الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

مقـدمـــة:

مما لاشك فيه إن لكل موضوع أسباب تبرر للباحث الخوض فيه دون غيره وهي وان تعددت وتنوعت لا تخلو من أن تكون أسباب ذاتية وأخرى موضوعية من جهة أو أسباب علمية وأخرى عملية من جهة أخرى.

والموضوع الذي سنتناوله بالدراسة يجمع بين هو الأخر بين الأهمية العلمية والعملية وذلك بحكم ارتباطه بمسائل قانونية تشكل حجر الزاوية في نظر الالتزامات التي أساس القانون المدني بصفة خاصة والقانون كحل بوجه عام.

ويعرف الإلتزام بصفة عامة بأنه علاقة قانونية بين شخصين أو أكثر يلتزم بموجبها احدهما وهو المدين اتجاه الأخر وهو الدائن بأداء سواء كان هذا الأداء منح شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه. وحسب المصدر أو الواقعة المنشئة له فأما هذه العلاقة إما أن تكون تعاقدية أو غير تعاقدية. بمعنى إن الإرادة تلعب دورا أساسيا في تكيف هذه العلاقة

إن هذا التقسيم البسيط لمصادر الإلتزام لا يكشف تماما عن الحقيقة ولذا اعتبره بعض الفقهاء ناقصا نوعا ما وإقترح تقسيما آخر بديلا له يقوم على أساس موضوع الالتزام وليس على مصدره .[1]

يتميز الالتزام المدني بغض النظر عن مصدره موضوعه بعنصر أساسي فيه نفتقد في الإلتزام طبيعي وهذا العنصر هو السلطة المخولة لدائن في إجبار مدينه على تنفيذ تعاهدا ته بالقوة عند الاقتضاء فإذا أخر المدين بالتزاماته يستطيع الدائن في كل وقت مادام أجل التنفيذ قد حل أن يطلب من القضاء الحكم بالتنفيذ العيني للإلتزامات المخل بها من طرف مدينه ظل هذا الأخير أي التنفيذ العيني ممكنا بالنسبة للقاضي فانه يستطيع في هذه الحالة

---

[1]- **إن تقدير وجود الإلتزام الطبيعي مسألة واقعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وهذا ما أشارت إليه المادة 161 من القانون المدني يقولها : " يقدر القاضي ، عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعي".**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

الضغط على إرادة المدين ومقاومة تعنته و من ثم إرضائه الدائن .غير انه في بعض الحالات يكون الضغط على المدين أمر يصطدم مع قواعد الأخلاق القانونية . يكون الحال كذلك كل ما كان تنفيذ الالتزام عينيا يتطلب التدخل الشخصي لهذا الأخير فالطبيعة الخاصة لبعض الالتزامات تأبي كل فكرة ترمي إلى تحقيق أو مواصلة التنفيذ الجبري للإلتزام كما إن هناك إلتزامات تتطلب بطبيعتها إن تنفيذ خلال أجل محدد وانه بعد فوات هذا الأجل يصبح تنفيذها بدون فائدة لدائن ففي مثل هذه الحالة يضطر الدائن إلى اللجوء إلى القاضي لتحديد وبصفة تحكمية نطاق الضرر الذي سببه له عدم التنفيذ من أجل تقدير التعويض المستحق الذي نادرا ما يكون ملبيا لحاجات الدائن ولتجنب هذا وذاك فيما سبق ذكره ، فان القانون أجاز اللجوء إلى التعويض الاتفاقي [1] ضمن حدود معينة وهكذا قد أصبح من الشائع اليوم بين المتعاقدين تحديد مسبق في العقد بواسطة بند أو شرط يسمى البند أو الشرط الجزائي ، أو في تصرف لاحق به مبلغ التعويض المستحق لجبر الضرر الذي يمكن أن يحصل من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه أو حتى للضغط على إرادة المدين لإرغامه على تنفيذ التزامه تنفيذ عينيا ولهذا يمكن طرح الإشكال الذي سوف نقوم بالإجابة عليه في دراسة هذا الموضوع وهو كالأتي:

إلى أي مدى يمكن اعتبار الشرط الجزائي طريق يمكن اللجوء إليه بموجب تعهد احد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق عن طريق تقديم شيء في حالة عدم التنفيذ ؟

وهي ماذا تتمثل الآثار المترتبة عن الشرط الجزائي ؟

ومن خلال هذا تظهر لنا الأهمية لهذا الشرط الجزائي في الاتفاق على مقدار التعويض في حالة عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذه. وعليه يمكن لنا عرض الخطة التي نلتزمها طوال هذه الدراسة تتمثل في فصلين :

---

[1]-أنظر المواد 183-184 من القانون المدني الجزائري

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

الفصل الأول: مفهوم الشرط الجزائي.

الفصل الثاني: نطاق وآثار الشرط الجزائي.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

الفصل الأول:مفهوم الشرط الجزائي

– لتحديد وبصفة دقيقة مفهوم الشرط الجزائي يتعين علينا أن نعرفه و من خلال التعريف يمكن الإشارة إلى أنواعه وخصائصه للوقوف على شروطه وإستخلاص طبيعته القانونية كما سنحاول تسليط الأضواء على المضامين المختلفة التي تشابهه.

المبحث الأول: تعريف الشرط الجزائي وشروطه.

لقد شاع إستعمال الشرط الجزائي في الحياة المعاصرة لاسيما في مجال المعاملات المدنية والتجارية فالبائع يلجأ إليه حتى يضمن قيام المشتري بتسليم الشيء المباع والمشتري يشترطه حتى يضمن سداد الثمن دون تأخير وانتشر كذالك في عقود أخرى كعقد الإيجار مثلا [1] . فسوف نعرض تعريف الشرط الجزائي في المطلب الأول وشروطه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي

يميز عادة فيما يخص تعريف الشرط الجزائي بين نوعين من التعاريف أولهما تعريفا قانونيا جاء به المشرع وثانيهما تعريفا فقهيا قال به الفقه .

---

[1] - **الدكتور : محمد شتا أبو سعد ، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية ، دار الجامعة الجديدة لنشر ، الطبعة 2001 ، الإسكندرية ، ص 63.**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

الفرع الأول:التعريف القانوني:

إن المشرع الفرنسي خلافا لأغلب المشرعين في العالم ومنهما المشرع الجزائري والمصري تعرضا لتعريف البند الجزائي قي مادتين:

المادة 1226 – مدني، والمادة 1229– مدني، غير مباليا بالمبدأ العام القائل:" إن التعريف ليس من إختصاص المشرع ".

فعرفه في المادة 1226 – مدني بقوله:[1] " الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ الإتفاق عن طريق تقديم شيء في حالة عدم التنفيذ ".

في حين في المادة 1229 – مدني قال عنه بأنه:[2] "تعويض الدائن عن الأضرار التي تصيبه نتيجة عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي ". يلاحظ على التعريفين الذي جاء يهما المشرع الفرنسي إن التعريف الأول هو تعريف عام من جهة ومن جهة آخر يعتبر ناقصا إذإقتصر على عدم التنفيذ.

أما التعريف الثاني فقد لقي معارضة شديدة من طرف جانب من الفقه الذي كان يعتبر الشرط الجزائي عقوبة.

كما إنتقد هذا التعريف لكونه جاء مخالفا لروح

المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي والتي بمقتضاها يمكن للدائن أن يحصل على قيمة الشرط الجزائي حتى ولو لم يلحقه أي ضرر[3]. وإن التعريف الوارد بالمادة 1229 مدني فرنسي سابقة الذكر

---

[1] Article : 1226 : la clause pénale est celle par la quelle une personne pour s'assurer l'exécution d'une convention s'engage à quelque chose en ca d'inexécution.

[2] Article : 1229 : la chance pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

[3]- الأستاذ نجارى عبد الله , الشرط الجزائى في القانون المدني الجزائري , رسالة ماجستير , جامعة الجزائر , أفريل 1983 , ص 07 .

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

رغم عيوبه الظاهرة فقد نقله المشرع اللبناني بالمادة 226 من قانون الموجبات والعقود.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي:

إن التعريفات الفقهية التي أعطيت للبند الجزائي لا تحصى ولا تعد ويمكن القول إلى حد ما إن عددها يكون مساوي لعدد الكتاب والفقهاء الذين تعرضوا لهذا الموضوع بالدراسة والبحث.

وعلى أي حال سوف تقتصر على ذكر البعض منها :

عرف الأستاذ: " **محمود جمال الدين زكى**" الشرط الجزائي بأنه:

تقدير إتفاقي لتعويض وعلى وجه التفصيل مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدما التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدها نتيجة خطا يقترفه الأخر [1] وقال عنه الدكتور :" أنو سلطان " بأنه إتفاق يقدر فيه المتعاقدين سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين إلتزامه أو تأخر في تنفيذه[2].

وعرفه كذلك الدكتور خليل أحمد حسن قدادة : بأنه عبارة عن إتقاف سابق على تقدير

التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخير في تنفيذه [3].

---

[1]-الدكتور : محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري ، الطبعة 3 ، جامعة القاهرة ، سنه 1978 ،ص 758

[2]الدكتور: أنور سلطان، أحكام الإلتزام، الطبعة سنة 1980، بيروت، ص 71

[3]الدكتور : خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، أحكام الإلتزام الطبعة 2 ، سنة 1992 ، ديوان المطبوعات الجامعة الجزائر ، ص 39 .

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

وهذا ما يمكن إستخلاصه من المادة 182 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد ".

يتضح لنا القانون يجيز للمتعاقدين الإتفاق مقدما على التعويض بحيث يكون مستحقا إذا ما أخل المدين بتنفيذ إلتزامه أو تأخر في الوفاء به ولما كان هذا الإتفاق يدرج عادة ضمن شروط العقد فقد درج على تسميته بالشرط الجزائي لكن لا يمنع هذا الوضع إن يرد مثل هذا الإتفاق على التعويض في إنفاق لاحق للعقد الأصلي كما تقرر بذلك المادة 183 من قانون المدني الجزائري على انه :

" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق ".

هذا وبعدما إنتهينا من تعريف الشرط الجزائي فنقول انه ما دام أن البند الجزائي يهدف إلى التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزامات العقدية فمن الطبيعي أن يتنوع بحسب تنوع درجة الإخلال بهذه الإلتزامات .

إن عدم إحترام إلتزامات العقد قد يأخذ شكل عدم التنفيذ وقد يأتي في صورة التأخير فيه فقط وعلى ذلك يوجد نوعين من الشرط الجزائي.

- الشرط الجزائي لعدم التنفيذ . **Clause pénale compensation**
- الشرط الجزائي المقرر للتأخير . **Clause pénale moratoire**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

ومسألة التمييز بين هذا وذاك هي مسألة واقعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع عن طريق تفسير إرادة المتعاقدين بالرجوع إلى ظروف العقد وطبيعة المعاملة ونوعية الأعراف الجارية وهذا ويتصف البند الجزائي بجملة من الصفات قد تفيد كثيرا في تمييزه عن غيره من النظم . فهو إلتزام إتفاقي ، تبعي ، إحتياطي هدفه تقدير التعويض .

أولا :إنه إلتزام إتفاقي :

وهذا ما أشارت إليه المادة 183 من القانون المدني الجزائري بقولها:" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181.

وهذا الإتفاق حسب ما نصت علية هذه المادة يجوز أن يكون معاصرا للعقد الأصلي كما يجوز أن يكون لاحقا له بل أن من الفقه من تصور إمكانية مثل هذا الإتفاق قبل وجود العقد الأصلي[1].

ثانيا : إنه إلتزام تبعي :

إن الإلتزام الجزائي هو إلتزام تبعي ولا يمكن أصلا تصور وجوده مستقلا عن الإلتزام الأصلي فهو كمبدأ عام يوجد مع وجوده ويزول بزواله(أ) .غير أن هناك حالات إستثنائية لهذا المبدأ يكون فيها البند الجزائي نوعا من الإستقلالية (ب).

أ– المبدأ : وللتأكيد على مبدأ التبعية نصت للمادة1227 قانون مدني فرنسي على أن : " بطلان الإلتزام الأصلي يسبب بطلان البند الجزائي ، أم بطلان هذا الأخير فانه لا يؤدي مطلقا إلى بطلان الإلتزام الأصلي."

ومما لا شك فيه أن البند الجزائي يتبع الإلتزام الأصلي حتى في الشروط والأوصاف[1].

---

[1]- **الدكتور: نجارى عبد الله , نفس المرجع السابق , ص 08 .**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

ب– الإستثناءات :

هناك حالات لا يرتب فيها بطلان الإلتزام الأصلي إبطال البند الجزائي بل الذي يحصل

فيها هو أن وجود الشرط الجزائي هو الذي يظهر الإلتزام الأصلي ويصححه ومن هذه الحالات مايلي :

- الإشتراط لمصلحة الغير . **La stipulation pour autrui**

- الوعد بعمل الغير . **La promesse du fait d'autrui**

- بيع ملك الغير . **La vente de la chose d'autrui**

ففي مثل هذه الحالات يكون الالتزام الأصلي باطلا للانتقاء المصلحة (الحالة الأولى والثانية). أو الصفة (الحالة الثالثة). لكن وجود الشرط الجزائي يصحح العيب الذي يشوب الإلتزام الأصلي.

ثالثا:إنه تقدير جزافي للتعويض:

إن هدف الشرط الجزائي هو تقدير مسبق بصفة جزافية لتعويض عن الضرر الحاصل للدائن بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو التأخير فيه ودون أن يكون للقاضي كقاعدة عامة دخلا في تعديله بالزيادة أو النقصان[2].

---

[1]**الدكتور : محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الجزء الثاني . مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة ، ص 182**

[2]**الدكتور محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، نفس المرجع السابق ، ص 183**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

رابعا: إنه إلتزام إحتياطي:

إن المادة 176 من القانون المدني الجزائري وضعت تدرجا مابين التنفيذ العيني والتعويض المالي فلا يكون للتعويض محلا إلا إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا.

إن الغاية من التعاقد هي الحصول على التنفيذ العيني اللاإلتزام تحقيقا للمصلحة الإقتصادية أو الإجتماعية التي دفعت الدائن إلى التعاقد.

هو في الواقع إلا تنفيذ للإلتزام بمقابل نزولا عند إرادة المتعاقدين فينبني على ذلك أنه يمكن لدائن متابعة التنفيذ العيني للإلتزام طالما كان ذلك ممكنا بدلا من المطالبة بالشرط الجزائي. فوجود الشرط الجزائي لا ينقص من حقوق الدائن بل يزيد منها بمنحه حق الخيار بين إتخاذ الطريق الأصلي (التنفيذ العيني) أو إتباع المسلك الإحتياطي (الشرط الجزائي).وهذا ما تشير إليه المادة 1228 مدني فرنسي التي تنصب بأنه: " يمكن لدائن إن يتابع المدين المنذر لتنفيذ إلتزامه بدلا من مطالبته بالتعويض المشترط ضده "[1].

وبعد أن تعرفنا على الشرط الجزائي يمكن لنا الآن محاولة تحديد شروطه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: شروط الشرط الجزائي:

---

[1] **الدكتور محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، نفس المرجع السابق ، ص 183**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

قد خلصنا فيما سبق من خلال تعريفنا لشرط الجزائي إلى أن هذا الأخير ماهو إلا تعويض أو بالأحرى تقدير للتعويض المستحق للدائن لجبر الضرر الحاصل له نتيجة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه ومن ثم لا يكون واجبا بطبيعة الحال إلا بتوافر الشروط إستحقاق التعويض المبينة في المواد 176 إلى 181 (الفرع الأول).

وباعتبار الشرط الجزائي إتفاقا يخضع لنفس الشروط التي يخضع لها العقد زهي ما يعرف بالشروط العامة للانعقاد وباعتباره إلتزام تبعي يكون دائما مرتبطا بإلتزام أصلي يشكل سنده القانوني الأساسي فإنه يشترط فيه شروط خاصة . (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: شروط إستحقاق الشرط الجزائي:

بالرجوع إلى المواد 176 إلى 181 نجدها تشترط ما يلي :

- خطأ منسوب إلى المدين .
- ضرر لاحق بالدائن.
- العلاقة بين الخطأ والضرر. (العلاقة السببية).
- إعذار المدين .

أ- الخطأ:

إن الخطأ هو أساس التعويض طبقا للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية العقدية التي أحال المشرع المدني على تطبيقها في المادة 183 مدني جزائري . ويتمثل الخطأ في مجال المسؤولية العقدية في عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو التأخير فيه مادام أن ذلك بنسب له لا لغيره إذن الخطأ العقدي يتمثل في عدم تنفيذ الإلتزام الذي تكلم عنه النص المادة 119 مدني والذي يمكن أن يكون كليا كعقد التوريد مثلا أو جزئيا كتوريد متأخر مثلا .فتحديد

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

الخطأ يتطلب منا الوقوف على محل الإلتزام الواقع على عاتق المدين فبالرجوع إلى نص المادة 172 من القانون المدني الجزائري نجدها فرقت بين نوعين من الإلتزامات هي الإلتزام بتحقيق نتيجة والإلتزام ببذل عناية [1]

فالإ لتزام بتحقيق نتيجة فان أكثر العقود يكون فيها المطلوب من المدين تحقيق نتيجة معينة ويضل هذا الأخير مسؤولا طالما لم تتحقق النتيجة الموعودة .

وبالتالي فان كل فرق بين النتيجة الموعودة والنتيجة المتحققة يشكل عدم تنفيذ للإلتزام ومن ثم خطا عقديا ما دام بطبيعة الحال درجة هذا التفاوت على قدر من الأهمية في الأضرار بمصالح الدائن .

أما الإلتزام ببذل عناية ففي بعض العقود لا يتعهد المتعاقد بتحقيق نتيجة معينة وإنما يلتزم ببذل كل ما في وسعه للوصول إليها وإلي يبذله المتعاقد في هذا قد يكون محددا بنص القانون [2] أو بحسب الإتفاق[1] وما يقضى به عرف المهنة أو التجارة .

---

[1]– تنص المادة 172 على مايلي :

في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين إن يحافظ على الشيء ا وان يقوم بإدارته ا وان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفي بالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك .وكل حال يبقى المدين مسؤولا عن غش أو خطئه الجسمي .

[2] - أنظر المادة 495 , قانون مدني جزائري .

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

ويجب أن نلاحظ انه من الخطأ الشائع القول بأن المدين يكون مسؤولا في هذه الحالة عن عدم بذل العناية الكافية بل من الأولى القول بأنه مسؤولا عن الضرر الحاصل أو عدم التخفيف منه بسبب عدم بذل العناية الكافية .

وما يمكن أن نقول أنه إذا كلن محل الإلتزام يختلف في الحالتين فإن الإتفاق قائم بينهما من حيث ضرورة الخطأ وهكذا يكون الخطأ مبنيا على أساس موضوعي قوامه الإعتداد بواقعة مادية بحتة هي عدم تنفيذ الإلتزام .[2]

وتحديد الخطأ يتطلب منا أيضا الوقوف على بيان الإخلال المشكل لركن الخطأ. فإن كل تقصير من المتعاقد يتيح المجال بتطبيق الشرط الجزائي إذ لا بد أن يكون هذا الإخلال على درجة من الجسامة وداخلا في نية المتعاقدين فلا نكون أمام خطأ إذا كان أحد المتعاقدين خالف بسلوكه حرفية العقد ولكن مع ذلك إحترم مضمونة فالقاضي يستطيع في مثل هذه الحالة القول عن طريق التفسير ما إذا كانت درجة الإخلال تشكل خطأ حتى يكون البند الجزائي مستحقا.

إن المدين لا يكون مسؤولا عن عدم التنفيذ إذا أثبت أن ذلك يرجع إلى السبب الأجنبي ويتمثل هذا الأخير في واقعة لا يد للمدين فيها تجعل تنفيذ الإلتزام أمرا مستحيلا ويمكن رد صور هذه الواقعة في الأمور التالية :

- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي[3].

- خطأ الدائن[4].

---

[1] - أنظر المادة 172 مدني جزائري, والمادة 178 مدني جزائري

[2] – الدكتور نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص 115.

[3] - المادة 178 /2 من القانون المدنى الجزائرى , بمفهوم المخالفة .

[4] – المادة 177.

– خطأ الغير.[1]

ونظرا لضيق المجال لا نحاول أن ندخل في تفصيل هذه الأمور , فالمبدأ يقتضى أن من يدعى واقعة عليه إقامة الدليل عليها , فإقامة واقعة عدم التنفيذ لأن الخطأ مفترض إفتراضا لا ينفيه إلا السبب الأجنبي .

فمادام الخطأ العقدي يتعلق بالمسؤولية العقدية للمدين فإنه يبدو أن إثباته يدور حول الواقعة التي أدت إلى عدم تنفيذ المدين إلتزامه تنفيذا عينيا ومن هذا المنطلق فإنه إذا طلب الدائن بالتعويض إنما هو يدعى أن المدين لم ينفذ إلتزامه وطبقا لقاعدة البينة على من إدعى يقع عليه إثبات عدم التنفيذ أي عليه أن يثبت أن المدين لم يحقق النتيجة أو لم يبذل العناية المطلوبة .

ولكن إذا كانت قاعدة " **البينة على من أدعى واليمين على من أنكر** "

تكون معقولة جدا إذا ما تعلق الأمر بإثبات وقائع إيجابية فإنها تكون في منتهى الصرامة إذا ما كان الأمر خاصا بإثبات وقائع سلبية, فعدم التنفيذ عدم . وهذا هو ما جعل الفقه ينتقد فكرة تحميل الدائن عبء إثبات خطأ المدين [2] ومن جهتنا نرى أنه نظرا لصعوبة إثبات الواقعة السلبية يتعين على القاضي أن يتساهل مع من يقع عليه عبء إثباتها كأن يتطلب منه مجرد إحتمالها لإرغام المدين على إقامة الدليل بما يستبعد الإحتمال مادام يسهل عليه إثبات عكس الواقعة السلبية ونعتقد أن هذا الرأي ينسجم أكثر مع المادة 323 قانون مدني جزائري التي تنص على أنه:

---

[1] – المقصود بالغير هو كل شخص لا يكون المدين مسؤولا عنه تعاقديا .

[2] – أنظر الدكتور إسماعيل ,غانم أحكام الالتزام ,الطبعة 1967, القاهرة, ص 44

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

" على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ".

والملاحظ في هذا الصدد أن مسألة عبء الإثبات هي مسألة قانونية فإذا كان قاضى الموضوع عكس النظام القانوني للإثبات فإن قراره يكون معرضا للنقض ويكون الأمر كذلك في حالة ما إذا أفاد مدعيا في الإثبات بقرينة لا وجود لها في القانون أو الإتفاق .

ثانيا: الضرر:

إعتقد البعض أن واقعة عدم التنفيذ تكفى لترتيب مسؤولية المتسبب فيها ولا يشترط البحث عن ما إذا كان الضرر حاصلا من عدمه ولتدعيم هذه الفكرة ذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى القول بأن كل عدم تنفيذ أو تأخير فيه تسبب في حد ذاته ضررا وبمعنى آخر إن إثبات عدم التنفيذ دليلا على إثبات الضرر . لكن في الواقع ليس كل عدم تنفيذ أو تأخير فيه مولدا للضرر بالنسبة للدائن ثم إن القول بأن عدم التنفيذ قرينة على تحقق الضرر فيه مخالفة للقانون ذلك أن وضع القرائن حتى البسيطة منها من صنع المشرع لا الفقه أو القضاء وحتى لو فرضنا جدلا بصحة هذه المزاعم والجدل غرض غير قائم فإن الشكوك غير واردة في نطاق القانون الجزائري بالنظر إلى صراحة نصوصه .[1]

إن الضرر الحاصل من جراء عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية أو التأخير فيها خلافا للضرر التقصيرى لا يكون قابلا للتعويض إلا إذا كان متصفا بصفات معينة فيجب أن محققا بأن يكون حالا , أي وقع فعلا . أما إذا كان مستقبلا فقد يكون مخففا لوقوع وقد يكون محتملا . فإذا كان محتمل الوقوع فبطبيعة الحال لا يمكن طلب تعويضه

---

[1]- **أنظر المواد 175- 177- 184 من القانون المدني الجزائري.**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

في الحال بل يتعين إنتظار تحققه كما يجب أن يكون متوقعا لأنه إذا لم يكن بالإمكان توقعه فلا محل للتعويض عليه بإستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم . وأن يكون مباشرا أي ناشئا مباشرة من الخطأ وهو ما يتصل في حقيقة الأمر بعلاقة السببية بين الخطأ والضرر [1] .

فطبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية يقع على الدائن عبء إثبات الضرر ومقداره. ولكن فيما يخص التعويض الإتفاقي خرج المشرع على هذه القاعدة وقلب عبء الإثبات بنصه في المادة 184 قانون مدني جزائري على أن عدم تنفيذ الإلتزام قرينة على تحقق الضرر وألقى على عاتق المدين عبء إثبات عكسها إذا أراد نفي وجوب التعويض .

فالدائن بالشرط الجزائي له وضعية ممتازة عن وضعية الدائن العادي فالمشرع لاحظ بأن توصل الدائن مع المدين على تقدير التعويض مسبقا لقرينة على تحقق الضرر بمجرد عدم التنفيذ وإن كانت قرينة بسيطة يمكن للمدين إقامة الدليل على أن الدائن لم يلحقه أي ضرر . ومن جهة أخرى لولا هذه القرينة لفقد الشرط الجزائي إحدى مقوماته الأساسية .

ثالثا: علاقة السببية .

فطبقا للقاعدة العامة يجب أن تكون علاقة السببية بين الضرر الذي أصاب الدائن والخطأ الصادر من المدين وهو ما يعبر عنه بفكرة مباشرة الضرر , ويجب أن يكون الضرر منسوبا إلى خطأ المدين وحده فإذا كان الدائن أو الغير

---

[1]- **الدكتور رمضان أبو السعود, أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القانون المدني المصري واللبناني الطبعة 1997, ص116-117.**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

قد إشترك مع المدين في إحداث الضرر كان المشترك مسؤولا بالقدر الذي ساهم فيه بخطئه وضل المدين مسؤولا عن الشرط الجزائي في حدود خطئه فقط .[1]

رابعا : الإعذار

إن التعويض الإتفاقي شأنه في هذا الشأن تعويض القضائي لا يكون مستحقا إلا إذا تم إعذار المدين بإنذاره أو ما يقوم مقامه فإن الأعذار المشروط في البند الجزائي ليست له أي خصوصية ويطبق في شانه قواعد العامة المحدودة بالمادة 179 من القانون المدني , فلابد أن يعبر الدائن بعبارة صريحة واضحة بشكل لا يدعو مجالا للشك برغبته في الحصول على الأداء الموعود فإذا كان مثلا لا خط على المدين عدم إمتثاله للشروط العقد دون إن ينذره بالتنفيذ فلا يكون معذرا له .

فقد يكون الإعذار في اغلب الحالات لإستحقاق التعويض أمرا مشروطا كما تقضى بذلك المادة179 . ما لم يوجد نص مخالف لذلك ومعنى أن الإعذار لازم في حالة البند الجزائي المقرر بعدم التنفيذ والمقرر للتأخير فقط على حد سواء .

غير أنه فيما يخص الشرط الجزائي المقرر للتأخير قد اعترض البعض على ضرورة الإعذار بدعوى أنه عندما يتم أجل التنفيذ يكون الدائن قد اظهر مسبقا رغبته في الحصول على الأداء الموعود في الوقت المحدد وإن هذه النية تكون معززة بإدراج مثل هذا الشرط[2].

---

[1] **الدكتور ,جلال على العدوى , أصول أحكام الالتزام والإثبات , الطبعة 1997 , ص70**

[2] **أنظر خليل احمد حسن قدادة المرجع السابق , ص42**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

لكن هذا المذهب يصطدم مع نص المادة 180مدنى التي بالإعتماد عليها بمفهوم المخالفة نستخلص بأن الاعذار ضرورة لا مفر منها حتى في حالة حلول الأجل طالما لا يوجد إتفاقا بين المتعاقدين يقضى بغير ذلك .

قلنا بأن الأعذار مشروط في اغلب الحالات لكن قد يكون مستبعدا في حالة وجود نص قانوني يقرر ذلك فتنص المادة 181 من القانون المدني على مايلى :

لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية :

- إذا تعذر تنفيذ الإلتزام وأصبح غير مجدي بفعل المدين .
- إذا كان محل الإلتزام تعويضا ترتب على عمل مضر .
- إذا كان محل الإلتزام شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوى تنفيذ إلتزامه .

وينبني على ذلك على أنه إذا نص القانون على عدم ضرورة الإعذار في حالة معينة يتعين تطبيق النص عليها سواء طلب الدائم لتنفيذ العيني أو التعويض المقابل، و يستوي في الأمر أن يكون هذا التعويض مقدرا لمعرفة القاضي أو بإتفاق الأطراف.

و يكون الإعذار أيضا مستبعدا في حالة وجود إتفاق صريح بين المتعاقدين لكون قواعد الإعذار ليست ملزمة الأطراف ز من تم يجوز لهم الخروج عليها في النص على ذلك في إتفاق يجمع بينهما غير أنه مادام أن في هذا الخروج , على القواعد العامة تشديد لوضعية المدين أن يتعين أن تكون نيته في ذلك معبر عنها و يستوي أن

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

يكون هذا الإشتراط واردا في إتفاق الجزائي ذاته أو في إتفاق لاحق له بل وحتى في العقد الأصلي و على كل حال يبقى للقاضي سلطة التقدير ما إذا مثل هذا الإتفاق واردا من عدمه.[1]

إن بعض الفقه يذهب إلى القول بأن لإعذار إفراغ فوريا بمعنى أنه ينتج أثره القانوني من يوم تسجيله, بيد أن هناك رأي مرجوح قال به الفقيه (لارو نبيار) و مؤداه أن الإعذار يجعل التعويض عن الضرر الحاصل قبل تسجيله مستحقا غير أن هذه الفكرة مهجورة في الفقه و القضاء و السبب في ذلك هو أنها تتعارض مع صراحة النصوص التي تؤكد بصفة قاطعة أن الضرر لا يتحقق إلا من يوم الإعذار.

و الاعذار يرتب في مجال الشرط الجزائي بعض الآثار يمكن إجمالها فيما يلي:

إنه يؤدي إلى استحقاق الفوائد القانونية التي يبدأ سريانها إلا من تاريخ الإعذار.

إنه يؤدي إلى نقل نتيجة الهلاك من الدائن إلى المدين وهذا ما أشارت إليه المادة 168 من القانون المدني الجزائري[2].

الفرع الثاني: شروط صحة الشرط الجزائي

كما سبق و أن قلنا بأن الشرط الجزائي بإعتباره إتفاقا و إلتزام تبعي فحتى ينتج الشرط الجزائي أثره المولّد " بمعنى أن يكون مستوفيا بجميع الشرائط ***Légalement formé*** للالتزام فإنه يجب أن يكون صحيحا قانونيا التي يتطلبها القانون في العقد بصفة عامة و فيه بصفة خاصة للإعتداد بصحته.

---

[1]- انظر نجاري عبد الله المرجع السابق ص 127.

[2]- انظر خليل احمد حسن قدادة المرجع السابق ص43.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

فكل ما يمكن القول عن الشروط العامة نجد أن المشرع بعد أن عرف العقد[1] في القسم الأول من الفصل الثاني من القانون المدني و بيّن صوره و أنواعه حدد في القسم الثاني من نفس الفصل الشروط المطلوبة في صحة العقود.

وبتحليل مواد القانون المدني من المادة 59 إلى المادة 98 يمكن إجمال هذه الشروط في الأمور التالية:

- وجود الرضا و سلامته من العيوب.

- مشروعية المحل و قابليته للتعيين.

- مشروعية السبب.

أولا: الرضا: الشرط الأول لصحة الشرط الجزائي.

إذا كان العقد حسب ما تقضي به المادة 59 من القانون المدني الجزائري يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين بمعنى أنه إتجاه إرادتين متطابقتين لأحداث أثر قانوني و هو إنشاء إلتزام أو تعديله أو إنقضائه.

و الشرط الجزائي بصفته إتفاقا قد سبق بيان هذه الصفة الإتفاقية للشرط الجزائي. يقوم هو الأخر على هذا الأساس و لايمكن أن يكون صحيحا إلا إذا كان الرضا به موجودا من جهة و سليما من العيوب من جهة أخرى.

فيشترط أساسا لقيام الشرط الجزائي رضا المتعاقدين لأنه بكل بساطة إذا إنعدم الرضا عند أحدهما ينعدم معه الإتفاق غير أنه لا يمكن التحقق من رضا المتعاقد بأمر ما إذا لم يبادر هذا الأخير بالإعلان و الإفصاح عن إرادته.

و الأصل أن يقوم المتعاقد بذلك مباشرة و يشارك شخصيا في المفاوضات(I) و مع ذلك قد يتصرف شخصا

---

[1] **- تنص المادة 54 من القانون الجزائي على ما يلي"العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

آخر مكانه و تنصرف آثار هذا إليه أما لأنه قد أراد هذه النتيجة (النيابة الإتفاقية) وأما لأن القانون قد أرادها له(النيابة القضائية و القانونية)II, و تطابق الإرادتين(III)[1]

I) التعبير الشخصي عن الإرادة:

الأصل أن التعبير عن الإرادة إذا كان ضروريا لوجود التراضي ومن ثم لقيام العقد فإن القانون لا يستلزم أن يتخذ هذا التعبير طريق معينا أو شكلا مخصوصا و للعاقد ومن ثم حرية كاملة في التعبير عن إرادته على الوجه الذي يراه.

وفي هذا السياق نصّت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن:

التعبير عن الإرادة يكون باللّفظ و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا , كما يكون بإتخاد موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

و يتبين من خلال هذا النص أمرين أساسيين هما:

إن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا و قد يكون ضمنيا من جهة و أن التعبير الصريح قد يتم بوسائل عديدة يمكن إرجاعها إلى وسائل عادية و أخرى إستثنائية من جهة أخرى.

1) التعبير الصريح

[1] - انظر محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ص 69.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

أ)الوسائل العادية للتعبير الصريح:

إن الوسيلة الأكثر استعمالا للتعبير عن إرادة المتعاقد هي بدون شك اللفظ فإن غالبية العود تتم شفاهة و هو المبدأ الذي أكده المشرع المدني الجزائري بموجب المادة 59 و اللّفظ ما هو إلاّ وسيلة من الوسائل الممكنة من التعبير عن الإرادة و رغم أنه جاءت الإشارة إليها في مقدمة المادة 60 سابقة الذكر فإنها ليست مفضلة و لكن تم تقديمها لكونها الوسيلة العادية.

و إذا كان اللّفظ هو الوسيلة الأكثر استعمالا في التعبير عن الإرادة فإنه يلاحظ عكس ذلك في حالة الإتفاق على البند الجزائي لأنه غالبا إن لم نقل في كل يتم النص عليه كتابة في العقد أو في إتفاق لاحق و هذا ما أشارت إليه المادة 183 من القانون المدني الجزائري.

فالكتابة بما لها من مزايا [1] أصبحت تشكل وسيلة أصلية يلجأ إليها المتعاقدين أكثر فأكثر كلما تيقنوا بأهمية التصرف الذي يقومون عليه.

إن الكتابة المقصودة هنا ليست كتابة الإنعقاد (التي سوف يأتي الحديث عنها في الشروط الخاصة).

ولا كتابة الإثبات ولكن الكتابة كطريق من طرق التعبير لا أقل ولا أكثر ولذا يستوي الأمر فيها أن تكون عرفية أو رسمية وبأي لفظ كانت , المهم تكون مفهومة من الطرف الأخر وكذلك الحال لو كانت مكتوبة باليد أو باللألة الكاتبة أو بأي طريقة أخرى .

وتجدر الإشارة بالى أنه لا يشترط أن يكون هذه الكتابة موقعة أو مكتوبة بيد من صدر منه التعبير عنها, مادام يستفاد منها بشكل واضح إرادة المتعاقد في التعاقد لأننا أمام مشكل تعبير وليس مشكل إثبات أو إنعقاد .

---

[1] - **الكلمة تندثر أما الكتابة فتبقى "La parole s’envole, les écrits demeurent"**

ب)الوسائل الإستثنائيةللتعبيرالصريح

إن المادة 60 إجازت التعبير عن الإرادة بإستعمال وسائل إستثنائية منها الإشارة المتداولة عرفا أو إتخاد موقف لإيداع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه .

هذا وإن كان من الناحية النظرية يمكن تصويرا لتعبير عن قبو ل الشرط الجزائي بالإشارة أو إتخاذ موقف محدد كالمتعاقد الذي يقترح عليه دفع مبلغ فئ حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه ويعبر عن رضاه بذلك بإشارة هو باتخاذ موقف معين كأن يبدأ في تنفيذ العقد المقرون بهذا الشرط فإنه من الناحية العملية يكون هذا الشرط دائما مكتوبا كما سبق أن وضحنا ذلك .

2) التعبير الضمني وتفسير الإرادة [1].

أ) **التعبير الضمني:**

يكون التعبير ضمنيا إذا كان موقف المدين ليس في حد ذاته سببا للكشف عن إرادته ولكن مع ذلك لايمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة في قبول الشرط الجزائي المقترح عليه من الدائن كما هو عليه الحال بالنسبة للشخص الذي المغسل ثيابه لتنظيفها ويتسلم منه الإيصال المحدد بموجبه مبلغ التعويض المستحق في حالة ضياع هذه الثياب ففي هذه الحالة مثلا يكون الزبون بمجرد تسليم ثيابه راضيا بالشرط الجزائي متى كان مطلعا عليه مسبقا بمنسابة تردده على صاحب المحل .

---

[1] - **الدكتور محمود جمال الدين زكى , المرجع السابق , ص 70 .**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

كما قد يكون التعبير ضمنيا بقبول الشرط الجزائي كما هو الحال في حالة تجديد العقد الأصلي بعد انتهاء مدته مثلا فبقاء المستأجر شاغلا للعين المأجرة بموجب عقد يتضمن شرطا جزائيا بعد الإنتهاء مدة الإيجار يعد تجديدا ضمنيا للعقد وقبول شروطه .

أما بالنسبة للسكوت الملابس الذي حددت حالاته المادة 68 من القانون المدني على الوجه التالي: [1]

– عدم الرفض خلال ميعاد مناسب إذا كان الموجب نظرا لطبيعة المعاملة (أو العرف أو ظروف أخرى) لم يكن ينتظر تصريحا بالرفض.

– عدم الرد إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق .

– حالة الإيجاب لمصلحة من وجهت إليه .

فإننا نعتقد أن له دورا محدودا في مجال الشرط الجزائي بإستثناء الصورة الثانية منه.

إن المادة 68 من القانون المدني سابقة الذكر أعطت للقاضي سلطة تكييف السكوت وذلك في مراقبة مدى تحقيق الضمني عن الإرادة فللقاضي دورا مهم بالنظر إلى عمومية نص المادة هذه في السلطة المخولة له وترتيب كل النتائج القانونية خاصة إذا علمنا أن المسألة تتعلق بالواقع ولا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا .

---

[1] - تنص المادة 68 من القانون المدني الجزائري " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري آو غير ذلك من الظروف تذل على آن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة مروجه إليه.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

وحقيقة إن مسألة قبول الشرط الجزائي الضمني كانت محل جدل في الفقه ونظرا لأهميتها الخاصة من جهة وإرتباطها من جهة أخرى أكثر بقواعد ومناهج تفسير الشروط العقدية من التفسير الضمني للإرادة فستكون محل الدراسة في النقطة الموالية.

تفسير الإرادة:

مما لاشك فيه يكون دائما من مصلحة الأطراف التعبير عن إيراداتهم بوضوح وتحديد موقفهم بصفة صريحة من كل المسائل التحى قد تعترض تنفيذ إتفاقهم ولا كن تلك هي حالة مثالية نادرا ما تحصل في الحياة العملية ومن ثم يكون القاضي ملتزما حسب مفهوم المخالفة المستفاد من المادة 111 من القانون المدني الجزائري بالبحث عن إرادة المتعاقدين عن طريق تأويلها وتفسيرها كلما كانت عبارات العقد غير واضحة .

فإن القاضي يتمتع في إستخلاص إرادة المتعاقدين على ضوء الوقائع المعروضة عليه بسلطة تقديرية لا معقب عليها من طرف المحكمة العليا .

لكن إذا كان البحث عن هذه الإرادة على ضوء الوقائع الغير المتنازع فيها , يعد مسألة واقعية لاتفتح مجالا للطعن بالنقض .فإن التكييف القانوني لهذه يعد مسألة قانونية مادام أنه يتعلق بتفسير القانون وتطبيقه .

II) التعبير عن الإرادة بواسطة الغير :

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

إن التعاقد بالنيابة ليس محل جدل فالمشرع أجازه بحكم المادة 114 من القانون المدني , ولكن السؤال الذي يبقى مطروحا هو هل يستطيع النائب أن يبرم عقدا بالنيابة عن غيره مع إدراجه فيه شرطا جزائيا لفائدة من يتعاقد معه ؟

في الواقع يتعين بالإجابة على هذا السؤال التفرقة بين الأنواع المختلفة للنيابة إذ هذه الأخيرة قد تكون تعاقدية أو قضائية أو قانونية.

النيابة التعاقدية:

ففي هذه الحالة فإن عقد الوكالة هو الذي يحد د سلطات الممثل فإذا كان لم يتعرض لهده المسألة فإن النائب لايمكن له أن يدرج في العقد تحت مسؤولية المنيب شرطا جزائيا حتى لو كان هذا الأخير أعطاه تعليمات عامة وغير واضحة فيما يخص الشروط العقدية المرخص بها .و لكن ماهو الحل لو وجد مثل هذا الشرط ولقيا رفضا من جانب المنيب ؟

ففي هذه الحالة يكون إحترام الشرط تحت مسؤولية النائب ويتعين على القاضي إلزامه بذلك تطبيقا لحكم المادة 114[1] من القانون المدني

.

2- النيابة القضائية:

[1]- المادة 114 تنص على انه : " إذا تعهد عن البيع فلا يتقيد الغير بتعهده فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ويجوز له ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما إلتزم به "

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

فالقاضي في مثل هذه الحالة هو الزى يحدد مهمة النائب كما لو تعلق الأمر بتعيين مقدم مكلف بإدارة أموال الغائب أو التصرف في أموال القاصر.

فإنه يتعين بطبيعة الحال الرجوع إلى حكم القاضي لمعرفة ما إذا النائب له سلطة إدراج مثل هذا الشرط في العقود التي يبرمها نيابة عن من تقرر تمثيلهم.

3- النيابة القانونية :

كلنا يعلم أن الوصي مرخصا له بقوة القانون بتمثيل من هم تحت وصايته وله إتخاذ كل الإجراءات التي من شأنها المحافظة على مصالحهم غير أنه فيما يخص معرفة ما إذا كان للموصى الحق في إدراج شرط جزائي بمناسبة عقد يبرمه لصالح الوصي عليه ذهب الفقه والقضاء الفرنسيين إلى إتجاهات متعارضة فالفقه إعتبر الموصى صاحب حق Engagementفي ذلك أما القضاء فقد قرر أن الأم الوصية على إبنتها القاصرة تستطيع أن تبرم .

تعهدا مسرحياthéâtral

باسم ابنتها ولكن تكون متجاوزة لسلطتها إذا ما رتبت على فسخ هذا التعهد تعويضا غير مطابق للأجرة الممنوحة لإبنتها.

III) تطابق الإرادتين :

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

إن التعبير عن إرادة واحدة لا يكفى لإنشاء الشرط الجزائي أو غيره من الاتفاقات بل لابد من أن تقترن هذه الإرادة بإرادة أخرى مطابقة لها تمام المطابقة لان الرضا يتكون من إرادتين تندمج إحداهما في الأخرى وتكون ما يسمى بالإرادة التعاقدية أو الإرادة المشتركة . فالإرادة هي إيجابا أما الثانية فإنها تسمى قبولا .[1] [2] .

1- **الإيجاب** :

لا نتكلم عن الإيجاب كثيرا تاركين تفصيل ذلك للكتب العامة التي تتناول نظرية العقد بالدراسة والبحث.

فالإيجابي هو التعبير البات عن إرادة أحد الطرفين صادر من موجهه إلى الطرف الآخر . سواء كان هذا الطرف الآخر معينا أو غير معين بقصد انعقاد عقد بينهما .

هذا وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مسألة التمييز بين الإيجاب ومرحلة التفاوض على قدر كبير من الأهمية نظرا الاختلاف النتائج القانونية المترتبة على كل منهما.

فالإيجاب متى صادفه قبولا مطابقا له انعقد العقد بخلاف الحال في مرحلة التفاوض , كما إن الإيجاب البات قد يرتب مسؤولية من صدر عنه خلافا لحالة صاحب العرض الذي لايمكن مساءلته متى خرج من المفاوضات والملاحظ لقاضى الموضوع سلطة مطلقة في التمييز بين الإيجاب ومرحلة التفاوض لأنها مسالة واقع لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا .

---

[1] - **إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا أ صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريقة الهاتف أو بأي طريقة مماثل (المادة 2/64).**

[2]- **غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول, وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد (المادة 2/64 مدني).**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

2- **القبول:**

إن التعبير عن القبول كالتعبير عن الإيجاب قد يكون صريحا, أو ضمنيا بل قد يكون في بعض الحالات ناتجا عن السكوت.غير هذا التعبير لا يكون منتجا لآثاره القانونية باعتباره قبولا إلا بتوافر شرطين أساسيين هما:

*/ أن يكون مطابقا للإيجاب .

*/ أن يتم قبل سقوط الإيجاب .

– أن يكون مطابقا للإيجاب :

في الواقع إن المطابقة تكون خاصة في المسائل الجوهرية كموضوع الشرط الجزائي أو حالة إنطباقه أما المسائل التفصيلية فليست لها أهمية طالما أن المتعاقدين لم يشترطا عدم قيام العقد في حالة الاختلاف فيما إذا يكون حينئذ للقاضي حق القضاء فيها طبقا لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة [1] .

ب– أن يتم قبل سقوط الإيجاب:

فالسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الخصوص هو متى يسقط الإيجاب ؟ .

فإذا رجعنا إلى الأستاذ " محمد حسنين " نراه عندما تعرض لتفسير المادة 63 من القانون المدني الجزائري موضحا الفرق بين الإيجاب الملزم وغير الملزم قد قرر بان , إذا كان الإيجاب مقترنا بمدة فهو ملزم أما إذا كان غير مقترن

---

[1]- **تنص المادة 65 مدني جزائري : إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد احتفظ بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها , فان المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة .**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

بمدة فهو غير ملزم فيستطيع الموجب أن يعدل عنه بشرط أن يصل العدول إلى علم من وجه إليه قبل أن يصدر قبول من هذا الأخير .

لكن في الواقع إن هذا النص لا يبين إطلاقا بان الإيجاب الغير محدد بمدة ليس له نفس القوة الإلزامية.

إن أحكام هذه المادة تفرق في الحقيقة بين طريقتين لتحديد المدة إما صاحب الإيجاب هو الذي يحدد الميعاد وفى حالة انعدام ذلك فان هذا التحديد يكون ضمنيا يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة (المادة 2/63) وفى كلتا الحالتين يكون الموجب ملزما خلال هذا الميعاد .

فهذا كل ما يتعلق بوجود الرضا, فإلى جانب وجوده يجب أن يكون الرضا سليما. فكما سبق القول بان العقد عمل قانوني قوامه الرضا والرضا قد يكون منعدما وفى هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلا بطلانا مطلقا كما قد يكون معيبا بعيب من عيوب الإرادة المعروفة وفى هذه الحالة يصبح الشرط الجزائي معرضا للإبطال متى طلبه من كانت إرادته معيبة .

إننا لا نعترض إلا إلى عيبين من عيوب الإرادة وهما الغلط والتدليس لأن العيوب الأخرى لا تؤدى في نظرنا في مجال الشرط الجزائي إلى الإبطال وإنما إلى التعديل القضائي للشرط الجزائي , وهذا ما سنتناوله لاحقا .

أولا : الغلط :

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

إن الغلط قد يلعب دورا هاما في الشرط الجزائي حيث يمكن للمدين أن يتمسك به لطلب بطلان الشرط الجزائي مثال ذلك كان يعتقد المدين انه بصدد إلتزامين أصليين وتنفيذه لأحدهما يبرئ ذمته [1] .

فطبقا لأحكام المادة 81 من القانون المدني الجزائري يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله.

وطبقا لما يقضى به القانون يجب أن يكون الغلط جوهريا حتى يمكن لمن كان ضحيته أن يتمسك به ومن ثم يطلب إبطال الشرط , وعلى ذلك هناك حالات لا يؤثر فيها الغلط على صحة الشرط الجزائي نذكر منها . –

الغلط حول صفة ليست أساسية في الأداء.

– الغلط في الشخص لان المسألة لا تتعلق بالتنفيذ العيني.

– الغلط في القيمة .

من المعلوم إنه إما كان المتعاقد قد وقع في غلط نتيجة جهله الفادح Une faute grossière فإنه لا يستطيع بطبيعة الحال طلب إبطال ذلك التصرف لأن القضاء يشترط أن يكون ذلك الغلط مفتقدا وليس فادحا .

ومما لاشك فيه أن مسألة تقدير درجة الغلط مسالة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع الذي عليه في ذلك إستعمال التقدير العيني بالاعتماد على سن المتعاقد وخبرته ومهنته .

---

[1] - راجع نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص 51.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

هذا وبعد أن حددنا أوصاف الغلط بقى لنا تحديد عبء إثباته يقع عبء إثبات الغلط على من يطلب إبطال التصرف بدعوى عيب الغلط ويلاحظ أن هذا الإثبات صعب ومعقد في الحياة العملية فمدعى الغلط عليه أن يثبت أمرين أساسين هما:

- أن يثبت أن عنصر العقد الذي انخدع فيه كان أساسيا في اعتقاده.

- أن يثبت أن المتعاقد متوسط يرتكب نفس الغلط متى كان في نفس الظروف.

ثانيا : التدليس :

هو إستعمال الحيلة بقصد إقاع المتعاقد في غلط يحمله على المتعاقد . وظاهر من هذا التعريف إن التدليس لا يعتبر عيبا مستقلا من عيوب الرضا بل هو علة لعيب آخر وهذا العيب هو الغلط. ذلك أن الغلط إما أن يكون تلقائيا اى ينزلق الشخص إليه من تلقاء نفسه وإما أن يكون مستثارا أي تثيره في الذهن الحيل التي استعملت مع العقد وفى الحالتين يكون العقد قابلا للإبطال للغلط .[1]

و دون التعرض إلى التدليس المادية و المعنوية والشروط المتطلبة فيه لإعتباره عيبا من عيوب الإرادة مادام أن الأمر تحكمه القواعد العامة المقررة في القانون يمكن أن نلاحظ أنه :" إذا لجأ الدائن إلى طرق إحتيالية لحمل المدين على قبول شرط جزائي كان لهذا الأخير أن يتمسك بإبطاله بإثبات أن التدليس كان هو الدافع لقبول الشرط الجزائي.

و إختتاما لشرط الرضا هذا تؤكد مرة ثانية أن مراقبة وجوده واجبا أساسيا يقع على عاتق القاضي الذي يطلب منه تطبيق الشرط الجزائي . هذا وقد تكون هذه الرقابة وسيلة فعالة لتعطيل مفعول بعض البنود الجزائية حماية للطرف

---

[1]- **راجع الدكتور أنور سلطان , المرجع السابق , ص 99.**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

الضعيف خاصة عندما يحاول المشترط إدخالها , ضمن النطاق التعاقدي بوسائل تعسفية . كان يتم إخفاء المضمون الحقيقي للتعهد حالة الشرط الغير المدرج في الوثيقة الأصلية أو مكتوب بطريقة مبهمة أو بحروف جد صغيرة.

لكن قد لوحظ في الحياة العملية من طرف البعض إن القاضي لايقوم في مثل هذه الحالات بإبطال مفعول الشرط الجزائي بكل سهولة بل وحتى يتأكد من قانونية الإبطال يشترط من المدين دوما تقديم مجموعة من القرائن على انتقاء رضاه في قضية الحال[1].

ثانيا: المحل: الشرط الثاني لصحة الشرط الجزائي:

إن موضوع الشرط الجزائي يختلف تماما عن موضوع الإلزام الأصلي فتحقيق الأول هو تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا إما تحقيق الثاني فهو تنفيذه بمقابل كما أن موضوع الشرط الجزائي يتميز كليه عن هدفه الذي يرتبط في الواقع اشد الارتباط بالطبيعة القانونية للشرط وقد سبق الحديث عن ذلك .

إن المراد من محل البند الجزائي هو ذلك الأداء الذي يلتزم به المدين في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه هذا وبعد أن حددنا المقصود من كلمة المحل فسوف نتكلم عن القواعد العامة التي تحكمه ونبين موقف القانون الجزائري والفرنسي منها .

فطبقا للقواعد العامة يجب أن يكون محل الشرط الجزائي ممكنا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.[1]

---

[1] - انظر تجارى عبد الله , المرجع السابق , ص 52 .

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

وان كان ليس هناك ما يمنع من أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا[2] فيجب أن يكون معيننا مسبقا أو على الأقل قابلا للتعيين كأن يحدد أطراف العناصر المكونة لهذا المحل بشكل يسهل معه تقديره في وقت لاحق لاكن نادرا ما يلجا إلى هذه الطريقة في مجال الشرط الجزائي لأن ذلك يفقده نوعا ما خاصية أساسية فيه تبرر عادة اعتماده من طرف المتعاقدين ألا وهى خاصية الضغط والتهديد .

هذا وبالنظر إلى الصفة التبعية الملازمة للشرط الجزائي فيجب أن يكون محله على الأقل مختلف عن محل الالتزام الأصلي لأنه لا يعقل أن يكون موضوع الالتزام الأصلي هو نفسه محل الالتزام الجزائي.

فنص المادة 183 من القانون المدني الجزائري أشار صراحة إلى La clause pénale monétaire هذا لا يعنى كما ذهب إليه البعض إن المشرع المدني لا يتصور أن يكون موضوع الشرط الجزائي ممثلا في شيء آخر غير النقد.

فالمشرع المدني الجزائري أشار إلى ذلك باعتباره الوسيلة الأكثر تداولا في البنود الجزائية لما لها من مزايا على المستوى العملي والقانوني.

فمن الناحية العملية إن البند الجزائي يحقق وحدة التقييم بالنسبة للدائن والمدين بخلاف الحال لو تعلق الأمر بشيء آخر كما لو كان مثلا سيارة أو مسكنا ومن الناحية القانونية فإنها تضمن استبعاد تحكم القاضي في تقدير قيمة ذلك الشيء لتحديد طابع المبالغة ومن ثم تعريض الشرط الجزائي للتعديل .

---

[1] - المادة 93: إذا كان محل التزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا, المادة 96: إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كلن العقد باطلا.

[2] - المادة 92: يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

أما فيما يخص القانون المدني الفرنسي فان مسالة موضوع الشرط تنظمها المادة 1226 التي تنص على أنه: " البند الجزائي هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه شخص ضمانا لتنفيذ العقد بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ

إن العبارات العامة لهذه المادة " الالتزام بتقديم شيء ". تبين أن موضوع الالتزام يمكن أن يتنوع بصورة غير متناهية.

إذن فالمتعادين أحرارا في الاتفاق على أي شيء طالما كان ذلك الشيء المتفق عليه يدخل في نطاق المعاملات القانونية [1] .Commerce juridique

ثالثا : السبب : الشرط الثالث لصحة الشرط الجزائي .

إن مسألة السبب لا تثير مشاكل خاصة بالبند الجزائي لأنها ترتبط أساسا بسبب الالتزام الأصلي وتكفى الإشارة إلى أن القواعد العامة هي التي تطبق في هذا الصدد.

فطبقا للمادة 97 من القانون المدني الجزائري إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا واستنادا إلى المادة 98 منه فإن كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما تم يقم الدليل على غير ذلك .

بالإضافة إلى الشروط العامة (الرضى, المحل , السبب) , التي يتطلبها القانون والتي سبق الحديث عنها فعلى القاضي من أن يتحقق من توافر بعض الشروط الخاصة بالبند الجزائي حتى يمكن له تطبيقه في حالة المنازعة فيه

---

[1] - Gabriel khori la clause pénale dans les obligations en droit français et Egyptien .Thèse .paris 1993 P 20 .

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

وهذه الشروط ترتبط في الواقع بالإلتزام الأصلي فهذا الأخير لابد أن يكون صحيحا وإلا كان البند الجزائي بدون سند قانوني .

كما أن القانون قد يشترط في الإلتزام الأصلي شكلا معنيا وفى هذه الحالة قد يمتد هذا الشكل إلى البند الجزائي .

إن صفة التبعية هي صفة أساسية تميز الشرط الجزائي ومادام أنه لا يمكن تصور وجود إلا بوجود الإلتزام الأصلي فمن طبيعة الأمور أن يرتبط مصيره بمصيره ويصبح تابعا له في الوجود والزوال وإذا كان كقاعدة عامة ينجر عن بطلان الالتزام الأصلي إنعدام الشرط الجزائي فإنه في بعض الحالات وخروجا على هذا المبدأ قد يظل البند الجزائي صحيحا رغم بطلان الإلتزام الأصلي ويجمع الفقه على رد هذه الحالات في التصرفات الآتية [1] .

أولا : بيع ملك الغير :

يستخلص من استقراء المواد 397-398-399 من القانون المدني الجزائري , إن بيع ملك الغير يكون غير نافد في مواجهة المالك وقابل للإبطال لمصلحة المشترى الذي له الحق أيضا وبالإضافة إلى ذلك إذا كان يجهل أن البائع لا يملك المبيع في المطالبة بالتعويض حتى ولو كان هذا البائع حسن النية .

ويرى بعض الفقهاء أن في حالة بطلان عقد البيع لاستحقاق المبيع في يد المالك يبقى الشرط الجزائي صحيحا ويحل محل التعويض القضائي المنصوص عليه في القانون [2] والسبب في ذلك أن الشرط الجزائي تقدير مسبق وجزافي للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير في ذلك .

ثانيا : الإشتراط لمصلحة الغير :

---

[1]- **أنظر نجارى عبد الله , المرجع السابق ص 53 .**

[2]- **أنظر المادة 186 من القانون المدني الجزائري .**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

عالج القانون المدني الجزائري الاشتراط لمصلحة الغير في المادة 116 منه .

ومن القراءة البسيطة لنص المادة يتبين لنا أن المصلحة مادية أو معنوية كانت ركن أساسي في الاشتراط لمصلحة الغير.

فالقاعدة هي أنه إذا لم يكن للمشترط مصلحة أن يتم تنفيذ الإلتزام فإن الاشتراط يكون فيه حقه باطلا ما دام أن المدين يستطيع أن يمتنع عن التنفيذ دون أن يمكن إجباره على ذلك لانعدام الوسيلة القانونية ألا وهى الدعوى والتي تقوم أساسا على المصلحة ولكن بوجود الشرط الجزائي فإن التعويض المتفق عليه يصحح هذا العيب , ذلك أن المدين في هذه الحالة لايستطيع مواجهة الدائن بالقول أنه ليست له مصلحة لأنه رضي بالشرط المقدر لهذه المصلحة وبذلك فإن سبب بطلان الاشتراط يزول .

ثالثا : التعهد عن فعل الغير :

قد نص المشرع الفرنسي على بطلان هذا التصرف بحكم المادة 1119 من القانون المدني [1] وهو ما يستفاد في التشريع المدني الجزائري من مضمون المادة 113 التي تنص على أنه لا يرتب العقد إلتزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا في الواقع أن :" الواعد لا يتعهد بشيء لكنه إذا التزم بدفع جزء فيما لو لم يعط هذا الغير أولم يفعل ما يكون قد تعهد عنه به فإن سبب البطلان يزول [2] .

إن مبدأ الرضائية Principe du consensuel إعتمده المشرع الجزائري بالمادة 59 من القانون المدني . والتي نظر لصراحة عباراتها تمنع كل محاولة تفسير (لا إجتهاد مع صراحة النص).

---

[1] -Article 1119 : on ne peut , en général, s'engager ,ni stipuler en son propre nom que pour soi même.

[2]- أنظر نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص 54-55.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

ففي المادة هذه نص المشرع على أنه:

" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ".

فقد يكون الشكل خاصا بطريقة التعبير عن الإرادة وقد سبق الكلام عن ذلك. كما قد يكون متعلقا بإثبات التصرف القانوني وهو ما يخرج عن هذا الإطار فالشكل المقصود هنا هو الشكل الانعقاد أي باعتباره ركن أساسيا في العقد بحيث هذا الأخير منعدما في حالة إهماله.

فخروجا على المبدأ المقرر في المادة 59 من القانون المدني فإن المشرع بالنظر إلى أهمية بعض العقود ألزم المتعاقدين مراعاة إشكال معينة وإلا كانت التصرفات التي يبرمونها واقعة تحت طائلة البطلان [1] .

فتارة اشترط كتابة رسمية كما هو الحال عليه في عقد الشركة (المادة 418). ورهن العقار وبيعه (المادة 883-793) .وتارة أخرى مجرد كتابة عرفية كما هو الحال في (المادة 615) فنجد المشرع المدني الجزائري لم يخضع الشرط الجزائي إلى شكل خاص وإكتفى بالإشارة في المادة 183 إلى أنه يجوز للمتعاقدين أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق .

حقيقة أن عبارة النص المشار إليه قد توحي بأن المشرع يشرط نوعا من الكتابة فيما يخص الشرط الجزائي مادام تكلم على النص عليه في العقد أو في إتفاق لاحق لكن هذه النظرة السطحية بعيدة كل البعد عن حقيقة الأمر مادام أن المشرع قد سبق أن قرر مبدأ الرضائية فلا يجوز الخروج عليه الأبناء على نص صريح يؤكد ذلك .

ثم أن المشرع تكلم على النص على قيمة التعويض لأنها حالة الغالبة في الحياة العملية من جهة ولكي يبين أيضا من جهة أخرى إمكانية تحديد حتى بعد انعقاد العقد الأصلي

---

[1]- **أنظر نجارى عبد الله المرجع السابق, ص 62.**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

أضافت فقرة ثانية للمادة 185 من القانون المدني لتمكين القاضي من التدخل لزيادة الشرط الجزائي كلما كان مبلغ التعويض المتفق عليه تافها أسوة بموقف المشرع الفرنسي ولكن بشرط أن يتم تعديل المادة 178 /2.التي تجيز الاتفاق على إعفاء المدين أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذه إلتزاماته التعاقدية وإلا كان التعديل متعارضا مع نفسه كما هو عليه الحال في فرنسا [1] .

[1]- أنظر لنص المادة 178 /2 من القانون المدني الجزائري.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

المبحث الثاني :الطبيعة القانونية للبند الجزائي .

* أن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للبند الجزائي نالت إهتمام كثير من الفقه وعلى ذلك ظهرت اتجاهات مختلفة حاولت التركيز على الوظيفة للبند الجزائي (المطلب الأول)سواء كانت هذه الوظيفة تعويضية – عقابية أو مركبة. كما يجب أن نميز الشرط الجزائي عن بقية المفاهيم المتشابهة له.(المطلب الثاني).

المطلب الأول:وظيفة الشرط الجزائي:

ذكرنا فيما سبق أن الشرط الجزائي. قد يدرج ضمن شروط العقد الأصلي وإما يدرج ضمن اتفاق لاحق على العقد القائم بين الدائن والمدين ,وهذا ما يجعل الشرط الجزائي تابعا للعقد الأصلي ,وعلى هذا ظهرت اتجاهات حول الوظيفة للشرط الجزائي فهناك من أعتبره وظيفة تعويضية (الفرع الأول)وهناك من اعتبره وضيفة عقابية (الفرع الثاني).غير انه أمام فشل كل فريق في تغليب وجهة نظره أصبح من الواضح أنه لا يمكن الفصل بين الوظيفتين ومن تم يكون للشرط الجزائي طبيعة مركبة (الفرع الثالث).

الفرع الأول:الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي:

يرى جانب من الفقه أن للشرط الجزائي طابع التعويض ولا يمكن أن يكون عقوبة وبالرغم من إجماع أنصار هذا الرأي على فكرة التعويض إلا أنهم قد إختلفو حول طبيعة هذا التعويض فمنهم من يرى أنه تقدير جزافي ومنهم من يرى أنه تقدير مسبق للتعويض ولكل وجهة نظر أثارها القانونية.[1]

وإذا كان المجال لا يتسع لعرض الأسس القانونية والفلسفية التي تقف وراء كل اتجاه فليس هناك ما يمنع من الإشارة إلى أن في حالة الأخذ بالفكرة الأولى يكون البند الجزائي في ما من أي تعديل عملا بقاعدة "العقد شريعة

---

[1]- أنظر جاري عبد الله المرجع السابق , ص76 .

المتعاقدين" في حين انه لو أخذنا بالفكرة الثانية يكون البند الجزائي معرضا للتعديل كلما كان غير متناسب مع الضرر

الفرع الثاني : الوظيفة العقابية للشرط الجزائي :

نظر جانب من الفقه إلى الشرط الجزائي باعتباره عقوبة مسلطة من الدائن على المدين والمراد بالوظيفة العقابية هو التهديد والضغط الذي يتركه الشرط الجزائي في نفسية المدين كلما كان مرتفعا ليدفعه إلى بذل كل ما في وسعه القول بأن الشرط الجزائي وجانب من لإرضاء الدائن وبناءا على ذلك ذهب الأستاذ " هجني huguney " الفقه إلى القول بان الشرط الجزائي هو عقوبة تعويضية خاصة [1] إن هذا الرأي لم يلق تأييدا في الفقه بسبب الاختلاف المتباين بين المفهومين ففي مجال العقوبة الخاصة عادة تلعب درجة الخطأ دورا أساسيا في تحديد المبلغ بخلاف الحال في الشرط الجزائي الذي لا يكون فيه لنوع الخطأ أو درجته أي تحديد المبلغ ثم أن الشرط الجزائي لا يهدف إلى العقاب بل إلى التهديد والضغط وبطريقة احتياطية فقط .

الفرع الثالث : الوظيفة المختلطة للشرط الجزائي :

أن الشرط الجزائي يمكن الدائن من تحقيق فائدة مزدوجة بشكل يجعل طبيعته القانونية مثيرة لبعض الإشكالات فمن جهة يلعب دور التهديد والضغط على المدين كلما كان المبلغ المتفق عليه مبالغا فيه ودون تناسب مع الضرر الحاصل للدائن. ومن جهة أخرى فإنه يؤدى دور التعويض إذا ما كان هذا المبلغ معادلا أو على الأقل متناسبا مع هذا الضرر ومن ثم يكون له طبيعة مركبة . غيران هذا الرأي قد تعرض بدوره لانتقادات من طرف الفقه وخاصة

---

[1] **-Huguney ,L’idée de peine priné endroit contemporain thèse , paris 1904 page 186 .**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

الأستاذ " بيرانوفاسيو " الذي يرى أن الشرط الجزائي يكون إما تعويضا وإما عقوبة ولا يمكن بأي حال من الأحوال الجمع بين التعويض والعقوبة ويبرر هذا الفقيه رأيه بمايلي :

حيث ينطلق من السؤال التالي : هل يمكن للشرط الجزائي المتفق عليه أن يؤدى في نفس الوقت وظيفة عقابية ووظيفة تعويضية ؟ [1] .

المطلب الثاني : تمييز الشرط الجزائي عن بقية المفاهيم المشابهة له :

إن الشرط الجزائي هو نظام للتقدير الإتفاقى للتعويض وهو بهذه لا مثابة نظام مستقل بذاته لايختلط بغيره من المفاهيم التي تشابهه فيمكن أن يريد في إتفاق ينطوي على العربون أو عقد يمنح كل متعاقد الحق بإنهاء العقد بإرادته المنفردة أو أن يتعلق الأمر بالصلح في عقد بين الطرفين في نزاع محتمل أو قائم والشرط الجزائي له صفة العقوبة أو الجزاء الخاص إذا زادت قيمته على قيمة الضرر فهذه الصفة تظل صفة استثنائية يمكن معها تجاوز الجزاء المحدود وعدم إعادة النظر فيه دون التعويض المغالى فيه والذي يتم عن ظلم واضح بالمدين بل قد يشف من انه مجرد تهديد مالي لا شرط جزائي ومن خلال هذا يقول بان الشرط الجزائي لايختلط البتة بأي من هذه

الأمور وسوف نميز الفروق الهامة بينه وبين المفاهيم الأخرى فيما يلي:

الفرع الأول: تمييزه عن الصلح:

يمكن أن نعرف الصلح انه عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه , فإذا تعلق الصلح بنزاع مطروح على القضاء كان الصلح قضائيا طالما لم يكن قد صدر بشأنه حكم في النزاع وإلا فان النزاع يكون قد إنحسم بالحكم وليس بالصلح آما إذا تعلق الأمر

---

[1] - **راجع نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص 90.**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

بالصلح لتوقى نزاع محتمل فانه يكون صلحا غير قضائي فان تم الصلح فقد احسم النزاع به ولم يعد من حق الطرفين تجديده , فإذا كان قد تم الاتفاق على الشرط الجزائي بمجابهة حالة التأخر في تنفيذ الصلح , وتأخر احد المتصالحين فعلا في تنفيذ ما إلتزم به , فانه يحق للمتصالح الآخر أن يطالبه بالتنفيذ وان يلجأ للقضاء للمطالبة بأعمال الشرط الجزائي أي طلب التعويض المتفق عليه .لقاء ما أصابه [1] من ضرر بسبب ذلك التأخير في التنفيذ , فإذا انتفى الضرر انتفى موجب الحكم بالتعويض وإذا ثبت أن التعويض كان مبالغا فيه حق للقاضي تحقيق مقداره , أما إذا تم الإتفاق عليه ليكون جزاء على قيام احد المتصالحين بالطعن ويتعين الإنتظار حتى يستبين مآل الطعن , فإذا قبل الطعن واسقط الصلح , سقط الشرط الجزائي معه ,أما إذا لم يقبل الطعن أو اخفق الطاعن فيه , فان الصلح يظل قائما ويكون على الطرف الآخر أن يرجع بالشرط الجزائي على من لم ينجح من المتصالحين في طعنه وفى كل الأحوال يجوز تخفيض مقدار الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه .

الفرع الثاني : تمييزه عن العربون :

يقصد بالعربون تأكيد إنعقاد العقد وعند إذن يكون العربون بمثابة جزء من المقابل وفى هذه الحالة لايختلط العربون بالشرط الجزائي , ولكن قد تكون مبلغ العربون هو جواز أن يكون لكل من المتعاقدين الحق في الرجوع عن العقد بعد إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون , عند إذ قد يتشابه العربون مع الشرط الجزائي حيث قد يحمل مع انه شرط جزائي لتقدير التعويض عند العدول عند العقد , ومع ذلك لازال الفارق كبير بين النظاميين في عدة نواحي :

– إن العربون هو ثمن للعدول يستحق عند استعمال احد المتعاقدين إخبار العدول عن العقد ولذلك فالعربون في هذه الحالة يستحق ولو لم يترتب على العدول أية أضرار بالمتعاقد الثاني فالأمر لا يتعلق بخطأ وإنما هو مقابل

---

[1]- الدكتور: عبد الودود يحي, الموجزة النظرية العامة للإلتزامات , المصادر –الأحكام –الإثبات , القاهرة , ص 416 .

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

للإستعمال خيار العدول أما الشرط الجزائي فهو تقدير إتفاقي للتعويض يستحق عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه , فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا وقع ضرر للدائن إما العربون فيستحق بمجرد العدول دون حاجة إلى إثبات ضرر قد لحق بالطرف الآخر [1] .

– العربون لا يجوز تخفيضيه حيث لا إرتباط بينة وبين الضرر بينما الشرط الجزائي يجوز أن يخفضه القاضي في حالات معينة .

–إن المتعاقد في العربون يستطيع التخل من العقد نهائيا يدفعه ثمن العدول إما في الشرط الجزائي فان المدين ليس بإستطاعته دفع قيمة ما إشترط جزاء لعدم التنفيذ أو التأخر فيه وإنما يقع عليه أصلا واجبا بتنفيذ إلتزامه عينا.

– العربون لا يجوز تخفيضه حيث لا ارتباط بينه وبين الضرر بينما الشرط الجزائي يجوز إن يخفضه القاضي في حالات معينه .

– إن المتعاقد في العربون يستطيع التخلل من العقد نهائيا يدفعه ثمن العدول أما في الشرط الجزائي فان المدين ليس بإستطاعته دفع قيمة ما إشترط جزاء لعدم التنفيذ أو التأخر فيه وإنما يقع عليه أصلا واجبا بتنفيذ التزامه عينا.

الفرع الثالث: تميزه عن التهديد المالي:

إن التهديد المالي يحكم به القاضي, إما الشرط الجزائي فهو إتفاق بين طرفي العقد.كما إن تحديد هذه الغرامة يكون تحكيما ولايتم قياسا بقدر الضرر إما الشرط الجزائي فيقاس بمقدار الضرر كما أن التهديد المالي يتم بمقتضى حكم تهديدي وبالتالي لايجوز تنفيذ هذا الحكم إلا بعد تحويله إلى تعويض نهائي بخلاف الشرط الجزائي الذي يعد اتفاق قابل للتنفيذ حتى ولو جاز تخفيضه من بعد كما يجب أن لا ننسى أن التهديد المالي ليس إلا وسيلة لدفع

---

[1] - الدكتور: عبد الودود يحي, نفس المرجع السابق, ص 417.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

المدين للتنفيذ العيني بينما الشرط الجزائي يتصل بالتعويض وبالرغم من الفوارق الواضحة . بينهما إلا أنهما قد يتشابهان وذلك عندما يقدر الشرط الجزائي بمبلغ اكبر من قدر الضرر المتوقع حدوثه وان ينفق على دفع هذا المبلغ مقابل كل فترة يتأخر فيها المدين عن التنفيذ لإلتزامه .[1]

الفصل الثاني: نطاق وآثار الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض UN EVALUATION CONVENTIONI ELLES DES DOMMAGES ET INTERETS.

[1]- أنظر رمضان أبو السعود , المرجع السابق , ص 103 .

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

وهو بهذه المثابة يشترط لتقدير التعويض ليس فقط في المجال العقد بل أيضا المجال التقصيرى. إذن له مجال أعمال في النطاق العقدي والنطاق التقصيرى (المبحث الأول) [1] .

والواقع إن المشرع قد منح للقاضي سلطة التعديل شرط الجزائي تارة بالتخفيض وتارة بالزيادة وذلك ما سنوضحه في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مجال أعمال الشرط الجزائي.

مما لاشك فيه أنه بعد فشل المحاولات التوحيدية بين نظامي المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية فمن المتفق عليه اليوم إن قواعد المسؤولية التقصيرية تتميز بطبيعتها عن قواعد المسؤولية العقدية وذلك لكون أغلبها متعلقة بالنظام العام ومحضور على الأفراد المساس بها عن طريق إلغائها أو تعديلها وما دام الأمر كذلك يتعين علينا تحديد نطاق صحة الشرط الجزائي لمعرفة ما إذا كان ذو فعالية في مجال المسؤولية العقدية والتقصيرية معا أو ينحصر دوره في واحدة فقط .

المطلب الأول: الشرط الجزائي في النطاق التعاقدي:

إن مسألة شرعية البند الجزائي في النطاق التعاقدي فصلت فيها معظم التشريعات بالإيجاب وان إختلفت في تفاصيل ذلك ومن ثم إتجهت غالبية الفقه إلى القول بأن النطاق الطبيعي الذي يكون فيه الشرط الجزائي صحيحا هو النطاق العقدي.

1- الدكتور محمد شتا أبو سعد , التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية , الطبعة 2001 ص 102-103 .

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

ومما لا شك فيه أن إتجاه الفقه هذا كان متأثر بموقف التشريع الذي عالج الشرط الجزائي وبين أحكامه في مجال المسؤولية العقدية لما لها من صلة وثيقة بالتنفيذ العيني الذي يشكل البند الجزائي بديلا له وأيضا بمسلك المتعاقدين الذين لا يلجآن إلى إدراج مثل هذه الشروط إلا بشأن إلتزاماتهم العقدية .

لكن مع ذلك تثور مشكلة شكل البند الجزائي خاصة بالنسبة للعقود التي يشترط فيها المشرع شكلا معين[1].لإنعقادها فهل بحكم تبعية الشرط الجزائي للعقد الأصلي يشترط لن يكون هو الآخر مفرغا في هذا الشكل أم أنه يتمتع بنوع من الإستقلالية في هذا الخصوص؟ .

– إن خضوع العقد الأصلي لشكل خاص لايستلزم حتما خضوع الشرط بذلك الشكل بيد أن هناك رأى قال به الأستاذ " **فلاكو بو لوس** " يذهب إلى القول بأنه إذا كان العقد الأصلي يخضع إلى شكل معين فيتوجب إفراغ البند الجزائي في نفس ذلك الشكل تأسيسا على علاقة التبعية الموجودة بينهما [2] .

وتحديد المجال التعاقدي للشرط الجزائي يقتضى منا بدون شك بحث المسالة في نطاق مختلف صور الإلتزام . (الفرع الأول) وأهم أنواع العقود (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: الشرط الجزائي ومختلف صور الإلتزام.

أمام تنوع محل إلتزام يجدر بنا معرفة حدود إمكانية اللجوء إلى الشرط الجزائي في نطاق الصور المختلفة للإلتزام:

أولا : الشرط الجزائي والإلتزام بمنح شيء .

يميز الفقه في هذه الصورة بين حالتين أساسيتين هما:

---

[1] - **مثلا كإشتراط الكتابة الرسمية في عقد الشركة , المادة 418 ق م ج ورهن العقار وبيعه م 883 و793 ق م ج .**

[2] - **الدكتور نبيل إبراهيم سعد , النظرية العامة لإلتزام , أحكام الإلتزام , الجزء 2 – طبعة 1999 , الإسكندرية , ص 82 – 83 .**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

- أن يكون هذا الشيء معين بالذات .

- أن يكون هذا الشيء معين بالنوع.

أ) – كون الشيء معين بالذات إذا كان هذا الشيء منقولا معين بالذات ومملوكا للمدين فإن نقل الملكية في هذه الحالة يتم بقوة القانون بمجرد إنعقاد العقد ودون اللجوء إلى إجراءات خاصة .

أما إذا كان ذلك الشيء عقارا فلا تنتقل الملكية إلا بعد إتمام الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين على المدين تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية تنفيذا عينيا بأن يقوم بالأعمال اللازمة لتسجيل العقد الناقل للملكية فإذا رفض المدين إستكمال هذه الإجراءات اللازمة لنقل الملكية يمكن للمشترى (الدائن) أن يلجأ إلى وسائل التنفيذ الجبري والتي بمقتضاها يكون حكم القاضي بمثابة سند البيع (الملكية)[1] .

ب) – **كون الشيء معينا بالنوع:** في هذه الحالة يتصور كذلك اللجوء إلى البند الجزائي لتقدير التعويض الذي يدفعه المدين في حالة الإخلال بإلتزامه المتمثل في منح الدائن قيمة ذلك الشيء المعين إلا بالنوع وتغطية الضرر الحاصل من جراء التأخير في ذلك.[2]

ثانيا : الشرط الجزائي و الإلتزام بعمل .

إن إستعمال البنود الجزائية يكثر عادة في هذه الصورة من صور الإلتزام لما لها من طبيعة خاصة بما تتطلبه من ضرورة تدخل المدين شخصيا في تحقيقها وتنفيذها في أغلب الأحوال.

فإنه لايجوز اللجوء إلى التنفيذ الجبري للإلتزام في مثل هذه الحالة لأن قواعد الأخلاق القانونية ***La morale juridique*** تأبى الضغط على إرادة المدين بإلزامها مالا تريد كما لو تعلق الأمر بإلزام الرسام على الرسم أو

---

[1] **- الدكتور نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص97.**

[2] **- وان كان المشرع أعطاه وسيلة أكثر فعالية تغنيه عن متاعب البند الجزائي إذ بموجب المادة 166 من القانون المدني الجزائري أن يحصل على الشيء من ذات النوع على نفقة المدين بعد استئذان القاضي.**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

البناء على البناء وتداركا من القانون لذلك فقد أجاز الضغط على الذمة المالية للمدين بتضمين البنود الجزائية مبالغ مرتفعة لضمان التنفيذ العيني للإلتزام .

ثالثا : الشرط الجزائي والإلتزام بالإمتناع عن شيء .

فالمدين في هذه الصورة يلتزم بخلاف الصورة السابقة بإتخاذ موقف سلبي وهو أن يمتنع عن القيام بما منعه عن نفسه نتيجة العقد ويلاحظ أن إخلال المدين بهذا الإلتزام قد يكون نهائيا وقد يكون مؤقتا.

فإذا كان الإخلال بالإلتزام له صفة مؤقتة فإن الوسيلة التي أعطاها المشرع للدائن بحكم المادة 173 من القانون المدني التي تنص على أنه : " إذا إلتزم المدين بالإمتناع عن عمل أو أخل بهذا الإلتزام جاز للدائن أن يطالب إزالة ما وقع مخالفا للإلتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين " قد تغنيه عن إستعمال الشرط الجزائي أما إذا كان الإخلال نهائيا بحيث لايمكن إزالته أو تدارك أثاره ففي هذه الحالة ليبقى أمام الدائن إلا المطالبة بأعمال الشرط الجزائي .

وفي النهاية تجدر الإشارة إلى أنه " بالرغم من وجود بعض الوسائل القانونية التي تساعد على التنفيذ العيني للإلتزام فإن هذه الوسائل غالبا مالا تحقق النتائج المطلوبة زيادة على ما تتطلبه من إجراءات قضائية معقدة وطويلة فالتنفيذ العيني قد يتحول إلى مسؤولية عقدية ومادام أن الشرط الجزائي هو جزاء طبيعي لها فإستعماله في الصورة المختلفة للإلتزام يحقق فائدة كبيرة للمتعاقدين منها تجنب اللجوء إلى القضاء والمشاكل المترتبة على الإجراءات القضائية [1] .

الفرع الثاني: بعض التطبيقات التعاقدية للشرط الجزائي.

---

[1] **- أنظر نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص 102.**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

هناك تطبيقات للشرط الجزائي في الحياة العملية , ومن النادر أن نجد عقدا يتسم بأهمية ولا يتضمن شرطا جزائيا وذلك نظرا للفائدة الكبير ة التي يحققها للمتعاقدين ومن أمثلة الشرط الجزائي ما نجده في العقود المدنية كعقد التوريد حيث يلتزم المورد بدفع مبلغ معين من النقود عن كل فترة يتأخر فيها عن توريد الأشياء التي تعهد بتوريدها , وكذلك في عقد البيع إذ يلتزم البائع بدفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم المبيع وأيضا ما ينص عليه في عقد الإيجار من إلزام المستأجر بدفع مبلغ معين إذا لم يسلم العين المؤجرة أو تأخر في تسليمها [1] .

كما نجد إستعمال البند الجزائي في نطاق علاقات العمل بحيث يتفق العامل ورب العمل على تقدير التعويض المستحق في حالة فسخ عقد العمل من أي جانب ومن ناحية أخرى فإن البنود الجزائية تستعمل على نطاق واسع لتأمين حسن الإنضباط .

إذا كان المبدأ هو شرعية البنود الجزائية في معظم العقود فإنه يجب ملاحظة أن مثل هذه الشروط تكون باطلة كلما تعارضت مع إرادة المشرع الآمرة والنصوص التي يستفاد منها بطلان الشرط الجزائي حتى في المجال العقدي كثيرة نقتصر على ذكر البعض منها فقط [2] .

إذا الشرط الجزائي قد إستعمل كثيرا في نطاق العقود الملزمة للجانبين فإنه تم اللجوء إليه أيضا في حالة العقود الملزمة بجانب واحد .

ومن جهة أخرى فإن إستعماله لايقتصر في مجال القانون الخاص بل له تطبيقات أخرى في مجال القانون العام وعلى سبيل المثال في القانون الإداري حيث تملك الإدارة سلطات واسعة النطاق إزاء المتعاقد معها ومن هذه

---

[1]- نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص 102.

[2] - أنظر المادة 556 والمادة 622 من القانون المدني الجزائري, راجع كذلك المواد 3/52 – 71 – 199 – من القانون التجاري الجزائري.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

السلطات حقها في مراقبة تنفيذ العقد وحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ومن بين هذه الجزاءات على المتعاقد معها ومن بين هذه الجزاءات الغرامات التي يتفق عليها المتعاقد مع الإدارة [1] .

المطلب الثاني : الشرط الجزائي في النطاق التقصيرى .

لقد إستقر الإتجاه الغالب في الفقه على بطلان البنود الجزائية في مجال المسؤولية التقصيرية (فرع 1) وإن كان هناك إتجاه أخر ذهب إلى القول إلى أن البند الجزائي يكون صحيحا حتى في مجال المسؤولية التقصيرية (الفرع 2).

الفرع الأول : بطلان البند الجزائي في مجال المسؤولية التقصيرية.

يذهب كثير من الشراع إلى أنه ليس هناك ما يمنع من الإلتجاء إلى الشرط الجزائي في شأن ما قد يستحق من تعويض عن الإخلال بإلتزام غير تعاقدي وهذا المذهب مقبول فالشرط الجزائي تقدير إتفاقى للتعويض مسبق عن ضرر لأي كان العمل القانوني الذي ينشأ عنه هذا الضرر , فإنه ليس دقيقا ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن مجال أعمال الشرط الجزائي ينحصر في نطاق حالات المسؤولية العقدية وحدها وهذا القول في حد ذاته صحيح على أنه يوجد فارق هام بين المسؤولية التقصيرية والعقدية يتعلق بكون قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام ويقع باطلا كل إتفاق على الإعفاء أو التخفيف منها . أما في مجال المسؤولية العقدية فإن الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية جائز ما لم ينسب إلى المدين غش أو خطأ جسيم في التنفيذ . ويجب أن يترك أمر تقدير

---

[1] - نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص107.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

التعويض المترتب عن عمل ضار للسلطة التقديرية للقاضي , هذا إلى أن الإتفاق سلفا أو مقدما على التعويض , بمقتضى بند في عقد في نطاق المسؤولية التقصيرية , إنما هو أمر يصعب تحققه من الناحية العملية [1] .

الفرع الثاني : صحة البند الجزائي في النطاق التقصيرى .

يقول الفقيه " **مازووتونك** " ذهب إلى القول إن البند الجزائي يكون صحيحا حتى في مجال المسؤولية التقصيرية .فالشرط الجزائي تقدير إتفاقى للتعويض أي تحديد مسبق لمقدار التعويض المستحق في حالة تحقق موجبات هذا التعويض فهو في صورته العامة والمجردة لا ينطوي على أي إعفاء من المسؤولية , وهو في إمكان اللجوء إليه مقيد قانونا بعدم إنتهاك أو مخالفة القواعد الآمرة , لذلك فإن الشرط الجزائي يفقد طبيعته تلك . إذ تحول إلى أداة فعلية لتقييد تلك المسؤولية .فعند إذ يستطيع القاضي إهدار هذا الشرط لأنه خرج عن حقيقته كأداة لضمان تنفيذ الإلتزام الأصيل من خلال إتفاق مشروع من إتفاقات المسؤولية أما إن ظل الشرط الجزائي مستجمعا طبيعته المتمثلة في كونه تقديرا إتفاقيا للتعويض في حالة حدوث خطأ في المجال التقصيرى (أو العقدي) وحدد بالتالي تعويضا مساويا للضرر فإنه يظل قائما ولا يوجد مانع قانوني من إعماله .

كما ظهر أيضا إتجاه آخر أستثنى من النطاق التقصيرى حالة الأضرار الجسمانية على أساس أن جسم الإنسان خارج عن دائرة التعامل هذا ويقوم الإتجاه الموجيز للبنود الجزائية في النطاق التقصيرى على إعتبار المادة 124 من القانون المدني الجزائري , التي تقابلها 1382من القانون المدني الفرنسي ليست من النظام العام ومن تم يمكن للأفراد الإتفاق على تعديل قواعد المسؤولية التقصيرية , أو تحديد نطاقها في شكل شرط جزائي .

---

[1] - **الدكتور: محمد شتا أبو سعد, نفس المرجع السابق, ص 128-129.**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

كما يظهر لنا أن المشرع الجزائري لم يمنع مثل هذه الإتفاقات فالمادة 178 التي تنص على إبطال كل شرط يعفى من المسؤولية الناجمة عن الفعل الإجرامي .

لم تشير إلى حالة التخفيف أو التحديد من هذه المسؤولية بواسطة شرط تخفيفي أو شرط جزائي , ومادام أن المشرع سكت عن هذا الأمر ولم يفصل فيه كما فعل بالنسبة لشرط الإعفاء فإنه في نظرنا يكون جائزا اللهم إلا إذا تعلق الأمر بالأضرار الجسمانية ففي هذه الحالة يكون باطلا طبقا للمادة 71 من القانون التجاري , ومن جهة أخرى فإن القانون المدني الجزائري ذاته نص على حالة يكون فيها الشرط الجزائي ممكنا في نطاق المسؤولية التقصيرية وهي الحالة المشار إليها في المادة 2/363 التي تنص أنه :" فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستفى البائع جزء منه على سبيل التعويض في حالة إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم إستيفاء جميع الأقساط ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 184".

– وتعليقا على هذه المادة كتب الأستاذ نجارى عبد الله بقوله : " وفى هذا التطبيق أيضا لو إتفق البائع والمشترى على إحتفاظ البائع بجزء من الثمن عند فسخ العقد بسبب عدم الوفاء بجميع الأقساط فهذا المبلغ المتفق عليه ما هو إلا شرط جزائي فلو أخل المشترى بإلتزامه فعلى أي أساس تقضى المحكمة بالشرط الجزائي ؟ [1] .

مما لا شك فيه أن المحكمة تقضى بالشرط الجزائي على أساس المسؤولية التقصيرية وليس على أساس المسؤولية العقدية لأن العقد أصبح مفسوخا .

المبحث الثاني: آثار الشرط الجزائي.

---

[1] **- الدكتور: نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص 109-112.**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

من خلال دراستنا السابقة لشروط تطبيق البند الجزائي لاحظنا أنه يتعين على القاضي للحكم بالشرط الجزائي أن يقوم بمراقبة تحقق الشروط الأساسية لإنعقاده من جهة بإعتباره إتفاقا والشروط الضرورية لإستحقاقه لكونه تعويضا , غير أن مهمة القاضي في مجال الشرط الجزائي لا تنتهي عند هذا الدور التقليدي المنوط به بإعتباره الحارس الأمين لضمان إحترام إرادة المشرع الآمرة , بل تتجاوز ذلك .إذ أن القانون أو كل للقاضي وظيفة مراقبة التوازن العقدي عن طريق منحه سلطة تعديل الإتفاقات بغية تلطيف التفاوت الفادح في الأداءات المتقابلة .[1]

إن الدور الذي يقوم به القاضي في هذه المرحلة أكبر أهمية بكثير من دوره السابق لطبيعته وخطورته من جهة وعدم وضوح معالمه وحدوده من جهة أخرى ففي هذه المرحلة سيعكف على تحقيق نوعا من العدالة التعاقدية عن طريق تعديله للبند الجزائي المتفق عليه خروجا على مبدأ " **العقد شريعة المتعاقدين** " .

غير أن هذا التعديل يكون أمرا طبيعيا في حالات معينة بالنظر إلى القواعد العامة في المسؤولية العقدية .

(المطلب الأول: التعديل الطبيعي للشرط الجزائي)

لكن في حالات أخرى يصبح أمرا إستثنائيا بالرجوع إلى المادة 106 من القانون المدني, (المطلب الثاني التعديل الإستثنائي للشرط الجزائي).

المطلب الأول: التعديل الطبيعي للشرط الجزائي:

إن العقد ليس مجرد وسيلة لتحقيق المصالح الخاصة ولكنه أداة تداول الأموال والثروات وبالنظر إليه كذلك يتعين مراعاة درجة من الأخلاقية والجدية في إستعماله على مستوى مرحلة التكوين والتنفيذ على حد سواء.

فالقاضي مطالب بالأخذ بعين الإعتبار الأمانة والثقة التي يجب أن تشكل قوام العلاقات التعاقدية بموجب مبدأ ضرورة حسن النية .

---

[1]- **أنظر إلى المواد 107- 2/363-90-561 .**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

إن هذا المبدأ يشكل أساسا متينا في القانون المدني الجزائري ويجب أن يكون للقاضي سراجا منيرا في ممارسة سلطة التعديل التي منحها إياه المشرع.

إذن فالتعديل الطبيعي للبند الجزائي قد يجد أساسه في نية المدين وسلوكه فقد يقدم القاضي على تعديل البند الجزائي بالزيادة إذا كان هذا الأخير سيء النية (الفرع الأول) وبالنقصان إذا كان حسن النية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي.

سبق القول إلى أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عله وبحسن النية , فإذا ما حاد المدين عن هذا الإلتزام وجب إستبعاد وإلغاء التوقعات العقدية وإحلال سلطة القاضي محلها لغرض إحترام هذا الإلتزام , غير أن إخلال المدين بهذا الواجب لايكون دائما بنفس الدرجة فتارة يصدر منه غشا (أولا) وتارة أخرى يكون مرتكبا لخطأ جسيم (ثانيا) [1] وهذا الذي أكده المشرع في المادة 185 من القانون المدني الجزائري بنصه أنه :" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلآ إذا أثبت إن المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيما [2].

أولا : التعديل محاربة للتدليس :

إن الإخلال الإرادى بالإلتزامات التعاقدية يعتبر بدون شك إنتهاكا فادحا بها ويتم عن تهور ملحوظ من جانب المدين و يتطلب تدخل القاضي لإعادة الكفة في صالح الطرف المتضرر من هذا السلوك اللاإجتماعى.

---

[1] **- أنظر خليل أحمد حسن قدادة , المرجع السابق , ص 44 .**

[2] **- راجع نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص 204.**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

إن كل التشريعات الحديثة ترتب على تدليس أثارا أساسية متمثلة في إبطال مفعول الشرط الجزائي شأنه في ذلك شأن الإتفاقات الأخرى للمسؤولية (شرط الإعفاء أو تخفيف أو تحديد الضمان) إنطلاقا من الفكرة العامة و التي مفادها أن الغش يفسد كل شيء.

فالمدين الذي يرتكب غشا لا يستطيع أن يتذرع للشرط الجزائي المقدر للتعويض لأنه بفعله هذا يكون قد خرج من نطاق التوقعات العقدية ودخل في مجال الأحكام القانونية و الغريب في الأمر أن المشرع الجزائري قد فرق في هذا الصدد بين المسؤولية عن الفعل الشخصي و المسؤولية العقدية عن فعل الغير بحيث أنه أجاز في هذه الأخير إشتراط إعفاء المدين من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم من الأشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه وهو ما يترتب عليه بقاء الشرط الجزائي صحيحا ومنتجا لآثاره الأساسية المتمثلة في إستبعاد تدخل القاضي لتقدير التعويض حتى في حالة التدليس و الخطأ الجسيم ما دام الأمر يخص المسؤولية العقدية عن فعل الغير[1] ولكن إذا كنا إنتهينا إلى أن التدليس يؤدي إلى إبطال الإتفاق فما هي الأسباب التي تقف وراء هذا الإبطال؟

لتبرير ذلك ظهرت ثلاث نظريات سوف نتعرض ولو بإيجاز لكل واحدة منها.

1- التدليس يعدل من طبيعة المسؤولية: إن المشرع جعل للمسؤولية العقدية في حالتي التدليس و الخطأ الجسيم نفس أحكام المسؤولية التقصيرية و زعم أصحاب هذه النظرية أن الإخلال العمدي بالعقد معناه إنعدام الرابطة التعاقدية لتحل محلها الرابطة التقصيرية. و لكن هذه النظرية محل نقد شديد في الفقه على أساس أنه ليس من الصحيح أن التدليس يعدم العقد فالمشرع عندما شدد على المدين المنسوب إليه التدليس إنما فعل ذلك في نطاق

---

[1] - Anouar. El joundi la modification conventionnelle de la responsabilité thèse, paris, 1980, pages 303.

الأحكام الخاصة بالمسؤولية العقدية و أي كان الأمر فإن النظرية لم تفسر أسباب التشديد بل فسرت كيفية التشديد.

2- التدليس يجعل الإلتزام شرطيا:

ذهبت هذه النظرية إلى القول أن الإتفاق على الإعفاء من التدليس يجعل تنفيد الإلتزام مرهمنا بإرادة المدين و مثل هذا الإتفاق يكون باطلا لأنه لم يلزم المدين. و إن كانت هذه النظرية على نصيب من الصواب فإنها لم تسلم هذه الأخرى من النقد على أساس أن الشرط يجعل الإلتزام باطلا بخلاف الاتفاق على التدليس فإنه لا يمتد إلى الإلتزام الأصلي الذي يظل صحيحا رغم بطلان الشرط الإتفاقي.

3- النظام العام أساس الإبطال:

أمام عجز هاتين النظريتين ظهرت نظرية أخرى في الأفق مؤداها أن النظام العام هو الذي يبرر منع تدليس و الخطأ الجسيم من دائرة الإتفاقات العقدية، فالحياة الإقتصادية و الإجتماعية لا تقوم على الوجه السليم إلا إذا إعترض على مثل هذه الإتفاقات بإسم النظام العام[1].

ثانيا: التعديل محاربة للخطأ الجسيم.

في تحديد الخطأ الجسيم كان الفقه و القضاء تارة يلجآن إلى معيار موضوعي مبني على درجة الخطأ و جسامته و تارة أخرى كان يستعملان معيارا نفسيا قائما على إحتمال تحقق نتائج الخطأ و في تحديد جسامة الخطأ كان القاضي عادة يلجأ إلى طبيعة الخطأ بالنظر إلى طبيعة الإلتزامات التي يولدها و سهولة المتاحة للمدين في تنفيذها. غير أن ذلك لم يمنعه من مراعاة إنفاق المتعاقدين في كثير من الحالات لتحديد ما إذا كان الخطأ جسيما أم بسيطا و يلاحظ أن نتيجة الخطأ كانت للقاضي سلطة تحديد نوعية الخطأ.

---

[1] - Anouar. El joundi le même sens page 305.

لكن المعيار الذي كان يعول عليه أساسا كان هو المعيار النفساني فيكون الخطأ جسيما إذا كان محتملا أو ممكنا و لقد حاول الفقه و القضاء إكتشاف إحتمالية الضرر هذه من عدة أوجه نذكر منها:طبيعة البضاعة المتضررة – تكرار الأخطاء...

إن الخطأ الجسيم يظل مستقلا و متميزا عن الخطأ الجنائي و الخطأ البسيط ولكن يشتبه نوعا ما بالخطأ التدليس فإذا كان الخطأ الجسيم يلتقي مع التدليس إذا نظرنا إليهما من زاوية خطورة الفعل في حد ذاته أو جسامة الأضرار المترتبة عنه و هو ما يبرر توحيد المشرع لأحكامهما فإنه مختلف عنه في كون التدليس ينم دائما عن سلوك إرادي واعي فالمبلغ المقدر في البند الجزائي قد يكون أكبر أو أقل من قيمة الضرر الفعلي الحاصل للدائم من جراء إخلال المدين بإلتزامه[1] فإذا كان هذا المبلغ أكبر فليس لهذا الأخير مصلحة في المطالبة بإبطال مفعول البند الجزائي، و لكن إذا كان أقل من الضرر الفعلي فيستطيع الدائن أن يطلب من القاضي تقدير التعويض الملائم لما له من سلطة في ذلك.

و يشمل التعويض في هذه الحالة حسب ما تنص عليه المادة 02/182 من القانون المدني ما لحق للدائن من خسارة و ما فاته من كسب حتى و لو كان ذلك يشكل أمرا غير متوقعا بالنسبة للمدين.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي.

بالرجوع إلى نص المادة 02/184 والتي تقضى بأنه:

" ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ".

---

[1] - Anouar. El joundi le même sens page 306.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

غير أنه يلاحظ على النص في هذه المادة من القانون الجزائري انه جاء عاما من جهة ولم يقدم من جهة أخرى إرشادات للقاضي تنير له الطريق في تحديد مفهوم التنفيذ الجزئي لإستخلاص شروط التعديل (أولا) أو في كيفية إجراء هذا التخفيض (ثانيا) .

أولا: شروط التخفيض:

لا يمكن للقاضي النظر في تخفيض مبلغ الشرط الجزائي إلا بتوافر شروط معينة هي :

- أن يكون التنفيذ الجزئي ممكنا (I).
- أن يكون التنفيذ الجزئي مفيدا (II).
- أن يكون التخفيض مطلوبا (III).

I) كون التنفيذ الجزئي ممكنا :

إذا كان تدخل القاضي في هذه الحالة متوقفا على التنفيذ الجزئي للإلتزام من طرف المدين يترتب على ذلك أن يكون الالتزام الأصلي قابلا للإنقسام ولكن في بعض الحالات قد يكون الإلتزام الأصلي غير قابل للإنقسام وبالتالي لايمكن تطبيق الفقرة الثانية من المادة 184 مثال ذلك الإلتزام بالإمتناع عن العمل لا يقبل التقسيم كامتناع المدين عن المنافسة أو الامتناع عن التمثيل في مسرح معين والى غير ذلك [1] .

لكن يبدو أن القضاء طبق قاعدة التنفيذ الجزائي حتى في الإلتزام بالامتناع [2] وإذا كان الإلتزام قد يكون غير قابل للإنقسام بحسب محله فقد يكون أيضا كذلك بالنظر إلى طبيعته كأن يتفق شخص مع آخر على أن يرسم له لوحة زيتية ففي هذه الحالة لايمكن تصور التنفيذ الجزئي للإلتزام .

كما أن هناك حالات لايقبل فيها الإلتزام للإنقسام بسبب القانون .

---

[1] - Gabriel Khomi, le même sens, page 116 .

[2] - أنظر نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص 193.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

أما عدم قابلية الإلتزام للإنقسام بحسب الإتفاق فإنها لا تحول دون تدخل القاضي مادام أنها تؤدى إلى مخالفة أحكام المادة 184 من القانون المدني وهو ما لا يجوز .

على أن تقدير قابلية الإلتزام للإنقسام هي مسالة واقعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع.

II) كون التنفيذ الجزئي مفيدا :

إن التفسير الظاهري للمادة 02/184 قد يؤدى إلى القول بان كل تنفيذ جزئي للإلتزام يترتب عليه تخفيض الشرط الجزائي وذلك لعدم أشارة النص إلى شروط معينة متطلبة في التنفيذ الجزئي .

والحقيقة هي أن ليس كل بدء في التنفيذ هو بالضرورة تنفيذ جزئي للالتزام ذلك أن العلة من التخفيض ليست هي التنفيذ الجزئي في حد ذاته وإنما هي الفائدة التي تعود على الدائن من جراء هذا التنفيذ الناقص.

III) كون التخفيض مطلوبا :

إن القاضي وان كان ملزما بالتخفيض متى توفرت شروطه فانه لا يحكم به من تلقاء نفسه , ذلك أن القاضي لايحكم بما لا يطلب منه و إلا كان حكمه عرضة للإلغاء [1].

فإذا كان المدين لايستطيع التنازل مسبقا عن هذا الحق بحكم الصفة الآمرة للمادة 184 فإنه ليس هناك ما يمنع بعدما ينشا حقه في التعويض أن يتنازل عليه , ومادام أن المدين لم يطلب من القاضي تخفيض الشرط بسبب التنفيذ الجزئي فيفترض فيه أنه تنازل عنه لسبب من الأسباب .

---

[1] - الحكم بما لم يطلبه الخصوم لا يدخل ضمن حالات الطعن بالنقطة التي نصت عليها المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية بل يفتح باب التماس إعادة النظر طبقا للمادة 194 من نفس القانون .

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

نلاحظ أن التشريع المدني الجزائري لم يورد أية معايير أو إرشادات للتسهيل من مهمة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي .

وأمام سكوت المشرع إقترح الفقه على القاضي مراعاة عند تقديره التنفيذ الجزئي بعض العناصر وهى :

- الضرر الذي أصاب الدائن.
- الفائدة التي عادت عليه .

إن التخفيض في الواقع لا يتأسس على عنصري الضرر والفائدة فقط , بل قد يكون مرتبطا أساسا بمسلك المدين وما إذا كان سيء أو حسن النية , فالقاضي لا يقف إلآ بجانب المدين حسن النية . وهذا من خلال مهمته في تخفيض الشرط الجزائي .

وعليه بعد أن يتأكد القاضي من توافر الشروط التعديل هل يخفض الشرط الجزائي بنسبة التنفيذ الجزائي أم في حدود الضرر الحاصل للدائن ؟ .

وجوابا على السؤال ذهب الأستاذ " نجارى عبد الله " إلى القول بأن : " والحقيقة أنه لا يمكن الأخذ بالطريقة الأولى – أي لإعتماد على نسبة التنفيذ الجزائي – لأنها لاتستند للعناصر التي تقدر بها التنفيذ الجزائي بل تقتصر على نسبة التنفيذ وحده . وما دام القاضي مطالبا بأن يوازن بين الضرر الذي أصاب الدائن وكذلك المصلحة التي عادة عليه [1] .

ولكننا نعتقد من جهتنا إن الطريقة الثانية لا تنسجم ووظيفة الشرط الجزائي المتمثلة في إبعاد تدخل القاضي في تقدير التعويض ولا تحترم إرادة المتعاقدين كما أنها تتعارض مع قصد المشرع الذي غلب فيما يتعلق بآثار الشرط الجزائي قواعد الإتفاق على قواعد القانون .

---

[1]- أنظر نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص 194.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

ومهما كان الأمر فانه بإمكان المتعاقدين الإتفاق على قاعدة لتحديد درجة التخفيض إذا نفذ الإلتزام جزئيا وفى هذه الحالة يكون القاضي ملزما بالإعتداد بها طالما لم يكون هذا الإتفاق مؤديا إلى تعطيل مفعول أحكام المادة 184 سابقة الذكر .

المطلب الثاني: التعديل الإستثنائي للشرط الجزائي.

إن التعديل القضائي لمبلغ التعويض المتفق عليه العقد بسبب مبالغته يشكل بحق خروجا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبذلك سميناه بالتعديل الإستثنائي كما أن هذه التسمية تبررها أيضا الشروط الإستثنائية والصعبة الإثبات في آن واحد الواجب توافرها لإعماله نجد المشرع الجزائري قد نص في المادة 184 من القانون المدني على أنه يمكن للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في حالة الإفراط في تقدير الجزاء .

هذا ويلاحظ أن المشرع الجزائري وان كان تكلم عن شروط الإفراط كأساس لتدخل القاضي الآ انه أثار اللبس والغموض فيما يخص ضرورة هذا التدخل ما دام أن النص ورد بصيغة الجواز (الفرع الأول) كما انه لم يبين كيفية تقدير الأفراد و لاحدود لسلطات القاضي في هذا التخفيض (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: خصائص التعديل القضائي.

إن تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي إما أن يكون إختياريا نظرا لحرفية النص وإما أن يكون إلزاميا إستنادا إلى مضمونه , ومن جهة أخرى لنا أن نتسائل هل القاضي مع إفتراض تحقق شروط التدخل يتدخل من تلقاء نفسه أو لا بد أن يطلب منه ذلك .

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

– إن الإتجاه الغالب في الفقه والقضاء الفرنسيين يذهب إلى القول بأن القاضي له الحرية المطلقة في التدخل لتعديل الشرط الجزائي , ما دام أن نص المادة 1152 من القانون المدني جاء بعبارة " يجوز " [1] وفي نظرنا نعتقد أن هذا الرأي يخلط بين أمرين مختلفين هما:

السلطة المطلقة التي يتمتع بها القاضي في تقدير مدى توافر الشروط التدخل ومسألة التدخل في حد ذاتها.

إن القاضي عندما يقوم بتعديل الشرط الجزائي فأما أن يتدخل في إتجاه التخفيض أو في اتجاه الزيادة .

– **حالة تخفيض الشرط الجزائي:**

نص المشرع الجزائري في المادة 184 / 02 إمكانية تخفيض الشرط الجزائي في حالة الإفراط في التقدير وإن كان لم يحدد الإفراط أو يبين عناصر تقديره ونظرا لعدم وضع المشرع ضابطا ونسبة يمكن على ضوئها تحديد المقدار المبالغ فقد أدى ذلك إلى اختلاف الفقه في تحديد المبلغ و بصفة عامة يمكن تعريفها لعدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه والضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ بحيث يترتب على ذلك نوع من المضاربة [2] .

فتكون المبالغة ملحوظة بمجرد معاينة القاضي الأولية لها دون أن يتطلب منه ذلك أي بحث يجريه في هذا الصدد هذا و لتقدير المبالغة يقوم القاضي بالإعتماد على عنصرين أساسيين هما : عنصر موضوعي وآخر تشخيصي في نطاق المعيار الموضوعي ينصب بحث القاضي على ملاحظة قيمة الضرر الحاصل ومقارنته بمبلغ الشرط الجزائي للقول ما إذا كان بينهما تفاوت كبير يستوجب تدخله ويحدد درجته , إما في مجال أعمال المعيار الشخصي فينظر القاضي إلى ظروف المدين التشخيصية وحالته المالية فإنه لايمكن بطبيعة الحال إلزام الدائن بثبات عدم المبالغة في

---

[1]- Anouar El joundi. Page 282.

[2]- راجع نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص 186.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

التقدير لإستحقاقه المبلغ المحدد في الإتفاق ولذا يتوجب على المدين إقامة الدليل على هذه المبالغة وله في ذلك إستعمال كافة الوسائل مادام أن الإثبات ينصب على واقعة مادية [1] .

– حالة زيادة الشرط الجزائي :

إن المشرع الجزائري لم يسمح للقاضي بزيادة الشرط الجزائي إذا كان المبلغ المقدر من الأطراف تافها وهذا ما جعل البعض يطلب بتدخل المشرع الجزائري لتعديل نص المادة 185 حتى يسمح للقاضي بالتدخل [2].

ويمكن القول بأن هناك حالتين يمكن فيها للقاضي أن يحكم بتعويض معادل للضرر الذي أصاب الدائن هما:

– حالة إرتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما.

– حالة بطلان الإعفاء من المسؤولية .

فنجد أن القاضي له حق ممارسة سلطة التعديل من تلقاء نفسه , وهذا ما كتب عنه الأستاذ نجارى عبد الله " للقاضي أن ينظر من تلقاء نفسه في المسائل القانونية ومن بينها نجد النصوص الآمرة التي تبطل كل شرط مخالف لأحكامها وتعتبر المادة 184 من القانون المدني من النظام العام الذي بموجبه يمكن للقاضي أن يطبقها من تلقاء نفسه متى عرض عليه نزاع يتعلق بمبلغ الشرط الجزائي .

إلا أننا نرى أن هذا الرأي قد خلط بين سلطة القاضي في التدخل لتعديل الشرط الجزائي ومدى حرية المتعاقدين في إستبعاد هذه السلطة.

إن تدخل القاضي لايكون حرا بل لابد من توافر فيه جملة من الشروط منها ما هو خاص بوقت التدخل ومنها ما هو خاص باتجاه التدخل .

---

[1] - Anouar El joundi ,page 46 .

[2]- أنظر نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص 216.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

ففي وقت التدخل لتثور مشكلة تحديد وقت تدخل القاضي بالنسبة للتدخل أو التعديل الطبيعي للشرط الجزائي , لأن ذلك لا يتصور إلآ إذا كان العقد قد لقي تنفيذا من طرف المدين ولو كان مجرد تنفيذ جزئي , أما بالنسبة للتعديل الإستثنائي وبحكم قيامه ولو من الناحية النظرية على ضوابط تكاد تكون دون إرتباط أو بعيدة الصلة بظروف التنفيذ فإنه تظهر بالنسبة إليه بوضوح أهمية تحديد وقت تدخل القاضي هل هو وقت الإنعقاد أو وقت التنفيذ – ذهب الأستاذ " ج . هبيريش " , إلى القول بأن القاضي يستطيع أن يتدخل حتى قبل إستحقاق البند الجزائي ومعنى ذلك انه بمجرد انعقاد الشرط الجزائي فيكون لكل ذي مصلحة الحق في رفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بتعديل الشرط الجزائي.

إن مثل هذا الرأي يخلق مشاكل كثيرة لأنه في غالب الأحيان يصعب تحديد مبلغ الشرط الجزائي بدقة خاصة إذا كان تقديره مرتبطا بضوابط غير ثابتة. ومن جهة أخرى فإنه يقلل من وظيفة الشرط الجزائي في تقوية الرابطة التعاقدية كل هذا بالإضافة إلى كون مصلحة المدين هي مجرد مصلحة إحتمالية لكون شروط وجوب الشرط الجزائي لم تتحقق بعد [1] .

هذا فيما يخص تدخل القاضي وقت الإنعقاد ومن جهة ثانية إن الوقت المناسب لتدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي هو بدون شك وقت التنفيذ ولهذا نجد الأستاذ " ج. هبيريش " الذي قد سبق عرض رأيه المخالف يستثنى منه حالة ما إذا كان من المستحيل تحديد مبلغ الشرط إلا في وقت التنفيذ .

ففي هذه المرحلة يكون القاضي محيطا بجميع معطيات الرابطة التعاقدية كحالة المدين المالية وظروفه التشخيصية وحسن نيته أو سوئها وموقف الدائن ومن ثم يسهل عليه نوعا ما التحقق من مدى توافر شروط تدخله وتحديد درجة هذا التدخل بالنظر إلى عنصر الإفراط الذي جعل منه المشرع أساس التعديل في هذه الحالة .

---

[1] . **- أنظر نجارى عبد الله , المرجع السابق , ص 208**

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

الفرع الثاني: طريقة التعديل.

لقد سبق القول أن المشرع المدني الجزائري بل وحتى المشرع الفرنسي والمصري لم يبين للقاضي كيفية تعديل الشرط الجزائي وإستدراكا من الفقه لهذا النقص حاول اقتراح على القاضي ثلاث طرق للإعتماد عليها من طرفه وهى :

– الطريقة الأولى:

وتسمى بطريقة المطابقة – ***Le système d' adaptation*** ومفادها أن يقوم القاضي بجعل المبلغ المحدد في الشرط معادلا أو مطابقا لقيمة الضرر الفعلي الحاصل للدائن غير أن هذه الطريقة كانت محل إنتقاد الفقه الذي رأى فيها أنها تؤدى إلى إلغاء فعالية الشرط الجزائي من جهة وتتعارض مع قصد المشرع من جهة أخرى .

الطريقة الثانية :

وتقوم هذه الطريقة على إستعمال نظام الحد ***Le système à butoir***

ومعنى ذلك انه يمنع على القاضي عندما يقوم بالتعديل أن يتجاوز حدا معينا بحيث ينحصر دوره في إزالة المبالغة الفادحة أو التفاهة, وهذه الطريقة هي الأخرى لم تسلم من النقد وأهم إنتقاد وجه لها هو أنها لا تقضى على المبالغة والتعسف الذي حاول القانون محاربته.

الطريقة الثالثة:

وتسمى بنظام التقدير الحر ***Le système de la libre réduction***

ومعناه إن القاضي له الحرية المطلقة في سلطة التقديرية لتعديل الشرط الجزائي مع توافر الشروط المذكورة سابقا لتدخله في التعديل [1].

---

[1]- أنظر نجارى عبد الله, المرجع السابق, ص 146.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

قائمة المصادر

القانون المدني المعدل ومتمم بموجب قانون رقم **05 – 10** مؤرخ في **20 يونيو 2005**

.

القانون التجاري المعدل والمتمم بموجب الرقم **75 –59** المؤرخ في **26 سبتمبر 1975** .

– قائمة المراجع باللغة العربية :

1) دكتور أنور سلطان , أحكام الإلتزام , بيروت لبنان , طبعة **1980**.

2) د. إسماعيل غانم , أحكام الإلتزام , القاهرة, طبعة سنة **1967** .

3) د. جلال على العدوى , أصول أحكام الإلتزام والإثبات , الناشر منشأة المعارف ,مصر , سنة **1996** .

4) د. محمود جمال الدين زكى الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المصرى , الطبعة الثالثة , لجامعة القاهرة , سنة **1978** .

5) د. شتا أبو سعد , التعويض القضائى والشرط الجزائى والفوائد القانونية , دار الجامعة الجديدة للنشر , الإسكندرية , طبعة **2001** .

6) د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه , النظرية العامة للإلتزامات , مصادر الإلتزام , الجزء الثاني , مكتبة الجلاء منصورة, المطبعة العربية الحديثة, القاهرة .

7) نبيل إبراهيم سعد , نظرية العامة للإلتزام , أحكام الإلتزام , الجزء الثاني , الإسكندرية , طبعة **1999** .

8) عبد الرزاق السنهوري , الوجيز في شرح القانون المدني الجديد , نظرية إلتزام بوجه عام للإثبات , آثار الإلتزام , منشورات الحلي , الطبعة الثالثة , لبنان, **1998**.

9) د. عبد الودود يحي , الموجزة النظرية العامة للإلتزامات , مصادر الأحكام , الإثبات , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , القاهرة.

10) د. خليل أحمد حسن قدادة , الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري , الجزء الثاني , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , طبعة **1992** .

قائمة المراجع باللغة الفرنسية :

11) Anouar. El joundi La modification conventionnelle de la responsabilité thèse, paris, 1980.

12) Huguney .L'idée de peine privé en droit contemporain Thèse, paris, 1904.

13) Gabriel khouri, La clause pénale dans les obligations en droit français et égyptien, Thèse, paris 1993.

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

قائمة المذكرات:

الأستاذ نجارى عبد الله , الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري , رسالة ماجستير , جامعة الجزائر , أفريل 1983 .

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

خطة البحث

مـقـدمــة

الــفـصــل الأول

الفصل الأول : مفهوم الشرط الجزائي

المطلب الأول : تعريف الشرط الجزائي

الفرع الأول : التعريف القانوني

الفرع الثاني : التعريف الفقهي

المطلب الثاني : شروط الشرط الجزائي

الفرع الأول : شروط إستحقاق الشرط الجزائى

الفرع الثاني : شروط صحة الشرط الجزائي

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للشرط الجزائي

المطلب الأول : وظيفة الشرط الجزائي

الفرع الأول : الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي

الفرع الثاني : الوظيفة العقابية للشرط الجزائي

الفرع الثالث : الوظيفة المختلطة للشرط الجزائي

المطلب الثاني : تمييزه عن بقية المفاهيم المشابه له

الفرع الأول : تمييزه عن الصلح

الفرع الثاني : تمييزه عن العربون

الفر ع الثالث : تمييزه عن التهديد المالي

الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي

الـفـصـــل الـثـانــي

الفصل الثاني : نطاق وآثار الشرط الجزائي

المبحث الأول : مجال إعمال الشرط الجزائي

المطلب الأول : الشرط الجزائي في النطاق التعاقدي

الفرع الأول : الشرط الجزائي ومختلف صور الإلتزام

الفرع الثاني : بعض تطبيقات التعاقدية له

المطلب الثاني : الشرط الجزائي في نطاق التقصيري

الفرع الأول : بطلان الشرط الجزائي

الفرع الثاني : صحة البند الجزائي

المبحث الثاني : آثار الشرط الجزائي

المطلب الأول : التعديل الطبيعي للشرط الجزائي

الفرع الأول : سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

المطلب الثاني : التعديل الإستثنائى للشرط الجزائي

الفرع الأول : خصائص التعديل

الفرع الثاني : طريقة التعديل

الـــخـــاتـــمـــــة