جـامعة عمـــــار ثلـيجي – الأغـــواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسـم الحـقوق

الشـرط الجزائي في العقد

مذكـرة مكـملة لنـيل شهادة الماستر تخصص عقود ومسؤولية

إعداد الطالب:

– بعيط زين العابدين

إشراف الدكتور:

– الدح عبد المالك

لجـنة المناقشة

- الأستاذ الدكتور: رزق الله العربي بن مهيدي.....رئـيـسًـــا
- الدكتور: الدح عبد المالك.....مشـرفًا ومـقررًا
- الدكتورة: عكاكة فاطمة الزهراء.....عضوًا منـاقشًا

السنة الجـامعية: 2019/2018

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهـداء

إلى والدي الكريـمين حفظهما الله

إلى إخوتـي كل بإسـمه.

إلى جميع موظفي و عمال كلـية الحقوق والعلوم السياسية بجـامعة الأغـواط.

إلى جميـع أصدقائي.

وكل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجـاز هـذا العمل المتـواضـع

الطـالب : بعـــيط زيـــن العابـدين

كلمة شكر وتقديـر

يتقدم الطالب بأسمى عبارات التقديـر و الشكـر إلـى:

الدكتور الفاضل الدح عبـد المـالك ، الذي ساعدنا في إنجـاز هذه المذكرة و على تشجيـعاته و نصائـحه القيـمة و مسـاعدتـه الدائـمة لنـا رغم إنشغالاتـه الخاصـة.

فلك دكتورنا أسمـى عبـارات الإحتـرام و التقديـر.

كـما لا يفـوتنـي أن أشـكر أستذتـنا قبولـهم مناقشـة مذكرتـنا.

الطالب: بعـيـط زيـن العـابـدين

تعتبر إرادة الإنسان أهم مظهر من مظاهر حريته الشخصية ولذلك نجد أثرها كبيرا وفعالا في إبرام العقود وتحديد آثارها، فللأشخاص الحرية في أن يلتزموا بما يريدون وفي الوقت الذي يريدون وبالقدر الذي يشاءون، بشرط عدم المساس بحقوق الآخرين والإضرار بهم لأن حرية الشخص تنتهي عندما تبدأ حرية الآخرين، كما أن المبدأ في ديننا الحنيف أنه لا ضرر ولا ضرار.

فإرادة الإنسان متى كانت حرة غير مكرهة فإنها تكفي لإنشاء العقود دون رسميات أو شكليات معينة سواء كانت لوحدها أو مقترنة بإرادة أخرى، وقد وصل مبدأ سلطان الإرادة إلى أوجه ابتداء من القرن السابع عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر، ومرد ذلك انتشار المذهب الفردي خلال هذه الحقبة الزمنية والذي ارتكز على تقديس الفرد وتبجيله إذ جعله الأساس والمحور في كافة القواعد القانونية

غير أن هذا المذهب ما لبث أن انتكس وتراجع تأثيره بشكل لافت بعد تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية في القرن العشرين وانتشار المذهب الاشتراكي الذي زاد من تدخل الدولة في شؤون الحياة الأمر الذي انعكس على المنظومة التشريعية من خلال سن قوانين قلصت من حرية الإرادة وذلك بفرض شكليات على بعض العقود، وقواعد أخرى حدت من آثار العقود وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من التعسف الذي قد يكون عرضة له.

و من أهم صور مبدأ سلطان الإرادة أن التشريعات الحديثة و خروجا عن القواعد العامة التي تعهد بتقدير التعويض إلى القضاء قد أجازت لأطراف العقد أن يقدروا بأنفسهم التعويض المترتب عن إخلالهم بالتزاماتهم بصفة مسبقة و قبل وقوع الضرر و هو ما يعرف بالشرط الجزائي، غير أن ذات التشريعات و كنتيجة لانتكاس مبدأ سلطان الإرادة للأسباب المذكورة آنفا، قد خرجت عن القواعد العامة مرة أخرى بمنحها القضاء سلطة تعديل الشرط الجزائي رغم ما يمثله هذا التدخل القضائي من مساس بحرية الأطراف، و كل ذلك تحت مبرر احترام مبادئ العدالة التي تقتضي أن التعويض ينبغي أن يكون متناسبا مع الضرر الذي لحق الدائن.

أهمية البحث: إن البحث في موضوع الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله يكتسي أهمية بالغة على المستويين النظري والعملي، الأمر الذي ستورده في النقاط التالية:

-يعتبر الموضوع ذو أهمية كبيرة من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية بسبب سرعة حركة | التعامل نتيجة لشيوع وسائل الاتصال الحديثة لا سيما الانترنت فالتاجر أصبح يعقد عديد الصفقات مع عملائه في مختلف البلدان في دقائق معدودة الأمر الذي ضاعف من قيمة الزمن وجعل الناس يلجئون إلى الشرط الجزائي كونه يشكل ضمانة كبيرة لتنفيذ الالتزامات والوفاء بالعقود.

- يعتبر الموضوع ذو أهمية كبيرة في المجال القانوني لأنه يتناول أهم مبدأين في القانون المدني وهما مبدأ سلطان الإرادة في شقه الموضوعي المعروف بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ العدالة الذي يجعل المساواة التعاقدية أهم محاوره إذ يجب أن تكون اداءات الأطراف متناسبة.

- تظهر أهمية الموضوع كذلك في كونه يشكل خروجا عن القواعد العامة التي تعهد بتقدير التعويض للسلطة القضائية.

أسباب اختيار موضوع البحث: إن خوضنا في هذا الموضوع نابع من عدة دوافع منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي، والتي يمكن حصرها في النقاط التالية:

- الميول الشخصي لمواضيع المسؤولية العقدية لا سيما تلك المتعلقة بتقدير التعويض ومنها موضوع الشرط الجزائي.

- الرغبة في القيام بدراسة تحليلية للموضوع لإبراز مدى التعارض أو التكامل بين مبدأ سلطان الإرادة ومبادئ العدالة.

- إن موضوع الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله لم يحظ بالاهتمام اللازم سواء من ناحية البحوث الأكاديمية أو تنظيم المشرع له إذ أن إفراد عدد قليل من المواد القانونية التي تنظمه لا يعكس أهمية هذا النظام القانوني ولا يجيب على كافة الإشكاليات التي يطرحها.

الدراسات السابقة: لقد قمنا بالاطلاع على عديد الرسائل والأطروحات الجامعية بغرض توظيفها ضمن أعمال البحث في أطر متكاملة ومعالم منسجمة، والتي نذكر منها ما يلي:

- رسالة ماجستير من إعداد الباحث عبد الله نجاري بعنوان: الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة ، معهد العلوم القانونية والإدارية بن عكنون، 1983.

- رسالة ماجستير بعنوان: التعويض الاتفاقي في القانون المدني دراسة مقارنة من إعداد الطالب طارق محمد مطلق أبو ليلى، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين،2007

الهدف من الدراسة: اردت من خلال هذا البحث تحقيق جملة من المقاصد والمرامي، ألخصها فيما يلي:

- إثراء المكتبة الوطنية بدراسة أكاديمية متخصصة تتناول جزئية دقيقة من مواضيع القانون المدني لما فيها من خروج عن القواعد العامة.

- إبراز الدور الإيجابي الذي يلعبه الشرط الجزائي في الحياة المعاصرة من خلال توضيح أهم المزايا التي يوفرها للأطراف المتعاقدة.

- محاولة توضيح المفهوم الحقيقي للشرط الجزائي من خلال إبراز طبيعته القانونية و وضع حد فاصل بينه وبين الأنظمة القانونية المشابهة له.

- إبراز مدى أهمية الرقابة القضائية على الشرط الجزائي ومساهمتها في إرساء قواعد العدالة و نصرتها للأطراف الضعيفة في العلاقات التعاقدية

- إبراز أهم مزايا وعيوب المعالجة التشريعية الشرط الجزائي وتقديم الاقتراحات اللازمة التي ترسخ التكامل بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العدالة.

مناهج البحث المعتمدة: قصد الإحاطة والإلمام بأهم أبعاد ومضامين الدراسة، وبغية الإجابة على التساؤلات المطروحة، فقد اعتمدنا على منهجين مع وجود تكامل وترابط بينهما بشكل ينسجم مع محاور البحث، حيث اعتمدنا بشكل أساسي على المنهج التحليلي الذي يظهر من خلال تحليل المواد والنصوص القانونية و كذا الأحكام القضائية ذات الصلة بالموضوع، كما استعنا بالمنهج الوصفي في معرفة كافة الجوانب المتعلقة بالشرط الجزائي و رقابة القاضي عليه، في حين اعتمدنا على تقنية المقارنة بصفة جزئية كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

إشكالية الدراسة:

احتراما لإرادة الأطراف فقد أجاز لهم المشرع التحكم في الآثار المترتبة على المسؤولية العقدية، ومن هذه الآثار تحديد قيمة التعويض المستحق أي الشرط الجزائي و في هذا إعمال لمبدأ سلطان الإرادة في شقه الموضوعي المعروف بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين"، غير أن المشرع لم يترك حرية الإرادة مطلقة في هذا المجال بل قيدها بقيد صارم، و هو الرقابة القضائية على الشرط الجزائي إعمالا لما تقتضيه قواعد العدالة.

ومن هنا تتجلى لنا إشكالية الدراسة التي تطرحها كما يلي:

" كيف نظم المشرع الجزائري احكام الشرط الجزائي؟

صعوبات البحث: ونحن بصدد معالجة موضوع البحث واجهتنا عديد الصعوبات نذكر منها على وجه الخصوص ضيق الكبير في الوقت.

خطة الدراسة:للإجابة على إشكالية الدراسة وتساؤلاتها الفرعية، فقد آثرت تقسيم الدراسة إلى فصلين، خصصت الأول منهما لمعالجة مفهوم الشرط الجزائي وتمت معالجته في مبحثين الأول تناولت فيه مفهوم الشرط الجزائي أما الثاني فخصص لطبيعة الشرط الجزائي ونشأته ، بينما جعلت الفصل الثاني تطبيقات وأحكام الشرط الجزائي وتمت معالجته في مبحثين الأول تناولت فيه مجال الشرط الجزائي وشروط الحكم به أما الثاني فخصص للرقابة القضائية على الشرط الجزائي .

فسح المشرع المجال للأفراد المتعاقدة تضمين عقودهم بشروط جزائية كضمان يعمل على حث المدين على التنفيذ الدقيق لما التزم به في العقد، ومن ثمة فإن مركز الدائن يصبح أكثر قوة، لأنه في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه يكون من حقه الحصول على الجزاء المحدد في العقد، أما بالنسبة للمدين فعلى العكس، فإن الشرط الجزائي يعني بالنسبة له التزام إضافي، أي هي عقوبة خضع لها بإرادته

ولا يعتبر الشرط الجزائي نظام حديث النشأة، بل له جذور تاريخية في القوانين القديمة، وهذا ما يدفعنا للبحث عن أصله وما لحقه من تطور عبر التاريخ، لكن قبل ذلك يتعين علينا تحديد مفهوم الشرط الجزائي والذي يتضمن تعريف الشرط الجزائي، وأنواعه وأهميته وخصائصه وطبيعته القانونية، و عليه ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين :

-مفهوم الشرط الجزائي

- طبيعة الشرط الجزائي ونشأته

المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي

قبل أن تبين أنواع وأهمية الشرط الجزائي وخصائصه يستوجب علينا أولا أن نعطي فكرة واضحة عن هذا النظام، وذلك بتعريفه انطلاقا من التعريف اللغوي وانتهاءا بالتعريف الاصطلاحي

فعليه ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطالبين، نتناول في (المطلب الأول) تعريف الشرط الجزائي وفي (المطلب الثاني) النظام التعاقدي للشرط الجزائي.

المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي

يعتبر مصطلح الشرط الجزائي كغيره من المصطلحات القانونية، نجد له تعريفات متعددة وهذا أمر مفروغ منه في الفكر القانوني، لذا سنتعرض في هذا المطلب إلى مفهوم الشرط الجزائي من خلال تعريفه لغويا في الفرع الأول)، ثم إيراد التعريف الاصطلاحي متضمنا تعريفا فقهيا وتعريفا شرعيا وتعريفا قانونيا في الفرع الثاني).

الفرع الأول : التعريف اللغوي

الشرط الجزائي كلمة مركبة من لفظين: الشرط والجزاء، أين سنقوم بتعريف كل كلمة على حدى

أولا: الشرط في اللغة

يطلق الشرط في اللغة على معاني كثيرة أبرزها ما يلي:

أ)الشرط.بسكون الراء . إلزام الشيء، وإلزامه في البيع ونحوه، كالشريطة والجمع شروط ، وشرائط لذا قيل:الشرط يملك صاحبه في إلزامه المشروط إن كان له أو عليه . ويقال : شرط عليه في البيع ونحوه شرط ألزمه شيئا فيه.

ب)والشرط . بفتح الراء - العلامة و الجمع أشرطا ، ومنه قوله تعالى : " فهن ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم ؛ فقد جاء أشراطها فأنى لهم إذا جاءتهم ذكريهم [1]" أي علامتها.

وقد جعل ابن فارس هذا المعنى أصلا المادة (شرط) فقال: الشين والراء والطاء أصل يدل على علم وعلامة وما قارب ذلك من غلم، وقال الأصمعي: منه على الاشتراط الذي يشترطه الناس بعضهم على بعض؛ أي علامات يجعلونها بينهم[2]

[1]سورةمحمد،الأية18.

[2]) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمنية الشرط الجزائي وآثاره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة رسالة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود،السعودية. 2004، ص ص 35- 36.

يتضح من خلال التعريفات المقدمة أن المعنى الأول هو أكثر وضوحا و أوثق صلة بموضوع الشرط الجزائي، أين يتمثل في شرط يحدده الأشخاص في مختلف العقود بإرادتهم الحرة ويكون الزاما عليهم تنفيذها

ثانيا: الجزاء في اللغة

الجزاء مصدر جزا، يجزي، جزاء، ويطلق في اللغة على معاني منها:

أ) الثواب والمكافأة على الشيء، ومقابلة العمل بما يماثله، ومنه قوله تعالى: " جنات عدن تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك جزاء من تزكى "[1]

ب)ويأتي الجزاء بمعنى العقاب ومنه قوله تعالى: " قالوا فما جزاؤه إن كنتم كاذبين، قالوا جزاؤه من وجد في رحله فهو جزاؤه كذلك نجزي الظالمين [2]" أي فما عقوبته

من خلال هذين المعنيين نتوصل إلى أن الجزاء يكون ثوابا ويكون عقابا، والمراد في الشرط الجزائي هو العقاب لا الثواب لأن الشرط الجزائي يكون نتيجة إخلال بالعقد.

الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي

لقد أطلق على مصطلح الشرط الجزائي عدة تسميات منها البند الجزائي، التعويض الاتفاقي، الجزاء الاتفاقي، الجزاء التعاقدي والتعويضات الجزائية؛ لكن عبارة الشرط الجزائي حظيت بتفضيل الفقه والقانون والقضاء لأنها تشير بصفة عامة إلى كل شرط مضاف إلى العقد، كما وردت تعاريف متعددة لهذا المصطلح منها تعاريف فقهية التي وضعها فقهاء القانون وتعاريف تشريعية تضمنتها النصوص القانونية

أولا: التعريف الفقهي

عرفه الأستاذ توليه بانه، " ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخيره في تنفيذه "[3]

وعرفه الدكتور **عبد الرزاق أحمد السنهوري** بأنه: " التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدما بدلا من تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه وهذا هو التعويض من عدم التنفيذ، أو قد يتفقان على مقدار التعويض المستحق في حالة تأخر المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض على التأخير في التنفيذ [4].

---

[1]**سورة طه الأية 76.**

[2]**سورة يوسف، الأياتان 74-75**

[3]**الشرط الجزائي في العقود التجارية الدولية، منشور على موقعhttp .almaktabah - up .net**

[4]**عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات، آثار الالتزام، الطبعة الثالثة منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص851**

وعرفه أيضا الدكتور **سليمان مرقص** على أنه: " اتفاق بمقتضاه يلتزم الشخص بالقيام بأمر معين- يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود .في حالة إخلاله بالالتزام الأصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي، جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير، وتعويضا للدائن عنا يصيبه من ضرر بسبب ذلك.[1]

يتبين من خلال هذه التعريفات أن الشرط الجزائي عبارة عن اتفاق مسبق على تقدير التعويض في حالة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، غير أنه يظهر اختلاف في تكييفه القانوني بحيث كيفه الأستاذ **توليه** على أنه جزاء عن الإخلال بالالتزام الأصلي، وهذا على خلاف الدكتور **عبد الرزاق أحمد السنهوري** الذي كيفه على أنه تعويض عن الضرر الناتج على عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ.

أما الدكتور **سليمان مرقص** فقد كيفه على أنه تعويض وجزاء في نفس الوقت . على الإخلال بالالتزام الأصلي .

ثانيا: التعريف الشرعي

أما الفقه الإسلامي فيعرفه على أنه: " التزام زائد، يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يستحق عند الإخلال الاختياري المضر بالمشترط"

شرح التعريف

- **التزام:** وهذه طبيعته كشرط ملزم .

-**زائد:** أي عن أصل العقد، وهذه من خصائص الشروط المقترنة بالعقد

- **التعويض الشرعي:** احتراز من الشرط الجزائي الفاسد كالمؤدي إلى الربا، أو المبالغ فيه بالزيادة أو النقصان عن الضرر الواقع

- **المضر:** أي أنه يستوجب وقوع فعلي للضرر والذي يستحق الشرط الجزائي بسببه

يظهر من هذا التعريف بعض خصائص الشرط الجزائي أين يعتبر التزام تابع للالتزام الأصلي كما أنه اتفاق سابق على تحديد التعويض قبل وقوع الضرر فهو مرتبط بالضرر فلا يستحق بدون تحققه ويراعى في تقديره العدل بحيث أنه إذا ثبت وجود المبالغة فيه بالزيادة أو النقصان، فللقاضي تعديله تحقيقا للعدل.

ثالثا: التعريف القانوني

يتضمن هذا التعريف ما أوردته النصوص القانونية في مختلف التشريعات، أين سنقوم باستعراض تعريف القانون المدني الفرنسي وتعريف القانون المدني المصري ثم يليها تعريف القانون المدني الجزائري

[1] **طارق محمد مطلق ابو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة2001، ص8-9**

عرف المشرع الفرنسي الشرط الجزائي من خلال مادتين وهما: نص المادة 1226 ق.م.ف بنصها على أنه " الشرط الذي يفرض على أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ ".

أما نص المادة 1229 ق.م .ف فقد جاء على أنه " تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي ".

وعرفه المشرع المصري في نص المادة 223 ق.م على أنه " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد 215 إلى 220 "[1]

وعرفه المشرع الجزائري في نص المادة 183ق.م على أنه " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 "[2]

يتضح من خلال هذه النصوص القانونية أن التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري هو التعريف نفسه الذي جاء به القانون المدني المصري بحيث أنهما يتفقان على أن الشرط الجزائي عبارة عن اتفاق مسبق على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، أين يمكن أن يرد في العقد الأصلي أو في عقد لاحق شريطة أن يتم تقديره قبل وقوع الضرر لأنه إذا تم بعد حدوث الضرر فإنه يعتبر بمثابة صلح بين المتعاقدين، وهذا على عكس المشرع الفرنسي الذي اقتصر تعريفه على اعتبار الشرط الجزائي مجرد تعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن من جراء عدم تنفيذ العقد الأصلي

المطلب الثاني: أنواع وأهمية الشرط الجزائي وخصائصه

لقد شاع انتشار الشرط الجزائي على الصعيد التعاقدي لما له من أثر في الحياة العملية، فأصبح المتعاقدون يدرجونه في شتى أنواع العقود لذا من النادر اليوم أن نجد عقدا لا يتضمن اتفاق مسبق لمقدار التعويض الذي يستحقه الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام الصادر عن العقد أو التأخير فيه، وذلك بغية الحصول على تنفيذ بأفضل صوره وبحسن نية

[1]قانون رقم 131 لسنة 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري منشور على موقع:www .Shared .com.

[2]أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975 معدل ومتمم، انظر الموقع الإلكتروني:. wwwjoradp .dz

وبالتالي ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع بحيث سنتناول في الفرع الأول) أنواع الشرط الجزائي، وفي (الفرع الثاني) أهمية الشرط الجزائي وفي (الفرع الثالث) خصائص الشرط الجزائي

الفرع الأول : أنواع الشرط الجزائي

بالرجوع إلى نص المادة 176ق.م.ج[1] تستخلص أن التعويض الذي يحكم به القاضي على المدين في حالة استحالة التنفيذ العيني يكون، إما لعدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، فالأول يطلق عليه التعويض لعدم التنفيذ والثاني التعويض عن التأخير

أولا: الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ (clause penale compensatoire)

يهدف هذا النوع من الشرط الجزائي إلى تعويض الضرر الناتج عن عدم التنفيذ النهائي للالتزام الأصلي فهو على هذه الصورة إذ يحل محل التنفيذ العيني، ونكون بصدد عدم التنفيذ إذا أصبح التنفيذ مستحيل، ومنه يعتبر المتعاقدان قد اتفقا على إحلال التعويض محل الالتزام الأصلي الذي لم ينفذ، فيكون تحديدهما له نهائيا وملزما لهما، وبالتالي لا يحق للقاضي إنقاصه لأنه تم برضا الطرفين وهما مدركان لمضمونه، بما له من تقدير للضرر الذي يمكن أن يلحق بالطرف الذي لم ينفذ التزامه مثل فقدان او ملاك محل العقد، وقد يكون محل التنفيذ جزئيا أو كليا وفي الحالتين وبحسب مسئولية المدين عن ذلك يتحول عدم التنفيذ إلى التعويض.[2]

ولما كان الشرط الجزائي يشكل تعويض عن عدم التنفيذ فإنه لا يجوز المطالبة به وبالتنفيذ العيني معا، فالأصل هو في التنفيذ العيني، فإذا تعذر جازت المطالبة بالتعويض الاتفاقي كما حدده الطرفان في العقد بموجب الشرط الجزائي

ثانيا: الشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ (clause pénale moratoire)

يهدف الشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ إلى تعويض الضرر الناتج عن تأخر المدين في تنفيذ الالتزام الأصليويقدر هذا التعويض في شكل نسبة مئوية يتقاضاها الدائن عن كل يوم أو أسبوع أو شهر تأخير، ونجد هذا النوع من التعويض كثيرا في مجال القانون الإداري وعلى الخصوص العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع المتعاقد معها في إطار الصفقات العمومية.[3]

---

[1] **المدة 176ق.م. ج " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت آن استحالة التنفيذ نشات من سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذالك إذا تاخر المدين في تنفيذ التزامه"**

[2] **الشرط الجزائي في العقود التجارية الدولية، المرجع السابق**

[3] **مصطفى العرجي، القانون المدني، العقد، الطبعة الرابعة؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص578**

يمكن مثلا للأطراف المتعاقدة أن يحددوا مبلغا معينا عن كل يوم تأخير تسليم شقة مشترة باعتبار أن شاري الشقة مقيم في فندق مضطر لدفع إيجار غرفته طالما أنه لم يستلم الشقة، ومنه فإن تأخر البائع عن التسليم يرتب في ذمته تعويض الشاري بما اتفقا عليه بموجب الشرط الجزائي

وفي حالة ما إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه فإنه لا يمكن المطالبة بقيمة الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزام لأنه يصبح بدون محل، فمثلا قلو عهد شخص إلى مقاول بناء مجموعة من محلات تجارية واتفقا على شرط جزائي لتأخير في التسليم المحلات، فلا يمكن لصاحب المحلات التجارية أن يطالب بالشرط الجزائي لتهدم المحلات لأن سوء البناء يمكن اعتباره كعدم تنفيذ الالتزام وليس تأخيرا في التنفيذ، والعكس صحيح إذا تقرر شرط جزائي لعدم التنفيذ فلا يجوز المطالبة بهذا الشرط التعويض الضرر الناتج عن التأخير في تنفيذ هذا الالتزام، ومثال ذلك أن يتفق الطرفان على شرط جزائي لضمان سلامة سلعة معينة فلا يمكن المطالبة به إذا وصلت السلعة متأخرة

ثالثا: أثار التمييز بين نوعي الشرط الجزائي

يعود تحديد نوع الشرط الجزائي إلى اتفاق الأطراف، وفي حالة عدم تحديد نوعه فإن القضاء الفرنسي يذهب إلى أن مسألة تحديد نوع الشرط الجزائي ما إذا كان مقرر لعدم التنفيذ أو للتأخير في التنفيذ هي مسالة واقع ولقضاء الموضوع البحث عن النية المشتركة للطرفين

ولقد اقترح الفقه معيارا للتمييز بينهما يقوم على قيمة الشرط الجزائي فهو مادي، مقتضاه أنه إذا كان مبلغ الشرط الجزائى يقارب قيمة الالتزام الأصلي فهو تعويض عن عدم التنفيذ لأنه يهدفإلى حلوله محل التنفيذ العيني للالتزام الأصلي، أما إذا كان مبلغ الشرط الجزائي يقل عن مبلغ الالتزام الأصلي بدرجة كبيرة فيمكن اعتباره مقرر التأخير في التنفيذ وما يميزه أنه يقدر بنسبة مئوية معينة مقترنة بفترة زمنية معينة يحددها الطرفان، ويمكن أن يجمع بين النوعين في ذات الشرط.[1]

[1] **حسن محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن تم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية. مصر 2006. ص160.**

الفرع الثاني : أهمية الشرط الجزائي

انتشر استعمال الشرط الجزائي على الصعيد التعاقدي لما له من أهمية في الحياة العملية، يظهر جليا استعمال الشرط الجزائي في جميع العقود بمختلف أنواعها سواء في العقود المبرمة بين الخواص أو العقود المبرمة بين الخوص والإدارة في إطار الصفقات العمومية كما يظهر أيضا استعماله في عقود التجارة الدولية

لذا من النادر اليوم أن نجد عذا لا يتضمن اتفاق مسبق لمقدار التعويض المستحق في حالةإخلال المدين بالتزامه، وهذا بهدف الحصول على التنفيذ على الوجه المتفق عليه في العقد الأصلي وبحسن نية وحماية التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد، وبالتالي تكمن أهمية الشرط الجزائي فيما يلي

أولا: تحديد المسؤولية

قد يقوم الشرط الجزائي بدور الشرط المحدد للمسؤولية ويتحقق ذلك عندما يكون الضرر الفعلي الناشئ من عدم التنفيذ أقل بكثير من التعويض المتفق عليه في العقد، فهو بهذه الحالة يهدف إلى تخفيف المسؤولية، وقد يكون الهدف منه تشديد المسؤولية، أين يقوم الشرط الجزائي بدور الغرامة التهديدية ويكون ذلك في حالة إن كان المبلغ المتفق عليه أكثر بكثير من الضرر المتوقع .[1]

ثانيا: توفير الوقت والنفقات

الاتفاق على مقدار التعويض مسبقا يسهل الأمر على الدائن في الحصول على مبلغ التعويض وذلك دون اللجوء إلى الإجراءات القضائية المعقدة والبطيئة، وهذا نهيك عن التكاليف المالية وأتعاب المحاماة والرسوم والمصاريف التي يتطلبها الكشف أو الخبرة، وبالتالي فإن العقد الذي يتضمن شرطا جزائيا يغني عن كل تلك المصاعب والتكاليف .[2]

ثالثا: إعفاء الدائن من إثبات الضرر

كما هو ثابت في العقود العامة أن الدائن هو المكلف بإثبات الضرر الذي لحقه لاستحقاق التعويض بينما يعتبر الشرط الجزائي خروجا عن القواعد العامة بحيث لا يكلف الدائن بإثبات الضرر ويستحق التعويض بمجرد الإخلال بالعقد.[3]

[1] **خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية دمج، الجزائر، 1992، ص40**
[2] **طارق محمد مطلق ابو ليلى، المرجع السابق، ص12**
[3] **انور مطلبة، المسؤولية المدنية، المسؤولية العقدية المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص405**

رابعا: تجنب المشاكل المتعلقة بتقدير التعويض

يهدف الطرفان من وراء التحديد المسبق للتعويض الاحتمالي إلى تجنب المشاكل القانونية والواقعية الناجمة عن التقدير القضائي للتعويض[1]، ومنه فإن نقل صلاحية تحديد التعويض من الفضاء إلى حرية المتعاقدين وذلك تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن لا يخالف الاتفاق القواعد المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي فإن العقود بمختلف أنواعها تخضع لمبدأ حرية التعاقد فللأفراد أن ينظموا علاقاتهم القانونية كما يشاءون بشرط أن يراعوا مقتضيات النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة الإلزامية.[2]

خامسا: ضمان تنفيذ الالتزام

إن وجود الشرط الجزائي يشكل نوع من الإلزامية على تنفيذ الالتزامات موضوع العقد، حتى ولو كان العقد بطبيعة الحال ملزم للمتعاقدين، فإن الشرط الجزائي يؤكد جدية الالتزام إذ بوجود الجزاء المتمثل بدفع المبلغ المتفق عليه، يصبح من الطبيعي أن يأخذ الأطراف العقد بما يتضمن من الالتزامات محمل الجد، وتنشأ مخاوف لدى الطرف المتخلف عن التنفيذ، ذلك أنه يعلم مسبقا أنه معرض لتعويض الدائن عن الضرر الذي سيلحق به نتيجة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ. [3]

سادسا: القضاء على المنافسة غير المشروعة

يقضي التعويض المتفق عليه بصدد الشرط الجزائي على أشكال المنافسة الغير المشروعة بين المؤسسات التجارية والصناعية، فالمنتجون في هذه المؤسسات يتعاقدون مع المحلات التجارية أو الوكلاء التجاريين من أجل بيع منتجاتهم، فيضمنون هذه العقود بشروط جزائية مؤداها أنه إذا تم توزيع بضائع خارج المنطقة المحددة للوكيل يكون ملزما في هذه الحالة بدفع مبلغا معينا من النقود، أو سحب الوكالة منه وكذلك يكون الهدف من الشرط الجزائي القضاء على المنافسة الغير المشروعة في حال اشتراطه للحد من فائض الإنتاج، وذلك عندما يتفق المنتجون لسلعة معينة على تعويض اتفاقي كعقوبة لمن أنتج منهم أكثر مما التزم به.[4]

هذه هي المزايا التي يتمتع الشرط الجزائي بها والتي أكسبته أهمية كبيرة على الصعيدين العملي والقانوني، فهو يساهم في التقليل في النزاعات المطروحة أمام القضاء فيما يخص مسالة التعويض وبذلك يخفف العبء على كاهل العدالة، ثم أنه يساعد في ازدهار المجتمع بشكل عام، ذلك أن الشرط الجزائي يبعث الاطمئنان في قلوب الأطراف المتعاقدة، مما يؤدي إلى زيادة حركة التعاقد وهذا يؤدي إلى الانتعاش الاقتصادي

---

[1] **Mestre(Jacques), Roda(Jean-Christophe), les principales clause des contrats d'affaires ; lextensoedition, Paris, 2011, p764.**

[2] **وهو ما تعبر عنه المادة 106ق م ج " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين..**

[3] **محمد مرعي صعب، البند الجزائي، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص42**

[4] **طارق مطلق ابو ليلى، المرجع السابق، ص14**

والاجتماعي، لأن ذلك يؤدي إلى توفير مناصب العمل بالنسبة للبطالين عن العمل، ثم إن الشرط الجزائي يحقق مصلحة عامة للمجتمع في حالة ما إذاطبق في العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات لتنفيذ المشاريع الكبرى بهدف إقامة الهياكل القاعدية كتعبيد الطرق، وإنشاء المدارس والجامعات وغير ذلك من المشاريع، لأن ذلك يؤدي إلى إنجاز المشاريع في وقتها المحدد دون مماطلة أو تأخير.

الفرع الثالث : خصائص الشرط الجزائي

الغاية من إنشاء نظام الشرط الجزائي هو ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدي، حيث أن الشرط الجزائي قبل كل شيء عبارة عن اتفاق بين طرفي العقد، وبما أنه جاء لضمان تنفيذ الالتزام التعاقدي فهو يعتبر بهذه الصفة التزام تابع للالتزام الأصلي وليس منفصل عنه، وبناء على ما تقدم فإن الشرط الجزائي له عدة خصائص سنعرضها على التوالي

أولا: الشرط الجزائي عبارة عن اتفاق

وفقا لنص المادة 183ق.م، ج أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 "[1]

ويستخلص من نص هذه المادة أن الشرط الجزائي يقوم على أساس إرادة المتعاقدين ولا يمكن تصور شرط جزائي مصدره القانون أو القضاء، فالجزاءات القانونية والقضائية لا علاقة لها بهذا النظام القانوني حتى وإن كانت ترمي إلى نفس أهداف الشرط الجزائي أي تهدف إلى حث المتعاقد المتقاعس إلى تنفيذ التزامه، ومنه فإن الشرط الجزائي عبارة عن اتفاق بين المتعاقدين، ومنه يجب أن يشتمل على الأركان العامة للتعاقد الواجب توفرها في أي عقد حتى يكون صحيحا، وهذه الأركان تتمثل في الرضا، المحل والسبب وبالتالي فإنه يشترط لقيام الشرط الجزائي صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية أن ينشأ بمقتضى اتفاق صحيح خالي من عيوب الإرادة المؤدية إلى بطلان العقدة، وتتجلى الإرادة كمصدر للالتزام في شكلين هما: العقد والإرادة المنفردة

1- الشرط الجزائي العقدي:

الغالب أنه يتم الاتفاق على الشرط الجزائي في العقد الأصلي، غير أنه ليس هناك ما يمنع عن الاتفاق عليه في عقد لاحق .[2]

أ - الشرط الجزائي الوارد في العقد الأصلي: غالبا ما يدعم أطراف العقد المتضمن الالتزام الأصلي بشرط جزائي يستحق عند عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، ويتميز الشرط الجزائي عن باقي الشروط الأخرى

[1] **الأمر رقم 75- 58، المرجع السابق**
[2] **طارق مطلق آبوليلى، المرجع السابق، ص17**

كونه طريقة لحل الرابطة العقدية بين الطرفين في حالة إخلال المدين بالعقد، بينما تتعلق الشروط الأخرى للعقد بإبرام العقد وتنفيذه، وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى تسمية العقد الأصلي المتضمن شرط جزائي بالعقد المختلط

ب - الشرط الجزائي الوارد في اتفاق لاحق بعد إبرام العقد الأصلي ونتيجة لظروف وملابسات لم يكن الطرفان يدركانها أثناء إبرام العقد أدت إلى إضعاف قوة العقد الإلزامية وبالتالي فإنه يمكن لهما اللجوء إلى إدراج شرط جزائي في عقد لاحق، وإذا كان هذا مقبولا من الناحية النظرية فإنه لا يمكن تصوره من الناحية العملية إلا إذا كان الدائن في مركز قوة في علاقته مع المدين، بحيث لا يمكن بغير هذه الحالة إجبار المدين على تضمين الالتزام الأصلي بشرط جزائي بعد ابرامه.[1]

2- الشرط الجزائي الصادر بإرادة منفردة:

إن الاتفاق هو المصدر الطبيعي الرئيسي للشرط الجزائي، لكن هل يمكن تصور شرط جزائي صادر من جانب واحد؟ |

يمكن تصور قيام شرط جزائي من جانب واحد، يتمثل ذلك في الشرط الجزائي المدرج في الإيجاب بحيث يمكن للموجب أن يصدر إيجابا ويضمنه شرطا جزانيا كجزاء لعدوله وهنا يمكن التميز بين حالتين هما

أ- حالة إذا كان الإيجاب لا يتضمن أجل للقبول: ففي هذه الحالة لا يثير الأمر أي إشكال،بحيث يمكن للموجب العدول عن إيجابه في أي وقت ما دام لم يصدر القبول، وبالتالي يسقط الشرط الجزائي لان هذا الأخير لا يحدث أثره إلا بعد القبول.

ب- حالة إذا تضمن الإيجاب أجلا لصدور القبول في هذه الحالة لا يمكن للموجب العدول عن إيجابه إلا بعد انقضاء المدة المحددة لذلك، فإذا عدل الموجب قبل انقضاء الأجل المحدد الإصدار القبول يمكن للمرسل إليه أن يطلب بقيمة الشرط الجزائي.[2]

ويشترط في الشرط الجزائي أن يتم الاتفاق عليه قبل إخلال المدين بالتزامه بعدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، لأنه إذا تم الاتفاق عليه بعد إخلال المدين بالتزامه يعتبر صلحا لا تعويض اتفاقي.

ثانيا: الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض

الشرط الجزائي هو تقدير حجم التعويض المستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه الناتج عن العقد الذي أبرمه، وبالتالي فإن عدم معرفة قيمة الضرر الحقيقي هو ما يعطى للشرط الجزائي الصبغة الجزافية في تقدير التعويض، وقد يكون التعويض المحدد مسبقا أقل أو أكثر أو يساوي قيمة الضرر، ورغم ذلك فإن إرادة المتعاقدين

[1] **عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، أطروحة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر، 1983ء ص 37، 38**

[2] **نفس المرجع، ص 39**

يمكنها الوقوع على أحد هذه الاحتمالات الثلاثة، فإذا كان الشرط الجزائي مساويا للضرر الواقع لا يكون هناك مشكل، إلا أنه بثور الإشكال في حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مبالغا فيه إلى حد كبير حتى يثقل كاهل المدين، أو كان زهيد غير متناسب مع الضرر الواقع للدائن[1]، ولهذا فإن أغلب التشريعات التي تأخذ بنظام الشرط الجزائي أخضعته لرقابة القضاء وذلك لأجل تحقيق العدالة[2]، ومن بين هذه التشريعات نجد التشريع الفرنسي الذي أخذ بفكرة تدخل القاضي في تعديل الشرط الجزائي المغالي أو التافه وهذا يتضح من خلال نص المادة 1152ق.م المعدلة بموجب قانون 9 يوليو 1975 والتي كانت تفضي بثبات الشرط الجزائي، وبرغم ما جاءت به هذه المادة من تغير على مبدا ثبات الشرط الجزائي فإن هذا التغيير لم يقضي على الطابع الجزافي للشرط الجزائي لأن المبلغ المتفق عليه في حالة إخلال المدين بالتزامه هو المستحق ولا يمكن للقاضي أن يمسه إلا إذا كان مبالغا في تقديره أو بالعكس كان تافها.[3]

أما القانون الجزائري فتجده قد دعم هذا الطابع الجزافي للشرط الجزائي وذلك برفضه المطالبة بزيادة الشرط الجزائي المتفق عليه إلا في حالة غش المدين أو خطأه الجسيم.[4]

ثالثا: الشرط الجزائي طريق احتياطي

إن التنفيذ العيني للالتزام يجب أن يكون كاملا أي يجب أن يتم وفقا للشروط المتفق عليها في العقد، فإذا كان التنفيذ غير كامل لأن المدين قام بتنفيذ جزئي أو كان التنفيذ متأخرا فإن هذا التنفيذ سوف يؤدي إلى الإخلال بالرابطة العقدية، وبالتالي يستوجب التعويض على هذا الإخلال الذي يحكم به القاضي وفقا للقواعد العامة، هنا تبرز الصفة الاحتياطية للشرط الجزائي، فباعتباره تعويض لا يجوز المطالبة به إلا في حالة إذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن، وكذلك يتضح الطابع الاحتياطي في حالة ما إذا كان التنفيذ العيني ممكنا، إذ لا يمكن للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني والشرط الجزائي إلا إذا كان مقرر التأخير في التنفيذ وهذا ما تقضي به المادة 2 / 1229ق.م. فرنسي.[5]

يتبين مما سبق أن الطابع الاحتياطي للشرط الجزائي يثير مسالة عدم الجمع بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي بحيث سنقوم بعرضها فيما يلي:

---

[1] **الحسن رحو، الشرط الجزائي في ضوء ظهير 11-08-1995 والاجتهاد القضائي المغربي رسالة لنيل دبلوم الدراسة المعمقة في القنون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2000 ص37**

[2] **تعني بالرقابة القضائية الرقابة اللاحقة الموقوفة على شرط المبالغة في حق المدين أو التافهة في حق الدائن**

[3] **عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص41**

[4] **نص المادة 185 ق. م. ج " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيم"**

[5] **تنص المادة و 2 / 122ق.ع فرنسي "لا يمكن المطالبة بالأصل والجزاء في نفس الوقت، إلا إذا كان مقرر للتأخير"**

ت- مبدأ عدم الجمع بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي

الأصل أن الالتزام نشا لينفذ تنفيذا عينيا، وأن الدائن ليس له إلا المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام ما دام هذا التنفيذ ممكنا، ولا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا التنفيذ العيني للالتزام ما دام ممكن، فإذا أخل المدين بالتزامه وتوفرت شروط الحكم بالشرط الجزائي، أصبح هذا الأخير مستحقا ذلك أنه يقوم مقام التعويض.[1]

وتهدف قاعدة عدم الجمع بين الأصل والجزاء أن لا يكون الشرط الجزائي وسيلة استغلال من أحد المتعاقدين لذا قررها ق.م. فرنسي في المادة 1229 منه ومنع الجمع بين الالتزام الأصلي والتعويض في الفقرة الثانية، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 176ق.م بعد أن أحالت إليها المادة 183 من نفس القانون بنصها على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه..."[2]

يتضح من نص المادة المذكورة أعلاه أن أمام الدائن خيار واحد وهو المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام ما دام هذا ممكنا أو التعويض المتفق عليه بصدد الشرط الجزائي، فالتعويض الاتفاقي ليس تخييرا ذلك لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكنا إلى تنفيذ التعويض الاتفاقي إذا توفرت شروطه كبديل عن الالتزام الأصلي، ومنه لا يجوز للدائن اختيار الشرط الجزائي والمطالبة به إلا في حالة امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام الأصلي أو أصبح التنفيذ العيني فيه إرهاق للمدين أو في حالة استحالة التنفيذ العيني أو تعذره في الزمن المتفق عليه.

إن مبدأ عدم الجمع بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي وردت عليه استثناءات ومن بين هذه الاستثناءات ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1229 الفقرة الثانية ق.م على أنه "لا يمكن المطالبة بالأصل والجزاء في نفس الوقت، إلا إذا كان مقرر للتأخير"، وبالتالي فإنه في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام يمكن للدائن الجمع بين التنفيذ العيني لهذا الالتزام الأصلي وقيمة الشرط الجزائي المقرر للتأخير في تنفيذ ذلك الالتزام وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية على أنه " إن كان الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا فلا يصار إلى عوضه متى كان ممكنا إلا أن هذه القاعدة لا تسود على الشرط الجزائي عن التأخير في تنفيذ الالتزام لأن التعويض بمقتضى هذا الشرط يستحق إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ويجوز أن يجتمع معه التنفيذ العيني، ومن ثم فلا يتطلب الأعمال هذا الشرط أن يكون الدائن قد طلب ابتداء التنفيذ العيني للالتزام الأصلي" نقض جلسة 1982/ 06 / 15 المكتب الفني السنة33 رقم 37 ص 1884[3]، إن هذا الاستثناء هو استثناء قانوني، أما الاستثناء الثاني فهو استثناء فقهي

[1] **طارق محمد مطلق ابو ليلى، المرجع السابق، ص 54**

[2] **الأمر رقم 75-58، المرجع السابق**

[3] **عبد الحكم فودة، موسوعة التعويضات المدنية، نظرية التعويض المدنية دار المطبوعات الجامعية، مصر، ص489**

مضمونه أن قاعدة عدم الجمع بين الأصل والجزاء ليست من النظام العام، وبالتالي يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها وذلك باتفاق يقضي بالجمع بين الأصل والجزاء ولكن بتوفر شرطين هما:

1- يجب أن يكون الشرط الجزائي مقرر لعدم التنفيذ، حيث لو كان مشترطا للتأخير فلا داعي للاتفاق إذ القانون يجيز في هذه الحالة الجمع

2- يجب أن يكون هناك اتفاق بين الطرفين يقضي بتطبيق قاعدة الجمع بين الأصل والجزاء.[1]

بينما يرى اتجاه معاكس أن مبدأ عدم الجمع بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي متعلق بالنظام العام ولا يجوز بالتالي للمتعاقدين الاتفاق على مخالفته، وهذا ما أكدته محكمة الدرجة الأولى في بيروت في قرار لها صدر بتاريخ 2001/ 03 /13 بحيث قضت فيه " حيث وإن كان عقد 1993 / 01 / 07 أجاز للفريق غير الناكل متابعة التنفيذ إضافة إلى المطالبة بالبند الجزائي إلا أنه لايعمل بهذا مخالفة أحكام المادة 266 موجبات وعقود التي منعت الجمع بين الأصل والغرامة أي بين التنفيذ والبند الجزائي وأحكامها إلزامية لأنها جاءت بصيغة الأمر إذ نصت على أنه "لا يحق له أن يطالب بالأصل والغرامة معا" مما يعني منع الاتفاق على ما يخالف النص ..."[2]

رابعا: الشرط الجزائي التزام تابع

بالإضافة إلى الخاصيتين الاتفاقية والاحتياطية للشرط الجزائي فإنه يعتبر التزام تابع، أي أنه لا يمكن أن يقوم وحده وإنما يكون دائما مستندا إلى التزام أصلي والالتزام الأصلي هو ذلك الالتزام الذي يتعهد المدين بتنفيذه لمصلحة الدائن وهذا الالتزام يقتضي تنفيذه عينا، إذ ليس للدائن أن يطالب بالتعويض إذا كان بمقدور المدين تنفيذ الالتزام عينا بل له أن لا يقبل به مادام التنفيذ العيني ممكنا، ذلك أن الشرط الجزائي التزام ثانوي وتابع للالتزام الأصلي وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها رقم 63، جلسة 1971/ 03 / 25 على أنه " الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي، إذ هو اتفاق جزاء الإخلال بهذا الالتزام، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي ومنه فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه، فإن استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن"[3]

المبدأ العام أن الشرط الجزائي تابع في تكوينه ومصيره للالتزام الأصلي، فلا يكون له وجود بدونه غير أن لهذا المبدأ استثناءات وبهذا سنتعرض فيما يلي للمبدأ ثم الاستثناءات

---

[1] **عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 44-45**

[2] **محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص243-244**

[3] **شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والعقلية في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.2007، ص284**

أ) المبدأ العام: الشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي

كما سبق أن ذكرنا فإنا الشرط الجزئي لا وجود له في حالة عدم وجود الالتزام الأصلي، فإذا لم يبرم العقد الأصلي أو لحق به البطلان بعد إبرامه انقضى موضوع الشرط الجزائي وزال مفعوله القانوني، ويترتب على خاصية التبعية قاعدتين هما:

- القاعدة الأولى: بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي

لا يعتبر الشرط الجزائي هو السبب في استحقاق التعويض وإنما سبب في استحقاق التعويض المتفق عليه هو الإخلال بالالتزام الأصلي، وبالتالي فإنه يترتب على بطلان الالتزام الأصلي بطلان الشرط الجزائي[1]، وعلى هذا الأساس فإن بطلان الالتزام الأصلي لأي سبب من أسباب البطلان يزول العقد من الوجود، فإذا وقع غلط على ماهية العقد أو كان لهذا العقد سبب غير مشروع أو لم يكن له سبب على الإطلاق أو وقع من عديم الأهلية، أو لم تتوفر فيه الشكلية المطلوبة أو لسقوطه بالتقادم، فإن هذا العقد يعتبر باطلا بصورة مطلقة مما يستتبع بالضرورة بطلان الشرط الجزائي، وهذه النتيجة ذات أهمية بحيث نص عليها المشرع الفرنسي صراحة في المادة 1227ق.م التي تقضي على أنه " بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بالضرورة بطلان الشرط الجزائي أما بطلان الشرط الجزائي لا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي [2]وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية نقض جلسة 1978/ 04 / 18 المكتب الفني السنة 29رقم 201ص1020 على أنه " الشرط الجزائي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة . التزام تابع لالتزام الأصلي إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال لهذا الالتزام، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي ولا يعتد بالتعويض المقرر بمقتضاه فإن استحق تعويض الدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة"

في جميع الأحوال التي يكون فيها الالتزام الأصلي باطل يبطل أيضا الشرط الجزائي وذلك باعتباره التزام تابع يتأثر بجميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصلي، وإن بطلان الالتزام التبعي أي الشرط الجزائي لا يؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي، وذلك طبقا لقاعدة الفرع يتبع الأصل

- القاعدة الثانية: بطلان الشرط الجزائي لا يؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي

على خلاف القاعدة الأولى فإن الالتزام الأصلي يمكن أن يستمر حتى ولو كان الالتزام التابع باطلا، ومنه إذا كان الشرط الجزائي باطلا فلا يكون له أي أثر على الالتزام الأصلي لأنه يعتبر عنصر من عناصره، والالتزام الأصلي لا يرتبط وجوده بوجود الشرط الجزائي بل هو مستقل بحد ذاته، وبالتالي إذا كان الشرط الجزائي باطلا

[1] **مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص.591**

[2] **أحمد إبراهيم سيد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، دراسة مقارنة فقها وقضاها المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر.2003، ص78.**

إما لمخالفته قاعدة قانونية ملزمة أو كان مخالف للنظام العام، فإنه لا يلحق هذا البطلان بالالتزام الأصلي ومثال ذلك أن يشترط الدائن وقف المدين أو أحد أقاربه رهينة في حالة عدم الوفاء بالدين في الوقت المحدد، فمثل هذا الشرط يعتبر باطلا لمخالفته النظام العام، ومثال ذلك أيضا أن يتم الاتفاق على أن يصبح العقار المرهون ملكا للدائن دون اللجوء إلى التنفيذ عليه بالبيع في المزاد العلني بمجرد عدم قيام المدين بالوفاء بالدين في أجله، إذأن القانون يحرم مثل هذا الاتفاق لأنه يتنافى وطبيعة نظام الرهن الرسمي، وبالتالي بطلان هذا الشرط لا يؤثر في التزام المدين الأصلي[1]

ب) الاستثناءات الواردة على مبدأ بطلان الالتزام الأصلي يرتب بطلان الشرط الجزائي

يرد على مبدأ بطلان الشرط الجزائي تبعا لبطلان الالتزام الأصلي عدة استثناءات منها:

1- <u>بيع ملك الغير:</u>

يترتب على عقد البيع أثر هام يتمثل في نقل البائع الملكية للمشتري، ويترتب على ذلك نتيجة وهي أنه يكون عقد البيع باطلا إذا لم يكن الشيء المبيع مملوكا للبائع، وبالتالي يترتب على هذا البطلان حق للمشتري في طلب التعويض عند استحقاق المبيع في يده، وإذا كان عقد البيع يتضمن شرطا جزائيا لضمان التنفيذ فإن استحقاق المبيع في يد المشتري يعتبر بمثابة عدم تنفيذ العقد من طرف البائع، وطبقا للمادة 399 ق.م[2]. جرب المشرع للمشتري حقا في التعويض في حالة استحقاق المبيع في يده، وذهب بعض الفقهاء أن في حالة بطلان عقد البيع لاستحقاق المبيع في يد المشتري يبقى الشرط الجزائي صحيحا ويحل محل التعويض القضائي المنصوص عليه في القانون والسبب في ذلك أن الشرط الجزائي تقدير مسبق للتعويض عن علم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ.

والأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى القول أنه في كل الحالات التي يرتب فيها القانون الحق في طلب تعويض عن عدم تنفيذ العقد فلا مانع من تقدير هذا التعويض بصفة مسبقة والذي يستحق حتى ولو كان الالتزام الأصلي باطلا كما في حالة بيع ملك الغير.[3]

2- <u>الاشتراط لمصلحة الغير:</u>

لأصل في العقود أن أثارها ينصرف بين أطرافها والخلف العام، وبالتالي لا ينصرف إلى الغير سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ذلك أنه ليس منطقيا أن يصبح شخص دائنا أو مدينا بغير إرادته وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 108ق.م على أنه " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة

---

[1] **طارق مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص21-22**

[2] **نص المادة:399ق.م. ج "إذا أبطل البيع لصالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع لا يملك المبيع فله أن يطلب بالتعويض ولو كان البقع حسن النية**

[3] **عبد الله تجاري، المرجع السابق، ص57.**

التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث[1]، ولكن تأتي حالة الاشتراط لمصلحة الغير لتكون استثناء على اقتصار أثر العقد بين عاقديه، وبالتالي يمكن أن تنصرف اثار العقد إلى شخص أجنبي عن العقد فتعود المنفعة من تنفيذ العقد لمصلحة شخص ثالث (المستفيد) الذي لم يشترك في إبرام العقد ومثالها ما يرد في عقود التأمين، أما المشترط فيجب أن تتوفر له مصلحة مادية أو أدبية من وراء عقد الاشتراط فإذا لم تتوفر هذه المصلحة أصبح العقد باطلا، ولكن يرى بعض الفقهاء القانونين أن وجود الشرط الجزائي في عقد الاشتراط لمصلحة الغير يعطي للمشترط المصلحة التي تلزمه لإكساب العقد الصفة الشرعية التي لولاها لكان العقد باطلا .[2]

3- التعهد عن الغير:

وفقا لنص المادة 114ق.م. ج التي تقضي على أنه " إذا تعهد شخص من الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به، أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أي أثر إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد.[3]

يتضح من نص هذه المادة أن التعهد عن الغير هو أن يتعهد شخص بموجب عقد على أن يحمل شخصا أخر على إبرام عقد، ومنه إذا رفض هذا الشخص (المتعهد عنه) أن يلتزم بهذا العقد فإن المتعاهد يعتبر مخلا بالتزامه إذ يلتزم بالتعويض تجاه من تعاقد معه، وبالتالي إذا تضمن العقد شرطا جزائيا فإن التعويض المحدد وفقه يستحق لفائدة الدائن حتى ولو كان العقد الذي تم التعهد لأجله لم ينعقد، وبالتالي فإن الشرط الجزائي في هذه الحالة يخرج على قاعدة بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان التعويض الاتفاقي.[4]

المبحث الثاني : طبيعة الشرط الجزائي و نشأته

يمكن القول أن الشرط الجزائي يعد من أكثر النظم القانونية انتشارا في التشريعات القديمة والحديثة على حد سواء، بحيث يمكن القول أن أصله يعود إلى القانون الروماني الذي يعتبر منشأ أغلب الأنظمة القانونية أين انتقل إلى قوانين الدول التي تأثرت بالقانون الروماني ومن بين هذه القوانين نجد قانون الدولة الفرنسية، ثم دخلت

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

[2] **طارق محمد مطلق ابو ليلي، المرجع السابق، ص 22-232**

[3] **أمر رقم 75-58، المرجع السابق**

[4] **طارق مطلق ابو ليلى، المرجع السابق، ص 24-25**

فكرة الشرط الجزائي إلى القوانين العربية الجديدة متأثرة بالقانون المدني الفرنسي ومنه تنقلها القانون المدني الجزائري الذي أجاز للمتعاقدين أن يحددا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق

ومنه ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في (المطلب الأول) نشأة الشرط الجزائي و في (المطلب الثاني) نتناول فيه طبيعة الشرط الجزائي.

المطلب الأول : نشأة الشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي والذي يعد من أهم النظم القانونية في التشريعات الحديثة، ضاربا بجذوره في القدم، ولابد لفهمه وتحديد طبيعته القانونية والإحاطة بخصائصه عما يشتبه به من الأوضاع من الاطلاع على نشأته التاريخية وظروف تطوره عبر التاريخ، فالظروف التاريخية سواء كانت اقتصادية، سياسية، أم اجتماعية هي التي تحدد بعض أثاره، ومن هنا فمن الضروري التعرف على هذه الظروف

وفي التطور التاريخي للشرط الجزائي نتناول فيه نشأة هذا النظام والمراحل التي مر بها منذ العهد القديم، بداية منالفقه الإسلامي في (الفرع الأول)، ثم في القانون الفرنسي في (الفرع الثاني) ودون إهمال إلقاء نظرة على القانون المدني الجزائري وذلك في (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

إن الأحكام التي تناولها القرآن الكريم جاءت على شكل قواعد كلية ومبادئ عامة في أغلب الأحيان وهذا كي تتسع أحكام الشريعة لجميع الناس في مختلف العصور والبقاع الأعمال المجتهدين لعقولهم واستنباطهم لأحكام جديدة التي تساير كل زمان ومكان حسب مصالحهم في حدود أسس القرآن.

وبهذا يمكن القول أن أحكام الشريعة الإسلامية هي أحكام مرنة بحيث يمكن لها أن تحتوي جميع المستجدات التي تتعلق بالمعاملات بين الأفراد، والذي يمكن استخلاصه من قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد"[1]، وكذا قوله تعالى: " ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشدة وأوفوا بالعهد إن العهد كانمسؤولا "[2]

[1] سورة المائدة، الأية1

[2] سورة الإسراء، الآية34

وباعتبار الشرط الجزائي مفهوم قانوني محض، لم يكن قد بحث في الفقه الإسلامي قديما فلا وجود لنص في القرآن أو السنة الحكم الشرط الجزائي كما هو مبين في القانون، أما الفقهاء المعاصرون فقد أدلو برأيهم في هذا الموضوع والذين انقسموا في هذا الموضوع إلى طائفتين: القائلون بحرمة الشرط الجزائي والقائلون بجوازه.

أولا: القائلون بحرمة الشرط الجزائي

يرى أصحاب هذا الرأي أن الشرط الجزائي محرم شرعا لما فيه من ربا أو ذريعة إليه، وسنعرض فيما يلي بعض أقوال الفقهاء الذين يقولون بحرمة الشرط الجزائي:

ث- يقول الدكتور **زكي الدين شعبان** " يعتبر الحكم الذي يحكم به قضاة المالكية بموجب التزام المدين بدفع مبلغ معين من المال للدائن، إذا تأخر عن الوفاء بالدين في الوقت للوفاء به من قبيل الغفلة والسهو عن الحكم الشرعي المتفق عليه في هذه القضية، وهو بطلان مثل هذا الالتزام لأنه ربا صريح لا يخفى على أحد من العلماء

ج- ويقول الدكتور **فتحي الدريني"** أما تأخير الالتزام فيما إذا كان العقد أو محل الالتزام عملا كالأجير المشترك أو الخاص، أو تسليم المبيع إلى المشتري عند أدائه الثمن، فلا يقابل هذا التأخير بتعويض مالي في الفقه الإسلامي، إذ التعويض المالي شرعا إنما يعني قيام مال بدل أتلف، وتأخير التنفيذ ليس بمال، فلا تعويض فيه، لأنه ضرب من أكل أموال الناس بالباطل

ح- وفي نفس السياق يقول **الشيخ علي الخفيف** " وإذا كان الضمان يتعلق بمال في الذمة تشغل به كما في ضمان الدين، وذلك عند استحقاق المبيع إذ تشتغل ذمة الضامن بالثمن، وبناء عليه إذا كان المضمون مالا كان الضامن الوفاء بأداء ما شغلت به ذمته من مال إلى مستحقه، فإذا امتنع أجبره القضاء على ذلك ونفذ على ماله بالطرق المشروعة في التنفيذ على المدين بوفاء دينه، وإذا ظهر إعساره فنظرة إلى ميسرة وليس عليه تعويض جزاء تأخير الوفاء وإن ترتب على ذلك ضرر اللدائن ، أما إذا كان الضمان متعلقا بفعل كما في التزام الأجير بالعمل، وكما بالالتزام بتسليم العين وامتنع الملتزم عن الوفاء فإنه يجبر عليه ويحمل على ذلك بما يراه الحاكم من تعزير، جزاء على ظلمه وليس الوفاء من ضرر.

ذلك لأن وجوب التضمين بالمال إنما يكون في ضرر مالي أصاب المضرور، وذلك بتلف بعض ماله او نقص قيمته بفعل ضار، أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائما، فلا يرى فيه الفقهاء تعويضا"[1]

- يقول عبد الله نجاري نقلا عن الأستاذ زكي الدين شعبان " أنه يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه إذا اتفق الدائن مع المدين على دفع مبلغ من المال وتأخر هذا الأخير في الوفاء بالدين في التاريخ المحدد

[1] **محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص359-358**

للوفاء يكون هذا الاتفاق باطلا، لا يعمل بمقتضاه وذلك لان المقدار الذي يتفق عليه في هذه الحالة يعد ربا والربا حرام فلا يحل أخذه ولا إعطائه والاتفاق عليه باطل، ولا يرتب أي أثر ويدل على ذلك قوله سبحانه وتعالى:" الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون "[1]

ويدخل في الربا الذي حرم الله عز وجل الفائدة التي يتقاضاها الدائن في مقابل التأخير في دفع ثمن البيع الذي لم يدفعه المشتري وعلى هذا الأساس فإن حكم الشرط الجزائي في الشريعة الإسلامية البطلان متى كان محله مبلغا من النقود لأنه ينطوي تحت الربا الذي حرمه الإسلام.[2]

أرى أن الشرط الجزائي يعتبر بمثابة النذر بمعصية الله ومن نذر أن يطيع الله تعالى فليفعل ويؤدي نذره، ومن نذر أن يعصي الله تعالى فلا يفعل ولا يؤدي نذره لأنه لا نذر في معصية الخالق.

ثانيا: القائلون بجواز الشرط الجزائي

هناك فريق ثاني من الفقهاء المعاصرين يرى جواز العمل بالشرط الجزائي وفيما يلي سنعرض بعض أقوال هؤلاء:

. يقول الشيخ **مصطفى الزرقا** " ازدادت قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزامه في مواعدها المشروطة مضرا بالطرف الأخر في وقته وماله أكثر مما قبل، ولا يعوض هذا الضرر القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه الأصلي، لأن القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه، وليس فيه جبر للضرر للتعطل أو الخسارة ذلك الضرر الذي يلحقه من جراء تأخير خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تهاونا منه أو امتناعا، هذا وقد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الأخر عن تنفيذ | التزامه في حينه، ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي الشرط الجزائي"

- ويقول الدكتور **عبد المحسن سعد الرويشد"** أن الشرط الجزائي شرط صحيح معتبر شرعا | بشرط أن يتوفر خطا من جانب المدين، ضرر أصاب الدائن، أن ذلك الخطأ سبب هذا الضرر،وعلى أن يكون للقاضي سلطة لتعديله إذا خرج إلى حدود الجور والتعسف، أو تم تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه، فيرده إلى الحد المعقول"

[1] **سورة البقرة الأية275**

[2] **عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص68-69.**

- وقد اتجهت هيئة كبار العلماء إلى نفس الرأي والذي يتجلى في إصدار قرار رقم 25 في تاريخ 1994/ 08/ 31 ، الدورة الرابعة، المنعقدة فيما بين 1993/ 10 / 28 و 1993/ 11 / 14 والذي مضمونه "أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر، يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا فيكون العذر مسقط لوجوبه حتى يزول وإذا كان الشرط الجزائي كثير عرفا، بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيدا عن القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف، على حسب ما فات من منفعة، أو الحق من مضرة ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر.[1]

الفرع الثاني:الشرط الجزائي في القانون الفرنسي

كان للشرط الجزائي في القانون الفرنسي القديم اثر مطلق حيث أنه لم يكن الفقه يسمح للقاضي بتخفيض الشرط الجزائي لصالح المدين إلا إذا كان يفوق بوضوح الضرر الحقيقي، دون السماح له بمنح الدائن مبلغا يفوق المبلغ المتفق عليه حتى ولو كان الضرر اللاحق بهذا الأخير أكثر منه، وعلى العكس من ذلك يرى بوتية ضرورة تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي بحيث هو الذي يحقق العدالة، لأن المدين ارتكز في قبوله على أساس خاطئ وهمي وبالتالي لا يعتبر قبوله صحيحا مما يتعين تدخل القضاء لتخفيضه.[2]

فالشرط الجزائي عند **بوتيه** عبارة عن التزام تبعي، الغاية من وجوده هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي وبناء على هذه الفكرة رتب بوتيه عدة نتائج هي:

1- إن بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي وبطلان الشرط الجزائي لا يؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي .

2- الشرط الجزائي تعويض عن عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، ومنه لا يجوز للدائن أن يجمع بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي، وكذلك فإذا كان الشرط الجزائي مبالغا في تقديره يجب تخفيضه إلى حد المعقول.

3- لاستحقاق الشرط الجزائي لابد على الدائن أن يعذر المدين وذلك سواء تضمن الالتزام الأصلي أجلا أم لا.

4- يرى**بوتيه** أنه إذا نفذ المدين جزءا من التزامه وجب على القاضي تخفيض مبلغ الشرط الجزائي بقدر هذا التنفيذ الجزئي.[3]

---

[1] **قرار هيئة كبار العلماء، رقم (25) منشور على موقع :http :www.cogs.com**

[2] **الحسن و حواء المرجع السابق، ص7.**

[3] **عبد الله نجاري، الرجع السابق، ص 21-22.**

وفي سنة 1804 اقترحت اللجنة المكلفة بوضع مشروع القانون المدني الفرنسي الإبقاء على الاجتهاد القديم بزعامة **بوتيه** إلا أن مجلس الشورى رفض هذا الاقتراح، بحيث قرر ثبات الشرط الجزائي، أي عدم صلاحية القاضي في تعديله مبررا موقفه بان أطراف العقد هم أكثر قدرة على تحديد مقدار الضرر الذي ينجم من جراء عدم تنفيذ الالتزام، وبهذا فعندما يقوم الطرفين المتعاقدين بتحديد مقدار التعويض عن الضرر الذي يترتب عن عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، فينبغي أن يؤخذ تحديدهما بعين الاعتبار ويجب بالتالي احترام إرادتهما وذلك إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين

وتظهر قاعدة ثبات الشرط الجزائي في نص المادة 1152ق.م. فرنسي والتي تقضي على ما يلي " عندما يتضمن الاتفاق أن من يقصر في تنفيذ التزامه يلتزم بدفع مبلغ على سبيل التعويض، لا يسمح للطرف الأخر طلب زيادة أو نقصان"، ولا يرد على هذه القاعدة إلا استثناء واحدا تضمنته المادة 1231ق.ق.م. فرنسي التي حولت القاضي سلطة تعديل المبلغ المحدد في الشرط الجزائي.[1]

ولقد أدى مبدأ ثبات الشرط الجزائي إلى نتائج خطيرة حيث أصبح الدائنون يشترطون شروط جزائية مبالغ فيها خاصة في عقود الإذعان ومن بينها تلك التي ظهرت جديدة كعقد الإيجار ألانتمائي، حيث جرت العادة وضع شرط جزائي يقضي بإلزام المشتري الذي لم يفي ولو بقسط واحد، فضلا عن فسخ العقد يدفع كل الأقساط الباقية، وأمام هذا الوضع كان القاضي مجردا من كل سلطة تمكنه من حماية المدينين الحسني النية، ولقد ناد القه بضرورة تدخل القاضي للحد من هذه الأحكام التي تحمي الشروط الجزائية المتعسفة.[2]

وبالفعل استجاب المشرع الفرنسي لهذا الطلب وعدل أحكام الشرط الجزائي بمقتضى قانون 9 يوليو 1975، بحيث أضاف فقرة جديدة إلى المادة 1152ق.م التي أصبحت تقضي على أنه "| عندما يتضمن الاتفاق أن من يقصر في تنفيذ التزامه يلتزم بدفع مبلغ على سبيل التعويض، لا يسمح للطرف الأخر طلب زيادة أو نقصان. ومع ذلك يمكن للقاضي أن يخفض او يرفع المبلغ على سبيل المتفق عليه إذا كان فادح المبالغة أو كان تافها، وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا

ولقد ترتب على هذا التعديل اختلافات فقهية وقضائية في مدى تأثيره على مبدأ سلطان الإرادة، وكذلك الشروط الواجب توفرها لتدخل القاضي ومراجعة الشرط الجزائي.

الفرع الثالث: الشرط الجزائي في القانون الجزائري

كانت الجزائر مستعمرة فرنسية بحيث كانت خاضعة لتبعيتها في كل المجالات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية بما فيها التبعية القانونية، أي أنها خاضعة للقوانين الفرنسية

[1] **أحمد إبراهيم سيد، المرجع السابق، ص70.**
[2] **عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 33**

وبعد الاستقلال لم يعد بوسع هذه الدولة الجديدة إلغاء القوانين المطبقة أثناء المرحلة الاستعمارية ووضع محلها تشريع جزائري وذلك نظرا لحساسية تلك المرحلة (المرحلة الانتقالية)، ومن أجل هذا قررت الحكومة الجزائرية إبقاء العمل بالتشريع الفرنسي إلى حين وضع تشريع جزائري باستثناء ما كان يتعارض منه مع السيادة، وعلى هذا الأساس بقي التقنين المدني الفرنسي مطبقا في الجزائر وكان الشرط الجزائي يخضع لنفس أحكام القانون المدني الفرنسي وتتمثل هذه الأحكام في نصوص المواد 1126 إلى 1133بالإضافة إلى المادة 1152، وهذه المواد نجدها قررت مبدا ثبات الشرط الجزائي.

وبصدور القانون المدني الجزائري في 26 سبتمبر 1975 وضع المشرع الجزائري حدا للعمل بالقانون المدني الفرنسي، فنظم أحكام الشرط الجزائي في ثلاث مواد هي 183-184-185، ولقد أكدت النصوص الجديدة الطابع التعويضي للشرط الجزائي.[1]

المطلب الثاني:طبيعة الشرط الجزائي

البحث عن طبيعة الشرط الجزائي مهمة وذلك أنه بناءا على هذه الطبيعة تكتمل صورته وتتضح أحكامه، وبالتالي ستقوم بعرض التكييف القانوني للشرط الجزائي في (الفرع الأول)، وتميزه عن الأنظمة المشابهة له في الفرع الثاني).

الفرع الأول : التكييف القانوني للشرط الجزائي

يهدف الدائن من وراء تقرير الشرط الجزائي في اتفاقه مع المدين إلى الاطمئنان على الحصول على حقه، وذلك إما بالتنفيذ العيني للالتزام أو بمقابل عن طريق الشرط الجزائي، وفي هذه الحالة ذهب فريق إلى اعتبار الشرط الجزائي يهدف إلى الضغط على المدين لتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا وهذا ما أدى بفريق آخر إلى اعتباره عقوبة وهي الخاصية التي كان يتميز بها في القانون الروماني، ومما سبق فإنه ثار خلاف فقهي حول وظيفتي التعويض والعقوبة لتحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، وبالتالي ستتعرض إلى الطبيعة التعويضية الشرط الجزائي (أولا) تليها الطبيعة العقابية (ثانيا) ثم الطبيعة المركبة الشرط الجزائي (ثالثا) يليها موقف المشرع الجزائري رابعا).

[1]عبد الله نجاري .المرجع السابق. ص34

أولا: الطبيعة التعويضية للشرط الجزائي

يرى جانب من الفقه أن الشرط الجزائي طابع التعويض ولا يمكن أن يكون عقوبة، وبالرغم من إجماع أنصار هذا الرأي على فكرة التعويض إلا أنهم قد اختلفوا حول طبيعة هذا التعويض فمنهم من يرى أنه تقدير جزافي ومنهم من اعتبره أنه تقدير مسبق للتعويض وهذا ما ستتناوله فيما يلي

أ) الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض

يرى أنصار هذه النظرية أن الشرط الجزائي تعويض يستحقه الدائن عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو إذا تأخر في التنفيذ، وتعتبر هذه النظرية الشرط الجزائي مبلغا جزافيا وذلك باستنادها إلى نص المادة 1152ق.م فرنسي

يترتب على ذلك أنه لا يجوز المساس بهذا المبلغ المتفق عليه لا بزيادته ولا بتخفيضه إلا استثناء، ويبرر أصحاب هذه النظرية رأيهم أنه إذا لم يستطيع المدين تنفيذ التزامه عبنا وجب عليه تنفيذه بمقابل وفي هذه الحالة على الدائن أن يثبت العناصر التي تقوم عليه نظرية التعويض وهم الخطأ والضرر وعلاقة السببية، لكن يرى أنصار هذه النظرية أن الشرط الجزائي كمبلغ جزافي يعفي الدائن من إثبات الضرر بل يستحق مبلغ التعويض حتى ولو لم يلحقه أي ضرر، وتؤكد المادة 152 1 بقوة على هذا الطابع الجزافي وذالك بقولها " إذا تضمن الاتفاق أن من يخل بالتزامه بدفع مبلغا على سبيل التعويض، لا يمكن للطرف الآخر أن يطلب مبلغا أقل أو أكثر"[1]

ب) الشرط الجزائي تقدير مسبق للتعويض

يرى أصحاب هذه النظرية ومن أبرزهم جاكوميته أن الشرط الجزائي ما هو إلا تقدير مسبق للتعويض الذي يستحقه الدائن ويترتب على ذلك أنه يجوز للقاضي أن يتدخل بكل حرية لتعديل المبلغ المتفق عليه بزيادته أو تخفيضه ليتناسب مع الضرر الذي وقع، وقد سبق أن قال بهذا الرأي فقهاء القانون الفرنسي غير أن هذه النظرية تعرضت إلى انتقادات خاصة من طرف الفقهاء المتشبعين بالروح الفردية، ويمكن إجمال هذه الانتقادات فيما يلي:

- يرى الأستاذ **فلاشا بولوس** أن ما دام أن الكلمة المعطاة لم تحترم من طرف المدين وهذا ما أدى إلى تقهقر العقد الذي هو أساس العلاقات الاقتصادية والفردية، فعلى الفقه القانوني أن يقف إزاء مسالة تدخل القاضي في تعديل العقد والمساس بالشرط الجزائي موقف سلبيا
- يرى بعض الفقهاء من بينهم **ديموج** أن هذه النظرية بسماحها للقاضي بالتدخل في العقد وتعديله للمبلغ المتفق عليه سواء بالزيادة أو التخفيض تؤدي إلى القضاء على أهمية الشرط الجزائي إذ تتعارض مع الهدف منه، وهو تجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء وتفادي النزاع الذي يثور بشأن إثبات الضرر

[1] عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص76-77

لم تلقى هذه النظرية أي صدى في القانون المدني الفرنسي الذي تبني في المادة 152 امنه مبدا ثبات الشرط الجزائي وهو المبدأ الذي ظل معمولا به في الجزائر إلى ما قبل صدور القانون المدني في 26 سبتمبر 1975[1]

ثانيا: الطبيعة العقابية للشرط الجزائي

يذهب اتجاه ثان في الفقه إلى اعتبار الشرط الجزائي عقوبة يفرضها الدائن على مدينه، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ **عبد الله نجاري** نقلا عن الأستاذ **لومينار** " أن الشرط الجزائي عقوبة لجريمة مدنية يحقق المتعاقد الضمان والأمن".

ويقول الدكتور **أبو سعد محمد شتا** "أن الشرط الجزائي يحمل في القانون المعاصر طابع العقوبة وليس له سوى صفة جزائية محدودة، وتتمثل الصفة الجزائية المحدودة للشرط الجزائي في ذلك الجزاء الذي يتهدد المدين المخل بالتزامه، الأمر الذي يدفعه إلى احترام ما تعهد به والوفاء بما التزم به، فيضفي الشرط الجزائي بذلك قدرا من التأمين والضمان"[2]

يقول الدكتور **حسن أحمد إبراهيم** نقلا عن**سافيني**: ' l En partant de nous idée que »

avons supposé, on arrive à considérer cet acte juridique comme étant en petit une disposition pénale, fondée sur une volonté privée, par la crainte de payer la peine, à faire ou ne pas ce que veut le demandeur ».

وهكذا فإن **سافيني** ينظر إلى الشرط الجزائي باعتباره نظاما عقابيا يهدف إلى إجبار المدين على تنفيذ ما تعهد به تجاه الدائن.[3]

وبناء على الآراء الفقهية السابقة فإنه يتحقق الشرط الجزائي بمجرد إخلال المدين بالتزامه سواء كان هذا الإخلال راجع إلى عدم التنفيذ أم التأخير فيه، وبغض النظر عن توفر شروط استحقاق التعويض أو عدم توفرها، وبغض النظر عن قيام المدين بتنفيذ جزء من الالتزام أو قيامه بالتنفيذ كلية عن التعويض من عدة

وهكذا فإن الشرط الجزائي يعد عقوبة خاصة مصدرها الاتفاق وتختلف من نواحي:

---

[1] **عبد الله نجاري، المرجع نفسه، ص 79-80**

[2] **ابو سعد محمد شنا ، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد الفاتونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص93**

[3] **حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص82**

- **من الناحية الموضوعية:** فإن مقدار الشرط الجزائي يختلف عن مقدار التعويض عن الأضرار، ومن ثمة نكون بصدد عقوبة خاصة وليس تعويض أضرار عندما يختلف مقدار الجزاء عن الضرر الذي لحق الدائن

- **من الناحية الشخصية:** فإن الخطأ لا يكون له في مجال التعويض إلا قيمة عرضية وعلى العكس فإن للخطأ دور جوهري في مجال العقوبة الخاصة، فقد اعتبر الرومان أن الإخلال بالالتزام العدي الناتج عن الشرط الجزائي مساويا لارتكاب جريمة والفارق الوحيد بينهم يكمن في أن العقوبة هي نتيجة لمخالفة قاعدة من قواعد التعايش داخل المجتمع، في حين الجزاء يترتب على مخالفة شرط من شروط العقد

- إن العقوبة الخاصة تهدف إلى معاقبة الجاني أو محدث الضرر، في حين أن التعويض يهدف إلى إعادة التوازن للأمة المالية للدائن نتيجة لما أصابه من ضرر.[1]

انتقدت هذه النظرية من جهة أنه لا يصح أن تترك مسألة العقوبة في يد الأفراد في ظل مراكز غير متكافئة خاصة في ظل الانعدام التام لرقابة القضاء، ومن جهة أخرى فإن دور التهديد في الشرط الجزائي يبدو واضحا في حالة كونه أكبر من الضرر، لكن هذا الدور يقل أو يكاد يختفي في حالة كونه أقل من الضرر.[2]

ثالثا: الطبيعة المركبة للشرط الجزائي

يرى جانب من الفقه أن للشرط الجزائي طبيعة مزدوجة، فحسب هذا الرأي يعتبر الشرط الجزائي في نفس الوقت تعويضا وعقوبة، وقد تبنى هذه النظرية الفقيه الألماني **كوزاش** الذي اعتبر الشرط الجزائي عقوبة تعويضية، كما قال بها أيضا الفقيه **أجني** حيث جاء في رسالته ما يلي: " أن استبعاد الطابع التعويضي للشرط الجزائي أو استبعاد طابعه العقابي هو موقف متطرف بل أن أجمع الواقفين الذين يكونان الموضوع ونقيضه من الناحية النظرية"[3]

رابعا: موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات

يتبين لنا من النصوص القانونية الخاصة بالشرط الجزائي أن المشرع الجزائري قد أضفى عليه الطابع التعويضي متجاهلا تماما الفكرة العقابية بدليل أنه اشترط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي وهذا ما قضت

[1] **حسن أحمد إبراهيم، المرجع نفسه، ص82-83**

[2] **حسن علي محمد الصوا، الشرط الجزائي في الديون، دراسة فقهية مقارنة منشور على موقع: www . islamfeqh .com**

[3] **عبد الله نجاري ، المرجع السابق، ص90**

به المادة 1 / 184ق.م.ج بحيث جاء فيها " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر "هذا من جهة، ومن جهة أخرى قرر تطبيق أحكام التنفيذ بالتعويض على الشرط الجزائي.[1]

الفرع الثاني: تمييز الشرط الجزائي عن ما يشابهه

الشرط الجزائي عبارة عن اتفاق سابق، وبالنظر إلى خصائصه كما هو واضح مما سبق فإنه يختلط ببعض الأنظمة المشابهة له، وعليه سنقوم بتوضيح أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين العربون والغرامة التهديدية و الصلح وهو ما يجنبنا الخلط بينه وبين هذه الأنظمة

أولا: الشرط الجزائي والعربون

تنص المادة 72 مكرر ق.م، ج على أنه " يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك فإذا عدل من دفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر"[2]

العربون عبارة عن مبلغ يدفع عند الاتفاق على عقد البيع، على أن يحسب فيما بعد من أصل العقد، ويبقى في ذمة البائع في حالة عدم إبرام العقد.

1- **أوجه الشبه:** يتمثل الشرط الجزائي والعربون في اتفاق ينشأ بين الأطراف المتعاقدة وبالتالي يستلزم توفر الشروط العامة لإنشاء العقود منها: الرضاء المحل والسبب، والأهلية، وكذلك كلاهما يهدف إلى حث المتعاقد إلى التنفيذ؛ لأن علم التنفيذ سوف يؤدي إلى خسارة العربون، أو دفع الشرط الجزائي.

يتضمن كلاهما تقديرا لمبلغ يدفع عند الإخلال بالعقد في الشرط الجزائي، وعند العدول عن العقد في العربون

2- **أوجه الاختلاف** يدفع العربون كمقابل عن العقد؛ أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر الناتج بسبب الإخلال بالعقد، أي أن الالتزام بدفع العربون يكون مستحق حتى ولو لم يلحق المتعاقد الأخر ضرر من جراء هذا العدول، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر

العربون لا يجوز مراجعته من طرف المحكمة بالرفع أو التخفيض على العكس من الشرط الجزائي الذي يمكن للقاضي مراجعته إذا ثبت له أنه مبالغ فيه أو زهيد القيمة لكي يتناسب مع الضرر.

[1] عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص91-92
[2] مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص61.

ثانيا: الشرط الجزائي والغرامة التهديدية

تنص المادة 174ق.م.ج على أنه " إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة اجبارية إن امتنع على ذلك. وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة.[1]

تتجسد فكرة الغرامة التهديدية في الحكم الصادر على المدين بمبلغ معين عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه إلى ما بعد الوقت الذي حدده له القاضي للتنفيذ.[2]

1- **أوجه الشبه:** يتضح من التعريف أن الشرط الجزائي والغرامة التهديدية يشتركان في أن كلاهما وسيلة تهديد للمدين والضغط عليه لتنفيذ التزامه .

2- **أوجه الاختلاف:** الغرامة التهديدية يحكم بها القاضي فهي من اختصاص القضاء، وذلك بهدف حمل المدين على التنفيذ العيني، أما الشرط الجزائي فهو حكم تابع من شريعة المتعاقدين يحدد بموجب اتفاق بين الدائن والمدين على مقدار التعويض في حال الإخلال بالالتزام.

والغرامة التهديدية تحكمية لا تقاس بمقياس الضرر، وإنما يقصد به التغلب على عناد المدين، فينظر إلى موارده وقدرته على مقاومة الضغط، أما الشرط الجزائي فالأصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر.

الحكم بالغرامة التهديدية حكم وقتي لا يقبل التنفيذ إلا إذا حول من غرامة تهديدية إلى تعويض نهائي وتم تصفيتها، وهذا على عكس الشرط الجزائي الذي هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حالها.[3]

تقدر الغرامة التهديدية على أساس وحدة زمنية أو عن كل مرة يخل المدين بالتزامه، أما الشرط الجزائي فهو اتفاق على تحديد مقدار التعويض المستحق عن الضرر الذي قد ينتج من الإخلال بالالتزام الأصلي، وليس التهديد المالي إلا وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني أما الشرط الجزائي فهو يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني .[4]

ثالثا: الشرط الجزائي والصلح

لقد عرفت المادة 459ق.م، ج الصلح على أنه " عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"

---

[1] **أمر رقم75-58، المرجع السابق**

[2] **عادل جبري حبيب، التنفيذ العيني لالتزامات العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ب. س ن، ص 43**

[3] **عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص886**

[4] **عبد الرزاق احمد السنهوري، نفس المرجع ، ص866.**

1- **أوجه الشبه:** الشرط الجزائي والصلح عبارة عن اتفاق بإرادة الطرفين، وبالتالي فإنهما يشترطان توفر الأركان العامة للتعاقد التي تتمثل في كل من الرضا والمحل والسبب والأهلية

كذلك كلاهما التزام تابع للالتزام الأصلي سواء كان مصدر الالتزام عقد أو عمل غير مشروع، كما أنهما يشتركان أيضا من ناحية إثارتهما إذ كل منهما لا يثار البحث فيه إلا بعد وقوع ضرر لأحد الأطراف بسبب عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ من الطرف الأخر.[1]

2- **أوجه الخلاف:** إن الصلح يتم الاتفاق عليه بعد وقوع الضرر، أي أنه لكي يتم الاتفاق على الصلح يفترض وجود نزاع قائم بين الطرفين، وذلك بوجود دعوى معروضة أمام القضاء، والنزاع القائم قد يتعلق بالمطالبة بتعويض ناشئ عن مسؤولية عقدية كما يجوز الصلح في نزاع متعلق بالمسؤولية التقصيرية، وهذا على عكس الشرط الجزائي الذي يتم الاتفاق على مقداره مسبقا قبل وقوع الضرر.

كنتيجة لهذا التمييز يمكن القول أن الشرط الجزائي نظام قانوني قائم بنفسه أي هو نظام مستقل بأحكام خاصة والتي فتنتها معظم التشريعات التي تأخذ به في منظوماتها القانونية، ومن ضمن هذه التشريعات نجد التشريع الجزائري الذي قنن أحكام الشرط الجزائي في القانون المدني في الفصل الثاني تحت عنوان التنفيذ بطريق التعويض من الباب الثاني تحت عنوان آثار الالتزام من الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزامات والعقود

[1] **طارق محمد مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص62.**

يبدوا أن تطبيق الشرط الجزائي لا يتعدى نطاق المسؤولية التعاقدية، والبحث عن مجال الشرط الجزائي يؤدي بنا إلى التساؤل، هل يمكن استعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية؟

وبالإجابة عن هذا السؤال بيان المسؤولية التي يضمنها الشرط الجزائي، يتضح أن هذا الأخير ما في الأجزاء هذه المسؤولية لذا يجب لاستحقاقه توفر الشروط التي تقوم عليها المسؤولية المدنية، ومنه تجد أن المشرع الجزائري سمح للقاضي بتعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو بالنقصان في حالة عدم تناسب قيمته مع الضرر الواقع، واعتبر سلطة القاضي في هذا من النظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ومما سبق فقد ارتأيت تقسيم هذا الفصل الى مبحثين:

- مجال الشرط الجزائي وشروط الحكم به
- الرقابة القضائية على الشرط الجزائي.

المبحث الأول: مجال الشرط الجزائي وشروط الحكم به

الشرط الجزائي تعويض اتفاقي يقع على عاتق المدين الذي تقاعس عن تنفيذ التزاماته التي تعهد بها، وينتج عن هذا التقاعس ضرر يصيب الدائن، إذ يعطيه الحق في التعويض لجبر ضرره، فالتعويض جزاء المسؤولية سواء كانت عقدية أم تقصيرية التعويض وذلك استنادا إلى قوة العقد الملزمة لاستحقاق الشرط الجزائي يستوجب عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام الأصلي في الوقت المحدد لذلك، ومن ثم فإن التعويض المشروط يكون واجب الأداء بمجرد تحقق هذا الشرط، فوجود الشرط الجزائي معلق على تنفيذ الالتزام الأصلي أيا كان نوعه، وبالإضافة إلى عدم التنفيذ أو التأخر فيه يجب أن يلحق الدائن ضرر نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وبالإضافة إلى هذه الشروط يستوجب ضرورة إعذار المدين في المسؤولية العقدية

وقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في (المطلب الأول) مجال تطبيق الشرط الجزائي، وفي (المطلب الثاني) شروط استحقاق الشرط الجزائي

المطلب الأول:مجال تطبيق الشرط الجزائي

الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض، وهو بهذه الصفة يجد مصدره في المسؤولية العقدية وذلك لكون قواعد المسؤولية العقدية يجوز تعديلها إما بالتخفيض أو بالتشديد، بينما لا يمكن ذلك في المسؤولية التقصيرية باعتبار قواعدها من النظام العام، غير أنه ذهب بعض الفقه ومن بينهم الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري إلى القول بإمكانية تطبيق الشرط الجزائي في إطار المسؤولية التقصيرية[1]، وبالتالي فإن الشرط الجزائي له مجال التطبيق في نطاق المسؤولية العقدية وفي نطاق المسؤولية التقصيرية

وبهذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص (الفرع الأول للشرط الجزائي في المسؤولية العقدية، و (الفرع الثاني للشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية

الفرع الأول : الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية

تعتبر المسؤولية العقدية المجال الطبيعي للشرط الجزائي وهذا المجال أقره المشرع الجزائري في نص المادة 183ق.م[2]، إذ نجده معمول به في عقود القانون المدني وفي عقود القانون التجاري، وفي عقود القانون الإداري، وحتى في عقود التجارة الدولية، ومنه فإن طبيعة الشرط الجزائي واحدة أيا كانت طبيعة العقد الذي أدرج فيه، وبالتالي سنعمد إلى تحديد مجال الشرط الجزائي (أولا)، وبعد ذلك سنعرض تطبيقات الشرط الجزائي في بعض العقود (ثانيا).

[1] **عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أثار الالتزام، المرجع السابق، ص857.**

[2] **الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.**

أولا: نطاق الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية

سبقت الإشارة إلى أن الشرط الجزائي أهمية بالغة لا سيما من حيث اختصاره للوقت والمصاريف وتفاديه لطول الإجراءات وهذا ما أدى إلى انتشاره في مختلف العقود، بحيث إذا أخل أحد أطراف العقد بالتزامه يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية التي هي جزاء عدم التنفيذ العيني وهو ما يستخلص من المادة 176ق.م.ج التي تنص على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام..."، وللوقوف على مجال إعمال الشرط الجزائي يفرض علينا التمييز بحسب كل صورة من صور الالتزام، وهو ما تعبر عنه المادة 54ق.م.ج التي تنص " العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما "، وتبين مدى إمكانية استعماله فيها.

1- الصورة الأولى: الالتزام بإعطاء

أول صورة تعرض لها المشرع هو الالتزام بإعطاء، أي الالتزام بنقل حق ملكية أو أي حق عيني آخر وفي هذا المعنى يجب التمييز بين حالتين:

أ- **الحالة الأولى:** إذا كان محل الالتزام منقولا معينا بالذات يملكه المدين، فان الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينتقل بقوة القانون، أما إذا كان محل الالتزام عقارا فلا تنتقل الملكية إلا بعد إتمام إجراءات الشهر العقاري وهذا ما نصت عليه المادة 165ق.م.ج أن " الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو حق عيني إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري "[1]

ب- **الحالة الثانية:** تتمثل هذه الحالة في نقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه حيث يتحقق تنفيذ المدين لهذا الالتزام بإفراز الشيء، وإن لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أجاز المشرع في المادة 166ق.م.ج في فقرتها الثانية التي تنص " إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض "[2]

2- الصورة الثانية: الالتزام بعمل

الالتزام بعمل يشمل كل نشاط يتعين على المدين أن يقوم به ولا يكون من شأنه نقل الملكية أو حق عيني أخر، وينقسم الالتزام إلى التزام ببذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة الذي ينقسم بدوره إلى التزام بتسليم شيء أو التزام بإنجاز عمل معين.

يقع على المدين في الالتزام ببذل عناية، بذل القدر الواجب من العناية وإذا لم يفعل يكون قد أخل بالتزامه مما يخول للدائن اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية لطلب التعويض، وبالتالي يمكن للمتعاقدين الاتفاق مسبقا على

[1] عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص97-98

[2] مجال إعمل الشرط الجزائي، منشور على موقع: www .startime .com / ?t=7855861

مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة إذا أخل المدين بالتزامه، وهنا يكون الشرط الجزائي وسيلة فعالة لضمان تنفيذ هذا النوع من الالتزامات

أما الالتزام بتحقيق نتيجة فلا يتم تنفيذه إلا بتحقيق النتيجة المرجوة، وقد يكون هذا الالتزام بتسليم شيء أو التزام بإنجاز عمل معين، فبالنسبة للالتزام بتسليم شيء فإن تنفيذه يكون بتسليم المدين الشيء المتفق عليه، وإذا لم يقم المدين بذالك اختيارا يمكن إجباره على ذلك عن طريق الإكراه المالي للتغلب على تعنته[1]، وهذا الطريق لا يؤدي بصورة مطلقة إلى تحقيق الهدف المرجو منه وهو التنفيذ العيني، بحيث لو أصر المدين على عدم التنفيذ لم يعد لهذه الوسيلة مبرر، وبالتالي لم يبقى أمام الدائن سوى اللجوء إلى القاضي لطلب تصفيتها في صورة تعويض نهائي، ولتفادي كل هذه الإجراءات يمكن للأطراف اللجوء إلى الشرط الجزائي[2]

3- الصورة الثالثة: الالتزام بالإمتاع عن عمل

يقصد بالتزام الامتناع عن عمل أن يتخذ المدين وضعا سلبا هو الامتناع عن القيام بعمل معين، ويعتبر المدين قد وفي بالتزامه ما دام متمسك بهذا الوضع السلبي، أما إذا أخل المدين بهذا الالتزام بحيث أقدم على القيام بالعمل الممنوع، ينتج عنه آثار مادية من الممكن إزالتها كالتزام مشتري قطعة أرض بعدم البناء عليها لمدة معينة ثم يخالف المشتري هذا الالتزام، ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطلب إزالة المخالفة وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه من قبل، وهذا ما أشارت إليه المادة 173ق.م.ج بنصها على أنه " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطالب بإزالة ما وقع مخالف للالتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين [3]، كما يمكن أن ينتج أثارا لا يكمن إزالتها مثل اتفاق ممثل مسرحي مع مدير مسرح معين و التزامه بعدم إقامة عروض في مسارح أخرى، فيخالف الممثل هذا الالتزام ففي هذه الحالة يعتبر المدين الذي قام بالعمل الممنوع إخلالا بالالتزام، ومنه لا يمكن تصور الالتزام العيني بحيث أصبح مستحيلا، فلا يبقى أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، وفي هذه الحالة تظهر إمكانية إعمال الشرط الجزائي بدلا من تركه لسلطة القاضي في تقديره [4]

وعليه يمكن القول أن الشرط الجزائي يمكن إعماله في صور الالتزام سواء كان التزاما بإعطاء أو التزاما بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل

ثانيا: تطبيقات الشرط الجزائي في بعض العقود

هناك تطبيقات كثيرة للشرط الجزائي في الحياة العملية ومن النادر اليوم أن نجد عقدا ذا أهمية لا يتضمن شرطا جزائيا وذلك نظرا للفائدة التي يحققها للأطراف المتعاقدة، وبالتالي سنتطرق البعض التطبيقات

[1] **عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 99-100**
[2] **مجال أعمال الشرط الجزائي، المرجع السابق**
[3] **الأمر 75-58، المرجع السابق**
[4] **عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص102**

أ) الشرط الجزائي في عقد الصلح

عرفت المادة 459 ق. م. ج الصلح على أنه " عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك أن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه "[1]

يتضح من خلال نص المادة أنه إذا تعلق الصلح بنزاع مطروح على القضاء يكون الصلح قضائيا، طالما لم يكن قد صدر بشأنه حكم في النزاع، وإلا اعتبر النزاع قد حسم بالحكم وليس بالصلح، أما إذا تعلق الأمر بصلح لتفادي نزاع محتمل فإنه يكون صلحا غير قضائيا.

يمكن أن يتضمن عقد الصلح شرطا جزائيا كتعويض يدفعه المدين الذي تأخر عن تنفيذ بنود الصلح أو كجزاء على الطعن فيه، فإذا تم الاتفاق على شرط جزائي لمواجهة التأخر في تنفيذ الصلح وتاخر أحد المتصالحين فعلا، فإنه يحق للطرف الآخر أن يطالبه بالتنفيذ وذلك باللجوء إلى القضاء للمطالبة بقيمة التعويض المتفق عليه نتيجة ما أصابه من ضرر بسبب ذلك التأخر في التنفيذ، أما إذا كان الشرط الجزائي قد تم الاتفاق عليه ليكون جزاء على قيام أحد المتصالحين بالطعن في الصلح، يتعين الانتظار حتى يفصل القاضي في الطعن فإذا قبل الطعن وأسقط الصلح، سقط الشرط الجزائي معه، أما إذا رفض الطعن فإن الصلح يبقى قائما ويكون على الطرف الأخر أن يرجع بالشرط الجزائي على من لم ينجح من المتصالحين في طعنه[2]

ب) الشرط الجزائي في عقد العمل

كثيرا ما يدرج المتعاقدين شرط جزائي في عقد العمل يعبر عن تخوف الطرفين من قيام أحدهما بإنهائه في وقت غير مناسب، فيشترط صاحب العمل على العامل عدم إمكانيته التحلل من عقد العمل إلا بعد انقضاء المدة المتفق عليها، بحيث أنه إذا أنهى العامل علاقة العمل خلال تلك المدة وقبل أن تنقضي، فإنه يلزم دفع المبلغ المتفق عليه بصدد الشرط الجزائي الذي يكون في هذه الحالة أداة لضمان عدم قيام العامل بإنهاء العقد خلال المدة المتفق عليها، والتي يقدرها صاحب العمل أنها كافية للوصول إلى الغاية من إبرام العقد[3].

أما القانون الجزائري فقد نص المشرع في المادتين 136و 137 من قانون العمل على أنه " يكون باطلا وعديم الأثر كل عقد عمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون " و " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقيات الجماعية[4].

---

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

[2] **أبو سعد محمد شتاء المرجع السابق، ص 120-121**

[3] **محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 81-82.**

[4] **قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أفريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، عدد17 الصادرة في 1 شوال 1410 معدل ومتمم**

يتضح من خلال المادتين عدم إمكان إعمال الشرط الجزائي في بعض الحالات التي تولاها قانون العمل ، ومن ذلك عدم إمكان إعماله في حالة التسريح للأسباب الاقتصادية فالمادة 69 من نفس القانون تقضي على أن القرار يتخذ بصدد تفاوض جماعي[1]، وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية على أنه " وجود شرط جزائي في العقد لا يمنع أو يحول دون المطالبة بما ترتب للعامل بموجب القانون من حقوق أخرى طالما كانت أفضل للعامل مما ورد في العقد، لأن الاتفاق المسبق أو أثناء سريان العقد على الانتقاص أو التنازل عن الحقوق التي يرتبها القانون باطل ولايعتد به، وحيث أن المدعية تطالب بباقي أجورها عن المدة الباقية من العقد وتم الحكم بها وفقا للمادة 826 من القانون الواجب التطبيق فيكون الحكم موافقا للقانون "[2]

ج) الشرط الجزائي في عقد الإيجار

عرف المشرع الجزائري عقد الإيجار في نص المادة 467 ق.م على أنه " عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر "

التنفيذ عقد الإيجار تنفيذا كاملا يمكن للأطراف المتعاقدة إدراج شرط جزائي يقضي بإلزام المستأجر أن يدفع للمؤجر مبلغا نقديا معينا عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها عن إخلاء العين، وفقا للقواعد القانونية السارية، أو يقضي بإلزام المؤجر بأن يدفع للمستأجر مبلغا نقديا معينا إذا لم يسلم العين المؤجرة في الموعد المتفق عليه[3]، أو يقضي بإلزام المستأجر الذي تأخر عن دفع الأجرة في الوقت المحدد بوجوب حلول باقي الأقساط عن مدة الإيجار كلها.[4]

تعتبر عقود الإيجار ميدانا خصبا لإعمال الشرط الجزائي لما فيه من تحديد الإلتزامات الناشئة بين أطرافها وبالرجوع إلى النصوص القانونية التي تحكم هذه الالتزامات نجد أنها تمنح سلطة الحكم بالتعويض في حالة الإخلال بها

بالتمعن في قراءة هذه النصوص نجد أن المشرع منح للطرف الذي تضرر من جراء اخلال أحد بنود عقد الإيجار حق المطالبة بالتعويض أمام القاضي، وبالتالي يمكن أن يتفق الطرفان على شرط جزائي يقضي بأن يدفع المستأجر أو المؤجر مبلغا معينا على سبيل التعويض إن أخل بالتزامه[5].

ومن أهم تطبيقات الشرط الجزائي في عقود الإيجار يظهر في عقود الليزنج الذي يعد من العقود الجديدة الذي ظهر نتيجة تطور المعاملات الاقتصادية، ويتمثل هذا العقد في صورة عقد إيجار مقرون بوعد البيع، بحيث يلتزم المؤجر بأن يملك المستأجر العين المؤجرة بعد تمام سداد مبلغ معين يتم الاتفاق عليه سالفا باعتباره ثمنا للمبيع، أي الشيء الذي كان مؤجرا وأصبح مبيعا بمجرد وفاء المستأجر بثمن معين إذا أعلن المستأجر عن رغبته

---

[1] **مجال إعمال الشرط الجزائي، المرجع السابق**

[2] **محكمة التميز الأردنية، قرار رقم 60 /1999 ، منشور على صفحة 2347، مجلة نقابة المحامين، عدد 6، 2000،**

أنظر الموقع:http : / / www . lawjo.net

[3] **أبو سعد محمد شتاء المرجع السابق، ص109.**

[4] **محكمة التميز الأردنية، قرار رقم 64 /1960 ، منشور على صفحة 62، مجلة نقابة المحامين، عددا، 1960، انظر الموقع:aarjo / / : http . net**

[5] **مجال إعمال الشرط الجزائي، المرجع السابق**

في ممارسة خياره في المدة المتفق عليها[1]، ومثال هذا العقد أن يقوم بتك أو مؤسسة مالية أو شركة تأجير بوضع آلات أو سكنات أو محلات تجارية بحوزة أشخاص على سبيل الإيجار مع إمكانية التنازل عنها في نهاية الفترة المتعاقد عليها ويتم التسديد على أقساط يتفق عليها تسمى ثمن الإيجار ويشكل جزء من رأس المال الأساسي للعين المؤجرة، ومن هنا يمكن لأطراف عقد الليزنج الاتفاق على إدراج شرط جزائي في حالة عدم تنفيذ أحدهما للعقد أو التأخر في تنفيذه.

د) الشرط الجزائي في العقود الإدارية

العقد الإداري هو عقد يبرمه شخص معنوي عام مع الخواص بهدف تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر نية الإدارة في استعمال أساليب وأحكام القانون العام، ومن ذلك تضمين العقد شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو تخويل المتعاقد مع الإدارة حق الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[2]

العقود الإدارية التي ينتشر استخدام الشرط الجزائي فيها، عقد الأشغال العامة الذي هو اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، يهدف إلى تحقيق منفعة عامة لقاء مقابل يتم الاتفاق عليه حسب الشروط المنصوص عليها في العقد، ففي هذا العقد تشترط الإدارة على المقاول الذي يتعاهد معها على أن يدفع مبلغا معينا جزاء عن كل فترة زمنية يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه، ومثل هذا الشرط يوجد في أغلب الأحيان في المناقصات التي تعلن عنها المصالح الإدارية العامة، وكذلك تدرج الإدارة الشرط الجزائي في عقد امتياز المرافق العامة، الذي هو عقد إداري يتولى الملتزم فيه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد العامة التي تضبط سير المرافق العامة، فضلا عن الشروط التي تدرجها الإدارة في عقد الامتياز، فإن تضمن العقد شرطا يلزم المتعاقد مع الإدارة بمباشرة العمل بنفسه و عدم تخويله لشخص آخر تحت طائلة جزاء مادي وجب احترامه، كذلك قد تضمن الإدارة عقود التوريد شرط جزائي، يتضمن قيام الطرف المتعاقد مع الإدارة بتوريد المنقولات المتفق عليها واللازمة لمرفق عام، تحت طائلة دفع تعويض معين عند مخالفته ذلك، وما يميز الشرط الجزائي في هذه العقود هو أنه أقرب إلى الجزاء منه للتعويض تفرضه الإدارة حتى تضمن قيام المتعاقد معها بتنفيذ العمل المعهود إليه على أحسن وجه وفي الوقت المحدد، ومنه تضمن حسن سير المرافق العامة، ومن هذا فإن اختلاف الشرط الجزائي عن غرامات التأخير والغرامات الإدارية التي تشترطها الإدارة بوجه عام هو أمر مسلم به، فغرامات التأخير تشترطها الإدارة لا بهدف ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه معها في الموعد المحدد لتحقيق المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير المرافق العامة بانتظام.[3]

---

[1] **حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص117.**

[2] **ابو سعد محمد شتاء المرجع السابق، ص121-122.**

[3] **ابو سعد محمد شتاء المرجع السابق، ص 132-123.**

الفرع الثاني: الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية

الشرط الجزائي تقدير مسبق عن الضرر المحتمل أيا كان العمل القانوني الذي ينشأ عنه هذا الضرر فيستوي أن يكون ضرر في نطاق تعاقدي أو ضرر في نطاق غير تعاقدي، وبهذا سنتناول إمكانية إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية (أولا)، ثم نورد بعض تطبيقات الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية (ثانيا)

أولا: إمكانية إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية

يذهب الكثير من فقهاء القانون من بينهم الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري إلى أنه ليس هناك ما يمنع من اللجوء إلى استعمال الشرط الجزائي في شأن ما يستحق من تعويض عن الإخلال بالتزام غير تعاقدي[1]، فالشرط الجزائي تقدير اتفاقي مسبق عن ضرر أيا كان العمل القانوني الذي ينشأ عنه هذا الضرر فيستوي أن يكون ضرر عقدي أو تقصيري[2]فإذا توقع أحد الأشخاص صدور خطا تقصيري منه فبإمكانه أن يقدر بصفة اتفاقية مع الضحية مقدار الضرر والتعويض المستحق.

ورد في مذكرة المشروع التمهيدي في معرض التعليق على نص المادة 225 ق.مدني مصري ما يفيد صراحة الاعتراف بالشرط الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية حيث جاء فيها ما يلي " ليس للشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أداؤه، فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجوب هذا التعويض، بل للوجوب مصدر آخر، قد يكون التعاقد في بعض الصور وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى "[3]

فيما يخص القانون المدني الجزائري نجده لا يمنع استعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية وهو ما يمكن استخلاصه من نص المادة 178 الفقرة الثانية التي تنص على أنه " يبطل كل شرط يعفي من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي[4] ، هذه المادة متعلقة بالنظام العالم، وبالتالي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، لكن بالتمعن فيها نجدها تبطل كل شرط بعفي المدين من مسؤوليته التقصيرية ولم تقصد تقدير المسؤولية، والإعفاء من المسؤولية شيء وتقديرها شيء آخر، والأصل أن الشرط الجزائي لا يهدف إلى الإعفاء من المسؤولية بل يهدف إلى تقدير التعويض المستحق في حالة قيامها، ولكن بما أن قواعد المسؤولية التقصيرية تلزم أن يكون التعويض معادلا ومطابقا للضرر الذي وقع فعلا، فإن هذا لا يؤثر في استعمال الشرط الجزائي في المجال التقصيري إذ أنه بإمكان القاضي أن يتدخل ويعدل من قيمة التعويض المتفق عليه .[5]

[1] **عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجنيد، آثار الالتزام، المرجع السابق، م857**
[2] **ابو سعد محمد شتاء المرجع السابق، ص 128**
[3] **طارق مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص52-**
[4] **لأمر رقم 75-58، المرجع السابق**
[5] **عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 109-110**

ثانيا: تطبيقات الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية

هناك تطبيقات عديدة تصلح أساسا للقول بصحة أو جواز إعمال الشرط الجزائي في غير المجال التعاقدي، بالتالي سنورد بعضها:

أ) الاتفاق المسبق على مقدار التعويض الناجم عن الإخلال بالعقد إذا كان هذا الإخلال يشكل جريمة

يعتبر 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 المسؤولية التقصيرية ومصدر التعويض هو العمل غير المشروع أي خيانة الأمانة وليس العقد بذاته.[1]

ب) الاتفاق المسبق على مقدار التعويض في حالة فسخ أحد المتعاقدين للعقد

من التطبيقات الشائعة التي تؤكد إمكان إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية، حالة قيام المتعاقدين بتضمين عقدهما تعويضا اتفاقيا يحدد مسبقا مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما من الآخر، عندما يقوم هذا الأخير بفسخ عقد أبرماه وصار ملزما لهما، ولم يعد بإمكان أحدهما التخلص منه بإرادته المنفردة، فإذا فعل ذلك بفسخ هذا العقد فقد انعقدت مسؤوليته، والمسؤولية التي يتحملها من قام بفسخ العقد هي مسؤولية تقصيرية، ويقتصر اتفاق المتعاقدين على تحديد وتقدير التعويض المستحق عنها عن طريق الشرط الجزائي، ومن الصور المتعددة لهذا الغرض فسخ المقاول العقد المقاولة وفسخ المستأجر لعقد الإيجار بدون سبب ، ومن الأمثلة التي نجدها أيضا الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة الإخلال بوعد الزواج، إذ الإخلال بهذا الوعد تترتب عليه مسؤولية تقصيرية لا عقدية، كذلك الشرط الجزائي الذي يتفق عليه في حالة إبطال بيع ملك الغير يقدر التعويض عن المسؤولية التقصيرية[2]، وكذلك اتفاق صاحب المصنع مع جيرانه على التعويض مقدما عن الضرر الذي يصيبهم مستقبلا من الدخان المتصاعد من مداخن المصنع أو أصوات الألات وضجتها.[3]

[1] **محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص85.**
[2] **عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون السني، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص857.**
[3] **مجال إعمال الشرط الجزائي، المرجع السابق**

المطلب الثاني: شروط الحكم بالشرط الجزائي

قبل الخوض في شروط استحقاق الشرط الجزائي يستوجب الإشارة إلى أن هذا الأخير ليس هو السبب في استحقاق التعويض الاتفاقي، وإنما ينشأ التعويض من مصدر آخر، هو إما العقد في ترتب المسؤولية العقدية وإما من العمل غير المشروع في ترتب المسؤولية التقصيرية

إن شروط استحقاق الشرط الجزائي بوصفه تعويض حدده المتعاقدان مسبقا، هي شروط قيام المسؤولية المدنية بصفة عامة[1]، وبالتالي لا يكفي لاستحقاق قيمة التعويض الاتفاقي عذم تنفيذ المدين لالتزامه، أو تأخره في التنفيذ، بل لا بد فوق ذلك من توفر الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية، بحيث أنه إذا انتفي شرط منها سقط حق الدائن في استحقاق التعويض، وتتمثل هذه الشروط في وجود خطأ من المدين (الفرع الأول)، وضرر يصيب الدائن (الفرع الثاني)، وتوفر علاقة سببية بين الضرر والخطأ (الفرع الثالث)، ويضاف إلى هذه الشروط وجوب إعذار المدين (الفرع الرابع)

الفرع الأول: خطا المدين

يعتبر الخطأ في المسؤولية المدنية من أهم أركانها بل هو الركن الأساسي فيها، ولكن لم يتفق الفقهاء حول تحديد المقصود بالخطأ تحديدا جامعا مانعا، والواقع أن فكرة الخطأ أدق الأفكار في القوانين المدنية ويرجع ذلك إلى أن هذه الفكرة غير محددة لاتصالها عن قرب بفكرة الأخلاق، ولما كانت فكرة الخطأ يعوزها التحديد والضبط، لزم أن تكون فكرة الخطأ غير محدودة ولا منضبطة[2]

الأصل أنه لإمكان استحقاق الأداء الذي التزم به المدين بمقتضى الشرط الجزائي، يجب توفر خطا في جانب هذا الأخير، أي فعل موجب للمسؤولية سواء كان هذا الفعل إيجابيا أم سلبيا، فلا يكفي عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، أو تأخره في هذا التنفيذ، وإنما يجب أن يتوفر إلى جانب ذلك فعل خاطئ يكون عدم التنفيذ أو التنفيذ المتأخر مظهرا له و علامة على حدوثه .[3]

أولا: مضمون الخطأ

أ) التحديد الفقهي للخطأ

الخطأ هو " انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي يصدر عن تمييز وإدراك.[4]

[1]محمد صيري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 80
[2]أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقلية والتقصيرية، منشاة المعارف، مصر، 2000، ص110
[3]ابو سعد محمد شتاء المرجع السابق، ص168.
[4]عزالدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في الفقه والقضاء القاهرة الحديثة للطباعة، مصر، 1988، ص61.

يذهب الأستاذ **علي علي سليمان** إلى أنه لكي تنسب فعل الخطأ لشخص ما يجب مقارنة سلوكه بسلوك شخص عادي من طبقته أو من طائفته أو من جنسه، فالطبيب العادي هو الذي لا ينحرف عن سلوك أمثاله من الأطباء العاديين الذين لا يعتبرون من النابغين الممتازين ولا من الخاملين المهملين[1]

ونجد القاضي عند تقديره لسلوك الشخص مقترف الخطأ أنه يأخذ بعين الاعتبار الظروف المهنية للشخص، وزمان ومكان اقتراف الخطأ، والعادات الخاصة بالشخص والحالة البدنية والنفسية، وهذا هو المعيار الشخصي في تحديد فترة الخطأ، ولكن انتقد هذا المعيار بشدة وذلك أنه يترتب على تطبيقه نتائج عديدة منها، أن مقاييس تقدير الفعل إنما تتغير بتغير الأشخاص فالنتائج تتغير رغم وحدة وتشابه الحالات ووقائعها كون الشرط الجزائي يعمل كثيرا في المسؤولية العقدية، فإنه قسم الفقهاء الالتزامات بصدد الخطة العقدي إلى نوعين: التزامات بتحقيق النتيجة، والتزامات ببذل العناية .[2]

1-الالتزام بتحقيق نتيجة

في هذا النوع من الالتزام يقع على عاتق المدين تحقيق نتيجة معينة، فإن عدم تحقيق هذه النتيجة يعد إخلالا بالالتزام، وبذلك يعد خطا موجب للمسؤولية والعبرة في تحديد ما إذا كان الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة هيا تجاه إرادة المتعاقدين الى الربط بين محل الالتزام، و يكفي لإثبات الخطأ في هذه الحالة أن يثبت الدائن علم تحققها قرينة على وقوع خطا من المدين[3]، والشرط الجزائي الذي يضمن مثل هذه الالتزامات يستحق ما دام أن النتيجة لم تتحقق، فمثلا إذا اتفق شخص مع مقاول لبناء مسكن أين قاما بتحديد مبلغ من المال يلتزم به المقول كتعويض على عدم تنفيذ العقد في الوقت المحدد له، وباعتبار عقد المقاولة عقد قائم على تحقيق نتيجة وهو إنهاء أعمال البناء وتسليمه في الوقت المحدد، فإن تأخر المقاول عن تسليم المسكن في وقته المحدد بعد إخلالا بالعقد بحيث يرتب مسؤوليته في التعويض، وبالتالي يستحق الدائن التعويض المحدد في العقد

2-الالتزام ببذل العناية

إن هذا الالتزام يجب لتنفيذه بذل عناية معينة، وهنا المدين لا يتعهد بتحقيق نتيجة، لأن تحقيقها خارج عن إرادته، إنما يتعهد ببذل ما يمليه عليه تعهده من الوسائل المؤدية إلى تحقيقها، مثال ذلك تعهد المدرس إعطاء تلامذته الدروس المؤدية لنيل شهادة معينة، فتعهده يضمن بذل ما يمليه عليه عمله، لكن لا يمتد إلى التعهد بتوفير الشهادة لتلامذته، لأن هذا أمر تتحكم فيه عوامل مختلفة منها الاستعداد الذهني لدى كل تلميذ، كذلك نفس الشيء بالنسبة للطبيب، فهو يتعهد بذل علمه وجهده بغية شفاء المريض، ولكن لا يتعهد بحصول الشفاء لأنه خارج عن إرادته .[4]

---

[1] **علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام؛ د. م. ج ، الجزائر، 1998، ص147.**

[2] **حسني محمد جد الرب، المرجع السابق، ص161**

[3] **جلال علي العثوي، أصول الالتزامات؛ منشاة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص272**

[4] **مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة منشورات الطهي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 37**

ب) التحديد القانوني للخطأ

فيما يتعلق بالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية بصفة عامة أو كركن من أركانها فقد ورد عليه نصوص قانونية منها ما هو خاص بالمسؤولية العقدية ومنها ما هو خاص بالمسؤولية التقصيرية،وعليه سنعرض هذه النصوص في كل من القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، والقانون المدني الجزائري

1. لقد نص المشرع الفرنسي على الخطة العقدي في نص المادة 1147 ق. م .التي قررت أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره فيه هو خطة عقدي بغض النظر عن السبب الذي أدى إلى عدم الوفاء، وبالتالي فإنه يتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي يعتبر الخطة العقدي هو مجرد عدم وفاء المدين لالتزامه[1]

أما فيما يتعلق بالخطأ في المسؤولية التقصيرية فقد نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1240 ق.م التي تقضي أنه " كل عمل يوقع ضرر بالغير يلزم من وقع هذا الضرر بخطئه أن يقوم بتعويضه[2].

2 -أما المشرع الجزائري فقد تعرض للخطأ العقدي في نص المادة 176 ق.م التي تنص على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه "[3]

وفقا لهذه المادة فإن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد، أو تأخره في هذا التنفيذ ويستوي في ذلك أن يكون علم التنفيذ عن إهمال أو فعل يكون سببه مجهول سواء كان عدم التنفيذ كليا أو جزئيا، أو متأخرا أو معينا، كما أن هذه المادة جاءت بالقاعدة العامة للعقود التي تجعل المدين مسؤولا بسبب عدم الوفاء، ما لم يثبت أن سببا أجنبيا هو الذي حال بينه وبين الوفاء، ويفترض أن يصاب الدائن بضرر جراء خط المدين لكي تقوم المسؤولية العقدية، ولا يمكن دفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت المدين وجود سبب أجنبي لا بد له فيه حال بينه وبين تنفيذ الالتزام ويبقى المدين مسؤولا عن غشه وخطئه الجسيم طبقا لنص المادة 2/172ق م ج.

أما فيما يتعلق بالخطأ في المسؤولية التقصيرية فقد تعرض له المشرع الجزائري في نص المادة 124 ق.م التي تنص على أنه " كل عمل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا | للغير، يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض "، من خلال نص المادة يتضح أن المشرع الجزائري اشترط صراحة الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية بحيث أنه تأثر بفكرة الخطا في القانون المدني الفرنسي الذي أخذ بالفعل الشخصي في المسؤولية المدنية التي قوامها الخطا الشخصي وهذا وفقا للمادة 1240 قم السالفة الذكر، وبالتالي فإن الخطأ التقصيري هو إخلال بالتزام قانوني، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها على أنه " من المقرر قانونا أن كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا فيه بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان

---

[1] **معمري مريم، بوشلاح طاووس، المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ العقدة منكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلهة الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة عبد الرحمان سيرة، بجاية، 2013، ص6.**

[2] **) art 1382 : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».c.cv.fr.**

[3] **الأمر رقم 75-58، المرجع السابق**

من الثابت في قضية الحال أن قضاة الحكم تساءلوا عن ملكية الأنبوب موضوع النزاع، في حين أن الطاعن قد طلب بإصلاح الضرر اللاحق به، فإنهم كما فعلو خالقو المادة 124 ق.م.ج التي تلزم مسبب الضرر بإصلاحه، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار "[1]

يتضح من خلال عرض النصوص القانونية المتعلقة بالخطأ سواء في المسؤولية العقدية أو في المسؤولية التقصيرية فإنها وإن أشارت إلى الخطأ في مضمونها صراحة أو ضمنا فإن تلك الإشارة لم تتضمن تعريفا له أو بيانا لطبيعته وإن كانت قد أفصحت على أنه إذا ترتب على الخطأ ضرر للغير، فإنه يكون مستلزما للتعويض، ولقد اعترف المشرع المصري بصعوبة وضع تحديد جامع مانع للخطأ حيث التمس في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العذر في عدم تعريف الخطأ وأوجبت أن يترك تحديد الخطة التقدير القاضي مسترشدا بما يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الأضرار من عناصر التوجيه فثمة التزام يفرض على الكافة علم الإضرار بالغير، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي عليها الخطأ.[2]

ج) أركان الخطأ

الخطا في المسؤولية التقصيرية يقترب بمعنى الخطأ في المسؤولية العقدية، فالخطا في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانوني، كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدي، ومنه فإن الخطأ يقوم على ركنين، الركن المادي وهو التعدي، والركن المعنوي وهو الإدراك.

1-الركن المادي (التعدي)

يشكل الفعل المادي المسبب للضرر الركن الأول في الخطأ، يكون هذا الفعل قصديا عندما تتجه إرادة من صدر عنه إلى إحداث ضرر مادي لدى الغير، كمن يتعدى أصدا على ملك الغير او جسده أو سلامته، فقد أراد الفاعل النتيجة الضارة من وراء فعله وعمل على تحقيقها، والعمل هذا يمكن أن يحصل بفعل إيجابي أو بفعل سلبي، كان يمتنع الفاعل أصدا عن القيام بالتزام مفروض عليه قانونا او اتفاقا بغية إحداث ضرر لدى الغير ودون وجه حق أي دون مبرر مشروع يجيزه القانون.[3]

2-الركن المعنوي

لا يكفي ركن التعدي حتى يقوم الخطأ، وإنما يجب أن يكون المتعدي مدركا لما يفعله، ويكون الإنسان مدركا إذا كان مميزا، يستطيع أن يعي ما في سلوكه من انحراف وعلى هذا فلا مسؤولية دون تمييز، وقد عبرت المادة 164 الفقرة الأولى قم. مصري على أنه " يكون الشخص مسؤولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو

---

[1] **المحكمة العليا، قرار رقم 56493، مؤرخ في 1959/ 11 / 15**

[2] **حركاتى بلال، أمزال آمال، الخطا في المسؤولية العقدية، منكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013 ، ص 13-14**

[3] **طارق مطلق ابو ايلي، المرجع السابق، ص247**

مميز "، وهو نفس الشيء ما نصت عليه المادة 125 ق.م. ج على أنه "لا يسال المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أوعدم حيطته إلا إذا كان مميزا "[1]

وفقا لمضمون هذه النصوص فإن المجنون والقاصر لا تمييز لديهما فلا يمكن أن ينسب إليهما خطا، ولكن لا يعني ذلك أنهما معفيان من التعويض المتضرر بصورة مطلقة، بل إلزامهما بالتعويض يأتي بصورة ثانوية إذ لم يكن من هو مسؤول عنهما، ولم يستطيع المتضرر الحصول على التعويض منه، في هذه الحالة يخضع التعويض التقدير القاضي آخذا بعين الاعتبار مركز الخصوم، ومسؤولية عديم التمييز ليس أساسها الخطأ إنما تحمل التبعية إذا لم يتمكن المضرور من الحصول على التعويض من الشخص المكلف بالرقابة على عديم التمييز

ثانيا: الخطأ في مجال الشرط الجزائي

الخطا كشرط استحقاق التعويض الاتفاقي لا يخرج عن المعنى العام للخطا، وهو قد يكون خطا عقديا وهو الأكثر شيوعا إذا كان اعتداء على الغير يكمن في عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد أو التأخير فيه، وقد يكون خطأ تقصيريا إذا كان الإخلال نتيجة مخالفة القواعد القانونية.

وبالتالي فإن الخطا الذي يستحق على أساسه الشرط الجزائي، هو الإخلال بالالتزام الأصلي الذي تقوم على أساسه مسؤولية المدين الذي لم ينفذ التزامه، سواء كان عدم التنفيذ بالامتناع كليا أو جزئيا، وعدم التنفيذ يختلف بحسب موضوع الالتزام الأصلي، فإذا كان ما تعهد به المدين هو تحقيق نتيجة معينة، فإن عدم التنفيذ تمثل في مجرد عدم تحقق نتيجة ولو أثبت المدين أنه بذل كل جهده دون جدوى في الوصول إلى نتيجة، أما لو كان موضوع الالتزام هو بذل عناية دون الالتزام بتحقيق نتيجة معينة، فإن عدم التنفيذ يتمثل في هذه الحالة في علم بذل جهد بالقدر المتفق عليه، أو ذلك القدر الذي يستلزمه القانون.[2]

ثالثا: إثبات الخطا

لاستحقاق التعويض المتفق عليه بصدد الشرط الجزائي فإنه يتعين على الدائن، كقاعدة عامة أن يثبت خطا المدين أي تقصيره الذي أدى إلى عدم التنفيذ أو التأخير فيه، وإثبات الخطا يختلف بحسب موضوع الالتزام الأصلي، فإذا كان هذا الالتزام هو تحقيق نتيجة فيجب على الدائن إثبات عدم تحققها، فإذا توصل إلى إثبات عدم تحقق ذلك الفعل المتفق عليه فيفترض الخطا في جانب المدين ولهذا الأخير أن ينفي مسؤوليته وذلك بإثبات السبب الأجنبي، أما إذا كان الالتزام الأصلي هو بذل عناية، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه العناية المطلوبة، والمدين في هذه الحالة إذا أراد نفي مسؤوليته فعليه إثبات وجود السبب الأجنبي، ولكن هناك من نادي إلى بعدم إعطاء المدين فرصة إثبات السبب الأجنبي ليتخلص من المسؤولية، وذلك أن عدم بذل العناية لا يتصور أن يكون

[1] **الأمر رقم 75-58، المرجع السابق**
[2] **حسني محمد جاد الرب. المرجع السابق، ص163.**

راجع إلى سبب أجنبي وإنما هو بالضرورة إهمال المدين، وبالتالي فإن مجرد قيام الدائن بإثبات عدم التنفيذ، في هذه الحالة يكفي لإثبات عدم قيام المدين بذل العناية المطلوبة[1]

الفرع الثاني: ضرر يصيب الدائن

الضرر هو أحد أركان المسؤولية المدنية فلا مسؤولية بدون ضرر، ومنه فهو ركن من أركان استحقاق التعويض بوجه عام، أيا كانت طبيعة التعويض، سواء افرض القانون حدوثه أو كان لابد من إثبات وقوعه، وبالتالي فإن الضرر هو شرط ثان من شروط استحقاق الشرط الجزائي، بحيث أنه لا يستحق إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقا ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة .[2]

أولا: معنى الضرر: هناك محددين للضرر

أ) التحديد الفقهي للضرر

يعرف الضرر على أنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه" أو هو " الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه، والمصلحة المشروعة إما أن تكون مادية أو معنوية "، ويعرف أيضا على أنه "ما الحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر في التنفيذ.

ب) التحديد القانوني

تعرض المشرع الجزائري لفكرة الضرر في إطار المسؤولية العقدية وفي إطار المسؤولية التقصيرية، فتجده قد نص على ركن الضرر في المسؤولية العقدية في نص المادة 176 ق.م التي تنص على أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ..."، أما فيما يخص فكرة الضرر في المسؤولية التقصيرية فقد نص عليه المشرع في نص المادة 124 ق.م. ج التي تقضي على أنه " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.[3]

من قراءة هذه المواد يتضح أن الدائن أو المضرور يستحق التعويض عن الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المدين لالتزامه كليا أو جزئيا .

---

[1] **طارق مطلق ابو ليلي، المرجع السابق، ص32**

[2] **عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أثر الالتزام، المرجع السابق، م860**

[3] **الأمر رقم 75-58، الرجع السابق.**

ج) شروط الضرر: للضرر مجموعة من الشروط

1- أن يكون الضرر محققا

لا يمكن للمضرور المطالبة بالتعويض إلا أذا كان الضرر الذي يدعيه محققا، ويكون الضرر محققا في حالة إذا وقع فعلا أو سيقع حتما، ومثال الضرر الذي وقع فعلا (الضرر الحال) هو أن يموت المضرور أو يصاب بتلف في جسمه أو في ماله أو في مصلحة مالية له، ومثال الضرر الذي سيقع حتما (الضرر المستقبل)، هو أن يصاب عامل فيعجز عن العمل، فيعوض ليس فحسب عن الضرر الذي وقع فعلا من جراء عجزه عن العمل في الحال، بل وعن الضرر الذي سيقع حتما من جراء عجزه عن العمل في المستقبل، لكن قد يكون الضرر المستقبل غيرمؤكد أي محتمل، فالأصل في هذا الضرر لا يحكم فيه بالتعرض الا اذا وقع فعلا، فالإتلاف الذي يحدثه شخصلأخر يعتبر ضرر محقق لكن البناء الذي يتهدد بالسقوط فهو ضرر محتمل لا يستحق عنه التعويض إلا إذا سقط البناء فعلا في المستقبل، وإذا كان من الممكن تقدير التعويض في الحال فالقاضي يحكم بالتعويض عما وقع من ضرر ويحتفظ للمضرور بالحق في أن يرجع بعد ذلك بالتعويض عن ظهور نتائجه في المستقبل.[1]

2- أن يكون الضرر مباشر

لكي يعوض عن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ العقد يجب أن يكون هذا الضرر مباشرا ومرتبط بعدم تنفيذ العقد، أي بالخطأ العقدي، ويعتبر الضرر مباشرا عندما يتحقق كنتيجة طبيعية للخطا العقدي، ورد النص على التعويض عن الضرر المباشر في المادة 182 ق.م.جالتي تقضي باعتبارالضرر مباشرا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو التأخير فيه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه يبذل جهد معقول.

ومعيار الضرر المباشر هو ألا يستطيع الدائن أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها رب الأسرة الطيب، وإذا كان مثل هذا الرجل العادي يستطيع أن يتوقى الضرر ببذل جهد معقول، كان الضرر غير مباشر، وبعبارة أخرى لكي يكون الضرر مباشرا يجب أن تكون بينه وبين الفعل الضار علاقة سببية.[2]

وتجدر الإشارة أنه في بعض الأحيان حتى ولو كان الضرر مباشرا لكن لا يمكن التعويض عنه وذلك إذا كان ماسا بمصلحة غير مشروعة في مفهوم المخالفة حتى يعوض عن الضرر يجب أن تكون هذه المصلحة محمية شرعيا وقانونا، فمثلا إذا امتنع ميكانيكي عن إصلاح سيارة لأنه تبين له أنه مسروقة، فلا يمكن لمن سلمه هذه السيارة للتصليح أن يقيم عليه المسؤولية العقدية لأن عدم التنفيذ يقع على مصلحة غير مشروعة

3- أن يكون الضرر متوقعا

لا يكفي للضرر أن يكون محققا ومباشرا لتقوم عنه المسؤولية العادية بل يجب أن يكون الضرر متوقعا، وبالرجوع إلى نص الفقرة الثانية من المادة 182ق.م.ج التي تنص على ما يلي " غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا

[1] **عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ص974/975**
[2] **علي علي سليمان، المرجع السابق، ص170**

يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا او خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد "، نجد أنها قصرت التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر الذي كان متوقعا أثناء إبرام العقد، أما المسؤولية التقصيرية فيشمل التعريض الضرر الذي كان متوقعا والضرر الذي لم يكن متوقعا[1]، ويقتصر التعويض عن الضرر المتوقع على أساس أن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر، فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد، فلا تعويض عنه بحيث لو كان الضرر غير متوقعا عند إبرام العقد فلا يسال عنه المدين حتى ولو صار متوقعا بعد إبرام العقد، أما إذا كان إخلال المدين بالتزامه راجع إلى عشه أو خطئه الجسيم فيكون مسؤولا عن الضرر المتوقع وغير المتوقع وهذا ما نصت عليه المادة 2/182 ق.م.ج.[2]

د) أنواع الضرر

من خلال التعاريف التي تعرضنا إليها تتوصل إلى أن للضرر نوعين، إذ يمكن أن يكون ضرر مادي كما يمكن أن يكون ضرر معنوي (أدبي).

1- الضرر المادي

يتمثل الضرر المادي في الضرر الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها | القانون، سواء في جسمه أو ماله، أو يصيبه في مصلحة مادية مشروعة بصورة عامة يشكل الضرر تعديا على حق من حقوق الإنسان في سلامة جسده وممتلكاته فينتقص منها أو يعطلها أو يتلفها أو يغتصبها أو يحول دون مالكها في استعمالها أو استثمارها، يكفي أن يقوم الإثبات على تحقق هذا الضرر وعلى صلته السببية بالفعل الخاطئ حتى يلزم من صدر عنه، فيكون التعويض عينا بالرد أو يرفع اليد المغتصبة، أما إذا كان الضرر جسديا فيمكنه التعويض من معالجة ما أصابه من أذى ودفع النفقات اللازمة .[3]

2- الضرر المعنوي

يقصد بالضرر المعنوي أو ما يعرف بالضرر الأدبي الألم الذي يصيب الشخص لسبب يمس عاطفته أو شعوره أو كرامته أو سمعته.

تناول المشرع الجزائري الضرر المعنوي في قانون الإجراءات الجزائية في الفقرة 4 من المادة 3 التي تنص على أنه " تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى، وكذا الفقرة 3 من المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه " إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض "، إلا أنه وبعد صدور قانون 05-10 المؤرخ في 2005/ 06 / 20 معدل ومتمم للقانون المدني، فإنه قطع كل الشكوك بحيث نص في المادة 182 مكرر على أنه " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة "،

[1] **علي علي سليمان، المرجع السابق، ص175**
[2] **عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجنيد، مصادر الالتزام، ص770**
[3] **علي علي سليمان، المرجع السابق، ص166**

فهذه المادة أنهت الخلافات و الجدالات واستقر الفقه والقضاء على تعويض الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية .

ثانيا: الضرر في الشرط الجزائي

الشرط الجزائي هو تقدير اتفاقي للتعويض، فوفقا لقاعدة "لا تعويض بلا ضرر"، كان من الضروري توفر شرط الضرر كشرط جوهري ثاني من شروط إعمال الشرط الجزائي، ولذا لا يمكن استحقاق التعويض المنصوص عليه ، ما لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ أو التأخر في تنفيذ الالتزام الأصلي، فانتفاء الضرر يستتبع بالضرورة سقوط الشرط الجزائي، والضرر ليس له معنى خاصا في مجال الشرط الجزائي فهو أيضا أذى يلحق المضرور نتيجة خطا المدين بوجه عام، في جسمه أو ماله وهذا هو الضرر المادي، أو في سمعته أو شرفه وشعوره وهذا هو الضرر المعنوي (الادبي)، وهذا الخطأ ينجر عن عدم تنفيذ الالتزام الأصلي أو التأخير فيه.[1]

ثالثا: إثبات الضرر

الأصل أنه يقع عليه إثبات الضرر على عاتق الدائن وذلك طبقا لقاعدة الإثبات البينة على من يدعى، إلا أنه فيما يخص مسألة إثبات الضرر في مجال إعمال الشرط الجزائي، يكون الضرر واقعا بمجرد إخلال المدين بالتزامه الأصلي لأن الإخلال يقوم قرينة قاطعة على حصول الضرر وهذا ما ذهب إليه القانون الفرنسي في نص المادة 1231 ق.م .ف على أنه " إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغا معينا من النقود على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطي لتعويض الطرف الأخر مبلغ أكثر أو أقل " من خلال هذه المادة يعتبر الشرط الجزائي مستحقا ولو لم يثبت الدائن أن هناك ضرر أصابه، فإن اتفاق الأطراف على شرط جزائي معناه أنهما مسلمان بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضررا اتفقا مسبقا على المقدار اللازم لتعويضه،ونفس الشيء ما ذهب إليه المشرع المصري حيث جاء في المادة 224 الفقرة الأولى قيم التي تنص أنه "لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر "[2]

أما المشرع الجزائري فقد تأثر بالمشرع الفرنسي والمشرع المصري فيما يخص مسألة إثبات الضرر في الشرط الجزائي حيث نص في المادة 184 ق.م. على أنه "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"، يلاحظ من خلال هذا النص أن وجود الشرط الجزائي يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين، ولذلك يعد الضرر مفترضا فلا يكلف الدائن بإثباته، وإنما على المدين أن يثبت عدم تحقق الضرر حتى يتخلص من الشرط الجزائي وإن لم يستبعد ركن الضرر إلا أنه ينقل عبء إثبات الضرر من الدائن إلى المدين.

[1] **ابو سعد محمد شقاء المرجع السابق، ص 184-145.**
[2] **عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أثر الالتزام، المرجع الساق، ص856**

الفرع الثالث:علاقة السببية بين الضرر والخطأ

لاستحقاق التعويض لا بد من قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل بحيث يعتبر هذا الضرر حاصل بصورة مباشرة من الخطأ، أي بمعنى أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطا الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، وبالتالي لا يكفي لاستحقاق التعويض المتفق عليه، توافر الخطأ والضرر، بل يجب أن تقوم رابطة أو علاقة سببية بينهما، فلا تعويض إذا انتفت علاقة السببية بين الخطأ الذي اقترفه المدين. وقد نصت المادة 127 ق.م، ج على أنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشا عن سبب لا يدله فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أواتفاقي يخالف ذلك"[1] ، طبقا لهذا النص فإن السبب الأجنبي هو القوة القاهرة، والحادث الفجائي، وخطا المضرور وخطا الغير وبهذا سأستعرض هذه العناصر على التوالي:

أولا: القوة القاهرة والحادث المفاجئ

تعتبران مترادفان حسبما انتهى إليه الفقه والقضاء، فهما يرميان إلى معنى واحد، ألا وهو الأمر الذي لا يتوقع حدوثه وغير ممكن دفعه أي الضرر الناجم عنه، والحوادث المفاجئة أو القوة القاهرة أمثلتهما كثيرة كالحروب والزلازل والأزمات الاقتصادية وغير ذلك، وبالتالي يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أمر لا يمكن توقعه، لأنه إذا أمكن توقعه فيعتبر المدين مقصرا إذا لم يتخذ الاحتياطات الضرورية لتجنب نتائجه، ولا يكفي في الحادث المفاجئ والقوة القاهرة أن يكون مستحيلا توقعه، بل يجب كذلك أن يكون مستحيل الدفع على المدين، والمقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة للقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ اللذين يحولان دون التنفيذ أو التأخير فيه، هذا يؤدي إلى سقوط التعويض المتفق عليه بصدد الشرط الجزائي طالما ترتب على الحادث غير متوقع وغير ممكن الدفع استحالة تنفيذ الالتزام كلية أو استحالة تنفيذه في الميعاد المحدد له، فإن لم يترتب على ذلك استحالة التنفيذ في الميعاد المحدد لم يكن الأمر داخلا في نطاق القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.[2]

ثانيا: خطا المضرور

إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي قد نشأ عن خطأ الدائن فإن مسؤوليته لا تتحقق، ويتحمل الدائن تبعه خطئه، وقد يكون خطا المدين شخصيا، كما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد، فامتنع عن التسليم، فليس للمشتري أن يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب تأخر البائع عن التسليم، فإن عدم قيام البائع بتنفيذ التزامه يرجع إلى خطا المشتري في عدم دفع الثمن، وفي هذا الصدد تنص المادة 177 ق.م.ج على أنه " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في

[1] **أمر رقم 75-58، المرجع السابق**

[2] **ابو سعد محمد شتاء المرجع السابق، ص 199**

إحداث الضرر أو زاد فيه "[1]، وفقا لهذه المادة فإن خطة المضرور يحول دون استحقاق الشرط الجزائي، لأنه يقطع العلاقة السببية بين خط المدين والضرر الذي أصاب الدائن.

ثالثا: خطأ الغير

المقصود بالغير هو الشخص الأجنبي عن العقد الذي يكون المدين مسؤولا عنه، فإنه لكي يكون المدين مسؤول عن الخطأ الذي ارتكبه الغير أن يكون الغير الذي ارتكب الخطا من بين الأشخاص الذين يعتبر المدين مسؤولا عنهم، فلو كان هذا الغير ولدا أو تلميذا أو تابعا له فلا يكون للخطا الصادر منه اثر في مسؤولية المدعى عليه نحو المضرور ، وبالتالي إذا وقع فعل لا ينسب إلى المدين، ولم يكن المدين يتوقعه ولا يستطيع دفعه فإنه يترتب على ذلك سقوط التزامه في التعويض المتفق عليه، وطالما صار الفعل الضار ينسب إلى شخص من الغير.

وفي الأخير فإنه إذا كان عدم تنفيذ أو التأخير في تنفيذ الالتزامات الأصلية ناتج عن أحد هذه الأسباب فإنه لا تتحقق مسؤولية المدين عن التعويض، وبالتالي فإنه لا محل لإعمال الشرط الجزائي.

الفرع الرابع: الإعذار

وفقا لنص المادة 179 ق.م.ج التي تقضي على أنه "لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم يوجد نص مخالف لذلك "، وبهذا فإن مجرد حلول أجل تنفيذ الالتزام لا يكفي لاعتبار المدين مقصرا، وإنما يجب تنبيهه إلى ذلك عن طريق إعذار من

الدائن إذا امتنع بعد ذلك عن التنفيذ اعتبر مقصرا، وبالتالي يمكن اللجوء إلى القضاء وذلك بهدف المطالبة بالتعويض المتفق عليه في العقد، مما سبق ارتأينا إلى بيان معنى الإعذار (أولا)، ثم كيفية الإعذار (ثانيا)، والحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار (ثالثا)، و النتائج المترتبة على الإعذار (رابعا).

أولا: معنى الإعذار

الإعذار هو وضع المدين قانونا في حالة التأخر في تنفيذ التزامه، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في الوضع القانوني، بل لا بد من إعذاره،[2] ويعرف أيضا على أنه دعوة المدين من قبل دائنيه إلى تنفيذ التزامه، ووضعه قانونا في حالة التأخير في التنفيذ تأخرا ترتب عليه مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخر، ويشترط الأعذار الاعتبارين هما:

- **أولهما قانوني مفاده:** أنه بمجرد حلول أجال الوفاء ولم يطلب الدائن بالتنفيذ فإن سكوته بوحي أنه تسامح ورضا ضمني أو يعتبر قرينه على عدم وجود ضرر يصيبه من جراء عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، ولنفي هذه القرينة يجب على الدائن الإفصاح على رغبته في اقتضاء حقه في أجله .

[1] **عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجنين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص1001.**
[2] **عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجنين، أثار الالتزام، المرجع السابق، ص832**

ـ وثاني هذين الاعتبارين أخلاقي مفاده: أن تنبيه المدين إلى تقصيره إجراء تقتضيه القيم الخلقية وهذا بهدف عدم مفاجأة المدين بالتنفيذ الجبري وما ينطوي عليه من إجراءات قد تمس كرامته وسمعته.[1]

ثانيا: اجراءات توجيه الاعذار

تقضي المادة 180 ق م ج على أنه يكون إعذار المدين بإنذاره، أو يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإنذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراءآخر "

يتم الإعذار وفقا لهذه المادة بأحد الطرق التالية :

أ) الإنذار: هو عبارة عن ورقة رسمية من أوراق المحضرين يطلب فيها الدائن تنفيذ الالتزام، | ويقوم المحضر بتبليغ الإنذار بتسليم صورة من هذا الإنذار إلى المدين نفسه، ويثبت هذا التسليم بتوقيع من تسلمها على الأصل أو يذكر سبب امتناعه عن التوقيع ليكون ذلك دليلا على حصول الإنذار.[2]

ب) بما يقوم مقام الإنذار: ويقصد بما يقوم مقام الإنذار الأوراق الرسمية التي يظهر منها بوضوح رغبة الدائن في أن يقوم مدينه بتنفيذ ما التزم به، ومن أمثلة هذه الأوراق نجد محضر الحجز أو عريضة الدعوى التي يرفعها الدائن للمطالبة بتنفيذ الالتزام أو التعويض عنه.[3]

ج) أن يتم عن طريق البريد: نص المشرع على إمكانية إجراء الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون (ق.م).

د) اتفاق الدائن والمدين على أن حلول الأجل يعتبر بمثابة إنذار: وتظهر هذه الحالة مثلا في عقد المقاولة.

ثالثا: الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار

الأصل أن القانون أوجب على الدائن إعذار المدين حتى يستحق التعويض المتفق عليه، لكن هناك حالات أين أعفي القانون الدائن من إعذار المدين، ونصت على هذه الحالات المادة 181 ق.م. ج التي تقضي على أنه " لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات التالية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجدي بفعل المدين.

- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع.

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

- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه ".[1]

---

[1] **عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ص 42.**

[2] **) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام دار الهدي، غين مليلة، الجزائر، 2010، ص53.**

[3] **رمضان محمد أبو السعود، أحكام الالتزام دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998، ص 88.**

رابعا: النتائج القانونية التي تترتب على إعذار المدين

يترتب على الإعذار النتائج التالية :

أ) يصبح المدين مسؤولا عن تعويض الدائن عما لحقه من ضرر لتأخره في تنفيذ الالتزام وذلك من وقت الإعذار، أما في الفترة التي سبقت الإعذار فلا تعويض للدائن عن التأخير في التنفيذ

ب) ينتقل تحمل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر، بحيث أنه في الأصل تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاما تبعيا، وتكون على المالك إذا كان التزاما مستقلا، ومنه إذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك بعد الإعذار على الدائن[2]

ج) يترتب على الإعذار مطالبة الدائن يفسخ العد التبادلي بسبب علم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، ونصت المادة 119 الفقرة 1 ق.م. ج على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك "[3]

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الشرط الجزائي

يقدر التعويض وقت إبرام العقد وفقا للضرر المحتمل، لكن في بعض الحالات التي يستحق فيها الشرط الجزائي لا يكون التقدير المسبق متناسب مع الضرر الفعلي الذي يقع حيث يكون أحيانا هذا التعويض مبالغا فيه متى كان الضرر كبيرا مقارنة بهذا التعويض، لذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في (المطلب الأول) سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، وفي (المطلب الثاني) ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

المطلب الأول:سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

كقاعدة عامة يعتبر الشرط الجزائي ملزما للمتعاقدين وللمحكمة ، فالقاضي ملزم بان يحكم على المدين الذي أخل بالتزامه بالتعويض المتفق عليه دون زيادة ولا نقصان، وذلك دون النظر إلى الضرر الذي أصاب الدائن إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، خلافا لهذا المبدأ نجد معظم التشريعات التي تأخذ بنظام الشرط الجزائي منحت للقاضي سلطة تعديله، ومن بين هذه التشريعات نجد المشرع الجزائري بحيث نص في المادة 184 الفقرة الثانية ق.م على أنه " يجوز للقاضي أن يخفض المبلغ المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو كان الالتزام قد نفذ في جزء منه ، كما تنص المادة 185 ق.م.ج على أنه " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما"

---

[1]**محمد الصبري السعودي، المرجع السابق، ص55-56.**

[2]**عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أثار الالتزام، المرجع السابق، ص842.**

[3]**أمر رقم 75-58، المرجع السابق**

يستخلص من هذه النصوص أن المشرع الجزائري أجاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي كقاعدة عامة وزيادته على سبيل الاستثناء، وبهذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتناول في (الفرع الأول الأساس القانوني السلطة القاضي في التعديل، وفي (الفرع الثاني) سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي، وفي الفرع الثالث) سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

الفرع الأول:الأساس القانوني لسلطة القاضي في التعديل

إذا كان الشرط الجزائي مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة، فإن سلطة القاضي في تخفيضه أو زيادته تجد ما يبررها في تحقيق مبدأ العدالة والذي أتت نظرية الظروف الطارئة لتحقيقه، وبهذا سنتعرض إلى مبدأ العدالة كأساس لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (أولا)، ثم نتطرق إلى نظرية الظروف الطارئة (ثانيا)، ثم كيفية التعديل (ثالث)

أولا: مبدأ العدالة كأساس لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

يحتل مبدأ العدالة مكانة مرموقة في القوانين الوضعية، بحيث اعتمدته مرجعا للقاضي يستخرج منه الحكم فيما يعرض عليه من قضايا في حالة عدم وجود نص تشريعي أو عرف أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية،[1] ويهدف إلى تحقيق التوازن والتناسب بين الالتزامات الناشئة عن العقد، وبالتالي ليس من العدل الزام المدين بالوفاء بمبلغ التزم به بموجب الشرط الجزائي، إذا كان هذا المبلغ مبالغا فيه إلى حد كبير .

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة تفترض أن يكون عقد يتراخي وقت تنفيذه إلى أجل، كعقد التوريد، ويحل أجل التنفيذ وإذا بالظروف الاقتصادية الذي كان توازن العقد يقوم عليها وقت إبرامه قد تغيرت تغيرا مفاجئا لحادث لم يكن متوقع، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطير، وليكن الحادث خروج سلعة من التسعيرة، فيرتفع سعرها ارتفاعا فاحشا بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسارة التجار والظروف الطارئة قد تكون حوادث طبيعية مثل الزلازل والفيضانات والسيول والعواصف، وقد تكون من عمل الإنسان، كالحروب والثورات، كما يمكن أن تكون وقائع مادية بحتة أو ظروف اقتصادية مثل زيادة الأسعار والأزمات المالية، وينبغي الإشارة إلى الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فحتى أن كلاهما أمر غير متوقع الحصول عند إبرام العقد، ولا يمكن دفعه، إلا أنهما يختلفان من حيث أن القانون اشترط في الحادث المفاجئ أن يكون عاما، ورتب عليه تعديل العقد، بينما تكون القوة القاهرة حادثا فرديا أو عاما ينقضي بها الالتزام لاستحالة التنفيذ.[2]

[1] **حسني محمد جد الرب، المرجع السابق، ص207**

[2] **عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص789**

لقد تناول المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة في الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.م. ج التي تنص على أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، أن يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك

يتضح من خلال نص المادة أعلاه تحدث أثناء تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقا، يؤدي به إلى خسارة فادحة،ولكي يأخذ القاضي بنظرية الظروف الطارئة يستوجب توفر مجموعة من الشروط أين سنتعرض إليها فيما يلي:

أ) أن يكون الالتزام تعاقديا متراخي التنفيذ

ويقصد بان الالتزام تعاقدي متراخي التنفيذ، أن يكون العقد من العقود التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن، بمعنى أن تمر فترة زمنية بين لحظة انعقاد العقد والبدء في تنفيذه، بحيث لا يكون الالتزام قد نفذ عند حدوث الظرف الطارئ، وذلك لإمكان تطبيق النظرية من قبل القاضي. [1]

ب) أن توجد بعد انعقاد العقد ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد

ج) أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا

وهنا يظهر الفرق بين الحادث الطارئ و القوة القاهرة، فهما إذا كان يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا أما الحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقا، ويترتب على هذا الفرق أن القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه، أما الحادث الطارئ فلا يقضي على الالتزام بل يرده إلى الحد المعقول فتوزع الخسارة بين المدين والدائن.[2]

وبهذا إذا توفرت الشروط الثلاثة السابقة، فإن القانون يجيز للقاضي في إعادة التوازن بين الطرفين، فيجوز له أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بحيث يتناسب مع التزام الدائن، ويجوز له إذا رأى أن الظروف الطارئة مؤقتة ولن تستمر طويلا و تزول يأمر بوقف تنفيذ التزام المدين إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن[3]

[1] **طارق مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص246-247**

[2] **عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص789 - 790.**

[3] **عليعلي سليمان، المرجع السابق، ص101.**

ثالثا: كيفية التعديل

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي في تعديل الشرط الجزائي المرتفع أو المنخفض إلى درجة كبيرة أنه يتخذ أحد الموقفين الاثنين: إما الرفض أو التعديل

أ) رفض التعديل

القاضي لا يقبل تعديل الشرط الجزائي بناء على الطرف الضعيف إلا إذا كان هذا الأخير قد تصرف بحسن نية، لأن حسن النية قاعدة عامة يجب أن تتوفر في جميع العقود.

ب) قبول التعديل

في حالة ما إذا لم يجد القاضي ما يدفعه لرفض الشرط الجزائي وقرر تعديله، فإن أمامه ثلاثة نظريات يستوجب عليه الأخذ بواحدة ليزاول مهمته في التعديل.

- النظرية الأولى: نظرية الملاءمة

ترى هذه النظرية أنه يجب على القاضي أن يقوم بملائمة التعويض بالضرر الذي حل فعلا ولقد انتقدت هذه النظرية على أنها ألغت دور الشرط الجزائي وانتهت إلى حل جعلت من سلطة القاضي سلطة إبطال وليست سلطة تعديل، فإذا جاز للقاضي إنقاص الشرط الجزائي إلى مستوى الضرر، فإن الدائن سيكون في ذات الوضع الذي يكون عليه لو لم يشترط شرط جزائيا

النظرية الثانية: نظرية حرية التعديل

مفادها أن للقاضي أن يعدل الشرط الجزائي هذه وفقا لسلطته التقديرية التي منحها له القانون بما يراه من خلال الظروف والوقائع المطروحة عليه، ولقد أخذت بها معظم التشريعات ومنها التشريع الجزائري وهذا من خلال نص المادة 184 ق.م السالفة الذكر، والأخذ بهذه النظرية يصعب التسليم به لما فيها من إغراء خطير للمحاكم يترتب عنه اختلاف الأحكام، وتحول دون تحديد موقف القضاء من الشروط الجزائية[1]

النظرية الثالثة: نظرية التعديل إلى الحد المناسب

ترى هذه النظرية أنه يتعين على القاضي أن يقف عند الحد المناسب وهو يقوم بتعديل الشرط الجزائي، وهذه النظرية حظيت جانب مهم من الفقه المصري، حيث ترى التخفيض إلى الحد التناسب وليس التساوي، وهذا ما يتفق مع مبدأ العدالة الذي يمنع الشروط التعسفية.[2]

[1] **محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 89**
[2] **محمد حسني جاد الرب، المرجع السابق، ص 229-230**

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

لقد حدد المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 184 ق.م السالفة الذكر حالتين يمكن فيهما للقاضي أن يخفف الشرط الجزائي، أولهما المبالغة الكبيرة في تقدير التعويض، وثانيهما تنفيذ المدين لجزء من التزامه الأصلي، وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري حذا حذو المشرع المصري ، والذي يتضح من خلال نص المادة 224 ق.م التي تنص على أنه " يجوز للقاضي أن يخفض التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وأن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، ومما سبق سنتناول الحالتين كمايلي:

أولا: تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه إلى حد كبير

هذه الحالة تنطبق على الشرط الجزائي الذي لم يقع فيه المدين بتنفيذ التزامه أصلا، أو تأخر في التنفيذ لمدة استحق في أجالها التعويض المقدر مسبقا، وسبب التخفيض في هذه الحالة هذ سبب داخلي يجد أساسه في العقد ذاته، ويختلف بالتالي عن سبب التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي الذي هو سبب خارجي

وبالرجوع إلى التقنين المدني الفرنسي القديم فإنه يقضي بثبات الشرط الجزائي الذي يستخلص من نص المادة 1152 قم السالفة الذكر، أين طبق القضاء الفرنسي هذا النص تطبيقا دقيقا، بحيث لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي حتى ولو كان مبالغ فيه إلى حد كبير، ويبرر القضاء الفرنسي هذا الموقف، بان الفائدة المتوخاة من الشرط الجزائي، إنما هي قطع السبيل على المدين في المحاجة والجدل في مقدار التعويض المستحق، أين اتفق مقدما مع الدائن على تقديره، فلا محل لإعادة النظر فيما تم الاتفاق عليه، لكن بعد تعديل القانون المدني الفرنسي، أضاف المشرع فقرة ثانية للمادة 1152 ق.م التي منحت للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي المبلغ فيه إلى حد كبير

الأصل أن الشرط الجزائي عبارة عن اتفاق، والقانون يحترم إرادة المتعاقدين فيما اتفقا عليه من تحديد المقدار التعويض الذي يستحقه الدائن وهذا إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي لا يمكن للقاضي التدخل لتعديل الجزاء المتفق عليه إلا إذا كان مبالغا فيه، ولهذا يتعين علينا بحث هاتين المسالتين فيما يلي:

أ) كيفية تقدير المبالغة

- **تقدير المبالغة**

في حالة ما إذا قرر القاضي أن الشرط الجزائي مبالغ فيه يستلزم تخفيضه، وجب عليه أن يقدر هذه المبالغة وفي هذا الصدد يعاب على المشرع الجزائري بحيث أن نص المادة 184 ق.م لم يتضمن أية عناصر يستعين بها القاضي للتمييز بين الشرط الجزائي المبالغ فيه والشرط الجزائي المتناسب مع الضرر الواقع، والسؤال المطروح، فهل يقدر القاضي هذه المبالغة بالاستناد للمعيار الشخصي أو على المعيار الموضوعي؟ كما أنه متى يتم هذا التقدير، هل وقت إبرام العقد أم وقت تنفيذه ؟

فبالنسبة للسؤال الأول، فإنه مني تقدم إلى القاضي مدين بالشرط الجزائي طالبا منه تعديله وقبل التعديل، فأول شيء يقوم به القاضي هو التحقق فيما إذا كان الشرط الجزائي مبالغا فيه أم لا وفي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يستعمل أحد هذين المعيارين.

- المعيار الموضوعي: ومؤدي هذا المعيار أن تقدير المبالغة لا يمكن أن تقاس إلا بالأرقام، أي عن طريق مقارنة التعويض الاتفاقي بمقدار الضرر، فتكون المبالغة فاحشة إذا كان هناك اختلال كبير بين التعويض الاتفاقي والضرر الواقع

- المعيار الشخصي: يؤخذ هذا المعيار بعين الاعتبار موقف المتعاقدين من التنفيذ والظروف الخاصة بكل فضية، والتي تبرر تشديد أكبر أو أقل اتجاه المدين أو حماية أكبر أو أقل للدائن أما فيما يخص السؤال الثاني المتعلق بوقت تقدير المبالغة، فإن تقدير المبالغة يكون يوم استحقاق الشرط الجزائي، أي عند وقوع الضرر بسبب عدم التنفيذ وهذا يتماشى مع الطبيعة القانونية للشرط الجزائي التي هي تعويض من جهة، ومن جهة أخرى أنه في هذه المرحلة يمكن معرفة الضرر وتقديره.[1]

ب) طريقة تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه

لا يكفي للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي أن يكون هذا التعويض مجاوزا لقيمة الضرر الحقيقي ولو كانت مجاوزته كبيرة لكن لا تصل إلى درجة المبالغة مادام التناسب لم ينعدم بينهما، بل يجب أن يكون هذا الاختلال في التناسب ظاهرا ويمكن للقاضي معرفته من الوهلة الأولى بعد تقديره للتعويض الحقيقي، بحيث يثير الانتباه بشكل كبير فيلاحظه القاضي ويدرك صفته التعسفية،دون أن يعمد إلى أي بحث أو تأمل أو تفكير، وفي حالة ما إذا ثبت للقاضي أن الشرط الجزائي مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وعمد أن يخفضه، فيجب أن يحدد المبلغ النهائي الذي يدفعه المدين[2] وفي هذا الصدد وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 184 ق.م.ج فإن القاضي عند تخفيضه يستند إلى المعيار الموضوعي الذي يتمثل في عدم التناسب بين قيمة الضرر الواقع والتعويض الاتفاقي، ولهذا فعليه أن يخفض هذا التعويض إلى الحد المعقول، ولكن دون أن يجعله مساويا للضرر الفعلي[3]، والسبب في ذلك أن الشرط الجزائي وإن كان تعويضا فله وظائف أخرى منها ضمان تنفيذ الالتزام، وهكذا فالشرط الجزائي المرتفع قليلا يظل قائما ومحتفظا بطابعه الاتفاقي، وتقتصر سلطة القاضي على تخفيضه بالقدر الذي يزيل عنه المبالغة الكبيرة ولا يشترط أن يصل التخفيض إلى الحد الذي يجعل الشرط الجزائي مساويا للضرر.[4]

---

[1] **ابو سعد محمد شقاء المرجع السابق، ص240**
[2] **الحسن رحو، المرجع السابق، ص152**
[3] **محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 89**
[4] **عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص191-192.**

ثانيا: تخفيض الشرط الجزائي بسب التنفيذ الجزئي

يواجه الشرط الجزائي في أغلب الأحوال حالات عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، وفي هذه الحالات لا يؤدي التنفيذ الجزئي إلى تحقيق كل أهداف المتعاقدين من العقد، ولكن لما كان هذا التنفيذ الجزئي يحقق شيئا من تلك الأهداف فإنه لا يكون من العدل إهدار هذا التنفيذ الجزئي بصورة كلية، ويكون من المعقول قيام القاضي بتخفيض نسبي لمدار التعويض المتفق عليه عندما ينفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه، ويؤسس الفقه ذلك على فكرة احترام إرادة المتعاقدين فيقول أن الشرط الجزائي بوضع عادة لمواجهة حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه، فإن القاضي يكون قد احترم إرادة المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه.[1]

أ) معنى التنفيذ الجزئي

يوضع الشرط الجزائي أصلا لحالة عدم تنفيذ الالتزام كليا، فإذا قام المدين بتنفيذ الالتزام الأصلي جزئيا، فإن المحكمة تكون قد احترمت الإرادة المشتركة للمتعاقدين إذا قامت بتخفيض الشرط الجزائي بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، وينبغي الإشارة إلى أن سلطة القاضي ليست مطلقة في تخفيض الشرط الجزائي وإنما سلطة مقيدة بضوابط محددة أو شروط يلزم توفرها وهذه الشروط هي:

1- **أن يكون التنفيذ الجزئي ممكنا:** ليست كل الالتزامات تقبل التنفيذ الجزئي، فهناك التزامات لا تنفذ إلا تنفيذا كليا،فإذا كان الالتزام مما لا يمكن تنفيذه تنفيذا جزئيا، امتنع على القاضي تخفيض مقدار التعويض المتفق عليه.[2]

2- **أن يكون التنفيذ الجزئي مفيدا:** إذا ثبت أن ما أقدم عليه المدين من التنفيذ الجزئي لم يعد على الدائن بأي فائدة، فإن سلطة القاضي في التخفيض ليس لها ما يبررها، أو يكون التنفيذ الجزئي ذا فائدة ولكن الجزء الذي لم ينفذ يتسبب في ذات الأضرار التي تتطلب استحقاق الشرط الجزائي كله

3- ألا يكون هناك اتفاق خاص بالتنفيذ الجزئي: إذا اتفق الأطراف مسبقا على أسلوب التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي، أو قبل الدائن ذلك التنفيذ بعد حدوثه، فلا دخل للقاضي في ذلك إذ يجب عليه احترام إرادتيهما، فيعتبر اتفاق الأطراف ملزم له في هذه الحالة ويتعين عليه تطبيقه

4- أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي: لا يمكن للمدين جبر الضرر الذي أصاب الدائن بقبض جزء من الالتزام حتى ولم كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة، والقول بغير هذا يعني أن يعمد المدين إلى سداد جزء من التزامه لكي يتفادى دفع الجزاء كاملا ويترتب عليه أن تتوقف العقود قبل اكتمالها، وبالتالي لا تتحقق مهمتها التي أنشئت من أجلها بالرغم مما يحمله هذا من أضرار عامة وخاصة وينال من إرادة الطرفين التي تصورت في

[1] **محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 89**
[2] **أبو سعد محمد شقاء المرجع السابق، ص226**

البداية التنفيذ الكامل، ومنه فإنه يجب أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي حتى يمكن تخفيض الشرط الجزائي من قبل المحكمة

5- أن يتم التنفيذ الجزئي في التزام مستقل: إذا تضمن العقد العديد من الالتزامات والشرط الجزائي يضمن كل منها بصورة مستقلة، فإذا أقدم المدين بتنفيذ أحدهما فقط، فإنه لا يعتبر تنفيذا جزئيا فالتنفيذ الجزئي يرتبط بكل تعهد على حدة.[1]

ب) كيفية التخفيض في التنفيذ الجزئي

إذا توفرت حالة التنفيذ الجزئي، وتدخل القاضي في تخفيض الشرط الجزائي، فإنه يكون ملزم عند تقديره للتنفيذ الجزئي أن يأخذ بعين الاعتبار الضرر الذي أصاب الدائن والفائدة التي حصل عليها من هذا التنفيذ الجزئي ثم حسن نية المدين أو سوئها

فبالنسبة للضرر فعلى القاضي أن يراعيه حتى يقرنه بالفائدة التي عادت على الدائن وفي هذا الصدد يجب مراعاة المادة 184 ق.م.ج التي تمنع استحقاق الشرط الجزائي إذا لم يلحق الدائن أي ضرر، أما فيما يخص الفائدة فعلى القاضي أن يراعي مصلحة الدائن من جراء هذا التنفيذ الجزئي سواء كانت المصلحة مادية أو معنوية، وإلى جانب عنصري الضرر والفائدة، فإن تقدير قيمة التنفيذ الجزئي على القاضي أن يراعي نية المدين، وفي حالة ما إذا ثبت سوء نية المدين فللقاضي ألا يعتد بالتنفيذ الجزئي ويحكم بالشرط الجزائي كله.

ومما سبق فإن القاضي عند تخفيضه للتعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي، فإنه لا يجعل التخفيض مساويا للضرر الذي وقع، لأن هذا من شأنه إبطال الشرط الجزائي والأخذ بالقواعد العامة، وبالتالي فإن المطلوب هو التناسب وليس المساواة.

الفرع الثالث:سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

المشرع الجزائري منح سلطة تخفيض الشرط الجزائي دون أي قيد، وذلك في حالتي التقدير المبالغ فيه أو التنفيذ الجزئي للالتزام، لكن الأمر ليس كذلك في حالة الزيادة بحيث أقر المشرع زيادة الشرط الجزائي وهذا على سبيل الاستثناء وفي حالة واحدة، وبهذا سنتناول المبدأ ثم الاستثناء

أولا: المبدأ العام - عدم جواز زيادة الشرط الجزائي.

تنص المادة 185 ق.م.ج.على أنه " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطلب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما "[2]

[1] **حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 244-245.**
[2] **أمر رقم 75-58، المرجع السابق**

يستخلص من هذه المادة والفقرة الثانية من المادة 184 ق.م.ج السالفة الذكر أن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تقتصر على تخفيضه دون زيادة وبهذا فإن المشرع الجزائري استمد هذه الأحكام من التقنيات العربية، ولم يساير المشرع الفرنسي الذي يجيز تخفيض الشرط الجزائي وزيادته على حد سواء

ثانيا: الاستثناء على قاعدة عدم جواز زيادة الشرط الجزائي

أورد المشرع الجزائري استثناء على قاعدة عدم جواز زيادة الشرط الجزائي، حيث أجاز زيادته وهذا يتوفر شرطين هما: تجاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي، وارتكاب المدين غشا او خطأ جسيما وهو ما يستخلص من نص المادة 185 ق.م.ج سلفة الذكر، ومنه سنتناول هذين الشرطان على التوالي

أ) تجاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي

تتحقق هذه الحالة في كون التعويض المتفق عليه تاقها أو ضئيلا بحيث لا يتناسب أصلا مع قيمة الضرر الذي لحق الدائن، وبشكل يجعله أقرب ما يكون إلى العدم منه إلى الوجود، فوفقا للقاعدة العامة فإن الدائن لا يكلف بإثبات الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي إلا أنه في هذه الحالة يتعين عليه أن يثبت وقوع الضرر ومقداره، حتى يتضح للقاضي أن الضرر كبير ويجاوز مقدار الشرط الجزائي، وذلك بهدف الحكم برفع قيمة الشرط الجزائي حتى يتناسب مع الضرر الواقع .[1]

ب) ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما

إذا تبين للقاضي أن التعويض المتفق عليه ليس مبالغا فيه بل هو أقل من الضرر الواقع، فإنه مع ذلك لا يزيد فيه ليكون متناسب مع الضرر، بل يحكم به كما هو، ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف من مسؤولية المدين، والاتفاق على تخفيف المسؤولية أو الإعفاء منها جائز وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة **178**قم، ج على أنه " يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم..."[2]

وبهذا إذا زاد الضرر على التعويض المقدر، ولكن الدائن أثبت أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما، فإن الشرط الجزائي الذي يخفف مسؤولية المدين في حالة الخطأ العادي لا يستطيع أن يخفف من مسؤوليته في حالتي الغش والخطأ الجسيم، وبالتالي يترتب على ذلك أن القاضي يزيد في مقدار التعويض إلى درجة التناسب مع الضررالواقع.

المطلب الثاني :ضمانات القاضي في تعديل الشرط الجزائي

نظرا لأهمية الشرط الجزائي في الحياة العملية، فقد عمدت أغلب التشريعات التي تأخذ به إلى تنظيم أحكامه وفق اعتبارات النظام العام، أي أنه أورد بهذا الشأن قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وفي هذا

[1] **عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص18.**
[2] **شريف الطباع، الرجع السابق، ص 688.**

الصدد سنتناول في هذا المطلب فكرة النظام العام في (الفرع الأول)، ثم الشرط الجزائي والنظام العام في (الفرع الثاني).

الفرع الأول:فكرة النظام العام

وضع المشرع القواعد القانونية بهدف تنظيم العلاقات بين الناس وضمنها بجزاءات، ولكنه قام بتقسيم هذه القواعد إلى قواعد آمرة واعتبرها من النظام العام بحيث لم يجز الاتفاق على خلافها وأخرى مكملة أجاز الاتفاق على خلافها.

أثار تعريف النظام العام جدلا في الفقه والقانون، والحقيقة أن صعوبة وضع تعريف محدد جامع ومانع للنظام العام تكمن في مرونة هذا المصطلح ونسبيته، بحيث أنه يتغير وفقا للمكان والزمان، هذه تختلف من مجتمع لأخر وفي المجتمع الواحد تختلف من زمن لآخر، فما يعتبر من النظام العام في مجتمع فلا يعتبر كذلك في مجتمع آخر[1]، وما يعتبر من النظام العام في مجتمع معين وفي زمن معين قد لا يصبح كذلك في زمن لاحق، وبفعل تغير أسس المجتمع تتغير المبادئ والعقائد والمذاهب الفكرية والاجتماعية والسياسية السائدة فيه، ومع ذلك يمكن القول أن النظام العام هو مجموعة المصالح الجوهرية للمجتمع أو مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية، ونجد تطبيق فكرة النظام العام في مجال كل من القانون العام والقانون الخاص.[2]

تعتبر قواعد القانون العام كلها متعلقة بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف أحكامها، تدخل في ذلك قواعد كل من القانون الدستوري والإداري والمالي والجنائي، فقواعد كل فروع القانون العام تتعلق بالنظام العام لأنها تمس كيان الدولة السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي، ونجد كذلك القانون الخاص لا يخلو من القواعد المتعلقة بالنظام العام، وقواعد القانون الخاص تنقسم إلى قواعد شكلية وقواعد موضوعية، وتنقسم القواعد الموضوعية إلى قسمين: قواعد الأحوال الشخصية وقواعد المعاملات، فالقواعد الشكلية مثل قواعد الإجراءات، وقواعد القانون الخاص بتعلق أكثرها بالنظام العام لاتصالها بالنظام القضائي للدولة.[3]

الفرع الثاني:الشرط الجزائي والنظام العام

تعتبر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام، فلا يجوز استبعادها، وإن أي اتفاق على استبعاد سلطة القاضي يقع باطلا، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 3/184 ق.م.ج وهو نفس الشيء ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 5/1231ق.م، والمشرع المصري 224ق.م، والسؤال الذي يتبادر إلى أذهاننا هو هل يجوز للقاضي أن يقوم بتعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه؟

---

[1] **سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية، مقارنة بالقوانين العربية، المكتب الجامعي ، 2005، ص 15**

[2] **حبيب إبراهيم خليل، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العمة للقانون، الطبعة الثامنة، الجزائر، 2006، ص110.**

[3] **محمد سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة السادسة عشرة دار هومه، 2008ص 117-118**

بالرغم من اعتراف المشرع الجزائري للقاضي بسلطة التدخل، فليس لهذا الأخير أن يمارس هذه السلطة من تلقائي نفسه، بل على المدين أن يطلب منه ذلك، وهذا هو المقصود من الفقرة الثانية من المادة 184ق.م التي تنص على أنه "لا يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه "[1]، يفهم من هذا النص أن القاضي إذا زاول مهمته في تخفيض الشرط الجزائي دون طلب المدين يكون قد حكم بما لم يطلبه الخصوم، وهذا ما يجعل حكمه قابلا للنقض وبالرجوع إلى نص المادة 184ق.م.ج نجد أن هناك أحكام جعلها المشرع متعلقة بالنظام العام واعتبر الخروج عليها باطلا وهذه الأحكام هي:

أولا: لقد أوجب المشرع وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، وبالتالي أي اتفاق بين المتعاقدين يتضمن استحقاق التعويض الاتفاقي حتى ولو لم يحصل ضرر، يعتبر باطلا لمخالفة النظام العام

ثانيا: اعتبر المشرع الشرط الجزائي المبالغ في تقديره باطلا إذا كانت قيمته تزيد عن قيمة الضرر بشكل مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، وكذلك الأمر في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، فإذا قام المدين بتنفيذ الالتزام جزئيا، فلا يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على استحقاق كامل المبلغ المتفق عليه، لأن المشرع منح للقاضي في الحالتين السابقتين سلطة تخفيض الشرط الجزائي بناء على طلب المدين.

ثالثا: لقد جعل المشرع الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية باطلا لتعارض ذلك مع النظام العام، وهذا ما أكدته المادة 178 ق.م.ج السالفة الذكر

رابعا: إن المشرع أعطى الدائن الحق في المطالبة بزيادة قيمة الشرط الجزائي إذا كان أقل من الضرر الحاصل فعلا، في الحالة التي يرتكب فيها المدين غشا أو خطأ جسيما واعتبر ذلك من النظام العام[2]وبهذا نكون قد بينا أحكام الشرط الجزائي في القانون الجزائري ومدى سلطة القاضي في مراقبته.

[1] **أمر رقم 75-58، المرجع السابق**
[2] **طارق مطلق ابو ليلى، المرجع السابق، ص 90**

بعد أن من الله سبحانه وتعالى على بإتمام هذه المذكرة والموسومة ب: **الشرط الجزائي في العقد** ، سأعرض في خاتمة هذه الدراسة أهم النتائج التي توصلت إليها، وبعدها سأعرض التوصيات التي أقترحها في هذا الصدد:

أولا-النتائج

1. إن المشرع الجزائري عند تنظيمه للشرط الجزائي قد جسد مبدأ سلطان الإرادة تجسيدا حقيقيا، بدليل أنه ترك أمام الأطراف المجال واسعا للاتفاق على الشرط الجزائي في كل التصرفات القانونية دون استثناء، وذلك على عكس فقهاء الشريعة الإسلامية الذين ميزوا بين الشرط الجزائي في المعاملات فأباحوه، وبين الشرط الجزائي في الديون فحرموه، باعتباره ربا أو أنه

طريق مفض إلى الرياء

2. إن الشرط الجزائي ذو طبيعة قانونية متميزة تجمع بين التعويض والعقوبة، 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 ق.م.ج لم يجز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي إلا إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا، بمعنى أن التقدير إذا كان أكبر من حجم الضرر الفعلي دون أن يكون مفرطا فإنه غير قابل للتخفيض، وبالتالي فإن الفارق بين الضرر الفعلي والتقدير الاتفاقي هو بمثابة قوية للمدين.

3. يشترك الشرط الجزائي في شروط استحقاقه مع التعويض القضائي، إذ يجب أن يكون هناك خطا وضرر وعلاقة سببية بينهما إضافة إلى الإعذار، غير أن الاختلاف يكمن في إثبات هذه الشروط، فإذا كان الخطأ واجب الإثبات في الشرط الجزائي تماما مثل التعويض القضائي، فإن الأمر مختلف بالنسبة للضرر إذ يعتبر مفترضا في الأول وواجب الإثبات في الثاني، فمتى أخل المدين بالتزامه تشكلت قرينة قانونية بسيطة مفادها أن الدائن قد تضرر من هذا الإخلال، فيقع على المدين عبئ إثبات انعدام الضرر أو إثبات المبالغة في التقدير.

4. اعتمد المشرع الجزائري ازدواجية في المعايير حينما اعتبر الرقابة القضائية على الشرط الجزائي من النظام العام بالنسبة للأطراف إذ لا يجوز لهم الاتفاق على استبعادها، أما بالنسبة 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، إذ يجوز له ألا يخفض من قيمته حتى ولو أثبت الدائن أن التقدير كان مفرطا.

5. اعتمد المشرع الجزائري ازدواجية في توفير الحماية للأطراف إذ وفر للمدين حماية كبيرة حينما جعل الشرط الجزائي قابلا للتخفيض القضائي في حالتين هما التنفيذ الجزئي للالتزام والإفراط في التقدير، بينما لم يوفر للدائن ذات الحماية عندما منع القاضي من الزيادة في قيمة الشرط الجزائي حتى ولو أثبت الدائن

أن التقدير كان منخفضا لدرجة كبيرة مقارنة مع الضرر الذي الحقه، أما عن حالة الغش والخطأ الجسيم كسبب للزيادة فلا تعتبر حماية للدائن، لأنها أمر تقضي به القواعد العامة لما فيه من خروج عن أحكام المسؤولية العقدية إلى أحكام المسؤولية التقصيرية.

6. لا يجوز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني للالتزام، على أساس أن الشرط الجزائي هو تنفيذ بمقابل يستحق عند عدم التنفيذ، فهو إذا يعتبر سببا من أسباب انقضاء الالتزام الأصلي، الأمر الذي يشكل حماية إضافية للمدين كما أنه ينسجم مع مبادئ العدالة، أما إذا كان الشرط الجزائي مقررا للتأخر في التنفيذ فإنه لا مجال لإعمال قاعدة عدم الجمع، بل يتعين على القاضي أن يحكم بالشرط الجزائي و التنفيذ العيني معا، لأن القول بعكس ذلك أي أن يحكم القاضي بالشرط الجزائي دون التنفيذ العيني، سيكون فيه إجحاف بحق الدائن لأن قيمة الشرط الجزائي المقرر للتأخر في التنفيذ تكون منخفضة، و لا تغطي الأضرار التي سوف تترتب على عدم التنفيذ الكلي، و هو أمر يناقض مبادئ العدالة.

7. يحمل الشرط الجزائي بين طياته قرينة العدالة التي تفترض أنه مساو لقيمة الضرر، فالأصل أن يحكم القاضي بالمبلغ المتفق عليه كما هو دون زيادة أو نقصان، وذلك احتراما للإرادة الظاهرة للأطراف، فمتى تمسك أحدهم بمراجعة الشرط الجزائي وجب عليه نقض هذه القرينة بإثبات الإفراط في التقدير أو التنفيذ الجزئي بالنسبة للمدين، أو إثبات الغش أو الخطأ الجسيم بالنسبة للدائن.

8. رغم أن المشرع خول القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه أو إذا نفذ الالتزام في جزء منه، إلا أنه لم يحدد درجة المبالغة التي تستدعي التخفيض، كما لم يحدد نسبة التخفيض، مما يعني أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا الإطار، وهو أمر من شانه إفراز أحكام قضائية متباينة ، مما يؤثر سلبا على فعالية تدخل القضاء لتعديل الشروط الجزائية، وبالتالي ضرب مبادئ العدالة في الصميم.

ثانيا-الاقتراحات:

من خلال النتائج المتوصل إليها حاولنا تقديم جملة من الاقتراحات قد تشكل حلولا لبعض الإشكاليات التي يطرحها موضوع الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله:

1. نقترح على المشرع الجزائري أن يحد من مجال إعمال الشرط الجزائي في العقود، وذلك من خلال استثناء التأخر في تنفيذ الالتزام إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود، تماشيا مع ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، على أساس أنه ربا أو أنه طريق مفض إلى الربا،لا سيما إذا كانت المعاملة بين الأفراد.

2. نقترح على المشرع الجزائري أن يجعل الإعذار مفترضا بمجرد إخلال المدين بالتزامه، مع

السماح للأفراد باشتراطه إذا اتفقوا على ذلك، لأنه لا يتعلق بالنظام العام، كما أن اشتراطه يتعارض مع أحد مقاصد الشرط الجزائي وهو التخفيف من الإجراءات وتخفيض التكاليف.

3. نناشد المشرع الجزائري بأن يجعل سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام.

4. دعوة المشرع الجزائري إلى منح القاضي سلطة الزيادة في قيمة الشرط الجزائي إذا كان المبلغ المتفق عليه منخفضا إلى درجة كبيرة مقارنة مع الضرر الذي لحق الدائن مع استبعاد الزيادة نتيجة الغش والخطأ الجسيم لأنها من القواعد العامة.

5. رغم أن قاعدة عدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني هي قاعدة معترف بها في منطق القانون، إلا أننا نرجو من المشرع الجزائري أن يتبناها بنص صريح، سدا لأي اختلاف محتمل بين الجهات القضائية المختلفة في تطبيق هذه القاعدة نتيجة غياب النص.

6. ينبغي على المشرع أن يضع حدا معينا أو نسبة معينة إذا بلغها الشرط الجزائي اعتبر التقدير مفرطا وبالتالي انعقد الاختصاص للقاضي بتعديل مبلغ التعويض سواء بالزيادة أو النقصان.

قائمة المراجع:

- القرآن الكريم.

أولا: باللغة العربية:

1-الكتب:

1. أنور طلبة، المسؤولية المدنية، الجزء الأول، المسؤولية العقدية المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية.مصر،20042

2. أحمد إبراهيم سيد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، دراسة مقارنة فقها وقضاء المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر 2003.

3. أبو سعد محمد شتا، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2001.

4. العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الثاني د.م. ج، الجزائر، 1996.

5. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية؛ منشأة المعارف، مصر ،2000

6. جلال على العدوي، أصول الالتزامات؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1997

7. حبيب إبراهيم خليل، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، الطبعة الثامنةد. م. ج ، الجزائر، 2006

8. حسن محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2006.

9. حسن أحمد إبراهيم، الأصول الرومانية الفكرة الشرط الجزائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2001

10.خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني،أحكام الالتزام، الطبعة الثانية؛ د.م. ج، الجزائر،1992

11.رمضان محمد أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر 1998.

12.سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية، مقارنة بالقوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث2005.

13.شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والعقدية في ضوء القضاء والفقه دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2007.

14.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

15. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، أثار الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

16. عبد الحكم فودة، موسوعة التعويضات المدنية، الجزء الأول، نظرية التعويض المدني؛ دار المطبوعات الجامعية.

17.عادل جبري حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر

18.عزالدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في الفقه والقضاء القاهرة الحديثة للطباعة، مصر، 1988

19.عبد الرزاق دربال الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري؛ دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004

20.علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام؛ الجزائر، 1998.

21.عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني.

22.مصطفى العوجي القانون المدنيِ الجزء الأول، العقد، الطبعة الرابعة؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007،

23.القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

24. محمد مرعي صعب، البند الجزائي، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب, لبنان 2006

25.محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام دار الهدى، الجزائر، 2010.

26.محمد سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة السادسة عشر؛ دار هومه، الجزائر2008.

2-الرسائل والمذكرات :

أ) الرسائل:

1. الحسن رحو، الشرط الجزائي في ضوء ظهير 11-08-1995 والاجتهاد القضائي المغربي رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش،2000
2. طارق محمد مطلق ابو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية؛ رسالة لنيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2001.
3. محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وآثاره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارن؛ رسالة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، كلية التربية، جامعة المالك سعود، 2004
4. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي؛ بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012.

ب) المذكرات:

1. حركاتي بلال، أمزال أمال، الخطأ في المسؤولية العقدية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
2. عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري؛ أطروحة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.
3. معمري مريم، بوشلاح طاوس، المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ العقدة مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013

3. النصوص القانونية

1. النصوص القانونية الوطنية

- قانون رقم 62-153، مؤرخ في 1962/ 12 / 31 ، المتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية جبال ، عدد2، الصادرة بتاريخ 1963/ 01 / 11 .
- أمر رقم 66-155 مؤرخ في 1966/ 06 / 08 متضمن قانون الإجراءات الجزائية، عدد 48، صادر في 1966/ 06 / 10 ، معدل ومتمم.
- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم

- أمر رقم 84-11 مؤرخ في 1984/ 06 / 09متضمن قانون الأسرة، عدد 11، صادر في 1984/ 06 / 12، معدل ومتمم.
- - قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أفريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، عدد17، صادر في 1990/ 04 / 25، معدل ومتمم

2. النصوص القانونية الأجنبية:

- قانون رقم 131 لسنة 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري. منشور على موقع:

WWW.Shared.com

4-الاجتهاد القضائي:

أ) الاجتهادات القضائية الوطنية:

- المحكمة العليا، قرار رقم 56493، مؤرخ في 1959/ 11 / 15.

ب) الاجتهادات القضائية الأجنبية

- محكمة التميز الأردنية، قرار رقم 60 / 1999 ، منشور على صفحة 2347، مجلة نقابة المحامين، عدد 6، 2000، أنظر الموقع:http : / / www . lawjo . net
- محكمة التميز الأردنية، قرار رقم 64 /1960 ، منشور على صفحة 62، مجلة نقابة المحامين، عدد 1، 1960، انظر الموقع:http : / / www . lawjo . net

5-المقالات الإلكترونية:

- الشرط الجزائي في العقود التجارية الدولية، منشور على موقع::http-up.netalmaktabah
- قرار هيئة كبار العلماء، رقم (25) منشور على موقع:http: / / www.cogs. com.
- حسن علي محمد الصوا، الشرط الجزائي في الديون، دراسة فقهية مقارنة. منشور على موقع:

www. islamfeqh.com

- منتديات ستار تيم، مجال إعمال الشرط الجزائي، منشور على موقع:www. startime.Com

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1- Ouvrages: 1-Mestre(Jacques), Roda(Jean-Christophe), les principales clausesdes contrats d'affaires ; lextenso édition, Paris, 2011.

2-CANIN (Patrick), Droit civil, les obligations, 4eme édition ; ed hachette, Paris, 2009.

فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
شكر وعرفان	
الإهداء	
مقدمة	**أ.ب.ج.د**
الفصل الأول : ماهية الشرط الجزائي	
تمهيد	**6**
المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي	**7**
المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي	**7**
الفرع الأول التعريف اللغوي	**7**
الفرع الثاني التعريف الاصطلاحي	**8**
المطلب الثاني: النظام التعاقدي للشرط الجزائي	**10**
الفرع الأول أنواع الشرط الجزائي	**11**
الفرع الثاني أهمية الشرط الجزائي	**13**
الفرع الثالث خصائص الشرط الجزائي	**15**
المبحث الثاني: طبيعة الشرط الجزائي و نشأته	**22**
المطلب الأول: نشأة الشرط الجزائي	**23**
الفرع الاول: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي	**23**
الفرع الثاني :الشرط الجزائي في القانون الفرنسي	**26**
الفرع الثالث: الشرط الجزائي في القانون الجزائري	**27**
المطلب الثاني: طبيعة الشرط الجزائي	**28**
الفرع الأول: التكييف القانوني للشرط الجزائي	**28**
الفرع الثاني: تمييز الشرط الجزائي عن ما يشابهه	**32**
الفصل الثاني: تطبيقات و أحكام الشرط الجزائي	
تمهيد	**36**
المبحث الأول: مجال الشرط الجزائي وشروط الحكم به	**37**
المطلب الأول:مجال تطبيق الشرط الجزائي	**37**
الفرع الأول الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية	**37**

الفرع الثاني الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية	**43**
المطلب الثاني: شروط الحكم بالشرط الجزائي	**44**
الفرع الأول: خطا المدين	**45**
الفرع الثاني ضرر يصيب الدائن	**49**
الفرع الثالث علاقة السببية بين الضرر والخطأ	**53**
الفرع الرابع الإعذار	**55**
المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الشرط الجزائي	**57**
المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي	**57**
الفرع الأول الأساس القانوني السلطة القاضي في التعديل	**58**
الفرع الثاني سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي	**60**
الفرع الثالث سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي	**64**
المطلب الثاني: ضمانات القاضي في تعديل الشرط الجزائي	**65**
الفرع الأول فكرة النظام العام	**65**
الفرع الثاني الشرط الجزائي والنظام العام	**66**
الخاتمة	**69**
قائمة المصادر والمراجع	
فهرس المحتويات	