

جامعة الحاج لخضر باتنة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية

تخصص: عقود ومسؤولية مدنية

إشراف الأستاذ:

د. سامي بن حملة

إعداد الطالبة:

أشواق دهيمي

لجنة المناقشة

اللقب والاسم	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
د/ رزيق عمار	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الحاج لخضر - باتنة -	رئيسا
د/ بن حملة سامي	أستاذ محاضر (أ)	جامعة منتوري - قسنطينة -	مشرفا ومقررا
د/ بن عمران محمد الأخضر	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الحاج لخضر - باتنة -	عضوا مناقشا
د/ موساوي أمال	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الحاج لخضر - باتنة -	عضوا مناقشا

السنة الجامعية:

2014/2013

بِسْمِ
اللّٰهِ
الرَّحْمٰنِ
الرَّحِیْمِ

وقل ربي زدني علما

شكر وتقدير

نشكر الله عز وجل الذي انار لنا
الدرب واوصلنا الى هذا اليوم ،
نحمدك الله ونشكرك.

كما اتقدم بجزيل الشكر للأستاذ
المشرف الدكتور: " بن حملة سامي
" على كل النصائح والارشادات.

كما اشكر اساتذة كلية الحقوق
لجامعة باتنة وعلى رأسهما الأستاذة
الفاضلة الدكتورة "زرارة صالح
الواسعة" على دعمها الكبير لطلبة
الماجستير تخصص "عقود ومسؤولية
مدنية".

الإهداء

إلى التي ربت وعلمت إليك أمي الغالية

إليك أنت أبي العزيز أهديك بنجاحي.

إلى التي حملتني وهنا على وهن وسهرت الليالي الطوال، وقاسمتني أفراحي وأحزاني إليك يا أمي مانه.

إلى نسيم صباحي أخواتي الغاليات: فهيمة، سلوى، أمال، فوزية، إبتسام، وإلى فرحة عمري

إخوتي: رضوان، أشرف، أكرم .

إلى كل أعمامي وعماتي وعائلاتهم.

إلى رفيقاتي الغاليات: كنزة، نريمان، عائشة، سلمى، فاطمة، سليمة، حسينة، صارة، جميلة.

مريم.

يقال رب أخ لم تلده لك أمك : إلى من كان نعم الأخ ونعم الناصح إلى ناصر.

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث، وخاصة زملائي طلبة الماجستير تخصص عقود

ومسؤولية مدنية.

مفصلة

لقد أدى التطور بالمجتمع الإنساني إلى تشعب العلاقات والمعاملات بين الناس، الأمر الذي دعا إلى زيادة عدد العقود المبرمة فيما بينهم، وكلما ازدادت هذه العقود، اتجهت القناعة نحو التسليم بزيادة المصالح المتعارضة بين الأشخاص، فكل يبحث عن تحقيق مصالحه، شريطة أن يحققها في الإطار المسموح به، فالقانون هو الذي يكفل عدم تصادم مصالح الأشخاص فيما بينها، ما دام أن من حق كل واحد منهم أن يحقق مصلحته في توفير سبل الحياة وديمومتها.

وتتعدد أوجه تعارض المصالح، لدرجة أنها قد تصل إلى حد التعاكس أو التناقض، فمصلحة البائع تتناقض حتما مع مصلحة المشتري، عندما يقف كل واحد منهما عند رأيه سواء في البيع بالسعر الذي يريد، أو بالشراء بالسعر الذي يريد، فيأتي دور القانون ويصور هذا التناقض على أنه مجرد تعارض يمكن الجمع في النهاية بين مصلحتين لتحقيق على الأقل، الحد الأدنى لكل منهما. فينعد العقد ويلتقي الطرفان في نقطة وسطى بينهما، فتتحول العلاقة بين الطرفين من علاقة بين شخصين لا يجمعهما رابط معين، إلى علاقة خاصة متجسدة في العقد.

وفي هذا العقد قد تتناقض المصالح، فيخل أحد الطرفين بالتزامه تحقيقا لمصلحة خارجة عن ما اتفق عليه، فلا بد أن يعطي القانون للمتعاقد آلية لحماية مصالحه، وبالتالي يقيه انحراف الطرف الآخر عن سلوكه القائم على حسن النية، وهذا الآلية غالبا ما تتمثل في تحريك دعوى المسؤولية العقدية، أو المطالبة بالتنفيذ العيني جبرا على المدين أو المطالبة بالفسخ، عندما تصل العلاقة العقدية إلى حد يصعب معه استمرارها فيما بين المتعاقدين.

وما هو متفق عليهن للعقد قوة ملزمة، وعدم تنفيذه هو واقعة مخالفة للقانون، مما تمكن الدائن من أن يلجا للقضاء ليطلب مدينه بتنفيذ ما تعهد به، وقد يكون إجبار المدين

على التنفيذ المباشر للعقد غالبا أمرا صعبا، لان عدم التنفيذ إما قد حدث عن قصد أو بسبب مانع قانوني كما في حالة الالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل، حيث لا يمكن إجبار المدين على القيام بتنفيذ الالتزام، ولا يحصل الدائن إلا على التنفيذ بطريق التعويض.

فالمسؤولية العقدية لا تتحقق إلا بتوافر شروط أساسية، وهي وجود عقد صحيح بين المتعاقدين، وكذا أن ينصب الإخلال على التزام ناشئ عن هذا العقد. وأن يصيب الدائن ضرر بسبب الإخلال بالالتزام العقدي، سواء كان هذا الإخلال في صورة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وان يكون هذا الضرر ناتج عن هذا الإخلال وهذا ما يسمى بالعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وبتحقق هذه الشروط تقوم المسؤولية العقدية، لترتب أهم اثر لها وهو جبر الضرر اللاحق بالدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، وذلك عن طريق التعويض.

والتعويض كموضوع من مواضيع المسؤولية المدنية؛ وأهم اثر لها، يثير العديد من الإشكالات والجدال الفقهي التي تحتاج إلى دراسات تحليلية معمقة، وعلى الرغم من الكتابات العديدة في هذا الموضوع؛ إلا أننا نرى أن هذه الدراسات غير كافية؛ نظرا لاقتصارها على دراسته في مجال المسؤولية التقصيرية دون العقدية، وإذا وجدت دراسة في مجال المسؤولية العقدية إلا أنها تكون مقتصرة على دراسة جزئيات معينة دون الإلمام بالموضوع.

هذا وإذا كان سابقا ليس لدراسة التعويض في المسؤولية العقدية أهمية، نظرا لقلّة إبرام العقود وبساطتها، إلا أنه بتطور العلاقات في المجتمع وظهور التكنولوجيا، أصبحت لهذا الموضوع أهمية بالغة نظرا لكثرة العقود التي يبرمها الأفراد، وتعدد أطرافها، وكذا طرق إبرامها.

لذلك أصبح من الضروري التعرض لموضوع التعويض بالدراسة في مجال المسؤولية العقدية، خاصة أن المشرع الجزائري أولاه أهمية بالغة من خلال تضمين القانون المدني

نصوص واضحة وصريحة تبين أهملأحكام التي تضمن التعويض عن الضرر عند قيام المسؤولية العقدية، وكان ذلك في الفصل الثاني من الباب الثاني في المواد من 176 إلى 187 من القانون المدني الجزائري تحت عنوان "التنفيذ بطريق التعويض" ، وذلك كله من اجل حماية مصالح الدائن، واستيفاء حقه في إطار علاقته الدائنية.

لذلك كانت لنا هذه الدراسة المبسطة، تحت عنوان: "أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية". وقد اقتصرنا على المسؤولية العقدية دون التقصيرية نظرا لكثرة الكتابات والمؤلفات عن هذه الأخيرة، وكذا ما تعزريه أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية من غموض وتشابك مع المسؤولية التقصيرية.

أهمية الموضوع

إن موضوع التعويض في المسؤولية العقدية يحتاج إلى الكثير من الدراسة والتحليل؛ لما له من أهمية عملية فهو الهدف النهائي من بحث المسؤولية ودراستها. وهو ما يبغي المتضرر الوصول إليه في دعوى المسؤولية؛ وما يسعى المسؤول عن الضرر إلى استبعاده، لذلك فإن المسائل التي يثيرها موضوع التعويض؛ تبعد عن مشكلات المسؤولية ذاتها من حيث أساسها وفلسفتها؛ إذ يأتي التعويض في مرحلة لاحقة لقيام المسؤولية والانتهاء من تقريرها وذلك باعتباره اثر لقيامها.

أسباب اختيار الموضوع

إن أهم الأسباب التي أدت بنا إلى اختيار موضوع أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية تتمثل في :

1. للأهمية التي يحتلها الموضوع في حياة الناس العملية الواقعية، وذلك لارتباط فكرة التعويض بالحياة العملية المتشابكة الأطراف، ولاتصالها اتصالا وثيقا بعلاقات الأفراد وأعمالهم، حتى انه يمكن القول انه ما من تصرف أو اتفاق

- قانوني إلا ويحتمل أن يترتب عليه أو ينشأ عنه ادعاء بالتعويض، لان الحياة بطبيعتها في كل عصر وفي كل بيئة عبارة عن صراع ومزاحمة بين الأشخاص، واكبر مظهر لاستغلال الحقوق هو تحصيل المنافع، وفي الغالب لا يتأتى تحصيل المنفعة من جانب دون إلحاق الضرر من جانب آخر.
2. أن فكرة التعويض تتصل اتصالا وثيقا بالأهداف والمبادئ التي يقوم عليها تنظيم المجتمع الإنساني، إذ الغاية التي يصبو إليها كل مجتمع هو استقرار الأوضاع فيه بصورة تكفل الأمن والاستقرار والطمأنينة والرفاهية لأفراده.
3. نظرًا لأن التعويض عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزام عقدي أصبح يثار في كل المجالات بالنظر إلى كثرة العقود التي يبرمها الفرد في اليوم.

إشكالية البحث

تهتم هذه المذكرة بدراسة أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، وذلك لإضفاء المزيد من الشرح والتحليل لهذا الموضوع، من خلال تبيان أهم القواعد والشروط التي تجعلنا أمام ضرر مستحق للتعويض، وأهم الأسس التي يخضع لها تقدير هذا التعويض، لذلك فانه خلال هذه الدراسة نحاول مناقشة الإشكالية التالية: ما هي الأحكام التي جاء بها المشرع الجزائري من اجل ضمان التعويض في المسؤولية العقدية؟ وهل يستقل التعويض في مجال المسؤولية العقدية بأحكام تختلف عن الأحكام المطبقة في المسؤولية التقصيرية؟.

منهج الدراسة

للإجابة على الإشكالية البحثية المطروحة فان هذه الدراسة سارت في إطار المنهج القانوني التحليلي كمنهج أساسي، وهذا من اجل استعراض مختلف النصوص القانونية المنظمة لموضوع التعويض، وتحليلها تحليلًا قانونيًا من اجل الوصول إلى أهم الأحكام التي

جاء بها المشرع الجزائري من اجل تنظيم موضوع التعويض عن الضرر في إطار المسؤولية العقدية. وكذا الاستعانة بالمنهج المقارن وذلك من أجل مقارنة ما جاء به المشرع الجزائري من أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية مع غيره من التشريعات العربية والأجنبية.

و تم تقسيم الموضوع إلى فصلين:

الفصل الأول: وفيه نتعرض لماهية التعويض من خلال تعريفه وتمييزه عن ما قد يختلط به من أنظمة قانونية أخرى مشابهة له، ثم نتناول أنواعه التي حددها القانون والفقه، وكذا نبين الشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية.

الفصل الثاني: وفيه نتناول كيف يتم تقدير التعويض والطرق المتبعة لتقديره والجهة المسؤولة عن ذلك كله في مجال المسؤولية العقدية.

الفصل الأول

تمهيد وتقسيم:

إن التعويض باعتباره موضوع من مواضع القانون المدني، وكذا أهم اثر مترتب عن قيام المسؤولية المدنية عموماً والمسؤولية العقدية خصوصاً، فقد لاق اهتماماً فقهيًا مميّزًا من حيث دراسته، فقد كثرت الدراسات في هذا المجال، مما أدى إلى تنوع الآراء الفقهية وتجاذبها خاصة من حيث تعريف التعويض وكذا العناصر المكونة له، والأضرار التي يشملها التعويض، خاصة فيما يتعلق بتعويض الضرر المعنوي في مجال المسؤولية العقدية.

كل هذه النقاط نحاول التطرق لها عند بيان ماهية التعويض عن المسؤولية العقدية وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم التعويض عن الضرر وعناصره.

المبحث الثاني: أنواع التعويض وشروط استحقاقه.

المبحث الأول: مفهوم التعويض عن الضرر وعناصره

إن التعويض بمعناه الحديث لم يكن هو جزاء المسؤولية المدنية، وإنما كانت العقوبة هي الجزاء الرادع في كل من المسؤولية المدنية والجنائية، فقد كان توقيع العقاب أمر متروك للمجني عليه أو ذويه، ولم يجد التعويض بمعناه الحديث مكانه إلا بانفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية، وبالتالي أصبحت الوظيفة الوحيدة للتعويض هي جبر الضرر وحسب، وتحددت أحكامه وعناصره بما يتناسب مع هذا الهدف وهذا في مجال المسؤولية المدنية، ثم ظهر نقاش فقهي حول ازدواجية المسؤولية المدنية (مسؤولية عقدية، ومسؤولية تقصيرية)؛ أو وحدتها، وهنا تظهر أهمية تحديد مفهوم التعويض. وقد حاولنا التعرف في هذا المبحث على تعريف التعويض وكذا العناصر المكونة له وذلك باعتباره جزاء للمسؤولية العقدية بما يتناسب مع هدفه الأساسي وهو جبر الضرر، وبالتالي نستعرض المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم التعويض.

المطلب الثاني: عناصر التعويض عن الضرر.

المطلب الأول: مفهوم التعويض

لإعطاء تعريف للتعويض يجب أن نحدد معناه لغة وشرعا، وكذا لا بد من معرفة ما أورده الفقه من تعاريف، ثم تمييزه عن ما يختلط به من أنظمة قانونية، وذلك من أجل الوصول إلى تحديد شامل وكامل لكل عناصره.

الفرع الأول: تعريف التعويض

لإعطاء تعريف للتعويض فإننا نحدد معناه من الناحية اللغوية، ثم نبين موقف الشريعة الإسلامية، لنصل إلى مجموع التعاريف الفقهية.

أولاً: التعويض لغة:

التعويض لغة "يعني الخلف والبدل"¹، بمعنى العوض، "والجمع أعواض، و عاضه بكذا عوضا: أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، فهو عائص. و اعتاض منه :أخذ العوض، و اعتاض فلانا: سأله العوض"².

وكمثال آخر للشرح " يقال أخذت الكتاب عوضا عن مالي، أي بدلا منه و أعضه وعوضه تعويضا، و عاوضه أي أعطاه العوض أي البدل، فأعضه فلان من كذا أي أعطاه عوضا أي بدلا وخلفا و اعتاضني فلان إذا جاء طالبا للعوض "³.

ثانياً: التعويض شرعا:

عند تتبعنا لأغلب مراجع الفقه الإسلامي لا نعثر على مصطلح التعويض، وإنما نجد مصطلح الضمان أو التضمين، ويطلق الضمان عند فقهاء الشريعة بمعنيين :

¹ الفيروز أبادي: القاموس المحيط، الجزء الثاني ، مطبعة مصطفى البابي، مصر ، 1952، ص 350.
² محمد فتح الله النشار : حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، طبعة 2002 ، ص 25.
³ حسن حنتوش رشيد الحسناوي: التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، طبعة 1999، ص 37.

الأول : الضمان بمعنى الكفالة، وهذا خارج عن نطاق بحثنا.

الثاني : الضمان بمعنى التعويض وهو ما سوف نقوم ببحثه.

تعريف الضمان (التعويض):

ورد الضمان بهذا المعنى على لسان الفقهاء، ومن ذلك ما ذكره الإمام الغزالي

من أن الضمان هو : "واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة"¹

وكذلك ما نقله الحموي من أن "الضمان عبارة عن رد مثل الشيء الهالك إن كان

مثليا أو قيمته إن كان قيميا.

وذكر الإمام الشيخ محمود شلتوت: أن تضمين الإنسان عبارة عن الحكم عليه

بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته.

وعرف الدكتور مصطفى الزرقاء الضمان بأنه: التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير.²

ولقد شرع الضمان للجبر لا للعقوبة، ولذا لم يفرق الفقهاء في الضمان بين

المميز وغيره، والجاد والهازل، والعامد والمخطئ، لأن الخطأ لا ينافي عصمة

المحل، فكل فعل ضار يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير يعد مخالفاً للشرع، وإذا كان

الضرر ممنوعاً في الشرع فإنه لا بد من رفعه، ومن ثم شرع الضمان في الأموال، يؤدي

بموجبه المسؤول نظير ما أتلفه من المال أو قيمته لجبر الضرر، وإزالتها وإعادة الحال إلى

ما كانت عليه قبل وقوع الضرر.

¹ أبي حامد الغزالي: الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء الأول، دار المعرفة، بيروت 1979، ص 208.

² محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 27.

ثالثاً: التعويض فقهاً:

إن القانون كما هو معروف ليس من وظيفته إعطاء تعريف للمصطلحات، وإنما يعتبر هذا من اختصاص فقهاء القانون.

فاقتصرت النصوص القانونية على الإشارة للتعويض كجزء للمسؤولية المدنية وطريق احتياطي لتنفيذ الالتزام، وبالتالي نجد الفقه قد تعمق في إيراد تعريفات متعددة للتعويض، كل تعريف منها ينظر له من جهة، و أهم هذه التعاريف:

التعويض مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس¹.

من خلال هذا التعريف نجد أنه ركز على جانب واحد من جوانب التعويض وذلك على اعتبار أن التعويض هو مبلغ من النقود .غير أن هناك أوجه أخرى للتعويض، فقد يكون هذا الأخير عيناً أو بمقابل غير نقدي، فهو ليس بالضرورة أن يتخذ صورة النقد؛ خاصة إذا ما تولدت للقاضي قناعة بان التعويض العيني أو بمقابل غير نقدي هو أجدى من الحكم بمبلغ من النقود لمحو الضرر.

وهناك من عرف التعويض بأنه: "وسيلة القضاء لمحو الضرر أو تخفيف وطأته، إذا لم يكن محوه ممكناً، والغالب أن يكون مبلغ من المال يحكم به للمضروب على من أحدث الضرر، ولكنه قد يكون شيئاً آخر غير المال كالنشر في الصحف أو التنويه بحق المدعي في الحكم."²

¹ حسن علي الذنون : النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام ، طبعة 1976 ، مطبعة الجامعة ، المستنصرية ، ص 348.
² منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، طبعة 1996 ، ص 426.

هذا التعريف وان لم يقع في خطأ حصر التعويض في كونه نقدي فقط؛ إلا انه ركز على جهة تقديره، على اعتبار أن القضاء وحده هو من يتولى تقدير التعويض، غير أن التعويض قد يقومه الطرفان بالاتفاق مسبقاً على تقديره وهو ما يعرف بالتعويض الإتفاقي، وقد يكون محددًا بنص قانوني وهو ما يسمى بالتعويض القانوني.

وهناك من عرف التعويض بأنه " جبر للضرر الذي لحق المصاب، و من عرفه بأنه حق مدني يتعلق بالمتضرر بذمة المحكوم عليه، ولا يحكم به إلا بناء على طلب من صاحب الحق".¹

وهناك من عرفه بأنه " وسيلة لإصلاح الضرر، وعلى وجه التحديد يقصد به الإصلاح وليس المحو التام والفعلي للضرر الذي وقع".²

نلاحظ أن كل التعاريف السابقة لم تكن شاملة للتعويض من كل جوانبه، بحيث كل تعريف ركز على جانب دون الآخر؛ فإذا أردنا أن نعطي تعريف واضح للتعويض؛ فانه لا بد ان نجمع بين كل التعاريف السابقة، فنقول أن التعويض هو :حق للدائن يثبت له بمجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه، وبالتالي فبصورة مقابلة؛ وباعتبار التعويض حق للدائن فهو التزام في جهة المدين، وهذا التعويض قد يتخذ صورة النقد أو أي ترضية أخرى معادلة للمنفعة التي كان سيحصل عليها الدائن.

وبالتالي فان التعويض هو حق للدائن والتزام للمدين؛ يثبتان في ذمتها عند الإخلال بالتزام، ويكون إما نقدي وإما في شكل ترضية أخرى مساوية للمنفعة التي كان سينالها الدائن لو لم يتم الإخلال بالتزام.

¹ حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، المرجع السابق ، ص 39 .
² سعيد السيد قنديل: آليات تعويض الأضرار البيئية ، دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقات الدولية ، طبعة 2004 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، ص 15 .

إن تعريفنا للتعويض باعتباره حق توجب علينا مقارنته ببعض الحقوق الأخرى وبالتالي استلزم الأمر البحث في طبيعة التعويض.

الفرع الثاني: تمييز التعويض عن المفاهيم المشابهة له

إن التعويض كجزاء للمسؤولية العقدية هو جزء مدني لا يهدف إلى معاقبة المدين بل إصلاح الضرر ومحوه قدر الإمكان.

وإذا كان الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينيا على اعتبار أن ذلك هو غاية الدائن الأصلية و به يتحقق التوازن المادي في علاقة الالتزام، إلا انه قد يحصل إخلال من جانب المدين في تنفيذ التزامه؛ سواء كان ذلك الإخلال بعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخر في التنفيذ. وترتب عن ذلك أن أصبح التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن، أو كان ممكنا ولكن في اللجوء إليه إرهاقا للمدين؛ دون أن يكون في العدول ضرر جسيم يصيب الدائن، أو كان ممكنا ولم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين، فعندئذ يحال إلى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية، وجزائها التعويض لذا يوصف هذا الأخير بأنه غاية الدائن الاحتياطية¹.

ففي كل حالة تتعلق بالإخلال بتنفيذ التزام عقدي، ويلجأ فيها الدائن للقضاء، ينبغي على القاضي أن ينظر فيما لو كان هناك مجالا لتنفيذ الالتزام جبرا على المدين أم لا، فإذا وجد ذلك أمرا ممكنا أمر به جبرا على المدين وعلى حسابه، وينتهي الأمر إلى هذا الحد ولا داع للبحث في المسؤولية العقدية ولا في جزائها، أما إذا وجد القاضي أن التنفيذ العيني غير ممكن، فعندئذ تثار مشكلة المسؤولية العقدية والتي تتضمن بالنهاية الحكم على المدين بالتعويض كي يقوم مقام تنفيذ الالتزام.

¹ Colin et Henri Capitant: *Traite de droit Civil*, Tome 2 , Paris, librairie Dalloz, 1959, P 497.

و لغرض الوقوف بصورة واضحة على طبيعة التعويض وجدنا من الملائم مقارنته ببعض الأوضاع القانونية التي تحمل طبيعة قد تتشابه أو تتقارب مع طبيعة التعويض.

أولاً: تمييز التعويض عن العقوبة الجنائية:

إذا كان التمييز بين التعويض والعقوبة لا يحتل أهمية تذكر في ظل التشريعات التي كانت تحكم المجتمعات البدائية فهو ذو صبغة جنائية، فالأمر ليس كذلك في الوقت الحاضر، فأصبح للتعويض مفهوم وغاية تختلفان عن غاية ومفهوم العقوبة؛ خاصة بعد أن انفصلت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية، وكان لذلك أثر في ظهور التمييز بين العقوبة والتعويض، "فالعقوبة هي جزاء يفرض لمصلحة الهيئة الاجتماعية ضد كل من ارتكب جريمة، وثبتت بحقه كرد فعل اجتماعي يقابل ما أصاب تلك الهيئة من مساس بكيانها ويتناسب مع خطأ الفاعل، فهي لا تنقرر لمصلحة المجني عليه شخصياً، وإنما لمصلحة المجتمع حماية لأمنه وكيانه، وتفرض من قبل سلطة قضائية مختصة بعد إجراءات تحقيقية أدت إلى ثبوت الجريمة بحق مرتكبها"¹

وبالرغم من التغيير الذي طرأ على مفهوم العقوبة خاصة في ظل التشريعات الحديثة، فأصبحت أداة ردع وإصلاح في الوقت نفسه، فلا يعني ذلك أنها أصبحت تقترب من التعويض فبينهما فروق عديدة سنشير إلى بعض منها:

أن العقوبة تفرض دون حاجة لوقوع الضرر نفسه كما في حالة الشروع في الجريمة جنائية أم جنحة، بينما التعويض لا يقضى به إلا إذا وقع ضرر فهو محدد دائماً بالقدر اللازم لتغطية الضرر وإعادة الوضع إلى الحالة نفسها التي كان عليها قبل وقوعه، فالتعويض بالمعنى المتقدم لا يصح اعتباره عقوبة.

¹السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة لقانون العقوبات الجديد، ط4، دار المعارف مصر، 1962، ص 547.

أن العقوبة هي شيء ذاتي يتأثر بمجموعة من الاعتبارات منها الجاني والمجني عليه، مكان ارتكاب الجريمة، زمانها، وكذا درجة الخطأ، بينما لا يكون لأي تلك الاعتبارات تأثير على التعويض، على اعتبار أنه شيء موضوعي لا يراعى فيه إلا الضرر ومقداره، فهو يدور معه وجودا وعدما¹.

وانطلاقاً من مبدأ شخصية العقوبة فإن هذه الأخيرة تسقط بوفاة المحكوم عليه، بينما هذه المسألة لا تؤثر على التعويض فيجوز التنفيذ على تركته، إضافة إلى ذلك؛ "إذا كان سبب الضرر متجدداً أو مستمرا فللمتضرر أن يطلب من القضاء الحكم بإيقاف الفعل أو اتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع الضرر الناشئ عنه؛ لأن التعويض يهدف إلى الإصلاح، ويكون عن طريق محو سبب الضرر متى كان ممكناً"²

إن فرض العقوبة مقيد بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فالمشرع الجنائي يحدد الأفعال التي تعد جرائم، ويحدد العقوبات لكل منها، أما التعويض فلا يوجد تحديد لمقداره، فمقداره يتحدد تبعاً لمقدار الضرر المراد جبره، ولا يوجد أيضاً تحديد للأفعال الضارة؛ لعدم إمكانية حصرها ويقتصر دور المشرع على إيراد نص عام يحدد فيه مسؤولية الشخص عن فعل يلحق ضرراً بالغير كما هو وارد بالمادة 124 من القانون المدني الجزائري: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً بالغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

و لتوضيح الفرق أكثر بين التعويض والعقوبة فإننا نميز بين التعويض والغرامة الجنائية على أساس أن هذه الأخيرة هي نوع من أنواع العقوبة.

¹ Henri et Léon- Jean Mazeaud: **Leçons de droit Civil**, Tome 1, troisième Edition, Paris, 1966, P 366.

² مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطبعة الاعتماد القاهرة، 1944، ص 304.

"فالغرامة الجنائية نوع من أنواع العقوبات الأصلية، ولا بد أن ينص عليها القانون حتى تكتسب صفة الشرعية، فلا يجوز للقاضي الحكم بالغرامة عن جريمة لم ينص عليها القانون، ولو انه يتمتع بسلطة تقديرية في اختيار المبلغ الذي يحكم به، فمتى كان في نطاق التحديد من قبل المشرع، فليس من سلطة القاضي أن يتجاوزه وعليه أن يتقيد به وبعد مراعاة ظروف الفاعل وملابسات القضية"¹.

"و طرق استيفاء الغرامة تعجيزية في بعض من الأحيان حيث تؤدي بالمحكوم عليه إلى السجن لأنها تستبدل بالحبس عند عدم الدفع"².

وبعد تحديد معنى الغرامة الجنائية يمكن حصر أهم الفروق بينها وبين التعويض

المدني فيما يلي:

أن الغرامة كعقوبة لا يحكم بها إلا من خلال نص تطبيقاً لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، بينما التعويض يحكم به عن كل فعل ضار، فالمشرع يورد نصاً عاماً يقرر فيه ان كل فعل ضار يستوجب التعويض كما جاء في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

أن مبلغ الغرامة محدد من قبل المشرع بحد أدنى وحد أقصى وليس باستطاعة القاضي أن يتجاوز ذلك التحديد، بينما مبلغ التعويض غير محدد من قبل المشرع، وإنما يتولى القاضي تحديده تبعاً لجسامة الضرر، كما قد يتولى الطرفان تحديده وهو ما يسمى بالشرط الجزائي، كما قد يحدده القانون في حالات معينة.

¹ حميد السعدي: شرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة، 1976، ص 440.
² نشأت احمد نصيف الحديثي: العقوبة السالبة للحرية القصيرة الأمد وبدائلها، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1988، ص 78.

"أن الغرامة لا يحكم بها إلا على مرتكب الجريمة، تطبيقاً لمبدأ شخصية العقوبة، بينما يجوز الحكم بالتعويض على من كان مسؤولاً مدنياً عن مرتكب الفعل الضار".¹

ومن هنا نجد أن الطبيعة القانونية للتعويض تختلف اختلافاً واضحاً عن الغرامة الجنائية، فهذه الأخيرة تتحدد انطلاقاً من نص قانوني من حيث الوجود والمقدار، بينما التعويض يتحدد تبعاً لجسامة الضرر.

ثانياً: تمييز التعويض عن الغرامة المدنية:

"الغرامة المدنية تفرض على الأفراد نتيجة مخالفتهم لما يترتب في ذمتهم من التزامات مالية تجاه الدولة، أو أحد أجهزتها كالالتزام بدفع الرسوم والضرائب أو الغرامات التأخيرية، ويكون الغرض من فرضها ضمان حسن سير المرافق العامة، ولا يشترط لفرضها إثبات الضرر من قبل الجهة التي تتولى فرضها على الأفراد، لعدم تنفيذهم تلك الالتزامات المالية، ويتم إستحصالها دون حاجة لإصدار حكم فهي لا تعد تعويضاً عن ضرر". والغرامة المدنية تؤدي للخبزينة العمومية، بينما التعويض يكون للمتضرر وليس للخبزينة العامة.

ثالثاً: التعويض المدني والغرامة التهديدية:

الغرامة التهديدية عبارة عن مبلغ من النقود يحكم به على المدين عن كل وحدة زمنية أو عن كل مرة يخل فيها بالتنفيذ، فهي لا تخرج عن كونها وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على التنفيذ عينا.²

¹ رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 1023.
² عبد الباقي البكري: شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثالث، أحكام الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، 1970، ص 68.

فهي طريقة من طرق التنفيذ التي رسمها القانون وحصر نطاقها بالنسبة للالتزامات التي يستلزم الوفاء بها تدخل المدين شخصيا.

والغرامة التهديدية لا تعد تعويضا عن الضرر لذا لا يشترط للحكم بها إثبات هذا الضرر، إلا انه يجب على القاضي وهو يتصدى لتقدير التعويض بصورة نهائية أن يراعي إضافة لما أصاب الدائن من ضرر مدى التعنت الذي بدا من المدين، بحيث يصبح التعنت هنا عاملا من عوامل التشديد في تقدير التعويض، دون أن يكون عنصرا من عناصره، أي انه يلقى تقييما مستقلا إلى جانب العناصر التي يتضمنها التعويض وهما الكسب الفائت والخسارة اللاحقة.¹

"وإذا كانت الغرامة التهديدية تختلف عن التعويض حيث أنها لا ترتبط بوجود أو عدم وجود ضرر، فان الحكم فيها لا يجب فيه التسبب بخلاف الحكم بالتعويض انه حكم واجب التسبب، أي يلزم القاضي فيه أن يبين الأسباب التي دفعته إلى إصدار الحكم".²

و تسبب الحكم يعني ذكر الأسباب القانونية والواقعية للحكم، فالأسباب القانونية تعني القاعدة القانونية أو المبدأ القانوني الذي صدر الحكم تطبيقا له، أي الحجج القانونية التي يستند إليها الحكم، أما الأسباب الواقعية تعني الوقائع التي يستند إليها الحكم في تقدير وجود الوقائع الأساسية للحكم أو عدم وجودها.³

وللتسبب أهمية في ضمان عدم تحيز القضاة والحفاظ على حيادهم والتأكد من عنايتهم واهتمامهم في تقدير ما يطرحه الخصوم في الدعوى من ادعاءات أو دفع، كما

¹ سمير السيد: نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 410.

² عبد المجيد الحكيم: الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني: أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، 1977، ص 23.

³ آدم وهيب الندوي: المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، 1988، ص 329.

أنه وسيلة من الوسائل التي تؤدي إلى قناعة الخصوم بالحكم أو الطعن فيه في حالة عدم الاقتناع بما جاء فيه¹.

من خلال تمييز التعويض عن غيره من الأوضاع القانونية المشابهة له، نقول أن التعويض نظام قانوني قائم بذاته، فإذا كان التعويض جزءاً مدنياً محضاً لا يهدف إلى معاقبة المدين؛ بل إصلاح الضرر، ومناط الحكم به هو مقدار الضرر الحاصل ولا علاقة له بجسامة الخطأ. الأمر الذي يستلزم تمييزه عن العقوبة، وكذلك تمييزه عن الغرامة الجنائية كنوع من أنواع العقوبة، كما أنه يختلف عن الغرامة المدنية التي تفرض على بعض الأشخاص لغرض ضمان حسن سير المرافق العامة، ويختلف أيضاً عن الغرامة التي تفرض على المدين لغرض إكراهه وجبره على تنفيذ التزامه وهي الغرامة التهديدية أو الإكراه المالي.

المطلب الثاني: عناصر التعويض عن الضرر.

إن التعويض لا ضرورة للحكم به إذا لم يكن يحقق الغاية المبتغاة من فرضه، وهي جبر الضرر ومحوه قدر الإمكان، ومن الطبيعي أن تلك الغاية لا تتحقق إلا إذا كان التعويض شاملاً لكل ما أصاب الدائن من خسارة أو ما فاتته من كسب.

¹ جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1983/05/11 ملف رقم 28312: "حيث أن قضاة الموضوع وإن كانوا غير ملزمين برأي الخبراء، وغير مراقبين من طرف المجلس الأعلى في تقدير التعويض إلا أنهم ملزمون بتسبب حكمهم تسبباً لا يتناقض مع الوثائق الفنية الصرفة، ذلك أن تقدير نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج عن اختصاص عمل القضاة ولا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدرة إلا بواسطة طبيب آخر..."

وبالتالي فإن التعويض عن الضرر يتحلل إلى عنصرين هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت.

الفرع الأول: ما لحق الدائن من خسارة

يدخل في مفهوم الخسارة: تفويت صفقة تجارية توقع الدائن أنها رابحة، وكان توقعه مبنياً على أسباب معقولة، فلو تعهد ناقل بأن ينقل شخص إلى مكان ما للإشتراك في مزايمة لإبرام صفقة تجارية، ونتيجة لعدم تنفيذ الناقل لتعهده أو التأخر في تنفيذه، ترتب حرمان الراكب من الاشتراك في المزايمة فيكون بذلك قد تضرر بسبب ما لحقه من خسارة نتيجة مصاريف النقل؛ وكذا ما أنفقه على إجراءات الإشتراك في المزايمة، وما كان يتوقعه من ربح إذا رست هذه المزايمة عليه.

وقد تضمنت أغلب التشريعات النص على العنصرين الذين يجب مراعاتهما في تقدير التعويض، فعلى سبيل المثال نصت المادة 1149 من القانون المدني الفرنسي على أنه "يشمل التعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب".¹

كذلك نذكر نص القانون العراقي في مادته 169/2: "ويكون التعويض من كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزام بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق آخر أو التزام بعمل أو بامتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة أو ما فاتته من كسب بسبب ضياع الحق، أو التأخر في استقائه".²

¹ حسن حنتوش رشيد الحسناوي، المرجع السابق، ص 74.
² منذر الفضل: النظرية العامة للالتزام، الجزء 2، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 68.

وكذلك عنصرا ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب أكدت عليه الكثير من القرارات الصادرة عن المحاكم، نذكر منها قرار محكمة التمييز المصرية الذي جاء فيه: "إن التعويض يستحق عن كل التزام ينشأ عن العقد ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بسبب التأخير في استقاء المنفعة."¹

وبالرجوع إلى نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: " ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

من خلال نص المادة فإنه لتحديد الخسارة التي لحقت الدائن والتي يلتزم المدين بتعويضها لا بد من التمييز بين حالتين:

في مجال المسؤولية العقدية يلزم المدين بتعويض الدائن عن ما لحقه من خسارة وما أصابه من ضرر متوقع، بشرط أن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالتزامه أو التأخر فيه ويكون الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

في مجال المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية الناتجة عن غش المدين أو خطئه الجسيم، يلزم هنا المدين بتعويض الدائن عن ما لحقه من خسارة وما أصابه من

¹ سعيد احمد شعله : قضاء النقص المدني في المسؤولية والتعويض ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقص خلال اثنتين وسبعين عاما من 1931 الى 2002 ، طبعة 2003 ، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص 296 .

ضرر؛ متوقع أو غير متوقع بشرط أن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتففيذ التزامه أو التأخر فيه.

الفرع الثاني: ما فات الدائن من كسب

يدخل في مفهوم الكسب الفائت مجرد التأخر في استيفاء المنفعة، فمثلا لو عهد شخص يملك أرضا إلى مقاول لبناء فندق سياحي عليها لغرض استثماره، إلا أن المقاول لم يقم بتففيذ العمل أو التأخر في تسليم البناء عن الموعد المتفق عليه، فادى ذلك إلى تضرر صاحب الأرض (رب العمل)، وضرره يتمثل في ما فات عليه من ربح كان من الممكن أن يحصل عليه لو أتم المقاول العمل في مواعده من خلال استثماره الفندق واستقبال النزلاء. وبالتالي علنا لقاضي أثناء تحديده لقيمة التعويض عن الضرر الذي لحق الدائن مراعاة ما فات الدائن من كسب مالي نتيجة عدم قيام المدين بتففيذ التزامه أو التأخر في تفذيده.

إلا أنه في القانون الأنكلو أمريكي في حالات بيع السلع فان عناصر التعويض هي ما أصاب الدائن من خسارة في جميع الأحوال، أما ما فات من كسب فلا تعويض عنه إلا إذا كان المدين على علم بالظروف التي ستؤدي إلى فوات الكسب على الدائن، فلا توجد تفرقة بين الخسارة والكسب الفائت فكل منهما خسارة أما ما فات من كسب فيعتبر بعيد الصلة بالإخلال الواقع، وذلك يعود لأسباب اقتصادية تهدف إلى تحديد مخاطر النشاط التجاري. أما في غير حالات بيع السلع فانه يجوز للقاضي أن يعتبر ما فات من كسب احد عناصر التعويض ومتى ما توافرت ظروف خاصة أحاط بها المدين وكان الإخلال بمثل تلك الظروف يؤدي إلى تفاقم الضرر.¹

¹ حسن حنتوش رشيد الحسناوي ، المرجع السابق ، ص 77 .

وفي رأينا تحليل تقدير التعويض إلى هذين العنصرين ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، يهدف إلى جعل التعويض كاملا وعادلا وشاملا وبالتالي يغطي الضرر، بحيث لا يكون مصدرا لإثراء الدائن - المضرور - على حساب المدين، فلو تضمن الحكم بالتعويض إعطاء الدائن أكثر من الضرر الذي لحق به، فإن ذلك يعد كسبا دون سبب وهو أمر لا يجيزه القانون.

المبحث الثاني: أنواع التعويض عن الضرر وشروط استحقاقه

بعد التعرف على التعويض من حيث اللغة والقانون و الشرع وكذا العناصر اللازم مراعاتها عند تقديره، نجد أنفسنا أمام الإشكال القائل: ما هي أنواع التعويض وما هي شروط استحقاقه؟.

ذلك أنه لا يحكم بالتعويض لمجرد حدوث الضرر فلا بد من توافر جملة من الشروط الأخرى الشكلية والموضوعية، كما أن للتعويض أنواع لا بد من مراعاتها عند إصدار الحكم، ذلك من أجل جبر الضرر قدر الإمكان من خلال اختيار التعويض الأنسب للمتضرر في المسؤولية العقدية.

هذا الإشكال هو ما حاولنا الإجابة عليه في هذا المبحث من خلال المطالبين التالين:

المطلب الأول: أنواع التعويض.

المطلب الثاني: شروط استحقاق التعويض في المسؤولية العقدية.

المطلب الأول: أنواع التعويض.

إذا ما ثبتت المسؤولية العقدية في حق مرتكب الخطأ يبقى الحكم بالتعويض الذي يأخذ إحدى صورتين:

- الحكم برد الحال إلا ما كانت عليه، أي أن يتم تقرير الإجراءات التي من شأنها رد المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل أن يقترب الخطأ أو الإخلال بالتنفيذ، وبالتالي يتم رد العين المغصوبة إلى صاحبها، أو إبدال العين التالفة أو المعيبة بأخرى سالمة وصحيحة، وهكذا لا يبقى من الإخلال بالتنفيذ أو ارتكاب الخطأ سوى الذكرى، أما آثار هذا الإخلال فقد انمحت واندثرت بالتعويض، وهذا ما يسمى بالتعويض العيني أو كما يسميه بعض الفقهاء بالتنفيذ العيني.

- أن يتم الحكم بجبر الضرر وتعويض المضرور عنه بمقابل نقدي غالباً وغير نقدي أحياناً، بمعنى يتم توفير منفعة للمضرور تساوي مقدار ما لحق به من ضرر، فتتناقص هذه المنفعة مع الضرر وبذلك تعود حالة المضرور حكماً لا حقيقة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وهذا هو التعويض بمقابل أو التنفيذ بمقابل. ونتولى فيما يلي بحث كل طريقة من هاتين الطريقتين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التعويض العيني

يعرف التعويض العيني بأنه: "الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر"¹ والتعويض العيني بهذا المعنى يعد أفضل من التعويض النقدي ذلك أنه يؤدي إلى محو الضرر وإزالته بدلاً من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر مبلغاً من

¹ نصير صبار لفته الجبوري: التعويض العيني، دراسة مقارنة، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2010، ص 19.

المال عوضاً عنه كما هو الحال في التعويض النقدي، "فلا يبقى من الإخلال أو العمل غير المشروع سوى الذكرى"¹.

"بعبارة أخرى يحقق المتضرر ترضية أخرى من جنس ما أصابه من ضرر، وذلك بطريقة مباشرة، أي غير الحكم له مبلغ من نقود"² وهذا من أجل إزالة الضرر عينا.

"فالتعويض العيني هو طريقة ناجعة بالنسبة للمضرور، إذ يهدف إلى محو ما لحقه من ضرر، طالما كان ذلك ممكناً، أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وهو الأصل في الشريعة الإسلامية التي تقضي أنه إذا كان الشيء الذي اتلف أو اعدم، مثلياً وجب تعويضه بمثله، وإن كان قيمياً فبثمنه"³.

هذا وقد خاض الفقه جدالاً حاداً حول مفهوم التعويض العيني من الناحية القانونية وانقسموا في هذا المجال إلى مؤيد لفكرة التعويض العيني ورافض لها وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً: الاتجاه الرافض للتعويض العيني:

كما سبق بيانه فإن التعويض العيني هو محو الضرر، بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الإخلال بالالتزام، إلا أن هذا التعريف قوبل بانتقادات كثيرة إلى حد رفض وجوده، فانقسم أصحاب هذا الاتجاه إلى فريقين، الأول رافض للمصطلح، والثاني رافض للمضمون، وذلك كالآتي:

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1 في مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 1952، ص 966.

² سليمان مرقس: المسؤولية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، 1971، ص 602.

³ وهبة الزحيلي: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1970، ص 150.

1- الاتجاه الرافض للمصطلح:

إذا كان التعويض كجزاء للمسؤولية المدنية بوجهيها العقدية و التقصيرية، يمثل منفعة بإزالة الضرر إلا أن بعض الآراء اعترضت على أن إزالة الضرر تعويض عيني.

" إذ لا يرى الأستاذ سافاتييه أن إزالة المخالفة تعويض عيني، وإنما هو إصلاح

للشيء التالف لأن القاضي لا يعوض وإنما يهتم بإزالة المخالفة"¹

ويرى روبييه أنه: " إذا كان الغرض من الحكم هو إنهاء حالة التصرف غير

المشروع فلسنا بصدد مسؤولية، بمعنى آخر إن ذلك ليس تعويضاً عينياً"²

وثمة رأي آخر يرفض التعويض العيني، ويتبلور هذا الرأي من خلال طرح

ربيرت وبولا نجبييه إذ يذهب هذان الكاتبان إلى أن التعويض هو الحكم بمبلغ من النقود

أما سوى هذا الطراز من التعويض يمثل الحكم باحترام الحق"³ ، ففي نظرهما معالجة

الضرر تعتبر تعويض، أما احترام الحق فهو إجراء لحماية هذا الحق، وبالتالي لا يكون

طلب المدعي للحكم له بالتدابير لحماية حقه الشخصي المنتهك تعويضاً عينياً.

بناءً على ما تقدم فإن الأصل في هذا الاتجاه، هو أن المضمون واحد بوجود

إجراء آخر لإزالة الضرر إلى جانب الحكم بمبلغ من النقود، لكن الاختلاف هو المصطلح

في عدم تسمية هذا الإجراء تعويضاً عينياً، ونحن لا نتفق مع أصحاب هذا الرأي بالقول

بأن جزاء حماية الحق الشخصي المنتهك غريب عن المسؤولية، ولا يمكن القول أن

حمايته تتحقق من خلال إجراءات أخرى، وليس من خلال المسؤولية وهذا ما سنبينه من

خلال هذه الدراسة.

وفضلاً عن هذا الاتجاه الرافض للمصطلح، ثمة اتجاه آخر رافض للتعويض

العيني من حيث المضمون.

¹Savatier: **Traite de la responsabilité civile en droit Français**, tome 2, deuxième Edition, Paris, 1951, P 593.

²نصير صار لفته الجبوري، المرجع السابق، ص22 .

³Ripert (G.) et Boulanger: **Traite élémentaire de droit civil de Planiol**, tome 2, 4 Edition, 1952, P 1146.

2- الاتجاه الرافض للمضمون:

إن أهم من رفض التعويض العيني من حيث مضمونه وأنكر وجوده هي لوسيان ريبير وأهم ما دعمت به فكرتها؛ هو أنه إذا دققنا النظر في تعريف التعويض العيني يفيد أن محوره التعويض، لذا في رأيها " من الخطأ الاعتقاد بوجود التعويض العيني المتمثل في محو الضرر عندما تتم إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وإن الوسيلة الوحيدة لتعويض المتضرر هي الحكم له بمبلغ نقدي، وكل ما يمكن الحكم به فضلا عن التعويض النقدي هي الحيلولة دون وقوع الضرر وليس محوه، بيد أن الإجراءات اللازمة للحيلولة من دون وقوع الضرر؛ لا يمكن اعتبارها تعويضا عينيا، لأن التعويض يفترض وقوع الضرر، في حين أن الضرر هذا غير محقق وإنما محتمل، أما إذا وقع الضرر فإنه لا يمكن محوه أبدا، وفي هذه الحالة فإننا لا نستطيع سوى منع استمرار الضرر في المستقبل، ومن هنا يجب التمييز بين ما يتضمنه الحكم بالتعويض النقدي من الضرر الماضي وبين التدابير المخصصة لتجنب الضرر في المستقبل"¹.

في حين ذهب رأي ثان، إلى استحالة التعويض العيني، لأنه لا يمكن محو الضرر المفاجئ، كما أن أخذ كلمة "محو" حرفيا من تعريف التعويض العيني فهذا يعني أن التعويض النقدي لا يمحو الضرر، لذلك لا يمكن إعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر، وعليه يحكم بالتعويض النقدي عن الضرر المحقق.

وهناك رأي آخر " يذهب إلى تسمية التعويض العيني بالتنفيذ العيني الجبري، تميزا له عن امتناع المدين عن القيام بالعمل الذي التزم بالامتناع عن القيام به، والذي هو التنفيذ العيني الاختياري، إذ يرى أصحاب هذا الرأي أن التعويض إنما

¹Lucienne Ripert: *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse, Paris, 1933, P.38 ,39.

يلجأ إليه عند عدم إمكان إجبار المدين على التنفيذ العيني، ويكون التعويض دائماً بمبلغ من النقود"¹.

غير أن الكثير من الفقهاء الذين كانوا يدافعون على هذا الطرح تراجعوا عنه في آخر المطاف، ومنهم الأستاذ السنهوري؛ الذي يرى أن هناك ترادفاً بين لفظي التعويض العيني و التنفيذ العيني، وهو الوفاء بالالتزام عيناً، ويقع هذا كثيراً في الالتزامات العقدية، إلا أنه تراجع عن هذا الرأي قائلاً بعدم وجود مثل هذا الترادف حيث يقول: "والفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الإخلال به، والثاني يكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام بإزالة المخالفة تكون هي التعويض العيني"².

بالرغم من وجود جانب من الفقه رافض للتعويض العيني إلا أننا لا نتناسى أو نتجاهل الجانب الآخر من الفقه الذي دافع عن فكرة التعويض العيني بالكثير من الحجج.

ثانياً: الاتجاه المؤيد لفكرة التعويض العيني:

ورد في المادة: 1142 من القانون المدني الفرنسي: " كل التزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل يؤدي إلى التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام من المدين"³
فحسب نص هذه المادة يتضح أن المشرع الفرنسي تبنى فكرة التعويض العيني كلما كان هذا التعويض أقرب إلى العدالة من التعويض النقدي، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في نطاق المسؤولية العقدية للحكم بالتعويض العيني في كل مرة يكون هذا التعويض متفقاً ومقتضيات العدالة، إذ تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بقرارها

¹ منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية الوضعية، الجزء الثاني: أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1998، ص 25.

² منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، طبعة 1998، ص 25.

³ نصير صبار لفته الجبوري، المرجع السابق: ص 34

الآتي: " يجب أن ينقض القرار الذي حكم على إحدى شركات النقل للقطار - دون أن تأخذ محكمة الموضوع بعين الاعتبار ما عرضته الشركة من نوع التعويض - بأن تعمل بنفسها على تعويض الأضرار بإصلاح الأثاث المتضررة من خلال عملية النقل"¹

و كذلك ما جاء في قرار محكمة ريوم إذ يقضي بأنه: "مع أن الحكم بالتعويض النقدي أكثر شيوعاً، إلا أن نصوص المواد 1142، 1382 والمواد التي تليها من القانون نفسه لا تستبعد أو تتناقض الحكم بالتعويض مع الأشكال الأخرى غير النقود"²

ويرى بعض أنصار هذا الاتجاه أيضاً، بأنه للقاضي سلطة تقديرية في اختيار طريقة التعويض، فله أن يحكم بالتعويض العيني عن الضرر المادي، بأن يرتب على المدين الالتزام بالقيام بعمل وهو الإصلاح أو إزالة الضرر، إلا أن هذا الالتزام عند عدم تنفيذه يؤدي أيضاً إلى اللجوء إلى التعويض عن عدم التنفيذ. كما أن للقاضي أن يحكم بالتعويض العيني، وأن يؤدي المدين نفقات هذا التعويض ويستبعد الحكم بالتعويض العيني، إذا كان المتضرر قد أصيب بأضرار جسيمة أو كانت الأضرار معنوية.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فنجد أنه أخذ بالتعويض العيني على غرار المشرع الفرنسي، ومن أمثلته حصول الدائن على شيء من النوع ذاته الذي التزم به المدين على نفقته وهذا بعد استئذان القاضي وهذا ما جاء في المادة 166 قانون مدني: "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء، فإذا لم يقر المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض".

¹ نصير صبار لفته الجبوري، المرجع السابق: ص 35
² حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقبية، مطبعة حداد، البصرة، 1968، ص 248.

ويبقى نص المادة السابق الذكر تجسيدا في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/02/16 الذي جاء فيه: " أن تسليم كمية من البطاطس المخصصة للاستهلاك بدلا من بذور البطاطس المعدة للزراعة حسب مقتضيات العقد المبرم بين الطرفين المتنازعين وثبوت فساد البضاعة المسلمة يجعل مسؤولية الطاعنة قائمة في إطار المسؤولية العقدية مما يستتبع معه أن قضاة الموضوع لم يرتكبوا أية مخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات مما يتعين رفض الطعن".¹

ومثال التعويض العيني أيضا إذا امتنع الما قول عن البناء فلا يستطيع رب العمل القيام بالبناء على نفقته طبقا للمادة 170 قانون مدني: " في الالتزام بعمل، اذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا".

كما أن نص هذه المادة تم التأكيد عليه في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/02/16 الذي تضمن: " حيث انه بمراجعة أوراق الملف يتبين أن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما دون ارتكاب أي تجاوز كان في ممارسة سلطتهم، وإنهم لم يقصروا في تعليل قضائهم، إذ أن الطاعنة خالفت أحكام المادة 170 من القانون المدني لأنها لجأت إلى ماقول آخر الذي قام بتنفيذ التزام المطعون ضدهما والمتمثل في تشييد مجموعة من المساكن المتعاقد عليها نظرا لامتناعها عن ذلك، وهذا من دون أن تطلب صاحبة الطعن من القضاة ترخيصا لهذا الغرض، مع الإشارة أن من شان هذه الطريقة المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر - 170 قانون مدني - حسم الادعاءات والمنازعات التي بها المطعون ضدهما في وقتها والمتعلقة بمحل العقد ذاته. فيستنتج من ذلك أن الوسائل المثارة غير سديدة برمتها وينبغي رفض الطعن"²

¹ قرار رقم 213 691 مؤرخ في 2000/02/16، المجلة القضائية 2001، العدد 01، ص 122.
² عمر بن سعيد : الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 13.

وعليه فإن المشرع الجزائري قد اخذ على غرار غيره من التشريعات بالتعويض العيني ذلك أن هذا النوع من التعويض هو اقرب لتحقيق العدالة، وهذا ما أكد عليه القضاء الجزائري كما تمت الإشارة إليه.

الفرع الثاني: التعويض بمقابل

وجدنا أثناء بحث التعويض العيني أنه يتم اللجوء إليه من طرف القاضي متى ما كان ممكنا وهذا ما أكدته المادة 164 من القانون المدني الجزائري: "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا". كما يعتبر التنفيذ العيني هو الطريق الأصح من طرق التعويض لجبر الضرر الذي أصاب الدائن، إلا أنه في حالات عديدة ترتبط أشد الارتباط بنوع الضرر، فقد يرى القاضي أن التعويض العيني غير ممكن أو غير ملائم لجبر الضرر، خاصة بالنسبة للضرر المعنوي، فعندئذ لا يبقى أمامه سوى اللجوء للتعويض بمقابل سواء كان تعويضا نقديا أو غير نقدي، وهذا ما نبينه في النقاط التالية:

أولاً: التعويض النقدي:

يكون التعويض نقديا متى تضمن الحكم الصادر به إلزام مدين بدفع مبلغ من النقود للدائن، كمقابل للضرر الذي أصابه نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي¹. وفي الوقت الراهن يعتبر التعويض النقدي أهم أنواع التعويض وهو الطريق الطبيعي لمحو الضرر وإصلاحه، ولعل السبب في ذلك يعود إلى أن النقود تمثل إضافة إلى أنها وسيلة للتبادل وسيلة للتقويم، لذا وفي كل حالة يتعذر فيها الحكم بالتعويض عينا

¹حسن حنتوش رشيد الحساوي، المرجع السابق، ص 151.

ولم يكن هناك سبيل للحكم بالتعويض غير نقدي، تعين على المحكمة أن تحكم بالتعويض نقداً¹.

والحكم بالتعويض النقدي يعني إدخال قيمة مالية جديدة موازية للقيمة المالية التي فقدها المتضرر من ذمته نتيجة لإخلال مدنية بتنفيذ التزامه.

وقد نصت العديد من التشريعات على التعويض النقدي نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر القانون المدني العراقي في المادة 255 منه قد نصت على أنه: "ينفذ الالتزام بطريقة التعويض في الأحوال وطبقاً للأحكام التي نص عليها القانون"² لم يقيد المشرع العراقي قاضي الموضوع بإتباع طريقة معينة للتقدير التعويض، وإنما ترك المجال مفتوحاً أمامه لاختيار الطريقة الملائمة لجبر الضرر.

ثانياً: التعويض غير النقدي:

قد يكون التعويض الذي يحكم به القاضي جبراً للضرر تعويض غير نقدي، فهو ليس بالتعويض النقدي، لأنه لا يتضمن إلزام المدين المخل بتنفيذ التزامه أداء مبلغ من النقود للدائن، كما أنه ليس بالتعويض العيني على اعتبار لا يتضمن أيضاً إلزام المدين بأن يؤدي للدائن ذات ما التزم بأدائه.

فالتعويض غير النقدي يمكن أن يعتبر تعويضاً من نوع خاص تقتضيه الظروف في بعض الصور وحسب نوع الضرر المحدث، فيغلب الحكم به في الضرر المعنوي دون الضرر المالي، ويتخذ شكل الحكم بمصرفات الدعوى أو نشر الحكم الصادر في الجرائد إظهار حق المدعي تجاه المدعى عليه، واللجوء إلى هذا الطريق من طرق التعويض يعد من الأمور التي تدخل في سلطة القاضي عند نظر الدعوى فكما، رأينا أن نص المادة 255 مدني عراقي لم تشترط في التعويض أن يكون نقدياً. وقد يتخذ هذا النوع من طرق

¹ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، 1957، ص 528.

² سعدون العامري: تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص 153.

التعويض صور الحكم بمصروفات الدعوى، فقد يطالب من أصابه ضرر معنوي مثلا بإلزام المدعي عليه بمصروفات الدعوى، وذلك يشكل ترضية كافية له، وفيه ما يكفي لجبر الضرر، أو يتخذ الحكم بمبلغ رمزي ليس فيه معنى مقابل الضرر وإنما إقرار من القضاء بحقه، فمنح المضرور المبلغ الرمزي لا يعني أن التعويض قد أصبح نقديا، بل يعني استنكار القضاء لما صدر من المدين من إخلال بتنفيذ التزامه، وإقرار في الوقت نفسه بحق المتضرر الذي يستطيع بواسطته تلافي ما قد يتعرض له من أذى في سمعته، خاصة إذا كان المتضرر ذا سمعة تجارية ولا يسعى إلى الريح عند المطالبة بالتعويض.

أما الصورة الأخرى التي قد يتخذها التعويض بمقابل غير نقدي، هي صورة نشر الحكم الصادر في الصحف المحلية فليس من المستبعد أن يكون الدائن المتضرر شركة صناعية أو زراعية أو تجارية، ولا شك أن ما تتمتع به هذه الشركات من سمعة تجارية له دور كبير في تحديد مدى نجاحها في ممارستها للنشاط الاقتصادي، وفي مدة تعامل الأفراد و الشركات الأخرى معها، لذا فإنها ستكون حريصة على سمعتها التجارية وعلى ضرورة تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته بكل دقة حماية لما تتمتع به من سمعة وثقة في التعامل، فلو حصل إخلال من جانب المتعاقد معها في تنفيذ التزامه، فيكون كافيا أن يتم نشر الحكم الصادر بإدانته من اخل بتنفيذ التزامه، وفي هذه الحالة لا يكون الحصول على مبالغ من النقود هو الدافع الأول لرفع دعوى التعويض .

وإذا بحثنا في موقف المشرع الجزائري من التعويض بمقابل، فنجد انه اخذ به مثله مثل التعويض العيني، فالمشرع الجزائري ترك للقاضي السلطة التقديرية في اختيار نوع التعويض وهذا حسب طبيعة الالتزام، وهذا ما أكدته المادة 132 من القانون المدني التي جاء فيها: " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون

التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين أن يقدر تأمينا، ويقدر التعويض بالنقد، على انه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

"وإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل، فمن المقرر انه لا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني، وإذا طالب بالتنفيذ بمقابل، ولم يكن التنفيذ العيني مرهقا للمدين، فللقاضي أن يحكم بالتنفيذ العيني وبصرف النظر عن طلب الدائن. أما إذا استحال التنفيذ العيني فهنا تدعو الضرورة إلى اللجوء إلى التعويض بمقابل"¹.

والأصل في التعويض بمقابل أن يكون مبلغا من المال يدفع دفعة واحدة للمضرور ومع ذلك يجوز أن تختلف صورته، فيجوز للقاضي أن يجعله على أقساط تدفع للمضرور، كما يجوز أن تكون إيرادا مرتبا مدى الحياة، كما يجوز للقاضي أن يلزم المدين بتقديم تأمين² وهذا ما جاء في المادة 132 قانون مدني التي سبق الإشارة إليها.

المطلب الثاني: شروط استحقاق التعويض في المسؤولية العقدية

إن التعويض كجزاء لتحقق مسؤولية المدين المخل بتنفيذ التزامه، لا يحكم به لمجرد رفع دعوى المطالبة به من قبل الدائن، فلا بد أن يتأكد القاضي من توافر جملة من الشروط، وهو يتولى النظر في تلك الدعوى.

¹ علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1994، ص 205.

² فريحة كمال: المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2003، ص 320.

وشروط استحقاق التعويض منها ما يتعلق بركان المسؤولية العقدية عموماً، من خطأ وضرر وعلاقة سببية، والتي تتدرج ضمن الشروط الموضوعية للتعويض، ومنها ما يتعلق بطبيعة القواعد التي تحكم المسؤولية العقدية بحيث يشترط توافر الاعذار، وعدم وجود اتفاق مسبق على الإعفاء من المسؤولية العقدية ونضمن هذه الشروط في الشروط الشكلية.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لاستحقاق التعويض

إن التعويض عن الضرر في المسؤولية، لا يكون مستحقاً كما سبقت الإشارة إلا إذا توافرت شروطه، ومن البديهي أن تكون هذه الشروط هي نفسها أركان المسؤولية العقدية، ذلك أنه إذا لم تقم المسؤولية العقدية فلا نكون أمام مسألة التعويض، والمسؤولية العقدية لا تنهض إلا لوقوع إخلال بالتزام عقدي هذا الأخير الذي يسبب ضرراً للدائن مما يستوجب التعويض عن هذا الضرر.

أولاً: الخطأ العقدي:

يعد الخطأ (الإخلال بتنفيذ التزام عقدي) شرطاً ضرورياً لاستحقاق التعويض؛ والإخلال المقصود هنا هو الإخلال بمعناه الواسع، "ذلك أن المتعاقد يسأل عن إخلاله الشخصي بالعقد، فتنهض المسؤولية العقدية عن الخطأ الشخصي إذا توفرت بقية الأركان، كما أنه قد يسأل عن خطأ الغير أو عن الأشياء التي تحت حراسته. كما قد تعدل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق عن طريق التامين من المسؤولية".¹ ولغرض دراسة الخطأ العقدي؛ فإننا نتناول العناصر التالية:

¹ منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 288.

1. تعريف الخطأ العقدي:

لاشك أن هناك بعض الصعوبات التي تكتنف تحديد المقصود بالخطأ العقدي، نظرا لما أحاط فكرة الخطأ بحد ذاته من غموض¹، كما أن ارتباط تلك الفكرة بفكرة الأخلاق جعلها غير محددة ، لان فكرة الأخلاق يعوزها التحديد و الضبط ، الأمر الذي انعكس على فكرة الخطأ، إلا أن ذلك لا يعني استحالة إعطاء تعريف للخطأ خاصة في نطاق المسؤولية العقدية، ذلك أن تحديد مفهوم الخطأ في المسؤولية العقدية أيسر من تحديده في المسؤولية التقصيرية ، ففي الأولى توجد رابطة قانونية بين الطرفين، وهذه الرابطة هي التي تحدد العلاقة بين المتعاقدين، فأى تجاوز لممارسة تلك الرابطة من حدود؛ يوصف بأنه خطأ أي الإخلال بالالتزامات التي تولدت عن تلك الرابطة، أما في المسؤولية التقصيرية فلا وجود لتلك الرابطة، وبالتالي تظهر صعوبة إعطاء تعريف للخطأ التقصيري.

وقد طرحت تعاريف متعددة للخطأ؛ فقد عرفه جانب من الفقه بأنه "عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه"².

بينما اتجه جانب آخر من الفقه إلى اعتبار أن الخطأ العقدي هو الإخلال بالالتزام، ففي الفقه الفرنسي يرى الأستاذ بلانيول أن الخطأ هو الإخلال بالتزام سابق. أما الأستاذ سافاتييه فقد عرف الخطأ انه إخلال بواجب قانوني كان في وسع المخل أن يتبينه³.

¹ شريف عمار: التعويض عن الإخلال بالعقد ، التطبيق العملي للمسؤولية المدنية ، طبعة 2008 ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ص 232 .

² محمد حسنين: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1983 ، ص 100.

³ حسن حنتوش رشيد الحساوي ، المرجع السابق ، ص 100 .

وهناك من عرف الخطأ العقدي على انه عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد، فالمدين التزم بالعقد وعليه تنفيذ التزامه¹

بينما ذهب فقهاء آخرون إلى اعتبار أن الخطأ "إخلال بواجب قانوني سواء كان التزاما بمعناه الدقيق - مسؤولية عقدية - ، أم كان واجبا قانونيا عاما تترتب المسؤولية التقصيرية عن الإخلال به."²

وفي رأينا أن التعريف الذي أورد عبارة الإخلال هو أشمل تعريف للخطأ العقدي، ذلك انه بقولنا أن الخطأ العقدي هو الإخلال بالتزام عقدي نكون بذلك قد أعطينا تعريفا كاملا للخطأ يشمل كل صور الخطأ العقدي، سواء كان لعدم التنفيذ؛ أو للتأخر فيه؛ أو التنفيذ المعيب.

2. معيار الخطأ العقدي:

لتحديد معيار الخطأ العقدي يجب التطرق إلى معيارين حسب الظهور التاريخي:

أ. معيار تدرج الخطأ:

"ذهب فقهاء القانون حسب هذا المعيار إلى تقسيم الخطأ إلى ثلاثة درجات؛ جسيم، ويسير، وتافه . فالخطأ العقدي الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه اشد الناس إهمالا، وهو اقرب إلى العمد ويلحق به، وخطا يسير لا يرتكبه الشخص المتوسط أو المعتاد، وآخر تافه لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص في شؤونه، كما قسم هذا الفقه العقود تبعا لذلك إلى طوائف ثلاث: عقود تعقد لمصلحة الدائن وحده، كالوديعة بلا أجر، وفيه يسأل المدين عن الخطأ الجسيم فقط، وآخر يعقد لمصلحة المتعاقدين ويشمل

¹ حسن احمد الشافعي: المسؤولية في المنافسات الرياضية المحلية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ص 72.

² محمد فتح الله النشار ، المرجع السابق ، ص 103.

عقد المعاوضة، وفيها يسأل المدين عن خطئه اليسير، وآخر يعقد لمصلحة المدين وحده كالإعارة وفيه يسأل المدين عن الخطأ التافه¹.

لقد هجرت اغلب التشريعات هذه النظرية نظرا لعدم استيعابها لفكرة الخطأ ومنها القانون الفرنسي الذي اتخذ النظرية الحديثة مسارا له أو ما يسمى بنظرية الرجل العادي.

ب. معيار الرجل المعتاد:

جاء النص على هذا المعيار في القانون الفرنسي في المادة 1137، أن الالتزام بالمحافظة على الشيء سواء كان العقد لمصلحة احد المتعاقدين أو كان لمصلحتهما معا، على المدين أن يبذل في تنفيذ التزامه عناية الشخص المعتاد.²

أما المشرع الجزائري فقد نصت المادة 172 من القانون المدني: "في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك . وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطئه الجسيم" .

ويتضح من خلال نص المادتين أن كل من القانونين الفرنسي و الجزائري قد نبذا نظرية تدرج الخطأ وأخذا بنظرية الرجل المعتاد، وإن نالت نظرية تدرج شيء من الأهمية سابقا وفي ظل الأوضاع القانونية التي ظهرت فيها، فإنه اليوم تعد نظرية مهجورة حلت محلها النظرية الحديثة، التي تحدد مقدار العناية الواجب على المدين بذلها بالنسبة

¹ عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء 6 ، دار إحياء التراث العربي، ص 116، 117.
² به موبرويز: المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 80.

للحالات التي أغفلت وضع معيار للخطأ الذي تترتب عليه المسؤولية العقدية وبالتالي التعويض¹.

فعلى ضوء ما تقدم نقول أنه إذا كان التزام المدين ببذل عناية، فإنه يكون قد أخل بالتزامه إذا لم يبذل العناية المطلوبة، أما إذا كان التزامه بتحقيق نتيجة، فيكون أخل بالتزامه إذا لم يحقق النتيجة المرجوة، ولا يسمح للمدين في هذه الحالة الأخيرة أن يثبت بذل العناية اللازمة لأنه مطالب بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية.

فالخطأ (الإخلال بتنفيذ الالتزام) يتحقق إذن وفقا للمعيار التالي :عدم تحقيق النتيجة في الالتزام بنتيجة، وعدم بذل العناية اللازمة في الالتزام ببذل عناية.

3. إثبات الخطأ العقدي:

المقصود بإثبات الخطأ العقدي هو إثبات وقوع الإخلال بالعقد سواء عن عدم القيام بالتنفيذ أو التأخر فيه أو تنفيذه بصورة معيبة، أو تنفيذه بصورة جزئية. كما قد يجتمع أكثر من صورة في عقد واحد كالتأخر في التنفيذ مع التنفيذ المعيب².

والقاعدة في مجال الإثبات هي أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فالدائن هو الذي يدعي بوقوع الإخلال بالالتزام العقدي فعليه أن يثبت وجود العقد الصحيح وحصول الضرر بعدم بذل المدين للعناية المطلوبة أو عدم تحقق النتيجة المرجوة الأمر الذي يسبب له خسارة مادية أو معنوية، وربما يثبت المدعى عليه عدم وجود الضرر أو يثبت انتفاء رابطة السببية بقيام السبب الأجنبي.

¹ حسين عامر : القوة الملزمة للعقد ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، 1949 ، ص 163 .

² منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول ، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 292.

وفي مجال إثبات الخطأ العقدي وإثبات التخلص منه يمكن أن نشير إلى أن
المشعر الجزائري نص في المادة 323 قانون مدني: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى
المدين إثبات التخلص منه".

وقد جسدت المادة 323 القاعدة العامة في مجال الإثبات السابقة الذكر، فالدائن
هو الذي يقع عليه إثبات الالتزام لأنه هو الذي يدعي وقوع الإخلال به، إما المدين فعليه
إثبات عدم وقوع هذا الإخلال للتخلص من المسؤولية، أو عدم وقوع ضرر لكي لا يحكم
عليه بالتعويض، كما يمكن للمدين أن يثبت أن رابطة السببية بين الخطأ والضرر غير
قائمة بوجود السبب الأجنبي، وهذا حسب ما جاء النص عليه في المادة 176 قانون
مدني: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم
عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له
فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

وكمثال عن الالتزام بتحقيق نتيجة، إلتزام المؤجر تجاه المستأجر، كأن يثبت
المستأجر خطأ المؤجر كامتناعه عن تسليم العين المؤجرة مثلا لغرض الانتفاع بها، فعلى
المؤجر هنا إثبات العكس كان يثبت أن عدم تسليمه للعين المؤجرة كانت لأسباب لا يد له
فيها وإنما تعود مثلا للقوة القاهرة كالمرض مثلا.

وفي الالتزام ببذل عناية، التزام الطبيب مثلا بعلاج المريض فيثبت المريض أن
الطبيب ارتكب خطأ باستئصاله للكلية السليمة بدلا من الكلية المريضة، أو أن تشخيصه
للمرض ليس صحيحا، وعلى الطبيب هنا أن يثبت العكس وانه بذل العناية المطلوبة.

4. صور الخطأ العقدي:

لقد ذكرنا أن التعويض هو حق يثبت للدائن نتيجة لإخلال المدين بتتفيذ التزامه العقدي، سواء الإخلال اتخذ صورة عدم التنفيذ أو التنفيذ المتأخر أو التنفيذ المعيب.

فالتعويض لا يثبت إلا إذا صدر من المدين خطأ عقدي سبب به ضرر للدائن، وعند تحديدنا لتعريف الخطأ قلنا أنه الإخلال بالتزام عقدي.

وبالتالي في المسؤولية العقدية كل إخلال من المدين بأحكام العقد يعتبر خطأ عقدي يستوجب التعويض إذا أحدث ضررا.

ولكن إلى أي مدى يمكن اعتبار هذا الطرح صحيحا؟

بتتبعنا لأغلب التشريعات و شراح القانون وفقهائه، نجدهم اتجهوا إلى أن الإخلال بتنفيذ الالتزام يكون إما بعدم التنفيذ أو التأخر فيه، وبناء على ذلك يكون التعويض على نوعين من الإخلال، إما لعدم التنفيذ أو التأخر فيه.

وقد سلك المشرع الجزائري نفس المسلك في نص المادة 176 من القانون المدني: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

وفي رأينا لا يكفي هذين السببين لاعتبار أن المدين قد اخل بالتزامه، فالتنفيذ المعيب كذلك يعتبر إخلال بالتزام تعاقدية، ومن شأنه أن يسبب ضررا للدائن الذي يستحق التعويض في هذه الحالة.

وبناء على ما تقدم نوضح الحالات التي يستحق فيها الدائن التعويض باعتبارها أسباب لقيام المسؤولية العقدية:

- عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي.
- تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي.
- تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذًا معيبًا.

أ. عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي:

قد يكون سبب الضرر الذي أصاب الدائن، والذي يمكنه من المطالبة بالتعويض؛ عدم التنفيذ من قبل المدين، نتيجة إلى أن التنفيذ العيني أصبح غير ممكن، حيث لا يبقى للدائن سوى المطالبة بالتعويض لأنه طريق احتياطي لتنفيذ الالتزام؛ الذي أصبح تنفيذه عينا غير ممكن بخطأ المدين، كما لو كان محل الالتزام نقل حق عيني، وهلك الشيء محل الحق بخطأ المدين، أو انتقلت ملكيته لشخص آخر، أو أن تنعدم الوسائل اللازمة للقيام بالعمل المتعهد به، أو كان الالتزام امتناع عن عمل فقام المدين بالعمل الذي التزم بالامتناع عنه، أو أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكنا، ولكن في اللجوء إليه مساس بحرية المدين أو يسبب له إرهاق، دون أن يكون في العدول عنه ضررا جسيما يصيب الدائن، وهذا جاء النص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني: "غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة

الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطل كل اتفاق على خلاف ذلك".

ففي كل ما تقدم نكون أمام حالة عدم تنفيذ المدين للالتزام يستحق الدائن بموجبها تعويضا عن ما أصابه، أما إذا لم يصبه ضرر فلا تعويض، فمجرد عدم التنفيذ لا يشكل قرينة الضرر وإنما يكون الدائن ملزما بإقامة الدليل على الضرر الذي يطالب بالتعويض عنه.

و حالة عدم تنفيذ الالتزام العقدي إما أن يكون كلياً أو جزئياً، فعدم التنفيذ الكلي يكون في الحالة التي لا ينفذ فيها المدين التزامه بالكامل، كما لو تعهد الناقل في عقد النقل بنقل بضاعة إلى مكان معين ولكنه لم يقم بما التزم به ولكنه لم يقم بما التزم به، ويكون تنفيذاً جزئياً إذا قام الناقل في المثال السابق بنقل جزء من البضاعة دون الجزء الآخر.

وإذا ما حصل تنفيذ بصفة جزئية للالتزام، تقوم مسؤولية المدين بمقدار الجزء غير المنفذ أي يحكم عليه بالتعويض بمقدار الجزء غير المنفذ.

و التعويض الذي يستحق لعدم تنفيذ الالتزام يحل محل التنفيذ العيني، ولا يجتمع معه، والقول بخلاف ذلك يعني حصول الدائن على حقه مرتين، وهذا غير جائز. أما لو كان عدم التنفيذ جزئياً، فيجوز أن يجتمع التنفيذ العيني مع التعويض عن عدم التنفيذ الجزئي حيث يحل التعويض محل الجزء الآخر من التنفيذ¹.

¹ عبد الباقي البكري، المرجع السابق، ص 124..

ب. تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي:

قد يكون سبب استحقاق التعويض ليس عدم التنفيذ للالتزام بل التأخر في تنفيذه، مما أدى إلى إلحاق ضرر بالدائن، وإذا ما أراد هذا الأخير أن يجعل المدين مسؤولاً عن ذلك التأخير، فلا بد من قيامه بإثبات تضرره.

ومن الملاحظ أن اغلب النصوص القانونية التي تضمنت عدم التنفيذ كسبب من أسباب التعويض، أشارت إلى التأخر في التنفيذ كسبب ثاني لاستحقاق التعويض، ومثال ذلك نص المادة 176 قانون مدني: " ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

و لا بد من الإشارة إلى أن مجرد التأخر في التنفيذ ليس قرينة لوقوع الضرر، بل لابد من إثبات هذا الأخير وفقاً للقواعد العامة للإثبات.

والتعويض عن التأخير في التنفيذ بخلاف التعويض عن عدم التنفيذ، يجتمع مع التنفيذ العيني، فبإمكان الدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني وبتعويض يعادل ما لحقه من ضرر بسبب التأخر في التنفيذ¹، وتكاد القواعد التي تحكم نوعي التعويض واحدة لولا وجود بعض الفوارق بينهما وهي:

- أن التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي لا يجمع مع التنفيذ العيني، و إلا حصل الدائن على حقه مرتين، إلا إذا كان التنفيذ جزئياً فيمكن أن يجتمع التنفيذ الجزئي مع التعويض عن التأخر والتنفيذ العيني.
- يشترط لاستحقاق التعويض عن التأخر في التنفيذ اعدار المدين، بينما في التعويض عن التأخر في التنفيذ لا يشترط الاعذار فيه.

¹ حسن حنتوش رشيد الحساوي، المرجع السابق، ص 64.

- أن التعويض عن عدم التنفيذ يستحق لعدم التنفيذ كلياً أو جزئياً، بينما التعويض عن التأخير يستحق رغم أن المدين نفذ الالتزام بكامله، ولكن بعد الموعد المتفق عليه في العقد.

ج. تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذاً معيباً:

فقد يكون التعويض مستحق ليس بسبب عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخر في التنفيذ، وإنما لمجرد أن التنفيذ قد جاء بغير تلك الصورة التي أرادها الدائن، مما أدى إلى إلحاق الضرر به، فينشأ له الحق في المطالبة بالتعويض، وإذا كانت اغلب التشريعات لم تتناول هذه الصورة من التقصير العقدي، على أساس أنها موجبة للتعويض بصورة صريحة، إلا أنه في رأينا أن هته التشريعات لما نصت على عدم التنفيذ فقد قصدت به عدم التنفيذ الجزئي أو الكلي أو التنفيذ المعيب. ولكن هذا السبب من أسباب التعويض الذي هو التنفيذ المعيب مستقل عن عدم التنفيذ، ذلك أن هذا الأخير لا يعني عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وإنما نفذه وفي وقته ولكن نفذه بغير الصورة المتفق عليها.

لذلك كان من الأجدر بالمشرع الجزائري تضمين هذا السبب مع أسباب التعويض وكسبب مستقل ضمن نص المادة 176 من القانون المدني. و التنفيذ المعيب للالتزام يظهر بصورة جلية في كل من عقد المقاوله وكذا عقد البيع حسب العينة.

ففي عقد المقاوله قد يقوم المقاول بتنفيذ مشروع، ولكن بصورة غير تلك المتفق عليها، وهذا التنفيذ المعيب قد يسبب ضرراً لصاحب المشروع، وبالتالي يستلزم تعويضه وفقاً للقواعد العامة.

و كذا في عقد البيع حسب العينة فان البائع قد يقدم للمشتري سلعة غير تلك العينة المتفق عليه، فيكون البائع قد نفذ التزامه تنفيذًا معيبًا، وهذا قد يسبب ضررا للمشتري مما يستوجب التعويض له عن الضرر الذي لحقه.

ثانياً: الضرر:

لما كانت الغاية من التعويض هي جبر الضرر وإزالته، لهذا لا يكفي مجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه من أجل الحكم عليه بالتعويض، فلا بد من أن يترتب عن هذا الإخلال ضرر يصيب الدائن، فالضرر هو ركن أساسي من أركان المسؤولية، ويوصف بأنه روح المسؤولية وعلتها التي تدور مع الضرر وجوداً وعدماً وشدة وضعفاً".¹

"فإذا انعدم الضرر انعدمت معه دعوى التعويض طبقاً للقاعدة التي تقضي بأن لا دعوى بلا مصلحة".²

فتحقق الضرر هو شرط ضروري لاستحقاق التعويض باعتبار أن هذا الأخير يعتبر جزء المسؤولية العقدية، ونظراً لأهمية الضرر كشرط لاستحقاق التعويض فإننا نتناوله وفقاً للعناصر التالية:

1. تعريف الضرر

الضرر لغة يعني: "عدم النفع، والشدة والضييق وسوء الحال، و النقص في الأموال والأنفس".³

¹ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 670.
² حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية العقدية و التقصيرية، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر، ص 332.
³ الفيروز أبادي، المرجع السابق، ص 77.

و يعرف في الفقه الإسلامي بأنه " إلحاق مفسدة بالآخرين أو هو كل إيذاء يلحق بالشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته".¹

أما تعريفه قانوناً: " فهو عبارة عن أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أم لم تكن".²

أما الضرر في المسؤولية العقدية هو "ذلك الذي ينشأ عن الإخلال بالتزام عقدي يربط بين المتعاقد المتضرر مع آخر اخل به، فيشكل عدم القيام بالالتزام أو للتأخر في التنفيذ أو لتنفيذه بصورة معيبة أو لتنفيذه بصورة جزئية".³

2. شروط الضرر القابل للتعويض

السؤال المطروح هنا هل كل ضرر يوجب التعويض؟. نقول هنا انه في المسؤولية العقدية لا تستوجب تعويض كل ضرر وإنما لهذا الأخير شروط محددة يجب توافرها حتى يتم التعويض عنه، وتتمثل هذه الشروط في:

أ. أن يكون الضرر مباشراً :

قد تتعدد الأضرار التي تصيب الدائن نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ التزامه، فهل يكون المدين مسؤولاً عن تلك الأضرار؟، خاصة أن الأضرار الناتجة قد تتصل اتصالاً مباشراً بواقعة خرق العقد، أو تكون في أحيان أخرى نتيجة غير مباشرة وغير متصلة بها، وتوصف بأنها أضرار بعيدة الصلة بها، بعدا يختلف سعة وضيقا باختلاف الأحوال، فالدائن لا يستطيع المطالبة إلا بتعويض الضرر المباشر .

¹ محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 152.

² حسن حنتوش رشيد الحسنائي، المرجع السابق، ص 106.

³ منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 300.

فما المقصود بالضرر المباشر؟.

يوصف الضرر بالمباشر متى كان نتيجة طبيعية لإخلال المدين بتنفيذ التزامه، ويكون الضرر نتيجة طبيعية، إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. وقد أوضحت ذلك بصورة صريحة الفقرة الأولى من المادة 182 من القانون المدني الجزائري: "ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

فالمشعر الجزائري استعمل عبارة "نتيجة طبيعية" للتعبير على كون الضرر مباشر. كما جاء في تشريعات كثيرة نذكر منها ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 169 من القانون المدني العراقي: "ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد ... بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به".¹

هذا وهناك تشريعات أخرى استعملت غير عبارة - نتيجة طبيعية - لاعتبار أن الضرر مباشر، فنجد مثلا التشريع الفرنسي استخدم جملة "النتيجة الحالة المباشرة" في نص المادة 1151 التي قضت بان الأضرار التي تضمن هي تلك الأضرار التي تكون حالة ومباشرة كنتيجة لعدم تنفيذ العقد".²

وفي رأينا أن العبارة التي استخدمها المشعر الجزائري دقيقة في الدلالة على كون أن الضرر مباشر مقارنة بالعبارة التي استخدمها المشعر الفرنسي.

¹ حسن حنتوش رشيد الحسناوي، المرجع السابق، ص 107.

² حسن حنتوش رشيد الحسناوي، المرجع السابق، ص 108.

وإذا كان معنى الضرر المباشر بالنحو الذي رأيناه، فالتعويض لا يكون إلا عنه سواء كان ذلك في المسؤولية العقدية أم التقصيرية، لأنه في الضرر غير المباشر تنتفي رابطة السببية؛ ويتخلف ركن من أركان المسؤولية على نحو ما سنراه لاحقاً.

و إذا كان التعويض عن الضرر المباشر فقط، فإن ذلك يكون مقتصرًا على الضرر المباشر المتوقع في المسؤولية العقدية، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن كل الضرر المباشر متوقعًا كان أو غير متوقع.¹

هذا وإذا كانت مسؤولية المدين العقدية مقتصرة على الضرر المباشر المتوقع فإن ذلك مرتبط بعدم صدور غش أو خطأ جسيم من طرفه. لأنه في هذه الحالة الأخيرة يعتبر المدين مسؤولاً عن ضرره المباشر المتوقع أو غير المتوقع. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 182 قانون مدني: "غير انه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

وقد اختلف الفقهاء حول سبب مساءلة المدين في حالة الغش أو الخطأ الجسيم عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع وقد ذهبوا في ذلك اتجاهين:

- يرى الاتجاه الأول أن اعتبار المدين مسؤولاً في المسؤولية العقدية عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع في حالة الغش والخطأ الجسيم كما في المسؤولية التقصيرية؛ هو اعتبار تحول المسؤولية العقدية إلى تقصيرية نظراً لمساواة المسؤولية في الحالتين أي أن المدين في الصورتين مسؤولاً عن خطئه المباشر المتوقع وغير المتوقع.

¹ شريف عمار، المرجع السابق، ص 280.

- و يرى الاتجاه الثاني انه في هذه لا يمكن اعتبار انقلاب المسؤولية العقدية إلى تقصيرية، وقد أيد هذا الرأي الأستاذين هنري و ليون، الذين يريان انه حتى في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، فالمدين لا يزال مسؤولا بالعقد حتى ولو كان سيء النية عند إخلاله بالتنفيذ، ويرى ان المسؤولية هنا عن الضرر غير المتوقع هي عقوبة مدنية نص عليها القانون¹.

ويرى البعض أن العقد وليد الإرادة، وهي التي تحدد مداها، والقانون افترض أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقتصرة على المقدار الذي يتوقعه المدين، وهذا المقدار يمكن أن يفترض افتراضا معقولا أن المدين قد ارتضاه و هذا الافتراض بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية، ويجعلها مقتصرة على الضرر المتوقع، ولما كان هذا الشرط باطلا في حالة الغش والخطأ، الجسيم فيصبح المدين في هاتين الحالتين ملتزما بالتعويض عن كل الضرر المباشر متوقعا أم غير متوقع².

"ولاشك أن معيار توقع الضرر وفقا لما سبق بيانه هو معيار موضوعي يقصد به ما يتوقعه الرجل المعتاد، بمعنى انه ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات"³.

ج. أن يكون الضرر محققا:

يشترط في الضرر أن يكون محققا حتى يمكن تعويضه، أما إذا كان محتملا فلا يعوض لأنه ضرر افتراضي والأحكام لا تبني من الافتراض، فلا يكون التعويض إذن إلا عما تحقق من ضرر.

¹ منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 306.

² عيد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 685.

³ حسن حنتوش رشيد الحسناوي، المرجع السابق، ص 111.

فيشترط لصدور الحكم بالتعويض أن يثبت للمحكمة أن المدعي كان يكون في مراكز أفضل لو لم يقترف المدعى عليه ما اقترفه من عمل خاطئ، والمسألة واضحة وبسيطة متى كان الضرر الذي لحق بهذا المدعي قد وقع بالفعل.¹

فالضرر الذي يعرضه هو الضرر المحقق فقط، وهو إما أن يكون ضرراً حالاً، أو مستقبلاً، فالضرر الحال هو ذلك الضرر الذي وقع فعلاً وتكونت عناصره ومظاهره التي توفر للقاضي إمكانية تقديره وتحديد مقداره.² أما الضرر المستقبلي فهو الضرر الذي حدث سببه، ولكن نتائجه كلها أو بعضها قد تراخت إلى المستقبل، ويجوز التعويض عنه طالما أنه محقق الوقوع في المستقبل.³

د. أن لا يكون الضرر قد سبق تعويضه:

سبقت الإشارة إلى أن الهدف من المسؤولية العقدية هو الحصول على التعويض عن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه، وبالتالي بمجرد حصول الدائن على هذا التعويض، فإن الأمر يكون منته لان الغاية الأساسية قد تم الوصول إليها، وهي الحصول على التعويض بالحكم فيها، وعليه لا يستطيع الدائن رفع دعوى أخرى للحصول على تعويض آخر، على أساس سبق الفصل في الدعوى، كما أنه لا يجوز له الجمع بين تعويضين عن نفس الضرر.

ومسألة عدم جواز الجمع بين تعويضين لاقت نقاشاً حاداً بين الفقهاء؛ خاصة في حالة وجود عقد تأمين، ذلك أن الشخص الذي يدفع التعويض في هذه الحالة ليس مرتكب الخطأ والمتسبب في الضرر، وإنما شركة التأمين، فهل يجوز في هذه الحالة الجمع بين

¹ حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، الطبعة الأولى 2006، دار وائل للنشر، الأردن، ص 210.

² عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الطبعة الأولى، مطبعة عويدات، بيروت، 1983، ص

273.

³ سعيد احمد شعلة، المرجع السابق، ص 39.

تعويضين؟ ذلك أن مسؤولية الطرفين ثابتة . فشركة التأمين مسؤولة بمقتضى عقد التأمين والمدين باعتبار انه مرتكب الخطأ. للإجابة على هذه الإشكالية يقتضي الأمر التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول إذا كان المسؤول هو المستأمن (أي المؤمن له)، فلا يجوز للمضرور الذي حصل على التعويض من المؤمن (شركة التأمين)، أن يرجع بعد ذلك على المسؤول بتعويض آخر إلا في حالة عدم تمكنه من الحصول على تعويض كامل من شركة التأمين، فيرجع على المسؤول بما يكمل التعويض¹.

الفرض الثاني إذا كان المضرور هو المستأمن (أي المؤمن له)، فيجب في هذه الحالة التفرقة بين التأمين على الأشخاص والتأمين على الأشياء:

فإذا كان المضرور مؤمنا على حياته ضد الحوادث التي عساها أن تقع له، كان للمضرور أو لورثته حقا لحصول على التعويض من شركة التأمين، وحق التعويض من المسؤول .وبذلك يجمع بين الحقين لان لكل حق مصدرا غير المصدر الذي قام عليه الحق الآخر، فالحق في التعويض مصدره الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، ومبلغ التأمين مصدره عقد التأمين، وليس له صفة التعويض بل هو مقابل الأقساط التي دفعها المضرور لشركة التأمين².

وهذا الحكم يجد تأييدا صريحا في نص المادة 765 قانون مدني فرنسي التي تقضي بأنه: " في عقد التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذي دفع مبلغ التأمين حق

¹ محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، 2004، دار الهدى، الجزائر، ص 166.

² حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، المرجع السابق، ص 225.

في الحلول محل المؤمن له أو المستفيد في حقوقه قبل من تسبب في الحادث المؤمن منه أو قبل المسؤول عن هذا الحادث¹.

ونجد نفس الحكم في القانون الجزائري فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 61 من قانون التأمينات على انه: "يمكن جمع التعويض الذي يتوجب على الغير المسؤول دفعه للمؤمن له أو لذوي حقوقه مع المبالغ المكتتبه في تأمين الأشخاص"².

"وإذا كان التأمين على الشيء كالتأمين على منزل ضد حريق، فإنه لا يأخذ نفس الحكم أي عدم إمكانية الجمع بين مبلغ التأمين ومبلغ التعويض فلا يجوز الحصول على تعويضين عن ضرر واحد هو الحريق"³.

هـ. أن يكون الضرر قد أصاب المتضرر شخصيا:

بمعنى أن يكون الضرر قد أصاب طالب التعويض شخصيا، فليس له أن يطالب بتعويض عن ضرر أصاب غيره⁴.

وبالتالي يشترط في طالب التعويض، أن يكون الضرر قد أصابه شخصيا، وذلك له اشد الارتباط بشرط المصلحة في طالب الدعوى التي سبق الإشارة إليه، إلا انه يحق للمدعي المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بغيره إذا كان نائبا له أو خلفا كالوارث، بعد أن يثبت انه وارث⁵، ويتحقق هذا الشرط سواء كان المضرور شخصا طبيعيا أو معنويا، كما يتحقق بالنسبة للضرر الذي يصيب أشخاص آخرين، وهو ما يسمى بالضرر المرتد والذي يعتبر ضررا شخصيا لمن ارتد عليه⁶.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 167.

² الأمر رقم 95. 07 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، معدل ومتمم بالقانون رقم 06/04 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالتأمينات

³ حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، المرجع السابق، ص 226.

⁴ محمد احمد عابدين: التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، طبعة 2002، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 74.

⁵ سعدون العامري، المرجع السابق، ص 40.

⁶ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 149.

نخلص إلى القول أن المسؤولية العقدية لا تستوجب تعويض كل ضرر، وإنما لا بد أن تتوافر في هذا الأخير مجموعة من الشروط حتى نكون أمام ضرر مستحق للتعويض، وتتمثل هذه الشروط في أن يكون الضرر مباشرا وان يكون محققا، وان لا يكون قد سبق تعويضه.

3. أنواع الضرر:

لم يختلف الفقهاء حول أنواع الضرر في المسؤولية المدنية، فكان تقسيمهم للضرر الى ثلاث أنواع، ضرر جسدي يصيب الدائن في جسمه، وضرر مالي يصيب الذمة المالية للمدين، وضرر معنوي يصيبه في أحاسيسه ومشاعره، وفي نطاق المسؤولية العقدية، فإن النوع الأول من الأضرار (الضرر الجسدي) يعتبر نادر الحدوث إلا في حالات قليلة، ويمكن تصوره في العقود العلاجية بين المريض والطبيب، لذلك لن نتعرض لهذا النوع من الضرر، ونكتفي في هذا المجال بالإشارة للضرر المادي (المالي)، والضرر المعنوي نظرا لما اعترض هذا الأخير من حدة في النقاش فيما يخص وجوب التعويض عن الضرر المعنوي من عدمه.

أ. الضرر المالي

يوصف الضرر بأنه مالي متى ما أصاب حقا ماليا للدائن، وليس ضررا ماديا محسوسا، وقد رأينا تسمية هذا النوع من الضرر بالضرر المالي، لأنها تسمية أكثر دقة من تسمية الضرر المادي، فهذا الأخير قد ينصرف معناه إلى أن الضرر محسوس له مظهر مادي خارجي، بينما تسميته بالضرر المالي لا يحمل معنى سوى انه يصيب الشخص من الناحية المالية أي انه يصيب الجانب المالي من ذمة الشخص¹.

ويحدد الضرر المالي بناء على الخسارة التي لحقت المتعاقد وما فاتته من كسب بسبب إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدية كما سبق بيانه.

¹ حسن حنتوش رشيد الحسناوي، المرجع السابق، ص 120.

وللضرر المالي شروط معينة يلزم توافرها حتى يكون قابلا للتعويض عنه، منها أن يكون مباشرا ومحققا (حالا ومستقبلا)، وان يصيب حقا أو مصلحة مالية مشروعة للمتضرر، وان يكون شخصا ولم يسبق تعويضه، بالإضافة إلى شرط الاعذار المسبق وعدم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية كما سيتم بيانه.

ب. الضرر المعنوي:

المقصود بالضرر المعنوي هو الأذى أو التعدي الذي يصيب الحق أو المصلحة المشروعة للشخص، فيسبب ألما معنويا للمتضرر، ويعتبر من قبيل الضرر المعنوي كل ما يمس شرف الشخص أو سمعته أو كرامته أو حرّيته أو شعوره أو عاطفته أو مكانته الاجتماعية. وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 182 مكرر من القانون المدني: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة

فقد يتمثل الضرر في مصلحة غير مالية للمضروب، كالآلام الجسمية التي يعانها من جراء الإصابات الجسمانية، و الآلام النفسية الناتجة عن وجود عاهة أو تشوهات خلقية، أو الآلام العاطفية الناشئة عن شعوره بدنو اجله وقلقه على مصير أفراد أسرته، وكذلك يعد من قبيل الأضرار الأدبية ما يعاناه المضروب من آلام عاطفية بسبب الإصابة التي لحقت به أو بسبب فقدان شخص عزيز عليه و الآلام النفسية التي تلحق به بسبب قلغه على مصيره بعد فقدان عائلته.¹

هذا وإذا اجتمع الفقه على جواز تعويض الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية، فقد وقع خلاف كبير بينهم حول تطبيق نفس القاعدة في المسؤولية العقدية نظرا لإيمان اتجاه كبير من الفقه بفكرة ازدواج المسؤولية المدنية. وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى بعض الحجج، نذكر منها أن العقد يرد في دائرة تبادل المنافع المادية، و لا

¹ احمد شوقي شرف الدين: عناصر الضرر الجسدي وانتقال حق التعويض عنها إلى شخص آخر غير المضروب، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مصر، السنة 22، العدد 4، 1987، ص 605.

يرد إلا على شيء ذا قيمة مادية، وبالتالي لا يمكن أن يكون محلاً لالتزام مصلحة أدبية، وان الضرر المعنوي ليس خسارة مادية حتى يتم تعويضه¹.

غير أنه تم الرد على هذه الحجج على أساس أن المصلحة الأدبية قد ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمصلحة المادية، حتى لو كان للمتعاقد مصلحة معنوية في تنفيذ العقد، وبما أن التعويض عن الضرر الأدبي جائز في المسؤولية التقصيرية، فلماذا يحصر في هذا المجال ولا يمتد إلى المسؤولية العقدية انطلاقاً من مبدأ وحدة المسؤولية المدنية².

وفي رأينا لا يوجد سبب يمنع من تعويض الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية طالما أنه ممكن الوقوع، حتى ولو كان هذا الوقوع نادراً، ذلك أنه بالرجوع إلى غاية التعويض التي هي جبر الضرر، فكيف نقول أنه تم الحكم بتعويض شامل للضرر في حين أن الضرر المعنوي لم يشملته التعويض.

وإذا رجعنا إلى موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر الأدبي، فنجد أنه لم ينص صراحة على هذا في القانون المدني، ولكنه تضمن النص عن التعويض الأدبي في الكثير من القوانين نذكر منها ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 5 من قانون الأسرة: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"³.

¹ حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، المرجع السابق، ص 299.

² حسن علي الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، المرجع السابق، ص 300.

³ الأمر رقم 05.02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.

كذلك ما جاء في قانون الإجراءات الجزائية في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة:
"تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو
أدبية مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية"¹.

وعدم نص القانون المدني عن الضرر الأدبي صراحة لا يعني استبعاده من
طرف المشرع في مجال المسؤولية المدنية غير أن ما جاء في المادة 131 قانون مدني
يفهم منه انه يشمل التعويض المالي والأدبي حيث جاء فيها "يقدر القاضي مدى
التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب...".

فلفظ التعويض هنا جاء عاما ليشمل كل أنواع الضرر ، ذلك أن المشرع يعود
في نص المادة 182 مكرر ليبين ما يشمله الضرر الأدبي حيث جاء فيها "يشمل
التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحريّة أو الشرف أو السمعة" ، وهذا إن دل
على شيء فإنه يدل على إمكانية التعويض عن الضرر بوجهيه المادي والمعنوي.

وتقدير التعويض عن الضرر المعنوي لا تراعى فيه عناصر تقدير التعويض
المالي من خسارة لاحقة وكسب فائت وإنما يحدد دفعة واحدة. وهذا ما سار عليه القضاء

الجزائري في القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 24500 مؤرخ في 10/12/1981
مجلة الاجتهاد القضائي الصفحة 87 : "إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا
قرارهم من حيث التعويض، وذلك بذكر مختلف العناصر التي اعتمد عليها، فان الوضع

¹ الأمر 69 . 73 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-22 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الصادر في
2006/12/20.

يخالف ذلك إذا كان التعويض يتعلق بالضرر المعنوي، لأنه يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج إلى تعليل، وبذلك يكون القرار غير محتاج إلى تعليل خاص¹.

كما جاء في حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 : " حيث انه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني فان التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية، وإما تقديره فانه يبقى سلطة تقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك...."².

4. إثبات الضرر:

لما كانت الغاية من التعويض هي جبر الضرر وإصلاحه، فلا تتحقق هذه الغاية إلا إذا تولى الدائن إثبات ما أصابه من ضرر فهو الذي يدعي وجوده، فلا يفترض الضرر لمجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه، فعدم التنفيذ مثلا لا يشكل قرينة الضرر لصالح الدائن، ويكون هذا الأخير ملزما بإقامة الدليل على الضرر الذي يطالب بالتعويض عنه، وهذا استنادا إلى قاعدة البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر.

غير أن مسألة إثبات الضرر تجد اتجاها آخر في القانون الانجليزي على خلاف كل التشريعات الأخرى، ذلك انه في هذا القانون إذا وقع إخلال من جانب المدين ولم

¹ حمدي باشا عمر: القضاء المدني، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 83.
² القرار رقم 231419 الصادر بتاريخ 2000/03/28 المجلة القضائية، عدد خاص لسنة 2003، ص 627.

يستطع الدائن إثبات الضرر الناتج عن ذلك الإخلال فيحكم له فقط بتعويضات اسمية، والغاية من ذلك هو إثبات عدم احترام حق قانوني¹.

وإذا كانت القاعدة العامة في إثبات الضرر تقول يقع على الدائن عبء الإثبات فان المدين قد يقع عليه أحيانا عبء نفي وجود الضرر، بعد أن يعفى الدائن من الإثبات، وذلك في الحالة التي يقدر فيها المتعاقد أن مقدار التعويض، فقد جاء في المادة 184 قانون مدني "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر."

وإثبات الضرر يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا وهي من الأمور التي تدخل في اختصاص محكمة الموضوع ولا رقابة للمجلس الأعلى عليها.

ثالثا: علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر:

لا يكفي أن يقع خطأ من المدين وان يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية لاستحقاق التعويض، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في الضرر، وهذا هو المقصود بعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، باعتبارها ركنا من أركان المسؤولية العقدية، والمشرع لم يلق على الدائن عبء إثبات وجود علاقة السببية بين الخطأ

¹ حسن حنتوش رشيد الحسناوي، المرجع السابق، ص 132.

والضرر، بل افترض أن الضرر راجع إلى الخطأ وعلى المدين إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي علاقة السببية بين الخطأ و الضرر¹.

حيث جاء نص المادة 176 من القانون المدني: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه؛ ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

فالمدين ينفي علاقة السببية إذا اثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه أي راجع لسبب أجنبي.

وقد تم تأكيد المبادئ المشار إليها من طرف القضاء المدني ، حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا أن: "العلاقة التي تربط بصاحب الحمام هي عقد خدمات ومثل هذا العقد يضع على عاتق صاحب الحمام التزاما بسلامة الزبائن وهو التزام بنتيجة، المسؤولية فيه مفترضة ما لم يثبت أن الحادث يرجع إلى سبب لا يد له فيه طبقا للمادة 176 من القانون المدني.

ومفهوم السبب الأجنبي أن يكون غير متوقع ولا يمكن تفاديه ووجود الصابون في بيت الاستحمام شيء متوقع وبوسع المدين أن يتفاداه بتوخي الحيطة، لذلك لا يدخل في حكم السبب الأجنبي².

فعلاقة السببية هي معيار التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر، ويتجلى هذا المعيار في " أهمية وجود العلاقة بين فعل المسؤول وما نجم عنه

¹ شريف الطباخ: التعويض في المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2008، ص 631.

² قرار رقم 20310 مؤرخ في 02/03/1983 ، نشرة القضاة 1987 ، عدد 01 في الصفحة 64

من ضرر للمضرور، وكلما وجدت هذه العلاقة، أصبح الضرر نتيجة حتمية أو محققة للخطأ، فإذا تخلفت هذه العلاقة كنا بصدد ضرر غير مباشر"¹

نخلص إلى القول انه لاستحقاق التعويض لا بد من توافر جملة من الشروط الموضوعية، تتعلق بأركان المسؤولية العقدية؛ ذلك انه أن لم تقم المسؤولية العقدية فلا مجال للحديث عن التعويض، وتتمثل هذه الشروط في الخطأ العقدي سواء جاء في صورة عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى أو تأخره في تنفيذه حسب نص المادة 176 من القانون المدني، وكذا لا بد أن يترتب على الخطأ العقدي حدوث ضرر للمدين بحيث يكون هذا الضرر مباشر ومحقق ولم يسبق تعويضه، ويكون الضرر مباشر متى ما كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه كما جاء في المادة 182 من القانون المدني، ولكي يستحق التعويض لا بد من توافر علاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر، وتتوفر هذه العلاقة إذا كان الخطأ العقدي للمدين هو السبب في الضرر الذي لحق الدائن.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لاستحقاق التعويض

بالإضافة إلى الشروط السابقة الذكر ، والتي يجب توافرها من أجل استحقاق التعويض، والتي تتعلق بأركان المسؤولية العقدية، فإنه لا بد من توافر شروط خاصة أخرى، حتى نقول أن التعويض مستحق في المسؤولية العقدية، وهذه الشروط متعلقة بطبيعة القواعد التي تحكم المسؤولية العقدية، وهي شرطين أولهما الاعذار، والثاني هو عدم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية.

¹RAYNAUD: Cours de droit civil , polycopié, Paris, année 1961-1962, P 744 .

أولاً: الاعذار كشرط لاستحقاق التعويض (اعذار المدين):

الاعذار عمل ايجابي يصدر من الدائن ويعبر فيه عن رغبته بضرورة قيام المدين بتنفيذ التزامه وإلا كان مسؤولاً عن ذلك، ويتخذ هذا العمل شكلاً يبينه القانون.¹

فالإعذار كقاعدة عامة شرط لقيام المسؤولية وللمطالبة بالتعويض، وهذا يعني أنه لا إلزام على المدين في دفع التعويض إلى الدائن المتضرر، ما لم يقر الأخير بإعذار الأول بالوفاء بما ترتب في ذمته من تعويض نجم عن تحقق مسؤوليته العقدية، والغرض من هذا الإجراء هو انتفاء شبهة الدائن بتأخير الوفاء، وشبهة إقراره الضمني بعدم حصول ضرر له من ذلك التأخير.

وقد جاء النص على الاعذار كشرط لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية في جل التشريعات العربية نذكر على سبيل المثال ما جاء في المادة 281 قانون مدني مصري: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم ينص على غير ذلك".²

إما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد استلزم كذلك ضرورة الاعذار كشرط لاستحقاق التعويض، وهذا ما جاء في المادة 179 من القانون المدني: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك".

فمن خلال هذا النص جعل المشرع الجزائري التعويض غير مستحق إلا بعد قيام الدائن بإعدار المدين وبالتالي الاعذار شرط أساسي لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية.

¹ حسن حنتوش رشيد الحسناوي، المرجع السابق، ص 93، 94.

² شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 299.

هذا وإذا كانت القاعدة العامة هي أن التعويض لا يستحق إلا بعد اعدار المدين، فإنه وردت مجموعة من الاستثناءات على هذه القاعدة فهناك حالات لا ضرورة فيها للاعدار وهذا في ما جاء في نص المادة 181 من القانون المدني: " لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات التالية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين.
 - إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل مضر.
 - إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق، أو شيء استلمه دون حق وهو عالم بذلك.
 - إذا صرح المدين كتابة انه ينوي تنفيذ التزامه".
- وتطبيقاً لذلك نعطي أمثلة عن هذه الحالات :

إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين، كما لو التزم مقاول ببناء جناح في معرض، ويقام المعرض وينتهي دون أن يقوم المقاول بتنفيذ التزامه، أو يتعهد محام برفع طعن في إحدى الأحكام و يهمل في ذلك حتى ينقضي موعد الطعن، ففي هاته الحالات لا ضرورة فيها للاعدار نظراً لان تنفيذ الالتزام أصبح غير ممكن وغير مجد.

إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل مضر، وهنا أيضاً يكون عدم لزوم الاعذار قائماً على نفس علة الاستغناء عنه في الحالة السابقة، فارتكاب العمل غير المشروع إخلال بواجب الحيطة والحذر؛ لمنع إحداث ضرر للغير، ولمجرد ترتب الضرر على خطأ المسؤول يوجب التعويض . فبعد حدوث الضرر لا يتصور وجوب الاعذار.

إذا كان محل الالتزام تعويضا رد شيء يعلم المدين انه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك، فتقصيره في هذه الحالة بين، ولا يحتاج إلى أي إجراء من قبل صاحب الحق في استرداد ذلك الشيء لإثباته، ولذا لم يجد القانون فائدة من الاعذار في هذه الحالة.

إذا صرح المدين كتابة انه لا ينوي تنفيذ التزامه، فبعد صدور هذا التصريح مكتوبا لا معنى لإلزام الدائن بمطالبة المدين بالتنفيذ العيني، بعد أن ثبت امتناعه عن الوفاء ثبوتا جازما.

وهناك صورة خامسة لا ضرورة فيها للإعذار تم الإشارة إليها في المادة 180 من القانون المدني: "كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى أي إجراء آخر".

ففي حالة اتفاق الطرفين على انه لا ضرورة للإعذار وان حق الدائن قائم في المطالبة بالتعويض عن التأخير في التنفيذ أو عند عدم القيام به نهائيا، منذ حلول اجل الالتزام، ولا يشترط أن يكون هذا الاتفاق صريحا فيكفي أن يكون ضمنيا بشرط وضوح قصد المدين في نزوله عن حقه في الاعذار.

ويتم الاعذار بطرق محددة قانونا مثلما تبين ذلك المادة 180 من القانون المدني: "يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم الإنذار، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون".

وقد استقر القضاء الجزائري على القواعد السابقة الذكر في الاعذار وأكد على ضرورته كشرط لاستحقاق التعويض وهذا في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ

1997/03/12 والذي جاء فيه " : حيث انه وبشان طلب تسديد ثمن إيجار الشاحنة الثانية، فان هؤلاء القضاة احترموا مقتضيات المادتين 179 . 180 من القانون المدني والتي تجعل بصفة آمرة استحقاق التعويض لصالح الدائن إلا بعد إعدار المدين، هذا فضلا عن كون أن العقد المبرم بين الطرفين لا ينص على إعفاء الدائن من القيام بهذا الإجراء، بل لا ينظر أصلا لهذه النقطة¹."

ثانياً: عدم وجود اتفاق مسبق على الإعفاء من المسؤولية:

تقوم المسؤولية العقدية بمجرد اكتمال أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وبمجرد توافر هذه الأركان يتم الحكم بالتعويض. غير انه قد يتم إعفاء المدين المسؤولية بناء على اتفاق الطرفين، ذلك أن العقد كما هو معروف ينشأ عن الإرادة، فتكون الإرادة هي أساس المسؤولية ولهذا يكون لها في الأصل حرية تعديل أحكام المسؤولية العقدية إما بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء. غير أن هذا التعديل لا يكون مطلقا بحيث يظل المدين مسؤول عن غشه وخطئه الجسيم، إلا أن المتعاقد قد يعفي نفسه من الغش والخطأ الجسيم الذي يصدر من الغير الذين يستخدمهم لتنفيذ التزامه.

حيث جاء في المادة 178 من القانون المدني "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحاث المفاجئ أو القوة القاهرة .

وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم، غير انه يجوز أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص

¹ قرار رقم 141951 مؤرخ في 12/03/1997 .

يستخدمهم في تنفيذ التزامه. ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

والأصل وفقا لنص المادة 178 هو جواز هذا الشرط في مجال المسؤولية العقدية، وبطلانها في مجال المسؤولية التقصيرية.¹ حيث نصت هذه المادة على بطلان كل شرط بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي على أساس أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام.

" أما في مجال المسؤولية العقدية، فالأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعدها، وذلك نتيجة منطقية للاعتراف بحقهم في إنشاء الروابط التعاقدية، كل ذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب العامة"²، وبمفهوم المخالفة للمادة 2/178 مدني جزائري فان هذا الجواز ينصب على الأخطاء الشخصية اليسيرة فقط، أما إذا كان الشرط يرمي إلى الإعفاء مما قد ينشأ عن الغش وما يلحق به من خطأ جسيم، فإنه يعد باطلا، ويبرر هذا الحكم بأنه لو اجزنا ذلك لكان الالتزام التعاقدي معلقا على شرط إرادي محض، وهو أمر يتعارض ومقتضى المادة 205 من القانون المدني التي جاء فيها: " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتمزم".

وبالتالي كما سبقت الإشارة وباعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، فيمكن للطرفين الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب عن عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدي، بشرط أن لا يكون هذا الاتفاق مخالف للنظام العام والآداب العامة، وبالتالي

¹بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 70.
²بودالي محمد، مرجع سابق، ص 71، 72.

يصبح التعويض غير مستحق في هذه الحالة .غير انه لا يمكن الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية الناتجة عن غشه أو خطئه الجسيم، باستثناء إذا كان هذا الغش أو الخطأ الجسيم يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

وتجدر الإشارة إلى أنه ترد مجموعة من الاستثناءات على مبدأ جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، فإذا كان الأصل هو جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية إلا في حالتي الغش و الخطأ الجسيم الصادرين من المدين، إلا أن هناك استثناءات على هذا المبدأ أشار إليها الفقه نبيها فيما يلي:

(1) بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الأضرار الجسدية:

يعد جسد الإنسان وحياته ومقوماته المعنوية من القدسية والاحترام، ما يجعلها في منأى عن أي اتفاق من شأنه أن يمس بها، فهذه حقوق لصيقة بشخص الإنسان تولد معه وترتبط به حتى وفاته ويقع أي اتفاق على المساس بها باطلا¹، وهذا ما ذهب إليه غالبية شراح القانون، الذين أشاروا إلى انه لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين عن الأضرار الجسدية، لان جسم الإنسان يخرج عن دائرة التعامل المالي، ولأنه ليس شيئا قابلا للتصرف به.

(2) إبطال شرط إعفاء التاجر من مسؤوليته تجاه المستهلك:

من الناحية التجارية يعد العقد المبرم بين التاجر والمستهلك من العقود التجارية المختلطة التي تعتبر بالنسبة لطرف عملا مدنيا، وهو المستهلك، ولطرف آخر علاقة تجارية وهو التاجر. وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني نجد أن المشرع تدخل في كثير

¹ منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام، الجزء الاول، المرجع السابق، ص 402،403.

من العقود لمصلحة الطرف الضعيف¹، وفي هذه الحالة يثور التساؤل: هل يجوز إدراج شرط يعفي التاجر من المسؤولية العقدية؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول: أن القضاء الفرنسي ذهب أثناء تطبيقه لمرسوم عام 1978 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية إلى الحكم بإبطال الشرط المعفي من المسؤولية، وذلك في عقد البيع دون غيره من العقود، فقد نصت المادة الثانية من القانون المذكور أنفاً بأنه يعتبر تعسفاً الشرط الذي يكون محلاً أو أثراً له إلغاء الحق في تعويض المستهلك في حالة إخلال البائع بأحد التزاماته أياً كانت، ومتى اعتبر الشرط تعسفياً على هذا النحو وجب اعتباره كأن لم يكن وارداً في العقد، بحيث يلغى الشرط ويصح العقد دون الرجوع أو الاعتداد بإرادة المتعاقدين غير المبينة في بعض الحالات على أسس سليمة في القانون والنظام.²

(3) عدم جواز شرط الإعفاء من المسؤولية إذا كان تعسفياً في عقود الإذعان:

استبعد المشرع الجزائري الشروط التعسفية في العقود حيث جاء بنص المادة 110 قانون مدني جزائري: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

نخلص إلى القول أن المشرع رهن استحقاق التعويض بمجموعة من الشروط الشكلية تتمثل في الاعذار المسبق للمدين وفقاً للطرق المحددة قانوناً مع مراعاة الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة، وهذا ما جاء النص عليه في المواد 180 و 181 من القانون المدني، كما أورد شرطاً آخر لاستحقاق التعويض وهو عدم وجود اتفاق مسبق

¹ احمد مفلح خوالدة: شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2011، ص 169.

² محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 1986، ص 32.

على الإعفاء من المسؤولية العقدية وفق ما جاء في المادة 178 من القانون المدني، مع مراعاة الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة.

والخلاصة المتوصل إليها هي أن التعويض حق للدائن والتزام للمدين؛ يثبتان في ذمتها عند الإخلال بالالتزام، ويكون إما نقدي وإما في شكل ترضية أخرى مساوية للمنفعة التي كان سينالها الدائن لو لم يتم الإخلال بالالتزام.

ولاستحقاق هذا التعويض لابد من توافر مجموعة من الشروط الشكلية تتعلق بالاعذار وعدم وجود اتفاق مسبق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، كما لا بد من توافر شروط موضوعية تتعلق بركان المسؤولية العقدية وهي الخطأ العقدي الصادر من المدين، والضرر اللاحق بالدائن والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

الفصل الثاني

تمهيد وتقسيم:

بعد التعرض لمفهوم التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية في الفصل الأول، من خلال تبيان تعريفه، وكذا شروط استحقاقه في إطار المسؤولية العقدية، وكذا حددنا العناصر اللازم مراعاتها أثناء تحديده حتى يكون التعويض كاملاً وكذا يحقق الهدف الذي شرع من أجله وهو جبر الضرر، فإن الإشكال المطروح في هذا الفصل هو: كيف يتم تحديد هذا التعويض؟ أو ماهي طرق تحديد التعويض و ماهي الجهة المختصة بتحديدته في إطار المسؤولية العقدية؟

هذا الإشكال سنحاول الإجابة عليه في هذا الفصل، ذلك أن هناك تقديران للتعويض أحدهما ملزم للقاضي وهو ما يمثل الشرط الجزائي وكذا ما ورد في القانون من نصوص محددة للتعويض، وتحديد آخر يتكفل به القاضي ويلقى فيه حرية مع مراعاة مجموعة من القيود.

كل هذا نوضحه من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: التقدير الاتفاقي والقانوني للتعويض.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض في المسؤولية العقدية.

المبحث الأول: التقدير الاتفاقي والقانوني للتعويض

الالتزام بالتعويض يفرضه القانون على كل من أخل بتنفيذ التزامه، سواء أخذ هذا الإخلال صورة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، وسبب بذلك ضرر للمدين، فيلزم الدائن بجبر الضرر الذي لحق المدين.

وقد يقوم طرفا العقد بالاتفاق مسبقا على تقدير قيمة التعويض بإرادتهما المنفردة، من خلال إدراجه ضمن بنود العقد وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي، الذي يستحق عن كل إخلال بما تم الاتفاق عليه في حالة ما إذا سبب هذا الإخلال ضررا بالدائن.

وقد يقوم القانون بوضع قواعد يتم من خلالها تحديد التعويض بمبلغ جزافي، وما يكون أمام القاضي سوى التقيد بهذه القواعد عند الحكم بالتعويض.

وفي هذا المبحث نتعرف على الطريقتين السابقتين لتحديد التعويض، لذا سنخصص المطلب الأول للتقدير الاتفاقي للتعويض، و المطلب الثاني للتقدير القانوني للتعويض في المسؤولية العقدية.

المطلب الأول: التقدير الاتفاقي للتعويض

في المجال التعاقدي، يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق على تحديد مجال المسؤولية فالتعويض من النصوص المنظمة للمسؤولية التعاقدية هي نصوص مكملة، "كما يمكن للأطراف الاتفاق مسبقا على تقدير قيمة التعويض المستحق للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه، فالأصل هو أن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض، غير انه يمكن الاتفاق مسبقا على قيمة هذا التعويض، وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي ولكن قد يدرج في اتفاق لاحق"¹

و لفهم طبيعة الشرط الجزائي وما يثيره من إشكالات كان لا بد أننتعرف علمفهوم الشرط الجزائي، و كذا الطبيعة القانونية لهذا الشرط.

الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي

لقد شاع استعمال الشرط الجزائي في الحياة المعاصرة لاسيما في مجال المعاملات المدنية و التجارية، فالبائع يلجأ إليه حتى يضمن قيام المشتري بتسليم الشيء المبيع، والمشتري يشترطه حتى يضمن سداد الثمن دون تأخير .

ولا يجوز التعويض الاتفاقي في المسؤولية التقصيرية نظرا لاعتبارات معينة، لكون مصدر هذه المسؤولية هو القانون، وكون المسؤول غريبا عن المضرور قبل وقوع الحادث².

وفي ما يلي نقوم بتحديد تعريف الشرط الجزائي كذا بيان أهميته:

¹ إبراهيم سيد احمد: التعويض الاتفاقي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية مصر ، 2005 ، ص20،21.
² زاهية حورية سي يوسف: المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 322.

أولاً: تعريف الشرط الجزائي:

عند تتبعنا للفقهاء والقضاء والقانون، فيما يخص التعويض الاتفاقي، فإننا نجد أنه يحمل تسميات مختلفة، وترددت هذه التسميات بين عبارات ثلاث هي: الشرط الجزائي، البند الجزائي، التعويض الاتفاقي.

فعبارة الشرط الجزائي قد حظيت بتفصيل الفقهاء والقانون القضاء، لأنها تشير بصفة عامة إلى كل شرط مضاف إلى العقد أو إلى التصرف القانوني الصادر من جانب واحد.

وعبارة البند الجزائي هي الترجمة الصحيحة لهذا المصطلح في القانون الفرنسي. أما عبارة التعويض الاتفاقي: فإنها تبين التعويض الجزائي الذي يحمله الشرط الجزائي، ويعتمد إلى هذا الاصطلاح بعض فقهاء القانون الذين لا يرون في هذا النظام سوى طبيعته التعويضية.

أما الفقهاء الإسلامي فإنه لا يهتم بالصيغ، لأنه يرى أن الأصل في المعاملات التوسع ولأن الألفاظ لا تقصد لذواتها وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده؛ وضح بأي طريقة كان العمل بمقتضاه"¹.

ومهما اختلفت التسميات فالمعنى يبقى واحداً، والتسمية الأكثر شيوعاً واستعمالاً من طرف الفقهاء والقضاء والقانون هي تسمية " الشرط الجزائي " .

وقد وردت تعريفات فقهية عديدة للشرط الجزائي نذكر منها²:

هو ضمان تنفيذ التزام معين بإلزام المتعهد بشيء ما يتعين عليه أدائه في حالة

عدم التنفيذ.

¹حسني محمد جاد الرب: التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دارالفكر الجامعي الإسكندرية، 2007، ص 10.

²حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 25 ، 26.

كما عرف بأنه : اتفاق يتعهد به المدين بدفع مبلغ معين من المال في حالة عدم قيامه بتنفيذ ما تعهد به، أو تأخر في تنفيذه ويكون هذا التعيين تحديدا مقطوعا مسبقا بتعويض .

كما جاء في تعريف آخر: الشرط الجزائي هو اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو إذا تأخر في تنفيذه. ويتضح من خلال التعاريف السابقة أن كل منها يشوبها قصور معين فتناست الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، ولا تعتبر إلا تركيبا وظيفيا يؤدي بنا إلى الخلط بين الشرط الجزائي وأوضاع قانونية أخرى نبينها في حينها .

لذلك نقول أن اشمع تعريف للشرط الجزائي هو القائل بأن الشرط الجزائي هو: " بند عقدي ، يدرجه المتعاقدان في عقدهما أو في اتفاق لاحق، لضمان احترام العقد وكفالة تنفيذه بحيث انه إذا أخل المتعاقد بالتزامه أدى مبلغا معيناً للمتعاقد الآخر فهو في الحقيقة تقدير اتفاقي للتعويض"¹.

وقد يكون التعويض المتفق عليه مسبقا (الشرط الجزائي)، إما مبلغا من النقود أو أداء عمل أو الامتناع عنه فليس هناك مانع لتحديد التعويض بغير النقود كما سبق الإشارة في الفصل الأول من هذه الدراسة.

وقد تضمنت أغلب التشريعات النص على الشرط الجزائي نذكر منها ما جاء في المادة 223 من القانون المدني المصري: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من 215 إلى 220 "²

²محمد شتا أبوسعد: التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص 64.

كما جاء في نص المادة 183 قانون مدني جزائري: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181"

من خلال تعريف الشرط الجزائي نكتشف أن وضعه ضمن بنود العقد أو في اتفاق لاحق يحمل أهمية كبيرة نحددها فيما يلي:

ثانياً: أهمية الشرط الجزائي:

يكن الغرض من وضع الشرط الجزائي ضمن بنود العقد أو بناء على اتفاق لاحق له، في تحقيق الأهمية التالية:

– قطع النزاع المحتمل حول مقدار التعويض: وذلك باعتبار أن الشرط الجزائي اتفاق مسبق على التعويض، فقد لا يرى الطرفان ترك الأمر بتقدير التعويض للقاضي، وبضمنان العقد المنشئ للالتزام بند يحددان فيه جزاء الإخلال به، فينتفان مقدما على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، فيكون ذلك شرطا جزائيا متضمنا تعويضا إتفاقيا عن عدم التنفيذ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في التنفيذ، فيكون ذلك شرطا جزائيا عن التأخير، وقد لا يدرج الشرط الجزائي في صلب العقد الأصلي بل يتضمنه اتفاق لاحق، وهذا ما جاء في المادة 183 قانون مدني جزائري: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو اتفاق لاحق.....".

– حمل المدين على تنفيذ التزاماته: الأصل يقول أن المتعاقدان لا يبرمان العقد إلا لكي يلتزمان بما جاء فيه، ولكن قد تطرأ ظروف تجعل المدين يغير

رأيه في التنفيذ، أو يرى أن من مصلحته التأخير في التنفيذ دون وضع حساب للدائن . لذلك يتم وضع شرط جزائي للضغط على المدين ولو بصورة غير مباشرة لتنفيذ التزامه دون تأخير¹.

ـ التحديد الإتفاقي للتعويض هو الأقرب لحقيقة الضرر: ذلك أن المتعاقدين

هما أعلم الناس بوضعهما وما يمكن أن يسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه من ضرر، وهما الأقدر على تقدير التعويض الجابر لهذا الضرر، فعدالة التعويض المحدد مسبقا يحول في كثير من الأحيان، دون إعادة النظر في مقدار التعويض المتفق عليه.

ـ جعل رقابة القاضي على تقدير التعويض رقابة هادئة ومحدودة: لاشك أن

البند الجزائي يحول دون تحكم القاضي في تحديد التعويض، نظرا لتقديره المسبق، غير أن هذا لا يحول دون طلاقة رقابة القاضي على مدى شرعية البند الجزائي، فيبطله إن رأى فيه غشا أو مخالفة لقواعد النظام العام²

ويهدف الشرط الجزائي، بصفة أصلية، إلى تقدير التعويض المستحق لأحد طرفي العقد عن الأضرار التي تنتج عن مخالفة الطرف الآخر لالتزامه، الذي اقترن به الشرط الجزائي، وتتحقق هذه الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي في الحالة التي يتناسب فيها المقدار الذي حدد به مع حقيقة الأضرار التي تترتب على الإخلال بالالتزام الأصلي³

¹ محمد شتا ابو سعد , المرجع السابق , ص 64 .

² منير قرمان، المرجع السابق، ص 109.

³ إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية دار الجامعة، الإسكندرية، 1982 ، ص3.

بعد عرض أهم أهداف البند الجزائي نقول أن " وظيفة البند الجزائي هي إذا متعددة، ويبقى تطبيقه الأساسي دون ريب في تحديد التعويض بطريقة اتفاقية بمبلغ أقرب ما يكون للحقيقة"¹.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي

إذا ضمن المتعاقدان عقدهما أو عقدا لاحقا بندا جزائيا، فإنه ينشأ عنه التزام جديد، هو الالتزام بالشرط الجزائي، يتميز من حيث مضمونه وماهيته القانونية عن الالتزام الأصلي، الذي يمكن أن ينشأ مجردا عن الشرط الجزائي، فقد يتشابه الالتزام بالشرط الجزائي ببعض الأنظمة القانونية الأخرى، ولكنه يظل مع ذلك نظاما خاصا مستقلا بذاته، لما يتميز به من خصائص قانونية ذاتية.

ونحاول في هذا العنصر تمييز الشرط الجزائي عن ما يشابهه من أوضاع قانونية وكذا تحديد خصائصه، من أجل تحديد طبيعته القانونية.

أولا: تمييز الشرط الجزائي عن الأوضاع القانونية المشابهة له:

هناك بعض الأوضاع القانونية التي قد تبدو شرطا جزائيا لأنها تختلف عنه، فهو يتميز بطبيعته المستقلة، ونوضح ذلك فيما يلي:

1- الشرط الجزائي ليس التزاما شرطيا:

الشرط كوصف للتراضي أو كوصف للالتزام العقدي، هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب عليه وجود الالتزام الإرادي أو زواله.

¹ طلال المهتار: البند الجزائي في القانون المدني، اطروحة الدكتوراه الجامعية، جامعة باريس للحقوق والاقتصاد والعلوم الاجتماعية، 1974، ص 53.

والشرط بهذه المثابة أمر عارض، أما الشرط الجزائي فهو جزء من مضمون العقد الأصلي أو الاتفاق اللاحق، يقصد به ضمان تنفيذ العقد لا تعليقه، وهو بهذا يكون موجود من البداية ولذا يتصور تعليق الشرط الجزائي ذاته على شرط، حيث يكون وجود الشرط كوصف مستقلا عن الشرط الجزائي¹.

وبالتالي فإن الشرط الجزائي لا يهدف إلى صيرورة الالتزام الأصلي التزاما شرطيا، فتترتب على ذلك نتيجة عملية هامة تتمثل في أثر السبب الأجنبي في عدم تنفيذ الالتزام الأصلي وعدم تحقق الشرط كوصف، فبينما يؤدي تعذر تنفيذ الالتزام الأصلي بسبب أجنبي لا يرجع للمدين إلى عدم إمكان تطبيق الحكم الجزائي على الشخص فإنه المدين في عقد شرطي لا يستطيع التنصل من التزامات الإداء بأن سببا أجنبيا قد حال دون تحقق الشرط.

ويلاحظ كذلك من ناحية أخرى أنه إذا كان الالتزام الأصلي مستحق الأداء في الحال، فإن الدائن يستطيع المطالبة بتنفيذه حتى وإن كان هناك أجل بالنسبة للالتزام التبعية الناشئ عن الشرط الجزائي، " ويشترط في هذه الحالة تنازل الدائن عن الشرط الجزائي، أما في الالتزام الشرطي فلا يستطيع الدائن المطالبة بالتنفيذ الحال قبل تحقق الشرط"².

والخلاصة وهكذا فإن الشرط الجزائي ليس بالشرط بالمعنى الدقيق، وإنما هو مجرد بند يدرج بالعقد، فإن الإلزام الأصلي لا يكون التزاما شرطيا، أو معلقا على شرط، بل هو إلتزام بسيط. فالإلتزام يكون معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا

¹ محمد شتا أبو السعد: الشرط كوصف للتراضي، دار الجامعة للنشر، القاهرة، 1980، ص 174.

² إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 19

على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، بينما الالتزام الأصلي الذي اقترن به الشرط الجزائي لمجرد ضمان تنفيذه يوجد ويظل موجودا ومستقلا عن الشرط الجزائي.

2- الشرط الجزائي ليس عربوناً:

الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض، ولذا فإنه قد يختلط بالعربون الذي يدفعه أحد المتعاقدين كمقابل للضرر الفعلي الذي لحق الطرف الآخر، ويقدر يتناسب مع هذا الضرر، ووجه التشابه الظاهري بين الشرط الجزائي وبين العربون يكمن في أن كلا منهما ينشأ بالاتفاق، كما أن العربون كمقابل لحق العدول يفقده من قدمه في حالة عدوله، ويرده ومثله إذا عدل الطرف الآخر، فيكون العربون بمثابة مقابل لضرر مفترض الحدوث بسبب العدول عن العقد¹، ولكن هذا التشابه الظاهري يزول عند الوقوف على الطبيعة الذاتية الخاصة لكل من هاذين النظامين :

إن العربون كمقابل لحق العدول يستحق حتى ولو لم يلحق المتعاقد الآخر ضرر من جراء العدول، بل انه لا يحق للطرف المضرور أن يطلب زيادة العربون حتى وان كان الضرر الذي لحقه اكبر من مبلغ العربون، ومن ثم يخضع مقدار العربون للسلطة التقديرية للقاضي، وكل ذلك على خلاف الشرط الجزائي الذي يجب أن يكون مقداره متناسبا مع مالحق الدائن من ضرر بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، ولذا يحق للقاضي مراجعة مقدار التعويض الاتفاقي، فيكون له أن يخفض مقداره، كما يكون له أن يبلغه كليا إذا ظهر أن الدائن لم يلحقه ضرر على الإطلاق، وكل هذا إعمالا للطبيعة الذاتية لكل من هاذين النظامين، فالشرط الجزائي كما يقول الأستاذ فلاكو بولس: "هو اتفاق من نوع خاص يخضع في نظامه القانوني للعقد الأصلي، ويشترط لاستحقاقه توافر

¹ طارق محمد مطلق أبو ليلى: التعويض الاتفاقي في القانون المدني - مقارنة دراسة قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، في نابلس فلسطين، 2007، ص 71، 72.

عناصر خاصة هي: عناصر استحقاق التعويض بوجه عام، وليس هذا هو شأن العربون الذي يدفع كضامن للعدول.¹

ويترتب على الاختلاف السابق بين طبيعة الشرط الجزائي وبين طبيعة العربون، أن العربون لا يشترط لاستحقاقه صدور خطأ ممن صدر منه العدول، بل أن ذلك الخطأ لا يمكن تصوره ممن عدل، حيث انه يستعمل حقا له منصوصا عليه في العقد، بعكس الشرط الجزائي الذي يفترض لإعماله خطأ من المدين ترتب عليه الضرر للدائن، ولذلك فالشرط الجزائي ينتقي بانتقاء خطأ المدين كقاعدة عامة.

من ناحية أخرى، فإنه يترتب على العربون منح المتعاقد الخيار بين التقيد بالعقد وتنفيذه، وبين العدول عنه مقابل دفع مقدار العربون، أما الشرط الجزائي فلا يمنح المدين الخيار بين تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه، ويظل المدين ملتزما دائما بالتنفيذ العيني إن كان ممكنا، فإن تعذر يلجأ إلى التنفيذ بمقابل، أي التعويض وإعمال الشرط الجزائي، وهكذا لا يرفع الشرط الجزائي على المدين واجبه الأول في التنفيذ العيني، ولا يسقط حق الدائن في طلب هذا التعويض.

3- الشرط الجزائي ليس التزاما بدليا:

لا يشتمل محل الالتزام البدلي إلا على شيء واحد، ولكن ذمة المدين تبرأ إذا وفى بشيء آخر يكون بديلا عنه، فلكي يكون أمام الالتزام البدلي، يجب أن يكون لهذا الالتزام محل واحد هو المحل الأصلي، ويقوم مقام هذا المحل الأصلي شيء آخر هو البديل، ويتميز الالتزام البدلي بأنه يجيز للمدين أن يؤدي أداء من اثنين: أما المحل الأصلي للالتزام وإن المحل البديل، وفي الحالتين تبرأ ذمته بهذا الأداء.

¹ محمد شتا أبو السعد: التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، المرجع السابق، ص 77.

وللالتزام البدلي أحكام منها أنه إذا هلك المحل الأصلي للالتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن الالتزام ينقضي حتى وإن كان البديل لا زال قائماً قياماً يتسنى معه للمدين الوفاء به، وسبب انقضاء الالتزام رغم ذلك يرجع إلى أن محل الالتزام هو المحل الأصلي، وليس المحل البديل، فإذا هلك المحل الأصلي بسبب أجنبي عن المدين انقضى الالتزام بمجرد هذا الهلاك، أما هلاك البديل فلا يؤثر على الالتزام الأصلي، إذ يبقى التزام المدين قائماً على محله الأصلي¹، ويتشابه الالتزام البدلي في هذا الحكم مع الشرط الجزائي فإذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً عينياً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن الالتزام الأصلي يسقط، ويسقط معه الالتزام بالشرط الجزائي، لأن الشرط الجزائي كما مر بنا ليس إلا تقديراً إتفاقياً للتعويض، وهنا الدائن لا يستحق تعويضاً وبعبارة أخرى فإنه يمكن أن يقترب الشرط الجزائي في بعض النواحي من الالتزام البدلي، لأنه ليس لكل منها سوى موضوع واحد وإن هذا الموضوع يزول أو يتلاشى إذا هلك الشيء نتيجة قوة قاهرة، ولكن الفرق يبقى عند هذا الحد فقط ولا يتجاوزه إذ يختلف الشرط الجزائي عن الالتزام البدلي في الطبيعة بعد ذلك.

ويترتب على هذا الاختلاف الجوهرى أن المدين لا يستطيع أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي، إذا كان هذا الالتزام ممكناً، والحصول على الشرط الجزائي على أساس أنه بديل عنه، لسبب بسيط هو أن طبيعة الشرط الجزائي كتقدير إتفاقي للتعويض تختلف عن طبيعة الالتزام البدلي الذي لا يعتبر كذلك، فالدائن له دائماً أن يطالب بتنفيذ الالتزام الأصلي تمثيلاً عينياً طالما كان هذا التنفيذ ممكناً.

¹ محمد شتا أبو السعد: التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، المرجع السابق، ص 81..

4- الشرط الجزائي ليس التزاما تخييريا:

ليس هناك أي وجه للخلط بين الالتزام بالشرط الجزائي و الالتزام التخييري، لأن الالتزام التخييري بحسب طبيعته هو التزام يشمل محله عدة أشياء، تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها، ويكون الخيار للمدين من حيث الأصل، ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك.¹

ومعنى ذلك أن الالتزام التخييري يتميز بتعدد محل الالتزام، بحيث يتمثل المحل في شيئين أو أكثر، ولكن واحدا منها فقط هو الذي يكون واجب الأداء، و به تبرأ ذمة المدين.

وهكذا يبدو انه رغم تعدد محل الالتزام التخييري، إلا أن المدين يلتزم في العقد التزاما واحدا في جوهره، أما في حالة الالتزام بالشرط الجزائي، فإنه يكون هناك التزام أصلي، ويقوم بجانبه التزام تبعي أو احتياطي، بحيث يتسنى للدائن أن يطالب بتنفيذ هذا الالتزام التبعي، إذا لم يقم المدين بتنفيذ الالتزام الأصلي أو إذا تأخر في تنفيذه.

وفي الالتزام التخييري انه إذا اهلك احد الشيين بقوة قاهرة، فإن الالتزام لا يتأثر بذلك بل يبقى دائما على موضوع واحد، ولكن الأمر على خلاف ذلك في حالة انطواء الالتزام على شرط جزائي، حيث يكون كل من الشيين أو محلي الأداء موضوعا لالتزام مختلف، احدهما التزام أصلي بحت، والثاني التزام تابع وعرضي، يخضع وجوده لعدم تنفيذ الالتزام الأصلي، فإذا زال الالتزام الأصلي بقوة قاهرة زال الالتزام بالشرط الجزائي لأنه بطبيعته تابع له.

¹ انظر محمد شتا أبو السعد: التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، المرجع السابق، ص 83، 84.

وبيانا لما تقدمه انه يملك لصاحب الاختيار مدينا كان أم دائنا في الالتزام ألتخييري، أن يختار محل الوفاء من بين المحال المتعددة التي يمكنه أن يفي بواحد منها، ولا يملك الطرف الآخر أن يرفض الوفاء الذي تقدم من المدين أو أراده الدائن إن كان الخيار له.

أما في حالة الالتزام بالشرط الجزائي، فإن طبيعته كتقدير اتفاقي للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، تحول دون إمكان اللجوء إليه إلا في حالة تعذر تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذا عينيا أو التأخر في التنفيذ.

ومن خلال تحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، وتمييزه عن ما يختلط معه من أنظمة قانونية، نستنتج أن الشرط الجزائي نظام قانوني مستقل بذاته يتميز بمجموعة من الخصائص نوردتها بكثير من التفصيل في الأتي:

ثانيا: خصائص الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض وهو بهذه المثابة ذو صفة تعويضية كما أن الشرط الجزائي التزام تبعي ويمكن شرح هذه الصفات فيما يلي :

1. الشرط الجزائي تقديرا إتفاقيا للتعويض:

وكافة القوانين تقر ذلك، فقد خول القانون للمتعاقدين حرية هذا التقدير تحقيقا للوظيفة التعويضية للشرط الجزائي، التي تساند فكرة ضمان التنفيذ ودون تأخير، وقد جاء النص على ذلك في المادة 183 قانون مدني جزائري: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

وباعتبار أن الشرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض فإنه يترتب على ذلك ما يلي:

أ- المدين هو الذي يتحمل التعويض :

ذلك انه إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر فيه، كان عليه أن يقوم بأداء التعويض المتفق عليه باعتبار أن هذا التعويض هو جزاء المسؤولية العقدية متى توافرت أركانها، وعلى ذلك فإن الشرط الجزائي كتقدير اتفاقي للتعويض، يعني اتفاق المتعاقدين على مبلغ نقدي أو أي أداء آخر، يتم تحديده جزافاً وسلافاً، ليكون مقابلاً لجبر الضرر المتوقع حدوثه من جراء عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الأصلي أو تأخره في تنفيذه.

ب- الشرط الجزائي ليس هو مصدر التعويض:

فالشرط الجزائي بصفته تقديراً إئتافياً على مقدار التعويض الذي يلتزم به من يخل بالتزامه الأصلي، هذا الشرط لا يتصور بدهاة أن يكون هو مصدر استحقاق التعويض، ذلك أن هذا الاستحقاق له مصدر آخر، يتمثل في الإخلال بتنفيذ الالتزام الأصلي الذي تم إدراج البند الجزائي في العقد لضمان تنفيذه ويترتب عن ذلك ما يلي :

إن تقدير التعويض الإئتافي يتقيد بما يتقيد به تقدير التعويض، ولكن اتفاق المتعاقدين لا يجوز أن يخرج على قيود التعويض المقررة قانوناً، لا سيما ما يتعلق منها بكيفية تقدير التعويض وحدوده، ومعنى ذلك أن التعويض يجب أن يقتصر في تحديد مقداره على ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب.

كذلك فإن التعويض يقتصر على الأضرار المباشرة المتوقعة وحدها، دون

الأضرار غير المباشرة، في حالة الالتزامات التعاقدية، إلا في حالة الغش أو الخطأ

الجسيم، إما في حالة الالتزامات غير التعاقدية فإن التعويض يمكن أن يشمل الأضرار غير المتوقعة.

إن تقدير التعويض الاتفاقي يتقيد بما تنقيد به كافة الاتفاقات والعقود من شروط الصحة وأسباب الانقضاء والبطلان، ومعنى ذلك إن الشرط الجزائي هو اتفاق، لذا يخضع لما تخضع له كافة الاتفاقات من شروط صحة وأسباب الانقضاء والبطلان، ولكي تتحقق الطبيعة القانونية للشرط الجزائي كتقدير اتفاقي للتعويض، فإن هذا الاتفاق يجب أن يكون سابقا على الإخلال بالالتزام يستوي بعد ذلك أن يرد في ذات العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق، ذلك أن الاتفاق اللاحق على تحقق الضرر إمامن يكون صلحا، وإمامن يكون تجديد للدين وليس شرطا جزائيا.

إن تقدير التعويض ألتفاقي يتقيد بتحقق شروط التعويض بوجه عام، وبالتالي التعويض الاتفاقي لا يستحق إلا إذا توافرت شروط استحقاق التعويض السابق الإشارة إليها من خطأ وضرر وعلاقة سببية و إعدار. و التقدير الاتفاقي للشرط الجزائي يستلزم أن يتم جزافا، بحيث يحدد المتعاقدان مقدما، وقبل أن يقع الضرر، مقدار هذا الضرر، ومقدار التعويض الجابر لهذا الضرر.

لا يستحق التعويض الاتفاقي كما سبقت الإشارة إلا إذا تحقق الضرر وذلك إعمالا للقواعد العامة للمسؤولية، كما انه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في حالات معينة كما سنرى لاحقا، ولكن في رأينا كان من المفروض أن يكون التعويض الاتفاقي مستحقا حتى ولو لم يتناسب مع مقدار الضرر، وحتى وان لم يحدث ضرر عن الإخلال بالعقد سواء عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وهذا تمييزا للمسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية، هذه الأخيرة التي يشترط لاستحقاق التعويض فيها حدوث ضرر، وهذا هو

المبدأ، ولكن لا يمكن تصور أن يكون هذا المبدأ هو نفسه في المسؤولية العقدية، ذلك انه في هذه الأخيرة وحسب اعتقادنا أن يكون المبدأ فيها تحقق الوقائع، أي حدوث الإخلال وذلك تطبيقاً لقاعدة القوة الملزمة للعقد. وحث الأطراف على الالتزام به.

2. الالتزام بالشرط الجزائي التزم تابع للالتزام الأصلي:

يتسم الشرط الجزائي بكونه اتفاقاً تابعاً لاتفاق أصيل، ومن ثم فإن الالتزام الذي يولده الشرط الجزائي لا يمكن أبداً أن يكون التزاماً أصلياً، وإنما يجب دائماً أن يكون تابعاً للالتزام الأصيل، الذي يتولد من العقد أو الاتفاق الأصلي. وبالتالي لا يمكن للشرط الجزائي أن يقوم وحده، وإنما هو دائماً التزم تابع ويقوم مستنداً للالتزام الأصيل، وهكذا تهيمن قاعدة التبعية على فكرة الالتزام بالشرط الجزائي، ويترتب على ذلك أموراً مهمات أن بطلان الالتزام الأصلي يستتبعه بالضرورة بطلان الشرط الجزائي، إما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبعه بطلان الالتزام الأصلي، لان انعدام التابع أو الفرع لا يؤدي إلى انعدام المتبوع أو الأصل.

ويترتب كذلك على فكرة التبعية، أن الدائن إذا اختار عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي فسخ العقد، بدلاً من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي، سقط الالتزام الأصلي بمجرد فسخ العقد، وسقط معه الشرط الجزائي لأنه تابع له، وبطال الدائن في هذه الحالة بالتعويضات التي يقدرها القاضي وفقاً للقواعد العامة، ولا يطالب بالتعويض المقدر في الشرط الجزائي.

كما يترتب على قاعدة التبعية أن الالتزام الأصلي إذا كان موصوفاً أي مضافاً إلى أجل، أو معلقاً على شرط، فإن الالتزام بالشرط الجزائي يصبح بدوره موصوفاً بهذه الأوصاف فلا يستحق قبل حلول الأجل أو تحقق الشرط.

والخلاصة أن الشرط الجزائي لا يوجد مستقلا بنفسه، بل تابعا لالتزام أصلي، أيا كان مصدره، مما يترتب على ذلك الآثار المشار إليها.

المطلب الثاني: التقدير القانوني للتعويض في المسؤولية العقدية

إن التعويض كما سبقت الإشارة قد يتم تقديره باتفاق الطرفين وذلك كما يعرف بالشرط الجزائي، كما قد يتدخل المشرع وقد يقوم بتحديد قيمة هذا التعويض مسبقا، وهذا ما يسمى بالتحديد القانوني للتعويض، و في هذا المطلب نحاول أن نحدد تعريف التعويض القانوني وكذا مجالات تطبيقه في المسؤولية العقدية.

الفرع الأول: تعريف التقدير القانوني للتعويض

قد يعمد المشرع إلى وضع أحكام تتعلق بتحديد التعويض تحديدا إجماليا، وعادة ما يربط الفقه هذا التحديد القانوني بالفوائد القانونية، فغالبا ما تذهب بعض التشريعات على غرار المشرع الفرنسي،¹ إلى تحديد نسب قانونية تعرف بالفوائد القانونية تكون مستحقة الدفع عن مجرد التأخير في الوفاء، بغير حاجة إلى أن يثبت وقوع ضرر للدائن لأن الضرر مفترض في الديون النقدية نتيجة الحرمان من استثمارها اقتصاديا. ويجد التقدير القانوني للتعويض عن التأخير تطبيقه في مجال المسؤولية العقدية دون المسؤولية التصويرية.

أما النسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على الفوائد التأخيرية تأثرا منه بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تنظر إلى تلك الفوائد على أنها ربا ومحرم شرعا.

¹ نص التقنين المدني الفرنسي على الفائدة القانونية طبقا للمادة 1153 ، كما نص عليها التقنين المدني المصري من خلال المادة 226 منه وجعلها 4 % في المسائل المدنية و 5 % في المسائل التجارية.

و هذا ما يتضح من نص المادة 454 قانون مدني بقولها " القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر، ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك ".ومع ذلك فإن المشرع قد قرر نصا آخر جعل فيه للدائن الحق في الحصول على تعويض عن الضرر اللاحق به جراء تأخر المدين في الوفاء بالتزامه، إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ومعين المقدار وقت رفع الدعوى، لكنه أناط تقدير التعويض بالقاضي وفقا للقواعد العامة ولم يحدده مسبقا. بحيث جاء في المادة 186 قانون مدني الجزائري: " إذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغا من النقود، عين مقدراه وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير.

غير أن التعديل الذي أدرجه المشرع على نص المادة 456 بموجب القانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13ماي 2007 المعدل والمتمم للقانون المدني،¹ أجاز من خلالها لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة على أن يحدد مقدارها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

ولكن هذه الفوائد تستحق عن مجرد الاقتراض كمقابل للانتفاع بالنقود ومنح أجل للوفاء، وليست فوائد عن التأخر في سداد القرض.

ومن تطبيقات التقدير القانوني للتعويض أو التعويض الجزافي، ما نصت عليه بعض القوانين الخاصة ومثالها:

ـ الأمر رقم 74-15 الصادر بتاريخ 1974/01/30 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار المادية والجسمانية الناتجة عن

¹ تنص المادة 456 من القانون المدني: " يجوز لمؤسسة القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحددها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

حوادث السيارات المعدل والمتمم بالقانون رقم 31/88 المؤرخ في 30 يناير 1988¹، والذي وضع أسسا لحساب التعويض.

ـ قانون 13-83 المؤرخ في 1983/07/02 المعدل والمتمم بالأمر رقم 19-96 المؤرخ في 1996/70/06 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية².

وقد اختلف الفقه حول أساس التعويض في هذه القوانين، بمعنى هل هو تعويض يقوم على أساس المسؤولية المدنية أم هو نظام قائم بذاته يخرج عن نطاق أحكام هته المسؤولية.

والغرض من طرح هذا التساؤل هو مناقشة مدى إمكانية إدراج هذا النوع من التعويضات الجزافية ضمن هذا الفصل، باعتبار أن موضوعه هو تقدير التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية دون غيرها من أنظمة التعويض.

وقد توصل الفقه إلى اعتبار أن التعويض في هاذين القانونين هو نظام قائم بذاته، بمعنى لا يقوم على أساس المسؤولية المدنية، وبالتالي لا يدخل في نطاق دراستنا³.

غير انه ورد في القانون تقدير التعويض في مجال المسؤولية العقدية، وهذا من خلال التحديد القانوني لهذه المسؤولية، ويتم تقدير التعويض في هذه الحالة في الحدود الموضوعية من طرف المشرع، إذ قد يقوم في حالات معينة بوضع حد أقصى لا يمكن أن

¹ جاء في الملحق للقانون رقم 31/88 فيما يخص تعويض الضرر المعنوي انه: يمكن التعويض عن الضرر المعنوي بسبب الوفاة لكل أم و أب و زوج (أو زوج) وأولاد الضحية في حدود ثلاثة أضعاف قيمة الأجر الشهري الوطني الأدنى المضمون عند تاريخ الحادث.
² تنص المادة 47 في فقرتها الأولى والثانية من قانون 15-83 : " في حالة صدور خطأ غير معذور أو متعمد عن صاحب العمل، يستفيد المصاب أو ذوي حقوقه من الأداءات الواجب منحها من طرف هيئات الضمان الاجتماعي طبقا للقانون رقم 13-83 المؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق لـ 2 يوليو سنة 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.
كما يحق للمصاب أو لذوي حقوقه المطالبة بالتعويضات الإضافية عن الأضرار الناجمة عن الحادث وفقا لقواعد القانون العام".

³ تنص المادة 8 من الأمر رقم 15/75 : " كل حادث سير سبب أضرارا جسمية، يترتب عليه التعويض لكل ضحية أو ذوي حقوقها، وان لم تكن للضحية صفة الغير تجاه الشخص المسؤول مدنيا عن الحادث".

يتجاوزه التعويض الذي يستحقه المتضرر، ولو كان الضرر الذي أصابه يفوق المبلغ المحدد.

وتقدير التعويض من خلال التحديد القانوني للمسؤولية يختلف عن التقدير الجزافي للتعويض في أنه لا يستحق بطريقة تلقائية دون اعتبار للضرر الحقيقي اللاحق بالمتضرر، وإنما هو بمثابة حد أقصى لما يدفعه المسؤول من تعويض، بحيث إذا ثبت أن قيمة الضرر أدنى من هذا الحد، فلا يستحق المضرور إلا التعويض المساوي لهذه القيمة، دون أن يكون له الحق في الحصول على الحد الأقصى للتعويض المقرر قانوناً، فيشترط للحصول على هذا الحد أن يكون الضرر مساوياً له أو أكبر، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن أنظمة التعويض التلقائية لا تقوم على المسؤولية المدنية كما بيناه، ولا يقع على عاتق المتضرر إثبات أركانها، وإنما بمجرد ما يتبين أنه قد لحقه ضرر ترتب تعويضه، بينما فيما يتعلق بالتعويض وفقاً للتحديد القانوني للمسؤولية فإنه لا يتأتى للمطالب به إلا بعد أن تقوم المسؤولية وتتحقق أركانها وهذا بغض النظر عن أساسها إن كانت مسؤولية موضوعية أو مسؤولية تقوم على أساس الخطأ بحسب أنواعه.

كما أن المشرع حدد في التعويض الجزافي قواعد يمكن معها الحصول على التعويض بصفة دقيقة، في حين أنه في التعويض وفقاً للتحديد القانوني للمسؤولية مادام أن الضرر لم يصل إلى درجة الحد الأقصى للتعويض المحدد فإن القاضي هو الذي يقدر التعويض وفقاً للقواعد العامة.

والأمثلة في هذا الشأن عديدة كتحديد مسؤولية أصحاب الفنادق فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض لا يجاوز خمسمائة دينار

جزائري، كما بينته المادة 599 في فقرتها الثانية من القانون المدني التي جاء فيها: "يكون أصحاب الفنادق والنزل ومن يماثلهم من الأشخاص مسؤولين عن الأشياء التي يودعها عندهم المسافرون والنزلاء الذين ينزلون عندهم مع وجوب المحافظة عليها، إلا إذا اثبتوا أن أسباب الضياع كانت طارئة أو حصلت في ظروف قاهرة أو بسبب خطأ المودع أو لعييب في الشيء المودع.

وكذلك يكونون مسؤولين سواء عن السرقة أو الضرر الذي لحق أمتعة المسافرين و النزلاء أو السرقة التي تقع بسبب تابعيهم أو بسبب المترددين على الفندق.

غير أنهم لا يكونون مسؤولين فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يجاوز خمسمائة دينار جزائري، ما لم يكونوا قد اخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة في ذمتهم أو يكونوا قد تسببوا في وقوع ضرر بخطأ جسيم أو من احد تابعيهم".

غير أن التعويض وفقا للتحديد القانوني للمسؤولية يجد مجال تطبيقه الظاهر في مسؤولية الناقل. وهذا ما سيتم تبيانه.

الفرع الثاني: مجالات تطبيق التقدير القانوني للتعويض

يجد تقدير التعويض وفقا للتحديد القانوني للمسؤولية مجال تطبيقه في المسؤولية العقدية ويظهر جليا في مسؤولية الناقل، كما هو عليه الحال في كل من قانون الطيران المدني والقانون البحري.

أولا: التحديد القانوني للتعويض في مجال عقد النقل الجوي:

لقد تناول المشرع الجزائري مسؤولية الناقل الجوي من خلال القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27/06/1998 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني. وقد استقى الأحكام المنظمة لها من قواعد اتفاقية فارسوفيا المؤرخة في 12/10/1929 وبروتوكول لاهاي المؤرخ في 28/09/1955 المصادق عليها من طرف الجزائر¹.

فيتربط على كل ناقل جوي إبرام عقد نقل، وأهم ما يربته هذا العقد من التزامات على عاتق الناقل الجوي، الالتزام بضمان سلامة الركاب وبالمحافظة على البضاعة والعناية بها، وأخيرا بعدم التأخير.

ولما كانت المسؤولية هي جزاء الاختلال بالالتزام عقديا كان أم غير عقدي، استنتج ذلك مساءلة الناقل عن الأضرار الناشئة عن وفاة الراكب أو جرحه أو إصابته بأي أذى بدني آخر، وعن تلك الناجمة في حالة هلاك البضاعة أو ضياعها، وكذلك عن الأضرار الناتجة عن التأخير في نقل الركاب أو البضائع.

ومتى أخل الناقل الجوي بالتزاماته وأخفق في إقامة الدليل على انتفاء خطئه انعقدت مسؤوليته، والتزم بتعويض الضرر الذي يلحق بالركاب².

والأصل أن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر، غير أن المشرع الجزائري خرج عن هذا الأصل ووضع للتعويض الذي يتحمله الناقل حدا أقصى.

¹ صادقت الجزائر على اتفاقية فارسوفيا المتعلقة بوضع قواعد النقل الجوي بمقتضى المرسوم رقم 64-64 المؤرخ في 02/03/64 جريدة رسمية رقم 26. وصادقت على بروتوكول لاهاي بموجب المرسوم رقم 95-214 المؤرخ في 08 أوت 1995.
² لقد أسس المشرع الجزائري كما فعلت اتفاقية فارسوفيا (وارسو) مسؤولية الناقل الجوي على الخطأ المفترض في جانبه بمجرد إخلاله بالتزامه، ولكن التزامه هذا هو التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة، وهو ما يتضح من نص المادة 148 من قانون الطيران المدني في فقرتها الثانية فلا يكون الناقل الجوي مسئولا عن نقل الأمتعة والشحن عندما يبرهن أنه اتخذ صحة كل مندوبيه الإجراءات الضرورية لتفادي الخسارة أو استحالة اتخاذهم ذلك، وهي وسيلة لنفي مسؤوليته كما أضافت نفس المادة وكذا المادة 149 وسيلتين أخرتين هما: نشوء الضرر جراء عيب في البضاعة أو عن خطأ الشخص المتضرر.

فقد نصت المادة 150 من قانون الطيران المدني على أنه "تمارس مسؤولية الناقل الجوي إزاء كل شخص منقول طبقاً لقواعد اتفاقية وارسو المؤرخة في 12 أكتوبر 1999 وبروتوكول لاهاي في 28 سبتمبر 1955 والمصادق عليهما من طرف الجزائر. وتحدد قيمتها بمائتي وخمسين ألف (250.000) وحدة حسابية كحد أقصى عن كل مسافر.

ويقصد بالوحدة الحسابية في مفهوم هذا القانون وحدة حساب متشكلة من خمسة وستين ميلغراما ونصف من الذهب على أساس تسعمائة من الألف من الذهب الخالص، ويمكن أن تحول وحدات الحساب المذكورة للعملة الوطنية بأرقام صحيحة، ويتم التحويل في حالة دعوى قضائية حسب قيمة الذهب للعملة المذكورة في تاريخ النطق بالحكم".

وكما وضحنا سابقاً، هذا القدر من التعويض الذي حددته المادة 150 السابقة الذكر، لا يستحق بطريقة تلقائية دون النظر إلى الضرر الحقيقي الذي لحق المسافر، وإنما هو لا يعدو عن كونه حداً أقصى، بمعنى أنه متى ثبت أن الضرر أقل من هذا الحد، لم يستحق المضرور إلا التعويض المساوي لهذا الضرر¹.

ثانياً: التحديد القانوني للتعويض في عقد النقل البحري:

وقد تناول المشرع الجزائري مسؤولية الناقل البحري من خلال الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 1998/06/25 والمتعلق بالقانون البحري.

¹ ما عدا في حالة ما إذا ارتكب الناقل غشاً أو خطأ، فهنا يمكن رفع التعويض بما يفوق الحد الأقصى المحدد بما يعادل الضرر.

ويرتب عقد النقل البحري على عاتق الناقل التزامات تتمثل في أخذ الناقل البضاعة على عاتقه ونقلها وتسليمها إلى المرسل إليه أو إلى ممثله القانوني.

ومتى تم الإخلال بهته بالالتزامات، ترتبت مسؤولية الناقل البحري، ولما كان التزامه بالتزاما ببذل عناية¹ تتمثل في نقل البضاعة إلى ميناء الوصول، وتسليمها إلى المرسل إليه سليمة في الميعاد المتفق عليه، فإنه يكون مسؤولاً عن بذل عناية في نقله للبضاعة ويكون مسؤولاً عن الأضرار والخسارة التي تصيب البضاعة، ولا ترتفع المسؤولية عنه إلا إذا أثبت أن عدم قيامه بتنفيذ التزامه، إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه يتمثل في إحدى الحالات التي نصت عليها المادة 803 من القانون البحري²، وأنه قام بجميع الإجراءات الضرورية لمنع تحقق النتيجة.

فإذا ترتبت المسؤولية في جانب الناقل، التزم بالتعويض، ويكون هذا التعويض متناسباً مع الضرر اللاحق، مادام أن هذا الضرر لم يتعد الحد الأقصى الذي حدده المشرع.

فمتى فاق الضرر هذا الحد لم يكن للمتضرر الحق في التعويض إلا بهذا الحد الأقصى دون زيادة، هذا ما لم يتبين أن الخسارة أو الضرر الذي لحق بالبضائع ناتج عن عمل أو إهمال من قبل الناقل كما بينته المادة 809 من القانون البحري.

ولا يسري هذا الحكم إلا في حالة ما إذا لم يصرح الشاحن أو ممثله بطبيعة وقيمة البضائع قبل شحنها، ولم يدون في وثيقة الشحن أو في وثيقة أخرى، لأن التعويض في

¹ إن مسؤولية الناقل البحري تقوم على إخطأ المفترض في جانبه بعدم قيامه بالعناية اللازمة لوصول البضاعة سالمة، ويتضح ذلك من نص المادة 803 من القانون البحري التي بعد أن أوردت حالات للإعفاء من المسؤولية نصت في فقرتها الأخيرة على حالة "أي سبب آخر لا يمكن أن يكون الناقل أو من ينوب عنه مسؤولاً عنه، وذلك عندما يقدم الناقل الدليل بأن الخطأ أو الضرر لم يكن سببه شخصاً أو بسبب مندوبيه، أو أنهم لم يسهموا في الخسارة والضرر" وهذا رغم أنه في القواعد العامة يكون الإثبات في الالتزام ببذل عناية على عاتق الدائن بالالتزام وليس المدين لكل المشرع من خلال القانون البحري نقل عبء الإثبات إلى الناقل وهو المدين بالالتزام.

² مصطفى كمال طه: مبادئ القانون البحري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، ص 247.

هذه الحالة يحدد حسب قيمة البضاعة المصرح عنها، ويتم طبقاً للقواعد العامة طبقاً للمادة 805 من القانون البحري، والتي نصت "... فلا يعد الناقل مسئولاً عن الخسائر أو الأضرار التي تصيب البضائع أو التي تتعلق بها بمبلغ يزيد عن 10.000 وحدة حسابية عن كل طرد أو وحدة شحن أخرى أو 30 وحدة حسابية عن كل كيلوغرام يصاب بخسائر أو أضرار من الوزن الإجمالي للبضاعة للحد الأدنى المطبق وبمقدار يعادل مرتين ونصف من أجره النقل المستحقة الدفع عن البضائع المتأخرة التي لم تسلم في الوقت المتفق عليه، أو في الوقت المعقول المطلوب من ناقل حريص أن يسلم فيه البضائع، ولكن لا تزيد عن مجموع أجره النقل المستحقة بموجب عقد النقل البحري".

المبحث الثاني: التقدير القضائي للتعويض في المسؤولية العقدية

أن التعويض كما سبقت الإشارة، قد يتفق الطرفان مسبقاً على تحديده وذلك بتضمينه ضمن بنود العقد ذلك من خلال الشرط الجزائي، كما قد يحدده القانون وذلك بالنص صراحة على قيمته أو على الأسس التي تطبق أثناء تقديره، غير أن الإشكال المطروح هو: في حالة عدم اتفاق مسبقاً بين الطرفين على قيمة التعويض، ولم ينص القانون على قيمته، فمن هي الجهة المختصة بتحديدده؟

ففي حالة عدم وجود اتفاق مسبق أو لم يوجد نص قانوني محدد لقيمة التعويض فإن القاضي هو الذي يتولى مهمة تحديد قيمة التعويض، وهذا ما يسمى بالتقدير القضائي للتعويض.

ولبيان التعويض القضائي فإننا نستعرض المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض في المسؤولية العقدية.

المطلب الثاني: الاعتبارات التي يجب مراعاتها عند تقدير التعويض في

المسؤولية العقدية .

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض في المسؤولية العقدية

إن التعويض كما سبق بيانه تقدر قيمته إما من قبل الأطراف المتعاقدة ضمن بنود العقد أو في اتفاق لاحق كشرط جزائي عن الإخلال بالعقد، أو يتم تحديده من طرف القانون بحد أدنى أو أقصى، لكن بالرغم من التقدير المسبق للتعويض إلا أن القاضي يملك أيضا سلطة تقديرية في تحديد قيمة التعويض، وهذا ما يسمى بالتقدير القضائي للتعويض.

التعويض القضائي هو التعويض الذي يقوم القاضي بتقديره ويحكم به للدائن نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه، ويعتبر التعويض القضائي هو الأصل في تحديد التعويض.

الأصل في التعويض هو التعويض الكامل وهو ذلك الذي يكون على خطأ المدين المباشر والذي يسبب ضررا للمدين سواء كان هذا الضرر متوقعا أو غير متوقع وهذا ما سبق شرحه، غير أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء يتمثل في حالة الضرر المتوقع في مجال المسؤولية العقدية إذا كان الخطأ يسير أي غير ناتج عن غش وخطأ المدين الجسيم وهذا ما يسمى بالتعويض العادل.

كما تثار هنا إشكالية تتمثل في هل سلطة القاضي مطلقة في تحديد قيمة التعويض في المسؤولية العقدية؟

وبالتالي وبناء على ما تقدم فإننا نتناول في هذا المطلب التعويض الكامل و التعويض العادل كفرع أول، وحدود سلطة القاضي في تقدير التعويض كفرع ثان.

الفرع الأول: التعويض الكامل و التعويض العادل

التعويض كجزء مدني يهدف إلى إصلاح الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزام سواء أكان مصدره العقد أو القانون، وبعبارة أخرى سواء كانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية، ولا تتحقق تلك الغاية إلا إذا كان التعويض كاملا، وأصبح نتيجة لذلك أن استقر مبدأ التعويض الكامل للضرر، واعتبر من المبادئ الحيوية التي استقر عليها القضاء و الفقه.

كما أن هناك مبدأ آخر يخفف في حدة المبدأ المتقدم، وهو مبدأ السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، وبعد هاذين المبدأين متكاملين من الناحية العملية والنظرية، ولعل ذلك هو الذي أدى بالمشرع الجزائري إلى النص في المادة 182 قانون مدني والخاصة بالمسؤولية العقدية : " إذا لم يكن التعويض مقدارا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أوللتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غيرأنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

من خلال نص المادة يتبين أنه أكد على مبدأي التعويض الكامل و العادل الذين

نفصله بكثير من الشرح العناصر التالية:

أولاً: التعويض الكامل

القاعدة في التعويض هي التعويض الكامل الذي يكون عن الضرر المباشر، أما الضرر الغير مباشر فإنه لا يعرض عنه سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، غير أنه في المسؤولية التقصيرية يتم التعويض عن كل الضرر مباشر يستوي في ذلك أن يكون متوقعا أو غير متوقع، أما في حالة المسؤولية العقدية فإنه لا يتم التعويض إلا عن الضرر المباشر المتوقع وحده، خلاف الضرر المباشر الغير متوقع فلا يعرض عنه إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم .

وقد اعتبر المشرع أن الضرر يكون مباشرا متى ما كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء أو التأخر فيه ويكون الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

و بمراعاة هذه الشروط المحددة في هذه المادة نكون بصدد التعويض الكامل، هذا الأخير الذي يشمل عنصران وهما ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة.

فالقاضي ملزم في حالة التعويض القضائي بمنح المتضرر التعويض الكامل، وهو التعويض عن الضرر المباشر الذي يمثل ما لحق بالمضرور من خسارة وما فاته من كسب فضلا عن الضرر الأدبي .

لكن إذا كانت القاعدة هي التعويض الكامل إلا أن القضاء لا يتقيد بها في حالة الضرر المتوقع في مجال المسؤولية العقدية إذا كان الخطأ يسيرا فهنا نتحول إلى نطاق التعويض العادل .

ثانياً: التعويض العادل:

إذا كان مبدأ التعويض الكامل قد وجد له تطبيقاً واسع النطاق، فإنه اخذ ينحصر في الوقت الحاضر ولم يعد الشكل الضروري لجبر الضرر، بل إن التعويض في ذاته لم يعد معياره الوحيد مدى الضرر الحاصل للدائن وإنما قد يرتبط تقديره باعتبارات اجتماعية أو متعلقة بالعدالة¹.

لذا نجد بعض التشريعات الحديثة قد أخذت تتجه إلى عدالة التعويض، وليس بالضرورة أن يكون كاملاً، وسنجد أيضاً عند البحث في القيود التي ترد على سلطة القاضي في تقدير التعويض أن مقتضيات العدالة توجب على القاضي تخفيض مقدار التعويض عن المقدار الذي كان من المفروض أن يحكم به، فإزاء هذا التحول من مبدأ التعويض الكامل إلى التعويض العادل ويجعله هو الأصل في التعويض، وخاصة في المسؤولية العقدية في حالة الضرر المتوقع إذا كان الخطأ يسيراً لا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، حيث هنا وفي هذه الحالة تستند المسؤولية إلى فكرة الذنب و اللوم الأدبي، ويستبدل التعويض العادل بالتعويض الكامل، وبذلك يكون التعويض قد جمع بين الوظيفة الإصلاحية والوظيفة الرادعة²

وقد حاول الفقهاء تحديد أساس التزام المدين أو مبرر التزامه بتعويض الضرر المتوقع في حالة الخطأ اليسير، فذهب البعض إلى أن مبرر ذلك يكمن في احترام حسن نية المدين، وما يقتضيه ذلك من توزيع الخسائر بين الدائن والمدين، لأن عدم تنفيذ الالتزام لا يعني بالضرورة توافر سوء النية في جانب المدين، فربما يستحيل عليه التنفيذ

¹ إبراهيم أحمد الدسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر ، مصدر سابق ، ص 325.
² سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 550 .

أو يتأخر فيه لسبب أجنبي لا يستطيع إثباته، فيكون من الأوفق معاملته كما لو كان حسن النية، وعدم إلزامه بغير تعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد¹.

وذهب البعض الآخر إلى أن مبرر التعويض غير الكامل يكمن في أن المسؤولية العقدية تقوم على التوقع، لذا فإن المدين لا يجب إلزامه بتعويض أضرار لم يتوقعها وقت التعاقد، فمزايا العقد ومضاره يجب أن تدور في فلك هذا التوقع.

ويذهب البعض إلى أن التزام المدين بتعويض الضرر المتوقع وفي حالة الخطأ اليسير في نطاق المسؤولية العقدية، لا يستند إلى الإرادة التعاقدية الضمنية أو المفترضة، بل إلى فكرة عدالة التعويض، فالدائن الذي يرتبط مع مدينه بالعقد إنما يسعى وراء التنفيذ العيني لا وراء التعويض، لما سيجنيه من تنفيذ العقد من مصالح ومنافع دفعته إلى التعاقد، وكذلك المدين فهو لم يتعهد بالالتزام إلا لما تبينه في نفسه من القدرة على تنفيذ ما تعهد به، والرغبة في التنفيذ لتحقيق المصلحة التي يرمي إليها هو الآخر من وراء التعاقد، ولتجنب الحكم عليه بالتعويض. وليس هذا غريباً على المشرع الذي منح المتعاقدين القدرة على التعويض وذلك بالتقدير الإتفاقي له، أي من خلال الشرط الجزائي².

ومن كل ما سبق يطرح الإشكال التالي: ما مدى سلطة القاضي في تقدير

التعويض سواء كان التعويض كاملاً أو عادلاً؟.

¹ حسن حنتوش رشيد الحسناوي، المرجع السابق، ص 158.
² محمد ابراهيم الدسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ص 212.

الفرع الثاني: حدود سلطة القاضي في تقدير التعويض

مما لا شك فيه أن منح قاضي الموضوع سلطة تقديرية في حسم الدعاوي يعد من الأمور المسلم بها وخاصة في الوقت الحاضر ونتيجة لتعدد القضايا وتعقد الحياة وزحمة العمل القضائي اليومي، فمنح القاضي تلك السلطة خير وسيلة لتمكينه من حسم اكبر عدد من القضايا وخاصة التي تتعلق بالتعويض .

وإذا قيل أن تحكم القضاة يؤدي إلى بعض المخاطر كالحكم بتعويضات متفاوتة تفاوتاً كبيراً في قضايا وحالات متشابهة ظاهرياً، فإن علاج تلك المخاطر لا تكون بتحويل هؤلاء القضاة إلى مجرد آلة لتطبيق النصوص القانونية.

غير أن السلطة الممنوحة للقاضي في تقدير التعويض ليست سلطة مطلقة، بل أنها مقيدة بمجموعة من القيود التي يجب على القاضي مراعاتها عند إصدار حكمه بالتعويض، منها ما يتعلق بطلبات الخصوم، ومنها ما يتعلق بالتعويض المحدد قانوناً، وكذا حالة الخطأ المشترك، والتقدير الاتفاقي للتعويض.

أولاً: طلبات الخصوم:

لما كان القاضي ملزماً في البت في كل طلب أو دفع قدم بصورة صحيحة فإنه يكون قد ارتكب خطأ جوهرياً في الحكم في ما لو قضى بما لم يدع به الخصوم، أو قضى بأكثر مما طلبوه و يعد ذلك مبرراً للطعن فيه.

و لعل التبرير المنطقي لضرورة تقييد محكمة الموضوع بطلبات الخصوم يجد أساسه في أن ما يطلبه الخصم هو تعبير عن إرادته و على القاضي أن يحترم تلك الإرادة، لذا نجد في بعض الأحيان أن يحصل اتفاق بين الدائن و المدين على مقدار

التعويض المستحق، فيما لو أخل المدين بتنفيذ التزامه (شرط جزائي)، ففي هذه الحالة لو وصل الأمر للقضاء على القاضي أن يراعي قيمة الشرط الجزائي و لا يحكم بأكثر منه.

فوظيفة القضاء محددة بالفصل فيما يعرض عليه من طلبات فلا يملك ولاية التدخل في أمور لم تعرض عليه، و لا يملك أيضا الإجابة عن أمور لم يسأل فيما خارج نطاق القضايا المعروضة عليه لذا لو قررت المحكمة الحكم بشيء لم يطلبه الخصم، فان ذلك يعد مبررا للطعن به لان الأصل في الحكم سبق الطلب فما لم يطلبه الخصم بعريضة دعواه لا يعتبر جزءا منها، و الحكم فيها يعد تجاوزا على معنى الدعوى و الخصومة.

من كل ما تقدم ، يتبين لنا أن طلبات الخصوم تعد قيда على سلطة القاضي في تقدير التعويض فيجب على القاضي أن يتقيد بما يقدم له في عريضة الدعوى و لا يجوز له ان يتجاوز وإلا كان حكمه عرضة للنقض.

تنص المادة 125 قانون إجراءات مدنية وإدارية: " يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد".¹

ثانيا: التعويض المحدد قانونا:

إذا كان الأصل أن القانون لا يتدخل في تقدير التعويض، إلا في بعض الحالات و منها الإخلال بتنفيذ التزام محله أداء مبلغ من النقود، فيتولى القانون بنفسه تقدير التعويض إلا أن الحالة المقصودة فيما يتعلق بالتحديد القانوني للتعويض، هي ليست حالة إخلال المدين بتنفيذ التزام محله أداء مبلغ من النقود، بل حالات أخرى ترد في نصوص متفرقة و تكاد تكون خارج نطاق القانون المدني.

¹قانون رقم 09-08 مؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

و بناء على اعتبارات معينة يتدخل المشرع، و ينص على طريقة معينة للتعويض أو يبين الحدود التي يجب مراعاتها عند تقدير التعويض، كما هو الحال فيما ورد في قوانين العمل و النقل و بعض الاتفاقيات الدولية، فمتى ما أورد المشرع تحديد لمقادير التعويض و جب على القاضي مراعاة ذلك التحديد الذي يعد مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا.

ثالثاً: حالة الخطأ المشترك:

المقصود بالخطأ المشترك هو أن يشترك خطأ الدائن إلى جانب خطأ المدين في إحداث الضرر فيكون للضرر سببان خطأ الدائن و خطأ المدين، و فيه لا يتحمل المدين المسؤولية الكاملة بل بقدر ما صدر عنه من خطأ؛ أي تكون مسؤوليته مخففة و على القاضي أن يراعي تلك الحالة و يأخذها بعين الاعتبار، وهي من هذا المنطلق تعد قيدا على سلطة القاضي في تقدير التعويض و خاصة بالنسبة للتشريعات التي توجب على القاضي إنقاص التعويض أو ألا يحكم بأي تعويض إذا كان الدائن قد اشترك مع المدين في إحداث الضرر، لأننا لو رجعنا إلى النصوص التشريعية التي نظمت الأحكام الخاصة بالخطأ المشترك لوجدناها قد تباينت في مدى إلزام القاضي بإنقاص التعويض من عدمه.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري فقد أجازت المادة 177 من القانون المدني للقاضي إنقاص مقدار التعويض أو لا يحكم به في حالة الخطأ المشترك بحيث جاء في نص المادة: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو أزد فيه".

وإنقاص التعويض أو عدم الحكم به من طرف القاضي في حالة الخطأ المشترك يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ عدالة التعويض، فلا يجوز أن يكون التعويض مصدر إثراء للدائن على حساب المدين، فمن العدل أن يتحمل الدائن جزءاً من الضرر إذا كان قد اشترك مع المدين في إحداثه.

وإذا كان الخطأ مشتركاً بان صدر من المدين خطأ إلى جانب خطأ الدائن فإن ذلك لا يكون مقتصراً على الخطأ الذي يصدر عنه شخصياً بل يشمل الخطأ الذي يصدر من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه فيتحمل المسؤولية ولو مخففة، مع ملاحظة أنه في المسؤولية العقدية يجوز للمدين أن يتفق مع الدائن على عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي يصدر من أولئك الأشخاص الذين استعان بهم أو استخدمهم في تنفيذ التزامه، فقد جاء في محتوى المادة 178 القانون المدني: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة. وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

رابعاً: التقدير الاتفاقي للتعويض:

إن التقدير المسبق للتعويض المتفق عليه بين أطراف العقد يعتبر قيوداً على سلطة القاضي في تحديد التعويض، ذلك أنه لا يمكنه الحكم بغير ما تم الاتفاق عليه على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، غير أن هذه القاعدة غير مطلقة.

ففي التعويض الاتفاقي تمثل سلطة القاضي ضرورة لمواجهة كل التعسفات التي قد يتسبب التعويض الاتفاقي فيها، فمبادئ العدالة تأبى أن يتحول التعويض الاتفاقي إلى

أداة للاستغلال، أو منفذا من منافذ الربا، أو أن يتحول إلى عالم من عوالم الظلم، فيتوفر من خلال سلطة القاضي الضمان الكافي ليؤدي التعويض الإتفاقي مهمته فيكون على حسب ما فات من منفعة أو لحق من ضرر، وللتعرف على حدود سلطة القاضي اتجاه الشرط الجزائي فإننا نتطرق للأساس القانوني لهذه السلطة في تعديل قيمة التعويض الاتفاقي، ثم مضمون سلطة القاضي حيال التعويض الاتفاقي.

1. الأساس القانوني لسلطة القاضي في تعديل قيمة التعويض:

رد بعض فقهاء القانون سلطة القاضي في تعديل قيمة التعويض الإتفاقي إلى تحقيق مبدأ العدالة.

ويعني مبدأ العدالة التوازن بين الأداء بين في التعادل، كان وما يزال أمرا ضروريا في تعديل القواعد القانونية القائمة التي تنطوي على قدر من الجمود أو القسوة، أو في تكملة ما يشوب هذه القواعد من نقص أو ما يعترضها من قصور، والقانون المدني جسد مبدأ العدالة من خلال الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وان لم يصح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

كما جاء في المادة 110 من القانون المدني تجسيد آخر لمبدأ العدالة من خلال حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، سواء بتعديل القاضي لهذه الشروط أو بالإعفاء منها، وتنص المادة على: "إذا تم التعاقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا

تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط ا وان يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

غير أن تطبيق مبدأ العدالة و توازن الاداءات بين الطرفين يطرح مشكلة مبدأ سلطان الإرادة ومدى تأثير تطبيق مبدأ العدالة عليه .

إن مبدأ سلطان الإدارة الذي يعني أن الإرادة هي مصدر الالتزامات والذي يقتضي تحريم إلغاء العقد أو تعديله إلا باتفاق طرفي هذا المبدأ الذي نشأ خلال القرن الثامن عشر في أحضان المذاهب الفردية، وازدهر خلال القرن التاسع عشر ما لبث أن تقلص مع هذه المذاهب، بعد أن تغيرت العوامل الاقتصادية والظروف الاجتماعية التي كانت جوا مناسباً لازدهاره، فقد اظهر التطبيق العلمي لمبدأ سلطان الإرادة أن الأفكار التي تقول بأن الحرية التعاقدية تؤدي حتما إلى العدالة هي نوع من الوهم.¹

فالحرية التعاقدية أدت إلى العكس من ذلك بحيث اتجهت الإرادة التعاقدية إلى التسلط والظلم، فمن الناحية الاقتصادية أمكن لأرباب الأعمال بخس أجور العمال وفرض شروط قاسية عليهم في ظل أزمات البطالة، وفي ظل الأزمات السلعية فرض المنتجين شروطا ظالمة على المستهلكين، وكل ذلك تم في إطار فكرة الحرية التعاقدية ومنع تدخل المشرع في العلاقات العقدية.

كما أن العصر الحديث عرف ما يسمى بعقود الإذعان وفي هذا النوع من العقود لا يملك المتعاقد إلا التوقيع على شروط مطبوعة أعلنت مقدما وليس له أي حرية في مناقشتها مما يظهر في صورة الطرف الضعيف في العقد.

¹ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 210.

وإن كانت كل التشريعات اتبعت مبدأ سلطان الإدارة في العلاقات التعاقدية تطبيقاً لحرية المتعاقدين في التعاقد، كما جاء في المادة 106 القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

إلا أن انتهاج مبدأ سلطان الإرادة من طرف المشرع الجزائري لم يأت على إطلاقه، والعلة في ذلك هي المحافظة على التوازن بين أطراف العلاقة ما جاء الإشارة إليه في المادة 107 من القانون المدني، أنه في حالة الظروف الطارئة التي لا يمكن توقعها والتي من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

ونخلص إلى القول أن المشرع الجزائري وإن ترك للمتعاقدين الحرية في التعاقد تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه قيد هذه الحرية بمبدأ العدالة بين أطراف العقد، وبالتالي فمنح أطراف العقد الحق بتحديد قيمة التعويض مسبقاً بالاتفاق عليه وإدراجه ضمن بنود العقد، إلا أن هذا الحق ليس على إطلاقه، بل ترك للقاضي سلطة تقديرية للتدخل في تعديل قيمة هذا التعويض.

2. مضمون سلطة القاضي بحال التعويض الاتفاقي:

لقد وضعنا من خلال ما سبق أنه يجوز الاتفاق مقدماً على مقدار التعويض في حالة استحالة تنفيذ الالتزام عيناً أو التأخر في تنفيذه، ويكون هذا التقدير للتعويض ملزماً

للقاضي يتعين عليه الحكم به دون زيادة أو نقصان متى تحقق من توفر شروط الشرط الجزائي، وكان هناك تناسب بين التعويض المنفق عليه والضرر الواقع.¹

غير أنه استثناء على القاعدة أجاز المشرع للقاضي في حالات معينة تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة، وهذه السلطة الممنوحة للقاضي من النظام العام، بمعنى أنه لا يجوز للأطراف الاتفاق على حرمانه منها باتفاق خاص، فكل اتفاق بهذا الشأن يقع باطلا.

أ. سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي :

تنص الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني على أنه: "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".

وتنص المادة 187 من القانون المدني: "إذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع دون مبرر".

فيبين لنا أنه يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في ثلاث حالات هي:

- إذا اثبت المدين أن الشرط الجزائي كان مفرطاً.
- إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.
- إذا تسبب الدائن بسوء نيته في إطالة أمد النزاع.

¹ أنور سلطان: كتاب أحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1974، ص 77.

1- حالة ما إذا اثبت المدين أن الشرط الجزائي كان مفرطاً:

وتظهر هذه الوضعية في حالة ما إذا لم يقم المدين أصلاً بتنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذه مدة جعلت الشرط الجزائي مستحقاً.

وتبرير منح القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي المتفق عليه بين الدائن والمدين أن الدائن قصد تقدير الشرط الجزائي تقديراً مفرطاً، وجعله شرطاً تهديدياً لحمل المدين على الوفاء بالتزامه، فيكون بمثابة عقوبة فرضها الدائن على المدين، ومن ثم يكون هذا الشرط باطلاً.

ويتدخل القاضي بتقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة دون رقابة عليه من المحكمة العليا.

كما أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض الاتفاقي بمعنى أنه ليس مصدره، وإنما هو مجرد تقدير مسبق وفقاً لما ظهر لطرفي الالتزام من اعتبارات وظروف.

فإذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذي وقع لم يكن بالقدر الذي توقعه الطرفان، وأن تقديرهما كان مبالغاً فيه، فالأمر يتعلق حينئذ إما بغلط في التقدير وقع فيه الطرفان أو إكراه وقع على المدين، فقبل شرطاً يعلم مقدماً أنه مجحف، إما تحت تأثير ضغط الدائن، وإما عن اندفاع وتسرع، ليقينه بأنه سيقوم حتماً بتنفيذ التزامه، فلن يتعرض لتوقيع الشرط الجزائي عليه، ففي جميع الأحوال يجب تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب والضرر.¹

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني: الإثبات وآثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، 1952، ص 875.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من عدم الحكم باستحقاق الشرط الجزائي لعدم تحقق الضرر أو تخفيضه لكونه غير متناسب مع الضرر، فإن الجدوى منه تبقى قائمة، وذلك من حيث نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن على النحو التالي :

- إن وجود الشرط الجزائي يجعل الضرر مفترضا بحيث لا يكلف الدائن بإثباته وإنما يقع على المدين إثبات أن الدائن لم يلحقه ضرر إذا ادعى ذلك.
- وجود الشرط الجزائي قرينة على أن التعويض المتفق عليه مساو للضرر، فإذا ادعى المدين أنه مفرط كان عليه عبء إثبات ذلك.
- قد يتجاوز التعويض الاتفاقي مدى الضرر، ومع ذلك فهو يستحق للدائن دون تخفيض، متى كانت قيمة الشرط الجزائي تجاوز مدى الضرر تجاوزا يسيرا، فعلى المدين أن يثبت أن التقدير كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة وحتى إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا، فإن التخفيض يكون إلى حد يتناسب مع الضرر ولا يتحتم أن يكون مساويا له ذلك أن تقدير التعويض الذي يجبر الضرر مسألة تقديرية بحتة سواء تعلق بإرادة الأطراف أو بعمل القاضي، وهي ليست مسألة حسابية بسيطة يمكن أن يصل فيها العديد من الناس إلى نتيجة واحدة تفيد مساواتها للضرر الواقع فعلا.¹

2- حالة التنفيذ للالتزام الأصلي:

إذا ما قام المدين بتنفيذ جزء من التزامه، فمن العدالة ألا يلزم بكل المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي.

ويكون القاضي قد احترم إرادة المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه.

ويتم التخفيض على أساس المبلغ المقدر في الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ من الالتزام بمعنى أن القاضي ينقص المبلغ المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب والجزء الباقي

¹ محمد ابراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 437.

دون تنفيذ من الالتزام الأصلي. ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين. ونشير إلى أنه إذا نفذ المدين التزامه تنفيذا معيبا لا يحقق الغاية المرجوة منه، لا يمكن للقاضي اعتباره تنفيذا للالتزام في جزء منه، فيستحق الشرط الجزائي كله، احتراما لاتفاق الطرفين. أما إذا كان هذا العيب غير جسيم، وكان الشرط الجزائي المقدر كتعويض عنه مفرطا في التقدير، جاز للقاضي تخفيضه إلى الحد المناسب وفقا لما سبق بيانه.¹

3- حالة تسبب الدائن في إطالة أمد النزاع بسوء نية:

وتقوم هذه الحالة على مبدأ التعسف في استعمال الحق². ذلك أن الدائن متى تسبب بسوء نية في إطالة أمد النزاع، فهو يتعسف في استعمال الإجراءات المقررة له قانونا، فبدل أن يقصد أقصر الطرق للوصول إلى حقه يعمد إلى إطالة أمد النزاع حتى يستغرق الشرط الجزائي، بأن يجعل الضرر متناسبا معه. وهذا ما أكدته المادة 187 من القانون المدني: "إذا تسبب الدائن بسوء نيته، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر".

وقد أورد المشرع هذا النص منعا لتعسف المدين في إطالة النزاع بدون مبرر، ونحن نرى أن هذه الحالة تتحقق إذا ما كان الشرط الجزائي مقورا كتعويض عن التأخر في تنفيذ الالتزام، ولا تشمل بالتالي حالة ما إذا اتفق عليه طرفا العقد كبديل عن استحالة تنفيذ الالتزام.

ذلك أنه في هذه الحالة الأخيرة يلزم القاضي بالحكم باستحقاق الشرط الجزائي كاملا دون تخفيض، متى تبين له استحالة تنفيذ الالتزام عينا متى حل أجله، وتحقق

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص78.

² وصنفت هذه الحالة من التعسف في استعمال الحق في صورة ما إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة غير مشروعة، لأن الأصل أن الدائن يستحق تعويضا يتناسب والضرر الذي لحق به فعليا، فمتى هدف إلى جعل الضرر اللاحق به أكبر من خلال إطالة أمد النزاع فهو يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهي استيفاء الشرط الجزائي بأكمله، فلا يخفضه القاضي.

الضرر المتوقع ، ولا يكون لإطالة أمد النزاع دخل في تخفيض الشرط الجزائي لأنه لا يكون للدائن أصلاً في هاته الحالة مصلحة في إطالة أمد النزاع.

ويشترط في إطالة أمد النزاع المخفض للشرط الجزائي أن يتم بسوء نية من الدائن بأن يعتمد ذلك ويقع على المدين عبء إثبات أن إطالة أمد النزاع هي بلا مبرر وكذا سوء نية الدائن.

ومتى تبين ذلك للقاضي قام بتخفيض التعويض الاتفاقي إلى حد معقول عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر. ونكون هنا أمام حالة خطأ مشترك بين المدين والدائن، فالمدين تأخر في الوفاء بالتزامه، والدائن أطال هذا التأخر بإطالة أمد النزاع. ويمكن للقاضي ألا يحكم بالشرط الجزائي أصلاً متى وصل خطأ الدائن جراء سوء نيته إلى حد استعراق خطأ المدين.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة للتشريعات المقارنة فقد أوردت هذا النص بمناسبة تعرضها لسريان الفوائد التأخيرية القانونية منها، أو الاتفاقية جراء التأخر في تنفيذ التزام محله مبلغ من النقود، ولم ترد بخصوص التعويض الاتفاقي المحدد مسبقاً، كما فعل المشرع الجزائري.

ب. سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:

جاء في نص المادة 185 من القانون المدني ما يلي: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

وعليه يتضح من هذا النص انه إذا زاد الضرر عن التعويض المقدر في الشرط الجزائي، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، حكم القاضي بالزيادة في التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع، ولا يمنعه من ذلك أن التعويض

مقدر في الشرط الجزائي ، لأن الدائن في اتفائه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطئه الجسيم.¹

وهنا تبرز وظيفة الردع للمسؤولية المدنية إلى جانب وظيفة الإصلاح. ويتمثل الردع في التفارقة بين مدين وآخر حسب جسامة الخطأ الصادر منه، وفي الارتفاع بالتعويض العادل أو الإصلاح إلى التعويض الكامل الذي يحقق وظيفة الردع وجبر الضرر.

ولكن إذا ما كان الشرط الجزائي أقل من مدى الضرر وبالتالي من التعويض الكامل، لم يجز المشرع للدائن للمطالبة بزيادة التعويض الاتفاقي إلى مستوى التعويض الكامل، طالما أن خطأ المدين كان يسيرا ، ولم يصل إلى درجة الغش أو الخطأ الجسيم. ويمكن تفسير هذا بأن الشرط الجزائي يكفي لجبر الضرر ولا يشترط أن يكون كاملا، إلا أنه حتى في حالة ما إذا كان الضرر الحقيقي يجاوز بكثير قيمة الشرط الجزائي، فلا يحق للدائن المطالبة برفعه، وهنا لا يمكن تفسير عدم رفع التعويض الاتفاقي إلى التعويض الكامل بأن إرادة الدائن قد اتجهت مسبقا إلى قبول تعويض محدد، لأن مدى الضرر في هذه الحالة يكون قد تجاوز ما ارتضاه الدائن.

وإنما يفسر هذا بأن العدالة في التعويض توجب الاعتداد بهذا التعويض الاتفاقي بالنظر إلى ظروف التعاقد ومدى التزامات كل من الطرفين قبل الآخر، قد تحددت على ضوء قيمة الشرط الجزائي وبالتالي يكون التعويض الكامل غير عادل بالنسبة إلى هذه الظروف.

والخلاصة انه إذا كان الشرط الجزائي يشكل قيودا على حرية القاضي في تقدير قيمة التعويض إلا أن هذا القيد ترد عليه استثناءات وهي إمكانية تدخل القاضي في تعديل قيمة الشرط الجزائي بالزيادة أو النقصان وذلك تطبيقا لمبدأ العدالة وحماية الدائن من تعسف المدين.

¹ أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص 878.

المطلب الثاني: أثار التقدير القضائي للتعويض

إن القاضي وقبل حكمه بمبلغ التعويض عليه أن يراعي جملة من الاعتبارات، خاصة مسألة الوقت فما هو الوقت الذي يجب أن يراعيه القاضي عند إصدار حكمه هل هو وقت صدور الإخلال بالالتزام أم وقت رفع الدعوى أم وقت صدور الحكم؟.

كما أن هناك بعض الحالات التي يكون فيها الضرر متغيراً منذ وقوعه إلى غاية صدور الحكم فتبرز مسألة إعادة النظر في تقدير التعويض.

وللإجابة عن هذه الإشكالات نتناول في هذا المطلب وقت تقدير التعويض في الفرع الأول، وإعادة النظر في تقدير التعويض في الفرع الثاني.

الفرع الأول: وقت تقدير التعويض

إن مسألة تحديد الزمن الذي يقدر فيه التعويض تعد من المسائل المهمة التي يجب على القاضي أن يأخذها في عين الاعتبار، ولعل السبب الذي أضفى عليها تلك الأهمية يعود إلى أن محاكم الموضوع في أغلب الأحيان لا تبت في الدعاوي المعروضة عليها على وجه السرعة، بل قد تستمر لمدة ليست بالقصيرة سواء كان السبب في ذلك يعود لزحمة العمل القضائي اليومي أو لسبب يرجع للخصوم أنفسهم كعدم الحضور كعدم الحضور في اليوم المحدد للمرافعة... الخ.¹

لكل ما تقدم، وجدنا من الملائم أن نبحث في الوقت الذي يجب على القاضي مراعاته عند تقديره للتعويض، وقبل ذلك لا بد من الإشارة إلى التاريخ الذي ينشأ فيه الحق في التعويض مع عدم خلط هذه المسألة بوقت التقدير.

¹ سعدون العامري: تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص 204.

إن معرفة وقت نشأة الحق في التعويض يتوقف على طبيعة الحكم به، هل هو منشئ للحق أم كاشف له، فلو كان الحكم منشئاً للحق فذلك يعني أن الحق في التعويض لا ينشأ إلا من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً، أما لو كان الحكم كاشفاً - مقررًا - للحق فذلك يعني الحكم يكشف عن الحق في التعويض، على اعتبار أن الحق الموجود قبل صدور الحكم، وفي الحقيقة أن الحكم الصادر بالتعويض هو حكم مقرر وكاشف وليس حكماً منشئاً للحق لأن الذي ينشأ الحق في التعويض هو الضرر ومن تاريخ وقوعه يثبت الحق في التعويض عدا الحالة التي يكون فيها الاعذار واجبا فثبت الحق في التعويض من تاريخ الاعذار.¹

وإذا كان الحكم بالتعويض مقررًا للحق وليس منشئاً له، فما هو الوقت الذي يجب مراعاته عند الحكم بالتعويض هل هو وقت الإخلال بالالتزام، أم وقت الاعذار وفي الحالات التي يكون فيها الاعذار واجبا، أم وقت رفع الدعوى أم وقت إصدار الحكم؟. لما كانت الغاية من التعويض جبر الضرر قدر الإمكان، فإننا لا يمكن أن نتصور تحققها إلا إذا روعي عند تقدير التعويض وقت إصدار الحكم، ذلك لو تم تقديره في يوم وقوع الضرر أو أي وقت آخر، غير يوم إصدار الحكم، فان ذلك يؤدي إلى أن يتحمل الطرف المتضرر - الدائن - الفرق في قيمة الضرر خلال مدة الدعوى، فيكون من مصلحة محدث الضرر - المدين - إطالة أمد النزاع إلى أقصى مدة ممكنة، أما لو قدر التعويض وقت صدور الحكم فان محدث الضرر وحده هو الذي يتحمل التغير في قيمة الضرر.²

فلا يكون التعويض متكافئاً مع الضرر إلا إذا قدرت قيمته وقت إصدار الحكم بصرف النظر عن قيمة الضرر وقت وقوعه أو في أي وقت آخر.³

¹ عبد المنعم البدر ابي: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مطبعة الجامعة، 1976، ص 73.

² سعدون العامري، المرجع السابق، ص 205.

³ عبد الباقي البكري: شرح القانون المدني العراقي، الجزء الثالث، أحكام الالتزام، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، 1980، ص 145.

وقد اتجه المشرع الجزائري إلى جعل وقت إصدار الحكم هو الوقت المعول عليه لتقدير التعويض، فقد نصت المادة 131 من القانون المدني على أنه : " يقدر القاضي التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

يفهم من نص المادة أن القاضي عند تقديره للتعويض عن الضرر الذي لحق الدائن فإن الوقت الذي يبني عليه حكمه هو وقت صدور الحكم، فإن لم يتبين له وقت صدور الحكم مدى الضرر فإنه يحتفظ للمضروب حقه في المطالبة بإعادة النظر في قيمة التعويض المحكوم به.

ولكن هنا يجب أن نأخذ بعين الاعتبار حالة تعدد المتضرر المماثلة لتأخير صدور الحكم لغرض الحصول على مبلغ أعلى مما كان سيحصل عليه، وهذه الحالة جاء النص عليها في المادة 187 من القانون المدني: "إذا تسبب الدائن بسوء نيته، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر".

يفهم من نص المادة أنه في حالة تعدد الدائن إطالة أمد النزاع أثناء المطالبة بحقه بنية الحصول على مبلغ تعويض أكبر، فإن المتضرر يعد مخطئاً ويجب على المحكمة أن تأخذ ذلك بعين الاعتبار عند تقدير التعويض ولا تعتد بوقت صدور الحكم وإنما بالوقت الذي كان من الممكن أن يصدر فيه لولا مماثلة المتضرر.¹ فللقاضي في هذه الحالة أن يخفض في مبلغ التعويض المتفق عليه أو لا يحكم به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بدون مبرر.

¹سعدون العامري، المرجع السابق، ص 207.

الفرع الثاني: إعادة النظر في تقدير التعويض

إن مسألة إعادة النظر في تقدير قد لا تظهر أهميتها في الحالة التي يكون فيها الضرر الذي أصاب الدائن قد استقر بصورة نهائية واكتملت جميع عناصره التي تمكن القاضي من تقدير التعويض المقابل له، بل في الحالة التي يكون فيه الضرر متغيرا. والمقصود بالضرر المتغير هو ذلك الضرر الذي يزداد أو ينقص بمرور الزمن وخلال الفترة التي تعقب وقوعه إلى حين النطق بالحكم.

وقد عالجت المادة 131 من القانون المدني حالة الضرر المتغير، حيث نصت: "...فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير". فلو كان الضرر متغيرا بحيث يتعذر على القاضي تحديد مقدار التعويض المقابل له، فهو إما أن يؤجل نظر الدعوى حتى تتحقق العناصر التي تمكنه من تقدير الضرر وأن يحكم للطرف المتضرر بتعويض مؤقت ويحتفظ له في أن يطلب إعادة النظر في تقدير التعويض ليحكم له بتعويض تكميلي، ولكن ما هو مدى تأثير ذلك على مبدأ قوة الشيء المحكوم فيه؟.

مما لا شك فيه أن مسألة إعادة النظر في تقدير التعويض تحتل أمرين: أولهما أن يطلب الطرف المتضرر الحكم له بتعويض تكميلي لحصول زيادة في مقداره، وثانيهما أن يطلب المسؤول تخفيض التعويض الذي حكم به على اعتبار أن مقدار الضرر قد نقص.

من الطبيعي أن الحالة التي يطلب فيها الدائن الحكم له بتعويض تكميلي نتيجة لزيادة الضرر لا تشكل مساسا بقوة الشيء المحكوم فيه فالأمر يتعلق بدعوى مستقلة موضوعها يختلف عن موضوع الدعوى الأولى والذي استجد بعد الحكم في الدعوى الأولى . دعوى التعويض المؤقت . لذا تكون احدهما مستقلة عن الأخرى .

أما بالنسبة للحالة التي ينقض فيها مقدار الضرر أو يخف فهي تشكل مساسا بقوة الشيء المحكوم فيه فدعوى المطالبة بتخفيض التعويض بحجة أن الضرر قد خفت وطأته، لا تقوم على أساس أن الضرر الذي اعتبره القاضي واقع فعلا أو محقق الوقوع مستقبلا لم يقع وفي ذلك نسبة خطأ للقضاء وبالتالي يعد مساسا بقوة الشيء المقضي فيه¹ لذا وأمام هذا الحاجز الذي يقف بوجه المدين، تظهر أهمية انتباه القاضي وعدم مغالاته في تقدير التعويض عن الضرر الذي تخف حدته وبذلك نكون قد تجنبنا مسألة إعادة النظر في تقدير التعويض .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى انه ليس من المقبول عدالة أن تقف حجية الشيء المقضي فيه أمام المسؤول للمطالبة باستعادة جزء من التعويض الذي دفعه لكون أن الضرر قد خف أو زال، ويقترح ضرورة تدخل المشرع بنص تشريعي لإعطاء المسؤول الحق في رفع الدعوى للمطالبة بإعادة النظر في تقدير التعويض في حالة زوال الضرر أو نقصانه ما دام بإمكان المتضرر أن يطالب بذلك في حالة تقادم الضرر وذلك مراعاة للمساواة بين مركزي المسؤول والمتضرر.²

والرأي الراجح هو أن مسألة المطالبة بتخفيض التعويض هي مسألة تتعارض مع مبدأ قوة الشيء المحكوم فيه وفيها تشكيك بقدره القضاء، وهو أمر غير جائز فإذا أمكن

¹مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطبعة الاعتماد، القاهرة، 1944، ص 310.
²سعدون العامري، المرجع السابق، ص 213.

المتضرر أن يطالب بزيادة مقدار التعويض لزيادة الضرر فليس بإمكان المسؤول . محدث الضرر، المطالبة بإنقاص التعويض استنادا إلى أن الضرر قد زال أو خفت حدته. والخلاصة التي نتوصل إليها هي أن الجهة المختصة بتقدير التعويض هي الجهة القضائية ممثلة في القاضي الذي يملك سلطة تقديرية لتحديد مقدار التعويض وفقا للقواعد القانونية، مع مراعاة التقدير القانوني وفقا للنصوص القانونية الواردة في هذا الشأن، كما يجب على القاضي مراعاة ما تم الاتفاق عليه مسبقا بين أطراف العقد من تحديد لهذه القيمة تبعا للشرط الجزائي، وفي هذه الحالة الأخيرة فإن القاضي ملزم بتطبيق مبدأ العدالة بين أطراف العقد من خلال مراجعة قيمة الشرط الجزائي المنفق عليه إما بزيادته أو إنقاصه حسب الحالة.

الكتابة

بعد دراستنا لأحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية ، نقول أن المشرع الجزائري أولى عناية بالغة لهذا الموضوع، من خلال نصوص المواد من 176 إلى 184 من القانون المدني. فالعقد يعتبر كالقانون فيما بين المتعاقدين فيما يتعلق بقوته الإلزامية، فلا يستطيع المتعاقد أن يتحلل من قيوده بإرادته المنفردة، كما لا يمكنه أن يدخل تعديلات على بنوده أيا كان نوعها أو أهميتها، ويسري هذا الحكم أيضا على القاضي، فلا يجوز له المساس بمضمون العقد، فقد نصت المادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

والمادة 106 هي تطبيق صريح لمبدأ سلطان الإرادة الذي ينتج عنه من جهة عدم إمكانية نقض أو تعديل بنود العقد بالإرادة المنفردة، ومن جهة أخرى إلزامية تنفيذ محتوى العقد، وفي حالة عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه الوارد في العقد أو تأخره في التنفيذ، وسبب بذلك ضررا للطرف الأخر، تقوم هنا المسؤولية العقدية التي ينتج عنها إلزامية تعويض الطرف المتضرر.

والتعويض هو حق يثبت للدائن في مواجهة المدين عند تحقق أركان المسؤولية، ويراعى في تقديره ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، وقد يأخذ التعويض صورة نقدية أو أي ترضية أخرى مساوية للمنفعة التي كان سينالها الدائن لو لم يتم الإخلال بالالتزام.

ويشترط لاستحقاق التعويض توافر جملة من الشروط الموضوعية المتعلقة بأركان المسؤولية العقدية من خطأ عقدي وضرر وعلاقة سببية، وكذا لا بد من توافر الشروط الشكلية وهي الاعذار وعدم وجود اتفاق مسبق على الإعفاء من المسؤولية العقدية.

والأصل أن القاضي هو الذي يقدر التعويض بناء على سلطته التقديرية، غير أن التعويض قد يكون محدد مسبقاً إما بنص قانوني، أو باتفاق بين الأطراف في صورة شرط جزائي، هذا الأخير الذي يأتي إما في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق.

غير أن السلطة الممنوحة للقاضي في تقدير التعويض ليست سلطة مطلقة، بل أنها مقيدة بمجموعة من القيود التي يجب على القاضي مراعاتها عند إصدار حكمه بالتعويض، هذه القيود منها ما يتعلق بطلبات الخصوم، ومنها ما يتعلق بالتعويض المحدد قانوناً، وكذا حالة الخطأ المشترك، والتقدير الاتفاقي للتعويض. فلا يمكن للقاضي أن يحكم بغير ما طلبه الخصوم، ولا يجوز له مخالفة ما ورد في القانون من تقدير للتعويض، كما لا يمكنه مخالفة ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف من خلال تحديدهم للشرط الجزائي.

غير أنه في حالة وجود الشرط الجزائي، منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية للتدخل في تعديله إما بالزيادة أو النقصان حتى لا يتحول الشرط الجزائي إلى أداة للاستغلال، ففي سلطة القاضي الضمان الكافي ليؤدي التعويض الاتفاقي وظيفته التي شرع من أجلها.

ولما كانت الغاية من التعويض جبر الضرر قدر الإمكان، فإننا لا يمكن أن نتصور تحققها إلا إذا روعي عند تقدير التعويض وقت إصدار الحكم، ذلك لو تم تقديره في يوم وقوع الضرر أو أي وقت آخر، غير يوم إصدار الحكم، فإن ذلك يؤدي إلى أن يتحمل الطرف المتضرر - الدائن - الفرق في قيمة الضرر خلال مدة الدعوى، فيكون من مصلحة محدث الضرر - المدين - إطالة أمد

النزاع إلى أقصى مدة ممكنة، أما لو قدر التعويض وقت صدور الحكم فإن محدث الضرر وحده هو الذي يتحمل التغيير في قيمة الضرر.

فلا يكون التعويض متكافئاً مع الضرر إلا إذا قدرت قيمته وقت إصدار الحكم بصرف النظر عن قيمة الضرر وقت وقوعه أو في وقت آخر.

وفي حالة الضرر المتغير الذي يزداد أو ينقص بمرور الزمن وخلال الفترة التي تعقب وقوعه إلى حين النطق بالحكم، فقد منح المشرع للدائن في هذه الحالة إمكانية رفع دعوى أخرى للمطالبة بزيادة قيمة التعويض في حالة زيادة الضرر، وهي تعتبر دعوى مستقلة لا علاقة لها بالدعوى الأخرى ولا تشكل مساساً بحجية الشيء المقضي فيه، أما في حالة نقص الضرر فلا يملك المدين الحق في رفع دعوى للمطالبة بإعادة النظر في قيمة التعويض على أساس أن الضرر قد نقص أو زال نظراً لما تشكله هذه الحالة من مساس بحجية الشيء المقضي فيه.

وبعد انتهائنا من دراسة موضوع أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، خلصنا إلى جملة من النتائج نوردتها في الآتي:

- إن التعويض هو حق للدائن والتزام للمدين، يثبت في ذمتها عند الإخلال بالالتزام، ويكون إما نقدي وإما في شكل ترضية أخرى مساوية للمنفعة التي كان سينالها الدائن لو لم يتم الإخلال بالالتزام، و لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية لا بد من توافر جملة من الشروط منها ما يتعلق بركان المسؤولية العقدية من خطأ عقدي، وضرر، وعلاقة سببية، وشروط أخرى تتعلق بطبيعة القواعد التي تحكم المسؤولية العقدية تتمثل في الاعذار وكذا عدم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية.

وعند تفصيلنا لهذه الشروط تبين لنا انه طبقا لأحكام المادة 176 قانون مدني جزائري، فان ما يعتبر خطأ عقدي في نظر المشرع الجزائري، هو عدم تنفيذ الالتزام سواء كان عدم التنفيذ كلي أو جزئي، وكذا التأخر في التنفيذ، وبالتالي حصر المشرع الجزائري أوجه الخطأ العقدي في وجهين لا ثالث لهما، متناسيا بذلك التنفيذ المعيب للالتزام وما يمكن أن يسببه من أضرار خاصة أن هذه الصورة من صور الخطأ تكثر في عقود المقاوله وكذا عقد البيع حسب العينة.

- كما أن القانون الجزائري على غرار كل التشريعات الأخرى اعتبر أن الضرر شرط أساسي لاستحقاق التعويض، باعتباره ركن من أركان المسؤولية العقدية، على غرار المسؤولية التقصيرية، بحيث أن الضرر هو المحرك الأساسي للتعويض، ويدور معه وجودا وعدما.

وجعل المشرع الجزائري التعويض مستحقا في المسؤولية العقدية عن كل ضرر مباشر على غرار المسؤولية التقصيرية، ويعتبر الضرر مباشرا حسب المادة 169 قانون مدني جزائري متى ما كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء أو التأخر فيه، ويكون الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

وحسب رأينا وفق المشرع الجزائري في التعبير عن الضرر المباشر، باستعمال عبارة " نتيجة طبيعية "، فهي أمعن وابلغ في الدلالة من العبارة التي استخدمها المشرع الفرنسي، بحيث أن هذا الأخير استعمل " النتيجة الحالة المباشرة".

وإذا كان التعويض عن الضرر المباشر فقط فإن ذلك يكون مقتصرًا على الضرر المباشر المتوقع في المسؤولية العقدية، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن كل الضرر المباشر متوقعًا كان أو غير متوقع .

هذا وإذا كانت مسؤولية المدين العقدية مقتصرة على الضرر المباشر المتوقع فإن ذلك مرتبط بعدم صدور غش أو خطأ جسيم من طرفه. لأنه في هذه الحالة الأخيرة يعتبر المدين مسؤولًا عن ضرره المباشر المتوقع أو غير المتوقع. ونجد النص على ذلك في المادة 2/182 قانون مدني جزائري: " غير انه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

كما يشترط في الضرر المستحق للتعويض في المسؤولية العقدية أن يكون محققًا، أي وقع فعلا أو محقق الوقوع، وأن يكون قد أصاب الدائن شخصيا، ولم يسبق تعويضه، وهذا تماشيا مع أحكام المسؤولية التقصيرية.

- أن التعويض يشمل كل ما أصاب الدائن من ضرر سواء كان مادي أو معنوي، فالمشرع الجزائري لم يمانع من تعويض الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية حتى وإن كان نادر الحدوث.

وإن تقدير التعويض عن الضرر المعنوي لا يشمل عناصر تقدير التعويض المعروفة من خسارة تلحق بالدائن وما فاتته من كسب، وإنما يقدر دفعة واحدة دون مراعاة هذه العناصر.

- تناول المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات مسألة تقدير التعويض كجزء لقيام المسؤولية العقدية، من خلال ربطها بثلاث مصادر للتقدير حسب المادة 182 من التقنين المدني وهي القانون، الاتفاق، القاضي.

وباعتبار أن القاضي هو الذي يحكم بالتعويض في حالة نشوء النزاع سواء كان تقدير هذا التعويض قانونيا أو إتفاقيا، أو تركت له الحرية في تقديره، فقد كان هو محور تقسيم الدراسة، ففي الحالتين الأولى والثانية يكون تقدير التعويض ملزما له، وفي الحالة الثالثة يكون حرا في تقديره مع مراعاة القيود الواردة على هذه الحرية.

ففي التقدير القانوني للتعويض يقوم المشرع بوضع أحكام وقواعد يسمح تطبيقها بالوصول إلى مبلغ معين يكون، هو التعويض ويكون هذا المبلغ جزافيا دون أن يكون بالضرورة جابرا للضرر.

كما قد يعمد إلى تحديد المسؤولية في بعض الأحوال التي تفرضها ضرورة مراعاة الجانب الاقتصادي للمسؤول عن تعويض الأضرار، نظرا لتمييز هته الأضرار في هته الأحوال بالطابع الاستثنائي، فيقوم المشرع بوضع سقف لا يمكن أن يتجاوزه التعويض، ولو بلغ الضرر حدا يفوق هذا التقدير ويكون هذا التحديد أيضا ملزما للقاضي.

وقد يترك المشرع المجال مفتوحا أمام الأفراد، فيسمح لهم بوضع تعويض مسبق، فقد أجاز القانون للمتعاقدین اللجوء إلى تقدير مسبق للتعويض في العقد الذي يرتب التزاماتها المتبادلة، في حالة استحالة تنفيذها من قبل المدين أو التأخر في ذلك وهو ما يعرفه الفقه بالشرط الجزائي. ويشترط لاستحقاق هذا الشرط الجزائي ما يشترط لقيام المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية من جهة

ومن جهة ثانية وجوب إعدار المدين بتنفيذ التزامه، ولا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي غير ممكن عينياً، وهو يتبعه في صحته وفي بطلانه.

ومتى توافرت جميع هته الشروط كان الشرط الجزائي ملزماً للقاضي يتعين عليه الحكم به دون زيادة أو نقصان وهذا هو الأصل إلا أنه يجوز له استثناء الخروج على هذا الأصل، باستبعاد الشرط الجزائي كله إذا تبين له أن الدائن لم يلحقه ضرر، كما له أن يخفضه إذا ثبت أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ولا يجوز للقاضي الزيادة في مقداره إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، وفقاً لما بيناه في هذه الدراسة.

ومتى زالت هته القيود فلم يوجد نص أو اتفاق بتقدير التعويض، أطلقت يد القاضي في تقديره وسلطته في هذا الصدد واسعة، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه من حيث تحديد قيمة التعويض، إلا أن هذه السلطة تحكمها ضوابط إذ أنه يجب على القاضي أن يحدد الأضرار التي يقوم بالتعويض عليها من حيث نوعها وشروطها. وكذا عليه التقيد بطلبات الخصوم، وما ورد من تحديد للتعويض سواء في القانون أو الشرط الجزائي، مع مراعاة حالة الخطأ المشترك.

من خلال كل النتائج المتوصل إليها فإننا نخرج بالتوصيات التالية:

1. من خلال نص المادة 176 قانون مدني جزائري تبين لنا أن أسباب استحقاق التعويض هي عدم تنفيذ الالتزام، و التأخر في تنفيذه، إلا أننا نرى من الممكن إضافة سبب ثالث وهو التنفيذ المعيب، أي أن ينفذ المدين التزامه بغير تلك الصورة المتفق عليها سواء كان التنفيذ قد تم بصورة أفضل أو أسوأ مما هو

متفق عليه، وندعو المشرع الجزائري إلى تعديل نص المادة كما سبقت الإشارة بحيث تكون كالتالي: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه، أو نفذه تنفيذا معيبا".

2. كذلك نجد أن كل التشريعات اعتبرت الضرر شرطا أساسيا لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية، لكننا نقول أنه في رأينا لا يمكن منح التعويض في المسؤولية العقدية بناء على ما لحق المدين من ضرر، ذلك أن العلاقة التي تربط الطرفين هي علاقة عقدية، واستحقاق التعويض يكون نتيجة الإخلال بهذه العلاقة دون انتظار ما قد يلحق المدين من ضرر، وهذا تطبيقا لقاعدة القوة الملزمة للعقد، وحمل الأفراد على احترام ما يبرمونه من عقود، فكان الأجر بالمشرع الجزائري أن يستبعد الضرر كشرط لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية، وبالتالي استبعاده كركن لقيام المسؤولية العقدية وذلك تمييزا لها عن المسؤولية التقصيرية، فبالرغم من وحدة المسؤولية إلا أنه تبقى المسؤولية العقدية ناتجة عن الإخلال بالتزام عقدي الذي يوجب القانون احترامه وتنفيذه حسب ما تم الاتفاق عليه، أما المسؤولية التقصيرية ناتجة عن الإخلال بواجب قانوني.

3. أنه بالنسبة للتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية كان يفترض في المشرع الجزائري أن يضمن أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية نص صريح يوجب فيه ضرورة التعويض عن الضرر المعنوي وليس بنص غير مباشر كما جاء في المادة 182 مكرر والمادة 131 من القانون المدني.

4. انه عند النص على سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، جاء في المادة 184 أن الشرط الجزائي لا يكون مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، وبالتالي أعطى المشرع للقاضي سلطة في تعديل الشرط الجزائي إلى درجة إلغائه في حالة إثبات عدم وجود ضرر، وهذا في رأينا مخالف للتوصية السابقة التي اشرنا إليها، فيما يخص الضرر كشرط لاستحقاق التعويض، فلا نقاش حول السلطة التي منحها القانون للقاضي لمراقبة الشرط الجزائي لتعديله سواء بالزيادة أو النقصان، وذلك لمنع الأفراد من المبالغة في وضعه، وكذا حماية للطرف حسن النية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، غير انه في رأينا لا يمكن للقاضي إلغاء الشرط الجزائي حتى في حالة عدم وجود ضرر، وهذا تحميلا للأطراف على احترام تنفيذ العقد في جميع الظروف، وحتى لا يتوقع احد الأطراف إمكانية إفلاته من المسؤولية العقدية على أساس عدم حدوث ضرر، ذلك أنه بالنص على خلاف هذا يمكن أن يتملص المتعاقد مما التزم به في أي وقت خاصة إذا تأكد أنه لا يمكن أن يحدث للطرف الآخر ضرر.

5. فيما يتعلق بجواز الإعفاء من المسؤولية العقدية، فمن خلال نص المادة 178 قانون مدني نجدها تضمنت جواز الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالة عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى، هذا الأخير الذي يعتبر حالة من حالات الإخلال بالالتزام العقدي، متناسيا المشرع بذلك حالة التأخر في التنفيذ المنصوص عليها في المادة 176 قانون مدني، وبذلك نقترح تعديل نص المادة 178 كالتالي: "...كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على إخلاله بالعقد إلا ما ينشا عن غشه أو خطئه الجسيم".

وبذلك يكون المشرع قد ضمن حالات الإخلال بالالتزام العقدي سواء عدم تنفيذه أو التأخر فيه، أو تنفيذه تنفيذا معيبا.

الألف

الملخص

التعويض هو حق مقرر للدائن في مواجهة دائنه عند اجتماع أركان المسؤولية، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، إضافة إلى عدم وجود شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، مع مراعاة ما لحق الدائن خسارة وما فاتته من كسب.

والأصل أن القاضي هو الذي يقدر التعويض بناء على سلطته التقديرية، بشرط أن لا يكون التعويض محدد مسبقاً إما بنص قانوني، أو عن طريق الشرط الجزائي.

Résumé

Le dommage et intérêt est un droit destiné au créancier à l'égard de son débiteur lors de réunion des éléments constitutifs de la responsabilité, dont la faute, le préjudice, le lien de causalité, la mise en demeure et le manque d'une cause limitative de la responsabilité contractuelle tout en prenant en considération la perte subie et le gain perdu.

Selon la règle, c'est le magistrat qui estime le dommage et intérêt à la base de son pouvoir discrétionnaire, à condition que le dommage et intérêt ne soit pas définie préalablement par un texte juridique ou par une clause pénale.

قائمة المصادر والمراجع

1- قائمة المصادر:

1. الأمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتعلق بقانون الأسرة.
2. الأمر رقم 69.73 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية.
3. الأمر رقم 80.76 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المعدل والمتمم بالقانون رقم 98.05 المؤرخ في 25 جوان 1998 المتعلق بالقانون البحري.
4. الأمر رقم 95.07 المؤرخ في 25 يناير 1995، معدل ومتمم بالقانون رقم 04.06 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالتأمينات.
5. القانون رقم 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.
6. القانون رقم 08.09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
7. القانون رقم 98.06 المؤرخ في 27/06/1998 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني.
8. القانون رقم 83 - 13 المؤرخ في 02 / 07 / 1983 المعدل والمتمم بالأمر رقم 96 - 19 المؤرخ في 06 / 07 / 1996. المتعلق بحوادث العمل و الأمراض المهنية.
9. الأمر رقم 74 - 15 الصادر بتاريخ 30/01/1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات، وبنظام التعويض عن الأضرار المادية و الجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات.

2- قائمة المراجع:

1. قائمة الكتب:

• قائمة الكتب باللغة العربية:

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار الجامعة، الإسكندرية، 1982.
2. إبراهيم سيد احمد، التعويض الاتفاقي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
3. أبي حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء الأول، دار المعرفة، بيروت 1979.
4. احمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2011.
5. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، 1988.
6. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة لقانون العقوبات الجديد، الطبعة 04، دار المعارف مصر، 1962.
7. الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء الثاني، 1952، مطبعة مصطفى البابي، مصر.
8. أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1974.
9. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
10. حسن احمد الشافعي، المسؤولية في المنافسات الرياضية المحلية والدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

11. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية، مطبعة حداد، البصرة، 1968.
12. حسن حنتوش رشيد الحساوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، طبعة 1999.
13. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، الطبعة الأولى، 2006، دار وائل للنشر، الأردن.
14. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، طبعة 1976، مطبعة الجامعة، المستنصرية.
15. حسن علي الذنون، محاضرات في القانون المدني، نظرية العقد، 1956.
16. حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
17. حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر.
18. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى القاهرة، 1949.
19. حمدي باشا عمر، القضاء المدني، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
20. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة، 1976.
21. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية.
22. زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

23. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981.
24. سعيد احمد شعلة، قضاء النقص المدني في المسؤولية والتعويض، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقص خلال 72 عاما من 1931 إلى 2002، طبعة 2003، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية.
25. سعيد السيد قنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية، دراسة مقارنة، دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقات الدولية، طبعة 2004، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
26. سليمان مرقس، المسؤولية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، مطبعة الجيلوي، القاهرة، 1971.
27. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، 1957.
28. سمير السيد، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية.
29. شريف الطباخ، التعويض في المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2008.
30. شريف عمار، التعويض عن الإخلال بالعقد، التطبيق العملي للمسؤولية المدنية، طبعة 2008، دار الفكر والقانون، المنصورة.
31. طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، أطروحة الدكتوراه الجامعية، جامعة باريس للحقوق والاقتصاد والعلوم الاجتماعية. 1974.
32. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الطبعة الأولى، مطبعة عويدات، بيروت، 1983.
33. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، تنفيذ الالتزام، الجزء الثالث، مطبعة الزهراء، بغداد، 1970.

34. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول في مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 1971.
35. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني الإثبات وأثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، 1971.
36. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس، دار إحياء التراث العربي.
37. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الطبعة الثالثة، 1977.
38. عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، مطبعة الجامعة، 1976.
39. عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
40. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1994.
41. علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، 2007.
42. محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، طبعة 2002، منشأة المعارف، الإسكندرية.
43. محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 1986.
44. محمد حسنين، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1983.

45. محمد شتا أبوسعده، الشرط كوصف للتراضي، دار الجامعة للنشر، القاهرة، 1980.
46. محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001.
47. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، 2004، دار الهدى، الجزائر.
48. محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2002.
49. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة.
50. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطبعة الاعتماد القاهرة، 1944.
51. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998.
52. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996.
53. منير قرمان، التعويض المدني في الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
54. نشأت احمد نصيف الحديثي، العقوبة السالبة للحرية القصيرة الأمد وبدائلها، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1988.

55. نصير صبار لفته الجبوري، التعويض العيني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
56. وهبة الزحلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1970.

• قائمة الكتب باللغة الأجنبية:

1. Colin et Henri Capitant, Traite de droit Civil, Tome 2, Paris, librairie Dalloz, 1959.
2. Henri et Leon- Jean Mazeaud, Leçons de droit Civil, Tome 1 ,troisième édition, Paris, 1966.
3. Lucienne Ripert: La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, thèse, Paris, 1933.
4. Ripert (G.) et Boulanger: Traite élémentaire de droit civil de Planiol, tome 2, 4 Edition, 1952.
5. RAYNAUD, Cours de droit civil, polycopié, Paris, année 1961-1962.
6. Savatier, Traite de la responsabilité civil en droit Français, tome 2, deuxième Edition, Paris, 1951.

2. المقالات:

1. احمد شوقي شرف الدين، عناصر الضرر الجسدي وانتقال حق التعويض عنها إلى شخص آخر غير المضرور، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مصر، السنة 22، العدد 4، 1987.

3. المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية، عدد خاص لسنة 2003.
2. مجلة الاجتهاد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية.

4. رسائل الماجستير:

1. طارق محمد مطلق أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني - مقارنة دراسة - قدمت هذه الأطروحة إستكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، في نابلس فلسطين، 2007.
2. فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون لمسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2003.

الفهرس

الفهرس

01مقدمة
06الفصل الأول: ماهية التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية
07المبحث الأول: مفهوم التعويض عن الضرر وعناصره
08المطلب الأول: مفهوم التعويض
08الفرع الأول: تعريف التعويض
08اولا: التعويض لغة
08ثانيا: التعويض شرعا
10ثالثا: التعويض فقها
12الفرع الثاني: تمييز التعويض عن المفاهيم المشابهة له
13اولا: تمييز التعويض عن العقوبة الجنائية
16ثانيا: تمييز التعويض عن الغرامة المدنية
16ثالثا: التعويض المدني والغرامة التهديدية
19المطلب الثاني: عناصر التعويض عن الضرر
19الفرع الاول: ما لحق الدائن من خسارة
21الفرع الثاني: ما فات على الدائن من كسب
23المبحث الثاني: انواع التعويض وشروط استحقاقه
24المطلب الاول: انواع التعويض
24الفرع الاول: التعويض العيني
25اولا: الاتجاه الرافض للتعويض العيني
28ثانيا: الاتجاه المؤيد لفكرة التعويض العيني
31الفرع الثاني: التعويض بمقابل
31اولا: التعويض النقدي
32ثانيا: التعويض غير النقدي

34	المطلب الثاني: شروط استحقاق التعويض في المسؤولية العقدية.....
35	الفرع الاول: الشروط الموضوعية لاستحقاق التعويض.....
35	اولا: الخطا العقدي.....
46	ثانيا: الضرر.....
59	ثالثا: العلاقة السببية.....
61	الفرع الثاني: الشروط الشكلية لاستحقاق التعويض.....
62	اولا: الاعذار كشرط لاستحقاق التعويض.....
65	ثانيا: عدم وجود اتفاق مسبق على الاعفاء من المسؤولية.....
70	الفصل الثاني: تقدير التعويض في المسؤولية العقدية.....
71	المبحث الاول: التقدير الاتفاقي والقانوني للتعويض.....
72	المطلب الاول : التقدير الاتفاقي للتعويض.....
72	الفرع الاول: مفهوم الشرط الجزائي.....
73	اولا: تعريف الشرط الجزائي.....
75	ثانيا: اهمية الشرط الجزائي.....
77	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.....
77	اولا: تمييز الشرط الجزائي عن الاوضاع القانونية المشابهة له.....
83	ثانيا: خصائص الشرط الجزائي.....
87	المطلب الثاني: التقدير القانوني للتعويض في المسؤولية العقدية.....
87	الفرع الاول: تعريف التقدير القانوني للتعويض.....
91	الفرع الثاني: مجالات تطبيق التقدير القانوني للتعويض.....
91	اولا: التحديد القانوني للتعويض في مجال عقد النقل الجوي.....
93	ثانيا: التحديد القانوني للتعويض في مجال عقد النقل البحري.....
96	المبحث الثاني: التقدير القضائي للتعويض في المسؤولية العقدية.....
97	المطلب الاول: سلطة القاضي في تقدير التعويض في المسؤولية العقدية.....
98	الفرع الاول: التعويض الكامل والتعويض العادل.....

99اولا: التعويض الكامل
100ثانيا: التعويض العادل
102الفرع الثاني: حدود سلطة القاضي في تقدير التعويض
102اولا: طلبات الخصوم
103ثانيا: التعويض المحدد قانونا
104ثالثا: حالة الخطا المشترك
105رابعا: التقدير الاتفاقي للتعويض
115المطلب الثاني: اثار التقدير القضائي للتعويض
116الفرع الاول: وقت تقدير التعويض
118الفرع الثاني: اعادة النظر في تقدير التعويض
121الخاتمة
131الملخص
132قائمة المراجع
140الفهرس