جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل/ كلية القانون

الإِلْتِزاَمُ بِتَخْفِيفِ الضَّرَر في عُقُود التّجَارّة الدُّوَلِيَّةِ
دِرَاسَةٌ مُقارِنَةٌ

رسالة تقدمت بها الطالبة

إِيمان عباس مهدي

الى مجلس كلية القانون جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

باشراف الدكتور

ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري
أستاذ القانون التجاري

١٤٤٤هـ ٢٠٢٢م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾

صدق الله العظيم

القرآن الكريم-سورة النساء: الآية ٢٩

الاهداء

الى من دفعوني نحو العطاء.....

الى من أضاؤوا دربي بالدعاء ....

الى من نذرت لهم بالوفاء ....

والدتي العزيزة... والدي النصوح ،.... أخوتي جميعاً وبالخصوص أخي الكبير ... روح

أخي أنور ... الى من شاركوني في السرّاء والضرّاء ... أهدي سهري ... وجهدي ...

وثمره عملي

الباحثة

شكر وعرفان

أسجد لله شكراً على ما أولانا به من النعم ،وما اتانا من كل ما سألناه وأسبغ علينا نعمه ظاهره وباطنة ونعد نعمه لا نحصيها .

احتفظ بالعرفان والجميل أولاً وآخراً ،الذي لا أنساه مع الايام، الى الصرح العظيم الذي إحتضنني بكل رحابة، كلية القانون جامعه بابل ، هذه الكلية البهية الرصينة التي طوقت عنقي بجميل سيظل عنواناً للوفاء ،فلها كل التقدير والاحترام.

واتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان الى الاستاذ الدكتور ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري الذي لم يذخر علما او جهدا في الاشراف على .هذه الرسالة ومتابعة العمل بكل دقه وعنايه، فلقد كان لتوجيهاته وارشاداته القيمة اكبر الأثر في تمكيني من اكمال هذه الرسالة

كذلك اتقدم بالامتنان الى جميع اساتذتي ،أساتذة القانون بصورة عامة ،واساتذتي في مرحلة الماجستير بصورة خاصة ،الذين اخذوا بيدي في سبيل ايصالي الى ما اصبوا اليه في هذه المرحلة.

ويسعدني أن أتقدم بوافر الشكر وعظيم التقدير الى عمادة وأساتذة وموظفي كلية القانون جامعة بابل .

ولا يفوتني أيضاً أن اشكر الموظفين في مكتبة كلية القانون بجامعة بابل لما أبدوه لي من مساعدة في الحصول على المصادر التي استعنت بها في اكمال هذه الرسالة.

واتقدم بالشكر مقدماً الى الاساتذة في لجنة المناقشة رئيساً واعضاءً، وذلك لأنني على يقين انهم سيثرون هذه الدراسة بالملاحظات القيمة السديدة إن شاء الله.

والشكر والامتنان الى أفراد عائلتي وجميع الزملاء والاصدقاء الذين قدموا لي يد المساعدة ويسروا من أمر انجاز هذا البحث فلهم كل التقدير.

ملخص البحث

بحسب الأصل العام ،في عقود التجارة الدولية اذا تعرض أحد الأطراف إلى خسارة كبيرة نتيجة الطرف الآخر فهو الذي يتحمل تلك الخسارة بأكملها، وكذلك اذا كانت نتيجة ظرف طارئ أو قوة قاهرة كوباء كورونا الذي نمر به حالياً، ولكن بهدف تبسيط الحياة وتماشياً مع الاطر القانونية والخطط الاقتصادية مع هذا التطور جعل العالم يشهد أزمات متتالية. ومن اهم الاطر القانونية هي نظرية العقد إذ يعد العقد مؤسسة قانونية واهم التطبيقات المتولدة عن ذلك هو الالتزام بتخفيف الضرر, حيث ان الهدف من ابرام العقد هو تنفيذه بكل جوانبه من التزامات ويحقق هذا التنفيذ الكلي الحد الاقصى لحاجات ومتطلبات كل طرف . حيث ان التعاون وحسن النية يفرض على الطرف المدين المتعثر اخطار الدائن بوقوع الظروف واثارها ،فهو يفرض على الدائن التزاما مقابلاً ببذل قصارى جهده للقيام بالإجراءات المتاحة له كي يقلل من نطاق الضرر الواقع عليه،وعلى ذلك قسمنا الدراسة الى فصلين ينصب الفصل الاول الى ماهية الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية ،والفصل الثاني احكام الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية .

واذا كان هو التقسيم الاساس لمادة البحث وعلى نحو يغطي كافة تفاصيل وجزيئات ودقائق الموضوع ، فأننا سبقناه بمقدمة تكلمنا فيه عن اهمية الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية ،ثم عرفنا بموضوع البحث ،وتكلمنا عن اهميته ودوافع اختياره ،والمنهج المتبع في الدراسة واخيرا تقسيم الموضوع .

كما اختتمنا هذه الدراسة بخاتمة تضمنت بياناً لاهم النتائج والتوصيات ...

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	١-٤
الفصل الاول:- ماهية الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	٥-٦٥
المبحث الأول :- مفهوم الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	٦-٤٩
المطلب الأول:- التعريف بالالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	٦-١٣
الفرع الأول:- معنى الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	٦-٩
الفرع الثاني:- صياغة شرط التخفيف من الضرر في عقود التجارة الدولية	٩-١٣
المطلب الثاني:- الاساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	١٣-٤٩
الفرع الاول:- أساس الالتزام بتخفيف الضرر في المبادئ الفلسفية	١٣-١٦
الفرع الثاني:- أساس الالتزام بتخفيف الضرر في المبادئ القانونية	١٦-٢٧
الفرع الثالث:- اساس الالتزام بتخفيف الضرر في القضاء والتحكيم	٢٨-٤٢
الفرع الرابع: أساس الالتزام بتخفيف الضرر في بعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات التجارية الدولية	٤٢-٤٩
المبحث الثاني:- ذاتية الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	٤٩-٦٥
المطلب الأول:- خصائص الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	٥٠-٦٢
الفرع الاول:- ان يكون التخفيف من الضرر ممكنا	٥٠-٥٢

الفرع الثاني:- ان يكون التخفيف من الضرر يكون قد صدر من المتضرر أو نائبه	٥٣-٥٦
الفرع الثالث: أن التخفيف من الضرر بجهود معقولة	٥٦-٦١
الفرع الرابع: أن يكون التخفيف من الضرر منتجاً	٦١-٦٢
المطلب الثاني:- الطبيعة القانونية للالتزام بتخفيف الضرر	٦٢-٦٥
الفرع الاول:- الالتزام بتخفيف الضرر هو التزام بتحقيق غاية	٦٢-٦٤
الفرع الثاني:- الالتزام بتخفيف الضرر هو التزام ببذل عناية	٦٤-٦٥
الفصل الثاني:- أحكام الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	٦٦-١١٥
المبحث الاول:- إجراءات تخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	٦٦-٨٣
المطلب الأول:- تنوع الاجراءات التي تتخذ لتخفيف الضرر	٦٧-٧٤
الفرع الأول:- إجراءات تخفيف الضرر في عقود البيع الدولي والتوريد	٦٧-٧٢
الفرع الثاني:- إجراءات تخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية الاخرى	٧٢-٧٤
المطلب الثاني:- تقدير قضاء التحكيم لاجراءات تخفيف الضرر	٧٥-٨٣
الفرع الأول:- الصعوبة الحقيقية في تخفيف الضرر في قرارات التحكيم التجاري الدولي و الاعتبار الشخصي للدائن عند التنفيذ	٧٥-٧٨
الفرع الثاني:- تطبيقات الالتزام بتخفيف الضرر في قرارات تحكيم التجارة الدولية	٧٨-٨٣
المبحث الثاني:- جزاء الاخلال بالالتزام بتخفيف الضرر	٨٤-١١٥
المطلب الاول:- اثبات خطأ الدائن	٨٤-٨٧
الفرع الاول:- عبء اثبات المكلف في تخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	٨٤-٨٦
الفرع الثاني:- التأخير المشروع في اتخاذ إجراءات تخفيف الضرر	٨٦-٨٧

المطلب الثاني:- التعويض كجزاء الاخلال بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	٨٧-١١٥
الفرع الاول: معنى التعويض في عقود التجارة الدولية	٨٧-٩٨
الفرع الثاني : معنى التعويض في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠	٩٨-١٠٩
الفرع الثالث:- أحكام تحديد التعويض كجزاء الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية	١٠٩-١١٥
الخاتمة	١١٦-١١٨
المصادر	١١٨-١٢٧
Abstract	**A**

المقدمة

اولا: – التعريف بالموضوع

لَقد أَضحَت الحيَاة البشريَّة تَهتَم بِالتَّعْقيد فِي ظِلِّ التَّطَوُّر المتسارع والْمتزايد بِالْوسائل التِّكْنولوجيَّة والاقْتصاديَّة. وان مِن المفْترض هُو هَدفُها تَبسِيط الحيَاة. مِمَّا فرض ضَرُورَة تُمَاشِي اَلأُطر القانونيَّة والْخطط الاقْتصاديَّة مع هذَا التَّطَوُّر لتسهيل التعاملات الاقتصادية. سوَمِن أهمِّ اَلأُطر القانونيَّة الِتي تساير ذا التَّطَوُّر هُو نَظَريَّة العقْد إِذ يَعُد العقْد مُؤَسسَة قانونيَّة لَا زَالَت تُمثِّل حجرًا مُهمًّا فِي البنَاء القانونيِّ لِجميع الأنْظمة القانونيَّة بِمخْتَلف تأصيلاهَا النَّظريَّة مُنْذ زمن طويل ، وَذلِك بِمَا يُمَثله العقْد مِن أَدَاة لِإِشْبَاع الحاجات وَتلبِية الرَّغبات وَلعَل أَبرَز مَجَال تَتَجلَّى فِيه مُوَاكبَة اَلفَن التَّعاقديِّ لِلتَّطَوُّر الاقْتصاديِّ بِصورة وَاضِحة هُو مَجَال التِّجارة الدَّوْليَّة غَيْر أَنَّ مُوَاكبَة اَلعُقود لِتغيُّر الظُّروف اَلتِي أُبْرِم فِيهَا وأَنَّ كان أمْرًا غَيْر جديد فِي ظِلِّ الأنْظمة القانونيَّة الوطنيَّة إِلَّا أَنَّ فِي إِطَار عُقُود التِّجارة الدَّوْليَّة ، اِبتدَع المتعاملْون بِهَده اَلعُقود تِقْنيَّة عَقدِية جَدِيدَة كُلِّيًّا وغيْر مَعرُوفة فِي إِطَار القواعد العامَّة لِنظرِيَّة العقْد فِي القوانين الدَّاخليَّة تَتَمثَّل فِي ((الحفَاظ على العقْد والْعَمل على ضَمَان توازنه)) وَأَهَم التَّطْبيقات المتولِّدة عن ذَلِك هُو " الالْتزام بِتخْفِيف الضَّرر " .حَيْث يَتَحقَّق الالْتزام بِتخْفِيف الضَّرر فِي عُقُود التِّجارة الدَّوْليَّة عِنْدمَا تَكُون هُنَاك خَسارَة كَبِيرَة تَعرَّض لَهَا أحد الأطْراف دُون أن يَكُون لَه دخل فِي تُحَققهَا وَتكُون هَذِه الخسارة نَتِيجَة ظُرُوف تَعرُّض لَهَا أحد الأطْراف مِثْل وَبَاء كُورونَا أو قد دخل البلد فِي حَرْب مَا ، أو ظُرُوف اِقْتصاديَّة قَاهِرة وَنَتيجَة لِذَلك لَقد أَقرَّت الاتِّفاقيَّات والتَّشْريعات الوطنيَّة اِلتِزام على عَاتِق الطَّرف الدَّائن بِضرورة أن يَعمَل على تَخفِيف الضَّرر اَلذِي وقع على عَاتِق الطَّرف اَلمدِين .والالْتزام بِتخْفِيف الضَّرر يُعَد مِن أَبرَز العادات التِّجاريَّة اَلتِي اِبْتدعهَا التَّعامل التِّجاريُّ اَلدوْلِي وَهذَا مَا أَكدَت عليْه التَّشْريعات الوطنيَّة المتمثِّلة بِالْمادَّة (١٦٩القانون المدَنيَّ) العراقيَّ وَكذَلِك التَّشْريعات المقارنة كالْقانون اَلمصْرِي والاتِّفاقيَّات والْأعْمال الدَّوْليَّة فضْلا عن تنْظيمه مِن قَبْل الأطْراف فِي بَعْض مُمارساتهم التَّعاقديَّة الدَّوْليَّة وَكذَلِك اَلْحال بِالنِّسْبة إِلى التَّحْكيم التِّجاريِّ اَلدوْلِي.

ثانيا: -اهمية البحث

مِمَّا لَا شكَّ فِيه مَا يَحظَى بِه وَاجِب الدَّائن بِتخْفِيف الضَّرر فِي نِطَاق المسْؤوليَّة العقديَّة مِن أَهَميَّة كُبرَى على المسْتويْنِ اَلفقْهِي والْقضائيّ ، وَخَاصَّة بَعْد أن تَوسَّع نِطَاق تطْبيقه ، فلم يَعُد قاصرًا على القانون الإنْكليزيّ والْأمْريكيّ ، بل اِمْتدَّ نِطَاق تطْبيقه إِلى غَالبِية دُوَل العالم ، حَتَّى تِلْك الدُّول ذات النَّهْج اللَّاتينيّ كَفَرنسَا وَغَيرهَا ، مِمَّا أَدَّى الباحث إِلى الكتابة عن هذَا الموْضوع لِأهمِّيَّته ، فَقْد أَنظَمت اَلعدِيد مِن الدُّول كالْعراق ومصْر وسوْرْيَا ولبْنَان لِاتِّفاقيَّة فِيينَّا لِلْبيْع اَلدوْلِي لِلْبضائع ، وَأَصبحَت نُصُوص هَذِه الاتِّفاقيَّة جُزْءًا مِن القوانين المدنيَّة والتِّجاريَّة لِهَذه الدُّول فِيمَا يَخُص عُقُود البيْع الدَّوْليَّة اَلتِي تعْقدهَا الأشْخاص الطَّبيعيَّة أو المعْنويَّة اَلتِي يَكُون مقرُّ عملهَا فِي هَذِه الدُّول ، فضْلا عن تَطبِيق هَذِه الاتِّفاقيَّة مِن قِبل هَيْئات التَّحْكيم التِّجارة الدَّوْليَّة والْإقْليميَّة .

ثالثا: – مشكلة البحث

يُلَاحِظ الباحث بِأنَّ مُشْكِلة البحْث تَكمُن فِي أن:

١. عدم تَنظِيم الموْضوع بِشَكل مُفصَّل على مُستوَى التَّشْريعات الوطنيَّة خِلافًا لِلاتِّفاقيَّات الدَّوْليَّة.
٢. عدم وُضُوح الأسَاس القانونيّ ألذِي يُمْكِن الاسْتناد إِلَيه فِي اِلتِزام الطَّرف الدَّائن بِتخْفِيف الأضْرار اَلتِي تُصيبه جَرَّاء عدم التَّنْفيذ تحْقيقًا لِمصْلَحة الطَّرف الآخر.
٣. التَّحَقُّق مِن مدى جَدوَى الجزاءات اَلتِي يُمْكِن فَرضُها على الطَّرف اَلمخِل بِتنْفِيذ الالْتزام بِتخْفِيف الضَّرر.
٤. أنَّ مِن أساسيَّات القانون تَحقِيق العدالة، ومقْتضيات العدالة بِصورة عَامَّة تُجْبِر المسْؤول عن إِحدَاث الضَّرر بِقيامه بِجَبر تِلْك الأضْرار، إِلَّا أنَّ ذَلِك لَا يَعنِي أنَّ المتضرِّر فِي حَالَة اِسْتطاعته تَخفِيف الأضْرار وَكَان ذَلِك لا يكلفه جُهودًا كَبِيرَة، أن يَبقَى مَكتُوف اليدَيْنِ وَهُو يرى الأضْرار تَتَفاقَم لِيغلِّظ مِن مسْؤوليَّة مُحدِّث الأضْرار مِن جِهة وغيْر مُكْتَرِث بِمَا يَلحَق الأمْوال والْأشْياء مِن أَضرَار مِن جِهة أُخرَى.
٥. أَلزَمت أَغلَب التَّشْريعات الأشْخاص أن تَتسِم تصرُّفاتهم القانونيَّة بِحسْن النِّيَّة، وقد كتب كثيرًا عن هذَا المبْدأ وتطْبيقاته (مَبدَأ حُسْن النِّيَّة)، وَممَّا لَاشِك فِيه أنَّ اِلتِزام المتضرِّر بِتخْفيفه لِلْأضْرار هُو مِن صُلْب مُقْتضيات حُسْن النِّيَّة.

٦. خذَت فِكْرَة الضَّرر المباشر والضَّرر غَيْر المباشر مِساحة وَاسِعة فِي عِلْم القانون فبتحقُّقه (الضَّرر المباشر) تُثْبِت العلاقة السَّببيَّة بَينَه وبيْن الخطأ ، وَكوَّن أنَّ الضَّرر يَعُد مُباشِرًا أو غَيْر مُبَاشِر يَعتَمِد فِي أَحيَان كَثِيرَة على قُدرَة المتضرِّر على تَخفِيف الأضْرار ، فَإذَا تَوَافرَت هَذِه اَلقُدرة فَإن الغالب مِن الاتِّجاهات الفقْهيَّة يرى أنَّ الضَّرر يَكُون غَيْر مُبَاشِر إذَا ثبتَ بِقرائن وُجُود مَقدِرة لَدى المتضرِّر على التَّخْفيف ، ولم نَتَلمَّس فِي هَذِه الاتِّجاهات و مؤسسيها العناية والاهْتمام اللَّازميْنِ بِهَذه الفكْرة (تَخفِيف الضَّرر) على الرَّغْم مِن قُدْرتِهَا على قَلْب الضَّرر مِن مُبَاشِر إلى غَيْر مُبَاشِر ومَا يسْتتْبعه مِن آثار قانونيَّة هَامَّة .

رابعا: –نطاق البحث

يتحددَ نطاقُ هذهِ الدراسةِ بدراسةِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ مسلطا الضوءَ على تعريفِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في القانونِ العراقيِ والقوانينِ المقارنةِ، وكذلكَ الأساسُ القانونيُ المتمثلُ بالمبادئِ الفلسفيةِ والقانونيةِ، وكذلكَ الخصائصُ المتعلقةُ بالالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ والطبيعةِ القانونيةِ منْ حيثُ هلْ التزامُ بتحقيقِ غايةِ أمِ بذلِ عنايةٍ؟ وكذلكَ الإجراءاتُ التي تتخذُ لتخفيفِ الضررِ وجزاءِ عدمِ الوفاءِ بها ، ، سواءً كانَ في دولِ الشريعةِ اللاتينيةِ وأهمها العراقِ ومصرَ وفرنسا أوْ في دولِ الشريعةِ الانكلوامريكية وأهمها الإنكليزيُ والأمريكيُ ، وأحيانا الإشارةُ إلى القوانينِ التي يقتضي مناطَ البحثِ المقارنةِ بها ، كونَ أنَ فكرةَ تخفيفِ الضررِ مازالتْ قيدَ التطورِ ولمْ تستوعبها الكثيرَ منْ التشريعاتِ المقارنةِ ، كما سنتناولُ الإشارةَ إلى اتفاقيةِ فيينا للبيعِ الدولي للبضائعِ ١٩٨٠ ومبادئُ اليونيدو لما تتضمنهُ منْ إشارةٍ واضحةٍ وصريحةٍ لفكرةِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ .

خامسا: –منهج البحث:

سنتناولُ في بحثِ موضوعِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ المنهجَ التحليليَ المقارنَ حيثُ سنقومُ بتحليلِ كلِ جزيئةٍ منْ جزيئاتِ البحثِ في ضوءِ القواعدِ العامةِ والقواعدِ الخاصةِ ، للوصولِ إلى نتائجَ دقيقةٍ ، وكذلكَ سيكونُ منهجا مقارنا ، حيثُ سنبحثُ في إطارِ القانونِ الفرنسي والقانونِ المصريِ والأمريكيِ والإنكليزيِ والقانونِ العراقيِ ، وهذا على مستوى التشريعاتِ الوطنيةِ ، واتفاقيةُ فيينا للبيعِ الدولي للبضائعِ ، ومبادئُ اليونيدو ومبادئُ غرفةِ التجارةِ الدوليةِ لسنةِ ٢٠٠٣ وهذا على المستوى الدولي .

سادسا: – خطه البحث:

للإحاطةِ بموضوعِ دراسةِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ سنقسمُ هذهِ الدراسةِ إلى فصلينِ، سنخصصُ الفصلَ الأولَ لماهيةِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ وعلى مبحثينِ الأولُ لمفهومِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ، في حينِ سنعقدُ الثانيَ لذاتيةِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ .أما الفصلُ الثاني سيكونُ للأحكامِ التي تتخذُ لتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ، وعلى مبحثينِ أيضا حيثُ سنخصصُ المبحثَ الأولَ لإجراءاتِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ، والمبحثُ الثاني لجزاءِ الإخلالِ بالالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ.

الفصل الاول

ماهية الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية

يعدّ تنفيذُ العقدِ هوَ الغايةُ التي يسعى أطرافَ عقودِ التجارةِ الدوليةِ إلى تحقيقها منْ إبرامهِ، ويحققَ تنفيذُ العقدِ بشكلٍ كاملٍ غايةَ ومتطلباتِ كلِ طرفٍ. فإذا أخلَ أحدُ الأطرافِ بتنفيذِ أحدِ الالتزاماتِ الناتجةِ عنْ العقدِ مهما كانَ سببُ عدمِ التنفيذِ سواءٌ كانَ لخطأِ المتعاقدِ نفسهِ أوْ لخطأِ الغيرِ أوْ بسببِ وقوعِ حادثٍ خارجَ عنْ إرادتهِ، فمنْ المؤكدِ أنَ الطرفَ الآخرَ سوفَ يتحملُ، بالتأكيدِ، ضررا معينا أوْ على أقلِ تقديرٍ تقلُ المكاسبُ التي كانَ ينبغي تحقيقها منْ وراءِ إبرامِ هذا العقدِ. ومنْ ثمَ فإنهُ يجبُ على الطرفِ المدينِ بالأداءِ الذي لمْ ينفذْ أنْ يخطرَ الطرفُ الآخرُ الدائنَ بالالتزامِ بعدمِ قدرتهِ على التنفيذِ، ويلتزمَ هذا الأخيرُ ببذلِ قصارى جهدهِ لاتخاذِ الإجراءاتِ المعقولةِ ليقللَ منْ نطاقِ الضررِ الذي أصابهُ وهذا ما يطلق عليهِ الالتزامُ بتخفيفِ الضررِ [١].

ويعدَ هذا الالتزامِ نتيجةً منطقيةً للأمانةِ التعاقديةِ التي يجبُ أنْ تحكمَ سلوكَ الأطرافِ على اعتبارٍ أنَ العقدَ يظهرُ كأنهُ وحدةٌ منْ المصالحِ المتوازنةِ أوْ أداةٍ للتعاونِ المشروعِ. ولقدْ وصفَ الأستاذُ DEMO GUE العقدُ بأنهُ شركةٌ صغيرةٌ تعملُ كل واحدةٍ منها لتحقيقِ هدفٍ عامٍ على أنْ يقومَ جميعُ الأطرافِ بمتابعةِ هذهِ الأهدافِ الشخصيةِ باعتبارِ أنهمْ يتعاملونَ في شركةٍ مدنيةٍ أوْ تجاريةٍ مما يعني أنَ كلَ طرفٍ منْ الأطرافِ عليهِ أنْ يأخذَ في اعتبارهِ مصالحَ الطرفِ الآخرِ. وبناءُ عليهِ يضافُ الالتزامُ بتخفيفِ الأضرارِ إلى الالتزاماتِ الأخرى التي تحكمُ علاقاتِ الأطرافِ مثلِ الالتزامِ بالنصيحةِ والالتزامِ بالتعاونِ [٢]. وعليهِ سنسلطُ في هذا الفصلِ الضوءِ على ماهيةِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ منْ خلالِ تقسيمهِ إلى مبحثينِ الأولُ: لمفهومِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ، والمبحثُ الثاني: لذاتيةِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ.

---

(١) د. شريف محمد غنام، إثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق –جامعة المنصورة،٢٠٠٧، ص٥١٣.

(٢) د. عادل أبو هشيمه، التعويض في التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق –جامعة بني سويف، دار النهضة العربية ٢٠٠٩، ص ١٢٠.

المبحث الأول

مفهوم الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية والاساس القانوني

إنَ الفكرةَ الرئيسيةَ التي تقعُ طبقا للالتزام تخفيفِ الضررِ أنَ الطرفَ المضرورَ لا يمكنه المطالبةِ بالتعويضِ الخاصِ بالضررِ الذي كانَ يمكنُ عقلاً تجنبهُ [١]، والهدفُ منْ هذا الالتزام منعَ الطرفِ المضرورِ منْ الانتظارِ سلبيا – لحدوثِ الضررِ، وبعدُ ذلكَ إقامةَ دعوى على الطرفِ المخالفِ، منْ أجلِ هذا الضررِ، في حينِ كانَ يمكنُ تجنبهُ. ومنْ وجهةِ النظرِ الاقتصاديةِ، قيلَ أنهُ " ليسَ منْ المعقولِ السماحِ بزيادةِ الضررِ الذي كانَ يمكنُ تخفيفهُ باتخاذِ التدابيرِ المعقولةِ " [٢]. وعليهِ سنسلطُ الضوءَ في هذا المبحثِ على مفهومِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ منْ خلالِ تقسيمهِ إلى مطلبينِ: الأولَ لتعريفِ الالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ، والمطلبُ الثاني: للأساسِ القانونيِ للالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ.

المطلب الأول

التعريف بالالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية

لغرضَ التعريفِ بالالتزامِ بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ لابد منْ تخصيصِ فرعٍ لمعنى للالتزام بتخفيفِ الضررِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ، وكذلكَ فرعُ ثاني نخصصهُ لصياغةِ هذا الشرطِ في عقودِ التجارةِ الدوليةِ.

الفرع الأول

معنى الالتزام بتخفيف الضرر في العقود التجارية الدولية

يعرف الالتزام هو رابطة او علاقة قانونية بين شخصين، يلتزم بموجبها أحدهما وهو المدين ان يقوم بعمل لمصلحة الاخر وهو الدائن، او ان يمتنع عن القيام بعمل يضر بمصالحه. وهذا ما عرفته المادة ايضاً (٦٩)

---

(١) د. سهير شرف أبراهيم، التعويض كجزاء تكميلي في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، جامعة المنوفية –كلية الحقوق،٢٠١٤، ص١٧٧.

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

من القانون المدني العراقي ,نشأ هذا الالتزام في بدايةِ الأمرِ كعادةٍ تجاريةٍ يستلزمها مبدأُ حسنِ النيةِ في نطاقِ العقودِ التجاريةِ الدوليةِ، وبمقتضاها يلتزمُ الدائنُ بأنْ يبذلَ كلُ ما في وسعهِ للحدِ وبالوسائلِ المعقولةِ منْ الخسائرِ التي يمكنُ أنْ تنجمَ عنْ عدمِ تنفيذِ الالتزاماتِ التعاقديةِ التي يرتبها العقدُ، ولوْ لمْ يكنْ سببُ عدمِ التنفيذِ يرجعُ إليهِ [١].إذْ يتلخصُ مضمونَ هذا الالتزامِ بضرورةِ احترامِ كلِ طرفِ مصلحةِ الطرفِ الآخرِ في حالةِ التغيرِ في الظروفِ، فلا يصحُ أنْ يستندَ أحدُ أطرافِ العقدِ التجاريِ الدوليِ على وجودِ ظروفٍ خارجةٍ عنْ إرادتهِ، ويتخذَ موقفا سلبيا تماما، تاركا بذلكَ مصالحَ الطرفِ الآخرِ تتدهورُ بفعلِ الظروفِ الجديدةِ، بلْ يجبُ عليهِ طالما وجدتْ هذهِ الظروفِ أنْ يتخذَ كلُ ما منْ شأنهِ تقليلَ الخسائرِ التي يمكنُ أنْ تصيبَ الطرفَ الآخرَ، منْ جراءَ ذلكَ التغيرِ [٢].إما بالنسبة لتعريف المقصود بالتجارة الدولية تعرف بأنها عمليات تقوم على اساس التبادل الذي ينشأ بين الدول الذي يكون على السلع، فهذه التجارة تعمل على تعزيز الاقتصاد الدولي حيث انه يؤثر ويتأثر في الطلب [٣]. ونتيجةً لذلكَ فإنهُ في حالةِ إصابةِ أحدِ الأطرافِ بضررٍ، منْ جراءِ تنفيذِ هذا العقدِ، فإنهُ يجبُ عليهِ حينها أنْ يبذلَ كلُ ما في وسعهِ لتخفيفِ هذا الضررِ، كيُ لا تزيد مسؤوليةَ الطرفِ الآخرِ، وحتى تبقى العلاقةُ حسنةً بينهُ وبينَ ذلكَ الطرفِ المضرورِ، والعملُ على عودةِ سريانِ العقدِ بشكلٍ اعتياديٍ في أقربِ وقتٍ ممكنٍ [٤].وعليهِ فإنَ هذا الالتزامِ يتطلبُ منْ الأطرافِ القيامَ بكلِ ما هوَ ضروريٌ لتقليلِ الأضرارِ التي يتعرضُ لها أحدهمْ أثناءَ تنفيذِ العقدِ ، وأنْ يبذلَ في سبيلِ ذلكَ أقصى ما يمكنُ منْ الجهودِ ، وأنَ لا يبقى بموقفٍ سلبيٍ لا يحركُ ساكنا في مواجهةِ ما يصيب الطرفُ الآخرُ منْ أضرارِ بسببِ تغيرِ الظروفِ ، على اعتبارٍ أنَ لأدخلَ لهُ في حصولِ ذلكَ التغيرِ ، بلْ يجبُ عليهِ استنادا على مبدأِ حسنِ النيةِ أنْ يبذلَ كلُ ما في وسعهِ للمساهمةِ في تذليلِ تلكَ الأضرارِ ومنعِ تفاقمها ، ويحققَ ذلكَ مثلاً منْ خلالِ الإسراعِ في استئنافِ تنفيذِ العقدِ مجددا بمجردِ أنْ يكونَ ذلكَ ممكنا ، فضلاً عنْ العملِ الدؤوبِ على استكمالِ الإجراءاتِ والمتطلباتِ كافةً لحسنِ تنفيذِ العقدِ والعودةِ إلى الوضعِ الاعتياديِ للتنفيذِ ، إضافةٌ إلى اختيارِ أسهلِ الطرقِ وأكثرها تلاؤما ومصلحةٌ للطرفِ

---

(١) د. سلامة فارس عرب ، دروس في قانون التجارة الدولية ،بدون مكان طبع ،٢٠٠٠،ص٩٦-٧٠،وأيضاً. مراد محمود المتواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، دار الثقافة، الأردن،٢٠١٠، ص٤٦٢.

(٢) د. ناجي عبد المؤمن ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بدون مكان أوسنة طبع ،ص٨٨.

(٣) متاح على موقع،www.mafahem.com

(٤) د. شريف محمد غنام, مصدر سابق ص ٥٢٢.

المضرورِ ، أوْ الإسراعِ في اتخاذِ الإجراءاتِ التحفظيةِ والاحتياطيةِ : كبيعِ البضائعِ المخزونةِ إذا كانتْ سريعةً التلفِ ، أوْ إجراءِ الإخطاراتِ اللازمةِ ، أوْ إبرامِ صفقاتٍ مؤقتةٍ لمواجهةِ العقباتِ التي تعترضُ تنفيذَ العقدِ [١].ومعنى هذا أنَ الالتزامَ بتخفيفِ الضررِ لا يتمثل في مجردِ التزامٍ سلبيٍ بعدمِ زيادةِ الضررِ، بلْ يتمثلُ أيضا في التزامٍ إيجابيٍ بتخفيفِ الضررِ، حيثُ لا يتطلبُ منْ الدائنِ فقطْ الامتناعَ عنْ أيِ فعلٍ منْ شأنهِ زيادةَ مقدارِ ذلكَ الضررِ، بلْ يتطلبُ منهُ فضلاً عنْ ذلكَ أنْ يقومَ بالأعمالِ التي تؤدي إلى تخفيفِ الضررِ والحدِ منْ آثارهِ كافةً [٢].وبذلكَ يتبينُ لنا أنَ الالتزامَ بتخفيفِ الضررِ لا يقعُ على عاتقِ الطرفِ المضرورِ فقطْ ، بأنْ يتخذَ الوسائلَ والإمكانياتِ المشروعةَ والمتاحةَ لهُ كافةٍ ، وأنْ يقللَ حجمُ الأضرارِ التي أصابتهُ نتيجةَ لحالةِ التغيرِ في الظروفِ ، بلْ يتسعُ هذا الالتزامِ ليقعَ على عاتقِ الطرفِ الآخرِ أيضا : وذلكَ بأنْ يقومَ باتخاذِ الوسائلِ والإجراءاتِ كافةَ التي منْ الممكنِ أنْ تساعدَ الطرفَ المضرورَ في تقليلِ حجمِ الخسائرِ والأضرارِ التي لحقتْ بهِ ، وهذا يعني أنَ الالتزامَ بتخفيفِ الضررِ يقعُ على عاتقِ جميعِ الأطرافِ المتعاقدةِ ، وليقف عندَ حدودِ طرفٍ دونَ آخر [٣].وهناكَ العديدُ منْ الممارساتِ التعاقديةِ الدوليةِ التي أشارتْ بشكلٍ واضحٍ إلى أنَ هذا الالتزامِ لا يقتصر على طرفٍ دونَ آخر ، بلْ يشملُ الأطرافَ المتعاقدةَ جميعا ، كما في الشرطِ الذي اتفقَ فيهِ الأطرافُ على أنهُ (على أطرافِ الالتزامِ في حالةِ التغيرِ الظروفَ ، بذلُ كلِ الجهودِ الضروريةِ لغرضِ إنهاءِ أوْ تقليلِ الصعوباتِ والأضرارِ التي تسببتْ . . .) [٤].وأيضا الشرطُ الذي نصَ على أنهُ (إذا حدثتْ تغيراتٍ كبيرةً في الأموالِ والعواملِ الاقتصاديةِ . . . ، فإنهُ يجبُ على الأطرافِ في هذهِ الحالةِ اتخاذَ الاحتياطاتِ والإجراءاتِ اللازمةِ التي تكفلُ إعادةَ التوازنِ إلى الالتزام مرةً أخرى) [٥].فضلاً عنْ ذلكَ فغالبا ما ترفضُ قراراتِ التحكيمِ أنَ تحملَ أحدِ الأطرافِ كافةَ الأضرارِ الناتجةِ عنْ القوةِ القاهرةِ ، ففي حكمٍ أصدرهُ مركزُ تحكيمِ غرفةِ التجارةِ

---

(١) د. ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري ، شرط أعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية ، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة ،٢٠١٦-٢٠١٧،ص ٦٩٤.

(٢) د. وليد خالد، القيود الواردة على تعويض الضرر في القانون الإنكليزي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسة، تصدر عن كلية القانون –جامعة بابل، العدد ٢،٢٠١١، ص٤٢-٤٣.

(٣) د. ناجي عبد المؤمن، مصدر سابق، ص٨٨ وأيضاً د. مراد المتواجدة، مصدر سابق، ص ٤٦٣.

(٤) د. ميثاق طالب الجبوري ،مصدر سابق ،ص ٦٩٥.

(٥) د.إ يمن إبراهيم العشماوي ،مفهوم العقد وتطوره ،دراسة مقارنة ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٢،ص١٦٩.

الخارجيةِ اليوغسلافيةِ [١] أكدَ المحكمُ أنَ عدمَ احترامِ البائعِ اليوغسلافي لالتزاماتهِ ، وإنَ كانَ مرجعهُ القوةُ القاهرةُ (سوءُ الطقسِ) ، إلا أنَ الأضرارَ الناتجةَ عنْ هذهِ الحالةِ يجبُ أنْ يتحملها طرفا العقدَ بالتساوي .ولمْ تقتصرْ قراراتُ التحكيمِ في حسابِ الخسائرِ بهذهِ الطريقةِ على حالةِ القوةِ القاهرةِ، بلْ طبقتها على أغلبِ الأخطارِ التي يمكنُ أنْ يتعرضَ لها أطرافُ العقدِ الدولي، منْ ذلكَ ما قررتهُ محكمةُ استئنافِ باريس منْ أنَ الأضرارَ (وكانتْ عبارةٌ عنْ فوائدِ البنكِ) الناتجةِ عنْ التأخيرِ في الحصولِ على الموافقاتِ الإداريةِ اللازمةِ يتحملها طرفا العقدَ [٢] وذلكَ بالرغمِ منْ أنها وفقا لصريحِ نصوصِ العقدِ كانتْ على عاتقِ أحدِ الأطرافِ فقطْ.على أيِ حالٍ، فالذي يجب ملاحظتهُ هوَ أنَ قراراتِ التحكيمِ تحاولُ منْ خلالِ هذهِ المبادئِ أنْ تقيمَ نوعا منْ التوازنِ بينَ موقفها المتمثلِ في التطبيقِ الصارمِ لمبدأِ قدسيةِ العقدِ، وبينَ ما تفترضه طبيعةَ عقودِ التجارةِ الدوليةِ طويلةً المدةِ منْ ضرورةِ ملائمةِ هذهِ العقودِ معَ الظروفِ الجديدةِ.

الفرع الثاني

صياغة شرط التخفيف من الضرر في عقود التجارة الدولية

وضعُ شرطِ التخفيفِ وحالتهِ يعدْ منْ المسائلِ التي يجبُ أخذها في بالحسبانِ فقدْ أكدهُ العديدُ منْ التشريعاتِ الوطنيةِ المقارنة، وقدْ أوضحَ القانونُ الفرنسيُ عدةَ تطبيقاتٍ لهذا الالتزامِ، وردتْ في عدةِ موادَ منها (١٧٦٠،١١٥١،١١٥٠،١١٤٩،١١٤٦) منْ القانونِ المدني، وكذلكَ في المادةِ (١٧٢ – ٢) قانونُ التأمينِ [٣].فقدْ نصتْ المادةُ (٣٥٠) منْ قانونِ العقودِ الأمريكي على أنَ الطرفَ المضرورَ منْ عدمِ تنفيذِ العقدِ لا يمكنهُ أنْ يحصلَ على تعويضٍ للخسارةِ التي كانَ بإمكانهِ تجنبها، دونُ أنْ يتحملَ أعباءً أوْ نفقاتٍ غيرِ مبررةٍ، ودونُ أنْ يحدثَ لهُ إرهاقُ منْ ذلكَ، كما أكدَ ذلكَ الالتزامِ في قانونِ التجارةِ الموحدِ (Ucc) ، وذلكَ في الموادِ (

---

(١) د. ناجي عبد المؤمن، مصدر سابق، ص٨٨.

(٢) استئناف باريس ١٠ مارس ١٩٨١ منشور بمجلة التحكيم ١٩٨٢ ،ص ٢١٤ ،مع تعليق MEZGERوهذا مع ملاحظة أن هذا الحكم كان قد صدر بمناسبة طعن في حكم تحكيم صادر عن محكمة مفوضة بالصلح وقد جاء به ". Qu end statant anise. Les arbiters Navient fait Qu 'user de leers poivoits amiable compositors"

(3)REIFEGERSTE(S): Pour one obligation de minimizer le damage, presses universities Aix-Marseille,2002, p94.

٧٠٨ / ٢ و ٧١٠ / ٢ و ٧١٣ / ٢) [١].وقدْ عبرِ القانونِ الإنكليزيِ هذا الوضعِ بالشكلِ التالي أنَ المدعيَ ليسَ عليهِ أيُ واجبِ بتخفيفِ خسارتهِ، بالرغمِ منْ الاستخدامِ الواسعِ منْ المحامينَ لعبارةِ " واجبِ التخفيفِ " وأنهُ حرٌ تماما في أنْ يتصرفَ كما يشاءُ ليحققَ أفضلَ فائدةً ممكنةً) [٢]وتسري هذهِ القاعدةِ أيا كانتْ المخالفةُ التي يتطلبُ التعويضُ بمناسبتها سواءٍ كانتْ مخالفةٌ جوهريةٌ أمْ غيرَ جوهريةٍ، وسواءٌ كانَ الجزاءُ الذي يوقعهُ، أمٌ يطلبهُ طالبُ التعويضِ هوَ التنفيذُ العينيُ، أوْ الفسخِ أمْ تخفيضِ الثمنِ وسواء وقعَ الفسخُ مبتسر [٣] أمٌ عندَ وقوعِ الخللِ في التنفيذِ [٤].وبخصوصَ موقفِ القانونِ المصريِ فقدْ أشارَ بشكلٍ صريحٍ إلى هذا الالتزامِ في المادةِ (٢٢١ / ١) منْ القانونِ المدنيِ التي نصتْ على أنهُ (إذا لمْ يكنْ التعويضُ مقدرا في العقدِ بنصِ القانونِ ، فالقاضي هوَ الذي يقدرهُ ، ويشملَ التعويضُ ما لحقَ الدائنُ منْ خسارةٍ وما فاتهُ منْ كسبٍ ، بشرطَ أنْ يكونَ هذا نتيجةٍ طبيعيةٍ لعدمِ الوفاءِ بالالتزامِ أوْ التأخيرِ في الوفاءِ بهِ ، ويعتبرَ الضررُ نتيجةً طبيعيةً إذا لمْ يكنْ في استطاعةِ الدائنِ أنَ يتوقاهُ ببذلِ جهدٍ معقولٍ) [٥].أما القانون العراقي فقدْ نصَ في المادةِ (١٦٩) منْ القانونِ المدنيِ على انه: (١ – إذا لمْ يكنْ التعويضُ مقدراً في العقدِ أوْ بنصٍ في القانونِ فالمحكمةُ هيَ التي تقدرهُ . ٢ – ويكون التعويضُ عنْ كلِ التزامٍ ينشأُ عنْ العقدِ سواءٌ كانَ التزاما بنقلِ ملكيةٍ أوْ منفعةٍ أوْ أيِ حقِ عيني آخر أوْ التزاماً بعملٍ أوْ بامتناعٍ عنْ عملٍ ويشملُ ما لحقَ الدائنُ منْ خسارةٍ ومنافاته منْ كسبٍ بسببِ ضياعِ الحقِ عليهِ أوْ بسببِ التأخرِ في استيفائهِ بشرطِ أنْ يكونَ هذا نتيجةٍ طبيعيةٍ لعدمِ وفاءِ المدينِ بالالتزامِ أوْ لتأخرهِ عنْ الوفاءِ بهِ. ٣ – فإذا كانَ المدينُ لمْ يرتكبْ غشاً أوْ خطأً جسياً فلا يجاوزُ في التعويضِ ما يكونُ متوقعاً عادةَ وقتِ التعاقدِ منْ خسارةٍ تحلُ أوْ كسبٍ يفوتُ).

---

(١) د. ميثاق طالب الجبوري ، مصدر سابق ،ص ٦٩٧.

(2) Sir John Donald on M.R in the solholt ,(1983),Lloyd "srep,605(C.A),RECLTED In MC Gregor.

(٣)هو اجراء وقائي تبرره الممارسة العملية حيث تفرضه مقتضيات التجارة الدولية، التي لا تسمح بعدم الثقة وتذبذب الأوضاع، وعدم استقرار تنفيذ الاداءات المتبادلة في عقد البيع الدولي، مشار اليه لدى د. سهير شرف برهيم، مصدر سابق، ص٢٠.

(٤) د. محسن شفيق مصدر سابق، ص٣١١-٢٤٤.

(٥) هذا وقد تأكد هذا الالتزام أيضاً في القانون البحري المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، وذلك في المادة (٣٦٣) التي نصت على أنه (على المؤمن له عند وقوع الخطر المؤمن منه أن يبذل كل ما في استطاعته لإنقاذ الأشياء المؤمن عليها وعليه أن يتخذ جميع الإجراءات للمحافظة على حق المؤمن في الرجوع على الغير المسؤول، ويكون المؤمن له مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق المؤمن بسبب إهمال تنفيذ هذه الالتزامات).

أنَ تعريفَ تخفيفِ الضررِ في القوانينِ المدنيةِ، يتوقفَ على معرفةِ مدى تبني القوانينِ المدنيةِ لواجبِ تخفيفِ الضررِ، فهلْ تبنتْ القوانينُ المدنيةُ واجبَ تخفيفِ الضررِ أمْ لا؟ أمْ هلْ استعاضتْ القوانينُ المدنيةُ عنْ واجبِ تخفيفِ الضررِ بشيءٍ آخرَ؟ إنَ هذهِ الأسئلةِ تعدْ منْ صميمِ حقيقةِ النظريةِ العامةِ لواجبِ تخفيفِ الضررِ في القانونِ المدنيِ، وكانتْ آراءُ الفقهاءِ إزاءها متنوعةٌ، وقدْ أخذتْ اتجاهينِ اثنينِ:

الاتجاه الأول: وفيه يذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يوجد في القوانين المدنية واجب على الدائن بأن يقوم من جانبه بالخطوات المعقولة لتخفيف الأضرار [١] ولكن تضمنت القوانين المدنية نصوصاً صريحة، توجب على المحكمة أن تأخذ في الحسبان عند تقديرها للتعويض، مساهمة الدائن في تفاقم الخسائر بعد الإخلال بالعقد، أو أنه ساهم من جانبه بعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه [٢].

إما الاتجاه الثاني : فيذهب إلى أن القوانين المدنية تتبنى واجب تخفيف الأضرار في العقود ،ولكن تحت ستار القواعد العامة المتعلقة بمبدأ حسن النية ،إذ لا يوجد نص خاص صريح يلزم الدائن بأن يتخذ الخطوات اللازمة والمعقولة لتفادي وتجنب الأضرار ، فاستعاضت بغياب النص على ذلك ،بحكم القواعد العامة المتعلقة بوجوب تنفيذ الالتزام العقدي طبقاً لما أشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية [٣] ،إذ نصت المادة(١٥٠) من القانون المدني العراقي على ألا أنه"١-يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريفة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"[٤]. وتفريعاً على ذلك، ومن موجبات حسن النية، ان يكون ثمَة نوع من التعاون بين طرفي العقد في تنفيذه، فلا يصح أن يرهق أحدهما الآخر بالتشبث بحرفية العقد، ولا أن يعتبر أحد المتعاقدين، أن الالتزام حق له، وواجب على الآخر، بل أنه أساس لعلاقات متقابلة بينهما توجب أن يقوم كل من طرفي العقد بالتزامه، فهذا المبدأ يلزم الدائن أن يعمل على تدارك ما قد

---

(١) د. وليد خالد عطية، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود، دراسة مقارنة، كلية القانون –جامعة البصرة، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى ،٢٠١٥، ص١٨.

(٢) أنظر المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٢١٦ من القانون مدني مصري والمادة ١٦٩من القانون مدني عراقي.

(٣) د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، ط١٩٤٩،١، ص٤٣.

. وأيضاً د. شاكر ناصر حيدر واجب تقليل الضرر في القانون الإنكليزي، مجلة القانون المقارن، العدد ١٣، السنة ٩ ،١٩٨١، ص٣٦.

(٤) تقابلها المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري.

يقع من ضرر لتهوين أعباء المدين[١]. إما بالنسبة إلى موقف الاتفاقيات والأعمال الدولية ، فنلاحظ أنها قد أولت الاهتمام ذاته بهذا الالتزام ، حيث حرص أغلبها على تنظيمه والإشارة إليه بنصوص صريحة ،ومنها اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦٤، الخاصة بعقود البيع الدولي للمنقولات المادية ، التي نصت في المادة (٨٨) منها على أنه (الطرف الذي يدعي أن هنالك مخالفة للالتزام الوارد في العقد، يلتزم باتخاذ الإجراءات المعقولة لتخفيف ضرره، ولو أهمل في إعمال ذلك، فيحق للطرف الاخر أن يطلب تخفيف قيمة التعويض)[٢]. وكذلك الحال بالنسبة إلى اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠) حيث نصت في المادة (٧٧) على أنه(يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة ،بما فيها الكسب الذي فات ،واذا أهمل القيام بذلك ،فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها)[٣].هذا وقد أكد تقرير غرفة التجارة الدولية (ICC)لسنة ٢٠٠٣، بخصوص الصياغة النموذجية لشرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض ،هذا الالتزام صراحة في الفقرة (٧) من هذا التقرير التي نصت على أنه (يلتزم الطرف المتمسك بالشرط الحالي ، باتخاذ الإجراءات المناسبة واللازمة كافة بهدف الحد من الأثار الضارة لحالة التغير في الظروف)[٤]. كما أكدت مبادئ اليونيدو المتعلقة بالعقود التجارية الدولية هذا الالتزام في المادة (٧-٤-٨) تحت عنوان تخفيف الضرر ، حيث نصت على أنه (١- لا يسأل المدين عن الضرر الذي تكبده الدائن بقدر ما كان يمكن للدائن تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة،٢- يحق للدائن استرداد أي مصروفات معقولة يكون قد تكبدها لدى محاولته تخفيف الضرر)[٥].

---

(١) د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد المصدر سابق، ص ٥٠.

(٢) د. عادل أبو هشيمه، مصدر سابق، ص ١٤٧.

(٣) د. محسن شفيق ،مصدر سابق ،ص ٢٤٤،وأيضاً د. محمد نصر محمد ،الوسيط في عقود البيع الدولية ،ط١،مكتبة القانون والاقتصاد ،الرياض،٢٠١٣،ص ٤٦٩.

(٤) د. ميثاق طالب الجبوري، مصدر سابق، ص ٦٩٩.

(٥) جاء في التعليق الرسمي على هذه المادة بأن الغرض منها يتمثل بتجنب الموقف السلبي للدائن والذي يتقاعس انتظارا للحصول على تعويض عن الضرر الذي كان في وسعه أن يتجنب وقوعه ويخفف منه ... د. آمين دواس، نطاق تطبيق مبادئ اليونيدو على عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق الكويتية، العدد ٢، س٣٢، يونيه٢٠٠٨، ص٣٩١.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية

يعد مبدأ تخفيف الضرر مبدأ عاماً من مبادئ قانون التجارة الدولية ،وتم إقراره في العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ، فضلاً عن أقراه في العديد من قرارات التحكيم الدولية ، ولكن سنقف حول الأساس الذي يستند الية لإقرار هذا المبدأ ، وسواء كانت هذه الأشرة 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 يرجعه البعض الآخر إلى المبادئ القانونية العامة كمبدأ حسن النية والسببية بين الخطأ والضرر وتعاون الدائن والمدين في تنفيذ العقد ، وسنتناول ذلك تباعاً.

الفرع الاول

اساس الالتزام بتخفيف الضرر في المبادئ الفلسفية

تعددت الآراء في شأن أساس هذا المبدأ ،فيرى البعض أن الالتزام بالتخفيف من الضرر يُعُدُّ مبدأً من ضمن مبادئ قانون التجارة الدولية ،حيث قام قضاء التحكيم الدولي بإرساء قواعده وترسيخ آثاره[١] في حين يذهب البعض الآخر إلى اعتبار ذلك المبدأ المنصوص علية في اتفاقيه 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 ما يقابله من تعويض مهما عظم ،وإنما يقتضي حسن النية والأمانة في التعامل، بل –ايضا –الاعتبارات الاقتصادية ،أن يسارع ذلك الطرف إلى الحد من الضرر[٢]. من المعروف ان من اهم غايات القانون هي تحقيق العدالة [٣] بين الافراد، وهذه الغاية إذا ما اريد

---

(١) د. سهير شرف أبراهيم، مصدر سابق، ص١٨١.

(٢) د. محسن شفيق، مصدر سابق،ص٢٤٤.

(٣) يذهب أتجاه إلى تعريف العدالة بأنها "التعبير الصادق عن الشعور بالمساواة الحقيقية والسعي إلى تأكيدها في واقع الحياة ",أو تعرف بأنها" مراعاة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة المحسوسة"..... د. محمود جمال الدين زكي دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الطبعة الثانية، الهيأة العامة لشؤون المطابع الاميرية،،القاهرة –مصر،١٣٧،١٩٦٩. وتتصف قواعد العدالة بأنها متغيرة، لا ترشد إلى حلول قاطعة وثابته، ويتجلى أثرها في التخفيف من صرامة الأحكام، كما أنها قواعدها

لها أن تتحقق 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 اخلاقي. وعلى الرغم من صعوبة صياغة مفاهيم العدالة بقاعدة واحدة إلَّا 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 ما فيها من القوة المعنوية المستمدة من سمو مبادئها)) [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

يشوبها التشتت، ويكتنفها الغموض، وليجمع قواعدها موطن واحد، فيتعذر التعرف عليها لتغاير حدودها بتغاير الظروف ويصعب الالمام بأحكامها. وهي قواعد ملزمة لاقترانها بجزاء ادبي يتمثل بزجر المجتمع يوقع عند مخالفتها.....الاستاذ عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية، الجزء الاول، مطبعة الآداب، النجف الاشرف–العراق،١٩٧٢، ص١٨٥–١٨٦.وتعني فكرة العدل المساواة، بينما العدالة فتعني الانصاف وأن ما يميزها عن العدل هو خصوصيتها وتعلقها بحالة فردية خلافاً للعدل الذي يحفل بالمبادئ ،.....، د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمات الدراسة القانونية،، الطبعة الثانية الهيأة العامة لشؤون المطابع الاميرية، القاهرة –مصر،١٣٦،١٩٦٩. فالعدل بالقياس الى العدالة يتسم بالعمومية والتجريد أذ أنه كالقانون لا يعني الابالمبادئ العامة، وتقوم فكرة العدل على المساواة الحقيقية التي تعبأ بالظروف الخاصة والجزيئات الواقعية لذلك فأنها تختلف من حالة الى أخرى، وتتكيف بحسب كل حالة وتستجيب لشتى الدوافع الاخلاقية.....الاستاذ عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة ومفهومها، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية /جامعة بغداد، عدد خاص باليوبيل الماسي للكلية طبع الدار العربية بغداد، مارس–١٩٨٤، ص٨٥.

(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 لوجد، فكرة القانون، تعريب المحامي سليم السويس، خال من رقم طبعة، عالم المعرفة،١٩٨١،ص ١٤٣.

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

لو افتقد النص او شابه الغموض واشكل عليه الوصول الى الحل العادل[١].وتلزم قواعد العدالة والانصاف[٢]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 اساسية في الفقه الاسلامي مطبوعة بطابع العدالة [٣] وبُنيت عليها الكثير من الاحكام ومنها (لا ضرر 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 يظلم كما ظلم [٤] وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي في المادة ١/٢١٦ والتي جاء بها ((لا ضرر ولا ضرار والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم ان يظلم بما ظلم)).ويرى جانب من الفقه ان العدالة تقتضي وجود قدرٍ من الثقة المشروعة عند التعامل وان الاخلال بهذا القدر يعد بحد ذاته خطا يتوجب المؤاخذة ،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 هذا السلوك في نشاطه ومباشرته لأعماله، فاذا اخل الغير بهذه الثقة ولم يراع في سلوكه ما هو منتظر ومتوقع منه يكون قد

---

(١) ويرى الفقيه Appleton بوجوب اغفال النصوص القانونية والقواعد القانونية اذا ما ادى الاخذ بها الى نتائج تتجافى واصول الاخلاق والعدالة وتفريعا على ذلك لا يمكن 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 استعمال الحق مصدر السابق، ص ١٤.

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

(٣) د. اسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، خال من رقم طبعة، دار الكتب القانونية–مصر،٢٠١١، ص ١٤٣.

(٤) 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 فأبطلت هذه النسبة بحيف او ضرر لحق به.... لمزيد من التفصيل راجع. ابو علي بن احمد بن يعقوب الرازي المعروف بابن مسكوبية، تهذيب الاخلاق وتطهير الاعراق، ط١، دار صادر –بيروت،٢٠٠٦، ص ٧٩.

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 إذا 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، ولايقهم 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

الفرع 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 الالتزام او تنفيذه او حتى انهاءه، كما يسود كذلك العلاقات غير التعاقدية. ومنهم من يرجعه الى كونه تصرف يقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ومنهم من يرجع هذا الدور الى تعاون الدائن والمدين في تنفيذ العقد فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية.

---

(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 ذنون لمبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، خالي من رقم الطبعة، شركة التأمين للطبع والنشر المساهمة ،١٩٩١، ص٢٨٨.

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

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

أولاً: 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[١] 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 المختلفة أسباب وجودها[٢] ويتمثل حسن النية في انتفاء الخطأ العمدي وانتفاء الغش وانتفاء التعسف في أستخدم الحق بسوء نية وانتفاء الخطأ الجسيم [٣]يعد مبدأ حسن النية من المبادئ القانونية المعروفة والشائعة في نطاق التطبيق القانوني كون ان ممارسة الحقوق محاط باطار من حسن النية لا يجوز للشخص ان يتجاوزه او ان يخل به، وهو مبدا اساسي في كل العقود[٤] وينبغي ان يتسم به كل عقد وان يتحلى به كل متعاقد[٥]،وهو ما عبر عنه البعض بالتعامل الشفاف والعادل[٦].وهذا المبدأ ليس وليد الوقت الحاضر بل ان جذوره تمتد الى القانون الروماني وبالتحديد في نطاق عقد البيع، من خلال تفسير الالتزام بعيداً عن حرفتيه حيث ساهم ذلك كثيرا في تطوير القانون لاسيما التجاري منه [٧]. ويعد هذا المبدأ من المبادئ التي تسعى الى تحقيق اهداف القانون المتمثلة باستقرار التعامل وتحقيق العدالة وحماية الحقوق[٨]،فضلا عن ذلك ان المشرع قد لا يستطيع الاحاطة بجميع ما من شانه ان ينظم كافة الاحكام القانونية المتعلقة بالعقود او المسؤولية التقصيرية او غير ذلك من الاحكام

---

(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.

(٢) د. عادل أبو هشيمة، مصدر سابق، ص١٦٤.

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

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

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

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

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

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

،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 UCC على أنه" كل عقد أو واجب في هذا العمل يفرض التزاماً بحسن النية في ادائه وتنفيذه"[١].،إما بالنسبة للقانون الإنكليزي فإن تشريعاتها الوطنية لا تتضمن مبد أحسن النية في علاقاتها القانونية ، وهذا ما يفسر 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[٢].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 الالتزام:

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 النية يلزم كل متعاقد يكوّن امينا في تنفيذ التزاماته التي يرتَبها عليه عقود التجارة الدولية التي يَفرضها الالتزام تَجِاه المتعاقد الاخر وأن يبذل قصارى جهده من اجل عدم الاضرار به وتَكمن اول الصور في ذلك هو يَترك الخسارة 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 النية ويقع الالتزام بمراعاة حسن النية بصفة

---

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

(٢) وكذلك المادة ١/١٥٠ ((يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)). والمادة ٢٦٤، والمادة٥٥١، والمادة ١/٩٢٢، وال مادة٩٤٨، والمادة ٢/٩٨٧، وال مادة١١٦٣، والمادة ١١٦٥، وال مادة١/١٣١٥، والمادة١٣٤٦، وال مادة٣،٤/١٤٧٤، وال مادة١/١٣٧٦. أنظر في تفصيل ذلك د. عادل ابو هشيمة، مصدر سابق، ص١٧٠.

اساسية على المدين كونه هو الملتزم به في اكثر الاحيان ،الا أن ذلك لا يعني ان الدائن يكون بمعزل عنه وانماَ يقع عليه كذلك مراعاة حسن النَية ،فالمدين والدائن سواء في هذا الالتزام ، فيلتزم به المدين في تنفيذ التزامه فينفذه طبقاكما تقتضيه الامانة والاخلاص مهما كانت العقبات التي تعترض هذا التنفيذ . ويلتزم ايضاٍ بحسن نية فيجب أن يراعي حسن النية في المطالبة بالتنفيذ، فليتعنت 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 [٢]ولا يقتصر أثره على تكوين العقد أو تنفيذه بل يمتد إلى آثاره وانقضائه[٣] 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 الأنظمة القانونية الوطنية 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 يِنبغي عليه الذي يَقوم بإظهاره في سَبيل التقيد بحرفتيه ، وكذلك بروح العقد والقانون [٤] حَيَث يتبين لنا أن مفهوم حسن

---

(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، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها، خال من رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٩، ص٢٦٦.

(٢) د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الاولى، مطبعة مصر،١٩٤٩، ص ٤٠.

(٣) د. محمد لبيب شنب، الجحود المبستر للعقد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول ١٩٦١، ص ٦١.

(٤) 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.

النية يَجب على كلا الطرفين أن يَضَع اقتراحات جاده وامينه تهدف الى الوصول الى حل مناسب لهما وليس مجرد التسويف وتعجيز المتعاقد الاخر 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 دَلْائَل 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 اليونيدو 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]

ثانياً: انتفاء الرابطة السببية

تتحقق المسؤولية المدنية بتحقيق اركانها الثلاثة من خطأ وضرر وعلاقة سببية تربط بينهما [٤]،وبذلك فلا يكفي ان يكون هناك ضرر فقط بل يجب ان يكون الخطأ هو المسبب لذلك الضرر[٥] ،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

---

(١) د. شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص٤١٤.

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

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

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

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

اصاب المتضرر في هذه الحالة غير ناشئ من خطا المدين بل من خطا الدائن نفسه[١] ، 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))[٢]، ففي هذه الحالات لا يمكن ان ننسب المسؤولية الى المدين وذلك لعدم وجود ارتباط بين الضرر الحاصل والخطأ الصادر من جانبه لعدم تحقق العلاقة السببية بينهما.وعلى الرغم من ان مفهوم العلاقة السببية ليس بالفكرة السهلة والبسيطة[٣] 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[٤] .

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 [٥] والنتيجة غير الطبيعية للخطأ، وهذا الاتجاه هو اتجاه سائد في الفقه ثبت واستقر في كتابات الكثير من الفقهاء. وماهوا في الحقيقة سوى رجوع الى نظرية السبب المنتج[٦] ،وبذلك فان الضرر الذي لا يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ وهوما يسمى بالضرر غير المباشر والذي لأتقوم

---

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

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

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

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

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

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

رابطة سببية بينه وبين الخطأ[١]،لا يكون 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 ،فتنكر 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 المألوفة، والاكتفاء بالعوامل الطبيعية المألوفة[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 لا تنطوي 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 امكانية تدخله في تخفيف ذلك الضرر، حيث تنقطع علاقة السببية بالقدرة على التدخل في التخفيف مع الامتناع عنه [٤] 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 بداهة حيث بين القانون المدني الفرنسي

---

(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.

(٤) 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.

في المادة (١١٥١) بان((المدين في الالتزام التعاقدي لا يسال الا عن النتائج المباشرة لعدم تنفيذه لالتزامه)).وقد اجمع الفقه والقضاء الفرنسي ان التفرقة بين الضرر المباشر وغير المباشر ترجع الى علاقة السببية فقط[١].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 الآونة الاولى لا تعتمد على تدخل المضرور في تخفيف الضرر بل تعتمد على معيار اخر وهو كون السبب منتجا بحد ذاته او غير منتج[٢]،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[٣].باعتبارها اضرار مباشرة ترتبط بالخطأ بعلاقة سببية.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 [٤]. 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 [٥] .اما القانون المدني المصري ففي رأينا 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 ما جاء 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) د. علي سيد حسن، مصدر سابق، ص٤٧٣.

(٢) المصدر السابق، ص٥٢٠.

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

(٤) د. حسن علي ذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ٣٢.

(٥) يرى الفقه أن إمكانية التوقع والسببية ترتبط أحدهما بالأخرى ارتباطا كبيرا ونادرا ما يكون ممكناً فصلهما فصلاً حاسماً.....
د. سهير شرف ابراهيم، مصدر سابق، ص١٥٣.

(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 الشخص ان الضرر نشا عن سبب اجنبي لأيد 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 ما بين 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 لا يكون 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. ما في المسؤولية التقصيرية فيمكن تصور ذلك ايضاً باعتبار ان الخطأ في المسؤولية التقصيرية حسب تعريف العلامة بانيول[٣] والأخلال بالتزام قانوني سابق وحسب تعريف سافتيه 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 ما هو الا صورة من صور الاضرار بالغير(المسؤول) حيث ان من شان هذا الامتناع ان يغلظ من مسؤولية الفاعل بصورة اكبر .

---

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

(٢) يمكن الوصول الى معيار للتفرقة ما بين 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 الأهوان، 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

ثالثاً: 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 لا يتصرف 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 ما هو 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 .ومن مقتضيات هذا التعاون الذي يصب في فكرة تخيف الضرر ان المدين لا يتحمل وحده اعباء تنفيذ الالتزام بل ان الدائن كذلك يتحمل نصيباً من هذه الاعباء اذا اقتضى الامر يتعاون مع الطرف الآخر في تنفيذ العقد، أن يلتزم المتعاقد بالمساهمة أو التدخل بفعالية في العقد بهدف تسهيل مهمة الطرف الآخر [٤]. وتبعا لذلك فان على الدائن ان يسهل على المدين تنفيذ ما عليه من التزامات [٥] ،وان يمنع قدر الامكان اتساع الضرر الذي يصيبه تخفيفاً من مسؤوليته [٦].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

---

(١) د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، 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، أطروحة 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.

(٤) د. أحمد محمد الرفاعي, المصدر السابق، ص١٥.

(٥) شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص١٢.

(٦) د. أمل كاظم سعود، مصدر سابق، ص ٢٦.

يؤثر على تنفيذ العقد وانهائه نهاية مثلى[١].وعلى المدين في نفس الوقت ان لا يرهق 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[٢].وكذلك فان على الدائن ان لا يزيد من نفقات المدين[٣] 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[٤].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 ((لا يجوز رجوع المشتري بالضمان اذا كان تلف الاله التي ضمن البائع صلاحيتها لمدة معلومة ناشئاً عن عدم قيام المشتري بإصلاحات بسيطة))[٥].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 [٦].وعلى المزارع الذي اشترى بذور مضمونة الاثبات ان يبادر الى تجربتها للتأكد من صلاحية هذه البذور قبل بذرها[٧] تداركاً لما قد يظهر من عدم صلاحيتها مما يثقل كاهل البائع بمبالغ تعويضية باهضه. وعلى العموم في كل عقد عمل على صاحب العمل أن يقدم للعامل ما يلزم لهذا الاخير للقيام بعمله فمثلاً أن شركة السكك الحديدية التي عليها بمقتضى العقد أن تزن البضاعة بمجرد وصولها ليس لها أن تشتكي من بقاء البضاعة دون أستلام والمطالبة بأجر التخزين(الارضية) أذ أن كانت قد تأخرت في القيام بوزن البضاعة – وأن من كلف آخر بإقامة بناء لا تسمع منه الشكوى من عدم أقامته أذا كان هو لم يقم من ناحيته بتحديد مكان

---

(١) د. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مصدر سابق، ص١٧٢.

(٢) د. احمد السعيد الزقرد، محاولات لإنقاذ العقود من الفسخ، خال من رقم طبعة، المكتبة العصرية،٢٠٠٧، ص٢٤.

(٣) حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مصدر سابق، ص٤٦.

(٤) المصدر السابق، ص ٢٩.

(٥) المصدر السابق، ص ٥٠.

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

(٧) د. حسين عامر القوة الملزمة للعقد, مصدر سابق، ص ٤٨.

أقامه البناء وكذلك على الدائن أن يعمل على وزع ما يلحقه من ضرر تخفيفاً لمسؤولية المدين: فمن أشترى آلة من الآلات ضمنها البائع لمدة معينة لا يجوز له الرجوع بالضمان أذا كلف تلف الآلة يرجع إلى عدم قيامه بإصلاحات بسيطة كان من شأنها منع الضرر . وأن يعمل على أن لا تزيد كلفة المدين: فاذا 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 لا يجوز للمستأجر ان يمنع المؤجر من اجراء الترميمات الضرورية والمستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة وذلك لان منع المؤجر من القيام بهذه الاعمال من شأنه 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 الآيلة 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]وعلى الرغم من هذه الايجابيات التي يتمتع بها الالتزام بالتعاون الا ان نص القوانين المقارنة كالقانون المصري او الفرنسي فضلا عن القانون العراقي لم تتضمن نصا مباشرا او تنظيماً لهذا الالتزام ،لذلك فقد وقع الحمل الاكبر على الفقه والقضاء في بيان ماهية واساس وطبيعة هذا الالتزام على الرغم من تباين آرائهما بهذا الشأن. وجل ما وصلوا 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.

---

(١) د.حلمي بهجت بدوي، مصدر سابق، ص٣٩٦.

(٢) انظر المادة ١/٧٥٢ من القانون المدني العراقي والتي تنص ((إذا احتاج المأجور 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 إنقاص الاجرة)). وتقابل هذه المادة نص المادة ٥٧٠ من القانون المدني المصري

(٣) د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مصدر سابق، ص ٤٩.

الفرع الثالث

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 وأصبح واجباً عليه التقيد بالنص وبالتالي تطبيقه على المنازعات. 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 وفيما إذا 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:

أولاً: موقف القضاء الفرنسي

تعد فرنسا مهداً للشريعة اللاتينية حيث تبنى قانون نابليون الاخذ بأغلب احكام القانون الروماني، إذ ساد العالم شريعتان قانونيتان متميزتان هما الشريعة اللاتينية وتتزعمها فرنسا والشريعة الأنجلو امريكية وتتزعمها انكلترا، التي تستند على مبدأ السوابق القضائية وهي مهد فكرة تخفيف الضرر في القوانين الحديثة.

وعلى الرغم من ان النظام الأنجلو 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. 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 المبادئ المهمة في القانون المدني الفرنسي والى الالتزام بالأمانة اذا كان الالتزام عقدياً والى الواجب العام بالحرص والحذر اذا كان الالتزام غير عقدي، وتراه احياناً يرجعه الى فكرة السببية بشكل عام [1]. ويرى جانب من الفقه الفرنسي ان مبدأ التخفيف المعروف في

---

(١) د. رعد عداي حسين , مصدر سابق ,ص٢٢٩.

القانون الانكليزي لا يمكن اقتباسه ونقله كلياً الى القانون الفرنسي لوجود احكام قانونية تعيق من ذلك [١] .ولنعتقد ان هذا الرأي دقيق بما فيه الكفاية 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 بأصل 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 بإمكانه تجنبه عن طريق بحثه عن حل بديل، ففي نزاع بين شركة AUCHANوشركة PBC المسؤولة عن تركيب نظام معلوماتي للأشراف على محلات HIPEAR MARKET . فقد ازدهرت العلاقات التجارية لمدة عشر سنوات قبل ان تفتقر في عام ١٩٩٧ وانتهت تماماً بناء على طلب من شركةAUCHAN. محكمة استئناف DOUAIاعتبرت 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 [٢]. 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 تأثير يزيد ويفاقم من الضرر بعد وقوع الحادث [٣]. لم تطبق محكمة النقض الفرنسية [٤] من جانب اخر واجب تخفيف الضرر،

---

(١) د. احمد محمد الرفاعي، مصدر السابق،١٣٨.

(٢) د. رعد عداي حسين, مصدر سابق، ص٢٣٠.

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

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

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[١] سواء كان ذلك في نطاق المسؤولية العقدية ام التقصيرية على حد سواء وظهر هذا الاتجاه ايضاً في النزاع الدائر بين الشركة العامة للمياهCGE وبين مكتب عام للتأجيرHLM حيث امتنعت شركة توزيع المياه عن تسعير امدادات المياه لعقارين مملوكين لمكتب التأجيرHLM بعد المطالبة بذلك وبعد ذلك طالبت الشركة من مكتب التأجير بالدفع , وطالب مكتب التأجير 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 المستأجرين (الذين سبق وان استأجروا من مكتب التأجير HLM)بهذه المطالبات منذ ذلك الوقت وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم استنادا للمادة ٣/١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي باعتبار ان الدائن لا يتحمل اي مسؤولية حيث كان يفترض ان استخدام مكتب التأجير للعقارين كان يتضمن بالضرورة انهما كانا مزودين بالمياه سابقا وانه كان يعلم بقيمة التسعير بالشكل الدقيق والصادر من جانب الشركة العامة للمياه CGE [٢]. وعادت محكمة النقض الفرنسية[٣] 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 لإعادة 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 نتيجة 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 اعتبر المضرور ان عجزه الجسدي الذي حدث له يبرر له الاغلاق

---

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

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

(٣) د. احمد محمد الرفاعي، مصدر السابق،ص١٣٧.

المستمر لمتجرة. وبينت محكمة استئنافAMIENS ان صاحب المخبز قد ترك مشروعه ينهار عندما اتيحت له فرصه استغلاله بواسطة شخص اخر. 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 إلزام بتخفيف الاضرار باي حال من الاحوال)) ([1]. 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 للأحكام 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 [2].وعلى الرغم من اقرار القضاء الفرنسي في النهاية لفكرة تخفيف الضرر الا انه لم يعتبرها مبدأ اساسياً تنبني عليه الاحكام وانما كان يرجع بهذه الفكرة الى مبدأ السببية بين الخطأ والضرر [3]، واحيانا يرجعها الى مبدا حسن النية في تنفيذ العقود الوارد في المادة ١١٣٥ والتي تنص ((الاتفاقات لا يقتصر 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. وقد بدأ القضاء الفرنسي بعد عام ٢٠٠٩ وعلى اثر النظر في قضية ٢٢ يناير ٢٠٠٩ النظر الى الضرر بنظرة جدية ومستقلة وذلك باكتشافه ان هذا التخفيف له اثار اقتصادية مهمة فضلاً عن ان حماية الاموال عن طريق التخفيف ينصب بإيجابية على المدى الاقتصادي البعيد[4].ومما شجع القضاء الفرنسي الى الاخذ بهذه الفكرة ايضاً هو بغية توحيد المبادئ 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

---

(١) د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

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

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

(4) Solene Le Pautremat,op.citp219

كان هذا الطوقي لا يكلفه الا جهداً معقولاً فما كان من المحاكم الا ان تحاول قدر الامكان من تضييق القوة بين هذه الاحكام.

ثانياً- موقف القانون الامريكي

ففي الولايات المتحدة الامريكية فأن المحاكم فيها قد أقرت واجب تخفيف الضرر على الدائن ,فالمحكمة العليا في ولاية ميشيغان 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 ولتقليصها والشخص المخالف لهذا الواجب لا يمكن له المطالبة بالتعويض عن الخسائر والاضرار التي كان من الممكن تجنبها لو عمل المعقول)وما تجدر 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 الاختلال الحاصل بالعقد هو إخلالاً مسبقاً أي أخلالاً مبسترا، حيث قرر أن الدائن لا يستطيع أن يغطي الخسائر التي تلحقه بسبب إخلال المدين المسبق بالعقد جميعها إذا أختار تجاهل هذا الاخلال والاستمرار في التنفيذ بطريقة تتفاقم فيها الخسائر[1]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 بالأجر الذي حدد في العقد وكان قرار المحكمة عدم أحقيته في الاجر وبينت أنه ليس له حق إلافي ما تم أصلحه وترميمه قبل أن يبادر المدعي عليه برفض العقد مع الحكم بمبلغ أضافي كتعويض عن الانهاء الحاصل للعقد في تلك الفترة

ثالثاً-موقف القضاء الانكليزي

يتبنى النظام القانوني الانكليزي نظام السوابق القضائية وهذا النظام بصورة عامة لا يمنح القاضي حرية واسعة ومرونة في وزن القضايا الا في مجال بسيط ،فيتقيد القاضي في هذا النظام بالسابقة القضائية الواردة في نفس

---

(١) د. وليد خالد عطية ، القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الانكليزي (دراسة مقارنه)، بحث منشور https://www.iasj.net/pdf تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٤/٢٣.

الشأن ،فاذا وجد ان القضية المعروضة عليه مشابهه لقضية سابقة صدر بشأنها حكم من محكمة اعلى درجة فعليه ان يطبق نفس ذلك الحكم في القضية التي امامه ،الا ان هذا التقيد لا يمنع 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 بأمور 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 والخيري 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 The Court Of Equity ،أو وهو السائد محكمة كبير القضاة The Chancery Court وقد حازت تللك المحكمة شعبية واسعة وذلك بسبب إجراءات 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]وفي ظل هذه البيئة برزت فكرة تخفيف الضرر من قبل القضاء الانكليزي نظرا للتطور في الفكر الفقهي آنذاك 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 الثقة 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

---

(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.

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 الإشارة الصريحة لمبدأ حسن النية وعبرت عنه بعبارات اخرى كمعيار الرجل العاقل ومعيار الرجل المتبصر والرجل المتوسط والرجل القياسي[١]، 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 تأخذ 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 تأخذ مجراها لا لسبب ألا لان المتعاقد معه كان هو المسؤول 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 الفي وكونت في القضية British Westinghouse co.V.Underground ry 1912 اذ بعد تقريره لمبدأ التعويض الاساس يقول ((ولكن هذا المبدأ الاول قد تعدل او تقيد بمبدأ ثانٍ يفرض على المدعي واجب اتخاذ كل 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))[٢].وقد كانت قضية Hadley .V.Baxendale من القضايا المهمة في هذا الشأن حيث قال القاضي Alderson ((متى قام الطرفان بأبرام عقد وارتكب احدهما اخلال به كان التعويض الذي يجب للأخر استرداده بسبب الاخلال هو التعويض العادل والمعقول الذي يمكن ان يعتبر اما انه نشأ مباشرة اي وفق المجرى العادي للأمور نتيجة الاخلال بالتعاقد او انه هو الذي يفترض عقلاً انه كان في احتمال كل من الطرفين وقت التعاقد)) [٣].وقررت محكمة الاستئناف ايضاً بانه اذا اخفق مستأجر السفينة في تحميل الحمولة المتفق عليها فمالك الباخرة يكون ملزم بقبول عرض معقول بتحميل حمولة

---

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

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

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

بديلة، وان كانت تلك الحمولة بسعر ادنى[١].وكذلك ما جاء في قضية عمود الطاحونة[٢] (جزاء الاخلال بالعقد) كإشارة الى الزام المضرور بتخفيف الضرر ، حيث لخص القاضي سكوية حيثيات الحكم بكلمات بسيطة اذ قال ((في قضايا الاخلال بالعقد لا يجوز للطرف المضرور ان يسترد ذلك الجزء من الخسارة الناتج عن فعله والذي كان يتوقع عقلاً وقت العقد ان من الجائز ان تنشأ من ذلك الاخلال ،لان كل فرد يفترض ان يعلم بالمجرى العادي للأمور ومن ثم يعلم الخسارة التي يحتمل ان تنشأ من الاخلال بالعقد ولا يعد من المجرى العادي للأمور 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 الأما مبرحة كما ان تمتعه بالحياة قد يتضرر نتيجه 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 فأنها ستعيد اليه قدرته على الكسب ولكنه رفض دون مبرر هذه الاستشارة الطبية فقررت المحكمة ان هذا الرفض غير معقول وليس في محله مما ادى بها الى عدم منحه تعويض عن خساراته المستمرة))[٣].ونتيجة لهذه الاحكام القضائية المتواترة والتي لم تحد عن الزام المتضرر بتخفيف الاضرار فقد استقر القضاء الانكليزي على الاخذ به واصبح من المبادئ الراسخة فيه.

---

(١) د.شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص٣٣.

(٢) وتتلخص وقائع القضية ((حدوث كسر في عمود اسطوانة الطاحونة واصبح لازماً ارسال العمود للشركة كنموذج لأرسال عمود جديد وتعهد الناقل ان يسلم العمود في اليوم التالي وفي المكان المتفق عليه ونتيجة لإهمال الناقل دون مبرر تأخر 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.....منشورة على الموقع الالكتروني https//en.m.wikipedia.org/wiki/Hadley-v-Baxeandale,تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٦/١٦.

(٣) د. شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص٣٤.

رابعاً–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 لا تجد 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 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 ما كانت تساويه وقت الحكم لا وقت الضرر، واذ الزم الطاعن بمقابل الخلو عن مدة التقاضي كلها لاعن المدة اللازمة للإصلاح فحسب ،فقد خالف القانون، ذلك ان حق التعويض ينشأ ويتحدد عند وقوع الفعل الضار ولا يؤثر في هذا الحق من

---

(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.

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 لإصلاح 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 لأوجه 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 ما جاء 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 الجمركية 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 الجمارك 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 [١]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 ضرورة للاستطراد في ذكر جميع 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.

خامساً–موقف القضاء العراقي

أما قانوننا العراقيُ فقدْ نصَ في المادةِ (١٦٩) منْ القانونِ المدنيِ على انه: (١ – إذا لمْ يكنْ التعويضُ مقدراً في العقدِ أوْ بنصٍ في القانونِ فالمحكمةُ هيَ التي تقدرهُ . ٢ – ويكون التعويضُ عنْ كلِ التزامٍ ينشأُ عنْ العقدِ سواءٌ كانَ التزاما بنقلِ ملكيةٍ أوْ منفعةِ أوْ أيِ حقِ عيني آخر أوْ التزاماً بعملِ أوْ بامتناعٍ عنْ عملٍ ويشملُ ما لحقَ الدائنُ منْ خسارةٍ ومنافاته منْ كسبٍ بسببِ ضياعِ الحقِ عليهِ أوْ بسببِ التأخرِ في استيفائهِ بشرطِ أنْ يكونَ هذا نتيجةٍ طبيعيةٍ لعدمِ وفاءِ المدينِ بالالتزامِ أوْ لتأخرهِ عنْ الوفاءِ بهِ . ٣ – فإذا كانَ المدينُ لمْ يرتكبْ غشاً أوْ خطأً جسياً فلا يجاوزُ في التعويضِ ما يكونُ متوقعاً عادةَ وقتِ التعاقدِ منْ خسارةٍ تحلُ أوْ كسبٍ يفوتُ).

فقد صدر عن محكمة التميز الاتحادية قرار بتاريخ(١٩_٦_٢٠٠٧)[٢] بشأن بيع عقار من غير مالكه أذ أمتنع المدعي عليه عن أجراء التقرير أو نكل عن البيع بأية صورة كانت فأنه يكون ملزماً بأعاده العربون إلى المدعي وما عدا ذلك يعهد بتأديته تطمينات إلى المدعي قدرها مبلغ العربون لان العقار غير عائد الى المدعي عليه ،ولما كان قد اتفقا الطرفان مسبقاً على أعمال الشرط الاتفاقي بموجب احكام المادة(١٦٩مدني عراقي)

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

(٢) قاعدة التشريعات العراقية، رقم الحكم ٨٤٣.

وأن هذا الشرط غير مخالف لأحكام النظام العام . وأيضاً حكم لمحكمة استئناف بغداد الاتحادية بتاريخ(٥_١١_٢٠٠٨)[١].وكذلك حكم لمحكمة بغداد الاتحادية بتاريخ (١٥_٤_٢٠١٥)[٢] حيث أدعى المدعي أنه تعاقد مع المدعي عليه على انشاء مدرسة ابتدائية ألا أن المدعي لم يقم بتنفيذ أعمال المقاولة وفق الشروط الهندسية والمواصفات الفنية، حيث تبين للمحكمة بعد المداولة واستعانتها بعدة خبراء أثناء كشفها على موقع أعمال المقاولة ، وبهذا يضمن المدعي عليه المقاول قيمة الاضرار التي أصابت رب العمل جراء التنفيذ السيء لأعمال المقاولة تطبيقاً لأحكام المادة (١٩٦_١٦٨مدني) ولا سيما أن المدعي أنذر المدعي عليه بإصلاح المخالفات وهدم المدرسة وأعاده بنائها مجدداً ألا أنه لم يستجب لذلك. وعلى الرغم من ذلك الا اننا نرى ان تطبيقات تخفيف الضرر في القانون العراقي كثيرة وفي غير الموضعين المذكورين .فأحكام القانون العراقي لا تمنع من تطبيق مبدأ تقليل الضرر باعتباره من مستلزمات مبدأ حسن النية[٣] وفقا للمادة (١٥٠) والمادة (١١٤٨) من القانون المدني العراقي، وهذا ما تلمسانه في مجموعة من القرارات القضائية الصادرة من المحاكم العراقية ،ففي حكم صدر بتاريخ (١٩_١_٢٠١٥)[٤] لدى محكمة بداءة كركوك والذي جاء فيه ((أدعى مدعيان سبقا وأن تعاقدا مع شركة توزيع المنتجات النفطية التابعة لدائرة المدعى علية الاول (وزير النفط /أضافة لوظيفته) على تشيد المحطة ،وقاما بتشييد المحطة متكاملة على نفقتها الخاصة ونفذا كافة التزاماتها التعاقدية وبعد أن أصبحت المحطة جاهزة للعمل لم تحصل الموافقة من قبل (المدعي عليهما /أضافه لوظيفتهما)على تشغيلهما لذا طلبا الحكم بالزام(المدعي عليهما /أضافه لوظيفتهما)بالموافقة على تشغيل المحطة

---

(١) قاعدة التشريعات العراقية، رقم الحكم ٤٣٢.

(٢) قاعدة التشريعات العراقية، رقم الحكم ٥٣٧/س٣/٢٠١٥.

(٣) د. شاكر ناصر، مصدر سابق، ص٣٧.

(٤) قاعدة التشريعات العراقية، رقم الحكم ١٢/الهيأة الموسعة المدنية.

بعد تجهيزه بالمنتجات النفطية اللازمة وفق العقد المبرم بين الطرفين والضوابط المبينة فيه أبطلت المحكمة الدعوى عن المدعي ،كما وطلب وكيل المدعي صرف النظر عن (المدعي عليه/أضافة لوظيفته) وحصر دعواه بالمدير العام لشركة المنتوجات النفطية، وتبين لدى التدقيق والمداولة أذ ثبت للمحكمة أن مستلزمات تشغيل محطة تجهيز الوقود متوفرة فيكون لدعوى (المميز / المدعي) سند من القانون أذ يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، ولا يقتصر العقد على ألزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام عملاً بأحكام المادة (١٥٠)مدني عراقي. وفي قرار آخر صدر من محكمة التميز الاتحادية بتاريخ (٢٠_١_٢٠١٩)[١] حيث أدعى (وكيل المدعي) أنه تم أيفاد (المدعي عليه/التدريسي) للحصول على شهادة دكتوراه ،لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات عدا مدة دراسة اللغة، لكن المدعي عليه قد أخل بالتزامه التعاقدي المتمثل بالعمل لدى مؤسسات جمهورية العراق ضعف مدة الدراسة بعد حصوله على الشهادة أعلاه، وكان على المدعي عليه ملزم بأن يعيد لموكله كافة الرواتب والمخصصات التي تقاضاها خلال مدة الدراسة وأن المدعي عليه لم يفي بالتزامه التعاقدي وتعهده بالخدمة ضعف مدة الدراسة بعد الحصول على شهادة الدكتوراة لأحالته على التعاقد بسبب بلوغه السن القانوني، حيث بينت المحكمة أن المدعي عليه موظف لدى دائرة المدعي وأن دائرة المدعي أدرى وأعلم بتاريخ أحالته على التقاعد وفيما أذا كانت شروط عقد البعثة سيتم تنفيذها بالكامل من عدمه وأنه لم يثبت وجود غش أو تحايل من قبل المدعي عليه فيما يتعلق بعمره والسن القانوني لأحالته على التقاعد وحيث أن المدعي عليه نفذ العقد بما يوجب حسن النية (م١٥٠ مدني عراقي).وفي حكم لمحكمة رئاسة استئناف بغداد(الرصافة) الاتحادية بتاريخ (٢٥_٢_٢٠١٦) [٢] بأن المدعي سبق وأن تعاقد مع شركة المدعي عليه

(١) قاعدة التشريعات العراقية ، رقم الحكم ٢١٩ _هـ س م _٢٠١٩.

(٢) قاعدة التشريعات العراقية، رقم الحكم ١٧٠/س٢/٢٠١٦.

لغرض تجهيز شركته بمواد متفق عليها عقدياً وقامت الشركة بتجهيز المواد دون إرسال وثائق الشحن مما تعذر معه أستلام المواد من البناء وترتب بسبب ذلك أجور إضبارة للميناء وكذلك أجور وغرامات للناقل وبعد وصول وثائق الشحن طالب الشركة المدعي عليها بتسديد المبالغ والمستحقات المترتبة للميناء والناقل إلا أنه أمتنع واضطرت لتسديد المبالغ لتخليص المواد للحاجة الماسة اليها لذا طلب دعوة المدعي عليه للمرافعة والزامه بتسديد المبالغ والمستحقات ،ونتيجة لهذا الحكم قد بين وكيل المدعي عليه بأن عدم تسليم سندات الشحن كاملة إلى المدعي يعود لتأخير موكله في تسليم بعض شهادات المنشأ لظروف خارجة عن اردته، لكن من ناحية أخرى أن العقد المبرم بين الطرفين هو من العقود الملزمة للجانبين كونه يرتب التزامات على كل طرف وبالتالي طبقاً لأحكام المادة(١٥٠)مدني عراقي يتعين تنفيذ العقد طبقاً بما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية التي توجب على المدعي عليه إرسال الوثائق الشحن مع البضاعة لكي يتبين للمدعي استلامها مع الميناء وفق الاصول إلا أن المدعي عليه قد تسبب بضرر كبير وحمل المدعي أعباء مالية نتيجة لذلك وهذ لا يجوز قانوناً وفق القاعدة العامة (لا ضرر والاضرار). وكذلك قرار الحكم الذي صدر من محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ (٢٠_٦_٢٠١٠)[١] أن المدعي قد ابرم مع المدعي عليه اضافة لوظيفته التزم بموجبه على تجهيز الأرزاق الجافة والطرية واللحوم بكافة أنواعها لإعاشة ثمانية ألاف عسكري وبثلاث وجبات يومياً أضافة الى المياه بعبوات بلاستيكية وفق ما مبين في العقد وقد نفذ المدعي التزاماته العقدية وبذلك فأنه يستحق المبلغ المتفق عليه في العقد أن قيام المدعي عليه بخصم٢٠٪ من مستحقات المدعي تنفيذاً لقرارات مجلس الدفاع الاعلى كما يدعي أنه لأسند له من القانون ذلك لان العقد شريعة المتعاقدين

(١) قاعدة التشريعات العراقية، قرار الحكم ٥١٥.

ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عله وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية تطبيقاً لأحكام المادة (١٥٠ مدني).وكذلك قرار أخر صدر عن محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ (٢٠_٣_٢٠٠٨)[١].

الفرع الرابع

اساس الالتزام بتخفيف الضرر في بعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات التجارة الدولية

تحرص اتفاقيات التجارة الدولية على النص صراحة على هذا الالتزام رغم كونه تطبيقاً لمبد أحسن 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"[٢].وتحت عنوان " تخفيف الضرر "Attenuation du prejudice" تنص المادة (٨-٤-٧) من مبادئ اليونيدو روا Unidroitعلى أن"١- لا يلتزم المدين بتعويض الضرر في الحالة التي يستطيع فيها الدائن تخفيف هذا الضرر بطرق معقولة .٢- يمكن للدائن أن يستعيد النفقات المعقولة التي أنفقها لغرض تخفيف الضرر"[٣].إما الشرط النموذجي للقوة القاهرة والظروف الطارئة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية فهو لا يتناول 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 لالتزامه 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"[٤]. وعلى هذا يجازي الشرط الطرف الذي لا يحاول تخفيف الاضرار التي لحقت به بدفع

---

(١) قاعدة التشريعات العراقية، قرار الحكم ٢٥٦.

(٢) 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.

(٣) انظر المادة (٨-٤-٧) من هذه المبادئ.

(٤)انظر البند العاشر من هذه التعليقات والملحوظات ص١٦ من منشورات غرفة التجارة الدولية.

تعويض للطرف الآخر.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 نطاق القانون الخاص ،واقتصر الامر على اشارتين مهمتين أولهما في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠وثانيهما في مبادئ اليونيدو

أ-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 استحقاق 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.

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

---

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

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

تسليم الدفعة المتفق عليها [١]. وقد تكرس هذا الواجب وهي القضية [٢] رقم ١٣٠ في ١٤ كانون الثاني / يناير ١٩٩٤ والتي تتلخص وقائعها ((طلب المدعى عليه، وهو شركة ألمانية ، من المدعى ، وهو صانع أحذية إيطالي، 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 التي سببها الإخلال بالعقد وهي

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

٢- أتعاب المحاماة.

٣- خسارة الفائدة بنسبة ١٦.٥ في المائة.

٤- خسارة أسعار صرف العملة بنسبة ١٥ في المائة.

٥- الفائدة الحالية بسعر ١٦.٥ في المائة.

وقبل المدعى عليه المسؤولية بوجه عام ولكنه نازع في مدى الأضرار التي وقعت والتي يعزوها هو إلى قصور المدعى عن بيع الأحذية بطريقة معقولة.

وقد بينت محكمة الاستئناف أن المدعى كان محقاً في فسخ العقد وفقا للمادة (٧٢) من اتفاقية البيع، ومنحته بالتالي الحقوق المنصوص عليها في المادتين (٧٤ و٧٥) 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 في غضون وقت معقول إذ أنه لم يكن مجبرا على إعادة بيع

---

(١) 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.

(٢) موقع شبكة المحامين العرب

http://www>mohamoon montada.com. تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٦/١٦.

الأحذية قبل تاريخ فسخ العقد. وذهبت المحكمة إلى أن عملية إعادة بيع تجري بعد مضى قرابة شهرين على فسخ العقد (فسخ العقد في ٧ آب / أغسطس وإعادة البيع في ٦ و١٥ تشرين الأول/أكتوبر) تعتبر أنها تمت في غضون مدة معقولة ولا تنطوي على إخلال بالتزام المدعى بموجب المادة (٧٧) من اتفاقية البيع، بالتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة. وفى هذا الصدد، قبلت المحكمة دفع المدعى، الذي كان قد عرض الأحذية للبيع في السوق الإيطالية، بأن معظم تجار التجزئة كانوا في شهر آب / أغسطس قد اشتروا مخزونهم من سلع الفصل التالي، ولم يكن ثمة ما يدعوهم إلى شراء المزيد من سلع فصل الشتاء. بينت المحكمة أن المدعى تحمل خسارة في الفائدة وفقا للمادة (٧٤) من اتفاقية البيع. فقد دفع المدعى بأنه استخدم قرضا مصرفيا بسعر فائدة قدره ١٦.٥ في المائة. وقبلت المحكمة هذا الادعاء وفقا للمادة (٢٨٧) من قانون الإجراءات المدنية الألماني. 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 في هذه القضية ستؤدى إلى تعويض مزدوج نظرا لأن المحامي كان قد طالب بتكاليفه في الإجراءات الخاصة لتحديد التكاليف .بينما رفضت المحكمة مطالبة المدعى بالتعويض عن خسارة أسعار صرف العملة بين الليرة الإيطالية والمارك الألماني . 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 أي ضرر من هذا القبيل. وفي قضية اخرى [1] ٢٢ أيلول /سبتمبر ١٩٩٢((عرض مشتر الماني (المدعى عليه)، شراء عشر كميات من لحم الخنزير "المغلف" من بائع إيطالي (المدعى). وقد أشار البائع في 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. وبالتالي 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 ينبغي – نظرا لعدم احتواء رد المشترى على الايجاب المقابل على أي اعتراضات بشأن تغيير شروط العقد– اعتباره

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

قبولا غير مشروط (المادة ٨(٢) من 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، أي سعر السوق السائد في مكان التسليم وليس في 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 الاسـلاك [١].ورفضت قرارات اخرى مطالبة مشتر باسترداد 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[٢]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 ما هو 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 ما يمكن من تخفيف الاضرار التي تمس الاموال والاشياء وبما يضمن المحافظة عليها ،ومن جهة اخرى ترى هذه الاتفاقية انها تسعى قدر الامكان من

---

(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.

(٢) قضية CLUT رقم ٣٤٣، المانيا ٩ ايار ٢٠٠٠ ... حكم منشور على موقع الجمعية العامة للأمم المتحدة، لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الموحد، في بيان السوابق القضائية المتعلقة بالمادة ٧٧ من الاتفاقية.

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 للأطراف المتعاقدة تطبيقاً لمبدأ سلطان الارادة ان يتفقوا سلفاً على عدم التقيد بالصيغة الواردة [١] في المادة (٧٧) او على تعديلها بالشكل الذي يرتأون. وهذا ما بينته المادة السادسة من الاتفاقية حيث يجوز للبائع والمشتري الاتفاق على عدم التقيد بالصيغة الواردة في المادة (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[٢].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 ما يلزم 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[٣] 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[٤].

ب-تخفيف الضرر في مبادئ اليونيدو

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 والتي تعرف باسم UNCITRAL ، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص

---

(١) 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.

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

(٣)قضية cult رقم ٤٧٤في ٢ كانون الثاني ٢٠٠٠منشور على موقع الجمعية العامة للأمم المتحدة. قضية مشار اليها لدى د. رعد عداي حسين، مصدر سابق ،٢١٦.

(٤)قضية cultرقم٢٦٥ هنغاريا ايار ١٩٩٩ منشور على الموقع العام لجمعيه الامم المتحدة. قضية مشار اليها لدى د. رعد عداي حسين، المصدر السابق، ص٢١٦.

في روما والمعروف باسم UNIDROIT.اما الهيئات غير الحكومية فهي الهيئات التي يشترك فيها اعضاء لا يمثلون 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 ICCاوالذي يهمنا هنا المبادئ التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في 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 ما جاء 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 التنفيذان 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 ما تبين 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- لا يسأل المدين عن الضرر الذي تكبده الدائن بقدر ما كان 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 جاءت بنص مباشر وبالتالي يستمد هذا الحكم قوته من المبادئ نفسها وليس من اي مصدر اخر، فبعد ان كانت هيئات التحكيم تتأرجح 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[١].

المبحث الثاني

ذاتية الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية

لقد واجه موضوع الطبيعة القانونية لواجب تخفيف الضرر اختلافات في وجهات النظر من حيث مدى الزامية واجب تخفيف الضرر، من عدمه. حيث نرى أن القانون الإنكليزي ، إذ أن الدائن مخير بين تخفيف الأضرار الناتجة عن الإخلال بالعقد ، أو عدم تخفيف الضرر ، والأثر الوحيد الذي سيترتب في هذه الحالة أنقاص حق الدائن بالتعويض بقدر الأضرار والخسائر التي لم يقم الدائن بتجنبها . وبناء على ذلك ،أن نقطة الابتداء التي ينطلق منها القانون الإنكليزي ترجع إلى أن الدائن في حالة عدم قيامه باتخاذ الخطوات المعقولة لتخفيف الاضرار الناجمة من الإخلال بالعقد، فإن المدين لا يكون من حقه مطالبه الدائن القيام بذلك [٢].إما الصفة الالزامية لواجب تخفيف الضرر في العقود حيث نصت المادة (٧٧)من اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠ (CISG)،باللغة الانكليزية ،حيث تضمنت النص كلمة (Must)، والتي تعني بالغة العربية(يجب) فأكد البعض إلى واجب تخفيف الضرر في العقود بالصفة الالزامية بالنسبة للدائن ، فيؤكد (Stoll) على أن الدائن علية أن يؤدي واجب تخفيف الضرر بعد أن يقوم بفسخ العقد[٣]. ولنفس الفكرة، أن التعليقات الرسمية للأطراف

---

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

(2)Yan Li. op, cit .p.157.

(3)Stoll H <<Da mages>> in Kommentar zum Einheitlichen UN–K aufrecht ,3ed edu.,elihed by P.Schlechtriem.Munich.Beck.2000.Note 293.p.587.

المشاركة في وضع مسودة اتفاقيه فيينا المادة (٧٧) التي كان رقمها (٧٣)من المسودة تفرض التزام قانوني عل الدائن ،ان يقوم به بعد حصول الإخلال بالعقد[١]. ولغرض الاحاطة بجوانب هذا الدور لابد من التطرق إلى سمات دور المتضرر في تخفيف الضرر في مطلب وسنخصص المطلب الثاني إلى طبيعة الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية.

المطلب الاول

خصائص الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية

لتخفيف الضرر سمات معينة، وهذه السمات يجب تحققها لإمكانية القول بان التصرف الذي قام به المتضرر ينصرف الى تخفيف الضرر، وبذلك سنقسم هذا المطلب إلى أربعة أفرع ينفرد كل فرع بسمه من هذه السمات وهي كالتالي: بان يكون تخفيف الضرر ممكناً وان يصدر من المتضرر او نائبه وان يكون التخفيف بأساليب معقولة. واخيرا ان يكون هذا التخفيف منتجاً.

الفرع الاول

ان يكون التخفيف من الضرر ممكناً

الامكان شرط عام لمختلف التصرفات القانونية، إذ لا تكليف بمستحيل او بإرهاق، ولذلك يستلزم وجود القدرة لدى المتضرر لتخفيف ذلك الضرر، وهذا ما عبر عنه القانون المدني المصري في المادة ١/٢٢١ عندما اشار ((..... إذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول)) فمصطلح الاستطاعة يساوي الامكان من حيث الاثر. وقد أشار القانون العراقي في المادة (٢٥٩) من القانون المدني عندما أجاز الاتفاق علية إذ نص فيها ((يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة)).في حالة هل من الممكن ان يتعهد الدائن بتخفيف الضرر وتحقيق هذه النتيجة؟ الجواب على هذا السؤال، انه في حالة تضمين

---

(١) د. وليد خالد عطية، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود ، دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة البصرة ،ط١،٢٠١٥،ص٣٨.

العقد الذي تم ما بين الطرفين على التزام الدائن بتخفيف الضرر في حالة حصوله فانه يكون ملزماً بتخفيف ذلك الضرر [١]، وفي حالة اخفاقه في ذلك فيمكن مطالبته بالتعويض اذا كان له مقتضى [٢]. وفي هذه الحالة فان عنصر الامكان يتراجع ليبرز الالزام بتخفيف الضرر فيصبح الدائن مسؤولا عن التخفيف. وما هذه النتيجة الا انعكاسً للقوة الملزمة للعقد إذ لا يوجد ما يمنع الافراد من تضمين عقودهم شرطاً يتضمن التزام الدائن بتخفيف الاضرار فهذا الشرط جائز قانوناً وهو من حيث الاثر أخف بالتأكيد من شرط تحمل المدين للحادث الفجائي والقوة القاهرة [٣] . إما الالتزام ببذل عناية فقد أشار ألية في المادة(٢٥١) من القانون المدني ،حيث نصت : ((١- في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو كان مطلوبا منه أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فأن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود.٢- ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام إذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما عتاد بذله في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد قصدا ذلك)).،وهذه المادة لا تسعفنا كثيراً في التعرف على توصيف دور المتضرر ومعرفته هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية ،وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث، ولابد لنا أن نلتمس ذلك في نطاق الفقه الذي يرى أن الالتزام الناشئ عن قواعد المسؤولية التقصيرية هو التزام ببذل عناية بصورة عامة ،ولذلك يكون نطاق تخفيف الضرر الموصوف ببذل عناية أوسع من نظيره(الالتزام بتحقيق نتيجة)،ويكون أن نطاق بذل عناية يتحقق في نطاق المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية (في حالة عدم وجود نص تعاقدي صريح).اما بشان القائلين بان تخفيف الضرر يستند الى مبدا حسن النية وضرورة عدم التفرقة بين المسؤوليتين في هذا الموضع فالراي الراجح ان الالتزام المستند الى حسن النية لا يكون الا ببذل عناية حسب راي جانب مهم من الفقه[٤]. وتطبيقا لشرط الامكان الموصوف ببذل عناية فقد حكم بقضية شركة A mico asia ضد الحكومة الأندونيسية، فعند تقدير مبلغ التعويض لصالح الشركة المذكورة اكدت المحكمة ان هذه الشركة لم يكن لديها الامكانية لتخفيف ضررها ولا تمتلك وسيلة تمكنها من ذلك [٥]. وبالتالي

---

(١) د. اسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام – احكام الالتزام، خال من رقم طبعة، دار النشر للجامعات،١٩٩١، ص٢٧.

(٢) د. صفاء تقي العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، ط١،٢٠١٢، ص٣٨٤.

(٣) د. حسام الدين الأهواني، مصدر سابق، ص٦٣١.

(٤) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، عقد البيع، ط٤، عالم الكتب، ١٩٨٠، ص ١٩٨.

(٥) د. شريف محمد غنام، مصدر سابق ،٥٢٩.

فأنها في معزل عن المسؤولية لعدم قدرتها على التخفيف. وقد تتعلق عدم الامكانية هذه بظروف قاهرة كما في حالة صدور قرارات ادارية تعيق الدائن من تخفيف الضرر اذا ما كان ذلك التخفيف محصوراً ومحدداً بوسيلة معينة دون غيرها ومنعت هذه القرارات من القيام بهاو كما في حالة فرض رسوم كجمركية باهظة يكون من غير المجدي معها تخفيف الضرر اذا كان محل التخفيف يتضمن استيراد بضائع بديلة. او ان يكون موضوع التعاقد مصمماً لأغراض معينة ولمشتري معين بذاته ولا يمكن التخفيف عن طريق شراء بضائع مماثلة او البحث عن مورد اخر، نظرا لما تتمتع بها من تطور عالٍ ترافقه سرية في الانتاج، وقد تقترن احياناً بتبعات سياسية او عسكرية [١]. او اذا كان التخفيف يكلف مبالغ طائلة لا قدرة للمتضرر على توفيرها[٢]ومما يعضد هذا الاتجاه ويسنده(بذل العناية) ان في حالة قيام الدائن باتخاذ الخطوات المعقولة لتخفيف الضرر الا انها باءت بالفشل ولم ينجح بتقليص الاضرار فانه لا يحرم من المطالبة بالتعويض كجزاء لفشل تلك الخطوات وهذا الاتجاه اخذ به الفقه الانكليزي بصورة مطردة والذي يرى عدم حرمان الدائن من التعويض في حال فشله بتخفيف الاضرار وذلك باعتبار ان الغرض من هذا الواجب هو تشجيع المتضرر على ممارسة الاعمال الايجابية لتخفيف الاضرار، وفي حالة حرمانه من ذلك التعويض على الرغم من اتخاذه للخطوات المعقولة فان هذا الامر من شانه ان يؤدي الى احباط عزيمة المتضررين الذين يمرون بنفس الظروف وعزوفهم بالتالي عن تفهم هذا الواجب وتطبيقه بشكل سلس[٣] ،مما يؤدي الى زيادة فرص الاضرار المادي بالأموال على الرغم من وجود فرصة حقيقة لإنقاذها وان كانت هذه الفرصة غير مؤكدة في نظر المتضرر. وهذا الامر اخذ به ايضا بشكل صريح ومباشر القانون التجاري الموحد (UCC) في المادة (٧٠٤ /٢ المادة ٢/٧٠٨) منه والتي اعطت للدائن الحق بالمطالبة بالتعويض في حالة عدم نجاح الخطوات الصادرة منه بغية تخفيف الضرر [٤].

---

(١) د. شريف محمد غنام, المصدر السابق، ص٥٤٣.

(2) Richard Owen, Essential Tort law, third edition, Cavendish Publishing Limited–London,2000, p47

(٣) د. وليد خالد عطية، مصدر سابق ص ٤٦.

(٤) حيث نص في المادة (٣٥٠) من قانون العقود الأمريكي على أن الطرف المضرور من عدم تنفيذ العقد لا يمكنه أن يحصل على تعويض للخسارة التي كان بإمكانه تجنبها، دون آن يتحمل أعباء أو نفقات غير مبررة، ودون أن يحدث له أرهقا من ذلك.

الفرع الثاني

ان يكون التخفيف من الضرر قد صدر من المتضرر او نائبه

ان الاتجاه الشائع في تخفيف الضرر هو صدوره من المتضرر نفسه باعتبار ان الاصل في التعاقد هو التعاقد اصالةً اذا ما كانت المسؤولية عقدية، وان الاضرار الناتجة عن فعل تقصيري يفترض في الغالب بانها تصيب المتضرر نفسه، فيكون المتضرر في الحالتين هو الاقرب من حيث امكانيته بتخفيف الاضرار التي لحقت به، الا ان هذا الطرح لا يؤخذ على اطلاقه فمن الممكن ان يصدر التخفيف من المتضرر نفسه او من النائب سواء كان في المسؤولية العقدية او التقصيرية.

اولاً: صدور التخفيف من المتضرر

عادة ما يصدر التخفيف من المتضرر نفسه سواء كان ذلك في المسؤولية العقدية ام التقصيرية ويرجع السبب في ذلك بانه غالبا ما يكون المتضرر هو الاقرب لمحل الضرر وآلامكن ماديا على ذلك فضلا عن قدرته على امتلاك القرار بتخفيف الضرر من سواه اي من نائبه. وصور صدور التخفيف من المتضرر كثيرة سواء كان ذلك في نطاق المسؤولية العقدية ام التقصيرية، ففي نطاق المسؤولية العقدية يتولى المتضرر من الاخلال العقدي اتخاذ التدابير اللازمة لتهوين الاضرار الواقعة عليه وباي اسلوب كان ،طالما كان هذا الاسلوب منتجاً في تخفيف الاضرار، اما في نطاق المسؤولية التقصيرية فان قيام المتضرر بتخفيف الاضرار له صور كثيرة وشائعة اهمها قيام هذا المتضرر بإصلاح الضرر المادي بنفسه اذا كان هذا الاصلاح لا يكلفه عناءً كثيرا ،والصورة الاخرى الاكثر شيوعا هي قيام المتضرر بمعالجة نفسه من الاضرار التي تصيب بدنه نتيجة الحوادث. ما يتعلق بكون ان القوانين عندما تشير الى تخفيف الضرر فأنها تخاطب المتضرر دون نائبه فذلك يعد بديهيٌ لان التخفيف يصدر في الغالب من المتضرر نفسه وفي حالة صدوره من النائب فانه ينصرف الى الاصيل وحسب القواعد العامة في القانون، وبالتالي فان القوانين تعزف عن الدخول بتفاصيل لأهمية كبيرة لها من حيث الاثر، على الرغم من ان وحدة النتيجة (التخفيف)لا يعني ان تخفيف الضرر مع اختلاف الطرف الذي قام به له نفس الاحكام. فإجراءات تخفيف الضرر الصادرة من النائب لها احكام تختلف عما إذا كان ذلك التخفيف قد صدر من المتضرر نفسه [1].

---

(١) د. رعد عداي حسين، مصدر سابق، ص٦٤.

ثانياً: صدور التخفيف من النائب

فمن الممكن قانوناً ان ينيب الافراد اشخاصا اخرين للقيام بتصرف قانوني معين، وهذه السلطة(الانابة) تأخذ ثلاث صور فهي اما تكون اتفاقية وتسمى بالوكالة واما قانونية او قضائية، و الصورة الاولى هي الاكثر شيوعا فقد يبرم الافراد عقد للوكالة في اجراء تصرف معين بسبب عدم خبرتهم او عدم وجود الوقت الكافي لأبرام هذه التصرفات أصالة .مما يجعل الوكيل بمركز قانوني مقارب لمركز الموكل[١]،ويكون في احيانا معينة اقرب من الموكل من ناحية امكانية تخفيف الاضرار[٢] اذا ما اعطي الصلاحية في ذلك، ففي عقد البيع مثلا اذا ما كان للوكيل صلاحيات واسعة ونتج عن عقد البيع اخلالٌ من جانب المدين فهل يستطيع وكيل الدائن من تخفيف الاضرار الناتجة عن هذا الاخلال ؟تجيبنا عن هذا التساؤل القواعد العامة في القانون ووفقاً للتفصيل الاتي:-

أ:- حقوق العقد تعود للموكل: تنص المادة(٩٤٢) من القانون المدني العراقي((حقوق العقد تعود الى العاقد فاذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل في حدود الوكالة، فان العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه اليه)).ومن ذلك يفهم ان جميع التصرفات التي يقوم بها الوكيل اذا ما اعلن عن صفته تعود للموكل،ومن تلك التصرفات قيامه بتخفيف الضرر، إذ بإمكانه اجراء التصرفات القانونية الملائمة للحد من الخسارة كالتعاقد مع متعاقد اخر او شراء بضائع بديلة كتدبير مؤقت طالما كان ذلك تصرفا نافعاً ومن شانه ان يخفف من الاضرار ويبعد في نفس الوقت المسؤولية القانونية عن كاهل موكله والناتجة عن عدم المباشرة في اجراءات التخفيف عند تطلبها.

ب: - للوكيل دفع الضرر عن مال موكله: تعد اموال الموكل امانه في يد الوكيل وعليه المحافظة عليها باعتباره اميناً على هذه الاموال ولذلك فان على الوكيل ان يدفع الاضرار عن اموال موكله فيتخذ كل ما يلزم من الاجراءات لأبعاد الضرر او تخفيفه في حالة حصوله، حتى وان لم يعلم موكله بذلك، و يتوقف اتخاذ مثل هذه الخطوات على تقدير الوكيل لواقع الحال .ويكون دفع الضرر عن هذه الاموال محكوماً بعدم ايقاع ضررٍ اشد بمال الموكل، فمن كانت تحت يده مواشٍ عائدة لموكله مهددة بخطر الموت نتيجة لمرض ألم بها فعليه تخفيف الضرر عن طريق قيامه بذبحها وله بيع لحمها وصوفها وتحصيل ثمنها للموكل.

---

(١) حيث وعرف نص المادة (١٩٨٤) من المدني الفرنسي الوكالة بانها ((الوكالة هي عقد يعطي شخص بمقتضاه شخصاً اخر سلطة القيام بعمل معين لصالح الموكل وباسمه)). عرفه القانون المدني المصري في المادة (٦٩٩) بانها ((الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بان يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل)). عرف القانون المدني العراقي الوكالة في المادة (٩٢٧) بانها ((عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)).

(٢) د. صفاء تقي العيساوي مصدر سابق، ص٥٥٤.

((ولو كلف الوكيل بنقل مال عائد لموكله عن طريق البحر واشرفت السفينة على الغرق وكان القاء جزء من الحمولة كفيلا بإنقاذ هذه السفينة وما بقى من المال من الغرق ،فان الوكيل حينئذ له ان يلقي جزءا من هذا المال بقدر ما يدفع خطر الغرق، بل يكون ملزماً بذلك ولا يكون ضامناً للموكل بشيء))[1]،ونفس الامر فيما لو تعرض مال الموكل الذي هو امانه في يد الوكيل الى خطر السرقة من قطاع الطرق فان للوكيل ان يدفع لهم جزءا من المال لإنقاذ الباقي، وكذلك ايضاً لو كان في يد الوكيل سيارة او ماكنه واوكل ببيعها فكسد سوقها وتأخر البيع فان على الوكيل ان يؤجر هذه السيارة او الماكنة تخفيفاً للضرر لحين البيع .وما ينفقه الوكيل في سبيل تخفيف تلك الاضرار يرجع به على الموكل اذ لا يعتبر الوكيل قد قام بهذه الاجراءات على سبيل التبرع.

ج: – خروج الوكيل عن حدود الوكالة: قد لا تتضمن الوكالة الممنوحة للوكيل القيام بتصرفات واسعة، فقد يحصر الموكل هذه التصرفات بنطاق ضيق فهل يستطيع الوكيل في هذه الحالة ان يخفف من الاضرار على الرغم من خلو الوكالة من هذه الصلاحية؟ لاسيما إذا ما علمنا ان تخفيف الاضرار يستلزم القيام بتصرفات قانونية تحتوي في الغالب على جانب مالي ومن الصعب على الوكيل اخطار موكله والاستعلام عن التصرف الملائم في حينه. يجيبنا على هذا التساؤل نص المادة (٩٣٣) من القانون المدني العراقي والتي تنص ((على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة. على انه لأحرج عليه إذا خرج في تصرفه عن هذه الحدود متى كان من المتعذر عليه اخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بان الموكل ما كان الا ليوافق على هذه التصرفات. وعلى الوكيل في هذه الحالة، ان يبادر بإبلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة)).و تأسيساً على ذلك فان الوكيل اذا كان على علم بتحقق الضرر وكان باستطاعته التخفيف الا انه لا يملك الصلاحية لذلك ،فلا تثريب عليه باتخاذ اي اجراء يصب في مصلحة موكله ومن شانه تقليل الاضرار، لان هذا التخفيف سيصب بمصلحة موكله اولاً واخيراً لاسيما اذا كان موضوع التخفيف يتناول اموالا ذات قيمة في نفس الموكل او بضائع من الصعب الحصول عليها مرة اخرى، وموافقة الموكل على تصرفات وكيله هذه تعد موافقة بديهية ،اذ لا يتصور باي حال من الاحوال عدم قبول الموكل المتضرر باي اجراء من شانه ان يخفف من مسؤوليته او من اضراره ،اما ما يتعلق بإبلاغ الموكل بما جاوز الوكيل من حدود الوكالة بغية تخفيف الاضرار فليس من الصعب على الوكيل ان يبادر الى ابلاغ موكله عند الانتهاء من اعماله بما جاوزه من حدود

---

(١) د. محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، خال من رقم طبعة، مطبعة العاني – بغداد،١٩٧٥، ص٢٥٤.

. وذلك لان من المفترض هو ان الوكيل كان من الصعب عليه ابلاغ الموكل بخروجه عن حدود هذه الوكالة قبل ان يخرج عنها ويجب عليه اذن بعد ان خرج ان يخطر الموكل بذلك بمجرد تمكنه من ذلك الاخطار، علما انه ليس الغرض من ذلك الاخطار هو ان يحصل الوكيل على موافقة الموكل فهذه الموافقة قد افترضها القانون، وانما الغرض منه ان يجنب الوكيل موكله مباشرة تصرف يتعارض مع التصرف الذي قد باشره [١].

وقد يحدث احيانا ان يتدخل الغير الى تخفيف الاضرار كما في حالة المستخدم، اما في مجال المسؤولية التقصيرية فتصور وجود وكالة سابقة تتضمن تخفيف الاضرار نادر الحدوث الا انها ممكنة اذا ما كانت هذه الوكالة قد ابرمت تحسبا لضرر ما. وفي غير هذه الحالة وعلى سبيل المثال في مجال تخفيف الاضرار الناتجة عن الحوادث قد يتدخل الغير بتخفيف نتائج الاصابات والمبادرة بإسعاف ومعالجة المريض لاسيما في حالة فقدان الوعي ،فهذه الحالة يرجعها بعض الفقه الى قواعد الفضالة[٢]، اما اذا صادف وان ادى هذا التخفيف الى ايقاع الضرر بالفضولي نفسه فهناك اتجاه يرى بانه هو من يتحمل تبعة ذلك باعتباره هو من جلب الضرر لنفسه[٣].

الفرع الثالث

ان التخفيف من الضرر بجهود معقولة

درج الفقهاء في كتاباتهم على قرن تخفيف الضرر بالجهد المعقول وقد عبروا عنه بألفاظ مختلفة ((كالوسائل المتاحة)) او ((الاجراءات المعقولة)) او ((كل ما يمكن عمله)) او ((ببذل الدائن قصارى جهده)) او ((قدر الامكان))،فيما قرن القانون المدني المصري تخفيف الضرر بالجهد المعقول في المادة ١/٢٢١ السالفة الذكر، واكثر المصطلحات شيوعاً في هذا الموضع هو الجهد او الاجراءات المعقولة ،وسواء كان المصطلح هو وسائل ام اجراءات ام سواها من الفاظ اخرى فان معيار المعقولية هو العامل المشترك بينهم اي لابد ان تتسم الاجراءات او الوسائل بالمعقولية. ولم تتناول القوانين بيان ما يعد معقولا ام غير معقول من الاجراءات وسبيلنا الوحيد في

---

(١) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، احكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن، خال من رقم طبعة، منشاة المعارف–الاسكندرية،٢٠٠١، ص١٣٠.

(٢) د. حسين عامر، المسؤولية المدنية والعقدية, مصدر سابق، ص١٢٤.

(٣) د. رعد عداي حسين ،مصدر سابق ،ص٦٧.

معرفة ذلك هو الفقه، ولبيان تحديد نطاق الجهد او الاجراءات المعقولة لابد لنا من التعرف على معنى المعقولية اولاً ومن ثم معيارها.

أولاً: معنى المعقولية: – تعرف المعقولية بانها التصرف الصادر من الشخص اذا ما اقترن بانسجام مع الظروف المحيطة به[١]،والمعقولية صفة لكل ما هو معقول، وهي توصيف للأفعال ومدى انسجامها مع التصرف الحكيم والملائم وفقاً للظروف الزمانية والمكانية، وبمعنى اخر ان يكون العقل الانساني هو الموجه للتصرف لا غيره ،وهذا العقل (العقل الانساني) هو ميزان الحكم في نهاية المطاف على ما هو صواب وخطا وعدل وظلم وحسن وقبح وخير وشر[٢]. وهو المتكفل بتوجيه التصرفات الانسانية وفقاً لما هو وسطي وغير متطرف من هذه التصرفات، بحيث تكون النتيجة (نتيجة التصرفات) غير مجدوح بها من الغير سواء كان طرفاً تعاقدياً ام قاضياً اوكل من كان له الفصل في النزاع وذلك لمنطقية التصرف وحكمته، وملائمته للتصرف النموذجي الذي كان من الممكن ان يحدث في ظل الواقعة.

ثانياً: معيار الجهود المعقولة[٣]: ان من الامور الصعبة والمعقدة عند الفصل في اي نزاع هي تقدير الوسائل او الاجراءات التي قام بها المتضرر وهل تعد اجراءات معقولة ام لا ، ومهمة تحديد ما هو معقول او غير معقول من الاجراءات امر يعود تقديره للقضاء في حال عرض النزاع عليه وذلك لعزوف اغلب القوانين عن تحديد ما هو معقول وغير المعقول من الاجراءات[٤]،الا ان محل التساؤل هو كيف يمكن للمحكمة ان تحدد معقولية الاجراء ،فهل لديها قاعدة محددة سلفا تلجا اليها ،ام يكون ذلك التحديد متحرك باختلاف الظروف والاحوال ،وبمعنى اخر ان هذه الفكرة لا يمكن تحديدها الا بالنظر الى كل حالة على حدة ووفقا لظروفها

---

(1) Alan D.Miller and Ronen perry, The Reasonable Person,New York University,Law REVIEWTHE REASONABLE PERSON, Volume87, May2012,p329.

(٢) د. فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني، ط١، خال من مكان نشر،٢٠٠٩، ص٩٩.

(٣) ومن الجدير بالذكر ان معيار المعقولية ليس بالمعيار الحديث وانما تمتد جذوره الى القانون الروماني، حيث يذهب شيشرون خطيب روما بالقول:(ان عقل الشخص الذكي هو المعيار الذي تقاس به فكرتا العدالة والظلم) وخصائص الرجل المعقول في نظره كانت متمثلة في اعطاء كل ذي حق حقه...د. فارس حامد عبد الكريم، مصدر السابق، ص٩٩.

(4) Solene Le Pautremat. Mitigation of Damage: A French Perspective. International and Comparative Law Quarterly (2006),p 75

وملابساتها[١]. كونها فكرة اجتهادية تتأثر بالظروف المحيطة بالشخص[٢] الذي نتج عنه التصرف وتتأثر بظروف الزمان والمكان وبالنظرة السائدة في المجتمع عند اصدار الحكم[٣]،ولا تخضع بالتالي لقاعدة محددة ثابتة وانما تقاس بالسلوك العام لا ما هو حاضر في ذهن الشخص[٤]ولذلك فان القصد الذي ينسبه القانون الى الشخص يكون دائما ما ينتجه مسلكه عندما يفسر بمعقولية وليس ذلك الحاضر في ذهنه ،ومثال ذلك اذا سمح شخص لأخر ان يعمل لديه في ظروف معينة دون ان يتفقا على الاجر، فالمعقولية تشير انه ليس هناك رجل عاقل يمكن ان يظن ان الاخر يقصد العمل بلا مقابل. وتخضع عملية التوقع في فرنسا ومصر (وفقاً للقانون رقم ٢٠١٦/١٣١ في فرنسا) لمعيار الرجل العادي أو ما يطلق علية رجل الصناعة الذي يمكنه أن يتوقع حدوثة وفقاً لما يتمتع به من مهارة[٥].ومعيار المعقولية وان كان صعب التقدير الا ان المشرع قد يسعف القاضي احياناً ويرشده الى معيار لاستكشاف هذه المعقولية ،فالقاضي عندئذ يكون ملزماً باتباع المعيار التشريعي، كما فعل القانون المدني العراقي في احكام عقد العمل في المادة(٩٠٩)/١/أ عندما نص((ان يؤدي العمل بنفسه و يبذل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد)) وكذلك نص على معيار محدد في احكام الوكالة المادة(٩٣٤) عندما نص((١- اذا كانت الوكالة بلا اجر وجب على الوكيل ان يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في اعماله الخاصة ومع ذلك اذا كان الوكيل يعنى بشؤونه الخاصة اكثر من عناية الرجل المعتاد فلا يطالب الا ببذل عناية الرجل المعتاد.٢- وان كانت باجر وجب على الوكيل ان يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد)). وبذلك تختلف العناية الواجب تحققها في تصرفات الوكيل في النص المتقدم ذكره ومنها تخفيفه للأضرار فتختلف تبعاً لما تكون عليه الوكالة فاذا كانت الوكالة باجر تكون العناية الواجب تطلبها في بذل الجهد هي عناية الرجل المعتاد، اما إذا كانت الوكالة تبرعيه فعندها يجب على الوكيل ان يبذل في سبيل تنفيذها العناية التي يبذلها في اعماله الخاصة دون ان تزيد عن عناية الرجل المعتاد. وورد في حقوق

---

(1) Alan D.Miller and Ronen perry, The Reasonable Person,Op.cit,p327

(٢) د. شاكر ناصر، مصدر سابق، ص ٢٩.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوامريكي، خال من رقم طبعة، خال من مكان نشر،١٩٩١، ص٣٢٩.

(٤) د. فارس حامد عبد الكريم، مصدر سابق، ص٨٥.

(٥) د. منى عمار تأثير فايروس كرونا المستجد على تنفيذ عقود التجارة الدولية وفقاً للاتفاقيات الدولية بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، ص٣٨.

المنتفع والتزاماته في المادة(١/١٢٥٤) بانه ((على المنتفع ان يستعمل الشي بحسب ما اعد له وان يبذل من العناية في حفظه ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسؤول عن هلاكه ولو بغير تعدٍ اذا كان قد تأخر رده الى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع)) .وورد هذا المعيار كذلك في اثار الرهن الحيازي بالنسبة للمرتهن في المادة(١/١٣٣٨) حيث جاء بها ((على المرتهن ان يبذل في حفظ المرهون رهنا حيازياً وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وان يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه وان يدفع ما يستحق عليه من ضرائب وتكاليف على ان يرجع بذلك على الراهن، وهو مسؤول عن هلاكه كلاً او بعضاً ما لم يثبت ان ذلك يرجع لسبب اجنبي لأيد له فيه)). وكذلك نص المادة (١/١٣٣٩) والتي جاء فيها ((يتولى المرتهن ادارة المرهون رهنا حيازيا وليس له ان يتصرف فيه ببيع او برهن وعليه ان يبذل في ادارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد وليس له ان يغير من طريقة استغلاله الا برضاء الراهن)). اما في الاحوال التي يترك المشرع فيها للقاضي سلطة تقديرية في الحكم فلا شك ان عقل القاضي ووجدانه هو من سيحسم النزاع في نهاية المطاف بعد الاستعانة بأدوات العقل من تحليل واستنتاج ومنطق سليم ،فيكون في هذه الحالة قد استعان بمعيار المعقولية وان لم يسم ذلك[١].وليس هناك معيارٌ محددٌ للخطوات المعقولة التي يتعين اتخاذها من المتضرر في تخفيف الضرر حيث قضي ان اختيار الدائن احد الحلول الممكنة من بين عدة حلول لا يوصف بانه خطوة غير معقولة حتى اذا تبين فيما بعد انه كان بإمكانه اتخاذ خطوة او حل افضل[٢].وعلى الرغم من عدم وضوح معيار محدد للخطوات المعقولة الا ان المعيار الاكثر منطقية في بيان الجهود المعقولة هي في اتخاذ المتضرر لسلوك الرجل المعتاد[٣]،بحيث لا يعرض نفسه الى مالا ضرورة له من المخاطر او النفقات او يعرض نفسه الى اذلال لا مبرر له[٤]،فليس على العامل قبول عرض بإعادة استخدامه في مركز ادنى بكثير من المركز الذي كان يشغله وان كان هذا العرض صادرا من نفس رب العمل وبنفس الراتب لان في ذلك اذلال وظيفي هو في غنى عنه ،ورفضه اعادة

---

(١) د. فارس حامد، مصدر سابق، ص٩٩.

(٢) د. مصطفى عبد الحميد عدوي الضرر الناشئ عن الأخلال العقدي في القانون الانكليزي، خال من رقم الطبعة، دار النهضة العربية –القاهرة،٢٠٠٨، ص٦٦.

(٣) تعليمات لجنه التحكيم المدنية كاليفورنيا(CACI)– التخفيف من الاضرار الجسدية...متاح على الموقع الالكتروني WWW.LITIGATION/DOCS–CACI–399 تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٦/٢٠.

(٤) د. فارس حامد، مصدر سابق، ص٩١.

الاستخدام في هذه الحالة يعد رفضاً معقولاً[١].ولا اتخاذ خطوات تورطه في منازعات معقدة او من شانها ان تدمر سمعته التجارية ،او حتى اجراء تصرف يزيد من اضراره[٢].وفي ذلك يقول اللورد هيرمانا تخفيف الضرر لا يعني اتباع اجراءات معقدة او القيام بأعمال غير عادية لحماية الطرف المخل بالتزاماته[٣]، وهذا المعيار معيار موضوعي(الرجل المعتاد) نادى به الفقه[٤] لتحديد سلوك الفرد فيما اذا كان يمثل خطا ام لا وذلك عن طريق قياس الافعال المادية للشخص وبيان مدى مجاوزتها للحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكاي قياس التصرف بسلوك الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس بعد تجريده من ظروفه الشخصية بحيث لا يكون حاد الذكاء شديد الفطنة والحدس ولا هو محددوها خامل الهمه ،وهو ما سماه القانون الروماني برب الاسرة العاقل[٥].ومثال ذلك اذا كان الرجل المعتاد لا يرى ضيرا من الخضوع الى عملية جراحية كون هذه العملية لا تعرضه لمخاطر جسيمة لا بل من شانها ان تحسن من حالته الصحية فعليه الاقدام عليها لان امتناعه عن القيام بها يعد خطا من جانبه لانحرافه عن سلوك الرجل المعتاد فيما لو وضع في مكانه. ما اذا كان من شان هذه العملية تعريض حياة المريض للخطر فان امتناعه لا يشكل خطا من جانبه كون هذا الامتناع هو مسلك طبيعي للشخص المعتاد. ولا يعد بالتالي من قبيل الجهد معقول وانما على العكس من ذلك تماما فان الاقدام على هكذا مجازفة ومصاعب هو ما يمكن وصفه بالجهود غير المعقولة. بينما ترى المحكمة العليا النمساوية في حكم لها بتاريخ ٦ شباط ١٩٩٦ بان معيار تخفيف الضرر الصادر من المتضرر يتمثل بما يتخذه متضرر رشيد يتصرف بحسن نية في اتخاذه من تدابير ملائمة للظروف [٦].وفي راينا ان هذا المعيار يختلف كثيرا عن معيار الرجل المعتاد اذ ان عبارة الدائن الرشيد تعني الرجل الحريص المتنبه ،وان تطلب تحقق معيار الرجل

---

(١) د. شاكر ناصر، مصدر سابق، ص٣١.

(٢) د. شاكر ناصر، المصدر السابق، ص٢٩.

(٣) د. مصطفى عبد الحميد عدوي، مصدر سابق، ص٦٥.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق ٨٨٤.. كذلك. د.سليمان مرقس ، مصدر سابق،ص٢٠١..كذلك حسن عكش، المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني= الجديد الطبعة الثانية، دار الفكر الحديث للطباعة والنشر،١٩٧٠،ص٣٠..كذلك د. فتحي عبد الرحيم الوجيز في النظرية العامة للالتزامات– مصادرالالتزام،ط١،مكتبة الجلاء الجديدة– المنصورة،١٩٩٩،ص٦٠

(٥) القاضي عدنان عبد طعيس، تعويض الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية، ط١، خال من مكان نشر،٢٠٠٨، ص١٢٣

(٦) د. لطيف جبر كوماني ود. علي كاظم الرفاعي، عقد البيع الدولي للبضائع، خال من رقم طبعة، مكتبة السنهوري، ٢٠١٢،،ص١٩٢.

الحريص في قيام المتضرر بتخفيف الضرر فيه مبالغة كبيرة اذ من غير المناسب الزامه بقدر عالٍ من الحرص علاوة عن وقوع الضرر عليه.

الفرع الرابع

ان يكون التخفيف من الضرر منتجاً

لابد ان يكون التخفيف منتجاً، والا كانت الجهود المبذولة في التخفيف عبثا وقد تؤدي هذه الجهود الى صرف مبالغ مالية طائلة ودون تحقيق الغاية المرجوة، مما يؤدي بالنتيجة الى ظهور اثار عكسية لهذا التخفيف، فبدلاً من اتجاه النية الى ذلك التخفيف ستظهر الى السطح اثار مالية سلبية ناتجة عن الجهود المبذولة في التخفيف كان في وسع المتضرر تجنبها فيما لو كان قراره في التخفيف رشيداً. فقد يكون من غير المفيد في احيان معينة تخفيف الضرر، كما في حالة التعاقد على تجهيز مواد مهمة على ان يقترن ذلك التجهيز بوقت محدد ينتفي الانتفاع بها بعد هذا الوقت، فيكون تخفيف الضرر بالتعاقد مع مشترين اخرين غير ذي فائدة لفوات المنفعة بتأخر الوقت، او ان ترتفع الضرائب على السلعة المتعاقد عليها بعد اخلال المتعاقد الاخر بتجهيزها فيكون من غير المفيد تخفيف الضرر والتعاقد على سلع بديلة يتم استيرادها.او كان من المتفق عليه ان تسلم البضائع المتعاقد عليها في اوقات معينة تكون لها اهمية كبيرة فيها، بحيث يصبح تسليمها في غير هذه الاوقات غير مفيد للمتعاقد،ولا يعقل ان يطلب منه ان يبحث عن موردين اخرين حتى يخفف من الضرر الذي اصابه[١].ويكون من غير المفيد ايضاً تخفيف الضرر اذا كانت السلع المتعاقد عليها قد صنعت خصيصاً لوكيل معين يقوم بدوره ببيعها ثانيةً[٢] ولأيمكن تصنيعها من غير مصدر. وكذلك عدم وجود فائدة من تخفيف الاضرار اذا كان هذا التخفيف سيكلف مبالغ باهضه جدا قد تفوق احياناً قيمة المال المتضرر الذي يراد انقاذه. ولا يكون تخفيف الضرر مفيداً ايضاً إذا كان ذلك التخفيف ينصب على اشياء لها قيمة معنوية عالية في نفس المتضرر، كما في حال شراء بعض اللوحات النفيسة او السيارات القديمة، فلا يتصور التعاقد عن بديل لها ولو كان بنفس الشكل او المواصفات، لما لها من قيمة قد لا تعوض بثمن نقدي او بتعويض عيني. وكذلك الحال لا يؤدي

---

(١) د. شريف غنام، مصدر سابق، ص٥٤٣.

(٢) جيروم هوييه، المطول في القانون المدني– العقود الرئيسية الخاصة، اشراف جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المجلد الاول، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،٢٠٠٣، ص٦٢٥.

التخفيف الغاية المرجوة منه إذا كان محل التخفيف قد تلف الجزء الجوهري منه وان التخفيف يتم عن طريق انقاذ الجزء الباقي الذي يعد تافها قياسا بالجزء الذي تلف وليمثل اي فائدة معتبرة. وكذلك فان المبادرة بأجراء عملية جراحية للتخفيف من الاصابات الجسدية الناتجة عن حادث مروري لا يجدي نفعا اذا اكد الاطباء عدم نجاح هذه العملية وصعوبة شفاء المصاب وتماثله للشفاء بعد اجرائها [١].

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للالتزام بتخفيف الضرر

بشكل عام، تتَّفَق جميع القوانين الوضعية على انه يَنَبغي على المدين بالالتزام أن ينفذ التزامه بدقه وإذا يفعل فانه يلزم بجبر الضرر الذي أصاب الدائن بالالتزام [٢]. والالتزام بطبيعة الحال إما أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً ببذل عناية وبذلك سنخصص فرعين لكل منهما.

الفرع الاول

الالتزام بتخفيف الضرر هو التزام بتحقيق غاية

في هذا النوع من الالتزامات يَقع على عاتق المدين تَحَقيق نتيجة معينه ، وهذه النتيجة هي محل التزامه [٣] وبصوره اوضح فان الالتزام بتحقيق غايه يلزم المدين بتحقيق نتيجة معينه ، مثل نقل الملكية، أو تسليم المبيع في تاريخ محدد ، أو ايَصال المنقول الى المكان الذي يقصده ، أو الامتناع عن القيام بعمل فان لم تتحقق النتيجة المطلوبة ، ولم يكن تحقق هذه النتيجة مستحيلاً كان المدين مسؤولا بمجرد ثِبوت عدم التنفيذ، وأن

---

(١) وهذا ما اقره القضاء الفرنسي حيث حكم بأحقية المتضرر في الحصول على كامل التعويض وذلك في القضية المعروضة عليه بتاريخ ٣ مايو ٢٠٠٦ عندما كان هناك شخص مصاب بالتهاب الكبد C عن طريق نقل الدم ورفض التدخل الطبي، فحكمت المحكمة ان رفض الضحية لهذا العلاج لا يحد من حقه في التعويض الكامل كون ان فرص الشفاء من المرض لم تكن تمثل سوى نسبة ضئيلة

(٢) د. جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع ،١٩٩٦-١٩٩٧, ص٣٢٠.

(٣) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، نريه العقد، اثار العقد وانحلاله، ج١، مج١، ال قسم٣، دار وائل للطباعة والنشر، عمان ،٢٠٠٢، ص٣١٣

لم يثبت الدائن أن عدم التَنفيذ ناتج عن خطأ واجب الاثبات ارتكبه المدين، فيَكفي أن يقوم الدليل على أن التنفيذ لم يحصل حتى يتحقق الخطأ على المدين وتقوم المسؤولية عليه. وأن الدائن لا يستطيع التخلص من المسؤولية الا إذا اثبت أن عدم التَنفيذ يَرجع الى سبب اجنبي لا يَد له فيه كالقوة القاهرة ، او خطا الدائن نفسه ، وخطا الغير ، فلا يكفيه للتَخلص من المسؤولية أن يثبت انه قد بذل ما في وسعه لتنفيذ الالتزام ،كما لا يجب ان لا يسهم المدين بخطئه الى جانب السبب الاجنبي بعدم تنفيد الالتزام ، ففعل المدين ينفي توافر السبب الاجنبي[١] ويجب التفريق هنا ما بين الالتزام بتحقيق نتيجة كالالتزام بإعطاء شيء ، أو الالتزام بَعمل ، بَحيث يَكتفي الدائن بأثبات عدم تثبيت الالتزام مما يلقي على عاتق المدين عبء اثبات براءة دمته اما بالوفاء ، أو استحاله الوفاء لسبب اجنبي لا يد له فيه، اما في حاله الالتزام بتَحقق نتَيجة سلبيه وهي الامتناع عن عمل لا يكفي من الدائن القيام بالتزام ، وإنما عليه إثبات اخلال المدين به بأثبات قيامه بالعمل الدي تم الامتناع عنه [٢] وتطبيقاً لذلك قَضت محكمة النَقض المصرية بانه".... ولكن يصعب احياناً اثبات عدم تَنفيد الالتزام بنتيجة إذا كان بصدد التزام سلبي مثل عدم تسليم البضاعة وبذلك ان مسؤوليه المدين تقوم حتما بمجرد عدم بلوغ الغاية ، وكان مسؤوليته موضوعيه تتحقق بحكم ثبوت الخطأ الكائن في عدم التنقيد ، والخطأ هنا هو عدم تنفيد المدين لالتزامه وليس في السبب الذي يستتر وراءه او الذي ادى اليه ، فربما رجع عدم التنقيد الى خطا من المدين، أو الى سبب بقي مجهولا دون ان يجعل التنقيد مستحيلا او الى فعل من يتبع المدين في العمل ،أو يساعده فيه ،أو الى اشياء تحت حراسته ، ففي هده الحالات كلها يكون المدين مسؤولا مباشر عن الخطأ الدي يتجلى بعدم تنفيد التزاماته تَجاه الدائن، ولو كان قد عَهَدُ الى سواه بالتنقيد من خلال علاقه تجمع بينهما ، ففي حال الَتزام شَخص بِنَقل بضاعة من مكان الى اخر فان المسؤولية العقدية تقع على من ألتزم النقل بمجرد أن الَنقل لم يَحصل سواء كان من المفروض أن يَقوم المدين بداته بالنقل، أو يَتولاه عنه الَسائق يَتبعه في الخدمة وأن عدم قيام المدين بتنقيد التزاماته هو الاخلال منه بالعقد فَيَتكيف الاخلال بالخطأ العقدي، وربما المدين قد يعمد الى الاخلال بالعقد فيَكون عنَدها الخطأ مقصوداً وربما اهمل التنقيد ، أو اغفله عن قصد وربما لم يَتوفر الوَسائل الأساسية الكافية للتَنقيد وربما قام

---

(١) د. حسام الدين كامل الأهوان،. مصدر سابق، ص٦٢٩

(٢) د. شريف الطباخ، التعويض عن الاخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ،٢٠٠٥، ص٢٣٨_٢٣٩

بالتَنقيد بشكل سيء يَتساوى مع عدم التَنَقيد ففي هده الصورة يَتكون الركن الاول من أركان المسؤولية العقدية على المدين الا وهو الخطأ العقدي [١] ، مما يَترتب عليه المسؤولية العقدية كامله فقد تكون الخطأ العقدي وسبب الضرر للدائن وجمع بين الخطأ والضرر نَتَيجة لعدم تنَقَيده ما التَزم به او للأسباب أخرى.

الفرع الثاني

الالتزام بتخفيف الضرر هو التزام ببذل عناية

في هذا الَنوع من الالتزامات يَعهدُ المدين بالقيام بعمل معين تحقيقاً لغايه غير خاضع تَحَقيقها لمطلق ارادته، فَيكون التزامه التزاماً ببذل عنايه في حال بذل في تنفيذ التزامه العقدي الجهد المطلوب والمدين في هذه الحالة يَبذل جهد مَعين للوصول الى هذه الَنَتيجة سواء تحققت بالفعل او لم تتحقق [٢]. وأن المدين في هذا النوع لا يَجبر على تَحقيق غرض معين، وانما يَقع الالتزام هنا عليه ببذل قدر معين من العَناية التي قد تؤدي الى للوصول للعرض المعين، أو الهدف من الَعقد، فاذا بذل المدين هذا القدر من العنَاية قد يَكون قد نفذ التزامه التعاقدي ، بغض النظر عما إذا تَحَقق الغرض أو النتيجة المنتظرة هي من العقد فأن العنَاية المطلوبة هنا عنايه الرجل المَعتاد العادي، ومثال ذلك الطَبيب بعلاج المريض فالطبيب لا يَضمن للمريض الَشفاء أو نَجاح العلاج ، وانَما عليه بذل ما تَمليه عليه مهنته من العناية في علاج المريض ففي حال قام بالعناية الواجبة قد يكون قد ادى التزامه حتى ولو لم يشفى المريض، ولكن اذا اخل الطبيب بهذا الالتزام فانه يقترف خطا يحاسب عليه وتقدير الخطأ العقدي يحصل طبقاً للمَعيار الموضوعي المَعتمد في المسؤولية التقصيرية وهو مَعيار الشخص العادي في عنَايته وتيقظه وتَعقله وحرصه على واجباته ، فأن وضع هذا الَشَخص في ظروف المدين الذي نَسب إليه الاخلال بالالتزام وتصرف في سلوكه المعتاد على غير الوجه الذي تَصرف به المدين فيَكون هذا الاخير قد اخطأ في تصرفه فيَتحقق الخطأ العقدي في جانبه ورغم أن القدر الواجب من العناية هو الَقدر الذي يَبذله الشخص العادي الا أن هذا القدر قد يَزيد او ينقص بحكم القانون او العقد فربما اشترط

---

(١) د. عاطف النقيب، نظريه العقد، منشورات عبيدات، بيروت، لبنان ،١٩٩٨، ص٤٦٣_٤٦٤

(٢) د. احمد مفلح خوالده، شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنه،، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١ ,ص١٤٦.

القانون قدر اشد من العناية كما هو الحال في الوكالة المأجورة وفي الوديعة لقاء بَدل [1].وكذلك الامر فالمَستأجر الذي يَجب عليه أن يَبذِل من العناية في استعماله للعين المؤجرة ، وفي المحافظة عليها مما يبذله دائما الرجل العادي ، وكذلك على المَستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها الرجل العادي ،ولكن إذا كان المَستعير اكثر حرصا في المحافظة على أمواله ، ففي هذه الحالة يلتزم ببذل عنايه الرجل الحريَص بقدر حرصه على ماله. وفي الالتزام ببذل عنايه: لا يَلتزم المدين بتَحقيق غايه معيَنه، وانما بَبذل قدر من العَناية سعياً الى تحقيق غايه يأمل الدائن على تَحَقيقها، أو عول عليها، فيكون تَنَفيذ المدين لالتزامه العقدي كامنا في بذل العناية المطلوبة منه دون أن يلتزم بتحقيق الغرض المقصود من العَناية[2] .وقد أشار القانون المدني العراقي الى الالتزام ببذل عناية في المادة(٢٥١) حَيثَ نِصت هذه المادة ((١- في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يَحافظ على الشيء ،او ان يقوم بإدارته او كان مطلوبا منه ان يتوخى الحيطة في تَنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتَاد حتى ولو لم يَتحقق الغرض المقصود.٢- ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام إذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما أتعاده في شؤونه الخاصة متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قصدا ذلك)).وأن هذه المادة لا تَسُعفنا كثيرا في التَعرف على توصَيف دور المَتضرر ومعرفته هل هو التزام بتحقيق نتيجة، ام التزام ببذل عناية ؛ولابد لنا أن نتلمس ذلك في نطاق الفقه الذي يرى ان الالتزام الناشئ عن قواعد المسؤولية التقصيرية هو التزام ببذل عناية بصورة عامة ولذلك يكون نطاق تخفيف الضرر الموصوف ببذل عناية اوسع من نظيره (الالتزام بتحقيق نتيجة) ،كون أن نطاق بذل عناية يَتَحققُ في نِطاق المسؤولية التَقصيرية والمسؤولية التعاقدية (في حالة عدم وجود نص تعاقدي صريح) .

(١) د. عاطف النقيب،. مصدر سابق، ص٤٦٤

(٢) د. عاطف النقيب، مصدر السابق، ص٤٦٤.

الفصل الثاني

احكام الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية

رغم ان الالتزام بتخفيف الضرر يحظى بمعالجة التشريعات الوطنية واتفاقيات التجارة الدولية، يضمنه الأطراف في عقودهم، وتتواتر عليهم قرارات التحكيم التجاري الدولي، بيد أن الإجراءات التي يجب أن يتخذها الدائن بغية تنفيذ هذا الالتزام غير محددة. فاتفاقيات التجارة الدولية والشروط التعاقدية تقتصر، في الواقع، على التأكيد على هذا الالتزام فقط دون تفاصيل [1]. في حين يتصدى محكمو النزاعات الناجمة عن تنفيذ عقود التجارة الدولية في قرارتهم الى تقدير إجراءات تخفيف الضرر وفقا لظروف كل عقد. وأيا كان الامر، سواء كانت إجراءات تخفيف الضرر محددة أو غير محددة، فإن النصوص التشريعية واتفاقيات التجارة الدولية وقرارات التحكيم التجاري الدولي، والشروط التعاقدية، تقرر جزاء معينا لمن يخالف تلك الإجراءات من الدائنين يتمثل عادةً في نقص قيمة التعويض المستحق له.لذلك سنقسم هذا الفصل الى مبحثين الأول للإجراءات التي تتخذ لتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية ،ونخصص الثاني لدراسة الجزاء المترتب على مخالفة تلك الإجراءات.

المبحث الأول

إجراءات تخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية

هذا وتختلف الإجراءات التي يمكن ان يتخذها الدائن لتخفيف الضرر وفقاً لطبيعة العقد المبرم بين الأطراف. فإجراءات تخفيف الضرر في عقود البيع الدولي للبضائع تختلف عن مثيلتها في عقود نقل التكنولوجيا مثلاً، كما تختلف عن مثيلتها في عقود التمويل المالي أو عقود الإنشاءات الدولية.والواقع من الأمر ،فإن تقدير إجراءات تخفيف الضرر يثير صعوبات جَمة في بعض العقود ، لاسيما عقود نقل التكنولوجيا وأن كان يرتبط ،عموما بقدره المشروع الشخصية والمالية وظروف الواقعة المحدثة للضرر .وبذلك سنتولى دراسة إجراءات

---

(١) حيث تقتصر على تنظيم الالتزام بتخفيف الضرر، بعبارات تتضمن صياغات عامة تؤكد وجود الالتزام دون ذكر الإجراءات اللازمة كعبارة (الإجراءات المعقولة')وعبارة (كل ما يمكن عمله) وعبارة على الدائن (أن يبذل كل الجهد أو قصارى جهدة)...الخ د. محسن شفيق ،مصدر سابق .ص ٢٤٧.

تخفيف الضرر من خلال ما سنتطرق إلية من تنوع تلك الإجراءات في مختلف العقود في مطلب أول ،وتقدير تلك الإجراءات في مطلب ثاني .

المطلب الأول

تنوع الإجراءات التي تتخذ لتخفيف الضرر

تفصح دراسة قرارات التحكيم التجاري الدولي التي تعالج الالتزام بتخفيف الضرر عن أن معظم الإجراءات التي واجهها المحكمون تنفيذاً لهذا الالتزام تتعلق بعقود البيع او عقود التوريد مع اختلاف محل هذه العقود، منتجات بترولية ،مواد معدنية أو غيرها .ولكن هذا لا يمنع من القول بأن هناك بعض قرارات التحكيم تتحدث عن هذه الإجراءات في عقود أخرى كعقود النقل وعقود التمويل المالي ،وعقود الإنشاءات الدولية[1] وعلية سنقسم فرعين يتضمن احدهما إجراءات تخفيف الضرر في عقود البيع الدولي والتوريد .ثم نتحدث في الفرع الثاني عنها في العقود الأخرى.

الفرع الأول

إجراءات تخفيف الضرر في عقود البيع الدولي والتوريد

يفصح الاطلاع على قرارات التحكيم الصادرة في منازعات نشبت عن تنفيذ عقود البيع أو التوريد أن إجراءات تخفيف الضرر التي يجب على الدائن اتخاذها في تلك العقود تتجسد بما يلي:

أ- المحافظة على البضاعة

أذا لم يقم المشتري بتسلم البضاعة المبيعة، فعلى البائع (الدائن) اتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على البضاعة التي تتلاءم مع نوع وطبيعة تلك البضاعة وللبائع حبس البضاعة حتى يستوفي من المشتري المصاريف المعقولة التي أنفقت في هذا الغرض [2]. واذا انفق البائع مبالغ معينة في سبيل الحفاظ على البضاعة فلا

---

(١) د. شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص٥٣٨.

(٢) د. محمود سمير الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٢٣١-٢٣٣.

يجوز له مطالبة المشتري بردها اليه طالما انه قام بإنفاق تلك المبالغ تنفيذاً لالتزامه بالمحافظة على البضاعة[1]. والتزام البائع بالمحافظة على البضاعة يكون بديهياً في هذا الفرض طالما انه –أي البائع– حائز للبضاعة لحساب المشتري قبل التسليم[2] . وإذا انفق البائع تكاليف معينة في سبيل الحفاظ عليها ردت المحكمة الية هذه المصاريف[3].ويتمثل هذا في القرار الصادر في القضية رقم (٧١٩٧)لسنة ١٩٩٢ففي هدة القضية أكد المحكم الفرد الذي نظرها أنه" لا يتضح للمحكم ، أن المدعي (البائع)قد خالف الالتزام بتخفيف الضرر المنصوص عليه في المادة (٧٧)من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع .وأن هذه الإجراءات (إجراءات الحفاظ على البضاعة) تفرض نفسها في عقد بيع البضائع حتى ولو لم يكن هناك التزام تعاقدي يفرضها وفقاً للمواد(٨٢الى ٨٥)من اتفاقية فيينا .كما ان مصاريف التخزين(التي سترد إلى البائع) يجب ألا تزيد من الناحية الاقتصادية على القيمة الكلية للبضائع[4]. وقد عالجت المادة (٨٥) من اتفاقية فيينا هذا الالتزام اذ تنص على انه (إذا تأخر المشتري عن استلام البضاعة، أو إذا لم يدفع الثمن عندما يكون دفع الثمن وتسليم البضائع شرطين متلازمين، وكانت البضائع لاتزال في حيازة البائع او تحت تصرفه كان عليه اتخاذ الإجراءات المعقولة المناسبة للظروف لضمان حفظ البضائع...) ويلاحظ على النص المتقدم انه أكتفى باشتراط ان تتم المحافظة على البضاعة (بإجراءات معقولة مناسبة للظروف) دون دخول في التفصيلات، وذلك لأن المحافظة على البضاعة تختلف وفقاً لنوع البضاعة وطبيعتها. فقد يتطلب الأمر إصلاح الأغلفة مثلا أو شراء أغطية معينة لحماية البضاعة من البلل في موسم الأمطار أو تأجير مخازن أو ثلاجات لتخزين البضاعة، أو حتى التأمين عليها، إذا كانت معرضة لأخطار معينة[5] .

---

(١) د. صفوت ناجي بهنداوي، الالتزام بتسليم البضائع في عقد البيع الدولي، دراسة لاتفاقية فيينا١٩٨٠، دار النهضة العربية القاهرة ،١٩٩٤، ص٩٢.

(٢) د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص ٢٦٨.

(٣) د. شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص ٥٣٨.

(٤) مشار إلية لدى د. شريف محمد غنام، المصدر السابق ،ص ٥٣٩.

(٥) د. محمود سمير الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٣٠.

ب-التفاوض مع المتعاقد الآخر.

قد يتجسد تخفيف الضرر في قيام الدائن بالتفاوض مع المدين بغية التوصل الى اتفاق ودي بينهما لمعالجة الامر[1] . ويتجسد ذلك في القرار التحكيمية الصادر في القضية رقم (٥٩١٠) لسنة١٩٨٨، وتتلخص وقائع القضية المذكورة في أن شركة بلجيكية قد تعاقدت مع أخرى لشراء كمية من الزنك على أن تعيد بيعها مرة أخرى إلى شركة باكستانية، وعلى أن تسلم البضائع في ميناء كراتشي. ونظراً للأحوال الجوية السيئة غير المتوقعة تم تعديل خط سير السفينة على نحو يجعلها لا تمر بميناء كراتشي المتفق على تسليم البضاعة فيه إلى المشتري الباكستاني ، وبذلك لم يتمكن من تسليم البضاعة إلى المشتري الأول ولم يتمكن الأخير بدوره من تسليمها إلى المشتري الباكستاني وأثباتاً من المشتري الأول لحسن نيته قام بالتفاوض مع كل من البائع الشركة البلجيكية والمشتري الباكستاني للتوصل إلى اتفاق بين الأثنين على إعادة بيع الزنك مرة أخرى لصالحه في ميناء دينتيك الذي ستمر منه البضاعة، وذلك حتى لا تزيد مسؤولية البائع الذي تعذر عليه تنفيذ التزامه بتسليم البضاعة في الموعد المحدد بسبب عدم توجه السفينة إلى ميناء كراتشي مباشرة[2].

ج-قبول تنفيذ العقد بسعر منخفض عن السعر العالمي.

في بعض الحالات يتم تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر من خلال تعديل أحد عناصر العقد من جانب المدين تخفيفاً للضرر الذي نتج عن عدم قيام الأخير بتنفيذ التزامه. وأكثر عنصر يمكن أن يرد عليه التعديل في عقد البيع، عموماً، هو عنصر الثمن .فإذا اقترح المدين على الدائن تنفيذ التزامه بسعر أكبر من ذلك المثبت في العقد المبرم بينهما ولكن بسعر أقل من السعر السائد في السوق العالمي للبضاعة فإن القضاء التحكمي يجبر الدائن على قبول هذا الاقتراح، لأن رفضه يمثل إخلالاً بالالتزام بتخفيف الضرر[3].ففي القضية رقم(٢٤٧٨) لسنة١٩٧٤ التي تتلخص وقائعها في ان شركة رومانية (المدعي علها) قامت بعرض تسليم كمية من الكربون المهدرج المتفق عليها مع الشركة الفرنسية (المدعي)ولكن بسعر أكبر من السعر المتفق علية في

---

(١) د. صفوت ناجي بهنساي، مصدر سابق، ص ٩١.

(٢) د. محمد شتا أبو سعد، المبادئ القضائية في التحكيم التجاري الدولي،، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ,٢٠٠٠، ص٥٧.

(٣) د. هاني محمد دويدار، إشكالات تسليم البضائع في ل قانون التجارة البحرية، رقم (٨) لسنة ١٩٩٠، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ،١٩٩٦، ص٩٤.

عقد البيع المبرم بينهما، وأن كان أقل من السعر السائد في السوق العالمي للنفط، رفضت الشركة الفرنسية هذا العرض وقدمت طلب تحكيم ضد الشركة الرومانية لعدم تسليم كمية الكربون المتفق عليها.حيث أكدت هيأه التحكيم التي نظرت في النزاع أن هناك ضرراً قد لحق بالشركة الفرنسية من جراء عدم تسليمها كمية الكربون المتفق عليها ، بيد أنها –هيأه التحكيم–قد انتقدت موقف الشركة الفرنسية لعدم محاولتها تخفيف الأضرار برفضها العرض الذي تقدمت به الشركة الرومانية .وجاء في قرار هيأه التحكيم أنه:((يظهر من مجمل الوقائع انه منذ اجتماع بوخارست في عرض الطرف المدعي عليه على المدعي ان يورد له أثناء الجزء الثاني من عام ١٩٧٣ عدد...طن من الكاز بسعر....فرنك للطن الواحد .ومن الواضح أن هذا الثمن كان أقل من ثمن الكاز في السوق العالمية وكان يجب على المدعي ،حتى ولو لم يكن موافقاً على الارتفاع في الثمن عما هو متفق علية في العقد أن يقبل هذا العرض بهدف تخفيف الخسارة التي لحقت به. وقبوله هذا العرض لا ينقض حقه في اللجوء إلى التحكيم بعد ذلك للتمسك بالسعر التعاقدي))[1] .

د- البحث عن علاقات جديدة.

يعتبر هذا الإجراء أكثر الإجراءات شيوعاُ في عقود البيع والتوريد. إذ غالباً ما يلجأ اليه الدائنون في تلك العقود بغية تخفيف مقدار الضرر الذي يلحق بهم من جراء عدم تنفيذ المدين التزامه لقوة قاهرة. فالدائن، هنا يدخل في علاقات جديدة مع مشترين أو بائعين جدد ويبرم صفقات جديدة معهم لغرض تقليل مقدار الخسائر التي أصابته حيث يجوز للطرف الملتزم بحفظ البضاعة طبقاً للمادتين (٨٥-٨٦) أن يقوم ببيعها بوسيله مناسبة متى تأخر الطرف الآخر بصورة غير معقولة في أخذ حيازة البضاعة، أو في استردادها، أوفي دفع ثمنها أو في سداد نفقات حفظها، بشرط ان يقوم الطرف الملتزم بحفظ البضاعة، بتوجيه أخطار إلى الطرف الآخر بصوره معقوله بأنه، أي الطرف الملتزم بالحفظ، سيقوم ببيع البضاعة المادة (١/٨٨) [2]. ويعرف ذلك النظام بنظام (الصفقة البديلة)[3] والذي يعني حق المشتري في الحصول على بضاعة تماثل البضاعة محل عقد البيع بأن يشتريها من شخص أخر، أو يشتريها على حساب البائع وبذلك فأنه يهيئ للمشتري طريقاً خاصاً

---

(1) د. شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص٥٣٨.

(2) د. محمود سمير الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٢٣٤.

(3) د. عادل محمد خير عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فينا وجهود لجنه الأمم المتحدة القانون التجارة الدولي Uncitralغرفة التجارة الدولية ICC، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مايو١٩٩٤، ص٦٠.

لتعويض ما لحق به من ضرر نتيجة عدم قيام البائع بتسليم البضاعة ،من خلال وضع المشتري في ذات المركز الذي كان من الواجب ان يكون فيه ولنفذ البائع التزامه بالتسليم .لذلك فإن أبرام صفقات بديلة يعد أجراء مشابهاً للتنفيذ العيني من جهة، وللتنفيذ بمقابل من جهة أخرى .فهو مشابه للتنفيذ العيني لأن المشتري يحصل على ما يماثل البضاعة التي تم التعاقد عليها .وهو مشابه للتنفيذ بمقابل لأن المشتري يستعيض عن البضاعة ببضاعة أخرى يشتريها على حساب البائع وقد أعتبر البعض من الفقه مكنة الاستبدال صوره من صور التنفيذ العيني على أساس أنها تطبيق للقواعد العامة كما وردت في المادة(٢٠٥) مدني مصري وأعتبرها البعض الآخر جزاءات خاصاً لأخلال البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم وأنها صوره من صور الجزاءات التي يفرضها العرف التجاري، على نحو يفرض معها قيوداً على من له حق استعمال هذه المكنه وإذا وجد تفاوت بين ثمن البضاعة محل العقد الأصلي ،وثمن البضاعة البديلة ، يكون للمشتري ،عندئذ، المطالبة بالفرق بين الثمنين [1]. هذا وتكرس المادة (٧٥) من اتفاقية الأمم المتحدة فيينا ١٩٨٠ لأحكام الشراء البديل[2]. ولما كان تقرير حق المشتري في شراء بضاعة بديلة مع المطالبة بالفرق بين ثمن الصفقة البديلة وثمن الصفقة الأصلية يهيئ له فرصة الأضرار بالبائع بإن يتراخى في استعمال هذا الحق لحين ارتفاع الأسعار، او بإن يقوم بالشراء بشروط مجحفة لحق البائع، فإن المادة (٧٥) من اتفاقية فيينا تقيد هذا الحق بقيدين:

الأول: يتجسد في ضرورة قيام المشتري باستعمال حق قيام الصفقة البديلة خلال مدة معقولة.

ثانيا: وهو ان يقوم المشتري بالشراء على نحوٍ معقول. أي بأفضل شروط متاحة في السوق، وبأقل ثمن ممكن حتى لا يضر بالبائع ,وتقدير ذلك متروك للمحكمة او المحكم الذي ينظر في النزاع هذا وقد يجبر الدائن على إعادة بيع البضاعة إذا كانت سريعة التلف ،او إذا كان حفظها يتطلب نفقات باهضه أو غير معقولة .وتنظم الفقرة(٢) من المادة(٨٨) من اتفاقية فيينا ما تقدم ،اذ تنص على انه: (٢_إذا كانت البضائع عرضة للتلف السريع أو كان حفظها ينطوي على مصاريف غير معقولة ، وجب على الطرف الملزم بحفظ البضائع وفقاً لأحكام المادة (٨٥) والمادة (٨٦)أن يتخذ الإجراءات المعقولة لبيعها ويجب عليه بقدر الإمكان ،أن يوجه إلى الطرف الآخر اخطاراً بعزمه على إجراء البيع).

---

(١) د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي ،١٩٩٥، ص٤٨٢.

(٢) تقابلها المادة (٢٥) من اتفاقية لاهاي ١٩٦٤ والمادة ٧-٤-٥ من مبادئ اليونيدو.

ومن القرارات التي تؤكد هذا الاتجاه لقضاء التحكيم، القرار الصادر في القضية رقم(٢٢١٦)لسنة ١٩٧٤ ففي هذه القضية انتقدت هيئة التحكيم موقف المشروع الوطني التابع لأحدى الدول المنتجة للبترول لعدم بحثه عن مشترين أخرين لكميات البترول التي لم تتسلمها الشركة النرويجية حسبما يقضي الاتفاق المبرم بينهما . وأكدت هيئه التحكيم أنه كان يجب على هذا المشروع أن يبذل قصارى جهده لبيع هذا البترول بعد أن فشلت المفاوضات بينه وبين الشركة النرويجية[1].وقريب من هذا القرار ، القراران الصادران في القضيتين رقم (٢١٤٢)لسنة ١٩٧٤،ورقم (٢١٣٩) لسنة١٩٧٤ فقد أشار المحكمون في هذين القرارين إلى الأهمية والمكانة الدولية التي يحظى بها المشروع الوطني والتي تمكنه من البحث عن مشترين جدد بدلاً من الشركات التي أمتنعت عن تسليم المنتجات البترولية خوفاً من التهديد بالحجز على هذه المنتجات الذي أدعته بعض الشركات الأجنبية التي كان لها حق استغلال المناجم التي تستخرج منها هذه المنتجات.

الفرع الثاني

إجراءات تخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية الأخرى

تتفرع الإجراءات التي يمكن للدائن اتخاذها في عقود التجارة الدولية الأخرى وفقاً لطبيعة تلك العقود. بيد يمكن القول أن أبرز تلك الإجراءات والتي يشير اليها قضاء التحكيم، عموماُ، تتجسد بما يلي:

أ- تقديم اقتراحات جديدة تسهل تنفيذ العقد.

في بعض الأحيان، قد يبادر الدائن الى تقديم مقترحات جديدة الى المدين الذي تعذر عليه تنفيذ التزامه، بحيث يكون من شأن تلك الاقتراحات تذليل بعض الصعوبات التي يواجها المدين تسهل التنفيذ. ويؤكد قضاء التحكيم التجاري الدولي على ما تقدم. ويمكن أن نلمس ذلك في موقف هيئة التحكيم في النزاع الذي نشب بين الشركة الوطنية الليبية للبترول وشركة Sun-Oil للبحث عن البترول. حيث ادانت هيئة التحكيم موقف الشركة الليبية، نظراً لأنها لم تتخذ الإجراءات الممكنة لتخفيف ما لحقها من ضرر من جراء عدم تنفيذ شركة Sun-Oilالتزامها

(١) قرارات صادرات من غرفة تحكيم التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٤٤,ص ١٩٤,ص٢٣٨٠,ص٢٢٦.

بالبحث والتنقيب عن النفط في ليبيا. كما انها لم تفاوض مع شركةSun–Oil على تقديم طرق جديدة تسهل تنفيذ العقد سواء فيما يتعلق بتجهيز الشركة بالمعدات اللازمة أو بأجراء عمليات تحليل التربة الى غير ذلك[1].

ب–اكمال الإنشاءات في عقود الإنشاءات

يتجسد الالتزام بتخفيف الضرر في عقود الإنشاءات في قيام الدائن ببذل محاولات جادة لغرض تكملة الإنشاءات ولو بسعر منخفض عن السعر السائد في السوق العالمية[2] . وتطبيق هذا الإجراء نجده واضحاً في قرار هيأه التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس في القضية رقم (٤٧٦١) لسنة ١٩٨٧.وتتلخص وقائع النزاع في قيام شركة مقاولات ليبية بالتعاقد مع شركة إيطالية في ٢٢/أكتوبر/١٩٧٨ لتنفيذ أعمال انشائية في ليبيا لصالح شركه مقاولات وطنية –رب عمل. حيث اتفق طرفا العقد على تقدير ثمن جزافي للمقاولة غير قابل للمراجعة. كما تم تحديد فترة زمنية أمدها أربعة وعشرون شهراً لا نجاز العمل تبدأ من تاريخ ابرام العقد. تأخرت الشركة الليبية في أنجاز بعض الأعمال اللازمة بدء تنفيذ المشروع كاستخراج تأشيرات دخول العمال الأجانب، هدم بعض المباني، اعداد بعض المواد الأولية أجراء الفحوصات للتربة مما أدى إلى تمديد التسليم فترة ثمانية أشهر إضافية وبعد حوالي ثمانية عشر شهراً من التعاقد لم تتمكن الشركة الإيطالية سوى من أنجاز ١٠٪ فقط من مجمل الأعمال الإنشائية المتعاقد عليها. فلجأ الطرفان الى إعادة التفاوض في العقد لتذليل الصعوبات التي تعترض سير المشروع إلا أن الشركة الإيطالية لم تتمكن من تنفيذ التزاماتها بالكامل مرة أخرى. فأضطر الطرفان الى إعادة التفاوض مرة أخرى في منتصف كانون الثاني ١٩٨٢.. حيث تمت زيادة السعر المتفق علية بطلب من الشركة الإيطالية نظراً لزيادة أسعار المواد الإنشائية. وقد حددت الشركة الليبية تأريخ دفع هذه الزيادة بعد الحصول على موافقة رب العمل، إلا ان هذا الأخير رفض مراجعة السعر الوارد بالعقد، فلم تتمكن شركة المقاولات الليبية من تنفيذ التزاماتها. فقامت الشركة الإيطالية بإخلاء موقع العمل، وسحب عمالها ورفعت طلب التحكيم الى غرفة التجارة العالمية في باريس. وقد انتهت هيأة التحكيم التي نظرت في النزاع الى تعويض الشركة الإيطالية –المدعية – عما لحقها من ضرر جراء عدم تنفيذ الشركة الليبية –المدعي عليها –التزاماتها، وذلك في ضوء الظروف التي مر بها العقد والتي آل اليها. إلا أنها أدانت – في الوقت ذاته

---

(١) د. عمر الآسيوي العقد الأدري والقوة القاهرة، مجلة الدراسات القانونية، مجلد١، سنة١٤، جامعة تارس يونس، بنغازي، ١٩٩٤،،ص٢٧.

(٢) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٨٥، ص٩٢.

– موقف الشركة الإيطالية من عدم الاكتراث في تنفيذ التزام هام يفرضه القانون الليبي واجب التطبيق وكذلك قانون التجارة الدولية، وهو اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحد من الأضرار من جراء عدم تنفيذ الطرف الأخر التزاماته[1] .

ج– البحث عن مصدر تمويل جديد في عقود التمويل المالي.

يلتزم الدائن في عقود التمويل المالي، بالبحث عن مصدر جديد لتمويل نفسه إذا تعذر على المدين(الممول)تنفيذ التزامه،[2] ويعتبر القرار الصادر في القضية رقم (٥٥١٤) ل سنة١٩٩٠ مثالاً حياً على هذا الإجراء. ففي هذا القرار أكد المحكمون على ان المشروع الفرنسي قد أتخذ موقفاً ايجابياً عندما قام بتمويل نفسه مالياً بعد توقف التمويل المالي المخصص له حتى يمكنه التواصل وتنفيذ التزاماته. فالبحث عن تمويل جديد محل التمويل الذي توقف هو الإجراء الأكثر شيوعاً لتخفيف الضرر الذي لحق بالدائن في هذا النوع من العقود[3] .

د– البحث عن علاقات جديدة في عقود الوكالة التجارية.

يتفق عقد البيع مع عقد التوكيل التجاري في هذا الإجراء ففي القضية رقم (٢١٠٢) لسنة ١٩٧٢، أكد المحكم الفرد الذي نظر في النزاع حق الشركة الفرنسية (A)في الحصول على تعويض عما أصابها من ضرر نتيجة فسخ الشركة الأمريكية (B) العقد المبرم بينهما بشكل متعسف. بيد أن المحكم أشار بعد ذلك إلى موقف الشركة الفرنسية في عدم قيامها بالبحث عن متعاقد لتنفيذ ما سبق وأن التزمت بتنفيذه الشركة الأمريكية لكي تخفف ما أصابه من ضرر. ويقول المحكم في ذلك "ومنذ هذا التاريخ (تاريخ معين حدده المحكم) كان يجب على الشركة (A) أن تقوم بالبحث عن علاقات جديدة بهدف تقليل خسائرها الناتجة من فسخ العقد مع(B) وأن (A)لم تقدم أية إثباتات تفيد قيامها بهذه الإجراءات[4] .

---

(١) د. أحمد مخلوف، أتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة ،٢٠٠١، ص٢١٤–٢١٧.

(٢) د. صفاء تقي العيساوي، مصدر سابق، ص ٢٨٨.

(٣) د. محمد شتا أبو سعود، مصدر سابق، ص ١٠١.

(٤) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص٢٠٤ وما يليها وبصفة خاصة ص٢٠٥, القرار مشار الية لدى د. شريف محمد غنام , مصدر سابق ٥٤٣.

المطلب الثاني

تقدير قضاء التحكيم لإجراءات تخفيف الضرر

تخضع الإجراءات التي يتخذها الدائن لتنفيذ التزامه وتخفيف ما لحق به من أضرار الى تقدير هيأه التحكيم التي تنظر في النزاع عادةً . ولا يبدو أن ثمة صعوبات في الأمر، ذلك أن هيئة التحكيم تتمتع، في الواقع، بسلطة تقديرية واسعة. كما أن سلوك الدائن يتأثر بظروف الواقعة والعقد، الأمر الذي يفرض على هيئة التحكيم ان تأخذ بعين الاعتبار عند التقدير كل الوقائع وسلوك المتعاقد المدين بالالتزام. هذا وتلزم المادة (٧٧) من اتفاقية فيينا الدائن باتخاذ كافة التدابير المعقولة والملائمة للظروف للحد من الضرر. كما تتبنى ذات الموقف المادة (٨٨) من اتفاقية لاهاي. ولا شك في أن تحديد مدى معقولية او عدم معقولية التدابير التي يتخذها الدائن للحد من الضرر يخضع لتقدير هيئة التحكيم التي تنظر النزاع[1] . وأياً كانت الطريقة التي تنتهجها هيئة التحكيم في تقدير سلوك الدائن فإنها تواجه في بعض الحالات صعوبة حقيقية في تقدير إجراءات تخفيف الضرر. كما إنها يجب أن تأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية لكل متعاقد. وهذا ما سنتناوله في الفرع الاول والفرع الثاني.

الفرع الأول

الصعوبة الحقيقية في تخفيف الضرر في قرارات التحكيم التجاري الدولي ومراعاة الاعتبار الشخصي للدائن عند التقدير

قد تواجه هيئة التحكيم في تقدير سلوك الدائن صعوبات جمة في بعض حالات تقدير إجراءات تخفيف الضرر، كما أنها يجب أن تأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية لكل متعاقد، لذلك سنتحدث عن ذلك تباعاً في فقرتين:

---

(١) د. جمال محمود عبد العزيز، مصدر سابق، ص٤٥٩.

أولاً–صعوبة تقدير إجراءات تخفيف الضرر.

في بعض الحالات، قد ترجع الصعوبة في تقدير إجراءات تخفيف الضرر من قبل هيئة التحكيم الى طبيعة العقد ذاته. ففي عقود نقل التكنولوجيا، مثلاً من المتصور أن يواجه المشتري بعض الصعوبات في تسلم التكنولوجيا. كما لو كان استيراد تلك التكنولوجيا ممنوعاً في بلد المشتري بموجب قرار إداري يمنع استيرادها. كما لو فرض على استيرادها رسوم كجمركية باهظة تجعل استيرادها غير مفيد في مقابل التكنولوجيا الوطنية. ففي الحالات المذكورة لا يتمكن الدائن (مورد التكنولوجيا) من الاحتفاظ بها، لمصلحة المشتري لحين زوال العائق، حيث لا يعلم متى سيزول. فضلاً عما تقدم، فإن تسليم التكنولوجيا قد يتم في فترات معينة تكون لها أهمية كبيرة خلالها ،بحيث يصبح تسليمها بعد تلك الفترة غير مجد للمشتري ، وعندئذ لا يمكن أن نطلب من المورد البحث عن مشترين جدد لتخفيف الضرر الذي أصابه ،خاصة إذا كانت التكنولوجيا مصممة لخدمة أغراض معينة ،ولمشترٍ معين بذاته ولا يمكن أن تباع إلى غيره لسريتها مثلاً. ويحدث ذلك، عموماً، إذا كانت التكنولوجيا تخص الصناعات الحربية أو العسكريةً وإذا كان مستورد التكنولوجيا الدولة أو إحدى مؤسساتهاَ[1] . وفي المقابل قد يكون من صعوبة ان نطلب من المشتري البحث عن موردٍ أخر ذلك أن التكنولوجيا غالباً ما تكون متطورة الى درجة كبيرة أو تحيطها السرية التامة نظراً لطبيعتها أو لطبيعة المواد المستخدمة فيها.. كما أن المشتري غالباً ما يرغب في شراء التكنولوجيا من شركاتٍ بعينها ضماناً لجودتها وهو ما يتعارض مع فكرة البحث عن مورد أخر[2] . وأياً كان الأمر، فإن تقدير سلوك أي متعاقد تجاه الأخر يخضع للسلطة المطلقة لهيأة التحكيم التي تنظر في النزاع. فهي وحدها من يملك سلطة تقدير ما إذا كان سلوك المتعاقد يتسم بالمعقولية، فيكون الدائن بذلك نفذ التزامه بتخفيف الضرر، أو انه لا يتسم بالمعقولية فيكون قد خالف الالتزام المذكور[3] .

---

(١) د. صفاء تقي العيساوي، مصدر سابق ٢٩١.

(٢) د. جميل الشرقاوي، مصدر سابق ١٩٩.

(٣) د. نرمين محمد محمود الصبح، مصدر سابق، ص٥٣٦.

ثانيا: الأخذ في الاعتبار الظروف الشخصية للدائن عند التقدير.

إذا كان تقدير إجراءات تخفيف الضرر يخضع للسلطة التقديرية لهيأة التحكيم، فإن الظروف الشخصية للدائن الملتزم باتخاذ تلك الإجراءات تعد من أبرز وأهم العناصر التي تعتمد عليها هيأة التحكيم في معرض التصدي لتقدير تللك الإجراءات.فإذا كان المشروع الدائن يحتل مكانة هامة في التجارة الدولية ويحظى بمكانة دولية ومركز مالي جيد فإن ذلك سيسمح له دون شك باتخاذ الكثير من الإجراءات التي لا يمكن لمشروع أخر ان يتخذها[1] .و ترتيباً على ذلك يربط قضاء التحكيم ظروف الواقعة بهذه الاعتبارات الشخصية للدائن حتى يصل في النهاية إلى تحديد الإجراءات التي كانت متاحه امام هذا الدائن لتخفيف ما أصابه من ضرر. ومن تطبيقات ذلك، قرار التحكيم الصادر في القضية رقم (٢١٣٩)، والقرار الصادر في القضية رقم (٢١٤٢) لسنة ١٩٧٤. ففي هاتين القضيتين لم يوافق المحكمون على تعويض البائع عن كل الأضرار التي حاقت به، ورأوا أن يتحمل جزءاً منها على أساس أنه كان علية أن يعمل على تخفيف الأضرار التي نزلت به. وأشار المحكمون إلى المكانة الدولية الذي يحظى بها هذا المشروع الوطني باعتباره أحد مؤسسات الدولة التي تتمتع بنفوذ يسمح له بالاتصال بالمشروعات الأخرى وأن يجد مشترين أخرين لكميات البترول التي لم يتم تتسلمها المشروعات المشترية[2] ونجد تطبيقاً أخر لهذه الفكرة في القرار الصادر في القضية رقم (٢٢١٦) ل سنة١٩٧٤.ففي هذا القرار أيضاً أخذت هيئة التحكيم في اعتبارها، عند تقييم التصرفات التي قام بها الدائن، المكانة والاهمية التي يتمتع بها المشروع الوطني البائع. وقضت استنادا إلى ذلك بإن هذا المشروع كان من الواجب علية أن يجد حلا عادلا في نهاية شهر معين حددته الهيأة[3] . تعكس قرارات التحكيم الصادرة في مجال تخفيف الضرر بعض التناقضات في تقدير هيئات التحكيم للإجراءات التي يقوم بها الدائن حيث نجد أن هناك ثمة تناقضاً في تقدير المحكمين (أفرادا وهيئات) لإجراءات تخفيف الضرر في كل قضية. ومن أمثلة هذا التناقض ما حدث في القضية رقم (٧١٧٩) لسنة ١٩٩٢. وتتمثل وقائع هذه القضية في أن المشتري البلغاري لم ينفذ التزامه بتسليم البضاعة، كما أنه لم يقم بفتح الاعتماد المستندي المتفق عليه لصالح البائع الأسترالي. وقد أحتج

---

(١) د. صفوت ناجي بهنساي، مصدر سابق، ص٩٢.

(٢) قراران صادران من غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، وخاصة ص١٩٤-٢٣٨.

(٣) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص٢٢٤.قرار مشار الية لدى د. شريف محمد غنام. مصدر سابق، ص٥٤٧.

لتخلصه من المسئولية بوجود قرار صادر من الحكومة البلغارية بتأجيل سداد الديون الخارجية المستحقة على المشروعات التابعة لهذه الدولة بسبب اشتداد الأزمة الاقتصادية في بلغاريا.

ولم يفعل البائع تجاه رفض المشتري البلغاري تسلم البضاعة سوى أن قام بالحفاظ على البضاعة المبيعة. ومع ذلك قدر المحكم الفرد الذي نظر في النزاع أن البائع قد قام بكل ما في وسعه لتخفيف ما أصابه من ضرر، وبهذا لا يكون قد خالف الالتزام بتخفيف الضرر ويستحق بذلك مبلغ التعويض كاملا .هذا التقدير من جانب المحكم في هذه القضية يتعارض مع تقدير المحكمين لموقف البائعين في قضايا أخرى .فقد أشار المحكمون في هذه القضايا إلى واجب البائع في مثل هذه الظروف في البحث عن مشترين أخرين لبيع هذه المنتجات لهم ، وليس فقط الحفاظ على البضاعة المبيعة .وأنتهى المحكمون في هذه القضايا إلى أن البائع الذي لم يقم بهذا البحث يعد مخالفاً لالتزامه بتخفيف الضرر الذي حل به، وتجازيه المحكمة على هذه المخالفة بتخفيض قدر التعويض المستحق له في حين نجد في قضايا أخرى موقفاً مغايراً لقضاء التحكيم .ففي قضية الشركة الوطنية الليبية ضد شركةSun Oil ، رفضت هيأة التحكيم أن الشركة الليبية وان كانت تستحق التعويض ،إلا أنها لا تستحقه كاملاً بسبب عدم قيامها بالاستعانة بعمال من الباطن أو بمهندسين استشاريين أو مقاولين متخصصين ،أو أي شخص أخر لغرض القيام بأعمال البحث والتنقيب عن النفط التي تعذر على الشركة الأمريكية القيام بها بسبب صدور قرار من الحكومة الليبية يقضي بحظر التعامل مع الولايات المتحدة الأمريكية[1].

الفرع الثاني

تطبيقات الالتزام بتخفيف الضرر في قرارات تحكيم التجارة الدولية

تتنوع التطبيقات الخاصة بهذا الالتزام على مستوى التحكيم التجاري الدولي ، وذلك تبعاً إلى طبيعة العقد والظروف التي تستلزم توافر هذا الالتزام ،فضلاً عن صفة المتعاقد ومهنية واحترافه لممارسة العمل التجاري، لذلك نلاحظ أن هنالك تنوعاً وتبايناً في تطبيقات هذا الالتزام من قبل هيئات التحكيم التجاري الدولي

---

(١) القرار الصادر في القضية رقم ٢٢١٦ ،٢١٤٢،٢١٣٩، وكلها صادرة عام ١٩٧٤ ومشار اليها في المجموعة الأولى من القرارات، ص ٢٣٧،١٩٤،٢٢٤. قرار مشار الية لدى د. شريف محمد غنام، المصدرالسابق،٥٤٨. ومشار له أيادي د. صفاء تقي العيساوي مصدر سابق، ص٢٩٢.

، وعلى الرغم من عدم إمكانية إجراء حصر وتعداد لهذه التطبيقات ، إلا اننا سنكتفي بالأهم منها [1] لاسيما على مستوى العقود التجارية الدولية ،وبالذات مرحلة التفاوض لتعديل العقد الناتجة عن مشكلة التغير في الظروف ،والتي سنبينها على النحو الاتي:

أولاً–قبول عرض التنفيذ بشروط مغايرة نسبياً عما تم الاتفاق علية: فمن التطبيقات المهمة في الالتزام بتخفيف الضرر قبول الدائن للعرض المتقدم له من قبل المدين (المضرور من حالة التغير في الظروف) بشأن تنفيذ العقد بشروط تختلف نسبياً عما تم الاتفاق عليه ، على أن يكون ذلك العرض معقولا ولقد أقر التحكيم الدولي هذا المبدأ، والزم الطرف الدائن بضرورة قبول عرض المدين العاجز عن وفاء التزاماته بسبب حصول ظروف خارجة عن إرادته، ومن ذلك قرار التحكيم الصادر في القضية المرقمة (٥٥٢) لسنة ٢٠٠٧، الصادر بتاريخ ٢٥/يناير/٢٠٠٩،والتي تتلخص وقائعها بقيام الشركة المدعية (الشركة الدولية للطاقة) بمطالبة المدعي عليها (الهيأة العامة للبترول في إحدى الدول الأفريقية) ، بمبلغ تعويض يزيد عن(٧)ملايين دولار لإخلال الأخيرة بالتزاماتها بتوزيع (سبع)شحنات من الوقود ، وقد دفعت الهيأة المدعي عليها بحصول حالة من التغير في الظروف واختلال في التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة لاختلاف أسعار الوقود عالمياً. فضلاً عن صدور تعليمات جديدة تقيد عملها ،لذلك فقد قامت بتوريد عدة شحنات بمواصفات أقل نسبياً بما تم الاتفاق عليه، إلا أن الشركة المدعية رفضت استلامها مما أدى إصابة الهيأة المدعي عليها بأضرار جسيمة ،لذلك قررت الهيأة التحكيمية (أنه من المبادئ المهمة التي جرى التعامل التجاري الدولي عليها هي الالتزام بتخفيف الضرر ،لذلك وبالنظر إلى حالة التغير الخارجة عن إرادة الطرف المدين ،كان الأجدر بالدائن أن يقبل هذه الشحنات ولو كانت بمواصفات أقل نسبياً عما تم الاتفاق علية وذلك استنادا على واجب تخفيف الضرر المنصوص عليه في المادة (٢٢١)من القانون المدني المصري "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد بنص القانون،....." ،وهو القانون الواجب التطبيق ،لذلك أشارت الهيأة التحكيمية إلى عدم استحقاق الشركة المدعية للتعويض عن الشحنات التي تم عرض تنفيذها من المدين، إلا أنها رفضت ذلك العرض ،وعلية

---

(١) لمزيد من التفصيل حول تطبيقات هذا الالتزام انظر: د عادل أبو هشيمة، مصدر سابق، ص١٤٩ومابعدها، و د. صفاء تقي العيساوي، مصدر سابق، ص٢٧٥ومابعدها. وايضاً د. ناجي عبد المؤمن، مصدر سابق، ص٨٨–٨٩، وكذلك د. ميثاق طالب الجبوري، مصدر سابق، ص٧٠٢.

سيقتصر طلب التعويض على الشحنات التي لم تنفذ ولم يتم عرض تنفيذها في المواعيد المتفق عليها[1] وكذلك القرار التحكمي الصادر في القضية رقم (٢٤٧٨)لسنة ١٩٧٤،حيث أوضحت الهيأة التحكيمية انه طالما الأطراف لم يتفقوا على مقدار الزيادة في الأسعار بسبب تغير الظروف ،فإنه يجب على الشركة المدعية (الفرنسية)أن تقبل العرض المقدم إليها من قبل المدعي عليها(الشركة الرومانية)، ولو كان أقل من الأسعار العالمية مادام معقولاً، وذلك بهدف تخفيف مقدار الضرر الذي تعرضت اليه الشركة المدعى عليها[2]، كما تجدر الإشارة هنا إلى أن الدائن لا يمكنه قبول عرض التنفيذ المقدم من قبل المدين إلا إذا كان يتوافق مع احتياجاته التعاقدية وأن لا يؤدي إلى تعديل أساسي في توازنات العقد، وأن لا يزيد من ضرر الدائن بشكل جوهري[3].

ثانياً–عدم إبرام عقود جديدة أو صفقات مماثلة قبل الانتهاء من عملية التفاوض لتعديل العقد.

حيث يشكل هذا المبدأ أحد التطبيقات المهمة للالتزام بتخفيف الضرر أثناء فترة التفاوض لتعديل العقد، ومضمونة ضرورة التزام الطرف الدائن بعدم إقامة علاقات عقدية جديدة بذات موضوع العقد الذي تدور المفاوضات بخصوصه؛ لأنه قد يؤثر في مستقبل هذه المفاوضات ،وهذا ما أكده ايضاً التحكيم التجاري الدولي في بعض قراراته، ومنها القرار الصادر في القضية رقم (٢١٠٣)لسنة ١٩٧٢، حيث جاء فيه انه لا يمكن للطرف المضرور أن يسعى إلى إقامة علاقات جديدة أثناء عملية التفاوض لتعديل العقد مع الطرف الأخر ،مادام من الممكن التوصل إلى حلول مناسبة لمشكلة التغير في الظروف التي تعترض تنفيذ العقد ،من أجل الإبقاء والمحافظة على استمرار هذه العلاقة العقدية[4] وتأكد هذا المبدأ أيضاً في القرار التحكمي الصادر في القضية رقم (٥٥١٤) لسنة١٩٩٠، والتي تتلخص وقائعها في أن إحدى الدول كانت ملتزمة بتمويل عملية إنشاء مصنع ،أنفقت هذه الدولة على تحويل مبالغ تكلفة عملية الإنشاء إلى المقاول إلى أربعة دفعات ،إلا أنها لم تقم إلا بتحويل دفعتين ،ولمواجهة هذا الموقف قامت الشركة المكلفة بعملية

---

(١) هذا القرار منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد (١٣)، يناير ٢٠١٢، ص٤٧٤.ها القرار مشار الية لدى د. ميثاق طالب الجبوري , مصدر السابق ،٧٠٣.

(٢) هذا القرار منشور في مجلة القانون الدولي (Clune) لسنة ١٩٧٥، ص٩٢٥.ها القرار مشار الية لدى د. ميثاق طالب الجبوري، المصدر السابق، ص ٧٠٤.

(٣) د. ميثاق طالب الجبوري، المصدر السابق، ص ٧٠٤.

(٤) هذا القرار منشور في مجلة القانون الدولي (Clune) لسنة ١٩٧٤، ص٩٠٢.

الإنشاء بعمل قرض قصير المدة للتغلب على هذه المشكلة .ثم بعد فترة من الزمن وبعد الفشل في التوصل إلى اتفاق مع الدولة الممولة ، استبدلت القرض قصير المدة بأخر طويل المدة ،وقد اعترضت الدولة على هذا الإجراء بحجة أن الشركة المنفذة لم تقم بأداء التزاماتها بتخفيف الضرر ،لأنها لم تقم بإبرام عقد القرض طويل المدة في البداية ، وبعد عرض الأمر على هيئة التحكيم عدت ما قامت به الشركة امراً معقولاً ومقبولاً؛ لأنها لجأت إلى قرض قصير المدة ،لاسيما أن المفاوضات لم تنقطع بعد مع تلك الدولة ، وكان لدى هذه الشركة أمل في التوصل إلى حل مناسب ،ولما تأكدت الشركة المنفذة أن الدولة لن تدفع باقي الأقساط ،استبدلت القرض قصير المدة بأخر طويل المدة ،حيث أكدت هيئة التحكيم أن(هذه الشركة قد تصرفت بمعقولية وعدالة من وجهة النظر التجارية لتخفيف الضرر الذي قد حصل)[1].

ثالثاً–بذل الجهود المعقولة من قبل الأطراف للحفاظ على البضائع الموجودة في حيازتهم:

فقد يحصل في كثير من الأحيان أن تؤدي مشكلة التغير في الظروف لاسيما في بعض العقود مستمرة التنفيذ؛ كعقود النقل أو البيع الدولي، إلى عدم إمكانية تسليم البضائع في موعدها المقرر ؛ وطالما أن حل هذه المشكلة يحتاج إلى وقت لاستكمال إجراءات الإخطار و التفاوض لتعديل العقد ،فضلاً عن احتمالية وقف تنفيذ العقد بشكل مؤقت ، فتثور مشكلة أخرى هي مصير هذه البضائع أو السلع ، خاصة إذا كانت سريعة التلف أو معرضة إلى انخفاض الأسعار ،فهنا تبرز أهمية الالتزام بالحفاظ على هذه البضائع والتصرف بها بأسرع وقت لتقليل نسبة الأضرار التي من الممكن أن تلحق بها ،وهذا ما أكده التحكيم التجاري الدولي في العديد من قراراته، منها القرار الصادر في القضية المرقمة (٧١٩٧) لسنة١٩٩٢، التي أكد فيها المحكم انه(لا يتضح هنا أن المدعي (البائع) قد خالف الالتزام بتخفيف الضرر المنصوص علية في المادة (٧٧) في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع التي نصت على أنه" يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفه العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة..." ،وأن هذه الإجراءات (إجراءات الحفاظ على البضاعة)، تفرض نفسها في هذا العقد، دونما وجود أتفاق تعاقدي حول ذلك. كما أن المصاريف

---

(١) هذا القرار منشور في مجلة القانون الدولي (Clune) لسنة ١٩٩٢،ص١٠٢٢.هذا القرار مشار الية لدى د. ميثاق طالب الجبوري ، مصدر سابق،ص٧٠٥.

المبذولة في سبيل الحفاظ عليها يجب ألا تزيد عن القيمة الحقيقية للبضائع)[1] .كذلك القرار الصادر في القضية المرقمة (٩٥٩٤)في مارس١٩٩٩،بين إحدى الشركات الإسبانية وأخرى هندية ،والتي أوضحت فيها الهيأة التحكيمية انه(١- يجب على المدعي أن يتخذ جميع الإجراءات والخطوات المعقولة للتخفيف من وطأة الضرر الواقع والناتج عن إخلال المدعي علية في تنفيذ العقد نتيجة لحالة التغير في الظروف ، وأنه لا تحق له المطالبة بالحصول على تعويضات عن الخسائر التي كان بإمكانه تجنبها ، لكنه تكاسل وتخلف عن تجنبها ،بسبب ركونه عن الجانب السلبي أو أتخاذه وسائل غير معقولة في التصدي لها ،أو تعمده عدم اتخاذه وسائل معقولة في التصدي لها ،فضلاً عن عدم أتخاذه تدابير تقلل من تلك الخسائر أو تمنعها ،٢- يحق للمدعي أن يحصل على التعويض عن الخسائر التي نتجت عن أي خطوات معقولة حاول أتخاذها في الحفاظ على البضائع أو بيعها من أجل التقليل من الخسارة أو تفاديها، ٣-أوضحت الهيأة التحكيمية أن هذا الواجب في التخفيف من الخسائر لا يمثل واجبه حيال نفسه، بل واجبه حيال "المدعي عليه").وقد خلصت هيئة التحكيم في هذه القضية إلى أن الطرف المدعي لا يستحق أي تعويضات بسبب عدم تنفيذ المدعي عليه للالتزامات التعاقدية بسبب تغير الظروف ،بل كان يجب عليه أن يبذل مزيداً من الجهود لتقليل الخسائر؛ إما من خلال إجراء مزيد من المفاوضات وقبول العروض المعقولة المقدمة من المدعي عليه، وإما اتخاذ التدابير اللازمة والمطلوبة لإصلاح الضرر[2].كما أكدت الهيأة التحكيمية ذلك المبدأ ايضاً في القضية رقم (٢٢١٦) لسنة ١٩٧٤، حيث أوضحت أن الطرف المدعي كان يجب عليه أن يبذل قصارى جهده لبيع كميات البترول الموجودة لدية إلى مشترين أخرين ، بعد أن فشلت المفاوضات بينه وبين الطرف الآخر ،وذلك لتقليل من حجم الخسائر المتوقعة[٣]

رابعاً-تحمل الأضرار الناتجة عن حالة التغير في الظروف بالتساوي:

وهذا ما أكدته بعض القرارات التحكيمية التي أشارت إلى أن الحالة الاستثنائية التي تنتج عن مشكلة التغير في الظروف يجب أن لا تلقي بتبعاتها على عاتق أحد الأطراف دون الأخر، بل يجب أن تتوزع بين الأطراف

---

(١) هذا القرار منشور في مجلة القانون الدولي (Clune) لسنة ١٩٩٣، ص١٠٣٥.ها مشار الية لدى د. ميثاق طالب الجبوري، مصدر السابق ٧٠٦.

(٢) هذه القضية مشار اليه لدى د. ميثاق طالب الجبوري، مصدر السابق، ص٧٠٧.

(٣) ها القرار منشور في مجلة القانون الدولي (Clunet) لسنة ١٩٧٥، ص٩١٧.

جميعاً، كما في القرار التحكيم الصادر من غرفة التحكيم اليوغسلافية ،الذي أكد أن عدم احترام البائع اليوغسلافي لالتزاماته وإن كان مرجعة حالة التغير في الظروف ،إلا أن الأضرار الناتجة عن هذه الحالة يجب أن يتحملها طرفا العقد بالتساوي[1].وبالمعنى ذاته أكد القرار التحكمي الصادر في القضية رقم (٥٥٢) في يناير ٢٠٠٩،الذي نص على انه(تجب مراعاة هذه الظروف الطارئة الخارجة عن إرادة الأطراف عند ترتيب آثار العقد ،ومنها التعويض بما لا يخل بالتوازن المالي للعقد ؛ حيث يجب أن تتوزع آثار هذه الظروف بين طرفي العقد ولا يتحملها طرف دون آخر)[2] .وهذا الموقف ذاته أكده القرار التحكمي الصادر في القضية رقم (٤٨٤) لسنة٢٠٠٦،عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ،حيث أكدت الهيأة التحكيمية على أن مقدار الزيادة الاستثنائية غير المألوفة التي طرأت نتيجة لارتفاع أسعار العملات الأجنبية ،يجب أن توزع مناصفة بين الطرفين (المحتكم والمحتكم ضده)؛لأنه ليس من العدالة أن يلقي عبئها على عاتق المحتكم وحده[3].

---

(١) هذه القضية مشار إليها في د. ناجي عبد المؤمن، مصدر سابق، ص٨٨-٨٩.

(٢) هذه القضية منشورة في مجلة التحكيم العالمية عدد يناير ٢٠١٢، ص٤٧٣.ها القرار مشار الية لدى د. ميثاق طالب الجبوري، مصدر سابق، ص٧٠٨.

(٣) هذا القرار منشور في مجلة التحكيم العالمية ،العدد ٩ ،كانون الثاني (يناير)،٢٠١١،ص٦٣٥ وما بعدها ، كما وأكد أحد القرارات التحكيمية الصادرة في القضية رقم(٣٣٤) لسنة ٢٠٠٣،،أن الأطراف يجب عليهم أن يبذلوا كل ما في وسعهم وفقا لما تفتضيه الأصول والمواصفات الفنية المتعارف عليها مع عدم الأضرار بأي منهما والعمل على تحقيق المصلحة المشتركة لكلا الطرفين ، وفقاً لما استهدفاه من أبرام العقد دون نقص أو زيادة، على أن يؤخذ بالاعتبار ما تستلزمه طبيعة العقد ، وما جرى عليه العرف وقواعد العدالة من عناصر ضرورية للتنفيذ والتي تختلف من عقد إلى أخر ،وهذا مؤكد ضرورة اقتسام أثار السلبية التي تنتج من مشكلة التغير في الظروف بين الأطراف ،وعدم اقتصارها على طرف دون أخر ، انظر في ذلك القرار التحكمي الصادر في جلسة ٢٠٠٤/١/٢٠،من قبل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري والدولي ،منشور في مجلة التحكيم العربي ،العدد٧ ،يوليو ٢٠٠٤،ص١٧٧.

المبحث الثاني

جزاء الإخلال بالالتزام بتخفيف الضرر

يترتب على عدم قيام الدائن باتخاذ الإجراءات المعقولة لتخفيف الضرر، اعتباره مرتكبا مخالفة صريحة لمبدأ حسن النية مما يشكل خطأ يؤدي الى إلزامه بالتعويض لمصلحة المدين بالعقد. وعلية سندرس بالتعاقب جزاء الاخلال بالالتزام بتخفيف الضرر بتقسيم المبحث الى مطلبين الأول يتضمن أثبات خطأ الدائن والمطلب الثاني التعويض كجزاء على عدم تنفيذ التزامه.

المطلب الأول

أثبات خطأً الدائن

الأصل أن أثبات عدم قيام الدائن بتخفيف الضرر يقع على عاتق من يدعيه أي المدين بالالتزام[1] . بيد أن قرارات التحكيم التجاري الدولي تكشف لنا، في الواقع، عن بعض التناقض في موقف هيئات التحكيم بهذا الصدد. بالإضافة إلى أن تلك الهيئات قد ترى أن تأخر الدائن عن تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر له ما يبرره [2] لذلك نبحث على التعاقب في فرعين من يقع عبء أثبات خطأ الدائن، (المدين بالالتزام بتخفيف الضرر)؟ وما هي حالات التأخير المشروع الذي تبرره عدم الوفاء بالالتزام المذكور في نظر محكمي التجارة الدولية؟

الفرع الأول

عبء أثبات المكلف في تخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية

من المبادئ الرئيسية في قانون الإثبات أن البينة على المدعي؛ أي أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي , فما دام هو الذي يدعي تغيراً في الأوضاع القانونية القائمة، فهو الذي يقع على عاتق المدعى، فهو الذي يقع علية أثبات هذا التغير[3] وتنص على هذه القاعدة المادة الأولى من قانون الأثبات العراقي؛ إذ يجري نصها

---

(١) د. شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص٣٠. د. أحمد عبد الفتاح اللقاني، أحكام التعويض عن الأخلال بالعقد مجلة أدارة قضايا الحكومة العدد الثالث، السنة الرابعة عشر، القاهرة،١٩٧٠، ص٦٠٧.

(٢) د. صفاء تقي العيساوي، مصدر سابق، ص ٢٩٣.

(٣) د. محسن عبد الحميد أبراهيم البيه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة،١٩٩٦-١٩٩٧، ب ند٤٧، ص٦٢.

كالتالي " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه[1] وتواتر أحكام محكمة النقض على تأكيد هذه القاعدة أيضاً[2] .ويقصد بالمدعي كل شخص يدعي شيءً خلاف الأصل أو الوضع العادي للأمور ، سواء كان هذا الشخص مدعياً أصلاً في الدعوى أو مدعي عليه فيها [3] ويطبق قضاء التحكيم هذا الأصل في عدد من قراراته ،إلا أنه في قرارات أخرى يقلب عبء الإثبات فيضعه على عاتق الدائن .ومن القرارات التي يضع فيها قضاء التحكيم عبء إثبات عدم قيام الدائن بتخفيف الاضرار التي يتحملها، على عاتق المدين، القرار الصادر في القضية رقم (٧١٧٩) لسنة ١٩٩٢، ففي هذه القضية قام البائع بإجراءات المحافظة على البضاعة التي لم يتسلمها المشتري بسبب القرارات الإدارية الصادرة من حكومة دولته .ومع ذلك ادعى المشتري أمام هيئة التحكيم أن البائع لم يقم بالإجراءات الضرورية لتخفيف أضراره دون أن يقيم الدليل على ذلك .رفضت هيئة التحكيم هذا الادعاء استناداً إلى أن المشتري لم يقدم أي دليل يؤيد ادعاءه بأن البائع قد خالف التزامه بتخفيف ما أصابه من ضرر[4].وفي القرار الصادر في القضية رقم (٢٤٧٨) لسنة ١٩٧٤ أثبت المدين خطأ الدائن بعدم قبوله العرض المقدم منه بتنفيذ التزامه بسعر أكبر من السعر التعاقدي ولكنه أقل في نفس الوقت من الأسعار على مستوى الأسواق العالمية . وقد أشار المحكمون إلى واجب المدعي عليه (المدين) في هذا الإثبات[5] . وتطبيقاً لقواعد العامة في الإثبات يجوز للدائن في هذه الحالة إثبات عكس ما يدعيه المدين حتى يستحق مبلغ التعويض كاملاً غير منقوص. ومع ذلك، قد يضع قضاء التحكيم، في بعض الحالات، عبء الإثبات على عاتق الدائن نفسه لا على عاتق المدين. ففي بعض القرارات الزم المحكمون الدائن، عند تقديمه طلب التعويض أن يثبت أنه قد أتخذ كل الإجراءات المفيدة لتخفيف نطاق الضرر الواقع عليه. ففي هذه القرارات يفترض المحكمون على عكس الحالة السابقة، أن هناك قرينة بسيطة يجوز للدائن إثبات عكسها بأن يثبت أنه قد قام بهذه الإجراءات، ويستحق بذلك مبلغ التعويض كاملا. ومثال لهذه الحالة القرار الصادر في القضية رقم (٣٣٤٤) لسنة ١٩٨١، ففي هذه القضية

---

(١) المادة الأولى من القانون رقم ٢٥لسنة ١٩٦٨، وارد في الجريدة الرسمية ال عدد٢٢ بتاريخ ٣٠ مايو،١٩٦٨.

(٢) د. شريف محمد غنام، مصدر سابق،٥٥١.

(٣) د. شريف محمد غنام، المصدر السابق، ص ٥٥١.

(٤) د. شريف محمد غنام، المصدر السابق، ص٥٥٢.

(٥) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص٢٣٣.

أكدت هيئة التحكيم أنه على المشروع (Y)أن يثبت أنه قام بالإجراءات الضرورية لتخفيف أضراره[1] ومثال ذلك ايضاً القرار الصادر في القضية رقم (٢١٠٣) لسنة ١٩٧٢، حيث أشار المحكم إلى واجب الشركة الفرنسية (A) في أن تقيم الدليل على أنها قد حاولت أبرام عقود جديدة مع متعاقدين أخرين لتقليل الخسائر التي أصابتها [2]. ويرى بعض الفقه أن قلب عبء الإثبات في هذا الصدد أصبح عادة لدى المحكمين في التجارة الدولية . فالدائن هو الملزم بإثبات أنه قام بكل ما في وسعه لتخفيف ما لحقه من ضرر[3] .

الفرع الثاني

التأخير المشروع في اتخاذ إجراءات تخفيف الضرر

يقصد بالتأخير المشروع المدة الزمنية التي يبقى خلالها الدائن غير متخذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ التزامه بالتخفيف من الضرر ، دون ان يكون مخالفاً ذلك الالتزام ، حيث لا يسأل الدائن عن امتناعه عن أتخاذ إجراءات تخفيف الضرر في هذه الفترة طالما كان ذلك ،راجعاً إلى أسباب معقولة .فالأصل ، هو أن يمهل الدائن المدين فترة من الوقت كي يتمكن من تدبير أموره والبحث عن وسائل جديدة لتنفيذ التزامه، ولا يمكن نسبة تقصير ما أو إهمال إليه خلال هذه الفترة لأن تأخيره في اتخاذ إجراءات تخفيف الضرر انما كان بغية فسح المجال أمام المدين وإعطائه فرصة أخرى للتنفيذ[٤]وبهذا الصدد، تذهب هيأة التحكيم التابعة إلى غرفة التجارة الدولية في أحد قراراتها إلى أنه(...ولا لوم على المشروع الوطني في أن يتوقع من المتعاقد الأخر أنه سوف يقوم بتنفيذ التزامه، أن ينتظر فترة لحين تحديد موقف هذا المتعاقد الأخر في هذا الصدد)[5].وفي قضية أخرى أكد المحكم الفرد الذي نظر النزاع على أنه (... وأن البائع المصري لم يخالف التزامه بتخفيف الضرر عندما تأخر في البحث عن مشترٍ أخر لبيع المنتجات محل العقد لاسيما وأنه كان ينتظر حلاً و دياً مع المشتري ،وخاصة أن هذا المشتري هو الذي طلب تمديد التسليم)[6].وذات الموقف

---

(1)قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، وارد في المجموعة الأولى من القرارات، ص٤٣٣ومابعدها.

(2) قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية، المجموعة الأولى من القرارات، ص٢٠٤.

(3) د. شريف محمد غنام , مصدر سابق، ص٥٥٢.

(4) د. صفوت ناجي بهنساي، مصدر سابق، ص٩٢.

(5) القرار رقم (٥٥١٤) لسنة ١٩٩٠، مشار الية لدى نرمين محمد محمود الصبح، مصدر سابق، ص٣٠٠.

(6) القرار رقم (٦٨٤٠) لسنة ١٩٩١، د. كمال أبراهيم , مصدر سابق، ص٩٨.

لقضاء التحكيم نجده في القرار الصادر في القضية رقم(٢١٠٣)لسنة ١٩٧٢، إذا لم ينتقد المحكم الفرد الذي نظر النزاع موقف الشركة الفرنسية عندما انتظرت لفترة من الوقت توقعت خلالها متابعة العلاقات مع المتعاقد الآخر .وقد جاء في القرار التحكمي :(من المشروع والطبيعي ألا تبحث الشركة (A) اثناء هذه المدة عن مشترين أخرين تقيم معهم علاقات جديدة شبيهة بالعلاقات التي كانت لها مع الشركة(B)...)[1].

المطلب الثاني

التعويض كجزاء الإخلال بالالتزام بتخفيف الضرر

يهدف التعويض إلى جبر الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي ، ولابد من توافر العديد من الشروط لكي يحكم القاضي أو المحكم للدائن بالتعويض، لذلك سنبحث في هذا المطلب ماهية التعويض والقواعد الخاصة في تقدير التعويض في حالة فسخ العقد وذلك في الفرع الأول ، الفرع الثاني إلى جزاء التعويض في اتفاقية فيينا ١٩٨٠، الفرع الثالث سنخصصه إلى أحكام تحديد التعويض كجزاء الأخلال بالالتزام بتخفيف الضرر.

الفرع الأول

معنى التعويض كجزاء الاخلال بالالتزام بتخفيف الضرر

التعويض باعتباره أثر وجزاء المسؤولية المدنية ، يتمثل في إزالة أو جبر الضرر الذي أصاب المضرور ، نتيجة لمخالفة الطرف الآخر للالتزامات الواردة بالعقد [٢] لذلك فالمقصود بالتعويض تصحيح التوازن الذي أختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه، وذلك بإعادة المضرور، على حساب المسئول الملتزم بالتعويض ،إلى الحالة التي كان مفروضاً أو متوقعاً أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار، فالتعويض هو جزاء ومقابل الضرر الذي أصاب المضرور ، ولما كان الضرر يتمثل في الاعتداء على حق أو مصلحة للمضرور فإن

---

(١) القرار رقم (٢١٠٣) لسنة ١٩٧٢، د محمد شتا أبو سعد، مصدر سابق، ص١٧٧.

(٢) د.أ براهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض جامعة الكويت ،١٩٩٥، رقم٣، ص١٣.

التعويض يتمثل بالتالي في إزالة أثر الاعتداء على حق أو مصلحة للمضرور[١].والتعويض كان عينياً أو نقدياً مصطلح عام يشمل تعويض الاضرار المالية وغير المالية أي "الادبية" التي تصيب المضرور ويقصد به في نظام القانون العام Common Law، ومثالة القانون الإنجليزي، بأنه جزاء للإخلال بالعقد ،[٢] كما ويعد التعويض جبر للضرر الواقع على الطرف المضرور نتيجة للإخلال بالعقد من الطرف الآخر ،والحكمة من هذا التعويض [٣]هي إثبات عدم احترام حق قانوني ،ويكون التعويض تعويضاً كاملاً عن الضرر الحادث ، وذلك إذا ما أثبت الدائن وقوع ضرر له نتيجة للإخلال بالعقد[٤]إما في القانون الأمريكي قفد جعل التعويض جزاءً أصلياً فقط لا يحق المطالبة به مع غيره من الجزاءات الأخرى[٥].بينما في القانون الفرنسي في المادة(١٢١٧) اجاز المشرع الفرنسي الجمع بين رفض التنفيذ او التنفيذ الجبري وتخفيض الثمن وفسخ العقد اضافة الى التعويض . ويختلف التعويض باختلاف مدى الضرر ، والقاعدة هي أنه إذا ما أصيب أحد المتعاقدين بخسارة نتيجة للإخلال بالعقد، فإنه يوضع ،إلى الحد الذي يسمح المال بتحقيقه، في ذات المركز الذي كان سيبلغه فيما لو نفذ العقد [٦] وقد نص القانون المدني المصري في المادة (٢١٥)رقم(١٣١)لسنة١٩٤٨[٧]،حيث أوجبت هذه المادة على المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً فإذا أستحال عليه ذلك وجب عليه أن ينفذه عن طريق التعويض ،وذلك إذا كانت هذه الاستحالة ناشئة عن سبب أجنبي لا يد له فيها . ويجوز التعويض عن الضرر الأدبي الذي يلحق بالدائن من جرى إخلال المدين بتنفيذ التزامه وهذا ما أجمعت عليه آراء الفقهاء

---

(١) د. سهير شرف أبراهيم، مصدر سابق ٣٠.

(٢) د. محسن شفيق، مصدر سابق ٢٣٩.

(٣) د. محمد أبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، الإسكندرية ،١٩٧٢، ص٣ومابعدها.

(4) The normal remedy for breach of contract is the recovery damages at common law, cuddlee V. Rutter-1720-1.p.570.

(٥) د. محمد صلاح عبد اللاه محمد، النظام القانوني للتنفيذ عقد البيع التجاري الدولي والحيلولة دون فسخه كلية الحقوق – جامعة القاهرة،، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٢٠، ص٧٢٧.

(٦) د. سهير شرف أبراهيم، المصدر السابق ٣١.

(٧) نصت المادة (٢١٥) مدني مصري على انه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لأيد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

أحكام القضاء وهذا ما نصت عليه المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري[١].إما القانون المدني العراقي فقد نص في المادة(٢٠٥)مدني عراقي على أنه (يتناول حق التعويض عن الضرر الأدبي فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفة أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض...)وكذلك نصت المادة (٢١١) مدني عراقي على أنه "أذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لابد له فيه كأفه سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص أو أتفاق على غير ذلك "وعلى ذلك يمكن تقسيم حالات التعويض إلى نوعين تبعاً لنوع الإخلال ،فإما أن يكون الإخلال ناتج عن عدم التنفيذ لالتزام من الالتزامات الواردة بالعقد أو التنفيذ للالتزام ولكن على نحو معيب ،وإما أن يكون عن طريق التأخير في تنفيذ إحدى هذه الالتزامات .وأن كان ذلك لا يمنع من اجتماع النوعين معاً[٢]وبذلك تشترط معظم التشريعات لاستحقاق التعويض في نطاق المسؤولية العقدية أن يكون هنالك إخلالاً تعاقدي من جانب الطرف المدعي علية، أن يلحق الطرف المدعي ضرر من جزاء هذا الإخلال مع توافر علاقة السببية بين الإخلال بالعقد والضرر ،يشمل ما لحق المدعي من خسارة وما فاته من كسب ،ولا يتم التعويض إلا عن الضرر المتوقع وقت أبرام العقد، وينقسم التعويض في عقود التجارة الدولية إلى ثلاث أنواع :

النوع الأول: التعويض الاتفاقي: أوما يسمى (الشرط الجزائي) [٣]

فهذا الشرط يعد أتفاق بين الطرفين المتعاقدين في عقود التجارة الدولية سابق على تقدير التعويض، وذلك في حالة إخلال المدين سواء كان (مورداً أو مستورداً) بتنفيذ التزامه العقدي سواء بعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخير فيه [٤]. ويعتبر هذا الشرط في نظر الفقه من العناصر العرضية في العقد ، وذلك لدخوله في مضمون

---

(١) د. مراد محمود المواجدة، مصدر سابق ٣٦٤.

(٢) قارن في ذلك، أد. عبد المنعم البدراوي ،النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ،الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ،طبعة ١٩٨٧،رقم ٣٢،ص٥٠.

(٣) (وهو عبارة عن أتفاق مسبق بين الطرفين المتعاقدين على تقدير التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في تنفيذه) مشار الية د. عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٦، ص٢٤٤.وقد عرف أيضا بإنه أتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه. مشار الية لدى د. مراد محمود المتواجدة، المصدر السابق، ص ٣٦٥.

(٤) د. مراد محمود المواجدة، المصدر السابق، ص ٣٦٥.

الاتفاق ،وأن كان يعد شرطاً تبعياً منظماً لجزاء الإخلال بالالتزامات الأصلية التي تنشأ عن هذا العقد[1]وأن مقتضى الشرط الجزائي هو حلول الجزاء محل التعويضات ،حيث أن هناك ضرر لحق بالدائن من جراء عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي ،سواء بشكل كلي أو جزئي أو من جراء تأخره عن هذا التنفيذ فالأضرار التي لحقت الدائن تنشئ له حقاً بالتعويض عنها طبقاً لما ورد في القواعد العامة، فيحل الجزاء الذي أتفق عليه المورد والمستورد محل هذه التعويضات ،ويترتب على ذلك أن الجزاء لا يستحق إلا إذا توافرت أركان المسؤولية العقدية في حق المدين، بما ترتبه من حق للدائن في طلب التعويض من المدين ،أما إذا كان عدم التنفيذ أو التأخير فيه ناتج عن سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، فإن الدائن لا يكون في استطاعته أن يطالبه بتعويض الضرر الذي لحقه، وبالتالي لا يستحق تعويضاً ولا ينشأ له حق في إعمال الشرط الجزائي استناداً إلى أن هذا الشرط يحل محل الحق في التعويض والحق في التعويض لم يقم ،ولا شك أن هذا يعني أن الدائن ملزم بإثبات توافر إركان المسؤولية العقدية قبل مدينه ،حتى يطالب بالجزاء بمقتضى الشرط الجزائي ،بل أنه يكتفي بإثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في تنفيذه ،وذلك لكي يقوم حقه في مبلغ الجزاء أما المدين فيعفى من هذا الجزاء إذا أثبت توافر السبب الأجنبي الذي دفعه لعدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذه[2] إما المشرع المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ في المادة (٢٢٣) للمورد وللمستورد أن يتفقا على تحديد مقدار التعويض الذي يتعين على المدين أن يدفعهُ للدائن في حالة اخلال الأول بتنفيذ ما يرتبهُ في ذمته من التزامات ، وقد يرد هذا الاتفاق في ذات العقد أو في اتفاق لاحق عليها أن استَحقاق مقدار الشَرط الجزائي بمجرد اخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي دون أن يكون على عاتق الدائن ان يثَبت ذلك, وهذا ما اراد أن ينَفي المسؤولية من اجل عدم حصول الدائن على مقدار هذا الشرط فعليه اثبات انه ليس هناك ثمة ضرر قد لحق الدائن أو أن هذا الضرر لحقه بسبب اجنبي ليس للمدين يد فيه وهذا ما ورد بنص المادة (١/٢٢٤) ولقد اعتبر المشرع المصري في المادة (٣/٢٤٤)ان احكام الشرط الجزائي تعد من النظام العام، وبالتالي فانه ليس في وسع المورد والمستورد الاتفاق على خلافه أو استبعاده ما كان هذا القانون هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع ,ولا شك أن هذا الشرط يعد باطلا أذا كانت قيمته تافهة أي الذي تضمن اعفاء من المسؤولية او تخفيفها , وكذلك لا يَجوز أن

---

(١) د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، دون ناشر وتاريخ نشر، ص٤١.

(٢) د. رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ،رسالة دكتوراة ،كلية الحقوق– جامعة القاهرة ،١٩٩٤،ص٢٩٧.

يكون مقدار الَشرط الجزائي مبالغاً فيه من أجل التحايل على قواعد قانونيه تتعلق بالنظام العام, كذلك فان الاتفاق على استَبعاد سلطه المحكمة المختصة سواء بالزيادة أو النقص يَعد باطلاً .لان ذلك كله مخالفاً للنظام العام. وقد أجاز القانون العراقي وفق المادة (١٧٠) مدني عراقي الأحكام المرتبطة بالمادة (١- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في أتفاق لاحق ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد ١٦٨و٢٥٦و٢٥٧و٢٥٨.

٢- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل أتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة.

٣- أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة ألا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً.) [١]

النوع الثاني: التعويض القضائي

إن قانون التجارة الموحد الأمريكي لم يعطي القاضي مطلق الحرية في تحديد قيمة التعويض ،إنما حدد سبل استرشاديه في التحديد يلتزم القاضي باتباعها ففي حالة أمتناع المشتري عن استلام البضائع فأن البائع يكون له حق المطالبة بالتعويض في حالة امتناع المشتري عن استلام البضاعة ، ويكون التعويض على أساس الفرق بين السعر المحدد في العقد والسعر الذي تمت به إعادة بيع البضاعة ،وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة (٢-٧٠٦) والتي نصت على أنه "يجوز للبائع أن يعيد بيع البضائع المعنية أو الرصيد غير المسلم منه ،عندما تكون أعادة البيع بحسن نيه وبطريقه معقوله تجارياً ،ويمكن للبائع استرداد الفرق بين سعر إعادة البيع وسعر العقد وذلك بخلاف الأضرار العرضية"[٢].نفهم من ذلك ان في حالة أمتناع المشتري عن استلام

---

(١) نصت المادة (٢٢٣) مدني مصري انه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أوفي أتفاق لاحق ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد من (٢١٥)إلى (٢٢٠).وايضاً المادة (١/٢٢٤)مدني مصري " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا ثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

(٢) والاضرار العرضية تشمل طبقاً للمادة (٢-٧١٠) والتي نصت على أنه "وتشمل الاضرار العرضية للبائع المتضرر أي رسوم أو نفقات أو عمولات معقولة تجارياً ناتجة عن وقف التسليم وعن نقل وحفظ البضائع بعد ارتكاب المشتري للمخالفة ".

البضاعة فأنه يجوز للبائع أن يقوم بأعاده بيع البضاعة التي لم يقم المشتري باستلامها ، والرجوع على المشتري بالتعويض الذي يتمثل في فرق السعر الذي تم بيع البضاعة به والسعر الذي تم الاتفاق عليه فيما بينهما .إما في حالة امتناع البائع عن تسليم البضاعة للمشتري فتقدير هذه الحالة قد تتضمنه المادة (٧١٣—٢) والتي نصت"١-حساب التعويض الناتجة عن عدم التسليم أو رفضه من قبل البائع تكون على اساس الفرق بين سعر السوق في الوقت الذي يكون فيه المشتري علم بالمخالفة والسعر المحدد في العقد مع أي أضرار عرضية .

٢- يحدد سعر السوق في مكان تسليم البضاعة، وفي حالة رفض البضائع أو الرجوع في القبول بعد الوصول يحدد بسعر السوق في مكان الوصول ".

لكن يثار التساؤل عن كيفية تحديد سعر السوق؟ فنجد أن السوق يعد عاملاً حاسماً في تحديد التعويض ، فلذا نجد أن قانون التجارة الامريكي الموحد قد منحه رعاية خاصة ، حيث نص على سبل استرشاديه بلجأ اليها القاضي لتحديد سعر السوق وذلك من خلال الصحف والمنشورات اذا كانت البضاعة قد تم نشر اسعارها اليومية وهذا ما نصت عليه في المادة (٢-٧٢٤) والتي نصت " عنما يكون السعر أو القيمة السائدة لأي بضاعة يتم شراؤها أو بيعها في سوق بضائع أساسية ،فأن التقارير عن أسعارها التي يتم نشرها بصفة عامة في المطبوعات الرسمية المجلات التجارية أو الصحف أو الدوريات ،تعد مقبولة في تحديد سعرها"[1]وفي حالة قبول المشتري للبضائع المعيبة فأن المشتري اذا أبقي على العقد ،ولم يقم بفسخه ،وعلى الرغم من البضاعة فيها عيوب ،فأن يحق له المطالبة بالتعويض ،وهذا ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة (٢-٧١٤) والتي نصت على أنه" ١- إذا قبل المشتري البضائع وقدم الأخطار (البند الفرعي (٣)من المادة ٢-٦٠٧) يجوز أن يسترد التعويض عن عدم مطابقة البضائع التي اكتشف بها عيوب ، ويعد التعويض عبارة عن الخسارة التي حدثت طبقاً لمسار الأحداث المادية من البائع ، ويتم تحديدها بأي طريقة معقولة". وفي حالة اتفاق المتعاقدين على التعويض فأن قانون التجارة الأمريكي الموحد قد منح الاطراف المتعاقدة الحرية الكاملة في تحديد قيمة التعويض الذي قد ينتج على ارتكاب مخالفة ،ألا أن تلك الحرية لم تكن مطلقة من كل قيد بل كانت مقيدة وذلك من خلال المادة (٢-٧١٥)والتي نصت على " التعويض على ارتكاب مخالفة من الممكن أن يتم تحديده باتفاق المتعاقدين ولكن فقط أن يكون بحد معقول عن الضرر الفعلي أو الضرر المتوقع الناتج عن المخالفة

(1) د. محمد صلاح عبد اللاه محمد ,النظام القانوني للتنفيذ عقد البيع التجاري الدولي والحيلولة دون فسخه. كلية الحقوق – حامة القاهرة ,دار الجامعة الجديدة ٢٠٢٠,ص ٧٣٠.

،ويعتبر شرطاً التحديد الغير المعقول المبالغ فيه للتعويض يكون جزاءً باطلاً" .أما قانوننا العراقيُ فقدْ نصَ في المادةِ (١٦٩) منْ القانونِ المدنيِ على انه: (١ – إذا لمْ يكنْ التعويضُ مقدراً في العقدِ أوْ بنصٍ في القانونِ فالمحكمةُ هيَ التي تقدرهُ . ٢ – ويكون التعويضُ عنْ كلِ التزامٍ ينشأُ عنْ العقدِ سواءٌ كانَ التزاما بنقلِ ملكيةٍ أوْ منفعةٍ أوْ أيِ حقِ عيني آخر أوْ التزاماً بعملِ أوْ بامتناعٍ عنْ عملٍ ويشملُ ما لحقَ الدائنُ منْ خسارةٍ وما فاته منْ كسبٍ بسببِ ضياعِ الحقِ عليهِ أوْ بسببِ التأخرِ في استيفائهِ بشرطِ أنْ يكونَ هذا نتيجةٍ طبيعيةٍ لعدمِ وفاءِ المدينِ بالالتزامِ أوْ لتأخرهِ عنْ الوفاءِ بهِ . ٣ – فإذا كانَ المدينُ لمْ يرتكبْ غشاً أوْ خطأً جسياً فلا يجاوزُ في التعويضِ ما يكونُ متوقعاً عادةَ وقتِ التعاقدِ منْ خسارةٍ تحلُ أوْ كسبٍ يفوتُ) [١].أن التعويض القضائي يشمل الضرر المتوقع وقت التعاقد من جانب المدين أما الضرر الغير متوقع فلا يحكم بالتعويض عنه إلا في حاله غش المدين أو خطئه الجسيم [٢]. ولما كان التعويض يعتبر جزءاً تكميلياً يتمسك به الدائن بالإضافة إلى تمسكه بأحدي الجزاءات الأصلية ،فأنه يمكن الحكم به مهما كانت درجة جسامة الإخلال بتنفيذ ما يرتبه عقد التجارة الدولية في ذمة المدين من التزامات سواء أكانت المخالفة جوهرية أو غير جوهريه[٣] أما بالنسبة لوقت تقدير التعويض الاتفاقي نتيجة الإخلال بتنفيذ عقد التجارة الدولية، فيتم تقديره وقت صدور الحكم القضائي وهذا يعني أن التطورات التي تستجد على حجم الضرر خلال مدة الخصومة القضائية يجب على القاضي أن يأخذها في اعتباره عندما يصدر حكمه بالتعويض [٤]. وأن القاضي عندما يبدأ بتقدير حجم الضرر الذي لحق بالدائن يبدأ أولاً بتحديد هذا الضرر ثم ينتقل بعد ذلك إلى تقويم هذا الضرر أي حساب وتقدير التعويض المقابل له ، فالقاضي يبدأ بتحديد حجم الضرر الذي ينبغي أن يحكم بالتعويض عنه ثم ينتهي إلى تقدير هذا الضرر أي تحديد مقدار التعويض ،وهو في سبيل ذلك يقوم بحصر الأضرار التي لحقت بالدائن لكي يستبعد الأضرار التي تكون غير قابلة للتعويض، ويبقى على تلك الأضرار القابلة للتعويض وهذا هو التحديد النوعي للضرر ، ثم ينتقل القاضي بعد ذلك إلى تحديد المدى والقدر الحقيقي للضرر الناتج عن إخلال المدين بتنفيذ ما ترتب في ذمته من التزامات ناتجة عن عقود التجارة الدولية الذي يكون قابلاً للتعويض ،ويعد ذلك التحديد الكمي لهذا الضرر، وأخيراً يقوم القاضي بتحديد مقدار التعويض لهذه

---

(١) نصت المادة (١/٢٢١) مدني مصري على أنه" إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة ومنافاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام وللتأخير في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن الدائن لن يتوقاه ببذل جهد معقول".

(٢) نص القانون المصري في المادة (٢/٢٢١) مدني "على أنهُ مع ذلك أذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطئاً جسيماً ألا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عاده وقت التعاقد ".

(٣) د. مراد محمود المتواجدة، مصدر سابق، ٣٩١.

(٤) د. حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، نظرية العقد، دون ناشر ،١٩٩٣–١٩٩٤،،ص ٥٧٦.

الأضرار وهذا هو التقدير القيمي للضرر [1].وقد نص المادة (٧٥) من اتفاقية فيينا بخصوص" حالة التعويض عند أبرام الصفقة البديلة" على أنه : "إذا فسخ العقد وحدث، على نحو معقول وخلال مدة معقولة بعد الفسخ .أن قام المشتري بشراء بضائع بديلة أو قام البائع بإعادة بيع البضاعة ،فللطرف الذي يطالب بالتعويض أن يحصل على الفرق بين سعر العقد وسعر شراء البديل أو السعر عند أعادة البيع وكذلك التعويضات الأخرى المستحقة بموجب المادة (٧٤)"[2]. وعلى ذلك فإن البائع يستطيع أن يحصل على الفرق بين ثمن العقد الأصلي والثمن الذي حصل عليه من إعادة بيع البضاعة، بشرط أن يكون هذا الثمن الأخير أقل من ثمن العقد الأصلي. ويستطيع المشتري أن يحصل على الفرق بين ثمن العقد الأصلي والثمن الذي دفعه مقابل البضاعة البديلة، بشرط أن يكون هذا الثمن الأخير أعلى من ثمن العقد الأصلي[3] . وقد تضمن قانون التجارة المصري حكماً مماثلاً نص فيه على أنهُ إذا لم يقم البائع بتسليم المبيع في الميعاد المحدد في العقد ، فللمشتري أن يخطره بالتنفيذ ،خلال مدة مناسبة يحددها ،فإذا لم يسلم البائع المبيع خلال تلك المدة ،جاز للمشتري أن يحصل على شيء مماثل للمبيع على حساب البائع وأن يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشيء [4] ،كما نص على أنهُ إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المتفق عليه جاز للبائع بعد إعذار المشتري أن يعيد بيع البضاعة للغير فإذا بيعت بحسن نية بثمن أقل من الثمن المتفق عليه كان من حق البائع مطالبة المشتري بالفرق[5] .أما المشرع العراقي حيث نص عليه في المادة(٣٠٥) على أنه يلتزم المشتري" أولا: أن يقبل الوثائق حال تقديمها من قبل البائع اذا كانت مطابقة لعقد البيع .وله أن يرفضها اذا لم تكن مطابقة له . ويعتبر المشتري قابلاً بتلك الوثائق اذا لم يعترض عليها خلال (٤) أيام من تاريخ تسلمه لها ويتم الاعتراض بأخطار البائع بإرسال وثائق مطابقة للشروط خلال فترة مناسبة. وللمشتري بعد انقضاء تللك الفترة أن يطلب فسخ البيع مع التعويض وفق أحكام العقد..."[6]. وأوردت قواعد ال Unidroit ما جاء في مبادئ العقود التجارية الدولية في المادة ٧١٤(٥) منها تحت عنوان "أثبات الضرر في حالة الصفقة البديلة "ويتضح منها أنهُ عندما يقوم الطرف المضرور بفسخ العقد وعقد صفقة بديلة في خلال مدة معقولة وبطريقة معقولة أو ملائمة، فيستطيع أن يحصل على الفرق بين سعر العقد وسعر الصفقة البديلة، بالإضافة

---

(١) دابراهم الدسوقي أبو الليل، المصدر السابق، ص ٦٥.

(2) د.سهير شرف أبراهيم، مصدر سابق، ٨٣.

(3) د. محمد نصر محمد، المصدر السابق، ص ٤٧٧.

(4) المادة ٩٦ من قانون التجارة المصري.

(5) المادة ٩٨ من قانون التجارة المصري.

(6) قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

إلى التعويضات عن أيه أضرار أخرى " وتعد هذه المادة مطابقة للمادة (٧٥) من اتفاقية فيينا[1]. ويشترط لكي يعتد بسعر الصفقة البديلة أن يتم أجراؤها خلال مدة معقولة، وتبدأ هذه المدة المعقولة اعتبارا من تاريخ أعلانا فسخ العقد[2].ويرجع ذلك إلى أن التراخي في عقد الصفقة البديلة قد يؤدي إلى زيادة الخسائر التي تلحق الطرف المضرور بسبب تغير الأسعار[3].

النوع الثالث: التعويض القانوني (الفائدة)

قد يتولى القانون بنفسه تحديد مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن نتيجة الضرر الذي اصابه، والناشئ عن إخلال المدين بتنفيذ إلزامه، وهو ما يسمى بالتعويض القانوني أو الفائدة. وتعرف النظم القانونية الفائدة، بوصفها مبلغ من النقود يستحق عن التأخر في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود ،وان اختلفت في شروط استحقاقها، ومقدارها وقد انعكس هذا الخلاف على مناقشة النصوص المقترحة من قبل لجنة الأون سترال، في المؤتمر الدبلوماسي ، حيث نصت المادة (٧٨) من اتفاقية فيينا على " إذا لم يدفع أحد الطرفين الثمن أو أي مبلغ آخر متأخر عليه، يحق للطرف الاخر تقاضي فوائد عليه، وذلك مع عدم الإخلال بطلب التعويضات المستحقة بموجب المادة ٧٤ "ونستنتج من نص المادة اعلاه انه يشترط لاستحقاق الفوائد ، شرطان هما، ان يكون محل الالتزام، دفع مبلغ من النقود، وان يتأخر المدين في الوفاء به. فيشترط اولاً ان يكون محل الالتزام مبلغ من النقود تم الإخلال به ،وان أي مبلغ مستحق في ذمة المدين، من شانه ان ينشئ الحق للدائن في ان يتقاضى عنه فوائد، سواء كان المبلغ المتأخر دفعه، يمثل ثمن البضاعة أو أي مبلغ آخر يمثل مبلغاً مستحقاً للطرف الاخر ، مثل الفوائد التي تستحق عن المصاريف التي دفعها أحد الطرفين ، بناء على طلب الطرف الآخر أو لحسابه ، كمصاريف المعاملات الجمركية أو الإدارية، فضلاً عن مصاريف حفظ البضاعة ، أو النسبة الزائدة من الثمن المدفوع من قبل المشتري، عندما يقوم هذا الاخير بانقاص الثمن اسناداً للمادة (٥٠) من الاتفاقية. كما تجيز الاتفاقية تقاضي فوائد على مبلغ التعويض المستحق نتيجة إخلال المدين وهذا واضح من خلال الحكم الذي جاءت به الاتفاقية والذي ورد مطلقاً، بحيث تستحق الفوائد عند عدم قيام المدين بدفع أي مبلغ

---

(1) د. محمد نصر محمد، المصدر السابق، ص ٤٧٨.ومشار اليها لدى د. سهير شرف أبراهيم. مصدر سابق، ص٨٤.

(2) Jeffrey S. Sutton,"Measuring damages under the United Nations Convention on the International sale of goods", Ohio state law Journal, volume 50, No,3,1989,p.745.

(3) د. محمد نصر محمد /المصدر السابق، ص ٤٧٨.

متأخر وقررت أحدى المحاكم "ان استحقاق الفائدة على التعويض يبدا من الوقت الذي يصبح فيه التعويض مستحقاً"، ويبرر هذا الموقف بان التعويض يمثل مبلغ من النقود ، وليس هناك سبب لتشجيع المدين على تأخير دفعها .أما القانون المدني العراقي فلا يجيز تقاضي فوائد على مبلغ التعويض المستحق عن الإخلال بالعقد، ذلك لأنه يشترط لاستحقاق الفوائد، ان يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود منذ نشأته [١]وبذلك فان الفوائد في ظل اتفاقية فيينا نستحق عند التأخر في دفع اي مبلغ ولا يوجد استثناء على هذه القاعدة إلا ما يتعلق بالفائدة المترتبة على إعادة الثمن عند فسخ العقد ، التي لا تخضع للمادة (٧٨)، بل المادة (٨٤) من الاتفاقية. ويتمثل الشرط الثاني، بتأخر المدين عن تنفيذ إلزامه النقدي وحيث ان الفوائد التي نظمتها اتفاقية فيينا ، هي فوائد تأخيريه فقط ، اي انها تستحق بمجرد التأخر في التنفيذ، ولم تشترط الاتفاقية لاستحقاقها إثبات تضرر الدائن من التأخر، بل يمكن اقتضاء الفوائد حتى مع عدم وجود الضرر كما لا يستطيع التمسك باستحالة التنفيذ طبقاً للمادة (٧٩) من الاتفاقية.[٢]وبعبارة أخرى لا يجب على الدائن إثبات الضرر الذي أصابه بسبب التأخير ، كم اته لو نجح في إثبات الضرر الذي أصابه، يمكن له الحصول على التعويض بموجب المادة (٧٤) ، فضلاً عن الفائدة.[٣]ورفضت محكمة سويسرية مطالبة الدائن بتعويض عن الأضرار التي سببها عدم الدفع ، على أساس (ان الدين لم يثبت انه تكبد أي خسائر اضافية)[٤] . ومن ثم (يمكن المطالبة بالفائدة بصورة منفصلة عن المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي سببه التأخر في الدفع).[٥]ولم تحدد اتفاقية فيينا بدء احتساب الفائدة صراحة، ومع ذلك نعتقد ان تحديد تاريخ احتساب الفائدة يختلف من حالة لأخرى، وعلى هذا الأساس ، فان الفائدة المترتبة على التأخر في دفع الثمن ،تبدأ من تاريخ استحقاق الثمن ، وفقاً لنص المادة (٥٨) من الاتفاقية التي تحدد تاريخ استحقاق الثمن ، وتقرر المادة (٨٤) ، ان احتساب الفائدة المترتبة على إعادة الثمن عند فسخ العقد ، بدأ من يوم تسديد الثمن ، اما في حالة تخفيض الثمن المقرر للمشتري استناداً

---

(١) د. أكرم محمد حسين، الاخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية منشورات الحلبي، ط ١، ٢٠١٧ ص ٢٧٦

(٢) فإنسان هوزيه، مصدر سابق، ٤٧٩ وقد القانون العراقي عن القواعد العامة في استحقاق فوائد التأخير وأجرى تعديلا على قواعد المسؤولية تمثل في افتراض الضرر والعلاقة السببية بمجرد التأخر فرضا غير قابل لأثبات العكس اما الخطأ فهو التأخر في الوفاء

(٣) د. أكرم محمد حسين، مصدر سابق، ص ٢٧٧.

(٤)قضية CLUTرقم٣٢٧(محكمة كانتون ZUGkسويسرا ١٩٩٩/٢/٢٥)

(٥)قضية CLUTرقم ٧٩(المحكمة العليا لمنطقة فرانك فورات، ال مانيا١٩٩٤/١/١٨)

للمادة (٥٠)، فان الفائدة المستحقة عن المبلغ مدفوع زيادة يبدأ احتسابها من يوم الدفع ، اما الفائدة عن التعويض المستحق فأنها تحتسب من تاريخ تقدير التعويض .[١]ونرى ان عدم تحديد الاتفاقية موعداً محدداً لبدء سريان الفوائد، أمر تؤاخذ عليه، وذلك لضمان حقوق الطرفين ، ونعتقد ان الحل المناسب هو ما أخذت به مبادئ اليونيدو بهذا الصدد ، والتي وضعت بهذا الشأن قاعدتين الأولى ان سريان الفائدة يبدأ من تاريخ الاستحقاق وحتى تاريخ السداد إذا كانت الفوائد تخص التأخر في سداد مبلغ نقدي والثانية ، ان احتساب الفائدة المترتبة على التعويضات الناجمة عن عدم تنفيذ التزام غير نقدي يبدأ من تاريخ عدم التنفيذ ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك [٢]ويتبين ان اتفاقيات التجارة الدولية، لم تتضمن ما يفيد ، ان الاخطار هو شرطاً لاستحقاق الفوائد ، الامر الذي ادى الى اختلاف المحاكم في تطلب هذا الشرط لاستحقاق الفائدة ، فلم تشترط بعض المحاكم الاخطار لاستحقاق الفائدة ، وعلى هذا الامر أكدت الكثير من الأحكام القضائية[٣]، في حين نجد ان احكام أخرى ، اكدت ضرورة ان يكون هنالك اخطاراً رسمياً إلى المدين المتأخر عن التنفيذ لاستحقاق الفائدة.[٤]ويشترط القانون المدني العراقي لاستحقاق الفوائد الأخيرية ان تتم المطالبة بها قضائياً فمن ناحية نجد ان المشرع العراقي لم يكتف بالأعذار لاستحقاق الفائدة [٥]، ومن ناحية اخرى حددت المادة (١٧١) تاريخ سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، الا ان هذه القاعدة لاتعد من النظام العام ، ويجوز ان يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً اخر لبدء سريانها. وقد قضت محكمة التميز الاتحادية عندنا ((...ان المدعين كانوا قد استحصلوا على حكم قضائي مكتسب درجة البتات قضى بالزام المميز بأداء اجر المثل واودع الحكم المذكور الى دائرة التنفيذ بالإضبارة المرقمة ٢٠٠٧/١٦١ وامتناع المميز عن تسديد مبلغ الدين الذي اصبح معلوم المقدار ومستحق الاداء ولامتناع المميز عن التسديد يلزمه اداء الفائدة القانونية المنصوص عليها في المادة ١٧١ من القانون المدني ...)) .[٦]في حين تقرر المادة (١/٥٧٢) من القانون المدني ، ان البائع لا

---

(١) فإنسان هوزيه مصدر سابق، ص ٤٧٩ومابعدها.

(٢) المادتان (٧-٤-١/٩) و(٧-٤-١٠) من مبادئ اليونيدو

(٣) من هذه القرارة قضيةCLUTرقم١٦٦(هيئة تحكيم هامبورغ التجارية ١٩٩٦/٣/٢١ وقضية cultرقم١٥٢(محكمة استئناف غري نوبل، فرنسا ١٩٩٤/٤/٢٦)

(٤) د. أكرم محمد حسين، مصدر سابق، ص٢٧٨

(٥) وتقابلها المادة (٢٢٦) مدني مصري، اما المادة (١١٥٣) مدني فرنسي فتقضي باحتساب الفائدة من تاريخ الاعذار

(٦) قرار رقم ١٤٥٢/الهيأة المدنية منقول

يستحق الفوائد القانونية عن الثمن المستحق في ذمة المشتري، الا إذا اعذره أو كان قد سلمه الشيء المبيع وكان قابلاً لان ينتج ثمرات أو ايرادات اخرى[١]أما بالنسبة لسعر الفائدة لم تحدد المادة (٧٨) من اتفاقية فيينا سعر الفائدة، أو الطريقة التي يتم بموجبها تحديد هذا السعر ، الامر الذي ادى إلى الاختلاف في تحديد سعر الفائدة بين من يرى خضوع هذا الأمر إلى القانون الوطني الواجب التطبيق ، وبين من يرى ضرورة خضوع هذا الامر لأحكام الاتفاقية، واتجهت آراء اخرى ، الى الاعتماد على المبادئ العامة التي ترتكز عليها الاتفاقية، أو ان يتم تحديد مقدار الفائدة طبقاً للأعراف التجارية، وهنالك من اتجه إلى تطبيق قانون الدائن، أو البلد المقرر ان يدفع المبلغ فيهن ورجعت آراء اخرى إلى معيار المعقولية، الذي يمثل بان يكون سعر الفائدة هو السعر المعقول تجارياً.[٢]في حين نجد ان المادة (٨٣) من قانون البيع الموحد، قد حددت سعر الفائدة بالرجوع على سعر الخصم الرسمي في الدولة التي توجد بها منشأة البائع أو محل اقامته المعتاد، إذا لم تكن له منشأة مضافً إليها ١٪.اما مبادئ اليونيدو فقد حددت سعر الفائدة في الفقرة الثانية من المادة (٧-٤-٩)، التي تنص " يقصد بسعر الفائدة متوسط سعر الفائدة المصرفية الأساسي على الاقراض قصير الأجل ،بالنسبة للعملة الواجب السداد بها هاذا لم يتوفر هذا السعر في هذ المكان انطبق نفس السعر في بلد عملة السداد ،وفي حالة عدم توفر مثل هذا السعر ، في من المكانين ينطبق سعر الفائدة المناسب الذي يحدده قانون دولة عملة السداد" ويحدد القانون المدني العراقي سعر الفائدة القانونية ب٤٪ في القضايا المدنية ، و٥٪ في القضايا التجارية [٣]، واجاز في الوقت ذاته للمتعاقدين الاتفاق على تحديد سعر آخر للفائدة بشرط ان لايزيد عن%.[٤].

الفرع الثاني

معنى التعويض في اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠

ان اتفاقية فيينا ١٩٨٠ قد تناولت التعويض وقد نصت على الكيفية التي على اساسها يحسب التعويض سواء تم فسخ العقد من عدمه, وقد تضمنتها المادة ٧٤ والتي نصت على انه "يتألف التعويض عن مخالفة أحد

---

(١) د. أكرم محمد حسين، مصدر سابق، ٢٧٩.

(٢) د. محسن شفيق مصدر سابق، ص ٢٤٩.

(٣)المادة (١٧١) وتقابلها (٢٢٦) مدني مصري.

(٤)المادة (١/١٧٢) مدني عراقي وتقابلها المادة (١/٢٢٧) مدني مصري.

الطرفين للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والكسب الذي فاته نتيجة المخالفة. و لا يجوز ان يتجاوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التي توقعها الطرف المخالف أو التي كان ينبغي أن يتوقعها وقت انعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها أو التي كان من واجبه أن يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد ".ومن خلال هذا النص ، نجد ان الهدف الأساسي من المادة ٧٤ في وضع الطرف المتضرر في نفس الوضع الاقتصادي الذي كان يمكن أن يكون فيه لو كان قد تم تنفيذ العقد[١].كما ان المطالبة بالتعويض عن الأضرار بموجب المادة ٧٤ ، تعد جزاء متاح لأي من الطرفين في العقد البائع أو المشتري_ و لا يجوز لأي شخص سواهما أن يطالب بتعويضات بموجب المادة ٧٤ إذا تعرض لخسارة نتيجة مخالفة العقد من قبل البائع أو من قبل المشتري، وبالتالي لا يجوز لأحد المصابين من غير البائع والمشتري بسبب تنفيذ عقد البيع التجاري الدولي أن يطالب بتعويضات بموجب تلك المادة، لكن يتم المطالبة بالتعويضات على أساس الكيفية التي تضمنها القانون الوطني الواجب التطبيق, وإنه طبقاً للمادة السابقة، لا يكون التعويض فقط جزاء أصليا يتم المطالبة به من قبل البائع أو المشتري، بل أنه من الممكن أن يكون جزاء تبعياً–يتم تطبيقه كتابع بجزاء أصلي من الجزاءات السابقة–وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة ٤٥ والتي نصت على أنه "٢– لا يفقد المشتري حقه في طلب التعويضات إذا استعمل حقا من حقوقه الأخرى في الرجوع على البائع". وكذلك ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة ٦١ والتي نصت على أنه لا يفقد البائع حقه في طلب التعويضات إذا استعمل حقا من حقوقها الأخرى في الرجوع على المشتري". ومن خلال هاتين المادتين، نجد أنهما يشددان على أن اللجوء إلى أي جزاء آخر(الفسخ أو التنفيذ العيني أو تخفيف الثمن) بخلاف التعويض ، لا يمنع المشتري أو البائع من المطالبة بالتعويضات ، ويبدو ان هذا التوضيح يحقق فائدة كبيرة؛ نظراً لأن بعض القوانين الوطنية– مثل القوانين الألمانية والمجرية–لا تسمح بالجمع بين الجزاء المتعلق بفسخ العقد مع جزاء التعويض عن الأضرار[٢],وإنه حتى يحق للطرف المتضرر المطالبة بإنزال جزاء التعويض

---

(1)Victor Knapp ,In B ianca–Bonell C ommentary on the International Sales Law ,op .cit ,p543..٦٩٨ص,مصدر سابق ,نقلا عن محمد صلاح عبد اللاه محمد

(٢) د. محمد صلاح عبد اللاه محمد ,المصدر السابق ,٦٩٩.

لابد من توافر الشروط الاتية:

الشرط الأول: مخالفة أحد المتعاقدين لأي من الالتزامات العقدية:

إن المادة ٧٤ قذ أشارت إلى ارتكاب أي مخالفة من جانب الطرف المخالف، ولم تحدد عما اذا كانت المخالفة جوهرية أم غير جوهرية، مما يجعل التعويض يكون مستحقاً عن ارتكاب مخالفة جوهرية وغير جوهرية، وبذلك يكون ارتكاب مخالفة من البائع او المشتري لالتزام ما سواء كان التزاما جوهرياً أو التزاما ثانوياً، تم النص عليه في الاتفاقية، أو تم النص عليه في عقد البيع ذاته يجوز في حالة مخالفته المطالبة بالتعويض عنه ؛ وذلك نتيجة لتسبب تلك المخالفة التي تم ارتكابها في إلحاق ضرر للطرف الآخر. وعلى الرغم من أن المادة السابقة لم تفرق عما إذا كانت المخالفة لالتزام جوهري أم غير جوهري، إلا أنه قد صدر قرار من هيئة التحكيم التجارية الدولية خلاف ذلك في فبراير ١٩٩٧ حيث نص على أن " ال مادة٧٤ تمنح الطرف المتضرر الحق في التعويض نتيجة ارتكاب مخالفة لالتزام جوهري فقط"[١]. ولكن قد يرى البعض ان هذا القرار يتعارض من نص المادة السابقة ويخالفه مخالفة صريحة. كما أن المخالفات التي ينتج عنها الحق في إنزال التعويض، تكون في أغلب الاحيان ممثلة في التأخير في التسليم، أو عدم التسليم بالمرة، أو تسليم بضائع غير مطابقة من جانب البائع، ولا يحدث في كثير من الأحيان المطالبة بالتعويض بسبب مخالفة رفض المشتري لاستلام البضاعة، وكذا في حالة تأخر المشتري في دفع الثمن أو عدم دفعه بالمرة، ففي الغالب يتم معالجة تلك الحالة عن طريق دفع الفوائد الناتجة عن التأخير[٢].وقد يوجد هنالك بعض الأعمال التي وصفت بأنها التزامات بموجب اتفاقية فيينا ١٩٨٠، ولا يترتب على عدم تنفيذها الحق في المطالبة بالتعويضات، ولكنه يؤدي إلى فقدان الحقوق المقررة له في حالة ممارسته لها ، وذلك مثل الالتزام بفحص البضائع والتزام المشتري بإرسال إخطار بعدم المطابقة بموجب المادتين ٣٨،٣٩ .كما أنه يجب أن تكون خسارة الطرف المتضرر ناجمة عن ارتكاب المخالفة مباشرة من جانب الطرف المخالف، سواء كانت المخالفة نتيجة تنفيذ متأخر، أو عدم مطابقة للبضائع ، أو أن البضاعة غير قابلة للاستخدام بشكل مباشر أو جزئي لأنها مثقلة بمطالبات طرف ثالث أو اي كانت المخالفة على الإطلاق. ونعتقد من وجهتنا مع ما اتجه إليه القضاء أن المطالبة بالتعويض يكفي فيها أن يثبت الطرف

---

(١) د. محمد صلاح عبد اللاه محمد ,المصدر السابق,ص٧٠٠.

(3) fritz Enderlein ,Dietrich M askow ,op ,cit ,p297.

نقلا عن د. محمد صلاح عبد اللاه محمد ,المصدر السابق ,ص ٧٠١.

المتضرر عدم التنفيذ من الطرف الآخر، وأنه لم يتلق ما وعد بتنفيذه منه، وليس من الضروري إثبات أن عدم التنفيذ يرجع الى خطا او غش من الطرف المخالف، أو أن الطرف المخالف ارتكب تلك المخالفة عن عمد أو إهمال. وهذا ما طبقته محكمة النمسا في ٢٠١٢/٢/٨"(بموجب المادتين ٤٥ و ٦١ يحق للطرف المتضرر استرداد التعويضات دون اعتبار عما إذا كان الطرف المخالف قد ارتكب خطأ في عدم تنفيذ الالتزام من عدمه، صدر الخطأ منه شخصياً أم من غيره، فالعامل الرئيس هو عدم تنفيذ الالتزام فقط) [١].وتعتمد درجة الصعوبة في إثبات عدم التنفيذ للالتزامات التعاقدية على مضمون الالتزام ، ذلك أن الالتزام قد يكون التزاماً ، ذلك ان الالتزام قد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة معينة أو التزاما ببذل عناية، وعندما يكون التزام طرف ما بتحقيق نتيجة معينة ، فان عدم قيام قيامه بذلك الالتزام يعطي الطرف المتضرر الحق في المطالبة بالتعويضات، بصرف النظر عما إذا كان هنالك خطأ من عدمه في حالة عدم تنفيذ الالتزام، وعلى العكس من ذلك، عندما يكون التزام المدين مجرد التزام ببذل العناية المعتادة، فأن الطرف المدين لا يكون مسئولاً عن التعويض إلا إذا أخفق في الوفاء بالتزاماته، وذلك إذا كان لم يمارس العناية المطلوبة التي وعد بها ، وفي حالة عدم وجود شرط يحدد الدرجة المطلوبة في العناية المعتادة، فأنه في تلك الحالة لابد من إثبات أن الطرف المدين قد ارتكب خطأ ما.

الشرط الثاني: وجود ضرر توقعه الطرف المخالف أو كان يجب أن يتوقعه وقت إبرام العقد:

إن الفكرة الأساسية من هذا الشرط، في أنه ينبغي على المتعاقدين في أثناء وقت إبرام العقد، أن يكونا قادرين على حساب المخاطر التي تترتب عن عدم تنفيذ أي منهم لالتزاماته، والتي يفترضان حدوثها عند إبرام العقد. ويظهر الغرض من هذا الشرط، في عدم معاقبة طرف مخالف لا يعرف الظروف الخاصة بالمخالفة، ولا يمكن له أن يتخذ احتياطات خاصة نتيجة ارتكابه لتلك المخالفة؛ لأنه لم يتوقع حدوث ضرر ينتج عنها. ومما تقدم، يظهر أن الضرر يعد شرطاً جوهرياً للتعويض؛ ذلك لأن التعويض في المقام الأول المقصود منه جبر الضرر [٢]، وأن الضرر لابد أن يكون فعلياً. إن الضرر الفعلي يعني: الخسائر التي لحقت بالمدعى كنتيجة مباشرة لسلوك المدعى عليه، ويمكن أن يشتمل هذا الضرر الفعلي على الخسائر المالية التي لحقت بالطرف المتضرر وكذلك الخسائر في الأرباح المفقودة. وبناءً على التعريف السابق يجب توافر أمرين أساسيين في الضرر الفعلي حتى يمكن المطالبة بإنزال جزاء التعويض، وهما على النحو التالي: الأمر الأول: يجب أن يكون سلوك الطرف

---

(١) د. محمد صلاح عبد اللاه محمد ,المصدر السابق ,ص٧٠٢.

(٢)د. محسن شفيق ,مصدر سابق. ص ٢٣٩.

المخالف غير المشروع، السبب الرئيس أو التقريبي للأضرار. الأمر الثاني: يجب إثبات الأضرار على وجه التحديد، وبدرجة من اليقين، وبالتالي يجب تقديم أدلة كافية لإثبات أن الضرر الذي لحق بالمدعي قد وقع بالفعل. كما أن الضرر الفعلي الذي يطالب الطرف المتضرر بالتعويض عنه ، يجب أن يكون عن الخسارة التي لحقت بالطرف المتضرر ، والكسب الذي فاته، نتيجة ارتكاب المخالفة من الطرف المخالف [١].وقد تم قبول إضافة عبارة (التوقع للضرر)؛لأن توقع الضرر يعد مقبول بين النظم الوطنية على نطاق واسع ، فضلاً عن مدى ملاءمته في التجارة الدولية كوسيلة للحد من الأضرار ، وقد شجع كل ذلك واضعي اتفاقية فيينا ١٩٨٠ على إدخاله فيها . كما أن إضافة شرط التوقع ترجع إلى الفكرة القائلة بأنه عند تحديد مدى استصواب الفعل، ينبغي إيلاء الاعتبار إلى نتائجه المتوقعة, ذلك ان الشخص يعيش وفقاً لقاعدة التعقل في الفعل، والتي تستند إلى التبصر لنتائج أفعاله التي يرتكبها[2].ونعتقد من وجهتنا أن الهدف الأساسي من شرط التوقع في تمكين الأطراف المتعاقدة من حساب المخاطر ومسئوليتها المحتملة، فإذا كان الطرف المخالف قد توقع او كان ينبغي أن يتوقع خسارة معينة نتيجة مخالفته كان عليه ان يأخذها في الاعتبار ويتصرف وفقاً لذلك .ومن الواضح أن صياغة عبارة (يجب أن يتوقع) تجعل الطرف المدعى بالتعويضات لا يلزم أن يثبت أن الطرف الذي ارتكب المخالفة توقع فعلا الخسارة، بل يكفيه إثبات أن الطرف المخالف كان في وضع يمكنه من التوقع بالضرر ، وذلك من خلال جميع الظروف المحيطة بالعلاقة العقدية. لما تقدم، فأنه لابد ألا تتجاوز قيمة التعويض الخسارة والربح التي كان يتوقعها الطرف المخالف ؛ ذلك لأن توقع الطرف المخالف للخسارة المحتملة التي تكبدها الطرف الآخر نتيجة لمخالفته يكون بالنظر في ضوء الحقائق والحالات التي كان الطرف المخالف يعلم بها، وبالتالي فإن التوقع ، كما هو مفهوم في المادة ٧٤، يعتمد على معرفة الحقائق والمسائل التي تمكن الطرف المعنى من توقع نتائج الإخلال. وقد يحدث، وأن تكون تلك المعرفة معرفة مفترضة، ويعتبر الطرف المخالف قادراً على التوقع بنتائج المخالفة حتى لو لم يعلم بالحقائق التي تمكنه من تلك المعرفة، ولكن كان في وضع يمكنه من معرفة تلك الحقائق والمسائل التي تمكنه من التوقع بنتائج المخالفة للعقد وذلك في حاجة إذا كانت تلك المعرفة تتبع عادة من تجارب التاجر المحترف المتعددة، بسبب كثرة اشتغاله في مجال التجارة ،وبذلك يصبح التوقع مفهوماً مرناً، يتم ترك درجة كبيرة في تحديد توافره من عدمه إلى السلطة التقديرية للقاضي

---

(١)د. محمد صلاح عبد اللاه محمد ,مصدر سابق ,ص٧٠٤.

(2) Dgakhongir Saidov,Ibid, p101.

او المحكم الذي ينظر النزاع .وقد توجد هنالك حالات يكون التوقع بالخسارة من جانب المشتري فيها أمراً مفترضاً وواضحاً ومنها على سبيل المثال الحالات الاتية[1]:

(ا) في حالة إعادة بيع البضائع من جانب البائع، حيث إنه من المتوقع، إلحاق البائع بخسارة من جانب المشتري في تلك الحالة.

(ب) في حالة هلاك البضائع التي امتنع المشتري عن استلامها من البائع بدون وجه حق، تعد جزء من الخسائر المتوقعة عموماً عن ارتكاب المشتري لتلك الخسارة.

(ج) في حالة رفضه استلام البضاعة فأن التكاليف الإضافية للنقل والتخزين والتأمين يقوم البائع بأنفاقها على البضائع التي امتنع المشتري عن استلامها دون وجه حق ينبغي توقعها.

كما ان البائع أيضاً قد يكون التوقع بالخسارة من جانبه مفترضاً وواضحاً، وذلك في حالة تسليمه للمشتري بضائع معيبة، فأنه في تلك الحالة يجب ان يتوقع أن المشتري سوف يفقد جزءاً من هامش الربح، كما يجب أن يتوقع بأن المشتري سوف يلحق بخسارة وذلك في حالة تنفيذ التزامه بدفع ثمن البضائع، فقد يضطر إلى اقتراض ثمن البضائع من احد البنوك، وسوف يدفع فائدة على هذا الثمن، وأن مبلغ تلك الفائدة يمثل خسارة مفترضة. وخلافا لما تقدم، لاتعد الخسارة الناتجة عن انخفاض قيمة العملة التي يدفع بها الثمن، والتي حدثت نتيجة للتأخر في سداد الثمن تمثل خسارة يعوض عليها الدائن لأنها غير متوقعة من جانبه ونعتقد من وجهتنا عندما ينكر الطرف المخالف توقعه للخسائر او يصعب إثباتها، يتم تطبيق معيار الشخص المعقول على الطرف المخالف، والذي يكون في نفس ظروفه. ويثار التساؤل عن وقت توقع الضرر الذي ينتج عن المخالفة، فنجد ان الاتفاقية قد جعلت الوقت المناسب للتوقع بنتائج المخالفة للعقد وقت إبرام العقد ؛باعتباره الوقت المناسب لتوقع الضرر، ويترتب على ذلك انه لن يترتب على اي توقع لاحق آثار قانونية بموجب المادة ٧٤ من الاتفاقية، وبالتالي فأن الطرف الذي يرتكب مخالفة لن يكون مسئولا عن خسائر لم يمكنه أن يتوقعها موضوعياً وقت إبرام العقد أنها ستنتج عن ارتكابه مخالفة ما ، حتى لو توقع نتائجها في وقت لاحق (على سبيل المثال، في لحظة ارتكاب المخالفة للعقد) قد أصبح قادراً على التوقع بها ، فعلى سبيل المثال، نجد ان عدم المطابقة (او تأخير التسليم) قد يقطع الإنتاج في مصنع المشتري ، ويصبح البائع مسئولاً أمام المشتري وعليه تعويضه عن قطع انتاج المصنع، وذلك بخلاف إذا لم يكن البائع على علم ولا يمكن أن يتوقع وقت إبرام

(1)Chengwei LIU,Remedies for Non-performance,op,cit,note,32.

العقد بأن الخلل في البضائع أو التأخير في التسليم قد يتسبب في أضرار من حجم إغلاق المصنع نهائياً، فعندما لا يكون البائع مسئولاً عن تلك الأضرار [1].ويبدو مما تقدم، أن مسألة وقت توقع للضرر في اتفاقية فيينا ١٩٨٠م قد كانت واضحة ، والنقطة الوحيدة التي يجب التأكيد عليها أن ذلك الوقت يعد عامل هام في تقييم إمكانية التوقع .كم إنه قد تكون هنالك حالات لا يمكن للطرف المخالف أن يتوقعها وقت إبرام العقد بأي حال من الأحوال ويعد عدم توقعها أمراً مفترضاً، وبالتالي لا يمكن أن يقوم الطرف المخالف بتعويض الطرف المتضرر عنها، و منها قيام البائع باستئجار مقاولين من الباطن لإنتاج البضاعة، ودفعه مبالغ طائلة لوكيل الشحن فيجب تقليلها إلى الحد المتوقع، وأتعاب المحامي في النزاع مع وكيل الشحن، وتكلفة فحص المشتري للبضائع في دولة البائع بدلاً من فحصها في دولته. وينبغي على القضاة والمحكمين بذل قصارى جهدهم في تحليل الضرر لدراسة دور أي عوامل خارجية أو اعتبارات أخرى لا تكون نتيجة لسلوك المدعى عليه، مما قد يكون قد ساهم في خسارة المدعى، وقد يكون من ضمن هذه العوامل الخارجية، التغيرات في الظروف الاقتصادية العامة، وزيادة المنافسة، وسوء إدارة الأعمال، وزيادة التكاليف، كما أن آثر الخسارة الناتجة عن اي من هذه العوامل يجب حسابها وخصمها من حساب الأرباح المفقودة.

الشرط الثالث: توافر علاقة السببية بين المخالفة والخسارة:

إن الطرف الذي يرتكب مخالفة ما يكون مسئولا عن الخسارة التي سببها للطرف المتضرر مباشرة، وأن الخسارة غير المباشرة ينطبق عليها معيار التوقع، بحيث يصبح الطرف المخالف مسئولا حتى عن الخسارة غير المباشرة التي لحقت بالطرف الآخر، شرط أن تكون هذه الخسارة توقعها الطرف المخالف وقت إبرام العقد [2]. ولذلك فإنه يتعين على الطرف الذي يدعي أصابته بأضرار أن يقدم دليلا على الضرر، وأن يثبت في الوقت نفسه علاقة السببية بين المخالفة التي ارتكبت من جانب الطرف المخالف والخسارة التي لحقت به. ويرى جانب من الفقه ونحن نؤيده في ذلك ،أن التوقع بالضرر وعلاقة السببية مترابطان ارتباطا وثيقا ويصعب فصلها عن بعضها ولابد لتعرف عن كيفية حساب التعويض عن الأضرار:

(1) Victor Knapp ,IN Bianca –bonell Commentary on the International Sales Law ,op,cit ,p542.

(2) Victor Knapp ,IN Bianca –bonell Commentary on the International Sales Law ,op,cit ,p540.

إن الاتفاقية لا تنص في المادة ٧٤ منها على مبادئ توجيهية محددة لكيفية حساب التعويض، ولكنها تمنح المحكمة السلطة التقديرية المطلقة، لتحديد الخسارة التي تكبدها الطرف المتضرر نتيجة المخالفة، وذلك حسب ظروف كل حالة على حدة، على أساس مبدأ التعويض الكامل

وبموجب هذا المبدأ يتألف التعويض من:

(أ) الخسارة الفعلية، التي ينتج عنها أي نقص في ممتلكات الطرف المتضرر.

(ب) خسارة الأرباح

ويمكن تعريف الخسارة الفعلية بأنها: اي انخفاض في اصول الطرف المتضرر عما عليه عند أبرام العقد، أو زيادة في التزاماته فعلى سبيل المثال، قد يحدث عندما يكون المشتري ملتزما بدفع الثمن أن يقترض المال للوفاء بالتزاماته، وبالتالي فإن فوائد القرض تمثل زيادة في الالتزامات .وبخلاف ما تقدم، فأن خسارة الأرباح تعتبر فئة مختلفة عن الخسارة الفعلية؛ ذلك أن طبيعتها تختلف اختلافاً كبيراً عن طبيعة الخسارة الفعلية، فأن الخسارة الفعلية إن كانت تعني الانخفاض في أصول الطرف المتضرر وقت إبرام العقد ، فأن خسارة الأرباح تعني فقدان أي زيادة في الاصول الناتجة عن ارتكاب المخالفة. كما أن الإشارة المحددة إلى خسارة الأرباح في الاتفاقية كانت ضرورية، لأن مفهوم الخسارة في بعض النظم القانونية يشمل الخسائر الفعلية فقط، ولا يشمل خسارة الأرباح. ويظهر الغرض من الجمع بين الخسارة الفعلية والخسارة في الأرباح ، في جعل الطرف المتضرر في نفس المركز المالي الذي كان سيكون فيه لو لم تحدث تلك المخالفة، وكأن العقد قد تم تنفيذه على نحو سليم ، ومن ذلك تصبح تلك المادة مصممة لعطاء الطرف المتضرر الفائدة من الصفقة[1].ويثار التساؤل حول كيفية حساب الخسارة في الأرباح بموجب هذه الاتفاقية، فنجد أن الطرف المتضرر يسترد خسارة الارباح التي كان يتوقع الحصول عليها، وأن الفترة الزمنية التي يمكن للطرف المتضرر أن يتوقع فيها خسارة الربح ليست محددة ولذا فإن الطرف المتضرر يكون قادراً على المطابقة بالتعويض عن أي خسارة في الارباح ناتجة عن مخالفة الطرف الآخر للعقد كان يتوقع الحصول عليها في أي وقت.وأن هذا الوقت قد يمتد إلى ما قبل صدور حكم من المحكمة أو هيئة التحكيم، ذلك أن المحكمة أو هيئة التحكيم، لا يجوز لها أن تبت في خسارة أرباح الطرف المتضرر إلا بالخسارة الأرباح التي فقدت بالفعل وقت صدور الحكم القضائي أو القرار التحكمي ، كما

(1) john y .Gotanda,Cisg-opinion no,6, calculation of damages under cisg article 74,note 22,available at(http //www.cisg.law pace .edu/cisg/cisg-ac-op6.html).

ان قد يمتد هذا الوقت على ما بعد صدور الحكم القضائي أو قرار التحكمي ، وذلك إذا حدثت حالات أخرى تبرر مثل هذه المطالبة بالتعويض بموجب المادة ٧٤ من الاتفاقية .ونعتقد من وجهتنا مع ما اتجه إليه القضاء أن أفضل طريقة لحساب خسارة الأرباح ، من خلال حساب الفرق بين السعر المحدد للبضاعة في العقد وسعر بيع البضائع تجزئة (سعر السوق).وهذا ما طبقته المحكمة السويسرية في ٢٠٠٦/١١/٨ ,أبرم مصنع سويسري (بائع) وتاجر أوكراني (مشتر) عقداً لبيع الساعات، وعلى الرغم من قبول البائع لأوامر المشتري ، رفض البائع تسليم الباضعة بسبب اتفاق توزيع حصري أبرم مع شركة أوكرانية أخرى . ثم رفع المشتري دعوى ضد البائع يدعي فيها إصابته بأضرار ناتجة عن الفرق بين السعر التعاقدي الذي كان ينبغي عليه أن يدفعه للبائع وسعر بيع البضائع تجزئة ، وبعد أن رأت المحكمة أن اتفاقية فيينا ١٩٨٠ هي الواجبة التطبيق على النزاع، رأت أن البائع قد اخفق في تسليم البضاعة إلى المشتري، وقد ارتكب مخالفة لالتزاماته التعاقدية بموجب المادة ٣٠ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ ، وبالتالي فهو مسئول عن دفع تعويضات (المادة ٤٥(١)(ب) من اتفاقية فيينا ١٩٨٠)، وبموجب الاتفاقية، تشمل الأضرار عادة الخسائر الفعلية والخسائر عن الأرباح المفقودة (المادة ٧٤ من اتفاقية فيننا ١٩٨٠)، وعلى وجه الخصوص ، كما هو الحال في القضية قيد النظر ،لم يتم تسليم البضائع وكان البائع على علم بأنه كان من المفترض ان تباع البضائع بالتجزئة، ورات المحكمة أن المشتري له الحق في استرداد الأرباح التي قد يحصل عليها عادة من إعادة بيعه للبضائع ويثار التساؤل حول الوقت والمكان الذي يجب أن تحسب فيه الخسارة ، فنجد أن المادة ٧٤ من الاتفاقية لم تقدر أي اشارة الى الوقت والمكان الذي يجب أن تحسب فيه الخسارة للطرف المتضرر، ويفترض أنه ينبغي أن يكون مكان تسليم البائع للبضائع ولحظة تسليم البضائع هما وقت ومكان حساب الخسارة المتكبدة [1]. وينبغي على القضاة والمحكمين عند حساب خسارة الأرباح، مراعاة مدى قيام الطرف المتضرر بتنفيذ التزامه بتخفيف الخسائر كلما كان ذلك ممكناً. ويثار التساؤل حول ما إذا كانت مصاريف التقاضي من الممكن حسابها ضمن التعويضات فنجد ان المادة(٧٤) لا تنص صراحة على استرداد مصاريف القاضي مثل مصاريف التحكيم باعتبارها أضراراً، كما أنها لا تحظر استردادها

(1) Victor Knapp ,IN Bianca –bonell Commentary on the International Sales Law ,op,cit ,p548.

،وعلاوة على ذلك ، فان التاريخ التشريعي عن صياغته المادة (٧٤) لايزال صامتا بشأن هذه المسالة[١]ونعتقد من وجهتنا أن مصاريف التقاضي يحق للطرف المتضرر المطالبة بها باعتبارها خسارة لحق بالطرف المتضرر ، وذلك لأن النص على الخسارة قد جاء عاماً ، بحيث يشمل أي خسارة متوقعة..

ويرى جانب من الفقه، ان النهج التفسيري للاتفاقية يسمح باسترداد المصاريف غير القضائية، مثل الطلب بالتنفيذ وذلك كاشتراك محام لكتابة خطاب هذا الطلب. وهذا ما طبقته المحكمة السويسرية في ١٩٩٧/١٢/١٩ ,قام بائع الماني لمجموعة من الملابس (المدعي) برفع دعوى ضد المشتري السويسري (المدعى عليه) مقابل ثمن الشراء والفائدة وتكاليفه القانونية في كل من ألمانيا وسويسرا، وبعد أن رأت المحكمة أن اتفاقية فيينا ١٩٨٠ هي الواجبة التطبيق على النزاع، أصدرت المحكمة حكما افتراضيا لصالح البائع، يشمل سعر الشراء والفائدة (المادة ٧٨ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠). وقد حدد سعر الفائدة وفقاً للقانون الألماني، الذي اختاره الطرفان كقانون معمول به ، كما منح البائع عن الأضرار عن النفقات القانونية للمحامين في ألمانيا وسويسرا ن وذكرت المحكمة أن جميع التكاليف المتكبدة في السعي المعقول للمطالبة بالتعويضات قابلة للاسترداد ، وهي تشمل نفقات الاحتفاظ بمحام في دولة كل طرف (المادة ٧٤ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠) .وخلافا لما تقدم، فإنه لا يمكن التعويض عن الأضرار الناجمة عن فقدان السمعة في حد ذاتها ؛ وذلك لأنه سيكون من الصعب حساب الخسارة الناتجة عن فقدان السمعة التجارية [٢].ويرى جانب من الفقه، ونحن نؤيده في ذلك ، أن البائع لا يمكنه المطالبة بالتعويض عن أي خسارة في الارباح إذا تمكن من بيع البضائع التي لم يستلمها المشتري في أماكن أخرى في اوقات الطلب الكبير عليها بنفس السعر المنتفق عليه مع المشتري، كما ان المشتري لن يعاني من أي خسارة إذا استطاع مواصلة الإنتاج عن طريق شراء بضائع بديلة تلبي احتياجاته بذات السعر المتفق فيه مع البائع .ويثار التساؤل حول الطرف الذي يتحمل عب ء إثبات الخسارة، ونجد انه لا تتناول المادة ٧٤ من الاتفاقية صراحة اي من الأطراف المتعاقدة يتحمل عب ء إثبات الخسارة من أجل استرداد التعويض عنها بموجب هذه المواد ونتيجة لذلك ، كان هنالك جدل حول ما إذا كانت هذه المسألة تتناولها ضمنها الاتفاقية أو

---

(1) John Y Gotanda ,Awarding Damages under the United Nations Convention on the International sale of Goods ;A Matter of interpretation,37Georgetown Journal of Internationail Law (Fall 2005),p129,Available at (http//www .cisg.law .pace edu/cisg /biblio/gotanda3.html).

(2) Djakhongir Saidov,Methods of Limiting Damages,op.cit ,note100-101.

ما إذا كانت مسألة إجرائية يتعين حلها وفقاً للقانوني الواجب التطبيق ، ولذا فيري جانب من الفقه ونحن نؤيده في ذلك ، أنه بالنظر إلى الحاجة إلى تعزيز الطابع الدولي للاتفاقية، وفي ضوء مقاصد وسياسات المادة ٧٤ ، أن الطرف المتضرر من يتحمل عب ء إثبات الخسارة الفعلية وخسارة الارباح المتكبدة وذلك بدرجة معقولة، ولا ينبغي النظر على فرض معيار على انه شاذ عن الاتفاقية، بل إنه يتفق مع الاتفاقية ككل .وعلى الرغم من ذلك، فقد ذهبت أحكام القضاء إلى التطبيق قواعد القانون الوطني الواجب التطبيق بشأن مسألة الشخص الذي يقع عليه عب إثبات الخسارة. وهذا وقد قضت به المحكمة السويسرية في ١٩٩٧/٢/٢٠ , أبرمت الشركة النمساوية (المدعي) عقداً لشراء ونقل أدوات الطباعة إلى روسيا مع الفرع السويسري لشركة مقرها في ليختنشتاين (مدعي عليه) ، ولم يتم تنفيذ العقد بسبب نشوء نزاع بين الأطراف بشأن طريقة النقل والتاريخ النهائي للتنفيذ ، ورفع المشتري النمساوي دعوى قضائية ضد البائع السويسري لسداد ثمن دفعة مقدمة، في حين ادعى المدعى عليه المطالبة بتعويضات عن مخالفة المشتري للعقد ، ورأت المحكمة انه نظراً لأن اتفاقية فيينا ١٩٨٠ لا تتضمن قواعد بشأن عب ء الإثبات للخسارة، فمن الضروري الاعتماد على قواعد القانون الدولي الخاص ، مما أدى في هذه الحالة إلى تطبيق القانون الوطني السويسري بشأن عب ء الإثبات[1].ويثار التساؤل حول العملة التي يتم بها دفع التعويضات، فنجد أن اتفاقية فيينا ١٩٨٠ لا تتضمن اي حكم بشأن العملة التي يتم بها دفع التعويضات، وطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي تستند إليه اتفاقية فيينا ١٩٨٠، فأن أي ترتيب تعاقدي يتفق عليه الطرفان بشأن العملة التي يتم، بها دفع التعويضات يجب أن يتم تطبيقه، ولذلك إذا نص الاتفاق على وجه التحديد على أن التعويضات عن الإخلال بالعقد تدفع بالدولار الأمريكي، ينبغي للمحكمة أن تمنح التعويضات بالدولار الأمريكي، ومع ذلك، في هذه الحالة قد تواجه المحكمة صعوبة، وذلك إذا كانت الأضرار التي لحقت بالطرف المضرور كان تقديرها يتم باليورو وليس بالدولار، فسيكون لها تحديد مبلغ التعويض باليورو على أساس الرجوع إلى سعر الدولار بالنسبة لليورو ودفع قيمة التعويض بالدولار بما يعادل قيمة اليورو ونعتقد من وجهتنا إن لم يكن هنالك اتفاق حول العملة التي سوف يتم بها دفع التعويضات، فانه يجب ان يتم تحديد العملة التي يتم بها الدفع بنفس العملة التي يدفع بها ثمن البضاعة تحقيقاً للتوحيد المطلوب. ونعتقد من وجهتنا مع ما اتجه إليه القضاء إذا كانت الاتفاقية لم تقم بتحديد الثمن الذي سوف يتم فيه دفع التعويضات، فأنه طبقاً

(1) Switzerland20 Febryary 1997District Court Saane,Available at (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970220s1.html)

للقواعد المعمول بها في الاتفاقية، فإن مكان دفع التعويضات يكون مكان عمل الدائن. وهذا ما طبقته المحكمة الألمانية في ١٩٩٣/٧/٢ ,حيث قد أبرم مشترٍ ألماني وعامل في الولايات المتحدة، عقداً لبيع آلة في وقت لاحق لتصبح جزءاً من آلة في روسيا ، ونتيجة لخلل في مكون الجهاز وقع حادث أثناء تشغيله، قد بدأ المشتري في إجراءات ضد البائع يدعي مطالبته بالتكاليف التي تكبدها في إصلاح مكونات الماكينة وبعد أن رات المحكمة أن اتفاقية فيننا ١٩٨٠ هي الواجبة التطبيق على النزاع رأت ان اتفاقية فيينا ١٩٨٠ لم تنص صراحة على مكان دفع التعويضات، وأن المحكمة ستطبق بالتالي الفقرة الثانية من المادة السابعة، والفقرة الأولى من المادة ٥٧ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ (مكان دفع الثمن) وتعبير عن المبدأ العام القائل بأن الالتزامات بالدفع ينبغي أن تؤدى في مكان عمل الدائن ، وفي هذه الحالة يكون مكان الدفع هو مكان عمل المشتري الألماني .

الفرع الثالث

أحكام تحديد التعويض كجزاء الأخلال بالالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية

تطبيقاً للقاعدة العامة في التعويض الواردة في اتفاقية فيينا ،فقد تبينت هيئات التحكيم هذه القاعدة في حكم تحكيم حديث ،[1]حيث قضت فيه بأنه "يجب على المدعي عليه أن يعوض المدعي عن كل الأضرار التي لحقت بالأخير مشتملاً على الكسب الفائت الذي يمكن أن يثبت للمدعي". وطبقاً لما تقدم، نتعرض للقاعدة العامة في تقدير التعويض من خلال ثلاث أحكام نتحدث عنها تباعاً:

اولاً: الحق في الحصول على التعويض:

تشترط معظم التشريعات لاستحقاق التعويض في نطاق المسؤولية العقدية أن يكون هناك أخلال تعاقدي من جانب الطرف المدعى عليه ،وأن يلحق الطرف المدعي ضرر من جراء هذا الأخلال ، مع توافر علاقة سببية بين الأخلال بالعقد والضرر[2]. ويتحقق الأخلال بالالتزام الموجب للمطالبة بالتعويض، وذلك بعدم تنفيذ أي التزام من الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقدين ، فقد يكون مصدر الالتزام هو العقد الذي أبرمه المتعاقدان

(1) د.سهير شرف أبراهيم، مصدر سابق، ص٤٨.

(2) د. السنهوري في الوسيط، الجزء الثاني، المجلد الثاني، الطبعة الثانية سنة ١٩٨٢، رقم ٤٦١، ص١٠٧٩.

،وهذا هو الأصل اذ يلتزم المتعاقدان بتنفيذ ما اتفقا عليه في الالتزام [1]، ويعد عدم تنفيذ أي منهما لالتزامه في هذه الحالة أخلالاً منه بالعقد . فإذا خلا العقد من بيان لهذه الالتزامات يرجع إلى الأعراف التي أتفقا عليها الطرفان، والعادات التي أستقر عليها التعامل بينهما[2] ، فإذا أتفق الطرفان على تطبيق المصطلحات التجارية الدولية Incotermsوالمتعلقة بالبيع سيف c.i.f أو فوب f.o.b(على سبيل المثال)، فإن تطبيق قواعد البيع المتعلقة بذلك تصبح التزاماً على عاتق الطرفين[3]. وكذلك يرجع مصدر الالتزامات بين المتعاقدين إلى الأعراف المعروفة على نطاق واسع وتراعي بانتظام في التجارة الدولية في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة مادام قد علم به الطرفان أو كان ينبغي عليهما أن يعلما بها[4].ويرجع أخيراً إلى أحكام الاتفاقية اذا اتفق المتعاقدان صراحة على ذلك في تحديد التزاماتهما كلها أو بعضها ، أو أذا كان هذا الالتزام لم ينظمه المتعاقدان في عقدهما وكانت الاتفاقية هي الواجبة التطبيق على هذا العقد ، ولم يكن هناك عرف مطبق بينهما بالمخالفة لها .إذ أن الصفة التكميلية للاتفاقية هي أحد خصائصها الرئيسية[5]. فإذا تحددت التزامات الطرفين على النحو السالف بيانه، فإن الأخلال بأي من هذه الالتزامات يرتب مسؤولية المتعاقد الذي أرتكب هذا الأخلال وحق الطرف المضرور في الحصول على التعويض اللازم لجبر الضرر . وذلك بصرف النظر عما إذا كان الأخلال بالتزام جوهري أم ثانوي[6]،اذ أن الاتفاقية لم تضع في اعتبارها سوى حجم الضرر الذي ترتب على المخالفة وليس نوع الالتزام الذي تمت مخالفته ويستوي أن يصدر الأخلال من البائع أو المشتري ، فمن المبادئ التي قامت عليها الاتفاقية مبدأ التوازن العقدي بين البائع والمشتري حرصاً منها على المساواة بينهما في جميع أحكامها. ويوجد الحق في التعويض، عند الفشل في تنفيذ أي من الالتزامات الموجودة بالعقد ، ويحق للطرف المضرور أن يطالب بالتعويض ،إما جزاءً أصلياً للمخالفة (على سبيل المثال

---

(1) د.سهير شرف أبراهيم، المصدر السابق، ص ٤٩.

(2) الفقرة الأولى المادة ٩ من اتفاقية فيينا.

(3) Bernard Audit ,"Lavente international de marchandises , convention desnations .Unies du 11 avril 1980",L.G .D.J-19990,P.44-45 No.49.

(4) الفقرة الثانية من المادة ٩ من اتفاقية فينا ١٩٨٠.

(5) Jean thieffry ,"Les nouvelles regles dela vente international".Droitet pratigue du commerce international ,1989-Tome 15 ,No3,P.372.

(6) د.خالد أحمد محمد عبد الحميد ،فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لأتفاقيه فيينا لعام ١٩٨٠ ،رسالة دكتوراة ،جامعة القاهرة ،٢٠٠٠،رقم ٥٢،ص٥٣..وأيضاً.سهير شرف أبراهيم ،المصدر السابق،ص٥٠.

، التعويض عن التأخير في التنفيذ أو عند استحاله التنفيذ)، وإما جزاءً تكميلياً مرتبطا بجزاءات أخرى ؛ لتغطية الضرر الذي قد يصيب الطرف المضرور ،نتيجة المخالفة ، فيجوز مثلاً طلب الفسخ والتعويض ،أو أن يطالب بالتنفيذ العيني والتعويض أو أن يخفض الثمن ويطالب بالتعويض[1].وطبقاً للمادة (١/٤٥)(ب)،م(١/٦١)(ب) من اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ، أنه في حالة تخلف كل من البائع والمشتري في تنفيذ الالتزامات التي يمليها عليهم العقد أو ما توجبه الاتفاقية منة التزامات فإنه يجوز للطرف المضرور المطالبة بالتعويض ،طبقاً للمواد (٧٤-٧٧) كما يخول لهذا الطرف ، طبقاً للمادة (٢/٤٥)،م(٢/٦١) عدم حرمانه من حقه في طلب التعويض إذا أستعمل حقاً من حقوقه الاخرى في الرجوع على الطرف الآخر، وتجد المادتان هما الاساس الذي تقوم علية مسؤولية الاتفاقية عن التعويض، وهي المخالفة وليس الخطأ، إما المواد (٧٤-٧٧)،فتتعامل فقط مع مدى (أي مقياس أو معيار) المسؤولية، وتعد المادة (١/٤٥/ب)،م(١/٦١/ب) مصدر حق البائع والمشتري في المطالبة بالتعويض[٢]وتستثني التشريعات الوطنية عادةً من قصر التعويض على الضرر المتوقع وقت أبرام العقد الحالة التي يرتكب فيها الطرف الذي وقعت منه المخالفة غشاً أو خطأ جسيماً (كما في المادة ٢٢١ من القانون المصري) إذ تطلق التعويض عندئذ ،ليشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع ،ولم يأت لهذا الاستثناء ذكر في المادة (٧٤)،وكذلك الحال في اتفاقية لاهاي ،ولكن هذه الاتفاقية أشارت في المادة (٨٩)على أنه: "في حالة التدليس أو الغش ،فان التعويض سيتم تحديده عن طريق تطبيق القواعد المطبقة على عقود البيع غير المحكومة بهذا القانون " ومعنى هذا أن تقدير التعويض في هذا الفرض يجب أن يجري كما لو كان البيع لا يخضع لأحكامها ،أي أنها تركت هذا لتقدير للقانون الوطني الواجب التطبيق.[٣] إما في اتفاقيه فيينا ،فلم تكن هناك أي أشاره إلى هذا الموضوع وذلك استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة (٧)التي تحيل إلى القانون الواجب التطبيق عند غيبة النص في الاتفاقية.

---

(1) د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص ١٦٧-١٦٨.

(٢)د.سهير شرف أبراهيم، مصدر سابق، ص٥٠.

(٣) د. محسن شفيق مصدر سابق، ص٢٤٠.

ثانياً: التعويض الكامل:

القاعدة السائدة في التشريعات الوطنية أن التعويض يشمل عنصرين هما ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب. كما يأخذ القانون الإنكليزي كمثال لدول "common law" بقاعدة مشابهة حيث يعتبر معيار التعويض هو الخسارة التي تلحق بالمشتري كنتيجة مباشرة وطبيعية ، طبقاً للمجرى العادي للأمور ،من إخلال البائع للعقد كما يحق للقاضي أن يعين طريقة التعويض تبعاً للظروف ،ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون أيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً .وكذلك يمكن أن يقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بأعاده الحال إلى ما كان علية ،أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل الغير المشروع وذلك على سبيل التعويض[1]. ويكون التعويض تعويضاً كاملاً عن الضرر الحادث "substantial Damages" وذلك اذا ما أثبت الدائن وقوع ضرر له نتيجة للإخلال بالعقد ويختلف التعويض باختلاف مدى الضرر والقاعدة هي أنه أذا ما أصيب أحد المتعاقدين بخسارة نتيجة للإخلال بالعقد فإنه يوضع إلى الحد الذي يسمح المال بتحقيقه في ذات المركز الذي كان سيشغله فيما لو نفذ العقد[2].فنجد أن القانون المصري، قد أخذ بمبدأ التعويض الكامل للضرر وذلك في المادة (٢٢١)[3] إما القانون المدني العراقي فقد حددته المادة (٢٠٧) "بقول ها١-

---

(1) د. جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية ،١٩٩٧، فقرة ٩٩٩، ص٤٩٣،أيضا د. عبد المنعم فرج الصهد ، مصادر الالتزام ،القاهرة ،١٩٨٤, فقرة ٤٨٢ ،ص٥٢١.

وفي حديث لمحكمة النقد المصرية جاء به " ولأن كان تقدير التعويض من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضِ الموضوع إلا أن مناط ذلك أن يكون هذا التقدير قائماً على أساس سائغ مردوداً إلى عناصره الثابتة بالأوراق ومبرراته التي يتوازن بها اساس التعويض مع العلة من فرضه ، بحيث يبدوا متكافئ امع الضرر ،وليس دونة وغير زائد علية "أنظر نقد مدني ١٩٩٧/٤/٨،والطعن رقم ٢٧٤٣ لسنة ٦١ق.

(2) الفقرة الثانية من المادة ٥١ من قانون بيع البضائع الإنكليزي لعام ١٩٧٩. مشار الية لدى د. سهير شرف أبراهيم، مصدر سابق ٥٧

(3) المادة (٢٢١) منى التقنين المدني المصري حيث نصت على أن "يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة ومنافاته من كسب يشترط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزامات أو التأخر في الوفاء به ، ويعد الضرر نتيجة طبيعية أذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"

تقدر المحكمة التعويض في الأحوال جميعها بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل الغير مشروع.

٢- ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان ويجوز أن يشتمل الضمان على الأجر ".

لذلك نجد أن القضاء في مصر قد أستقر على أن القاعدة الأساسية التي تحكم تقدير التعويض تستوجب تحقيق التناسب بينهُ وبين الضرر[1] بحيث يقدر التعويض بقدر الضرر فلا يقل عنه ولا يزيد عليه بل ينبغي أن يكون مساوياً له[2] .

ثالثاً: مبدأ القدرة على التوقع: تعد قاعدة توقع الضرر الأساس في تحديد إطار تطبيق القاعدة العامة في شأن تقدير التعويض ، حيث تسمح الأطراف عقد البيع الدولي أن يضعوا في الاعتبار- مقدماً -الأثار الاقتصادية التي يمكن أن تنشأ عن مخالفة عقد البيع في المستقبل ،والنتائج التي يمكن أن تترتب على ذلك[3] . إذا أخل المتعاقد بتنفيذ التزاماته ويترتب على هذا الإخلال ضرر بالمتعاقد الأخر ، فيجب أن يكون هذا الضرر متوقع ، بأن يتوقع الطرف المخالف حدوثه وكذلك يتوقعه كل شخص سوي الادراك من صفه الطرف المخالف إذ وجد في نفس ظروفه[4]. ويعد اشتراط توقع الضرر أمراً يتسم بالعدالة، إذ ليس من العدل أن يتحمل المتعاقد نتيجة لا يمكن أن يتوقع حدوثها[5]. ويعد شرط التوقع للضرر شرطاً للحكم بالتعويض، فإذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي

---

(1) د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ١٩٧٠ ،فقرة ٤٣٥ ،ص٣٨٢ .،وأيضاً.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني -١- في الالتزامات ، المجلد الأول في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، الطبعة الخامسة ،١٩٩٣ ،فقرة١٩٣، ص٥٤١.

(2) الهيأة العامة لتصنيع الأدارسة القانونية للعقود والاتفاقيات الدولية ،أحكام التعويض عن ألإخلال بالعقد في القانون الإنكليزي والامريكي والقواعد المقابلة في القانون المصري ، دراسة مقارنة ،د.أحمد عبد الفتاح الشلقاني ،مدير إداره العقود والاتفاقيات الدولية ،رقم ١٦،ص٢٣

(3) DESSNONTET, Francois "Les Contracts de vente international de merchandisec"C.E.D.I.D.A.C NO.20 Lausanne,1993,p.490.

(4) د.محسن شفيق ،مصدر سابق ،ص ١٢٠.

(5) Vincent ,Heuze"La vente internationale de merchandises ,G.L.N.Joly editions 1992 ,p.295.No 391.

كان يمكن توقعه عادةً وقت التعاقد[1] . ويبرر قصر التعويض على الضرر المتوقع، أن توقع الضرر يعد شرطاً اتفاقيا مفترضاً يعدل من مقدار المسؤولية، فقد أفترض القانون أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل المسؤولية العقدية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين، فهذا هو المقدار الذي يمكن أن يفترض افتراضا معقولاً أن المدين قد ارتضاه. لكن هذا الشرط يعد باطلاً في حالتي غش المدين وخطأه الجسيم، فيلتزم في هاتين الحالتين بالتعويض عن كل الضرر متوقعاً كان أو غير متوقع[2] . وقد عرف هذا المبدأ في دول الCommon Law بوصفه اختبارا للقدرة على التنبؤ أو التوقع، وقد طور باسم القرار الإنكليزي ل سنة١٨٥٤ Hadley Baxandall [3]. وتعد قضيةHadley من التطبيقات القضائية المهمة في هذا الخصوص، حيث أن القاعدة التي أوردها الحكم الصادر فيها، هي القاعدة المتبعة بصفة منتظمة حتى الأن. تعد القاعدة الأساسية في تحديد كل من الضرر الذي يمكن المطالبة بتعويض عنه، والضرر الذي يعتبر بعيد الصلة بالخطأ العقدي، قاعدة ذات شقين[4] وهما:

١- لا يتجاوز التعويض الذي يجوز المطالبة به ذلك الذي ينشأ عادةً، أي طبقاً للمجرى الطبيعي للأمور، عن الإخلال بالعقد.

٢- على أنه إذا وجدت ظروف خاصة ملابسة للتعاقد أحاط بها المتعاقدان وقت أبرام العقد، وكان الإخلال بالعقد في ظل هذه الظروف يؤدي إلى تفاقم الضرر، فإنه يمكن المطالبة بتعويض خاص Special Damages أي "أضافي" عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بالعقد في ظل تلك الظروف الخاصة وذلك بالإضافة إلى التعويض العام General Damagesالمبين في الفقرة الأولى.

ويرى الفقه الإنكليزي والأمريكي أن هذه القاعدة التي تحدد مقدماً التعويض الذي يسأل عنه المتعاقد ، من شأنها تقليل المخاطر المالية التي تتعرض لها المشروعات التجارية وتتفق مع مبدأ حرية التجارة ، فالعمل دون تللك القاعدة يجعل النشاط التجاري على جانب من الخطورة طالما كانت أعباؤه المالية غير معروفة

---

(1) د. جمال عبد العزيز، مصدر سابق، ص ٤٥٤-٤٥٥.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط الجزء الاول مجلد "العقد" الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ،١٩٨١ رقم ٤٥٢، ص٩٣٦.

(3) د. سهير شرف أبراهيم، مصدر سابق، ص ٧١.

(4) د. أحمد عبد الفتاح اللقاني، مصدر سابق، ص ٣٦.

مقدماً[1] وتدخل القاعدة لغرض سياسة من شأنها حماية وتشجيع الممول Entrepreneur بأن خفَضَ أو قلَلَ من نطاق مخاطره ، فجعله يتحمل في كثير من الحالات بتعويض أقل مما كان سيسدده فيما لو التزم فعلاً بالتعويض عن كافة الأضرار الناتجة عن خطئه العقدي[2]. والضرر المتوقع طبقاً للقانون المصري، يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي، أي بالضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف التي يوجد بها المدين، لا الضرر الذي توقعه هذا المدين بالذات[3] . إما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد نصت المادة (١٦٩مدني عراقي) " في المسؤولية العقدية يسأل عن الضرر المباشر المتوقع ،إما الضرر المباشر غير المتوقع فلا يسأل عنه المتعاقد الآه إذا أرتكب غشاً أو خطأً جسيماً ، ويجب أن يكون الضرر متوقعاً وقت التعاقد فإذا لم يكن كذلك فلا يسأل المدين عنه ،مالم يكن المتعاقد الا خر أخبره بما سيصيبه من ضرر في حال إخلال المدين بالتنفيذ ،ويكون الضرر مباشراً إذا كان نتيجة طبيعية لخطأ المدين أي لعدم قيامه بتنفيذ التزامه .ومعيار توقع الضرر معيار موضوعي أي هو معيار الشخص المعتاد إذا وجد في الظروف نفسها التي تم فيها العقد ولو لم يتوقعه المدين بالذات . نجد نص المادة(٧٤) من اتفاقية فيينا لا يقيس معيار التوقع للضرر بهذا الضابط الشخصي وحده ،وإنما أضاف إليه ضابطاً مادياً أخر ، مفاده ما ينبغي أن يتوقعه الطرف المخالف بالقياس إلى ما كان يفعله شخص سوي الإدراك من صفته إذا وجد نفس الظروف وتؤخذ في الاعتبار كل الوقائع والأحداث التي كان هذا الطرف يعلم أو كان ينبغي أن يعلم بها وقت أبرام العقد[4]. ويبدو أن الأخذ بالضابط الشخصي دون الاستعانة بضابط آخر موضوعي قد يؤدي غالباً إلى اضطراب المعاملات الدولية من ناحية، ويشجع كلاً من طرفي عقد البيع الدولي عن التنصل من التزاماته، دون أنزال جزاء التعويض على أي منهما مادام يستند كل منهما على الضابط الشخصي من ناحية أخرى[5]

---

(1) د.سهير شرف أبراهيم، المصدر السابق، ص ٧٢.

(2) د. أحمد عبد الفتاح اللقاني، المصدر السابق، ص ٣٦.

(3) نقض جلسة ١٩٨٠/٥/٢٩، الطعن رقم ٦٦٨ لسنة ٤٦ قضائية، مجموعة المكتب الفني س٣١، ص١٥٦٧.

(4) د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص ٢٤٠.

(5) د. جمال عبد العزيز، مصدر سابق، ص ٤٥٤-٤٥٥.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية , نحمد الله ونشكره على ما وصلنا اليه حمدا كما ينَبَغي أن يحمد , وقد انتَهينا في هذا البحث الى التوصل لجمله من النتائج والمقترحات أهمها:

أولاً: النتائج:

١- تبين لنا أن الالتزام بتخفيف الضرر في عقود التجارة الدولية كان بداية نشأته في القانون الانكليزي، ولكن بنفس الوقت هو ليس غريباً عن القوانين اللاتينية، فنلتمس وجوده في المبادئ العامة الخاصة بنظرية الالتزام، وكذلك تم إقراره من قبل الممارسات التعاقدية الدولية ,أيضاً أقرتهُ بعض التشريعات الوطنية المقارنة، سواء بشكل صريح أم ضمني، كذلك تم إقراره من قبل الاتفاقيات والأعمال التجارية الدولية. إقرار بعض التشريعات الوطنية المقارنة، كالقانون الفرنسي والامريكي والانكليزي والمصري، التي هي محل دراسة في بحثنا مقارنه مع قانوننا العراقي، وكذلك موقف الاتفاقيات والأعمال الدولية، حيث حرص أغلبها على تنظيمه، ومنها أتفاقيه (لاهاي) لسنه ١٩٦٤م، واتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع لسنه ١٩٨٠ م، وكذلك تقرير غرفة التجارة الدولية (ICC) لسنه ٢٠٠٣م، ومبادئ (اليونيدو) المتعلقة بالعقود التجارية الدولية.

٢- الالتزام بتخفيف الضرر نشأ كأسلوب تجاري معروف ، يقتضيها مبدأ حسن النية ،حيث إن الدائن عند مباشرته لواجبه في تخفيف الضرر ،لا ينطلق من فراغ ،بل تدفعه مسوغات عدة، وإن كانت محل تحفظ في بعض منها، ولكنها تلتقي تحت عنوان واحد ،هو على الدائن واجب تخفيف الضرر , ويتضمن هذا الالتزام أن على المتضرر إن 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 استحقاق الأخير للتعويض بما يعادل قيمة الأضرار التي كان بإمكانه تجنبها لو أنهُ بادر باتخاذ خطوات من شأنها تقليص الخسائر ،وذلك إذا كانت هذه الخطوات لا تكلفه إلاّ جهوداً معقولة.

٣- تبين لنا أن مبدأ تخفيف الضرر مبدأ عام من مبادئ قانون التجارة الدولية، ولكن تعددت الآراء حول الاساس الذي يستند عليه، منها ما أرجعه إلى أسس فلسفية في حين أدخله الآخر إلى مبادئ قانونية، وأن مفهوم العدالة هو مفهوم واسع جداً ومن الصعوبة صياغته بقاعدة واحدة، ولكن تم الامر تركه للقاضي يستلهمه من احساس

أخلاقي ,هذا في حالة إذا كان أساس الالتزام مبادئ فلسفية. إما أذا كان اساس الالتزام هو المبادئ القانونية التي تم أراجع 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.

٤- توصلنا من خلال دراستنا إلى طبيعة الالتزام بتخفيف الضرر إلى أنه التزام ببذل عناية ،وهذا ما أشار الية القانون العراقي في المادة (٢٥١)مدني عراقي إلى الالتزام ببذل عناية ، على الرغم من أن هذة المادة لا تسعفنا كثيراً في معرفة دور المتضرر في هل هو التزام ببذل عناية ،أو التزام بتحقيق نتيجة ، وهذا ما نلتمسه في نطاق الفقه الذي يرى ان الالتزام الناشئ عن قواعد المسؤولية التقصيرية هو التزام ببذل عناية بصورة عامة ولذلك يكون نطاق تخفيف الضرر الموصوف ببذل عناية اوسع من نظيره (الالتزام بتحقيق نتيجة) ،كون ان نطاق بذل عناية يتحقق في نطاق المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية (في حالة عدم وجود نص تعاقدي صريح). ومما يعضد هذا الاتجاه ويسنده(بذل العناية) ان في حالة قيام الدائن باتخاذ الخطوات المعقولة لتخفيف الضرر الا انها باءت بالفشل ولم ينجح بتقليص الاضرار فانه لا يحرم من المطالبة بالتعويض كجزاء لفشل تلك الخطوات وهذا الاتجاه اخذ به الفقه الانكليزي بصورة مطردة ' والذي يرى عدم حرمان الدائن من التعويض في حال فشله بتخفيف الاضرار وذلك باعتبار ان الغرض من هذا الواجب هو تشجيع المتضرر على ممارسة الاعمال الايجابية لتخفيف الاضرار، وفي حالة حرمانه من ذلك التعويض على الرغم من اتخاذه للخطوات المعقولة فان هذا الامر من شانه ان يؤدي الى احباط عزيمة المتضررين الذين يمرون بنفس الظروف وعزوفهم بالتالي عن تفهم هذا الواجب وتطبيقه بشكل سلس.

٥- تبين لنا من خلال البحث أن الدائن بتخفيف الضرر يقع علية التزام هو عدم الاتيان بأي فعل من شأنه أن يزيد من أضرار المتعاقد الآخر، لما في ذلك من إثر في المحافظة على كيان العقد وضمان استمراه بالشكل الذي يرضي الطرفين، وأن الاجراءات التي يتخذها الدائن لتخفيف الضرر تختلف تبعاً لطبيعة العقد الذي يبرمهُ الطرفين، فيما أذا كان في عقود البيع والتوريد، أو إذا كان في عقود البيع الاخرى.

٦- قد توصلنا من خلال البحث أن لقيام المتضرر بتخفيف الضرر أثار قانونية شأنهُ في ذلك شأن باقي التصرفات ، ومن ضمن هذه الاثار هو تحمله للمسؤولية القانونية الناتجة عن عدم قيامه بتخفيف الضرر ، وأصبح هذا الامر من البديهي ،وأن الآثار القانوني يختلف بالتأكيد في حالة قيام المتضرر بأدائه أو بالامتناع عن ذلك الاداء ،ففي حالة قدرة الدائن على تخفيف الضرر وامتناعه دون مبرر على ذلك فأنه

سيتحمل مسؤولية الشق الذي تقاعس عنه ،إما اذا لم يكن بمقدوره العمل على ذلك التخفيف أوكانا هذ التخفيف يستلزم بذل جهود غير معقوله فلا مسؤولية على المتضرر في حالة عدم أقدامه عليه.

٧- وقد تبين لنا، أن التعويض هو الغاية الاسمى التي يبتغيها الطرف المتضرر ،وأن الهدف من هذا التعويض هو جبر الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة أخلال المدين بتنفيذ الزامة العقدي ، وهذا التعويض يقع على عاتق من أدى فعله إلى أحداث الضرر المراد جبره من خلال التعويض .

ثانياً: المقترحات

١) بالنظر لأهمية تخفيف الضرر في المحافظة على الاموال، 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 اجتهاد 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.

٣) نقترح تنظيم أحكام التعويض الاتفاقي، في اتفاقية فيينا وعدم ترك الموضوع إلى القانون الواجب التطبيق، الامر الذي يؤدي إلى تنوع الحلول، وعدم الاكتفاء بإعطاء الحرية للأطراف في تضمين عقدهم لقواعد التعويض الاتفاقية، وانما يجب ضبط أحكام ومصير مثل هذا الشرط.

٤) ندعو القضاء الإغراقي إلى العدول عن موقفه من التعويض، الذي يرى فيه، ان التعويض يعد اثراً من اثار الفسخ والنظر إليه على أنه جزاء مستقل، يطبق حالما تتوافر شروطه، يمكن أن يحكم به مع الفسخ أو بدونه، طالما أن هناك ضرر أصاب أحد المتعاقدين جراء إخلال المتعاقد الآخر.

٥) لابد من ادراج فكرة الفسخ الجزئي التي تعد إحدى صور تخفيف الضرر، لذلك لابد من أعادة النظر ومواكبة التطورات القانونية النابعة من حاجة الافراد، والاخذ بكل ما يعد اجتهادا فقهياً حديثاً طالما كاهن يتسق مع الاحكام القانونية، ومن شأنه أن يساعد في حل النزاعات القضائية بشكل عادل.

المصادر

أولا: المصادر العربية:

١) د.أبراهيم الدسوقي أبو الليل ،تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ،دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض،جامعة الكويت ،١٩٩٥

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

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

٤) د.احمد السعيد الزقرد، محاولات لإنقاذ العقود من الفسخ ،خال من رقم طبعة، المكتبة العصرية،٢٠٠٧،

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

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

٧) د.أحمد مخلوف ،أتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات عقود التجارة الدولية ،دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١،

٨) د.احمد مفلح خوالده ، شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية ،دراسة مقارنه ،، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، ٢٠١١

٩) د.اسماعيل غانم،في النظرية العامة للالتزام – احكام الالتزام، خال من رقم طبعة، دار النشر للجامعات،١٩٩١

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

١١) د.اكرم محمد حسين ،الاخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية ،منشورات الحلبي الحقوقية ,٢٠١٧.

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

١٣) د.أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف الإسكندرية ،١٩٧٠

١٤) د.ايمن ابراهيم العشماوي ، فعل المضرور والإعفاء الجزئي من المسؤولية ،خال من رقم الطبعة ، دار النهضة العربية –القاهرة ،بلا سنة طبع

١٥) د.ايمن إبراهيم العشماوي ،مفهوم العقد وتطوره ،دراسة مقارنة ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٢

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

١٧) د.جلال علي العدوي ،أصول الالتزامات ،مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،١٩٩٧

١٨) د.جيروم هوييه ،المطول في القانون المدني– العقود الرئيسية الخاصة، اشراف جاك غستان ،ترجمة منصور القاضي ،المجلد الاول،ط١،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،٢٠٠٣

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

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

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

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

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

٢٤) د.حمدي عبد الرحمن ،مصادر الالتزام ،نظرية العقد ،دون ناشر ،١٩٩٣–١٩٩٤

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

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

٢٧) د.سلامة فارس عرب ، دروس في قانون التجارة الدولية ،بدون مكان طبع ،٢٠٠٠.

٢٨) د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني –١– في الالتزامات ، المجلد الأول في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، الطبعة الخامسة ،١٩٩٣.

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

٣٠) د.سليمان مرقس،الوافي في شرح القانون المدني،عقد البيع ، ط٤، عالم الكتب، ١٩٨٠

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

٣٢) د.شريف الطباخ ، التعويض عن الاخلال بالعقد التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ،المركز القومي للإصدارات القانونيه ،القاهره ،٢٠٠٥

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

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

٣٥) د.صفوت ناجي بهنساوي ، الالتزام بتسليم البضائع في عقد البيع الدولي ،دراسة لاتفاقية فيينا ١٩٨٠،دار النهضة العربية القاهرة ،١٩٩٤

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

٣٧) د.عادل محمد خير عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فينا وجهود لجنه الأمم المتحدة القانون التجارة الدولي Uncitralغرفة التجارة الدولية ICC،دار النهضة العربية ،الطبعة الأولى ،مايو١٩٩٤

٣٨) د.عاطف النقيب ،نظريه العقد ، منشورات عبيدات ، بيروت ،باريس ،١٩٩٨

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

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

٤١) د.عبد الرحمن عياد ،أساس الالتزام العقدي ،دون ناشر أوتاريخ نشر

٤٢) د.عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ، الجزء الثاني ، المجلد الثاني ، الطبعة الثانية سنة ١٩٨٢.

٤٣) د.عبد الرزاق السنهوري – الوسيط الجزء الاول مجلد"العقد" الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ،١٩٨١

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

٤٥) د.عبد الله بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري–كتاب الوكالة،ط١،دار ابن الهيثم،القاهرة،٢٠٠٤

٤٦) د.عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوامريكي ،خال من رقم طبعة ،خال من مكان نشر،١٩٩١

٤٧) د.عبد المنعم البدراوي ،النظرية العامة للألتزامات في القانون المدني المصري ،الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ،طبعة ١٩٨٧

٤٨) د.عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الالتزام ،القاهرة ،١٩٨٤

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

٥٠) 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

٥١) د.فتحي عبد الرحيم عبدالله، دراسات في المسؤولية التقصيرية نحو مسؤولية موضوعية، خال من رقم طبعة، منشاة المعارف بالاسكندرية،٢٠٠٥

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

٥٣) د.قدري عبد الفتاح الشهاوي ،احكام عقد الوكالة في التشريع المصري والمقارن ،خال من رقم طبعة، منشاة المعارف–الاسكندرية،٢٠٠١

٥٤) د.لطيف جبر كوماني ود. علي كاظم الرفيعي، عقد البيع الدولي للبضائع، خال من رقم طبعة، مكتبة السنهوري،٢٠١٢

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

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

٥٧) د.محسن عبد الحميد أبراهيم البيه،قانون الإثبات في المواد المدنيه والتجارية ،مكتبة الجلاء الجديدة ،المنصورة،١٩٩٦–١٩٩٧

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

٥٩) د.محمد رضا عبد الجبار العاني ،الوكالة في الشريعة والقانون ،خال من رقم طبعة، مطبعة العاني – بغداد،١٩٧٥.

٦٠) د.محمد شتا أبو سعد ،المبادئ القضائية في التحكيم التجاري الدولي ، ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية, ٢٠٠٠

٦١) د.محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء ،ط١،دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٨٥

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

٦٣) د.محمد نصر محمد ،الوسيط في عقود البيع الدولية ،ط١،مكتبة القانون والأقتصاد ،الرياض،٢٠١٣.

٦٤) د. محمد صلاح عبد اللاه محمد ,النظام القانوني لتنفيذ عقد البيع التجاري الدولي والحيلولة دون فسخة ,كلية الحقوق –جامعة القاهرة,,دار الجامعة الجديدة للنشر ،٢٠٢٠ .

٦٥) د.محمود الكيلاني ،عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ،الطبعة الثانية ،دار الفكر العربي ،١٩٩٥.

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

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

٦٨) د.مصطفى عبد الحميد عدوي،الضرر الناشئ عن الأخلال العقدي في القانون الانكليزي ،خال من رقم الطبعة ،دار النهضة العربية –القاهرة،٢٠٠٨

٦٩) د.ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري ، شرط أعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية ، دراسة تحليلية مقارنة، كلية الحقوق –جامعة بابل ، دار الجامعة الجديدة ،٢٠١٦–٢٠١٧.

٧٠) د.ناجي عبد المؤمن ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بدون مكان أوسنة طبع.

٧١) د.هاني محمد دويدار ، إشكالات تسليم البضائع في ل قانون التجارة البحرية ،رقم(٨)لسنة ١٩٩٠،دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،١٩٩٦

٧٢) د.وليد خالد عطية، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود ، دراسة مقارنة، كلية القانون – جامعة البصرة ،ط١،٢٠١٥

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

٧٤) القاضي عدنان عبد طعيس،تعويض الضرر المعنوي في المسؤوليه التقصيرية،ط١،خال من مكان نشر،٢٠٠٨.

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

٧٦) د. ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصيه ، نظريه العقد ، اثار العقد وانحلاله، ج١،مج١،القسم٣،دار وائل للطباعة والنشر ،عمان ،٢٠٠٢

ثانيا: الرسائل العلمية:

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

٢) د.جمال محمود عبد العزيز ، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع –أطروحة دكتوراة –جامعة القاهرة ،١٩٩٦–١٩٩٧.

٣) د.خالد أحمد محمد عبد الحميد ،فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لأتفاقيه فيينا لعام ١٩٨٠ ،رسالة دكتوراة ،جامعة القاهرة ،٢٠٠٠ .

٤) د.رشوان حسن رشوان أحمد ،أثر الظروف الأقتصادية على القوة الملزمة للعقد ،رسالة دكتوراة ،كلية الحقوق– جامعة القاهرة ،١٩٩٤.

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

٦) د.سهير شرف أبراهيم،التعويض كجزاء تكميلي في أتفاقية الأمم المتحده بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ،أطروحة دكتوراة ، جامعة المنوفية،كلية الحقوق ،٢٠١٤

٧) د.صفاء تقي العيساوي، القوة القاهرة واثرها في عقود التجارة الدولية، جامعة الموصل ،كلية القانون , أطروحة دكتوراة ,٢٠٠٥.

٨) 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.احمد عبد الفتاح الشلقاني ، أحكام التعويض عن الأخلال بالعقد،مجلة أدارة قضايا الحكومة،العدد الثالث ،السنة الرابعة عشر ،القاهرة،١٩٧٠

٢) د.آمين دواس ،نطاق تطبيق مبادئ اليونيدروا على عقود التجارة الدولية ، مجلة الحقوق الكويتية ،العدد ٢ ،س٣٢،يونيه٢٠٠٨

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

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

٥) د.عمر السيوي العقد الأداري والقوة القاهرة ،مجلة الدراسات القانونية ،مجلد١،سنة١٤،جامعة تارس يونس ،بنغازي ،١٩٩٤

٦) 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

٧) د.محمد لبيب شنب ، الجحود المبتسر للعقد ،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الاول ١٩٦١.

رابعاً: القوانين

١. قانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

٢. قانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨.

٣. قانون المدني العراقي رقم (٤٠)لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

٤. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠)لسنة ١٩٨٤.

٥. قانون البحري المصري رقم (٨)لسنة١٩٩٠..

٦. قانون التجارة الامريكي الموحد

خامساً: المصادر الاجنبية

1- Alan D.Miller and Ronen perry, The Reasonable Person,New York University,Law REVIEWTHE REASONABLE PERSON, Volume87, May2012

2- Bernard Audit ,"Lavente international de marchandises , convention desnations .Unies du 11 avril 1980",L.G .D.J-19990

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

4- DESSNONTET, Francois "Les Contracts de vente international de merchandisec"C.E.D.I.D.A.C NO.20 Lausanne,1993

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

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

7- Jean thieffry ,"Les nouvelles regles dela vente international".Droitet pratigue du commerce international ,1989

8- Jeffrey S . Sutton,"Measuring damages under the United Nations Convention on the International sale of goods",Ohio state law Journal, volume 50 ,No,3,1989

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

10- Planiol, Traite elementaire de droit civil,2 ed,ed,1949.

11- REIFEGERSTE(S):Pour une obligation de minimizer le dommage , presses universitaires Aix-Marseille,2002

12- Reinhard Zimmermann and Simon Whittaaker,Good Faith in European Contaract LawCambridge University Press,2000

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

14- Solene Le Pautremat. Mitigation of Damage: A French Perspective. International and Comparative Law Quarterly (2006)

15- Stoll H <<Da mages>> in Kommentar zum Einheitlichen UN-K aufrecht ,3ed edu.,elihed by P.Schlechtriem.Munich.Beck.2000.Note 3) Richard Owen ,Essential Tort law, Third edition, CavendishPublishing Limited-London,2000,

16- Vincent ,Heuze"La vente internationale de merchandises ,G.L.N.Joly editions 1992

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

Abstract

According to the general origin, in international trade contracts, if one of the parties suffers a great loss as a result of the other party, he is the one who bears that entire loss, as well as if it is the result of an emergency circumstance or force majeure as the Corona epidemic that we are currently experiencing, but with the aim of simplifying life and in line with legal frameworks and plans With this economic development, the world is witnessing successive crises. One of the most important legal frameworks is the theory of the contract, as the contract is a legal institution, and the most important applications generated by it is the obligation to mitigate damage, as the goal of concluding the contract is to implement it in all its aspects of obligations, and this total implementation achieves the maximum needs and requirements of each party. Since cooperation and good faith require the defaulting debtor party to notify the creditor of the occurrence of circumstances and their effects, it imposes on the creditor a corresponding obligation to do his best to take the measures available to him in order to reduce the scope of the damage inflicted on him, and accordingly we divided the study into two chapters, the first chapter focuses on the nature of the obligation to mitigate Damage in international trade contracts, and the second chapter is the provisions of the obligation to mitigate harm in international trade contracts.

And if it is the basic division of the research material and in a way that covers all the details, particles and intricacies of the subject, then we preceded it with an introduction in which we talked about the importance of the obligation to mitigate damage in international trade contracts, then we got to know the subject of the research, and we talked about its importance and motives for choosing it, the approach followed in the study and finally the division of the subject.

We also concluded this study with a conclusion that included a statement of the most important results and recommendations...

The Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and Scientific Research
University of Babylon/College of Law

Commitment to mitigate harm in international trade contracts
A comparative study

A Thesis submitted by the student

Iman Abbas Mahdi

To the Council of the College of Law, University of Babylon
It is part of the requirements for obtaining a master's degree in private law

Supervision

Prof. Dr.
Mithaq Talib Abd Hammadi al-Jubouri

2022 A.D **1444 A.H**