الجمهـــــورية الجزائـــرية الديمـــقراطـية الشعـــبـية

جامعة عبد الحميد بن باديس

مستغانم

# مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر

## الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري

**من إعداد الطالبة:**

**باشا سعيدة**

**تحت إشراف**

**الأستاذ الدكتور عباسة الطاهر**

**الأستاذ/ بن بدرة عفيف رئيس**

**الأستاذة/ بحري ام الخير عضو مناقش**

**السنة الدراسية**

***2018-2017***

## إهــداء

**الحمد لله الذي أعاننا ووفقنا في هذا ، الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، الحمد لله أولا وآخرا، الحمد لله ظاهرا و باطنا الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.**

**أما بعد فإنه من باب إحقاق الحق والاعتراف بالفضل لأهله كان لزاما علي أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى**

**أعز إنسان على قلبي إلى من منحني الدعم، و سر وصولي إلى هذا المستوى من النجاح أبي العزيز و إلى من منحتني الحياة، الحب و الحنان و علمتني الصبر لنيل النجاح أمي الحبيبة**

**إلى كل أفراد عائلتي الكريمة إخوتي و أخواتي الذين دعموني و ساندوني لانجاز هذا العمل المتواضع دون أن أنسى زملاء العمل الذين قدوما لي التسهيلات و التشجيعات اللازمة من أجل الدراسة .**

**و كل طلبة دفعة 2016-2018 قانون خاص معمق على مد يد العون و المساعدة طيلة مشوارنا الدراسي و خاصة زميلتي و اختي العزيزة البشير كوثر**

## شكر و عرفان

أتوجه بالحمد و الشكر لله تعالى الذي ألهمني و أعانني على اتمام بحثي هذا و الذي آمل أنني قد اكون قد حققت منه الغاية المرجوة منه.

كما اخص بالشكر و التقدير و الامتنان إلى كل من يعمل بصدق لرفع راية العلم و إرساء قواعد البحث العلمي و رفع المستوى و أخص بالذكر الأستاذ الدكتور عباسة الطاهر على تفضله بالإشراف على هذا العمل المتواضع و على كل ما بذله من جهد و ما و ما ادخره لي من وقت و ما قدمه لنا من نصائح و توجيهات من أجل انجاح هذه المذكرة .

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تعليماتهم و توجيهاتهم القيمة.

و جميع موظفي و عمال جامعة عبد الحميد بن باديس بمستغانم على جميع التسهيلات التي قدموها لنا طيلة مشوارنا الدراسي.

**المقدمة:**

تقرّر نظام المسؤولية المدنية لمواجهة إخلال احد الطرفين بالتزامه ويتمثّل أثرها في الحكم على المدين بالتعويض،وعند كلامنا على التعويض نجد أن المشرّع قد ميّز بين ثلاث حالات لتقديره ،فقد يتولّى القانون تحديده ويسمى في هذه الحالة التعويض القانوني ،وقد يترك ذلك للتقدير الحر للقاضي ،كما أجاز للأطراف تقديره مقدّما وهو ما يسمى بالشرط الجزائي الذي يعتبر تقديرا اتفاقيا مسبقا بين الطرفين للتعويض .وبالعودة إلى أحكام القانون نجد أن المشرع الجزائري قد نظمه في المواد 183،184،185 من القانون المدني .والتي يتضح من خلالها انه انتهج نهجا جديدا مسايرا باقي التشريعات العربية كالتشريع المصري، وذلك بحياده عن مبدأ ثبات الشرط الجزائي فاتحا المجال للرقابة القضائية بالقدر الذي يكفل به تحقيق العدالة ومبادئ الإنصاف من جهة واحترام إرادة الطرفين من جهة أخرى.ومن هنا تظهر الأهمية العملية للشرط الجزائي سيما وانّه يطرح عدّة مسائل قانونية كانت محلّ خلافات فقهية وقضائية بدءا بطبيعته القانونية ثمّ من حيث شمول نطاقه المسؤولية التقصيرية وانتهاء بالإشكالات التي يثيرها استعمال القاضي لسلطته في تعديل أحكامه.

**أسباب إختيار موضوع المذكرة:**

إن خوضنا لهذا الموضوع راجع لعدة دوافع يمكن حصرها في النقاط التالية:

-الرغبة في القيام بدراسة تحليلية معمقة حول أهمية الشرط الجزائي و إبراز مدى التعارض أو التكامل بين مبدأ سلطان الإرادة و مبادئ العدالة.

-كذلك المواضيع التي تطرقت لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو النقصان نجدها لم تحض بالاهتمام الكافي خاصة من حيث المواد القانونية المنظمة له كما انها لا تحل جميع الإشكاليات التي تطرحها .

**إشكالية الدراسة:**

احتراما لإرادة الأطراف أجاز المشرع لهم التحكم في الآثار المترتبة عن المسؤولية العقدية و التي من بينها تحديد قيمة التعويض المستحق أي الشرط الجزائي عملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين إلا أن المشرع لم يترك حرية الإرادة مطلقة بل قيدها بقيد الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي عليها و عليه تتجلى لنا إشكالية الدراسة حول معرفة ما هية الشرط الجزائي و ما هي سلطة القاضي و حدودها في تعديله؟

و عليه لدراسة موضوع الشرط الجزائي و للإجابة على هذه الإشكالات قسّمنا بحثنا هذا إلى فصلين كل فصل إلى مبحثين استنادا إلى الخطة الآتية:

**الفصل الأول: مفهوم الشرط الجزائي**

**المبحث الأول: تعريف الشرط الجزائي**

**المطلب الأول: التعريفات الفقهية للشرط الجزائي و أهميته**

**الفرع الاول: التعريفات الفقهية للشرط الجزائي**

**الفرع الثاني: أهمية الشرط الجزائي**

**المطلب الثاني: مميزات الشرط الجزائي**

**الفرع الاول: خصائص الشرط الجزائي**

**الفرع الثاني: الفروق الجوهرية للشرط الجزائي عما يشابهه**

**المبحث الثاني: مجالات إعمال الشرط الجزائي**

**المطلب الأول: الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية**

**الفرع الأول : مجال إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية**

**الفرع الثاني: تطبيقات الشرط الجزائي في بعض العقود**

**المطلب الثاني: الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية**

**الفرع الأول : إمكانية الإعمال بالشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية**

**الفرع الثاني: أمثلة عن جواز إعمال الشرط الجزائي في غير المسؤولية العقدية**

**الفصل الثاني: تطبيقات الشرط الجزائي**

**المبحث الأول: كيفية إستحقاق الشرط الجزائي**

**المطلب الأول: وجوب توفر شروط المسؤولية المدنية**

**الفرع الاول: وجود الخطأ و الضرر و العلاقة السببية**

**الفرع الثاني: عبأ الإثبات**

**المطلب الثاني: شرط الإعذار**

**الفرع الاول: إلزامية شرط الإعذار**

**الفرع الثاني: طرق الإعذار**

**المبحث الثاني: رقابة القاضي في إعمال الشرط الجزائي**

**المطلب الأول: أنواع الرقابة القضائية و خصائصها**

**الفرع الأول : أنواع الرقابة القضائية**

**الفرع الثاني: خصائص الرقابة القضائية على الشرط الجزائي**

**المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي**

**الفرع الأول : سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي**

**الفرع الثاني: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي**

**الخاتمة**

# الفصل الأول

# مفهوم الشرط الجزائي

يطرح موضوع الشرط الجزائي في القانون المدني عدة إشكالات من الناحية العملية لهذا يتطلب الأمر المعرفة الدقيقة لماهيته و تعريفه تعريفا دقيقا ، كونه عرف العديد من التطورات و اختلاف التع اريف باختلاف النظريات و الأنظمة القانونية وقصد ذلك نعرض في مبحث أول أولا تعريفه.وفي مبحث ثان نتناول مجالات إعماله .

## المبحث الأول

## تعريف الشرط الجزائي

ينقسم و يختلف التعويض من حيث تقديره إلى تعويض قضائي و تعويض قانوني و تعويض اتفاقي ، و يتضح هذا الأخير في الحالة التي لا يترك فيها الطرفان مجالا للقاضي لتقدير قيمة التعويض فيكون العقد المنشئ للالتزام متضمنا لنص يحدد فيه الأطراف التعويض الذي يستحقه الدائن عند إخلال مدينه بأداء التزامه أو تأخره في ذلك و هذا ما يعرف بالشرط الجزائي وبتطرقنا لتعريفه علينا الوقوف على مختلف التعريفلت التي تبناها الفقه بشأنه و كذا أهميته في مطلب أول ، ثم نتطرق إلى مميزاته في مطلب ثاني .

## المطلب الأول

## التعريفات الفقهية للشرط الجزائي و أهميته .

إن كانت مسالة أهمية أو وظيفة نظام قانوني ما من اختصاص الفقه ، فان مسالة التعريف قد يتناولها القانون إضافة إلى الفقه رغم أنها ليست من اختصاصه ، لان تعريف المشرع غالبا ما ينحصر في جانب معين دون إعطاء الشئ الجامع لجوهر و طبيعة نظام قانوني ما ، و بالنسبة إلى المشرع الجزائري فانه لم يعرف الشرط الجزائي و ترك ذلك للفقه و هو ما نبينه في الفرع الأول التالي .

## الفرع الأول

## التعريفات الفقهية للشرط الجزائي

تناول المشرع الجزائري أحكام الشرط الجزائي في المادة 183 و ما يليها من القانون المدني دون أن ينص على تعريفه تاركا المجال للفقه، و من التعريفات نجد :

***عن الفقه العربي** عرفه الأستاذ منير قزمان بأنه "اتفاق المتعاقدين مقدما على مقدار التعويض الواجب أداؤه إذا أخل المدين بالتزامه و ذلك بعدم تنفيذه أو التأخير في تنفيذه ويشترط لاعتبار هذا

الاتفاق شرطا جزائيا أن يتم قبل الإخلال بالالتزام أما لو تم بعد ذلك فإنه يعتبر اتفاقا على تعويض مستحق بالفعل[1].

كما عرفه الأستاذ أنور سلطان بأنه اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخّر في تنفيذه[2].

عرفه الأستاذ الدكتور جمال زكي [3] بأنه : " تقدير اتفاقي للتعويض " ، أي مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدما قيمة التعويض الذي يستحقه أحدهما على الضرر الذي يلحقه نتيجة خطا يقترفه الأخر ، ويعتبر اتفاقا يتعلق بالمسؤولية و يفترض من ثمة توافر جميع عناصرها لأنه لا يعدو أن يكون استبدالا بالتقدير القضائي للتعويض تقديرا اتفاقيا له ، لا يترتب عليه أدنى تغيير في طبيعته القانونية "

ويعرفه الأستاذ عبد المنعم البدراوي، بأنه اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه[4].

**وعن الفقه الغربي :**

تعريف الأستاذ توليه « Toullier » بأنه الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه.

وعرفه الأستاذ بوريس ستارك بأنه تقدير اتفاقي جزافي للتعويض أما الأستاذ " قيو" " guiho " فعرفه بأنه اتفاق تبعي للاتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ[5].

وما يستخلص من هاته التعريفات إجماعها على اعتباره تعويضا يتقرر لعدم التنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه.

---

[1] - الدكتور منير قزمان التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء . دار الفكر الجامعي 2002 ص 105.

[2] - نجاري عبد الله. الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري . – دراسة مقارنة بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية جامعة الجزائر – معهد الحقوق والعلوم الإدارية 1983 ص 09.

[3] د . محمد شتا أبو سعد ، التعويض القضائي و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة 2001 ، الصفحة : 69.

[4] - نجاري عبد الله، نفس المرجع ، ص 09.

[5] - نجاري عبد الله، نفس المرجع ، ص 09.

## الفرع الثاني

## أهمية الشرط الجزائي

تتجلى أهمية الشرط الجزائي في دوره الفعال و الفائدة الهامة التي تعود على المتعاقدين من عدة جوانب أهمها:

-1) تجنب المتعاقدين الإجراءات القضائية الطويلة والمعقدة وكذا المصاريف [1] باتفاق الطرفين المسبق على مقدار التعويض في حالة عدم تنفيذ أحدهما للالتزام أو تأخره في ذلك ما يمكنهما من حل النزاع دون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك ثم إتباع إجراءات التنفيذ من استخراج النسخة التنفيذية والاستعانة بعون التنفيذ، كل هذه الإجراءات المطولة لا تخدم عامل السرعة الذي يسعى إليه المتعاملون اليوم إضافة إلى المصاريف المكلفة خاصة إذا استدعى الأمر تعيين خبير لتقدير التعويض فكل هذا يمكن تجنبه بإعمال الشرط الجزائي.

2-) الضغط على المدين لتنفيذ التزامه[2]:

إذا كان الأصل أنّ الغرض من إبرام العقود هو الالتزام بها وتنفيذها إلا أن مرور الوقت قد يغير المواقف لذلك فالشرط الجزائي يقيد الحرية المطلقة للمدين في التنفيذ وعدم التنفيذ ومن ثم الضغط عليه ولو بصورة غير مباشرة للوفاء بالتزامه.

وكما يجد الشرط الجزائي دوره كذلك في حالة الالتزام الذي يتطلب التدخل الشخصي للمدين ففي هذه الحالة لا يمكن جبره إلاّ بواسطة التهديد المالي لما في طرق الجبر الأخرى من مساس بالحرية الشخصية والتهديد المالي يتطلب اللّجوء إلى القاضي ونظرا لما في ذلك من تطلب للإجراءات والمصاريف يكون الشرط الجزائي الأحسن والأبسط للضغط على المدين لتنفيذ التزامه.

-3) تجنب المشاكل المتعلقة بتقدير التعويض[3]:

[1] نجاري عبد الله،نفس المرجع ، ص 14
[2]- الدكتور محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 71.
[3]- نجاري عبد الله، مرجع سابق، ص 15.

يشتمل التعويض على ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة ولكي يتمكن القاضي من تحديد هذين العنصرين يتطلب الأمر منه معارف تقنية وعلمية قد لا تتوفر لديه لهذا يلجأ إلى أهل الخبرة و قد لا يوافق الأطراف على نتائجها فيتم الطعن فيها مما يؤدي إلى تعقيد النزاع و الابتعاد عن موضوعه كما يمكن أن يؤدي الحكم القاضي بالتعويض إلى الأضرار بأحد الطرفين و لتجنب هذا وباعتبار أنّ المتعاقدين هما الأقدر على معرفة وضعهما عند التعاقد وبعده وهما اللذان يقدّران مقدار التعويض العادل الذي يكفي لجبر الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه يقومان بالاتفاق المسبق على الشرط الجزائي بحسب التقدير الذي يرونه مناسبا.

4)إعفاء الدائن من إثبات الضرر:

وإن كان الشرط الجزائي لا يخرج عن القواعد العامة فيها يخص ضرورة توفر أركان المسؤولية إذ نجد الضرر ركنا أساسيا لاستحقاق الشرط الجزائي إلاّ أنه يخرج عن القواعد العامة من حيث عبأ إثبات الضرر فالدائن معفى من إثبات الضرر وهنا تظهر أهمية الشرط الجزائي إذ يستحق التعويض الإتفاقي بمجرّد الإخلال بالالتزام.

5) الشرط الجزائي وسيلة لتعديل أحكام المسؤولية:

ترك المشرع مسألة تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالتخفيض أو التشديد لإرادة الطرفين وذلك ما يتضح من نص المادة 178من القانون المدني[1].ومن الوسائل التي قد يختارها الطرفان لتجسيد إرادتهما في ذلك الشرط الجزائي فإذا أرادا التخفيض من المسؤولية اتفقا على مبلغ مخفض وإن أرادا التشديد رفعا من قيمة الشرط الجزائي.

[11]- تنص المادة 172 من القانون المدني " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي.

## المطلب الثاني

## مميزات الشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي باعتباره نظام قانوني مميز عن العديد من الأنظمة القانونية يجعلنا نقف على ما لديه من خصائص قانونية ذاتية لعدم الخلط بينه وبين بقية الأنظمة القانونية المشابهة له لهذا سنتناول في فرع أول خصائص الشرط الجزائي و في فرع ثان الفروق التي تميزه عن باقي الأنظمة القانونية.

### الفرع الأول

### خصائص الشرط الجزائي

هناك من الخصائص التي اجمع و أقر بها الفقهاء و سارت على نهجها معظم التشريعات إلا أن هناك خصائص أخرى خضعت لاختلاف الآراء الفقهية،مما أدى الى الاخذ بها من قبل بعض التشريعات و أخرى عدلت عنها و لم تأخذ بها كخاصية الصفة الجزائية و خاصية ثبات الشرط الجزائي و بالرجوع الى المشرع الجزائري و ماأخذ به في القانون المدني نجد انه اعتبر ان الشرط الجزائي :

**1- الشرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض:**

أشارت إلى ذلك المادة 183مدني جزائري بقولها " يجوز للمتعاقدين أن يجددا مقدّما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق..." فقد ترك المشرع حرية الاتفاق للطّرفين في إعمال الشرط الجزائي و حرية تقدير التعويض الذي يريانه و لا يتصور أن يكون للشرط الجزائي مصدرا آخرا غير الاتفاق كالقانون مثلا ، فالجزاءات القانونية لا علاقة لها بهذا النظام القانوني و إن كانت ترمي إلى نفس أهداف الشرط الجزائي[1].

[1]- نجاري عبد الله، نفس المرجع ، ص 37.

وقد يدرج هذا الاتفاق في بند من بنود العقد المتضمن الالتزام الأصلي دون حاجة إلى اشتراط شكل معين لأن القانون لم يقيد الأطراف و كل عبارة تدل على تجاه نية الأطراف إلى إدراج الشرط الجزائي في العقد فهي مقبولة.

كما قد يضمّن الشرط الجزائي في اتفاق لاحق على الالتزام الأصلي و هنا في هده الحالة يشترط اتخاذ الشكل المقرر للالتزام الأصلي باعتبار الاتفاق اللاّحق التزاما تابعا فإذا كان الالتزام الأصلي في عقد رسمي وجب أن يكون الاتفاق اللاّحق في الشكل ذاته.

و الشرط الجز ائي ليس هو مصدر التعويض ذلك أن استحقاق التعويض مصدره العقد أو العمل غير المشروع و سببه عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في ذلك.

و يترتب عن ذلك أن التعويض الإتفاقي و تقديره يتقيد بما يتقيد به التعويض بوجه عام وبما يتقيد به كافة الاتفاقات و العقود من شروط الصحة و أسباب الانقضاء والبطلان، فيجب أن تتحقق شروط استحقاق التعويض من خطا وضرر و علاقة سببي ة واعذراه، كما لا يجوز الخروج من قيود التعويض المقررة قانونا لاسيما ما يتعلق منها بكيفية و حدود تقدير التعويض فلا يشمل التعويض إلاّ الضرر الحال الذي وقع فعلا أو الضرر المستقبل المحقق الوقوع أما الضرر المحتمل غير المحقق الوقوع مستقبلا فلا يشمله الشرط الجزائي ، و يجوز علاوة على ذلك أن يشتمل الشرط الجزائي الضرر المتمثل في تفويت الفرصة[1].

ولكي تتحقق الطبيعة القانونية للشرط الجزائي كتقدير اتفاقي للتعويض يجب أن يكون سابقا على الإخلال بالالتزام فالاتفاق اللاحق على تحقق الضرر يعتبر إما صلحا وإما تجديدا للدين [2]. و يخلو من صفة التعويض التي يتميز بها الشرط الجزائي هذه الصفة التي كرسها المشرع الجزائري بصراحة متجاهلا الفكرة العقابية أو الجزائية و ذلك باشتراطه وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي و هذا ما قضت به المادة

[1]- الدكتور محمد شتا أبو سعد ، مرجع سابق ص 88-89 .
[2]- الدكتور محمد شتا أبو سعد ، مرجع سابق ص 88-89 .

1/184 مدني [1] وكذا المادة 183 بإحالتها إلى تطبيق المواد 176 إلى 181 المتعلقة بالتعويض بمقابل لتطبيقها على الشرط الجزائي.

**2- الشرط الجزائي طريق احتياطي:**

إن اعتبار الشرط الجزائي تعويضا اتفاقيا مسبقا يستحق في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه يبين صفته كالتزام تابع لالتزام أصلي هذه الصفة التي ينتج عنها أنه من جهة أخرى طريق احتياطي يتقرر فقط في حالة عدم تنفيذ الالتزام الأصلي أو التأخر فيه وباعتباره كذلك تطرح أمامنا مسألتين:

أولا : مسألة حق الدّائن في الخيار بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني .

ثانيا : مسألة إمكانية الجمع بين الالتزام الأصلي و الشرط الجزائي.

فبالنسبة للمسألة الأولى نجد أنه قد تقاسمتها نظريتان ، نظرية تمنح للدائن مطلق الحرية في الاختيار بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي و حجتهم في ذلك نص بعض القوانين على ذلك صراحة كنص المادة (160) من قانون الالتزامات السويسري [2]، و التي تركت المجال بحسب اتفاق الطرفين ، وما يرد على هذه النظرية قضاءها على أهم خاصية من خصائص الشرط الجزائي وهي اعتباره التزاما تابعا [3].

كما أن القول بذلك يجعل من الشرط الجزائي التزاما اختياريا فلصاحب الخيار في الالتزام التخييري اختيار محل الوفاء من بين المحال المتعددة التي يمكنه أن يفي بواحدة منها ولا يملك الطرف الأخر أن يرفض الوفاء الذي تقدم به المدين أو أراده الدائن إن كان الخيار له. أما في حالة الالتزام بالشرط الجزائي فإن طبيعته تحول دون إمكان اللجوء إليه إلاّ في حالة تعذر تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذا عينيا و يترتب على ذلك أن المدين لا يملك الخيار بين تنفيذ الالتزام الأصلي أو الشرط الجزائي بل يكون ملزما من البداية بتنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذا عينيا طالما كان التنفيذ ممكنا و طالب به الدائن ولا يعدل عن ذلك إلى الشرط الجزائي إلا في حالة تعذر التنفيذ العيني [4].

---

[1]- تنص المادة 184 فرع 01 على ما يلي " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"

[2]- إذا كان الجزاء مشترط لعد التنفيذ أو التنفيذ الناقص للدائن أن يطلب التنفيذ أو الجزاء ما لم يكن اتفاق مخالف لذلك

[3]- نجاري عبد الله، مرجع سابق ص 47.

[4]- الدكتور محمد شتا أبو سعد ، مرجع سابق ص 84.

أما النظرية الثانية فذهبت إلى القول بأن حق الدائن في الخيار ليس مطلقا بل مقيدا فإذا لم يعارض المدين في التنفيذ العيني للالتزام الأصلي لا يمكن للدائن أن يطالب بالشرط الجزائي بدلا من التنفيذ العيني خاصة و أنه ما تقرر إلا لضمان مخاطر عدم التنفيذ أو التأخر فيه فما دام التنفيذ العيني ممكنا والمدين لا يرفضه فما على الدائن إلاّ المطالبة بالتنفيذ العيني [1]،وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث أحالت المادة 183 إلى المادة 176 التي نصت على أن:" إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض"، و ما يؤكد ذلك أن الشرط الجزائي ليس التزاما بديلا يجوز فيه للمدين أداء المحل الأصلي للالتزام أو المحل البديل لتبرأ ذمته في الحالتين ،و من هنا يظهر أن الشرط الجزائي طريق احتياطي يلجأ إليه الدائن في حالة عدم حصوله على تنفيذ الالتزام الأصلي أو حالة التأخر في تنفيذه ،ما يوضح ذلك أيضا أن الدائن لا يمكنه الجمع بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي كأصل لأن القول بغير ذلك يجعل الشرط الجزائي وسيلة استغلال في يد الدائن لكن هناك استثناء على هذه القاعدة وهو حالة تقرر الشرط الجزائي للتأخير في تنفيذ الالتزام فهنا يكون ضمانة للأجل المحدد للتنفيذ ولا علاقة له بالالتزام الأصلي فحتى و لو تم التنفيذ العيني بعد فوات الأجل استحق الدائن الشرط الجزائي المقرر للتأخير كتعويض عن الضرر الناشئ عن التأخير والذي يعتبر مستقلا عن الضرر المترتب عن عدم التنفيذ.و هو الشيء الذي تنص عليه بعض التشريعات في قوانينها كالتشريع الفرنسي حيث نص في المادة 1229 على أنه لا يمكن للدائن طلب الأجل و الجزاء إلاّ إذا كان مقررا للتأخير.

**3- الشرط الجزائي التزام تابع:**

الشرط الجزائي التزام تابع بمعنى أنه ليس التزاما أصليا فهو لا يمكن أن يقوم وحده وإنما هو دائما التزام تابع و يقوم مستندا إلى التزام أصيل هذا الأخير الذي يتولد من العقد أو من أي مصدر أخر من مصادر

[1]- - نجاري عبد الله ، مرجع سابق 45.44. 47.

الالتزام الذي يكون محلّه إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل و لكي يتم تنفيذ هذا الالتزام فإن الطرفين يتفقان على أنه في حالة إخلال المدين بالتزامه فإنه يلتزم بتعويض نقدي أو بأي شيء آخر ،و يترتب عن هذه الخاصية نتائج أهمها:

1- بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بالضرورة بطلان الشرط الجزائي، وهو محصلة لتطبيق قاعدة عامة معلومة من القوانين بالضرورة إلاّ أن هناك من التشريعات من أكدت ذلك بالنص عليه صراحة و منه المادة 1227من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأن : "بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي " [1]،ومثل ذلك أن يتعهد شخص بتوريد أسرّة لمحل دعارة والالتزام بدفع مبلغ معين على سبيل التعويض ،فهنا يبطل التعويض بالشرط الجزائي لبطلان الشرط الأصلي باعتباره مخالفا للآداب العامة [2]،ومثاله أيضا بطلان الشرط المبرم بين رجل وامرأته الفنانة على أن لا يطلقها مهما أتت من أفعال عند مباشرتها لأعمالها حتى وإن وصلت إلى حد يكيفها بأنها خيانة زوجية ،وإلاّ دفع لها مبلغا نقديا معين على سبيل التعويض فهذا شرط جزائي باطل لكونه تابع لتعهد أو اتفاق باطل لخروجه على مقتض يات النظام العام والآداب ،كذالك الحال إذا أبرم الاتفاق الأصلي المرتب للالتزام الأصلي شخص عديم الأهلية كان الالتزام بالشرط الجزائي التابع له باطلا، وقد عرفت هذه القاعدة استثناء أي أن الشرط الجزائي يبقى صحيحا رغم بطلان الالتزام الأصلي و ذلك في حالة بيع ملك الغير والذي يكون من نتائجه بطلان البيع و بالتبعية ينشأ للمشتري الحق في طلب التعويض عند استحقاق البيع في يده وذلك طبقا للمادة 399مدني جزائري [3]، والسؤال الذي يثار في هذه الحالة هو كيف يمكن تبرير بقاء الشرط الجزائي صحيحا رغم بطلان الالتزام الأصلي وفي ذلك خروج على قاعدة التبعية ؟

[1]- الدكتور محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق ص 99.
[2]- د. منير قزمان مرجع سابق ص 106.
[3]- نجاري عبد الله ، مرجع سابق ص 54.

_ إن بطلان التزام الأصلي في بيع ملك الغير لا يخل بصحة الشرط الجزائي ولا بخاصية التبعية وذلك أن الشرط الجزائي لم يبق التزاما تابعا لالتزام ناشئ عن عقد باطل أو اعتبر كأن لم يكن وإلاّ كان الشرط الجزائي باطلا شأنه شأن الالتزام الأصلي وإنما هو تابع لالتزام ناشئ عن خطأ البائع لملك غيره ،ومسؤوليته في هذا الصدد هي مسؤولية تقصيرية يصبح استناد الشرط الجزائي إليها ويستحق بذلك التعويض المقدر به تبعا لها [1].

2-بطلان الشرط الجزائي لا يتتبع بطلان الالتزام الأصلي وذلك لأن مصير الأصيل لا يتعلق بمصير التابع وأن انعدام التابع لا يقضي إلى انعدام المتبوع ومثال ذلك أن يشترط الدائن المرتهن على المدين أنه إدا لم يوفه حقه عند حلول أجل الدين ، يبيع العين المرهونة أو يتملكها دون إتباع الإجراءات المقدرة قانونا ،ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلا رغم صحة الالتزام الأصلي.

كما يترتب عن كون الالتزام بالشرط الجزائي التزاما تابعا أن الدائن إذا اختار عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي ،فسخ العقد بدلا من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي سقط الالتزام الأصلي وسقط الشرط الجزائي و تحدد التعويضات في هذه الحالة حسب تقدير القاضي استنادا إلى القواعد العامة. إلا إذا كان الشرط الجزائي قد أريد به مواجهة الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة هذا الفسخ [2].

## الفرع الثاني

## الفروق الجوهرية للشرط الجزائي عما يشابهه

إن من أهم الإشكالات التي تواجه القاضي في حل النزاعات مسألة التكييف خاصة وأن هذا الأخير لا يخضع للتكييف الذي ذهب إليه الأطراف فهو ملزم بإعطاء الوصف القانوني الصحيح للمسألة القانونية و ما يتتبعها من آثار ،وفيما يتعلق بالشرط الجزائي فانه و إن كانت هناك العديد من الأنظمة القانونية التي

[1]- الدكتور محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 99.
[2]-الدكتور محمد صبري السعدي –النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري القسم الثاني –احكام الالتزام-دار الكتاب الحديث،الجزائر. طبعة 2004 ،ص81 .

وإن كانت قد تبدو مشابهة له لما تشترك معه في بعض الخاصيات إلا أن الاختلاف يظهر جليا من ناحية الآثار التي يختص بها كل نظام لذلك سنعرض لتوضيح ذلك بعض الفروق الجوهرية فيما يلي :

**1- الفرق بين الشرط الجزائي و التهديد المالي :**

التهديد المالي أو ما يسمى بالغرامة التهديدية هي حكم على المدين بمبلغ معين عن كل يوم أو أية وحدة زمنية أخرى يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه إلى ما بعد الوقت الذي حدده القاضي لتنفيذه حتى يقوم بتنفيذه أو يبين إصراره نهائيا على عدم تنفيذه [1]، وللغرامة التهديدية عدّة أوجه تتميز بها عن الشرط الجزائي .

الغرامة التهديدية يحكم بها القاضي وليس مصدرها الاتفاق القصد منها حمل المدين على تنفيذ عين ما التزم به في الميعاد ومعيار القياس فيها هو الوحدات الزمنية التي تأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه ،وبذلك تكون أمرا تحكميا لا يقاس بمقدار الضرر كما هو الحال في الشرط الجزائي.

الغرامة التهديدية حكم وقتي تهديدي ،فهي لا تقبل التنفيذ إلاّ إذا حوّلت من غرامة تهديدية إلى تعويض نهائي[2]، لهذا فهي تخضع في ذلك لمطلق تقدير القاضي فإذا لم يصب الدائن أي ضرر من التأخر في التنفيذ فلا يحكم بالتعويض وكذلك الحال إذا رأى القاضي أن المدين لم يكن متعنتا في تأخير التنفيذ [3] ، أما الشرط الجزائي فليس بوقتي ولا تهديدي وإنما هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله [4]، وسلطة القاضي في مراجعة مدى المغالاة فيه مقيدة بضوابط .

و يمكن وجود الغرامة التهديدية إلى جانب التعويض والجمع بينهما ما دامت وسيلة من وسائل التنفيذ العيني بينما في الشرط الجزائي فذلك غير ممكن مادام هو ذاته تقدير اتفاقي للتعويض [5].

---

[1]- الدكتور محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق ص .95

[2]--- الدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 867.866.

[3]-د.محمد صبري السعدي مرجع سابق الصفحة 47 .

[5]- الدكتور محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق ص 97.

1. **الفرق بين الشرط الجزائي والعربون :**

للشرط الجزائي والعربون وجه تشابه ظاهري يتمثل في أن كل منهما ينشأ بالاتفاق كما أن العربون كمقابل لحق العدول يفقده من قدمه في حالة عدوله ويرده ومثله إذا عدل الطرف الأخر، وبالتالي يكون بمثابة مقابل لضرر مفترض الحدوث بسبب العدول عن العقد ولكن هذا التشابه يعدمه الوقوف على حقيقة الطبيعة الذاتية لكل نظام [1].

فالهدف من الشرط الجزائي هو تنفيذ الالتزام الأصلي بدعمه العلاقة القانونية القائمة بين الدائن والمدين، أما العربون المقرر للعدول فنجده يمنحهما حرية التحلل من التزامهما هذا ونجد من جهة أخرى أن العربون قد يتقرر لإثبات العقد حيث يقصد المتعاقدين من إكمال العربون التأكيد على انعقاد العقد فيصبح بذلك دليلا على قيامه عكس الشرط الجزائي الذي يقتصر دوره على ضمان تنفيذ الالتزام .

ومن الفروق الجوهرية أيضا أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر،أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلاّ إذا وقع ضرر للدائن[2].

ونفس الأمر بالنسبة للخطأ فالعربون لا يشترط لاستحقاقه وقوع خطأ ممن صدر منه العدول بل إن ذلك الخطأ لا يمكن تصوّره ممن عدل حيث أنه يستعمل حقه المتفق عليه بينما في الشرط الجزائي يجب توفر خطأ المدين لأعماله[3]، وباعتباره تعويضا يشترط فيه كذلك قيام الدائن باعذار مدنيه مع إمكانية تخفيض قيمته بما يتناسب والضرر اللاحق ،أما في العربون فلا يجوز التخفيض سواء كان الضرر الذي أصاب المتعاقد الأخر من جراء العدول مناسبا أو غير مناسب[4].

---

[1]- الدكتور محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق ص 76.
[2]- الدكتور عبد الرزّاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات وآثار الالتزام الجزء 2 ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ، ط3 2005 ص 864.
[3]- الدكتور محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق ص 77.
[4]- الدكتور عبد الرزّاق السنهوري مرجع سابق ص 865.

وفي خصوص مسألة الخيار فالمدين ملزم بتنفيذ التزامه متى كان ممكنا ومتى طلب الدائن ذلك دون إمكانية إعمال الشرط الجزائي عكس العربون الذي يبقى فيه للمدين حق الخيار حين إتمام العقد أو العدول عنه.

**2- الشرط الجزائي وشرط تحديد المسؤولية :**

سمح القانون للمتعاقدين الاتفاق على تحديد المسؤولية العقدية فقد يتفقان على تحديد حد أقصى لمقدار المسؤولية ،كأن تشترط مصلحة البريد مثلا أن لا تجاوز مسؤوليتها مبلغا معينا عند ضياع طرد أو رسالة فإذا زاد الضرر على هذا المبلغ المعين لم تدفع إلاّ في حدوده وإن قل عنه نزل التعويض إلى مقدار الضرر الفعلي ،أما في الشرط الجزائي فلا ينزل التعويض عن المبلغ المقدّر والذي سبق الاتفاق عليه حتى ولو كان الضرر أقل إلاّ إذا تبين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة[1].

ويختلف كذلك الشرط الجزائي عن شرط تحديد المسؤولية بحد أقصى من حيث المصلحة المحمية من تقريره، فإن كان الشرط الجزائي مقرّرا لحماية مصلحة الدائن نجد بالمقابل أن شرط تحديد المسؤولية قد تقرّر لمصلحة المدين وحده ،ومن الفروق التي نجدها أيضا ضرورة إثبات الضرر ووقوع عبء ذلك على الدائن في شرط تحديد المسؤولية بحد أقصى بخلاف الشرط الجزائي الذي يفترض فيه وقوع الضرر لمجرد تحقق واقعة عدم التنفيذ أو التأخر فيه[2].

وكما قد يتفق الطرفان على تحديد حد أقصى للمسؤولية فقد يتفقان على تحديد حد أدنى لا يمكن للقاضي النزول عنه وهنا قد يتشابه بالشرط الجزائي باعتباره تقديرا جزافيا للتعويض لكن ما يميّز الشرط الجزائي أن المشرع يسمح للقاضي التخفيض منه في الحالة التي يثبت فيها المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفّذ في جزء منه .

[1]- الدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري،مرجع سابق، ص 867.
[2]- نجاري عبد الله ،مرجع سابق، ص 66

## المبحث الثاني

## مجالات إعمال الشرط الجزائي

مجال إعمال الشرط الجزائي هو ذلك الإطار الذي يدخل فيه تطبيقه و للوصول إلى ذلك و معرفته علينا الإجابة على السؤال المتمثل في:ما مدى إعمال الشرط الجزائي في إطار المسؤولية العقدية أم أن نطاقه يتعدى ذلك و يشمل المسؤولية التقص يرية كذلك؟ ويعود أصل هذا التساؤل الى الإشكالات التي طرحت في الواقع العملي للشرط الجزائي إذ أن أكثر ما يعمل به الشرط الجزائي هو في مجال المسؤولية العقدية مما يدفع البعض من الفقهاء إلى إنكاره مطلقا في مجال المسؤولية التقصيرية كونها من النظام العام و لا يجوز الاتفاق المسبق لتحديد قيمة التعويض ، على عكس المسؤولية العقدية التي تخضع لاتفاق الطرفين في تقدير التعويض ، لذا سنعرض مجال إعمال الشرط الجزائي في المسؤ ولية العقدية في مطلب أول ثم مجال إعماله في المسؤولية التقصيرية في مطلب ثان .

### المطلب الأول

### الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية

نجد أن المسؤولية العقدية هي المجال الطبيعي- حسب غالبية الفقه- لاعمال الشرط الجزائي وهذا ما أقره المشرع الجزائري بصريح المادة 183[1] من القانون المدني.إذ نجده معمولا به في عقود القانون المدني وفي عقود القانون التجاري وفي عقود القانون الإداري وحتى في عقود التجارة الدولية المندرجة في إطار قوانين التجارة الدولية[2] إذ أن طبيعته واحدة أيا كانت طبيعة العقد الذي أدرج فيه.

وسنوضح مجال الإعمال في فرع أول و في فرع الثاني نتناول بعض الأمثلة عن العقود و مجال تطبيقات الشرط الجزائي فيها وما قد يطرحه من إشكالات.

[1]- نجاري عبد الله ، مرجع سابق ، ص 96.
[2]- الدكتور محمد شتا أبو سعد ، مرجع سابق، ص 103.

## الفرع الأول

## مجال إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية

سبقت الإشارة إلى أن للشرط الجزائي أهمية بالغة لاسيما من حيث اختصاره للوقت والمصار يف وتفاديه لطول الإجراءات لهذا يعرف انتشارا في مختلف أنواع العقود ، وللوقوف على مجال إعماله يجدر بنا التمييز بحسب كل صورة من صور الالتزام وتبيين مدى إمكانية استعماله فيها.

فقد يكون التزام المدين التزاما بإعطاء أي الالتزام بنقل ملكية أو أي حق عيني آخر فمن ذلك مثلا نقل حق عيني على شيء لم يعين إلاّ بنوعه والذي يتم بإفراز هذا الشيء وإن لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، أجازت المادة 166 من القانون المدني في فقرتها الثانية للدائن طلب التنفيذ العيني بالحصول على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد أمر القاضي أو المطالبة بقيمة الشيء مع ماله من حق في التعويض ،ومن هنا يتضح أنه لا يوجد ما يمنع من الاتفاق المسبق على تقدير قيمة التعويض الذي يدفعه المدين في حالة إخلاله بالتزامه[1]، وقد يكون التزام المدين التزاما بعمل وهو يشمل كل نشاط يتعين على المدين أن يقوم به ولا يكون من شأنه نقل الملكية أو حق عيني آخر.

وينقسم الالتزام بعمل إلى التزام ببذل عناية وإلى التزام بتحقيق نتيجة الذي ينقسم بدوره إلى التزام بتسليم شيء أو التزام بإنجاز عمل معين[2].

يقع على المدين في الالتزام ببذل عناية بذل القدر الواجب من العناية وإذا لم يفعل يكون قد أخل بتنفيذ التزامه مما يخول الدائن الالتجاء إلى قواعد المسؤولية العقدية لطلب التعويض ، مما يعني إمكانية اختيار الطرفين لطريق الشرط الجزائي بالاتفاق على تعويض مسبق يستحقه الدائن في حالة عدم قيام المدين بما يجب من العناية .

[1] نجاري عبد الله ، مرجع سابق ، ص 98.
[2] - الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 779.

في الالتزام بتحقيق نتيجة قد يكون التنفيذ العيني ممكنا دون تدخل المدين شخصيا أين يمكن اللجوء إلى التنفيذ الجبري وهنا تظهر فعالية الشرط الجزائي كما تظهر في الحالة التي يتطلب فيها الالتزام تدخل المدين شخصيا،أين يعمل بالغرامة التهديدية.

للتغلب على تعنت المدين وهذا الطريق لا يؤدي بصورة مطلقة إلى تحقيق الفائدة المرجوة وهي التنفيذ العيني بحيث لو أصر المدين على عدم التنفيذ لم يعد لهذه الوسيلة مجال للبقاء وليس أمام الدائن إلاّ أن يلجأ إلى القاضي طالبا تصفيتها في صورة تعويض نهائي وبدل ذلك يختار الأطراف اللجوء إلى الشرط الجزائي .

الصورة الثالثة من صور الالتزام هي الالتزام بالامتناع عن عمل والذي يقصد به أن يتخذ المدين وضعا سلبيا هو الامتناع عن عمل معين ،وما يميز الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل هو أنه قد ينتج عن مخالفته آثارا مادية من الممكن إزالتها ،كمخالفة الالتزام القاضي بعدم البناء على قطعة أرضية مدة معينة فهنا يمكن إزالة المخالفة بإزالة البناء وقد ينتج عن مخالفته آثار لا يمكن إزالتها كالإخلال بالالتزام بعدم المنافسة وبالتالي لا يمكن تصور التنفيذ العيني فلا يبقى أمام الدائن إلاّ أن يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية[1]، وهنا في هذه الحالة تظهر إمكانية إعمال الشرط الجزائي بدلا من ترك سلطة التقدير مطلقة للقاضي ،وفي الأخير نقول أن الشرط الجزائي يمكن إعماله في كل صور الالتزام سواء كان التزاما بإعطاء أو التزاما بعمل أو التزاما بامتناع عن عمل.

## الفرع الثاني

## تطبيقات الشرط الجزائي في بعض العقود.

**إعمال الشرط الجزائي في عقد الصلح :**

عرّفت المادة 459 قانون مدني الصلح على أنه:"عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"، من المادة يتضح أن الصلح قد يكون

[1]- نجاري عبد الله ، مرجع سابق ، ص 102

بخصوص نزاع مطروح على القضاء وهنا يسمى بالصلح القضائي وإما يهدف إلى توقي نزاع محتمل فيكون غير قضائي والفقه يقول بجواز اتفاق المتصالحين على أن يتضمن عقد الصلح شرطا جزائيا كتعويض يدفعه المدين إذا تأخر في تنفيذ بنود الصلح أو كجزاء على الطعن فيه [1]، فإذا قرّر الشرط الجزائي لمواجهة التأخر في تنفيذ الصلح وتأخر أحد المتصالحين فعلا ،فإنه يحق للطرف الأخر أن يطالبه بالتنفيذ أو أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بأعمال الشرط الجزائي وهذا حسب القواعد العامة للشرط الجزائي.

**_ إعمال الشرط الجزائي في عقد العمل :**

لقد نصت المادتين 136و137 من قانون 11/90على أنه:"يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للإحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون "، " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقيات الجماعية ".

ومن استقرائنا للمادتين يتبين عدم إمكان إعمال الشرط الجزائي في بعض الحالات التي تولاها القانون أو الاتفاقيات والاتفاقيات الجماعية، ومن ذلك عدم إمكان إعمال البند الجزائي في حالة التقليص للأسباب الاقتصادية فالمادة 69 من نفس القانون تنص على أن القرار يتخذ بعد تفاوض جماعي .

كما أنه وفي حالة التسريحات المعتبرة تعسفية لا يمكن لرب العمل التمسك بمقدار التعويض الذي نص عليه في البند كشرط جزائي ليقدمه للعامل فالقانون قد حدّد قيمة دنيا للتعويض لا تقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل كما لو استمر في عمله وهذا ما نصت عليه المادة ( 73-4) من نفس القانون" وفي حالة رفضه الإدماج يمنح العامل تعويضا لا يقل عن الستة أشهر من العمل" وعلى هذا لا يستجيب القاضي لطلب رب العمل في حالة تمسكه بمقدار التعويض الاتفاقي.

[1]- الدكتور محمد شتا أبو سعد ، مرجع سابق، ص121

**إعمال الشرط الجزائي في عقود الإيجار:**

تعد عقود الإيجار ميدانا خصبا لإعمال الشرط الجزائي لما فيه من تعدد التزامات كل من الطرفين، تجعل الإخلال بها أو التأخر في تنفيذها وارد، كتأخر المستأجر في إخلاء العين المؤجرة أو دفع بدل الإيجار أو إحداثه لتغييرات في العين المؤجرة أو عدم محافظته عليها .ومن جهة المؤجر فقد يخل بالتزامه بالتسليم أو بالصيانة أو بالضمان ،وبالعودة للنصوص القانونية التي تحكم هذه الالتزامات نجد أنها تمنح سلطة الحكم بالتعويض في حالة الإخلال بها ،نذكر منها على سبيل المثال نص المادة 477من القانون المدني التي تنص على انه" إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيه صالحة للانتفاع الذي أجرت من اجله أو طرا على هذا الانتفاع نقص كبير جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ".

وتنص المادة 489 فقرة 02 من القانون المدني على انه"...فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت انه كان يجهل وجود العيب ".

وتنص المادة 492من القانون المدني " لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييرا بدون إذن المؤجر إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشا عنه أي ضرر للمؤجر.

فإذا احدث المستأجر تغييرا في العين المؤجرة مجاوزا في ذلك حدود الالتزام الوارد في الفقرة السابقة جاز إلزامه برد العين إلى الحالة التي كانت عليها و بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك ."

وكمثال عن التطبيقات القضائية لهذه النصوص نورد قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984.06.18 ملف رقم 31554 المطبق لنص المادة 492 من القانون المدني أين تم فيه نقض القرار القاضي بالطرد من العين المؤجرة بدل الحكم بمجرد رد العين إلى الحالة التي كانت عليها و الحكم بالتعويض إن اقتضى الأمر.إذ جاء في حيثياته ( حتى مع افتراض وجود مخالفة لشروط عقد الإيجار فالقانون لا ينص على طرد المستأجر من الشقة كعقوبة خاصة بهذه

المخالفة وإنما تنص المادة 492 من القانون المدني في فقرتها 02 على مجرد إلزام المستأجر برد العين إلى الحالة التي كانت عليها و بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك ).[1] ومن خلال نص المشرع على منح سلطة للقاضي في الحكم بالتعويض عند إخلال احد طرفي عقد الإيجار بالتزامه فهذا يعني إمكانية اتفاق الطرفين المسبق على إدراج بند جزائي يقضي بان يدفع المستأجر أو المؤجر مبلغا معينا على سبيل التعويض إن أخل بالتزامه .

وأهم التطبيقات كذلك في مجال الإيجارات نجدها في القروض الايجارية وهي عبارة عن عملية يقوم بموجبها بنك أو مؤسسة مالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا لذلك بوضع آلات أو معدات أو أية أصول مادية أخرى بحوزة مؤسسة مستعملة على سبيل الإيجار مع إمكانية التنازل عنها في نهاية الفترة المتعاقد عليها ويتم التسديد على أقساط يتفق بشأنها تسمى ثمن الإيجار[2] ويشل جزء من رأس المال الأساسي المحمل لتلك النسبة مضافا إليه العائد الذي تتحصل عليه المؤسسة المؤجرة وقد نص على القرض الإيجاري بموجب الأمر المؤرخ في 10جانفي 1996 الحامل للرقم 06/96 وباستقراء بعض مواده نجد انه فتح المجال لحرية التعاقد وأخضع المسؤولية العقدية للقواعد العامة، إذ أجاز الاتفاق على الإعفاء منها ما لم تكن محددة بالقانون إذ نصت المادة 17 من الأمر على أنه يمكن أن ينص عقد الاعتماد الإيجاري باختيار من الأطراف المتعاقدة على الشروط المتعلقة بما يلي: إعفاء المؤجر من المسؤولية المدنية اتجاه المستأجر أو اتجاه طرف آخر في كل المرات التي لا يحدد فيها القانون هذه المسؤولية على أساس أنها من النظام العام ويترتب عنها بطلان الشرط التعاقدي الخاص بها[3] .

[1] برقية بن يوسف ، أهم النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني و التجاري مدعما باجتهادات المحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الثانية ، 2002 . ص59.

[2]- الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الخامسة 2005-ص76

[3]- د. حسين مبروك- القانون التجاري الجزائري وللنصوص التطبيقية والاجتهاد القضائي والنصوص المتممة دار هومة - الطبعة الرابعة ص 465

_ ومن هنا يمكن القول أنه لا مانع من اتفاق الطرفين على إدراج شرط جزائي في حالة عدم تنفيذ أحدهما للعقد أو التأخر في تنفيذه كأن يكون مفاده إلزام المستأجر بالإضافة إلى إعادة الشيء محل العقد بتعويض يتمثل إما في كل البالغ التي تم سدادها أو جزء منها في حالة إنهائه للعقد قبل المدة المحددة.

**إعمال الشرط الجزائي في العقود الإدارية :**

من العقود التي تدرج فيها الإدارة البند الجزائي ،عقود امتياز المرافق العامة وهي عقود إدارية يتولى الملتزم فيها وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد التي تضبط سير المرافق العامة، فضلا عن الشروط التي تدرجها الإدارة في عقد الامتياز، فإن تضمن العقد بندا يلزم المتعاقد مع الإدارة بمباشرة العمل بنفسه وعدم تخويله لشخص آخر تحت جزاء مادي وجب عليه احترامه .

ومن العقود التي يدرج فيها الشرط الجزائي كذلك عقود الأشغال العامة ففي هذه العقود تشترط الإدارة على المقاول الذي يتعاقد معها على أن يدفع مبلغا معينا على سبيل الجزاء عن كل فترة زمنية يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه ،كذلك قد يدرج في عقود التوريد وما يميز البند الجزائي في هذه العقود هو أنه أقرب للجزاء منه للتعويض، تفرضه الإدارة حتى تضمن قيام المتعاقد معها بالتنفيذ على النحو المطلوب فتضمن بذلك حسن سير المرافق العامة ومن هدا فإن اختلاف الشرط الجزائي عن غرامات التأخير والغرامات الإدارية بوجه عام يصبح أمرا مسلّما به فغرامات التأخير تشترطها الإدارة لا بهدف ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته معها في الموعد المحدد لتحقيق المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد [1] ، وما يميز الغرامات التأخيرية أيضا أن الإدارة توقعها من تلقاء نفسها دون حاجة لصدور حكم بها وذلك بمجّرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاء لها ، كما لها أن تعمل

[1]- الدكتور محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق ص 123.

المقاصة بقيمتها من المبالغ المستحقة في ذمتها للمتعاقد معها ولا تخضع الغرامة التأخيرية عكس الشرط الجزائي للسلطة التقديرية للقاضي[1].

## المطلب الثاني

## الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية :

الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي مسبق للتعويض عن ضرر مهما كانت طبيعة العمل القانوني الذي نشأ عنه هذا الضرر فقد يكون ضررا في نطاق عقد أو ضررا خارج المجال التعاقدي عكس ما ذهب إليه بعض الفقهاء، ولتبيان ذلك نتناول في فرع أول إمكانية الإعمال بالشرط الجزائي في مجال المسؤولية التقصيرية وفي فرع ثان نتعرض لبعض الأمثلة لإزالة كل شك حسب الآتي :

### الفرع الأول

### إمكانية الإعمال بللشرط الجزائي في مجال المسؤولية التقصيرية:

احتج جمهور الفقهاء من الفريق الناكر لإمكانية إعمال الشرط الجزائي في غير المجال التعاقدي كون قواعد المسؤولية التقصيرية قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام، و بالتالي لا يجوز للأفراد الاتفاق على عكسها أو الإعفاء منها أو على مجرد تقييدها ويجب أن يترك أمر تقدير التعويض المترتب على أي عمل ضار للسلطة التقديرية للقاضي ، إلا انه يرد على هذا المبرّر أنه لا يلزم من عدم جواز الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو تقييدها عدم جواز اعمال الشرط الجزائي في مجالها لأن طبيعته تجعله بعيدا كل البعد عن الاختلاط بفكرة الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو تقييدها فالشرط الجزائي هو تحديد مسبق لمقدار التعويض المستحق في حالة تحقق وجوبه فهو بذلك لا يحتوي أي إعفاء من المسؤولية و هو في إمكان اللجوء إليه مقيد قانونا بعدم انتهاك أو مخالفة القواعد الآمرة ، لذلك فإن الشرط الجزائي يفقد طبيعته تلك إذا تحول إلى أداة فعلية لتقييد تلك المسؤولية ويجوز للقاضي إهداره لأنه خرج عن حقيقته كأداة

[1]- الدكتور محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق ص 124.

لضمان تنفيذ الالتزام الأصيل باعتباره اتفاق مشروع من اتفاقات المسؤولية وليس اتفاقا مهدرا لقواعد المسؤولية، أما إذا حافظ على طبيعته كتقدير اتفاقي مسبق في حالة حدوث خطأ في المجال التقصيري وحدد تعويضا متناسبا و الضرر فإنه لا يوجد مانع قانوني لإعماله ويظل قائما ونفس الشيء إذا كان الاتفاق منصرفا إلي تشديد مسؤولية المدين لجبر الضرر الناجم عن فعل غير مشروع[1].

## الفرع الثاني

## أمثلة عن جواز إعمال الشرط الجزائي في غير المسؤولية التعاقدية[2]

هناك بعض الحالات التي يتضح فيها إمكانية إدراج الشرط الجزائي في مجال المسؤولية التقصيرية ومنها :

1. اتفاق صاحب مصنع مع جيرانه على كتعويض مقدّما عن الضرر الذي يصيبهم مستقبلا من الدخان المتصاعد من مداخن المصنع أو أصوات آلاته وضجتها[3]

2. الاتفاق المسبق على مقدار التعويض الناجم عن إخلال بالعقد إذا كان هذا الإخلال يشكّل جريمة ، إن إخلال المدين بالتزامه التعاقدي بتبديد الشيء المودع أو المعار لديه بشكل جريمة خيانة الأمانة ،فمتى اتفق المتعاقدان سلفا على مقدار التعويض الذي يستحق عند حدوث هذا الإخلال فإن ذلك يعني الاتفاق على تعويض عن مسؤولية تقصيرية ومصدر التعويض هو الفعل غير المشروع أي خيانة الأمانة وليس العقد بذاته .

3. الاتفاق سلفا على مقدار التعويض في حالة فسخ أحد المتعاملين للعقد: من الاستعمالات الشائعة في مجال الاشتراطات عند إبرام العقود، إدراج بند يقضي بالتعويض في حالة لجوء أحد الطرفين إلى الفسخ وهذا ما يعرف بالفسخ الاتفاقي والشيء الذي جعل كثرة العمل بهذه الشروط هو تشجيع القوانين على ذلك تفاديا للفسخ القضائي ومن تلك القوانين نأخذ كمثال الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري إذ تنص المادة 13 منه على أن فسخ عقد الاعتماد الايجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء من

[1]- الدكتور محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق ص 129.
[2]- الدكتور محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق ص 130-131.
[3]-الدكتور محمد صبري السعدي ،مرجع سابق ص78 .

قبل طرف من الأطرف تمنح الطرف الآخر حق التعويض الذي يمكن تحديد مبلغه ضمن العقد في إطار بند خاص أو في حالة انعدام ذلك، عن طريق الجهة القضائية المختصة .

وبفسخ العقد لا يبقى محل للقول بالمسؤولية العقدية ،بل يسأل القائم بالفسخ على أساس المسؤولية التقصيرية ،ويقتصر الاتفاق المسبق للمتعاقدين على تحديد وتقدير قيمة التعويض المستحق عنها عن طريق الشرط الجزائي .

وتنص المادة 363 ف 2من القانون المدني على جواز اتفاق الطرفين في حالة البيع بالتقسيط على احتفاظ البائع بجزء من الإقساط التي دفعت له على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استفاء جميع الأقساط وهنا كذلك لا مجال للمسؤولية العقدية مادام العقد قد تم فسخه وبالتالي تكون هذه حالة أخرى من الحالات التي نص عليها القانون ويستخلص منها إمكانية إعمال الشرط الجزائي في غير المجال التعاقدي .

# الفـــــصل الثاني

# تطبيقـــات الشرط الجـزائي

إن اتفاق الطرفين على الشرط الجزائي أو إيراده في عقد ما لا يكفي بحسبه لنقول بأننا بصدد إعمال الشرط الجزائي ،بل يكون ذلك فقط كنقطة بداية لتطبيقه ،وحتى تحقق الإخلال بالالتزام ،سواء بعدم التنفيذ أو التأخر فيه غير كاف ولابد من بحث مدى توفر شروط المسؤولية المدنية المتميزة في مجال الشرط الجزائي ببعض الخصوصيات كاشتراط الأعذار وقبله عبء الإثبات وعدم فتح مطلق السلطة التقديرية للقضاء .

هذا ما سنحاول تبيينه في المبحثين المواليين نخصّص الأول لكيفية استحقاق الشرط الجزائي والثاني لرقابة القاضي في إعمال الشرط الجزائي .

## المبحث الأول

## كيفية استحقاق الشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي ليس هو مصدر استحقاق التعويض الاتفاقي أو سببه فمصدر التعويض هو العقد أو العمل غير المشروع وسببه هو التأخر أو عدم تنفيذ الالتزام، و الشرط الجزائي هو مجرد تقدير مسبق لمقدار التعويض وهذا لا يعن بالضرورة استحقاق مقدار التعويض إلا إذا توفرت شروط استحقاقه وهي نفس شروط مسؤولية المدين بوقوع خطأ من جانبه وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية بين الخطأ و الضرر فضلا عن الإعذار.

## المطلب الأول

### وجوب توفر شروط المسؤولية المدنية:

نتكلم في فرع أول عن شرط الخطأ والضرر والعلاقة السببية وفي فرع ثان عن عبأ الإثبات.

## الفرع الأول

### وجود الخطأ والضرر والعلاقة السببية

بالرجوع إلى المادة 183 من القانون المدني نجدها قد أحالت على المواد 176إلى 181مدني وباستقراء المادة 176مدني. نجدها تنص على "...حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه..." ومن هنا نلاحظ اشتراط الخطأ المتمثل في عدم تنفيذ الالتزام وضرر وعلاقة سببية بين الضرر والخطأ ( الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام).

1. **الخطأ:**

الخطأ فقها هو الإخلال بواجب قانوني ، 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 .

**للخطأ عنصرين :**

العنصر المادي و هو التعدي و يراد به تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الإلتزام بها في سلوكه،فهو انحراف في السلوك سواء كان متعمدا أو غير متعمد و الإنحراف المتعمد هو ما يقترن بقصد الإضارا بالغير أما غير المتعمد فهو ما يصدر عن إهمال و تقصير و المعيار في تحديده هو معيار الرجل العادي و هو معيار موضوعي[1] و ليس ذاتي مقتضاه السلوك الذي يصدر من الشخص العادي في الظروف التي تم فيها الفعل و الشخص العادي هو إنسان متوسط الحرص ليس مبالغا في اليقظة و الحيطة و الحذر و ليس خاملا مهملا فهو وسط بين ذلك و ذاك.

أما العنصر المعنوي فيتمثل في الإدراك والتمييز الذي يجب ان يتوافر في الخطأ إضافة إلى العنصر المادي ويقصد بها القدرة على فهم الأشياء وتمييز الشيء الضار عن الشيء النافع[2]، حيث لا يسأل الشخص عن أفعاله التي ألحقت ضررا بالغير إلا إذا كان مدركا لها، والمسؤولية لا تقوم دائما على الخطأ فإن قامت على أساس غيره كالضرر انتفت الضرورة إلى البحث عن الخطأ كشرط لإعمال البند الجزائي ، إذ يكفي في هذه الحالة مخالفة الالتزام لانعقاد المسؤولية[3].

وللإشارة كانت المادة 124 من القانون المدني التي تخص المسؤولية التقصيرية في نصها العربي لا تتكلم بصراحة عن الخطأ ،ثم بتعديل سنة 2005[4] أصبح النص كالآتي :" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

وفي مجال الشرط الجزائي لا يعتبر عدم التنفيذ أو التأخر فيه هو عين الخطأ دائما ومثاله الالتزام العقدي المبرم معلقا على شرط ،ويتسبب الدائن بطريق الغش في تحقيق الشرط ،فالمدين المتأخر في

---

[1]- الدكتور سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات - ( الفعل الضار و المسؤولية المدنية ) الجزء الثاني - دار الكتاب الحديث الطبعة الخامسة 1988 ص 188

[2]- محاضرات الأستاذة لحلو غنيمة لطلبة السنة الأولى - المدرسة العليا للقضاء- سنة 2004-2005

[3]- الدكتور محمد شتا أبو سعد – مرجع سابق ص 174

[4]-- قانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 يوليو سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني جريدة رسمية 44

التنفيذ لم يرق تأخره هنا إلى درجة الخطأ لهذا لا يتصور صدق القول أن مجرد عدم التنفيذ يعتبر خطأ محقّقا للركن الأول من أركان استحقاق التعويض المتفق عليه.

يشترط أن يكون عدم التنفيذ نهائيا من أجل استحقاق الدائن مبلغ التعويض الاتفاقي فلو كان مؤقتا يوقف فقط تنفيذ العقد ،كما يجب أن يكون عدم التنفيذ كليا فإذا كان جزئيا يجب الحكم في حدود مسؤولية المدين[1].

ما يميز الخطأ العقدي أنه يختلف من حيث التزام المدين يكون إما:

- التزاما بتحقيق نتيجة :و المقصود به أن المدين لا يعتبر متحللا من التزاماته التعاقدية ما لم تتحقق النتيجة المتفق عليها في العقد ، فالالتزام بنقل حق عيني أيا كان محل الحق يقصد به تحقيق غاية معينة هي نقل الحق أو القيام بعمل او الإمتناع عن العمل.

- أو التزاما ببذل عناية و هو التزام لا يرمي إلى تحقيق غاية معينة ، بل هو إلتزام ببذل جهد للوصول إلى غرض ما ، فهو إلتزام بعمل لا تضمن نتيجته و المعيار المعتمد هنا من أجل تقدير الخطا الذي يستحق التعويض هو معيار الرجل العادي في بذل عناية فيستحق فيه الشرط الجزائي طالما لم يبذل المدين العناية المطلوبة منه[2].

2. **الضرر:**

الضرر هو أحد أركان المسؤولية المدنية وبالتالي فهو أحد شروط استحقاق التعويض بوجه عام أيا كانت طبيعة هذا التعويض وسواء افترض القانون حدوثه أو كان لابد من إثبات وقوعه، والشرط الجزائي مادام تقديرا اتفاقيا للتعويض لذلك استلزم توافر الضرر كشرط جوهري لإعماله واستحقاق التعويض المقدر عن خطا المدين ونظرا لأهمية الضرر في إعمال الشرط الجزائي افرد له المشرع نصا خاصا به وهو نص المادة 184 التي تنص :"لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم

[1]- نصت المادة 02/184 على جواز تخفيض الشرط الجزائي في تنفيذ جزء من الالتزام.
[2]- نجاري عبد الله – مرجع سابق ص 115

يلحقه أي ضرر ". وبذلك يكون قد جانب التشريعات التي لا تشترط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ومنها القانون الفرنسي قبل تعديله بقانون 09 يوليو 1975 الذي كانت فلسفته آنذاك اعتبار الشرط الجزائي ذا طبيعة جزائية وليست تعويضية وأن العقد شريعة المتعاقدين دون حاجة إلى الالتفات إلى الضرر.

والشرط الجزائي لا يطبق إلا بشأن الغرض الذي قصده المتعاقدان ،فما قصدا التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ الكلي للالتزام اقتصر التعويض على ذلك وإن قصدا التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ الجزئي أو عن التأخر في التنفيذ وجب أن يقتصر التعويض على ذلك.

و حتى يكون الضرر قابلا للتعويض عنه يجب ان يستوفي جملة من الشروط تتمثل فيما يلي:

-**أن يكون محققا:** و هو الضرر المؤكد الحدوث سواء كان حالا،أي وقع فعلا أو كان مستقبلا إذا كان وجوده مؤكدا ، فإذا كان الضرر محقق الوقوع وجب التعويض عنه، و لا يتعين في هذه الحالة انتظار وقوعه لرفع دعوى المسؤولية المدنية .

-**أن يكون الضرر مباشرا:** هو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخر عن الوفاء به، بان يرتبط به ارتباط السبب بالمسبب و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 182 من القانون المدني الجزائري، و على ذلك لا يعتبر الضرر غير المباشر موجبا للتعويض.

-**أن يكون الضرر شخصيا:** و ينصرف القصد فيه إلى انه إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلا، فيجب عليه أن يثبت ما أصابه شخصيا من ضرر ، و إذا كان طلب التعويض بصفة أخرى ، فالإثبات يكون للضرر الشخصي لمن تلق الحق عنه.

-**أن يمس الضرر بحق ثابت أو مصلحة مالية مشروعة:** يجب لاعتبار الضرر قابل للتعويض عنه أن ينطوي على حق ثابت يحميه القانون او على مصلحة مشروعة.

إضافة للشروط التي يجب توافرها في الضرر لاستحقاق التعويض قسم الفقهاء و المشرعون الضرر إلى نوعين ضرر مادي و ضرر أدبي( معنوي).

-**الضرر المادي:** و هو ما يصيب الدائن في ذمته المالية بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية ، كما لو تأخر المدين في تسليم البضاعة التي تعاقد مع الدائن على شرائها منه لاستخدامها ، كما عرف الضرر المادي كذلك على انه 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 ، و هو اكثر شيوعا في المسؤولية العقدية .

و لايثير التعويض عن الضرر المادي أي اختلاف،إذ انه ضرر قابل للتعويض عنه شريطة توافر الشروط السالفة الذكر.

-**الضرر الأدبي ( المعنوي):** و هو عكس الضرر المادي حيث انه لا يلحق الذمة المالية للشخص بقدر ما يمس شعوره و عواطفه و شرفه،و قد تم تعريفه بأنه إخلال أو مساس بمصلحة أو حق غير ماليو معيار التفرقة بين المصالح المالية و المصالح غير المالية هو المحل المعتدى عليه، و يسري على ذاك معيار التفرقة بين الأضرار المادية و المعنوية .

3. **علاقة السببية :**

لا يكف لاستحقاق التعويض المتفق عليه توافر الخطأ والضرر بل يجب توافر العلاقة السببية بينهما[1]، فانتفائها يلزم منه سقوط الجزاء المشروط أو المتفق عليه، فلما كان الشرط الجزائي يتعلق بقواعد المسؤولية فإنه لا يمكن إعمال الجزاء المتفق عليه فيه إلا إذا كان المدين مسؤولا عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

للمدين أن ينفي مسؤوليته بقطع الرابطة السببية بإثبات السبب الأجنبي الذي أحدث الضرر، لذلك تنتفي المسؤولية أذا اثبت أن الضرر غير مباشر أو أنه في مجال المسؤولية العقدية كان مباشرا ولكنه لم

[1]- الدكتور سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات - ( الفعل الضار و المسؤولية المدنية ) الجزء الثاني - دار الكتاب الحديث الطبعة الخامسة 1988 ص 406

يكن متوقعا فعندئذ لا تتحقق أركان المسؤولية ولا يستحق التعويض [1] لكنه يبقى هذا كقاعدة لأنه يجوز الاتفاق على تشديد المسؤولية وتحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ .

ومرجع ذلك إحالة المادة 183 إلى المادة 176مدني التي تنص:".. ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ..."، والسبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة أو فعل الدائن أي خطأ المضرور أو فعل الغير فبالنسبة للقوة القاهرة وإن كانت القاعدة أنه متى رجع عدم التنفيذ أو التأخر فيه إليها فلا إعمال للشرط الجزائي إلا أنه ينبغي التربص حتى يظهر مآل حالة القوة القاهرة وتأثيرها على التنفيذ ويكون من الملائم مجرد وقف الجزاء المتفق عليه مدة يحددها الحكم ليقطع بعدها في شأن أعمال أو عدم أعمال الشرط الجزائي[2] أما خطأ الدائن فإنه يقطع رابطة السببية بين خطأ المدين و الضرر ذلك أنه لا يجوز أن يستند الدائن إلى فعله ليحصل دون وجه حق على تعويض من المدين وإلا كنا بصدد إثراء بلا سبب على حساب المدين ،فإن كان الدائن ملزما بإعطاء تعليمات للمدين كي ينفذ التزامه ولم يعطها له أو إذا كان الدائن ملزما بتسيير إجراءات إدارية ولم يقم بها وترتب على ذلك عدم تمكن المدين من تنفيذ التزامه أو على الأقل في الميعاد المحدد اعتبر الدائن مسؤولا عن ذلك،فالمؤجر الدائن بالشرط الجزائي ضد المستأجر المتأخر في دفع الإيجار بسبب حجز المؤجر على محصوله يعتبر مخطأ لأن المستأجر أصبح عاجزا عن السداد بسبب المؤجر وبالتالي من حقه نفي مسؤوليته بسبب خطأ الدائن.

وقد يتمثل الخطأ الأجنبي في فعل الغير الذي لا ينسب إلى المدين الذي لم يكن يتوقع حصوله ولا يستطيع دفعه وفقا لمسلك الشّخص المعتاد في مثل ظروفه ،هنا يترتب كذلك إعفاء المدين من البند الجزائي إلا إذا كان المدين مسؤولا عن ذلك الغير كأن يكون تابعا له أو كان فعل الغير مساهما مع فعل المدين في إحداث الضرر عندئذ يعفى المدين جزئيا من التعويض.

[1]-الدكتور محمد صبري السعدي،مرجع سابق،ص84 .
[2]- الدكتور محمد شتا أبو سعد – مرجع سابق ص 200

## الفرع الثاني

## عبأ الإثبات

**1. إثبات الخطأ:**

يلزم الدائن بإثبات خطا المدين في مجال المسؤولية غير العقدية، وكذا في مجال الالتزام العقدي ببذل عناية، فلا يجوز الحكم بإلزام المدين بالتعويض الاتفاقي إلا إذا أثبت الدائن خطأ المدين الذي ترتب عليه عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه ومرجع ذلك أن طبيعة الالتزام ببذل عناية كالتزام غير محدّد تقتضي إثبات عدم قيام المدين ببذل العناية المطلوبة ولا يجوز بالتالي النظر إلى عدم التنفيذ وحده ،واعتبار أنه هو الخطأ بعينه ،بل يجب على الدائن إثبات إهمال المدين ولا يطلب منه تقديم الدليل القاطع بل يكفي تقديم ما يجعل الدعوى قريبة التصديق [1]. وللمدين في حالة إثبات الدائن للخطأ أن ينفيه ولعلّ أهم ما يفيد في نفي الخطأ هو إثبات حسن النية كالبائع لعقار لا يعلم كونه مثقل بحق عيني لشخص ثالث، اتفق مع المشتري على شرط جزائي في حالة الفسخ ،فهنا يمكن للبائع نفي الخطأ بإثبات حسن نيته لعدم علمه المسبق بوجود الحق العيني على العقار ،ومن ثمة لا يحكم عليه بقيمة التعويض المحدد في الشرط الجزائي [2].

ومن الصور العديدة الأخرى التي يستطيع المدين بفضلها إفراغ ثبوت الخطأ من مضمونه دفعه بعدم بقائه ملتزما بالالتزام الأصيل كأن يثبت أنه اتفق مع الدائن على تعديل شروط العقد بعد الاتفاق عليه تعديلا من شأنه أن يكشف عن انصراف نيتهما إلى التنازل عن تنفيذ الالتزام الأصيل ،أو أن يثبت أنه لم يقبل الالتزام الذي فرضه الدائن.

[1]- د.محمد إبراهيم الدسوقي – تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر- دار الفكر العربي ص 269
[2]- الدكتور محمد شتا أبو سعد – مرجع سابق ص 177

وعلى عكس ما تقدم يكفي الدائن في الالتزام بتحقيق نتيجة أنه يثبت عدم تحقيق النتيجة المطلوب الوصول إليها ،لأن الالتزام بتحقيق نتيجة التزام محدد ومضمونه لا يثير لبسا لجعل عدم تحقق النتيجة قرينة على ثبوت الخطأ في جانب المدين يمكنه إثبات عكسه بإثبات السبب الأجنبي .

**2. إثبات الضرر:**

إن اتفاق الأطراف المسبق على التعويض كمقابل عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه يدل على أنهما يسلمان بوجود ضرر يلحق الدائن بالالتزام ولذلك ونظرا لطبيعة الشرط الجزائي خرج المشرع عن القواعد العامة في المسؤولية بإعفاء الدائن من إثبات ركن الضرر ، وقلب عبء الإثبات من الدائن إلى المدين[1] . فعلى المدين إذا أراد التخلص من المسؤولية إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ونص المادة 184 جاء صريحا في ذلك بنصه : " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"،فإذا أثبت المدين عدم حدوث ضرر للدائن استطاع بذلك هدم الأساس الذي يقوم عليه استحقاق الشرط الجزائي وبالتالي لا يلزم بالتعويض المتفق عليه.

وعدم حدوث الضرر هي واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، ومنها شهادة الشهود، كإثبات المستأجر الذي أدى تأخره في الوفاء إلى فسخ عقد الإيجار أن ذلك قد مكن مالك العين من إعادة تأجيرها وبشروط أفضل،والقول بوقوع عبء الإثبات على المدين لا يعن عدم إمكانية قيام الدائن بإثبات الضرر إن اختار هو التنازل عن افتراض افترضه القانون لصالحه، ونفس الشيء له أن يقوم بذلك بكافة طرق الإثبات[2].

[1]- الدكتور محمد صبري السعدي- مرجع سابق ص84 .
[2]- الدكتور محمد شتا أبو سعد – مرجع سابق ص 195

## المطلب الثاني

## شـرط الإعـذار

الإعذار هو تسجيل تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وطالما أن الدائن لم يطالب المدين بتنفيذ التزامه لا يعتبر هذا الأخير متأخرا من الناحية القانونية وإن كان متأخرا من الناحية الفعلية [1] ومن هنا تبرز الأهمية العملية لشرط الإعذار والتي تبرر ضرورة توجيهه للمدين وهو ما نشير إليه في الفرع الأول وفي الفرع الثاني نبرز طرق توجيهه.

### الفرع الأول

### إلزامية شرط الإعـذار

الإعذار كشرط لاستحقاق الشرط الجزائي إلزامي في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين أما في الأحوال التي لا ضرورة فيها للإعذار فإنه لا يشترط ،ذلك أنه بمجرد حلول أجل الالتزام لا يكف لجعل المدين في حالة التأخر عن التنفيذ فقد يحل أجل الالتزام ومع ذلك يتسامح الدائن بعدم المطالبة مباشرة بتنفيذ الالتزام مما يفسّر على أنه رضا ضمنيا منه بمد الأجل كونه يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك ،وأساس اشتراط الأعذار هو نص المادة 183 التي أحالت على المادة 179 التي تنص على أنه:"لا يستحق التعويض إلا باعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذالك".

كما يجوز للأطراف الاتفاق مقدما على أن يكون المدين معذَرا بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى الإعذار ،سواء كان هذا الاتفاق ضمنيا كاشتراط وجوب التسليم فورا في عقد التوريد أو صريحا إلا أنه لا ينبغي أن يفهم من وضع الشرط الجزائي اتجاه إرادة الأطراف إلى الإعفاء من شرط الإعذار.

إضافة إلى الإعفاء الاتفاقي من شرط الإعذار هناك إعفاء قانوني أوردته المادة 181 قانون مدني في حالات وجد فيها المشرع انعدام الحكمة المرجوة من الإعذار المسبق فأعفى من القيام به وهي:

[1]- نجاري عبد الله – مرجع سابق – ص 126

_ حالة تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين[1]، ومن صورها مثلا أن يكون تنفيذ الالتزام عير مجد إلا إذا تم في وقت معين ،فإذا فات هذا الوقت أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو لا يحقق الفائدة المرجوة منه كحالة تفويت المحامي لميعاد الاستئناف.

_ حالة كون محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر.

و مثالها إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه ،فالمدين هنا بين مسبقا عزمه على عدم الوفاء بالتزامه ،لهذا فلا جدوى من توجيه الإعذار مادام قد تقرّر لوضع المدين قانونا في حالة المتأخر عن تنفيذ التزامه ،وهو الشيء الثابت من المحرر الذي أكد فيه ذلك ،وهو ما يجعلنا نقول بإمكانية الإعفاء من الأعذار إذا تم التوصل إلى نفس النتيجة بطريق آخر كثبوت ذلك بإقرار المدين بنيته في عدم تنفيذ الالتزام .

_ حالة كون محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك ،فهنا يكون سيء النية ويجب عليه رد الشيء إلى الدائن دون حاجة إلى الإعذار لأن القول باشتراط الإعذار يعني إفادة المدين من خطئه وتحميل المدين عبء خطأ لم يقترفه.

## الفرع الثاني

## طرق الإعذار

نصت المادة 180 من القانون المدني على:" أن يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبيّن في هذا القانون ،كما يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

والإنذار يتم بعقد غير قضائي، أي بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن بوضوح طلبه من المدين تنفيذ التزامه[2]، ويتم التبليغ بنفس الكيفيات المنصوص عليها في المادة 23 من قانون الإجراءات

[1]- إذا كان بفعل الغير انقطعت علاقة السببية وبالتالي لا يستحق التعويض أصلا.
[2]- د.عبد الرزاق السنهوري – مرجع سابق ص 831

المدنية و الإدارية ، إذ تسلم صورة من الإنذار إلى المدين نفسه في موطنه فإن لم يوجد فتسلم إلى أحد أقاربه أو تابعيه أو البوابين أو أي شخص آخر يقيم بالمنزل نفسه.

وأشارت المادة 180 قانون مدني كذلك إلى جواز توجيه الإعذار عن طريق البريد وذلك بإرساله إلى المدين ضمن ظرف موصى عليه مع علم الوصول حسب ما تنص عليه المادة 24 فـ2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

قد يتم الإعذار بما يقوم مقام الإنذار والسؤال المطروح، ماذا يقصد بما يقوم مقام الإنذار؟

يقصد بما يقوم مقام الإنذار أيّ ورقة رسمية يظهر من خلالها الدائن رغبته في وفاء المدين بالتزامه ومن ذلك عريضة افتتاح الدعوى [1] ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة،ولا يقوم مقام الإنذار إقرار المدين في دعوى أخرى أن الدائن قد أنذره كإقرار المشتري بأن البائع أنذره مادام ذلك في وقت لم يكن النزاع على العقد محل الخصومة مطروحا آنذاك ،بل على الدائن تقديم أصل الإنذار حتى يتبين للمحكمة استيفائه للشروط الواجبة[2].

و القول باعتبار رفع دعوى المطالبة بالشرط الجزائي تقوم مقام الإنذار يعني أن الإعذار ليس قيدا على رفع الدعوى [3] وبذلك لا يترتب عن عدم استيفائه دفع شكلي أو دفع بعدم القبول، لكن بالرجوع إلى الأحكام القضائية نجد العديد منها لم يذهب إلى ذلك ومنها الحكم رقم 71/00 الصادر عن محكمة البليدة بتاريخ 2000/02/19 والذي جاء في حيثياته :"حيث أن الإعذار هو قيد للدعوى من شأنه أن يعطي فرصة للطرفين لتسوية النزاع وديا دون اللجوء إلى القضاء.

- حيث أن الإعذار هو أمر وجوبي يقتضي على الدائن توجيهه للمدين قبل المطالبة القضائية.
- حيث ثبت للمحكمة أن المدعية لم تقدم ما يفيد أنها قد أعذرت المدعى عليه من أجل تسديد المبلغ المتبقي في ذمته.

[1]- الأستاذ زوده عمر محاضرات ألقيت على الطلبة السنة الثانية – المدرسة العليا للقضاء- سنة 2005-2006
[2] د.عبد الرزاق السنهوري.مرجع سابق الصفحة832
[3] الأستاذ زوده عمر محاضرات ألقيت على الطلبة السنة الثانية – المدرسة العليا للقضاء- سنة 2005-2006

– حيث أنه وفي هذه الحالة ينبغي على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى شكلا.

ومن قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن كذلك القرار رقم 141951 المؤرخ في 1997/03/12 والذي جاء فيه[1]" حيث وبشأن طلب تسديد ثمن إيجار الشاحنة الثانية فإن هؤلاء القضاة احترموا مقتضيات المادتين 179-180 من القانون المدني والتي تجعل بصفة آمرة استحقاق التعويض لصالح الدائن لا يقوم إلاّ بعد اعذرا المدين هذا فضلا عن ذلك أن العقد المبرم بين الطرفين لا ينص على إعفاء الدائن من القيام بهذا الإجراء بل لا ينظر أصلا لهذه النقطة ".

فيستنتج من ذالك أن الفرع الثاني من الوجه الأول وكذا الوجه الثاني غير سديدين أيضا مما ينبغي رفض الطعن.

## المبحث الثاني

## رقابة القاضي في إعمال الشرط الجزائي

بصدور التقنين المدني الجزائري لسنة 1975 و صدور الأمر 07/05 الؤرخ بفي 13 ماي 2007 المعدل و المتمم له تراجع المشرع الجزائري عن أهم مبدأ من المبادئ التي كان يعمل بها في مجال الشرط الجزائي في إطار القانون الفرنسي لسنة 1804 الذي كان مطبقا قبل سنة 1975 ،وهذا المبدأ هو" مبدأ ثبات الشرط الجزائي " وبتحول المشرع الجزائري هذا أصبح الشرط الجزائي يعتبر تعويضا يخضع للرقابة القضائية ،فما يميز هذه الرقابة وما حدودها ؟

[1]-الاستاذ عمر بن سعيد .الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني مطبوعات الديوان الوطني الأشغال التربوية 2001

## المطلب الأول

## أنواع الرقابة القضائية وخصائصها

لا ينحصر مجال الرقابة القضائية على مبلغ الشرط الجزائي فحسب بل يشمل أيضا شرعيته وشروط تطبيقه، ويختلف دور القاضي من مجال لآخر لاسيما من حيث وجوب تدخله وكذا مدى إلزام الأطراف بهذا التدخل؟ وهذا ما نجيب عليه من خلال عرض أنواع الرقابة القضائية وخصائصها.

### الفرع الأول

### أنواع الرقابة القضائية

أول ما ينظر فيه القاضي هو شرعية الشرط الجزائي ثم ينتقل لبحث شروطه ليصل في الأخير إلى تقدير توافق التعويض، فالشرط الجزائي مقيد بقيد المشروعية أي عدم مخالفته للقانون وجزاء مخالفة هذا القيد هو البطلان، كالشرط الجزائي الذي يضمن تنفيذ اتفاق يتعلق بتركة إنسان على قيد الحياة [1]، أو الحالات التي يكون فيها التعويض مقدرّا قانونا كالقانون رقم 15/74 المعدل المؤرخ في 1974/01/30 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار المادية و الجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات وأساسه، أو يكون محددا بحد أقصى كالقانون الخاص بتحديد مسؤولية الناقل الجوي ( قانون رقم 06/98 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني ) إذ تنص المادة ( 150) منه على:" أنه تمارس مسؤولية الناقل الجوي إزاء كل شخص منقول طبقا لقواعد اتفاقية وارسو المؤرخة في أكتوبر 1999 وبروتوكول لاهاي في 28 سبتمبر 1955 والمصادق عليها من طرف الجزائر.

وتحدد قيمتها ب 250،000 وحدة حسابية كحد أقصى عن كل مسافر ،ويقصد بالوحدة الحسابية في مفهوم هذا القانون وحدة حساب متشكلة من خمسة وستين ملغرام ونصف من الذهب على أساس تسعمائة من الألف من الذهب الخالص ويمكن أن تحول وحدات الحساب المذكورة إلى العملة الوطنية

[1] د.محمد شتا أبو سعد.مرجع سابق ص.163

بأرقام صحيحة ،ويتم التحويل في حالة دعوى قضائية حسب قيمة الذهب للعملة المذكورة في تاريخ النطق بالحكم."

**- الرقابة على تطبيق الشرط الجزائي وتكييفه :**

يخضع القاضي لرقابته أيضا التكييف الذي أعطاه الطرفان للنظام القانوني المعروض أمامه النزاع في شأنه فالقاضي غير مقيد بما أعطي من وصف من قبل الطرفين بل عليه أن يستخلص من الاتفاق والظروف الملابسة والنية المشتركة للطرفين التكييف الحقيقي، فقد يصف الطرفان شرطا بأنه شرط جزائي في حين أنه شرط لتحديد المسؤولية ،وقد يعطيان وصفا آخر في حين أن حقيقته شرط جزائي. ومن بين ما يراقب القاضي كذلك مدى توفر شروط إعمال الشرط الجزائي من خطأ وضرر وعلاقة سببية وإعذار وهي الشروط التي سبقت الإشارة إليها.

فبالنسبة للخطأ يراقب القاضي أن كان مجرد إثبات عدم التنفيذ يكفي لتأسيس الخطأ، أم أن عدم التنفيذ لا يرق ليشكل ركن الخطأ كحالة الالتزام العقدي المعلق على شرط ويتسبب الدائن بغشّه في تحقق الشرط ليجعل المدين في وضعية المتأخر أو الممتنع عن التنفيذ فتأخر المدين هنا أو امتناعه لا يرق ليكون خطأ مادام الدائن قد تسبب في وقوعه بغشه ،وعليه لا يحكم القاضي بالتعويض بناء على الشرط الجزائي لأن أحد الشروط لم يتحقق .

أما شرط الضرر فعلى القاضي التحقق من وجوده وعدمه، فالمشرع سمح للمدين إثبات عدم وقوع الضرر فإن قام فعلا بذلك نقل عبء الإثبات للدائن ليقيم الدليل على تحقق الضرر وإن عجز حكم القاضي بعدم استحقاق التعويض على أساس الشرط الجزائي لعدم تحقق شروط إعماله، ونفس الشيء بالنسبة للعلاقة السببية إذ يجب التحقق من كون الضرر قد نتج من خطأ المدين وأن هذا الأخير لم يتمكن من إثبات السبب الأجنبي الذي يحول دون تحقق أحد شروط استحقاق التعويض الاتفاقي .

قد يتفق الأطراف على تشديد المسؤولية وتحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ فهنا حتى ولو أثبت المدين قيامه فلا ينظر إليه القاضي ويحكم بالتعويض مادامت العلاقة السببية غير منتفية .

كما يراقب القاضي تحقّق شرط الإعذار، وما تجدر الإشارة إليه أن الأطراف قد يتفقان على أن يستحق التعويض بحلول أجل الوفاء دون حاجة إلى اعذار وهنا يعفى الدائن من استيفائه ويعتبر الشرط محققا ،كذالك ينبغي التقيد بالطرق الأخرى التي تحل محل الأعذار ومنها عريضة الدعوى فالقاضي ليس بإمكانه التصريح بعدم قبول الدعوى شكلا لعدم وجود الأعذار والعريضة في حد ذاتها تعتبر بمثابة اعذار.

_ الفرع الثالث من الرقابة القضائية هو الرقابة على قيمة الشرط الجزائي والتي سيأتي الحديث عنها في المطلب الثاني.

## الفرع الثاني

## خصائص الرقابة القضائية على الشرط الجزائي:

من خلال قراءة المادة 184 قانون مدني يستخلص أن لرقابة القاضي على الشرط الجزائي خاصتين إثنين وهما:

_ أنها جوازية بالنسبة للقاضي.

_ أنها إلزامية بالنسبة للأطراف.

### 1. الطابع الجوازي لسلطة تدخّل القاضي:

_ بدأت الفقرة الثانية من المادة 184 مدني بعبارة تفيد الجواز بنصها"ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه."، ويتضح جليا من هذه الفقرة أن تدخل القاضي لا يتحرك إلا بعد إثبات المدين الذي تقررت لصالحه المبالغة أو التنفيذ الجزئي للالتزام ،لكن ما يبقى مثيرا للتساؤل هل تدخل القاضي يتم حتى بدون طلب المدين، وبعبارة أخرى هل أن تدخله يكون من تلقاء نفسه لتعلّق المسألة بالنظام العام أم يبقى موقوفا على القاعدة الإجرائية التي تنص على أن القاضي لا يحكم بما لم يطلب منه .

في إجابتهم على هذا السؤال ذهب رأي إلى اعتبارها من النظام العام ومنهم الأستاذ زرقين رمضان الذي اعتبر النص آمرا كون الفقرة الثالثة من المادة 184 نصت على عدم جواز اتفاق الأطراف على ما يخالفه[1]،لكن هناك من ذهب إلى غير ذلك كون الفقرة السابق الإشارة إليها تتعلق بعدم إمكانية الاتفاق على مخالفة الفقرتين الأولى والثانية من نفس المادة وهما لا تتعلقان بسلطة القاضي التي تبقى خاضعة للقواعد العامة التي تحكم الخصومة وإنما تقيدان حرية المتعاقدين في استبعاد رقابة القاضي ،وبالتالي يبقى تدخل القاضي جوازيا ونحن من جهتنا نقول أن في مسألة الجوازية ينبغي أن نميز بين حالتين وذلك بالتقيد بصريح نص المادة 184،الحالة الأولى هي ما نصت عليه الفقرة الثانية التي تفيد الجواز وهي تخص التخفيض من قيمة الشرط الجزائي وقد جعل المشرع التخفيض أمرا جوازيا للقاضي لكي يقدّر ذلك حسب الظروف المحيطة فإن وجد أنّ ما تم تنفيذه من الالتزام كان تافها أو لم يحصل منه الدائن على فائدة تذكر[2]،وان التقدير لم يكن مفرطا ،فإنه لا يحكم بالتخفيض وإن رأى عكس ذلك قضى بالتخفيض لحماية المدين وتفاديا للاستعمال التعسفي للشرط الجزائي.

أما الحالة الثانية والتي يكون فيها التدخل وجوبيا متى أثبت المدين عدم قيام الضرر إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 184 :"لا يكون التعويض المحدّد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر" .

2. **الطابع الإلزامي لسلطة تدخل القاضي بالنسبة للأطراف :**

كما سبقت الإشارة في الحديث عن الفقرة الثالثة من المادة 184 إذ قلنا أنها تمنع الطرفين من الاتفاق على ما يخالف الفقرتين الأولى والثانية من نفس المادة وهذا يبين بوضوح أنه ليس للأطراف استبعاد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ،كما أنه ليس لهما الاتفاق على استحقاقه من دون تحقق ضرر يصيب الدائن وأن هذه القواعد المنظمة للرقابة القضائية تتعلق بالنظام العام.

[1] نجاري عبد الله مرجع سابق ص207
[2]. محمد شتا أبو سعد .مرجع سابق ص223
.

لكن قد يتفق الطرفان مسبقا على عدم التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي ،هذا الشرط يتضمن استبعاد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ولكن هذا لا ينف الخضوع للرقابة القضائية فلو فرضنا أن الشرط الجزائي أصبح مبالغا فيه بالنسبة للجزء من الالتزام الذي لم ينفذ فيمكن للقاضي أن يخفضه على أساس المبالغة الكبيرة للشرط الجزائي ولكي لا يكون الشرط الجزائي وسيلة للتعسّف.

## المطلب الثاني

## سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

اختلفت التشريعات من حيث منحها للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي، فمنها من أخذ بالأثر المطلق للشرط الجزائي كالقانون المدني الفرنسي قبل تعديله، إذ قضت المادة 1125منه بأنه "إذا تضمن الاتفاق أن يدفع من يخل بتنفيذه مبلغا معينا على سبيل التعويض ،فلا يجوز أن يعطي الطرف الآخر مبلغا أكبر أو أقل منه" ،ومفاد هذه المادة أن القاضي عليه الاحترام التام لإرادة الطرفين وتبعا لذلك لا يجوز له أن يقوم بتعديل التعويض المتفق عليه سلفا إلى حدود الجزاء الحقيقي حسب ما لحق الدائن من ضرر.

وقد انتقد هذا الاتجاه بالرجوع الى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين واحترام سلطة الإرادة لا يعن الخروج عن قواعد العدالة والإنصاف التي تقتضي تدخل القاضي لإعادة تنظيم العلاقات أو الروابط ليمنع حصول الدائن عن تعويض مغالى فيه من مدين ينازع في ذلك ،لهذا نجد أن معظم التشريعات أعطت للقاضي سلطة التدخل ليعدل من الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة حسب الحالة وهو ما نتناوله في الفرعين التاليين .

## الفرع الأول

## سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

منح المشرع سلطة تخفيض الشرط الجزائي للقاضي وذلك في حالتين ،حالة تسديد المدين لجزء من التزامه وحالة المبالغ الكبيرة في تقدير الشرط الجزائي وهنا يكون قد أخذ بما أخذت به التشريعات العربية ومنها القانون المدني المصري إذ تنص المادة 224 فـ2 من القانون المدني المصري على أنه :"ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إدا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ،أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"[1]،وتنص المادة 266 ف 4 من قانون الواجبات والعقود اللبناني على أنه:"وللقاضي أن ينقص البدل المعين في البند الجزائي إذا كان قد قسما من الموجب الأصلي "[2]*،ونتناول تفصيل ذلك حسب ما يلي:

1. **تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي:**

قد ينفّذ المدين الالتزام في جزء منه ويمتنع عن الوفاء بكامل ما التزم به ،فهنا وإن كان التنفيذ الجزئي لا يحقّق كل الأهداف التي كان يسعى إلى الوصول إليها كل طرف إلا أنه لا يمكن نفي تحقق شيء من تلك الأهداف ،لهذا فإنه لا يكون من العدل إهدار هذا التنفيذ الجزئي بصورة كلية ،ويكون من المعقول قيام القاضي بتخفيض نسبي لمقدار التعويض المتفق عليه عندما ينفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه ،ويعتبر بذلك قد احترم إرادة المتعاقدين لأن الشرط الجزائي يوضع لمجابهة حالة عدم قيام المدين بالتزامه أو تأخره في تنفيذه فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه فإن القاضي يكون قد احترم إرادة المتعاقدين إذا خفّض الشرط الجزائي بنسبة ما نفّذ المدين من التزامه .

ويجوز للطرفين الاتفاق على استحقاق التعويض المتفق عليه في حالة ما إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا سليما، ومن قبيل ذلك التنفيذ المعيب بعيب جسيم ،ففي هذه الحالة يستحق الدائن

[1] د.عبد الرزاق السنهوري-مرجع سابق الصفحة .875

[2]-محمد مرعي صعب البند الجزائي المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان طبعة 2006. الصفحة35

الشرط الجزائي كاملا طبقا لاتفاق الطرفين لكن إذا كان هذا العيب غير جسيم وبالتالي يكون الشرط الجزائي كتعويض عنه مبالغا فيه يجوز هنا للقاضي تخفيضه إلى الحد المناسب وفقا للحالة الثانية التي سيأتي بيانها بعد هذه الحالة.

إن تدخل القاضي للتخفيض من قيمة الشرط الجزائي مقرّر لفائدة المدين لهذا يقع على هذا الأخير عبء إثبات حصول التنفيذ الجزئي الذي يعتبر مناط التخفيض طبقا للقاعدة العامة التي تقضي بأن البيّنة على من يدعي خلاف الثابت.

من الإشكالات العملية التي تواجه القاضي هو على أي معيار يقدر قيمة التخفيض فالمادة أعطته سلطة التخفيض دون أن تحدد ذلك عكس بعض التشريعات، فنجد مثلا التقنين الفرنسي في المادة 1231 قد وضع معيار المصلحة أو الفائدة التي حصلت للدائن من التنفيذ الجزئي وليس بنسبة التنفيذ الجزئي في ذاته لهذا فقد يقوم المدين بتنفيذ نسبة كبيرة من التزامه لكن رغم ذلك لم يتحصل الدائن إلا على فائدة قليلة من ذلك فيخفض القاضي بقدرها، وقد يحدث العكس فينفذ المدين جزءا بسيطا من التزامه لكن ينتج عن ذلك فائدة كبيرة للدائن فيخفض القاضي بقدرها وهذا المعيار أقرب للعدالة وأقرب للحقيقة في تفسير نية الطرفين،وبغضّ النظر عن المعيار المعتمد فلا يلزم القاضي عند تخفيضه للتعويض أن يقف على حد يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق الدائن لأن التخفيض على هذا النحو يحبط أثر الشرط الجزائي كلية[1].

وكما سبقت الإشارة إليه عند التطرق لخصائص سلطة تدخل القاضي فإن الصفة الأخرى لهاته السلطة تجعل من غير الممكن تقييد القاضي باتفاق الطرفين حول نسبة معينة لتخفيض مبلغ الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي ،ويبقى للقاضي التخفيض حسب نسبة الفائدة التي جناها الدائن من هذا التنفيذ الجزئي.

و يدعم سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي عدة مبررات:

[1]-د.محمد شتا أبو سعد.مرجع سابق –الصفحة.223

- احترام إرادة المتعاقدين التي اتجهت إلى إلزام المدين بأداء التعويض المتفق عليه في حالة عدم التنفيذ الكلي، فإن هو وفّى بجزء من الالتزام وجب مراعاة ذلك وعدم التعسف بإلزامه بكامل التعويض.
- النزول عند ضرورات العدالة و تخفيف ما ترتب من الضرر:عندما يتفق الطرفان على مبلغ معين كتعويض في حالة عدم التنفيذ الكلي ،فمن العدل افتراض أن إرادتهم قد انصرفت إلى تخفيض مقدار التعويض في حالة التنفيذ الجزئي الذي تم قبوله اختيارا لأن الضرر يكون أخف، فالضرر يقل كلّما زاد الجزء الذي تم تنفيذه من الالتزام ،ولذلك فإن التنفيذ الجزئي يقتضي تخفيض التعويض نزولا على مقتضى ما ترتب عنه من تخفيف الضرر.

- احترام قاعدة عدم جواز الجمع بين الالتزام الأصيل و التعويض: إن التنفيذ الجزئي يعني قيام المدين بتنفيذ جزء من الالتزام الأصيل ومادام ذلك مقبولا من الطرف الآخر وتحقّق لمصلحته فإن القول بمنح التعويض الاتفاقي كاملا بغض النظر عن التنفيذ الجزئي يعتبر جمعا بين الالتزام الأصلي و التعويض،كما أن القول بالجمع قد يوقعنا في تناقض إذ أن المنفّذ لالتزامه جزئيا يكون في وضع أسوأ ممن لم ينفذ إطلاقا ولإمكان تخفيض مقدار الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي يجب توفر شروط ومن أهمها أن يكون الالتزام قابلا للتجزئة،فإذا لم يكن كذلك لم يجد القاضي الأساس الذي يقيم عليه سلطته التقديرية في تخفيض الالتزام مادام الالتزام أصلا غير قابل للتنفيذ الجزئي لعدم إمكانية التجزئة ومثاله الالتزام بامتناع عن عمل، فلا يستطيع الملتزم بعدم المنافسة بأية حال تنفيذ التزامه جزئيا وعلى هذا لا يمكن التخفيض حيث تنعدم إمكانية التنفيذ الجزئي للالتزام الأصيل،وقد يكون الالتزام قابلا للتجزئة بطبيعته ولكنّ التنفيذ الجزئي لا يحقّق المقصود من التنفيذ بحسب غايته وفي هذه الحالة يكون التنفيذ الجزئي كما لو كان غير ممكن ويحق للدائن عدم قبوله وبإمكان القاضي عدم التخفيض في الشرط الجزائي اعتمادا على عدم حصول مصلحة للدائن وهو الشرط الثاني لإمكان تخفيض الشرط الجزائي،

وفي هذا يقول الأستاذ طلال المختار أنه ليس كل تنفيذ جزئي مما يستلزم بالضرورة تعديل الشرط الجزائي[1] لهذا على القاضي البحث أولا فيما إن كان الدائن قد جنا فائدة من التنفيذ الجزئي أم لا.

وثالث شرط لإمكانية تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي هو ألا يقبل الدائن التنفيذ الجزئي ابتداء أو انتهاء.إذا اتفق الطرفان على إمكانية وكيفية تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي أو إذا قبل الدائن ذلك التنفيذ الجزئي بعد حدوثه، فالقاضي هنا عليه أن يحترم إرادة الطرفين في حدود ما يراه عادلا، وهذا لحماية المدين وعدم السماح بجعل الشرط الجزائي وسيلة تعسف،و قد يبنى تخفيض الشرط الجزائي ليس على أساس التنفيذ الجزئي وإنما على أساس المبالغة الكبيرة.

**_ طريقة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي:**

لم يحدد المشرع الجزائري الطريقة التي يعتمد عليها القاضي في تخفيض الشرط الجزائي وهذا عكس بعض التشريعات التي وضحت ذلك صراحة كنص المادة 1231 مدني فرنسي المعدل في 09 يوليو 1975 والتي قررت ما يلي:" في حالة عدم التنفيذ الجزئي للمتعهد يجوز للقاضي تخفيض الجزاء المتفق عليه بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من التنفيذ الجزئي"،إذ يقاس التخفيض بمقدار ما عاد على الدائن من فائدة بسبب التنفيذ الجزئي ،أما عندنا ونظرا لسكوت المشرع نرى أن يراعي القاضي:

_ الضرر الذي أصاب الدائن مقارنة بما عاد له من فائدة .

_ حسن نية المدين ،فما دام تخفيض الشرط الجزائي قرر لحماية المدين كطرف ضعيف في العلاقة القائمة بينه وبين الدائن فهذا يقتضي منه نيّة غير سيئة وإلا لما اعتد القاضي بهذا التنفيذ الجزئي وحكم بالشرط الجزائي بكامله.

2. **تخفيض الشرط الجزائي بسبب المبالغة الكبيرة :**

_ يكون سبب التخفيض في هذه الحالة سببا داخليا يجد أساسه في اتفاق الطرفين ذاته الغرض من التخفيض هو التقدير المبالغ فيه لدرجة كبيرة ،فلو حصل الدائن على التعويض المتفق عليه كاملا لكان في

[1] د محمد شتا أبو سعد.مرجع سابق الصفحة 228

ذلك ظلم بالنسبة للمدين ، يقتضي رفعه تدخل القاضي للتوافق وقواعد العدالة ،ولتحقيق التوازن المعقول بين الأداءات المتقابلة مع مراعاة موقف وظروف الطرفين وتفادي إثراء طرف على حساب الآخر بلا سبب[1].

ومن الأسانيد التي قدمت في شأن وجوب تخفيض التعويض المبالغ فيه ما يلي:

- تحقيق العدالة التي تتنافى مع المبالغة في التحديد الجائر للشرط الجزائي،والحيلولة دون تحول الشرط الجزائي إلى عقوبة، فقد يعلم الطرفان مسبقا بالمبالغة ويقصدان من ورائها جعل الشرط الجزائي شرطا تهديديا لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه، وبهذا يخرج الشرط الجزائي عن الهدف الذي قرر من أجله ليتحول إلى عقوبة فرضها الدائن على المدين ولهذا يتدخل القاضي لإعادة تقدير التعويض حسب القواعد العامة 2،ولا يمكن قيد سلطته في ذلك استنادا إلى بقاء الأمر في نطاق الشرط الجزائي مادامت إرادة الطرفين قد ذهبت إلى ذلك، فقد يحدث أن يرد غلط في التقدير بأن يكون الضرر الذي وقع ليس بالقدر الذي توقعه الطرفان قبل وقوعه بل كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة.

-الوقوف بمقدار الشرط الجزائي عند حقائق الأمور دون تجاوز، والمقصود بالتجاوز زيادة التعويض المتفق عليه عن الضرر زيادة كبيرة تصل إلى حد الإجحاف بحقوق المدين، يجعل من الواجب على القاضي التدخل ليقدر التعويض بما يتناسب مع الواقع وحقائق الأمور.

-الوقوف بالشرط الجزائي عند حد الاستعمال المشروع للحق و ليس للتعسف في استعماله: إن القانون بمنحه للأطراف الحق في الاتفاق المسبق على تقدير التعويض يكون قد خرج عن القواعد العامة التي تمنح السلطة في ذلك للقاضي ،لهذا يجب عليهم الوقوف عند حد الاستعمال المشروع دون مغالاة في التقدير أو التعسف وإلا استرجع القاضي سلطته الأصلية ليخفض من مقدار التعويض و القول بغير ذلك يؤدي إلى سلب جوهر دور السلطة القضائية في تحقيق العدالة.

[1] –الدكور محمد شتا ابو سعد مرجع سابق الصفحة.235
[2] -د.عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق الصفحة.875

_ يقصد بالمبالغة عدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه والضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ بحيث يترتب على ذلك نوع من المضاربة والسؤال المطروح "

ما هي العناصر التي يعتمد عليها القاضي للقول بوجود عدم التناسب الكبير وما هو معياره في ذلك ؟

_ بالعودة لنص المادة 184 قانون مدني نجدها لم تنص على العناصر التي يمكن للقاضي إعمالها للوقوف على وجود المغالاة في التقدير من عدمه لهذا يرجع في ذلك إلى المعيار المادي الموضوعي الذي يقوم على جسامة الفرق بين مبلغ الجزاء المشترط على المدين وقيمة الضرر الفعلي الذي لحق الدائن أي عدم التناسب الكبير بينهما دون النظر الى الظروف الشخصية أو الخاصة، وتحدد المغالاة في التقدير بوقت الحكم وليس وقت إبرام العقد أو وقت المطالبة بالجزاء[1].

**_ طريقة تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه إلى درجة كبيرة:**

إذا أثبت المدين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وقدر القاضي قيمة التعويض فإن ذلك يكون في حدود ما يتناسب و الضرر ولا يتوجب أن يكون مساويا له لأن القاضي عليه أن يحافظ على طبيعة الشرط الجزائي دائما ولا يتحول عنه لتطبيق القواعد العامة في تقدير التعويض و القاضي ملزم بالاستناد إلى شروط العقد والظروف الملابسة فقد يتحصل المدين على مزايا معينة مقابل القيمة المرتفعة في التعويض تجعل القاضي يستبعد القول بوجود المغالاة بعد موازنته بين تلك المزايا والقيمة المرتفعة للشرط الجزائي.

## الفرع الثاني: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

جاء في نص المادة 185 من القانون المدني ما يلي " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدّد في الاتفاق فلا يجوز للدآئن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطا جسيما ".

[1] د.محمد شتا أبو سعد مرجع سابق الصفحة.240

يستخلص من هذا النص أن المشرع الجزائري جعل عدم جواز الزيادة في الشرط الجزائي هو القاعدة فلا يجوز للدائن المطالبة بالزيادة حتى ولو كان الضرر الحقيقي يجاوز بكثير قيمة الشرط الجزائي .ويفسر ذلك الدكتور محمد إبراهيم دسوقي بان العدالة في التعويض توجب الاعتداد بالتعويض الاتفاقي الذي حدده الطرفان مع مراعاة التزام كل واحد منهما، وحسب ظروف التعاقد،لهذا يكون التعويض الكامل غير عادل [1] ،طالما أن خطا المدين لم يصل إلى درجة الغش أو الخطأ الجسيم وهو الاستثناء الذي أورده المشرع الجزائري ويشترط لتطبيقه شرطان :

– ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما .

– زيادة الضرر عن قيمة الشرط الجزائي.

1.**ارتكاب المدين غشا أو خطا جسيما:** إن تنفيذ العقود مقيد بقيدين أولهما أن يكون التنفيذ حسب الاتفاق وثانيهما أن يكون هذا التنفيذ بحسن نيّة،وعليه فمتى اثبت الدائن سوء نيّة المدين كأن يمتنع عن التنفيذ رغم قدرته على ذلك عمدا ،حتّى ولو لم يقصد الإضرار بدائنه، أو كان ذلك نتيجة خطئه الجسيم فعلى القاضي ألا يتقيّد بالشرط الجزائي،ويحكم بتعويض اضافي ، أما إذا ثبت للقاضي أن المدين لم يقصد عدم تنفيذ التزامه بل يرجع ذلك إلى ظروف مستقلّة عن نيته فله أن يحرم الدائن من طلبه في زيادة الشرط الجزائي. ولا يلزم بتسبيب حكمه بأسباب خاصة عندما يرفض تعديل الجزاء المنصوص عليه إذ أن الأصل هو ألا يتدخل في اتفاق الأطراف[2].

2. **زيادة الضرر عن قيمة الشرط الجزائي:** يقتضي تدخل القاضي وجود زيادة في الضرر مقارنة بالشرط الجزائي ،ولكي يمكّن من ذلك على الدائن إثبات مقدار الضرر الذي لحق به .والسؤال الذي يتبادر في هذا الشأن ،على أي أساس تبنى مسؤولية المدين في هذه الحالة؟

هناك من ذهب إلى تأسيسها على فكرة الخطأ التقصيري استنادا على أن الضرر الناشئ غير متوقع وقت التعاقد ونحن من جانبنا نرى بان هذه الحجة غير كافية خاصة وان المشرع في نص المادة 182 من

[1] د محمد إبراهيم دسوقي مرجع سابق الصفحة .437.

[2] .إبراهيم سيد احمد الشرط الجزائي في العقود المدنية .المكتب الجامعي الحديث .الطبعة الأولى 2003الصفحة76.

القانون المدني قد وسع من مجال الضرر ليشمل الضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية إذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما وهي الحالة التي نحن بصددها .

**الخاتمة:**

في الختام يمكن القول بان المشرع الجزائري قد تفادى الكثير من النّقائص التي كانت محل نقد من الفقه فيما يخصّ نظام الشرط الجزائي عند سنّه للقانون المدني ، لاسيما تراجعه عن مبدأ ثبات الشرط الجزائي ،وكذا إطفاء الصفة التعويضية عليه ليقيد بذلك الحرية التعاقدية حتى لا يكون وسيلة لإثراء الدائن ولو لم يلحقه أي ضرر ،مع تقييد القاضي من جهة أخرى بمنحه رقابة احتياطية لا يستطيع ممارستها ما دام الشرط الجزائي معتدلا ومعبّرا عن الضرر الحاصل بما يتلاءم وهذا النظام الذي لا يهدف إلى التعويض المساوي .

ومع هذا ينبغي الإشارة إلى بقاء بعض المسائل التي يجدر مراجعتها وتداركها،كمسألة تحديد طريقة تخفيض الشرط الجزائي لنسهل للقاضي مهمّته وليتسنى لجهة النقض ممارسة رقابتها التي تنصب على العناصر القانونية دون الوقائع .

أما المسالة الثانية فتتمثل في إعطاء القاضي سلطة أوسع لزيادة الشرط الجزائي وعدم الاكتفاء بحالة غشّ المدين وخطئه الجسيم ،خاصة وان العديد من التشريعات قد عدلت عن هذا الحصر مما يثير من ناحية أخرى إشكالات التنازع في تطبيق القانون.

كما سأعرض في هذه الخاتمة بعض النتائج و التوصيات التي توصلت إليها من خلال دراستي لهذا الموضوع.

**أولا: النتائج**

1 - إن الشرط الجزائي ذو طبيعة قانونية متميزة تجمع بين التعويض و العقوبة ، فهو تعويض بالدرجة الأولى لأن المشرع ربط استحقاقه بوجوب تحقق الضرر، غير أن ذلك لا ينفي عنه صفة العقوبة بدليل أن المشرع في نص المادة 184 من القانون المدني الجزائري لم يجز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي إلا إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا .

2 - اعتمد المشرع الجزائري الازدواجية في المعايير حينما اعتبر الرقابة القضائية على الشرط الجزائي من النظام العام بالنسبة للأطراف إذ لا يجوز لهم الإتفاق على استبعادها ، أما للقاضي فإنها لا تعتبر من النظام العام لأنه لا يملك سلطة المبادرة بالتعديل من تلقاء نفسه، كما أنه سلطته في تخفيض الشرط الجزائي تعتبر جوازية.

3 - اعتمد المشرع الجزائري الازدواجية في توفير الحماية للأطراف إذ وفر للمدين حماية كبيرة حينما جعل الشرط الجزائي قابلا للتخفيض القضائي في حالتين هما التنفيذ الجزئي للالتزام و الإفراط في التقدير ، بينما لم يوفر للدائن ذات الحماية عندما منع القاضي من الزيادة في قيمة الشرط الجزائي حتى و لو أثبت الدائن أن التقدير كان منخفضا لدرجة كبيرة مقارنة مع الضرر الذي لحقه، أما عن حالة الغش و الخطأ الجسيم كسبب للزيادة فلا تعتبر حماية للدائن كونه امر تقضي به القواعد العامة.

4 - يحمل الشرط الجزائي بين طياته قرينة العدالة التي تفترض انه مساو لقيمة الضرر ، فالأصل ان القاضي بالمبلغ المتفق عليه كما هو دون زيادة أو نقصان ، و ذلك احتراما للإرادة الظاهرة للأطراف.

**ثانيا: الاقتراحات:**

من خلال النتائج المتوصل حاولنا تقديم جملة من الإقتراحات قد تشكل حلولا لبعض الإشكالات التي يطرحها موضوع الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله:

1-نقترح على المشرع الجزائري ان يجعل الإعذار مفترضا بمجرد إخلال المدين بالتزامه ، مع السماح للأفراد باشتراطه إذا اتفقوا على ذلك، كونه لا يتعلق بالنظام العام كما أن اشتراطه يتعارض مع مقاصد الشرط الجزائي و هو التخفيف من الإجراءات و التكاليف.

2- كما نناشد المشرع الجزائري ان يجعل سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام و عليه نقترح تعديل المادة 184 من القانون المدني الجزائري .

3- نقترح على المشرع الجزائري ان يحد من مجال إعمال الشرط الجزائي في العقود،و ذلك من خلال استثناء التأخر في تنفيذ الالتزام إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، تماشيا مع ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ،على انه ربا أو انه طريق مفضي إلى الربا.

4-ينبغي على المشرع ان يضع حدا معينا او نسبة معينة إذا بلغها الشرط الجزائي اعتبر التقدير مفرطا و بالتالي انعقد الإختصاص للقاضي بتعديل مبلغ التعويض سواء بالزيادة او النقصان ، و ذلك منعا لأحكام قضائية تتسم بالذاتية.

# المراجع

**1-النصوص القانونية :**

-الأمر رقم 75-58.المؤرخ في 26 ديسمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005.

-الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10_01_1996 المتعلق بالاعتماد الايجاري .

-الأمر رقم 75-79.المعدّل والمتمم المتضمن القانون التجاري .

-الأمر 66-56 المؤرخ في08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية .

-القانون 90-11 المعدل والمتمم المتعلق بمنازعات العمل الفردية .

**2- المؤلّفات:**

- إبراهيم سيد احمد-الشرط الجزائي في العقود المدنية
المكتب الجامعي الحديث-الطبعة 2003.

-بن رقية بن يوسف. أهم النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني والتجاري
.الديوان الوطني للأشغال التربوية-الطبعة 2002.

– د.حسين مبروك.القانون التجاري الجزائري والنصوص التطبيقية والاجتهاد
القضائي والنصوص المتممة-دار هومة –الطبعة الرابعة.

-د. سليمان مرقس الوافي في القانون المدني الفعل الضار والمسؤولية المدنية .
الجزء الثاني.دار الكتاب الحديث-الطبعة الخامسة 1988.

-د.عبد الرزاق السنهوري الوسيط فيشرح القانون المدني الجديد .الإثبات وآثار
الالتزام.الجزء الثاني –منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت لبنان –
الطبعة الثالثة2005.

-د.عبد الحميد الشواربي.فسخ العقد –دار الكتاب الحديث-

-الأستاذ عمر بن سعيد الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني
الديوان الوطني للأشغال التربوية.2001 .

-د.محمد صبري السعدي.النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري
-القسم الثاني –أحكام الإلتزام –طبعة 2004 دار الكتاب الحديث . الجزائر

-د.محمد شتا أبو سعد.التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية
دار الجامعة الجديدة للنشر –الطبعة .2001.

-د.محمد إبراهيم دسوقي. تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر

دار الفكر العربي.
-محمد مرعي صعب .البند الجزائي "دراسة مقارنة" المؤسسة الحديثة للكتاب 2006.
-د.منير قزمان التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء
دار الفكر الجامعي 2002
-الطاهر لطرش تقنيات البنوك -ديوان المطبوعات الجامعية-
الطبعة الخامسة.2005 .

**3-الرسائل:**

- بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية المدنية بعنوان الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري "دراسة مقارنة".جامعة الجزائر-معهد الحقوق والعلوم القانونية- للطالب نجاري عبد اللّه.

**4- المحاضرات:**

-محاضرات الأستاذة لحلو غنيمة لطلبة السنة الأولى-المدرسة العليا للقضاء-سنة 2005/2004 .
-محاضرات الأستاذ زودة عمر ألقيت على طلبة السنة الثانية-المدرسة العليا لقضاء-سنة 2006/2005.

## الفهرس

مقدمة
الفصل الأول: مفهوم الشرط الجزائي.....01
المبحث الأول: تعريف الشرط الجزائي.....01
المطلب الأول: تعريفات الفقهية الشرط الجزائي وأهميته.....02
الفرع الأول: تعريفات الفقهية الشرط الجزائي.....03
الفرع الثاني: أهمية الشرط الجزائي.....04
المطلب الثاني:مميزات الشرط الجزائي.....06
الفرع الأول: خصائص الشرط الجزائي.....06
الفرع الثاني: الفروق الجوهرية للشرط الجزائي عما يشابهه.....11
المبحث الثاني: مجالات إعمال الشرط الجزائي.....15
المطلب الأول: الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية.....15
الفرع الأول: مجال إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية.....16
الفرع الثاني: تطبيقات الشرط الجزائي في بعض العقود.....18
المطلب الثاني: الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية.....22
الفرع الأول: إمكانية الإعمال بالشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية.....22
الفرع الثاني:أمثلة عن جواز إعمال الشرط الجزائي في غير المسؤولية التعاقدية.....23
الفصل الثاني: تطبيقات الشرط الجزائي.....25
المبحث الأول: كيفية استحقاق الشرط الجزائي.....25
المطلب الأول: وجوب توفر شروط المسؤولية المدنية.....26
الفرع الأول: وجود الخطأ والضرر والعلاقة السببية..... 26
الفرع الثاني: عبأ الإثبات.....30
المطلب الثاني: شرط الإعذار.....31
الفرع الأول: إلزامية شرط الإعذار.....32
الفرع الثاني: طرق الإعذار.....33
المبحث الثاني: رقابة القاضي في إعمال الشرط الجزائي.....35
المطلب الأول: أنواع الرقابة القضائية وخصائصها.....35
الفرع الأول: أنواع الرقابة القضائية.....36
الفرع الثاني:خصائص الرقابة القضائية.....38
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.....40

الفرع الأول: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي.....40
الفرع الثاني: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي..... 46
الخاتمة.....48
قائمة المراجع.....49

# الملـــخـــــص

**ملخص**

تتناول هذه الدراسة إشكالية الموازنة بين إرادة الأطراف التي يجسدها الشرط الجزائي، و بين مبادئ العدالة التي تحميها الرقابة القضائية عليه.

و قد توصلنا إلى ان المشرع الجزائري لم يوفق في تحقيق هذه المعادلة بشكل مطلق ، أين تبين طغيان مبدأ الحرية التعاقدية على الرقابة القضائية التي لا تزال وفق تنظيمها الحالي قاصرة عن إدراك هذا التوازن.

**Résumé**

Cette étude sur la problématique de l'équilibre entre le principe de la volonté des parties dans la cause penale, et les principes de justice qui sont protégés par un contrôle judiciaire.

On a conclu que le législateur algérien a échoué dans la réalisation da cette équation dune façon absolu, montrant ou la tyrannie du principe de la liberté contractuelle sur le contrôle judiciaire qui est toujours organise selon la mauvaise intensité de réaliser cet équilibre.