جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الشرط الجزائي في القانون الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أعمال

من تقديم الطالبة(ة)

– صباح بوسمينة

– رقية لشهب

تحت إشراف

* الأستاذة: لعلاوة سعاد

لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة
خليفي أسماء	أستاذ محاضر	رئيسا
لعلاوة سعاد	أستاذ مساعد	مشرفا و مقررا
بوستيل نجوى	أستاذ مساعد	مناقشا

دورة جوان 2023

شكر و عرفان

أتقدم بأسمى عبارات الشكر إلى: أستاذتي الفاضلة **لعلاوة سعاد** لإشرافها على هذه الدراسة التي لم تكن لتكتمل في صيغتها النهائية لولا توجيهاتها السديدة.

شكرا أستاذتي على وقتك الثمين.

شكرا على صبرك.

شكرا...على كل ما قدمته لنا.

صباح ،رقية

الإهداء

قال الله تعالى بعد بسم الله الرحمان الرحيم: "قل هل يستوي الذين يعلمون و الذين لا يعلمون".

الآية 09 من سورة الزمر

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من حملتني وهنا على وهن إلى من وقفت بجانبي وشجعتني ماديا و معنويا إلى روح **أمي** الطاهرة رحمها الله و إلى أخي و اخواتي ، إلى **مديرة** مدرسة مسيخ علي ، مديرة عملي التي ساعدتني بكل ما تحمله كلمة مساعدة بكل معنا و في الأخير أهذي هذا العمل المتواضع إلى كل من ساعدني في إنجاز هذه المدكرة من قريب أو من بعيد.

صباح

الإهداء

إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائليه

فأظهر بسماحته تواضع العلماء ، و برحابته سماحة العارفين

إلى قدوتي الأولى ، و النور الذي أنار دربي و السراج الذي لا ينطفئ نوره بقلبي ابداً

إلى من تربيت على يديه ، و من عملني القيم و المبادئ ، إلى من أعطاني و لم يزل يعطيني بلا حدود إلى من رفعت رأسي عاليا افتخارا به ... أبي الغالي حفظه الله

إلى معنى الحب ، إلى معنى الحنان ، إلى بسمة الحياة و سر الوجود ، إلى من كان دعائها سر نجاحي

إلى اغلى الحبايب ... أمي الحبيبة حفظها الله

إلى الشموع التي تنير لي الطريق ، الذين شجعوني وواصلوا العطاء دون مقابل ... أخي و أخواتي

إلى من لم تربطني بهم علاقة النسب ، بل عطر الصداقة , وورد المحبة ... صديقاتي

وأخيرا أهدي هذا العمل المتواضع

الى كم من يتكبد عناء قراءته سواء لتقييمه او لنقده لو لزيادة علمه او لإشباع فضوله

رقية

قائمة المختصرات:

- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري
- ق. ب. ج: القانون البحري الجزائري.
- د.ط: دون طبعة.
- د.س.ن:دون سنة نشر.
- ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.
- ق.م.م: القانون المدني المصري.
- ص: الصفحة.
- ج: الجزء.

مقدمة

مقدمة :

اذا كان الأصل في الإلتزام أن ينفذ عينا انطلاقا من كونه الغاية من نشأته هي الحصول على أثره ، فإن هذا الأصل قد لا يتحقق بسبب عدم تنفيد الالتزام او التأخر في تنفيذه ، الشيء الذي يترتب عنه ضرر للمتعاقد ، وحينها يصبح المدين بالالتزام مسؤولا و ملزما اتجاه الدائن متى توافرت باقي أركان المسؤولية المدنية ، وذلك بتعويض هذا الأخير عما أصابه من ضرر ، و الأصل في تقدير التعويض أنه يتم عن طريق القضاء و هوما يسمى بالتعويض القضائي ، حيث يُترك تقدير التعويض للقاضي ، وقد يكون تقدير التعويض قانونيا (الفوائد) حيث يترك تقدير مبلغ التعويض للقانون.

إلا أن المشرع الجزائري وخروجا عن القاعدة العامة أجاز للأطراف المتعاقدة ، تقدير التعويض مقدما وهذا تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة ، و العمل بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، و في هذه الحالة يُسمى التعويض بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي ، إذ يُقدر التعويض بالاتفاق المسبق بين الأطراف المتعاقدة كبند من بنود العقد .فالاتفاق المسبق على تقدير التعويض يحمل المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا لأنه يعلم مسبقا مقدار التعويض الذي يدفعه للدائن ، جبرا للضرر الذي قد يُلحقه به عند إخلاله بالتنفيذ فهو بمثابة ضمان للدائن لوفاء المدين ، بالإضافة إلى ذلك فإن الشرط الجزائي يُجنب أطراف العقد مشقة الإجراءات القضائية المعقدة والبطيئة ، التي تؤدي إلى إضاعة وقت أكبر و دفع نفقات أكثر.

لقد ظهر التعويض الاتفاقي لأول مرة في القانون الروماني كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام ، كما نجده في الفقه الإسلامي ،و نظمه أيضا المشرع الفرنسي سواء في القانون الفرنسي القديم أو في مدونة نابليون ، بالإضافة إلى التشريع المصري والتشريعات الأخرى. أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد سار على غرار التشريعات السابقة الذكر حيث نظم أحكام الشرط الجزائي في المواد،من 182الى 185 من القانون المدني الجزائري .

لكن قد يؤدي في بعض الحالات هذا الاتفاق المسبق بين الأطراف، إلى تعسف أحدهما على الآخر وينحرف عن مساره القانوني الصحيح، و يسمى هنا عقد إذعان ، أو أن يتم وضع شرط جزائي قد يسبب للطرف الثاني ضررا ، وبالتالي لا بد من تدخل السلطة القضائية .إذا فبالرغم من الحرية التي منحها المشرع الجزائري لأطراف العقد إلا أنها تبقى مقيدة في تحديد التعويض. حيث مُنح القضاء سلطة استثنائية لمراجعة مقدار الشرط الجزائي حفاظا على مبادئ العدالة .

لقد أجاز المشرع الجزائري للقاضي الذي يفصل في قضيته بتعديل مقدار التعويض المتفق عليه في العقد سواء بالتخفيض أو بالزيادة ، وذلك من أجل إعادة التوازن بين الضرر الذي أحدثه المتسبب في الخطأ و الخسارة التي لحقت و أصابت المتضرر. ولكن بالرغم من هذه السلطة إلا أن تدخل القاضي ليس مطلقا بل يبقى مقيدا و خاضعا لأحكام القانون ، و إلا خالف مبدأ سلطان الإرادة المستمد من الشريعة العامة و بالتالي تقيد حرية المتعاقدين.

أهمية موضوع البحث :

إن كثرة المعاملات التعاقدية بين الأشخاص، أدى إلى حدوث نزاعات بين الأطراف المتعاقدة ولتفادي اللجوء إلى القضاء أجاز المشرع الجزائري لأطراف العقد حرية الاتفاق المسبق على تقدير قيمة التعويض وذلك حماية لحقوق الطرف الضعيف و تكريسا لمبادئ العدالة ، ومن هنا تظهر أهمية الشرط الجزائي التي يمكن تلخيصها فيما يلي :

– أن موضوع الشرط الجزائي موضوعا هاما فهو من جهة يكرس مبدأ سلطان الإرادة ومن الجهة الثانية يكرس مبدأ العدالة.

– كذلك تكمن أهميته في طرحه لعدة مسائل قانونية تثير خلافات فقهية و قضائية ، سواء من حيث الطبيعة القانونية أو من حيث سلطة القاضي في تعديل أحكامه.

أسباب اختيار موضوع المذكرة :

هناك أسباب كثيرة دفعتنا إلى اختيار موضوع الشرط الجزائي في القانون الجزائري ،منها ما هو ذاتي يتمثل في:

– الرغبة في دراسة ما هو متعلق بمواضيع العقود و الالتزامات وأننا سنثري كليتنا بنتائج هذه الدراسة ، مما يمكن زملاؤنا من بعدنا من الاستفادة منها ، ومنها ما هو موضوعي يتمثل في :

– الرغبة في معرفة أهمية الشرط الجزائي كبند من بنود العقد ، ومدى التكامل والتعارض بين مبدأ سلطان الإرادة ومبادئ العدالة .

إشكالية الدراسة :

لقد أجاز المشرع الجزائري للأطراف المتعاقدة الخروج عن القواعد العامة التي تنص على تقدير التعويض قضائيا و ذلك عن طريق التحديد المسبق للتعويض المستحق ، عملا بمبدأ حرية التعاقد إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة ، بل قيدها بفرض الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي عليها، و من هنا تتجلى لنا إشكالية حول ماهية الشرط الجزائي وإلى أي مدى تبرز سلطة القاضي في تعديله ؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات فرعية :

فيما تكمن أهمية الشرط الجزائي؟ و ما هي خصائصه و طبيعته القانونية ؟، و ما هي الشروط التي تستوجب استحقاق الشرط الجزائي ؟ و ما مدى إمكانية القاضي في تعديل الشرط الجزائي ؟

الهدف من الموضوع :

من بين أهداف هذه الدراسة أنها :

- تلقي الضوء على أهمية الشرط الجزائي في العقود و العمل على جبر الضرر الذي قد يلحق بأحد الطرفين.
- تبيان أهمية الرقابة القضائية على الشرط الجزائي.
- إبراز كيفية إعمال مبدأ سلطان الإرادة و مبدأ العدالة .

منهج الدراسة :

إن دراسة موضوع الشرط الجزائي في ظل القانون المدني، و مدى فعالية هذا الشرط في حماية حقوق الطرف الضعيف يقتضي منا إتباع المنهج التحليلي ،لأن دراسة النصوص القانونية المتعلقة بالشرط الجزائي تتطلب منا تحليلها وتمحيصها للوقوف على آليات الحماية التي أقرها المشرع،

ولدراسة هذا الموضوع ، فقد حصرناه في القانون المدني الجزائري و بالتحديد في إطار المسؤولية العقدية .

و الإجابة على الإشكاليات المطروحة اعتمدنا الخطة الثنائية ، حيث قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين ، تناولنا في الفصل الأول الأحكام العامة للشرط الجزائي ، أما الفصل الثاني فتضمن الرقابة القضائية على الشرط الجزائي ، وقسمنا كل فصل إلى مبحثين .

الفصل الأول
الأحكام العامة للشرط الجزائي

تمهيد

يطرح موضوع الشرط الجزائي في القانون الجزائري عدة اشكالات من الناحية العملية لهذا يتطلب الأمر المعرفة الدقيقة لماهيته وتعريفه تعريفا دقيقا ، كونه عرف العديد من التطورات و اختلاف التعاريف باختلاف النظريات و الأنظمة القانونية وقصد ذلك

سنتناول في هذا الفصل ماهية الشرط الجزائي بوجه عام في (المبحث الأول).

ثم سننتقل إلى دراسة شروط استحقاق الشرط الجزائي في (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: ماهية الشرط الجزئي .

يُعد الشرط الجزائي الوسيلة القانونية التي يُمكن استخدامها في العقود ، ولقد اختلفت بشأنه التعريفات وظهرت عدة نظريات محاولة تحديد الطبيعة القانونية خاصة مع تداخل خصائصه او تشابهه مع عدة انظمة قانونية اخرى .

و عليه سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين، حيث تم استعراض مفهوم الشرط الجزائي في المطلب الأول أين سنُعرفه في الفرع الأول ، ثم نبين أهميته في الفرع الثاني ، ثم ننتقل في الفرع الثالث إلى تمييز الشرط الجزائي عن الأنظمة القانونية المشابهة له ، أما بالنسبة إلى المطلب الثاني فإنه يعالج خصائص الشرط الجزائي وطبيعته القانونية ، وجرى تقسيمه إلى فرعين الفرع الأول خصائص الشرط الجزائي، في حين خُصص الفرع الثاني لدراسة الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.

المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي

يرِدُ ذكر مصطلح "الشرط الجزائي" في العديد من الكتب والأبحاث التي تناقش هذا الموضوع ، حيث يثير تساؤلات كثيرة حول معناه لذلك، سنقوم في هذا المطلب بدراسة تعريف الشرط الجزائي في الفرع الأول، ثم سنتطرق في الفرع الثاني إلى الأهمية التي يتمتع بها.

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي

سنقوم في هذا الفرع بتعريف الشرط الجزائي من الناحية اللغوية و الاصطلاحية، خاصة و أن الشرط الجزائي كلمة مركبة تتألف من لفظين " الشرط و الجزاء "، ثم ننتقل إلى تعريفه من الجانب الفقهي ثم القانوني.

أولا – تعريف الشرط و الجزاء في اللغة والاصطلاح :

سوف نتطرق إلى تعريف الشرط ثم الجزاء في اللغة و الاصطلاح.

1– معنى الشرط في اللغة:

الشرط بإسكان الراء بمعنى إلزام الشيء و التزامه في بيع أو نحوه و الشرط العلامة ، و الجمع إشراط ، وله عدة معاني والذي يعنينا منها ما جاء في لسان العرب من أنه إلزام الشيء والتزامه في بيع أو نحوه ، و الشرط العلامة و الجمع إشراط [1] .

2- معنى الشرط في الاصطلاح:

هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجودا شرعيا ، بان يوجد الشرط ويكون خارجا ، عن حقيقة المشروط ، و يلزم من عدمه عدم المشروط ، وذلك كالشاهدين في عقد الزواج ، فهما شرط له يلزم من عدمهما عدم الصحة عقد الزواج ، و لا يلزم من وجودهما وجود العقد ولا عدمه[2].

3- معنى الجزاء في اللغة :

الجزاء مصدر جزى ، يجزي ، جزاءً، و يطلق في اللغة على معاني أهمها: معنى الثواب و المكافأة على الشيء ومقابلة العمل بما يماثله ، و يأتي الجزاء بمعنى العقاب ، و يأتي بمعنى الكفاية و الاكتفاء ، و الإغناء ، و الجزاء العوض ، و البدل، وألصق هذه المعاني بالشرط الجزائي هو المعنى الأخير إذ الشرط الجزائي تقدير للعوض وهو بدل عن الضرر المحتمل، ولكن جميع المعاني مناسبة لمعنى الشرط الجزائي و أبعد المعاني مناسبة هو معنى الثواب[3] .

4- معنى الجزاء في الاصطلاح :

هو كل ما يناله الإنسان المكلف المسؤول من الله عز وجل من مكافأة مقابل عمله الاختياري الحسن شرعا في الدنيا و الآخرة و من عقاب على عمله السيئ شرعا في الدنيا و الآخرة[4] .

فالمراد بالجزاء هنا هو الجانب السلبي أي جانب العقاب دون الثواب ، لان هذا الجزاء يكون لضمان تنفيذ الالتزامات بين الناس وضع لحمل المدين على تنفيذ التزامه وإلا سيجازي عن عدم تنفيذ الالتزام [5].

ثانيا – التعاريف الفقهية للشرط الجزائي :

---

[1] أمجد أرحومة محمد الخويلدي ، الشرط الجزائي و أثره على المتعاقدين –دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي و الشريعة الإسلامية– ، رسالة ماجستير في الشريعة و القانون، كلية الدراسات العليا ، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية ، سنة 2016 ،صفحة 9-10.

[2] علي محمد الحسين الصوا ، الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية مقارنة ، بحث قدم في مؤتمر "دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار و التنمية " ، عقد في رحاب كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة الشارقة ، بين 8-9 ماي ،سنة 2002 ، صفحة 4.

[3] محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني ، الشرط الجزائي و أثره في العقود المعاصرة دراسة فقهية مقارنة ، رسالة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية تخصص فقه و أصوله ، قسم الثقافة الإسلامية ،كلية التربية ، جامعة ملك سعود ،سنة 2004، صفحة 47-48.

[4] محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني ،المرجع نفسه ، صفحة 48.

[5] أمجد أرحومة محمد الخويلدي ، المرجع السابق، صفحة 12 .

سوف نتطرق إلى أهم التعريفات الفقهية التي جاءت بها الكتب والأبحاث في تعريفها للشرط الجزائي ومن بينها :

تعريف عبد الرزاق أحمد السنهوري: حيث عرفه على أنه ذلك الاتفاق الذي يحدده المتعاقدين مقدما على تقدير هذا التعويض دون تدخل القاضي في تحديده ، فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه ، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ ،أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير. هذا الاتفاق مقدما على التعويض يسمى بالشرط الجزائي [1].

الدكتور أنور سلطان: الذي تحدث عن الشرط الجزائي و أشار له في كتابه أحكام الالتزام على أن الشرط الجزائي اتفاق يقدر فيه المتعاقدين سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه[2] .

أحمد حشمت: الذي عرفه على أنه: اتفاق المتعاقدين في ذات العقد، أو في اتفاق لاحق و بشرط أن يكون ذلك قبل الإخلال بالالتزام ، على مقدرا التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو تأخره فيه [3].

تعريف الأستاذ سليمان مرقس: عرفه على أنه اتفاق بمقتضاه يلتزم الشخص بأمر معين يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود، في حالة إخلاله بالتزامه الأصلي المقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي ، جزاء له على الإخلال أو التأخير وتعويضا للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك[4].

ثالثا: التعريف القانوني للشرط الجزائي :

تنوعت تعريفات الشرط الجزائي من تشريع إلى آخر ، حيث تم تعريف الشرط الجزائي في المادتين 1226و 1229 من القانون المدني الفرنسي ، إذ نصت المادة 1226 على أن الشرط

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،نظرية الالتزام بوجه العام_ الإثبات _آثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، الجزء الثاني ، د. ط ، دار النهضة العربية القاهرة ، دون سنة ، صفحة 851.

[2] سلطان أنور ، النظرية العامة لالتزام ، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط 1997، صفحة 172.

[3] احمد حشمت أبو ستين، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري –الكتاب الثاني – أحكام الالتزام ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ط1945 ، صفحة 442.

[4] سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات ، مطبعة لجنة البيان العربي ، القاهرة ، ط 1961 ، صفحة 675.

الجزائي هو الذي يتم بموجبه تحديد الفريقان المتعاقدان بشكل حازم، وبإرادتهما المشتركة، مقدار الأضرار التي يجب تعويضها في حالة عدم تنفيذ التزامات العقد[1] ، وأما المادة 1229 نصت على أن الشرط الجزائي هو تعويض الدائن عن الأضرار التي لحقته و ذلك لعدم تنفيذ الالتزام الأصلي [2].

أما بالنسبة إلى المشرع الجزائري فقد أشار إلى الشرط الجزائي في نص المادة 183من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه : يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو اتفاق لاحق و يراعى في هذه الحالة أحكام المواد من 176الى 181[3] .

وبالرجوع إلى نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري التي نصت على ما يلي: إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكما عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه .

وما نلاحظه من المادة 176 المذكورة اعلاه ، بأن القاضي يحكم بالتعويض القاضي في حالتين وهما نفس الحالتين التي يستحق فيهما الدائن التعويض الاتفاقي وهما :

- **الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ :**

يمثل الشرط الجزائي بمثابة وسيلة تعويضية للضرر الذي يتكبده الطرف الآخر نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي بشكل كامل، وبالتالي يحل هذا الشرط محل التنفيذ، ويمكن أن يكون عدم التنفيذ جزئيا أو كليا، وفي كلا الحالتين، يتحول عدم التنفيذ إلى تعويض يتم دفعه للطرف المتضرر[4].

- **الشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ :**

[1] علال قاشي، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية –دراسة مقارنة–، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية تصدرها جامعة لونيسي علي بليدة 2، المجلد04 ، العدد 02 ، السنة 2019 ، الصفحة 2255

[2] العيد يورنان ، الرقابة القضائية على الشرط الجزائي ، « مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية تصدرها » ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، العدد 05 ، الصفحة 80.

[3] أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني، عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975 معدل و متمم .

[4] بورنان العيد ، المرجع السابق ، صفحة 83.

يهدف الشرط الجزائي المنصوص عليه في حالات التأخير في التنفيذ إلى تعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي قد يتسبب فيه المدين بسبب التأخير في تنفيذ الالتزام الأصلي ، ويتم تحديد قيمة التعويض عادة على شكل نسبة مئوية يدفعها الطرف المدين عن كل يوم أو أسبوع أو شهر من التأخير، وهذا النوع من التعويضات شائع في مجال القانون الإداري[1].

الفرع الثاني : أهمية الشرط الجزائي

تتجسد أهمية الشرط الجزائي في كثير من النقاط، حيث يُعد أحد الأدوات الأساسية لحماية حقوق الطرفين في العقد.

أولا – تفادي الحاجة إلى التدخل القضائي :

يُعرّف الشرط الجزائي بأنه الاتفاق الذي يتم بين الأطراف المتعاقدة في العقد مقدما، لتحديد مبلغ التعويض عن أي خسارة أو ضرر قد يحدث، دون الحاجة إلى تقدير التعويض من قبل القضاء. وبذلك يتم إعفاء الأطراف من الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء تجنبا للإجراءات المعقدة والبطيئة في حالة الخلافات التي قد تنشأ بين الأطراف ، والتي يمكن أن تستغرق وقتًا ومصاريف مالية كبيرة[2] .

ثانيا– تحفيز المدين على تنفيذ التزامه :

يعتبر الشرط الجزائي أحد الأدوات القانونية المهمة في العقود، إذ يحقق العديد من المزايا للأطراف المتعاقدة فمن بين هذه المزايا، يعمل الشرط الجزائي على حمل المدين على تنفيذ التزاماته بطريقة حسنة ودون أي خلل، حيث يكون مدركا مسبقا بأنه قد يتعرض للتعويض عن الضرر الذي يلحق بالدائن في حالة الإخلال بالالتزامات[3] ، و يتم تحديد مبلغ التعويض في الشرط الجزائي و ذلك لإجبار المدين على الالتزام بالتزاماته وعدم الخروج عنها، حتى لا يتم تكبد أي خسائر للطرف الآخر، و من المهم التأكد من أن المبلغ المحدد في الشرط الجزائي عادل ومتناسب مع الضرر الناتج عن عدم الوفاء بالتزامات المتفق عليها في العقد.

---

[1] عبد الله نجاري ، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري ،رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، طبعة 1983 ، صفحة 10-11.

[2] محمد الزحيلي ، موسعة قضايا إسلامية المعاصرة ، الشرط الجزائي في المعاملات المالية و المصرفية ، جزء 5، طبعة1 ، السنة 2009 ، ص 194-195.

[3] طارق محمد أبو ليلى ، التعويض الاتفاقي في القانون المدني–دراسة مقارنة– ،رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ،نابلس ،فلسطين، السنة 2007 ، ص 12.

ثالثا–إعفاء الدائن من إثبات الضرر :

يهدف الشرط الجزائي إلى تحميل المدين مسؤولية تنفيذ التزاماته في العقد على أكمل وجه، حيث يعد هذا الشرط بمثابة تحويل لعبء إثبات الضرر من الدائن إلى المدين ، إذ يجب على الدائن إثبات عناصر دعواه و هي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية ، و مع وجود الشرط الجزائي يتم افتراض وجود الضرر وتحديد مقداره بمقدار الشرط الجزائي المتفق عليه بين الطرفين ، ما يجعل من السهل على الدائن تحصيل حقوقه في حال عدم الوفاء بالتزامات العقد[1].

رابعا– تحديد المسؤولية :

من مزايا الشرط الجزائي هو أنه يحدد المسؤولية بشكل واضح ودقيق، سواء كان مقدار التعويض المتفق عليه أقل من الضرر الناتج من عدم التنفيذ للالتزام أو أكبر منه، في حالة قلة مقدار التعويض المتفق عليه يساعد الشرط الجزائي على تخفيف المسؤولية عن المدين، في حين يقوم بتشديد المسؤولية في حالة زيادة مقدار التعويض المتفق عليه عن الضرر الناتج عن عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ الالتزام[2].

خامسا – زيادة القوة الملزمة للعقد :

إن وجود الشرط الجزائي في العقد يعطيه قوة قانونية إلزامية إضافية لقوته الإلزامية الأصلية، حيث يتعين على كلا المتعاقدين الالتزام بتنفيذ التزاماتهما المتفق عليها في العقد، على الرغم من وجود الشرط الجزائي الذي يحدد مقدار التعويض المتفق عليه في حالة اختلال التزام أحدهما، ويعود ذلك إلى أن كلا المتعاقدين يعلمان مسبقًا بأن أي اختلال في العقد يعرضهما لدفع التعويض المالي المتفق عليه، والذي غالبًا ما يكون أعلى من مقدار الضرر الفعلي الذي يحصل، وبما أن المدين يخشى عدم قبول القاضي لتخفيض قيمة التعويض الجزائي المتفق عليه، فإنه يتحرى التزامه بشكل دقيق وحرصًا على تفادي دفع التعويض المتفق عليه[3] .

الفرع الثالث: تمييز الشرط الجزائي عن الأنظمة القانونية المشابهة له .

[1] محمد علي البدوي ، نظرية العامة لالتزام ، أحكام الالتزام ، جزء 2 ، ط 1 ، السنة 2005 ، ص 58.

[2] سلطان أنور ، المرجع السابق ، صفحة 62.

[3] دواس أمين ، القانون المدني أحكام الالتزام ، دراسة مقارنة ، دار الشروق ، الأردن ، السنة 2005 ، صفحة 74.

قد يختلط الشرط الجزائي مع مجموعة من الأنظمة التي قد تتشابه معه، لذلك سوف نقوم في هذا الفرع بوضع حد فاصل بين كل نظام قانوني وذلك من خلال توضيح أوجه التشابه و الإختلاف ، ونخص بالذكر ، تمييز الشرط الجزائي و العربون ثم الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية و في الأخير الشرط الجزائي و الشرط حد الأعلى للمسؤولية .

أولا –الشرط الجزائي و العربون :

يمكن القول أن العربون والشرط الجزائي هما آليتان يتم استخدامهما في العقود لضمان تنفيذ التزامات العقد وتحفيز الأطراف لتنفيذها بشكل كامل ، حيث يتم دفع مبالغ مالية في كلا الآليتين سواء في العربون أو الشرط الجزائي ، إما كضمانة قبل تنفيذ العقد أو كغرامة في حالة عدم الوفاء بالالتزامات المتفق عليها.

كما يسمح كل من العربون والشرط الجزائي العدول عن العقد ،و فيما يتعلق بالعربون فإنه يُنظر إليه عادة كشرط جزائي في حالة العدول، حيث يعتبر تعويضًا يدفعه الجانب الذي يعدل عن العقد كتعويض للجانب الآخر الذي يتضرر من هذا العدول [1] ، ولكن يختلفان في ما يلي :

1. وفقا للقانون، فإن العربون لا يجوز تخفيضه، بغض النظر عن مدى مناسبة الضرر الذي يتعرض له الطرف الآخر جراء العدول عن العقد . ويتعين على الطرف المتعاقد أن يدفع مبلغ العربون كاملاً، حتى لو لم يتعرض الطرف الآخر لأي ضرر نتيجة للعدول عن العقد، على عكس الشرط الجزائي الذي يمكن تخفيضه إذا توافرت الأسباب المشروعة لذلك ،ويجب أن يكون متناسباً مع حجم الضرر المحتمل [2] .
2. إذا صدر العدول من أحد الأطراف ، فإنه يستحق العربون بغض النظر عن وجود خطأ منه أو عدمه ومن المستحيل أن يحدث خطأ من العدول، لأنه يستخدم حقه المتفق عليه، أما في الشرط الجزائي، فيتوجب وجود خطأ من المدين لتفعيل الشرط الجزائي [3] .
3. يمكن للمتعاقد أن يتحلل من التزامه في العقد بالعربون، وذلك بدفع ثمن العدول حيث يتم حل العقد نهائيا، أما في الشرط الجزائي، فيجب على المدين تنفيذ الالتزام الأصلي عينيا،

[1] محمد صبري السعدي ، أحكام الالتزام ،النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، د.ط ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ،السنة 2004، صفحة 78.

[2] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 808.

[3] محمد شتا أبو سعد ، التعويض القضائي و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2001 ، ص77.

ولا يمكن للشرط الجزائي أن يعفيه من ذلك إذا كان تنفيذ الالتزام الأصلي ممكنا، وفي حالة عدم تمكن المدين من التنفيذ العيني، يتم تقدير القيمة التعويضية في الشرط الجزائي، ويمكن للمدين الالتزام بالتنفيذ بمقابل [1] .

4. العربون هو مقابل لحق العدول عن العقد ، أما الشرط الجزائي فهو تقدير لتعويض عن ضرر قد وقع

ثانيا: الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية (التهديد المالي).

تعرف الغرامة التهديدية بأنها مبلغ مالي يفرضه القاضي على المدين في حال تأخره عن تنفيذ التزامه عينيا لمدة زمنية معينة ، وتستخدم هذه الغرامة كوسيلة للضغط على المدين لتنفيذ التزامه [2]، ويمكن القول إن الغرامة التهديدية هي وسيلة فعالة لتحقيق الأداء الإلزامي للالتزامات المتعلقة بالعقود.

و يمكن اعتبار الغرامة التهديدية والشرط الجزائي أدوات تعاقدية تستخدم لتحقيق أهداف متشابهة، حيث تتمحور جميعها حول الحفاظ على سلامة العقد وتحفيز الأطراف المتعاقدة على تنفيذ التزاماتها المتفق عليها. ومع ذلك تختلف في بعض النقاط من بينها :

1. تختلف الغرامة التهديدية عن الشرط الجزائي، فالغرامة يحكم بها القاضي على المدين ويتم احتسابها بناء على مدة التأخر في التنفيذ دون النظر إلى الأضرار الناجمة عن التأخر، وتعد وسيلة ضغط على المدين لتنفيذ التزامه ، ومن المهم الإشارة إلى أن الغرامة لا تقاس بمقياس الضرر، بل ترمي إلى التغلب على عناد المدين وإجباره على الوفاء بتعهداته، وبالتالي ينظر القاضي إلى موارد المدين المالية وقدرته على تحمل الضغط المالي ، أما الشرط الجزائي فيتم الاتفاق عليه بين الدائن والمدين، ويقاس بموجب الضرر الذي لحق بالدائن في حالة عدم الوفاء المدين بالتزامه [3] ، ولذلك يعتبر الشرط الجزائي أكثر تحديداً وصرامة من الغرامة التهديدية التي تهدف إلى تحفيز المدين على تنفيذ التزاماته وتفادي المزيد من الأضرار المحتملة .

---

[1] طلبة وهبة خطاب ، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية و القانون دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، د.س،ص68.

[2] دربال عبد الرزاق ، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ، دون طبعة ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2004 ، صفحة 21.

[3] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق صفحة 808.

2. الغرامة التهديدية هي أحد أدوات الضغط المتاحة للدائن والتي تكن من قبل القاضي ، لإجبار المدين على تنفيذ التزامه عينياً خلال المدة المحددة، وإذا تأخر المدين في التنفيذ فإنه يلزم بدفع الغرامة المالية المحددة [1] .
3. الغرامة التهديدية حكم مؤقت تستخدم كوسيلة للضغط على المدين لتنفيذ التزامه العيني خلال فترة محددة، ولا يمكن تنفيذ الحكم بها إلا بتحويلها إلى تعويض نهائي وفي هذه الحالة يتم تخفيض الغرامة التهديدية ، و هي وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني على عكس الشرط الجزائي بأنه يتم تنفيذه بمقابل [2] ، و الاتفاق عليه مسبقاً بين الطرفين ويكون بمثابة تحفيز لتنفيذ التزاماته العقدية بدقة وفي الوقت المحدد، وعند عدم التزام المدين بتنفيذ التزاماته، يتم تطبيق الشرط الجزائي وتحميله بالتعويض المتفق عليه مسبقا .
4. يتم تطبيق الشرط الجزائي لتعويض الطرف الذي تضرر جراء عدم الوفاء بالتزامات الطرف الآخر، بينما يستخدم الغرامة التهديدية لتحفيز الطرف المخالف للالتزام بالتزاماته المتفق عليها في العقد، وذلك لتجنب الحاجة إلى تطبيق الجزاء.

ثالثا– الشرط الجزائي و شرط الحد الأعلى للمسؤولية :

شرط حد الأقصى للمسؤولية هو شرط يضعه المدين في العقد لتحديد المسؤولية القصوى التي يتحملها عند تعرض الدائن لأي أضرار .

حيث يشترك الشرط الجزائي وشرط الحد الأقصى للمسؤولية في بعض التشابهات، إذ يتم استخدام كلا الشرطين في العقود لتحديد التعويض المالي للأطراف المتعاقدة نتيجة وجود أضرار تلحق بهما، ويتم تحديد قيمة المبلغ المالي المتفق عليه في الشرطين بناءً على الظروف والتفاصيل المتعلقة بنوع العقد، وعلى الرغم من وجود بعض التشابهات بينه وبين الشرط الجزائي، فإن هناك اختلافات أساسية بين الاثنين من بينها :

1. سمح القانون للأطراف المتعاقدة بتحديد مسؤوليتهما في العقد، ويمكن أن يتفقا على تحديد حد أقصى لمقدار المسؤولية في حال حدوث ضرر على سبيل المثال، يمكن لمؤسسة البريد تحديد حد مسؤوليتها في حالة ضياع طرد أو إذا تجاوز الضرر المبلغ المحدد، فلن تكون

[1] شفيق الجراح ، سلسلة من الموضوعات الحقوقية الاجتماعية علما و عملا يتضمن 9 مواضيع ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب ، دمشق ، سوريا ، سنة 2001 ، صفحة 181.

[2] نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام – ، دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية ، 1992 ، ص80.

مسؤولة عن دفع أكثر من هذا المبلغ أما في الشرط الجزائي، فلا يجوز تخفيضه أو زيادة قيمته كأصل، ولكن يمكن استثناء بعض الحالات التي ينص عليها القانون [1] .

2. تختلف الشروط العقدية التي تتعلق بتحديد المسؤولية في حالة الضرر الناجم عن العقد وتتضمن اختلافات في الأهداف والتطبيقات فعلى سبيل المثال، فإن الشرط الجزائي يتم تضمينه في العقود لحماية مصلحة الدائن، حيث يتم تحديد مبلغ محدد يتعين على المدين دفعه في حالة عدم الوفاء بالتزاماته المتفق عليها في العقد، ولا يمكن تخفيض قيمته أو زيادته، ولكن هناك بعض الإستثناءات في حالات معينة يتضمنها القانون ، ومن جانب آخر يتم استخدام شرط حد الأعلى للمسؤولية لحماية مصلحة المدين، حيث يتم تحديد حد أقصى لمسؤوليته في حالة وقوع ضرر نتيجة العقد[2].
3. في بعض العقود، يتفق المتعاقدون على تحديد مبلغ معين يجب دفعه عند إخلال المدين بتنفيذ التزاماته وعادة ما يتم تحديد هذا المبلغ بإحدى الطريقتين: إما كونه جزافياً لتعويض الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزاماته، أو كونه حداً أقصى للمسؤولية، حيث لا يجوز تجاوز قيمته في حالة تعرض الدائن لأي ضرر، وبناءً على طريقة تحديد هذا المبلغ، يمكن تصنيفه إما كشرط جزائي و هي الحالة الأولى التي ذكرناها أو كشرط حد أقصى للمسؤولية و هي الحالة الثانية المذكورة أعلاه [3] .
4. الشرط الجزائي يستخدم عادة لتحفيز الأطراف للالتزام بتعهداتهم المتعلقة بالعقد، حيث يخشى الطرف الخاسر من دفع المبلغ المحدد في حالة عدم الوفاء بالتزاماته، وبالتالي يسعى لتنفيذها بشكل صحيح ، بالمقابل يستخدم حد الأقصى للمسؤولية لحماية المدين من المسؤولية الزائدة، حيث يتم تحديد حد محدد للتعويضات التي يجب دفعها في حالة الخسارة أو الضرر، ولا يمكن للطرف الآخر المطالبة بمبالغ تزيد عن هذا الحد.

المطلب الثاني : خصائص الشرط الجزائي و طبيعته القانونية .

يتميز الشرط الجزائي بعدة خصائص نظرًا لكونه نظامًا قانونيًا مميزًا عن العديد من الأنظمة القانونية الأخرى خاصةً التي تم ذكرها سابقا ، وسيتم دراسة هذه الخصائص في الفرع الأول، بعد ذلك سننتقل في الفرع الثاني إلى تحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي .

[1] اعبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، صفحة 867

[2] نجاري عبد الله ، المرجع السابق ، صفحة 66

[3] عبد الرحمن احمد جمعة الحلالشة ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، طبعة الأولى ،دار وائل للنشر، و التوزيع ، الأردن ، 2006 ، ص12.

الفرع الأول : خصائص الشرط الجزائي .

من خلال هذا الفرع سوف نقوم بذكر أهم الخصائص التي يتكون منها الشرط الجزائي ، بدءا من الخاصية الأولى للشرط الجزائي و هي الشرط الجزائي التزام تبعي ، ثم الخاصية الثانية الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض ، ثم ننتقل إلى الخاصية الثالثة بعنوان الشرط الجزائي التزام احتياطي ، و الخاصية الأخيرة وهي الشرط الجزائي تعويض يقدره الطرفان .

أولا – الشرط الجزائي التزام تبعي :

بمعنى أن الشرط الجزائي يعد تابعا للالتزام الأصلي الذي يتعهد به المدين بتنفيذه لصالح الدائن، ولا ينشأ بشكل مستقل ، و يجب على المدين تنفيذ الالتزام العيني الذي تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف المتعاقدة ، وإذا كان التنفيذ العيني ممكنا فلا يحق للدائن المطالبة بالتعويض ، ويهدف الشرط الجزائي في المقام الأول إلى ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي ويعتبر التزاما ثانويا تابعا للالتزام الأصلي [1].

وفي حالة إذا كان الالتزام الأصلي صحيحا والشرط الجزائي باطل، فإن بطلان الشرط الجزائي لا يؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي ، إذا كان الالتزام الأصلي غير قابل للتنفيذ بسبب قوة قاهرة، فسيؤدي ذلك إلى سقوط الالتزام بالشرط الجزائي، وهذا بمثابة امتداد لسقوط الالتزام الأصلي ، كما يترتب على تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي أنه إذا تم فسخ العقد الذي أنشأ الالتزام الأصلي، فإن هذا الأخير سيسقط وسيؤدي ذلك إلى زوال الشرط الجزائي ، وأيضا ينبغي الإشارة إلى أنه إذا كان الالتزام الأصلي موصوفا بشروط معينة أو يتضمن أوصاف أخرى، فإن هذه الأوصاف تنتقل بصورة تبعية إلى الشرط الجزائي[2] .

ثانيا– الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض :

إن تقدير الشرط الجزائي يعني تحديد قيمة التعويض المتفق عليه مسبقًا في العقد، والذي سيتم دفعه من قبل المدين للدائن في حالة عدم تنفيذه للالتزامات المتفق عليها، يعتمد هذا التقدير على التقدير الأولي للأضرار المتوقعة التي قد تنجم عن إخلال المدين بالتزاماته ، وقد يكون

[1] عبد الرزاق أيوب ، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي (دراسة مقارنة) ،مطبعة النجاح الجديدة دار بيضاء الطبعة الأولى ، سنة 2003 ، ص 25.
[2] محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 83-84

المبلغ أكبر من الضرر ، أو مساويا له أو أقل منه ، فهو تعويض معلق على ضرر ينتج عن عدم الوفاء بالدين أو تأخر فيه [1] حيث يعد الشرط الجزائي أحد العناصر الأساسية لتنظيم العلاقات التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة، حيث يتم الاتفاق عليه مسبقا وتحديده بشكل واضح في العقد لضمان الالتزام بالتعاقد .

بطبيعة الحال يتم تحديد المقدار للشرط الجزائي قبل وقوع الضرر أو الإخلال في تنفيذ الالتزام، ويتميز هذا التقدير بأنه جزافي حيث تتبع هذه الصفة منه مقدما عند إبرام العقد في وقت لا يستطيع المتعاقدين فيه التنبؤ بمقدار الضرر الذي يمكن أن يصيب أحدهما نتيجة إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامه ، ويتم التقدير بناء على الاتفاق المسبق بين الطرفين على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن [2]، والذي يتم تحديده بشكل منطقي ومنصف بناء على الظروف و الأضرار المتوقعة لكل طرف في العقد وتساعد هذه الصفة في تجنب حدوث نزاعات مستقبلية حول مقدار التعويض، وتعمل على تحسين ثقة الأطراف في العقد وتعزيزها .

ثالثا – الشرط الجزائي التزام احتياطي :

ينص القانون على أن التنفيذ العيني للالتزام يجب أن يكون الأصل، وأنه يجوز اللجوء إلى التعويض فقط في حالة استحالة التنفيذ أو التأخر فيه ، وينطبق هذا المبدأ العام على الشرط الجزائي، الذي يُعد تعويضاً وله صفة احتياطية، ولا يجوز المطالبة به أو اللجوء إليه إلا في حالة عدم إمكانية التنفيذ العيني للالتزام المتفق عليه [3] .

ويقصد بالشرط الجزائي هنا أنه يتم الاتفاق عليه بشكل احتياطي، وأنه لا يكون للدائن الحق في التعويض إلا في الحالات التي يكون التنفيذ العيني غير ممكن، ويعتبر الشرط الجزائي شرطا أساسيا لاستحقاق التعويض، بشرط أن يتم بعد إعذار المدين باعتباره شرطا أساسيا لاستحقاق التعويض ما لم يوجد نص يخالف ذلك[4] .

رابعا – الشرط الجزائي تعويض يقدره الطرفان :

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، صفحة 852.

[2] دريد محمود السامرائي ،النظرية العامة لالتزام – أحكام الالتزام– ، دار الشعب للطباعة و النشر مصراتة ، ليبيا ، 2004 ، ج2 ، صفحة 264.

[3] نجاري عبد الله ، المرجع السابق ، ص36.

[4] بلحاج العربي ،أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية ، ط2 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2016 ، ص 127.

الشرط الجزائي قبل كل شيء هو مجرد اتفاق بين متعاقدين وهذا يعني أنه يجب أن يتوافر في هذا الاتفاق الأحكام الواجب توافرها في أي عقد، حيث ينشأ صحيحا من حيث أركانه المتمثلة في الرضا و المحل و السبب[1] .

يتيح القانون للأطراف المتعاقدة حرية تقدير الشرط الجزائي للتعويض وفقا لاتفاقهم، حيث يمكنهم تحديد قيمة التعويض المناسبة التي يجب دفعها في حالة عدم الامتثال للالتزامات العقدية، بما يتوافق مع الأحكام القانونية المعمول بها في تحديد الشرط الجزائي وتقدير قيمته في حالة المخالفة للاتفاق ، وهذا يعني أن الأطراف المتعاقدة لديهم الحرية في اختيار مبلغ التعويض الذي سيُفرض على الطرف المخالف والذي يكون محددا في العقد، ويمكن للأطراف تحديد قيمة التعويض بما يتناسب مع طبيعة العقد .

ويتم تحديد التعويض بناء على اتفاق الأطراف، ولكن يجب أن يكون المبلغ المتفق عليه معقولا ويتناسب مع الضرر الذي يمكن أن يتكبده الطرف الآخر، بسبب عدم الوفاء بالالتزامات العقدية ، و يجوز للطرف الذي يتعرض للضرر بسبب عدم الوفاء بالالتزامات العقدية أن يطالب بتعويض يتناسب مع حجم الضرر الذي تكبده .

حيث يتميز الشرط الجزائي في العقود عن بقية الشروط الأخرى بما يحمله من خاصية تقدير التعويض من قبل الأطراف، وهذا يهدف إلى تشجيع الأطراف على الالتزام بالعقود التي يبرمونها، حيث تحفظ للطرف الآخر حقه في الحصول على تعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزامات العقدية المتفق عليها.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي ، و تم تقسيم أراء الفقهاء إلى ثلاثة نظريات رئيسية وهي: النظرية التعويضية ثم نظرية العقوبة والنظرية المركبة.

أولا – النظرية التعويضية :

[1] الأهواني حسام الدين ، النظرية العامة لالتزام ، إحكام الالتزام ، ج 2 ، 1996، ص 41.

يعتقد فقهاء النظرية التعويضية للشرط الجزائي أن هذا الأخير يحمل طابعا تعويضيا، ولكنهم يختلفون في تفسير طبيعة هذا التعويض، فبعضهم يرون أن تقدير الشرط الجزائي هو تقدير جزافي، بينما يرى آخرون أنه تقديرا مسبقا للتعويض نتيجة عدم تنفيذ التزامات العقد و الإخلال بها أو التأخير في تنفيذها ، ومهما كانت الطبيعة التي يرونها، فإن الشرط الجزائي عندهم ليس عقوبة تُفرض على المدين ، بل هو تعويض يستحقه الدائن عندما يتعذر تحقيق ما تم الاتفاق عليه في العقد ونتيجة لذلك، فإنه لا يجوز المساس بهذا المبلغ سواء بالزيادة أو النقصان[1].

يتضح أن الشرط الجزائي يؤدي وظيفة تعويضية ، ذلك لأن الشرط الجزائي يحدد مسبقا حجم التعويض المستحق عند عدم الوفاء بالالتزامات العقدية، وبالتالي فإنه يستبعد دور القاضي في تقدير التعويض وكذلك يعفي ويخفف عبء الإثبات الملقى على الدائن بإثبات حجم الضرر الناجم عن عدم الوفاء بالالتزامات [2] .

ثانيا – نظرية العقوبة :

وهناك رأي آخر يقول بأن الشرط الجزائي له طبيعة جزائية، إذ يُعد عقوبة تهدف إلى ترهيب الطرف المخالف وحمله على الامتثال لتنفيذ الالتزام المتفق عليه ، ففي حالة عدم الامتثال للالتزام المتفق عليه فإن الشرط الجزائي يعمل كوسيلة لتحفيز الطرف المخالف للامتثال، وإلا فإنه يواجه العقوبة المنصوص عليها في العقد الذي يتضمن الشرط الجزائي [3].

وعلى حسب قول الدكتور أبو سعد محمد شتا أن الشرط الجزائي يحمل في القانون المعاصر طابع العقوبة و ليس له سوى صفة الجزائية المحدودة ، و تتمثل الصفة الجزائية المحدودة للشرط الجزائي في ذلك الجزاء الذي يتهدد المدين المحل بالتزامه ، الأمر الذي يدفعه إلى احترام ما تعهد به و الوفاء بما التزم به ، فيضفي الشرط الجزائي بذلك قدرا من التأمين و الضمان "[4] .

تتعلق الصفة العقابية للشرط الجزائي بما إذا كان يحمل عقاباً عند إخلال الطرفين في الالتزام بالعقد ومع ذلك ، فإن سلطة القاضي في التحكم بالشرط الجزائي في حالة كونه غير متناسب مع الضرر لا تتعارض مع صفة العقابية للشرط الجزائي ، وذلك يرجع إلى دور القاضي في تعديل

[1] عبد الله نجاري ، المرجع السابق ، ص 77 – 78.

[2] محمد شتا أبو سعد ،المرجع السابق، ص87.

[3] حسن علي الذنون المرجع السابق ، ص20.

[4] محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 82.

الشرط الجزائي عندما يكون مبالغا فيه إلى حد كبير ولا يتناسب مع مقدار الضرر الذي لحق بالدائن [1].

ومن خلال النظر إلى النظريتين السابقين المتعلقتين بالشرط الجزائي، فإن النظرية الأولى قامت بمعالجة الشرط الجزائي بأنه ذلك الشرط الذي يحمل صفة تعويضية من جهة، أما بخصوص النظرية الثانية قامت بوصف الشرط الجزائي بأنه يحمل صفة عقابية من جهة أخرى.

لكن هناك نظرية ترى أنه يمكن جمع بين الصفتين في حالة تناسب الشرط الجزائي مع حجم الضرر الناتج، حيث يحمل الشرط الجزائي صفة تعويضية، وفي حالة عندما يتضمن العقد بندا يفرض على الطرف المخالف دفع مبلغ محدد كجزاء عند عدم الوفاء بالتزاماته المتعلقة بالعقد فتكون الصفة العقابية للشرط الجزائي أكثر وضوحا عندما يكون المبلغ المتفق عليه مرتفعا جدا مقارنة بالضرر الذي يتسبب به الطرف المخالف يمكن اعتباره صفة عقابية.

ثالثا : النظرية المركبة :

مزجت هذه النظرية بين نظرية الشرط الجزائي دو طابع تعويضي، ونظرية الشرط الجزائي الذي يحمل صفة العقوبة .

فيمكن وصف الشرط الجزائي بأنه يحمل صفة تعويضية أو عقابية، ولكن هناك نظرية ترى أن الشرط الجزائي يجمع بين الصفتين ، فقد تبنى هذه النظرية الفقيه الألماني **كوزاش** الذي اعتبر الشرط الجزائي عقوبة تعويضية ، وكذلك الفقيه **أجني** الذي صرح بأن استبعاد الطابع التعويضي للشرط الجزائي أو استبعاد طابعه العقابي هو موقف متطرف [2] .

ومن خلال ما سبق ذكره يُعتبر الشرط الجزائي في القانون الجزائري من أهم الأدوات التي أتاحها المشرع للمتعاقدين و ذلك من أجل تحقيق الحماية القانونية لحقوقهم ، في حالة عدم وفاء أحد الطرفان بالتزاماته العقدية. إذ من المهم معرفة الشروط الواجب توافرها لاستحقاق الشرط الجزائي،حيث تتوقف صحة و جوازية هذا الأخير على توافر هذه الشروط .

[1] ظافر حبيب جبارة – مها ناجي جاسم ، الشرط الجزائي الإمتثالي في نطاق العقود الشكلية ، مجلة القانون للدراسات و البحوث القانونية ، العدد 18،سنة 2019 ، ص44.

[2]- عبد الله النجاري ، المرجع السابق ، ص 90 .

إن استحقاق التعويض ليس سببه الشرط الجزائي ، وإنما ينشأ التعويض من مصدر أخر يغلب أن يكون عقدا. فعدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي أو التأخر في تنفيذه هو السبب في استحقاق التعويض عن عدم التنفيذ ، وكذلك تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقدي هو السبب في استحقاق التعويض عن التأخير[1]. ولاستحقاق هذا الأخير يستلزم توافر جملة من الشروط. تُعرف بشروط استحقاق الشرط الجزائي و هذا ما سنتطرق لدراسته في هذا المبحث.

المبحث الثاني : شروط استحقاق الشرط الجزائي .

إن المطالبة بالتعويض الاتفاقي يستلزم توافر شروط استحقاق التعويض بصفة عامة و المتمثلة في عناصر المسؤولية المدنية المنصوص عليها في الأحكام العامة وذلك في نص المادة 124 ق.م.ج من خطأ أي الإخلال بأي خطأ عقدي ،ووجود ضرر يُصيب الدائن ، و قيام علاقة سببية بين إخلال المدين لالتزامه والضرر الذي لحق بالدائن ،بالإضافة إلى شرط آخر يتمثل في إعذار المدين . و منه فإن التعويض الاتفاقي يكون مستحقا إذا تواجد خطأ من المدين ،وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية ما بين الخطأ و الضرر بالإضافة إلى إعذار المدين.وعليه فإذا توافرت شروط استحقاق الشرط الجزائي، وجب على القاضي الحكم به.

ولذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول الشروط الموضوعية في(المطلب الأول) أما (المطلب الثاني) خصصناه للشروط الشكلية .

المطلب الأول : الشروط الشكلية .

لا يكون التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) مستحقا إلا إذا توافرت شروط استحقاق التعويض لذلك نتطرق في هذا المطلب إلى أركان المسؤولية المتمثلة في : الخطأ العقدي وهذا في(الفرع الأول) والضرر (الفرع الثاني)أما العلاقة السببية نخصص لها (الفرع الثالث).

الفرع الأول :الخطأ العقدي .

يُعتبر الشرط الجزائي التزام تابع لالتزام أصلي ، ويقوم الخطأ العمدي عند الإخلال بالتزام سابق أو التأخر في تنفيذ التزامه مما يؤد إلى مسائلة المدين. فالخطأ ركن أساسي في المسؤولية

[1]- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 856 .

المدنية بنوعيها العقدية و التقصيرية ، و هو الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية ،وسوف نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الفقهي للخطأ ثم نتطرق إلى عبء الإثبات .

أولا – تعريف الخطأ:

الخطأ في الفقه : هو الإخلال بواجب قانونين ، ويختلف هذا الواجب القانوني حسب صورة المسؤولية المدنية ،فهو في المسؤولية العقدية التزام رتبه العقد ،أما في المسؤولية التقصيرية فهو واجب عام يترتب على إخلاله، قيام المسؤولية .

يُعرف الخطأ على أنه إخلال بالتزام أصلي ، أي عدم قيام المتعاقد بما التزم به في العقد ، أو التأخر في تنفيذه ،وغالبا ما يكون الخطأ عقديا. فالشرط الجزائي لا يُستحق إلا إذا كان هناك خطأ من المدين ، وأن يكون هذا الخطأ عقديا ،فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين فإن التعويض لا يُستحق، ومن تم فلا محل لإعمال الشرط الجزائي ، فما هو إلا تقدير لتعويض قد استحق والتعويض لم يُستحق[1] .

و يُعرفه آخر بأنه :عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه ويُقصد بعدم التنفيذ هنا عدم التنفيذ الكلي و عدم التنفيذ الجزئي والتأخر في التنفيذ أو تنفيذ الالتزام تنفيذا معيبا .

كما عرف جانب آخر من الفقه الخطأ على أنه : إخلال بالالتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير وهذا الالتزام يكون سابقا ويصدر عن تمييز و إدراك[2].

ويُعرف الخطأ أيضا بأنه : الإخلال المدرك بواجب قانوني عقدي أو تقصيري مما يسبب ضررا للغير فيلزم مرتكب الخطأ بجبر الضرر[3].

ويختلف الأمر بين أن يكون التزام المدين بتحقيق نتيجة أو ببدل عناية[4]، فإذا كان المدين ملزما بتحقيق غاية فإن عبء الإثبات يقع على الدائن وذلك بتقديم دليل على عدم تحقق هذه النتيجة. فيفترض الخطأ في جانب المدين، أما إذا أراد هذا الأخير نفي المسؤولية عن نفسه ، فيجب عليه إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي . فإذا كان عدم التنفيذ أو التأخر فيه يرجع لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، فهنا لا تقع عليه أي مسؤولية .

---

[1]–السنهوري ، المرجع السابق ، ص 799–800 .

[2]– هشام إبراهيم توفيق،التعويض الاتفاقي الشرط الجزائي ، دراسة مقارنة، طبعة 11 ، المركز القومي للإصدارات القومية، عابدين، ص144 .

– هشام طه محمود سليم ،الوجيز في مصادر الالتزام في ضوء أحكام كل من القانون المدني المصري و القانون المدني البحريني د.ط ، 1436 هـ 2015 م .[3]

[4]–دربال عبد الرزاق، المرجع السابق ، ص64 .

وبالتالي لا يكون ملتزما بالتعويض ، وليس للدائن الحق بالمطالبة بالشرط الجزائي ، لأن هذا الأخير ما هو إلا تقدير لتعويض قد استحق والتعويض لا يُستحق إلا إذا كان هناك خطأ من المدين [1].أما إذا كان المدين ملزما ببدل عناية فعلى الدائن هنا إثبات خطأ المدين في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه [2].وينقسم الخطأ إلى ثلاث أقسام وهذا حسب نظرية تدرج الخطأ وتتمثل هذه الأقسام في :

– **الخطأ الجسيم :** وهو ذلك الخطأ التي لا يرتكبه حتى الرجل المهمل ،وهو أقرب ما يكون ،إلى العمد أو الغش.

– **الخطأ اليسير:** وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد .

– **الخطـــأ التافه :** وهو ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص الحريص ولا يمكن الوقوع فيه مع اتخاذ احتياطات.

ثانيا – عبء الإثبات:

أما فيما يخص مسألة عبء الإثبات فإنه مادام الخطأ العقدي يتعلق بالمسؤولية العقدية للمدين فإن الإثبات يدور حول الواقعة التي أدت إلى استحالة تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذا عينيا . ففي حالة مطالبة الدائن للمدين بالتعويض عن عدم تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، فهنا طبقا لقاعدة البينة على من ادعى، فإن عبء إثبات عدم التنفيذ يقع على الدائن، أي بمعنى أن الدائن عليه أن يثبت أن المدين لم يحقق نتيجة أو لم يقم ببذل جهد أو العناية المطلوبة .وقد انتقدت فكرة تحميل الدائن عبء الإثبات وصعوبة هذا العبء، وحجتهم على ذلك أنه من الناحية العملية لا يكلف الدائن بإثبات خطأ المدين بل يكفيه أن يثبت واقعة عدم التنفيذ أو التأخير فيه . وهنا تقوم قرينة على أن المدين قد أخطأ فإذا أراد هذا الأخير التخلص من هذه المسؤولية يجب عليه أن يثبت السبب الأجنبي وذلك لقطع العلاقة السببية التي تربط بين خطئه و الضرر الذي أصاب الدائن[3].

الفرع الثاني : الضرر .

[1]–محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2006 ، ص 79.

[2]-دربال عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص 64 .

– بورنان العيد، الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه علوم، قانون [3]خاص، فرع عقود ومسؤولية، السنة الجامعية 2020/2019، ص37.

يُقصد بالضرر أذى يلحق بالمتضرر بسبب المدين بوجه عام ،إذ يعتبر الضرر شرطا أساسيا لاستحقاق الشرط الجزائي. فإذا لم يكن هناك ضرر فعلي وملموس أصاب الدائن نتيجة لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية فلا يُستحق الشرط الجزائي، كما نجد أن معظم التشريعات العربية وعلى رأسهم القانون الجزائري نص صراحة على وجوب الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي[1]. حيث تنص المادة 184:على أنه : " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر" ومنه نرى أن المشرع الجزائري قد أبرز أهمية الضرر كركن يقوم عليه استحقاق الشرط الجزائي. ولذلك سنتطرق أولا إلى تعريف الضرر ثم أنوع الضرر وبعدها نتطرق إلى عبء إثبات الضرر.

أولا – تعريف الضرر .

مما تقدم نلاحظ بأن الضرر من أهم أركان المسؤولية العقدية، فهو روح المسؤولية المدنية، فلا مسؤولية مدنية بدون ضرر. و للضرر تعريفات كثيرة من بين هذه التعريفات نجد :

– تعريف الخشني: " الضرر هو مَالَكَ فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة و الضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة " .

– وعرفه الإمام النووي بأنه : " الأذى " .

– كما عرفه محمد المدني أبو ساق بأنه " كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم أو جسم معصوم أو عرض مصون " .

– وعرفه السيد أمين بأنه " عبارة عما يُصيب المعتدي عليه من الأذى فيُتلف له نفسا أو عضوا أو مالا متقوما محترما " [2]

[1]–بورنان العيد، المرجع السابق ، ص 38 .

[2]- أمجد أرحومة محمد الخويلدي ،المرجع السابق ، ص 41-42 .

– كما يُعرف الضرر بأنه الأذى الذي يُصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه،أو بمصلحة مشروعة له،سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته،أو بماله أو حريته ، أو شرفه[1].

ثانيا– أنواع الضرر.

لضرر نوعان ضرر مادي وضرر أدبي.

الضرر المادي : هو ما يصيب الذمة المالية للدائن نتيجة لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية ، ،كما عُرف الضرر المادي كذلك على أنه ما يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو بانتقاص من حقوقه المالية أو تفويت مصلحة مشروعة بسبب خسارة مالية له،أي إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية، وهذا النوع من الضرر هو الأكثر شيوعا في المسؤولية العقدية.ولا يثير التعويض عن الضرر المادي أي اختلاف ،إذا انه ضرر قابل للتعويض عنه شريطة توافر الشروط السالفة الذكر. و ينقسم الضرر المادي بدوره إلى قسمين الضرر البدني والضرر المالي .

فالضرر البدني يُقصد به الأذى الذي يُصيب الإنسان في جسمه وبدنه كإزهاق نفس أو جناية على جنين ،أو إبانة عضو من الأعضاء ، أو إذهاب السمع أو البصر ، أو تشويه ينقص الجمال ،أو عاهة مقعدة عن العمل و الكسب .

أما الضرر المالي فهو ما يُصيب الذمة المالية للدائن، جراء عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو التأخر في تنفيذها أو عدم تنفيذها كليا أي تنفيذ جزء منها فقط. أي أن الضرر المالي هو ما كان محل الضرر مالا ، سواء أكان حيوانا ، أم منقولا أم عقارا سواء أكان الضرر اللاحق إتلافا تاما للذات أو تعطيلا لبعض الصفات،أو إحداث نقص فيها.

الضرر المعنوي (الأدبي): هو ضرر لا يلحق بالذمة المالية للشخص كما هو الحال في الضرر المادي وإن ما هو الأذى الذي يصيب الإنسان في عرضه و شرفه أو شعوره وعاطفته بسبب فعل أو قول يعد مهانة له .وسمي ضررا أدبيا أو معنويا, لأنه غير مادي. فمحله العاطفة و الشعور

[1]-هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق ،ص 156 .

ومن الأمثلة على ذلك الشتم و التحقير ،الامتهان في المعاملة ، واللطم على الوجه الذي لا يترك أثرا[1]. وقد تم تعريفه أيضا بأنه إخلال أو مساس بمصلحة أو حق غير مالي. فالفرق بين الضرر المادي والضرر المعنوي هو أن الضرر المادي يتعلق بالإخلال بالتزام أما الضرر المعنوي فيتعلق بالعاطفة[2].

و حتى يكون الضرر الناشئ عن الخطأ موجبا للتعويض يجب أن تتوافر فيه عدة خصائص نذكر منها :

– يجب أن يكون الضرر شخصيا ، أي أن يصيب الضرر المضرور ذاته و ليس شخصا آخر .

– يجب أن يكون ضررا مباشرا ناجما عن أعمال المتسبب في الخطأ . و يقصد بذلك أن يكون الضرر قد جاء كنتيجة مباشرة ،أي أن يكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر الناجم عن هذا الخطأ ، بمعنى أنه قد جاء كنتيجة حتمية لنشاط المتسبب له، والضرر المباشر هو الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به.

– يجب أن يكون الضرر محققا ، أي أن يكون واقعا فعلا وموجودا وثابتا وتشهد عليه الأدلة والقرائن و الظروف المحيطة بحيث لا تدع مجالا للشك ، يعني أن لا يكون محتملا .

– يجب أن يكون الضرر متوقعا ، ويُقصد به الضرر الذي يكن منتظر الحدوث عند إبرام العقد وبالتالي كان نتيجة طبيعية للخطأ[3].

– أن يشتمل الضرر على إخلال بمصلحة أو حق ثابت للمضرور، و يعني ذلك إنه يحدث أثر فعليا يترتب عليه ضياع حق من حقوق الحرية الشخصية والكرامة الإنسانية أو من حقوق ابتكاره و إنتاجه العلم وحقه في الانتفاع بشيء مشروع .

طبقا لنص المادة 183 من القانون المدني فإن الشرط الجزائي يُطبق بصدد المسؤولية العقدية ، ،حيث يتفق المتعاقدان على تحديد قيمة التعويض مسبقا في العقد، أما بالنسبة للمسؤولية

[1]–محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، المرجع السابق ، ص164 .

[2]–محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني ، المرجع نفسه، ص 163.

[3] - هشام إبراهيم توفيق ، المرجع السابق، ص 190.

التقصيرية ، فإن الاتفاق على التعويض يكون بعد وقوع الفعل الضار،باعتبار أن المسؤول المتسبب في الضرر لا يعرف المضرور إلا بعد وقوع الضرر، كما أن مصدر هذه المسؤولية هو القانون وبالتالي لا يجوز مخالفة أحكامه لأنها من النظام العام.إلا أن الفقه أورد أمثلة يكون فيها الاتفاق على التعويض قبل تحقق الفعل الضار،ومثال ذلك اتفاق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار من المال مقدما كتعويض عن الضرر الذي يصيبهم مستقبلا.

ثالثا- عبء إثبات الضرر .

كقاعدة عامة يقع عبء إثبات الضرر على عاتق الدائن، ولا يمكن مخالفتها بنقل عبء الإثبات إلى المدين إلا بنص قانوني،وهو ما نصت عليه المادة 184 من القانون المدني،.وقد قضت المحاكم الفرنسية أن القاضي يمكنه أن يعفي المدين من التعويض المقدر في الشرط الجزائي إذا رأى أن الدائن لم يصبه أي ضرر.إذا على الدائن إثبات خطأ المدين،كما يجب عليه إثبات أن الضرر الذي أصابه كان بفعل خطأ المدين،أي إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر[1].

يقع عبء إثبات ركن الضرر كقاعدة عامة على عاتق من يدعيه تطبيقا للقاعدة القانونية المشهورة القائلة:"البينة على من ادعى واليمين على من أنكر "،إذا الدائن هو من يقع عليه عبء إثبات الضرر وذلك بجميع طرق الإثبات على اعتبار أن الضرر واقعة مادية.فالمشرع الجزائري اشترط في الشرط الجزائي توافر الخطأ و الضرر لاستحقاقه و ذلك على غرار التعويض القضائي غير أنه فرق بينهما في عبء الإثبات،ففي الشرط القضائي يتعين على الدائن إثبات الضرر الذي لحقه ،أما عبء الإثبات في الشرط الجزائي فقد حول من الدائن إلى المدين،وذلك حسب نص المادة 184 ق.م. ج ، فإذا استطاع المدين إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر هنا لا يلزم بالتعويض لأنه تخلص من مسؤوليته[2].

الفرع الثالث : علاقة السببية .

[1] -فرقاني قويدر نور الإسلام، «استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله» ،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية-،المركز الجامعي تيبازة، الجزائر-2020/05،المجلد07، العدد02 ، ص- 1960-1961.

[2]- بورنان العيد ، المرجع السابق ، ص 38 .

إن توا فر ركن الخطأ المتمثل في إخلال المدين في تنفيذ التزامه ، أو التأخر في تنفيذه لا يكفي لقيام المسؤولية واستحقاق الشرط الجزائي. إذ يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالدائن ناتجا عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، سواء كان هذا الالتزام بتحقيق نتيجة أو بدل عناية [1]. إذا لا بد أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ الذي يصدر من المدين والضرر الذي يلحق بالدائن. إذ تُعد العلاقة السببية الشرط الثالث من شروط استحقاق الشرط الجزائي ولذلك سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف العلاقة السببية ومن ثم إثباتها .

أولا– تعريف العلاقة السببية .

يمكن تعريف العلاقة السببية بأنها تلك العلاقة المباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول و الضرر الذي أصاب المضرور.

كما يقصد بها وجود رابطة معينة تجعل الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة طبيعية لإخلال المدين لالتزاماته التعاقدية ، فتوفر ركني الخطأ و الضرر لا يكفي لقيام المسؤولية و استحقاق الشرط الجزائي ، بل يجب أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن سببه الخطأ العقدي الذي ارتكبه المدين ، من جراء عدم تنفيذه لأحد التزاماته العقدية ، و بذلك يكون الضرر الذي لحق الدائن نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين لالتزاماته المنصوص عليها في العقد المبرم بينهما.

ثانيا– عبء إثبات العلاقة السببية .

كقاعدة عامة يقع عبء إثبات رابطة السببية بين الخطأ و الضرر تقع على الدائن. إلا أنه في أغلب الأحيان يسهل إثباتها بشتى القرائن، حيث تكون هذه الأخيرة واضحة لدرجة أن الأمر لا يحتاج إلى إثبات، وبالتالي ينتقل عبء الإثبات إلى المدين، على اعتبار أن تمكن الدائن من إثبات الخطأ والضرر يُشكل قرينة على توفر علاقة السببية بينهما و بالتالي يجب على الدين هنا نفي هذه القرينة بإثبات السبب الأجنبي[2] .

[1]–طارق محمد مطلق أبو ليلى ، المرجع السابق ، ص 42.

[2]- هشام توفيق إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 176 .

يمكن قطع العلاقة السببية و الجزم على عدم وجودها ،في حالة ما إذا تمكن هذا الأخير من إثبات أن الخطأ الذي كان سببا في حدوث الضرر للدائن لا يد له فيه. وبالتالي إعفاء المدين من المسؤولية وذلك حسب نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري .و السبب الأجنبي هنا يقصد به كل أمر غير منسوب إلى المدين ،أدى بذلك إلى استحالة تنفيذ الالتزام و إلى إلحاق الضرر بالدائن،وهو إما أن يكون حدثا ناتجا عن القوة القاهرة لا يد لأي شخص فيه،و إما أن يكون صادرا من الدائن ذاته أو من فعل الغير[1].

كما يلزم أن تقوم رابطة السببية بين الضرر الذي يحدثه المدين و الخطأ الذي يصيب الدائن ، فإذا انتفت هذه الرابطة و ذلك في حالة إذا كان الخطأ راجع لسبب أجنبي فلا مجال لأعمال الشرط الجزائي[2].

إذ يجب أن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية لإخلال المدين بالتزاماته التعاقدية و إلا انعدمت المسؤولية[3] . إذ بالنظر إلى المادة 176 مدني يتضح أن علاقة السببية مُفترضة بحيث لا يُكلف الدائن بإثباتها بل عليه إثبات الضرر و الخطأ –في حالات وجوب إثباته – لتقوم قرينة السببية [4]. الأصل أنه يجب على الدائن الذي يُطالب بقيمة الشرط الجزائي عن الضرر الذي أصابه أن يُثبت هذا الضرر كان نتيجة حتمية ومعقولة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه ،لأنه لا يُعقل افتراض ان كل ضرر يُصيب الدائن يكون ناتجا عن عدم تنفيذ الالتزام إذا لم يكن في استطاعته المدين توقيه ببدل جهد معقول ،وحتى لو أثبت الدائن أن الضرر كان نتيجة معقولة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه،فإن لهذا الأخير أن يرفع المسؤولية عن نفسه وذلك بإثبات السبب الأجنبي سواء كان قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل الدائن نفسه وهذا ما نصت عليه المادة 178 من ق.م.ج.

المطلب الثاني : الشروط الشكلية .

[1] –تغريت رزبقة،«الشرط الجزائي بين سلطان الإرادة وسلطة القاضي»،مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية،جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية(الجزائر)– 2،/2022/04، المجلد 15، العدد 01 ، ص2305.

[2] –محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 8 .

[3] –هشام إبراهيم توفيق ، المرجع السابق، ص175 .

[4] –دربال عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص64.

إن توافر أركان المسؤولية المدنية وحدها لا تكفي لاستحقاق الشرط الجزائي ،إذ يجب أيضا توافر شرط أخر لاستحقاق التعويض الاتفاقي ، يتمثل في وجوب قيام الدائن المتضرر بتنبيه المدين الذي تسبب في الضرر.و هذا ما يُسمى بالإعذار. فحلول أجل الوفاء بالالتزام لا يكفي لاعتبار المدين مقصرا في تنفيذ التزامه وإنما يجب تنبيهه إلى ذلك عن طريق إعذار من الدائن .إذ يُعتبر الإعذار إجراء هاما وشرطا لاستحقاق التعويض الاتفاقي ، حيث يُخوّل للدائن الحصول على التعويض المُتفق عليه في بنود العقد، وهذا ما سيتم دراسته في هذا المطلب ، حيث نتطرق لتعريف شرط الإعذار في(الفرع الأول)أما (الفرع الثاني) سندرس طرق توجيهه .

الفرع الأول : مفهوم الإعذار .

يُعتبر الإعذار وسيلة قانونية يُمارسها الدائن في حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه ،ويكون الغرض منه وضع المدين في حالة مماطلة في تنفيذ هذا الالتزام ، وذلك بإثبات تأخره في الوفاء به. و للإعذار تعريفات عديدة نذكر منها ما يلي :

يُعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه " إعذار المدين هو وضعه قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه[1]" كما عرفه الدكتور عبد المجيد الحكيم و الأستاذ عبد الباقي البكري بأنه " دعوة المدين من قبل دائنه إلى تنفيذ التزامه ووضعه قانونا في حالة التأخر في التنفيذ تأخرا يترتب عليه مسؤولية عن الأضرار التي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخر[2] ". وعرف الدكتور عدنان طه الإعذار بأنه "وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه[3]."

نستنتج من التعريفات السابقة أن الإعذار ما هو إلا تنبيه المدين من قبل الدائن بوجوب أداء ما عليه من التزام قبل توقيع الشرط الجزائي عليه ويترتب عن قيام الدائن بإنذار مدينه مسؤولية هذا الأخير عن الضرر الذي يلحق بالدائن ، فمتى قام الدائن بإنذار مدينه بتنفيذ التزامه ، فإنه

[1]–أمجد ارحومة محمد الخويلدي ، المرجع السابق ، ص73 .

[2]– عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري.محمد طه البشير، القانون المدني وأحكامه، د. ط ، ج2، دون سنة نشر، ص46.

[3]–عدنان طه الدوري،أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي، د . ط ، منشورات الجامعة المفتوحة، 1995 ،ص57.

يكون قد حقق الشرط الذي استوجبه المشرع لكي يستحق التعويض .وهذا ما نصت عليه المادة 179 ق.م.ج. " لا يُستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك [1]".

إذا الدائن يقوم بإخطار المدين في جميع الأحوال التي يكون فيها الإعذار واجبا في القانون [2]،فلا يكفي حلول أجل الالتزام حتى يمكن اعتبار المدين مقصرا في الوفاء به، بل يجب على الدائن إعلام و إخطار المدين برغبته في تنفيذ التزامه . ما عادا الحالات التي يكون فيها الإعذار غير ضروريا .إذ يُعتبر حلول الأجل فيها كافيا لإشعار المدين بوجوب التنفيذ حيث يُستحق الشرط الجزائي دون إعذار[3] ويعتبر المدين مقصرا و مسؤولا بمجرد حلول أجل الدين دون الوفاء به . وهذه الحالات يمكن أن ترجع لاتفاق المتعاقدين كما يمكن أن ترجع لنص القانون .

أولا – الإعفاء من الإعذار بالاتفاق .

بما أن الأساس في قاعدة وجوب الإعذار هو مصلحة المدين وحده ، و لا تتعلق بالنظام العام ، و بالتالي جواز عدم إعذار المدين ،حيث يكون المدين معذرا بمجرد حلول أجل الدين، وذلك بالاتفاق مع الدائن. ويكون الاتفاق عن التنازل عن الإعذار بين الدائن والمدين،إما صراحة أو ضمنيا ، حيث يستخلصه القاضي من ظروف التعاقد، طبقا للقواعد العامة في التفسير مثال التزام الناقل بتسليم البضاعة في الموعد المتفق عليه.لأن العرف التجاري يقضي في هذه الحالة أن المدين يعتبر معذرا بمجرد حلول الأجل.

أما الاتفاق الضمني في حالة وجوب الإعذار، يجب أن يكون قاطعا، فإذا كان هناك شك حول مضمون العقد فإنه يفسر لمصلحة المدين، ومنه يكون الإعذار واجبا، فوجود الشرط الجزائي لا يعني الإعفاء من الإعذار[4].

ثانيا – الإعفاء من الإعذار بنص القانون

[1]– المادة 179 من الأمر رقم 75–58 ،مؤرخ في 20 رمضان الموافق في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[2]–قاشي علال ، مرجع سابق ،ص2261 .

[3] –محمد صبري السعدي–الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام،دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الهدى للنشر والطباعة والتوزيع ،عين مليلة الجزائر، 2019، ص86.

[4]–محمد حسين منصور– مرجع سابق – ص55.

وهي أربع حالات نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 181 ق.م.ج[1]. وتتمثل هذه الحالات فيما يلي :

- إذا كان تنفيذ الالتزام مستحيلا كحالة إفلاس المدين مثلا .

- إذا كان محل الالتزام تعويض ترتب عن عمل مضر.

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

- إذا كان هناك تصريح كتابي يرفض فيه المدين تنفيذ التزامه .

هذا عن تعريف الإعذار أما عن شكل الإعذار فلقد نصت المادة 180 قانون مدني جزائري على أنه " يكون إعذار المدين بإنذاره ،أو بما يقوم مقام الإنذار،ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون،كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر[2]".من خلال هذه المادة نلاحظ بأن الإعذار في القانون المدني الجزائري يكون بإنذار المدين أو بما يقوم مقام الإنذار، و يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد بناء على قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالأصل في الإعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر قضائي بالوفاء بالتزامه الذي تخلف عن تنفيذه ، يُبين فيها الدائن أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام، على أن تبلغ هذه الرسالة إلى المدين بناء على طلب الدائن. ويقوم مقام الإنذار كل رسالة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه و يسجل عليه التأخير في تنفيذه.

إذا الإعذار يكون في شكل ورقة رسمية أو في صورة أي طلب كتابي أخر لا يرد في ورقة رسمية ،كبرقية أو رسالة مسجلة أو رسالة عادية .إلا أن الرسالة العادية تثير عندئذ مشكلة إثبات، تتعلق بإثبات واقعة تسلمها من قبل المدين و إثبات محتواه .

[1]–المادة 181 من الأمر رقم 75–58 ،مؤرخ في 20 رمضان الموافق في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المصدر السابق.

[2] - المادة 180 من الأمر رقم 75-58 ،مؤرخ في 20 رمضان الموافق في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المصدر نفسه .

و يجوز أن يقع في أية صورة أخرى يُحددها اتفاق الطرفين .فيجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل. ويجوز من باب أولى الاتفاق على تمامه في أية صورة دون التقيد بشكل معين ، كأن يتم بإخطار شفوي وليس بطلب كتابي. ولكن الأخطار يُثير عندئذ مشكلة إثباته .فإذا وقع نزاع بشأنه وجب على المدين إثبات حصوله طبقا للقواعد العامة في الإثبات.

الفرع الثاني : أثار الإعذار.

يترتب على شرط الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي نتائج هامة تتمثل فيما يلي:

– مسائلة المدين عما يترتب على تأخره في تنفيذ التزامه ابتداء من تاريخ الإعذار ، و يُقصد بذلك أنه إذا تم إعذار المدين أصبح مسؤولا عن الضرر الذي يُصيب الدائن بسبب التأخير في التنفيذ منذ وقت الإعذار[1].

– نقل تبعة الهلاك على عاتق المدين ولو كان قبل الإعذار على عاتق الدائن، ففي الوديعة مثلا إذا هلك الشيء المودع تحت يد المودع لديه بفعل قوة قاهرة، فإنه يهلك على الدائن (المودع)،فإذا كان قد سبق و أعذار المدين (المودع لديه) مطالبا إياه بتسليم الشيء الذي هلك تحت يده انتقلت تبعة الهلاك إلى عاتق المدين.

كذلك نجد أن القانون الجزائري تطرق إلى انتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين عن طريق الإعذار، حيث تنص المادة 168 مدني جزائري تنص على:" إذا كان المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الإعذار فإن الأخطار تكون على حسابه ولو كانت قبل الإعذار على حساب الدائن... " ومنه يترتب على ذلك أنه لو تم إعذار المدين لتنفيذ التزامه ولم يقم بذلك وهلك محل العقد يتحمل المدين تبعه ذلك[2] .

[1]- بورنان العيد ، المرجع السابق ،ص 41 .
[2] - بورنان العيد ، المرجع نفسه، ص 41 .

الفصل الثاني
الرقابة القضائية على الشرط الجزائي

تمهيد

إن تقدير التعويض كقاعدة عامة هو من اختصاص القضاء ، إلا أن المشرع الجزائري وعملا بمبدأ سلطان الإرادة منح للأطراف المتعاقدة الحق في تقدير التعويض مسبقا يُعرف بالشرط الجزائي، إلا أنه قد يقوم الشرط الجزائي في بعض الحالات بهضم حقوق أحد الأطراف أو قد يكون مخالفا للنظام العالم، لذلك يتدخل القاضي في هذه الحالات بالرقابة على الشرط الجزائي .

وقد تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كما يلي:

المبحث الأول : حدود سلطة القاضي في الرقابة على الشرط الجزائي

المبحث الثاني : طرق تدخل القاضي في الرقابة على الشرط الجزائي .

المبحث الأول : حدود سلطة القاضي في الرقابة على الشرط الجزائي.

يتعارض مبدأ الرقابة القضائية على الشرط الجزائي في العقود مع مبدأ القوة الملزمة للعقد ، حيث يعتبر الأول استثناء يتيح للطرف الضعيف اللجوء للقضاء و إعادة التفاوض على الشروط ، بينما يفرض المبدأ الثاني وجوب تنفيذ مضمون العقد على الأطراف المتعاقدة[1] ، ولذلك سنتطرق إلى دراسة مضمون سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في (المطلب الأول)أما (المطلب الثاني) سنتطرق فيه إلى ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

المطلب الأول : مضمون سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

إن مراجعة الشرط الجزائي عن طريق التدخل القضائي لا يعني إلغاء مبدأ الحرية التعاقدية ، إلا أنه هناك عناصر محددة تتطلب وجوب الرقابة القضائية وهي الرقابة على مشروعية الشرط الجزائي(الفرع الأول)، و الرقابة على تكييف الشرط الجزائي(الفرع الثاني)،و أيضا الرقابة على شروط استحقاق الشرط الجزائي(الفرع الثالث).

الفرع الأول : الرقابة على مشروعية الشرط الجزائي .

إذا اتضح للقاضي بأن الشرط الجزائي أو الالتزام الأصلي غير مشروع، كأن يكون مخالفا لنص قانوني حكم ببطلانه، لأن البطلان ما هو إلا جزاء قانوني لعدم المشروعية، و يجب أن يكون في الشرط الجزائي الذي تم إبطاله من طرف القاضي خرق لقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق حول مخالفتها ومثال على ذلك الشرط الجزائي الذي يضمن اتفاقا يتعلق بتركة إنسان على قيد الحياة[2] .

الفرع الثاني : الرقابة على تكييف الشرط الجزائي .

بوبكر قارس ، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية [1]- تخصص عقود ومسؤولية مدنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، 2015، ص 68

[2]– المرجع نفسه، ص68 .

و المقصود أن القاضي بصلاحياته غير ملزم بالشرط الذي اتفق عليه الأطراف بل له التأكد من أن البند المعروض أمامه فعلا يشكل شرطا جزائيا وليس بندا اخر، كأن يكون ذلك البند داخلا في مقتضى العقد مثلا، وذلك تمهيدا لمعرفة النصوص القانونية الواجبة التطبيق من أجل إعطاء حلا قانونيا للقضية المعروضة أمامه، ويعتمد القاضي في ذلك عند البحث عن الوصف القانوني الصحيح على الظروف الملابسة و أن يبحث في النية المشتركة للأطراف...

الفرع الثالث : الرقابة على شروط استحقاق الشرط الجزائي .

بعد تأكد القاضي من عدم مخالفة الشرط الجزائي للنظام العام و الآداب العامة ، فإنه يمر الى مرحلة التأكد و التحقق من توفر شروط استحقاق الشرط الجزائي المتمثلة في أركان المسؤولية من خطأ و ضررو علاقة السببية، إضافة إلى شرط الإعذار .

أولا : رقابة القاضي على شرط الخطأ .

الخطأ العقدي هو امتناع المدين عن تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، فيتأكد القاضي من أمرين عند رقابة عنصر الخطأ، الأول هو ثبوت عدم تنفيذ الالتزام و الثاني هو إثبات مسؤولية المدين، إذا لم يتمكن هذا الأخير من نفي مسؤوليته .

وبما أن الوسيلة الوحيدة التي يتم من خلالها نسبة الخطأ إلى المدين هي الإثبات، فلابد على القاضي أن يتأكد من كيفية إثبات الخطأ العقدي. فإذا كان التزاما بتحقيق نتيجة فعلى الدائن أن يثبت عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره فيه أو أنه قد نفذه بصورة معيبة[1] ، أما إذا كان التزام المدين ببدل عناية فالدائن ملزم بإثبات مصدر الالتزام ثم إثبات عدم التنفيذ وأخيرا عليه أن يثبت أن المدين لم يبذل العناية اللازمة لتنفيذ التزامه و المعيار هنا موضوعي لا ذاتي ، وهذا النوع من الالتزامات أصعب للإثبات بالنسبة للدائن ، وأصعب للاقتناع بالنسبة للقاضي، أما أهم عنصر يراقبه القاضي في الخطأ فهو التأكد من أن الالتزام الذي أخل به المدين هو الذي تناوله الشرط الجزائي، وهذا معناه أن العقد قد رتب عدة التزامات في ذمة المدين غير أن الشرط الجزائي

[1]-حازم ظاهر عرسان صالح،التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)،رسالة ماجستير،كلية الدراسات العليا،نابلس،فلسطين،2011،ص29.

المتفق عليه قد وضع لكفالة تنفيذ أحد هذه الالتزامات دون غيره ، فإذا أخل المدين بالتزام غير الالتزام المكفول بالضمان فعلى القاضي في هذه الحالة عدم إعمال الشرط [1].

ثانيا : رقابة القاضي على شرط الضرر .

يعتبر الضرر من أهم أركان الشرط الجزائي ، خصوصا أن موقف المشرع الجزائري في المادة 184 ق.م.ج كان واضحا إذ ربط استحقاق التعويض بوجوب ثبوت الضرر، فإذا استطاع الدائن إثبات الخطأ، تشكلت قرينة قانونية لصالحه تجعل الضرر مفترض قانونا أي كأن الضرر قد حدث بالفعل ، غير أنها قرينة بسيطة بإمكان المدين إثبات عكسها، لذا وجب على القاضي منح فرصة للمدين لإثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر من عدم وفاءه لالتزامه[2] .

ثالثا : رقابة القاضي على علاقة السببية .

تدخل رقابة القاضي على هذا العنصر في إطار سلطته التقديرية ، ويعني ذلك أن القاضي يقوم بنشاط ذهني للتأكد من أن الفعل الخاطئ الذي ارتكبه المدين يمكن أن يتسبب في الضرر وفقا للمعيار الموضوعي وهو معيار الرجل العادي ، أما بالنسبة لنفي علاقة السببية بين الخطأ و الضرر في حالة حدوث قوة قاهرة فإن رقابة القاضي تنصب على عنصريها الأساسيين و هما عدم إمكانية الدفع وعدم إمكانية التوقع و ويبقى المعيار نفسه و هو المعيار الموضوعي إلا أنه هنا يكون في صورته المتشددة أي معيار الرجل الحريص ، وأن تكون عدم إمكانية الدفع مطلقة من طرف الجميع دون استثناء[3]

رابعا : رقابة القاضي على شرط الإعذار .

[1]- رغيد عبد الحميد قتال، المرجع السابق ، ص29 .

[2]- قارس بوبكر، المرجع السابق، ص72 .

[3]– المرجع نفسه ، ص73 .

تعتبر رقابة القاضي على شرط الإعذار مهمة لأن هذا الأخير يعد ضمانة للتحقيق نوع من التوازن بين اطراف العلاقة التعاقدية ، كما يعد أيضا من الضوابط الاساسية[1] قبل توقيع الجزاء المتمثل في التعويض .

ولذلك يقع على عاتق الدائن ضرورة إعذار المدين حتى لا يتفاجأ هذا الاخير بتوقيع الجزاء عليه ، والذي قد يسبب له خسائر كبيرة و إلا يعتبر طلب الدائن للتعويض الغير مسبوق بالإعذار معيبا، و بالتالي قابلا للإبطال و ذلك استنادا للنص المادة 179 ق.م.ج "لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالفا لذلك "، كذلك المادة 120 فقرة 2 من ق.م.ج التي تنص على عدم الاعفاء من الاعذار "وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار ، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين "[2] ، اذ يكفي وجود اثبات من الدائن بقيامه بهذا الإجراء كالمحضر الرسمي الممضي من طرف المحضر القضائي ، ومن هنا تتجلى لنا رقابة القاضي على شرط الاعذار اذ يتوجب عليه التأكد من قيام الدائن بتوجيه الإعذار للمدين .

و من خلال ما تم ذكره سابقا يتضح لنا بأن الإعذار هو اجراء ضروري يلتزم به الدائن قبل مطالبته بالتعويض من المدين في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية ، ولا يوجد ما يبرر استبعاد هذا الإجراء .

المطلب الثاني : ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي .

من بين الآليات التي أقرها المشرع الجزائري لحماية حقوق الطرف الضعيف، نجد السلطة التي منحها للقاضي المتمثلة في تعديل الشرط الجزائي . ومن أجل تحقيق هذا الهدف يجب أن تتمتع هذه السلطة بضمانات تضمن تحقيق الهدف الذي أنشئت من أجله .

هذه الضمانات هي فكرة النظام العام (الفرع الأول) ، قاعدة عدم جواز الجميع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني (الفرع الثاني) ، و أخيرا رقابة المحكمة العليا (الفرع ثالث).

[1] سكران فوزية سالم زينب ، الاعذار في العقود الادارية ، دراسة مقارنة ، مجلة اكاديميا ، العدد السادس ،2017، ص 141.
[2] الأمر 75-58 ، المصدر السابق .

الفرع الأول : فكرة النظام العام .

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم النظام العام كفكرة قانونية، وبعدها نتطرق لمسألة الرقابة القضائية على الشرط الجزائي و مدى اعتبارها من النظام العام.

أولا : مفهوم النظام العام .

إن تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع ، هو الهدف الأسمى الذي وضعت من أجله القواعد القانونية كما أقرن هذه القواعد بجزاء و أعطاها صيغة الإلزام. هذه القواعد التي بدورها قُسمت إلى قواعد آمرة تتعلق بالمصالح العامة والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، و قواعد مكملة تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد والتي يجوز الاتفاق على مخالفتها و نظرا لأهمية فكرة النظام العام في قوانين أي دولة فقد كانت من أكثر ما اختلف الفقهاء في تعريفه، ومع ذلك يمكن القول بأن القاعدة القانونية إذا تعلقت بالنظام العام وجب على الجميع الخضوع لها وإلا سيتعرض للجزاء.

إن المشرع لم يقدم تعريفا للنظام العام . لكن ما يمكن أن نقوله عن هذا الأخير هو أن أساسه فكرة المصلحة العامة ، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية ، و أن فكرة النظام العام تختلف حسب اختلاف الزمان والمكان ، بل و تختلف في ذات الدولة من زمن إلى آخر ، إذا فهي تعتبر فكرة نسبية و متغيرة ، فمثلا فكرة تعدد الزوجات مباحة في المجتمعات الإسلامية أما في المجتمعات الغربية فتعتبر مخالفة للنظام العام [1].

ثانيا : الشرط الجزائي و النظام العام .

من خلال نص المادة 184 ق.م.ج ، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد وضع أحكاما لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي و جعلها من النظام العام (1) ، بالمقابل نجده وضع أحكاما أخرى ولم يضف عليها صبغة النظام العام (2) .

[1]- طارق مطلق أبو ليلى ، مرجع سابق ، ص 85و86.

1- سلطة القاضي في التدخل ليست من النظام العام .

ومعنى أن سلطة القاضي ليست من النظام العام هو أن تدخله أمر جوازي [1] لا وجوبي، إذ تنص المادة 184 فـ2 ق.م.ج على أنه "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا... " بمعنى أن القاضي لا يملك سلطة المبادرة بتعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه، لأن القاضي لو خفضه أو زاده من تلقاء نفسه يكون قد حكم بما لم يطلب منه الخصوم ما يجعل حكمه قابلا للنقض، هذا الأمر الأول، و الأمر الثاني حتى و إن تمكن الدائن او المدين من إثبات الإفراط في التقدير أو التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، فإن ذلك لا يعني بالضرورة تخفيض أو زيادة قيمة الشرط الجزائي، فهذا يعود لصلاحية القاضي التي تكون جوازية اختيارية، مما يعني أن تعديل الشرط الجزائي من عدمه ترجع للسلطة التقديرية للقاضي.

2- سلطة القاضي في التدخل من النظام العام .

من خلال نص المادة 3/184 ق.م.ج التي تنص على: " ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه "، و نلاحظ أنه لا يمكن استبعاد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي و إلا كان هذا باطلا فإن رقابة القاضي على الشرط الجزائي تعتبر من النظام العام .

وذلك حماية وحفاظا على حقوق الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي ولكن بالرغم من أن المشرع أقر للقاضي بسلطة التدخل، ومن صور النظام العام كذلك أنه لا يجوز الاتفاق على استبعاد مسؤولية المدين في حالة ارتكابه للغش أو الخطأ الجسيم بالرغم من إجازة القواعد العامة لذلك ، وتبرير ذلك أن ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم يعني الخروج من المسؤولية العقدية إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، وبما أن أحكام هذه الأخيرة تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعادها و إلا كان الشرط باطلا، وهذا ما نصت عليه المادة 185 من ق.م.ج "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا ، أو خطأ جسيما " [2].

الفرع الثاني : عدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي و التنفيذ العيني .

[1]- الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق .

[2]- طارق مطلق أبو ليلى ، المرجع السابق ، ص 89 .

يُعتبر الشرط الجزائي وسيلة قانونية وضعها المشرع الجزائري لحمل المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، و من ثم فإنه لا يجوز تجاوز غايته و الخروج به عن مهمته، من خلال الجمع بينه و بين التنفيذ العيني للالتزام الأصلي ، و لذلك سوف نتناول في هذا الفرع إلى القاعدة العامة (أولا) ثم الاستثناءات التي ترد عليها (ثانيا) .

أولا : القاعدة العامة .

من خلال الاطلاع على مواد القانون المدني لم نجد ما يفيد الحكم بهده القاعدة رغم وجاهتها ،غير أن منطق القانون و روح العدالة يقضيان بها ،على أساس أن المدين قد حقق الغرض من التعاقد إذا قام بتنفيذ التزامه الأصلي المتفق عليه مع الدائن ،أما إذا لم ينفذ الالتزام فإن الدائن سيتحصل على مبلغ الشرط الجزائي جبرا للضرر الذي لحقه من جراء عدم التنفيذ، و بالتالي فإن الجمع بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي يجعل من هذا الأخير عقوبة خاصة فرضها الدائن على المدين ، كما أن ذلك يرتب إثراء بلا سبب لمصلحة الدائن على حساب مصلحة المدين[1]. أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد سار على عكس ما تبناه المشرع الجزائري حيث نص صراحة على قاعدة عدم الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني.

و يرى جانب من الفقه أن الدائن لا يمكنه الجمع بين التنفيذ العيني للالتزام الأصلي و الشرط الجزائي إلا أنه يمكنه أن يختار بينهما ، و ذلك لأن الشرط الجزائي ليس طريقا من طرق الوفاء بل هو عقاب للمدين على عدم تنفيذ التزامه أو التأخر فيه، و الغاية من ذلك هي ضمان تنفيذ الالتزام و تقريره، فلا يمكن أن يترك حق الاختيار للمدين حتى يجعله وسيلة للتملص من تنفيذ التزامه[2] .

إن الأصل هو مطالبة الدائن من المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكننا إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناء، حينما يكون الدائن مضطرا للمطالبة بالشرط الجزائي و ذلك في حالتين :

[1]– بو بكر قارس ، مرجع سابق ، ص 78 .

[2]– هشام ابراهيم توفيق ، المرجع السابق ، ص 211 .

1- إذا كان شخص المدين محل اعتبار و رفض تنفيذ الالتزام : و تتمثل هذه الحالة في أن يكون مضمون الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، و المدين وحده شخصيا من يستطيع القيام بذلك العمل إلا أنه يمتنع عن التنفيذ، ففي هذه الحالة بإمكان الدائن المطالبة بالشرط الجزائي، إلا أنه لا يمكنه إجبار المدين على تنفيذ التزامه قهرا، لأن ذلك غالبا غير مجد أو غير منتج للدائن إضافة على أنه يُشكل مساسا بشخصية المدين و هو أمر غير جائز في التشريعات الحديثة، والتي تحصر حق الدائن في أموال مدينه و تنأى به عن شخصه[1].

2- إذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين و لا يلحق بالدائن ضررا جسيما : تنص المادة 203 ف 2 ق.م.م على أنه " إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق المدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما " ، مع الإشارة إلى أنه لا يوجد نص مقابل لهذه المادة في القانون المدني الجزائري، و حبذا أن يتبنى المشرع الجزائري مثل هذا النص[2] . و نستخلص من نص المادة المذكورة أعلاه أنه يجب توفر شرطين :

أ- أن يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين : و المقصود بذلك العنت الشديد الذي يصيب المدين من جراء التنفيذ العيني، و لا يكفي فيه مجرد العسر و الكلفة و الضيق، بل يجب أن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة فادحة، و يترك التقدير في ذلك للقاضي [3].

ب – أن لا يلحق الدائن من جراء التعويض العيني إلى الشرط الجزائي ضرر جسيم : و معناه أنه لا يكفي أن يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين حتى يتم اللجوء للتعويض ، بل يجب أن لا يلحق بالدائن ضرر جسيم ، فإذا أمكن تجنب إرهاق المدين و لو بضرر يسير يصيب الدائن جاز أن يحل التعويض النقدي محل التنفيذ العيني، أما إذا كان هذا الأخير يلحق ضررا جسيما بالدائن وجب الرجوع إلى الأصل، و ذلك حتى ينال الدائن حقه كاملا [4].

ثانيا : الاستثناءات الواردة على القاعدة :

---

[1]- المرجع نفسه، ص 212 .

[2]- بوبكر قارس ، مرجع سابق ، ص 79 .

[3]- . عبد الرزاق أحمد السنهوري ،المرجع السابق ، ص 762 .

[4]- هشام إبراهيم توفيق ، المرجع السابق ، ص 213 .

يرد على قاعدة عدم الجمع بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي استثناءات ، تتمثل غالبا في حالتين هما الحالة التي يكون فيها الشرط الجزائي مقررا للتأخير في تنفيذ الالتزام (1)، والحالة التي يوضع فيها الشرط الجزائي لإكراه المدين على التنفيذ (2) .

1- إذا كان الشرط الجزائي قد وضع لمجرد التأخير :

في هذه الحالة يمكن للدائن أن يطالب بالأصل و الجزاء معا إذا كان الشرط الجزائي قد وضع لأجل التأخير في التنفيذ ، أي يمكنه المطالبة بقيمة الشرط الجزائي بالإضافة إلى المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام ، لأن الشرط الجزائي يصبح تعويضا عن عدم تنفيذ الالتزام في الزمان و المكان المتفق عليهما ،أي أنه بمثابة تنفيذ معيب لمضمون العقد، لذالك فإن الدائن لديه الحق في التمسك بمبلغ التعويض دون أن يسقط حقه في المطالبة بالالتزام الأصلي[1].

ويمكن لهذا الاستثناء أن يظهر في صورتين، فإما أن يكون في مصدره القانوني أو اتفاق الأطراف.

أ- الاستثناء القانوني : بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتطرق لهذه النقطة بصفة مباشرة ،أما بالنسبة للقوانين المقارنة نجد أن المشرع الفرنسي في المادة 1229 ق.م.ف قد خول للدائن حق المطالبة بالشرط الجزائري و التنفيذ العيني ، متى كان مقررا للتأخر في التنفيذ و هذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسي ، لذلك في حالة إذا طُرح على القاضي نزاع يطالب فيه الدائن بتنفيذ الالتزام الأصلي و الشرط الجزائي معا، و كان هذا الأخير مقررا للتأخير في التنفيذ وجب علي القاضي الحكم بذلك. غير أن المواد السابقة الذكر هي عبارة عن مواد مكملة وضعت لكي تحمي حقوق الدائن، فإذا وجد اتفاق مخالف فلا مجال لإعمالها، و السؤال الذي يطرح نفسه هنا : كيف سيكون موقف القاضي الجزائري لو عرضت عليه قضية من هذا النوع ،إذا كانت نصوص القانون المدني خالية من الإشارة لهذه المسألة ؟

[1] - المرجع نفسه، ص 215 .

ينبغي للقاضي أن يحكم بالشرط الجزائي و التنفيذ العيني معا ، حتى في غياب نص يلزم بذلك استنادا إلى تأخر المدين في الوفاء بتنفيذ التزامه، كما أن إمكانية التنفيذ العيني لا تزال قائمة مما يجعل المدين ملزم قانونا بهذا التنفيذ ، و لا يعتبر ذلك جمعا للتعويضات بل إنه احترام لإرادة الطرفين.

أما في حالة إذا حكم القاضي بالشرط الجزائي دون التنفيذ العيني، فسيكون في ذلك ظلم و إجحاف بحق الدائن حيث تكون قيمة الشرط الجزائي المقررة للتأخر في التنفيذ تكون منخفضة، و لا تغطي الأضرار التي ستنتج على عدم التنفيذ الكلي ، خاصة إذا لم يكن للدائن الحق في أن يطالب بزيادة قيمة الشرط الجزائي حتى و لم يكن هناك تناسب بين الضرر الفعلي و الشرط الجزائي[1] .

ب- **الاستثناء الاتفاقي :** يمكن للأطراف الاتفاق على إمكانية الجمع بين الشرط الجزائي و التنفيذ العيني في الحالة التي لا يسمح فيها القانون بذلك ، و هي الحالة التي يكون فيها التعويض مقررا لعدم التنفيذ و ليس للتأخر فيه ، و لقد أنقسم الفقه في هذه الحالة بين مؤيد و معارض ، حيث يُقر الرأي الأول بصحة هذا الاتفاق انطلاقا من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، و ليس فيه أي مساس بالنظام العام أو الآداب العامة ، بينما أقر الفريق المعارض بعدم صحة هذا الاتفاق باعتباره خروج عن النظام العام [2].

من وجهة نظرنا نرى بأنه غير جائز الاتفاق على مثل هذا الشرط لأنه يعتبر انتهاكا للمدين لما ينطوي عليه من غبن لهذا الأخير ، وعلى الرغم من عدم تنظيم المشرع الجزائري لهذه الحالة ، إلا أنه يمكننا الاستناد نص المادة 184 ق.م.ج ، التي جعلت سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فإذا كانت هذه السلطة تهدف إلى تخفيض الشرط الجزائي من النظام العام، فإن الشرط الذي يجمع بين الشرط الجزائي و التنفيذ العيني يعتبر مخالفا للنظام العام وبالتالي يجب إبطاله .

[1]- بوبكر قارس ، المرجع السابق، ص 81 .

[2]- المرجع نفسه ، ص81 .

2- إذا وضع الشرط الجزائي على سبيل إكراه المدين على الوفاء :

لقد وردت هذه الحالة في المادة 266 قانون الموجبات و العقود اللبنانية و التي مفادها أنه إذا كان هدف الشرط الجزائي هو إكراه المدين على تنفيذ التزامه بدلا من التعويض عن الضرر المحتمل و وقوعه، فإنه يحق للدائن أن يطالب بالتعويض المتفق عليه إضافة إلى الالتزام الأصلي . وهذا ما

أكدته محكمة التمييز اللبناني في قرار لها صادر يوم 29-12-1981 قضى بأنه إذا تعهد شخص بإخلاء العين المؤجرة مع دفع قيمة معينة كتعويض عن الضرر عن كل يوم تأخير عن الإخلاء، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي قد وضع لإكراه المدين على الوفاء في الموعد المعين و هو مستقل عن بدل الإيجار الذي يستمر في دفعه للمدة الزائدة عن المدة التعاقدية، و بالتالي لا يمكن للمدين في هذه الحالة استرجاع المبالغ التي دفعها في شكل شرط جزائي، كما أنه يبقى مطالبا بتنفيذ التزامه الأصلي و هو إخلاء العين المؤجرة[1] .

الفرع الثالث : رقابة المحكمة العليا .

تعتبر رقابة المحكمة العليا من أهم الضوابط على سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وعلى ذالك سوف نتطرق إلى إبراز دور المحكمة العليا (أولا) ،وسلطتها إزاء قاضي الموضوع عند تعديله للشرط الجزائي (ثانيا).

أولا : المحكمة العليا محكمة قانون .

تم إنشاء المحكمة العليا كمحكمة قانونية[2]، لمراقبة تطبيق القانون وضمان وحدته و تشارك في قضايا الواقع لتحليل الأدلة والبيانات وتقديم فهم صحيح ،و يمكن لها أن تتلقى أدلة جديدة وإحالة القضية للتحقيق ، و إذا كان هذا مقبولا من محكمة الاستئناف باعتبارها درجة ثانية للتقاضي يعاد

[1] – بوبكر قارس ، المرجع السابق ، ص 82 .

[2] – تنص المادة 4 من القانون 89-22 المؤرخ في 12-12-1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها :" تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون ، وتجازي كل انتهاك له " .

طرح القضية أمامها للفصل فيها من جديد ، فإنه غير مقبول من محكمة النقض حيث يقتصر دورها على بحث مسائل القانون[1] .

أما المسائل الواقعية فإنها تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، و يعني ذلك أن القاضي يتمتع بصلاحية اختيار القاعدة القانونية المناسبة[2] ، وفقا لتقديره حيث يتمكن من تطبيق القوانين بطريقة تتناسب مع ظروف القضية، يعمل القاضي على تطوير القانون وفقا لتغيرات الملابسات و الظروف المحيطة به ، مما يجعل أحكام القانون أداة مرنة في يده يمكن استخدامها للتكيف مع المتغيرات المستمرة [3].

ثانيا : رقابة المحكمة العليا على الشرط الجزائي .

إن الرقابة القضائية على الشرط الجزائي تتناول عدة عناصر، منها ما هو واقعي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا (1)، و منها ما هو قانوني يخضع لتلك الرقابة (2) .

1- العناصر القانونية في الرقابة على الشرط الجزائي .

تعتبر الرقابة على مشروعية الشرط الجزائي من مسائل القانون، لأن عدم المشروعية تعني مخالفة النظام العام و الآداب العامة خاصة القواعد القانونية الآمرة، و بالتالي فإن سلطة قاضي الموضوع بالنسبة للمشروعية تعتبر سلطة مقيدة و غير مطلقة[4] ، يخضع من خلالها الشرط الجزائي لرقابة المحكمة العليا التي تقوم بتمحيص مدى مطابقة هذا الأخير للقانون، و من ثمة الحكم بنقض القرار في حالة عدم التطابق .

2- العناصر الواقعة في الرقابة على الشرط الجزائي

[1]- بوبكر قارس ، المرجع نفسه ، ص 83.

[2]-زرقون نور الدين،«سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع»،دفاتر السياسة والقانون ، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، العدد الثامن ، جانفي2013 ،ص6 .

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، ص 104و105 .

[4]- بوبكر قارس ، المرجع السابق ، ص 84 .

تقدير قيمة الشرط الجزائي هو قضية يتعين على القاضي التحكم فيهاو المشرع الجزائري لم يحدد معايير دقيقة لتحديد قيمة الشرط الجزائي، وبالتالي يتوقف ذلك على سلطة قاضي الموضوع، وعلى الرغم من ذلك يجب على القاضي أن يلتزم بالإطار القانوني المحدد له وأن يمارس سلطته التقديرية داخل هذا الإطار و إذا تجاوز هذا الإطار فإنه يعتبر ذلك مخالفة للقانون، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة العليا أن تمارس رقابتها عن طريق آلية التسبيب لتحديد حدود سلطة القاضي التقديرية و إذا استطاع القاضي توضيح أسباب حكمه وكيفية ممارسة سلطته التقديرية بطريقة مقبولة، فإنه يعتبر أنه قد قام بتطبيق القانون[1].

المبحث الثاني: طرق تدخل القاضي في الرقابة على الشرط الجزائي.

تكريسًا للمبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين، فإنَّ مقدار التعويض المتفق عليه مسبقًا بين الأطراف المتعاقدة في العقد، عند تحقق شروطه يجب على القاضي أن يصدر حكمًا ينص على دفعه من الطرف الذي كان سببًا في استحقاق الشرط الجزائي دون تعديله، ومع ذلك في التشريع الجزائري نجد في المادتين 184 و 185 من القانون المدني الجزائري، أن القاضي له سلطة التدخل في مراجعة الشرط الجزائي بتخفيضه أو زيادته.

وهذا ما سوف نقوم بدراسته خلال المطلبين الآتين : المطلب الأول بعنوان: "سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي" ثم ننتقل إلى المطلب الثاني :"سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي" .

المطلب الأول : سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي .

تنص الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني الجزائري على أنه:" يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه[2]" .

فيجيز المشرع الجزائري للقاضي التدخل في تخفيض الشرط الجزائي في حالات معينة، وذلك كما هو مشار إليه في المادة 184 من القانون المدني الجزائري المذكورة سابقا، ويتعين على

[1] بوبكر قارس ،المرجع السابق ،ص 84

[2] المادة 184 الفقرة الثانية من الأمر السابق رقم 75 –58.

القاضي الالتزام بالحالات التي منحها له المشرع الجزائري و إتباع الشروط المحددة لهذا التدخل ، فيجوز للقاضي التخفيض في مبلغ التعويض في حالة المبالغة الكبيرة في التقدير الشرط الجزائي وهي الحالة التي يتم فيها تحديد مبلغ التعويض بصورة فادحة وزائدة عن القيمة الفعلية للضرر الذي لحق بالدائن ، كما يجوز للقاضي التخفيض في الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام والتي تعني أن المدين قد نفذ جزءا من الالتزام الذي كان مطلوبا منه، مما يؤثر على قيمة التعويض المستحقة للدائن.

لذلك يتبين أن المشرع الجزائري يجيز للقاضي التدخل في تخفيض الشرط الجزائي في حالات معينة ومحددة وفق الشروط المنصوص عليها في المادة المذكورة ، و هذا ما سوف نقوم بتوضيحه أكثر من خلال الفرعين ، (الفرع الأول) المبالغة الكبيرة في التقدير الشرط الجزائي " ،(و الفرع الثاني) التنفيذ الجزئي للالتزام .

الفرع الأول : المبالغة في تقدير الشرط الجزائي .

الأصل أن الشرط الجزائي اتفاق ، و القانون يحترم إرادة المتعاقدين فيما اتفقا عليه من تحديد لمقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل مدينه بالتزامه ، و لا يمكن للقاضي أن يتدخل لتعديل الجزاء المتفق عليه إلا إذا كان مبالغا فيه أو مفرطا، وذلك وفقا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني الجزائري على أنه : يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا...[1].

مع العلم أن عبء إثبات المبالغة في المبلغ المحدد في العقد بمقارنته مع الضرر ، يقع على المدين مسبب الضرر لعدم التنفيذ لالتزاماته العقدية ، لأنه إذا لم يقم المدين بإثبات أن المبلغ الاتفاقي الذي يظهر في العقد أكبر من الضرر الذي ألحقه بالدائن بشكل مفرط أو مبالغ فيه ، فإن القاضي يبقى عليه دون إنقاص فيحكم في ذلك بالمبلغ المحدد في العقد كشرط جزائي [2].

ويستخلص من نص الفقرة الثانية من المادة 184 المذكورة أعلاه ، أن للقاضي السلطة التقديرية في أن يتدخل في تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه، و هي مسألة جوازيه، له

[1] قدة حبيبة –مهداوي عبد القادر ، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (مقارنة مع التعويض القضائي)، ملتقى الوطني الأول حول سلطة القاضي في تعديل العقد ، جامعة قصدي مرباح ، ورقلة ، الجزائر ، سنة 2014 ، ص 8 .

[2] تغربيت رزيقة ،الشرط الجزائي بين سلطان الارادة و سلطة القاضي ، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، المجلد 15 ، العدد 01 ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، الجزائر ، سنة 2022 ، ص 2308 .

أن يقبل أو يرفض بصريح العبارة ، لكن لم يحدد معيار المبالغة و لا طريقة تخفيضها ، و المقصود بالمبالغة هنا هو عدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه و الضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ [1].و السؤال المطروح هنا كيف يمكن تقدير المبالغة على نحو يجيز لسلطة القاضي التدخل في مراجعة الشرط الجزائي في تخفيضه ؟

وهذا ما يجعل القاضي أمام خيارين:

إما الاعتماد على معيار موضوعي الذي يعتمد على مقاييس ومعايير محددة، أو اللجوء إلى المعيار الشخصي الذي يعتمد على تقدير القاضي الشخصي للمبلغ المناسب.

المعيار الموضوعي:

المعيار الموضوعي هو أحد المعايير التي يمكن استخدامها من قبل القاضي لتحديد ما إذا كانت قيمة الشرط الجزائي المتفق عليها بين الطرفين مبالغ فيها أم لا ، و الذي يمكن للقاضي الاعتماد عليه في تخفيض مبلغ الشرط الجزائي.

ويتمثل هذا المعيار في مقارنة بين قيمة الشرط الجزائي وحجم الضرر الفعلي الذي لحق بالدائن [2] وذلك لتحديد ما إذا كان قيمة الشرط الجزائي تناسب حجم الضرر الذي تسبب به المدين، وفي حالة وجود اختلاف كبير بين قيمة الشرط الجزائي وحجم الضرر الفعلي، فإن القاضي يمكن أن يقرر تخفيض قيمة الشرط الجزائي لتتناسب مع حجم الضرر الذي تسبب به المدين .

المعيار الشخصي:

ويتمثل هذا المعيار في مراعاة موقف المتعاقدين من التنفيذ، والظروف الخاصة بكل قضية ومن خلال دراسة هذه الظروف وموقف كل طرف في القضية. يمكن للقاضي أن يحدد ما إذا كان يجب تشديد الشرط الجزائي بشكل أكبر على المدين، أو حماية حقوق الدائن بشكل أكبر من خلال تخفيض الشرط الجزائي[3] .

[1] سي يوسف زاهية حورية ،سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، المجلة النقدية العدد 02 ،جامعة مولود العمري، تيزي وزو، الجزائر،2005 ،ص11-12.

[2] محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 239-240.

[3] الحسن رحو ، الشرط الجزائي في ضوء ظهير 1995-08-11و الاجتهاد القضائي المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، جامعة القاضي عياض ، مراكش ،2000 ، صفحة 152.

وتعتمد قرارات القاضي بشأن المعيار الشخصي على عوامل مختلفة، مثل حجم الضرر الذي تعرض له الدائن، ومدى جدية إخلال المدين لالتزاماته، وكذلك حالته المالية ومصداقيته في الوفاء بالتزاماته. ويتم تقدير هذا المعيار بشكل مختلف في كل قضية، ويتطلب القاضي دراسة كافة الظروف والأدلة المقدمة له في القضية لاتخاذ قرار يتوافق مع العدالة والمبادئ القانونية .

الفرع الثاني : التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي .

عندما تقرر الأطراف المتعاقدة وضع شرط جزائي في العقد، يكون هذا الشرط عادة مرتبطا بحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلا ، لكن في حالة قيام المدين بتنفيذ جزء من التزامه، فإن القاضي يمكنه خفض الشرط الجزائي بنسبة تتناسب مع مقدار ما قام به المدين من الالتزام و ذلك لاحترام حقوق الأطراف المتعاقدة في العقد [1]، و يعد تدخل القاضي في تخفيض مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي وسيلة قضائية تهدف إلى حماية الحقوق، كما ذكرنا في الفقرة السابقة، ولا سيما حقوق المدين، وبالتالي يتحمّل المدين عبء إثبات حدوث التنفيذ الجزئي لالتزاماته العقدية ، لذلك يقع على هذا الأخير عبء إثبات حصول التنفيذ الجزئي لالتزاماته العقدية، لأن البينة على من يدعى. حيث يتوقف التخفيض على وجود تنفيذ جزئي قد أفاد المدين ، ويتم تحديد نسبة التخفيض من قبل القاضي وفقا لسلطته التقديرية واعتمادا على اقتناعه الشخصي ، نظرا لتنفيذ المدين لجزء من التزاماته العقدية[2] .

وفيما يتعلق بالمادة 184 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري ، يمكننا القول بأن المشرع أتاح للقاضي تخفيض المبلغ المتفق عليه للتعويض.

ولكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يضع معيارا لتخفيض مبلغ الشرط الجزائي حال التنفيذ الجزئي للالتزام [3] ، على العكس ما جاء به المشرع الفرنسي في المادة 1231 من القانون المدني بعد التعديل بموجب قانون رقم 75-597 المؤرخ في 09 جويلية 1975 و التي تنص على ما يلي : إذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه يجوز للقاضي تخفيض الجزاء المتفق عليه

[1] عبد الرزاق سنهوري ، المرجع نفسه ، ص 812-813.

[2] تغربيت رزيقة ،المرجع السابق ، ص 2307.

[3] فرقاني قويدر نور الإسلام ، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، المجلد 07 ، العدد 02 ، المركز الجامعي تيبازة ، الجزائر ، السنة 2020 ، ص1664 .

وذلك بما عاد على الدائن من فائدة من هذا التنفيذ الجزئي ودون الإخلال بالمادة 1152 ، ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك[1] .

ويجب الإشارة إلى أن المقصود بالتخفيض في هذه الحالة هو تخفيض التعويض المتفق عليه، وذلك في حالة أن التنفيذ الجزئي قد أسفر عن إشباع جزئي للدائن ، وفي حالة عدم وجود أي فائدة للدائن من التنفيذ الجزئي، فإنه لا يوجد مبرر لتخفيض التعويض ، وينبغي أن يتوافق نسبة التخفيض مع النفع الذي حصل عليه الدائن من التنفيذ الجزئي لالتزام المدين[2] .

و يجب التأكيد على أن سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي نتيجة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي ليست مطلقة، بل هي سلطة مقيدة بشروط يجب الالتزام بها ، ويجب أن يتم تحديد هذه الشروط بعناية، حيث إن سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي لا تتم في إطار مطلق ، ولا يمكن للقاضي أن يقرر تخفيض مبلغ التعويض المتفق عليه بشكل عشوائي .

فما هي شروط التخفيض التي يجب على القاضي اتباعها في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام ؟

وتتمثل الشروط التي يجب على سلطة القاضي مراعاتها و الأخذ بها في :

أن يكون الالتزام الأصلي قابل للتجزئة : من الملاحظ أن الالتزامات غير قابلة جميعها للتنفيذ الجزئي ، فهناك بعض الالتزامات التي تتطلب التنفيذ بالكامل ، وفي حالة تعلق الأمر بالالتزامات غير القابلة للتنفيذ الجزئي ، يحظر على القاضي تخفيض مبلغ التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي [3] ، وبمعنى آخر ، فإن القاضي ليس لديه سلطة تخفيض الشرط الجزائي في الحالات التي يكون فيها الالتزام غير قابل للتنفيذ الجزئي ، وبدلاً من ذلك ، يجب على المدين تنفيذ جزء من الالتزام الأصلي ، وذلك لتخفيض قيمة التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي بمقدار ما يعادل قيمة الجزء المنفذ من الالتزام الأصلي .

1-أن يرجع الالتزام الجزئي بمصلحة على الدائن : يتم تخفيض مبلغ الشرط الجزائي بنسبة المصلحة التي تم تحقيقها بالتنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي ، وليس بنسبة الجزء المنفذ من الالتزام.

[1] سي يوسف زاهية حورية ، المرجع السابق ، ص 14 .

[2] هشام إبراهيم توفيق ، التعويض الاتفاقي الشرط الجزائي: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المقارن ، القاهرة : المركز القومي للإصدارات القانونية ، طبعة 2011 ، ص 227.

[3] أبو سعد محمد شتا ، المرجع السابق ، ص226.

ويعد هذا الأسلوب أكثر عدالة واقترابا من الحقيقة في تفسير نية الأطراف المتعاقدة، حيث يتم احتساب قيمة التخفيض وفقا للمصلحة المحققة بدلا من الجزء الذي تم تنفيذه فقط [1] .

2-حسن نية المدين في تنفيذ الالتزام : عندما ينظر القاضي في تخفيض الشرط الجزائي ، يجب عليه أن يأخذ في الاعتبار حسن نية المدين في تنفيذ الالتزام ، وفي حالة إذا تم إثبات سوء نية المدين في التنفيذ ، أو تنفيذه للالتزام بصورة معيبة ، حيث لا يحقق الغرض المرجو منه ، يجب عدم التخفيض من قيمة الشرط الجزائي من قبل القاضي ، ويتضح من هذه الجملة أنه يجب على القاضي أن ينظر في حسن نية المدين قبل اتخاذ قرار بتخفيض الشرط الجزائي ، وعلى العكس من ذلك ، إذا كان هناك دليل على سوء نية المدين في تنفيذ الالتزام ، فلن يتم التخفيض، و يتأكد القاضي من أن التنفيذ الجزئي حقق المصلحة التي يهدف إليها الالتزام، ويعتبر ذلك الأمر في اتخاذ قرار بتخفيض قيمة الشرط الجزائي ،إضافة إلى الشرطين ، هنالك شرط ثالث مذكور في المادة 187 قانون مدني الجزائري والمتمثل في : **حالة تسبب الدائن بسوء نيته في إطالة أمد النزاع** [2].

المطلب الثاني: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي .

إذا كانت هناك سلطة مخولة للقاضي لتخفيض قيمة الشرط الجزائي ، فإن هذه السلطة تكون مقررة لحماية مصالح المدين ، وبالمثل إذا كانت هناك حاجة لزيادة قيمة الشرط الجزائي ، فإن السلطة المخولة للقاضي في هذه الحالة تكون مقررة لحماية مصالح الدائن [3] ، وذلك لتحقيق التوازن بين حماية حقوق المدين و حماية حقوق الدائن .

فالأصل هنا أن القاضي لا يزيد في قيمة الشرط الجزائي ليكون مساويا للضرر ، بل يحكم به على حاله تكريسا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وهذا طبقا للمادة 185 قانون مدني الجزائري التي نصت على "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة..." ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة تخفيف للمسؤولية المدين[4]، وهذا جائز في نطاق المسؤولية العقدية وهو متفق عليه، إلا ما ينشأ عن غش أو خطأ جسيم كما لو تعمد

[1] فرقاني قويدر نور الاسلام ، المرجع السابق ، ص 1664-1665.

[2] سي يوسف زاهية حورية ، المرجع السابق ، ص15.

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

[4] سي يوسف زاهية حورية ، المرجع السابق ،ص 15.

عدم تنفيذ التزامه ، فإن الاتفاق في هذا الحالة يكون باطلا ، ويقع إثبات غش المدين أو خطئه الجسيم على الدائن[1].

إذا كان المبدأ هو عدم جواز رفع قيمة الشرط الجزائي حتى ولو ثبت أن الضرر الذي لحق بالدائن كان كبيرًا جدًا مقارنةً به ، فإن المشرع الجزائري أورد استثناء على مبدأ عدم جواز زيادة الشرط الجزائي و أعطى للقاضي صلاحية زيادة الشرط الجزائي عن المقدار المتفق عليه في العقد في حالات إستثنائية فقط بتوفر شروط معينة، وهي:

- تجاوز الضرر قيمة التعويض ،(في الفرع الأول).

- ارتكاب المدين الغش والخطأ الجسيم ، (في الفرع الثاني).

الفرع الأول: تجاوز الضرر قيمة التعويض .

الأصل أن الدائن لا يكلف بإثبات الشرط الجزائي حتى يحصل على قيمته إلا أنه في هذه الحالة عليه أن يثبت الضرر ومقداره[2] ،حتى يستطيع القاضي أن يتبين له الضرر الكبير وتجاوزه لمقدار الشرط الجزائي وذلك للحكم بتعويض إضافي إلى جانب الشرط الجزائي ، حيث نجد أن مسؤولية المدين سبب خطأه الجسيم وسوء نيته مبني على فكرة الخطأ التقصيري ، وبالتالي يسأل عن الضرر المتوقع و غير المتوقع ، ويتعين على الدائن أن يثبت أركانها الثلاثة، والحجة على ذلك أن الضرر الذي يطالب الدائن بالتعويض عنه هو ضرر غير متوقع لأنه ترتب على سلوك المدين وكان غير متوقع وقت التعاقد ، ويشمل التعويض هنا الضرر المتوقع و غير المتوقع[3] ، وفي حالة عمل القاضي بالشرط الجزائي المتفق عليه في العقد ، فإن ذلك يعني أن المدين سيكون معفى من المسؤولية التقصيرية ، وهذا الأمر غير مسموح به في النظام العام وذلك طبقا للنص الفقرة الثالثة من المادة 178 القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: ارتكاب المدين الغش والخطأ الجسيم .

[1] فرقاني قويدر نور الاسلام ، المرجع السابق ، ص1665.

[2] سي يوسف زاهية حورية ، المرجع السابق ، ص 18.

[3] بورنان العيد ، المرجع السابق ، ص 94.

من خلال هذا الفرع سنقوم بمعالجة الحالات التي يمكن من خلالها الدائن، المطالبة بزيادة قيمة التعويض، وهي الحالة الأولى تتعلق بارتكاب المدين الغش، بينما الحالة الثانية تتعلق بارتكاب المدين الخطأ الجسيم.

أولا : ارتكاب المدين الغش:

يتم تعريف الغش عادة بأنه أي فعل أو امتناع يتم من قبل شخص أو تابعيه بهدف إلحاق الضرر بالآخرين ، ويتم تنفيذ الغش بطريقة خفية ومخادعة للغاية ، بحيث إذا تم الكشف عنه ، فإن الضرر يتحقق على الفور ، و يتطلب الغش دائما سوء النية وتعمد إلحاق الضرر بالآخرين ، ويتم التعرف عليه من خلال إثبات نية المتسبب فيه وتعمد إلحاق الضرر [1] .

فيتكون الغش الذي يرتكبه المدين في حالة عدم تنفيذ التزامه من عنصرين : العنصر المادي الذي يتمثل في سلوك المدين السلبي بعد اتخاذه للالتزام ، والعنصر النفسي الذي يتمثل في نية المدين لإيذاء الدائن، ولذلك يجب على الدائن إثبات وجود الغش ، ويكفي إثبات العنصر المادي لزيادة الشرط الجزائي للغش ، ومن الصعب أحيانا إثبات العنصر النفسي للغش ، أو يستحيل إثباته[2].

أما من ناحية الإثبات فان الدائن لا يستطيع أن يطالب بزيادة مقدار التعويض المتفق عليه في العقد، إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً ، وهذا واضح من صراحة نص المادة 185 التي تنص على أنه "...إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً..." .

و يعتبر إلقاء العبء على الدائن لإثبات الغش أمرًا منطقيًا، نظرًا للآثار الكبيرة التي يمكن أن تترتب عن ذلك، مثل زيادة قيمة الشرط الجزائي ، الذي يعتبر في الأصل غير قابل للزيادة ولذلك ، فمن غير المعقول افتراض وجود الغش في جانب المدين، ثم تحميله كل هذه التبعات بالإضافة إلى ذلك فإن الأصل في المعاملات هو حسن النية، وبما أن الغش ينطوي على سوء نية المدين، فقد كان واجبًا إثباته على الدائن[3].

---

[1] خليفي مريم ، تأثير الغش على أحكام المسؤولية العقدية ، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، المجلد 15،العدد 05 ، جامعة طاهري محمد بشار ، الجزائر ، 2022 ،ص 1078.

[2] تغربيت رزيقة ، المرجع السابق ،ص 2309.

[3] قارس بوبكر ،الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائي، شهادة ماجستير ،تخصص عقود و مسؤولية المدنية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، الجزائر ، سنة 2015 ، ص106.

ثانيا : ارتكاب المدين الخطأ الجسيم :

ويقصد بخطأ المدين في هذه الحالة الذي يبتعد فيه صاحبه عن المسلك المتوقع من الشخص المسؤول ويوجد في نفس ظروفه الخارجية ، فمتى كان انحراف المدين انحرافا كبيرا و غير مألوف لا يمكن أن ينحرف به الرجل العادي ،اعتبر الخطأ جسيما والعكس صحيح لأن معيار التفرقة بين الخطأ الجسيم و الخطأ البسيط هو درجة الإنحراف[1].

واستنادا إلى أحكام المادة 107 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري، نجد أنها تنص صراحة على أنه يجب تنفيذ العقد بالشكل الذي تم الاتفاق عليه بحسن نية ، وبناءً عليه إذا كان تنفيذ العقد مرتبطًا بنيّة المدين السيّئة، فلا يمكن لهذا الأخير أن يستفيد من أحكام الشرط الجزائي لأن هنالك خطا جسيم[2].

تعد النية الحقيقية للمدين، من أهم المسائل التي يجب على القاضي دراستها لتحقيق العدالة في قضية عدم التزام المدين بالتزاماته. فيجب على القاضي أن يبحث في النية الحقيقية للمدين من خلال دراسة الظروف المحيطة بالعقد. لمعرفة ما إذا كان المدين قد قصد عدم تنفيذ التزاماته، أم أن هناك ظروف خارجة عن إرادته تسببت في ذلك. وإذا تبين أن المدين قصد عدم الوفاء بالتزاماته، فللقاضي حق الحكم بالشرط الجزائي، ويحق للدائن المطالبة بالتعويض الإضافي لتغطية الضرر الذي لحق به[3].

أما بالنسبة لإثبات الخطأ الجسيم، فإنه لا يخرج عن القواعد العامة للإثبات، حيث يقع على الدائن إثبات ذلك وفقاً لما تنص عليه المادة 185 من قانون المدني الجزائري [4]، و يتطلب ذلك تقديم الأدلة والشواهد اللازمة لإثبات الخطأ الجسيم المزعوم من قبل الدائن ، وإذا تم إثبات ذلك فسيتم تحميل المدين المسؤولية الكاملة عن الخطأ الجسيم .

وهنا يثار سؤال منطقي و هو لماذا يقيد المشرع الجزائري سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي، على عكس حالة التخفيض التي ترك فيها المشرع الجزائري الحرية المطلقة للقاضي ؟

---

[1] تغريبت رزيقة ، المرجع السابق ،ص2309.

[2] سي يوسف زاهية حورية ،المرجع السابق، ص 17.

[3] بورنان العيد ، المرجع السابق ، ص 94.

[4] قارس بوبكر ،المرجع السابق، ص107.

أولا يشترط المشرع الجزائري لتطبيق الشرط الجزائي توافر الشروط العامة في المسؤولية المدنية، وهي وجود خطأ من المدين، ووجود ضرر يصيب الدائن، وعلاقة سببية بينهما، بالإضافة إلى إعذار المدين وبالتالي، يتعين على القاضي التحقق من توافر هذه الشروط أولاً، ومن ثم يتمكن من ممارسة سلطته التقديرية في تعديل الشرط الجزائي، سواء بتخفيض قيمته أو زيادته[1]، بما يتناسب مع مدى انتهاك المدين للالتزام الذي وقع عليه .

وكقاعدة عامة المشرع الجزائري منح سلطة تخفيض الشرط الجزائي دون أي قيد ، ولكن الأمر ليس كذلك في حالة الزيادة حيث يتبين من المشرع الجزائري في نص المادة 185 قانون مدني جزائري أنه إذا جاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطلب أكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما [2]، فالأصل هو عدم تدخل القاضي لزيادة قيمة الشرط الجزائي في حالة زيادة الضرر بل عليه أن يحكم به تكريسا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[3]، لأنه يعتبر أحد أهم المبادئ القانونية التي تحكم العقد، فلا يملك أي كان المساس بقوته الملزمة ، إذ لا يجوز لأي من المتعاقدين تعديله على انفراد ، كما لا يجوز ذلك حتى للقاضي الذي يجب عليه احترام إرادة المتعاقدين[4] .

نستخلص بأن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة التخفيض دون الزيادة و ذلك وفقا للفقرة الثانية من المادة 184 قانون المدني الجزائري، ولم يساير المشرع الفرنسي الذي يجيز تخفيض الشرط الجزائي وزيادته على حد سواء ، و أخذ هذه الأحكام من القوانين العربية خاصة القانون المصري في المادة 224 قانون مدني و القانون السوري في المادة 225 قانون مدني ، و القانون الليبي في المادة 227 قانون مدني و التي نصت على ما يلي :

" يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن تقديره كان مفرطا" ، وهكذا أجاز القانون للقاضي تخفيض مبلغ التعويض المقدر بالشرط الجزائي، ولكن بشرط أن يطالب

[1] نورة سعداني ، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري ،مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، العدد 02 ،جامعة طاهري محمد ، بشار ، الجزائر ، ص 39.

[2] بورنان العيد ، المرجع السابق ، ص 93.

[3] سي يوسف زاهية حورية ، المرجع السابق ، ص 15.

[4] نورة سعداني ، المرجع السابق ، ص28.

المدين بالتخفيض وأن يثبت أن مبلغ التعويض مفرط بالنسبة للضرر الذي أصاب الدائن جراء عدم التنفيذ [1].

ثم نصت المادة 185 السالفة الذكر من قانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 225 قانون مصري والمادة 226 قانون السوري والمادة 228 ليبي على ما يلي:

"إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا أن المدين قد ارتكب غشا أو خطئا جسيما "، وبهذا أجاز كذلك القانون للقاضي الزيادة في مبلغ التعويض المحدد في الشرط الجزائي بشرط أن يطالب الدائن الزيادة وأن يثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيم في عدم تنفيذ التزامه [2].

من ناحية حماية الأطراف المتعاقدة، فإن المشرع الجزائري أراد حماية الجانب الأضعف في العقد. ولكن ليس بالضرورة أن يكون المدين هو الجانب الأضعف الذي يستحق الحماية، فقد يكون الدائن هو الجانب الأضعف في بعض الحالات [3]،وهذا ما نجده في عقود الإذعان التي نقصد بها العقود التي يفرض محتواها مسبقا من قبل أحد الطرفين على الأخر الذي يكتفي بإعطاء انضمامه[4]، و لا تختلف عقود الإذعان عن العقود الأخرى ، إلا من حيث أنها تتضمن طرفين يتمتع أحدهما دون الأخر بقدر كبير من القوة الاقتصادية ، و الطرف الضعيف في عقد الإذعان هو الدائن ، ومثال الأول : ما تحدده شركات الطيران و السكك الحديدة و شركات النقل من مبلغ معين تدفعه المصلحة أو الشركة المتعاقدة في حالة فقد أو ضياع أو تلف الطرد التزمت بنقله [5].

و من خلال الرجوع إلى أحكام الشرط الجزائي من خلال المادتين 184 و185 قانون المدني الجزائري، يعتبر منح القاضي سلطة تخفيض قيمة الشرط الجزائي إذا كان مفرطًا، وعدم إعطائه سلطة زيادته إذا كان التقدير منخفضًا جدًا تناقضًا صارخًا في القانون ، يعود هذا التناقض إلى أن المشرع وفر الحماية للمدين الذي يتسبب في تحقيق الضرر، ولم يوفر هذه الحماية للدائن،

[1] قدة حبيبة –مهداوي عبد القادر ، المرجع السابق ،ص 7.

[2] قدة حبيبة–مهداوي عبد القادر ، المرجع السابق ، صفحة 8.

[3] بورنان العيد ، المرجع السابق ، ص 93.

[4] يمينة بليمان ، عقود الاذعان وحماية المستهلك ، مجلة علوم الانسانية ، المجلد 30 ،العدد 02 ، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة1، الجزائر،سنة2019 ، ص101.

[5] هشام ابراهيم توفيق ، المرجع السابق ، ص 129–131.

الذي يتضرر بسبب فعل المدين ولذلك، يجب على المشرع توفير الحماية للدائن نظرًا لأنه الطرف الأكثر تأثرًا بفعل المدين[1].

الفرع الثالث : سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي .

لقد منح المشرع للقاضي سلطة التعديل قيمة الشرط الجزائي في حالات معينة، حيث يمكن تخفيض قيمته أو زيادته وفقًا للحالات المنصوص عليها في المواد 184 و 185 من ق.م.ج، بالإضافة على ذلك قدم له سلطة اوسع حينما رخص له باستبعاد او إلغاء الشرط الجزائي، وذلك في حالتي : انعدام الضرر و بطلان الشرط الجزائي .

اولا– انعدام الضرر :

لا يستحق الشرط الجزائي إذا لم يكن هناك أي ضرر أصاب الدائن ، ذلك أن الضرر من اهم أركان استحقاق التعويض ،فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقا، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة ، لأن الشرط الجزائي ما هو إلا اتفاق الطرفين مقدما على مقدار التعويض، وهذا ما نجده في نص المادة 184 فقرة 1ق.م.ج على أنه " لا يكون التعويض محدد في الاتفاق مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر " ، و لا يكفي لاستحقاق الشرط الجزائي مجرد توافر ركن الخطأ في جانب المدين بالالتزام ، و إنما يشترط أيضا توافر ركن الضرر في جانب الدائن ، فإذا أثبت المدين انتفاء الضرر ، سقط الجزاء المشروط[2].

ثانيا– بطلان الشرط الجزائي :

تعتبر سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي في هذه الحالة أمرًا مختلفًا عما تم ذكره سابقًا، لأن الضرر قد يلحق الدائن من جراء عدم التنفيذ المدين لالتزامه، و مع ذلك لا يستحق قيمة الشرط الجزائي بسبب بطلان هذا الأخير ، و البطلان يكون لسبب ذاتي يلحق الشرط نفسه يعني أن الشرط الجزائي يصبح باطلا بسبب خطأ أو عيب يتعلق بالشرط ذاته على سبيل المثال أن هناك اتفاقًا بين شخصين (الدائن والمدين) ينص على أن المدين يتعهد بأداء واجب معين، وإلا سيتعرض لدفع مبلغ التعويض كشرط جزائي، فإذا اتضح أن هذا الشرط الجزائي غير واضح أو غير قانوني، أو يفتقد إلى صحة قانونية، فيمكن للقاضي أن يعتبره باطلا بسبب الخطأ الذي يرتكبه

[1] قارس بوبكر ، المرجع السابق ، ص104 –105.

[2] مروة ابو العلا، حالات عدم استحقاق الشرط الجزائي في القانون المدني ، ، تم الاطلاع عليه في : 16 جوان 2023 ، رابط الموقع https://www.mohamah.net

الشرط نفسه و هنا يكون البطلان لسبب ذاتي ، و إما أن يكون كنتيجة لبطلان الالتزام الاصلي على أساس أنه تابع بمعنى أن يكون باطلا بسبب أحد الأسباب مثل عدم صحة العقد أو خرق أحد الشروط القانونية، فإن الشرط الجزائي يعتبر باطلا ايضا و يحكم القاضي ببطلانه[1] .

[1]بوبكر قارس، المرجع السابق، ص 110

الخاتمة

الخاتمة :

من خلال الإشكالية التي تم طرحها في المقدمة، يمكن إجمال النتائج المتوصل إليها من الدراسة فيما يلي:

– إن الشرط الجزائي هو قيمة التعويض المتفق عليه مسبقا بين أطراف العقد في أحد بنوده و المستحق في حالة تخلف أحد أطراف العلاقة العقدية عن تنفيذ التزاماته، سواء عن عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخر في التنفيذ أو كان تنفيذ الالتزام تنفيذا معيبا.

– الشرط الجزائي عبارة عن تعويض مستحق لجبر الضرر الذي لحق بالدائن أو عبارة عن جزاء و ذلك معاقبة للطرف الذي أخل بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، غير أن المشرع الجزائري يهدف به إلى جبر الضرر الذي يلحق بالدائن، فهو لم يلتفت إلى جانب العقاب كما ذهب إليه بعض الفقه و التشريع، فهذا التعويض المشروط مسبقا يدور مع تحقق الضرر وجودا و عدما.

– للشرط الجزائي أهمية كبيرة، فهو يسمح للدائن بمعرفة مقدار التعويض الذي يستحقه في حالة ما إذا لحقه ضرر من عدم تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذا عينا، وبالمقابل أيضا فهو يسمح للمدين بمعرفة ما سوف يدفعه من تعويض في حالة إخلاله في تنفيذ التزامه، كما أن له أهمية أخرى تكمن في التقليل من اللجوء إلى القضاء في حالة النزاعات بين الأطراف المتعاقدة مما يؤدي إلى تجنب الإجراءات القضائية المعقدة و بالتالي كسب المزيد من الوقت بالإضافة إلى التقليل من النفقات.

الأصل أنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر فيه فإن القاضي يحكم بالشرط الجزائي كما ورد في الاتفاق غير ان القانون الجزائري أورد على ذلك استثناءات، حيث أجاز للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالإنقاص أو الزيادة و ربما ألغى العمل به:

فالقاضي لا يقضي بالشرط الجزائي و يلغيه متى أثبت المدين أن الدائن لم يصبه أي ضرر .

و للقاضي أن ينقص من قيمة الشرط الجزائي إذا ثبت أمامه أن الشرط الجزائي كان مبالغا فيه.

و يمكن للقاضي الزيادة في مقدار الشرط الجزائي إذا أثبت الدائن ان الضرر الذي أصابه أكبر من التعويض المقدر، و أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.

إن تدخل القاضي بالرقابة على الشرط الجزائي من خلال الاستثناءات السابقة من النظام العام، فلا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على مخالفتها.

التوصيات و المقترحات:

من خلال النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراستنا لموضوع الشرط الجزائي يمكننا أن نقدم الاقتراحات التالية:

1- نقترح على المشرع الجزائري إعفاء أطراف العقد من الإعذار، بأن يحل الإعذار بمجرد إخلال المدين بالتزامه .

2 – نقترح على المشرع الجزائري أن يجعل الشرط الجزائي محدودا في العقود، وذلك من خلال استثناء التأخر في تنفيذ الالتزام إذا كان محل هذا الأخير مبلغا من النقود ،تماشيا مع ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه طريق مفضي إلى الربا .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

اولا المصادر :

النصوص القانونية :

1)- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـــ 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

ثانيا المراجع :

المؤلفات :

أ)- مؤلفات عامة :

1)- أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، القاهرة، الطبعة 1945 .

2)- أمين دواس، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار الشروق، الأردن، 2005 .

3)- الأهواني حسام الدين كامل، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، 1996 .

4)- أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة1997 .

5)- بلحاج العربي ، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2016 .

6)- حسين عامر،عبد الرحيم عامر،المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية ، دار المعارف ،1979 ،القاهرة ، مصر .

7)- دريد محمود السامراني، النظرية العامة للالتزام، دار الشعب للطباعة والنشر مصراتة، ليبيا، جزء 02 ، 2004 .

8)- سمير فايز إسماعيل، العربون في العقود، الطبعة الثانية، مكتب زين الحقوقية و الأدبية، لبنان، 2011 .

9)- شفيق الجراح، سلسلة من الموضوعات الحقوقية الإجتماعية علما وعملا، يتضمن 9 مواضيع، الطبعة الأولى، دار الكتاب، دمشق، سوريا، 2001 .

10)- طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، دون سنة نشر .

11)- عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2006 .

12)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الثبات آثار الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998 .

13)-عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ،الجزء الأول، تم إخراج هذه النسخة بواسطة MR-Gado,e-mail :mr-gado 2007-2008 ©Copyrits @yahoo/com

14)- عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، دون طبعة، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2004 .

15)- عبد المجيد الحكيم و آخرون،القانون المدني وأحكام الالتزام، دون طبعة، الجزء 2 ، دون سنة نشر،العراق .

16)- عمر القاسمي، القانون المدني العراقي ،الزبدة في أحكام الالتزام، دون طبعة، دون سنة نشر. العراق.

17)- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام(أحكام الالتزام) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2006 .

18)- محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام النظرية العامة للالتزام ا في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني ، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2004 .

19)- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني(النظرية العامة للالتزام)أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى للطباعة والنشر،2019.

20)- محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2005 .

21)- مرقس سليمان، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، الطبعة1961 .

22)- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.2009.

23)- هشام طه محمود سليم، الوجيز في مصادر الالتزام في ضوء أحكام كل من القانون المدني المصري والقانون المدني البحريني، دون طبعة، 1436 ه-2015 م .

ب)- مؤلفات خاصة :

1)- عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، الطبعة الأولى، 2003 .

2)- محمد الزحيلي، موسعة قضايا إسلامية معاصرة، الشرط الجزائي في المعاملات المالية و المصرفية، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، 2009 .

3)- محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي و الشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001 .

4)- هشام إبراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المقارن، طبعة 11 ، المركز القومي للإصدارات القانونية، عابدين،مصر .

الرسائل الجامعية :

أ)- رسائل الدكتوراه :

1)- بورنان العيد ، الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، فرع عقود و مسؤولية ،2019 -2020 .

2)- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي و آثره في العقود المعاصرة دراسة فقهية،رسالة دكتوراه في الدراسات الإسلامية تخصص فقه و أصوله،قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية جامعة الملك سعود ، المملكة العربية السعودية، 1425-1426 ه .

ب)- رسائل الماجستير :

1) - أحمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المصري، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا،جامعة النجاح نابلس فلسطين، 2006 .

2)- أمجد أرحومة محمد الخويلدي، الشرط الجزائي و آثره على المتعاقدين، دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي و الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الشريعة القانونية، كلية الدراسات العليا، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، 2016 .

3)-حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2011.

4)- حسن رحو، الشرط الجزائي في ضوء ظهير الإجتهاد القضائي المغربي، رسالة لنيل الدبلوم الدراسات المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية، جامعة القاضي عياض، 2000 .

5)- طارق محمد مطلق أبو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007 .

6)- عبد الله النجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري(دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983 .

7)- قارس بوبكر، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص عقود و المسؤولية المدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر،2015 .

المقالات :

1)- بورنان العيد، الرقابة القضائية على الشرط الجزائي، مجلة العلوم القانونية و الإجتماعية ، جامعة زيان عاشور، الجلفة ، العدد 05 .

2)- تغربيت رزيقة، الشرط الجزائي بين سلطان الإرادة و سلطة القاضي، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، المجلد 15 ، العدد 01 ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2022 .

3)- خليفي مريم، تأثير الغش على أحكام المسؤولية العقدية، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، المجلد 15 ،العدد 05 ، جامعة الطاري ، محمد بشار ، الجزائر ، 2022 .

4)- رغيد عبد الحميد قتال،الشرط الجزائي في القانون الفرنسي، مجلة الدراسات القضائية، معهد التدريب والدراسات القضائية،الإمارات العربية المتحدة،العدد 11 ،ديسمبر 2013 .

5)- زرقون نور الدين، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع،مجلة دفاتر السياسة والقانون،العدد الثامن،جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ، الجزائر، جانفي 2013 .

6)- سي يوسف زاهية حورية، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي،المجلة النقدية، العدد 02 ،جامعة مولود العمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2015 .

7)- ظافر حبيب جبارة، مها ناجي جاسم، الشرط الجزائي الإمتثالي في نطاق العقود الشكلية ،مجلة القانون للدراسات و البحوث القانونية ،العدد 18 ، 2019 .

8)- عائشة قصار الليل، التعويض الاتفاقي ضمان لتنفيذ الالتزام ، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، المجلد 06 ،العدد 02،جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي،الجزائر، 2021 .

9)- فرقاني قويدر نور الإسلام، إستحقاق الشرط الجزائي و حدود سلطة القاضي في تعديله،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07 ،العدد 02 ، المركز الجامعي تيبازة، الجزائر ، 2020 .

10)- قاشي علال، الشرط الجزائري بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية ،دراسة مقارنة ،مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية تصدرها جامعة لونيسي علي ، البليدة، مجلة 04 ،العدد 02 ، 2019 .

11)- نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري ،مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية ، العدد 02 ، جامعة طاهري محمد ، بشار ، الجزائري .

12)- يمينة بليمان ، عقود الإذعان و حماية المستهلك ، مجلة العلوم الإنسانية ، المجلد 30،العدد02 ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ، الجزائر ، 2019 .

الملتقيات :

1)- قدة حبيبة، مهداوي عبد القادر، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (مقارنة مع التعويض القضائي)، الملتقى الوطني الأول حول سلطة القاضي في تعديل العقد، يومي الإثنين و الثلاثاء 28 و 29 أفريل 2014 ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، الجزائر .

المؤتمرات :

1)- علي محمد حسين الصوا ، الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية مقارنة ، بحث قدم في مؤتمر " دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الإستثمار و التنمية " ، منعقد بكلية الشريعة و الدراسات الإسلامية ، جامعة السارقة ،بتاريخ 7 و 9 أيار 2002 .

الفهرس

الفهرس

مقدمة	4-2
الفصل الأول : الأحكام العامة للشرط الجزائي .	6
المبحث الأول : ماهية الشرط الجزائي .	7
المطلب الأول : مفهوم الشرط الجزائي .	7
الفرع الأول : تعريف الشرط الجزائي.	7
الفرع الثاني : أهمية الشرط الجزائي.	11
الفرع الثالث : تمييز الشرط الجزائي عن الأنظمة القانونية المشابهة له .	12
المطلب الثاني : خصائص الشرط الجزائي و طبيعته القانونية .	16
الفرع الأول : خصائص الشرط الجزائي .	17
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.	19
المبحث الثاني : شروط استحقاق الشرط الجزائي.	22
المطلب الأول : الشروط الموضوعية .	22
الفرع الأول :الخطأ العقدي.	22
الفرع الثاني : الضرر .	24
الفرع الثالث : العلاقة السببية .	28
المطلب الثاني : الشروط الشكلية .	30
الفرع الأول : مفهوم الاعذار.	31
الفرع الثاني : أثار الإعذار.	34
الفصل الثاني :الرقابة القضائية على الشرط الجزائي .	36
المبحث الأول : حدود سلطة القاضي في الرقابة على الشرط الجزائي .	37
المطلب الأول : مضمون سلطة القاضي في الشرط الجزائي .	37
الفرع الأول : الرقابة على مشروعية الشرط الجزائي .	37
الفرع الثاني : الرقابة على تكييف الشرط الجزائي .	37
الفرع الثالث : الرقابة على شروط استحقاق الشرط الجزائي .	38
المطلب الثاني : ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي .	40

الفرع الأول : فكرة النظام العام .	41
الفرع الثاني : عدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي .	42
الفرع الثالث : رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي .	47
المبحث الثاني : طرق تدخل القاضي في الرقابة على الشرط الجزائي.	49
المطلب الأول : سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي.	49
الفرع الأول : المبالغة في تقدير الشرط الجزائي .	50
الفرع الثاني : التنفيذ الجزائي للالتزام الأصلي.	51
المطلب الثاني : سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي.	54
الفرع الأول : تجاوز الضرر في قيمة التعويض .	54
الفرع الثاني : ارتكاب المدين الغش والخطأ الجسيم .	55
الفرع الثالث : سلطة القاضي في إلغاء الشرط الجزائي	59
الخاتمة	62
قائمة المصادر و المراجع	65
الفهرس	72

ملخص :

يدور موضوع هذه المذكرة **حول الشرط الجزائي في القانون الجزائري** الذي يعرف على أنه : الاتفاق الذي يحدد فيه المتعاقدين مقدار التعويض المستحق جراء اخلال أحد المتعاقدين بالالتزام المترتب على عاتقه، و يلتزم القاضي بالحكم به احتراما لمبدأ سلطان إرادة المتعاقدين وعملا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، ويُلجأ الأطراف إلى هذا النوع من التعويض بناءً على أهميته حيث يعتبر إحدى الأدوات الأساسية لحماية حقوق الطرفين في العقد ، وقد اشترط المشرع الجزائري لتطبيق الشرط الجزائي توافر الشروط العامة في المسؤولية المدنية وهي وجود خطأ من المدين ، وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية بينهما ، إضافة إعذار المدين ، لذلك يتوجب على القاضي التحقق من توافر هذه الشروط أولا ليتقرر له بعد ذلك حقه في التدخل بتعديل الشرط الجزائي وذلك خروجا عن المبدأ العام إما في صورة التخفيض في الشرط الجزائي أو الزيادة في هذا الاخير .

Summary :

The subject of this thesis revolves around the penal clause in the Algerian law, which is defined as: the agreement in which the contracting parties determine the amount of compensation due as a result of one of the contracting parties breaching the obligation incurred by him, and the judge is obliged to rule on it respecting the principle of the authority of the will of the contracting parties and in accordance with the principle of the contract, the law of the contracting parties. This type of compensation is based on its importance, as it is considered one of the basic tools for protecting the rights of the parties to the contract, The Algerian legislator required the application of the penal condition that the general conditions in civil liability be met, which is the existence of a fault on the part of the debtor, damage to the creditor and a causal relationship between them, in addition to warning the debtor, so the judge must verify the availability of these conditions first in order to decide after that his right to intervene by amending the penal condition This is a departure from the general principle, either in the form of a reduction in the penalty clause or an increase in the latter.