كلية الدراسات العليا

برنامج القانون

واجب الدائن بتخفيف الضرر في نطاق المسؤولية العقدية

Creditor's Duty to Mitigate Damage in the Framework of Contractual Liability

رسالة ماجستير مقدمة من الطالب عيسى أبو حاج استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

الرقم الجامعي: 1155379

بإشراف الدكتور محمود دودين

2019/2018

فهرس المحتويات

الملخص 3

مقدمة الدراسة: 7

الفصل الأول: ماهية نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر 16

المبحث الأول: مفهوم نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر 17

المطلب الأول: المفهوم القانوني لواجب الدائن بتخفيف الضرر 17

المطلب الثاني: الفرق بين التزام الدائن بتخفيف الضرر وما يشبهه من نظريات مقيدة للتعويض 24

المبحث الثاني: الأساس القانوني لواجب الدائن بتخفيف الضرر 30

المطلب الأول: حسن النية والتعسف باستعمال الحق كأساس لواجب الدائن بتخفيف الضرر 31

المطلب الثاني: العلاقة السببية كأساس لواجب الدائن بتخفيف الضرر 50

الفصل الثاني: أحكام نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر 54

المبحث الأول: الشروط الواجب إعمالها في نظرية تخفيف الضرر 55

المطلب الأول: إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية 55

المطلب الثاني: اتخاذ الدائن وسائل معقولة لتخفيف الضرر 62

المبحث الثاني: خيارات الدائن بعد إعمال واجب تخفيف الضرر 72

المطلب الأول: تأثير تخفيف الضرر على التنفيذ العيني 72

المطلب الثاني: تأثير تخفيف الضرر على التعويض 77

الخاتمة: 82

التوصيات: 84

قائمة المصادر والمراجع: 85

الإهداء

إلى...

والدي العزيزين اللذين اعلماني بأن العلم طريق يُسار إليه وليس غاية ينتهى إليها...

أخواتي وأخي

مصدر بهجتي

اهدي هذا العمل المتواضع

شكر وتقدير

بينما نعبر شط العمل الدؤوب، لا يهيم في داخلنا سوى أولئك الذين غرسوا نهرا جميلا في طريقنا، أولئك الذين منحونا العزم تلو العزم لنتخطى الصعاب، و نقف واثقي الخطى لنشاطرهم الابداع حرفا و لغة لا يسع حروفي الا ان تمتزج لتكون كلمات شكر وتقدير للدكتور الصديق محمود دودين لاشرافه على هذه الدراسة.

يسعدني أن أتوجه بالشكر والعرفان لأعضاء لجنة النقاش الدكتور يوسف شندي والدكتور دياب الشيخ لما أبدياه من ملاحظات قيمة أثرت الرسالة.

ولا يفوتني أن أشكر برنامج الماجستير في القانون بجامعة بيرزيت لما تم تقديمه من مساعدة ونصح ومشورة ساهمت في إنجاح هذه الرسالة.

الملخص

اشتملت الدراسة على فصلين؛ تناول الفصل الأول المقصود بنظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر والمبادئ الرئيسة الناظمة للنظرية وأساسها القانوني. توصلت الدراسة إلى أن واجب الدائن بتخفيف الضرر مبدأ من مبادئ

العقود التي تفرض على المتضرر التزاماً بإتخاذ وسائل وتدابير معقولة من شأنها تخفيف الضرر الواقع عليه. ويتمثل هذا الواجب لا بتقليل الأضرار والخسائر فحسب، بل وعدم إتيان أي فعل من شأنه أن يؤدي إلى زيادة الخسائر، وجزاء الإخلال بذلك هو عدم إستحقاق المتضرر للتعويض بما يعادل قيمة الأضرار التي كان بإمكانه تجنبها لو أنه بادر بإتخاذ خطوات من شأنها تقليص الخسائر، طالما كانت هذه الخطوات معقولة. وبخصوص أساس نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر، بينت الدراسة بأن هذا الأساس يتمثل في مبدأ حسن النية، وقواعد علاقة السببية وأحكام تقدير التعويض.

وتناول الفصل الثاني الشروط الواجب توفرها لإعمال نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر، وخيارات الدائن بعد إعماله لهذا الواجب. وقد بينت الدراسة أن إخلال المدين بإلتزاماته التعاقدية تجاه الدائن يعد شرطاً ضرورياً لقيام واجب الدائن بتخفيف الضرر، إذ عندها يُلزم الدائن باتخاذ وسائل وتدابير معقولة لتخفيف الضرر، تتمثل بإتيان ما يأتيه شخص متوسط الحيطة والحذر، معتدل الادراك، ذو بصيرة يستعمل الحذق ويتصرف بحسن نية في الظروف التي وقع فيها الإخلال من تدابير وإجراءات وأفعال معقولة. وقد يستدل القاضي على قيام الدائن بإتخاذ مثل هذه التدابير من عدمه بالنظر إلى العرف والعادة. أما بخصوص خيارات الدائن بعد إعماله لواجبه بتخفيف الضرر فيما يتصل بالتنفيذ العيني والتعويض، فقد توصلت الدراسة إلى الدائن لا يقع عليه واجب تخفيف الضرر حينما يكون من المؤكد أن مطالبته بالتنفيذ العيني محقة وأن المحكمة ستجيب طلبه، وبخلاف ذلك يتعين عليه أن يقوم بكل ما يلزم من أجل تخفيف أو تجنب الضرر، وإلا عُد مخلاً بواجبه، ويفقد حقه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها لو إتخذ الوسائل الضرورية والمعقولة لتخفيف الضرر. وإتضح أيضاً أن إستحقاق الدائن للتعويض الكامل عن الضرر مرتبط ارتباطاً وثيقاً بإعمال واجبه بتخفيف الضرر، فطالما أن الدائن قام بإتخاذ الوسائل المعقولة من أجل تخفيف الضرر الواقع عليه فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إستحقاقه التعويض إن لحق به ضرر. وفي المقابل، فإن عدم قيام الدائن بإتخاذ مثل هذه الوسائل يفقده حقه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها لو بذل جهد الشخص متوسط الحيطة والحذر لو وضع بذات الظروف التي وضع بها الدائن.

Abstract

This study is composed of two chapters; the first chapter identifies the concept of duty of mitigation and the main basis of the duty and its legal basis. the study concluded that the creditor's duty to mitigate damage is a principle of contract

law requiring the injured party to take reasonable steps to mitigate the damage; this duty does not only require the reduction of damages; it requires the injured party to avoid any action that would lead to increased losses.

With regard to the basis of the creditor's duty to mitigate damage, the study shows that the basis of the creditor's duty to mitigate damage are the principles of good faith and causation rules and provisions for compensation assessment.

The second chapter focuses on the duty of mitigation requirements and the creditor's options after implementing the duty of mitigation. The study shows that the breach of the debtor's contractual obligations towards the creditor is a necessary condition for the creditor's duty to mitigate the damage. Another condition taken into consideration is the obligation to take reasonable steps to mitigate the damage done by the creditor. Examples of such reasonable steps to mitigate the damage would be the circumstances of the individual case could have been expected in good faith.

The options of the creditor after the implementation of his duty to mitigate the damage with regard to the specific performance and the compensation. The study concluded that the injured party needed to show some fair, real and substantial justification before a claim for specific performance could be insulated from the obligation to mitigate. If the injured party could show some substantial and legitimate interest in seeking specific performance as opposed to damages, then the injured party might justify its inaction in failing to mitigate. Additionally, the study concluded that the creditor's entitlement to full compensation is inextricably linked with the fulfillment of his duty of mitigation. As long as the creditor has taken reasonable steps to mitigate his damage, the creditor will be entitled to full compensation if he suffered damage. In contrast, the creditor's failure to take reasonable steps to mitigate his damage would lose his right to claim damages that could have been reasonably avoided.

مقدمة الدراسة:

يعتبر الضرر الأساس الذي يحدد نطاق التعويض، ويهدف التعويض إلى إعادة المضرور إلى الوضع الذي كان عليه قبل وقوع الضرر؛ وهذا الهدف يحكمه مبدأ التعويض الكامل عن الضرر والذي يعني أن التعويض يجب أن يغطي الضرر الفعلي والحقيقي الذي أصاب المضرور. في المقابل، جاءت بعض الأنظمة القانونية لترسي قواعد من أجل إنزال قيمة التعويض بمقدار ما كان الدائن يستطيع أن يفعله من أجل تخفيف الضرر.

يرجع ظهور نظرية إلتزام الدائن في تخفيف الضرر لإجتهادات القضاء الإنجليزي [1]، فأصبحت مبدأً راسخاً في النظام الانجلو سكسوني وبظهور قضية "**Brace v. Calder 1895**" بدأت معالم هذه النظرية في الوضوح حيث تم الإقرار بعدم إمكانية طلب التعويض عن الأضرار التي كان يستطيع الدائن تجنبها. وجاءت الوثائق الموحدة للبيع الدولي للبضائع–اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع "إتفاقية فيينا" لعام 1980 ومبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية لعام 2010–لتقنن هذه النظرية فتم تنظيمها ضمن المادة (77) من إتفاقية فيننا والمادة (5.4.7) من مبادئ اليونيدروا.

وتعني هذه النظرية أن الدائن لا يستطيع ان يقف موقفاً سلبياً إزاء تحقق الضرر الواقع عليه جراء إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية، بل ينبغي عليه إتخاذ كافة الوسائل المعقولة من أجل تخفيف أو منع وقوع الضرر. هناك ثلاثة قواعد أساسية تحكم هذه النظرية [2]: **أ–القاعدة الاولى:** يتعين على الدائن أن يتخذ كافة الوسائل المعقولة من أجل تخفيف الأضرار التي يتكبدها جراء إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية. فلا يستحق التعويض عن أي خسارة كان من الممكن تجنبها من خلال إتخاذ وسائل معقولة ولكنه لم يقم باتخاذها، فحينها لا يستطيع المطالبة

[1] For more information see: G.H.TEREITEL, the law of contract, SWEET & MAXWELL/Stevens & sons, London, 1991. Robert UPEX, Davies on contract, SWEET & MAXWELL/Stevens & sons, London, 1995.

[2] For more information see: Katy BARNETT, Substitutive Damages and Mitigation: tension between two competing norms, Singapore Academy of Law Journal, 2016, pp.795-824.

بالتعويض عن تلك الاضرار. **ب–القاعدة الثانية:** حين يتخذ الدائن الوسائل المعقولة لتجنب وقوع الضرر أو تخفيفه فإنه وبهذه الحالة يستحق بدل الخسائر والمصاريف التي تكبدها جراء اتخاذ هذه الوسائل. **ج–القاعدة الثالثة:** إن نجح الدائن في اتخاذ الوسائل المعقولة من أجل تخفيف الضرر، فإن المدين يستفيد من ذلك حيث لا يكون مطالباً بالتعويض عن تلك الأضرار التي تم تجنبها دون الإخلال بحق الدائن في الحصول على التعويض جراء الأضرار والخسائر التي تكبدها في سبيل إتخاذ هذه الخطوات المعقولة لتجنب أو تخفيف الضرر [3].

نطاق الدراسة:

تتناول هذه الدراسة واجب الدائن بتخفيف الضرر في ضوء أحكام المسؤولية العقدية، من حيث مفهوم هذه النظرية والاختلاف بينها وبين غيرها من النظريات المشابهة لها، وشروط أعمالها، والأثر القانوني المترتب على هذه النظرية وذلك في كل من مجلة الأحكام العدلية وقانون العقود الإنجليزي وإتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع "إتفاقية فيينا" لعام 1980 ومبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية لعام 2010.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في ضوء عدم وجود دراسات متخصصة حول موضوعها؛ فلم يحظ بالقدر الكافي من البحث والعناية لتبيان أساسه، وتوضيح معالمه وأحكامه، وإبراز جوانب النقض أو القصور فيه. لذلك كان لا بد من وجود هذه الدراسة لمعالجة هذه النظرية من جوانبها المختلفة. بالإضافة إلى أن هذه النظرية محل اختلاف بين الفقه والقضاء، لا سيما فيما يتصل بأساسها القانوني، ومشروعيتها، ومدى فعاليتها. لذلك فإن أهمية هذه الدراسة تأتي من عرض الباحث للآراء والإتجاهات المختلفة الناظمة لهذه النظرية ومحاولة الترجيح بينها، بما يسهم إيجاباً في إثراء المعرفة القانونية في فلسطين، وما يترتب على ذلك من إحاطة المشرع والقضاء والمشتغلين بالحقل القانوني في البلاد بأحدث التوجهات والإجتهادات التشريعية والفقهية والقضائية حول النظرية محل البحث.

[3] Adar, Yehuda, Comparative Negligence and Mitigation of Damages: Two Doctrines in Search of Reunion (June 6, 2012). Available at http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2078874, last visited 25/08/2018.

إشكالية الدراسة:

على الرغم من أن واجب الدائن بتخفيف الضرر أصبح من المبادئ الرئيسة في العديد من الانظمة القانونية، وبشكل خاص الدولية منها، وعلى الرغم، كذلك، من الإهتمام الذي عُنيت بهِ هذه النظرية على مستوى القوانين المحلية والمقارنة، إلا أن هذه النظرية لم تقنن في عديد من الأنظمة القانونية، مثل النظامين الفلسطيني والفرنسي، حيث واجهت انتقاداً واسعاً في النظام الفرنسي ورفضت محكمة النقض الفرنسية الإعتراف بوجود هذه النظرية مؤسساً قضائها على عدم وجود ما ينظم هذه النظرية في قواعد القانون المدني؛ وكونها أيضاً تخالف مبدأً أساسياً من مبادئ التعويض ألا وهو مبدأ التعويض الكامل. والسؤال الذي يثار في هذا المقام؛ هل يعد هذا التوجه صحيحاً؟ خصوصاً في ظل ما تم التوصل إليه من أن إلتزام الدائن بتخفيف الضرر ينعكس في مبدأ حسن النية وهو أحد المبادئ الأساسية الناظمة للعقود التي تبناها القانون المدني الفرنسي. وفي المقابل، يثار تساؤل حول توجه القضاء الفلسطيني فيما لو عرضت عليه هذه المسألة فهل سيتشابه مع ما سارت عليه أحكام القضاء الفرنسي؟ أم أنه سوف يتخذ منحى آخر، سيما وأن المحاكم الفلسطينية زمن الإنتداب البريطاني سبق وأن تطرقت لهذا المبدأ في عدة أحكام لها وطبقت هذه النظرية دونما أن يكون هناك نصوصاً ناظمة لهذه النظرية ضمن قواعد القانون المدني. ومن ناحية أخرى، فإن قواعد مجلة الأحكام العدلية مستنبطة من الفقه الإسلامي، وتحديداً الفقه الحنفي، وهذا يثير تساؤلاً حول مدى إستيعاب النظريات الناظمة للعقود في الفقه الإسلامي مثل نظرية التعسف في إستعمال الحق، والإلتزام بالتعاون لواجب الدائن في تخفيف الضرر؛ فهل ذلك يدفعنا بحكم اللزوم الحتمي والمنطق القانوني التبعي إلى القول إن هذه النظرية لها أساس في النظام القانوني الفلسطيني؟ وفي حال كان لها أساس ضمن قواعد القانون الفلسطيني، فهل هذه النظرية فعالة وكافية لتحقيق الأهداف التي شرعت من أجلها؟

تساؤلات الدراسة:

أ- ما هو الأساس القانوني للإلتزام الدائن في تخفيف الضرر؟

ب-هل يتعارض إلتزام الدائن في تخفيف الضرر ومبدأ التعويض الكامل؟

ت-هل يختلف إلتزام الدائن في تخفيف الضرر عن النظريات الإنجليزي الخاصة بتقييد التعويض؟

ث-متى ينشأ إلتزام الدائن في تخفيف الضرر؟

ج-لماذا قررت النظرية أنه من المعقول أن يتوقع من الدائن تخفيف الضرر وتحت أي ظروف ينشأ هذا الالتزام؟

ح- ماهي الجهود التي يجب أن تبذل في سبيل تخفيف الضرر؟

خ- ماهية العلاقة بين خيار الدائن في التنفيذ العيني أو طلب التعويض بعد إتخاذه تلك التدابير؟

د- هل هذا الواجب يغطي كافة الاضرار؟

ذ- كيف يمكن تطوير هذه النظرية لتحقق الفعالية في التطبيق؟

ر- كيف نظمت إتفاقية فيننا لعقود البيع ومبادئ اليونيدروا واجب الدائن في تخفيف الضرر؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة، في الأساس، إلى التعرف على مفهوم واجب الدائن بتخفيف الضرر، والأساس القانوني لهذه النظرية، وشروط أعمالها، والنتائج المترتبة على عدم إعمالها، وإيجاد أجوبة كافية على إشكالات الدراسة، بغية تطوير التشريعات بما يكفل تطوير البيئة التعاقدية في فلسطين، بما يحفظ حقوق أطراف التعاقد، لتخرج الدراسة بمادة علمية متخصصة، تفيد القضاة والمحامين والباحثين، وتسد فراغاً كبيراً في المكتبة الفلسطينية.

منهج الدراسة:

جمعت هذه الدراسة بين المنهجين: الوصفي والتحليلي في ضوء القانون والسوابق القضائية المقارنة، من خلال عرض النصوص القانونية –في حال توافرها– وأحكام القضاء وآراء الفقهاء في كل من النظام الإنجليزي والأمريكي والفرنسي وبالإعتماد على "إتفاقية فيينا" لعام 1980 ومبادئ اليونيدروا لعام 2010 وعلى السوابق القضائية الدولية الصادرة بمقتضى هذه الاتفاقيات. كما تطرق الباحث في هذه الدراسة إلى النظام القانوني الفلسطيني، من حيث تبنيه لنظرية تخفيف الضرر من عدمه. أيضاً يذكر الباحث مواطن إتفاق والتوجهات الدولية بخصوص نظرية تخفيف الضرر. كما يرجح مواطن إتفاقهم وأدلتهم، ويرجح أيضاً ما يراه مناسباً لقوة طرحه وأسانيده.

الدراسات السابقة:

إعتمد الباحث في هذه الدراسة على أبرز الدراسات العربية والأجنبية التي تناولت واجب الدائن بتخفيف الضرر لمعرفة مدى ملائمة هذه الدراسة لموضوعها وحتى لا يكون هناك نوعاً من التكرار بين ما سبق وتم تناوله وبين ما ستتناوله هذه الدراسة.

1. ظافر جبارة، عماد سلمان، واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية العقدية وكيفية أعماله "دراسة مقارنة في ضوء النظام القانوني الأنجلو أمريكي وإتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة 1980"، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، 2016.

تناولت هذه الدراسة نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية التعاقدية. وتوصل الباحثان إلى أن هذا الواجب أنشأه القضاء الإنجليزي والأمريكي حيث فرضت أحكام القضاء على الدائن في حال إخلال مدينه بالإلتزامات الناشئة عن العقد، ألا يقف موقفاً سلبياً، بل عليه أن يتخذ تدابير معقولة وفقاً لطبيعة العقد من أجل أن يتم تخفيف الضرر الذي وقع عليه. ويرى الباحثان أن هذا الواجب ينتمي إلى طائفة الإلتزام ببدل عناية وليس

بتحقيق نتيجة. ويروا أيضاً أن أعمال الدائن واجبه بتخفيف الضرر له تأثيراً على التعويض والتنفيذ العيني للعقد، فقد يؤدي إلى حرمان الدائن من حقه بالتعويض أو بالمطالبة بالتنفيذ العيني، إذا كانت الصفقة البديلة التي أبرمها الدائن لتخفيف الضرر كاملة، حيث أنه وفي هذه الحالة يكون الدائن قد نفذ الصفقة تنفيذاً كاملاً على حساب المدين ويكون الدائن قد إستوفى حقه، ومن ثم لا يجوز له أن يطالب المدين بالتنفيذ العيني ولا بالتعويض إذا كانت الصفقة البديلة قد أبرمت بشروط أفضل من شروط العقد الأصلي أو بشروط متساوية معه. ويروا ايضاً أن أعمال الدائن لواجبه في تخفيف الضرر قد يؤدي إلى محو خيار التنفيذ العيني والإبقاء على خيار التعويض، إذ كانت الصفقة البدلية كاملة ولكن بشروط أشد من شروط العقد الأصلي، وقد يؤدي أيضاً إلى حرمانه من التعويض إذا أبرم الصفقة بشكل جزئي مع الاحتفاظ بخياره بالتنفيذ العيني فيما يتعلق بالالتزامات الأصلية التي لم تحل محلها في الصفقة البديلة.

2. Katy Barnett, Substitutive Damages and Mitigation in contract law: Tension between Two competing Norms, Singapore Academy of Law Journal, 2016.

تتناول هذه الدراسة الغاية من نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر. حيث يرى الباحث أن هذه النظرية تهدف إلى توزيع عادل للأعباء والمنافع بين المدعي والمدعى عليه، حيث يرى بأن المدعي لا يستطيع إسترداد الخسارة التي يمكن تجنبها. وتبين هذه الدراسة أهمية واجب الدائن في تخفيف الضرر من حيث أنها تهدف إلى تشجيع سياسة المساعدة الذاتية والتعاون بين طرفي التعاقد. ويرى الباحث أنه لا يمكن إجبار المدعى عليه بتخفيف الضرر عن المدعي، لذلك فإن المدعي هو الأفضل في تجنب الخسارة إذا كانت لديه إمكانية لاتخاذ وسائل معقولة من شأنها تقليل الخسائر. ويرى الباحث أيضاً أن هذه النظرية قائمة على فكرة حسابية حيث يستطيع المدعى عليه أن يستفيد من عدم قيام المدعي بإتخاذ تلك الوسائل من أجل تخفيف الضرر وتخفيض قيمة التعويض بمقدار ما كان للمدعي من وسائل تساهم بتخفيف الضرر لو أتخذها.

3. Andrew dayson, Recovery for avoided loss: Towards a new account of Mitigation, Oxford Student Legal Studies, 2012.

تتناول هذه الدراسة مفهوم واجب الدائن في تخفيف الضرر وتطرقت إلى القواعد الثلاث لهذه النظرية من حيث: أنه يتعين على الدائن أن يتخذ كافة الوسائل المعقولة من أجل تخفيف الأضرار التي يتكبدها جراء إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية، وحين يتخذ الدائن الوسائل المعقولة لتجنب أو لتخفيف الضرر فإنه وبهذه الحالة يستحق بدل الخسائر والمصاريف التي تكبدها جراء إتخاذ هذه الوسائل فإن المدين يستفيد من ذلك، حيث لا يكون مطالباً بالتعويض عن تلك الأضرار التي تم تجنبها دون الإخلال بحق الدائن في الحصول على التعويض جراء الاضرار التي تكبدها، في سبيل اتخاذ هذه الخطوات المعقولة لتجنب أو تخفيف الضرر.

4. Yehuda Adar, Comparative Negligence and mitigation of damages: two sister doctrines in search of reunion, Unpublished Paper, 2011.

تتناول هذه الدراسة مفهوم الإهمال المتقابل ومفهوم واجب الدائن في تخفيف الضرر في القانون الأنجلو أمريكي. وتوصلت هذه الدراسة إلى أنه وفي ضوء نظرية الإهمال المتقابل فإن أي خسارة يمكن أن يتجنبها الدائن فأنها تقسم بينه وبين المدين. في حين، أن واجب الدائن في تخفيف الضرر يعني أن الدائن لا يستطيع أن يسترد التعويض عن أي خسارة كان يمكن تجنبها حتى لو قام بالوفاء بكافة واجباته التعاقدية. ويرى الباحث أن هناك تشابه كبير بين هاتين النظريتين الأمر الذي حمل البعض للقول بضرورة إلغاء نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر ووضعها تحت مظلة الإهمال المتقابل، خصوصاً وأن كلا النظريتين تم تصميمها من أجل حل مشكلة واحدة؛ وهي مشكلة توزيع الخسارة التي من الممكن تجنبها، إلا أن ذلك لا يعني بتاتاً أن كلاهما يشكل نظرية واحدة، حيث أن نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر تمنع المحكمة من إستخدام أي سلطة تقديرية لتقسيم المسؤولية بين الطرفين وإنما تتخذها وسيلة لقياس قيمة التعويض، بحيث يفقد الدائن حقه بالتعويض بمقدار ما

كان بمقدوره أن يتجنب هذه الخسارة. أما بخصوص الإهمال المتقابل فإنه ينظر إلى درجة مساهمة الدائن في إحداث الضرر فإن كان قد إستغرق فعل المدين فلا يتم تعويضه وإن لم يستغرقه يتم النظر إلى جسامة الفعل كأساس لتحديد قيمة التعويض. لذلك يرى الباحث أن النظريتين مختلفتان عن بعضهما البعض ولا يصح دمجهما تحت مسمى واحد.

إن الدراسات السابقة لم تلقِ الضوء على الأساس القانوني لواجب الدائن في تخفيف الضرر ومدى التعارض الحاصل بين هذه النظرية ومبدأ التعويض الكامل عن الضرر. بالإضافة إلى أن هذه الدراسات لم تتطرق إلى مدى فعالية هذه النظرية خصوصاً أنها حينما قامت بشرح شروط واجب الدائن بتخفيف الضرر بينت أن هذا الواجب ينشأ بعد تحقق الإخلال وليس قبله. وعليه فإن الباحث يرى وجود تعارض في متن تلك الدراسات كون أنها بررت أهمية واجب الدائن في تخفيف الضرر بتقليل الخسائر الاقتصادية؛ فالسؤال، كيف يمكن الموازنة بين انتظار وقوع الإخلال ومن ثم إعمال نظرية تخفيف الضرر وبين أهم أهداف النظرية وهي تقليل الخسائر الاقتصادية؟ لذلك يجد الباحث أنه من الممكن إعادة صياغة هذه النظرية بطريقة أكثر فعالية كي تؤدي وظيفتها محققة بذلك أهدافها وغاياتها. كما أن الباحث يتفق بالنتيجة التي تم التوصل إليها بخصوص الفرق بين واجب الدائن في تخفيف الضرر وبين الإهمال المتقابل ولكن لا يتفق مع التبرير الذي جرى ذكره في متن بعض هذه الدراسات. بالإضافة إلى أن الباحث سوف يحاول دراسة هذه النظرية من وجهة نظر الفقه الإسلامي وخصوصاً في إطار مجلة الأحكام العدلية والفقه الحنفي، وما يستتبع ذلك من البحث حول أساس هذه النظرية ضمن قواعد واجب التعاون ومبدأ التعسف في استعمال الحق وضمن قاعدة أن الضرر يدفع بقدر الإمكان وهذا ما لم يتم تناوله في ظل الدراسات السابقة.

خطة الدراسة:

في ضوء ما تقدم، ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين: تناول ماهية هذه النظرية والأساس القانوني الناظم لها، وأوجه الاختلاف بينها وبين ما يشابهها من نظريات مقيدة للتعويض. أما الفصل الثاني فيتناول خيارات الدائن بعد أعماله لواجبه بتخفيف الضرر، ومدى تأثر هذه الخيارات بالتنفيذ العيني بعد أعمال الدائن واجبه بتخفيف الضرر، وكيفية تطوير هذه النظرية لتصبح أكثر فعالية.

الفصل الأول

ماهية نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر

تعتبر نظرية إلتزام الدائن بتخفيف الضرر من إحدى النظريات المقيدة للتعويض، والتي كرسها القضاء الإنجليزي في العديد من أحكامه التي تتناول مسألة التعويض؛ حيث يأخذ القاضي بعين الإعتبار قبل الحكم بالتعويض فيما إن كان بمقدور الدائن إتخاذ وسائل من شأنها الحد من وقوع الضرر أو التخفيف من وطأته. وقد أثير جدل وأحتدم النقاش فقهاً وقضاءً حول مفهوم هذه النظرية ومدى أهمية وجودها في ظل وجود عدد من النظريات التي تقيد مبدأ التعويض الكامل، والأساس القانوني الناظم لهذه النظرية في ظل عدم تبنيها في معظم الأنظمة القانونية ضمن نصوص واضحة وصريحة، ليبقى السؤال قائماً حول إمكانية التمسك بمبادئ مثل حسن النية والتعسف في إستعمال الحق كأساس يمكن الإستناد عليه للتمسك بوجود إلتزام على الدائن في تخفيف الضرر.

وعليه فإننا سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في المبحث الأول مفهوم النظرية والمبادئ الرئيسة الناظمة لها. في حين، نفرد المبحث الثاني للحديث حول أساس نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر.

المبحث الأول

مفهوم نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر

لقد أثير نقاش حول المعنى المقصود من واجب الدائن بتخفيف الضرر، وفيما إذا كان هذا الواجب التزاما قانونياً أم التزاماً معنوياً، أم أن هذا الواجب غير ملزم للدائن فيستطيع بإرادته، إعماله أو اهماله دون أن يترتب على عاتقه أدنى مسؤولية. وعليه نتناول في المطلب الأول مفهوم واجب الدائن في تخفيف الضرر. ليصار إلى استقراء الفرق بينه وبين نظرية الخطأ المشترك كإحدى النظريات المقيدة للتعويض في المطلب الثاني.

المطلب الأول

المفهوم القانوني لواجب الدائن بتخفيف الضرر

عُرف واجب الدائن بتخفيف الضرر فقهاً بأن "على المتضرر أن يتخذ جميع الوسائل والخطوات التي من شأنها تقليل الضرر الواقع عليه، ويتمثل هذا الواجب لا بتقليل الاضرار والخسائر فحسب بل وعدم الإتيان بأي فعل من شأنه أن يؤدي إلى زيادة الخسائر، وجزاء إخلال المتضرر بهذا الواجب هو عدم إستحقاق الأخير للتعويض بما يعادل قيمة الأضرار التي كان بإمكانه تجنبها لو أنه بادر بإتخاذ خطوات من شأنها تقليص الخسائر بشرط أن تكون هذه الخطوات لا تكلفه إلا جهوداً معقولة"[4]. وقد عُرف أيضاً بأنه "مبدأ من مبادئ العقود المقبولة عالمياً والتي تمنع المضرور من الحصول على التعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها بإتخاذ جهد معقول"[5]. وتم تعريفه أيضاً بأنه بموجب هذا المبدأ لا يمكن للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض عن الخسائر

[4] رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة-، منشورات دار الحلبي، بيروت، 2017، ص79.

[5] Charles J. Goetz and Robert E. Scott, The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation, Virginia Law Review, vol. 69, No. 6 (Sep. 1983), p.967.

التي كان من الممكن تجنبها. حيث يجب ألا يستفيد المتضرر من إغفاله عن إتخاذ الوسائل المعقولة لتخفيف الضرر [6].

وفي هذا السياق، قررت المحكمة العليا في إنجلترا بأنه "يجب على طالب التعويض أن يتخذ جميع الخطوات المعقولة للتخفيف من الخسارة التي تكبدها نتيجة لخطأ المدعى عليه ولا يمكنه إسترداد الأضرار الناجمة عن أي خسارة قد فشل الدائن في تجنبها وذلك في حال لم يتخذ أي إجراء لتجنب الضرر أو من خلال إتخاذ إجراء غير معقول لتجنب الضرر"[7]. وفي هذا المعنى، قررت المحكمة العليا في ولاية تكساس الأمريكية بأن هذه النظرية تمنع الطرف المتضرر من إستحقاق التعويض من الأضرار الناتجة عن الإخلال في العقد التي كان من الممكن تجنبها بجهد معقول من جانبه [8].

وقد تبنت إتفاقية فيننا لعقود البيع الدولي نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر في المادة (77) عندما نصت على أنه "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات. وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها". وتجدر بنا الإشارة إلى أن مبادئ اليونيدروا قد تبنت أيضاً واجب الدائن بتخفيف الضرر في المادة (8.4.7) حينما نصت على أنه "لا يسأل المدين عن الضرر الذي تكبده الدائن بقدر ما كان يمكن للدائن تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة".

---

[6] Ulrich Magnus, Remarks on Good Faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts, 10 Pace Int'l L. Rev. 89 (1998), p95.

[7] See: Thai Airways International Public Company Ltd v KI Holdings Co Ltd and anr [2015] EWHC 1250. Available at: https://www.20essexst.com/sites/default/files/judgments/Thai%20Airways%20International%20Public%20Co%20Ltd%20v%20KI%20Holdings%20Co%20Ltd%20%28formerly%20Koito%20Industries%20Ltd%29.pdf. Visited on: 26/8/2018.

[8] Texas supreme court, Great American Ins. Co. v. N. Austin Utility, 1995, 908 SW 2d 415. Available at: https://scholar.google.com/scholar_case?case=9413081810702992632&q=Great+American+Ins.+Co.+v.+N.+Austin+Utility,+1995,+908+SW+2d+415&hl=en&as_sdt=2006. Visited on: 26/8/2018.

وبإستقراء ما سبق ذكره، يتبين لنا أن مبدأ التعويض الكامل الذي يستحق بموجبه الدائن تعويضاً عما لحقه من ضرر سنداً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار، وأن الضرر يزال وأن كل ضرر يلزم فاعله بالتعويض ما هو إلا الأصل والمبدأ العام الناظم لقياس التعويض عن الضرر [9]. وتطبيقاً لقاعدة التعويض الكامل يتعين على القاضي أن ينظر للضرر الواقع فعلاً على المضرور، دون مساهمة منه في أحداثه أو عدم توفر ظرف يستدعي تدخله لمنع أو تخفيف مقدار الضرر، حتى يتسنى له الحكم بالتعويض الملائم. لذلك جاءت بعض القوانين المدنية لتضع عدة نظريات من شأنها قياس التعويض عن طريق تقييد حق المضرور في الحصول على التعويض الكامل في حال تحقق ظروف معينة ويعد واجب الدائن في تخفيف الضرر من بين هذه النظريات [10].

تطبيقاً لذلك، قضت محكمة الاستئناف الامريكية بأنه "عندما يتعذر على الطرف المضرور الالتزام بواجب تخفيف الضرر، فلا يحق له الحصول على التعويض عن ذلك الجزء من الأضرار الذي كان من الممكن تجنبه أو تم تكبده نتيجة عدم قيامه بتخفيف الضرر"[11]. وفي هذا المعنى قررت محكمة الإستئناف الأمريكية بأن إلتزام الدائن في تخفيف الضرر يعد نظرية بسيطة تفيد بأنه حينما يفشل المضرور في إتخاذ خطوات معقولة للتخفيف من أضراره، فإما أن يتم تخفيض مقدار التعويض المستحق له أو عدم منحه أي تعويض حسب مقتضى الحال [12]. وفي ذات السياق، قررت المحكمة العليا الكندية بأن "واجب الدائن في تخفيف الضرر هو عبارة عن مبدأ قائم على قواعد العدالة والإنصاف ويسعى إلى تحقيق العدالة بين أطراف التعاقد. وكعاقدة عامة، فإن المدعي لن

---

[9] عدنان السرحان، حمدي خاطر، شرح القانون المدني-مصادر الحقوق الشخصية، 2009، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 471.

[10] Caprice L. Roberts, Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages, 42 Loy. L.A. L. Rev. 131 (2008), p151. Available at: http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol42/iss1/6.Visited on 25/08/2018.

[11] Pinson v. RED ARROW FREIGHT LINES INC., 801 SW 2d 14 - Tex: Court of Appeals, 3rd Dist. 1990. Available at: https://scholar.google.com/scholar_case?case=12817197468470209203&q=duty+to+mitigate+losses++&hl=en&as_sdt=2006. Visited on 25/08/2018.

[12] Lawson v. Trowbridge, 153 F.3d 368, 377 (seventh Cir.1998). For more information in this meaning see: Brooks v. Allison Div. Of Gen'l Motors Corp., 874 F.2d 489, 490 (seventh Cir.1989).

يتمكن من إسترداد الخسائر التي كان بالإمكان تجنبها لو إتخذ خطوات معقولة لذلك"[13]. وهذا ما تبنته المحكمة القومية العليا لدولة السودان حينما قضت بأنه " إذا كان الحكم المطلوب مراجعته قد إعتمد كافة مدة التوقف عن العمل دون أن يضع أي إعتبار لمسؤولية المضرور في تخفيف الضرر، فيكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله الأمر الذي يقتضي التدخل بتعديل الحكم بما يتفق مع النظر المتقدم، وعليه يقتصر التعويض عن فوات الكسب على سبعة أيام بدلاً عن 34 يوماً"[14].

يتضح من السوابق القضائية سالفة البيان بأن نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر تعد قيداً على مبدأ التعويض الكامل حيث أن الحكم بالتعويض يجب أن يستبعد الاضرار التي كان من الممكن أن يقوم الدائن بتجنبها.

تجدر بنا الإشارة إلى أن إعمال هذه النظرية [15] يلزم الدائن أن يتخذ كافة الوسائل المعقولة من أجل تجنب أو تخفيف الأضرار التي يتكبدها جراء إخلال المدين بإلتزاماته التعاقدية. وهذا ما بينته محكمة الإستئناف الأمريكية

---

[13] See: Southcott Estates Inc. *v.* Toronto Catholic District School Board, 2012 SCC 51, [2012] 2 S.C.R. 675. Available at: https://scc-csc.lexum.com. Visited on 23/08/2018.

[14] المحكمة القومية العليا لدولة السودان، في القضية بين محمد حمزة جعفر طاعن // ضد // ورثة حامد العطا فضل الله مطعون ضدهم، م ع/ ط ج/41/2007م، الصادر بتاريخ 2008/6/15 متوفر على الموقع الالكتروني: http://212.0.150.149/ar/content/book. تاريخ الزيارة: 2018/08/25.

[15] تجدر بنا الإشارة إلى أن هناك جانبً من الفقه يرى بأن هذه النظرية تخرج عن إطار الالتزامات المدنية، كون أن المدين المخل بالتزاماته التعاقدية يتمسك بفشل الدائن في تخفيف الضرر كأساس لتخفيض الاضرار عوضاً عن بقيامه بعمل إيجابي. لذلك فإن الفشل في تخفيف الضرر يعطل حق المضرور في الحصول على تعويض عن الاضرار التي من الممكن تجنبها. للمزيد أنظر: Charles J. Goetz and Robert E. Scott, the Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation, Virginia Law Review, Vol. 69, No. 6 (Sep., 1983). إلا أننا لا نتفق مع هذا التوجه؛ كون أن معيار الالتزام المدني لا يرتكز على إجبار المدين بالالتزام بالقيام بعملٍ معين أو الامتناع عن القيام بعمل بل يمتد إلى إجبار المدين بالالتزام بتعويض الدائن في حال فشل في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، حيث لا يحصل الدائن بالالتزام على عين حقه بل يحصل على مقابل له. وهذا المقابل عبارة عن تعويض لجبر الضرر الذي لحق به. والسؤال الذي يثار في هذا المقام هل عدم استحقاق الدائن كامل التعويض الناتج عن إخلال المدين يعد تعويضاً للمدين؟ نرى بأن عدم استحقاق الدائن كامل التعويض يعد تعويضاً للمدين على اعتبار أن التعويض مقيد بغاية معينة على انتفاء الحكم فيما بعدها، وهذه الغاية تتمثل بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر. فحينما يفشل الدائن باتخاذ الوسائل المعقولة لتخفيف الضرر فإن مركز المدين أفضل من المركز الذي سوف يوجد عليه في حال نجح الدائن في تخفيف الضرر، وبعدم استحقاق الدائن تعويضاً عن الضرر الناتج عن هذا الفشل في اتخاذ الوسائل المعقولة يؤدي إلى ارجاع المدين إلى المركز الذي كان عليه قبل الفشل في تخفيف الضرر، مما يعني أن هدف وغاية التعويض قد تحققت. الامر الذي يعني بأن هذه النظرية تعد التزاماً مدنياً بالمعنى القانوني. وما يؤيد وجهة نظرنا إن اتفاقية فينا نصت في المادة (77) على الزامية هذه النظرية حينما اوجبت على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة العقدية وعليه فإن هذه المادة تفرض التزام قانوني على الدائن أن يقوم به حتى يستحق التعويض. أنظر في المعنى المؤيد إلى إلزامية نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر إلى:

Stoll, H. "Damages." In Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3rd edn., edited by P. Schlechtriem. Munich: Beck, 2000.

وأنظر أيضاً إلى حكم محكمة الاستئناف الامريكية المؤيد إلى أن هذه النظرية ملزمة قانوناً:

United States 12 September 2006 Federal Appellate Court [11th Circuit] (Treibacher Industrie, A.G. v. Allegheny Technologies, Inc. http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060912u1.html visited on 1/10/2018.

ونرى أيضاً أن مبدأ حسن النية يعتبر أساس لنظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر والالتزام بتخفيف النظر يعد من مقتضيات حسن النية وبما أنه لا خلاف على اعتبار حسن النية التزام قانوني فإن ذلك يستتبع بنا القول إلى أن واجب الدائن بتخفيف الضرر التزاماً قانونياً وليس اخلاقياً.

حينما قضت بأن القاعدة الأساسية في التعويض تفيد بأنه في حال تعرض شخص للضرر من شخص آخر سواء كان هذا الضرر ناتجاً من مسؤولية تقصيرية أو مسؤولية عقدية فإنه ملزم بأن يتخذ رعاية معقولة من أجل تجنب الضرر أو من أجل تخفيفه، وإلى المدى الذي تكون به الأضرار التي لحقت به ناتجة عن عدم إتخاذه للجهد المعقول من أجل تخفيف أو تجنب الضرر فإنه وفي هذه الحالة لا يمكنه المطالبة بالتعويض عنها حيث أن المضرور ملزم بحماية نفسه إن إستطاع، بإتخاذ جهد معقول أو بنفقات معقولة ففي هذه الحالة يستحق تعويضاً عن كامل الأضرار التي لحقت به ولو أن الضرر لم يخفف أو لم يتجنب حيث أن العبرة بإتخاذ كل ما في وسعه للتخفيف من حدة الضرر أو تقليص حجمه [16]. وهذا ما قضت به محكمة التحكيم المنعقدة في روسيا بأنه "كان ينبغي على البائع اتخاذ تدابير معقولة لتخفيف الخسارة الناتجة عن الاخلال بالتعاقد، وحيث أن البضاعة المتفق على بيعها قابلة للتلف والهلاك السريع وأن حفظها ينطوي على نفقات غير معقولة، لذلك كان يتعين على البائع في هذه الحالة أن يتخذ تدابير معقولة لبيعها وطالما أن البائع لم يقدم أي دليل على أي تدابير تم إتخاذها لبيع السلع أو عدم القدرة على إجراء مثل هذا البيع، وبما أن السلع ونتيجة للحفظ الطويل فقد فسدت فنتيجة لذلك لا يمكن فرض سعر السلع بالكامل على المشتري وإنما يجب أن يتحمل البائع 25% من قيمة السلع كنتيجة لعدم اتخاذه التدابير المعقولة"[17].

السؤال الذي يثار في هذا المقام ما المقصود بالوسائل المعقولة وما هو معيار هذه الوسائل وما هو الضابط الذي يحكمها؟

---

[16] See: Commodity Credit Corp Commodity Credit Corp. v. Resenberg Bros. & Co., 243 F.2d 504, 511 (ninth Cir.1957). Available at: https://scholar.google.com/scholar_case. Visited on 23/08/2018.

[17] See: Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation, Case Number 340/1999, 10.02.2000. Available at: http://www.unilex.info/case.cfm?id=876. Visited on 25/08/2018.

نرى أن معيار معقولية الوسائل هو معيار موضوعي حيث يقاس بالوسائل التي يتخذها الشخص حسن النية متوسط الحيطة والحذر إن وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها الشخص المضرور [18]. بمعنى آخر فإن ضابط معقولية الوسائل هو إنحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد حيث يتجاوز بسلوكه ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة [19]. في هذا المعنى قضت المحكمة العليا في إنجلترا بأنه لا يلقى على عاتق من قام بالإخلال بأحكام وبنود العقد أي مصاريف إضافية تنتج عن عدم قيام المضرور بما هو ملقى على الشخص متوسط الحيطة والحذر من إتخاذ وسائل معقولة لتخفيف أو تجنب الضرر [20]. وفي هذا السياق، تبنت المبادئ الأوروبية للعقود هذا المعيار في المادة (302:1) وذلك حينما نصت على أن معيار مبدأ المعقولية يكون بقياس سلوك الأشخاص الذين يتصرفون بحسن نية لو كانوا بذات الموقف وحالة أطراف العلاقة ومن الضروري أيضاً أن يتم الأخذ بعين الإعتبار طبيعة العقد والغرض منه وظروف القضية حتى يتسنى معرفة السلوك المعقول من عدمه[21]. وبمعنى آخر إذا كان من المتوقع، في ظروف معينة، أن يتخذ شخص يتصرف بحسن نية، وسائل كافية ووقائية لتجنب الخسارة تعد حينها هذه الوسائل معقولة وفي هذا المقام يجب مراعاة مهارات الطرف المضرور وصفته الفنية، حيث أن هذه الوسائل تختلف من شخصٍ لآخر. وكما تجدر الإشارة إلى أنه إن كان إتخاذ التدابير يعد مفرطاً وينطوي على نفقات ومخاطر عالية وبشكلٍ غير معقول ولم يتخذ المضرور هذه الوسائل ففي هذه الحالة لا يكون الدائن قد أخل في التزامه بتخفيف الضرر. فيجب على الدائن أن

---

[18] In this meaning see: Supreme Court of Austria (Oberster Gerichtshof) 6 February 1996 [10 Ob 518/95] where the court states that " a possible measure to reduce damages is reasonable, if it could have been expected as bona fide conduct from a reasonable person in the position of the claimant under the same circumstances". Case presentation including English translation available at: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html. Visited on 25/08/2018.

[19] وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو المسؤولية أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1998، ص 29.

[20] See: British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd [1912] AC 673. Available at: http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1956/3.html. Visited on 23/08/2018.

[21] For more information see: Danny Busch, The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary, Kluwer Law International, Netherlands, 2002, p 62.

يقوم بإتخاذ الوسائل المعقولة للحد من وقوع الضرر أو تفاقمه وذلك ببذل كل ما هو ممكن من أجل تقليل الخسارة أو على الأقل منع تفاقمها طالما أن هذه الوسائل من الممكن أن يتبعها الدائن فإن كانت هذه الوسائل مفرطة ولا يستطيع الدائن تحملها فيجب ألا يكلف بها حيث لا يكلف الشخص بما لا يستطيع أن يحتمل وإلا كان ذلك ركوباً لمتن الشطط وتنكيلاً بحقوقه [22]. وهذا ما قضت به المحكمة العليا لدولة النمسا أن الدائن لا يكلف بإتباع أو إتخاذ وسائل من شأنها فرض مصاريف غير معقولة عليه [23]. وهذا ما بينته أيضاً المحكمة السويسرية حينما قضت بأن إدعاء البائع بالتعويض يمكن أن يتم تقليله إلى الحد الذي إتخذ فيه تدابير للتخفيف من الخسائر أو كان ينبغي أن يتخذ مثل هذه التدابير. وتنطوي هذه التدابير على إعادة بيع أو بيع الجهاز المباع على التوالي، إذا لم يكن هناك أي سوق لهذا النوع من آلة الإنتاج، لأنه كان فريداً من نوعه. وعلاوة على ذلك، تنطوي هذه التدابير أيضا على تجنب أي نفقات وتكاليف لا لزوم لها[24]. وفي حال إتخذ الدائن الوسائل المعقولة لتجنب وقوع الضرر أو لمنع تفاقمه فإنه يستحق المطالبة بالتعويض عن كامل الضرر الذي لحق به ويحق له أيضاً المطالبة بالنفقات المختلفة مثل تكاليف النقل والتخزين والإصلاح[25] شريطة أن تكون هذه النفقات قد أنفقت وفق المعقول [26]. وبثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لإنتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم إن لم يقم الدائن باتخاذ هذه الوسائل فليس له الحق بالمطالبة بالأضرار التي كان بالإمكان تجنبها أو منع تفاقمها. ولكن السؤال فيما إذا كان هناك أكثر من طريقة لتخفيف الضرر وإتبع الدائن إحداهما ولم يتبع الإخرى وتبين فيما بعد

---

[22] For more information see: Ole Lando & Hugh Beale eds., Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, Netherlands, 2000, p.p126-128.

[23] See: Supreme Court of Austria (Oberster Gerichtshof) 14 January 2002 [OGH 7ob 301/01t]. Case presentation including English translation available at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html. Visited on 25/08/2018.

[24] See: Commercial Court (Handelsgericht) St. Gallen 3 December 2002 [HG. 1999.82-HGK] case presentation including English translation available at http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html. Visited on 25/08/2018.

[25] Harvey McGregor, McGregor on Damages 19th Ed, Sweet & Maxwell Ltd, UK, 2014, PP 9-004- 9-006.

[26] John calamari, Joesph Perillo, the law of contract, west publishing, St. Paul, 1970, p. 614.

بأنه لو أتخذ الطريقة الأخرى لتم تخفيف الضرر بشكلٍ أكبر، ففي هذه الحالة هل يستحق تعويضاً كاملاً؟ نرى أن الإجابة على هذا التساؤل تكمن بتطبيق إختبار المعقولية فإن كان ما قام به الدائن يتخذ من قبل الشخص العادي حسن النية لو وضع بذات الظروف التي مر بها عد ما قام به تطبيقاً لهذه النظرية. وهذا ما قضت به محكمة الإستئناف البريطانية حيث بينت بأنه يحق للدائن المطالبة بالأضرار الإضافية الناتجة عن إتخاذ وسائل لتخفيف الضرر وإذا كان هناك وسيلتان لتخفيف الضرر وكلاهما يتسم بالمعقولية وكلاهما كان سيتبع من قبل الشخص متوسط الحيطة والحذر لو وضع موضع الدائن فلا يجوز إعتبار الدائن مخلاً بإلتزامه حين أختار إحداهما على الأخرى، ولو تبين فيما بعد بأن إحدى الوسيلتين كانتا أكثر نجاحاً من الأخرى[27].

المطلب الثاني

الفرق بين إلتزام الدائن بتخفيف الضرر وما يشبهه من نظريات مقيدة للتعويض

لقد تبنت الأنظمة القانونية عدة نظريات من شأنها أن تقيد المضرور في الحصول على كامل التعويض، ومن هذه النظريات؛ التزام الدائن بتخفيف الضرر ونظرية الخطأ المشترك. وإختلفت الأنظمة القانونية فيما بينها بطريقة تبني تلك النظريات؛ حيث إرتأت بعض الدول إعتبار كلاً من واجب الدائن في تخفيف الضرر والخطأ المشترك نظرية واحدة لا فرق بينهما [28]. في حين أن بعض الدول تفرق بين النظريتين وتجعل كلاً منهما نظرية مستقلة وقائمة بذاتها. لذلك لا بد لنا من إيضاح الفرق بين النظريتين ليتسنى لنا معرفة إن كانت تلك النظريات مختلفة فيما بينها أم أنهما يمثلان نظرية واحدة.

[27] See: GEBRUDER METELMANN G.m.b.H. & CO. K.G. v. N.B.R. (LONDON) LTD. [1984] 1 Lloyd's Rep. 614. Available at http://www.vanuatu.usp.ac.fj/courses/LA313_Commercial_Law/Cases/Gebruder_Metelmann_v_NBR.html. Visited on: 25/08/2018.

[28] Christophe André,Le fait du créancier contractuel, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2002, S. Reifergeste, Pour une obligation de minimiser le dommage, PUAM, 2002. P.55.

نظرية الخطأ المشترك [29]: تتناول هذه النظرية مدى مساهمة المضرور في إحداث الضرر وأثره على تقدير التعويض؛ فقد يحدث الضرر لسبب عائد للمضرور وفي هذه الحالة يتم النظر إلى ما قام به المضرور وتحديد أثره في وقوع الضرر [30]. فإن كان فعل المضرور هو السبب الوحيد والفعال لوقوع الضرر فيكون الدائن في هذه الحالة معفى من المسؤولية لإنقطاع الرابطة السببية [31]. ونرى أن مجلة الأحكام العدلية قد تبنت هذه النظرية حينما نصت في المادة (92) على أن "المباشر ضامن وإن لم يتعمد" ونصت المادة (93) على أن "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد". تنطبق الأحكام سابقة الذكر على المسؤولية المدنية بشقيها: العقدية والتقصيرية. حيث نرى أن هذه القواعد عامة ومطلقة وطالما أن المطلق يجري على إطلاقه مالم يرد دليلاً على تقيده وحيث أن هذه القواعد لم يرد ما يقيدها فإن تخصيصها للمسؤولية التقصيرية يعد من قبيل التخصيص بغير مخصص، وطالما أنه ليس ثمة دليل على تخصيص فإن ذلك يستتبع إنطباق هذه القواعد على المسؤولية المدنية بشقيها.

يتضح من نص المجلة، المذكور أعلاه، أن مجلة الأحكام العدلية تمييز ما بين الإضرار بالمباشرة والإضرار بالتسبب؛ حيث أن الإضرار بالمباشرة يكون ما أقدم عليه المباشر بالفعل هو من أدى إلى وقوع الضرر دون التوسط بينه وبين الضرر أي شيء آخر من شأنه قطع الرابطة السببية، فحينها يكون المباشر ضامناً للضرر الذي تولد عن فعله [32]. في حين، إن نشأ الضرر كنتيجة للفعل وليس من الفعل ذاته، ففي هذه الحالة يكون

---

[29] تجدر بنا الإشارة إلى أن نظرية الخطأ المشترك بموجب مجلة الأحكام العدلية تنطبق على المسؤولية المدنية بشقيها: التقصيرية والعقدية. كون أن المواد الناظمة لها جاءت مطلقة وبما أن المطلق يجري على إطلاقه فإن تخصيص نظرية الخطأ المشترك فقط لمعالجة المسؤولية التقصيرية يعد من قبيل التخصيص بغير مخصص. وتجدر بنا الإشارة أيضاً إلى أن هذا التوجه يتفق مع توجه القضاء الإنجليزي حيث قضى بأن نظرية الخطأ المشترك يمكن أن تكون كدفع يتمسك به المدعى عليه حينما يكون للمدعي دور في إيقاع الضرر وفي حال ثبوت مساهمة المدعي في إيقاع الضرر فإنه يتعين على المحكمة أن تقوم بإنقاص التعويض بمقدار مساهمته.

For more information see: Barclays Bank Plc v Fairclough Building Ltd & Ors 1995] QB 214, [1995] 1 All ER 289, [1994] EWCA Civ 3, [1994] 3 WLR 1057. Also see: the law commission, Contributory Negligence as a Defense in Contract, Crown, London, 1990, pp. 50-55.

[30] Ernest A. Turk, Comparative Negligence on the March 28 CHI.-KENT L. REV. 189 & 304 (1950). Available at: http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol28/iss3/1 . Date 25/08/2018.

[31] أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 339.

[32] أمين دواس، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، 2012، ص 41.

الإضرار بالتسبب كون أن الفعل إنصب على شيء ونتج الضرر عن شيء آخر فلم يترتب الضرر على الفعل وإنما ترتب على نتائجه، لذلك حتى يكون المتسبب ضامناً للضرر لابد أن يكون المتسبب متعدياً أو متعمداً لإحداث الضرر كون أن التسبب لا يعد علة بحد ذاتها موجبة للضمان، لذلك إشترطت المجلة أن يكون المتسبب متعدياً أو متعمداً بفعله حتى يعد مسؤولاً عن الضرر. وفي المقابل، جاءت المادة (90) من المجلة لتنص على أنه إن أجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم للمباشر لا للمتسبب، على إعتبار أن الحكم يضاف إلى علته لا إلى علة العلة، فإذا كان المضرور مباشراً في إحداث الضرر فلا ضمان على المتسبب. وفي حال أقدم المضرور على فعل كان له أثر في وقوع الضرر بحيث إشترك مع فعل المدين مؤدياً وإياه إلى وقوع الضرر ففي هذه الحالة يتم النظر إلى ما قام به المضرور لغايات تحديد مدى إستحقاق المضرور تعويضاً عن الضرر الذي لحق به [33]. وهذا ما بينته محكمة الاستئناف في غزة حينما قضت بأنه "يجوز للمحكمة إنقاص التعويض عن الضرر إلى القدر الذي تراه متفقاً مع العدالة والإنصاف اخذة في الاعتبار ما كان للمضرور من نصيب في إيقاع الضرر" [34]. وتجدر بنا الإشارة إلى أنه في حال اشترك كل من متسبب الضرر والمضرور في إحداث الضرر وكان كلاً منهما مباشر أو متسبب في إحداث الضرر فإن ذلك يجعل من الفعلين متكافئين، ويوزع التعويض بينهما بالتساوي. وقد يثار اللبس في فهم هذه النظرية مما يجعلها قريبة من نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر على إعتبار أن فعل المضرور في كلا النظريتين أساساً لتقييد حقه في التعويض والحصول على كامل التعويض عن الضرر الذي أصابه، حيث أن المضرور في نظرية الخطأ المشترك قد ساهم في وقوع الضرر عن

---

33 إن الأصل في توزيع المسؤولية المدنية يكون بناءً على جسامة الفعل المرتكب، فإذا لم يتمكن القاضي من تحديد ذلك، كانت المسؤولية بالتساوي. ويترتب على ذلك أنه يجب أن يكون توزيع المسؤولية متوافقاً مع الأخطاء المشتركة. وهذا ما قضت به محكمة نقض السورية في الحكم رقم 914/ أساس 1239، تاريخ 1997/8/26، سجلات محكمة النقض الغرفة الرابعة). وتوزيع المسؤولية على نحو يتوافق مع الأخطاء المشتركة أمر موضوعي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يستقل بذلك دون معقب بشرط أن يبين في حكمه عناصر الضرر والأسس التي اعتمد عليها في تحديد المسؤولية وتوزيعها من أجل أن تتمكن محكمة النقض من ممارسة رقابتها، والتأكد من سلامة توافق توزيع المسؤولية مع الأخطاء المشتركة. (نقض سوري، الغرفة الرابعة، قرار رقم 397/ أساس 1725، تاريخ 1992/3/9، مجلة المحامون، العددان 5 و6 لعام 1993، ص 485. وقرار الغرفة المدنية الثالثة رقم 752/ أساس 773، تاريخ 1994/3/19، مجلة المحامون، العددان 5 و6 لعام 1995.

34 أنظر إلى حكم محكمة الاستئناف المنعقدة في غزة في الدعوى الحقوقية رقم 126 لسنة 1997 الصادر بتاريخ 1998/3/14.

طريق فعله وهذا الفعل قد يكون إيجابي أو سلبي حسب مقتضى الحال، وطالما أن المضرور قد اشترك في إيقاع الضرر أو زيادته فإن ذلك يستتبع الأخذ بعين الاعتبار أثر فعله على وقوع الضرر ليصار إلى إحتساب التعويض. وبالرجوع إلى معالم نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر، فإن عدم إتخاذ الدائن الوسائل المعقولة لتجنب أو لتخفيف الضرر، قد يفسر على أن ما أقدم عليه الدائن يعد إهمالاً من قبله مشتركاً بفعله السلبي مع المدين في إيقاع أو زيادة الضرر. وأيضاً قد يثار الإبهام في فهم النظريتين وإعتبارهما نظرية واحدة خصوصاً وأن كلاً من النظريتين يتفقان من حيث الغايات الناظمة لهما[35] حيث أن الغاية من وراء تشريع واجب الدائن في تخفيف الضرر تكمن في تخفيف الأخطار المعنوية (Moral Hazard) والتي تعبر عن الحالة التي يكون فيها نزعة تجاه اتخاذ مخاطر لا داعي لها لأن من سيتخذ تلك المخاطر لن يدفع تكاليف الخسارة. لذلك جاءت نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر من أجل الحد من هذه الأخطار من خلال حرمان الدائن في الحصول على كامل التعويض عن الضرر الذي لحق به في حال فشل في إتخاذ الوسائل المعقولة من أجل تجنب الضرر الواقع عليه أو تخفيفه حسب مقتضى الحال [36]. وبذلك يكون المشرع قد شجع المتعاقدين على بذل الجهد المناسب وعدم إتخاذ موقف سلبي تجاه المتعاقد الآخر راكباً متن الشطط مرتكزاً على مبدأ التعويض الكامل

---

[35] تجدر بنا الإشارة إلى أن هذه الغايات قد أثارت نقاش بين الفقه والقضاء حول مدى إمكانية الاتفاق على إعفاء الدائن من اتخاذ وسائل من شأنها أن تخفف الضرر حين قيام المدين بالإخلال بالتزاماته التعاقدية. حيث قضت المحكمة العليا في ولاية تكساس الامريكية بأن البنود الواردة في عقد الايجار والتي تعفي المالك من المسؤولية مثل واجبه بتخفيف الضرر تعتبر باطلة وقد بررت المحكمة قرارها بناءً على الفعالية الاقتصادية والنظام العام حيث أن النظام العام يتطلب أن يمنع القانون الأشخاص الذين يتعرضوا إلى الخطاء من قبل الغير من أن يقفوا موقفاً سلبياً تجاه تلك الأخطاء والتي يكن تفاديها بجهدٍ معقول.

For more see: acqueline Sandler, Waiving the Duty to Mitigate in Commercial Leases, 5 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 647 (2014), http://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol5/iss2/8. Also see: Drutman Realty Co. v. Jindo Corp., 865 F. Supp. 1093, 1100 (S.D.N.Y. 1994).

وعلى خلاف ذلك التوجه؛ قضت محكمة استئناف ولاية كاليفورنيا الامريكية بأن شرط الاعفاء من واجب تخفيف الضرر لا يعد مخالفاً للنظام العام.

See: Sylva Shops L.P. v. Hibbard, 623 S.E.2d 785 (N.C. Ct. App. 2006).

وهذا ما أيده محكمة استئناف ولاية اوهايو الامريكية حينما توصلت بأن شرط الاعفاء من واجب الدائن بتخفيف الضرر هو شرط معتبر ولا يعتبر مخالفاً للنظام العام.

See: New Towne L.P. v. Pier 1 Imports (U.S.), Inc, 680 N.E.2d 644, 647 (Ohio Ct. App. 1996).

ونحن بدورنا نؤيد التوجه القائل بعدم جواز الاعفاء من واجب الدائن بتخفيف الضرر حيث اننا نرى أن واجب الدائن بتخفيف الضرر يعتبر من مظاهر مبدأ حسن النية والإخلال به يجعل تصرف المخل مخالفاً لمقتضيات مبدأ حسن النية ويندرج ضمن أحكام التعسف باستعمال الحق مما يجعل الاتفاق على الاعفاء من واجب الدائن بتخفيف الضرر هو بجوهره الاتفاق على الاعفاء من التقيد بمقتضيات مبدأ حسن النية لذلك نرى أنه لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من واجب الدائن بتخفيف الضرر.

[36] In this meaning see: William L. Prosser, Comparative Negligence, 51 MICH. L. REV. (1953), 465, 468-469.

للحصول على كامل التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية. وهذا ما بينته المحكمة العليا الأمريكية حينما قضت بأنه إذا كان من الممكن للمتعاقد أن يحمي نفسه من خسارة ناشئة عن إخلال عقدي، عن طريق إتباع جهد معقول، وفشل في القيام بكل ما يلزم لإتباع الجهد المعقول لتخفيف أو تفادي الضرر فإنه يكون قد أخل بواجبه الاجتماعي المتمثل بمنع الإضرار بالغير والذي يترتب عليها مساءلة معنوية في كثير من الأحيان، إن لم تكن مسؤولية قانونية. لذلك فإن القانون لن يسمح للدائن بإلقاء الخسارة من نفسه على شخص آخر"[37]. بالإضافة إلى ما سبق نرى أن من بين غايات واجب الدائن في تخفيف الضرر هو وقف هدر الموارد الإقتصادية كون أن هذه لنظرية تهدف إلى منع الدائن من إتخاذ موقف من شأنه أن يفاقم الأضرار [38]. وهذا ما بينته محكمة الإستئناف الأمريكية حينما قضت بأن إكمال الأعمال الإنشائية في الجسر على الرغم من قيام الدولة بإلغاء قرارها ببناء الطريق الذي سوف يرتبط به الجسر يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمدعى عليه دون أي منفعة للمدعي وإن إستكمال هذه الأعمال من شأنها أن تؤدي أيضاً إلى إهدار الموارد المادية المستخدمة في البناء والتصنيع أيضاً إلى إهدار الوقت الذي بذله العمال لإنجاز هذا العمل والذي كان من الممكن أن يتم إستغلاله بشكل أفضل لمشاريع أخرى. وعليه فإنه وبعد إخلال المدين بإلتزاماته التعاقدية إخلالاً جسيماً لا يبرر للدائن الإستمرار في تنفيذ إلتزاماته للحصول على التعويض الكامل حيث أن هذا الأخير ملزم بتخفيف الأضرار عن نفسه وذلك بوقف هدر موارده الاقتصادية والبشرية [39]. وهذا ما ينطبق على مسألة الخطأ المشترك حيث تم تبرير هذه النظرية على أساس التضامن والتعاون بين أفراد المجتمع فيجب أن يمتنع الفرد عن التصرف بطريقة قد تعرض الآخرين للمسؤولية القانونية عن الضرر في المستقبل والتي كان من الممكن تجنبها

[37] See: Miller, Warden of the State Prison v. The Tr. Of the Mariner's Church, 7 Me. 51, 55 (1830).

[38] See: Clark v. Marsiglia, 1 Denio 317, 318 (N.Y. 1845) "the plaintiff had no right, by obstinately persisting in the work, to make the penalty upon the defendant greater than it would otherwise have been".

[39] See: Rockingham County v. Luten Bridge Co. Circuit Court of Appeals, Fourth Circuit 35 F.2d 301 (1929).

دون أي مشقة تذكر. وعلى الرغم من التشابه بين النظريتين إلا أن الفرق بينهما يكمن بأن واجب الدائن في تخفيف الضرر يعد التزاما مدنياً يلتزم بموجبه الدائن باتخاذ الوسائل الضرورية والملائمة من أجل تفادي وقوع الضرر أو التقليل منه وفي حال فشل الدائن في إتخاذ هذه الوسائل فإنه وهذه الحالة يفقد حقه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها لو نفذ إلتزامه بتخفيف الضرر. في المقابل، فإن نظرية الخطأ المشترك لا تعد واجباً مدنياً وإنما نظرية قائمة على الخطأ (Fault–based doctrine) بحيث تؤدي هذه النظرية إلى تقييد حق المضرور في الحصول على كامل التعويض عن الضرر الذي لحق به أخذاً بعين الاعتبار فعل المضرور وأثره في وقوع الضرر. وفي هذا المعنى قضت محكمة الاستئناف البريطانية بأن نظرية الخطأ المشترك تطبق حينما يكون من المعقول أن يتنبأ الشخص بأنه لم يتصرف بمعقولية وأنه بتصرفه من الممكن أن يعرض نفسه للخطر أخذاً بعين الإعتبار بأنه من الممكن أن يتسبب الآخرين له بالضرر [40]. ونرى أن كلاً من النظريتين لها دور وظيفي مختلف في توزيع المسؤولية عن التعويض [41]؛ حيث أنه وبموجب نظرية الخطأ المشترك فإن المسؤولية تتوزع ما بين الدائن والمدين كل حسب مساهمته في وقوع الضرر. في حين، نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر يفقد الدائن حقه في التعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها ولم يتجنبها [42]. بالإضافة إلى ما سبق ذكره، نرى أن الفرق بين النظريتين يكمن بتوقع الدائن؛ حيث يتوقع الدائن في الخطأ المشترك قيام المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية وليس الإخلال بها. في المقابل، فإنه بموجب واجب الدائن في تخفيف الضرر يتصرف الدائن بناءً على قيام المدين بالإخلال بالتزاماته التعاقدية، أو بعد التوقع بأن المدين سوف يخل بإلتزاماته التعاقدية. بالإضافة إلى أن كلاً من النظريتين يختلفان في نطاق

[40] See: Jones v Livox Quarries [1952] 2 QB 608; [1952] 1 TLR 1377; (1952) 96 SJ 344.

[41] In this meaning see: Yehuda Adar, Comparative Negligence and mitigation of damages: two sister doctrines in search of reunion, 2011, p.21. Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2078874. Date 25/08/2018.

[42] For more see: DAN B. DOBBS, Torts and Compensation: Personal Accountability and Social Responsibility for Injury (American Casebook Series, West Group, Minnesota, 1993, pp. 806-807.

التعويض حيث يعوض الدائن عن الاضرار التي تجنبها بالإضافة إلى المصاريف التي أنفقها في سبيل تخفيف الضرر طالما كانت تندرج ضمن إطار المعقولية. في حين، أن هذه المصاريف ليس من الضروري أن يتم تعويض المضرور عنها بموجب نظرية الخطأ المشترك [43]. هدياً بما تقدم ذكره، يتبين لنا بأنه على الرغم من التشابه بين النظريتين والذي قد يؤدي إلى إثارة اللبس والإبهام لدى البعض مؤدياً إلى الاعتقاد بأن النظريتين يمثلان نظرية واحدة ولا فرق بينهما إلا أننا نرى بأن نظرية الخطأ المشترك تختلف في جوهرها ومضمونها عن نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر. فكلا النظرتين تختلفان في نطاقهما ووظيفتهما عن الأخرى مما يخلق لكل منهما كياناً مستقلاً، كما سبق بيانه.

المبحث الثاني

الأساس القانوني لواجب الدائن بتخفيف الضرر

يعد واجب الدائن في تخفيف الضرر من المبادئ الأساسية الناظمة لمسألة التعويض في العديد من الانظمة القانونية وخاصة الدولية منها. وعلى الرغم من الإهتمام الذي حظيت بهِ هذه النظرية على مستوى القوانين المحلية والقوانين الدولية إلا أنها لم تقنن في العديد من الأنظمة القانونية، مثل النظامين الفلسطيني والفرنسي، كما سبقت الإشارة، حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية الإعتراف بتبني القانون المدني الفرنسي لنظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر ليثور تساؤل حول الأساس القانوني الناظم لهذه النظرية فهل يستدل على وجود نظرية تخفيف الضرر من خلال وجود نص قانوني ينظم وجودها أم أن المبادئ العامة المتمثلة بحسن النية والعلاقة السببية كافي للإستدلال على تبني الأنظمة القانونية لهذه النظرية. وعليه نتناول مبدأ حسن النية والتعسف في إستعمال الحق كأساس لواجب الدائن في تخفيف الضرر وذلك في المطلب الأول. أما في المطلب الثاني فسنتناول العلاقة السببية كأساس للنظرية.

[43] For more in this meaning see: OMRI BEN-SHAHAR and ARIEL PORAT, FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW, Cambridge University Press, USA, 2010, p.241.
Available at: http://www.beck-shop.de/fachbuch/inhaltsverzeichnis/9781107612846_TOC_001.pdf date oooo

المطلب الأول

حسن النية والتعسف بإستعمال الحق كأساس لواجب الدائن بتخفيف الضرر

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القانون بوجه عام، وفي القانون المدني بوجه خاص. وقد حرصت التشريعات على مراعاة هذا المبدأ والتقيد به في جميع مراحل التعاقد، ويطبقه القضاء دون الحاجة لنص صريح في القانون، ويلزم الاطراف بإتباعه [44].

يعرف مبدأ حسن النية فقهاً بأنه التصرف العادل في تنفيذ العقد دون محاولة خداع الطرف الآخر في العقد، وتم تعريفه أيضاً بأنه الوسيلة التي يستطيع من خلالها القاضي الوطني التدخل لإقامة التوازن العقدي بين الاطراف المتعاقدة [45]. وتم تعريفه أيضاً بأنه "التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن" [46]. وتم تعريف مبدأ حسن النية أيضاً على أنه صدق المتعاقد ومراعاة المعاير التجارية المعقولة في التعامل مع المتعاقد الاخر [47]. وبإستقراء التعاريف سالفة البيان نتوصل إلى أن مبدأ حسن النية يقوم على عدة معايير، من أهمها: التعامل وفق مبدأ المعقولية مع المتعاقد الأخر، ومراعاة مصالح هذا الأخير. ولما كان التعامل بمعقولية أحد معايير مبدأ حسن النية، فإن أخل أحد أطراف التعاقد بمراعاة مبدأ المعقولية فإنه يكون قد أخل بمبدأ حسن النية. وفي هذا المعنى

---

[44] As per New York court of appeal in case Kirk Lashelle Co. v. Paul Armstrong Co, 199 N.E. 163 (N.Y. Ct. App. 1933). Which stated "In every contract there is an implied covenant that neither party shall do anything which will have the effect of destroying or injuring the right of the other party to receive the fruits of the contract. Which means that in every contract there exists an implied covenant of good faith and fair dealing".

[45] Steven J. Burton, Principles of Contract Law, St. Paul, MN: West Group, 2001, p.445.

[46] See: M Schillig, Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms, 33-3 European Law Review Journal 337 (2008). P J Powers, Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods, 18 Journal of law and Commerce 52 (1999). M Dean, Unfair Contract Terms: The European Approach, 56-4 Modern law Review 585 (1993). E M Weitzenbock, Good faith and Fair Dealing in Contracts Formed and Performed by Electronic Agent, 12 Artificial Intelligence and Law 83 (2004).

[47] Allan Farnsworth, "Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code," University of Chicago Law Review: Vol. 30: Is. 4, Article 3, 1963.

قضت المحكمة العليا في النمسا بأنه "تعد التدابير المتخذة لتقليل الضرر معقولة إذا كان من الممكن توقعها كسلوك لشخص متوسط الحيطة والحذر يتعامل بحسن نية في ذات الظروف التي وضع بها المدعي" [48]. وبناءً عليه، نرى أن مبدأ المعقولية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ حسن النية، بل ويشكل جزءا من مفهومه. لذلك فإن السؤال الذي يثار في هذا المقام هل يمكن اعتبار مبدأ حسن النية واحداً من الأسس التي ينبني عليها واجب الدائن في تخفيف الضرر؟ نرى أن واجب الدائن في تخفيف الضرر يقوم على إتخاذ الدائن الوسائل والتدابير المعقولة من أجل تخفيف الضرر أو تفاديه حسب مقتضى الحال [49] وطالما أن مبدأ المعقولية يشكل أساساً لمفهوم مبدأ حسن النية فإن ذلك بحكم اللزوم الحتمي والمنطق القانوني التبعي فإن مبدأ حسن النية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بواجب الدائن في تخفيف الضرر ويشكل أساساً له [50]. وهذا ما بينته محكمة الإستئناف المنعقدة في ولاية لويزيانا الأمريكية حينما قضت بأنه كان على المدعين أن يقوموا بممارسة العناية المعقولة والرعاية الإعتيادية للحد من الأضرار الناتجة عن الضعف الحاصل في شبكة الصرف الصحي. مع الإشارة بأنه لا يشترط على المدعي المضرور أن ينفق مبالغ كبيرة من أمواله الخاصة أو يتكبد مخاطر كبيرة لتفادي تبعات سلوك المدعى عليه، ولكن يجب أن يستخدم حسن النية والنزاهة في التعامل بمجرد وقوع الضرر وإلا كان سلوكه مناقضاً لمقتضيات مبدأ حسن النية ومخلاً بواجبه في تخفيف الضرر [51]. وهذا ما أكدت عليه ذات المحكمة في حكم أخر لها حينما قضت بأن نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر تفرض على المتضرر واجب ممارسة العناية الواجبة

[48] See: Austria, 6 February 1996, Supreme Court (propane case), Case No: 10 Ob 518/95, 06.02.1996. Available at: http://www.unilex.info/case.cfm?id=202. Visited on: 25/08/2018.

[49] For more information see: Watts v Rake (1960) 108 CLR 158. In determining the scope of 'Reasonable' the court may consider the circumstances involved in the specific contract: Banco de Portugal v Waterloo & Sons Ltd [1932] AC 452, 505-506 (Lord Macmillian).

[50] Berdal Edouard, 'obligation de limiter son préjudice en matière contractuelle: mise en perspective des droits anglais, belge et français, Master [120] en droit en Faculté de droit et de criminology, 2015, p.25.

[51] Court of Appeal of Louisiana, CAMPBELL v. LOUISIANA INTRASTATE GAS CORP, 528 So.2d 626 (1988).

والاعتيادية من أجل تقليل أضراره بعد وقوع الضرر. فالرعاية والعناية المطلوبة لهما هي نفسها التي سيستخدمها الشخص متوسط الحيطة والحذر. ولا يحتاج المتضرر إلى بذل جهود إستثنائية أو القيام بما هو غير معقول أو غير عملي في جهوده للحد من الأضرار، لكن جهوده لتقليل الأضرار يجب أن تكون معقولة ومتفقة مع قواعد حسن النية والتعامل العادل [52].

من جانب آخر فإن مبدأ حسن النية يفرض على المتعاقد أن يتخذ موقفاً إيجابياً في تنفيذ إلتزامه إذا يستلزم حسن النية واجب التعاون فيما بين المتعاقدين [53] ذلك لأن العقود ليست مجرد نتيجة للتوفيق بين إرادتين متعارضتين تعبران عن مصالح متعارضة، وإنما يجب أن ينظر إليها على أنها الوسيلة القانونية للتعاون بين الطرفين فواجب التعاون فرضه مبدأ حسن النية كالتزام أصيل [54]. ونرى أن واجب التعاون بين أطراف التعاقد يرمي إلى إيجاد نوعاً من التوافق والتعايش بين المصالح الإقتصادية المتعارضة لأطراف العقد مما يؤدي إلى إحترام روح العقد. وهذا ما قضت به محكمة إستئناف البارغواي بأن "واجب التعاون مستمد من واجب الإلتزام بحسن النية في جميع العلاقات التعاقدية"[55]. وفي السياق ذاته، قضت محكمة إستئناف أستراليا بأن مبدأ حسن النية يفرض إلتزاما على الأطراف بالتعاون المشترك فيما بينهم من أجل تحقيق أهداف ومضمون العقد [56]. وهذا أيضا ما أكدته المحكمة العليا في فيكتوريا حينما رأت أن واجب التعاون يفرض على الأطراف التصرف وفقاً لهدف التعاقد

---

[52] Court of Appeal of Louisiana, Aultman v. Rinicker, 416 So. 2d 641, (1982). For more in this meaning kindly see: Unverzagt v. Young Builders, Inc., supra; Pelloquin v. Missouri Pacific Railroad Company, 216 So.2d 686 (La.App. 3 Cir., 1969). Keating v. Boyce Machinery Corp., 196 So.2d 623 (La.App. 1 Cir., 1967); Alex W. Rothschild & Co. v. Lynch, (171 La. 114, 129 So. 725, 1930).

[53] Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp (eds), Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Oxford: Oxford University Press, 2009, p.543.

[54] حسام الدين كامل الاهواني، مصدر الالتزام، المصادر الارادية، دار النهضة العربية، 1991، ص210.

[55] Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Ramon Duarte Torres v. José Manuel Acevedo Oviedo y otro, Case No 11789, 05.06.2013. Available at: http://www.unilex.info/case.cfm?id=1692. Visited on 25/11/2018.

[56] Supreme Court of Western Australia - Court of Appeal, Central Exchange Ltd v Anaconda Nickel Ltd, Case No FUL 100 of 2001, 23.04.2002. Available at : http://www.unilex.info/case.cfm?id=1134. Visited on 25/11/2018.

وبواعثه، فكل طرف يجب أن يمتثل لشروط العقد وللهدف الذي سعى الأطراف إلى تحقيقه من جراء التعاقد [57].وقد قررت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة والصناعة في الإتحاد الروسي بأن إدعاء المدعى عليه بعدم دفع الثمن لأن المدعي لم يرسل له الفواتير الأصلية، إدعاء غير مقبول؛ على إعتبار أنه كان يمكنه بسهولة أن يطلب من المدعي إرسالها له، أو أن يقوم بالدفع بناء على صورها، وحيث أنه لم يفعل، فيعتبر بذلك مخلاً بواجبه المتمثل بمراعاة حسن النية وأمانة التعامل وواجبه بالتعاون مع المدعي"[58].

تجدر الإشارة إلى أنه تم تقنين واجب التعاون في عدد من الأنظمة القانونية ومنها قانون العقود الأوروبي حيث نصت المادة (202:1) منه على أنه "يدين كل طرف إلى الآخر بواجب التعاون من أجل التنفيذ الكامل للعقد". وقد ألزمت أيضاً المادة (5.1.3) من مبادئ اليونيدروا أطراف التعاقد التعاون فيما بينهم وذلك حينما نصت على أنه "يلتزم كل طرف بالتعاون مع الطرف الآخر، كلما كان هذا التعاون متوقعاً بشكل معقول عند تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته"[59]. ونرى بأن واجب التعاون بين الأطراف يفرض على كل طرف إلتزام سلبي يتمثل بالإمتناع عن عرقلة جهود الطرف الآخر في تنفيذ التزامه، وكذلك إلتزام إيجابي يتمثل بواجب كل طرف بالمشاركة في إتخاذ الوسائل اللازمة، إذا كانت هذه الوسائل مطلوبة لتمكين أو تسهيل أداء الطرف الآخر لالتزاماته التعاقدية. إذ يتعين على أطراف التعاقد أن يقوموا بتنسيق جهودهم بشكل معقول لتنفيذ التزاماتهم التعاقدية [60]. وعليه نرى أن واجب التعاون مرتبط بتحقيق أهداف العقد، وهذا يعني بأن المتعاقدين يجب أن يكنوا

---

[57] Forklift Engineering Australia Pty Ltd v Powerlift (Nissan) Pty Ltd. Available at: https://jade.io/article/73719. Visited on 25/11/2018.

[58] أنظر إلى: محمود دودين، يوسف شندي وأخرون، شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية (2010) -الجزء الأول- منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017، ص 287.

[59] In this meaning see: International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Joseph Charles Lemire v. Ukraine, Case No ARB(AF)/98/1, 20.03.2000. Available at: http://www.unilex.info/case.cfm?id=962. Visited on 25/11/2018.

[60] For more see: Evaldas Klimas,The Duty to Co-operate in Construction Contracts – an International Review, Vilnius University, Law Faculty, International Journal of Law in the Built Environment, Vol. 3 Issue: 1, 2011.

نوعاً من الولاء للعقد (loyalty to the contract) أو ولاء للإلتزام التعاقدي. فالعقد يفرض التزاماً على كلا المتعاقدين بالقيام بكل ما هو ضروري ومعقول لتنفيذ الإلتزامات المنبثقة عن العلاقة العقدية [61]، وهذا هو المعنى الأساسي لمبدأ حسن النية [62]. ونرى بأن واجب التعاون يرتبط إرتباط وثيق بواجب الدائن بتخفيف الضرر حيث أن العقد ليس مجرد نقطة التقاء للمصالح المتضاربة بل يجب أن ينظر إليه، إلى حد ما، على أنه مشروع مشترك يجب على كل طرف أن يتعاون مع الطراف الآخر لتحقيق الغاية المرجوة من التعاقد. ذلك أن واجب التعاون يعتبر من مظاهر مبدأ حسن النية والذي من خلاله يتعاون كل من الدائن والمدين على تحقيق أهداف العقد والغاية المرجوة من إبرامه، لذلك إن قام المدين بالإخلال بإلتزامه فيجب على الدائن أن يتعاون معه لتخفيف الضرر أو تجنبه، وفق مقتضى الحال، والتصرف بخلاف ذلك يشكل إخلالاً بمقتضيات حسن النية وواجب التعاون بين أطراف العقد. وقد أشار التعليق الرسمي لمبادئ اليونيدروا بأن مبدأ التعاون يرتبط بوضوح مع مبدأ حسن النية والتعامل العادل، وكذلك يرتبط بواجب الدائن بتخفيف الضرر[63]. وقد أكد جانب من الفقه هذا التوجه حينما بين بأن "واجب تخفيف الضرر يعتبر من المبادئ العامة في التعويض، كما يعتبر أيضاً شكلا من أشكال واجب التعاون بين أطراف العقد. إذ بموجب واجب الولاء، يجب على أطراف التعاقد اتخاذ وسائل معقولة من أجل منع تحقق الأضرار أو من أجل التخفيف من وتيرتها؛ وذلك من أجل تحقيق الغاية والهدف من وراء التعاقد، والإخلال بذلك يعتبر إخلالاً بمقتضيات حسن النية في التعامل"[64]. وتجدر بنا الإشارة أيضاً على

---

[61] Secured income real estate (AUST) LIMITED V. ST Martin Investment PTY LTD (1979) 144 CLR 597.

[62] For more see: HK Lucke 'Good Faith and Contractual Performance' in PD Finn (ed) Essays on Contract (Sydney: Law Book Co, 1987) 161-164.

[63] International Institute for the Unification of Private law, Unidroit Principles of international commercial contract, Unidroit, Rome, 2010. Available at: https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf. Visited on 30/11/2018.

[64] Samuli Kulmala, The duty of loyalty in Nordic law, Master's thesis, University of Helsinki Faculty of law, 2014, p52. Available at: https://helda.helsinki.fi/bitstream. Visited on 25/11/2018.

أنه ينبثق عن واجب التعاون التزامات مستمرة بين طرفي العقد تتمثل بتبادل المعلومات والإدلاء بالبيانات اللازمة لتنفيذ العقد ولتجنب الأطراف الأضرار الناجمة عن تنفيذه حيث أن الدائن إن لم يمتلك المعلومات الكافية والجوهرية من أجل تقييم الموقف تمهيداً لإتخاذ الوسائل المناسبة لتخفيف الضرر، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى فشل الدائن بتخفيف الضرر. حيث أن التصرف بناءً على نقص المعلومات قد يتسبب بإستخدام وسائل غير معقولة لتخفيف الضرر. في المقابل، حينما يتاح للدائن الوصول إلى المعلومات اللازمة فإن ذلك سوف يتيح للدائن استخدام الوسيلة الأكثر فعالية لتخفيف الضرر. ومثال على ذلك؛ في حال تم عقد إتفاقية بيع جهاز ضاغط (Compressor) بين بائع ومشتري واخل البائع بتسليم المبيع للمشتري بالوقت المحدد؛ فإن لم يقم المشتري بإعلام البائع بأنه سوف يكون راضياً إن قام البائع بتوفير ضاغط مُعاد تجديده (Refurbished Compressor) فإن ذلك سوف يفقد الدائن فرصة شراء البديل المعاد تجديده بسعر أرخص وقد يتخذ الدائن وسائل أخر كأن يوفر مبيع جديد بسعر أغلى، وبذلك يكون قد يفشل بتخفيف الضرر وتكون عواقب جهوده أسوء من الحالة التي سوف يكون عليها لو إمتلك المعلومة المناسبة والجوهرية بالوقت المناسب[65].

وجريا على ما تقدم ذكره، فإن ثبوت إخلال الدائن بواجبه في تخفيف الضرر يعني إخلاله بمقتضيات مبدأ حسن النية، ما يمنح القاضي صلاحية التدخل لإقامة التوازن العقدي بين أطراف العلاقة.

وتجدر بنا الإشارة إلى أنه ليس من الضروري ورود مبدأ حسن النية ضمن النصوص القانونية، فعدم ورود النص صراحة حول مراعاة حسن النية في إبرام العقود لا يسد الباب أمام القضاء في البحث والتقصي حول وجوده [66]. ونرى أن هذا ينطبق على نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر حيث يستطيع القاضي إعمال هذه النظرية بالإستناد على مبدأ حسن النية ولو لم يوجد نصاً قانونياً ينظم هذه النظرية.

---

[65] For more see: Charles J. Goetz & Robert E. Scott, The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation, 69 Va. L. Rev. 967, 1983.

[66] شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، دار دجلة، عمان، 2008، ص86 .

لذلك لا نتفق مع توجه محكمة النقض الفرنسية بعدم تبنيها نظرية تخفيف الضرر وذلك حينما قضت بأن المتسبب بالضرر يجب أن يعوض المضرور وفق مبدأ التعويض الكامل عن الضرر بغض النظر عن فشل المضرور بإتخاذ وسائل معقولة لتخفيف الضرر كون أنه ليس مجبراً بها [67]. وهذا ما قضت به المحكمة في قضية أخرى تتلخص وقائعها بإصابة مالك مخبز بحادث سيارة كان المدعى عليه مسؤولاً عنه. ونتيجة لإصاباته، لم يتمكن المصاب من مواصلة إدارة أعمال المخبز والذي بقي مغلقاً لفترة طويلة خسر خلالها الكثير من الأرباح وتضررت الآلات الموجودة في المصنع كنتيجة لعدم الإستعمال. فقضت محكمة إستئناف الأميان الفرنسية بعدم إستحقاق المصاب تعويضاً عن إنخفاض قيمة العمل وخسارة فرصة الإستمرار في العمل على أساس أنه كان من الضروري تعيين مدير مؤقت خلال غيابه لمباشرة العمل، وقد سببت المحكمة قرارها بأن الأضرار لم تنتج عن الحادث وإنما نتجت عن فشل المصاب بالعثور على وسائل بديلة لإدارة المخبز [68]. إلا أن الدائرة الثانية لمحكمة النقض الفرنسية قضت بأن المتسبب بالضرر عليه أن يعوض المضرور بكافة الاضرار التي لحقت به جراء الحادث وأن المضرور لا يقع عليه أي التزام بتخفيف الضرر [69].

يتضح من خلال إستقراء الأحكام سالفة البيان، بأن محكمة النقض تستند على نص المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه كل فعل من أي نوع كان من شأنه أن يسبب ضرراً للغير يلزم فاعله بالتعويض. وترى المحكمة أن المسؤولية تنبني على ثلاثة أركان: الخطأ، والضرر والعلاقة السببية، وحينما يقع الضرر فإن المحكمة تكون ملزمة بتطبيق مبدأ التعويض الكامل والذي بموجبه تقوم المحكمة بتعويض المضرور

---

[67] Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 2 juillet 2014, 13-17.599, Publié au bulletin. Available at: https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029194036&fastReqId=658334604&fastPos=1. Visited on 25/08/2018.

[68] Court of Appeal of Amiens, Chambre civile, 4 Nov 1999. Reference is made in Solène Le Pautremat, Mitigation of Damage: A French Perspective, the International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, No. 1 (Jan. 2006), p. 208.

[69] Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 juin 2003, 00-22.302, Publié au bulletin. Available at: https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007047923. Visited on 25/08/2018.

عن كامل الضرر الذي لحق به، لذلك تستبعد أي أمر يؤدي إلى تقييد حق المضرور في الحصول على كامل التعويض. ومن ناحية أخرى، تستند محكمة النقض الفرنسية على عدم وجود نص في القانون المدني يتبنى مسألة واجب الدائن في تخفيف الضرر، فبرر قضاء محكمة النقض الفرنسية بأن المشرع لو أراد شيئاً لقال، وإذا أبى سكت، وطالما أنه لم ينص على في مواده على ضرورة قيام الدائن بتخفيف الضرر فإن دل ذلك لا يدل إلا على رغبة المشرع بعدم تبني تلك النظرية.

إلا أننا لا نتفق مع توجه محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد؛ على إعتبار أن عدم وجود نص ينظم واجب الدائن في تخفيف الضرر لا يبرر عدم تبنيها ولا يسد الباب أمام القضاء في البحث والتقصي حول وجودها فعلاً خصوصاً وأن هذه النظرية تجد أساسها في مبدأ حسن النية والتي قامت محكمة النقض الفرنسية بالتوسع في تفسير المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي والتي تتناول مبدأ حسن النية ليشمل المرحلة السابقة للتعاقد على الرغم من أن نص المادة سالف البيان يقتصر على مرحلة تكوين العقد وتنفيذه. ومن ناحية أخرى نرى أن المشرع الفرنسي قد تبنى هذه النظرية ضمنياً وذلك بتبنيه مبدأ حسن النية والذي يفرض واجب على المتعاقدين أن يقوموا بالتعاون وأن يراعوا مصالح بعضهم أثناء التعامل مما يقضي على المتعاقد أن يقوم باتخاذ الوسائل الضرورية واللازمة لتخفيف الضرر الواقع من المتعاقد الآخر تنفيذاً لمقتضيات مبدأ حسن النية.

ومن ناحية أخرى نرى أن مبدأ التعويض الكامل لا يتعارض مع واجب الدائن في تخفيف الضرر، وإن تقييد حق المضرور في الحصول على كامل التعويض لا يعد إخلالاً بمبدأ التعويض الكامل، على إعتبار أن حق المضرور في الحصول على كامل التعويض مرتبط بمبدأ حسن النية، فإن كان المضرور قد خالف مقتضيات مبدأ حسن النية فلا يستحق كامل التعويض عما أصابه من ضرر [70]. وهذا ما ينطبق على نظرية واجب الدائن

[70] Braesch v. Union Ins. Co., 237 Neb. 44, 59, 464 N.W.2d 769, 778 (1991). For more kindly see: Steven B. Fillman, Braesch v. Union Insurance Co., 237 Neb. 44, 464 N.W.2d 769 (1991) Policy Rationales of the Bad Faith Cause of Action and Implications to Non-Insurance Commercial Contracts, 72 Neb. L. Rev. (1993).

في تخفيف الضرر حيث أن الدائن إن لم يقم بإتخاذ الوسائل المعقولة لتخفيف الضرر فإنه يكون قد خالف مقتضيات مبدأ حسن النية وحينها لا يستحق تعويضاً عن كامل الضرر بل يعوض عن الأضرار التي لا يمكن تلافيها بإتخاذ الوسائل المعقولة التي يتخذها الشخص حسن النية لو وضع في ذات الظروف التي كان بها الدائن.

يستند بعض الشراح الذين تناولوا نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر في كتاباتهم للإستدلال على رفض محكمة النقض الفرنسية الإعتراف بهذه النظرية[71] إلى قضية تتلخص وقائعها بوقوع حادث سير تسبب بأضرار معنوية للمتضرر ونتيجة لذلك طالب المتضرر بتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق به نتيجة للحادث وقد تمسك المدعى عليه بأن المدعي لم يتبع نصائح الأطباء بضرورة البدء بالعلاج النفسي وحيث أنه لم يقم بذلك وتفاقمت حالته الطبية فإنه يكون قد ما أقدم عليه المضرور يشكل خطأ يؤدي إلى إنقاص مقدار التعويض، وقد أيدت محكمة إستئناف بورجيس توجه المدعى عليه حينما قضت بإستحقاق المصاب تعويضاً جزئياً على أساس أغفاله وعدم إتباعه نصائح الأطباء والتي لو أخذ بها لتحسنت حالته الطبية، وبالتالي فإن المضرور يستحق تعويضاً جزئياً لإخلاله بواجبه بتخفيف الضرر[72]. إلا أن الدائرة الثانية لمحكمة النقض الفرنسية نقضت القرار وقررت

---

71 أنظر إلى: رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017، ص 397. وأيضاً أنظر إلى: ظافر جبارة، عماد سلمان، واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية العقدية وكيفية إعماله، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد 12، 2016، ص11. وأنظر في الكتابات الأجنبية إلى:

Solène Le Pautremat, Mitigation of Damage: A French Perspective, the International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, No. 1 (Jan. 2006), p. 208. Available at: https://www.jstor.org/stable/3663317. Visited on: 25/08/2018. In addition, see: Pierre-Louis Merer, The dawn of a duty to mitigate damages in French law, 2018. Available at: https://www.shipownersclub.com/media/2018/07/The-dawn-of-a-duty-to-mitigate-in-French-Law.pdf. Visited on: 27/8/2018.

72 Solène Le Pautremat, Mitigation of Damage: A French Perspective, the International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, No. 1 (Jan. 2006), p. 208. Available at: https://www.jstor.org/stable/3663317. Visited on: 25/08/2018.

بأن المتسبب بالضرر يجب عليه أن يعوض المضرور عن جميع الأضرار التي لحقت به وأن المضرور لا يقع عليه إي إلتزام من أجل متابعة علاجه لدى أطباء نفسيين ورفضه لتوصية الأطباء لا يشكل خطأ [73].

نرى بأن هذا التوجه قد جانب الصواب حيث أن وقائع القضية لا تتناول نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر حيث ما أقدم عليه المضرور لا يندرج ضمن فشل الدائن بتخفيف الضرر بل يندرج ضمن نظرية مشابه لهذه النظرية ألا وهي نظرية الخطأ المشترك حيث يتم النظر إلى فعل المتضرر ويتم تقدير أثره في وقوع الضرر على النحو التي تمت اليه الإشارة سابقاً. وفي ذات المقام نرى أن هذا الحكم مخالف لتوجهات محكمة النقض الفرنسية حيث أن القضاء الفرنسي لا يشترط أن يشكل فعل المتضرر خطأ بل يكفي أن يكون ما أقدم عليه المضرور مخالف لمجرى العادي للأمور ليتم إعمال أثر مساهمة المضرور في وقوع الضرر من أجل قياس قيمة التعويض[74]. وعليه نرى أن محكمة النقض الفرنسية قد جانبت الصواب في أحكامها التي رفضت من خلالها الإعتراف بوجود نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر حيث أن هذه النظرية وإن لم يتم تنظيمها بنصوص خاصة توضحها وتزيل اللبس عنها إلا أن هناك عدة مبادئ من خلالها تفرض على الدائن التزام بتخفيف الضرر كمبدأ حسن النية والعلاقة السببية كما سيتم بيانه لاحقاً. ومن تارة أخرى فإن محكمة النقض الفرنسية قد تبنت في محاور أخرى نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر حينما أخذت بعين الاعتبار فشل المدعي باتخاذ وسائل معقولة لتخفيف الضرر حينما قامت بإحتساب التعويض [75]. وطالما أن النظام القضائي الفرنسي يتبع النظرية اللاتينية

---

[73] Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 juin 2003, 01-13.289, Publié au bulletin. Available at: https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007047801. Visited on: 25/08/2018.

[74] للمزيد أنظر إلى: عدنان السرحان، حمدي نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية " الالتزامات"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 450.

[75] See: Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 24 novembre 2011, 10-25.635, Publié au bulletin. Pierre-Louis Merer, The dawn of a duty to mitigate damages in French law, 2018. Available at: https://www.shipownersclub.com/media/2018/07/The-dawn-of-a-duty-to-mitigate-in-French-Law.pdf. Visited on: 27/8/2018.

وليس النظرية الأنجلو سكسونية فلا يصح الاعتماد على أحكام محكمة النقض كأساس لرفض وجود هذه النظرية خصوصاً وأن هذه النظرية تجد أساسها في مبدأ حسن النية ومن ناحية أخرى، إن القضاء الفرنسي غير مستقر على عدم تبين هذه النظرية فكما تم البيان سابقاً فإن محاكم الإستئناف الفرنسية تبنت هذه النظرية في العديد من أحكامها بالإضافة إلى أن محكمة النقض أيضاً قد تبنت هذه النظرية في بعض الاحكام.

تجدر بنا الإشارة ايضاً أن واجب الدائن في تخفيف الضرر يجد أساسه في نظرية التعسف في إستعمال الحق على إعتبار أن التعسف في إستعمال الحق يعد إحدى صور الإخلال بمقتضيات مبدأ حسن النية، فالدائن حينما يتمسك بحقه في تنفيذ مدينه لإلتزاماته التعاقدية رغم إخلال الأخير بها فإن ذلك قد يشكل تعسفاً في إستعمال الدائن لحقه مناقضاً بذلك مقتضيات حسن النية. يعرف التعسف بإستعمال الحق على انه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل [76]. وقد عرفت المحكمة العليا في ولاية لويزيانا الأمريكية التعسف بإستعمال الحق بأنه "ممارسة الحق دون مصلحة شرعية وجدية يشكل إساءة في إستعمال الحق، ولو لم يكن للمتعسف نية لإيقاع الضرر"[77].

---

[76] فتحي عبد القادر الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998، ص 87-91. وتجدر بنا الإشارة إلى أن مجلة الاحكام العدلية قد تبنت نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر ضمن الاحكام الناظمة لنظرية التعسف في استعمال الحق كما جاء في نص المادة (1207) من المجلة والتي تنص على أنه " رجل يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء آخر وأحدث عنده بناء فإن كان هذا المحدث متضرراً فعليه دفع الضرر. مثلاً إذا كان لدار قديمة شباك مشرف على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة أن يدفع هو مضرّته وليس له صلاحية أن يدّعي على صاحب الدار القديمة. كما لو أحدث شخص داراً في عرصته المتصلة بدكان حداد فليس له أن يعطل دكان الحداد بقوله إنه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد، وكذا إذا أحدث رجل داراً بالقرب من بيدر قديم فليس له أن يمنع صاحب البيدر من التذرية قائلاً إن غبار البيدر يجيء على داري". وقد جاء شرحها من قبل الفقيه محمد الاتاسي بأن المحدث هو الذي جلب الضرر على نفسه ببنائه، فهو المكلف لرفع الضرر عنها دون غيره. وقد أيد الفقيه رستم باز الاتاسي في شرحه حينما جاء في كتابه بأن لو أحدث بيتاً بجانب تنور فلا يحق للمحدث أن يطلب تعطيل التنور بسبب تضرره من الدخان، بل عليه هو نفسه رفع المضرة عن نفسه لأنه هو المتسبب في هذا الضرر ولم يكن صاحب التنور متعدياً. وهذا ما ايده ايضاً الفقيه علي حيدر حينما شرح المادة بقوله إذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً وغير مضر بأحد فجاء أخر وأحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه أن يدفع الضرر بنفسه إن شاء دفع ضرر نفسه وإن شاء تحمل الضرر وإلا فلا يجبر أحدهما على دفع الضرر. وعليه نرى أن مجلة الاحكام تبنت نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر حينما نظمت نظرية التعسف في استعمال الحق. أنظر إلى محمد الاتاسي، شرح المجلة-المجلد الرابع-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2017، ص 138. وأيضاً إلى: انظر: سليم باز، شرح المجلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 524. وأيضاً إلى: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام –المجلد الثالث-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص212.

[77] See: Supreme Court of Louisiana, Morse v. J. Ray McDermott & Co., Inc., 344 So. 2d 1353 (1976).

والتعسف بإستعمال الحق يستدل عليه من خلال معيارين: المعيار الشخصي: وهو عبارة عن العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق إلى التصرف في حقه، من قصد الأضرار، أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة. والمعيار الأخر هو معيار الموضوعي: وهو ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك (الموازنة).

وبخصوص هذه المعايير يمكن الاستدلال عليها بتوافر الأمور التالية: توافر قصد التعدي، وكون المصلحة المرجوة من استعمال الحق مناقضة للغاية التي شرع من أجلها، وعندما تكون المنفعة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر، أو إذا تجاوز إستعمال الحق ما جرى عليه العرف والعادة.

وعليه فإن هذه المعايير، كما تبين، يمكن تفصيلها على النحو الاتي:

أ. استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير:

بموجب هذا المعيار فإن الشخص يكون متعسفاً في إستعمال حقه حينما يستعمله قاصداً إلحاق الضرر بالغير [78]. ونرى أن هذا المعيار يقاس وفق المعيار الشخصي قوامه توافر نية الأضرار بالغير لدى صاحب الحق [79]. وهذا ما بينته مبادئ اليونيدروا حيث جاء في الشرح الرسمي للمادة (1.7) المتعلقة بمبدأ حسن النية بأن التعسف في إستعمال الحق يعد المثال الأمثل للسلوك المناقض لمبدأ حسن النية، ويتوافر التعسف في إستعمال الحق حينما يمارس الطرف حقه من أجل إلحاق الضرر بالطرف الآخر، أو إستعماله لغير الغرض الذي شرع من أجله [80]. ونرى أن هذه الحالة من الممكن تطبيقها على نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر حيث يمكن

[78] See: Heyder Products Co v United States, 140 F Supp. 409 (Ct.Cl.1956).

[79] ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني-مصادر الحقوق الشخصية-دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص 547.

[80] A typical example of behavior contrary to the principle of good faith and fair dealing is what in some legal systems is known as “abuse of rights”. It is characterized by a party’s malicious behavior which occurs for instance when a party exercises a right merely to damage the other party or for a purpose other than the one for which it had been granted, or when the exercise of a right is disproportionate to the originally intended result. The comment available at: https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/414-chapter-1-general-provisions/869-article-1-7-good-faith-and-fair-dealing . Visited on: 25/08/2018.

إعتبار أن الدائن قد تعسف في إستعمال حقه حينما لم يقم بإتخاذ الوسائل المعقولة لتخفيف الضرر، وتمسك في حقه بالتنفيذ أو بالتعويض وهو يعلم ويدرك بأن طلبه سوف يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر، ومع ذلك قبل الدائن الحاق الضرر بالمتعاقد الآخر وإتجهت إرادته نحو تحقيق تلك النتيجة فإنه وفي هذه الحالة نرى أن المتعاقد قد تعسف في إستعمال حقه.

ب. عدم التناسب بين المنفعة من إستعمال الحق والضرر الذي يصيب الغير:

بموجب هذا المعيار نرى بأن عدم الموازنة بين المنفعة المتوخاة من إستعمال الحق بالمقارنة مع الضرر الذي يصيب المتعاقد الآخر يعد معياراً من معايير التعسف في إستعمال الحق. وبناءً على ذلك نرى أن قياس هذا المعيار يكون وفق أساس موضوعي، بمعنى آخر يتم قياس ما إن كان الشخص متعسفاً في إستعمال حقه من عدمه عن طريق تطبيق مبدأ التناسبية (Proportionality test) وذلك بمقارنة المنفعة الناتجة عن إستعمال الحق مع المضار الناتجة عن الضرر الذي سوف ينتجه إستعمال الحق، فإن كانت المضار أعظم من المنفعة فحينها يرتكب أخفهما ضرراً. وتجدر بنا الإشارة أيضاً إلى أن هذا المعيار يحكمه سلوك الشخص متوسط الحيطة والحذر، وتم التعبير عن ذلك بأنه " ليس من السلوك المألوف للشخص العادي أن يمارس حقه للحصول على منفعة أقل من الضرر الذي يصيب الغير، ومن يفعل، هو إما عابث مستهتر لا يبالي بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه، وإما منطوٍ على نية خفية يضمر بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها. وفي الحالتين قد أنحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي" [81]. وفي هذا السياق قضت محكمة الإستئناف اللبنانية بأن "المرء يعتبر مسؤولاً عن تصرفاته، إذا أقدم عليها بنية الإضرار بالغير، كما لو قام بالحفريات في ملكه، لا لجلب المنفعة لنفسه، بل لإزعاج جاره، فيعتبر متجاوزاً حدود حسن النية، وبالتالي مسؤولاً، ومن باب أولى يعتبر مسؤولاً عن تصرفاته، إذا كانت تفتقر

---

[81] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني-مصادر الالتزام-الجزء الأول، منشورات الحلبي، 1998، ص 845.

إلى الاحتياطات التي تفرضها الحكمة والعناية والانتباه، والتي تحول دون إزعاج جاره إزعاجاً زائداً، كما لو قام بإنشاءات وأشغال ضمن ملكه تشكل خطراً على أملاك جاره"[82]. ونرى أن هذا المعيار أيضاً من الممكن تطبيقه على واجب الدائن في تخفيف الضرر وذلك في حال قيامه بممارسة حقه على نحو يؤدي إلى إحداث ضرر بالمتعاقد الآخر يفوق المنفعة التي يحصل عليها المتعاقد من استعمال حقه.

ج. تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة في إستعمال الحق:

وفق هذا المعيار فإن الشخص الذي يتجاوز في إستعمال حقه ما جرى عليه العرف والعادة في ممارسة الحق فإنه يعد متعسفاً في إستعمال حقه. فللشخص أن يمارس حقه، إلا أن هذا الحق يجب ألا يضر بالغير عن طريق ممارسته على نحو يتجاوز ما هو مألوف ومعتاد حسبما يحدده العرف أو العادات، لذلك فإن تم إثبات أن الفعل الذي قام به الدائن قد تجاوز العرف أو العادة فإن ذلك حتما يشير إلى تعسف الشخص في إستعمال حقه. ونرى بأن هذا المعيار هو معيار موضوعي قوامه سلوك الشخص المعتاد في إطار افعاله المألوفة.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن فلسطين تعد من بين الأنظمة القانونية التي تبنت مبدأ التعسف إستعمال الحق كأحد المبادئ العامة في مجلة الأحكام العدلية حيث نصت في المادة (91) منها بأن الجواز القانوني ينافي الضمان، فبموجب هذه المادة من إستعمل حقه، ونتج عن هذا الإستعمال ضرراً للغير لا يضمن إلا إذا تجاوز الحد الذي يجب الوقوف عنده في غستعمال الحق وفقا للمجرى العادي للأمور والعرف والعادة. وعليه نرى أن نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر قد تم تبنيها في النظام الفلسطيني ضمنياً عن طريق تبني نظرية التعسف في إستخدام الحق، ومن جانب آخر نرى بأن هذه النظرية تعد تطبيقاً لقاعدة "يدفع الضرر قدر الإمكان" حيث تعبر هذه القاعدة "عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه، بكل الوسائل الكافية والكافلة"[83]. ونرى أن هذه القاعدة جاءت

---

[82] أنظر إلى: قرار محكمة استئناف لبنان الجنوبي، الصادر بتاريخ 1953/2/11، النشرة القضائية، ص 142. منشور في: موفق الشرعة، المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة، أمواج للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 48.

[83] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الاول، دار القلم، دمشق، 2004، ص 292

مطلقة وبما أن المطلق يجري على إطلاقه، وكون هذه المادة لم تقصر الحكم على المدين، ولم تحدد ضرراً بعينه، وإنما جاءت مطلقة لتخاطب كل ما يكون بوسعه توقي ودفع أي ضرر أن يفعل، يكون الدائن مشمولا بحكمها. فكل من الدائن والمدين ملزمان بالتعاون فيما بينهما من أجل مراعاة مصالح الطرف الآخر، وعدم قيام الدائن بمراعاة مصالح مدينه والتمسك بحقه في التعويض يعد مضارة موجبة لتحمل الضرر.

قد تبنت مجلة الأحكام العدلية هذه النظرية في موضع آخر، وذلك حينما نصت في المادة (30) على أن "درء المفاسد أولى من جلب المنافع". وقد جاء في شرح الفقيه محمد الاتاسي بأنه "إن تعارضت مفسدة ومصلحة، فدفع المفسدة مقدم في الغالب، لأن إعتناء الشرع بالمنهيات أشد من إعتنائه بالمأمورات. ومن فروعها ما في المادة (1992): كلّ من يتصرف في ملكه كيفما شاء لكن إذا تعلق حق الغير به، يمنع على المالك التصرف على وجه الإستقلال وأعلم أن هذا الحكم يجري فيما لو لم يكن متكوناً بعد تصرف مشروع وإلا فلا يمنع بل على المتضرر أن يزيل الضرر عن نفسه كما في المادتين 1207، 1208[84]".

وعليه نرى أن مجلة الاحكام العدلية تبنت نظرية تخفيف الضرر من حيث المبدأ على إعتبار أن المضرور بفعله قد جلب الضرر لنفسه فيقع عليه أن يزيله بذاته ولا يجبر غيره أن يزيله وإن لم يزيله عليه أن يتحمل هذا الضرر ونرى أن نظرية التعسف في إستعمال الحق تعد أساساً لهذه النظرية فحينما يقع الضرر فيجب على المضرور أن يبذل جهده بتخفيف أو إزالته عن نفسه لأن إمتناعه عن القيام بذلك يعد تعسفاً بحقه بالمطالبة بالتعويض.

تجدر بنا الإشارة إلى أن النظام القضائي الفلسطيني في فترة الإنتداب البريطاني سبق وقد تطرق إلى هذه النظرية وذلك حينما قضى بأن "المستأنف يستحق التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالعقد المبرم بينه وبين المستأنف ضده وأن السؤال الذي يجب الإجابة عنه يتعلق بقياس قيمة الضرر حيث أنه بموجب هذه الإتفاقية، أتفق الأطراف على قيام البائع بتوريد سكر إلى المشتري على ثلاثة دفعات ويكون التسليم في حيفا ويكون ميعاد

[84] انظر إلى: محمد الاتاسي، شرح المجلة-المجلد الأول-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2017، ص 66.

التسليم بشهر يناير وفبراير ومارش من عام 1925 وبعد أن قام البائع بتوريد الدفعة الأولى وقبل توريد الدفعة الثانية إلى المشتري إستلم إخطار عدلي من قبل المشتري يفيد بفسخ العقد مع البائع وعليه أصبح البائع معفى من إلتزامه بتوريد السكر إلى المشتري وقررت المحكمة حتى يستحق البائع التعويض يتعين عليه أن يقوم ببيع السكر بسعر معقول وفي فترة معقولة وذلك من أجل الرجوع على المشتري بالتعويض"[85].

تجدر بنا الإشارة إلى أن فلسطين قد قامت بالإنضمام إلى إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود بيع البضائع بتاريخ 2017/12/29 وسوف تدخل هذه الإتفاقية حيز النفاذ بتاريخ 2019/1/1 وعليه نرى بأنه بمجرد نفاذ الإتفاقية بحق دولة فلسطين فإن ذلك سوف يقطع الشك باليقين بتبني النظام الفلسطيني لنظرية تخفيف الضرر فيما يتعلق بعقود البيع الدولية على النحو التي تبينه إتفاقية فيينا لعقود البيع على إعتبار أن الاتفاقيات الدولية تسمو على القانون الداخلي الفلسطيني. حيث قضت محكمة الإستئناف الفلسطينية بأنه "وبما أن الإتفاقيات الدولية جزء من القانون الدولي الذي يجب أن تصدر القوانين الوطنية بما لا تتعارض وأحكام القانون الدولي"[86]. وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية حينما بينت أن "الفقه والقضاء الدوليين قد إستقرا على مبدأ سمو الإتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية في هذه الحالة، ولما كانت فلسطين ومنظمة التحرير الفلسطينية تتمتع بالشخصية القانونية الدولية، وحيث أن دولة فلسطين وكتعبير عن هذه الشخصية القانونية قد صادقت في السنوات الأخيرة على عشرات الإتفاقيات الدولية، فإن هذه الممارسة النشطة لدولة فلسطين تؤكد أنها قد ذهبت إلى التفاعل الإيجابي مع منظومة القانون الدولي بكل مكوناتها بما يكل الحفاظ على الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني وعليه تقرر المحكمة بالأغلبية بتأكيد سمو الإتفاقيات الدولية على التشريعات

[85] See: George Afanduli V. Jad Sweidan, C.A. No 149/26. Published in Hooper, Civil Law of Palestine & Transjordan, Jerusalem, Azriel Press, 1933 and 1936, p154.

[86] أنظر إلى حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية في الطعن رقم 447 / 2015، 461 / 2015 الصادر بتاريخ 8/ 7 / 2015.

الداخلية، بحيث تكتسب قواعد هذه الإتفاقيات قوة أعلى من التشريعات الداخلية، بما يتوائم مع الهوية الوطنية والدينية والثقافية للشعب العربي الفلسطيني"[87].

تبنت الأنظمة القانونية العربية نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر وذلك حينما قامت بتنظيم تعنت المدين وأثره على التعويض؛ حيث نصت المادة (360) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 [88] على أنه "إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين". وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني المقصود من هذه المادة بأنه "إذا تم التنفيذ العيني حسب المطلوب وأصر المدين على رفض التنفيذ فعلى المحكمة أن تحدد مقدار التعويض الذي يلزمه المدين، مراعياً في ذلك مقدار الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين عملاً بالقواعد القانونية الضرورات تقدر بقدرها والضرر يدفع بقدر الإمكان". يتبين لنا من خلال إستقراء المادة (360) من القانون المدني الأردني بأن للمحكمة أن تأخذ بعين الإعتبار الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدأ من المدين حينما تقوم بتحديد مقدار التعويض إذ ما تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على عدم التنفيذ ومعنى ذلك أن مقدار تعنت المدين يؤخذ بعين الإعتبار عند تقدير التعويض[89]. وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه "إذا أصر المدين في العقود على رفض التنفيذ حددت المحكمة

---

87 أنظر إلى: حكم محكمة الدستورية العليا الفلسطينية في الطعن رقم (2017/4) الصادر بتاريخ 2017/11/19.

88 إن هذه المادة تقابل المادة (214) من القانون المدني المصري قانون رقـم 131 لسنة 1948 الصادر بتاريخ 29 /1948/7. والمادة (215) من القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949 الصادر بتاريخ 1949/5/18. والمادة (385) من قانون المعاملات المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987.

89 تطبيقاً للمادة (360) من القانون المدني الأردني قضت محكمة التمييز الأردنية في الطعن رقم 2005/3391 الصادر بتاريخ2005/9/19 بأنه "يستفاد من المادة 360 و361 من القانون المدني، أن المشرع قد ميز بين نوعين مختلفين من التعويض وهما: التعويض عن عدم التنفيذ الذي يجبر الضرر الناشئ عن تقصير المدين، والتعويض عن التأخير وهو يجبر الضرر الناشئ عن مجرد تأخر المدين والتعويض عن التأخير في التنفيذ يجتمع تارة مع التنفيذ العيني إذا نفذ المدين التزامه متأخراً، ويجتمع تارة أخرى مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً". للمزيد في هذا المعنى أنظر إلى: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني النظرية العامة، مصادر الالتزام، مطبعة رياض، دمشق، 1980، ص 370.

مقدار الضمان الذي تلزمه فيه مراعية الضرر الذي أصاب الدائن والتعنت الذي بدأ من المدين"[90]. والسؤال الذي يثار في هذا المقام ما هي علاقة هذه المادة بنظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر؟ نرى في حال قيام أحد الأطراف بالإخلال بالعقد فيجب على الطرف الاخر أن يتخذ الوسائل المعقولة لتخفيف الضرر الواقع عليه حيث أن الضرر يدفع بقدر الامكان فإن قام الدائن باتخاذ وسائل لتخفيف الضرر وتعنت المدين وأصر على موقفه كأن يخطر الدائن مدينه بضرورة الرجوع عن إخلاله وأصر وتعنت على موقفه فللمحكمة أن تأخذ بعين الإعتبار هذا التعنت وإعتبار الدائن غير مخل بواجبه بتخفيف الضرر جراء تعنت المدين وإصراره على إخلاله بإلتزاماته.

من جانب أخر؛ نرى أن الأنظمة العربية قد تبنت نظرية تخفيف الضرر حينما تم تنظيم تقدير التعويض وإقتصاره على الضرر المباشر. حيث نصت المادة (1/221) من القانون المدني المصري على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"[91]. حيث أن الدائن يستحق التعويض عن الضرر الذي لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهداً معقول، فطالما أن الدائن كان في إستطاعته أن يتلافى الضرر بإتخاذ الإحتياطات المعقولة، ففي هذه الحالة لا يستحق التعويض عن تلك الأضرار على إعتبار أنها تدرج ضمن الضرر غير المباشر[92]. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية على أنه " والضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية لخطأ المسؤول إذا لم يكن من الإستطاعة توقيه ببذل جهد معقول، وقياس

---

90 أنظر إلى: حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 1987/751 صادر بتاريخ 1987/10/7 منشور على موقع عدالة.

91 إن هذه المادة تقابل المادة (2/230) من القانون المدني الكويتي والمادة (223) من القانون المدني البحريني والمادة (1/222) من القانون المدني السوري.

92 قد أكد جانب من الفقه هذه المسألة بشرحهم لمسألة الضرر المباشر؛ فجاء في كتاب نظرية العقد للدكتور حسين النوري بأن "إذا باع شخص لآخر بقرة مريضة فنقلت العدوى إلى سائل مواشي المشتري فنفقت جميعاً، فعجز عن فلاحة ارضه فصارت بورا، فلم يستطع دفع ديونه فحجز الدائنين على املاكه وبيعت بثمن بخس، فلم يستطع دفع المصاريف المدرسية لأولاده فطردوا من المدارس، ولم يستطع شراء الدواء لعلاج زوجته المريضة فماتت، فالبائع لا يسأل عن جميع هذه الاضرار، إنما يسأل فقط عن ثمن البقرة والمواشي لأن هلاكها نتيجة مباشرة لخطئه أما عدم الفلاحة وبور الأرض وبيعها بثمن بخس وما تبعها من اضرار تعتبر نتائج غير مباشرة لا يسأل عنها البائع، إذ ان في استطاعة المشتري أن يتدبر الأمر ويقطع تسلل هذه النتائج . أنظر إلى حسين النوري، نظرية العقد، مطبعة الرسالة، القاهرة، د.س، ص 254.

الضرر المتوقع بمعيار موضوعي لا معيار شخصي، بمعنى أنه ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين وقت التعاقد، ولا يكون توقع سبب الضرر فحسب بل يجب توقع مقداره ومداه"[93]. وعليه نرى أن القوانين العربية حينما قصرت التعويض على الضرر المباشر وهو الضرر الذي لا يمكن توقيه ببذل جهداً معقول هو بحقيقة الأمر تبني نظرية تخفيف الضرر، حيث إن كان الضرر من الممكن تجنبه ببذل جهد معقول من قبل الدائن فإن ذلك يجعل منه ضرراً غير مباشر ويفقد الدائن حينها حقه بالتعويض بمقدار هذا الضرر. وفي ذات السياق، قضت محكمة النقض المصرية بأن "الخسارة التي لحقت الطاعن والكسب الذي فاته بعد الإفراج عن البضاعة لم يكونا نتيجة طبيعية لخطأ مصلحة الجمارك وكان في مقدور الطاعن توقي هذه الخسارة وعدم تفويت هذا الكسب لو أنه بذل جهداً معقولاً بتسليم البضاعة فور الإفراج عنها"[94]. وبإستقراء الحكم سالف البيان نجد أن المحكمة الموقرة قد طبقت نظرية تخفيف الضرر حينما إعتبرت أن الخسارة اللاحقة بالمضرور لم تكن نتيجة طبيعية لإخلال المتسبب بالضرر حيث أن هذه الخسارة كان من الممكن تجنبها ببذل جهد معقول وطالما المضرور لم يفعل ذلك فإن الضرر اللاحق به يعد ضرر غير مباشر ويفقد المضرور حقه بالتعويض عن هذا الضرر. وهذا ما أكده الدكتور مصطفى الزرقاء حينما تطرق إلى شروط الضرر وبين أن الضرر يجب أن يكون مباشراً حيث يجب أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر فيه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية متى لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ذلك لأن الدائن إن كان يستطيع دفع الضرر ببذل جهد معقول فلم يفعل تنقطع العلاقة السببية وهي الركن الثالث للمسؤولية ويكون تقصير الدائن أقرب سببيةً وأولى أن يضاف إليه [95].

---

[93] أنظر إلى حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1070 لسنة 53 جلسة 06/06/1984 س 35 ع 2 ص 1554 ق 298. متوفر على: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx. تاريخ الزيارة 2018/11/25.

[94] أنظر إلى حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 135 لسنة 32 جلسة 08/11/1966 س 17 ع 4 ص 1629 ق 230. متوفر على: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx.تاريخ الزيارة: 2018/11/25.

[95] مصطفى الزرقاء، شرح القانون المدني السوري- نظرية الالتزام العامة-، الطبعة الرابعة، مطبعة الحياة، دمشق، 1964، ص 357.

المطلب الثاني

العلاقة السببية كأساس لواجب الدائن بتخفيف الضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية أن يكون هناك إخلال صادر من المتعاقد وضرر لاحق بالمتعاقد الآخر حتى يتم القول بقيام المسؤولية التعاقدية، بل لا بد أن يكون ذاك الإخلال هو السبب في وقوع هذا الضرر، وهذا ما يعرف بضرورة وجود علاقة سببية تربط السبب بالمسبب [96]. فكل من وقع الضرر بفعله وكان هذا الضرر مرتبط بالفعل يلزم بالتعويض. يتعين على من يطالب بالتعويض أن يثبت أركان المسؤولية العقدية من إخلال وضرر وعلاقة سببية بينهما. ويستطيع المدعى عليه أن ينفي قيام هذه المسؤولية بعدة طرق ومن بينها نفي وقوع العلاقة السببية التي تربط الضرر بالإخلال مما يؤدي إلى إنهيار المسؤولية العقدية في مواجهته. ومن المتفق عليه أن العلاقة السببية تنقطع في حالتين: إذا تدخل سبب أجنبي فأدى هو إلى حدوث الضرر، أو إذا لم يحدث ضرر إبتداء كنتيجة طبيعية ومباشرة للإخلال. ويتمثل السبب الأجنبي بالأمور التالية: الآفة السماوية، والقوة القاهرة، وفعل الغير، وفعل المتضرر. والسؤال الذي يثار في هذا المقام هل يعد إخلال الدائن بواجبه بتخفيف الضرر من الأسباب الأجنبية التي تقطع العلاقة السببية؟ نرى أنه متى إعتبر فعل الدائن أو سلوكه منحرفاً عن سلوك الشخص متوسط الحيطة والحذر وكان لهذا السلوك أثر في إحداث الضرر الواقع عليه، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى قطع العلاقة السببية فيما يتصل بالأضرار التي كان من الممكن تفاديها من قبل الدائن لو بذل جهداً معقولاً حيث لا يكون بهذه الحالة أي شخص مسؤول عن الضرر الذي لحق بالدائن، كون أن ما أقدم عليه الدائن يعد السبب المنتج والفعال لإحداث الضرر. وهذا ما بينته المحكمة التجارية البريطانية في قضية تتلخص وقائعها بأنه بتاريخ 1971/12/14 قام مالك سفن إيطالية بتأجير مجموعة من السفن لفترة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ التسليم الفعلي للسفن إلى المستأجر. وتم تسليم السفن إلى المستأجر بتاريخ 1972/1/10. وفي شهر آذار من عام 1973 كانت السفن بحاجة إلى صيانة، إلا ان مالك السفن أبلغ المستأجر بعدم نيته بإصلاح تلك السفن

[96] للمزيد أنظر إلى: حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني-الرابطة السببية-، دار وائل للنشر، عمان، 2006، ص 6.

وقام بفسخ العقد مع المستأجر. وقام المستأجر عوضاً عن إستئجار سفينة مماثلة بالسوق برفع قضية للمطالبة بالفرق بين تكلفة إستئجار السفينة الإيطالية محل التعاقد وتكلفة إستئجار سفينة أخرى مماثلة بالسوق، والمطالبة ببدل فسخ تعسفي للعقد، والمطالبة ببدل الأرباح التي كان من الممكن تحقيقها لو تم الإستمرار بالعمل في السفينة الإيطالية محل التعاقد. وقررت المحكمة أن الفسخ كان تعسفياً ولكن لا توجد علاقة سببية بين خرق المالك للعقد وقرار المستأجر بعدم الاستفادة من السوق المتاحة. ولإعمال نظرية واجب الدائن في تخفيف الضرر لابد ان يكون هناك علاقة سببية بين الإخلال بالعقد والقيام أو عدم القيام بعمل معين، وأن قرار عدم استئجار سفينة مماثلة من السوق كان قرار مستقل من قبل المستأجر ولا يمكن القائه على المالك، لهذا تم الحكم بالتعويض فقط عن الفرق بين سعر إستئجار السفينة وسعر إستئجار سفينة مماثلة في السوق [97]. وعليه وبإستقراء الحكم سالف البيان نرى بأن المحكمة حينما إعتبرت أن فشل الدائن في إتخاذ وسائل معقولة من أجل تخفيف الضرر من شأنه أن يقطع العلاقة السببية بين الفعل الصادر من المدين والضرر الذي كان من الممكن تجنبه من قبل الدائن. وهذا ما بينته محكمة الإستئناف البريطانية حينما قضت بأنه "يجب النظر إلى فشل الدائن في تخفيف الضرر كسبب جديد للتدخل يقطع العلاقة السببية بين الفعل والضرر، مما يؤدي إلى إعفاء الشخص من المسؤولية عن الخسارة اللاحقة" [98]. هدياً على ما تقدم ذكره، نرى أن عدم إتخاذ الدائن وسائل معقولة من أجل تخفيف الضرر يعد سبباً منتجاً من شأنه أن يقطع العلاقة السببية بين فعل المدين والضرر الواقع على الدائن؛ كون أن المسؤولية العقدية تقام على السبب المنتج الفعال المحدث للضرر دون السبب العارض الذي ليس من شأنه أن يؤدي إلى وقوع الضرر وفق المجرى العادي للأمور، وطالما أن الدائن ملزم باتخاذ الوسائل المعقولة من أجل تجنب حدوث

[97] See: Koch Marine INC v'damica societa di navigazione arl (THE ELENA D'AMICO): QBD 1980. Available at: https://swarb.co.uk/koch-marine-inc-v-damica-societa-di-navigazione-arl-the-elena-damico-qbd-1980/. Visited on 27/08/2018.

[98] See: Uzinterimpex J.S.C. v Standard Bank Plc. [2008] EWCA Civ 819 (15 July 2008). Available at: http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2008/819.html. Visited on 27/08/2018.

الضرر أو تخفيفه قدر الإمكان فإن فشله بالقيام بذلك، وكانت تلك الوسائل من شأنها أن تؤدي إلى تجنب وقوع الضرر أو تخفيفه وحدث الضرر أو تفاقم، لا يعد المدين مسؤولاً عن التعويض كون أفعال الدائن قطعت العلاقة السببية بين ما أقدم عليه المدين والضرر الحاصل أو المتفاقم، إذ أن تلك الوسائل تعد من قبيل السبب المنتج والفعال لوقوع الضرر[99]. وعليه نرى على الرغم من وجود إخلال من قبل المدين بإلتزاماته التعاقدية إلا أن هذا الإخلال ليس السبب الوحيد لوقوع الضرر أو تفاقمه وإنما إخلال الدائن في واجبه يعد سبب آخر لوقوع الضرر وطالما أن هناك عدة أسباب أدت إلى وقوع الضرر فإنه يجب التفريق بينها ومعرفة إيها منتج وإيها عرضي؛ وإعتبار أن السبب المنتج وحده السبب المحدث للضرر وإهمال ما عداها من أسباب عارضه [100]. وهذا ما بينته المحكمة العليا القومية السودانية حينما قضت بأنه "النعي على الحكم بما ورد بالوجه الثاني من سبب الطعن في مضمونه سديد ذلك أن من المقرر طبقاً للقواعد العامة أنه عند الإخلال بالعقد فإنَّ للطرف المضرور خيارين، أن يطلب من المحكمة التنفيذ العيني للعقد أو التنفيذ عن طريق التعويض إذا استحال التنفيذ العيني، كما في صورة الحال والتعويض المستحق في هذه الحالة هو بقدر ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخير في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول وهذا الشق الأخير يثير ما يُعرف بنظرية تخفيف الضرر Mitigation of damages ومؤداها أنه عند الإخلال بالعقد فإن المدعي (الدائن) يقع عليه واجب قانوني باتخاذ كافةً الخطوات المعقولة لتخفيف الضرر الناتج عن ذلك الإخلال وأن تقاعسه عن هذا الواجب يقف حائلاً بينه وبين الحكم له بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذا التقاعس وما هذه النظرية إلا تطبيق لشرط من شروط إستحقاق التعويض عن الخطأ ألا وهو ضرورة توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر إذ أن تقاعس الدائن عن

[99] In this meaning see: Eric A. Posner, Contract remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation, Edward Elga, Cheltenham, 2000, p176.

[100] عدنان السرحان، حمدي نوري خاطر، شرح القانون المدني-مصادر الحقوق الشخصية-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 427.

القيام بواجبه بتخفيف الضرر يجعل رابطة السببية بين الخطأ والضرر منعدمة وبإنزال هذا المعيار القانوني على صورة الحال يتضح جلياً أن المطعون ضدها قد تراخت كثيراً جداً في تخفيف الضرر الناتج عن إخلال الطاعن بالتزامه إذ يتضح من عريضة دعواها وأقوالها أن المقايضة بينها وبين الطاعن تمت في يوليو سنة 2006م وأن الإخلال بالعقد وقع مباشرة بعد ذلك وكان عليها أن تلجأ مباشرة للقضاء، لإستيفاء حقها إلا أنها تراخت حتى شهر مايو سنة 2011م أي حوالي خمس سنوات لتأتي وتطالب بما فاتها من كسب وما لحقها من خسارة طوال تلك الفترة فكان يتعين على محكمة أول درجة مؤيدة من الحكم المطعون فيه إعمالاً للنظرية سالفة البيان أن تنزل بمقدار التعويض ليغطي الفترة المعقولة التي كان يمكن للمطعون ضدها أن ترفع الدعوى بعدها لإقتضاء حقها والتي نقدرها بفترة ثلاثة أشهر على أنها فترة الإمهال المناسبة طبقاً للمجرى العادي للأمور وأرى أن يتجه قضاؤنا إلى إنقاص مبلغ التعويض المحكوم به إلى 3×2080 =6540 جنيه مع تأييدنا لبقية منطوق الحكم"[101]. ونرى أنه حينما يخل المدين بالتزاماته التعاقدية فإن الدائن يتعين عليه أن يتخذ الخطوات والوسائل المعقولة من أجل تخفيف أو تجنب الضرر، فعلى سبيل المثال لو تعاقد شخصان على قيام أحدهما بتوريد مركبات للآخر، ولم يوفِ المورد بإلتزاماته فإن كان بالإمكان شراء مركبات من مورد آخر فيتعين على الدائن حينها أن يقوم بذلك، وإذا لم يفعل فإن الأضرار التي تنشأ تكون ناتجة عن فشل الدائن في تخفيف الضرر على إعتبار أن هذا الإخلال السبب المنتج الذي يقطع العلاقة السببية بين فعل المدين والضرر الذي لحق بالدائن.

101 أنظر إلى: الحكم الصادر عن المحكمة القومية العليا السودانية، في القضية بين آدم محمد سبيل خليل الطاعن // ضد // سعاد علي محمد أحمد المطعون ضدها، م ع/ط م/2013/1521م، صادر بتاريخ 2013/11/20. متوفر: http://212.0.150.149/ar/content/book/. تاريخ الزيارة: 2018/08/27.

الفصل الثاني

أحكام نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر

تبين فيما سبق أن نظرية واجب تخفيف الضرر تفرض على الدائن التزاماً بتخفيف الأضرار أو تجنبها قدر الإمكان، متى كان ذلك ممكناً، وإن لم يقم الدائن بإعمال واجبه في تخفيف الضرر فإنه وهذه الحالة لن يستحق كامل التعويض عن الأضرار التي لحقت به، وإنما يقتصر تعويضه على الأضرار التي لا يمكن تجنبها. ويبقى السؤال قائماً حول الشروط الناظمة لواجب الدائن في تخفيف الضرر حتى يصار إلى القول بأن الدائن قد أوفى بالتزاماته، وبالتالي فإنه يستحق تعويض عن كامل الأضرار التي لحقت به وكافة المصاريف والنفقات التي أنفقها في سبيل تخفيف الضرر. ومن جانب آخر فإن السؤال يبقى أيضاً قائماً حول ماهية العلاقة بين الدائن والمدين بعد قيام الدائن بتنفيذ واجبه في تخفيف الضرر؛ بعبارة أخرى ماهي الخيارات المتاحة أمام الدائن بعد إعمال واجبه في تخفيف الضرر؟ فهل يحق له مطالبة مدينه بالتنفيذ العيني؟ للإجابة على هذه التساؤلات، سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: يتناول المبحث الأول الشروط الواجب إعمالها في نظرية تخفيف الضرر. في حين يناقش المبحث الثاني الخيارات المتاحة أمام الدائن بعد تنفيذ إلتزامه بتخفيف الضرر.

المبحث الأول

الشروط الواجب إعمالها في نظرية تخفيف الضرر

تفرض نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر شرطين يجب على القاضي أن يتحقق من قيامها، وأن يتثبت من إلتزام الدائن بها حتى يستتبع القول بأن الدائن قد أوفى بإلتزاماته تجاه مدينه بتخفيف الضرر. ولمعرفة هذه الشروط فإننا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في الأول شرط إخلال المدين بإلتزاماته التعاقدية تجاه الدائن، ونخصص المطلب الثاني للحديث حول معقولية الوسائل التي يتخذها الدائن في سبيل تخفيف الضرر.

المطلب الأول

إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية

تقضي المادة (77) من إتفاقية فيينا، والمادة (8.4.7) من مبادئ اليونيدروا بأنه من يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة. وفقاً لذلك، حتى يكون الدائن ملزماً بإتخاذ الوسائل المعقولة لتخفيف العقد يجب أن يكون هناك إخلالاً بالعقد. وهذا ما قضت به محكمة إستئناف إنجلترا، بأن واجب الدائن بتخفيف الضرر ينشأ بعد إخلال المدين بإلتزامه وليس قبل ذلك حيث لا يجوز لأي شخص أخل بالتزاماته التعاقدية أن يستند بوجود إلتزام على الطرف الآخر بأن يتصرف قبل وقوع الإخلال بطريقة كانت ستقلل من خسارته في حال قيام المدين بالإخلال بإلتزاماته التعاقدية [102].

يتضح لنا بأن الدائن لا يعد ملزماً بتخفيف الضرر إلا حينما يخل المدين بإلتزاماته أو حينما يصبح وقوع الضرر وشيك التحقق، أو أن تكون هناك دلائل أو شواهد تؤكد أن المدين سوف يخل بالتزاماته بشكل قطعي لا محالة. ونرى بأنه لا بد أن يكون هناك إحتمال بوقوع الإخلال التعاقدي، ولا نقصد بذلك أن تكون إحتمالية وقوع

[102] See: BAE Systems Management Service (Two) Ltd & Anor v AS Enimex [2010] EWCA Civ 107 (28 January 2010). Available at: http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/107.html. Visited on 31/08/2018.

الإخلال تصل مرتبة اليقين، بل يكفي إحتمالية وقوع الإخلال ظاهرة ونسبة وقوعه مرتفعة [103] حتى يمكن إعتبار الدائن ملزماً بإتخاذ التدابير المعقولة لتخفيف الضرر. ففي هذه الحالات يتعين على الدائن تجنبه، وإلا عد مخلاً بإلتزامه تجاه المدين بتخفيف الضرر. فواجب الدائن في تخفيف الضرر ينشأ بعد الإخلال؛ أي بعد بدء وقوع الضرر أو قبله إن كانت هناك إشارات تؤكد وقوع الإخلال مستقبلاً.

قضت المحكمة الإقليمية العليا في هامبورغ بقضية تتلخص وقائعها بإبرام مشتري بريطاني وبائع الماني عقد لتوريد مادة حديد–الموليبدينوم (iron–molybdenum) من دولة الصين، ولم يقم البائع بالوفاء بإلتزامه تجاه المشتري حيث لم يقم بتسليم البضاعة إليه في الوقت المحدد بالعقد، وعلى الرغم من ذلك قام المشتري بمنح البائع فترة إضافية لتنفيذ إلتزامه إلا أن البائع لم يقم بتسليم البضاعة خلال هذه المدة مما أدى إلى قيام المشتري بإبرام اتفاقية توريد بديلة مع طرف ثالث وأقام دعوى قضائية ضد البائع للمطالبة بالمصاريف والنفقات وفرق الثمن الذي تكبده في سبيل إبرام هذه الصفقة وقضت له المحكمة بكافة هذه التعويضات وأسست حكمها على أن المشتري أستغرق فقط أسبوعين لإتمام الصفقة البديلة ولم يقم البائع بإثبات بأن المشتري كان بإمكانه شراء هذه البضاعة بسعر أقل وطالما أن المشتري قد تصرف في غضون فترة زمنية معقولة بعد فشل الدائن في الوفاء

---

[103] نرى بأنه يمكن الاستدلال على توافر هذه الظروف والدلائل من خلال النظر على كل حالة على حدا وذلك من خلال صدور تصريح أو فعل أو إعلان المتعاقد بشكل قاطع بنيته على عدم المثابرة بالتنفيذ. حيث قضت المحكمة المركزية في ولاية شيكاغو الامريكية بأن البائع حينما قام بإرسال رسالة إلى المشتري بأنه لن يقوم تنفيذ التزاماته إن لم يقم بتعديل خطاب الاعتماد حيث بينت المحكمة بأن مثل هذه الرسالة تعتبر إقرار صريح حول نية المتعاقد بعد تنفيذ العقد وبينت أن إصرار البائع على تعديل خطاب الاعتماد يعتبر بمثابة مخالفة جوهرية. أنظر إلى:
Magellan International Corporation v. Salzgitter Handel GMBH, Case No 99 C 5153, issued on 07.12.1999 .available at: http://www.unilex.info/case.cfm?id=423. Visited on 31/08/2018.
كذلك قضي بأن عدم دفع المشتري ثمن الشحنات السابقة يعد قرينة على عدم التنفيذ حيث بينت المحكمة الإقليمية المنعقدة في برلين بأن البائع كان له الحق في فسخ العقد بموجب المادة (72) من اتفاقية فيينا، لأنه حتى قبل تسليم شحنة الاحذية كان من الواضح أن المشتري لن يدفع ثمن الشراء ومن ثم سوف يرتكب مخالفة جوهرية للعقد. ورأت المحكمة أن احتمال حدوث خرق للعقد مستقبلاً يجب أن يكون مرتفعاً جداً وواضحاً للجميع، ولكنه لا يتطلب يقيناً يكاد يكون تاماً. وفي القضية قيد النظر، كان هناك ما يدعو إلى الاعتقاد بأن المشتري سيخرق العقد لأنه في الوقت الذي كان ينبغي فيه التسليم لم يكن المشتري قد أدى الدفعات المستحقة عليه سابقاً. أنظر إلى السابقة القضائية المنشورة على:
http://www.unilex.info/case.cfm?id=79.
كما تبين بأن قيام البائع بوقف تسليم البضائع قصداً يعتبر من الأمور التي تشير إلى عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه. للمزيد أنظر إلى: صفاء العيساوي، الإخلال المبتسر بالعقد وأثره (دراسة في عقود التجارة الدولية) مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مجلد 14، عدد 2، 2007، ص 118. وأنظر إلى: محمود دودين، الإخلال المبتسر للعقد: تحليل مقارن بين الوثائق الدولية الموحدة للبيوع الدولية والقانونيين المدني والتجاري القطريين، 2015، ص2. متوفر على الموقع: http://www.qscience.com/doi/pdf/10.5339/irl.2015.6. تاريخ الزيارة 2018/8/31.

بإلتزاماته التعاقدية فإنه يكون قد نجح في تخفيف الضرر وعليه يستحق كافة النفقات والمصاريف وفرق الثمن الذي تكبده نتيجة إخلال البائع بتنفيذ التزامه [104].

وفي هذا السياق، قضت محكمة كانتون زوغ السويسرية بأن البائع المتضرر قد إتخذ تدابير من أجل تخفيف الضرر في ضمن فترة زمنية معقولة، بعد إخلال الدائن بإلتزاماته التعاقدية، حيث قام البائع بإعادة بيع البضائع خلال يومين بعد إخطاره من قبل المشتري بعدم قبوله للبضائع. ولذلك لم يكن البائع مسؤولاً عن إنخفاض سعر البضائع في الفترة بين وقت تجنب الأضرار ووقت إجراء معاملة بيع البضائع، ومن ثم تم منح البائع تعويضاً كاملاً عن الضرر الناتج عن إخلال المشتري بإلتزاماته التعاقدية [105].

يتضح مما أرساه القضاء في أحكامه سالفة البيان بأن قيام المدين بالإخلال بإلتزاماته التعاقدية شرط مفترض حتى يقوم واجب الدائن بتخفيف الضرر. فالدائن ليس مكلفاً بأن يخفف الضرر قبل وقوع الإخلال؛ كون أن الضرر لا يتحقق إلا كنتيجة لهذا الإخلال، وإن حدث ضرر لم يرتبط بالإخلال الصادر عن المدين ارتباط السبب بالمسبب حينها لا تقوم المسؤولية العقدية، ولا يكون المدين مسؤولاً أمام الدائن عن أية أضرار؛ لإنقطاع العلاقة السببية. مما يعني أن واجب تخفيف الضرر لا ينهض في حق الدائن إلا حينما يقدم المدين على الإخلال بواجب تعاقدي يترتب عليه ضرر، يستدعى تدخل من الدائن لتفاديه أو تخفيفه قدر الإمكان وفقا لظروف كل نزاع على حدة.

ولكن السؤال الذي يثار في هذا المقام؛ هل ينشأ واجب الدائن بتخفيف الضرر حينما يقدم المدين على الإخلال بالعقد إخلالاً مسبقا على موعد التنفيذ؛ أو ما يعرف بالإخلال المبتسر للعقد (anticipatory breach)؟

---

[104] Oberlandesgericht Hamburg, Germany, 28 February 1997 (Iron molybdenum case), CLOUT case no. 277. Available at: http://www.uncitral.org/clout/showDocument.do?documentUid=1500. Visited on: 31/08/2018.

[105] See: Kantonsgericht Zug, Switzerland, 12 December 2002, CLOUT case. No. 629, English translation available at: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021212s1.html. Visited on 31/08/2018.

أجابت محكمة إستئناف براونشويج الألمانية بالنفي. وذلك حينما قررت في قضية تتلخص وقائعها بقيام بائع ألماني بالإتفاق مع مشتر بلجيكي على بيع 12600 كيلوغرام من لحم الغزلان على أن يكون مكان التسليم في مدينة أنتويرب ويكون التسليم حينما يقوم المشتري بدفع الفاتورة. وبعد فترة وجيزة من توقيع العقد، قام البائع بإبلاغ المشتري أن جزءاً من اللحم سيصل بالطائرة إلى مدينة بروكسل وطلب من المشتري قبول البضائع في بروكسل وأنتويرب وقام بإصدار فواتير لشحنتين. إلا أن المشتري رفض أخذ البضائع في بروكسل. ثم عرض البائع تسليم جميع السلع إلى أنتويرب في غضون الفترة الزمنية المحددة للعقد، وكرر طلبه بالسداد الفوري كما كان متفق عليه. إلا أن المشتري لم يقم بدفع الثمن وجادل بأن البائع قد رفض تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه. مما دفع البائع بأن يقوم برفع قضية على المشتري لمطالبة بالتعويض الناتج عن عدم تنفيذ العقد. وقضت المحكمة بتعويض البائع وبينت أن البائع لا يعتبر ملزماً بتسليم البضاعة قبل دفع الثمن كون أن الطرفين قد اتفقا على أن الدفع يكون قبل التسليم. وبالتالي لا يعتبر عدم قيامه بتسليم البضاعة إخلال بواجبه بتخفيف الضرر كون أن المادة (77) من اتفاقية فيينا لا تفرض على المتضرر التزاما بتخفيف الضرر طالما أن العقد ما زال قائماً [106].

وفي المقابل، فإن هذا التوجه مخالف لتوجه المحكمة الامريكية والتي ترى أن الدائن ملزم بواجب تخفيف الضرر حينما يخل المدين بإلتزامه بشكل مسبق على وقت التنفيذ، وذلك حينما قضت بأن هناك واجب لشراء سلع بديلة بين وقت الاخلال العقدي وتاريخ إستحقاق الأداء، فإن لم يقم الدائن بإتمام عملية الشراء فإنه يكون قد أخل بواجبه في تخفيف الضرر، وإن كان العقد قائماً ولم يفسخ بعد [107].

نحن بدورنا لا نتفق مع التوجه القائل بأن نظرية تخفيف الضرر لا تنطبق حينما يخل المدين بالعقد إخلالاً مبتسراً كون أن هذا الاخلال يُظهر للدائن أن المدين سيرتكب مخالفة جوهرية للعقد عند حلول موعد التنفيذ من خلال

[106] See: Oberlandesgericht Braunschweig, Germany, 28 October 1999 (Frozen meat case), CLOUT case no. 361, available at: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991028g1.html. Visited on 29/08/2018.

[107] See: Mogilensky v. Abramson 164 N. Y. Supp. 700 (Sup. Ct., App. Term, 1917.

قيامه بعمل أو الإمتناع عن عمل أو الإعلان بشكل قاطع بعدم نيته المثابرة على التنفيذ. بمعنى آخر، لا بد أن يكون هناك حالة من الوضوح تبين وتوحي بجدية بأن المدين سوف يقوم بالإخلال بإلتزاماته التعاقدية مستقبلاً، دون أن يصل ذلك إلى مرحلة اليقين [108]. وبتحقق شروط الإخلال المبتسر للعقد يحق للدائن أن يقوم بفسخ العقد دون الإخلال بحقه بالمطالبة بالتعويض [109]. وطالما أن الدائن له الحق في المطالبة في التعويض، فإنه وفي هذه الحالة يعد ملزماً بتجنب أو بتخفيف الضرر الذي سوف يقع عليه جراء إخلال المدين المستقبلي والمؤكد بإلتزاماته التعاقدية.

وهذا ما أكده جانب من الفقه الإنجليزي وفقاً لحالة الإخلال المبتسر للعقد، إن كان المدين تعاقد مع الدائن على أن يقوم بتسليمه الفحم المباع في شهر تموز وظهر فيما بعد في شهر أيار أي قبل موعد التنفيذ بأن المدين لن يقوم بتنفيذ إلتزامه في التسليم فإن الدائن بكون له حق في إستعمال خياره في فسخ العقد أو بالتعويض سواء وقت ظهور ما يدل بأن المدين لن يقوم بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية أو حين الإخلال الفعلي بالإلتزامات التعاقدية ومع ذلك، فإن كانت أسعار البضائع المباعة ترتفع بإطراد في السوق، فإن الدائن يجب أن يقوم بإعمال واجبه وفق معيار الشخص الحريص متوسط الحيطة والحذر، وذلك عن طريق عدم الإنتظار كي يرتفع سعر السوق أكثر، بالتالي زيادة الأضرار المدفوعة في نهاية المطاف من قبل المدين، بل إن كانت هناك فرصة معقولة لشراء الفحم المباع بذات الظروف أو بظروف أفضل فإن الدائن يتعين عليه أن يقوم بهذه العملية وإلا عد مخلاً بواجبه بتخفيف الضرر، وبالتالي لن يستحق التعويض الكامل عن الضرر [110]. وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا

---

[108] للمزيد أنظر: محمود دودين، الإخلال المبتسر للعقد: تحليل مقارن بين الوثائق الدولية الموحدة للبيوع والقانونين المدني والتجاري القطريين، المجلة الدولية للقانون، 2015. متوفر على: http://www.qscience.com/doi/pdf/10.5339/irl.2015.6. تاريخ الزيارة: 2018/08/31.

[109] CISG-AC Opinion No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract, Rapporteur: Michael Bridge, London School of Economics, London, United Kingdom. Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan on 15 November 2008. See also, Chengwei Liu, Effects of Avoidance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law, Nordic J. Com. L., 1, 5 (2005).

[110] G.H.TEREITEL, the law of contract, SWEET & MAXWELL/Stevens & sons, London, 1991, p511.

البريطانية بأنه عندما يكون هناك توقع بقيام البائع بإنتهاك العقد، وذلك بعدم قدرته على تسليم البضائع في التاريخ المحدد في العقد، فإنه يجوز للمشتري أن يرفع دعواه في الحال دون الشراء من البائع، ولكن إذا فعل ذلك يجب تقييم أضراره بالإشارة إلى سعر السوقي للسلع في الوقت الذي كان يجب أن يتم تسليمها بموجب العقد. وإذا نظرت المحكمة دعوى المشتري قبل موعد التسليم المتفق عليه في العقد، فإنه يجب على المحكمة في هذه الحالة تقدير سعر العقد بأفضل ما يمكن، ويجب على المحكمة أن تؤخذ بعين الإعتبار ما إن قام المشتري بإتخاذ الوسائل المعقولة لتخفيف الضرر أم لا [111]. وهذا ما بينته المحكمة التجارية البريطانية حينما وضحت أن الدائن لا يستطيع إنهاء العقد إلا إذا أثبت أن الطرف الآخر تصرف على نحو يؤدي إلى القول بتوافر نية واضحة ومطلقة بأنه لن يؤدي التزاماته، وأن سلوك المدين سيكون واضحا ومطلقاً لشخص متوسط الحرص بأن المتعاقد الآَخر لن يوفي بإلتزاماته بالوقت المتفق عليه. بمجرد إستيفاء هذه الشروط، يمكن للطرف المتضرر إتخاذ خطوات لإنهاء العقد وتخفيف خسائره [112]. وهذا أيضا ما بينته المحكمة العليا في ولاية أنديانا الامريكية حينما قضت بأنه بمجرد حدوث إخلال مسبق للموعد المتفق عليه للتنفيذ، فإنه يكون على الطرف الآخر الإلتزام بنظرية تخفيف الضرر وإتخاذ خطوات معقولة لتجنب "تفاقم" الأضرار. وإن إحدى الطرق المتبعة لتخفيف الأضرار عندما يتراجع المشتري عن شراء العقارات أن يحاول البائع العثور على مشترٍ آخر. فإن كان السعر المتفق عليه 315000 دولار وكان أفضل سعر يمكن أن يحصل عليه البائع من مشترٍ آخر هو 300000 دولار، فإن المشتري يكون مديناً للبائع بمبلغ 15000 دولار فقط. ومع ذلك، إذا كان البائع قد تغاضى عن العرض البالغ 300 ألف دولار، ثم باع المنزل بمبلغ 240 ألف دولار فقط، فإن المشتري سيظل مدينًا للبائع بمبلغ 15 ألف

[111] See: Melachrino v Nicholl and Knight & Co Ltd, [I9201 1 K.B. 693, at 699. Published in the book: David Oughton & Martin Davis, Sourcebook on Contract Law, Second Edition, Cavendish Publishing limited, London, 2000, pp. 600-601.

[112] See: SK Shipping (S) PTE Ltd v Petro export Ltd [2009] EWHC 2974. Available at: https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=236551. Visited on 31/08/2018.

دولار فقط، لأن هذا ما كان سيحدث لو أتخذ البائع الخطوات المعقولة لتخفيف الضرر [113]. ومن أسباب عدم إتفاقنا مع التوجه الذي يرى بعدم وجوب تخفيف الضرر حينما يكون هناك إخلال مبتسر للعقد، مخالفة هذا التوجه غايات وفلسفة نظرية تخفيف الضرر؛ فوقف إهدار الموارد الإقتصادية والتخفيف من الأخطار المعنوية من إحدى غايات ومرامي نظرية تخفيف الضرر التي شرعت من أجلها، وبما أن مناط الحكم هو الدافع على تشريعه والغاية المقصودة منه، وهي المصلحة التي قصد المشرع تحقيقها أو تكميلها، أو المفسدة التي قصد المشرع دفعها أو تقليلها، فإن حماية مصالح الطرف المتعاقد وتخفيف الأخطار المحدقة به ووقف إهدار الموارد الإقتصادية بما يعيد التوازن الإقتصادي للعقد تبقى مشمولة بالإطار العام لفكرة دفع الضرر، كون وقوعه من الناحية الفعلية في الإخلال المبتسر مؤكداً بعد حين، وهذا ينسجم تماماً مع قاعدة أن الأحكام تبنى على عللها؛ أي ترتبط بها وجوداً وعدماً، فالحكم يوجد عندما توجد علته ولو تخلفت حكمته. وبما أن الغاية من تخفيف الضرر هي منع الدائن من الوقوف موقفاً سلبياً تجاه الأضرار التي تلحق به جراء سلوك المدين، وبثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه لإشتراك المنطوق والمسكوت عنه في علة الحكم المفهومة، فإن وجود ما يؤكد بأن الضرر أصبح قادما لا محالة، يجعل الدائن ملزماً بتخفيف أو تجنب الضرر قد الإمكان، دون انتظار أجل استحقاق إلتزاماته التعاقدية كون أن إعمال الكلام أولى من إهماله، والإشتراك في مماثلة علة الحكم هي الغاية من القياس بين المقيس والمقيس عليه.

[113] See: Supreme Court of Indiana, FISCHER v. HEYMANN, Case No. 49S02–1309–PL–620, July 17, 2014.Avaliable at: https://scholar.google.com/scholar_case?case=14256230140082458812&q=FISCHER+v.+HEYMANN+No.+49S02%E2%80%931309%E2%80%93PL%E2%80%93620,+July+17,+2014&hl=en&as_sdt=2006. Visited on 31/08/2018.

المطلب الثاني

إتخاذ الدائن وسائل معقولة لتخفيف الضرر

يقضي المبدأ الأساسي، بأن الدائن ليس له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها عن طريق إتخاذ تدابير معقولة وقد بينت المادة (8.4.7) من مبادئ اليونيدروا شرط إتخاذ الدائن وسائل معقولة لتخفيف الضرر، وذلك حينما نصت على أنه "لا يسأل المدين عن الضرر الذي تكبده الدائن بقدر ما كان يمكن للدائن تخفيفه باتخاذ خطوات معقولة". وهذا ما تبنته أيضاً المادة (77) من إتفاقية فيننا لعقود البيع الدولي للبضائع حينما نصت على أنه "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات. وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كان يمكن تجنبها". وعليه فإن الدائن ملزم بأن يتخذ تدابير معقولة وملائمة كي يخفف من حدة ووطأة الخسارة والأضرار الناجمة عن مخالفة المدين العقدية. بمعنى آخر، فإن المشرع قد ربط تخفيف الضرر بمعيار المعقولية فإن لم توصف التدابير بهذه الصفة عد الدائن مخلاً بواجبه بتخفيف الضرر. وتجدر بنا الإشارة في هذا المقام أن تلك المواد لم توضح المقصود من مفهوم التدابير المعقولة والضابط الذي يميز المعقول من عدمه. ونرى بأن المشرع لم يقم بوضع معياراً محدداً لمعقولية التدابير كون أن هذه التدابير تختلف من حالة إلى أخرى ومن ظرفٍ إلى أخر وفق مقتضى الحال وطبيعة التعاقد، لذلك فإن المشرع منح القاضي سلطة تقديرية كي يقرر ما هو معقول وما هو غير معقول بدراسة ظروف وأحداث كل قضية على حدة، إلا أننا نرى بأن سلطة القاضي ليست مطلقة وإنما مقيدة بضابط حسن النية، وهذا يعني أن العلاقة بين التدابير ومبدأ المعقولية هي علاقة المعيار بالضابط، فيجب أن تكون التدابير المتخذة معقولة بالنظر إلى الظروف الموضوعية التي تصرف بها الشخص وفق مقتضيات مبدأ حسن النية. بمعنى آخر، فإن التدابير سوف تتصف بالمعقولية إن كان الشخص حسن النية متوسط الحرص يتبعها لو وضع في ذات

الظروف التي وضع بها الدائن [114]. وفي هذا السياق قضت محكمة إستئناف إنجلترا بأن بيان ما هو معقول وما إذا كانت الخسارة يمكن تجنبها هي أسئلة متصلة بالواقع، وليس مسألة قانون، بالتالي يقررها القاضي وفق الشروط الموضوعية وفق كل قضية على حدة [115]. وقد قضت ذات المحكمة بأنه لا يتعين على من قام بالإخلال بالعقد أن يدفع تكاليف إضافية بسبب عدم قيام المدعين بما كان يجب عليهم القيام به كأشخاص متوسطي الحيطة والحذر [116]. وفي هذا السياق، قضت المحكمة العليا لدولة النمسا بأن "الدائن ملزماً بإتخاذ وسائل معقولة لتخفيف الضرر وذلك إعمالاً لنظرية تخفيف الضرر ومن الأمثلة على هذه التدابير هي تلك التي كان من الممكن توقعها بحسن نية في ظل الظروف الموضوعية. وترى المحكمة أن الإجابة على السؤال بشأن التدابير المعقولة التي ينبغي إتخاذها تتوقف على كيفية تصرف الدائن متوسط الحيطة والحذر لو وضع في نفس الظروف. وعليه وعلى ما يبدو، عندما يزعم البائع قيام المشتري بخرق واجب تخفيف الضرر، فإنه يجب على المحكمة رفض هذه الحجة طالما أن البائع لم يقدم أي دليل يثبت مزاعمه. وإن إرتكاز الدائن المتضرر على مسألة قيام المدين المخل بالعقد بخرق واجب تخفيف الأضرار هو إستثناء يؤدي إلى فقدان المضرور حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار. ويتطلب من البائع تقديم الحقائق المفصلة والأدلة الداعمة التي تبين السبب الذي أدى إلى إخلال المشتري بواجبه في تخفيف الضرر، وإمكانيات السلوك البديل الذي كان يجب على المشتري إتباعه، وأي جزء من الأضرار الذي كان سيتجنبه هذا السلوك البديل، وما إذا كان المشتري ملزماً بإبرام

[114] Alan D. Miller and Ronen Perry, the Reasonable Person, New York University Law Review, Vol. 87, 2012, pp. 325. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1883208. Visited on 31/08/2018.

[115] Clark v Tull (t/a Ardington Electrical Services) [2002] EWCA Civ 510 (1st May, 2002). Available at: http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2002/510.html. Visited on 31/08/2018.

[116] Gardner & Anor v Marsh & Parsons (A Firm) & Anor [1996] EWCA Civ 940 (13th November, 1996). Available at: http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1996/940.html. Visited on 31/08/2018.

عقود بديلة مناسبة وفي إطار زمني مناسب وفقًا للمادتين (75، 77) من إتفاقية فيننا لعقود البيع"[117]. وهذا أيضا ما بينته المحكمة الإقليمية العليا الألمانية بأن إعادة بيع البائع للبضائع إلى طرف ثالث بعد شهرين من رفضها من قبل المشتري كان معقولًا في سياق صناعة الأزياء [118].

وفي السياق ذاته قضت محكمة البرتا الكندية بأنه من غير المعقول أن نتوقع أن يقبل المؤجر إيجاراً شهرياً لمركز تسويق بقيمة 10 دولارات أمريكية في الشهر الواحد، إذ لا يعد هذا تدبيراً معقولا لتخفيف الضرر، فكان على المؤجر أن يترك المركز فارغاً لفترة زمنية إضافية، من أجل البحث عن مستأجر جديد بمبلغ إيجاري معقول [119]. وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إن مفاد المادتين 18 ، 20 من إتفاقية " فارسوفيا "المعدلة ببروتوكول" لاهاي" في 28 من سبتمبر سنة 1952 والتي وافقت مصر عليها بالقانونين رقمي 593 ، 644 لسنة 1955 أن مسؤولية الناقل الجوي لا تنقضي ولا تنتهى إلا بتسليم البضاعة الى المرسل إليه في ميناء الوصول أو المكان المتفق عليه، ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت أنه وتابعيه قد إتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادى الضرر أو أنه كان من المستحيل عليهم إتخاذها أو القيام به أو لديه سبب آخر من أسباب الإعفاء طبقاً للقواعد العامة، فإنه وبالنظر إلى تطور وسائل النقل الجوي وما يستتبعه من وجوب قيام المرسل إليه بدوره في سرعة إتخاذ إجراءات إستلام البضائع لدى وصولها لميناء الوصول بمجرد علمه بهذا الأمر سواء كان علمه سابقاً على وصولها أو بموجب إخطاره من قبل الناقل – في حالة وجود إتفاق على ذلك – حتى لا تبقى البضائع

[117] See: Austria 6 February 1996 Supreme Court (Propane case), Case No 10 Ob 518/95, English translation available at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/queenmary.html. Visited on 29/08/2018.

[118] See: Germany 14 January 1994 Appellate Court Düsseldorf (Shoes case), case No: 17 U 146/93 English translation available at: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html. Visited on 29/08/2018.

[119] See: Deer Valley Shopping Centre Ltd. v. Sniderman Radio Sales and Services Ltd (1989) 96 A.R.321 (Q.B.).

المشحونة مدة طويلة بالمخازن فتتعرض للتلف خاصة تلك التي يحتاج حفظها لمخازن معينة تناسب طبيعتها"[120].

وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا السودانية حينما قضت بأنه "ينعي محامي الطاعن علي الحكم المطعون فيه مخالفته للقانون والخطأ في تطبيقه إذ قضي عكس الثابت في الأوراق بأن الطاعن لم يتخذ من التدابير، ما من شأنه تخفيف الضرر وحين قضي أيضاً بأنه قد كان في وسع الطاعن تأمين العربة وإستخدامها، ويقول في بيان ذلك ما مؤداه بأن موكله بذل قصارى جهده لحمل المطعون ضده علي تسجيل العربة بإسمه وأنه لم يلجأ إلى إيقاف البص إلا بعد أن يأس من إقناع المطعون ضده وضاق ذرعاً بمطاردته، ويضيف محامي الطاعن في شرح أسباب طعنه بأن موكله لم يكن في وسعه تأمين العربة قانوناً، إذ أن التأمين الإجباري لا يتم إلا لمصلحة صاحب العربة وإستعمال العربة بدون تأمين ودون ترخيص يوقع موكله تحت طائلة القانون ولما كان مناط المسالة القانونية في دعاوى العقود، هو قيام علاقة السببية بين الإخلال والضرر الذي وقع على المضرور ولما كانت العربة من المنقول، ولما كانت الملكية في المنقول تتم بتسليم محل العقد، ولما كان المطعون ضده قد قام بتسليم العربة للطاعن، وظلت تحت حيازته وقام بإستخدامها للأغراض المخصصة لها فإن المطعون ضده يكون قد أوفي بما إلتزام به بموجب بنود العقد وهو تسليم ونقل ملكية العربة محل العقد ولم يتبق للطاعن في ذمة المطعون ضده سوى إتمام عملية تسجيل العربة وقد عجز المطعون ضده بإقراره عن إتمام التسجيل ويزعم الطاعن أنه إزاء هذا العجز لم يجد مفراً من إيقاف العربة ويسوق كمبرر لذلك عدم إستطاعته تأمين وترخيص العربة، وهذا الزعم مردود ذلك لأن المؤمن يعول على ملكية الشيء المؤمن عليه وإذا أبرز الطاعن عقد البيع والعربة محل البيع فإنه لن يجد صعوبة في التأمين بسبب السجل ذلك لأن الحيازة في المنقول هي دليل الملكية وسجل العربات ليس سجل ملكية بل سجل تنظيمي هو والمواد التي تنظمه وتعاقب على مخالفته، وإذا كان في

[120] حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 301 لسنة 70 جلسة 09/02/2009 س 60 ص 280 ق 45. متوفر على موقع: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx. تاريخ الزيارة 2018/08/31.

الإمكان تأمين العربة قبل تسجيلها فإنه يمكن ترخيصها حتى ولو كان الترخيص في إسم الشخص المسجلة العربة بإسمه، ويبين من ذلك إن إيقاف العربة لم يكن نتيجة مباشرة لعدم التسجيل، إذ كان في وسع الطاعن تأمين العربة وترخيصها واستخدامها للغرض المخصصة له والإيقاف كان مجرد موقف تعسفي من جانب الطاعن لا يجوز محاسبة المطعون ضده عليه ولما كان الحكم المطعون فيه لم يخالف هذا النظر فلا مجال للطعن فيه بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه؛ ولذلك يتعين رفض الطعن ورد الكفالة للطاعن"[121]. بناءً على ما سبق نرى أن إتخاذ التدابير المعقولة تتمثل بإتيان فعل يأتيه شخص متوسط الحيطة والحذر، معتدل الإدراك، ذو بصيرة يستعمل الحذق ويتصرف بحسن نية في الظروف التي وقع فيها الإخلال من قبل المدين. وحينما يتم تطبيق هذا المعيار فإنه لا يؤخذ بالحسبان الظروف الشخصية والداخلية للدائن وإنما يتم النظر إلى الظروف الخارجية كظرف الزمان، ظرف المكان، طبيعة المعقود عليه، وطبيعة الإخلال الصادر من المدين ومدى قدرة الدائن في تدارك إصلاحه وخاصة في الأحوال التي يكون فيها خطأ المدين تنفيذاً معيباً للإلتزام. وقد يستدل القاضي على قيام الدائن بإتخاذ تدابير معقولة من عدمه بالنظر إلى العرف والعادة حيث أن "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" و "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم" حيث يتم النظر إلى السلوك الذي أقدم عليه الدائن فإذا قام الدائن بالإنحراف بسلوكه عن سلوك الشخص متوسط الحيطة والحذر والسلوك المألوف بين الناس، وذلك بتجاوز الحدود الواجب إلتزامها وفقاً للعرف والعادة فإن ذلك مؤشراً على إخلال الدائن بواجبه بتخفيف الضرر من خلال عدم إتخاذ التدابير المعقولة لتخفيف الضرر المعروفة عرفاً بين الناس.

وتطبيقاً لما سبق فإن الدائن قد يكون ملزماً بإبرام صفة بديلة خصوصاً وإن كانت تلك الصفقة سوف تؤدي إلى تقليل حجم الضرر الواقع عليه بفعل إخلال المدين بالتزاماته [122]. وفي هذا السياق، قضت المحكمة العليا

---

[121] المحكمة العليا السودانية في القضية بين محمد عمر الأمين / ضد/ عوض أحمد النعيم، في القضية رقم م ع / ط م / 756 / 73 الصادر بتاريخ 30/ 11 /1974، مجلة الأحكام السودانية، المجلات من 1970 إلى 1979، العدد 1973.

[122] See: Catherine Elliott& Frences Quinn, Contract law, 7 Edition, Pearson Longman, London, 2009, p.348.

البريطانية بإنه يتعين على المضرور تخفيف الضرر من خلال اللجوء إلى السوق وإبرام صفقة بديلة طالما كانت معقولة وفي زمن معقول بعد فسخ العقد الأصلي والأضرار حينها تقدر بالرجوع إلى السعر الذي قام المضرور بدفعه في سبيل إتمام الصفقة البديلة [123]. قد يتعين على الدائن أيضاً أن يقوم ببيع البضاعة بسعر أقل في سبيل تخفيف الضرر الواقع عليه جراء إخلال المدين في إلتزامه. وفي هذا المعنى قضت محكمة التحكيم في النزاع الذي ثار بين شركة أمريكية لبيع الأسلحة والحكومة الإيرانية، والذي يتلخص بقيام دولة إيران بالإتفاق مع الشركة الأمريكية على شراء أسلحة ومعدات إلكترونية من أجل تطوير برنامجها العسكري الجوي، إلا أن دولة أيران لم تدفع الجزء الأكبر من ثمن البضاعة، مما أدى إلى قيام الشركة ببيع الأسلحة بسعر أقل، وحينما قامت بالرجوع على الحكومة بالتعويض، أثارت الحكومة الإيرانية بأن الشركة أخلت بشرط المعقولية حيث كان يتعين عليها ألا تقم بالبيع بسعر أقل مما باعته للحكومة الإيرانية، إلا أن هيئة التحكيم وجدت أن الشركة قد بذلت جهداً معقولاً في بيع المعدات. ووضحت أن الفواتير التي قدمتها الشركة تثبت الجهد المبذول الكافي للعثور على مشترين للمعدات في جميع أنحاء العالم. تم بيع جزء كبير من المعدات، على الرغم من أن سعر البيع كان أقل من السعر المتفق عليه مع الحكومة الإيرانية، إلا أن ذلك لا يؤثر على معقولية الوسائل كون أن الكثير من المعدات قد تم تعديلها أو تصميمها وفقًا لمواصفات سلاح الجو الإيراني، وبالتالي يصعب بيعها للزبائن الآخرين، مما يعني أن الشركة قد اتخذت الوسائل المعقولة التي يتخذها البائع متوسط الحيطة والحذر في أبرامه للصفقات البديلة [124].

[123] See: Bunge SA v. Nidera BV [2013] EWCA Civ 1628.Avaliable at:https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0019-judgment.pdf. Visited on: 31/08/2018.

[124] See: Watkins-Johnson Co. & Watkins-Johnson Ltd. v. The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran, case No 370 (429-370-1), issued on 28.07.1989. Available at: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/890728i2.html. Visited on 31/08/2018.

وفي سياق متصل، قضت محكمة ألمانية بأن المشتري قد أخل بواجبه بتخفيف الضرر حينما لم يقم بإبرام صفقة بديلة من سوق خارجي على الرغم من أنه حاول أن يقوم بإبرام تلك الصفقة من السوق المحلية، إلا أنه لم ينجح بذلك، فقررت المحكمة أنه طالما أبرم المشتري الصفقة الرئيسة في السوق الخارجي، فكان عليه أن يقوم بالبحث والتحري عن بضائع بديلة في السوق الأجنبية، ولأن الدائن لم يفعل، فإنه لا يستحق تعويضاً عن الاضرار التي كان من الممكن تجنبها لو تم إبرام صفقة في السوق الخارجي [125]. وفي هذا المقام لا نتفق مع التوجه السابق للمحكمة الألمانية حيث كان على المحكمة أن تقوم بالنظر بشكلٍ موضوعي على حيثيات القضية، ولا تنظر إلى الظروف الشخصية التي مر بها الدائن، إذ كان عليها أن تقوم ببحث ما إن كان الدائن متوسط الحيطة والحذر سيقوم بإبرام صفقة بديلة من السوق الخارجي لو أن المدين قد أخل بإلتزاماته، فإن كانت نتيجة هذا السؤال بالإيجاب، حينها يكون الدائن قد أخل بواجبه بتخفيف الضرر، وفي المقابل إن كان الإجابة بالنفي فيكون الدائن قد نفذ واجبه في تخفيف الضرر من خلال سعيه لإبرام صفقة محلياً ما لم يكن المبيع معدوماً في السوق المحلية ففي هذه الحالة نرى أن الشخص متوسط الحيطة والحذر سوف يقوم بإبرام الصفقة في السوق الخارجية، وعلى خلاف ذلك فإن الدائن يستحق كامل التعويض عن الضرر الذي أصابه. وقد يكون الدائن ملزماً بقبول عرض المدين والذي سبق وقد أخل بالعقد حتى وإن كان العرض الجديد يتضمن شروطاً أقل فائدة مما كان عليه العقد الأصلي ففي هذه الحالة قد يكون الدائن ملزماً بأن يقبل هذا العرض في سبيل تخفيف الضرر. وفي هذا الصدد قرر أنه في عقود البيع أيضاً إذا كان البائع قد وافق على البيع بضمان ثم بعد ذلك رفض الضمان وطالب المشتري بالتسديد الفوري، فإن المشتري قد يكون ملزماً بقبول هذا التسليم بدلاً من الشراء مع خطورة إنخفاض أسعار السوق كمظهر من مظاهر تخفيف الضرر [126].

---

[125] See: Germany 2 September 1998 Appellate Court Celle (Vacuum cleaners case), Case No 19980902, English translation available at: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html. Visited on: 31/08/2018.

[126] وليد خالد عطية، القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الانكليزي (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد 3، العدد 2، 2011، ص45.

والسؤال الذي يثار؛ في حال إتخذ الدائن تدابير أقل كفاية من تلك التي تستخدم عادة في مثل ظرف ما إلا أنها خففت من مقدار الضرر كتلك التي تستخدم عادة فهل يعد الدائن مخلاً بواجبه بتخفيف الضرر أم لا؟

نرى أن الإجابة بالنفي؛ حيث أن الهدف من قيام الدائن بإتخاذ تدابير معقولة هو تخفيف الضرر فإن ثبت تحقق الغاية من التدابير فإن ذلك يستتبع تعويض الدائن عن الضرر الذي لحقه جراء إخلال المدين بإلتزامه كونه أوفى إالتزامه بتخفيف الضرر بغض إن كانت أقل كفاية من تلك التي تستخدم عادة. أما إذا استخدم الدائن وسائل أكثر كفاية من تلك التي تستخدم عادة إلا أنها لم تمنع أو تخفف مقدار الضرر أو خففت ولمن بوتيرة أقل فنرى أن الدائن بهذه الحالة أيضاً لا يعتبر مخلاً بإلتزامه بتخفيف الضرر حيث أنه ملزم بإتخاذ وسائل معقولة لتخفيف الضرر وطالما أن إعمال الكلام أولى من إهماله فإن إتخذ الدائن وسائل وتدابير أكثر كفاية إلا أنها لم تحقق نتيجة فإنه يكون قد نفذ إلتزامه علىإعتبار أن إلتزامه ليس بتحقيق نتيجة وإنما ببذل عناية الشخص المعتاد فإن بذل أكثر من عناية الشخص المعتاد ولم تتحقق النتيجة فلا يعد مخلاً بإلتزامه بتخفيف الضرر.

والسؤال الذي يثار أيضاً ماذا لو أثبت الدائن أن تكلفة إتخاذ مثل هذا التدابير تفوق التعويض عن الضرر فيما لو لم تتخذ هذه التدابير؟ هل يحكم له بتعويض كامل. والعكس، لو إتخذها الدائن ولما رجع على المدين للمطالبة بالنفقات والمصاريف أثبت المدين أن مجرد إتخاذها هو أضرار به، لإرتفاع قيمتها عن مقدار الضرر وبالتالي التعويض المستحق للدائن، وأنه كان يجب على الدائن بالنظر إلى معيار التكلفة الإمتناع عن إتخاذها؟

نرى أن في هذه الحالة لا يستحق الدائن إلا التعويض عن الأضرار التي تجنبها وفي المجرى العادي للأمور وقيام الدائن بإتخاذ تدابير أكثر كلفة أو إتخذها من أجل الأضرار بالمدين فإن ذلك يعد من قبيل التعسف بإستعمال الحق والذي بموجبه يكون الدائن قد أخل بواجبه بتخفيف الضرر. وفي هذا السياق قضت، محكمة إستئناف إنجلترا بأنه "لا يقع المدعي تحت أي إلتزام فعلي بإعتماد الطريقة الأرخص ثمناً لتخفيف الضرر؛ فإذا كان يرغب في إعتماد الطريقة الأكثر تكلفة، فله مطلق الحرية بالقيام بذلك، وفي حال أقدم على ذلك فلا يعد

مخلاً بحقوق المدعى عليه أو بحقوق أي شخص آخر والمعنى الحقيقي هو أن المدعي لا يحق له أن يفرض على المدعى عليه تعويضات بأية مبالغ أكثر من المبلغ الذي يحتاج إلى إنفاقه بشكل معقول لغرض جبر الضرر. بإختصار، يحق له تماماً أن يكون مسرفاً بقدر ما يرضيه، ولكن ليس على حساب المدعى عليه" [127].

وفي هذا السياق، قضت المحكمة العليا الأمريكية بأنه لا يعد المضرور ملزماً بإتخاذ تدابير إستثنائية للتخفيف من الأضرار، أو حتى إتخاذ تدابير في نهاية المطاف قد تكون أكثر نجاحاً في تخفيف الضرر، وإنما المضرور ملزماً بإتخاذ جهود معقولة وطالما كانت جهود وطالما كانت جهود المضرور تتصف بالمعقولية، فإن التكلفة المنفقة في سبيل ذلك تكون قابلة للسداد [128].

وعليه، نرى بأن الدائن لا يكون مخلاً بواجبه تجاه المدين بتخفيف الضرر إلا إذا إنحرف في مسلكة عن مسلك الشخص المعتاد متوسط الحيطة والحذر، إذا وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها الدائن. فأن تبين أن الشخص المعتاد ما كان ليسلك ذات السلوك في تخفيف الضرر إعتبر الدائن قد إنحرف عن سلوك الشخص المعتاد، بالتالي عد مخلاً بواجبه بتخفيف الضرر.

السؤال الذي يثار في هذا المقام هل ما ينطبق على الأضرار المادية ينطبق على الأضرار المعنوية؟

أجابت المحكمة المركزية الأمريكية في مقاطعة أوريجون بالنفي حينما قررت بأن المضرور لا يقع عليه إلتزام بأن يتخذ تدابير معقولة لتخفيف الاضرار المعنوية، حيث أن هذا النوع من الأضرار لا تنطبق عليه نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر [129]. إلا أننا لا نتفق مع هذا التوجه ونرى بأن ما ينطبق على الضرر المادي ينطبق

---

[127] See: Darbishire v Warran [1963] 1WLR 1067, [1963] EWCA Civ 2, [1963] 2 Lloyd's Rep 187, [1963] 3 All ER 310. Available at: http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1963/2.html. Visited on 31/08/2018.

[128] ECDC Environmental, LC v New York Marine and General Insurance Co, 1999 US Dist LEXIS 15268, *6-7 (S D NY). Published on: Eugene Kontorovich, The Mitigation of Emotional Distress Damages, University of Chicago Law Review, Vol. 68, 2001, p497.

[129] See: EEOC v. Fred Meyer Stores, Inc., No. 3:11-cv-00832-HA, 2013 U.S. Dist. LEXIS 134089 (D. Or. Sept. 19, 2013). Available at: https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1443&context=condec. Visited on 31/8/2018.

أيضاً على الضرر المعنوي كون أن القواعد الناظمة لواجب الدائن بتخفيف الضرر جاءت عامة ومطلقة لتجري على إطلاقه وطالما لم يرد ما يقيدها فإن ذلك يستتبع إنطباق نظرية تخفيف الضرر على الأضرار المعنوية. ومن تارة أخرى، نرى أيضاً أن علة الحكم وغايات تشريع نظرية تخفيف الضرر تتماثل ما بين الضرر المادي والضرر المعنوي الأمر الذي يبرر القياس بين المقيس والمقيس عليه. وعليه فإن الذي يطالب بالتعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن إخلال المدين بإلتزاماته التعاقدية يتعين عليه أيضاً أن يتخذ الوسائل والتدابير المعقولة من أجل تخفيف الضرر وإلا عد مخلاً بإلتزامه بتخفيف الضرر وفقد حقه بالتعويض عن هذه الأضرار. وهذا ما قضت به المحكمة المركزية في مقاطعة كولومبيا بأن الدائن قد فشل تخفيف الأضرار التي لحقت به من خلال عدم إتخاذه وسائل لتخفيف الإكتئاب مما يحرمه من الحصول على تعويض عن هذه الأضرار [130]. وفي هذا السياق قضت المحكمة المركزية الأمريكية بمقاطعة تكساس أن إخفاق المدعي في إستنفاذ سبل العلاج قد يكون ذا صلة بإخفاق المدعي بتخفيف الأضرار المعنوية [131]. وفي هذا المعنى أيضاً قضت المحكمة محكمة الإستئناف الأمريكية في قضية تتلخص وقائعها بقيام عامل بمطالبة صاحب العمل بالتعويض عن الإصابة العمالية التي لحقت به حيث طالب بالتعويض عن الأضرار الإقتصادية وبالتعويض عن الألم والمعاناة والأضرار المعنوية فقامت محكمة الإستئناف بتخفيض نسبة التعويض 25% من قيمة التعويض حيث بينت أن المدعي لو حاول العثور على عمل أخر لكانت الأضرار الإقتصادية وغير الإقتصادية أقل مما عليه الآن [132].

[130] See: Neal v. Director, Dist. of Colombia Dept. of Corrections, No. 93-2420, 1995 U.S. Dist. LEXIS 11461, 1995 WL 517249, at *15 (D.D.C. Aug. 9, 1995).

[131] See: Rogan v. Lewis, US District Court for the Southern District of Texas - 975 F. Supp. 956 (S.D. Tex. 1997) available at:https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/975/956/1458957/, Visited on 31/08/2018.

[132] See: Gomez v. Am. Empress Ltd. P'ship, 189 F.3d 473 (9th Cir. 1999). Available at: https://scholar.google.com/scholar_case?case=13854831598939586584&q=Gomez+v.+Am.+Empress+Ltd.+&hl=en&as_sdt=2006. Visited on 31/08/2018.

المبحث الثاني

خيارات الدائن بعد أعمال واجب تخفيف الضرر

يعتبر وفاء المدين بإلتزامه على الوجه المتفق عليه مع الدائن هو الطريق الطبيعي لإنقضاء الإلتزام كون الغاية من وراء الإلتزام هي أن يقوم المدين بأداء عين ما إلتزم به. وإذا أخل المدين بالوفاء بذلك جاز للدائن أن يطالبه بالتعويض، على إعتبار أن تخلف أو إستحالة الأصل يفتح المجال أمام الدائن للمطالبة بالبدل. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام؛ هل يؤثر قيام الدائن بتخفيف الضرر على حقه بالمطالبة بالتنفيذ العيني أو التعويض؟ بمعنى، هل قيام الدائن بتخفيف الضرر يعفي المدين من تنفيذ إلتزامه؟ أم أن المدين يبقى ملتزماً بالتنفيذ؟ وهل يؤثر أعمال الدائن واجبه في تخفيف الضرر على حقه بالمطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض أم لا؟ للإجابة على هذه التساؤلات، نعرض تأثير تخفيف الضرر على التنفيذ العيني وعلى التعويض كلاً في مطلب مستقل.

المطلب الأول

تأثير تخفيف الضرر على التنفيذ العيني

لقد إختلفت الأنظمة القانونية فيما بينها حينما تناولت مسألة التنفيذ العيني؛ فالأنظمة اللاتينية إعتبرت أن الأصل في تنفيذ العقد هو أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما إلتزم به بالعقد حيث ينظر إلى التنفيذ العيني كقاعدة عامة بموجب الأنظمة اللاتينية. في حين، أن النظام الأنجلو سكسوني أعتبر التنفيذ العيني إستثناء ينشأ حينما يكون التعويض المالي غير ملائم لذلك فإن النظام الانجلو سكسوني يعتبر التعويض تنفيذاً للإلتزام كون أن التعويض يضع الدائن بذات المركز المالي الذي سوف يكون عليه، فيما لو تم تنفيذ الإلتزام، ولا يلجأ إلى التنفيذ العيني ما دام التعويض يحقق الغاية التي هدف إليها المتعاقدين من التعاقد بشكلٍ ملائم [133].

---

[133] للمزيد في هذا المعنى أنظر إلى: علي أبو دياك، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية في فلسطين: دراسة مقارنة، رسالة علمية قدمت إلى جامعة بيرزيت لنيل درجة الماجستير، 2002. احمد العماوي، نسرين محاسنة، التنفيذ العيني في اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980): دراسة مقارنة، رسالة علمية قدمت إلى جامعة اليرموك، 2016. وأنظر إلى ج.س. شيشير، س.ه. فيفوت، ترجمة هنري رياض، أحكام العقد في القانون الإنجليزي، دار الجيل، بيروت، 1987، ص 865.

Also see: Fritz Enderlein, Right and obligation of the seller under the UN convention contracts for the international Sale of Goods {General obligation, Art, 30}, in Sarcevic, Volkened, international sale of goods, Dubrovnik Lectures, Oceana, 1990.

يقصد بالتنفيذ العيني أن يقوم المدين بالوفاء بعين ما إلتزم به تجاه الدائن. ويعد التنفيذ العيني حقاً لكل من الدائن والمدين، فلا يستطيع المدين أن يلجأ عنه إلى غيره كما ليس للدائن أن يطلب التعويض إن أصر المدين على التنفيذ العيني [134]. وقد عرفت محكمة النقض المصرية التنفيذ العيني حينما قضت بأنه "من المقرر أن الأصل وفقاً لما تقضى به المادتان 203 /1، 215 من القانون المدني هو تنفيذ الإلتزام تنفيذاً عينياً ولا يصار إلى عوضه أو التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا إستحال التنفيذ العيني، وإن تقدير تحقق تلك الإستحالة مما يستقل به قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة" [135]. وفي هذا المعنى نصت المادة (53) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "إذا بطل الأصل يصار إلى البدل"، بمعنى أن الذي يجب أداؤه هو الأصل، فإذا تعذر إيفاؤه بالفوات أو التفويت، يصار إلى البدل، والأداء هو تسليم عين الواجب فإن تعذر تسليمها يصار إلى التعويض [136]. وحتى يستطيع أن يطالب الدائن مدينه بالتنفيذ العيني فلا يمكن أن يتحقق له ذلك مالم تتوفر شروط معينة، وفي حال توافر تلك الشروط، حينها يكون بالإمكان إجبار المدين على تنفيذ ما إلتزم به تنفيذاً عينياً، ويمكن إجمال هذه الشروط على النحو الآَتي: 1-أن يكون التنفيذ العيني ممكناً. 2-ألا يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين. 3-أن يعذر الدائن مدينه وأن يطالبه بضرورة تنفيذ ما تم الإلتزام به [137].

والسؤال الذي يثار في هذا المقام، هل يؤثر قيام الدائن بتخفيف الضرر على حقه بمطالبة مدينه بالتنفيذ العيني؟

---

[134] ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 164.

[135] محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 2469 لسنة 57 جلسة 16/05/1991 س 42 ع 1 ص 1129 ق 176.

[136] محمد الاتاسي، شرح المجلة-المجلد الأول-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2017، ص 122.

[137] للمزيد أنظر جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام-احكام الالتزام-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 27 .

أجابت المحكمة العليا الكندية على هذا السؤال، حينما قررت بقضية تتلخص وقائعها بقيام شركة أنشأت خصيصاً لغرض شراء الأراضي، ولم يكن لهذه الشركة أي أصول غير الأموال التي تقدمها الشركة الأم إليها من أجل الإيداع المتعلق لإتمام عمليات الشراء. وقد أبرمت هذه الشركة إتفاقية بيع لشراء قطع معينة من الأراضي مع بائع. وعندما فشل البائع في تنفيذ العقد بالوقت المحدد، طالبت الشركة تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً، ودفعت بأنه ليس مطلوباً منها تخفيف خسائرها. ورفضت محكمة الدرجة الأولى تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً وحكمت للشركة بتعويضات بمبلغ ($1,935,500). وخلصت محكمة الإستئناف إلى أن المدعى عليه قد خرق إلتزاماته التعاقدية ولكن الشركة لم تتخذ الخطوات اللازمة للتخفيف من خسائرها. وقد قامت محكمة الإستئناف بتخفيض قيمة التعويض إلى مبلغ رمزي. وكانت حجة الشركة أنه كان من المعقول ألا تتخذ خطوات لتخفيف خسائرها لأنها تسعى للحصول على التنفيذ العيني. وقامت بطرح سؤال حول هل السعي إلى تحقيق التنفيذ العيني هو سبب كاف للمدعي لعدم التمسك بواجب تخفيف الضرر؟

قررت المحكمة بوجود سوابق قضائية ثابتة مفادها أنه إذا كان للمدعي "مبرر عادل وواقعي وكبير" أو "مصلحة جوهرية ومشروعة" في أداء معين، فإن تقاعسه عن شراء ممتلكات أخرى قد يكون معقولاً تبعاً للظروف. ومع ذلك، خلصت المحكمة إلى أن "المدعي الذي حرم من عقار إستثماري" ليس لديه مثل هذه المصلحة "ما لم يتمكن من إظهار أن هذه النقود ليست وسيلة إنتصاف كاملة لأن الأرض لها" قيمة خاصة وغريبة "بالنسبة له". وذهب قرار الأغلبية إلى أن الشركة كانت تعمل في صفقة تجارية لغرض تحقيق ربح. وكانت الخصائص الخاصة بالممتلكات ذات قيمة فقط بسبب قدرتها على تحقيق المزيد من الربحية." وأن السعي إلى التنفيذ العيني يسمح للمدعي فقط بالتخلي بشكل آمن عن جهود تخفيف الضرر عندما يكون المدعي واثقاً ومتأكداً من أن مطالبته المتعلقة بالتنفيذ العيني ستكون ناجحة. وعلاوة على ذلك، إذا كان هدف المدعي في الصفقة هو الربح، يقترح الحكم أنه في معظم الحالات، من المحتمل أن يواجه المدعي صعوبات في إقناع المحكمة بمنحه الحكم

بالتنفيذ العيني. ونتيجة لذلك، سيكون مثل هذا المدعي ملزماً دائماً بتخفيف الضرر كلما أمكن ذلك. وعلى خلاف ذلك، فقد ينتهي الأمر بموقف المدعي في هذه القضية، التي تم تخفيض مبلغ التعويض عن مبلغ مليوني دولار في المحاكمة إلى دولار واحد في الإستئناف، وهذا ما أكدته المحكمة العليا [138]. وعليه نرى المحكمة وجدت بأن الدائن لا يقع عليه واجب تخفيف الضرر حينما يكون متأكداً بأن مطالبته بالتنفيذ العيني محقة وأن المحكمة سوف تجيب طلبه، وعلى خلاف ذلك يتعين عليه أن يقوم بكل ما يلزم من أجل تخفيف أو تجنب الضرر، وإلا عد مخلاً بواجبه بتخفيف الضرر، ويفقد حقه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها لو أتخذ الوسائل الضرورية والمعقولة لتخفيف الضرر.

وقد قضت المحكمة العليا الكندية في هذا الصدد بأنه قبل أن يتمكن المدعي من الإعتماد على المطالبة بالتنفيذ العيني من أجل إبعاد نفسه عن عواقب الفشل في شراء عقار بديل كوسيلة لتخفيف الضرر، يجب عليه العثور على التبرير العادل والحقيقي والجوهري لمطالبته بالتنفيذ العيني [139]. وعليه نرى أنه لا يمكن الفصل بين واجب الدائن في تخفيف الضرر والحق في التنفيذ العيني. لأنه في حالة توفر شروط التنفيذ العيني يتم تعليق الإلتزام بتخفيف الضرر؛ لأنه من حق المضرور أن يحافظ على الرابطة التعاقدية، ولا يطلب منه أن يقبل إنتهاك المدين لإلتزاماته التعاقدية، ولكن يتم تعليق الإلتزام بتخفيف الضرر. وسيعتبر الدائن ملزماً بإعادة العمل على تخفيف الضرر كلما ظهر أن التنفيذ العيني مستحيلاً، أو عندما يقبل المضرور إنتهاك المدين لإلتزاماته التعاقدية حينها يعد الدائن ملزماً بتخفيف الضرر حتى يحصل على كامل التعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها،

[138] See: Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board, 2012 SCC 51, [2012] 2 S.C.R. 675. Available at: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/12612/index.do. Visited on 31/08/2018.

[139] See: Asamera Oil Corporation Ltd. v. Sea Oil & General Corporation et al., [1979] 1 S.C.R. 633. Available at: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2614/index.do. Visited on 31/08/2019.

وإلا فقد حقه بالتعويض عن هذه الأضرار [140]. وفي هذا المقام لا نتفق مع جانب من الفقه الذي يرى أن واجب تخفيف الضرر يؤدي إلى حرمان الدائن من المطالبة بالتنفيذ العيني، على إعتبار أن التنفيذ العيني يتعارض مع واجب الدائن في تخفيف الضرر، "وإن إعمال التنفيذ العيني يعد تعارضاً صريحاً مع المصدر التاريخي لواجب تخفيف الضرر الا وهو القانون الإنكليزي الذي يعتبر هذا الواجب وسيلة لتقليل حالات التنفيذ العيني، وإنكاراً للدور الفذ الذي يلعبه واجب تخفيف الضرر في تقليل حالات المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري الذي يصطدم بعقبات قانونية وعملية في ميدان التجارة الدولية"[141].

عند إخلال المدين بإلتزاماته يثبت للدائن حقان: التنفيذ العيني، والتنفيذ بمقابل، أي بطريق التعويض. فالأصل أن يكون التنفيذ عينياً، وحينما تكون شروط التنفيذ العيني غير متوافرة؛ كأن يكون التنفيذ العيني غير ممكن كما لو هلك الشيء واجب التسليم، أو كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين إرهاقاً شديداً، والعدول عنه لا يلحق بالدائن ضرراً شديداً، ففي هذه الحالات لا يكلف المدين بما لا يستطيع أن يحتمل، ولا يبقى أمام الدائن إلا الخيار الثاني ألا وهو التنفيذ بطريق التعويض، وهو عبارة عن المطالبة بمبلغ نقدي معين يجبر الأضرار التي تعادل المنفعة التي يستحقها الدائن لو قام المدين بتنفيذ إلتزامه، وحتى يستحق الدائن التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ يتعين عليه أن يقوم بإتخاذ كل ما يلزم لتخفيف الأضرار أو لتجنبها، إعمالاً لواجبه بتخفيف الضرر، فإن طالب إبتداء بالتنفيذ العيني حينها لا يطلب منه إتخاذ الوسائل المعقولة لتخفيف الضرر، بل يتم النظر في مطالبته بالتنفيذ العيني، فإن تبين أنه غير محق في طلبه كأن يكون التنفيذ العيني مستحيلاً، وتمسك الدائن بحقه في التعويض، يكون حينها للمدين أن يستند على فشل الدائن في تخفيف الضرر كأساس لتجنب الحكم عليه بالتعويض عن الأضرار التي فشل الدائن في تجنب أو تخفيف وقوعها حسب مقتضى الحال. وفي المقابل، إن

[140] In this meaning see: JEFF BERRYMAN, mitigation, specific performance, and the property developer: Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board, Alberta Law Review, 2013, p.p165-180.

[141] ظافر حبيب جبارة عماد حسن سلمان، واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية العقدية وكيفية إعماله "دراسة مقارنة في ضوء النظام القانوني الانكلو-امر يكي واتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة 1980"، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد 12، 2016، ص 34، 35.

تبين أن الدائن كان محقاً بطلبه وقام بالتنفيذ العيني، فإنه والحالة هذه يفقد حقه بالتعويض؛ لأنه تم تنفيذ الأصل ولا يصار للبدل، لعدم امكانية الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض؛ لأن الدائن في هذه الحالة سيتقاضى حقه مرتين. أما إن كان الإخلال عبارة عن تأخر المدين في تنفيذ إلتزاماته، فإن حق الدائن يبقى قائماً في الجمع ما بين التنفيذ العيني، إذا توافرت شروطه، والتعويض.

المطلب الثاني

تأثير تخفيف الضرر على التعويض

حينما يكون التنفيذ العيني غير ممكن بأن يستحيل على المدين تنفيذه، أو أن يكون مرهقاً له، فإن ذلك يثبت للدائن الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء إخلال المدين بإلتزاماته التعاقدية. ويشمل التعويض جبر الضرر المادي والأدبي [142]؛ وطالما أنه لا ضرر ولا ضرار، وأن الزواجر مشروعة لدرء المفاسد، والجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح، فيجب أن يغطي التعويض الخسارة اللاحقة [143] والكسب الفائت [144]. ويشترط كي يتم الحكم بالتعويض أن يكون الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة طبيعية للإخلال، وذلك إذا لم

---

142 أنظر في هذا المعنى إلى: حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 352 لسنة 2011 الصادر بتاريخ 21/11/2011 حينما قضت بأنه " لذا يرجع في أركان مسؤولية الناقل الجوي بشأن الالتزامات الثانوية ومنها توفير الراحة والطمأنينة للركاب اثناء النقل للقواعد العامة في القانون المدني ويحكم القاضي بالتعويض للمضرور عن الضرر الادبي أو المعنى تبعاً لقاعدتي " لا ضرر ولا ضرار" الواردة في المادة 19 المشار إليها وقاعدة "الضرر يزال" الواردة في المادة 20 من مجلة الاحكام العدلية وهما قاعدتان عامتين لا يجوز قصرهما على الضرر المادي لأن ذلك تخصيص بغير مخصص".

143 أنظر في هذا المعنى إلى: حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1385 لسنة 60 جلسة 04/12/1994 س 45 ع 2 ص 1525 ق 287 بأنه "إذ كان المدين في المسئولية العقدية يلزم طبقا لنص المادة 221 من القانون المدني بتعويض الضرر المباشر الذي يمكن توقعه عادة، وقت التعاقد ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وهذا الضرر الموجب للتعويض هو ما كان محققا بان يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً.

144 لقد تبنت مجلة الاحكام العدلية التعويض عن الخسارة اللاحقة. وتطبيقاً لذلك أنظر إلى: حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 712 لسنة 2013 الصادر بتاريخ 2015/3/23 حينما قضت بأنه" تقدير التعويض عن العطل والضرر المتحققين للمصاب وفق ما هو ثابت في اوراق الدعوى انما يجري احتسابه على اساس مفهوم الضرر في القانون المدني (مجلة الاحكام العدلية) ووفقاً لقانون المخالفات المدنية وطبقاً لما استقر عليه الفقه واحكام القضاء استناداً الى ما يقدم من بينات في الدعوى بما في ذلك أهل الخبرة". وأنظر أيضاً إلى حكم محكمة النقض في الدعوى الحقوقية رقم 483 لسنة 2015 الصادر بتاريخ 2015/9/15 وذلك حينما نصت على أنه " • إن مطالبة المدعي بالتعويض عن إنهاء العقد محدد المدة قبل انتهاء مدته على اساس العطل والضرر الذي لحق به لا يعتمد على خدمات العامل السابقة على إنهاء العقد وإنما يعتمد بصفة أساسية على المدة التي حرم من الخدمة فيها بسبب الإنهاء المبكر للعقد وعليه فإن هذه المطالبة تكون مستندة للقانون العام (مجلة الأحكام العدلية)". وأنظر إلى حكم محكمة النقض الفلسطينية في الدعوى الحقوقية رقم 315 لسنة 2012 الصادر بتاريخ 2013/5/20 وذلك حينما قضت بأنه " والذي يتوجب احتسابه على هذا الاساس ووفقا لمفهوم الضرر في القانون المدني (مجلة الاحكام العدلية) ووفقا لما استقر عليه الفقه واحكام القضاء في هذا

يكن بإستطاعة الدائن أن يتوقاه أو يتجنبه ببذل جهد معقول، والمعيار الذي يمكن أن يقاس به هذا الجهد هو معيار الشخص المعتاد الذي يوجد في نفس ظروف الدائن [145]. وهذا ما بينته محكمة النقض المصرية وذلك حينما قضت بأنه "على ما جرى به قضاء هذه المحكمة –على أساس المسؤولية العقدية أخف منه على أساس المسؤولية التقصيرية، إذ إنه طبقاً لنص المادة 221 من القانون المدني يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية– في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم– على الضرر المباشر الذى يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، أما في المسؤولية التقصيرية، فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع، والضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية لخطأ المسؤول إذا لم يكن من الإستطاعة توقيه ببذل جهد معقول، وقياس الضرر المتوقع بمعيار موضوعي لا معيار شخصي، بمعنى أنه ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين وقت التعاقد، ولا يكون توقع سبب الضرر فحسب بل يجب توقع مقداره ومداه" [146]. وعليه فإن الدائن يتعين عليه أن يقوم ببذل الجهد المعقول من أجل تخفيف أو تفادي وقوع الضرر قدر الإمكان، وذلك إلتزاماً منه بتخفيف الضرر، وفي حال لم يقم الدائن بإتخاذ الوسائل المعقولة اللازمة لتخفيف أو تفادي وقوع الضرر، فإن ذلك يؤثر على قيمة التعويض الذي يستحقه [147]. وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا الكندية بأن عدم قيام الدائن بإتخاذ الوسائل المعقولة لتخفيف الضرر يفقده حقه بالمطالبة بالتعويض عن

الخصوص. وبالتالي فان التعويض المتوجب الحكم به هو جبر الضرر عن العطل والضرر الحقيقيين اللاحقين بالمصاب استنادا لما قدم من بينات تثبت ذلك، بما فيها ما قدم واستمعت اليه المحكمة من اهل الخبرة في هذا الشأن".

145 ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني-الجزء الثاني-أثار الحقوق الشخصية أحكام الالتزام-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 225.

146 حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 1070 لسنة 53 جلسة 06/06/1984 س 35 ع 2 ص 1554 ق298. متوفر على: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx. تاريخ الزيارة: 2018/08/31.

147 Jorge Galvan, The CISG and its provisions on damages, Master thesis, FACULTY OF LAW University of Lund, 1998, p 38.

الأضرار التي كان من الممكن تجنبها ولم يتجنبها [148]. وعليه يتضح لنا أن المحكمة الموقرة في قرارها بينت أن هناك نوعاً من الأضرار يمكن تجنب وقوعها أو التخفيف من حدتها (Avoidable Losses) فهذه الأضرار يتعين على الدائن أن يبذل الجهد المعقول الذي يبذله الشخص متوسط الحيطة والحذر من أجل تخفيف هذه الأضرار، وفي حال لم يقم بذلك فإنه لا يستطيع المطالبة بها لإخلاله بواجبه بتخفيف الضرر. وفي هذا المعنى قضت محكمة الإستئناف البريطانية بأن عدم قيام الدائن بتخفيف الضرر يؤدي إلى فقدان حقه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي يمكن تجبنها. لذلك فإن المحكمة قامت بخصم (21،231) جنيه إسترليني من القيمة الإجمالية للتعويض؛ وذلك لأن المدين قام بإثبات إخفاق الدائن في التخفيف من الخسارة التي لحقت به، وبالتالي فإن المحكمة قامت بتخفيض قيمة التعويض من (82،002) جنيه إسترليني إلى (60،771) جنيه إسترليني [149]. وفي المعنى ذاته قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية أن المشتري لم يخفف الضرر وفقاً لما تطلبه المادة (77) إتفاقية فيننا لعقد البيع كون أنه رفض شراء الساعات محل التعاقد من موزع آخر عوضاً عن الموزع الأوكراني الحصري للبائع. وبالتالي، تم تخفيض قيمة التعويضات الممنوحة للمشتري إلى الفرق بين السعر المتفق عليه بين الأطراف وسعر السلع البديلة [150]. وقد قضت المحكمة العليا الاسبانية أن البائع لا يستحق التعويض إلا عن الفرق بين سعر العقد والسعر الذي عرضه المشتري تباعًا، لذلك قررت المحكمة تقليل قيمة التعويض عن الأضرار الناجمة عن الخسارة في الأرباح التي تكبدها البائع في المبلغ الذي كان يجب تخفيف

---

[148] See: Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board, 2012 SCC 51, [2012] 2 S.C.R. 675. Also in this meaning kindly see: Red Deer College v. Michaels, [1976] 2 S.C.R. 324; Asamera; Evans v. Teamsters Local Union No. 31, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661, at para. 30.

[149] See: England and Wales Court of Appeal (Civil Division, Browning v Messrs Brachers [2005] EWCA Civ 753 (20 June 2005).

[150] Schweizerisches Bundesgericht, case No 4A_440/2009, issued on 17.12.2009, English translation available at: http://www.unilex.info/case.cfm?id=1578. Visited on 29/08/2018.

الخسارة به [151]. وبثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لإنتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم، فإن قيام الدائن بإتخاذ كل ما هو معقول من أجل تخفيف الضرر سوف يؤدي إلى إستحقاقه كامل التعويض عن الأضرار كافة التي لحقت به، ويمتد التعويض ليشمل النفقات التي أنفقها الدائن في سبيل إعمال واجبه بتخفيف الضرر. وفي هذا المعنى قضت المحكمة التجارية العليا البريطانية في قضية تتلخص وقائعها بقيام شركة الخطوط الجوية التايلندية ("التايلاندية") بالمطالبة بتعويض عن قيام شركة "كويتو" –وهي شركة يابانية تقوم بتصنيع مقاعد الطائرات–بالإخلال بثلاثة عقود. وبموجب هذه العقود، وافقت كويتو على توفير مقاعد الدرجة السياحية لثلاث مجموعات من الطائرات التابعة للشركة التايلندية. تم تسليم بعض المقاعد بشكل متأخر عن موعد التسليم المتفق عليه ولم يتم تسليم مقاعد أخرى على الإطلاق. ونتيجة لذلك مُنعت شركة الطيران من إستخدام خمس طائرات جديدة لحوالي 18 شهراً حتى تم الحصول على المقاعد من مورد آخر. قبل بدء المحاكمة، إعترفت كويتو بالمسؤولية. ولكن ثار نقاش حول كيفية قياس الأضرار. وجدت المحكمة أن شركة الطيران تستطيع إسترداد التكاليف الإضافية لشراء مقاعد بديلة من شركات تصنيع بديلة. بلغت هذه حوالي 4 ملايين دولار [152]. وعليه نرى أن المحكمة قد قيدت حق الدائن في إسترداد المصاريف والنفقات التي أنفقها في سبيل تخفيف الضرر بصفة معينة، وهي صفة المعقولية على إنتفاء الحكم فيما بعدها، فإن لم توصف هذه النفقات بالمعقولية فإن الدائن يفقد حقه بالمطالبة بها.

جرياً على ما تقدم ذكره من مبادئ استقرت عليها أراء الفقهاء وأحكام القضاء على السواء، وبوضحٍ تام لا لبس فيه ولا إبهام، يتبين لنا أن استحقاق الدائن للتعويض الكامل عن الضرر مرتبط إرتباط وثيقاً بإعمال واجبه

---

[151] Tribunal Supremo, Internationale Jute Maatschappij, BV v. Marín Palomares, SL, issued on 28.01.2000, English translation available at: http://www.unilex.info/case.cfm?id=431. 29/08/2018.

[152] See: Thai Airways International Public Company Ltd v KI Holdings Co Ltd and anr [2015] EWHC 1250 (Commercial). Available at: https://high-court-justice.vlex.co.uk/vid/2011-folio-1503-569472838. Visited on 29/08/2018.

بتخفيف الضرر، فطالما أن الدائن قام بإتخاذ الوسائل المعقولة من أجل تخفيف الضرر الواقع عليه جراء إخلال المدين بإلتزاماته فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إستحقاق الدائن التعويض إن لحق به ضرر، بالإضافة إلى أن التعويض سوف يشمل المصارف التي إنفقت في سبيل تخفيف الضرر طالما كانت في إطار المعقول. وفي المقابل، فإن عدم قيام الدائن بإتخاذ الوسائل المعقولة لتخفيف الضرر، سوف يفقده حقه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها لو بذل جهد الشخص متوسط الحيطة والحذر لو وضع بذات الظروف التي وضع بها الدائن.

الخاتمة

تناولت الدراسة واجب الدائن بتخفيف الضرر؛ حيث تمت تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين: الفصل الأول، تطرق إلى المقصود من نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر، والإختلاف بين نظرية تخفيف الضرر وما يشابهها من نظريات مقيدة للتعويض مثل؛ نظرية الخطأ المشترك، كما تمت الإشارة إلى الأساس القانوني الناظم لهذه النظرية من حيث مدى إعتبار مبدأ حسن النية والتعسف بإستعمال الحق كأساس لهذه النظرية، بالإضافة إلى مدى إعتبار نظرية السببية أساساً لهذه النظرية. أما الفصل الثاني، فعرض الباحث من خلاله الشروط الواجب إعمالها في سبيل تخفيف الضرر وخيارات الدائن بعد إعماله لواجبه بتخفيف الضرر، حيث عرض الباحث شروط إعمال نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر، ومدى تأثير واجب تخفيف الضرر على خيار الدائن بطلب التنفيذ العيني وأثره على قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن.

وقد خلصت الدراسة إلى النتائج التالية:

- يعتبر واجب الدائن بتخفيف الضرر إلتزاماً قانونياً وليس فقط أخلاقياً.
- يعتبر واجب الدائن بتخفيف الضرر من مبادئ العقود التي تفرض على المتضرر أن يتخذ وسائل وتدابير معقولة التي من شأنها تقليل الضرر الواقع عليه، ويتمثل هذا الواجب لا بتقليل الأضرار والخسائر فحسب بل وعدم الإتيان بأي فعل من شأنه أن يؤدي إلى زيادة الخسائر، وجزاء إخلال المتضرر بهذا الواجب هو عدم إستحقاق المتضرر للتعويض بما يعادل قيمة الأضرار التي كان بإمكانه تجنبها لو أنه بادر بإتخاذ خطوات من شأنها تقليص الخسائر بشرط أن تكون هذه الخطوات لا تكلفه إلا جهوداً معقولة.
- تتشابه نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر ونظرية الخطأ المشترك من حيث الغاية الناظمة لكل منهما، إلا أن الفرق بينهما يكمن بأن واجب الدائن في تخفيف الضرر يعد إلتزاماً مدنياً يلتزم بموجبه الدائن

بإتخاذ الوسائل الضرورية والملائمة من أجل تفادي وقوع الضرر أو التقليل منه، وفي حال فشل الدائن في إتخاذ هذه الوسائل فإنه وهذه الحالة يفقد حقه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها لو نفذ إلتزامه بتخفيف الضرر. في المقابل، فإن نظرية الخطأ المشترك لا تعد واجباً مدنياً، وإنما نظرية على قائمة الخطأ بالإضافة إلى أن كلا النظرتين تختلفان في نطاقهما ووظيفتهما عن الأخرى مما يخلق لكل منهما كياناً مستقلاً عن الأخرى.

- نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر تجد أساسها بمبدأ حسن النية والتعسف بإستعمال الحق كما تجد أساسها بنظرية العلاقة السببية.
- أخذ القانون الفلسطيني بنظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر بشكل غير مباشر وذلك بالقواعد والمبادئ العامة الواردة في مجلة الأحكام العدلية وقد طبقت محكمة الإستئناف الفلسطينية أبان الحقبة البريطانية واجب الدائن بتخفيف الضرر وبإنضمام فلسطين إلى إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع "اتفاقية فيينا" لعام 1980 فإن ذلك بحكم اللزوم الحتمي والمنطق القانوني التبعي يؤدي إلى الإعتراف بوجود نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر بشكل واضح وصريح.
- يشترط لإعمال نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر أن يقوم المدين بالإخلال بإلتزاماته أو أن تكون هناك إشارات ودلالات واضحة على نية المدين بالإخلال بإلتزاماته التعاقدية. وفي المقابل، يجدر على الدائن أن يتخذ الخطوات والوسائل المعقولة من أجل تجنب الضرر أو تخفيفه ويستدل على هذه الوسائل إلى كل حالة على حدة وبالنظر إلى الظروف الموضوعية للدائن ويقاس سلوكه بسلوك الشخص متوسط الإدراك والحذر لو وضع بذات الظروف التي وضع بها الدائن بالإضافة إلى أن القاضي يمكن الإستناد على العرف والعادة للإستدلال وإتخاذ التدابير المعقولة من عدمه.

- الدائن لا يقع عليه واجب تخفيف الضرر حينما يكون متأكداً بأن مطالبته بالتنفيذ العيني محقة، وأن المحكمة سوف تجيب طلبه، وعلى خلاف ذلك يتعين عليه أن يقوم بكل ما يلزم من أجل تخفيف أو تجنب الضرر، وإلا عد مخلاً بواجبه بتخفيف الضرر، ويفقد حقه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها لو أتخذ الوسائل الضرورية والمعقولة لتخفيف الضرر.
- أن إستحقاق الدائن للتعويض الكامل عن الضرر مرتبط إرتباطاً وثيقاً بإعمال واجبه بتخفيف الضرر، فطالما أن الدائن قام بإتخاذ الوسائل المعقولة من أجل تخفيف الضرر الواقع عليه جراء إخلال المدين بإلتزاماته فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إستحقاق الدائن التعويض إن لحق به الضرر. وفي المقابل، فإن عدم قيام الدائن بإتخاذ الوسائل المعقولة لتخفيف الضرر سوف يفقده حقه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي كان من الممكن تجنبها لو بذل جهد الشخص متوسط الحيطة والحذر لو وضع بذات الظروف التي وضع بها الدائن.

التوصيات:

بناءً على ما جاء في متن هذه الدراسة، نقترح عدداً من التوصيات المتمثلة بما يلي:

1. لزوم تضمين القانون المدني المقترح نظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر وذلك ضماناً لتطبيقها بما ينعكس إيجاباً على استقرار المعاملات، وتشجيع فكرة التعاون بين المتعاقدين بالإضافة لخلق إنسجام ما بين القواعد الوطنية والإتفاقيات الدولية التي انضمت إليها دولة فلسطين.
2. الإهتمام بنظرية واجب الدائن بتخفيف الضرر على المستوى الفقهي والقضائي، خصوصاً عند النظر بالمنازعات المدنية المعروضة أمام القضاء، فمن الأنسب الأخذ بهذه الفكرة والتعويل عليها عند الحكم بالتعويض وتسبيب الأحكام بناءً عليها.

قائمة المصادر والمراجع:

❖ **القوانين:**

- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع "اتفاقية فيينا" لعام 1980
- مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية لعام 2010.
- مجلة الاحكام العدلية لسنة 1293، المنشورة في مجموعة عارف رمضان (الحكم العثماني).
- القانون المدني المصري قانون رقم 131 لسنة 1948.
- القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949.
- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
- قانون المعاملات المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987.

❖ **الكتب العربية:**

- أبو دياك علي، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية في فلسطين: دراسة مقارنة، رسالة علمية قدمت إلى جامعة بيرزيت لنيل درجة الماجستير، 2002.
- الاتاسي محمد، شرح المجلة–المجلد الرابع–، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2017.
- الاهواني حسام الدين كامل، مصدر الالتزام، المصادر الارادية، دار النهضة العربية، 1990.
- باز سليم، شرح المجلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- ج.س. شيشير، س.هـ. فيفوت، ترجمة هنري رياض، أحكام العقد في القانون الإنجليزي، دار الجيل، بيروت، 1987.
- جبوري ياسين، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني–مصادر الحقوق الشخصية–دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2011.

- حسين رعد، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية–دراسة مقارنة–، منشورات دار الحلبي، بيروت، 2017.
- حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الاحكام –المجلد الثالث–، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- دريني فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1998.
- دواس أمين، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، 2012.
- دودين محمود، شندي يوسف وأخرون، شرح مبادئ الينيدروا لعقود التجارة الدولية (2010) –الجزء الأول– منشورات دار الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017.
- ذنون حسن، المبسوط في شرح القانون المدني–الرابطة السببية–، دار وائل للنشر، عمان، 2006.
- زحيلي وهبة، نظرية الضمان أو المسؤولية أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1998.
- زرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، الجزء الاول، دار القلم، دمشق، 2004.
- زرقاء مصطفى، شرح القانون المدني السوري –نظرية الالتزام العامة–، الطبعة الرابعة، مطبعة دار الحياة، دمشق، 1946.
- سرحان عدنان، حمدي خاطر، شرح القانون المدني–مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

- سلطان أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- سليمان شيرزاد، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، دار دجلة، عمان، 2008.
- سنهوري عبد الرازق، الوجيز في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966
- سنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني–مصادر الالتزام–الجزء الأول، منشورات الحلبي، بيروت، 1998.
- شرعة موفق، المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة، أمواج للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
- شرقاوي جميل، النظرية العامة للالتزام–احكام الالتزام–، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- عطية وليد، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.
- عماوي احمد، نسرين محاسنة، التنفيذ العيني في اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980): دراسة مقارنة، رسالة علمية قدمت إلى جامعة اليرموك، 2016.
- عماوي احمد، نسرين محاسنة، التنفيذ العيني في اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980): دراسة مقارنة، رسالة علمية قدمت إلى جامعة اليرموك، 2016.
- نوري، حسين ، نظرية العقد، مطبعة الرسالة، القاهرة، د.س.
- وحيد الدين سوار محمد، شرح القانون المدني النظرية العامة، مصادر الالتزام، مطبعة رياض، دمشق، 1980.
-

❖ **المقالات العربية:**

- جبارة ظافر وعماد حسن سلمان، واجب الدائن في تخفيف الضرر في المسؤولية العقدية وكيفية إعماله "دراسة مقارنة في ضوء النظام القانوني الانكلو–امريكي واتفاقية فيينا للبيوع الدولية لسنة 1980"، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد 12، 2016.
- دودين محمود، الإخلال المبتسر للعقد: تحليل مقارن بين الوثائق الدولية الموحدة للبيوع الدولية والقانونيين المدني والتجاري القطريين، 2015.
- عطية وليد، القيود الواردة على تعويض الضرر العقدي في القانون الانكليزي (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد 3، العدد 2، 2011.
- عيساوي صفاء، الإخلال المبتسر بالعقد وأثره (دراسة في عقود التجارة الدولية) مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، مجلد 14، عدد 2، 2007.
- فياض محمود، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية، العدد 54، 2013.
- محاسنة محمد، المادة 360 مدني أردني المسؤولية العقدية والتعويض عن الضرر الأدبي، مجلة الحقوق، الكويت، 2000.

❖ **المراجع الأجنبية:**

- Adar, Yehuda, Comparative Negligence and Mitigation of Damages: Two Doctrines in Search of Reunion (June 6, 2012).
- Alan D. Miller and Ronen Perry, the Reasonable Person, New York University Law Review, Vol. 87, 2012.

- Allan Farnsworth, "Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code," University of Chicago Law Review: Vol. 30: Is. 4, Article 3, 1963.
- Berdal Edouard, 'obligation de limiter son préjudice en matière contractuelle: mise en perspective des droits anglais, belge et français, Master [120] en droit en Faculté de droit et de criminology, 2015.
- Caprice L. Roberts, Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages, 42 Loy. L.A. L. Rev. 131 (2008).
- Catherine Elliott& Frences Quinn, Contract law, 7 Edition, Pearson Longman, London, 2009.
- Charles J. Goetz and Robert E. Scott, the Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation, Virginia Law Review, vol. 69, No. 6 (Sep. 1983).
- Chengwei Liu, Effects of Avoidance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law, Nordic J. Com. L., 1, 5 (2005).
- Christophe André,Le fait du créancier contractuel, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2002, S. Reifergeste, Pour une obligation de minimiser le dommage, PUAM, 2002.
- DAN B. DOBBS, Torts and Compensation: Personal Accountability and Social Responsibility for Injury (American Casebook Series, West Group, Minnesota, 1993.
- Danny Busch, The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary, Kluwer Law International, Netherlands, 2002.
- David Oughton & Martin Davis, Sourcebook on Contract Law, Second Edition, Cavendish Publishing limited, London, 2000.

- E M Weitzenbock, Good faith and Fair Dealing in Contracts Formed and Performed by Electronic Agent, 12 Artificial Intelligence and Law 83 (2004).
- Eric A. Posner, Contract remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation, Edward Elga, Cheltenham, 2000.
- Ernest A. Turk, Comparative Negligence on the March 28 CHI.-KENT L. REV. 189 & 304, 1950.
- Eugene Kontorovich, the Mitigation of Emotional Distress Damages, University of Chicago Law Review, Vol. 68, 2001.
- Evaldas Klimas,The Duty to Co-operate in Construction Contracts – an International Review, Vilnius University, Law Faculty, International Journal of Law in the Built Environment, Vol. 3 Issue: 1, 2011.
- Fritz Enderlein, Right and obligation of the seller under the UN convention contracts for the international Sale of Goods {General obligation, Art, 30}, in Sarcevic, Volkened, international sale of goods, Dubrovnik Lectures, Oceana, 1990.
- G.H.TEREITEL, the law of contract, SWEET & MAXWELL/Stevens & sons, London, 1991. Robert UPEX, Davies on contract, SWEET & MAXWELL/Stevens & sons, London, 1995.
- G.H.TEREITEL, the law of contract, SWEET & MAXWELL/Stevens & sons, London, 1991.
- Harvey McGregor, McGregor on Damages 19th Ed, Sweet & Maxwell Ltd, UK, 2014.
- HK Lucke 'Good Faith and Contractual Performance' in PD Finn (ed) Essays on Contract, Law Book Co, Sydney, 1987.
- Hooper, Civil Law of Palestine & Transjordan, Jerusalem, Azriel Press, 1933 and 1936, p154.

- JEFF BERRYMAN, mitigation, specific performance, and the property developer: Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board, Alberta Law Review, 2013.
- John calamari, Joesph Perillo, the law of contract, west publishing, St. Paul, 1970.
- Jorge Galvan, The CISG and its provisions on damages, Master thesis, FACULTY OF LAW University of Lund, 1998.
- Katy BARNETT, Substitutive Damages and Mitigation: tension between two competing norms, Singapore Academy of Law Journal, 2016.
- M Dean, Unfair Contract Terms: The European Approach, 56-4 Modern law Review 585 (1993).
- M Schillig, Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms, 33-3 European Law Review Journal 337 (2008).
- Ole Lando & Hugh Beale eds., Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, Netherlands, 2000.
- OMRI BEN-SHAHAR and ARIEL PORAT, FAULT IN AMERICAN CONTRACT LAW, Cambridge University Press, USA, 2010.
- P J Powers, Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods, 18 Journal of law and Commerce 52 (1999).
- Reinhard zimmermann, Simon Wthittaker, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University press, United Kingdom, 2000.
- Solène Le Pautremat, Mitigation of Damage: A French Perspective, the International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, No. 1 (Jan. 2006).

- Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp (eds), Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Steven J. Burton, Principles of Contract Law, St. Paul, MN: West Group, 2001.
- Stoll, H. “Damages.” In Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3rd edn., edited by P. Schlechtriem. Munich: Beck, 2000.
- The law commission, Contributory Negligence as a Defense in Contract, Crown, London, 1990.
- Ulrich Magnus, Remarks on Good Faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts, 10 Pace Int'l L. Rev. 89 (1998).
- William L. Prosser, Comparative Negligence, 51 MICH. L. REV. (1953) .