ب- التنفيذ بمقابل (عن طريق التعويض)

إذا تعذر حصول الدائن على تنفيذ الالتزام، الواقع على عاتق المدين، تنفيذا عينيا، جاز له أن يطلب التنفيذ بمقابل، أي أن يقضي تعويضا يقوم مقام التنفيذ العيني، ويقصد بالتنفيذ بمقابل التعويض الذي يحصل عليه الدائن المضرور، وذلك بشرط أن يكون الضرر الذي لحق به له علاقة سببية بالخطأ المتمثل اما في عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، بالإضافة الى شرط الاعذار بصريح المادة 179 من القانون المدني التي تنص:" **لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين.....**" ويقع عبء اثبات توافر هذه الشروط على عاتق الدائن الذي يطالب بالتعويض.

- هذا وتتمثل حالات اللجوء الى التنفيذ بمقابل فيما يلي:
- **إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بفعل المدين**: هذه الحالة نصـــت عليها المادة 176 من القانون المدنـــي كما يلي: " **إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه.....**"

وتتصور الاستحالة في جميع أنواع الالتزامات أيا كان مصدرها ونوعها، أي في الالتزام بنقل ملكية شيء أو حق عيني اخر، وفي الالتزام بالقيام بعمل أو في الامتناع عن عمل، غير أنه إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، فلا محل فيه للتعويض عن عدم التنفيذ، لكونه التزاما قابلا للتنفيذ العيني دائما. فاذا تأخر المدين في تنفيذ هذا الالتزام استحق الدائن تعويضا عن التأخر فحسب.

- **إذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين**: أي أنه إذا كان التنفيذ العيني ممكنا، ولكنه يسبب ارهاقا شديدا للمدين فهنا يجوز الاقتصار على التنفيذ بطريق التعويض منعا للتعسف في استعمال الحق، متى كان ذلك لا يلحق ضررا جسيما للدائن.
- **إذا كان تدخل المدين الشخصي ضروريا أو ملائما لتحقيق التنفيذ العيني:** وتتعلق بحالة كون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم الا بتدخل المدين شخصيا، ولم تجد وسيلة الغرامة التهديدية لحمل المدين على الوفاء.
- **إذا كان التنفيذ العيني ممكنا، لكن لم يطلبه الدائن، ولم يعرضه المدين .**
- **إذا كان التنفيذ العيني ممكنا وغير مرهق، لكن اتفق الدائن والمدين على التعويض.**

أما عن نطاق التعويض فيتجسد، في حالتين:

- حالة عدم تنفيذ الالتزام.
- حالة التأخر في تنفيذه.

والتعويض عن عدم التنفيذ يحل محل التنفيذ العيني ولا يجتمع معه، أما التعويض عن التأخر في التنفيذ فيجتمع مع التنفيذ العيني لتعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة تأخر المدين في التنفيذ، كما أن التعويض يمكن أن يجتمع مع التنفيذ العيني الجزئي للالتزام، فيقدر التعويض عن عدم تنفيذ الجزء الاخر من الالتزام.

1 –**طرق تقدير التعويض:** تنص المادة 182 من القانون المدني التي تنص على: "**إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو القانون، فالقاضي هو الذي يقدره.....**".

وعليه، فان الأصل في تقدير التعويض أن يكون قضائيا، كما قد يكون اتفاقيا أو ما يسمى بالشرط الجزائي، وذلك في الالتزامات التعاقدية التي قد يتفق فيها الطرفان مقدما على مقدار التعويض، إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو تأخر في تنفيذه، هذا وقد يتولى القانون تحديد التعويض الذي يستحق عن التأخير في تنفيذ الالتزام.

1-1-التقدير القضائي: الأصل في تقدير التعويض أن يكون قضائيا، أي أن القاضي هو الذي يتولى تقديره، وذلك حسب المادة 182 من القانون المدني أعلاه.

ان القاضي لا يستطيع أن يقضي بتعويض للدائن، ما لم يثبت هذا الأخير أنه لحقه ضرر، من جراء خطأ المدين المتمثل في عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر فيه، أو تنفيذه بصورة معيبة. اذ يشترط للحكم بالتعويض الشروط المذكورة أعلاه، وهي: " الخطأ، الضرر، العلاقة السببية، الاعذار المنصوص عليه في المادة 179 من القانون المدني. "

والقاضي يحكم بالتعويض عن الضرر المادي والأدبي، نتيجة عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخير في تنفيذه.

فالضرر المادي هو الضرر الذي يصيب الانسان من الناحية المادية، أما الضرر الأدبي أو المعنوي فهو الضرر الذي يصيب الشخص في عاطفته ومشاعره، وكرامته وشرفه.

والمشرع أقر التعويض عن الضرر المعنوي بموجب المادة 182 مكرر المتممة بموجب المادة 43 من القانون رقم 05-10 التي تنص: "**يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة** ." وكذا من خلال المادة 131 المعدلة بموجب المادة 38 منه، والتي تنص:" **يقدر القاضي مدي التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة.**"

هذا وسواء تعلق الأمر بالضرر المادي أو الادبي، فان التعويض يقتصر على الضرر المباشر أي يكون نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالتزامه أو التأخر في الوفاء به، ولم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول بناء على ما جاء في المادة 182 من القانون المدني التي تنص:".....**ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه، ببذل جهد معقول**....".أضف الى ذلك فان القاضي يحكم بالتعويض عن الضرر المباشر

المتوقع في المسؤولية العقدية الا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وهذا حسب الفقرة 2 من المادة 182 أعلاه والتي تنص: **"غير أنه اذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما، الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد."**

وفيما يلي سيتم التطرق الى كيفية تقدير التعويض، ثم الى العناصر التي يعتمد عليها القاضي في تقديره للتعويض.

كيفية تقدير التعويض

ومن خلال نص المادة 132 من القانون المدني، يتضح أن التعويض على الضرر المادي أو المعنوي قد يكون :

- **نقديا**: أي ما يطلق عليه بالتعويض النقدي .
- **عينيا**: ويتمثل في اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر.
- **القيام بعمل يتصل بالعمل غير المشروع .**

والقاضي يحكم دائما بالتعويض العيني، إذا طلبه الدائن وكان ممكنا، وغير مرهق للمدين. أما اذا كان التعويض العيني غير ممكن أو كان فيه ارهاق للمدين جاز للقاضي أن يحكم بالتعويض النقدي.

كما يتضح أيضا من هذه المادة، أن القاضي يحكم بالتعويض :

- **كاملا ودفعة واحدة**: وهذا هو الأصل.
- **أو على أقساط، أو في شكل ابرام مرتب مدى الحياة**: يجوز للقاضي في الحالتين إلزام المسؤول بتقديم تأمين .

العناصر التي يعتمد عليها القاضي في تقديره للتعويض.

تتمثل العناصر التي يعتمد عليها القاضي في تقدير التعويض فيما يلي :

- **الخسارة اللاحقة والكسب الفائت**: حسب المادة 182 من القانون المدني التي تنص:**".....ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب....."**

وعليه فالقاضي عند تقديره للتعويض فانه يدخل في اعتباره مقدار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، أي ما لحق الدائن من خسارة، وما صاع عليه من كسب.

مثلا: اذا لم يقم تاجر الجملة بتسليم البضاعة التي طلبها تاجر التجزئة ودفع ثمنها، استحق تاجر التجزئة تعويضا يمثل ما لحقه من خسارة، وهو قيمة البضاعة، وما فاته من كسب وهو الربح الذي كان سيحصل عليه عند إعادة بيعها.

هذا واذا لم يصب الدائن ضرر من جراء عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه، فلا يكون هناك محل للتعويض، والدائن هو الذي يقع عليه عبء اثبات مقدار ما أصابه من خسارة وما فاته من كسب..

- **الظروف الملابسة**: نصت المادة 131 من القانون المدني. والمنصوص عليها سابقا على أنه:" **يقدر القاضي مدي التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة.**"

ويقصد بالظروف الملابسة، الظروف التي تخص المضرور كحالته الشخصية والصحية والعائلية والمالية، وهذه يقدرها القاضي على أساس ذاتي لا موضوعي. مثلا: الرسام الذي أصيبت أصابعه، يكون ضرره أشد من الذي يصيب غير الرسام .

- **درجة خطأ المسؤول**: قد يعتد القاضي بدرجة جسامة خطأ المسؤول .

-فاذا كان الخطأ يسيرا: يخفض التعويض

-أما إذا كان الخطأ جسيما: فيزيد من مقدار التعويض.

- **حسن النية**: وهي التزام اليقظة والاخلاص والنقاء، من كل غش وايذاء للغير .

ويعتبر حسن النية من العوامل الجوهرية في النظام القانوني، وفي العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، خاصة أنه عامل أساسي يعتد به عند تنفيذ العقد، اعمالا لما ورد في المادة 107 من القانون المدني التي تنص:" **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبحسن نية.**"

2-1 -التقدير الاتفاقي للتعويض: الشرط الجزائي: الأصل أن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض، لكن قد يتفق الطرفان مقدما على تقدير مقدار التعويض المستحق للدائن، في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، والتأخير في تنفيذه.

فهذا الاتفاق يلزم المتعاقدين، فلا يجوز لهم نقض العقد أو تعديله الا باتفاقهم، وذلك طبقا للحرية التعاقدية أي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. المنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني.

ويشترط أن يتم التقدير الاتفاقي قبل اخلال المدين بالتزامه، وقبل حدوث الضرر، أما إذا جرى الاتفاق على تقدير التعويض المستحق بعد وقوع الضرر، فنكون في حالة صلح.

والمشرع في المادة 183 من القانون المدني نصت على أنه:" **يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق.....**" يلاحظ انه لم يعرف الشرط الجزائي باعتباره بند يدور في العقد يلزم المدين عند الاخلال بتنفيذه، مكتفيا بالقول بأنه هو الشرط المتفق عليه في العقد أو في اتفاق لاحق.

ويعرف التعويض الاتفاقي، بأنه: اتفاق بين المتعاقدين على قيمة محددة، يلتزم بسدادها من يخالف التزام أو أكثر من الالتزامات العقدية في عقد ما، ويستحق السداد عند عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخير فيه باعتبار أن الضرر ثابت في تقدير المتعاقدين، ولا يكلف الدائن بإثباته.

كما عرف بأنه:" الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه. وهو يجنب المتعاقدين اللجوء الى القضاء، وتفادي النزاع الذي يثور بشأن اثبات الضرر.

ويشترط لاستحقاق الشرط الجزائي، باعتباره تعويضا اتفاقيا حدده المتعاقدان سلفا، نفس شروط قيام المسؤولية المدنية بصفحة عامة والمتمثلة كما سبق القول في الخطأ والضرر وعلاقة السببية والاعذار المنصوص عليه في المادة 176 من القانون المدني.

ويتحدد الشرط الجزائي في غالب الأحيان، **بمبلغ نقدي** يدفعه المدين للدائن، عن كل فترة تأخير في تنفيذ الالتزام .

كما يمكن أن يكون **أداء عيني** يلتزم به المدين إذا أخل بالتزامه، كما لو اتفق في عقد ايجار أرض زراعية على المستأجر ردها الى المؤجر، بعد انتهاء عقد الايجار، مع ابرام شرط جزائي مفاده: أن المزروعات الموجودة بالأرض عند الرد بعد انتهاء الايجار، تكون ملكا للمؤجر.

وتتجلى أهمية الشرط الجزائي، بالنسبة للمتعاقدين في :

- توفير الوقت والنفقات.
- الضغط على المدين لتنفيذ التزامه: لأن الاتفاق على الشرط الجزائي يدفعه الى تنفيذ التزامه على الوجه المطلوب، لأنه يعلم مسبقا بأنه سيلتزم بتعويض الدائن عن الضرر الذي سيلحقه به نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ.
- اعفاء الدائن من اثبات الضرر .
- وسيلة لتعديل أحكام المسؤولية: قد يقوم التعويض الاتفاقي بدور الشرط المقيد، أو المحدد للمسؤولية ويكون ذلك عندما :

- تخفيف المسؤولية: يكون مقدار التعويض المتفق عليه، أقل من مقدار الضرر الحاصل، بسبب عدم تنـــفيذ الالتـــزام

-تشديد المسؤولية: إذا كان المبلغ المتفق عليه، يزيد من الضرر المتوقع حصوله عند الاتفاق.

والشرط الجزائي يعد :

- **التزام تابع للالتزام الأصلي.**

- **التزام احتياطي**: لا يلجأ الدائن الى المطالبة بهذا التعويض، الا إذا ترتب ضرر له نتيجة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه .
- **التزام غير بدلي**: لا يمكن للدائن العدول عن التنفيذ الأصلي، باللجوء الى تنفيذ الشرط الجزائي .
- **التزام غير اختياري**: لا يمكن للدائن أن يختار بين تنفيذ الالتزام والشرط الجزائي.

- **سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي**

لا يستطيع القاضي التدخل من تلقاء نفسه لتعديل الشرط الجزائي، بل يشترط تدخل أحد طرفي العقد، وفقا للمادتين 184و185 من القانون المدني.

- **إذا زاد مقدار الشرط الجزائي عن الضرر**: فهنا القاضي يخفض من مقدار التعويض إذا رأى:
  - ✓ أن مبلغ التعويض مبالغ فيه.
  - ✓ إذا ثبت المدين أن الدائن بحقه ضرر أقل من مقدار التعويض
  - ✓ إذا كان المدين قد نفذ جزء من التزامه.

والتخفيض في هذه الحالة مسألة جوازية للقاضي، فقد لا يحكم به، إذا تبين له أن مالم ينفذه المدين تافه، أو غير مفيد للدائن.

- **إذا قل مقدار الشرط الجزائي عن الضرر**: أي أن الضرر أكبر من مقدار الشرط الجزائي، هنا القاضي لا يتدخل لزيادة التعويض، ولو طالب الدائن بأكثر من المقدار المحدد، الا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب خطأ جسيما أو غشا (المادة 185 من القانون المدني)، لأن الضرر الذي وقع لم يكن متوقعا وقت التقدير، وبالتالي فما زاد عن المتوقع في العقد اعتبر ضررا غير متوقع، ويسأل عنه المدين بارتكاب خطأ جسيم أو غش، ويكون خالف مبدأ حسن النية الواجب توافره في العقد (المادة 107 من القانون المدني)
- **أما إذا أثبت المدين بأن الدائن لم يلحقه أي ضرر**، فهنا لا يستحق التعويض اطلاقا. المادة 184 من القانون المدني.

3-1 -التقدير القانوني للتعويض: يقصد به قيام المشرع بتقدير هذا التعويض، كما هو الحال في التعويض عن الأضرار المادية والجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات، التعويض عن حوادث العمل.... والتعويض عن مثل هذه الأضرار محدد في نصوص قانونية خاصة.

والتعويض القانوني: قد يطلق عليه: مصطلح :

- **الفوائد التأخيرية**: وهو التعويض الذي يستحق للدائن نتيجة تأخر مدينه عن تنفيذ التزامه.
- **الفوائد الاستثمارية**: وهو التعويض المستحق كمقابل للانتفاع بالنقود (القرض بفائدة.