السنة: السادسة المجلد: 06 العدد: 02 ص ص:937- 954
ISSN 2543-375X EISSN2676-1645

التعويض الاتفاقي ضمان لتنفيذ الالتزام
Conventional compensation guarantees the implementation of the obligation

عائشة قصار الليل*،
جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي
gasar.aicha@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/02/27 تاريخ القبول: 2021/05/14

ملخص:

تهدف هذه الدراسة لبحث التعويض الاتفاقي باعتباره ضمانة غير مباشرة تحمل المدين على تنفيذ التزامه عينيا ، و يُمكّن الدائن من اقتضاء مقدار التعويض المتفق عليه دون إثبات للضرر ، الذي يفترض حال إخلال المدين بتنفيذ التزامه.

فكانت الإشكالية تدور حول مدى فعالية فكرة التعويض الاتفاقي للوفاء بالالتزام، و حدود سلطة القاضي إزاءه. و للإجابة على ذلك تم اعتماد المنهج التحليلي ، حيث قسمت الدراسة إلى محورين، خصص المحور الأول لتقديم مفهوم للتعويض الاتفاقي كضمان عقدي، يختص بأحكام قانونية تميّزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة التي قد تتداخل معه ، في حين عرض المحور الثاني لدراسة مختلف الأحكام المقررة له بوصفه ضمانا اتفاقيا وأداة تأمين فعالة تسمح بحفظ الحقوق، عن طريق استحقاق الدائن له بتوافر متطلباته القانونية، يحظى كأصل عام بحصانة ضد المساس به تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، على أن يكون قابلا للمراجعة القضائية استثناءً بتعديل مقداره بالتخفيض أو بالزيادة في حالات محددة قانونا حفاظا على مبادئ العدالة و توازن العلاقات.

*المؤلف المراسل

الكلمات المفتاحية: التعويض – التعويض الاتفاقي – الشرط الجزائي – سلطة القاضي– تنفيذ الالتزام.

Abstract:

This study was conducted to discuss the Conventional compensation as an indirect guarantee aimed at compelling the debtor to implement his obligation in kind, thus enabling the creditor to demand the amount of the agreed compensation without proving the damage presumed if the debtor breaches his obligation.

The problematic revolved around the effectiveness of the idea of the Conventional compensation to fulfil the obligation, and the limits of the judge's authority towards it. To answer that, an analytical approach was adopted, where the study was divided into two Axes.The first one was devoted to introduce the concept of the Conventional compensation as a contractual guarantee related to legal provisions that distinguish it from other similar legal systems that may interfere with it, while the second Axis is presented to study the various provisions established for it as a conventional guarantee and effective insurance tool that allows the rights preservation, through the creditor's entitlement to him in the fulfilment of his legal requirements, that enjoys, as general rule, immunity from infringement, in application of the rule; the contract is the contractors legislation. Provided that it is subject to judicial review, with the exception of modifying its amount by decreasing or increasing in legally defined.

Keywords: Compensation, Conventional compensation, penalty clause, judge's authority, implementation of the obligation.

مقدمة:

طبقا لقواعد القانون المدني الجزائري أجاز المشرع للأفراد إمكانية تقدير التعويض مسبقا وفقا لما يعرف بالتعويض الاتفاقي، و هذا ما تضمنته المواد 183 إلى 185 منه، نظرا للدور الفعال الذي يؤديه في منع تراخي المدين من تنفيذ التزامه.

فالاتفاق على تقدير التعويض مقدما يحفز المدين على التنفيذ وفقا لمبدأ حسن النية، لأنه يعلم مسبقا مقدار التعويض الذي قد يدفعه للدائن جراء الضرر الذي سيلحقه عن الإخلال بالتنفيذ، مما يشكل لدى الدائن ضمانة اتفاقية غير مباشرة لوفاء المدين، هذا من جهة و من جهة أخرى يكون له بمثابة تأمين في حال إخلال المدين بتنفيذ التزامه، فضلا على ذلك فبهذا الاتفاق يتجنب أطراف علاقة المديونية مشقة الإجراءات القضائية و ما ينجر عنها من نفقات و ضياع للوقت و تدخل أهل الخبرة في تقدير التعويض إذا ثار نزاع بينهم.

بالمقابل و على الرغم من هذه الإجازة ، إلا أن المشرع لم يترك الحرية مطلقة لأطراف العلاقة في تحديد التعويض و إنما اعترف للقضاء بسلطة استثنائية لمراجعة مقدار التعويض الاتفاقي حفاظا على مبادئ العدالة و توازن العلاقات.

بناء على ما تقدم، تطرح إشكالية مفادها كالآتي: ما مدى فعالية التعويض الاتفاقي في تنفيذ الالتزام؟ و ما هي حدود سلطة القضاء إزاءه؟.

للإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه تم استخدام منهج تحليلي قائم على تحليل النصوص الواردة في القانون المدني الجزائري و الخاصة بالتعويض الاتفاقي، و تم تقسيم الدراسة إلى محورين، خصص المحور الأول لبيان مفهوم التعويض الاتفاقي بتحديد تعريفه، و تكييفه القانوني، و تمييزه عما قد يتداخل به من أوضاع قانونية مشابهة، في حين تضمن المحور الثاني أحكام التعويض الاتفاقي فعرض لشروط استحقاقه، و بين حدود سلطة القضاء تجاهه.

المحور الأول: التعويض الاتفاقي ضمان عقدي

إن الأثر المترتب على الالتزام هو التنفيذ العيني من طرف المدين وفقا لمبدأ حسن النية، فإن تعذر فليس للدائن إلا أن يطلب التنفيذ بطريق التعويض، و إن كان المعروف أن يقوم القاضي بتقدير التعويض المستحق لجبر الضرر الناتج عن

الإخلال بتنفيذ الالتزام، فإنه يمكن لأطراف علاقة المديونية الاتفاق مقدما على تقدير التعويض تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة و هو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي، ليعد بذلك هذا الاتفاق أداة إجبار غير مباشرة تحمل المدين على التنفيذ العيني للالتزام، و ليكتسب عديد الخصائص التي قد تجعله يتداخل مع أوضاع قانونية أخرى.

تبعا لذلك، يقدم لبيان مفهوم التعويض الاتفاقي (أولا)، و من ثمة عرض لمختلف مميزاته (ثانيا).

أولا: مفهوم التعويض الاتفاقي:

لدراسة مفهوم التعويض الاتفاقي يقتضي تعريفه (1)، ثمّ بيان تكييفه القانوني(2).

1ـ تعريف التعويض الاتفاقي:

لم يرد في القانون المدني تعريف للتعويض الاتفاقي، فقد أكتفي ببيان لمجمل أحكامه، بالمقابل تعددت المعاني و التعاريف الفقهية المقدمة له، فقد عرف على أنه:

" اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه"(سلطان، 2005، ص 173).

كما عرف على أنه " تعويض حدده الطرفان بالاتفاق مقدما على ما يلتزم أن يؤديه المدين للدائن جبرا للضرر الذي لحقه إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه". (علي، 1997، ص 323)، (انظر أيضا تناغو، 2009،ص 249، Hess-Fallon et Simon,1999,p281,Canin,2007, p80).

ما يمكن ملاحظته، هو اشتراك كل هذه التعاريف حول تقرير الحقيقة الوظيفية للتعويض الاتفاقي في جبر ضرر الدائن الناتج عن خطأ المدين المتمثل في الإخلال بالتنفيذ.

كما يجب التنبيه أنه غالبا ما تكون قيمة التعويض الاتفاقي أكبر من قيمة الالتزام الواجب تنفيذه، ما يجعل منه أداة تقيد الحرية المطلقة للمدين في التنفيذ من عدمه، فتدفعه لوجوب الوفاء بالالتزام.

كما تجدر الإشارة إلى تعدد التسميات المقدمة للتعويض الاتفاقي(عرف ب البند الجزائي، التعيين الاتفاقي، الجزاء الاتفاقي، الجزاء التعاقدي، الشرط

الجزائي) إلا أن أشهرها هو الشرط الجزائي لأنه يوضع ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه، على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق.

و بمقتضى ما ورد في المادة 183 مدني فالمجال الأصيل و الغالب في إعمال التعويض الاتفاقي يكون في حال الإخلال بالتزام عقدي، إلا أنه ما من مانع قانوني يمنع من إعماله في شأن تقدير التعويض الناشئ عن الإخلال بالتزام غير عقدي، كحال الاتفاق المسبق على مقدار التعويض المستحق عما قد يلحق من مضار الجوار غير المألوفة، فهذا الاتفاق ينصرف إلى تعويض عن مسؤولية تقصيرية، و كذلك الأمر في حال الاتفاق على التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة فسخ العقد أو الرجوع في وعد كالوعد بالزواج فإن ذلك يعتبر تعويضا عن الإخلال بالتزام غير عقدي، و هذا ما يؤيده جانب من الفقه (السنهوري، 1968، ص851)، (علي، ص 324).

2ـ التكييف القانوني للتعويض الاتفاقي:

إذا كان الفقه (الصوا، 2002، ص12) قد اختلف في إضفاء الطابع القانوني للتعويض الاتفاقي، فهناك من اعتبره عقوبة خاصة يتم الاتفاق عليها مسبقا توقع على شخص المدين حال إخلاله بتنفيذ التزامه، و هناك من أضفى عليه الطابع التعويضي، في حين البعض مزج بينهما فمنح للتعويض الاتفاقي طابعا تعويضيا عقابيا، فإن المشرع حسم الأمر و أضفى عليه الطابع التعويضي و يستدل على ذلك من خلال:

- ورود الأحكام المتعلقة بالتعويض الاتفاقي تحت عنوان الفصل الثاني التنفيذ بطريق التعويض في القانون المدني، و تطبيق أحكام التنفيذ بطريق التعويض على التعويض الاتفاقي بفعل الإحالة التي تضمنتها المادة 183 مدني بقولها:" و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".
- ربط المشرع استحقاق التعويض الاتفاقي باشتراط حصول الضرر طبقا للمادة 184 مدني.

• منح المشرع في حالات معينة للقاضي سلطة تعديل مقداره سواء بالتخفيض أو الزيادة، حتى يتناسب مع الضرر الحاصل طبقا للمواد 184 و 185 مدني.

ثانيا: مميزات التعويض الاتفاقي:

إن التحديد الاتفاقي لقيمة التعويض جعلت منه أداة تعزز آثار الالتزام عن طريق تأمين تنفيذه و المساهمة في منع المدين من التراخي في التنفيذ، و قد ترتب عن ذلك اكتساب التعويض الاتفاقي عدة خصائص (1)، جعلته يتداخل مع بعض الأنظمة القانونية لذا وجب تمييزه عنها (2).

1 ـ خصائص التعويض الاتفاقي:

• تقدير اتفاقي منبثق عن إرادة متعاقديه يجب أن يستوفي جميع أركان و شروط العقد، يكون سابقا على حدوث عدم التنفيذ أو التأخر فيه، و إلا عد صلحا.(سلطان، ص 249)، و على اعتباره اتفاق موضوعه تقدير التعويض وجب أن تتوافر فيه الشروط اللازمة للتعويض لأجل استحقاقه.(الجمال، 2013، ص196).

• تقدير اتفاقي جزائي قابل لإعادة النظر فيه من قبل القضاء طبقا للمادة 184 و المادة 185 مدني، لأن المتعاقدان قدراه مقدما قبل وقوع الضرر ومعرفة درجة جسامته، فمن الطبيعي أن يختلف هذا التقدير الاتفاقي عن مقدار الضرر الفعلي الحاصل.

• التزام تابع لالتزام أصلي يتمثل فيما التزم به المدين أصلا بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام، ليترتب عن فكرة التبعية ، أن العبرة دائما بالالتزام الأصلي لا بالتعويض الاتفاقي فلا يستطيع الدائن أو المدين أن يطالب أو أن يعرض على التوالي سوى الالتزام الأصلي ما دام تنفيذه ممكنا، فلا يكون بذلك التعويض الاتفاقي التزاما تخييريا أو بدليا، ليزول التعويض الاتفاقي بزوال الالتزام الأصلي بفعل البطلان أو الفسخ.

2 ـ تمييز التعويض الاتفاقي عما يشابهه:

نظرا للخصائص التي يتمتع بها التعويض الاتفاقي فإنه قد يختلط بأوضاع قانونية أخرى، خاصة منها الغرامة التهديدية، و العربون، الالتزام التخييري و الاختياري، لذا يقدم فيما يلي لأبرز الفرو قات:

- **التعويض الاتفاقي و الغرامة التهديدية**:

الغرامة التهديدية هي وسيلة يراد بها الضغط على إرادة المدين لدفعه لتنفيذ التزامه عينيا، عن طريق الحكم عليه بالتنفيذ العيني مع إشفاع ذلك بغرامة معينة يدفعها عن كل وحدة زمنية كاليوم أو الأسبوع أو الشهر يتأخر فيها عن القيام بالتنفيذ.(علي، ص 307).

فليس الغرض منها تعويض الدائن بل إرهابه و حمله على التنفيذ(السعدي، 2010، ص 46) فغالبا ما يتم تحديد مقدارها بمبلغ كبير لا يتناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن جراء تأخر المدين بالتنفيذ لذا توصف بأنها تحكمية.

و قد أخذ المشرع الجزائري بالغرامة التهديدية حيث اشترط في المادة 174 مدني للحكم بها أن يظل التنفيذ العيني ممكنا فإن صار مستحيلا فلا جدوى من الضغط على إرادة المدين، و أن يقتضي التنفيذ العيني تدخل المدين شخصيا، زد على ذلك أن يطلب الدائن الحكم بها فلا يجوز للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه، و إن كان البعض من الفقه يذهب إلى جواز ذلك. (سلطان، ص 164).

من خلال ما تقدم ، يلاحظ تشابه كل من التعويض الاتفاقي و الغرامة التهديدية في اعتبار كل منهما وسيلة غير مباشرة لضمان تنفيذ الالتزام، تثار في حال عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه، كما يمتاز كل منهما بطابع قهري، فالغرامة تتسم به بشكل دائم، في حين يتخذه التعويض الاتفاقي عندما يتجاوز مقداره الضرر الفعلي.(السنهوري، ص886).

و تتضح الصورة بشكل أدق في حالة وضع التعويض الاتفاقي كتعويض عن التأخر في التنفيذ، حيث يبدو المبلغ المقدر في كلا الوضعين(الغرامة التهديدية والتعويض الاتفاقي) أنه وضع للتهديد أكثر من وضعه لتعويض الضرر، ضف إلى ذلك فللقاضي تخفيض المقدار المحدد في كلا الوضعين في الغرامة

التهديدية عند تصفيتها، و في التعويض الاتفاقي إذا كان تقدير الطرفين مبالغا فيه طبقا للمادة 184 الفقرة الثانية مدني.

على الرغم من كل ذلك التشابه الذي يجمع بين الغرامة التهديدية و التعويض الاتفاقي إلا أن هناك فوارق تحقق لكل منهما استقلاليته عن الآخر فلكل منهما مصدر نشوء يختلف عن الآخر، فمصدر التعويض الاتفاقي هو اتفاق المتعاقدين على التعويض في حال الإخلال بالتنفيذ قابل للتنفيذ على حاله، أما الغرامة التهديدية فمصدرها قضائي يحكم بها حال تحقق شروطها بموجب حكم وقتي تهديدي غير قابل للتنفيذ على حاله، لأن الغرامة التهديدية تقدير تحكمي لا يقاس بمقدار الضرر فهي وسيلة للضغط على إرادة المدين للتغلب على تعنته فينظر إلى موارده المالية و قدرته على مقاومة الضغط، في حين أن التعويض الاتفاقي الأصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر.(الكسواني، دون رقم السنة، ص142).

- **التعويض الاتفاقي و العربون:**

العربون مبلغ من المال في الغالب، يدفعه أحد العاقدين وقت إبرام العقد للمتعاقد الآخر إما لتقرير حق كل منهما في العدول عن العقد و إما لتأكيد قيام العقد،(السعدي، 2004، ص 141)، و في حال غياب الاتفاق على دلالة العربون يترك الأمر إلى حكم القانون و قد منحه المشرع دلالة العدول ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك وفقا للمادة 72 مكرر مدني، ليترتب على تفعيل هذه الدلالة (العدول)فقدانه بالنسبة لمن دفعه و رده مضاعفا لمن قبضه.

إن دلالة العدول المقررة للعربون تجعله يقترب من التعويض الاتفاقي فيحمل على أنه تعويض اتفاقي وضع حال العدول عن تنفيذ الالتزام، خاصة إذا كان مبلغ العربون مرتفعا، كما يتشابهان في أن كل منهما ينشأ بناء على عقد، و لا يستحق كل منهما في حالة فسخه أو الحكم ببطلانه أو استحالة تنفيذ العقد بالسبب الأجنبي.(السرحان، خاطر، 2005،ص 105).

رغم كل ذلك التشابه إلا أن التعويض الاتفاقي يختلف عن العربون من حيث الدلالة، فالعربون يعتبر أداة لإثبات تأكيد العقد أو لإعطاء حق الرجوع عنه، أما التعويض الاتفاقي هو تقدير لتعويض عن إخلال المدين بتنفيذ التزامه، كما

يختلفان من حيث الأثر فالعربون يحكم به القاضي سواء لحق المتعاقد ضرر أم لا ، أما التعويض الاتفاقي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن. (الكسواني، ص141)، و هو ذات ما قضت به المادة 184 الفقرة الأولى مدني.

- **التعويض الاتفاقي و الالتزام التخييري**:

الالتزام التخيير ي هو الالتزام الذي ينطوي محله على أشياء متعددة بحيث تبرأ ذمة المدين منه إذا قام بتأدية أي واحد منها وفقا لإرادته أو إرادة الدائن أو الغير.(السنهوري، ص 140)، و قد نصت عليه المادة 213 مدني.

و حتى يقوم الالتزام تخيير يا صحيحا وجب أن يتعدد محل الالتزام بأن يكون له أكثر من محل واحد ، بحيث تتحقق معه إمكانية فعلية للخيار(علي، ص 43) بغض النظر عن طبيعة هذا المحل، و يجب أن يتوافر في كل الآداءات المتعددة جميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام منذ نشأته ، لاحتمال وقوع الخيار على أداء منها فتكون سببا لبراءة ذمة المدين، كما يجب أن يكون محلا واحدا على الأقل من المحال المتعددة واجب الأداء فإن كانت جميعها مطلوبة الوفاء كنا أمام التزام متعدد المحل و ليس التزاما تخيير يا (الفار، 2009، ص 167).

و الأصل أن حق الخيار ثابت و مقرر لمصلحة المدين وفقا لما جاء في المادة 213 مدني، إلا أن هذا لا يمنع من أن يكون للدائن سواء أتم ذلك بالاتفاق مع المدين أم بنص قانوني.

و قد أورد المشرع في المادة 215 مدني حكم استحالة تنفيذ بعض الأشياء التي يرد عليها الخيار أو جميع هذه الأشياء، فإذا استحال تنفيذ أحد الأشياء بسبب لا يرجع للمدين أو الدائن قبل استعمال الخيار، فإن الالتزام لا ينقضي بل يكون محله الشيء الآخر، أما إذا كان الخيار للمدين و استحال التنفيذ بسبب خطأ من جانبه و شملت الاستحالة جميع الأشياء التي يرد عليها التخيير، فإنه يكون ملزما بدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه، و يستوي أن يكون سبب الاستحالة خطأ المدين في واحد من هذه الأشياء فقط أو فيها جميعا.

وفقا لما تم تقديمه يلاحظ أن التداخل قد يحدث بين التعويض الاتفاقي و الالتزام التخييري من ناحية واحدة هي تعدد محل الالتزام، فالالتزام المتضمن

للتعويض الاتفاقي يكون فيه محليين يتم الوفاء فيه بأحدهما فقط، و ذات الأمر في الالتزام التخييري محله متعدد تبرأ ذمة المدين منه بالوفاء بأحدها فقط.

ليختلف الالتزام التخييري عن التعويض الاتفاقي في أن الأخير عبارة عن تقدير اتفاقي للتعويض المستحق بحيث لا يكون للمدين أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني، في حين أن الالتزام التخييري يستطيع المدين فيه اختيار أي واحدة من الأشياء المتعددة المكونة لمحل هذا الالتزام لتبرأ ذمته منه.

كما يختلف الالتزام التخييري عن التعويض الاتفاقي من حيث انقضاء كل منهما ففي الثاني إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بسبب لا يد للمدين فيه ، ينقضي و لا يستحق التعويض الاتفاقي، أما في الأول إذا استحال تنفيذ أحد محالّه أستحق الآخر منها، فلا ينقضي الالتزام التخييري، و ذات الحكم ينطبق في حالة عدم توافر أحد محال الالتزام التخيير ي على الشروط المتطلبة قانونا، حيث يسقط ذلك المحل و ينتقل وجوب الوفاء للمحل الثاني عكس ما هو عليه الأمر في التعويض الاتفاقي فعدم توافر الشروط الواجبة في الالتزام الأصلي تسقطه و تسقط معه التعويض الاتفاقي.

- **التعويض الاتفاقي و الالتزام الاختياري (البدلي):**

الالتزام الاختياري (البدلي) هو الالتزام الذي لا يشتمل محله إلا على شيء واحد، و لكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر، و هذا ما قضت به المادة 216 مدني.

و تجدر الإشارة أن مصدر الالتزام البدلي قد يكون تصرفا قانونيا أو نص القانون، كما أن الخيار فيه هو دائما للمدين لأم محل الالتزام واحد فلا يتصور أن يكون الخيار للدائن.

ضف إلى ذلك أن طبيعة الالتزام الاختياري تحدد بالمحل الأصلي لا البدل، فإذا هلك المحل الأصلي بالسبب الأجنبي تبرأ ذمة المدين و لو كان الوفاء بالبديل لازال ممكنا، أما إذا هلك المحل الأصلي بسبب الدائن، فيعد كمن استوفى حقه، بالمقابل إذا هلك المحل الأصلي بسبب المدين، يكون مسؤولا عن التعويض ،إلا أنه يملك تقديم البديل و بذلك تبرأ ذمته، أما في حالة هلاك المحل البديل فالالتزام يظل قائما، و يجب على المدين الوفاء بالمحل الأصلي.

و عليه يتضح أن التعويض الاتفاقي ليس التزاما بدليا، فله طبيعة التعويض فليس للدائن اختياره إذا عرض المدين التنفيذ العيني، و المدين لا يستطيع أن يؤديه كبدل عن التنفيذ العيني إذا كان هذا التنفيذ لا يزال ممكنا.

في حين يتشابه الالتزام الاختياري و التعويض الاتفاقي في حالة ما إذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذا عينيا لسبب أجنبي لا يد فيه حيث يسقط الالتزام الأصلي و معه التعويض الاتفاقي، وذات الحكم ينطبق في الالتزام الاختياري فإذا ما هلك المحل الأصلي بسبب أجنبي عن المدين ينقضي الالتزام الأصلي و لو كان المحل البديل لا يزال قائما يمكن تأديته.

المحور الثاني: أحكام التعويض الاتفاقي:

إن إضفاء الطابع التعويضي على التعويض الاتفاقي يجعله خاضعا للقواعد و الأحكام الخاصة بالتعويض و المسؤولية، فحتى يستحق وجب أن تتوافر مجموعة من الشروط (أولا)، و لما كان شرطا اتفاقيا يتم بإرادة و رغبة من أطرافه تعين تنفيذه على حاله فلا يجوز المساس به و لا تعديله إعمالا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن حصل و ثار نزاع فالقاضي ملزم بالحكم بمقدار التعويض المحدد كأصل عام (ثانيا).

أولا: شروط استحقاق التعويض الاتفاقي:

إن التعويض الاتفاقي ما هو إلا وسيلة لتقدير التعويض مقدما، و حتى يستحق وجب أن تتوافر أركان قيام المسؤولية المدنية من خطأ، ضرر، علاقة سببية، و أن يقوم المدين بإعذار المدين، و هذا ما دلت عليه المادة 183 مدني بإحالتها إلى المواد 176 إلى 181 مدني ، و يقدم لها فيما يلي:

1-الخطأ:

اختلف الفقه (السنهوري، دون رقم السنة، ص 777) في تحديد فكرة الخطأ، إلا أن الراجح أن الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي عن إدراك و تمييز، (بلحاج، 1999، ص63، و انظر كذلكFlour,Aubert et Savaux, 2001,p91)، ليتخذ صورة الخطأ التقصيري المعبر عنه بالإخلال بالتزام قانوني قائم على عنصري التعدي و الإدراك كما قد يتخذ صورة الخطأ العقدي و يعبر عنه بالإخلال بالتزام عقدي و الذي يكون التزاما بتحقيق نتيجة أو بذل عناية.

و حتى يستحق التعويض الاتفاقي وجب أن يتوافر ركن الخطأ مهما كانت صورته، و إن كان في الغالب خطأ عقديا، ليقع عبء إثباته على الدائن وفقا للقواعد العامة، فإذا كان الالتزام العقدي الذي قصر المدين في الوفاء به التزاما بتحقيق نتيجة ،فيكتفي أن يثبت الدائن عدم تحققها و عندئذ يفترض الخطأ في جانب المدين، أما إذا كان التزام المدين التزاما ببذل عناية فعلى الدائن إثبات إهمال المدين و تقصيره، و إذا أراد المدين نفي المسؤولية عن نفسه عليه بإقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي. (علي، ص324).

فإن لم يكن هناك خطأ فلا مسؤولية على المدين و لا يستحق التعويض و لا محل بذلك لإعمال التعويض الاتفاقي.(السنهوري، ص856).

2.**الضرر**:

لا يستحق التعويض الاتفاقي إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن، فلا يكتفي لقيام مسؤولية المدين وقوع الخطأ، فالضرر أحد شروط استحقاق التعويض فإن لم يوجد لم يكن التعويض مستحقا، و لا مجال لإعماله و هذا ما قضت به المادة 184 مدني.

و الضرر هو " الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحقوقه، أو بمصلحة مشروعة، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية".(بلحاج، ص143، انظر في المعنى نفسه Flour,Aubert et Savaux,p123).

أما فيما يتعلق بإثبات وقوع الضرر في إطار التعويض الاتفاقي فقد أعفى المشرع الدائن من إثباته، فنقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين بافتراض الضرر و تكليف المدين بإثبات نفيه، وفقا للمادة 184 الفقرة الأولى مدني، ليكون المشرع بذلك قد خرج عن الأصل العام الذي يقضي بأن البينة على من ادعى.

3.**العلاقة السببية**:

ليتم إلزام المدين بدفع التعويض وجب أن تتوافر علاقة السببية بين الخطأ و الضرر، فلا يكفي لإعمال التعويض الاتفاقي تحققهما فقط، بل لابد أن يكون الضرر نتيجة لخطأ المدين حتى يمكن مساءلته و يقع عبء الإثبات على الدائن. و العلاقة السّببية شرط ضروري لقيام كلّ مسؤولية(Flour,Aubert et Savaux,p144).و بالمقابل للمدين أن ينفي عنه هذه المسؤولية بنفي وجود

علاقة السببية هذه بإثبات أن الضرر الحاصل لا يد له فيه و إنما راجع للسبب الأجنبي، و هذا ما تضمنته المادة 176 مدني، إلا أذا قصد تحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ، فيكون الاتفاق في هذه الحالة صحيحا بوصفه شرطا مشددا للمسؤولية و هذا ما نصت عليه المادة 178 مدني.

4 - **الإعذار**:

يقصد به إشعار المدين بوجوب تنفيذ التزامه متى حل أجل الوفاء(السنهوري، ص830) بوضعه في حالة الخطأ الناتج عن التأخير في كل مرة يكون عدم التنفيذ منسوبا إليه(نخله، 2007، ص 44) و قد يتم الإعذار من طالب التنفيذ نفسه أو نائبه.

و طبقا للمادة 180 مدني يتم الإعذار عن طريق الإنذار، أو عن طريق البريد، كما قد يكون المدين معذرا بمجرد حلول أجل الوفاء دون أي إجراء آخر في حالة وجود نص اتفاقي.

و يجب التنبيه إلى أن وضع التعويض الاتفاقي لا يفهم منه الإعفاء من الأعذار، فلا يعتبر وجوده اتفاق صريح أو ضمني على إعفاء الدائن من إعذار المدين.(السنهوري، ص 860، انظر أيضا Canin,p80) وهذا ما تؤكده المادة 179 مدني.

و إن كان الأصل العام وجوب إعذار الدائن للمدين لاستحقاق التعويض الاتفاقي، إلا أن المشرع بمقتضى المادة 181 مدني أعفى الدائن منه لانتفاء الحكمة من توجيهه، في الحالات الآتية:

- إذا ما صار تنفيذ الالتزام مستحيلا بفعل المدين.
- إذا كان محل الالتزام تعويض ترتب عن عمل ضار في إطار المسؤولية التقصيرية.
- إذا كان محل الالتزام هو رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو غير مستحق.
- تصريح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ الالتزام.

ثانيا: **سلطة القاضي إزاء التعويض**:

الأصل العام متى توافرت شروط استحقاق التعويض الاتفاقي وجب على القاضي الحكم به على المدين المخل بالتزامه دون زيادة أو نقصان، و بغض النظر عن الضرر الحاصل تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه و

استثناء منح المشرع القاضي سلطة تعديل مقدار التعويض الاتفاقي بالتخفيض(1) أو بالزيادة(2).

1ـ تخفيض التعويض الاتفاقي:

طبقا للمادة 184 الفقرة الثانية مدني هناك حالتين يجوز فيهما للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي هما:

- **الحالة الأولى**:

إذا كان تقدير التعويض الاتفاقي مفرطا، و يقع عبء الإثبات على المدين، و يبرر الفقه(سلطان، ص179، انظر أيضا Hess-Fallon et Simon,p281) إجازة التخفيض بالقول أن المقصود بالإفراط في التقدير قد يعود إما إلى أن قصد المتعاقدين لم ينصرف إلى الاتفاق على التعويض الاتفاقي و إنما على شرط تهديدي لذا يكون للقاضي السلطة في إعادة النظر فيه و تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة، أو أن الإفراط في تقدير التعويض الاتفاقي يرجع إلى غلط وقع فيه المتعاقدان، أو إلى ضغط وقع على المدين دفعه إلى قبول هذا الشرط و في كلا الفرضيتين يتعين تخفيض التعويض.

و تجدر الإشارة أن نص المادة المذكور أعلاه لم يحدد المقصود بالإفراط و لا المعايير الواجب إعمالها حتى يتمكن القاضي من الوقوف على وجوده، كما لم تحدد المادة كيفية التخفيض و لا نسبته، لذا يرجع لتحديد الإفراط لإعمال معيار عدم التناسب الكبير بين قيمة الضرر اللاحق بالدائن و التعويض الاتفاقي، فإذا ما أثبت المدين ذلك قام القاضي بخفض التعويض الاتفاقي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر الحاصل و لا يتوجب أن يكون مساويا له للمحافظة على الطابع الاتفاقي.(السنهوري، ص876)

- **الحالة الثانية**:

إذا أثبت المدين أن الالتزام قد نفذ في جزء منه، و مبرر هذا الاستثناء هو تحقيق العدالة و احترام إرادة المتعاقدين لأنه إذا كان التعويض الاتفاقي قد وضع لحالة عدم التنفيذ الكلي للالتزام فيجب ألا يلزم به كاملا ، إذا ما كان الالتزام الذي حصل الإخلال بتنفيذه قد نفذ في جزء منه (علي، ص326)، و في هذه الحالة يتعين على القاضي إنقاص التعويض الاتفاقي إلى الحد المناسب لما بقي من الالتزام دون تنفيذ.(الجمال، ص 197).

2ـ الزيادة في التعويض الاتفاقي:

طبقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، يتمتع التعويض الاتفاقي بحصانة ضد أي تغيير أو تعديل بزيادة مقداره من قبل أحد أطرافه أو من قبل القضاء، لأنه يمثل القانون الملزم الواجب التطبيق عند تحقق شروطه، فضلا على أنه يعبر على نية متعاقديه في تحديد مقداره الذي سيتناسب مع الضرر الحاصل نتيجة الإخلال بالالتزام الأصلي لذا يجب على القاضي احترامها فلا يجوز له تعديله بزيادة مقداره مهما بلغ الضرر الذي لحق الدائن، لأن الزيادة تعد خرقا له.

لكن بالمقابل أورد المشرع استثناء تضمنته المادة 185 مدني، مكنت القاضي من أن يتدخل و يزيد مقدار التعويض الاتفاقي حتى يصبح متناسبا مع الضرر الواقع، بشرط توافر ما يلي:

- وجود تعويض اتفاقي يقل عن الضرر الحاصل، و الذي يكشف عن وجود شرط من شروط تخفيف مسؤولية المدين بإلزامه بتعويض أقل من الضرر الذي كان يسأل عن تعويضه كاملا.

و الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها جائز وفقا للمادة 178 الفقرة الثانية مدني، متى كان ذلك في إطار المسؤولية العقدية، في حين يقع باطلا مثل هذا الاتفاق في إطار المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 178 الفقرة الثالثة مدني، لأنه يعد تحايلا للإعفاء من المسؤولية.

- ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما، فالغش يقصد به كل تصرف غير مستقيم صادر عن سوء نية يرمي إلى التملص من الموجبات العقدية، بينما الخطأ الجسيم هو التصرف الذي يصدر عن شخص مفترض لديه درجة دنيا من الحرص، أي ما لا يقدم عليه الشخص العادي المتمتع بدرجة دنيا من التبصر في تصرفاته(العوجي، 2009، ص 52).

فوجود نص الاتفاق القاضي بمقدار أقل من الضرر الحاصل كان يواجه حالة الخطأ العادي لا حالة الغش أو الخطأ الجسيم، لذا لا يجوز التقيد بما ورد في التعويض الاتفاقي.

خاتمة:

تناولت الدراسة بحث التعويض الاتفاقي كضمان لتنفيذ الالتزام باعتباره تقدير مسبق للتعويض بصورة اتفاقية يستحق حال الإخلال بتنفيذ الالتزام، لذا يصنف على أنه من أهم الضمانات الاتفاقية الفعالة التي تسمح بحفظ الحقوق، إلا أن فعاليته تتأثر بالسلطة الممنوحة للقاضي عن طريق تعديل مقداره، و يقدم في ما يلي لما توصلت إليه الدراسة من نتائج و اقتراحات:

1 -النتائج :

- الطابع الاتفاقي لهذا النوع من التعويض سمح أن يكون أداة إجبار و ضمانة غير مباشرة تدفع المدين لتنفيذ التزامه.
- خصائص التعويض الاتفاقي جعلته يتداخل مع الغرامة التهديدية و العربون، إلا أن الدراسة أثبتت أن هناك ضوابط تفرقه عنهما تمثلت في اختلافه عنهما من حيث المصدر، الغاية، و سلطة القاضي إزاءهم.
- التعويض الاتفاقي لا هو بالالتزام الاختياري و التخييري، له أحكامه القانونية التي تميزه عنهما.
- التعويض الاتفاقي هو تقدير تعويض عن الضرر الحاصل نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزام هو ليس مجرد عقوبة مرتبط تنفيذها بوقوع الخطأ.
- التعويض الاتفاقي هو تقدير تعويض اتفاقي لاستحقاقه يتطلب تحقق الشروط اللازمة للتعويض من خطأ، ضرر، علاقة سببية، و إعذار.
- أعفى المشرع الدائن من عبء إثبات الضرر و بالمقابل حمل المدين عبء إثبات أن الدائن لم يلحقه ضرر خروجا عن القواعد العامة
- منح المشرع القاضي سلطة استثنائية إزاء التعويض الاتفاقي بتعديله عن طريق تخفيضه في حالة الإفراط، و التنفيذ الجزئي للالتزام، وعن طريق الزيادة في مقداره متى أثبت الدائن ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما.

2 -الاقتراحات:

- من خلال معالجة موضوع البحث نهيب بالمشرع لأهمية منح القضاء سلطة التدخل في تعديل التعويض الاتفاقي كلما اقتضى الأمر دونما الحاجة لطلب الأطراف، تحقيقا للعدالة و حفاظا على توازن العلاقات.

• ضرورة تحديد معيار لتقدير الإفراط المنصوص عليه في المادة 184 الفقرة الثانية من القانون المدني، مع بيان لكيفية تخفيض التعويض الاتفاقي و تحديد نسبته تجنبا لاختلاف الأحكام القضائية.

قائمة المراجع:

أولا- الكتب:

بلحاج، العربي .(1999). النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب و القانون) ، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

تناغو، سمير عبد السيد.(2009).أحكام الالتزام و الإثبات، الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية.

الجمال، مصطفى.(2013).أحكام الالتزام، دراسة مقارنة ، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

السرحان، عدنان إبراهيم، خاطر، نوري حمد.(2005). شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة، عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر و التوزيع.

السعدي، محمد صبري.(2004).شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، الجزائر: دار الهدى.

السعدي، محمد صبري.(2010).الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، الجزائر: دار الهدى.

سلطان، أنور.(2005). النظرية العامة للالتزام ((أحكام الالتزام))،الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد.(1968).نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، القاهرة: دار النهضة العربية.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد.(دون رقم السنة).الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي.

الفار، عبد القادر.(2009).أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر و التوزيع.

علي، عادل حسن.(1999).الإثبات، أحكام الالتزام، دون بلد النشر: مكتبة زهراء الشرق.

العوجي، مصطفى.(2009).القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

الكسواني، عامر محمود.(دون رقم السنة). أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دراسة مقارنة، عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر و التوزيع.

نخله، موريس.(2007). الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الرابع، من المادة 249 حتى 371 ، بيروت، لبنان : منشورات الحلبي الحقوقية.

- CANIN, Patrick.(2007). Droit civil, Les obligations, Paris, France : Hachette.
- FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-luc, SAVAUX,Éric.(2001). Droit civil, Les obligations, 2.Le fait juridique, Paris, France : Dalloz Delta.
- HESS-FALLON, Brigitte, SIMON, Anne-Marie.(1999). Droit civil, Paris, France : Dalloz.

ثانيا- المؤتمرات:

الصوا، علي محمد حسن .(2002). الشرط الجزائي في الديون، دراسة فقهية مقارنة، بحث قدم في مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار و التنمية. الشارقة. المنعقد في كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، في الفترة ما بين (7إلى 9) من شهر أيار2002.