الخطأ والضرر[٣]، واحيانا يرجعها الى مبدا حسن النية في تنفيذ العقود الوارد في المادة ١١٣٥ والتي تنص ((الاتفاقات لايقتصر الالتزام بها على ماورد فيها ،وانما يتناول جميع ما ترتبه العدالة او العرف او القانون على الالتزام وفق طبيعته)).

ومن المعروف والمنطقي ان مقتضيات العدالة التي احالت اليها المادة ١١٣٥ من القانون المدني الفرنسي تلزم المتضرر في نطاق المسؤولية العقدية او المتضرر في نطاق المسؤولية التقصيرية بعدم الوقوف مكتوف اليدين امام اضرار من الممكن ان تتفاقم بشكل كبير اذا لم يتدخل في تخفيفها وبالتالي يزيد ويفاقم من اضرار المسؤول بل ومن اضراره هو شخصيا في بعض الحالات بعد ان كان باستطاعته التخفيف منها ببذل جهد معقول.

---

(١) د.رعد عداي حسين ،مصدر سابق ،ص٢٢٣.

(٢) د.احمد محمد الرفاعي المصدر السابق، ص ١٣٩

(3)Solene Le Pautremat, Op.cit,p217

وقد بدأ القضاء القضاء الفرنسي بعد عام ٢٠٠٩ وعلى اثر النظر في قضية ٢٢ يناير ٢٠٠٩ النظر الى تخفيف الضرر بنظرة جدية ومستقلة وذلك باكتشافه ان هذا التخفيف له اثار اقتصادية مهمة فضلاً عن ان حماية الاموال عن طريق التخفيف ينصب بايجابية على المدى الاقتصادي البعيد[١].ومما شجع القضاء الفرنسي الى الاخذ بهذه الفكرة ايضاً هو بغية توحيد المباديء العامة لقراراته بالنظر لوجود نص صريح في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع عام ١٩٨٠ والتي انضمت اليها فرنسا والذي يلزم المتضرر بتوقي الاضرار التي تلحقه اذا كان هذا التوقي لايكلفه الا جهداً معقولاً فما كان من المحاكم الا ان تحاول قدر الامكان من تضييق الهوة بين هذه الاحكام.

الفرع الثاني

موقف القانون الامريكي

ففي الولايات المتحدة الامريكية فأن المحاكم فيها قد أقرت واجب تخفيف الضرر على الدائن ،فالمحكمة العليا في مشيكان قررت وجود واجب الالتزام بتخفيف الضرر على الدائن في مجال الاخلال بالعقود حيث جاء في إحدى قراراتها(حينما يرتكب الشخص إخلالاً بالعقد فأن الشخص المقابل يكون ملزماً ومجبراً بأن يستعمل ويتخذ جميع الوسائل المعقولة حسب الظروف لتجنب الاضرار أولتقليصها والشخص المخالف لهذا الواجب لايمكن له المطالبة بالتعويض عن الخسائر والاضرار التي كان من الممكن تجنبها لو عمل المعقول)

وماتجدر الاشارة إلية في هذا الصدد إن النظام القانوني الامريكي يختلف عن القانون الانكليزي بصدد واجب تخفيف الضرر أن الدائن ملزم بتقليل الاضرار حتى لو كان إلاخلال الحاصل بالعقد هو إخلالاً مسبقاً أي أخلالاً مبستراً، حيث قرر أن الدائن لايستطيع أن يغطي الخسائر التي تلحقه

(1) Solene Le Pautremat,op.citp219

بسبب إخلال المدين المسبق بالعقد جميعها إذا أختار تجاهل هذا الاخلال والاستمرار في التنفيذ بطريقة تتفاقم فيها الخسائر [١]

وقد تأكد ذلك في قضية Clark v.marsiglia إذا كان الطرفان قد أتفقا على أن يقوم المدعي بإصلاح عدد من اللوحات الفنية وترميمها في مقابل اجر يدفعه المدعي علية ،وبعد أن بدأ المدعى في العمل على إصلاح اللوحات وترميمها بوقت قليل أعلمه المدعى علية بنبذ العقد ورفضة ، بيد أن المدعى تجاهل هذا الإنكار والإخلال ومضى في العمل وأنجز إصلاح اللوحات موضوع العقد، وبعد ذلك قام بمقاضاة المدعى علية بالإجر الذي حدد في العقد وكان قرار المحكمة عدم أحقيته في الاجر وبينت أنه ليس له حق إلافي ما تم أصلاحة وترميمه قبل أن يبادر المدعي عليه برفض العقد مع الحكم بمبلغ أضافي كتعويض عن الانهاء الحاصل للعقد في تلك الفترة

الفرع الثالث

موقف القضاء الانكليزي

يتبنى النظام القانوني الانكليزي نظام السوابق القضائية وهذا النظام بصورة عامة لايمنح القاضي حرية واسعة ومرونة في وزن القضايا الا في مجال بسيط ،فيتقيد القاضي في هذا النظام بالسابقة القضائية الواردة في نفس الشان ،فاذا وجد ان القضية المعروضة عليه مشابهه لقضية سابقة صدر بشانها حكم من محكمة اعلى درجة فعليه ان يطبق نفس ذلك الحكم في القضية التي امامه ،الا ان هذا التقيد لا يمنع

(١) د.وليد خالد عطية ، القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الانكليزي (دراسه مقارنه)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسة ،تصدر عن كلية القانون –جامعة بابل ،العدد ٢،٢٠١١بحث منشور https://www.iasj.net/pdf تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٤/٢٣.

القاضي من الاجتهاد برايه في حالة عدم العثور على سابقة قضائية مشابهه ،وفي حالة ان اقر اجتهاده فيكون حكمه سابقة قضائية يطبق مبدأها على القضايا المشابهة لها في المستقبل(١).

وفي ظل هذا الجمود وما يرافقه من مجانبة العدل على حساب استقرار المبادئ والاحكام القضائية ظهر ما يسمى محاكم الانصاف التي اسست نتيجة عدم رضا بعض المحكوم عليهم من قرارات المحاكم الملكية فاستنجدوا بالملك ،وفعلا كان لهم ما ارادوه وقام الملك بالاستعانة بمجلسه بالنظر بتلك الطلبات،وبالنظر لانشغال الملك بامور الحكم فقد احال الامر الى اللورد المستشار كبير القضاة The Lord High Chancellor ،وبدأ النظر بتلك القضايا مبتعداً شيئاً فشيئا عن الاجراءات الشكلية او تقييدات المحاكم العامة،وقد فسرت الاحكام الصادرة على انها انعكاسٌ لمبادئ الانصاف والاحسان والخير،اي ان اللورد كبير القضاة قام بتشكيل محكمة خاصة به يكون اساس الحكم فيها مبنياً على اجتهاده المستند الى مبادئ الاحسان والانصاف سميت فيما بعد بمحكمة الانصاف Court Of Equity The ،أو وهو السائد محكمة كبير القضاة The Chancery Court وقد حازت تللك المحكمة شعبية واسعة وذلك بسبب أجراءات التقاضي البسيطة المطبقة فيها ومن جملة القضايا المهمة التي كانت تعرض على هذه المحكمة قضايا التعويض ما يرافقها من ظلم ،والقضايا التي يدعي فيها الافراد بان قواعد العقد في قانون الاحكام العام لا تتناسب والحاجات المتطورة في التعاقد و كذلك أن التعويض المقرر بموجب مبادئ قانون الاحكام العام لا يتناسب مع الضرر، كما أن التعويض هو ليس دائماً الحل المناسب(٢)

(١) د.مجيد حميد العنبكي ،المدخل الى دراسة النظام القانوني الانكليزي، خال من رقم طبعة ، منشورات وزارة العدل- الدائرة القانونية،١٩٩٠،ص٤٤.

(٢) د.مجيد حميد العنبكي،المصدر السابق ،ص١٦.

وفي ظل هذه البيئة برزت فكرة تخفيف الضرر من قبل القضاء الانكليزي نظرا للتطور في الفكر الفقهي انذاك من جانب ولما تتضمنه من عدالة واضحة في حال الاخذ بها من جانب اخر.

وقد اسست هذه الفكرة في بداية الامر على مبدا حسن النية في النطاق العقدي إذ توجد في النظام القانوني الانكليزي عقوداً تتطلب درجه عالية من الثقه وحسن النية (وان كان القانون الانكليزي يخلو من مبدأ عام مهيمن على احكامه يقضي بتنفيذ العقد وفق متطلبات حسن النية) وهذه العقود تسمى في نطاق التعامل بعقود of utmost faith ففي هذه العقود يوجد واجب ايجابي يقضي على احد الطرفين بان يكشف للطرف الاخر عن كل ما يعرفه من وقائع ويذلل من جانب اخر كل الصعوبات التي تعيق من تنفيذه ، الا ان هذه المحاكم في تلك الفترة ابتعدت من الاشاره الصريحة لمبدأ حسن النية وعبرت عنه بعبارات اخرى كمعيار الرجل العاقل ومعيار الرجل المتبصر والرجل المتوسط والرجل القياسي[1]، وبعد ذلك انتقلت المحاكم الانكليزية الى اسناد فكرة التخفيف الى مبدأ التعاون بين الدائن والمدين حيث افترضت وجود شرط ضمني في العقد يقضي بهذا التعامل.

وبعد ذلك تبلورت فكرة تخفيف الضرر واخذت تاخذ مكانة مهمة في القضاء الانكليزي الذي تواترت احكامه على انه اذا خرق احد الطرفين العقد فلا يجوز للطرف الاخر البريء ان يبقى ساكناً دون عمل ويدع الامور تاخذ مجراها لا لسبب ألا لان المتعاقد معه كان هوالمسؤول عن الاخلال الاصلي بالعقد، بل يجب عليه ان يتخذ الخطوات المعقولة لتقليل الضرر الناتج من هذا الاخلال. ومن القرارات التي ارست لهذا المبدأ بصورة قاطعة هو قرار محكمة الاستئناف الذي نطق به القاضي الفيوكونت في القضية British Westinghouse co.V.Underground ry 1912 اذ بعد تقريره لمبدأ التعويض الاساس يقول ((ولكن هذا المبدا الاول قد تعدل او تقيد بمبدأ ثانٍ يفرض على المدعي واجب اتخاذ كل

(١) د. فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني ، ط١،خال من مكان النشر ،٢٠٠٩،ص٨٩.

الخطوات المعقولة لتقليل الضرر الناتج من خرق العقد ويمنعه من المطالبة باي قسم من الضرر الناشئ عن تقصيره في اتخاذ مثل هذه الخطوات ،وعليه فلا يمكنه الحصول على تعويض على الاضرار او النتائج التي كان يمكن تجنبها وتفاديها ببذل جهد معقول))[١].

وقد كانت قضية Hadley .V.Baxendale من القضايا المهمة في هذا الشان حيث قال القاضي Alderson ((متى قام الطرفان بابرام عقد وارتكب احدهما اخلال به كان التعويض الذي يجب للاخر استرداده بسبب الاخلال هو التعويض العادل والمعقول الذي يمكن ان يعتبر اما انه نشأ مباشرة اي وفق المجرى العادي للامور نتيجة الاخلال بالتعاقد او انه هو الذي يفترض عقلاً انه كان في احتمال كل من الطرفين وقت التعاقد)) [٢].

وقررت محكمة الاستئناف ايضاً بانه اذا اخفق مستأجر السفينة في تحميل الحمولة المتفق عليها فمالك الباخرة يكون ملزم بقبول عرض معقول بتحميل حمولة بديلة،وان كانت تلك الحمولة بسعر ادنى[٣].

وكذلك ماجاء في قضية عمود الطاحونة[٤] (جزاء الاخلال بالعقد) كاشارة الى الزام المضرور بتخفيف الضرر ، حيث لخص القاضي سكويث حيثيات الحكم بكلمات بسيطة اذ قال ((في قضايا الاخلال بالعقد لا يجوز للطرف المضرور ان يسترد ذلك الجزء من الخساره الناتج عن فعله والذي كان يتوقع

(١) د. رعد عداي حسين ، مصدر سابق ،ص ٢٣٦.

(٢) د. رعد عداي حسين ، مصدر سابق ،ص ٢٣٧.

(٣) د.شاكر ناصر حيدر، واجب تقليل الضرر في القانون الإنكليزي، مجلة القانون المقارن ،العدد ١٣،السنة ٩ ،١٩٨١، ص٣٣.

(٤)وتتلخص وقائع القضية ((حدوث كسر في عمود اسطوانة الطاحونة واصبح لازماً ارسال العمود للشركة كنموذج لارسال عمود جديد وتعهد الناقل ان يسلم العمود في اليوم التالي وفي المكان المتفق عليه ونتيجة لاهمال الناقل دون مبرر تاخر نقل العمود مما تسبب في تعطيل عمل الطاحونة اطول من اللازم ،لذا طالبت الشركة بالتعويض عن اضرارها وعن الكسب الفائت،وقد بين القاضي بان من المتوقع عادة في هذه الاعمال ان يكون للمتضرر عمود طاحونة اضافي (كرنك شفت) والذي يمكن ربطه بدلاً من العمود المكسور.....د.رعد عداي حسين ،مصدر سابق ،ص٢٣٧.

عقلاً وقت العقد ان من الجائز ان تنشأ من ذلك الاخلال ،لان كل فرد يفترض ان يعلم بالمجرى العادي للامور ومن ثم يعلم الخسارة التي يحتمل ان تنشأ من الاخلال بالعقد ولا يعد من المجرى العادي للامور ان يبقى المتضرر مكتوف اليدين امام الاضرار التي تصيبه)).

ولم يقتصر الاخذ بفكرة تخفيف الضرر في الجانب التعاقدي فحسب وانما طبق القضاء الانكليزي مبدأ تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية التقصيرية ايضا فالشخص الذي يصاب بحادث سيارة مثلاً فانه يخسر اكثر من المنافع المالية إذ قد يفقد بعض اعضاء جسمه ويقاسي الاماً مبرحة كما ان تمتعه بالحياة قد يتضرر نتيجة هذا الاذى لذا يتوجب عليه ان يخفف من الاضرار التي تصيبه حتى وان لم يكن هو المسؤول عنها.

وفي قضية عام ١٩٥٧ تتلخص وقائعها ((بان المدعي قد اصيب بحادث تسبب فيه المدعي عليه وقد نُصح هذا المدعي من قبل طبيبه الخاص بان تجري له عمليه جراحية وفيما اذا قدر لها النجاح فانها ستعيد اليه قدرته على الكسب ولكنه رفض دون مبرر هذه الاستشارة الطبية فقررت المحكمه ان هذا الرفض غير معقول وليس في محله مما ادى بها الى عدم منحه تعويض عن خساراته المستمرة))[١].

ونتيجة لهذه الاحكام القضائية المتواترة والتي لم تحد عن الزام المتضرر بتخفيف الاضرار فقد استقر القضاء الانكليزي على الاخذ به واصبح من المباديء الراسخة فيه.

(١) د.شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق ،ص٣٤.

الفرع الرابع

موقف القضاء المصري

اورد القانون المدني المصري نصاً صريحاً في المادة ١/٢٢١ يلزم المتضرر بتخفيف الضرر اذا ما اراد استحصال التعويض العادل له ،حيث ربط المشرع استحقاق التعويض بالنتيجة الطبيعية لعدم تنفيذ الالتزام او التأخر فيه،وبين معنى هذه النتيجة الطبيعية في نفس المادة وهو ما عبر عنه المشرع بعدم استطاعة الدائن ان يتوقى الضرر ببذل جهد معقول.

وقبل وجود هذا النص الوارد في القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ لم تكن المحاكم مستقرة في مسألة الاخذ بهذه الفكرة او عدم الاخذ بها فتجدها في احيان غالبة قد عزفت عن الاخذ بهذه الفكرة في احكامها ورفضتها ونظرت لها بعين من الريبة ،وتجدها في احيان اخرى قليلة قد اخذت بها،اما في الوقت الحالي وبوجود النص الصريح والمباشر لاتجد المحاكم في مصر من بد غير تطبيقه ولذلك تراها تشير الى واجب المتضرر في تخفيف الضرر في اكثر من مناسبة. فقبل صدور القانون المدني المصري (١٣١) لسنة ١٩٤٨ ، لم تكن المحاكم المصرية عند موقف واحد من فكرة تخفيف الضرر فتارة تؤيد ان على المضرور تخفيف الضرر وتارة اخرى تنكر عليه ذلك فكان التأرجح ديدنها في هذه المسألة[١].

من القرارات الصادرة من المحاكم المصرية في هذه الحقبة والتي لم تشجع على فكرة قيام المتضرر بالتخفيف من الاضرار الواقعة عليه هو حكم لمحكمة النقض[٢] في النقض الذي اصدرته في ١٧ ابريل

(١) د. رعد عداي حسين ،مصدر سابق ،ص ٢٢٦.

(٢)حكم مشار اليه لدى. د. سليمان مرقس، تقدير التعويض وواجب المضرور في وقف الضرر، الفعل الضار ،ط٢، دار النشر للجامعات المصرية –القاهرة ،١٩٥٦،،ص٧.

١٩٤٧ والذي جاء في حيثياته ((بحصول تسرب من مواسير تابعة لوزارة الاشغال الى منزل مملوك لاحد الافراد ،فاحدث بالمنزل خللاً يتوجب اخلائه ،ورفع المالك دعوى على الوزارة مطالباً اياها بتكاليف اصلاح المنزل ومقابل ريعه الى حين اصلاحه وامكان تأجيره ،واستمرت اجراءات التقاضي وقتاً طويلاً ارتفعت خلالها الاسعار وزادت خلالها تكاليف اصلاح المنزل زيادة كبيرة،فحكمت المحكمة بمسؤولية الوزارة عن الاضرار التي اصابت المنزل والزمتها بنفقات الاصلاح على اساس الاسعار الجارية وقت الحكم وبقيمة ريعه من وقت وقوع الضرر الى وقت صدور الحكم ،فطعنت الوزارة بالحكم بانه قدر تكاليف الاصلاح على اساس ماكانت تساويه وقت الحكم لا وقت الضرر،واذ الزم الطاعن بمقابل الخلو عن مدة التقاضي كلها لاعن المدة اللازمة للاصلاح فحسب ،فقد خالف القانون،ذلك ان حق التعويض ينشأ ويتحدد عند وقوع الفعل الضار ولا يؤثر في هذا الحق من المؤثرات الا ما ارتبط والفعل ارتباط العلة بالمعلول، وادعت الوزارة في طعنها ان ابطاء المطعون ضده في رفع الدعوى مع انخفاض سعر العملة واشتداد الغلاء في تلك الاثناء ،كل ذلك عوامل منقطعة الصلة بالفعل الضار كما ادعت ادعاءً كان محل رفض من محكمة النقض هو ان من واجب المضرور ان يسعى لاصلاح الضرر فان تهاون واستفحل الضرر كانت مغبة تهاونه عليه)).

وقد رفضت محكمة النقض هذا الحكم لأسباب ذكرت في القرار الا انها قررت جملة من المبادئ اهمها انه لاوجه للقول ان المضرور ملزم بالعمل على اصلاح الضرر فان تهاون كانت تبعة تهاونه عليه ،لان التزام جبر الضرر يقع على المسؤول وحده وان على المضرور ان ينتظر حتى يوفي المسؤول بالتزامه.

وقد ادى هذا الحكم الى عدم ارتياح من جانب بعض الفقه[١] الذي يرى بان مالك المنزل الذي اصابه الضرر كان باستطاعته ان يخفف من الاضرار التي لحقت بمنزله ان لم نقل ايقاف تلك الاضرار عند حد معينة بعد قيامه بإثبات حالة ،وبعد ذلك يمكنه مطالبة الوزارة بنفقات التخفيف وريع المنزل كون ان هذه الاجراءات بمقدوره ولا تكلفه الا بذل جهد معقول، فان لم يبذل ذلك الجهد فلا يكون له الحق في التعويض عن خلو المنزل عن المدة التي تبدأ من تاريخ تقاعسه عن تخفيف الاضرار.

ونرى القضاء المصري في مواطن اخرى يلقي على المتضرر مسؤولية تخفيف الاضرار التي وقعت عليه كما في القضية المعروضة على محكمة الاستئناف المختلطة التي اصدرت حكمها[٢] بان ((على صاحب سيارة النقل التي تحطمت في الحادث ان يدرأ عن نفسه الخسارة التي لحقت به والمتمثلة في فقدان ايراد تلك السيارة وذلك بشراء سيارة اخرى تقوم مقامها)).

اختلف الحال بعد صدور القانون المدني المصري لصراحة النص[٣]حيث يكون القاضي ملزماً بتطبيق ماجاء فيه ومن دون اجتهاد ،فلا اجتهاد في مورد النص.وهذا النص يلزم المتضرر فيما لو اراد ان يحصل على التعويض العادل ان يقوم بتخفيف الاضرار،وفي نفس الوقت يعطي (النص) ضمانة قانونية للمسؤول مقتضاها بانه سيُسائل عن الاضرار التي توصف بانها نتيجة طبيعية لخطئه دون سواها.

ففي حكم لمحكمة النقض المصرية[٤] بتاريخ ٨ نوفمبر ١٩٦٦ حملت مستورد البضائع المسؤولية الناتجة عن تأخره في استلامها بسبب معارضته دفع الرسوم الكمركية وترك هذه البضائع على رصيف الميناء

(١) د.سليمان مرقس، المصدر السابق،ص٨.
(٢) د.ايمن ابراهيم العشماوي ، فعل المضرور والإعفاء الجزئي من المسؤولية ،خال من رقم الطبعة ، دار النهضة العربية –القاهرة ،بلا سنة طبع،،ص٤٣.
(٣) نص المادة ١/٢٢١ من القانون المدني المصري.
(٤) حكم مشار اليه لدى د.محمد ابراهيم دسوقي، مصدر سابق،ص١٢٣.

حتى تلف اغلبها،وتفاقمت بالمقابل رسوم الارضية عليه وصادف ذلك انخفاض عام في الاسعار،حيث بينت المحكمة ان مصلحة الكمارك لا تسال عن هذه الاضرار حيث كان باستطاعة المتضرر توقيها ببذل جهد معقول .وكثيرة هي الاحكام في القضاء المصري التي تلزم المتضرر بتخفيف الضرر

وقد تواترت احكام القضاء المصري في هذا الشأن سواء كان القضاء الجنائي ام المدني ومن تلك الاحكام التي يستنتج منها واجب المتضرر بتخفيف الاضرار هو ما أقرته محكمة النقض الجنائي [1]حيث بينت بعدم مسؤولية المصاب (المضرور) والمتمثلة بامتناعه عن اجراء عملية جراحية بغية التخفيف من اضراره ومنع تفاقمها اذا كانت هذه العملية تكلفه جهوداً غير معقولة وغير مأمونة النتائج.

ولا ضروره للاستطراد في ذكرجميع هذه الاحكام باعتبار ان القضاء المصري سار على سياق واحد في هذه المرحلة وهو الزام المتضرر بتخفيف الاضرار كون ذلك يعد من قبيل تطبيق نص قانوني نافذ (نص المادة ١/٢٢١) مما يحد من اجتهاده في هذا الموضع.

الفرع الخامس

موقف القضاء العراقي

لم يكن القضاء العراقي فعالاً في نظرته الى واجب المتضرر بتخفيف الضرر لذلك لم نحصل على قرارات قضائية وفيرة في هذا الشأن ،والسبب الذي يعزى الى ذلك هو ان النصين المباشرين اللذين يشيران الى هذا الدور يحتاجان ايضاً الى بعض الاجتهاد ، وهما نص المادة (٢/١٦٩) والذي يحتاج نظرة فقهية لتفسير عبارة النتيجة الطبيعية الواردة في هذه المادة والتي فسرها المشرع المصري في المادة (١/٢٢١) بان النتيجة الطبيعية للضرر هومالم يكن باستطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول، ولم

(١)حكم لمحكمة النقض/جنائي في ١٧ مارس ١٩٦٧..مشار له لدى د.علي سيد حسن،المصدر السابق،ص٣٦.

نجد في احكام القضاء هذا التعمق في تفسير هذا النص ،ومثلما عزف القضاء في التعمق في نص المادة المذكورة كان ذلك ايضاً من نصيب المادة (٢١٠) والذي نراه اوضح في العبارة والدلالة من قرينه نص المادة (١٦٩ /٢) والذي بين بان ((يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض او الا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطاه في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سوأ من مركز المدين)).وعلى الرغم من استشراق النص الا ان الاحكام القضائية التي كان من الممكن ان تُبنى على هذه العبارة(سوأ من مركز المدين) قد ترفعت عن هذا الاسناد لتكون القرارات في هذا الشأن من الندرة.

وعلى الرغم من ذلك الا اننا نرى ان تطبيقات تخفيف الضرر في القانون العراقي كثيرة وفي غير الموضعين المذكورين .فاحكام القانون العراقي لاتمنع من تطبيق مبدأ تقليل الضرر باعتباره من مستلزمات مبدأ حسن النية[1] وفقا للمادة (١٥٠) والمادة (١١٤٨) من القانون المدني العراقي،وهذا ما تلمسناه في مجموعة من القرارات القضائية (على الرغم من قلتها) الصادرة من المحاكم العراقية وعلى اختلاف درجاتها وتقسيماتها وفي نطاق مختلف القوانين.

الخاتمة:

وتتضمن مايأتي:

١)الالتزام بتخفيف الضرر نشأ كعادة تجارية ، يقتضيها مبدأ حسن النية ،حيث أن الدائن عند مباشرته لواجبه في تخفيف الضرر ،لا ينطلق من فراغ ،بل تدفعه مسوغات عدة، وأن كانت محل تحفظ في بعض منها، ولكنها تلتقي تحت عنوان واحد ،هو على الدائن واجب تخفيف الضرر ، ويتضمن هذا الالتزام أن على المتضرر ان يتخذ جميع الوسائل والخطوات التي من شأنها تخفيف الضرر الواقع عليه، ويتمثل هذا الواجب لا بتقليل الاضرار والخسائر فحسب بل وعدم الإتيان بأي فعل من شأنه أن يؤدي إلى زيادة الخسائر،وجزاء أخلال المتضرر بهذا الواجب هو عدم أستحقاق

(١) د.شاكر ناصر، مصدر سابق،ص٣٧.

الأخير للتعويض بما يعادل قيمة الأضرار التي كان بإمكانه تجنبها لو أنهُ بادر بإتخاذ خطوات من شأنها تقليص الخسائر ،وذلك اذا كانت هذه الخطوات لاتكلفه الا جهود معقولة.

٢) تبين لنا أن مبدأ تخفيف الضرر مبدأ عام من مبادئ قانون التجارة الدولية ،ولكن تعددت الأراء حول الاساس الذي يستند عليه ،منها ما أرجعه إلى أسس فلسفيه في حين أدخله الآخر إلى مبادئ قانونيه ،وان مفهوم العدالة هو مفهوم واسع جداً ومن الصعوبة صياغته بقاعدة واحده ،ولكن تم الامر تركه للقاضي يستلهمه من احساس أخلاقي ،هذا في حالة اذا كان اساس الالتزام مبادئ فلسفية.إما أذا كان اساس الالتزام هو المبادئ القانونية التي تم أرجاع هذة الفكرة إما إلى مبدأ حسن النية ،أومن أرجعه إلى أنه تصرف يقوم بقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ،والبعض الآخر أرجعه إلى فكرة تعاون الدائن والمدين في تنفيذ العقد.

التوصيات:

١- بالنظر لاهمية تخفيف الضرر في المحافظة على حقوق الاطراف المتعاقدة ، وما يترتب على ذلك من فوائد أخرى ، لا بد من لفت نظر المشرع من ضرورة تضمين القوانين لهذه الفكرة وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة في القانون ، كي لا تكون محل أجتهاد من قبل القضاء وبالتالي عدم تطبيقها والاخذ بها.

٢- نوصي بضرورة الاخذ بما تضمنته الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقود البيع الدولي للبضائع بما يخص الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية ،كونها تناولت ذلك بشكل منطقي ومنظم لذا نقترح أن تأخذ القوانين العراقية سلوكها بشأن الالتزام بتخفيف الضرر

اولاً:المصادر العربية:

١) د.ابراهيم دسوقي ابو الليل ، المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق، خال من رقم طبعة ، دار النهضة العربية– القاهرة،١٩٨٠

٢) د.احمد حشمت ابو ستيت ،نظريه الالتزام في القانون المدني المصري ،خال من رقم الطبعة ،.مطبعه مصر ١٩٤٥

٣) د.احمد محمد الرفاعي، الالتزام بالتسامح،خال من رقم طبعة،دار النهضة العربية– القاهرة، بلا سنه طبع

٤) د.اسماعيل نامق حسين، العدالة واثرها في القاعدة القانونية، خال من رقم طبعة، دار الكتب القانونية– مصر،٢٠١١،

٥) د.الان بنابنت، القانون المدني–العقود الخاصة المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي،ط١،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،٢٠٠٤

٦) د.جاسم لفته العبودي ،المداخلات في احداث الضرر تقصير ، ط٢، مكتبة الجيل العربي – الموصل،٢٠٠٩،

٧) د.حسام الدين كامل الاهواني،النظرية العامة للالتزام،ط٣،خال من مكان نشر،٢٠٠،

٨) د.حسن علي ذنون، فلسفة القانون،ط١،مطبعة العاني– بغداد،١٩٧٥

٩) د.حسن علي الذنون،المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج١،خالي من رقم الطبعة ، شركة التأمين للطبع والنشرالمساهمة ،١٩٩١

١٠) د.حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الاولى،مطبعة مصر،١٩٤٩

١١) د.حسين عامر، نظرية سوء إستعمال الحقوق، ط١،مطبعة مصر – القاهرة ، ١٩٤٧

١٢) د.رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ ، التزام إعادة التفاوض في العقود المدنية،(دراسة مقارنة)كلية الحقوق –جامعة طنطا، بدون سنة طبع.

١٣) د.رمضان ابو السعود،المدخل الى القانون،خال من رقم طبعة،الدار الجامعية،١٩٨٦

١٤) د.سعد واصف، التامين من المسؤولية، خال من رقم طبعة، مطبعة جامعة القاهرة،١٩٥٨،

١٥) د.سليمان مرقس، تقدير التعويض وواجب المضرور في وقف الضرر، الفعل الضار ،ط٢، دار النشر للجامعات المصرية –القاهرة ،١٩٥٦

١٦) د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، خال من رقم طبعة، منشاة المعارف، ١٩٨٤

١٧) د.شريف محمد غنام ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية ،كلية الحقوق –جامعة المنصورة ،دار الجامعة الجديدة ،٢٠٠٧،.

١٨) د.شيرزاد عزيز سلمان،حسن النية في ابرام العقود،ط١،دار دجلة–عمان،٢٠٠٨،

١٩) د.عادل أبو هشيمه،التعويض في التحكيم التجاري الدولي ،كلية الحقوق –جامعة بني سويف،دار النهضه العربيه،٢٠٠٩

٢٠) د.عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ،ط١، مطبعة اليرموك ،١٩٧٤

٢١) د.عبد الحميد الشواربي ،المشكلات العملية في تنفيذ العقد ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ،١٩٨٨

٢٢) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،الجزء الاول ،الطبعة الثالثة ،منشورات دار الحلبي الحقوقية ، بيروت –لبنان ، ٢٠٠٠

٢٣) د.علي سيد حسن، فكرة الضرر المباشر بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ،السنة الثانية والخمسون ، ١٩٨٢

٢٤) د.فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني،ط١،خال من مكان نشر،٢٠٠٩

٢٥) د.فانسان هوزيه ، المطول في العقود–بيع السلع الدولي–القانون الموحد، باشراف جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، ط١، مجد المؤوسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،٢٠٠٥

٢٦) د.فتحي عبد الرحيم،الوجيز في النظرية العامة للالتزامات– مصادرالالتزام،ط١،مكتبة الجلاء الجديدة– المنصورة،١٩٩٩

٢٧) د.مجيد حميد العنبكي ،المدخل الى دراسة النظام القانوني الانكليزي، خال من رقم طبعة ، منشورات وزارة العدل–الدائرة القانونية،١٩٩٠

٢٨) د.محسن شفيق ،اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ،دراسة مقارنة ،كلية الحقوق – جامعة القاهرة ،١٩٨٨

٢٩) د.محمد أبراهيم الدسوقي ،تقدير التعويض بين الخطأوالضرر ،الإسكندرية ،١٩٧٢

٣٠) د.محمد لبيب شنب ، الجحود المبتسر للعقد ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الاول ١٩٦١.

٣١) د.مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، دار الثقافة ،الأردن،٢٠١٠

٣٢) د.مصطفى عبد الجواد ، مصادر الالتزام–المصادر الارادية، خال من رقم طبعة، دار الكتب القانونية،٢٠٠٥

٣٣) د.وليد صلاح رمضان ،القوه الملزمه للعقد والاستثناءات الواردة عليها ،خال من رقم الطبعة، دار الجامعه الجديده،الاسكندريه ٢٠٠٩

٣٤) المحامي اللورد دنيس لويد، فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصويص، خال من رقم طبعة، عالم المعرفة،١٩٨١

ثانيا:الرسائل والاطاريح :

١) د.أمل كاظم سعود،الالتزام بالتعاون،إطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد،٢٠٠٧

٢) د.رعد عداي حسين ،دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية ،أطروحة دكتوراة ،جامعة ، كربلاء القانون ،٢٠١٤

٣) د.نرمين الصبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد علية في قانون التجارة الدولية ، أطروحة دكتوراه ،جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ،٢٠٠٣.

ثالثاً:البحوث والدوريات .

١) د.شاكر ناصر حيدر واجب تقليل الضرر في القانون الإنكليزي، مجلة القانون المقارن ،العدد ١٣،السنة ٩ ،١٩٨١

٢) د.محمد السيد عرفة، فكرة حسن النية في قانون الجنسية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة ، دراسة تأصيلية ،مجلة –الشريعة والقانون ،العدد الخامس عشر ، ربيع الاول ،١٤٢٢هـ–يونيه٢٠٠١

٣) د.محمد لبيب شنب ، الجحود المبتسر للعقد ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الاول ١٩٦١.

ثالثا:المصادر الاجنبية:

1)'David Thomas,Contracttual obligation of good faith,construction law international,volume7,issue 3,October,2012

2)Leslie G.Rubin,Justice V.Law in Greek Political Thought,1 edishen,Bublished by rowan and Littlefield,1997

3) David Thomas,Contracttual obligation of good faith,construction law international,volume7,issue 3,October,2012

4) Reinhard Zimmermann and Simon Whittaaker,Good Faith in European Contaract LawCambridge University Press,2000

5)

6)Helmut Koziol andVanessa Wilcox,Punitive Damages- Comman Law and civile Law Perepectives,Tort and Insurance Law,Edition

7) Savatier(R),Traite de la responsadilite civil en droit francais ,vol.2ed.1951

8) Planiol, Traite elementaire de droit civil,2 ed,ed,1949

9) Dr. Maren Heidemann, Methodology of Uniform Contract Law-The UNIDROIT in International Legal Doctrineand Practice,edition 1,1998

PRINCIPLES OFTORT LAW, Fourth Edition,2000 Vivienne Harpwood, LLB, Barrister

Abstract:

When concluding the contract, the parties always seek to implement all the obligations imposed on them, as this implementation achieves the maximum needs and requirements of each party. The appreciation of the benefit that the contract brings to him because he will be unable to meet the needs and requirements of this party. Therefore, the basis of the obligation to mitigate harm finds its basis in the philosophical principles represented by the rules of justice and fairness and the legal principles represented by the principle of good faith, cooperation and causation, as well as the Vienna and Leondroit Conventions and the Commercial Arbitration Court.

BASIS OF THE OBLIGATION TO MITIGATE HARM IN INTERNATIONAL TRADE CONTRACTS

Ass.Prof.Dr. Mithaq Talib Abd Hammadi al-Jubouri

University of Babylon/College of Law

Iman Abbas Mahdi

University of Babylon/College of Law