

افتراض الضرر في المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة -  
Assuming damages in civil liability - Comparative Study -



عليان عدة،

مخبر التشريعات الدولية للبحار وأثرها على المنظومة القانونية البحرية في الجزائر،  
كلية الحقوق، جامعة غليزان (الجزائر)،

[adda.aliane@univ-relizane.dz](mailto:adda.aliane@univ-relizane.dz)

تاريخ الإرسال: 2022/04/21 تاريخ القبول: 2022/05/19 تاريخ النشر: 2022/06/01

\*\*\*\*\*

**ملخص:**

الأصل أن التعويض لا يكون مستحقا إلا إذا أثبت المضرور أن السلوك أو الفعل الخاطئ قد تسبب له في ضرر مباشر محقق، غير أن المشرع قد يعمد أحيانا إلى فكرة الافتراض القانوني، فيفترض وجود الضرر ويقضي باستحقاق التعويض حتى ولو لم يتحقق الضرر فعلا،

ونظرا لكون هذا الافتراض يشكل خروجاً صارخاً عن القواعد العامة المألوفة في القانون المدني، فإن إعماله وتطبيقه من طرف القاضي يتطلب مجموعة من الضوابط، فيجب أن يستند القاضي بداية إما إلى نص قانوني صريح أو ضمني يفترض هذا الضرر، أو وجود اتفاق مسبق بين الطرفين على استحقاق التعويض بمجرد الإخلال بالالتزام دون حاجة لإثبات تحقق الضرر، كما يجب التأكد من تحقق أساس الضرر، أي التصور أو الشرط الذي بنى عليه المشرع هذا الافتراض، ولكون الضرر هنا غير محقق وتصبح معه عملية تقدير التعويض المناسب جبراً له، فإن المشرع هو من يتولى تحديد معيار تقدير التعويض.

ويجد هذا الضرر المفترض العديد من التطبيقات القانونية، كما هو الحال في افتراض الضرر عن التأخر في تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من النقود، وكذا فقد العربون إذا تم تقديمه كجزاء للعدول، وغرامة التأخير في عقود الصفقات العمومية.

**الكلمات المفتاحية:**

الضرر، الافتراض القانوني، التعويض، غرامة التأخير.

**Abstract:**

The principle is that compensation is not due unless the injured party proves that the wrongful behavior or act has caused him a direct and verifiable damages. However, the legislator may sometimes resort to the idea of a legal presumption, so he assumes the existence of *damages* and dictates that compensation is due even if the *damages* has not actually been achieved.

Given that this assumption constitutes a blatant departure from the general rules familiar in civil law, its implementation and application by the judge requires a set of controls, the judge must first rely on either an explicit or implicit

legal text that assumes this damages, or the existence of a prior agreement between the two parties on the entitlement Compensation by mere breach of the obligation without the need to prove the realization of the damages, and it must also be ensured that the basis of the damages is verified, i.e. the conception or condition on which the legislator built this assumption. Compensation estimate.

This supposed damage finds many legal applications, as is the case in assuming damage for delaying the implementation of the obligation to pay an amount of money, as well as losing a deposit if it is presented as a penalty for reversal, and a fine for delay in public deals contracts.

**Key words:**

damages, Legal Assumption, compensation, penalty of delaying.

**مقدمة:**

إن المسؤولية المدنية هي التزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر، وبرغم التطور الذي عرفته نظرية الخطأ كأساس لقيام المسؤولية، بدءاً بالزامية إثباته ثم إمكانية افتراض وقوعه، وصولاً إلى إمكانية استحقاق التعويض حتى في ظل انعدام المسؤول أو عدم قيام شروط المسؤولية، بقي الضرر دائماً روح المسؤولية المدنية وعلتها التي تدور معها وجوداً وعدمها فلا مسؤولية مدنية دون ضرر، فهو يشكل الركن الأساسي لقيامها، وبالتالي فلا مسؤولية عند انتفاءه كأصل عام.

غير أن المشرع أحياناً ومراعاة لبعض الاعتبارات، كاتفاق المتعاقدين في نطاق المسؤولية العقدية، أو بالنظر إلى طبيعة محل بعض الالتزامات، خرج عن القاعدة المألوفة في المسؤولية المدنية والتي تستوجب تحقق الضرر فعلاً لقيام المسؤولية واستحقاق التعويض، وأقر بإمكانية افتراض الضرر وإمكانية التعويض ولو لم يتحقق الضرر فعلاً، متى تحقق الأساس الذي بنى عليه المشرع افتراضه.

ويستند هذا التوجه التشريعي على وسيلة من وسائل الصياغة القانونية، تسمى بالافتراض القانوني الذي يعد وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصوصه. يلجأ إليها المشرع حينما يريد أن يطور القاعدة القانونية ويعوزه السند المنطقي لتبرير حالة معينة.

وستحاول هذه الدراسة تسليط الضوء على هذا الافتراض القانوني في مجال الضرر، من خلال الإجابة على التساؤلات الآتية: ما المقصود بالضرر المفترض؟ وما هي والشروط الأمانة لتحقيقه، وهل اكتمل بناؤه كنظرية قائمة بذاتها؟، أم أنه مجرد حالات استثنائية وضعها المشرع استجابة ولمراعاة لأوضاع خاصة؟.

إن الإجابة على هذه التساؤلات استعدت أن تكون هذه الدراسة دراسة مقارنة مع بعض التشريعات العربية، كالمشرع المصري والعراقي والسوري، والفقهاء الإسلامي أحياناً، وبعض التشريعات اللاتينية وعلى رأسها التشريع الفرنسي، معتمدين منها تحليلياً مقارنة، للوقوف على مواطن الاتفاق والاختلاف بين هذه التشريعات والتشريع الجزائري، ولأجل ذلك قسمت هذه

الدراسة إلى مبحثين: المبحث الأول: ماهية الضرر المفترض في التشريع الجزائري، المبحث الثاني: تطبيقات الضرر المفترض في التشريع الجزائري.

### المبحث الأول

#### ماهية الضرر المفترض في التشريع الجزائري

إن تحديد ماهية الضرر المفترض يتطلب تحديد مفهومه ببيان تعريفه والشروط اللازمة لقيامه (المطلب الأول)، ثم تمييزه عن ما قد يختلط به من مفاهيم متشابهة ظاهريا ومختلفة قانونيا (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: مفهوم الضرر المفترض

إن تحديد مفهوم الضرر المفترض يستدعي بداية تعريفه (الفرع الأول)، ولا يكتمل التعريف إلا ببيان الشروط اللازمة للقول بافتراض الضرر (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تعريف الضرر المفترض

للقوف على المعنى القانوني للضرر المفترض، ينبغي بداية تحديد مفهوم الافتراض القانوني (أولا)، ثم تحديد المقصود بالضرر (ثانيا)، للوصول إلى المقصود بالضرر المفترض (ثالثا).

#### أولا: تعريف الافتراض القانوني

يعد الافتراض وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون تقوم على أساس افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه، فالافتراض يستند إلى واقعة كاذبة بحيث يجعلها أو يعتبرها واقعة صحيحة<sup>1</sup>. أو بعبارة أخرى هو وضع مخالف للحقيقة من صنع المشرع يهدف من خلاله إلى ترتيب آثار قانونية لا يمكن الوصول إليها إلا من خلال هذا الافتراض، فهو يؤدي إلى تعديل حكم القاعدة القانونية دون أي تغيير في البناء اللفظي لها<sup>2</sup>.

وقد عرفه الفقيه الألماني "اهرنج IHERING" بأنه: " كذب فني اقتضته الضرورة". كما عرفه الأستاذ "مان MAINE" بأنه: "افتراض يخفي أو يسعى إلى إخفاء حقيقة أن قاعدة قانونية معينة قد عدلت وغير حكمها دون أن يمس نصها"<sup>3</sup>.

وإذا كان الافتراض يقوم في الغالب على فكرة الكذب، فإنه يقوم أيضا على فكرة المجاز، الذي يقصد به استعمال اللفظ في غير ما وضع له في اصطلاح التخاطب لعلاقة بين المعنيين الحقيقي والمجازي.

1- سعد ربيع عبد الجبار، الضرر المفترض افتراضا قطعيا وأثره في تحقيق المسؤولية المدنية، كلية القانون، جامعة الكوفة، عدد 29، 2016، ص 82.

2- ياسر باسم ذنون، الافتراض القانوني ودوره في تطوير القانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 12، العدد 01، 2005، ص 136.

3- مشار إلى هذه التعاريف عند: ياسر باسم ذنون، الافتراض القانوني ودوره في تطوير القانون المرجع السابق، ص 126.

وإذا كان يفهم مما سبق أن الافتراض يقوم على مخالفة الحقيقة، إلا أن الفقه قد اختلف حول المقصود بهذه الحقيقة، هل هي الحقيقة الطبيعية أم الحقيقة القانونية، والراجح أن الافتراض يقوم دائماً على مخالفة الحقيقة الطبيعية، والتي تؤدي بالضرورة إلى مخالفة الحقيقة القانونية<sup>1</sup>.

يتضح مما سبق أن الافتراض القانوني وسيلة من وسائل الصياغة القانونية المعنوية، يلجأ إليها المشرع حينما يريد أن يطور القاعدة القانونية ويعوزه السند المنطقي لتبرير حالة معينة، ويقسم الفقهاء الافتراض القانوني بحسب غرضه إلى ثلاث أنواع: افتراض أول منشئ للقاعدة القانونية بحيث يكون هذا الافتراض هو العلة فيها كما هو الحال في افتراض الضرر عن كل تأخر في تنفيذ التزام بمبلغ نقدي، وافتراض ثاني موسع من نطاق القاعدة القانونية، فالقاعدة موجودة والافتراض يوسع مجال تطبيقها ومثالها افتراض الشخصية القانونية للشخص المعنوي، وجعل بعض المنقولات عقارات بالتخصيص. والافتراض الثالث هو الافتراض المفسر للقاعدة القانونية، فهو يعمل على شرح القاعدة القانونية الموجودة دون أن يعمل على إنشائها أو توسيع نطاق تطبيقها<sup>2</sup>.

هذا وتجب الإشارة إلى أن الافتراض في القانون تقابله ما تسمى بالحيلة في الفقه الإسلامي، وقد انقسم هذا الفقه بشأن تحديد المقصود بها إلى اتجاهين، اتجاه أول موسع ينظر إليها على أنها ملجأ شرعي إذا ضاقت الحلول وانقطعت السبل، فهي مخلص شرعي من يسر إلى عسر، ما لم تخالف أصلاً شرعياً، وقد قال بهذا الرأي فقهاء الشافعية والحنفية، فعرفها الإمام الحموي الحنفي بقوله: "ما يكون مخلصاً شرعياً لمن ابتلي بحادثة دينية"<sup>3</sup>.

واتجاه ثاني من الفقهاء نظروا إليها نظرة ضيقة وهم المالكية والحنابلة، فيراد بها عندهم الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى الغرض المذموم، ومن ذلك تعريف الإمام الشاطبي المالكي بقوله: "الحيلة تقديم

عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله من الظاهر إلى حكم آخر"<sup>4</sup>.

وعلى كل فإن الافتراض القانوني بالمفهوم الذي سبق بيانه، أضحى يشكل الأساس القانوني الذي تقوم عليه العديد من مسائل القانون المدني والقانون الخاص عموماً، كفكرة الأثر الرجعي للفسخ والبطلان، وقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، وفكرة العقار بالتخصيص والمنقول بحسب المأل، وفكرة الضرر المفترض محل الدراسة الحالية وغيرها كثير<sup>5</sup>.

## ثانياً: تعريف الضرر

1- منصور مصطفى منصور، نظرية الطول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر 1956، ص 96-99.

2- إيناس مكي عبد، علي شاكرا البديري، الافتراض القانوني في فكرة المنقول بحسب المأل- دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 06، 2017، ص 2610.

3- أحمد بن محمد الحنفي الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، 1985، الجزء الأول، ص 38.

4- الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2004، ص 446-448.

5- ياسر باسم ذنون، الافتراض القانوني ودوره في تطوير القانون، المرجع السابق، ص 126.

**الضرر لغة:** كل ما هو ضد النفع، والضرر بالضم الهزال وسوء الحال ومن هنا أتت المَصْرَّة، وهي خلاف المنفعة<sup>1</sup>. وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: ( لا ضرر ولا ضرار في الإسلام )، قال: ولكل واحد من اللفظين معنى غير الآخر: فمعنى قوله ( لا ضرر ) أي لا يضر الرجل أخاه، وهو ضد النفع، وقوله: ( ولا ضرار ) أي لا يضر كل واحد منهما صاحبه، فالضرار منهما معا والضرر فعل واحد.

**الضرر اصطلاحاً:** فهو يعني الاعتداء أو الأذى الذي يصيب الإنسان بحق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو بشرفه أو باعتباره وسواء كان هذا الحق أو المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن كذلك<sup>2</sup>. والضرر بهذا المفهوم إما أن يكون ضرراً مادياً وهو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فهو الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو بمصلحة سواء كان الحق مالي أو غير مالي. كما قد يكون ضرر معنوي أو أدبي وهو ما يصيب الشخص في شعوره أو عاطفته أو حريته أو سمعته<sup>3</sup>.

ويعتبر الضرر ركناً أساسياً لقيام المسؤولية المدنية، فلامسؤولية إلا إذا هناك ضرر محقق قد وقع فعلاً، وهذا ما عبّر عنه المشرع الجزائري في القاعدة العامة للمسؤولية بنص المادة 124 قانون مدني: " كل فعل أيا يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

فاشترط تحقق الضرر هو الذي يميّز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية والمسؤولية الأخلاقية، فالمسؤولية الجنائية لا وجود لها ما لم تظهر نية الفاعل إلى العالم الخارجي، أي بعبارة أخرى إلا إذا كان لهذا الفعل السيئ مظهر اجتماعي واقعي، بأن أتخذ صورة الشروع على الأقل، ثم يستوي بعد ذلك لغرض تجريم الفاعل ومعاقبته أن تكون الجريمة قد تمت أم لم تتم، فالمسؤولية الجنائية متحققة في الحالتين لأنه متى ظهرت هذه النية السيئة واتخذت مظهراً اجتماعياً فإنها تكون قد ألحقت الضرر بالمجتمع، ومن ثم يكون من حق المجتمع أن ينزل العقاب على من ألحق الضرر به.

كما أن القواعد الأخلاقية تشجب الخطيئة وتدينها بغض النظر عما إذا كانت هذه الخطيئة قد حققت هدفها السيئ أم لم تحققه.

1- ابن منظور، لسان العرب، الجزء السادس، الدار المصرية للتأليف والترجمة، 630-711 هـ، ص 153-158.  
2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، 1952، ص 969-970. في هذا المعنى أيضاً: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، سنة 2008، ص 143. وأيضاً: عبد الحكيم فودة، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية) في ضوء الفقه و أحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة سنة 1998، ص 07.  
3- وجبت الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري لم يكن ينص صراحة في القانون المدني على إمكانية تعويض الضرر المعنوي نظراً لكونه ضرر غير ملموس ويصعب تقدير تعويضه، غير أنه وبموجب القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني استحدث المشرع نص المادة 182 مكرر والذي نص فيه صراحة على تعويض هذا الضرر: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

أما المسؤولية المدنية فلا تقوم ولا يكون التعويض كجزاء لها مستحقا إلا إذا نتج عن هذا الفعل أو الخطأ المدني أو الانحراف ضرر محقق بالغير، فلا دعوى بغير مصلحة<sup>1</sup>.

### ثالثا: تحديد المقصود بالضرر المفترض

سيق القول أن المسؤولية المدنية لا تقوم إلا إذا ثبت وقوع ضرر محقق، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 124 قانون مدني بقوله: "...ويسبب ضررا للغير"، فمتى تحقق الضرر وثبتت العلاقة السببية بين الفعل الضار والخطأ قامت المسؤولية المدنية، وأصبح من حق المتضرر المطالبة بجبر هذا الضرر، وذلك بتعويضه عن ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب إذا كنا في إطار المسؤولية التقصيرية طبقا لنص المادة 182 قانون مدني فقرة 01 التي تنص على أنه : " إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به.

وبجبر الضرر الذي كان متوقعا عادة عند إبرام العقد إذا كنا في نطاق المسؤولية العقدية احتراما لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 182 فقرة 02 قانون مدني التي تنص على أنه: " 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."

يستفاد مما سبق أن المسؤولية المدنية لا تقوم إلا إذا تحقق الضرر وإن اختلفت طريقة تقديره، فإذا تخلف فلا يمكن للقاضي أن يقدر قيمة التعويض حتى ولو وجد الخطأ أو الفعل الضار. هذا ويقع عبء إثبات تحقق الضرر على عاتق من يدعيه أي المتضرر .

غير أنه وخروجا عن هذه الأصل، قد يلجأ المشرع أحيانا إلى فكرة الافتراض القانوني، ويجعل من الضرر قائما بمجرد حدوث إخلال بالالتزام معين، وينقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين، فتقع على هذا الأخير مسؤولية إثبات عدم وقوع أي ضرر على الدائن، وهو ما يسمى بالضرر المفترض القابل لإثبات العكس،

وأحيانا قد يذهب المشرع إلى أبعد من ذلك فيجزم ويفترض وقوع الضرر مسبقا بموجب نصوص قانونية واضحة الدلالة، ولا يكون حينئذ للمدين سوى الالتزام بالتعويض دون أن يكون له الحق في دفع المسؤولية بإثبات عدم إلحاقه أي ضرر بالدائن، وهذا ما يسمى بالضرر المفترض افتراضا قاطعا غير قابل لإثبات العكس<sup>2</sup>.

ففي هذه الحالات يجعل المشرع الضرر واقعا بمجرد إتيان سلوك معين مما يعني أن المضرور يعفى من إثبات تحقق الضرر في جانبه، بل يكفي منه أن يثبت فقط إتيان السلوك الذي رتب عليه المشرع افتراض وقوع الضرر.

إن افتراض الضرر على هذا النحو وإن كان له ما يبرره قانونا، إما بالنظر إلى طبيعة محل الالتزام، أو بالنظر إلى مركز أحد أطرافه كما سيتم بحثه في التطبيقات لاحقا، إلا أنه مع ذلك

1- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 15860 بتاريخ 1978/02/13، (غير منشور)، نقلا عن : بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 141.

2- في هذا المعنى: سعد ربيع عبد الجبار، المرجع السابق، ص 83. 2

يعد خروجاً عن القواعد العامة المألوفة في القانون المدني، ذلك أن تقدير التعويض في دعوى المسؤولية لا يكون إلا من خلال تقدير حجم الضرر الذي وقع على المضرور، والذي على أساسه يحدد القاضي مقدار التعويض.

### الفرع الثاني: شروط الضرر المفترض

إن القول بافتراض الضرر في حالات معينة، يتطلب تحقق مجموعة من الشروط، إذ يجب بداية أن يستند هذا الافتراض إما إلى نص قانوني يقره، أو اتفاق بين الأطراف يقرهم المشرع عليه (أولاً)، كما يشترط أيضاً تحقق أساس افتراض الضرر أو ما يسمى بمبنى الافتراض (ثانياً)، وأخيراً ولكون الضرر مفترض وغير محقق ويصعب على القاضي تقدير التعويض فيجب أن يتولى المشرع تحديد آلية أو مقدار التعويض (ثالثاً).

#### أولاً: وجود نص قانوني يقره، أو اتفاق يقره به المشرع:

إن افتراض الضرر ولكونه أمر يخرج عن القواعد المألوفة في القانون المدني التي توجب أن يكون الضرر محققاً وقد وقع فعلاً، وجب أن لا يكون هذا الافتراض إلا بموجب نص قانوني يقره المشرع صراحة أو ضمناً، بحيث لا يمكن في غياب هذا النص لا للقاضي ولا الخصوم إنشاء الافتراض أو التمسك بآثاره، كما لا يمكن للقاضي القياس عليه أو الاستنتاج في الحالات المشابهة غير المنصوص عليها قانوناً<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد يقول الفقيه مونتسكيو: "عندما يفترض القانون فهو يعطي للقاضي قاعدة ثابتة، ولكن عندما يفترض القاضي فإن الأحكام تصبح تحكيمية"<sup>2</sup>.

وكما ينشأ الافتراض بنص القانون، قد ينشأ أيضاً باتفاق بين الأطراف يقرهم عليه المشرع،

ومقتضى

هذا الاتفاق أن يكون التعويض مستحقاً بمجرد تحقق الاخلال بتنفيذ الالتزام، ومن الأمثلة الظاهرة لذلك، الاتفاق على جعل العربون كجزاء لممارسة خيار العدول، فالعربون في أصله مبلغ مالي يتفق عليه المتعاقدين، وقد أقرهما المشرع على ذلك بنص المادة 72 مكرر قانون مدني جزائري كما سيتم توضيحه في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

#### ثانياً: تحقق أساس افتراض الضرر (مبنى الافتراض)

سبق القول بأن الافتراض القانوني هو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية التي يهدف من خلالها المشرع أحياناً إلى إنشاء قاعدة قانونية، فيقيم المشرع هذا الافتراض على تصور أو أساس ثابت لا يدخله أي شك أو احتمال يسمى بمبنى الافتراض، والحال كذلك في الضرر المفترض فمتى تحقق الأساس ذاو المبنى الذي أقامه المشرع عليه، أصبح الضرر هنا ضرر محقق وواقع فعلاً، ولا يسمح حينها للطرف المدين أو المخل بالتزامه بأن يدفع بعدم تحققه. فمثلاً في الالتزام الذي يكون محله مبلغ من النقود، أقام المشرع افتراض الضرر على أساس مبنى مفاده أن تأخر

1- ياسر باسم الذنون، جوتيار عبد الله أحمد، الافتراض القانوني في قانون المرافعات، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 45، السنة 2010، ص 21.

2- نقلاً عن: عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، مصر، 1976، ص 182

المدين في سداد الدين في الأجل المتفق عليه يشكل ضرا للدائن، أي أنه بمجرد تحقق أساس أو مبنى الافتراض وهو التأخر يفترض أن الدائن قد لحقه ضرر. وفي المقابل فإنه إذا لم يتحقق مبنى الافتراض وأساسه لا يقوم الافتراض بأي حال من الأحوال، حتى ولو كان الواقع يؤكد تحققه<sup>1</sup>.

### ثالثاً: اشتمال النص القانوني أو الاتفاق على تحديد آلية التعويض

الأصل في القواعد العامة أن القاضي هو من يتولى تقدير التعويض وهو ما يسمى بالتعويض القضائي والذي نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 131 و 182 من القانون المدني الجزائري، كما قد يمنح المشرع أيضاً الحق للمتعاقدين في تقدير التعويض مسبقاً وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائري الذي نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 183 قانون مدني جزائري: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق".

ويخضع القاضي عند تقديره للتعويض إلى مجموعة من الضوابط، فيجب عليه التأكد بداية من وقوع الضرر وتحقيقه فعلاً وأنه ليس مجرد ضرر احتمالي، ثم يحدد طبيعته ومداه بحيث يشمل ما لحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب،

على أنه في حال الضرر المفترض وهو الضرر الذي لا يشترط تحققه فعلاً كما سبق بيانه، يكون من الصعب بل من المستحيل على القاضي أن يحدد قيمة التعويض ومشمولاته، لكونه مفترض دون حاجة لإثبات تحققه، لذلك كان لزاماً على المشرع في الحالات التي يلجأ فيها إلى افتراض الضرر بموجب نص قانوني، أن يحدد للقاضي معيار أو آلية تقدير وتحديد التعويض، كما هو الحال في تحديد نسبة الفوائد القانونية التأخيرية، والتي حددتها بعض التشريعات العربية بنسبة قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية.

أما في الحالات التي يكون فيها الضرر مفترضا بموجب اتفاق بين الأطراف يقره المشرع، فإن الأطراف في هذا الاتفاق هم من يتولون وضع معيار أو آلية تقدير التعويض، ومثال ذلك الاتفاق على غرامة التأخير في عقود الصفقات العمومية بحيث يتضمن عقد الصفقة ودفتر الشروط الملحق به، بند يتعلق بكيفية حساب قيمة غرامة التأخير ويجري تحديدها عادة بمعادلة حسابية عن كل يوم تأخير.

### المطلب الثاني: تمييز الضرر المفترض عن بعض الأنظمة المشابهة له

قد يختلط الضرر المفترض بمفهومه الذي تم بيانه أعلاه ببعض الأنظمة التي قد يعتقد مشابقتها له، لاسيما من ناحية عدم التحقق حال قيام المسؤولية أو المطالبة، ومن ذلك الضرر الاحتمالي (الفرع الأول)، والتعويض عن تفويت الفرصة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تمييز الضرر المفترض عن الضرر الاحتمالي

<sup>1</sup>-ياسر باسم الذنون، جوتيار عبد الله أحمد، المرجع السابق، ص 26.

يقصد بالضرر الاحتمالي الضرر الذي لم يقع بعد ولكن وقوعه مستقبلا غير محقق الوقوع أيضا، فهو يختلف عن الضرر المستقبلي ولا تقوم عليه المسؤولية المدنية بل ينتظر حتى يصبح الاحتمال يقينا، فلا تعويض عنه إلا إذا تحقق فعلا، ومثاله : أن يحدث شخص بخطئه خلا في منزل جاره فهو ضرر محقق يلزم المسؤول بإصلاحه أما ما قد يؤدي إليه الخلل من انهدام المنزل في المستقبل فهو من قبيل الضرر المحتمل ولا تعويض عنه إلا إذا انهدم فعلا نتيجة هذا الخلل<sup>1</sup>. والضرر المفترض أيضا وإن كان ضرر لم يتحقق بعد، إلا أنه يختلف عن الضرر الاحتمالي، فهو ضرر واجب التعويض بمجرد تحقق أساس الافتراض أو مبنى الافتراض الذي وضعه المشرع، فمثلا ممارسة خيار العدول من طرف أحد المتعاقدين يمنح المتعاقد الآخر الحق في الحصول على قيمة العربون، ولو لم يترتب عن العدول عن أي ضرر، فهذا العربون أو التعويض يكون مستحقا في الحال، بينما التعويض عن الضرر المحتمل لا يتسحق إلا إذا وقع الضرر فعلا.

### الفرع الثاني: تمييز الضرر المفترض عن تفويت الفرصة

يقصد بتفويت الفرصة حرمان الشخص فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب<sup>2</sup>، فالفرصة أمر محتمل ولكن تفويتها أمر محقق، كأن يصدم شخص كان في طريقه إلى اجتياز امتحان في مسابقة، وضياع الفرصة على الفتاة من الزواج بخطيبها الذي توفي حادث مرور، فقد فات على هؤلاء الفرصة أو الفوز، وهذا القدر كاف لتحقيق الضرر الذي يقع فعلا فهو مستوجب التعويض<sup>3</sup>.

فهنا وبالرغم من أن النجاح في الامتحان مثلا هو أمر احتمالي قد يتحقق أو لا يتحقق، ولكن تفويت الفرصة، أي فرصة التقدم إليه يقضي على الاحتمال، ومن ثم يعتبر ضررا محققا يستوجب التعويض عنه.

وقد جرى القضاء الجزائري على مبدأ التعويض عن فوات الفرصة متى كانت فرصة حقيقية وجدية، فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأن: "التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة للكسب يستلزم وجوبا تحديد الضرر طبيعة ونطاقا، مع تبيان أسس ومعايير تقدير مبلغ التعويض، وقضاة المجلس لما برروا تقديرهم التعويض المقرر استحقاقه للطاعن بكونه يتعلق بما لحقه من خسارة وفاته من كسب وبأنه يتعين خفضه بجعله يتناسب وحجم الضرر الناجم عن إخلال المطعون ضده بالتزامه بتمكينه من السكن يكونوا قد بينوا طبيعة الضرر المقرر بشأنه التعويض"<sup>4</sup>.

ومن هنا قد يختلط التعويض عن تفويت الفرصة مع الضرر المفترض، وذلك في أن كل منهما وقوعه أمر غير محتوم، فالنجاح في الامتحان قد يتحقق وقد لا يتحقق، كما أن الضرر

1- علي فيلالي، العمل المستحق للتعويض - موفم للنشر، الجزائر، 2002، ص 255.

2- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 163.

3- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 163.

4- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 1138480، الصادر بتاريخ ي 22-11-2017، منشور عبر الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا الجزائرية على الرابط: <http://www.coursupreme.dz>، تم الاطلاع بتاريخ 2022/03/10.

المفترض لا يشترط تحققه فعلا، ومع ذلك يستوجب كل منهما التعويض لأن فوات الفرصة في حد ذاتها أمر محقق، ولأن الضرر المفترض يتحقق بتحقق أساسه أو مبنى الافتراض، ورغم هذا التقارب بينهما إلا أنهما يختلفان من حيث طريقة تقدير التعويض، ففي الضرر المفترض يتولى المشرع بنفسه تحديد مقدار التعويض ولا يترك ذلك لتقدير القاضي، أما التعويض عن فوات الفرصة فيترك لسلطة القاضي التقديرية وقد يختلف بحسب طبيعة كل قضية بغية الوصول إلى تعويض عادل<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني

### تطبيقات الضرر المفترض في التشريع الجزائري

بعد بيان المقصود بالضرر المفترض وشروط تحققه في المبحث الأول، سنحاول من خلال هذا المبحث الوقوف عند بعض التطبيقات التي أمكن فيها استخلاص شروط افتراض الضرر في التشريع الجزائري بصور جلية مع مقارنتها مع بعض التشريعات، ومن ذلك الضرر المفترض الناتج عن التأخر تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من النقود (المطلب الأول)، والضرر المفترض المتمثل في فقد العربون عند ممارسة خيار العدول (المطلب الثاني)، واستحقاق غرامة التأخير في عقود الصفقات العمومية (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: التأخر في تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من النقود

يلاحظ بداية أن المشرع الجزائري يحرم ويمنع الفائدة بين الأفراد وهذا لتفادي شبهة الربا، حيث تنص المادة 454 قانون مدني جزائري: "القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

لكنه في المقابل يجيزها بين الأفراد والمؤسسات بنص المادة 455 قانون مدني جزائري التي تنص على أنه: "يجوز لمؤسسات القرض في حالة إيداع أموال لديها أن تمنح فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية لتشجيع الادخار". ونص المادة 456 قانون مدني جزائري التي تنص على أنه: "يجوز لمؤسسات القرض التي تتمتع قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بنص بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

فالمشرع هنا وبغرض تشجيع الأفراد على الادخار من جهة، و تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني من جهة أخرى، أجاز لكل من الأفراد ومؤسسات القرض الحصول على فائدة قانونية، وهي ما تعرف بالفوائد الاستثمارية (les intérêts compensatoires)، ولا يمكن الاستناد لهذه المبررات القانونية التي صاغها المشرع الجزائري لإباحة الربا المحرم شرعا بنصوص القرآن والسنة وإجماع فقهاء الأمة، فلا فرق في الربا بين تعاملات الأفراد فيما بينهم، أو فيما بينهم وبين مؤسسات القرض، وقد عبّر عن ذلك مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة بقوله: "لا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير"، كما لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين لإفضائه إلى الربا الممنوع شرعا".

1- في هذا المعنى: سعد ربيع عبد الجبار، المرجع السابق، ص 87.

فالمشرع الجزائري وإن كان قد منع الفوائد الاستثمارية بين الأفراد والتي عبّر عنها بالأجر في القروض بين الأفراد، إلا أنه أجاز التعويض عن التأخر في تنفيذ الالتزام الذي يكون محله مبلغا من النقود، وهذا ما يسمى بالفوائد القانونية التأخيرية (les intérêts moratoires)، وهذا بنص المادة 186 قانون مدني جزائري والتي جاء فيها: "إذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير".

يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري استعمل عبارة تعويض الضرر اللاحق عن التأخير، ويفهم من هذا أن الضرر هنا مفترض، فالدائن غير ملزم بإثبات أن ضررا قد لحقه من جراء هذا التأخير<sup>1</sup>، فتقوم المسؤولية هنا ويستحق التعويض لمجرد تحقق أساس الافتراض أو مبنى الافتراض والمتمثل في التأخر في التنفيذ، ولا يشترط هنا إثبات الدائن للضرر و لا يستطيع المدين نفي وقوعه، بل الضرر هنا مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، لأن محل الالتزام هنا هو مبلغ مالي من النقود، وهذا الأخيرة تكون دائما قابلة للتوظيف والاستثمار، أي قابلة دائما لإنتاج فائدة مالية<sup>2</sup>.

فالدائن إما أن يكون في حاجة إلى هذه النقود فيضطر لاقتراضها، و عندئذ يكون قد أصابته خسارة جراء تأخر المدين، و إما أن لا يكون في حاجة إلى هذه النقود، ولكن يمكن استغلالها فيكون الدائن قد فاته ربح من جراء تأخر حصوله على النقود.

وإن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على افتراض الضرر بل فهم ذلك ضمنا من نص المادة 186 قانون مدني جزائري، إلا أن بعض التشريعات العربية قد نصت صراحة على افتراض الضرر دون حاجة لإثباته، ومنها المشرع المصري بموجب نص المادة 228 قانون مدني مصري والتي جاء فيها: "لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير". وهو ما ذهب إليه أيضا المشرع العراقي في نص المادة 173 فقرة 01 قانون مدني عراقي. والمشرع السوري في نص المادة 229 قانون مدني سوري.

ويلاحظ هنا أن بعض التشريعات العربية قد حددت مقدار التعويض عن التأخير في التنفيذ، ومبررها في ذلك كما قال بعض الفقه كراهيتها للربا<sup>3</sup>، ورغبتها في منع الربا الفاحش والمبالغة فيه بتحديد حد قانوني لا يجوز تجاوزه إلا في حالة غش أو خطأ جسيم من المدين، ومن ذلك التشريع

1- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني - أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية - دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2010، ص 94.

2- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2012، ص 136.

3- يقول الأستاذ السنهوري: "إن سبب تكفل القانون بتحديد مقدار الفوائد كراهية تقليدية للربا لا في مصر فحسب ولا في البلاد الإسلامية بل في أكثر تشريعات العالم، فالربا مكروه في كل البلاد وفي جميع العصور، وسترى فيما بعد كيف كره المشرع المصري الربا فحدد لفوائد رؤوس الأموال تأخيرية كانت أو تعويضية سعرا قانونيا وسعرا اتفاقيا، وكيف تشدد في مبدأ سريان هذه الفوائد، فجعله من وقت المطالبة القضائية لا من وقت الاعذار، وأجاز استرداد ما يدفع زائدا عن السعر المقرر، وأعفى المدين في حالات معينة من الفوائد ومنع تقاضي فوائد على فوائد".

ونقول: أنه كان الأجدر بالمشرع المصري والجزائري وغيره من التشريعات العربية تحريم ومنع الربا مطلقا سواء بين الأفراد أو المؤسسات، وليس تنظيمها ثم تقييدها ببعض الشروط القانونية بحجة كراهيتها.

المصري في نص المادة 226 قانون مدني مصري: "إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره". وكذا التشريع العراقي في نص المادة 171 قانون مدني عراقي، والتشريع السوري في نص المادة 229 من القانون المدني السوري، والذين جاءت نصوصهما مطابقة حرفياً لنص المادة 226 مدني مصري. إن هذه التشريعات بتحديد مقدار التعويض، تكون قد أكدت توجهها بشأن اعتبار الضرر هنا ضرراً مفترضاً غير قابل لإثبات العكس، والذي من شروطه كما سبق ذكره في المبحث الأول أن يكون تقدير التعويض محددًا في القانون ولا يترك لسلطة القاضي. غير أنه يلاحظ في المقابل أن المشرع الجزائري لم يحدد مقدار التعويض ونسبته المئوية أو آلية تقديره، وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، وهو بهذا يستبعد أهم شرط من الشروط اللازمة لجعل الضرر ضرراً مفترضاً افتراضاً غير قابل لإثبات العكس، مما يثير معه التساؤل عن مقصد المشرع من هذا التوجه؟

في الحقيقة إن فكرة افتراض الضرر هنا وإن تم وضعها لتحسين وضعية الدائن وإعفائه من إثبات الضرر في حالات محصورة قانوناً، إلا أنه في رأينا وجب التعامل معها بحذر شديد خصوصاً إذا تعلق الأمر بالالتزام يكون محله نقود، فقد يكون هذا الافتراض ذريعة لفتح باب الربا على مصراعيه والتأسيس له قانوناً على الأقل في التعاملات بين الأفراد التي حرّم المشرع الجزائري صراحة الفوائد التعويضية فيها. وفتح في المقابل المجال للفوائد التأخيرية، لذلك نرى أنه ومادام أن المشرع الجزائري قد ترك مسألة تقدير التعويض عن التأخر في التنفيذ لسلطة القاضي - وحسناً فعل على خلاف بعض التشريعات العربية التي حددت مقدار التعويض بموجب نص القانون-، فإنه لا مانع في التشريع الجزائري من تطبيق نفس الأحكام التي جاءت بها المادة 184 قانون مدني جزائري المتعلقة بالشرط الجزائي التي تجيز للقاضي إعفاء المدين من التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. منعا لإثراء الدائن على حساب المدين وحتى لا يكون الحكم التعويض مصدراً لإثراء أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر،

وبناء على هذا يمكننا القول بأن افتراض المشرع الجزائري للضرر الناتج عن التأخر في تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من النقود هو مجرد افتراض بسيط قابل لإثبات العكس، إذ لو كان قصد المشرع جعله افتراضاً قاطعاً لحدد مقدار التعويض مسبقاً في نص المادة 186 قانون مدني جزائري، غير أنه لم يحدده وتركه لسلطة القاضي، فيمكن عندئذ أن لا يكون التعويض مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. وهذا على عكس الافتراض القاطع الذي ذهبت إليه بعض التشريعات العربية المذكورة أعلاه، وكذا المشرع الفرنسي الذي كان ينص سابقاً بموجب نص المادة 1152 قانون مدني فرنسي، على عدم جواز الحكم بأكثر من الشرط الجزائي أو بأقل منه. على أنه وبموجب تعديل سنة 2016 أصبح المشرع الفرنسي يسمح استثناءً بجوزا تعديل مقدار التعويض بموجب نص المادة 1235 فقرة 05 التي أصبحت تنص على أنه: "...على الرغم

من ذلك يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه إنقاص أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان باهضا أو تافها بشكل واضح، وإذا تم تنفيذ التعهد جزئيا يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه أن يخفض الجزاء المتفق عليه وذلك بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من هذا التنفيذ الجزئي دون إخلال بإعمال الفقرة السابقة".

إن المسلك الذي سلكه المشرع الجزائري يفسر مدى ترده في إقرار الفوائد وتخوفه من الربا، فهو لم يعتمد ما ذهب إليه بعض التشريعات العربية في تحديدها لمقدار التعويض والفائدة مسبقا بحجة تقييدها للربا ومنع الربا الفاحش وجعله في أضيق الحدود، وإنما ترك المسألة لسلطة القاضي الذي يمكن أن لا يقضي أصلا بالتعويض إذا ثبت عدم وجود ضرر وهذا غلق لباب الربا وليس تضيق منه فحسب. وهو يتوافق مع القواعد العامة التي تجعل القاضي هو من يتولى تقدير التعويض أصلا.

ونقترح في الصدد على المشرع الجزائري إن أراد الإبقاء على هذه الفوائد التأخيرية بحجة الادخار وتشجيع النشاط الاقتصادي الوطني، أن يدرج على الأقل الأحكام الواردة في نص المادة 184 بخصوص منح القاضي صراحة إمكانية إعفاء المدين من هذه الفوائد والتعويض إذا أثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر وفي هذا تجنب للربا ما أمكن.

وهنا نشير إلى رجاحة ما ذهب إليه المشرع الأردني في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني حيث جاء فيها: "إذا كان الالتزام موضوعه قدرا من النقود، فإن التنفيذ العيني يكون ممكنا في ذاته، فإذا لم يوف المدين أجبره القاضي على ذلك وبييع ماله إن كان له مال وإلا فنظرة إلى ميسرة والدائن لا يستحق تعويضا مقابل التأخير في الوفاء لأنه يكون ربا".

ويؤيد هذا الرأي ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي الذي أفتى بأنه: "يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين، أن تعدل في مقدار الشرط الجزائي إذا وجدت مبررا لذلك أو كان مبالغا فيه، غير أنه لا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير، كما أنه لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو إذا أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: فقد العربون إذا تم تقديمه كجزاء للعدول

لم يكن المشرع الجزائري ينظم التعاقد بالعربون صراحة في نصوص القانون المدني، وكان ذلك متروك للعرف الجاري في التعاملات بين الأشخاص، غير أنه وبموجب القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني، استحدث المشرع نصا جديدا نظم من خلاله أحكام العربون وبين دلالاته حيث نصت المادة 72 مكرر قانون مدني جزائري على أنه: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك، فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر".

1- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 109، في دورته 12 بالرياض في الفترة من 23-23 سنة 2000، نقلا عن: بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 131.

يلاحظ من النص أن المشرع الجزائري لم يعرف العربون وإنما ركز على الغاية من دفعه أو دلالاته، و العربون في تعريف بعض الفقه هو: " مبلغ من النقود أو شيء آخر مثلي يدفعه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر وقت انعقاد العقد، إما لتمكين كل منها من العدول عن العقد، وإما للدلالة على انعقاد العقد"<sup>1</sup>.

والعربون بهذا المفهوم هو طريقة من طرق التعاقد لا يقتصر مجاله على عقد معين، فقد نظم المشرع ضمن الأحكام العامة للرضا وجعله صورة خاصة من صور التراضي، ومع ذلك يرى بعض الفقه بأن بعض العقود تتعلق بدلالة العربون، وبعضها يتعلق بالمعاملة ذاتها، فالعربون باعتباره وسيلة لنقض العقد يقتصر على العقود الملزمة للجانبين، أما إذا كان العقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع، فلا يفيد العربون حق العدول، ولا تكون له إلا دلالة واحدة وهي تأكيد العقد<sup>2</sup>. وهذا ويعتبر بعض الفقهاء المسلمين أن العربون هو شرط فاسد، لأن أخذه بدون عوض، فلا يجوز جعله عوضاً عن الانتظار أو عن التأخر في التعاقد، فالمشتري إذا لم يشتري السلعة، لا يستحق البائع العربون، لأنه إنما يأخذه بغير عوض، ولصاحبه الرجوع فيه، ولا يصلح جعله عوضاً عن الانتظار أو عن التأخر في التعاقد<sup>3</sup>.

ومع ذلك فإن مجمع الفقه الإسلامي الدولي قد أفتى بجواز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمان محدود، ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء<sup>4</sup>.

وما يهم في دراستنا هذه لأحكام العربون، هو الوقوف على شروط استحقاقه، والتي يظهر من خلال نص المادة 72 مكرر قانون مدني جزائري، أن المشرع الجزائري لا يشترط تحقق الضرر، فالضرر الناتج عن ممارسة خيار العدول من طرف أحد المتعاقدين، هو ضرر مفترض افتراضاً قاطعاً غير قابل لإثبات العكس.

وهنا قد يلتبس حكم العربون مع الشرط الجزائي، فإذا تم تقديم العربون لتأكيد انعقاد العقد فهنا يصبح جزءاً من الثمن ولا يختلط بالشرط الجزائي، غير أنه إذا تم تقديم العربون كجزاء للعدول عن العقد فهنا قد يفهم منه أنه شرط جزائي اتفق المتعاقدان عليه يكون مستحقاً عند العدول. إن العربون كما قصده المشرع الجزائري في نص المادة 72 مكرر قانون مدني هو صورة خاصة من صور التراضي، يفيد منح خيار العدول لكل من المتعاقدين فإذا عدل من دفعه قبضه، وإذا عدل من قبضه رده ومثله، ولم لم يترتب على العدول أي ضرر. وبهذا المفهوم يختلف

1- عبد الحي حجازي، نظرية الالتزامات، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، الجز الأول، المجلد الأول، ص 445، نقلاً عن علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 2013، ص 160.

-علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 162.

3- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، مطابع الأديب، دمشق، سوريا، 1968، ص 495-496.

4- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 72، في دورته الثامنة ببورنابي دار السلام، عام 1993، نقلاً عن: بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 133-134.

العربون عن الشرط الجزائي، فهذا الأخير لا يخول للمتعاقد التحلل من تنفيذ العقد بدفع المبلغ المقدر في الشرط الجزائي بدلا من تنفيذه لأنه ليس التزاما تخييريا أو بديليا، بل هو تعويض لا يستحقه الدائن إلا إذا ترتب ضرر عن عدم التنفيذ. وإذا كان من يمارس خيار العدول لا يستحق إلا قيمة العربون ولو كان الضرر أكبر من هذه القيمة أو أقل منها، فإنه وعلى العكس يمكن للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي أو إعفاء المدين منها إذا أثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

إن هذا التمييز بين العربون والشرط الجزائي يؤكد بما لا يدع مجالا للشك أن المشرع قد جعل الضرر في العربون ضررا مفترضا غير قابل لإثبات العكس فيعفى المتعاقد الدائن به من إثباته، ولا يمكن للمدين به التخلص منه. بينما الضرر في الشرط الجزائي هو ضرر مفترض قابل لإثبات العكس ويمكن للمدين التخلص منه. وقد عبّر المشرع الجزائري صراحة بأن الضرر في العدول عن العربون هو ضرر مفترض افتراضا قطعيا وغير قابل لإثبات العكس من خلال استعماله لعبارة: "ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر".

هذا وتجب الإشارة إلى أن مقدار العربون محدد مسبقا باتفاق المتعاقدين وقد أقرهما المشرع عليه، ومن ثم فلا يمكن للقاضي التدخل في تعديله زيادة أو إنقاصا. وهذا يؤكد الشرط الذي سبق ذكره للقول بالضرر المفترض وهو أن يكون التعويض محددًا بنص في القانون أو باتفاق سابق بين المتعاقدين.

### المطلب الثالث: الغرامات التأخيرية في عقود الصفقات العمومية

تتبعًا للتطبيقات التي يفترض فيها المشرع الجزائي الضرر دون حاجة لإثبات تحققه، نجد غرامات التأخير في عقود الصفقات العمومية، وعلى الرغم من أن مجال الدراسة الحالية هو المسؤولية المدنية وليس المسؤولية الإدارية، إلا أنه ولكون عقود الصفقات العمومية هي من العقود الإدارية التي تخضع في قواعدها العامة لقواعد التراضي و المسؤولية العقدية مع بعض الخصوصية في منح امتيازات للإدارة المتعاقدة والشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، فإنه لا بأس من تسليط الضوء على هذه الغرامات التأخيرية لكونها لا تختلف كثيرا في الأسس التي تقوم عليها مقارنة مع التطبيقات التي سبق ذكرها أعلاه، وهذا حتى تتضح فكرة الضرر المفترض أكثر.

وتعرف غرامة التأخير بأنها مبلغ مالي محدد سلفا في العقد تستطيع الإدارة تحصيله من المتعاقد الذي يتراخى في إتمام العمل وتسليمه في المواعيد المحددة بمجرد حدوث التأخير من جانب المتعاقد ودون حاجة إلى حكم قضائي أو إثبات حصول الضرر، فالضرر هنا أمر مفترض لتعلق العقد الإداري لتسيير مرفق عام<sup>1</sup>.

فسلطة الإدارة المتعاقدة في فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها ثابتة دون أن تلزم بإثبات أن ضرر ما لحق بها من جراء هذا التأخير، فمجرد التأخير في أعمال المرافق العامة يعني أن الضرر متحقق وقوعه. ذلك أنه من المبادئ المسلم بها في فقه القانون الإداري أن غرامة التأخير في العقود الإدارية مقررة ضمنا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على

1- بن صغير مليكة أسماء، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2019، ص 15

## عليان عدة

حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولذلك فالغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر<sup>1</sup>.

وبخصوص المشرع الجزائري فإنه وبالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالعقود الإدارية، نجده قد أجاز للإدارة فرض غرامة تأخير على المتعاقد معها، ومن قبيل ذلك ما جاء في النصوص المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية في الجزائر، فبموجب المادة 09 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10<sup>2</sup> نص على أنه: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية".

كما أنه وبموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 الذي ألغى المرسوم الرئاسي رقم 236/10<sup>3</sup> أقر المشرع نفس الحكم بموجب نص المادة 147 التي جاء فيها: "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

يتضح من النصين السابقين أن غرامة التأخير في التشريع الجزائري هي غرامة اتفاقية، يتوقف تطبيقها على إرادة و اتفاق الطرفين ويحدد مقدارها بموجب عقد الصفقة ودفتر الشروط الذي يربطهما. وهي غرامة تطبق بصفة تلقائية بمجرد التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار ، ولو لم يترتب عن هذا التأخير أي ضرر، فهي تقوم على أساس **ضرر مفترض** وتكون مستحقة بمجرد تحقق أساس الافتراض أو مبنى الافتراض المتمثل هنا في التأخر في التنفيذ أو التنفيذ غير المطابق. فلا تلتزم الإدارة بإثبات وقوع أو تحقق الضرر، كما لا يقبل من المتعاقد إثبات عدم تسبب التأخير في أي ضرر للإدارة لكي يتخلص من أداء الغرامة، فالضرر هنا كما سبق **ضرر مفترض غير قابل لإثبات العكس**.

ولذلك فإنه وحسب نص المادة 36 من دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بتنظيم صفقات الأشغال العامة<sup>4</sup> فإنه: "إذا وردت في الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير ، فيجري تطبيقها من دون إنذار مسبق". فقيمة هذه الغرامة تقتطع مباشرة دون حاجة للرجوع إلى القاضي ودون حاجة إلى إعدار أو إنذار ، وهو ما ماكان ينص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الملغى التي جاء فيها: "تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة، من الدفعات التي تتم حسب الشروط، والكيفيات

- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، 1991، ص 1.499

- المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية، العدد 58، سنة 2010.<sup>2</sup>

<sup>3</sup>- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/12/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015. والذي ألغى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

<sup>4</sup>-قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بتنظيم صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء والأشغال العامة والنقل، جريدة رسمية عدد 06، الصادرة بتاريخ 19/01/1965.

المنصوص عليها في الصيغة". وهو نفس الأمر الذي أقره المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في نص المادة 147 فقرة 03 والتي جاء فيها: "تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصيغة، من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصيغة".

كما أنه وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 21/ 219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومي للأشغال<sup>1</sup> في نص المادة 121 فقرة 06: "يتم خصم الغرامات المالية التعاقدية المنصوص عليها والمطبقة على المقاول، بموجب بنود الصيغة العمومية للأشغال من التسديدات التي ستنتم حسب الشروط والكيفيات المحددة في إطار الصيغة العمومية المعنية للأشغال". في حين أكدت المادة 121 فقرة 08 من ذات المرسوم على أنه: "تطبق العقوبات المالية على التأخير لمجرد معاينته من قبل المصلحة المتعاقدة أو ممثلها أو من طرف صاحب الاستشارة الفنية".

وهذا ما أكدته صراحة المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: "إنه لا تلازم بين توقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة وإلزامه بالتعويض، بحسبان غرامة التأخير توقع على المتعاقد مع الإدارة عن واقعة التأخير فحسب، سواء ترتب عن هذا التأخير أضرار، فيما يستلزم تحميل المتعاقد مع الإدارة بالتعويض إن يصيب الإدارة ضرر نتيجة تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته خلال الميعاد المتفق عليه".

### خاتمة:

كشفت الدراسة على مجموعة من النتائج نوجزها فيما يلي:

- إن الافتراض القانوني الذي اعتمده المشرع الجزائري في مجال الضرر متفاوت، فأحيانا يكون مجرد افتراض بسيط قابل لإثبات العكس، كما هو الحال في التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، بحيث يفترض المشرع الجزائري أن الضرر قد تحقق بمجرد إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه التعاقدية، غير أنه افتراض بسيط بحيث يمكن للمدين أن يتخلص من التعويض إذا أثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. وقد يكون في حالات أخرى ضررا مفترضا افتراضا قاطعا لا يقبل إثبات العكس، كما هو الحال في غرامات التأخير في عقود الصفقات العمومية .

- سلك المشرع الجزائري مسلكا مغايرا لبعض التشريعات العربية (المصري والعراقي والسوري) بخصوص الضرر المفترض في مجال التعويض القانوني أو غرامات التأخير في تنفيذ التزام محله مبلغ من النقود، فقد جعلته هذه التشريعات ضررا مفترضا غير قابل لإثبات العكس من خلال تحديدها قانونا لقيمة الغرامة التي لا يمكن للقاضي تعديلها زيادة أو إنقاصا، بخلاف المشرع الجزائري، الذي أقر الحق في التعويض عن التأخر في التنفيذ، لكن لم يحدد مقدار

<sup>1</sup>- المرسوم التنفيذي رقم 21/ 219 المؤرخ في 20 مايو 2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، جريدة رسمية عدد 50- الصادرة بتاريخ 24 يونيو 2021. والذي حل محل القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بتنظيم صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء والأشغال العامة والنقل.

## عليان عدة

التعويض وتركه لسلطة القاضي، وهذا في اعتقادنا مسلك يحسب للمشرع الجزائري الذي يتهيب من إقرار الربا في العلاقات بين الأفراد.

-على أنه يوصى في هذا المجال بتعزيز هذا المسلك وذلك بالإقرار صراحة بأن افتراض الضرر هنا هو افتراض بسيط قابل لإثبات العكس، من خلال منح القاضي إمكانية إعفاء المدين من التعويض عن التأخير إذا أثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر من جراء هذا التأخير، لتجنيبهما شبهة الوقوع في الربا.

### قائمة المصادر والمراجع

#### أولاً: الكتب

1. ابن منظور، لسان العرب، الجزء السادس، الدار المصرية للتأليف والترجمة، 630-711 هـ،
2. أحمد بن محمد الحنفي الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، لبنان، 1985.
3. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2012
4. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، سنة 2008.
5. الشاطبي، الموافقات في أصول الفقه، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2004.
6. عبد الحكيم فودة، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية) في ضوء الفقه و أحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة سنة 1998.
7. عبد الحي حجازي، نظرية الالتزامات، مطبوعات جامعة الكويت، الجزء الأول، المجلد الأول، 1982.
8. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، 1952.
9. عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، مصر، 1976.
10. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، 2013.
11. علي فيلاي، العمل المستحق للتعويض - موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
12. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني - أحكام الالتزام - دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2010.
13. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول. مطابع الأديب، دمشق، سوريا، 1968.
14. منصور مصطفى منصور، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر 1956.
- 15- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، 1991.

#### ثانياً: الرسائل الجامعية

- 16- بن صغير مليكة أسماء، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2019.

### ثالثا: المقالات العلمية

- 17- إيناس مكي عبد، علي شاكر البدري، الافتراض القانوني في فكرة المنقول بحسب المأل- دراسة مقارنة-، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 06، 2017.
- 18- ياسر باسم ذنون، الافتراض القانوني ودوره في تطوير القانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 12، العدد 01، 2005.
- 19- ياسر باسم الذنون، جوتيار عبد الله أحمد، الافتراض القانوني في قانون المرافعات، مجلة الراافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 45، السنة 2010،
- 20- سعد ربيع عبد الجبار، الضرر المفترض افتراضا قطعيا وأثره في تحقيق المسؤولية المدنية، كلية القانون، جامعة الكوفة، عدد 29، 2016.

### رابعا: النصوص التشريعية والتنظيمية

- 21- القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني.
- 22- المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية، العدد 58، سنة 2010.
- 23- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/12/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.
- 24- المرسوم التنفيذي رقم 21/219 المؤرخ في 20 ماي 2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، جريدة رسمية عدد 50- الصادرة بتاريخ 24 يونيو 2021.
- 25- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بتنظيم صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء والأشغال العامة والنقل، جريدة رسمية عدد 06، الصادرة بتاريخ 19/01/1965.

### خامسا: القرارات القضائية

- 26- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 15860 بتاريخ 13/02/1978، (غير منشور)،
- 27- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 1138480 الصادر بتاريخ 22-11-2017، منشور عبر الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا الجزائرية على الرابط: <http://www.coursupreme.dz>، تم الاطلاع بتاريخ 10/03/2022.

### سادسا: قرارات مجمع الفقه الإسلامي

- 28- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم 109، في دورته 12 بالرياض في الفترة من 23-23 سنة 2000.
- 29- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم 72، في دورته الثامنة ببورناي دار السلام، عام 1993.