

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية - أدرار

كلية الحقوق والعلوم السياسية

# التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري

القانون مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون

" فرع القانون الخاص الأساسي "

من إعداد الطالبة: بيطار صابرينة تحت إشراف: أ.د. كيجل كمال

## أعضاء لجنة المناقشة

أ. د. المصري مبروك	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	رئيساً
أ. د. كيجل كمال	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	مشرفاً ومقرراً
أ. د. باموسات عبد الوهاب	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	عضواً مناقشاً
د. مغني دليلة	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة أدرار	عضواً مناقشاً
د. فتاحي محمد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة أدرار	عضواً مناقشاً

تاريخ المناقشة: 12 / 05 / 2015

## إهداء

أهدي دراستي هذه إلى والدي ووالدتي أطال الله في عمرهما وإلى إخوتي وأخواتي وأزواجهم وإلى جميع أقاربي.

## كلمة شكر

الحمد والشكر لله العلي القدير الذي زودني بالصبر الجميل لإتمام هذه الدراسة.

أتقدم بجزيل الشكر وكثير الامتنان إلى أستاذي الفاضل البروفسور كیحل كمال لتفضله بالإشراف على هذه الدراسة وما بدل من جهد وعلى ما قدم لي من نصائح وإرشادات مكنتني من تخطي ما اعتترضني من مصاعب أثناء تحضير لي هذه الدراسة.

كما أتقدم بخالص الشكر إلى الأستاذ حافظ جمال على ما قدم لي من دعم.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للسادة أعضاء لجنة المناقشة الموقرين لقبولهم مناقشة هذه الدراسة وعلى ما سيبدونه من ملاحظات.

قائمة المختصرات المستخدمة في الدراسة:

ج: الجزء.

ج.ج: الجمهورية الجزائرية.

ج.ر: الجريدة الرسمية.

س: السنة.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

ف: الفقرة.

ق.إ.ج: قانون الإجراءات الجزائية.

ق.إ.م: قانون الإجراءات المدنية.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

ق.م.م: القانون المدني المصري.

ك: الكتاب.

م: مدني.

مج: المجلد.

هـ: الهامش.

***Principales abréviations:***

**N°** : Numéro

**Op.cit** : Ouvrage Précédemment cite

**P** : Page

# مقدمة

## المقدمة

على الرغم من الأهمية البالغة للمسؤولية المدنية في الفكر القانوني، إلا أن موضوعاتها المتعددة والمتنوعة لم تحظ جميعها بنفس القدر من الدراسة. فإذا نالت بعض مسائلها خصوصاً المتعلقة بمصادرها وأسباب قيامها وأركانها ما تستحقه من بحث، إلا أن البعض الآخر لم ينل ذلك القدر من الاهتمام على الرغم من أهميته البالغة.

كما أن موضوعات المسؤولية المدنية مهما حظيت بالبحث والدراسة، تبقى بحاجة لتعمق أكثر لتلتمس ما يطرأ عليها من تطور أياً كان النطاق الذي تظهر فيه. ويأتي في مقدمة هذه الموضوعات موضوع التعويض الذي يعتبر الأثر الأول والأهم لثبوت مسؤولية أي شخص، والذي يتم به جبر ما أصاب الآخرين من ضرر، وعن طريقه تخفف الآلام عنهم.

فبالرغم من قيام وظيفة التعويض سابقاً في كل من القانونين الروماني والفرنسي القديم على فكرة العقاب، إلا أنها تطورت من وظيفة عقابية ردعية، إلى وظيفة إصلاحية تعويضية هدفها جبر الضرر الذي أصاب المضرور وليس معاقبة محدثه.

لكن حتى يمكن الحكم بتعويض للمضرور وإزالة ما أصابه من ضرر بسبب تخلف المسؤول عن تنفيذ التزامه عينا على الوجه المطلوب، أو بتأخره في القيام بالتنفيذ، أو إخلاله بواجب عام مفروض على الكافة، ينبغي أن تتوفر شروط معينة، ومتى توافرت هذه الشروط تولى القاضي تقدير التعويض محددًا طريقته ومقداره.

إلا أن تقدير التعويض وإذا كان يتم في الأصل قضائياً أي بواسطة القاضي، فإنه لا يمنع المتعاقدان من أن يتوليا تقديره مقدماً قبل وقوع الضرر ويسمى هذا التقدير بالشرط الجزائي، كما قد يتدخل المشرع في حالات معينة ليحدد مقداره وهو ما يعرف بالتحديد القانوني للتعويض.

هكذا يعتبر تقدير التعويض من الموضوعات القانونية التي أثارت جدلاً فقهيًا ترتب عنه إنقسام في وجهات النظر، وإختلاف في الأحكام القضائية، والمواقف التشريعية. ونظراً لذلك إقتصرت هذه الدراسة على الرغم من تعدد مواضيع التعويض في نطاق المسؤولية المدنية على تقديره، وخاصة ما يثيره كل من التقدير القضائي والشرط الجزائي من مشاكل تحتاج إلى تحليل، أما التقدير القانوني للتعويض فقد تم إستبعاده وعدم التطرق له وذلك لإنعدام دور القاضي والأفراد فيه.

فيما يخص التقدير القضائي للتعويض، وعلى الرغم من الأهمية الخاصة التي يحظى بها إلا أن المشرع الجزائري كغيره في غالبية الأنظمة القانونية لم يعطه القدر الذي يستحقه من الإهتمام والتنظيم، وإكتفى بالنص عليه في القليل من النصوص القانونية التي كثيرا ما تقره بصفة عامة.

فقد إكتفى المشرع في المادة 131 مدني، بالنص أن القاضي يقدر مدى التعويض مراعيًا في ذلك الظروف والملابسة، إلى جانب الإشارة في بعض النصوص المتفرقة إلى فكرة التعويض الكامل، ثم عاد ليمنح القاضي في المادة 132 مدني، سلطة كاملة في إختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لطبيعة الضرر، وأجاز أن يتخذ التعويض شكل تعويض عيني، أو تعويض غير نقدي، ولو كان في الغالب يقدر بمبلغ من النقود.

هكذا وبما أن المسؤولية المدنية تهدف إلى إعادة التوازن الذي أُخل به سواء كان مصدر هذا الإخلال العقد أم القانون، وذلك برد المضرور على نفقة المسؤول إلى الوضع الذي من المفترض أن يكون عليه لولا وقوع الضرر، فإن هذا الهدف يدعمه مبدأ يسيطر على تقدير التعويض في جميع القوانين تقريبا وهو مبدأ التعويض الكامل للضرر، الذي يعني ببساطة وجوب أن يغطي التعويض كل الضرر الذي أصاب المضرور، أي أن يكون شاملا لجميع الأضرار التي أصابته مهما كانت بسيطة ويسيرة، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري.

حيث يتضح من خلال نص المادة 182 و 182 مكرر مدني، المشار إليهما في المادة 131 مدني، أن التعويض يحدد بقدر الضرر الذي لحق المضرور نتيجة الخطأ الذي أتاها المسؤول، فلا يجوز أن يتجاوز هذا التعويض قدر الضرر الواقع كما يتعين ألا يقل عنه. فيجب أن يشمل الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ، ماديا كان أم معنويا، متوقع أم غير متوقع، سواء كان حالا أو مستقبلا ما دام محققا، وهذا الضرر المباشر يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب.

فقد حصر المشرع الجزائري من خلال نص المادة 182 مدني، التعويض في الخسارة التي تلحق بالمضرور والكسب الذي يفوت عليه، وألزم القاضي أن يأخذ في الحساب عند تقدير التعويض هذان العنصران فيقدر بالدرجة الأولى ما لحق الدائن من خسارة ثم يقدر بعد ذلك ما فاتته من ربح ليكون التعويض مجموع هذان العنصران. غير أن العناصر التي يعتد بها القاضي عند قيامه بتقدير التعويض تختلف سواء كان بصدد ضرر مادي، أو كان بصدد ضرر معنوي.

بناء عليه إذا كانت عملية تحديد مقدار الضرر المادي لا تثير أي إشكال، مادام في الإمكان معرفة مقداره بمقدار الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته، فإن الضرر المعنوي على العكس من ذلك حيث يصعب تقديره لعدم وجود نقص مادي معين يقدر الضرر على أساسه وبالتالي التعويض، الأمر الذي أدى إلى وجود صعوبات ليس لها حصر في مجال تقدير الضرر المعنوي والتعويض عنه. وإلى جانب هذه الصعوبة أثير إشكال يتعلق بمدى جواز للقاضي الحكم بتعويض إجمالي عن جميع عناصر الضرر.

نظرا لذلك ترد على المبدأ الذي يقضي بوجوب أن يكون التعويض جابر بقدر الإمكان لكل الأضرار التي تصيب الدائن قيود عديدة، فالتعويض يقتصر وفقا للمادة 182 مدني، على ما يعتبر نتيجة مباشرة لعدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه، إذا كنا بصدد مسؤولية عقدية. أو يكون نتيجة مباشرة للإخلال بالتزام قانوني إذا كنا بصدد مسؤولية تقصيرية. فالمسؤول يسأل عن الأضرار المباشرة المترتبة عن خطئه ولا يسأل عن الأضرار غير المباشرة.

كما ينحصر التعويض في نطاق المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع سببه ومقداره عند التعاقد، أما الضرر الغير متوقع فلا يلتزم المدين بالتعويض عنه إلا إذا نشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، عكس المسؤولية التقصيرية التي يكون التعويض فيها عن الضرر المباشر كله سواء كان متوقعا أو غير متوقع.

إضافة إلى ذلك يجب على القاضي أن يراعي عند تقدير التعويض الظروف الملازمة، وفي هذا الصدد ذهب معظم الفقهاء إلى وجوب الإعتداد عند تقدير التعويض بالظروف الخاصة بالمضرور، لأن التقدير يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور ولا يجوز أن يتأثر بخطأ المسؤول أو ظروف هذا الأخير، فيقدر التعويض على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي.

كما تعتبر مسألة الوقت من المسائل المهمة التي يجب على القاضي مراعاتها وأخذها بعين الإعتبار عند قيامه بالتقدير، فإذا كان المشرع الجزائري قد حدد العناصر المختلفة التي يعتد بها القاضي عند تقدير التعويض فإن هذا التحديد لا ينهي جميع المشاكل التي تثار بصده، ففي الكثير من الحالات يكون الضرر الذي على أساسه يتم تقدير التعويض متغيرا، سواء من حيث حجمه زيادة أو نقصانا، أو من حيث قيمته إرتفاعا أو إنخفاضاً.

هكذا وإذا كانت القاعدة تقضي بتقدير التعويض وقت صدور الحكم به، إلا أن إعمالها تترتب عنه نتائج مهمة تتمثل في وجوب أن يأخذ القاضي في الحسبان كل ما يطرأ على الضرر من تغير سواء في قدره أو في قيمته، من يوم وقوعه إلى حين صدور الحكم بالتعويض أو بعد صدوره.

نظرا لذلك لا تعتبر سلطة قاضي الموضوع بالنسبة لتقدير التعويض المستحق للمضور مطلقا، بل مقيدة بالعديد من القيود يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا.

أما الشرط الجزائي فلا يعدو عن كونه إتفاق سابق للتعويض، القصد منه الخروج عن أحكام التقدير القضائي للتعويض فهو إستبدال له. ولا يعتبر الشرط الجزائي مصدرا للإلتزام المدين بالتعويض بل هو مجرد طريقة لتقدير التعويض الواجب أدائه في حالة الإخلال بالإلتزام، لذلك تعتبر شروط إستحقاق الشرط الجزائي نفس الشروط اللازمة لإستحقاق التعويض بصفة عامة.

لكن رغم أن الشرط الجزائي إتفاق وليد إرادة المتعاقدين، سواء كانت هذه الإرادة معبر عنها ضمن بنود العقد الأصلي أو في إتفاق لاحق له، كونه تقدير جزائي، إلا أنه يتميز بخصائص أخرى تساهم في تحديد نظامه القانوني. فهو التزم إحتياطي لا يتصور قيامه إلا في حالة وجود إخلال بالتزام أصلي، وبالتالي هو التزم تابع يتتبع الإلتزام الأصلي في نشأته وإستمراره وإنقضاءه. بالإضافة إلى ذلك هو التزم ذو خاصية تعويضية وجزائية.

بناء على ذلك يكون للشرط الجزائي صفات خاصة تعطيه طابع متميز عن غيره من النظم القانونية الأخرى التي تلتقي معه في بعض هذه الخصائص، الأمر الذي قد يثير الإلتباس حول كيفية التفريق بينه وبين هذه النظم المشابهة له.

هكذا وكأثر للقاعدة التي تقضي بجواز الإتفاق على مقدار التعويض المستحق في حالة إخلال المدين بالتزامه الأصلي، يكون هذا التقدير المنفق عليه ملزما للدائن والمدين، كما يكون ملزما للقاضي ويتعين عليه الحكم به دون زيادة أو نقصان، متى تحقق من توافر شروطه وكان هناك تناسب بين التعويض المنفق عليه والضرر الواقع.

حيث تقضي القاعدة العامة بشأن القوة الملزمة للعقود والإتفاقات بحصانة الشرط الجزائي وعدم قابلية المساس به، بإعتباره شرط من شروط العقد الذي تم برضا الأطراف وبالتالي يكون هذا الإتفاق دستورهم وقانونهم ويجب التقيد به، مادام يعبر بصورة واضحة عن نية المتعاقدين

في تحديد التعويض الذي يعتبرونه متناسبا والضرر الذي سيقع نتيجة الإخلال بالإلتزام. لذلك يعتبر حكم القاضي بالشرط الجزائي بهذا الشكل إحتراما لإرادة الطرفان اللذان يفترض أنهما قد قصدا إستبعاد سلطته التقديرية حين إتفقا على التعويض المستحق.

لكن غالبا ما لا يتناسب الشرط الجزائي مع الضرر الحقيقي الواقع على أحد المتعاقدين، وإذا كان العدل والمنطق يقبل بوجود تفاوت معقول بين هذا الضرر والقيمة المحددة في الشرط الجزائي إلا أنه لا يقبل بوجود تفاوت كبير بينهما، هذا ما دفع مختلف القوانين إلى إجازة تدخل القاضي في بعض الحالات لتعديل هذا التعويض.

نظرا لذلك يجوز للقاضي تعديل قيمة الشرط الجزائي في حالات محددة قانونا، سواء زيادة أو نقصانا، وذلك بغية إعادة التوازن إلى العقد. ويقع باطلا كل إتفاق يقضي بإستبعاد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي إذا ما توافرت شروط هذا التدخل.

موضوع هذه الدراسة هو التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، وقد تمت معالجة ما يثيره كل من التقدير القضائي، والشرط الجزائي، من إشكالات تحتاج إلى دراسة وتوضيح.

أما أهمية هذا الموضوع فتتجلى في أهمية دور القاضي في تقدير التعويض الذي يجب كمبدأ أن يغطي جميع الأضرار اللاحقة بالمضرور. والخطورة الكبيرة التي تتسم بها السلطة الممنوحة له بإعتبارها أداة في يده يمكن أن يباشرها على هواه، والتي تعتبر من ناحية أخرى في رأي الفقه والقضاء خروجا عن أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد.

كما ترجع أهمية الموضوع إلي الدور الكبير الذي يلعبه الشرط الجزائي في إضفاء الصفة الإلزامية على العقد، وبالتالي منع تراخي المدين في تنفيذ التزامه. هذا بالإضافة إلى أنه يؤدي إلى التقليل من المنازعات التي تثور بشأن ركن الضرر وحجم التعويض المستحق، وهذا بطبيعة الحال يؤدي إلى الحيلولة دون تدخل القضاء وتحكمه في تقدير التعويض، مما يوفر الوقت والجهد والمال سواء على عاتق المتعاقدين أم على عاتق القضاء.

لكن وإذا كان للتعويض أهمية في نطاق المسؤولية المدنية نظرا لما يعكسه من قيمة عملية بإعتباره أثرها، والهدف النهائي الذي يسعى المضرور الوصول إليه ويسعى المسؤول تجنبه وإستبعاده، إلا أن أسباب إختيار هذا الموضوع لا ترجع لأهمية التعويض بحد ذاته بل لما يثيره تقديره من مسائل قانونية جديرة بالبحث والتحليل، كذلك المتعلقة بحدود السلطة الممنوحة للقاضي والأفراد في تقدير التعويض المستحق للمضرور والقيود التي ترد عليها، ومدى

صحة إتفاق الأطراف على تقييد هذه السلطة وإستبعادها، وإلى مدى يكون هذا الإتفاق ملزما للقاضي.

كما ترجع أسباب إختياره إلى إختلاف معالجته الفقهية والقضائية والقانونية المقارنة، حيث تضيق هذه السلطة الممنوحة للقاضي في تقدير التعويض أحيانا وتنتسح أحيانا أخرى، فتمنح بعض الأنظمة القانونية في إطار معالجتها لسلطة القاضي سلطة واسعة له، بينما تقيّد وتضيق أنظمة أخرى من هذه السلطة.

أما أهداف هذه الدراسة فتتمثل في إظهار حدود سلطة القاضي في تقدير التعويض وتعديل الشرط الجزائي، والأساس الذي يستند إليه القاضي في ممارسة هذه السلطة، فتهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على أهمية وظيفة القاضي وحقيقة الدور الإيجابي الذي يجب أن يقوم به. كما تهدف إلى تبين مدى الحق الممنوح للأفراد في الإتفاق على التعويض المستحق، وما حدود هذا الإتفاق، والحالات التي يجوز فيها للقاضي التدخل لتعديله.

حيث تهدف الدراسة إلى تبين العناصر التي يعتد بها القاضي عند تقدير التعويض، وحدود التعويض المستحق للمضروب، والوقت الواجب على القاضي الإعتداد به عند قيامه بتقدير التعويض، كما تهدف إلى تبين المقصود بالشرط الجزائي وشروطه وخصائصه والمميزات التي يتميز بها عن غيره من الأنظمة المشابهة له، ومدى حصانة هذا الإتفاق وعدم قابليته للتعديل، والحالات التي يجوز فيها للقاضي التدخل لتعديل هذا التقدير المتفق عليه.

سبقت دراسة هذا الموضوع من قبل مجموعة من الباحثين بكتابات قيمة يذكر منها: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية لإبراهيم الدسوقي أبو الليل، والتعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية لحسن خنتوش الحساوي، ونظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية لمقدم سعيد، بالإضافة إلى ذلك رسالة نجاري عبد الله التي تناولت الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري. وقد تمت الإستفادة من هذه الدراسات، إلى أن مجملها إقتصر على الجانب التعاقدية أو الجانب التقصيري، كما أن أغلبها كان منصبا ومعالجا لجزئية من جزئيات هذا الموضوع ولم يشمل جميع جوانبه حيث جاء أغلبها كدراسة عامة.

هكذا في ظل هذه الظروف المعقدة والمتشابكة التي تحيط بالتعويض وتقديره في المسؤولية المدنية، يمكن طرح الإشكالية التالية والتي يمكن من خلالها التساؤل عن: مدى السلطة الممنوحة لكل من القاضي والأفراد في تقدير التعويض؟.

من أجل الإلمام بموضوع تقدير التعويض في نطاق المسؤولية المدنية ستكون الإجابة على هذه الإشكالية من خلال الدراسة المقارنة التحليلية الآتية، التي تبرز من دون شك جوانب النقص والكمال في القوانين المقارنة وبالتالي الحكم على القانون الجزائري ومدى تطوره في هذا المجال. لأن تقدير موقف القانون المدني الجزائري في تنظيمه لأحكام تقدير التعويض في المسؤولية المدنية والوقوف على مدى نجاح تلك الأحكام وفعاليتها في جبر الضرر اللاحق بالمضرور وتمكينه من الحصول على تعويض كامل للضرر الذي أصابه، لا يأتي دون التطرق لآراء الفقه والقضاء وأحكام مختلف القوانين في الموضوع خصوصا تلك التي أثرت إلى حد كبير في القانون الجزائري.

بالتالي تكون دراسة هذا الموضوع مقارنة بين ما هو معمول به في القانون الجزائري وما يقابله في القانون المقارن، حيث يتم التعرض للقانون الفرنسي والمصري بصفة أساسية تعرضا واسعا وافرا، وتم إختيار هاذين القانونين في هذه الدراسة خصوصا القانون المصري لأن المشرع الجزائري إقتبس منهما الأحكام المتعلقة بتقدير التعويض. أما القوانين الأخرى سواء العربية أو الغربية فيتم التطرق إليها بشكل لامح، فضلا عن القانون الجزائري مجال البحث.

لذلك يقتضي الأمر تناول هذه الدراسة في مقدمة وفصلين، يتم في الفصل الأول منها تناول التقدير القضائي للتعويض، وذلك من خلال مبحثين يخص المبحث الأول لمفهوم التعويض، أما المبحث الثاني فيخصص لكيفية تقدير القاضي للتعويض. في حين يتناول في الفصل الثاني من هذه الدراسة الشرط الجزائي، وذلك من خلال مبحثين يتم عرض في المبحث الأول مفهوم الشرط الجزائي، أما المبحث الثاني فيتضمن آثاره، وبذلك يتم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول: التقدير القضائي للتعويض.

الفصل الثاني: الشرط الجزائي.

الفصل الأول  
التقدير القضائي  
للتعويض

## التقدير القضائي للتعويض

إذا كان التعويض هو الحق الذي يثبت للمضرور نتيجة إخلال المسؤول بالتزامه العقدي أو القانوني، فإن تقديره يتم في الأصل قضائياً، حيث نصت المادة 182 م، أنه: " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره..."<sup>(1)</sup>.

من الملائم قبل البحث في أحكام التقدير القضائي للتعويض التطرق إلى مفهوم التعويض وذلك إغناءً للبحث وتوضيحاً لخطته، فالبحث لا بد وأن يشمل ولو فكرة موجزة عن موضوع بحثه. وبما أن التعويض يعد من المسائل المهمة في المسؤولية المدنية، تقصيرية وعقدية، وبما أن المضرور لا يستحق التعويض القضائي ما لم تتوافر شروط معينة، وجد من الملائم أن يشمل المبحث الأول لهذا الفصل مفهوم التعويض وذلك ضمن مطلبين، يتم في المطلب الأول التعريف بالتعويض، بينما يتم في المطلب الثاني التطرق للطرق التي يعتمد عليها القاضي لتعويض المضرور.

أما المبحث الثاني الخاص بكيفية تقدير القاضي للتعويض فيتم تقسيمه إلى ثلاث مطالب، يخصص الأول لدراسة المبدأ الذي يتقيد به القاضي عند تقديره للتعويض المستحق وهو ما يعرف بمبدأ التعويض الكامل، ويبين المطلب الثاني الوقت الواجب على القاضي الإعتداد به عند تقدير التعويض، أما المطلب الثالث فيوضح حدود السلطة التي يتمتع بها القاضي في التقدير ومدى خضوعها لرقابة المحكمة العليا.

---

(1) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ( المنشور في ج.ج.ج.ج، العدد 78، السنة الثانية عشر، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975). المعدل والمتمم بأخر تعديل بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ( المنشور في ج.ج.ج.ج، العدد 31، السنة الرابعة والأربعون، المؤرخة في 13 مايو 2007).

## المبحث الأول: مفهوم التعويض

يتطلب الحديث عن مفهوم التعويض الوقوف عند تعريفه، ومختلف المراحل التي مرت بها وظيفته، وذلك إبتداء بإختلاط فكرة التعويض بالعقوبة الجنائية في كل من القانونين الروماني والفرنسي القديم، وإنهاء بإنفصال تلك الفكرة وإستقلالها تماما بإنفصال المسؤولية المدنية عن نظيرتها الجنائية، هذا الإنفصال الذي أدى إلى حصر وظيفة التعويض في جبر الأضرار المادية والمعنوية التي قد يتعرض لها الفرد من قبل الغير.

كما يتطلب الحديث عن مفهوم التعويض تعداد الشروط الواجب توافرها حتى يمكن الزام هذا الغير بجبر تلك الأضرار، بغض النظر عن مصدر الإلتزام الذي تم الإخلال به سواء كان التزاما قانونيا أو تعاقديا، تتمثل هذه الشروط أساسا في قيام تلك المسؤولية بتوافر أركانها ويتم تناول ذلك في المطلب الأول.

لهذا متى توافرت هذه الشروط قام القاضي بإختيار طريقة التعويض الجابرة للضرر، وبما أن المسؤولية المدنية تقوم على إعادة التوازن الذي إختل نتيجة الضرر الذي وقع، يجوز أن يكون التعويض عيني، كما يجوز أن يكون بمقابل، ويتم تناول ذلك في المطلب الثاني.

## المطلب الأول: التعريف بالتعويض

يقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول يتم فيه تعريف التعويض وحصر وظائفه، أما الفرع الثاني يتناول فيه كل من الشروط العامة والخاصة واجبة التوفر حتى يمكن للمضرور المطالبة بالتعويض.

## الفرع الأول: المقصود بالتعويض ووظائفه

إختلف الفقه حول إعطاء تعريف شامل للتعويض كما إختلف حول الوظيفة التي يحققها، وبناء على هذا الإختلاف الفقهي يتم تناول هذا الفرع في بندين، الأول يوضح المقصود بالتعويض أما الثاني فيتم إلقاء الضوء من خلاله على تطور وظيفة التعويض، ومختلف المراحل التي مرت بها.

## البند الأول: المقصود بالتعويض

لم يرق القانون بإعطاء تعريف واضح للتعويض<sup>(1)</sup>، وإنما قصر الأمر على بيان مداه والوسائل التي يمكن للدائن من خلالها مطالبة المدين به. فإذا أمعن النظر في نص المادة 124 م<sup>(2)</sup>، لوجد أنها تنص على الأثر المترتب عن ارتكاب شخص خطأ يسبب ضرراً للغير، وهذا الأثر هو الإلتزام بالتعويض<sup>(3)</sup>.

أما الفقه، فذهب إلى أن مفهوم التعويض يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمفهوم الضرر<sup>(4)</sup>، باعتباره مجرد وسيلة لجبره<sup>(5)</sup>، وقام بتعريف التعويض بأنه " مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر، تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب كانا نتيجة طبيعية لوقوع الضرر"<sup>(6)</sup>.

أو أنه عبارة عن " مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها المتعاقد لو أن المتعاقد الآخر نفذ التزامه على النحو المتفق عليه، أو على النحو الذي يقضي به حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس"<sup>(7)</sup>.

التعويض حسب هذا الفقه هو وسيلة القضاء لجبر الضرر، سواء بمحوه أو تخفيف وطأته إذا لم يمكن محوه، وهو يدور مع الضرر وجوداً وعدماً، ولا تأثير لجسامة الخطأ فيه،

(1) يعد إلتجاه المشرع الجزائري سليم، فتحديد معنى أي مصطلح من مهام الفقه وليس المشرع.

(2) جاء نص المادة 124 من القانون المدني، المعدل بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 44، السنة الثانية والأربعون، المؤرخة في 26 يونيو 2005). كالتالي: " كل فعل أيا كان يرتكبه شخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض؛" يقابله نص المادة 1382 م.ف؛ ونص المادة 163 م.م.

(3) الإلتزام بالتعويض هو إلتزام جزائي، يفرض على كل من سبب بخطئه ضرراً للغير، بجبر هذا الضرر. وهو إلتزام جزائي لكون القانون هو الذي يفرضه على المدين. أنظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 3، في الإلتزامات، مج 2، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم 1، الأحكام العامة، ط 5، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، س 1988، ص 506، ف 181.

(4) François TERRE et Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil: Les obligations, Dalloz, 9<sup>e</sup> édition, 2005, N° 697, P 687.

(5) أنظر: مصطفى الجمال، تقييم مواقف الفقه والقضاء من أحكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة الرابعة، العدد الأول، يناير 1992، ص 25، ف 29.

(6) أنظر: عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج 1، مصادر الإلتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، س 1980، ص 244، ف 57؛ سعد واصف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج 4، تنفيذ العقد، مج 2، التنفيذ البدلي، دراسة مقارنة، ط 3، بدون دار النشر، لبنان، س 2004، ص 64-65؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج 2، آثار الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، س 2003، ص 213، ف 241؛ كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، س 2010-2011، ص 65.

(7) يتضح أن هذا التعريف يركز على أن التعويض هو مبلغ من المال، بينما سجد عند البحث في طرق التعويض أن التعويض قد يكون عيني أو غير نقدي، فهو لا يتخذ بالضرورة صورة النقد. أنظر: منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، س 2002، ص 93؛ حسن خنتوش الحساوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، س 1999، ص 38.

فينبغي أن يتكافأ مع الضرر دون زيادة أو نقصان<sup>(1)</sup>.

هناك من الفقهاء من ربط بين التعويض وبين أركان المسؤولية، بقوله أن التعويض هو جزء توافر أركان المسؤولية<sup>(2)</sup>. وأن المقصود من التعويض هو إعادة التوازن الذي إختل بسبب الضرر الذي وقع، وذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي من المفترض والمتوقع أن يكون عليها لولا وقوع الضرر<sup>(3)</sup>. فالتعويض هو " كل ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه ضرر"<sup>(4)</sup>.

يتضح من خلال التعاريف السابقة، أن التعويض هو جزء تحقق المسؤولية، أي النتيجة الطبيعية لتحمل المسؤول قيمة الضرر الذي ألحقه بالمضرور. إلا أنه وحتى يتم تحديد وتوضيح المقصود بالتعويض يتعين علينا بيان وظائفه.

### البند الثاني: وظائف التعويض

قامت المسؤولية المدنية بخمسة وظائف عبر العصور هي: معاقبة المذنب، الثأر، تعويض الضحية، إعادة النظام الاجتماعي إلى نصابه، منع التصرفات المعادية للمجتمع. ورغم إختلاف أهمية هذه الوظائف عبر العصور، والأماكن، وأنواع الخطأ، إلا أن هذا الإختلاف والتعدد القائم بين هذه الوظائف لم يثر أي تنازع بينها، لكون كل منها يخدم الآخر بقدر ما.

---

(1) يعاب على هذا التعريف أنه رغم إشارته إلى طرق التعويض، إلا أنه ركز على جهة تقديره، فالتعويض وإذا كان في الأصل يتولى القاضي تقديره إلا أنه قد يتولى القانون أو الأطراف تقديره. أنظر: زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، س 2004، ص 155؛ سمير عبد السميع الأودن، الحق في التعويض بين تأمين حوادث السيارات والتأمين الإجتماعي والمسؤولية المدنية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، س 1999، ص 17؛ حساني علي، الإطار القانوني للإلتزام بالضمان في المنتوجات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س 2011-2012، ص 337.

(2) هناك من عرفه بالإلتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداءات مالية أو عينية. أنظر: ناصر متعب بنية الخرينج، الإتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة مع القانون الأردني، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الكويت، س 2010، ص 11؛ بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة لنماذج تطبيقية، مذكرة ماجستير، علوم إسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار، الجزائر، س 2005-2006، ص 19.

(3) حيث يتقرر التعويض على إثر إلحاق ضرر بالغير، ويكون مقابلاً لما يسببه ذلك الضرر من مساس بحالة المضرور، وما يترتب على ذلك من نتائج مالية وغير مالية، لذلك فالمقصود بالتعويض هو تصحيح التوازن الذي أختل نتيجة وقوع الضرر، وذلك بإعادة المضرور على حساب المسؤول إلى الحالة التي كان من المتوقع أن يكون عليها لولا وقوع الضرر، فالتعويض هو جزء ومقابل للضرر الذي أصاب المضرور. أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله، في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، س 1999-2000، ص 65؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، س 1995، ص 13، ف 3.

(4) أنظر: نور الدين قطيش محمد السكارنه، الطبيعة القانونية للضرر المرند، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، س 2012، ص 69.

لكن هناك بعض العوامل أدت إلى تغير أهمية كل منها، فلم يبقى للمسؤولية المدنية سوى وظيفتين إحداهما إصلاحية والأخرى عقابية<sup>(1)</sup>.

يتم في هذا البند إلقاء الضوء على تطور وظيفة التعويض من وظيفة عقابية ردعية، إلى وظيفة إصلاحية تعويضية هدفها جبر الضرر فحسب.

### أولاً: الوظيفة العقابية للتعويض

تتجسد الوظيفة العقابية للتعويض في ردع وجزر المعتدي، ومعاقبته على الأفعال التي ارتكبها وألحقت ضرراً بالآخرين، وفي نفس الوقت تعويض المضرور تعويضاً عادلاً، وذلك بهدف منع الإضرار بالغير<sup>(2)</sup>.

إذا نسب إلى المسؤول خطأ متميز في الجسامة وجب رده، ويكون الردع من خلال تقدير التعويض بالنظر إلى جسامة الخطأ المنسوبة إلى المسؤول. ففي كل مرة ينسب إلى المسؤول اعتداء جسيم، تزول الاعتبارات التي دعت إلى عدالة التعويض ويزول كل مبرر لتخفيف مسؤولية هذا الأخير، ويرفع التعويض<sup>(3)</sup>.

كان القانون الروماني، في أواخر عهده يعتبر المسؤولية المترتبة على الفعل الضار مسؤولية جنائية<sup>(4)</sup>، وكانت العقوبة الموقعة على الجاني تتمثل في غرامة مالية يلزم بدفعها إلى المجني عليه، وكان القاضي يراعي عند تقديره للغرامة جسامة الخطأ المرتكب، بغض النظر عن قيمة الضرر الواقع، فكانت الغرامة في الغالب تزيد عن قيمة الضرر<sup>(5)</sup>، فلم يكن الجزاء ينطوي على تعويض مدني بقدر ما كان يحمل في جوهره معنى العقوبة الجنائية<sup>(6)</sup>.

---

(1) من العوامل التي أدت إلى تغير أهمية هذه الوظائف، مبدأ عدم جواز للشخص الحكم على الغير أو أن يقتص لنفسه منه، وهو ما أدى إلى اختفاء ثلاث وظائف للمسؤولية المدنية وهي: معاقبة مرتكب الضرر، وإعادة النظام الاجتماعي إلى نصابه، والثأر. أنظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، س 2003، ص 123.

(2) أنظر: رياض محمود أحمد عليان، التعويض القضائي عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير في قانون، كلية الحقوق، جامعة جرش، الأردن، س 2011، ص 46.

(3) أنظر: عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط 7، شركة جلال للطباعة، الإسكندرية، س 2002، ص 973-974.

(4) كانت المسؤولية المدنية في مراحلها الأولى تختلط بالمسؤولية الجزائية، ومن ثم كان التعويض مرتبطاً بدوره بالعقوبة، يتحدد قدره ومداه بما ينسب إلى المسؤول من خطأ. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 145، ف 88.

(5) حيث كانت الغرامة التي تفرضها على الجاني تتخذ صفة العقوبة لا معنى لجبر الضرر. أنظر: بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة ماجستير، قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س 2011-2012، ص 12.

(6) بالإضافة إلى ذلك كانت الدية سواء الإختيارية أو الإجبارية، في قانون "الألواح الإثني عشر" تنطوي على عقوبة خاصة ولا تعد تعويضاً، فقد كان الحق فيها ينقضي بموت الجاني ولا يلتزم ورثته بها. أنظر: طه عبد المولى إبراهيم، مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني، ط 1، دار الفكر والقانون، المنصورة، س 2000، ص 34-35.

حيث كان القانون الروماني، ينظر إلى عقوبة الغرامة، التي تستحق للمجني عليه كبديل عن حق الثأر. أما الضرر المعنوي، الذي ينتج عن المساس بالسمعة أو العاطفة، فلا يكون محلاً للتعويض إلا إذا كان الفعل الذي ارتكبه الجاني في حق المجني عليه معاقباً عليه جنائياً<sup>(1)</sup>. فلم يكن هذا القانون يميز بين المسؤولية المدنية والجزائية، بشكل تام، منذ عصر الألواح الإثنى عشر<sup>(2)</sup>.

أما القانون الفرنسي القديم، فقد تأثر بالآراء التي ظهرت في القانون الروماني، وعالج المسؤولية عن الفعل الضار بنفس النهج الذي عالجها به قانون "الألواح الإثنى عشر"، فقام بترجمة هذه الآراء ثم بتطويرها<sup>(3)</sup>. حيث إعتد هذا القانون على فكرة الجريمة الخاصة، ووضع غرامة مالية لها محددة سلفاً<sup>(4)</sup>.

### ثانياً: الوظيفة الإصلاحية للتعويض

مع تطور القانون الروماني، اقتربت الغرامة المالية من خصائص فكرة التعويض القائم على جبر الضرر. فمتى وجد إعتداء على جسم الإنسان، إستحق المجني عليه، رغم عدم وجود دعوى مدنية، هذه الغرامة على أساس منزلته الاجتماعية، ومدى إصابته من الضرر إلى جانب سوء نية الجاني. مما يستخلص أن القانون الروماني سعى في هذا النهج إلى جبر الضرر قدر الإمكان، بحيث لا يتعرض المضرور إلى خسارة<sup>(5)</sup>.

هناك بعض الفقهاء، من قال بأن التعويض في القانون الروماني، لم يكن له منذ البداية وظيفة عقابية. فحسب تقدير الفقيه فيلي، يعود سبب وجود التعويض في القانون الروماني ليس من الخطأ، وإنما ما يتبعه الضرر من مساس بالتوازن العادل، فالضرر في نظر هذا الفقيه

(1) أنظر: باسل محمد يوسف قبيها، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، س 2009، ص 48.

(2) أنظر: جنيفيف فيني، المطول في القانون المدني، مدخل إلى المسؤولية، المؤسسة الجامعية مجد للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، س 2011، ص 192، ف 68.

(3) يرى الفقيه ستارك " Starck " أن التعويض الواحد لكل أنواع الخطأ يفوت الوظيفة الرادعة للقانون المدني، وأن القضاء الفرنسي، في حالات كثيرة يلجأ إلى فكرة العقوبة الخاصة أثناء تقدير التعويض، من أجل معاقبة المسؤول عندما يتصف خطؤه بقدر من الجسامة. أنظر: سامي عبد الله الدريعي، بعض المشكلات التي يثيرها التقدير القضائي للتعويض، مجلة الحقوق، مجلة فصلية، يصدرها مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السادسة والعشرون، ديسمبر 2002، ص 84-85.

(4) حيث تأثر القانون الفرنسي في بداياته، إلى غاية إنتهاء الثورة الفرنسية وصدر قانون الجرائم والعقوبات في السنة الرابعة للثورة، بالقانون الروماني الذي لم يكن يميز كما سبق توضيحه بين العقوبة والتعويض، أي بين المسؤوليتين. أنظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 117؛ طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 37.

(5) كما ميز القانون الروماني، في تطوره بين دعاوى الجنائية البحتة، والدعاوى الناشئة عن الأشياء، حيث يكون موضوع الأولى الحصول على عقوبة خاصة، أما موضوع الثانية هو حصول على الشيء أو قيمته. أنظر: باسل محمد يوسف قبيها، المرجع نفسه، ص 49.

ضد العدل، وهذا ما يقتضي إعادة ما اختل من توازن بين الذم، بغض النظر عن صفة الفاعل الذي أدى إلى هذا الضرر. وذلك استلهاما لمفهوم العدل الأرسطي المتجه إلى جبر ما أدى إليه الضرر من ظلم، وليس مظهرا لعدالة تقويمية جزائية متجهة إلى العقاب وجزر محدث الضرر عن سلوكه الظالم<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، ورغم أنه كان يأخذ كما سبق توضيحه بالوظيفة العقابية للتعويض إلا أنه عدل عن موقفه هذا<sup>(2)</sup>. فحدة النزعة الشخصية عند تقدير التعويض لم ترق لواسعي القانون الفرنسي، لهذا السبب حاول واضعوه التخفيف من حدة تلك النزعة، وذلك بالألا تتخلل التعويض أية عناصر شخصية مستمدة من الخطأ أو مدى جسامته، أو المشاعر الغريزية أو شعور المضرور، فالأمر يتعلق فقط بجبر الضرر<sup>(3)</sup>.

من هنا يمكن القول بأن واضعو القانون الفرنسي، قد تأثروا بالصفة الإصلاحية للتعويض في المسؤولية المدنية، فحاولوا أن يبرزوها<sup>(4)</sup>. فبالرغم من أن القانون الفرنسي بقي متأثر بما كان سائدا في القانون الروماني، إلى أنه بعد الثورة وعمليا في سنة 1795 تم تكريس وجود حقيقي لدعوى الحق العام متميزة عن الدعوى المدنية<sup>(5)</sup>. وبالتالي فصل المسؤولية المدنية عن الجنائية<sup>(6)</sup>، حيث يكون هدف الأولى إصلاحيا، بينما يكون هدف الثانية عقابيا يتمثل في

---

(1) أنظر: حسن عبد الرحمن قدوس، الحق في التعويض، مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، س 1998، ص 77-78، ف 55.

(2) حيث كانت فكرة التعويض مندمجة بفكرة العقوبة، وذلك نتيجة لعدم الفصل بين المسؤولية المدنية والجنائية. أنظر: حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 27.

(3) يمكن إستخلاص النزعة الموضوعية في نظرية التعويض، بحيث تتحقق وظيفة واحدة عن طريق التعويض المدني وهي وظيفة إصلاحية. أنظر: باسل محمد يوسف قبها، المرجع السابق، ص 56.

(4) يرجع الفضل إلى القانون الفرنسي القديم، في التمييز بين المسؤولية المدنية والجنائية، وذلك عن طريق التفسير الخاطئ للقانون الروماني. أنظر: محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية ودور تأمين المسؤولية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، س 1993، ص 13، ف 8.

(5) سمي هذا القانون بـ "بريمير" لأنه نشر في 3 بريمير السنة الرابعة، وقد نصت المادة 5 من هذا القانون، أن: "الدعوى المدنية هدفها التعويض عن الضرر الناتج عن الجرم". في حين نصت المادة 6 منه، على أن: "الهدف من الدعوى المدنية هو التعويض عن الضرر الذي تسبب به الجرم". وهكذا حصلت المسؤولية المدنية مقابل الجنائية على إستقلالها وتأكد ذلك بالتقنين النابليوني. أنظر: جنيفيف فيني، المرجع السابق، ص 194، ف 70.

(6) بصدر القانون المدني الفرنسي سنة 1804، تم الفصل بصورة قاطعة بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، وبالتالي تم الفصل بين التعويض والعقوبة، ولم يعد يتحدد بما يتحدد به هذه الأخيرة، فقد كان لهذا التمييز أثره المباشر على التعويض، فحدد نطاق وظيفته وجعلها تتمحور حول جبر الضرر فحسب، فاستقل التعويض عن الخطأ وأصبح لا يتأثر من حيث قدره بجسامة خطأ المسؤول. أنظر: طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 28؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 145، ف 88.

الردع والزجر<sup>(1)</sup>.

كنتيجة لهذا الفصل صيغة المادة 1382 م.ف، كالتالي: " كل من يحدث بفعله الخاطئ ضرراً للغير يلتزم بتعويض ذلك الضرر"<sup>(2)</sup>. فكانت المسؤولية المدنية تقوم وفقاً لهذه المادة بمجرد ارتكاب فعل خاطئ يترتب عليه ضرر حتى ولو كان يسيراً، يلزم محدثه بتعويض الضرر الذي ينجم عنه، ومقدار التعويض هنا لا يتغير باختلاف درجة الخطأ<sup>(3)</sup>، بل يلزم القاضي المسؤول بتعويض الضرر دون زيادة أو نقصان<sup>(4)</sup>.

التعويض بمفهوم هذه المادة هو " جزاء الإنحراف في السلوك الذي سبب ضرراً للغير"، وبالتالي يجب أن يتحمل المسؤول كل نتائج إنحرافه، بتعويض كل الأضرار التي لحقت بالمضرور<sup>(5)</sup>.

قال في ذلك الفقيه دوما Domat أنه " إذا نشأ أي ضرر غير متوقع من فعل إنسان لا يمكن نسبة أي خطأ إليه لا يكون مسؤولاً عنه"<sup>(6)</sup>. وقد ميز هذا الفقيه في كتابه " حقوق مدنية

---

(1) يوجد في المقابل بعض الفقهاء ذهبوا إلى أنه إذا كانت وظيفة التعويض هي إصلاح الضرر عن طريق جبره بتعويض الضحية في المسؤولية المدنية، فهي تقترب من المسؤولية الجنائية في هذه الناحية، لأن إدانة المسؤول بالتعويض تبدو كجزء على سلوكه والتهديد بهذا الجزاء له أثر رادع، وبهذا يزجر هذا المسؤول وغيره عن ارتكاب أفعال قد تضر بالآخرين. أنظر: سامي عبد الله الدريعي، المرجع السابق، ص 83؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 122؛ محمد صبري الجندي، في ضمان الضرر الجسدي الناتج عن الفعل الضار، مجلة الحقوق، مجلة فصلية، يصدرها مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة السادسة والعشرون، مارس 2002، ص 202، ف 32؛ ربيع ناجح راجح أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني، رسالة ماجستير، قانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ص 13، 2008.

(2) رأى الفقيه ربيعي، في هذه المادة تعبيراً عن القاعدة الأخلاقية التي تنهى عن الإضرار بالغير، وبالتحديد تنهى على أن يضر الإنسان غيره بطريقة غير عادلة. فالمسؤولية المدنية ليست في نظره سوى تنظيم فني، وجزء قانوني، للمسؤولية الأخلاقية. أنظر: حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص 61، ف 45.

(3) لا يكفي الخطأ بذاته ولو ترتب عليه ضرر لتقرير الإلتزام بالتعويض، وقد كان مبدأ " كل خطأ يسبب ضرراً للغير يرتب حقا في التعويض" مجهولاً في القانون الروماني، إلا أن فقهاء هذا القانون لم يجدوا صعوبة في التسليم بوجود الإلتزام بتعويض الضرر، لأن السبب الحقيقي لهذا الإلتزام في نظرهم هو " الإضطراب الذي يحدثه الضرر في علاقات الأفراد، وما يقتضيه العدل من إزالة ما يمثله ذلك الضرر من إخلال بالتوازن القائم بين الذم"، فمن الظلم عدم إزالة ما يمثله الضرر من إخلال بالتوازن العادل القائم في علاقات الأفراد. حيث كان القانون الروماني، يرى بأن كل إخلال بالتوازن يمثل " ضرر غير مشروع". أنظر: حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع نفسه، ص 35-36، ف 25.

(4) أنظر: سامي عبد الله الدريعي، المرجع نفسه، ص 83-84.

(5) أنظر: عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 973؛ رياض محمود أحمد عليان، المرجع السابق، ص 45.

(6) فصل الفقيه دوما في مؤلفه بعنوان " الأضرار التي تنشأ عن أفعال لا تكون جنائية أو جنحة"، بين الخطأ الجنائي والمدني، كما ميز بين الخطأ العقدي وبين الخطأ التصريحي. أنظر: طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 40؛ بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص 13.

في سياقها الطبيعي " بين المسئوليتين المدنية والجنائية<sup>(1)</sup>.

بالرغم من فصل المسؤولية المدنية عن الجنائية، وإستقلال التعويض عن الخطأ، ذهب بعض الفقه الحديث بخصوص وظائف التعويض، إلى ضرورة الإعتداد بخطأ المسئول عند تقدير التعويض، والموازنة بين ذنب أو خطأ المسئول وبين ما يلتزم به من تعويض<sup>(2)</sup>.

قام هذا الفقه الذي يعتبر من أنصار الوظيفة العقابية للتعويض بتبرير موقفه، بنظام الغرامة التهديدية، وقال أنها خير مثال على تبني المشرع لهذه الوظيفة، وأن الغرامة عبارة عن إكراه المدين إكراها ماليا لحثه على تنفيذ التزامه وذلك عن طريق التهديد، بإجباره على دفع مبلغ من المال في حالة عدم تنفيذه لالتزامه خلال فترة محددة. وأن الغرامة التهديدية لا تهدف إلى إصلاح الضرر الذي نتج عن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، وإنما تهدف إلى زجر المدين وردعه، وبالتالي تكون لها وظيفة عقابية ردعية وليست إصلاحية تعويضية<sup>(3)</sup>.

كما برر هذا الفقه إتجاهه، بأن موقف القضاء، والقانون، يؤكد ضرورة الوظيفة العقابية للتعويض، ففي المسؤولية العقدية يترتب على ثبوت غش أو خطأ جسيم في جانب المدين، إلتزام بتعويض الضرر المباشر كله المتوقع منه وغير المتوقع، وأن باشتراط القانون خطأ على درجة من الجسامه يكون قد أضفى للمسؤولية المدنية وظيفة عقابية<sup>(4)</sup>.

بينما ذهب البعض الآخر، إلى أن الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية تتسم بالضعف، وذكر بعض الحالات التي تقع فيها أضرار فعلية وتظل مع ذلك بدون تعويض، وأن هذه الوظيفة تكون ضعيفة جدا إذا ما قورنت بدور الأنظمة الأخرى، كنظام تأمين الأضرار، ونظام

(1) تجدر الإشارة إلى أن ذكر الفقيه كلمة " حق " ولم يذكر كلمة " مسؤولية " سببه راجع في أن هذه الأخيرة لم تكن قد ظهرت إلا بعد قرن. وتجدر الإشارة إلى أن الفقيه عالج في هذا الكتاب " الأضرار والفوائد " وقام بتصنيفها ضمن " الحقوق المدنية " بعد أن تنبه إلى ضرورة الإشارة بأن إقتراحه لا يتضمن نتائج الجرائم، حيث قال: " نستطيع أن نميز بين ثلاثة أنواع يمكن أن تتعرض لخطر. تلك التي تعود لجرم أو مخالفة، تلك التي تعود لأشخاص يخالفون تعهداتهم وإتفاقاتهم، وتلك التي لا علاقة لها بالإتفاقات ولا تعود لجرم أو مخالفة"، وإستبعد هذا الفقيه دفعة واحدة أول نوع من الحالات. أنظر: جنيفيف فيني، المرجع السابق، ص 193، ف 69؛ حسن حنتوش الحساوي، المرجع السابق، ص 27.

(2) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 145، ف 89.

(3) ذهب بعض الفقهاء إلى أن المسؤولية المدنية وإن لم تكن تهديد حياة المسئول أو حريته، إلا أن مقارنتها بالغرامات المالية الجنائية، يسمح القول بأنه ليس هناك فرق كبير بين أن يدفع المسئول مبلغا معيناً على سبيل الغرامة أو على سبيل التعويض. بل هناك البعض يفضل أن يدفع مبلغ أقل على سبيل الغرامة من أن يدفع مبلغاً أعلى على سبيل التعويض. أنظر: سامي عبد الله الدريعي، المرجع السابق، ص 87؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 125-126.

(4) أنظر: حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص 325.

الضمان الاجتماعي<sup>(1)</sup>. أما الجانب الآخر من الفقه، فقد رأى بوجود أن تكون المسؤولية المدنية ذات وجهين، وجه إجتماعي، وآخر أخلاقي<sup>(2)</sup>.

لا يمكن في الواقع التسليم بشكل كامل بما ذهب إليه أصحاب هذا التوجه<sup>(3)</sup>، فالوظيفة

العقابية في نطاق المسؤولية المدنية هي التي تتسم بالضعف وذلك من ناحيتين أساسيتين: الناحية الأولى: أنها أداة ناقصة جداً، فهي لا تتضمن أية علاقة بين درجة جسامة الخطأ وبين الجزاء، بينما تقتضي سياسة الردع أن يقاس الجزاء أو التعويض بصفة أساسية بدرجة جسامة الذنب، فالمسؤولية الجنائية لا تقوم إلا بوجود خطأ، بينما المسؤولية المدنية يستحق فيها التعويض سواء كان الخطأ ثابتاً، أو مفترضاً، أو حتى دون خطأ. فهدفها الأساسي يتمثل في جبر الضرر<sup>(4)</sup>، ومن هنا يجب على القاضي وهو يقدر التعويض ألا ينظر إلى جسامة الخطأ بل يقتصر التعويض على قيمة الضرر<sup>(5)</sup>.

كما أن القانون الجنائي يحظى بالعديد من الأجهزة المكلفة بتحقيق إحترام القانون، والتي لا شأن لها بحسب الأصل بتطبيق القانون المدني. فإذا كان هدف المسؤولية الجنائية حماية مصالح المجتمع فإن المسؤولية المدنية تهدف إلى حماية مصالح خاصة - المضرور<sup>(6)</sup>.

---

(1) ذهب هذا الفقه إلى أن أفضل وسيلة لتعويض المضرور، والذي يكون في نفس الوقت أقرب إلى العدالة خصوصاً في حالات الأضرار الجسدية، هو توفير تدريب شخصي أو مهني للمضرور، يمكنه من مواصلة حياته المعتادة قدر المستطاع. أنظر: محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، المرجع السابق، ص 119، ف 97.

(2) إستندوا في ذلك إلى قول الفقيه Voisinet، أما الوجه الإجتماعي فينظر إلى المضرور، من حيث تسهيل حصوله على التعويض ومن حيث مدى التعويض. أما الوجه الأخلاقي فينظر إلى المسؤول من حيث تقدير مدى جسامة خطئه والزامه في ذمته بنتائج هذا الخطأ، فالإعتداد بجسامة خطأ المسؤول يعني إحتصان قواعد الأخلاق التي تتفق والشريعة الإسلامية، والإعتداد بجسامة الخطأ أمر ضروري لرد المسؤول عن الإنحراف الخطير عن السلوك المعتاد، ويتحقق ذلك بأخذ المشرع بالوظيفة العقابية الرادعة، للتعويض عن طريق مبدأ شخصية التعويض. أنظر لاحقاً الظروف الخاصة بالمسؤول، ص 105.

(3) صرحت المحكمة العليا في 1987/4/22، بأن التعويض هو جبر للضرر، وهذا الجبر وإن وجب أن يكون كاملاً ومكافئاً لمقدار الضرر، فإنه لا يجوز أن يكون زائداً عليه. وفي هذا الحكم تصريح لعدم الأخذ بالوظيفة العقابية للتعويض، التي يكون تقدير التعويض فيها بالنظر إلى جسامة الخطأ، وبالتالي زائد على جسامة الضرر. أنظر: مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، س 1992، ص 109.

(4) العقوبة تفرض دون حاجة لوقوع الضرر، بينما التعويض يقتضي وقوع ضرر. كما أن العقوبة يتأثر تقديرها بدرجة جسامة الخطأ حيث يفرق فيه بين العمد والإهمال، بينها لا يتأثر التعويض بجسامة هذا الأخير. والعقوبة تسقط بوفاة المحكوم عليه طبقاً لمبدأ شخصية العقوبة، بينما لا يسقط التعويض بوفاة المحكوم عليه ويجوز التنفيذ على تركته. كما أن العقوبة مقيدة بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، بينما التعويض ورد في نص عام وهو أن كل فعل ضار يلزم المتسبب به بالتعويض. هذه بالنسبة للفروق الجوهرية بين العقوبة والتعويض والتي وإن لم تكن لها أهمية في ظل التشريعات القديمة التي لم تكن تميز بين المسؤوليتين، فالأمر ليس كذلك في الوقت الحاضر، حيث أصبح للتعويض مفهوم وغاية تختلف عن مفهوم العقوبة. أنظر: حسن حنتوش الحسنوي، المرجع السابق، ص 42-44.

(5) أنظر: محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 199-201، ف 31؛ سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 135، ف 59 مكرر، ه 7.

(6) أنظر: ربيع ناجح راجح أبو الحسن، المرجع السابق، ص 12.

الناحية الثانية: أن آثارها ضعيفة في الغالب نتيجة شيوع التأمين من المسؤولية، ولأهمية هذا الأخير تحول من تأمين إختياري إلى تأمين إجباري، في جانب كبير من جوانب الحياة كالتأمين من حوادث المرور، ومن أخطار العمل، والتأمين من أخطار المسؤولية المهنية وغيرها من التأمينات الإجبارية<sup>(1)</sup>.

لهذه الأسباب يشكل القانون الجنائي أداة للردع والعقاب أكثر مرونة وأكثر فعالية من القانون المدني<sup>(2)</sup>.

لم يصمد هذا الفقه المناصر للوظيفة العقابية للتعويض رغم الإجتهادات والمحاولات المقدمة والمبدولة، ورفضه القضاء اللاحق له صراحة، إستنادا إلى أن التعويض المدني تتمثل وظيفته في جبر الضرر اللاحق بالمضرور وليس عقاب المسؤول<sup>(3)</sup>.

هكذا أصبح الخطأ هو أساس المسؤولية المدنية، والتعويض هو جزاؤها، وإزالة الضرر وجبره هو هدفها، فإذا كان الخطأ هو أساس المسؤولية المدنية بحسب الأصل، فإن الضرر هو أساس التعويض، وهذا كان بداية تحول في وظيفة التعويض من وظيفة عقابية إلى وظيفة إصلاحية.

مما سبق وفي تقييم ما جاء بخصوص وظائف التعويض في المسؤولية المدنية يتضح أن الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية قد طغت على وظيفتها العقابية الرادعة، فلم يعد لهذه المسؤولية سوى وظيفة واحدة وهي إصلاح وجبر الضرر. ويتجلى ذلك في مبدأ التعويض الكامل الذي يقضي بتقدير التعويض بالنظر إلى قيمة الضرر، دون الإعتداد في التقدير بجسامة الخطأ<sup>(4)</sup>، وهذا ما سيتم تناوله لاحقا<sup>(5)</sup>.

بقراءة نصوص القانون المدني تظهر بوضوح حصر المشرع الجزائي وظيفة التعويض في وظيفة واحدة وهي جبر الضرر، فبعد أن جعل المسؤولية قائمة على خطأ واجب الإثبات في المادة 124 م، نص في المادة 131 م والتي تحيلنا إلى المادتين 182 و 182 مكرر، على

(1) أنظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 124-125.

(2) التعويض كما ذهب الفقيه " ريبير " ليس بعقاب، وأنه يظل مظهرا للعدل، ويقصد هنا عدل العوض وليس عدل الجزاء. أنظر: حسن عبد الرحمن قدوس، المرجع السابق، ص 83، ف 59.

(3) أنظر لاحقا الظروف الخاصة بالمضرور، ص 99.

(4) Corinne RENAULT-BRAHINSKY, Droit civile: les obligations, 3<sup>e</sup> édition, Gualion éditeur, Paris, 2004, P184.

(5) أنظر لاحقا الظروف الخاصة بالمسئول، ص 105.

مراعاة الظروف الملازمة عند قيام القاضي بتقدير التعويض المستحق، ولا شك أن هذه النصوص تأخذ النظرية الموضوعية في تقدير التعويض.

حيث إهتدى المشرع الجزائري بما سار عليه كل من القانون الفرنسي والمصري، فنص بداية على القاعدة العامة في المسؤولية المدنية والتي تقضي بأن لا مسؤولية بدون خطأ، وأن أي خطأ يكفي لقيام هذه المسؤولية مهما كان يسيرا، ثم أخذ بمبدأ التعويض الكامل للضرر الذي يشمل كل عناصره، أيا كان نوعه، مع الأخذ بجسامة الضرر عند تقدير.

لكن رغم أخذ أغلب القوانين بالوظيفة الإصلاحية للتعويض، وتصريح معظم الفقه بذلك، إلى أن هناك من الفقهاء من يرى أنه بالإضافة إلى الوظيفتين السابق ذكرهم، يوجد وظيفة أخرى للتعويض عن الأضرار المعنوية، تتمثل في " إرضاء المضرور"، وأن وظيفة التعويض في المسؤولية المدنية تختلف باختلاف نوع الضرر<sup>(1)</sup>.

بالنسبة لوظيفة التعويض عن الأضرار المادية، فهي في غالب الأحوال إصلاحية، حيث يكون الهدف من التعويض إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر. أما بالنسبة لوظيفة التعويض عن الأضرار غير المالية، كالأضرار الجسمانية والمعنوية، ليست بوظيفة إصلاحية ولا عقابية، وإنما له وظيفة إرضائية<sup>(2)</sup>.

تعويض المضرور من ضرر معنوي تعويضا عينيا أو بمقابل، يساهم بلا شك في إرضائه من الناحية النفسية<sup>(3)</sup>، هذا ما يستخلص من أقوال الفقهاء، الذي رأى أن تعويض المضرور عن الضرر المعنوي ولو كان المبلغ تافها خيرا من لا شيء، فعندما يتألم المضرور يكون منحه مبلغا نقديا يجلب له على الأقل ترضية، أي نوع من المواساة<sup>(4)</sup>.

لأن الغاية من الحكم بمبلغ من التعويض لا تعني إحلال النقود محل الضرر، وإنما

---

(1) حسب هذا الفقه تختلف وظيفة التعويض ما إذا كنا بصدد ضرر مادي، عن وظيفته التي يؤديها إذا كنا بصدد ضرر معنوي، وذلك راجع إلى صعوبة تقدير هذا الأخير لعدم وجود عناصر يمكن للقاضي الاستناد إليها.

(2) أنظر: عبد الحكيم فوده، التعويض المدني، المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، س 1998، ص 21، ف 28.

(3) ذهب بعض الفقهاء إلى أن الغرامة المالية في القانون الروماني، كانت تستوحي في تقديرها ما يثيره الفعل الضار في نفس المضرور من تحفز وحقد اتجاه الجاني. فكان تقدير التعويض يأخذ في الاعتبار إشباع رغبة المضرور في الانتقام من الجاني بغض النظر عن الجرم الذي ارتكبه. أنظر: طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 37.

(4) إلا أن هناك من الفقهاء أمثال الفقيه بلانيول، وريبار، وبولونجي، يذهبون إلى أن التعويض عن الضرر المعنوي هو تطبيق لفكرة العقوبة الخاصة. أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 79، 87 وما يليها.

تعني توفير نوع من الترضية مهما كانت قيمة مبلغ النقود<sup>(1)</sup>. فمتعة العزف على البيانو، أو التزلق على الجليد، أو ممارسة رياضة مفضلة، التي يحرم منها شخص بسبب حادث، لا يمكن تقييمها بمبلغ من النقود، لأن هذه الأخيرة يمكن أن تشكل نوعاً من الترضية لمن فقد هذه المتعة<sup>(2)</sup>. وهذا ما يفهم من العديد من الأحكام القضائية التي جاءت بصدد تعويض الضرر المعنوي<sup>(3)</sup>.

كما تأثر القضاء الجزائري بنظرية الترضية، وهذا ما ورد في حكم صادر عن المحكمة العليا، ذهبت فيه بأن التعويض بيد القضاء يقدرونه طبقاً لما بدا لهم جبراً للخواطر. حيث يعتبر هذا الحكم اتجاه صريح للأخذ بنظرية التعويض عن الضرر المعنوي على أساس فكرة الترضية لا العقوبة<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: شروط إستحقاق التعويض

بما أن التعويض هو أساس المسؤولية المدنية وأثرها، سواء كانت عقدية أو تقصيرية، فالشروط الواجب توافرها لإستحقاق التعويض هي نفس شروط قيام المسؤولية المدنية. يتم بحث الشروط العامة واجبة التوفر لإستحقاق التعويض، ثم توضيح الإعذار كشرط خاص، شكلي، إجرائي، أكثر من كونه شرطاً موضوعياً واجب التحقق للمطالبة بهذا التعويض. إلا أنه في إطار تناول هذه الشروط يحاول التركيز على شرطي الضرر وعلاقة السببية، نظراً لأهمية كل منهما في تقدير التعويض في المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية، أما شرط الخطأ فيكتفى بتوضيح مدى تأثيره في تقدير التعويض، مادام دور الخطأ ينحصر في تحديد الشخص المتسبب في الضرر ولا علاقة لجسامة الخطأ في تقدير التعويض. أما فيما يخص الإعذار فتتم الإشارة إليه بصورة موجزة بتوضيح مدى إشتراطه في كلتا المسؤوليتين، لتتم العودة إليه تفصيلاً في الفصل الثاني.

### البند الأول: الشروط العامة لإستحقاق التعويض

لا يستحق الدائن التعويض ما لم تتوافر شروط معينة تتمثل في الإخلال بالإلتزام العقدي

(1) أنظر لاحقاً عناصر الضرر المعنوي، ص 83.

(2) أنظر: محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، المرجع السابق، ص 120، ف 98.

(3) تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي أنه: "... فإذا تعذر جبر الضرر الأدبي، فلا أقل من أن يمنح عنه بعض المال، يترك تقديره لقاضي الموضوع، وفقاً لظروف الحال، ليكون فيه على الأقل بعض السلوى والعزاء". أنظر: سامي عبد الله الدريعي، المرجع السابق، ص 92.

(4) قرار مؤرخ بتاريخ 1976/11/6. مقتبس من مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 108-109.

أو القانوني، والضرر وعلاقة السببية بينهما، فإذا تحققت هذه الشروط قامت المسؤولية المدنية وتعين بالتالي على القاضي الحكم للدائن بالتعويض، وهذه الشروط هي كالتالي:

### أولاً: الضرر

من القواعد العامة في المسؤولية المدنية ضرورة توفر شرط الضرر مع بقية الشروط الأخرى لإستحقاق التعويض، ونظراً لأهمية الضرر كشرط لإستحقاق التعويض وجد من المناسب بحثه في نقطتين، النقطة الأولى تتناول تعريفه، أما النقطة الثانية فتتناول شروط تحققه.

#### 1- تعريف الضرر:

يرتبط التعويض وجوداً وعدمًا وزيادة ونقصاناً بالضرر، فلا ينقرر ولا ينشأ الحق فيه إلا إذا تحقق الضرر<sup>(1)</sup>، فلا يكفي لاستحقاق التعويض اخلال المدين بالتزامه، بل يتعين إلى جانب ذلك أن يلحق بالمضرور ضرر نتيجة الإخلال بالإلتزام أو نتيجة الفعل الضار<sup>(2)</sup>. حيث يعتبر الضرر الركن الأول الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، فلا تقام بدونه<sup>(3)</sup>، وهو أساس التعويض، وهذه القاعدة لا إستثناء لها<sup>(4)</sup>.

لذلك يجب على المدعي في دعوى المسؤولية أن يبدأ بإثبات الضرر قبل أن يثبت الخطأ أو علاقة السببية، فالمسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية تنشأ من وقت تحقق الضرر فعلاً، وهذا الوقت هو الذي تبدأ منه تقادم دعوى المسؤولية، ولو كان الخطأ الذي سبب

---

(1) إذا ثار خلاف في السابق بشأن الخطأ وما إذا كان من اللازم توافره حتى تقوم المسؤولية، فإن قيام الضرر لم يكن في أي يوم محل إنكار أو تشكيك. أنظر: أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الإلتزام، ك 1، مصادر الإلتزام، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، س 1981، ص 271، ف 179.

(2) إذا إنعدم الضرر لا تسمع دعوى التعويض وذلك طبقاً لما تقتضيه المادة 13 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 21، السنة الخامسة والأربعون، المؤرخة في 23 أبريل 2008). لا دعوى بلا مصلحة، كما أن إشتراط وجود الضرر له دور كبير في التمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية والأدبية، فالمسؤولية الجنائية كما سبق توصيحه في وظائف التعويض تتحقق رغم عدم وجود ضرر. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 17-18، ف 5؛ حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 103؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، الواقعة القانونية، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، س 2008، ص 141، ف 348؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 36؛ عبد القادر عدو، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مقدمة لطلبة ماجستير، سنة أولى، كلية الحقوق، جامعة أدرار، س 2012-2013، غير منشورة.

(3) أنظر: إبراهيم علي حمادي الحلبي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2007، ص 63.

(4) أنظر: صافية بشارتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة، رسالة دكتوراه في العلوم، قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي

وزو، الجزائر، س 2012، ص 431.

ضرر سابقا على ذلك بمدة طويلة<sup>(1)</sup>.

أما فيما يخص تعريف الضرر فقد أجمع الفقه بأنه " الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أم لم تكن"<sup>(2)</sup>.

يتضح من هذا التعريف أن الضرر ينشأ عن المساس بحق من حقوق الإنسان، المادية منها والمعنوية، ولا يقتصر الضرر على الجانب المالي أو الذمة المالية للإنسان، بل يشمل أيضا كل حق يخول لصاحبه سلطة منافع أو مزايا يتمتع بها. كما يتحقق الضرر لو تم المساس بمصلحة الدائن<sup>(3)</sup>، بشرط أن تكون مشروعة<sup>(4)</sup>، وغير مخالفة للقانون<sup>(5)</sup>.

السؤال الذي يطرح بهذا الصدد هو: هل كل ضرر يجب تعويضه؟ وإذا لم يكن كذلك وكان التعويض مقتصرًا على ضرر تتوافر فيه شروط معينة، فما هي هذه الشروط أو الصفات الواجب توافرها في الضرر حتى يمكن التعويض عنه؟.

للإجابة على هذا الإشكال سيتم توضيح الشروط الواجب توافرها في الضرر الموجب

للتعويض والتي هي كالتالي:

## 2- شروط الضرر:

(1) أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 134-135، ف 59 مكرر؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 144-145، ف 349؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر، ص 14-17، ف 8.

(2) أنظر: حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 106؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 219، ف 246؛ علي فيلاي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط 3، موفم للنشر، الجزائر، س 2012 ص 283؛ فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، س 2009، ص 211؛ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، س 2012، ص 314، ف 325؛ قالية فيروز، الحماية القانونية للعامل من الأخطار المهنية، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2012، ص 160؛ خرشف عبد الحفيظ، حق ذوي الحقوق في التعويض، رسالة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، بدون سنة، ص 58.

(3) Genevieve VINEY, Quelque proposition de reforme du droit de la responsabilité civile, Recueil dalloz, 2009, P 2944.

(4) يجب لوقوع الضرر أن يكون هناك إخلال بحق أو بمصلحة مالية للمضرور، فحتى يمكن مساءلة المسؤول عن خطئه وجب أن يمس هذا الأخير بحق ثابت يحميه القانون، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الحق مالي أو غير مالي، أما بالنسبة للمصلحة فقد ذهب الفقه إلى أن الإخلال بمصلحة المضرور كاف لتحقق الضرر، بشرط أن تكون هذه المصلحة مشروعة، أما إذا كانت هذه الأخير غير مشروعة، فلا محل للتعويض عنها. فلا يقضى بالتعويض مثلا للخليلة التي فقدت خليلها الذي كان ينفق عليها، ذلك لأن المصلحة التي تدعي الخلية الإضرار بها تقوم على علاقة غير مشروعة وتباها الأخلاق. أنظر: محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع بإعتباره مصدر للإلتزام، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، س 1985، ص 105-106، ف 111؛ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة، دار الهدى، الجزائر، س 2011، ص 78-88، ف 62؛ فاضلي إدريس، المرجع نفسه، ص 212؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 157-158، ف 357؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 35، ه 4؛ إبراهيم علي حمادي الحليوسي، المرجع السابق، ص 64.

(5) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 45.

يجب لتحقيق الضرر الموجب للتعويض بعض الشروط منها أن يكون الضرر أكيدا أو محققا، مباشرا، ولم يسبق التعويض عنه. وسيكتفى في هذه النقطة دراسة تحقق الضرر، وعدم سبق التعويض عنه، أما أن يكون الضرر مباشرا متوقعا أو غير متوقع، فسيتم التطرق له تفصيلا عند الانتقال إلى حدود تقدير التعويض.

### الشرط الأول: أن يكون الضرر محققا

الضرر أيا كان ماديا أو جسديا أو معنويا، يجب أن يكون مؤكدا في حدوثه<sup>(1)</sup>، ولا يكون كذلك إلا إذا كان قد وقع بالفعل أي حالا، أو سيقع حتما وبصورة أكيدة أي مستقبلا<sup>(2)</sup>. يكون الضرر حالا، إذا وقع فعلا وتكونت عناصره ومظاهره التي توفر للقاضي إمكانية تقديره وتحديد مقداره<sup>(3)</sup>. أي أن يكون الضرر حقيقيا أكيدا حال بالشخص فعلا، وأن تكون آثاره تجسدت على الواقع<sup>(4)</sup>، كالإصابة التي أدت إلى وفاة المصاب أو إلى جروح في جسمه، أو الفعل الذي أدى إلى تلف أو هلاك في مال الشخص أو في إحدى مصالحه المادية<sup>(5)</sup>. أما الضرر المستقبل، فهو الذي قامت أسبابه، لكن تراخت نتائجه كلها أو بعضها إلى

(1) François TERRET et Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit, N° 700, P 688.

(2) أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، س 2013، ص 212؛ دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار العلوم، الجزائر، س 2004، ص 79؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 5، أثر العقد بالنسبة للأشخاص، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 1998، ص 121؛ عبد الله محمد علي الزبيدي، الإشكالات القانونية التي تثيرها المسؤولية العقدية للطبيب في جراحة التجميل، المجلة الأردنية في القانون العام والعلوم السياسية، المجلد الثاني، العدد الرابع، تشرين الأول 2011، ص 263؛ نواف حازم خالد، السيد علي عبيد، المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثاني عشر، العدد الأربعة والأربعون، س 2010، ص 22؛ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 19، ف 24.

(3) يشترط تحقق ضرر فعلي للدائن من جراء تأخر المدين في تنفيذ التزامه. مما يسهل عملية تحديد عناصره تمهيدا لتحديد قيمة التعويض المعادل له. أنظر: مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، العقد، ط 4، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2007، ص 569؛ براحلية زويبر، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، س 2008، ص 28؛ مدودي زاويدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، بدون سنة، ص 137.

(4) أنظر: علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، ص 293-294؛ صاحب ليدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، رسالة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2011، ص 124؛ بوخرس بالعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2011، ص 116.

(5) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الإلتزام، مج 2، مصادر الإلتزام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2009، ص 974-975، ف 574؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 48؛ محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 99، ف 106؛ إبراهيم علي حمادي الحليوسي، المرجع السابق، ص 69-70.

المستقبل<sup>(1)</sup>، ويجوز التعويض عنه طالما أنه محقق الوقوع مستقبلاً<sup>(2)</sup>. كإصابة العامل التي أدت إلى عجزه مستقبلاً عن العمل. وكمنع شخص من تشييد بناء. أو إزعاج سكان منزل بفعل ضجيج محركات مصنع. أو قطع المياه عن بستان مغروس وتلف أغراسه لحاجته إلى المياه. ونزع ملكية أرض زراعية قبل نضح المحصول القائم، وإزالة المحصول قبل تمام نضجه، الضرر مستقبلي يعرض عنه مادام محقق الوقوع<sup>(3)</sup>.

قد يصعب تحديد قيمة الضرر الذي سيحل مستقبلاً بصورة أكيدة، قبل وقوعه فعلاً، ولكن هذه الصعوبة لا تحول دون حق المتضرر في إقامة دعوى للمطالبة به<sup>(4)</sup>.

يختلف الضرر المستقبلي عن الضرر المحتمل<sup>(5)</sup>، في أن الأول يكون محققاً ويستوجب التعويض أما الثاني فلا يكون محققاً بل محتمل التحقق ( وهذا هو وجه التمييز مع الضرر

---

(1) ما يؤكد اعتداد المشرع الجزائري بالضرر المستقبلي، هو ما نصت عليه في المادة 131 م، حين منح للقاضي الذي لم يتيسر له وقت الحكم تقدير التعويض، أن يحفظ للمضرور حق مراجعة التقدير الأولي للتعويض، وهذا ما سيتم تناوله لاحقاً في أثر تغير قدر الضرر على التعويض. وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن هناك قوانين دول عربية، جاءت نصوصها خالية من أي نص يعالج الضرر المستقبلي، كالقانون العراقي الذي لم تتطرق المادة 242 منه، إلى وجوب تعويض هذا الضرر رغم أن محكمة التمييز العراقية قضت في حكم لها صادر في 1980/6/3، بالتعويض عن الضرر المستقبلي، وجاء الحكم كالتالي: "... التعويض عن الضرر المعنوي المستقبلي جاز للضمان لأنهم سيشترون مستقبلاً بذل اليتيم ومرارة فقدان المتوفى". أنظر: جليل حسن الساعدي، ملاحظات في نصوص المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع عشر، يونيو 2002، ص 243؛ قالبة فيروز، المرجع السابق، ص 166؛ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 19.

(2) قضت محكمة النقض المصرية بأنه: " إذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية، إلى أن هدم المبنى أمر محتم ولا محيض من وقوعه فإنها إذا قدرت التعويض المستحق للمطعون ضدها على أساس وقوع هذا الهدم، فلا تكون قد قدرته عن ضرر احتمالي، وإنما عن ضرر مستقبلي محقق الوقوع". كما قضت في 1977/2/8 أن: " الحكم المطعون فيه لم يدخل عنصر الضرر المستقبلي في تقدير التعويض عن الحادث ولم يناقشه في أسبابه، وإذ يجوز للمضرور أن يطالب بتعويض عن ضرر مستقبلي متى كان محقق الوقوع، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بالقصور". أنظر: أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 273، ف 181؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 161-162، ف 358؛ سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 139، ف 62، هـ 16؛ محمد صبري السعدي، العقد، ص 315، ف 326، هـ 551؛ إبراهيم سيد أحمد، الوسيط في قضايا التعويضات، ومسؤولية شركات التأمين في حوادث السيارات علماً وعملاً، دار الكتب القانونية، مصر، س 2003، ص 237، ف 49.

(3) أنظر: براحية زوبير، المرجع السابق، ص 29؛ باسل محمد يوسف قبيها، المرجع السابق، ص 31.

(4) إذا أمكن تقدير التعويض حالاً عن هذا الضرر المستقبلي المحقق الوقوع، جاز للدائن أن يطالب به فوراً، أما إذا كان التقدير غير ممكن في الحال، فيستطيع القاضي أن يحكم بتعويض مؤقت عما وقع من ضرر ويحفظ للمضرور الحق في أن يرجع بعد تحقق هذا الضرر المستقبلي بالتعويض. أنظر لاحقاً تفصيلاً عن ذلك في أثر تغير قدر الضرر على التعويض، ص 116.

(5) الضرر المحتمل هو الضرر الذي لم يقع وليس هناك ما يؤكد وقوعه في المستقبل، بل كل ما في الأمر أن هناك احتمالات لوقوعه، وهذه الاحتمالات قد تكون قوية وقد تكون ضعيفة، وبأية حال تبقى مجرد احتمالات، وهذا النوع من الضرر لا يصلح لقيام المسؤولية المدنية، بل ينبغي الانتظار إلى أن يتحول إلى يقين. أنظر: أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص 273، ف 181؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 84-85، ف 63؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ص 122.

المستقبل) فقد يقد وقد لا يقع ( وهذا هو وجه الشبه مع الضرر المستقبل)<sup>(1)</sup>، وهنا إذا وقع يصبح ضررا حالا واجب التعويض عنه، أما إذا لم يقع لا يكون حالا ولا مستقبلا، وبالتالي لا يكون موجبا للتعويض<sup>(2)</sup>.

ظهر بعض الفقه، يرى أن الفرق بين الضرر المستقبل والاحتمالي، ليس فرق في الطبيعة بل فرق في الدرجة، فالضرر الاحتمالي هو ضرر على خطر التحقق، وهذا الخطر أمر حالي يهدد بوقوع الضرر مستقبلا، أما الضرر المستقبل المحقق الوقوع يصعب تحديد قدره سلفا على وجه دقيق، فيبقى مداه احتماليا ولو أنه صار محققا في مبدئه<sup>(3)</sup>.

لا يجوز على سبيل المثال لجيران المحلات الخطيرة، المطالبة بتعويض عن أضرار قد تلحقهم نتيجة انفجار محتمل، لأن الضرر في هذا الفرض احتمالي وغير محقق الوقوع، ومن ثم لا يستحق قانونا التعويض عن هذا الضرر إلا إذا وقع فعلا<sup>(4)</sup>.

---

(1) إذا أحدث شخص بخطئه خلا في منزل جاره، فإنه يلتزم بإصلاح هذا الخلل ولكنه لا يلتزم بإعادة بناء هذا المنزل إذا لم يكن من المحقق أن الخلل سيؤدي إلى سقوطه، أما إذا سقط المنزل فعلا بسبب هذا الخلل كان لصاحبه الحق في أن يرجع على المسؤول بالتعويض، فصفة التأكيد التي يجب أن تتوفر في الضرر تتنافى مع فكرة الآمال المبنية على مجرد الاحتمال، فالضرر المحتمل هو ضرر افتراضي والأحكام لا تبنى على مجرد الافتراض. وقد قضت محكمة النقض المصرية في 13/5/1965، بأن: " الموجب للتعويض يجب أن يكون ضررا محققا بمعنى أن يكون قد وقع أو أنه سيقع حتما، أما الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع، فإن التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلا". كما قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية في 24/1/1916، حين دفع موثق شخصا إلى أن يقرض مالا لآخر بضمان يأخذه على عقار للمقترض، وكان هذا العقار محملا برهانات عديدة، فرغم أن الموثق مخطئ، إلا أنه لا يمكن الحكم عليه بتعويض لأن الضرر احتمالي، فوجود هذه الرهانات لا يعني بالضرورة تحقق الضرر مادامت التصفية لم تحدث بعد، كما أن حال المدين لم يعرف قبل ميعاد الاستحقاق هل هو معسر أو لا. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 2، ص 978، ف 575؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 50-51؛ حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 112؛ علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، ص 294؛ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 213؛ محمد صبري السعدي، العقد، ص 316، ف 326، هـ 552؛ محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 101، ف 109، هـ 3.

(2) أكدت محكمة التمييز العراقية في 27/2/1965، وجوب أن يكون الضرر محققا حيث قضت بأن: " الضرر المطالب يجب أن يكون محققا ولا يكفي أن يكون محتمل الوقوع". كما صدر عن محكمة التمييز الأردنية قرار في 21/1/1988، ما يؤكد ذلك وجاء كالتالي: " ولا يتناول التعويض الضرر غير المباشر أو الاحتمالي لأن الضرر الاحتمالي غير مضمون وبما أن الخبراء قدروا التعويض عن الضرر الاحتمالي أيضا وقبلت محكمة الاستئناف تقريرهم فتكون قد خالفت القانون مخالفة تستدعي نقض حكمها". أنظر: حسن حنتوش الحسناوي، المرجع نفسه، ص 112؛ أحمد خليل حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، مصادر الإلتزام، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، س 2010، ص 249، ف 135؛ السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية، عقديّة- تصديرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، س 2005، ص 82، ف 62؛ سميح عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 38؛ قالية فيروز، المرجع السابق، ص 166.

(3) يفهم من خلال هذا التحليل أن الضرر الاحتمالي يتعلق جانب منه بالضرر المستقبل، وهذا الجانب هو أمر يتعلق بتحقيقه في المستقبل. ومن جهة أخرى يتعلق جانب من الضرر المستقبل بالضرر المحتمل، وهذا الجانب يتعلق بمداه الذي يبقى احتماليا. وهناك البعض من الفقه في مقدمتهم الفقيه سافاتييه، يرى أن الضرر الاحتمالي والذي هو خطر حالي يهدد بوقوع ضرر في المستقبل، يعتبر في حد ذاته ضرر يستوجب التعويض. أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 140، ف 62، هـ 19.

(4) هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 10/6/1965، فوظيفة القضاء تتمثل في فض النزاعات التي تقوم فعلا بين الناس، وليس وظيفته توقي قيام هذه المنازعات أو التنبؤ بها مستقبلا. أنظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 162، ف 359.

كما لا يجوز للمرأة الحامل التي تعرضت لإصابة على بطنها، المطالبة بالتعويض قبل حصول الإجهاض، مادام أن هذا الأخير لم يقع ولم يتأكد أنه سيقع، أما بعد أن يقع وتخسر الجنين فيصبح هذا الضرر المحتمل حالا واجب التعويض<sup>(1)</sup>.

### الشرط الثاني: أن لا يكون قد سبق تعويضه

يشترط في الضرر الواجب التعويض عنه أن لا يكون قد سبق تعويضه، فلا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض لإصلاح وجبر ضرر بعينه. فإذا قام المسؤول بما عليه لإصلاح الضرر إختياريا يكون في حكم الموفي بالتزامه، ولا محل بعدئذ لمطالبته بتعويض آخر عن نفس الضرر<sup>(2)</sup>.

كما لا يستطيع المضرور الذي رفع دعوى وكسبها وحكم له بتعويض، أن يرفع دعوى جديدة عن الضرر نفسه، لأن الحكم بالتعويض الصادر في الدعوى الأولى يكون قد حقق الغرض من رفعها وهو جبر الضرر وإزالته<sup>(3)</sup>.

لم يجمع الفقه على ذلك بل إنقسم، حيث ذهب أنصار الجمع بين التعويضات، أنه قد يكون للمضرور طريقان يستطيع أن يسلكهما لتعويض ما أصابه من ضرر، كأن يكون مؤمن عن نفسه ضد الحوادث التي قد تصيبه، وهنا يكون للمضرور حقان، الأول من قبل المسؤول عن الضرر، ومصدر هذا الحق هو الخطأ الذي ارتكبه المسؤول. أما الحق الثاني فهو من قبل شركة التأمين، ومصدر هذا الحق هو عقد التأمين الذي تم بين المضرور وبين شركة التأمين، وهنا للمضرور الحق بعد حصوله على تعويض من شركة التأمين، أن يطالب محدث الضرر بالتعويض، ويجمع في هذه الحالة بين الحقين<sup>(4)</sup>.

(1) أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 140-141، ف 62.

(2) Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 185.

(3) لا يجوز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد، في ميدان المسؤولية المدنية، وبالتالي ترفض الدعوى الجديدة التي يرفعها المضرور مطالبا فيها بالتعويض عن ذات الضرر. أنظر: حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 115.

(4) لا يجوز في هذه الحالة الإعتراض على المضرور بأنه قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد، ذلك لأنه لم يتقاضى سوى تعويض واحد من المسؤول عن الضرر، أما مبلغ التأمين فليس مقابلا للتعويض، بل هو مقابل لأقساط التأمين التي دفعها للشركة. وقد قضت محكمة النقض المصرية في 1971/1/30 بأنه: "يجوز الجمع بين التعويض المقضي به عن الفعل الضار وبين التأمين الذي استحق عملا بالقانون... لاختلاف مصدر كل حق عن الآخر". كما تسمح المادة 998 م عراقي، بالجمع بين مبلغ التأمين ومبلغ التعويض الذي يدفعه المسؤول. فطالما أن سبب الحصول على أي من المبلغين مختلف عن الآخر فيمكن الجمع بين المبلغين، لكن بالرجوع إلى المادة 14 من قانون التأمين العراقي، لوجد أنها لا تجبر ضمنا هذا الجمع، كما أن القضاء العراقي سلك مسلك قانون التأمين العراقي ولم يجز هذا الجمع، وفي ذلك قضت محكمة التمييز العراقية في 1975/2/24 أنه: "ليس للوارث مطالبة شركة التأمين بالتعويض المادي إذا سبق له استيفاء التعويض من السائق الذي دهس مورثه". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1115-1116، ف 660، هـ 1؛ حسن حنتوش الحسناوي، المرجع نفسه، ص 116-117.

دافع أنصار الجمع بين التعويضات عن رأيهم استنادا إلى حجتين الأولى هي مبدأ نسبية العقد<sup>(1)</sup>، حيث أن العقد لا يلزم الغير، لكن يجوز أن يكسبه حقوق. والثانية أن للمضرور إمكانية التنازل عن دعواه ضد المسؤول عن الضرر. ومن ثم لا يمكن للمسؤول عن الضرر أن يدفع بعقد التأمين الذي يلزم المؤمن بتعويض الضرر الذي لحق المضرور للتخلص من مسؤوليته<sup>(2)</sup>.

أما الفقه والقضاء، سواء المصري<sup>(3)</sup>، أو الجزائري<sup>(4)</sup>، الراض للجمع بين التعويضات، ذهب إلى أنه بدفع شركة التأمين التعويضات المستحقة، يكون الضرر الذي يدعيه المضرور قد زال تبعا للتعويضات التي تحصل عليها، ومن ثم تكون الدعوى المرفوعة من قبل المضرور ضد المسؤول غير مقبولة. وأن الجمع بين التعويضات يعتبر إثراء بلا سبب<sup>(5)</sup>، وهذا ما لا يسمح به القانون<sup>(6)</sup>.

حيث وبمقتضى مبدأ عدم جواز الجمع بين التعويضات المختلفة، خولت المادة 48 من قانون 83-15<sup>(7)</sup>، في حالة وجود مسؤول عن الضرر لهيئة الضمان الاجتماعي، رفع دعوى أمام الجهات القضائية ضد المتسبب في الحادث قصد تسديد ما أنفقته أو ما عليها أن تنفقه.

(1) نصت المادة 113 م.ج، والتي تقابلها المادة 1165 م.ف، على ما يلي: " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

(2) أنظر: علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، ص 304، هـ 52.

(3) قضت محكمة النقض المصرية في 1952/1/24، أن: " المطالبة بالتعويض مقابل أجرة ري الأطنان محل التعويض عن مدة معينة تتنافى بطبيعتها مع المطالبة بتعويض مقابل أجرة هذه الأطنان عن نفس المدة لعدم زراعتها بسبب حرمانها من الري ذلك أن هذا المقابل هو تعويض كامل عن الحرمان عن الإنتفاع بزراعة الأطنان فالجمع بين التعويضين غير جائز". وجد من الملائم في هذا الصدد الإشارة إلى ما ذهب إليه القضاء الكويتي، الذي يرفض الجمع بين تعويضين، حيث قضت محكمة التمييز في قرار لها بتاريخ 1998/12/23، أن: " من المقرر أنه لا يجوز للمؤمن أن يجمع بين مبلغ التأمين وبين مبلغ التعويض الذي يستحقه في ذمة المسؤول فيتقاضى التعويض عن ذات الضرر مرتين". كما قضت في 1999/10/25 أن: " الغاية من التعويض هي جبر الضرر جبرا متكافئا، وغير زائد عليه، ومن ثم لا يجوز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد". أنظر: ناصر متعب بنية الخرينج، المرجع السابق، ص 21-22؛ سعيد أحمد شعله، قضاء النقص المدني في المسؤولية والتعويض، منشأة المعارف، الإسكندرية، س 2003، ص 65، ف 1.

(4) قضت المحكمة العليا صراحة بأنه: " لا يحق الجمع بين التعويضات التي تقع على عاتق مرتكب الحادث وبين المنح التي يستحقها قانونا من طرف هيئة الضمان الاجتماعي التي ينتمي إليها المصاب". قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، في 1991/12/01. نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القانون المدني، ج 1، ط1، منشورات كليك، الجزائر، س 2013، ص 92.

(5) Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 185.

(6) قال الإخوة مازو Mazeaud، كرد عن الحجج التي تقدم بها أنصار الجمع بين التعويضات، أنه يعد تناقضا صارخا في أن ترفض للمضرور دعوى المسؤولية المدنية ضد المسؤول عن الضرر، ويسمح له في نفس الوقت بالتنازل عن نفس الدعوى لصالح المؤمن. أنظر: علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، ص 304، هـ 52؛ باسل محمد يوسف قبيها، المرجع السابق، ص 34.

(7) نصت المادة 48 من القانون رقم 83-15 المؤرخ في 2 يوليو 1983، والمتعلق بالمنازعات في الضمان الاجتماعي، ( المنشور في ج.ر. العدد 28، السنة العشرون، المؤرخة في 3 يوليو 1983). ملغى بالقانون رقم 08-08 المؤرخ في 23 فبراير 2008، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 11، السنة الخامسة والأربعون، المؤرخة في 2 مارس 2008). أنه: " في حالة صدور خطأ غير معذور أو خطأ متعد من صاحب العمل يخول قانونا لهيئة الضمان الاجتماعي أن ترفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة ضد المتسبب في الحادث قصد تسديد ما أنفقته أو ما عليه أن ينفقه".

كما نصت المادة 10 من الأمر 74-15<sup>(1)</sup>، أن التعويض المنصوص عليه في المواد السابقة لا يمكن أن يجمع مع التعويضات التي يمكن أن يستوفيتها نفس الضحايا بعنوان التشريع المتعلق بالتعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية...".

أما المادة 38 من الأمر رقم 95-07<sup>(2)</sup>، فقد نصت على أنه: " يحل المؤمن محل المؤمن له، في الحقوق والدعاوى تجاه الغير المسؤولين، في حدود التعويض المدفوع له..."<sup>(3)</sup>. إذا كان هذا هو الرأي السائد حالياً، إلا أنه لا يجب الخلط بين الجمع بين تعويضين عن نفس الضرر، وبين مطالبة المضرور بتكملة التعويض. فإذا كان المضرور مؤمن عن نفسه ضد ما قد يصيبه من حوادث، فله بعد الحصول على تعويض من قبل شركة التأمين، أن يطالب محدث الضرر بما لم يشمل مبلغ التأمين<sup>(4)</sup>، فشركة التأمين لا تدفع غالباً إلا المبلغ المحدد في بوليصة التأمين بغير أية موازنة بينه وبين ما وقع من ضرر<sup>(5)</sup>.

بما أن التعويض الذي تدفعه عادة شركات التأمين سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية جزئياً، جاز للمضرور أن يطالب بالمسؤولية المدنية بغية إكمال التعويض المقبوض من هذه الأجهزة<sup>(6)</sup>، عندما يكون التعويض لا يغطي كامل الضرر<sup>(7)</sup>،

---

<sup>(1)</sup> الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 30 يناير 1974، المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 15، السنة الحادية عشر، المؤرخة في 19 فبراير 1974)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-31 المؤرخ في 19 جوي 1988، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 29، السنة الخامسة والعشرون، المؤرخة في 20 جوي 1988).

<sup>(2)</sup> الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 13، السنة الثانية والثلاثون، المؤرخة في 8 مارس 1995). المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 15، السنة الثالثة والأربعون، المؤرخة في 12 مارس 2006).

<sup>(3)</sup> كذلك المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 97-49 المؤرخ في 12 فبراير 1997 المتعلق بمنح تعويضات وبتطبيق التدابير المتخذة لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب ولصالح ذوي حقوقهم، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 10، السنة الرابعة والثلاثون، المؤرخة في 19 فبراير 1997). التي تنص أنه: " يتنافى التعويض المنصوص عليه في المادتين 7 و8 من هذا المرسوم مع كل إصلاح للضرر على أساس المسؤولية المدنية للدولة". والمادة 25 من نفس المرسوم، التي تنص: " لا يجوز الجمع بين معاش الخدمة مع معاش التقاعد المحول".

<sup>(4)</sup> أنظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 166، ف 361.

<sup>(5)</sup> تنصت في ذلك المادة 623 م، أنه: " لا يلتزم المؤمن في تعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط ألا يتجاوز ذلك قيمة التأمين".

<sup>(6)</sup> Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 185.

<sup>(7)</sup> أنظر: جنييف فيني، المرجع السابق، ص 79، ف 30.

وهذا ما أشارت إليه العديد من مواد القانون الجزائري<sup>(1)</sup>.

بالتالي يكون للمضروب بعد حصوله على التعويض من شركة التأمين أو من نظام التعويض الإجتماعي، حق الإدعاء بالمسؤولية المدنية ومطالبة المسؤول بتكملة التعويض، بشرط ألا يقبض المضروب إلا المبلغ أو القيمة اللازمة لتحقيق التعويض الكامل للضرر. أما إثبات هذا الضرر<sup>(2)</sup>، فيجوز بكافة الطرق مادام الضرر أمر مادي<sup>(3)</sup>، ويقع عبء الإثبات على من يدعيه وهو الدائن أو المضروب<sup>(4)</sup>، وهنا لا يكفي أن يثبت هذا الأخير الضرر الذي أصابه وخطأ المسؤول، بل يقع عليه إثبات أن الضرر الذي يدعيه كان نتيجة خطأ المسؤول. كما لا يكفي إثبات وقوع الضرر بل لابد من إثبات مده، وبيان عناصره<sup>(5)</sup>.

### ثانياً: الخطأ

لم يرق المشرع الجزائري، ولا المصري<sup>(6)</sup>، أو الفرنسي<sup>(7)</sup>، بتعريف الخطأ بإعتباره ركن من أركان المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية، وذلك تفادياً لحصر المسؤولية في

(1) هذا ما أشارت إليه المادة 2/47 من قانون 83-15 سابق الذكر، التي جاءت كالتالي: " يستفيد المصاب أو ذوو حقوقه من الأداءات الواجب منحها من طرف هيئات الضمان الاجتماعي... كما يحق للمصاب أو لذوي حقوقه المطالبة بالتعويضات الإضافية عن الأضرار الناتجة عن الحادث وفقاً لقواعد القانون العام". كما نصت المادة 83 من الأمر رقم 95-07 سابق الذكر، أنه: "... يجب أن يستفيد أولوياً المؤمن له من أية دعوى رجوع حتى إستفائه التعويض الكلي حسب المسؤوليات المترتبة... ونفس المعنى يستفاد من نص المادة 2/118 من نفس الأمر، ومن خلال هاتين المادتين يتبين أن المضروب ليس له الحق في تكملة التعويض فحسب، بل له الأولوية في ذلك، حيث يتقدم حق المضروب على حق المؤمن في إسترجاع المبالغ التي دفعها جبراً للضرر الذي أصاب الضحية.

(2) المعنى القانوني للإثبات في المجال القضائي، هو إقامة الدليل أمام القضاء، بأحد الطرق المحددة قانوناً، على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها. أو هو بعبارة أخرى إقامة الدليل على واقعة يؤكدتها في الخصومة أحد طرفيها، وينكرها الخصم الآخر. أنظر: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، س 2006، ص 5.

(3) أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 36؛ غادة عبد السلام متعب حراحشة، المسؤولية المدنية للمنتج عن الأضرار الناتجة عن منتجاته في القانون الأردني، رسالة ماجستير، قانون، كلية الحقوق، جامعة جرش، الأردن، س 2011، ص 63.

(4) ذلك وفقاً لما تقضي به القاعدة العامة " البيئة على من إدعى"، وفي هذا قضت المحكمة العليا بتاريخ 1980، أن: " القاضي يمكن أن يحكم بالتعويض لكل من طلبه شرط أن يثبت هذا الضرر لدى قضاة الموضوع الذين لهم الحق في قبوله ورفضه". أنظر: محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 92، ف 71؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 170، ف 363.

(5) أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 182، ف 73.

(6) قامت محكمة النقض المصرية، بتعريفه في قرار لها صادر في 1978/3/6، بقولها: " أن الخطأ الموجب للمسؤولية طبقاً للمادة 163 من القانون المدني المصري، هو الإخلال بالإلتزام قانوني يفرض على الفرد أن يلتزم بما سلوكه بما يلتزم به الأفراد العاديون من اليقظة والتبصر حتى لا يضررون بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الذي يتوقعه الآخرون ويقومون تصرفاتهم على أساسه، يكون قد أخطأ". نقلاً عن المر سهام، إلتزام المنتج بالسلامة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س 2008-2009، ص 72.

(7) كما سكت المشرع الفرنسي عن تعريف الخطأ، حيث نص في المادة 1382 م.ف، أن: " كل فعل يصدر عن الإنسان محدثاً ضرراً للغير يلزم بالتعويض من تسبب به بخطئه"، وكذلك ما جاء في المادة 1383 منه: " كل فرد مسؤول عن الضرر الذي يحدثه ليس فقط بفعله بل أيضاً بإهماله وعدم تبصره". حيث لم يذكر مصطلح الخطأ بل " الفعل" وقد اعتبر البعض أن المقصود بهذا الأخير الخطأ، في حين حصر البعض الآخر الإلتزام بالتعويض على الضرر الناتج عن الفعل الخاطيء، هذا بالنسبة للمسؤولية التقصيرية. أما المسؤولية العقدية فلا توجد إشارة لمفهوم الخطأ العقدي في المواد 1146-1155 م.ف، بل إستبدل هذا المصطلح بـ " عدم التنفيذ". أنظر: جنيفييف فيني، المرجع السابق، ص 497-498، ف 168.

نطاق وحدود وعبارات معينة، لضمان توفير حماية أكبر للمضروور جراء أخطاء الغير. بما أن الخطأ هو الركن الأول للمسؤولية المدنية، وهو في نفس الوقت أساسها، فما قرره المشرع الجزائري في المادة 124 م، يعتبر رفضاً للأفكار التي تحاول الفصل بين الخطأ والمسؤولية. وسنكتفي في هذه النقطة بتعريف الخطأ مع توضيح مدى إستقلال التعويض عنه، وعدم إعتداد القاضي عند تقديره للتعويض المستحق بجسامة خطأ المسؤول.

## 1- تعريف الخطأ:

الخطأ شرط ضروري لاستحقاق التعويض وهو ما يعبر عنه في المسؤولية العقدية بالإخلال بالإلتزام العقدي، سواء كان هذا الإخلال صادراً من المدين شخصياً، أو من أحد الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، أما في المسؤولية التقصيرية فيعبر عنه بالإخلال بالإلتزام القانوني<sup>(1)</sup>.

الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لإلتزامه الناشئ عن العقد<sup>(2)</sup>، ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئ عن عمد أو عن إهماله<sup>(3)</sup>، بغض النظر عن الكم أو الكيف أو الزمن<sup>(4)</sup>، والإخلال في هذه المسؤولية إما أن يكون إلتزام بتحقيق نتيجة، وإما إلتزام ببذل عناية<sup>(5)</sup>.

(1) هناك من الفقهاء من عرفه بعدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر في تنفيذه، بحيث عبارة الإخلال تكون شاملة لعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، والتنفيذ المتأخر والمعيب، أما الفقيه بلانيول فقد عرفه بأنه " إخلال بالتزام سابق"، بينما عرفه الفقيه سافاتييه بأنه " إخلال بواجب قانوني كان في وسع المخل أن يتيبته ويلتزمه". أنظر: حسن حنتوش الحسنائوي، المرجع السابق، ص 100؛ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 256، ف 175؛ بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص 30.

(2) تنص المادة 106 م.ج، المقابلة للمادة 147 م.م، أن: " العقد شريعة المتعاقدين"؛ وتنص المادة 107 م.ج، المقابلة للمادة 148 م.م، بأنه: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه"؛ كما تنص المادة 1/160 م.ج، المقابلة للمادة 199 م.م، بأن: " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به"؛ ونصت المادة 164 م.ج، المقابلة للمادة 203 م.م، بأنه: " يجبر المدين بعد إعداره... على تنفيذ التزامه عينا، متى كان ذلك ممكناً"؛ ونصت المادة 176 م.ج، المقابلة للمادة 215 م.م، بأنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه...".

(3) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 736، ف 426.

(4) سواء كان النقص في الكمية التي تعهد بها المدين للدائن، أو في طريقة تنفيذ الإلتزام وما يجب على المدين بذله من عناية، أو كان تأخراً في التنفيذ عن الوقت المحدد. أنظر: ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 216، ف 245.

(5) الإلتزام بتحقيق نتيجة أو غاية، هو الإلتزام الذي يكون المدين فيه مسؤول بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة، حيث يكون خطأه مفترض، وبالتالي مسؤولاً بمجرد عدم تحقق النتيجة المبتغاة. أما الإلتزام ببذل عناية أو بوسيلة، فهو الإلتزام الذي لا يهدف إلى غاية محددة، وإنما يتعهد المدين ببذل جهد وعناية للوصول إلى الغرض المبتغى، سواء تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق، ويشترط في هذا الجهد المبدول بقصد تحقيق هذا الغرض، أن يكون مماثل للجهد الذي يبذله الرجل العادي. أنظر: علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، س 2010، ص 27-29.

أما الخطأ التقصيري<sup>(1)</sup>، فهو إخلال بالتزام يفرضه القانون، فهو دائما إلتزام ببذل عناية، وهو أن يلتزم الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف على هذا السلوك الواجب، وكان قادرا على التمييز بحيث يدرك أنه قد فعل، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية<sup>(2)</sup>.

من هنا يتضح أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على عنصرين أحدهما مادي وهو التعدي<sup>(3)</sup>، والآخر معنوي وهو الإدراك<sup>(4)</sup>، فلا يكفي ركن التعدي ليقوم الخطأ بل يجب أن يكون من وقع منه التعدي مدركا لذلك<sup>(5)</sup>.

يكاد الفقه والقضاء، يجمعان اليوم على تعريف الخطأ بأنه " إخلال بالتزام قانوني سابق مع إدراك المخل لإخلاله"، أو أنه " انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي عن إدراك وتمييز"، ويصدق ذلك القول في مجال المسؤولية العقدية والتقصيرية<sup>(6)</sup>.

## 2- عدم تأثر التعويض بخطأ المسؤول:

وفقا لوظيفة التعويض الإصلاحية<sup>(7)</sup>، يقدر القاضي التعويض المستحق للمضرور، لا بالنظر إلى المسؤول ومدى جسامة خطئه، بل بالنظر إلى المضرور ليحدد قدر الضرر الذي

(1) تجدر الإشارة إلى أن الآراء تعددت حول تعريف الخطأ التقصيري، فهناك من قال بأنه العمل الضار غير المشروع أي المخالف للقانون. ومنهم من قال وهو الفقيه بلانيول، أنه إخلال بالتزام سابق. وهناك من قال أن الخطأ ينقسم إلى عنصرين، فهو إعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء، كما يقول الفقيه ديموج. أو هو إخلال بواجب يتبين من أخل به أنه أخل بواجب، كما يقول الفقيه سافاتييه. أو هو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهاك حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو حق مماثل، كما يقول الفقيه جوسران. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 2، ص 880-881، ف 526؛ محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 64، ف 61 وما يليها.

(2) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 2، ص 881-882، ف 527؛ محمد سلامة الشلش، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، فلسطين، العدد التاسع، شباط 2007، ص 329.

(3) هو كل إنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، فهو تجاوز للحدود التي يجب على الشخص التزامها في سلوكه، ولا أهمية في المسؤولية التقصيرية التمييز بين الخطأ العمدي وغير العمدي، ولا بين الخطأ الجسيم واليسير، فكل منهما يوجب التعويض كاملا، سواء إتخذ هذا الانحراف مظهرا إيجابيا أو سلبيا، أما معيار الانحراف في السلوك، فقد أجمع الفقه والقضاء، على أن المعيار الصحيح لقياس التعدي هو المعيار الموضوعي. أنظر: بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص 37.

(4) يجب أن يتوافر في الخطأ بالإضافة إلى العنصر المادي، عنصر معنوي يتمثل في الإدراك والتمييز، حيث لا يسأل الشخص مسؤولية تقصيرية إلا إذا كان مدركا، ويكون كذلك إذا كان مميزا، ويكون الشخص مميزا إذا بلغ سن التمييز، وكان غير مصاب بالجنون أو العته أو كان فاقدا للإدراك بسبب عارض. فلا مسؤولية بدون تمييز، وهذا ما تنص عليه المادة 125/2 م. أنظر: نواف حازم خالد، علي عبيد، المرجع السابق، ص 214-215.

(5) أنظر: إياد محمد جاد الحق، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد العشرون، العدد الأول، يناير 2012، ص 204؛ ربيع ناجح راجح أبو حسن، المرجع السابق، ص 29.

(6) أنظر: سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2011، ص 14؛ منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، ط 1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، س 2004، ص 43؛ عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 61.

(7) أنظر سابقا وظائف التعويض، ص 11.

لحقه. وهذا هو منطق التعويض الذي يهدف إلى جبر الضرر الذي لحق بالمضرور، دون النظر إلى المسؤول وما إذا كان قد ارتكب خطأ جسيم أو يسير، فمسؤولية هذا الأخير تتحدد وفقا للضرر الذي أحدثه وليس وفقا للخطأ الذي صدر منه<sup>(1)</sup>.

أخذ المشرع الجزائري بذلك في المادة 131 م، التي تنص أن القاضي يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور مراعيًا في ذلك الظروف الملائمة، ويعني بهذه الظروف تلك المتعلقة بالمضرور، فلا تدخل في هذه الظروف جسامه خطأ المسؤول<sup>(2)</sup>. كما حددت المادة 182 م، عناصر تقدير التعويض وحصرتها في الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، أي تقدير التعويض بالنظر إلى الضرر<sup>(3)</sup>.

حيث تنحصر وظيفة المسؤولية المدنية في تعويض الضرر وليس معاقبة المسؤول، وهي من ثم توجب التعويض لا العقاب<sup>(4)</sup>، فرغم أن جسامه خطأ المسؤول تراعى من قبل القاضي بصورة خاصة في حالة الضرر المعنوي<sup>(5)</sup>، إلا أن الأصل والمبدأ العام الذي يتقيد به القاضي عند قيامه بتقدير التعويض هو مبدأ التعويض الكامل، الذي ينظر إلى الضرر الواقع على المضرور لا الخطأ الصادر من المسؤول<sup>(6)</sup>. ومن هنا يقتصر الخطأ في المسؤولية المدنية، على تحديد الشخص المسؤول المتسبب في الضرر، ولا علاقة لجسامه الخطأ في تقدير التعويض<sup>(7)</sup>.

### ثالثاً: علاقة السببية

لا يمكن القول أنه بمجرد إصابة شخص بضرر من جانب شخص آخر، تقام مسؤولية هذا الشخص الأخير ويلزم بالتعويض. فالعقل لا يقبل هذه النتيجة البسيطة وإنما يجب بالإضافة إلى وقوع ضرر، وصدور خطأ، أن يكون هذا الضرر قد تسبب بواسطة خطأ هذا

(1) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 148، ف 90؛ مدودي زبدي، المرجع السابق، ص 137؛ قالية فيروز، المرجع السابق، ص 183.

(2) أنظر لاحقاً الظروف المؤثرة في تقدير التعويض، ص 99.

(3) أنظر لاحقاً عناصر تقدير التعويض، ص 76.

(4) أنظر سابقاً وظائف التعويض، ص 11.

(5) أنظر: إبراهيم علي حمادي الحليوسي، المرجع السابق، ص 227.

(6) أيد المجلس الحكم المستأنف فيه القاضي بتعويض الأضرار الجسمانية الناجمة عن حادث مرور، ورفض الدفع المستأنف القاضي بأن المستأنف عليه لا يستحق التعويض كونه هو المتسبب في الحادث، على أساس أن المسؤولية المدنية في حوادث المرور تقوم على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ. قرار صادر عن مجلس قضاء أدرار، الغرفة المدنية، رقم القضية 13/00318، بتاريخ 9 مارس 2014، غير منشور.

(7) أنظر: باسل محمد يوسف قبها، المرجع السابق، ص 66.

الشخص، أو بتعبير آخر يجب توافر علاقة السببية بين خطأ الشخص والضرر الذي أصاب الشخص الآخر.

## 1- إثبات علاقة السببية:

شرط علاقة السببية لا يتطلب فقط في المسؤولية التقصيرية، بل يتطلب كذلك في مجال المسؤولية التعاقدية، فلا يكفي وجود خروج على العقد وضرر، بل يجب أن يكون الضرر نتيجة لمخالفة الإلتزام، فيكون محل المسؤولية العقدية هو تعويض الضرر الناجم عن مخالفة العقد<sup>(1)</sup>. تعتبر علاقة السببية شرط في المسؤولية المدنية، يجب على مدعي التعويض أن يثبت قيامها، كما يجب على القاضي عند حكمه بالتعويض أن يبين في حكمه توافر هذه الرابطة وإلا كان حكماً قاصراً يستوجب نقضه من المحكمة العليا<sup>(2)</sup>.

يمكن من خلال ما سبق توضيحه تعريف هذه العلاقة، بأنها الرابطة المحققة والمباشرة ما بين الخطأ والضرر الواقع، فلا يكفي القول أن هناك خطأ وضرر، بل لا بد أن يكون هذا الضرر نتيجة حتمية للخطأ حتى يمكن مساءلة المتسبب بهذا الضرر. حيث تعتبر علاقة السببية الركن الثالث من أركان المسؤولية، والتي يجب على المضرور إثباتها حتى يتمكن من المطالبة بالتعويض<sup>(3)</sup>.

## أ/ إثبات علاقة السببية في القانون الفرنسي

لا يوجد في القانون الفرنسي، قاعدة تتطلب وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر كركن ضروري ومستقل لقيام المسؤولية، إلا أن العبارات القانونية تسمح باستخلاص ضرورة وجود هذا الشرط ضمناً. فالقانون الفرنسي يستعمل تعبيرات يمكن أن يستخلص منها ضمناً

---

(1) لعلاقة السببية أهمية كبرى في مجال المسؤولية المدنية، فهي التي تحدد الفعل الذي سبب ضرراً وسط الأفعال المتنوعة المحيطة بالحادث. كما تستعمل في تحديد نطاق المسؤولية، فالضرر في أغلب الأحيان يترتب عليه أضرار أخرى. أنظر: عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، س 1997، ص 3، ف 3؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 220-221، ف 247؛ المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق - جامعة بيروت العربية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج 1، المسؤولية الطبية، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2004، ص 178-179؛ فؤاد وصفي أبو الذهب، تعليقات على الأحكام الأجنبية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الرابعة، العدد الرابع، أكتوبر - ديسمبر 1960، ص 116.

(2) أنظر: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 217؛ فيصل ذكي عبد الواحد، حدود إلتزام المتبوع بتعويض الغير المتضرر من خطأ التابع، بين نصوص القانون الكويتي وقواعد العدالة، مجلة المحامي، مجلة محكمة شهرية، تصدرها جمعية المحامين الكويتية، السنة السابعة عشرة، أكتوبر - نوفمبر - ديسمبر 1993، ص 78.

(3) تجدر الإشارة أنه لم يتم القانون أو القضاء، بإعطاء تعريف لعلاقة السببية لكن أعطى الفقه نظريتين من شأنها إعطاء تعريف لهذه العلاقة. Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ, Définition de la causalité en droit français, La causalité dans le droit de la responsabilité civile européenne, séminaire du GEREC, mars 2010, P 4.

ضرورة وجود هذه العلاقة<sup>(1)</sup>، كما أكد القضاء الفرنسي ذلك<sup>(2)</sup>.

## ب/ إثبات علاقة السببية في القانون المصري والجزائري:

إشترط القانون المدني الجزائري والمصري، علاقة السببية في الكثير من النصوص. فإذا ثبت عدم إمكان نسب هذا الضرر للشخص المدعى عليه، أو الأشخاص والأشياء التي يسأل عنها، كان غير ملزم بدفع التعويض<sup>(3)</sup>.

كما أكد كل من القضاء المصري، والجزائري<sup>(4)</sup>، ضرورة توافر علاقة السببية بين الضرر الحاصل للمضرور، وبين الخطأ الصادر من المسؤول<sup>(5)</sup>.

## 2- نفي علاقة السببية

تعتبر علاقة السببية بين الخطأ والضرر، شرط أساسي لقيام المسؤولية المدنية وإستحقاق التعويض، حيث يترتب على انتفائها انتفاء المسؤولية وعدم إستحقاق التعويض<sup>(6)</sup>. وهذا ما نصت عليه المادة 127 م، التي جاءت صياغتها كالتالي: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد

---

(1) تتطلب المادة 1147 م.ف، أن يقوم المدين بإثبات أن عدم تنفيذ العقد كان لسبب أجنبي حتى يمكن إعافؤه من المسؤولية. والمادة 1382 م.ف، التي تنص على أن: " كل شخص يتسبب بخطئه بإلحاق ضرر للغير تقع عليه مسؤولية التعويض عن هذا الضرر ". ويظهر إشترط المشرع للسببية من مصطلح " يتسبب ". كذلك المادة 4/1384-6 م.ف، التي تتكلم عن المسؤولية عن فعل الغير، تستعمل عبارة الضرر المسبب بواسطة الأشخاص الذين يسأل عنهم الشخص. نفس الأمر بالنسبة للمادة 1385 م.ف، الخاصة بالمسؤولية عن فعل الحيوان، تتكلم عن الضرر المسبب بواسطة الحيوان. والمادة 1386 م.ف، عندما نصت عن الضرر المسبب عن تهمد البناء، وعندما يتهدم بسبب نقص الصيانة أو عيب في الإنشاء. بالإضافة إلى ذلك يتطلب قانون 7 نوفمبر 1966، ضرورة إثبات أن الحريق قد نشأ عن خطأ حارس الشيء المحروق. أنظر: عادة عبد السلام متعب حراشنة، المرجع السابق، ص 61، هـ 2؛ عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 5، ف 4.

(2) قضت محكمة النقض الفرنسي في 10/11/1944، بأن: " المستأجر الذي تسرق شقته، عليه أن يقيم الدليل على وجود علاقة سببية مباشرة بين خطأ البواب وحدث السرقة حتى تكون دعوى المطالبة بالتعويض مقبولة ". نقلا عن عبد الرشيد مأمون، المرجع نفسه، ص 55، ف 46.

(3) نصت المادة 124 م.ج، المقابلة للمادة 163 م.م، على وجوب أن يكون الخطأ قد سبب ضرر، أي لا بد من توافر علاقة سببية بين الخطأ والضرر. كما نصت المادة 127 م.ج، المقابلة للمادة 165 م.م، أنه في حالة إثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي، لا يستحق التعويض، وذلك لإنتفاء علاقة السببية بين الخطأ الصادر من المسؤول، والضرر اللاحق بالمضرور. كذلك نصت المادة 167 م.ج، المقابلة للمادة 215 م.م، أنه إذا إستحال تنفيذ الإلتزام عينا بحكم بالتعويض، ما لم يثبت أن هذه الإستحالة قد نشأت عن سبب أجنبي. وعالج المشرع هذا الشرط في المادة 177 م.ج، المقابلة للمادة 216 م.م، التي تتحدث عن حالة إشتراك الدائن بخطئه في إحداث الضرر.

(4) قضت المحكمة العليا، أنه من المقرر لثبوت المسؤولية الناشئة عن الأشياء تستوجب قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر ". قرار رقم 323451، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2006/3/22. نقلا عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، ج 4، ط 1، منشورات كلبيك، الجزائر، س 2013، ص 1553.

(5) سلك القضاء الأردني مسلك القضاء الجزائري، والمصري، والفرنسي، حيث أكدت محكمة التمييز الأردنية ضرورة توافر علاقة سببية في قرار لها جاء كالتالي: " لا يجوز الحكم للمضرور عن إصابته بالقلق النفسي دون أن تبين المحكمة وجود رابطة سببية بين القلق وحادثة السقوط في الحفرة ". نقلا عن عادة عبد السلام متعب حراشنة، المرجع السابق، ص 119.

(6) أنظر: حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، مطبعة حداد، البصرة، العراق، بدون سنة الطبع، ص 192 وما

نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك".

يتبين من نص هذه المادة أن السبب الأجنبي، الذي يقطع علاقة السببية قد يكون بعيدا عن تدخل أي شخص، مثل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وفي هذه الحالة يعفى المدعى عليه من أية مسؤولية، وبالتالي يعفيه من التعويض. كما قد ينشأ السبب الأجنبي بتدخل شخص، كأن ينشأ عن فعل المضرور أو فعل الغير<sup>(1)</sup>.

يتم في هذه النقطة بتناول القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وفعل الغير كأسباب لنفي علاقة السببية أما فعل المضرور فستتم معالجته لاحقا.

### أ/ القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ<sup>(2)</sup>:

القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، هو كل أمر أو حدث لا يمكن توقعه ولا دفعه<sup>(3)</sup>، يقع ويكون السبب في وقوع الضرر<sup>(4)</sup>. أو هو الحادث الذي يجبر الشخص على الإخلال بالإلتزام<sup>(5)</sup>.

يحاول فيما يلي دراسة الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، ثم نوضح الآثار المترتبة على تحققها.

(1) عرف الفقيه بنوا Benoit، السبب الأجنبي بأنه " كل الظروف والوقائع التي يمكن للمدعى عليه أن يستند عليها لإثبات أن الفعل الضار لا ينسب إليه، والتي تكون أجنبية عن كل من الطرفين". كما عرفته المادة 166 م سوري، أنه: " كل أمر لا يد للمدعى عليه فيه، ويكون هو السبب في إحداث الضرر، ويترتب عليه إنتفاء مسؤولية المدعى عليه كليا أو جزئيا". أنظر: محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 126-127، ف 132.

(2) اختلف الفقه حول وحدة القوة القاهرة والحادث المفاجئ، حيث ذهب البعض إلى وجوب التفرقة بينهما وعدم اعتبارهما شيء واحد. بينما لم يفرق البعض الآخر بينهما. وفي ذلك ذهب الفقيه أمريجون Emerigon، إلى أن " الحادث المفاجئ هو الحادث الذي لا يمكن للحذر الإنساني أن يتوقعه، أما القوة القاهرة فهي القوة التي لا يمكن مقاومتها، ولكن هذين الأمرين يمتزجان، ومن ثم فإن الحادث المفاجئ هو القوة القاهرة التي لا يمكن توقعها أو مقاومتها". كما أن كل من القانون الفرنسي والمصري والجزائري، لم يفرق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، بل ذكر المصطلحين في النصوص القانونية كمعيارين مترادفين. كما تجمع أحيانا المحاكم العبارتين في تعريف واحد. وقد ورد في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، ما يلي: " يكون هذا السبب الأجنبي بوجه عام حادث فجائيا أو قوة قاهرة، وليس ثمة محل للتفرقة بينهما". أنظر: عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 93-94، ف 83-86؛ يحي أحمد موافى، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، س 1992، ص 181؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 110-111، ف 85؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 133-134.

(3) قامت محكمة النقض المصرية بتعريف القوة القاهرة، في قرار لها صادر بتاريخ 1976/1/29، جاء كالتالي: " القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة 165 من القانون المدني تكون حربا أو زلزالا أو حريقا، كما تكون أمرا إراديا واجب التنفيذ بشرط أن يتوافر فيها استحالة التوقع واستحالة الدفع، وينقضي بها إلتزام المدين من المسؤولية العقدية، وتنتفي بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التصويرية، فلا يكون هناك محل للتعويض في الحاليتين". أنظر: سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 106، ف 1؛ محمود جلال حمزة، المرجع نفسه، ص 129، ف 135.

(4) أنظر: مالك صالح عواد الحجايا، مدى كفاية قواعد المسؤولية المدنية في حماية البيئة، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة جرش الخاصة، الأردن، س 2010، ص 94-95.

(5) كما عرفها البعض الآخر بأنها الحوادث الخارجية التي تعجز قوى الإنسان عن مقاومتها. أنظر: غادة عبد السلام متعب حراشنة، المرجع السابق، ص 131؛ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 223.

## 1. شروط القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ:

يتطلب في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، سواء كنا بصدد مسؤولية عقدية أو تقصيرية، توفر شروط حتى تتحقق بها وتنتج آثارها<sup>(1)</sup>، تتمثل هذه الشروط عموماً في عدم إمكان التوقع والدفع<sup>(2)</sup>.

هناك من الفقهاء من يضيف شرطاً ثالثاً لتحقق القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، يعرف هذا الشرط بانتفاء الإسناد، فيشترط في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أن لا يكون منسوب إلى المدين، وذلك بأن لا يكون هو من أسهم بخطئه في إحداثه، فيجب أن لا يكون قد ارتكب خطأ أدى إلى وقوع هذا الحادث، أو ساعد على حدوث الضرر أو على تفاقمه<sup>(3)</sup>.

قام هذا الفقه بتبرير إتجاهه، بحجة أن هذا الشرط نص عليه كل من القانون الفرنسي<sup>(4)</sup>، والمصري<sup>(5)</sup>، كما عبر عنه القانون الجزائري<sup>(6)</sup>. إلا أن الفقه أجمع على وجوب توافر شرطين أساسيين لتحقق القوة القاهرة هما عدم إمكان دفع الحادث، وعدم إمكان توقع حدوثه.

### الشرط الأول: عدم إمكان التوقع

(1) تجدر الإشارة في هذا الصدد أن الفقه الباحث في موضوع أثر القوة القاهرة في ترتيب المسؤولية يختلف، فذهب البعض إلى أن القوة القاهرة تعفي من الإلتزام بالتعويض عن الضرر الذي وقع. بينما ذهب البعض الآخر إلى القول أنه بثبوت وجود حادث مفاجئ أو قوة القاهرة، يكون المسؤول غير ملزم بالتعويض، لكن هذا ليس معناه أن يحتل من كامل المسؤولية، وإنما نقصد به تخفيف هذه المسؤولية وجعلها جزئية. وفي ذلك أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار في 1957/3/13، جاء فيه: "إن القوة القاهرة تجب المسؤولية المنصوص عليها في المادة 1382 إذا تبين أن الفعل جاء نتيجة الظرف القاهر لوحده، فإذا ثبت أن الشخص الذي دفع بالقوة القاهرة ارتكب هو نفسه خطأ ساهم في إحداث الظرف القاهر أو تعقيد النتائج التي أسفرت عنه فإن القاضي يملك تخفيف المسؤولية وتخفيض أرقام التعويض المطلوب". فقد ذهب القضاء الفرنسي، واستقر الفقه، على أن من يدفع بالقوة القاهرة قد يكون هو نفسه ارتكب خطأ، وهذا الخطأ لا يلغي القوة القاهرة ولا يفيها، فقد ينتج الضرر عن القوة القاهرة من جهة وعن خطأ شخصي من جهة أخرى، وهذان العنصران لا يمنع من تعايشهما قانوناً مع احتفاظ كل منهما بطابعه الشخصي. أنظر: عبد الوهاب الأزرق، تعليقات على أحكام المحاكم الفرنسية في المسؤولية المدنية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الخامسة، العدد الثاني، أبريل - يوليو، س 1961، ص 80.

(2) هذه الشروط مفروضة معاً لتحقق القوة القاهرة، فإذا تخلف شرط منها تكون القوة القاهرة غير محققة. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها مؤرخ في 1987/12/17، أنه: "يشترط في القوة القاهرة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة عدم إمكان توقعها وإستحالة دفعها وهذان الشرطان يستندان من واقع الدعوى". أنظر: سعيد أحمد شعله، المرجع السابق، ص 107، ف 6.

(3) أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 483، ف 174.

(4) نص القانون الفرنسي في المادة 1147 منه، على أن المدين يكون ملزماً بالتعويض إذا لم يقم بتنفيذ الإلتزام أو تأخر في تنفيذه، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا ينسب إليه. وأشار القضاء الفرنسي على هذا الشرط في العديد من أحكامه، وأسست المحاكم إعفاءها للمدين من المسؤولية وعدم إلزامه بالتعويض، على أساس عدم نسبة الحادث إليه، ففضت في إستئناف مونيبييه المؤرخ في 1932/11/16، بأن: "العاصفة الثلجية التي تقطع التيار الكهربائي لا تعتبر قوة القاهرة تعفي شركة الكهرباء من إلتزاماتها بتوريد الكهرباء طالما ثبت وجود إهمال في الصيانة بالنسبة لمحطة توليد الكهرباء التي تعهدت في قائمة الشروط بالمحافظة عليها في حالة جيدة حتى تستمر الإضاءة". نقلاً عن عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 97، ف 89.

(5) المادة 165 م.م.

(6) المادة 127 م.ج.

يشترط أن يكون الحادث غير ممكن توقعه، حتى يمكن إعتباره من قبيل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ. أما إذا كان في إمكان المدين توقعه كان ملزماً بتعويض المضرور، ولا توجد في هذه الحالة قوة القاهرة، وذلك لعدم توافر شرط من شروط تحققها. فالمدين إذا كان في إمكانه توقع هذا الحادث كان في إمكانه تقادي وقوعه، وذلك باتخاذ الإحتياطات اللازمة لتجنب نتائجه<sup>(1)</sup>، هنا ولا يشترط أن يكون الحادث لم يسبق وقوعه أصلاً<sup>(2)</sup>.

يقدر عدم إمكان التوقع تقديراً مجرداً لا شخصياً. ولا يكفي عدم توقع المدين للحادث بالنظر إلى كفاءته وبقظته ومزاجه وطريقة حكمه على الأمور، بل يشترط عدم توقع الرجل العادي، المتبصر المحترس غير المتواني الموجود في نفس ظروف المدين لهذا الحادث. لأن عدم التوقع يقدر بطريقة مطلقة وليس بطريقة نسبية، فلا تؤخذ بعين الإعتبار الظروف الشخصية للمدين وإنما الظروف العامة والخارجية<sup>(3)</sup>. وبالتالي يكون المعيار المعتمد لتقدير شرط التوقع معياراً موضوعياً<sup>(4)</sup>.

أما وقت تقدير عدم التوقع، يختلف ما إذا كنا بصدد مسؤولية عقدية أم تقصيرية، ففي الأولى يقدر عدم التوقع بوقت إبرام العقد، فإذا كان من الممكن توقع هذا الأمر الذي أدى إلى إستحالة التنفيذ وقت التعاقد فإن المدين لا يمكنه الإحتجاج بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ<sup>(5)</sup>. حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ<sup>(6)</sup>، بينما في مجال المسؤولية التقصيرية، يقدر عدم إمكان التوقع، وقت وقوع الحادث ذاته<sup>(7)</sup>.

### الشرط الثاني: عدم إمكان الدفع

لا يكفي لقيام القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أن يكون الحادث غير متوقع، بل يشترط

(1) أنظر: محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 134، ف 139.

(2) أنظر: محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 112، ف 87.

(3) أنظر: محمود جلال حمزة، المرجع نفسه، ص 134، ف 139؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 138؛ قالية فيروز، المرجع السابق، ص 178.

(4) أنظر: عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، ط 2، المطبوعات الجامعية، س 1981، ص 305؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 996، ف 588.

(5) قضت محكمة النقض الفرنسية في 1962/6/20، بأن: " المدين لا يكون معفياً من تنفيذ التزامه إلا إذا كان الحادث الذي منع التنفيذ غير متوقع عند إبرام العقد". نقلاً عن عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 107، ف 104؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 997، ف 588.

(6) أنظر: محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 113، ف 87؛ إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 139.

(7) تمتد القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، أيضاً لكي تعفي المسؤول في المسؤولية التقصيرية، وعلى الخصوص في مجال المسؤولية المفترضة، حيث يكون السبب الأجنبي معفياً للحارس، بشرط أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ غير ممكن توقعها. أنظر: يحي أحمد موافى، المرجع السابق،

بالإضافة إلى ذلك أن يكون مستحيل الدفع، وهذا الشرط أجمع عليه الفقه والقضاء. فحتى يمكن اعتبار الحادث قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، يجب أن يجد المدين نفسه أمام استحالة في التنفيذ، أو استحالة الدفع أو التغلب على هذا الحادث بالوجه الطبيعي، وبالتالي إذا كان في إستطاعة المدين تجنب الحادث ولم يفعل، كان مسؤولاً مسؤولية كاملة<sup>(1)</sup>.

لا يشترط وجود إستحالة مادية تمنع المدين من القيام بتنفيذ التزامه، بل يكفي أن تكون الإستحالة معنوية، وكمثال على ذلك موت شخص عزيز على المدين جعله غير قادر على تنفيذ التزامه بالغناء في الحفل، أو جعل القيام بعملية دقيقة وصعبة أمر مستحيل وذلك لصعوبة التركيز<sup>(2)</sup>.

لكن إذا كان الأمر لا يشترط وجود إستحالة مادية، فإنه يشترط أن تكون إستحالة مطلقة. فالحادث لا ينبغي أن يكون مستحيلاً فقط بالنسبة للمدين، بل يجب أن يكون مستحيلاً بصفة مطلقة بالنسبة للرجل العادي المحترز اليقظ. فإذا لم يكن لمثل هذا الشخص أن يتدارك الحادث أو يتقيه لو وجد في ظرف الحادث، فإن شرط الإستحالة يكون متوفراً<sup>(3)</sup>.

## 2. الآثار المترتبة على تحقق القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ:

متى تحققت القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ باكتمال شروطه، وأمكن إسناد الضرر الواقع على المضرور إليه، اعتبر هذا الحادث سبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية، وذلك بشرط أن يكون هو السبب الوحيد للضرر، وبالتالي نفي علاقة السببية وإعفاء المدين إعفاءً تاماً من التعويض، فالمدين هنا يبرأ نهائياً من التزامه<sup>(4)</sup>.

(1) يجب التمييز هنا بين الإستحالة وبين الصعوبة في التنفيذ أو في تقاضي الحادث، فالمدين لا يكون أمام قوة قاهرة لمجرد وجود صعوبة في التنفيذ أو أن هذا الأخير أصبح أكثر تكلفة له، وإنما يشترط وجود إستحالة مطلقة في التنفيذ بحيث يكون المدين قد واجهته عقبة لا يمكنه التغلب عليها. فإذا تعهد تاجر بإستيراد سلعة من إحدى الدول إعتاد أن يسترد منها، فإن قيام حرب في تلك الدولة لا يعتبر قوة قاهرة إذا كان في إمكان هذا التاجر القيام بإستيراد هذه السلعة من دولة أخرى، ولو كان في ذلك بعض الصعوبات حيث يكلف ذلك التاجر مبالغ كبيرة لأن هذا يعتبر من الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ المدين لإلتزامه مرهقاً، وهنا يجوز للقاضي تعديل العقد، ولا يعتبر ذلك من قبيل القوة القاهرة. كما لا يعتبر الشخص أما إستحالة إذا كان في إمكانه تدارك الحادث الضار أو نتيجته لو أضاف بعض الجهد. أنظر: عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 100-101، ف 93-94؛ يحي أحمد موافى، المرجع السابق، ص 183-184.

(2) إعترف القضاء الفرنسي في 1915/7/31، في بعض الحوادث بوجود إستحالة معنوية، وكان ذلك بخصوص الدعاوى التي رفعت من الفنانين على أصحاب الملاهي نظراً لعدم قيامهم بتنفيذ إلتزاماتهم بسبب نشوب الحرب، معترفاً القضاء الفرنسي بذلك على وجود إستحالة معنوية تبرر عدم قيامهم بتنفيذ إلتزاماتهم قبل الفنانين. أنظر: عبد الرشيد مأمون، المرجع نفسه، ص 101، ف 95؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 114، ف 88؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 145؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 997، ف 589.

(3) من هنا لا يكون لضعف الوسائل المعتمدة والمستعملة من قبل المدين في تنفيذ الإلتزام سبباً كافياً لتوافر شرط عدم القدرة على الدفع. أنظر: عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 307.

(4) أنظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 204، ف 384.

كما قد يكون أثر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ وقف تنفيذ العقد، إذا كان مؤقت وكنا بصدد مسؤولية عقدية، حيث يبقى هنا الإلتزام موقوفاً ويعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث<sup>(1)</sup>. أما إذا إشتكرت القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ مع خطأ المدين، وساهم المدين إلى جانب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ في إحداث الضرر، يكون المدين مسؤولاً مسؤولية كاملة لأن خطأه كان سبباً في وقوع الضرر ويلتزم بالتعويض الكامل، لأن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ لا يمكن نسبتها إلى شخص آخر حتى يشترك مع المدين في تحمل المسؤولية<sup>(2)</sup>. تجدر الإشارة أن شرط عدم إمكان التوقع لو تحقق، لا يكون مستتبعا بالضرورة شرط استحالة الدفع، فكل من الشرطين مستقل عن الآخر، فقد يكون الحادث غير متوقع في وقت حصوله، غير أنه يمكن يدفعه<sup>(3)</sup>.

## ب/ خطأ الغير:

قد لا ينشأ الضرر عن خطأ المضرور، أو خطأ المدعى عليه، ولا عن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، بل ينشأ عن خطأ شخص آخر أجنبي، وقد يكون خطأ هذا الأخير هو السبب الوحيد للضرر وقد يشترك معه في إحداث الضرر خطأ المدعى عليه، أو خطأ المضرور، يتم تحديد المقصود بخطأ الغير، ثم نوضح آثاره.

### 1. تحديد خطأ الغير:

يقصد بالغير في هذا الصدد، الشخص الثالث الغريب والأجنبي عن المتضرر وعن المدعى عليه، فلا يدخل في عداد الغير لا المضرور ولا المسؤول، ولا من يسأل عنه هذا الأخير كالتابع أو الشخص الخاضع لسلطته في الولاية، ولا الذي أحله في تنفيذ التزام مترتب

(1) في هذه الحالة لا يستحق الدائن التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، رغم أن هذا الدائن لحقه ضرر من جراء التأخر في التنفيذ، وذلك راجع إلى أن هذا التأخر كان نتيجة قوة القاهرة أو حادث مفاجئ، وليس راجعاً لفعل المدين. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 999، ف 591.

(2) ذهبت محكمة النقض الفرنسية، في قرار لها بتاريخ 1970/3/4، أن حارس الشيء الذي كان أحد عناصر الضرر إلى جانب السبب الأجنبي يكون ملتزماً بالتعويض الكامل. أما محكمة النقض المصرية فقد قضت في قرار لها في 1897/12/30، بأن من تعهد بنقل بضاعة بواسطة مركب، يكون مخطئاً إذا تأخر في إقلاع المركب مع تحميلها ببضاعة تزيد عن حمولتها مما ترتب عليه غرق المركب إثر هبوط عاصفة، حيث ثبت أن الإقلاع في الوقت المحدد والحمولة العادية كان فيهما نجاة المركب. أنظر: عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 111، ف 107؛ محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 135، ف 141.

(3) قد يفاجئ الشخص برقاق الجليد، ولم يكن بإمكانه توقعها، فإذا كانت طريقة سيره تتيح له الانحراف إلى طريق جانبية ترابية كما فعل من سبقه، ولم يفعل وظل مندفعاً في وجهته الأصلية، مما أدى إلى انزلاق السيارة وتضرر من فيها، فلا يمكن أن يرد في هذه الحالة الحادث إلى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ تحت عذر عدم توقع وجود طبقة جليد على هذا الطريق، ما دام أنه كان في استطاعته تجنب مخاطرها. أنظر: عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 308؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 143.

عليه. وفعل الغير الذي يصح الإدعاء به للإعفاء من المسؤولية هو العمل الشخصي الذي ثبت صدوره من الغير، وليس فعل الشيء العائد لهذا الغير<sup>(1)</sup>.

يشترط لإعتبار فعل الغير من السبب الأجنبي المعفي للمسؤولية، أن يكون خطأ له شأن في إحداث الضرر، فإذا لم يكن فعل الغير خطأ فلا أثر له في مسؤولية المدعى عليه، وكان هذا الأخير وحده المسؤول عن التعويض، مسؤوليته كاملة. ويقاس خطأ الغير هنا بمعيار موضوعي وهو الإنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي<sup>(2)</sup>.

تجدر الإشارة في هذا الصدد أنه لا يلزم أن يكون هذا الغير معروفاً، لأن هذا التعيين لا فائدة منه مادام الأمر يتعلق بالإعفاء من المسؤولية بالنسبة للمدين، وليس بتحديد مسؤولية الغير، وهنا ما على المدين إلا إثبات أن سبب الضرر يرجع إلى شخص آخر حتى يعفى من المسؤولية<sup>(3)</sup>.

## 2. آثار خطأ الغير:

يختلف الأثر المترتب على خطأ الغير ما إذا كان هو السبب الوحيد للضرر، أو كان قد اشتركت معه أسباب أخرى، سيم توضيح آثار خطأ الغير في كل حالة كالتالي:

### \* أثر مساهمة خطأ الغير مع خطأ المدعى عليه:

إذا اشترك خطأ الغير مع خطأ المسؤول، فإما أن يستغرق أحد الخطأين الآخر، وإما أن يكون كل من الخطأين مستقلاً عن الآخر. ففي حالة استغراق خطأ المسؤول، خطأ الغير، تكون المسؤولية كاملة ولا يعفى المسؤول منها، ويلزم بتعويض الضرر الذي أصاب المضرور، والذي نجم عن خطئه، ولا يعتد بخطأ الغير<sup>(4)</sup>.

أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه، كان خطأ الغير هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، وفي هذه الحالة نكون أمام سبب أجنبي وهو خطأ الغير، وبناء على ذلك تنعدم مسؤولية المدين لانعدام رابطة السببية، بين خطأ هذا المدين والضرر، لأن المدين في هذه

---

(1) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 165؛ عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 114-115، ف 113؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 121-122، ف 98؛ يحي أحمد موافي، المرجع السابق، ص 207؛ عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 358؛ قالبة فيروز، المرجع السابق، ص 181.

(2) ظهر فقه قال بوجود التفرقة بين الحالة التي يكون فيها فعل الغير هو السبب الوحيد للضرر، والتي لا يشترط أن يكون فعل الغير خطأ، وبين الحالة التي يكون فيها الضرر قد حدث نتيجة عدة أسباب من بينها فعل الغير، و في هذه الحالة يشترط صدور خطأ من الغير، ويلزم المسؤول بإثبات هذا الخطأ الصادر من الغير. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1016-1017، ف 597.

(3) أنظر: عبد الرشيد مأمون، المرجع نفسه، ص 116-118، ف 114-115.

(4) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 167.

الحالة لا تكون له أية صلة بهذا الضرر<sup>(1)</sup>. وهناك من الفقه من ذهب إلى انعدام السببية حتى ولو كان الفعل الذي صدر من الغير ليس خطأ<sup>(2)</sup>، لأن فعل الغير إذا لم يتصف بالخطأ، يتصف بالقوة القاهرة ولا يكون أحد مسؤولاً<sup>(3)</sup>، وبالتالي لا يكون المدين ملزم بتعويض المضرور عن هذا الضرر الذي لا يرجع إلى خطئه<sup>(4)</sup>.

أما إذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، بل ظل كل منهما قائماً وسبباً في إحداث الضرر، فيتعدد عندئذ المسؤولون عن الضرر، وينشأ بينهم التضامن السلبي إذا كان هناك اشتراك في العمل<sup>(5)</sup>.

نصت في ذلك المادة 126 م، أنه: " إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض"<sup>(6)</sup>.

من خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري، قد قرر التضامن فيما بين المسؤولين، فيجوز للمضرور الرجوع على المدعى عليه أو الغير بالتعويض كاملاً، ثم يقوم بعد ذلك من دفع التعويض منهما بالرجوع على الآخر، بقدر مساهمة خطئه في إحداث الضرر. وأشارت المادة سابقة الذكر أن القسمة بينهما تكون بالتساوي، إلا إذا تمكن القاضي من تحديد جسامه الخطأ الذي وقع من كل منهما،

---

(1) ينبغي الملاحظة في هذا الصدد أن علاقة السببية إذا كنا بصدد مسؤولية طبية، لا تنقطع بفعل الغير في مواجهة الطبيب إذا كان هذا الأخير مسؤولاً عن أفعال هذا الغير، إذ هنا ستكون بصدد مسؤولية الطبيب عن أفعال تابعة، سواء كانوا مساعدي الطبيب أو من اختارهم في مباشرة العلاج معه، وبالتالي لا يجوز للطبيب التصل من مسؤوليته اتجاه المضرور في هذه الحالة. أنظر: طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، س 2004، ص 406.

(2) أنظر: عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 119، ف 118؛ محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 137، ف 146؛ يحي أحمد موافى، المرجع السابق، ص 209.

(3) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 165-166.

(4) وفقاً لذلك تنص المادة 127 م، أن: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه... أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1018، ف 598؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 122-123، ف 97.

(5) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 168؛ محمود جلال حمزة، المرجع نفسه، ص 137، ف 146؛ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 226.

(6) تقابلها المادة 169 م.م؛ المادة 170 م سوري؛ 217 م عراقي؛ 137 م لبناني؛ أما المادة 265 م أردني فقد جعلت كلا منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه في الخطأ وأجازت للمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن.

ليجعل في هذه الحالة القسمة على أساس جسامة الخطأ<sup>(1)</sup>.

\* أثر اشتراك خطأ المسؤول وخطأ المضرور وخطأ الغير في إحداث الضرر:

قد يساهم في وقوع الضرر ثلاثة أخطاء، حيث يثبت أن المسؤول قد وقع منه خطأ ساهم معه في إحداث الضرر خطأ المضرور وخطأ الغير. فيتحمل في هذه الحالة المضرور ثلث الضرر، نظرا لاشتراكه في إحداث الضرر، أما المسؤول والغير فيتحملان ثلثي الضرر بالتضامن فيما بينهما<sup>(2)</sup>، وذلك وفقا للمادة 126 م سابقة الذكر.

**البند الثاني: الشروط الخاصة لإستحقاق التعويض**

تتمثل الشروط الخاصة لإستحقاق التعويض في الإعذار الذي يترتب عنه وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه، فلا يعتبر المدين متأخرا في تنفيذ التزامه لمجرد حلول أجل الدين، لأن سكوت الدائن وعدم مطالبته بحقه يفيد منح المدين أجلا إضافيا. وقد وردت قواعد الإعذار في المواد 179، 180، 181 من القانون المدني<sup>(3)</sup>.

يتم من خلال هذه النقطة توضيح ضرورة توافر هذا الشرط في المسؤولية العقدية، وإعفاء الدائن منه في مجال المسؤولية التقصيرية كالتالي:

**أولا: ضرورة الإعذار في المسؤولية العقدية**

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية وإستحقاق التعويض مجرد عدم تنفيذ الإلتزام العقدي في الوقت المحدد، بل يجب بالإضافة إلى ذلك إعذار المدين وهذا ما قضت به المادة 179 م<sup>(4)</sup>. بحيث لا يثبت تقصير المدين في تنفيذ التزامه العقدي، ولا يستحق الدائن التعويض عن هذا التقصير إلا إذا قام بإعذار المدين، فإذا كان الدائن قد أعفي من القيام بهذا الإجراء في بعض الحالات<sup>(5)</sup>،

(1) قضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها مؤرخ في 1968/1/22، أن: " تعدد الأخطاء الموجبة لوقوع الحادث يوجب مساءلة كل من أسهم فيها، أيا كان قدر الخطأ المنسوب إليه، يستوي في ذلك أن يكون سببا مباشرا أو غير مباشر في حصوله". أنظر: محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 124، ف 99؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1022، ف 600؛ طلال عجاج، المرجع السابق، ص 406.

(2) أنظر: وسيم حسام الدين الأحمد، مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2008، ص 601؛ هدى العبد الله، دروس في القانون المدني، ج 1، النظرية العامة للموجبات، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2008، ص 94.

(3) تقابل هذه النصوص المواد من 218-220 م.م؛ والمواد 219-221 م سوري؛ والمواد 256-258 م عراقي؛ والمواد 221-223 م ليبي؛ والمواد 253، 257، 258 موجبات وعقود لبناني.

(4) تقابلها المادة 1146 م.ف؛ والمادة 219 م.م.

(5) هن الحالات التي أشار إليها المشرع في المادتين 180 و181. أنظر لاحقا الشروط الخاصة لإستحقاق الشرط الجزائي، ص 158.

إلا أن وجوب الإعذار كان ولا زال المبدأ العام في المسؤولية العقدية<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: عدم جدوى الإعذار في المسؤولية التقصيرية

لا يمكن تصور الإعذار في المسؤولية التقصيرية، ذلك كون العلاقة القانونية بين من لحقه ضرر، والمسؤول عنه، لا تنشأ إلا بعد وقوع الضرر فعلاً. ومن هنا لا يمكن لضحية الأذى القيام بإعذار المسؤول عن الضرر بتنفيذ التزامه، وهذا ما يفهم من خلال المادة 2/181 م، التي تنص بأنه لا ضرورة لإعذار المدين إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن فعل غير مشروع<sup>(2)</sup>.

عدم وجوب الإعذار في نطاق المسؤولية التقصيرية قاعدة مطلقة، حيث يستحق ضحية الفعل الضار التعويض عن جميع الأضرار التي لحقت به بمجرد تعرضه لضرر كان المسؤول من أحدثه<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: طرق التعويض

كان الفقه والقضاء، في منعزل عن الرأي الذي نادى بأن يكون التعويض حتماً مبلغاً نقدياً إستناداً إلى أن النقود مقياس القيم، ومن ثم كافية لجبر الأضرار المادية، وشفافية للأضرار الأدبية. وسلم الجميع في الفقه والقضاء، بسلطة القاضي في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لطبيعة الضرر، وأسسوا رأيهم على نص المادة 1382 م.ف، التي ألزمت محدث الضرر بتعويض المضرور، ولم تقم بتحديد طريقة أو شكل معين لتعويضه<sup>(4)</sup>.  
بما أن المسؤولية المدنية تقوم أساساً على إعادة التوازن، الذي إختل نتيجة الضرر الذي وقع، ورد المضرور على نفقة المسؤول إلى الوضع الذي من المفترض أن يكون عليه لولا وقوع الضرر، يجوز أن يكون التعويض نقدي، كما يجوز أن يكون عيني أو غير نقدي<sup>(5)</sup>. وإختيار

(1) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، في إزدواد أو وحدة المسؤولية المدنية، ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، س 1978، ص 75-76، ف 16.

(2) جاءت صياغة المادة 2/181 م، كالتالي: " إذا كان محل الإلتزام تعويضاً ترتب عن عمل مضر".

(3) أنظر لاحقاً الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار، ص 160.

(4) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 48-49، ف 11؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 176.

(5) ذهبت محكمة النقض المصرية، في قرار لها مؤرخ في 1977/5/10، إلى أن: " تنفيذ الإلتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به أو تنفيذاً عن طريق التعويض، والتعويض قد يكون نقدياً أو عينياً بإزالة المخالفة التي وقعت إخلالاً بالإلتزام". مأخوذ من سعيد أحمد شعله، المرجع السابق، ص 16، ف 20.

أحد هذه الطرق دون الأخرى يكون له أثر بالغا في تحقيق الغاية من التعويض<sup>(1)</sup>.  
للقاضي سلطة كاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لطبيعة الضرر حسب  
الظروف. وإذا كان تعويض الضرر يقدر في الغالب بمبلغ من النقود، إلا أن المشرع الجزائري  
لا يمنع أية طريقة أخرى للتعويض<sup>(2)</sup>، وهذا ما جاء في المادة 132 م<sup>(3)</sup>، التي يتضح خلالها  
أن المشرع خول للقاضي سلطة تعيين طريقة التعويض، كما يلاحظ أن مصطلح التعويض جاء  
بمعناه الواسع.

يتم في هذا المطلب دراسة طرق التعويض في فرعين مستقلين، الأول يتناول فيه  
التعويض العيني، أما الفرع الثاني فيخصص للتعويض بمقابل.

### الفرع الأول: التعويض العيني

لا شك في أن أنجح طريقة لتعويض المضرور، هي أن يحكم على المسؤول بالقيام  
بإجراء من شأنه إرجاع الحالة إلى أصلها، وهذا ما أطلق عليه بعض الفقه بالتعويض العيني.  
وهذا هو الأصل في الشريعة الإسلامية، التي تقضي بأن الأشياء المثلية إذا أتلقت أو أهدمت  
وجب تعويضها بمثلها<sup>(4)</sup>.

يتم في هذا الفرع تناول بداية تعريف التعويض العيني، مع توضيح موقف كل من الفقه،

---

(1) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 49، ف 11؛ حسن خنتوش الحساوي، المرجع السابق، ص 140.  
(2) القضاء بما له من خبرة وما يتمتع به من سلطة، يعتبر الجهة القادرة على تعيين طريقة التعويض المناسبة لجبر الضرر الحاصل أكثر من غيرها،  
وهذا ما جعل التشريعات المختلفة تتبنى هذه الفكرة وتنص عليها صراحة في قوانينها، على عكس المشرع الفرنسي الذي لم يحدد طريقة معينة للتعويض،  
ولهذا تكون لقاضي الموضوع في حدود طلب المدعي سلطة تقديرية مطلقة في تقدير وتحديد طريقة التعويض. أنظر: عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد  
وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة، الأردن، س 1998، ص 149-150؛ قالية فيروز، المرجع السابق، ص 185.  
(3) نصت المادة 132 م المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 سابق الذكر، بأنه: " 1- يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون  
التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا. 2- ويقدر التعويض بالنقد، على أنه 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 بالعمل غير المشروع".

(4) كأن يحكم القاضي على شخص غصب من آخر كمية من الحبوب، برد كمية تساوي ما غصبه، وقد نصت المادة 2/255 م عراقي، على رد المثل  
في المثليات، والتي جاءت كالتالي: " أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات. وذلك على سبيل  
التعويض؛ كما نصت على ذلك كل من المادة 275 م أردني؛ والمادة 300 م إماراتي. أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 177؛ زاهية حورية سي  
يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومه، الجزائر، س 2009، ص 315؛ براهيم زينة، مسؤولية الصيدلي، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية  
المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2012، ص 152؛ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري،  
ج 1، ص 245؛ يوسف عبد الله الشرفين، ضمان المثليات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الحادي  
والعشرون، العدد الأول، يناير 2013، ص 552.

والقضاء، والقانون منه، ثم يتم التمييز بعد ذلك بينه وبين التنفيذ العيني.

### البند الأول: تعريف التعويض العيني

هو التعويض الذي من شأنه أن يحقق للمضرور ترضية من جنس ما أصابه من ضرر<sup>(1)</sup>، بطريقة مباشرة دون الحكم له بالتعويض النقدي، أي الوفاء بالإلتزام عينا<sup>(2)</sup>. وإزالة الضرر عينا وذلك إما بمحوه حالا أو بمنع استمراره مستقبلا<sup>(3)</sup>.

قد يهدف التعويض العيني إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما، وذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، بإجبار المسؤول على الوفاء بما التزم به<sup>(4)</sup>. وقد يهدف كما يرى بعض الفقه، إلى إزالة الضرر أو تخفيفه، أو التخلي عن الوضع الضار أو منع تحقق الخطر<sup>(5)</sup>.

حيث يلزم القاضي المسؤول عن الضرر بالتعويض العيني إذا إتخذ الإخلال صورة القيام بعمل، يمكن إزالته ومحو أثره<sup>(6)</sup>. فإذا كسر شخص لوحا من الزجاج مملوكا لآخر كان خير تعويض أن يستبدل بالمكسور غيره سليم من نوعه. وإذا أقام شخص جدارا عاليا لغرض

(1) أنظر: سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، س 1961، ص 672، ف 619؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 233، ف 266؛ عدنان إبراهيم السرحان، الضرر وتعويضه وفق أحكام الفعل الضار، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد الثاني، لسنة 1998، ص 45، ف 56؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 265، ف 419؛ نور الدين قطيش محمد السكارنة، المرجع السابق، ص 72؛ صفية بشاتن، المرجع السابق، ص 446.

(2) أنظر: زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 316؛ عيساوي زاهية، المسؤولية المدنية للصيدلي، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2012، ص 155؛ ناصر متعب بنية الخرينج، المرجع السابق، ص 12.

(3) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 49، ف 11؛ محمود عبد الرحيم الديب، التعويض العيني لجبر ضرر المضرور، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، س 2013، ص 27.

(4) تتحقق إعادة الحال خصوصا إذا كنا بصدد مسؤولية عقدية، كما تتحقق إذا كنا بصدد مسؤولية تقصيرية، مادام ذلك ممكنا وليس فيه إرهاب للمسؤول. نظر: محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 152، ف 164؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 153، ف 132؛ أسامة السيد عبد السمیع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، س 2007، ص 261-262؛ بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2011، ص 161؛ كباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2011، ص 134؛ نواف حازم خالد، السيد علي عبيد، المرجع السابق، ص 55؛ إبراهيم علي حمادي الحليوسي، المرجع السابق، ص 228.

(5) أنظر: جنيفيف فيني، المرجع السابق، ص 527، ف 171.

(6) يجوز إلزام المهندس المعماري، وهو الطرف المدين في عقد المقاوله، بإصلاح الضرر اللاحق برب العمل وذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر، أي إعادة البناء إلى ما كان عليه قبل تدممه، أو ظهور عيوب تهدد سلامته ومثانته، وهذا وفقا للمادة 554 م. أنظر: بطوش كهينة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2012، ص 133-134.

حجب النور والهواء عن جاره، كان خير تعويض عن ذلك هدم هذا الجدار<sup>(1)</sup>. أو أن يزيل أحدهم دون حق بناء مملوك لشخص آخر فيلزم بإعادة بناءه<sup>(2)</sup>.

كما يمكن إجبار المدين على التعويض العيني إذا تمثل الإخلال في الامتناع عن عمل، فإذا التزم مقاول ببناء منزل، وامتنع عن تنفيذ التزامه، أمكن إجباره على ذلك بأن يبني الدائن (رب العمل)، المنزل على حساب المدين (المقاول)<sup>(3)</sup>.

إذا كان التعويض العيني شائع الوقوع في المسؤولية العقدية<sup>(4)</sup>، فلا يكون له في نطاق المسؤولية التقصيرية إلا منزلة الإستثناء<sup>(5)</sup>، فغالبا ما يتعذر الحكم به في هذه الأخيرة<sup>(6)</sup>. بعد إعطاء فكرة عامة على التعويض العيني، سيتم توضيح موقف كل من الفقه، والقضاء، والقانون منه.

### أولا: موقف الفقه من التعويض العيني

إذا كان تعريف التعويض العيني يعني محو الضرر بإعادة الحال إلى ما عليه، فإن هذا التعريف قوبل بانتقادات كثيرة إلى حد إنكار وجوده. حيث برز اتجاهين الأول يرفض فكرة

---

(1) نكون في هذا الفرض أمام مسؤولية تقصيرية، وهنا يقضي القاضي بإزالة الحائط المقام لغرض منع الضوء والهواء عن الجار. وذهبت محكمة النقض الفرنسية، إلى أنه يقع: " على القاضي أن يأمر بهدم البناء الذي أقيم بصورة غير مشروعة، إذا طلب المضرور ذلك، حيث يكون البناء الذي أقيم بشكل مخالف لقواعد التنظيم سببا في الإضرار بالغير، فإنه لا يمكن رفض طلب المضرور بإزالة البناء الذي يعد السبب غير المشروع للضرر". أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 45-46، ف 56؛ سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، ص 419، ف 408؛ محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، س 2002، ص 266-267؛ دريال عبد الرزاق، النظرية العامة للإلتزام، ص 107.

(2) إذا تمثل الضرر في هدم بناء، وكان في الإمكان إعادة بناءه وإرجاعه إلى وضعه الأصلي الذي كان عليه قبل الهدم، فعلى القاضي هنا إجابة المضرور على طلبه، مهما بلغت تكلفة إعادة هذا البناء إلى حالته الأصلية. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 103، ف 58؛ محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 190، ف 22.

(3) من أمثلة التعويض العيني كذلك، إلزام المتلف برد مثل ذلك المال الذي أتلفه إلى المتضرر، وكذلك الأمر إذا غصب شخص مالا مثليا للغير، أو سرقه، ألزم برده إذا كان قائما، أو رد مثله على سبيل التضمين. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1092-1093، ف 643؛ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع نفسه، ص 46، ف 56.

(4) من أمثلة التعويض العيني حصول الدائن على شيء من نفس النوع الذي التزم به المدين وعلى نفقته بعد استئذان القاضي، وهذا ما تنص عليه المادة 2/166 م، التي جاءت كالتالي: " فإذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي...". ومثاله كذلك قيام رب العمل بالبناء على نفقة المقاول الممتنع عن البناء، وهذا طبقا للمادة 170 م، التي تنص أنه: " في الإلتزام بعمل، إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ الإلتزام جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا". أنظر: محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 153، ف 132.

(5) أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 178؛ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، مصادر الإلتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، س 2010، ص 263.

(6) حيث لا يستطيع القاضي أن يحكم بإعادة حالة طفل صدمته سيارة وسببت له عاهة دائمة، إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع هذه الحادثة، بل القاضي ملزم بالرجوع إلى التعويض النقدي. أنظر: محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 152، ف 164؛ رياض محمود أحمد عليان، المرجع السابق، س 2011، ص 52.

التعويض العيني، والثاني يقبل بها. نقوم بعرض الإتجاهين كالتالي:

## 1- الإتجاه الراض للتعويض العيني:

إنقسم هذا الإتجاه بدوره إلى قسمين، الأول يرفض المصطلح والثاني يرفض المضمون. يرى الإتجاه الراض للمصطلح، أن التعويض كجزاء للمسؤولية يمثل منفعة بإزالة الضرر، وأن هذه الإزالة لا تعتبر تعويضا عينيا. حيث قال الفقيه سافاتييه Savatier، أن التعويض العيني هو إصلاح للشيء التالف، لأن القاضي لا يعرض وإنما يحكم بإزالة المخالفة، كأن يحكم بوقف المنافسة غير المشروعة، أو وقف الاستعمال الغير قانوني لأسماء الآخرين وألقابهم. كما يقول هذا الفقيه أن المسؤولية لا تترتب في هاذين الفرضين، إلى إذا كانت المخالفة قد سببت ضررا، أو كانت مقترنة بالغرامة المالية أو بالمقابل.

تدعيما للرأي السابق ذهب الفقيه روبييه Roubier، أنه إذا كان الغرض من الحكم إنهاء حالة التصرف غير المشروع فلسنا بصدد مسؤولية، وبالتالي لسنا بصدد تعويض عيني.

كما يرى كل من الفقيه ريبير Ripert، والفقيه بولانجيه Boulanger، أن التعويض لا يمكن أن يكون إلا مبلغ من النقود<sup>(1)</sup>، أما غير هذا الطريق من طرق التعويض فيتمثل في احترام الحق. ففعل الإعتداء إما أن يمس هذا الحق بأذى بمعنى الضرر، وهنا يعالج الضرر بالتعويض النقدي. وإما أن يخالفه وهنا يجب اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية هذا الحق، وهذه التدابير المفروضة لحماية هذا الحق المنتهك لا تعتبر تعويضا عينيا، لأن احترام الحق لا يرتب المسؤولية<sup>(2)</sup>.

يستنتج أن الإتجاه المقدم لم يرفض التعويض العيني كطريق من طرق التعويض مضمونا، فالمضمون واحد وهو جواز إتخاذ إجراء آخر لإزالة الضرر إلى جانب التعويض النقدي، لكن كل الاختلاف يدور حول عدم تسمية هذا الإجراء تعويضا عينيا<sup>(3)</sup>.

أما الإتجاه الراض للتعويض العيني من حيث المضمون، فقد أسس رأيه على حجج وبراهين قوية، ومن بين هؤلاء الفقهاء لوسيان ريبير Lucienne Ripert، التي قالت أنه من

(1) أنظر: مصطفى العوجي، العقد، ص 567.

(2) يتضح من خلال ما تقدم أن أصحاب هذا الرأي يعتبر جزءا حماية الحق المنتهك غريب عن المسؤولية، وأن هذه الحماية تتحقق من خلال إتخاذ إجراءات، وليس من خلال المسؤولية. أنظر: نصير صبار لفته، التعويض العيني، رسالة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، س 2001، ص 21-23.

(3) هناك رأي ذهب في تسمية التعويض العيني بالتنفيذ العيني الجبري، تميزا عن التنفيذ العيني الإختياري، لأن الأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه في نظر هذا الفقه لا يعد تعويضا وإنما تنفيذا.

الخطأ الاعتقاد بوجود التعويض العيني المتمثل في محو الضرر، عندما يتم إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن الوسيلة الوحيدة لتعويض المضرور تتمثل في الحكم له بمبلغ نقدي، وأن كل ما يمكن الحكم به إضافة إلى التعويض النقدي هو الحيلولة دون وقوع الضرر، وهذه الأخيرة لا يمكن إعتبارها تعويض عيني، لأن التعويض يفترض وقوع ضرر، والضرر هنا غير محقق وإنما محتمل، أما إذا وقع الضرر فلا يمكن محوه أبداً. في نفس الاتجاه ذهب رأي ثاني إلى استحالة التعويض العيني، لأن الضرر لا يمكن محوه بعد وقوعه، فلا يمكن إعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وذلك على أساس أن الماضي لا ينمحي<sup>(1)</sup>.

أما الرأي الآخر فقال أن الأصل في التعويض أن يكون نقدياً، أما التعويض العيني فيأتي في مرتبة الإستثناء. وأسس رأيه إلى اعتبارات عملية، مفادها أن التعويض العيني قد لا يحسم النزاع، فقد ينازع الدائن في قيام المدين بأعمال الإصلاح، أو بمدى كفاية هذا الإصلاح، أو أن الشيء الذي يعرضه المدين ليس مماثلاً للشيء الهالك بخطئه. كما أن التعويض العيني قد يحتاج إلى تدخل المدين شخصياً، ولا يخفى ما لهذا من مساس بحرية وشخصية المدين، مما يبقى بالضرورة صدور حكم بتعويض نقدي في مواجهته<sup>(2)</sup>.

## 2- الإتجاه القابل للتعويض العيني:

تساءل كل من الفقيه مارتى ورينو، عن مكانة هذا النوع من التعويض، وذهبا إلى إمكانية الحكم به في المسؤولية المدنية<sup>(3)</sup>.

بينما ذهب الفقيه كولان وكابيتان، إلى أن الطلب الأصلي الذي يجب أن يتقدم به المضرور هو طلب التعويض العيني، ولا يمكنه التقدم بطلب التعويض بمقابل، إلا على شكل طلب احتياطي، ولا يستطيع في المقابل القاضي الحكم بالتعويض النقدي إلا في حالة تعذر الحكم بالتعويض العيني<sup>(4)</sup>.

(1) أنظر: نصير صبار لفته، المرجع السابق، ص 25-27.

(2) أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام والإثبات في الفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، س 2004، ص 49.

(3) حيث قالوا أن " هذا النوع من أنواع التعويض لا يزال محل اختلاف الفقهاء، فقد رأى بعضهم التعويض لا يمكن أن يكون إلا مبلغ من النقود، أما الحالة الأخرى المتمثلة في إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار فإنها ليست تعويضا بالمعنى القانوني لهذه الكلمة، إلا أنه لا يوجد هناك ما يمنع أن يلجأ إلى وسيلة أخرى غير الحكم بالتعويض النقدي للمتضرر، ولا فرق في ذلك بين المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية". أنظر: حسن خنتوش الحساوي، المرجع السابق، ص 144.

(4) هذا الإتجاه لا يمكن الأخذ به لأنه ووفقاً للقواعد العامة، للمتضرر أن يختار من طرق التعويض ما يراه مناسباً له وأكثر فائدة، إضافة لما للقاضي من سلطة تقديرية في اختيار طريقة التعويض التي يراها أكثر نفعاً للمضرور.

يضيف الفقيه أسمان Esmein، بأن نص المادة 1142 م.ف، لم تستبعد أسلوب آخر للتعويض، ومن هنا ليس هناك ما يدعو لرفض فكرة التعويض العيني، كلما كان هذا التعويض أقرب إلى العدالة من التعويض النقدي. كما يضيف آخرون بأن التعويض العيني أفضل من التعويض النقدي، ذلك لأنه يؤدي إلى إزالة الضرر ومحوه، بدلا من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر مبلغا من النقود عوضا عنه كما هو الحال في التعويض النقدي<sup>(1)</sup>.

أما البعض الآخر قال بأن التعويض العيني هو أكفل طريق للتعويض، وأنه ليس بغريب على المسؤولية التقصيرية، ويتلاءم معها أكثر من ملائمته مع المسؤولية العقدية<sup>(2)</sup>. إلا أن هذا القول الأخير إنتقد على أساس أن التعويض العيني وباعتباره أحسن وسيلة لمحو الضرر يكون الأصل في المسؤولية العقدية، ويكون في المسؤولية التقصيرية استثناء، حيث يكون الأصل فيها التعويض النقدي<sup>(3)</sup>.

### ثانيا: موقف القضاء من التعويض العيني

سلك القضاء مسلك التشريع، فيما يتعلق بإعطاء قاضي الموضوع سلطة اختيار طريقة التعويض الملائمة لإصلاح الضرر، ومن بينها التعويض العيني، إلا أن هذه السلطة لم تمنح للقاضي منذ البداية. يتم توضيح موقف كل من القضاء الفرنسي، والمصري والجزائري من التعويض العيني كالتالي:

#### 1- موقف القضاء الفرنسي من التعويض العيني:

لم يمنح القضاء الفرنسي، للقاضي سلطة الحكم بالتعويض العيني في بادئ الأمر، رغم تشكيك البعض من الفقه في القاعدة التقليدية القاضية أن يكون التعويض حتما مبلغ من النقود،

---

(1) قد يتمثل التعويض العيني بعمل يزيل به المسؤول الضرر اللاحق بالمتضرر، فيقوم برد الشيء الذي أعطيه إلى حالته الأصلية أو يعطي للمتضرر شيئا من جنس الشيء الذي أُلغى، كإعادة السيارة التي أُلغيت مؤخرتها إلى حالته الأولى. كذلك إذا تخلفت وكالة بيع السيارات عن تسليم سيارة معينة بذاتها إلى المشتري، جاز لهذا الأخير أن يطلب من القاضي إلزامها بتسليمه سيارة أخرى مماثلة لها. أنظر: نصير صبار لفته، المرجع السابق، ص 37-38؛ سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 419، ف 408؛ مصطفى العوجي، العقد، ص 566.

(2) كما قام هذا الفقه بإدراج حالة استثنائية يتمتع فيها التعويض العيني، وتتمثل في الحالة التي تكون فيها شخصية المدين في التنفيذ محل اعتبار وامتنع هذا الأخير عن التنفيذ، فهنا لا يمكن إجبار المدين على هذا التنفيذ لأن فيه مساس بحريته وكرامته. وهنا لا يبقى للدائن سوى الرجوع إلى التعويض النقدي، لأن اللجوء إلى الغرامة التهديدية للضغط على إرادة المدين وحمله على التنفيذ قد نقشل في بعض الأحيان.

(3) يعتبر هذا الاتجاه الذي يجعل التعويض العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية، إتجاه صائب، متى تقدم المضرور بطلب هذا التعويض، وكان هذا التعويض ممكنا، وليس في إجراءه مساس بحرية المدين الشخصية، مع مراعاة ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة. وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، تماشيا مع هذا الاتجاه أنه: " إذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ إلا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مج 2، ص 1092، ف642، هـ2؛ حسن خنتوش الحساوي، المرجع السابق، ص 145.

وإجازتهم أن يكون التعويض أمر آخر يراه القاضي أكثر ملائمة لطبيعة الضرر. حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأي صراحة<sup>(1)</sup>، وقامت بتذكير قضاة الموضوع بخلو القانون من نص يجيز الحكم على المسؤول المتسبب في الضرر بالقيام بعمل، لا يفرضه عليه العقد، ولا يريد القيام به<sup>(2)</sup>.

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية، بعدم جواز للقاضي إذا لحق المنقولات تلف، أثناء نقلها بالسكك الحديدية، أن يرفض عرض أمين النقل القاضي بدفع تعويض عن هذا التلف الذي لحق المنقولات، وإلزامه بإجراء الإصلاحات اللازمة لها<sup>(3)</sup>.

لكن لم تستقر محكمة النقض الفرنسية على موقفها وتخلت عنه، حيث اتجهت في أعقاب الحرب العلمية الثانية، نحو الحكم بالتعويض العيني واستبعاد التعويض النقدي، بسبب فرض تسعيرة جبرية لأغلب السلع، الأمر الذي جعل التعويض النقدي المحسوب على أساس التسعير الجبري غير كاف لجبر الضرر الحقيقي، فأعطت لقضاة الموضوع سلطة تقديرية مطلقة، ولم تقم بتقييدهم بطلبات الخصوم<sup>(4)</sup>.

هكذا أظهرت ظروف الحرب العالمية الثانية وما ترتب عليها من نقص في السلع وهبوط في قيمة النقود، عيوب القاعدة التقليدية وعجزها على توفير تعويض كامل للدائن<sup>(5)</sup>.

## 2- موقف القضاء المصري والجزائري من التعويض العيني:

سار القضاء المصري مسرى الفرنسي، فقضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها

(1) قضت كذلك في قرار لها صادر في 4 جوان 1924، بأنه: " إذا ثبتت مسؤولية الناقل البري للأشياء عن الضياع والتغيب فالتعويض يحصل بالزام الناقل المسؤول بدفع مبلغ من المال على سبيل العطل والضرر، ولا يجوز للمحاكم أن تحكم بإلزام الناقل بالتعويض عن الشيء الضائع أو المتضرر عينا". أنظر: حسن خنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 149.

(2) فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية المادة 1143 م.ف، التي تجيز للدائن طلب إزالة ما حدث مخالف للإلتزام، استثناء عن قاعدة التعويض النقدي.

(3) قرار مؤرخ في 19 يناير 1926، غير أن القضاء الفرنسي، ذهب إلى أن عبارة المادة 1142 م.ف، تقتصر على الإلتزام بالقيام بعمل والإلتزام بامتناع عن عمل، وبالتالي يجوز للقاضي إذا كان محل الإلتزام الذي استحاله تنفيذه تسليم شيء، أن يأمر بتسليم شيء مثله، وأن يلجأ على الغرامة التهديدية لحمل المدين على التنفيذ. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، ص 52-53، ف 11.

(4) أجازت محكمة النقض الفرنسية، أن يكون التعويض بالنقد أو بغير النقد، حيث قضت في قرار لها صادر في 20 يناير 1953، أن لقاضي الموضوع كامل السلطة في اختيار طريقة التعويض الأنسب لإصلاح الضرر، فقد يقضي بإلزام المسؤول بشيء معين بدلا من إلزامه بمبلغ من المال، كما لو ألزم المودع عنده بأن يقدم للمودع إطرار من نوع تلك الإطرار التي كانت مودعة وسرقت. أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 528-529، ف 189؛ حسن خنتوش الحسناوي، المرجع نفسه، ص 150.

(5) جاء في إستئناف ليون في 4 يونيو 1945، بأنه: " للقضاة سلطة مطلقة في تحديد أشكال التعويض، لهم على الخصوص مكنة الأمر بالتعويض العيني، طالما كان غير مخالف لبنود العقد، ولا ماس بالحرية الفردية". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، ص 54-55، ف 11.

مؤرخ في 16 ديسمبر 1948، أن التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل ولا يصار إلى عوضه أي التعويض النقدي إلا إذا استحال التعويض العيني. وأنه إذا رفع المضرور دعوى يطالب فيها بتعويضه تعويضا نقديا وعرض عليه المسؤول التعويض العيني، وجب قبول ما عرضه المسؤول، وهنا لا يكون القاضي متجاوزا لسلطته إذا أجاب المسؤول عن هذا الطلب، حتى لو لم يطلب المضرور التعويض العيني، أو أصر على ما طلبه من تعويض نقدي.<sup>(1)</sup>

أما موقف القضاء الجزائري بشأن التعويض العيني، فقد ظهر جليا في قرار مشهور للمحكمة العليا أيدت فيه الحكم بالتعويض العيني متى كان ممكنا، وطلبه المتضرر. حيث قضت أن إحداث المستأجر تغييرات في العين المؤجرة دون موافقة المؤجر، لا يترتب عليها قانونا فسخ العقد، وإنما يتعين على المستأجر إعادة العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها قبل إجراء هذه التغييرات، مع حق المؤجر في التعويض إذا اقتضى الحال، ولذلك نقضت المحكمة العليا القرار الذي قضى بطرد المستأجر من العين المؤجرة، وأسسوا ذلك على أن إحداث تغييرات في العين المؤجرة أدى إلى إلحاق ضرر بحقوق الدائن<sup>(2)</sup>.

كما قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر في 30 يناير 2001، بأن تصرف الواعد في العقار الموعود به، وانتقال ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية، لا يبقى للموعود له سوى الرجوع على الواعد بالتعويض، إستناداً لأحكام المادة 176 م<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> كما قضت في قرار لها صادر في 14 أبريل 1955، أن التنفيذ العيني للإلتزام هو الأصل والعدول عنه إلى التعويض النقدي هو رخصة لقاضي الموضوع الأخذ بها كلما رأى أن في التنفيذ العيني إرهاقا للمدين، بشرط أن لا يلحق الحكم بذلك ضررا بالدائن. وأنه متى رأى القاضي أن عدم التنفيذ العيني من شأنه إلحاق ضرر جسيم بالدائن، فلا ترتيب على القاضي إذا حكم بالتنفيذ العيني، لأنه بذلك يكون قد قضى بحق أصلي للدائن، وهنا لا شأن لمحكمة النقض في التعقيب عليها في ذلك. أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 531، ف 189، ه 59؛ سعيد أحمد شعله، المرجع السابق، ص 9-10، ف 3.

<sup>(2)</sup> كما قضت بأنه لا يجوز الحكم بالتعويض العيني متى كان غير ممكن، أو كان ممكنا ولكن تطبيقه فيه إرهاق للمدين، وهنا على القاضي أن يحكم للمضرور بالتعويض النقدي عن هذا الضرر الناجم عن عدم التنفيذ وذلك وفقا للمادة 176 م، دون أن يعتبر ذلك قضاء بما لم يطلبه الخصوم. وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا في قرار لها المؤرخ في 28 مايو 1990، بأن التزام صاحب العمل بالاحتفاظ بالعامل أو إرجاعه إلى منصب عمله، هو التزام يعمل بتحليل تنفيذه فهرا، ويتم حسمه قانونا على شكل تعويضات طبقا لأحكام المادة 167 م، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للمبادئ القضائية المستقر عليها. أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 206، ه 2.

<sup>(3)</sup> سلك القضاء العراقي نفس المسلك حيث أيدت محكمة التمييز، في قرار لها حكم محكمة الموضوع القاضي بالتعويض العيني والذي ورد فيه أنه: " ... مما يتعين إزالة هذا الضرر وقد أوضح الخبير أن إزالة الضرر يتم برفع التنازير الثلاثة من مكانها الحالي إلى الجهة الأخرى حتى لا تتسرب الحرارة". كما قضت في قرار لها مؤرخ في 21 أكتوبر 1987، أنه لا يجوز الحكم بالتعويض العيني رغم أن المتضرر طلبه، ويصار إلى الحكم بالتعويض النقدي، متى كان الحكم بالتعويض العيني متعذرا وغير ممكن، وجاء القرار كالتالي: " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون لأن الأثاث المدعى بها وبالباغلة قيمتها 5000 دينار قد تعذر تسليمها إليه". أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 206-207؛ حسن خنتوش الحساوي، المرجع السابق، ص 150.

## ثالثاً: موقف القانون من التعويض العيني

يتم من خلال هذه النقطة توضيح موقف كل من القانون الفرنسي، والقانون المصري والجزائري من التعويض العيني كالتالي:

### 1- موقف القانون الفرنسي من التعويض العيني:

لم ينص القانون الفرنسي في المادة 1382 منه، على هذا التعويض صراحة<sup>(1)</sup>، كما إحتوى هذا القانون على تطبيق هام في المادة 1142 منه، للقاعدة التقليدية القاضية بأن يكون التعويض في المسؤولية العقدية حتماً مبلغاً نقدياً، وأن القاضي لا يجوز له أن يجعل موضوع التعويض شيئاً آخر غير النقود<sup>(2)</sup>.

لكن الواضح من نص المادة 1382 م.ف، أنها لم تشر إلى طريقة التعويض، وهذا ما جعل أغلب الفقهاء أن التعويض يكون بالنقد مع عدم استبعاد إمكانية الحكم بالتعويض العيني، فالنص المشار إليه لم يستبعد بأي حال من الأحوال إمكانية الحكم بالتعويض العيني<sup>(3)</sup>.

لكن رغم عدم النص على التعويض العيني صراحة، إلا أن المشرع الفرنسي أورد تطبيقات لهذا التعويض، منها ما تضمنته المادة 1243 منه<sup>(4)</sup>، ونص المادة 809 مرافعات مدني فرنسي<sup>(5)</sup>،

(1) إستعمل نص هذه المادة المقابلة للمادة 124 م.ج، كلمة Réparer، والتي تعني الإصلاح الذي يشمل التعويض كما يشمل إعادة الحال إذا إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر. ولم يستعمل كلمة التعويض، التي تعني إعطاء تعويض للمضرور عما أصابه من ضرر، وذلك حتى لا يبقى أثر المسؤولية محصور على التعويض فقط. أنظر: بومدين سامية، المرجع السابق، ص 162؛ حساني علي، المرجع السابق، ص 336.

(2) تنص المادة 1142 م.ف، على أن: " كل التزام بالقيام بعمل، أو الإلتزام بالإمتناع عن عمل، يؤدي إلى التعويض في حالة عدم تنفيذ الإلتزام من قبل المدين". وتعتبر هذه المادة تطبيقاً لمبدأ روماني قديم قاضي بأنه: " لا يمكن إكراه الفرد، في شخصه، على عمل أو امتناع عن عمل". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 53، ف 11، هـ 28.

(3) أنظر: حسن خنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 146.

(4) التي نصت: " بالأ يجرى الدائن على تسلم شيء غير الشيء الذي التزم المدين بتسليمه، حتى لو كان ما يعرضه المدين مساوياً في قيمته أو أعلى قيمة من الشيء الذي التزم بتسليمه". أنظر: زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 315.

(5) أجازت هذه المادة لرئيس المحكمة، أن يأمر بصفة مستعجلة باتخاذ إجراءات إعادة الحالة إلى أصلها، لوقف التعرض الواضح عدم مشروعيتها. يقابلها نص المادة 1/821 ق.إ.م.إ الجزائر، الذي يقضي بوقف التعرض، جاءت صياغته كالتالي: " يجوز لمن حاز عقاراً واستمر حائزاً له مدة سنة كاملة وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حياته، أن يرفع الأمر إلى القاضي طالباً وقف هذه الأعمال...". كما نصت المادة 35 من القانون رقم 90-02 المؤرخ في 6 فبراير 1990، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ( المنشور في ج.ج.ج، العدد 6، السنة السابعة والعشرون، المؤرخة في 7 فبراير 1990). المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-27 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ( المنشور في ج.ج.ج، العدد 68، السنة الثامنة والعشرون، المؤرخة في 25 ديسمبر 1991). أنه: " 1- يمنع العمال المضربون عن إحتلال المحلات المهنية للمستخدم، عندما يستهدف هذا الإحتلال عرقلة حرية العمل. 2- وفي هذه الحالة يمكن إصدار أمر قضائي بإخلال المحلات بناء على طلب المستخدم". أنظر: بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 1، منشورات بغدادية، الجزائر، س 2009، ص 226-227.

كما نجد تطبيقاً لهذا التعويض ما جاء في المادة 9 م.ف المعدلة بقانون 19 يوليو 1970<sup>(1)</sup>.  
**2- موقف القانون المصري والجزائري من التعويض العيني:**

لم يرد في القانون المدني المصري نص يشترط أن يكون التعويض بالنقد، حيث أعطت المادة 171 منه، للقاضي حرية تعيين طريقة التعويض الأنسب لجبر الضرر تبعاً للظروف وحسب الأحوال<sup>(2)</sup>.

كما أجاز القانون المدني الجزائري في المادة 2/132 منه، أن يكون التعويض بالنقد أو بغير النقد، وذلك بقولها أن التعويض يقدر بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه<sup>(3)</sup>. كما نص المشرع الجزائري على التعويض العيني في المادة 594 م، التي تلزم المودع لديه رد الشيء المودع عنده إلى المودع له، بمجرد طلبه<sup>(4)</sup>. وأجازت المادة 170 مسابقة الذكر<sup>(5)</sup>، المتعلقة بالإلتزام بعمل، للدائن تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين المخل بهذا الإلتزام، وأيضاً المادة 173 م<sup>(6)</sup>، التي أجازت للدائن في الإلتزام بالامتناع عن عمل، المطالبة بإزالة ما وقع مخالفاً للإلتزام، أو أن يحصل على ترخيص بهذه الإزالة على نفقة المدين<sup>(7)</sup>.

بالرجوع إلى بعض النصوص الخاصة بحماية البيئة، لا نجد نظاماً خاصاً لإصلاح الأضرار، فأغلب النصوص تحيل القاضي إلى القواعد العامة<sup>(8)</sup>، لذلك غالباً ما يستند الجار

---

(1) نصت هذه المادة أنه يجوز للمحاكم أن تأمر باتخاذ جميع الإجراءات كفرض الحراسة وإيقاع الحجز وأية إجراءات أخرى من شأنها منع وقف أي مساس بحرمة الحياة الخاصة بالأفراد. أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 532، ف 189.

(2) نصت المادة 2/171 م.م، أنه: " يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن يأمر بإعادة الحال على ما كانت عليه...".

(3) تقابلها المادة 172 م سوري؛ والمادة 209 م عراقي؛ والمادة 269 م أردني؛ والمادة 136 موجبات وعقود لبناني.

(4) تقابلها المادة 1932 م.ف؛ والمادة 722 م.م.

(5) تقابلها المادة 1143 م.ف؛ والمادة 209 م.م.

(6) تنص المادة 173 م، أنه: " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الإلتزام جاز للدائن أن يطالب بإزالة ما وقع مخالفاً للإلتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين".

(7) هناك من الفقه من إعتبر هذه الفروض تنفيذ عيني، وليس تعويض عيني. أنظر لاحقاً التمييز بين التعويض العيني والتنفيذ العيني، ص 54.

(8) نصت المادة 142 من القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 يوليو 1983، المتضمن قانون المياه، ( المنشور في ج.ر.ج. العدد 30، السنة العشرين، المؤرخة في 19 يوليو 1983). ملغى بالقانون رقم 05-12 المؤرخ في 4 أوت 2005، ( المنشور في ج.ر.ج. العدد 60، السنة الثانية والأربعون، المؤرخة في 4 سبتمبر 2005). بأنه: " يتحمل كل مخالف لأحكام هذا القانون المسؤولية المدنية والجناحية". ونفس الوضع ذهبت إليه المادة 65 من المرسوم رقم 86/132 المؤرخ في 27 مايو 1986، الذي يحدد قواعد حماية العمال من أخطار الإشعاعات الأيونية، والقواعد المتعلقة بمراقبة المواد الإشعاعية، والأجهزة التي تتولد عنها إشعاعات أيونية وإستعمالها، ( المنشور في ج.ر.ج. العدد 22، السنة الثالثة والعشرون، المؤرخة في 28 مايو 1986). أنظر: وعلي جمال، المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار التلوث الصناعي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س 2002-223، ص 90.

المضرور إلى نص المادة 2/691 م<sup>(1)</sup>، التي تجيز للضحايا الحق في المطالبة بإصلاح الضرر، وإزالته.

إلا أن المشرع الجزائري، قام بتكريس ضمن النصوص الخاصة بالمجال البيئي، تطبيقات عديدة لإعادة الحال إلى ما كان عليه<sup>(2)</sup>، حيث أُلزم منتج أو حائز النفايات، ضمان إزالتها على حسابه الخاص بطريقة عقلانية بيئيا، وكذلك أُلزم حائزها في حالة إدخالها إلى الإقليم الوطني بطريقة غير مشروعة، بإرجاعها على نفقته إلى بلدها الأصلي. كما أجاز للقاضي المدني أن يمنع استعمال المرافق المتسببة في التلوث مؤقتا ريثما تنتهي الأشغال والتصليلات، وذلك تفاديا لوقوع أضرار مستقبلا<sup>(3)</sup>.

أما في مجال نزع الملكية، فقد حمل نص المادة 2/25 من القانون رقم 91-11<sup>(4)</sup>، إمكانية إقتراح تعويض عيني محل التعويض النقدي كلما كان ذلك ممكنا، وهذا ما أكدته المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186<sup>(5)</sup>، فالتعويض عن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية يمكن أن يكون في شكل تعويض عيني، إذا تمثل في إعادة الإسكان، أو عرض محلات مماثلة<sup>(6)</sup>.

### البند الثاني: تمييز التعويض العيني عن التنفيذ العيني

لا يخفى أن بعض شراح القانون يخلطون بصدد البحث في طرق التعويض بين التنفيذ العيني، والتعويض العيني، وهذا الخلط راجع للغموض الذي يكتفي الفكرتين.

<sup>(1)</sup> جاء نص هذه المادة كالتالي: " وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة. غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف...".

<sup>(2)</sup> إجراء إعادة الحالة إلى ما كانت عليه كتعويض عيني في المجال البيئي، هو وضع المكان الذي أصابه التلوث في الحالة التي كان عليها قبل صدور الأفعال الملوثة للبيئة، أو في حالة قريبة منها بقدر الإمكان، ويتخذ هذا الإجراء شكلين الأول هو إصلاح وترميم الوسط البيئي الذي أصابه التلوث، بتنظيفه من التلوث أو زراعة أشجار أخرى بدلا من التي هلكت بسبب التلوث... أما الشكل الثاني فيتمثل في إعادة تنشيط شروط معيشية للأماكن التي يهددها الخطر. أنظر: حسونة عبد الغني، الحماية القانونية للبيئة في إطار التنمية المستدامة، مذكرة دكتوراه، قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، س 2012-2013، ص 178.

<sup>(3)</sup> أنظر: وعلي جمال، المرجع السابق، ص 93.

<sup>(4)</sup> القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 21، السنة الثامنة والعشرون، المؤرخة في 8 مايو 1991).

<sup>(5)</sup> جاء نص المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27 يوليو 1993، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 51، السنة الثلاثون، المؤرخة في 1 أوت 1993) الذي يحدد كيفية تطبيق القانون رقم 91-11 الذي يحدد قواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المذكور أعلاه، كما يلي: " تحدد التعويضات نقدا وبالعملة الوطنية، غير أنه يقترح تعويض عيني بدلا من التعويض نقدا، وفي هذا الإطار يمكن للسلطة نازعة الملكية أن تعدل عن دفع التعويض وتقوم بإعادة إسكان مستأجري المحلات السكنية ذات الاستعمال المهني المنزوعة ملكيتها أو شاغليها وتعرض على التجار والحرفيين والصناعيين المطرودين محلات معادلة".

<sup>(6)</sup> أنظر: براحية زوبير، المرجع السابق، ص 83 وما يليها.

لا يفرق بعض الفقهاء بين التعويض العيني والتنفيذ العيني، ويعتبرهما مفهومان مترادفان، فلا يرى في أحد الاصطلاحين سوى تعبير عن الآخر<sup>(1)</sup>، في حين يذهب البعض ممن يفرق بينهما إلى التوسيع من نطاق التعويض العيني على حساب التنفيذ العيني<sup>(2)</sup>، وعلى العكس من ذلك يوسع البعض الآخر من دائرة التنفيذ العيني إلى حد كبير على حساب التعويض العيني<sup>(3)</sup>.

لكن بما أن التعويض العيني نظام متميز عن التنفيذ العيني، وصف الخلاق القائم بين أنصار الفكرتين بأنه مجرد تلاعب بالألفاظ، لإتفاق الطرفين على أساس ومحور التفرقة بينهما رغم اختلاف عبارتهما في التعبير عنه، وهذا ما وصفه الأستاذ روجي دي بوبييه Roger Debobier بالمنازعة الكلامية<sup>(4)</sup>.

أما نقاط الإختلاف بين التعويض العيني والتنفيذ العيني نوجزها كالتالي:

1- يرى البعض من الفقه بأن التنفيذ العيني يكون قبل تحقق الإخلال بالإلتزام، لأن المقصود به هو قيام المدين بأداء ما تعهد به عينا<sup>(5)</sup>، سواء كان هذا التنفيذ باختياره " تنفيذ عيني اختياري"<sup>(6)</sup>،

(1) من هؤلاء الفقهاء نذكر أبرزهما وهما كل من الفقيه عبد الرزاق السنهوري الذي يقول بأن " التعويض العيني أو التنفيذ العيني هو الوفاء بالإلتزام عينا..."، والذي عدل عن رأيه في الجزء الثاني من الوسيط. والفقيه عز الدين الدناصوري وأحمد الشواربي، حيث ذهبوا إلى أن " التعويض العيني أو التنفيذ العيني هو أفضل وسيلة لتعويض المضرور وهو محو ما أصاب المضرور من ضرر..." أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مج 2، ص 1092، ف 643؛ عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1036.

(2) من بين هؤلاء الفقهاء الفقيه مازو Mazeaud.

(3) من بينهم الفقيه دارجو Dargu. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 60، ف11؛ عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 150-151.

(4) أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 178-179؛ زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 316.

(5) حيث يقوم المدين بعين ما التزم به، سواء كان ما تعهد به عملاً أو امتناعاً عن عمل أو إعطاء شيء. كأن ينقل البائع إلى المشتري ملكية العين المبيعة، أو ينجز المقاول البناء الذي تعاقد عليه، ويتحقق التنفيذ العيني إذا لم يكن مستحيلاً، أو ماساً بحرية المدين الشخصية، وفي هذا يقول الفقه " فلا يصح تكليف المدين بعمل أو امتناع عنه رغم إرادته... أو منعه بالقوة من الإخلال بما تعهد به ولو في المكان الذي يتيسر له ذلك فيه". أنظر: دريال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام، في القانون المدني الجزائري، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص 8؛ محمود الكيلاني، موسوعة القضاء المدني، المجلد الرابع، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، س 2010، ص 186-187.

(6) التنفيذ الإختياري هو الذي يقوم به المدين بمحض إرادته، واختياره، ويعتبر التنفيذ الإختياري ولو قام به المدين مدفوعاً بالخوف بواسطة ما أعدّه التنظيم القانوني من وسائل، وحتى لو كان مصدر الخوف بطش الدائن، ويتم إما بالوفاء، المواد 258 م وما يليها، أو بما يعادل هذا الوفاء كالوفاء بمقابل، التجديد والإتابة، المقاصة، وإتحاد الذمة، المواد 285 م وما يليها. وإذا تم الوفاء فإن الإلتزام يؤول إلى الانقضاء. أنظر: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، ط 10، دار الهدى، الجزائر، س 2010، ص 298-376؛ العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية، منشورات الألفية الثالثة، الجزائر، س 2010، ص 8؛ عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة، الأردن، س 2007، ص 36؛ ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 2، آثار الحقوق الشخصية، مج 1، وسائل تنفيذ الحقوق الشخصية، الكتاب الأول، التنفيذ الإختياري للحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، س 2006، ص 34، ف

أو جبرا عليه " تنفيذ عيني جبري" (1).

فالتنفيذ العيني هو الأصل وهو الواجب الأعمال (2)، طالما كان ممكنا (3)، وطلبه الدائن أو تقدم به المدين. فهو حق لكل منهما لا يمكن لأيهما أن يحيد عنه بمفرده ويطلب التنفيذ بطريق التعويض (4). بشرط أن لا يكون في تنفيذه إرهاب للمدين، أو كان فيه إرهاب ولكن العدول عنه إلى التعويض من شأنه إلحاق ضرر جسيم بالدائن (5).

نص على ذلك المشرع الجزائري صراحة في المادة 164 م، التي جاء نصها كالتالي: " يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا،

(1) التنفيذ الجبري يعرف بالتنفيذ القهري، وهو الذي تجريه السلطة العامة - المحضرون - وفقا للقانون تحت إشراف القضاء ورقابته، بصرف النظر عن إرادة المدين، فإذا لم ينفذ المدين التزامه طوعا واختيارا، أجبر عليه بتدخل السلطة العامة. ويتحقق التنفيذ الجبري إذا مضت المدة الإخبارية دون أن يعترض المدين أو أن يقوم بالوفاء رضاء. ويكون التنفيذ الجبري في صورتين، تنفيذ عيني وتنفيذ بمقابل. أنظر: سعد مبارك، أحكام قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980، كلية الحقوق، جامعة بغداد، بغداد، س 1989، ص 74؛ شريف أحمد الطباخ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ج 2، التطبيق العملي لدعاوى التعويض، ط 1، دار الفكر والقانون، المنصورة، س 2009، ص 15؛ محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 187-188؛ ياسين محمد الجبوري، المبسوط، ص 35، ف 13.

(2) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، ما يلي: " الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ الإلتزام عينا وللمدين عرض القيام بذلك ما بقي هذا التنفيذ ممكنا...". كما جاء في النقض المؤرخ في 1987/12/20، أن: " مؤدى نص المادة 1/203 و 215 من القانون المدني أن الأصل هو تنفيذ الإلتزام تنفيذا عينيا ولا يصار إلى عوضه وهو التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحالت التنفيذ العيني...". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، الإثبات - آثار الإلتزام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2009، ص 759، ف 406، هـ 1؛ سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 11، ف 8.

(3) يصبح التنفيذ العيني غير ممكن إذا صار مستحيلا استحالة تامة، سواء رجعت هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي أو كانت بخطأ المدين. كأن يكون محل الإلتزام نقل حق عيني قد هلك أو انتقلت ملكيته إلى الغير، أو إذا لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا استحالة تامة ولكن لا يمكن جبر المدين عليه وكان هذا الإجراء يتطلب تدخل المدين شخصيا، سواء لأن جبره غير ممكن أو غير مجد. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 760، ف 408؛ سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 665-666، ف 612؛ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 70؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 173-174، ف 195.

(4) لا يجوز للمدين أن يمتنع عن التنفيذ العيني، متى طلبه الدائن وكان ممكنا بل يجبر على أدائه. ونفس الأمر إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني، فليس للدائن أن يرفضه بل تبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العيني الكامل سواء رضي به الدائن أو لم يرضى. أما إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني وطلب التعويض ولم يعترض المدين من جهته على ذلك، فإن القاضي يحكم في هذه الحالة بالتعويض ويقوم ذلك على أساس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 761-762، ف 409؛ عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1037؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 180، ف 199.

(5) إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين يعتبر مطالبة الدائن به تعسفا في استعمال الحق في جانبه، إذ يسعى إلا تحقيق مصلحة قليلة لا تتناسب مع ما يصيب المدين من ضرر بسببها، لكن لا يكفي أن يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، بل يجب أيضا ألا يصاب الدائن بضرر جسيم من جراء عدم التنفيذ العيني، فالتوازن بين المصالح المتعارضة مطلوب. وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها المؤرخ في 1966/2/1 أنه: " لئن كان الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ التزام مدينه عينا إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء تقضي به المادة 2/203 من القانون المدني أساسه ألا يكون هذا التنفيذ مرهقا للمدين إذ يجوز في هذه الحالة أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما...". نفس الحكم جاء به النقض المؤرخ في 1977/3/30، والنقض المؤرخ في 1955/4/14 الذي سبقت الإشارة إليه. أنظر: عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 1049-1150، ف 9-11؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 10؛ عبد القادر الفار، المرجع نفسه، ص

متى كان ذلك ممكناً<sup>(1)</sup>. لأن التنفيذ العيني هو تنفيذ للإلتزام وليس إخلالا به، في حين يتمثل التعويض العيني في الجزاء المترتب على الإخلال بالإلتزام، حيث يحكم بهذا الأخير بعد وقوع الإخلال. فالتعويض هو جزاء هذا الإخلال ولا يتصور إلا بعد وقوعه وتحقق المسؤولية<sup>(2)</sup>.

2- أعطى بعض الفقه عند تمييزه بين النظامين لكل واحد منهما معنى يختلف عن الآخر، فذهب إلى أن التنفيذ العيني يحو أو يزيل الضرر الناجم عن الإخلال بالإلتزام، فهو يعيد الدائن إلى الوضع الذي كان عليه قبل الإخلال. في حين لا يرفع التعويض العيني ذلك الضرر، فيبقى الإخلال بالإلتزام قائم، ويقدم الدائن بديل عنه، يكون كافياً، أو شافياً<sup>(3)</sup>.

حيث يوفر التنفيذ العيني للدائن عين محل حقه، ولا يوفر له التعويض العيني سوى بديل عنه<sup>(4)</sup>. وهو بالتالي يتميز عنه بواقع أن تقديم البديل بحسب موضوعه ليس مطابقاً في كل النقاط للذي كان موعوداً به ولم ينفذ<sup>(5)</sup>. فما دام الدائن قد حصل على عين حقه، كان ما تحصل عليه تنفيذاً عينياً للإلتزام أي كانت الطريقة التي حصل من خلالها عليه، ولا يعتبر تعويضاً عينياً، لأن الدائن لم يحصل على بديل عنه<sup>(6)</sup>.

أما إذا كان محل الإلتزام امتناع عن عمل<sup>(7)</sup>، فيرى بعض الفقه أن الإزالة على نفقة المدين، تعتبر تعويضاً عينياً عن الإخلال بالإلتزام، وأسوا ذلك على أن تنفيذ الإلتزام السلبي،

(1) تقابلها كل من المادة 1/403 م.م؛ والمادة 204 م سوري؛ والمادة 246 م عراقي؛ والمادة 206 م لبيبي؛ والمادة 249 موجبات عقود لبناني.

(2) إذا قام شخص ببيع سيارته إلى شخص ما يكون ملتزماً اتجاهه بالتسليم، وهنا إن فعل ذلك يكون قد نفذ إلتزامه عينياً. لكن إذا أحدث ضرراً بأموال غيره وحكم على بشيء شبيه لما ألتفه يكون قد عوض ذلك الشيء تعويضاً عينياً. أنظر: عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 151؛ نصير صبار لفته، المرجع السابق، ص 81؛ بومدين سامية، المرجع السابق، ص 161.

(3) يكون التعويض العيني كافياً، كرد مثل المنقول الضائع أو التالف بإهمال من المدين، لأن الدائن في هذه الحالة لا يحصل على عين حقه بل يحصل على بديل عنه. ويكون شافياً، إذا قام المدين بإصلاح الشيء الذي أعطبه بخطئه، فمن أعطب سيارة مملوكة لغيره ألزم بإصلاحها وإعادتها إلى الحالة التي كانت عليها قبل وقوع الفعل الضار. أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 46، ف 56.

(4) الدائن بالتعويض العيني لا يحصل على ما كان سيحصل عليه لو قام المدين بتنفيذ التزامه اختيارياً، بوفاء ما تعهد به، لأن وضع الدائن هنا يتغير حيث لا يحصل سوى على بديل عنه ولو كان مشابهاً له تماماً أو كان يفضل. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 61-62، ف 11؛ بومدين سامية، المرجع نفسه، ص 161؛ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 28.

(5) على هذا الأساس إذا كان محل الإلتزام القيام بعمل، أو نقل حق عيني، يرد على شيء معين بنوعه، وقام الدائن وفقاً للمادة 170 م سابقة الذكر، بتنفيذ هذا العمل، أو وفقاً للمادة 2/166 م سابقة الذكر، بالحصول على شيء من النوع ذاته، على نفقة المدين، بترخيص من القضاء، كان ذلك تنفيذاً عينياً للإلتزام، وليس تعويضاً عينياً، ويتأسس ذلك إلى أن قوام الإلتزام يتمثل فيما يحصل عليه الدائن، بصرف النظر عما يقدمه المدين. أنظر: جنيفيف فيني، المرجع السابق، ص 527، ف 171.

(6) نفس الحكم إذا كان محل الإلتزام عمل تسمح طبيعته بأن يقوم حكم القاضي مقام تنفيذ المدين له، كإخلال البائع بالتزامه في المساهمة في إجراءات تسجيل العقار، وهنا حكم القاضي يعتبر تنفيذاً عينياً للإلتزام لا تعويضاً عيني، لأن الدائن يحصل على عين حقه. وفي هذا تنص المادة 171 م، بأنه: " في الإلتزام بعمل، قد يكون حكم القاضي بمثابة سند التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الإلتزام...؛ تقابلها المادة 210 م.م. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 63، ف 11.

(7) المادة 173 م سابقة الذكر؛ تقابلها المادة 212 م.م.

يكن في مجرد الإمتناع لا في إزالة المخالفة<sup>(1)</sup>. غير أن جمهور الفقه الفرنسي، يرى أن الحكم بالإزالة تنفيذا عينيا للإلتزام، لأن الدائن يحصل على عين حقه في المستقبل على الأقل<sup>(2)</sup>.

إنّقد هذا الإتجاه الأخير على عدة أسس، أولها أنه في حالة الإخلال بالإلتزام سواء العقدي أو التصيري، نكون أمام تعويض وليس بصدد تنفيذ. وثانيها أن هدف التعويض سواء كان عيني أو بمقابل ينحصر في إعادة التوازن بين من أحدث الضرر والمضروب، وذلك بإعادته قدر المستطاع إلى سابق عهده، لهذا يعتبر الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق إزالة عين المخالفة تعويض للمضروب وليس تنفيذا للإلتزام<sup>(3)</sup>.

3- الصفة الإختيارية للتعويض العيني والصفة الإلزامية للتنفيذ العيني<sup>(4)</sup>. حيث يكون للدائن الحق في التنفيذ العيني، ما دام ممكنا، ولا يستطيع القاضي أن يحرمه منه<sup>(5)</sup>،

---

(1) هو الإلتزام الذي يكون محله امتناع عن عمل، فتمنع على سبيل المثال المادة 691 م، المالك من التعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. كما تمنع المادة 361 م، البائع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا. هذا بالإضافة إلى المادة 492 م، التي تمنع المستأجر من أن يحدث بالعين المؤجرة تغييرا. أو أن يتعهد بائع المحل التجاري اتجاه المشتري بعدم فتح محل تجاري مماثل في نطاق جغرافي معين، وذلك حتى لا ينتقل إليه زبائنه فيحرم المشتري من عنصر هام في المؤسسة التجارية وهو عنصر العملاء. ويتميز الإلتزام السلبي عن الإلتزام الإيجابي في أمرين، أولهما من حيث الحماية القانونية المقررة، حيث أعطى المشرع للدائن في الإلتزام الإيجابي وسائل قهر أكثر منها للدائن في الإلتزام السلبي، فيكون التعويض في الإلتزام السلبي غالبا دفع مبلغ من المال لصعوبة تنفيذ هذا النوع من الإلتزام تنفيذا عينيا قهرا على المدين، عكس الإلتزام الإيجابي الذي يجوز فيه للدائن تنفيذ الإلتزام عينا على حساب المدين. أما الأمر الثاني فيتعلق بالإعدادار، حيث لا ضرورة لهذا الأخير في الإلتزامات السلبية عكس الإيجابية. أنظر: علي فيلال، العقد، ص 25-26، هـ 61؛ مصطفى العوجي، العقد، ص 557؛ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، ج 1، ص 11. باموسات عبد الوهاب، محاضرات في القانون التجاري، مقدمة لطلبة ماجستير، سنة أولى، كلية الحقوق، جامعة أدرار، س 2012-2013، غير منشورة.

(2) لم يقتصر هذا الحكم على الأعمال المادية، بل طبق بطريق القياس على التصرفات القانونية، التي تبرم إخلالا بالإلتزام وذلك بالامتناع عن إبرامها. ففي الوعد بالبيع يلتزم الواعد خلال مدة الوعد، بالامتناع عن بيع الشيء الموعود ببيعه، فإذا أخل الواعد بالتزامه وتصرف فيه قيل انقضاء تلك المدة، كان الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف، إزالة لما وقع مخالف للإلتزام، تنفيذا عينيا، لأن الدائن يحصل على عين حقه، حيث يصير في ذات الوضع الذي من المتوقع أن يكون فيه لو لم يخل المدين بالتزامه، المادة 72 م. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 65، ف 11.

(3) أنظر: عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 152.

(4) قضت المحكمة العليا، أنه يجب على المدين تنفيذ التزامه عينا، متى كان ذلك ممكنا، حيث يتم الحكم على المدين، بتعويض الضرر الناجم عن عدم التنفيذ العيني في حالة إستحالة التنفيذ. قرار رقم 620974، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2011/2/17. نقلا عن جمال سايس، الإجتهد الجزائري في القانون المدني، ج 4، ص 1658.

(5) أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية بقولها: " إذا كان تنفيذ الإلتزام يدخل في حدود الإمكان فمن حق الدائن أن يستأديه، ومن حق المدين أن يعرض القيام به، وليس يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلى طرق التعويض إلا بتراضي المتعاقدين". فللدائن الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني كما يمكن للمدين عرض القيام به، فهو حق لكل منهما ولا يمكن لأيهما أن يحيد عنه بمفرده ويطلب التنفيذ بطريق التعويض. أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 8؛ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 69.

ويستبدل به التعويض<sup>(1)</sup>. في حين لا يكون للدائن إذا استحال تنفيذ الإلتزام عينا حق في التعويض العيني، ويتعين الاكتفاء بالتعويض النقدي<sup>(2)</sup>.

للقاضي سلطة تقديرية، في إجابة الدائن على طلبه بالحكم بالتعويض العيني أو أن يقضي بالتعويض النقدي بدلا عنه، مادام ممكنا وطالب به الدائن، ولم يكن في الحكم به إرهاقا للمدين<sup>(3)</sup>، بشرط أن لا يلحق ذلك بالدائن ضررا جسيما<sup>(4)</sup>.

4- التنفيذ العيني هو الطريق الطبيعي لتنفيذ الإلتزام خاصة الإلتزام العقدي، وهو لا يخرج عن كونه وسيلة أصلية لتنفيذ الإلتزام. أما التعويض العيني فهو طريق إستثنائي يغلب الحكم به في المسؤولية التقصيرية، وهو بذلك وسيلة احتياطية للتنفيذ، يلجأ إليها إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن أو كان ممكن ولكن لم يرقم به المدين ولم يطلبه الدائن<sup>(5)</sup>.

5- هناك فارق هام قال به بعض الفقه، مفرقا بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، يتمثل في كيفية إثبات كل منهما. ففي حالة المطالبة بالتنفيذ العيني يكون على المدين إثبات قيامه بهذا التنفيذ، وإلا حكم عليه بالتعويض. بينما يقع على الدائن الذي يطالب بالتعويض العيني إثبات إخلال المدين بالتزامه وعدم قيامه بتنفيذه، حتى يستحق التعويض<sup>(6)</sup>.

من خلال ما سبق عن التعويض العيني كطريق من طرق التعويض وكنظام مستقل

---

(1) التنفيذ العيني هو الأصل، ولا يجوز العدول عنه إلى عوضه وهو التنفيذ بطريق التعويض، وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية، قد أعطت حيناً من الدهر لقضاة الموضوع سلطة تقديرية، في إجابة الدائن لطلبه أو بتنفيذ الإلتزام أو عدم إجابته، مؤسسة حكمها على المادتين 1143-1144 م.ف، إلا أنها عادت حديثاً ورفعت عن قضاة الموضوع كل سلطة تقديرية بخصوص التنفيذ العيني، وألزمتهم الحكم بالتنفيذ العيني وإجابة طلب الدائن له، كلما كان هذا التنفيذ ممكنا، فقد قامت في 1970/12/9، بنقض الحكم القاضي برفض طلب الدائن، والمتمثل في إزالة الأبنية التي أقامها المدين خلافا لتعهد، واكتفوا بالتعويض النقدي، تأسيسا على عدم ثبوت ضرر للدائن، أو على انعدام التناسب بين الضرر الذي لحقه والنقبات الباهظة التي تقتضيها إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو بين الفائدة التي تعود على الدائن من هدم الأبنية ومصالحة الغير المشتريين لها. ثم عاد وعدل هذا القضاء عن هذه الفكرة وأجاز للقاضي أن لا يقضي بالتنفيذ العيني متى أصبح مرهقا للمدين، وربط هذه الإجازة بشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 58-59، ف 11، هـ 64.

(2) تظل للقاضي حرية كاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لظروف الدعوى، يمارسها دون رقابة من المحكمة العليا. وقد سلك هذا الاتجاه القضاء المدني الفرنسي، فقد أعطت محكمة النقض لقضاة الموضوع سلطة مطلقة لاختيار طريقة التعويض الملائمة لجبر الضرر، أنظر سابقا القرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ 20 يناير 1953.

(3) الإرهاق يعني الغبن الشديد، حيث تلحق المدين خسارة فادحة، وهذا ما نصت عليه المادة 2/203 م.م، بقولها: " إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما"؛ ويقابلها نص المادة 2/206 م لبيي. إلا أنه لم يرد في القانون المدني الجزائري مثل هذا النص، ولكن مع ذلك يمكن للقاضي الأخذ بهذا الحكم على أساس مبدأ عدم جواز التسف في استعمال الحق، المنصوص عليه في المادة 124 ك.ر. والتي أشارت إلى صور ثلاث للتسف في استعمال الحق، والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر.

(4) أنظر: عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1036.

(5) أنظر: حسن خنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 142.

(6) أنظر: محمود عبيد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 28-29.

بذاته، ومن خلال إختلاف وجهات نظر الفقه حوله، يستنتج أن هذا النظام تشويه العديد من النفاص ولا يمكن القول بكفايته لمحو الضرر الواقع، وذلك راجع إلى كون هذا التعويض يعجز في بعض الأحيان والظروف من تحقيق الهدف المبتغى من التعويض بصورة عامة وهي جبر الضرر، وذلك استناد إلى بعض العيوب الذي جاءت على أقوال بعض الفقهاء وهي:

إذا كان التعويض العيني يهدف إلى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، فهذا لا يعني أن هذا النوع من التعويض يزيل ما حصل من ضرر خلال الفترة الواقعة بين حدوث الضرر وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه<sup>(1)</sup>، فهذه الفترة الفاصلة غالبا ما يترتب عليها ضرر. فيجب تعويض الدائن عن هذه الفترة التي حرمتها من أن يستفيد من الشيء المضرور أو المفقود، ولا يمكن تعويضه عن هذه الفترة عينا، بل يجب الحكم بتعويض نقدي<sup>(2)</sup>.

لهذه الأسباب لا يمكن القول أن التعويض العيني يمحو الضرر، لأن ما يقع في الماضي لا يمحى، دون إهمال المعيار سابق الذكر، الذي تقدم به الفقه والذي على أساسه تم التفريق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، الذي مفاده أن التنفيذ العيني يتحصل بمقتضاه المضرور على عين حقه بغض النظر عن الطريقة التي تحصل عليه بها، في حين يتحصل المضرور في التعويض العيني على بديل عنه<sup>(4)</sup>.

يطرح في هذا الصدد هو تساؤل حول إمكانية تصور التعويض العيني في جميع أنواع الضرر؟.

يقر الواقع بأن هذا التعويض يكاد ينحصر مجاله في تعويض الأضرار المادية، التي تصيب الأموال والتي تصيب المتضرر مباشرة، دون تلك التي تلحق المتضرر بالإرتداد<sup>(5)</sup>.

---

(1) لا يكون التعويض العيني جابرا للضرر الواقع، حتى إذا لم تكن هناك فترة تستحق التعويض عنها، أو كانت هناك فترة ولم يتضرر من جرائها المضرور. وكمثال لتوضيح ذلك إتلاف شخص بسيارته بعض أجزاء سيارة أخرى، فإذا ألزماه بشراء أجزاء جديدة وإصلاح هذه السيارة وفعل ذلك يكون قد عوض صاحب السيارة تعويضا عينيا. إلا أنه وبهذا التعويض لا يمكن القول أن الضرر الذي أصاب صاحب السيارة المصدومة قد جبر، فلا يخفى أن هذا التعويض سيؤدي إلى إنقاص ملحوظ في سعر هذه السيارة وفي قيمتها مما يستوجب تعويض هذا المتضرر تعويضا نقديا إضافة إلى التعويض العيني. وهذا ما قضت به محكمة كركوك الأردنية، في قضية قريبة من المثال المشار إليه في قرار لها بتاريخ 1989/12/28. ومن هنا لا يمكن القول أن التعويض العيني تعويض شافي. أنظر: عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 153، هـ 1.

(2) أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 181.

(4) أنظر سابقا تمييز التعويض العيني عن التنفيذ العيني، ص 54.

(5) فمن يتلف سيارة لآخر يعمل عليها سائق بالأجرة، يمكن إلزامه بسيارة جديدة ماثلة للمالك، ويكون بذلك المسؤول قد عوض المالك المتضرر المباشر، تعويضا عينيا، ولكن لا يمكن أن يعوض السائق عما فقده من أيام عمل باعتباره متضرر بالإرتداد، إلا بالتعويض النقدي. ونفس الأمر في بقية الحالات الأخرى كتعويض الورثة من موت مورثهم والزوجة من إصابة زوجها... أنظر: عزيز كاظم جبر، المرجع نفسه، ص 155.

يلاحظ كذلك أن هذا التعويض غائب ويتعذر الحكم به في أحوال الأضرار المعنوية<sup>(1)</sup>، والأضرار الجسمانية، والتعويض العيني هنا لا يكون مستحيلا بل يندر وجوده<sup>(2)</sup>. فلا يمكن إعادة الحياة إلى من مات في حادث، أو أن يستعيد الشخص ساقه أو عينه أو أي جزء من جسده الذي فقده<sup>(3)</sup>، كما لا يمكن اللجوء إليه في مجال الضرر الحاصل على المستهلك<sup>(4)</sup>. كما يثار تساؤل حول مدى سلطة القاضي عند طلب الدائن التعويض العيني أو تقدم المدين به وكان ممكنا، في إجابته له؟.

إن عدم تحديد طريقة معينة للتعويض من قبل المشرع وإعترافه للقاضي بسلطة تقديرية، يكون قد أعطى لهذا الأخير سلطة كاملة في إختيار الطريقة الملائمة للتعويض. حيث جاءت المادة 2/132 م، صريحة ولم تلزم القاضي الحكم بالتعويض العيني، بل يكون هذا التعويض جوازي له يأخذ به حسبما يراه من ظروف، وبناء على طلب من المضرور، فيسترشد القاضي هنا بهذه الطلبات وتلك الظروف<sup>(5)</sup>.

---

(1) فلا يمكن محو الآلام الجسدية والمعاناة النفسية التي تكبدها المصاب نتيجة إصابته الجسدية، ولا شعوره المهان عند تعرضه للسب والقذف. أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 46، ف 56؛ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2010، ص 264؛ مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2006، ص 382.

(2) يعتبر التعويض العيني في المسؤولية الطبية، أمر نادر لاستحالاته، فلا يتصور هذا التعويض إلا في حالات نادرة. فإذا ارتكب الطبيب الجراح خطأ أثناء إجراء عملية للمريض، وقام باستئصال رحم المريضة عوضا من الورم الليفي وأصيبت بعقم، فهنا يستحيل إعادة الحالة الصحية للمريضة إلى حالتها قبل ارتكاب الجراح لخطئه. هذا لا يمنع من وجود حالات أخرى يستطيع فيها القاضي الحكم بإصلاح الضرر، وذلك نتيجة للتطور الذي آل له المجال الطبي، حيث أصبح من الممكن أن يحكم القاضي بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، كإلزام الطبيب بعمليات زرع الأعضاء البشرية أو تركيبها، أو قيام الجراح التجميلي بإعادة العملية التجميلية من أجل ترقيع ومسح الندب الذي نتج عن العملية، وإزالة التشوهات، ويكون ذلك على نفقة هذا الجراح التجميلي. أنظر: حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والقانون المقارن، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، س 2008، ص 210؛ بومدين سامية، المرجع السابق، ص 162، كباشي كريمة، المرجع السابق، ص 135؛ رياض محمود أحمد عليان، المرجع السابق، ص 54؛ حسام الدين كامل الأهواني، الإتجاهات الحديثة للقضاء الكويتي في مجال تعويض الأضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الأول، يناير 1978، ص 175.

(3) أنظر: سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 419، ف 408؛ محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 190، ف 22.

(4) هذا لأن الأمر لا يتعلق بعدم تنفيذ المدين للإلتزامه، بل راجع إلى كون الضرر قد تحقق ولحق بالمضرور نتيجة عيب في المنتج، ومن هنا لا يمكن إرجاع الحالة على ما كانت عليه كما لا يتصور الإصلاح. أنظر: شعباني نوال، التزم المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير، مسؤولية مهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2012، ص 166.

(5) لم يشترط المشرع اللبناني في المادة 136 منه، وجوب تقديم طلب من المتضرر حيث أعطت لقاضي الموضوع صلاحية مطلقة للحكم بالتعويض وفقا للطريقة التي يراها مناسبة، دون التقيد بوجوب حصول طلب من الطرف المتضرر، حيث جاءت المادة كالتالي: " يكون التعويض في الأصل من النقود ويخصص كبديل عطل وضرر، غير أنه يحق للقاضي أن يلبسه شكلا يكون أكثر موافقة لمصلحة المتضرر فيجعله حينئذ عينا...". ونفس الحكم نجده في قانون الإلتزامات السويسري حيث ترك في المادة 2/49 منه، أمر تعيين طريقة التعويض للقاضي وفقا لما يراه مناسبا، دون اشتراط حصول طلب من المتضرر نفسه. أنظر: حسن خنتوش الحساوي، المرجع السابق، ص 148.

حيث يحكم القاضي في الغالب بالتعويض العيني متى طلبه المضرور، وكان تنفيذه ممكنا، وليس فيه إرهاب للمسؤول<sup>(1)</sup>، وهذا ما يفهم من عبارة "يجوز للقاضي"<sup>(2)</sup>.

إلا أن التساؤل الذي يطرح في هذا الخصوص هو ما المغزى أو الهدف الذي أراده المشرع الجزائري، بإجازته للقاضي اللجوء إلى التعويض العيني من جهة وربط وتقيد هذه الإجازة من جهة أخرى بوجود حصول طلب من المضرور؟.

يفهم من نص المادة أعلاه أن القاضي لا يجوز له الحكم بتعويض عيني إلا بناء على طلب المضرور وظروف الحال، وهذا ما يعني ويوحى أن سلطة القاضي تكون مقيدة بهذا الطلب متى كانت الظروف تسمح بذلك، فهذا الطلب يعد قيديا يحد من سلطة القاضي في إختيار طريقة التعويض<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني: التعويض بمقابل

يلاحظ مما سبق أنه في غالب الأحوال يستحيل تعويض المضرور تعويضا عينيا، فقد يرى القاضي أن هذا الأخير غير ممكن أو غير ملائم لجبر الضرر، وعندئذ لا يبقى أما القاضي سوى الحكم بالتعويض بمقابل. وليس من الضروري أن يكون التعويض بمقابل تعويضا نقديا وإن كان هو الغالب، فيجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض غير النقدي. يتم ضمن هذا الفرع التطرق لكل من التعويض النقدي، وغير النقدي كالتالي:

## البند الأول: التعويض النقدي

(1) أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 530، ف 189؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1093، ف 643؛ طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 149.

(2) أجازت المادة 2/132 م، للقاضي أن يحكم بالتعويض العيني إذا تقدم المضرور بطلب، وليس إذا تقدم محدث الضرر بهذا الطلب، فإذا طلب هذا الأخير إعادة الحالة على ما كانت عليه، ولم يقبل المضرور ذلك، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض العيني بل لا يجوز له إلا أن يحكم بالتعويض النقدي، وعلى القاضي أن يرفض طلب محدث الضرر. هذا ما ذهبت إليه مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، والتي ذهبت إلى أنه: " في حالة عرض التعويض العيني من المسؤول، يبقى القاضي حرا ضمن هذا العرض". ونفس الأمر إذا طلب المضرور إعادة الحال إلى ما كانت عليه، ولم يقبل محدث الضرر ذلك، فالقاضي كذلك غير ملزم بإجابة المضرور على طلبه وله أن يحكم بالتعويض النقدي. هذا كأصل لكن كإستثناء يلزم القاضي على الإستجابة لعرض المسؤول، إذا كان هذا الأخير قد عرض تعويض عيني مماثل تماما للشيء التالف أو الهالك، حيث يعتبر رفض المضرور لهذا العرض تعسفا، فبهذا العرض يصل المضرور إلى عين حقه، ومن ثم يعتبر رفضه غير مقبول، وهنا لا تكون للقاضي حرية في إختيار طريقة التعويض. أنظر: عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 47، ف 57؛ رياض محمد أحمد عليان، المرجع السابق، ص 55؛ محمود عبيد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 101-102.

(3) لا يوجد تبرير لموقف المشرع الجزائري، إلى إذا اعتبر التعويض النقدي هو الأساس، والتعويض العيني بمثابة إستثناء أو رخصة يجوز للقاضي إستخدامها إذا طلبها المضرور، وكان هذا التعويض ممكنا. إلى أنه ومن خلال ما تقدم نجد أن المشرع كمنظيره المصري، إعتبر التعويض العيني هو الأساس، والتعويض النقدي إستثناء يقضي به القاضي كلما تعذر الحكم بالتعويض العيني، أو كان هذا الأخير مرهقا للمدين.

يتم في هذا البند تناول المقصود بهذا التعويض وصوره، في نقطتين كالتالي:

### أولاً: المقصود بالتعويض النقدي

أعطت القوانين الوضعية الأولوية للتعويض النقدي، ويعود سبب ذلك إلى الجذور التاريخية لهذه القوانين<sup>(1)</sup>. إلى كون التعويض النقدي هو الأيسر في التطبيق<sup>(2)</sup> وليس لأنه الأقرب للعدل<sup>(3)</sup>، ويعتبر هذا التعويض الوجه الغالب لسببين، أولهما سهولة التنفيذ، وثانيهما لإعتبار النقد ترضية للمضروب تساعد على تحمل مصيبتة، وجزاء للمسؤول ينقص ثروته ويحرمه من بعض منافعها<sup>(4)</sup>.

يقول الفقيه Delmas، أن المعنى الحقيقي لعبارة التعويض هو تقديم البديل، وطالما أن النقود هو أحسن بديل فالتعويض يكون إذا نقدياً<sup>(5)</sup>.

يكون التعويض نقدياً متى تضمن الحكم إلزام المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن كمقابل للضرر الذي أصابه نتيجة إخلال الأول بتنفيذ التزامه<sup>(6)</sup>، إذ يدخل المسؤول في ذمة المضروب قيمة معادلة لتلك التي حرم منها، وهذا النوع من التعويض لا يرمي إلا محو الضرر، بل يرمي إلى جبره<sup>(7)</sup>، خلافاً للتعويض العيني الذي يهدف إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع

---

(1) كانت المحاكم الرومانية، تفضل تغريم الطرف الممتنع عن تنفيذ العقد مقداراً من النقود، وقد تأثرت القوانين المستمدة من القانون الروماني بهذه الفكرة فأعطت الأولوية للتعويض النقدي.

(2) التعويض النقدي صالح للحكم به أيّاً كان نوع الضرر المحدث. فالنقود نظراً لكونها وسيلة للتبادل والتقييم، لها من المميزات ما يجعلها وسيلة نادرة ما يختلف عليها في تعويض الأضرار المادية والأدبية، وهو الطريقة الأكثر أهمية لتعويض الضرر المرتد، هذا لأن المضروب بالإرتداد لن يجد طريقة تزيل ضرره أفضل من التعويض النقدي، بل أنه الحل الوحيد لجبر الضرر المرتد في معظم الحالات، لهذا يكون التعويض النقدي هو الحل لمحو الضرر وإصلاحه في كل حالة يتعذر فيها الحكم بالتعويض العيني، ولم يكن هناك سبيل للحكم بالتعويض الغير نقدي. أنظر: عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 156.

(3) أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 48.

(4) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 81؛ إبراهيم علي حمادي الحليوسي، المرجع السابق، ص 230.

(5) يرى هذا الفقيه أن أنسب طريق لتعويض الضرر المعنوي هو التعويض النقدي. أنظر: مقدم سعيد المرجع السابق، ص 78.

(6) التعويض النقدي هو إدخال قيمة مالية جديدة مقابل القيمة المالية التي فقدها المضروب من ذمته نتيجة إخلال المدين بالتزامه، سواء كنا أمام مسؤولية عقدية أو تقصيرية. أنظر: حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 151-152؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 233، ف 266؛ بومدين سامية، المرجع السابق، ص 162؛ براحلية زويبير، المرجع السابق، ص 82؛ نور الدين قطيش محمد السكارنة، المرجع السابق، ص 72؛ نواف حازم خالد، السيد على عبيد، المرجع السابق، ص 56؛ ناصر متعب بنية الخرينج، المرجع السابق، ص 17.

(7) أنظر: محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 152، ف 165؛ معلم يوسف، المسؤولية الدولية بدون ضرر - حالة الضرر البيئي، مذكرة دكتوراه، قانون عام، فرع قانون دولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، بدون سنة، ص 34؛ وعلي جمال، المرجع السابق، ص

الضرر. ويلجأ القاضي إلى التعويض النقدي، إذا كان التعويض العيني مستحيلاً، أو غير كافي، ليستبدل أو يكمل بالتعويض النقدي<sup>(1)</sup>.

## ثانياً: صور التعويض النقدي

تقضي القاعدة في هذا الشأن أن الخيار يعود للقاضي في أن يلجأ للأصل عندما يحكم بالتعويض النقدي ويعطي للمضرور المبلغ المحكوم به دفعة واحدة وهذا هو الأغلب، أو أن يخرج عنه<sup>(2)</sup>.

إذا كان الأصل يقضي بأن يدفع التعويض النقدي للمضرور دفعة واحدة<sup>(3)</sup>، إلا أنه لا يوجد ما يمنع القاضي من أن يلزم المسؤول بدفع التعويض على شكل أقساط يحددها من حيث عددها وقيمتها، أو أن يقضي به في شكل إيراد مرتب مدى الحياة<sup>(4)</sup>، يدفع هو الآخر على شكل أقساط تحدد مدتها<sup>(5)</sup>، من غير معرفة عددها لأن الإيراد يدفع ما دام صاحبه على قيد الحياة، ولا ينقطع إلا بموته<sup>(6)</sup>. وقد تم منح القاضي هذه الصلاحية صراحة بنص القانون<sup>(7)</sup>.

(1) أنظر: بطوش كهينة، المرجع السابق، ص 138؛ وعلي جمال، المرجع السابق، ص 95.

(2) أنظر: خرشف عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 77.

(3) من مزايا التعويض في صورة مبلغ يدفع مرة واحدة، هو أنه ينهي النزاع نهائياً، بمجرد قيام المسؤول بدفعه للمضرور، وهذه الصورة من صور التعويض تتناسب مع الضرر المعنوي الذي يكون تقديره عادة على وجه التقريب. وتتناسب أيضاً مع الضرر الناشئ عن التشوهات التي تصيب الجسم، حتى يتمكن المضرور من القيام بعملية جراحية تجميلية لتقليل أو محو التشوه. كما تتناسب مع الضرر الثابت الذي لا يحتمل أي تغير في حالة المضرور. ومع الضرر الواقع على المنقول أو العقار، فمتى تحقق الضرر نهائياً، فضل أن يكون التعويض أيضاً نهائياً. كذلك إذا كانت قيمة الضرر قليلة فلا معنى للتعويض المقسط أو الإيراد المرتب، لأن قيمة الإيراد قد تكون ضئيلة للغاية. ولتقادي للمساوي التي قد تترتب على هذه الصورة من صور التعويض حرص القضاء الفرنسي، على عدم إعطائه إلى الأولاد والأرملة، إلا بعد التأكد من قدرتهم على حسن استثماره. أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 182-183؛ خرشف عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص 76.

(4) الفرق بين الصورتين راجع إلى كون التعويض المقسط محدد المدة، إذا حل أجل آخر قسط يكون هذا الأخير معلوم سلفاً، وبمجرد وفاء المسؤول به إلى المضرور تبرا ذمته. في حين أن المرتب مدى الحياة غير معلوم العدد، لأنه يدفع حتى موت المضرور وهو أمر مجهول للكافة. أنظر: طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 146؛ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الواقعة القانونية، ج 2، العمل غير المشروع- شبه العقود- القانون، ط 2، دار الهدى، الجزائر، س 2004، ص 157-158؛ أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، س 2004، ص 159؛ أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 285؛ محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 190، ف 22؛ منير قرمان، المرجع السابق، ص 90.

(5) إذا كان الاختيار بين القسط والإيراد، يدخل ضمن السلطة المطلقة للقاضي، إلا أنه لا يمكنه أن يحكم بالإيراد عندما يتعلق الأمر بأضرار مادية، وإنما يلجأ على هذا النوع من التعويض عندما يتعلق الأمر بحالات العجز الكلي أو الجزئي، الذي يلحق المضرور في جسمه مما يجعله عاجز عن أداء عمله. أنظر: عيساوي زاهية، المرجع السابق، ص 159.

(6) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1094، ف 645؛ بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س 2007-2008، ص 78؛ رياض محمود أحمد عليان، المرجع السابق، ص 48.

(7) ذلك طبقاً للفقرة 1 من نص المادة 132 والتي جاءت التالي: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف...".

حيث يعود تقدير التعويض النقدي إلى قناعة القاضي، دون توقف ذلك على طلب من المضرور، فإذا كان المضرور في غالب الأحيان يفضل الحصول على مبلغ التعويض دفعة واحدة، حتى يمكنه التصرف فيه بكل حرية، فإن المسؤول يفضل أن يكون دفع المبلغ على أقساط أو إيراد مرتب مدى الحياة، مما يسهل عليه دفعه أو ربح الأقساط المتبقية في حالة وفاة هذا المضرور<sup>(1)</sup>.

ثار خلاف فقهي حول إمكانية اقتطاع جزء من مبلغ التعويض الإجمالي لمصلحة المسؤول. وفي هذا الصدد ذهب بعض الفقهاء إلى جواز ذلك، وأسسوا هذه الإجازة على بعض الأحكام القضائية<sup>(2)</sup>. فضلا على ما تقتضيه قواعد القانون والعدالة، ذلك أنه إذا تحصل المضرور على تعويض دفعة واحدة ومات بعد ذلك بمدة قصيرة من حادث جديد، يتعرض هنا المسؤول إلى خسارة كبيرة، بخلاف ما إذا كان التعويض سيدفع على شكل إيراد مرتب، حيث يتوقف هذا الإيراد بمجرد موت المضرور<sup>(3)</sup>.

كما أجاز البعض الآخر من الفقهاء هذا الاقتطاع إذا تم بموجب إتفاق. كأن يتفق المضرور مع المسؤول بأن يحصل على مبلغ التعويض دفعة واحدة، مع إقتطاع نسبة معينة من المبلغ كالربع أو الخمس للمسؤول دون الباقي. وأسسوا ذلك إلى صحة هذا الإتفاق بما أنه لا يعفي من المسؤولية، بل يهدف إلى التخفيف منها. فهو يتضمن توفيقا لمصالح كل من المضرور والمسؤول، لأن المضرور يحصل على تعويض فورا ودفعة واحدة، ويستفيد في المقابل المسؤول بتخفيض جزء من هذا التعويض بموافقة المضرور<sup>(4)</sup>.

---

(1) يملك القاضي سلطة اختيار طريقة التعويض التي يراها أكفل من غيرها في جبر الضرر، مسترشدا في ذلك بطلب المضرور، وظروف الحال، وهذه السلطة غير خاضعة لرقابة المحكمة العليا. أنظر: نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، 265.

(2) هذا ما ذهبت إليه محكمة باريس، في قرار لها بتاريخ 1945/3/1، توجب من خلاله تخفيض مبلغ التعويض الذي يدفع مرة واحد، على أساس أن حصول المضرور على التعويض بهذه الصورة يمكنه من مزايا عديدة، كأنه يستثمره ويرجع عليه بالربح. أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 185.

(3) حسب هذا الفقه من العدالة أخذ احتمال موت المضرور بعين الاعتبار، وتعويض المسؤول عن مثل هذا الخطر بإعطائه جزء من مبلغ التعويض. بالإضافة إلى ذلك يرى بعض الفقه أن التعويض في صورة مبلغ مجمع، يبعث نوع من الأمان للمضرور ضد المخاطر التي قد يتعرض لها مستقبلا، كإسار المدين. أنظر: كباشي كريمة، المرجع السابق، ص 137-138؛ بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 78-79؛ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع نفسه، ص 186.

(4) هذا ما ذهبت إليه شركات التأمين الفرنسية، ولهذا نجد في فرنسا، أغلب اتفاقات تسوية التعويضات التي تتم صلحا بين شركات التأمين والمضرور، يقبل المضرور فيها إجراء خصم من مبلغ التعويض الذي يدفع مرة واحدة، على اعتبار أن دفع التعويض مرة واحدة ميزة يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار. أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع نفسه، ص 185؛ رياض محمود أحمد عليان، المرجع السابق، ص 50.

إنتقد الفقيه دريه Dereux، بشدة الحجج سابقة الذكر على أساسين، أولها كون هذه الحجج ليست قاطعة. وثانيها احتمال بقاء المضرور على قيد الحياة، فيكون بذلك قد حصل على مبلغ أقل من مجموع الإيراد الذي كان سيحصل عليه خلال مدة حياته<sup>(1)</sup>.

أما الرد على الحجة القاضية بأن دفع التعويض مرة واحدة يبعث الطمأنينة للمضرور، ويجنبه ما قد يحدث له من احتمال إفسار المدين، فليس بعسير لأن الطمأنينة ليست ميزة في مفهوم التعويض، فهي حق للمضرور، وليست من قبيل التفضيل عليه، مادام المسؤول هو الذي قام بالمساس بهذه الطمأنينة من البداية<sup>(2)</sup>. وتماشيا مع هذا الرأي رفض القضاء الفرنسي إجازة هذا الاقتطاع من المبلغ الإجمالي للتعويض<sup>(3)</sup>.

ما سبق تناوله كان بخصوص التعويض في صورة مبلغ إجمالي يدفع للمضرور دفعة واحدة. أما بخصوص باقي صور التعويض النقدي فللقاضي سلطة تقديرية واسعة، حيث له تقسيط مبلغ التعويض إذا وجده أصلح للمضرور، أو الحكم به في صورة إيراد مرتب لمدى الحياة<sup>(4)</sup>.

يصاب أحيانا المضرور في جسمه بسبب عمل غير مشروع، يعجزه عن العمل مدة من

---

(1) إذا كان مبلغ التعويض المجمع يسمح للمضرور بالقيام باستثماره، والقيام بنشاط جديد مريح، فإن ذلك لا يبرر خفض مبلغ التعويض، لأن الضرر الذي يصيب الجسم يتمثل في المساس بالرأسمال البشري، وهذا الأخير يقدم إمكانيات واسعة للإنسان، فيمكنه القيام بنشاط جديد أو القيام بالنشاطات التي كانت موجودة للمضرور قبل الإصابة. وإذا كان الرأسمال النقدي يسمح للمضرور باستثماره والحصول في المقابل على أرباح فإنه يكون قد عوض حقا الضرر، ومن ثم لا يمكن القول أن المسؤول يقدم للمضرور أكثر من حقه بل يقدم له مزايا تعادل تلك التي فقدها. أنظر: كباشي كريمة، المرجع السابق، ص 138.

(2) هذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية صراحة، حيث قررت بأن الاتجاه القاضي بخفض التعويض المجمع، لا يوجد له أساس من القانون أو اللوائح، وأن القاضي لا يجوز له أن يقوم بخصم جزافي، وأن مثل هذا الخصم يعتبر خروجاً عن قاعدة جبر الضرر. كذلك النقض الجنائي المؤرخ في 12/3/1959، والنقض المدني المؤرخ في 20/12/1966. مقتبس من حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 187.

(3) يتضح مما سبق أن التعويض النقدي في هذه الحالة يكون غير كافي لتلبية متطلبات المعيشة. بالإضافة إلى ذلك مهما بلغ التعويض الممنوح للمضرور لا يكون كافياً لتعويضه عن مجمل الأضرار التي لحقت به، خاصة إذا كنا أمام أضرار جسمانية. فلا يمكن أن يعيد للمضرور المصاب الطمأنينة والبهجة، أو أن يعوضه عن الآلام التي عاشها، أو ساقه التي بترت، وحتى لو توفي المضرور خلال فترة قصيرة فمن غير العدل والإتصاف اقتطاع جزء من مبلغ التعويض لصالح المسؤول، الذي كان سبب في وفاته، خاصة أن هذا الأخير قد تكون له أسرة يعيلها فيستفيد ورثته من هذا المبلغ المتبقي. أنظر: كباشي كريمة، المرجع نفسه، ص 139.

(4) قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها بتاريخ 2001/1/8، أنه: " جرى الاجتهاد على أن التعويض يحكم به دفعة واحدة وليس على صورة مرتب مدى الحياة، مع أن ذلك يخالف ما جاء بالمادة 1/269 ق.م التي تضمنت على أنه يصح أن يكون ضمان الضرر مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، كما أن وكيل الطاعنة قد أثار هذا الموضوع أمام محكمة الاستئناف وطلب أن يكون الضمان مرتباً شهرياً، إلا أن محكمة الموضوع قد قضت بدفع الضمان دفعة واحدة وبما أنه ليس في القانون ما يلزمها بتقسيم التعويض أو أن تحكم به مرتباً شهرياً فإن ما تثيره الطاعنة بهذا السبب ليس من شأنه أن يمس صحة القرار المطعون به وسلامته قانوناً...". كما قضت في قرار لها بتاريخ 2003/11/12، بأن: "... لمحكمة الاستئناف وبما لها من صلاحية تقدير واسعة إذا لم تجد مبرراً لإعمال المادة 269 ق.م لدفع الضمان مقسطاً، فإن هذا الأمر جوازي وتكون قد استعملت كمحكمة موضوع صلاحيتها التقديرية في ذلك". مقتبس من رياض محمود أحمد عليان، المرجع السابق، ص 49.

الزمن، فيحكم له القاضي بتعويض على أقساط حتى يشفى من إصابته ويباشر عمله<sup>(1)</sup>، هذا في حالة ما إذا كان العجز مؤقت، أما إذا كان العجز دائم، فيحكم القاضي بإيراد<sup>(2)</sup>، يدفع للمضرور مادام على قيد الحياة ولا ينقطع إلا بموته<sup>(3)</sup>.

أثير إشكال يتعلق بالضمان الممنوح للمضرور، والذي به يتمكن من استثناء حقه من المسؤول، لو طالت حياته وكان التعويض المقضي به مقسط، أو كان إيراد مرتب لمدى الحياة؟.

ذهبت المحاكم الفرنسية، في السابق إلى إلزام المسؤول بشراء سندات تصدرها الدولة، بحيث يكون ما تدره هذه السندات شهريا يعادل قيمة المرتب الذي حددته المحكمة، ويحفظ المسؤول بملكية السندات ويكون المضرور هو المنتفع من فوائدها أو أرباحها. وألزم البعض الآخر المسؤول بأن يدفع إلى شركة التأمين مبلغا كافيا، وتلتزم هذه الأخيرة بدفع مبلغ الإيراد إلى المضرور، أي التأمين لمصلحة المضرور<sup>(5)</sup>.

أجاب المشرع الجزائري في المادة 1/132 م، سألقة الذكر على هذا الإشكال، وأجاز فيها للقاضي إذا لجأ لإحدى هاتين الصورتين أن يلزم المسؤول بتقديم تأمين، أو بأن يودع مبلغا كافيا لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به<sup>(6)</sup>.

إن جواز طلب القاضي من المسؤول تقديم تأمين، في حالتي التعويض المقسط أو

(1) التعويض المقسط، صورة من صور التعويض النقدي، يدفع على شكل أقساط تحدد مدتها ويعين عددها، كأن تدفع أسبوعيا أو شهريا، وأن يكون عددها عشرة أو خمسة عشرة أو حتى يشفى المريض من إصابته. وتمثل مجموع هذه النفقات التعويض المحكوم به على المسؤول، ويلتزم هذا الأخير بدفعها في أوقاتها ويتم استثناء التعويض بدفع آخر قسط منها. أنظر: كباشي كريمة، المرجع السابق، ص 139.

(2) تجدر الإشارة بأنه يتعين على القاضي مراعاة أن تكون قيمة التعويض النقدي متناسبة مع قيمة الضرر الواقع، بغض النظر عن طريقة الأداء، فلا يجوز له أن يقرر خفض قيمة التعويض إذا كان الأداء دفعة واحدة، على أساس أن المضرور سينتفع به باستثماره. كما لا يجوز له في المقابل أن يزيد في قيمة التعويض إذا كان الأداء مقسط أو إيرادا مرتبا مدى الحياة على أساس أنه منح المسؤول المدين بالتعويض أجل، وعدم انتفاع المضرور به بصورة كاملة. هذا ما سبق توضيحه في الفقرة السابقة. أنظر: طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 146-147، هـ 2.

(3) أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 49، ف 50.

(5) إعتراض بعض الفقهاء على إعطاء المضرور ضمانات لم ينص القانون الفرنسي عليها، بحجة أن ذلك يؤدي إلى التمييز بين الدائنين العاديين، وأنه يجب أن يشارك المضرور غيره من الدائنين. إلا أن غالبية الفقه الفرنسي ذهب إلى عدم وجود في القانون ما يخالف تقديم ضمانات، وأن القانون لا يحكم بها باعتبارها ضمانات، وإنما يحكم على المسؤول بدفع مبلغا مجمعا إلى شخص ثالث، يتولى هذا الأخير دفع المرتب، وأنه لا يمكن وصف هذه الصورة بعدم المشروعية. وأنه يجوز للقاضي كذلك أن يشترط على المسؤول تقديم كفيلا، أو أن يودع كفالة لضمان الوفاء بالتزامه. أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 192-193.

(6) كما يتعين على القاضي في تقدير التعويض النقدي الذي يدفع على أقساط متتالية، أن يراعي مدى تغير قيمة النقد وقوته الشرائية حتى يكون التعويض المحكوم به جابر للضرر. أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع نفسه، ص 49-50، ف 60؛ طه عبد المولى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 147؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 58؛ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 297.

الإيراد المرتب يجد مجاله في المسؤولية التقصيرية دون العقدية، ويتضح ذلك من نص المادة سابقة الذكر<sup>(1)</sup>، فيجوز أن يدفع المسؤول إلى شركة التأمين مبلغ التعويض مجعما، وهذه الأخيرة هي التي تقوم بدفع التعويض إلى المضرور كما حدده القاضي<sup>(2)</sup>، سواء كان ذلك في صورة دفعات مقسطة، أو في شكل إيراد مرتب<sup>(3)</sup>، حسب منطوق الحكم.

كما يجوز أن يكون التأمين في صورة كفالة، حيث يتقدم شخص أجنبي عن المسؤول بدفع مبلغ التعويض، ويتأكد القاضي من ملاءة هذا الكفيل ضمن حدود مبلغ التعويض المحكوم به على المسؤول<sup>(4)</sup>. كما يجوز أن يكون التأمين رهن رسمي على عقارات المسؤول، أو رهن حيازي على عقار أو منقول مملوك للمسؤول<sup>(5)</sup>.

التعويض النقدي هو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية<sup>(6)</sup>، فإذا أثبت الجار المتضرر إصابته بأضرار بفعل الأنشطة الصناعية الملوثة التي تحقق وقوعها أو تلك المستقبلية، وجب تعويضه وجبر تلك الأضرار التي لحقت به، وفي هذا أخذت محكمة استئناف Rouen، في قرار لها بتاريخ 1984/1/30، بتعويض الصيادين ضحايا التلوث الصناعي، عن مردود الميل الواحد من المياه بدلالة قيمة الثروة السمكية المصطادة كل سنة. كما قضت محكمة استئناف Pointivy، في قرار بتاريخ 1988/7/19، بحساب قيمة التعويض بضرب 01 فرنك في المتر المكعب الواحد من الماء الملوث<sup>(7)</sup>.

---

(1) أنظر: كباشي كريمة، المرجع السابق، ص 140.

(2) نصت المادة 02 من الأمر رقم 95-07 سابق الذكر، على ما يلي: " إن التأمين في المادة 619 من القانون المدني، عقد يلتزم بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصاحبه مبلغا من المال أو إيراد أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى".

(3) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 7، عقود الغرر، مج 2، عقود المقامرة والرهن والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2009، ص 1085، ف 542؛ سعد واصف، قانون التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات، دراسة مقارنة، المطبعة العالية، القاهرة، مصر، س 1962-1963، ص 69-70.

(4) المادتين 644 و 646 م.

(5) المادتين 882 و 948 م.

(6) أنظر: خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 262؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 266، ف 420؛ محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 291.

(7) أنظر: وعلي جمال، المرجع السابق، ص 95-96.

يكون التعويض النقدي في أكثر حالات المسؤولية العقدية<sup>(1)</sup>، تنص المادة 176 م، بصدد التعويض النقدي في حالة عدم تنفيذ الإلتزام بأنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه...".

### البند الثاني: التعويض غير النقدي

هناك بعض الحالات التي تستعصي على التعويض العيني والنقدي، حيث لا يبقى للفصل فيها إلا مجال واحد وهو الحكم بتعويض غير نقدي.

### أولاً: المقصود بالتعويض غير النقدي

التعويض غير النقدي الذي يحكم القاضي به جبرا للضرر هو أداء شيء على سبيل التعويض<sup>(2)</sup>، وهو ليس بالتعويض النقدي لأنه لا يتضمن إلتزام المدين المخل بأداء مبلغ من النقود للدائن، كما أنه ليس بالتعويض العيني لأنه لا يتضمن إلتزام المدين بأداء ذات ما التزم بأدائه للدائن. بل هو تعويض من نوع خاص، تقتضيه الظروف في بعض الصور وحسب نوع الضرر المحدث، وفي تكييف هذا الطريق من طرق التعويض ذهب الفقه إلى أنه يغلب الحكم بهذا التعويض في الضرر المعنوي دون الضرر المادي<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: صور التعويض غير النقدي

يتخذ هذا النوع من التعويض صورة الحكم بمصروفات الدعوى. كأن يطالب من أصابه ضرر معنوي إلتزام المدعى عليه بمصروفات الدعوى، وذلك فيه ترضية كافية له<sup>(4)</sup>.

كما قد يتخذ التعويض غير النقدي صورة الحكم بمبلغ رمزي، ليس فيه معنى مقابل

---

(1) التعويض النقدي في نطاق المسؤولية العقدية، يتمثل إجمالاً في مبلغ من المال يعوض به الدائن عن الأضرار التي لحقت به من جراء عدم تنفيذ المدين للعقد، أو تأخره في تنفيذه، فإذا تخلف مدرس عن تنفيذ عقد التدريس، واضطر مدير المدرسة إلى الاستعانة بمدرس آخر بأجر أكبر عن ذلك المتفق عليه مع المدرس الأول المخل، ألزم هذا الأخير بالفرق. ونفس الأمر مع شركة الطيران التي تخلفت عن نقل الركاب الذين التزمت بنقلهم، فاضطر المكتب السياحي إلى استئجار طائرة خاصة لنقلهم، فتعوض الشركة المتخلفة عن فرق الثمن الذي دفعه المكتب. أنظر: مصطفى العوجي، العقد، ص 567؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 184-185؛ زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 318.

(2) أنظر: بطوش كهينة، المرجع السابق، ص 139.

(3) أنظر: حسن حنتوش الحساوي، المرجع السابق، ص 153.

(4) هذا ما نصت عليه المادة 2/132 م، التي جاءت صياغتها كالتالي: "... أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع". والحكم على المدعى عليه بالمصروفات يعتبر تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى، وهو تعويض غير نقدي. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية، في 11 يونيو 1902، بأنه: " يعتبر تعويضاً أدبياً كافياً لجبر الضرر الأدبي إلتزام المسؤول بمصروفات الدعوى أو الحكم بتصحيح الواقعة المكذوبة". أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 135، ف 67.

للضرر وإنما إقرار من القضاء بحقه<sup>(1)</sup>. ومنح هذا المضرور مبلغ رمزي لا يعني ذلك أنه عوض نقدياً، وأن التعويض أصبح نقدياً<sup>(2)</sup>، بل يعني إستنكار القضاء لما صدر من المدين من إخلال بتنفيذ التزامه، وإقرار في نفس الوقت بحق المتضرر الذي يتجنب بواسطة الحكم ما قد يتعرض له من أذى في سمعته<sup>(3)</sup>.

أما الصورة الأخرى التي قد يتخذها التعويض غير النقدي خاصة إذا كان الضرر معنوي، هي صورة نشر الحكم الصادر في الصحف أو المجلات، أو عن طريق وسائل الإعلام الأخرى كالمذيع والتلفاز، أو بتعليق صورة منه في مكان بارز في محل العمل، أو لوحة إعلانية في مكان عام<sup>(4)</sup>.

فقد يكون المضرور شركة صناعية أو زراعية أو تجارية، ولا شك أن مدى نجاح هذه الشركات في ممارسة نشاطها التجاري، وفي مدى تعامل الأفراد والشركات الأخرى معها، يتوقف على سمعتها التجارية التي تتمتع بها لذلك تكون حريصة عليها. فإذا أخل أحد المتعاقدين مع هذه الشركة في تنفيذ التزامه، يكون كافياً في هذه الحالة بالنسبة لها أن يتم نشر الحكم الصادر بإدانته، لأن الحصول على مبلغ من النقود ليس هو الدافع لرفع الدعوى<sup>(5)</sup>.

---

(1) كمثل على ذلك إتهام الزوج زوجته بالخيانة الزوجية، فيكون إلزام الزوج بمصاريف الدعوى أو بمبلغ رمزي، إقرار من القضاء بحق هذه الزوجة. وهذا الإقرار يشكل ترضية كافية فيها ما يكفي لجبر الضرر المعنوي الذي تعرضت له، والأذى الذي لحقها في سمعتها، لأن دافع الزوجة من رفع دعوى ضد زوجها ليس الحصول على مبلغ من المال منه، بل إسقاط كل إدعاء من شأنه أن يمسها في سمعتها وشرفها.

(2) قضت محكمة الإستئناف المصرية في 4 يوليو 1893، بإلزام المسؤول عن الضرر بمبلغ زهيد كتعويض رمزي. أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 135، ف 67.

(3) أنظر: حسن خنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 153؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 82؛ مهدي عزمي مسعود أبو مغلي، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والثلاثون، يوليو 2009، ص 214.

(4) ذهبت بهذا الخصوص محكمة النقض المصرية، في أحد قراراتها المؤرخ في 1967/3/15، إلى أن: "تعويض الضرر الأدبي بنشر الحكم في الصحف على نفقة المحكوم عليه من سلطة قاضي التقديرية والمطلقة بما لا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيه". أنظر: عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 158، محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 153، ف 165؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإنلزام، ص 62؛ إبراهيم علي حمادي الحليوسي، المرجع السابق، ص 233.

(5) لم يتردد القضاء العراقي، في الأخذ بهذا التعويض حيث قضت محكمة التمييز، في قرار لها بتاريخ 1984/9/3، بتعويض تافه كمقابل للضرر المادي، أما الضرر المعنوي فقضت فيه بنشر حكم القاضي بإدانة الطرف المخل بتنفيذ التزامه. أما وقائع الدعوى فتدور حول إدعاء أستاذ بجامعة بغداد - كلية الإدارة والاقتصاد - كلف بالإشراف على رسالة ماجستير، وكان إدعاء هذا الأستاذ ضد الطالب الذي أشرف عليه وأحد أعضاء لجنة مناقشة هذه الرسالة. فبعد أن أنجزت هذه الأخيرة قام هذا الأستاذ الذي كان عضو في لجنة المناقشة بالاتفاق مع الطالب صاحب الرسالة، على نشرها نصاً وروحاً في مجلة بريطانية - مجلة الجيد فيزياء للجمعية البريطانية - دون أخذ موافقة الجامعة، وقد تجاهل المدعى عليهما ذكر اسم المشرف الرئيسي عن إعداد الرسالة وما بذله من جهد وبحث علمي، كما أن عمل المدعى عليهما لا يتفق مع الأمانة العلمية فهو عمل غير قانوني، وأن المدعي طلب من المدعى عليهما نشر اسمه معهما بتلك المجلة. لهذه الأسباب أجابت محكمة التمييز طلب المدعي، وحكمت على المدعى عليهما بدفع مبلغ دينار واحد كتعويض مادي عن الضرر المادي، ونشر الحكم والأطروحة في نفس المجلة البريطانية، نفقة المدعى عليهما كتعويض أدبي، وتحميلهما المصاريف والأتعاب.

أنظر: حسن خنتوش الحسناوي، المرجع نفسه، ص 154، ه 1.

كما يبدو أن هذا النوع من التعويض فعالا في مجال حماية المستهلك، حيث يضمن توعية المستهلكين حول المنتج الذي لا يحقق سلامة المستهلك<sup>(1)</sup>.

ذهب بعض الفقه إلى أن التعويض غير النقدي قد يتخذ في نطاق المسؤولية العقدية شكل فسخ العقد. وأسسوا ذلك على نص المادة 1/119 م<sup>(2)</sup>، التي أجازت للدائن مطالبة مدينه بفسخ العقد إذا لم يكن هناك أمل بأن يقوم هذا الأخير بتنفيذ التزامه، فالفسخ هنا حسب هذا الرأي وسيلة للتعويض غير النقدي<sup>(3)</sup>. كما أسسوا ذلك على ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 30 أبريل 1948، وما نتص عليه المادة 1184 م.ف<sup>(4)</sup>.

فالتعويض الذي يحكم به القاضي في حالة الفسخ، مصدر الإلتزام فيه هو ما يصدر عن المدين من خطأ أو تقصير، وهنا نكون بصدد مسؤولية تقصيرية، إذ لا يمكن أن يكون مصدر التعويض هو العقد ذاته، لأن هذا الأخير ينعدم بالفسخ وبأثر رجعي، فيعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد<sup>(5)</sup>.

ذهب هذا الفقه، أن للقاضي الموضوع حرية اختيار طريقة التعويض التي يراها أنسب لجبر الضرر، فله من ثم أن يحكم في حالة الفسخ بالتعويض غير النقدي. وأعطى هذا الفقه أمثلة عن هذا التعويض الذي يمكن للقاضي أن يحكم به لجبر الضرر المترتب عن فسخ العقد، ورأى بأن القاضي قد يقضي بشيء معين بدلا من إلزام المدين بمبلغ من المال كأن يقضي بأن يدفع المدين للدائن سندا أو سهما تنتقل إليه ملكيته، ويستولي على ريعه تعويضا عن الضرر الذي أصابه<sup>(6)</sup>.

إلا أن هذا الإتجاه إنتقد وعلى عدة أوجه، أولها أن هذه الأمثلة المشار إليها لا تخرج

(1) أنظر: شعباني نوال، المرجع السابق، ص 167.

(2) تنص المادة 1/119 م، أنه: " في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

(3) أنظر: مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، س 2009-2010، ص 262.

(4) أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 185-186؛ زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 318-319؛ مامش نادية، مسؤولية المنتج، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، رسالة ماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2012، ص 72.

(5) تنص المادة 122 م، أنه: " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

(6) مقدم سعيد، المرجع نفسه، ص 186؛ محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 152، ف 165.

عن كونها تعويض نقدي أو عيني، فالسهم ينظر إليه بقيمته النقدية. والحصول على الربح لا يعدو أن يكون حصولاً على تعويض نقدي<sup>(1)</sup>.

ثانيها أن طلب الفسخ في حالة عدم التنفيذ ليس تعويضاً، لأن حكم القاضي بالفسخ بناء على طلب الطرف الآخر، هو إعفاء لطالب الفسخ من تنفيذ التزامه، وليس إجباراً للممتنع عن التنفيذ، أو عن التعويض بالقيام بأي شيء. وأنه حتى ولو ترتب على الفسخ ضرر بالمتعاقدين الآخر واستطاع هذا الأخير إضافة إلى طلب الفسخ طلب التعويض سنكون أمام تعويض يختار القاضي طريقته المناسبة، والغالب أن يكون هذا الأخير مبلغ نقدي، مما ينفي عن الفسخ صفة التعويض غير النقدي في كل الأحوال<sup>(2)</sup>.

هناك جانب من الفقه عمد إلى قصر نطاق التعويض غير النقدي في بعض الأضرار دون سواها، حيث ذهب إلى أن التعويض غير النقدي عن الضرر المعنوي، الذي يلحق المضرور بالإرتداد لا يكون ممكناً في العديد من الحالات، وأن أحسن طريقة لتعويض الضرر المرتد بكل أنواعه هي النقود لكن الواقع يفرض غير ذلك تماماً<sup>(3)</sup>.

فقد يكون أحسن تعويض للضرر المرتد، التتويه في الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر إفتراءً أو سباً لتعويض المقذوف عن الضرر المعنوي الذي أصابه، وهذا ما ذهب إليه الفقيه مازو وتوك، فقالوا " أن الغالب بصدد التعويض عن الضرر المعنوي أن يتم عن طريق

---

(1) كما سبق توضيحه في المعيار المتعمد من قبل بعض الفقهاء في التمييز بين التعويض العيني والتنفيذ العيني، فالعبرة تكون بما يحصل عليه الدائن وليس بما يقدمه المدين، أو الطريقة التي يتم بها، ومن هنا يكون الدائن قد تحصل على مبلغ من المال بمجرد ملكيته لهذا السهم.

(2) تجدر الإشارة بأن هذا النقص لا أساس له من الصحة، حيث ركز على الفسخ وليس على التعويض الناتج عن هذا الفسخ، فذهب إلى أن الفسخ ليس تعويض غير نقدي، بما أنه إعفاء لطالب الفسخ من تنفيذ التزامه. وهذا القول أجمع الفقه على صحته، وليس هذا ما طرحه وذهب إليه الفقه السابق. بل ذهب إلى أن الضرر الناتج عن الفسخ والذي مصدره مسؤولية تقصيرية، يمكن تعويضه تعويضاً غير نقدي، وليس الفسخ في حد ذاته. ويمكن الإتفاق مع هذا الرأي في هذه النقطة، حيث يجوز أن يكون الفسخ وسيلة للتعويض غير النقدي، إذا ما ترتب عنه ضرر يوجب التعويض وحكم القاضي بتعويض غير نقدي لجبره. كما يمكن الإتفاق مع النقد الذي يرى صعوبة أن يكون التعويض الذي يحكم به القاضي في حالة الفسخ غير نقدي، لأن الدائن غالباً ما يهدف بما أننا في نطاق مسؤولية عقديّة إلى الحصول على المال. أنظر: عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 157.

(3) غير أن الواقع يفرض غير ذلك تماماً، فمثلاً معظم القضايا التي يكون المشاهير طرفاً فيها تكون الأضرار فيها معنوية تمس سمعة هؤلاء الفنانين، لأن الإشاعات التي يتعرضون لها غالباً ما تمس شرفهم، ولا يخفى كذلك أن هذه الأضرار تصيب بالإرتداد عائلاتهم أو الأشخاص العاملين معهم أو زملائهم في الوسط الفني، وفي هذه الحالة يكون التعويض غير النقدي هو أفضل وسيلة لجبر الضرر وتحقيق المصلحة، وهذا ما لسمعة الفنان من أهمية في مجال الفن. فيكون الإعتذار على سبيل المثال في مجلة مشهورة، لهذا الفنان ومن لحقهم ضرر بالإرتداد من الخبر الذي نشر، أو نشر الحكم بالإدانة، أو تكذيب إشاعة، أو إعلان حقيقة الخبر، أفضل وسيلة لتعويض المضرور المباشر والمضرور بالإرتداد، وذلك بإثبات صدق وبراءة المضرور حيث يعتبر ذلك في بعض الأحيان بمثابة رد اعتبار له. أنظر: عزيز كاظم جبر، المرجع نفسه، ص 158-159.

التعويض غير النقدي وذلك بمنح المضرور ترضية تعادل ما فقده"<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> هذا ما نصت عليه المادة 1409 م هولندي، لتعويض المقدوف عن الضرر الذي أصابه، وهذا ما قضت به المحكمة الفرنسية الجنائية في 1959/11/3، وبإمكان المحاكم أن تلجأ لأبعد من ذلك إذ بإمكانها الحكم بتوزيع نسخ من الحكم، كتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب المضرور أو ذكر الحكم في المذيع وهذا ما قضت به محكمة باريس بتاريخ 1970/11/17. أو عن طريق التلفاز وهذا ما قضت به نفس المحكمة بتاريخ 1972/1/5. أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 186-187.

## المبحث الثاني: كيفية تقدير القاضي للتعويض

على الرغم من الأهمية الخاصة التي يحظى بها التقدير القضائي للتعويض، إلا أن المشرع الجزائري كغيره في غالبية الأنظمة القانونية، لم يوله القدر الذي يستحقه من الاهتمام والتنظيم، حيث اكتفى بالنص عليه في القليل من النصوص التشريعية، التي كثيرا ما تقره بصفة عامة. فقد إكتفى المشرع في المادة 131 م، بالنص على أن القاضي يقدر مدى التعويض مراعيًا في ذلك الظروف الملازمة، إلى جانب الإشارة إلى فكرة التعويض الكامل<sup>(1)</sup>. حيث يتضح من خلال نص المادة 182 م<sup>(2)</sup>، والمادة 182 مكرر<sup>(3)</sup>، المشار إليهما في المادة 131 م، أن التعويض يحدد بقدر الضرر الذي لحق المضرور نتيجة الخطأ الذي أتاه المسؤول. فهذا التعويض لا يجوز أن يتجاوز قدر الضرر الواقع<sup>(4)</sup>، كما يتعين ألا يقل عنه<sup>(5)</sup>.

(1) تنص المادة 131 م، المعدلة بالقانون رقم 05-10 سابق الذكر، بأنه: " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير". تقابلها المادة 170 م.م.

(2) جاءت المادة 182 م المعدلة بالقانون رقم 05-10 سابق الذكر، على النحو التالي: " 1- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. 2- غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد". تقابلها المادة 1149 م.ف؛ والمادة 221 م.م؛ والمادة 222 م لبيبي؛ والمادة 207 م عراقي؛ 261 موجبات وعقود لبناني؛ كما كرس قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مبدأ التعويض الكامل وجاءت المادة 389 منه، مطابقة في المعنى للمادة 363 مدني أردني، التي جاء نصها كالتالي: " إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه". وهذا المبدأ في الواقع يقتضيه المنطق والعدالة، فلا يمكن حرمان المضرور من جبر الضرر الذي أصابه ومنحه تعويضاً لا يغطي كامل الضرر الذي أصابه، كما أنه ليس من العدل تحميل المسؤول عن الضرر عبء تعويض يزيد عن الضرر الحقيقي الذي سببه للمضرور. أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 51، ف 62.

(3) نصت المادة 182 مكرر المعدلة بالقانون رقم 05-10 سابق الذكر، بأنه: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف، أو السمعة". تقابلها المادة 222 م.م. فقد ذهب المشرع الجزائري في المادة 128 مكرر، على أن التعويض عن الأضرار المعنوية يكون عن الضرر بكامله، وذلك واضح من لفظ " كل" وهذا ما يعني التعويض الكامل، ومن وجهة نظرنا نتفق مع اتجاه المشرع في استعماله لفظ كل.

(4) التعويض الكامل يجب أن يكون متناسباً مع الدخل مهما كان خطأ المسؤول. يقال إذا قام القاضي بمنح المضرور تعويضاً يجاوز قيمة الضرر يكون بمثابة تبرع من جانب القاضي للمضرور من مال الغير وهذا ما لا يجوز، كما أنه من الخطأ بل ومخالف للأخلاق أن يتم إثراء المضرور على حساب المسؤول بمناسبة الحادث الذي وقع له. أنظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 129؛ تعريب سليم فارس صنيح، مسؤولية التعويض عن الأضرار الجسمانية، مجلة القانون، تصدرها وزارة العدل، الأعداد من ستة إلى عشرة، السنة الرابعة والثلاثون، س 1984، ص 32.

(5) يجوز تقدير التعويض بأقل من قيمة الضرر إذا وجد ما يصوغه، حيث وضع المشرع الجزائري نظاماً تعويضياً خاصاً، جزافياً، وليس كاملاً، وإعتبر المدين هنا ضامناً، وليس مسؤولاً، فلا يشمل التعويض في هذا النظام التعويضي الكسب الذي فات على المدين، وإنما يقتصر على الخسارة التي لحقت به. والتعويض حسب هذا النظام لا يهدف إلى جبر الضرر، بل يقتضي المساواة بين الضحايا، وحصولهم على نفس التعويض بسبب نفس الإصابة. فلا فرق بين تاجر يفقد يده وبين عازف البيانو أو الرسام، وهذا يعني أن التعويض يقوم على أساس موضوعي مجرد وغير ذاتي. وما يحدد الصفة الجزافية لهذا النظام، مقدار التعويض الذي يتم عن طريق عملية حسابية، المادة 36 و42 من القانون رقم 83-13 المؤرخ في 2 يوليو 1983، المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ( المنشور في ج.ر.ج، العدد 28، السنة العشرون، المؤرخة في 3 يوليو 1983). المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-19 المؤرخ في 6 يوليو 1996، ( المنشور في ج.ر.ج، العدد 42، السنة الثالثة والثلاثون، المؤرخة في 7 يوليو 1996). أنظر: علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، ص 374-376؛ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 269.

كما يجب أن يشمل الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ، ماديا كان أم جسمانيا أم أدبيا، متوقع أم غير متوقع، سواء كان حالا أو مستقبلا ما دام محققا، وهذا الضرر المباشر يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب. بالإضافة إلى ذلك يجب على القاضي أن يراعي في تقدير التعويض الظروف الملابسة. ومن خلال هذه النصوص تتضح لنا رغبة المشرع الجزائري في تبني ما يعرف بالتعويض الكامل للأضرار التي لحقت بالمضرور. تقتضي دراسة كيفية تقدير القاضي للتعويض البحث أولا في المبدأ الذي يحكم مدى هذا التعويض، ثم بيان الوقت الذي يجب فيه هذا التقدير. وسوف يتم ذلك ضمن ثلاث مطالب، الأول يتناول فيه مضمون مبدأ التعويض الكامل الذي يتقيد به القاضي عند قيامه بتقدير التعويض، أما المطلب الثاني فيخصص للوقت الذي يعتد به القاضي عند التقدير، بينما شمل المطلب الثالث مدى سلطة القاضي في التقدير ومدى الرقابة المفروضة عليه من المحكمة العليا.

### المطلب الأول: مبدأ التعويض الكامل

بما أن المسؤولية المدنية، تهدف إلى إعادة التوازن الذي أُخل به سواء كان مصدر هذا الإخلال العقد أم القانون<sup>(1)</sup>، فإن هذا الهدف يدعمه مبدأ يسيطر على تقدير التعويض في جميع القوانين تقريبا وهو مبدأ التعويض الكامل للضرر<sup>(2)</sup>. الذي يعني ببساطة أن التعويض يجب أن يغطي كل الضرر الذي أصاب المضرور<sup>(3)</sup>. أي أن يكون شاملا لجميع الأضرار التي أصابته<sup>(4)</sup>،

(1) أنظر: حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 156؛ محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 293؛ سامي عبد الله الدريعي، المرجع السابق، ص 75؛ جنيفيف فيني، المرجع السابق، ص 529، ف 172.

(2) مبدأ التعويض الكامل عن الضرر يعبر عنه بمبدأ التعادل بين مبلغ التعويض وقيمة الضرر، وهو من أهم المبادئ التي تهيمن على المسؤولية المدنية، وتعتبر من النتائج الهامة المترتبة على هذا المبدأ، أنه لا يجوز تقدير التعويض وفقا لجسامة الخطأ، حيث أن هذه الجسامة لا تؤخذ بعين الاعتبار، لأن الهدف من التعويض هو الجبر وليس العقاب. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1964،/5/8 أن: " التعويض الضروري لجبر الضرر المتحقق يجب أن يحسب وفقا لقيمة الضرر، دون أن يكون لجسامة الخطأ أي أثر على مبلغ هذا التعويض". مقتبس من أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 128-130.

(3) يقول في هذا الفقيه دوما أن: " كل الخسارات والأضرار التي تحصل من فعل بعض الأشخاص نتيجة للرعونة وعدم الاحتياط، سواء عن جهل في القانون أو عن خطأ آخر يجب أن يصلح موضع الضرر". أنظر: حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2011، ص 124؛ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 50، ف 61؛ عيسى مصطفى فلاح حمادين، المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري، رسالة ماجستير، قسم القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، س 2005، ص 132؛ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 18-19.

(4) Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op.cit, P 185.

مهما كانت بسيطة وبسيرة<sup>(1)</sup>. وهذا ما تبناه المشرع الجزائري<sup>(2)</sup>.

### الفرع الأول: عناصر التقدير القضائي للتعويض<sup>(3)</sup>

من خلال نص المادة 182 م سابقة الذكر، يتضح أن المشرع الجزائري قد حصر التعويض في الخسارة التي تلحق المضرور، والكسب الذي فاتته، وهذا ينطبق على المسؤولية العقدية والتقصيرية<sup>(4)</sup>. ومن هنا يجب على القاضي أن يأخذ في حسابه عند الحكم بالتعويض، هذان العنصران فيقدر بالدرجة الأولى ما أصاب المضرور من ضرر، ثم يقدر بعد ذلك ما فاتته من ربح، ليكون التعويض مجموع هذين العنصرين<sup>(5)</sup>.

أثارة مسألة إختلاف العناصر التي يعتد بها القاضي عند قيامه بتقدير التعويض إذا كان بصدد ضرر مادي، أو كان بصدد ضرر معنوي. كما أثارة مسألة مدى الحكم بتعويض إجمالي عن جميع عناصر الضرر إشكالا فقهيا واسعا، سيتم التطرق إلى هذه المسائل كالتالي:

### البند الأول: عناصر الضرر المادي

تتصدر عناصر الضرر المادي كما سبق الذكر، في الخسارة اللاحقة بالمضرور، والكسب الذي فاتته.

### أولا: الخسارة اللاحقة

(1) عبرت محكمة النقض المصرية، عن هذا المبدأ في قرار لها بتاريخ 1965/3/25، بقولها: " إن الغاية من التعويض هي جبر الضرر جبرا متكافئا معه غير زائد عليه". أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 47-48، ف 31؛ صافية بشاتن، المرجع السابق، ص 467.

(2) ذهب بعض الفقهاء الجزائريين، إلى أنه رغم أن مبدأ التعويض الكامل يقضي بوجود تعويض المسؤول كامل الضرر الذي تسبب به، وهذا هو الصحيح سواء كنا أمام مسؤولية عقدية أو تقصيرية إلا أن المادة 124 م، المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية أوجبت التعويض على من تسبب خطئه ضرر للغير دون أن توضح أن هذا التعويض يجب أن يكون كاملا. على خلاف المادة 182 م، المتعلقة بالمسؤولية العقدية التي جاءت أكثر توضيحا حيث أوجبت على القاضي تعويض كل عناصر الضرر الذي لحقت المضرور، وبأن يكون التعويض شاملا لما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب. إلا أن هذا الإتجاه ليس له أساس من الصحة، فالحقيقة تكمن في أن هذا المبدأ نصت عليها المادة 131 م، الواردة في مجال المسؤولية التقصيرية، التي أحالت كيفية التعويض وتقديره حتى يكون كاملا إلى المادتين 182 و182 مكرر م. التي عبرتا بشكل صريح على مبدأ التعويض الكامل، وهذا ما يدل على أن قاعدة التعويض الكامل قاعدة عامة تطبق على كل أنواع الإلتزامات مهما كان مصدرها.

(3) يعتبر من قبيل عناصر تقدير الضرر والتعويض كل ما يساعد القاضي على بيان مدى الضرر ومقداره، بالزيادة أو النقصان، ومدى تفاوته من حالة إلى أخرى. أنظر: مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص 218.

(4) قضت محكمة النقض الفرنسية، بذلك في قرار لها مؤرخ في 1926/2/28، جاء كالتالي: " أن المصاب في الحادث، يتم تعويض الخسارة التي لحقتة والمتمثلة فيما أصابه من ضرر في جسمه، وما بذل في سبيل علاجه من مال، وتعويض الكسب الذي فاتته والذي عاقه وقوع هذا الحادث من الحصول عليه". كما قضت محكمة الإتحاد العليا لدولة الإمارات العربية، في قرار لها بتاريخ 1984/6/21، أن: " التعويض يقدر بقدر الضرر، والضرر يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب التزاما بالقاعدة الشرعية التي تقضي بأن لا ضرر ولا ضرار والضرر ينبغي أن يزال".

أنظر: عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 161؛ حساني علي، المرجع السابق، ص 341.

(5) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 83؛ حساني علي، المرجع نفسه، ص 341؛ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 25-26، ف

30؛ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 168-169، ف 210.

يختلف عنصر الخسارة اللاحقة إذا كنا بصدد أضرار جسمانية، أو كنا أمام أضرار المادية. حيث تتمثل الخسارة اللاحقة في الأضرار الجسمانية<sup>(1)</sup>، عموماً في المصروفات ونفقات العلاج<sup>(2)</sup>، التي يتكبدها المضرور بسبب الإصابة التي تعرض لها. فمثلاً إذا أصاب الفعل الضار ممثلاً أو مغني، أثناء ذهابه إلى الحفل الذي التزم بإحيائه، فإن هذا الفنان يستحق تعويضاً عن نفقات علاجه وعن ما قاساه من آلام باعتبار ذلك خسارة لاحقة به<sup>(3)</sup>.

يثبت الحق في التعويض للمضرور عن الخسارة اللاحقة به بمجرد إنفاقها أو تحملها<sup>(4)</sup>. فالقضاء لا يتردد في الحكم بها طالما كانت هذه المصروفات في حدود المعقول، وهذا راجع إلى كون المسؤول عن الإصابة ملزم حسب الأصل بهذه المصروفات، مادام إنفاقها مرتبطاً بطريقة مباشرة بالإصابة<sup>(5)</sup>.

كما تعتبر من قبيل هذه النفقات، المصروفات الضرورية لتسهيل عملية تنقل

(1) يتمثل الضرر الجسماني في الأذى الذي يلحق المصاب في جسده، فيمس سلامة جسمه وتكامله، وقد يتجسد هذا الضرر في الاعتداء على الحق في الحياة. وسواء تمثل الضرر الجسدي في إصابة أو عجز أو مرض أو وفاة، فهو غالباً ما يحمل المصاب نفقات العلاج، وإنقاص قدراته على الكسب. أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 137، ف 60؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 69، 71، ف 38-39؛ بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 11؛ محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 172-173، ف 6؛ منير قزمان، المرجع السابق، ص 55-56؛ عادة عبد السلام متعب حراشة، المرجع السابق، ص 63.

(2) تأتي في مقدمة هذه النفقات، المصروفات تلك التي تكبدها المصاب بسبب الإصابة من نفقات طبية وعلاجية، والمتمثلة في أتعاب الأطباء وأجور المستشفيات وأثمان الأدوية. كما تشمل هذه المصروفات أثمان الأعضاء أو الأطراف التي ركب للمضرور أو زرعته في جسده، بالإضافة إلى أجور تركيبها أو أجور الإشراف على أدائها وظيفتها، وغير ذلك من طرق العلاج. وحق المصاب في استرداد هذه المصروفات لا يثير عملياً أي صعوبة، فغالباً ما تكون هذه الأخيرة بتقارير طبية ومستندات محددة من الجهات المختصة. أنظر: محمد صبري الجندي، المرجع نفسه، ص 177، ف 10؛ طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 155؛ سعد واصف، المرجع السابق، ص 67؛ عبد الله محمد علي الزبيدي، المرجع السابق، ص 263؛ خليفة كرفة محمد، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، بن عكنون، الجزائر، س 2010-2011، ص 20؛ خرشف عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 11.

(3) أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 537، ف 191؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 207؛ إبراهيم علي حمادي الحليوسي، المرجع السابق، ص 66-67.

(4) إذا كان الذي أنفق على المضرور شخصاً طبيعياً (قريباً أو صديقاً)، أو شخصاً معنوياً (إحدى شركات التأمين أو مؤسسة الضمان الاجتماعي)، فله أن يرجع بما أنفق على المسؤول، إما حلاً محل المصاب، وإما بدعوى شخصية. فمثلاً يستطيع الورثة الذين كان يعولهم المتوفى، المطالبة بما أنفقوه، بالإضافة إلى حقهم في المطالبة بتعويض ما نقص من موارد كانوا يتلقونها، والمطالبة بتعويض ما أحسوه من ألم. ومن هنا تكون لهم دعوتين في الرجوع على المسؤول، تهدف كل منها إلى الحصول على تعويض مستقل عن الآخر. أنظر: محمد صبري الجندي، المرجع نفسه، ص 192، 197، ف 20، 27.

(5) إذا استدعت الإصابة إقامة المصاب بأحد المستشفيات للعلاج فإن التعويض يشمل مصروفات هذه الإقامة، من نفقات التغذية أو الإدارية وليس مصروفات العلاج فقط، مادامت ترتبط ارتباطاً مباشراً بالإصابة، أي بالضرر الذي أحدثه المسؤول، فلولا هذا الضرر لما حدثت الإقامة ونفقاتها. وقد ذهب القضاء الفرنسي، إلى تعويض المصاب عن مصاريف الانتقال التي يتكبدها أقرابائه الذين في رعايته كزوجته وأولاده، إذا استدعت حالته ضرورة وجودهم معه. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 78-79، ف 45؛ محمد صبري الجندي، المرجع نفسه، ص 177-178، ف 10-12.

المصاب<sup>(1)</sup>، كالأستعانة بوسائل النقل - دراجة أو سيارة - إذا أدت الإصابة مثلا إلى عجز أو شلل. كما تشمل هذه النفقات، الأجور التي يضطر المصاب إلى دفعها للمرافقين أو المرضى، أو الأشخاص الذي هو في حاجة إلى مساعدتهم في حياته اليومية<sup>(2)</sup>.

بالإضافة إلى ذلك ينظر القاضي إلى ما سوف ينفقه المصاب من مصروفات، نتيجة ما قد يلحقه من أضرار مستقبلية أثبت الكشف الطبي أنها محققة الوقوع في المستقبل كعاهة أو نحو ذلك<sup>(3)</sup>.

إعتبر بعض الفقهاء إصابة المضرور في جسده ضرر مستقل يستلزم التعويض عنه، فهذه الإصابة وحدها قد تؤدي إلى حرمانه من ميزة السلامة الجسدية التي كان يتمتع بها أو انتقاصها، بصرف النظر عما إذا كان هذا الحرمان أو الانتقاص قد ترتب عليه خسارة لاحقة أو كسب فائت<sup>(4)</sup>.

أما إذا ترتب على الإصابة وفاة المصاب، فإن القضاء أضاف إلى التعويض عن الخسارة اللاحقة<sup>(5)</sup>، التعويض عن نفقات تجهيز المتوفى، ودفنه ومصروفات جنازته ومأتمه<sup>(6)</sup>.

(1) François TERRE et Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit, N° 710, P 699.

(2) أنظر: بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 17.

(3) تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية، بأنه إذا تبين من الحكم المطعون فيه أنه اقتصر على تقدير نفقات العلاج الفعلية والتي قدمت عنها سندات، دون أن يتحدث بشيء عن الأضرار المستقبلية، التي طالب الطاعن بنفسه التعويض عنها نتيجة الحادث الذي أصيبت فيه ابنته، وهو ما يتوقع أن يتكبده من مصاريف علاجية وعمليات جراحية وتجميلية للمجني عليها، وكان يجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبلي متى كان محقق الوقوع، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور. أنظر: طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 155.

(4) على هذا النحو للمضرور في حالة الإصابة الجسدية مطالبة المسؤول بالضرر الجسدي وهو الحرمان من ميزة السلامة الجسدية. والضرر المعنوي الذي يتمثل فيما تسببه الإصابة من آثار نفسية، كالآلام التي يعانيتها المصاب وفقدانه الشعور بالسعادة والإحساس بمتع الحياة المختلفة. والضرر المادي وهو ما تسببه الإصابة من خسارة مالية محققة، كنفقات العلاج مثلا، ومن كسب فائت كفقدان الأجر أو إنقاصه. وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية، أن: " التعويض المقضي به للمضرور بسبب عجزه عن الكسب الدائم يجب أن يحدد بالنظر إلى ما انتقص من سلامته الجسدية، بصرف النظر عن أن هذا الانتقاص لم يكن له أثر مباشر على أجره، فالضرر محقق بالرغم من استمرار قبض المضرور لأجره المعتاد متى ترتب على الإعتداء خلل في التكامل الجسدي". أنظر: مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 29-30، ف 34-35.

(5) تجدر الإشارة إلى أن التعويض عن الوفاة تبعا للقاعدة العامة، هو تعويض عن نتائجها، أي تعويض عما تحقق من خسارة، وعما فات من كسب. أنظر: محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 185، ف 19؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغيير الضرر، ص 145-146، ف 110.

(6) في هذا الصدد أيد المجلس الحكم المستأنف فيه القاضي بإلزام المدعى عليه بتعويض زوج المتوفاة، تعويضا عن الأضرار المادية بمبلغ يقدر بمائة وخمسة وعشرون ألف وثلاثة مئة وثمانين دينار جزائري، وتعويضه عن الضرر المعنوي بمبلغ يقدر بأربعة وخمسون ألف دينار جزائري، أما مصاريف الجنازة فتم تقدير التعويض بمبلغ يقدر بتسعون ألف دينار جزائري. قرار رقم 14/00163، صادر عن مجلس قضاء أدرار، الغرفة المدنية، في 14 ديسمبر 2014، غير منشور.

أما إذا كنا بصدد ضرر مادي<sup>(1)</sup>، فنكون أمام خسارة لاحقة، إذا لحق الدائن ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين للالتزامه أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ<sup>(2)</sup>.

حيث يلزم المدين الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه المتمثل في بضاعة تعهد بتسليمها للدائن، بدفع تعويض عما أصاب الدائن من خسارة بسبب اضطراره لشراء هذه البضاعة بثمن أعلى، كما يلزم الممغني الذي لم يقم بتنفيذ التزامه المتمثل في إحياء حفل غنائي، بدفع تعويض للدائن عما أصابه من خسارة بسبب ما أنفقه لتنظيم هذه الحفلة<sup>(3)</sup>. فإذا تأخر بائع السيارة في تسليمها عن الموعد المحدد، كان للمشتري الحق في مطالبته بالتعويض عن حرمانه من الانتفاع بها عن طريق استعمالها طوال مدة التأخير<sup>(4)</sup>.

لا يثير تقدير الضرر الذي أصاب المضرور، إذا كنا بصدد ضرر مادي أي صعوبة، حيث يكون على أساس ما لحق المضرور من خسارة. وفي المثال السابق يشمل التعويض ما أنفقه الدائن في إعداد الحفلة، كذلك إذا قام شخص بإتلاف شيء لآخر أو غصبه وهلك هذا الشيء أو أتلف، فإن التعويض هنا يجب أن يسمح للمضرور باستعادة ذات قيمة الشيء والفائدة الاقتصادية التي فقدها، وهنا يجب علينا التمييز بين ما إذا كان الضرر قد تمثل في فقد الشيء أو تلفه وهلاكه كلياً، أو مجرد هلاكه وتلفه جزئياً. فإذا تمثل الضرر في فقد الشيء أو هلاكه هلاكاً كلياً، هنا يكون التعويض باستبدال شيء آخر بهذا الشيء يكون مماثلاً له<sup>(5)</sup>،

---

(1) هو كل ضرر يلحق المضرور في ماله وليس في جسده، فهو الضرر الذي يصيب الأشياء والأموال المتعلقة بالمضرور، مما يترتب عليه إنعدام الفائدة والقيمة الاقتصادية لهذه الأشياء، وهنا نكون أمام هلاك أو فقد كلي للشيء، أو مجرد إنقاص هذه القيمة فنكون أمام هلاك أو فقد جزئي للشيء. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 99، ف 57؛ سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 137، ف 60؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 77، ف 59؛ علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، ص 286؛ أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 152؛ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 212؛ زكي زكي حسين زيدان، المرجع السابق، ص 55.

(2) أنظر: سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 37.

(3) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 844، ف 469؛ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، القانون المدني وأحكام الإلتزام، ج 2، آثار الإلتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، س 1980، ص 57؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 83.

(4) نكون بصدد خسارة في مجال نزع الملكية، إذا أدى هذا النزع إلى إنقاص القيمة الاقتصادية للعقار، كإتلاف ثماره أو ملحقاته أو فقدان حق الإيجار، فهذه الأضرار المادية تتمثل في خسارة مالية تلحق بالمالك توجب التعويض. أنظر: براحلية زويبير، المرجع السابق، ص 25؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 61.

(5) Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 185.

أو بدفع قيمته<sup>(1)</sup>.

أما إذا اقتصر الضرر على تلف جزئي، فالتعويض هنا قد يكون بالقيمة الإستبدالية للشيء، كما قد يكون بقيمته الإصلاحية<sup>(2)</sup>. وللمضور الحق في الاختيار بين القيمتين فله أن يطالب مثلا بإصلاح السيارة التي أتلفت بدلا من استبدالها، وله أن يطالب بقيمة الإصلاح سواء أجراه، أو سيجريه بعد حصوله على التعويض<sup>(3)</sup>، وفي الحالتين يبقى للمضور الحق في المطالبة بمقابل ما نقص من قيمة الذاتية للشيء بعد إتمام إصلاحه<sup>(4)</sup>.

### ثانيا: الكسب الفائت

يتمثل الكسب الفائت إذا كنا بصدد ضرر جسماني، في إصابة المصاب بعجز كلي أو جزئي، يؤدي إلى نقص في مدخوله. فهو ما كان سيحصل عليه المصاب لقاء نشاطه المهني<sup>(5)</sup>.

(1) هنا يتم تقدير التعويض على أساس قيمته الإستبدالية، وهذا الإستبدال إما أن يتم عينا عن طريق تقديم شيء آخر مماثل للشيء الذي أتلف، وإما أن يتم نقدا عن طريق القيمة التي يدفعها المسؤول للمضور والتي تسمح له بالحصول على شيء آخر مماثل للشيء الذي أتلف. وتقدير القيمة الاستبدالية يختلف باختلاف الشيء، فقد تتفق هذه القيمة الاستبدالية مع قيمة الشيء السوقية - والتي تقصد منها سعر الشيء في السوق الحرة التي تخضع لقواعد العرض والطلب - إذا أمكن استبدال الشيء التالف ببديل مماثل له من حيث قيمته وحالته، وقد تختلف عنها وذلك إذا تعذر الحصول على بديل بنفس مواصفات ومزايا الشيء التالف، وهنا نكون أمام شيء له قيمة ذاتية. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 100، ف 57؛ سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 537، ف 192، هـ 74.

(2) تتمثل القيمة الإصلاحية، في قيمة تكلفة إعادة الشيء إلى حالته التي كان عليها قبل حدوث الضرر، وهي بعبارة مغايرة أجر تكلفة تجديد الشيء وإعادته صالحا مجددا، مع عدم تحميل المضور أي تكلفة مقابل هذا الإصلاح. وفي هذا قامت محكمة التمييز الأردنية، بنقض قرار محكمة الإستئناف الذي قصر التعويض على نقصان القيمة، ورد الدعوى بتكاليف الإصلاح، وأيدت ما ذهب إليه المحكمة الابتدائية في الحكم لمالك السيارة بالتعويض عن نفقات وإصلاح هذه الأخير بالإضافة إلى التعويض عن نقص القيمة. أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 53، ف 64؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 99، ف 57.

(3) وقع تصادم بين سيارتين، فأقام المضور دعوى على المسؤول عن الحادث، يطالب فيها بأداء قيمة تكاليف إصلاح العطب الذي لحق بسيارته، وظهر أثناء سير الدعوى أن قيمة تكاليف هذا الإصلاح تفوق ثمن سيارة جديدة، من نفس الطراز والسنة، فقضت محكمة إستئناف دويبة Douai، في 24 مايو 1954، بأن التعويض المستحق لا يزيد عن ثمن السيارة الجديدة، ورفضت الحكم بما يوازي نفقات الإصلاح. وفي تعليق عن هذا القرار ذهب الفقيهان مازو، إلى أن " الحكم سليم، وأنه عندما يتبين أن ثمن شراء شيء جديد بدلا من الشيء التالف يتكافأ مع قيمة إصلاحية يحق للمسؤول أن يبرئ ذمته من التزامه بالتعويض بأداء أقل المبلغين طالما أن أقلهما يكفي لجبر الضرر كاملا. على أنه لا يلتفت عند تقدير التعويض إلى ثمن الشيء التالف في حالة بيعه قبل نقصان قيمته من جراء هذا التلف، وإنما يدور هذا التقدير حول تقدير المبلغ الذي يؤديه المضور ليحصل على شيء مماثل له أو ليرد الشيء التالف إلى أصله". أنظر: فؤاد وصفي أبو الذهب، تعليقات على أحكام أجنبية، العدد الثالث، ص 121.

(4) القيمة الذاتية هي القيمة الحقيقية التي يمتلكها الشيء الذي أتلف، نظرا للصفات الخاصة التي يتصف بها والتي تميزه عن مثيله في السوق، فقد تكون السيارة التالفة أعلى من قيمة مثيلاتها في سوق السيارات المستعملة، لكونها أقل استعمالا أو بحالة ممتازة. يعتد القاضي بهذه القيمة إذا كانت الأشياء التالفة معينة بالذات، كالسيارات الفريدة من نوعها، أو قليلة الوجود، أو التحف... فمثل هذه الأشياء يتعين الأخذ بقيمتها الذاتية، لذلك لا تبرا ذمة المسؤول بمجرد سداده قيمة الشيء السوقية. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 101، 104، ف 57، 60.

(5) تعويض فوات الكسب لا يشمل فقط تعويض ما فات من كسب بل يشمل أيضا ما سيفوت منه، متى كان الكسب المستقبلي أمرا مؤكدا. وهناك من الفقهاء من يذهب إلى أبعد من ذلك فلا يشترط في الكسب المستقبلي أن يكون أمرا مؤكدا بل يكفي أن يوجد أمل في الحصول عليه، وهذا ما يتفق صراحة مع التعويض عن فوات الفرصة. أنظر: محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 180-181، ف 15.

حيث يتمثل الكسب الفائت في ذلك الأثر الذي يؤثر سلبا على نشاط المضرور في مجال عمله. وبعبارة أكثر إيجازا، هو ما فات المضرور من كسب كان يمكن أن يجنيه لو أنه لم يصب بما أصيب به<sup>(1)</sup>.

يتحدد التعويض عن الكسب الفائت بما يقابل الدخل الذي يفوت على المصاب، طيلة مدة إصابته وعجزه عن العمل<sup>(2)</sup>، إضافة إلى ما يقابل ذلك من فوات الفرص المالية المختلفة على المصاب بسبب الإصابة التي تعرض لها<sup>(3)</sup>.

المعيار الأساسي لتقدير التعويض عن هذا العنصر هو مدى العجز عن العمل والكسب<sup>(4)</sup>، الذي قد يكون مؤقتا<sup>(5)</sup>، أو دائما<sup>(6)</sup>. ويسترشد القاضي عند تقديره للتعويض عن هذا الضرر، وخصوصا الجسماني، بأهل الخبرة في تقدير نوع هذا الضرر ودرجته، وهنا لا تكون الخبرة ملزمة للقاضي<sup>(7)</sup>.

أما إذا كنا بصدد ضرر مادي، فيتمثل الكسب الفائت فيما ضاع على الدائن من ربح بسبب عدم تسليم المدين البضاعة التي تعهد بتسليمها، مما ترتب عليه فوات صفقة رابحة تثبت أنه كان سيعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه، وتسليم البضاعة في الميعاد المحدد<sup>(8)</sup>.

(1) أنظر: سعد واصف، المرجع السابق، ص 67؛ بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 18؛ خليفة كرفه محمد، المرجع السابق، ص 21؛ خورشيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 13.

(2) Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 186.

(3) ينظر القاضي إلى ما فقده المضرور من قوة العمل، ولو لم يؤثر الضرر في بدل أجرته وظل يتقاضى ذات الراتب في الشركة التي يعمل لديها. لأن القاضي يأخذ في الاعتبار ما يمكن أن يمارسه المضرور من عمل بسبب استعداده ومؤهلاته، لذلك قضي بالتعويض لمن فقد من قدرة يده قدرا معيناً، ولو بقي في عمله، ولم تتعرض أجرته للتخفيض من قبل رب العمل. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 79.

(4) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 81، ف 46.

(5) يختلف تحديد تعويض الكسب الفائت المترتب عن العجز المؤقت، الذي تحدثه الإصابة، بين ما إذا كان عجزا كلياً، أو عجزاً جزئياً، فإذا كان العجز جزئياً فهو يتمثل أساساً في مقابل الفرق بين: المبلغ الذي يحصل عليه المصاب بعد الإصابة، والمبلغ الذي كان يستحقه عادة لو لم تقع هذه الإصابة. فالتعويض هنا يقدر بقدر ما انخفض من أجر أو دخل، وقيمة الانخفاض هنا لا بد من إقامة الدليل عليها، والدليل يمكن أن يتم بكل الطرق سواء بشهادات من مصدر العمل، أو شهود ... لكن في حالة تعذر إثبات دخل المصاب الحقيقي، فقاضي الموضوع هو الذي يقدر هذا الدخل، استناداً إلى سلطته التقديرية في تقدير الوقائع. أما إذا كان العجز كاملاً، فإن التعويض يجب أن يغطي مجموع ما كان سيحصل عليه المصاب طوال مدة العجز. أنظر: محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 225، ف 53؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 82، 86، ف 47.

(6) يكون العجز دائم إذا أدت الإصابة إلى إنقاص القدرة على العمل أو زوالها بشكل لا يرجى شفاؤه، وهذا العجز يمكن كذلك أن يكون كاملاً، كما يمكن أن يكون جزئياً، فإذا ترتب على إصابة المضرور عجز دائم عن الكسب والعمل، فإن حقه في التعويض يشمل نوعين من الأضرار، أولها نفسي أو معنوي، ويعبر عنه بالعجز النفسي المهني، وثانيها مالي أو مادي، يترتب على إضعاف قدرة المصاب على العمل والكسب، ويقدر التعويض على الضرر المالي، بنسبة هذا العجز الدائم الذي لحق بالمصاب، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة هذا العجز، والحالة العامة للمصاب، وعمره، ومهنته، وغير ذلك من العوامل المؤثر في دخله وحالته المالية. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 87-89، ف 51-52؛ محمد صبري الجندي، المرجع نفسه، ص 226-227، ف 54.

(7) أنظر: سعد واصف، المرجع نفسه، ص 67؛ محمد صبري الجندي، المرجع نفسه، ص 225، ف 53.

(8) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، ص 844، ف 469.

كما يعتبر من قبيل الكسب الفائت، الحرمان من منافع الأعيان، فمن قام بهدم بيت ضمن قيمته وبدل منفعته التي فوتها الهادم بالهدم<sup>(1)</sup>.

إذا لم تلحق المضرور خسارة ولم يفته كسب، فلا محل لتعويضه<sup>(2)</sup>. وكثيرا ما يتحقق ذلك في المسؤولية العقدية في حالة تأخر المدين عن تنفيذ التزامه. وهناك من يرى بأن ذلك قد يتحقق حتى في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه. فإذا لم يقم المحامي بالتزامه نحو موكله والمتمثل في قيد رهن لمصلحته، وتبين بعد ذلك أن عدم قيام المحامي بالتزامه، لم يترتب عليه ضرر بالموكل كما أنه لم يفوت عليه نفعاً فلا محل لتعويض الموكل، لأنه حتى وإن قيد هذا المحامي الرهن باسم موكله لما كان هذا القيد منتجا وذلك راجع إلى أن العقار منقول برهون سابقة تستغرقه<sup>(3)</sup>.

كذلك إذا تعهد محامي بإستئناف حكم ثم أخل بالتزامه بعدم قيامه بإستئنافه، ليوضح بعد ذلك أن هذا الحكم من الأحكام التي لا يجوز الإستئناف فيها، وهنا لا يلزم المحامي بالتعويض رغم إخلاله وهذا راجع إلى أن الدائن لم يلحقه ضرر ولم يفته كسب<sup>(4)</sup>. يستنتج مما سبق أن عناصر تعويض الضرر المادي، سواء كان الإخلال عقدي أو

---

(1) يكون حكم القاضي بالكسب الفائت بناء على طلب الدائن. وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها بتاريخ 1966/1/11 بأنه: " متى كان الطاعن قد قدر التعويض الذي طلبه أمام محكمة الموضوع بما لحقه من خسارة ولم يفصل في هذا التقدير ما فاتته من كسب وكانت محكمة الموضوع لا تلتزم بتقدير التعويض إلا في حدود عناصره المطلوبة فإنه لا يقبل النعي على الحكم بالقصور بأنه لم يقدر التعويض عن الكسب الغائب الذي لم يطلبه الطاعن". أنظر: سعيد أحمد شعله، المرجع السابق، ص 32، ف 7؛ سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 537، ف 191.

(2) يختلف الأمر في القانون الأردني، حيث قام بالتفريق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، بخصوص عناصر التعويض، فقد نصت المادة 363 منه، والخاصة بالمسؤولية العقدية، بأن التعويض لا يشمل إلا الخسارة اللاحقة دون الكسب الفائت، إذ تقول: " إذا لم يكن الضمان مقدرا في القانون أو العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه". وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني بأن: "... التعويض لا يستحق نظير ما فات الدائن من ربح وما أصابه من خسارة، إلا إذا نشأت الخسارة عن هلاك الشيء والتعويض حينئذ كما تقدم هو المثل في المثليات والقيمة في القيميات...". كما أيدت محكمة التمييز الأردنية، ذلك وجاء في قرار لها أنه: " إذا لم يكن الضمان في المسؤولية العقدية مقدرا في القانون أو في العقد تقدره المحكمة بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه عملا بأحكام المادة 363 من القانون المدني". بينما نجد في المادة 266 من نفس القانون، التي تتحدث عن التعويض عن الفعل الضار، تذهب إلى أن التعويض يشمل كل من الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، والتي تنص: " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار". وبهذا يكون تقدير التعويض إذا كنا بصدد مسؤولية تقصيرية، على أساس الخسارة اللاحقة والكسب الفائت. وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية، والذي جاء كالتالي: " يقدر الضمان بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار". أنظر: ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 234-

235، ف 266؛ غادة عبد السلام متعب حراشنة، المرجع السابق، ص 116، ه 1.

(3) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 845، ف 469؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 84.

(4) أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 205.

قانوني، هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت<sup>(1)</sup>. ويقع إثبات هاذين العنصرين على عاتق المدعي<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: عناصر الضرر المعنوي

عندما يقع ضرر مادي يمكن تحديد مقداره بمقدار الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته، فلا تثير عملية تحديد مقدار الضرر في هذه الحالة أي إشكال. لكن الضرر المعنوي المتمثل في الألم والحزن وتشويه السمعة... لا يمكن تقديره لعدم وجود نقص مادي معين يقدر على أساسه التعويض، الأمر الذي أدى إلى وجود صعوبات ليس لها حصر في مجال تقدير الضرر المعنوي والتعويض عنه.

### أولاً: موقف الفقه والقضاء من عناصر الضرر المعنوي

يتميز الضرر المعنوي<sup>(3)</sup>، عن الضرر المادي بأنه لا يصيب المضرور في أمواله وإنما في معنوياته وقيمه غير المالية. لهذا يصعب تقدير التعويض المقابل له، وذلك لصعوبة تقويم نتائجه وآثاره بالنقد، فلا يوجد معيار أو مقياس نقدي مباشر لتقدير القيمة المالية للشرف والسمعة والمعاناة وغيرها من صور الضرر المعنوي<sup>(4)</sup>.

ذهب الفقه إلى أن العنصر الوحيد الذي يساعد على تقدير الضرر المعنوي والتعويض

---

(1) قضت محكمة النقض الفرنسية، في 1926/1/28، بأن: " للمصاب في الحادث، تعويض الخسارة التي لحقت، والمتمثلة فيما أصابه من ضرر في جسمه وما بذل في سبيل علاجه من مال، وتعويض الكسب الذي فاتته والذي عاقه من الحصول عليه وقوع هذا الحادث". أنظر: زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 304؛ حساني علي، المرجع السابق، ص 341؛ مامش نادية، المرجع السابق، ص 68؛ إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، س 2007، ص 161؛ صفية بشاتن، المرجع السابق، ص 468.

(2) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 845، ف 469؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 236، 266، محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 202، ف 33؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 205.

(3) هو الضرر الذي يصيب الشخص في مصالحه غير مالية، وكما يعرفه الفقه بأنه ما يلحق الشخص من أذى حسي أو نفسي، نتيجة المساس بحياته أو جسمه أو بعرضه أو بشرفه أو بمركزه الاجتماعي أو الإعتباره المالي، كما يشمل كل ما يشعر به الشخص من الحزن والأسى، وما يفقده من عاطفة الحب والحنان نتيجة موت عزيز عليه. وهو بصفة موجزة ما يصيب الشخص في شرفه أو اعتباره أو عاطفته أو في حق من حقوقه الأدبية التي لا تقوم على المال. أنظر: سامي عبد الله الدريعي، المرجع السابق، ص 74-75؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 981، ف 577؛ محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، س 1995، ص 55؛ حساني علي، المرجع نفسه، ص 341؛ مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص 212-213؛ أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 64-65؛ بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 20؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 239، ف 269؛ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 8، ف 11؛ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، ج 2، ص 247؛ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 272، ف 180؛ عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 162-163؛ علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، ص 289 وما يليها؛ دريال عبد الرزاق، النظرية العامة للإلتزام، ص 81-82؛ نور الدين قطيش محمد السكارنه، المرجع السابق، ص 85؛ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، س 2007، ص 334.

(4) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 129، ف 72؛ مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع نفسه، ص 211؛ خليفة كرفه محمد، المرجع السابق، ص 16؛ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 39؛ خرشف عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 15.

عنه هو الظروف الملازمة<sup>(1)</sup>، وهنا تدخل في الإعتبار الظروف الخاصة بالمضروب لا الظروف الخاصة بالمسؤول، مادام التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضروب<sup>(2)</sup>.  
أوجب بعض الفقهاء على القاضي عند تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، بالإضافة إلى اعتداده بالمعاناة التي يتحملها المضروب بجميع أنواعها، أن يعتد كذلك بالعناصر والعوامل الأخرى البعيدة والخارجة عن الضرر، والتي تؤثر تأثيراً مباشراً في تقدير التعويض. كجسامة خطأ المسؤول<sup>(3)</sup>، وظروف حدوث الضرر<sup>(4)</sup>، والمركز المالي والاجتماعي لكل من المضروب والمسؤول. إلا أن هذا الفقه انتقد، على أساس أن القاعدة العامة في تقدير التعويض تقضي بعدم الاعتداد بهذه العوامل الخارجة عن الضرر<sup>(5)</sup>.

لهذا وفيما يتعلق بالعناصر التي يعتد بها عند تقدير التعويض عن الأضرار المعنوية، لا يمكن إيجاد معيار يتقيد به القاضي<sup>(6)</sup>، بل له كامل السلطة في تقدير هذا التعويض<sup>(7)</sup>، بشرط

(1) أنظر: مهدي عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص 221-222.

(2) أنظر لاحقاً الظروف المؤثرة في تقدير التعويض، ص 99.

(3) يجب على القاضي وفقها لهذا الفقه عند قيامه بتقدير التعويض الإعتداد بدرجة خطأ المسؤول، وما إذا كان هذا الخطأ جسماً أو يسيراً أو تافهاً، وذلك راجع إلى أثر جسامة الخطأ على نفسية المضروب، والذي قد يزيد من ألم المضروب النفسي ومن حدته، فلا شك أنه كلما كان الخطأ جسماً كان تأثيره على نفسية المضروب أشد وطأة وأكثر ألماً. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 134، ف 77.

(4) هناك من الفقهاء من قال بإختلاف تقدير التعويض وفقاً لظروف حدوث الضرر، فلا يستوي الضرر الذي حدث للمضروب في رحلة ترفيهية أو رياضية، أو أثناء تنفيذ واجب وظيفي أو مهني أو في أثناء تقديم خدمة للغير أو في أثناء عملية إنقاذ. إلا أن مبدأ التعويض الكامل يفرض أن يكون التعويض بقدر الضرر، فمن غير العدل حرمان المضروب من التعويض أو تخفيض هذا الأخير لمجرد أنه كان في ظروف أحسن، فالضرر الواقع على الشخص لا يختلف قدره لا باختلاف المكان ولا الزمان، بل يمكن تصور اختلافة من شخص إلى آخر، ولهذا لا يمكن أن تكون ظروف حدوث الضرر عنصراً يستند عليها القاضي عند قيامه بتقدير الضرر عامة سواء كان مادياً أو المعنوي. أنظر لاحقاً الظروف الخاصة بالمسؤول، ص 105.

(5) يلاحظ أن العناصر التي قال بها هذا الفقه لا يمكن أخذها بعين الإعتبار عند تقدير التعويض، فالأخذ بجسامة خطأ المسؤول، قد يترتب عليه استبعاد التعويض عن الخطأ التافه وتخفيضه إذا كان الخطأ يسيراً، أو كان مجرد عدم انتباه بسيط يمكن أن يصدر من الجميع، وبالتالي حرمان المضروب من حق ثابت له هو التعويض رغم تحقق الضرر. كما لا يمكن الأخذ في الإعتبار المركز المالي لكل من المضروب والمسؤول، خصوصاً وأن ثراء هذا الأخير لا تأثير له في قدر التعويض الذي يلتزم به والذي يحدد وفقاً للضرر، كما أن فقره لا يمكن أن يعفيه من الإلتزام بالتعويض. أنظر لاحقاً الظروف الخاصة بالمسؤول، ص 105.

(6) قضت محكمة التمييز الأردنية في 17/5/1992، بأنه: " من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن نطاق التعويض الجابر للضرر الأدبي من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع بغير معقب عليه أبان العناصر المكونة له". نقلاً عن سامي عبد الله الدريعي، المرجع السابق، ص 93.

(7) قررت في ذلك محكمة النقض المصرية، في 8/4/1972، بأنه: " يبين من نصوص المواد 170، 211، 222 من القانون المدني أن الأصل في المساءلة المدنية أن التعويض عموماً يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ ويستوي في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي على أن يراعي القاضي في تقدير التعويض الظروف الملازمة للمضروب دون تخصيص معايير معينة لتقدير التعويض عن الضرر الأدبي". كما قضت المحكمة العليا، في 28/3/2000، أنه: " إذا كان القضاء غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره". ومن خلال هذا القرار يتضح أن للقاضي سلطة تقديرية في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، فهو غير ملزم بتحديد عناصر هذا الضرر. أنظر: محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص 57؛ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 261.

التقيد بمقدار الضرر<sup>(1)</sup>. حيث أقرت المحكمة العليا، بأن تعويض الضرر المعنوي يخضع لتقدير قاضي الموضوع أصلاً، مستهدياً في ذلك بالأضرار اللاحقة بالمضرور<sup>(2)</sup>.

كما قضت المحكمة العليا بأن: "الضرر المعنوي هو الشعور بالألم، وهو لا يقدر بمال، وإنما يعوض من قبل القضاء بما بدا لهم جبراً للخواطر"<sup>(3)</sup>. وأنه لا يستوجب للتعويض عن الضرر المعنوي ذكر عناصر التقدير<sup>(4)</sup>. فالضرر المعنوي هو مسألة موضوعية، موكل بتقديرها لقاضي الموضوع، دون رقابة من المحكمة العليا، فالتعويض عن هذا الضرر لا يخضع إلى عناصر تقدير مادية، بل يرجع إلى اجتهاد قاضي الموضوع<sup>(5)</sup>.

من هنا يتم تقدير التعويض عن الضرر المعنوي بما يكفي لمواساة المضرور<sup>(6)</sup>، وتحقيق رد إعتبار له، ومن حق القاضي تقدير ما يراه مناسباً، لتحقيق النتيجة المستهدفة ولو كان التعويض ضئيلاً<sup>(7)</sup>.

يقول الفقيه تريباس، أنه "يقع على القاضي عبء البحث عن القدر اللازم الذي يمكن أن يوفر للمضرور ترضية ذات طابع معنوي، ترد للذمة المعنوية القيمة التي ضاعت، وأن ذلك ليس بمستحيل أبداً، إذ يستطيع القاضي الاستعانة ببعض الظروف التي من طبيعتها مساعدته على عملية التقدير، كالحالة الاجتماعية للمضرور ومركزه المالي". كما قال البعض الآخر من الفقه أنه "أما تقدير مبلغ التعويض فليس بأشدّ مشقة من تقدير التعويض في بعض أنواع

---

(1) ورد في قرار لمحكمة النقض المصرية في 1985/1/8، أن: "التعويض عن الضرر الأدبي تقديره بما يكفي لمواساة المضرور ويكفل رد إعتباره، فيحق للقاضي تقديره بما يكفي بما يكفي لمواساة المضرور ويكفل رد إعتباره، فيحق للقاضي في تقدير ما يراه مناسباً لتحقيق النتيجة المبتغاة ولو كان ضئيلاً يرمز إليه". وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية بقولها: "يجب أن يقدر التعويض الأدبي بحدود معقولة وأن لا يغالي فيه لكي لا يكون وسيلة للإثراء والاستغلال، إن الحزن والألم لا يقومان بالمال والغاية من التعويض عنهما هي منح المتضرر ترضية مناسبة تكافئ بقدر الإمكان ما أصابه من ألم وحزن". مقتبس من حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 130.

(2) قرار مؤرخ في 1979/5/29. نقلاً عن بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 153، ف 353.

(3) قرار مؤرخ في 1976/11/6. أنظر: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 215؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 96، ف 70.

(4) قرار رقم 505072، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2009/12/17. نقلاً عن جمال سايس، الإجتهاادات الجزائية في القضاء المدني، ج 4، ص 1573.

(5) أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 217، هـ 2.

(6) من هنا ينصرف معنى التعويض عن الضرر المعنوي إلى المعنى التقريبي له، وليست المساواة المطلقة بينه وبين الضرر. أنظر: أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 312-313.

(7) التعويض عن الضرر المعنوي لا يقصد به محو الضرر وإزالته من الوجود، لأن الضرر المعنوي لا يمحى ولا يزول ولا يمكن بالتالي إصلاحه، وإنما يقصد به أن يجد المضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من ضرر معنوي، فالخسارة هنا لا تزول ولكن يقام إلى جانبها كسب يعوض عنها، التعويض عن هذا الضرر هو مجرد ترضية للمضرور، توفر له نوعاً من العزاء الذي يخفف عنه الألم والحزن الذي أصابه. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 984، ف 578؛ إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي، ص 162؛ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 11، ف 15.

الضرر المادي، وما على القاضي إلا أن يقدر مبلغا يكفي عوضا عن الضرر المعنوي، دون غلو في التقدير ولا إسراف"<sup>(1)</sup>.

رغم أن سمعة وكرامة وشرف الشخص وآلامه يصعب تقديرها نقدا، إلا أن ذلك لا يحول دون الحكم بمبلغ نقدي على سبيل الترضية، حيث تكون ضالة هذا التعويض خير من عدم التعويض بتاتا. يقول وفي ذلك الفقيه مارتى و رينو، بأنه " إذا لم نعوض الألم المعنوي، فإننا نستطيع على الأقل أن نقدم البديل في شكل نقدي، فهذا الإجراء رغم عيوبه يظل أحسن من لا شيء"<sup>(2)</sup>.

يستنتج مما سبق أن تعويض الضرر المعنوي، هو ترضية مالية للمضروب قصد التخفيف من وقع الضرر عليه<sup>(3)</sup>، وذلك لعدم إمكان إعادة المضروب إلى حالة مماثلة لتلك التي كان عليها قبل وقوعه، وإنما تضمن له فقط بعض المزايا التي يكون القصد منها تهدئته<sup>(4)</sup>. وبالتالي خلق بديل لترضية المضروب بفضل هذا المبلغ من النقود، الذي يعد عنصرا إيجابيا في إثراء ذمته المعنوية<sup>(5)</sup>.

### ثانيا: موقف القوانين من عناصر الضرر المعنوي

لم تضع مختلف القوانين فروقا تميز بين الضرر المادي والمعنوي، من حيث تحديد العناصر التي يجب التعويض عنها وكيفية تقدير هذا التعويض، حيث تعاملت مع الضرر بشكل عام دون تفريق بين ما هو مادي وما هو معنوي.

---

(1) صعوبة تقدير الضرر المعنوي، صفة تظهر في تعويض الكثير من الأضرار المادية، لذلك لا يمكن تبرير صعوبة تقدير التعويض من أجل السماح للمسؤول بالإفلات من العقاب، ويبقى الدور للقاضي في التغلب على هذه الصعوبة. أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 81؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 984، ف 578؛ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع نفسه، ص 11، ف 15.

(2) أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 76-77.

(3) أنظر: إبراهيم علي حمادي الطيوسي، المرجع السابق، ص 226.

(4) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 14، ف 3؛ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 39؛ مدودي زايدى، المرجع السابق، ص 126.

(5) أنظر: صفية بشتان، المرجع السابق، ص 475 وما يليها.

هذا التعميم وعدم التفريق يثير صعوبات من حيث تقدير هذا الضرر<sup>(1)</sup>، فعنصر الخسارة اللاحقة بالمضرور أو عنصر الكسب الفائت، لا يساعدان على تقدير التعويض في مجال الضرر المعنوي، لأن عناصر هذا الأخير لا تتمثل في خسارة لحقت المدين أو كسب فات عليه<sup>(2)</sup>. فالشرف والكرامة وعاطفة المحبة ليست أشياء مادية<sup>(3)</sup>، نجد لها مثيلا أو ثنا في السوق، يمكن بموجبه تحديد التعويض عند المساس به<sup>(4)</sup>.

نص المشرع الجزائري، على تعويض الضرر المعنوي وذكر بعض صور هذا الضرر في المادة 182 مكرر مدني، جاء نصها كالتالي: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"<sup>(5)</sup>. وبهذا قام المشرع بحصر التعويض عن الضرر

<sup>(1)</sup> بناء على الاختلافات القائمة بين الضرر المادي والمعنوي، ذهب بعض الفقهاء إلى أن تعويض الضرر المعنوي يهدف إلى منح المضرور إمكانية تحقيق قدر من الرضا والسعادة والهدوء النفسي بقدر ما فقد نتيجة ما لحق به من ضرر، فالتعويض هنا يتمثل في مجرد إمكان ترضية المضرور، وليس جبر الضرر الذي لحق به بالمعنى الدقيق الذي يتطلب المساواة بين الضرر والتعويض. حيث أن السعادة والمتعة والبهجة وغيرها من وسائل التمتع بالحياة والتي يمكن تحقيقها بالمال تحمو الحزن وتزيل الألم وتقضي على الكآبة التي يعيشها المضرور. بالإضافة إلى هذا الفقه ظهر فقه آخر يذهب إذا كان العدل والمنطق والضرورة الاجتماعية تلزم تعويض الضرر المادي مهما بلغت ضلته عن طريق إلزام المسؤول بإصلاحه أو بدفع مقابله، فمن غير العدل ألا تلزم بشيء المتسبب في إلحاق الحزن والألم والمعاناة بالغير. فقصر الحماية على الذمة المالية دون المعنوية، يتنافى والعدالة، طالما اعترفت هذه الأخير بوجود حق فما قيمته بدون جزاء يحميه. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 131-133، ف 73-75؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 74؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 70.

<sup>(2)</sup> أثير تساؤل عن كيفية تعويض المضرور تعويضا نقديا، عن المساس بالكرامة أو الشرف أو العاطفة أو الألم الذي يصيب النفس أو الجسم، وما هي الصلة بين مبلغ المال وبين هذه القيم غير المالية. أنظر: أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 274-275، ف 182.

<sup>(3)</sup> François TERRE et Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, op. cit, N° 712, P 710.

<sup>(4)</sup> تجدر الإشارة في هذا الصدد أن معيار ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب قد يصدق لتعويض الضرر المعنوي، فقد تشاع عن طبيب إشاعة كاذبة في قدرته وكفائه فتتأثر سمعته وينصرف عنه الزبائن، فتلحقه من جراء ذلك خسارة فادحة، ويفوته الكسب الذي يجنيه، وهنا يكون الضرر الأدبي مرتبط ومنصل بالضرر المادي. إلا أنه هناك أضرار معنوية محضة لا يترتب عنها ضرر مادي، فهي لا تتصل لا من قريب ولا من بعيد بالضرر المادي، ولذلك لا يمكن تطبيق معيار الخسارة والكسب. وكمثال على ذلك فقدان عزيز لدى المضرور، والمساس بالشرف والشعور نتيجة السب والشتم والقذف. أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 10، ف 15؛ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 214-215، ه 1؛ محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 107-108، ف 113-114.

<sup>(5)</sup> كما نصت على ذلك المادة 4/3 من الأمر 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ( المنشور في ج.ر.ج، العدد 48، السنة الثالثة، المؤرخة في 10 يونيو 1966). المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ( المنشور في ج.ر.ج، العدد 84، السنة الثالثة والأربعون، المؤرخة في 24 ديسمبر 2006). أنه: " تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية..."; والمادة 2/6 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ( المنشور في ج.ر.ج، العدد 17، السنة السابعة والعشرون، المؤرخة في 25 أبريل 1990)، المتمم بالأمر رقم 97-02 المؤرخ في 11 يناير 1997، ( المنشور في ج.ر.ج، العدد 3، السنة الرابعة والثلاثون، المؤرخة في 12 يناير 1997). التي نصت على إحترام كرامة العامل؛ بالإضافة إلى ذلك يوجد المادة 8 من القانون رقم 78/12 المؤرخ في 5 أوت 1978، المتضمن القانون الأساسي للعامل، ( المنشور في ج.ر.ج، العدد 32، السنة الخامسة عشرة، المؤرخة في 8 أوت 1978). الملغى بالقانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل سابق الذكر، التي نصت على حماية العامل من كل أشكال الإهانة؛ والمادة 5 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ( المنشور في ج.ر.ج، العدد 24، السنة الواحدة والعشرون، المؤرخة في 12 يونيو 1984). المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ( المنشور في ج.ر.ج، العدد 15، السنة الثانية والأربعون، المؤرخة في 27 فبراير 2005). الموافق عليه بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005، ( المنشور في ج.ر.ج، العدد 43، السنة الثانية والأربعون، المؤرخة في 22 يونيو 2005). التي أجازت الحكم بالتعويض إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر معنوي لأحد الطرفين.

المعنوي في مجال المساس بحرية الأشخاص وشرفهم<sup>(1)</sup>.

### البند الثالث: مدى جواز الحكم بتعويض إجمالي

أثير إشكال يتعلق بمدى جواز للقاضي الحكم بتعويض إجمالي عن جميع عناصر الضرر. يتم تناول هذا الإشكال ضمن هذا البند وذلك بعرض الفقه المؤيد والمخالف للحكم بتعويض إجمالي كالتالي:

#### أولاً: الفقه المؤيد للحكم بتعويض إجمالي

الأضرار ليست ذات طبيعة واحدة أو نوع واحد بل هي متعددة ومتنوعة، فقد يترتب وينتج عن الفعل الواحد ضرر مادي ومعنوي في آن واحد<sup>(2)</sup>، هذا ما جعل القضاء سواءً الفرنسي<sup>(3)</sup>، أو المصري<sup>(4)</sup>، والجزائري<sup>(5)</sup>، يذهب إلى جواز أن يحكم القاضي بتعويض إجمالي عن جميع عناصر الضرر التي لحقت بالمضرور<sup>(6)</sup>. وذلك بتقدير تعويض عن الضرر المادي والمعنوي بمبلغ واحد<sup>(7)</sup>،

(1) تجدر الإشارة إلى أن بعض القوانين العربية كالقانون الأردني، قد عدد على خلاف القانون الجزائري صور هذا الضرر، وذلك في المادة 267 م أردني، والتي جاء نصها كالتالي: " يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو عرضه أو في شرفه، أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولاً عن الضمان". نقلاً عن عبد الله علي الزبيدي، المرجع السابق، ص 265.

(2) قد يصاب الشخص بجرح ويتولد عن هذا الجرح ضرران، الأول يتمثل في تعطيله عن العمل ودفع نفقات المعالجة، وهو ضرر مادي، والثاني ضرر الألم الذي يشعر به هذا المصاب بسبب الجرح الذي أصابه، وهو ضرر معنوي. وهنا للمصاب الحق في مطالبة محدث الضرر بالتعويض عن الضرر المادي من جهة، المعنوي من جهة أخرى، فيأخذ القاضي بالضرر المادي والمعنوي عند تقدير التعويض. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 77-76.

(3) ترى محكمة التمييز الفرنسية، أن قاضي الموضوع ليس ملزم عند تقدير التعويض بأن يقدر المبلغ عن كل عنصر من عناصر الضرر بشكل منفصل، بل يجوز له أن يقضي بتعويض عام يشمل جميع عناصر الضرر دون تحديد. أنظر: سامي عبد الله الدريعي، المرجع السابق، ص 77.

(4) ذهب القضاء المصري، بدوره إلى ذلك ولم يمانع من دمج عناصر الضرر المختلفة عند تقدير التعويض. فلم يلزم القاضي بتقدير التعويض عن كل عنصر من عناصر الضرر الواجبة التعويض، بل أجاز أن يحكم القاضي بتعويض إجمالي عن جميع العناصر التي يستحق المضرور تعويضاً عنها. حيث قضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها مؤرخ في 1967/12/16، بأنه: " متى كان الحكم المطعون فيه قد بين من عناصر الضرر الذي قضى من أجله بالتعويض كل عنصر منها على حده وبين وجه أحقية طالب التعويض فيه فإنه لا يعيب الحكم بعد ذلك أنه قد قدر التعويض عن الضرر المادي والضرر الأدبي جملة بغير تخصيص لمقداره عن كل منها إذ ليس هذا التخصيص بلازم قانوناً". أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 539، ف 191؛ سعيد أحمد شعله، المرجع السابق، ص 33، ف 10.

(5) أيد المجلس في قرار له الحكم المستأنف فيه القاضي بإلزام المدعى عليهما بأدائهما للمدعي تعويضاً إجمالياً، عن الضرر المادي والمعنوي، قدره مائتين وسبعة وستون ألف دينار جزائري، كتعويض عن العجز الدائم الجزئي وعن العجز المؤقت وعن ضرر التألم، نتج إثر تعرضه لحادث مرور جسماني تسبب له بعجز على مستوى العين. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 1980/7/13. أنظر: قرار رقم 09/00135، صادر عن مجلس قضاء أدرار، الغرفة المدنية، في 10 جانفي 2010، غير منشور؛ بلحاج العربي، أحكام الإنترام، ص 213-214، هـ 3.

(6) أنظر: منير قرمان، المرجع السابق، ص 92؛ نور الدين قطيش محمد السكارنة، المرجع السابق، ص 73.

(7) يجوز هنا للقاضي أن يحكم للمضرور بتعويض إجمالي عن كلا الضررين. لذلك قضت المحكمة اللبنانية، في 1970/4/6، أنه: " بتعويض المدعية والتي هي أنسة عزباء وفنانة تعلم الغناء وتحبي حفلات غنائية، أصيبت بجروح في جسدها، ولاسيما في وجهها وشفتيها، نتج عنها تعطيل وتشويه دائم يؤثر على تعاطيها مهنتها الفنية الغنائية، مما ألحق بها أضرار مادية ومعنوية، تقدرها المحكمة بمبلغ إجمالي قدره عشرة آلاف ليرة لبنانية". أنظر: إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 77؛ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 169، ف 210.

دون أن تبين قيمة كل منهما على حدى<sup>(1)</sup>، فلا يوجد في القانون ما يمنع القاضي من دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: الفقه المعارض للحكم بتعويض إجمالي

إنّقد بعض الفقهاء التقدير الإجمالي للتعويض على عدة أسس، فذهبوا إلى أن هذا التقدير يكون تقريبياً وليس محدداً، لذلك يكون في بعض الحالات مبالغ فيه، وفي حالات أخرى يكون أقل من المستحق. وأن هذا الدمج يبعث الاعتقاد بأننا بصدد تعويض جزافي، وليس تعويض كامل للضرر، وأن هذا الدمج يؤدي إلى اختلاف المحاكم في مدى تقدير الضرر<sup>(3)</sup>. لا يمكن الاتفاق مع هذا الفقه القائل بوجود تعديل القضاء لموقفه من دمج عناصر الضرر، وإلزام القاضي بتقدير التعويض تقديراً مفصلاً عن كل عنصر من عناصر الضرر، حتى يمكن تحقيق العدالة وإنصاف المضرور<sup>(4)</sup>.

رد مجمل الفقه على هذا الرأي الذي يرى بعدم جواز الحكم بتعويض إجمالي، بأن التقدير المفصل للتعويض، أي الحكم لكل عنصر من العناصر بتعويض مستقل، يحتمل فيه المبالغة في التقدير، كما قد يؤدي إلى تعويض الضرر الواحد أكثر من مرة، خاصة إذا كنا بصدد ضرر جسماني<sup>(5)</sup>.

(1) يجب في هذا الشأن التمييز بين التعويض الإجمالي الذي بصده هذا البحث، والتعويض جملة واحدة الذي يتعلق بتخصيص مقدار التعويض جملة دون تحديد نصيب المضرورين في حالة تعددهم، والإشكالات التي تثور بخصوص نصيب كل واحد منهم، فمبلغ التعويض في حالة التعدد يقسم بين المضرورين بالتساوي ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك، أما إذا كان التعويض المحكوم به يشمل الضرر الموروث، وجب في هذه الحالة على القاضي تحديده نظراً لتوزيعه وفق للأئصبة الشرعية في الميراث، وهذه المسألة تتعلق بالنظام العام عندنا وفي مختلف القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية، لا يجوز مخالفتها. أنظر: طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 159-161؛ بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 99؛ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 268؛ شريف الطباخ، التعويض في حوادث السيارات، في ضوء الفقه والقضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، بدون سنة، ص 215.

(2) برر القضاء هذا الاتجاه من خلال عدة أوجه نذكر منها كمثل في الأضرار الجسمانية، تكون لوحة الجسم وتداخل أوجه نشاطه المختلفة ما يجعل من الأنسب الحكم بتعويض إجمالي لجميع عناصر الضرر التي لحقت بالمصاب، فتفصيل عناصر الضرر ينطوي على خطورة ازدواج وتعدد التعويض عن ذات الضرر الواحد، كما أن التعويض الإجمالي يرفع الحرج الناتج عن الغفلة أو النسيان عند تقدير القاضي للضرر. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 91، ف 54؛ سامي عبد الله الدريعي، المرجع السابق، ص 78-79.

(3) يترتب نتائج غير عادلة، على القول بأن دمج عناصر الضرر يرفع عن القاضي الحرج في حالة نسيانه تقدير أحد عناصر الضرر، فهذا النسيان يشكل خطأ قانوني يخضع فيه لرقابة المحكمة العليا، كما أن الخوف من غفلة القاضي ونسيانه عند تقديره لعناصر الضرر لا يبرر حرمان المضرور من حقه في التعويض الكامل. أنظر: سامي عبد الله الدريعي، المرجع نفسه، ص 79.

(4) المضرور حسب الفقه المنتقد للتقدير الإجمالي لا يحصل على تعويض كامل، إلا إذا قام القاضي أولاً باستخلاص عناصر الضرر الذي لحقت بهذا المضرور، ثم بعد ذلك يقوم بتقدير التعويض عن هذه العناصر كل على حدى. عندئذ فقط يمكن القول أن التعويض لم يتجاوز أو يقل عن الضرر الذي وقع، وأن المضرور تم تعويضه تعويضاً كاملاً. أنظر: سامي عبد الله الدريعي، المرجع نفسه، ص 82.

(5) يرى هذا الفقه أن التخوف من هذه النتائج في غير محله، طالما أن هذه العناصر ورغم ارتباطها ببعضها البعض يمكن تحده تحديداً كافياً، مما يؤدي إلى تجنب الخلط بينها. أنظر: طه عبد المولى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 270.

ذهب مجمل الفقه بكفاية الحكم بتعويض إجمالي عن جميع الأضرار التي لحقت المضرور، بشرط أن يبين الحكم عناصر الضرر التي تقرر من أجله التعويض، ويوضح الحكم القاضي بالتعويض كل عنصر من هذه العناصر على حدى، وهذا هو المعمول به وهو ما يتفق مع المنطق القانوني<sup>(1)</sup>.

فلا يتمتع قاضي الموضوع بسلطة مطلقة بالنسبة لعناصر الضرر، وهو ملزم بالتعويض عنها متى ثبت وجودها<sup>(2)</sup>. كما أنه ملزم بتبيين هذه العناصر في الحكم ومناقشة كل عنصر منها على حدى<sup>(3)</sup>، حتى يتأكد من أحقية طالب التعويض في طلبه. وهذه المسألة ليست من مسائل الواقع، التي يستقل القاضي بها بل هي من مسائل القانون التي يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا<sup>(4)</sup>. وذلك حتى تستطيع هذه الأخيرة التحقق من عدم إغفال القاضي أي عنصر من هذه العناصر. وبالتالي يعتبر الفصل في التعويض بتعويضات جزافية، أو عدم مناقشة عناصره، مخالفة صريحة للقانون وقصور في التسبيب<sup>(5)</sup>.

### الفرع الثاني: حدود التقدير القضائي للتعويض

يرد على مبدأ التعويض الكامل قيود عديدة، فالتعويض في نطاق المسؤولية المدنية

(1) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 93، ف 54

(2) يتمتع القاضي فيما يتعلق بالتقدير المالي لأي عنصر من عناصر الضرر، بسلطة مطلقة. أنظر: سامي عبد الله الدريعي، المرجع السابق، ص 78؛ باسل محمد يوسف قباها، المرجع السابق، ص 40.

(3) قضت محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 1963/4/11، بأنه لا بد عند حكم القاضي بالتعويض من تعيين العناصر المكونة للضرر، والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، فهي تعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض، وأن الحكم المطعون فيه إذا كان قد قضى بالتعويض بصورة مجملة، وأغفل تبين كل عناصر الضرر، يكون بذلك قد لحقه البطلان لقصور أسبابه وهذا ما يستوجب نقضه. كما قضت محكمة النقض المصرية، في 1949/2/10، بما يلي: " إن قضاء الحكم بمبلغ معين على سبيل التعويض بناء على مجرد القول بأن هذا المبلغ هو تعويض عما أصاب الطالب من ضرر دون بيان عناصر الضرر الذي أشير إليه، ذلك يجعل الحكم باطلا بطلان مطلق". أنظر: أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 159؛ سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 541، ف 191، هـ 86 مكرر؛ سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 12، ف 5؛ بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س 2012-2013، ص 311-312.

(4) يلزم القاضي ببيان عناصر الضرر ومناقشة كل عنصر فيها على حدى، ووجه أحقية المضرور في التعويض أو عدم أحقيته. فإذا أغفل الحكم بيان عنصر من هذه العناصر يكون عرضة للنقض. أنظر: طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 156-157؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 204؛ أصالة كيوان كيوان، تعويض الضرر المتغير، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد السابع والعشرين، العدد الثالث، س 2011، ص 566.

(5) قضت المحكمة العليا، في 1980/7/13 أن: " تقدير التعويض من اختصاص قضاة الموضوع، إلا أنه يتعين عليهم ذكر مختلف العناصر التي تشكل أساس تقديرهم له، وذلك لإتاحة الفرصة للمحكمة العليا لممارسة الرقابة المعهودة لها في هذا المجال". كما قضت محكمة النقض المصرية، في 1947/4/17، أنه: " لئن كان تقدير التعويض من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع، فإن تعيين العناصر المكونة لقانونا للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض هو من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للواقع". أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 539، ف191؛ بلحاج العربي، أحكام الالتزام، ص 213-214، هـ 3.

يقتصر وفقاً للمادة 182 م، على ما يعتبر نتيجة مباشرة لعدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه إذا كنا بصدد مسؤولية عقدية، أو يكون نتيجة مباشرة للإخلال بالالتزام القانوني إذا كنا بصدد مسؤولية تقصيرية، وهو ما يعبر عنه الفقه بالضرر المباشر<sup>(1)</sup>.

كما ينحصر التعويض في نطاق المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع سببه ومقداره عند التعاقد، أما الضرر غير المتوقع فلا يعرض عنه المدين إلا إذا نشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، بينما يشمل الضرر المباشر كله المتوقع وغير المتوقع إذا كنا بصدد مسؤولية تقصيرية، هذا ما سيتم توضيحه كالتالي:

### البند الأول: الضرر المباشر

لا يلزم المدين في نوعي المسؤولية إلا بالتعويض عن الضرر المباشر<sup>(2)</sup>، دون الضرر غير المباشر<sup>(3)</sup>، فليس من المعقول ولا المقبول عدلاً ومنطقياً تحميل المسؤول جميع نتائج أفعاله، حتى البعيدة وغير المباشرة<sup>(4)</sup>، مهما كانت جسامة الخطأ الذي ارتكبه<sup>(5)</sup>. فالتعويض في

---

(1) ذهب بعض الفقه الفرنسي، إلى أن التعويض في المسؤولية التقصيرية لا يقتصر على الضرر المباشر، بل يشمل جميع الأضرار التي نجمت عن الفعل غير المشروع ولو لم تتصل مباشرة به، بل حتى لو كانت مجرد أثر بعيد له. إلا أن مجمل الفقه الفرنسي، لم يأخذ بهذا الرأي وذهب إلى أن المادة 1151 م.ف، التي تقصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر، هي مجرد تطبيق لمبدأ عام في المسؤولية المدنية، وبذلك تنطبق هذه المادة على المسؤولية التقصيرية انطباقاً على المسؤولية العقدية. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 67، ف 12.

(2) الضرر المباشر، هو ذلك الضرر الذي يعتبر نتيجة ضرورية أو نتيجة محققة، للواقعة التي يلحقها نعت الخطأ. سواء تمثلت في إثبات فعل ضار أو عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر في تنفيذه. والذي لا يمكن للمضروب أن يتوقاه ببذل جهد معقول، فهو الضرر الذي يحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة سببية بينه وبين الخطأ. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 68، ف 12؛ حساني علي، المرجع السابق، ص 339؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 205؛ حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 133؛ منير قزمان، المرجع السابق، ص 90؛ إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي، ص 161؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 160؛ نواف حازم خالد، السيد علي عبيد، المرجع السابق، ص 22.

(3) هو ذلك الضرر الذي وإن وقع بمناسبة الخطأ، يمكن مع ذلك إرجاعه إلى أسباب أخرى، ولا يعتبر بذلك نتيجة حقيقية لهذا الخطأ، وتتعدم تبعاً لذلك علاقة السببية بينهما، وبالتالي فلا محل لتعويض هذا الضرر سواء كنا بصدد مسؤولية عقدية أم تقصيرية، فهو ما كان يمكن أن يتوقاه المضروب ببذل جهد معقول. فإذا تعطلت سيارة مخصصة لنقل البضائع مملوكة لتاجر، نتيجة فعل ضار، كان في وسع التاجر، أن يثبت حالتها، ويسعى إلى إصلاحها بدلاً من تركها على حالتها، وذلك حتى لا تتأخر تجارته ويتعطل عن عمله، كما يمكنه أن يستأجر غيرها، فإذا لم يقم بذلك فليس له أن يطالب بتعويض عما لحق تجارته من ضرر، لأن هذا الأخير كان يمكن تجنبه وتوقيه ببذل جهد معقول، وبالتالي يعتبر هذا الضرر اللاحق بتجارة التاجر ضرراً غير مباشر. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 68، ف 12؛ مقدم سعيد، المرجع نفسه، ص 205؛ زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 302.

(4) فالضرر غير المباشر، إذا وقع يكون قد وقع بإهمال من المضروب، والقول بغير ذلك يعني أن يتابع القاضي سلسلة الأضرار اللاحقة التي قد لا تنتهي فيرهق المدين بالتعويض، ويثري المضروب على حسابه. أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 38، ف 48؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ص 123؛ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 169، ف 210.

(5) أنظر: زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 301؛ محمد صبري السعدي، العقد، ص 317، ف 327؛ جابر محمد ظاهر مشاقفة، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل بيت، الأردن، بدون سنة، ص 58.

أية صورة كان سواء كان عينيا أو بمقابل، وسواء كان دفعة واحدة أو مقسطا أو إيرادا مرتبا، يقاس بالضرر المباشر<sup>(1)</sup>.

هذا ما قرره المادة 1/182 التي تنص: " ... يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

وضع المشرع من خلال هذه المادة معيارا يسترشد به القاضي في تحديد الضرر المباشر، هو الضرر الذي يكون " نتيجة طبيعية " لعدم الوفاء بالإلتزام، سواء كان عقدياً أو قانونياً<sup>(2)</sup>، ويعتبر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن توقيه ببذل جهد معقول<sup>(3)</sup>.

هناك جانب من الفقه المصري، الذي يعترض رغم صراحة المادة 2/221 م.م، على الربط بين الضرر الذي يعتبر نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الإلتزام، وبين عدم إمكان توقي الدائن له ببذل جهد معقول<sup>(4)</sup>.

نصت المادة 1/32 من المرسوم التنفيذي رقم 186/93<sup>(5)</sup>، على وجوب أن يكون مبلغ التعويض كامل يغطي الضرر الناشئ عن نزع الملكية. أي وجوب أن يكون الضرر المطالب التعويض عنه مترتب على إجراءات نزع الملكية، بمعنى وجوب توافر علاقة سببية بين نزع

---

(1) تقضي القاعدة التقليدية، بوجوب وقوف القاضي عند الضرر المباشر فيعوض عنه، ويغفل الضرر غير المباشر. وقد قضت محكمة النقض المصرية، في 8 يوليو 1953، على أنه: " إذا أصيب المجني عليه بجروح ثم أصيب أثناء علاجه بالتهاب رئوي حدث بسبب رقاذه على ظهره أثناء العلاج مما أدى إلى وفاته فإنه يجب المسائلة عن هذه النتيجة". أنظر: حساني علي، المرجع السابق، ص 339؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1097، ف 647.

(2) إذا كان المشرع الجزائري، والمصري، قد اعتبرا الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، نجد أن كل من القانون الأردني والإماراتي، لم يحددا ما المقصود بالنتيجة الطبيعية، في المادتين 266 م أردني، والمادة 292 م إماراتي، حيث جاء فيهما: " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار". أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 39، ف 48.

(3) قضت محكمة الإستئناف المختلطة المصرية، بأن من صدر منه خطأ لا يجب عليه التعويض إلا في حدود الأضرار التي لم يكن لمن ارتكب عليه الخطأ أن يتوقاها ببذل جهد، وعدم بذل هذا الجهد يعتبر في حد ذاته خطأ يوجب المسؤولية، أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوجيز، ج 1، مج 2، ص 1033، ف 610، هـ 2؛ محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة في دور التعويض في المسؤولية العقدية، مصر المعاصرة، السنة المائة، العدد أربعة مئة وتسعة وأربعون، أبريل 2009، ص 66؛ بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 14؛ علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، ص 296؛ دربال عبد الرزاق، النظرية العامة للإلتزام، ص 81؛ عبد الله محمد علي الزبيدي، المرجع السابق، ص 263؛ بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 118.

(4) فقد ذهب هذا الفقه إلى أن الدائن قد لا يستطيع أن يتوقى ضررا، ومع ذلك لا يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية. ويقترح هذا الفقه تحديد الضرر المباشر بأنه " هو الذي يعتبر نتيجة ضرورية أو محققة للواقعة التي لحقها نعت الخطأ ". أنظر: أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 284، ف 190.

(5) المرسوم التنفيذي رقم 93-186 سابق الذكر.

الملكية والضرر<sup>(1)</sup>. كما نصت المادة 21 من قانون نزع الملكية لسنة 1991<sup>(2)</sup>، على أن شروط الضرر القابل للتعويض، تتمثل في الخسارة التي تلحق بالمالك والفائدة الضائعة عليه بسبب نزع الملكية، وهذا ما يعني الأضرار الحاصلة فعلا وترابطها علاقة سببية بعملية نزع الملكية.

بالتالي لا يجوز للدائن المطالبة سوى بالضرر الفعلي المباشر<sup>(3)</sup>. لأن التعويض يقدر بقدر هذا الضرر ولا يشمل الضرر غير المباشر<sup>(4)</sup>. أما المعيار المعتمد فهو معيار الرجل المعتاد، الذي يوجد في نفس ظروف الدائن<sup>(5)</sup>.

لتوضيح ذلك تتم الإشارة إلى بعض الأمثلة في نطاق المسؤولية العقدية، فإذا قام أحد متعهدي الحفلات بالإتفاق مع مغني على إحياء حفل غنائي ساهر بمناسبة عيد الاستقلال، وتخلف المغني عن حضور الحفل، فانصراف الجمهور عن الصالة ومطالبتهم بأثمان تذاكرهم، الأمر الذي جعل المتعهد يتعرض إلى خسارة باهظة نتيجة ما صرفه على إعداد الحفل، أصيب على إثره بأزمة قلبية ونقل إلى المستشفى. وبعد علم زوجته بما حل به، قامت بالاتصال بابنه الذي يدير معرض تجاريا للسيارات، والذي كان بصدد إبرام صفقة تجارية مربحة وتركها، وفي طريقه إلى المستشفى بسيارته اصطدم بإحدى الشاحنات مما أدى ذلك إلى وفاته، وبعد علم الأم بوفاة ابنها أصيبت هي الأخرى بانهيار عصبي نقلت على إثره إلى أحد المصحات النفسية.

إن هذه الأضرار المتتالية التي تعرض لها متعهد الحفلات<sup>(6)</sup>، كلها أضرار نشأة بشكل أو بآخر عن تخلف المغني الحضور لإحياء الحفل، لكنها ليست كلها أضرار مباشرة. وليس من العدل تحميل المغني جميع هذه النتائج، فهذه الأضرار ليست كلها نتيجة طبيعية لإخلال المغني بالتزامه العقدي. ومن هنا يكون المغني ملتزم بالضرر المباشر الذي لحق المتعهد، والمتمثل في الخسارة التي لحقت بالمتعهد من مصاريف ونفقات إحياء الحفل وأثمان التذاكر،

(1) كأن يكون العقار محل النزاع مؤجر للغير ويدر على مالكة ريعا شهريا، فتسببت عملية النزاع في إنقضاء العلاقة الإجارية بقوة القانون وفقد هذا المالك هذا الريع. أنظر: براحية زويبير، المرجع السابق، ص 27.

(2) القانون رقم 91-11 السابق ذكره.

(3) أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 209؛ مامش نادية، المرجع السابق، ص 65-66.

(4) أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 420، ف 409؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1037، ف 610؛ حساني علي، المرجع السابق، ص 338.

(5) أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 205؛ محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 66؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 220، ف 246.

(6) تتمثل هذه الأضرار في نفقات إعداد الحفل، وأثمان التذاكر، ومصاريف الإقامة في المستشفى، ووفاة ابنه في الحادث، وفوات الصفقة التي كادت أن تبرم في المعرض، والانهيار العصبي الذي تعرضت له الزوجة.

وما كان يتوقع الحصول عليه من أرباح لو تم الحفل. أما سائر الأضرار الأخرى تعتبر أضرار غير مباشرة لا تتحقق مسؤولية المغني بالتعويض عنها، وذلك لأن السببية بينها وبين إخلال المغني بالتزامه العقدي غير موجودة وغير قائمة، فالمتعهد كان بإمكانه أن يتوقاها ببذل جهد معقول، كأن يقوم بالاتفاق مع مغني آخر على إحياء الحفل<sup>(1)</sup>.

يستنتج أنه يجب عند مساءلة المدين في حالة تسلسل الأضرار الوقوف عند حد معين، وهذا الحد هو الضرر المباشر<sup>(2)</sup>، فليس من العدل أن يترك الدائن الأمور تنتقل من سيئ إلى أسوأ لمجرد أن مدينه قد أخل بالتزامه، وتحميل هذا الأخير نتائج خطأ الدائن<sup>(3)</sup>.

لأن المضرور أخطأ بعدم بذل جهدا معقولا في توقي الضرر، ومن تم يوجد خطأ مشترك. فإذا جرح شخص آخر تحمل المسؤول الضرر المباشر الذي ينجم عن الجرح، أما الضرر غير المباشر والمتمثل في إهمال المضرور علاج نفسه فيتحمله هذا الأخير<sup>(4)</sup>. وهذا ما سيتم تناوله بالتفصيل لاحقا<sup>(5)</sup>.

قد يصيب في أحوال أخرى الخطأ الواحد شخصين، كأن يتسبب شخص بغرق شخص آخر، ليتقدم شخص ثالث حتى ينقذ الغريق فيغرق معه. وهنا يكون مرتكب الخطأ مسؤولا أيضا عن غرق المنقذ، بشرط أن لا يكون هذا الأخير قد خاطر بحياته مخاطرة غير مألوفة لإنقاذ الغريق الأول، لأن هذه الحالة أخيرة تفرض وجود خطأ مشترك يترتب عليه تخفيض

(1) أنظر: ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 237-238، ف 267.

(2) لا يلتزم من ارتكب الفعل الضار إلا بتعويض الأضرار المباشرة، أما بقية الأضرار غير المباشرة فلا يسأل عنها محدث الضرر. أنظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 184، ف 373.

(3) يضاف إلى هذا المثال، المثال المشهور في كتب الفقه والمنقول عن الفقيه بوتيه Pothier، في تعاقب الأضرار، والذي يتلخص في أن شخصا اشترى بقرة مريضة ووضعها مع أبقاره، فانتقلت العدوى إليها فماتت جميعها، فتعذر عليه زراعة أرضه، وكثرت عليه الديون ولم يتمكن من الوفاء بها، وحجز الدائنون على أرضه التي بيعت بثمن بخس، ولم يستطع معالجة ابنه المريض فمات، فهل يسأل بائع البقرة المريضة هنا عن كل هذه الأضرار؟ وأجاب بوتيه على ذلك بأن الأضرار المباشرة فقط هي التي يجب التعويض عنها، وهي موت البقرة الموبوءة وعدوى الأبقار وموتها، أما الأضرار والنتائج الأخرى هي أضرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها، لأن الدائن كان بإمكانه أن يتوقاها لو بذل جهدا معقولا. أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 64-65؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، ص 2، ج 2، ص 1030-1031، ف 609؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 44-45؛ Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ, op. cit, P 6.

(4) مساءلة المسؤول عن الضرر المباشر وحده دون الضرر غير المباشر، تكون على أساس تحميل المضرور جزء من الضرر الذي أصابه، لعدم بدله جهدا معقولا لتوقي الخطر. فبعدم توقيه للخطر يكون قد أخطأ ومن ثم يوجد خطأ مشترك، وجب تحمل تبعته بتحملة الأضرار التي تنشأ عن هذا الخطأ.

أنظر: عز الدين الدناصور، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 252.

(5) أنظر لاحقا الظروف الخاصة بالمضرور، ص 99.

التعويض<sup>(1)</sup>، وهذا ما سبق تناوله في فعل الغير كسبب من أسباب الإغفاء من المسؤولية<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع

إذا كان عدم شمول التعويض للضرر غير المباشر قاعدة عامة في المسؤولية المدنية، إلا أنه يقوم مع ذلك فرق مهم بين نوعيها، وهذا الفرق يوجد في المسؤولية العقدية، ولا يكون له أثر في التقصيرية.

يتمحور الفرق بين المسؤوليتين حول مدى التعويض عن الضرر المباشر، حيث يشمل التعويض في التقصيرية الضرر المتوقع والغير متوقع<sup>(3)</sup>. فهو يقدر تبعاً للضرر المباشر كله الذي أصاب المضرور، والذي نتج عن الفعل الضار<sup>(4)</sup>. ويرجع ذلك إلى أن القانون هو الذي أوجد الإلتزام الذي ترتب على الإخلال به تحقق هذه المسؤولية، وحدد مداه دون أن تتدخل إرادة الطرفين في ذلك<sup>(5)</sup>.

أما في المسؤولية العقدية فيقتصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع منه فقط<sup>(6)</sup>. وأساس ذلك يرجع إلى كون الإلتزامات العقدية وليدة الإرادة وهذه الأخيرة هي التي تحدد

---

(1) الخطأ المشترك لا يقصد به إشتراك الفاعل والمصاب في خطأ واحد، بل يقصد به وقوع ضرر أو أضرار إشتراك المسؤول والمضرور كل بخطئه في إحداثها، فيكون للضرر سببان خطأ المسؤول وخطأ المضرور، وهنا لا يتحمل المسؤول المسؤولية كاملة بل تكون المسؤولية هنا مخففة. وفي هذا نصت المادة 177 م بأنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد إشتراك في إحداث الضرر أو زاد فيه". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، ص 1036، ف 610؛ سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 564، ف 197؛ حسن خنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 168.

(2) أنظر سابقاً خطأ الغير كسبب من أسباب نفي علاقة السببية وعدم إستحقاق التعويض، ص 39.

(3) قضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها مؤرخ في 1974/11/11، بأنه: "لا يدخل في الحساب عند تقدير التعويض أن يكون الضرر متوقعا أو غير متوقع، ففي المسؤولية التقصيرية يشمل التعويض كل ضرر مباشر متوقعا كان هذا الضرر أو غير متوقع وذلك بخلاف المسؤولية العقدية، فالتعويض فيها يقتصر على الضرر المتوقع، في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم". أنظر: أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 160؛ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 307؛ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 31، ف 36؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 190، ف 375؛ ربيع ناجح راجح أبو حسن، المرجع السابق، ص 19.

(4) إذا ضرب شخصا آخر بعضا مجرد ضرب ونشأ عن هذا الأخير عاهة مستديمة، يلزم هذا الشخص بالتعويض لا على مجرد الضرب بل أيضا على العاهة، ولو أنها ضرر ما كان في الإمكان توقعه. أنظر: منير قزمان، المرجع السابق، ص 103.

(5) ألزم القانون المدين بالتعويض عن كل ضرر يعتبر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. أنظر: زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 302-303؛ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، ج 2، ص 58.

(6) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، ص 768، ف 451، بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 269، ف 422؛ حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 134؛ منير قزمان، المرجع نفسه، ص 92؛ عز الدين الناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 440؛ مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 210؛ جابر محمد ظاهر مشاقية، المرجع السابق، ص

مداها<sup>(1)</sup>، فإذا لم تقم هذه الأخير بالإفصاح عن مدى التزاماتها، وجب البحث عن الإرادة المحتملة لها<sup>(2)</sup>.

أخذ بهذه القاعدة المشرع الجزائري في المادة 182 م، فبعد أن وضح في الفقرة الأولى منها شمول التعويض للضرر المباشر، عاد ونص في الفقرة الثانية على إقتصار هذا التعويض على الضرر المتوقع فقط إذا في مجال المسؤولية عقدية، وذلك في حالة عدم إرتكاب المدين غشا أو خطأ جسيم.

على هذا الأساس فسرت المادة 1149 م.ف، بشكل يختلف عن التفسير التقليدي لها، وذلك بالربط بين الخسارة المحققة التي لحقت بالدائن والكسب الذي ضاع عليه، وبين المزايا التي ينتظرها الدائن من وراء تنفيذ الإلتزام<sup>(3)</sup>.

لكن حتى يمكن الربط بين هذه الخسارة وهذا الكسب أو ما يعبر عنه بالضرر المباشر، وبين المزايا التي كان الدائن يأمل الحصول عليها، وجب التمييز بين نوعين من الأضرار، أولها أضرار باطنه أو داخلية، وهي ما يطلق عليها بالضرر المتوقع وهو ما يجب تعويضه فقط في إطار المسؤولية العقدية<sup>(4)</sup>، وثانيها أضرار ظاهرة أو خارجية، وهي ما يطلق عليها بالضرر

---

(1) إفترض القانون أن إرادة المتعاقدين انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقتصرة على المقدار الذي توقعه المدين، وهذا المقدار هو الذي يفترض افتراضاً معقولاً أن المدين قد ارتضاه، ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط جزائي يعدل من مقدار المسؤولية العقدية، فيجعلها مقتصرة على مقدار معين وهو مقدار الضرر المتوقع. وبما أنه لا مجال لإعمال الشرط الجزائي الذي يعتبر باطلاً في حالتي الغش والخطأ الجسيم، يكون المدين في هاتين الحالتين مسؤولاً بالتعويض عن الضرر كله سواء كان متوقفاً أو غير متوقع. وقد تقدم الفقه الفرنسي، لتبرير هذا الحل ببعض الآراء المستلهمة من القانون الفرنسي، أولها يستند إلى نص المادة 1150 م.ف، ويرى أن الحكم الوارد فيها هو رغبة من المشرع في عدم الإقتال على المدين حسن النية، وتوزيع الخسائر بين المتعاقدين. أما الرأي الثاني فيستند إلى طبيعة المسؤولية العقدية ذاتها. بينما يرى رأي ثالث أن هذا الحكم يستند إلى فكرة عدالة التعويض، وأن الدائن يسعى إلى تنفيذ العقد ولا يسعى إلى التعويض. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 56؛ علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، ص 297، ف 37؛ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ص 135؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 2، ص 770-771، ف 452؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 239، ف 268؛ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 85، 87، ف 17؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 66.

(2) أراد بعض الفقه التسوية بين الضرر المباشر والضرر المتوقع، واعتبرهما فكرة واحدة، ليصل إلى إزالة الفارق القائم بين المسؤولية العقدية والتقصيرية. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 84-85، ف 17؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 29، ف 13.

(3) هو ما يعني قصر التعويض على ما كان يأمل الدائن الحصول عليه من وراء العقد، مادام عدم تنفيذ الإلتزام لا يرجع إلى غش المدين أو خطئه الجسيم. وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه المزايا التي فقدها الدائن بسبب عدم التنفيذ والتي تعتبر في حد ذاتها خسارة لاحقة وكسب فائت، تتمثل في الثراء الذي ضاع على الدائن نتيجة عدم تنفيذ الإلتزام. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 87، ف 17؛ محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 66؛ مدودي زايد، المرجع السابق، ص 117.

(4) تتمثل في المزايا التي كان ينتظرها الدائن من وراء تنفيذ الإلتزام وبقدها بسبب عدم التنفيذ، وهذه الأضرار يجب تفسيرها على تفسيرها ضيقاً، حيث تقتصر على المزايا المشار إليها في العقد، أو التي تنتج بشكل تلقائي عن الشيء محل الإلتزام، وهي عموماً ما كان محتمل الحصول ويمكن توقعه. أنظر: محمد عبد الظاهر حسين، المرجع نفسه، ص 66-67؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 65؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 220، ف 246؛ علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، ص 297.

غير المتوقع وهو ما يتعين استبعاده من نطاق التعويض في هذه المسؤولية<sup>(1)</sup>.

كمثال لتوضيح هذه التفرقة، الدعوى التي رفعها شخص إشتري قطعاً خشبية لبناء منزله، وبعد البناء تهدم هذا المنزل بسبب عيوب خفية في مواد البناء، وهنا تثبت الحق للدائن في المطالبة بالتعويض عن الإخلال بعقد البيع بسبب العيوب التي ظهرت في القطع الخشبية، لأن الخسارة التي لحقت به تعد ضرراً متوقعاً، أما غير ذلك من أضرار والمتمثلة في خسارة المنزل والمنقولات التي كانت موجودة فيه، فلا يسأل عنها البائع، لأنها أضرار بعيدة عن الشيء محل الإلتزام وغير متوقعة<sup>(2)</sup>.

كمثال على الضرر المتوقع، شركة الطيران التي تقوم بنقل حقيبة مسافر تتوقع أن بها ملبسه وحاجياته الشخصية، فإذا ضاعت هذه الأخيرة، واتضح أنها كانت تحتوي على مجوهرات أو مبالغ نقدية، فإن الشركة لا تكون مسؤولة عن قيمة المجوهرات التي كانت في الحقيبة. والمعيار المعتمد هنا هو المعيار الموضوعي، فيعتد بالضرر الذي يتوقعه الرجل المعتاد في مثل الظروف التي وجد فيها المدين<sup>(3)</sup>.

قد يرجع عدم توقع المدين للضرر إلى فعل الدائن، كأن يسكت هذا الأخير عن إخطار شركة الطيران مثلاً بأن الحقيبة تحتوي على أشياء ثمينة، أو يعطيها بيانات غير صحيحة<sup>(4)</sup>، بل يعتبر مجرد سكوته وعدم إفصاحه للبيانات اللازمة، إخفاء للضرر، يكون المدين معذوراً إذا لم يتوقعه. أما إذا رجع عدم التوقع إلى سبب أجنبي عن الدائن والمدين، فإن المعيار الموضوعي للشخص المعتاد هو الذي يطبق في هذه الحالة، ليرى ما إذا كان الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف التي وجد فيها المدين، يمكن أن يتوقع الضرر أو لا يتوقعه<sup>(5)</sup>.

(1) هي الأضرار التي أصابت الدائن خارج الشيء محل الإلتزام، والتي قد تصيبه في جسده أو في أموال أخرى مملوكة له، بشرط أن تحدث الإصابة أثناء تنفيذ الإلتزام العقدي، أو بسبب تنفيذه. أنظر: محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 67.

(2) هنا لا يسأل بائع الخشب عن الضرر غير المتوقع في إطار المسؤولية العقدية، لأن هذا الضرر يخرج عن نطاق المسؤولية العقدية ليدخل في مجال المسؤولية التقصيرية. أنظر: منير قزمان، المرجع السابق، ص 104.

(3) حيث يتوقع الشخص المعتاد أن الحقيبة تحتوي على ملابس وحاجيات المدين الشخصية، ولا يتوقع أن يكون بها مجوهرات أو مبالغ نقدية، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض في المصرية، في 1971/2/4، أنه: " يجب لاعتبار الضرر متوقعاً أن يتوقعه الشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين وقت التعاقد". كما ذهبت في نقض لها مؤرخ في 1970/3/31، بأن: " الضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي، بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات". أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 66، هـ 2؛ سعيد أحمد شعله، المرجع السابق، ص 34، ف 15، و 41-42، ف 2-4.

(4) كما لو حدد العاقد في عقد النقل قيمة بضاعته بما يقل عن قيمتها الحقيقية، فيكون هنا الإلتزام أمين النقل بالتعويض في حالة هلاك البضاعة، في حدود قيمتها المعلنة. أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 47.

(5) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 773-774، ف 453؛ إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي، ص 162.

أما الوقت تقدير توقع الضرر، هو وقت إبرام العقد، حيث تتحدد الإلتزامات العقدية في هذا الوقت. فإذا لم يتوقع المدين الضرر وقت إبرام العقد ثم توقعه بعد ذلك فلا يكون مسؤولاً عنه<sup>(1)</sup>.

إلا أن القاعدة التي تقضي بقصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع الذي لحق بالدائن فعلاً، يرد عليها إستثناءً نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 182 م، حيث يكون المدين مسؤولاً عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، في حالة ارتكابه غشاً أو خطأً جسيماً<sup>(2)</sup>. وهذا ما أقره القضاء<sup>(3)</sup>.

إذا كان عدم تنفيذ المدين لإلتزامه يرجع إلى غشه أو خطئه الجسيم، كان ملزماً بتعويض كامل الضرر، متوقع أو غير متوقع<sup>(4)</sup>، وتأسيس ذلك عند البعض من الفقهاء راجع إلى كون المدين الذي يأتي غشاً، يخرج عن دائرة العلاقات العقدية، ويكون مرتكباً فعل ضار يقيم عليه المسؤولية التقصيرية، فيتحدد بالتالي التزامة بالتعويض حسب قواعد هذه الأخيرة<sup>(5)</sup>. هناك من الفقهاء من يرى بأن العقد ينطوي على إعفاء المدين من الأضرار غير المتوقعة، وبما أنه لا مجال للإعفاء من المسؤولية في حالتي الغش والخطأ الجسيم، فإن المدين

---

(1) هذا ما ورد صراحة في الفقرة الثانية من المادة 182 بقولها: " ... فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت العقد". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، ص 772، ف 453؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 46؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 57-58.

(2) نصت على هاتين الحالتين كل من المادة 2/172 و المادة 2/178 م.

(3) قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1966/11/11، بأنه: " إذا كان أساس التعويض الذي يستحقه المستأجر في حالة تعرض المؤجر له بما يخل انتفاعه بالعين المؤجرة، هو المسؤولية العقدية، التي تقضي قواعدها بتعويض الضرر المباشر المتوقع، إلا إذا كان المؤجر قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً فيعوض المستأجر عندئذ عن جميع الأضرار المباشرة ولو كانت غير متوقعة". مقتبس من سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 38، ف 2.

(4) جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، تعليقا على المادة 2/221 م، ما يلي: " ويكون للمسؤولية التعاقدية في حالتي الغش والخطأ الجسيم حكم المسؤولية التقصيرية، أما في غير هاتين الحالتين، فلا يسأل المدين عن النتيجة الطبيعية للتخلف عن الوفاء بمجردهما، بل يشترط أن تكون هذه النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، فإذا لم يتحقق من النتيجة هذا الشرط خرجت بذلك من نطاق المسؤولية التعاقدية وسقط وجوب التعويض عنها". أنظر: سعيد واصف، المرجع السابق، ص 66؛ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 84؛ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 236؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 191، ف 375؛ جابر محمد ظاهر مشاقبة، المرجع السابق، ص 60.

(5) قام البعض الآخر من الفقه بتوسيع مسؤولية المدين في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، فذهب إلى أنها تعتبر بمثابة عقوبة خاصة جزاء سوء نيته. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، ص 85، ف 17؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 211؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 239، ف 268؛ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، س 2008، ص 323، ف 278؛ مصطفى الجمال، محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 211.

يسأل في هذه الحالة عن الأضرار غير المتوقعة<sup>(1)</sup>.

فإذا ارتكب المدين غشا، أو خطأ جسيم، كأن يعتمد عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر في تنفيذه، يعتبر قد خرج عن حسن النية الواجب مراعاته في العلاقة العقدية التي تربطه بالدائن<sup>(2)</sup>. ويقع عبء إثبات غش المدين أو خطئه الجسيم على عاتق الدائن، لأن حسن النية مفترض حتى يثبت العكس<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: الظروف المؤثرة في تقدير التعويض

قضت المادة 131 م<sup>(4)</sup>، بأن القاضي لا يعتد بالضرر فقط عند تقديره التعويض، بل يأخذ في الاعتبار الظرف الملاعبة<sup>(5)</sup>. وقد أثار هذا الإعتبار خلاف فقهي، فهناك من رأى بأن الظروف الخاصة بالمضروب وحدها دون تلك الخاصة بالمسؤول هي الواجبة الإعتداد، وهناك من رأى خلاف ذلك وأجاز للقاضي عند تقدير التعويض إقامة وزن لجسامة الخطأ وبالتالي الأخذ بالإعتبار الظروف الخاصة بالمسؤول<sup>(6)</sup>.

بناء على هذا الاختلاف تتم دراسة الظروف الملاعبة الخاصة بكل من المضروب والمسؤول، وتبيان مدى تأثير كل منها على تقدير التعويض، مع توضيح موقف الفقه منها.

### البند الأول: الإعتداد بالظروف الخاصة بالمضروب

(1) يكون المدين مسؤولاً عن الأضرار غير المتوقعة إذا صدر غش أو خطأ جسيم منه شخصياً، أما إذا صدر من أحد تابعيه، فإن ذلك لا يؤثر في القاعدة القاضية بقصور التعويض على الأضرار المتوقعة، لأن المدين يجوز له أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم، الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 45.

(2) أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 67.

(3) أنظر: زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 302، هـ 2.

(4) رغم إعتناق المشرع العراقي، للنظرية الموضوعية في تقدير التعويض عن الضرر إلا أنه لم ينص في المادة 207 منه، على وجوب الإعتداد بالظروف الملاعبة للمضروب عند تقدير التعويض، كما فعل كل من المشرع الجزائري والمصري، رغم أن محكمة التمييز العراقية، إعتدت بظروف المضروب في قرار لها صادر في 1980/5/13، والذي جاء كالتالي: "... يقدر التعويض في ضوء مهنة المصاب، فإذا كان المصاب جندياً فيفقد التعويض المادي له في ضوء مهنته وموارده التي يكتسب بها عيشه، بعد انتهاء خدمته العسكرية الإلزامية". أنظر: جليل حسن الساعدي، المرجع السابق، ص 244.

(5) هذا ما أكدته المحكمة العليا، في قرار لها صادر بتاريخ 1985/5/8، والذي جاء كالتالي: " إذا كان مؤدى نص المواد 130-131-182 من القانون المدني، أن التعويض يخضع في تقديره لسلطة القاضي، فإن عدم الإشارة من طرف قضاة الموضوع إلى مراعاتهم الظروف الملاعبة للضحية... يجعل قرارهم غير سليم ويعرض للنقض". مأخوذ من بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 81.

(6) ذهب بعض الفقهاء إلى أن عبارة " الظروف الملاعبة " الواردة في المادة 131 م، توجي إنصاف نية المشرع إلى الإعتداد بالظروف الخاصة بالمضروب، وأنها هي الوحيدة التي يجب على القاضي الإعتداد بها عند تقدير التعويض. بينما ذهب البعض الآخر إلى وجوب الإعتداد بظروف المسؤول، لكون نص المادة سابقة الذكر جاء عاماً، لم يشر لا إلى المضروب ولا إلى المسؤول، وأن مصطلح الظروف الملاعبة يشمل جسامة الخطأ. أنظر: بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 92.

ذهب معظم الفقه إلى وجوب الإعتداد عند تقدير التعويض بالظروف الخاصة بالمضرور لا المسؤول<sup>(1)</sup>. فتقدير التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور ولا يجوز أن يتأثر بخطأ المسؤول أو ظروف هذا الأخير<sup>(2)</sup>، فيقدر التعويض على أساس ذاتي<sup>(3)</sup>، لا على أساس موضوعي<sup>(4)</sup>.

حيث يجب على القاضي الأخذ في الإعتبار عند تقدير التعويض حالة المضرور الصحية<sup>(5)</sup>. فالجرح الذي يصيب شخص مريض بالسكر، يكون أخطر من الجرح الذي يصيب شخص سليم. ومن يصاب في ساقه السليمة وهو أعرج، يكون ضرره أشد جسامة ممن أصيبت إحدى ساقيه السليمتين<sup>(6)</sup>.

كما يجب على القاضي أن يأخذ في الاعتبار حالة المضرور العائلية. فالعجز عن

---

(1) أنظر: عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، ج 1، ص 247، ف 59؛ منير قرمان، المرجع السابق، ص 91؛ زكى زكى حسين زيدان، المرجع السابق، ص 175؛ مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص 223؛ عليان عدة، الإلتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة الماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، س 2008-2009، ص 157؛ صفية بشاتن، المرجع السابق، ص 470.

(2) لأن مراعاة جسامة الخطأ عند تقدير التعويض يترتب عليه الخلط بين المسؤولية المدنية والجنائية، وقد استقر القضاء الفرنسي منذ سنة 1913، على أنه لا علاقة بين جسامة أو فاهة الخطأ وبين تقدير التعويض، وأنه يجب أن يشمل هذا الأخير ما لحق الدائن من ضرر مهما بلغت جسامة الخطأ. وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية، صراحة في قرار لها صادر بتاريخ 1946/10/21. أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 196؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 269، ف 422.

(3) هو تقدير الضرر تقديراً واقعياً، حيث يعتد فيه بالظروف الشخصية الذاتية للمضرور، فالضرر يختلف وفقاً لهذا التقدير الواقعي الذاتي من شخص لآخر، وذلك وفقاً للظروف الخاصة بكل واحد منهم على الرغم من وحدة الفعل الضار. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 43، ف 28؛ ناصر متعب بنية الخرينج، المرجع السابق، ص 24.

(4) التقدير الموضوعي يعتد القاضي فيه فقط بالضرر الذي لحق المضرور، فيقدر التعويض بقدر هذا الضرر، ولا يعتد بأي أمور أو عناصر أخرى تلابس هذا الضرر خصوصاً تلك التي ترجع إلى المسؤول. وبالتالي لا تكون لجسامة الخطأ أو الظروف الخاصة بالمسؤول كمركزه الاجتماعي وحالته المالية أي تأثير في تقدير التعويض. وبالتالي يستبعد هذا التقدير الظروف الشخصية المتعلقة بأشخاص الخصوم، حيث يفرض وحدة وموضوعية الأثر الضار المترتب عن نفس الفعل بالنسبة لجميع الأشخاص. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 36، ف 19؛ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 160، ف 141؛ ناصر متعب بنية الخرينج، المرجع نفسه، ص 25.

(5) يأخذ القاضي في الإعتبار عند تقدير التعويض كل ما أصبح يعاني منه المضرور نتيجة الإصابة، سواء كانت هذه الأضرار جديدة أم كانت مضاعفات لأمراض أو إصابات سابقة. فالقاضي عندما يقوم بتعويض المضاعفات التي سببتها الإصابة، يأخذ في الحسبان حالة المريض الصحية السابقة. وهذا ما يعبر عنه بـ " مبدأ وحدة الجسد الإنساني " وذلك بغية رفع مبلغ التعويض، وهذا الرفع لا يثير أية صعوبة إذا اتضح أن المضرور أصبح بعد الإصابة ونتيجة لها يحصل على دخل أقل. كما يجوز الأخذ في الحسبان حالة المريض في الحسبان لإنقاص مبلغ التعويض، وفي هذا ذهبت محكمة النقض الفرنسية في 1970/11/27، إلى جواز تخفيض مبلغ التعويض، متى اتضح أن دخل المضرور قد تأثر قبل الإصابة وأصبح أقل من دخله المعتاد حين كان سليماً، واعتبرت ذلك تطبيقاً لفكرة الأخذ في الاعتبار حالة المضرور الصحية. أنظر: محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 215-216، ف 44.

(6) تتعدد الأمثلة حول حالة المضرور الصحية، فالأعور الذي يصاب في عينه السليمة يكون بالطبع ضرره أشد من الضرر الذي يصيب شخص سليم العينين لأنه يفقد عينا واحداً، بينما يصبح الأعور مكفوماً. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 2، ص 1098-1099، ف 648؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 158، ف 136؛ محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 294-295؛ زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 323، أسامة السيد عبد السمیع، المرجع السابق، ص 308-309؛ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 264؛ محمود جمال حمزة، المرجع السابق، ص 154، ف 167.

العمل، ولو كان مؤقتاً أو جزئياً، يصيب رب الأسرة بضرر يفوق في جسامته ما يلحق الذي لا يعول إلا نفسه<sup>(1)</sup>.

أما عمر المضرور فيكون محل إعتبار عند تقدير التعويض. فوفاة الأب بحادث، يسبب لأطفاله صغار السن أضراراً أشد من تلك التي تصيب أبناءه الكبار، فالصغار بحاجة ماسة إلى أبيهم مادياً ومعنوياً، عكس الكبار الذين يكونون أقل حاجة إليه<sup>(2)</sup>.

يأخذ بعين الاعتبار كذلك جنس المضرور. فوفاة الزوج رب الأسرة يعرض زوجته إلى ضرر، يبرر حقها في الحصول على تعويض أكبر، وذلك لتحملها مسؤولية تربية الأولاد ووضعها الذي لا يسمح لها بالعمل. وفي المقابل يكون الضرر المترتب على وفاة الزوجة أيسر، حيث أن الزوج أكثر قدرة على تحمل وفاة زوجته على الأقل في المجال المادي<sup>(3)</sup>.

على القاضي الأخذ بعين الاعتبار أيضاً حالة المضرور المهنية. فأقل تشويه في الوجه، يصيب عارضة الأزياء أو الممثلة بضرر يفوق بكثير في جسامته ما يلحق منه العاملة في مصنع أو المستخدم في متجر. والضرر الذي يتمثل في إضعاف بصر طبيب أو رسام أو كاتب أو الساعاتي، أكبر بكثير من الضرر المتمثل في إضعاف بصر عامل زراعي<sup>(4)</sup>.

بالإضافة إلى ذلك تكون ظروف المضرور محل اعتبار عند تقدير التعويض. فإشاعة أخبار كاذبة عن أمانة شخص وهو على وشك إبرام صفقة هامة، والتي تؤدي إلى عدم إتمام

---

(1) أنظر: مهني عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص 224؛ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 293، ف 191؛ السيد عبد الوهاب عرفه، المرجع السابق، ص 80، ف 60.

(2) قد يكون التعويض الممنوح لصغير أكبر من التعويض الممنوح لرجل كبير عن لذات الضرر، حيث يؤثر نفس الضرر على هذا الصبي ويمنعه من القيام ببعض الأعمال، أكثر من تأثيره على الرجل الكبير الذي قد يبقى في عمله ولا تتسبب له هذه الإصابة الصرف من الخدمة. وهذا ما أطلق عليه الفقه " ضرر الفتوة أو الاستمتاع"، كالحرمات من ممارسة بعض الألعاب الرياضية أو التعليم، وهنا قد يحكم القاضي لهذا الصبي بتعويض يقدر في حالات العجز الدائم، بينما الإصابة تسببت في عجز جزئي فقط. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 79.

(3) الإصابة التي تلحق بشابة وتؤدي إلى إعاقتها أو تشويه وجهها ولو كان بسيطاً، يترتب عليه ضرر أكبر من الضرر الذي يلحق بالشاب، لأن هذه الإصابة البسيطة قد تحرمها من الزواج مستقبلاً. وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية، في 1007/2/13، بأنه: "... إذا اعتمد الخبراء في تقرير الخبرة وفي تقديرهم للضرر المعنوي على طبيعة الإصابة اللاحقة وعلى جنس المصابة ووضعها الاجتماعي ومدى تأثير الإصابة على ذلك الوضع، فإن ما توصل إليه الخبيران يتفق مع مقتضيات المادة 267 من القانون المدني...". أنظر: رياض محمود أحمد عليان، المرجع السابق، ص 78؛ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 55-56، ف 66؛ صفية بشاتن، المرجع السابق، ص 471.

(4) الحريق الذي يصيب مبنى به محل يمارس فيه التاجر تجارته، يحدث ضرراً أشد مما يصيب شخص إتخذه مسكناً له، وهذا راجع إلى تلف البضاعة التي كانت في ذلك المحل وبالتالي ضياع مال هذا التاجر. أنظر: محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 158-159، ف 136؛ أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 310؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 132؛ مهني عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع نفسه، ص 224.

الصفقة، يحدث ضررا أكبر مما لو لم تطلق هذه الإشاعة في غير هذه الظروف<sup>(1)</sup>. والضرر المعنوي المترتب على فقد الشقيق يكون أشد بالنسبة للشقيقة التي كانت تعيش معه، مقارنة مع الشقيقة التي تعيش مع زوجها خارج البلاد<sup>(2)</sup>.

كما لا تؤخذ حالة المضرور المالية بالاعتبار عند التقدير. لكن هذا لا يعني أنه إذا كان المضرور غنيا حكم له بتعويض أقل، وإذا كان فقيرا حكم له بتعويض أكبر، فالضرر هنا واحد سواء أصاب غنيا أو فقيرا<sup>(3)</sup>، وإنما الذي يدخل في الاعتبار مدى الكسب الذي فوت على المضرور من جراء الإصابة أو الضرر الذي لحقه أو لحق ماله، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يلحق به أشد<sup>(4)</sup>.

يأخذ القاضي عند تقدير التعويض ما يحققه ويحصل عليه الدائن من ربح و نفع مادي، وله أن يخفض التعويض تبعا لذلك. وفي ذلك قررت محكمة إستئناف باريس في 1955/1/25، أن مقدار التعويض المطلوب من أحد الكيميائيين، عن حقه بعض الأرناب البرية بفيروس قصد التخلص من ضررها الذي كانت تلحقه بأرض زراعية يملكها، يكون بالنظر ليس فقط إلى الضرر الذي أحدثه اختفاء الأرناب لأصحاب المطاعم والفنادق، وإنما بالنظر أيضا إلى الفائدة التي عادت على المزارعين بعد اختفاء الأرناب، فيخفض التعويض بمقدار هذه الفائدة<sup>(5)</sup>.

(1) نفس الحكم إذا تم التشهير زورا بتاجر مما أدى إلى كساد تجارته، واعتزاله التجارة، فحرم من الكسب الذي كان يحصل عليه من عمله. أنظر: أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 309؛ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 56، ف 69.

(2) يختلف الضرر الذي يحدثه الفعل الضار، سواء كان إزعاجا أو رائحة أو خوفا أو فزعا وفقا لظروف من تعرض له، وما إذا كان شخص عادي معتدل المزاج أو شخص عصبي. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 166، ف 102.

(3) يمنع القاضي من أن يأخذ بعين الاعتبار الوضع المالي لكلى الطرفين، وليس للمضرور وحده، بقصد الحكم بتعويض يزيد أو يقل عن الضرر الواقع فعلا. فيجب على القاضي عند تقديره للتعويض أن لا ينظر إلى فقر المضرور ويزيد مبلغ التعويض مراعى في ذلك وضعه المادي السيئ، لأن عمل القاضي محصور في تعويض المضرور عما أصابه من ضرر وليس التكرم عليه على حساب ونفقة محدث الضرر، فسواء كان المضرور غنيا أم فقيرا يستحق تعويضا واحدا إذا كان الضرر واحدا. أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع نفسه، ص 60، 62-63، ف 70، 73.

(4) أجازت المادة 41 من قانون 1936/12/31 الفرنسي، للقاضي عند تقدير التعويض الاسترشاد بما يدفعه المضرور من ضرائب، حيث تعتبر إقرارات الدخل أمام مصلحة الضرائب حجة على الحكومة بالنسبة إلى دعاوى التعويض التي ترفع عليها، كما تعتبر حجة على هيئات البلدية، أو المؤسسات العامة، إذا كان التعويض يتعلق بما انتقص من كسبهم. أنظر: سعد واصف، المرجع السابق، ص 68، ه 2؛ سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 551، ف 194، ه 103؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1099، ف 648؛ محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 295؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 172-173، ف 108.

(5) لم يتبعه القضاء الفرنسي هذا الاتجاه، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية، في قرار لها مؤرخ في 1989/7/5، برفض تخفيض التعويض الذي طالبت به الزوجة المتوفى عنها زوجها، بالرغم من أن الوفاة كانت سببا لتلقيها إرثا، وسببا لحصولها على تقاعد استحقه الزوج بعد وفاته، وذلك تأسيسا على أن حصول الأرملة على الإرث أو على التقاعد لا يرجع سببه إلى الفعل الضار، وإنما إلى نص القانون. مقتبس من محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 214-215، ف 43.

يؤخذ بالاعتبار مقدار مساهمة المضرور في إحداث الضرر، وإيقاع الأذى على نفسه. وهذا ما يعرف بخطأ المضرور، والعدالة توجب الوقوف عليه<sup>(1)</sup>. لكن يجب التفريق بين الحالة التي يكون فيها للضرر سبب واحد، وحالة اشتراك فعل المضرور مع خطأ المدعى عليه في حدوث الضرر<sup>(2)</sup>.

إذا كان خطأ المضرور هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، فإنه يندرج في نظرية السبب الأجنبي<sup>(3)</sup>، ويترتب عليه رفع المسؤولية بالكامل<sup>(4)</sup>. وعدم تحمل المسؤول للتعويض<sup>(5)</sup>. حيث يقطع علاقة السببية<sup>(6)</sup>. أما إذا كان خطأ المضرور قد شارك في حصول الضرر، دون أن

---

(1) قد يخرج سلوك المضرور عن الشكل المألوف، فيتخذ شكل خروجاً عن قواعد القانون ومخالفاتها، أو يتخذ شكل إهمال وتسرع في غير موضعه، وقبول المخاطر مع العلم مسبقاً بنتائجها المحتملة، فقد يأتي المضرور سلوكاً عن عمد أو غير عمد، يجعله متسبباً بخطئه في حدوث الضرر الذي أصابه، أو في تفاقم ذلك الضرر بإهماله. ومتى ثبت خطأ من جانب المضرور وجب محاسبته عليه، وذلك بحرمانه من التعويض إذا كان خطأه هو وحده مصدر الضرر، أو بالإلتفاف من قيمة التعويض إذا كان مساهماً بخطئه في إحداث الضرر دون أن يستغرق خطأ المسؤول. أنظر: يحي أحمد موافى، المرجع السابق، ص 194-195؛ عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 326؛ قالية فيروز، المرجع السابق، ص 179؛ باسل محمد يوسف قبها، المرجع السابق، ص 37.

(2) أعفى المشرع الفرنسي، حارس الشيء غير الحي، من المسؤولية المنصوص عليها في المادة 1/1384 م.ف، في حالة ثبوت خطأ المضرور، وهو إعفاء يتراوح في مده بين أن يكون كلياً أو جزئياً، تبعاً لضوابط وشروط معينة. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، في قرار لها بتاريخ 21 يوليو 1982، بإعفاء الحارس كلياً من المسؤولية، إذا توافرت صفتى القوة القاهرة من حيث عدم إمكان التوقع وعدم إمكان الدفع السابق توضيحهما. أنظر: طلبية وهبة خطاب، نحو دور جديد لخطأ المضرور، في نطاق مسؤولية حارس الأشياء غير الحية، بدون الناشر، بدون بلد النشر، س 1986، ص 5، ف 2.

(3) نصت عن ذلك المادة 127 م، التي جاءت كالتالي: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه ك... أو خطأ صدر من المضرور... كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر...". في هذه الحالة يكون خطأ المضرور قد استغرق خطأ المسؤول، فتزفع المسؤولية على المدعى عليه لانعدام رابطة السببية. وهنا يتخذ خطأ المضرور إحدى الصورتين، إما أن يكون خطأ عمدي، وإما أن يكون خطأ المسؤول نتيجة لخطأ المضرور. وقد يكون رضاء المضرور بما وقع عليه من ضرر، سواء كان هذا الرضاء بضرر حال أو بضرر محتمل، كرضاء المضرور بإفشاء السر. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1002-1008، ف 593-595؛ رضا محمد جعفر، رضاء المضرور بالأضرار وأثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، س 2005، ص 331 وما يليها؛ عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 76 وما يليها.

(4) قضت محكمة النقض المصرية في دائرتها الجنائية بتاريخ 1966/4/20، أن خطأ المجني عليه يقطع رابطة السببية، متى استغرق خطأ الجاني وكان كافياً لإحداث النتيجة الضارة. نقلاً عن سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 492، ف 177.

(5) إلا أن القواعد الحالية لا تقر بذلك، وإنما نجد في حالات محددة تعارضاً وهذا المبدأ، فأنظمة حوادث العمل والضمان الاجتماعي وتأمين المسؤولية، توفر على الأقل حماية جزئية لضحايا أخطائهم الشخصية. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 1982/7/21، برفض إعفاء المسؤول جزئياً من التعويض، بسبب خطأ المضرور، وكان ذلك بالنسبة للأضرار التي وقعت بفعل الأشياء، فمحكمة النقض لم تعد بخطأ المضرور. أنظر: محسن عبد الحميد إبراهيم البينة، المرجع السابق، ص 58-59، ف 48-49.

(6) قضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها مؤرخ في 1985/2/20، بما يلي: " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن خطأ المضرور يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافياً بذاته لإحداث النتيجة وأن تقدير توافر السببية بين الخطأ والنتيجة أو عدم توافرها من المسائل الموضوعية بغير معقب عليها مادام تقديرها سائغاً مستنداً إلى أدلة مقبولة ولها أصلها الثابت في الأوراق". نقلاً عن سعيد أحمد شعله، المرجع السابق، ص 117، ف 8.

يكون هو وحده المنتج له، فإن المسؤولية تتوزع، ويتتبع توزيعها تخفيض التعويض<sup>(1)</sup>، فمساهمة المضرور في إحداث الضرر تترتب عليها مسؤولية جزئية<sup>(2)</sup>، تتناسب ومدى مساهمة خطأ المضرور في إحداث الضرر<sup>(3)</sup>.

أجاز المشرع الجزائري في المادة 177 م، للقاضي إنقاص مقدار التعويض أو عدم الحكم به، متى ثبت اشتراك المدين في إحداث الضرر أو الزيادة فيه<sup>(4)</sup>، فالمضرور طبقاً لهذا النص لا يحصل على تعويض كامل، بل يتحمل نصيبه في المسؤولية<sup>(5)</sup>. ولم يعتد المشرع بأي فعل صادر من المضرور، بل أوجب أن يتصف هذا الفعل بوصف الخطأ حتى يمكن تخفيف المسؤولية<sup>(6)</sup>. وهذا ما يتضح من عبارة المادة 177 م، " إذا كان الدائن بخطئه اشترك" ولم يقل أن الدائن " بفعله"، وذلك لعدم إمكان تحميل المضرور جزء من المسؤولية لمجرد أنه أتى فعل عادي.

بمقتضى هذه المادة يعتبر خطأ المضرور سبباً من أسباب الإعفاء الكلي<sup>(7)</sup>، أو الجزئي من المسؤولية. فيتترتب على خطأ المضرور تخفيف مسؤولية محدث الضرر، أو استبعادها، باعتبار أنه من غير العدل قانوناً منح تعويض كلي وكامل،

---

(1) يكون الخطأ مشتركاً إذا اشترك خطأ الدائن إلى جانب خطأ المدين في إحداث الضرر، ولم يستغرق خطأ المسؤول خطأ المضرور، فيكون كلا من الخطأين سبباً في إحداث الضرر. وهنا لا يتحمل المسؤول كامل المسؤولية بل بقدر ما صدر عنه من خطأ، وهنا تكون مسؤولية مخففة تقسم بين المسؤول والمضرور بالتساوي، فيتحمل المسؤول النصف ويتحمل المضرور النصف الآخر، أما إذا كان المسؤول أكثر من شخص كانا متضامنان في التلثين، ويجوز للمضرور الرجوع على أيهما بثلتي الضرر ما دام هو متحمل للثلث الباقي، وهكذا توزع المسؤولية على عدد الرؤوس. المادة 126 م، المقابلة للمادة 169 م. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 2، ص 1008-1009، ف 596.

(2) أنظر: محمد عبد الغفور العماوي، مدى مساهمة المضرور في إحداث الضرر وأثره على تقدير التعويض، مجلة علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد الأربعون، العدد الثاني، س 2013، ص 554 وما يليها.

(3) أنظر: عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 195 وما يليها؛ السيد عبد الوهاب عرفه، المرجع السابق، ص 88-89، ف 69؛ عز الدين الدناصور، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 241-242؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 206-211، ف 386-389.

(4) جاء نص المادة 177 م، كالتالي: " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه". وهذا ما أقرته صراحة معظم التشريعات كالقانون المصري في المادة 216؛ والمادة 217 م سوري؛ والمادة 210 م عراقي؛ والمادة 135 موجبات وعقود لبناني؛ والمادة 264 م أردني؛ والمادة 290 معاملات مدنية إماراتي.

(5) هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، في قرار لها بتاريخ 1980/11/22. أنظر: طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 52، هـ 2.

(6) نفس الاتجاه سلكه القضاء الجزائري، حيث اشترط في أغلب قراراته الخطأ في فعل المضرور. أنظر: كيجل كمال، الإتجاه الموضوعي في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ودور التأمين، رسالة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س 2006-2007، ص 147.

(7) من هنا يعتبر خطأ المريض على سبيل المثال في حكم السبب الأجنبي، الذي يقطع رابطة السببية ويؤدي إلى إعفاء الطبيب من المسؤولية، إذا كان هو السبب في فشل العلاج، أو السبب في تفاقم الضرر، فإذا تناول المريض أشياء منعها الطبيب عنه بشكل قاطع، أو لم يمتثل لتوجيهات الطبيب، أو امتنع عن أخذ الدواء الموصوف، أو كذب على الطبيب وفضله مما أدى إلى وقوع هذا الأخير في خطأ في التشخيص ثم في وصف العلاج. كان سبب الضرر هو خطأ المريض، وبالتالي تقع السببية ولا تقوم المسؤولية في مواجهة الطبيب. أنظر: طلال عجاج، المرجع السابق، ص 403.

لمن تدخل خطؤه في ترتيب الضرر<sup>(1)</sup>.

من خلال نص المادة 177 م، سابقة الذكر يتضح أن المشرع الجزائري، أجاز للقاضي إنقاص التعويض في حالة الخطأ المشترك دون أن يلزمه بذلك وهذا ما يفهم من عبارة " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض...". بينما نجد تشريعات أخرى كالقانون اللبناني، ألزمت القاضي إنقاص التعويض في حالة الخطأ المشترك<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: عدم الإعتداد بالظروف الخاصة بالمسؤول

يرى جمهور الفقهاء، أن الظروف الشخصية المحيطة بالمسؤول، سواء المالية أو العائلية<sup>(3)</sup>، لا تآثر في تقدير التعويض. وأن القاضي لا يأخذ في الإعتبار المركز المالي للمسؤول<sup>(4)</sup>، حيث يستوي أن يكون المسؤول غنيا أو فقيرا<sup>(5)</sup>، فلا يحكم القاضي بتعويض أكثر

(1) أنظر: المر سهام، المرجع السابق، ص 154.

(2) جاء نص المادة 135 موجبات لبناني، كالتالي: " إذا كان المتضرر قد اقترف خطأ من شأنه أن يخفف إلى حد ما تبعه خصمه لا أن يزيلها وجب توزيع التبعة على وجه يؤدي إلى تخفيف بدل العوض الذي يعطى للمتضرر". والصفة الإلزامية تظهر وتفهم من مصطلح "وجب". وهذا ما أخذ به القانون الروسي حيث نصت المادة 224 منه، أنه: " إذا أحدث عدم تنفيذ الإلتزام أو تنفيذه غير ملائم بخطأ الطرفين كليهما فإن المحكمة والمجلس التحكيمي ينقص إنقاصا مناسباً قدر مسؤولية المدين". فقد أوجب المشرع الروسي على القاضي الإنقاص في حالة الاشتراك وهذا ما يفهم من عبارة " ينقص" التي جاءت في صيغة الأمر. أنظر: حسن حنتوش الحساوي، المرجع السابق، ص 169، هـ 1.

(3) إلا أن القاضي يجوز له أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالمسؤول عند قيامه بتحديد صورة التعويض، حيث له التوقف عند ظروف المسؤول، فلو وجد أن هذا الأخير لا يملك مبلغ التعويض مجمع ولا يمكنه دفعة مرة واحدة، حكم للمضروب بتعويض في صورة إيراد مرتب. كما يقضي القاضي بالتعويض في صورة دفعة واحدة، إذا كان المسؤول أجنبيا وقادرا، وذلك حتى يتقاضي حرمان المسؤول من مغادرة البلاد. وتجدر الملاحظة هنا وحتى لا يتم الخلط بين الأمور أن هذا الاعتداد متعلق بصور التعويض، ولا يتعداها لقدر التعويض أو قيمته التي تتمثل في المبلغ الذي يتحصل عليه المضروب. أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 195.

(4) هناك قوانين نصت صراحة على وجوب أخذ المركز المالي للمسؤول بعين الاعتبار، ومن هذه القوانين نذكر قانون الإلتزامات السويسري التي قررت المادة 44 منه، بأنه: " متى لم يكن الضرر قد وقع عمدا، أو نتيجة لإهمال أو تهور جسيمين، وتبين أن تعويضه يعرض المدين المسؤول للحرج، كان للقاضي أن يخفض التعويض بما يراه محققا للعدالة"؛ وهذا ما أخذ به القانون السوفيتي في المادة 411 منه؛ والقانون الروسي في المادة 458 منه؛ بالإضافة إلى بعض القوانين التي أخذت به لكن طبقته في نطاق ضيق، في الحالات التي يكون فيها المسؤول مجنونا أو عديم الأهلية، كالمادة 1386 م بلجيكي؛ 829 م ألماني؛ 190 م عراقي؛ والمادة 164 م مصري بالنسبة للمسؤول غير المميز؛ والمادة 165 م سوري؛ والمادة 2/167 م لبيبي؛ والمادة 2/125 م. ج قبل التعديل. أنظر: محمود صبري الجندي، المرجع السابق، ص 212-213، ف 42.

(5) هناك من الفقه من يرى بأن القاضي عند تقديره للتعويض يأخذ بعين الاعتبار الحالة المالية لكل من المسؤول والمضروب. وأن القضاء في الغالب يميل إلى إنقاص مبلغ التعويض إذا كان المسؤول فقيرا ويزيده إذا كان غنيا، أو كان مؤمنا على مسؤوليته، فوجود التأمين غالبا ما يشجع القاضي على زيادة مقدار التعويض وذلك حماية للمضروب الذي أصابه ضرر. ويظهر ذلك جليا في التعويض عن الضرر المعنوي حيث لا يتقيد القاضي بمعايير مادية بما أن هذا الضرر غير مالي ولا يقبل التقييم. أنظر: نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 268؛ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 321، ف 276.

أو أقل من الضرر الواقع فعلاً<sup>(1)</sup>. كما يستوي ما إذا كان المسؤول لا يعول إلا نفسه أو كان رب أسرة<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة لجسامة الخطأ فالأصل أنه لا ينظر إليها عند تقدير التعويض، لأن القاضي ملزم بمنح المضرور تعويضاً كاملاً مهما بلغت درجة الخطأ. فإذا تحققت المسؤولية سواء كانت عقدية أو تقصيرية، ألزم القاضي بتقدير التعويض بقدر جسامة الضرر لا بقدر جسامة الخطأ<sup>(3)</sup>، فيمكن أن يترتب ضرراً يسيراً على خطأ جسيم، كما يمكن أن يترتب ضرر جسيم على خطأ يسير<sup>(4)</sup>.

كما لا يجوز أن يتأثر التعويض بالحالة العقلية والذهنية للمسؤول، ولا بسنه<sup>(5)</sup>، لأن منطق التعويض الكامل يقضي بعدم السماح للقاضي بالنظر إلى جسامة التعدي أو إلى تقصير محدث الضرر، والتي تعتبر ظروف خارجة عن الضرر. فهدف المسؤولية المدنية هو إصلاح الضرر لا عقاب محدثه وهذا الأخير هو جزء المسؤولية الجزائية<sup>(6)</sup>، التي هدفها هو عقاب

---

(1) لا يجب على القاضي النظر إلى غنى محدث الضرر على أنه سبب يدعو إلى تشديد مسؤوليته ومنح المضرور مبلغ يزيد عن الضرر. فالغنى لا يمكن مواخذة الإنسان عليه ولا يمكن معاقبته على نعمة منحها الله له بتضخيم مبلغ التعويض، فمحدث الضرر غنياً كان أو فقيراً يقع عليه التزام واحد وهو تعويض المضرور على الضرر الذي أصابه. كما لا يجوز تخفيض مبلغ التعويض إذا كان محدث الضرر فقيراً وأن المضرور شخص ميسور الحال، لأن القاضي إذا أخذ بهذا يكون قد أخذ بعنصر غريب خارج عن الضرر وخالف مبدأ التعويض الكامل، فهدف هذه الأخير هو إعادة التوازن الذي إختل وفق المدين ليس سبباً من أسباب الإغفاء من المسؤولية. أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 60، 62-63، ف 70، 73.

(2) بما أن القاضي لا يعتد في تقديره للتعويض بحالة وظروف المسؤول، فلا فرق بالتالي ما إذا كان المسؤول نفسه هو من سيتحمل التعويض، أم أن شركة التأمين هي من ستتحمله. ومن هنا يستوي أن يكون المسؤول ثرياً أو فقيراً، مستفيداً من تأمين أم لا. أنظر: عليان عدة، المرجع السابق، ص 157؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، ص 1100، ف 648؛ أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 310؛ فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 296؛ محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 204، ف 36؛ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 293، ف 191.

(3) قضت محكمة النقض الجنائية في 1948/12/20، بأن: "لما كان التعويض هو مقابل الضرر الذي لحق المضرور من الفعل الضار ولا يصح أن يتأثر بدرجة خطأ المسؤول عنه أو درجة غناه، فإن إدخال المحكمة جسامة الخطأ ويسار المسؤول عنه بين العناصر التي راعتها عند تقدير التعويض يجعل الحكم معيباً متعيناً نقضه، إذ لو أن تقدير التعويض من سلطة محكمة الموضوع تقضي فيه بما تراه مناسباً وفقاً لما تنبئنه من مختلف ظروف الدعوى وأنها متى استقرت على مبلغ معين فلا تقبل المناقشة فيه، إلا أنها إذا ما أقحمت في هذه الظروف ما لا شأن له بالتعويض بمقتضى القانون وأدخلته في حسابها عند تقديره، فإن قضاءها يكون في هذه الحالة مخالف للقانون...". أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 549، ف 194.

(4) الإعتداد بجسامة الخطأ أمر مخالف للعدالة، فهذا الأخير يترتب عليه إحدى هاتين النتيجةين: إما أن يحصل المضرور على أقل من حقه، إذا كان خطأ المسؤول يسيراً، أو أنه يحصل على أكثر من حقه إذا كان خطؤه جسيماً، وكلتا الحالتين لا يمكن قبولهما، ففي الحالة الأولى يتحمل المضرور جزء من تبعه فعل لم يكن هو السبب في حصوله، وفي الثانية يثرى المضرور على حساب محدث الضرر دون مبرر. أنظر: عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 218؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 196؛ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 267.

(5) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 183، ف 111؛ غادة عبد السلام متعب حراشنة، المرجع السابق، ص 119.

(6) لا يجوز للقاضي أن يأخذ في الاعتبار بساطة تعدي محدث الضرر أو تفاهة تقصيره بقصد تخفيض مقدار التعويض، لأنه لا يمكن تخفيض التعويض حتى لو كان الخطأ الذي ارتكب يسيراً وتافهاً، فهدف المسؤولية المدنية هو جبر الضرر دون النظر إلى درجة خطأ محدثه، سواء كان بسيطاً أو كان جسيماً، إذ ليس من العدل أن نحمل المضرور وهو بريء جزءاً من تلك النتائج، ونحرمه من تعويض كامل لمجرد أن محدث الضرر لم يرتكب خطأ فاحش. أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع نفسه، ص 61، 63، ف 72، 74؛ أسامة السيد عبد السميع، المرجع نفسه، ص 311؛ محمد فتح الله النشار، المرجع نفسه، ص 296؛ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 31، ف 36.

الإعتداء الواقع على النظام الاجتماعي<sup>(1)</sup>.

بالرغم من إستقلال التعويض عن الخطأ، هناك بعض الفقه نادى بضرورة الإعتداد بجسامة الخطأ عند تقدير التعويض<sup>(2)</sup>، حيث أجاز هذا الفقه للقاضي الأخذ في الإعتبار الظروف الخاصة بالمسؤول عن طريق إقامته وزن لجسامة خطأ<sup>(3)</sup>.

أسس هذا الفقه رأيه على أن الوقوف عند جسامة الخطأ في تقدير التعويض، أمر يتفق مع الأساس الذي أعطي للمسؤولية المدنية، فإذا كان أساس هذه المسؤولية الوحيد والرئيسي هو الخطأ، فمن غير المفهوم ألا تزداد هذه المسؤولية كلما زاد الخطأ. فمن غير المقبول أن يكون الخطأ سند المسؤولية، ويهمل في نفس الوقت عند تحديد أثرها<sup>(4)</sup>.

كما أسس هذا الفقه رأيه على أن جسامة الخطأ تأخذ في الاعتبار في صورة أوضح عندما يتعدد فاعلو الضرر، حيث يعتبرهم القانون متضامنين أو متضاممين، في مواجهة المضرور، أما فيما بينهم فلا بد من تقسيم دين التعويض، وفقا لجسامة خطأ كل منهم<sup>(5)</sup>.

لأن إعتداد القاضي بجسامة الخطأ ليكشف عن ضرر معنوي، يكون قد إعتد بعنصر يساهم بدور كبير في تعميق الضرر الأدبي وزيادته، فالقسوة المبالغ فيها بفعل الإيذاء لها دور في الإضرار بنفسية المضرور وتعميق الضرر، ومن هنا وجب على القاضي أخذ جسامة خطأ المسؤول في الاعتبار<sup>(6)</sup>.

أسس البعض من الفقه المصري، ذلك على أن المحاكم المصرية في ظل القانون القديم كانت تقيم وزن للظروف الملازمة المحيطة بالمسؤول بما فيها جسامة الخطأ عند تقديرها

(1) لم يكن القانون الروماني يميز إطلاقا بين العقوبة والتعويض، أي بين المسؤولين، وهو ما تأثر به القانون الفرنسي في بداياته، إلى غاية انتهاء الثورة الفرنسية وصدور قانون الجرائم والعقوبات في السنة الرابعة للثورة، ونص صراحة على هذا التمييز بين المسؤولين في المادة 5 و6 منه. وهذا ما سبق تناوله في وظيفة التعويض. أنظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 117.

(2) طالب من الفقهاء القدامى كل من الفقيه دوما، وأهرنج، ولوران، وسوردا، وسالي، بضرورة الملازمة أو الموازنة بين خطأ المسؤول وما يلتزم به من تعويض، وأن التعويض بكونه عقوبة خاصة أو بالأحرى مدنية، يجب أن يتناسب مع جسامة الخطأ، فيجب وفقا لرأيهم ضرورة تقدير القاضي للتعويض وفقا لخطأ المسؤول، وما إذا كان الخطأ جسيما أو إهمالا يسيرا، أو مجرد خطأ موضوعي. أما الفقه الحديث الذي انضم إلى هذا الاتجاه ودافع عنه نذكر منهم الفقيه بترمييه، وفوازنيه، وريبير. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 145-146، ف 89.

(3) أنظر: زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 325؛ مامش نادية، المرجع السابق، ص 75.

(4) أنظر: عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 220.

(5) هذا ما أخذ به القانون المصري في المادة 169 منه؛ والمادة 2/216 م عراقي، والمادة 126 م.ج. أنظر: عزيز كاظم جبر، المرجع نفسه، ص 220 وما يليها.

(6) تشكل الأضرار المعنوية والأضرار المتردة، مجالا لاعتداد القاضي بجسامة الخطأ، وهذا ما يفسر إختلاف مبالغ التعويضات في القضايا المتشابهة إلى حد كبير، فالقاضي لا يمكنه أن يغض النظر عن جسامة خطأ المسؤول لو استغل فعلا سلطته التقديرية، بالرغم من عدم تصريحه بذلك في حيثيات الحكم مما يبعد أحكامها عن النقد. أنظر: مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص 228؛ عزيز كاظم جبر، المرجع نفسه، ص 219.

للتعويض، فكانت تتقصه إذا كان الخطأ يسيراً، وتزيد في مقداره إذا كان الخطأ جسيماً<sup>(1)</sup>.  
وأن واضعو مشروع القانون المدني المصري نصوا في المادة 237<sup>(2)</sup>، من المشروع على أنه: " يقرر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 299 و 300 مراعيًا في ذلك الظروف وجسامته الخطأ". غير أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، إعتضت على هذا النص وذهبت إلى أنه إحتوى لتقدير الضرر على عناصر غير العناصر التي إحتواها القانون الحالي، وإستبدلت عبارة " مراعيًا في ذلك ظروف وجسامته الخطأ"، بعبارة " مراعيًا في ذلك الظروف الملازمة"، ذلك لأن جسامته الخطأ تدخل في عموم لفظ الظروف، ولم تكن تريد أن تستبعد جسامته الخطأ من أن تكون عاملاً في تقدير التعويض<sup>(3)</sup>.

وأن المذكرة الإيضاحية، في تعليقها على هذا النص ذهبت إلى أنه: " ينبغي أن يعتد في هذا الشأن بجسامته الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف"<sup>(4)</sup>.  
إلا أن هذا الإتجاه الذي يقوم بتحديد قدر التعويض وفقاً لجسامته الخطأ، لم يصد ورفضه القضاء اللاحق له صراحة، كما ناصر الفقه في جملته تقريباً ما إستقر عليه القضاء، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في عبارات واضحة بتقريرها أن التعويض يجب أن يشمل كل الضرر الذي لحق المضرور أيًا كانت جسامته الخطأ الذي إرتكبه المسؤول، وأن الظروف التي من شأنها تخفيف جسامته الخطأ لا تأثير لها على التعويض، والخطأ الجسيم

---

(1) سلكت هذا الإتجاه المحاكم الفرنسية، حيث قررت محكمة نانسي في 1876/12/9، عندما قضت صراحة أن الحكم بالتعويض على من أحدث الضرر هو نوع من العقوبة. وفي نفس المعنى ذهبت محكمة النقض الفرنسية، في حكم قديم لها بتاريخ 1885/5/19، أنه لا يكفي تقرير القاضي لخطأ المدين للحكم عليه بالتعويض الكامل بل يتعين بالإضافة إلى ذلك فحص مدى جسامته هذا الخطأ لكي يحدد مدى التعويض. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 146، ف 89؛ سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 548، ف 194.

(2) تقابلها المادة 170 والمادة 131 م.ج.

(3) أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 550، ف 194؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 46، ف 29، ه 1؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، ص 1101، ف 648، ه 1؛ أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 312؛ محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 297؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 133-134؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 199.

(4) أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج3، مج2، ص 550، ف 194، ه 102؛ طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 48.

ليس من شأنه أن يزيد في مبلغ التعويض<sup>(1)</sup>.

من خلال ما سبق طرحه يتضح أنه متى تحققت المسؤولية المدنية يقوم القاضي بتقدير التعويض بقدر جسامته الضرر، لا بقدر جسامته الخطأ، أخذا بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالمضرور<sup>(2)</sup>، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر في 14/7/1999، قضت فيه: "... كان يجب على قضاة الموضوع... أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويضات بدقة وتفصيلها مثل سن الضحية ومهنتها ودخلها..."<sup>(3)</sup>. فلا يجوز الخروج عن ذلك والإعتداد بالظروف الخاصة بالمسؤول، إلا إذا ورد نص قانوني يسمح بذلك. بناء عليه نص المشرع الجزائري إستثناء عن مبدأ الإعتداد بظروف المضرور في المادة 2/125 م قبل التعديل، أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز فلا يمكن مطالبة هذا الأخير بتعويض كامل إذا لم يوجد من يتولى رقابته، أو وجد ولكن يتعذر الحصول على تعويض منه، حيث يجوز للقاضي أن يلزم غير المميز بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم. فالحالة المالية لكل من المسؤول والمضرور، ومقدار اليسار لكل منهما، يكون محل اعتبار في تقدير التعويض في هذه الحالة<sup>(4)</sup>.

(1) النقص المدني فرنسي مؤرخ في 21/10/1946، والنقص المؤرخ في 8/5/1964. تجدر الإشارة أن القضاة يتجهون من الناحية العملية بشكل طبيعي سواء كان ذلك عن قصد أم لا، إلى إظهار الصرامة اتجاه المسؤول عند تقدير الضرر في حالة ما إذا كان الخطأ جسيماً أو إلى تخفيض التعويض إذا كان الخطأ بسيطاً، فالقضاة يخرجون عن مبدأ التعويض الكامل عند قيامهم بتقدير التعويض والاعتداد بجسامته الخطأ دون أن يصرح بذلك في أحكامهم. فقد أثبتت الدراسات في فرنسا ذلك، بمقارنتها لمبالغ التعويض التي يحكم بها القضاة الفرنسي في أحوال الخطأ البسيط، مع مبالغ التعويض في أحوال الخطأ الجسيم، حيث اتضح أن المبالغ المحكوم بها في الحالة الثانية أكبر منها في الحالة الأولى، وبرر ذلك بالقول أن القاضي هو مجرد إنسان وليس آلة، فهو يتأثر بما يتأثر به غيره من الناس. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 147، ف 90؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 130-131؛ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 63، ف 74؛ بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 92-93؛ محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 207-208، ف 40، هـ 94؛ مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص 227؛ طه عبد المولى إبراهيم، المرجع السابق، ص 50-51.

(2) نص القانون التونسي في المادة 107 منه، والمراكشي في المادة 98 منه، صراحة على أنه يتعين على القاضي عند قيامه بتقدير التعويض الأخذ في الاعتبار ما إذا كان الفعل الضار قد وقع بخطأ المدين فحسب، أم وقع بعش منه. أنظر: طه عبد المولى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 51.

(3) كما جاء في قرار لها صادر في 6/1/1993، بأنه: " ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضدهم للتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم جراء فقدان قريبهم، وإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية، ونشاطه المهني، ودخله الدوري، وأجره...". أنظر: بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 94.

(4) المسؤولية الواردة في هذه المادة هي مسؤولية موضوعية، تقوم على تحمل التبعة، والتعويض في هذه الحالة يراعى في تقديره أن يكون أقل من التعويض الكامل، وهي بالتالي مسؤولية جوازية، أمرها متروك لتقدير القاضي الذي ينظر إلى الحالة المالية لعديم التمييز الذي هو مسؤول عن الضرر، فللقاضي هنا أن يحكم بالتعويض أو لا يحكم به إذا رأى أن حالة عديم التمييز لا تسمح بذلك. وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي، بموجب القانون المؤرخ في 3 جانفي 1968، حيث أدخل تعديلاً على المادة 489 م.ف. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، ص 1100، ف 648، هـ 2؛ أسامة السيد عبد السمیع، المرجع السابق، ص 310؛ بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص 45؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ص 79-81، ف 318.

إلا أن المشرع الجزائري عدل عن موقفه في التعديل الأخير للقانون المدني، وذلك بإلغائه للفقرة الثانية من المادة 125 م، وبالتالي يكون قد ألغى المسؤولية الشخصية لعديمي التمييز<sup>(1)</sup>.

كما إعتد المشرع وإستثناء بجسامة الخطأ في ظروف أخرى، منها ما نصت عليه المادة 175 م<sup>(2)</sup>، عندما أُلزم القاضي بمراعاة عند تقديره للتعويض العنت الذي بدا من جانب المدين.

### المطلب الثاني: وقت تقدير التعويض

تم توضيح فيما سبق العناصر المختلفة التي يعتد بها القاضي عند تقدير التعويض، ومع ذلك لا ينهي هذا التحديد جميع المشاكل التي تثار بصدد التقدير القضائي للتعويض. ففي الكثير من الحالات يكون الضرر الذي لحق المضرور والذي على أساسه يتم تقدير التعويض متغيرا، سواء من حيث حجمه زيادة أو نقصا، أو من حيث قيمته إرتفاعا أو إنخفاضا، وقد يحصل كل ذلك إما قبل صدور الحكم بالتعويض أو بعده<sup>(3)</sup>.

أثيرت تساؤلات تتعلق بكيفية تحديد مقدار التعويض الجابر لهذا الضرر المتغير. فما الوقت الذي ينبغي مراعاته من قبل القاضي عند قيامه بتقدير التعويض؟ هل هو وقت حدوث الضرر أم وقت صدور الحكم؟ وهل يمكن إعادة النظر في هذا التقدير في ضوء التغير الحاصل على الضرر؟.

تتم الإجابة على هذه التساؤلات ضمن فرعين، الأول يحدد فيه الوقت التي يعتد به القاضي عند تقدير التعويض. والثاني يوضح من خلاله أثر تغير قدر وقيمة الضرر على هذا التعويض سواء قبل صدور الحكم أو بعد صدوره.

### الفرع الأول: تقدير التعويض وقت الحكم به

تعتبر مسألة الوقت من المسائل المهمة التي يجب على القاضي مراعاتها وأخذها بعين

(1) حيث أصبحت المادة 125 م المعدلة بالقانون رقم 05-10 سابق الذكر، تنص على أنه: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيلة إلا إذا كان مميزا".

(2) جاءت المادة 175 م، كالتالي: " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين". تقابلها المادة 214 م.

(3) إذا كان الضرر جرحا فقد يلتئم الجرح وقد تسوء حالته، وإذا كان الضرر ماديا ينصب على المال فقد تتغير قيمة الأشياء التي وقع عليها الضرر. فإذا فرضنا أن شخص أتلّف مالا لتاجر فرفع التاجر دعوى على هذا الشخص ولم يحكم عليه بالتعويض إلا بعد مرور سنة، ثم استأنف المحكوم عليه الحكم ولم يقضى في الاستئناف إلى بعد ستة أشهر، فقد يحدث وأن تتغير قيمة الأشياء التي وقع عليها الضرر، بسبب انخفاض قيمة النقد. أنظر: منير قزمان، المرجع السابق، ص 82.

الإعتبار عند قيامه بتقدير التعويض، ويعود سبب أهميتها إلى عدم بث المحاكم في الدعاوى المعروضة عليها بالسرعة المطلوبة، وذلك عائد إما لزحمة العمل القضائي اليومي، وإما لسبب يرجع إلى الخصوم أنفسهم كعدم المراجعة، أو عدم الحضور في اليوم المحدد للمراجعة، وغيرها من الأسباب<sup>(1)</sup>.

لهذه الأسباب وجب البحث عن الوقت الذي يجب على القاضي مراعاته عند تقدير التعويض، لكن قبل تحديد هذا الوقت يتحتم التمييز أولاً بين الوقت الذي ينشأ فيه حق المضرور في التعويض، والوقت الذي يتعين فيه تقدير التعويض.

ثار خلاف فقي حول وقت تقدير التعويض، وسبب هذا الخلاف خلافاً آخر حول طبيعة الحكم القاضي بالتعويض، حيث ذهب البعض إلى أن الحكم بالتعويض كاشف لحق المضرور، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن حكم القاضي منشأ لهذا الحق.

القول بأن الحكم كاشف، يعني أن حق المضرور ينشأ وقت وقوع الضرر<sup>(2)</sup>، وعليه يجب أن يقدر التعويض في هذا الوقت بالذات<sup>(3)</sup>. أما القول بأن الحكم منشأ، يعني أن حق المضرور ينشأ وقت الحكم<sup>(4)</sup>، ويجب أن يقدر التعويض في هذا التاريخ<sup>(5)</sup>.

حاول جانب ثالث من الفقه، الجمع بين الرأيين والقول بأن حكم القاضي كاشف بالنسبة

(1) أنظر: حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 171.

(2) حسب هذا الفقه يترتب على إعتبار الحكم كاشف، أن المسؤول يمكن أن يقوم بدفع التعويض أو التصالح عليه أو التعهد بأدائه قبل صدور الحكم. وأن المضرور يعتبر دائماً مند وقوع الضرر، فلو أفلس المسؤول بعد ذلك التاريخ كان من حق المضرور المشاركة في التقلية. وأن القانون الذي يطبق على الدعوى هو القانون القائم عند وقوع الضرر. كما أن التقادم يبدأ سريانه مند وقوع الضرر. وأن المضرور حتى قبل صدور الحكم بإمكانه إتخاذ إجراءات تحفظية ضد المسؤول. أنظر: محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 217-218، ف 47، هـ 131.

(3) أسسوا ذلك على أن المسؤولية تترتب على ما وقع من ضرر، فلا يمكن تصور نشوء حق للشخص في التعويض قبل أن يصاب بضرر، من هنا تكون العبرة بتاريخ وقوع الضرر وحكم التعويض ليس إلا كاشفاً ومقررراً لحق التعويض لا منشأ له. واستند أنصار هذا الرأي إلى بعض الأحكام القضائية منها ما قضت به محكمة بورجو الفرنسية في 1947/5/21، ومحكمة السين في 1947/7/16، بأن الحق في التعويض يولد من وقت الاعتداء على المصلحة المشروعة للضحية. وبذلك ينشأ الحق في التعويض من وقت قيام أركان المسؤولية المدنية الثلاثة. وأنه يجب تقدير التعويض وفقاً للعناصر التي كانت موجودة وقت نشوء الحق في التعويض أي وقت وقوع الضرر. أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 209-210؛ منير قزمان، المرجع السابق، ص 83.

(4) ذهب هذا الفقه إلى أن الفوائد لا تجري على المبالغ المستحقة إلا مند صدور الحكم. كما أن التغييرات التي تلحق بالضرر مند وقوعه وحتى صدور الحكم تأخذ بعين الاعتبار. كما أن الخسارة التي تلحق بالمضرور تقدر بالنظر إلى ما كان يمكن أن يتلقاه هذا المضرور من أجر حين صدور الحكم. أنظر: محمد صبري الجندي، المرجع نفسه، ص 218، ف 47، هـ 132.

(5) من أنصار هذا الرأي الفقيه مازو، وأسسوا ذلك إلى كون الحق في التعويض يكون غير محدد المقدار، فالحكم هو الذي يحدد مقداره، لذلك يجب الاعتداد بجميع العناصر التي توجد وقت الحكم. وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في 1936/11/5، بأن حق المضرور في التعويض ينشأ من تاريخ صدور الحكم. وهذا ما أيدته في حكمها الصادر بتاريخ 1947/12/2. أنظر: مقدم سعيد، المرجع نفسه، ص 209؛ بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 105؛ مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 388.

لحق المضرور<sup>(1)</sup>، ومنشأ بالنسبة لتحديد مقدار التعويض وهذا هو الرأي الأصح<sup>(2)</sup>.

### البند الأول: الفقه المؤيد لقاعدة تقدير التعويض وقت الحكم به

حسم القضاء الفرنسي هذا الموضوع ف فيما يتعلق بوقت نشوء حق المضرور في التعويض، قرر أن هذا الحق ينشأ وقت وقوع الضرر ذاته. فينشأ حق التعويض للمضرور في المسؤولية التقصيرية من وقت وقوع الضرر، ولا يعتد بالتالي بوقت وقوع الفعل الضار في التقدير، لأن هذا الأخير قد لا يتزامن صدوره مع وقوع الضرر. أما بالنسبة للمسؤولية العقدية فينشأ الحق في التعويض مند تحقق نتيجة الإخلال بالإلتزام العقدي، فالفترة السابقة - أي من وقت إبرام العقد وقبل ثبوت الإخلال - لا تدخل في الاعتبار لأن الضرر المستحق عنه التعويض يبدأ احتسابه من وقت ثبوت الإخلال<sup>(3)</sup>.

أما وقت تقدير التعويض فهو وقت صدور الحكم النهائي به<sup>(4)</sup>. وفي هذا قررت محكمة النقض الفرنسية، في 15 يوليو 1943، أنه: " إذا كان حق المضرور في الحصول على تعويض عن الضرر يوجد منذ وقوع الضرر إلا أن تقدير هذا الضرر يجب أن يحصل وفقا لما تكون عليه حالة المضرور وقت صدور الحكم، وأنه إلى أن يصدر الحكم يكون محل الحق غير محدد ومن ثم فإن القاضي في تحديده مقدار التعويض يجب أن يعتد بجميع الحوادث التي تكون قد حدثت إلى اليوم الذي يصدر فيه الحكم"<sup>(5)</sup>.

كما قررت محكمة النقض المصرية، في قرار لها بتاريخ 1957/11/14، بما يلي: "

(1) قرر القضاء الفرنسي، أن الحكم الصادر بالتعويض مقررا للحق وليس منشأ له باعتباره يفصل في نزاع قائم، فقد ورد في قرار لمحكمة النقض الفرنسية في 1971/4/21، جاء فيه: " أن الحق في التعويض ينشأ ابتداءً من وقت وقوع الضرر أو من الوقت الذي يصبح فيه محققاً أن الضرر سيقع، ويعتبر الحكم بالتعويض مقررا لهذا الحق وليس منشأ له". وقد كان موقف القضاء العراقي مطابقاً لموقف القضاء الفرنسي، حيث ورد في قرار لمحكمة التمييز العراقية في 1966/12/8، أن: " الأحكام التي تفصل في نزاع تعتبر مقررة للحق لا منشئة له". أنظر: حسن حنتوش الحساوي، المرجع السابق، ص 172.

(2) هذا الرأي الوسط قالت به الأستاذة لوسين ريبير، في رسالتها لسنة 1933، وأخذ به الفقيه لالو، الذي قام بالتمييز بين الإلتزام بتعويض الضرر الذي ينشأ وقت حدوث الضرر، ليتحول إلى التزام بدفع تعويض وقت الحكم، ولذلك يجب الاعتداد بهذا الوقت في تقدير مبلغ التعويض. أنظر: عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 69، ف 83؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 239-240، ف 269؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 210-211؛ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 272.

(3) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 191، ف 114، هـ 2؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر، ص 14-15، ف 8-9؛ محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 298.

(4) Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 184.

(5) كما قضت في قرار لها مؤرخ 1942/3/24، بأنه: " إذا كان حق المضرور في تعويض الضرر الذي لحقه ينشأ بمجرد حدوث هذا الضرر، فإن تقدير الضرر وتقويمه يجب أن يقوم به القاضي وقت الحكم بالتعويض". راجع كذلك القرار المؤرخ في 1947/4/17. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 192، ف 114، هـ 2؛ قالية فيروز، المرجع السابق، ص 183.

جرى قضاء محكمة النقض بأنه كلما كان الضرر متغير تعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم<sup>(1)</sup>.

وأتجهت أغلب القوانين إلى جعل وقت إصدار الحكم هو وقت تقدير التعويض. فالتعويض يجب أن يتم تقديره وفقا للحالة التي وصل إليها الضرر يوم الحكم، سواء اشتد الضرر أو خف<sup>(2)</sup>.

نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في المادة 131 م، التي جاءت كالتالي: " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب... فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"<sup>(3)</sup>.

هذا هو الحل المؤيد من قبل غالبية الفقهاء<sup>(4)</sup>، وهذا راجع إلى أن التعويض لن يؤدي وظيفته المتمثلة في جبر الضرر الذي لحق بالمصاب إلا إذا رفع الضرر الذي لحقه، وبما أن هذا لن يتم إلا بالحكم بالتعويض فيجب أن يكون التعويض بقدر قيمة الضرر في ذلك التاريخ وهو تاريخ الحكم. بالإضافة إلى ما يحققه هذا الحل من عدالة، فهو يضمن للمضروور تعويض عن كل الضرر الذي لحقه وذلك بتجنيبه الخسارة التي قد تلحق به، وحالات تقاوم الضرر تبعا

---

(1) هذا ما ذهب إليه محكمة النقض السورية، في إجتهادها وقالت: " إن العبرة في تقدير التعويض هي بيوم الحكم لأن الضرر إذا كان متغيرا، تعين النظر فيه على أساس ما صار إليه عند الحكم، إذ أن المسؤول عن هذا الضرر مكلف بجبره بصورة كاملة ولا يعتبر التعويض كافيا لجبر الضرر إذا لم يراع في تقديره قيمته عند صدور الحكم". كما قررت في عام 1987، أن التعويض يقدر في يوم صدور الحكم، حيث جاء كالتالي: " في المسؤولية التقصيرية، يقدر القاضي التعويض بيوم صدور الحكم، سواء إشتد الضرر أو خف، زاد سعر النقد أو انخفض، زادت أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو انخفضت". أنظر: أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 557-558؛ حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 139-140؛ سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 83، ف 3.

(2) أنظر: زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 326؛ محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 298؛ سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 420، ف 419؛ حسن حنتوش الحسناوي، المرجع السابق، ص 173؛ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 264-265؛ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، ج 2، ص 250، ف 61؛ السيد عبد الوهاب عرفه، المرجع السابق، ص 84، ف 64.

(3) تقابلها المادة 170 م.م؛ والمادة 171 م سوري؛ أما المشرع العراقي فقد كان موقفه غامضا حيث لم يتضمن نص المادة 208 منه، عبارة "وقت الحكم" حيث جاءت كالتالي: " إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديدا كافيا فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بالنظر في التقدير". أما المشرع الأردني في المادة 363 منه، وقانون معاملات مدنية إماراتي في المادة 386، فقد ألزما القاضي بتقدير التعويض وقت وقوع الضرر، أي وقت نشوء الحق، وليس وقت صدور الحكم، حيث جاءت المادتين على النحو التالي: " إذا لم يكن الضمان مقدرا في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره - القاضي يقدره، في النص الإماراتي- بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه"، وبهذا تكون هذه المادة قد وضعت أساسا لزم تقدير التعويض، وهو أن يكون يقدر الضرر وقت وقوعه، فيتم التقدير بالرجوع إلى هذا الوقت. إلا أن المشرع الأردني عكس المشرع الإماراتي، أجاز للقاضي مراجعة مبلغ التعويض الذي سبق الحكم به وذلك في المادة 268 منه. أنظر: محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 221، ف 50، هـ 141.

(4) في هذا يقول الفقيه هنري لالو " إن كانت الأحكام معلنة للحقوق وكان الإلتزام بالتعويض قد نشأ ووجد قبل الحكم إلا أن مبلغ التعويض يأخذ مبدأه الزمني يوم صدور الحكم". أنظر: حسام الدين الأحمد، المرجع نفسه، ص 140.

لتقلبات الأسعار وحالات التضخم النقدي ومشاكله، كما يحصر إلتزام المسؤول بتعويض الأضرار التي لحقت المضرور دون غيرها<sup>(1)</sup>.

### البند الثاني: الفقه المخالف لقاعدة تقدير التعويض وقت الحكم به

تعرضت قاعدة تقدير التعويض وفقا لقيمة الضرر وقت صدور الحكم لعدة إنتقادات، بعضها يشمل المسؤولين والبعض الآخر يقتصر على المسؤولية العقدية، يتم عرض هذه الإنتقادات والرد عليها كالتالي:

أولا: قيل أن التغيير اللاحق بالضرر لا يرتبط مع فعل المسؤول بعلاقة سببية، وأن سببه أمر بعيد عن المسؤول وهو التغيير في الأسعار، وبالتالي لا يجب إلزام هذا الأخير بتعويض ضرر لاحق يرجع إلى سبب أجنبي عنه<sup>(2)</sup>.

لم يقبل هذا الاعتراض كونه يخلط بين الضرر وقيمه، لأن الضرر رغم تغير الأسعار يبقى ثابتا لأن التغيير يلحق قيمته فقط. وأنه لا يوجد ضرر يرجع إلى المسؤول وآخر يرجع إلى الظروف الاقتصادية بل هو ضرر واحد تغيرت قيمته. كما أن إرتفاع الأسعار ليس هو السبب الذي يؤدي بالمضرور إلى حالة من البؤس الاقتصادي، وإنما هو العجز الجسماني الناتج عن الحادث، فلو كان الشخص في كامل قدراته لما وصل به الحال إلى البؤس، ولو كان قادرا على الصمود والتأقلم مع الظروف عن طريق العمل وزيادة الدخل<sup>(3)</sup>.

ثانيا: يقع على المضرور نفسه إصلاح الضرر الذي أصابه بمجرد حدوثه حتى يبتعد عن خطورة تفاقمه وزيادته لاحقا، وأن تقصيره في ذلك يجعله يتحمل تبعته، فلا يمكن وفقا لهذا الرأي الإعتداد بقيمة الضرر وقت الحكم إلا إذا إستحال على المضرور إصلاح هذا الضرر فور إصابته به<sup>(4)</sup>.

إلا أن هذا الإتجاه يبدو منتقدا، إذ لا يوجد أي التزم على عاتق المضرور يفرض عليه عبء إصلاح الضرر الذي تعرض له، فهذا القول يفرض على المضرور إصلاح الضرر الذي

(1) يترتب عن هذا القول أنه لا بد من الرجوع إلى يوم وقوع الضرر من أجل تعيين شروط استحقاق التعويض، وهذا ما ينتج عنه أن فاقد الأهلية يوم وقوع الإخلال بالإلتزام لا يعتبر مسؤولا، ولو اكتسب أهليته أو استعادها يوم الحكم. وأن من يولد للمتضرر بعد وقوع الفعل وقبل تاريخ الحكم، ليس له حق بالتعويض. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 193، ف 114؛ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 70، ف 85؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 242، ف 271؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 84-85.

(2) أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 204، ف 51.

(3) أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع نفسه، ص 204، ف 51.

(4) أنظر: بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 79-80.

أحقه به المسؤول على الرغم من أن المتحمل لهذا الإلتزام هو المسؤول<sup>(1)</sup>.  
ثالثاً: إستند الإعتراض على فكرة العدالة، فلا يجب أن يكون من شأن بطء إجراءات التقاضي تشديد الإلتزام المسؤول، لأن الحكم لو صدر قبل ازدياد الأسعار لما زاد مبلغ التعويض.  
إلا أن هذا الإعتراض يعتبر في الحقيقة حجة للإعتداد بقيمة الضرر وقت الحكم، فمن باب العدالة عدم تحميل المضرور دون المسؤول نتائج بطء الإجراءات. بالإضافة إلى أن التسرع في القضاء يمكن أن يتسبب في افتقاد العدالة وذلك بصدور أحكام مستعجلة<sup>(2)</sup>.  
رابعاً: قيل بأنه في مجال المسؤولية العقدية لا يمكن إلزام المسؤول بالتعويض عن الزيادة في قيمة الضرر الناتجة عن الظروف الاقتصادية، لكونها أضرار غير متوقعة<sup>(3)</sup>. إستناداً إلى المادة 1150 م.ف، والتي تقابلها المادة 2/221 م.م، والمادة 2/182 م.ج، التي تقرر أن المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيم لا يلزم إلا بتعويض الأضرار المتوقعة، ويعفى من تعويض الأضرار غير المتوقعة<sup>(4)</sup>.

رفض هذا الإعتراض بدوره، فالضرر كما سبق توضيحه لا يتغير بل يظل ثابتاً والذي يتغير هو قيمته فقط. بالإضافة إلى أن تغير الأسعار لا يعتبر في الوقت الحالي من الأمور غير المتوقعة<sup>(5)</sup>، لأن العبرة في تحديد الأضرار المتوقعة بعناصر الضرر وليس بقيمتها<sup>(6)</sup>.  
رغم هذه الإنتقادات تبقى القاعدة المطبقة في هذا المجال، تقضي بأن القاضي يقدر التعويض المستحق للمضرور يوم صدور الحكم، سواء اشتد الضرر أو خف، زاد سعر النقد أو إنخفض، زادت أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو إنخفضت<sup>(7)</sup>.

(1) أنظر: بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 79-80.

(2) ليس من العدل تحميل المضرور عبء التغيرات الاقتصادية، وأن تحمل المسؤول هذه الأخير يتلاءم أكثر مع العدالة. أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 206-207، ف 54.

(3) أصدرت الدائرة التجارية حكماً بتاريخ 16 فبراير 1954، ذهبت فيه إلى أن الزيادة التي تطرأ على قيمة الضرر نتيجة لإرتفاع الأسعار ليست ضرراً غير متوقع الحصول، وبالتالي يسأل عنها الطرف الذي أخل بالوفاء بالتزاماته العقدية حتى ولو لم يقع منه أي خطأ جسيم. أنظر: فؤاد وصفي أبو الذهب، تعليقات على الأحكام الأجنبية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الأولى، العدد الثالث، يوليو- سبتمبر، س 1957، ص 122-123.

(4) أنظر سابقاً الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع، ص 95.

(5) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 194-197، ف 115، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر، ص 34-40، ف 26-30.

(6) بالإضافة إلى ما قد يترتب على إرتفاع الأسعار من نتائج ضارة بالمضرور، حيث يصبح المقابل النقدي الذي كان كافياً للحصول على الشيء الذي تعرض إلى التلف أو الهلاك أو الفقد، يحتاج إلى تكلفة بالزيادة عليه حتى يمكن الحصول على شيء مماثل، وبالتالي لن يكون تعويض المضرور بقدر قيمة الشيء وقت صدور الفعل الضار كافياً للحصول على شيء مماثل وقت صدور حكم التعويض. أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر، ص 40، ف 30.

(7) أنظر: وسيم حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 39.

## الفرع الثاني: أثر تغير قدر وقيمة الضرر على التعويض

إن إعمال قاعدة تقدير الضرر وقت صدور الحكم تترتب عنها نتائج مهمة، وهي أن القاضي يأخذ في الحسبان كل ما يطرأ على الضرر من تغير، من يوم وقوعه إلى وقت صدور الحكم بالتعويض<sup>(1)</sup>. أو ربما يتعدى الأمر ذلك ليصل إلى مدة الطعن في الحكم أو فترة تنفيذه. كثيرا ما يكون الضرر الذي يلحق بالمضروب متغيرا زيادة أو نقصانا<sup>(2)</sup>، بسبب عامل الزمن وما يلحق به من تطورات متوقعة وغير متوقعة تؤثر في قدره. كما قد يتغير الضرر اللاحق بالمضروب ليس في قدره، وإنما في قيمته، وبهذا يظل الضرر ثابتا وتبقى عناصر كما هي ولكن قيمة هذا الضرر هي التي تتغير نتيجة ظروف إقتصادية ومالية<sup>(3)</sup>.

يتم توضيح أثر تغير كل من قدر وقيمة الضرر على تقدير التعويض في بندين:

### البند الأول: أثر تغير قدر الضرر على التعويض

لا يعقل أن ينتظر القاضي ولا يصدر حكمه في حالة ما إذا كان الضرر متغيرا إلى غاية ثباته وإستقراره نهائيا، بل عليه تقدير التعويض وفقا للقدر المتحقق من الضرر وقت النطق بالحكم دون إنتظار التطورات اللاحقة. كما أن هذا الحكم نفسه الصادر من محكمة أول درجة، قد يتم الطعن فيه بالإستئناف، بالإضافة إلى ذلك قد ينقضي وقت قبل تنفيذ هذا الحكم ووفاء المسؤول بالتعويض للمضروب.

إذا طرأ تغير على الضرر زيادة أو نقصان بعد صدور الحكم بالتعويض، أو إذا تغير هذا الضرر من وقت صدور الحكم الإبتدائي إلى حين صدور الحكم بالإستئناف، أو تغير خلال الفترة الواقعة بين النطق بالحكم وتنفيذ المسؤول. هل يملك المضروب في حالة تقادم الضرر أو المسؤول في حالة تقلص الضرر الحق في إعادة النظر في التعويض السابق تقديره؟. للإجابة على هذا التساؤل وجب التمييز بين أثر تغير الضرر السابق على الحكم بالتعويض، وأثر هذا التغير اللاحق على الحكم النهائي للتعويض.

(1) Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 184.

(2) الضرر المتغير هو الذي لا يستقر، إنما يتردد بين التقادم والنقصان بغير إستقرار في إتجاه بذاته، وقد يحدث بسبب ظرف طارئ بين فترة إرتكاب الخطأ وحصول الضرر. أنظر: زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 326؛ حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 139؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 201.

(3) يتخذ الضرر المتغير صورتان أولها التغير الذي يطرأ على الضرر ذاته بما يؤثر في العناصر المكونة له، فيختلف قدره بالزيادة أو النقصان. أما ثانيها فلا يتغير الضرر في ذاته بل تظل عناصره المكونة له كما كانت حين وقوعه، بل يطرأ التغير على قيمته المعبر عنها بالنقود، فتختلف القيمة النقدية إنخفاضا أو إرتفاعا عما كانت عليه وقت وقوعه، بسبب تغير القوة الشرائية للنقود نتيجة ظروف إقتصادية. أنظر: أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 555.

## أولاً: تغير قدر الضرر قبل الحكم بالتعويض

يقع على القاضي الإعتداد بكل تقلص وتحسن يطرأ على حالة المضرور بعد وقوع الضرر إلى غاية النطق بالحكم أياً كان سبب هذا التحسن<sup>(1)</sup>، غير أن القاضي لا يعتد بتشدد وتفاقم الضرر اللاحق إلا إذا إرتبط بالمسؤول<sup>(2)</sup>.

### 1- تفاقم قدر الضرر قبل الحكم بالتعويض

إذا تشدد وتفاقم الضرر وقت الحكم، عما كان عليه وقت تحققه، فلا يعتد القاضي كما سبق شرحه بكل تفاقم أياً كان سببه<sup>(3)</sup>، بل يعتد فقط بالتفاقم الذي يعود سببه إلى المسؤول<sup>(4)</sup>. ويكون القاضي هنا أمام ضرر متعاقب أو متتابع، فتدخل كل زيادة فيه في حساب التعويض المستحق للمضرور. ويبدأ وقت الإعتداد بتفاقم الضرر، من الوقت الذي تحقق فيه التفاقم

---

(1) طالما تحسنت حالة المضرور أياً كان سبب ذلك فهذا يعني أن أثر الفعل الضار قد إنخفض وتقلص، حتى وإن كان هذا التحسن راجع إلى سبب أجنبي عن منشئ الضرر، فإن هذا الأخير يستفيد من ذلك التحسن لأن العبرة في تقدير التعويض بالضرر الذي لحق المصاب بالفعل، وفي هذا قررت محكمة النقض المصرية في 1947/4/17، بأنه: " وكلما كان الضرر متغيراً تعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم، مراعيًا التغير في الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسؤول أو نقص كائناً من كان سببه...". أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 205-206، ف 117-118، هـ 1، محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 160، ف 137.

(2) المسؤول عن الضرر لا يسأل إلا عن الضرر الذي أحدثه بخطئه، فلا مسؤولية عن اشتداد الضرر وتفاقمه، لأنه لا يرجع إلى خطئه بل إلى خطأ شخص آخر، وهذا الأخير هو الذي يلزم بالتعويض عن هذه الزيادة. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، في القرار المذكور في الهامش أعلاه. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، ص 1103، ف 649، هـ 1؛ نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 269؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 201.

(3) قد يحدث ويتفاقم الضرر نتيجة خطأ المضرور، كما لو أهمل هذا الأخير العلاج الذي أوصى به الطبيب أو امتنع ورفض إجراء عملية جراحية، أو لم يحمي باتباع التعليمات الطبية الصادرة إليه من المسؤولين عن علاجه. فلا يسأل الطبيب في هذه الحالة عما نتج من تفاقم. كما لا يسأل عن موت المضرور إذا تبين أنه أقدم على الانتحار، ولم يكن السبب الذي دفعه إلى الانتحار الحادث الذي تسبب به المسؤول، وهذا ما قضت به المحكمة العليا، في قرار لها صادر بتاريخ 1988/5/25. أنظر: بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 86؛ عبد الحليم نجاشي الزهيري، حدود المسؤولية المدنية عن الخطأ في وصف الدواء وتفاعلاته الضارة، مجلة جامعة عمان للعلوم والتكنولوجيا، مجلد الرابع عشر، عدد الثالث، كانون الأول 2009، ص 201.

(4) إذا فقد شخص إحدى عينيه في حادث، ثم تعرض لحادث آخر أفقده عينه الأخرى، فإن العمى الذي يصيب هذا الشخص يكون نتيجة الحادث الثاني الذي كان سببه الغير، وهنا القاضي عند تقدير التعويض لا يعتد بما صار عليه الضرر، وإنما بما كان عليه وقت الحادث الأخير، فيغفل القاضي الزيادة في الضرر، ولكن لا يعفى المسؤول من التعويض كلية، لأن من فقد عينيه لا يمكن أن يترك بدون تعويض، مادام التعويض الثاني لن يكون كاملاً وإنما يقتصر على الضرر الجديد فقط، أي الفرق بين كامل الضرر الذي نتج عن الحادث الثاني، والضرر الذي نتج عن الحادث الأول. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة الجناح السين، بتاريخ 1965/5/5، بشأن التعويض المستحق في ذمة المتسبب عن الإصابة الثانية، بوجوب انتقاص التعويض بقدر نسبة العجز الذي ينسب إلى المسؤول عن الإصابة الأولى، حيث أنقصت المحكمة ما يعادل نسبة الثلث من التعويض المستحق عن العجز الكامل، لأن الحكم بتعويض كامل على المسؤول الثاني، من شأنه تحقيق نفع يفوق قدر الضرر الواقع، إذا أخذ بالاعتبار ما تلقاه المضرور من تعويض من المسؤول الأول. ونفس الحكم يطبق بالنسبة للأضرار التي تلحق بالأشياء، فازدياد وتفاقم الضرر اللاحق بالشيء لسبب لا يرجع إلى المسؤول لا يعتد به في التقدير، فإذا هلك أو فقد الشيء الذي سبق وأن تعرض لتلف جزئي قبل حصول صاحبه على تعويض، لا يكون لفقد أو هلاك الشيء تأثير في قدر التعويض الذي يلتزم به متسبب الحادث الأول. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، ص 1102، ف 649، هـ 2؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 210-211، ف 121؛ محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 298؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر، ص 160، ف 121.

وليس قبل ذلك ولا بعده<sup>(1)</sup>.

إذا تعرض شخص لحادث سيارة سنة 2000، وترتب على هذا الحادث عجز عن العمل وتلف في السيارة، فرغ هذا الشخص دعوى قضائية سنة 2002، وصدر الحكم بالتعويض سنة 2005، وكان العجز وقت حدوثه سنة 2000 يمثل نسبة 50%، ولكنه تقادم سنة 2003 ليصل إلى نسبة 100%، فإن التعويض هنا يقدر على أساس 50% من سنة 2000-2003، ويمثل 100% ابتداء من سنة 2003 إلى غاية صدور الحكم سنة 2005<sup>(2)</sup>.

نفس الحكم إذا تغير الضرر بين حكم أول درجة وحكم الاستئناف، حيث يتقيد قاضي الاستئناف شأنه شأن قاضي أول درجة بتقدير الضرر وقت إصدار الحكم بالتعويض<sup>(3)</sup>. لذلك لا يحتاج تعويض ما زاد من ضرر إلى دعوى جديدة، بل يحق للمضرور أن يطالب بزيادة التعويض أمام محكمة الاستئناف عن المبلغ الذي ادعى به أمام محكمة أول درجة طالما تقادم هذا الضرر<sup>(4)</sup>.

## 2- تقلص قدر الضرر قبل الحكم بالتعويض:

وجب على القاضي إذا قل قدر الضرر وقت الحكم بالتعويض عن قدره وقت وقوعه، الإعتداد بهذا التحسن طالما تم ذلك قبل النطق بالحكم، غير أن هذا الإعتداد يقتصر على

---

(1) قضت المحكمة العليا، أنه بحسب تعويض تقادم الضرر على أساس تاريخ الخبرة الطبية التي أثبتت التقادم، وليس تاريخ الحادث. قرار رقم 374825، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2007/10/17. نقلا عن جمال سايس، الإجتهادات الجزائرية في القضاء الجزائري، ج 4، ص 1472.

(2) نفس الحكم يطبق في حالة تقادم الضرر الذي يصيب المضرور إثر تلف وهلاك الأشياء أو الحيوانات التي يملكها. فإذا تعرض منزل لحريق وأتلف جزء منه، وفي وقت لاحق تهدم المنزل كله نتيجة الحريق نفسه الذي لم يظهر أثره إلى مؤخرًا، وجب على القاضي عند تقديره للتعويض أن يعتد بتهدم هذا البناء. نفس الحكم في حالة المنافسة غير المشروعة، حيث يجب على القاضي أن يدخل في تقديره كل ضرر جديد حدث نتيجة هذه المنافسة لأن الضرر في هذه الحالة يكون مستمرا متتاليا. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 208-209، ف 120؛ بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 84.

(3) قضت محكمة النقض المصرية، في 1980/4/28، بأن: " التعويضات التي أجازت الفقرة الثانية أصول من المادة 235 المطالبة بزيادتها استثناء أمام محكمة الاستئناف هي التعويضات التي طرأ عليها ما يبرر زيادتها عما حددت به في الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة، وذلك نتيجة تقادم الأضرار المبررة للمطالبة بها...". مقتبس من أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 562.

(4) تطبيقا لذلك إذا كان الحكم بالتعويض غير نهائي، وطعن فيه بالاستئناف يجوز للمضرور أن يعدل مقدار التعويض الذي طالب به، ولو كان ذلك عن أضرار جديدة لم يتبين حدوثها ولم يطالب بتعويضها أمام محكمة أول درجة، وهذا لا يعتبر طلب جديد لا يجوز طرحه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وفقا للقاعدة التي تقضي بعدم جواز تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف. بل هو طلب مكمل للطلب الأصلي وبالتالي جائز، كما يعتبر هذا الطلب من التضمينات التي يجسدها مبدأ التعويض الكامل. أنظر: أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 317؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 212، ف 122؛ حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 142-143؛ وسيم حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 603.

الفترة اللاحقة لتقلص الضرر وتحسنه<sup>(1)</sup>.

إذا كان العجز الذي لحق المضرور في المثال السابق، سنة 2000 بنسبة 100%، ثم تحسنت حالة المضرور لتصبح 50% سنة 2003، فعلى القاضي الاعتداد بهذا التحسن من يوم حدوثه أي من سنة 2003، لا قبل هذا التاريخ ولا بعده. فلو اعتد القاضي بهذا التحسن قبل حدوثه يكون قد أغفل حق المضرور في التعويض عن الضرر الذي لحقه في الفترة من وقوعه إلى غاية تحسنه أي من سنة 2000-2003، وإذا لم يعتد به أو إعتد به وقت الحكم فقط، فيكون قد عوض المضرور عن ضرر غير واجب التعويض عنه<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: تغير قدر الضرر بعد الحكم بالتعويض

يعتد القاضي عند تقدير التعويض بكل تغير يطرأ على الضرر الذي لحق المضرور. فإذا صار حكم التعويض نهائي حاز لقوة الشيء المقضي به، وأصبح غير قابل لإعادة النظر فيه.

لكن قد يتغير قدر الضرر الذي تم على أساسه تحديد هذا التعويض النهائي، وفي هذه الحالة هل يمكن للقاضي تعديل قدر التعويض الذي صدر به حكم نهائي ليتلاءم مع التغيرات التي لحقت بالضرر، فيزيد من قدر هذا التعويض أو ينقص منه؟. للإجابة على هذا التساؤل يجب التمييز بين الحالة التي يزيد ويتفقم فيها الضرر، والحالة التي يتقلص فيها.

### 1- تفاقم قدر الضرر بعد الحكم بالتعويض:

في الواقع العملي إذا لم يتأكد القاضي من تحقق الضرر المستقبلي قصر تقدير التعويض على أساس الضرر الحال الذي تحقق بالفعل، أما بالنسبة للضرر المستقبلي المحتمل الوقوع فله العديد من الوسائل والحلول تمكنه من معالجته<sup>(3)</sup>.

(1) هنا يستوي أن ترجع تحسن حالة المصاب إلى فعل المضرور أم كانت بفعل المسؤول. لكن يجب في الحالة الأولى على القاضي عند تقدير التعويض الأخذ بالاعتبار النفقات التي تكبدها المضرور من أجل أن تتحسن حالته، لأن هذه النفقات كما سبق توضيحه تعتبر خسارة لاحقة. وفي هذا قضت محكمة النقض السورية في 1987، بأن: "... للمضرور الذي قام بإصلاح الضرر من ماله المطالبة بما صرفه فعلاً". أنظر: أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 557-558؛ محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 219-220، ف 38.

(2) كذلك قد يستفيد المسؤول بضرر جديد أحل بالمضرور فوضع حدا للضرر الأول. إذا أصيب شخص في حادث فأنقص قدرته على العمل، وقيل أن يحكم للمضرور بالتعويض أصيب في حادث آخر أدى إلى وفاته، فالمسؤول عن الحادث الأول يستفيد من هذا الموت الذي وضع حدا للضرر الأول، لأن القاضي في تقديره للتعويض عن الضرر الأول يأخذ بعين الاعتبار ما أصاب المضرور من عجز عن العمل إلى غاية يوم الموت فحسب. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، ص 1102، ف 649، ه 3؛ محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 298-299؛ بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 89؛ أصالة كيوان كيوان، المرجع نفسه، ص 559.

(3) يكون القاضي هنا بصدد ضرر يصعب تحديد مدها نهائياً وقت الحكم. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، ص 1102، ف 649،

فله أن يجعل التعويض في صورة إيراد أو مرتب دوري يحدد قدره بصفة مؤقتة، مع تقرير إمكانية إعادة النظر فيه مستقبلاً<sup>(1)</sup>. وله كذلك أن يقرر التعويض عن فترة زمنية محددة، سواء كانت سنة أو أكثر أو أقل يعاد بعدها تقدير التعويض من جديد<sup>(2)</sup>. أو أن يحتفظ في حكمه للمضور بالحق في اللجوء مستقبلاً إلى القضاء للنظر فيما إنتهى عليه قدر الضرر. وهذه الحلول تتخذ إذا لم يستطع القاضي تبين مدى الضرر المستقبل قبل تحققه، وإضطر بسبب ذلك إلى تقدير تعويض مؤقت عما إستطاع تبينه، ونتيجة لذلك يكون للمضور الحق في إستكمال التعويض بمجرد تحقق زيادة الضرر<sup>(3)</sup>. وهذا ما نصت عليه المادة 131 م سابقة الذكر<sup>(4)</sup>.

يستنتج من نص هذه المادة أن التعويض التكميلي شرع لمواجهة الحالة التي يصعب ويتيسر فيها تعيين مدى الضرر وقت النطق بالحكم<sup>(5)</sup>. ويجب على المضور في هذه الحالة إقامة الدليل على تفاقم وزيادة قدر الضرر، حتى يحق له المطالبة بتعويض تكميلي في حالة الحكم له بتعويض مؤقت<sup>(6)</sup>. كما يجب أن يكون الحكم الصادر بالتعويض المؤقت، قد احتفظ للمضور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة في الحكم بإعادة النظر في التقدير، والمطالبة

---

(1) أنظر سابقا التعويض النقدي، ص 63.

(2) يجوز للقاضي الحكم بنفقة مؤقتة للمضور إذا كان في حاجة قصوى لها، يقوم بدفعها المسؤول من حساب التعويض الذي سيحكم به في النهاية، لكن يشترط هنا عدة شروط منها أن يكون مبدأ المسؤولية قد تقرر ولم يبقى سوى تقدير التعويض، وأن تكون عناصر تقدير التعويض لم تستقر بعد. وأن يكون المضور في حاجة ماسة إلى هذه النفقة. وأخيراً أن يكون مبلغ النفقة أقل من مبلغ التعويض. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، ص2، ص 1103-1104، ف 650؛ محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام، ص 173، ف 137؛ زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 327.

(3) إذا رأى القاضي وقت إصدار حكمه بالتعويض أن هناك عناصر لم تستقر بصفة نهائية، وأن الضرر من المحتمل أن يتطور، فله أن يحكم بتعويض مؤقت مع حفظ حق المضور في المطالبة خلال فترة معينة في إعادة النظر في تقدير التعويض. أنظر: سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 421، ف 409؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 162، ف 137، هـ 1؛ أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 317؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص 158-159، ف 358.

(4) جاء فيها ما يلي: "... فله أن يحتفظ للمضور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

(5) يقصد بالتعويض التكميلي، التعويض الذي يطالب به المضور بدعوى ثانية بعد أن يكون قد قضى له في الدعوى الأولى بتعويض عن الضرر الذي أصابه، فيكون موضوع الدعوى الثانية تكملة لموضوع الدعوى الأولى. أنظر: عبد الجليل بدوي، التعويض المؤقت والتعويض التكميلي وحجية الشيء المقضي فيه، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الخامسة، العدد الثالث والرابع، سبتمبر 1961، ص 179.

(6) إذا حكم للمضور بهذا التعويض فإن الضرر يكون قد تم جبره بصورة كاملة من خلال التعويض المؤقت والتكميلي. أنظر: أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 564.

بتعويض تكميلي<sup>(1)</sup>.

إعترض بعض الفقه المصري، على نص المادة 170 م.م، المقابل لنص المادة 131 م.ج، وقال بأن في تطبيقه خروجاً على قاعدة حجية الأحكام، بما أنه يحفظ للمضور الحق في المطالبة بإعادة النظر في التقدير. أوجب على هذا الاعتراض بأن ذلك لا يعتبر خروجاً عن هذه القاعدة ولا إستثناء عنها، مادام الحكم الصادر بالتعويض المؤقت لم يفصل في كل الطلبات بل أبقى الفصل في بعضها إلى أن تتحقق وتتحدد عناصر تقدير الضرر. ومن ثم يجوز للمضور بدعوى مستقلة خلال مدة محددة يعينها الحكم، أن يطلب تعويضاً تكميلياً، فيكون بالتالي موضوع الدعوى مختلف في هذه الأخيرة عن موضوع الدعوى في التعويض المؤقت<sup>(2)</sup>.

لكن أورد هذا الفقه إستثناءً، يتعلق بالحالة التي يطالب المضور فيها بتعويض جديد، ويجيبه القاضي إلى طلبه دون أن يبين التغيير الذي طرأ على حالته نتيجة تفاقم الضرر، حيث يكون الحكم قاصراً يستوجب النقض<sup>(3)</sup>.

كما أثير إشكال آخر حول مدى إمكانية إعادة النظر في التعويض الذي تقرر بحكم نهائي، في حالة عدم مواجهة القاضي للتغيرات المحتملة وقوعها مسبقاً، وعدم حفظ الحكم للمضور حقه في الرجوع إلى القضاء عند تحققها مستقبلاً؟. وهنا يجب التمييز بين حالة تفاقم الضرر وحالة تقلصه، وإذا كان الفقه قد أجمع على الحالة الأخير إلى أنه اختلف وانقسم إلى اتجاهين في الحالة الأولى نتعرض لها كالتالي:

الإتجاه الأول: قررت المحاكم الفرنسية، مبدأ يقضي بجواز مطالبة المضور بزيادة التعويض في حالة تفاقم الضرر بعد الحكم بالتعويض، ولو لم يحفظ له هذا الأخير بحق

(1) جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، في صدد نص المادة 170 م.م، ما يلي: "... وقد لا يتيسر على القاضي أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً كما هو الشأن مثلاً في جرح لا تستبين عقباؤه، إلا بعد انقضاء فترة من الزمن، فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضاً موقوتاً بالنتيجه من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم على أن يعيد النظر في قضائه خلال فترة معقولة يتولى تحديدها، فإذا إنقضى الأجل المحدد أعاد النظر فيما حكم به وقضى للمضور بتعويض إضافي إذا إقتضى الحال ذلك...". أنظر: عبد الجليل بدوي، المرجع السابق، ص 177-178؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 975، ف 574.

(2) أنظر: عبد الجليل بدوي، المرجع نفسه، ص 179.

(3) قضت المحكمة العليا، في قرار لها بتاريخ 1983/3/3، أن: "تعويض أضرار جسمانية بحكم منح الضحية مبلغاً جزافياً وطلب جديد من الضحية بتعويضات جديدة والقضاء بطلبات المدعي دون أن يبين الحكم التغيير الذي طرأ على حالة الضحية والعناصر التي تظهر تفاقم العاهة المستديمة للضحية فهذا خرق لقوة الشيء المقضي به ويستوجب النقض". راجع: محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 172، ف 137.

الرجوع بتعويض آخر<sup>(1)</sup>.

حيث سلم القضاء ومجمل الفقه، بحق المضرور في حالة تفاقم الضرر في المطالبة بتعويض تكميلي عن هذه الزيادة الجديدة في الضرر، إضافة إلى التعويض السابق تقريره بحكم نهائي، حتى إذا لم يحتفظ القاضي للمضرور بالحق في إعادة النظر في هذا التقدير، ولا يمكن الاحتجاج في هذه الحالة بقوة الشيء المقضي فيه، ذلك أن القاضي في هذه الحالة لا يواجه الضرر القديم الذي صدر في شأنه حكم نهائي، بل يواجه ضرراً جديداً لم يسبق الفصل فيه، وهو ما زاد على الضرر القديم<sup>(2)</sup>.

فالمضرور يلجأ إلى القضاء في هذه الحالة بدعوى ثانية جديدة سندها وقائع جديدة، وهذه الوقائع الجديدة تتمثل في تزايد إصابة المضرور، وهي لاحقة عن الضرر الأول الذي صدر بشأنه الحكم الحائز لحجية الشيء المقضي فيه<sup>(3)</sup>، فأساس هذه الدعوى ليس الضرر الذي سبق الفصل فيه وإنما القدر الذي زاد فيه<sup>(4)</sup>.

أما الإتجاه الثاني: فقد قصر حق المضرور في طلب تعويض تكميلي إذا تفاقم الضرر، إذا توقع القاضي احتمال تفاقم هذا الضرر مستقبلاً، وأغفله ولم يدخله في حسابه عند التقدير. أما إذا لم يتوقع القاضي احتمال تفاقم الضرر، إعتبر التقدير الذي قرره مقصوداً به تعويض جميع الأضرار الحالية والمستقبلية، ولا يستطيع بالتالي المضرور طلب إعادة النظر في التعويض<sup>(5)</sup>.

إن نقد هذا الإتجاه الأخير لكونه يقوم على مجرد الافتراض المعلوم عدم مطابقته للواقع، ويفضل مجمل الفقه دراسة كل حالة على حده، فإذا تبين أن القاضي قصد بالتعويض الذي قرره جبر جميع الأضرار الحالية والمستقبلية، تحول قوة الأمر المقضي فيه دون إعادة النظر في التعويض الذي تقرر بحكم نهائي. أما إذا تبين أن التعويض الذي تقرر لم يعوض جميع

---

(1) إستقر القضاء الفرنسي، على قاعدة معروفة وهي أنه: " إذا إستطاع المضرور إقامة الدليل على أن القدر الذي لحق به يختلف تماماً عن الضرر الذي سبق تعويضه عنه فحينئذ لا يوجد ما يحول دون دعواه". نقلاً عن باسل محمد يوسف قبها، المرجع السابق، ص 35.

(2) Corinne RENAULT- BRAHINSKY, op. cit, P 184.

(3) Nathalie VEZINA, Préjudice matériel corporel et moral: variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité, 24 R.D.U.S., 1993, P 174.

(4) رغم تماثل الخصوم، بما أن المضرور و المسؤول هما نفس الأطراف في الدعويين. ورغم تماثل السبب، بما أن المضرور لا يغير في دعوى التعويض التكميلي السبب الإنشائي، ومصدر الحق الذي يستند إليه في دعواه. إلا أن الاختلاف يتمحور حول المحل فبالنسبة للدعوى القضائية السابق صدور حكم نهائي فيها بالتعويض، يتحدد المحل الخاص بها بعناصر الضرر المحققة الواردة في الحكم. أما محل دعوى التعويض التكميلي فيتمثل المحل في الأضرار الجديدة التي لم يشملها الحكم النهائي السابق صدوره. وهذا يعني اختلاف كل منهما. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 215-218، ف 123-125؛ عبد الجليل بدوي، المرجع السابق، ص 184-185؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغيير الضرر، ص 110-111، ف 90؛ أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 564؛ محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 222، ف 52.

(5) أنظر: محمد صبري الجندي، المرجع نفسه، ص 222، ف 52؛ عبد الجليل بدوي، المرجع نفسه، ص 185.

الأضرار بل عوض الأضرار الحالية دون المستقبلية، فقرة الأمر المقضي فيه لا تحول دون تعويض هذه الأضرار التي لم يواجهها الحكم السابق<sup>(1)</sup>.

القول بالإتجاه الأول يحقق مبدأ التعويض الكامل الذي يلزم أن يكون التعويض كاملاً يشمل ويغطي كل الضرر الذي أصاب المضرور، ومن هنا لا يحرم المضرور من حقه في التعويض عن الضرر الذي تفاقم وتحميله جزء من النتائج الضارة، لمجرد أن القاضي لم يتوقع تفاقم هذا الضرر مستقبلاً.

يثور الإشكال حول المادة 131 م، التي واجهة هذا الفرض صراحة، والتي لم تجز للمضرور المطالبة بتعويض تكميلي إذا لم يقم القاضي بحفظ هذا الحق له، وتقييده بمدة محددة. لكن ورغم صراحة هذه المادة لا يتأثر حق المضرور في رفع دعوى التعويض التكميلي عدم شمول حكم القاضي ما يحفظ هذا الحق، كما أن المهلة المقررة في نص المادة سابقة الذكر، لا يقيد حق المضرور في رفع دعوى جديدة عن الضرر المتفاقم والمستحدث، أي كان وقت وقوعه.

حيث لا يمكن أن يستمد حق المضرور في رفع دعوى جديدة من حكم قضائي، وإنما حق المضرور في رفع دعوى جديدة للمطالبة بتعويض عن أضرار جديدة لم يعرض عنها، يثبت له بناء على حق التقاضي المقرر له قانوناً وفقاً للمادة 3 إ.م. إ سابق الذكر<sup>(2)</sup>، طالما أن ذلك لا يتعارض مع حجية الحكم السابق صدوره<sup>(3)</sup>.

## 2- تقلص قدر الضرر بعد الحكم بالتعويض:

أجمع الفقه أنه لا يمكن للمسؤول الإستناد إلى تحسن حالة المضرور لإعادة النظر في الحكم النهائي<sup>(4)</sup>. فلا يمكن للمسؤول الإدعاء أن القاضي قد وقع في غلط في القانون بتعويضه ضرراً مستقبلياً لن يتحقق. أو أنه وقع في غلط في الواقع بتعويضه ضرراً مستقبلاً باعتباره

(1) القول بأن التعويض الذي قرره القاضي قصد به جبر الأضرار الحالية والمستقبلية المترتبة على الفعل الضار جميعها، لا يحول دون المطالبة بتعويض تكميلي عما يطرأ بعد ذلك من زيادة في عناصر الضرر، ما دام الحكم لم يواجه هذه الزيادة ولم تناقش فيه بوصفها ضرراً مستقبلاً. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 218، ف 125؛ أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 565.

(2) تنص هذه المادة على أنه: "يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته".

(3) يكفي أن يتعرض المضرور لضرر زائد بعد صدور الحكم، حتى يثبت له الحق في رفع دعوى جديدة للمطالبة بتعويض إضافي، حيث لا يجوز أن نحرّم المصاب في حادث، والذي تفاقمت إصابته الجسدية بعد صدور الحكم بالتعويض، من رفع دعوى يطالب فيها بتعويض تكميلي عن قدر هذه الزيادة، حتى يتمكن من إجراء عملية جراحية لازمة لوضع حد لاستمرار الضرر، لمجرد أن القاضي لم يتوقع هذه الأضرار المستقبلية، أي هذا التفاقم ولم يحفظ حق المضرور بالرجوع والمطالبة بتعويضه.

(4) Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 184.

ضرراً محتملاً<sup>(1)</sup>. أو أن القاضي أدخل في تقديره للتعويض ضرراً وهمياً. ففي كل الحالات تحول قوة الأمر المقضي فيه دون المساس بالحكم النهائي<sup>(2)</sup>.

إنّ تقدُّ بعض الفقهاء، رفض طلب المسؤول إعادة النظر في التعويض الذي تقرر بحكم نهائي في حالة تحسن حالة المضرور، ورأى أن ذلك يشكل اعتداءً على مبدأ التعويض الكامل ووجوب المساواة بين التعويض والضرر، وعدم التكرم على المضرور على حساب المسؤول<sup>(3)</sup>. حيث ذهبوا إلى أن قاعدة حجية الأمر المحكوم فيه تحول بين المسؤول وبين حقه في المطالبة بتخفيض التعويض، بينما يكون للمضرور دائماً الحق في أن يطالب بتعويض إضافي إذا زاد وتفاقم الضرر دون أن يتعارض ذلك مع حجية الأمر الشيء فيه<sup>(4)</sup>.

لتخفيف التناقض السابق ذكره ذهب بعض الفقهاء إلى إقتراح رفع المسؤول دعوى جديدة على أساس واقعة جديدة هي شفاء المصاب أو زوال الضرر. إلا أن تقلص الإصابة بعد الحكم، لا يكفي لإلغاء الحكم، فالقانون حدد الأحوال التي تلغى فيها الأحكام على سبيل الحصر. وحاول البعض الآخر، إيجاد حل عن طريق رفع المسؤول دعوى تفسير الحكم الصادر بالتعويض، ولكن لم تجد هذه المحاولة وهذا الحل تأييداً من الفقه، لأن هذا الإجراء يقتضي أن يشوب الحكم غموض أو إبهام<sup>(5)</sup>.

أجازت من ناحية أخرى بعض الأحكام القضائية الفرنسية، للمسؤول المطالبة بإنقاص التعويض في حالة تقلص الضرر، وذلك بمنح للمضرور مبلغاً إجمالياً بالنسبة للأضرار النهائية التي تحققت بالفعل، وإيراد دوري بالنسبة للأضرار الأخرى المستقبلية القابلة للتغير قابلاً لإعادة النظر فيه وفقاً لحالة المضرور وما قد يطرأ عليها من تحسن<sup>(6)</sup>.

(1) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 219، ف 126.

(2) كما لو حكم لعامل بتعويض عن إصابة أدت إلى كف بصره، ثم تبين بعد ذلك أن العامل قد استرد شيئاً من بصره، فهنا لا يعاد النظر في تقدير التعويض بتخفيضه لأن التقدير هنا يكون قد اكتسب حجية الأمر المقضي فيه. أنظر: عبد الجليل بدوي، المرجع السابق، ص 189-190؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 51؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 978، ف 575.

(3) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 219، ف 126؛ عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص 62، ف 73.

(4) لا شك أن العدالة تقتضي أن يعطى للمسؤول الحق في طلب تخفيض التعويض المحكوم به إذا تحسنت حالة المضرور ونقص الضرر أو زال نهائياً، ما دما منحه للمضرور الحق في أن يطلب إعادة النظر في تقدير التعويض في حالة تزايد الضرر، حتى يكون العمل بالقاعدة لكل من المسؤول والمضرور معاً. أنظر: عبد الجليل بدوي، المرجع نفسه، ص 190؛ أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 567-568.

(5) المادة 111 و 112 ق.م.

(6) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 219، ف 126.

إلا أن هذا الحل لا يعتبر إستثناء عن القاعدة القانونية التي تحول بين المسؤول وبين حقه في المطالبة بإنقاص التعويض، لأن إنقاص التعويض في هذه الحالة سيكون إعمالاً لنفس الحكم الصادر به<sup>(1)</sup>.

بهذا جاء رد القضاء الفرنسي، قاطعاً بالمنع من إعادة النظر في تقدير التعويض في حالة تناقص الضرر، وفي هذا قضت محكمة النقض الفرنسية أن: " التعويض في شكل مبلغ إجمالي يتمتع بذاته قانونياً وبطابع محدد ونهائي بما يحول دون تحويل المسؤول دعوى لإعادة النظر فيه لا أساس لها في القانون، ما دام أن قضاة الموضوع قاموا بتقدير الضرر كاملاً في صورة الوفاء بمبلغ إجمالي دون ثمة تحفظ يجيز المطالبة فيما بعد إعادة النظر فيه"<sup>(2)</sup>.

يمكن القول في هذا الشأن أن قاعدة قوة الشيء المقضي به تقف بين المسؤول وبين حقه في المطالبة بتخفيض التعويض، ولا يوجد حل قانوني يمكن للمسؤول الإستناد إليه لإسترداد كل أو بعض التعويض الذي دفعه للمصاب.

### البند الثاني: أثر تغير قيمة الضرر على التعويض

قد يتغير الضرر الذي لحق المصاب ليس في قدره بل في قيمته فقط، وذلك نتيجة تغير الظروف الاقتصادية والمالية، وما ينتبعه من تغير في القيمة الشرائية للنقود، وفي هذه الحالة يكون تغير الضرر خارجياً يرجع إلى أسباب بعيدة وخارجية عن الضرر ذاته.

السؤال الذي يطرح في هذا الشأن هو إلى أي مدى تؤثر هذه التغيرات الاقتصادية وما يلحقها من تغير في قيمة الضرر والمواد اللازمة لإصلاحه، على التعويض المستحق للمضرور؟. للإجابة على هذه الإشكالية يتم التطرق إلى مدى أثر هذه التغيرات على التعويض، قبل صدور الحكم بالتعويض وبعده.

### أولاً: تغير قيمة الضرر قبل الحكم بالتعويض

تقضي القاعدة العامة، بأنه إذا طرأ على الضرر الذي لحق المصاب تغير في قيمته وكان هذا التغير سابق على صدور الحكم بالتعويض، فإن مبدأ التعويض الكامل للمضرور يستوجب أن يكون التعويض مساوياً لقيمة الضرر وقت الحكم وليس وقت وقوع الضرر،

(1) هناك بعض الفقه رأى بأن الحل يكمن في وجوب إلزام القاضي بعدم المغالاة في تقدير التعويض عن الضرر الذي قد يخف مستقبلاً. أنظر: عبد الجليل بدوي، المرجع السابق، ص 190-191.

(2) كما جاء موقف الفقه السوري، جازماً بخصوص هذه المسألة وهذا ما أكدته محكمة النقض السورية في 1972/2/27، بأنه: " ليس في القانون ما يجيز الرجوع في التعويض المصروف للعامل عن عجزه إذا تناقص الضرر". مقتبس من أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 567.

وبالتالي الإعتداد بما طرأ على قيمة الضرر من تغير سواء بالزيادة أو بالنقصان<sup>(1)</sup>.

فتقدير التعويض وفقاً لقيمة الضرر وقت الحكم به مبدأ عام، يعمل به سواء أمام محاكم أول درجة، أو أمام محاكم الاستئناف، لأن العبرة في التقدير تكون بأخر حكم، وهذه القاعدة تطبق سواء بالنسبة للمسائل التقصيرية أو العقدية<sup>(2)</sup>، كما تطبق على جميع الأضرار، سواء التي أصابت الأشخاص أو لحقت بالأشياء والأموال<sup>(3)</sup>. يتم التطرق بداية إلى أثر تغير قيمة الضرر قبل الحكم بالتعويض أمام محاكم أول درجة، ثم أثر تغيره أمام محاكم الاستئناف.

## 1- تغير قيمة الضرر أمام المحاكم الابتدائية:

يقدر التعويض وفقاً لقيمة الضرر وقت الحكم في حالة ارتفاع قيمته، فإذا باع تاجر بضائع ب 1000 دج، وفي الوقت المحدد للتسليم ارتفع ثمنها إلى 1300 دج، الأمر الذي دفعه إلى عدم تسليمها، فطالب المشتري بالتعويض، وكانت هذه البضائع قد ارتفع ثمنها وقت الحكم بالتعويض إلى 1500 دج، فالتعويض الذي يستحقه المشتري في هذه الحالة يقدر على أساس ثمن البضائع وقت صدور الحكم، وليس في الوقت الذي كان يجب فيه تسليمها<sup>(4)</sup>.

كما يقدر التعويض وفقاً لقيمة الضرر وقت النطق بالحكم في حالة انخفاض قيمته عما كان عليه وقت وقوعه. فإذا لحق الضرر بشيء يملكه المضرور كسيارة وجب إستبدالها، ونتيجة إنخفاض أسعار السيارات أصبحت قيمتها أقل من قيمتها وقت حدوث الضرر، فهنا لا يجب على المسؤول سوى قيمة سيارة مماثلة لها وقت صدور الحكم بالتعويض<sup>(5)</sup>.

## 2- تغير قيمة الضرر أمام محكمة ثاني درجة:

(1) قد يتعمد المدين المماثلة في الدعوى لمدة طويلة للإستفادة من إنخفاض التعويض المستوجب عليه في فترات عدم إستقرار العملة للإستفادة من مبدأ تحديد التعويض يوم الحكم، لذلك سار الإجتهد الفرنسي، ومعظم الفقهاء، على القول أن: " الرقم الوارد بطلب التعويض لا يقيد صاحب الحق به، في حال حصول هبوط في سعر العملة التي تحدد بها التعويض أصلاً، إذ بإمكانه في ضوء الطارئ المذكور، أن يعدل طلبه، بداية وإستئنافاً وتمييزاً، لأن ما طالب به المتضرر هو تعويض معادل للضرر الذي أصابه... فإنخفاض قيمة العملة بين يوم إقامة الدعوى ويوم الحكم بها لا يجوز أن يؤثر، حسب الفقه والإجتهد المستمرين اليوم في العالم، على حقوق المدعي المتضرر". ويفهم من ذلك أن القاضي يأخذ بعين الإعتبار في حالة هبوط قيمة العملة مصلحة المضرور، وبالتالي يرجع عند تقديره للتعويض إلى يوم وقوع الضرر، لا يوم صدور الحكم. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 88.

(2) قررت محكمة النقض السورية في 1982/8/2، بأن: " القضاء الحديث تقيد بتقدير التعويض في يوم الحكم أخذاً في الحسبان التغير الذي طرأ على قيمة النقد...". مقتبس من أصالة كيوان كيوان، المرجع السابق، ص 560.

(3) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 228-229، ف 129.

(4) إذا أصيب شخص بعجز دائم، وكان دخله السنوي وقت الإصابة 10 آلاف دج، وعند صدور الحكم بالتعويض أصبح دخل المصاب 15 ألف دج، لأن التعويض المستحق للمصاب يقدر وفقاً لقيمة الضرر الذي أصابه وقت صدور الحكم، أي محسوباً على أساس 15 ألف دج.

(5) قد ينتج الضرر عن التأخر في التنفيذ كالتأخير في تسليم البضائع، حيث يصاب المشتري بضرر نتيجة إنخفاض قيمة البضائع وقت تسليمها عن قيمتها في الوقت الذي كان واجبا تسليمها فيه، عندئذ يقدر التعويض على أساس قيمة البضائع في اليوم الذي كان واجبا تسليمها فيها، فإذا رفض البائع التسليم فيكون التعويض مقدراً بقيمة الضرر وقت الحكم به. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 230-231، ف 129، 131؛ أصالة كيوان كيوان، المرجع نفسه، ص 560.

هناك حالة أخرى أثار إشكالا تغير قيمة الضرر فيها، وهي الحالة التي تتغير فيها قيمة الضرر بعد صدور الحكم بالتعويض وقبل أن يصبح نهائيا فيتم الطعن فيه. هنا إذا تبين لمحكمة الإستئناف، أن التعويض السابق تقديره من المحكمة الابتدائية لم يعد كافيا لجبر الضرر بسبب تغير الأسعار والظروف الاقتصادية، وما يترتب على ذلك من ازدياد في قيمة الضرر. كان لها تعديل مبلغ التعويض ليتلاءم مع قيمة الضرر وقت إصدار حكمها، لأنها تنقيد عند إصدار حكما بمبدأ التعويض الكامل للمضرور، الذي يتطلب منها تقدير التعويض وفقا لقيمة الضرر وقت إصدار حكمها، معتدة في ذلك بالتغيرات اللاحقة التي تطرأ على قيمة الضرر والتي تحدث بعد صدور حكم محكمة أول درجة<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: تغير قيمة الضرر بعد الحكم النهائي بالتعويض

يواجه المضرور المحكوم له بالتعويض خطر حقيقي يتمثل في التضخم الذي يؤدي إلى عدم كفاية مبلغ التعويض، فلا يعادل من جهة قيمة الضرر، ولا يصلح من جهة أخرى كمورد لمعاشه.

يتم من خلال هذه النقطة توضيح أثر تغير قيمة الضرر على التعويض بعد صدور حكم نهائي به، وذلك بتوضيح موقف كل من الفقه والقضاء والقانون، من مبدأ تغير قدر التعويض بتغير قيمة الضرر.

### 1- موقف الفقه والقضاء:

ذهب بعض الفقهاء، إلى إمكان إعادة النظر في التعويض على الرغم من صيرورة الحكم به نهائيا. فإذا حكم لشخص بإيراد مرتب كتعويض عن الضرر الذي وقع، وقدر الإيراد بمبلغ من النقود ثم إنخفضت أو ارتفعت قيمة النقد، جاز زيادة الإيراد أو إنقاصه<sup>(2)</sup>، وإعادة النظر في تقدير التعويض، ما دام الحكم قد إستهدف إعطاء المضرور مستوى معين للمعيشة،

<sup>(1)</sup> ذهب البعض الفقهاء على خلاف الرأي السابق، وأن قاضي الإستئناف لا يعتد بالتغير الواقع على قيمة الضرر عند إصداره للحكم، وأن هذا الإعتداد لا يتم إلى في الحالة التي تقوم فيها محكمة أول درجة بتقدير التعويض تقديرا غير صحيح أو غير مساوي للضرر. واستند أنصار هذا الرأي إلى الأثر الناقل للإستئناف، والذي معه تحظر الطلبات الجديدة. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 242-243، ف 146-147.

<sup>(2)</sup> Corinne RENAULT-BRAHINSKY, op. cit, P 184.

كلما ظهر عدم التناسب بين الإيراد المرتب ومقتضيات المعيشة<sup>(1)</sup>.

حيث للقاضي إذا اضطر إلى تقدر التعويض في شكل إيراد مرتب لمدى الحياة أو لفترة محددة، أن يجعل هذا الإيراد متغيرا، يرتفع تلقائيا ليتلاءم مع التغيرات اللاحقة. أو أن يحتفظ للمضرور في الحكم بإمكانية المطالبة بتقدير جديد للتعويض عند زيادة قيمة الضرر<sup>(2)</sup>.

لتبرير ذلك ذهب هذا الإتجاه إلى أن زيادة قيمة الضرر لا ترجع إلى المضرور، وبالتالي لا يسأل عنها ولا يجب أن يتحملها، وأنها ترتبط برابطة ولو كانت بعيدة وغير مباشرة بالضرر الأصلي الذي أحدثه المسؤول، فلولا هذا الضرر لما كان لارتفاع الأسعار نتائج ضارة تلحق بالمضرور، ومن هنا لا يجب أن يتحمل المضرور تلك النتائج، وذلك إعمالا لمبدأ التعويض الكامل الذي يفرض مساواة التعويض لقيمة الضرر الذي لحق بالمضرور<sup>(3)</sup>.

قوبلت هذه الفكرة التي تربط الإيراد بمستوى المعيشة بانتقادات عديدة، وفي ذلك ذهب البعض من الفقه والقضاء، إلى عدم جواز المطالبة بزيادة التعويض الذي تقرر بحكم نهائي، بناء على التغيرات التي تطرأ والمؤدية إلى انخفاض القيمة الشرائية للنقود، وذلك إعمالا لقوة الشيء المقضي فيه<sup>(4)</sup>. وأن التعويض يجب تقديره وقت صدور الحكم<sup>(5)</sup>، دون الأخذ في

---

(1) إذا حكم لشخص بإيراد مرتب تعويضا عن الضرر الذي وقع عليه، وقدر هذا الإيراد بمبلغ من المال ثم انخفضت قيمة النقد بعد ذلك، فلا يستطيع المضرور أن يطالب بإعادة النظر في تقدير الإيراد، إلا إذا كان هذا المبلغ المحكوم به قد روعي فيه أن يكون كافيا لنفقة المضرور، فعندئذ فقط يجوز زيادة الإيراد تبعا لارتفاع قيمة النقد، وتخفيضه تبعا لإنخفاض قيمة النقد. وبالتالي لا يستطيع المسؤول إعادة النظر في تقدير هذا الإيراد إذا انخفضت قيمة النقد بعد الحكم، إلا إذا راعى الحكم أن يكون هذا الإيراد كافيا لنفقة المضرور. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 977-978، ف 574؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 49-51؛ عبد الجليل بدوي، المرجع السابق، ص 188.

(2) جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، ما يلي: "... وينبغي التمييز بين التعويض عن طريق ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض موقوف مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافي". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 977، ف 574، ه 2.

(3) قضت محكمة النقض المصرية، في 1947/4/17، بما يلي: "... أما تغير قيمة الضرر فليس تغيرا في الضرر ذاته، وإذ كان المسؤول ملزما بجبر الضرر ثم كان لا وجه للقول بأن تغير القيمة لا يمت إلى الخطأ بصلته، كما لا وجه للقول بأن المضرور ملزم بالعمل على إصلاح الضرر فإذا هو تهاون فعليه تبعة تهاونه، فإن إلتزام جبر الضرر واقع على المسؤول وحده، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفي المسؤول بالتزامه". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1103، ف 649، ه 2.

(4) لا يمكن إعادة النظر في التعويض على أساس مجرد التغيير في قيمة الضرر نتيجة ارتفاع مستوى المعيشة، فليس الضرر هو الذي تفاقم في هذه الحالة بل مجرد قيمته. ومن هنا لا يجوز إقامة دعوى جديدة على المسؤول لإتحد الموضوع في الدعويين فلا يمكن إعتبار موضوع الدعوى الثانية تكملة لموضوع الدعوى الأولى، فالمحكمة تناولت في هذه الأخيرة جميع عناصر التعويض، والضرر الواقع لم يتزايد بعد الحكم ولكن تكاليف المعيشة هي التي تزايدت، وهذا الأمر لا دخل للمسؤول فيه، كما أنه لا يعتبر سببا جديدا يقع على عاتقه. أنظر: عبد الجليل بدوي، المرجع نفسه، ص 188؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 251، ف 151.

(5) إن ربط الإيراد بمستوى المعيشة يحقق حسب هذا الرأي نوع من عدم الإستقرار في العلاقات القانونية، لأن الحكم بإيراد قابل للتغيير لا يضع حدا للنزاع القائم بين الأطراف بصفة نهائية، مادام مبلغ التعويض غير مستقر. وفي هذا قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1952/5/2، بأن القاضي لا يستطيع أن يصدر حكما مؤقتا إلا إذا كانت حالة المضرور قابلة للتغيير على مر الزمن. أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 200، ف 46.

## الإعتبار الظروف الاقتصادية المستقبلية<sup>(1)</sup>.

من هذه الإنتقادات ما أقيم على مبدأ عدم تعويض الضرر غير المباشر، لأنه لا يوجد في نظر هؤلاء كما سبق وبيننا علاقة سببية بين خطأ المسؤول والضرر الذي لحق بالمصاب، بما أن سببه راجع إلى إرتفاع تكاليف المعيشة، وبالتالي عدم تحميل المسؤول تبعه التقلبات الاقتصادية الخارجة عن إرادته<sup>(2)</sup>. أو على أساس مبدأ العدالة. وتناقض إعادة النظر في التعويض مع القواعد العامة في المسؤولية المدنية<sup>(3)</sup>.

لتفادي هذه الإعتراضات نجد الكثير من المحاكم الفرنسية، حرصت على إبراز أن المرتب يعتبر من قبيل النفقة، التي يحصل عليها المضرور لمواجهة نفقات المعيشة، ومن المعروف أن هذه الأخيرة تقبل التعديل بحسب إرتفاع نفقات الحياة، وبالنظر لظروف المدين والدائن. إلا أن هذا الحل لم يسلم هو الآخر من النقد<sup>(4)</sup>.

بما أن مبدأ التعويض الكامل للضرر يستلزم إيجاد توازن بين الضرر والتعويض، فهذا التوازن لا يشترط فقط وقت صدور الحكم، بل يجب أن يظل طالما بقي الضرر قائماً. فالنقود تقدر قيمتها بحسب قدرتها الشرائية، لذلك لا ينظر القاضي عند تقدير التعويض إلى العدد المحدد في ذاته، بل ينظر إلى القدرة الشرائية التي يقدمها هذا المبلغ.

إنطلاقاً من ذلك وتطبيقاً للمبدأ السابق، أيد الفقه سلطة القاضي في إعادة النظر في تقدير التعويض، في حالة زيادة قيمة الضرر على الرغم من نهائية الحكم. وذلك بإستثناء

---

(1) الضرر الذي يقبل التعويض حسب رأي هذا الفقه المعترض هو الضرر المؤكد، أما التغيرات الاقتصادية فهي محتملة، ومن ثم لا يجوز أن تأخذ بعين الإعتبار. وفي الحقيقة وعكس ما ذهب إليه هذا الفقه، القاضي لا يربط بين التعويض وبين واقعة إحتالية، وإنما يقرر زيادة التعويض إذا حدث فعلاً إرتفاع في نفقات المعيشة، فلا يزيد التعويض إلا منذ اللحظة التي تعتبر فيها الزيادة في نفقات المعيشة حقيقة واقعة ومؤكدة، وكل ما في الأمر أن التعويض سيتبع التغيرات المؤكدة في الظروف الاقتصادية. أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 202، ف 50.

(2) أنظر: بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 79-80.

(3) حسب هذا الفقه طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية، يكون تقدير التعويض على أساس قيمة الضرر وقت صدور الحكم، وأنه لا يجب الأخذ في الإعتبار ما يستجد من ظروف بعد صدور الحكم. والحقيقة أن هذه القاعدة تقضي بأن العبرة بقيمة الضرر عند لحظة تعويض المضرور. فإذا كنا أمام تعويض في صورة مبلغ مجمع يدفع مرة واحدة، فهنا يؤخذ بوقت صدور الحكم لأنه وقت قبض التعويض، أما في حالة التعويض في صورة إيراد مرتب فإن مبدأ الجبر الكامل للضرر يستلزم أن تكون قيمة الإيراد مطابقة لقيمة الضرر عند كل تاريخ إستحقاق. فتقدير التعويض في وقت صدور الحكم هو مجرد تطبيق لقاعدة مطابقة قيمة التعويض لقيمة الضرر وقت التعويض وليس هو القاعدة. أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع نفسه، ص 202، ف 49.

(4) هذا ما قضت به محكمة روش فورت البحرية في 1948/12/2، إلا أن هذا الاتجاه إنتقد على أساس أن الواقع يقضي بخلاف ذلك، فلا يخفى أن الحق في النفقة حدده القانون على سبيل الحصر بالنسبة للزوجة والأولاد والأقارب، ولا يعتبر بالتالي المسؤول مدنياً بالإتفاق على المضرور، وإنما هو ملزم بتعويضه، والأخذ بالتعويض على أنه نفقة يؤدي إلى زيادة التعويض عند إثراء المسؤول، وإنقاصه عند إفقاره، مع أن قاعدة التعويض تقضي بتعويض الضرر كاملاً، دون النظر إلى حالة المسؤول المالية. أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع نفسه، ص 201، ف 47؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 256-257، ف 155.

حالتين، الحالة الأولى قيام المضرور بإصلاح الضرر قبل صدور الحكم بالتعويض، وهنا يتجه الفقه والقضاء، إلى تحديد قيمة التعويض بناء على قيمة إصلاح الضرر<sup>(1)</sup>. أما الحالة الثانية فهي التي يكون فيها محل الإلتزام دفع مبلغ من النقود، حيث يظل هذا المبلغ ثابتاً لا يتغير بتغير قيمة النقود<sup>(2)</sup>.

أما القضاء الفرنسي فقد إنقسم إلى قسمين، القسم الأول - الأحكام القديمة - رفض إعادة النظر في التقدير مادام التعويض الذي تقرر على أنه نهائي غير قابل للتعديل بتغير الظروف الخارجية البعيدة عن الضرر ذاته وعناصره<sup>(3)</sup>. أما القسم الثاني - المحاكم الابتدائية - فقد إعتق وجهة النظر العكسية التي تقضي بإمكان تعديل التعويض وفقاً للتغيرات التي تطرأ على قيمة الضرر بعد الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه إلى أن هذه الأخيرة لم تلقى تأييداً لدى محاكم الإستئناف ولدى محكمة النقض، حيث رفضت محكمة النقض إتجاه المحاكم الابتدائية القاضي بإمكان إعادة النظر في مبلغ التعويض<sup>(4)</sup>.

(1) إذا بادر المضرور بعد وقوع الضرر وقبل صدور الحكم إلى إصلاح الضرر الذي لحقه بدلاً من إنتظار صدور الحكم، تكون العبرة في تقدير التعويض الذي يستحقه بقيمة هذا الضرر في اليوم الذي أجرى فيه الإصلاح، وليس بقيمته يوم الحكم. لأن المضرور بقيامه بهذا الإصلاح يكون قد حدد حقه في التعويض بالمبلغ الذي تكبده وأنفقه على هذا الإصلاح، وبالتالي لا يلزم المسؤول إلا برد ذلك المبلغ. ففي المسؤولية العقدية، وفي عقد البيع إذا رفض البائع تسليم الشيء بعد إعداره، فإن المشتري يستحق تعويضاً يعادل نفقات حصوله على شيء مماثل. أما بخصوص المسؤولية التقصيرية، فيتحدد التعويض المستحق بقدر النفقات التي دفعها المضرور لإصلاح الضرر، كنفقات إصلاح السيارة التي تسبب المسؤول بخطئه في إتلافها، أو نفقات شراء حيوان أو شيء مادي يماثل الشيء الذي تعرض لثلف أو هلاك بسبب خطأ المسؤول. حيث يتم تقدير التعويض بقيمة الضرر وقت قيام المضرور بإصلاحه، حتى لو زادت أو انخفضت نفقات إصلاح الضرر وقت صدور الحكم. ولا يتأثر حق المضرور في التعويض سواء قام هو بهذا الإصلاح أو أحد تابعيه المأجورين، وفي هذه الحالة الأخيرة التي يتم الإصلاح فيها بواسطة التابعين أو المأجورين يتحدد التعويض بما يقابل ساعات العمل اللازمة، بالإضافة إلى نفقات الحصول على قطع الغيار البديلة لما أتلّف. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 232-233، ف 133؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر، ص 69-70، ف 55-56؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1103، ف 649؛ وسيم حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 39.

(2) هذا الإستثناء هو تطبيق لمبدأ القيمة الإسمية للنقود. إلا أن القيمة الإسمية أو العددية للنقود لا تحول دون تعويض المضرور عن تأخر المدين في سداد التزامه النقدي، والذي يتمثل في الفوائد القانونية المنصوص عليها في المادة 186 م، التي جاء نصها كالتالي: " إذا كان محل الإلتزام بين أفراد مبلغاً من النقود عينت مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير ". وبالإضافة إلى ذلك حق المضرور في المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد، إذا أثبت أن الضرر الذي يوف الفوائد قد تسبب فيه المدين سيء النية.

(3) تبنت هذه الأحكام، نفس الأسس التي تبناها الفقه المعارض لتعديل التعويض وفقاً لتغير قيمة الضرر، فقد ذهب هذه الأحكام إلى أن العدالة تأبي زيادة التعويض بازدياد قيمة الضرر مستقبلاً، لأن ذلك يترتب عنه زيادة وتشديد إلتزام المدين، وهذا يحمله عبئاً قد يفوق قدرته. كما أن ثبات التعويض وعدم قابليته للتغيير والتعديل هو ما يتفق والمبدأ العام الذي يقضي بتقدير التعويض وفقاً لقيمته وقت الحكم به، وأن المسؤول غير ملزم بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحق به نتيجة إنخفاض القيمة الشرائية لأن هذا الإنخفاض لا يرجع سببه إلى المسؤول. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 257، ف 155؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر، ص 26-27، ف 20.

(4) أما الحجج التي جاء بها هذا الإتجاه، فترجع إلى كون التعويض الذي يقرره القاضي في حالة الضرر بصفة العامة والجسماني منه بصفة خاصة - مادام أنه المجال الحقيقي للتعويض في شكل مرتب مدى الحياة - يمثل بالنسبة للمضرور أكثر من تعويض لأنه مصدر رزق له، وبالتالي يجب أن يتلاءم وحاجيات هذا الأخير، وأن يتغير بازدياد الأسعار ومستوى المعيشة. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 255-256، ف

غير أن محكمة النقض الفرنسية عادت وعدلت عن موقفها بحكمين شهيرين في 6 نوفمبر 1974، رفضت فيهما الطعن ضد حكمين صادرين من محكمة إستئناف بوتيه، قررا مبدأ التعويض في شكل إيراد دوري بمبلغ قابل للتغير بتغير قيمة الضرر<sup>(1)</sup>.

## 2- موقف القوانين:

يتم في هذه النقطة توضيح موقف كل من القانون الفرنسي، والقانون المصري والجزائري، من قاعدة تغير قدر التعويض بتغير قيمة الضرر كالتالي:

### أ/ موقف القانون الفرنسي

سبق توضيح إنقسام القضاء الفرنسي وإختلاف مواقفه، وعدم إجماعه بخصوص مبدأ تغير قدر التعويض بتغير قيمة الضرر، وهذا ما ألزم المشرع الفرنسي التدخل في 27 ديسمبر 1974، لحسم هذا النزاع نهائيا ولمنع تردد القضاء، آخذا بمبدأ تغير قيمة التعويض بتغير قيمة الضرر في القانون رقم 1118 لسنة 1974، الذي قرر زيادة الدخل الذي يمنح للمضرور وديا أو قضائيا، باعتباره تعويضا عن الضرر الناتج من المركبة، في الحالات التي يصل فيها عجزه إلى 75% على الأقل. وكذلك في حالة الوفاة بالنسبة للأشخاص الذين كان يعولهم المصاب، وهذه الزيادة تتم تلقائيا أي بقوة القانون<sup>(2)</sup>.

### ب/ موقف القانون المصري والجزائري

سلك المشرع الجزائري مسلك القانون المصري، في مدى إعتداد القاضي بالتغير في قيمة الضرر اللاحق على الحكم النهائي بالتعويض، حيث جاءت صياغة المادة 131 م، المقابلة للمادة 170 م.م، المنظمة لتقدير القاضي للتعويض، عامة ومرنة فيما يتعلق بسلطة القاضي في الإحتفاظ للمضرور بالحق في إعادة النظر في التقدير، وذلك يشمل التعويض في جميع صورته سواء كان في صورة مبلغ إجمالي يدفع مرة واحدة أو مقسما، أو كان في صورة إيراد أو دخل دوري.

لكن رغم إطلاق عبارات نص المادة 131 م، وعدم تقييدها للقاضي، إلا أن هذه السلطة التي منحها المشرع الجزائري للقاضي لا تكون مطلقة إلا في حالة تغير قدر الضرر. حيث يستند تقدير التعويض في هذه الحالة إلى ضرر جديد لا يمكن معه الإحتجاج والتمسك بقاعدة قوة الشيء المحكوم فيه. فهذا النص لم يواجه حالة تغير قيمة الضرر، كما أنه حصر سلطة

(1) أنظر: سليمان مرقس، الوافي، ج3، ص 554، ف 195، ه 106.

(2) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 260-261، ف 158.

القاضي على الفرض الذي يحتفظ فيه هذا الأخير للمضروب في حكمه بالحق في أن يطالب بإعادة النظر في التعويض خلال فترة محددة في هذا الحكم.

بالتالي لا يمكن إسناد سلطة القاضي في تعديل وإعادة تقدير التعويض إذا تغيرت قيمة الضرر، إلى نص المادة سابقة الذكر، بل تكون إستناداً إلى مبدأ التعويض الكامل الواجب منحه للمضروب.

### 3- تغير قيمة الضرر بعد الحكم وقبل التنفيذ

قد يتأخر المسؤول في سداد التعويض للمضروب فترة تتغير فيها قيمة الضرر، فيصبح التعويض المحكوم به غير جابر للضرر. وهنا يجب التمييز بين فرضين، الأول يتمثل في إرتفاع قيمة الضرر نتيجة إرتفاع الأسعار، أما الثاني فيتمثل في إنخفاض قيمة الضرر نتيجة إنخفاض الأسعار.

#### أ/ إرتفاع قيمة الضرر:

إذا كان التأخير في الوفاء بمبلغ التعويض يرجع إلى خطأ المسؤول، فإن عدم كفاية التعويض الذي تقرر يرتبط بخطأ المسؤول برابطة سببية مباشرة، وهذا يكفي لثبوت حق المضروب في تعويض تكميلي عن هذا الضرر الجديد. وهكذا يمكن للقاضي الإعتداد بالتغيير في قيمة الضرر بطريق غير مباشر أي عن طريق اللجوء إلى تعويض تكميلي<sup>(1)</sup>.

أما إذا لم ينسب التأخر إلى المسؤول بل نسب إلى المضروب نفسه، فلا يمكن في هذه الحالة إلزام المدين بتعويض تكميلي.

#### ب/ إنخفاض قيمة الضرر:

قد تتخفف قيمة الضرر نتيجة إنخفاض الأسعار، وهنا لا يكون لهذا الإنخفاض أي تأثير على التعويض، حيث يحول مبدأ قوة الشيء المقضي فيه دون إعادة النظر من

(1) قد يتراخى المسؤول في تنفيذ الحكم، بحيث تتخفف القيمة الشرائية للعملة لحظة الوفاء، عن لحظة صدور الحكم النهائي، وهنا أجاز البعض من الفقه زيادة مبلغ التعويض على أساس أن المضروب يواجه أضرار جديدة نتيجة تأخر المدين في تنفيذ الحكم، ووجود ضرر جديد يؤدي إلى عدم التصادم مع مبدأ حجية الأمر المقضي به، بحيث نكون أمام ضرر جديد وسبب جديد. أما القانون المصري والكويتي، فقد أجازا للمضروب بما أنه دائن بمبلغ من النقود، مطالبة المسؤول بالفوائد القانونية، فقد قضت المحاكم الكويتية، بمبلغ التعويض أو الدية مع الفوائد القانونية من تاريخ صدور الحكم نهائياً، إلا أن هذا الاتجاه انتقد وبشدة، على أساس أن التزام المدين ليس التزاماً بدفع مبلغ من المال بل هو التزاماً بالتعويض، وأن لاستحقاق الفوائد يشترط أن يكون الدين معلوم المقدار وقت نشأته، وهذا مالا يتوفر في الإلتزام بالتعويض. إلا أن القضاء الفرنسي تقيّد بقاعدة التعويض الكامل في زيادة التعويض بنسبة التضخم. أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 188-192.

جديد في قدر التعويض<sup>(1)</sup>.

هذا إذا كان تغير الأسعار ناتج عن مرور الزمن، لكن قد يحدث ويكون تغير الأسعار ناتج عن إختلاف المكان، أو بالمعنى الأصح يختلف من بلد إلى آخر. هذا ما قضت به محكمة النقض العراقية، بشأن مسؤولية الناقل البحري، حيث أقرت أنه بهلاك البضاعة يكون الناقل مسؤولاً عن هذا الهلاك أو الفقد أثناء الرحلة، وذلك بمقدار الثمن الذي ينتج من بيعها في ميناء الوصول بالسوق الحرة التي تخضع لقواعد العرض والطلب، لأن هذا الثمن هو الذي يمثل الخسارة التي لحقت صاحبها والكسب الذي فاتته، إذا كان ثمن البيع في ميناء الوصول يزيد عن ثمن شرائها<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: مدى رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقدير التعويض<sup>(3)</sup>

ذهب مجمل الفقه والقضاء، فيما يتعلق بالسلطة المخولة للقاضي إلى إطلاقها دون معقب عليها من المحكمة العليا. حيث قضت محكمة النقض المصرية أن تقدير التعويض الجابر للضرر هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا<sup>(4)</sup>. لكن بالتدقيق يتضح أن هذه السلطة المخولة للقاضي ليست مطلقة، بل يرد عليها العديد من القيود<sup>(5)</sup>.

من خلال هذا المطلب تتم الإشارة في البداية إلى الأنظمة الموجودة في مختلف القوانين، وحدود السلطة التي تمنحها هذه الأنظمة للقاضي. ثم يتم البحث عن مدى الرقابة التي تفرضها المحكمة العليا في مرحلة تحديد الضرر، ومرحلة تحديد قيمة التعويض. أما بخصوص الأنظمة فيرى الفقه أن سلطة القاضي تواجه فروض ثلاث، الأول يقضي

(1) فلا يمكن للمسؤول أن يستفيد من تأخره في تنفيذ الحكم. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 245-247، ف 149-150.

(2) أنظر: منير قرمان، المرجع السابق، ص 92.

(3) تعرف السلطة التقديرية للقاضي المدني، في النشاط الذهني الذي يقوم به لفهم الوقائع المطروحة عليه، وإستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يفترض أنها هي التي تحكم هذا النزاع المطروح. أما أساس السلطة التقديرية للقاضي فهناك من أسندها إلى ضرورة إعطاء الفعالية لأثر القاعدة القانونية الموضوعية، حيث لا يكون لهذه الأخيرة أثر إذا لم يقر القاضي بتقرير ذلك. وهناك من قال بأن أساسها يوجد من أجل التوصل إلى ما إذا كان النزاع المطروح على القاضي في وقائعه المادية وعناصره الواقعية، يعتبر صالحاً أو غير صالح. أنظر: نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 92-93.

(4) طعن مؤرخ في 1974/2/21. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 267، ف 160، هـ 1.

(5) سلطة القاضي لا مطلقة ولا كاملة، لأن القاضي وإذا كان يملك أن يقيم ويختار، إلا أن هذه السلطة الممنوحة له ليست لكي يباشرها على هواه، ولكنها تمنح له كي يباشر الوظيفة المسندة إليه على نحو مناسب وصحيح، فسلطته أهداف محدودة ينبغي أن يسعى إلى تحقيقها. أنظر: نبيل إسماعيل عمر، المرجع نفسه، ص 508.

بعدم وجود سلطة تقديرية للقاضي، والثاني يقضي بوجود هذه السلطة بشكل مطلق، والثالث يقضي بوجودها بشكل واسع ولكن غير مطلق<sup>(1)</sup>.

هناك أنظمة مقيدة لسلطة القاضي، يحدد فيها المشرع مبدأ التعويض وشروطه وقدره في كل حالة من الحالات التي تعرض على القاضي. فيكون دور القاضي مقتصر على التطبيق الآلي للتقاضي لهذه القواعد المنظمة للتعويض دون أن يتمتع بأي سلطة في ذلك. إلا أن هذا النظام لم يسد بل قوبل بانتقادات شديدة<sup>(2)</sup>.

هناك أنظمة أخرى يمنح فيها المشرع للقاضي سلطة وحرية واسعة في تقدير التعويض، حيث يكتفي بتقرير مبدأ التعويض أما إعماله وتحديد قدره ومداه فيتترك للقاضي. وبصدد هذا التوسع في السلطة المخولة للقاضي وجه لهذا النظام إنتقادات عديدة سواء في نطاق المسؤولية العقدية أو التقصيرية، ولم يسد هذا النظام هو الآخر مما أدى إلى وجوب إقتصار تطبيقه على حالات محدودة<sup>(3)</sup>.

كان لفشل الأنظمة السابقة سبب لظهور نظام ثالث، وهو نظام وسط، فلا يعطي للقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض ولا مطلقة، بل تكون هذه السلطة مقيدة بالعديد من القيود. فهي متسعة بالقدر الكافي لملائمة القاضي للتعويض وفقا للظروف الملازمة لوقوع الضرر. وبالتالي تضي على التعويض قدرا من الواقعية وتبعده عن التحكم<sup>(4)</sup>.

أخذ المشرع الجزائري بالنظام الوسط، فباستقراء المواد 131 و182 و182 مكرر مدني، يتضح أنه ترك للقاضي أمر تقدير التعويض بكل حرية، لكن بشرط مراعاة الظروف الملازمة، وفي حدود الضرر المباشر كله في نطاق المسؤولية التقصيرية، والمتوقع منه فقط في العقدية.

(1) يذهب الفقه إلى أن الإختلاف في هذه الفروض يتمحور حول التزام القاضي بالتسبب، فهو لا يكون في حاجة إلى تسبب حكمه في الفرض الأول لأنه لا يملك أية سلطة تحتاج إلى التبرير. كما لا يلزم بالتسبب في الفرض الثاني بما أن القانون يطلق يد القاضي. أما في الفرض الثالث وهو الوضع المعتاد الذي يباشر فيه القاضي سلطته، فيكون فيه التسبب ملزما. أنظر: نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 508.

(2) كمثال على ذلك نظام الدية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما نصت عليه المادة 248 م كويتي، كذلك تحديد الأطراف المتعاقدة قدر التعويض المستحق مقدما، وما يترتب على ذلك من تقييد لسلطة القاضي. ولهذا لا يفرض هذا النظام كمبدأ عام ينظم كل حالات التعويض، وإنما يلجأ إليه المشرع في حالات محددة. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 268، ف 160.

(3) هذه الإنتقادات وجهة إلى هذا النظام بصفة خاصة عند إعماله في نطاق المسؤولية العقدية، فالزيادة والتخفيض في قدر التعويض يتضمن إعتداء على إرادة المتعاقدين، وذلك لإهدار عامل التوقع لدى طرفي التعاقد. أما سلطته بالنسبة للمسائل التقصيرية، فقد إنقسم الفقه بشأنها إلى قسمين، الأول دافع عنها بما أنها تنطوي على مرونة مطلوبة لمراعاة الظروف الملازمة لوقوع الضرر. والثاني رفضها خشية تعسف القاضي في إستعماله لهذه السلطة. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 270، ف 161.

(4) هكذا أصبح المبدأ العام في تقدير التعويض يتمثل في منح القاضي سلطة لإقيامه بهذا التقدير ولكن من خلال بعض القواعد والموجهات القانونية، تعتبر مبادئ وقواعد منظمة لهذا التقدير.

بما أن القاضي يمر حتى يمكنه تقدير التعويض بمرحلتين، تبدأ بتحديد الضرر وتنتهي بتحديد قيمة التعويض، فما تتمتع به سلطته من إطلاق أو تقييد يختلف باختلاف هذه المراحل، حيث تتسع هذه السلطة في مرحلة تحديد قيمة التعويض عنها في مرحلة تحديد الضرر، يتم توضيح مدى الرقابة المفروضة من المحكمة العليا على سلطة القاضي في كل من المرحلتين:

### الفرع الأول: مرحلة تحديد الضرر

يتم في بادئ الأمر توضيح مظاهر سلطة القاضي في هذه المرحلة، ثم القيود الواردة عليها.

#### البند الأول: مظاهر إتساع سلطة القاضي

أول مظاهر سلطة القاضي في تقدير التعويض بالنسبة لهذه المرحلة، هو الإقرار له بسلطة تقدير وجود أو عدم وجود الضرر<sup>(1)</sup>. وتحديد قدر ومدى الضرر الذي لحق المضرور بالفعل<sup>(2)</sup>، لأنها من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع<sup>(3)</sup>. كذلك تعتبر من مظاهر سلطة القاضي عدم إلزامه برأي الخبير إذا لم يقتنع به<sup>(4)</sup>،

(1) ثبوت الضرر أو عدم ثبوته من المسائل الموضوعية، التي تدخل في حدود سلطة قاضي الموضوع بغير معقب عليها من المحكمة العليا، وفي ذلك قضت هذه الأخيرة في 1994/11/30، بأن: "تقدير الضرر مسألة موضوعية من إختصاص وتقدير قضاة الموضوع". كما قضت في يوليو 1980، أن: "القاضي يمكن أن يحكم بالتعويض لكل من طلبه شرط أن يثبت هذا الضرر لدى قضاة الموضوع الذين لهم الحق في قبوله ورفضه". أما بالنسبة للقضاء المصري، فقد قضت محكمة النقض المصرية في 1994/3/7، بالتالي: "أن ثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعة التي تقدرها محكمة الموضوع". وجاء في قرار لها مؤرخ في 1954/11/22، أنه: "إذا كانت المحكمة حين قضت برفض التعويض قد أسست قضاءها في ذلك على ما قالته من عدم ثبوت الضرر، وهو ما تملكه في حدود سلطتها التقديرية، فلا معقب عليها". أنظر: زكي زكي حسين زيدان، المرجع السابق، ص 163؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 2، ص 970، ف 568، هـ 1؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 212، هـ 2؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 92، ف 71؛ سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 181-182، ف 73.

(2) قررت في ذلك محكمة النقض الفرنسية، في 1961/12/20، أن: "تقدير الضرر مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع ما دام لا يوجد نص في القانون يلزمه بإتباع معايير معينة، فإن تقريره وتقدير عناصره يترك لقاضي الموضوع إعمالاً لسلطته المطلقة المعترف بها في تقدير مسائل الواقع". وهذا ما سار عليه القضاء الكويتي، حيث قضى أن: "تقدير الضرر بنوعيه المادي والأدبي والتعويض الجابر له متى قامت أسبابه، ولم يكن في القانون نص يلزم بإتباع معايير معينة في خصوصه، يكون من سلطة قاضي الموضوع ولا معقب عليه من محكمة التمييز متى كان تقديره سانعاً". أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 272، ف 164؛ سامي عبد الله الدريعي، المرجع السابق، ص 77.

(3) أنظر: عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 26، ف 34.

(4) متى تكونت للقاضي عناصر تقدير التعويض كان غير ملزم باللجوء إلى الخبرة، وهذا ما كرسته المحكمة العليا، في قرار لها مؤرخ في 1993/3/31، جاء كالتالي: "حيث أن المادة 182 من القانون المدني، تنص على أنه إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره. حيث أن الضرر المشار إليه في القرار لم يوجد أي نص مقدر لتعويضه، وبالتالي فإن تقديره يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، وعليه فإن مراقبته غير خاضعة لسلطة المحكمة العليا، وإن تعيين خبير من أجل تقدير الضرر غير ملزم للقاضي إذا كانت عناصر التعويض كافية في الملف تسمح للقاضي بتقدير الضرر الناتج. ولهذا فإن القرار المطعون فيه جاء على أساس قانوني، ومسبب مما يستوجب رفض هذا الوجه ورفض الطعن". نقلاً عن فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، س 2012، ص 322، هـ 1.

مادام هذا التقدير يعد مجرد عنصر من عناصر إقتناع القاضي التي تخضع لتقديره المطلق<sup>(1)</sup>. فقد مكن المشرع القاضي بموجب المادة 125 إ.م.إ وما يليها، اللجوء إلى ذوي الخبرة والإختصاص إذا استعصت عليه أي مسألة، سواء تعلقت بإعطاء الوصف الحقيقي أو التكييف القانوني للوقائع، بما في ذلك جسامة الضرر<sup>(2)</sup>. فللقاضي الإعتداد على ما وصل إليه الخبراء، وله رفضه، كما بإمكانه الأمر بخبرة مضادة للوقوف على الضرر الفعلي<sup>(3)</sup>.

### البند الثاني: مظاهر تقييد سلطة القاضي

لا يكون القاضي مستقلا بتكييف الوقائع ما إذا كانت ضارة أو غير ضارة في مرحلة تحديد الضرر حيث يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، فإذا كان تقدير وجود الضرر مسألة موضوعية لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا كما سبق توضيحه، إلا أن وصف الضرر وتكييفه، ما إذا كان ضرر مادي أو معنوي، تعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا<sup>(4)</sup>.

كما تعتبر من الأمور التي لا يستقل القاضي بتقديرها أيضا، تكييف طبيعة الضرر الذي يدعيه المضرور ما إذا كان هذا الضرر محققا أو احتماليا، وما إذا كان الضرر متوقعا أو غير متوقع، كذلك ما إذا كان مباشرا<sup>(5)</sup>، أو غير مباشر، وما إذا كان مشروعا أو غير مشروع<sup>(6)</sup>. حيث تحكم سلطة القاضي أو صلاحيته ضوابط معينة بما أن تقدير التعويض هو مسألة موضوعية وقانونية. وهذه الضوابط منها ما يتعلق بوجود الإعتداد على تقرير الخبير في المسائل الفنية الصرفة. فبالرغم من أن تقدير أعمال الخبير يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة عليه من المحكمة العليا، كما سبق توضيحه في الفقرة أعلاه، إلا أن المحكمة العليا

(1) جاء في قرار للمحكمة العليا في 2002/7/25، بأن: "قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضا بسبب الضرر اللاحق به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال وإعتمدوا في ذلك على عناصر تقرير الخبرة وعلى محضر المعاينة... وأن هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم لا رقابة عليهم من طرف المحكمة العليا". مأخوذ من بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 103.

(2) جاء نص المادة 125 إ.م.إ، كالتالي: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".

(3) نصت المادة 144 إ.م.إ، أنه: "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة. القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب إستبعاد نتائج الخبرة".

(4) أنظر: محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 92، ف 71؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ص 169، ف 363؛ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 26، ف 34.

(5) أنظر: منير قرمان، المرجع السابق، ص 94-95.

(6) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 276-277، ف 166؛ عبد الحكيم فوده، المرجع نفسه، ص 26، ف 34.

قضت بعدم جواز للقاضي إستبعاد خبرة إلا بخبرة مضادة<sup>(1)</sup>. هذا بالإضافة إلى إمكانية الفهم من بعض أحكامها إلزامية إستعانة القاضي بالخبرة<sup>(2)</sup>.

كما يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا، بخصوص تعيين عناصر الضرر التي تدخل في تقدير التعويض، لأنها من مسائل القانون<sup>(3)</sup>. فيجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر الضرر الذي قضى من أجله التعويض، وأن يناقش كل عنصر منها على حدى، وإلى كان حكمه مشوب بالقصور<sup>(4)</sup>.

تتقيد سلطة القاضي كذلك بالوقت الذي يتعين عليه الإعتداد به عند تقدير التعويض. حيث تكون العبرة بقدر وقيمة الضرر وقت النطق بالحكم، هذا ما يستوجب من القاضي الأخذ بالإعتبار كل تغير يطرأ على الضرر سواء في قدره أو في قيمته من وقت وقوعه إلى حين صدور الحكم بالتعويض<sup>(5)</sup>، بل وحتى بعد هذا التاريخ في حالة تفاقم وإرتفاع قيمة الضرر<sup>(6)</sup>. كما يقع على القاضي عند مطالبة المضرور بتعويض تكميلي، في حالة تفاقم الضرر، أن يبين في حكمه هذا التغير الذي طرأ على حالة المضرور نتيجة تفاقم الضرر<sup>(7)</sup>، وإلى

---

(1) قضت المحكمة العليا، في قرار لها بتاريخ 1983/5/11، ما يلي: " حيث أن قضاة الموضوع وإن كانوا غير ملزمين برأي الخبراء، وغير مراقبين من طرف المجلس الأعلى عند تقدير التعويض، إلا أنهم ملزمون بتسبب حكمهم تسببياً لا يتناقض مع الوثائق الفنية الصرفة، ذلك أن تقدير نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج عن إختصاص عمل القضاة، ولا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدرة إلا بواسطة طبيب آخر". نقلا عن فريحة كمال، المرجع السابق، ص 322، هـ 3.

(2) قضت المحكمة العليا، في قرار لها بتاريخ 2005/11/23، أن مسألة تفاقم الضرر للضحية نتيجة حادث مرور تخضع لخبرة الأطباء في مجال اختصاصهم الفني. جمال سايس، الإجتهد الجزائري في القانون المدني، ج 4، ص 1559.

(3) هذا ما قضت به المحكمة العليا، في قرار لها صادر في 2000/3/28، والذي جاء فيه ما يلي: "... حيث تبين من القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به هل هو عن الضرر المادي أم عن الضرر المعنوي ومعلوم أنه لا يجوز دمجها معا...، الأمر الذي يشكل قصورا في التسبب ينجر عنه النقص". أنظر: بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 101، هـ 2؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 274-275، ف 165؛ منير قزمان، المرجع السابق، ص 92؛ إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي، ص 162؛ مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص 219.

(4) قضت المحكمة العليا، في قرار لها بتاريخ 1994/5/24، أنه: " من المبادئ العامة في القانون أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل، وعلى القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المعتمدة لتقدير التعويضات، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون. ولما تبث من قضية الحال أن قضاة الموضوع منحوا تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي اعتمدوا عليها في تقديرهم للتعويض يكونوا بذلك قد خرقوا القواعد المقررة قانونا ومتى كان ذلك استوجب قرارهم النقض". راجع في هذا الصدد قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2004/7/25، والقرار المؤرخ في 2001/2/14. أنظر: فريحة كمال، المرجع نفسه، ص 332؛ نور الدين قطيش محمد السكارنه، المرجع السابق، ص 72.

(5) أنظر سابقا تقدير التعويض وقت الحكم به، ص 110.

(6) أنظر سابقا أثر تغير قدر وقيمة الضرر على التعويض، ص 116.

(7) الهدف من وراء إلزام القاضي بهذا التخصيص، هو من أجل إعطاء المحكمة العليا الفرصة حتى تراقب قاضي الموضوع في مقدار التعويض الذي خصصه لكل عنصر من عناصر الضرر. أنظر: عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص 170، ف 210.

إستوجب حكمه النقض<sup>(1)</sup>. كما يتعين عليه أن يفصح في الحكم عن صفة طالب التعويض، وعن أساس طلبه، وأساس ما قضى به<sup>(2)</sup>.

يتضح مما سبق عرضه أن سلطة القاضي بالنسبة لمرحلة تحديد الضرر الذي لحق بالمضرور ليست مطلقة، بل ترد عليها العديد من القيود.

### الفرع الثاني: مرحلة تحديد قيمة التعويض

إذا كانت مرحلة تحديد الضرر تقيد سلطة القاضي، فعلى العكس من ذلك يملك القاضي في مرحلة تحديد قيمة التعويض سلطة أكثر إتساعا<sup>(3)</sup>.

### البند الأول: مظاهر إتساع سلطة القاضي

يتمتع القاضي بسلطة مطلقة في إختيار طريقة وشكل التعويض الذي يراه أكثر ملاءمة لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور، وذلك طبقا للمادة 132 م، فله أن يقرره في شكل مبلغ إجمالي يحصل عليه المضرور دفعة واحدة، كما له أن يحكم به في شكل مبلغ مقسط أو إيراد مرتب<sup>(4)</sup>.

كما يملك القاضي الحكم بتعويض مؤقت، مع حفظ حق المضرور في المطالبة بتعويض تكميلي في حالة تغير قدر أو قيمة الضرر<sup>(5)</sup>.

على هذا يتمتع القاضي بالإضافة إلى ذلك بسلطة كبيرة بخصوص تقويم وتقدير قيمة التعويض<sup>(6)</sup>،

---

(1) قضت المحكمة العليا في 1983/3/2، أن: " التقدم بطلب جديد من الضحية بتعويضات جديدة، والقضاء بطلبات المدعي دون أن يبين الحكم التغير الذي طرأ على الحالة الضحية، والعناصر التي تظهر تفاقم العاهة المستديمة للضحية يعتبر خرق لقوة الشيء المقضي به، مما يعرض قراره للنقض". والقرار المؤرخ في 1983/3/3 المذكور سابقا. نقلا عن جمال سايس، الإجتهد الجزائري في القانون المدني، ج 1، ص 255.

(2) قضت محكمة النقض المصرية في 1960/5/9، بأنه: " إذا كان الثابت من الحكم أنه قضى بإلزام المتهمين متضامنين بأن يدفعوا للمدعي بالحق المدني مبلغ... دون أن يبين إدعاء المدعي من المذكور مدنيا أو علاقته بالمجني عليه وصفته في الدعوى المدنية كما خلا من إستظهار أساس المسؤولية المدنية والتضامن فيها، وهي من الأمور الجوهرية التي كان يتعين على المحكمة ذكرها في الحكم، أما وهي لم تفعل فإن حكمها يكون معيبا، كما يستوجب نقضه فيما يختص بالدعوى المدنية...". مقتبس من شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 218.

(3) غير أنه وحتى في الحالات التي تتسع فيها سلطة القاضي، يكون هذا الأخير ملزم ومقيد بما تقضي به العدالة، أو بناء على أدلة إقناعية بحثه، كما يظل مقيدا بغاية العمل وبطلبات الخصوم. أنظر: نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 510.

(4) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 105.

(5) أنظر سابقا تغير قدر الضرر بعد الحكم بالتعويض، ص 119.

(6) يجب التمييز هنا بين عناصر الضرر وتقديره، فعناصر الضرر يجب أن تأخذ جميعها في الاعتبار، وليس للقاضي سلطة حيال ذلك ما دامت هذه العناصر تمثل أضرارا يستوجب التعويض عنها، فهذه العناصر لا بد أن تدخل في تقدير التعويض. أما تقدير هذه العناصر أو بعبارة أخرى تقويمها، فهو أمر يدخل في سلطة القاضي التقديرية ولا يخضع فيه لرقابة المحكمة العليا. أنظر: محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص 206، ف 38، هـ 93.

لأنها تعبر من مسائل الواقع التي يستقل (1) بلا رقابة من المحكمة العليا(2).

فإذا كانت هذه السلطة ضيقة بالنسبة للأضرار التي تصيب الأشياء حيث يسهل تقدير ثمنها، فإنها أكثر إتساعا في أضرار أخرى نذكر منها تقدير الضرر المعنوي(3). أو تقدير الضرر في حالة المنافسة غير المشروعة، حيث يعتمد التقدير فيها على عناصر من الصعب التحقق منها كحجم الأعمال، والأرباح التي تستمد منها(4).

كذلك من مظاهر سلطة القاضي عدم بيان أساس تقديره لقدر التعويض الذي يقرره. كما أنه لا يلتزم بتحديد تعويض مستقل عن كل عنصر من عناصر الضرر بل يكفي التقدير الإجمالي(5).

### البند الثاني: مظاهر تقييد سلطة القاضي

على الرغم من الإتساع الواضح في سلطة القاضي إلا أن هذه السلطة لا يمكن أن تكون مطلقة، فعلى القاضي التقيد بالمبدأ العام الذي يحدد مدى حق المضرور في التعويض، وهو مبدأ التعويض الكامل، والذي بمقتضاه يتقيد القاضي بقصر التعويض على قيمة الضرر، دون زيادة أو نقصان(6).

كما يتقيد القاضي عند تقدير التعويض بالظروف الخاصة بالمضرور، دون تلك المتعلقة بالمسؤول، كجسامة خطئه أو مركزه المالي والاجتماعي، ويتعين عليه تقرير التعويض على

---

(1) تقدير التعويض الجابر للضرر يعتبر من مسائل الواقع، التي يستقل بها قاضي الموضوع، ما دام القانون خالي من أي نص يلزم القاضي بإتباع معايير معينة في التقدير. وبهذا الخصوص قصت محكمة النقض المصرية في 1990/6/7، بما يلي: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تقدير قيمة التعويض، هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، إلا أن مناط ذلك أن يكون هذا التقدير على أساس سائغ، ومردودا إلى عناصره الثابتة بالأوراق، ومبرراته التي يتوازن بها أساس التعويض، مع الغاية من فرضه، بحيث يبدو متكافئا مع الضرر غير زائد عليه". نقلا عن شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 215.

(2) قضت المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 1985/3/6، أنه: "من المقرر قانونا أن تقدير قيمة الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع التي حولها لهم القانون دون معقب عليهم في ذلك من المجلس الأعلى ومن ثم فإن المحل القضائي بتحديد مبلغ التعويضات المستحقة عن الأضرار المادية الناجمة عن فعل التعدي يكون قد مارس سلطته التقديرية وعلل قراره تعليلا كافيا وقانونيا". أنظر: جمال سايس، الإجتهد الجزائري في القانون المدني، ج 1، ص 361-362؛ إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي، ص 162؛ حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 141.

(3) قضت المحكمة العليا في 1992/2/18، على ما يلي: "حيث أنه بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا". كما قضت محكمة النقض المصرية في 1985/1/8، بأنه: "من المقرر أنه يكفي في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي أن يكون موسيا للمضرور ويكفل رد إعتباره، وهو ما يتوافر بما يراه القاضي مناسبا في هذا الصدد تبعا لوقائع الحال والظروف المناسبة وذلك دون غلو في التقدير ولا إسراف، ولو كان هذا التقدير ضئيلا مادام يرمز إلى الغاية منه، ويحقق النتيجة المستهدفة منه". أنظر: بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 99، 105؛ شريف الطباخ، المرجع نفسه، ص 199.

(4) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 278-279، ف 168.

(5) أنظر سابقا مدى جواز الحكم بتعويض إجمالي، ص 88.

(6) أنظر سابقا مبدأ التعويض الكامل، ص 75.

جميع عناصر الضرر التي لحقت بالمضرور، فإذا أغفل أي منها، أو زاد عليها، كان حكمه معرض للنقد من المحكمة العليا<sup>(1)</sup>.

---

(1) ذهبت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1999/7/14، أنه: "... كان يجب على قضاة الموضوع في حالة إثبات المسؤولية على عاتق السائق... أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويضات بدقة وتفصيلها مثل سن الضحية ومهنتها ودخلها ونوع الضرر أو الأضرار اللاحقة بالمستحقين...". مأخوذ عن بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، ص 104.

# الفصل الثاني الشرط الجزائي

## الشرط الجزائي

إذا كان تقدير التعويض المستحق للمضور يتم بصفة أصلية بواسطة القضاء، إلا أن سلوك هذا الطرف يحتاج إلى الكثير من الوقت والجهد والمال، وبالنظر إلى ما ينتج عن ذلك من إطالة النزاع، وتعارض مع الغاية الاقتصادية من التعاقد المتمثلة في الحصول على المنفعة المنتظرة من العقد بأسرع وقت وأيسر سبيل، منح المشرع الجزائري في المادة 184 م، الأطراف المتعاقدة حرية تحديد التعويض المستحق في حالة الإخلال بالإلتزام.

من هنا يجوز للمتعاقدين الإتفاق مسبقا في العقد أو في إتفاق لاحق، على مبلغ التعويض المستحق لأحدهما في حالة إخلال المتعاقد الآخر بالإلتزام المترتب على عاتقه، وهذا الإتفاق يعرف في الإصطلاح القانوني بالشرط الجزائي، الذي يعتبر وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على تنفيذ التزامه. حيث جعل المشرع الجزائري لمبدأ سلطان الإرادة دور في إجبار المدين على التنفيذ العيني لإلتزامه من خلال الدور الإتفاقي الذي يؤديه الشرط الجزائي.

تتم دراسة الشرط الجزائي في هذا الفصل ضمن مبحثين، يقسم المبحث الأول الخاص بمفهوم الشرط الجزائي إلى ثلاث مطالب يتم في الأول التطرق إلى تعريف الشرط الجزائي وشروط إستحقاقه، بينما يبين المطلب الثاني خصائصه، في حين يخصص المطلب الثالث لتميز الشرط الجزائي عن بعض الأنظمة المشابهة له.

أما المبحث الثاني فيخصص لدراسة آثار الشرط الجزائي، ويقسم إلى مطلبين يتم في المطلب الأول التعرض إلى المبدأ الذي يقضي بحصانته، أما الثاني فيضم الإستثناء الوارد على هذا المبدأ الذي يمنح للقاضي سلطة تعديل قيمة التعويض المقدر في الشرط الجزائي.

## المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي

يتطلب بيان مفهوم الشرط الجزائي تعريفه وتبين شروط إستحقاقه، وكذلك ذكر الخصائص التي يختص بها هذا النظام، وتمييزه عما يشابهه من أنظمة، وسيتم في هذا المبحث تناول هذه المسائل ضمن ثلاث مطالب مستقلة كالتالي:

### المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي وشروط إستحقاقه

بالرغم من أن الشرط الجزائي من ضمن الأنظمة التي عرفتها البشرية منذ القدم، إلا أن الفقه والتشريع عجزا عن وضع تعريف جامع له، وهذا ما يظهر من خلال مختلف التعريفات التي أوردها الفقهاء في مؤلفاتهم، وهذا ما يلتمس من النصوص القانونية الحديثة. ورغم أن هذا الإتفاق لا يخرج عن كونه تقدير إتفاقي مسبق للتعويض المستحق، والشروط اللازم توافرها لإستحقاقه هي نفس الشروط الواجب توافرها لإستحقاق التعويض بشكل عام، إلا أن هناك من الفقه من إختلف حول هذه الشروط. وعليه يتم في هذا المطلب تعريف الشرط الجزائي، والشروط الواجب توافرها لإستحقاقه وذلك ضمن فرعين مستقلين.

### الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي

يختلف تعريف القانون للشرط الجزائي عن تعريف شراح القانون والمجتهدين له، أما إختلاف هذه التعريفات فهو راجع لإختلاف طبيعة الشرط الجزائي، وتكييفه، وشروط إستحقاقه، بالإضافة إلى إختلاف الهدف منه، ومدى سلطة القاضي في تعديله<sup>(1)</sup>. سيتم التعرض في هذا الفرع إلى تعريف الفقه للشرط الجزائي وإلى تعريف القانون له.

### البند الأول: تعريف الفقه للشرط الجزائي

إختلفت التعريفات وتباينت في تحديد وإعطاء تعريف شامل للشرط الجزائي، كما تشابهت وتطابقت تعريفات أخرى لذلك يكتفى بذكر بعضها مما يغني عن غيرها.

### أولا: تعريف الفقه الغربي للشرط الجزائي

قام هذا الفقه بتعريف الشرط الجزائي على أنه " الشرط الذي يفرض على الشخص

(1) أنظر: محمد بن عبد العزيز بن سعيد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، فقه أصول، كلية التربية، جامعة الملك سعود، اليمن، س 1435-1436هـ، ص 14.

ضرورة أداء مبلغ معين، أو شيء كجزء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه، أو تأخر في تنفيذه"<sup>(1)</sup>. كما عرف بأنه " إتفاق تبقي للإتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ"<sup>(2)</sup>.

أما قام الفقيه فونتان Fontaine، فقد قام بتعريف الشرط الجزائي بأنه " الشرط المتفق عليه مسبقاً، المتضمن تعويض جزافي، يستحق في حالة عدم تنفيذ الإلتزام، حيث يلزم المدين في حالة عدم تنفيذه للإلتزام بدفع المبلغ المتفق عليه نقداً، فهو غرامة عقدية، أو عقاب خاص، يوضع لمواجهة حالة عدم تنفيذ العقد جزئياً أو كلياً، كما يوضع لمواجهة التأخر في التنفيذ أو للتنفيذ المعيب"<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: تعريف الفقه العربي للشرط الجزائي

عرف البعض الشرط الجزائي بأنه " البند أو الشرط الذي يدرج بالعقود والتصرفات القانونية بهدف إحترامها وضمان تنفيذها. بموجب هذا الشرط يلتزم المتعاقد المخل بالتزامه بأداء معين لصالح المتعاقد الآخر. وهذا الأداء غالباً ما يكون مبلغ من المال، غير أنه قد يكون شيئاً آخر، أو عمل، أو إمتناع عن عمل، أو تقصير لميعاد إستعمال الحق، أو تشديداً في إستعماله، أو تغييراً لمكان تنفيذ الإلتزام أو غير ذلك من أعباء"<sup>(4)</sup>.

بينما عرفه البعض الآخر على أنه " إتفاق الدائن و المدين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، أو إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه. ويسمى بالشرط الجزائي لأنه عادة يوضع ضمن شروط العقد الأصلي، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يدرج

---

(1) هذا التعريف قال به الفقيه TOULLIR. ويتضح من خلاله أن الشرط الجزائي لا يختص بالتعويض عن الضرر، وهذا ما يتفق مع الإتجاه الفرنسي في عدم ربط الشرط الجزائي بالضرر. إضافة إلى الطابع العقابي الذي أبرزه التعريف بذكره لعبارة " جزاء". أنظر: قدة حبيبة، مهراوي عبد القادر، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، مقارنة مع التعويض القضائي، مداخلة مقدمة للملتقى الوطني حول سلطة القاضي في تعديل العقد، كلية الحقوق، جامعة أدرار، أبريل 2014، غير منشور، ص 2.

(2) جاء هذا التعريف قاصراً على حالة عدم تنفيذ الإلتزام، ولم يتطرق إلى حالة التأخر في التنفيذ. أنظر: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليماني، المرجع السابق، ص 16.

(3) يعاب على هذا التعريف أنه أبرز الوظيفة العقابية للشرط، حيث ذهب إلى أنه غرامة تهديدية بما أنه يمثل عقوبة خاصة. Sébastien PIMONT, Clause pénale, rép. civ. Dalloz, 2010, P2.

(4) يعاب على هذا التعريف أنه قصر الشرط الجزائي على حالة الإخلال بالإلتزام، سواء تمثل هذا الإخلال في عدم التنفيذ أو في التأخر في التنفيذ، دون حالة التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي، والتنفيذ المعيب له. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 403، ف 183.

في إتفاق لا حق لهذا العقد"<sup>(1)</sup>.

قام البعض من شراح القانون، بإعطاء مفهوم كامل يبرز لنا طبيعة الشرط الجزائي فعرفوه على أنه " إتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود في حالة الإخلال بالتزام أصلي مقرر في ذمته أو التأخر في الوفاء بذلك الإلتزام الأصلي جزاء له على هذا الإخلال أو التأخر وتعويضا للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك"<sup>(2)</sup>. أو أنه " تقدير إتفاقي للتعويض، فهو مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدما التعويض الذي يستحق لأحدهما، عن الذي لحقه نتيجة خطأ يقترفه الآخر"<sup>(3)</sup>.

نتج عن هذا الإختلاف في تعريف الشرط الجزائي وتحديد طبيعته إختلاف في تسمياته، فهناك من رجع بأنه إتفاق ملزم، وأطلق عليه تسمية " البند الجزائي " أو " التعيين الإتفاقي"<sup>(4)</sup>. وهناك من رجع بأنه تعويض عن الضرر، وأطلق عليه تسمية " التعويض الاتفاقي"<sup>(5)</sup>، أو "الشرط الجزائي". ويظل مصطلح الشرط الجزائي هو الأشهر، حيث رجحه القضاء، وجرى به العرف. وترجع هذه التسمية إلى كونه يدرج عادة كشرط من شروط العقد الأصلي<sup>(6)</sup>.

(1) يأخذ على هذا التعريف أنه قصر الشرط الجزائي على المدين دون الدائن، وكان الأصح أن يستعمل عبارة " أحد المتعاقدين"، كما حصر الشرط الجزائي بالعقد، ولم يربط التعويض بالضرر. حيث ذهب إلى أن مصدر الشرط الجزائي هو العقد، وأن تصوره في الفعل غير المشروع أمر نادر الوقوع. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 851، ف 477، هـ 2؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 80؛ ديبال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 16؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 50.

(2) في نفس المعنى عرف على أنه إتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من إشرط له، عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الآخر ما الإلتزام به أو تأخر في تنفيذه. أنظر: سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 675، ف 623؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 221. (3) أنظر: جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، في الإتفاقات المتعلقة بالمسؤولية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، س 1990، ص 188، ف 155.

(4) هذه العبارة هي المستعملة في القانون الفرنسي، وإعتمدها القانون اللبناني في المادة 266 منه، ورجحها شراح هذا القانون. أنظر مصطفى العوجي، العقد، ص 577.

(5) أخذ به القانون المصري، ونصت عليه المادة 224 منه، وسار عليه معظم شراح هذا القانون ومن تبعهم. وهذا ما سار عليه شراح القانون الجزائري، وما نصت عليه المادة 183 منه. ونفس الحكم تبناه القانون الليبي في المادة 226 منه. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 851، ف 477؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 403، ف 243؛ جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 188، 155؛ سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 675، ف 623؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 221؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 80؛ عدنان طه الدوري، أحكام الإلتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، س 1995، ص 69.

(6) تساءل بعض الفقهاء عن سبب تسميته بالشرط الجزائي مع عدم وجود أي عنصر جزائي بالموضوع، والواقع أن هذه التسمية هي ترجمة فرنسية لعبارة Sripulatio اللاتينية الواردة في القانون الروماني، الذي لم يكن يجيز للقاضي الحكم بمبلغ من المال إلا إذا تعهد به المدين صراحة. لذلك إضطر المتعاقدان لإجراء عقد آخر يتضمن تنفيذ العقد الأول، فسمي هذا العقد الفرعي للعقد الأساسي والذي يتضمن إلتزاما معناها بـ Stipulation paruaice وهو تعبير لاتيني معناه الشرط المتضمن جهدا مكلفا، غير أن القانون الفرنسي نقله بعبارة Clause peuaie أي الشرط الجزائي. أنظر: جبرائيل غزال، سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي، مجلة المحاماة، مجلة قضائية شهرية تصدرها نقابة المحامين، السنة السادسة والأربعون، العدد الثالث والرابع، نوفمبر - ديسمبر 1965، ص 407.

يتضح من خلال هذه التعاريف أن الشرط الجزائي قد يرد كشرط من شروط العقد، كما قد يتضمنه إتفاق لا حق للعقد، بشرط أن يتم تقديره قبل وقوع الضرر الذي قرر هذا الشرط الجزائي لمواجهته<sup>(1)</sup>.

إذا إتفق المتعاقدان مسبقاً على مقدار التعويض المستحق لأحدهما إذا لم يتم الآخر بتنفيذ التزامه، يكون الشرط الجزائي موضوع لمواجهة عدم تنفيذ الإلتزام. أما إذا إتفقا على مبلغ التعويض المستحق لأحدهما في حالة تأخر الآخر في تنفيذ إلتزامه، يكون الشرط الجزائي موضوع لمواجهة حالة التأخر في التنفيذ<sup>(2)</sup>.

كما يتضح مما سبق أن الشرط الجزائي يطبق كأصل بصدد المسؤولية العقدية، أما بخصوص المسؤولية التقصيرية، فقد أثير تساؤل عما إذا كان مجال الشرط الجزائي يمتد ليشمل المجال التقصيري، أو لا يشملها؟.

ذهب رأي من الفقه إلى قصر مجال الشرط الجزائي على المسؤولية العقدية، وبالتالي بطلان الشرط الجزائي الذي يتفق فيه الطرفان مقدماً على قدر التعويض عن فعل غير مشروع<sup>(3)</sup>. وبرر هذا الفقه موقفه على أنه من غير الممكن في غالب الأحوال أن يتم الإتفاق على التعويض المستحق عن الفعل الضار إلا بعد تحقق المسؤولية، وبعد الحكم بالتعويض، وذلك كون المسؤول المتسبب في الضرر لا يعرف المضرور إلا منذ وقوع الفعل الضار. كما أسسوا موقفهم على أن مصدر هذه المسؤولية القانون، ولا يجوز مخالفة أحكامه لأنه من النظام العام. وفوق إرادة الأطراف<sup>(4)</sup>.

إلا أن بعض الفقه الفرنسي الحديث، يرى صحة الإتفاق على رفع المسؤولية التقصيرية في حدود معينة، وذهب إلى صحة الشرط الجزائي في نفس الحدود<sup>(5)</sup>.

لأن بطلان إتفاقات الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو تخفيفها ولو تأسس على تعلقه

---

(1) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 851، ف 477؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 403، ف 243؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 80.

(2) أنظر: مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 263.

(3) هذا ما سلكه كل من القضاء الفرنسي، والمصري، والجزائري، وذهب إلى تعلق قواعد المسؤولية التقصيرية بالنظام العام، وقضى ببطلان الشرط الجزائي في نطاق هذه المسؤولية، ككل إتفاق على تعديلها، سواء بالإعفاء منها أو بتخفيفها.

(4) حيث لا يجوز الإعفاء من هذه المسؤولية أو تقييدها، ويترك تقدير التعويض المترتب عليها للقاضي. هذا بالإضافة إلى كون الإتفاق مقدماً على التعويض في نطاق هذه المسؤولية أمر يصعب تحقيقه عملياً. وفي ذلك نصت المادة 178 م، أنه: " يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الفعل الإجرامي". أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 493، ف 292.

(5) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 225-226، ف 166.

بالنظام العام، لا يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي وحظره، فهذا الأخير لا يهدف أصلاً إلى تقييد المسؤولية بما أنه مجرد تقدير مسبق لها، وليس هناك مانع أن يتم الإتفاق على شرط جزائي تعويضا عن فعل غير مشروع يزيد في قيمته عن الضرر الناجم<sup>(1)</sup>، أو مساوياً له<sup>(2)</sup>. تأكد هذا الرأي الذي يذهب إلى جواز الإتفاق على شرط جزائي في المجال التقصيري، بإجازة القانون لذلك<sup>(3)</sup>، والأمثلة متعددة<sup>(4)</sup>، وحتى ولو كان الإخلال بالعقد يشكل جريمة جنائية<sup>(5)</sup>. فهذا لا يمنع من وجود فروض أخرى يمكن معها الإتفاق على شرط جزائي في مجال المسؤولية التقصيرية<sup>(6)</sup>.

أما الأهمية العملية لهذا الشرط فتظهر من خلال مميزاته التي تميزه عن غيره من النظم المشابهة له، فهو لا يشجع على تماطل تنفيذ العقد، ويساعد الشباب وعديمي الخبرة المهنية على إثبات جديتهم في تنفيذ العقد، ويزيل مخاوف الطرف الآخر المتعاقد معهم<sup>(7)</sup>، ويقلل المنازعات التي قد تثور بشأن ركن الضرر من حيث وقوعه أو عدم وقوعه، ويغني المتعاقدين

---

(1) لأن الأمر التي يتجنبه القضاء، ويرى فيه مخالفا للنظام العام، أن يظل الفعل غير المشروع دون تعويض كامل، ويتحمل المضرور تبعاً لذلك كل أو بعض آثار خطأ الغير.

(2) يقع الشرط الجزائي باطلاً، إذا كان المبلغ المعين فيه أقل من قيمة الضرر الذي نجم عن الفعل غير المشروع، متى إتضحت فيه نية الأطراف على تخفيف المسؤولية. ويرى الفقه ببطلان هذا الشرط إذا كانت قيمته أقل من الضرر الواقع فعلاً على المضرور حتى ولو لم يقصد الطرفان تخفيف المسؤولية، بل أرادا به منع كل منازعة تثور بينهما، لأن هذا الإتفاق يؤدي رغم إرادة الأطراف إلى تخفيف المسؤولية وبالتالي يكون غير مشروع. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 227، ف 168؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 493، ف 292؛ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 105-106.

(3) إعراف القانون المدني المصري بذلك، وجاء في المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي لهذا القانون ما يلي: " ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير إتفاقي للتعويض الموجب أداءه. فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 197، ف 158، هـ 13.

(4) كالإتفاق الودي بين صاحب أحد المصانع وجيرانه على قدر التعويض الذي يلتزم به في حالة إصابتهم بأضرار نتيجة تشغيل مصنعه. ويتجسد كذلك في حالة تحديد مبلغ التعويض الذي يقدمه الخاطب لخطيبته في حالة عدوله عن الخطبة، والإخلال بالوعد بالزواج، فالإخلال يترتب عنه قيام المسؤولية التقصيرية. كذلك الشرط الجزائي في حالة إبطال بيع ملك الغير، فإذا حدد المتعاقدان مبلغ التعويض في حالة الفسخ، فإن المسؤولية المترتبة عن هذا الفسخ هي مسؤولية تقصيرية. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 494، ف 292؛ محمد مرعي صعب، البند الجزائي، دراسة مقارنة، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، س 2006، ص 84 وما يليها.

(5) كجريمة التبيد، وإتفق المتعاقدان على شرط جزائي، فإن هذا يكون إتفاقاً مقدماً على جريمة أي على عمل غير مشروع. ومثل ما يحدث في مباريات السباق، حيث يتفق المتسابقون مقدماً على تعويض معين إذا حدث ضرر لأحد المتسابقين. كذلك اللاعبون في كرة القدم. والمتصارعون في الملاكمة. أنظر: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 192-193؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 851، ف 477؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 494، ف 292.

(6) لا يخفى أنه من الممكن أن يكون المنتفع من الشرط الجزائي شخصاً ثالثاً، يلتزم المدين بأن يقوم إتجاهه بتعهد معين، ويحق للدائن أو المنتفع من هذا الشرط، أن يطلب إما تنفيذ الإلتزام، أو التعويض المتفق عليه في الشرط، أو فسخ العقد مع إلزام المدين بالتعويض عن الضرر الواقع من جراء هذا الفسخ، والذي يقوم القاضي بتحديدده وفقاً للقواعد العامة. أنظر: جبرائيل غزال، المرجع السابق، ص 407.

(7) Said SOUAM, Clause pénale et dommages-intérêts une analyse économique, apparaitre dans la collaction droit et economie ( L G D J ), feb 2007, P 10.

عن الصعوبات المتعلقة بإثبات الضرر، وعن تقدير التعويض، وذلك لأنه يتضمن تسليمًا من المدين بأن إخلاله بالتزامه يترتب عليه ضرر للدائن، كما يسهل مهمة القضاء في تقدير التعويض<sup>(1)</sup>.

### البند الثاني: التعريف القانوني للشرط الجزائي

يتم ضمن هذا البند تعريف النصوص القانونية للشرط الجزائي، في كل من القانون الفرنسي، والقانون المصري والجزائري، ضمن نقطتين يتم عرضهما كالتالي:

#### أولاً: تعريف القانون الفرنسي للشرط الجزائي

قدم القانون الفرنسي للشرط الجزائي تعريفين منفصلين، أحدهما في المادة 1226 م.ف، التي نصت أن الشرط الجزائي هو: " ذاك الذي بموجبه يحدد الفريقان المتعاقدان بذاتهما وبصورة جازمة مقدار الأضرار المتوجبة الأداء في حال عدم التنفيذ". والثاني في المادة 1229 م.ف، التي قامت بتعريفه على أنه: " تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي"<sup>(2)</sup>.

تم إنتقاد التعريف الأول على أنه وناقص، يقتصر على حالة عدم التنفيذ. أما التعريف الثاني فإنتهقد بشدة من قبل مجتهدي القانون لأنه قصر التعويض على حالة عدم تنفيذ الإلتزام، وبشرط وقوع الضرر، وهذا ما كان مخالفاً للمادة 1152 م.ف<sup>(3)</sup> قبل التعديل، والتي كانت تسمح بالحصول على التعويض المشروط في حالة الإخلال بالإلتزام، ولو لم يحصل أو

(1) للشرط الجزائي مزايا عامة، حيث يهدف إلى إزدهار المجتمع إقتصادياً، ويخفف عن المحاكم الكثير من القضايا التي كانت ستشتغل بها، ويساهم في تنفيذ المشاريع العامة في وقتها. كما لهذا الشرط مزايا خاصة بالمعاقدين، فهو يعطي ويدعم الثقة للمشتري بتنفيذ العقد، ويحمل الطرف الآخر على عدم التهاون بالعقد، فيمنع تراخي المدين في تنفيذ العقد، حيث يستعمل في هذه الحالة كوسيلة تهديدية لحمل المدين على الوفاء، وقد يستعمل الشرط الجزائي كوسيلة للتخفيف من مسؤولية المدين. بالإضافة إلى ذلك يجنب المتعاقدين تدخل القضاء في تقدير التعويض، وذلك باستبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض المستحق. وهو بهذا يحقق التعويض الأمثل والمناسب للمشتري عند وقوع الضرر. ويوفر المال والوقت للذين من الممكن أن ينفقوا على الإجراءات القضائية عند عدم النص والاتفاق على هذا الشرط. أنظر: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص 27-28؛ عبد الله ولداند كجلي، التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، س 2000-2001، ص 46؛ منير قزمان، المرجع السابق، ص 109؛ Sébastien PIMONT, op. cit, N° 29, P 7.

(2) أنظر: طارق محمد مطلق أبو الليل، التعويض الإتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، س 2007، ص 444، ه 2؛ محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع نفسه، ص 14-15؛ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، س 2011-2012، ص 327؛ قدة حبيبة، مهداوي عبد القادر، المرجع السابق، ص 2.

(3) جاء نص المادة كالتالي: " إذا ذكر في الإتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل". فذهب القضاء الفرنسي، إلى أن الشرط الجزائي يستحق حتى ولو لم يثبت الدائن أن هناك ضرر أصابه. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 856-857، ف 483.

يترتب أي ضرر عن هذا الإخلال<sup>(1)</sup>.

أما محكمة النقض الفرنسية فقد عرفت بأنه: " الشرط المتضمن في العقد من خلاله يستطيع الأطراف تقدير التعويض جزافيا ومسبقا في حالة عدم تنفيذ الإلتزام العقدي"<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: تعريف القانون المصري والجزائري للشرط الجزائي

سكت القانون المصري والجزائري، كغيره من القوانين العربية عن تعريف الشرط الجزائي في مواده المنظمة له، واكتفى بإجازته.

نصت المادة 223 م.م، على أنه: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في إتفاق لاحق..."<sup>(3)</sup>. كما قام القانون المدني الكويتي بتنظيم الشرط الجزائي وأجازت المادة 302 منه، للمتعاقدين الإتفاق مقدما على تقدير التعويض المستحق في حالة إخلال المدين بالتزامه. ونفس الصياغة نجدها في المادة 226 من القانون المدني الليبي<sup>(4)</sup>، والمادة 224 مدني سوري، والمادة 170 مدني عراقي، والمادة 1/226 موجبات وعقود لبناني<sup>(5)</sup>.

كما أجاز القانون المدني الجزائري صراحة الشرط الجزائي، في المادة 183 منه، التي نصت أنه: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

### الفرع الثاني: شروط إعمال الشرط الجزائي

لا يعتبر الشرط الجزائي سببا لإستحقاق التعويض، بل هو مجرد طريقة لتقدير التعويض المستحق مسبقا، بسبب عدم تنفيذ المدين للعقد أو تأخره في تنفيذه. لذلك تعتبر شروط إستحقاق

(1) تجدر الملاحظة أن المشرع الفرنسي أحدث تعديلا عن المادة 1125 منه، بإضافة فقرة ثانية، تربط بين الشرط الجزائي وبين وقوع الضرر، وبالتالي تشترط وقوع ضرر لإستحقاق الشرط الجزائي، وتبيح للقاضي تعديله. أنظر لاحقا الضرر كشرط لإستحقاق الشرط الجزائي، ص 149.

(2) Sébastien, PIMONT, op. cit, N° 24, P 6.

(3) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 403، ف 183؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 857، ف 483؛ سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 678، ف 625؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 50.

(4) أنظر: عدنان طه الدوري، المرجع السابق، ص 69.

(5) حيث نصت المادة 1/226 موجبات وعقود لبناني أن: " للمتعاقدان أن يعينا مقدما في العقد أو في صك لاحق، قيمة بدل العطل والضرر في حالة تخلف المدينون عن تنفيذ الموجب كله أو بعضه". وجاء نص هذه المادة بنفس الحكم الذي جاءت به القوانين المذكورة أعلاه. أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 80، هـ 2؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 221، هـ 2.

الشرط الجزائي نفس الشروط اللازمة لإستحقاق التعويض بصفة عامة<sup>(1)</sup>، وهذا ما قضت به محكمة القاهرة<sup>(2)</sup>. حيث تتجسد شروط إعمال الشرط الجزائي في أربعة شروط، منها ثلاثة شروط عامة وشرط رابع خاص، وبما أن البحث تطرق إلى هذه الشروط في الفصل الأول ضمن المبحث الأول، المتعلق بمفهوم التعويض، يكفي التطرق إلى هذه الشروط بما يُرى ضروريا في موضوع إستحقاق الشرط الجزائي كالتالي:

### البند الأول: الشروط العامة لإستحقاق الشرط الجزائي

الغاية أو الهدف من الشرط الجزائي هو تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحق به، من جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو التأخر في تنفيذه. وذلك يعني أن إستحقاق الشرط الجزائي يفرض إخلال المدين بإلتزامه، وأن الدائن لحقه ضرر من هذا التنفيذ، وهذا ما يفرض وجود علاقة سببية بين هذا الإخلال وذلك الضرر.

#### أولاً: الضرر

الشرط الجزائي هو تقدير للتعويض، وبما أن هذا الأخير هو جبر للضرر فمن البديهي أن يشترط لإعمال الشرط الجزائي وتطبيقه حدوث ضرر للدائن من جراء إخلال المدين بإلتزامه. لكن وعلى الرغم من منطقية هذا التحليل، إلا أن مسألة مدى ضرورة وقوع ضرر للحكم بالشرط الجزائي أثارت خلافاً واسعاً لدى الفقه والقضاء.

حيث ظهرت وجهة نظر تدعو إلى إغفال الضرر من حيث كونه مناط وأساس الشرط الجزائي. وبررت وجهة النظر هذه بتبريرات منها ما يرجع إلى كون الشرط الجزائي تعبير عن رغبة وإرادة المتعاقدين، فهو إتفاق مقدما ونهائيا على مبلغ التعويض الذي يلتزم به من يخل

(1) تطلب المشرع الجزائري في المادة 183 م المذكورة أعلاه، هذه الشروط الأربعة لإعمال الشرط الجزائي. فالمواد من 176 إلى 178 م، بالإضافة إلى المادة 184 م، تتناول شرط الخطأ والضرر وعلاقة السببية، أما المواد من 179 إلى 181 م، تنظم الإعذار وشروطه.

(2) قررت محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة، في قرار لها صادر بتاريخ 1950/11/21، أنه: " بما أن الشرط الجزائي المنصوص عليه في عقد البيع الرسمي وهو في الواقع تقدير إتفاقي للتعويض وليس مصدرا للإلتزام به، وبالتالي فلا يكفي الضرر لإلتزام المدين بأداء التعويض، وإنما يجب توافر الخطأ والضرر والإعذار عملاً بالمادة 223 من التقنين المدني، ومن ثم فلا يستحق الجزاء المشروط إلا إذا كانت إستحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين، شأنه في ذلك شأن التعويض تماما، كما أنه يشترط توافر الضرر، فهو بذاته مناط تقدير الجزاء الواجب أدائه، ويترتب على هذا أن إنتفاء الضرر يستتبع سقوط الجزاء المشروط". مقتبس من إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 506، ف 300، هـ 1.

بتنفيذ إلتزامه، لذلك تكون له قوة ملزمة، تجبرهم على إحترامه<sup>(1)</sup>. ومن هذه التبريرات ما يرجع إلى كون المتعاقدين يسلمان مقدما بأن إخلال المدين بإلتزامه يحدث ضررا للدائن<sup>(2)</sup>.

لمعالجة هذا الإختلاف يحاول البحث توضيح مدى إشتراط الضرر لإستحقاق الشرط الجزائي في كل من القانون الفرنسي، والقانون المصري والجزائري، مع الإشارة إلى موقف بعض القوانين العربية كالتالي:

## 1- الضرر في القانون الفرنسي:

كان القضاء الفرنسي، يجيز إعمال الشرط الجزائي ولو لم يثبت الدائن أن هناك ضرر أصابه<sup>(3)</sup>، مستندا في ذلك إلى نص المادة 1152 م.ف<sup>(4)</sup>، التي تفصل بين الشرط الجزائي والضرر ولا تجعل من الثاني مناطا للأول. وتطبيقا لذلك يكون للدائن في حالة إشتراط الشرط الجزائي حق مكتسب في الجزاء المشترط منذ اللحظة التي يتم فيها إعدار المدين، حتى ولو لم يلحق الدائن أي ضرر، وذلك باعتبار أن الهدف من الشرط الجزائي هو مجازاة المدين عن مخالفته العقد<sup>(5)</sup>. وأن الغرض من الشرط الجزائي هو منع أي جدال يدور حول وقوع الضرر ومقدار تعويضه<sup>(6)</sup>.

حيث لا يجوز للقاضي وفقا لذلك القيام بتعديل هذا الشرط نقصا أو زيادة. وليس للدائن إثبات الضرر الذي لحقه من عدم التنفيذ أو من التأخر في التنفيذ، ولا قدر هذا الضرر الذي لحقه. فمتى أثبت الدائن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه على الوجه المتفق عليه تعين الحكم على المدين بالمبلغ المحدد في الشرط، دون أدنى إعتبار لوجود الضرر أو إلى قدره، وأن هذا ليس

(1) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 509، ف 301؛ سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 680، ف 629.

(2) وجد رأي آخر في القضاء الفرنسي مخالفا لهذا القضاء، قرر عدم إستحقاق الشرط الجزائي إذا لم يصب الدائن ضرر، وذلك على أساس أن الشرط الجزائي هو تعويض للأضرار التي يتحملها الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه الأصلي. أنظر: محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 263.

(3) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 509، ف 301.

(4) تقضي هذه المادة التي سبق الإشارة إليها إلى أنه: " إذا تضمن الإتفاق أن يدفع من يخل بتنفيذ مبلغ معين على سبيل التعويض، لا يجوز أن يعطي الطرف الآخر مبلغا أكبر أو أقل منه". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 200، ف 160؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 509، ف 301.

(5) هكذا كان القضاء الفرنسي يعتبر الشرط الجزائي جزاء إتفاقيا، أي أنه كان يركز على الصفة الجزائية للشرط مغفلا صفة التعويضية. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 510، ف 301.

(6) أنظر: محمد مرعي صعب، المرجع نفسه، ص 265.

سوى أعمال لإرادة المتعاقدين تطبيقاً للمبدأ الأساسي الوارد في المادة 1134 م.ف(1).

إلا أن محكمة التمييز الفرنسية إجتهدت في قرار لها بتاريخ 1828/12/1، واشترطت وقوع ضرر لتطبيق الشرط الجزائي، وإستندت في ذلك إلى المادتين 1226 و 1229 م.ف، فذهبت إلى أن الشرط الجزائي هو تعويض عن العطل والضرر الذي يتحمله الدائن من عدم تنفيذ الإلتزام<sup>(2)</sup>. لكن لم يلقى هذا التفسير تأييداً، وسارت أكثرية المحاكم الفرنسية على تفسير مخالف يقول بعدم تأثير وجود الضرر في إستحقاق الشرط الجزائي<sup>(2)</sup>.

أسفر تطبيق هذه الأحكام إلى ظلم فادح في عقود الإذعان، خاصة عقد الإيجار الإئتماني، وعقد إيجار المنقول مع إلزام المؤجر بصيانته، التي جرت العادة فيهما إلى وضع شرط جزائي يقضي بإلزام المستأجر إذا لم يف ولو بقسط واحد فضلاً عن فسخ العقد بدفع كل الأقساط الباقية. هذا ما أثار هجوم الفقه على هذا الشرط، خصوصاً أن هذه العقود كثيراً ما تبرم لمدة تزيد على عشر سنوات ليكون بذلك مبلغ التعويض هائلاً، وهذا ما أجبر المشرع الفرنسي إلى التدخل لرفع هذا الجور<sup>(3)</sup>.

عدل القضاء الفرنسي عن موقفه من عدم اشتراط الضرر لإستحقاق الشرط الجزائي، بموجب التعديل الذي أحدثه المشرع الفرنسي على المادة 1125 م.ف(4)، التي ربطت بين الشرط الجزائي وبين الضرر المترتب على مخالفة الإلتزام الأصلي، فأصبح الضرر بذلك شرط ضروري لأعمال الشرط الجزائي<sup>(5)</sup>، حيث أجاز هذا التعديل للقاضي تخفيض الشرط الجزائي

---

(1) جاءت المادة 1231 م.ف، بإستثناء عن القاعدة المقررة في المادة 1134 م.ف، حيث خولت للقاضي سلطة تعديل المبلغ المعين في الشرط الجزائي إذا كان الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 201، ف 160.

(2) تنص المادة 1226 م.ف، أنه: " البند الجزائي هو البند الموضوع من شخص لأجل تأمين نفاذ مقابلة ما، والذي يتعهد ذلك الشخص بموجبه بشيء بحال عدم التنفيذ". أما المادة 1229 م.ف، فتتص أن: " البند الجزائي هو مقاصة عن العطل والضرر الملحقين بالدائن من عدم تنفيذ الموجب الأصلي". أنظر سابقاً تعريف الشرط الجزائي، ص 142.

(2) أنظر: محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 265-267.

(3) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 201، ف 160.

(4) حيث أضيفت فقرة جديدة إلى المادة 1152 م.ف، تقضي بأن: " القاضي يستطيع تخفيف أو زيادة المبلغ المتفق عليه، إذا كان ظاهر المجاوزة أو الضالة، وكل إتفاق مخالف يعتبر غير مكتوب". فمنح المشرع الفرنسي، بهذه الفقرة للقاضي سلطة إنقاص مبلغ التعويض إذا كان مبالغ فيه، أجاز له زيادته إذا كان ضئيلاً. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 202، ف 160.

(5) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 510، ف 301.

المغالى فيه لیتلاءم مع قدر الضرر الذي لحق بالدائن<sup>(1)</sup>.

## 2- الضرر في القانون المصري والجزائري:

إعتق القانون المصري القديم، نص مأخوذ من المادة 1125 م.ف، فكانت المادتين 123-181 م.م ملغى، تتصان على أنه إذا إتفق المتعاقدان على مقدار التعويض المستحق في حالة الإخلال بالإلتزام، فلا يجوز الحكم بتعويض أكثر أو أقل من المتفق عليه إذا تحقق الإخلال. لذلك ظل القضاء المصري مترددا ومختلفا في مدى إشتراط وقوع الضرر للحكم بالشرط الجزائي أو عدم إشتراطه<sup>(2)</sup>.

حيث سلكت بعض أحكام القضاء المصري القديم، نفس مسلك القضاء الفرنسي في عدم إشتراط الضرر<sup>(3)</sup>، وألزمت المدين بالمبلغ المعين في الشرط الجزائي ولو لم يلحق الدائن ضرر نتيجة إخلال المدين بالإلتزامه<sup>(4)</sup>. بينما تطلبت أحكام أخرى ضرورة وقوع ضرر لإستحقاق الشرط الجزائي، معتتقة بذلك الصفة التعويضية له<sup>(5)</sup>. فأشترطت لتطبيق الشرط الجزائي وإعماله وجوب أن تلحق الدائن خسارة أو أن يفوته كسب. وإستندت في تبرير ذلك إلى كون عدم إشتراط حصول ضرر للدائن يجعل الإلتزام بالشرط الجزائي إلتزاما بلا سبب وغير ذي فائدة<sup>(6)</sup>.

ظل هذا الإختلاف في الأحكام قائما إلى أن حسمت محكمة الإستئناف المصرية في

---

(1) لم يشترط القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، ولا القانون البلجيكي، أن يلحق الدائن ضرر نتيجة خطأ المدين. ونفس الإتجاه سلكه القانون السويسري حيث نص على هذا الحكم في المادة 1/161 منه، التي جاءت كالتالي: " يستحق الجزاء ولو كان الدائن لم يلحقه أي ضرر". أنظر: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص 15.

(2) كانت المادتان تتصان على أنه: " إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحا به في العقد أو في القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 857، ف 483؛ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 203، ف 161.

(3) أوجبت هذه المحاكم في بادئ الأمر تطبيق الشرط الجزائي بمجرد عدم الوفاء بالإلتزام، ولو لم يثبت حدوث ضرر للدائن، وذلك لما للإتفاقات من قوة ملزمة. حيث قضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها بتاريخ 3 ديسمبر 1931، بأن " البائع الذي لم يسلم بخطأ منه القطن المتفق عليه، لا يستطيع الإحتجاج بإنخفاض أسعار القطن في ميعاد التسليم، وإنعدام الضرر في جانب المشتري، حتى يتخلص من الشرط الجزائي، لأن هذا الأخير يعتبر شريعة الطرفين... بحيث لا يجوز البحث فيما إذا كان الدائن قد أصابه ضرر نتيجة عدم التنفيذ، أم لم يصبه، بل يتعين الحكم بهذا الشرط متى كان المدين مسؤولا عن عدم التنفيذ". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 204، ف 161.

(4) إعتقت هذه الأحكام وجهة النظر الجزائرية للشرط الجزائي مؤكدة مبدأ القوة الملزمة للعقد، وقضت بعدم إشتراط إثبات إصابة الدائن بضرر. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 511، ف 302.

(5) قررت محكمة النقض المصرية، في قرار لها بتاريخ 14/11/1965، أنه: " لا يكفي لاستحقاق التعويض الإتفاقي مجرد توافر ركن الخطأ في جانب المدين بالإلتزام، وإنما يشترط أيضا توافر ركن الضرر في جانب الدائن، فإذا أثبت المدين إنتفاء الضرر سقط الجزاء المشروط". مقتبس عن سعيد أحمد شعله، المرجع السابق، ص 380، ف 17.

(6) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 204-205، ف 161.

دوائرها المجتمعة هذا الخلاف، وقضت بوجوب وقوع ضرر لإستحقاق الشرط الجزائي<sup>(1)</sup>. ثم جاء القانون المدني المصري الجديد، لينص صراحة على وجوب وقوع الضرر لإستحقاق الشرط الجزائي، في المادة 1/224 منه، التي تنص على أنه: " لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر".

حيث أن وجود هذا الشرط يجعل الضرر واقع في تقدير المتعاقدين، ولا يكلف الدائن بإثباته، بل يقع على المدين إذا إدعى عدم إصابة الدائن بضرر أن يثبت ذلك<sup>(2)</sup>. وهكذا ينقل الشرط الجزائي عبء إثبات الضرر من الدائن إلى المدين<sup>(3)</sup>. لأن هذا الإتفاق يجعل وقوع الضرر مفترضا<sup>(4)</sup>، فالمتعاقدان قصدا جعل عدم الوفاء قرينة على وقوع الضرر<sup>(5)</sup>.

تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي والمصري، وإشترط في المادة 184 م، وقوع ضرر للدائن بغض النظر عن حجمه. فأوجبت هذه المادة لإستحقاق الشرط الجزائي وقوع ضرر للدائن، ورتبت على إنتفائه عدم إستحقاق الشرط الجزائي، وهذا ما يفهم من صريح عبارة " لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"<sup>(6)</sup>.

فقد إعتبر المشرع الجزائري الشرط الجزائي تعويضا عن الضرر الواقع، وليس عقوبة مرتبطة تنفيذها بمجرد وقوع خطأ من المدين متمثل في الإخلال بتنفيذ الإلتزام الأصلي، دون

---

(1) قرار مؤرخ في 1926/12/2. كما حسمت الخلاف وقضت بوجوب وقوع ضرر في قرار لها صادر في 1922/2/9. أنظر: سليمان مرقس، الوجيز، ص 680، ف 626؛ محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 268-269.

(2) قضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها بتاريخ 1952/10/30، أن: " عبء إثبات إنتفاء الضرر وعدم إستحقاق الدائن للتعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي يقع على عاتق المدين". نقلا عن سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 397، ف 11.

(3) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 858، ف 483؛ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 205، ف 161؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 514، ف 303.

(4) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 875، ف 495.

(5) تجدر الإشارة إلى أن القضاء وبعد إستقراره على وجوب حصول ضرر لإستحقاق الشرط الجزائي، شاهد نشوء خلاف آخر خاص بإثبات وقوع الضرر. فقضت بعض الأحكام بأن عبء الإثبات يقع على الدائن طبقا للقواعد العامة، وقررت أحكام أخرى العكس، إلى أن نص المشرع في أغلب القوانين على أن المدين يقع عليه عبء إثبات عدم وقوع ضرر للدائن. أنظر: سليمان مرقس، الوجيز، ص 680، ف 629.

(6) أنظر: خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، س 2001-2002، ص 81-

حصول نتيجة عن هذا الخطأ<sup>(1)</sup>.

من هنا يكون المشرع الجزائري قد إفترض وقوع الضرر<sup>(2)</sup>، بمجرد إتفاق المتعاقدان على الشرط الجزائي<sup>(3)</sup>. لأنهما بهذا الإتفاق يسلمان كما سبق الذكر، بأن إخلال المدين بإلتزامه يحدث عنه ضرر، إتفقا مسبقا على المقدار اللازم لتعويضه<sup>(4)</sup>.

أما بخصوص عبء إثبات الضرر، وإذا كانت القاعدة العامة في الإثبات تقضي بأن هذا الأخير يقع على عاتق من يدعيه، وأن الدائن هو المكلف بإثبات الضرر وله أن يسلك جميع طرق الإثبات، وذلك على إعتبار أن الضرر واقعة مادية تثبت بكافة الطرق، إلا أن هذه القاعدة تكون في نطاق المسؤولية المدنية بشكل عام، ولا تطبق في الشرط الجزائي<sup>(5)</sup>.

حيث أعفى المشرع صراحة الدائن الذي إشتراط لصالحه الشرط الجزائي من إثبات وقوع الضرر، وحمل المدين عبء إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر<sup>(6)</sup>. وهذا ما صرحت به المادة 184 م، التي جعلت الشرط الجزائي غير مستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر. فالضرر يعتبر مفترض، وعلى المدين الذي يدعي العكس إثبات عدم وقوعه<sup>(7)</sup>. وبذلك ينقل

(1) إذا تضمن العقد الطبي شرطا جزائيا وأخل الطبيب بتنفيذ هذا العقد، كأن لم يباشر العمل الجراحي بعد التعهد به. هنا يوجد فرضين الأول لا يستحق فيه الشرط الجزائي إذا لم يلحق المريض ضرر، أما الفرض الثاني فيستحق فيه الشرط الجزائي بمجرد وقوع ضرر لهذا المريض. أنظر: إبراهيم علي حمادي الحلبيوسي، المرجع السابق، ص 64-65.

(2) أنظر: دربال عبد الرزاق، أحكام الإلتزام، ص 17-18.

(3) قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1986/6/16، أن: " الشرط الجزائي، تحققه يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين على المدين عبء إثبات عدم وقوعه". كما قضت في قرار لها بتاريخ 1956/11/12، أنه: " إذا كان الشرط الإضافي في العقد قد ألزم البائع بدفع فرق السعر عن الكمية التي يوردها فإن تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين، فلا يكلف الدائن بإثباته، ويقع على عاتق المدين الذي هو البائع في هذه الحالة عبء إثبات إنتفاء الضرر إعمالا للشرط الجزائي". أنظر: سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 379، ف 12؛ عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1012.

(4) أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 86؛ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 41.

(5) تنص القاعدة العامة في المادة 323 م، أنه: " على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

(6) قضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها بتاريخ 1983/1/11، أنه: "... لئن كانت المادة الأولى من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968، وضعت القاعدة العامة من قواعد الإثبات... من أن على الدائن إثبات الإلتزام وأن على المدين إثبات التخلص منه. إلا أن هذه القاعدة قد وردت عليها بعض الإستثناءات ومن بينها الحالات التي أورد فيها المشرع قرائن قانونية، كالحالة المنصوص عليها في المادة 224 قانون مدني، والتي إعتبر فيها المشرع إتفاق المتعاقدين على الشرط الجزائي قرينة قانونية غير قاطعة على وقوع الضرر". نقلا عن سعيد أحمد شعلة، المرجع نفسه، ص 385-386، ف 37.

(7) أما المشرع الأردني فقد نص في المادة 2/364 م، على ما يلي: " يجوز للمحكمة في جميع الأحوال وبناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر، ويقع باطلا كل إتفاق يخالف ذلك". وبذلك يكون المشرع الأردني، قد خالف المشرع الجزائري، وأعطى لكلا المتعاقدين الحق في طلب تعديل الشرط الجزائي إذا لم يكن مساويا للضرر الحاصل، وألزم المدعي منهما أن يثبت إدعائه. أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع نفسه، ص 41.

الشرط الجزائي عبء إثبات الضرر من الدائن إلى المدين<sup>(1)</sup>.

## ثانياً: الخطأ

يتحقق هذا الشرط إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، أو إذا تأخر في تنفيذه<sup>(2)</sup>. وإذا كان من المفترض إستحقاق الشرط الجزائي بمجرد إخلال المدين بالتزامه، إلى أن بعض الفقه لم يكتف بمجرد هذا الإخلال بل طالب بضرورة رجوع هذا الإخلال إلى تقصير من المدين، أي ضرورة صدور خطأ منه، وأنه في حالة عدم ثبوت الخطأ لا يستحق هذا الشرط<sup>(3)</sup>.

هذا ما أثار تساؤلاً عما إذا كان عدم تنفيذ الإلتزام يكفي لتحقيق مسؤولية المدين، أو يشترط بالإضافة إلى ذلك ثبوت خطئه؟

إختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل، فبعضهم رأى أن الأساس المطلق للمسؤولية المدنية والوحيد هو خطأ المدين. فلا مسؤولية بدون ثبوت خطأ في جانب هذا الأخير، فخطؤه هو الذي يستوجب مسؤوليته<sup>(4)</sup>. أما البعض الآخر فرأى أن الخطأ لا يمثل الأساس الوحيد لمسؤولية المدين، وإنما فقط المبدأ العام الذي يوجد بجانبه بعض الحالات الأخرى التي تقوم فيها المسؤولية بعيداً عن الخطأ. وهذا هو الرأي الراجح<sup>(5)</sup>.

هكذا يتطلب الشرط الجزائي لإستحقاقه في حالات معينة ضرورة ثبوت خطأ المدين، بينما يكتفي في حالات أخرى بمجرد مخالفة المدين لإلتزامه<sup>(6)</sup>.

---

(1) الضرر الذي يعفى الدائن من إثباته هو ذلك الضرر الذي قدر عنه الشرط الجزائي، فإذا أصيب الدائن بضرر لم ينص عليه الشرط الجزائي تعين عليه إثباته إعمالاً للقواعد العامة. أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 227-229؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 87، دريال عبد الرزاق، أحكام الإلتزام، ص 18.

(2) كما نكون أمام خطأ المدين في المسؤولية التقصيرية، إذا أخل الشخص بالتزام يفرضه القانون. بما أن الشرط الجزائي قد يشمل نطاقها في حالات إستثنائية.

(3) الشرط الجزائي كما سبق توضيحه مجرد تقدير للتعويض، فلا يستحق التعويض ولا ينفذ الشرط الجزائي. إذا انعدم خطأ المدين انعدمت مسؤوليته. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 519-520، ف 304.

(4) هذا يعني أن الشرط الجزائي لا يستحق عندما يكون عدم التنفيذ أو التأخر فيه ناتجاً عن قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أو عندما يكون المدين قد منع من القيام بما إلتزم به بفعل الدائن. وقضي في ذلك بعدم إستحقاق الشرط الجزائي إذا كان مرض الدائن قد منع المدين من تنفيذ التزامه في المدة المحددة. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 325-326.

(5) يقول هذا الفقه أنه يمكن التدليل بسهولة على العديد من النصوص القانونية التي تقر مسؤولية لا تحتاج لقيامها إلى الخطأ، حيث يكتفي فيها مجرد مخالفة الإلتزام الذي يقع على كاهل المدين. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 520-521، ف 305.

(6) هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في 1974/12/12، وذلك بأنه: " متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعن أخل بالتزامه، بتوريد باقي كمية... المتفق عليها، فيكون مسؤولاً عن التعويض". نقلاً عن سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 382، ف 25.

تجدر الإشارة إلى أن الإلتزام الذي يتحمل المدين متحمل الشرط الجزائي، ليس ذا مضمون واحد، بل يختلف مضمونه من حالة إلى أخرى، حيث يكون في بعض الحالات إلتزام بتحقيق نتيجة<sup>(1)</sup>، بينما يقتصر في حالات أخرى على مجرد مراعاة الحرص والتبصر، وهو الإلتزام ببذل عناية<sup>(2)</sup>.

إستناداً إلى هذه التفرقة يشترط خطأ المدين لإستحقاق التعويض، إذا كان الإلتزام الذي يتحمل المدين التزام ببذل عناية لتحقيق الهدف المبتغى. فلا يكون المدين مسؤولاً بمجرد عدم تنفيذ الإلتزام، لأن المدين لم يلتزم بتحقيق نتيجة معينة بل إلتزم ببذل عناية كافية لتحقيق النتيجة التي يخرج أمر تحقيقها عن إرادته. وهنا يقع على الدائن إثبات إرتكاب المدين لخطأ متمثلاً في عدم بدل العناية اللازمة لتحقيق النتيجة المرجوة. أما إذا كان إلتزام المدين إلتزاماً بتحقيق نتيجة، فإن مسؤولية هذا الأخير تقام بمجرد مخالفته لهذا الإلتزام ولا حاجة لإثبات خطئه. فإذا تخلف المدين عن القيام بما تعهد به، فلا يُطلب من الدائن إثبات خطأ المدين بل يكفي إثبات عدم تنفيذ هذا الأخير لإلتزامه العقدي<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: علاقة السببية

لا يكفي لإعمال الشرط الجزائي وإستحقاقه مخالفة المدين لإلتزامه، ولا يكفي كذلك إصابة المدين بضرر أيا كان، وإنما يشترط أن يكون هذا الضرر راجعاً في سببه إلى مخالفة

(1) يكفي هنا أن يثبت الدائن عدم قيام المدين بتنفيذ ما إلتزم به، أي يكفي إثبات عدم تحقق النتيجة، ففي عقد النقل مثلاً يكفي أن يثبت الدائن أو المرسل إليه - العميل - عدم وصول البضاعة المتفق عليها في الموعد الذي قام بتحديدده مع أمين النقل، أما إذا أراد هذا الأخير نفي المسؤولية ينبغي عليه إقامة الدليل على قيام السبب الأجنبي، لأن المدين في الإلتزام بتحقيق نتيجة يعتبر مقصراً في تنفيذ إلتزامه إذا لم يحقق الغاية أو النتيجة المرجوة منه. فإذا كان المدين ملتزم بنقل ملكية أو بتوريد كمية معينة من سلعة معينة، أو كان ملتزم بالامتناع عن عمل معين، كان مخلاً بإلتزامه إذا لم يحقق النتيجة المتمثلة في نقل الملكية، أو تسليم السلعة، أو قام بالعمل الذي إلتزم بالامتناع عنه. أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 31؛ نصير صبار لفته، المرجع السابق، ص 30.

(2) يلتزم الطبيب بمعالجة المريض دون أن يضمن الشفاء، ويتمثل محل العناية هنا في الجهد الذي يبذله هذا الطبيب لشفاء المريض، أما النتيجة التي يرمي إلى تحقيقها من هذه الجهود والمتمثلة في الشفاء، فهي خارجة عن الإلتزام في حد ذاته فقد تتحقق وقد لا تتحقق. وكمثال على ذلك ما جاء به نص المادة 172 م، بأنه: " في الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته وأن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما بذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، ما لم ينص القانون أو الإتفاق على خلاف ذلك". أنظر: علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، ص 28-29.

(3) يشترط في عدم التنفيذ بعض الخصائص، منها أن يكون عدم التنفيذ نهائياً، فإذا كان مؤقت، هنا القاضي يوقف تنفيذ العقد مدة زمنية محددة ولا يستحق الشرط الجزائي. كما يشترط أن يكون عدم التنفيذ كلياً حتى يتسنى للدائن الإستفادة من الشرط الجزائي كاملاً. أنظر: محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 260-261؛ حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الإلتزام التعاقدية وتطوير العقد، مذكرة ماجستير، قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س 2012-2013، ص 152.

المدين لإلتزامه الأصلي، أي توافر علاقة السببية بين الضرر الذي لحق بالدائن والخطأ الصادر من المدين، أي مخالفته للإلتزام الذي تعهد به. وعلاقة السببية تعني تحقق رابطة أكيدة بين مخالفة المدين لإلتزامه والضرر الذي أصاب الدائن، كما تعني تحقق رابطة بين المدين وعدم تنفيذ الإلتزام الذي يثقله.

## 1- علاقة السببية بين إخلال المدين بالإلتزام والضرر الذي أصاب الدائن:

يقصد هنا التأكد أن الضرر الذي أصاب الدائن قد نتج عن إخلال المدين بالتزامه، وهي مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع. فليس كل ضرر يلحق بالدائن يسأل عنه المدين بل يتعين أن يكون هذا الضرر مباشرا ومتوقعا، لذلك لا يسأل المدين عن الأضرار غير المباشرة، ولا عن الأضرار غير المتوقعة التي تصيب الدائن إلا إذا كان بصدد مسؤولية تقصيرية<sup>(1)</sup>.

لكن إستثناء يجوز للمتعاقدين الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدي في غير حالتَي الغش والخطأ الجسيم<sup>(2)</sup>، وهذا ما قضت به المادة 2/178 م<sup>(3)</sup>.

## 2- علاقة السببية بين المدين وعدم تنفيذ الإلتزام:

إذا كان عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو التأخر في تنفيذه يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فلا يسأل عنه ولا يستحق الشرط الجزائي<sup>(4)</sup>، سواء تمثل هذا السبب الأجنبي في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وسواء تمثل في خطأ المضرور أو خطأ الغير<sup>(5)</sup>.

لا يعتبر عدم إستحقاق الشرط الجزائي بسبب رجوع عدم التنفيذ إلى سبب أجنبي عن

(1) أنظر ما تناولناه سابقا في حدود التقدير القضائي للتعويض، ص 90.

(2) أنظر سابقا الضرر المتوقع والغير متوقع، ص 95.

(3) جاء نص هذه المادة كالتالي: " وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم. غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ الإلتزامه".

(4) قررت محكمة التمييز الأردنية، في هذا المجال أن: " إصابة المبعوث بحادث سير أثر على قدرته التحصيلية العلمية أدى بالنتيجة إلى عدم حصوله على الشهادة التي إنبعث لأجلها لا يعني أن المبعوث خالف أي شرط من شروط البعثة وبالتالي لا يلتزم برد المبلغ المتفق عليه". أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص 43؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 220-221، ف 247.

(5) أنظر سابقا نفي علاقة السببية، ص 34.

المدين من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، حيث يستطيع الدائن بالإتفاق مع المدين أن يُحمل هذا الأخير تبعة السبب الأجنبي ويكون هذا الإتفاق بمثابة إتفاق على تشديد المسؤولية، وهذه الإتفاقات جائزة ومشروعة بحسب الأصل في نطاق المسؤولية العقدية<sup>(1)</sup>.

### البند الثاني: الشروط الخاصة لإستحقاق الشرط الجزائي

جعل المشرع الجزائري الإعذار شرطاً أساسياً لإستحقاق الشرط الجزائي، وذلك وفقاً للمادة 197 م، التي يتضح من خلالها أن الشرط الجزائي لا يستحق، إلا بعد إعذار الدائن للمدين بتنفيذ الإلتزام الأصلي، وذلك في جميع الأحوال التي يكون فيها الإعذار واجباً. والتي جاء نصها كالتالي: " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم يوجد نص مخالف لذلك"<sup>(2)</sup>. فيما يلي يتم تناول كل من مضمون الإلتزام بالإعذار، والحالات التي لا ضرورة ولا حاجة فيها للإعذار، ثم آثار هذا الإعذار كالتالي:

### أولاً: مضمون الإعذار

يتم في هذه النقطة تعريف الإعذار، وتوضيح الكيفية التي يتم بها إعذار الدائن لمدينه.

### 1- تعريف الإعذار:

الإعذار هو دعوة الدائن للمدين لكي يقوم بتنفيذ إلتزامه، وتنبهه إلى أنه متأخر في ذلك، أو إعلام الدائن مدينه بأنه ليس متهاوناً في حقه وفي الوفاء به حين حلول أجله المحدد<sup>(3)</sup>. فإذا حل أجل تنفيذ الإلتزام، وسكت الدائن عن مطالبة المدين بالتنفيذ ولم يقم بإعذاره بأنه متأخر في تنفيذ إلتزامه، فهم من هذا السكوت أن الدائن متسامح وأنه لم يصبه ضرر من هذا التأخر، وأنه قد رضي ضمناً بمد الأجل<sup>(4)</sup>.

عدم تنفيذ المدين لإلتزامه العقدي إلى ما بعد حلول أجله، لا تترتب عليه نتائج

(1) في ذلك نصت المادة 1/187 م، على أنه: " يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة". تقابلها المادة 217 م.م. وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، في هذا الصدد ما يلي: " يشترط أولاً توافر الخطأ، ويتفرع على ذلك أن الجزاء المشروط لا يجوز إستيفاؤه متى أصبح الوفاء بالإلتزام مستحيلاً من جراء سبب أجنبي لا يد له فيه". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 859، ف 484، هـ 1؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 530، ف 314.

(2) تقابلها المادة 223 م.م.

(3) أنظر: ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 222، ف 448.

(4) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 830، ف 463.

قانونية<sup>(1)</sup>، لإحتمال أن يكون الدائن راضيا أو على الأقل متسامحا في تأخره<sup>(2)</sup>. وبالتالي لا يجوز للدائن رفع دعوى للمطالبة بإستحقاق الشرط الجزائي قبل أن يفصح بشكل واضح عن رغبته في إقتضاء دينه وعن عدم رضاه في الإنتظار. فبهذا الإعذار يصبح المدين ملزما بالتنفيذ وبالتعويض عن كل تأخر في هذا التنفيذ<sup>(3)</sup>.

قد يوحي الشرط الجزائي خاصة إذا كان مقررا عن التأخر في التنفيذ، بأن الطرفان قد قصدا إستحقاق الشرط بمجرد التأخر دون حاجة إلى إعداز. إلا أن الصواب يقضي بأن الشرط الجزائي لا يفيد إعفاء الدائن من إعداز المدين<sup>(4)</sup>، فمجرد إنقضاء الأجل المشترط لتنفيذ الإلتزام، لا يتعادل مع الإعداز الذي يجب أن يتم وفقا للقواعد العامة المقررة<sup>(5)</sup>.

## 2- كيفية الإعداز:

نصت المادة 180 م، عن كيفية الإعداز<sup>(6)</sup>، الذي يتم وفقا لهذا النص بأحد الطرق التالية: إما بإنذار المدين، أو ما يقوم مقام هذا الإنذار، أما الإتفاق على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل، فهذه حالة من الحالات التي لا ضرورة فيها للإعداز والتي سيتم التطرق إليها لاحقا.

بالنسبة للإنذار، هو ورقة رسمية يعبر فيها الدائن عن رغبته في اقتضاء حقه، ويتم ذلك على يد محضر. ويثبت هذا التسليم بتوقيع من تسلمها، أو ذكر سبب إمتناعه عن التوقيع،

(1) قضت المحكمة العليا، أنه يتحدد تاريخ بداية قيام مسؤولية الطاعن عن رد الثمار أو مسؤوليته عن الإستغلال غير المشروع، بثبوت سوء النية عن طريق الإعداز أو المطالبة القضائية. قرار رقم 426202، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2008/6/18، نقلا عن جمال سايس، الإجتهد الجزائي في القضاء المدني، ج 4، ص 1514.

(2) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 80، ف 16.

(3) أنظر: سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 636، ف 584؛ محمد حسام الدين، القانون المدني، العقود المسماة، البيع- التأمين- الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2007، ص 843-844.

(4) لأن مجرد حلول أجل تنفيذ الإلتزام لا يجعل المدين في حالة المتأخر عن التنفيذ. أنظر: محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 305؛ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 31.

(5) تطبيقا لذلك قضى بأن الشرط الجزائي المشترط لحالة التأخر في تنفيذ الأعمال المبرم عنها عقد الأشغال، لا يستحق إلا إذا تم إعداز المتعهد أو المقاول بتنفيذ إلتزامه في الفترة المحددة، طالما لم يتفق المتعاقدان في العقد على خلاف ذلك. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 534، ف 316.

(6) جاء نص هذه المادة كالتالي: " يكون إعداز المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعداز عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على إتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر". يقابلها نص المادة 219 م.م.

ليكون ذلك دليلا على حصول الإنذار<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة إلى ما يقوم مقام الإنذار، فيقصد به أي ورقة أخرى يعلنها الدائن لمدينه، تتضمن تمسك الدائن بإستيفاء حقه إتجاه مدينه، كمحضر الحجز على أموال المدين، أو إعلان عريضة الدعوى للحضور أمام المحكمة<sup>(2)</sup>. كما يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد<sup>(3)</sup>.

## ثانيا: الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار

إذا كان القانون قد أوجب كأصل عام على الدائن إعذار المدين حتى يستحق التعويض المتفق عليه، إلا أن هناك حالات ترد كإستثناءات على هذا الأصل، حيث يعتبر المدين بمجرد حلول الدين ملزما بتنفيذ إلتزامه وإلا كان مسؤولا عن التعويض. فقاعدة لزوم الإعذار ليست متعلقة بالنظام العام، حيث أورد المشرع الجزائري من خلال المادتين 180 و 181 م، حالات لا ضرورة فيها للإعذار يعتبر فيها المدين مسؤولا عن التعويض إذا لم يتم بتنفيذ إلتزامه بمجرد حلول الدين، وهذه الحالات ترجع إما إلى إتفاق، وإما إلى نص القانون، وهي كالتالي:

### 1- الحالة المستثناة من الإعذار بإتفاق الطرفين:

نصت المادة 180 م، أنه: " يكون إعذار المدين بإنذاره... كما يجوز أن يكون مترتبا على إتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بموجب حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر". فقد يتفق الطرفان المتعاقدان على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول أجل إستحقاق الإلتزام، من دون حاجة إلى إعذاره من قبل الدائن، وهذا الإتفاق جائز ولا يشترط أن يكون صريحا بل يمكن أن يكون ضمنيا، بشرط أن يكون قاطعا في دلالاته ولا يحتمل الشك<sup>(4)</sup>.

لا يشترط على المتعاقدين إستعمال عبارات معينة للدلالة على هذا المعنى بل يكفي

(1) الإعذار هو تصرف إيجابي بإرادة منفردة، تصدر من الدائن من أجل إعلام المدين، وتصدر في شكل خاص. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 831، ف 465؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 53.

(2) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، ص 76، ف 16؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 34.

(3) يشار في هذا الصدد إلى أن القانون اللبناني لم يشترط في المادة 257 منه، شكلا خاصا للإنذار، بل ترك للدائن حرية تحديد الطريقة التي يريد إنذار المدين بها، بشرط أن يكون خطيا. وقد أورد على سبيل المثال لا الحصر بعض الأمثلة على الإنذار، كأن يكون بكتاب مضمون، أو ببرقية إخطار أو بإقامة دعوى على المدين أمام المحكمة وإن لم تكن ذات صلاحية. ووفقا للإجتهد اللبناني يجوز الإعذار بطرق أخرى كإرسال الإنذار بالتلصق، أو بالفاكس. أنظر: محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 298-299.

(4) أنظر: ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 227، ف 257.

إستخلاص نية المتعاقدين من العقد<sup>(1)</sup>، كالإتفاق في عقد التوريد على أن يتم التسليم فوراً، أو الإتفاق في عقد المقاوله على إتمام العمل في الوقت المحدد، وبالتالي يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل مادام لم يتقدم إلى الدائن بالتنفيذ<sup>(2)</sup>. أما إذا ثار شك حول الإتفاق من الإعذار، فإن هذا الشك لا يعفي الدائن من الإعذار، تطبيقاً لقاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين<sup>(3)</sup>.

من خلال نص المادة 180 م، يتضح أن المشرع الجزائري لم يجعل مسألة إعذار المدين مسألة متعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها أو الإتفاق على عكسها<sup>(4)</sup>. فشرط الإعذار وضع لمصلحة المدين وبالتالي يمكن الإتفاق على مخالفته<sup>(5)</sup>.

## 2- الحالات المستثناة من الإعذار بنص القانون:

قد تترتب في ذمة المدين الآثار التي يربتها القانون على الإعذار دون حاجة إلى أن يواجه الدائن إلى المدين إعذاراً أو ما يقوم مقامه، وهنا يصبح المدين معذراً بقوة القانون. فقد نصت المادة 181 م، أنه: " لا ضرورة إعذار المدين في الحالات التالية: 1- إذا تعذر تنفيذ الإلتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين. 2- إذا كان محل الإلتزام تعويضاً ترتب عن عمل مضر. 3- إذا كان محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو أي شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك. 4- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ الإلتزام"<sup>(6)</sup>. يتم عرض هذه الإستثناءات الأربعة الواردة في نص المادة سابقة الذكر على الشكل التالي:

### أ/ إذا أصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً أو غير مجد بفعل المدين:

بما أن الهدف من الإعذار هو دعوة المدين إلى التنفيذ ونفي مظنة التسامح معه في

(1) قضت محكمة النقض المصرية، في هذا الصدد في قرار لها مؤرخ في 1971/11/17، بنقض الحكم الذي رفض تطبيق الشرط الجزائي المدرج بعقد أشغال عامة، بحجة عدم إعذار المدين، دون أن يثبت ما إذا كان الطرفان اللذان حددا أجل لتنفيذ العمل لم تكن لديهما نية إعفاء الدائن من الإلتزام بالإعذار. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 535-536، ف 317.

(2) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 834، ف 466؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 38.

(3) أنظر: سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 639، ف 589.

(4) حيث أجاز المشرع صراحة في هذه المادة للأطراف الإتفاق على إعفاء الدائن من القيام بإعذار المدين.

(5) أنظر: محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 303.

(6) تقابلها المادة 221 م.م؛ والمادة 362 م أردني؛ أما المشرع الفلسطيني فقد أضاف في المادة 245 منه، حالة إتفاق الطرفين كتابة على تنفيذ الإلتزام

بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى إعذار.

التأخير، فإن ذلك يفترض إمكانية هذا التنفيذ، أما إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً أو غير مجد بفعل المدين فلا مجال لإعذاره لأن هذا الأخير يصبح لا فائدة منه<sup>(1)</sup>.

إذا كان الإلتزام الأصلي لا يمكن تنفيذه إلا في فترة محددة من الزمن، فلا حاجة ولا فائدة من إعذار المدين إذا إنقضت هذه الفترة. كذلك إذا كان الإلتزام الأصلي الذي أخل به المدين إمتناعاً عن عمل، فإن الشرط الجزائي يستحق وينفذ بمجرد ارتكاب المخالفة، أي بمجرد قيام المدين بهذا العمل الذي إلتزم بالإمتناع عن القيام به، وهنا يشترط أن تتم المخالفة بالفعل وليس بمجرد التوقع أو الإحتمال<sup>(2)</sup>.

**ب/ إذا كان محل الإلتزام تعويضاً ترتب على عمل ضار:**

أعفى المشرع الجزائري المضرور من الإعذار إذا كان محل الإلتزام عمل غير مشروع، وبالتالي يكون المتعدي مسؤولاً عن كافة الأضرار التي تصيب المضرور من وقت صدور الخطأ<sup>(3)</sup>.

يقال في تبرير عدم إشتراط الإعذار في الإلتزامات غير التعاقدية، أن المسؤول أخل بالتزامه بأخذ الحيطة الواجبة وبعدم الإضرار بالغير، ومتى أخل الشخص بهذا الإلتزام أصبح التنفيذ العيني غير ممكناً وبالتالي لا جدوى من الإعذار، فهذا الإمتناع مقرر بحكم القانون، وسبب إعفاء المضرور من الإعذار يرجع إلى أن القانون إعتبر المسؤول مخطئاً من وقت نشوء الإلتزام<sup>(4)</sup>.

**ج/ إذا كان محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو تسلمه دون حق:**

(1) أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 39؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 55؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 224، ف 252.

(2) كالفنان الذي يتعهد بالقيام بعمل تحت شرط جزائي في حالة إخلاله بالإلتزام الذي يجب أن يتم في فترة محددة، فإذا رفض الفنان القيام بما تعهد به فإنه يلزم بسداد المبلغ المتفق عليه دون حاجة إلى إعدار. والمحامي الذي يلتزم برفع إستئناف لحكم معين وينتهي ميعاد الإستئناف قبل أن يرفعه. أو قام مالك العقار ببيعه إلى مشتري ثاني، وسارع هذا الأخير في تسجيل عقده، هنا يستحيل تنفيذ مالك العقار إلتزامه إتجاه المشتري الأول. أو كان المدين ملتزم بإمتناع عن عمل وقام بالعمل الممنوع عليه. أو ارتكب المقاول أخطاء فنية لا يمكن تداركها. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 534-535، ف 317؛ طارق محمد مطلق أبو ليل، المرجع السابق، ص 48؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 39؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 837، ف 466.

(3) أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 40.

(4) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 838، ف 466؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 55.

إذا كان المدين يعلم أن الشيء الذي يلتزم برده مسروق أو أنه قد تسلمه بدون حق، يكون مقصرا إذا لم يرده في الوقت المناسب. فليس هناك معنى لضرورة إعدار المدين لأنه سيء النية، ويقع عليه واجب رد الشيء للدائن أو التعويض بدون حاجة إلى إنذار<sup>(1)</sup>.

#### د/ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد تنفيذ إلتزامه:

لا جدوى من إعداره المدين إذا صرح كتابة أنه لا يريد تنفيذ إلتزامه الذي تعهد به، فهذا الأخير قد عبر عن نيته ورد مسبقا أنه لا يريد القيام بتنفيذ إلتزامه.

إشترط المشرع في المادة سابقة الذكر الكتابة كدليل للإثبات<sup>(2)</sup>، فلا يكفي مجرد التصريح أمام الشهود. ومع ذلك إذا أقر المدين أنه صرح بعدم إرادته في القيام بإلتزامه فهذا الإقرار يلزمه ونفس الحكم إذا نكل المدين عن اليمين التي وجهت إليه<sup>(3)</sup>.

من خلال ما تقدم يمكن القول أن الدائن لا يستحق الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد، ما لم يوجه للمدين إعدار في جميع الحالات التي يجب فيها ذلك، بإستثناء حالة الإلتفاق أو الحالات التي نص عليها القانون.

#### ثالثا: آثار الإعدار

يترتب على إعدار المدين نتائج، أولها يتمثل في أن المدين يصبح بهذا الإعدار مسؤولا عن التعويض لتأخره في تنفيذ إلتزامه، وبالتالي يصبح الشرط الجزائي مستحقا من وقت الإعدار، أما في الفترة السابقة عن هذا الإعدار فلا يعوض المدين دائنه عن هذا التأخر في التنفيذ، لأن الدائن يفترض أنه قد رضي بهذا التأخر، وأنه لم يصبه ضرر<sup>(4)</sup>، ونص المادة 197 م، صريح بهذا الخصوص.

أما النتيجة الثانية فنتمثل في إنتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين، وفي ذلك نصت

(1) لا يعقل أن يحتاج الأمر إعدار السارق، أو إعدار من تسلم شيء بدون وجه حق وهو يعلم بذلك، فلا يوجد في هذه الحالة مبرر لحماية المدين الذي حصل على شيء بطريقة غير مشروعة. أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 40؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 55-56؛ محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 306.

(2) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 838-839، ف 466.

(3) أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 49.

(4) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 840-841، ف 467.

المادة 1/168 م، أنه: " إذا كان المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الإعذار فإن الأخطار تكون على حسابه ولو كانت قبل الإعذار على حساب الدائن".

في حين تتعلق النتيجة الثالثة بحق الدائن في المطالبة بفسخ العقد التبادلي، وذلك بسبب عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه. وقد نصت المادة 1/119 م، على ذلك بقولها: " في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك".

### المطلب الثاني: خصائص الشرط الجزائي

تبين مما سبق أن الشرط الجزائي لا يعدوا عن كونه إتفاق قصد منه الخروج عن أحكام التقدير القضائي للتعويض فهو إستبدال له، يستحق بمجرد الإخلال بالإلتزام الأصلي. فلا يعتبر الشرط الجزائي مصدرا لإلتزام المدين بالتعويض بل هو مجرد تقدير للتعويض الواجب أدائه في حالة الإخلال بالإلتزام<sup>(1)</sup>.

يعتبر الشرط الجزائي إتفاق وليد إرادة المتعاقدين، سواء كانت هذه الإرادة معبر عنها ضمن بنود العقد الأصلي أو بإتفاق لاحق له. وبالإضافة إلى كونه تقدير جزافي بما أنه إتفاق مسبق، على تحديد التعويض الذي يتعين على المدين دفعه في حالة عدم تنفيذ التزمه أو التأخر في تنفيذه<sup>(2)</sup>، فإنه يتميز بخصائص أخرى تساهم في تحديد نظامه القانوني، فهو إلتزام إحتياطي، لا يتصور قيامه إلا في حالة وجود إخلال بالتزام أصلي. وهو التزم تابع، يتتبع الإلتزام الأصلي في نشأته، وإستمراره، وإنقضاءه. بالإضافة إلى ذلك هو التزم ذا خاصية تعويضية وجزائية.

يتم التعرض في خصائص الشرط الجزائي، لكل من الخاصية الإحتياطية والتبعية في الفرع الأول، ثم التطرق في الفرع الثاني إلى الخاصية التعويضية والجزائية له.

### الفرع الأول: الخاصية الإحتياطية والتبعية للشرط الجزائي

(1) أنظر: منير قرمان، المرجع السابق، ص 106.

(2) أنظر: عبد الله ولداند كجلي، المرجع السابق، ص 48-49.

يتناول هذا الفرع ضمن بندين كل من الخاصية الإحتياطية والتبعية للشرط الجزائي.

### البند الأول: الخاصية الإحتياطية للشرط الجزائي

الشرط الجزائي لا يستحق ولا يعمل به إلا إذا تعذر تنفيذ الإلتزام الأصلي تنفيذاً عينياً وأمكن الحكم بالتعويض، بما أن التنفيذ العيني هو واجب التنفيذ متى كان ممكناً<sup>(1)</sup>. وللمدين الحق في المطالبة بتنفيذ الإلتزام تنفيذاً عينياً ولو جبراً على المدين، أو المطالبة بفسخ العقد لعدم تنفيذ الإلتزام<sup>(2)</sup>.

لأن المدين لا يستطيع الإحجام عن تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً بعرض مبلغ الشرط الجزائي على دائئه، ولا يجوز للدائن المطالبة بتنفيذ الإلتزام عينياً، وفي نفس الوقت المطالبة بمبلغ الشرط الجزائي وإلا كان جامع بين التنفيذ والجزاء<sup>(3)</sup>، وهذا ما لا يجوز<sup>(4)</sup>. كما لا يمكن للدائن الجمع بين فسخ العقد وطلب مبلغ الجزاء، حيث يترتب على الفسخ سقوط الشرط الجزائي مع العقد الذي يحتويه<sup>(5)</sup>.

إذن الإلتزام بالشرط الجزائي هو التزام إحتياطي، لا يستطيع الدائن أن يختار بين تنفيذ

الشرط الجزائي، وبين تنفيذ الإلتزام الأصلي، بل لا يعمل بالشرط الجزائي ولا ينشأ الإلتزام به إلا في حالة تعذر تنفيذ الإلتزام الأصلي<sup>(6)</sup>.

### البند الثاني: الخاصية التبعية للشرط الجزائي

---

(1) الأصل في تنفيذ الإلتزام أن يكون بعين ما إلتزم به المدين، وللدائن الحق في مطالبة مدينه به، وللمحكمة أن تقضي به مادام ممكناً وهذا ما نصت عليه المادة 164 م، التي جاء نصها كالتالي: " يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً". أنظر: السيد عبد الوهاب عرفه، المرجع السابق، ص 68.

(2) المادة 1/119 م، سابقة الذكر.

(3) منعت المادة 1229 م، ف، أن يجمع الدائن بين الأصل وهو التنفيذ العيني، والجزاء والذي هو الشرط الجزائي، رغم إشارتها إلى بعض الإستثناءات. كما عالجت المادة 340 م ألماني، مبدأ عدم الجمع بين الإلتزام الأصلي المتفق عليه في العقد، والشرط الجزائي الذي هو في الحقيقة تعويض، حيث مكنت القاضي أن يحكم بالشرط الجزائي بدلاً من التنفيذ العيني، فرغم أن هذه المادة أعطت للدائن الخيار بين التنفيذ والتعويض، إلا أنها لم تجز الجمع بين الأصل والجزاء في وقت واحد. ونفس الإتجاه سلكه الإتحاد السوفيتي في المادة 141 منه. أما القوانين العربية فنجد المادة 2/266 موجبات لبناني، تنص صراحة على أنه لا يحق للدائن أن يطالب بالأصل وبالغرامة معاً، إلا إذا كان الشرط الجزائي قد وضع لمجرد التأخر في التنفيذ. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 335، 337-338.

(4) يجوز للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني، وفي نفس الوقت المطالبة بمبلغ الجزاء، وذلك إذا كان الشرط الجزائي موضوع لمجرد تأخر المدين في تنفيذ التزامه. لأن مبلغ التعويض وضع لمواجهة الضرر الناتج عن التأخر في التنفيذ. أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 85.

(5) يستحق الشرط الجزائي في حالة ما إذا كان موضوعاً أصلاً لتعويض الضرر الناتج عن الفسخ ذاته. وقد أجاز المشرع الجزائري أن يطالب الدائن بالتعويض إذا ترتب على الفسخ ضرر. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 189، ف 155.

(6) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 543-544، ف 326؛ قدة حبيبة، مهداوي عبد القادر، المرجع السابق، ص 3.

الشرط الجزائي هو تقدير إتفاقي للتعويض، يحدد إلتزاما جزائيا ينشأ نتيجة الإخلال بالالتزام أصلي، فوجوده لا يتصور مستقلا عن هذا الإلتزام الأصلي، بل لابد أن يستند في وجوده إلى إلتزام سابق، حيث لا يكون له وجود بدونه ولا بقاء بعده<sup>(1)</sup>.

بما أن الشرط الجزائي إلتزام ملحق وتابع لإلتزام أصلي، فإن هناك نتائج تترتب على هذه الصفة يتم عرضها كالتالي:

### أولا: مدى تبعية الشرط الجزائي للإلتزام الأصلي:

يقضي المبدأ العام بتبعية الشرط الجزائي للإلتزام الأصلي في وجوده، وصفته، وإنقضائه، وفي زواله. إلا أن هناك بعض الإستثناءات التي ترد على هذا المبدأ يستقل فيها الشرط الجزائي ويبقى قائما مهما طرأ على الإلتزام الأصلي. يتم التعرض من خلال هذه النقطة بداية للمبدأ الذي يقضي بتبعية الشرط الجزائي للإلتزام الأصلي، ثم لما يرد على هذا المبدأ من إستثناءات.

### 1- الشرط الجزائي إلتزام تابع للإلتزام الأصلي

يعتبر الشرط الجزائي إلتزام تابع للإلتزام الأصلي، فالعبرة بالإلتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي<sup>(2)</sup>.

لا يجوز للدائن أن يطالب المدين إلا بتنفيذ الإلتزام الأصلي مادام ممكنا، لكن يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي كما يستطيع المدين أن يعرض الشرط الجزائي على الدائن، إذا كان تنفيذ الإلتزام الأصلي مستحيلا بخطأ المدين. أما إذا أصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا بسبب أجنبي، فإن الإلتزام الأصلي ينقضي ولا يجوز عندئذ للدائن أن يطالب بالشرط الجزائي، لأن الدائن هنا لا يستحق التعويض، فالإلتزام بالشرط الجزائي هو إلتزام تبعي، ولا يعتبر إلتزاما

---

(1) الإلتزام الأصلي الذي يتبعه الإلتزام بالشرط الجزائي، هو كل ما إلتزام به المدين أصلا بالعقد، أو بغيره من مصادر الإلتزام، سواء كان الإلتزام بنقل ملكية، أو إلتزام بعمل، أو بامتناع عن عمل. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 860، ف 486؛ عز الدين الدناصور، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1015.

(2) يقصد بالإلتزام الأصلي، ذلك الذي يتعهد المدين بتنفيذه لمصلحة الدائن، وينفذ هذا الإلتزام في الأصل تنفيذا عينيا. ويعتبر الشرط الجزائي تابع للإلتزام الأصلي، لأنه قائم على تحديد مقدار التعويض، فغاياته تعويض الضرر الحاصل من جراء عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر في التنفيذ. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 289.

تخييراً<sup>(1)</sup> أو التزاماً بدلياً<sup>(2)</sup>. وهذا ما سيتم تناوله لاحقاً.

ترتب على هذه التبعية أن جميع الأوصاف التي تتعلق بالالتزام الأصلي من شرط<sup>(3)</sup>، أجل<sup>(4)</sup>، وتضامن<sup>(5)</sup>، وقابلية للإنقسام، تلحق بالتبعية الشرط الجزائي فيصبح هذا الأخير موصوفاً بوصف الالتزام الأصلي<sup>(6)</sup>.

حيث يزول الشرط الجزائي مع الالتزام الأصلي في حالة حلول الأجل المسقط، أو تحقق شرط الإلغاء، ولا يبدأ وجود الشرط الجزائي إلا مع الالتزام الأصلي عندما يكون هذا الأخير خاضعاً لشرط موقف<sup>(7)</sup>.

كما تعتبر من النتائج المهمة المترتبة على خاصية التبعية، أن زوال الالتزام الأصلي

---

(1) لأن الدائن لا يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي، كما لا يملك المدين ذلك. إلا أن المادة 1228 م.ف، التي تنص: "يجوز للدائن، بدلاً من مطالبة المدين المعذر بالشرط الجزائي أن يطالب بتنفيذ الالتزام الأصلي". قد أوهمت أن الشرط الجزائي هو التزام تخييري، الخيار فيه للدائن ولكن فسر نص هذه المادة على الوجه الصحيح، فلا يجوز للدائن طلب تنفيذ الشرط الجزائي، ولا يمكن للمدين عرضه على الدائن، ما دام تنفيذ الالتزام الأصلي ممكناً. وكل ما يعنيه النص هو أنه لا مانع من المطالبة بتنفيذ الالتزام الأصلي رغم وجود الشرط الجزائي. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 191، ف 155؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 861، ف 487، هـ 2.

(2) قضت المحكمة العليا في 1987/12/20، أن: "مؤدى نص المادتين 1/203، 215 من القانون المدني أن الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ولا يصار إلى عوضه وهو التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا إستحال التنفيذ العيني". أنظر لاحقاً تمييز الشرط الجزائي عن الالتزام البدلي، ص 193.

(3) المقصود بالشرط بإعتباره وصفاً يلحق برابطة الالتزام، أنه أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، يترتب على وقوعه أحد الأمرين، إما تحقق نشوء الالتزام أو زواله. والشرط إما أن يكون واقفاً يترتب على تحققه وجود الالتزام، وإما فاسخاً يترتب على تحققه زوال الالتزام. المادة 203 م.ج، تقابلها المادة 265 م.م؛ والمادة 1168 و 1172 م. ف؛ والمادة 276 م عراقي؛ والمادة 393 م. أردني؛ والمادة 265 م سوري؛ والمادة 252 م ليبي. أنظر: بلحاج العربي، أحكام الالتزام، ص 344، هـ 2؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الالتزام والإثبات، ص 168؛ عدنان طه الدوري، المرجع السابق، ص 101؛ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 146.

(4) يعتبر الأجل كوصف يلحق بالالتزام أمر مستقبلي محقق الوقوع، يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو إنقضاؤه. وينقسم الأجل بدوره بالنسبة إلى الأثر القانوني المترتب عليه إلى أجل واقف، وأجل فاسخ. قد يتحدد الأجل بتاريخ معين، أو بواقعة غير محددة التاريخ طالما أنها حتمية الوقوع. المادة 209 م.ج؛ تقابلها المادة 2/271 م.م؛ والمادة 1185 م.ف؛ والمادة 402 م أردني؛ والمادة 291 م عراقي؛ والمادة 271 م سوري؛ والمادة 258 م ليبي. أنظر: بلحاج العربي، أحكام الالتزام، ص 380؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الالتزام والإثبات، ص 152؛ عدنان طه الدوري، المرجع نفسه، ص 108؛ عبد القادر الفار، المرجع نفسه، ص 158.

(5) التضامن إما أن يكون بين دائنتين متعددين - تضامن إيجابي - أو بين مدينين متعددون - تضامن سلبي - وفي الحالتين يكون هنالك التزام واحد تعدد أحد طرفيه، والتضامن سواء كان بين الدائنتين، أو المدينين لا يفترض ولا يؤخذ منه بالظن، وإنما يجب أن يكون بناء على إتفاق صريح أو ضمني بين الدائنتين أو المدينين، أو نص في القانون وهذا ما نصت عليه المادة 217 م.ج؛ تقابلها المادة 279 م.م؛ والمادة 1202 م.ف؛ والمادة 315 م عراقي؛ والمادة 279 م سوري؛ والمادة 412 م الأردني؛ والمادة 266 م ليبي. أنظر: بلحاج العربي، أحكام الالتزام، ص 428؛ عدنان طه الدوري، المرجع نفسه، ص 118؛ عبد القادر الفار، المرجع نفسه، ص 176؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الالتزام والإثبات، ص 189.

(6) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 548، ف 324.

(7) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 290.

سواء بانقضائه<sup>(1)</sup>، أو بائحلاله<sup>(2)</sup>، أو بإبطاله<sup>(3)</sup>، يترتب عليه زوال الشرط الجزائي، بنفس الطريقة التي زال بها الإلتزام الأصلي.

إنّ إذا إنقضى الإلتزام الأصلي بتنفيذ المدين له<sup>(4)</sup>، إنقضى معه الشرط الجزائي. وإذا إنقضى الإلتزام الأصلي لإستحالة التنفيذ بسبب أجنبي لا يرجع إلى خطأ المدي<sup>(5)</sup>، كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، فإن الإلتزام الأصلي ينقضي وينقضي كذلك الشرط الجزائي ويعفى المدين منه.

ويسقط الشرط الجزائي إذا سقط الإلتزام الأصلي نتيجة فسخ العقد الذي يتضمنه، فالفسخ يزيل العقد بأثر رجعي وزوال العقد يؤدي إلى زوال الإلتزام الأصلي وتبعا له يزول الشرط الجزائي<sup>(6)</sup>.

كما يترتب على تبعية الشرط الجزائي للإلتزام الأصلي، أن بطلان هذا الأخير يتتبع

---

(1) ينقضي الإلتزام الأصلي بالوفاء به، وهو ما نصت عليه المواد من 258 إلى 284 م، وقد ينقضي الإلتزام بما يعادل الوفاء، وهو كل من الوفاء بمقابل المادة 285 و286 م، أو بالتجديد والإناابة من المادة 287 إلى 296 م، أو بالمقاصة المادة 297 إلى 303 م، أو بإتحاد الذمة المادة 304 م. كما ينقضي الإلتزام دون الوفاء به سواء بالإبراء المادتين 305 و306 م، أو بالتقادم المسقط المادة من 308 إلى 322 م.

(2) ينحل الإلتزام بفسخ العقد الذي تضمنه وهذا ما نصت عليه المادة 1/119 م، وينحل الإلتزام لإستحالة تنفيذه بسبب أجنبي أو غير ذلك من أسباب المادة 121م. بالإضافة إلى ذلك قد ينحل إذا ألغي العقد بالإرادة المنفردة، فقد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق في أن يستقل بإلغاء العقد، ففي عقد الوكالة يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة طبقا للمادة 587 م.

(3) البطلان هو الجزء الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد، أو شرط من شروط الإنعقاد أو الصحة. وهو نوعان قد يكون مطلق، إذا لم يتوافر ركن من أركان العقد أو تخلف شرط من الشروط القانونية في المحل أو السبب، ويتم بأثر رجعي فيعد كأنه لم يكن حيث يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد المادة 103 م. وقد يكون بطلان نسبي إذا لم تتوافر شروط صحة الرضا، أو كان أحد طرفي العقد ناقص الأهلية. المواد 99 إلى 105 م.

(4) يختلف التنفيذ إذا كنا بصدد عقد فوري أو عقد زمني، لأن العقد الفوري ينقضي بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه، فالبيع مثلا ينقضي بنقل ملكية المبيع إلى المشتري. أما العقد الزمني فينقضي بإنقضاء الزمن لأنه عنصر جوهري فيه، فالإيجار مثلا ينقضي بإنتهاء المدة المحددة، أو بإرادة أحد المتعاقدين إذا لم تحدد المدة. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 689، ف 457.

(5) هو كل فعل أو حادث لا ينسب إلى المدين يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا، ويتحقق إذا توافر شرطين الأول هو أن يجعل هذا الحادث تنفيذ الإلتزام مستحيلا، ويشترط هنا أن ينشأ الإلتزام ممكنا، ويطرأ عليه ما يجعل تنفيذه مستحيلا، والإستحالة هنا قد تكون فعلية، أو قانونية، ويشترط أن لا تكون مؤقتة. أما الشرط الثاني فهو عدم إمكان إسناد هذا السبب الأجنبي للمدين بل يجب أن يكون خارج عن إرادته، فلا يرجع إلى فعله أو إلى فعل الأشياء أو الأشخاص الذين يسأل عنهم. كما يشترط أن لا يكون في وسعه توقعه ومن غير الممكن دفعه. وكل ذلك سبق وأن نظرنا له في علاقة السببية كشرط من شروط إستحقاق التعويض. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 3، الأوصاف- الحوالة- الإنقضاء، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2009، ص 983-988؛ سليمان مرقس، الوافي، ج 3، ص 477-482؛ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 232-234.

(6) قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها المؤرخ في 1978/04/18، أن: " الشرط الجزائي إلتزام تابع لإلتزام أصلي إذ هو إتفاق على جزء الإخلال بهذا الإلتزام، فإذا سقط الإلتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي ولا يقيد بالتعويض المقدر بمقتضاه، فإن إستحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن". أنظر: سعيد أحمد شعلة، ص 383، 384، ف 28.

بطلان الأول، والعكس غير صحيح<sup>(1)</sup>، فالتابع يتبع المتبوع يصح بصحته، ويفسد بفساده، وإذا أبطل الأصل ترتب عليه بطلان الفرع<sup>(2)</sup>.

إذا كان سبب الإلتزام الأصلي غير مشروع، بطل وترتب عليه بطلان الشرط الجزائي<sup>(3)</sup>. كأن يتعهد شخص لآخر بأن يقوم بقتل شخص ثالث، تحت شرط جزائي يدفع بمقتضاه مبلغ من المال إذا لم ينفذ هذا الشخص القتل. فيكون التعهد وهو إلتزام أصلي باطل، ويبطل معه الشرط الجزائي لعدم مشروعية سببه<sup>(4)</sup>.

يبطل كذلك الشرط الجزائي إذا كان محل الإلتزام الأصلي غير موجود أو غير قابل للوجود<sup>(5)</sup>. أو كان موضوع الإلتزام الأصلي مخالف للنظام العام والآداب، ونفس الحكم إذا كان الإلتزام الأصلي مخالف لقواعد قانونية أمره<sup>(6)</sup>.

كما يبطل الشرط الجزائي إذا كان الإلتزام الأصلي قابل للإبطال بسبب نقض الأهلية، أو وجود عيب من عيوب الإرادة، كالغلط أو التدليس أو الإكراه<sup>(7)</sup>، وتمسك به من له حق الإبطال<sup>(8)</sup>، حيث يكون الإلتزام الأصلي باطلا وبالتالي يقع الشرط الجزائي باطلا أيضا<sup>(9)</sup>.

## 2- إستقلالية الشرط الجزائي عن الإلتزام الأصلي:

يقضي مبدأ التبعية بزوال الشرط الجزائي مع زوال الإلتزام الأصلي، إلا أنه وإستثناءا عن هذا المبدأ قد يبقى الشرط الجزائي صحيحا على الرغم من زوال وسقوط الإلتزام الأصلي وذلك في حالات معينة.

(1) بطلان الشرط الجزائي لا يؤدي في أي حال من الأحوال إلى بطلان الإلتزام الأصلي، بل يظل هذا الأخير قائما وحده، ويقوم القاضي بتقدير التعويض عن الإخلال بهذا الإلتزام الأصلي طبقا للقواعد العامة. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 191، ف 15.

(2) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 551، ف 325، هـ 2.

(3) نصت في هذا الصدد المادة 97 م، على أنه: " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب. كان العقد باطلا". كما أشارت إلى ذلك المادة 1227 م.ف، التي جاءت كالتالي: " إن بطلان الموجب الأصلي، يستتبع بطلان البند الجزائي. أما بطلان البند الجزائي فلا يستتبع مطلقا بطلان الموجب الأصلي". أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 290.

(4) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 862، ف 488؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 551-552، ف 325؛ عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1015؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 83.

(5) نصت المادة 93 م، على أنه: " إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلان مطلق".

(6) مثال ذلك تعهد شخص بتوريد أسرة لمحل دعارة، وإلا إلتزم بدفع مبلغ معين على سبيل التعويض، فهنا يبطل الشرط، لبطلان الإلتزام الأصلي، لكون هذا الأخير مخالف للنظام والآداب العامة. أنظر: منير قرمان، المرجع السابق، ص 106.

(7) المواد المتعلقة بالغلط 81 م، والتدليس 86 م، والإكراه 88 م.

(8) إذا لم يتمسك بالإبطال من له الحق، وقام بإجازته، فإن إجازة الإلتزام الأصلي يترتب عليها إجازة الشرط الجزائي، وصيرورته صحيحا نافذا، وفي هذا نصت المادة 100 م، على أنه: " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية...".

(9) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 292.

يبقى الشرط الجزائي قائما صحيحا، إذا كان الهدف منه مواجهة الأضرار التي تلحق أحد الطرفين نتيجة عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي، فإن الشرط الجزائي الملحق بهذا الإلتزام الأصلي يظل قائما ويرتب جميع آثاره، رغم زوال الإلتزام الأصلي<sup>(1)</sup>.

كما يظل الشرط قائما إذا كان يهدف إلى إضفاء الصفة الملزمة على إتفاق تنقسه هذه الصفة، كما في حال التعهد عن الغير<sup>(2)</sup>.

حيث يمكن الإتفاق على شرط جزائي يطبق على المتعهد إذا رفض الغير التعهد ولم يقبل التعاقد مع المتعهد له<sup>(3)</sup>. كذلك يمكن إضفاء هذه الصفة على الإشتراط لمصلحة الغير، الذي تتعدم فيه مصلحة المشتري. فبإضافة شرط جزائي بالإشتراط لصالح المشتري تصبح له مصلحة في تنفيذ الإشتراط<sup>(4)</sup>.

يستنتج أنه لا يمكن إبطال الشرط الجزائي لمجرد قابلية الإلتزام الأصلي للإبطال، ما دام هذا الشرط إلتزاما إراديا محضا<sup>(5)</sup>.

## ثانيا: إستقلالية الإلتزام الأصلي عن الشرط الجزائي

الإلتزام الأصلي هو إلتزام مستقل وغير تابع للشرط الجزائي، وبناءً على هذا إذا كان

(1) ذهب الفقه إلى بقاء الشرط الجزائي في هذه الحالة رغم زوال الإلتزام الأصلي. فإذا قام شخص ببيع شيء مملوك للغير، لحائز حسن النية، وكان هذا البيع تحت شرط جزائي يواجه حالة عدم التنفيذ، فإنه برفض مالك الشيء الحقيقي إجازة هذا البيع، يكون العقد باطلا أو موقفا، لكن الشرط الجزائي الملحق بهذا البيع والذي يواجه حالة عدم التنفيذ، يظل صحيحا ويطبق. لأنه ليس تابع للإلتزام الأصلي، وإنما هو تابع للإلتزام نشأ عن مسؤولية البائع التقصيرية المترتبة على بيعه ما لا يملك، فالتعويض هنا مستحق ولو لم ينص عليه إتفاق. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 862، ف 488، هـ 1؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 553-554، ف 326.

(2) هو أن يتعهد شخص بالحصول على رضا شخص آخر، بإبرام عقد مع شخص ثالث. ومثال ذلك الحالة التي يمارس فيها الوكيل عملا خارج عن حدود وكرالته، فيلتزم الوكيل هنا أمام الغير على الحصول عن رضا الموكل بهذا العمل. وقد نصت المادة 114 م، على التعهد عن الغير، وإشتربت له ثلاث شروط وهي أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير. وأن تتجه إرادة المتعهد في إلزام نفسه لا إلزام الغير. وأخيرا أن يكون موضوع إلزام المتعهد هو حمل الغير على قبول التعهد. وتقابلها المادة 153 م.م؛ والمادة 1120 م.ف. أنظر: مصطفى العوجي، القانون المدني، الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2006، ص 195-200؛ خليل أحمد حسن ق دادة، المرجع السابق، ص 127؛ حمداوي نورة، الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، س 2001-2002، ص 3-4.

(3) نفس الحكم يطبق ويعمل به في حالة بيع مال الغير، فقد يقرن ببيع مال الغير شرط جزائي، ولا يجيز المالك الحقيقي للشيء هذا البيع، وهنا يبطل البيع ويتقاضى في المقابل المشتري الشرط الجزائي، والسبب في ذلك أن الشرط الجزائي في هذه الحالة ليس تابعا للإلتزام أصلي نشأ عن بيع ملك الغير وإلا كان الشرط الجزائي باطلا هو الآخر، وإنما هو تابع للإلتزام نشأ عن مسؤولية بائع مال غيره، وهي مسؤولية تقصيرية قائمة فيقوم معها الشرط الجزائي، شرط أن يكون الشاري حسن النية. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 294-295.

(4) الإشتراط لمصلحة الغير هو إتفاق يقوم بين شخص يسمى المشتري وشخص يسمى المتعهد، بمقتضى هذا الإتفاق يشترط المشتري على المتعهد إنشاء حق للغير ليس طرفا في إتفاقهما، ويسمى هذا الغير بالمنتفع. ونجد تطبيقاته في عقود التأمين على الحياة، حيث يشترط المستأمن على شركة التأمين أن تدفع مبلغ معين لورثته عند وفاته. وقد إشتربت المادة 116 م، لتحقق الإشتراط ثلاث شروط، وهي أن يتعاقد المشتري باسمه، وأن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع، وأن يكون للمشتري مصلحة شخصية في الإشتراط للغير. أنظر: خليل أحمد حسن ق دادة، المرجع نفسه، ص 130-131.

(5) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 554، ف 327.

الشرط الجزائي باطل، فإن هذا البطلان لا يلحق ولا يمتد إلى الإلتزام الأصلي، ولا يترتب عليه بطلانه. لأن الشرط الجزائي هو إلتزام تابع، كما سبق ووضحنا لا يتعلق به مصير الإلتزام الأصلي، ولا يؤثر في وجوده<sup>(1)</sup>.

كأن يشترط الدائن المرتهن أن يبيع العين المرهونة دون إتباع الإجراءات القانونية، أو أن يمتلكها، إذا لم يستوفي الدين عند حلول الأجل، فإن مثل هذا الشرط يقع باطلا، ولا يترتب عليه بطلان الإلتزام الأصلي<sup>(2)</sup>. هذا لتجنب إبطال الكثير من عقود الناس، ولأنه شرط لا يؤدي إلى جهالة الربح فيقتصر الحكم على بطلانه ولا يمتد البطلان إلى الإلتزام الأصلي وبالتالي العقد<sup>(3)</sup>.

فإذا أبرم شخصان إتفاقا فيما بينهما، وفي وقت لاحق إتفقا على شرط جزائي مستحق في حالة إخلال أحدهما بالإتفاق السابق، فإن بطلان الشرط الجزائي لعيب خاص به، لا يكون له أثر على الإتفاق الأصلي. لأن هذا الشرط هو تابع، ولا يؤثر في وجود وصحة الإتفاق الأصلي<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: الخاصية التعويضية والجزائية للشرط الجزائي

يتم تناول ضمن هذا الفرع كل من الخاصية التعويضية والخاصية الجزائية، وذلك ضمن بندين كالتالي:

#### البند الأول: الخاصية التعويضية للشرط الجزائي

إذا كان الأصل يقضي بترك تقدير التعويض للقاضي، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يتفق الدائن والمدين على هذا التعويض مسبقا عند التعاقد. أو في وقت لاحق للعقد الأصلي

(1) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 191، ف 155؛ سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 678، ف 625؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 862، ف 487؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 554-555، ف 328؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 83.

(2) تنص المادة 1227 م.ف، أن: " بطلان الإلتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الإلتزام الأصلي". فإذا تعهد ممثل بأن لا يظهر على مسرح معين، وإلا إلتزم بأن يعيش في مكان مقفل طول حياته، فالشرط الجزائي في هذه الحالة باطل، لمخالفته النظام العام، فهو قيد خطير على الحرية الشخصية، ولكن الإلتزام الأصلي صحيح، وهنا يبقى الممثل ملتزم بألا يظهر على المسرح المعين، أما إذا فعل كان مسؤولا عن التعويض، وهنا يتولى القاضي تقديره. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 863، ف 488، هـ 1.

(3) أنظر: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص 235.

(4) إلا أنه وإستثناء قد يؤثر هذا الشرط في الإلتزام الأصلي، ويؤدي إلا بطلانه. حيث يعتبر من آثار الشرط الجزائي في الديون، بطلانه ويمتد هذا البطلان إلى الإلتزام الأصلي، وهذا يرجع إلى كون الشرط هنا من شروط الرضا المحرمة شرعا والمنفق على بطلانها. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 555، ف 328؛ محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع نفسه، ص 234.

بشروط قبل وقوع الضرر<sup>(1)</sup>. وبذلك يعتبر الشرط الجزائي في جوهره تقدير إتفاقي للتعويض، قد يتمثل في مبلغ نقدي، وقد يتمثل في أداء<sup>(2)</sup>، يتم تحديده جزافا ومسبقا<sup>(3)</sup>، لمواجهة الأضرار المتوقع حدوثها من جراء الإخلال بالإلتزام<sup>(4)</sup>.

تظهر الخاصية التعويضية للشرط الجزائي، بصفة خاصة في الحالة التي يتم فيها تقدير التعويض بمبلغ مساوي للضرر المتوقع حدوثه. فيلتزم الطرفان بهذا التقدير، كما لا يستطيع القاضي المساس به<sup>(5)</sup>.

لا ينشئ الشرط الجزائي بإعتباره إتفاق مسبق على مقدار التعويض الإلتزام بالتعويض، بل يقتصر على تحديد مبلغ التعويض، فهو ليس مصدر إستحقاق التعويض، بل للإستحقاق مصدر آخر، هو الإخلال بتنفيذ الإلتزام الأصلي<sup>(6)</sup>.

### البند الثاني: الخاصية الجزائية للشرط الجزائي

إذا كان للشرط الجزائي دورا تعويظيا بصفة أصلية فإن صفته الجزائية لا تظهر إلا إستثناءا بصفة عرضية ومحدودة. وتتمثل هذه الخاصية الجزائية المحدودة، في الجزاء الذي يتهدد المدين المخل بإلتزامه، الذي يدفعه إلى إحترام ما تعهد به، والوفاء بما إلتزم به<sup>(7)</sup>.

تتحقق الخاصية الجزائية للشرط الجزائي في الحالة التي تكون فيها قيمة الشرط الجزائي

---

(1) إذا تم الإتفاق على التعويض بعد الإخلال بالإلتزام ووقوع الضرر بالفعل، لا تكون بصدد شرط جزائي، بل نواجه في هذه الحالة إما صلحا وإما تجديدا للدين. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 421، ف 251؛ طارق محمد مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص 18.

(2) قد يكون الشرط الجزائي مقدمة مالية غير نقدية. قضت محكمة إستئناف القاهرة في 1922/11/25، أنه: " إذا إتفق المؤجر والمستأجر، حين إنتهاء الأجرة أن يعيد الأرض المؤجرة إليه خالية من الزراعة، وإشترط في العقد تعويض المؤجر عن الإخلال بهذا الإتفاق بأن تؤول إليه الزراعة التي تكون قائمة حين إنتهاء الإجارة، كان هذا شرطا جزائيا صحيحا". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 191، ف 155، هـ 32.

(3) حيث يقوم المتعاقدان مقدما وقبل وقوع الضرر، بالتنبؤ بقدر هذا الضرر، وتقديره جزافيا. والشرط الجزائي بهذه الصفة الجزافية يختلف عن إتفاق تخفيف وتشديد المسؤولية. فقد يصير بمثابة إتفاق على تشديد المسؤولية، إذا ترتب عنه غنم للدائن، وكان مبلغ الجزاء يزيد عن قيمة الضرر الذي لحقه. وقد يصير بمثابة إتفاق على تخفيف المسؤولية، إذا ترتب عنه غنم للمدين، وكان مبلغ الجزاء يقل عن قيمة الضرر الذي أحدثه هذا الإخلال. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 190، ف 155.

(4) Sébastien PIMONT, op. cit, N° 55, P 14.

(5) تظهر هذه الخاصية التعويضية الدور الرئيسي للشرط الجزائي والمتمثل في إستبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض، كما تظهر فائدته أيضا في إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر الذي أصابه. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 420، ف 251.

(6) جاء في المذكرة التفسيرية للقانون المدني المصري، أنه: " ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير إتفاقي للتعويض الواجب أدائه. فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجود هذا التعويض، بل للوجود مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 197، ف 158، هـ 13؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 855، ف 480، هـ 1؛ سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 677، ف 625؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 420، ف 251، هـ 1.

(7) لهذه العقوبة أثر نفسي، بحيث يضغط الدائن بها على المدين ويحمله على التنفيذ. Sébastien PIMONT, op. cit, N° 55, P 14.

أزيد من الضر المتوقع، بشرط أن تكون هذه الزيادة غير مبالغ فيها إلى درجة كبيرة. فإذا كانت هذه الزيادة معقولة طبق الشرط بمجرد إخلال المدين بالتزامه، ويحصل بالتالي الدائن على تعويض أعلى من قيمة الضرر، ويتمثل هذا الفرق بين الضرر الحقيقي والشرط الجزائي، في الجزاء أو الغرامة التي يتحملها المدين. فيصبح للشرط وظيفة الجزاء<sup>(1)</sup>.

إشتهر الشرط الجزائي بالخاصية التهديدية إلى جانب خاصيته وطبيعته التعويضية، غير أن هذه الخاصية التهديدية المقترنة به ليست سوى أثر عرضي له لا يمس جوهره، ولا يغير طبيعته، لأنه في أساسه تقدير إتفاقي للتعويض عن عدم التنفيذ، أو عن عيب في التنفيذ، أو عن التأخر في التنفيذ، أو عند فسخ العقد لعدم التنفيذ، ويخضع لقاعدة التفسير الضيق<sup>(2)</sup>.

من خلال ما تقدم يستنتج أن الشرط الجزائي لا يكون له دور جزائي إلا إذا توافرت قيود أو شروط، أول هذه القيود يتمثل في ضرورة إصابة الدائن بضرر، وثانيها أن يكون الشرط الجزائي مبالغ فيه بالنسبة لهذا الضرر الذي أصاب الدائن، بشرط أن لا تصل هذه المغالاة إلى درجة كبيرة، وإلا كان هناك محل لتدخل القاضي وتعديل الشرط الجزائي بما يتلاءم والضرر الفعلي<sup>(3)</sup>. وهذا ما سيتم تناوله لاحقا في سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه.

### المطلب الثالث: تمييز الشرط الجزائي عن بعض ما يشابهه

للشرط الجزائي مميزات خاصة تعطيه طابع متميز عن غيره من النظم القانونية الأخرى التي تلتقي معه في بعض هذه الخصائص، الأمر الذي قد يثير الالتباس حول كيفية التفريق بين الشرط الجزائي وهذه النظم المشابهة له. فالشرط الجزائي يتميز عن العديد من النظم القانونية القريبة منه، كالغرامة التهديدية والعربون، والإثراء بلا سبب وعقد الصلح، وكل من

(1) يضيف الشرط الجزائي قدرا من التأمين والضمان للدائن، وتظهر هذه الصفة أو الوظيفة التأمينية من تعريف المادة 1126 م.ف، فيكون له صفة تأمينية من وجهة نظر الدائن، بجانب الصفة الجزائية التي تظهر من وجهة نظر المدين. وهذه الصفة التأمينية هي مجرد صفة تبعية مترتبة على الصفة الجزائية. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 445، ف 266-267.

(2) بما أن الشرط الجزائي تقدير إتفاقي للتعويض، فإنه يخرج عن حكم التقدير القضائي، حيث تعتبر نصوصه بمثابة نصوص إستثنائية، يجب تفسيرها بكل دقة وبدون توسع. أنظر: سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 677، ف 625؛ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 190، ف 155.

(3) بدون هذه القيود لا يكون للشرط الجزائي أي دور جزائي بإستثناء الأثر النفسي الذي قد يدور بذهن أحد المتعاقدين أو كليهما. وتجدر الإشارة إلى أن الخاصية الجزائية ليست من مستلزمات الشرط الجزائي، فقد يتحقق ويكون له دورا تعويضيا بحثا، وقد يقصد المتعاقدان إضفاء هذه الصفة الجزائية عليه. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 446، ف 268.

الإلتزام البدلي والإلتزام التخييري، وغيرها من النظم القانونية. يتم من خلال هذا المطلب تمييز الشرط الجزائي عن هذه النظم القانونية التي سبق ذكرها، مع الإشارة قبل التمييز بصورة وجيزة إلى مضمون كل نظام وذلك ضمن ثلاث فروع كالتالي.

### الفرع الأول: تمييز الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية والعربون

يتم في هذا الفرع التمييز بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية في البند الأول، ليتم التمييز في البند الثاني بين الشرط الجزائي عن العربون.

#### البند الأول: تمييز الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية

يقتضي تنفيذ الإلتزام تنفيذا عينيا في بعض الحالات تدخل المدين شخصا، فبغير تدخله لتنفيذ هذا الإلتزام يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم، وذلك لأن شخصية المدين لها اعتبار، فلا سبيل للحصول على التنفيذ بطرق أخرى كتكليف الغير بالتنفيذ على نفقة المدين المخل<sup>(1)</sup>. أو عن طريق استصدار حكم قضائي يقوم مقام التنفيذ العيني<sup>(2)</sup>.

بما أن إجبار المدين بطريق مباشر على تنفيذ التزامه شخصا، قد لا يكون منتجا، ونظرا لاستحالة الإكراه البدني<sup>(3)</sup>، وعدم جواز المساس بالحرية الشخصية للمدين، قام القضاء الفرنسي بابتداع وسيلة تسمى بالغرامة التهديدية، أو التهديد المالي، من أجل حمل المدين على التنفيذ<sup>(4)</sup>.

لم يكن القانون الفرنسي لسنة 1804 ينص على الغرامة التهديدية، إلا أن تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 72/626 المؤرخ في 1972/07/05، الذي أقر بالنظام القانوني

(1) هذا ما نصت عليه المادة 170 م سابقة الذكر.

(2) هذا ما تنص عليه المادة 171 م سابقة الذكر. فهناك حالات يقوم فيها حكم القاضي مقام التنفيذ العيني، كما لو إمتنع البائع بعد البيع عن إلتزامه بنقل ملكية المبيع، حيث يجوز هنا للدائن اللجوء إلى القضاء والحصول على حكم يثبت البيع وينقل الملكية. أنظر: فواز صالح، النظام القانوني للغرامة التهديدية، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم والإقتصاد والقانون، المجلد الثامن والعشرين، العدد الثاني، سوريا، س 2012، ص 13، هـ 7.

(3) كان الإكراه البدني معمولا به في فرنسا إلى أن تم إلغاؤه بقانون 23 يوليو 1867، ولم يستبقه إلى في المسائل الجنائية. كما أن نظام الإكراه البدني يتنافى مع المبادئ المدنية التي تتعلق بتنفيذ الإلتزام من حيث أن أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وليس لشخصه. لهذا لم يأخذ المشرع الجزائري، بنظام الإكراه البدني إلا في مجالات معينة كدين النفقة مثلا. أنظر: بسام سعد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، س 2011، ص 40.

(4) أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 39؛ عدنان طه الدوري، المرجع السابق، ص 39؛ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 75.

للغرامة التهديدية معدلا بذلك المادة 10 منه. حيث أجاز في هذه الأخيرة الحكم بغرامة تهديدية من أجل إلزام الشاهد الممتنع عن الإدلاء بشهادته بهدف مساعدة العدالة على إظهار الحقيقة. ثم عدلت بعد ذلك أحكام القانون رقم 72/626، بموجب القانون رقم 91/650 المؤرخ في 1991/05/09، الذي نظم الغرامة التهديدية في المواد من 33 إلى 37 منه<sup>(1)</sup>.

أخذ المشرع المصري بالغرامة التهديدية في المادة 1/213<sup>(2)</sup> والمادة 214 منه<sup>(3)</sup>، كما أخذ المشرع الفلسطيني بالغرامة التهديدية في نص المادة 236 م، التي جاءت مطابقة للنص المصري. نفس الموقف أخذ به المشرع الليبي في المادة 216 م. أما المشرع الأردني فنص عليها في المادة 360 م<sup>(4)</sup>. كما نص القانون العراقي عليها في المادة 253 م، إلا أنها لم تورد الفقرة الثانية التي تجيز للقاضي زيادة الغرامة كلما رأى داعيا لذلك. ونص كذلك القانون السوري عليها في المواد من 214 إلى 217<sup>(5)</sup>.

ساير القانون الجزائري التشريعات العربية التي أخذت بهذا النظام، ونص على هذا النظام في المادة 174 م<sup>(6)</sup>،

---

(1) إلا أن المشرع الفرنسي قد سبق ذلك من قبل بموجب القانون الصادر في 21 جوي 1949، وأجاز الحكم على المستأجر الذي تقرر الحكم ضده بإخلاء العين المؤجرة، وفرض عليه غرامة تهديدية عن كل مدة زمنية يتمتع فيها عن تنفيذ حكم الإخلاء الصادر في حقه. وكانت الغرامة التهديدية بموجب هذا القانون تعويضا نهائيا، لأنها كانت تقدر بقدر الضرر الفعلي الذي أصاب المؤجر. أنظر: فواز صالح، المرجع السابق، ص 14، هـ 13.

(2) تنص على أنه: " إذا كان تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ، ويدفع غرامة تهديدية إذا إمتنع عن ذلك".

(3) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لهذا القانون، أن قواعد الغرامة التهديدية " تسري على كل الإلتزام بعمل أو إمتناع عن عمل، أيا كان مصدره، متى كان الوفاء به لا يزال في حدود الإمكان، وكان هذا الوفاء يقتضي تدخل المدين نفسه، والغرامة المالية هي مبلغ من المال يقضي لإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي فترة معينة من الزمن، أو عن كل إخلال يرد على التزم، ويقصد من هذه الغرامة التغلب على ممانعة المدين المتخلف، ولهذا أجاز للقاضي أن يزيد فيها إزاء تلك المخالفة كلما آنس أن ذلك أكفل بتحقيق الغرض المقصود". أنظر: فواز صالح، المرجع نفسه، ص 14.

(4) أخذ المشرع الأردني بالغرامة التهديدية بطريقة غير مباشرة، فقد نص عليها على إستحياء وغموض في القصد حيث نصت المادة 360 منه، على أنه: " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي يلتزم به المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين". لكن غموض نص المادة لا يعني أن القانون الأردني لا يعرف الغرامة التهديدية، لأن هذه الأخيرة قام بالنص عليها صراحة في المادة 1/961 منه، المتعلقة بالكفالة بالنفس التي تنص: " الكفالة بالنفس تلزم الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له، فإن لم يفعل جاز للمحكمة أن تقضي عليه بغرامة تهديدية ولها أن تعفيه منها إذا تبت عجزه عن إحضاره". أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص 63؛ بسام سعيد جبر جبر، المرجع السابق، ص 57-58.

(5) أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 40، هـ 1؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 153.

(6) تنص على أنه: " إذا كان تنفيذ الإلتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة إجبارية إن إمتنع عن ذلك".

والمادة 340 و 471 إ.م. القديم<sup>(1)</sup>، المادة 305 والمادة 625 إ.م. الجديد<sup>(2)</sup>. والمواد 34 و 35 و 39 من القانون المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل<sup>(3)</sup>، الذي يجيز للقاضي تحدد غرامة تهديدية يومية، في حالة إكتساب الحكم الصيغة التنفيذية، دون لجوء الأطراف إلى مكتب المصالحة<sup>(4)</sup>.

أما المقصود بالغرامة فقد عرفت بأنها مبلغ من المال يحكم القاضي به على المدين، لجبره وكسر عناده، وحمله وإكراهه على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً<sup>(5)</sup>، وهي تقدر عادة على أساس وحدة زمنية معينة كالיום، الأسبوع، الشهر<sup>(6)</sup>، أو عن كل مرة يقوم فيها المدين بعمل مخل بالتزامه إذا كان محل الإلتزام إمتناعاً عن عمل<sup>(7)</sup>.

يتضح مما تقدم أن الغرامة التهديدية تشبه الشرط الجزائي في بعض الأمور، وتختلف

---

(1) تنص المادة 340 من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 47، السنة الثالثة، المؤرخة في 9 يونيو 1966). المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 27، السنة الثالون، المؤرخ في 27 أبريل 1993). الملغى بالقانون رقم 08-09 سابق الذكر. أنه: " إذا رفض المدين تنفيذ الإلتزام بعمل أو خالف إلتزاماً بالإمتناع عن عمل يثبت القائم بالتنفيذ ذلك في محضر ويحيل صاحب المصلحة إلى المحكمة للمطالبة بالتعويضات أو التهديدات المالية ما لم يكن قد قضى بالتهديدات المالية من قبل". أما المادة 471 من نفس القانون فتتص: " يجوز للجهات القضائية بناء على طلب الخصوم أن تصدر أحكاماً بتهديدات مالية في حدود اختصاصها... ويجوز لقاضي الأمور الاستعجالية بناء على طلب الخصوم أن يصدر أحكاماً بتهديدات مالية... ولا يجوز أن يتعدى مقدار التهديد المالي مقدار التعويض عن الضرر الفعلي الذي نشأ".

(2) جاءت الفقرة الأولى منها مطابقة لنص المادة 340 إ.م، المذكورة أعلاه.

(3) تنص المادة 34 من القانون رقم 90-04 المؤرخ في 6 فبراير 1990، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 6، السنة السابعة والعشرون، المؤرخة في 7 فبراير 1990). المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-28 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 68، السنة الثامنة والعشرون، المؤرخة في 25 ديسمبر 1991). أنه: " في حالة عدم تنفيذ إتفاق المصالحة من قبل أحد الأطراف... يأمر رئيس المحكمة الفاصل في المسائل الإجتماعية... التنفيذ المعجل مع تحديد غرامة تهديدية يومية لا تقل عن 25% من الراتب الشهري الأدنى المضمون...". أما المادة 35 منه، فنصت عن الحالة التي تتصاعف فيها هذه الغرامة. بينما نصت المادة 39 منه، بأنه: " في حالة إكتساب الحكم الصيغة التنفيذية يحدد القاضي الغرامة التهديدية اليومية المنصوص عليها في المادتين 34-35 من هذا القانون".

(4) في حالة عدم تنفيذ إتفاق المصالحة وفقاً للشروط والأجال المحددة في المادة 33 من نفس القانون، يجوز للقاضي تحديد غرامة يومية. أنظر: رشيد واضح، علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، دار هومه، الجزائر، س 2003، ص 183؛ نبيل صقر، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة- التنفيذ- التحكيم، دار هومه، الجزائر، س 2008، ص 287-288؛ مغني دليلة، محاضرات في قانون العمل، مقدمة لطلبة ماجستير، سنة أولى، كلية الحقوق، جامعة أدرار، س 2012-2013.

(5) أنظر: دريال عبد الرزاق، أحكام الإلتزام، ص 20؛ حسنى محمد جاد الرب، التعويض الإلتفافي، عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، س 2013، ص 99.

(6) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 447، ف 269؛ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 63؛ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 76.

(7) ذلك إلى أن يمتنع المدين عن الإخلال بإلتزامه بصورة نهائية. فالغرامة التهديدية، وسيلة مالية يلجأ إليها الدائن من أجل إجبار المدين بطريق غير مباشر على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً، إذا كان محل الإلتزام عمل أو امتناع عن عمل، عندما يكون هذا الإلتزام قائم على الإعتبار الشخصي. لأن الغرامة التهديدية لا يلجأ إليها ولا تصادف كثيراً الإلتزام بإعطاء شيء، فالرخصة المخولة للدائن في التنفيذ على نفقة المدين، والسلطة المخولة للقاضي في إنزال حكمه منزلة التنفيذ العيني كثيراً ما تغني عن اللجوء إلى الغرامة التهديدية.

عنه في أمور أخرى لذا سيتم تحديد أوجه الشبه وأوجه الخلاف بينهما كما يلي:

### أولاً: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية

1- للشرط الجزائي والغرامة صفة الجزاء أو العقوبة، فكل منهما يعد أداة ووسيلة لدفع المدين وحمله على تنفيذ التزامه<sup>(1)</sup>. حيث يمتاز كلاهما بطابع جزائي، يوجد وبشكل دائم في الغرامة التهديدية، في حين يتسم به الشرط الجزائي عندما يتجاوز المبلغ المحدد، الضرر الفعلي<sup>(2)</sup>.

2- تزيد درجة الشبه إذا كان الشرط الجزائي يقدر التعويض المستحق عن التأخر في التنفيذ. حيث يتم الإتفاق بين المتعاقدين مقدماً على تعويض محدد يستحق عن كل يوم، أو أسبوع، يتأخر فيه المدين عن تنفيذ التزامه<sup>(3)</sup>.

3- يتمتع القاضي بسلطة تقديرية حيال كل من الشرط الجزائي والغرامة التهديدية<sup>(24)</sup>، ففي الحالتين يخفض القاضي المبلغ المقدر. فيقوم بتخفيض الغرامة التهديدية عندما يحولها إلى تعويض نهائي، ويقوم بتخفيض الشرط الجزائي عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة<sup>(5)</sup>.

4- كلاهما متصلتان بالتنفيذ العيني بطريق غير مباشر، حيث أنهما موضوعتان أصلاً للضغط على المدين حتى يوفي بالتزامه عينا<sup>(6)</sup>.

### ثانياً: أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية

يختلف الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية في عدة نقاط هي كالتالي:

(1) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 447، ف 269؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 281.

(2) أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 65؛ حسنى محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 110.

(3) قد يحكم القاضي على المقاول المتأخر عن تسليم العمل، بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه. كما للمتعاقدين الإتفاق مقدماً على أن يدفع المقاول مبلغاً كبيراً عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم العمل، ففي كلتا الحالتين يبدو أن المبلغ المقدر وضع للتهديد، أكثر منه للتعويض. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 448، ف 269؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 866، ف 491؛ عبد الله ولداند كجلي، المرجع السابق، ص 52؛ إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 281.

(24) ذلك كاستثناء على مبدأ حصانة الشرط الجزائي، إذا توافرت شروط. أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع نفسه، ص 65.

(5) رغم هذا الشبه والإتفاق بين الوضعين إلى أن الغرامة التهديدية من حكم القاضي، بينما الشرط الجزائي فهو إتفاق مقدم بين الطرفين، وهذا ما سيتم شرحه لاحقاً في أوجه الإختلاف بين النظامين. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 867، ف 491.

(6) أنظر: حسنى محمد جاد الرب، المرجع نفسه، ص 110.

1- من حيث المصدر: مصدر الغرامة التهديدية هو حكم القاضي<sup>(1)</sup>، أما مصدر الشرط الجزائي هو إتفاق المتعاقدين. فالغرامة التهديدية ينطق بها القاضي في حالة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه، أما الشرط الجزائي فهو جزء أو تعويض إتفاقي، ينشأ بإتفاق الطرفين، لذلك لا يملك القاضي أن يضيف إلى العقد الذي يخضع لتفسيره شرطا جزائيا<sup>(2)</sup>.

2- من حيث مدى إمكانية التنفيذ: الحكم بالغرامة التهديدية حكم مؤقت لا يمكن تنفيذه إلى بعد تصفيتها<sup>(3)</sup>، والحكم بها مجرد حكم تهديدي<sup>(4)</sup>، فهي لا تقبل التنفيذ إلا إذا تحولت إلى تعويض نهائي، لأن الحكم بها ليس حكما قطعيا، أو حاسما أو نهائيا<sup>(5)</sup>. في حين الشرط الجزائي ليس بوقتي ولا بتهديدي، وإنما هو اتفاق نهائي يمكن تنفيذه بمجرد إخلال المدين بالإلتزامه<sup>(6)</sup>. فهو قابل من حيث المبدأ للتنفيذ على حاله متى تحققت شروط ذلك التنفيذ<sup>(7)</sup>.

3- من حيث الغاية: غاية الغرامة هي إجبار وحث المدين على تنفيذ إلتزامه، فهي وسيلة غير

---

(1) إذا توافرت شروط الغرامة التهديدية جاز للقاضي الحكم بها أيا كان مصدر الإلتزام، ويجوز أن يصدر الحكم بها من أي محكمة، مدنية أو تجارية، أو إدارية، أو جنائية إذا كانت تقضي في إلتزام مدني، كما يجوز أن يصدر الحكم بها من القضاء المستعجل، وكانت تنص على ذلك المادة 2/471 إ.م. قديم. وهو ما تنص عليه المادة 305 إ.م.إ الجديد، صراحة التي جاء نصها كالتالي: " يمكن لقاضي الإستعجال الحكم بالغرامات التهديدية وتصفيتها". كما نصت المادة 984 من نفس القانون، على أنه: " يجوز للجهة القضائية تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغائها عند الضرورة". من خلال نص هذه المادة يتضح أن لقاضي الإستعجال سلطة تقديرية في الحكم بهذه الغرامة، أو رفض الحكم بها، فله سلطة إكراه الخصم على الإستجابة للأمر بواسطة الغرامة، ويعود لنفس القاضي القيام بتصفيتها. أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 162-164؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 44-45؛ بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 224.

(2) الغرامة التهديدية وليدة حكم، بينما الشرط الجزائي وليد إرادة. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 448، ف 270؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 866، ف 491؛ فواز صالح، المرجع السابق، ص 23؛ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 65؛ حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 148؛ عبد الله ولداند كجلي، المرجع السابق، ص 52.

(3) الحكم بالغرامة لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه، ولا يكون نهائيا واجب التنفيذ، ومن تم لا يقبل الطعن فيه، حتى ولو كان قد صدر من محكمة آخر درجة، لأن هذا الحكم لم ينهي الخصومة الأصلية أو جزء منها، وإنما قضى بإجراء فيها فقط. كما ينتج على كونها حكم مؤقت إمكانية القاضي إعادة النظر في الحكم، أو إنقاص مبلغ الغرامة إذا قام المدين بالتنفيذ. المادتين 2/174-175 م. أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 165. محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 46-47. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 27.

(4) يعتبر هذا الحكم وسيلة تهديدية يقصد منها التغلب على تعنت المدين وإمتناعه عن تنفيذ الإلتزامه، لذلك يكون تقدير الغرامة تقديرا تحكما، ينظر فيه القاضي إلى مركز المدين، ودرجة تعنته، دون الأخذ بعين الإعتبار الضرر الذي أصاب الدائن، ففي الغالب يتجاوز مقدار الغرامة الضرر بدرجة كبيرة. أنظر: عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 77؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 46.

(5) قضت المحكمة العليا أنه لا يمكن النطق بتصفية الغرامة التهديدية، المحكوم بها بموجب أمر إستعجالي، إلا بعد صدور حكم في الموضوع يحسم النزاع. قرار رقم 375346، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 20/6/2007، نقلا عن جمال سايس، الإجتهاد الجزائي في القضاء المدني، ج 4، ص 1475؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 164.

(6) أنظر: فواز صالح، المرجع نفسه، ص 23؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 866، ف 491؛ بسام سعيد جبر جبر، المرجع السابق، ص 65؛ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 111.

(7) أنظر: حدي لالة أحمد، المرجع نفسه، ص 148.

مباشرة للتنفيذ العيني، وهي ليست تعويضا<sup>(1)</sup>، لذلك تقديرها متروك للقاضي<sup>(2)</sup>، حيث تتحدد الغرامة التهديدية عادة بمبلغ كبير لا يتناسب والضرر الذي يصيب الدائن. أما الشرط الجزائي وإذا كان وسيلة غير مباشرة لتنفيذ الإلتزام، إلا أن الغاية منه التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ، أو عن التأخر في التنفيذ<sup>(3)</sup>، فيرتبط بالتنفيذ عن طريق التعويض، وليس بالتنفيذ العيني. لذلك يمكن الحكم بالغرامة إلى جانب التعويض، ولا يمكن ذلك بالنسبة للشرط لأنه في حد ذاته تعويض<sup>(4)</sup>.

4- من حيث السبب: إذا كان سبب وموضوع الغرامة يختفي عندما يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا<sup>(1)</sup>، فعلى العكس يبقى ويظل الشرط الجزائي قائما مادامت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين، أو كان هذا الأخير متحملا لنتائج القوة القاهرة<sup>(5)</sup>.

6- من حيث طريقة التقدير: الغرامة التهديدية تقدير تحكمي، عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه. أما الشرط الجزائي فلا يتم تقديره بالطريقة السابقة إلا في حالة التأخر في التنفيذ، أما في حالة عدم التنفيذ فإن تقديره يتم جزافا عادة<sup>(6)</sup>.

7- من حيث سلطة القاضي: الغرامة التهديدية تخضع عند مراجعتها وتصفيتها لتقدير القاضي، الذي يجوز له دائما زيادتها، إذا رأى أن مقدارها غير كاف لكسر عناد المدين الممتنع عن التنفيذ<sup>(7)</sup>. كما يجوز له إنقاصها، أو إلغائها كلية<sup>(8)</sup>، إذا قام المدين بالتنفيذ. لذا يقال أن

---

(1) أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 165؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 450، ف 270؛ فواز صالح، المرجع السابق، ص 23؛ محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 313-314؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 282.

(2) نصت المادة 982 إ.م.إ. على ذلك وجاءت كالتالي: " تكون الغرامة التعديدية مستقلة عن تعويض الضرر".

(3) من الممكن أن يكون الهدف من وجود الشرط الجزائي تحقيق التنفيذ العيني، وذلك عندما يتم تحديد مقداره بصورة كبيرة. أنظر: بسام سعيد جبر جبر، المرجع السابق، ص 65.

(4) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 450، ف 270؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 866، ف 491؛ عبد الله ولداند كجلي، المرجع السابق، ص 52.

(1) قضت المحكمة العليا أنه من المقرر قانون أن الغرامة التهديدية، لا يحكم بها إلا إذا تأكد لقضاة الموضوع أن تنفيذ الإلتزام ممكنا وامتنع المدين عن ذلك عمدا وإضرارا بالدائن. قرار رقم 369030، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2005/12/21. نقلا عن جمال سايس، الإجتهد الجزائي في القضاء المدني، ج 4، ص 1689.

(5) أنظر: حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 148؛ محمد مرعي صعب، المرجع نفسه، ص 320.

(6) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 282-283؛ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 111.

(7) تنص المادة 2/174 م، بأنه: " إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا لذلك".

(8) تنص المادة 984 إ.م.إ. على أنه: " يجوز للجهة القضائية تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغائها عند الضرورة".

الغرامة التهديدية هي صفة تحكيمية<sup>(1)</sup>. بينما سلطة القاضي في مراجعة مدى المغالاة في الشرط الجزائي، مقيدة بضوابط معينة<sup>(2)</sup>.

8- من حيث مدى إشتراط ركن الضرر: تتخذ الغرامة التهديدية بما أنها جزاء يحكم به القاضي على سبيل التهديد لحمل المدين على التنفيذ، صفة العقوبة، لذلك لا يشترط للحكم بها أن يصيب الدائن ضرر. أما الشرط الجزائي فيرتبط وجودا وعدما بالضرر الذي يلحق الدائن، فلا يستحق الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر<sup>(3)</sup>. ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل يجب أن يتناسب الشرط الجزائي مع الضرر الواقع. أما الغرامة التهديدية فلا ضرورة للتناسب بين ما يحكم به القاضي، وبين الضرر الذي يتهدد الدائن، وذلك حتى تأتي الغرامة بهدفها المبتغى والمتمثل في حمل وإجبار المدين على التنفيذ<sup>(4)</sup>.

### البند الثاني: التمييز بين الشرط الجزائي والعربون

قبل الخوض في تحديد الفرق بين الشرط الجزائي والعربون، سيتم إلقاء الضوء أولا على مضمون العربون حتى تقوم التفرقة على أساس سليم.

تجدر الإشارة بداية إلى أن المشرع الجزائري، لم يقم بتعريف العربون شأنه في ذلك شأن باقي التشريعات المقارنة الأخرى، حتى بعد تعديله للقانون المدني وإدراجه المادة 72 مكرر التي إكتفت بتحديد دلالة العربون وأحكامه<sup>(5)</sup>.

قام فقهاء القانون، بإعطاء العربون تعاريف متعددة نذكر منها التعريف التالي: " العربون

(1) أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 46؛ محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 319.

(2) أنظر: بسام سعيد جبر جبر، المرجع السابق، ص 65؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 449، ف 270؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 163.

(3) الغرامة لا تقاس بمقدار الضرر نظرا لطابعها القهري. أما الشرط الجزائي فوظيفته الأساسية هي جبر الضرر. أنظر: حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 148؛ بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص 12.

(4) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 449، ف 270؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 866، ف 491.

(5) تنص المادة 72 مكرر م.ج، والتي تقابلها المادة 103 م.م، على أنه: " يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الإتفاق بخلاف ذلك. فإذا عدل من دفع العربون ففقه. وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر". لكن على عكس المشرع الجزائري، والمصري، والفرنسي الذي أخذ بالعربون في المادة 1590 منه، التي تنص أنه: " إذا إقترن الوعد بالبيع بدفع عربون كان لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن العقد. فإذا عدل من دفع العربون خسره، وإذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه". هناك بعض التشريعات العربية وضعت تعريفا دقيقا للعربون منها، المشرع التونسي في المادة 303 من قانون الإلتزامات، التي تنص: " العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر لأجل إتمام ما تعاقد عليه". والمشرع المغربي الذي عرف العربون في المادة 288 من قانون الإلتزامات والعقود، بأنه: " ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ العقد". أنظر: بوترفاس حفيظة، التعاقد بالعربون، مذكرة ماجستير، القانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بويكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، س 2008-2009، ص 17.

عبارة عن مبلغ من المال، يكون عادة من النقد يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد، ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون<sup>(1)</sup>.

يتضح من خلال هذا التعريف أن دفع العربون وقت إبرام العقد يدل على حق كل من المتعاقدين في العدول عن إبرام العقد، ويكون ذلك خلال المدة المتفق عليها فإذا إنقضت المدة دون أن تظهر رغبة أي من المتعاقدين في العدول، يتأكد العقد ويعتبر حينئذ العربون تنفيذا جزئيا له. أما إذا عدل من قدم العربون فإنه يفقده، أما إذا عدل من قبض العربون فيرده ومثله معه<sup>(2)</sup>. أما بخصوص أوجه الشبه والخلاف بين العربون والشرط الجزائي فهي كالتالي:

### أولاً: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والعربون

1- من حيث المصدر، كلاهما ينشأ بالإتفاق بين أطراف العقد<sup>(3)</sup>. وكلاهما إلتزام من أحد المتعاقدين للآخر، وكلاهما يقصد منه سلامة العقود من التلاعب بها، وحث المتعاقد على التنفيذ وذلك بتخويله من عواقب عدم تنفيذ الإلتزام، حيث يعرضه لإخلاله لخسارة العربون أو دفع الشرط الجزائي<sup>(4)</sup>.

2- كلاهما يتضمن تقديرا لمبلغ يدفع عند الإخلال بالعقد. ففي الشرط يدفع المدين مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط والذي يقابل الضرر اللاحق بالدائن في حالة عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر في التنفيذ. وعند العدول عن العقد في العربون، يدفع المتعاقد العادل مبلغ العربون الذي يقابل الأضرار المفترض ترتبها على العدول<sup>(5)</sup>.

### ثانياً: أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي والعربون

(1) قصر هذا التعريف العربون على مبلغ من النقود دون أن يتعرض للنقولات، إلا أن العربون قد يكون مبلغ من المال أو أي قيمة منقولة يقدمها أحد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 259، ف 140؛ حسنى محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 91.

(2) أنظر: محمد صبري السعدي، العقد، ص 137.

(3) أنظر: بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص 92.

(4) أنظر: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، المرجع السابق، ص 149؛ محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 332.

(5) يمكن أن يكون العربون شرطا جزائيا، وذلك في الحالة التي يكون فيها العقد مبرماً بصفة نهائية، ومنتجاً لكافة آثاره، ولم يبق المتعاقدان بالإتفاق على خيار العدول لأيهما. وبالتالي في التخلف عن الوفاء يكون للطرف الآخر أن يختار بين التنفيذ الجبري، أو الفسخ، مع إقتضاء العربون على سبيل التعويض. ويكون لإشترط العربون في هذه الحالة شأن الشرط الجزائي، ولكنه لا يرد عليه الإلغاء أو التخفيض فهو يستحق ولو إنتفى الضرر. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 423-424، ف 255؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 284.

إن الإقتراب أو التشابه بين الشرط الجزائي والعربون هو في الظاهر فقط، لأن الواقع يثبت وجود خلاف جوهري بينهما من حيث طبيعتهما، وأساسهما، وهذا الخلاف يتم توضيحه فيما يلي:

1- من حيث إشتراط الضرر: العربون ولكونه مقابل للعدول مستحق للدائن حتى ولو لم يترتب على العدول أي ضرر<sup>(1)</sup>، أو كانت الأضرار المترتبة على العدول أقل من مبلغ العربون. فلا يجوز للقاضي تخفيض أو زيادة قيمة العربون إذا ثبت أن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء إستعمال حق العدول عن العقد، أقل أو أكبر من قيمة العربون<sup>(2)</sup>.

لا يجوز أيضا عدم الحكم بالعربون إذا تبين أنه ليس هناك أي ضرر، لأنه في كل الحالات لا ينظر إلى الضرر الذي لحق أحد المتعاقدين، فمناط إستحقاق العربون هو مجرد العدول، بغض النظر ما إذا ترتب عليه ضرر أم لم يترتب، ولذلك لا يتمتع القاضي في أي حال من الأحوال بسلطة تعديل العربون سواء بالزيادة أو بالنقصان<sup>(3)</sup>. وذلك مالم يكن هناك تعسف في إستعمال حق العدول، فتكون الزيادة تعويضا عن التعسف لا عن العدول ذاته<sup>(4)</sup>.

إذا كشف القاضي عن شروط التعسف في إستعمال الحق، المنصوص عليها في المادة 124 مكرر<sup>(5)</sup>، فإنه لا يكتفي بإلزام من عدل بالجزاء المقرر في المادة 72 مكرر، بل يلزمه بالتعويض لجبر الضرر الناتج عن التعسف، وذلك إعمالا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية<sup>(6)</sup>.

(1) أنظر: حسنى محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 96.

(2) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج 4، البيع والمقايضة، ط 3، منشورات الحلبي للحقوق، لبنان، س 2009، ص 90، ف 46.

(3) أنظر: بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص 93؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 263، ف 142؛ محمد صبري السعدي، العقد، ص 136؛ عبد الله ولداند كجلي، المرجع السابق، ص 51.

(4) التعسف في إستعمال خيار العدول يتحقق إذا كان العدول مفاجئا، وفي وقت غير مناسب، وبلا مبرر يقتضيه، هذا ما يجعله فعلا ضارا مرتبا للمسؤولية.

(5) جاء نص المادة 124 مكرر مدني، المعدلة بالقانون رقم 05-10 سابق الذكر، على النحو التالي: " يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية: 1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، 2- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، 3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة" .

(6) قررت محكمة النقض المصرية بأن: " البائع الذي أظهر نية في أن يمضي في العقد، دون إستعمال حقه في العدول، وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد، حتى أوشك على إنهاؤها، فإن موقفه هذا يدل على نزوله عن الحق في العدول، وأن الصفقة تعتبر بالنسبة إليه صفقة باتة ونهائية، فإذا عدل فجأة فإنه يكون قد أساء إستعمال حقه، وفي هذه الحالة لا يقتصر على خسارة العربون، وإنما يلتزم بتعويض زائد للعربون يفدره القاضي جزاء إساءة إستعمال حقه في العدول". أنظر: بوترفاس حفيظة، المرجع نفسه، ص 144.

بينما مناط الشرط الجزائي هو وقوع ضرر للدائن، لذلك للقاضي سلطة مراجعة الشرط الجزائي، فهو يراقب مدى تناسب الشرط مع الضرر الذي أصاب الدائن، من جراء عدم التنفيذ، أو التأخر فيه، حيث يجوز له تخفيض التعويض ليتناسب مع الضرر، بل يجوز له ألا يحكم به أصلاً، إذا لم يلحق الدائن أي ضرر<sup>(1)</sup>.

2- من حيث إشتراط الإعذار: يكون العربون مستحق في ذمة من يعدل دون حاجة إلى إعذار. أما الشرط الجزائي بوصفه تعويض إتفاقي فلا يستحق إلى بإعذار المدين<sup>(2)</sup>.

3- من حيث إشتراط الخطأ: لا يشترط لإستحقاق العربون صدور خطأ ممن صدر منه العدول، لأن العدول هو حق منصوص عليه في العقد<sup>(3)</sup>. بعكس الشرط الجزائي الذي يشترط لإعماله صدور خطأ من المدين، يترتب عليه ضرر للدائن، لذلك الشرط الجزائي ينتفي بانتفاء خطأ المدين كقاعدة عامة<sup>(4)</sup>.

4- من حيث الحق في الخيار: يمنح العربون للمتعاقد الخيار بين التقيد بالعقد وتنفيذه، وبين العدول عنه مقابل دفع مقدار العربون. أما الشرط الجزائي فلا يمنح للمدين هذا الخيار حيث يظل هذا الأخير ملتزماً دائماً بالتنفيذ العيني ما دام هذا التنفيذ ممكناً، فإن تعذر يلجأ إلى التنفيذ بمقابل، أي أعمال الشرط الجزائي<sup>(5)</sup>.

5- العربون يتفق عليه وقت التعاقد ولا يتصور بعده، أما الشرط الجزائي فيجوز بعد العقد في إتفاق لاحق بشرط قبل وقوع الضرر.

6- العربون يقبض عند إبرام العقد بل حتى قبل تمام العقد. أما الشرط فلا يكون إلا متأخراً عن العقد، عند تحقق واقعة عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، والتي تظهر في مرحلة تنفيذ العقد.

---

(1) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 424، ف 255؛ بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص 93؛ محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، المرجع السابق، ص 150؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 284؛ حسنى محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 96.

(2) المادة 1/176، والمادة 181 من القانون المدني.

(3) المادة 72 مكرر من القانون المدني.

(4) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 424، ف 255.

(5) هذا الخيار الممنوح للعربون يمكن تكيفه على أنه البديل في الإلتزام البديلي، فالعدول في حالة دفع العربون لا يكون عن العقد في جملته، بل عن الإلتزام الأصلي والحق المقابل له. والعربون هو بذل مستحق في العقد، ودفعه هو بمثابة تنفيذ للعقد في أحد شطريه، وهو البديل، لا العدول عن العقد في جملته. أما الشرط الجزائي فهو إلتزام بالتعويض وليس إلتزاماً بديلياً، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلاً من تنفيذ الإلتزام الأصلي تنفيذاً عينياً، مادام هذا الأخير ممكناً وطالب به الدائن، فالمدين لا يخير بين الشرط وبين التنفيذ العيني. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 264، ف 142، هـ 1؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 425، ف 255، عبد الله ولداند كجلي، المرجع السابق، ص 52.

7- تحقق الشرط الجزائي لا يؤدي بالضرورة إلى فسخ العقد، فإذا أصبح الشرط الجزائي مستحقا، فإنه يكون تنفيذا للعقد بمقابل بطريق التعويض، والعقد هنا لا يختفي. أما العدول بموجب العربون فإنه يؤدي بالضرورة إلى فسخ العقد، وليس تنفيذه<sup>(1)</sup>. لأن التعاقد بالعربون وممارسة أحد المتعاقدين لحقه في العدول، ينهي أي رابطة عقدية<sup>(2)</sup>.

8- التشابه بين الشرط الجزائي والعربون، ينعلم في الحالة التي يقصد فيها بالعربون تأكيد إنعقاد العقد، وليس خيار العدول عنه، فيكون العربون في هذه الحالة بمثابة تعجيل لجزء من الثمن<sup>(3)</sup>. أما الشرط الجزائي فيبقى تعويضا إتفاقيا ولا يكون جزءا من الثمن<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: تمييز الشرط الجزائي عن عقد الصلح والإثراء بلا سبب

يتم تقسم هذا الفرع إلى بندين الأول يميز فيه بين الشرط الجزائي وعقد الصلح، أما البند الثاني فيتم فيه التمييز بين الشرط الجزائي والإثراء بلا سبب.

#### البند الأول: تمييز الشرط الجزائي عن عقد الصلح

وضع القانون المدني عقد الصلح بين العقود الواردة على الملكية<sup>(5)</sup>، ليس لأنه ينقل الملكية كما هو الأمر في البيع، والمقايضة، والهبة، والشركة، والقرض، بل لأنه يتضمن نزولا

(1) أما إذا تم التعاقد بالعربون ومارس أحد المتعاقدين حقه في العدول، فإن العقد يختفي بهذا العدول ولم يعد يوجد أي رابطة عقدية. أنظر: محمد بن عبد العزيز بن سعد اليماني، المرجع السابق، ص 151؛ بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص 93.

(2) إنقسم الفقه بشأن مصير العقد الذي تم العدول عنه من قبل أحد المتعاقدين إلى قسمين، الأول يذهب إلى أن العقد المقترن بالعربون يظل قائما، والأطراف لا يكفون على الإرتباط إلا في اللحظة التي يتم فيها ممارسة العدول، فالفسخ نتيجة إستخدام حق العدول يتم بدون أثر رجعي. أما القسم الثاني من الفقه فيرى أن ممارسة العدول من أحد المتعاقدين تجعل العقد كأنه لم يكن، لأن العدول يترتب عليه إنهاء العقد ليس بالنسبة للمستقبل فحسب، بل يمتد أثره إلى الماضي، فينهار العقد بأثر رجعي. وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية، هذا الرأي الأخير الذي يرى بأن ممارسة العدول يعمل على إختفاء، أو فسخ العقد وفنائه بأثر رجعي. أنظر: بوترفاس حفيظة، المرجع نفسه، ص 145-146.

(3) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 425، ف 255.

(4) أنظر: بوترفاس حفيظة، المرجع نفسه، ص 94.

(5) تناول المشرع الجزائري عقد الصلح في الفصل الخامس، وقسم هذا الأخير إلى ثلاثة أقسام، تعرض في القسم الأول إلى أركان الصلح في المادتين 460 و 470 م. وتعرض في القسم الثاني إلى آثار الصلح من المادة 462 إلى 464 م. أما الفصل الثالث فقد خصصه لبطلان الصلح في المادتين 465 و 466 م.

من كلا المتصالحين عن جزء مما يدعيه، والنزول عن الحق يرد على كيانه بالذات<sup>(1)</sup>.

عقد الصلح من عقود التراضي، فلا يشترط لتكوينه شكل خاص، بل يكفي توافق الإيجاب والقبول، والكتابة فيه ضرورية لكن لإثبات الصلح لا لإنعقاده. وهو عقد ملزم لجانبين، كما يعتبر من عقود المعاوضة، إذ لا أحد من المتصالحين يتبرع للآخر، وإنما ينزل كل منهما عن إدعائه بمقابل<sup>(2)</sup>.

تناول المشرع الجزائري عقد الصلح في المادة 459 م، التي قامت بتعريفه<sup>(3)</sup>، والتي يتضح من خلالها أن للصلح مقومات ثلاثة وهي:

### \* وجود نزاع قائم أو محتمل:

إذا لم يكن هناك نزاع قائم أو محتمل الوقوع<sup>(4)</sup>، فلا يكون العقد صلحا. فنزول المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة غير المتنازع فيها ليتمكن المستأجر من دفع الباقي، يعتبر إبراء<sup>(5)</sup>، من بعض الدين وليس صلحا<sup>(6)</sup>.

---

(1) نصت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، في هذا الصدد أن: " دخل الصلح ضمن العقود التي ترد على الملكية، لا لأنه ينقلها، فسيأتي أن الصلح كاشف للحقوق لا ناقل لها، بل لأنه يتضمن تنازلا عن بعض ما يدعيه الطرفان من حقوق، والتنازل عن الحق يرد على كيانه لا مجرد ما ينتج من الثمرات". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س 2009، ص 518، ف 349.

(2) هو في الغالب عقد محدد لأن كلا المتعاقدين يعلم مقدار ما سيأخذ وما سيعطي، وقد يكون عقد الصلح عقد إحتمالي كأن يتصلح أحد الورثة مع وارث آخر على أن يرتب له إيرادا مدى الحياة في مقابل حصته في الميراث المتنازع فيها. أنظر: أسيد صلاح عودة سمحان، عقد الصلح في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، س 2006، ص 12.

(3) جاء نص المادة 459 م، على النحو التالي: " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه قابلها المادة 549 م.م، التي تنص على أن: " الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعائه". تقابلها كل من المادة 517 م سوري؛ والمادة 547 م ليبي؛ والمادة 698 م عراقي؛ والمادة 647 م أردني حيث عرفت عقد الصلح على أنه: " عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي". أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 61.

(4) الفرق بين النزاع القائم والمحتمل، أن الأول يتضمن أمرين، تعارض في المصالح، والمطالبة القضائية. أما الثاني يتضمن تعارض في المصالح ومجرد إمكان المطالبة القضائية إذا توافرت شروطها.

(5) الإبراء، هو إسقاط شخص ما له من حق قبل شخص آخر، ويكون بكل لفظ يدل على ذلك، وهو لا يتوقف على قبول المدين. ولكن يرتد برده في مجلس الإبراء لما فيه من معنى التملك، فهناك أشخاص لا يرضون لكرامتهم أن يتفضل عليهم غيرهم. وقد يكون الإبراء عاما، وقد يكون خاصا، كما يصح تعليق الإبراء. ويشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرأ أهلا للتبرع، فلا يصح إلا من البالغ العاقل، غير المحجور عليه، أما إذا كان مريض مرض الموت فتطبق في هذه الحالة أحكام الوصية. وكذلك يشترط في الإبراء أن يوجد حق ثابت قائم. وتجدر الإشارة بهذا الصدد وبما أن البحث يعالج الأحكام الخاصة بعقد الصلح بأنه: إذا إتصل بالصلح إبراء خاص بالمصالح عنه، فلا تسمع الدعوى بخصوص ذلك وتسمع في غيره. أما إذا إتصل بالصلح إبراء عام فلا تسمع الدعوى في أي حق كان قبل الصلح، وتسمع على الحق الحادث بعد الصلح. أنظر: عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، ج 2، ص 305-306.

(6) أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع نفسه، ص 62.

يكون الصلح قضائي إذا كان هناك نزاع قائم مطروح على القضاء<sup>(1)</sup>. ويكون الصلح غير قضائي، في حالة وجود احتمال وقوع نزاع بين الطرفين، فيكون الصلح هنا لتوقي هذا النزاع. وقد يكون النزاع في القانون، كما لو قام نزاع بين طرفين حول القيمة القانونية لسند يتمسك به أحدهما، فيتصالحان لحسم هذا النزاع القانوني. ويقوم كذلك الصلح على غلط في القانون وقع فيه أحد الطرفين، فالغلط في القانون لا يبطل الصلح<sup>(2)</sup>.

كما قد يكون الصلح في الواقع لا في القانون، كأن يثور نزاع بين المسؤول والمضروب، حول مدى وقوع الخطأ من المسؤول أو عدم وقوعه، أو حول مدى التعويض في حالة إقرار المسؤول بالخطأ. فيقوم الطرفان بحسم هذا النزاع بالصلح. والعبرة بما يقوم في ذهن كل من الطرفين المتصالحين لا بوضوح الحق في ذاته<sup>(3)</sup>.

### \* وجود نية لحسم النزاع:

يجب على الطرفان أن يقصدا بالصلح حسم النزاع بينهما، إما بإنهائه إذا كان قائما، أو بتوقيه إذا كان محتملا<sup>(4)</sup>. وليس من الضروري أن يحسم الصلح جميع المسائل المتنازع فيها، فقد تتصرف نية الطرفان إلى حسم بعض المسائل، وترك الباقي للمحكمة

(1) هنا يشترط عدم صدور حكم نهائي في النزاع القائم، وإلا يعتبر هذا النزاع محسوم بالحكم وليس بالصلح. لكن يكون للصلح محلا في النزاع إذا صدر حكم في النزاع وكان هذا الحكم قابل للطعن فيه بالطرق العادية - الإستئناف، المعارضة- أو بالطرق غير العادية - كالتقاضي، والتماس إعادة النظر - بل وحتى إذا صدر فيه حكم نهائي غير قابل للطعن، فإنه يمكن أن يثور نزاع بين الطرفين على تنفيذ هذا الحكم أو على تفسيره، فهذا النزاع أيضا يجوز أن يكون محلا للصلح. وكانت المادة 750 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، تنص أنه: " يكون الصلح قابل للإبطال إذا حسم نزاعا سبق أن صدر بشأنه حكم نهائي، وكان الطرفان أو أحدهما يجهل بصدور هذا الحكم". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 5، ص 509، ف 344، هـ 1.

(2) نصت المادة 83 م، على قابلية العقد للإبطال إذا وقع المتعاقد في غلط في القانون، حيث جاءت كالتالي: " يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82، ما لم يقضي القانون بغير ذلك". وإذا كانت هذه المادة تحيز إبطال العقد للغلط في القانون فإن هذا الأخير لا يجعل عقد الصلح قابلا للإبطال. حيث نصت صراحة المادة 465 م، على ذلك والتي جاءت كالتالي: " لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون". ويعتبر هذا النص إستثناء من القواعد العامة. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، في تعليقه هذا الإستثناء ما يلي: " ويجب التمييز ما بين الغلط في فهم القانون، وهذا لا يؤثر في الصلح على خلاف القواعد العامة... والسبب في أن الغلط في فهم القانون لا يؤثر في الصلح، أن المتصالحين كانا وهما في معرض المناقشة في حقوقهما يستطيعان التثبيت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع على هذه الحقوق. بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر، فلا يسمع من أحد منهما بعد ذلك أنه غلط في فهم القانون". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 5، ص 539، ف 363.

(3) المهم أن يكون هناك نزاع جدي ولو كان أحد الطرفين هو المحق دون الآخر، مادام غير متأكد من حقه، أو كان متأكد من حقه، ولا يشك في نتيجة التقاضي وأن القاضي سيحكم لصالحه لكنه يريد توقي طول الإجراءات، أو أن يتفادي طرح الخصومة أمام القضاء. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 5، ص 510، ف 433، هـ 1.

(4) أنظر: فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، العقود، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، بدون بلد النشر، س 2009، ص 199.

تتولى هي البث فيه<sup>(1)</sup>.

### \* نزول كل من المتصالحين عن جزء من إدعائه:

يجب أن يتنازل كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من إدعائه<sup>(2)</sup>، لأن الصلح تضحية من جانبيين. فإذا لم يتنازل أحدهما عن شيء مما يدعيه وتنازل الآخر عن كل أو بعض ما يدعيه<sup>(3)</sup>. لم يكن هذا صلحا بل ترك للإدعاء، لأن هنا النزاع قد حسم لكن بتضحية من جانب واحد<sup>(4)</sup>. لكن ليس من الضروري أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة، فقد ينزل أحد الطرفين عن جزء كبير من إدعائه ولا ينزل الآخر إلى على الجزء اليسير<sup>(5)</sup>.

يفسر هذا النزول المتبادل تفسيراً ضيقاً. فإذا تصالح وارث مع بقية الورثة على ميراث، إقتصرت الأثر على الميراث الذي تناوله الصلح، ولا يمتد إلى ميراث آخر يشترك فيه أيضاً بقية الورثة<sup>(6)</sup>. فيترتب على تفسير الصلح تفسيراً ضيقاً، وجوب أن يكون أثر الصلح مقصوراً على النزاع الذي تناوله، دون أن يمتد أثره إلى شيء آخر<sup>(7)</sup>.

يحسم الصلح يحسم النزاعات عن طريق إنقضاء الحقوق والإدعاءات التي تنازل عنها

(1) تنص المادة 466 م، الخاصة بأحكام بطلان العقد أن الصلح لا يتجزأ، وأن بطلان جزء منه يترتب عليه بطلان العقد بكامله. لكن الفقرة الثانية من المادة نصت على عدم سيران حكم البطلان على الصلح، إذا تبين أن المتعاقدان قد إتفقا على العقد مجزأً، وأن أجزاءه مستقلة عن بعضها البعض. ومن هنا يتضح بأن الصلح قد يكون في بعض مسائل النزاع ولا يشترط أن يشملها جميعاً.

(2) تنص المادة 464 م، ج، أنه: " يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً أيًا كانت تلك العبارات...".

(3) تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، في هذا الصدد أنه: " ويجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح بمعناها الضيق، فإذا تضمن الصلح تنازلاً عن فوائد الدين مثلاً، فسر التنازل بأنه مقصور على ما إستحق منها لا على ما يستحق". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 5، ص 512، ف 346.

(4) هذا ما إستترطته المادة 459 م، حيث جاءت عباراتها على النحو التالي: "... بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

(5) أنظر: فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، المرجع السابق، ص 201.

(6) إذا تصالح المضرور مع المسؤول على التعويض المستحق له بسبب الإصابة، فإن الصلح هنا يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً، حيث لا يشمل إلا الإصابة التي كانت ظاهرة وقت الصلح. أما إذا تفاقت الإصابة بعد ذلك، وتولدت عنها عاهة مستديمة، أو أدت إلى وفات المصاب، فإن الصلح لا يتناول شيئاً من هذا. وللمضرور الذي أصيب بعاهة مستديمة، أو لورثة المصاب المتوفى أن يرجع على المسؤول بتعويض آخر يكون سببه ما جد من ضرر وحتى لو تصالح المضرور مع المسؤول عن جميع الضرر الذي يحدث له، فإن ذلك لا يمنع المضرور أو ورثته أن يطالبوا بإبطال الصلح، وذلك لوقوعه في غلط جوهري في شأن هذا الضرر وأنه لم يكن يتوقع أن الإصابة ستؤدي إلى عاهة مستديمة أو ستؤدي إلى وفاته. وتأسيس ذلك أن الإجازة الصادرة ممن وقع في غلط لا تصح قبل أن يكشف هذا الغلط. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 5، ص 568-570، ف 381-383؛ فايز السيد للمساوي، أشرف فايز للمساوي، المرجع نفسه، ص 199.

(7) هذا الأثر النسبي هو أثر العقد بوجه عام فالعقد يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه وعلى المحل الذي تناوله. لكن الصلح هنا أكثر بروزاً لأن القاعدة فيه تقضي أن يكون تفسيره تفسيراً ضيقاً وهذا ما نصت عليه المادة 464 م، التي جاء نصها كالتالي: "... فإن الصلح لا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح".

كل من الطرفين. ويستطيع كل من الطرفين أن يلزم الآخر بما تم عليه الصلح<sup>(1)</sup>، أو يطالب بفسخ الصلح إذا لم يقم الطرف الآخر بما إنترزم به<sup>(2)</sup>.

للصلح أثر كاشف مقصور على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها<sup>(3)</sup>. ونعني بالأثر الكاشف أن الحق الذي يخلص للمتصالح بالصلح يستند إلى مصدره الأول لا إلى الصلح<sup>(4)</sup>. من خلال ما سبق التطرق إليه وبالنظر إلى طبيعة وخصائص الصلح، قد يختلط بالشرط الجزائي من عدة وجوه كما قد يختلف عنه، يتم توضيح أوجه الشبه وأوجه الخلاف:

### أولاً: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي وعقد الصلح

- 1- كلاهما إتفاق يتم بالإرادة الحرة المتعاقدين.
- 2- كلاهما إنترزام تابع لإنترزام أصلي.
- 3- كلاهما لا يثار البحث فيه إلا بعد وقوع الضرر، أو وجود احتمال في وقوعه.
- 4- الحكم الصادر في كلاهما له أثر كاشف وليس منشئ.

### ثانياً: أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي وعقد الصلح

- 1- يتم الإتفاق على الشرط الجزائي مسبقاً قبل وقوع الضرر. في حين يتم الإتفاق على الصلح ووقوع الضرر<sup>(5)</sup>.
- 2- يشترط أن يكون الشرط الجزائي بما أنه تقدير للتعويض، متناسب مع الضرر الذي لحق

(1) تنص المادة 462 م، أنه: "ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها. ويترتب عليه إسقاط الحقوق والإدعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية". تقابلها كل من المادة 553 م.م؛ والمادة 521 م سوري؛ والمادة 552 م لبيبي؛ والمواد 712-715 م عراقي.

(2) فسخ الصلح تطبق فيه القواعد العامة المقررة في فسخ العقود، فيجوز لأي من المتصالحين إذا أخل الآخر بإنترزامة، أن يطالب إما بتنفيذ الصلح إذا أمكن ذلك عينا، أو بطلب فسخ الصلح، وللقاضى سلطة تقديرية في إجابته لهذا الطلب أو رفضه ومنح مهلة للطرف المتخلف حتى يقوم بتنفيذ الإنترزام. المادة 119 م، سابقة الذكر.

(3) تنص المادة 463 م، أن: "للصلح أثر كاشف بالنسبة لما إشمئل عليه من الحقوق ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع عليها دون غيرها". تقابلها المادة 554 م.م؛ والمادة 522 م سوري؛ والمادة 553 م لبيبي؛ والمادة 716 م عراقي.

(4) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 5، ص 582، ف 391.

(5) تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، في هذا الصدد أنه: "وليس يبقى بعد ذلك سوى أمر التفريق بين الشرط الجزائي وبين ما قد يشته به من أوضاع. فهو يقوم على تحديد مقدار التعويض الواجب أداءه مقدماً قبل إستحقاقه، سواء أدرج في صلب العقد أو ذكر في إتفاق لاحق. وهو بهذا يفترق عن الصلح أو التجديد، إذ يعتقد كلاهما بعد أن يصبح التعويض مستحقاً، إما لحسم نزاع بشأن تقدير هذا التعويض، وإما للإستعاضة عنه بدين جديد". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 868، ف 492، هـ 1؛ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 62.

بالدائن، وإلا تدخل القاضي لتعديله. بينما يشترط في عقد الصلح أن يكون التنازل على وجه التبادل، وليس من الضروري أن يكون هذا التنازل متعادلاً من الجانبين، فقد يتنازل أحد الطرفين عن جزء كبير من إدعائه ولا يتنازل الآخر إلا عن الجزء اليسير.

### البند الثاني: تمييز الشرط الجزائي عن الإثراء بلا سبب

يقصد بالإثراء بلا سبب<sup>(1)</sup>، أن كل شخص يثري على حساب الغير دون سبب قانوني، يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثرى به، في حدود ما إفتقر به الغير<sup>(2)</sup>، بمعنى آخر يلتزم برد أدنى القيمتين، ما أثرى به وهو ما إفتقر به الغير<sup>(3)</sup>.

قاعدة الإثراء بلا سبب تعتبر من أولى قواعد القانون وكانت تستند إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إلا أنها لم تعرف كقاعدة عامة إلا في أواخر القرن التاسع عشر. فقد مرت هذه القاعدة في القانون الفرنسي بثلاث مراحل. في المرحلة الأولى، لم يحتوي القانون في عهد نابليون، على قاعدة تقرر مثل هذا المبدأ، بل إقتصرت هذا القانون على النص عن بعض الحالات المتفرقة لها<sup>(4)</sup>. وفي المرحلة الثانية، إترف القضاء الفرنسي بقاعدة الإثراء، وإعتبرها نوعاً من الفضالة الناقصة<sup>(5)</sup>. أما المرحلة الثالثة، فقد إترف الفقه والقضاء الفرنسي بقاعدة الإثراء ورأى بأنها مستقلة عن الفضالة<sup>(6)</sup>.

أما القانون المدني المصري القديم، فلم يرد فيه نص يقرر القاعدة العامة في الإثراء بل

(1) هو إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين. والأصل أن يكون الإثراء مادياً سواء كان إيجابياً أو سلبياً، مباشراً أو غير مباشر. ولكن من الممكن أن يكون إثراء معنوي. أنظر: محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 253، ف 207.

(2) الإفتقار هو كل خسارة يتحملها الدائن، أو فوات منفعة كان من حقه الحصول عليها، والإفتقار كالإثراء قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً، وقد يكون مباشراً أو غير كمباشر، كما قد يكون مادياً أو معنوياً.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 2، ص 1248، ف 737؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 252، ف 205.

(4) أبرز هذه الحالات الفضالة والدفع غير المستحق، والبناء والغراس في أرض الغير، والمصروفات الضرورية والمنفعة. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 2، ص 1254-1255، ف 746؛ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 199.

(5) عالج الفقيه بوتنييه، دعاوى الإثراء بإعتبارها فرعاً عن دعاوى الفضالة، فتطرق إلى الفضالة الناقصة وقام بتعريفها فذكر أنه بتولى شخص شؤون غيره، معتقداً أنه يدير شؤون نفسه، أو فعل ذلك رغم إرادة رب العمل، إختل ركن من أركان الفضالة، فلا تطبق أحكامها كاملة، وتطبق أحكام فضالة ناقصة. فيقتصر فيها الفضولي على إسترداد ما أنفق في حدود ما أثرى به رب العمل يوم رفع الدعوى. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 2، ص 1252، ف 743؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 247، ف 203.

(6) إلا أن القضاء الفرنسي، قيد هذه القاعدة بقيدتين هما أن دعوى الإثراء دعوى إحتياطية، لا يلجأ إليها إلا بعد إستنفاد كل الوسائل القانونية الأخرى. وأن الإثراء يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى. ولا يزال القانون الفرنسي يأخذ بقاعدة الإثراء، وذلك في نطاق ما وصل إليه في المرحلة الثالثة من مراحل تطوره، أي أنه لا يزال يأخذ بهذه القاعدة وهي مقيدة بالقيدتين اللذين سبق ذكرهم، واللذين يعطلان من إطلاقها وشمولها. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، ص 2، ص 1254-1257، ف 746-748؛ خليل أحمد حسن قدامة، المرجع نفسه، ص 199؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 247، ف 203.

أورد نص حائر بين الإثراء والفضالة<sup>(1)</sup>. رغم أن القانون المصري القديم، لم يشمل قاعدة عامة للإثراء بلا سبب، إلا أن القانون المصري الجديد قرر هذه القاعدة بنصوص خاصة<sup>(2)</sup>، وتناول صورتين خاصتين لهذه القاعدة هما دفع غير المستحق، والفضالة<sup>(3)</sup>، حيث قام هذا القانون بإبراز قاعدة الإثراء بلا سبب متميزة بالخصائص التالية:

جعلها قاعدة مستقلة قائمة بذاتها كمصدر من مصادر الإلتزام. وصحح الوضع الذي كان مقلوباً، فجعل الفضالة ودفع غير المستحق تطبيقين لمبدأ الإثراء<sup>(4)</sup>. كما حرر مبدأ الإثراء من القيود التي كانت ترد عليه، بالنفي عنه الصفة الإحتياطية. ونص على أن الإثراء لا يشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى، فيكفي أن يكون قد تحقق وإن زال أثره فيما بعد<sup>(5)</sup>. أما موقف المشرع الجزائري من قاعدة الإثراء بلا سبب، فقد خصص القسم الأول من الفصل الرابع من القانون المدني، للإثراء بلا سبب بإعتباره مصدر من مصادر الإلتزام، أما الدفع غير المستحق، والفضالة، فأعتبرهما تطبيقان للإثراء بلا سبب وليس مصدرين

---

(1) هو نص المادتين 144 و205، بالإضافة إلى نصوص أخرى متفرقة في الدفع غير المستحق، والمصرفات الضرورية والنافعة، وفي البناء، والغراس في أرض الغير، وغير ذلك من التطبيقات الخاصة. حيث جرى بما يأتي: " من فعل بالقصد شيئاً ترتب عليه منفعة لشخص آخر، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التي صرفها والخسارة التي خسرها، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة". فقد تأثر المشرع المصري بما كان جاري العمل عليه في القانون الفرنسي، حيث قام القضاء المصري بالخلط في المرحلة الأولى التي مر بها، بين الفضالة والإثراء بلا سبب، فكان يتكلم على واحدة وهو يقصد الأخرى. بينما قام في المرحلة الثانية بالتمييز بين القاعدتين، وأبرز قاعدة الإثراء بلا سبب كقاعدة مستقلة عن قاعدة الفضالة لها قوام ذاتي وكيان مستقل. أما المرحلة الثالثة، فقد بدأت بحكم أصدرته محكمة الإسكندرية المختلطة في سنة 1917، حيث قامت هذه الأخيرة بالتمييز بين الفضالة والإثراء، وردت كل قاعدة إلى سندها القانوني، فقامت بقصر نص المادتين 144 و205 م.م، على الفضالة، وجعلت الإثراء بلا سبب مبدأ مستمد من قواعد العدالة، والقانون الطبيعي. لكن رغم كل ذلك بقي الفقه والقضاء في مصر متأثرين بالقانون الفرنسي، يقيدون من قاعدة الإثراء ويقولون أن دعوى الإثراء دعوى إحتياطية، وأن الإثراء يجب أن يبقى قائماً وقت رفع الدعوى. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1257-1258، ف 749؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 248، ف 203.

(2) النص الجوهري الذي يقرر هذه القاعدة في القانون المدني المصري الجديد، هو نص المادة 179 منه، التي جاءت كالتالي: " كل شخص، ولو غير مميز، يثرى من دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة. ويبقى هذا الإلتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد". أنظر: محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 248، ف 203.

(3) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، في هذا الصدد ما يأتي: " وقد بدأ المشروع - القانون الجديد - بتقرير القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب، ثم تناول بعد ذلك صورتيه الغالبتين، وهما رد غير المستحق والفضالة، وقد عزل المشروع أحكام الإلتزام الطبيعي عن القواعد الخاصة برد غير المستحق رغم ما بينهما من تقارب، وجعل للأولى مكانها بين النصوص المتعلقة بآثار الإلتزام نزولاً على ما يقتضيه المنطق". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، مج 2، ص 1262، ف 751، هـ 2.

(4) جعل القانون المصري الجديد مبدأ الإثراء هو الأصل، واعتبر الفضالة والدفع غير المستحق تطبيقان يتفرعان عنه. بينها في السابق كان مبدأ الإثراء يتفرع عن الفضالة، ويسمى بالفضالة الناقصة.

(5) أما المشرع اللبناني، فقد نظم الإثراء بلا سبب على الشكل التالي، أولاً إعتبر دعوى الإثراء دعوى مستقلة عن الفضالة والدفع غير المستحق، فهي مصدر مستقل. ثانياً كرس الصفة الإحتياطية لهذه الدعوى متبعاً في ذلك الإجتهد الفرنسي. ثالثاً يعتد بالإثراء يوم الإدعاء. أنظر: مصطفى العوجي، الموجبات المدنية، ص 92.

مضافين له<sup>(1)</sup>. وقام بالنص على هذا المبدأ في المادة 141 م<sup>(2)</sup>.

أما الفضالة<sup>(3)</sup> فقد نص عليها في المواد من 150 إلى 159 م<sup>(4)</sup>. في حين نص على الدفع غير المستحق<sup>(5)</sup> في المواد من 143 إلى 149 م<sup>(6)</sup>. كما اشترط لوجود الإثراء ما يلي:

- أن يكون المثري حسن النية<sup>(7)</sup>: إذا كان المثري سيئ النية فنكون بصدد عمل غير مشروع وتطبق أحكام المسؤولية التقصيرية<sup>(8)</sup>.

- إثراء يترتب عليه خسارة: يتحقق ذلك إذا كسب الشخص منفعة مادية أو معنوية تقدر بالمال، أو تجنب خسارة محققة أو إنقضاء دين أو سد حاجة مادية أو معنوية تقدر بالمال في ذاتها<sup>(9)</sup>.

- أن يقابل هذا الإثراء إفئثار: يجب أن تلحق شخص خسارة، ونتيجة لهذه الخسارة يجني شخص آخر كسب.

- أن تتوافر علاقة السببية بين الإثراء والإفئثار: يتحقق ذلك إذا كان سبب كل منهما واقعة واحدة، أو إذا تبين أن كسب المدين ما كان ليحدث لولا خسارة الدائن<sup>(10)</sup>.

---

(1) أنظر: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 279-280؛ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 199-200؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 248، ف 203.

(2) جاء نص هذه المادة كالتالي: " من نال على حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها، يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما إستفاد من العمل أو الشيء".

(3) الفضالة هي الحالة التي يتولى فيها أحد الأشخاص عن قصد القيام بشأن ضروري لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بهذا الشأن. وطرفي الفضالة هما الفضولي وهو الذي يقوم ويتولى أمر غيره، ورب العمل وهو المستفيد الذي يتولى الفضولي الشأن لحسابه.

(4) تنص المادة 150 منه على أن: " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك".

(5) الدفع غير المستحق هو قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه، ويلتزم من يتلقى الوفاء بأن يرد من تلقاه إلى من وفى به، لأن إحتفاظه بما تلقاه إئراء بلا سبب على حساب غيره.

(6) حيث تنص المادة 143 على أنه: " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده".

(7) يقصد بحسن النية إعتقاد الموفى له إستحقاقه لما تسلمه، وحسن النية دائماً مفترض، فإذا إدعى الموفى غير ذلك وقع عليه إثبات إدعائه، ويستطيع ذلك بكل طرق الإثبات. وتقدير حسن وسوء نية الوفي له يستقل بها قاضي الموضوع لأنها من مسائل الواقع. أنظر: محمود أديب فتاح خليل، المسؤولية الدولية عن الأضرار الناشئة عن المشاريع المقامة على المجاري المائية الدولية المشتركة مع العراق في أحكام القانون الدولي، رسالة ماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة آل البيت، العراق، س 2011-2012، ص 39-40.

(8) تنص المادة 147 م، أنه: "1- إذا كان من تسلم غير مستحق حسن النية فلا يلزم أن يرد إلا ما تسلم. 2- أما إذا كان سيئ النية فإنه يلزم أيضاً برد الأرباح التي جناها أو التي قصر في جنبها من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية".

(9) يكون الإثراء مادياً إذا كان مقوماً بالمال أو كان يمثل قيمة مالية. أما صور الإثراء المعنوي تكون إما في إكتساب علم أو معرفة نافعة، أو بإنقاذ سمعة شخص أو مكانته الاجتماعية وذلك بتقديم العون المعنوي أو المهني له. فالمدرس وهو يعلم تلميذ يجعله يثري إثراء عقلياً، والطبيب إذا عالج مريض يجعله يثري إثراء صحياً، وإذا دافع محامي عن متهم وحكم ببراءته كان هذا إثراء أدبياً. أنظر: مصطفى العوجي، الموجبات المدنية، ص 104-105؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 255، ف 210.

(10) أما إذا تعددت الأسباب فيمكن تطبيق نظرية السبب المنتج، والتأكد من توفر العلاقة بين الإثراء والإفئثار يستقل بها القاضي فهي من مسائل الواقع دون رقابة محكمة النقض. أنظر: محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 256، 212.

- ألا يكون للإثراء أو الإفقار المترتب عليه الإثراء سبب يبررها: كوجود تصرف قانوني بين المفقر والمثري<sup>(1)</sup>.

بعد توضيح أحكام الإثراء بلا سبب لم يبقى سوى تعداد أوجه الشبه والخلاف التي تميزه عن الشرط الجزائي والتي هي كالتالي:

### أولاً: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والإثراء بلا سبب

1- من حيث طبيعة الحكم الصادر: حكم القاضي بالتعويض في كلاهما هو حكم مقرر، وكاشفا لهذا الحق، وليس حكماً منشأً له. فحق المفقر في التعويض عن واقعة الإثراء التي ترتب عليها الإفقار في ذمته، ينشأ من وقت تحقق الإثراء، وبالتالي فإن حكم القاضي ليس منشأً، بل حكماً مقررًا لهذا الحق<sup>(2)</sup>.

2- من حيث المصدر: كلاهما واقعة مادية، فينشأ حق المفقر في التعويض من واقعة مادية، وهي الإثراء المترتب على الإفقار. كما ينشأ حق الدائن في الشرط الجزائي من واقعة مادية، وهي إصابة هذا الأخير بضرر نتيجة عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي أو التأخر في التنفيذ.

### ثانياً: أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي والإثراء بلا سبب

1- يشترط إنعدام السبب القانوني لإثراء المدين أو إفقار الدائن<sup>(3)</sup>. فإذا وجد تصرف قانوني بين المثري والمفقر، سببه العقد، أو نص في القانون، فلا محل لإسترداده، ويحق للمثري الإحتفاظ بالإثراء طالما أن له سبب يبرر الحصول عليه<sup>(4)</sup>. بينما تمثل العقود والإتفاقات المختلفة المجال الحقيقي والغالب للشرط الجزائي<sup>(5)</sup>.

(1) كوجود عقد هبة بينهما، يبرر إفقار الواهب وإثراء الموهوب له. أو كان الإثراء قد إستند إلى حكم قانوني، فإذا كسب شخص شيئاً وكان الزمن مبرر لهذا الكسب، فلا يستطيع المالك الأصلي أن يعود إليه بدعوى الإثراء بلا سبب، لأن مرور الزمن يعد سبباً قانونياً لكسب الحق العيني. أنظر: بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص 60.

(2) أنظر: خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 206؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 263، ف 221.

(3) يعتبر هذا الشرط ركن من أركان الإثراء بلا سبب، وهذا ما عبرت عنه المادة 141م، بالعبارة التالية: " ليس لها ما يبررها".

(4) لا محل لتطبيق قاعدة الإثراء عند وجود عقد يحكم علاقة الطرفين، وقد قضت محكمة النقض المصرية، في 16/11/1977، بأنه: " إذا كان الثابت أن علاقة الطاعن والمطعون عليه الأول يحكمها عقد إيجار مبرم بينهما فلا محل لتطبيق قواعد الإثراء لوجود رابطة عقدية، وتكون أحكام العقد هي المرجع في تحديد حقوق وواجبات كل من الطرفين قبل الآخر". لكن إستثناء في حالة إبطال العقد، إذا لم يوجد لأحد الطرفين سبب يخوله إسترداد ما دفعه، يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب. أنظر: محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 257، ف 213، هـ 1.

(5) كما يمكن الإتفاق مقدماً على تعويض عن طريق الشرط الجزائي في المجال التصريحي، بشرط أن يزيد مبلغ التعويض عن قدر الضرر الذي ترتب عن الفعل غير المشروع. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 494، ف 292.

2- من حيث سلطة القاضي: يمكن للقاضي مراجعة الشرط الجزائي وفقا لضوابط وشروط معينة. أما التعويض المستمد نتيجة الإثراء بلا سبب، فيكون بأقل قيمتي الإثراء والإفترار، إذ أن المثرى لا يجوز أن يحاسب إلا على ما كسبه فعلا بشرط ألا يزيد مقدار التعويض عما إفتقر به الدائن<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: تمييز الشرط الجزائي عن الإلتزام البدلي والإلتزام التخيري

يحاول من خلال هذا الفرع التمييز بين الشرط الجزائي وكل من الإلتزام البدلي، والإلتزام التخيري وذلك ضمن بندين كالتالي:

#### البند الأول: تمييز الشرط الجزائي عن الإلتزام البدلي "الإختياري"

نص المشرع الجزائري على الإلتزام البدلي في المادة 216 م<sup>(2)</sup>. وحتى يكون الإلتزام بدليا يجب أن يكون له محل واحد هو المحل الأصلي، ويقوم مقام هذا الأصل شيء آخر هو البديل<sup>(3)</sup>.

الإلتزام البدلي هو ضمان للمدين لا الدائن. فللمدين وحده الخيار بين أن يؤدي المحل

---

(1) تقضي القاعدة في التعويض المستحق نتيجة الإثراء، بأنه لا يجوز أن يزيد التعويض عن قيمة الخسارة التي لحقت بالمفتقر، حتى ولو كان الإثراء الذي حققه المثرى أكثر بكثير من الخسارة التي لحقت بالمفتقر. وكذلك لا يجوز أن يزيد التعويض عن إثراء المثرى، حتى ولو كانت الخسارة التي لحقت بالمفتقر تزيد عن هذا الإثراء. تنص المادة 141 م، أنه: " يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما إستفاد من العمل أو الشيء". أنظر: خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، 206-207؛ محمد صبري السعدي، الفعل المستحق للتعويض، ص 263، ف 222؛ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 285؛ بوترفاس حفيظة، المرجع السابق، ص 60.

(2) نصت المادة 216 م، أنه: " يكون الإلتزام إختياريا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا، ولكن تبرا ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر. والشيء الذي يشمل محل الإلتزام هو وحده محل الإلتزام وهو الذي يعين طبيعته، البديل الذي تبرا ذمة المدين بأدائه". تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الجزائري، خصص للإلتزام البدلي الذي قد يكون مصدره نص قانوني، أو العقد، أو الإرادة المنفردة. هذه المادة وحدها لا غير. وذهب شراح هذا القانون، إلى أن نص هذه المادة، إشتهل على لفظ " إختياريا" وهذا اللفظ غير دقيق، والصحيح إستخدام لفظ "بدليا"، وذلك لما يثير هذا اللفظ من إختلاط مع الإلتزام التخيري. تقابلها المادة 278 م، التي تنص على أنه: " يكون الإلتزام بدليا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا ولكن تبرا ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر..."; كما تقابلها المادة 278 م سوري؛ والمادة 265 م لبيي؛ والمادة 302 م عراقي؛ والمادة 411 م أردني، وهذه النصوص تطابق في الحكم النص الجزائري والمصري مع إختلاف بسيط في العبارة. أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 224؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 418-419.

(3) كأن يقرض الدائن المدين مبلغ من النقود ويتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الأجل، إعطاءه دارا أو أرضا أو سيارة، بدلا من مبلغ القرض. وهنا مبلغ النقود هو المحل الأصلي، أما الدار والأرض والسيارة فهي البديل. أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 224؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 419؛ سناء سعيد محمد طه، الوفاء بمقابل، رسالة ماجستير، القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، س 2011، ص 28.

الأصلي، أو أن يؤدي بدلا منه شيئا آخر لتبرأ ذمته من الإلتزام الأصلي<sup>(1)</sup>. فينقضي الإلتزام البديل بمجرد إستحالة الأداء الأصلي لسبب أجنبي حتى ولو ظل الأداء البديل ممكنا. بينما إستحالة الأداء البديل لا يترتب عليه إنقضاء الإلتزام الأصلي<sup>(2)</sup>.

لكن إذا هلك البديل بخطأ الدائن يبقى الإلتزام قائما بمحله الأصلي، وهنا يستطيع الدائن المطالبة بهذا المحل كما يستطيع المدين الرجوع على الدائن بقيمة البديل الذي هلك بخطئه. ولما كان للمدين أن يوفي بالبديل عوضا عن المحل الأصلي، فله في هذه الحالة الإمتناع عن الوفاء بالمحل الأصلي ويعتبر نفسه قد وفى الدين بالبديل، لأن الدائن بعد أن هلك البديل بخطئه يكون بمثابة من إستوفاه<sup>(3)</sup>.

### أولا: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والإلتزام البديلي

يتشابه الإلتزام البديلي مع الشرط الجزائي في حالة واحدة إذا إستحال تنفيذ الإلتزام الأصلي تنفيذا عينيا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه<sup>(4)</sup>، حيث يسقط الإلتزام الأصلي، ويسقط معه الإلتزام بالشرط الجزائي. ونفس الحكم في الإلتزام البديلي إذا هلك المحل الأصلي بسبب أجنبي عن المدين ينقضي الإلتزام الأصلي، حتى ولو كان البديل لا يزال قائما يمكن تأديته<sup>(5)</sup>. فلكليهما

(1) يكون الخيار للمدين فقط. ولا يستطيع الدائن أن يطالب إلا بالشيء الأصلي المعقود عليه، لأن البديل ليس محلا للإلتزام، بل هو شيء يقوم مقام المحل. الأصلي. فإذا هلك هذا الأخير بفعل المدين، إنقضى الإلتزام وليس للدائن أن يطالب بالبديل، بل يقتصر حقه على المطالبة بتعويض عن الهلاك ويستطيع المدين في هذه الحالة أن يتوفى دفع التعويض بالوفاء، إذا أدى الإلتزام البديلي. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، ص 178، ف 104؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 412-423؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 189؛ سناء سعيد محمد طه، المرجع السابق، ص 29.

(2) إذا هلك المحل الأصلي فإن المحلية لا تتركز في البديل، بل تبرأ ذمة المدين. ونفس الحكم إذا كان المحل الأصلي غير صالح لأن يكون محلا. كما تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى وجوب أن تتوافر في المحل الأصلي جميع الشروط الواجب توافرها في محل الإلتزام، وإلى أن باطلا. لكن هذا لا يعني وجوب توافر هذه الشروط في البديل، لأن هذه الشروط إذا توافرت في البديل أمكن أن يقوم هذا الأخير مقام الأصل. أما إذا لم تتوفر فيه سقط هذا البديل، ويبقى الإلتزام قائما بمحله الأصلي، ولكن يصبح بسيطا دون بديل. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، ص 179، ف 104؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 422-423؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 189.

(3) أما بخصوص طبيعة الإلتزام فتتحدد مند إبرام العقد، حيث يكون إلتزاما عقاريا أو منقولاً، وفقا لما هو مقرر للإلتزام الأصلي، ولا يعتد في ذلك بطبيعة الإلتزام البديل. كما أن قيمة إلتزام المدين تتحدد وفقا لقيمة الإلتزام الأصلي، ولا يعتد في ذلك بقيمة الإلتزام البديل. ويتعين كذلك إختصاص المحكمة مند البداية، فالدائن يطالب بالمحل الأصلي إذا كان عقارا أمام محكمة العقار، حتى ولو كان البديل منقولاً ومهما كانت قيمة هذا البديل. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، ص 186، 189، ف 112، 115؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 189.

(4) تنص المادة 307 م، على أنه: " ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته". وهنا يشترط أولا أن يكون الإلتزام مستحيلا سواء إستحالة فعلية أو قانونية، وليس مرهقا للمدين، لأنه إذا أصبح مرهقا فإن الإلتزام لا ينقضي، وفي هذه الحالة تطبق نظرية الظروف الطارئة، إذا توافرت شروطها وفقا للمادة 107 م. ثانيا أن تكون الإستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإذا كانت بخطأ هذا الأخير وجب تنفيذ الإلتزام عن طريق التعويض.

(5) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 410، ف 247؛ سناء سعيد محمد طه، المرجع نفسه، ص 29.

موضوع واحد، ويتلاشى كلاهما إذا ما أتلّف الشيء نتيجة لقوة قاهرة<sup>(1)</sup>.

## ثانياً: أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي والإلتزام البدلي

1- للشرط الجزائي طبيعة التعويض، والتعويض ليس بالإلتزام إختياري، لأن الدائن لا يستطيع إختياره إذا عرض المدين التنفيذ العيني. كما لا يستطيع المدين طلبه إذا إختار الدائن التنفيذ العيني وكان ممكناً. بينما في الإلتزام البدلي يختار فالمدين محل الوفاء، فله أن يفي بالمحل الأصلي أو أن يختار الشيء البديل<sup>(2)</sup>.

2- يمكن للدائن إختيار الشرط الجزائي إذا لم يعرض المدين رغبته في تنفيذ الإلتزام تنفيذا عينياً، أو إذا أصبح هذا التنفيذ غير ممكن<sup>(3)</sup>. بينما الإلتزام البدلي هو خيار للمدين وحده، سواء كان مصدر هذا الخيار الإتفاق، أو نص في القانون، فليس للدائن المطالبة بالبديل عوضاً عن المحل الأصلي<sup>(4)</sup>.

2- لا يستطيع المدين بالشرط الجزائي العدول عن الإلتزام الأصلي بتنفيذ الشرط الجزائي، بينما للمدين في الإلتزام البدلي أن يبرئ ذمته بوفاء شيء بديل عن المحل الأصلي.

3- لا يمكن أن يجتمع الشرط الجزائي مع التعويض، لأنه بمثابة تعويض، إلا إذا قصد به التعويض عن التأخر في التنفيذ بينما يمكن أن يجتمع الإلتزام البدلي مع التعويض<sup>(5)</sup>.

## البند الثاني: تمييز الشرط الجزائي عن الإلتزام التخييري

نص المشرع الجزائري، على الإلتزام التخييري في المادة 213 م<sup>(6)</sup>. ويكون الإلتزام

(1) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 288.

(2) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، ص 181-183، ف 107-109؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 410، ف 247.

(3) لأن الشرط الجزائي لا يستحق إلا بعد أن يصبح التنفيذ العيني غير ممكن، فهو إلتزام إحتياطي، ولا يتقيد الدائن أو المدين بالشرط الجزائي طالما ظل التنفيذ العيني ممكناً. أنظر سابقاً الخاصية الإحتياطية للشرط الجزائي، ص 165.

(4) أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 68.

(5) أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 225.

(6) تنص هذه المادة أنه: " يكون الإلتزام تخييراً إذا شمل محله أشياء متعددة، تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها، ويكون الخيار للمدين، ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك". ومن خلال هذه المادة يتضح أن الأشياء محل الإلتزام على قدر من المساواة، ليس بينها إلتزام أصلي وآخر تبعي، حتى يختار من له هذا الحق، شيئاً منها لينقلب الإلتزام التخييري إلى إلتزام بسيطاً محله هذا الشيء. فبعد هذا الإختيار تتحدد طبيعة الإلتزام وقيمه. تقابلها المادة 275 م.م، التي جاءت مطابقة للنص الجزائري؛ والمادة 275 م سوري؛ والمادة 262 م لبيي؛ والمادة 298 م عراقي، التي جاءت كالتالي: " يصح أن يكون محل الإلتزام أشياء قيمة أو مثلية من أجناس مختلفة، ويكون الخيار في تعيينه للدائن أو المدين. وإذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين، إلا إذا قضى القانون أو إتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن". ولا فرق في الأحكام بين القانون العراقي والجزائري رغم إختلاف العبارة. أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 408.

تخييريا، إذا تضمن التصرف القانوني إلتزامات متعددة، شيئين أو ثلاثة، لكل منها محل خاص به، يتعلق بشيء معين أو قابل للتعين<sup>(1)</sup>. ولا يتقيد المدين بهذه الإلتزامات جميعها، بل ينحصر إرتباطه بالإلتزام واحد منها يتحدد بناء على الإختيار<sup>(2)</sup>. ويكون حق الخيار في الأصل للمدين<sup>(3)</sup>، لكن قد يتقرر هذا الحق للدائن أو الغير<sup>(4)</sup>، وتبرأ ذمة المدين عند تأدية أي واحد منها. فإذا كان للإلتزام التخييري محال متعددة فإن محلا واحدا منها فقط هو الواجب الأداء<sup>(5)</sup>.

يلزم في الإلتزام التخييري أن يتوافر في كل أداء من الأداءات المتعددة، جميع الشروط الواجب توافرها في محل الإلتزام. وهذا لإحتمال أن يقع الخيار على أي أداء منها فيصبح هو المحل الوحيد<sup>(6)</sup>.

أما حق الإختيار فهو ثابت في الأصل للمدين وهذا طبقا للمادة 213 م، فإذا كان هناك إلتزام تخييري ولم يتفق المتعاقدان على من له الخيار، ولم ينص القانون على ذلك، فإن الخيار يكون للمدين لا الدائن، لأن الإتفاق عند الشك يفسر لمصلحة المدين<sup>(7)</sup>. ويجوز أن يتفق المتعاقدان أن يكون الخيار للدائن، وهذا الإتفاق قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، ولا يشترط القانون أن يكون الإتفاق صريح<sup>(8)</sup>.

(1) يصح أن يكون شيئا غير معين بالذات كالنقود، أو عينا معينة عقارا كانت أو منقولا، ويصح أن يجمع التعدد هذا كله، فيكون محل الإلتزام نقودا وعقارا ومنقولا. بل يصح أن يكون محل الإلتزام عملا أو إمتناعا عن عمل، ويصح أن يجتمع كل هؤلاء في الإلتزام الواحد. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، ص 143، ف 84.

(2) أنظر: سناء سعيد محمد طه، المرجع السابق، ص 27.

(3) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 411، ف 248؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 407-408؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 219-220.

(4) أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 183.

(5) أنظر: محمد مرعي صعيب، المرجع السابق، ص 334.

(6) يجب على كل أداء أن يكون موجودا إذا كان شيئا، أو ممكنا إذا كان عملا أو إمتناع عن عمل، ويجب أيضا أن يكون الأداء معيناً أو قابل للتعين، وأن يكون صالح للتعامل فيه، وإذا كان مالا يجب أن يكون مقوما، وأن يكون التعامل فيه مشروعاً. فإذا كان الإلتزام التخييري محله شيئا فقط، ولم تتوفر في أحدهما الشروط المتطلبية، وتوافرت في الآخر هذه الشروط، فإن الإلتزام لا يكون فيه إلى محل واحد وهو الذي توافرت فيه الشروط، ويكون الإلتزام هنا بسيط قائم على محل واحد غير تخييري. وقد نصت صراحة على ذلك المادة 1192 م.ف، إذ تقول: " يكون الإلتزام بسيطا، ولو عقد في صورة إلتزام تخييري، إذا كان أحد الشئين محل الإلتزام لا يمكن أن يكون محلا له". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، ص 143-144 ف 85؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 183.

(7) هذه القاعدة في تفسير العقد نصت عليها صراحة المادة 1/112، حيث قالت: " يؤول الشك في مصلحة المدين". فإذا وجد شك في مدى إلتزام المدين، فإن هذا الشك يجب أن يفسر لمصلحته على أساس أن المدين الأصل فيه براءة ذمته من الإلتزام، إلى أن يقوم الدليل على عكس ذلك. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، ص 149، ف 91؛ خليل أحمد حسن فدادة، المرجع السابق، ص 140.

(8) كما لم يشترط القانون المدني المصري ذلك، أما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة 1190 منه، على وجوب أن يكون الإتفاق صريحا.

وقد يكون للدائن الخيار بمقتضى نص في القانون<sup>(1)</sup>.

إذا كنا أمام حالة إمتناع عن حق الإختيار فالمادة 214 م<sup>(2)</sup>، نص أنه إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن استعمال حقه، يقوم القاضي بتعيين أجلا له يختار فيه، فإذا لم يفعل، يقوم القاضي عندئذ بتعيين محل الإلتزام. ونفس الحكم في حالة تعدد المدينين ولم يتفقوا. أما إذا كان الخيار للدائن، وامتنع عن استعمال حقه، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا، فإن الخيار يكون للمدين، وليس للقاضي<sup>(3)</sup>.

يجب أن يستعمل حق الإختيار صاحبه في المدة المحددة، فإن لم تكن المدة محددة ففي المدة المعقولة. وللخيار أثر رجعي، أي أن الشيء الذي وقع عليه الخيار يعتبر هو واجب الأداء وحده<sup>(4)</sup>، من وقت التعاقد، وليس من وقت حصول الإختيار<sup>(5)</sup>.

قامت المادة 215 م، بمعالجة إستحالة تنفيذ بعض الأشياء التي يرد عليها الخيار، أو جميع هذه الأشياء<sup>(6)</sup>. فإذا إستحال تنفيذ أحد الأشياء بسبب لا يرجع إلى المدين أو الدائن قبل إستعمال الخيار، فإن الإلتزام لا ينقضي بل يحل محله الشيء الآخر. أما إذا كان الخيار للمدين وإستحال التنفيذ بسبب خطأ من جانبه، وشملت الإستحالة جميع الأشياء التي يرد عليها التخبير، فإنه يكون ملزم بدفع قيمة آخر شيء إستحال تنفيذه<sup>(7)</sup>، سواء شمل خطأ المدين واحد

(1) من أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 2/211 م، التي تتكلم عن حالة إضعاف التأمينات الخاصة بفعل المدين، إذ ينشأ إلتزام تخيري يكون للدائن فيه الخيار بين طلب الوفاء بالدين حالا، أو مطالبة المدين بتقديم تأمين إضافي. أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 409؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 220.

(2) تنص على أنه "1- إذا كان الخيار للمدين وإمتنع عن الخيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الإلتزام. 2- أما إذا كان الخيار للدائن وإمتنع عن الإختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم عين القاضي أجلا إن طلب المدين ذلك، فإذا إنقضى الأجل إنتقل الخيار إلى المدين". وتقابلها المادة 276 م.م؛ والمادة 299 و300 م عراقي؛ والمادة 408 م أردني؛ والمادة 276 م سوري؛ والمادة 263 م ليبي؛ والمادة 249 م كويتي.

(3) كأن المشرع يرجع إلى الأصل، وهو أن الخيار للمدين، وفقا للمادة 213 م. كما يجوز أن يستعمل حق الخيار من جانب النائب القانوني أو الإتفاقي، لطرف العقد الذي تحدد له حق الاختيار. ويختلف الحكم إذا كان للغير حق الإختيار بناء على إتفاق المتعاقدين، حيث لا يجوز لهذا الغير أن ينيب عنه أحدا في ذلك، إذا كانت لشخصيته أهمية خاصة بالنسبة للمتعاقدين. أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 185.

(4) أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 220.

(5) يرجع ذلك إلى كون إلتزام المدين الذي يتحدد بإستعمال الخيار، ينشأ عن العقد ذاته، مما يستوجب ترتيب أثره القانوني من وقت تكوين هذا العقد. ومثال ذلك إذا تم إختيار إلتزام بنقل ملكية منقول معين بالذات، فإن حق الملكية ينتقل من وقت الإختيار، أما إذا كان الإلتزام يتعلق بعقار فإن ملكيته تنتقل من وقت التسجيل العقد. أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 415؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 186.

(6) تنص المادة 215 م، أنه: " إذا كان الخيار للمدين، ثم إستحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الإلتزام، وكان المدين مسؤولا عن هذه الإستحالة ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الأشياء، كان ملزم بدفع آخر شيء". وتقابلها المادة 277 م.م؛ والمادة 264 م ليبي؛ والمادة 301 م عراقي.

(7) أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 187.

من هذه الأشياء فقط أو جميعها<sup>(1)</sup>.

### أولاً: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والإلتزام التخييري

يكمن الشبه من ناحية واحدة وهي تعدد محل الإلتزام، ففي الإلتزام المتضمن شرط الجزائي يكون هنالك محلين للإلتزام، ويتم الوفاء بتقديم أحدهما فقط<sup>(2)</sup>. وكذلك الأمر في الإلتزام التخييري يكون محل الإلتزام متعددًا، ويتم الوفاء بتقديم أحدهما فقط.

### ثانياً: أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي والإلتزام التخييري

1- الشرط الجزائي ليس إلا تعويضا مستحقا عن عدم التنفيذ العيني، ومن هنا فلا يحق للدائن أن يختار الشرط الجزائي دون التنفيذ العيني، طالما كان هذا الأخير ممكنا وعرضه للمدين<sup>(3)</sup>. لكن في الإلتزام التخييري يمكن للمدين أو الدائن بحسب الأحوال أن يختار أحد المحلين، ولا يستطيع الطرف الآخر أن يرفض هذا الوفاء<sup>(4)</sup>.

2- إذا أصبح تنفيذ الإلتزام المصحوب بالشرط الجزائي مستحيلا بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه<sup>(5)</sup>، فإن الإلتزام ينقضي ولا يكون الشرط الجزائي مستحقا<sup>(6)</sup>، حيث ينقضي تبعاً له الشرط الجزائي وتبرأ ذمة المدين<sup>(7)</sup>. أما الإلتزام التخييري إذا أصبح تنفيذ أحد محال هذا الإلتزام مستحيلا بسبب أجنبي أصبح المحل الثاني مستحقا، حيث يتركز الإلتزام في محل آخر. فالإلتزام التخييري يبقى قائما لا يتأثر وجوده إذا هلك أحد المحال المتفق عليها<sup>(8)</sup>.

3- إذا كان محل الإلتزام الأصلي المقترن بالشرط الجزائي، لا يصلح أن يكون محلا بسبب

(1) لم ينص القانون على حكم إستحالة التنفيذ إذا كان الخيار للدائن وكانت الإستحالة بخطئه، وهنا تطبيق القواعد العامة. أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 223؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، ص 169-172، ف 100؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 416-217.

(2) بإستثناء الحالة التي يكون المحلين مستوجبين معا، كما لو كان الشرط الجزائي قد وضع لحالة التأخر في التنفيذ. أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص 67.

(3) أنظر: محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 336.

(4) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، ص 146، ف 88؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 411، ف 248.

(5) يترتب على توافر شروط إستحالة التنفيذ إنقضاء الإلتزام، حيث تبرأ ذمة المدين ولا يطالب بالتعويض كما سبق توضيحه. لكن تجدر الإشارة إلى أن هناك إستثناءات على هذه القاعدة تتحقق في الحالات التالية: أولا إذا نشأت الإستحالة بعد إعدار المدين، ثانيا إذا كان المدين سارقا فإن إلتزامه برد المسروق لا ينقضي ولو إستحال تنفيذه بهلاكه أو ضياعه المادة 168 م، ثالثا إذا كان المدين قد قبل أن يتحمل تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة المادة 178 م. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، ص 181، ف 107؛ عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 232.

(6) أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلى، المرجع نفسه، ص 68.

(7) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 411-412، ف 248.

(8) أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلى، المرجع نفسه، ص 68؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، ص 146، ف 88.

عدم توافر الشروط اللازمة فيه، فإن الإلتزام الأصلي يسقط ويسقط معه الشرط الجزائي. أما الإلتزام التخيري إذا لم يتوافر في أحد محاله الشروط الواجب توافرها، فإنها تنتقل إلى المحال الأخرى. وهنا يسقط المحل الذي لم تتوافر فيه الشروط المطلوبة<sup>(1)</sup>.

---

(1) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 412، ف 248؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، ص 146، ف 88.

## المبحث الثاني: آثار الشرط الجزائي<sup>(1)</sup>

تماشياً مع ما سبق توضيحه وكنتيجة لقاعدة جواز الإتفاق عل مقدار التعويض في حالة إخلال المدين بالتزامه الأصلي، يكون مثل هذا التقدير ملزماً للدائن والمدين، كما يكون ملزم للقاضي الذي يتعين عليه الحكم به دون زيادة أو نقصان متى تحقق من توافر شروطه، وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الواقع. وتكون سلطة القاضي في هذا الشأن مطلقة لا رقابة عليها من المحكمة العليا، وحكم القاضي بالشرط الجزائي بهذا الشكل يعتبر إحتراماً لإرادة الأطراف اللذين يفترض أنهما قد قصدا إستبعاد سلطته التقديرية حين إتفقا على الشرط الجزائي<sup>(2)</sup>.

إلا أن المسألة ليست بهذه البساطة أو بهذه السهولة فالشرط الجزائي غالباً ما لا يتوافق مع الضرر الحقيقي الواقع على أحد المتعاقدين، وإذا كان العدل والمنطق يقبل بوجود تفاوت معقول بين هذا الضرر والقيمة المحددة في الشرط الجزائي، فإنه لا يقبل بوجود تفاوت كبير بين مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي وبين الضرر الحقيقي<sup>(3)</sup>.

هنا يطرح إشكال بخصوص مدى تحقيق الشرط الجزائي للغاية التي أوجده المشرع من أجلها. فهل يمكن أن يتحول الشرط الجزائي إلى وسيلة لإعفاء المدين من مسؤوليته؟ أو وسيلة لتشديد مسؤولية المدين عند ترده في تنفيذ الإلتزامات المترتبة عن العقد مهما بلغ حجمها وصعوبتها؟.

يعالج البحث من خلال هذه النقطة مسألة ثبات وحصانة الشرط الجزائي من ناحية، ومدى قابليته للتعديل من ناحية أخرى.

## المطلب الأول: مبدأ حصانة الشرط الجزائي

تقضي القواعد العامة بشأن القوة الملزمة للعقود والإتفاقات بحصانة الشرط الجزائي وعدم

(1) من آثار الشرط الجزائي تطبيقه إذا ما توافرت شروط إعماله، كما تعتبر من آثاره تدخل القاضي في حالات محددة لتعديله سواء بالتخفيض أو بالزيادة، وذلك إستثناء من حصانة الشرط الجزائي وعدم قابليته للمساس أو التعديل. ويتم التعرض من خلال هذه النقطة لآثار الشرط الجزائي التي تم حصرها على الأصل الذي يقضي بحصانته والحالات التي يجوز فيها للقاضي التدخل لتعديله، أما إعمال الشرط الجزائي فقد تم إستبعادها وذلك لسبق التطرق إليها في الشرح الخاص بمفهوم الشرط الجزائي.

(2) لا شك بأنه إذا كانت سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي مطلقة بحكم القانون، فإن هذا لا يعني أن يقضي برفعة وخفضه بحسب هواه، بل هو مقيد بضوابط ومعايير وهذا ما سيتم توضيحه لاحقاً.

(3) أنظر: محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 364-365.

قابليته للمساس<sup>(1)</sup>، بإعتباره شرط من شروط العقد الذي تم برضا الأطراف، والذي يعبر بصورة واضحة عن نية الأطراف في تحديد التعويض الذي يعتبرونه متناسبا والضرر الذي سيقع نتيجة الإخلال بالإلتزام، وبالتالي يكون هذا الإتفاق دستورهم وقانونهم الواجب التقيد به<sup>(2)</sup>، فيكون غير قابل للتعديل من قبل المتعاقدين أو من قبل القضاء<sup>(3)</sup>.

تعالج هذه النقطة مبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي، ومبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي، ضمن فرعين مستقلين كالتالي.

### الفرع الأول: مبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي

يتم توضيح ضمن هذا الفرع موقف كل من القانون الفرنسي، والقانون المصري والجزائري، من مبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي.

#### البند الأول: القانون الفرنسي ومبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي

من خلال هذه النقطة يتم توضيح موقف القانون الفرنسي من مبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي، قبل تعديل المادة 1152 م.ف، وبعد تعديلها بإضافة فقرة ثانية لها، مع توضيح موقف الفقه منه.

#### أولا: موقف القانون الفرنسي قبل تعديل المادة 1152 منه

تأثر القانون الفرنسي القديم بالقانون الروماني، وكان يسود هذا الإنتقال فكرة العقاب، لذلك تميز الشرط الجزائي في ظل هذا القانون بطابع العقاب<sup>(4)</sup>.

---

(1) معلوم أن مبدأ سلطان الإرادة يجعل من العقد قانون عاقديه، بحيث لا يجوز لأحدهما الإنفراد بتعديله أو إلغائه، كما لا يجوز ذلك للقاضي رضوخا لإعتبارات المصلحة العامة أو العدالة. ومعلوم كذلك أن التطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية جعلت الكثير يكشف أن الحرية التي يتزين بها هذا المبدأ تركز وتجسد في الواقع أشكالا متعددة من العبودية، هذا ما جعل المشرع يتدخل في مختلف الدول واضعا حدود وقيود على هذا المبدأ، مخولا للقاضي سلطة التدخل وتعديل العقد كلما دعت إلى ذلك المصلحة العامة أو العدالة. أنظر: ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة طويلة المدة، مقال منشور في مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة الثامنة، العدد الأول، ص 2000، ص 12؛ حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 19.

(2) تنص المادة 106 م، بأن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

(3) تجدر الملاحظة كتوضيح لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أن الأطراف المتعاقدة ترتبط بالعقد ولا تستطيع الامتناع عن تنفيذه إلى في حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وإذا امتنعوا أجبروا على تنفيذه بواسطة السلطة العامة. كما لا يمكن إجراء أي تعديل فيه إلا بإتفاق جديد بين المتعاقدين. ويتسع نطاق القوة الملزمة للعقد حتى أنه يكون حائلا دون تدخل القاضي الذي يطرح أمامه النزاع، فلا يستطيع القاضي التعديل من آثار العقد. أنظر: محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 364؛ حدي لالة أحمد، المرجع نفسه، ص 19.

(4) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 266؛ N°15، P 5. Sébastien, PIMONT, op. cit.

لم يمنح القانون الفرنسي القديم حتى سنة 1975 للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي، وحماية المدين حسنة النية من دفع شرط جزائي مبالغ فيه، حيث تضمن هذا القانون مبدأ عام لا يمكن للقاضي الخروج عنه يقضي بوجوب دفع الشرط الجزائي كما هو متفق عليه<sup>(1)</sup>. كما لم يقر الفقه بسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي<sup>(2)</sup>. حيث كان كل من الفقيه أزون Azon، وكذلك الفقيه تولييه Toullier، يريان بعدم قابلية الشرط الجزائي للتعديل، حيث قال هذا الأخير " أنه لإجتهد عجيب، أن يسمح للقاضي بأن يخرق الإتفاق، متذرعاً بعذر تحقيق العدالة"<sup>(3)</sup>.

كما قال الفقيه شوفاليه Chevalier، أن " واضعي القانون المدني الفرنسي قد توخوا إستبعاد كل سلطة للقاضي بأن يخفف البند الجزائي، ولا غرابة في الأمر، لأن تعلقهم بالقانون الروماني، وبالأفكار السائدة آنذاك بصدد حرية العقود إلى التشديد في تطبيق البند الجزائي". وذهب الفقيه بيغو بريامنيه Bigot Preamneux، أن " الفرقاء المعنيين هم أصح المقدرين للضرر الذي يمكن أن ينجم عن عدم تنفيذ العقد، لذا يجب إحترام إرادتهم، فإذا ما أعطي القاضي الحق في إنقاص التعويض المحدد من قبلهم، فينبغي أن يسمح له أيضا بزيادته عندما تفوق الخسارة التي تلحق بالدائن... وكيف تعدو إذ ذاك الثقة بالعقود؟"<sup>(4)</sup>.

كما قال الفقيه لارومبيير Larombière، بهذا الصدد أنه " ماذا سيحل بالبند الجزائي إذا، بسبب التذرع بعذر مماثل، تمكن الدائن من التواصل لإعادة النظر بصورة متواصلة بقيمة ما يطلبه من تعويضات، وما قد ينجم عن ذلك من منازعات كان هم الفرقاء تجنبها، لا ريب أنه إتجاه معاكس لروح القانون والإتفاق". فقد ذهب الفقه إلى وجوب تقييد القاضي بالشرط الجزائي مهما تحقق المبالغة في مقداره، ولو وصلت إلى حد الجور وأدت إلى إرهاب المدين، ذلك لأن

---

(1) كانت بعض الإجتهادات القضائية في فرنسا، تخفض الشرط الجزائي رغم عدم إستناد هذا التخفيض إلى أساس قانوني. لكن هذه الإجتهادات إنتقدت وبشدة من قبل الفقه. ورغم أن اللجنة العلمية المكلفة بوضع القانون المدني الفرنسي، تأثرت بالفقه الذي نادى بتخفيض الشرط الجزائي، وإقتربت الأخذ بهذا الإتجاه، إلا أن مجلس الشورى رفض هذا الإقتراح، معللاً رأيه بحجة أن المتعاقدين هم أصلح المقدرين للضرر الذي يمكن أن ينجم من جراء عدم تنفيذ الإلتزام. ولذلك فعندما يحدد المتعاقدان بأنفسهما مقدار التعويض عن الضرر، فلا ينبغي أن لا يأخذ هذا التقدير بعين الإعتبار، ويجب بالتالي إحترام نصوص العقد المنظم من قبلهما. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 266؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 872، ف 495، هـ 1؛ نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، س 1983، ص 133.

(2) Said SOUAM, op. cit, P 9.

(3) أنظر: جبرائيل غزال، المرجع السابق، ص 408.

(4) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 267-268.

الغاية الأساسية من الشرط الجزائي هي قفل باب المناقشة في أهمية الضرر<sup>(1)</sup>. يستنتج من خلال ما تقدم إتجاه أغلب الفقه الفرنسي إلى اعتبار العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي لا يمكن للقاضي إجراء أي تعديل على الشرط الجزائي. فرغم أن الفقيه بونمانوا Beaumanoit، دعا إلى ضرورة إبطال الشرط الجزائي الذي يجاوز الضرر الذي يصيب الدائن بدرجة ملحوظة، لاعتباره ربا فاحش. ووجود فكرة الربا قبولا لدى فقهاء القانون الكنسي، وإتجاه الفقيه ديمولان Dumoulin، إلى السماح للقاضي بتعديل الشرط الجزائي الذي يزيد عن الضرر بدرجة كبيرة، وإعتناق الفقيه بوتيه Pothier لنفس الرأي<sup>(2)</sup>.

كذلك معارضة الفقيه Secretan، بشدة مبدأ عدم تغيير الشرط الجزائي، معتبرا أن ثبات الشرط الجزائي يدفع إلى إشتراط عقوبات مفرطة، لأن الدائن الذي يعلم أنه لا يمكنه أن يتحصل من القاضي على أي جزء إضافي يعتمد إلى إدخال كل ضرر محتمل في حساب الجزاء، وبما أن المتعاقدين غير متساويين فإن المدين يجد نفسه مضطرا للرضوخ إلى مشيئة الدائن بالنظر إلى ضعف وضعه الإقتصادي<sup>(3)</sup>.

رغم إعتبار هذا الفقه أنه من المخالف لطبيعة الشرط الجزائي أن يتجاوز حدود الضرر، ومناهضة القانون الكنسي نظرية الشكلية، وتأكيد أنه العبرة برضاء الطرفين المتبادل لا بالألفاظ و الشكليات القانونية<sup>(4)</sup>، إلا أن واضعو القانون المدني الفرنسي لم يأخذوا بوجهة النظر هذه<sup>(5)</sup>. كان للشرط الجزائي في القانون الفرنسي أثر مطلق، وذلك وفقا للمادة 1152 منه<sup>(6)</sup>، التي نصت على ثباته<sup>(7)</sup>، ولم تجز للقاضي تعديله بأي حجة سواء نقصا أو زيادة، ولو أثبت

(1) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 300.

(2) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 598، ف 345.

(3) أنظر: محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 369؛ إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 302.

(4) دافع فلاسفة القرن الثامن عشر عن مبدأ حرية التعاقد، وذهبوا إلى أن الإنسان يلتزم بإرادته الحرة، وأن كل إتفاق ملزم. ثم أعلنت وثيقة حقوق الإنسان مبدأ سلطان الإرادة، وحقوق الأفراد في أن يتعاقدا وأن يحددوا شروط تعاقدهم كما يشاؤون. أنظر: جبرائيل غزال، المرجع السابق، ص 408.

(5) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 598، ف 345.

(6) حيث نصت هذه المادة أنه وبتحديد المتعاقدين لقيمة التعويض المترتب على من يخل بالتزامه، لا يجوز زيادة أو إنقاص هذه القيمة. أنظر سابقا شرط الضرر، ص 149.

(7) لخصت محكمة النقض الفرنسية، في حكم لها مفهوم هذا المبدأ وذلك بتاريخ 1967/11/2، جاء كالتالي: " طبقا للمادة 1152 مدني، حيث يتبين منها أن الإتفاق المبرم بشكل صحيح والمتضمن أن من يخل بتنفيذه، يدفع مبلغا على سبيل التعويض يكون هذا الاتفاق بمثابة قانون لمن أبرمه، ولا يمكن للطرف الآخر أن يطلب زيادة أو نقصا". مقتبس من نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 134.

الدائن خطأ المدين<sup>(1)</sup>. وهنا لا يقع على الدائن إثبات الضرر الذي لحقه جراء إخلال المدين بالتزامه، ولا قدر هذا الضرر، فمتى أثبت عدم تنفيذ المدين لإلتزامه على الوجه المتفق عليه تعين الحكم على المدين بالمبلغ المحدد في الشرط الجزائي، دون الأخذ بعين الاعتبار وجود الضرر أو قدره<sup>(2)</sup>. وهذا تطبيقاً للمبدأ الأساسي الوارد في المادة 1134 م.ف، الذي يقضي بإعمال إرادة العاقدين<sup>(3)</sup>.

رغم ذلك لا يمكن القول بعدم وجود أي وسيلة لتعديل الشرط الجزائي، في ظل أحكام المادة 1152 م.ف قبل التعديل، فقد أورد المشرع الفرنسي على هذا المبدأ إستثناء تضمنته المادة 1231 منه، منحت للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي إذا كان الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه<sup>(4)</sup>. لكن هناك بعض الفقهاء يرو أن تخفيض الشرط الجزائي في هذه الحالة لا يعتبر إستثناء عن مبدأ حصانة الشرط الجزائي<sup>(5)</sup>. كما وجد تشدد من القضاء الفرنسي، بخصوص هذا التعديل في حالة التنفيذ الجزئي<sup>(6)</sup>.

يوجد حالات أخرى إلى جانب التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي، يملك فيها القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي، منها الحالة التي يكون فيها موضوع الإلتزام مبلغ

---

(1) يبرر القضاء الفرنسي، هذا الموقف بالفائدة المتوخاة من الشرط الجزائي، وهي قطع طرق السبل على المدين في المجادلة في مقدار التعويض المستحق. فيما أن هذا الأخير قام بالإتفاق مقدماً مع الدائن على مقداره، فلا محل لإعادة النظر فيما تم الاتفاق عليه. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 872، ف 495.

(2) جاءت هذه المادة سالبة للقاضي سلطة تعديل العقد، متضمنة بذلك تفسيراً متشدداً لمبدأ القوة الملزمة للعقود والإتفاقات. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 200-2001، ف 160؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 599، ف 345.

(3) يرجع سبب تبني المشرع الفرنسي لهذا المبدأ آنذاك هي المكانة مرموقة في عالم الحقوق التي كان يحتلها مذهب الرضائية.

(4) جاءت المادة 1231 م.ف، كالتالي: " يمكن أن يعدل الجزء من طرف القاضي إذا كان الإلتزام قد نفذ في جزء منه". وهذا ما قرره القضاء الفرنسي، حيث جاء في حكم لمحكمة باريس بتاريخ 1860/3/8، أنه: "... تستعمل السلطة الممنوحة للقاضي بتعديل الشرط الجزائي إذا كان الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، إلا إذا لم يوجد إتفاق يستبعد هذه السلطة. وبذلك يكون القانون المدني الفرنسي قد حصر نطاق المادة 1152 منه، والتي توجب عدم المساس بالشرط الجزائي في الحالة التي يوضع فيها الشرط الجزائي لمواجهة عدم التنفيذ الكلي للإلتزام". أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 88؛ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 137-138.

(5) منحت المادة 1244 م.ف، للدائن الحق برفض التنفيذ الجزئي، وبالتالي الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني الكامل. فيما أن للدائن عند حصول تنفيذ جزئي للإلتزام، الخيار بين إلغاء العقد وتامطالبة بكامل قيمة الشرط الجزائي، وبين قبول التنفيذ الجزئي والمطالبة بالتعويض.. فلا يعتبر تعديل الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي إستثناء عن حصانة الشرط الجزائي، حيث لا يمكن للدائن بعد قبوله بالتنفيذ الجزئي وعدوله عن المطالبة بالتنفيذ الكامل، العودة والمطالبة بالشرط الجزائي كاملاً، في الوقت الذي استعاد فيه من التنفيذ الجزئي. لأن القانون يأخذ بعين الإعتبار بواقعة رضاء الدائن بالتنفيذ الجزئي، ويقدر بأن أهمية الضرر اللاحق بالدائن أصبح على الأرجح أقل من الضرر المقدر في الشرط الجزائي. أنظر: محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 372.

(6) لا يسمح للقاضي بهذا التعديل إلا إذا كان الإلتزام الأصلي قابلاً بطبيعته للتنفيذ الجزئي. بالإضافة إلى ذلك قرر القضاء أن الرخصة الممنوحة للقاضي بالتعديل، لا تكون إلا في حالة عدم وجود إتفاق بين الطرفين يستبعد هذه الرخصة. فيشترط أن لا يقصد الطرفان بالشرط مواجهة عدم التنفيذ الكامل. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 600-601، ف 346.

من النقود<sup>(1)</sup>. والحالة التي ينفذ فيها الإلتزام مع تأخر عن الموعد المضروب، أو إذا نفذ التعهد بصورة غير مطابقة تماما للعقد، أي إذا كان التنفيذ معيب<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: موقف القانون الفرنسي بعد تعديل المادة 1152 منه

أسفر تطبيق الأحكام التي تقضي بعدم جواز للقاضي تعديل الشرط الجزائي إلى ظلم فادح في عقود الإذعان<sup>(3)</sup>، وهذا ما ألزم المشرع الفرنسي، إلى التدخل لتعديل أحكام الشرط الجزائي بمقتضى قانون رقم 597-1975 الصادر بتاريخ 9 جويلية 1975. وذلك بإضافة فقرة جديدة، إلى المادة 1152 تقضي بأن: " القاضي يستطيع تخفيف، أو زيادة المبلغ الذي إتفق عليه، إذا كان ظاهر المجاوزة، أو الضلالة، وكل إشتراط مخالف يعتبر غير مكتوب"<sup>(4)</sup>.

منح المشرع الفرنسي من خلال المادة 1152 م.ف، للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي، ولم يقتصر هذه السلطة على إنقاص المبلغ المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه بل تتسع وتمتد إلى زيادة هذا المبلغ إذا كان ضئيلا<sup>(5)</sup>. كما أعيدت صياغة المادة 1231 م.ف<sup>(6)</sup>.

### البند الثاني: القانون المصري والجزائري ومبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي

يحاول ضمن هذا البند التطرق إلى موقف كل من القانون المصري والقانون الجزائري، من مبدأ عدم جواز المساس بالشرط الجزائي وتخفيضه، مع الإشارة إلى موقف بعض القوانين العربية منه.

### أولا: موقف القانون المصري من مبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي

(1) حيث إشتطرت المادة 1153 م.ف، ألا يزيد التعويض في حالة التأخر في التنفيذ عن القدر الذي تحدده الفوائد القانونية أما إذا زاد وجب إنزال الفوائد إلى الحد الذي يسمح به القانون. وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن الشريعة الإسلامية، والأنظمة القانونية المستمدة منها، لا تسمح بهذه الفوائد وتحرمها. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الوسيط، ج 2، ص 872، ف 495.

(2) أنظر: جبرائيل غزال، المرجع السابق، ص 408.

(3) كما تعرض نص المادة 1134 م.ف، في مجال الشرط الجزائي إلى إنتقادات عنيفة من طرف جمعية حماية المستهلكين، التي إنتقدت بشدة نظام التعاقد في الإطار الذي يسمح للطرف القوي أن يستغل سلطة الإكراه المتمثلة في عقوبة خاصة قاسية، ومستبعدا تدخل السلطة القضائية التي تراقب السير الحسن لتنفيذ الإتفاق. كما عارض جانب كبير من الفقه، موقف محكمة النقض الفرنسية الراضة للرقابة القضائية على الشرط الجزائي، وإحترام نص المادة 1152 م.ف، الذي يحمي كما قال بعض الفقه " الإرهاب العقدي". أنظر: نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 138-139.

(4) François TERRE et Yves LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12<sup>e</sup> édition, 2008, N° 5, P207.

(5) إلا أن هذه السلطة قيدت بضرورة أن تكون هذه المبالغة أو الضلالة ظاهرة. فلا يمكن للقاضي التدخل بكل حرية لتعديل الشرط الجزائي المتفق عليه.

أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 202، ف 160؛ نجاري عبد الله، المرجع نفسه، ص 143.

(6) أصبحت المادة 1231 م.ف، كالتالي: " إذا كان الإلتزام قد نفذ جزئيا، يجوز للقاضي إنقاص المبلغ المتفق عليه بنسبة المصلحة التي حققها التنفيذ الجزئي للدائن، دون الإخلال بتطبيق المادة 1152، وكل إشتراط مخالف يعتبر غير مكتوب". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 202، ف 160.

قام القانون المدني المصري القديم، بتحديد أثر الشرط الجزائي في المادة 181/123 منه<sup>(1)</sup>، التي كانت تلزم القاضي الحكم بالشرط الجزائي دون زيادة أو نقصان متى توافرت شروطه. فلم يكن هذا القانون يجيز للقاضي أن يزيد أو ينقص مبلغ التعويض، بل يلزمه بالأخذ به كما حدده الطرفان<sup>(2)</sup>.

أسفر عدم وجود نص صريح يعطي للدائن حق طلب التعويض المتفق عليه بمجرد عدم التنفيذ، إلى إختلاف القضاء المصري، وطنيا ومختلطا، في مدى إستلزام وقوع الضرر أو عدم إستلزامه. حيث ذهبت بعض الأحكام إلى عدم إستلزامه، وألزمت المدين بالمبلغ المعين ولو لم يلحق الدائن ضرر نتيجة الإخلال بالإلتزام، في حين ذهب البعض الآخر منها إلى إستلزام وقوع ضرر حتى يحكم على المدين بالشرط الجزائي<sup>(3)</sup>.

حسنت محكمة الإستئناف الوطنية بدوائرها المجتمعة هذا الخلاف، وقضت بوجوب وقوع ضرر للدائن نتيجة عدم التنفيذ<sup>(4)</sup> وأجمع القضاء وطنيا ومختلطا، على أن للقاضي سلطة التدخل لتخفيض التعويض في حالة التنفيذ الجزئي، وأيدت محكمة النقض هذا القضاء<sup>(5)</sup>.

أما القانون المدني المصري الجديد فجاء مقننا للقضاء الوطني في هذه المسألة، حيث عدل المشرع المصري نص المادة 181/123 من القانون السابق، وأجاز في المادة 2/224 منه، للقاضي تعديل الشرط الجزائي في حالتين الأولى هي حالة التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي، أما الحالة الثانية فهي التي يثبت فيها المدين أن الشرط الجزائي كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة<sup>(6)</sup>. كما أجاز للقاضي زيادة الشرط الجزائي، إذا جاوز الضرر قيمة الشرط، وأثبت

(1) كانت هذه المادة تقضي بأنه: " إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحا به في العقد، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا أكثر".

(2) أسس ذلك إلى كون هذا الإتفاق إرتباط قانوني له قوته، فهو شريعة المتعاقدين، يقوم مقام القانون في بيان حقوق كل منهما وواجباته. ويرجع هذا إلى كون أحكام القانون المصري القديم في هذا الموضوع مستوحاة من القانون الفرنسي. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 872، ف 495.

(3) أنظر: جبرائيل غزال، المرجع السابق، ص 410.

(4) قضت محكمة الإستئناف الوطنية بأنه: " إذا تبث للقاضي أن مقدار هذا التضمين جائر، وغير معقول وغير متناسب مع الضرر الذي حصل فعلا للمتعهد إليه... فله في مثل هذه الحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على التعويض الجائر، وأن يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف و وقائع الدعوى". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 204-207، ف 161.

(5) Sébastien PIMONT, op. cit, N° 55, P 14.

(6) تجدر الإشارة في هذا الصدد أن القضاء المصري، كان يخفض مبلغ الجزاء في حالة التنفيذ الجزئي للإلتزام رغم عدم ورود نص خاص في القانون القديم يجيز هذا التخفيض، كما أجاز تخفيض مبلغ الجزاء إذا كان جائر، أي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، حيث إعتبره شرط تهديدي.

الدائن أن المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيم<sup>(1)</sup>. وهذا ما سارت عليه وتبنته القوانين العربية<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: موقف القانون الجزائري من مبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي

منح المشرع الجزائري من جهته للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين، إذا نفذ المدين التزامه الأصلي تنفيذا جزئيا، وإذا أثبت المدين أن مبلغ التعويض المقدر في الشرط الجزائي مفرطا، وهذا ما جاء في المادة 184 م. كما أجاز من جهة أخرى للقاضي زيادة الشرط الجزائي إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر، بشرط أن يثبت الدائن أن المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيم<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: مبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي

طبقا للقاعدة العامة التي تنظم القوة الملزمة للعقود والإتفاقات، يجب تنفيذ العقد وما يتضمنه من إلتزامات وفقا لما إتفق عليه المتعاقدين، وبالتالي أعمال الشرط الجزائي كما هو وارد في العقد. فلا يجوز للدائن المطالبة بزيادة الشرط الجزائي عن القدر المتفق عليه بحجة أن الضرر الذي أصابه يزيد ويفوق الضرر الذي كان متوقعا والذي واجهه الشرط الجزائي. يتم توضيح من خلال هذا الفرع موقف كل من القانون الفرنسي، والقانون المصري والجزائري، من مبدأ عدم جواز تعديل الشرط الجزائي بالزيادة فيه إعمالا لمبدأ حصانته.

### البند الأول: القانون الفرنسي ومبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي

يحاول في هذه النقطة تناول موقف القانون الفرنسي من مبدأ عدم جواز زيادة الشرط

(1) يبدو من هذا النص الجديد أن المشرع المصري، قد تأثر بأحكام الفقه الإسلامي التي أوصت بمبادئ الإنصاف ومنحت للقاضي حق تعديل بعض العقود الجائرة بغية تحقيق العدالة. فقد قررت الشريعة الإسلامية، أنه لا ضرر ولا ضرار، وأن الضرورات تقدر بأحكامها، والنعمة بقدر النعمة، فأقامت بذلك توازنا إقتصاديا بين التزامات الطرفين. كما تأثر المشرع المصري بالإتجاهات الإجتماعية الحديثة وقرر للقاضي سلطة تعديل العقد. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 209، ف 163؛ جبرائيل غزال، المرجع السابق، ص 416.

(2) نص القانون السوري في المادة 225 منه على سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي؛ كما نصت على ذلك المادة 227 من القانون الليبي؛ والمادة 1/170 من القانون العراقي؛ والمادتين 303-304 من القانون الكويتي؛ والمادة 364 من القانون الأردني التي خولت للقاضي في جميع الأحوال سلطة تعديل الشرط الجزائي زيادة أو نقصا وليس من قيد على هذه السلطة سوى جعل التقدير مساويا للضرر، فالضابط هو مقدار الضرر الواقع فعلا. أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 75.

(3) سبقت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، أجاز للقاضي في حالات معينة تعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو النقصان رغم إفتراض وجود مثل هذا الإتفاق بين المتعاقدين الذي كان الهدف منه إستبعاد سلطة القاضي التقديرية، وهذه الإجازة في الحقيقة ما هي إلا رد على الطرفين المتعاقدين الذين يحرفان الشرط الجزائي عن وظيفته الأساسية والمتمثلة في جبر الضرر، وجعله بمثابة عقوبة على المدين المخل بالتزامه، وذلك في حالة الإتفاق على مبلغ كبير يفوق الضرر، أو أن يجعل منه وسيلة لتهرب المدين من المسؤولية، إذا كان المبلغ زهيد وتافه لا يغطي من الضرر إلا قليلا، وعلى هذا الأساس أعطت مختلف التشريعات للقاضي سلطة التعديل. أنظر: ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 249، ف 278.

الجزائي، قبل وبعد تعديل المادة 1152 منه، مع ذكر موقف كل من الفقه والقضاء منه.

### أولاً: موقف القانون الفرنسي قبل تعديل المادة 1152 منه

لم يسمح الإجتهد الفرنسي، بمنح الدائن مبلغاً يفوق الشرط الجزائي حتى ولو كان الضرر الذي لحق به يفوق مقدار الشرط الجزائي<sup>(1)</sup>. كما إحترم القضاء هذا المبدأ، وإستند في تمسكه وإصراره على إحترامه له لما لهذا الشرط من وظيفة تأمينية ضمانية<sup>(2)</sup>، فلا يكون الشرط الجزائي قابلاً للتعديل بالزيادة مهما كان الشكل الذي تتخذه هذه الزيادة، سواء كان الدائن يطالب بتعويضات تكميلية، أو فوائد إضافية<sup>(3)</sup>. لكن أورد القضاء إستثناءً على هذا المبدأ<sup>(4)</sup>.

قام بعض الفقهاء، بتبرير مبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي عن المبلغ المتفق عليه على أساس أن تقدير الطرفين للشرط الجزائي بمبلغ يقل عن الضرر الواقع على الدائن يتضمن إعفاء جزئي للمدين من مسؤوليته، وبما أن هذا النوع من الإتفاقات جائز وجب إعمال الشرط الجزائي والتقييد به<sup>(5)</sup>. فلا يجوز للدائن المطالبة بأكثر مما ورد في الشرط، وحكم القاضي بهذا الأخير يعد بمثابة نزول منه عند إرادة المتعاقدين، التي قصدت تخفيف من المسؤولية العقدية<sup>(6)</sup>. غير أن هذا المبدأ لا يعمل به ويقع هذا الإعفاء باطل، متى رجع إخلال المدين

(1) كان الفقه الفرنسي في أغلبه مع مبدأ حصانة الشرط الجزائي وعدم السماح بتعديله من القاضي. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 266.  
(2) بما أن الشرط الجزائي يهدف إلى ضمان إحترام المتعاقد لإلتزامه، نتيجة الجزاء الذي يتهدده. فإن السماح بتخفيض هذا الجزاء، يحرم الشرط الجزائي من كل فعالية. لذلك كانت صراحة المادة 1152 م.ف قبل التعديل، تحول دون مطالبة الدائن بزيادة الشرط الجزائي، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الفرنسية، في قرار لها مؤرخ في 1979/11/8. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 599-600، ف 345؛ محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 378.

(3) المؤسسة المالية التي تحدد تحديداً جزافياً ما تستحقه من تعويضات في حالة عدم سداد دينها، لا يكون لها الحق في المطالبة بتعويضات تكميلية عن تأخير في السداد لأن هذا التأخير معوضاً عن طريق فرض فوائد تأخيرية للدين. نفس الحكم إذا تضمن عقد القرض شرط جزائي ينص على إستحقاق القرض قبل نهاية مدته، حيث يكسب الدائن بالإضافة إلى حقه في سداد المبالغ المتبقية، كل الفوائد الجارية بصفة تعويض جزائي، لأن هذه الفوائد التي تكون مبررة ومشروعة في حالة اكتمال مدة القرض لا تجد ما يبررها إذا لم تكتمل هذه المدة. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 654، ف 376.

(4) يتمثل الإستثناء الذي أوردته القضاء في حالتين، الأولى حالة ثبوت غش أو خطأ المدين الجسيم، والثانية إصابة الدائن بضرر لم يكن يواجهه الشرط الجزائي. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 601، ف 346.

(5) الإتفاق على تخفيف المسؤولية جائز قانوناً وفقاً للمادة 2/178 م، التي تنص: " وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم...". نقابلها المادة 217 م.م.

(6) تجدر الإشارة بأن هذه الإرادة يعتد بها فقط إذا كان خطأ المدين عادياً. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 877، ف 498؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 253، ف 283؛ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 231؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 90.

إلتزامه إلى غشه أو خطئه الجسيم<sup>(1)</sup>.

## ثانياً: موقف القانون الفرنسي بعد تعديل المادة 1152 منه

تغير الإجتهااد الفرنسي بعد صدور التعديل والإضافات التي طرأت على نص المادة 1152 م.ف، فأعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن للقاضي سلطة مطلقة في تعديل الشرط الجزائي بالزيادة فيه<sup>(2)</sup>، إذا كان الشرط تافهاً، وكان فعل المدين مقترن بغش أو خطأ جسيم<sup>(3)</sup>.

## البند الثاني: القانون المصري والجزائري ومبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي

يتم ضمن هذا البند توضيح موقف كل من القانون المصري والجزائري كالتالي:

### أولاً: موقف القانون المصري من مبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي

كان القضاء المصري، يجيز زيادة الشرط الجزائي في ظل القانون القديم رغم خلوه من نص يمنح للقاضي مثل هذه السلطة<sup>(4)</sup>، على أساس أن المتعاقدين عند إرتباطهم معا وإتفاقهم على تقدير تعويض لم يدخل في حسابهم أن يصدر من المدين غش أو خطأ جسيم<sup>(5)</sup>. أما القانون المدني المصري الجديد، فقد أجاز صراحة للقاضي زيادة الشرط الجزائي إذا جاوز الضرر التعويض المتفق عليه، وكان المدين قد إرتكب غش أو خطأ جسيم<sup>(6)</sup>.

(1) قال في هذا الصدد الفقيه بوتيه، بأنه " يجوز للدائن أن يطالب بتعويض إضافي، إذا تبين أن المبلغ المتفق عليه لم يكن كافياً لتغطية الأضرار، غير أن القاضي لا يجب أن يكون متساهلاً في الإصغاء للدائن الذي يدعي أن مبلغ التعويض الذي تقاضاه لم يكن كافياً لتعويض الضرر الذي لحق به من جراء عدم تنفيذ الإتفاق. لأن الفريقين بتحديد قيمة الجزاء، يكونان قد نظما وحددا بأنفسهما قيمة الأضرار التي يمكن أن تحصل من جراء عدم تنفيذ الإلتزام، وأن الدائن بمطالبته تعويض أكبر، يبدو وكأنه يعود إلى تقدير حدده هو بذاته، ولهذا لا ينبغي الأخذ بطلبه بعين الإعتبار إلا إذا كان بين يديه الإثبات بأن الضرر الذي لحق به يتجاوز الجزاء المتفق عليه". بمقتضى ذلك إذا صدر من الدين غش أو خطأ جسيم كان الشرط الجزائي باطلاً، ويسترد القاضي سلطته الأصلية في تقدير التعويض، ويحكم بالتعويض الذي يراه مناسباً للضرر الذي لحق الدائن. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 299؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 655-656، ف 377؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 90.

(2) نقض فرنسي مؤرخ في 1989/5/3. نقلاً عن محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 378.

(3) François TERRE et Yves LEQUETTE, op. cit, N° 2, P 207.

(4) أصدرت محكمة الاستئناف المصرية حكم لها في 30 يناير 1929، جاء فيه أنه متى ثبت أن الإخلال بالتعهد كان عن سوء قصد، وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشرط الجزائي لأن المتعاقدين عند تقديرهما للتعويض تبادلاً حسن القصد بينهما، فإذا إنتفى ذلك وتبدلت النية وجب الرجوع على القاعدة العامة، وهي التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 657، ف 377، هـ 1.

(5) يفهم من موقف القضاء المصري في ظل القانون المدني المصري القديم، أنه كان يطبق القواعد العامة التي تقضي بعدم إستفادة المدين من الأحكام المقررة في صالحه إذا صدر منه غش أو خطأ جسيم.

(6) المادة 225 م.م؛ والمادة 304 م كويتي؛ والمادة 267 من قانون موجبات لبناني؛ والمادة 3/170 م عراقي؛ والمادة 226 م سوري؛ والمادة 228 م ليبي؛ أما القانون الأردني فلم ينص على هذه الحالة صراحة، حيث جاءت صياغة المادة 2/264 منه، كالتالي: " ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل هذا الإتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف ذلك". وقام الفقه الأردني بتفسير نص هذه المادة على أساس أن المشرع الأردني، أعطى للقاضي صلاحية زيادة الشرط الجزائي عندما يكون الضرر أكبر من قيمة الشرط، حتى يجعل قيمة الشرط الجزائي مساوية للضرر اللاحق بالدائن، شرط أن يصدر من المدين غش أو خطأ جسيم. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 655، ف 377، هـ 2؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 254، ف 284.

## ثانيا: موقف القانون الجزائري من مبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي

يتضح موقف القانون المدني الجزائري من خلال المادة 2/184 م، التي تقضي أن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تقتصر على تخفيضه دون زيادته. وقد إستمد المشرع هذه الأحكام من القوانين العربية، ولم يساير المشرع الفرنسي الذي يجيز تخفيض الشرط الجزائي وزيادته على حد سواء<sup>(1)</sup>.

إلا أن المشرع الجزائري قد أورد إستثناء على مبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي، وسمح للقاضي بزيادته في حالة واحدة وهي إرتكاب المدين غش أو خطأ جسيم<sup>(2)</sup>، وهذا ما يستخلص من نص المادة 185 م، وهذا ما سنتم معالجته لاحقا.

## المطلب الثاني: قابلية الشرط الجزائي للتعديل

يتعين على القاضي الحكم بالشرط الجزائي دون زيادة أو نقصان متى توافرت شروط إستحقاقه، وذلك بدافع إحترام القوة الملزمة للعقد وما تضيفه على الشرط الجزائي من حصانة بإعتباره أحد بنود الإتفاق، الذي يعد بمثابة القانون بالنسبة للأطراف التي أنشأته. لكن المغالاة في التقدير والتي تصل في بعض الأحيان إلى حد التعسف، دفعت مختلف القوانين إلى إجازة تدخل القاضي في بعض الحالات لتعديل هذا التقدير. فيجوز للقاضي وذلك بغية إعادة التوازن إلا العقد تعديل قيمة الشرط الجزائي بنقصها في حالتين، وزيادتها في حالة واحدة. وهذه الحالات هي: إذا كان التقدير المتفق عليه مبالغ فيه إلى درجة كبيرة. إذا قام المدين بتنفيذ إلتزامه تنفيذا جزئيا. إذا كان عدم الوفاء راجع إلى غش المدين أو خطئه الجسيم.

يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول يتناول فيه سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي، أما الثاني فيخصص لسلطته في زيادته.

## الفرع الأول: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

وفقا للمادة 2/184 م، التي تنص: " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا

(1) يجدر توضيح أن موقف المشرع الجزائري في عدم مسايرته للمشرع الفرنسي، يرجع لكون التعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي جاء لاحقا على إعداد مشروع القانون المدني الجزائري والموافقة عليه. أنظر: نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 197-198.

(2) أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 90-91.

أثبت المدین أن التقدير كان مفرطاً أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"، يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما كالتالي:

### البند الأول: تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه "المفرط"<sup>(1)</sup>:

يعتبر تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه<sup>(2)</sup> إستثناء حقيقي، يرد على مبدأ حصانة الشرط الجزائي<sup>(3)</sup>. فإذا كان التقدير المنصوص عليه في الشرط الجزائي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة بحيث يصبح شرطاً تهديدياً<sup>(4)</sup>، جاز للقاضي تخفيضه إلى الحد المعقول بحيث يجعله متناسباً مع الضرر الذي أصاب الدائن<sup>(5)</sup>، وذلك من أجل تحقيق العدالة وإعادة التوازن للعقد<sup>(6)</sup>.

أجاز المشرع الجزائري في المادة 2/184 م، للقاضي تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه أو المفرط، والذي ينطوي على عقوبة فرضها الدائن على المدین، حيث يكون للقاضي عندئذ سلطة لتقدير التعويض المستحق، وفقاً للقواعد العامة<sup>(7)</sup>.

### أولاً: تبرير سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه

<sup>(1)</sup> من نص المادة 2/184 م، يتضح أن المشرع الجزائري إستعمل عبارة "الإفراط"، عكس المشرع المصري الذي إستعمل عبارة "مبالغ فيه على درجة كبيرة"، وكان من الأفضل أن تتضمن المادة عبارة "المبالغة إلى درجة كبيرة" لأنه يجب أن يكون التقدير أزيد بكثير من الضرر الحقيقي، وليس من الضروري أن يصل إلى حد الإفراط، لأن عبارة "الإفراط" أقرب إلى الإرهاق منها إلى المبالغة.

<sup>(2)</sup> يقصد بالمبالغة عدم التناسب بين المبلغ المتفق عليه وبين قيمة الضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ، بحيث يترتب على ذلك نوع من المضاربة، إلى درجة تحمل على الإعتقاد بأنه شرط تهديدي، قصد به أساساً تخويف المدین، وحمله على إحترام تعهده، أو فرض عقوبة خاصة عليه جزاء تقصيره. مما يترتب عليه إلحاق ظلم بأحد المتعاقدين. ومن خلال ما سبق ذكره يتبين أنه لا يكفي ليستطيع القاضي تخفيض مبلغ الجزاء، أن يكون هذا المبلغ مجاوزاً لقيمة الضرر، ولو كانت المجاوزة كبيرة، بل يجب وضوح إختلال التناسب، فيلاحظه القاضي دون أن يعتمد إلى البحث عنه. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 213-214، ف 164؛ قدة حبيبة، مهداوي عبد القادر، المرجع السابق، ص 7؛ خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 93؛ حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 157.

<sup>(3)</sup> سبق توضيح موقف المشرع الفرنسي، والمصري، حيث كان يأخذ بحصانة هذا الشرط ويحظر في المادة 1152 م.ف، والمادتين 181/123 م.م، على القاضي التدخل لتعديل ما إتفق عليه الأطراف، ولو كان مبالغ فيه بدرجة كبيرة، وأياً كان قدر الضرر الذي لحق الدائن.

<sup>(4)</sup> أنظر: سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 683، ف 631.

<sup>(5)</sup> يفترض هنا عدم قيام المدین بتنفيذ إلتزامه أصلاً، أو أنه تأخر في تنفيذه، فلا يوجد في هذه الحالة سبب خارجي لتخفيض الشرط الجزائي. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 871، ف 495.

<sup>(6)</sup> الشرط الجزائي في هذه الحالة يكون فاحشاً، فالمبالغة إلى درجة فاحشة تخرج الشرط الجزائي عن وظيفته الأصلية وتجعله شرطاً تهديدياً. أنظر: ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 251، ف 281.

<sup>(7)</sup> كما أجازت ذلك القوانين الغربية يذكر منها القانون السويسري الذي جاءت المادة 163 منه، كالتالي: "1- يحدد الطرفان بحرية مبلغ التعويض. 2- يجب على القاضي تخفيض التعويض الذي يراه فادحاً". كما أتى القانون النمساوي على ذكر آثار الشرط الجزائي في المادة 2/1336 منه، التي نصت: "في كل الأحوال يجوز للقاضي تخفيض التعويض الذي يراه فادحاً". كما أتت المدین أنه فادح، وذلك بعد خيرة، إذا رأى القاضي لزوماً. كما نص القانون البولوني في المادة 85 منه، على أنه: "إذا كانت التعويضات المشروطة مبالغ فيها بصورة ظاهرة، أو إذا كان العقد قد نفذ قسم منه، يحق للدائن أن يطلب تخفيض هذه الاتفاقية...". كما نص على ذلك القانون السوفيتي في المادة 142 منه، التي جاءت كما يلي: "إذا كان مبلغ التعويض الإلتقائي مبالغ فيه كثيراً بالنسبة للضرر الفعلي الحاصل للدائن، يحق للمحكمة تخفيضه بناءً على طلب المدین". أنظر: جبرائيل غزال، المرجع السابق، ص 413-414.

قام بعض الفقه، بتبرير سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه على أساس أن هذا الأخير ليس سببا في إستحقاق التعويض، بل هو مجرد تقدير سابق له وفقا للظروف التي كانت قائمة وقت الإتفاق<sup>(1)</sup>.

إذا إتضح بعد ذلك أن الضرر الذي وقع لم يكن بالمقدار الذي توقعاه الطرفان قبل الوقوع، وأن تقديرهما للتعويض كان مبالغ فيه، فإن الأمر لا يخرج عن أحد الأمور التالية، إما غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدين. أو ضغط وإكراه من قبل الدائن على المدين، لحمله على قبول مثل هذا الشرط مع أنه يعلم مسبقا أنه مجحف في حقه، كما قد يكون إندفاع وتسرع<sup>(2)</sup>، وفي هذه الحالات يستوجب تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر<sup>(3)</sup>.

ذهب البعض الآخر من الفقه، إلى أن العقد في هذه الحالة يكون قابل للإبطال سواء لوقوع المدين في غلط، أو للإكراه الذي مورس عليه، فإذا تمسك المدين بالإبطال وحكم له به بطل الإلتزام الأصلي وهو العقد وبطل معه الشرط الجزائي بالتبعية<sup>(4)</sup>.

كما إستند البعض الآخر في تبرير سلطة القاضي في تخفيض الشرط المبالغ فيه إلى كونه مثابة شرط تهديدي، مقصود من الطرفين لحمل المدين على تنفيذ التزامه وعدم الإخلال به. وهنا يكون الشرط باطلا، ويقوم القاضي بتقدير التعويض وفقا للقواعد العامة<sup>(5)</sup>.

إلا أن هذا التبرير مشكوك في صحته، فحسب هذا الرأي يكون الشرط الجزائي المغالى فيه باطلا، إما لكونه شرط تهديدي، وإما لوقوع المتعاقدين في غلط عند التقدير، وبالتالي يتعين إغفال هذا الشرط كلية وتقدير التعويض وفقا للقواعد العامة. إلا أن هذا ليس بالأثر المترتب على المغالاة، فتعديل الشرط الجزائي المغالى فيه، يجد أساسه في فكرة وجوب أعمال هذا الشرط وفقا لوظيفته الرئيسية والهدف منه والذي هو جبر الضرر. وهنا لا يتطلب الأمر بطلان

(1) أنظر سابقا الخاصية التعويضية للشرط الجزائي، ص 171.

(2) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 874-875، ف 495؛ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 221، ف 164؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 251، ف 281؛ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 265، هـ 638؛ داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، جامعة الجزائر، س 2010-2011، ص 262.

(3) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 635، ف 365.

(4) أنظر سابقا الخاصية التبعية للشرط الجزائي، ص 166.

(5) هو بمثابة عقوبة يفرضها الدائن على المدين. وكمثال على ذلك إشتراط عميل المطعم إرسال الطعام إليه كل يوم في ساعة معينة، أو أن يلزم صاحب المطعم بتعويض كبير في كل مرة يتأخر فيها عن إرسال الطعام في الميعاد المحدد. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 635، ف 365؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 875، ف 495، هـ 2؛ سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، المرجع السابق، ص 683، ف 631.

الشرط الجزائي، بل يبقى هذا الأخير صحيحا، ويقتصر عمل القاضي على تصحيح مساره وإبقائه عند الغرض والهدف المرجو منه والمعد لأجله<sup>(1)</sup>.

على هذا الأساس ذهب الفقه الفرنسي، إلى أن تخفيض الشرط الجزائي يجب أن يتحدد بمبلغ يفوق الضرر، لا قيام القاضي بتخفيضه إلى حدود الضرر، لأن هذا يعني إلغاء وإبطال الشرط الجزائي كلية وإحلال تعويض محله، وهذا لا يجوز فنص المادة 1152 م.ف، أجاز تخفيض الشرط الجزائي لا إبطاله كلياً<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: طبيعة تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه

حتى يمكن تحديد طبيعة تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه، تتم الإشارة

إلى الخصائص التي تميز هذا التدخل وهي كالتالي:

1- إستثنائي: يرد على خلاف القاعدة العامة، التي تقضي بحصانة الشرط الجزائي وعدم قابليته للتعديل. فإباحة المشرع للقاضي تعديل الشرط الجزائي على خلاف ما إتفق عليه المتعاقدين، هو إستثناء مقيد بشروط محددة ولا يمثل قاعدة عامة، وإلا تجرد الشرط الجزائي من هدفه ووظيفته الأساسية<sup>(3)</sup>.

2- إختياري: يثبت هذا الإختيار للقاضي نفسه، فهو الذي يقرر وفق ظروف الواقع ما إذا كانت العدالة تستوجب تعديل الشرط الجزائي أم لا، آخذا بعين الإعتبار كل ما يحيط بالشرط من ظروف قانونية وواقعية، وبصفة خاصة حسن النية<sup>(4)</sup>. معنى ذلك القاضي يملك تعديل الشرط الجزائي إذا تحقق الشروط القانونية الواجبة، لكنه ليس ملزماً<sup>(5)</sup>.

3- غير تلقائي: لا يتدخل القاضي تلقائياً لتعديل الشرط الجزائي، بل يشترط لممارسة سلطته

(1) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 635-636، ف 365.

(2) إلا أن محكمة النقض الفرنسية لم تسر خلف هذا الإتجاه، وذهبت إلى الإعتراف لقضاة الموضوع بحرية تحديد مبلغ التعويض إذا رأوا أنه مغالى فيه. أنظر: بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، س 2007، ص 88؛ حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 157.

(3) أنظر سابقاً مبدأ حصانة الشرط الجزائي، ص 201.

(4) أنظر لا حقا مبدأ حسن النية في شروط تدخل القاضي لتخفيض الشرط المبالغ فيه، ص 216.

(5) الشرط الجزائي وفقاً لما تقضي به المادة 2/184 م، يخضع لتقدير قاضي الموضوع، فيجوز له أن يخفضه إذا أثبت المدين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة. وهذا ما يفهم من عبارة "يجوز للقاضي".

في التعديل، أن يتقدم المدين المضرور من المغالاة بطلب التعديل<sup>(1)</sup>.

كان الفقه الفرنسي، يرى وجوب أن يطالب العاقد ذو المصلحة مدينا أو دائنا، إنقاص مبلغ الجزاء أو زيادته، إلى أن صدر قانون 11 أكتوبر 1985، الذي عدل المادتين 1152 و1231 منه، ليقرر صراحة للقاضي سلطة التدخل لتعديل الشرط الجزائي ولو من تلقاء نفسه<sup>(2)</sup>.

لم يكتف المشرع الجزائري ونظيره المصري، بمجرد وجوب تقديم طلب من المدي، إلى القاضي بإنقاص مبلغ الجزاء، بل أوجب على المدين إثبات أن التقدير كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، أي أن هذه المجاوزة جسيمة، ولا يخفى صعوبة إثبات قدر الضرر الذي لحق الدائن<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: شروط تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه

يتبين من نص المادة 2/184 م، أن الشرط الوحيد المقيد لسلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي هو أن يكون هذا التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة<sup>(4)</sup>. إلا أن الفقه الفرنسي، ذهب إلى أبعد من ذلك حيث طالب بضرورة توافر شرط آخر لإمكان تخفيض الشرط المبالغ فيه، يتعلق بعدم تنفيذ المدين لإلتزامه الأصلي، فقد رأى هذا الجانب من الفقه ضرورة ألا يرجع عدم تنفيذ المدين لإلتزامه إلى سوء نيته<sup>(5)</sup>. يتم تناول في هذه النقطة كلا الشرطين كما يلي:

#### 1- المغالاة في الشرط الجزائي:

يعتبر الشرط الرئيسي لإعمال سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي، هو أن يكون هذا الأخير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، حيث يظهر منه طابع التهديد أو إيقاع عقوبة على

(1) يلجأ القاضي هنا إلى المعيار الموضوعي، الذي مفاده مقارنة مبلغ الشرط مع الضرر اللاحق بالدائن. كما يلجأ إلى المعيار الذاتي. وفي هذا الصدد ذهب المشرع السوفيتي في المادة 142 منه، إلى أنه: " إذا كان مبلغ التعويض الإتفاقي مبالغ فيه بالنسبة للضرر الفعلي الحاصل للدائن... وفي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تأخذ بعين الإعتبار: 1- مدى تنفيذ المدين للإلتزام. 2- الوضع المالي للدائن والمدين. 3- مصلحة الدائن المالية، وكل مصلحة أخرى تستحق أن تأخذ بعين الإعتبار". وهذا ما نص عليه المشرع النمساوي في المادة 2/1336 سابقة الذكر، وهكذا يلجأ القاضي إلى الخبرة لتحديد التعويض، إذا هم إلى التخفيض وذلك بغية الإستناد في حكمة على مقاييس أكثر ثقة وتأكيدا. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 633، ف 363؛ خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 93؛ جبرائيل غزال، المرجع السابق، ص 414.

(2) كان قضاة الموضوع منقسمين إلى قسمين في هذه المسألة، منهم من يرى بأن للقاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه، ومنهم من رأى بأن القاضي لا يستطيع أن يعدل شريعة المتعاقدين إلى إذا تقدم الطرف المضرور بهذا الطلب. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 217، ف 164.

(3) هذا ما تبنته محكمة النقض المصرية في قرار لها مؤرخ في 1967/11/14، قضت بأنه: " إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة فيجوز للقاضي في هذه الحالة تخفيض التعويض المتفق عليه". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 218، ف 164؛ منير قزمان، المرجع السابق، ص 108؛ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 76؛ خديجة فاضل، المرجع نفسه، ص 95.

(4) هذا ما يتبين من نص المادة 2/224 م.م؛ والمادة 1152 م.ف بعد التعديل.

(5) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 639، ف 367؛ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 144.

المدين. فلا يكفي أن يزيد الشرط عن مقدار الضرر زيادة نسبية<sup>(1)</sup>، بل يشترط أن تبلغ هذه الزيادة قدرا كبيرا<sup>(2)</sup>. لكن يعاب على المشرع الفرنسي، ونظيره الجزائري والمصري، أنه إكتفى بذكر المعيار العام للمغالاة في الشرط الجزائي ولم يضع ضابط لتحديد هذه الأخيرة، حيث لم يذكر قدرها أو نسبتها حتى يجوز للقاضي تعديل الشرط الجزائي على أساسها<sup>(3)</sup>.  
يكون بذلك المشرع الجزائري قد ترك تقدير المغالاة إلى قاضي الموضوع<sup>(4)</sup>، الذي يبحث بدقة وجه المغالاة في الشرط بإجراء مقارنة بين الضرر اللاحق فعلا بالدائن ومبلغ التعويض، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالمتعاقد<sup>(5)</sup>، سواء وقت إبرام العقد أو وقت الحكم، وأيضا قدر الضرر الفعلي أو الإحتمالي، والمركز المالي للمتعاقدين، ومسلك المدين الخاطيء، وغير ذلك من الظروف المؤثرة<sup>(6)</sup>.

(1) لم يكتفي المشرع بمجرد التجاوز أيا كان، بل أوجب أن يكون هذا التجاوز مبالغ فيه، أو كما بالغ في التعبير عنه بأن يكون مفرطا.  
(2) قررت محكمة النقض المصرية، في هذا الصدد في قرار لها مؤرخ في 1968/12/05، أن: " وجود الشرط الجزائي يفترض معه أن تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن، وعلى القاضي إعمال هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه". أنظر: طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق ص 76.  
(3) إختلفت نظرة التشريعات حول درجة المبالغة، ومن خلال نص المادة 1152 م.ف، يتضح أن المشرع الفرنسي إكتفى بالنص على عدم جواز الحكم بأكثر من الشرط الجزائي أو بأقل منه. دون أن يوضح درجة المبالغة، كما سار المشرع المصري مسرى المشرع الفرنسي حيث نص في المادة 2/224 م.م، أن للقاضي تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، دون أن يحدد نسبتها. وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في نص المادة 2/184 م، بقوله أن للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مفرطا دون أن يوضح ويحدد مقدار هذا الإفراط. هذا ما جعل بعض الفقه يحاول تبيان درجة وحدود هذه المغالاة، فمنهم من قال أن المقصود بالمبالغة تلك الزيادة التي تخرق قواعد العدالة. ومنهم من ذهب إلى أنها تتمثل في عدم التناسب الكبير بين الضرر الذي وقع وقيمة الشرط الجزائي، حيث يتحول هذا الأخير إلى غرامة. أنظر: حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 157؛ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 144.

(4) لم تنص المادة 184 م، على كيفية التقدير، ولا العناصر التي يمكن للقاضي أن يستند عليها في تقديره، إلى أن العرف جرى بالجوء إلى المعيار الموضوعي، الذي يهدف إلى المقارنة بين المبلغ المقدر في الشرط والضرر الواقع. وكذلك اللجوء إلى المعيار الذاتي، كالظروف الشخصية للمدين وحسن نية وسونها. ويضيف المشرع الفرنسي إلى هذا ضرورة مراعاة التغيرات الاقتصادية والاجتماعية وتأثيرها على العلاقات التعاقدية. أنظر: حدي لالة أحمد، المرجع نفسه، ص 158.

(5) يكون تقدير القاضي لهذه المغالاة أو البخس تحت رقابة المحكمة العليا. يشار إلى أن القانون السوري، يختلف عن القانون الجزائري، حول نقطة مدى رقابة المحكمة العليا، وفي ذلك أقرت محكمة النقض السورية سلطة القاضي في تخفيض التعويض، إذا وجده مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، معتبرة هذا التقدير من صلاحية قضاة الموضوع، ليس لمحكمة النقض سلطان للرقابة عليه. أنظر: جبرائيل غزال، المرجع السابق، ص 415؛ بودالي محمد، المرجع السابق، ص 86-88؛ داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 262.

(6) إعتبر القضاء الفرنسي، الشرط الجزائي الوارد في عقد الإيجار، ظاهر المجاوزة، لأنه إستغرق ثمن بيع المحل التجاري الذي يملكه المدين. كما إعتبر الشرط الجزائي الوارد في عقد العمل شرط مبالغ فيه، لأنه يمنع صاحب العمل من تسريح العامل، ويمنعه من ثم عن إستعمال حقه في إنهاء العقد غير محدد المدة. كما راعى القضاء الفرنسي الوضع الفعلي للمتعاقدين، وطبيعة العلاقات القائمة بين الطرفين، وما إذا كان أحدهما تابع قانونيا أو إقتصاديا للآخر، أو أن إختلال المساواة بينهما مكنت أحدهما من الإنفراد بوضع بنود العقد. وراعى كذلك مقدار الكسب الذي يعود على الدائن جراء تطبيق الشرط الجزائي. وفي هذا قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 3 يناير 1985، بأن: " الجزء المشتراط في الإتفاق حالة عدم التنفيذ يمكن أن يقصد به إما وسيلة إجبار للمدين على التنفيذ، أو تقديرا إتفاقيا مقدما، للضرر المستقبلي، ويمكن في الحالتين إنقاصه بواسطة القاضي، الذي يجب عليه، لتقدير صفة المجاوزة مراعاة الغرض منه". أنظر، محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 216، ف 164؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 641، ف 368.

كما لم يرق المشرع الجزائري بتحديد الوقت الذي يتعين فيه طلب التخفيض<sup>(1)</sup>، لذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة للإسترشاد بها، والتي تقضي بأن القاضي يمكن تعديل الشرط الجزائي حتى قبل إستحقاقه<sup>(2)</sup>.

## 2- حسن النية:

يضيف الفقه الفرنسي كما سبق الذكر، إلى شرط المغالاة من حيث كونه أساسا ومعيارا لتخفيض الشرط الجزائي، شرطا آخر هو عدم رجوع عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي إلى سوء نية المدين<sup>(3)</sup>.

أسس هذا الفقه رأيه على أن التعديل الذي أدخل على المادة 1152 م.ف، والذي سمح بمقتضاه المشرع الفرنسي، للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالة وجود مبالغة كبيرة فيه لا يعمل إلا في الحالات التي يهدف فيها الشرط الجزائي إلى مجازاة عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي الراجع إلى ظروف عامة، لا تتعلق بشخص المدين وظروفه الخاصة. كما قام هذا الفقه بتأسيس مراجعة الجزاء المتفق عليه في العقد، إلى وجوب الإعتداد بموقف طرفيه أثناء تنفيذه. وذهب القضاء في أحكام عديدة، إلى حرمان المدين سيء النية الذي يخل بالتزامه عمدا من حقه في المطالبة بتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه إلى درجة كبيرة<sup>(4)</sup>.

يتفق هذا القضاء مع المبدأ العام الذي يقضي بأن الغش يستثنى من كل قاعدة، ويسقط كل النصوص التي في مصلحة فاعله<sup>(5)</sup>.

لتوافر سوء نية المدين يكفي أن يتعمد هذا الأخير الإمتناع عن تنفيذ إلتزامه ولو لم تكن لديه نية الإضرار بالدائن، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بهذا الشأن في قرار لها الصادر

---

(1) ذهب القضاء الفرنسي، إلى أن وقت تقدير المبالغة هو وقت إصدار الحكم لا وقت إستحقاق الشرط، ولا وقت إبرام العقد، ولا وقت المطالبة بالجزاء. أنظر: بودالي محمد، المرجع السابق، ص 87؛ داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 262؛ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 215، ف 164.

(2) يستثنى من ذلك الشرط الجزائي الذي لا يمكن تحديد مقداره إلا وقت عدم التنفيذ. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 633، ف 363.

(3) يقع هنا على القاضي عبء البحث عن نية المدين فيما إذا كانت حسنة أو سيئة، وذلك من خلال الظروف الملائمة للعقد. فإذا تبين له أن المدين كان سيء النية في عدم تنفيذه للإلتزام، كان له عدم تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه. أنظر: خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 94.

(4) جاء في الإستئناف المصري، المؤرخ في 1976/3/10، ما يلي: " لا يدعى القاضي إلى تعديل التحديد الجزائي للتعويض إذا كان عدم تنفيذ الإلتزام ليس نتيجة فعل إرادي من المدين، أما إذا ثبت أن هذا الأخير تخلص عمدا، من إلتزامه، فإنه لا يستطيع المطالبة بتخفيض الشرط الجزائي". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 216-217، ف 164.

(5) لا يجوز من حيث المبدأ لمن يتخلص عمدا من إلتزامه وبصورة أوضح وأدق لمن قصد الإضرار بالغير، المطالبة بتخفيف الجزاء المتفق عليه.

بتاريخ 4 فبراير 1969<sup>(1)</sup>، أن المدين يكون قد ارتكب غشا أو خطأ جسيم إذا امتنع عمدا عن تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى ولو لم تكن لديه نية الإضرار بالمتعاقدين الآخر<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي

وفقا لنص المادة 2/184 م، يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إذا كان الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. إلا أن سلطة القاضي في هذه الحالة يمكن الوصول إليها دون الحاجة إلى نص خاص وذلك بتطبيق القواعد العامة<sup>(3)</sup>، ونص المادة يفرض أن يكون الشرط الجزائي موضوع لعدم التنفيذ الكلي للإلتزام الأصلي، أما إذا كان موضوع لعدم التنفيذ الجزئي أو لمجرد التأخر في التنفيذ<sup>(4)</sup>، خرج عن نطاق هذه المادة<sup>(5)</sup>.

يوضع الشرط الجزائي عادة لمواجهة حالة عدم تنفيذ المدين للإلتزامه، أما إذا قام هذا الأخير بتنفيذ الإلتزام الذي تعهد به تنفيذا جزئيا، يعتبر عند ذلك تخفيض القاضي للشرط الجزائي بمثابة إحترام لإرادة المتعاقدين<sup>(6)</sup>.

من خلال هذه النقطة سيتم توضيح على أي أساس تم تبرير سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي إذا كنا بصدد تنفيذ جزئي للإلتزام الأصلي، كما تتم دراسة دور القاضي ومدى السلطة الممنوحة له في التخفيض كالتالي:

### أولا: تبرير سلطة القاضي في التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي

بررت سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي من عدة نواحي، من بينها إنصراف إرادة الأطراف إلى تقدير الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ الإلتزام

(1) نتيجة لذلك إذا نكل المدين عن تنفيذ إلتزامه دون سبب مشروع كان من واجب القاضي الحكم بالتعويض المشروط، ولا يحق له مطلقا تخفيضه ولا إلغاؤه، ولو كان الشرط الجزائي في هذه الحالة مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، لأن المدين بسوء نيته وبتعمده عدم تنفيذه للإلتزام الذي تعهد به يحرم من تخفيض الشرط الجزائي. أنظر: جبرائيل غزال، المرجع السابق، ص 409.

(2) إستندت محكمة النقض الفرنسية، في تقريرها ذلك على المادة 1150 م.ف، التي تنص أن: " التعويضات التي إتفق عليها، أو التي كانت متوقعة وقت العقد هي فقط التي تستحق عندما لا يكون عدم التنفيذ راجعا إلى غش المدين". أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 642-644، ف 369-370.

(3) هذا ما كان يطبقه القضاء المصري، في ظل القانون القديم على الرغم من عدم وجود نص يرخص بهذا التعديل وهذا ما كانت تجيزه المادة 1231 م.ف، حتى قبل تعديلها بموجب القانون رقم 75-597 المؤرخ في 09/07/1975، وكانت تعتبره إستثناء على مبدأ حصانة الشرط الجزائي، حيث حصرت نطاق المادة 1152 منه، التي توجب عدم المساس بالشرط، على حالة عدم التنفيذ الكلي. أنظر سابقا القانون الفرنسي ومبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي، ص 201.

(4) تجدر الإشارة إلى أن هذه الأحكام تطبق أيضا في الحالة التي يكون فيها الشرط الجزائي موضوع لمواجهة التأخر في التنفيذ، حيث يجوز تخفيض هذا الشرط بنسبة ما نفذ من الإلتزام في الميعاد إلى القدر الذي يتناسب والجزء الذي تأخر تنفيذه. أنظر: داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 260.

(5) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 210، ف 163.

(6) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 870، ف 494.

تنفيذا كاملا. فإذا كان الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، فهذا يعني أن الأضرار المترتبة على هذا التنفيذ الجزئي تكون أقل من تلك الأضرار التي يواجهها الشرط الجزائي أصلا، وهذا ما يستوجب تدخل القاضي لتعديل الجزاء بما يتلاءم وما لحق الدائن من ضرر<sup>(1)</sup>.

كما بررت سلطة القاضي على أساس أن التعديل الذي يقوم به يتفق ورغبة الأطراف وفي إجراءه إحترام لإرادتهما، فالدائن الذي يتلقى تنفيذ جزئي للإلتزامه يكون في حكم المتنازل عن التنفيذ الكامل<sup>(2)</sup>.

بالإضافة إلى ذلك لا يتناقض تعديل القاضي للشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئيمع النصوص القانونية التي لا تجيز للمدين إجبار الدائن على قبول التنفيذ الجزئي. وفي هذا الصدد نصت المادة 277 م، أنه: " لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". لأن التعديل هنا يخص فقط الحالة التي يتم فيها التنفيذ الجزئي برغبة وإختيار الدائن<sup>(3)</sup>.

### ثانيا: دور القاضي وسلطته في التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي

لا يكون تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي إلزاميا للقاضي، بل هو رخصة تخضع لسلطته التقديرية<sup>(4)</sup>، وتظهر هذه الصفة الإختيارية من صريح المادة 2/184 التي تقرر أنه: " يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين

---

(1) تتطلب العدالة تخفيض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الإلتزام الأصلي، ففي هذه الحالة نكون أمام ضرر أخف وهذا ما دعا إليه الفقيه الفرنسي مارواني، فقال " عندما ينص الأطراف على مبلغ معين في حالة عدم التنفيذ الكلي، فمن العدل أن نعتقد أنهم إتفقوا على تخفيض التعويض في حالة التنفيذ الجزئي المقبول إختيارا، لأن الضرر أقل ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين". أنظر: سي يوسف زاهية حورية، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، مقال مقدم للمشاركة في الملتقى الوطني حول سلطة القاضي في تعديل العقد، كلية الحقوق، جامعة أدرار، الجزائر، أبريل 2014، غير منشور، ص 4-5؛ مسعود نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 266، هـ 639.

(2) لا يستطيع الدائن بعد قبوله للتنفيذ الجزئي أن يطالب بكل الجزاء، وإلا كان جامعا بين التنفيذ والجزاء. أي يجمع بين المنفعة التي حصل عليها من جراء التنفيذ الجزئي، والتعويض كامل، وهذا ما لا يجوز. إذ لا يجوز أن يكافئ المدين الذي نفذ جزء من إلتزامه بزيادة مسؤوليته بدلا من تخفيضها. بالإضافة إلى ذلك إذا لم يتدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي نكون في حكم المشجعين على تقاعس المدين وإحجامه على تنفيذ إلتزامه، طالما أن التعويض الذي سيفرض عليه في حالة تنفيذه لإلتزامه تنفيذا جزئيا هو نفس التعويض الذي سيفرض عليه في حالة عدم التنفيذ أصلا. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 612، ف 351؛ سي يوسف زاهية حورية، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، ص 5.

(3) ذهب إتجاه من الفقه، إلى التمييز بين ما إذا كان هذا التنفيذ قد تم بموافقة أو بمشاركة الدائن، أو دون مشاركة منه، وذهب هذا الإتجاه إلى تخفيض الشرط الجزائي في الحالة الأولى دون الثانية. فإذا قام المدين بتنفيذ الإلتزام الأصلي تنفيذا جزئيا لشخص الغير، فلا يمكن تخفيض الشرط الجزائي، إلا إذا كان الدائن نفسه هو الذي تلقى مختارا التنفيذ الجزئي، لأنه في هذه الحالة فقط يمكن إعتبار ذلك تنازلا منه عن المطالبة بالتنفيذ الكامل للإلتزام.

(4) أنظر: داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 260.

أن... الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه<sup>(1)</sup>، كما يتضح من نص المادة أن عبء إثبات التنفيذ الجزئي يقع على عاتق المدين، فعلى هذا الأخير إثبات أنه قام بهذا التنفيذ حتى يتخلص من الحكم عليه بكل مبلغ الشرط الجزائي<sup>(2)</sup>. ويتعين لإمكان تخفيض الشرط الجزائي في هذه الحالة عدة شروط من بينها:

1- أن يكون التنفيذ الجزئي للإلتزام ذا فائدة للدائن<sup>(3)</sup>: قد يحجم القاضي عن تخفيض الشرط الجزائي إذا كان ما نفذ من إلتزام تافها قياسا بحجم الإلتزام الأصلي، أو لم يحقق للدائن أي فائدة تذكر<sup>(4)</sup>. وتكون العبرة في إشتراط الفائدة بالنتيجة النهائية، فإذا حصل الدائن على فائدة من التنفيذ الجزئي، وكان من شأن عدم التنفيذ الكلي التسبب له بأضرار تفوق ما جناه من فائدة، فلا عبرة بهذا التنفيذ الجزئي<sup>(5)</sup>.

2- أن يكون الإلتزام الأصلي قابلا للتنفيذ الجزئي<sup>(6)</sup>: أي قابلا للإنقسام<sup>(7)</sup>، وتقدير ما إذا كان الإلتزام الأصلي قابل للتنفيذ الجزئي أو لا مسألة واقع يترك تقديرها لقاضي الموضوع<sup>(8)</sup>.

(1) قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1996/12/7، أنه: "... التعويض الإلتزامي وفقا لما تقضي به المادة 224 من القانون المدني، تخضع لتقدير قاضي الموضوع فيجوز أن يخفضه إذا أثبت المدين أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه...". أنظر: سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 388، ف 44.

(2) من أمثلة التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي، حالة البيع بثمن منجم، الذي يشترط فيه في حالة تأخر المشتري عن دفع أي قسط من الأقساط فسخ العقد، وتصبح جميع الأقساط المدفوعة حقا خالصا للبائع، بصفته تعويض عن الفسخ. فيجوز بناء على نص المادة 2/184 م، تخفيض قيمة التعويض الذي يستحقه البائع، وإلزام هذا الأخير برد باقي ما قبضه. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 619، ف 355؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 250، ف 280؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 55؛ مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 191؛ سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، ص 683، ف 631.

(3) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 612، ف 351؛ نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 195.

(4) يقارن القاضي بين الضرر اللاحق بالدائن والفائدة التي عادت عليه، وهذا يعني أن القاضي لا يبحث عن مقدار التنفيذ الجزئي، بل على النفع الناتج عن ذلك التنفيذ. أنظر: ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 250، ف 280؛ حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 161.

(5) أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 55؛ داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 260.

(6) هناك التزمات لا تكون بطبيعتها قابلة للتنفيذ الجزئي، كالإلتزام بالإمتناع عن عمل يكون غير قابل للتجزئة، وهنا لا يمكن للقاضي تخفيض الشرط الجزائي، لأن الإلتزام هنا لا يمكن أن ينفذ إلا كاملا. وإمتناع المدين عن القيام بعمل معين، قد يكون مصدره العقد، كإلتزام بائع المتجر بعدم منافسة المشتري في المتجر الذي باعه إياه، والممثل أو المغني إذا التزم بعدم التمثيل، أو الغناء، في مسرح آخر، كما قد يكون مصدر هذا الإلتزام القانون، فالجار ملتزم بعدم الإضرار بجاره، والطبيب والمحامي ملتزمان بعد إقضاء السر المهني. أنظر: عز الدين الديناصور، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1043؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 614، ف 351.

(7) يتحقق التنفيذ الجزئي بصفة خاصة بالنسبة للإلتزامات المتتابعة التنفيذ، والتي تستوجب بطبيعتها التنفيذ المعتاد المستمر. كما يتحقق أيضا بالنسبة للإلتزامات فورية التنفيذ، كأن يقوم المدين بتسليم بعض الأشياء التي إلتزام بتسليمها، أو أن يقوم بجزء فقط من العمل الذي إلتزام به.

(8) يجب تجزئة هذا التعويض تبعاً لتجزئة الضرر، لأن ما قدر لكل لا يقدر به الجزء. ومدى قابلية الإلتزام الأصلي للإنقسام، هي مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فقد خولت المادة 2/184 م، للقاضي سلطة واسعة بهذا الصدد. أنظر: خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 95؛ حدي لالة أحمد، المرجع نفسه، ص 160.

## الفرع الثاني: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

سبق توضيح أن المبدأ أو القاعدة العامة تقضي بإعمال الشرط الجزائي كما إتفق عليه المتعاقدين، فلا يجوز للدائن المطالبة بتعويض يزيد عن الشرط الجزائي إعمالاً للقوة الملزمة للعقود التي تضي على الشرط الجزائي حصانة تحول دون المساس به، ومن هنا تقضي حصانته عدم قابليته للزيادة مهما بلغ الضرر الذي لحق الدائن<sup>(1)</sup>.

إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً، إذ هناك ظروف يملك القاضي فيها زيادة الشرط الجزائي عما هو متفق عليه وهي حالة مجاوزة الضرر لقيمة الشرط الجزائي بشرط ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيم، وهذا ما نصت عليه المادة 185 م. والتي جاءت كالتالي: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيم"<sup>(2)</sup>.

حيث أجازت للمدين المطالبة بزيادة قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه في حالة مجاوزة الضرر له، بشرط أن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيم<sup>(3)</sup>. فلا يكفي أن يثبت المدين أن التعويض المحدد في العقد كشرط جزائي، لا يعادل الضرر اللاحق به من جراء عدم التنفيذ حتى يحكم له بزيادة الشرط الجزائي<sup>(4)</sup>. فنص المادة سابقة الذكر يعارض ويفرض كل زيادة قد يتعرض لها الشرط الجزائي إلا إذا كان المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيم<sup>(5)</sup>.

نظراً لذلك يقوم القاضي بتقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة، ويحكم بتعويض يتعادل مع الضرر الواقع حتى ولو كان أكثر من قيمة الشرط الجزائي<sup>(6)</sup>.

طبق القضاء الفرنسي هذا الحكم، على الرغم من عدم وجود في القانون الفرنسي نص

(1) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 653، ف 375؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 253، ف 283.

(2) تقابلها المادة 225 م.م؛ والمادة 304 م كويتي؛ والمادة 3/170 م عراقي.

(3) لا تقبل النظرية اللاتينية مبدئياً بزيادة الشرط الجزائي أو تخفيضه، ولكن تتلقى مع النظرية الألمانية التي تقبل بذلك، عند تطبيق المبادئ العامة في المسؤولية التي تقضي بزيادة التعويض في حال الغش أو الخطأ الجسيم، وإن لم يرد النص على ذلك صراحة وبصورة خاصة في النصوص التي تنظم أحكام الشرط الجزائي. أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 324.

(4) قضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها بتاريخ 2000/5/16، ما يلي: " مقتضى نص المادة 225 من القانون المدني أنه لا يجوز للدائن أن يطالب في حالة ما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيم". نقلاً عن سعيد أحمد شعله، المرجع السابق، ص 389، ف 46.

(5) أنظر: إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص 307-308؛ عز الدين الدناصري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1016.

(6) لا يجوز للقاضي زيادة الشرط الجزائي، حتى ولو كانت قيمته تقل عن الضرر الذي أصاب الدائن، ما دام القانون أجاز للمتعاقدين الإتفاق على تخفيف المسؤولية. أنظر: محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 91.

مماثل للنص الجزائي، حيث جرى على عدم جواز القضاء بأكثر من قيمة الشرط الجزائي في حالة غش المدين وذلك بالتطبيق الموسع للمادة 1152 منه<sup>(1)</sup>.

مما سبق شرحه يتضح أن الإستثناء القاضي بجواز زيادة الشرط الجزائي يستند إلى قيدين أو شرطين لا يجوز إعمال أحدهما وإغفال الآخر، يتمثلان في مجاوزة الضرر للمبلغ المقدر في الشرط الجزائي، وإثبات الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيم.

### البند الأول: مجاوزة الضرر للشرط الجزائي

تجدر الإشارة أنه وبخلاف الأصل الذي يقضي بعدم وجوب إثبات الدائن الضرر لإستحقاق الشرط الجزائي لأنه مفترض الوقوع، يتعين على الدائن في حالة مجاوزة الضرر للشرط الجزائي إثبات وقوع الضرر ومقداره، حتى يثبت للقاضي أن الضرر كبير ويجاوز مقدار الشرط الجزائي<sup>(2)</sup>.

قد تكون قيمة الشرط الجزائي تافهة<sup>(3)</sup>، بحيث لا يمكن إعتبارها بأي شكل من الأشكال تعويضا جديا عن الضرر الذي تعرض له الدائن، ولا تتناسب قيمته إطلاقا مع الضرر الواقع، وإنما تكون بمثابة وسيلة لإعفاء المدين من مسؤوليته أو تخفيفها<sup>(4)</sup>، وفي هذه الحالة يجب التفريق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية<sup>(5)</sup>.

### أولا: مدى صحة الإتفاق على تخفيف المسؤولية في النطاق العقدي

لا يجوز للقاضي زيادته الشرط الجزائي ليصبح مساويا للضرر، إذا كنا بصدد مسؤولية عقدية وتبين أن التعويض المقدر في الشرط الجزائي أقل من الضرر الواقع، بل يحكم به كما

(1) كما لا يوجد لمثل هذا النص في القانون اللبناني. أنظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 318.

(2) أنظر: نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 205.

(3) الشرط الجزائي التافه هو الذي يحدد بمبلغ لا تتناسب بينه وبين الضرر مطلقا، بحيث أنه تعويضا غير معبر عن الضرر.

(4) المقصود به الإتفاق المبرم مسبقا بين الدائن والمدين قبل حدوث الضرر، يقضي بعدم مساعلة المدين في حالة حدوث ضرر، حيث أن الإعفاء يرفع عن كاهل الشخص كليا أو جزئيا الإلتزام أو الواجب الملقى على عاتقه، أي يخلصه من المسؤولية. ومن هنا يفترض الإعفاء تحقق المسؤولية بأركانها، والإعفاء إما أن يكون وفقا للقانون وهو ما يعرف بالسبب الأجنبي الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 127 م، وإما بإتفاق بين طرفي العقد في المسؤولية العقدية وهذا ما نحن بصددده، والذي نعني بع تعديل آثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد. أنظر: ناصر متعب بنية الخرينج، المرجع السابق، ص 28.

(5) أنظر: ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 253، ف 283؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 91؛ دمانة محمد، شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون، دفاتر السياسة والقانون، مجلة دورية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، عدد الخامس، جوان 2011، ص 241.

هو فيكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف من مسؤولية المدين<sup>(1)</sup>.  
إلا أن الحكم بصحة الشرط بصورة مطلقة إعتقاداً على الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة يؤدي إلى نتائج غير عادلة، لذلك قام المشرع الجزائري بإجازة الشرط الذي يرمي إلى الإعفاء من الأخطاء اليسيرة، دون الأخطاء الجسيمة أو الغش<sup>(2)</sup>.

حيث قام المشرع في مدى صحة إتفاقات هذه المسؤولية بالتفريق بين خطأ المدين وأخطاء مساعديه، وقام بقصر إتفاقات المسؤولية في الحالة الأولى على الخطأ اليسير وقضى بعدم جوازها وإعتبارها باطلة في حالة صدور غش أو خطأ جسيم من المدين<sup>(3)</sup>. بينما أجاز في الحالة الثانية للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم، الذي يصدر من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه. فالإتفاق على تخفيف المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من تابعي المدين جائز وصحيح، ولا يجوز المساس في هذه الحالة بالشرط الجزائي وزيادته<sup>(4)</sup>. وهذا ما نصت المادة 2/178 م<sup>(5)</sup>.

### ثانياً: مدى صحة الإتفاق على تخفيف المسؤولية في النطاق التصريحي

كان الفقه التقليدي يرى ببطلان إتفاقات رفع المسؤولية التصريحية، أي كانت جسامته الخطأ الذي يقيمها ومهما كان الأساس الذي تبنى عليه<sup>(6)</sup>. ويتأسس هذا الفقه الفرنسي على فكرة أن قواعد المسؤولية المقررة في المواد من 1382 إلى 1386 م.ف، تتعلق بالنظام العام

(1) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 877، ف 488؛ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 104.

(2) أنظر: دمانة محمد، المرجع السابق، ص 244؛ جابر محمد ظاهر مشاقبة، المرجع السابق، ص 63-64.

(3) أدرج صاحب محل لصباغة الملابس شرطا في العقد الذي يبرمه مع عميله، يتضمن عدم مساءلته عن التأخير، إلا أن العميل طالب بتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء التأخير، مستندا إلى أن شرط عدم المساءلة ليس له أثر سوى قلب قواعد الإثبات، ولكن محكمة إستئناف دوية Douai، أصدرت حكما في 7 أكتوبر 1954، رفضت فيه الأخذ بهذه الإدعاءات حيث قالت: "سواء كنا بصدد إلتزام بغاية أو إلتزام بوسيلة فإن نية المتعاقدين في حالة إدراج شرط بالإعفاء من المسؤولية في أحد العقود لا تتصرف إلى مجرد نقل عبء الإثبات في حالة عدم وفاء المدين بإلتزامه ولكنها تهدف إلى تحديد مسؤوليته تحديدا يجعلها قاصر على حالتها خطئه الجسيم أو غشه وهما الحالتان اللتان لا يمكن أن يتناولهما شرط الإعفاء". ويقول الفقهاء مازو، تأييدا لهذا الحكم أن "نقل عبء الإثبات لا يمكن تفسيره إلا على ضوء جواز الجمع بين المسؤولية العقدية، التي إستبدها شرط الإعفاء، وبين المسؤولية التصريحية، التي أبقي عليها هذا الشرط". أنظر: فؤاد وصفي أبو الذهب، تعليقات على الأحكام القضائية، العدد الثالث، ص 123-124.

(4) يجب التفرقة مع ذلك بين الأخطاء الصادرة عن العمال الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، والأخطاء الصادرة من نائبي الأشخاص الإعتبارية، فالإتفاق على الإعفاء من المسؤولية المترتبة على أخطاء المساعدين صحيحة سواء كانوا معاونين أو بدلاء، أي كانت جسامتها ولو وقع منهم غش في تنفيذ الإلتزام. بينما تقتصر صحة الإتفاقات على الأخطاء اليسيرة أو البسيطة الصادرة من النواب دون الجسيمة أو العمدية، لأن أخطاء هؤلاء النواب هي أخطاء الأشخاص الإعتبارية نفسها عامة كانت أو خاصة. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 80-81، ف 108.

(5) نصت على أنه: "وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

(6) مثل هذه الإتفاقات تعتبر باطلة سواء كان الخطأ ثابت، أو خطأ مفترض عن فعل الغير، أو الحيوان، أو الأشياء الغير حية.

ويكون كل إتفاق يخالفها غير مشروع، لأن هذه المسؤولية هي جزء " قواعد السلوك الإجتماعي " ولا يتصور توقف تطبيقها على إرادة الأطراف الذين ينظم سلوكهم في المجتمع<sup>(1)</sup>.  
أخذ القضاء المصري بنظيره الفرنسي، وحكم ببطلان الإتفاق على رفع المسؤولية التقصيرية، ولو كانت عن فعل التابع أو عن البناء، فقد حرم في كل حال من الأحوال هذا الإتفاق<sup>(2)</sup>. وبني هذا القضاء بطلان الإتفاق على تخفيف هذه المسؤولية على نفس الأساس الذي بنى عليه الإعفاء منها، وهو تعلق قواعدهما بالنظام العام، فلا يجوز للأفراد المساس بها تخلصا منها أو تعديلا لها<sup>(3)</sup>.

مع ذلك ورغم أن القضاء ذهب إلى بطلان إتفاقات الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو تخفيفها لتعلقها بالنظام العام، إلا أن ذلك لا يؤدي حتما وفي كل الأحوال إلى بطلان الشرط الجزائي<sup>(4)</sup>. حيث إختلف الفقه في هذا الشأن، فذهب البعض إلى قصر مجال الشرط الجزائي على المسؤولية العقدية، على أساس أن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام لذلك لا يجوز الإعفاء منها أو تقييدها ويترك أمر تقدير التعويض المترتب عنها للقاضي، بالإضافة إلى أن الإتفاق مقدما عن مبلغ التعويض أمر يصعب تحقيقه عمليا. بينما ذهب الرأي الآخر - وهو غالبية الفقه - إلى إمكانية الإتفاق مقدما على مقدار التعويض المستحق في حالة الإخلال بالإلتزام في مجال المسؤولية التقصيرية<sup>(1)</sup>.

---

(1) ظهر هذا المبدأ بمناسبة النقل بالمجان، الذي قضت بمناسبته محكمة النقض الفرنسية، بأن قواعد المسؤولية تتعلق بالنظام العام، وأن الناقل لا يستطيع أن يحتج للتخلص من مسؤوليته بتنازل المصاب صراحة أو ضمنا عن حقه في التعويض. ذلك لأن المصاب ليس له أن يتنازل مقدما، عن حقه في المطالبة بتعويض الضرر الذي نشأ عن خطأ تقصيري. ولم يرد القضاء الفرنسي إستثناءا على بطلان إتفاقات رفع المسؤولية التقصيرية، ما عاد الأضرار التي يحدثها مستغل المنجم لمالكي سطح الأرض، أو للمستغلين المجاورين، وذلك في المادة 15 من قانون 21 أبريل 1810، تأسيسا على أن مسؤولية مستغل المنجم تقوم دون خطأ في جانبه وليس في بند الإعفاء منها مساس بالنظام العام. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 161-162، ف 142، هـ 11؛ ناصر متعب بنية الخرينج، المرجع السابق، ص 33.

(2) أجمع في إستئناف القاهرة المؤرخ في 1928/2/12، أن: "... أما شرط الإعفاء عن الخطأ اللاتعاقدية فهو باطل إجماعا وفي كل الأحوال". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 168، ف 144، هـ 27.

(3) قضت محكمة النقض المصرية، في قرار لها مؤرخ في 1921/12/8، بأنه لا يجوز للناقل أن يحتج ببند تخفيف المسؤولية لتجنب نتائج الجرائم وشبه الجرائم المدنية، التي يقترفها مستخدموه، بل يلتزم رغم البند بتعويض كل الضرر الناشئ عنها، بما فيه الربح الفائت. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 186-187، ف 153.

(4) قضت محكمة النقض المصرية، بما أن الإتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية باطل لتعلقه بالنظام العام، في 1956/4/2، أنه: " متى كان الحكم قد إنتهى إلى صحة الإتفاق على إعفاء الشركة من مسؤوليتها عن جريمة التبيد التي إقترفها تابعها، فإنه يكون قد أخطأ في القانون لحكم المادة 3/217 من القانون المدني". مقتبس من ناصر متعب بنية الخرينج، المرجع نفسه، ص 74.

(1) التطبيق الأكثر شيوعا للشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية، هو تحديد المتعاقدين لمبلغ التعويض المستحق لأحدهما في حالة فسخ الآخر للعقد، فالمسؤولية التي تقع على من قام بفسخ العقد هي مسؤولية تقصيرية. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 494، ف 292؛ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 105.

من هنا لا يبقى للشرط الجزائي غير صورة واحدة يكون فيها صحيحا، وهي التي يكون فيها المبلغ المعين فيه مساويا لقدر الضرر أو أزيد عليه، وتترتب عليه آثاره في الحدود المرسومة قانونا<sup>(2)</sup>، هذا ما سبق تناوله<sup>(3)</sup>. فإذا تم الإتفاق على شرط جزائي تافه في المسؤولية التقصيرية إعتبر باطل، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري<sup>(4)</sup>، والمشرع المصري<sup>(5)</sup>، لأن مثل هذا الإتفاق يعتبر تحايل للإعفاء من المسؤولية، وللقاضي أن يحكم بتعويض تطبيقا للقواعد العامة في التقدير القضائي للتعويض<sup>(6)</sup>.

يستنتج مما تقدم أنه إذا كان القصد من الشرط الجزائي تقدير التعويض عن فعل غير مشروع، فللدائن المطالبة بزيادة الشرط الجزائي ليتلاءم مع الضرر الذي لحق به في جميع الأحوال وأيا كان الخطأ الذي صدر من المدين حتى ولو لم يصدر منه غش أو خطأ جسيم، لأن هذه الأخيرة ناتجة عن مخالفة القانون. بينما يجوز الإتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية ما لم يصدر غش أو خطأ جسيم من المدين، لأن هذه الأخيرة ترجع إلى إرادة طرفي العقد<sup>(7)</sup>.

### البند الثاني: صدور غش أو خطأ جسيم من المدين

طبقا للمادة 1/107 م، التي تقضي بوجوب تنفيذ العقد كما أتفق عليه وبحسن نية يتعين على المدين إحترام النية المشتركة التي سادت أثناء إبرام العقد، فإذا كان تنفيذ العقد مقترن بنية سيئة للمدين، حرم هذا الأخير من الإستفادة من أحكام الشرط الجزائي، لأن مبدأ حسن النية مبدأ أخلاقي مرتبط بمبدأ الوفاء والإخلاص في تنفيذ التصرفات. ومن هنا لا يتقيد القاضي بالشرط الجزائي متى تبين أن المدين تعمد عدم تنفيذ إلتزامه حتى ولو لم يقصد

(2) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 227، ف 167.

(3) أنظر سابقا تعريف الشرط الجزائي، ص 142.

(4) تنص المادة 3/178 م، على أنه: " يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

(5) نصت المادة 3/217 م، على أنه: " يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع؛ كما نصت على ذلك المادة 254 م كويتي؛ والمادة 270 م أردني.

(6) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 879، ف 499؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 91.

(7) لا يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية سواء كان هذا الإعفاء تاما أو جزئيا، وسواء كانت المسؤولية ناشئة عن فعل المدين نفسه أم فعل الغير. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 656، ف 377.

الإضرار بدائنه<sup>(1)</sup>، أو كان ذلك نتيجة خطئه الجسيم<sup>(2)</sup>.

يتم في هذا البند توضيح ما المقصود بالغش والخطأ الجسيم، ثم توضيح على من يقع عبء إثبات ذلك.

### أولاً: المقصود بالغش و الخطأ الجسيم

يقصد بالغش الخطأ العمدي أو الإمتناع عمدا عن تنفيذ الإلتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه<sup>(3)</sup>، وهنا لا يشترط أن يقصد المدين الإضرار بالدائن، بل يكفي ليعتبر سلوك المدين غشا أن يعتمد الإخلال بالإلتزامه، فقد يستهدف المدين تحقيق مصلحة شخصية له<sup>(4)</sup>.

يقوم الغش بمجرد إنصراف الإرادة إلى التخلص من الإلتزام العقدي، وإدراك الضرر الذي ينجم عنه<sup>(5)</sup>، ولا عبرة هنا بالبواعث الدافعة إلى التخلص من هذا الإلتزام<sup>(6)</sup>.

بينما يعتبر الخطأ الجسيم خطأ غير عمدي، فهو لا ينطوي على سوء القصد، إذ لا يعتمد المدين عدم تنفيذ الإلتزام فهو لا يخرج عن كونه إهمالا أو عدم احتياط لم يردده المدين ولم يقصده<sup>(7)</sup>.

إختلف الفقهاء في وضع تعريف للخطأ الجسيم، فرأى البعض بأنه خطأ إحتمالي، وذهب

(1) قضت محكمة إستئناف مصر، في قرار لها مؤرخ في 1929/1/30، أنه: " متى ثبت أن الإخلال بالتعهد كان عن سوء قصد، وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشروط الجزائي، لأن الملحوظ بين المتعاقدين عند تقديرهما للتعويض بنفسهما تبادل حسن القصد بينهما، فإذا إنتفى ذلك وتبدلت النية، وجب الرجوع إلى القاعدة العامة، وهي التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 878، ف 498، ه 2.

(2) أنظر: نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 204-205.

(3) حيث يخل الشخص بالواجب القانوني، أو العقدي، ليس بمحض إرادته الحرة فقط، بل برغبة منه في إلحاق الضرر بالغير، فهو يريد الآثار المترتبة على فعله، حيث تكون لدى الشخص نية الغش والخداع، فهو سيء النية. أنظر: علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، ص 83-84.

(4) يعتبر الغش في نظرية الإلتزام العقدي مرادفا لإصطلاح سوء النية الذي يستغرق الخطأ العمدي والخطأ الإرادي، وتجدر الإشارة إلى أن الإرادة تتوافر في الخطأ العمدي والخطأ الإرادي، ولكن في الخطأ العمدي يتوفر القصد والذي هو إتجاه هذه الإرادة إلى النتيجة الضارة فتتوافر لدى محدثه نية الإضرار وهنا يعتمد المدين إلى تحقيق هذه النتيجة. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 83، ف 109، ه 8.

(5) أنظر: عامر محمد الجنيدي، المسؤولية المدنية عن أضرار المنتجات الصناعية المعيبة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، س 2010، ص 79.

(6) قررت محكمة النقض الفرنسية، بهذا الخصوص في قرار لها صادر بتاريخ 1969/2/24، أن: " الغش يتوافر من جانب المدين مند اللحظة التي يعتمد فيها عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدية حتى ولو كان هذا الإمتناع غير مدفوع بقصد الإضرار بالتعاقد الآخر". نقلا عن نجاري عبد الله، المرجع نفسه، ص 205، ه 1.

(7) عرف الخطأ الجسيم في القانون الروماني على أنه " الخطأ الذي لا يرتكبه أبسط الأشخاص"، إلا أن هذا التعريف إنتقد بشدة كونه يدل على وجود شخص يقل كفاية عن أقل الناس كفاية. وقد تبنى هذا التعريف قضاة الإستئناف، حيث قاموا بتعريف الخطأ الجسيم على أنه " إهمال بالغ يقع من أقل الناس يقظة في إدارة أعماله". أنظر: نواف حازم خالد، علي عبيد، المرجع السابق، ص 213.

البعض الآخر إلى إعتبره خطأً شخصياً<sup>(1)</sup>.

أما القضاء الفرنسي، فقد ربط جسامه الخطأ بالوسائل التي يحوزها المدين لتنفيذ إلتزامه، فذهب إلى أنه كلما كان المدين قادراً على تنفيذ إلتزامه لكفاءته الشخصية، أو لكفاءة وسائله، كلما كان خطؤه جسيماً إذا أخل بتنفيذه<sup>(2)</sup>. إلا أن هذا القضاء هجر بعد ذلك هذه الفكرة كونها تؤدي إلا نتائج ظالمة، لأن الخطأ اليسير يعتبر خطأً جسيماً إذا كان المدين الذي إقترفه شديد اليقظة، كما أن الخطأ الجسيم يعتبر بسيطاً إذا كان المدين الذي إرتكبه شديد الإهمال<sup>(3)</sup>.

ذهب فريق آخر إلى تقدير جسامه الخطأ وفقاً لجسامه الضرر الذي يترتب عليه، فيكون الخطأ جسيماً إذا كان الضرر الذي نجم عنه بليغاً<sup>(4)</sup>. إنتقد هذا الرأي على أساس أن أصحابه يقدرّون جسامه الخطأ وفقاً لواقعة لاحقة على وجوده، فالأثر نفسه يتفاوت في جسامته، ولا يمكن لنتائجه أن تتدخل بأثر رجعي لتقدير هذه الجسامه<sup>(5)</sup>.

إلا أن المعيار الذي يأخذ به معظم الفقهاء في تقدير جسامه الخطأ، والذي يستخلص من عدة أحكام قضائية، يتأسس على درجة إحتمال الضرر<sup>(6)</sup>. ولتقدير مدى إحتمال وقوع الضرر لا يرجع القاضي إلى إرادة المدين، بل يرجع إلى قاعدة مجردة وهي بالنظر إلى الرجل العادي، حيث يتعين على القاضي أن يقدر ما إذا كان الرجل العادي الموجود في مثل الظروف التي أحاطت بالمدين يواجه الضرر على أنه محقق، أو محتمل، أو ممكن. ويأخذ القاضي بعين الإعتبار الظروف والملابسات التي أحاطت بتلك الواقعة، كتكرار وقوع الضرر، أو تنبيه الدائن للمدين قبل وقوع الضرر إلى إحتمال وقوعه، أو نظراً للحالة التي يكون عليها الشيء

(1) يقصد بالخطأ الشخصي الخطأ الذي لا يرتكبه المدين في أعماله الشخصية أو أعمال نفسه، فإذا لم يبذل المدين في تنفيذ إلتزامه، العناية التي يبذلها في أعماله يكون مرتكباً لخطأ جسيم. أنظر: علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، ص 85-86.

(2) أدت هذه الفكرة إلى تشديد تقدير الخطأ المهني وإعتبره دائماً خطأً جسيماً، ولو كان يعتبر خطأً عادي من غير المهني.

(3) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 98-100، ف 117-118.

(4) أخذ بهذه الفكرة القضاء الفرنسي حين اعتبر تأخر الناقل في تسليم البضائع إذا ترتب عليها هلاكها ناشئاً عن خطأ جسيم في جانبه. كما أخذ بهذه الفكرة المشرع المصري، في قانون العمل واعتبر خطأً العامل خطأً جسيماً في جانبه إذا نشأ عنه خسارة مادية جسيمة لصاحب العامل. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 101، ف 119.

(5) حكمت محكمة السين Seine المدنية في 1954/7/2، بأن: " جسامه الخطأ لا يمكن أن تقاس، وفقاً لنتائجه، ويجب أن تقدر على أساس سلوك الشخص بمقارنته مع سلوك نموذج المقارنة في ذات الظروف الخارجية". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 101، ف 119.

(6) إذا كان الضرر الذي وقع مرغوب فيه أو نظر إليه على أنه محقق الوقوع نكون أما غش المدين، وإذا كان الضرر محتمل الوقوع فنكون أما خطأ جسيم، أما إذا كان الضرر ممكن وقوعه وليس محتملاً فنكون أما خطأً بسيطاً.

الذي لحقه الضرر<sup>(1)</sup>.

تجدر الإشارة أن ليس للخلاف القائم بين الغش والخطأ الجسيم من حيث طبيعة كل منهما أي تأثير على الآثار المترتبة عنهما فقد قام كل من المشرع الفرنسي والمصري<sup>(2)</sup>، والمشرع الجزائري بالتسوية بينهما في الآثار<sup>(3)</sup>، وهذه التسوية تعتبر مبدأ تقليديا ينسب إلى القانون الروماني<sup>(4)</sup>.

### ثانيا: إثبات الدائن غش المدين أو خطئه الجسيم

ذهب القضاء الفرنسي والمصري، إلى إلزام الدائن بإثبات غش المدين وخطئه الجسيم، حتى يتخلص من تطبيق الشرط الجزائي<sup>(5)</sup>.

طبقا لنص المادة 185 م، يقع عبء إثبات غش المدين أو خطئه الجسيم على عاتق الدائن، وهذا يعتبر تطبيقا للقواعد العامة التي تلزم من يدعي بخلاف الوضع الظاهر والمعتاد إثباته، وبما أن الأصل هو حسن نية المدين يقع على الدائن إثبات سوء نية المدين<sup>(6)</sup>.

حيث إستوجب المشرع الجزائري في هذه المادة لزيادة مقدار الشرط الجزائي على الدائن إثبات أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، وأن الضرر اللاحق بالدائن أكبر بكثير من قيمة التعويض المتفق عليه، في هذه الحالة فقط يجوز للقاضي زيادة مبلغ التعويض المتفق عليه ليتناسب مع الضرر الواقع<sup>(7)</sup>.

(1) لقضاء الموضوع سلطة مطلقة في ثبوت الوقائع المكونة للخطأ ونسبتها إلى المدين دون رقابة من المحكمة العليا، لأنها مسائل موضوعية يستقلون بتقديرها وحدهم وللمحكمة العليا فقط الرقابة على تلك الوقائع، ما إذا كانت تعتبر خطأ في جانب المدين أم لا. كما لهم سلطة في تقدير جسامه الخطأ ما إذا كان غشا أو خطأ جسيم، وعلى ذلك يجب لقضاء الموضوع أن يبينوا في حكمهم العناصر التي أسسوا عليها تقديرهم لجسامه الخطأ. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 105-106، 109-111، ف 122، 124؛ دمانه محمد، المرجع السابق، ص 245.

(2) المادة 2/217 و 2/221 م.م، التي قررت هذه التسوية في إلزام العاقد بتعويض الضرر غير المتوقع. والمادة 225 م.م، الخاصة بزيادة مبلغ التعويض المتفق عليه في العقد. والمادة 496 م.م، التي تقوم بتحديد مدى إلزام المدين ببذل عناية. والمادة 1/965 م.م، حول مسؤولية الواهب.

(3) المادة 2/172 م.ج، والمادة 2/178 م.ج، والمادة 185 م.ج.

(4) تأسست هذه التسوية على إعتبارات إجتماعية، فالخطأ الجسيم لكونه وليد عدم إكتراث بالغ بالإلتزامات واستهتار كبير بالحقوق، يقترب في خطورته على العلاقات القانونية من الخطأ العمدي أو الغش، ومن ثم يجب إخضاعهما إلى نظام واحد، كما أسست هذه التسوية من زاوية أخرى على أسس قانونية تتعلق بالإثبات، وذلك من أجل إحباط دفاع المدين سيء النية الذي يدعي الغفلة ويتذرع بالخطأ الجسيم، ليتخلص من آثار الغش الذي ارتكبه. أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 90، ف 110.

(5) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 658، ف 379.

(6) قضت محكمة النقض المصرية أن: " المدين الذي يرتكب غش أو خطأ جسيم عن قصد، وذلك بأن يرفض تنفيذ إلتزاماته العقدية، حتى وإن كان هذا الرفض لا يتعلق بقصد الإضرار بالمتعاقدين الآخر وعليه يحكم بزيادة مقدار التعويض عن التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي". نقلا عن محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 91.

(7) أنظر: حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 164.

### الفرع الثالث: نسبة تعديل الشرط الجزائي ومدى تعلق سلطة القاضي بالنظام العام

إذا اكتملت شروط تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي السابق التطرق إليها، يبقى تساؤل آخر يطرح في هذا الصدد حول مدى سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي؟ فهل هناك معيار محدد يعمل به القاضي عند قيامه بتخفيض الشرط الجزائي أو زيادته؟ أم أن ذلك يترك لمطلق تقديره؟ وما مصير الإتفاق القاضي باستبعاد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي رغم توافر شروط تدخله للتعديل، وما مدى تعلق هذا الإتفاق وارتباطه بالنظام العام؟. تتم معالجة هذا الفرع ضمن بندين الأول يتناول نسبة تعديل القاضي للشرط الجزائي، والثاني يوضح مدى تعلق سلطته بالنظام العام.

#### البند الأول: نسبة تعديل القاضي للشرط الجزائي

يختلف المعيار أو النسبة الواجب على القاضي الإعتداد بها عند قيامه بتعديل الشرط الجزائي، ما إذا كان بصدد تخفيض للشرط الجزائي عنها في زيادته، وسيحاول هذا البحث توضيح هذه النسبة في كل حالة.

#### أولاً: نسبة تخفيض الشرط الجزائي

يتم في هذه النقطة توضيح نسبة تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه، ونسبة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي كالتالي:

#### 1- نسبة تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه:

إختلف الفقه الفرنسي في مدى السلطة التي يجب الإعتراف بها للقاضي فيما يخص قدر التخفيض الذي يجوز له إجراؤه إذا كان الجزاء مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، وقد ظهرت ثلاثة طرق يمكن إتباعها وهي:

#### أ/ نظرية تخفيض الشرط الجزائي إلى حدود الضرر الفعلي:

إكتفى أنصار التطابق، إلى إلزام القاضي بتخفيض التعويض إلى قدر الضرر الفعلي دون زيادة أو نقصان. إلا أن هذه النظرية انتقدت على أساس أنها تقضي على وظيفة وأهمية الشرط الجزائي من ناحية، ومن ناحية أخرى أن المشرع لم يقصدها<sup>(1)</sup>.

#### ب/ نظرية حرية تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه:

ذهب أنصار المراجعة الحرة، إلى إعطاء حرية للقاضي في تخفيض الجزاء المبالغ فيه

(1) أنظر: نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 145.

غير مقيد في ذلك بأي قيود على ألا يتجاوز الضرر الحقيقي وأن لا يقل عنه. وقد إنتقدت هذه النظرية بنفس الحجج التي انتقدت بها سابقتها<sup>(1)</sup>.

### ج/ نظرية تخفيض الجزء الصارخ أو المبالغ فيه:

إكتفى أنصار المراجعة إلى الحاجز، برد مبلغ التعويض إلى الحد الذي تزول فيه المبالغة الظاهرة<sup>(2)</sup>، حيث لا يمكن للقاضي عند تخفيض الشرط الجزائي أن ينزل عن نسبة معينة. وقد فضل الفقه الفرنسي هذه النظرية على أساس أنها تتماشى مع الهدف الذي قصده المشرع من جواز تعديل المادة 1152 م.ف<sup>(3)</sup>.

في الإختيار بين الأنظمة الثلاث سابقة الذكر، يجمع الفقه على إستبعاد نظام التطابق لأنه يؤدي إلى القضاء على الشرط الجزائي ومحو أثره حيث يكون بمثابة حكم بإبطاله، لذلك إنقسم الرأي بين الإتجاهين الآخرين، فذهب البعض إلى أن نظام المراجعة الحرة يؤدي إلى تحكم القاضي وبالتالي عدم إطمئنان الدائن إلى أثر الشرط الجزائي في حالة تدخل القاضي، أما نظام المراجعة إلى الحاجز فيضمن بقاء فارق محسوس بين مبلغ الجزاء والضرر الحقيقي، ويحفظ للشرط الجزائي وظيفتيه المتمثلتان في التعويض والتهديد<sup>(4)</sup>.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية، لم تفرض على القضاة أحد هذه الحلول التي إقترحها الفقه، وكل ما ألزمتهم به في حال وجود مبالغة كبيرة في الشرط هو عدم رد الجزاء إلى مبلغ أقل من قيمة الضرر الفعلي<sup>(5)</sup>. وفي الحقيقة هذا ما يجعلها تتبنى وتعتمد النظام الثالث، التي يلزم القاضي فيه بتخفيض الشرط الجزائي بشرط ألا يقل عن مقدار الضرر الذي وقع<sup>(6)</sup>.  
أما في القانون المصري، فلا يجيز للقاضي أن ينزل إلى ما يساوي قيمة الضرر لأن

(1) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 648، ف372.

(2) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 219، ف 164؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 648، ف372.

(3) أنظر: نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 146.

(4) أنظر سابقا الخاصية التعويضية والجزائية للشرط الجزائي، ص 171.

(5) حيث قضت في قرار لها مؤرخ في 1969/2/4. بأن: " وجود الشرط الجزائي، يفترض معه أن تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن، وعلى القاضي أن يعمل هذا الشرط، إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ما، فعندئذ لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقا، أو إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض الجزاء المتفق عليه". مقتبس من حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 159.

(6) هذا ما يستخلص من إتجاه محكمة النقض الفرنسية، التي قضت في حكم لها بتاريخ 1978/7/24، أن: " قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة مطلقة لتقدير الضرر الذي أصاب الدائن وتقدير مبلغ التعويض محل الشرط الجزائي المبالغ فيه ولكن بدون الحكم بمبلغ يقل عن مقدار الضرر". كما أكدت هذا الإتجاه في قرار آخر لها صادر بتاريخ، 1979/1/23، بقولها: " أن النص الجديد للمادة 1152 من التقنين المدني لا يلزم القضاة بتقدير التعويض محل الشرط الجزائي على أساس مقدار الضرر الفعلي الذي وقع". نقلا عن نجاري عبد الله، المرجع نفسه، ص 147.

هذا يعتبر كما سبق توضيحه إهدار للشرط الجزائي وإبطال له<sup>(1)</sup>.

نفس الحكم معمول به في القانون الجزائري، حيث يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه وذلك بناء على السلطة المخولة له، والمعيار هنا موضوعي يتمثل في عدم التناسب بين قيمة الضرر الذي وقع والتعويض المقدر في الشرط الجزائي. لهذا فللقاضي تخفيض التعويض المتفق عليه إلى الحد المعقول دون أن يجعله مساويا للضرر الفعلي، فالشرط الجزائي وإن كان تعويض إلى أن له وظائف أخرى منها ضمان تنفيذ الإلتزام عينا، وبالتالي تقتصر سلطة القاضي في التخفيض بالقدر الذي يزيل عن الشرط الجزائي المبالغة الكبيرة، ولا يجب أن يصل التخفيض إلى حد مساواة الضرر، ويكون المشرع بذلك قد أخذ بالطريقة والنظرية الثالثة في التخفيض<sup>(2)</sup>.

## 2- نسبة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي:

ظهرت أربع نظريات وجب على القاضي الأخذ بإحداها بحسب إختيار المشرع إذا هم إلى تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي، يتم عرضها وتبين موقف القوانين منها. أ/ نظرية حرية التخفيض:

وفقا لهذه النظرية للقاضي كامل الحرية في تخفيض الشرط الجزائي، فلم تقم هذه النظرية بوضع ضابط معين يلتزم به القاضي، لأن هذا الأخير هو سيد الموقف في ممارسة التخفيض بالقدر الذي يراه<sup>(3)</sup>.

لقيت هذه النظرية تأييدا واسعا وتبنتها تشريعات عديدة منها القانون المصري، والقانون الكويتي، اللذان لم يقومان بوضع نسبة تقيد القاضي عند قيامه بتخفيض قيمة الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي<sup>(4)</sup>. كما أخذ المشرع الجزائري كمنظيره من القوانين العربية بهذه النظرية في نص المادة 2/184 م، حيث أعطى للقاضي حرية التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي دون أن تلزمه بأي قيد.

(1) سلطة القاضي في تخفيض الشرط المبالغ فيه تقتصر على الحدود التي تجعله متناسبا مع الضرر، ومن هنا يجب عليه أن يقف على حد رفع المغالاة، الأمر الذي يسمح بأن تكون هناك زيادة بشرط أن لا تكون هذه الزيادة كبيرة، فإذا كانت قيمة الضرر عشرين ألف دينار ورأى القاضي أن حد المبالغة في تقديره إلى درجة كبيرة هي ستين ألف دينار، وكان مبلغ الجزاء يقع بين عشرين ألف وستين ألف دينار، فإن القاضي لا يستطيع تخفيض قيمة الشرط الجزائي، أما إذا زاد هذا الشرط على مبلغ ستين ألف دينار، تعين على القاضي رد مبلغ الجزاء وتخفيضه إلى هذا المبلغ، ليرفع عنه المبالغة أي يخفضه إلى ستين ألف دينار.

(2) أنظر: نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 191-192.

(3) أنظر: محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 346؛ داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 260.

(4) المادة 224 م.م؛ والمادة 303 م كويتي؛ والمادة 2/170 م عراقي؛ والمادة 3/260 موجبات وعقود مشرع لبناني.

لكن يعاب على هذه النظرية أنها ناقصة، بحيث لم تحدد للقاضي العناصر التي يعتد بها في التخفيض، وهنا على القاضي أثناء عملية التخفيض مراعاة الضرر اللاحق بالدائن ومقارنته بالفائدة التي عادت إليه مع البحث عن عناصر أخرى تتماشى ومبدأ العدالة العقدية، فعليه البحث عن النية الحسنة أو السيئة للمتعاقدين<sup>(1)</sup>.

### ب/ نظرية التخفيض بنسبة الفائدة:

ترى هذه النظرية أن سلطة القاضي لا يجوز أن تكون مطلقة بل يجب أن يتقيد القاضي عند تخفيضه لقيمة الشرط الجزائي بضابط وهذا الأخير هو الواجب إعماله في عملية التخفيض، يتمثل هذا الضابط بالنسبة في الفائدة التي حصل عليها الدائن نتيجة التنفيذ الجزئي، أي بنسبة الفرق بين الفائدة التي تحصل عليها الدائن من هذا التنفيذ الجزئي والفائدة التي كان من المفروض أن يجنيها ويتحصل عليها الدائن من التنفيذ الكامل للإلتزام<sup>(2)</sup>.

وضع المشرع الفرنسي، على غرار المشرع الجزائري ونظيره المصري، معيارا لهذا التخفيض في المادة 1231 منه، التي تنص أنه: " إذا كان الإلتزام قد نفذ في جزء منه، يجوز للقاضي أن يخفض الجزاء المتفق عليه بنسبة المصلحة التي وفرها للدائن هذا التنفيذ الجزئي"<sup>(3)</sup>.

لا يكون التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي، بنسبة ما نفذ من إلتزام بل بنسبة المصلحة التي حققها هذا التنفيذ الجزئي، فقد تختلف قيمة المصلحة أو الفائدة عن نسبة الجزء الذي نفذه المدين من إلتزامه<sup>(4)</sup>. فالمدين قد ينفذ جزءا كبيرا من الإلتزام ولا يعود هذا الجزء بفائدة تذكر للدائن، وقد ينفذ جزءا بسيطا من الإلتزام ويعود على الدائن بفائدة كبيرة. من هنا يتعين على القاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي، بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن وليس بنسبة الجزء الذي تم تنفيذه<sup>(5)</sup>.

حسب هذه النظرية يمتنع القاضي عن تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي،

(1) أنظر: خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 95-96.

(2) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 620، ف 357؛ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 347.

(3) تجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي كان يأخذ بحرية التخفيض قبل تعديل المادة 1231 م.ف، بقانون رقم 85-1097 المؤرخ في 11 أكتوبر 1987، حيث جاءت المادة كالتالي: " الجزاء يمكن تعديله من قبل القاضي عندما يكون الإلتزام الأصلي قد نفذ جزئيا".

(4) هذا ما أخذ به المشرع المغربي في المادة 3/264 م، التي جاء نصها كالتالي: " ولها أيضا - المحكمة- أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي". أنظر: حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 161.

(5) هذه القاعدة أكثر إتقانا مع العدالة وأقرب إلى تفسير نية المتعاقدين. أنظر: داودي مخلوف، المرجع السابق، ص 260؛ خديجة فاضل، المرجع

نفسه، ص 95.

إذا كان هذا التنفيذ لم يرجع بأي فائدة على الدائن ولا يكون هذا التخفيض إلى الحد الذي يتناسب والضرر الحقيقي الذي لحق الدائن، لأن التخفيض على هذا النحو يحبط أثر الشرط الجزائي ويكون بمثابة حكم بإبطاله<sup>(1)</sup>.

### ج/ نظرية التخفيض بنسبة ما نفذ من التزام:

قيدت هذه النظرية سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ من الإلتزام الأصلي، وذلك على أساس إمكان تجزئة الشرط الجزائي<sup>(2)</sup>. إلا أن هذه النظرية عيب عليها أنها تتسم بالقصور، فمن الصعب الجزم بأن كل جزء من الإلتزام يقابله جزء من التعويض المقدر في الشرط الجزائي، فقد يقوم المدين بتنفيذ جزء من الإلتزام الأصلي ثم يتضح بعد ذلك أن هذا التنفيذ لم يرجع بفائدة على المدين، أو أن هذه الفائدة منخفضة مقارنة بما لحقه من ضرر<sup>(3)</sup>.

### د/ نظرية التخفيض إلى الحد المناسب:

تذهب هذه النظرية إلى وجوب قيام القاضي بالتخفيض إلى الحد المناسب، فليس من العدل أن يتحمل المدين تنفيذ الإلتزام ولو كان جزئياً وفي نفس الوقت دفع الجزاء الذي يقابل عدم التنفيذ الكلي للإلتزام الأصلي، بل أن المدين تبرأ ذمته بما يقابل هذا التنفيذ من قيمة الشرط الجزائي، هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب أن لا يترتب على التخفيض ضياع مزايا وأهداف الشرط الجزائي، فتكون العدالة نقطة تتلاقى عندها المصلحتان دون إفراط ولا تقريط<sup>(4)</sup>.

تقوم هذه النظرية على إحترام إرادة الطرفين في تقدير التعويض وذلك بوضعها ضابط يتوقف عنده القاضي في التعديل، فهي تكفي بمنع التعسف وتترك الباقي كما أرادته الطرفان وقرراه. فهي تحفظ للشرط الجزائي دوره الضامن لتنفيذ العقد، لأن الإرتفاع على مستوى الضرر هو المقصود أصلاً للضغط على المدين وحمله على التنفيذ، أو عدم التأخر فيه<sup>(1)</sup>.

(1) ذهبت محكمة النقض المصرية، في قرار لها مؤرخ في 17 فبراير 1955، إلا أنه: " لا يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المنفق عليه إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن". أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 211، ف 163.

(2) أخذ بهذه النظرية كل من القانون البرازيلي في المادة 924 منه، التي تنص: " عندما يقوم المدين بتنفيذ جزء من الإلتزام، فللقاضي تخفيض التعويض المشروط في حال التأخير، أو عدم التنفيذ بهذه النسبة". كما نص القانون البرتغالي بهذه النظرية ونصت المادة 675 منه، على أنه: " في حال تنفيذ جزء من الإلتزام الأصلي، يجوز تخفيض التعويض الإلتزامي بهذه النسبة". أنظر: جيرانييل غزال، المرجع السابق، ص 410.

(3) أنظر: محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 348.

(4) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق، مجلة فصلية تعنى بالدراسات القانونية والشرعية، السنة الحادية عشرة، العدد الثاني، يونيو 1987، ص 83، ف 61؛ مندي آسيا ياسمينية، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير في الحقوق، عقود ومسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، س 2008-2009، ص 99.

(1) أنظر: محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 348.

إعتمد على هذه النظرية وأخذ بها كل من القانون الإيطالي<sup>(2)</sup>، والقانون الألماني<sup>(3)</sup>، والإسباني<sup>(4)</sup>، كما يرى بعض الفقهاء أن هذه النظرية جديرة بالتأييد. وهنا يقوم القاضي بالموازنة بين مصلحة المدين فلا يتحمل ضعف إلتزامه، ومصلحة الدائن فلا يخسر حقه في ضمان تنفيذ الإلتزام، أو الحصول على تعويض مناسب<sup>(5)</sup>.

### ثانيا: نسبة زيادة الشرط الجزائي

ظهرت عدة أنظمة - كما في حالة تخفيض الشرط الجزائي - توضح كيفية زيادة الشرط الجزائي، وهي عموما ثلاث أنظمة يتم التطرق إليها كالتالي:

#### 1- نظرية الزيادة إلى القدر المساوي للضرر:

سمحت هذه النظرية للقاضي بزيادة الشرط الجزائي التافه إلى القدر المساوي للضرر. إلا أن هذا النظام انتقد على أساس أنه يؤدي إلى القضاء على الشرط الجزائي، حيث يترتب عليه إهمال تقدير التعويض تقديرا قضائيا كما يؤدي إلى إلغاء الشرط الجزائي وليس زيادته<sup>(6)</sup>.

#### 2- نظرية حرية الزيادة:

منحت هذه النظرية للقاضي كامل الحرية في تحديد قدر الشرط الجزائي وفق ما يراه مناسب، فبمقتضى هذا النظام يستطيع القاضي أن يجعل الشرط الجزائي أعلى من قيمة الضرر الواقع. إنتقد هذا النظام هو الآخر على أساس أنه يقوم باستبعاد إرادة الأطراف كلية<sup>(7)</sup>.

#### 3- نظرية الزيادة إلى الحد المناسب:

---

<sup>(2)</sup> نصت المادة 1384 من القانون الايطالي، على أنه: " يحق للقاضي أن يخفض التعويض بصورة عادلة إذا كان الإلتزام الأساسي قد نفذ في جزء منه...". ويظهر من خلال هذا النص أن الدائن يستحق التعويض دون أن يثبت وقوع الضرر، وأن للقاضي تخفيض التعويض إذا قام المدين بتنفيذ قسم من إلتزامه، وأثبت ذلك، وأن هذا التخفيض يكون بصورة عادلة، أي بصورة تتناسب فيها مصلحة كل من الدائن والمدين. أنظر: جيرائيل غزال، المرجع السابق، ص 414.

<sup>(3)</sup> إعتنق المشرع الألماني هذه النظرية بصراحة، وهذا ما نص عليه في المادة 343 منه، التي تلزم القاضي تخفيض الشرط الجزائي إلى " المبلغ المناسب". أنظر: محمد بوكماش، المرجع نفسه، ص 348.

<sup>(4)</sup> نصت المادة 1154 من القانون الإسباني، على ما يأتي: " يعدل القاضي بصورة عادلة التعويض إذا كان الإلتزام الأساسي لم ينفذ إلا في جزء منه، أو بصورة مخالفة للإلتزام". يتضح من خلال المادة ومن عبارة " بصورة عادلة " أن المشرع الإسباني قد أخذ بنظرية التخفيض إلى الحد المناسب، وأضاف حتى الحالة التي يكون فيها التنفيذ معيب. أنظر: جيرائيل غزال، المرجع نفسه، ص 411.

<sup>(5)</sup> أنظر: محمد بوكماش، المرجع نفسه، ص 348.

<sup>(6)</sup> هذا ما أخذ به القانون الأردني في المادة 2/364 منه، التي جاءت كالتالي: " ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل هذا الإتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر، ويقع باطلا كل إتفاق يخالف ذلك". وهذا ما يوحي بأن للمحكمة تخفيض أو زيادة الشرط الجزائي، بما يجعل التعويض مساويا للضرر الذي لحق بالدائن. أنظر: ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 252، ف 282.

<sup>(7)</sup> أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 658-659، ف 380.

منح هذا النظام للقاضي حرية في تعديل الشرط الجزائي بزيادته لكن قام في المقابل بتقييد هذه الحرية فلا تكون مطلقة، حيث أورد عليها قيدان، فمن ناحية يتقيد القاضي بحد أدنى وذلك بالقدر المحدد بالشرط الجزائي فلا يمكن أن يقل عنه، ومن ناحية ثانية يتقيد القاضي بقيمة الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن فلا يزيد عنه<sup>(1)</sup>.

هذا ما أخذ به القانون الفرنسي، حيث حكمة محكمة أمياس في حكم لها أن: " احترام الوظيفة المزدوجة للشرط الجزائي المتمثلة في الطابع العقابي والتعويض يقضي في حالة الإعتراف بالطابع التافه للشرط الجزائي، زيادته إلى حد مقدار الضرر الذي وقع فعلا دون أن يجاوزه وإلا سبب إثراء للدائن"<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: تعلق سلطة القاضي بالنظام العام

تعد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام، وذلك بصريح المادة 3/184 م، التي تنص على أنه: " يكون باطلا كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه". ومن هنا يتم توضيح مدى تعلق سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وعدم جواز الإتفاق على استبعادها بالنظام العام، في حالة تخفيض الشرط الجزائي وزيادته.

### أولا: تعلق سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي بالنظام العام

لم يكن القانون الفرنسي قبل التعديل الأخير، يقضي ببطلان الإتفاق الذي يقصد من وراءه سلب القاضي سلطته في تعديل الشرط الجزائي بتخفيضه، سواء في حالة وجود مبالغة كبيرة في قيمة الجزاء المتفق عليه أو في حالة التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي، حيث أجاز هذا القانون للطرفين الإتفاق على إستبعاد سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي<sup>(3)</sup>.

كان القضاء الفرنسي، يرى بأن الطرفان إذا واجها صراحة حالة التنفيذ الجزئي، واشترطا إعمال الشرط الجزائي كاملا حتى ولو قام المدين بتنفيذ إلتزامه تنفيذا جزئيا، كان هذا الإتفاق صحيحا ويجب تنفيذه. وذلك كون تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي يقوم أساسا على نية الطرفين فإذا وضحت هذه النية تكون هي الواجبة للإتباع<sup>(4)</sup>.

(1) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 658-659، ف 380.

(2) قرار مؤرخ في 23 نوفمبر 1976. نقلا عن نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 148.

(3) كان القضاء الفرنسي يعتبر المادة 1231 م.ف، التي تجيز للقاضي في حالة التنفيذ الجزئي تخفيض الجزاء نص مقرر، وأجاز الإتفاق على خلاف ما قضت به.

(4) أنظر سابقا القانون الفرنسي ومبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي، ص 201.

إلا أن هذا القضاء إختلف في هذه المسألة ولم يجمع عليها، حيث كانت بعض الأحكام القضائية تشترط أن يتم إتفاق الطرفين على إستبعاد سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي صراحة، بينما إكتفى البعض الآخر من الأحكام القضائية بالموافقة الضمنية التي يمكن إستخلاصها من شروط وظروف التعاقد<sup>(1)</sup>.

بقي الخلاف على هذا النحو إلى غاية التعديل الذي جاء به القانون الصادر في 9 جوي 1975، حيث قام بتقرير سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي. فقد قرر هذا التعديل بطلان كل شرط أو إتفاق بين الطرفين من شأنه إستبعاد سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي، حيث يعتبر في هذه الحالة غير مكتوب، وذلك لمخالفته للنظام العام<sup>(2)</sup>.

بهذا يكون المشرع الفرنسي، قد أضفى الصفة الأمرة لسلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي، والتي يترتب عليها أمران:

- أنه لا يجوز للمتعاقدين إدراج شرط في العقد يقضي بعدم قابلية الإلتزام المقترن بالشرط الجزائي للتنفيذ الجزئي، لأن مثل هذا الإتفاق يسلبُ القاضي سلطته في تخفيض الشرط في هذه الحالة<sup>(3)</sup>.

- عدم إمكانية الإتفاق على تقييد القاضي، فلا يجوز للمتعاقدين الإشتراط في العقد نسبة معينة يلتزم بها القاضي عند قيامه بعملية التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي، فالقاضي هنا لا يكون ملزم بمثل هذا الإتفاق، لأنه يقوم بتخفيض قيمة الشرط الجزائي بنسبة الفائدة التي حققها الدائن من هذا التنفيذ الجزئي<sup>(4)</sup>.

كنتيجة لإعتبار سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه من النظام العام، يعتبر كل إتفاق من شأنه سلب القاضي هذه السلطة باطلا. فإذا قام المتعاقدان بالإتفاق صراحة

---

(1) ترتب على هذا التردد والإختلاف في الأحكام القضائية تدخل محكمة النقض الفرنسية، التي قامت بتحديد موقفها في حكمها الصادر في 1972/7/10، وكان ذلك حول عقد إيجار معدات، إلتزم بمقتضاه المستأجر، بدفع مبلغ يعادل أربعة أخماس الأقساط المتبقية، في حالة عدم سداد أحد الأقساط المتفق عليها، وذلك كتعويض عن فسخ العقد، وبالإضافة إلى ذلك كله إلتزم بإعادة المواد محل العقد إلى المؤجر. وكانت محكمة الإستئناف قد رأت إمكان تخفيض الشرط الجزائي ما دام الأطراف لم يستبعدوا صراحة سلطة القاضي في التخفيض. إلا أن هذا الحكم نقض من محكمة النقض، على أساس أن المادة 1231 م.ف، تستبعد في كل حالة يواجه فيها طرفا العقد صراحة أو ضمنا، نتائج التنفيذ الجزئي. وبذلك تكون محكمة النقض قد أخذت بالإرادة الصريحة والضمنية للأطراف. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 617-618، ف 353.

(2) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 618، ف 354.

(3) لا يصبح جائزا سوى عدم القابلية للتنفيذ الجزئي التي ترجع إلى طبيعة الإلتزام، أو التي ترجع إلى نص في القانون.

(4) أنظر: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 212، ف 163.

في العقد على وجوب تنفيذ الشرط الجزائي ولو تبين فيما بعد أن تقديرهما له كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، وقع هذا الإتفاق باطلا لمخالفته النظام العام ونص القانون، ويجوز للقاضي على الرغم من ذلك التدخل وتخفيض الشرط الجزائي بالقدر الذي يرفع عنه صفة المغالاة<sup>(1)</sup>.

هذا الحكم ليس مقصورا على القانون الفرنسي، فقد قضى القانون المصري في المادة 3/224 منه، على عدم جواز الإتفاق على إستحقاق الشرط الجزائي كاملا في الحالة التي يكون فيها التقدير مبالغ فيه، أو حتى ولو قام المدين بالتنفيذ الجزئي. حيث جعل هذا النص الأثر المترتب على التنفيذ الجزئي للإلتزام من قواعد النظام العام، التي لا يجوز الإتفاق على إستبعادها<sup>(2)</sup>.

كما يعتبر الشرط الجزائي باطل لمخالفته النظام العام إذا كان الهدف منه إعفاء أحد طرفي الإتفاق من مسؤوليته أو التقييد من مداها، وذلك طبعاً في الحالات التي لا يجيز فيها القانون ذلك، فيكون مثل هذا الإتفاق باطلا لمخالفته نصوص القانون الآمرة التي تمنع مثل هذه الإتفاقات<sup>(3)</sup>.

نفس الإتجاه قضت به المادة 3/184 من القانون المدني الجزائري<sup>(4)</sup>، التي جاءت صريحة في الحكم ببطلان كل إتفاق بين المتعاقدين يقصد به منع القاضي من تخفيض الشرط الجزائي في الحالة التي يكون فيها الجزاء المتفق عليه مبالغا فيه ومفرطاً، أو في حالة قيام المدين بالتنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي. فهذه السلطة الممنوحة للقاضي لا يجوز الإتفاق على حرمانه منها بأي شكل من الأشكال، إذ تعتبر من النظام العام<sup>(5)</sup>، والقانون هنا يحمي المدين ويعتبر أن رضاه بمثل هذا الإتفاق أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول<sup>(6)</sup>.

### ثانياً: تعلق سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي بالنظام العام

(1) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 650، ف 374؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، ص 876، ف 496؛ ياسين محمد الجبوري، الوجيز، ص 255، ف 285؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أحكام الإلتزام والإثبات، ص 56؛ عدنان طه الدوري، المرجع السابق، ص 71.

(2) نفس الحكم أخذ به القانون الأردني في المادة 3/264 م؛ والقانون الكويتي في المادة 303 م؛ والقانون العراقي في المادة 364 م؛ والقانون الليبي في المادة 227 م.

(3) تطبيقاً لذلك أبطل القضاء الفرنسي، الشرط الجزائي الذي يهدف إلى منع تطبيق النصوص القانونية التي تحظر شروط الإعفاء من مسؤولية الناقل، أو تقييدها بأقل من الحد الأدنى لهذه المسؤولية. أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 499-500، ف 295.

(4) جاء نص المادة 3/184 م، كالتالي: " يكون باطلا كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

(5) أنظر: بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، ص 232؛ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام، ص 89.

(6) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، ص 876، ف 496.

غني عن البيان أنه لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على عدم قابلية الشرط الجزائي للزيادة حتى في حالة ثبوت غش المدين أو خطئه الجسيم، لأن مثل هذا الاتفاق يعد باطلا ولا يعمل به لمخالفته النظام العام، ولا يحتاج هذا الحكم إلى نص خاص فيكفي هنا تطبيق القواعد العامة<sup>(1)</sup>.

لا يجوز للمدين بمقتضى الشرط الجزائي أن يرفع مقدما عن عاتقه المسؤولية المترتبة على الغش الذي يرتكبه في تنفيذ التزامه، فمثل هذا الشرط يقع باطلا وتبقى مسؤولية المدين هنا كاملة ويلتزم رغم وجود هذا الشرط بتعويض الدائن تعويضا كاملا. يتأسس بطلان هذا الشرط في العقد إلى فكرة النظام العام، لأن صحة هذا الشرط تجعل المدين يخالف عملا ومبدأ أساسيا في قانون الجماعة يجعل العقد شريعة عاقيه، ويزعزع الثقة في المعاملات ويبث الفوضى في الروابط بين الناس<sup>(2)</sup>.

---

(1) أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 658، ف 379؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 2، ص 878، ف 498، هـ 2.

(2) لا يجوز للمدين إشتراط الإعفاء أو التخفيف من مسؤوليته في التعويض في حالتي ارتكابه غش أو خطأ الجسيم، لأن هذا الإشتراط لو وضع لكان مشجعا على ارتكاب الغش ودون خشية من الجزاء وهذا مخالف للنظام العام. أنظر: ناصر متعب بنية الخرينج، المرجع السابق، ص 34؛ حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص 165.

خاتمة

## الخاتمة

بعد دراسة موضوع التعويض في نطاق المسؤولية المدنية، يقتضي الأمر الإشارة إلى أهم النتائج المتوصل إليها وأهم الإقتراحات التي يمكن طرحها حوله وذلك على النحو التالي:

### أولاً: أهم نتائج الدراسة

هناك مجموعة من النتائج تم إستنتاجها من خلال دراسة هذا الموضوع منها ما يتعلق بالفصل الأول الخاص بالتقدير القضائي للتعويض، ومنها ما يتعلق بالفصل الثاني الخاص بالشرط الجزائي كتقدير إتفاقي سابق عن وقوع الضرر من قبل أطراف العقد أنفسهم، وهذه النتائج هي كالاتي:

1. يهدف التعويض بإعتباره أثر وجزاء المسؤولية المدنية إلى غاية محدودة وهي جبر الضرر الذي أصاب المضرور وليس معاقبة محدثه. فلا ينشأ الحق في التعويض ولا يستحق المضرور هذا الأخير إلا إذا تحقق الضرر، الذي يعتبر العنصر الأساسي المؤثر فيه والذي على أساسه يتم تقديره.

2. يتم التعويض في الأصل عينياً، إلا إذا تعذر التعويض العيني فيتم إصلاح وجبر الضرر عن طريق التعويض بمقابل سواء كان هذا الأخير نقدي أو غير نقدي، وللقاضي سلطة مطلقة في إختيار طريقة التعويض.

3. التعويض النقدي وإن لم يكن هو الطريقة الأكثر ملائمة لجبر الضرر إلا أنه الأكثر شيوعاً بسبب تعذر في العديد من الظروف الحكم بالتعويض العيني والتعويض غير النقدي. أما تقدير صور التعويض فإنها تدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية.

4. يشمل التعويض الضرر المادي والضرر المعنوي، ويجب أن يكون التعويض جابر بقدر الإمكان لكل الضرر الذي أصاب المضرور، فيشمل ما لحق المضرور من خسارة وما ضاع عليه من كسب.

6. يلزم المسؤول بالتعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر. ويقتصر التعويض في المسائل التعاقدية على الضرر المتوقع عادة وقت التعاقد، مالم يرجع الضرر إلى غش المدين أو خطئه الجسيم فيسأل عندئذ عن جميع الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، بينما يشمل الضرر المباشر كله في المسؤولية التقصيرية سواء كان متوقفاً أو غير متوقع.

7. التعويض يقدر بقدر الضرر وبما أن هذا الأخير يقدر واقعياً، فالتعويض يتأثر بالظروف المضروور على غرار المسؤول. وعليه يؤثر خطأ المضروور في تقدير التعويض، فلا يحصل هذا الأخير على تعويض كامل إلا إذا إنعدم دوره في إحداث الضرر الذي أصابه.
8. يتم تقدير التعويض وفقاً لقدر وقيمة الضرر وقت الحكم به، وهذا ما يستوجب على القاضي الإعتداد بكل تغيير يطرأ على الضرر سواء في قدره أو قيمته قبل أو بعد صدور الحكم بالتعويض.
9. سلطة قاضي الموضوع بالنسبة لتحديد الضرر الذي لحق المضروور مقيدة بالعديد من القيود يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا، أما بالنسبة لتحديد قيمة التعويض فيملك القاضي سلطة أكثر إتساعاً.
10. لا يوجد معيار يتقيد به القاضي عند قيامه بتقدير التعويض عن الضرر المعنوي، فله سلطة واسعة في التقدير.
11. الشرط الجزائي هو مجرد تقدير إتفاقي مسبق للتعويضات المستحقة في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لإلتزامه، نظراً لذلك يجب أن تتوافر عدة شروط لإستحقاقه.
12. تتحقق الخاصية التعويضية للشرط الجزائي في الحالات التي يتم فيها تقديره بمبلغ يساوي الأضرار المتوقع حدوثها. أما الخاصية الجزائية فتتحقق إذا كان مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط يزيد عن الضرر، وتكون هذه الزيادة معقولة غير مبالغ فيها بدرجة كبيرة.
13. يفترض بإدراج شرط جزائي في العقد وقوع ضرر للدائن بمجرد إخلال المدين بتنفيذ التزمه، وعلى من يدعي خلاف ذلك إقامة الدليل.
14. حصانة الشرط الجزائي وعدم جواز تعديله ليست إلا أصل عام ترد عليه بعض الإستثناءات، فهناك حالات محددة يجوز للقاضي التدخل فيها لتعديل الشرط الجزائي سواء بالتخفيض أو بالزيادة.
15. للقاضي تخفيض الشرط الجزائي عن القدر المتفق عليه إذا كان هذا التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، كما له تخفيضه إذا قام المدين بالتنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي.
16. لا يرخص للقاضي زيادة الشرط الجزائي إلا في الحالة التي يقل فيها مبلغ التعويض عن قيمة الأضرار التي لحقت بالدائن، وكانت هذه الأضرار راجعة إلى غش المدين أو خطئه الجسيم.

17. يقع باطلا كل إتفاق يقضي بعدم تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي أو في حالة وجود مبالغة فيه. كما يقع باطل كل إتفاق يقضي بعدم زيادة الشرط الجزائي في حالة ثبوت غش أو خطأ جسيم من المدين، وكان المبلغ المحدد في الشرط الجزائي أقل من قيمة الضرر الواقع، ويتحفظ القاضي بالرغم من ذلك بسلطته في التعديل.

## ثانيا: الإقتراحات

توجد وجهة نظر معينة حول الموضوع، وردت ضمن هذه الدراسة ويتم طرحها في خاتمتها في شكل مقترحات يرجى من خلالها إفادة كل من له إهتمام بموضوع التعويض وتقديره في المسؤولية المدنية بصفة عامة والمشرع بصفة خاصة. وهذه الإقتراحات تعتبر حلول أمكن التوصل إليها من خلال دراسة بعض القوانين المقارنة في هذا المجال، تتمثل هذه الإقتراحات فيما يلي:

1. لم يجز المشرع الجزائري للقاضي الحكم بالتعويض العيني إذا لم يتقدم المضرور بطلب، وهذا ما يتضح من خلال المادة 2/132 مدني، حيث قيد المشرع سلطة القاضي بوجوب تقديم طلب من المضرور لإمكان الحكم بالتعويض العيني. لكن بما أن القاضي هو الأقدر على تحديد طريقة التعويض المناسبة لجبر الضرر والتي تكون أصلح من غيرها بمقتضى سلطته التقديرية حسب كل قضية من القضايا المطروحة، ندعو المشرع إعطاء القاضي سلطة مطلقة في إختيار طريقة التعويض وعدم تقييدها بوجوب تقديم طلب من المضرور، وذلك بتعديل المادة 2/132 مدني لتصبح كالتالي: " ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه...".

2. يتضح من خلال قراءة نص المادة 182 مكرر مدني، أن المشرع الجزائري قام بحصر التعويض المعنوي في مجال المساس بحرية الأشخاص وشرفهم، وكان من الأحسن لو أشار هذا النص إلى صور أخرى يتجسد فيها الضرر المعنوي بشكل يوضح ماهية هذا الضرر وجوانبه المختلفة، كما كان من الأحسن لو بين المشرع معنى هذا الضرر. نظرا لذلك ندعو المشرع إلى بيان المعنى المجرد لهذا الضرر بشكل دقيق وذكر على سبيل المثال بعض صورته، كأن يأتي النص على الشكل التالي: " هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في مصلحة مالية، كأن يمس حرите أو شرفه أو سمعته أو عاطفته...".

3. إمعانا في نص المادة 177 مدني، يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للقاضي إنقاص التعويض في حالة الخطأ المشترك ولم يلزمه بذلك، وهذا ما يفهم من نصها الذي جاءت عبارتها كالتالي: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض...".

إلا أنه ومن باب مقتضيات عدالة التعويض، ندعو المشرع الجزائري إلزام القاضي بإنقاص مبلغ التعويض إذا كان المضرور قد ساهم مع المسؤول في إحداث الضرر، وعدم ترك هذه المسألة جوازية للقاضي خاضعة لكامل سلطته التقديرية، فمن العدل تحميل المضرور جزءا من الضرر الذي تسبب في إحداثه. كأن يأتي نص المادة 177 مدني، على النحو التالي: "يجب على القاضي إنقاص مقدار التعويض أو عدم الحكم به، إذا كان الدائن بخطئه قد إشتراك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

4. جاءت صياغة المادة 131 مدني، التي تنظم تقدير القاضي للتعويض عامة ومرنة فيما يتعلق بسلطة القاضي في الإحتفاظ للمضرور بالحق في إعادة النظر في التقدير، وذلك يشمل التعويض في جميع صورته سواء كان في صورة مبلغ إجمالي يدفع مرة واحدة أو مقسما أو كان في صورة إيراد مرتب. لكن رغم إطلاق عبارات نص هذه المادة وعدم تقييدها لسلطة القاضي يستنتج أن هذه السلطة لا تكون مطلقة إلا في حالة تغير قدر الضرر فهذا النص لم يواجه حالة تغير قيمة الضرر، وبالتالي لا يمكن إسناد سلطة القاضي في إعادة تقدير التعويض إذا تغيرت قيمة الضرر إلى نص المادة سابقة الذكر.

وعليه يكون المشرع الجزائري ورغم إجازته ومنحه للقاضي سلطة تقدير التعويض النقدي في صورة إيراد مرتب، إلا أنه أغفل الإشارة في نص المادة 131 مدني إلى وجوب ربط المرتب بإرتفاع أسعار المعيشة، ولم يصرح بحق المضرور في طلب إعادة تقدير التعويض، وهو أمر في غاية الأهمية حيث يمليه مبدأ وجوب جبر الضرر كاملا. لهذا ندعو المشرع الجزائري إلى تدارك هذا النقص بتعديل المادة سابقة الذكر وإجازة ربط المرتب بأسعار المعيشة.

5. جعل المشرع في المادة 179 مدني، التعويض غير مستحق إذا لم يتم إعدار المدين، وأجاز في نفس المادة عدم الإعدار في الحالات التي ينص فيها القانون على ذلك وهي بطبيعة الحال الحالات التي جاءت بها المادة 181 مدني، أو الحالات التي جاءت متفرقة في القانون المدني. ثم رجع المشرع في المادة 180 مدني، وأجاز إستحقاق التعويض بدون إعدار إذا وجد

إتفاق فيكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل، حيث جعل المشرع هذا الإتفاق يقوم مقام الإعذار.

إلا أنه كان من الأحسن لو نص المشرع في المادة 179 مدني، على الحالة التي يجوز فيها الإعفاء من الإعذار بناء على إتفاق، حيث يجمع الإستثناء الراجع إلى الإتفاق والإستثناء الراجع إلى نص القانون في مادة واحدة هي المادة 179 مدني، تكون صياغتها على النحو التالي: " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم يوجد نص أو إتفاق يقضي بخلاف ذلك". ويضيف فقرة خامسة للمادة 181 مدني، تكون صياغتها كالتالي: " إذا تم الإتفاق أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر".

لأن المادة 180 مدني، تتحدث عن كيفية الإعذار ولا يكون إتفاق المتعاقدين على إعتبار المدين معذرا بمجرد حلول الأجل كيفية من كيفية الإعذار، فهذا الإتفاق بحد ذاته هو إعفاء من الإعذار هذا من جهة ومن جهة أخرى بقراءة للمادة 179 مدني، يفهم وكأن الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار تنحصر في الحالات التي أقرها القانون.

كما ندعو المشرع الجزائري إلى إشتراط الكتابة في إتفاق الطرفين وذلك لأهمية هذا الإتفاق وخطورة آثاره، مادام قد إشتراط الكتابة في تصريح المدين بعدم التنفيذ. كأن تأتي المادة 5/181 مدني كالتالي: " إذا تم الإتفاق كتابة أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل...".

6. رغم إجماع الفقه على عدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني للإلتزام وبين الشرط الجزائي لأنه بمثابة تعويض، إلا أنه لا يوجد نص في القانون المدني الجزائري نص على هذه القاعدة، رغم وجود نصوص في القوانين الأجنبية والعربية تنص صراحة على هذا المبدأ. لذلك ندعو المشرع الجزائري إلى تدارك ذلك وذلك بالنص على عدم جواز الجمع بين الأصل والجزاء.

المراجع

## أولاً: المراجع بالعربية

### 1. المراجع العامة:

- 01- أحمد خليل حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2010.
- 02- أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 1981.
- 03- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام والإثبات في الفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004.
- 04- العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية، منشورات الألفية الثالثة، الجزائر، سنة 2010.
- 05- أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2004.
- 06- بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادية، الجزائر، سنة 2009.
- 07- بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، سنة 2013.
- 08- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008.
- 09- جنفييف فيني، المطول في القانون المدني، مدخل إلى المسؤولية، المؤسسة الجامعية مجد للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، سنة 2011.
- 10- حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية، مطبعة حداد، البصرة، العراق، بدون سنة الطبع.
- 11- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2010.

- 12- دريال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الإلتزام، في القانون المدني الجزائري، دار العلوم، الجزائر، سنة 2004.
- 13- دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار العلوم، الجزائر، سنة 2004.
- 14- رشيد واضح، علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، دار هومه، الجزائر، سنة 2003.
- 15- زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومه، الجزائر، سنة 2009.
- 16- سعد مبارك، أحكام قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980، كلية الحقوق، جامعة بغداد، بغداد، سنة 1989.
- 17- سعد واصف، قانون التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات، دراسة مقارنة، المطبعة العالية، القاهرة، سنة 1962-1963.
- 18- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، في الإلتزامات، المجلد الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الأحكام العامة، الطبعة الخامسة، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، سنة 1988.
- 19- سليمان مرقس، موجز أصول الإلتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، سنة 1961.
- 20- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، الطبعة الثانية، المطبوعات الجامعية، سنة 1981.
- 21- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام، المجلد الثاني، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2009.
- 22- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الإثبات- آثار الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2009.
- 23- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الأوصاف- الحوالة- الإنقضاء، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2009.

- 24- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي للحقوق، لبنان، سنة 2009
- 25- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة والقرض الدخل والدائم والصلح، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2009.
- 26- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، عقود الغرر، المجلد الثاني، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2009.
- 27- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الخامس، أثر العقد بالنسبة للأشخاص، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 1998.
- 28- عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة، الأردن، سنة 2007.
- 29- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، سنة 1980.
- 30- عدنان طه الدوري، أحكام الإلتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، سنة 1995.
- 31- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة السابعة، شركة جلال للطباعة، الإسكندرية، سنة 2002.
- 32- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، سنة 2010.
- 33- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2009.
- 34- فايز السيد اللساوي، أشرف فايز اللساوي، العقود، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، بدون بلد النشر، سنة 2009.

- 35- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007.
- 36- محمد حسام الدين، القانون المدني، العقود المسماة، البيع- التأمين- الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2007.
- 37- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2012.
- 38- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، الطبعة العاشرة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2010.
- 39- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الواقعة القانونية، الجزء الثاني، العمل غير المشروع- شبه العقود- والقانون، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2004.
- 40- محمود الكيلاني، موسوعة القضاء المدني، المجلد الرابع، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2010.
- 41- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، في إزدواد أو وحدة المسؤولية المدنية، ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، سنة 1978.
- 42- مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2006.
- 43- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2007.
- 44- مصطفى العوجي، القانون المدني، الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2006.
- 45- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2010.

- 46- نبيل صقر، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة- التنفيذ- التحكيم، دار هومه، الجزائر، سنة 2008.
- 47- هدى العبد الله، دروس في القانون المدني، الجزء الأول، النظرية العامة للموجبات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2008.
- 48- وسيم حسام الدين الأحمد، مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2008.
- 49- ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، أثار الحقوق الشخصية، المجلد الأول، وسائل تنفيذ الحقوق الشخصية، الكتاب الأول، التنفيذ الإختياري للحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2006.
- 50- يحي أحمد موافى، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1992.

## 2. المراجع المتخصصة:

- 01- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، سنة 1995.
- 02- إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، سنة 2007.
- 03- إبراهيم سيد أحمد، الوسيط في قضايا التعويضات، ومسؤولية شركات التأمين في حوادث السيارات علما وعملا، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2003.
- 04- إبراهيم علي حمادي الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2007.
- 05- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله، في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1999-2000.

- 06- أسامة أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2003.
- 07- أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007.
- 08- السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية، عقدية-تقديرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2005.
- 09- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الرابع، تنفيذ العقد، المجلد الثاني، التنفيذ البدلي، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، بدون دار النشر، لبنان، سنة 2004.
- 10- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007.
- 11- حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والقانون المقارن، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، سنة 2008.
- 12- حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2011.
- 13- حسن خنتوش الحساوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، سنة 1999.
- 14- حسن عبد الرحمن قدوس، الحق في التعويض، مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1998.
- 15- حسنى محمد جاد الرب، التعويض الإتفاقي، عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2013.
- 16- رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالأضرار وأثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2005.
- 17- زكى زكى حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2004.

- 18- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص المدني في المسؤولية والتعويض، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2003.
- 19- سمير عبد السميع الأودن، الحق في التعويض بين تأمين حوادث السيارات والتأمين الإجتماعي والمسؤولية المدنية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، سنة 1999.
- 20- شريف أحمد الطباخ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الجزء الثاني، التطبيق العملي لدعاوى التعويض، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، سنة 2009.
- 21- شريف الطباخ، التعويض في حوادث السيارات في ضوء الفقه والقضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، بدون سنة الطبع.
- 22- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2004.
- 23- طلبة وهبة خطاب، نحو دور جديد لخطأ المضرور في نطاق مسؤولية حارس الأشياء غير الحية، بدون الناشر، بدون بلد النشر، س 1986، ص 89.
- 24- طه عبد المولى إبراهيم، مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، سنة 2000.
- 25- عبد الحكيم فوده، التعويض المدني، المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1998.
- 26- عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997.
- 27- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، القانون المدني وأحكام الإلتزام، الجزء الثاني، آثار الإلتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، سنة 1980.
- 28- عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، سنة 1998.
- 29- علي فيلالي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، سنة 2012.

- 30- محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية ودور تأمين المسؤولية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، سنة 1993.
- 31- محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعرف، الإسكندرية، سنة 1995.
- 32- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2006.
- 33- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2011.
- 34- محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2002.
- 35- محمد مرعي صعب، البند الجزائي، دراسة مقارنة، الطبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2006.
- 36- محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع بإعتباره مصدر الإلتزام، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1985.
- 37- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، في الإتفاقات المتعلقة بالمسؤولية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، سنة 1990.
- 38- محمود عبد الرحيم الديب، التعويض العيني لجبر ضرر المضرور، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2013.
- 39- مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1992.
- 40- منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 2004.
- 41- منير قرمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2002.

**42-** نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2008.

**43-** ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، آثار الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، سنة 2003.

### 3. الرسائل والمذكرات الجامعية:

#### أ/ رسائل الدكتوراه:

**01-** بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2012-2013.

**02-** حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2011-2012.

**03-** حسونة عبد الغني، الحماية القانونية للبيئة في إطار التنمية المستدامة، مذكرة دكتوراه، قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، سنة 2012-2013.

**04-** صفية بشاتن، الحماية القانونية للحياة الخاصة، رسالة دكتوراه في العلوم، قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012.

**05-** كيجل كمال، الإتجاه الموضوعي في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ودور التأمين، رسالة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2006-2007.

**06-** محمد بن عبد العزيز بن سعيد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، فقه أصول، كلية التربية، جامعة الملك سعود، اليمن، سنة 1435-1436هـ.

**07-** محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة 2011-2012.

**08-** مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2009-2010.

**09-** معلم يوسف، المسؤولية الدولية بدون ضرر - حالة الضرر البيئي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه، قانون عام - فرع قانون دولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، بدون سنة.

#### ب/ رسائل الماجستير:

**01-** أسيد صلاح عودة سمحان، عقد الصلح في المعاملات المالية في الفقہ الإسلامي، رسالة ماجستير، الفقہ والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2006.

**02-** المر سهام، التزام المنتج بالسلامة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2008-2009.

**03-** باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2009.

**04-** بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2007-2008.

**05-** بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة ماجستير، قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2011-2012.

- 06- براحلية زوبير، التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة 2008.
- 07- براهيم زينة، مسؤولية الصيدلي، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012.
- 08- بسام سعد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائري والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة 2011.
- 09- بطوش كهينة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012.
- 10- بن زينة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، دراسة لنماذج تطبيقية، مذكرة ماجستير، علوم إسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار، الجزائر، سنة 2005-2006.
- 11- بوترفاس حفيظة، التعاقد بالعربون، مذكرة ماجستير، القانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بويكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2008-2009.
- 12- بوخرس بالعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2011.
- 13- بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2011.
- 14- جابر محمد ظاهر مشاقية، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل بيت، الأردن، بدون سنة.

15- حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدى وتطويع العقد، مذكرة ماجستير، قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2012-2013.

16- حمداوي نورة، الطبيعة القانونية للتعهد عن الغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، سنة 2001-2002.

17- خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2001-2002.

18- خرشف عبد الحفيظ، حق دوي الحقوق في التعويض، رسالة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، بدون سنة.

19- خليفة كرفة محمد، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، بن عكنون، الجزائر، سنة 2010-2011.

20- داودي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، جامعة الجزائر، سنة 2010-2011.

21- ربيع ناجح راجح أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعيه في مشروع القانون المدني الفلسطيني، رسالة ماجستير، قانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2008.

22- رياض محمود أحمد عليان، التعويض القضائي عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، قانون، كلية الحقوق، جامعة جرش، الأردن، سنة 2011.

23- سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أما القاضي المدني، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2011.

- 24- سناء سعيد محمد طه، الوفاء بمقابل، رسالة ماجستير، القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2011.
- 25- شعباني نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير، مسؤولية مهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012.
- 26- صاحب ليدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، رسالة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2011.
- 27- طارق محمد مطلق أبو الليل، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2007.
- 28- عامر محمد الجندي، المسؤولية المدنية عن أضرار المنتجات الصناعية المعيبة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، سنة 2010.
- 29- عبد الله ولداند كجلي، التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 2000-2001.
- 30- عليان عدة، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة الماجستير، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2008-2009.
- 31- عيساوي زاهية، المسؤولية المدنية للصيدلي، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012.
- 32- عيسى مصطفى فلح حمادين، المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري، رسالة ماجستير، قسم القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، سنة 2005.

**33-** غادة عبد السلام متعب حراشة، المسؤولية المدنية للمنتج عن الأضرار الناتجة عن منتجاته في القانون الأردني، رسالة ماجستير، قانون، كلية الحقوق، جامعة جرش، الأردن، سنة 2011.

**34-** فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012.

**35-** قالية فيروز، الحماية القانونية للعامل من الأخطار المهنية، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012.

**36-** كباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2011.

**37-** كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2010-2011.

**38-** مالك صالح عواد الحجايا، مدى كفاية قواعد المسؤولية المدنية في حماية البيئة، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة جرش الخاصة، الأردن، سنة 2010.

**39-** مامش نادية، مسؤولية المنتج، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، رسالة ماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012.

**40-** محمود أديب فتاح خليل، المسؤولية الدولية عن الأضرار الناشئة عن المشاريع المقامة على المجاري المائية الدولية المشتركة مع العراق في أحكام القانون الدولي، رسالة ماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة آل البيت، العراق، سنة 2011-2012.

**41-** مدودي زيدي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، بدون سنة.

**42-** مندي آسيا ياسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير في الحقوق، عقود ومسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2008-2009.

**43-** ناصر متعب بنية الخرينج، الإتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة مع القانون الأردني، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الكويت، سنة 2010.

**44-** نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1983. ص.206

**45-** نصير صبار لفته، التعويض العيني، رسالة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، سنة 2001.

**46-** نور الدين قطيش محمد السكارنه، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة 2012.

**47-** وعلي جمال، المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار التلوث الصناعي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2002.

#### 4. المقالات:

**01-** إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق، مجلة فصلية تعنى بالدراسات القانونية والشرعية، السنة الحادية عشرة، العدد الثاني، يونيو 1987.

**02-** أصالة كيوان كيوان، تعويض الضرر المتغير، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد السابع والعشرين، العدد الثالث، سنة 2011.

**03-** المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق - جامعة بيروت العربية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2004.

- 04-** إياد محمد جاد الحق، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد العشرون، العدد الأول، يناير 2012.
- 05-** تعريب سليم فارس صنيح، مسؤولية التعويض عن الأضرار الجسمانية، مجلة القانون، تصدرها وزارة العدل، الأعداد من ستة إلى عشرة، السنة الرابعة والثلاثون، سنة 1984.
- 06-** جبرائيل غزال، سلطة القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي، مجلة المحاماة، مجلة قضائية شهرية تصدرها نقابة المحامين، السنة السادسة والأربعون، العدد الثالث والرابع، نوفمبر - ديسمبر 1965.
- 07-** جليل حسن الساعدي، ملاحظات في نصوص المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع عشر، يونيو 2002.
- 08-** حسام الدين كامل الأهواني، الاتجاهات الحديثة للقضاء الكويتي في مجال تعويض الأضرار الناشئة عن العمل غير المشروع، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الأول، يناير 1978.
- 09-** دمانة محمد، شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون، دفاثر السياسة والقانون، مجلة دورية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، عدد الخامس، جوان 2011.
- 10-** سامي عبد الله الدريعي، بعض المشكلات التي يثيرها التقدير القضائي للتعويض، مجلة الحقوق، مجلة فصلية، يصدرها مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السادسة والعشرون، ديسمبر 2002.
- 11-** سي يوسف زاهية حورية، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، مقال مقدم للمشاركة في الملتقى الوطني حول سلطة القاضي في تعديل العقد، كلية الحقوق، جامعة أدرار، الجزائر، أبريل 2014، غير منشور.
- 12-** عبد الجليل بدوي، التعويض المؤقت والتعويض التكميلي وحجية الشيء المقضي فيه، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الخامسة، العدد الثالث والرابع، سبتمبر 1961.

- عبد الحليم نجاشي الزهيري، حدود المسؤولية المدنية عن الخطأ في وصف الدواء وتفاعلاته الضارة، مجلة جامعة عمان للعلوم والتكنولوجيا، المجلد الرابع عشر، العدد الثالث، كانون الأول 2009.

**13-** عبد الله محمد علي الزبيدي، الإشكالات القانونية التي تثيرها المسؤولية العقدية للطبيب في جراحة التجميل، المجلة الأردنية في القانون العام والعلوم السياسية، المجلد الثاني، العدد الرابع، تشرين الأول 2011.

**14-** عبد الوهاب الأزرق، تعليقات على أحكام المحاكم الفرنسية في المسؤولية المدنية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الخامسة، العدد الثاني، أبريل- يوليو 1961.

**15-** عدنان إبراهيم السرحان، الضرر وتعويضه وفق أحكام الفعل الضار، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد الثاني، سنة 1998.

**16-** فؤاد وصفى أبو الذهب، تعليقات على الأحكام الأجنبية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الأولى، العدد الثالث، يوليو- سبتمبر 1957.

**17-** فؤاد وصفى أبو الذهب، تعليقات على الأحكام الأجنبية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الرابعة، العدد الرابع، أكتوبر- ديسمبر 1960. ص. 25.

**18-** فواز صالح، النظام القانوني للغرامة التهديدية، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم والإقتصاد والقانون، المجلد الثامن والعشرين، العدد الثاني، سوريا، سنة 2012.

**19-** فيصل ذكي عبد الواحد، حدود التزام المتبوع بتعويض الغير المتضرر من خطأ التابع، بين نصوص القانون الكويتي وقواعد العدالة، مجلة المحامي، مجلة محكمة شهرية، تصدرها جمعية المحامين الكويتية، السنة السابعة عشرة، أعداد: أكتوبر- نوفمبر- ديسمبر، سنة 1993.

**20-** قدة حبيبة، مهداوي عبد القادر، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، مقارنة مع التعويض القضائي، مداخلة مقدمة للملتقى الوطني حول سلطة القاضي في تعديل العقد، كلية الحقوق، جامعة أدرار، أبريل 2014، غير منشور.

**21-** محمد سلامة الشلش، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، فلسطين، العدد التاسع، شباط 2007.

22- محمد صبري الجندي، في ضمان الضرر الجسدي الناتج عن الفعل الضار، مجلة الحقوق، مجلة فصلية، يصدرها مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة السادسة والعشرون، مارس 2002.

23- محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة في دور التعويض في المسؤولية العقدية، مصر المعاصرة، السنة المائة، العدد أربع مئة وتسعة وأربعون، أبريل 2009.

24- محمد عبد الغفور العماوي، مدى مساهمة المضرور في إحداث الضرر وأثره على تقدير التعويض، مجلة علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد الأربعون، العدد الثاني، س 2013.

25- مصطفى الجمال، تقييم مواقف الفقه والقضاء من أحكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة الرابعة، العدد الأول، يناير 1992.

26- مهدي عزمي مسعود أبو مغلي، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد التاسع والثلاثون، يوليو 2009.

27- ناجي عبد المؤمن، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة طويلة المدة، مقال منشور في مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة الثامنة، العدد الأول، سنة 2000.

28- نواف حازم خالد، السيد علي عبيد، المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثاني عشر، العدد الأربعة والأربعون، سنة 2010.

29- يوسف عبد الله الشريفين، ضمان المثليات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول، يناير 2013.

5. المحاضرات:

- 01-** بموسات عبد الوهاب، محاضرات في القانون التجاري، مقدمة لطلبة الماجستير، سنة أولى، كلية الحقوق، جامعة أدرار، س 2012-2013، غير منشورة.
- 02-** عبد القادر عدو، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مقدمة لطلبة الماجستير، سنة أولى، كلية الحقوق، جامعة أدرار، سنة 2012-2013، غير منشورة.
- 03-** مغني دليلة، محاضرات في قانون العمل، مقدمة لطلبة ماجستير، سنة أولى، كلية الحقوق، جامعة أدرار، س 2012-2013، غير منشورة.

#### **6- القرارات القضائية:**

- 01-** قرار رقم 14/00163، صادر عن مجلس قضاء أدرار، الغرفة المدنية، بتاريخ 2014/12/14، غير منشور.
- 02-** قرار رقم القضية 13/00318، صادر عن مجلس قضاء أدرار، الغرفة المدنية، بتاريخ 2014/3/9، غير منشور.
- 03-** قرار رقم 620974، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2011/2/17، مأخوذ من جمال سايس، الإجتهد الجزائري في القضاء المدني، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، سنة 2013.
- 04-** قرار رقم 374825، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2010/07/17، مأخوذ من جمال سايس، الجزء الرابع.
- 05-** قرار رقم 09/00135، صادر عن مجلس قضاء أدرار، الغرفة المدنية، بتاريخ 2010/1/10، غير منشور.
- 06-** قرار رقم 505072، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2009/12/17، مأخوذ من جمال سايس، الجزء الرابع.
- 07-** قرار رقم 426202، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2008/6/18، مأخوذ من جمال سايس، الجزء الرابع.
- 08-** قرار رقم 375346، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2007/6/20، مأخوذ من جمال سايس، الجزء الرابع.

- 09-** قرار رقم 323451، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2006/3/22، مأخوذ من جمال سايس، الجزء الرابع.
- 10-** قرار رقم 369030، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2005/12/21، مأخوذ من جمال سايس، الجزء الرابع.
- 11-** قرار رقم 310979، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 2005/11/23، مأخوذ من جمال سايس، الجزء الرابع.
- 12-** قرار رقم 34034، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1985/3/6، مأخوذ من جمال سايس، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، سنة 2013.
- 13-** قرار رقم 23615، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1983/3/2، مأخوذ من جمال سايس، الجزء الأول.
- 14-** قرار الرقم غير موجود، صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1971/12/01، مأخوذ من جمال سايس، الجزء الأول.

#### 7- المصادر:

#### أ/ القوانين والأوامر:

- 01-** القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 21، السنة الخامسة والأربعون، المؤرخة في 23 أبريل 2008).
- 02-** القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 44، السنة الثانية والأربعون، المؤرخة في 26 يونيو 2005). المعدل والتتم للأمر رقم 75-85، المتضمن القانون المدني.
- 03-** الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 13، السنة الثانية والثلاثون، المؤرخة في 8 مارس 1995). المعدل والمتمم بالقانون 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 15، السنة الثالثة والأربعون، المؤرخة في 12 مارس 2006).

**04-** القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 21، السنة الثامنة والعشرون، المؤرخة في 8 مايو 1991).

**05-** القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 14، السنة السابعة والعشرون، المؤرخة في 25 أبريل 1990). المعدل والمتمم بالأمر رقم 97-03 المؤرخ في 3 يناير 1997، المحدد للمدة القانونية للعمل، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 3، السنة الرابعة والثلاثون، المؤرخة في 12 يناير 1997).

**06-** القانون رقم 90-04 المؤرخ في 6 فبراير 1990، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 6، السنة السابعة والعشرون، المؤرخة في 7 فبراير 1990)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-28 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 68، السنة الثامنة والعشرون، المؤرخة في 25 ديسمبر 1991).

**07-** القانون رقم 90-02 المؤرخ في 6 فبراير 1990، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 6، السنة السابعة والعشرون، المؤرخة في 7 فبراير 1990). المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-27 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 68، السنة الثامنة والعشرون، المؤرخة في 25 ديسمبر 1991).

**08-** القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 24، السنة الواحدة والعشرون، المؤرخة في 12 يونيو 1984)، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 15، السنة الثانية والأربعون، المؤرخة في 25 فبراير 2005)، الموافق عليه بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 43، السنة الثانية والأربعون، المؤرخة في 22 يونيو 2005).

**09-** القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 يوليو 1983، المتضمن قانون المياه، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 30، السنة العشرون، المؤرخة في 19 يوليو 1983). ملغى بالقانون رقم 05-12 المؤرخ في 4 أوت 2005، ( المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 60، السنة الثانية والأربعون، المؤرخة في 4 سبتمبر 2005)

- 10- القانون رقم 83-15 المؤرخ في 2 يوليو 1983، المتعلق بالمنازعات في الضمان الاجتماعي، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 28، السنة العشرون، المؤرخة في 3 يوليو 1983). ملغى بالقانون رقم 08-08 المؤرخ في 23 فبراير 2008، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 11، السنة الخامسة والأربعون، المؤرخة في 2 مارس 2008).
- 11- القانون رقم 83-13 المؤرخ في 2 يوليو 1983، المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 28، السنة العشرون، المؤرخة في 3 يوليو 1983). المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-19 المؤرخ في 6 يوليو 1996، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 42، السنة الثالثة والثلاثون، المؤرخة في 7 يوليو 1996).
- 12- القانون رقم 78/12 المؤرخ في 5 أوت 1978، المتضمن القانون الأساسي للعامل، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 32، السنة الخامسة عشرة، المؤرخة في 8 أوت 1978). ملغى بالقانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل.
- 13- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 78، السنة الثانية عشر، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975). المعدل والمتمم بآخر تعديل بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 31، السنة الرابعة والأربعون، المؤرخة في 13 مايو 2007).
- 14- الأمر رقم 74-15 مؤرخ في 30 يناير 1974، المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، (المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 15، السنة الحادية عشر، المؤرخة في 19 فبراير 1974)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-31 المؤرخ في 19 يوليو 1988، (المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 29، السنة الخامسة والعشرون، المؤرخة في 20 يوليو 1988).
- 15- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 48، السنة الثالثة، المؤرخة في 10 يونيو 1966). المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 84، السنة الثالثة والأربعون، المؤرخة في 24 ديسمبر 2006).
- 16- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ( المنشور في ج.ر.ج.ج، العدد 47، السنة الثالثة، المؤرخة في 9 يونيو 1966)، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993، ( المنشور في ج.ر.

ج.ج، العدد 27، السنة الثلاثون، المؤرخة في 27 أبريل 1993). الملغى بالقانون رقم 09-08.

### ب/ المراسيم:

**01-** المرسوم التنفيذي رقم 97-49 المؤرخ في 12 فبراير 1997، المتعلق بمنح تعويضات وبتطبيق التدابير المتخذة لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب ولصالح ذوي حقوقهم، ( المنشور في ج.ج.ج، العدد 10، السنة الرابعة والثلاثون، المؤرخة في 19 فبراير 1997).

**02-** المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27 يوليو 1993، ( المنشور في ج.ج.ج، العدد 51، السنة الثلاثون، المؤرخة في 1 أوت 1993)، يحدد كفيات تطبيق القانون رقم 91-11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.

**03-** المرسوم رقم 86/132 المؤرخ في 27 مايو 1986، الذي يحدد قواعد حماية العمال من أخطار الإشعاعات الأيونية والقواعد المتعلقة بمراقبة المواد الإشعاعية والأجهزة التي تتولد عنها إشعاعات أيونية وإستعمالها، ( المنشور في ج.ج.ج، العدد 22، السنة الثالثة والعشرون، المؤرخة في 28 مايو 1986).

### ثانيا: المراجع بالفرنسية

#### 1. *Ouvrages Généraux :*

**01-** Corinne RENAULT-BRAHINSKY, Droit civile: les obligations, 3<sup>e</sup> édition, Gualion éditeur, Paris, 2004.

**02-** François TERRE et Yves LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12<sup>e</sup> édition, 2008.

**03-** François TERRE et Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil: Les obligations, Dalloz, 9<sup>e</sup> édition, 2005.

#### 2- *Ouvrages Spécialisés :*

**01-** Sébastien PIMONT, Clause pénale, rép. civ. Dalloz, 2010.

**02-** Geneviene VINEY, Quelque proposition de reforme du droit de la responsabilité civile, Recueil Dalloz, 2009.

### *3. Articles :*

**01-** Nathalie VEZINA, Préjudice matériel corporel et moral: variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité, 24 R.D.U.S, 1993.

**02-** Said SOUAM, Clause pénale et dommages-intérêts une analyse économique, apparaitre dans la collaction droit et economie ( L G D J ), feb 2007.

**03-** Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ, Définition de la causalité en droit français, La causalité dans le droit de la responsabilité civile européenne, séminaire du GERC, mars 2010.

الفهرس

## الفهرس

01 ص	..... مقدمة
08 ص	<b>الفصل الأول: التقدير القضائي للتعويض</b>
09 ص	..... المبحث الأول: مفهوم التعويض
09 ص	..... المطلب الأول: التعريف بالتعويض
09 ص	..... الفرع الأول: المقصود بالتعويض ووظائفه
09 ص	..... البند الأول: المقصود بالتعويض
11 ص	..... البند الثاني: وظائف التعويض
12 ص	..... أولاً: الوظيفة العقابية للتعويض
12 ص	..... ثانياً: الوظيفة الإصلاحية للتعويض
20 ص	..... الفرع الثاني: شروط إستحقاق التعويض
20 ص	..... البند الأول: الشروط العامة لإستحقاق التعويض
21 ص	..... أولاً: الضرر
21 ص	..... 1- تعريف الضرر
22 ص	..... 2- شروط الضرر
29 ص	..... ثانياً: الخطأ
30 ص	..... 1- تعريف الخطأ
31 ص	..... 2- عدم تأثر التعويض بخطأ المسؤول

32 ص	..... ثالثا: علاقة السببية
33 ص	..... 1- إثبات علاقة السببية
34 ص	..... 2- نفي علاقة السببية
42 ص	..... البند الثاني: الشروط الخاصة لإستحقاق التعويض
42 ص	..... أولا: ضرورة الإعذار في المسؤولية العقدية
43 ص	..... ثانيا: عدم جدوى الإعذار في المسؤولية التقصيرية
43 ص	..... المطلب الثاني: طرق التعويض
44 ص	..... الفرع الأول: التعويض العيني
45 ص	..... البند الأول: تعريف التعويض العيني
46 ص	..... أولا: موقف الفقه من التعويض العيني
47 ص	..... 1- الإتجاه الرافض للتعويض العيني
48 ص	..... 2- الإتجاه القابل للتعويض العيني
49 ص	..... ثانيا: موقف القضاء من التعويض العيني
49 ص	..... 1- موقف القضاء الفرنسي من التعويض العيني
50 ص	..... 2- موقف القضاء المصري والجزائري من التعويض العيني
52 ص	..... ثالثا: موقف القانون من التعويض العيني
52 ص	..... 1- موقف القانون الفرنسي من التعويض العيني
53 ص	..... 2- موقف القانون المصري والجزائري من التعويض العيني
54 ص	..... البند الثاني: تمييز التعويض العيني عن التنفيذ العيني

62 ص	..... الفرع الثاني: التعويض بمقابل
63 ص	..... البند الأول: التعويض النقدي
63 ص	..... أولاً: المقصود بالتعويض النقدي
64 ص	..... ثانياً: صور التعويض النقدي
69 ص	..... البند الثاني: التعويض غير النقدي
69 ص	..... أولاً: المقصود بالتعويض غير النقدي
69 ص	..... ثانياً: صور التعويض غير النقدي
74 ص	..... المبحث الثاني: كيفية تقدير القاضي للتعويض
75 ص	..... المطلب الأول: مبدأ التعويض الكامل
76 ص	..... الفرع الأول: عناصر التقدير القضائي للتعويض
76 ص	..... البند الأول: عناصر الضرر المادي
76 ص	..... أولاً: الخسارة اللاحقة
80 ص	..... ثانياً: الكسب الفائت
83 ص	..... البند الثاني: عناصر الضرر المعنوي
83 ص	..... أولاً: موقف الفقه والقضاء من عناصر الضرر المعنوي
86 ص	..... ثانياً: موقف القوانين من عناصر الضرر المعنوي
88 ص	..... البند الثالث: مدى جواز الحكم بتعويض إجمالي
88 ص	..... أولاً: الفقه المؤيد للحكم بتعويض إجمالي
89 ص	..... ثانياً: الفقه المعارض للحكم بتعويض إجمالي

90	ص	.....	الفرع الثاني: حدود التقدير القضائي للتعويض
91	ص	.....	البند الأول: الضرر المباشر
95	ص	.....	البند الثاني: الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع
99	ص	.....	الفرع الثالث: الظروف المؤثرة في تقدير التعويض
99	ص	.....	البند الأول: الإعتداد بالظروف الخاصة بالمضرور
105	ص	.....	البند الثاني: عدم الإعتداد بالظروف الخاصة بالمسؤول
110	ص	.....	المطلب الثاني: وقت تقدير التعويض
110	ص	.....	الفرع الأول: تقدير التعويض وقت الحكم به
112	ص	.....	البند الأول: الفقه المؤيد لقاعدة تقدير التعويض وقت الحكم به
114	ص	.....	البند الثاني: الفقه المخالف لقاعدة تقدير التعويض وقت الحكم به
116	ص	.....	الفرع الثاني: أثر تغير قدر وقيمة الضرر على التعويض
116	ص	.....	البند الأول: أثر تغير قدر الضرر على التعويض
117	ص	.....	أولاً: تغير قدر الضرر قبل الحكم بالتعويض
117	ص	.....	1- تفاقم قدر الضرر قبل الحكم بالتعويض
118	ص	.....	2- تقلص قدر الضرر قبل الحكم بالتعويض
119	ص	.....	ثانياً: تغير قدر الضرر بعد الحكم بالتعويض
119	ص	.....	1- تفاقم قدر الضرر بعد الحكم بالتعويض
123	ص	.....	2- تقلص قدر الضرر بعد الحكم بالتعويض
125	ص	.....	البند الثاني: أثر تغير قيمة الضرر على التعويض

- أولاً: تغيير قيمة الضرر قبل الحكم بالتعويض ..... ص 125
- 1- تغيير قيمة الضرر أمام المحاكم الابتدائية ..... ص 126
- 2- تغيير قيمة الضرر أمام محكمة ثاني درجة ..... ص 127
- ثانياً: تغيير قيمة الضرر بعد الحكم النهائي ..... ص 127
- 1- موقف الفقه والقضاء ..... ص 127
- 2- موقف القوانين ..... ص 131
- 3 - تغيير قيمة الضرر بعد الحكم وقبل التنفيذ ..... ص 132

المطلب الثالث: مدى رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقدير

- التعويض ..... ص 133
- الفرع الأول: مرحلة تحديد الضرر ..... ص 135
- البند الأول: مظاهر إتساع سلطة القاضي ..... ص 135
- البند الثاني: مظاهر تقييد سلطة القاضي ..... ص 136
- الفرع الثاني: مرحلة تحديد قيمة التعويض ..... ص 138
- البند الأول: مظاهر إتساع سلطة القاضي ..... ص 138
- البند الثاني: مظاهر تقييد سلطة القاضي ..... ص 139

## الفصل الثاني: الشرط الجزائي

- المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي ..... ص 142
- المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي وشروط إستحقاقه ..... ص 142
- الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي ..... ص 142
- البند الأول: تعريف الفقه للشرط الجزائي ..... ص 142

أولاً: تعريف الفقه الغربي للشرط الجزائي .....	ص 142
ثانياً: تعريف الفقه العربي للشرط الجزائي .....	ص 143
البند الثاني: التعريف القانوني للشرط الجزائي .....	ص 147
أولاً: تعريف القانون الفرنسي للشرط الجزائي .....	ص 147
ثانياً: تعريف القانون المصري والجزائري للشرط الجزائي .....	ص 148
الفرع الثاني: شروط إستحقاق الشرط الجزائي .....	ص 148
البند الأول: الشروط العامة لإستحقاق الشرط الجزائي .....	ص 149
أولاً: الضرر .....	ص 149
1- الضرر في القانون الفرنسي .....	ص 150
2- الضرر في القانون المصري والجزائري .....	ص 152
ثانياً: الخطأ .....	ص 155
ثالثاً: علاقة السببية .....	ص 156
1- علاقة السببية بين إخلال المدين بالإلتزام والضرر الذي أصاب الدائن	ص 157
2- علاقة السببية بين المدين وعدم تنفيذ الإلتزام .....	ص 157
البند الثاني: الشروط الخاصة لإستحقاق الشرط الجزائي .....	ص 158
أولاً: مضمون الإعذار .....	ص 158
1- تعريف الإعذار .....	ص 158
2- كيفية الإعذار .....	ص 159
ثانياً: الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار .....	ص 160

- 1- الحالة المستثناة من الإعذار بإتفاق الطرفين ..... ص 160
- 2- الحالات المستثناة من الإعذار بنص القانون ..... ص 161
- ثالثا: آثار الإعذار ..... ص 163
- المطلب الثاني: خصائص الشرط الجزائي ..... ص 164
- الفرع الأول: الخاصية الإحتياطية والتبعية للشرط الجزائي ..... ص 165
- البند الأول: الخاصية الإحتياطية للشرط الجزائي ..... ص 165
- البند الثاني: الخاصية التبعية للشرط الجزائي ..... ص 166
- أولا: مدى تبعية الشرط الجزائي للإلتزام الأصلي ..... ص 166
- 1- الشرط الجزائي إلتزام تابع للإلتزام الأصلي ..... ص 166
- 2- إستقلالية الشرط الجزائي عن الإلتزام الأصلي ..... ص 169
- ثانيا: إستقلالية الإلتزام الأصلي عن الشرط الجزائي ..... ص 170
- الفرع الثاني: الخاصية التعويضية والجزائية للشرط الجزائي ..... ص 171
- البند الأول: الخاصية التعويضية للشرط الجزائي ..... ص 171
- البند الثاني: الخاصية الجزائية للشرط الجزائي ..... ص 172
- المطلب الثالث: تمييز الشرط الجزائي عن بعض ما يشابهه ..... ص 173
- الفرع الأول: تمييز الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية والعربون ..... ص 174
- البند الأول: تمييز الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية ..... ص 174
- أولا: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ..... ص 177
- ثانيا: أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ..... ص 177

- البند الثاني: التمييز بين الشرط الجزائي والعريون ..... ص 180
- أولاً: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والعريون ..... ص 181
- ثانياً: أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي والعريون ..... ص 181
- الفرع الثاني: تمييز الشرط الجزائي عن عقد الصلح والإثراء بلا سبب ..... ص 184
- البند الأول: تمييز الشرط الجزائي عن عقد الصلح ..... ص 184
- أولاً: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي وعقد الصلح ..... ص 188
- ثانياً: أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي وعقد الصلح ..... ص 188
- البند الثاني: تمييز الشرط الجزائي عن الإثراء بلا سبب ..... ص 189
- أولاً: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والإثراء بلا سبب ..... ص 192
- ثانياً: أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي والإثراء بلا سبب ..... ص 192
- الفرع الثالث: تمييز الشرط الجزائي عن الإلتزام البدلي والإلتزام التخيري ..... ص 193
- البند الأول: تمييز الشرط الجزائي عن الإلتزام البدلي "الإختياري" ..... ص 193
- أولاً: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والإلتزام البدلي ..... ص 194
- ثانياً: أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي والإلتزام البدلي ..... ص 195
- البند الثاني: تمييز الشرط الجزائي عن الإلتزام التخيري ..... ص 195
- أولاً: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والإلتزام التخيري ..... ص 198
- ثانياً: أوجه الخلاف بين الشرط الجزائي والإلتزام التخيري ..... ص 198
- المبحث الثاني: آثار الشرط الجزائي ..... ص 200
- المطلب الأول: مبدأ حصانة الشرط الجزائي ..... ص 200

- الفرع الأول: مبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي ..... ص 201
- البند الأول: القانون الفرنسي ومبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي ..... ص 201
- أولاً: موقف القانون الفرنسي قبل تعديل المادة 1152 منه ..... ص 201
- ثانياً: موقف القانون الفرنسي بعد تعديل المادة 1152 منه ..... ص 205
- البند الثاني: القانون المصري والجزائري ومبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي ..... ص 205
- أولاً: موقف القانون المصري من مبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي .. ص 205
- ثانياً: موقف القانون الجزائري من مبدأ عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي . ص 207
- الفرع الثاني: مبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي ..... ص 207
- البند الأول: القانون الفرنسي ومبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي ..... ص 207
- أولاً: موقف القانون الفرنسي قبل تعديل المادة 1152 منه ..... ص 208
- ثانياً: موقف القانون الفرنسي بعد تعديل المادة 1152 منه ..... ص 209
- البند الثاني: القانون المصري والجزائري ومبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي ..... ص 209
- أولاً: موقف القانون المصري من مبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي ..... ص 209
- ثانياً: موقف القانون الجزائري من مبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي .... ص 210
- المطلب الثاني: قابلية الشرط الجزائي للتعديل ..... ص 210
- الفرع الأول: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي ..... ص 210
- البند الأول: تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه "المفرط" ..... ص 211
- أولاً: تبرير سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه ..... ص 212

- ثانيا: طبيعة تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه..... ص 213
- ثالثا: شروط تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه..... ص 214
- 1- المغالاة في الشرط الجزائي..... ص 214
- 2- حسن النية..... ص 216
- البند الثاني: تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي..... ص 217
- أولا: تبرير سلطة القاضي في التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي..... ص 217
- ثانيا: دور القاضي وسلطته في التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي..... ص 218
- الفرع الثاني: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي..... ص 220
- البند الأول: مجاوزة الضرر للشرط الجزائي..... ص 221
- أولا: مدى صحة الإتفاق على تخفيف المسؤولية في النطاق العقدي..... ص 221
- ثانيا: مدى صحة الإتفاق على تخفيف المسؤولية في النطاق التقصيري... ص 222
- البند الثاني: صدور غش أو خطأ جسيم من المدين..... ص 224
- أولا: المقصود بالغش و الخطأ الجسيم..... ص 225
- ثانيا: إثبات الدائن غش المدين أو خطئه الجسيم..... ص 227
- الفرع الثالث: نسبة تعديل الشرط الجزائي ومدى تعلق سلطة القاضي بالنظام العام..... ص 228
- البند الأول: نسبة تعديل القاضي للشرط الجزائي..... ص 228
- أولا: نسبة تخفيض الشرط الجزائي..... ص 228
- 1- نسبة تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه..... ص 228
- 2- نسبة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي..... ص 230

ثانيا: نسبة زيادة الشرط الجزائي .....	ص 233
1- نظرية الزيادة إلى القدر المساوي للضرر .....	ص 233
2- نظرية حرية الزيادة.....	ص 233
3- نظرية الزيادة إلى الحد المناسب .....	ص 234
البند الثاني: تعلق سلطة القاضي بالنظام العام .....	ص 234
أولا: تعلق سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي بالنظام العام.....	ص 234
ثانيا: تعلق سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي بالنظام العام.....	ص 236
الخاتمة.....	ص 238
قائمة المراجع.....	ص 243
الفهرس.....	ص 267

المُلخَص

# التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري

## الملخص:

تهدف المسؤولية المدنية إلى إعادة التوازن الذي أُخل به سواء كان مصدر هذا الإخلال العقد أم القانون. وإذا كان التعويض هو الحق الذي يثبت للمضرور نتيجة إخلال المسؤول بالتزامه، وإذا كانت وظيفته تتحصر في جبر الضرر، فإن تقديره يتم في الأصل قضائياً. حيث تكون سلطة قاضي الموضوع أثناء تحديد الضرر الذي لحق المضرور مقيدة بالعديد من القيود يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا، في حين يتمتع بسلطة أكثر اتساعاً أثناء تحديده لقيمة التعويض.

إلى جانب التقدير القضائي للتعويض منح المشرع الجزائري للأطراف المتعاقدة حرية الإتفاق مقدماً على التعويض المستحق في حالة وجود إخلال بالتزام، وهذا ما يعرف بالشرط الجزائي الذي يقضي كأصل عام بحصانته وعدم جواز المساس به وتعديله، إلا إستثناءً في حالات محددة قانوناً حيث أجاز المشرع للقاضي التدخل لتعديل هذا الشرط سواء بالتخفيض أو بالزيادة.

## الكلمات المفتاحية:

- المسؤولية المدنية.
- التعويض.
- التقدير القضائي.
- الشرط الجزائي.
- الضرر.
- سلطة القاضي.

# *La réparation dans le cadre de la responsabilité civile en droit algérien*

## *Résumé:*

La responsabilité civile a pour but de rendre l'équilibre violé, quelque soit la source de sa rupture, contrat ou droit. Si la compensation est un droit qui est prouvé aux blessés à la suite d'une violation de son engagement et si la fonction de la réparation est correction du dommage la rémunération du réparation de faite juridiquement. Lorsque l'autorité du juge de fond au cours de détermination des dommages aux blessés contraint un grand nombre de restrictions est soumis à la surveillance de la Cour suprême, tout en profitant plus étendue au cours de la valeur déterminée de l'autorité de compensation.

Outre que la rémunération judiciaire pour la réparation le législateur algérien à accorde aux parties contractantes la libres de convenir à l'avance l'indemnité due en cas d'une violation de l'obligation, ce qu'on appelé la clause pénale qui nécessite en effet un atout dans l'immunité et de l'inviolabilité de celui-ci, en exception de certains cas légalement autorisées par le législateur au juge d'intervenir pour modifier cette état, soit par la réduction ou l'augmentation.

## *Mots clés:*

- Responsabilité civile.
- Compensation.
- Le pouvoir judiciaire discrétionnaire.
- Clause Pénale
- Dommages.
- L'autorité du juge.