

تدخل الدائن في تخفيف الضرر

بحث مشترك
الباحث رعد عداي حسين

الباحث نبيل عبد شعيث

الملخص:

تُعد الدراسات التي تهتم بالتعويض من الدراسات التي أخذت مساحة واسعة من كتابات الفقهاء القانونيين، إلا أن هذه الدراسات لم تُسلط الضوء على ضرورة تدخل الدائن في تخفيف الأضرار الواقعة عليه بسبب أخلال المدين في تنفيذ البنود العقدية، لا سيما وأن بعض القوانين قد أخذت بهذا المبدأ ضمناً لما له من آثار إيجابية في تحقيق العدل والإنصاف ما بين المتعاقدين، ولكي لا يظل المدين المُخل بالتزاماته العقدية تحت رحمة الدائن الذي يستطيع أن يحد من تفاقم الضرر باتباعه تدابيراً معقولة.

Abstract:

Mitigation Performed by the Creditor

Studies dealing with “compensation” have taken a great deal of legal scholars’ consideration. Although, these studies did not shed the light on the necessity for creditor to interfere in order to alleviate the damages occurred by the debtor due to breaching the contract. It is also worthy to mention, that some laws have implicitly adopted this concept for its positive impact in order to achieve justice between the contracting parties, and also so that the debtor who breached the contract would not be influenced by the creditor who can alleviate the damage by taking reasonable measures.

مقدمة

تتحقق المسؤولية العقدية بتحقق أركانها من خطأ و ضرر و علاقة سببية تربط بينهما. ويعد ركن الضرر الركن الفعّال والمؤثر في هذه المسؤولية وبدون وقوعه لا يمكن الحكم على المدين بالتعويض^(١)، ويكون التعويض في نطاق هذه المسؤولية على الضرر المباشر المتوقع^(٢) أثناء التعاقد ويكون الحال أبعد من ذلك إذا ما ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً فتقترب المسؤولية العقدية من المسؤولية التقصيرية في هذا المجال^(٣).

وما يهمننا في بحثنا هذا هو ركن الضرر ومدى قدرة الدائن من ان يخفف هذا الضرر بوسائل معقولة .

ولعل الامر قد يبدو للوهلة الاولى صعب التّقبّل في ضوء القانون المدني العراقي بالنظر لعدم وجود نصوص مباشرة تُبرز دور الدائن في تخفيف الضرر الناتج من الاخلال بالمسؤولية العقدية، واقتصر الامر على ومضات ضمنية غير مباشرة توصلنا إلى إقرار هذا المبدأ، إلا ان قانوننا المدني قد اشار الى هذا الامر صراحة في باب المسؤولية التقصيرية وذلك في المادة (٢١٠) عندما أشار إلى إمكانية إنقاص التعويض أو عدم الحكم به أصلاً إذا كان المتضرر قد سوأ من مركز المدين. وبهذه الإشارة يمكن الاستدل على هذا الدور والتعرف عليه.

ويلاحظ ان القانون الانكليزي قد نظم هذا التدخل ووصفه بالواجب وقد استقر العمل به و عرف بـ (Mitigation) ويترجم بتخفيف الضرر أو تلطيفه.

وقد قسمنا هذا البحث الى مبحثين أولهما عالجتنا فيه مفهوم تدخل الدائن في تخفيف الضرر مُقسّمين إياه الى مطلبين، خصصنا الاول لبيان الأساس القانوني لهذا التدخل، اما الثاني فكان لتمييز تدخل الدائن في تخفيف الضرر عن ما يلتبس به من أوضاع.

أما المبحث الثاني فقد تناولنا به تطبيقات تخفيف الضرر من قبل الدائن مُقسّمين إياه إلى مطلبين، الأول خصصناه إلى تطبيقات تخفيف الضرر من قبل الدائن في القانون المدني العراقي، فيما خصصنا المطلب الثاني لتخفيف الضرر في اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

المبحث الاول

مفهوم تدخل الدائن في تخفيف الضرر

- ظهور الفكرة

ظهرت هذه الفكرة في القانون الانكليزي وتسمى بتخفيف أو تلطيف الضرر (Mitigation) من قبل الدائن وكُشف عنها في قضية مشهورة عام ١٩١٩ ((حيث تم الاتفاق بموجب عقد معين على تسليم البضاعة على دُفعات وان يتم الوفاء بثمن كل دفعة خلال شهر من التسليم على أن يُخصم من الثمن ٢,٥%. ولكن المُشتري عجز عن الوفاء بكامل ثمن الدفعة الاولى. إعتبر البائع ان ذلك كان سببا كافياً لفسخ العقد، ولكنه عرض الاستمرار لتسليم الدفعات التالية إن قام المشترون بدفع الثمن نقداً لدى طلب تسليم اي دُفعة. رفض المشترون العرض، ولما ارتفع سعر البضاعة أقام المشترون الدعوى ضد البائع على اساس الاخلال بالعقد.

قَضت المحكمة أولاً بان البائع مسؤول عن التعويض لان الظروف المُلابسة لم تكن تُبرر فسخ العقد، وقضت المحكمة كذلك بأنه يتعين على المشتريين تخفيف الضرر بقبولهم لعرض البائع. ومن ثم فإن التعويض الذي يُمكن إسترداده لايجوز تقديره بالفرق بين السعر المُتفق عليه في العقد و سعر السوق، ولكن على اساس الخسارة التي كان يُمكن ان تترتب فيما لو قُبِل عرض البائع))^(٤).

وأستقر هذا المبدأ وشاع صيته منذ ذلك الحين وبالاخص في النظام الانكلوسكسوني حيث قضت محكمة التمييز الكندية عام ١٩٩٣ في القضية ٣٠٢٥ بان ((الجهة التي تتعرض للاضرار نتيجة للاخلال بالعقد تقع عليها مسؤولية تخفيف تلك الاضرار، اي ان الشخص الذي قام بالضرر لايمكن ان يُسائل عن الخسائر التي يمكن تجنبها والتي من الممكن ان تؤدي الى زيادة حجم الاضرار القابلة للتعويض)).^(٥)

المطلب الاول

الاساس القانوني لهذا التدخل

يكمن الاساس القانوني للتدخل الذي يقوم به الدائن في تخفيف الضرر في أمرين الاول تطبيقاً لمبدأ حُسن النية في تنفيذ العقود والثاني يتمثل بتحديد النتائج الطبيعية لعدم التنفيذ

الفرع الاول

حسن النية في تنفيذ العقود.

قد يجد هذا التدخل اساساً له في المبدأ القائل بحسن النية في تنفيذ العقود، إذ يعتبر الاخير من المبادئ العامة التي تسود العلاقات القانونية حتى وان لم يُنص عليه^(٦) فهذا المبدأ لا يقتصر أثره على تكوين العقد أو تنفيذه بل يمتد إلى آثاره وإنقضائه^(٧) وقد أشارت المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي إشارة صريحة^(٨) الى هذا المبدأ حيث جاء بها ((١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حُسن النية))^(٩) وبذلك فان من مقتضيات هذا المبدأ هو إلزام الدائن بأن يخفف من الضرر الواقع عليه كلما استطاع ذلك وعدم الاضرار بالمتعاقدين الاخر ولا كسب منفعة غير مشروعة على حسابه^(١٠) وعليه أيضاً ان يتدارك ما يقع من ضرر لتهوين أعباء المدين ((فالمشتري الثاني برفضه تسلم البضائع التي تأخر البائع الأصلي في تسليمها إنما يتسبب في زيادة مصاريف الخزن.

والآلة التي ضمنها بائعها لمدة معينة، ليس لمشتريها التمسك بهذا الضمان إذا كان بإمكانه تلافي ما حدث من عطب بإجرائه بعض الاصلاحات)).^(١١)

الفرع الثاني

تحديد النتائج الطبيعية لعدم التنفيذ

يتضمن التعويض من جراء الاخلال بالمسؤولية العقدية الى ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو التأخير في إستيفائه شريطة ان تكون هذه الحالات أثراً أو نتائج طبيعية لعدم وفاء المدين بالتزامه أو لتأخره فيه. ويقصد بالنتيجة الطبيعية هي عدم إستطاعة الدائن توقيها ببذل جهد معقول ومناسب^(١٢) وقد اشار القانون المدني العراقي الى هذه النتيجة (النتيجة الطبيعية) في المادة ١٦٩/١ بقولها ((.....بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به)).

ولم يتطرق القضاء العراقي الى تفسير مفهوم النتيجة الطبيعية في احكامه كثيراً وإنما اقتصر الحال على إشارات ضمنية بين فترة وأخرى وأخرها^(١٣) كان بتاريخ ٥/١١/٢٠٠٩، حيث جاء في حكم محكمة الاستئناف (المُشار اليها في الهامش)، بانه ((المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصاب المُستأنف، فلا تجد المحكمة ان ضرراً اصابه بسبب عدم التجهيز إذ كان عليه إحالة العقد على جهاز آخر ليستحق بذلك فرق البدلين)).

وبذلك يظهر ان مفهوم إحالة العقد الذي قصدته المحكمة ما هو إلا تطبيقاً من تطبيقات تدخل الدائن في تخفيف الضرر إذ كان على الدائن ان يتعاقد مع متعاقد آخر طالما كان ذلك ممكناً لتجنب الضرر الواقع عليه أو للتخفيف منه.

في حين ان القانون المدني المصري قد وضح معنى النتيجة الطبيعية في متن القانون وذلك في المادة ١/٢٢١ إذ جاء بها ((إذا لم يكن التعويض مقدراً 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 أو للتأخر في

الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول)).

وقد ألحق الفقه المصري^(١٤) النتيجة الطبيعية بالضرر المباشر حيث ألزم المدين بتعويض الدائن عن الاضرار التي لحقت به من جراء الاخلال بالمسؤولية العقدية شريطة ان يكون الضرر نتيجة طبيعية او مباشرة^(١٥) لعدم التنفيذ او التاخر فيه وفي رأينا ان المصطلح الثاني اكثر أمعناً ودقة، إلا أن هذا المعيار ليس المعيار الوحيد بل يمكن للقاضي الاسترشاد بمعيار آخر (غير معيار إمكانية الدائن بتوقي الضرر) في تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء وبحسب ظروف النزاع المعروض.^(١٦) ويقاس الضرر المباشر بمعيار موضوعي وحسب كل حالة وهذه النتيجة لا يمكن معرفة مداها إلا اذا نظرنا الى إخلال المدين والظروف المحيطة بالدائن لمعرفة هل كان بإمكانه توقي الاضرار أم لا وبالتالي فان هاتين الحالتين (إخلال الدائن والظروف المحيطة بالمدين) هما اللتين تحددان النتيجة الطبيعية المترتبة عن عدم الوفاء بالالتزام.

واتفق القضاء المصري^(١٧) و فقهاء في تكييف الضرر بكونه مباشراً او غير مباشر بمدى قدرة الدائن على توقيه ، وقد أخذ المشرع المصري هذا المعيار وطبقه في القانون المدني الصادر عام ١٩٤٨، لان تدخل الدائن في توقي الضرر يقطع علاقة السببية بين خطأ المدين وحصول الضرر فنجد تبعاً لذلك ان يكون الضرر مباشراً تارة وغير مباشر تارة اخرى ، فاذا وجد القاضي ان الدائن كان بإمكانه توقي الضرر ببذل جهد معقول ، اتصف الضرر في هذه الحالة بغير المباشر، لان الدائن كان يمكنه تخفيف الضرر ومن ثم قطع علاقة السببية بين فعل المدين والضرر الحاصل ، اما اذا لم يكن باستطاعة الدائن ان يخفف من الضرر باي صورة كانت فان الضرر في هذه الحالة يُعد ضرراً مباشراً.

ولم نجد في التشريعات المدنية العربية نصاً صريحاً يفرض على الدائن ان يخفف من الضرر الواقع عليه ولذلك ترى ان هذه القوانين عندما تخاطب الدائن لتوقي الاضرار نراها تُخاطبه ملتزمة وبعبارات رجائية^(١٨) و يمكن لنا القول بان وصف الضرر بانه مباشر او غير مباشر يتوقف على دراسة حيثيات النزاع ومعرفة مدى إمكانية الدائن في تخفيف الضرر.

ونسوق المثل التقليدي^(١٩) لتوضيح ما تم شرحه .

مثال: باع تاجر مواشي بقرة مصابة بالطاعون ولما تسلمها المشتري نفقت وانتقلت العدوى الى باقي مواشيه فعاجلها النفوق ونشأ عن ذلك عجز المشتري عن زراعة ارضه فبارت ،ولما ركبته الديون ،نُزعت ملكية امواله وترتب على ذلك انه لم يستطع الانفاق على زوجته المريضة فماتت،وأزاء هذا يأس من الحياة فانتحر ،كل هذا جره عليه خطأ البائع .فعن ماذا يسأل؟ الجواب في ضوء رؤيتنا هو.

ان البائع لا يمكن ان يسأل عن جميع النتائج المترتبة التي توالى من خطأه العقدي ،وانما يُسأل فقط عن النتيجة المباشرة^(٢٠) من تقصيره والتي لم يكن باستطاعة الدائن تلافيها، وهي نفوق مواشي المشتري وهذا هو الضرر المباشر، فاذا كان باستطاعة الدائن توقي بعض الضرر فيعتبر الضرر الذي يصعب التوقي منه ضرراً مباشراً أو كما يوصف بالنتيجة الطبيعية لعدم تنفيذ الالتزام اما اذا تعذر على الدائن دفع جميع الاضرار فتعتبر جميع الاضرار مباشرة او نتائج طبيعیه لعدم التنفيذ.

المطلب الثاني

تمييز تدخل الدائن في تخفيف الضرر عن ما يلتبس به من أوضاع

يلتبس هذا التدخل مع بعض الاوضاع القانونية المشابهة له في نقاط معينة إلا ان هذا التشابه لا يعني مُطلقاً تطابقها في الوصف القانوني لورود مجموعة من الحالات تُميز أحدهما عن الآخر.

الفرع الاول

تمييز تدخل الدائن بتخفيف الضرر من نظرية التعسف في استعمال الحق.

يلتبس هذا التدخل مع فكرة التعسف في استعمال الحق على اعتبار إن الامتناع عن القيام بهذا التدخل ما هو إلا تطبيقاً للتعسف في استعمال الحقوق الغرض منه الاضرار بالمدين قدر الإمكان بالنظر لعدم وجود نصوص قانونية مباشرة تُلزم الدائن صراحة على تخفيف الضرر. إلا ان هاتين الفكرتين تختلفان في نقاط معينة:

أولاً: ان نظرية التعسف في استعمال الحق تُخاطب من ثبّت له حقا مُعيناً وتعسفَ في استعماله وغالباً ما يكون هذا الحق مُقرر سلفاً بنص القانون^(٢١)، أما إمتناع الدائن عن تخفيف الضرر الواقع عليه فلا يمكن إعتبره من قبيل التعسف لإن القانون لم يصف هذا التدخل بوصف الحق للقول بالتعسف في استعماله وانما يثبت ويتقرر عند النص عليه صراحةً

ثانياً: يعد معيار الاضرار بالغير من أقدم معايير نظرية التعسف في استعمال الحق^(٢٢) واكثرها ذيوعاً بالنظر لقيام الافراد باستعمال حقوقهم القانونية لتحقيق مآربهم الشخصية غير مُبالين بما يلحق الغير من اضرارٍ مادية أو معنوية بسبب هذا الاستعمال، وقوام هذا المعيار هو نية الاضرار بالغير بحيث يكون قصد الاضرار هو العامل الاصلي الذي دفع بصاحب الحق الى استخدام سلطاته بالشكل المتعسف. وبهذا المعيار يبرز الاختلاف بين التعسف في استعمال الحق و تدخل الدائن في تخفيف الضرر إذ لا يعني أن الدائن في جميع الاحوال يملك هذه النية(نية الاضرار بالغير) وانما يكون إمتناعه عن تخفيف الضرر لسببٍ آخر لا تدخل ضمن مفاهيمه نية الاضرار بالغير كعدم قدرته الذهنية أو التقنية أو بأي سبب آخر مشروع كبعده عن مكان تنفيذ العقد مما يجعل تخفيف الضرر من قبله بالامر المرهق.

الفرع الثاني

تمييز تدخل الدائن بتخفيف الضرر من الخطأ المشترك.

قد يقترب تدخل الدائن بتخفيف الضرر من الخطأ المشترك للمتعاقدين لكون إن الاخلال بهذا الدور قد يفسره البعض^(٢٣) بأنه خطأ مشتركاً، واعتُبر نتيجة لذلك ان عدم قيام الدائن بدفع الاضرار التي يمكن دفعها بجهد معقول خطأً من جانبه، مما يوجب ان يتحمل هذا الدائن المسؤولية عن شق الضرر الذي تقاعس في دفعه.

إلا ان هذا الكلام نراه غير دقيق لجملة من الاسباب أهمها:

أولاً: يُعرف الخطأ في مجال المسؤولية العقدية بأنه عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدية^(٢٤) سواء كان الالتزام الذي حصل الاخلال به التزاماً بغاية أم كان التزاماً بوسيلة (بذل عناية). وبالتالي فان الواجب الملقى على عاتق المدين في عقد البيع مثلاً يتمثل بنقل الملكية وتسليم المبيع وضمانه واخلاله بهذه الواجبات تثير مسؤوليته العقدية، أما واجبات الدائن في هذا العقد فتتمثل بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع. ومن ثم فان التزامات كل طرف تختلف عن التزامات الطرف الاخر الامر الذي يستتبع قيام الخطا من احدهما تبعاً لاخلاله بالالتزام الملقى على عاتقه، ومن ثم لا يوجد خطأ على الدائن اذا لم يخل بالالتزامات المفروضة عليه.

ثانياً: ان جزاء إخلال المدين بالتزاماته هو التعويض عن الضرر الذي اصاب الدائن ومن المؤكد ان الضرر قد تحقق ولم يكن للاخير يد فيه، أما الخطأ المشترك فيعرف بأنه وقوع خطأ من المضرور وخطا من المدعى عليه يؤدي الى إحداث الضرر بالمضرور دون ان يستغرق خطأ أحدهما خطأ الاخر^(٢٥). ويكون من خصائص هذا الخطأ (الخطأ المشترك) ان يساهم كل من خطأ المضرور والمدعى عليه فيما وقع من ضرر لحق بالمضرور، اي ان يكون لفعلهما الموصوف بالخطأ نصيب في وقوع الضرر. اي يكون كل من الخطأين سبباً في إحداث الضرر فلو تخلف إحداهما لم يحدث الضرر، وهذا يتنافى مع فكرة تدخل الدائن في تخفيف الضرر

لان الضرر سيكون واقعا سواء تدخل الدائن أم لا وان هذا التدخل ما هو لا لتخفيف الضرر بعد وقوعه ليس إلا.

ثالثاً: إذا سلمنا جدلاً بان الدائن يكون مخطأ في حالة عدم تخفيفه للضرر الواقع عليه واعتبار الامر من قبيل الخطأ المشترك، فان خطئه لا يكون له أثر بالنظر لاستغراق خطأ المتعاقد الاخر لخطأ المضرور، وذلك لان خطأ المضرور (اذا سلمنا بانه خطأ) كان نتيجة للخطأ الاخر^(٢٦) ويعتبر خطأ المدين السبب الوحيد والحقيقي للضرر وتتحقق مسؤوليته كاملة عن الضرر الذي اصاب الدائن^(٢٧). لان من أحكام الخطأ التي تهد شروط الخطأ المشترك ألا يكون أحد الخطأين مستغرقاً للخطأ الاخر، ويكون أحد الخطأين مستغرقاً للخطأ الاخر في حالتين:

١. أن يكون أحد الخطأين أكثر جسامة من الخطأ الاخر.

٢. أن يكون أحد الخطأين نتيجة للخطأ الاخر.

فاذا نظرنا الى الحالتين معاً نراهما منطبقتان على الفرض القائل بان خطأ الدائن (اذا سلمنا بانه خطأ) يكون مُستغرقاً من قبل خطأ المدين، وفي هذه الحالة يعتد بخطأ الاخير وحده في قيام المسؤولية.

المبحث الثاني

تطبيقات تخفيف الضرر من قبل الدائن

ان من تطبيقات تخفيف الضرر من قبل الدائن في القانون المدني العراقي هي:

اولاً: الحجر على المدين المفلس.

ثانياً: الدعوى غير المباشرة.

ثالثاً: إنهاء الاعارة من قبل المعير.

اما تطبيقاته في الاتفاقيات الدولية فتظهر بصورة واضحة في المادة (٧٧) من إتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع.

المطلب الاول

تخفيف الضرر من قبل الدائن في القانون المدني العراقي

يحتوي القانون المدني العراقي ضمن ثنياه جملة من الاوضاع القانونية التي يستدل من خلال تفحصها أن المشرع قد أعطى الدائن مُكنة تخفيف الضرر الواقع عليه ،ومن هذه الاوضاع: الحجر على المدين المفلس و الدعوى غير المباشرة وإنهاء الاعارة من قبل المعير

الفرع الاول

الحجر على المدين المفلس

بينت المادة (٢٧٠) من القانون المدني العراقي ضمناً إلى استخدام الدائن مُكنة رفع الدعوى على مدينه المفلس خوفاً من ضياع مال الاخير أو إخفائه بطريقة ما، إذ جاء بهذه المادة ((المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الاداء أزيد من ماله اذا خاف غرماؤه ضياع ماله او خافوا ان يخفيه او ان يجعله باسم غيره وكان خوفهم مبنياً على اسباب معقولة وراجعوا المحكمة في حجره عن التصرف في ماله او اقراره بدين لآخر حجرته المحكمة)) . ويستنتج من هذا النص أن القانون لمدني العراقي

أجاز للدائن أن يرفع الدعوى على مدينه متضمن الحجر عليه تلافياً للضرر الواقع عليه والذي من الممكن ان يستفحل في حالة قيام هذا المدين باخفاء مال الدائن أو التصرف فيه باي شكل من الاشكال على إعتبار أن اي تأخير في استيفاء الدائن لحقه من شأنه ان يعرضه لفوات المنفعة من استعمال هذا المال، فكفل القانون لهذا الدائن بان يقع الحجر على مدينه إلا ان القانون قد اشترط ان يكون تصرف الدائن أو الدائنين مبنياً على اسبابٍ معقولة يرجع تقديرها لقاضي الموضوع.

ويكمن تخفيف الضرر الذي يقوم به الدائن أو الدائنين في أوج صورهِ في مضمون الفقرة الاولى من المادة (٢٧٣) والتي تنص ((يترتب على الحكم بالحجر ان يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية او القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الاجل)) وبذلك فقد ساهم الدائن او الدائنين في تخفيف الضرر الواقع عليهم من خلال قيامهم بحجر مدينهم خوفاً من ضياع حقهم.

الفرع الثاني

الدعوى غير المباشرة

أشار القانون المدني العراقي اشارة ضمنية الى حق الدائن في تخفيف الضرر الواقع عليه وذلك في المادة (٢٦١) والتي تنص ((يجوز لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ان يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين إلا ما اتصل منها بشخصه خاصة او ما كان منها غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولة إلا إذا اثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وان اهماله في ذلك من شأنه ان يسبب إعساره او ان يزيد من هذا الاعسار، ولا يشترط إعدار المدين ولكن يجب إدخاله في الدعوى)) . اذ يفهم من هذه المادة ان الدائن له رخصة في رفع دعوى على مدين مدينه اذا ما قصر المدين في رفع هذه الدعوى وان من شأن عدم استعمال المدين لحقوقه هذه التسبب في اعسار الدائن او الزيادة في اعساره .

ويمكن للدائن استعمال هذا الحق حتى قبل صدور الحكم بالتعويض الناشئ عن العمل غير المشروع مادامت له مصلحة مشروعة في استعماله .^(٢٨) فقيام الدائن برفع الدعوى من شأنه ان يُجنبه الاعسار او الزيادة فيه ولذلك اجاز القانون لهذا الدائن من استعمال هذا الحق الا ان (القانون) قد اعطى هذا الحق بالجواز وليس بالالزام وبهذا يمكن للدائن ان يخفف من وطأة الضرر الواقع عليه عن طريق رفع هذه الدعوى وما يترتب عليها من آثار مثل قطع التقادم والمطالبة بحقوقه المعرضة للسقوط، ونرى ان في حالة التثبت من ان الدائن قد تقاعس عن استعمال هذا الحق او اهمل بلا مبالاة في استعماله بعد اعطاء القانون له هذه المكنة (حتى وان كان هذا الحق غير معين مقداره فيكفي ان يكون محققاً مؤكداً)^(٢٩)، يمكن للقاضي تبعاً لذلك الحكم بمبلغ التعويض اذا كان مترتب عن مسؤولية عقدية والاخذ بنظر الاعتبار تقاعس الدائن في استعمال حقه.

الفرع الثالث

إنهاء الاعارة من قبل المعير.

غالباً ما يقترن عقد الاعارة باجل يحدد نهايته، إلا انه لا يوجد ما يمنع من ان تكون الاعارة غير محددة باجل إذ يمكن للاطراف في هذه الحالة وضع حد لنهايتها في اي وقت بعد امهال لمدة معقولة وذلك تأسيساً على تحريم الالتزام المؤبد. وقد قسم القانون المدني العراقي حالات انهاء الاعارة من قبل المعير الى قسمين. القسم لاول يتمثل بحالات الاجل الزمني وهي الحالات الواردة في الفقرة الاولى من المادة (٨٦١) أما القسم الثاني فهي حالات موضوعية تُجيز للمعير من طلب انهاء الاعارة وتتضح سلطة المعير (الدائن) في انهاء العقد وان لم تكن على سبيل الوجوب في الحالات الواردة في الفقرة الثانية والثالثة من المادة (٨٦١)

أولاً : إساءة الاستعمال والتقصير في الاحتياط

بينت الفقرة ب من المادة (٨٦٢) الى انه بإمكان المعير من طلب انهاء الاعارة في حالتين خوفاً من تفاقم الضرر عليه وهاتين الحالتين هما اساءة المستعير لاستعمال الشيء المعار و التقصير في المحافظة عليه .

أ- **إساءة استعمال الشيء المعار:** قد يسيء المستعير إستعمال الشيء المعار مما يزيد من فرص التلف أو الهلاك الواقع على العارية ولذلك فقد اجاز المشرع للمعير من ان ينهي العقد ولو قبل الاجل المتفق عليه(وفي ذلك خروجاً على القررة الملزمة على العقد) اذا شعر بان المستعير يسيء في استعمال العارية مما يعرضها للتلف او الهلاك.

وعلى الرغم من ان المشرع قد القى على عاتق المستعير تبعة اساءة استعماله في المادة(٨٥٧) إلا انه قد راعى امكانية تلافي الضرر الواقع على المعير واجاز له انهاء العقد واسترجاع العارية في اي وقت كان بمجرد تأكده من ان المستعير قد أساء الاستعمال.

ب- **التقصير في الاحتياط :** قد يلحظ المعير ان المستعير يقصر في الاحتياط

الواجب مراعاته للمحافظة على الشيء من التلف او الهلاك ولا يشعر تبعاً لذلك بالارتياح على الرغم من وجود نصوص تضمن له مبتغاه في التعويض^(٣٠) فيقدم المعير على انهاء العقد وحتى قبل الاجل المتفق عليه او قبل ان ينفذ المستعير من إستعمال الشيء المعار فيما اعير لاجله وذلك تداركاً لما سيقع على الشيء المعار من اضرار لاسيما اذا كان الاخير ذو قيمة مالية عالية او ذا مكانة مهمة في نفس المعير كمن يعير سيارة فارهة باهضة الثمن لصديق عزيز عليه او من يعير حُلِي عائدة لاحد افراد عائلته لشخص اخر، ففي هذه الحالات قد لا يستطيع التعويض ان يجبر الضرر بكامله لذلك اجاز

المشروع ما اجازہ في هذه المادة وما هذا الا تطبيقاً لفكرة تدخل الدائن في تخفيف الضرر طالما كان ذلك في استطاعته ومقدوره.

ثانياً: في حالة إفسار المستعير

يظهر دور الدائن في تخفيف الضرر بصورة واضحة في الحالة التي تجيز له إنهاء عقد الاعارة عند تحقق إفسار (المدين) المستعير وذلك إستناداً للفقرة (ج) من المادة (٨٦٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص ((إذا أفسر المستعير بعد إنعقاد عقد الاعارة، أو كان معسراً قبل ذلك ولكن المعير لم يعلم بافساره إلا بعد ان انعقدت الاعارة)).

والحكمة من هذا النص ان الدائن بمقدوره ان يتفادى الضرر الواقع عليه او يخفف من وطأته بإستعماله للجواز التشريعي الذي يبيح له إنهاء العقد قبل إنقضاء أجله أو حتى قبل فراغ المستعير من إستعمال الشيء المعار، وذلك تحسباً من قيام المستعير عند بلوغ الافسار أشده الى بيع الشيء المعار او رهنه^(٣١) مما يسبب للمعير ضرراً متفاقماً يصعب تداركه، ولذلك فقد كان من حق الدائن ان يستعمل حقه باسترجاع الشيء المعار لتلافي تفاقم الضرر الواقع عليه

المطلب الثاني

تخفيف الضرر في اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع

اشارت اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع بصورة صريحة الى ضرورة تدخل الدائن بتخفيف الضرر الواقع عليه وذلك في المادة (٧٧) من هذه الاتفاقية إذ جاء بها ((يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد ان يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة

بما فيها الكسب الذي فات واذا اهمل القيام بذلك فللطرف المُخل ان يطلب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها ((.

وبذلك يستنتج من هذه المادة بان إستحقاق التعويض يتوقف على امرين:

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

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

ومن امثلة هذه التدابير المعقولة هي قيام الدائن بالتعاقد مع مورد آخر بسبب

عدم قدرة الطرف المُخالف على تسليم القوالب في الوقت المحدد^(٣٢) ، وقيام

الدائن باستخدام مخزونه الاحتياطي من الفحم عند تأخر البائع في تسليم

الدفعه المتفق عليها^(٣٣). هذا من جانب ومن جانب آخر فان الدائن يجب عليه

ان يخفف من الخسارة بصورة فعلية منتجة كاعادة بيع البضاعة بثمن يقل

عن الثمن الذي عرضه المشتري المخالف ، واذا وجد ان تصرفه لم يحد من

الخسارة فان جميع النفقات التي انفقها في سبيل التقليل منها لا تُرد له^(٣٤).

وبغية تطبيق احكام المادة المذكورة فانه يشترط ان يطالب الدائن المتضرر

التعويض من المدين المُخالف بصورة صريحة^(٣٥) ويمكن للاطراف المتعاقدة

تطبيقاً لمبدأ سلطان الارادة ان يتفقوا سلفاً على عدم التقيد بالصيغة الواردة في

المادة (٧٧) او على تعديلها بالشكل الذي يرتأونه.

الفرع الاول

وقت التخفيف من الضرر

لم يستدل من مضمون المادة(٧٧) من الاتفاقية على وقتٍ محدد يمكن للدائن

المضرور ان يتخذ بها تدابير التخفيف ، إلا ان الأحكام القضائية قد اوجدت معياراً

يجب على الدائن التقيد فيه إذا ما اراد ان يطالب بالتعويض وهو ضرورة ان

تكون التدابير خلال مدة معقولة و ملائمة للظروف ،كقيام البائع باعادة بيع البضاعة إلى طرف ثالث بعد شهرين من رفضها ،فانه يعد تصرفاً معقولاً في سياق صناعة الازياء^(٣٦) . وفي حكم آخر وجدت المحكمة بانه لا يوجد أي تقصير من المشتري إذا قام بشراء بضاعة بديلة بعد اسبوعين من اعلان البائع المتضمن بانه لن ينفذ التزاماته.

الفرع الثاني

تخفيض التعويض

يمكن للمدين ان يطالب بان يكون التعويض المستحق للدائن مقدراً على أساس مراعاة ما كان باستطاعة الدائن ان يتلافاه . إلا ان بعض قرارات هيئات التحكيم^(٣٧) التجاري الدولي قد قررت بان المشتري الذي لم يتخذ ما يلزم للتخفيف من الخسارة ينبغي ان يستحق ٥٠% من الفرق بين سعر العقد والسعر الذي حصل عليه المشتري عندما أعاد بيع البضاعة غير المطابقة الى زبائنه،أو تقسيم الخسارة مناصفةً بين المشتري المتضرر والبائع المخالف الذي كان يطالب بتسديد ثمن جزء من البضاعة التي قام بتسليمها وذلك بسبب عدم اتخاذ المشتري ما يلزم لتخفيف الخسارة.

الخاتمة

أهتمت القوانين بضمان حق المضرور في جبر الضرر الذي وقع عليه ، ويتضح هذا الامر من خلال كثرة النصوص التي تُعالج هذا الامر، فضلاً عن الدراسات القانونية المستفيضة بهذا الشأن . ألا أن هذه التشريعات لم تطلق الباب امام المتضرر في جني آثار إدعائاته بالضرر بل قيدت هذا الامر بقيد موضوعي يتضمن مدى قدرته على توقي الضرر الواقع عليه وهل أتخذ في سبيل تحقيق هذا الامر الوسائل المعقولة والملائمة لظرفه أم لا. فاذا تبين بانه كان بإمكانه توقي هذه الاضرار أو جزء منها فعند ذلك يُمكن القول بان المتضرر سوف يُحسم منه قيمة التعويض عن الشق الذي تقاعس عن دفعه ، أما اذا تبين من واقع الحال بان المضرور لم تكن له القابلية على دفع الاضرار الواقعة عليه ففي هذه الحالة يستحق تعويضاً عن كامل الضرر الذي وقع عليه. وقد شاع هذا المبدأ في النظام الانكلوسكسوني ، ونُظم من قبل قانوننا المدني بنصوص خجولة في باب المسؤولية العقدية، واكثر جرأة في باب المسؤولية التقصيرية. وأخذ به موضوعياً في بعض الاوضاع القانونية مثل الحجر على المدين المفلس و الدعوى غير المباشرة و انتهاء الاعارة من جانب المُعير.

وبالنظر لما لهذا المبدأ من عدالة في إقر التعويض فلقد نُظم من قبل إتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع بنصٍ صريح ومباشر وهو نص المادة(٧٧) من هذه الاتفاقية ليضمن للطرف المُخل بالالتزام التعاقدى من أن إخلاله لن يُأخذ أبعد من مداه وسوف يُفسر بجانبٍ كبير من العدالة.

- (١) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني- العقد والارادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧، ص ٥٢٢
- (٢) حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي على ((فاذا كان المدين لم يرتكب غشاً او خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب يفوت))
- (٣) د. عبد الجبار ناجي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ، الطبعة الاولى ، مطبعة اليرموك، ١٩٧٤، ص ١٠٥
- (٤) ج.س. شيبستر، س. هـ. فيفون، م. ن. فيرمستون، احكام العقد في القانون الانكليزي، ترجمة هنري رياض، بدون رقم طبعة، دار الجيل - بيروت، ١٩٨٧، ص ٨٤٦
- (٥) حكم محكمة التمييز الكندية ٣٠٢٥ بتاريخ في ١٩٩٣ متاح على الموقع الالكتروني [http://en.wikipedia.org/wiki/mitigation_\(legal\)](http://en.wikipedia.org/wiki/mitigation_(legal))
- (٦) حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الاولى، مطبعة مصر، ١٩٤٩، ص ٤٠
- (٧) د. محمد لبيب شنب ، الجحود المبتسر للعقد؛ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول ١٩٦١، نقلاً عن د. عبد الجبار صالح، المصدر السابق، ص ٥
- (٨) وقد اشارت مواد اخرى الى هذا المبدأ (١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ٢٣٣) من القانون المدني العراقي.
- (٩) الا انه قصر هذا المبدأ على تنفيذ العقد من دون مراحل حياته الاخرى. ونجد في هذا الامر قصور نسبي إذ كان من الافضل للمشرع إطلاق مدى هذا المبدأ على كافة مراحل العقد من دون تمايز.
- (١٠) د. عبد الجبار صالح ، المصدر السابق، ص ٢٧
- (١١) حسين عامر، المصدر السابق، ص ٥٠
- (١٢) د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي- مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية، ٢٠٠٧، ص ٤١١
- (١٣) حكم محكمة إستئناف بغداد/الرصافة، الهيئة الاستئنافية الاولى بالدعوى المرقمة ١٢٣٤/ب/٢٠٠٨. قرار غير منشور
- (١٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات دار الحلبي، ٢٠٠٠، ص ١٠٣٥. كذلك د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، الطبعة الثالثة، ١٩٧٨، ص ٣٤٩ د. سليمان مرقس ، المصدر السابق، ص ٥٥٤.
- (١٥) وقد فضل القانون المدني المصري مصطلح النتيجة الطبيعية على مصطلح النتيجة المباشرة بوصفه مصطلحاً امعن في الدلالة من المصطلح الثاني،.... راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري
- (١٦) المستشار، حسين عامر، المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الاولى، مطبعة مصر، ١٩٥٦، ص ٣٩٩

(١٧) حيث اسس لهذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة المصرية في حكم لها عام ١٩٢٨ إذ جاء به ((ان من المباديء المقررة ان من صدر عنه خطأ لا يلزم بتعويضه إلا في حدود ما لا يمكن للمضرور ان يتوقاه ببذل جهد معقول))....حكم مُشار اليه لدى المستشار، حسين عامر، المصدر السابق، ص ٣٩٨

(١٨) ومن امثال هذه العبارات (كلما استطاع تخفيف الضرر) (اذا كان بمقدوره) (قدر المستطاع) (١٩) حيث نقل اغلب الفقهاء القانونيين هذا المثل من الفقيه الفرنسي بوتيه إلا انهم اوردوه مقتطعاً وسنورده كاملاً نقلاً عن الدكتور محمود سعد الدين الشريف في مؤلفه شرح القانون المدني العراقي، ١٩٥٥، ص ٣١١

(٢٠) وقد وصفها الدكتور محمود جمال الدين زكي بوصف آخر وأسمائها اضرار قريبة واضرار بعيدة ونرى ان هذا المصطلح اكثر منطقية من مصطلح الاضرار المباشرة وغير المباشرة لمزيد من التفصيل أنظر مؤلفه المصدر السابق، ص ٣٤٨

(٢١) فالحق عبارة عن سلطة يخولها القانون لشخص فيكون له بمقتضاها ان يقوم بإعمال معينة، أما إستعمال الحق فهو مزاولة هذه الاعمال. أنظر د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية الحق في القانون المدني الجديد، المطبعة العالمية، ١٩٥٠، ص ١٦٥

(٢٢) د. رمضان ابو السعود، النظرية العامة للحق، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ٤٩٥

(٢٣) وهذا ما اخذ به القانون المدني المصري في مذكرته الايضاحية في بيان المادة (٢٢١)

(٢٤) د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام - المصادر الارادية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠، ص ٦٢٩

(٢٥) د. علي عبده محمد، الاخطاء المشتركة وأثرها على المسؤولية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي - لاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٠

(٢٦) د. اياذ عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الاشياء، الطبعة الاولى، مطبعة بابل - بغداد، ١٩٨٠، ص ٢٦٤

(٢٧) حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مصدر سابق، ص ٣٤٧

(٢٨) عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني ، ١٩٩٢ ، ص ٩٣ .

(٢٩) المصدر نفسه ، ص ٩٣

(٣٠) انظر المادة (٨٥٧) من القانون المدني العراقي.

(٣١) سليمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، الجزء الثاني ، بدون طبعة ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦٢ ، ص ٢٨٥ وهي ملاحظات أبدتها لجنة اعداد القانون المدني العراقي .

(٣٢) محكمة استئناف اونتااريو ، كندا ، ٢٦ كانون الثاني ، ٢٠٠٠ ، متاح على الموقع الالكتروني

<http://is.dal.ca/cisg/cases/nova2.htm>

(٣٣) قرار تحكيم الغرفة التجارية الدولية رقم ٨٧٤٠ ، تشرين الاول ، ١٩٩٦ . موقع الامم المتحدة الاونيسترال على الموقع الالكتروني

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/case_law/digests/cisg.html

(٣٤) قضية كلاوت ، رقم ٢٣٥ ، المانيا ، ٢٦ حزيران ١٩٩٧ . متاح على الموقع الالكتروني

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/case_law/digests/cisg.html

(٣٥) قضية كلاوت رقم ٤٢٤ ، النمسا ، ٩ اذار ٢٠٠٠ . حكم منشور على موقع الامم المتحدة ، الاونيسترال

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/case_law/digests/cisg.html

(٣٦) قضية كلاوت رقم ١٤ ، ١٣٠ ، كانون الثاني ، ١٩٩٤ . حكم منشور على موقع الامم المتحدة الاونيسترال

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/case_law/digests/cisg.html

(٣٧) هيئة التحكيم التجاري الدولي بالغرفة التجارية والصناعية للاتحاد الروسي ، القرار رقم ١٩٩٩/٥٤ في ٢٤ كانون الثاني ٢٠٠٠ .

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/case_law/digests/cisg.html

المصادر

أولاً: المصادر القانونية.

١. د.إياد عبد الجبار ملوكي، المسؤولية عن الأشياء، الطبعة الاولى، مطبعة بابل- بغداد، ١٩٨٠
٢. د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام - المصادر الارادية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠
٣. المستشار. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الاولى، مطبعة مصر، ١٩٤٩، ص ٤٠
٤. المستشار، حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الاولى، مطبعة مصر، ١٩٥٦
٥. ج.س. شيبستر، س.ه. فيفون، م، ن، فيرمستون، احكام العقد في القانون الانكليزي، ترجمة هنري رياض، بدون رقم طبعة، دار الجيل - بيروت، ١٩٨٧
٦. د.رمضان ابو السعود، النظرية العامة للحق، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥
٧. سليمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، الجزء الثاني ، بدون طبعة ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، ١٩٦٢
٨. د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني- العقد والارادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧
٩. د.عبد الجبار ناجي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ، الطبعة الاولى ، مطبعة اليرموك، ١٩٧٤
١٠. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات دار الحلبي، ٢٠٠٠
١١. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني ، ١٩٩٢
١٢. د.عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي- مصادر الالتزام الجزء الاول، المكتبة القانونية، ٢٠٠٧

-
١٣. د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية الحق في القانون المدني الجديد، المطبعة العالمية، ١٩٥٠.
١٤. د. علي عبده محمد، الاخطاء المشتركة وأثرها على المسؤولية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي- لاسكندرية، ٢٠٠٨.
١٥. د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، ١٩٧٨.
١٦. د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، ١٩٥٥، ص ٣١١.

ثانياً: المواقع الالكترونية.

١٧. <http://is.dal.ca/cisg/cases/nova2.htm>
١٨. http://www.uncitral.org/uncitral/ar/case_law/digests/cisg.html
١٩. [http://en.wikipedia.org/wiki/mitigation_\(legal\)](http://en.wikipedia.org/wiki/mitigation_(legal))