واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية العقدية وكيفية إعماله

"دراسة مقارنة في ضوء النظام القانوني الانكلو-امريكي واتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠"

The Creditor's Duty To Mitigate Damages & The Mechanism Of Its Application

Comparative study

د. ظافر حبيب جبارة

أستاذ القانون المدني المساعد (المشارك)

كلية القانون- جامعة ذي قار-العراق

د.عماد حسن سلمان

أستاذ القانون المدني المساعد (المشارك)

كلية القانون- جامعة ذي قار-العراق

The abstract:

The English legal system does not only impose a duty on the creditor to not increase the damages iflicted unpon him by his debtor or aggravate his contractual situation (like German, French , Egypt and Iraq legal systems) , but impose a positive duty on the creditor to exert reasonable sincere efforts to mitigate the losses by making a cover tranaction which replace(totally or partially) the orginal tranaction with the debtor who failed to perform his obligation. The effect of that duty of mitigation on twofold, the first is negative , which prevent the creditor from demanding compensation for any avoidable losses, the second , is positive which gives the right to the creditor to recourse on any expenses necessiated by that duty as well as compensation for those losses which he was unable to mitigate them.

The research had been divided into three chapters, in the first chapter the researcher has dealt with the legal basis for the creditor's duty to mitigate the daamages and its legal characteristics, the second specificied on the creditors alternative after application of his duty to mitigate , and the third chapter dealt with the duty of mitigation in Arab and Iraqi in ratified International Convention, Commerical and civil laws.

Finally, the researcher has summed up his research by many recommendations and proposals; hoping that Iraqi and Irab legislative organs and judiciary system to adopt them.

المقدمة

لقد مثل تبني القانون الانكلو-امريكي لواجب الدائن في تخفيف الضرر سمة بارزة من سمات هذا القانون ، وتفرده من بين معظم الأنظمة القانونية بأعتباره اهم المحددات القانونية لمدى حق الدائن في التعويض. ونظرا لما ينطوي عليه هذا الواجب من فاعلية اقتصادية لا تنكر وخاصة في نطاق المسؤولية العقدية ، فقد تلقفته الاتفاقات الدولية المنظمة للتجارة الدولية ومعظم التشريعات التجارية العربية بشيء من التحوير ، بل وصل صداه الى معاقل الانظمة اللاتنية فنص عليه مشروع قانون تعديل نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي في المادة (١٣٧٣) منه ، واثنى عليه كبار فقهاء فرنسا كالعلامة (اندريه تانك) واصفا اياه بالقاعدة التي لا تحتاج لبرهان (Self- evident Rule) ([٢])رغم معارضة محكمة النقض الفرنسية لوجود مثل هذا الواجب في احكام شهيرة لها.

وللتزود بفكرة مفيدة عن موضوع البحث هذا ، وجدنا من المناسب أن نتناول هذه المقدمة في ثلاث فقرات: نخصص الأولى منها لجوهر فكرة البحث والثانية لأهمية البحث من الناحية العملية ، ونفرد الثالثة منها لخطة البحث.

أولا:- جوهر فكرة البحث

اذا كان من المسلم به في ظل الانظمة القانونية الحديثة-كالقانون الفرنسي والألماني والمصري والعراقي-بأنه يتوجب على الدائن الذي وقع عليه ضرر من جراء إخلال مدينه بالالتزامات العقدية المفروضة عليه ، بان يمتنع عن كل ما من شأنه أن يزيد من مقدار الضرر الذي وقع عليه والا يفاقمه في اطار نظرية الخطأ المشترك، فان القوانين الانكلو-امريكية تذهب ابعد من ذلك ، فهي تضيف الى هذا الواجب السلبي واجبا ايجابيا بان يسعى ضحية العقد الى اتخاذ أي تدبير معقول طبقا لطبيعة العقد وظروف القضية من شأنه أن يخفف أو يزيل الضرر الذي وقع سواء تمثل هذا الضرر بالخسارة التي وقعت عليه او بالكسب الذي كان باستطاعته ان يجنيه.

ولقد أثار واجب الدائن في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية العقدية إشكاليات قانونية متعددة ، فثار جدل فقهي عميق حول أساسها القانوني، وشكك البعض من الفقه الفرنسي، وعاضدته في ذلك محكمة النقض الفرنسية في احكام شهيرة لها، في وجود مثل هذا الواجب لافتقاره إلى أساس قانوني متين لخروجه عن القواعد التقليدية في تعويض الضرر ومجافاته لابسط قواعد العدالة إذ ان في إلزام الدائن في نطاق المسؤولية العقدية او إلزام المضرور في نطاق المسؤولية التقصيرية بواجب تخفيف الضرر لمصلحة شخص قد أوقع الضرر عليه هو عنت لا مبرر له ، لأنه يستبدل السيئ بالأسوأ بجمعه على الدائن أو المضرور بدلا من الضرر ضررين . زد على ذلك ان تبني مثل هذا الواجب نظرية تؤدي الى الانتقاص من القوة الردعية للمسؤولية العقدية الى درجة كبيرة بمنحها الدائن تعويضا منقوصا ، ويحفز المدين وخاصة في نطاق المسؤولية العقدية على انتهاك العقد الذي ابرمه كلما وجد ان هذا العقد قد اصبح صفقة غير رابحة يأمل التخلص منها.

ولم تقتصر الاشكاليات لوجب الدائن في تخفيف الضرر على الاساس القانوني له ، بل افرزت الطبيعة الاستثنائية لهذا الواجب تباينا واسعا في القضاء التجاري الدولي والقضاء العربي على من يتحمل عبء اثبات اخلال الدائن بهذا الواجب ، فذهبت محكمة النقض المصرية في احكام مهمة لها –وعلى خلاف القواعد العامة – بان على المدين ان يثبت بان الدائن لم يمتثل لهذا الواجب الملقى على عاتقه ، فضلا عما ذهب اليه القضاء التجارية والقضاء الانكلو-امريكي بان لا مجال لاعمال واجب الدائن في تخفيف الضرر اذا ما وجد شرط جزائي يحدد مسبقا مقدار التعويض المستحق .

واذا كان من المتفق عليه بأن واجب الدائن ينشأ في اللحظة التي يخل بها المدين بالالتزامات النائشة عن العقد المبرم مع مدينه اخلالا حقيقيا مصرحا به ، فلقد اثار موضوع الوقت الذي يتوجب على الدائن ان يعمل واجبه في تخفيف الضرر تساؤلا عميقا على مستوى الفقه والقضاء مفاده: هل يتوجب إعمال واجب الدائن في تخفيف الضرر في حالة اذا ما صرح المدين-قبل

حلول الاجل المعين لتنفيذ التزاماته العقدية- بأنه غير راغب في تنفيذها او ظهر انه غير قادر من الناحيتين المادية او القانونية على تنفيذ التزاماته العقدية في اطار ما يعرف بنظرية الجحود (الاخلال)المبتسر للعقد ام ان هذا الواجب يتراخى الى حلول الاجل المضروب لتنفيذ الالتزام .؟ولقد اجتهد القضاء الدولي –بغياب النصوص المنظمة لذلك- من استكمال شروط اعمال الدائن لواجبه في تخفيف الضرر ، فأوجب عليه ان يخطر المدين بطبيعة ومدى وكلفة التدبير او التدابير التي سوف يتأخدها اعمالا لهذا الواجب.

ثانيا:- أهمية موضوع البحث

مما لا شك فيه ما يحضى به واجب الدائن في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية العقدية من اهمية كبرى على المستويين الفقهي والقضائي ،وخاصة بعد ان توسع نطاق تطبيقه؛ فلم يعد قاصرا على القانونين الإنكليزي والأمريكي، بل امتد نطاق تطبيقه الى غالبية دول العالم حتى تلك الدول ذات النهج اللاتيني والجرماني كفرنسا وايطاليا وألمانيا بعد انضمام هذه الدول الى اتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠ –التي تبنت هذه النظرية- والتي تسري نصوصها من الناحية العملية على ثلاثة ارباع التجارة الدولية . وقد استشعر الباحث أهمية مضاعفة لهذه الموضوع في قوانين الدول العربية مما حدا به للكتابة عنها . فمن جهة اولى، فلقد انضمت العديد من الدول العربية كالعراق ومصر وسوريا ولبنان وموريتانيا لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية وأصبحت نصوص هذه الاتفاقية جزءا من القوانين المدنية والتجارية لهذه الدول فيما يخص عقود البيوع الدولية التي تعقدها الأشخاص الطبيعية او المعنوية التي يكون مقر عملها هذه الدول، فضلا عن تطبيق هذه الاتفاقية من قبل هيئات التحكيم التجارية العربية. ومن جهة أخرى، فلم يكتب على هذا الواجب في اللغة العربية سوى النزر اليسير والذي لا يعد شيئا يذكر بالمقارنة بما كتب عنها في اللغات الأخرى كالإنكليزية والفرنسية .

ثالثا:- خطة البحث :-

سوف نقسم هذا البحث على وفق الخطة الآتية:-

المقدمة:-

أولا:- جوهر فكرة البحث

ثانيا:- أهمية البحث

ثالثا:- خطة البحث

المبحث الأول:- الاساس القانوني لواجب الدائن في تخفيف الضرر والخصائص المميز له

المطلب الأول:- مفهوم واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية العقدية ومدى تبنيه في نطاق الاتفاقات المنظمة للتجارة الدولية

المطلب الثاني :- الأساس القانوني لواجب الدائن في تخفيف الضرر

المطلب الثالث:- الخصائص القانونية المميزة لواجب الدائن في تخفيف الضرر

المبحث الثاني :- خيارات الدائن بعد اعماله لواجبه في تخفيف الضرر

المطلب الأول :- شروط تحقق واجب الدائن في تخفيف الضرر

الفرع الاول:- إخلال المدين بالالتزامات العقدية الواجبة عليه

الفرع الثاني:- معقولية التدابير

الفرع الثالث:- إخطار الدائن المدين بطبيعة التدابير

المطلب الثاني:- مدى تأثر خيارات الدائن بعد اعمال واجبه في تخفيف الضرر

الفرع الاول: مدى تأثر خيار الدائن في التنفيذ العيني بواجب تخفيف الضرر

الفرع الثاني: مدى تأثر خيار الدائن في التعويض بواجب تخفيف الضرر

المبحث الثالث:- موقف التشريعات والقضاء العربي من واجب الدائن في تخفيف الضرر

المطلب الأول:- واجب الدائن في تخفيف الضرر في ظل التشريعات العربية المنظمة للتجارة الدولية وموقف القضاء منه.

المطلب الثاني:- واجب الدائن في تخفيف الضرر في ظل قوانين التجارة العربية وموقف القضاء منه

المطلب الثالث:- واجب الدائن في تخفيف الضرر في ظل القوانين المدنية العربية وموقف القضاء منه.

ولقد ختمنا بحثنا هذا بمجموعة من النتائج والتوصيات التي خلص إليها الباحث والتي بين فيها المواضع التي يمكن للمشرع والقضاء العربيين الاستفادة

المبحث الأول:- الاساس القانوني لواجب الدائن في تخفيف الضرر والخصائص المميز له

سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ،نتناول في المطلب الأول مفهوم واجب الدائن في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية العقدية ومدى تبنيه في نطاق الاتفاقات المنظمة للتجارة الدولية ، أما المطلب الثاني فسنخصصه للأساس القانوني لواجب الدائن في تخفيف الضرر وافردنا المطلب الثالث للخصائص القانونية المميزة لواجب الدائن في تخفيف الضرر.

المطلب الأول: مفهوم واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية العقدية ومدى تبنيه في نطاق الاتفاقات المنظمة للتجارة الدولية

بادئ ذي بدء لابد من القول ان واجب تخفيف الضرر (the duty of mitigate damages) هي فكرة انكلو سكسونية النشأة والتطور والتأصيل، ابتدعها القضاءان الإنكليزي والأمريكي ثم ما لبثت- بعد إرساء معالمها وتوضيح أسسها القانونية – ان انتقلت الى القوانين المنظمة للتجارة الدولية ولعل من ابرزها اتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠ . ويرتكز واجب تخفيف الضرر على فكرة جوهرية ألا وهي: اذا كان من المسلم به في ظل الانظمة القانونية الحديثة-كالقانون الفرنسي والألماني والمصري والعراقي-بأنه يتوجب على الدائن الذي وقع عليه ضرر من جراء إخلال مدينه بالالتزامات العقدية المفروضة عليه ، بان يمتنع عن كل ما من شأنه أن يزيد من مقدار الضرر الذي وقع عليه والا يفاقمه في اطار نظرية الخطا المشترك ، فان القوانين الانكلو-امريكية تذهب ابعد من ذلك ، فهي تضيف الى هذا الواجب السلبي واجبا ايجابيا بان يسعى ضحية العقد الى اتخاذ أي أجراء معقول طبقا لطبيعة العقد وظروف القضية من شأنه أن يخفف أو يزيل الضرر الذي وقع سواء تمثل هذا الضرر بالخسارة التي وقعت عليه او بالكسب الذي كان باستطاعته ان يجنيه.(٣)ويرتب القضاء الانكلو-امريكي على الاخلال بهذا الواجب وعلى القيام به اثرين في غاية الاهمية :- اولهما اثر سلبي يتمثل بأن الدائن المخل بواجب تخيف الضرر لا يستطيع الرجوع بالتعويض على مدينه عن كل ضرر كان بأمكانه تجنبه ولم يتجنبه . وثانيهما اثر ايجابي يتثمل بإمكانية الدائن بان يرجع بالتعويض على مدينه

بالمصروفات التي أنفقها من اجل تنفيذ واجبه بتخفيض الضرر ، ويضيف هذه المصروفات إلى عناصر التعويض التي يستحقها الدائن.([٤])وواجب تخفيف الضرر وان كان واجبا حابى به القضاء الانكليزي الطرف المخل بالتزاماته العقدية ، غير أن هذا القضاء راع اللين في معاملة الدائن فهو لا يلزمه باتخاذ إجراء يكلفه نفقات باهضة او يدخله في صفقة غير مضمونة او لا توفر له المميزات التي توفرها الصفقة الاصلية ، هذا من جهة ، ومن جهة اخرى انه واجب لا ترفع به دعوى أصلية ؛ فلا يستطيع المدين ان يرفع دعوى على دائنه يطالبه بتنفيذ واجبه بتخفيف الضرر ، لأنه مجرد دفع ، كالحق في الحبس في القانونين العراقي والمصري،([٥]) يستطيع ان يثيره الطرف المخل بالتزامات العقدية أثناء رفع الدعوى لتقليص مقدار التعويض الواجب عليه وبمقدار الأضرار التي كان بالامكان تجنبها(Avoidable Losses).([٦])

وان واجب تخفيف الضرر لقاعدة راسخة من قواعد الشريعة العامة (Common Law)في القانون الإنكليزي ، أعمالها القضاء الإنكليزي في نطاق المسؤوليتين التقصيرية والعقدية ، غير ان اعملها بشكل فذ في نطاق عقدي العمل والإيجار محددي المدة وعقود البيع المتراخية التنفيذ. ففي قضية (Brace v. Calder 1895) اعمل القضاء الانكليزي واجب تخفيف الضرر ، وتتلخص وقائع هذه القضية بأن السيد (براس) كان قد ابرم عقد عمل لمدة سنتين مع احدى شركات المشاركة(Partnership) ، غير ان هذه الشركة قد انحلت نتيجة خروج بعض الشركاء منها ، فأنهيت عقود العاملين وبضمنهم السيد (براس) . غير ان بعض الشركاء استمروا في العمل في نفس النشاط الذي كان يمارس عن طريق شركة المشاركة وقد عرضوا على السيد (براس) العمل عندهم بنفس نمط العمل ونفس الاجرة فلم يقبل. رفع السيد (براس) الدعوى مطالبا بأجرة الشهور الثمانية عشرة وهي الفترة المتبقية من عقد العمل بسبب فسخ عقده تعسفيا (Wrongful Dismissal). لم تستجب المحكمة الانكليزية التي رفعت اليها الدعوى الى طلب التعويض الذي تقدم به السيد (براس) لانه كان يتوجب عليه تخفيف الضرر الذي وقع عليه عن طريق العرض الذي تقدم به باقي الشركاء ولم تحكم له الا بتعويض رمزي.([٧])وفي نطاق عقد

البيع ، ذهب القضاء الانكليزي في قضية (Payrus v. Sauders 1919) والتي تتلخص وقائعها ان السيد (سوندر) قد ابرم تعهد بتوريد بضائع الى السيد (بيراس) على شكل دفعات ، يدفع ثمن كل دفعة بعد مضي شهر من وقت تسلم بضائع كل دفعة. غير ان السيد (بيراس) قد تأخر اكثر من شهر في تسليم ثمن الدفعة التي ارسلت اليه ، فأرسل السيد (سوندر) اشعارا اليه بأنه سوف لن يرسل باقي الدفعات الا اذا قبض ثمنها مسبقا. رفع المشتري السيد (بيراس) الدعوى مطالبا بتعويضه عن ثمن الشحنات المتبقية والتي صادف ان ارتفعت ارسعارها بشكل ملحوظ على اساس اخلال البائع السيد (سوندر) بشرط دفع الثمن بعد مرور شهر. حكم ، بأنه كان يتعين على المشتري تخفيف الضرر بقبوله لعرض البائع ، وعليه فلا يجوز تقدير التعويض بالفرق بين السعر المتفق عليه في العقد وسعر السوق وقت رفع الدعوى ، وإنما على أساس الخسارة التي يمكن ان تترتب فيما لو قبل المشتري عرض البائع.([٨])

غير ان فكرة واجب تخفيف الضرر لم تبق حبيسة القوانين الانكلو-امريكية او تلك التي تدور في فلكها ، بل تلقفتها الاتفاقات الدولية المنظمة للتجارة الدولية ، كاتفاقية هامبورخ للمنقولات لسنة ١٩٦٤ ، واتفاقية فيينا للبيوع الدولية في المادة (77) منها-المقتبس من اتفاقية هامبورج- والتي نصت على انه " على طرف العقد الذي يريد التمسك بحقوقه الناشئة جراء مخالفة الطرف الاخر للعقد ، أن يتأخذ كل التدابير التي تعتبر معقولة طبقا للظروف والتي من شأنها ان تخفف أي خسارة ، ومن ضمنها خسارة الكسب الفائت، الناشئة عن المخالفة المرتكبة . فأذا لم يقم بذلك ، فللطرف المخالف ان يطالب بأنقاص التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها ." ([٩])وتوجيهات العقد الاوربية لسنة ١٩٩٨ في المادة (٩:٥٠٥) منها والتي نصت على انه " (١) ان طرف العقد المخل بالتزامه لا يكون مسؤولا عن الخسارة التي لحقت بالطرف الاخر المضرور وفي الحدود التي كان بأمكان الاخير ان ينقص الخسارة لو اتخذ خطوات معقولة. (٢) للطرف الأخر المضرور ان يسترد كل النفقات المعقولة التي تحملها من اجل انقاص الخسارة."([١٠])

ويجدر بالاشارة هنا ان واجب الدائن في تخفيف الضرر قد لقي ترحيبا من شراح هذه الاتفاقيات ، بل يكاد ثمة اجماع بينهم بان واجب تخفيف الضرر هو احد اهم المبادئ القانونية العامة الحاكمة للتجارة الدولية والتي يندر ان تعرض قضية على هيئة قضائية محلية او دولية او على هيئة تحكيم بدون ان يثار مدى التزام ضحية العقد بواجبه في تخفيف الضرر.([١١])ومن وجهة نظرنا المتواضعة فأن ما حدا بهذه الاتفاقات الى تبني واجب تخفيف الضرر والنص عليه بأعتباره احد اهم المبادئ الحاكمة لتقدير التعويض يرجع الى سببين غاية في الاهمية:-

الأول :- ان علاقات التجارة الدولية علاقات قائمة على الثقة والائتمان المطلقين والتعامل المستمر بين طرفي الرابطة العقدية ، ويندر ان تكون علاقات عابرة ، مما يجعلها تنسجم غاية الانسجام مع واجب تخفيف الضرر الذي يتسم بطابع إيثاري يوثر فيه ضحية العقد غيره على نفسه بتضحية من ماله لكي يقلص مقدار التعويض المستحق على غريمه.

الثاني :- انه يقلص الى درجة كبيرة من خيار الدائن في اللجوء الى التنفيذ العيني الذي غالبا ما تعيقه بعض العقبات تحول دون اعماله نتجية البعد المكاني بين طرفي الرابطة العقدية وخضوعهم الى انظمة قانونية مختلفة ، فينحصر حق الدائن بتعويض يستطيع ان يقتضيه بيسر عن طريق حجز على الرصيد الدائن في الحساب المصرفي للمدينه.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لواجب الدائن في تخفيف الضرر

رغم ما حظي به واجب الدائن في تخفيف الضرر من مكانة على مستوى التشريعات المحلية والاتفاقات الدولية ، ثار جدل فقهي وقضائي عميق حول أساسه القانوني ، وشكك البعض في وجود مثل هذا الواجب بصيغته الانكلو-سكسونية ،ورفع جانب من الفقه الفرنسي لواء المعارضة ، تأييدا وتبريرا لحكميين شهريين حديثين أصدرتهما محكمة النقض الفرنسية .([١٢])وتتلخص حجج المعارضين من الفقه الفرنسي على النحو التالي:-

١. أن وجود واجب مثل واجب تخفيف الضرر غير مقنع من ناحية المنطق القانوني السليم (legally illogical) ، إذ ان في إلزام الدائن في نطاق المسؤولية العقدية او إلزام

المضرور في نطاق المسؤولية التقصيرية بواجب تخفيف الضرر لمصلحة شخص قد أوقع الضرر عليه هو عنت لا مبرر له ، لأنه يستبدل السيئ بالأسوأ بجمعه على الدائن أو المضرور بدلا من الضرر ضررين :- الضرر الأصلي الذي تسبب به المدين او المسؤول، والضرر الذي يلقيه ذلك الواجب المزعوم بما يكلفه من نفقات لإصلاح ما أفسده المدين او المسؤول .([١٣]) فضلا على ما يشكله ذلك من تعد صارخ على حرية الدائن او المضرور في موقف لا يد له فيه . ومن ثم ، فمجرد وقوف الدائن او المضرور موقفا سلبيا يجب ألا يحرمه من حصوله عن حقه لان في القول بخلاف ذلك محابة غير مبررة للمدين او المسؤول على حساب الدائن او المضرور؛ فقواعد العدالة تأبى ان يضحي الضحية بماله لمصلحة غريمه على أمل ان ما أنفقه سوف يحصل عليه في ساحة للقضاء لا يعرف عواقبها.([١٤])

٢. ان لفي إعمال واجب الدائن في تخفيف الضرر تضيقا للخيارات القانونية التي منحتها النظم القانونية المختلفة –وخاصة في نطاق المسؤولية العقدية-للدائن اذ ما اخل مدينه بتنفيذ التزامه من تنفيذ عيني او فسخ للعقد ويحصرها في خيار واحد الا وهو خيار التعويض المنقوص ، واذا كان ذلك ينسجم مع القانون الانكليزي الذي يضيق كثيرا من حالات التنفيذ العيني ويحصرها في نطاق ضيق، فأنه يتعارض بالكلية مع القانون الفرنسي الذي يجعل من التنفيذ العيني هو خيار الدائن الأساس ، وما التعويض او التنفيذ بمقابل الا خيار استثنائي يتم اللجوء اليه اذا ما اصبح التنفيذ العيني مستحيلا بفعل المدين او غير ملائم.([١٥])

٣. أنها نظرية تؤدي الى الانتقاص من القوة الردعية للمسؤولية المدنية الى درجة كبيرة بمنحها الدائن او المضرور تعويضا منقوصا ، ويحفز المدين وخاصة في نطاق المسؤولية العقدية على انتهاك العقد الذي ابرمه كلما وجد ان هذا العقد قد اصبح صفقة غير رابحة يأمل التخلص منها.([١٦])

٤. ان اعمال واجب الدائن في تخفيف الضرر في بعض صوره -كما يقول الفقيه الفرنسي (سايمون وتكار) - وخاصة اذا ما تجسد في صفة بديلة (Cover Transaction) والذي لا يستلزم أي اجراء يقوم به المدين يتعارض مع القانون الفرنسي والذي يشترط في حالات التنفيذ على حساب المدين(faculté de remplacement)) اخذ اذن من القضاء في ابرام الصفقة البديلة الا في حالات الاستعجال .([١٧])

ويجدر بالاشارة هنا ان ما حفز الفقه الفرنسي في تناول موضوع واجب الدائن في تخفيف الضرر هو حكمين حديثين شهرين اصدرتهما محكمة النقض الفرنسية، وأزالت كل شك في امكانية تبني واجب تخفيف الضرر في القانون الفرنسي رافضة وجود مثل هذا الواجب. ففي قضية (Dibaoui c Flamnad 19-June- 2003) والتي تتلخص وقائعها بأن المدعية قد اصيبت بأضطراب عقلي نتيجة تفاقم الضرر الجسدي التي الحقها بها المدعى عليه بخطئه مطالبة بالتعويض عن مجمل الضرر الذي تعرضت له بما فيها الاضطراب العقلي الذي تطورت له الإصابة الأولية. ولدعى طعن المدعى عليه استئنافا بالحكم الابتدائي لدى محكمة استئناف (بورج) قبلت الطعن الذي تقدم به المدعى عليه/ المستأنف مانحة المدعية / المستأنف ضدها تعويضا جزئيا معللة حكمها بأن رفضها النصيحة الطبية المقدمة لها ورفضها الخضوع لعلاج نفسي والذي كان من المتوقع ان يحسن حالتها يرتقي الى مصاف خطأ من جانبها يبرر إنقاص التعويض.ولدى طلب نقض الحكم لدى محكمة النقض الفرنسية من قبل المدعية /المستأنف ضدها نقضت الحكم ألاستئنافي مقررة بان المميزة تستحق تعويضا عن مجمل الأضرار التي تعرضت لها نتيجة الحادثة التي تعرضت لها بما فيها بما فيها الاضطراب العقلي الذي أصابها ، لأنها غير ملزمة باي واجب لمصلحة مقترف الفعلة الضارة يلزمها بأن تسعى إلى تخفيف الضرر الذي أصابها ؛ فلها الحق الذي لا معقب عليه بأن تتجاهل النصيحة الطبية المقدمة ، وان قرارها هذا –مهما كان غير حصيف-لا يمكن أن يوصف بأنه خطأ قد ارتكبته.([١٨])

وفي قضية (Xhauflaire c.Decrept 19-June 2003) أكدت نفس المبدأ ، والتي تتلخص وقائعها بأن المدعية كانت تدير مصنعا لانتاج الخبز والمعجنات وقد اصيبت بحادث سيارة تسبب بها المدعى مما اقعدها عن ممارسة عملها ، وعند تعافيها من الاعاقة التي سببها الحادث طالبت بالاضرار المالية التي لحقت بها من جراء خسارة الزبائن وقدم المكائن المستخدمة في المصنع. وعند طعن المدعى عليه استئنافا بالحكم الابتدائي لدى محكمة استئناف (Amiens) قبلت الطعن الذي تقدم به المدعى عليه/ المستأنف مانحة المدعية / المستأنف ضدها تعويضا جزئيا معللة حكمها بأنه كان يتوجب على المستئنأف ضدها ان تنصب مديرا لادارة المصنع في فترة غيابها ، وان امتناعها عن ذلك يجعلها المتسببة بالخسارة التي لحقت بها ، ومن ثم فهي لا تستحق تعويضا عن تفويت فرصة الربح من الاستمرار بادارة المعمل والخسارة من اندثار وقدم المعدات . ولدى طلب نقض الحكم لدى محكمة النقض الفرنسية من قبل المدعية /المستأنف ضدها نقضت الحكم الاستئنافي مقررة بان المميزة لا تلتزم باي واجب تجاه مقترف الفعلة الضارة بتقليل خسارتها ، فالتناقص في قيم المصنع الذي تديره راجع الى الاعاقة التي تعرضت لها وان الرابطة السببية متوفرة بين الحادثة التي اقعدتها ومجمل الخسائر التي تعرضت لها.([١٩])

ورغم هذه الانتقادات ، قد انبرى مجموعة من الفقهاء بالرد عليها ، تارة بكونها غير دقيقة وتارة اخرى بان المزايا من تبني هذا الواجب بأعتباره اهم ضابط من ضوابط تقدير التعويض تفوق الى درجة كبيرة بعض الانتقادات التي وجهت اليه :-

١. في القول ان عمال واجب الدائن في تخفيف الضرر فيه عنت كبير على الدائن وفيه محابة غير مبررة للمدين على حساب دائنه قول غير دقيق وخاصة في نطاق المسؤولية العقدية. وآية ذلك ان التحليل الدقيق لواجب الدائن في تخفيف الضرر يكشف انه يمنح الدائن ميزة قانونية كبرى في منحه الحق للدائن في اقتضاء حقه بنفسه لنفسه بما يعرف في القانون الإنكليزي ب (Self –Help) ،([٢٠])فمثلا لو امتنع البائع عن تسليم البضاعة

في الموعد المتفق عليه فقام المشتري –اعمالا لواجبه في تخفيف الضرر-بشراء البضاعة من بائع اخر بنفس السعر او بسعر اقل فانه يكون قد تحقق للمشتري من هذه الصفقة البديلة نفس المصلحة المالية لو ان البائع قد اجبر على تنفيذ التزامه ، وسيان لدى هذا المشتري انه يشتري من زيد او عمر ، وفضلا عن ذلك انه قد تجنب اجراءات التقاضي التي قد تطول او تقصر ويأمن افلاس مدينه او دفوعه المبررة التي قد يحتج بها كما لو اثبت البائع بان عائقا حكوميا طارئا قد منعه من تسليم البضاعة. وكذا الحال لو تمثل واجب تخفيف الضرر في صورة إصلاح العيب في التنفيذ المعيب لالتزام المدين ، فلو تعهد بائع بان يورد االتجهيزات والمكائن اللازمة لمعمل المشتري الا انه تبين اثناء نصب المكائن ان الماكنة التي تلصق العلامة التجارية على المنتج النهائي لا تعمل بشكل سليم ، فخاطب المشتري البائع بان يورد ماكنة اخرى فلم يوردها ، فتدارك المشتري اخلال البائع بالتزامه بشراء هذه الماكنة من بائع اخر اعمالا لواجبه في تخفيف الضرر بنفقات من عنده . فقيامه بذلك ، فضلا عن فائدته الجمة لمدينه البائع، قد حقق جل المزايا المالية المرتجاة من العقد بانتاجه البضاعة ، وعدم جعل عماله بل عمل، وتلبية مصالح عملائه وبذلك قلص من عنصري الخسارة وحصره في مفردة واحدة هي نفقات تدارك الماكنة غير المطابقة ، وحقق الكسب الذي كان يأمله وبذلك حصل على جل ما كان يحصل عليه لو نفذ المدين البائع التزامه بشكل مطابق.

٢. ان لفي تبني فكرة واجب الدائن في تخفيف الضرر لجدوى اقتصادية كبرى لا سبيل إلى إنكارها ؛ فهي تخفف من عبء المسؤولية العقدية على المشروعات الاقتصادية سواء على الصعيد الوطني او الدولي بطريق عدم التعويض عن أي خسارة او ربح كان الدائن باستطاعته ان يتجنبها في حالة اخلال هذه المشروعات بالتزاماتها .([٢١]) ذلك ان طرفي العلاقة العقدية غالبا ما يتمثلان –على صعيد الاقتصاد الوطني او التجارة الدولية- بمشروع اقتصادي على شكل شركة ايا كان نوعها، فالبائع والمشتري مشروعان

تجاريان او على اقل تقدير احدهما ، والمقاول ورب العمل مشروعان تجاريان او على اقل تقديراحدهما وهكذا. ومن ثم فان هذا التبني سوف يؤدي الى زيادة فاعليتها الاقتصادية ويقلل من التعثر التي تواجه في وفاء تعهداتها الذي يؤدي الى افلاسها مسببا خسارة جسيمة على مستوى الاقتصاد المحلي او الدولي.

٣. إن القول بأن تبني واجب الدائن في تخفيف الضرر فيها تضيق لخيارات الدائن وحصرها في خيار واحد هو خيار التعويض ويستبعد من خيار الدائن الاساس الا وهو التنفيذ العيني قول فيه سوء فهم للطبيعة القانونية للنتائج المترتبة على اعمال واجب تخفيف الضرر ، فعلى سبيل المثال ، لو تمثل واجب تخفيف الضرر بصفقة بديلة ورجع المشتري بهامش السعر المرتفع على بائعه الذي لم يف بالتزامه بالتسليم ، فان الصفقة البديلة هي بمثابة تنفيذ عيني على نفقة البائع وهامش السعر هو تعويض عن الخسارة ، ومن ثم فان اعمال واجب تخفيف الضرر يؤدي الى ازدواج الجزاء (التنفيذ العيني + التعويض) وليس الى قصره على التعويض وحده. وكذا الحال لو تمثل واجب تخفيف الضرر بأزالة عيب عدم المطابقة على نفقة البائع .([٢٢])

٤. ان القول بان واجب تخفيف الضرر يؤدي الى اضعاف القوة الردعية للمسؤولية المدنية بوجه عام والمسؤولية العقدية بوجه خاص قول صحيح ، يخفف من حدته ان غالبية الاخطاء في نطاق المسؤولية العقدية هي اخطاء غير عمدية ، فضلا على ان ليست الوظيفة الردعية الا وظيفة مساندة للوظيفة التعويضية لا يمكن تطبيقها الا في احوال خاصة.

٥. رغم المكانة السامية التي تحتلها محكمة النقض الفرنسية ، فان رأيها في انكار وجود واجب الدائن في تخفيف الضرر يبقى رأيا فردا ، بل ان المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف في فرنسا قد اعملت واجب تخفيف الضرر في اكثر من مناسبة ، ففي قضية تتلخص وقائعها بان شخصا قد تعرض الى اصابة جسدية اقعدته عن تشغيل متجره

فطالب بالربح الفائت عليه من غلق المتجرة من تاريخ وقوع الحادثة الى حين رفع الدعوى ، ولدى استئناف الحكم رفضت محكمة استئناف مونبليه في حكمها الصادر في٩ / كانون الاول/ ١٩٦٥ هذا الطلب جزئيا ولم تمنحه تعويضا عن الربح الفائت من غلق المتجر عن الفترة اللاحقة لاسترداد عافيته لانه وبحسب قولها كان بأمكانه ان يحل شخصا اخر مكانه لادرارة المتجر طيلة فترة غيابه.([٢٣])وفي قضية اخرى تتلخص وقائعها بان تاجرا قد اشترى بضاعة معيبة بعيب السلامة ورغم ذلك ظل يستخدمها رغم الاضرار الناتجة عن ذلك ، رفضت محكمة استئناف فرساي في حكمها الصادر في ٢٦/ تشرين الثاني/ ١٩٨٦ تعويضه عن كل الاضرار الناتجة عن البضاعة المعيبة لانه كان يتوجب عليه ان يتوقف عن استخدامها ويتدارك ذلك ببضاعة غير معيبة من بائع اخر.([٢٤])

ويجدر بالاشارة هنا ان مشروع قانون تعديل نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي الذي وضعت نصوص المسؤولية المدنية الخاصة به الأستاذة الشهيرة جنفيف فيني قد تبنى واجب الدائن في تخفيف الضرر واعمله في نطاق المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ، فقد نصت المادة ١٣٧٣ من هذا المشروع على انه" في كل الأحوال التي يكون باستطاعة الضحية (المضرور في المسؤولية التقصيرية او الدائن في المسؤولية العقدية) أن يتأخذ تدابير مؤكدة ومناسبة ومعقولة للتخفيف من حجم خسارته او تجنب تفاقمها ، فان على المحكمة ان تنقص من مقدار التعويض الممنوح له اذا ما فشل في عمل ذلك إلا في الأحوال التي تكون هذه التدابير من شأنها المساس بسلامته الجسدية ."([٢٥])

المطلب الثالث:- الخصائص القانونية المميزة لواجب الدائن في تخفيف الضرر

يتميز واجب الدائن في تخفيف الضرر بجملة من الخصائص القانونية الفريدة، وعلى النحو التالي:-

١) انه واجب مفروض بحكم القانون ،([٢٦])ويترتب على هذه الخصيصة ان على الدائن ان يقوم بما يفرضه عليه هذا الواجب من تدابير ، حتى لو لم ينص العقد المبرم مع مدينه على هذا الواجب لان هذا الواجب يثبت بمجرد ابرام العقد ، وايا كان نوع هذا العقد سواء اكان هذا العقد عقد بيع ام ايجار ام مقاولة . ففي عقود الايجار ذات المدة المحددة ، اذا جحد المستأجر عقد الايجار ونكل عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه واخلى العين المستأجر واشعر المؤجر بذلك ، وجب على المؤجر ان يسعى الى تخفيف الضرر الذي اصابه ، فلا يبقى مكتوف الايدي بحجة ان له حقا ثابتا في الاجرة طيلة مدة الايجار ، بل يجب عليه ان يسعى الى الحصول على مستأجر اخر للمدة اللاحقة لنكول المستأجر تنفيذا لواجبه في تخفيف الضرر. وكذا الحال في عقد المقاولة ، فلو ان مقاولا قد نكل عن تشييد الدار التي تعهد ببنائها لرب عمل ، مما اضطره الى البقاء في العين التي يستأجرها ، توجب على رب العمل ان يسعى الى التعاقد مع مقاول اخر لتنفيذ تشييد الدار وانحصر حقه في التعويض تجاه المقاول الاول في الفرق بين قيمة المقاولة الأولى والثانية فضلا عن اجرة الدار التي اضطر الى البقاء فيها نتيجة تخلف المقاول الاول عن تنفيذ ما تعهد به.

بل ان واجب تخفيف الضرر ، من وجهة نظرنا، يثبت حتى لو ان المتعاقدين قد نصا على خلافه ، او قد حددا مقدار التعويض الواجب دفعه اذ ما تخلف احدهما بتنفيذ الالتزامات الواجب عليه عن طريق شرط جزائي ، فلو ان مشتريا قد اتفق مع بائع على ان يورد له بضاعة معينة ، واشترط عليه ان يدفع خمسين الف دولار اذا لم يوردها في الوقت المحدد ، فلم يوردها في هذا الوقت ، وكان من المتيسر للمشتري ان يحصل على البضاعة ذاتها بنفس السعر ، فلا يستطيع ان يطالب بمبلغ الشرط الجزائي لانه لم يلحقه ضرر اصلا ، وكذا الحال لو انه اشترى البضاعة بفارق عشرين الف دولار عن الثمن المتفق عليه ، فانه لا يستطيع الرجوع الا بهذا المبلغ لا

بمبلغ الشرط الجزائي بكامله . وهذا الرأي الذي نتفرد به يخالف من درج عليه القضاء الدولي او القضاء الانكلو-امريكي في عدم اعمال واجب تخفيف الضرر في حالة وجود شرط جزائي على اساس ان مقدار التعويض المستحق يجب (يلغي)هذا الواجب. فقد ذهبت احدى المحاكم الهولندية في ٢٢/اب/ ١٩٩٥ تطبيقا لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية الى القول بان للدائن المطالبة بقيمة الشرط الجزائي المتفق عليه ، ذلك ان المادة ٧٧ من اتفاقية فيينا (التي تضمنت واجب الدائن في تخفيف الضرر)لا تلزم الدائن بالقيام بواجب تخفيف الضرر اذا كان مقداره قد تحدد بمقتضى شرط جزائي.([٢٧])وهذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا في ولاية مساسوشت الأمريكية في حكم حديث لها في قضية (NPS,LLC v. Minihane 2008) قضت فيها بان لا واجب على ضحية العقد (الدائن) في تخفيف الضرر اذا ما تضمن العقد شرطا جزائيا (Liquidated Damages Clause) يحدد مقدار التعويض الواجب دفعه في حالة الإخلال بالعقد.([٢٨]) والحقيقة ان مسايرة هذا الرأي يؤدي الى ان يجعل من مبلغ الشرط الجزائي المثبت في العقد عقوبة يوقعها احد طرفي العقد على الاخر وهذا ما لا يمكن قبوله في العلاقات العقدية المدنية ، فضلا على انه يخالف القواعد الحاكمة للشروط الجزائية في العقود والتي تجيز للقضاء تخفيف مبلغ الشرط الجزائي اذا ما اثبت المدين ان مبلغ التعويض كان مبالغا فيه او انه قد نفذ جزءا من التزاماته.ومع ذلك فان وجود الشرط في العقد ينقل عبء اثبات قيام او عدم قيام الدائن بواجبه في تخفيف الضرر من عاتق المدين بعد ان كان ملقى على عاتق الدائن لو لم يوجد هذا الشرط.

٢) انه واجب إيثاري (Altruistic Duty) فرضه المشرع استثناء على الدائن لصالح مدينه ([٢٩]) ، ومن ثم فان الإجراءات التي يتأخذها الدائن والتي لا يكون غايتها تخفيف الضرر على المدين لا يستطيع الرجوع بها على أساس تنفيذه لواجبه بتخفيف الضرر . وتطبيقا لذلك قضت أحدى المحاكم الألمانية في حكم لها في ٢٥/اب/١٩٩٤ بان الدائن لا يستطيع الرجوع بالمبالغ التي دفعها الدائن لاحدى شركات تحصيل الديون لاقتضاء حقه من مدينه لان ما قام به لا صلة له بواجبه في تخفيف الضرر.([٣٠])وقضت اخرى في حكم صادر في ٦/تشرين الاول/١٩٩٢ بان

الدائن لا يستطيع الرجوع على مدينه اذ ما وكل محاميا ايطاليا في قضية توجب ان ترفع في المانيا ولا يمكن الرجوع بها على اساس اعماله لواجبه في تخفيف الضرر.([٣١])

٣) إن واجب الدائن في تخفيف الضرر ينتمي إلى طائفة الالتزامات ببذل عناية ، فلا يشترط ان تؤدي التدابير التي اتخذها الدائن الى تحقيق النتيجة التي يبتغيها المشرع من فرض هذا الواجب الا وهي تقليص مقدار الضرر الواقع على الدائن ، ومن ثم انقاص مقدار التعويض المستحق على المدين ، بل كل ما يطلب من الدائن ان يتوسل بهذه التدابير لتقليص الضرر او تجنب الضرر الذي لحق او سيلحق به حتى لو لم تتحقق النتيجة. ورغم هذا يعتبر الدائن قد نفذ واجبه في تخفيف الضرر ، واستطاع الرجوع بنفقات التدابير التي اتخذها لكي تضاف كعنصر من عناصر التعويض التي يستحقها الدائن على مدينه .([٣٢]) فلو كشف المشتري عيبا في الماكنة المصنعة التي ارسلها له البائع ، فأخبر المشتري البائع بذلك وبانه سوف يقوم بجلب فنيين لاصلاحها ، غير ان هولاء الفنيين لم يستطيعوا اصلاح العيب ، جاز للمشتري –اذ لم يستعمل خياره في التنفيذ العيني-ان يرجع لا بمقدار الخسارة التي لحقت به ، والكسب الذي فاته ، بل له الحق في ان يطلب ، فضلا عن ذلك، بالتكاليف التي تكبدها في جلب الفنيين من أجرة ولوازم تصليح إعمالا لواجبه في تخفيف الضرر.

٤) انه واجب خرج فيه القضاء الإنكليزي والدولي([٣٣])والبعض من المحاكم العربية عن القواعد العامة في توزيع عبء الإثبات ، فلم يلزموا الدائن بعبء إثبات انه قام بهذا الواجب ، بل الزموا المدين بان يثبت ان الدائن لم يقم بهذا الواجب مما ادى الى عدم تجنب الضرر الواقع عليه او التخفيف منه . ولعل خير تجسيد لموقف القضاء هو ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية الموقرة في طعن قدم امامها في قضية تتلخص وقائعها بانه قضي لمستخدم –وكان طبيبا أنهت ادارة مستشفى عقد العمل معه قبل نهاية مدته- بتعويض يساوي الاجر الذي كان يتقاضاه الى نهاية مدة العمل ، وقد تاسس الطعن على ان المحكمة التي اصدرته لم تتحقق ، قبل الحكم

بالتعويض ، من ان المستخدم المفصول قام من جانبه بالسعي لايجاد عمل لـه ، حتـى يتعين علـى هذا الاخير (المستخدم) ، ليقضى له بالتعويض ان يقيم الدليل على انه لم يستطع ان يلتحق ، طيلـة المدة التي يطالب بأجرها ، بعمل جديد. رفضت محكمة النقض المصرية هذا الطعن والقت بعبء اثبـات اخـلال الـدائن (الطبيب-المستخدم) بواجبـه فـي تخفيف الضـرر علـى عـاتق المـدين (إدارة المستشفى) وصـدقت الحكم لانـه حسـب قولهـا " انـه مـا دام صـاحب العمل لـم يقم دليلا علـى ان المدعي قد كسب من ناحية اخرى متصلة بعمله مثل ما كان يكسبه في المستشفى ، فلا مناص من الحكم له بمرتب المدة الباقية على أساس انه لم يثبت ان المدعي (الطبيب) في هذه المدة تمكن من الاستخدام من مستشفى آخر.([٣٤])

وذهبت في حكم اخر لهـا الـى انـه " فـاذا كـان الطـاعن (رب العمـل) قد تمسك فـي دفاعـه بـان المطعون عليه (العامل) لـم يلحقـه ضـرر جـراء فصـله اياه مـن العمـل وذلـك لالتحاقـه بخدمـة رب عمل اخر ، فان الحكم المطعون فيه اذ التفت عن هذا الدفاع ولم يعن بتمحيصه والرد عليه مع انه دفاع جوهري يحتمل فيما لو ثبت ان يتغير معه وجـه الـرأي فـي الـدعوى يكـون مشـوبا بقصـور يبطله".([٣٥])

ومع تقديرنا لهذا القضاء الموقر ، فان في تحميل المدين عبء إثبـات عدم قيـام الـدائن بواجبـه في تخفيف الضرر فيه خروج صريح عن القواعد العامة في الاثبات وتفريغ لفكرة واجب تخفيف الضرر من جزء كبير من مضمونها. ذلك ان عبء تنفيذ أي التزام عقدي ينشـأ –بعد ابـرام العقد صحيحا- على الطرف الذي انشغلت ذمته بهذا الالتزام ،فعلى البائع –مثلا- ان يثبت انـه قـام بنقل ملكية المبيع الى المشتري او تسليمه اياه ، ولا يطلب من المشتري ان يثبت ان البـائع نقل ملكيـة المبيع اليه او سلمه اياه . وعلى رب العمل ان يثبت انـه قـام بالتزامـه بـدفع الاجـرة ولا يطلـب مـن العامل انه قد تسلم الأجرة ، ولا يشذ واجب الدائن في تخفيف الضرر عن هذه القاعدة .ومـع ذلـك فان على المدين ان يقيم الدليل على شروط تحقق واجب الدائن في تخفيف الضرر بان يقيم الـدليل على ان الظروف كانت مواتية لان يقوم الدائن بواجبه فـي تخفيـف الضـرر بـان يثبـت البـائع مثلا

بانه كان ثمة سوقا يعرض نفس البضاعة التي تعهد بتسليمها الى المشتري وبسعر مساو ، او يثبت رب العمل ان العمل الذي يحترفه العامل –الذي انهي عمله قبل انتهاء مدته- مطلوب في سوق العمل او طالت الفترة الزمنية بين انهاء عقد العامل وعدم التحاق العامل بعمل ما. وبعد يلقى عبء الاثبات على عاتق الدائن بقيامه بواجبه في تخفيف الضرر كأن يقدم الدليل على ان البضائع المعروضة في السوق كانت ذات جودة متدنية ولا تحقق الغرض الاقتصادي الذي يسعى الى تحقيقه ، او يعرض العامل الطلبات التي تقدم بها الى ارباب العمل في نفس سوق العمل والتي تم رفضها ، او ان العمل الذي عرض عليه لا يحتوي على الامتيازات التي كان يحصل من العمل السابق او ان ظروفه لا تتناسب مع حالته الاجتماعية او الصحية. وهذا الرأي الذي نقول به ، نجد من يؤيده من بعض المحاكم المصرية، ، فقضت احدها بان " يقتصر حق العامل في التعويض ، اذا انهى صاحب العمل العقد قبل نهاية مدته ، على الاجر الذي يستحقه في الفترة التي يعجز فيها عن الحصول على عمل آخر."([٣٦])وقضت اخرى –بعبارة اكثر وضوحا- بأنه " لا تجوز له (للعامل) المطالبة بأجرة عن باقي مدة العقد الا اذا اقام الدليل على انه استحال عليه الحصول على عمل في المدة التي كان يسري فيها العقد."([٣٧])

المبحث الثاني : خيارات الدائن بعد اعماله لواجبه في تخفيف الضرر

ان واجب الدائن في تخفيف الضرر ، بأعتباره اهم المحددات التشريعية المؤثرة في خيارات الدائن العقدية ، لا ينشأ الا بتحقق شروط معينة يتوجب اجتماعها من اجل اعماله، والتي يتوجب على القاضي الدولي او الوطني ان يتحقق من توافرها لان في ذلك تأثيرا حاسما على خيارات الدائن الناشئة عن العقد المبرم مع مدينه .ولهذا سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول شروط تحقق واجب الدائن في تخفيف الضرر ، ثم نتناول في المطلب الثاني مدى تأثرخيارات الدائن بعد اعمال واجبه في تخفيف الضرر

المطلب الاول :- شروط تحقق واجب الدائن في تخفيف الضرر

تشترط القوانين الانكلو-امريكية ، وتبعتها في ذلك اتفاقية فيينا للبيوع الدولية ، ثلاثة شروط لكي يتحقق ثبوت واجب تخفيف الضرر ، اولهم ، ان يكون هناك اخلالا من المدين بالالتزامات العقدية الواجب عليه ،وثانيهم معقولية التدابير التي سيتأخذها الدائن ، وثالثهم ان يخطر الدائن المدين بتلك التدابير،.وسوف نفرد لكل شرط فرعا خاصا به .

الفرع الاول : إخلال المدين بالالتزامات العقدية الواجبة عليه

يعتبر تحديد الوقت الذي ينشأ فيها واجب الدائن في تخفيف الضرر من المسائل الهامة والشائكة في ذات الوقت نظرا لارتباطها بالواقعة التي يعتبر فيها المدين مخلا بتنفيذ التزاماته العقدية والخيارات التي تمنحها النظم القانونية للدائن إذ ما اخل مدينه بتنفيذ التزامه .؛ فإذا حل اجل تنفيذ الالتزام ولم يقم المدين بتنفيذ التزامه ،كما لو يقم المشتري –في نطاق عقد البيع الدولي –بتسلم البضاعة او لم يدفع ثمنها ، واختار الدائن خياره في التعويض بدلا من التنفيذ العيني ، فان واجب تخفيف الضرر ينشأ في هذه اللحظة ويتوجب عليه ممارسته في مدة معقولة. وتطبيقا لذلك ذهبت هيئة التحكيم في القضايا التجارية في الصين المعرفية اختصارا ب (CIETAC) في قضية عرضت عليها ٣٠ كانون الأول ٢٠٠٢، وتتلخص وقائعها بان احد التجار الصينين قد اشترى مادة المنجنيز من تاجر في لكسمبورج بطريق البيع (س. ف. ر) وقد تم شحن البضاعة فعلا إلى ميناء الوصول في (روتردام) ، ولكن التاجر الصيني لم يتسلم البضاعة المرسلة له ، ولم

يدفع ثمنها رغم الأشعار الذي أرسله بأنه سيدفع ثمن البضاعة.ونتيجة لذلك قام البائع بالاتفاق مع مقاول الشحن والتفريغ في الميناء على حفظ البضاعة لديه متحملا أجور المحافظة على البضاعة وخزنها ، واتفق في وقت لاحق على اعادة بيع البضاعة الى تاجر اخر بسعر اقل نظرا إلى الانخفاض المتزايد في سعر مادة المنجنيز . وعندما نظرت هيئة التحكيم الدعوى بينت بان البائع قد نفذ التزامه بإرساله بضاعة مطابقة على الميناء المتفق عليه ، غير ان المشتري قد ارتكب مخالفة جوهرية للعقد برفضه تسلم البضاعة ودفع الثمن ، وان التدبير الذي اتخذه المدعي البائع من حفظ البضاعة وإعادة بيعها الى مشتر اخر كان تدبيرا معقولا واستخدم في وقت مناسب ومنسجما تمام الانسجام مع المادة (٧٧)من اتفاقية فيينا الحاكمة لموضوع النزاع حتى لو تم بسعر يقل عن السعر المتفق عليه مع المدعى عليه نظرا للهبوط المتزايد لسعر البضاعة. وبناء على كل ذلك قررت هيئة التحكيم منح تعويض للمدعى (البائع) يشمل الفرق بين سعر البضاعة المتفق عليه في العقد والسعر الذي بيعت به ، فضلا عن كلفة نفقات الحفظ والتخزين التي تحملها المدعي البائع.([٣٨])وفي نفس السياق ، ذهبت محكمة استئناف هامبورج في قضية عرضت عليها في قضية تتلخص وقائعها بأن تاجرا بريطانيا قد اشترى من تاجر في المانيا نوعا من انواع الفلزات يدعى الموليبدنوم ، غير ان البائع لم يرسل شحنة البضاعة في الوقت المقرر لها لانه لم يستطع الحصول على هذا المعدن من مورده . فقام التاجر البريطاني (المشتري) بتدارك ذلك بشراء هذا المعدن من بائع اخر بعد مرور اسبوعين من التأريح المحدد لارسال البضاعة من التاجر الالماني (البائع) وبسعر اعلى . قررت محكمة استئناف هامبورج قد مارس واجبه في تخفيف الضرر في وقت ملائم لان فترة اسبوعين هي فترة ملائمة للتروي وجلب العروض من الموردين في السوق العالمية، مانحة رافع الاستئناف (التاجر البريطاني) الفرق بين سعر البضاعة المثبت في العقد (الاقل) والسعر الذي اشترى به البضائعة (الاعلى) اعمالا لواجبه في تخفيف الضرر.([٣٩])

ويشترط في الإخلال الحقيقي(Actual Breach) الصادر من المدين المنشئ لواجب تخفيف الضرر ان يكون مصرحا به، فاذا انتهك المدين العقد بدون ان يصرح به لدائنه، فان دائنه غير ملزم بأن يسعى الى تخفيف الضرر ،ولهذا المبدأ أهمية كبرى في نطاق العقود الزمنية محددة المدة . وفي ذلك ذهب القضاء الاسترالي في قضية (Maridakis v.Kouvaris1972) , والتي تتلخص وقائعها بأن المدعي قد اجر عقارا من الباطن الى المدعى عليه لمدة سنتين تبدأ من نيسان ١٩٧٢ وباجرة مقدارها ١٠٠ دولار ، في ايار ١٩٧٢ ترك المستأجر العقار بدون أي يشعر او يخطر المؤجر بذلك وكان رافضا دفع اقساط الاجرة المستحقة عليه. في اب ١٩٧٣ اعاد المؤجرتأجير عقاره الى مستأجر اخر وبأجرة مقدارها ٧٠ دولارا. طالب المدعي (المؤجر) بدفع اقساط الاجرة كافة حتى في الفترة التي ترك فيها العقار ولحين ابرام الصفقة البديلة (عقد الايجار الثاني)، فدفع المحامي وكيل المدعى عليه بأن المدعي قد اخل بواجبه بتخفيف الضرر الذي يلزمه بالسعي لايجار العقار حال ترك موكله العقار. لم تستجب المحكمة التي رفعت اليها الدعوى الى هذا الدفع والزمته بدفع اقساط الاجرة كافة الى وقت الايجار الثاني ، مضافا اليها الفرق بين مبلغ الاجرة بين عقد الايجار الاول وعقد الايجار الثاني والبالغ ٣٠ دولارا شهريا معللة حكمها بان " المستأجر الذي يترك العقار المستأجر بدون أي اشعار (without giving due notice) لا يمتلك الحق في ان يملي او يفرض على المؤجر كيف يتصرف ، فلا يوجد سبب مقنع يلزم المؤجر بالتصرف بطريقة مضرة له من اجل محض تخفيض النتائج الضارة لفعل المستأجر الخاطئ."([٤٠])

غير ان السؤال الأبرز في هذا المجال هي هل يتوجب إعمال واجب تخفيف الضرر في حالة اذا ما صرح المدين-قبل حلول الاجل المعين لتنفيذ التزاماته العقدية- بأنه غير راغب في تنفيذها او ظهر انه غير قادر من الناحيتين المادية او القانونية على تنفيذ التزاماته العقدية في اطار ما يعرف بنظرية الجحود (الاخلال)المبتسر للعقد(The theory of anticipatory Breach of Contract).([٤١]) وللاجابة عن هذا السؤال لابد من القول انه كقاعدة عامة بانه مجرد جحود

المدين لعقده ابتسارا (قبل حول الاجل المضروب لتنفيذها) لا يؤثر على خياراته التي منحها له القانون او كما يصرح فقهاء القانون الانكليزي (All Courses are open to the Promisee) ومن ثم يستطيع ان ينتظر حلول اجل تنفيذ التزامات مدينه ويطالبه بالتنفيذ العيني او بالتعويض وفي هذه اللحظة يتوجب عليه تنفيذ واجبه بتخفيف الضرر. غير ان قاعدة بان كل الخيارات مفتوحة للدائن ليست قاعدة مطلقة ، بل هي مقيدة بقيدين مهمين يتقلص فيهما خيار الدائن بأنتظار الاجل المضروب وينحصر في المطالب بالتعويض في وقت تحقق الواقعة المشكلة لجحود العقد وما يستتبع حقه في المطالبة بالتعويض من ممارسة واجبه بتخفيف الضرر.([٤٢])فاما القيد الأول فيتجسد بان وقائع القضية تجعل من انتظار الدائن الأجل المضروب لتنفيذ المدين للالتزامه امرا غير معقول بالكامل (Totally unreasonable) بحيث يفسر بوجود نية مضمرة للدائن في عدم رفع الدعوى الى حين حلول اجل الالتزام من اجل ان يزيد من مقدار الاضرار التي تصيبه والتي يحق له الرجوع بها على المدين وتشكل ، من ثم، اخلالا سافرا بواجب حسن النية في تنفيذ العقود . وتطبيقا لذلك ذهب مجلس اللوردات الانكليزي في قضية (clea Shipping Corp v. Bulk Oil International Ltd.1984) والتي تتلخص وقائعها بان المدعى عليهم قد استأجروا سفينة لمدة محددة واشترطوا على الشركة المالكة للسفينة اصلاحها لانها كانت في وضعية سيئة ، وبعد ابرام عقد مشارطة السفينة، أرسلوا إشعارا إلى الشركة المالكة بانهم غير راغبين في تنفيذ العقد ، ورغم ذلك الاشعار قامت الشركة المالكة بصرف نفقات باهضة وصلت الى ٨٠٠،٠٠٠ باوند لإصلاح السفينة والتعاقد مع كادر بحري لغرض القيام بالرحلة. وعند حلول اجل تنفيذ العقد رفض المدعى عليهم تسلم السفينة مع الكادر الذي تم التعاقد معه. لم يستجب مجلس اللوردات الى الطلب الذي تقدمت به الشركة المالكة للسفينة للمطالبة بقيمة الاجر المثبت بالعقد ، معللة حكمها بان الشركة المالكة لم يعد لديها مصلحة مشروعة في الاستمرار بالاستعداد لتنفيذ العقد بعد اعلان المدعى عليهم عدم رغبتهم في تنفيذ العقد ، وان إصرارها على التنفيذ ينطوي على نية سيئة الى زيادة مقدار التعويضات(Inflate the damages)التي ترغب في

الحصول عليها من المدعى عليهم.([٤٣]) وطبقت محكمة استئناف كومار الفرنسية هذا القيد تطبيقا فذا في حكمها في قضية (Romay AG v.SARL Behr France)الصادر في ١٢ حزيران ٢٠٠١ ضمن أطار اتفاقية فيينا للبيوع الدولية ، وتتلخص وقائع هذه القضية بأن تاجرا فرنسيا يصنع ويورد أجهزة تكييف الهواء (Air Conditioners) إلى الشركات المصنعة للسيارات ، قد ابرم مع شركة سويسرية اتفاق تعاون في ٢٦ نسيان ١٩٩١ على أن تصنع وتورد له هذه الشركة السويسرية عشرين ألف قطعة من احد أجزاء أجهزة التكييف المعروف ب (Cranckcase) في بحر ثمان سنوات . وقد وصفت هذا الجزء وصفا دقيقا في العقد وحددت أسعارها بشكل دقيق . ونظرا إلى الكساد الذي ساد تجارة السيارات ، فقد أرسلت شركات السيارات المتعاقدة مع التاجر الفرنسي إشعارا تعلمه بأنها لم تعد مستعدة أن تقبل الأسعار القديمة إلا اذا تم تخفيضها بما يقارب النصف. فأرسل التاجر الفرنسي إشعارا إلى الشركة السويسرية في ٦ تشرين الثاني ١٩٩٣ يخبرها بأنه لم تعد لديه الرغبة باستخدام (Cranckcase) التي تقوم الشركة السويسرية بتصنيعها له علما ان الشركة السويسرية ولغاية ٣١تشرين الثاني ١٩٩٣ قد أرسلت ٨٤٩٥ قطعة من تلك الأجزاء. في ١٩ أيار ١٩٩٦ رفعت الشركة السويسرية أمام محكمة كولمار الابتدائية مطالبة بتعويض مقداره ٣،٠٧١،٩٦٢ فرنك سويسري قيمة الصفقة الكلي ضمن عقد التعاون.رفضت محكمة كولمار الابتدائية منح أي تعويض لان العقد المبرم هو عقد إطاري (Framework Agreement) لا يولد أي التزام قطعي طبقا للقانون السويسري الواجب التطبيق على هذا الاتفاق ، رافضة تطبيق اتفاقية فيينا للبيوع الدولية لأنه ليس عقد بيع بالمعنى الفني. ولدى استئناف الحكم لدى محكمة استئناف كولمار فسخت الحكم الابتدائي ، لأنه كان على المحكمة الابتدائية الا تتقيد بالألفاظ التي استخدمها المتعاقدان في توصيف العقد ، وان اتفاق التعاون هذا هو عقد بيع بالمعنى الفني ، ومن ثم فان يخضع الى اتفاقية فيينا للبيوع الدولية . ولما كان العقد الذي ابرم هو عقد بيع توجب على طرفي العقد ان ينفذا الالتزامات الناشئة عنه، وان من حق رافع الاستئناف طبقا للمادة (٦١) المطالبة بالتعويض، ولا يجدي المستأنف عليه

ان يتمسك بالمادة (٧٩)من اتفاقية فيينا من اجل التخلص من تنفيذ التزاماته، لان الكساد الذي ساد تجارة السيارات لم يكن استثنائيا ولم يكن غير متوقع في عقد يمتد لمدة ثمان سنوات ، وكان على المستأنف عليه باعتباره تاجرا محترفا ان يحتاط لذلك بتضمين العقد شرطا يعيد التفاوض فيه على الأسعار .غير ان المحكمة أرجأت تقدير التعويض النهائي الذي يستحقه رافع الاستئناف ، واحالت ذلك الى خبراء لمعرفة مدى تنفيذ رافع الاستئناف لواجبه بتخفيف الضرر وبيان مدى امكانية رافع الاستئناف من اعادة بيع الأجراء التي تم تصنيعها فعلا، فضلا عن الأجزاء التي قام بتصنيعها بعد إشعار عدم الرغبة الصادر من المستأنف عليه وهل إن هذا الاستمرار بالتصنيع كان ملائما ام لا.([٤٤])ومن وجهة نظرنا المتواضعة فان مقدار التعويض الذي تستحقه الشركة السويسرية المدعية في ضوء اعمال تدابير واجب تخفيف الضرر في هذه القضية يقتضي القيام بالتدابير التالية :-

١-ان الاشعار الذي ارسله التاجر الفرنسي المدعى عليه (المستأنف عليه) الى الشركة السويسرية في ٦ تشرين الثاني ١٩٩٣ والذي يخبرها فيه بانه لم تعد لديه الرغبة باستخدام (Cranckcase) يشكل جحودا (اخلالا) مبتسرا للعقد المبرم، ومن ثم يجب التمييز بين ما قامت به الشركة السويسرية قبل صدور هذا الجحود وما قامت به بعده وعلى النحو التالي:-

٢- قبل صدور الاشعار: تستحق الشركة السويسرية قيمة الاجزاء التي قامت بتصنيعها والتي قامت بارسالها الى التاجر الفرنسي وحسب الاسعار المثبت في العقد وتستحق الفرق بين كلفة انتاج الاجزاء التي قامت بتصنيعا ولم ترسلها والقيمة المقدرة لها حسب السعر المثبت في العقد.

٣- بعد صدور الاشعار:كان يجب على الشركة السويسرية التوقف عن انتاج وتصنيع هذه الاجراء اعمالا لواجب تخفيف الضرر لانه بدا من غير المعقول الاستمرار بتنفيذ العقد للمدة المتبقية من العقد وهي ستت سنوات بما يقتضيه من تصنيع الاجزاء المتعاقد عليها والتي لم يعد التاجر الفرنسي يرغب بشراها. وينظر فيما اذا كانت هذه الشركة تستطيع ان تسخر مواردها التي انفقتها في تصنيع هذه الاجزاء لتلبية تعاقدات اخرى ، او هل كان بأمكانها ان تحور من طريقة

تصنيع تلك الاجزاء لتلبية صناعات اخرى . فاذا لم تتحقق كل هذه الافتراضات التي يمليها واجب تخفيف الضرر فانها تستحق الفرق بين كلفة انتاج الاجزاء والسعر المثبت في العقد وللمدة المتبقية بعد صدور اشعار عدم الرغبة.

اما القيد الثاني الذي يحصر خيار الدائن بالتعويض ويحرمه من انتظار حلول اجل تنفيذ الالتزامات ، اذا كان العقد يتطلب نوعا من التعاون بين طرفي التعاقد ، واصبح هذا التعاون مستحيلا بسب الجحود الذي صدر من احدهما. كما لو تعاقد تاجر عراقي مع تاجر صيني على ان يورد له ١٥٠٠ شاشة بلازما في حزيران ٢٠١٥ بطريق البيع (F.O.B) ، غير ان التاجر العراقي ارسل اشعارا الى التاجر الصيني في شباط ٢٠١٥ يخبره بأنه لم يعد بحاجة الى الصفقة بسبب ضعف الاقبال على هذه الشاشات نتيجة لانخفاض القوة الشرائية . ففي هذا المثال يقيد خيار الدائن (التاجر الصيني) في انتظار حلول اجل تنفيذ الالتزام للمطالبة بالتنفيذ العيني او التعويض لان تنفيذ العقد يتطلب ان يعين التاجر العراقي السفينة التي من المفروض ان تنقل البضاعة لديه ، ولا يبقى من خيار للدائن سوى المطالبة بالتعويض واعمال واجبه بتخفيض الضرر من الوقت الذي وصل اشعار جحود العقد لديه. وكذا الحال لو كان العقد المبرم يقتضي تصنيع مواد يقوم المشتري بتوريدها غير انه جحد عقده قبل حلول الاجل المضروب لتنفيذ التزاماته. كما لو تعاقد تاجر مصري مع تاجر ايطالي بان يقوم الاخير بتصنيع ملابس رجالية من القطن المصري الذي سيورده اليه . واتفقا على ان يتم ارسال الملابس في تشرين الثاني ٢٠١٥، غير ان التاجر المصري ارسل اشعارا الى التاجر الايطالي في ابريل ٢٠١٥ يخبره فيه صرف النظر عن الصفقة لان اسعار القطن التي التزم بتوريدها قد ارتفعت بشكل كبير. ففي هذا المثال يقيد خيار الدائن (التاجر الإيطالي) في انتظار حلول اجل تنفيذ الالتزام للمطالبة بالتنفيذ العيني او التعويض لان تنفيذ العقد يتطلب ان يورد التاجر المصري القطن الذي من المفروض ان يدخل في عملية تصنيع الملابس ، ولا يبقى من خيار للدائن(التاجر الايطالي) سوى المطالبة بالتعويض واعمال واجبه بتخفيض الضرر من الوقت الذي وصل اشعار جحود العقد لديه .([٤٥])

الفرع الثاني: معقولية التدابير

يشترط القضاء الانكلو-امريكي ، وسارت على هديه المادة (٧٧)من اتفاقية فيينا للبيوع الدولية ان تكون التدابير التي اتخذها الدائن معقولة حتى يكون الدائن قد نفذ واجبه بتخفيف الضرر . ورغم ان لفظ المعقولية (Reasonableness) قد تكرر فيما يقارب (٣٧) مرة في مختلف نصوص اتفاقية فيينا ، فلم تضع هذه الاتفاقية ضابطا يستعان به في تحديد ما يعتبر معقولا او غير معقول. وهذا ما حدا بالفقيه (زولر) -احد شراح اتفاقية فيينا -الى القول بأن ضابط معقولية التدبير ليس مسألة قانون ، بل مسألة وقائع نظرا للتباين في ظروف كل قضية ، وان لمحكمة الموضوع السلطة في تقييم معقولية الإجراء الذي قام به الدائن من عدمها. (٤٦)

فمعقولية التدبير ترتبط بشخص الدائن والظروف المحيطة به وقدراته المالية وصلاته التجارية على المستوى المحلي والدولي ، فعدم ابرام صفقة بديلة قد يشكل اخلالا من دائن له مركز مالي جيد وصلات دولية واسعة ، بينما لا يشكل ابرام هذه الصفقة البديلة اخلالا بواجب تخفيف الضرر من قبل دائن سدد ثمن الصفقة ولم تعد له القدرة المالية الكافية لتنفيذ الالتزامات الناشئة عن الصفقة البديلة خاصة اذا اقترن كل ذلك بضعف في ائتمانه التجاري الذي يمكنه من الحصول على التسهيلات المصرفية الكافية . وفي ذلك اصدرت احدى المحاكم الالمانية حكما لها في ٢/ايلول/ ١٩٩٨ في قضية تتلخص وقائعها بأن تاجرا المانيا قد ابرم عقد بيع مع تاجر هولندي على ان يورد له الأخير كمية من المكانس الكهربائية والتي ثبت بأن قوة سحبها (للتراب) اقل من المواصفات المتفق عليها مما يشكل اخلال من البائع الهولندي بالتزامه بالمطابقة ، وعندما اثار وكيل المدعى عليه التاجر الهولندي مدى التزام المدعي التاجر الالماني بتفيذ واجبه بتخفيف الضرر كدفع لرد مطالبة المدعي بالتعويض جزئيا ، افاد التاجر الالماني بأنه لم يتسن له الحصول على صفقة بديلة في (كوتنجن) المدينة التي يدير فيها اعماله. استجابت المحكمة الى الدفع الذي تقدم به التاجر الهولندي ولم تمنح التاجر الالماني تعويضا عن الربح الذي فاته من تعاقدته مع زبائنه لانه لم يبرم صفقة بديلة تلبي تعاقدته مع زبائنه ، معللة حكمها " ان التاجر وقد اشترى من بائع اجنبي (هولندي

) فـي القضـية المعروضـة امامنـا فكـان يتوجـب عليـه ان يسـعى لتـدارك خسـارته بالحصـول علـى عروض من دول اجنبيـة ، ناهيك عن عروض من بـاقي المدن الالمانيـة . وبنـاء علـى ذلك فـان المدعي (التاجر الالماني) لم يقدم ما يكفي من ادلة تبين سعيه للحصول على صفقة بديلة."([٤٧])

وعلى العكس من ذلك ، ذهبت أحدى المحاكم الألمانيـة في ٢١/كـانون الثـاني/١٩٩٦ في قضـية تتلخص وقائعها بأن شركة تجارية مركز أعمالها الرئيس في هونج كونج قد أبرمت عقد بيع مع تاجر صيني على تجهيزه ببضـائع معينـة، وبعد إرسـال جزءا من الكميـة المتعاقد عليهـا ، عجزت الشركة عن إرسال بقية الكميـة بسـب صـعوبات ماليـة جسيمة تعرض لـه مجهزها، رفعت الشـركة دعوى مطالبـة بأسـعار الكميـة التـي تم إرسـالها إلـى المشـتري، فقدم المشـتري دفعـا فـي رد مطالبـة الشركة على أساس إن إخلال الشركة في إرسال الكمية المتبقية قد فوت عليه ربحـا كـان بأمكانـه ان يجنيه من تعاقدات مع زبائنه كان الشركة البائعة على دراية بهـا. استجابت المحكمـة الـى هذا الدفع الذي تقدم به المشتري ولم تمنع الشركة البائعة أي تعويض ، مسببة حكمها بـأن عدم قيـام المشـتري باتخاذ تدابير في الحصول في الكمية المتبقيـة من مشـتري آخر لا يشكل أخـلالا من جانبـه بواجب تخفيف الضرر " نظرا لضيق الفترة الزمنية المتفق عليها لإرسـال الكميـة المتبقيـة ، فضـلا للطبيعـة الخاصة للبضائع المتعاقد عليها والتي ليس من المتيسر للمشتري الحصول عليها من بائعين آخرين، ومن ثم فلا يوجد إخلال ظاهر من المشتري بواجبه في تخفيف الخسارة التي تعرض لها طبقا للمادة (77)من الاتفاقية (اتفاقية فيينا للبيوع الدولية).([٤٨])

واذا كان شرط معقولية التدبير يرتبط بشخص الدائن والظروف المحيطة به، فأنه يرتبط ، من جهة ثانية ، بطبيعة الإخلال الصادر من المدين ، ومدى قدرة الدائن فـي تـدارك اصـلاحه وخاصـة في الأحوال التي يكون فيها خطأ المدين تنفيذا معيبا للالتزام .وفي ذلك ذهبت هيئة التحكيم الصـينية لشـؤون الاقتصـاد والتجـارة الدوليـة المعروفـة(CIETAC) فـي ١٩/حزيـران/٢٠٠٣ فـي قضـية تتلخص وقائعها بأن تاجرا صينيا قد اشترى كميـة من مـادة كيميائيـة تعـرف ب PTA وقد تضـمن العقد المبرم بأن الغاية من شراء هذه الكمية هي توريدها الى زبائن التـاجر الصـيني، وبعد ان تسلم

التاجر الصيني الكميات المطلوبة وقام بتوريدها الى زبائنه ، تبين لهولاء بان وزن العبوات لم يكن كما هو مثبت عليها ، وفسخوا عقودهم تبعا لذلك . فأخبر التاجر الصيني باعه بذلك ، وقد أكدت الجهة الفاحصة المتفق عليها بين الطرفين اختلافا بين وزن العبوات وما هو مثبت عليها ، تم عرض النزاع على هيئة التحكيم الصينية ، وطالب التاجر الصيني بتعويضه عن الأضرار الناتجة عن إخلال البائع بالتزامه بالمطابقة بما فيها خسارة الربح نتيجة فسخ زبائنه تعاقداتهم معه. بينت هيئة التحكيم ان البائع كان يعلم بان غاية المشتري هي توريد البضاعة المشتراة الى زبائنه ، وان البائع قد اخل اخلالا جوهريا بالتزاماته العقدية طبقا للمادة (35) من اتفاقية فيينا للبيوع الدولية بسبب العيب في التعبئة والذي كان ذا اهمية خاصة نظرا لطبيعة البضائع والتي جعلت المدعي (المشتري) غير قادر على تنفيذ تعهداته تجاه زبائنه . ومع ذلك فأن المشتري لم يقم بما هو مفروض عليه من واجب تخفيف الضرر ، لان المشتري كان بأمكانه ان يعيد تغليف البضاعة المشتراة وبالاوزان المتفق عليها مع عملائه . وبناء على كل ذلك فان المدعي (المشتري)لا يستحق تعويضا الا عن اجرة اعادة وزن (Re-measure) وكلفة إعادة تغليف (Re-pack) البضائع المشتراة تمكينا له في تنفيذ واجبه بتخفيف الضرر.([٤٩])

ولا علاقة لمعقولية التدبير الذي قام به الدائن وسعر الصفقة البديلة وخاصة في تلك الاحوال التي تكون البضاعة قد صنعت وفقا لمواصفات خاصة تناسب الغرض الذي يسعى اليه المدين . وفي ذلك ذهبت احدى هيئات التحكيم في ٢٨ / حزيران/ ١٩٨٩ في قضية تتلخص وقائعها بأن احدى شركات تصنيع المعدات العسكرية التابعة للحكومة الامريكية قد ابرمت عقد بيع معدات الكترونية الى الحكومة الايرانية لاستخدامها في تطوير برنامج تسليح قوتها الجوية ، غير ان الحكومة الإيرانية لم تقم بدفع الجزء الأكبر من قيمة الصفقة ولم تقم بتقديم الضمانات الكافية لتسديها، فقامت الشركة المصنعة ببيع القسم الاكبر ما قامت بتصنيعه ولكن بأسعار منخفضة . رفعت الشركة المصنعة الدعوى للمطالبة بتعويضها عن الفرق بين اقيام الصفقات البديلة وقيمة العقد الاصلي المبرم مع الحكومة الايرانية ، واثار الممثل القانوني للحكومة الايرانية بان الشركة قد

ابرمت الصفقات البديلة بأسعار متدنية بما يخالف ما يفرضه شرط المعقولية في نطاق واجب تخفيف الضرر. لم تستجب هيئة التحكيم الى هذا الدفع ، مانحة الشركة الامريكية ما طلبته من تعويض وعللت حكمها هذا على اساس" ان اعادة بيع المعدات (المتعاقد عليها) غير المرسلة- تنفيذا لواجب تخفيف الضرر- ينسجم تمام الانسجام مع المبادئ العامة للقانون في ميدان العقود التجارية الدولية ، فالشركة البائعة قد قامت بجهود معقولة في اعادة بيع المعدات ، وان فواتير العروض التي قدمتها الشركة تكشف على ان الشركة قد بذلت ما بوسعها من جهود في الحصول على متقدمين للشراء من كل انحاء العالم ، وحصلت بالفعل على مشترين للجزء الأعظم من تلك المعدات ولو كان بأسعار متدنية ، اذ ان هذه المعدات مصممة ومحورة لكي تناسب سلاح الجو الإيراني ، ومن ثم، فمن الصعوبة إيجاد راغب بالشراء لها.([٥٠])وفي نفس الاتجاه ، ذهبت احدى المحاكم الالمانية الى معقولية التدبير الذي قام به المشتري واعتبرته قد نفذ واجبه في تخفيف الضرر ببيع الملابس المخصصة لموسم معين من مواسم السنة بسعر يقل ١٠% من السعر المعلن لها ، بعد ان تأخر البائع في ارسال شحنة البضائع الى ان فات الموسم ، مانحة المشتري تعويضا مقداره الفارق بين سعر الملابس المعلن والسعر المنخفض الذي بيعت به الملابس.([٥١])

ولا علاقة لمعقولية التدبير بالجهة المتعاقد معها ، فقد تكون شخصا ثالثا مستقلا عن الدائن او المدين كما يحدث في اغلب الاحوال ، وقد يكون المدين نفسه كما لو عرض المشتري سعرا اقل للبضاعة من السعر المتفق عليه ولا يجوز للدائن رفض هذا العرض اذا كان هذا العرض مستوفيا لشرط المعقولية. وتطبيقا لهذا المبدأ ، ذهبت احدى هيئات التحكيم في اسبانيا في قضية عرضت عليها في ٢٨/كانون الثاني/٢٠٠٠ ، وتتلخص وقائع هذه القضية بأن تاجرا اسبانيا قد اشترى من تاجر هولندي ثمانمائة الف كيس تعبئة (Sacks of jute) بسعر خمسمائة وتسع وخمسين سنتا للكيس ، غير ان المشتري قد وجد هذا السعر مبالغا فيه ، فعرض على البائع سعرا أوطأ من السعر المتفق عليه ، رفض البائع هذا السعر ، وفسخ العقد مع المشتري ، ثم قام بعد بضعة ايام ببيع هذه الاكياس بسعر يقل عن السعر الذي عرضه المشتري. طالب البائع بتعويضه عن الضرر الذي

اصابه من جراء اخلال المشتري بالتزامه بتعويض الضرر على اساس الفرق بين الصفقة البديلة التي ابرمها والسعر المثبت في عقده مع المدعى عليه (المشتري). رفضت هيئة التحكيم الاستجابة الى طلبه بالتعويض على اساس الطريقة التي احتسب فيه وكيل المدعي (البائع) مقدار التعويض ، مقررة بأن مقدار ما يستحقه البائع يجب ان ينقص منه الفرق بين ما عرضه المدعى عليه (المشتري) والسعر الذي بيعت به البضائع بطريق الصفقة البديلة .([٥٢])

الفرع الثالث: إخطار الدائن المدين بطبيعة التدابير

يجدر في الإشارة ، بادي ذي بدء، بان شرط الإخطار يبدو منسجما تمام الانسجام مع واجب الدائن في تخفيف الضرر ، ويتمثل هذه الانسجام من ثلاث نواحي :- الناحية الأولى ان واجب تخفيف الضرر واجب ايثاري قام به الدائن لمصلحة مدينه بالدرجة الأولى ، وليس من المنطق القانوني في شيء ان يقوم به الدائن بدون ان يكون للمدين أي فكرة عن طبيعة التدبير او التدابير ومداها . الناحية الثانية ان قيام المدين بأخطار الدائن هو التجسيد العملي لحسن نية الدائن واعمالا لواجب التعاون في نطاق نظرية العقد ، فليس من حسن النية في شيء ان يفاجأ الدائن مدينه بأجراء يقوم به في الظلام ، ويعتبر في ذات الوقت ضابطا –من بين مجموعة من الضوابط- تستعين به المحكمة لتقدير معقولية التدبير الذي قام به المدين وخاصة في الأحوال التي يوافق به المدين على التدبير الذي ينوي الدائن القيام به ، او وافق الدائن على الأخذ بالمقترحات التي اقترحها المدين لتنفيذ التدبير.

وليس لهذا الإخطار شكلا معينا ، وان كان الغالب في المعاملات المعاصرة ان يتم على شكل رسالة الكترونية (ايميل) . ويجب أن يتضمن الأشعار أمرين مهمين : اولهما طبيعة التدبير أو التدابير التي ينوي الدائن القيام بها كإجراء حفظ البضاعة غير المطابقة او صفقة بديلة او جلب خبراء لإصلاح عيب عدم المطابقة ، وثانيهما كلفة التدبير أو التدابير التي ينوي الدائن القيام بها. وإذا كان يشترط في الإخطار ان يصل على علم المدين كي يحدث أثره ، فلا يشترط أن يوافق عليه المدين ، ولا إلزام على الدائن بقبول الاقتراحات التي يبديها المدين حول التدبير الذي ينوي الدائن

القيام به ، غير أن الدائن في هذه الحالة يتحمل نتيجة رفضه للمقترحات التي يتقدم بها المدين . فلو أرسل الدائن إلى مدينه إشعارا يخبره فيه بأنه سوف يبرم صفقة بديلة نظرا لتخلف مدينه عن إرسالها ، فأرشده المدين الى مجهز آخر لنفس البضاعة ولكن بكلفة اقل ، ورغم ذلك مضى في أبرام الصفقة ذات الكلفة الأعلى تحمل نتيجة ذلك ، وتقلص مقدار التعويض الذي يستحقه من مدينه بالفرق بين قيمة الصفقة الأصلية والصفقة البديلة التي ارشد إليها المدين (ذات الكلفة الأقل) وليس الفرق بين قيمة الصفقة الأصلية والصفقة البديلة التي ابرمها (ذات الكلفة الأعلى).

ويجدر بالاشارة هنا ان نص المادة (٧٧) من اتفاقية فيينا التي تناولت واجب الدائن في تخفيف الضرر في نطاق عقد البيع الدولي لم تشر الى اخطار المدين لدائنه كشرط لاعمال واجب تخفيف الضرر، مخالفة في ذلك منهج الاتفاقية ذاتها في اشتراط الاخطار في اكثر من موضع كما فعلت في شرط اعلان العائق (القوة القاهرة) بموجب نص المادة (٧٩ –الفقرة الرابعة). ومع ذلك فان القضاء الدولي قد سد هذا النقص ، واشترطت بعض المحاكم الدولية أشعار الدائن لمدينه كي يحدث واجب تخفيف الضرر مفاعيله القانونية ومن بينها إمكانية رجوع الدائن بما أنفقه لاصلاح التنفيذ المعيب لالتزام المدين . وفي ذلك ذهبت احدى المحاكم الالمانية في حكمها الصادر في ٩/ايار/٢٠٠٠ في قضية تتلخص وقائعها بان شركة سويسرية قد اشترت من احدى الشركات الالمانية ثمانية آلاف جهاز تسجيل فيديو ، فوجدت في هذه الاجهزة العديد من عيوب عدم المطابقة ومن بينها ان اجهزة التسجيل هذه قد احتوت على ادلة ارشادية (Manual) لم تكتب الا باللغة الالمانية ، ولم تكتب باللغتين الفرنسية والايطالية مما حدا بالشركة السويسرية الى التعاقد مع هيئة مختصة بالترجمة لإخراج الدليل الإرشادي بهاتين اللغتين. لم تستجب المحكمة الالمانية الى طلب التعويض الذي تقدمت به الشركة السويسرية المدعية فيما يتعلق بتعويضها عن كلفة اخراج الدليل باللغتين الفرنسية والايطالية ، معللة حكمها "بأن قيام الشركة المدعية بطلب اخراج الادلة الارشادية من جهة ما وعدم طلبها من الشركة البائعة هي مخالفة لواجب تخفيف الضرر المنصوص عليه في المادة (٧٧) من اتفاقية فيينا ، خاصة وان الشركة البائعة هي شركة قابضة (ام) واحدى اللاعبين الرئيسين

في السوق العالمية (لانتاج اجهزة التسجيل الفيديوية) ، وكان بأمكانها (لو اشعرت) ان توفر تلك الادلة الارشادية باللغتين الفرنسية والايطالية مما يتفادى كلفة الترجمة (التي قامت بها الشركة المدعية).([٥٣])

المطلب الثاني:مدى تأثر خيارات الدائن بعد اعمال واجبه في تخفيف الضرر

اذا تحققت شروط نشوء واجب تخفيف الضرر وقام الدائن بتنفيذه ، فان خيارات الدائن في التنفيذ العيني او طلب التعويض تبقى قائمة ، غير انها تتأثر من حيث الوجود او المدى بتنفيذ الدائن لواجبه في تخفيف الضرر . وسنتناول هذا التأثير في فرعين نخصص الاول الى مدى تأثر خيار الدائن في التنفيذ العيني بواجب تخفيف الضرر ، ثم نفرد الفرع الثاني الى مدى تأثر خيار الدائن في التعويض بواجب تخفيف الضرر.

الفرع الأول: مدى تأثر خيار الدائن في التنفيذ العيني بواجب تخفيف الضرر

ان هذا التأثير يعتمد على طبيعة الصفقة البديلة ونوع الاخلال الصادر من المدين والشخص الذي ابرمت معه الصفقة البديلة ، فاذا كانت الصفقة البديلة التي ابرمها الدائن اعمالا لواجبه في تخفيف الضرر كاملة ، فان الدائن يكون قد نفذ العقد تنفيذيا عينيا على حساب المدين ، ويكون الدائن قد استوفى حقه ، ومن ثم لم يجز له ان يطالب المدين –بعد ذلك- بالتنفيذ العيني . غير ان هذا الرأي الذي نقول به ، لا يتفق مع وجهة نظر بعض من الفقه التجاري الدولي الذي يرى بان ابرام صفقة بدلية لا يجب(يلغي) الصفقة الأولى ويكون من حق الدائن ان يطالب بها مدينه ، وذلك لان واجب الدائن في تخفيف الضرر لا يلغي حقه في التنفيذ العيني وهذا ما قاله الفقيهان الالمانيان (Stoll Gruber) "the aggrieved party may basically continue to require performance without infringing on the requirement to mitigate losses under Article 77 ، وهذا ما اكده الكاتب " Peter Riznik " بشكل اوضح حيث يقول "([٥٤])

" However, if the nature of a suggested substitute transaction is such that its effects are meant to entirely replace those of the original transaction(e.g. if

the goods obtained by the substitute purchase are meant to replace the goods originally stipulated by the seller), the aggrieved party nevertheless remains entitled to demand specific performance and need not avoid the contract(thereby losing its claim for performance) in order to enter into a timely substitute transaction"[1]

والحقيقية ان في هذا القول لتعارضا صريحا مع المصدر التأريخي لواجب تخفيف الضرر الا وهو القانون الانكليزي الذي يعتبر هذا الواجب وسيلة لتقليل حالات التنفيذ العيني ، وانكارا للدور الفذ الذي يلعبه واجب تخفيف الضرر في تقليل حالات المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري الذي يصطدم بعقبات قانونية وعملية في ميدان التجارة الدولية.

اما اذا تجسد واجب تخفيف الضرر بصفقة بديلة حلت جزئيا مكان العقد المبرم بين الدائن والمدين ، فلا اثر لهذه الصفقة البديلة في حق الدائن في طلب التنفيذ العيني للعقد ولا حق المدين في ان يعرض وفاء التزامه الا فيما يتعلق بالجزء الذي تم تنفيذه بطريق الصفقة البديلة اعملا لواجب الدائن في تخفيف الضرر. فلو تعهد بائع ان يورد الى مشتري بضاعة معينة على شكل خمس دفعات ، الا ان البائع قد تأخر –بسبب ظروف مؤقتة حدثت لمورده- عن ارسال الدفعة الثالثة ، فأعمل المشتري واجبه في تخفيف الضرر وتدبر الدفعة من بائع اخر ، ففي هذه الحالة جاز للمشتري ان يطالب بباقي الدفعات الرابعة والخامسة والحقوق المستحقة له بالدفعة الأولى والثانية ، وكذلك الحال بالنسبة للبائع ، فاثر الصفقة البديلة في هذه الحالة يقتصر على الدفعة التي تم استبدالها (الدفعة الثالثة) ولم يجز للمشتري ان يطالب البائع بأرسالها الا بأتفاق جديد ولا حق للبائع في ان يعرض وفاءها .

ويتأثر حق الدائن في التنفيذ العيني بعد اعمال واجبه في تخفيف الضرر بطبيعة المخالفة الصادر من المدين ، فلو تجسدت المخالفة بظهور عيب في البضاعة المرسلة الى المشتري ، فاعمل واجبه في تخفيف الضرر بالتعاقد مع الغير لاصلاح العيب ، فان حق المشتري ينقضي فيما

يتعلق بخصوص هذه المخالفة فقط ويبقى عقده قائما مع البائع ، فاذا تبين ان ثمة مخالفة اخرى في البضاعة المرسلة كما لو كان البائع قد انتهك حق الغير في براءة اختراع قد تم تصنيع البضاعة المرسلة بموجبها، انفتح حق المشتري في طلب التنفيذ العيني في مواجهة البائع بخصوص هذه المخالفة ، وجاز للبائع ان يطلب تنفيذه التزامه عينا عن طريق تسوية المنازعة بينه وبين الغير الذي تم انتهاك حقه في براءة الاختراع.

الفرع الثاني: مدى تأثر خيار الدائن في التعويض بواجب تخفيف الضرر

ان حق الدائن في التعويض يتأثر بأعمال واجبه في تخفيف الضرر الغاء وانقاصا وزيادة عما يكون مقررا له بموجب العقد المبرم بينه وبين مدينه.

فقد يؤدي تنفيذ الدائن لواجبه في تخفيف الضرر الى ازالة كل ضرر قد اصابه من جراء تخلف المدين في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، ومن ثم يفقد الدائن حقه في المطالبة بالتعويض لان التعويض في نطاق المسؤولية المدنية والعقدية بوجه خاص يدور مدار الضرر. فلو ان البائع قد تخلف في ارسال البضاعة الى المشتري فتدارك المشتري ذلك بالحصول عليها –بوقت مناسب وبنفس سعر الصفقة الأولى – ولبى التوريدات التي تعهد بتقديمها الى عملائه ، فلا رجوع له بشيء على البائع لان اخلال البائع بالتزامه لم يصبه بأي ضرر، فلم تلحق به خسارة لان المشتري قد حصل على البضاعة بنفس السعر ، ولم يفوت عليه الربح الذي كان يأمله من تعهداته مع عملائه. وكذا الحال ، لو ان مؤجرا اخل بتسليم العين الى المستأجر في الوقت المعين في عقد الايجار، فأعمل المستأجر واجبه في تخفيف الضرر ، واستطاع ان يحصل على مثل العين المستأجر وبنفس السعر ، لم يجز للمستأجر الرجوع على المؤجر بأي تعويض لانه لم يلحقه ضرر. وهذا الاثر الفذ لواجب تخفيف الضرر في محو الضرر، ومن ثم في الغاء التعويض هو الذي حدا بالقانون الانكليزي الى جعله احد اهم المحددات للرجوع بالتعويض ، لما يؤديه من فائدة اقتصادية قصوى في تخفيف الاعباء عن عاتق المشروعات المتخلفة عن الوفاء بالتزاماتها ويجنبها مخاطر الافلاس ذات الاثر السيئ على الاقتصاد الوطني والتجارة الدولية. اما اذا كانت الصفقة البديلة مربحة ، كما

لو كانت بسعر يقل عن العقد الاصلي ، فلا يجوز لمن تخلف عن تنفيذ التزامه المطالبة بها لان القاعدة الرومانية البسيطة والفذة بأن لا يجوز السماح لشخص بجني مغنم من خطأ قد اقترفه "commodum ex iniuria" sua nemo habere debet ، تمنح مثل هذه المطالبة.([٥٦])

وقد يؤدي اعمال الدائن لواجبه في تخفيف الضرر الى انقاص مقدار التعويض المستحق للدائن لو لم يعمل الدائن واجبه هذا . كما لو استطاع البائع ان يبيع البضاعة التي تخلف المشتري في سداد ثمنها او لم يقدم الائتمان الكافي الى مشتري اخر بثمن يقل عن الثمن الذي اتفق عليه مع المشتري الاول ، ففي هذه الحالة انحصر حق البائع في الفرق بين السعرين في حالة تطابق العقدين (العقد الاصلي والصفقة البديلة) فيما خلا السعر. غير انه من النادر ان تتماهى الصفقة البديلة مع الصفقة الاصلية من كل الوجوه ، ويتعين على القاضي او المحكم ان يأخذ بنظر الاعتبار الظروف التي تم بها ابرام العقدين. وفي ذلك ذهبت هيئة التحكيم الصينية لشؤون الاقتصاد والتجارة الدولية المعروفة (CIETAC) في ١٦/اب/١٩٩٦ في قضية تتلخص وقائعها بان تاجرا صينيا قد باع بضاعة الى مشتري اجنبي وكان عقد البيع هذا معفى من ضريبة القيمة المضافة (Value Added Tax) حسب تعليمات الحكومة الصينية التي لا تفرض ضريبة القيمة المضافة على صفقات التجارة الخارجية ، غير ان المشتري قد تنصل عن أتمام الصفقة ، فأعمل التاجر الصيني واجبه في تخفيف الضرر وابرم صفقة بديلة في السوق المحلية التي تفرض السلطات الصينية عليها ضريبة القيمة المضافة ، قررت هيئة التحكيم بان البائع الصيني يستحق الفرق بين سعر الصفقة الأصلي ووسعر الصفقة البديلة المحلية مضافا اليه مقدار ضريبة القيمة المضافة التي تحملها البائع من اجل ابرام الصفقة البديلة.([٥٧]) وذهبت الهيئة نفسها في حكم اخر لها بان تاجرا قد اشترى بضاعة على اساس البيع (CFR) بحيث ان سعر البضاعة يتضمن اجرة نقلها ، فلم يقم البائع بارسال البضاعة في الوقت المحدد لارسالها ، فقام المشتري بابرام صفقة بديلة على اساس البيع (F.O.B) والتي تنتهي مسؤولية البائع بتسليم البضاعة في ميناء القيام ويتحمل المشتري اجرة النقل .قررت هذه

الهيئة بان اجرة نقل البضاعة يجب ان تضاف الى سعر الصفقة البديلة لغرض احتساب الفرق الذي يرجع به المشتري على البائع .([٥٨])

وقد يصبح الامر اكثر صعوبة في بعض الحالات وخاصة اذا ما تعلق الامر بالتزام المشتري بدفع الثمن ، ويضرب الفقيه (Saidov) احد شراح اتفاقية فيينا البارزين مثلا متميزا ، يتلخص في حالة اذا ما باع شخص بضاعة بمبلغ ٥٤ الف دولار يدفع على شكل اقساط نصف سنوية ولمدة ثلاث سنوات ، فأشعر المشتري البائع بانه غير راغب في تنفيذ الصفقة لكساد عم الدولة التي يريد تصريف البضاعة فيها ، فاعمل البائع واجبه في تخفيف الضرر ، فباع البضاعة الى مشتري اخر بسعر ٣٥ الف دولار يدفع نقدا . ففي هذه الحالة فان احتساب ما يرجع به البائع على اساس الفرق بين ثمن العقد الاصلي والصفقة البديلة (٥٤،٠٠٠ ـ٣٥،٠٠٠=١٩،٠٠٠) يعتبر خطأ جسيما لانها سوف تضع البائع(الدائن) في موضع افضل من الوضع الذي كان من الممكن ان يكون عليه لو تم تنفيذ العقد لا في موضع مشابه كما تقضي بذلك القواعد العامة في التعويض في نطاق المسؤولية العقدية .([٥٩])وحث هذا الفقيه المحاكم وهيئات التحكيم في ايجاد الحلول لمثل هذا الوضع . ونقترح من جانبنا على محاكمنا الموقرة وهيئات التحكيم ان تركن الى خصم سعر الفائدة القانوني في هذا الفرض. ولما كان الاجل الذي ضرب للمشتري بدفع الثمن هو اجل روعية فيه مصلحة الطرفين ، فان هذا الاجل قد تم التنازل عنه من الطرفين ، المشتري لانه قد اخل بالتزامه بدفع الثمن والبائع لانه بابرامه الصفقة البديلة قد تنازل عن هذا الاجل كذللك ، وتعين ان يخصم من مبلغ العقد الاصلي للبائع سعر الفائدة القانوني في المسائل التجارية وهو ٥% الذي يمثل المبلغ الذي اضافه البائع على ثمن البضاعة لاجل منح الائتمان للمشتري . وبذلك يكون مقدار التعويض الذي يستحق للبائع في المثال الذي ضربه الفقيه (Saidov) بعد خصم سعر الفائدة (٢٧٠٠*٣)-١٩،٠٠٠٠=١٠٩٠٠ التعويض المستحق للبائع بعد خصم سعر الفائدة.([٦٠])

واذا كانت القاعدة العامة بان حق الدائن في التعويض ينحصر بالفرق بين قيمة الصفقة البديلة وقيمة الصفقة الاصلية ، ومع ذلك فثمة احوال يستطيع بها المطالبة فضلا عن ذلك الفرق

بالتعويض عن الكسب الذي فاته من الصفقة الاصلية في الحالات التي يثبت فيها ان الصفقة البديلة التي ابرمها كانت سوف تتم وبغض النظر عن الصفقة الاصلية اذا ما اثبت بان لديه فائض معرض يستطيع ان يلبي به عروض الشراء كافة التي قدمت اليه . ولعل خير مثال يضرب في هذا المجال ، ما قضت به احدى المحاكم النمساوية في ٢٨/ابريل/٢٠٠٠ في قضية تتلخص وقائعها بان تاجرا المانيا قد باع كمية من المجوهرات الى تاجر نمساوي على شكل دفعات واشترط بان قيمة كل دفعة تدفع مقدما عن طريق شيكات، غير ان المصرف الوسيط رفض صرفها لعدم وجود رصيد كاف. ارسل التاجر الالماني اعذارا يطالبه به بتنفيذ التزامه وتغذية رصيده في المصرف ، فاصر التاجر النمساوية بانه لن يقم بتغذية الرصيد الا اذا ارسلت اليه دفعة المجوهرات خلافا لما تم الاتفاق عليه. رفع التاجر الالماني الدعوى مطالبا بالارباح التي فاتته من جراء اخلال التاجر النمساوي وقدرها ب ٢١،٣١٤ ماركا المانيا مسحوبة على اساس الفرق بين كلفة التصنيع ومبلغ العقد المبرم. تقدم وكيل التاجر النمساوي بدفع بان التاجر الالماني لم يصبه أي ضرر لانه بضاعته كانت رائجة وابرم سلسلة من الصفقات البديلة وبنفس سعر مبلغ العقد . لم تستجب المحكمة النمساوية الى هذا الدفع مقررة " ان محض القول بان البائع -بعد نشوب الخلاف مع المشتري- قد بائع كمية من البضائع من جنس البضاعة محل العقد ، لا يمكن ان ينهض لاثبات وجود صفقة بديلة ، ففي نطاق البضائع الرائجة انه من المعقول جدا ان صفقات البيع اللاحقة كانت ستتم وبمعزل عن العقد الذي تم الاخلال به ."([٦١])

وقد يؤدي اعمال الدائن لواجبه في تخفيف الضرر الى زيادة مقدار التعويض المستحق للدائن لو لم يعمل الدائن واجبه هذا. وهذا الفرض رغم ندرته فقد يحدث احيانا ، كما لو ان البائع ارسل اشعارا الى المشتري يخبره بعدم استطاعة تجهيز البضاعة المتفق عليها في الاجل المضروب لارسالها لوجود اعطال في المكائن المخصصة لانتائج البضاعة ، فلم يستطع المشتري –وهو موؤسسة من موؤسسات الدولة المجهزة للمواد الاساسية لمواطنيها- انتظار ابعد من الاجل المتفق عليه وخاصة ان صادف ان اسعار البضاعة محل العقد كانت تميل الى الزيادة بشكل مطردة ،

فاعمل واجبه في تخفيف الضرر واشترى بضاعة بديلة بسعر مضاعف ، غير انه لم حل اجل العقد الاصلي رجعت الاسعار الى مستوياتها الطبيعية . ففي هذه الحالة يستطيع الدائن (المشتري) ان يرجع بالسعر المضاعف الذي اشترى به ، ولا يمكن للبائع التمسك بما طرأ على الاسعار من انخفاض ، لان واجب الدائن في تخفيف غنمه وغرمه على من وضع لمصلحته الا وهو المدين فلا يستطيع ان يتمسك به اذا ما قلص من مقدار الضرر ، ويهمل التمسك به اذا ما ادى الى زيادة التعويض وكان الدائن حسن النية في اعماله.

المبحث الثالث: موقف التشريعات والقضاء العربي من واجب الدائن في تخفيف الضرر

لقد اضحى واجب الدائن في تخفيف الضرر ذو الاصول الانلكو-سكسونية واحدا من اهم المبادئ القانونية على المستويين المحلي والدولي لاتصاله الوثيق بمبدا حسن النية في تنفيذ العقود وواجب التعاون الذي يسود العلاقات العقدية ، ولاجل معرفة مدى تبني التشريعات العربية لهذا الواجب فاننا سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، نتناول في المطلب الاول واجب الدائن في تخفيف الضرر في ظل التشريعات العربية المنظمة للتجارة الدولية وموقف القضاء منه ، ثم نتناول واجب الدائن في تخفيف الضرر في ظل التشريعات العربية المنظمة للتجارة الداخلية وموقف القضاء منه، ونفرد المطلب الثالث الى واجب الدائن في تخفيف الضرر في ظل التشريعات المدنية العربية وموقف القضاء منه.

المطلب الاول: واجب الدائن في تخفيف الضرر في ظل التشريعات العربية المنظمة للتجارة الدولية وموقف القضاء منه

لقد اصبح واجب الدائن في تخفيف الضرر جزءا من القوانين العربية المنظمة للتجارة الدولية بعد انضمام الى الاتفاقات الدولية المنظمة للتجارة الدولية وخاصة اتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠ والتي تبنت بدورها هذا الواجب في المادة (٧٧) منها ،([٦٢]) وامام صراحة النص في هذه الاتفاقية على تبني واجب الدائن في تخفيف الضرر ، فضلا عن ان الكثير من عقود التجارة

الدولية ما تشير الى هذا الواجب ، فقد تميز القضاء العربي وخاصة محكمة النقض المصرية ومحكمة التمييز العراقية وبعض هيئات التحكيم العربية في اعمال واجب تخفيف الضرر ، واعملته بشكل يضاهي اعماله في ميدان القضاء التجاري الدولي.

فعلى صعيد هيئات التحكيم ، طبق مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي واجب الدائن في تخفيف الضرر ، في قضية تتلخص وقائعها بان احدى الشركات الدولية قد تعاقدت مع المصرف الزراعي المصري على توريد شحنة من مادة القمح ، غير ان المصرف - بدون مبررات سائغة- قد تنصل عن الاستمرار في تنفيذ الصفقة ، رغم الارتفاع الملحوظ في اسعار مادة القمح.رفعت الشركة الدعوى امام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي للمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي اصابتها وبضمنها التعويض عن الارباح . لم يستجب مركز القاهرة للطلب الخاصة بالتعويض عن الارباح التي فاتت على الشركة لان " الشركة المدعية قد ساهمت بالخسارة التي لحقت بها لانها لم تتخلص من شحنة القمح بالسعر المرتفع الذي وصلت اليه ، سعيا منها لتخفيف الضرر الذي لحق بها."([٦٣])

ولمحكمة النقض المصرية توجهات متميزة في اعمال واجب الدائن في تخفيف الضرر في نطاق عقود التجارة الدولية ، فذهبت في حكم متميز لها على انه " يلتزم الناقل –وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة-في حالة فقد البضاعة اثناء الرحلة البحرية بتعويض صاحبها عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، الا ان حساب هذا التعويض انما يكون على اساس القيمة السوقية للبضاعة الفاقدة في ميناء الوصول اذا كانت القيمة السوقية تزيد على سعر شراء البضاعة والمقصود بالقيمة السوقية هو سعرها في السوق الحرة التي تخضع لقواعد العرض والطلب. ومن ثم لا يعتد في تقدير التعويض بالسعر الذي فرضته وزارة التموين لتبيع به البن للتجار المحليين ، ذلك لان الضرر الذي لحقها نتيجة عدم بيعها البن الذي فقد بهذا السعر ليس مما يمكن توقعه عادة ، لان هذا السعر الجبري هو سعر تحكمي فرضته الوزارة نفسها ، ودخلت في تحديده عوامل غريبة عن التعاقد ، وقد راعت الوزارة في تحديده ان تجني من ورائه ربحا كبيرا تعوض

به ما تخسره في سبيل توفير مواد التموين الاخرى للشعب، هذا علاوة على ان هذا السعر قابل للتغيير في أي وقت لان تحديده يخضع للظروف الاستثنائية التي دعت الى فرضه."([٦٤])

وذهب محكمة النقض المصرية الموقرة في حكم اخر لها على انه " متى كان البند الثالث عشر قد حدد مسؤولية الشركة الناقلة بأقل القيمتين ، اما سعر تكلفة البضائع الهالكة او التالفة او سعرها في ميناء الوصول ، فان مجال اعمال هذا الشرط يكون قاصرا على حالة حدوث العجز او التلف قبل شحن البضاعة او بعد تفريغها ، ولا يسوغ اعماله اذا كان العجز او التلف قد لحق البضائع اثناء الرحلة البحرية لتعارض ذلك مع اتفاقية بروسكل ، واذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقدر التعويض على اساس سعر الشراء في ميناء الشحن مضافا اليه مصاريف النقل ، فانه يكون قد خالف القانون واخطأ في تطبيقه وتأويله."([٦٥])

واعملت محكمة التمييز (الاتحادية) الموقرة في العراق واجب تخفيف الضرر في نطاق عقود بيع البضائع الدولية في حكم لها ، حيث قضت بأنه " بعد التدقيق والمداولة تبين من الادلة المبينة في الحكم الاستئنافي وفي القرار التمييزي المرقم ١١٧٨ /حقوقية/١٩٦٥ المؤرخ في ١١-٧-١٩٦٦ ان الشركة المميزة امتنعت عن تنفيذ التزامها بدفع ثمن السكر الذي اشترته من الشركة المميز عليها في الوقت المعين لدفعه مخالفة بذلك ما يوجبه عليها العقد رغم تنبيهها من قبل وسطاء الشركة البائعة بلزوم دفعه ، فحق عليها تعويض البائعة المبيزة عليها عن الخسارة التي حلت بها من جراء هذا الامتناع طبقا لاحكام المادة (١٧٠) من قانون التجارة رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ (الملغى)) غير ان هذا التعويض ليس هو الفرق بين ثمن السكر وبين بدل بيعه الى الشخص الذي اشتراه منها في الدمام وهو ما صدر به الحكم المميز بل الفرق بين ثمنه وبين سعره في البورصة او السوق من تأريخ امتناع المميز عن تسليم الثمن طبقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة المذكورة وذلك لان الشركة البائعة لا تسحق الفرق في الحالة الأولى الا اذا باعت السكر بأذن من المحكمة طبقا للمادة ١٩٦ من القانون المذكور وهو ما لم يقع ، لذلك قرر

نقض الحكم المميز واعادة الاوراق الى محكمتها لاجراء ما يلزم وفق ما تقدم بيانه على ان تبقى رسوم التمييز تابعة للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٥-٦-١٩٦٨ ."([٦٦])

المطلب الثاني:- واجب الدائن في تخفيف الضرر في ظل قوانين التجارة العربية وموقف القضاء منه

رغم ما حظي به واجب الدائن في تخفيف الضرر من شهرة على مستوى التجارة الدولية ، و اصبح برأي الكثير من فقهاء التجارة الدولية احد اهم المبادئ القانونية العامة الحاكمة لهذه التجارة ، فقد ظلت قوانين التجارة العربية امينة لترثها القانوني ، فهي لم تتبن هذا الواجب بصيغته الانكلو-سكونية ، بل ادخلت تحويرا عليه وخففت من وطأته على الدائن فهي لم تجعله واجبا عليه ، بل حقا له ورخصت له في ممارسته بقيود معينة . ولعل خير تجسيد لهذا الموقف هو ما تبناه قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة ١٩٩٩ في المادة (٩٦) منه والتي نصت على انه " اذا لم يقم البائع بتسليم المبيع في المعياد المحدد في العقد ، فللمشتري ان يخطره بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها، فاذا لم يسلم البائع المبيع خلال تلك المدة ، جاز للمشتري ان يحصل على شيء مماثل للمبيع على حساب البائع وان يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشيء ، واذا كان للمبيع سعر معلوم في السوق جاز للمشتري-وان لم يشتر فعلا شيئا مماثلا للمبيع-ان يطالب البائع بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر السوق في اليوم المحدد للتسليم...." واعطى بالمقابل هذا الحق للبائع في حالة عدم تسديد المشتري للثمن فقد نصت المادة (٩٨) من هذا القانون على انه " اذا لم يدفع الثمن في المعياد المتفق عليه ، جاز للبائع بعد اعذار المشتري ان يعيد بيع البضاعة للغير ، فاذا بيعت بحسن نية بثمن اقل من الثمن المتفق عليه ، كان من حق البائع مطالبة المشتري بالفرق...." وهذا النص الذي ساهم بوضعه الاستاذ الكبير محسن شفيق يكاد يكون منقولا حرفيا عن نص المادتين (١١٧) و(١١٩) من قانون التجارة العراقي العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الذي قام هو بوضعه كذلك .([٦٧])وهذا الحق ، وان قصد به مسايرة الاتجاه الانكلو-سكسوني في واجب تخفيف الضرر وما تضمنه

قانون بيع البضائع الانكليزي (Sale of Goods Act 1979)بما يعرف بقاعدة سعر السوق([٦٨]) في الفصلين ٥٠-٥١ منه ، وان بدا لاول وهلة تطبيقا لواجب الدائن في تخفيف الضرر ، فان بينهما فروقا عدة:-

١) انه حق للدائن وليس واجبا عليه كما هو الحال في واجب الدائن في تخفيف الضرر ، وآية ذلك هو ان المشرع المصري يقول " للمشتري" في المادة (٩٦) وللبائع في المادة (٩٨) وليس (على (المشتري) او (على البائع) .([٦٩])ويترتب على هذا التحوير الذي ادخله المشرع المصري نسف للفكرة الذي اراد ان يتبناها في واجب الدائن في تخفيف الضرر. فليس ثمة الزام على المشتري او البائع بمرعاة قاعدة سعر السوق، فمسايرة النص المصري يسمح للبائع في عدم بيع البضاعة حتى لو تهيأت له فرصة بيعها ، فابرام صفقة بديلة حق له وليس واجبا عليه. وكذا الحال فيما يتعلق بالمشتري ، فالنص المصري يسمح له في عدم شراء بضاعة بديلة حتى لو تهيأت له فرصة شراءها ، لان ابرام هذه الصفقة البدلية حق له وليس واجبا عليه. وقد تسرب هذا الخلط في اعتبار واجب الدائن في تخفيف الضرر حقا للدائن في شرح العلامة د. محسن شفيق لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية فهو يقول تعليقا على نص المادة (٧٥) التي نصت على انه" اذا فسخ العقد وحدث، على نحو معقول وخلال مدة معقولة بعد الفسخ ، ان قام المشتري بشراء بضاعة بديلة او قام البائع باعادة بيع البضائع ، فللطرف الذي يطلب بالتعويض ان يحصل على الفرق بين سعر العقد وسعر شراء البديل او السعر عند اعادة البيع وكذلك التعويضات الاخرى المستحقة بموجب المادة (٧٤)." "ومع ذلك ، اذا اعلن الطرف المضرور فسخ العقد ، كان له – ان شاء- ان يحصل على تعويض الضرر الذي لحقه بطريقة اخرى ، هي طريقة الصفقات البديلة (Substitute Transactions) وتظل معها القاعدة العامة قائمة لتكمل عناصر الضرر التي لا تغطيها هذه الطريقة."([٧٠])ويقول في موضع اخر لتوضيح معنى خيار المشتري في ابرام صفقة بديلة" فاذا كان المضرور هو المشتري واعلن فسخ العقد ، كان من حقه ان يشتري من السوق بضاعة بدلا من البضاعة محل البيع الذي فسخ (Replacement Purchase) . ولا يخلو الحال

عندئذ من احد فرضين :- فاما ان يكون ثمن هذا الشراء مساويا للثمن المعين في العقد الذي فسخ او اقل منه ، فلا خسارة تلحق المشتري ولا كسب يفوت عليه ، وان وجد شيء من ذلك ، فله ان يطلب تعويضه وفقا للمادة (٧٤) السالف ذكرها . واما ان يكون الثمن في الصفقة البديلة اعلى من ثمن العقد ، فتلحق المشتري عندئذ خسارة الفرق بين الثمنين ، فيكون من حقه المطالبة بهذا الفرق فضلا عن حقه في طلب تعويض كل خسارة وفقا للمادة (٧٤)."([٧١])ويقول في موضع أخر لتوضحيح معنى خيار البائع في ابرام صفقة بديلة " واذا كان المضرور هو البائع واعلن فسخ العقد ، فله اعادة بيع البضاعة (Resale). ولا يخلو الحال هنا ايضا عن احد فرضين :- فاما ان يبيع البضاعة بنفس الثمن المعين في العقد الذي فسخ او بثمن اعلى منه فلا خسارة تلحقه ولا كسب يفوته، .....، واما ان يبيع بثمن اقل ، فتلحقه عندئذ خسارة هي الفرق بين الثمنين ، فيكون من حقه المطالبة بهذا الفرق فضلا عن حقه في طلب تعويض كل خسارة اخرى وفقا للمادة (٧٤)."([٧٢])

وكان الاجدر بالقوانين العربية التجارية ان تتبنى واجب الدائن في تخفيف الضرر بصيغته الانكلوسكسونية لان ما ادخلته عليه من تحوير يفقد هذه القوانين تناسقها الخارجي مع المعاهدات الدولية التي انظمت اليها هذه الدول وخاصة اتفاقية فيينا للبيوع الدولية، ويضع القضاة وهيئات التحكيم في حيرة في تطبيق هذا الواجب فيجد القاضي نفسه يحكم في قضية تجارية داخلية على النقيض مما يحكم به في قضية تجارية خارجية رغم تشابه وقائع كلا من القضيتين. ولهذا نجد المحاكم وخاصة العراقية منها تحاول التعامل مع هذه النصوص بنفس الاثر المترتب على واجب الدائن في تخفيف الضرر فتحرم الدائن اذا كان مشتريا من أي تعويض اذا ما وجدت بان سعر السوق مساو او اقل من ثمن الصفقة . وفي ذلك ذهبت محكمة التمييز (الاتحادية) في العراق في حكم لها" لدى التدقيق والمداولة ، ظهر ان المحكمة الزمت المميزين (المدعى عليهما) بمبلغ ٣٠٢ دينارا عن فرق سعر بيع (للطغار) الواحد عشرون دينارا دون ان تبين الوجه الذي احتسبت (الادق احتسب) بموجبه فرق السعر عشرين دينارا للطغار الواحد بينما

مجرد مطالبة المدعى (المميز عليه) في انذاره وفي استدعاء دعواه باعتبار فرق السعر عشرين دينارا لكل طغار لا يكفي للحكم بذلك ، اذ ان الفقرة الثالثة من المادة (١٧١) من قانون التجارة رقم (٦٠) لسنة ١٩٤٣ عرفت السعر بأنه الفرق بين ثمن المبيع وسعره الرائج في السوق، (وانه) حسب كتاب غرفة تجارة بغداد في ١٩٤٧/١٠/٢٠ المصادف لتاريخ الانذار هو ٣٠ دينارا وهو اقل من اصل الثمن ، وان المدعى (المميز عليه) لم يدع انه اشترى شعيرا من شخص ثالث ببدل اكثر من ثمن الشعير الذي لم يسلم اليه بمقدار عشرين دينارا للطغار الواحد ليمكن مطالبته بهذا المبلغ والحكم به حسب دعواه الامر الذي اصبح معه الحكم بعشرين دينارا للطغار الواحد بصفة فرق سعر لا يستند الى سبب قانوني ، فعدم ملاحظة المحكمة ذلك كان غير صواب . وعليه قرر نقض الحكم المميز واعادة الاوراق الى محكمتها للنظر والبت فيها على الوجه القانوني على ان تبقى رسوم التمييز والمحاكمة تابعة الى النتيجة وصدر في ١٩٥٠/١١/٣٠ (٧٣).

٢) لما كان ابرام صفقة بديلة حق للدائن وليس واجبا مفروضا عليه وطريقا خاصا رخص للبائع او المشتري القيام به، فان النفقات التي يبذلها الدائن من اجل ابرام الصفقة البديلة يجب التمييز فيها بين فرضيتين :- الفرضية الأولى :- اذا تكلل جهد الدائن بالنجاح في ابرام الصفقة فانه يستطيع ان يرجع على مدينه ، فضلا عن فارق السعر، بهذه النفقات كاجور التخزين والنقل واجور السمسار لانه هذه النفقات تمثل عنصر الخسارة التي لحقت به من جراء تخلف المدين عن تنفيذ التزامه ، ويتفق في هذه الحالة مع الاثر المترتب على واجب الدائن في تخفيف الضرر، اما اذا لم تتكلل الصفقة البديلة بالنجاح كما لو فشلت المفاوضات بين الدائن والغير حول تفاصيل الصفقة ، فلا يستطيع الدائن ان يرجع بهذه النفقات على مدينه لانه قد سلك خيارا رسمه له المشرع واخفق في اعماله فلا يمكن ان يحمل مدينه عبء هذا الاخفاق ، وهنا يبرز فارق جوهري لواجب الدائن في تخفيف الضررعن نظيره الموجود في القوانين التجارية العربية ، اذ يستطيع الدائن ان يرجع بالنفقات التي صرفها حتى لو لم تتكلل الصفقة البديلة بالنجاح طالما كان

هذا التدبير معقولا وقت القيام به ، وهذا ما يوفر للدائن ميزة كبرى بتشجيعه على القيام به وهو مطمئن بعد ان ضمن له القانون امكانية رجوعه بالنفقات التي صرفها.

المطلب الثالث:- واجب الدائن في تخفيف الضرر في ظل القوانين المدنية العربية وموقف القضاء منه

لابد من الاشارة ، بادئ ذي بدء، بان القوانين المدنية العربية لم تتضمن نصا صريحا يوجب على الدائن واجب تخفيف الضرر كما هو معروف في القوانين الانكلو-سكسونية . غير ان هذا لا يعني عدم وجود بعض النصوص الواردة في هذا العقد او ذاك والتي تعتبر تطبيقا لهذا الواجب ، ولعل ابرز نص يمكن ايراده في هذا المقام نص المادة (٨٨٥) من القانون المدني العراقي الوارد في عقد المقاولة والذي يكاد يكون منقولا حرفيا عن نص المادة (٦٦٣) من القانون المدني المصري ،([٧٤])والذي يقضي "١ - لرب العمل ان يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل تمامه على ان يعوض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات ، وما انجزه من الاعمال وما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل .

٢- على انه يجوز للمحكمة ان تخفض التعويض المستحق عما فات من كسب ، اذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا ، ويتعين بوجه خاص ان تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء فسخ العقد ، وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في امر اخر." ويعلق العلامة د. عبد الرزاق السنهوري على حكم الفقرة الثانية من هذا النص التي تبين العناصر التي يجوز للقاضي خصمها من التعويض" الحالة الأولى هو ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد ، وهذا بديهي فانه لا يرجع الا بمقدار ما انفقه فعلا ، فاذا اقتصد شيئا ولم ينفقه بسبب تحلل رب العمل من العقد ، فانه لا يرجع به. والحالة الثانية هي ما يكون المقاول قد كسبه باستخدام وقته في امر اخر ، فقد اتاح له عدم اتمام العمل عدم اتمام فسحة من الوقت يصح ان يكون قد استخدمها في عمل اخر در عليه ربحا ، فيجب استنزال هذا الربح من الكسب الذي فاته . وليس من الضروري ان يكون قد استخدم وقته فعلا في عمل اخر ، بل يكفي ان يكون قد

اتيحت له فرصة استخدامه ولم يغتنمها ، فانه يكون بتقصيره قد اضاع على نفسه هذا الكسب."

([٧٥]) وتطبيقا لذلك النص ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها " (ان) تمسك الطاعن بأعمال نص الفقرة الثانية من المادة (٦٣٣) من القانون المدني والتي تقضي بان تنقص المحكمة من النعويض المستحق للمقاول ما يكون قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما قد يكون قد كسبه باستخدام وقته في امر اخر هو دفاع قانوني يخالطه واقع ، واذ كان الطاعن لم يقدم ما يثبت انه طرح هذا الدفاع امام محكمة الموضوع ، فانه لا يقبل منه اثارته لاول مرة امام محكمة النقض."([٧٦]) وهذا النص ، ورغم انه تطبيق فذ من تطبيقات واجب الدائن في تخفيف الضرر ، غير انه يبقى قاصرا على الموضع على ورد فيه ولا يمكن اعماله في باقي العقود ، ومن باب اولى ، كقاعدة تستبغ احكامها على المسؤوليتن العقدية والتقصيرية.

وذهب مجموعة من اعلام الفقه العربي كالدكتور محسن شفيق([٧٧]) في مصر والاستاذ شاكر ناصر حيدرفي العراق ([٧٨])على اعتبار نص المادة (٢٢١) هو السند القانوني الاصيل لتبني القانون المدني المصري، ومن سار على نهجه من القوانين العربية ،([٧٩])لواجب الدائن في تخفيف الضرر . وتنص المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري على انه" ١- اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد او بنص في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول." ومع احترامنا لراي هؤلاء الفقهاء الاجلاء ، فان القول بان ثمة تماهي تام بين نص المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري وما تضمنته من معيار ما كان يستطيع الدائن ان يتوقاه وواجب الدائن في تخفيف الضرر في القوانين الانكلو-سكسونية قول يجانب الحقيقية من وجهة نظرنا المتواضعة وللاسباب التالية:-

اولا:- فهو من جهة اولى ينطوي عن قصور كبير في رؤية احكام القانون المدني الواردة في التشريعات المدنية وخاصة ما يتعلق بالخيارات الممنوحة للدائن في حالة اخلال المدين بتنفيذ

التزامه ، فهذه التشريعات تجيز للدائن ان ينفذ الالتزام الذي اخل به مدينه –سواء اكان محل الالتزام قياما بعمل او اشياء مثلية -على نفقة مدينه بعد حصوله على اذن من القضاء بهذا التنفيذ الا في حالات الاستعجال ، وهذا ما نصت عليه المادتان (٢٤٨ ، ٢٥٠) من القانون المدني العراقي المطابقتان لنصي المادتين (٢٠٥،٢٠٩) من القانون المدني المصري ، فلقد نصت المادة (٢٤٨) من القانون المدني العراقي على انه " ١- اذا ورد الالتزام بنقل الملكية او أي حق عيني على شيء لم يعين الا بنوعه فلا ينقل الحق الا بتعيين الشيء بالذات. ٢- فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن ان يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة او بغير استئذانها في حالة الاستعجال ، كما انه يجوز له ان يطلب بقيمة الشيء من غير اخلال في الحالتين بحقه في التعويض." ونصت المادة (٢٥٠) منه على انه "١- في الالتزام بعمل ، اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرويا ان ينفذه بنفسه ، جاز للدائن ان يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا.٢- ويجوز في حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة." ويتبين من هذه النصوص بشكل جلي بان حق الدائن في التنفيذ الالتزام على نفقة المدين بترخيص القضاء يعلو –في التشريعات المدنية العربية-على ذلك الواجب (المزعوم) على الدائن في تخفيف الضرر ، وان كان يتمخض عنه في كثير من الاحيان تخفيف الضرر فما هذا التخفيف الا اثر عرضي للمارسة الدائن حقه في التنفيذ على نفقة المدين . وهذا الرأي الذي ننفرد به يبدو جليا لدى الرجوع على المجاميع القضائية العربية والتي تحفل بتطبيقات قضائية كثيرة لحق الدائن في التنفيذ على نفقة المدين .وللقضاء المصري المصري والعراقي احكام مهمة تكشف عن طبعية حق الدائن في التنفيذ على حساب المدين باعتباره مجرد رخصة للدائن لا يترتب على عدم استخدامها أي مسؤولية عليه ولا تمس بحقه في التعويض تجاه مدينه ، واذ ما استخدمها الدائن فلا يترتب على هذا الاستخدام زوال العقد الاصلي الذي اخل به المدين ، بل يبقى قائما الى جوار الصفقة البديلة التي ابرامها الدائن.وفي ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم حديث ومهم لها على انه "ليس للدائن

القيام بالتنفيذ العيني على نفقة المدين بغير ترخيص من القضاء وما اجازته المادة (٢٠٩) من القانون المدني (من ان) للدائن في حالة الاستعجال من القيام بهذا التنفيذ على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء ان هي الا رخصة منحها المشرع ملحوظا فيها مصلحته ولا يمكن مؤاخذته على عدم استعمالها ، فاذا كان الحكم المطعون فيه قد اتخذ من عدم قيام المستأجر –بازالة اعمال التعرض من المؤجر- على نفقته او على نفقة المؤجر بغير ترخيص من القضاء دليلا على اساءة المستأجر استعمال الدفع بعدم التنفيذ –بالامتناع عن الوفاء بالاجرة –فأنه يكون قد آخذه على عدم قيامه بعمل لا يجيزه القانون او لا يستلزمه ويكون هذا التديل من الحكم فاسدا ومنطويا على مخالفة القانون."([٨٠]) وذهبت محكمة النقض المصرية في حكم اخرمهم لها على انه " القضاء بتنفيذ العقد تنفيذا عينيا على نفقة المقاول عملا بالمادة (٢٠٩) من القانون المدني مؤداه عدم استحالة تنفيذ العقد وبقاؤه نافذ الاثر بين طرفيه فيتحمل المقاول (المدين) تبعته ويحاسب على نتيجته لا بالنسبة لما اتمه من اعمال فحسب بل بالاضافة الى ما يكون رب العمل قد قام به من اعمال مكملة للاعمال المتفق عليها في العقد ، ذلك ان الاوضاع لا تستقر بين طرفي العقد على خلاف لا نجد لها نظير الا بعد المحاسبة على الاعمال التي قام بها المقاول وما عسى ان يكون رب العمل قد اتمه على اساس التنفيذ العيني للعقد ."([٨١]) وذهبت محكمة التمييز (الاتحادية) في حكم مشابه لما قضت به محكمة النقض المصرية على انه "لدى التدقيق والمداولة ، وجد ان الحكم المميز غير صحيح ذلك لان المحكمة اسست قضاءها على ان في طلب المدعى عليه (المميز) رب العمل باجراء الكشف المستعجل والاذن له باكمال البناء فسخ العقد في حين ان استصدار الاذن من جانب رب العمل لاكمال البناء على نفقة خصمه او للقيام بعمل او تصرف في الاحوال المنصوص عليها في القانون يعني التمسك بالعقد وانه يطلب تنفيذه لا فسخه لان طلب التنفيذ يستلزم بقاء العقد على الوجه المبين في المادة (١٤٩) من قانون المرافعات المدنية المستندة الى المادة (٢٥٠) من القانون المدني لذلك كان على المحكمة عند النظر في الدعوى والفصل فيها ان تتجه الى هذا الاتجاه القانوني ....."([٨٢]) وذهبت محكمة التمييز (الاتحادية) في

حكم اخر لها " لدى التدقيق والمداولة تبين ان المادة (١٤٩) من قانون المرافعات المدنية قد نصت على انه (يجوز للطلب (الاصح للطالب) ان يستصدر اذنا من القضاء المستعجل للقيام بتنفيذ التزام على نفقة خصمه او القيام بعمل او تصرف وذلك في الاحوال المنصوص عليها في القانون.) كما نصت المادة (٢٥٠) من القانون المدني من انه (في الالتزام بعمل ، اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرويا ان ينفذه بنفسه ، جاز للدائن ان يستأذن المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا.) وحيث قد تبين ان المميز قد توقف عن اكمال البناء العائد للمميز عليه خلافا العقد المبرم بين الطرفين ، فلا جناح على المميز عليه (المدعي) اذا هو طلب اجراء الكشف المستعجل من قبل المحكمة عملا بأحكام المادة (١٤٩) من قانون المرافعات المدنية وقد بين الخبراء كلفة العمل المنجز كما بينوا ايضا الكلفة الواجبة لاكمال العمل البالغ (الاصح البالغة) (٤٤٦٥،٣٩٠) دينارا. ولما كان الكشف المستعجل مستوفيا لشرائطه القانونية فانه يصلح سببا صحيحا لاصدار الاذن باكمال البناء على نفقة المميز على ان لا يعتبر ذلك تصديا لاصل الحق او ماسا بحقوق الطرفين بمراجعة المحكمة المختصة لاثبات ايهما المقصر وفقا لشروط العقد المبرم بين الطرفين . لهذا يصبح القرار المميز صحيحا وموافقا للقانون قرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق ."([٨٣])صفقات بديلة بمعزل عن مراقبة القضاء واذنه–وهذا هو جوهر واجب الدائن في تخفيف الضرر في القانون الانكلو-سكسوني واتفاقية فيينا – بدون أي قيد

اولا:- ان واجب الدائن في تخفيف الضرر هو مبدأ قانوني ضامر وغير بارز في القضاءين المصري والعراقي ، فعلى مستوى القضاء المصري المدني ، ورغم علو كعب هذا القضاء ليس على المستوى العربي فحسب بل على المستوى العالمي ، لا نجد لواجب الدائن في تخفيف الضرر صدى يذكر في هذا القضاء الا في نطاق محدود يتمثل في عقود العمل محددة المدة في الاحوال التي ينهي فيها رب العمل تعسفا هذا العقد قبل انقضاء المدة المحددة له ، فيتقدم رب العمل بدفع بان العامل قد حصل على عمل او انه لم يبذل جهدا معقولا في الحصول عليه . وفي

ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها على انه" الضرر ركن من اركان المسؤولية ،وثبوته شرط لازم لقيامها والقضاء بالتعويض تبعا لذلك . فاذا كان الطاعن (رب العمل) قد تمسك في دفاعه بان المطعون عليه (العامل) قد يلحقه ضرر جراء فصله اياه من العمل وذلك لالتحاقه بخدمة رب عمل اخر ، فان الحكم المطعون فيه اذ التفت عن هذا الدفاع ولم يعن بتمحيصه والرد عليه مع انه دفاع جوهري يحتمل فيه لو ثبت ان يتغير معه وجه الرأي في الدعوى يكون مشوبا بقصور يبطله."([٨٤]) وذهبت في حكم اخر على انه " اذا كان الثابت من صحيفة استئناف الطاعنة ومن مذكرة دفاعها لجلسة .....انها نسبت الى المطعون ضده اتخاذه مكتبا للمحاماة منذ انقطاعه عن العمل لديها ، ولم تلحقه اضرار من قرار انهاء خدمته ، واذ لم يرد الحكم المطعون فيه على هذا الدفاع الجوهري ، مع انه لو صح ، قد يتغير وجه الرأي في الدعوى واكتفى بالاحالة على اسباب الحكم الابتدائي الذي لم يعرض لهذا الدفاع فانه يكون معيبا بالقصور في التسبيب، مما يوجب نقضه."([٨٥]) وذهبت في حكم اخر لها " (ان) تقدير الحكم للمدة التي يستحق عنها العامل التعويض بأنها المدة التي تعطل فيها عن العمل –بعد فصله قبل نهاية مدة العقد- هو تقدير سليم يتفق مع حكم المادة (٢٢٤) من القانون المدني . واذ كان الطاعن قد اقر بأنه التحق بعمل جديد ولم يدع ان اجره فيه يقل عن اجره المتفق عليه مع المطعون عليهما فان النعي على الحكم بأنه لم يقض للطاعن بتعويض عن المدة التي التحق فيها بعمله الجديد يكون في غير محله."([٨٦]) وذهبت بعض المحاكم االمصرية الى اصدار احكام اكثر جرأة بحرمانها العامل من الاجر المتفق عليه لو كان بأمكانه ان يحصل على عمل اخر او تقاعس في الحصول عليه فقضت " يقتصر حق العامل في التعويض ، اذا انهى صاحب العمل العقد قبل نهاية مدته ، على الاجر الذي يستحقه في الفترة التي يعجز فيها عن الحصول على عمل آخر."([٨٧])وحمكت في قضية اخرى–بعبارة اكثر وضوحا- بأنه " لا تجوز له (للعامل) المطالبة بأجرة عن باقي مدة العقد الا اذا اقام الدليل على انه استحال عليه الحصول على عمل في المدة التي كان يسري فيها العقد."([٨٨])

ورغم تلك الاحكام الجريئة التي اعمل فيها القضاء المصري واجب الدائن (العامل) في تخفيف الضرر ، فلقد انبرى احد اعلام الفقه العربي وهو د. محمود جمال الدين زكي لانتقاد هذه الاحكام ، وفي ذلك يقول " والحقيقة ان تقدير التعويض بالمدة المحتملة لتعطل العامل ، دون اعتبار للمدة الباقية من العقد ، يهدر، كما قدمنا ، اتفاق الطرفين على مدة معينة ، خلافا لمبدأ القوة الملزمة للعقد التي تجعله بينهما بمثابة القانون، ويسوي في الجزاء ، بين الانهاء المبتسر للعقد ذي المدة المحددة والانهاء التعسفي للعقد ذي المدة غير المحددة ، رغم ما بينهما من فارق جووهري: العقد محدد المدة يلزم طرفيه الى نهاية مدته ، فيمثل ، طيلة هذه المدة ، استقرارا في الخدمة لا يوفره العقد ذي المدة غير المحددة ، الذي يستطيع العاقد ، في أي وقت ، ان ينفرد بانهائه."([٨٩]) ومع احترامنا لرأي الاستاذ الجليل د. محمود جمال الدين زكي فان في رأيه سوء فهم للطبيعة الزمنية لعقد العمل الذي يفرض ارتباطا غير قابل للانفكاك بين الاجرة التي يستحقها العامل والعمل الذي يتحتم عليه القيام به ، فلا يستحق العامل اجره كاملا الا اذ قام بالعمل الى نهاية مدة العقد . واذا ما اخل رب العمل بالتزاماته الناشئة عن عقد العمل فقد استحال الاجر المستحق للعامل عن المدة الباقية للعقد العمل الى تعويض وسرت في حقه كل القواعد الحاكمة لتعويض الضرر ومن ضمنها واجب الدائن (العامل) في تخفيف الضرر.

اما على مستوى القضاء العراقي فهي اشد ضمورا واقل بروزا من القضاء المصري ، فتكاد لا تجد لواجب الدائن في تخفيف الضرر صدى في نطاق المسؤولية العقدية ، ومع ذلك فقد وجد له مكانا محدودا في التطبيق في نطاق المسؤولية التقصيرية . فذهبت محكمة التمييز (الاتحادية) في حكم لها على انه " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا. ولدى النظر في القرار المميز وجد انه غير صحيح لان محكمة الاستئناف قضت بالزام المدعى عليه (المميز) بالمبلغ الذي قدره الخبراء عن قيمة الجواميس التي قام بدهسها المدعى عليه وقدرها ١٦،٢٠٠ دينارا دون ان تلاحظ ان الخبراء قدروا قيمة الجواميس دون الاخذ بنظر الاعتبار الاستفادة من لحوم الجواميس ومن جلودها لان الشهادات المستمعة

ايدت ذبح قسم من الجواميس وقت الحادث وقسم من اليوم التالي مما كان من المتعين تقدير قيمتها من قبل الخبراء بعد قيام المحكمة بأجراء التحقيق المقتضي عن هذه الجهة وعدد الجواميس التي تم ذبحها والاستفادة من لحومها ثم تطلب من الخبراء تقدير ملحق لتقريرهم عن الضرر الذي اصاب المميز عليهم وحيث انها خالفت ما تقدم قرر نقض الحكم المميز، واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم ....."([٩٠]) وذهبت في حكم اخر على انه " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان دعوى المدعين تضمنت المطالبة بأجر المثل لمساحة قدرها ٧٥ م /١٩ اولك / ٢ دونم كان المدعى عليه اضافة لوظيفته قد استغلها بوضع ابراج الضغط العالي مما حرمهم من استغلالها وبالرجوع الى محظر الكشف الذي اجرته محكمة بداءة المدائن بمعرفة الخبيرالقضائي والذي اوضح فيه (تم نصب ابراج عدد ٢ للضغط العالي ومد اسلاك على امتداد طول القطعة وان المساحة المتضررة تساوي ٧٥ م /١٩ اولك /٢ دونم بضمنها محرمات الضغط العالي) وان الخبراء الثلاثة ومن الخبراء الخمسة اعتمدوا على خبرة الخبير المنفرد والذي قدر المساحة المستغلة من قبل المدعى عليه في حين ان مجرد مرور الاسلاك في القطعة لا يمنع المدعين من الاستغلال بأستثناء المساحة المتمثلة بأبراج الضغط العالي فهي تحول دون تمكن المدعين من استغلال المساحة المنصوبة فيها تلك الابراج ، لذا كان على المحكمة اهدار تقارير الخبراء والاستعانة بسبعة خبراء لاجراء الكشف بمعرفتهم لبيان المساحة الحقيقة التي تعذر على المدعين استغلالها بسب وضع ابراج الضغط العالي فيها وفيما اذا كانت الاسلاك المحدودة في تلك الابراج تحول دون تمكن المدعين من الاستغلال من عدمه ومن ثم تقدير اجر المثل وفق المساحة المستغلة وللمدة المطالب بها لان الاخذ بما قرره الخبراء السابقين (الاصح السابقون) يؤدي الى اثراء المدعين على حساب المدعى عليه....."([٩١])

الخاتمة

(النتائج والتوصيات)

النتائج:-

يمكن إجمال أهم ما توصل إليه الباحث بالنتائج الآتية:-

١. إن واجب الدائن في تخفيف الضرر هو واجب قضائي النشأة والتأصيل أوجده القضاءان الإنكليزي والاميركي واستندا في ايجادها الى مبررات عملية ، وفرضا بموجبه على الدائن –في حالة اخلال مدينه بالالتزامات الناشئة على العقد- الا يقف موقفا سلبيا ، بل عليه ان يسعى الى اتخاذ أي تدبير معقول طبقا لطبيعة العقد وظروف القضية من شأنه أن يخفف أو يزيل الضرر الذي وقع عليه ، سواء تمثل هذا الضرر بالخسارة التي وقعت عليه او بالكسب الذي كان باستطاعته ان يجنيه .

٢. لقد اكتسب واجب الدائن في تخفيف الضرر شهرة عالمية بأعتباره من احدى اهم نظريات القوانين الانكلو-امريكية، فلم يبق حبيس هذه القوانين او تلك التي تدور في فلكها ، بل تلقفتها الاتفاقات الدولية المنظمة للتجارة الدولية ، ومن ابرزها اتفاقية فيينا للبيوع الدولية في المادة (77) منها، وتوجيهات العقد الاوربية لسنة ١٩٩٨ في المادة (٩:٥٠٥) منها ذات الحجية العالية في مجال التحكيم التجاري الدولي، وقد علل الباحث هذا التبني على المستوى العالمي بالحجتين التاليتين:-

اولا :- ان علاقات التجارة الدولية علاقات قائمة على الثقة والائتمان المطلقين والتعامل المستمر بين طرفي الرابطة العقدية ، ويندر ان تكون علاقات عابرة ، مما يجعلها تنسجم غاية الانسجام مع واجب الدائن في تخفيف الضرر الذي يتسم بطابع إيثاري يوثر فيه ضحية العقد غيره على نفسه بتضحية من ماله لكي يقلص مقدار التعويض المستحق على غريمه.

ثانيا :- انه يقلص الى درجة كبيرة من خيار الدائن في اللجوء الى التنفيذ العيني الذي غالبا ما يصطدم بعقبات علية تحول دون اعماله نتجية البعد المكاني بين طرفي الرابطة العقدية وخضوعهم الى انظمة قانونية مختلفة ، فينحصر حق الدائن بتعويض يستطيع ان يقتضيه بيسر عن طريق حجز على الرصيد الدائن في الحساب المصرفي للمدينه.

٣. ان النقد الذي وجه بعض الفقه الفرنسي إلى واجب الدائن في تخيف الضرر سواء من حيث افتقاره الى أساس قانوني سليم او في أضعافه للقوة الملزمة للعقد هو نقد يجانب الصواب ، فواجب الدائن في تخفيف الضررفي نطاق المسؤولية العقدية تطبيق فذ لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وواجب التعاون في نطاق الروابط العقدية ، فضلا عن اهميتة الاقتصادية التي لا سبيل إلى إنكارها ؛ فهو يخفف من عبء المسؤولية العقدية على المشروعات الاقتصادية سواء على الصعيد الوطني او الدولي بطريق عدم التعويض عن أي خسارة او ربح كان الدائن باستطاعته ان يتجنبها في حالة اخلال هذه المشروعات بالتزاماتها . فضلا على ان تبني مثل هذا الواجب يقيم توازنا عادلا بين اطراف العلاقة العقدية فهو وان فرض على الدائن ان يسعى الى تخفيف الضررلمصلحة مدينه ، فانه في ذات الوقت يمنحه ميزة قانونية كبرى بأعطائه الحق للدائن في اقتضاء حقه بنفسه لنفسه عن طريق ابرام صفقة بديلة مماثلة تمنحه نفس الميزايا العقدية التي تمنحها الصفقة الاصلية المبرمة مع مدينه.

٤. يتميز واجب الدائن في تخفيف الضرر، فضلا عن كونه واجبا ايثاريا وينتمي الى طائفة الالتزامات ببذل عناية ،بكونه واجب مفروض بحكم القانون ويترتب على هذه الخصيصة نتيجتين غاية في الاهمية : الأولى انه يثبت حتى لم ينص المتعاقدان عليه ولا تأثير لنوع العقد المبرم في اعمال هذا الواجب وان كانت عقود البيع والايجار والعمل والمقاولة هي المدار الطبيعي لاعمال هذا الواجب ، الثانية ان هذا الواجب يجب اعماله حتى لو تضمن العقد شرطا جزائيا يحدد مقدار التعويض المستحق ، فيستطيع المدين ان يثبت بان الدائن

كان بأمكانه ان يخفف من مقدار الضرر الذي اصابه باعمال واجبه في تخفيف الضرر بما يقل عن المبلغ المحدد في الشرط الجزائي ، وهذا الرأي الذي نقول به خالفنا به الرأي السائد في القضاء التجاري الدولي الذي يرى بأن وجود شرط جزائي في العقد يسمو على واجب الدائن في تخفيف الضرر.

٥. لقد اجتهد القضاء الانكليزي والقضاء التجاري الدولي في ظل اتفاقية فيينا للبيوع الدولية اجتهادا محمودا فيما يتعلق بالوقت الذي يجب فيه على الدائن اعمال واجبه في تخفيف الضرر،فلم يلزم الدائن بأعمال هذا الواجب في الاحوال التي يخل بها المدين بالتزاماته الناشئة عن العقد اخلالا حقيقيا مصرحا به فحسب ، بل مدها الى الوقائع التي يجحد به المدين التزاماته –قبل حلول اجل تنفيذها -في اطار نظرية الجحود المبتسر للعقد اذا تبين من وقائع القضية بان انتظار الدائن الأجل المضروب لتنفيذ المدين للالتزامه امرا غير معقول بالمرة بحيث يفسر بوجود نية مضمرة للدائن في عدم رفع االدعوى الى حين حلول اجل الالتزام من اجل ان يزيد من مقدار الاضرار التي تصيبه والتي يحق له الرجوع بها على المدين وتشكل ، من ثم، اخلالا سافرا بواجب حسن النية في تنفيذ العقود ، او اذا كان العقد يتطلب نوعا من التعاون بين طرفي التعاقد ، واصبح هذا التعاون مستحيلا بسب الجحود الذي صدر من المدين . وكان للقضاء الانكليزي والقضاء الفرنسي الدولي احكاما مهمة في هذا النطاق.

٦. لقد اجتهد القضاء التجاري الدولي اجتهادا محمودا - سادا بذلك نقصا تشريعا اعترى اتفاقية فيينا للبيوع الدولية – باشتراطه واجب الدائن بأخطار مدينه بطبيعة التدبير او التدابير التي ينوي القيام بها من اجل تخفيف الضرر على مدينه . وقد اثنى الباحث على اجتهاد المحاكم هذا ، ذلك ان واجب الدائن في تخفيف الضرر واجب ايثاري قام به الدائن لمصلحة مدينه بالدرجة الأولى ، وليس من المنطق القانوني في شيء ان يقوم به الدائن بدون ان يكون للمدين أي فكرة عن طبيعة التدبير او التدابير ومداها . فضلا على ان قيام المدين بأخطار

الدائن هو التجسيد العملي لحسن نية الدائن واعمالا لواجب التعاون في نطاق نظرية العقد ، فليس من حسن النية في شيء ان يفاجأ الدائن مدينه بأجراء يقوم به في الظلام ، ويعتبر في ذات الوقت ضابطا –من بين مجموعة من الضوابط- تستعين به المحكمة لتقدير معقولية التدبير الذي قام به الدائن.

٧. ان لاعمال الدائن واجبه في تخفيف الضرر تأثيرا حاسما على خيارات الدائن العقدية المتمثلة بالتنفيذ العيني او التعويض ، فقد يؤدي الى محو هذين الخيارين اذا كان الصفقة البدلية التي ابرمها الدائن اعمالا لواجبه في تخفيف الضرر كاملة ، فان الدائن يكون قد نفذ العقد تنفيذيا عينيا على حساب المدين ، ويكون الدائن قد استوفى حقه ، ومن ثم لم يجز له ان يطالب المدين –بعد ذلك- بالتنفيذ العيني ولا بالتعويض اذا كانت الصفقة البديلة قد ابرمت بشروط افضل من شروط العقد الاصلي المبرم مع المدين او بشروط مساوية. وقد يؤدي اعمال الدائن واجبه في تخفيف الضرر الى محو خيار التنفيذ العيني واستبقاء خيار التعويض اذا ابرم الدائن صفقة بديلة كاملة ولكن بشرط اسوأ من شروط العقد الاصلي او ابرم صفقة اصلح فيها التنفيذ المعيب لالتزام مدينه . وقد يؤدي اعمال الدائن واجبه في تخفيف الضرر الى محو خيار التعويض اذا ابرم الدائن صفقة بديلة جزئية مع استبقاء خياره في التنفيذ العيني فيما يتعلق بما تبقى من الالتزامات الاصلية التي لم تحل محلها الصفقة البديلة.

التوصيات:-

يود الباحث في نهاية بحثه هذا أن يسجل جملة من التوصيات آملا من المشرع التجاري و المدني في العراق والدول العربي وقضاءنا الموقر أن يأخذ بها لتطوير نظامنا القانوني ، وهي على النحو التالي:

١. ضرورة الاهتمام على المستوى الفقهي بالنظريات القانونية للقوانين الانكلوامريكية- التي لا نظير لها في القوانين العربية - بعد ان أصبح قسم كبير من هذه النظريات منصوصا

عليه في الاتفاقيات الدولية المنظمة للتجارة الدولية كنظرية الجحود المبتسر للالتزامات العقدية ونظرية الاخلال الجوهري بالعقد ونظرية انحلال الرابطة العقدية بسبب تغير اساسها (Discharge of Contract by Frustration) وواجب الدائن في تخفيف الضرر، فضلا عن تلك النظريات التي اقتبست من نظم قانونية اخرى كنظرية ميسرة التنفيذ (Nachfrist)التي اقتبستها اتفاقية فيينا للبيوع الدولية من النظام القانوني الالماني.

٢. التركيز في البحث الاكاديمي العربي على تحليل وتأصيل اهم القرارات القضائية والتحكيمية في نطاق التجارة الدولية حتى تكون هذه القرارات مرشدا وهاديا للقضاء العربي في فهمه للمبادئ الحاكمة للتجارة الدولية وخاصة تلك المبادئ التي لا نظير لها في قوانينا العربية ، وحتى يرتقي هذا القضاء الى المستوى العالمي.

٣. فيما يتعلق بواجب الدائن في تخفيف الضرر، احداث تعديلات تشريعية على مستوى القانونين التجاري والمدني لجعلهما منسجمين مع ما نصت عليه اتفاقية فيينا للبيوع الدولية وخاصة في تلك الدول التي صادقت على تلك الاتفاقية ، وعلى النحو التالي:-

اولا:- على مستوى القانون التجاري ، تحوير حق الاستبدلال المنصوص عليه في المادتين (٩٦-٩٨) من قانون التجاري المصري في نطاق عقد البيع التجاري الى واجب الاستبدلال من اجل خلق تناسق خارجي بين هذا القانون واتفاقية فيينا للبيوع الدولي، والنص عليه بصيغته المحورة في قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة ١٩٨٤ ، والنص الذي نقترحه يجري على النحو التالي :

" اذا لم يقم البائع بتسليم المبيع في الميعاد المحدد في العقد ، فعلى المشتري ان يخطره بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها ، فاذا لم يسلم البائع المبيع خلال تلك المدة ، توجب على المشتري ان يحصل على شيء مماثل للمبيع –اذا كان ذلك ممكنا – على حساب البائع وان يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشيء ."

" اذا لم يدفع الثمن في الميعاد المتفق عليه ، فعلى البائع ان بعد اعذار المشتري ان يعيد بيع البضاعة للغير –اذا كان ذلك ممكنا- فاذا بيعت بحسن نية بثمن اقل من الثمن المتفق عليه كان من حق البائع مطالبة المشتري بالفرق."

" في الحالتين المذكورتين انفا يجب على المشتري او البائع حسب الاحوال ان يخطر الطرف الاخر بطبيعة الصفقة البديلة وثمنها ومصاريفها ، ويجوز له ان يرسل هذا الاخطار مقترنا او منفصلا عن اعذار التنفيذ."

ثانيا :- على مستوى القانون المدني ، النص على النظرية العامة في واجب الدائن في تخفيف الضرر وانزاله في موضعه المناسب في نطاق المسؤوليتين العقدية والتقصيرية . والنص المقترح يجري على النحو التالي:-

" ١-على الدائن ان يسعى ببذل كل التدابير المعقولة والمناسبة – لازالة او تخفيف الضرر الذي وقع عليه او سيلحق به وبضمنه فوات الكسب ، وتعتبر التدابير التالية ، بوجه خاص، تدابير معقولة :-

اولا:- ابرام صفقة بديلة كاملة –اذا كان بأمكان الدائن الحصول عليها بيسر- تحل محل الصفقة التي تعذر على المدين تنفيذها.

ثانيا:- ابرام صفقة بديلة جزئية- اذا كان بأمكان الدائن الحصول عليها بيسر-تحل محل جزء الصفقة التي تعذر على المدين القيام بها ، ويعتبر اصلاح العيب في التنفيذ المعيب بمثابة صفقة جزئية بديلة.

ثالثا:- في الحالتين المذكورتين في (اولا وثانيا) انفا يجب على الدائن ان يخطر الطرف المدين بطبيعة الصفقة البديلة وثمنها ومصاريفها ، ويجوز له ان يرسل هذا الاخطار مقترنا او منفصلا عن اعذار التنفيذ."

٢- للدائن ان يرجع بكل النفقات والتكاليف التي خسرها في الحالتيتن المذكورتين في(اولا وثانيا) من هذه المادة دون اخلال بحقه في الرجوع عن أي ضررخاص من جراء اخلال المدين بتنفيذ التزاماته.

٣- اذا تضمن العقد المبرم مع المدين تقديرا اتفاقيا للتعويض ، فيجب الا يزيد – في كل الاحوال- على عناصر التعويض المذكورة في الفقرة الثانية من هذه المادة.

هوامش البحث:-

1)Tunc , Andre, Commentary on the Hague Conventions of the 1st of July 1964 on the International Sale of Goods and the Formation of the Contract of Sale.

مشار اليه في :-

Djakhongir Saidov, the Law of Damages in International Sales(the CISG and Other International Intruments), Hart Publishing, USA& Canada, 2008, P125.

2) انظر في ذلك:-

Guest, G., H, Chity on Contracts, Vol.1(The General Principles), Fourteenth Edition, Sweet & Maxwell, London, 1977, P 753.

3)Catherine Elliott and Frances Quinn,Contract Law, Fourth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2003, P 272.

٤) Sir Jack Beatson and Andrew Burrows, Anson's Law of Contract, Tweenty ninth Edition , Oxford Unversity Press, New York, 2010, P555-557.

٥) انظر في الفقه العربي:-

د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني (نظرية الالتزام بوجه عام الاثبات – آثار الالتزام)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩ .ص١١٣٥.

د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني في احكام الالتزام ، بغداد ، ١٩٨٠.ص١٣٩

٦) انظر في ذلك :-

Guest, G., H, Op.Cit, P753.

7) Sir Jack Beatson and Andrew Burrows, OP.Cit., P555.

٨) مشار اليه في:-

د. احمد عبد الفتاح الشلقاني ، احكام التعويض عن الاخلال بالعقد في القانونين الانكليزي والامريكي والقواعد المقابلة في القانون المصري ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث ، السنة الرابع عشرة ، يوليو-سبتمبر ١٩٧٠ ،ص١٤٨-١٤٩.

٩) ويجري النص الانلكيزي على الوجه التالي:-

" A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss , including loss of profits , resulting from the breach. If he fails to take such measures , the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated."

١٠) ويجري النص الانكليزي على الوجه التالي:-

"(1) the non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have redured the loss by taking reasonable steps.

(2) the aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.

وانظر مقارنات مهمة بين هذه النصوص وبعض قوانين الدول الاوربية مذكورة في :-

Alexander Komarov, , Limimtation of contract damages in domestic legal system and international instruments, Hart Publishing, London, 2008, P 259-264.

11)Djakhongir Saidov, Op Cit, P125-126.

[١٢]) انظر في موقف الفقه والقضاء الفرنسي بشكل مفصل:-

Laithier, Y., M., La cour de Cassation refuse d'imposer au créancier le devoir de minimiser le dommage, Revue de Contrats, 1 Janvier , 2010, No1, p52

13) Aubert, J., L, La victime peut elle obligée de minimiser son dommage, RJDA, 2004, P355.

14)Muir Watt, modération des Dommages en Droit Anglo-American, Colloque, PA, 2002, No. 232-45.

15) Nayiri Boghossian , A comparative study of specific perforamce provision in the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods, Institute of Comparative Law, 1999, 27.

16) Solene Rowan , Remedies for Breach of Contract, Oxford University Press, 2012, P150.

17) Bell, J., S., Wittaker, Principle of French Law, Second Edition, Oxford Unversity Press, 2008, P354-355.

18) Solene Rowan , Op.Cit., P149.

19) Solene Rowan, Ibid, P150.

[٢٠]) انظر في ذلك بحثا قيما :-

Mark, P.Green, A Theory of Self-Help Remdies in Contract, Boston University Law Review, Vol.89, 2009, P1398 and seq.

21)Djakhongir Saidov, Op Cit, P126.

22) Richard Stone, Modern Law of Contract,Fifth Edition, Cavendish Publishing Limited, London , 2002, P449.

[٢٣]) مشار اليه في :-

Solene Rowan, Op.Cit, P147- 148.

[٢٤]) مشار اليه في :-

Solene Rowan, Ibid, P 148.

[٢٥]) ويجري النص الاصلي باللغة الفرنسية على النحو التالي:-

" lorsque la victime avait la possibilité , par les moyen surs, raisonnables, et proportionnes , de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation , sauf lorsque les mesures seraient de nature a porter atteinte a son intégrité physique »

مشار اليه في :

John Cartwright and Simon Whittaker, Reforming French Law of Obligation (Comparative Reflections on the Avant- Projet de reform du droit des obligations et de la prescription (the Avant –Projet Catala), Hart Publishing, London, 2009, p858.

26)G., H. Treitel, The Law of Contract, Seventeenth Edition, Stevens&Sons , London , 1987, P754 and Seq.

[٢٧]) مشار إليه في :-

UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, United Nations, New York , 2008, P240.

[٢٨]) مشار اليه في :-

Lisa, A., Fortin, Duty to mitigate Liquidated Damages Clauses, Hofstra Law Review, Vol.38, No.285, P285 and Seq.

29) Djakhongir Saidov,Op.Cit., p128.

والادق ان يقال انه ذو طبيعية مزدوجة اذ ان الدائن وهو ينفذ واجبه في تخفيف الضرر ، يسعى الى تقليص او محو الضرر الذي لحق به او سيلحق به من جراء تخلف مدينه في تنفيذ التزامه عن طريق الصفقة البديلة التي يبرمها ، ومع ذلك تبقى جهة الواجب متغلبة على جهة الحق ، فالمنفعة التي تعود للدائن من اعماله لواجب تخفيف الضرر ما هي الا ناتج عرضي (By Product) لاعماله لهذا الواجب.

[٣٠]) مشار اليه:-

Peter Riznik , Some Aspects of Loss Mitigation in International Sale of Goods,Vj,Vol.14, No.267, 2010, P P261.

[٣١]) مشار اليه:-

Peter Riznik, Ibid, P261.

[٣٢]) انظر في ذلك:-

G., H. Treitel,Op.Cit., P757.

33)) Djakhongir Saidov,Op.Cit., p147 and seq.

[٣٤]) نقض ١٩/ابريل/١٩٥١ ، مجموعة احكام النقض ، السنة الثانية ، رقم ١١١ ، ص٦٦٩ ، مشار اليه في :-
د.محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطابع الهيئة المصرية للكتاب،القاهرة،١٩٨٢. ص ١٠٠١-١٠٠٢.

[٣٥]) نقض ٣٠ /١٩٦٢/٥ طعن ١٤٤ . مشار اليه :-
المستشار أنور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ،المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص ٦٠٣-٦٠٤.

[٣٦]) القاهرة التجارية الجزئية ، ٢٠ /ديسمبر/ ١٩٤٩ .مشار اليه:-
د.محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٩٩٨-٩٩٩.

[٣٧]) القاهرة لشؤون العمال الجزئية ، ١٣/ يناير/١٩٥٤ .مشار اليه
د.محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٩٩٩.

[٣٨]) انظر تفاصيل هذه القضية بالكامل منشور على الموقع الرسمي لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية:-
http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021230c1.html

[٣٩]) انظر تفاصيل هذه القضية بالكامل منشور على الموقع الرسمي لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية:-
http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html

40) Bradbrook, A.J, the application of the principle of mitigation of damages to landlord-tenant law, Sydney Law Review, No.1, Vol.,1, 1974.P21-22.

وانظر حكما مقاربا في القضاء العراقي ذهبت فيه محكمة التمييز الموقرة إلى انه " لدى التدقيق والمداولة –وجد ان المميز كان قد ابرم عقد ايجار مع المميز عليه واشغل المأجور وقبل انتهاء مدة الاجارة اودع المفتاح لدى الكاتب العدل بعد ان اخلى الدار وامتنع عن دفع القسط الاخير من بدل الايجار. وحيث لا يجوز لاحد المتعاقدين الامتناع عن تنفيذ التزاماته العقدية طالما كان العقد صحيحا نافذا (المادة ١/١٤٦- مدني (عراقي) ولما كان عقد الايجار المبرم بين المميز والمميز عليه لم يفسخ رضاء او قضاء لذا فان إخلاء المميز الدار وايداعه المفتاح لدى الكاتب العدل لا يعفيه من دفع القسط المستحق للمدة الباقية من الاجارة ، فلهذه الأسباب يكون الحكم المميز موافقا للقانون والاعتراضات التمييزية غير واردة فقرر ردها....."

رقم القرار 386/حقوقية رابعة/ ١٩٧٠- تاريخ القرار ١٩٧٠/٣/٢٩ منشور في:-

النشرة القضائية (يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق) ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، مطبعة الادارة المحلية ، بغداد، ١٩٧١،ص-١٠٤-١٠٣

[٤١]) انظر في استعراض هذه النظرية في الفقه العربي وموقف القانون المصري منها :-
د. محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد ، القسم الأول، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،العدد الثاني، السنة الثانية ، ١٩٦٠، ص١ وما بعدها.
د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع-المجلد الاول (العقود الواردة على العمل)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩ ص٨٥-٨٧.
وانظر في الخلاف الفقهي الذي دار في الفقه الفرنسي حول مدى انسجام هذه النظرية مع القواعد العامة في القانون المدني الفرنسي:-
Francois Terre، Philippe Simler et Yves Lequette، Droit Civil(les Obligation)، Dixième Edition، Dalloz، 2009، P1200-1201.

Laithier، Y.M، Etude comparative des sanction de inexécution du contrat، LGDl، paris، 2004، P560.
Cassin. R، Réflexion sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution، RTDCIV، Paris، 1945، P545.

42) Nienaber، P.M، The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy ، The Cambridge Law Journal ،Vol.20،No.2، 1962، 213 and Seq.

43) Henry R. Cheeseman، Business Law، Fifth Edition، Pearson ، U.S.A، 2004، P417.

[٤٤]) انظر تفاصيل هذه القضية بالكامل منشور على الموقع الرسمي لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية:-

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010612f1.html

[٤٥]) انظر امثلة مقاربة مذكور في :-
Djakhongir Saidov, Methods of Limiting Damages Under the Vienna Convention on Contracts for International Sale of Goods, Pace International Law Review, Vol.14, Issue 2, 2002, P55-56.

[٤٦]) مشار اليه في :-
Peter Riskin , Op, Cit, p 271.

[٤٧]) انظر تفاصيل هذه القضية بالكامل منشور على الموقع الرسمي لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية:-
http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html

[٤٨]) مشار اليه في:-
Peter Riskin , Op, Cit, p 274.

[٤٩]) انظر تفاصيل هذه القضية بالكامل منشور على الموقع الرسمي لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية:-
http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030619c1.html

[٥٠]) مشار اليه في :-
Peter Riskin , Op, Cit, p 275.

[٥١]) مشار اليه في :-
Peter Riskin , Op, Cit, p 275.

[٥٢]) انظر تفاصيل هذه القضية بالكامل منشور على الموقع الرسمي لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية:-
http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html

[٥٣]) وهذا نص ما أوردته المحكمة الألمانية باللغة الإنكليزية :-
" the buyer by ordering the production of the manuals elsewhere instead of requesting delivery from the (seller) violates its obligation to mitigate damages under Art.77 CISG. At least the (seller)'s parent company , a global player in the market , would have been able to provide a delivery of manuals in French and Italian without necessitating translation cost.'

انظر حكم المحكمة مفصلا منشور على الموقع الرسمي لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية:-
http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000509g1.html

1) Stoll , H . and Gruber, G, Article 77, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) , Second edition , Oxford University Press, 2005, P790.
1) Peter Riskin , Op.Cit, P 237.

[٥٦]) انظر في ذلك:-
James Edelman, Gain Based Damages: Contract, Tort, Equity, and Intellectual property, Oxford Portland, Hart Publishing, London, 2002,P 81.

[٥٧]) مشار اليه في :-
Djakhongir Saidov , Op.Cit., P 48.

[٥٨]) مشار اليه في :-

Djakhongir Saidov Ibid., P186.

59) Djakhongir Saidov , Ibid., P186.

وانظر فرضيات اخرى في هذا الاطار:-
د. عبد الحي حجازي ، عقد المدة او العقد المستمر او الدوري التنفيذ ، رسالة دكتوراه ، مطبعة جامعة فؤاد الاول ، ١٩٥٠ ،ص ٢٠٥-٢٠٩.

[٦٠]) وهذا الحل الذي اثبتناه في المتن مستوحى من التقنين المدني المصري في المادة (٥٤٤) في نطاق عقد القرض والتي نصت على انه " اذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين اذا انقضت ستة اشهر على القرض ان يعلن رغبته في الغاء العقد ورد ما اقترضه ، على ان يتم الرد في اجل لا يتجاوز ستة اشهر من تاريخ هذا الاعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين باداء الفوائد المستحقة عن ستة الاشهر التالية للاعلان، ولا يجوز بوجه من الوجوه الزامه بان فائدة او مقابلا من أي نوع بسبب تعجيل الوفاء . ولا يجوز الاتفاق على اسقاط حق المقترض في الرد او الحد منه."
انظر في ذلك :-
د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الخامس- (العقود الواردة على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩ ، ٤٧٦-٤٧٩.

د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث- (نظرية الالتزام بوجه عام ، الاوصاف ، الحوالة ، الانقضاء)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩ ، ١٢٤-١٢٨.

[٦١]) مشار اليها في:-

Djakhongir Saidov Op.,Cit., P136.

وتعرف هذه المسألة في فقه القانون الامريكي ب (**Lost Volume cases**) .

[٦٢]) ونود التنويه هنا الى ان هذه الاتفاقية قد دخلت حيز النفاذ في مصر وسوريا في الأول من كانون الثاني ١٩٨٨ وموريتانيا في الأول من ايلول ٢٠٠٠ ولبنان في الأول من كانون الأول ٢٠٠٩ ، أما في العراق، فعلى الرغم مما يشير اليه الموقع الرسمي لاتفاقية فيينا من سريان هذه الاتفاقية في العراق في الاول من نيسان ١٩٩١ ،غير انه لاحظنا بانه لما يتم نشرها بعد في الجريدة الرسمية. انظر في الدولة المنظمة لهذه الاتفاقية ،الموقع الرسمي الالكتروني لهذه الاتفاقية :-

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html

[٦٣]) وهذا نص ما قالته هيئة التحكيم باللغة الانكليزية (اللغة الاصلية لقرار التحكيم رقم 1989-12):-
" the claimant had contributed to its own loss by failing to dispose of the cargo at a high price and mitigating its own loss."
مشار اليه في:-

John ,Y. Gotanda , Damages in Lieu of Performance Beauce of Breach of Contract, Villanova University School of Law, 2006, P40 -41.

ونرى من وجهة نظرنا المتواضعة انه –ورغم صحة ما ذهب اليه مركز التحكيم من حيث النتيجة النهائية التي توصل اليها قراره، فانه قد اخطا في انزال حكم القانون المدني المصري على هذه القضية ، وكان المفروض تطبيق اتفاقية فيينا للبيوع الدولية على هذه القضية ، اذ ان المادة (١-ف ١ -ثانيا) من هذه الاتفاقية تنص على سريان نصوص هذه الاتفاقية في الاحوال التي تؤدي القواعد المتعارف عليها في تنازع القوانين الى تطبيق قانون دولة متعاقد ، ومصر من الدول المتعاقدة و المصدقة على هذه الاتفاقية. انظر في نطاق تطبيق هذه الاتفاقية :-

د. محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ،دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص٥٥ وما بعدها.

[٦٤]) نقض ١٩٧٣/٤/١٧ –طعن ١٤٥ س ٣٨ ق. منشور في:-

المستشار انور طلبه ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ ، الجزء التاسع ، المكتب الجامعي الحديث ، بلا سنة طبع ، ص ٥٥٩-٥٦٠.

[٦٥]) نقض ١٩٧٥/٤/٣٠ –طعن ١٧٣ س ٤١ ق. منشور في:-

المستشار انور طلبه ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ ، المرجع السابق، ص ٥٨٠-٥٨١.

66)انظر تفاصيل هذا القرار بالكامل منشورة في:-

قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس (القرارات الصادرة سنة ١٨٦٨)المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق ، دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص ٤٣٨-٤٤٤.

[٦٧]) وسار المشرع الكويتي في نفس التوجه، فقد منح قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ كلا من المشتري والبائع الحق في ابرام صفقة بديلة على سبيل التعويض.فمنح هذا الحق للمشتري ،فقد نصت المادة (١٣١) منه على انه " اذا لم يقم البائع بالتسليم في الموعد المحدد له ، اعتبر العقد مفسوخا دون حاجة الى اعذار ، الا اذا اخطر المشتري البائع بتمسكه بتنفيذ العقد خلال ثلاثة ايام من حلول هذا الميعاد . ٢. وللمشتري ان يطالب البائع على سبيل التعويض بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعه –بحسن نية- للحصول على شيء مماثل. فاذا كان المبيع بضائع ذات سعر معروف في السوق ، جاز للمشتري ولم لم يقم بشراء بضاعة مماثلة ان يطالب البائع بالفرق بين الثمن المتفق عليه وثمن السوق في اليوم المحدد للتسليم." ومنح –بالمقابل-هذا الحق للبائع ، فقد نصت المادة (١٣٣) منه على انه " اذا لم يدفع الثمن في الميعاد المتفق عليه ، فللبائع بعد اعذار المشتري ان يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه وثمن اعادة بيع الشيء بحسن نية. ٢. فاذا كان المبيع بضائع لها سعر معلوم في السوق ، كان للبائع ان يطالب المشتري بالفرق بين الثمن المتفق عليه والثمن في اليوم المحدد للتنفيذ." ومن الجدير بالذكر ان قانون التجارة العراقي النافذ رقم(٣٠) لسنة ١٩٨٤ لم يفرد للبيوع التجارية احكاما خاصة ، ومن ثم لا مناص من تطبيق القواعد العامة التي لا تجيز ابرام البائع او المشتري صفقة بديلة الا بترخيص من القضاء او في حالات الاستعجال.

[٦٨]) انظر في ذلك بشكل مفصل :-

Guest، A. G، Chitty on Contracts، Vol. (2) Specific Contracts، 14th Edition، Sweet & Maxwell، London، 1977.P 968-972 and 977-978.
Catherine Elliott and Francs Quinn، Ibid، 276
Peter de Cruz، Comparative Law in a Changing World، Third Edition، Routledge –Cavenish ، London، 2007، P 456-460.
Michael Furmston, Sale Of Goods, Third Edition, Cavenish Publishing Limited, London, 2000, P196.

Chengwei، liu، Remedies for Non-Performance: Perspective from CIGS، UNIDROIT principles and PECL. Available on:

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html

[٦٩]) لذلك يطلق عليه فقهاء القانون التجاري بحق او رخصة الاستبدال (faculté de remplacement) .
انظر في ذلك :-
د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المعرفة للطبع والنشر والترجمة والتأليف المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٣ .ص ١٧٢-١٧٣.

[٧٠]) د. محسن شفيق ، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨. ص ٢٤١
[٧١]) د. محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص٢٤١.
[٧٢]) د. محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص٢٤١-٢٤٢ . وانظر ، مع ذلك ، ما يقوله الاستاذ محسن شفيق في ص٢٤٤-٢٤٥.
[٧٣]) انظر تفاصيل هذا الحكم بالكامل منشورة في :-

الاستاذ سليمان بيات ، القضاء التجاري العراقي ، المكتبة العصرية ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ٢٠٧-٢٠٨.

[٧٤]) وانظر كذلك نص المادة (٦٨٨) من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.
[٧٥]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع-المجلد الأول (العقود الواردة على العمل)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩ ، ص ٢٣٥ . وانظر في الفقه العراقي وملاحظات قيمة حول نص المادة (٨٨٥) من القانون المدني العراقي:-

د. عبد الجبار ناجي صالح ، انقضاء عقد المقاولة ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ١٩٧٩ ، ص ١٠٨-١١٨.

[٧٦]) نقض ١٩٧٩/٦/ ٢٥ ، طعن ٣٤ س ٤٧ ق. مشار اليه :-
المستشار انور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص ٥٠٠.
[٧٧]) د . محسن شفيق ، المرجع السابق ، هامش رقم (٤٠٤) ص٢٤٤. وانظر في رأي مماثل :-
د. احمد عبد الفتاح الشلقاني ، المرجع السابق ، ص ٦٥٢
[٧٨]) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، واجب تقليل الضرر في القانون الانكليزي، مجلة القانون المقارن ، السنة التاسعة ، ١٩٨١.
[٧٩]) وتقابل نص المادة (٣٠٠ الفقرة الثانية) من القانون المدني الكويتي ، اما القانون المدني العراقي ، فرغم انه قد نقل نص المادة (١٦٩ الفقرة الثانية) عن نص المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري الى انه لم يتضمن عبارة (ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول) غير انه يمكن تبني هذا المعيار المشار اليه في القانون المصري باعتبار ان القانون المدني المصري مصدرا تاريخيا للقانون المدني العراقي وان الفقه والقضاء المصريين مصدران استرشاديان له بحكم المادة (١ -الفقرة الثالثة) من القانون المدني العراقي. .

[٨٠]) الطعن رقم ٢٤٧٥ –لسنة ٦١ ق –جلسة ٢٠٠٢/١/٨. مشار اليه في :-
المستشار احمد محمد عبد الصادق ، المرجع القضائي في شرح احكام القانون المدني ، الجزء الاول، الطبعة الأولى ، دار (ابو المجد) للطباعة بالهرم ، القاهرة ، ٢٠١١، ص ١١٣٨ .

[٨١]) الطعن رقم ٤٥ سنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ . مشار اليه في :-
د. احمد حسني ، قضاء النقض التجاري (المبادئ التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ١٩٣١-١٩٨١)، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٨٢ ، ص ٣٧١ .
[٨٢]) رقم القرار :- ٧٤٤/حقوقية ثانية/١٩٧٠، تاريخ القرار: ١٩٧١/٨/١ . مشار اليه في:-
الاستاذ عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الثالث ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٩٩-١٠٠.
[٨٣]) رقم القرار :-٣٣١/ مدنية اولى / ١٩٧٢، تاريخ القرار : ١٥ /٥ / ١٩٧٢ . مشار اليه في :-
الاستاذ عبد الرحمن العلام ، المرجع السابق ، ص١٠١.

[٨٤]) نقض ١٩٦٢/٥/٣٠ ، طعن ١٤٤ س ٢٨ ق. مشار اليه:-
المستشار انور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، المرجع السابق ، ص ٦٠٤.

[٨٥]) نقض ١٩٨٣/٤/٢٤ ، طعن ١٩١٥ س٤٩ ق.مشار اليه:-
المستشار انور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، المرجع السابق ، ص ٦٠٢.

[٨٦]) نقض ١٩٦٣/٦/١٢ ، طعن ٣٤٧ س٢٩ ق.مشار اليه:-
المستشار انور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، المرجع السابق ، ص ٦٠٤.

[٨٧]) القاهرة التجارية الجزئية ، ٢٠ /ديسمبر/ ١٩٤٩ .مشار اليه:-
د.محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٩٩٨-٩٩٩.
[٨٨]) القاهرة لشؤون العمال الجزئية ، ١٣/ يناير/١٩٥٤ .مشار اليه
د.محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٩٩٩.
[٨٩]) د. محمود جمال الدين زكي،المرجع السابق ، ص ١٠٠١.
[٩٠]) رقم القرار : ١٠٣ /مدنية اولى / ١٩٩٢، تاريخ القرار : ١١ /٣ / ١٩٩٢ منشور في :-
الاستاذ ابراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم القانون المدني والقوانين الخاصة)، الجزء الرابع ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٠، ص ١٢٣.
[٩١]) رقم القرار ١٢٥٦ الصادر بتأريخ ٢٠٠٧/٧/٨ ، منشور في :-
الاستاذ المحامي علاء صبري التميمي ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، الطبعة الثانية ، مكتبة صباح ، بغداد ،٢٠٠٩ ،ص ١٧-١٨.

مراجع البحث

اولا:-المراجع باللغة العربية

الكتب القانونية :-

١) المستشار انور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، بلا سنة طبع .
٢) الاستاذ سليمان بيات ، القضاء التجاري العراقي ، المكتبة العصرية ، بغداد ، ١٩٥٣.
٣) د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المعرفة للطبع والنشر والترجمة والتأليف المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٣.
٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني (نظرية الالتزام بوجه عام الاثبات – آثار الالتزام)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩ .
٥) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع-المجلد الاول (العقود الواردة على العمل)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩ .
٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الخامس- (العقود الواردة على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩
٧) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث- (نظرية الالتزام بوجه عام ، الاوصاف ، الحوالة ، الانقضاء)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩ ،
٨) د. عبد الحي حجازي ، عقد المدة او العقد المستمر او الدوري التنفيذ ، رسالة دكتوراه ، مطبعة جامعة فؤاد الاول ، ١٩٥٠.
٩) الاستاذ عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الثالث ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٩.
١٠) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول في مصادر الالتزام ، بغداد ، ١٩٨٠.
١١) د. عبد الجبار ناجي صالح ، انقضاء عقد المقاولة ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ١٩٧٩.
١٢) د. محسن شفيق ، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨.
١٣) د.محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطابع الهيئة المصرية للكتاب،القاهرة،١٩٨٢.
١٤) د. محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية الدولية ،دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٢.

البحوث القانونية:-

١) د. احمد عبد الفتاح الشلقاني ، أحكام التعويض عن الإخلال بالعقد في القانونين الإنكليزي والأمريكي والقواعد المقابلة في القانون المصري، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث، السنة الرابعة عشرة، يوليو-سبتمبر ، ١٩٧٠.

٢) الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، واجب تقليل الضرر في القانون الانكليزي، مجلة القانون المقارن ، السنة التاسعة ، ١٩٨١.

٣) د. محمد لبيب شنب ، نظرية الجحود المبتسر للعقد ،(القسم الاول)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ،السنة الثانية، يناير ١٩٦٠.

المراجع القضائية العربية:-

١)المستشار انور طلبه ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ انشائها سنة ١٩٣١ ، الجزء التاسع ، المكتب الجامعي الحديث ، بلا سنة طبع .

٢) المستشار احمد محمد عبد الصادق ، المرجع القضائي في شرح احكام القانون المدني ، الجزء الاول، الطبعة الأولى ، دار (ابو المجد) للطباعة بالهرم ، القاهرة ، ,٢٠١١

٣) د. احمد حسني ، قضاء النقض التجاري (المبادئ التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ١٩٣١-١٩٨١)، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ,١٩٨٢

٤) الاستاذ ابراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم القانون المدني والقوانين الخاصة)، الجزء الرابع ، مطبعة الزمان ، بغداد ، .٢٠٠٠

٥) الاستاذ المحامي علاء صبري التميمي ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، الطبعة الثانية ، مكتبة صباح ، بغداد، ,٢٠٠٩

٦) قضاء محكمة التمييز ، المجلد الخامس (القرارات الصادرة سنة ١٨٦٨)المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق ، دار الحرية للطباعة ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧١ .

٧) النشرة القضائية (يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق) ، العدد الثاني ، السنة الأولى ، مطبعة الادارة المحلية ، بغداد، ١٩٧١.

ثانيا:-المراجع باللغات الأجنبية (الإنكليزية والفرنسية)

المراجع باللغة الإنكليزية

الكتب والبحوث القانونية :-

1) Alexander Komarov, , Limimtation of contract damages in domestic legal system and international instruments, Hart Publishing, London,2003.

٢)Catherine Elliott and Frances Quinn، Contract Law، Fourth Edition، Pearson، London، 2003.

٣)Djakhongir Saidov, the Law of Damages in International Sales(the CISG and Other International Intruments), Hart Publishing, USA& Canada, 2008.

٤) G., H. Treitel, The Law of Contract, Seventeenth Edition, Stevens&Sons , London , 1987.

٥) Guest، A. G، Chitty on Contracts، Vol. (2) Specific Contracts، 14th Edition، Sweet & Maxwell، London، 1977.

٦) Henry R. Cheeseman، Business Law، Fifth Edition، Pearson ، U.S.A، 2004،

7)John ,Y. Gotanda , Damages in Lieu of Performance Beauce of Breach of Contract, Villanova University School of Law, 2006.

8) John Cartwright and Simon Whittaker, Reforming French Law of Obligation (Comparative Reflections on the Avant- Projet de reform du droit des obligations et de la prescription (the Avant –Projet Catala), Hart Publishing, London, 2009.

9)Sir Jack Beatson and Andrew Burrows, Anson's Law of Contract, Tweenty ninth Edition , Oxford Unversity Press, New York, 2010.

١٠) Michael Furmston, Sale Of Goods, Third Edition, Cavenish Publishing Limited, London, 2000.

11) Nayiri Boghossian , A comparative study of specific perforamce provision in the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods, Institute of Comparative Law, 1999.

12) Peter de Cruz، Comparative Law in a Changing World، Third Edition، Routledge –Cavenish ، London، 2007،.

13) Richard Stone, Modern Law of Contract,Fifth Edition, Cavendish Publishing Limited, London , 2002.

14) Solene Rowan , Remedies for Breach of Contract, Oxford University Press, 2012.

15) Stoll , H . and Gruber, G, Article 77, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) , Second edition , Oxford University Press, 2005.
16) UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, United Nations, New York , 2008.
213 and Seq.

البحوث القانونية باللغة الانكليزية:-

1)Bradbrook, A.J, the application of the principle of mitigation of damages to landlord-tenant law, Sydney Law Review, No.1, Vol.,1, 1974.
2) Lisa, A., Fortin, Duty to mitigate Liquidated Damages Clauses, Hofstra Law Review, Vol.38, No.285,
3) Mark, P.Green, A Theory of Self-Help Remdies in Contract, Boston University Law Review, Vol.89, 2009.
4) Nienaber، P.M، The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy ، The Cambridge Law Journal ،Vol.20،No.2، 1962،
5) Peter Riznik , Some Aspects of Loss Mitigation in International Sale of Goods,Vj,Vol.14, No.267,2010.

القرارات القضائية الأجنبية المأخوذ من الموقع الرسمي لاتفاقية فيينا للبيوع الدولية:

1) http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021230c1.html
2) http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html
3)http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010612f1.html
4) http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html
5) http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030619c1.html
6) http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html
7)http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000509g1.html

المراجع باللغة الفرنسية

الكتب والبحوث القانونية

1) Aubert, J., L, La victime peut elle obligée de minimiser son dommage, RJDA, 2004.
2)Cassin. R، Réflexion sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution، RTDCIV، Paris، 194.،

3)Francois Terre، Philippe Simler et Yves Lequette، Droit Civil(les Obligation)، Dixième Edition، Dalloz، 2009،

4) Laithier, Y., M., La cour de Cassation refuse d'imposer au créancier le devoir de minimiser le dommage, Revue de Contrats, 1 Janvier , 2010.

5)Laithier، Y.M، Etude comparative des sanction de inexécution du contrat، LGDl، paris، 2004،

6)Muir Watt, modération des Dommages en Droit Anglo-American, Colloque, PA, 2002.