التعويض الاتفاقي في المسؤولية العقدية

إعداد طالب الدكتوراه

عبد الرزاق أحمد الشيبان

إشراف الأستاذ الدكتور محمد حاتم البيات

دمشق – جامعة دمشق – كلية الحقوق – قسم القانون الخاص

الباحث حاصل على الماجستير في القانون الخاص – يعمل في وزارة الاقتصاد والتجارة وخبير في قضايا العلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية مسجل في جدول الخبراء

الملخص

التعويض الاتفاقي: هو تعويض احتمالي جزافي له بعض آثار العقوبة ، ويجوز أن يزيد على قدر الضرر المتوقع زيادة غير فاحشة ، وللتعويض الاتفاقي أهمية في العصر الحديث ، حيث لا تكاد تخلو منه العقود المالية ، ويهدف المتعاقدان من هذا الاتفاق ، ليس حصول المتضرر على التعويض المطلوب ، ولكن حمل المكلف بالالتزام بتنفيذ التزامه. وله سمات عدة تميزه عن غيره من الالتزامات أهمها: أنه التزام تبعي ، وأنه وسيلة ضغط على الدائن لتنفيذ الالتزام ، ويمكن الدائن من حصوله على حقه في حال تخلف تنفيذ الالتزام ، ويساهم الاتفاق على التعويض في تحديد مقدار الضرر قبل وقوعه ، ويساهم أيضاً في منع المنافسة غير المشروعة.

وتهدف الدراسة إلى بيان النظام القانوني للتعويض الاتفاقي ، وسلطة الأفراد في الاتفاق على تحديد مقدار التعويض ، والشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض المتفق عليه ، وسلطة القاضي في تعديل هذا الاتفاق ، بزيادته أو إنقاصه.

مقدمة

يقوم الاتفاق على تحديد مقدار التعويض في المسؤولية العقدية على فكرة أنه إذا أخل أحد الأطراف بالتزامه الذي رتبه عليه العقد، الذي يعتبر شريعة المتعاقدين، التزم هـذا الطـرف بدفع التعويض الذي تم الاتفاق عليه قبل الإخلال بالالتزام. ونظراً للدور الهام الذي يقوم بـه الاتفاق على التعويض فقد أصبح المتعاقدون يبرمون هذا الاتفاق في معظم عقودهم لما له من الأثر الهام في تنفيذ الالتزام، أو التعويض عن عدم التنفيذ. فيحقق الاتفاق على تحديد مقـدار التعويض في المسؤولية العقدية مزايا هامة للمتعاقدين، أهمها:

- غالباً يهدف المتعاقدون من هذا الاتفاق، ليس حـصول المتـضرر علـى التعـويض المطلوب، ولكن حمل المكلف بالالتزام بتنفيذ التزامه، وتهديده بهذا الاتفاق ليقوم بالتزامه الذي فرضه عليه العقد.

- الاتفاق على تحديد مقدار التعويض يجعل كل من المتعاقدين على بينة مسبقة بما يجب عليه دفعه في حال أخل بالتزامه، وهذا بدوره يقلل من النزاعات التي قد تنشأ حـول مقـدار التعويض.

وسنتناول في هذا البحث أهمية التعويض الاتفـاقي، ومفهومـه، وشـروطه، وطبيعتـه القانونية، والآثار القانونية المترتبة عليه.

أهمية البحث

تظهر أهمية البحث من أهمية التعويض الاتفاقي في العصر الحديث، حيث لا تكاد تخلـو منه العقود المالية، وخاصة تلك العقود التي يدخل الزمن كعنصر فيها، مثل: عقـود التوريـد والمقاولة، وغيرها.

أهداف البحث

تهدف الدراسة إلى بيان النظام القانوني للتعويض الاتفاقي، وما هي سلطة الأفـراد فـي الاتفاق على تحديد مقدار التعويض، وما هي سلطة القاضي في تعديل هذا الاتفاق، بزيادته أو إنقاصه، وما هي الشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض المتفق عليه.

نطاق البحث

يركز البحث على الأحكام العامة للتعويض الاتفاقي، الذي يوجد في العقود سـواء كانـت مدنية أو تجارية، لذا سيتم التعرض للأحكام العامة للتعويض أيضاً.

خطة البحث

اشتمل البحث على مقدمة وفصلين وخاتمة، وفقاً للتقسيم التالي:

الفصل الأول: الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي وكيانه المستقل

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي

المبحث الثاني: الكيان المستقل للتعويض الاتفاقي

الفصل الثاني: آثار التعويض الاتفاقي

المبحث الأول: الالتزام الذي يرتبه التعويض الاتفاقي

المبحث الثاني: تعديل مقدار التعويض الاتفاقي

الخاتمة

الفصل الأول: الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي وكيانه المستقل

تعددت المصطلحات التي أطلقت على موضوع البحث، منها: التعيين بالاتفاق، التعيين الاتفاقي، البند الجزائي، الشرط الجزائي، التعويض الاتفاقي(**السنهوري، ١٩٦٤م، ص٨٥٧**)، الاتفاق على التعويض. وليس هناك أي أثر قانوني لاختلاف التسميات، على استحقاق التعويض، فيصح بأي عبارة أو لفظ (**ناصيف،١٩٩١م، ص٢٦**).

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين، المبحث الأول الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي ، حيث يتم تعريف التعويض الاتفاقي، وبيان طبيعته القانونية وخصائصه، والمبحث الثاني الكيان المستقل للتعويض الاتفاقي حيث يتم بيان الكيان المستقل للتعويض الاتفاقي وذلك ببيان اختلافه عن كل من الغرامة التهديدية، والالتزام التخييري، والالتزام البدلي.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي

يتضمن هذا المبحث مطلبين، المطلب الأول تعريف التعويض الاتفاقي وطبيعته القانونية، المطلب الثاني خصائص التعويض الاتفاقي.

المطلب الأول: تعريف التعويض الاتفاقي وطبيعته القانونية

سيتم في هذا المطلب تعريف التعويض الاتفاقي، وبيان طبيعته القانونية.

أولاً: تعريف التعويض الاتفاقي

نصت المادة ٢٢٤ من القانون المدني السوري: (يجوز للمتعاقدين أن يحددوا مقدماً قيمة التعويض، بالنص عليه في العقد، أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد ٢١٦ إلى ٢٢١).

يتبين من النص السابق أن المشرع لم يعرف التعويض الاتفاقي، تاركاً ذلك للفقه، لذا عرف الفقه التعويض الاتفاقي بأنه: التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان، مقدماً بدلاً من تركه للقاضي، يستحقه الدائن إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه. **(السنهوري، ١٩٦٤م، ص٨٥١).**

ثانياً: الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي

اختلفت القوانين في تحديد الطبيعة القانونية للتعويض الاتفاقي، وهناك اتجاهات عدة أهمها:

- تعويض اتفاقي احتمالي جزافي له بعض آثار العقوبة، ويجوز أن يزيد على قدر الضرر المتوقع زيادة غير فاحشة، وبهذا أخذ القانون المدني المصري والسوري، ومعظم القوانين العربية. والصفة الجزافية هي صفة استثنائية غير مقصودة بذاتها قد تتحقق عرضاً، وبقدر محدود، وهي تنتج عن التنظيم القانوني للتعويض الاتفاقي، الذي لا يسمح بتدخل القاضي لتعديله، إلا إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، فلا يكفي مجرد زيادته بقدر ضئيل عن الضرر وإنما يشترط أن تبلغ هذه الزيادة حداً معقولاً، وهذا ما يضفي عليه الصفة الجزائية **(أبو الليل، ١٤١٦هـ، ص٤٤٦)**. أما الصفة التعويضية فهي الصفة الأساسية، لأن المشرع ربط بين وقوع الضرر والتعويض الاتفاقي، وأعطى للقاضي سلطة تعديله ليتناسب مع الضرر إذا كان مقدار التعويض الاتفاقي فاحشاً.**(اليمني، ١٤٢٥هـ، ص٢٣)**.

- تعويض اتفاقي احتمالي عن الضرر المتوقع، ومساو له، فهو احتمالي لأنه يمكن أن لا يحصل عليه الدائن إذا لم يقع أي ضرر، وأوفى المدين بالتزامه الأصلي، وهو مساوٍ للضرر لأنه خاضع لتقدير القاضي وتعديله، بحيث يناسب الضرر الواقع. وبه أخذ القانون الأردني الذي أعطى للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي ليساوي الضرر تماماً، وحذا حذوه قانون الإمارات العربية، وكلاهما مستمد من الشريعة الإسلامية. **(اليمني، ١٤٢٥هـ، ص٢٣)**.

– هو مجرد اتفاق على التعويض، لا علاقة له بالضرر، فمجرد الإخـلال بتنفيـذ الالتـزام يستحق التعويض الاتفاقي. ولا يجوز للقاضي التدخل لزيادته، أو إنقاصه. وبه أخذ القـانون الفرنسي.

وسبب الاختلاف هو الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، وأن العقد شريعة المتعاقدين، فمن أصر على الأخذ به كاملاً، أصر على التعويض بمجرد الإخلال بالالتزام، ولو لم يقـع الـضرر. **(اليمني، ١٤٢٥هـ، ص٢٤-٢٥).**

يرجح الباحث التكييف الذي أخذ به القانون المصري والسوري، كونه يتناسب مع طبيعـة التعويض الاتفاقي وخصائصه، كما أن التكييف الذي أخذ به القانون الفرنسي يفصل ما بـين التعويض والضرر، وهذا يبعد التعويض الاتفاقي عن الهدف الذي وجد له، كما أن اعتبـاره تعويضاً احتمالياً وفقاً لما أخذ به القانون الأردني، يضعف دور التعويض الاتفاقي في تنفيـذ الالتزام، ويعتبره مثل أي تعويض عام عن المسؤولية (تقصيرية أو عقدية)، وبالتالي لا حاجة لإفراده في أحكام خاصة.

المطلب الثاني: خصائص التعويض الاتفاقي

للتعويض الاتفاقي خصائص عدة أهمها: أنه التزام تبعي، كما يعتبر وسيلة ضـغط علـى الدائن لتنفيذ الالتزام، ويمكن الدائن من حصوله على حقه في حال تخلـف تنفيـذ الالتـزام، ويساهم الاتفاق على التعويض في تحديد مقدار الضرر قبل وقوعه، ويساهم أيضاً فـي منـع المنافسة الغير مشروعة. وسيتم بيان ذلك من خلال الآتي:

أولاً: التعويض الاتفاقي التزام تبعي

يتم تضمين العقد شرط التعويض الاتفاقي، وذلك لضمان تنفيذ الالتزام الأصلي، فهو التزام تابع للالتزام الأصلي، وليس التزاماً مستقلاً. لذا فالغالب أن يتم النص على التعويض الاتفاقي في عقد الالتزام الأصلي، ومع ذلك يمكن أن يكون التعويض الاتفاقي لاحقاً للالتزام الأصلي. لكن مع ذلك يجب أن يتم الاتفاق عليه قبل إخلال المدين بتنفيذ التزامه، سواء كان الإخـلال عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخير في التنفيذ.

لذا فالتعويض الاتفاقي لا ينشأ مستقلاً، بل هو تابع للالتزام الأصلي الذي يتعهـد المـدين بتنفيذه لمصلحة الدائن، لذا لا يحق للدائن أن يطالب بالتعويض الاتفاقي إذا كان المدين يريـد التنفيذ العيني للالتزام، وذلك لأن التعويض الاتفاقي التزام ثانوي، وتابع للالتزام الأصلي، لذا

فالتعويض الاتفاقي يجب أن يشير إلى وجود التزام أصلي، يهدف إلى ضمان تنفيذه (ناصيف،١٩٩١م، ص٤٩٨). ويترتب على سمة التبعية نتيجة هامة: هي أن بطلان الالتزام الأصلي لأي سبب من أسباب البطلان يؤدي إلى بطلان التعويض الاتفاقي، أما بطلان التعويض الاتفاقي فلا يؤثر على وجود الالتزام الأصلي[1]، لأنه يعتبر عنصراً من عناصره ومتمماً له، وبالتالي إذا بطل الالتزام التبعي، فالالتزام الأصلي يبقى ويستمر بدون تابعه، ويصبح المتعاقدان في هذه الحالة في حل من التعويض الاتفاقي، وبالتالي يعود للقاضي سلطة تقدير التعويض في حال عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، وذلك وفقاً للقواعد العامة، وبدون النظر إلى التعويض الاتفاقي الذي لحقه البطلان (ناصيف،١٩٩١م، ص٦٥-٦٦). كذلك من آثار سمة التبعية للتعويض الاتفاقي أنه إذا سقط الالتزام الأصلي بسبب استحالة التنفيذ، لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، كالقوة القاهرة، أو هلاك المحل، فإن ذلك يستتبع سقوط التعويض الاتفاقي، فقد نص عليه المشرع السوري في المادة ٢١٨ ((يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة))، ومع ذلك يجوز الاتفاق على غير ذلك، أي باستحقاق التعويض الاتفاقي حتى لو كان سبب عدم التنفيذ لقوة قاهرة لا يد للمدين فيها، باعتباره شرطاً من شروط تشديد المسؤولية.

كما لا يعتبر وجود التعويض الاتفاقي سبباً في استحقاق التعويض، لأن سبب استحقاق التعويض هو عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، أو الإخلال في تنفيذه، لذا لا يمكن المطالبة بتنفيذ التعويض الاتفاقي إذا كان التنفيذ العيني للالتزام الأصلي ممكناً(أبو السعود، ١٩٩٤م، ص١١٥). وللدائن الحق في رفض قبول التعويض إن عرضه عليه المدين، وذلك أنه ليس للمدين أن يعرض على الدائن سوى التنفيذ العيني للالتزام الأصلي (دراكة، ١٩٩٤م، ص٧٣). وصفة التبعية تلحق بالتعويض الاتفاقي، بغض النظر عن وقت ومكان إبرامه، لأنه يجوز أن يتم الاتفاق على التعويض الاتفاقي عند إبرام الالتزام الأصلي، ويجوز أن يكون قبل إبرام الالتزام الأصلي، ويجوز أن يكون بعده بشرط قبل وقوع الضرر.

ثانياً: التعويض الاتفاقي وسيلة ضغط على الدائن لتنفيذ الالتزام

---

[1] كأن ينص التعويض الاتفاقي على أن يصبح المال المرهون ملكاً للدائن، بمجرد عدم قيام المدين بوفاء الدين في ميعاده، فبطلان التعويض الاتفاقي في هذه الحالة لا يؤثر على وجود الالتزام الأصلي.

الأصل أن يقوم طرفا العقد بتنفيذ الالتزامات المترتبة بموجب هذا العقد، لكن أحياناً قد لا يتم التنفيذ من جانب المدين، لذا فوجود التعويض الاتفاقي في العقد يعطيه قوة إلزامية إضافية، ووسيلة هامة لدفع المدين على تنفيذ التزامه، حيث أن كلا المتعاقدين يعلمان مسبقاً إن أي إخلال بتنفيذ الالتزام، يوجب التعويض الاتفاقي، والذي يكون في الغالب أكبر من مقدار الضرر الحاصل فعلاً، فذلك كله يدفع المدين بتنفيذ الالتزام بدقة وبدون تردد.

لذا أهم ما يحققه التعويض الاتفاقي هو حمل المدين على تنفيذ التزامه، وفق ما هو متفق عليه، وذلك لأن المدين بتنفيذ الالتزام يعلم مسبقاً، بأنه ملزم بالتعويض عن الضرر الذي سيلحق بالدائن، إذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلي، أو حتى إذا تأخر في تنفيذ الالتزام، كما أن الاتفاق على التعويض الاتفاقي لا يلزم الدائن بإثبات الضرر الواقع حتى يحصل على التعويض المتفق عليه، الأمر الذي يدفع المدين على تنفيذ التزامه، حتى لا يتعرض إلى دفع مقدار التعويض المتفق عليه (شعبان، ١٩٧٧م، ص١٢٦-١٢٧).

ثالثاً: التعويض الاتفاقي يمكن الدائن من حصوله على حقه في حال تخلف تنفيذ الالتزام

يحق للدائن اللجوء للقضاء في حال وجود شرط التعويض الاتفاقي، وذلك لإقامة الدعوى للحصول على القيمة المحددة المتفق عليها كتعويض، وبالتالي التعويض الاتفاقي يحافظ على حقوق الدائن، وخاصة في التعاقد عن الغير، فإذا تعهد شخص بحمل الغير للقيام بعمل معين، فهو لا يلزم نفسه به شخصياً، ولا يوجد رابطة إلزامية تلزمه، أما إذا وجد في هذا العقد تعويض اتفاقي، فهنا المتعهد عن الغير يكون ملزماً بالتعويض، إذا لم يقم الغير بتنفيذ الالتزام.

رابعاً: التعويض الاتفاقي يحدد مقدار الضرر قبل وقوعه

التعويض الاتفاقي سابق على وقوع الضرر، وما هو إلا اتفاق، لذا يجب أن تتوافر فيه جميع الأركان العامة الواجب توافرها في العقد، (المحل، السبب، الرضا، الأهلية)، ويمكن أن يرد هذا الاتفاق ضمن شروط العقد الأصلي، ويمكن أن يتم بموجب اتفاق لاحق للعقد الأصلي، ولكن يجب أن يكون قبل وقوع الضرر، الذي يستحق هذا التعويض من أجله، لأنه إذا تم الاتفاق على مقدار التعويض بعد وقوع الضرر أصبح صلحاً، وليس تعويضاً اتفاقياً. كما أن وجود اتفاق على مقدار التعويض يسهل حصول الدائن على مبلغ التعويض دون إتباع الإجراءات القضائية، التي يمكن أن يطول أمدها، وتزيد تكاليفها من رسوم قضائية، وأتعاب

محاماة، وخبرة، وغيرها،(**الحموي أسامة، ١٤١٨هـ، ص٥٦**) (**KHOURY C., 1939, p10**) وذلك في حالة قبول المدين بتنفيذ التعويض الاتفاقي دون اعتراض أو ممانعة، حيث فصل الأفراد مسبقاً بمبلغ التعويض، ويجب عليه أداؤه إذا كان مناسباً مع الضرر الواقع. وأيضاً وجود الاتفاق على تحديد مقدار التعويض هو في نفس الوقت اتفاق على تحديد مقدار الضرر، وذلك يقلل من الجدل الذي يمكن أن يحصل حول وقوع الضرر أو عدم وقوعه، ومقدار التعويض الواجب له، ووجود التعويض الاتفاقي يعني أن المتعاقدين افترضا تحقق الضرر، واتفقا على تحديد مقداره، لذا يمكن للدائن أن يطالب المدين بمقدار التعويض الاتفاقي، بدون حاجة لأن يثبت حصول الضرر أو مقداره، والأصل أن المدين يلتزم بدفع التعويض المتفق عليه ما لم يتدخل القاضي بتعديل مقدار التعويض.

خامساً: التعويض الاتفاقي يمنع المنافسة غير المشروعة

وجود التعويض الاتفاقي في العقود وخاصة التجارية منها يمنع المنافسة غير المشروعة، فعندما يتعاقد المنتجون مع المحال التجارية، أو الوكلاء التجاريين، من أجل بيع منتجاتهم، فعندما تتضمن هذه العقود تعويضاً اتفاقياً ينص على دفع مبلغ معين من النقود، أو إنهاء العقد في حال تم توزيع بضائع خارج المنطقة الجغرافية المحددة في العقد، كما يمكن أن يتفق المنتجون لسلعة معينة فيما بينهم بتخصيص كمية معينة للإنتاج، لا يجوز إنتاج أكثر مما هو محدد في العقد، وفي حال مخالفة هذا الاتفاق من قبل أحد أطرافه، فإنه يلتزم بدفع مبلغ معين من النقود كتعويض اتفاقي، وذلك للحد من المنافسة غير المشروعة (**الحموي، ١٤١٨هـ، ص١٨**).

المبحث الثاني: الكيان المستقل للتعويض الاتفاقي

للتعويض الاتفاقي طبيعة خاصة تميزه عن غيره من الالتزامات المشابهة، وأهم الالتزامات المشابهة للتعويض الاتفاقي: الالتزام التخييري، والالتزام البدلي، والالتزام بدفع الغرامة التهديدية. وسيتم بيان أوجه الاتفاق والخلاف بين التعويض الاتفاقي وهذه الالتزامات المشابهة في ثلاث مطالب:

المطلب الأول: التعويض الاتفاقي والالتزام التخييري

المطلب الثاني: التعويض الاتفاقي والالتزام البدلي

المطلب الثالث: التعويض الاتفاقي والغرامة التهديدية

المطلب الأول: التعويض الاتفاقي والالتزام التخييري

لبيان أوجة التفاق والاختلاف بين التعويض الاتفاقي والالتزام التخييري، لا بد في البداية من تعريف الالتزام التخييري، وماهية الخيار الممنوح له، ومن ثم المقارنة بين التعويض الاتفاقي والالتزام التخييري.

أولاً: -١- تعريف الالتزام التخييري

الالتزام التخييري هو الالتزام الذي يتعدد فيه المحل، وتبرأ ذمة المدين منه إذا أدى واحداً منها. ونص المشرع السوري في المادة ٢٧٥ من القانون المدني بأنه: ((يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها)). ويشترط في المحال المتعددة أن تكون مستوفية كل منها للشروط الواجب توافرها في المحل، لأن كل محل من هذه المحال يمكن أن يكون محلاً للوفاء بالالتزام (**الفار، ١٩٩٧م، ص١٥٦**).

-٢- اختيار المحل في الالتزام التخييري

الأصل أن يكون الخيار للمدين، لكن يمكن أن يتفق المتعاقدان أو ينص القانون على إعطاء الخيار للدائن. وهذا ما نصت عليه المادة ٢٧٥ من القانون المدني السوري بأنه: يكون الخيار للمدين، ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك. فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار، أو إذا لم يتفق المدينون في حال تعددهم في اختيار المحل جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي نفسه تعيين محل الالتزام.

أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، أو لم يتفق الدائنون المتعددون، عين القاضي أجلاً بناء على طلب المدين، فإذا لم يمارس الدائن حق الخيار خلال المدة التي حددها القاضي انتقل الخيار إلى المدين (**سعد، ٢٠٠٣م، ص٢٠٦**).

ثانياً: المقارنة بين التعويض الاتفاقي والالتزام التخييري

يظهر وجه الشبه بين التعويض الاتفاقي والالتزام التخييري في تحدد محل الالتزام في كل من التعويض الاتفاقي والالتزام التخييري. لكن هناك أوجه خلاف عدة يمكن إجمالها بما يلي:

– إذا كان محل الالتزام الأصلي المقترن بتعويض اتفاقي باطلاً لعدم توافر الشروط الواجب توافرها في المحل، (كأن يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة)، ففي هذه الحالة يسقط الالتزام، وكذلك التعويض الاتفاقي، باعتبار التعويض الاتفاقي التزام تبعي، أما في الالتزام التخييري، إذا كان أحد محليه لا يصلح أن يكون محلاً للالتزام، أصبح المحل الآخر هو المستحق (إذا توافرت فيه شروط المحل) (**السنهوري، ١٩٦٤م، ص١٤٦**).

– لا يستطيع المدين أن يعرض التعويض الاتفاقي، ما دام التنفيذ العيني ممكناً، أما في الالتزام التخييري فيمكن للمدين أو الدائن – بحسب الأحوال – أن يختار أحد المحال، ويوفي به، ولا يستطيع الآخر أن يرفض الوفاء (**الحسناوي، ١٩٩٩م، ص٥٣**).

– إذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام الأصلي مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن هذا الالتزام ينقضي وينقضي معه التعويض الاتفاقي، أما الالتزام التخييري يبقى قائماً، ولا يتأثر وجوده إذا هلك أحد المحال المحددة في الالتزام التخييري (**ناصيف،١٩٩١م، ص٤٥**).

المطلب الثاني: التعويض الاتفاقي والالتزام البدلي

سيتم في هذا المطلب تعريف الالتزام البدلي، ومن ثم المقارنة بينه وبين التعويض الاتفاقي.

أولاً: تعريف الالتزام البدلي

الالتزام البدلي هو: الالتزام الذي يكون محله شيئاً واحداً، ولكن يمكن الوفاء بهذا الالتزام إذا قدم المدين شيء آخر غير محل الالتزام الأصلي. فقد نصت المادة ٢٧٨ من القانون المدني السوري بأنه ((يكون الالتزام بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً ، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر)). ويعتبر التعاقد بالعربون إذا كان العربون ثمناً للعدول، من صور الاتفاق على الالتزام البدلي. لذا فمحل الالتزام هو الشيء الأصلي لا البديل، وللمدين وحده حق إحلال الشيء البديل محل الشيء الأصلي، وإذا انقضى الالتزام الأصلي بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، تبرأ ذمته حتى لو كان بالإمكان الوفاء بالشيء البديل (**الفار، ١٩٩٧م، ص١٦١**).

ثانياً: المقارنة بين التعويض الاتفاقي والالتزام البدلي

يقترب الالتزام البدلي من التعويض الاتفاقي بأنه للمدين الخيار بتنفيذ أحد الالتزامات (أما الالتزام الأصلي وإما الالتزام البدلي)، لكن يختلف التعويض الاتفاقي عن الالتزام البدلي بأمور عدة أهمها:

- لا يستطيع المدين إجبار الدائن على قبول التعويض الاتفاقي، بدلاً من التنفيذ العيني للالتزام، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً، أما في الالتزام البدلي يجوز للمدين إحلال الالتزام البديل محل الالتزام الأصلي، بالرغم من إمكانية تنفيذ الالتزام الأصلي (**الحسناوي، ١٩٩٩م، ص٥٤**).

- التعويض الاتفاقي هو تعبير عن إرادة المتعاقدين يصاغ ضمن بنود العقد أو في اتفاق لاحق (**شعبان، ١٩٧٧م، ص١٢٩**)، أما الالتزام البدلي فيتم الاتفاق عليه في بنود العقد الأصلي.

- يجوز للقاضي التدخل لتعديل مقدار التعويض الاتفاقي بالزيادة أو النقصان، ليتناسب مع الضرر الحاصل فعلاً، أما التعويض البدلي فلا يجوز للقاضي التدخل في تعديله (**السنهوري، ١٩٦٤م، ص٨٦٥**).

المطلب الثالث: التعويض الاتفاقي والغرامة التهديدية

سيتم في البداية تعريف الغرامة التهديدية وشروطها، ومن ثم أوجه الشبه والخلاف بينها وبين التعويض الاتفاقي.

أولاً: تعريف الغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية هي الحكم على المدين بدفع مبلغ معين عن كل وحدة زمنية (يوم، أسبوع، شهر)، يتأخر فيها عن تنفيذ الالتزام عن الميعاد الذي يحدده القاضي، إضافة إلى تنفيذ الالتزام الأصلي، وليس المقصود من الغرامة التهديدية تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء بالتزامه، بل حمله على التنفيذ العيني (**سلطان، ١٩٩٧م، ص١٥٨**).

والغرامة التهديدية وسيلة ضغط على المدين لتنفيذ التزامه عيناً، وغالباً ما يكون مبلغ الغرامة التهديدية أكبر من الضرر الذي سيصيب الدائن من تأخر المدين بالتنفيذ. ولا تعتبر

265

الغرامة التهديدية ديناً محققاً في ذمة المدين، لذا لا يجوز التنفيذ بالحكم الصادر بها على أمواله، بل يجب انتظار التصفية النهائية التي يتوقف عليها مصير الغرامة، ثم التنفيذ بالحكم الصادر بالتعويض عن التأخير أو عدم التنفيذ (الفار، ١٩٩٧م، ص٦٦).

وغالباً ما يتم اللجوء إلى الغرامة التهديدية إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذ الالتزام، وامتنع عن التنفيذ، ويتم تقرير الغرامة التهديدية من قبل قاضي الموضوع، على أمل أن يؤدي مبلغ التهديد المالي المتراكم إلى الضغط على المدين، وحمله على التنفيذ الطوعي (الفار، ١٩٩٧م، ص١٥٨). من ذلك ما نصت عليه المادة ٢١٤ من القانون المدني السوري (إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن، أو غير ملائم، إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك.)

ثانياً: شروط الحكم بالغرامة التهديدية

للحكم بالغرامة التهديدية يجب توافر عدد من الشروط، هي:

- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكناً، أما إذا أصبح مستحيلاً فلا فائدة من الحكم بالغرامة التهديدية.
- أن يكون التنفيذ العيني يقتضي تدخل شخصي من قبل المدين.
- طلب الدائن من المحكمة الحكم بالغرامة التهديدية على المدين، وذلك وفقاً للمبدأ العام في أصول المحاكمات، الذي يقضي بأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بأكثر مما يطلبه الخصم (السنهوري، ١٩٦٤م، ص٨٠٧).

ثالثاً: أوجه الشبه بين الغرامة التهديدية والتعويض الاتفاقي

- يمنح القاضي سلطة تقديرية في تحديد مبلغ الغرامة التهديدية والتعويض الاتفاقي.
- كل من الغرامة التهديدية والتعويض الاتفاقي يهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزام.
- يأخذ كل منهما طابع جزائي لعدم تنفيذ المدين لالتزامه (سعد، ٢٠٠٣م، ص٦٦-٦٧).

رابعاً: أوجه الاختلاف بين الغرامة التهديدية والتعويض الاتفاقي

- مصدر التعويض الاتفاقي هو اتفاق المتعاقدين، أما مصدر الغرامة التهديدية هو الحكم القضائي.
- يجوز الجمع بين الغرامة التهديدية والتعويض، لكن لا يجوز الجمع بين التعويض الاتفاقي والتنفيذ العيني إلا إذا كان متفقاً عليه لحالة التأخر في تنفيذ الالتزام.

- الغرامة التهديدية لا تقاس على أساس مقدار الضرر، أما التعويض الاتفاقي فالأصل أن يقاس بمقدار الضرر.
- يعتبر التعويض الاتفاقي نوعاً من أنواع التعويض، أما الغرامة التهديدية ليست نوعاً من أنواع التعويض، ولكن تهدف للحصول على التنفيذ العيني **(الحسناوي، ١٩٩٩م، ص٤٩ وما بعدها).**

الفصل الثاني: آثار التعويض الاتفاقي

شرع التعويض الاتفاقي لحصول الدائن على تعويض مناسب للضرر الذي لحقه جراء عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر في تنفيذه، لذا فأهم الآثار التي يرتبها التعويض الاتفاقي هي حصول الدائن على التعويض، إذا أخل المدين بتنفيذ الالتزام، لكن وبما أن التعويض الاتفاقي يحدد مقدار التعويض عن الضرر قبل وقوعه، لذا فغالباً لا يكون مساوياً للضرر، لذا منح المشرع القاضي سلطة تقديرية في تعديل التعويض الاتفاقي بالزيادة أو النقصان.

وسيتم تناول ذلك ضمن مبحثين:

المبحث الأول: الالتزام الذي يرتبه التعويض الاتفاقي

المبحث الثاني: تعديل مقدار التعويض الاتفاقي

المبحث الأول: الالتزام الذي يرتبه التعويض الاتفاقي

التعويض الاتفاقي ليس هو السبب في استحقاق التعويض، بل هو مجرد اتفاق لتقدير التعويض المستحق، فمصدر التعويض هو العقد الأصلي، أو العمل غير المشروع، وسيتم بيان شروط استحقاق التعويض الاتفاقي في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني يتم بيان المحل في التعويض الاتفاقي، وفيما إذا كان بالإمكان الجمع أو التخيير بين التعويض الاتفاقي والالتزام الأصلي.

المطلب الأول: شروط استحقاق التعويض الاتفاقي

لكي يستحق الدائن التعويض الاتفاقي، يجب توافر الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ولا يجوز الحكم بالتعويض الاتفاقي إلا إذا توافرت أركان المسؤولية (الخطأ والضرر والعلاقة السببية)، والتعويض الاتفاقي يعفي الدائن من إثبات وقوع الضرر، وتحديد قيمة التعويض المستحق. كما اشترط المشرع إضافة لأركان المسؤولية العقدية توجيه إعذار من الدائن للمدين. وسيتم التطرق في هذا المطلب للأركان العامة للحكم بالتعويض، ومن ثم تعريف الإعذار وآثاره وحالات الإعفاء منه.

أولاً: الأركان العامة للحكم بالتعويض

١- الخطأ

نصت المادة ١٦٤ من القانون المدني السوري : ((كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)). ومعيار الخطأ هو الانحراف عن مسلك الشخص العادي (**سلطان، ١٩٩٨م، ص٢٦٢**)، والشخص العادي هي فكرة مجردة، فإذا كان المدين طبيباً مثلاً، فيقارن مسلكه بمسلك الطبيب العادي، فيما إذا وجد بنفس ظروفه، لمعرفة ما إذا قد ارتكب خطأ أم لا، فهذا الشخص العادي ليس خارق الذكاء، شديد اليقظة، ولا محدود الفطنة، حامل الهمة (**السنهوري، ١٩٦٤م، ص٤٤٨**). والخطأ في المسؤولية العقدية يكون مفترضاً من جانب المدين، ولا يستطيع المدين أن ينفي هذا الخطأ إلا إذا أثبت وجود السبب الأجنبي، والمقصود بالسبب الأجنبي كل فعل أو حادث معين، لا ينسب إلى المدعي عليه، ويكون سبباً في إحداث الضرر، ويترتب عليه انتفاء مسؤولية المدعى عليه جزئياً أو كلياً. ومن صور السبب الأجنبي: القوة القاهرة، الحادث المفاجئ، فعل الغير، فعل المتضرر.

٢- الضرر

يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة سواء كان لذلك الحق، أو لتلك المصلحة قيمة مالية، أو لم تكن (**أبو السعود، ١٩٩٤م، ص٢٤٠**). ولكي يستحق الدائن التعويض الاتفاقي يجب أن يلحق به ضرراً من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فإذا أخل المدين بالتزامه، دون أن يصيب الدائن أي ضرر، فلا يسأل المدين عن التعويض، كما لو تأخر المدين عن تسليم الدائن السيارة، التي سيشارك بها في السباق، وفي نفس الوقت تم تأجيل السباق إلى موعد لاحق، فالدائن في هذه الحالة لم يلحق به ضرر من جراء هذا التأخير.

وفي الالتزام الذي يكون مصدره العقد، يلتزم المدين بالتعويض عن الضرر الـذي كـان يمكنه أن يتوقعه وقت التعاقد، باستثناء حالة الغش، والخطأ الجسيم من قبل المدين الذي يعتبر مسؤولاً في هذه الحالة عن الضرر الحاصل. والأصل أن إثبات الضرر يقع على عاتق مـن يدعيه، وذلك وفقاً لما تقضي به القاعدة العامة بأن البينة على من أدعى واليمين علـى مـن أنكر، فالدائن هو المكلف بإثبات الضرر، وله أن يسلك جميع طرق الإثبات من أجـل هـذه الغاية (الحسناوي، ١٩٩٩م، ص١٣٦)، لكن وجود التعويض الاتفاقي يعتبر استثناء من القاعدة العامة، ويعفي الدائن من إثبات الضرر (سلطان، ١٩٩٧م، ص٢٦٩).

٣- علاقة السببية

إذا حدث خطأ عقدي من قبل المدين، يتطلب لاستحقاق التعويض حدوث ضرر للـدائن، ويجب توافر علاقة السببية بين الخطأ الحاصل والضرر الواقع. والأصل أن على الدائن الذي يطالب بالتعويض، أن يثبت أن الضرر كان نتيجة حتمية ومعقولة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه. أما بالنسبة للإثبات في التعويض الاتفاقي فبما أن الضرر مفترض في التعـويض الاتفـاقي فيعفى الدائن من إثبات علاقة السببية بين الضرر وإخلال المدين لالتزامـه، لكـن يـستطيع المدين التنصل عن المسؤولية إذا أثبت أن الضرر كان بسبب أجنبي لا يد للمدين فيـه (أبـو السعود، ١٩٩٤م، ص٢٤٤).

ثانياً: الإعذار

المقصود بإعذار المدين وضعه قانوناً في حالة المخل في تنفيـذ التزامـه (**الـسنهوري، ١٩٦٤م، ص٨٦**). وأن مجرد حلول أجل الوفاء لا يكفي لاعتبار المدين مقصراً فـي تنفيـذ التزامه، ولكن يجب إعذاره من قبل الدائن، فإذا ما امتنع المدين عن التنفيذ بعد الإعذار اعتبر مقصراً، وبالتالي يلزم بدفع التعويض الاتفاقي، فالعقد المتضمن تعويضاً اتفاقياً لا يعفي مـن الإعذار، ولا يعتبر وجوده اتفاقاً صريحاً أو ضمنياً على إعفاء الدائن مـن إعـذار المـدين (**ناصيف، ١٩٩١م، ص١٢٣**).[1]

١- الآثار التي تترتب على الإعذار

---

[1] نصت المادة ٢١٩ من القانون المدني السوري على ما يلي:" لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك".

إذا تم إعذار المدين بالطرق المحددة قانوناً، ترتب على ذلك ما يلي:

- يعتبر المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر في تنفيذه من تاريخ إعذاره.

- نقل تبعة الهلاك على عاتق المدين من تاريخ الإعذار. فإذا هلك الشيء المودع تحت يد المودع لديه، بفعل قوة قاهرة، فإنه يهلك على الدائن (المودع)، أما إذا كان قد أعذر المدين وطالبه بتسليم الوديعة، انتقلت تبعة الهلاك على يد المدين، حتى لو كانت بفعل قوة قاهرة (**الجمال،وآخرون، ٢٠٠٣م، ص٦٤٠**).

وحتى يكون للإعذار هذا الأثر يجب أن يتم عند حلول الأجل أو بعده، ولكن يجب أن لا يكون قبله، ويجوز للدائن أن يمنح المدين أجلاً لتنفيذ الالتزام في الإعذار الموجه لهذا الأخير من قبل الدائن، دون أن يؤثر ذلك على قوة الإعذار، وذلك لأنه متى حل الأجل الممنوح أصبح المدين معذراً (**السنهوري، ١٩٦٤م، ص٨٣٠**).

٢- حالات الإعفاء من الإعذار

نص المشرع على حالات أعفى فيها الدائن من الإعذار، ويجوز له المطالبة بالتعويض الاتفاقي، بدون التقدم بإعذار المدين، وهذه الحالات هي:

- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد الوفاء بالتزامه.
- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، أو غير مجد بفعل المدين.
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون وجه حق، وهو عالم بذلك.
- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.[1]

المطلب الثاني: المحل في التعويض الاتفاقي

محل التعويض الاتفاقي غالباً ما يكون مبلغاً من النقود، كما يمكن أن يكون المحل الالتزام بالقيام بعمل معين، أو الالتزام بالامتناع عن عمل معين، كما يمكن أن ينص الاتفاق على اشتراط استحقاق جميع أقساط الدين، عند التأخر عن دفع أحدها، في تاريخ استحقاقها المتفق عليه (**ناصيف،١٩٩١م، ص٢٧**). والأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، لكن هناك حالات يتم

---

[1] وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢١ من القانون المدني السوري.

فيها التخيير بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي، وحالات يتم فيها الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي، سيتم بيانها في هذا المطلب.

أولاً: التخيير بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي

الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، ولا يحق للمدين أن يعرض على الدائن التعويض الاتفاقي، إذا كان تنفيذ الالتزام ممكناً، أما إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه، وتوافرت شروط الحكم بالتعويض الاتفاقي أصبح هذا التعويض مستحقاً، وهذا ما نصت عليه المادة ٢١٦ من القانون المدني السوري: ((إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه)).

فالتعويض الاتفاقي ليس التزاماً تخييرياً وليس بديلاً، وذلك لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكناً، إلى تنفيذ التعويض الاتفاقي إذا توافرت شروطه، كبديل عن الالتزام الأصلي (**السنهوري، ١٩٦٤م، ص٨٦١**).

لكن هناك حالات استثنائية يتم فيها اختيار التعويض الاتفاقي، رغم إمكانية التنفيذ العيني، ويمكن تلخيص هذه الحالات بما يلي:

- إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، ولكن فيه إرهاق للمدين، ولم يكن في استبعاد التنفيذ العيني ضرر جسيم يلحق بالدائن.[1]
- إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن إلا إذا قام به المدين شخصياً، فإذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وكانت شخصية المدين محل اعتبار، بحيث لا يتحقق تنفيذ الالتزام إلا إذا قام به المدين شخصياً، وأصر هذا الأخير على عدم التنفيذ، فهنا لا يمكن إجباره على التنفيذ العيني، لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية، مثال ذلك التزام الطبيب أو الفنان، ولا يبقى أمام الدائن إلا المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ.[2]

---

[1] نصت الفقرة الثانية من المادة 204 على ذلك حيث جاء فيها: "أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيماً".

[2] نص على ذلك المادة ٢١٥ من القانون المدني السوري حيث جاء فيها: "إذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعياً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين".

– إذا كان التنفيذ العيني ممكناً تحقيقه دون تدخل المدين، ولكن لم يطلبه الدائن، كما أن المدين لم يعرضه، ففي هذه الحالة يمكن اختيار التعويض الاتفاقي ما دام الدائن قد طلبه[1] (الفار، ١٩٩٧م، ص٦٣-٦٨).

ثانياً: حالات الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي

الأصل أن التعويض الاتفاقي شرع لتعويض الدائن عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه، لذا لا يجوز الجمع بينه وبين التنفيذ العيني للالتزام الأصلي، إذا كان التعويض الاتفاقي مشروطاً لعدم التنفيذ، لأن التعويض الاتفاقي والتنفيذ العيني يقوم كل منهما مقام تنفيذ الالتزام، والجمع بينهما يعتبر استعمالاً مضاعفاً لذات الحق. لكن هناك استثناءات يجوز بموجبها الجمع بين التعويض الاتفاقي والتنفيذ العيني، يمكن تلخيصها بما يلي:

١- إذا كان التعويض الاتفاقي مشروطاً لمجرد التأخير في تنفيذ الالتزام

ففي هذه الحالة إذا تأخر المدين في تنفيذ الالتزام، فإنه يلزم بتعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه جراء هذا التأخير، وتنفيذ الالتزام الأصلي أيضاً (الفار، ١٩٩٧م، ص٦٩).

أما إذا لم ينفذ المدين التزامه، بسبب إهمال وتقصير منه، فهنا تعود سلطة تقدير مقدار التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام لقاضي الموضوع، أما التعويض عن التأخير في التنفيذ فإنه متفق عليه، ويجب الحكم به إضافة إلى التعويض عن عدم التنفيذ (سلطان، ١٩٩٧م، ص٦٧).

٢- أن يتفق الطرفان على الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض الاتفاقي

قد يكون التعويض الاتفاقي أقل من الضرر الحاصل، لذا في هذه الحالة يجوز للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني إضافة إلى التعويض الاتفاقي، هذا إذا كان الجمع بينهما مساوياً للضرر الذي لحق بالدائن، ومثل هذا الاتفاق غير مخالف للنظام العام (درادكة، ١٩٩٤م، ص٢٢٣).

المبحث الثاني: تعديل مقدار التعويض الاتفاقي

---

[1] وهذا رأي فقهي لم يذكر بنص تشريعي.

قد يكون التعويض الاتفاقي مخففاً للمسؤولية عندما يكون مقدار التعويض الاتفاقي أقل من مقدار الضرر المتوقع حصوله بسبب عدم تنفيذ الالتزام، كما يمكن أن يشدد المسؤولية، وذلك عندما يكون مقدار التعويض أكبر من مقدار الضرر المتوقع حصوله **(شعبان، ١٩٧٧م، ص١٢٧)**. وصحيح أن القاعدة القانونية تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، لكن ذلك لا يعني عدم تدخل المشرع في مسألة الاتفاق على تحديد مقدار التعويض.

وكما ذُكر سابقاً بأن معيار الخطأ لترتب المسؤولية العقدية هو معيار الشخص العادي، لكن يحق للأطراف تشديد مسؤولية المدين أو تخفيفها، بالنص على معيار خاص يشدد أو يخفف مقدار العناية المطلوبة، ويتم ذلك باتفاق المتعاقدين، أو نص المشرع على ذلك، ومن الأمثلة على تشديد مقدار العناية، عناية المستعير حيث يتطلب منه عناية تفوق عناية الشخص المعتاد، أما بالنسبة لتخفيف العناية: عناية المودع لديه بدون أجر، أو الوكيل بدون أجر، حيث تكون العناية المطلوبة منه أقل من عناية الشخص المعتاد، وهذا معيار شخصي للخطأ **(سلطان، ١٩٩٨م، ص٢٦٤)**. بالإضافة إلى ذلك فقد أعطى المشرع للقاضي سلطة تعديل مقدار التعويض الاتفاقي.

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: سلطة القاضي في تخفيف مقدار التعويض الاتفاقي.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في زيادة مقدار التعويض.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تخفيف مقدار التعويض الاتفاقي

اتجه القضاء الفرنسي في البداية إلى فكرة عدم الحكم بزيادة التعويض الاتفاقي، حتى لو كان أقل من الضرر الحاصل، ولكنه يخفف مقدار التعويض المتفق عليه إذا كان أكثر من الضرر الواقع، ولم تكن هذه السلطة مستندة على أساس قانوني في بدايتها .

وتدخل المشرع الفرنسي لاحقاً ليلغي هذه السلطة التقديرية لدى القضاء الفرنسي، وذلك في المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي، حيث اعتبرت أن العقد شريعة المتعاقدين، واتجه الفقه إلى اعتبار أنه ليس من صلاحيات القاضي تعديل مقدار هذا التعويض المتفق عليه استناداً لهذه المادة القانونية التي منحت المتعاقدين الحرية في التعاقد، وذلك لمقتضيات تتعلق بالعدالة، لكن في عام ١٩٧٥م. تم تعديل للقانون المدني الفرنسي، وجاء من ضمن التعديلات

بأنه يجوز للقاضي التدخل بتعديل مقدار التعويض المتفق عليه إذا كان لا يتناسب مع الضرر الواقع سواء بالزيادة أو النقصان (ناصيف،١٩٩١م، ص١٩-٢١).

كما نص المشرع السوري في المادة ٢٢٥ ((١- لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ٢- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين)).

يتبين من المادة السابقة أنه يجوز للقاضي أن لا يحكم بالتعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، كما يجوز للقاضي أن يخفف من مقدار التعويض الاتفاقي بناء على طلب المدين في حالتين:

أولاً: إذا كان مقدار التعويض الاتفاقي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة

ففي هذه الحالة لا يكفي أن يثبت المدين أن التعويض الاتفاقي يجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالدائن، بل يجب أن يثبت أن التعويض الاتفاقي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، وهذا التعويض مجحفاً بحقه، فإذا أثبت ذلك جاز للقاضي تخفيض التعويض إلى الحد المعقول، الذي يتناسب مع الضرر (سعد، ٢٠٠٣م، ص٧٥).

ثانياً: التنفيذ الجزئي للالتزام

فعندما يكون التنفيذ جزئياً يجوز للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي بناء على طلب من المدين الذي يجب عليه إثبات التنفيذ الجزئي، والتعديل للتعويض الاتفاقي من قبل القاضي ليس حتمياً، وإنما يعود أمر النظر به إلى القاضي في ضوء الظروف والحالات (أبو السعود، ١٩٩٤م، ص١٢٠). ويرى الباحث أنه لا يكفي لتخفيض التعويض أن يكون الالتزام الأصلي قابلاً للتنفيذ الجزئي، بل لا بد من أن يكون الدائن قد استفاد من هذا التنفيذ الجزئي. حيث أنه في الالتزامات التي يدخل الزمن عنصراً فيها (مثل حجز قاعة لعقد اجتماع في فترة معينة)، فإن التنفيذ الجزئي للالتزام لا يستفيد منه الدائن.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في زيادة مقدار التعويض

يمكن أن يكون التعويض الاتفاقي أقل من الضرر الذي أصاب الدائن، فما مدى صلاحية القاضي في زيادة مقدار التعويض الاتفاقي. تدخل المشرع لبيان الحالات التي يجوز للقاضي فيها التدخل لتعديل مقدار التعويض الاتفاقي، وزيادته ليتناسب مع مقدار الضرر الحاصل، فلا

يشترط المشرع المساواة بين قيمة التعويض والضرر الحاصل، لـذا إذا تبين للقاضي أن التعويض المتفق عليه بين الدائن والمدين، أقل من الضرر الحقيقي، ولكن ليس إلى درجة كبيرة فلا يجوز في هذه الحالة زيادة التعويض الاتفاقي، لأن التعويض الاتفاقي يمكن أن يكون قريباً من مقدار الضرر، ولا يشترط أن يكون مساوياً له.

فقد نصت المادة ٢٢٦ من القانون المدني السوري: ((إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً)) يتبين من المادة ٢٢٦ أن المشرع منح القاضي سلطة زيادة التعويض الاتفاقي إذا كان أقل من الضرر الحاصل في حالتين: الحالة الأولى ارتكاب الغش من قبل المدين، والحالة الثانية خطأ جسيم من قبل المدين.

فالدائن لا يستطيع المطالبة بزيادة مقدار التعويض الاتفاقي، إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيم، فهنا يجوز للقاضي بناء على طلب من الدائن بزيادة مقدار التعويض الاتفاقي بما يتناسب مع الضرر. ويسأل المدين عن الخطأ الجسيم والغش الصادر عنه وعن تابعيه، ولكن يجوز للمدين إعفاء نفسه من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم الصادر من تابعيه عند تنفيذ التزامه[1] (السنهوري، ١٩٦٤م، ص٨٧٨).

الخاتمة

يتبين في النهاية أن التعويض الاتفاقي له أهمية كبيرة في المجالات التعاقدية، قد شرع لمصلحة المتعاقدين، فهو وسيلة ضمان لحصول الدائن على حقه، ووسيلة من وسائل الضغط على المدين لتنفيذ الالتزام، كما يقوم المتعاقدون بتقدير الضرر المتوقع، وتحديد التعويض الذي يناسبه، وذلك يقلل من المنازعات في تحديد حجم الضرر الحاصل، وقيمة التعويض المناسب له، الأمر الذي يوفر على المتعاقدين الوقت والنفقات، وقد اعتبر المشرع بعض أحكامه من النظام العام، حتى لا يتم به استغلال الطرف الضعيف من قبل الطرف الأقوى في العقد، من ذلك ما جاءت به المادة ٢٢٥ من القانون المدني السوري بأنه: "١-لا يكون

---

[1] وهذا ما أخذ به المشرع السوري حيث نصت المادة ٢١٨ /٢ من القانون المدني: "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك، يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه."

التعويض الاتفاقي مستحقاً، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ٢- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين".

ومن أهم النتائج التي تم التوصل إليها:

- التعويض الاتفاقي هو اتفاق تبعي يدور وجوده وعدمه، صحته وبطلانه، مع وجود وعدم، وصحة وبطلان الالتزام الأصلي.
- يساهم التعويض الاتفاقي في الحد من المنافسة غير المشروعة.
- التعويض الاتفاقي ذو طبيعة خاصة يتميز بها عن الغرامة التهديدية، والالتزامات البديلة والتخييرية، فهو في القانون السوري تعويض اتفاقي احتمالي جزافي له بعض آثار العقوبة، ويجوز أن يزيد على قدر الضرر المتوقع زيادة غير فاحشة.
- يمنح المشرع القاضي سلطة تقديرية في التدخل لتعديل مقدار التعويض الاتفاقي، بشكل يساهم في حصول المتضرر على التعويض العادل عن الضرر الحاصل.

التوصيات:

- بما أن التعويض الاتفاقي التزام تبعي، فعلى المشرع تقييده بالشكلية التي قيد بها الالتزام الأصلي، فإذا كانت الكتابة شرط صحة في الالتزام الأصلي، فيجب أن تكون كذلك في الالتزام التبعي.[1](التعويض الاتفاقي).
- على المشرع اعتبار التعويض الاتفاقي من المسائل التي يجب أن يفصل بها القاضي على وجه السرعة.

المصادر والمراجع

---

[1] فالنص الصريح من قبل المشرع يقيد الاجتهاد، وهذا ما نص عليه المشرع في الوعد والوكالة: حيث نصت المادة ١٠٢ من القانون المدني: "١- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين، أو أحدهما، بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. ٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد، استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد." وكذلك نصت المادة ٦٦٦: "يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك."

١- القانون المدني السوري.
٢- **أبو السعود** رمضان، ١٩٩٤م -**أحكام الالتزام (دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني)**. الدار الجامعية.
٣- **أبو الليل** إبراهيم الدسوقي، ١٤١٦هـ - **تعويض الضرر في المسؤولية المدنية**. كلية الحقوق، جامعة الكويت.
٤- **الجمال** مصطفى وآخرون، ٢٠٠٣م - **مصادر الالتزام وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة)**.
٥- **الحسناوي** حسن حنتوش، ١٩٩٩م - **التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)**. دار الثقافة للنشر والتوزيع.
٦- **سعد** نبيل إبراهيم، ٢٠٠٣م - **النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)**. الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر.
٧- **سلطان** أنور، ١٩٩٧م -**النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)**. الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.
٨- **سلطان** أنور، ١٩٩٨م -**مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)**. الطبعة الثانية، مصر، المكتب القانوني.
٩- **السنهوري** عبد الرزاق، ١٩٦٤م -**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**. بيروت، دار إحياء التراث العربي.
١٠- **الفار** عبد القادر،١٩٩٧م -**أحكام الالتزام**. عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.
١١- **ناصيف** إلياس،١٩٩١م -**البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ**.

البحوث العلمية

١٢- **شعبان** زكي الدين، ١٩٧٧م - **الشرط الجزائي في الشريعة والقانون**. مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، العدد الثاني.

الأطروحات الجامعية

١- **الحموي** أسامة، ١٤١٨هـ - **الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون)**. رسالة ماجستير منشورة، الطبعة الأولى، دمشق، مطبعة الزرعي.

٢- **درادكة فؤاد، ١٩٩٤م -الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني.** رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الحقوق.

٣- **اليمني محمد سعد، ١٤٢٥-١٤٢٦هـ - الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (دراسة فقهية مقارنة).** رسالة دكتوراه، السعودية، جامعة الملك سعود.

المراجع الأجنبية:

KHOURY C., 1939 - **Le, Clause penal. Les oblige.** en. dr. fronc. Et egyptd, paris.

Compensation Convention in Liability Streptococcus

Prepare the student
Abdalrazak Ahmad alsheban
Supervision of Prof. Dr. Mohammed Hatem Al Bayat

Damascus - Damascus University - Faculty of Law - Department of Private Law

Abstract

Compensation Convention is:

A compensation potential lump him some of the effects of sentence, may be more than the extent of damage is expected to increase non-obscene, and to compensate the Convention importance in the modern era, where almost free from financial contracts, and aims of contractors of this Agreement, not get injured on the compensation required, however, to carry charged with the obligation to fulfill his commitment. It has the characteristics of several distinguished from other obligations, including: that the commitment of collateral, is also a means of pressure on the creditor to implement the commitment, and can be credited to obtaining the right in case of failure of implementation of the commitment, and contributes to agree on compensation in determining the amount of damage before it happens, and also contributes to the May not be The aim of the study to prevention of competition illegal. the statement of the legal system to compensate the Convention, and what is the power of individuals to agree to limit the amount of compensation, what are the conditions to be met for entitlement to compensation agreed upon, and what authority the judge to modify this Agreement, or raised it decreased.