وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عمار ثليجي – الاغواط -

كلية الحقوق

الشعبة : حقوق

سلطة القاضي في تقرير التعويض في المسؤولية المدنية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في تخصص عقود ومسؤولية

من اعداد الطالبتين:

- حيرش زينب
- بوفلقة راويه

اشراف الدكتور

أ. د يخلف عبد القادر

لجنة المناقشة

خضرون عطاءالله	رئيسا
يخلف عبد القادر	ممتحنا
لكحل عائشة	مناقشا

السنة الجامعية: 2023-2024

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الحمد لله الذي بحمده تتم النعم، والشكر له، اذ هدانا ووفقنا في اتمام هذا العمل

أتوجه بخالص التشكرات والامتنان إلى الاستاذ الفاضل

«يخلف عبد القادر» *التي لم يبخل علينا في تقديم النصائح، وحسن التوجيه والمعاملة الطيبة والحسنة طيلة مرحلة الاشراف وادعو*

الله العلي القدير أن يوفقه في حياته ومسيرته العلمية

والشكر موصول لجميع أساتذة الحقوق بجامعة الأغواط

وإلى كل ما ساعدنا لإتمام هذا العمل المتواضع لو بكلمة، بفكرة، بمرجع، وشكرا!!

إهداء

قال تعالى(وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين)

كان أمسى ميعاد اليوم وأصبح اليوم للعين قرة.

الحمد لله الذي يسر البدايات وأكمل النهايات وبلغنا الغايات.

الحمدلله الذي ما تم جهد الا بعونه وماختم سعي الا بفضله لطالما كان حلم و انتظرته اليوم بكل فخر

اهدي تخرجي الى سندي في هذه الحياة ومصدر الامان إلى من استمد منه قوتي إلى من أرشدني طريقي، إلى رفيق دربي إلى من أراه خالدا وسط قلبي و صدري و اعلاه عوني بعد الله و ضلعي ثابت الذي لا يميل الى أبي الحبيب

أمي أهديك ما وصلت إليه من نجاح يا عزمي حين اثقلتني الحياة و يا يقيني و اصراري و يا من علمتني فإني عند رؤيتك استطيع المضي ، رأيت النور بي و آمنت به و ما هذا الإنجاز الا بفضل الله ثم وقوفك بجانبي و لولاك بعد الله لم يكن فشكرا لك امي

وإلى زوجي و أولادي فلذة كبدي وإلى كل من ينتظر نجاحي و يحفزني

.وها أنا أعلن وصولي الى ما سعيت إليه وتم بفضل من الله وكرم منه

فالحمد لله اولا واخيرا وللحلم البقية

رواية

MY HOUSE ON WEB

إهداء

بعد شكر المولى عز وجل على اتمام هذا العمل والوصول إلى هذا النجاح

أهدي عملي المتواضع هذا أولا إليا

وإلى ثمرة جهد وتعبي اللذاني رافقاني طوال مشواري الدراسي

أهديه إلى أولادي أحبائي فلذة كبدي وقرة عيني

زينب

MY HOUSE ON WEB

مقدمة:

يعتبر العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام، كما عرفه فقهاء هو توافق إرادتين باتجاه إحداث أثر قانوني أي هو تراضي بين طرفين تتوافق إرادتيهما بالتعبير.

ولسلطة القاضي في تعديل العقد لها أهمية حقيقية وإيجابية كونها تسعى لتحقيق العدالة التعاقدية بين الطرفين، والقاضي باعتباره حامي الحقوق خوله القانون صلاحيات تمكنه من تفعيل هذا الحق وحماية المتعاقدين وتحقيق التوازن العقدي بينهما؛ من خلال تصحيح العقد مما شابه من شروط منطقية أو تعسفية، أو ما وقع فيه المدين من غبن بعد قيامه بهذا التعاقد.

ومن بين الشروط التي كانت تدرج في العقود، الشرط الجزائي أو كما يطلق عليه التعويض الإتفاقي والذي يعرف بأنه اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو عند التأخير فيه سواء ورد في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق، ويتمثل في إلزام المدين بدفع مبلغ نقدي أو إلزامه بأداء أي شيء آخر غير النقود، فقد يخل أحد المتعاقدين بالتزاماته من خلال عدم تنفيذها أو التأخير في التنفيذ، مما يستحق للطرف المتضرر الحق في التعويض، والأصل في طريقة تحديد مقدار التعويض،

حيث منح القاضي استثناء سلطة تقديرية للتدخل في العقد الذي يخضع أحد المتعاقدين فيه لنوع من الاستغلال أو غيره من التصرفات التي تجعله في حالة غير متوازنة مع المتعاقد الآخر.

يعتبر موضوع التعويضات من أهم المواضيع في القانون المدني والذي تطرقت له عدة تشريعات والفقهاء لما له من أهمية في تحديد قيمة تعويض الضرر الناجمة عن الأخطاء التي يرتكبها الأفراد، سواء كانت مقصودة أو غير مقصودة، ونظر التفاقم هذه الأخطاء وتنوعها بين ما هو مادي ومعنوي، أثار جدا كبيرا لدى القضاة في كيفية تحديد التعويض المستحق للفرد المضرور.

ومن مبررات تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي أيضا هو لضمان التوازن العقدي، خاصة إذا كان أطراف العلاقة غير متساوين من حيث القوة والنفوذ الاقتصادي، إذ يتم تقدير التعويض من صاحب النفوذ وما على الطرف الآخر إلا أن يرضخ له.

لهذا نجد القاضي ملزم بالحكم في القضية التي يفصل فيها بالتعويض المحدد في الشرط الجزائي، الذي يتضمنه العقد المبرم بين طرفيه أو في بند لاحق للعقد، احتراما لمبدأ إرادة المتعاقدين وعملا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، من أجل ضمان عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

ومن خلال ما سبق إليه نطرح الإشكالية التالية:

- **إلى أي مدى يمكن للقاضي أن يتدخل في تعديل العقد بين الطرفين؟**

قمنا باعتماد على المنهج الوصفي والاستدلالي بحيث قمنا بإعطاء تقديم مفاهيم حول التعويض الاتفاقي وسلطة القاضي ، كما قمنا بتحليل النصوص القانونية قصد تبيان كيفية تدخل القاضي في تعديل لعقد.

حيث قمنا بتقسيم هذا البحث إلى فصلين الأول تم تخصيصه حول سلطة القاضي في تقدير التعويض القضائي وقد تم تقسيم إلى مبحثين حيث تم الجمع في المبحث الأول مفهوم التعويض القضائي وفي المبحث الثاني كيفية تقدير التعويض القضائي ورقابة المحكمة العليا عليه، بينما تم تخصيص الفصل الثاني إلى سلطة القاضي في تقدير التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، ويتفرع بدوره إلى مبحثين، المبحث الأول جاء بعنوان مفهوم التعويض الاتفاقي، أما المبحث الثاني تناولنا فيه كيفية تدخل القاضي في تقدير التعويض الاتفاقي.

الفصل الأول

تمهيد:

يعتبر التعويض من بين أهم موضوعات المسؤولية المدنية نظرا لما له من أهمية من الناحية العملية فهو النتيجة المرجوة من بحث المسؤولية ودراستها، وهو ما يريد المتضرر الوصول إليه في الدعوة المسؤولية وفي المقابل يحاول المسؤول دفعه.

ويعد التعويض القضائي شكل من أشكال الحماية القانونية التي منحها المشرع الجزائري للطرف المتضرر جراء الضرر الذي احدثه المسؤول عن الضرر الناتج عن اعتداء على مصلحة أو حق يحميه القانون والضرر يعتبر الركن الأساسي للتعويض ونتيجة لقيام عناصر المسؤولية المدنية والمتمثلة في عنصر الخطأ والضرر وإثبات العلاقة السببية.

المبحث الأول: مفهوم التعويض القضائي

يعتبر موضوع التعويض من أهم موضوعات القانون المدني والذي استقطب اهتمام عدة تشريعات وفقهاء، نظرا لوقوع الأضرار الناجمة عن الأخطاء التي يرتكبها الأفراد سواء كانوا مصدر الخطأ العقد أو القانون وسنتعرض في هذا المبحث إلى مطلبين، **(المطلب الأول)** تعريف التعويض القضائي و(المطلب الثاني) عناصر التعويض القضائي.

المطلب الأول: تعريف التعويض القضائيوعناصره

من خلال هذا المطلب سوف نتطرق في **(الفرع الأول)** إلى تعريف التعويض القضائي أما في **(الفرع الثاني)** عناصره

الفرع الأول: تعريف التعويض القضائي

اختلفت تعريفات التعويض القضائي وتعددت حسب التشريعات والقوانين، لذا سنلقي الضوء من خلال هذا المطلب على تعريف التعويض القضائي من الناحية اللغوية والاصطلاحية وكذا القانونية وفقهيا.

1- لغويا :

إن أصل لكلمة التعويض هو العوض ومعناه البدل والخلف، وقال عاضه بكذا أو عنه ومنه عوض، أي بدل ما ذهب منه فهو عائض[1]، والعوض يعني البدل تعوض منه واعتاض يعني أخذ العوض وعاضه أي أصاب منه العوض وعضت أي أصبت عوضا[2].

2- اصطلاحا:

لم يتعرض فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه لأن معناه واضح لا يحتاج إلى الزيادة إيضاح، لكن عرفه الاستاذ **(حسن حنتوش)** بأنه "الحق" الذي يثبت للدائن نتيجة لإخلال مدينة بتنفيذ التزامه، والذي قد يتخذ شكل النقود أو أي ترضية معادلة للمنفعة التي سينالها الدائن، ولو لم يحصل الإخلال بالالتزام من جانب المدين"[3].

3- التعريف الفقهي:

بينما يعرفه الفقيه الأستاذ الدكتور **(عبد الرزاق السنهوري)** بأنه: "إن التعويض تسبقه في غالب الأحيان دعوى المسؤولية ذاتها، لأن المسؤول لا يسلم بمسؤوليته ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه دعوة"[4].

ويذهب البعض إلى ضرورة ربط التعويض بالعقوبة عن طريق اعتبار التعويض تطبيقا لفكرة العقوبة وذلك بضرورة معاقبة كل تصرف خاطئ يأتيه الشخص، إلا أن الأمر يختلف كون أن التعويض تكون غايته جبر الضرر الذي يصيب المضرور سواء في ذمته المالية أو في شعوره[5].

هناك من الفقهاء من ربط بين التعويض وبين أركان المسؤولية، بقوله أن التعويض هو جزاء توافر أركان المسؤولية، وأن المقصود من التعويض هو إعادة التوازن الذي إختل بسبب الضرر الذي وقعن

---

[1] ابراهيم أنيس وآخرون، **معجم الوسيط**، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص637

[2] جمال محمد بن مكرم، ابن منظور، **معجم لسان العرب**، م ج 7، د ط، دار الصادر، بيروت، لبنان، د س، ص192.

[3] حسن الحنتوش السحناوي، **التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية**، دراسة المقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص38

[4] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص1090.

[5] عوامري وليد، **محاضرات مقياس أنظمة التعويض في القانون المدني والتشريعات الخاصة لطلبة السنة الثانية ماستر**، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2020-2021. ص 3

وذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي من المفترض والمتوقع أن يكون عليها لولا وقوع الضرر، فالتعويض هو "كل التزام به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه الضرر"[1]

كما ان هناك من ذهب إلى أن مفهوم التعويض يرتبط ارتباطا وثيقا بمفهوم الضرر، باعتباره مجرد وسيلة لجبره، وقام بتعريف التعويض بأنه "مبلغ من النقود أو أية ترضيه من جنس الضرر، تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية لوقوع الضرر"[2].

لقد اختلف الفقهاء في تحديد تعريف للتعويض القضائي فالكل يرى التعويض من زاوية معينة هناك اتجاه يقول بأنه: " مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان يحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على نحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس" وهناك اتجاه آخر عرفه بأنه: "جبز لضرر الذي لحق المصاب"[3].

4- قانونيا:

لم يقم القانون بإعطاء تعريف واضح للتعويض، وإنما قصر الأمر على بيان مداه والوسائل التي يمكن للدائن من خلالها مطالبة المدين به، فإذا أمعن النظر في نص المادة 124 من القانون المدني رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطته ويسبب ضررا للغير يلزم من كان السبب في حدوثه بالتعويض" لوجد أنهاتنص على الأثر المترتب عن ارتكاب شخص خطأ يسبب ضررا للغير وهذا الأثر هو الالتزام بالتعويض[4].

---

[1] بيطار صبرينة، المرجع السابق، ص 11

[2] بيطار صبرينة، نفسه، ص10

[3] الكوزاني بوجمعة، بالحاج إسلام، **النظام القانوني للتعويض في المسؤولية المدنية حسب التشريع الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون خاص معمق، المركز الجامعي آمود بن مختار، ايليزي، 2022-2023،ص 35

[4] حسن علي الذنون، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام**، ج2، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الادن، 2004، ص91.

كما أن أغلب التشريعات لم تعرف التعويض لأن التعريف من عمل الفقه وكذلك تعريفه سهل وإن اغلب هذه التشريعات سواء الوضعية والمدنية ضحت عناصره في مختلف موادها وكذلك في القانون المدني الجزائري في المادة 123 نصت " يعين القاضي طريقة التعويض"[1].

كما عرفه الأستاذ **(عبد الهادي بن زيطة)** بأنه "الالتزام الناشيء في ذمة المتسبب في ضرر بإصلاحه بآداءات مالية أو عينية"[2].

يتضح من خلال التعاريف السابقة ، أن التعويض هو جزاء تحقق المسؤولية، أي نتيجة الطبيعية لتحمل المسؤول قيمة الضرر الذي ألحقه بالمضرور، إلا أنه وحتى يتم تحديد وتوضيح المقصود بالتعويض يتعين علينا بيان وظائفه[3]

الفرع الثاني:وظائف وعناصر التعويض القضائي

إن التعويض القضائي في المسؤولية المدنية مجموعة من الوظائف والعناصر من بينها الضرر الماي والضرر المعنوي، وهذا ما سنتطرق إليه **(أولا)** الضرر المادي و**(ثانيا)** الضرر المعنوي

أولا/ وظائف التعويض القضائي:

قامت المسؤولية المدنية بخمسة وظائف عبر العصور هي: معاقبة المذنب، الثأر، تعويض الضحية، اعادة النظام الاجتماعي إلى نصابه، منع التصرفات المعادية للمجتمع، ورغم اختلاف أهمية هذه الوظائف عبر العصور، والأماكن، وأنواع الخطأ، إلا أن هذا الاختلاف والتعدد القائم بين هذه الوظائف لم يثري أي

---

[1] القانون رقم07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

[2] عبد الهادي بن زيطة، **التعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائرية**، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص32.

[3] بيطار صبرينة، المرجع السابق، ص 11

تنازع بينها، لكون كل منها يخدم الآخر بقدر ما لكن هناك بعض العوامل أدت إلى تغير أهمية كل منها، فلم يبقى للمسؤولية المدنية سوى وظيفتين إحداهما عقابية والأخرى إصلاحية[1]:

أ- الوظيفة العقابية للتعويض القضائي:

يقصد بالتعويض العقابي ذلك التعويض الذي : "يمنح بالاضافة للتعويض عن الضرر المتحقق، فعل المدعي عليه ناتجا عن إهمال شديد، أو حقد، أو غش، أو تهور، لغرض عقوبة المتعدي أو جعله مثالا للآخرين"، أي يقصد بالتعويض العقابي أو الرادع: "ذلك التعويض الذي يهدف إلى معاقبة المسؤول أكثر من أن يهدف إلى تعويض المضرور، فهو ليس بتعويض جابر للضرر، بل هو التعويض يتقرر بصفة استثنائية عندما يرتكب المدعي عليه سلوكا تعسفيا، ويسفر عن معاقبة المدعي عليه بغض النظر عن أي تناسب مع الضرر الذي وقع فعلا"[2].

وتتجسد الوظيفة العقابية للتعويض في ردع وجزر المعتدي، ومعاقبته على الأفعال التي ارتكبها وألحقت الضرر بالأخرين، وفي نفس الوقت تعويض المضرور تعويضا عادلا، وذلك بهدف منع الإضرار بالغير[3].

وظلت وظيفة التعويض في الشرائع البدائية مرورا بالقانون الروماني وحتى القانون الفرنسي تتمثل في معاقبة الجاني على فعله الذي أضر بغيرهن ففي الشرائع القديمة إن الاعتداء على جسم الإنسان أو ماله يستلزم الرد عليه فقد كان الاعتداء يبعث لدى المضرور شعور بالانتقام من المعتدي بغض النظر عما إذا كان هذا الاعتداء مقصودا أصلا[4].

---

[1] بيطار صبرينة، نفسه، ص11

[2] حسيبة معايير، **التعويض الاصلاحي والعقابي في نظام المسؤولية المدنية**، مجلة الحقيقة، العدد40، 2017، ص 524.

[3] بيطار صبرينة، المرجع السابق، ص 12

[4] الكوزاني بوجمعة، بالحاج إسلام، المرجع السابق، ص 9

بينما في القانون الروماني لم يكن الخطأ يستوجب التعويض وأن هناك تحديدا قانونيا للفعل المستحق للتعويض وكان يأخذ التأثر ثم تطورت إلى الدية الاجبارية ثم إلى العقوبة من أجل تحقيق الأمن والنظام وهذا في قانون أكيليا الذي نص أن كل تلف مادي يستلزم التعويض مدنيا ولكنه على شكل عقوبة جنائية[1].

وقد حدد القضاء الكندي الغرض من للتعويض العقابي في الأغراض التالية:

- **العقاب:** وهو ما يسمح للمحكمة بالتعبير بشكل ملموس عن استنكارها لسلوك المدعي عليه، بحيث تتحول جسامة خطئه وسوء نيته إلى عقوبة مباشرة.
- **الردع:** حيث يستهدف تحذير المخالف من الاستهانة مرة أخرى بحقوق الضحية، وإعطاء درس للمواطنين الآخرين الذين قد يرغبون في التصرف على نحو مشابه.
- **التجريد من الأرباح:** أجاز القضاء الكندي استعمال التعويض العقابي كوسيلة لتجريد مرتكب السلوك التعسفي أو المشوب بسوء نية من الأرباح التي حققها بسلوكه المشين، عندما لا يمثل مبلغ التعويض الجابر للضرر بالنسبة له سوى تكلفة كغيرها من التكاليف المشروع تتيح له زيادة أرباحه ولو مع الاستهانة بحقوق الغير[2].

ب- الوظيفة الاصلاحية للتعويض القضائي:

يعرف التعويض الاصلاحي بأنه: " الوسيلة التي يتحقق بها جبر الضرر أو إزالته، أو تخفيف وطأته، كما يعرف أيضا بأنه: " تصحيح التوازن الذي اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه، وذلك بإعادة

---

[1] تيزي عبد القادر، **محاضرات القانون المدني "الفعل المستحق للتعويض كمصدر من مصادر الالتزام"** مطبوعة موجهة لطلبة سنة الثانية حقوق، كلية العقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2020، ص 3

[2] حسيبة معامير، المرجع السابق، ص 525.

المضرور على حساب المسؤول الملتزم بالتعويض، إلى الحالة التي كان مفروضا أو متوقعا أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار"[1].

إن فكرة جبر الضرر كهدف وحيد للتعويض قد ولدت في العهد الأخير للقانون الفرنسي القديم، ثم ما لبثت هذه الفكرة إن نمت وترعرعت وأخذت مكانها الحقيقي قس ظل التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 الذي بلور هذه الفكرة، إن الوظيفة الإصلاحية للتعويض في تقنين المدني الفرنسي الحديث وضعوا نظرية تحمل التبعات المستحدثة أو النظرية الموضوعية ويقابلون بها الشخصية التي تقوم على فكرة الخطأ وأنها لم تعد تتفق مع المنطق بسبب انفصال عن المسؤولية المدنية عن الجبائية ولم يعد الخطأ أساس المسؤولية المدنية بل الضرر الذي يستوجب التعويض أي أن الشخص يتحمل تبعا أضرار الناتجة عن افعاله الخاطئة واخذ بها في مجال الصناعي والعمالي ومجال الطيران ومجال السلامة[2].

وقد نص المشرع الجزائري في المادتين 124،182 من ق.م.ج على التوالي:

" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".... "يشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب..."

بناء على هذين النصين اعتبر المشرع الجزائري الجزاء الوحيد المترتب عن المسؤولية المدنية هو التعويض الاصلاحي، فإذا كانت المسؤولية المدنية تقوم نتيجة الاعتداء أو المساس بحق أو مصلحة المضرور، فإن التعويض الاصلاحي هو الجزاء يتمثل في إزالة أثر الاعتداء على حق أو مصلحة المضرور[3].

وبالرغم من فصل المسؤولية المدنية عن الجنائية، واستقلال التعويض عن الخطا، ذهب بعض الفقه الحديث بخصوص وظائف التعويض، إلى ضرورة الاعتداد بخطأ المسؤول عند تقدير التعويض، والموازنة بين ذنب أو خطا المسؤول وبين ما يلتزم به من تعويض[4].

---

[1] حسيبة معامير، نفسه، ص 514.

[2] الكوزاني بوجمعة، بالحاج إسلام، المرجع السابق، ص 10

[3] حسيبة معامير، المرجع السابق، ص 514.

[4] بيطار صبرينة، المرجع السابق، ص 16

أم عن طريقة أو كيفية تقديم التعويض الإصلاحي، فإنه وبصفة عامة يتم إما عينا أي التنفيذ العيني، وإما بمقابل، بمعنى دفع مبلغ التعويض من النقود مساو لقيمة الضرر الذي أصاب المضرور، يعتبر هذا النوع الأخير من الأصل في التعويض في القانون الجزائري المادة 132 من ق. م.ج،

والتعويض الإصلاحي عينا كان أو نقديا هو مصطلح عام، يشمل تعويض الأضرار المادية وغير المادية التي تصيب المضرور، غير أنه إذا كان التعويض عن الأضرار المادية يهدف إلى إعادة استرجاع مال للمضرور إلى ما كان عليه، فإنه في حالة الضرر المعنوي يقصد به تحقيق نوع من الترضية المالية، أي اعطاء بعض المزايا للمضرور من أجل تهدئته وترضيته، لأنه في هذا النوع من الأضرار لا يمكن معه إرجاع المضرور إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر[1].

ثانيا/ عناصر التعويض القضائي:

تمثلت عناصر التعويض القضائي في عنصرين اساسيين أحدهما **(البند الأول)** العنصر المادي، والآخر **(البند الثاني)** العنصر المعنوي.

البند الأول: عنصر الضرر المادي:

سوف نتناول من خلال هذا البند تعريف الضرر المادي وشروطه.

1- تعريف الضرر المادي:

[1] حسيبة معامير، المرجع السابق، ص 514.

الضرر المادي هو الذي يمس حقا أو مصلحة مالية، فيتمثل في إلحاق خسارة أو تفويت كسب مالي على ما تقدم، أو هو إخلال بمصلحة المضرور ذات قيمة مالية، والذي يجب أن يكون محققا، بحيث لا يكفي أن يكون محتملا قد يقع وقد لايقع[1].

ويعرف أيضا على أنه الخسارة المادية التي تلحق المضرر نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحته المشروعة، ومن هذا التعريف نستنتج ان الضرر المادي هو خسارة مالية أي نقص في الذمة المالية لشخص المضرر ومثال على ذلك إتلاف محصول أو حرق منزل أو تهدم حائط والتعدي على سلامة الجسدية كالضرب والجرح ومعها أيضا نفقات العلاج وخسارة التجار نتيجة المنافسة الغير المشروعة وهذه الخسارة يمكن تقويمها بالمال مثال اصابة شخص بالجروح بليغة نتيجة تعدي من طرف متسبب أو محدث الضرر وهذا الأخير يدفع مصاريف العلاج وثمن الدواء يعد تعويضا لتعديه على المتضرر أو الضحية[2].

فالاعتداءات على أموال عقارية كانت أو منقولة يمكن تقويمها نقدا لو اكتسبت أشكالا مختلفة، كإتلاف مال أو الحرمان من كسب نتيجة عدم القدرة على العمل...الخ، إلا أن الإشكال الذي قد ينور بخصوص قابلية الضرر للتقويم بالمال، هل يستوجب التعويض في حالة الأضرار المعنوية التي تصيب العاطفة والشعور بالحزن والأسى، كأن يصاب المتوفي بحادث يترتب عليه ضرر معنوي، فهل يكون قابلا للتعويض[3].

2- شروط الضرر المادي:

إن لضرر المادي شرطان رئيسيان وهما الاخلال بالمصلحة مشروعة ذات قيمة مالية وأن يكون محققا أو احتماليا، وأول معناه أو تكون مصلحة يعتد بها القانون أي يعترف بها مثال على ذلك دين القمار، كما

---

[1] العربي وردية، **أساس الضرر الموجب للتعويض في مجال المسؤولية المدنية للدولة، دور القاضي الإداري في تقديرالتعويض الخاص به**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد02، 2023، ص 207

[2] الكوزاني بوجمعة، بالحاج إسلام، المرجع السابق، ص 14

[3] العربي وردية، المرجع السابق، ص 207

أن جانب من الفقه والقضاء يقول بعدم الاكتفاء بالإخلال بالمصلحة بل لا بد أن يكون اخلال بحق لأن الإخلال بالمصلحة أمر غير محقق[1].

إن المصلحة المحققة إن الفعل الضار قد وقع فعلا أو سيقع حتما مثل موت المضرور أو اصابته في ماله أو جسمه، في هذه الحالة يسهل على القاضي تقديره إما لا يمكن تقديره، فقد يرجع ذلك إلى أن الضرر يتوقف تقديره على أمر لا يزال مجهولا مثال على ذلك إذا أصيب العامل في ساقه وتوقف بتقدير الضرر على ما إذا كانت ستبتر أو ستبقى، فالقاضي في هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا الغرضين ويحكم بما قدر ويتقاضى العامل التعويض الذي يستحقه وفقا لأي من الفرضين يتحقق في المستقبل.

البند الثاني:عنصر الضرر المعنوي

سنتطرق من خلال هذا البند إلى تعريف الضرر المعنوي وشروطه

1- تعريف الضرر المعنوي

لا يقتصر المعرض عنه على الضرر المادي سواء كان جسديا أو ماليا بل يتعدى إلى ما هو نفسي، وهو ما يسمى أيضا بالضرر الأدبي[2]

الأصل أنه عند إصابة شخص بضرر معين، حصوله على تعويض كامل يغطي كافة الضرر أي ما أصابه، بحيث لا تبقى لا خسارة بدون تعويض ولا كسب يزيد عن قيمة الضرر[3].

---

[1] مقدم سعيد، **نظرية التعويض عن الضرر في المسؤولية المدنية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص35

[2] بريق رحمة، **التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق المسؤولية المدنية ومعايير تقديره**، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد 02، 2020، ص 167

[3] نسيمة حشود، **التقدير القضائي للتعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الجزائري**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج07، ع 02، السنة 2021، ص 1426.

قبل تعديل المشرع الجزائري للقانون المدني بموجب القانون 10/05 لم ينص صراحة على التعويض عن الضرر المعنوي،وأن المادة 131 ق م ج والتي تحيل إلى المادة 181 من ق م ج وهي التي تقدر التعويض بمعيار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وهذا المعيار يقتصر على الضرر المادي وحده، ويرى الفقه أن المشرع الجزائري لم يقصد رفض هذا التعويض بعدم النص عليه صراحة مستندا أنه إذا كان كذلك لكان متناقضا مع نفسه، لأنه نص على التعويض عن الضرر المعنوي في المادة ¾ من قانون الإجراءات الجزائية والتي أجازت للقاضي الجزائي أن يحكم به في الدعوة المدنية التبعية واختصاص المحكمة الجزائية بالنظر في الدعوى المدنية استثناء، والاختصاص أصلا للمحكمة المدنية، وأن هذا صحيح ويصلح حتى على الضرر المعنوي ومثال على ذلك "إشاعة مغرضة على الطبيب أو المحامي بعدم كفاءته في عمله تصرف عنه المتعاملين مما تسبب في خسارته.

ولكن بعد تعديل المشرع الجزائري لقانون المدني في 2007 نص عليه في المادة 182 مكرر من ق م ج نصت كالآتي: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"[1].

ونجد أيضا أن المشرع الجزائري نص على التعويض عن الضرر المعنوي في قانون الأسرة ومثال على ذلك المادة 05 ق أ ج والتي نصت " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"[2].

وعليه فإن المشرع الجزائري لم ينص على التعويض على الضرر المعنوي بشكل صريح في القانون المدني قبل تعديل 2005 ونص عليه في قوانين أخرى نض ضمنيا ولكن بعد تعديل 2005 نص عليه بشكل صريح في القانون المدني في المادة 182 مكرر وحدد صورة، ومن هنا نقول أن التعويض عن

---

[1] عسالي صباح، **موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي**، مجلة أبحاث، العدد 1، جامعة زيان بن عاشور، الجلفة، الجزائر، 2022، ص37.

[2] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 سرة المعدل والمتمم في 2005.

الضرر المعنوي مقبل في التشريع الجزائري ولقد استقر القضاء الجزائري على الحكم به منذ الاستقلال بالتعويض عن الضرر المعنوي[1].

2-شروط الضرر المعنوي

اشترط القائلون بالضرر المعنوي شروط يجب توافرها حتى يكون محل جبر وتعويض، فمنها ماهو عام مرتبط مع الضرر المادي ومنها ما هو خاص بالضرر المعنوي:

- **أن يكون الضرر المعنوي شخصيا لمن يطالب بتعويضه:**

يشترط أن يكون طالب التعويض أصيب بضرر شخصي وبالتالي تقتصر المطالبة عليه، دون غيره فليس لأحد أن يطالب بالتعويض في حالة امتناع المضرور عن رفع دعوى على المتسبب في حدوث الضرر، فسب الشخص بعبارات صريحة

- **أن يكون محققا:**

أن يكون الضرر محققا، أي أن يكون واقعا فعلا وموجودا وثابتا وتشهد عليه الأدلة والقرائن والظروف المحيطة بحيث لا تدع مجالا للشك بل تصل إلى مرحلة الظن الغالب، وهذا يعني أن لا يكون الضرر محتملا، ذلك أن الضرر سبب للضمان وعليه الضرر الذي يقع ينفي وجوب ضمانه[2]، فالعبرة من تحقق الضرر المعنوي بإيذاء الانسان في شرفه واعتباره أو المساس في مشاعره أو أحاسيسه أو عاطفته، فإن لم يتحقق شيء من ذلك انتفى موجب التعويض[3].

- **أن لا يكون الضرر قد سبق التعويض عنه:**

---

[1] محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني**، مصادر الالتزام، ج2، ط2، دار الهدى الجزائر، 2004، ص

[2] بوبكر نوال، بن عزوز فاطمة الزهراء، **الضرر المعنوي وآليات تعويضه في القانون الجزائري**، مذكرة تخرج مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص حقوق والحريات، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2016-2017، ص 15

[3] عبوب زهيرة، **طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 03، 2016، ص 167

وهذا الشرط بديهي ، ذلك أنه لا يجوز لشخص أن يرفع دعوى المطالبة بحق مرتين وهو ما يسمى بحجية الأمر المقضي، ويشترط لذلك أن يتحدد الخصوم والسبب والموضوع، فإذا أصيب الشخص بضرر معنوي وقام من تسبب بالضرر بتعويضه، فيعتبر أنه قد أوفى بالتزامه في هذا الصدد ولا محل بعدئذ لمطالبته بتعويض آخر عن ذلك الضرر، وهذا لا يعني إمكان الرجوع عليه بما لم يكن قد تناوله ذلك التعويض عن ضرر حصل منه للغير[1].

- **أن يكون الضرر شخصيا:**

المراد بهذا الشرط أن يقتصر حق المطالبة بالتعويض على من لحقه ضرر دون غيره، ولهذا لا يستطيع الغير ملاحقة المسؤول عن الضرر في حالة امتناع المعتدي عليه من رفع الدعوى، فالمضرور هو الذي يكون له حق المطالبة بالتعويض، فهو حق أصيل، ويقتضي هذا الحق بوفاته ولا ينتقل إلى الورثة، إلا إذا كان هناك اتفاق نهائي على تحديده أو حكم قضائي نهائي[2].

المطلب الثاني: خصائص ومجالات التعويض القضائي

---

[1]قردي سمية، بن تومي سامية، **التعويض عن الضرر المعنوي**، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2018-2019، ص 23

[2]عبوب زهيرة، المرجع السابق، ص167.

تنوعت خصائص ومجلات التعويض القضائي في العديد من العناصر وعليه من خلال هذا المطلب سوف نتطرق إلى **(الفرع الأول)** خصائص التعويض القضائي، و(الفرع الثاني) مجالاته

الفرع الأول: خصائص التعويض القضائي[1]

إن للتعويض الاتفاقي مجموعة من الخصائص التي تميزه وهي كالآتي:

1- التعويض الاتفاقي التزام تبعي:

يقصد بالتزام تبعي أنه يتبع التزام الأصلي وجودا وعندما يستهدف مجرد التقدير الذي سيكون محققا عند اخلال بالتزام العقدي أو التأخر في تنفيذه وهو لا يمكن ان يستقل بذاته وفي هذا يتشابه الشرط الجزائي مع الكفالة والرهن وغيرها من التأمينات أو الضمانات ويترتب على هذه الصفة الجوهرية أن بطلان الالتزام الأصلي يؤدي لا محالة إلى بطلان التزام التبعي وهو جزء لا يتجزأ من العقد الأصلي.

2- التعويض الاتفاقي التزام احتياطي:

ومعناه أنه تنفيذ بالمقابل أي التعويض قدر الطرفان احتياطيا فهو لا يستحق إلا بعد أن يكون التنفيذ العيني غير ممكنا وبعد اعذار المدين، لأن اعذار المدين كما ذكرنا سابقا هو شرط أساسي لاستحقاق التعويض ما لم يوجد نص مخالف لذلك مادة 179 ق م ج، وهو مجرد اتفاق التعويض يثبت في ذمة عند عدم التنفيذ أو اخلال به.

3- التعويض الاتفاقي تقدير جزافي:

ومعناه أن التعويض اتفاقي تم تقديره مقدما من طرف المتعاقدين أي قبل وقوع الاخلال المدين بالتزامه ولا يستطيع المتعاقدان التنبؤ مسبقا بمقدار الضرر المادي الفعلي أو الحقيقي، الذي يصيب أحدهما من

[1] كوزاني بوجمعة، بالحاج اسلام ، المرجع السابق، ص 54

جراء اخلال الطرف الأخر بتنفيذ أوالامتناع عنه وهنا يشترط حصول الضرر ممن أخطأ أي أخل بشرط العقد المتفق عليه وحصول اعذار.

الفرع الثاني: مجالات التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)[1]

للتعويض الاتفاق مجالين رئيسيين وهما التعويض الاتفاقي في المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

1- التعويض الاتفاقي في مجال المسؤولية العقدية:

إن الشرط الجزائي كثير الاستعمال في مجال المسؤولية العقدية لأنه ينقص الوقت والجهد والمصاريف مقارنة بالتعويض القضائي والوقوف على مجال اعماله، يجدر بنا التمييز بحسب كل صورة من صور الالتزام، وفي حالة التزام المدين بإعطاء أو نقل ملكية أو حقا عينيا أخر هنا أجازت المادة 166 في الفقرة 2 من ق م ج للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض، هنا يتضح أنه لا يوجد ما يمنع من الاتفاق المسبق على تقدير قيمة التعويض الذي يدفعه المدين في حالة اخلاله بالتزامه، وفي هذه الحالة يبذل العناية أي بذل القدر الواجب من العناية وإذا لم يفعل يكون قد أجل بتنفيذ وهنا يكون الشرط الجزائي أي التعويض في حالة عدم ما يجب ببذل العناية وكذلك بالتزام بالتحقيق النتيجة يمكن اللجوء إلى تنفيذ العيني دون تدخل المدين شخصيا ويمكن أن يكون شخصيا ويمكن أن يكون فيها الشرط الجزائي أو الغرامة التهديدية.

2- التعويض الاتفاقي في مجال المسؤولية التقصيرية:

[1] مرجع سابق، ص ص 60-61

احتج جمهور الفقهاء من الناكرين إلى أعمال الشرط الجزائي في مجال المسؤولية التقصيرية كون هذا الأخير مخالف لقواعد المسؤولية التقصيرية لأنها من قواعد الآمرة ومن النظام العام إلا أنه يمكن اللجوء إليه قانونا بعدم انتهاك أو مخالفة القواعد الآمرة، لذلك فإن الشرط الجزائي يفقد طبيعته تلك إذا تحول إلى أداة فعلية لتقييد تلك المسؤولية ويجوز للقاضي اهداره لأنه خرج عن حقيقته كأداة لضمان تنفيذ الالتزام الأصيل باعتباره اتفاق مشروع من اتفاقات المسؤولية وليس اتفاقا مهدرا لقواعد المسؤولية وكذلك إذا حافظ على طبيعته كتقدير في حال خطأ التقصيري ويكون متناسبا مع الضرر ومثال على اتفاق صاحب مصنع مع جيرانه على التعويض مقدما عن الضرر الذي سيصيبهم مستقبلا من الدخان المتصاعد من مداخن المصنع أو أصوات آلاته أو ضجيجها.

المبحث الثاني: كيفية تقدير التعويض القضائي ورقابة المحكمة العليا عليه

إن لقاضي الموضوع في تقدير التعويض سلطة واسعة من حيث فهم وتكييف الوقائع المادية، وتقدير مقدار الضرر، ومن ثم تحديد مقدار التعويض عنه بغير معقب من المحكمة العليا، وإنما لهذه الأخيرة الرقابة على ما يقوم به قاضي الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض، فليس له أن يختار منها ما يريد اختياره، ويغفل ما يريد إغفاله من بين هذه العناصر، وهذا ما سنتناوله من خلال هذا المبحث، إذ خصصنا **(المطلب الأول)** لكيفية تقدير التعويض القضائي ، و**(المطلب الثاني)** لرقابة المحكمة العليا عليه

المطلب الأول: كيفية تقدير التعويض القاضي

لقد أقر المشرع الجزائري بمبدأ التعويض عن الضرر ، حيث جاء في معظم النصوص القانونية للقانون المدني مرنة تسمح للقاضي بإيجاد الحل المناسب للنزاع المطروح أمامه، مما فتح المجال الواسع للقاضي بإعمال سلطة تقديرية في مجال التعويض عن الضرر ، ويظهر ذلك في كيفية قيام القاضي بالنشاط الذهني في ترتيب الحق في التعويض وتحديد مقداره.

ومن خلال هذا المطلب سوف نتطرق في **(الفرع الأول)** تقدير القاضي للضرر، بينما **(الفرع الثاني)** تحديد تاريخ تعويض الضرر

الفرع الأول: تقدير التعويض

بما أن المسؤولية المدنية، تهدف إلى إعادة التوازن الذي أخل به سواء كان مصدر هذا الإخلال العقد أم القانون، فإن هذا الهدف يدعمه مبدأ يسيطر على تقدير التعويض في جميع القوانين تقريبا وهو مبدأ التعويض الكامل للضرر، الذي يعني ببساطة أن التعويض يجب أن يغطي كلن يغطي كل الضرر الذي أصاب المضرور، أي أن يكون شاملا لجميع الأضرار التي أصابته[1].

وتقدير التعويض يتم بمعرفة القاضي، غير أنه قد يتولى القانون تقدير التعويض، وذلك بوضع أحكام وقواعد يسمح بتطبيقها بالوصول إلى مبلغ جزافي يكون هو التعويض، كما فعل بالنسبة لبعض القوانين الخاصة كقانون التعويض عن حوادث السيارات، وقانون حوادث العمل، وكذلك الأحكام التي تنظم الفوائد القانونية[2].

كما أنه من المستقر عليه في القضاء الإداري المقارن مبدأ التعويض الكلي ، ويشمل التعويض التعويض الرئيسي المقدر استنادا إلى عناصر موضوعية، ويكون في شكل ربع دائم مدى الحياة في حالة الاستقرار النقدي أو عندما يكون المضرور طفلا أو عاجزا، ويعطي التعويض في شكل رأسمال في الغالب لإنهاء دين الإدارة نهائيا، ولتمكين المضرور منه، وإضافة للتعويض الرئيسي بإمكان القاضي منح تعويضات ملحقة كتأخير الدفع أو عن سوء نية واضحة من طرف الإدارة[3].

يقدر القاضي التعويض في حالة ما إذا لم يتم تقديره قانونا أو اتفاقا بين الطرفين، ويراعي في ذلك الظروف الملابسة حسب ما نصت عليه المادة 131 من القانون المدني التي نصت " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب، طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكررمع مراعاة الظروف الملابسة..."، استنادا لنص هذه المادة فإن القاضي عند تقديره للتعويض يعتمد على نص المادتين 182

---

[1] بيطار صبرينة، المرجع السابق، ص 75

[2] محمد رفعت عبد الرؤوف، **تقدير التعويض عن الضرر**، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد 48، ص433

[3] سماح فارة، **سلطة القاضي الإداري في تقدير التعويض في دعاوي المسؤولية الإدارية**، مجلة الإبراهيمي للأداب والعلوم الإنسانية، جامعة برج بوعريريج، العدد 03، جوان 2020، ص186

و182 مكرر من القانون المدني الجزائري حيث نصت المادة 182 على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب"، أما نص المادة 182 مكرر فجاءء فيه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"[1].

يتبين من خلال المواد 131 و182 و182مكررأن التعويض مقياسه الضرر المباشر، فالتعويض في أية صورة كانت تعويضا عينيا أو بمقابل، وتعويض نقديا أو غير نقدي، وتعويض مقسطا أو إيرادا مرتبا أو رأس مال يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ سواء كان هذا الضرر ماديا أو أدبيا وسواء كان متوقعا أو غير متوقع وسواء كان حالا أو مستقبلا ما دام محققا، والضرر المباشر يشمل عنصرين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته فهذان عنصران هما اللذان يقومهما القاضي بالمال فلو أن شخصا أتلف سيارة مملوكة لآخر وكان صاحب السيارة اشتراها بألف وحصل على وعد من الغير أن يشتريها منه بمائتين وألف فالألف هي الخسارة التي لحقت صاحب السيارة والمئتان هو الكسب الذي فاته وكلاهما ضرر مباشر يجب التعويض عنه[2].

أولا/ كيفية تقدير التعويض عن الضرر المادي

يعتبر من أنواع التعويض بالمقابل وهذا النوع من التعويض يغلب الحكم به في المسؤولية التقصيرية ويعتبر الأصل فيه، ويتصف هذا التعويض بالمرونة والوضوح حيث يرتكز المسؤول بالتعويض على الضرر الذي أصاب المضرور جراء فعله الضار ويكون ذلك في شكل مبلغ مالي يقدمه له، فالمال وسيلة للتبادل وكذا وسيلة للتقويم وحيث أن الضرر سواء كان مادي أو أدبي يمكن تقيمه بالنقود/ وللقاضي سلطة واسعة في تقديره للتعويض النقدي وكيفية دفعه للمضرور، إذ في الإمكان أن يدفع مرة واحدة أو مقسط حسب الظروف

---

[1] لعوامري وليد، المرجع السابق، ص44

[2] تيزي عبد القادر، **الفعل المستحق للتعويض كمصدر من مصادر الإلتزام**، مطبوعة خاصة بمحاضرات في القانون المدني موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2019-2020، ص73

أو إيراد مرتب مدى الحياة، إلا أن هذا الإيراد يلزم المسؤول بدفعه للمضرور إذا كان على قيد الحياة ولا ينقطع إلا بموته، ونجد أن المضرور يفضل أحيانا الحصول على التعويض دفعة واحدة، لكن المتدخل المسؤول عن وقوع الضرر يفضل أن يكون التعويض على أقساط حتى تسهل عليه عملية الدفع، ونشير هنا إلى أن تحديد كيفية الدفع هي سلطة تقديرية في يد القاضي، فهو الذي يحدد الطريقة الملائمة حسب الظروف[1].

يتألف التعويض من عناصر أساسية منها:

1- أن التعويض يقدر بقدر الضرر الواقع فعلا، سواء أكان هذا الضرر ماديا أم معنويا، حالا أم مستقبلا، أما الضرر القابل لتفادية ببذل جهد معقول فلا تعويض عنه، إذ يكون المضرر قد قصر في دفع الضرر، فلو عطل الفعل الضار على سبيل المثال سيارة نقل مملوكة لتاجر وكان في وسع هذا التاجر إصلاحها أو استئجار غيرها ولكنه لم يفعل، عندها لا يملك المطالبة بالتعويض عما لحق تجارته من ضرر جراء التأجير الناجم عن تعطل السيارة، فهذا الضرر كان من الممكن تفاديه ببذل جهد معقول ولذا لا تعويض عنه ويعرفه البعض بالضرر غير المباشر.

2- يتضمن التعويض الضرر سواء أكان خسارة لحقت بالمضرور أم كسبا فاته، فالهدف إعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، لذا لا ب من شمول الكسب الفائت والخسارة المحققة.

3- كذلك يشمل التعويض الضرر الواقع فعلا وإن لم يتوقعه المسؤول عن الفعل الضار، فلو ضرب شخص آخر مصابا بمرض القلب فقضت عليه الضربة يسأل عن الوفاة وإن كانت الضربة في الوضع العادي لم تكن لتحدث مثل هذه النتيجة، فالوفاة هنا غير متوقعة ومع ذلك يسأل عنه من أحدثها[2].

ثانيا/ كيفية تقدير الضرر المعنوي:

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.

---

[1] لعوامري وليد، المرجع السابق، ص 16

[2] رياض محمد أحمد عليان، المرجع السابق، ص58

وهذا هو الأصل في الشريعة الإسلامية، التي تقتضي بأن الأشياء المثلية إذا أتلفت أو أعدمت وجب التعويض بمثلها، والتعويض العيني هو الذي من شأنه أن يحقق للمضرور ترضية من جنس ما أصابه من ضرر، بطريقة مباشرة دون الحكم له بالتعويض النقدي، أي الوفاء بالإلتزام عينا، وإزالة الضرر عينا وذلك إما بمحوه حالا أو بمنع استمراره مستقبلا[1]

قد يهدف التعويض العيني إلى إصلاح الضرر إصلاحا تماما، وذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، بإجبار المسؤول على الوفاء بما التزم به، وقد يهدف كما يرى البعض الفقه، إلى إزالة الضرر أو تخفيفه، أو التخلي عن الوضع الضار أو منع تحقق الضرر[2].

يستند القاضي في تقديره للتعويض عن الضرر المعنوي إلى عدة معطيات، وذلك حتى يتمكن من تقدير تعويض مناسب وجابر للضرر، بحيث أوجب عليه تقدير التعويض بمراعاة هذه العناصر:

1- ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب:

جاء في نص المادة 182 من القانون المدني على أنه: "... يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول، غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"[3].

1- الظروف الملابسة:

إذ يجب أن نأخذ هذه الظروف بعين الاعتبار عند تقدير التعويض، وهذه الظروف هي التي تلابس شخص المستهلك المضرور، كوضعه الثقافي أو مركزه الاجتماعي أو حالته الصحية والنفسية بالإضافة إلى سنه،

---

[1] بيطار صبرينة، المرجع السابق، ص 44

[2] نفسه، ص 45

[3] نسيمة حشود، المرجع السابق،ص1426

وكذا مهنته وظروفه العائلية[1]، وقد عرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري الظروف الملابسة بقوله: "الظروف الملابسة التي تلابس المضرور، لا الظروف التي تلابس المسؤول، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور قد أفاده بسبب التعويض كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعويض"[2]، بينما تنص المادة 131 من القانون المدني على: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبق لأحكام المادتين 281، 282 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة بالنظر من جديد في التقدير[3].

2- يعتبر تفويت الفرصة ضررا قائما ومحققا بذاته، يستوجب التعويض، وتتمثل تفويت الفرصة بافتراض أن المدعي كان يأمل في منفعة كانت ستؤول إليه من خلال انتهازه لهذه الفرصة، والتي كان يعول عليها أنها تمكنه من تحقيق أمله فيما لو سارت الأمور على وفق مجراها الطبيعي، ومثال ذلك أن يتعاقد طالب أو مرشح لوظيفة مع سائق سيارة على نقله من قريته لإجراء امتحان أو مباراة، وقد أعلم السائق فيتخلف في إنقاذ عقد النقل مما حرم الطالب أو المترشح من التقدم للامتحان أو المباراة.

يمكن الضرر الحاصل في الحرمان بالذات ولا يتعداه إلى النجاح والتعيين، لأنهما محتملان وغير أكيدين، مما يستوجب في هذه الحالة التعويض عن ضياع الفرصة لا عن نتائجها لكون هذه الأخيرة أمر احتمالي، لأن الطالب قد يخفق أو ينجح، ولكن عدم المشاركة في الامتحان أو المباراة أمر حقيقي، وضياع فرصة المشاركة هو ضرر محقق وجب التعويض عنه، مع مراعاة القاضي لإمكانيات الطالب العلمية واستعداداته الشخصية والظروف التي أحاطت بوضعه.

1- الضرر المتغير:

---

[1] لعوامري وليد، المرجع السابق، ص 5

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1098.

[3] نسيمة حشود، مرجع سبق ذكره، ص 1427

يقصد بالضرر المتغير ما يتردد بين التفاقم والنقصان بغير استقرار في اتجاه ذاته، وقد يحدث تبعا لظروف طارئة بين فترة إرتكاب الخطأ وحصول الضرر[1]

ويقصد به أيضا ما يتردد بين الزيادة والنقصان بغير استقرار في اتجاه بذاته وهذا التغيير قد يحدث تبعا لظروف بين فترة وأخرى، وبالتالي على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار تلك التغيرات المتوقعة عند تقديره للضرر التي تبدوا محتملة الوقوع أو التي لا يملك فيها من القرائن التي تمكنه من تقديره فإن له حق تأجيل الفصل فيها، ويقدر القاضي الضرر المتغير وقت صدور الحكم أو القيمة وقت الحكم.

لقد عالجت المادة 131 من القانون المدني حالة الضرر المتغير، حيث نصت: "... فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري قد أقر صراحة على إمكانية إعادة النظر من جديد في التعويض المقدر سلفا، وفي قرار صادر عن المحكمة العليا فقد أقرت على وجوب الاحتفاظ للمضرور بحق إعادة تقدير التعويض من جديد[2].

إلا أننا نستطيع أن نميز بين حالتين من الضرر المتغير وهي:

الحالة الأولى: أن التغيير طرأ على عناصر الضرر ومكوناته وهذه التغيرات قد تكون نتيجة خطأ المتسبب في الفعل الضار، وهنا عليه تعويض المضرور على كل ما لحقه من ضرر قديم وجديد، أما إذا كانت تلك التغيرات التي حدثت للمضرور لا علاقة لها بخطأ المتسبب في الفعل الضار ولا بتقصيره فإنه لا يستحق أي تعويض على تفاقم الضرر، لأن المسؤولية كل إنسان محددة بمقدار ما ينشئه خطوة من ضرر وليس بمقدار الضرر الذي لحق بالطرف الآخر والذي لا صلة له بخطأ المتدخل.

---

[1] لعوامري وليد، المرجع السابق، ص 6

[2] نسيمة حشود، المرجع السابق، ص1428.

الحالة الثانية: فتتمثل في تغير مقدار الضرر بسبب عوامل خارجية رغم أن الضرر يبقى ثابتا لا يتغير داخليا، إنما بسبب تغير القيمة النقدية والقدرة الشرائية للمضرور ، لذلك يبقى على القاضي أن يأخذها بعين الاعتبار وبذلك يكون المضرور قد عوض عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب عملا بنص المادة 182 ق م ج إذا بادر المضرور إلى إصلاح الضرر الذي لحق به في جسمه، أو امتناعه وبعدها تغيرت الأسعار، فالقاضي لا يأخذ هذه التغيرات عند تقديره للتعويض بل يقضي له بتعويض يساوي قيمة الضرر في الوقت الذي قام فيه بالإصلاح لا بوقت صدور الحكم[1].

2- النفقة المؤقتة (التعويض المؤقت):

قد يحدث أثناء نظر دعوى المسؤولية المدنية، أن تقضي محكمة الموضوع بنفقة مؤقتة ريثما تحكم بالتعويض بصفة نهائية ويراعي في هذه النفقة ألا تتجاوز التعويض الذي ستتحكم به بصفة نهائية، وهو المعمول به في الممارسات القضائية الجزائرية، وهو ما يسمى "التعويض الجزئي المسبق"، لكن حتى يتجسد هذا الحق لا بد من توفر شروط وهي:

- أن يكون هناك فعل ضار ارتكبه المدعى عليه.
- أن تكون عناصر التعويض لا تزال في حاجة لمدة طويلة لإعداده.
- أن تكون هناك ضرورة ملحة للطلب بهذه النفقة.
- أن يكون مبلغ النفقة من مبلغ التعويض الذي ينتظر أن يقدر به الضرر[2].

الفرع الثاني/ تاريخ تقدير التعويض:

---

[1] لعوامري وليد، المرجع السابق، ص7.

[2] نسيمة حشود، المرجع السابق، ص 1428.

أما بالنسبة للتاريخ الذي يقدر على أساسه الضرر فكان مسلك مجلس الدولة الفرنسي في البداية من تاريخ وقوع الضرر، غير أنه عدل عنه وأصبح يفرق بين الأضرار الواقعة على الأشخاص واعتد بتقدير الأضرار من تاريخ القرار الإداري بعد التظلم أو الحكم القضائي إن لم يكن هناك تظلم، أما بالنسبة للأضرار الواقعة على الأموال فيقدر الضرر من تاريخ وقوع الضرر والعلم به، هذا ما أخذ به القضاء الإداري الجزائري في قرار سابق الذكر، فإذا كانت أشياء ضاعت فمن تاريخ ضياعها[1].

1- إذا كان حق المتضرر في التعويض قد نشأ وقت وقوع الضرر بتوافر أركان المسؤولية الآخرى من خطأ وعلاقة سببية، إلا أن الضرر هذا لم يكن محددا وثابتا، فإن القاضي ملزم بتقدير التعويض للمتضرر وفقا لتوافر شروط تعويض الضرر والتي أهمها أن يكون الضرر محققا، فما يستجد من ضرر نتيجة تفاقمه هو ضرر أخر لم يتم تعويضه نتج عن ذات الخطأ فبسببه تفاقم الضرر ومن ثم توافرت من جديد أركان المسؤولية فاعل الضرر هذا من جانب، ومن جانب آخر قد تكون إجراءات الحكم بالتعويض طويلة ومعقدة تتغير خلالها القيمة النقدية، فبين الركن إلى وقت الضرر وبين الاحتكام لرتابة إجراءات الحكم بالتعويض لا يمكن النيل بالمبدأ الكامل للتعويض.

2- أن الأخذ بمبدأ التعويض الكامل هو مبدأ مقرر لمصلحة المتضرر وللمسؤول عن الضرر على حد سواء، إذ أن التغير في الضرر قد يتحقق في القيمة الشرائية انخفاضا، ومن ثم فإن تقدير التعويض بوقت وقوع الضرر يثري المتضرر على حساب المسؤول، كون القيمة الشرائية حينها كانت مرتفعة، أما وقت صدور الحكم فهو الوقت المثالي لتقدير التعويض الملائم العادل لإصلاح الضرر، والأخذ بخلاف ذلك يعني المساس بأهم قاعدة في تعويض المتضررين وأنصاف المتسببين بالضرر[2].

المطلب الثاني: رقابة

سبق وأن تطرقنا إلى أن للقاضي السلطة في تقدير التعويض دون معقب عليه من المحكمة العليا، إلا أنه وإن كان هذا التقدير يدخل في سلطة القاضي، فهذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقا لرقابة المحكمة العليا ، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض،

---

[1] سماح فارة، المرجع السابق، ص186.

[2] صدام بدن رحيمة الساعدي، **سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر المتغير**، كلية الرافدين الجامعة، قسم القانون،

وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض، ومن جهة أخرى مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض.

وعليه من خلال هذا العنصر سوف نتطرق **(الفرع الأول)** معنى الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي وفي **(الفرع الثاني)** رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقدير التعويض

الفرع الأول/معنى الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي:

ذهب رأي من الفقه إلى القول بأن القاضي وظيفته تتلخص في أن يحكم وفقا للقانون وأن إرادته ليست منعدمة عند مباشرته لوظيفته القة القضائية فالقول بانعدام أرادة القاضي يؤدي إلى انعدام السلطة التقديرية، غير أن هذه السلطة الممنوحة للقاضي ليست ممنوحة كي يباشرها على هواه، انما يباشرها على نحو متناسب وصحيح، إذ إن ولاية القاضي تحتوي ولاية التقدير أو سلطة التقدير.

نطاق الرقابة على سلطة القاضي التقديرية يمتد ليشمل تقدير القاضي لمسائل الواقع، كما يشمل تقدير لمسائل القانون، وبناء على ذلك فإن النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي لا يخضع للرقابة المباشرة للمحكمة، وإنما يخضع لرقابتها غير مباشرة عن طريق ما تقوم ه هذه الأخيرة من رقابة عناصر هذا النشاط[1].

وعليه فإن محكمة الموضوع بشأن تحديد عناصر الضرر وشروطه تخضع لرقابة محكمة النقض أو التمييز وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية بأن : "التعويض يقدر بقدر العناصر المكونة للضرر قانونا والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض، لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للواقع"، حيث أن استيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، ومن هذا بحث مسألة كون

[1] نسيمة حشود، المرجع السابق، ص1431

الضرر ماسا بحق ما أو مصلحة مشروعية، وتكييفه بأنه ضرر محقق أو بأنه احتمالي ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي فجميعها تعد مما يمكن للمحكمة العليا التعقيب عليه[1]

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقدير التعويض:

ذهب مجمل الفقه والقضاء فيما يتعلق بالسلطة المخولة للقاضي إلى اطلاقها دون معقب عليها من المحكمة العليا، حيث قضت محكمة النقض المصرية أن تقدير التعويض الجابر لضرر هو من نسائل الواقع التي يستقل بها القاضي الموضوع، ولا رقابة عليها من المحكمة العليا، لكن بالتدقيق يتضح أن هذه السلطة مخولة للقاضي ليست مطلقة، بل يرد عليها العديد من القيود[2].

إن للمحكمة العليا الحق في ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتماد بعناصر التقدير التعويض وليست لمحكمة الموضوع أن تختار ما تريد اختياره، أو إغفاله من بين هذه العناصر، وهذا هو المبدأ، إلا أن هناك بعض القرارات المحكمة تسير ضد هذا المبدأ، لأنها تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ابت أو نصاب معين أو قيمة ثابتة وبين عناصر تقدير التعويض[3].

أخذ المشرع الجزائري بالنظام الوسط، فباستقراء المواد 131،181،182 مكررين ق م ج يتضح أنه ترك للقاضي تقدير التعويض بكل حرية، لكن بشرط مراعاة الظروف الملابسة، وفي حدود الضرر المباشر كلله في نطاق المسؤولية التقصيرية، والمتوقع منه فقط في العقدية[4].

وطبقا لما جاء في القرار الصادر بتاريخ 2001/12/14 عن المحكمة العليا إذ لم يشترط أن يضمن القاضي في حكمه العناصر التي استعملها للوصول إلى تقدير التعويض مما يتناسب وللضرر، بل اكتفى بوجود معاينة الطابع التعسفي والضرر المادي والمعنوي الناتج عنه ومع ذلك فإن المحكمة العليا في قرارات

---

[1] أمال جمال عبد الرحمن منصور، المرجع السابق، ص 54

[2] بيطار صبرينة، المرجع السابق، ص 133.

[3] نسمية حشود، المرجع السابق، ص 1431

[4] الكوزاني بوجمعة، بالحاج إسلام، المرجع السابق، ص 51

أخرى لها تأخذ بالمبدأ المذكور سابق، وتوجب ذكر العناصر التي اعتمدتها القاضي في الوصول إلى تقرير التعويض، مثل ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 2002/07/25 والقرار المؤرخ في 1993/01/06.

حيث أنه بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

كما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والآلام الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره"[1]

أولا: مرحلة تحديد الضرر

من خلال هذه المرحلة يتم تحديد مظاهر سلطة التقديرية للقاضي، وذلك من خلال مرحلتين، وتتمثل المرحلة الأولى في مظاهر اتساع لسلطة القاضي في تحديد الضرر ، المرحلة الثانية مظاهر تقييد سلطة القاضي في تحديد الضرر:

المرحلة الأولى: مظاهر اتساع لسلطة القاضي في تحديد الضرر

بالنسبة لهذه المرحلة فإن أهم مظاهر سلطة القاضي في تقدير التعويض هو الاعتراف له بسلطة تقدير وجود أو عدم وجود الضرر، حيث قرر محكمة النقض الفرنسية في 20 ديسمبر 1954 أنه: " إذا كانت المحكمة حين قضت برفض التعويض قد أسست قضاءها في ذلك على ما قالته من عدم ثبوت الضرر، وهو

[1] نسيمة حشود، المرجع السابق، ص 1430.

ما تملكه في حدود سلطتها التقديرية، فلا معقب عليها"، وتحديده لقدر ومدى الضرر الذي لحق المضرور بالفعل، لأنها من مسائل الواقع التي يستقل بها القاضي الموضوع[1].

المرحلة الثانية: مظاهر تقيد السلطة في تحديد الضرر

هناك مظاهر التقييد من رقابة المحكمة العليا وصف وتكييف وإن كان ضرر مادي أو معنوي وذلك طبيعة الضرر إذا كان محققا أ احتماليا وإذا كان غير متوقع أو مباشرا، وغير مباشر أو مشروع أو غير مشروع، ويخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا في تعيين عناصر الضرر لأنها من مسائل القانون وأن ينكل عنصر على حدا كان حكمه مشوبا، وإجبار القاضي عند الحكم الأخذ بالقدر وقيمة ومراقبتها ومتابعتها وحتى بعد الحكم المطالبة بالتعويض أن يكون حكمه مؤسسا وإلا تعرض لنقض[2].

ثانيا: مرحلة تحديد قيمة الضرر

إذا كانت مرحلة تحديد الضرر تقيد سلطة القاضي، فعلى العكس من ذلك يملك القاضي في مرحلة تحديد قيمة الضرر سلطة أكثر اتساعا.

المرحلة الأولى: يتمتع القاضي بسلطة مطلقة في اختيار طريقة وشكل التعويض الذي يره أكثر ملاءمة لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور، وذلك طبقا للمادة 132 ، فله أن يقرره في شكل مبلغ مرتب، كما يملك

القاضي الحكم بتعويض مؤقت، مع حفظ حق المضرور في المطالبة بتعويض تكميلي في حالة تغير قدر أو قيمة الضرر، هذا على أن يتمتع القاضي بالإضافة إلى ذلك بسلطة كبيرة بخصوص تقويم وتقدير قيمة التعويض، لأنها تعبر من مسائل الواقع التي يستقل، بلا رقابة من المحكمة العليا.

---

[1] بيطار صبرينة، المرجع السابق، ص 135.

[2] الكوزاني بوجمعة، بالحاج إسلام، المرجع السابق، ص 52

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، أو تقدير الضرر في حالة المنافسة غير المشروعة، حيث يعتمد التقدير فيها على عناصر من الصعب التحقق منها كحجم الأعمال، والأرباح التي تستمد منها[1].

المرحلة الثانية: مظاهر التقييد لسلطة القاضي في تحديد قيمة التعويض

إن مبدأ التعويض الكامل هو المبدأ العام الذي يجب على القاضي احترامه وهو الذي يقيده بقصر التعويض عن قيمة الضرر دون زيادة أو نقصان، كما يتقيد القاضي عند تقدير التعويض بالظروف الخاصة بالمضور دون تلك المتعلقة بالمسؤول، كجسامة خطئه أو مركزه المالي والاجتماعي، ويتعين عليه تقرير التعويض على جميع عناصر الضرر الذي لحق بالمضرور، فإذا أغفل أي منها أو زاد عليها كان حكمه معرض لنقض من المحكمة العليا[2]

خلاصة الفصل:

إن للتعويض أهمية في نطاق المسؤولية المدنية نظرا لما يعكسه من قيمة عملية باعتبارها أثرها والهدف النهائي الذي يسعى المضرور الوصول إليه ويسعى المسؤول تجنبه وإستبعاده، إلا أن مسألة التعويض القضائي تثير جدلا في المسائل القانونية، في مجال تقدير الضرر والذي كلف به القاضي واصبحت لديه كل السلطة الممنوحة في تقدير التعويض المستحق عن الضرر سواء المادي أو الضرر المعنوي وذلك بتواجد شروطه، ، فلضرر المادي هو ما يلحق الإنسان بضرر في جسمه أو ماله، أما الضرر المعنوي فهو المساس بشعور المتضرر كتشويه سمعته والتعدي على حريته فضلا عن الآلام الناتجة عن الضرر المادي، وعليه فإن الصلاحيات الممنوحة لقاضي في مواجهته للضرر في القانون المدني هذه الصلاحيات التي تمثل محل سلطة القاضي القاضي التقديرية عموما، منها ما يتعلق بمواجهة التقدير القانوني والاتفاقي للتعويض وهناك تقدير قضائي للتعويض هو الأصل، وأيضا صلاحيته في إعادة النظر في تقديره.

---

[1] بيطار صبرينة، المرجع السابق، ص ص 138-139

[2] الكوزاني بوجمعة، بالحاج إسلام، المرجع السابق، ص 53

الفصل الثاني

تمهيد:

لقد اعطى المشرع الحق للقاضي بالحكم والتدخل في الفصل وإصلاح الضرر عن طريق التعويض المحدد في الشرط الجزائي، الذي يتضمنه العقد المبرم بين طرفيه أو في بند لاحق للعقد، احترتما لمبدأ سلطان إرادة المتعاقدين وعملا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومن أجل ضمان عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

كما أجاز المشرع وأعطى كل الحرية للقاضي للتصرف في هذا التعويض وتعيله سواء بالزيادة أو بالنقصان وهذا في حال اقتران العقد بظروف تجعله يتسم بالاختلال.

وعليه من خلال هذا الفصل سوف نتطرق في **(المبحث الأول)** إلى مفهوم التعويض الاتفاقي، أما **(المبحث الثاني)**كيفية تدخل القاضي في تقدير التعويض الاتفاقي

المبحث الأول: مفهوم التعويض الاتفاقي

احتراما لمبدأ السلطان الإدارة أجاز المشرع المدني الجزائري مثله مثل تشريعات الدول الأخرى التحكم في الآثار المترتبة عن المسؤولية العقدية بالنسبة لطرفي العقد، والتي من بينها قيمة التعويض المستحق في حالة عدم تنفيذ أحد طرفيه لالتزاماته التعاقدية، الذي يسمى "الشرط الجزائي" وفقا لسلطان الإدارة وعملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وظهر تعبير الشرط الجزائي وطبق في قوانين وأنظمة الدول العربية آخذا عن القوانين الغربية، وتم إجراء بعض التعديلات عليه، ونجد أن القانون المصري هو أول قانون عربي أخذ بالشرط الجزائي، حيث

أخذه عن القانون الفرنسي وعبر عنه الدكتور السنهوري بالعبارة التالية" التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي ثم طبقته أكثر قوانين الدول العربية"[1].

وسوف نتطرق في **(المطلب الأول)** إلى تعريف الشرط الجزائي وأهميته، بينما **(المطلب الثاني)** أركان ومجالات الشرط الجزائي.

المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي وأهميته

إن مصطلح التعويض الاتفاقي كغيره من المصطلحات القانونية، فنجد له تعريفات متعددة، وهذا أمر مألوف في الفكر القانوني، وبالرجوع إلى الأنظمة القانونية محل الدراسة نجد أنها لم تورد تعريفا للتعويض الاتفاقي، ولكن قام الفقهاء والقانونيين بتعريفه.

وعليه سوف نتطرق إلى تعريف الشرط الجزائي من عدة جوانب اللغوية والاصطلاحية وكذا الفقهية والقانونية وهذا في **(الفرع الأول)**، بينما **(الفرع الثاني)** نتناول فيه أهميته

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي

1- تعريف الشرط لغة:

[1] محمد منتصر محمد سري الدين محمد صالح، **استحقاق الشرط الجزائي**، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي الاصدار 42، 2022، ص207.

هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وجمع الشرط هو شروط وإن للشرط عدة معان في اللغة[1].

2- تعريف الشرط اصطلاحا:

إن لمصطلح الشرط عدة معاني في القانون والتشريع، فإنه يطلق احيانا للدلالة على كافة الأحكام التي اتفق عليها أطراف العقد، ومثال ذلك أن يشترط أحد أطراف العقد على أن يكون الدفع بعد التسليم، وعليه كلمه الشرط الجزائي، معنى واسع ولكن ليس في هذا تعليق لوجود الالتزام أو زواله على أمر مستقبل محقق الوقوع وإنما هو بند في العقد وليس وصفا في الالتزام[2].

3- تعريف الشرط قانونا:

يطلق الشرط في القانون على جميع الأحكام والأمور الضرورية التي اتفق عليها المتعاقدان بعقد من العقود المراد إبرامها، كأن يتفقا على أن يكون تسليم السلعة المباعة في مكان غير مكان الانعقاد أي أن هناك اختلاف مابين مكان إبرام العقد، ومكان تسليم الشيء المتعاقد عليه وذلك لضرورة ما لا يعلمها إلا

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، **المجلد 07**، لبنان، بيروت، ص 349

[2] غانم اسماعيل، **النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام**، الجزء 2، ص383.

المتعاقدين وغيرها من الشروط حيث يحق مبدأ عام للمتعاقدين أن يشترطا ما بدا لهما من الشروط لكن دون الإخلال بالنظام العام والأداب العامة[1].

وتعددت أسماء الشرط الجزائي في القانون وذلك راجع إلى طبيعته حيث أنه هناك من تعرض للشرط الجزائي تحت اسم البند الجزائي أو التعيين الإتفاقي أو تحت عبارة البند الجزافي مثلما في القانون الفرنسي والقانون اللبناني، أو التعويض الاتفاقي وهو ما نص عليه القانون المصري في المادة 223 أو الجزاء الاتفاقي أو الجزاء التعاقدي أو الجزاء الأصاني والذين هم في الأساس يرجحون على أن الشرط الجزائي هو العلم المتداول في أغلب التشريعات الوضعية الأخرى القديمة أو المعاصرة، وهو الأشهر مداولة من حيث القضاء القانوني وجرى العرف به".

وجاء في نص المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي على أن الشرط الجزائي :"هو ذلك التعويض بموجبه يحدد الفريقان المتعاقدين بذاتهما وبصورة جازمة مقدار التعويض المتوجه الأداء في حالة عدم التنفيذ"، ونصت المادة 1229 من نفس القانون على أن الشرط الجزائي هو :" تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي"[2].

---

[1]قاشي علال، **الشرط الجزائري بين القانون الجزائري والشريعة الاسلامية**، دراسة مقارنة، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد02، السنة 2019، ص2254،

[2]نفسه، ص 2255

4- تعريف الشرط فقهيا:

وعرفه الأستاذ الدكتور**(أنور سلطان)** بقوله: "الشرط الجزائي اتفاق يقدر في المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه"[1]

بينما الدكتور **(عبد الرزاق السنهوري)**عرفه بأنه :" التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدما بدلا من تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض من عدم التنفيذ، أو قد يتفقان على مقدار التعويض المستحق في حالة تأخر المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن التأخير في التنفيذ"[2].

من خلال تعريف التعويض الاتفاقي، يمكن أن نستنتج الأمور التالية:

1- يعتبر التعويض الاتفاقي سابق على وقوع الضرر:

طالما أن التعويض الاتفاقي يعتبر اتفاقا فيجب أن يتوافر فيه الأركان العامة الواجب توافرها في أي اتفاق أو عقد وهي (الرضا، الأهلية، المحل والسبب)، وهذا الاتفاق يرد غالبا ضمن شروط العقد

---

[1] طارق محمد مطلق أبو ليلي، **التعويض الاتفاقي في القانون المدني**، دراسة مقارنة، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص9

[2] سلطان أنور، **النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997، ص172.

الأصلي، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لا حق لهذا العقد، ولكن يجب أن يكون قبل وقوع الضرر الذي يستحق هذا التعويض من اجله ،لأنه إذا لم يعد ذلك أصبح صلحا.

2- محل التعويض الآتفاقي غالبا ما يكون دفع مبلغ من النقود ، ولكن هذا لا يمنع من اي يكون محله شيئا اخر غير النقود ، كان يكون محله القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل ،وقد يكون محله اشتراط استحقاق جميع أقساط الدين عند التاخر عن دفع احدها في تاريخ استحقاقها المتفق عليه، او استحقاق المؤجر للمنشات التي اقامها المستأجر في المأجور بسبب تاخره عن التسليم عند انتهاء عقد الإيجار.

3- ان كل من التعريفات السابقة يركز على الهدف والغاية ن التعويض الاتفاقي وان كل منهما يمثل مدرسة قانونية بالنسبة للدكتور سليمان مرقس فقد اعتبر التعويض الاتفاقي شرطا جزائيا للغاية والهدف منه هو معاقبة المدين على اخلاله بالالتزام الملقى على عاتقه بموجب العقد ، وفي ذات الوقت تعويض الدائن عن الاخلال ، في حين اعتبر الدكتور عبد الرزاق السنهوري التعويض الاتفاقي الاتفاق بين الدائن و المدين على التعويض المستحق في حالة اخلال المدين بالتزامه التعاقدي.

يمكن القول بان التعويض الاتفاقي يجب ان يشمل على معنى العقوبة والتعويض في ذات الوقت بحيث يكون من الممكن تعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة ، وبالنقص ضمن حالات محددة حيث سيتم

شرحها لاحقا وفي غيرذلك يبقى التعويض كما هو ، وذلك يعد اسلم السبل لكفالة التعويض الاتفاقي يستطيع ان يحقق اهدافه بدقه دون ان يكون طريقا من طرف الحيف والظلم ،فمجرد تقديرالتعويض لايكفي ان يؤدي التعويض الاتفاقي دوره المطلوب منه ،فيتطلب الامر اعطائه بعض السمات العقوبة المدنية الخاصة من اجل ان يقوم بالدور المرجو منه [1].

الفرع الثاني: أهمية التعويض الاتفاقي

لقد شاع انتشار التعويض الاتفاقي على الصعيد التعاقدي لما له من أثر في الحياة العملية، فأصبح المتعاقدون يدرجونه في شتى أنواع العقود، لذا من النادر اليوم أن نجد عقدا لا يتضمن اتفاقا مسبقا لمقدار التعويض المستحق في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزامه، أو التأخر في التنفيذ، وذلك بغية الحصول على تنفيذ بأفضل صورة وبحسن نية، ونظرا لما يحققه لهم من مزايا ومصالح كثيرة خاصة وعامة، وحماية التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد، وإلا لما أجهد المشرع نفسه بتنظيم أحكامه، وتسارع الفقهاء على تفسيره وتوضيحه وشرح أحكامه[2].

---

[1] طارق محمد مطلق أبو ليلى، المرجع السابق ، ص 09.

[2] المرجع السابق ، ص 11.

وبالتالي تكمن أهمية التعويض الاتفاقي فيما يلي[1]:

1- ضمان تنفيذ الالتزام وفق الأصول

يعتبر هذا الضمان للالتزام من أهم مزايا التي يحققها التعويض الاتفاقي، فالاتفاق عليه يدفع المدين على تنفيذ التزامه على الوجه المطلوب والحسن، بدون إخلال، ذلك لأنه يعلم مسبقا بأنه معرض لتعويض الدائن عن الضرر الذي سيلحق به نتيجة عدم تنفيذ أو تأخير في التنفيذ، هذا فضلا على أن المدين في حالة إخلاله بتنفيذ التزامه مع وجود التعويض الاتفاقي يضعه فعلا في حالة المخل بتنفيذ التزامه على الوفاء بالتزامه حتى لا يتعرض إلى دفع مقدار التعويض الاتفاقي المتفق عليه، وهذا الأمر يسد أبواب الفوضى والتلاعب بحقوق الناس

2- توفير الوقت والنفقات:

فوجود التعويض الاتفاقي يسهل الأمر على الدائن في الحصول على مبلغ التعويض دون اتباع الإجراءات القضائية المعقدة والبطيئة، وهذا ناهيك عن التكاليف المالية، وأتعاب المحاماة والرسوم والمصاريف التي يتطلبها الكشف أو المعاينة أو الخبرة، وبالتالي فإن العقد المتضمن تعويضا اتفاقيا يغني عن كل تلك المصاعب والتكاليف.

---

[1] نفسه، ص 12

3- تحديد المسؤولية:

قد يقوم التعويض الاتفاقي بدور الشرط المقيد أو المحدد للمسؤولية، ويكون ذلك عندما يكون مقدار التعويض المتفق عليه أقل بشكل ملحوظ من مقدار الضرر الحاصل فعلا بسبب عدم تنفيذ الالتزام، الأمر الذي يفهم منه تخفيف المسؤولية، أو قد يكون الهدف منه تشديد المسؤولية في حالة أن كان المبلغ المتفق عليه يزيد من الضرر المتوقع حصوله.

4- التقليل من المنازعات التي تثور حول ركن الضرر:

إن من أهداف التعويض الاتفاقي أيضا بشكل كبير من أي جدل يدور حول وقوع الضرر أو عدم وقوعه، مباشرة أو غير مباشرة، متوقعا أو غير متوقع، ومقدار التعويض الواجب له، وبالتالي فإن وجود التعويض الاتفاقي يعني أن المتعاقدين افترضا تحقق الضرر وأدخلا في حساباتهما مقداره، ولذلك يجوز في حالة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ طلب قيمة التعويض الاتفاقي من المدين، دون الحاجة لإثبات ركن الضرر،والأصل أن المدين يلزم بدفعه ما لم يطلب من القضاء انقاصه[1].

5- يعمل التعويض الاتفاقي على زيادة قوة العقد الملزمة:

[1] نفسه، ص 12

الأصل أن يقوم طرفا العقد بتنفيذه حسب الأصول وبحسن نية ، إلا أنه أحيانا قد لا يتحقق مثل هذا التنفيذ خاصة من جانب المدين، وعلى ذلك فإن وجود التعويض الاتفاقي في العقد يعطيه قوة قانونية إلزامية أخرى بالإضافة إلى قوته الإلزامية الأصلية، ويعود ذلك إلى أن كلا المتعاقدين يعلمان مسبقا أن أي إخلال للعقد من قبل أحدهما فإن التعويض الاتفاقي في انتظاره، والذي يكون في الغالب أكبر من مقدار الضرر الحاصل فعلا، وخوف المدين من أن القاضي لا يستجيب إلى طلبه لتخفيض قيمة التعويض الاتفاقي، الأمر الذي يدفعه بلا تردد إلى تنفيذ التزامه بدقة.

6- القضاء على المنافسة غير المشروع:

يقضي التعويض الاتفاقي على أشكال المنافسة غير المشروعة بين المؤسسات وخصوصا التجارية والصناعية منها، فالمنتجون في هذه المؤسسات يتعاقدون مع المحال التجارية أو الوكلاء التجاريين من أجل بيع منتجاتهم، فيضمنون هذه العقود تعويضا اتفاقيا مفاده أنه إذا تم توزيع بضائع خارج المنطقة الجغرافية المحددة للوكيل يكون ملزما في هذه الحالة بدفع مبلغا معينا من النقود أو سحب الوكالة منه، وكذلك يكون الهدف من التعويض الاتفاقي أيضا القضاء على المنافسة غير المشروعة في حالة اشتراطه للحد فائض الانتاج، وذلك عندما يتفق المنتجون لسلعة معينة على تعويض اتفاقي كعقوبة رادعة لمن أنتج منهم أكثر مما التزم به.

7- المحافظة على حق الطرف الذي اشترط لمصلحته:

يعطي التعويض الاتفاقي للدائن الحق في اللجوء إلى القضاء لإقامة الدعوى للحصول على قيمته، وهو بالتالي يحافظ على مصلحة هذا الشخص خصوصا في التعاقد عن الغير، فالشخص إذا تعهد بإجراء عمل معين عن الغير لا يلزم نفسه به شخصيا، وهنا لا توجد أي رابطة إلزامية تلزمه، وإنما يقع الأمر على خلاف ذلك تماما في حالة التعويض الاتفاقي، فالمتعهد يكون ملزما بتنفيذ ما التزم به إذا كان هذا الغير الذي جرى التعهد باسمه لم يقم بالعمل المفترض أن يقوم به

المطلب الثاني: خصائص وشروط التعويض الاتفاقي

يتميز التعويض الاتفاق بالعديد من الخصائص والشروط، وعليه سوف نتطرق من خلال **(الفرع الأول)**إلى خصائص التعويض الاتفاقي، بينما خصصنا **(الفرع الثاني)** لشروطه

الفرع الأول: خصائص التعويض الاتفاقي

من تعريفنا للشرط الجزائي نتوصل إلى أنه يمتاز بعدة خصائص ومن أهم خصائص الشرط الجزائي ما يلي[1]:

أولا: الشرط الجزائي التزام تبعي

الشرط الجزائي وسيلة غايتها حمل المتعاقد على تنفيذ التزامه وعدم الإخلال بالالتزام العقدي فهو شرط لا يمكن أن يقوم مستقلا بذاته بل يكون تابعا بالالتزام الأصلي وجودا أو عدما.

فبطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي بالتبعية، لكن العكس غير صحيح، غذا كان الالتزام الأصلي صحيح والشرط الجزائي باطلا، فبطلان هذا الأخير لا يمتد إلى الالتزام الأصلي، وإذا سقط الالتزام الأصلي نتيجة استحالة تنفيذه بقوة قاهرة سقط معه الالتزام بالشرط الجزائي، كذلك يترتب على تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي أنه لو فسخ العقد الذي أنشأ الالتزام الأصلي، فأن هذا الأخير يسقط ويؤدي سقوطه إلى زوال الشرط الجزائي، وأيضا إذا كان الالتزام الأصلي موصوفا، كم إذا كان معلقا على شرط أو مضافا إلى اجل أو غير ذلك من الأوصاف فإن هذه الأوصاف تلحق الشرط الجزائي بالتبعية.

ثانيا: الشرط الجزائي تعويض جزافي لهذا التعويض

---

[1] قاشي علال، المرجع السابق، ص ص 2258-2259.

الشرط الجزائي تنفيذ بمقابل، فهو تعويض قدره الطرفان احتياطيان فهو لا يستحق إلا بعد أن يصبح التنفيذ العيني غير ممكنا، ويترتب عن هذا أن الشرط الجزائي لا ينشأ التزاما جديدا بين الطرفين، وإنما هو مجرد اتفاق تعويض يثبت في ذمة المدين عند عدم تنفيذه للالتزام والإخلال به.

هذه الصفة ناشئة من كون هذا التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) قدر مقدما وقوع الإخلال بالتنفيذ أو الامتناع عنه ولا يستطيع التنبؤ مقدما بمقدار الضرر الذي يصيب أحدهما من جراء إخلال الطرف الأول بتنفيذ التزامه ومن هنا جاز للقاضي التدخل في تعديل الشرط الجزائي.

الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي

إن شروط استحقاق الشرط الجزائي باعتباره تعويضا حدده المتعاقدان سلفا هي شروط قيام المسؤولية المدنية بصفة عامة، وذلك على أساس أنه لا يستحق إلا في حالة إخلال المدين بالتزامه، وهذا يترتب قيام المسؤولية المدنية.

وتتمثل هذه الشروط في وجود خطأ من المدين، ضرر يصيب الدائن، وعلاقة سببية تربط الخطأ بالضرر، ويضاف إلى هذه الشروط إعذار المدين، وقد تضمنت هذه الأحكام المواد من 176 إلى 181 من التقنين المدني بعد ما أحالت عليها المادة 183 من نفس التقنين.

وعليه سوف نتناول من خلال هذا العنصر شروط قيام استحقاق الشرط الجزائي من خلال فرعين، **(أولا)** شروط قيام المسؤولية المدنية، و**(ثانيا)** شرط إعذار المدين.

أولا: شروط قيام المسؤولية المدنية

البند الأول: الشروط الخاصة لقيام المسؤولية العقدية:

إن التعويض الاتفاقي مجموعة من الشروط التي بدونها لا يمكن الحصول على التعويض الاتفاقي ومنها شروط عامة ومنها شروط خاصة:

1- الشروط عامة لقيام المسؤولية العقدية:

بالرجوع إلى المادة 183 ق م ج نجدها قد أحالت على المواد 176 إلى 181 ق م ج وباستقراء المادة 176 ق م ج نجدها تنص على حكم عليه بالتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ومن هنا نلاحظ اشتاط المتمثل في عدم تنفيذ الالتزام وضرر وعلاقة سببية بين الضرر والخطأ[1].

ولكي يتم الحكم بالتعويض الاتفاقي لا بد من توافر شروط وأركان معينة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية وهذه هي ذات الأركان الواجب توافرها للحكم بالمسؤولية العقدية، وحقيقة أن هذه الشروط قد أخذت بها محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها والذي ورد فيه ما يلي: "إن التعويض الاتفاقي حكمه في ذلك

[1] الكوزاني بوجمعة، المرجع السابق، ص 56

حكم التعويض القضائي لا يجوز القضاء به إلا إذا توافرت أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية طبقا للقواعد العامة، قصارى ما في الأمر إن الاتفاق مقدما على قيمة التعويض عن الإخلال بالالتزام العقدي تنفيذا أو تأخيرا يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن بإثباته"، وقد اشترط القانون إضافة إلى ذلك ركن رابع ألا وهو الأعذار الموجه من الدائن إلى المدين[1].

الغاية أو الهدف من الشرط الجزائي هو تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحق به، من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر في تنفيذه، وذلك يعني أن استحقاق الشرط الجزائي يفرض إخلال المدين بالتزامه، وأن الدائن لحقه الضرر من هذا التنفيذ، وهدا ما يفرض وجود علاقة سببية بين هذا الإخلال وذلك الضرر[2].

أ- الخطأ في المسؤولية العقدية:

لم يقم المشرع الجزائري، ولا المصري، أو الفرنسي، بتعريف الخطأ بإعتباره ركن من أركان المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية، وذلك تفاديا لحصر المسؤولية في نطاق وحدود وعبارات معينة، لضمان توفير حماية أكبر للمضرور جراء أخطاء الغير.

---

[1] طارق مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص27.

[2] بيطارصربينة، مرجع سبق ذكره، ص 149

وبما أن الخطأ هو الركن الأول للمسؤولية المدنية، وهو في نفس الوقت أساسها، فما قررة المشرع الجزائري في المادة124 ، يعتبر رفضا للأفكار التي تحاول الفصل بين الخطأ والمسؤولية[1]

ويقصد بالخطأ عدم قيام المتعاقد بما التزم به في العقد أو التأخير فيه، فالشرط الجزائي لا يستحق إلا إذا كان هناك خطأ من المدين لأن التعويض لا يستحق على المدين إذا لم يكن هناك خطأ من جانبه وإذا لم يستحق التعويض فلا محل لإعمال الشرط الجزائي لأنه تعويض لتقدير قد استحق وعلى الدائن إثبات هذا الخطأ طبقا للقواعد العامة[2].

ويمكن القول بأن الخطأ العقدي هو انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته، ومعيار هذا الانحراف هو مجافاة مسلك الشخص العادي أو ما يسمى برب الأسرة المعني بأمور نفسه، وهذا ما نصت عليه المادة 358 في الفقرة الأولى من القانون المدني الأردني بقولها: " إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد

---

[1] نفسه، ص 29

[2] قاشي علال، مرجع سبق ذكره، ص 2260

وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على ذلك ذلك"[1]، والخطأ يتكون من عنصرين وهما كالآتي:

- **العنصر المادي:** هو التعدي ويراد به تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه فهو انحراف في سلوك سواءا كان متعمدا أو غير متعمد والانحراف التعمد هو ما يقترن بقصد الإضرار بالغير أما الغير المتعمد فهو ما يصدر عن اهمال وتقصير والمعيار في تحديده هو كعيار الرجل العادي وهو معيار موضوعي.
- **العنصر المعنوي:** هو القدرة على فهم الأشياء وتمييز الشيء الضار عن الشيء النافع أي يجب أن يكون مدركا لكي يسأل.

ما يميز الخطأ العقدي أنه يختلف من حيث الالتزام المدين يكون إما إلتزام بالتحقيق النتيجة أي المدين ملزم بالتحقيق النتيجة وإن لم يحققها يسأل وكذلك بالبذل العناية وهو التزام بالبذل الجهد للوصول إلى غرض ما وإن لم يبذل الجهد المطلوب لتحقيق الغرض[2].

ب- الضرر في المسؤولية العقدية:

---

[1] سلطان أنور، **مصدر الالتزام في القانون الأردني(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)**، ط2 المكتب الفني، 1998، ص 262.

[2] الكوزاني بوجمعة، بلحاج اسلام، المرجع السابق، ص 56.

يحتل الضرر مركزًا هامًا بين أركان المسئولية العقدية فهو إذ يعد قوام قيام المسئولية المدنية؛ فالمسئولية المدنية تتمثل في أن كل خطأ سبب ضرر للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض؛ أن الضرر هو الركن الجوهري لقيام المسئولية المدنية عمومـًا عقدية خصوصا.[1]

وهو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية، والذي بموجبه يستحق التعويض بشكل عام، فالدائن حتى يستحق التعويض الاتفاقي يجب أن يلحق به ضررا من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فإذا أخل المدين بالتزامه، دون ضرر يصيب الدائن، فلا يسأل المدين عن التعويض، كما لو تأخر المدين عن تسليم الدائن السيارة التي سيشارك بها في السباق، وتبين بحقوقه أعد ذلك تأجيل السباق، فالدائن في هذه الحالة لم يلحق به ضرر من جراء هذا التأخير[2].

لا يوجد تعريف للضرر في نصوص القانون المدني، وانما يستنتج في فحواها وجود ضرر ولا تقوم المسؤولية بدونه، حيث أن للضرر اشتقاق متعددة، ومعان مختلفة حسب السياق والجملة التي يستخدم فيها هذا المصطلح، فقد ذكر اين منظور بأن الضرر: في أسماء الله تعالى: النافع الضار، وهو الذي ينفع من يشاء من خلقه، ويضره، حيث هو خالف الأشياء كلها خيرها وشرها، ونفعها وضرها، الضرر

---

[1] محمد عبد الله عبد الحفيظ سالم، **ركن الضرر كشرط لقيام المسؤولية المدنية**، مجلة أبحاث الدراسات العليا، المجلد 1"، العدد36، ديسمبر 2023، ص1

[2]طارق مطلق محمد أبو ليلى، المرجع السابق، ص36.

والضرر لغتان: ضد النفع، والأضر المصدر، والضر الاسم، وقيل: هما لغتان: كالشهد والشهد، فإذا جمعت بين الضر والنفع فتحت الضاد، وإذا فردت الضر ضممت الضاد إذا لم تجعله مصدرا، كقوله: ضررت ضرا، هكذا تستعمله العرب[1].

ويعرف الفقه الضرر على أنه: "الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة سواء كان ذالك الحق أو لتلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن"[2].

حيث ظهرت وجهة نظر تدعوا إلى إغفال الضرر من حيث كونه مناط وأساس الشرط الجزائي، وبررت وجهة النظر هذه بتبريرات منها ما يرجع إلى كون الشرط الجزائي تعبيرا عن رغبة وإدارة المتعاقدين، فهو اتفاق مقدما ونهائيا على مبلغ التعويض الذي يلتزم به من يخل بتنفيذ التزامه، لذلك تكون قوة ملزمة، تجبرهم على احترامه، ومن هذه التبريرات ما يرجع إلىكون المتعاقدين يسلمان مقدما بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضررا للدائن[3].

---

[1] الكوزاني بوجمعة، بلحاج إسلام، المرجع السابق، ص 18

[2] طارق مطلق محمد أبو ليلى، المرجع السابق، ص36

[3] بيطار صبرينة، المرجع السابق، ص 150

ولقد اعتبر المشرع الجزائري الشرط الجزائي التعويض عن الضرر الواقع، وليس عقوبة مرتبط تنفيذها بمجرد وقوع الخطأ من المدين متمثل في الإخلال بتنفيذ الالتزام الأصلي، دون حصول نتيجة عن هذا الخطأ[1].

ونظرا لأهمية الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي المحدد في العقد وضع المشرع الجزائري نصا خاصا به، يتمثل في نص الفقرة الأولى من المادة 184 من القانون المدني الذي جاء كما يلي: " لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضررا"، ما يعني أن الضرر يعتبر ودون شك فيه أحد اركان قيام المسؤولية المدنية المتعارف عليها، وشرط أساي وجوهري لاستحقاق التعويض المنصوص عليه في أحد بنود العقد ضمن ما يسمى بالشرط الجزائي.

فلقيام عنصر الضرر لاستحقاق التعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي يجب أن تتوافر الشروط التالية:

- أن يكون محققا وهو الضرر المؤكد الحدوث الا أو في المستقبل؛
- أن يكون مباشرا وهو الذي يكون نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخر في تنفيذه؛
- أن يمس الضرر حقا ثابتا أو مصلحة مالية مشروعة.

---

[1] الكوزاني بوجمعة، بلحاج إسلام، المرجع السابق، ص56 .

- يستوي كون الضرر لحق حقا ماديا أو معنويا، كتسبب عدم الوفاء المساس بسمعة التاجر مثلا[1]

ج- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية العقدية:

يقصد بوجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر وجود رابطة معينة تجعل من الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة طبيعية لإخلال المدين لالتزاماته التعاقدية، فلا يكفي توافر ركني الخطأ والضرر لقيام المسؤولية واستحقاق الشرط الجزائي بل لا بد من أن يرجع الضرر الذي أصاب الدائن إلى الخطا العقدي الذي ارتكبه المدين، من جراء عدم تنفيذه لأحد التزاماته العقدية، فيكون بذلك الضرر الذي لحقه نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين لالتزاماته المنصوص عليها في العقد المبرم بينهما[2]

ولتحقيق المسؤولية العقدية يجب أن يكون الضرر الحاصل للمتعاقد الدائن بسبب خطأ المتعاقد الأخر المدين، أي أن هناك علاقة بين الخطأ والضرر فلا تكون العلاقة السببية ولا تنشأ إذا كان هناك أجنبي تدخل بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه وبين الضرر الذي أصاب الدائن كالقوة القاهرة أو احداث أو خطأ الغير ويبقى الخطأ قائم بسبب عدم التنفيذ ولكن بوجود السبب الأجنبي لا يكون المدين مسؤول في حالة اثباته وبذلك تنتقي علاقة السببية بين الخطأ والضرر وتنتقي المسؤولية العقدية بذلك[3].

---

[1] تغربيت رزيقة، المرجع السابق، ص2304

[2] تغربيت رزيقة، نفسه، ص 2304.

[3] ندى عبد الجبار جميل، المرجع السابق، ص ص 71-72

وفي العلاقة السببية يجب أن يكون اخلال بالالتزام والضرر الذي أصاب الدائن ومعناه أن الضرر الذي أصاب الدائن قد نتج عن اخلال المدين بالتزامه، وهي مسألة موضوعية يستقل بتقديرها القاضي الموضوع، فليس كل ضرر يلحق الدائن يسأل عنه المدين بل يتعين أن يكون هذا الضرر مباشرا ومتوقعا، لذلك لا يسأل المدين عن الأضرار الغير المباشرة، ولا عن الأضرار الغير متوقعة التي تصيب الدائن، إلا إذا كان بصدد المسؤولية التقصيرية، ولكن هناك استثناء في حالة الغش أو الخطأ الجسيم.

وفي العلاقة السببية ين المدين وعدم تنفيذ المدين لالتزامه وتأخر في تنفيذه يرجع إلى سبب أجنبي لا بد له فيه، فلا يسأل عنه ولا يستحق الشرط الجزئي، سواء تمثل هذا السبب أجنبي في القة القاهرة أو الحادث المفاجئ وسواء تمثل في خطأ المضرور أو الخطأ الغير.

كما ويجوز أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة وذلك بحسب المادة 178 ق م ج ويكون بالان ق م ج ويكون بالان ق م ج ويكون بالإنفاق الطرفين وهذه الإنفاقات جائزة ومشروعة بحسب الأصل في نطاق المسؤولية العقدية[1].

ويمكن قطع العلاقة السببية والجزم على عدم وجودها بالتالي إعفاء المدين من المسؤولية في حالة ما إذا تمكن هذا الأخير من إثبات أن السبب الذي أحدث الضرر للدائن لا يدل فيه شيء حسب نص المادة

[1] ندى عبد الجبار جميل، المرجع السابق، ص 72

176 ق.م.ج والسبب الأجنبي هنا يقصد به كل أمر غير منسوب إلى المدين، أدى بذلك إلى استحالة تنفيذ الإلتزام وإلى إلحاق الضرر بالدائن، وهو إما أن يكون حدثا لا ينسب إلى أي شخص وهو ما يعرف بالقوة القاهرة، وإما أن يكون صادرت من الدائن ذاته أو من فعل الغير[1]

البند الثاني: الاعذار

ولا يكفي قيام المسؤولية المدنية لاستحقاق الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد أو لاحقا بعد إبرام هذا الأخير عن طريق توفر عناصرها المذكورة أعلاه (إخلال الدائن بأحد التزاماته، وإلحاق الضرر بالمدين، ووجوب وجود علاقة سببية بين الإخلال بالالتزام والضرر المتسبب)، بل يشترط إلى جانب ذلك شرط آخر لا يقل أهمية عن سابقه، يتمثل في وجوب قيام الدائن المتضرر أو الذي يدعى الضرر بإعذار المديم مسبب الضرر في كل الحالات التي يشترط فيه القانون ذلك، وهو ما أقرت به المشرع المدني[2] من خلال نصه في المادة 179 من التقنين المدني على أنه: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك" ويكون الاعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي، في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين، وما

---

[1] تغربيت رزيقة، المرجع السابق، ص 2305

[2] تغربيت رزيقة، المرجع السابق، 2305.

دام التعويض لا يستحق إلا بالإعذار في الأحوال التي يجب فيها فإنه إذا لم يقم الدائن بإعذار في هذه الأحوال، لم يكن التعويض الاتفاقي مستحقا[1].

ولقد أورد الفقهاء تعريفات متعددة للأعذار، فمهم من قال أن أعذر المدين هو "وضعية قانونا في حالة المتأخرة في تنفيذ التزامه"، ومنهم من عرفه على أنه توكيد تأخر المدين في تنفيذ التزامه توكيدا رسميا أو غير رسمي بدعوته إلى التنفيذ بتوجيه إنذار إليه[2].

وطبقا لنص المادة 180 من ق م ج يكون إعذار المدين بإنذاره، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في القانون المدين، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقتضي أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى أي اجراء أخر[3].

لكن المدين يمكنه النزول عن حقه في التمسك بعدم القيام الدائن باعذاره، وطالما لم يتمسك به قبل البدء في الموضوع، فيسقط حقه تلقائيا، ولا يجوز له التمسك به أمام جهة الاستئناف لأول مرة[4].

كما يمكن الاستغناء عن الاعذار إما بناء على اتفاق الأطراف، أو بنص القانون على التفصيل التالي:

---

[1] أحمد عبد الزراق السنهوري، ج2، المرجع السابق، ص 859.

[2] طارق مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص 44

[3] الكوزاني بوجمعة، بلحاج إسلام، المرجع السابق، ص 11

[4] فرقاني قويدر نور الاسلام، **استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07، العدد02، 2020، ص 162.

أ- **الاتفاق:** وذلك عملا بأحكام الفقرة الأخيرة من نص المادة 180 من ق م ج، فمجرد حلول الأجل يقوم مقاوم الإعذار إذا وجد في العقد نص بذلك، وقد يكون الاتفاق صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا، كما ينبغي أن تكون التي يستنتج منها عدم ضرورة الإعذار قاطعة، وإلا فالشك يفسر لمصلحة المدين ويجب إعذاره.

ب- **القانون:** لا ضرورة للإعذار في حالات خاصة نص عليها القانون، في هذا الصدد تقضي المادة 181 من ق م ج أنه لا إعذار في الحالات التالية:

- إذا صار تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد وكان ذلك بفعل المدين، فيعتبر المدين مسؤولا عن نتائج عدم التنفيذ دون الحاجة إلى إعذاره، ومثال ذلك أن يترك محام ميعاد الاستئناف ينقضي دون رفعه، أو يبيع مالك عقار عقاره إلى مشتر ثان يسارع إلى تسجيله، أو أخيرا أن يبيع مالك منقول إلى مشتر ثان يحوزه بحسن نية، فيمتلكه طبقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية

غير أنه إذا صار التنفيذ مستحيلا لسبب أجنبي، فإن الالتزام ينقضي بقوة القانون ولا بد من التعويض.

- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل ضار (فعل غير مشروع)، فالإعذار لا يكون إلا في الإلتزامات التعاقدية.

- إذا كان محل الالتزام شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

- إذا صرح المدين كتابه أنه لا ينوي تنفيذ التزامه إذا لا جدوى من الإعذار، ويرى الفقه أن الكتابة هنا شرط في الإثبات، فيمكن إثباته نيته بإقراره

المبحث الثاني: كيفية تدخل القاضي في تقدير التعويض الاتفاقي والقيود الواردة

تطبيقا لمبدأ سلطان الإدارة، فإن مقدار التعويض المتفق عليه مسبقا بين الطرفين متى تحققت شروطه كان ملزما للمتعاقدين والقاضي، وعلى هذا الأخير أن يحكم على المدين الملتزم بالتعويض بالمبلغ المتفق عليه، دون زيادة أو نقصان بغض النظر عن مقدار الضرر الذي أصاب الدائن، ذلك أن المتعاقدين أراد باتفاقهما تجنب ما قد يثار من منازعات حول عملية تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، غير أنه أجاز المشرع في حالات معينة للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة وهذه السلطة الممنوحة للقاضي من النظام العام، فكل اتفاق بهذا الشأن يقع باطلا، حيث تنص المادة 184

من القانون المدني على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر"[1].

لذا فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، **(المطلب الأول)** كان حول تدخل القاضي بتخفيض ورفع التعويض الاتفاقي، بينما **(المطلب الثاني)** فخصصناه المطلب الثالث: القيود الواردة على سلطة القاضي اتجاه تعويض الاتفاقي

المطلب الأول: تدخل القاضي بتخفيض أو رفع التعويض الاتفاقي

الفرع الأول: تدخل القاضي بتخفيض الشرط الجزائي

سمح المشرع المدني للقاضي الذي فصل في الدعوى تعديل الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد والذي اتفق عليه طرفيه، بالتخفيض من مقداره في حالة إهدار الشرط الجزائي بحقوق المدين، فيتدخل القاضي لتخفيضه إلى المقدار الذي يرى بأنه يتناسب مع الضرر الذي لحق بالدائن، حماية له للمدين الملتزم بالتعويض، يكون ذلك في حالتين محددتين في الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على أنه: " ويجوز للقاضي إن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين كان مفرطا، وأن الالتزام

[1] فرقاني قويدر نور الإسلام، المرجع السابق، ص 1662

الأصلي قد نفذ في جزء منه"[1]، بالاضافة إلى الحالة التي وردت في نص المادة 187 من القانون المدني، والتي تكون في حالة تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه في اطالة أمد النزاع،[2] وعليه أتطرق لهذه الحالات على النحو التالي:

الحالة الأولى:

إذا كان تقدير التعويض مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو مفرطا بحسب تعبير المشرع الجزائري، فلا يكفي لتخفيض قيمة الشرط الجزائي أن يكون في التقدير زيادة بحيث تجاوز قيمة الضرر، وإنما يجب أن تكون الزيادة مبالغا فيها إلى درجة كبيرة.

ولعل التعويض طبقا للقواعد العامة، ويلاحظ أن القاضي لا يخفض الشرط الجزائي ليجعله مساويا للضرر بل يزيل ما فيه من مبالغة وإن كان الالتزام الأصلي مبلغا من النقود فيكون المقصود من الشرط الجزائي المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يجب تخفيضها إلى الحد القانوني.

ولا يمكن تفسير المبالغة فيه إلا على أساس غلط في هذا الشرط الجائز وفي أي من الفرضين يتعين إنقاص التعويض إلى الحد الذي يتناسب والضرر الواقع، وهذا يتضح أن المشرع يهدف إلى حماية المدين

---

[1] المادة 184/ 2 من المادة 184 من الأمر رقم 75- 58، مؤرخ في 20 رمضان الموافق لـ في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، نفس المرجع.

[2] فرقاني قويدر نور الإسلام، المرجع السابق، ص 1663.

كطرف ضعيف من ناحيتين، الأولى أنه يمكن استبعاد الشرط الجزائي كليا إذا اثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، الشرط والثانية أنه يجوز تخفيض هذا إذا أثبت عدم تناسبه مع الضرر الذي لحق الدائن من الإخلال بالتنفيذ بأنه انطوى على مبالغة كبيرة في التقدير ويقوم القاضي بالتخفيض على النحو الذي يتناسب مع الضرر دون أن يكون مساويا له، ومعنى ذلك أن التعويض يمكن أن يزيد عن الضرر بالقدر المعقول، ولا يجوز تخفيضه إذا كانت الزيادة فيه لا تنطوي على مبالغة كبيرة[1].

الحالة الثانية:

إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه، فإذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ التزامه تنفيذا جزئيا قبله الدائن ولم يتضرر منه، جاز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي نزولا عند مقتضيات العدالة واحتراما لإرادة المتعاقدين[2]

ويتم التخفيض على أساس المبلغ المقدر في الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ من الالتزام بمعنى أن القاضي ينقص المبلغ المتفق عليه إلى حد الذي يتناسب والجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام الأصلي، ويقع عبء

---

[1] قاشي علال، المرجع السابق، ص 2262

[2] بوخرص عبد العزيز، **مطبوعة دروس في مقياس أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019-2020، ص19.

إثبات التنفيذ الجزئي على المدين، وفي هذه الحالة لا يخضع حكمه لرقابة المحكمة العليا باعتباره من مسائل الواقع.

ويعاب على المشرع الجزائري أنه لم يضع معيارا لتخفيض مبلغ الشرط الجزائي حال التنفيذ الجزئي للالتزام، على العكس من ذلك ما جاء في نص المادة 1231-5 من القانون المدني الفرنسي، فيكون التخفيض ليس بنسبة ما نفذ من الإلتزام، ولكن بنسبة المصلحة التي حققها التنفيذ الجزئي للدائن، وهو ما يجسد العدالة، وأقرب إلى الحقيقة في تفسير نية المتعاقدين[1]

الحالة الثالثة:

حالة تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع، وطبقا لنص المادة 187 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: "**إذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي أطال فيها النزاع دون مبرر**"، وتقوم هذه الحالة عبى مبدأ التعسف في استعمال الحق، ذلك أن الدائن متى تسبب بسوء نية في إطالة أمد النزاع، فهو التعسف في استعمال الإجراءات المقررة له قانونا، فبدل أن يقصد أقصر الطرق للوصول إلى حقه، يعمد إلى إطالة أمد النزاع حتى يستغرق الشرط الجزائي بأن يجعل الضرر متناسبا معه،

[1] فرثقاني قويدر، نور الاسلام، المرجع السابق، ص 1664.

كان يلجأ الدائن إلى انكار امضائه على مخالصة صادرة عنه عن جزء من الدين، مما يتعين اتباع اجراء التحقيق في التوقيع، لا شك أن هذا الأمر يترتب عن اطاله أمد النزاع، متى تبين للقاضي ذلك قام بتخفيض التعويض الاتفاقي إلى الحد المعقول عن المدة التي أطال فيها النزاع بلا مبرر[1]

أولا: تبرير سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه

أجاز القانون إلى جانب إمكانية تدخل القاضي لتقليص وتخفيض القيمة المتفق عليها في العقد كشرط جزائي، في حالة ما إذا ظهر أن التقدير الاتفاقي لمبلغ التعويض مفرطا ما يعني أنه مبالغ فيه لدرجة كبيرة[2].

كما قام بعض الفقه بتبرير سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه على أساس أن هذا الأخير ليس سببا في استحقاق التعويض، بل هو مجرد تقدير سابق له وفقا للظروف التي كانت قائمة وقت الاتفاق.

بينما ذهب البعض الآخر من الفقه، إلى أن العقد في هذه الحالة يكون قابل للأبطال سواء لوقوع المدين في غلط، أو للإكراه الذي مورس عليه، فإذا تمسك المدين بالإبطال وحكم له به بطل الالتزام الأصلي وهو العقد وبطل معه الشرط الجزائي بالتبعية.

---

[1] نفسه، ص 1665.

[2] تغربيت رزيقة، **الشرط الجزائي بين سلطان الإدارة وسلطة القاضي**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد01، 2022، ص2307.

فيما استند بعض الفقه في تبرير سلطة القاضي في تخفيض الشرط المبالغ فيه إلى كونه مثابة شرط تهديدي، مقصود من الطرفين لحمل المدين على تنفيذ التزامه وعدم الاخلال به، وهنا يكون الشرط باطلا، ويقوم القاضي بتقدير التعويض وفقا للقواعد العامة[1].

ويلتزم القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية في تخفيض الشرط الجزائي أن يمارسها بحذر لأنها حالة استثنائية لا تكون إلا في حالة كون الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، ومعيار المبالغة في تقدير التعويض على البعض من الفقه يقوم أساسا على فكرة مادية أساسها حسامة الفرق المفرط بين المبلغ المشترط دفعه من المدين وقيمة الضرر الذي لحق بالدائن، مع استبعاد العوامل الشخصية والظروف الخاصة للطرفين المتنازعين[2].

ثانيا/ طبيعة تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه:

يعتبر تدخل القاضي إذن لتخفيض مقدار الشرط الجزائي وسيلة آلية قضائية الهدف منها هو حماية حقوق المدين، لذلك يقع على هذا الأخير عبء إثبات حصول التنفيذ الجزائي لالتزاماته العقدية لأن البينة

---

[1] بيطارصبرينة، المرجع السابق، ص 212.

[2] تغربيت رزيقة، المرجع السابق، ص2307.

على من يدعي، ويكون بذلك للقاضي السلطة التقديرية وحسب اقتناعه الشخصي في تحديد مقدار التخفيض، لسبب التنفيذ الجزئي لالتزامات المدين[1].

وحتى يتمكن تحديد طبيعة تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه، تتم الإشارة إلى الخصائص التي تميز هذا التدخل وهي كالتالي:

1- استثنائي:

يرد على خلاف القاعدة العامة، التي يقتضي بحصانة الشرط الجزائي وعدم قابليته للتعديل، فإباحة المشرع للقاضي تعديل الشرط الجزائي على خلاف ما اتفق عليه المتعاقدين، هو استثناء مقيد بشروط محددة ولا يمثل قاعدة عامة، وإلا تجرد الشرط الجزائي من هدفه ووظيفته الأساسية.

2- اختياري:

يثبت هذا الاختيار للقاضي نفسه، فهو الذي يقرر وفق ظروف الواقع ما إذا كانت العدالة تستوجب تعديل الشرط الجزائي أم لا، آخذا بعين الاعتبار كل ما يحيط بالشرط من ظروف قانونية وواقعية، وبصفة خاصة حسن النية، معنى ذلك القاضي يملك تعديل الشرط الجزائي إذا تحقق الشروط القانونية الواجبة، لكنه ليس ملزما.

---

[1] نفسه، ص2307.

3- غير تلقائي:

لا يتدخل القاضي تلقائيا لتعديل الشرط الجزائي، بل يشترط لممارسة سلطته في التعديل، أن يتقدم المدين المضرور من المغالاة بطلب التعديل[1].

الفرع الثاني: تدخل القاضي بزيادة الشرط الاتفاقي

وطبقا 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 متعاقدية في تحديد مقدار 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[2].

وتنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطا جسيما"، والواضح من النص أن الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بقيمة الشرط الجزائي الذي يعتبر في

---

[1] بيطار صبرينة، المرجع السابق، ص213

[2] عائشة قصار الليل، **التعويض الاتفاقي ضمان لتنفيذ الالتزام**، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، المجلد 06، العدد02،جويلية 2020، ص951.

هذه الحالة بمثابة تخفيف من المسؤولية ولذا فإن القاضي لا يحكم إلا بقيمة الشرط الجزائي حتى ولو كانت تقل عن الضرر الذي أصاب الدائن[1].

وحسب المادة المذكورة أعلاه فإن زيادة الشرط الجزائي تكون في حالتين التاليتين[2]:

أ- ارتكاب المدين غشا: بحكم تنفيذ العقود عدة أحكام من بينهما تنفيذ الطرفان التزامهما بحسن نية، إلا أنه إذا أثبت الدائن أن المدين لم ينفذ التزاماته رغم قدرته على ذلك بسوء نية، ولاعتبار الغش دائما يكون قائم على هذه الأخيرة فإنه يمكن للقاضي أن يحكم بتعويض إضافي لصالح الدائن المتضر، ليكون بذلك متناسبا مع مقدار لحقه.

ب- ارتكاب المدين خطأ جسيم: يقصد بخطأ المدين في هذه الحالة الخطأ الذي يستعد فيه صاحبه عن المسلك المتوقع من شخص مسؤول ويوجد في نفس ظروفه الخارجية، فمتى كان انحراف المدين انحرافا كبيرا وغير مألوف لا يمكن أن ينحرف به الرجل العادي اعتبر الخطأ جسيما والعكس صحيح لأن معيار التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط هو درجة الانحراف.

حيث أجازت هذه المادة للمدين بمطالبة بزيادة قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه في حالة مجاوزة الضرر له، بشرط أن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيم، فلا يكفي أن يثبت المدين أن

---

[1] قاشي علال، المرجع السابق، ص 2263.

[2] تغربيت رزيقة ، المرجع السابق، ص 2308.

التعويض المحدد في العقد كشرط الجزائي، فنص المادة سابقة الذكر يعارض ويرفض كل زيادة قد يتعرض لها الشرط الجزائي إلا إذا كان المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيم[1]. وفي هذه الحالة يجوز للقاضي زيادة الشرط الجزائي في حالتين:

أولهما: إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإنفاقي وهنا يجوز للدائن أن يطال بأكثر من هذه القيمة إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسميا المادة 185 من ق م، وتستثنى المادة 178 ق م حالة الانفاق على عدم مسؤولية المدين عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

ثانيا: إذا كانت قيمة الشرط الجزائي من التفاهة بحيث لا يعتبر تعويضا جديا عن الضرر، وكان الشرط الجزائي وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية، وهنا تجدر الإشارة إلى أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية جائز إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، بينما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية باطل حتى في حالة الخطأ اليسير[2].

المطلب الثاني: القيود الواردة

---

[1] بيطار صبرينة، المرجع السابق، ص 220

[2] بوخرص عبد العزيز، المرجع السابق، ص19

هناك أحوال معينة وضع المشرع قيودا على السلطة التقديرية الواسعة والممنوحة للقاضي في تقدير الضرر، فقد يقوم القانون بوضع قواعد يتم من خلالها تحديد التعويض بمبلغ جزافي وقد يترك الأممر لحرية الأفراد يحددونه وفقا لما يبدو لهم من ظروف التعاملات وملابساتها، وفي كلتا الحالتين ألزم المشرع القاضي بهذا التقدير.

وسنجد عند البحث في القيود التي ترد على سلطة التقديرية في تقدير التعويض أن مقتضيات العدالة توجب على القاضي تخفيض مقدار التعويض عن المقدار الذي كان مفروضا أن يحكم به، فالسلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر ليست مطلقة بل مقيدة، ويمكن أن نستدل على ذلك من خلال عرض بعض القيود التي يجب على القاضي أن يراعيها عند إصدار حكمه بالتعويض، وإلا كان ذلك الحكم عرضة للنقض، من يه من هذه القيود طلبات الخصوم، والخطأ المشترك، وكذلك التعويض الاتفاقي بين الطرفين[1].

1- طلبات الخصوم:

وظيفة القاضي محددة بالفصل فيما يعرض عليه من طلبات، فلا يملك التدخل في أمور لم تعرض عليه، ولا يملك الإجابة عن أمور لم يسأل عنها، وخارج نطاق القضايا المعروضة عليه، فالأصل في الحكم سبق الطلب والقول بخلاف ذلك يعني التجاوز على معنى الدعوى والخصومة.

[1] نبيلة عبد الفتاح قشطي، **الاعتبارات المتدخلة في قناعة القاضي أثناء تحديده للتعويض**، مجلة البصائر للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 02، العدد03، مارس 2021، ص ص 8، 9.

2- خطأ المشترك:

المقصود به أن يشترك خطا الدائن إلى جانب خطأ المدين في إحداث الضرر، فيكون للضرر سببان خطأ الدائن وخطأ المدين، وفيه لا يتحمل المدين مسؤولية كاملة، بل بقدر ما صدر عنه الخطأ، وأن تكون مسؤوليته مخففة، ويجب على القاضي الأخذ بعين الاعتبار تلك الحالة ويراعيها، فمن هذا المنطلق تعد قيدا على السلطة القاضي في تقدير التعويض، خاصة بالنسبة للتشريعات التي توجب على القاضي إنقاض التعويض، أو لا يحكم بأي تعويض إذا كان الدائن قد اشترك مع المدين في إحداث الضرر، كمن يستقل سيارة يعلم بأن سائقها في حال سكر بين، فإن خطأ هذا يكون مشتركا بينهما.

3- التعويض الاتفاقي:

القاعدة العامة أن التعويض الاتفاقي هو جزاء متفق عليه مسبقا بين المتعاقدين عند الإخلال بالالتزام، شريطة توافر عناصر المسؤولية المدنية من خطأ وضرر والعلاقة السببية، وعلى القاضي أن يقضي بذلك دون زيادة أو نقصان، ولكن هناك حالتين يكون للقاضي فيهما تخفيض أو زيادة التعويض:

- يحق للقاضي خفض قيمة الشرط الجزائي إذا ثبت أن تقدير القيمة مبالغ فيها إلى حد كبير.

- للقاضي خفض الشرط الجزائي إذا أثبت أن الالتزام نفذ جزء مه، وله أيضا زيادة في الشرط الجزائي إذا كان إخلال المدين ناتج عن غش أو خطأ جسيم[1]

خلاصة الفصل:

[1] نبيلة عبد الفتاح قشطي، المرجع السابق، ص 9

من هنا نجد أن للقاضي سلطة كاملة في النزاع المتعلق به دون التقيد بميعاد دعوة الإلغاء بين إرادتين أحدهما تضرر والأخر مضر، حيث يعتبر بمثابة ضمانة للأفراد بحماية حقهم في التعويض، كما أن للقاضي الحرية الكاملة في تقييم الضرر القابل للتعويض، والذي يحدد مقداره مراعيا في ذلك قاعدة "تعويض المضرور عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة" والتقيد بكل الشروط وأحكام التعويض وكذا تاريخ استحقاقه.

لنتنهي في الأخير إلى قول أن سلطة القاضي في تقدير التعويض الاتفاقي هو بمثابة الحاكم بين إرادتين مراعيا في ذلك بعض الظروف والملابسات التي صاحبت الفعل الضار كحالة المضرور الصحية أو جنسية أو حالة الأموال.

خاتمة

إن سلطة القاضي في تعديل العقد من حيث المبدأ هي إحدى الوسائل التي تتفق عليها القوانين الحديثة، حيث أن الأساس الذي تقوم عليه السلطة فيها جميعا هي العدالة، فدور القاضي لم يعد سلبيا في مجال المعاملات، إذ أصبح في ظل التشريعات الحديثة يقوم بدور إيجابي وفعال في مجال العقد، فبواسطته تتحقق حماية الأفراد في مجال التعاقد من مظاهر الغبن والاستغلال

هذا ما دفع بالمشرع لوضع عدة آليات لحمايته، ومن أهمها منح القاضي سلطة تعديل هذه الشروط أو إلغائها.

النتائج:

ومن هنا يقتضي الأمر إلى الإشارة إلى أهم النتائج المتوصل إليها وأهم الاقتراحات التي يمكن طرحه وهي على النحو التالي:

1- التعويض هو ذلك أثر أو جزاء المسؤولية المدنية هدفه جبر الضرر وليس المعاقبة.

2- الضرر هو أساس الذي تقوم عليه مسؤولية الشخص ويكون موجبا للتعويض، قد يصيب الضرر الشخص في سلامته الجسدية أو المالية ويسمى بالضرر المادي أو في شعوره ونفسته وخدش شرفه ويسمى بالضرر المعنوي.

3- التعويض القضائي هو تغطية لقيمة الضرر الحاصل للمضرور وله عناصر تحدده منها الضرر المادي والضرر المعنوي.

4- إن سلطة القاضي المدني في تقدير الضرر ليست مطلقة، بل توجد هناك بعض العناصر والمعايير التي يجب مراعاتها عند الحكم بالتعويض عن الضرر.

5- يستند القاضي في تقديره للضرر على عدة معطيات، وذلك ليمكنه من تقدير التعويض المناسب وجابر للضرر، بحيث أوجب عليه تقدير التعويض بمراعاة مالحق المضرور من ضرر مس بجسده او ماله أو شرفية ونفسيته.

6- كما يستند القاضي في تقديره للضرر للظروف الملابسة التي تلابس المضرور أو في الظروف الشخصية التي تحيط به بحيث يتدخل القاضي عند تحديد التعويض عن الضرر ، بحيث يراعي القاضي في تقديره التعويض هذه الظروف لوقوع الضرر.

7- الشرط الجزائي هو مجرد تقدير اتفاق مسبق التعويضات المستحقة في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزامه، وذلك بتوافر شروط استحقاقه (الخطأ ، الضر، العلاقة السببية).

8- للمحكمة العليا الحق في ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض وليس لمحكمة الموضوع أن تختار ما تريد اختياره، أو إغفاله من بين هذه العناصر.

9- يمكن للقاضي أن يتدخل في تعديل الشرط الجزائي في حال ارتكاب أحد المتعاقدين غشا أو خطأ جسيم في حالة رفع الشرط الجزائي وفي حالة الخفض في تنفيذ الجزئي وإذا كان مبالغ فيه.

الاقتراحات:

من خلال ما توصلنا إليه من نتائج، حاولنا تقديم بعض الاقتراحات والتي تعتبر بمثابة حلولا لبعض الإشكالات التي يطرحها موضوع سلطة القاضي في تقدير التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

1- نقترح على المشرع الجزائري أن يجعل سلطة في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام وعليه نقترح تعديل المادة 184 من القانون الجزائري.

2- أقترح على المشرع أن يلغي التعويض في حالة التأخر عن تنفيذ الالتزام إذا كان محل الالتزام نقدا لأنه حسب جمهور الفقهاء الشريعة الاسلامية على أنه ربا.

2- حبذا لو أن المشرع الجزائري تطرق إلى تعريف السلطة التقديرية للقاضي بالنص عليها بصريح العبارة، حيث نص عليها ضمنيا في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة.

قائمة المراجع

- **الكتب:**

1. ابراهيم أنيس وآخرون، **معجم الوسيط**، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.

2. ابن منظور، لسان العرب، **المجلد 07**، لبنان، بيروت.

3. جمال محمد بن مكرم، ابن منظور، **معجم لسان العرب**، م ج 7، د ط، دار الصادر، بيروت، لبنان، د س،

4. حسن الحنتوش السحناوي، **التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية**، دراسة المقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.

5. حسن علي الذنون، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام**، ج2، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الادن، 2004.

6. سلطان أنور، **النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997

7. سلطان أنور، **مصدر الالتزام في القانون الأردني(دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)**، ط2 المكتب الفني، 1998.

8. عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

9. غانم اسماعيل، **النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام**، الجزء 2.

10. محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني**، مصادر الالتزام، ج2، ط2، دار الهدى الجزائر، 2004.

11. المقدم سعيد، **نظرية التعويض عن الضرر في المسؤولية المدنية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992

12. عبد الهادي بن زيطة، **التعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائرية**، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

- **مذكرات ورسائل تخرج:**

13. بوبكر نوال، بن عزوز فاطمة الزهراء، **الضرر المعنوي وآليات تعويضه في القانون الجزائري**، مذكرة تخرج مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص حقوق والحريات، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2016-2017

14. بيطار صبرينة، **التعويض في نطاق المسؤوية المدنية في القانون الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015.

15. طارق محمد مطلق أبو ليلي، **التعويض الاتفاقي في القانون المدني**، دراسة مقارنة، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.

16. الكوزاني بوجمعة، بالحاج إسلام، **النظام القانوني للتعويض في المسؤولية المدنية حسب التشريع الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون خاص معمق، المركز الجامعي آمود بن مختار، ايليزي، 2022-2023.

17. قردي سمية، بن تومي سامية، **التعويض عن الضرر المعنوي**، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2018-2019.

- **المجلات العلمية:**

18. بريق رحمة، **التعويض عن الضرر المعنوي في نطاق المسؤولية المدنية ومعايير تقديره**، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد 02، 2020، ص 167

19. تغربيت رزيقة، **الشرط الجزائي بين سلطان الإدارة وسلطة القاضي**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد01، 2022

20. عوامري وليد، محاضرات مقياس أنظمة التعويض في القانون المدني والتشريعات الخاصة لطلبة السنة الثانية ماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2020-2021.

21. سماح فارة، **سلطة القاضي الإداري في تقدير التعويض في دعاوي المسؤولية الإدارية**، مجلة الإبراهيمي للأداب والعلوم الإنسانية، جامعة برج بوعريريج، العدد 03، جوان 2020.

22. صدام بدن رحيمة الساعدي، **سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر المتغير**، كلية الرافدين الجامعة، قسم القانون

23. عائشة قصار الليل، **التعويض الاتفاقي ضمان لتنفيذ الالتزام**، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، المجلد 06، العدد02،جويلية 2020.

24. عبوب زهيرة، **طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 03، 2016.

25. العربي وردية، **أساس الضرر الموجب للتعويض في مجال المسؤولية المدنية للدولة، دور القاضي الإداري في تقديرالتعويض الخاص به**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد02، 2023.

26. عسالي صباح، **موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي**، مجلة أبحاث، العدد 1، جامعة زيان بن عاشور، الجلفة، الجزائر، 2022.

27. فرقاني قويدر نور الاسلام، **استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07، العدد02، 2020

28. قاشي علال، **الشرط الجزائري بين القانون الجزائري والشريعة الاسلامية**، دراسة مقارنة، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد02، السنة 2019.

29. محمد رفعت عبد الرؤوف، **تقدير التعويض عن الضرر**، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد 48.

30. محمد عبد الله عبد الحفيظ سالم، **ركن الضرر كشرط لقيام المسؤولية المدنية**، مجلة أبحاث الدراسات العليا، المجلد 1"، العدد36، ديسمبر 2023.

31. محمد منتصر محمد سري الدين محمد صالح، **استحقاق الشرط الجزائي**، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر العلمي الإصدار 42، 2022

32. نبيلة عبد الفتاح قشطي، **الاعتبارات المتدخلة في قناعة القاضي أثناء تحديده للتعويض**، مجلة البصائر للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 02، العدد03، مارس 2021

33. ندى عبد الجبار جميل، **الضرر أحد أركان المسؤولية المدنية**، مجلة أكاديمية شمال أوروبا المحكمة، الدنمارك (الإصدار 12، بتاريخ 2021/07/13

34. نسيمة حشود، **التقدير القضائي للتعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الجزائري**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مج07، ع 02، السنة 2021.

- **مطبوعات علمية:**

35. تيزي عبد القادر، **الفعل المستحق للتعويض كمصدر من مصادر الإلتزام**، مطبوعة خاصة بمحاضرات في القانون المدني موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2019-2020

36. بوخرص عبد العزيز،**مطبوعة دروس في مقياس أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019-2020.

- **قوانين ومواد:**

القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 سرة المعدل والمتمم في 2005.

المادة 184/ 2 من المادة 184 من الأمر رقم 75- 58، مؤرخ في 20 رمضان الموافق لـ في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

فهرس الموضوعات

الموضوعات	رقم الصفحة
التشكر	
الاهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ، ب
الفصل الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض القضائي	
تمهيد	4
المبحث الأول: مفهوم التعويض القضائي	5
المطلب الأول: تعريف التعويض القضائي وعناصره	5
الفرع الأول: تعريف التعويض القضائي	5
الفرع الثاني: وظائف وعناصر التعويض القضائي	7
أولا/ وظائف التعويض القضائي	7
ثانيا/ عناصر التعويض القضائي	11
المطلب الثاني: خصائص ومجالات التعويض القضائي	15
الفرع الأول: خصائص التعويض القضائي	15
الفرع الثاني: مجالات التعويض القضائي	16
المبحث الثاني:كيفية تقدير التعويض القضائي ورقابة المحكمة العليا عليه	18
المطلب الأول: كيفية تقدير التعويض القاضي	18
الفرع الأول: تقدير التعويض	18
الفرع الثاني: طرق تقدير القاضي	18
الفرع الثالث: تاريخ تقدير التعويض	24
المطلب الثاني: رقابة	26
الفرع الأول: معنى الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي	26
الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقدير التعويض	27
خلاصة الفصل	30
الفصل الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض الاتفاقي(الشرط الجزائي)	
تمهيد	32
المبحث الأول: مفهوم التعويض الاتفاقي	33
المطلب الأول: تعريف الشرط وأهميته	33
الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي	33
الفرع الثاني: أهمية التعويض الاتفاقي	36
المطلب الثاني: خصائص وشروط الشرط الجزائي	40
الفرع الأول: خصائص الشرط الجزائي	40
الفرع الثاني: شروط التعويض لاتفاقي	41
المبحث الثاني: كيفية تدخل القاضي في تقدير التعويض الاتفاقي والقيودة الواردة	50
المطلب الأول: تدخل القاضي بتخفيض أو زيادة التعويض الاتفاقي	50

الفرع الأول: تدخل القاضي بتخفيض الشرط الجزائي	50
الفرع الثاني: تدخل القاضي بزيادة الشرط الاتفاقي	55
المطلب الثاني: القيود الواردة	57
خلاصة الفصل	59
خاتمة	61
قائمة المراجع	63
فهرس المحتويات	65
ملخص الدراسة	

ملخص الدراسة:

يعتبر موضوع التعويضات من أهم المواضيع في القانون المدني والذي تطرقت له عدة تشريعات والفقهاء لما له من أهمية في تحديد قيمة تعويض الضرر الناجمة عن الأخطاء التي يرتكبها الأفراد، سواء كانت مقصودة أو غير مقصودة، ونظر التفاقم هذه الأخطاء وتنوعها بين ما هو مادي ومعنوي، أثار جدا كبيرا لدى القضاة في كيفية تحديد التعويض المستحق للفرد المضرور.

النتائج:

ومن هنا يقتضي الأمر إلى الإشارة إلى أهم النتائج المتوصل إليها وأهم الاقتراحات التي يمكن طرحه وهي على النحو التالي:

1- التعويض هو ذلك أثر أو جزاء المسؤولية المدنية هدفه جبر الضرر وليس المعاقبة.

2- الضرر هو أساس الذي تقوم عليه مسؤولية الشخص ويكون موجبا للتعويض، قد يصيب الضرر الشخص في سلامته الجسدية أو المالية ويسمى بالضرر المادي أو في شعوره ونفسته وخدش شرفه ويسمى بالضرر المعنوي.

3- التعويض القضائي هو تغطية لقيمة الضرر الحاصل للمضرور وله عناصر تحدده منها الضرر المادي والضرر المعنوي.

4- إن سلطة القاضي المدني في تقدير الضرر ليست مطلقة، بل توجد هناك بعض العناصر والمعايير التي يجب مراعاتها عند الحكم بالتعويض عن الضرر.

5- يستند القاضي في تقديره للضرر على عدة معطيات، وذلك ليمكنه من تقدير التعويض المناسب وجابر للضرر، بحيث أوجب عليه تقدير التعويض بمراعاة مالحق المضرور من ضرر مس بجسده او ماله أو شرفية ونفسيته.

6- كما يستند القاضي في تقديره للضرر للظروف الملابسة التي تلابس المضرور أو في الظروف الشخصية التي تحيط به بحيث يتدخل القاضي عند تحديد التعويض عن الضرر ، بحيث يراعي القاضي في تقديره التعويض هذه الظروف لوقوع الضرر.

7- الشرط الجزائي هو مجرد تقدير اتفاق مسبق التعويضات المستحقة في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزامه، وذلك بتوافر شروط استحقاقه (الخطأ ، الضر، العلاقة السببية).

8- للمحكمة العليا الحق في ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض وليس لمحكمة الموضوع أن تختار ما تريد اختياره، أو إغفاله من بين هذه العناصر.

9- يمكن للقاضي أن يتدخل في تعديل الشرط الجزائي في حال ارتكاب أحد المتعاقدين غشا أو خطأ جسيم في حالة رفع الشرط الجزائي وفي حالة الخفض في تنفيذ الجزئي وإذا كان مبالغ فيه.

الكلمات المفتاحية:

القاضي، الشرط الجزائي، التعويض، زيادة شرط الجزائي، تخفيض الشرط الجزائي.