جامعـــة عمـــــــار ثليـــجي الأغـــواط
كليـــة الحقـــــوق والعلـــوم السياسيـــة
قســـــم الحقـــــوق

الشرط الجزائي في العقود التجارية

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في قانون الأعمال

إعـــــداد الطالبتان:

1/ مباركي إيمـــان

2/ نخلاتـي نـــوال

إشـــراف الأستـــاذة:

طويســـات عائشـــة

لجنـــة المناقشـــة

الدكتـــور: الزبيري بن قويدر.....رئيسا
الأستـــاذة: طويسات عائشة.....مشرفا ومقررا
الأستـــاذ: بن الزبير عمر.....عضو مناقش

السنـــة الجامعيـــة2014/2013

إهـــــداء

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا ونبينا وشفيعنا يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم وعلى آله وصحبه أزكى السلام ومن ولاه بإحسان إلى يوم الدين إلى من أوصى بصحبتهما سيد الأبرار والمرسلين وجعل الجليل تحت قدميها الجنة تجري من تحتها الأنهار إلى التي وهبت لي كل الحنان والعطاء ولم تبخل عليا بالدعاء إلى القلب الطاهر بكل معاني الصدق والوفاء إلى التي مهما وصفتها فلن أستوفي حقها أمي الغالية أطال الله في عمرها إلى الذي أنار دربي وفتح طريق النجاح أمامي،كنز العطاء والمنى إلى من تفتح له قلبي في هذه الدنيا أبي العزيز أطال الله في عمره

إلى من لا تقر عينايا إلا برأياهن إخوتي :سارة، رميساء، يسرى

إلى منبع الأمان ووحي الوجدان ونور العينان خطيبي الغالي مصطفى أطال الله بعمر والديه.

إلى الغالية غلاوة الروح والطيبة طيبة النفس يسرى

كما أهدي أروع عبارات الحب والسلام إلى كل الأهل والأحباب

إلى كل من عرفتني بهم الأيام وجمعتني بهم الأقدار إلى من شاركتني هذا العمل أختي وصديقتي نـوال

مبـــاركي إيمـــان

اهـــــــداء

ليس بخاتمة ولكن كختام لحياتي الجامعية، اهدي ثمرة هذا العمل المتواضع الى التي اوصى بها الله ورسوله والتي ابقى جاحدة في حقها مهما صنعت، الى صاحبة الفضائل التي لا تعد ولا تحصى الى منبع الحنان، الى رمز العطاء والتضحية الى زهرة حياتي، امـــــــــــي امـــــــــــي امي الى اخر يوم من عمري.

الى الرجل الصنديد الذي زرع فيا خصالا عديدة، الى من صنع مني امراة اتحدى مصاعب الحياة واتحملها، والـــــــــــــدي الغالي

الى اخوتي الاعزاء الى اهل البيت الذي وجدت فيه الراحة والامان الى خالي عباس وزوجته واولاده حفظهم الله .

الى جـــــــــدتي الحبيبة وجميع اخوالي واعمامي وزوجاتهم.

الى اللواتي لقتني بهم الصدفة وكنا اجمل صدفة ودعم لي خلال حياتي الجامعية شقيقتي ايـــــــمان، سميرة ،مليكة،اسمهان وزملائي في الفوج الثاني الى كل من عرف نـــــــــوال من قريب او من بعيد .

الى كل من لقتني بهم الايام وجمهتني بهم الاقدار دون استثناء.

الى كل صديق واخ عزيز قدري واحاطني بسؤاله واحترامه .

الى صاحبة الانامل الذهبية استـــــــاذتي والتي كان لها الفضل في انجاز هذا العمل. نـــــــوال نخـــلاتي

تشكـــــــــرات

أحمد الله واشكره على إتمامنا هذه المذكرة وتقبلها بقبول الحسن فالفضل والمنة لله وحده لقوله تعالى" و ما بكم من نعمة فمن الله"

فالحمد والشكر لله عزوجل الذي أعاننا وأمدنا بالصبر وسلمنا بتوفيقه ونحن نضع اللمسات الأخيرة على هذه المذكرة فان واجب العرفان يشدنا أن نتقدم خاص الشكر وعظيم الامتنان لأستاذتنا المشرفة "عائشة طويسات" لما أبدته من ملاحظات متسمة بالدقة الأمانة وروح العلم، فكانت خير موجه ومعين أسال الله أن يحفظها ويرعاها ويسدد خطاها.

واعترافا بالجميل لا يسعنا هنا إلا ان نتقدم بالشكر والثناء لرئيس قسم الحقوق لما يبذل من جهد في خدمة العلم والمعرفة والبحث العلمي ومن سبقه جزاهم الله جزاء المحسنين.

كما نثني على عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية سعادة الدكتور"خضراوي عبد الهادي" الذي كانت بصماته واضحة في تطوير الكلية .

كما نثني على جميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية الذين ساهموا بجهودهم وخبراتهم العلمية خصوصا أساتذة كلية الحقوق وكل من ساهم من إداريين في سير مشوارنا العلمي ونخص بالذكر موظفي المكتبة الداخلية للجامعة.

كما يسعنا أن نتقدم بالشكر العميق والتقدير البالغ لأساتذتنا الكرام أعضاء لجنة المناقشة.

شكـــــــــرا

مقدمة

مقدمـــــة:

إذا كانت العقود التي تبرم لتنفذ في الأصل تنفيذا عينيا، فلا يعني هذا بالضرورة أن يتم التنفيذ على الوجه الذي يرضي جميع الأطراف فقد يمتنع احد الأطراف عن عدم تنفيذ التزامه العقدي أو قد تسبب بخطئه في مما يؤدي إلى عرقلة السير الحسن للعقد.

فالغاية من نظام المسؤولية العقدية هي معالجة الوضع المترتب على عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في ذلك ولقد نظم القانون هذه المسؤولية و الأثر المترتب عليها الذي يتمثل في الحكم على المدين بالتعويض، غير أن هذا التنظيم القانوني سواءا في جانبه المتعلق بتقرير مسؤولية المدين عن إخلاله بالتزامه أو في جانبه الخاص بتقدير التعويض.

ليس مفروضا على المتعاقدين إذا أجاز القانون لهما أن يعدلا باتفاقهما من قاعدة المسؤولية العقدية أما بتشديدها أو تخفيضها، كما أجاز لهما أيضا أن يحددا مقدما قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة إخلال المدين بالتزامه، وفي هذا الإطار نجد ثلاث طرق لتقدير التعويض مثل التعويض عن الطريق القانوني(الفوائد) أو طريق التعويض القضائي وكطريق ثالث من خلاله يحصل الطرف الذي تضرر من إخلال الطرف الثاني بالتزامه على مبلغ من المال وهذا الاتفاق هو مستوحى من إرادة الأطراف وبعبارة أدق إرادة المتعاقدين، وهذا لضمان تنفيذ العقود، فيلجئ لإدراجها كوسيلة فنية وذلك ضمانا للتنفيذ المتبادل للالتزامات وعدم وقوع نزاعات مستقبلية.

ومن هنا تبرز أهمية إدراجه حيث يتجنب به اللجوء إلى القضاء وما يستتبع ذلك من مصاريف قضائية وطول الإجراءات، وهذا ما يدفعنا إلى القول أن هذا الشرط أصله اتفاقي، حيث لا يعتبر نظاما حديثا بل له جذور تاريخية متأصلة في القوانين القديمة.

كما وعرف هذا الشرط تطورا تاريخيا هاما ، وهذا ما جعل المشرع الجزائري كنظيره الفرنسي إلى إدراجه كبند في العقد يقدر من خلاله جزاء في حالة إخلال احد المتعاقدين بالتزامه التعاقدي، كما أن هذه التقنية تعدت مجال القانون الداخلي وارتقت لتصل إلى غاية العقود الدولية خاصة التجارية منها.

أهمية الموضوع:

تتسع أهمية البحث إلى الواقعة المكونة للضرر الذي يحدث بين الأطراف بمناسبة عدم تنفيذ العقد وتعتبر كافية لتطبيق قواعد المسؤولية.

إضافة إلى أن النتيجة الحتمية هي عند تخلف احد الأطراف أو عدم تنفيذه لالتزامه كان لابد من وضع اتفاق مقدم وهذا التقدير التعويض المستحق للدائن من حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه وسمي هذا بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة ضمن شروط العقد الأصلي كما قد تتدرج في اتفاق لاحق.

وبما أن الحياة التجارية تتسم بالسرعة والائتمان فهو يربط جوانب السوق الشامل في إطار تحليلي متكامل يهدف إلى التعرف على ما يمكن أن يسببه تخلف هذا الشرط من انعكاسات على عدم السير الحسن لهذه المعاملات.

أسباب اختيار الموضوع:

من أسباب اختيارنا لهذا الموضوع انه يهدف إلى تفسير مفهوم الشرط الجزائي وتبيان دوره على الصعيد التجاري والطبيعة القانونية لهذا الشرط وكذا أثره في صنع وسير العلاقات التجارية حيث يمتد أحيانا إلى الصعيد الدولي.

ويهدف أيضا إلى معرفة تطبيقاته خاصة في العقود التجارية وذلك بإعطاء فهم واسع لهذا الشرط وتحديد موقعه عقديا وانه يخضع إلى رقابة قضائية من خلاله ينظر القاضي في مدى تطبيق القانون من خلال حالات يلجأ فيها له مثل المبالغة أو في نقص في تقدير التعويض حيث تبقى السلطة التقديرية راجعة إلى القاضي.

الصعوبات التي اعترضت الباحث:

واجهنا عدة صعوبات من بينها:

أ.حصر جوانب الموضوع حسب طبيعته الواسعة حيث يتضمن جوانب متعددة كان لا بد من التطرق إليها هذا ما جعل عملية حصره في منتهى الصعوبة.

ب.على الرغم من كثرة التشريعات التي تناولت الشرط الجزائي إلا أننا وجهنا صعوبة في تحصيل مادة علمية متخصصة إضافة إلى صعوبة اختيار الدراسات المناسبة والتي لها علاقة بالموضوع.

إشكالية الدراسة:

افترض الباحث مجموعة من الفرضيات التي توضح لنا مفهوم الشرط الجزائي وأثره في العقود التجارية، و كإشكالية عامة **ما هو النظام القانوني الذي يحكم الشرط الجزائي في العقود التجارية؟ والتي تتفرع عنها مجموعة من الإشكاليات**

فيما يتمثل هذا الشرط؟ هل هذا الشرط الجزائي معاصر أم ذو جذور تاريخية؟

ما هي علاقة الشرط الجزائي بالعقود التجارية؟

ما هو الدور والأثر الذي يلعبه الشرط الجزائي في العقود التجارية وكذا الحياة الاقتصادية ككل؟

وما هي طبيعته القانونية؟ هل هو تعويض أم عقوبة؟

وهل يكفي لاستحقاقه شرط واحد؟

وهل يملك القاضي سلطة الرقابة على صحته وتقديره؟

وهل حذا المشرع الجزائري حذو نظيره الفرنسي أم انه سلك مسلك أشقائه العرب؟

المنهج المتبع:

اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي والمنهج الوصفي في تحليل مضمون الشرط الجزائي وتبيين سلطة القاضي القضائية عليه وكذا دوره في العقود التجارية على الصعيد الاقتصادي في ظل المتغيرات الجديدة.

ولذلك تبين لدينا وهذا لمعالجة دراستنا مستوفين كل النقاط التي تخدم موضوعنا اقترحنا السير على الخطة التالية مقسمين دراستنا إلى فصلين:

الفصل الأول:أحكـــــام الشـــــرط الجزائي

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي والرقابة القضائية عليه

الفصل الأول

الفصل الأول: أ حكام الشرط الجزائي

تنقسم دراستنا لهذا البحث إلى مبحثين نخصص الأول منه لدراسة مفهوم الشرط الجزائي كبند من بنود العقد و الثاني لنطاق تطبيق الشرط الجزائي في بعض العقود التجارية.

المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي

من خلال هذا المبحث سوف نتناول فيه ثلاث مطالب، نحاول من خلالها التطرق في المطلب الأول لنقاش حول تعاريف للشرط الجزائي و مطلب ثاني حول أنواعه و تميزه عما يشابهه لنخلص إلى مطلب ثالث نبين من خلاله خصائص الشرط الجزائي.

المطلب الأول: نقاش حول تعاريف الشرط الجزائي

من خلال هذا المطلب نميز بين نوعين من التعاريف التي جاء بها القانون و الفقه.

الفرع الأول: التعريف القانوني

نقصد بالتعريف القانوني ذلك التعريف الذي يعطيه المشرع للنظام القانوني الذي يفرض على الأفراد، بالرغم من أن التعريف ليس من اختصاص المشرع فهو غالبا ما يقوم بذلك و هذا ما يثير مشاكل قانونية قد تؤدي إلى اختلاف الفقه حول طبيعة هذا النظام، لأن تعريف المشرع لنظام قانوني معين لا يعطينا إلا القليل حول جوهر و طبيعة هذا النظام، و خير دليل على ذلك الشرط الجزائي الذي نحن بصدده حيث عرفه المشرع الفرنسي في المادتين 1226[1] مدني فرنسي و المادة 1229 حيث تنص الأولى 1226 على أن "الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ إتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ".

[1] راجع المادة 1226 مدني فرنسي:
"la clause pénale est celle par laquelle une personne pour assurer l'exécution d'une convention s'engage à quelque chose en cas d'inexécution"
نجاري عبد الله،الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري،دراسة مقارنة،رسالة ماجستير،معهد الحقوق والعلوم الادارية،جامعة الجزائر،1983،ص8.

أما المادة الثانية 1229 مدني فرنسي فقد عرفت الشرط الجزائي بأنه:" تعويض الدائن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي و لا يمكنه أن يطالب في نفس الوقت بالأصل و الجزاء ما لم يكن الشرط مقرر لمجرد التأخير".

يلاحظ من هاذين التعريفين أن الأول هو تعريف عام من جهة و من جهة أخرى يعتبر ناقصا إذا اقتصر على عدم التنفيذ[1].

أما التعريف الثاني فقد لقي معارضة شديدة من طرف جانب من الفقه الذي كان يعتبر الشرط الجزائي عقوبة. كما انتقد هذا التعريف لكونه جاء مخالفا لروح نص المادة 1152 مدني فرنسي و التي بمقتضاها يمكن للدائن أن يحصل على قيمة الشرط الجزائي حتى و لو لم يلحقه أي ضرر.

لكن كيف يبرر هذا الازدواج في تعريف الشرط الجزائي في القانون المدني الفرنسي؟

حسب رأي بعض الفقهاء إن هذا الازدواج يرجع إلى السبب التالي:

إن نص المادة 1226 مدني فرنسي قد أخذ من القانون الروماني الذي كان لا يعطي القوة الإلزامية إلا للاتفاقات التي محلها مبلغ من النقود، أما الاتفاقات التي محلها غير النقود فكانت تستمد قوتها الإلزامية عن طريق الشرط الجزائي الذي كان يطلق عليه في القانون الروماني اصطلاح **Stipulation Poena** إن بفضله كان الدائن يضمن تنفيذ المدين الإلتزام الأصلي حتى يفلت من دفع الجزاء. و هكذا كان الشرط الجزائي يلعب دور الضمان الذي تبناه المشرع الفرنسي في المادة 1226.

أما في ما يخص المادة 1229[2] مدني فرنسي فقد تأثر واضعوا القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 بأفكار **بوتيـــه** الذي كان يعتبر الشرط الجزائي مجرد تعويض للدائن بسبب عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي، فنقل واضعوا القانون المدني الفرنسي هذا التعريف إلى نص المادة 1229.

---

[1] نجاري عبد الله،المرجع السابق، ص6.

[2] راجع المادة1229 مدني فرنسي:

" la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale et la peine à moins qu'elle n'était stipulée pour le simple retard"

و ما يمكن ملاحظته أن المشرع الفرنسي بإعطائه هذا التعريف المزدوج قد فتح مجال الخلاف أمام الفقه حول الطبيعة القانونية للشرط الجزائي. و حسنا فعل المشرع الجزائري الذي عند وضعه التقنيين المدني لم يكن يعرف الشرط الجزائي بل اكتفى بتأكيد شرعيته في المادة 183 و بيان أحكامه في المواد 184، 185 مدني جزائري.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

قد عرف الفقه الشرط الجزائي بتعاريف مختلفة نذكر منها ما يلي:

أولا: الفقه الفرنسي

قد عرفه الأستاذ توليه Touiller بأنه ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذه التزامه أو لتأخره في تنفيذه، أما الأستاذ بوريس ستارك فقد عرفه بأنه تقدير اتفاقي و جزافي للتعويض.

أما الأستاذ **قيو Guiho** فقد عرفه بأنه إتفاق تبعي للإتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ.

أما الأستاذ **فرانسوا شابا** قد عرف الشرط الجزائي بأنه تحديد اتفاقي للتعويض.

يستخلص من هذه التعاريف المختلفة للشرط الجزائي أن الفقه مجمع على أن الشرط الجزائي ما هو إلا تعويض و هذا ما دفع المشرع إلى تنظيم أحكام الشرط الجزائي في باب خاص بالتنفيذ بطريق التعويض، كما نستنتج من هذه التعاريف أن الشرط الجزائي قد يكون مقرر لعدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ.

ثانيا: الفقه العربي

عرف الأستاذ أنور سلطان الشرط الجزائي بأنه تفاق قدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذ لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه.

كما عرف الأستاذ عبد المنعم البدوي[1] بأنه إتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

---

[1] عبد المنعم البدراوي،النظرية العامة للالتزام الجزء الثاني،أحكام الالتزام،طبعة1968،ص 06.

و قد عرفه الأستاذ عبد المجيد الحكيم[1] بأنه اتفاق بين الطرفين يحدد مقدما مقدار التعويض الذي يجب على المدين دفعه إلى دائنه في حالة عدم تنفيذه لالتزامه أو تأخره في تنفيذه.

المطلب الثاني: أنواعه و تمييزه عما يشابهه

من خلال هذا المطلب سوف نحاول تبيان أنواع الشرط الجزائي بحالتيه سواء بعدم تنفيذ الإلتزام أو لتأخره، ثم تمييز الشرط الجزائي عما يشابهه من بنود في العقد.

الفرع الأول: أنواع الشرط الجزائي

بالرجوع إلى نص المادة 176[2] من القانون المدني الجزائري نجدها تنص على ما يلي:

"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".

يستخلص من هذه المادة 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 و الثاني التعويض عن التأخير.

و الشرط الجزائي لتعويض يمكن أن يتخذ إحدى الصورتين الآتيتن:

أولا: الشرط الجزائري لعدم التنفيذ

يهدف الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ إلى تعويض الضرر المترتب عن عدم التنفيذ النهائي للالتزام الأصلي، إذن هو يحل محل التنفيذ. و نكون بصدد عدم التنفيذ متى أصبح التنفيذ مستحيلا و يكفي في هذا الصدد أن تضيع الظروف للدائن أمل الحصول على التنفيذ مثل: فقدان أو هلاك محل العقد و قد يكون عدم التنفيذ جزئيا أو كليا و في الحالتين و بحسب مسؤولية المدين عن ذلك يتحول عدم التنفيذ إلى تعويض.

[1] عبد المجيد الحكيم، شرح القانون المدني، ،مصادر وأحكام الالتزام،طبعة1976،دار الحرية للطباعة،ص353.
[1] راجع المادة 176 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: الشرط الجزائي المقرر للتأخير

يهدف الشرط الجزائي المقرر للتأخير إلى تعويض الدائن عن الضرر المترتب على التأخر المدين في التنفيذ.

و يقدر هذا التعويض في شكل نسب مئوية يتقضاها الدائن عن كل يوم تأخير أو أسبوع أو شهر، و يكثر استعمال هذا النوع من التعويض في مجال القانون الإداري و على الخصوص في العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع المتعاقد معها هناك أهمية كبيرة لتمييز بين التعويض لعدم التنفيذ و التعويض عن التأخير في التنفيذ حيث تختلف الآثار القانونية في الحالتين.

إن إتفاق الأطراف هو الذي يحدد إذا كان الشرط الجزائي مشترط لعدم التنفيذ أو للتأخير في التنفيذ، و إذا كان هذا الاتفاق واضحا و صريحا في تحديد دفع الشرط الجزائي، فالأمر لا يثر أي إشكال لكن إذا كانت إرادة الطرفين صريحة في ضمان الإلتزام الأصلي بشرط جزائي لكنها غير صريحة في بيان نوعه من حيث كونه مقررا لعدم التنفيذ أو للتأخير في التنفيذ.

و في هذا الصدد نوه الفقه و القضاء الحلول التالية:

أ) بالنسبة للقضاء، قرر القضاء الفرنسي[1] أن معرفة ما إذا كان الشرط الجزائي مقررا لعدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ هي مسألة واقع و لقضاة الموضوع البحث عن النية المشتركة للطرفين.

ب) بالنسبة للفقه اقترح بعض الفقهاء معيار للتمييز بين الشرط الجزائي و المشرط لعدم التنفيذ و الشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ.

و يقوم هذا المعيار على قيمة الشرط الجزائي فهو معيار مادي مقتضاه أنه إذا كان مبلغ الشرط الجزائي يقارب قيمة الإلتزام الأصلي فهو تعويض عن عدم التنفيذ لأنه يهدف إلى

[1] قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 8يوليو1873،المنشور بداللوز،الجزء الأول،ص59،نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص12.

حلول محل التنفيذ العيني الإلتزام الأصلي. و ما يميزه أنه يقدر في كل شكل مبلغ جزافي يدفع مرة واحدة.

أما إذا كان مبلغ الشرط الجزائي يقل عن مبلغ الإلتزام الأصلي بدرجة كبيرة فيمكن اعتباره مقرر للتأخير في التنفيذ، و ما يميز هذا النوع من الشرط الجزائي أنه يقدر بنسبة مئوية عن كل فترة زمنية يحددها الطرفان، و أخيرا يمكن للشرط الجزائي أن يتقرر لعدم تنفيذ الإلتزام أو التأخير في ذلك في نفس الوقت، و لا يطبق الشرط الجزائي إلا للحالة التي تقرر من أجلها و باعتباره استثناءا من القواعد العامة التي تحكم التعويضات القضائية، فإذا اشترط للتأخير في التنفيذ فلا يمكن المطالبة به في حالة عدم التنفيذ الكلي[1] للالتزام لأنه يصبح بدون محل، فمثلا لو عهد رجل أعمال إلى مقاول ببناء مصنع اتفق على الشرط الجزائي للتأخير في تسليم مفاتيح المصنع، فلا يمكن لصاحب المصنع أن يطالب بالشرط الجزائي لتهدم المصنع لأن سوء البناء يمكن اعتباره كعدم تنفيذ للالتزام و ليس تأخيرا في تنفيذ الإلتزام و العكس صحيح إذا تقرر شرط جزائي لضمان عدم التنفيذ فلا يجوز المطالبة بهذا الشرط لتعويض الضرر الناتج عن التأخير في تنفيذ هذا الإلتزام و مثال ذلك أن يتفق الطرفان على شرط جزائي لضمان تنفيذ هذا الإلتزام و مثال ذلك أن يتفق الطرفان على شرط جزائي لضمان سلامة سلعة معينة فلا يمكن المطالبة إذا وصلت السلعة متأخرة.

الفرع الثاني: تمييز الشرط الجزائي عما يشتبه به

يستخلص من التعاريف التي أعطاها الفقه و التي استنبطها من الوظيفة التي يقوم بها هذا النظام القانوني و التي على ضوءها يمكن التمييز بينه و بين بعض الأنظمة التي قد تتصل به مثل: العربون و التهديد المالي و غيرها.

و لذلك سنحاول من خلال دراستنا لهاته النظم القانونية المتشابهة للشرط الجزائي مبينين أوجه التوافق و الخلاف بينها و بين الشرط الجزائي.

---

[1] انظر : نقض مدني، 8 يوليو1874 ،داللوزسيري،1874،ص56 ،حيث قضت محكمة النقض ما يلي:
" si les juge de fond se trouvent devant l'ambiguité d'une clause pénale et décident qu'il s'agit d'une clause pénale pour le retard, il ne l'appliqueront pas si le demandeur exige une indemnité pour inexécution " .

نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش،ص13.

أولا: الشرط الجزائي و العربون

يمكن تعريف العربون بأنه مبلغ من المال يدفع أحد المتعاقدين للأخر وقت انعقاد العقد[1].

و قد يكون غرض المتعاقدين من وراء اشتراط العربون إما:

1- تمكين كل متعاقد أن يتحرر من التزامه و العدول عن العقد، و في هذا الصدد إذ كان العدول من جانب من دفع العربون فقده أما إذا كان جانب الذي قبضه ردّ ضعفه و يسمى في هذه الحالة عربون عدول.

2- و قد يكون العربون قسطا معجلاً من الثمن حيث يكون أحد المتعاقدين قد نفذ جزءاً من التزامه و يسمى العربون في هذه الحالة عربون تأكيد.

3- قد يكون العربون دليلا على انعقاد العقد و يسمى في هذه الحالة عربون إثبات.

4- و هكذا يكون للعربون وظيفتان، إما توكيد العقد و ذلك عندما يعتبر جزءًا من الثمن أو وسيلة لإثباته و إما يكون وسيلة للعدول عن العقد و نية المتعاقدين التي يعول عليها في تحديد الغرض من العربون و إعطاءه في وصفه القانوني و الشرط الجزائي كتقدير مسبق للتعويض يختلف عن العربون بوظائفه الثلاثة:

أ) يختلف الشرط الجزائي عن عربون الإثبات إذ يكون العربون دليلاً على أن المتعاقدين قد انتقالا إلى مرحلة المفاوضات الابتدائية إلى مرحلة التعاقد و يكون تسليم الثمن دليلا على قيام نفسه بينما الشرط الجزائي لا يقوم بدور إثبات العقد الأصلي بل يقتصر دوره على ضمان تنفيذه و ذلك لكونه تعويضا بمقابل.

ب) يختلف الشرط الجزائي عن العربون كجزء من الثمن، حيث أن هذا الأخير يدفع مسبقا أي عند تكوين العقد و بهذا تتوفر فيه إحدى خصائص العقود العينية، بينما الشرط الجزائي

لا يدفع عند إبرام العقد بل يتم تقديره إما دفعة فيأتي تحقق واقعة عدم التنفيذ أو التأخير في ذلك و التي تظهر في مرحلة تنفيذ العقد و لذا لا يكون الشرط الجزائي جزءًا من الثمن.
يختلف الشرط الجزائي عن عربون العدول في النقاط التالية:

[1] أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني، مصادر الالتزام، طبعة الثانية، ص112.

– يهدف الشرط الجزائي إلى ضمان تنفيذ الإلتزام الأصلي و بذلك يدعم العلاقة القانونية بين الدائن و مدينه، أما العربون على العكس من ذلك فيؤدي إلى إضعاف أو تلاشي الرابطة و ذلك بإفساح المجال أمام الطرفين للعدول عن العقد و في ذلك خطر على استقرار المعاملات[1].

– الشرط الجزائي تعويض اتفاقي عن الضرر الذي يصيب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه، فاستحقاق الشرط الجزائي مرهون بإصابة الدائن بضرر، أما العربون بإعتباره مقابلا بحق العدول يستحق بمجرد تقرير أحد المتعاقدين العدول عن العقد حتى و لو لم يصب الطرف الأخر بأي ضرر، إذن مناط الشرط الجزائي الضرر بينما العربون فمناطه تقرير الشخص استعمال حق العدول.

– الشرط الجزائي بإعتباره تقدير للتعويض لا يسمح للمدين الخيار بين التنفيذ و بين التنصل منه. إما العدول باعتباره مقابلا لحق العدول فانه يمنح المتعاقد الخيار بين الارتباط بالعقد الذي أبرمه أو العدول عنه و ذلك مقابل حق العربون إن كان قد دفعه ورد صرفه إن كان قد قبضه[2].

– إن المقدار المتفق عليه في الشرط الجزائي قابل للزيادة و النقصان حتى يتناسب مع الضرر الذي أصاب الدائن بينما العربون لا يقبل الزيادة ولا النقصان بل يجب دفعه كما هو.

– يعتبر الشرط الجزائي تعويضا فتجرى عليه أحكام التعويض لاستحقاقه خاصة ضرورة إعذار الدائن مدينه، أما العربون فلا يعتبر تعويضا و هو لا يشترط الاعذار لإستحاقه.

ثانيا: الشرط الجزائي و التهديد المالي

التهديد المالي هو مبلغ من المال يقضي القاضي بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو فترة معينة يخل فيها المدين بالتزامه[3].

---

[1] راجع في وظائف العربون عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص83.

[2] يرى عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الثاني، آثار الالتزام ، الطبعة 1952، 864،هامش 264،العربون على انه البدل في الالتزام البدلي إذ يقول في ذلك " العربون الذي لا يدفع في مقابل العدول عن العقد يمكن اعتباره بأنه البدل في الالتزام بدلي ".

[3] إسماعيل غانم،أحكام الالتزام،طبعة1967 ،مكتبة عبد الله وهبه،ص21.

و يتبين لنا من هذا التعريف أن التهديد المالي مثل الشرط الجزائي يهدف إلى حث المدين على التنفيذ التزامه، و يكون كذلك متى كان الشرط الجزائي مغاليا فيه حتى أن محكمة النقض الفرنسية كيفت في بعض أحكامها التهديد المالي بأنه شرط جزائي قضائي و تظهر التفرقة بين التهديد المالي و الشرط الجزائي خاصة في حالة تحرير هذا الأخير بصفة غامضة حيث يصعب تكييفه ، و مثال الشرط الغامض أن ينص في الإتفاق بأنه في حالة عدم إنهاء الأعمال المتفق عليها في المواعيد المحددة لها في العقد و دون حاجة إلى إعذار يضاف إلى المبلغ الأصلي غرامة 2% عن كل يوم تأخير، و في كل الأحوال لا يمكن أن يتجاوز هذه الغرامة التهديدية بينما غرامة 10% هي الحد الأقصى للتعويض عن التأخير.

و لهذا يجب التفرقة بين التهديد المالي و الشرط الجزائي.

و من الناحية النظرية هناك فوارق عديدة بينهما[1]:

1- التهديد المالي أمر تحكيمي لا يقاس بمقدار الضرر بل المقصود منه التغلب على قمع المدين، بينما الشرط الجزائي مناطه الضرر.

2- التهديد المالي ذو طابع قضائي حيث أن القاضي هو الذي يحكم به بينما مصدر الشرط الجزائي الإتفاق.

3- الشرط الجزائي اتفاق نهائي قابل للتنفيذ بمجرد قيام شروطه بينما التهديد المالي أمر وقتي لا يمكن تنفيذه إلا بعد تصفية و تحويله إلى تعويض.

4- الشرط الجزائي تقدير جزافي للتعويض بينما التهديد المالي عقوبة و لكن يجب الإشارة في هذا الصدد أن الشرط الجزائي أيضا قد يقوم بدوره العقابي لكن القانون الجزائري أضفى على الشرط الجزائي طابع التعويض و تجاهل الدور العقابي للشرط الجزائي لذا تبقى هذه التفرقة قائمة في القانون الجزائري.

5- يقدر التهديد المالي عن كل يوم أو أسبوع أو شهرا وكل وحدة زمنية يخل فيها المدين بالتزامه، أما الشرط الجزائي فالأصل أن يقدر بصفة جزافية و خاصة إذا كان مقررا لعدم

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص866.

التنفيذ لكن هنا قد تدق التفرقة إذا كان الشرط الجزائي مقررا عن التأخير في التنفيذ حيث هو إذن قد يقدر في شكل نسبة مئوية. مع ذلك هناك خرق بحق التهديد المالي و الشرط الجزائي المقرر للتأخير حيث أن هذا الأخير هو تعويض عن الضرر الناتج دون الإخلال بالضرر الذي يجب التعويض عنه بصفة مستقلة و لهذا يمكن الجمع بين التعويض والتهديد المالي.

6- التهديد المالي عبارة عن وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني حيث تهدف إلى قهر عناد المدين و حمله على تنفيذ التزامه جبرا عنه.

و في هذا الصدد يقول الأستاذ **كاربونيه**[1] أنها:

" تقرع المحفظة لترغم الإرادة "، بينما الشرط الجزائي الذي يتصل بالتعويض فهو تنفيذ بمقابل يهدف إلى جبر الضرر الناتج عن عدم تنفيذ العقد أو التأخير في تنفيذه .

لكن رغم هذه الفروق الموجودة بين التهديد المالي و الشرط الجزائي فإن هذين النظامين يلتقيان من حيث اعتبار كل منهما وسيلة ضغط على إرادة المدين لحمله على احترام إلتزامه و إن كانت إحداهما ناتجة عن إرادة الطرف الآخر يصدرها القضاء.

ثالثا: الشرط الجزائي و شرط تحديد المسؤولية

قلنا في بداية أن المسؤولية العقدية تهدف إلى معالجة الوضع المترتب على عدم تنفيذ المدين لإلتزام العقدي أو تأخره في هذا التنفيذ.

و قد قرر القانون جزاء هذه المسؤولية و هو الحكم على المدين بالتعويض غير أن هذا التنظيم القانوني للمسؤولية العقدية ليس مفروض على الأطراف، حيث أجاز القانون للأطراف الإتفاق على تعديل أحكام هذه المسؤولية كما أجاز لهم الإتفاق على قيمة التعويض. و قد شبه الشرط الجزائي مع هذه الإتفاقات المعدلة للمسؤولية و في هذا الصدد اعتبر الأستاذ **ديموج** هذه الإتفاقات عبارة عن شروط جزئية ناقصة و الإتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية نوعان:

---

[1] راجع كاربونيه، دروس في القانون المدني،الجزء الرابع، طبعة 1969 ص527 حيث يقول:
" elle frape le porte feuille, mais c'est pour farcer la volonté ".
نجاري عبد الله،المرجع السابق، هامش،ص63.

اتفاقات تعفي من المسؤولية و اتفاقات تحدد المسؤولية و نفصل كلامنا على النوع الثاني من هذه الإتفاقات التي قد تشتبه مع الشرط الجزائي و يمكن تحديد المسؤولية بطريقتين:

الطريقة الأولى: تحديد المسؤولية بحد أدنى، و جرى الفقه على تسمية هذا الشرط الحد الأدنى.

الطريقة الثانية: تحديد المسؤولية بحد أقصى، و جرى الفقه على تسمية هذا الشرط الحد الأقصى[1].

أ- الشرط الجزائي و شرط تحديد المسؤولية بحد أدنى: يعني الشرط تحديد المسؤولية بحد أدنى أن الأطراف قد حددا مبلغا من النقود كجزاء للإخلال بالعقد و يعتبر هذا التقدير هو الحد الأدنى الذي لا يمكن للقاضي النزول عنه و قد شبه الشرط الجزائي بشرط تحديد المسؤولية بحد أدنى باعتباره تقديرا جزافيا للتعويض لا يمكن الحكم بأقل منه. و لكن رغم هذا التشابه قد يختلف الشرط الجزائي عن شرط تحديد المسؤولية بحد أدنى لأن الشرط الجزائي قابل للتخفيض متى كان مبالغا فيه، بينما شرط تحديد المسؤولية بحد أدنى لا يمكن تخفيضه.

ب- الشرط الجزائي و شرط تحديد المسؤولية بحد أقصى: قد يشبه الشرط الجزائي بشرط تحديد المسؤولية بحد أقصى و خاصة في القانون المدني الجزائري حيث تقارب المادة 185 مدني جزائري بين الشرطين و ذلك بأنه يمكن للدائن الحصول على تعويض إضافي متى قل مبلغ الشرط الجزائي عن الضرر إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما

و في هذه الحالة يمكن إعتبار الشرط الجزائي كشرط تحديد المسؤولية بحد أقصى. لكن من الناحية النظرية يمكن التميز بين الشرطين على النحو التالي:

- قد يكون مصدر شرط تحديد المسؤولية بحد أقصى القانون و مثال ذلك في مجال النقل الجوي الذي نظمه المرسوم 25 أكتوبر 1965 المنبثق عن اتفاقية فارسوفي Varsovie و الذي قرر حدا أقصى لمسؤولية الناقل الجوي كذلك قررت المادة 805 من القانون البحري الجزائري الحد الأقصى لمسؤولية الناقل البحري في بعض الحالات كما حددت الفقرة الثالثة

[1] نجاري عبد الله، المرجع السابق،ص 63 و ما يليها.

من المادة 599 مدني جزائري مسؤولية أصحاب الفنادق و النزل عن سرقة النقود و الأوراق المالية و الأشياء الثمينة بحد أقصى و هو تعويض لا يتجاوز خمسمائة دينار ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء و هم يعرفون قيمتها أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يلتمسوها عهدة في ذمتهم أو يكونوا قد تسببوا في وقوع ضرر بخطأ جسمي أو من أحد تابعيهم، أما الشرط الجزائي مصدره الإتفاق و لا يمكن تصور شرط جزائي مصدر القانون.

- يختلف الشرط الجزائي عن تحديد المسؤولية بحد أقصى من حيث المصلحة التي يجنيها كل من الشرطين فقد تقرر الشرط الجزائي لمصلحة الدائن بينما تقرر شرط تحديد المسؤولية لمصلحة المدين و حده و هذا ما نلاحظه بالنسبة للشركات النقل الكبرى فغالبا ما تحدد مسؤوليتها بمبلغ معين في حالة هلاك البضاعة المنقولة.

- يعتبر الشرط الجزائي اتفاقا استثنائيا ينطوي على خروج على القواعد العامة للمسؤولية المدنية إذ لا يكلف الدائن بإثبات الضرر بل يفترض وقوع هذا الأخير بمجرد تحقق واقعة.

عدم التنفيذ أو التأخير فيه أما في الشرط تحديد المسؤولية بحد أقصى فيجب على الدائن إثبات الضرر.

- يختلف الشرط الجزائي عن شرط تحديد المسؤولية بحد أقصى من حيث سلطة القاضي في تعديل الشرطين، فالشرط الجزائي كتقدير مسبق للتعويض عن الضرر يجب على القاضي أن يحكم به كما هو، لكن إذا كان غير متناسب مع الضرر الذي وقع جاز للقاضي أن يرفعه، بينما لا يمكنه ذلك بالنسبة لشرط تحديد المسؤولية بحد أقصى.

و ما يخلص إليه في النهاية هو أنه بالرغم من الفوارق الموجودة بين الشرط الجزائي و شرط تحديد المسؤولية فغالبا ما يلعب الشرط الجزائي دور تعديل المسؤولية إما بتشديدها و إما بتخفيفها أو الإعفاء منها، فمتى كان الشرط الجزائي مبالغا في تقديره يمكن اعتباره شرط لتشديد المسؤولية، بينما إذا كان تقديره ناقصا يمكن اعتباره شرطا لتخفيف المسؤولية.

رابعا: الشرط الجزائي و الإلتزام التخييري

يكون الإلتزام تخييريا إذا شمل محله أداءات متعددة يبرأ المدين من إلتزامه هذا إذ أدى واحد منها[1].

و قد يشتبه الإلتزام المقترن بشرط جزائي بالإلتزام التخييري حيث أنه في الحالتين يكون محل إلتزام متعددا، لكن في النهاية تبرأ ذمة المدين بوفائه بأحد الالتزامين، فمثلا لو قلت لك أعطيك دار أو مبلغ من النقود، فهنا نكون بصدد إلتزام تخييري بحيث يكون لدي الخيار بين الدار و المبلغ و تبرأ ذمتي بالوفاء بأي من الإلتزامين بينما لو قلت لك أعطيك دار و إذا لم أسلمه لك أدفع مبلغ من المال، فهنا نكون بصدد إلتزام مقترن بشرط جزائي و في هذه الحالة تبرأ ذمتي إذا نفذت الإلتزام الأصلي و إذ لم يتم تنفيذ هذا الإلتزام فتبرأ ذمتي بتنفيذ الشرط الجزائي بشرط ألا يكون التنفيذ العيني ممكنا[2].

و لكن رغم التشابه الظاهر بين الإلتزام التخييري و الإلتزام المقترن بشرط جزائي فهناك فوارق كثيرة بينهما:

1) **من حيث مضمون الإلتزام:** يشمل محل الإلتزام التخييري عدة أداءات و تنفيذ المدين إحدى هذه الأداءات يعتبر تنفيذا عينيا للإلتزام الأصلي بينما الشرط الجزائي هو تعويض بمقابل و يترتب على هذا نتيجتان. تعتبر الأشياء المتعددة في الإلتزام التخييري أداءات أصلية بينما الشرط الجزائي هو إلتزام تابع للإلتزام الأصلي[3].

و في الإلتزام التخييري إذا هلك أحد الأدائين بسبب القوة القاهرة لا ينقضي الإلتزام إذا بقى له محل أخر، أما إذا هلك محل الإلتزام الأصلي أدى ذلك إلى إنقضاء الشرط الجزائي تبعا لخاصية التبعية و لكن ما تجدر الإشارة إليه هنا أنه إذا إشترك خطأ المدين مع قوة القاهرة في هلاك محل الإلتزام الأصلي يبقى الشرط الجزائي قائما في حدود ما تقرر من مسؤولية المدين عن ذلك.

[1] راجع نص المادة213 من القانون المدني الجزائري.
[2] نجاري عبد الله، المرجع السابق،ص73.
[3] راجع نص المادة 184 من القانون المدني الجزائري.

2) **من حيث التنفيذ:** يجب على المدين في الإلتزام التخييري أن يقدم بصفة نهائية محل الإلتزام الذي اختاره لتنفيذ إلتزامه و لا يمكنه أن ينفذ جزءا منه و يكمل الباقي بأداء أخر، أما في الشرط الجزائي إذا نفذ المدين جزء من إلتزامه عينيا يجوز تكميل تنفيذ بقية الإلتزام من الشرط الجزائي و هذا ما يستخلص من نص المادة 184 مدني جزائري و التي قضت بتخفيض الشرط الجزائي متى نفذ المدين جزء من إلتزامه الأصلي.

3) **من حيث الإختيار في التنفيذ:** في الإلتزام التخييري يكون كقاعدة عامة للمدين خيار الأداء الذي يريد به تنفيذ إلتزامه ما لم يتفق على غير ذلك، و ذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 213 مدني جزائري، بينما في الشرط الجزائي الأصل أن يطالب الدائن بالإلتزام الأصلي، لكن في حالة عدم قيام المدين بالتنفيذ العيني و إذا كان هذا الأخير مازال ممكنا، للدائن وحده أن يختار بين مواصلة المطالبة بالتنفيذ العيني و لو جبرا على المدين أو الإكتفاء بمبلغ الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ، و لا يجوز للمدين أن يرغم الدائن على قبول الشرط الجزائي بدلا من التنفيذ العيني الذي هو ممكن. و على ضوء هذه الفوارق فإن الشرط الجزائي لا يعتبر التزاما تخييريا.

المطلب الثالث: خصائص الشرط الجزائي

يستخلص من التعاريف التي أعطاها الفقه للشرط الجزائي أنه يتميز بخصائص و التي سوف نحاول التطرق إليها بشكل من التفصيل وذلك من خلال فروع ثلاث الأول على أنه اتفاق على تقدير التعويض، والثاني أنه تعويض جزائي و طريقة احتياطية و أخيرا على أنه إلتزام تابع.

الفرع الأول: الشرط الجزائي اتفاق تقدير التعويض

أشارت إلى ذلك المادة 183[1] مدني جزائري بقولها " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في إتفاق لاحق و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 "، و يستخلص من نص المادة أن الشرط الجزائي يبنى على إرادة المتعاقدين

[1] راجع نص المادة 183 من القانون المدني.

و هذا أساسه النظام القانوني و الفلسفي و لا يمكن تصور شرط جزائي مصدره القانون، فالجزاءات القانونية لا علاقة لها بهذا النظام القانوني و إن كانت ترمى إلى نفس أهداف الشرط الجزائي، و تتجلى الإرادة كمصدر للإلتزام في شكلين هما العقد و الإرادة المنفردة و سوف نتطرق لذلك من خلال تناولنا للشرط الجزائي الذي مصدره العقد ثم الشرط الجزائي الذي مصدره الإرادة المنفردة[1].

أولا: الشرط الجزائي العقدي

قد يندرج الشرط الجزائي في ذات العقد المتضمن للإلتزام الأصلي أو في إتفاق لاحق على هذا العقد.

1- في العقد الأصلي: غالبا ما يدعم الأطراف العقد المتضمن للإلتزام الأصلي بشرط جزائي يستحق عن عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ. و يتميز الشرط الجزائي عن بقية الشروط الأخرى في كونه طريقه لحل الرابطة العقدية بين الطرفين في حالة إخلال المدين بالعقد، بينما تتعلق الشروط الأخرى للعقد بإبرام العقد و تنفيذه، و هذا ما دفع بعض الفقهاء إلى تسمية العقد الأصلي المتضمن الشرط الجزائي بالعقد المختلط. و لهذا يتبادر إلينا التساؤل التالي، هل يشترط القانون شكلا معينا في هذا الشرط؟ لم يقيد القانون الأطراف بأي شكل خاص و كل عبارة تفصح عن اتجاه نية الأطراف إلى إدراج الشرط الجزائي في العقد فهي مقبولة، و مع ذلك فإن الشكل الذي قد يتطلبه العقد الأصلي يلحق الشرط الجزائي لكن يرجع ذلك إلى خاصية أخرى هي خاصية التبعية [2].

2- في إتفاق لاحق: قد يتضمن العقد الأصلي شرطا جزائيا و يعمد المتعاقدان إلى إدراجه في إتفاق لاحق على العقد و يلجأ الأطراف إلى هذه الطريقة نتيجة ظروف قد طرأت بعد إبرام العقد الأصلي، و إذا كان هذا مقبولا من الناحية النظرية فلا يمكن تصوره من الناحية العملية إلا إذا كان الدائن في مركز قوة في علاقته مع المدين، إذ لا يمكن في غير هذه الحالة إجبار المدين على عدم الإلتزام الأصلي بعد إبرامه. فإذا كانت هذه الطريقة نتيجة

[1] نجاري عبد الله، المرجع السابق،ص37.
[2] نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص38/37 .

ظروف تطرأ بعد إبرام العقد الأصلي صحيحة فما هو أثر الإجراءات الشكلية للعقد الأصلي على الإتفاق اللاحق يا ترى؟ باعتبار الشرط الجزائي التزاما تابع فإنه يتبع الإلتزام الأصلي من حيث الشكل فلو كان الإلتزام الأصلي واردا في عقد رسمي وجب أن يكون الإتفاق اللاحق المتضمن الشرط الجزائي رسميا كذلك.

ثانيا: الشرط الجزائي الصادر بإرادة منفردة:

لقد سبق و أن أشرنا إلى أن قوام الشرط الجزائي الإرادة المتبادلة للأطراف، إذن الإتفاق هو المصدر الطبيعي الرئيسي للشرط الجزائي، لكن هل يمكن تصور شرط جزائي صادر من جانب واحد؟ يرى بعض الفقهاء[1] أنه يمكن تصور قيام شرط جزائي من جانب واحد وأعطوا في ذلك تطبيقين سوف نحاول التطرق لهما في شكل من الإيجاز حيث ردوا الأول إلى كون الشرط الجزائي المدرج في إيجاب، و شرط جزائي مدرج موجه للجمهور.

1- **الشرط الجزائي المدرج في إيجاب:** قد يصدر الموجب إيجابا و يضمنه شرطا جزائيا كجزاء لعدوله، هنا يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان لا يتضمن أجلا للقبول فالأمر لا يثري أي أشكال و لا يمكن للموجب العدول عن إيجابه في أي وقت مادام لم يصدر القبول، و يترتب على ذلك سقوط الشرط الجزائي لأن هذا الأخير لا يحدث أثره إلا بعد القبول.

الحالة الثانية: إذا تضمن الإيجاب أجلا لصدور القبول فلا يمكن للموجب العدول عن إيجابه إلا بعد إنقضاء المدة المحددة لذلك، فإذا عدل الموجب قبل إنتهاء الآجل المحدد لإصدار القبول جاز للمرسل إليه أن يطالب بالشرط الجزائي.

2- **الشرط الجزائي المدرج في إيجاب موجه للجمهور:** يمكن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما لم يصدر القبول، و لكن إذا صدر القبول يحدث الشرط الجزائي المتضمن في الإيجاب كل أثره بإعتباره إتفاق، و لكنه إتفاق إستثنائي لأنه يتطرق على خروج القواعد العامة في تقدير التعويض.

[1] يرى بعض الفقهاء أن الشرط الجزائي لا يعتبر شرطا عقديا مثل الشروط الأخرى بل هو اتفاق يجرد القاضي من بعض سلطاته، كاربونيه، المرجع السابق ص543،عبد الله نجاري ،المرجع السابق،هامش ص39.

الفرع الثاني: الشرط الجزائي تقدير جزافي

لقد مر بنا أن الشرط الجزائي إتفاق مسبق على تقدير التعويض حيث أن الأطراف بإرادتهم يحددون بصفة مسبقة المبلغ الذي يدفعه المدين في حالة إخلاله بإلتزامه أو عند تأخره في تنفيذه.

و قد أبرز الفقه أن هذا التقدير يتميز بطابع جزافي و في هذا الصدد يرى الأستاذان **بودري لاكنترى و بارد Baudry Laconteri et Barde**[1] أن الشرط الجزائي ما هو إلا تقدير جزافي للتعويضات التي تستحق لعدم التنفيذ أو التأخير فيه.

كما يرى الأستاذ **جاكو ميته** "أن الشرط الجزائي بإعتباره تسوية إتفاقية يحدد بصفة مسبقة و جزافية قيمة التعويض" يؤكد الأستاذ **هيك Huc**[2] نفس المعنى إذ يقرر أن هدف الشرط الجزائي هو تحديد بصفة مسبقة و جزافية للتعويض و أخيرا يرى الأستاذ **ماريانى** أن ما يميز الشرط الجزائي و ما يزيد من قيمته و أهميته ثباته و بمعنى أخر طابعه الجزافي للتعويض.

يترتب على كون الشرط الجزائي تقديرا جزافيا للتعويض، أنه لا يمكن للقاضي أن يقضي هذا التقدير بزيادته أو نقصه.

و كان القانون المدني الفرنسي سنة 1804 قد تبنى مبدأ عدم تعديل الشرط الجزائي بعبارة أخرى مبدأ ثبات الشرط الجزائي حيث نصت المادة 1152 على ما يلي: " عندما يتضمن إتفاق أن من يخل بالتزامه يدفع مبلغا على سبيل التعويض لا يمكن للطرف الآخر طلب زيادة أو نقص" و بالرغم من صدور قانون جديد 09 يوليو 1975 عدلت بموجبه أحكام

---

[1] راجع :

Baudry lacanteri et bard: traité les obligations, tome 2, 8eme ed page 635, N° 1343.

نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص 40.

[2] راجع:

Huc :commentaire de paris ,tome 7, page 468, N° 366.

نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص 40.

الشرط الجزائي في فرنسا حيث أضافت فقرة ثانية للمادة 1152 و التي جاءت بقولها " غير أنه يجوز للقاضي تخفيض أو زيادة الشرط الجزائي المنفق عليه إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو ثانيها و كل إتفاق يخالف ذلك يعد باطلا ".

بمقتضى هذه الفقرة أصبح بإمكان القاضي أن يمارس رقابة قضائية على الشرط الجزائري فإن هذه السلطة لم تقضي على الطابع الجزافي للشرط الجزائي كما يعتقد البعض، لأن المبلغ المتفق عليه في حالة إخلال المدين بالتزامه هو المستحق و لا يمكن للقاضي أن يحبسه إلا إذا كان مبالغا في تقديره أو بالعكس كان تافها و سوف نأتي في شكل من التوسع في دراسة السلطة الموكلة للقاضي، و هذا بالنسبة للقانون الفرنسي أما القانون الجزائري فنجده قد دعم هذا الطابع الجزافي للشرط الجزائي و ذلك لمنعه المطالبة بزيادة الشرط الجزائي المتفق عليه إلا في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم و هذا ما نجده عند إستقراء نص المادة 185 مدني جزائري بقولها "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد إرتكب غشا، أو خطأ جسيما[1].

الفرع الثالث: الشرط الجزائي طريق احتياطي

إن التنفيذ العيني للشرط الجزائي التزام سواء وقع باختيار المدين أو جبر عليه يجب أن يكون كاملا أي يجب أن يتم وفقا للأوضاع و الشروط المتفق عليها في العقد، فإذا وقع التنفيذ غير كامل إما لأن المدين لم ينفذ إلا تنفيذا جزئيا أو معيبا و إما لأن التنفيذ كان متأخرا، فإن هذا التنفيذ قد يؤدي إلى إختلال الرابطة العقدية. و قد عالج القانون هذه الحالة بوسيلة قانونية مقتضاها أن يحكم القاضي بالتعويض وفقا لأحكام المسؤولية العقدية من هنا تبرز الصفة الإحتياطية للشرط الجزائي فبإعتباره تعويضا لا يجوز المطالبة به أو إعماله إلا ذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن، و يبرز هذا الطابع الاحتياطي بصورة أكثر وضوحا في حالة ما إذا كان التنفيذ العيني ممكنا إذ لا يمكن للدائن عندئذ أن يجمع بين التنفيذ

[1] راجع المادة 185 من القانون المدني الجزائري.

العيني و الشرط الجزائي، إلا إذا كان مقررا للتأخير في التنفيذ، و هذا تقضي به المادة 2/1229 مدني فرنسي السالفة الذكر.

غير أن وجود شرط جزائي في العقد لا يمنع الدائن من المطالبة بالتنفيذ العيني و هذا ما تقضي به المادة 1228 [1]مدني فرنسي للدائن أن يطالب المدين المعذر بتنفيذ لإلتزام الأصلي بدلا من المطالبة بالجزاء.

و يتبين لنا مما تقدم أن الطابع الاحتياطي للشرط الجزائي يثير مسألتين هما مبدأ عام الجمع بين الإلتزام الأصلي و الشرط الجزائي، و أن و حق المدين في الخيار بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي.

أولا: مبدأ عدم جمع بين الالتزام الأصلي و الشرط الجزائي:

1- **المبدأ العام:** تهدف قاعدة عدم جواز الجمع بين الأصل و الجزاء ألا يكون الشرط الجزائي وسيلة استغلال من طرف أحد المتعاقدين لذا قررها القانون المدني الفرنسي الذي اعتبر الشرط الجزائي تعويضا بموجب الفقرة الأولى من المادة 1229 و منع الجمع بين الإلتزام الأصلي و التعويض في صدد الفقرة الثانية من نفس المادة. و قد ذكر الفقه و القضاء[2] الفرنسي في بعض أحكامه بهذه القاعدة و أخذت بها معظم التشريعات و على سبيل المثال نص القانون المدني الإيطالي في المادة 1212 [3] على ما يلي: " الشرط الجزائي هو تعويض الدائن عما لحقه من ضرر بسبب عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي و لا يجوز للدائن أن يطلب الأصل و الجزاء معا إلا إذا كان الشرط قد تقرر لمجرد التأخير ".

كما تبنى القانون الألماني هذه القاعدة في المادة 340 التي قضت بأنه " إذا تعهد المدين بشرط جزائي في حالة عدم تنفيذ التزامه يجوز للدائن أن يطلب الجزاء بدلا من التنفيذ. إذا

---

[1] تنص المادة1228 مدني فرنسي على ما يلي:
" le créancier au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, pour poursuivre l'exécution de l'obligation principale ".

[2] حكم محكمة باريس في 1940/12/18، المنشور في داللوز الأسبوعي، 1940، ص365 ، نجاري عبد الله المرجع السابق،هامش ص43.

[3] راجع المادة 1212 من القانون المدني الايطالي، وقد اقتبسنا النص من مرجع ماريني السابق الإشارة إليه، ص82.

أعلن الدائن للمدين أنه يطلب الشرط الجزائي فلا يمكنه المطالبة بالتنفيذ العيني". و يلاحظ هنا أن القانون الألماني قد يسمح للدائن أن يطالب بالشرط الجزائي حتى لو كان التنفيذ العيني ممكنا و لكن في هذه الحالة يتعين عليه أن يتنازل عن التنفيذ العيني و ذلك حتى لا يجمع بينهما و هكذا يختلف القانون الألماني عن القانون الفرنسي و الإيطالي اللذين لم يسمحا بالمطالبة بقيمة الشرط الجزائي متى كان التنفيذ العيني ممكنا.

2- **الاستثناءات على القاعدة العامة:** لقد أوردت المادة 2/1229 مدني فرنسي استثناء على القاعدة عدم جواز الجمع و هناك استثناء ثاني اقترحه بعض الفقهاء.

أ) **الاستثناء الأول:** يمكن الجمع بين الأصل و الجزاء متى كان هذا الأخير مقرر للتأخير و هذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 1229 مدني فرنسي بقولها " لا يمكنه – أي الدائن– طلب الأصل و الجزاء إلا إذا كان مقرر للتأخير. إذن في حالة التأخير في تنفيذ الإلتزام يمكن للدائن أن يجمع بين التنفيذ العيني لهذا الإلتزام الأصلي وقيمة الشرط الجزائي المقرر للتأخير في تنفيذ ذلك الإلتزام. و قد رأى بعض الفقهاء أن الفقرة الثانية من المادة 1229 لا تعتبر استثناءا حقيقيا على قاعدة عدم جواز الجمع بين الأصل و الجزاء و يستند هذا الرأي إلى الاختلاف الطبيعي الموجود بين الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ و الشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ، فالضرر المترتب على التأخير في التنفيذ يختلف تماما عن ذلك المترتب عن جراء عدم التنفيذ، لهذا فإن مطالبة الدائن بالتنفيذ العيني للإلتزام الأصلي بالإضافة إلى الشرط الجزائي المقرر للتأخير فلا يعتبر هذا جمعا، لذا لا يمكن إعتبار الفقرة الثانية من المادة 1229 إستثناء. وكما رأى الأستاذ نجارى عبد الله أن هذا الرأي على قدر من الصواب لأن قاعدة عدم جواز الجمع المقصود في الفقرة الأولى من المادة 1229 مبينة على أن الشرط الجزائي يحل محل التعويض[1] الذي كان يحكم به القاضي في حالة عدم التنفيذ فالشرط الجزائي كتعويض يعادل إذن قيمة عدم التنفيذ العيني

[1] راجع مارياني،المرجع السابق،ص118، نجاري عبد الله، المرجع السابق، هامش ص45.

و بالتالي على الدائن أن يكتفي بإحداهما و لا يجوز له أن يجمع بينهما و إلا كان مثريا بغير سبب مشروع .

ب) **الاستثناء الثاني:** لا تعتبر قاعدة جواز الجمع في نظر بعض الفقهاء من النظام العام، و يمكن للأطراف الإتفاق على مخالفتها و ذلك باتفاق يقضي بالجمع بين الإلتزام الأصلي و الجزاء و لكن يجب توفر شرطين هما:

– يجب أن يكون الشرط الجزائي مقرر لعدم التنفيذ حيث لو كان مشترطا للتأخير فلا داعي للاتفاق إلا أن القانون يجيز في هذه الحالة الجمع.

– يجب أن يكون هناك إتفاق بين الطرفين يقضي بتطبيق قاعدة الجمع بين الأصل و الجزاء، ويمكن أن يكون هذا الإتفاق صريحا أو ضمنيا و في هذه الحالة الأخيرة يجب البحث عن نية الأطراف و هذه المسألة في الواقع من اختصاص قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض.

ثانيا: حق الدائن في الخيار بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي

1- **الشرط الجزائي و التنفيذ العيني:** إن المتفق عليه أن الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ لا يحول دون مطالبة الدائن بالتنفيذ العيني للالتزام الأصلي فله أن يختار بينهما [1].

يرى بعض الفقهاء[2] أن حق الخيار هذا مستمد من القواعد العامة حيث يمكن للدائن أن يطلبه – بدلا عن التعويض– بتنفيذ الإلتزام عينا، في حين يرى البعض الأخر أن هذا الحق ينتج عن الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.

2- صيغة حق خيار الدائن بين التنفيذ العيني للإلتزام و الشرط الجزائي.

لذلك اقترح الفقه نظريتان في تحديد صيغة حق الخيار هذا:

أ/ **النظرية الأولى:** يرى بعض الفقهاء أن للدائن مطلق الحرية في الاختيار بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي و يستند هؤلاء الفقهاء على نص المادة 160 من قانون الالتزامات

[1] راجع مبدأ عدم الجمع بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي ص 43 ،نجاري عبد الله المرجع السابق ،هامش ص46.

[2] راجع:

Laurent :droit civil fraçais16, 3eme ed, page 444.

نجاري عبد الله، المرجع السابق، هامش ص47.

السويسري التي تنص على ما يلي " إذا كان الجزاء مشترطا لعدم التنفيذ أو التنفيذ الناقص، للدائن أن يطلب التنفيذ أو الجزاء ما لم يكن هناك اتفاق يخالف ذلك ".

ب/ النظرية الثانية: اتجه رأي أخر إلى القول أن حق الدائن في الاختيار ليس مطلقا بل هو مقيد لأنه إذ لم يرفض المدين التنفيذ العيني للالتزام لأصلي لا يمكن للدائن أن يطالب بالشرط الجزائي بدلا من التنفيذ العيني و لا يمكنه إرغام المدين على ذلك.

و تعتبر النظرية الثانية أكثر صوابا من الأولى ففي نظرنا لو كان للدائن مطلق الحرية في الاختيار بين المطالبة بالتنفيذ العيني و الشرط الجزائي لكنا بصدد التزام تخييري و الشرط الجزائي ليس التزام تخييري.

الفرع الرابع: الشرط الجزائي التزام تابع

لقد أشرنا سابقا أن الشرط الجزائي اتفاق على تقدير التعويض الذي سيحققه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره في ذلك و من هذا نستخلص أن الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي لا يكون له وجود بدونه و بقاء بعده. و على هذا الأساس يبطل الشرط الجزائي إذا كان الالتزام الأصلي باطلا و إن كان بطلان الشرط الجزائي لا يؤدي – على العكس– إلى بطلان الالتزام الأصلي و هذا ما قررته المادة 1227 مدني فرنسي[1] لذا وجب دراسة نظرية البطلان في مجال الشرط الجزائي.

يمكن طرح مسألة بطلان نظام قانوني معين بطريقتين، فإما أن يكون النظام القانوني المحدد باطلا لأنه يخالف الأحكام العامة و التي يكون جزاء مخالفتها بطلان التصرف مهما كانت طبيعته، و إما يكون إبطال النظام القانوني إذا خالف القواعد العامة التي تحكمه، و هذه الأفكار تؤدي بنا إلى تناول نظرية بطلان الشرط الجزائي طبقا لخاصية التبعية.

[1] نص المادة 1227 مدني فرنسي على ما يلي:

" la nullité de l’obligation principale entraine celle de la clause penale.la nullité celle-ci n’entraine point celle de l’obligation principale " .

نجاري عبد الله، المرجع السابق،هامش، ص49.

أولا: بطلان الشرط الجزائي حسب القواعد العامة

نقصد بطلان الشرط الجزائي حسب القواعد العامة الحالات التي يبطل فيها الشرط الجزائي لأسباب تتصل بطابعه التعاقدي، و أسباب البطلان هنا هي نفس أسباب البطلان طبقا للنظرية العامة في العقود، و الشرط الجزائي اتفاق سواء كان ضمن العقد الأصلي و يظهر هنا كشرط أو كان مقررا باتفاق لاحق.

و من بين الأسباب بطلان الشرط الجزائي سبب نقص أهلية المتعاقدين أو بسبب عيب من عيوب الإدارة حيث تكون إرادة أحد الطرفين مشوبة بأحد عيوب الإرادة المعروفة في القواعد العامة و في هذه الحالة يكون العقد قابلا للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب و عيوب الإرادة هي الغلط، الإكراه، التدليس و الغبن الاستغلالي.

ثانيا: بطلان الشرط الجزائي طبقا لخاصية التبعية

لقد أجمع الفقه[1] على أن بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي و العكس غير صحيح و مع ذلك أورد بعض الفقهاء على هذه القاعدة استثناء أحدهما يقضي ببقاء الشرط الجزائي صحيحا رغم بطلان الالتزام الأصلي و الآخر يقضي بأن بطلان الشرط الجزائي يؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي فإذا كانت القاعدة العامة تقضي بأنه في جميع الأحوال التي يكون فيها الالتزام الأصلي باطلا يبطل أيضا الشرط الجزائي، و ذلك باعتباره التزاما تابعا يتأثر بجميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصلي، دون بطلان الالتزام العيني في الشرط الجزائي لا يؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي و ذلك طبقا لقاعدة الفرع يتبع الأصل و ليس العكس.

إلا أنه كما يقال لكل قاعدة إستثناء و الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة العامة هي:

- ✓ صحة الشرط الجزائي رغم بطلان الالتزام الأصلي نقصد بهذا أنه يوجد حالات يكون فيها الشرط الجزائي صحيحا رغم بطلان الالتزام الأصلي و من تطبيقاته، بيع ملك الغير.

[1] راجع عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق،ص861 ،نجاري عبد الله، المرجع السابق،هامش ص53.

✓ بطلان الشرط الجزائي يؤدي إلى بطلان الالتزام الأصلي و في هذه الحالة يؤثر الشرط الجزائي على الالتزام الأصلي بحيث يؤدي لبطلانه و هنا يبطلان معا[1].

و في الأخير نقول أن لشرط الجزائي كالتزام تابع للالتزام الأصلي يتبع هذا الأخير في جميع أحكامه و يبطل متى أبطل الالتزام الأصلي و العكس صحيح. و بهذا نكون قد أتينا على نهاية هذه الخصائص المميزة للشرط الجزائي، و مما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن من بين هذه الخصائص كلها خاصية الاتفاق هي التي يمكن أن تتأثر بالظروف الاقتصادية و الاجتماعية خاصة في عصرنا هذا الذي يتميز بتدخل متزايد للدولة في النشاط الاقتصادي و التحكم فيه فإن الطابع التعاقدي للشرط الجزائي قد يتأثر بهذه الظروف لكن طابعه الاحتياطي و الجزافي و التبعي يبقى قائما، و على ضوء هذه الخصائص يمكن أن نبين نطاق تطبيق هذا الشرط في العقود التجارية و هذا ما سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: مجال تطبيق الشرط الجزائي في العقود التجارية وشروط استحقاقه

بعدما تعرضنا لسياق أحكام الشرط الجزائي من مفهوم و خصائص من خلالها ميزنا الشرط الجزائي عما يشابه سنحاول من خلال هذا المبحث دراسة نطاق تطبيق الشرط الجزائي في بعض العقود التجارية حيث سنقسمه إلى ثلاث مطالب الأول تحت عنوان أهم أنواع العقود التجارية و الثاني سنتناول فيه مجال تطبيقه إلى مطلب ثالث نبين من خلاله شروط استحقاقه.

المطلب الأول: أهم أنواع العقود التجارية

من خلال هذا المطلب سوف نحاول إعطاء تعريف لمصطلح العقود التجارية و حيث نبين من خلالها نقاط الإلتقاء بينه و بين العقود المدنية و ما يتميز به العقد التجاري ليمتد إلى الصعيد الدولي فكما أشرنا سابقا أن تطبيقات الشرط الجزائي غالبا ما تكون في العقود التجارية خاصة في العقود التجارية التي تبرم بين الدول أي عقود التجارة الدولية.

يرى بعض الكتاب و الفقهاء أن مصطلح العقود التجارية ليس دقيقا بسبب أنه يتضمن نفس أركان العقود المدنية بينما لا تختلف عن عقود البيع كثيرا إلا ببعض الأجزاء التفصيلية، كعدم التقيد بكتابتها أو عناصر لا تدخل بتكوين العقد كالقصد في إبرامها، وكذلك بسبب

[1] نجاري عبد الله،المرجع السابق،ص54-56.

الاختلاف في محل العقد وقد لا تختلف عن العقود غير التجارية في المحل و إنما في أطراف العقد ، كما لو أبرم عقد مدني بين تاجرين فالعمل التجاري بالتبعية وبالتالي يعد العقد تجاريا بالنظر لالتزام بين أطرافه، كذلك تعد تجارية جميع العقود التي يكون محلها خاضعا لشروط العمل التجاري أو أحد أنواع الأعمال التجارية المنصوص عليها في المواد 2،4 من القانون التجاري جزائري[1] .

كما لم تغفل نظرية العقود مسألة تطبيق العقود في مجال القانون التجاري، التي تتمثل فيها العقد بتوافر إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر قانوني ذو طبيعة مدنية أم تجارية أم إدارية، ومنذ عشرات السنين كتب صاحب **مرشد الحيران** بقوله بأن " العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر آثره في المعقود عليه " أي أن العقد أينما يوجد الالتزام فهو بمثابة الأداة القانونية والقوة الملزمة المنظمة لهذا الالتزام ومهما بلغ الجدل حول مفهوم العقد التجاري، فكما يرى الأستاذ **عمر سعد الله** أنه " مجموعة التصرفات القانونية الاتفاقية التي تجري بين أطراف متصلة بالقانون الخاص[2] معاملات تجارية قد تصل إلى الدولية بينهم " .

فهو بهذا الوصف مصطلح يتعلق بعقد دولي ينظم عمليات البيع الدولي (بيع و شراء) كبيع سلعة أو منتجات كبيع مصانع أو أخشاب أو وقود.

وبذلك يكون قانون التجارة الدولية قد عرف العقد التجاري الذي يرى العديد من المؤلفين انه اتفاق دولي، ذو طابع تجاري أو مدني ينظم علاقات يحكمها القانون الخاص.

والمسالة التي تبقى موضع جدل هي تكوين هذا العقد، وفي الواقع انه يكون عندما تتحد إرادتا طرفي العقد أي عندما يقول احد الطرفين" أقدم لك هذا العرض" ويجيب الآخر " أقبل به " ومن ثم لا يمكن استبعاد أي عقد من صورة عقد تجارة دولية إذ ما التقت إرادتا صاحب السلعة والمشتري ويسمح الالتزام بينهما باستخدام أو نقل سلعة، ذلك ان العقد في مجال قانون التجارة الدولية عبارة عن عقد دولي تتوافق فيه إرادتين أو أكثر على إحداث اثر

[1] سمير جميل حسين الفتلاوي،العقود التجارية الجزائرية،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر1994،ص1ص3.
[2] عمر سعد الله،قانون التجارة الدولية،النظرية المعاصرة، دار هومة، الطبعة الأولى الجزائر2009،ص176.

قانوني ذو طبيعية معينة بشان البيع والشراء، وبالتالي فالعقد يوجد أينما وجد الالتزام بين أفراده ومؤسساته التجارية والاقتصادية ذات الطبيعة التجارية،فالعقد هنا بمثابة الأداة القانونية والقوة الملزمة المنظمة للالتزام في مجال بيع سلعة أو خدمة معينة.

ان للعقد التجاري وخاصة الدولي مميزات تجعله ينفرد عن غيره من العقود وهذه المميزات تكمن في كونه عقد نموذجي وان أمكن تعدد نماذج العقود التي تعالج بيع سلعة واحدة بحيث يتبنى المتعاقدون الشكل الذي يروق لهم ويتفق مع ظروف تعاقدهم.

- ميزة الشروط العامة:

يأخذ عقد التجارة الدولية شكل الشروط العامة، التي هي في مجموعها تمثل قانونا خاصا يحكم كافة جوانب العقد دون الحاجة إلى قانون المشرع.

- ميزة سلطان الإرادة:
- يقوم أي عقد من عقود التجارة الدولية بين طرفيه على أساس الحرية التامة المعبر عنها عادة بمبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما أكده القانون الجزائري في المادة[1]18 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 بقولها " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ".
- ميزة الاتفاق على البيع:

يتسم عقد التجارة الدولية بان محله يتعلق دائما ببيع دولي لمنتوج معين،أي أن محل هذا العقد هو القيام ببيع سلعة على المستوى الدولي.

- ميزة الخضوع لإرادة المتعاقدين:

[1] نص المادة18 من القانون المدني الجزائري.

لا يخضع عقد التجارة الدولية لأي أحكام دولية يكون مصدرها النظم القانونية الوطنية أو القانون الدولي العام بل تخضع لإرادة جماعة من المتعاملين على النطاق الدولي تقوم بمزاولة المبادرة الدولية[1].

فبما أن التجارة تتصف بالسرعة والائتمان، فقد اكتسبت أهمية كبيرة نتيجة لذلك تتمثل في توفير الحاجات الضرورية من استهلاكية وغذائية ومعدات بصورة سريعة وهذا ما يوفر لكل من المستهلك والمنتج تحقيق هدفه، وقد يشارك القطاع الخاص بذلك ولكنه مقيد بالتحديد المذكور كما هو الحال في الجزائر.

فإذا كانت الدولة هي المنتج، فالتجارة تساهم في السرعة المتناهية في توزيع البضائع، مما يؤدي إلى التطور الاقتصادي الوطني وبالتالي التطور الاجتماعي والسياسي.

يمكن أن نصنف هذه العقود التجارية إلى صنفين بحسب حداثتها:

العقود التجارية الكلاسيكية، والتي تتمثل بالأساس في عقد البيع و النقل والاتفاقيات الدولية والأعراف التجارية الدولية.

الفرع الأول: عقد البيع

عرفه المشرع من خلال نص المادة 351[2] مدني جزائري بقوله " البيع عقد يلتزم بمقتضاه أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي "، وهي نفس المادة المنقولة من المادة418 من القانون المدني المصري.

وبهذا نجد أن القانون التجاري لم يتضمن نظرية عامة عن البيع التجاري أو أنواع البيوع التجارية عدا الأحكام المتعلقة ببيع المحل التجاري و الإجراءات المتعلقة بالقيد في السجل التجاري وذلك بسبب أهمية المحل التجاري [3].

[1].عمر سعد الله،المرجع السابق،ص161.
[2] نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري.
[3] سمير جميل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص8.

وبما أن القانون التجاري الجزائري لم يتضمن أحكاما خاصة بالبيوع التجارية ولكنه أشار إليها في المادة الثانية[1] في فقرتها 12 بقولها " مقاولة بيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة "، في حين نص القانون المدني على بعض الأنواع .

أنواع البيوع كالبيع بالعينة و بالتجزئة أو بالموافقة و غيرها. أما بالنسبة لبعض أنواع البيوع التجارية فنجد البيع بالمزاد العلني بيع بالمذاق، بيع بالعينة أو بالنموذج، البيع بشرط التجربة و غيرها من أنواع البيوع التجارية.

ولذلك كان من المقرر قانونا، انه متى اخل احد طرفي العقد بتنفيذ التزامه فانه يجوز للطرف الآخر، ان يتمسك بأحد الجزاءات الأصلية مثل: التنفيذ العيني، وإنقاص الثمن وهو جزاء قد يتمسك به المشتري قبل البائع، أو قد يطلب البائع إلزام المشتري بتحديد مواصفات البضاعة محل البيع على انه من حق أحد الطرفين أيضا ان يتمسك بتطبيق جزء تكميلي وهو طلب التعويض عن الأضرار التي تلحقه من جراء الإخلال بالعقد[2]، و الأصل أن يكون التعويض قضائيا كما يمكن ان يكون التعويض اتفاقيا وهذا ما يعرف بالشرط الجزائي الذي يخضع لإرادة الأطراف.

الفرع الثاني:عقد النقل

للنقل أهمية كبيرة إذ ساعد على تطور التجارة بصورة هائلة و جعل المسافات تقترب و وضع الوسائل الكفيلة للاتصال بالتجارة و الدول الأخرى فهو ساعد على تداول السلع و الخدمات فضلا عن دوره الحيوي في التجارة لذلك. فقد نصت المادة 36 من قانون التجاري على أن " عقد النقل اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولى بنفسه نقل شخص أو شيء إلى مكان معين ".

و بما أن عقد النقل التزام بين طرفين فهو يولد التزامات تعاقدية بينهما حيث تقع على عاتق كل منهما فإذا تخلف أحدهما ترتب على ذلك مسؤولية عقدية.

---

[1] راجع نص المادة 2 من القانون التجاري الجزائري.

[2] محمود سمير الشرقاوي،العقود التجارية الدولية،دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع،الطبعة الثانية 2002، دار النهضة العربية،القاهرة، ص209،208.

ومن الملاحظ ان هذا النوع من الشروط التعاقدية كالشرط الجزائي مستمد من العادات والأعراف الدولية لم يجد مجاله بشكل كبير في هذا النوع من العقود الكلاسيكية وإنما يتجسد أكثر في العقود التي مصدرها الاتفاقيات الدولية والأعراف التجارية الدولية وأهمها:

أولا: الصيغ الدولية التجارية المقننة فهي تهدف لإقامة قواعد دولية توضح المعنى الحقيقي لأهم العبارات في إبرام العقود الدولية التجارية فإدراج مثل هذه البنود- كشرط جزائي- يزيد من دقة تحديد الواجبات المتبادلة للأطراف[1] .

وكان أول ظهور لهذه الصيغ سنة1919 في الولايات المتحدة الأمريكية،وعلى العموم هذه الصيغ كالتالي: عقد التسليم في المصنع، التسليم في ميناء الشحن،التسليم على ظهر السفينة،التسليم في ميناء الوصول،التلسيم في مطار الوصول.

ثانيا :عقود نقل التكنولوجيا[2]

إن الإخلال بالالتزامات التعاقدية قد لا يجد مجالا اكبر من هذا النوع من العقود ليتجسد فيه لاسيما أنها في متطلبات الاقتصاد العالمي الجديد تهدف بالأساس إلى نقل المعلومة والمعرفة الفنية أكثر من نقل السلعة أو الخدمة وبالتالي من يملك المعرفة يملك السوق، ولتفادي عدم النقل والمعرفة وجب الاستعانة بالشرط الجزائي على أساس ان الطرفين هما أكثر من يقدر قيمة الخسارة التي تلحق المتعاقد من عدم القيام بالتزام نقل المعرفة وقد يأخذ هذا النوع عدة صور أهمها: عقد تسليم المفتاح، عقد تسليم في المصنع، عقد فرنشيز(عقد الامتياز التجاري).

المطلب الثاني: مجال تطبيق الشرط الجزائي

يحصر الفقهاء عادة نطاق الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية و ذلك لكون قواعد المسؤولية العقدية يجوز تعديلها إما بالتخفيف أو التشديد بينما لا يمكن ذلك في المسؤولية التقصيرية بإعتبار قواعدها من النظام العام. غير أن رأيا آخر قد سلم بإمكانية تصور الشرط

[1] محمودي مسعود،أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة أولى ،الجزائر،2006،ص66.
[2] عمر سعد الله،المرجع السابق،ص197.

الجزائي في كل من المسؤولية العقدية و التقصيرية على حد سواء[1] و نقسم هذا الموضوع إلى فرعين نخصص الفرع الأول للشرط الجزائي في المسؤولية العقدية و الثاني للشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية.

الفرع الأول: الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية

اتجه غالبية الفقه إلى القول أن النطاق الطبيعي للشرط الجزائي هو المسؤولية العقدية و هذا المجال معترف به بنص صريح في القانون الجزائري حيث تنص المادة 183 مدني جزائري على ما يلي: "يجوز للمتعاقدين أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق " و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181.

و بما أن هناك صلة وثيقة بين التنفيذ العيني والمسؤولية العقدية لذا يجدر بنا على ضوء موضوع التنفيذ العيني تحديد نطاق الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية و بعد ذلك نورد تطبيقات للشرط الجزائي في بعض العقود.

أولا: نطاق الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية

لقد أشرنا في السابق أن المسؤولية العقدية هي جزاء عدم التنفيذ العيني و هذا ما يستخلص من نص المادة 176[2] مدني جزائري التي تنص أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بالتعويض".

مما تستلفت النظر في مجال التنفيذ العيني أن القانون قام بعرض دقيق لمختلف صور الإلتزام مبينا موضوع التنفيذ في كل منها و وسيلة تنفيذه.

و سنعرض لكل صورة من صور الالتزام لتبين مدى إمكانية استعمال الشرط الجزائي و فعاليته.

---

[1] راجع مازو وتنك، المرجع السابق، ص785، رقم 2641 حيث يعبران بما يلي:

" Rien n'empêche le futur responsable et la victime éventuelle de modifier voir de supprimer la responsabilité délictuelle ".

نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص96.

[2] راجع المواد: 176 إلى 181 المتعلقة بالتعويض بمقابل من القانون المدني الجزائري.

1) الصورة الأولى: الالتزام بإعطاء

أول صورة تعرض لها القانون هي الإلتزام بإعطاء أي الإلتزام بنقل حق ملكية أو حق عيني أخر و في هذا الصدد يجب أن نميز بين الحالتين:

- أن يكون الإلتزام منقولا أو عقارا معينا بذات و مملوكا للمدين.
- أن يكون محل الإلتزام شيء لم يعين إلا بنوعه.

أ) الحالة الأولى:

إذا كان محل الإلتزام منقولا معنيا بالذات يملكه المدين فإن الإلتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني أخر ينقل بقوة القانون الملكية أو الحق العيني. أما إذا كان محل الإلتزام عقارا فلا تنقل الملكية إلا بعد إتمام الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري[1] و في هذه الحالة الأخيرة يتعين على المدين تنفيذ إلتزامه للملكية، فإذا رفض المدين إستكمال هذه الإجراءات اللازمة لنقل الملكية يمكن للمشتري أن يلجأ إلى مسائل التنفيذ الجبري التي بمقتضاها يكون حكم القاضي بمثابة سند البيع و ذلك إذا سمحت طبيعة الإلتزام بهذا حيث يجوز للمشتري أن يستصدر حكم بثبوت البيع و يقوم الحكم مقام العقد المصادق عليه. فإذا سجله المشتري إنتقلت الملكية[2]، غير أن رفض المدين القيام بإجراءات نقل الملكية يعتبر مثابة إخلال بإلتزام مما قد يترتب عليه ضرر للدائن و قد سمحت القوانين الوضعية للدائن بطلب تعويض عن ذلك الضرر، فمن باب أولى يجوز للطرفين أن يتفقا مسبقا على قيمة هذا التعويض في شكل شرط جزائي.

ب)الحالة الثانية:

تشمل هذه الحالة الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، حيث يتحقق تنفيذ المدين لهذا الالتزام بإفراز الشيء، فاذا لم يقم المدين بتنفيذ الإلتزام جاز للدائن أن يستعين بوسيلة التنفيذ العيني المقررة في الفترة الثالثة من المادة 166 مدني جزائري و مؤداها أن

[1] راجع نص المادة 165 من القانون المدني الجزائري.

[2] راجع مجموعة الأعمال التحضيرية المصرية،الجزء الثاني،ص530 وكذلك في شرح المادة 210 التي تقابل المادة171 مدني جزائري،نجاري عبد الله ،المرجع السابق،هامش ص98.

يحصل الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد إستأذان القاضي، غير أن الفقرة الثانية من المادة 166 لم تمنع الدائن من اللجوء إلى وسيلة أخرى و هي الإكتفاء بمطالبة المدين بقيمة الشيء و هنا لا يمكن للطرفين أيضا الإتفاق مسبقا على تعويض يدفعه المدين لو أخل بالإلتزامه هذا، ويشمل هذا التعويض قيمة الشيء و الضرر الذي يلحق الدائن.

2) الصورة الثانية: الالتزام بعمل

تعرض القانون لصورة أخرى من صور الإلتزام و هي الإلتزام بعمل و قد عرفه الفقه بأنه كل نشاط يتعين على المدين أن يقوم به و لا يكون من شأنه نقل الملكية أو حق عيني آخر. و يعتبر من قبيل الإلتزام بعمل بالتمثيل، و الإلتزام بالرسم و الإلتزام بإقامة بناء و إجراء عملية جراحية إلى غير ذلك.

و قد قسم القانون الإلتزم بعمل إلى نوعين: إلتزام ببذل عناية و إلتزام بتحقيق نتيجة.

ففي الإلتزام ببذل عناية وضع القانون قاعدة عامة تحدد العناية التي يبذلها المدين في تنفيذ إلتزامه[1] و يترتب على هذا أنه إذا لم يبذل المدين هذه العناية فلا يكون قد نفذ إلتزامه

و واضح هنا أنه لا يمكن إجبار المدين على تنفيذ هذا الإلتزام عينا و السبب في ذلك أن إخلال المدين بهذا الإلتزام يعتبر في حد ذاته عدم تنفيذ نهائي لهذا الإلتزام، و هنا على الدائن أن يلتجيء إلى قواعد المسؤولية العقدية لطلب التعويض، ولا يمكن للطرفين أيضا الإتفاق مسبقا على تعويض يستحقه الدائن لو أخل المدين بإلتزامه و هنا يكون الشرط الجزائي وسيلة فعالة لضمان تنفيذ هذا النوع من الإلتزامات.

أما الإلتزام بتحقيق غاية لا يتم تنفيذه إلا بتحقيق النتيجة المرجوة و قد يكون هذا الإلتزام إلتزاما بتسليم شيء فإن تنفيذه يكون بتسليم المدين الشيء المتفق عليه، و إذا لم يقم المدين بتسليم ذلك إختيارا يمكن إجباره على ذلك عن طريق التهديد المالي.

[1] راجع عبد الحي حجازي،أحكام الالتزام،الطبعة 1953، ص9، نجاري عبد الله ، المرجع السابق، هامش ص99.

أما بالنسبة إلتزام المدين بإنجاز عمل معين فإنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه يجبر على التنفيذ متى كان التنفيذ العيني الجبري ممكنا دون تدخل شخصي للمدين بحيث يمكن للدائن أن يطلب ترخيصا في تنفيذ هذا الإلتزام على نفقة المدين و هذا طبقا للمادة 170[1] مدني جزائري التي تنص على أنه: " في الإلتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه فإن التنفيذ العيني يكون غير ممكن "، ومع ذلك فقد قرر القانون وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على التنفيذ العيني و هذا التهديد المالي الذي أخذ به القانون المدني الجزائري.

لكن نظام التهديد المالي قد يؤدي بصورة مطلقة إلى تحقيق الفائدة الموجودة و هي التنفيذ العيني بحيث لو أصر المدين على عدم التنفيذ، فلم يعد لهذه الوسيلة مجال للبقاء و ليس أمام الدائن إلا أن يلجأ إلى القاضي طالبا تصفيتها في صورة تعويض نهائي[2].

لهذا غالبا ما يتفق الأطراف على قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم إنجاز المدين العمل المتفق عليه أو في حالة تأخره في ذلك.

3)الصورة الثالثة: الإلتزام بالامتناع عن العمل

يقصد بالإلتزام بالامتناع عن العمل أن يتخذ المدين وضعا سلبيا هو الإمتناع عن عمل معين و يعتبر المدين قد وفى بإلتزامه ما دام متمسك بهذا الوضع السلبي أما لو أخل المدين بهذا الإلتزام بأن قام بالعمل الممنوع فيجب أن نفرق بين حالتين:

أ/الحالة الأولى:

قد يترتب على إخلال المدين بهذا الإلتزام آثار مادية من الممكن إزالتها، كالتزام مشتري قطعة أرض بعدم البناء فيها لمدة معينة ثم يخالف المشتري هذا الإلتزام فهنا يجوز للدائن أن يطلب لإزالة المخالفة و إعادة الحالة إلى ما كانت عليه من قبل[3] و قد أشارت المادة 173 مدني جزائري إلى هذا الوضع إذ قضت بأنه " إذا إلتزم المدين بالإمتناع عن عمل و أخل

---

[1] راجع نص المادة170 من القانون المدني الجزائري.

[2] بشرى جندي،خصائص المسؤولية العقدية، مجلة قضايا إدارة الحكومة السنة 13، العدد1 ،ص11، نجاري عبد الله،المرجع السابق، هامش ص99.

[3] قارن السنهوري،المرجع السابق،ص997، فقرة 440 حيث يرى: أن التنفيذ العيني أصبح مستحيلا بمجرد الإخلال بالالتزام ولا يكون هناك مجال إلا بالتعويض والتعويض هنا يكون عينيا ويتم ذلك بإزالة المخالفة التي وقعت إخلالا بالالتزام،نجاري عبد الله،المرجع السابق تهميش ص101.

بهذا الإلتزام جاز للدائن أن يطالب بإزالة ما وقع مخالف للإلتزام و يمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين".

ب/ الحالة الثانية:

قد يترتب على قيام المدين بالعمل الذي إلتزم بالإمتناع عنه آثار من غير الممكن إزالتها مثل إرتباط ممثل بمسرح معين و إلتزامه بعدم التمثيل في مسرح آخر فيخالف هذا الممثل الإلتزام ففي هذه الحالة يعتبر قيام المدين بالعمل الممنوع إخلالا نهائيا بالإلتزام إذ هو يرتب آثار يستحيل إزالتها، و لهذا لا يمكن تصور التنفيذ العيني، و لا يبقى أمام الدائن إلا أن يطالب بتعويض على أساس المسؤولية العقدية، و في مثل هذه الحالات يظهر الدور الفعال الذي يلعبه الشرط الجزائي حيث يمكن للطرفين أن يتفقا مسبقا على قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين بإلتزامه بأن قام بالعمل الذي إلتزم بالإمتناع عنه.

ثانيا: تطبيقات الشرط الجزائي في بعض العقود

هناك تطبيقات كثيرة للشرط الجزائي في الحياة العملية و من النادر أن نجد عقدا يتسم بأهمية كبيرة و لا يتضمن شرطا جزائيا و ذلك نظرا للفائدة الكبيرة التي يحققها للمتعاقدين

و من أمثلة الشرط الجزائي ما نجده في العقود المدنية كعقد التوريد حيث يلتزم المورد بدفع مبلغ معين من النقود عن كل فترة تأخير فيها عن توريد الأشياء التي تعهد بتوريدها،

و كذلك في عقد البيع إذ يلزم البائع بدفع مبلغ من النقود عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم البيع و أيضا ما ينص عليه في عقد الإيجار من إلتزام المستأجر بدفع مبلغ معين ولم يسلم العين المؤجرة أو تأخر في تسليمها،و قد يستعمل أيضا الشرط الجزائي في مجال العمل إذ يتضمن عقد العمل شرطا جزائيا يضمن عدم الإخلال بالعقد، و نظرا للطبيعة الخاصة لهذا العقد سنتناوله بشيء من التفصيل.

1/ الشرط الجزائي في عقد العمل:

يوفر قانون العمل مجالا خصبا للشرط الجزائي حيث نجد معظم عقود العمل التي تربط العمال بأرباب العمل تتضمن تعويضات تستحق عند فسخ عقد العمل، و هذه التعويضات قد

تحدد بصفة مسبقة في شكل شرط جزائي و في هذا الصدد يجب أن نميز بين عقد العمل المحدد المدة و بين عقد العمل غير المحدد المدة لأن القواعد التي تحكمها مختلفة.

أ) الشرط الجزائي في عقد العمل المحدد المدة[1]: قد يتضمن عقد العمل المحدد المدة تعويضا يحدد بصفة مسبقة و جزافية يستحقه الطرف المضرور في حالة فسخ العقد و لقد اعتبر الفقه و القضاء الفرنسي هذا التعويض شرطا جزائيا يخضع لقواعد القانون المدني مع مراعاة أحكام قانون العمل. و في هذا الصدد أدخل المشرع الفرنسي تعديلات على أحكام المنظمة لعقد العمل المحددة المدة و ذلك بموجب قانون 03 جانفي 1979 و قد نصت الفقرة الثالثة في المادة 122[2] من هذا الأخير على ما يلي: " إن فسخ العقد يعطي الحق في تعويض يناسب الضرر الذي حصل"، و قد ذهب رأي إلى القول أن هذا النص الجديد قد يقضي على أهمية الشرط الجزائي في عقد العمل المحدد المدة حيث يصبح المشرع يشترط تناسب التعويض مع الضرر الذي وقع و يرتب على ذلك أنه إذا كان هناك شرطا جزائي مبالغ فيه بالنسبة للضرر الفعلي فعلى القاضي أن يخفضه إلى حدود هذا الضرر و بهذا يفقد الشرط الجزائي أهميته و يمكن الإكتفاء بالقواعد العامة في التعويض. و إشتراط المشرع في عقد العمل وجوب تناسب التعويض مع الضرر الذي وقع يهدف إلى حماية العامل الذي يدفع قيمة التعويض من مرتبة ، و هذا قد يؤثر عليه في الجانب الإقتصادي و الإجتماعي.

ب) الشرط الجزائي في عقد العمل غير المحدد المدة:

لا يعني كون عقد العمل غير محدد المدة أنه غير قابل للإنهاء و إلا أصبح مؤبدا مما يخالف مبدأ حرية التعاقد التي تحترمه كافة القوانين، بل على العكس يجوز لكل من المتعاقدين في هذا العقد أن يضع بإرادته المنفردة حدا لعلاقته مع المتعاقد الآخر.

---

[1] طبقا للمادة 9 من قانون الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص الصادر بالأمر رقم31/75 المؤرخ في 29 أبريل 1975، يكون عقد العمل غير محدد المدة وذلك في الآجال التالية:" إذا كانت طبيعة العمل مؤقتة أو كان استخدام العامل قد تم لاستخلاف عامل أصلي، وعندما يكون العقد لمدة محددة ولم يتم تحديده أكثر من مرة واحدة، نجاري عبد الله، المرجع السابق، هامش ص103.

[2] تنص الفقرة الثالثة من المادة 122 من قانون 3 جانفي 1979 على ما يلي:
" la rupture de contrat donne droit des dommages intégrés correspondants au préjudice subi "
نجاري عبد الله، المرجع السابق هامش 104.

و يترتب على هذا أنه لا يجوز الحكم بالتعويض على الطرف الذي استعمل حقه[1] في إنهاء عقد العمل غير المحدد المدة إلا إذا أثبت الطرف الأخر أن ضررا قد لحقه نتيجة خطأ في إستعمال حق الإنهاء، كإنهاء العامل العقد دون إخطار ربّ العمل أو ينهي رب العمل العقد دون مراعاة الإجراءات القانونية، و في الحالتين تقوم المسؤولية التي يترتب عنها الحق في التعويض و بالنسبة لمسؤولية ربّ العمل عن إنهاء عقد العمل غير المحدد المدة نصت المادة 42 من القانون المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص على ما يلي: " يستحق العامل سنة واحدة من العمل الفعلي لدى صاحب العمل " ، و يحسب مبلغ التعويض على أساس المعدل الشهري للأجور و التعويضات و المكافآت من أي نوع كانت مقبوضة خلال السنة الأخيرة من العمل و ذلك بمعدل شهر واحد عن كل سنة من العمل وضمن حد أقصى قدره 15 شهرا.

و يرى الفقه و القضاء أن المبلغ الجزائي المرتبط بأقدمية العامل في المؤسسة يهدف إلى تعويض العامل عن الضرر الذي لحقه نتيجة إنهاء علاقة العمل، و هذا قد يكون مصدره الإتفاقات الجماعية أو إتفاق الطرفين في شكل شرط جزائي ، كما يرى بعض الفقهاء أنه إذا كانت الإتفاقات الجماعية هي مصدر التعويض الذي يستحقه العامل عند تسريحه فلا يمكن للقاضي أن يتدخل لإعادة النظر في قيمته و لذلك لسببين رئيسيين هما:

من ناحية أن التعويض عن التسريح لا يمكن أن يكون مبالغا فيه و لا تافها حيث أن تقديره تم من قبل أطراف هم على قدم المساواة و في إطار مفاوضات جماعية و من ناحية أخرى أن الإتفاقات الجماعية بعد إبرامها تعتبر قاعدة تنظيمية و ذلك باحتفاظها بالطابع العقدي.

و الحقيقة أن هاتين الحجتين غير مقنعتين لأن عند وضع الإتفاقية لا يمكن معرفة الضرر الذي سيقع و لهذا قد يكون الضرر كبيرا بالنسبة للتعويض المحدد في الإتفاقية مما يجعل

[1] يبرر فلاشا بولوس حق فسخ عقد العمل غير محدد المدة بإرادة منفردة بقوله:
" ….cette faculté de résiliation se justifie parce que les engagements a vue seraient contraires à la liberté humaine en consacrant une sorte esclavage "
نجاري عبد الله، المرجع السابق،هامش105.

هذا الأخير تافها أو العكس قد يكون الضرر بسيطا بالنسبة للتعويض مما يجعله مبالغا فيه يستوجب تدخل القاضي لتخفيضه أو زيادته.

هذا من ناحية، و من ناحية أخرى مازال الفقه حتى الآن مختلف حول الطبيعة القانونية للإتفاقية الجماعية، هل هي تنظيمية أم عقدية، فإذا كان إتفاق الطرفين هو مصدر التعويض عن التسريح إذ ليس هناك ما يمنع أن يتفق الطرفان مسبقا على مقدار التعويض الذي يستحقه العمل عند تسريحه فإن هذا التعويض الإتفاقي يخضع للرقابة القضائية من طرف القاضي إذا توفرت شروطها و لكن مما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن التعويض عن التسريح لا يمكن أن يكون تافها إذ حدد القانون الحد الأدنى لهذا التعويض و الذي يكون مبالغا في تقديره، فيجوز للقاضي ان يخفضه إلى الحد المعقول، فالنسبة إلى فرنسا و قبل تعديل أحكام الشرط الجزائي بقانون 9 يوليو 1975 كان القاضي مجرد من سلطة مراقبة مبلغ الشرط الجزائي لذا ذهب القضاء الفرنسي إلى إلغاء كل شرط جزائي مغالي في أو مبالغ فيه.

و خلاصة القول أن الشرط الجزائي لا يقتصر استعماله في مجال القانون الخاص بل له تطبيقات أخرى في مجال القانون العام و على سبيل المثال في القانون الإداري، حيث تملك الإدارة سلطات واسعة النطاق إزاء المتعاقد معها و من بين هذه السلطات حقها في مراقبة تنفيذ العقد و حقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها و من بين هذه الجزاءات الغرامات التي تتفق عليها الإدارة و المتعاقد معها و التي تعرف باصطلاح غرامات التأخير[1].

و بهذا نكون قد انتهينا من بيان نطاق الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية هذا النطاق الذي لم يثر بشأنه أي خلاف فقهي بينما احتدم الخلاف حول تصور الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية، و هذا ما سوف ندرسه في الفرع الثاني.

[1] غرامات التأخير هي عبارة عن تعويضات محددة ومنصوص عليها مقدما في العقد،كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها، ومن خصائص هذه الغرامات أنها اتفاقية إذ تحدد مقدما في العقد وأنها تلقائية بمعنى ان الإدارة تطبقها في حالة إخلال المتعاقد بالتزامه بقرار إداري تفصح فيه عن رغبتها في تطبيق الجزاء ولا تحتاج إلى اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم، نجاري عبد الله،المرجع السابق، هامش ص107.

الفرع الثاني: الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية

لقد ذهب معظم الفقه إلى القول بأن مجال الشرط الجزائي هو المسؤولية العقدية في حين ذهب رأي أخر إلى القول أن مجال الشرط الجزائي قد يكون المسؤولية العقدية أو التقصيرية على حد سوء و يتزعم هذا الاتجاه في الفقه الأوروبي الأستاذ **مازو** الذي يقول: "يمكن أن يحدد الشرط الجزائي للتعويض عن ضرر ناتج عن خطأ تقصيري أو عن خطأ عقدي على حد سوء غير أن الشرط الجزائي هو أكثر استعمالا في النطاق العقدي و لهذا عالجه المشرع في إطار المسؤولية العقدية".

و حسب رأي هذا الفقه أنه و إن كان الشرط الجزائي نادرا في المسؤولية التقصيرية و مألوفا في المسؤولية العقدية فهو ممكن في كلا النطاقين، فإذا توقع أحد الأشخاص إمكانية صدور خطأ تقصيري مكانه أن يقدر بصفة إتفاقية مع الضحية مقدار الضرر و التعويض المستحق و ذلك دون أن يكون بوسعه إلغاء مسؤوليته أو إنقاصها، و هكذا قد يتفق المسؤول مع الضحايا الاحتماليين على مبلغ ثابت يكون مدينا به لكل منهم كتعويض عن أخطائه الضارة و بهذا يكون قد عقد شرط جزائيا تقصيريا.

و ستند أصحاب هذا الرأي في قولهم إلى المادة 1382 مدني فرنسي لا تتعلق بالنظام العام و هذا ما يدفعهم إلى القول أنه بالإمكان تعديل مسؤوليتهم التقصيرية و حتى إلغائها تعاقديا و يستخلصون من ذلك أنه يمكن أن تحدد إتفاقيا في شكل شرط جزائي.

أولا/الحجة الأولى: إن أحكام المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام و يبطل كل اتفاق يعدل هذه الأحكام.

ثانيا/الحجة الثانية: من الناحية العملية يصعب تحقيق مثل هذه الاتفاقات.

أما في القضاء[1] فقد جعلت المحاكم المسؤولية التقصيرية فوق كل الإتفاقات و لهذا ألغت كل إتفاق حاول الحد من المسؤولية التقصيرية، و نحن نعتقد أن الشرط الجزائي لو كان جزاءا طبيعيا للمسؤولية العقدية فهذا لا يضع تصوره في المسؤولية التقصيرية للأسباب التالية:

[1] راجع كاربونيه، المرجع السابق ، ص270،رقم 78، نجاري عبد الله،المرجع السابق،ص108.

إن المادة 178[1] مدني جزائري و التي تنص على ما يلي: "يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي"، فمما لاشك فيه أن هذه المادة تتعلق بالنظام العام و لا نزاع في ذلك لكن لو تمعنا قليلا في هذه المادة نجدها تمنع و تبطل كل شرط يعفي المدين من مسؤوليته و لم تقصد تقدير المسؤولية و الإعفاء، المسؤولية شيء و تقديرها شيء أخر، و الأصل أن الشرط الجزائي لا يهدف إلى الإعفاء من المسؤولية بل إلى تقدير التعويض المستحق في حالة قيامها و لهذا نرى بأن المادة178 مدني جزائري لا يمكن أن تكون عائقا لاستعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية، و لكن بما أن قواعد هذه المسؤولية تلزم أن يكون التعويض معادلا أو مطابقا للضرر الذي وقع فعلا فإن هذا لا يعوق استعمال الشرط الجزائي في المجال التقصيري إذا أصبح بإمكان القاضي أن يتدخل و يعدل من قيمة التعويض المتفق عليه فإذا اتفق المسؤول مع الضحية الاحتمالية على تعويض و وضع ضرر لم يكن هذا التعويض كافيا بتغطيته فبإمكان الضحية أن يطلب زيادة الشرط الجزائي و ذلك في ظل التشريعات التي تسمح للقاضي بزيادة الشرط الجزائي مثل: القانون الفرنسي و السويسري و الألماني و غيرها، أما القانون الجزائري فباعتبار أن المشرع لم يجز زيادة الشرط الجزائي فنعتقد أنه إذا كان الفرق كبيرا بين التعويض الاتفاقي و الضرر الذي وقع بحيث يكون تافها إلى حد يمكن إعتباره إعفاءا من هذه المسؤولية التقصيرية ففي هذه الحالة يجب إبطال الشرط الجزائي وفقا للمادة 178 التي تبطل الشرط الذي يعفي من المسؤولية التقصيرية و على القاضي أن يقرر التعويض بنفسه.

من الناحية العملية يمكن أن تتحقق هذه الاتفاقات، بل هناك تطبيقات يمكن أن نستخلص منها جواز استعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية و سنتناول تطبيقين أحدهما اقتبسناه من القانون المدني العرقي و الآخر من القانون المدني الجزائري.

[1] راجع نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري.

أ) التطبيق الأول:

تنص المادة 1227 مدني عراقي على أن "التعهد ينقل الملكية على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أو لم يشترط". فهذا النص صريح في إلزام من أخل بتعهد بنقل ملكية عقار بالتعويض و سواء كان هذا التعويض اتفاقيا أي في شكل شرط جزائي أم كان قضائيا، و السؤال الذي يطرح هنا إذا كان التعويض مقدرا في التعهد و أخل الطرف المعني بإلتزامه بنقل الملكية فعلى أي أساس تحكم المحكمة بالشرط الجزائي؟ هل على أساس المسؤولية العقدية التقصيرية بإعتبار التعهد مفسوخا؟ يرى جانب من الفقه العرقي أن الشرط الجزائي يؤسس في هذه حالة على المسؤولية التقصيرية لا العقدية لأن التعهد أصبح باطلا[1].

ب) التطبيق الثاني:

تنص المادة 363 مدني جزائري على أن: " إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله و لو تم تسليم الشيء المبيع فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى على جزاء منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط و مع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض وفقا للمادة 2/224[2] ".

لا بد أن نشير إلى أن هناك خطأ في الإحالة إذ يجب أن تكون الإحالة على المادة 2/184 التي تتعلق بسلطة القاضي في تخفيض التعويض الإتفاقي و ليس على المادة 224 التي لا علاقة لها بالموضوع[3]، و في هذا التطبيق أيضا لو اتفق البائع و المشتري على الإحتفاظ البائع بجزء من الثمن عند فسخ العقد بسبب عدم الوفاء بجميع الأقساط، فهذا المبلغ المتفق عليه ما هو إلا شرط جزائي.

---

[1] قارن السنهوري الذي يرى أن أساس التعويض الاتفاقي هو المسؤولية العقدية حيث يقول: " ان بيع العقار في القانون العقاري عقد شكلي لا تنتقل الملكية إلى المشتري بالنسبة للغير وبين المتعاقدين إلا بالتسجيل ".

[2] راجع المادتين 184و2/224 من القانون المدني الجزائري.

[3] وهذا الخطأ قاصر على النص العربي بينما الإحالة صحيحة في النسخة الفرنسية، نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص112.

فلو أخل المشتري بالتزامه فعلى أي أساس تقضي المحكمة بالشرط الجزائي؟ مما لاشك فيه أنها ستقضي به على أساس المسؤولية التقصيرية و ليس على أساس المسؤولية العقدية لأن العقد أصبح مفسوخا.

و إلى جانب هذين التطبيقين التشريعيين أنه من الناحية العملية يمكن تصور الشرط الجزائي الذي يضمن الضرر الناتج عن المسؤولية التقصيرية و مثال ذلك أن يتفق صاحب الذي يبني مصنعا جديدا بصفة مع جيرانه على التعويض عن الضرر الذي قد يصيبهم من جراء الدخان، و مما لاشك فيه أن هذا شرط جزائي عن خطأ تقصيري و في نهاية الأمر نرى أن الشرط الجزائي سواءا كان مقررا في المسؤولية العقدية أو التقصيرية فيشرط للحكم به توافر شروط معينة.

المطلب الثالث: شروط استحقاق الشرط الجزائي

من بين شروط استحقاق الشرط الجزائي هنا بالرجوع إلى المواد 176 و 181 لابد من وجود خطأ ينسب إلى المدين حيث بموجبه يحدث الضرر لذا وجب اعذر المدين و بهذه الشروط يستحق الشرط الجزائي و يكون موجب لتعويض هذا ما يتطلبه القانون لقيام المسؤولية العقدية للمدين.

الفرع الأول: الخطأ

حتى يكون الشرط الجزائي مستحقا يجب كما في حالة التعويض أن يكون المدين مخطئا وهذا معنى الإحالة على نص المادة 1/176 مدني جزائري.

و المقصود بالخطأ في مجال الشرط الجزائي في عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره في ذلك و يشترط أن يكون الخطأ منسوبا إلى المدين نفسه[1].

فبالنسبة إلى الفقه الذي يعتبر الشرط الجزائي مجرد عقوبة يفرضها الدائن على مدينه فإن هذا الرأي لا يمكنه أن يتجاوز الخطأ كعنصر لإستحقاق الشرط الجزائي لأنه من المتفق

[1] راجع نقض مدني مصري بتاريخ 5 ديسمبر 1968 منشور بمجموعة أحكام النقض، سنة 29 رقم 227،ص149، حيث جاء فيه ان عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي يعتبر في ذاته خطا يرتب مسؤوليته،نجاري عبد الله المرجع السابق،هامش ص113.

عليه أن أساس أي عقوبة هو الخطأ و لا يمكن لأحد أن يتحمل أي جزاء إذا لم يرتكب خطأ، ففي الشرط الجزائي يكون قبول المدين للجزاء للضمان تنفيذ إلتزامه مصحوبا بنيته في عدم دفع الجزاء إلا إذا كان مخطئا أي عند إخلاله بالالتزام.

و هناك رأي آخر يعتبر الشرط الجزائي تعويضا فأن هذا الإتجاه أيضا لا يمكنه الاستغناء عن الخطأ لأنه يؤسس الطبيعة القانونية للشرط الجزائي على نظرية التعويض و أن هذه الأخيرة تجد أساسها على فكرة الخطأ.

مما سبق يتبين أن الخطأ يعد ركنا جوهريا لاستحقاق الشرط الجزائي و لتفسيره لابد من البحث عن مضمونه و إثباته ثم تبين الحالات التي ينعدم فيها الخطأ من جانب المدين.

أولا: مضمون الخطأ و إثباته

1. **مضمون الخطأ:** إن الرأي الغالب في الفقه يبني الخطأ على أساس موضوعي بحت هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشيء عن العقد إذ أن مجرد عدم التنفيذ يجعله مخطئا إلا إذا كان الأمر يخرج عن إرادته[1]، و لقد قسم الفقهاء الالتزامات المرتبطة بالخطأ العقدي إلى نوعين فهي، التزامات بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية. فالنوع الأول هو الالتزام الذي لا يتم تنفيذه إلا بالوصول إلى النتيجة المرجوة و إلا بقي الالتزام غير منفذ، و هنا الشرط الجزائي يستحق ما دام أن النتيجة لم تحقق، أما النوع الثاني و هو الالتزام ببذل عناية فهذا الالتزام

الذي يجب تحقيقه ببذل عناية معينة قد يحددها القانون أو الاتفاق. و الشرط الجزائي المقرر يمثل هذه الالتزامات يستحق طالما لم يبذل المدين العناية المطلوبة منه.

2. **إثبات الخطأ:** من الأهمية أن نعرف كيفية إثبات واقعة عدم التنفيذ لأن إثباتها يؤدي إلى ثبوت خطأ المدين نفسه، و تعتبر مسألة إثبات واقعة التنفيذ مسالة حساسة ودقيقة لأنها تتعلق بتحديد من يقع عليه عبئ الإثبات.

[1] حشمت أبو ستيت،المرجع السابق،ص326.

و ما دام الخطأ متعلق بالمسؤولية العقدية للمدين فهو يدور حول الواقعة التي أدت إلى استحالت تنفيذ المدين إلتزامه عينا و من هذا المنطلق فإن طلب الدائن بالتعويض إنما هو إدعاء بأن المدين لم ينفذ إلتزامه.

كما أننا نجد بعض الفقهاء إفتقدوا فكرة تحميل الدائن عبء إثبات خطأ المدين لالتزامه و لاحظوا صعوبة هذا العبء و ثقله على الدائن.

و يمكننا الاستدلال هنا بقول الأستاذ **فلاشا بولوس** ما يلي: " أنه لا وجه لتحميل الدائن إثبات خطأ المدين في عدم التنفيذ أو التأخير في عدم تنفيذ العقد بل هي قرينة تقوم على أساس أن المدين لم ينفذ التزامه و السبب المنطقي لعدم تنفيذ يكمن في خطأ من جانب المدين، فالقرينة تقوم على ضرورة عملية و لا يمكن لنظرية الشرط الجزائي أن تستغني عن هذه القرينة لأنها مرتبطة بفكرة تنفيذ الالتزام الأصلي[1] ".

الفرع الثاني: الضرر

يعتبر الضرر ركنا من أركان المسؤولية العقدية فيشترط أن يتحقق حتى تترتب هذه المسؤولية في ذمة المدين. و بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن الدائن هو الذي يتحمل عبء إثبات الضرر لأنه هو الذي يدعيه. و في القانون المدني الجزائري يثير الضرر مشكلتين في مجال الشرط الجزائي، الأولى تتمثل في ضرورة تحققه و الأخرى في نقل عبء إثبات الضرر من الدائن إلى المدين.

أولا/ ضرورة تحقق الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي:

[1] راجع فلاشا بولوس،المرجع السابق،ص417،حيث يقول:

" le créancier ne doit pas prouver la faute du débiteur en cas d'inexécution ou d'exécution tardive du contrat. cette présomption repose sur le fait que le débiteur n'a pas exécute son obligation et la raison normale de cette inexécution ne peut se trouver que dans une faute de la part de celui-ci "

نجاري عبد الله، المرجع السابق،تهميش،ص116.

لقد أخذ المشرع الجزائري باتجاه التشريعات العربية، فنص صراحة على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، حيث تنص المادة 184[1] مدني جزائري الفقرة الأولى: " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"، من خلال هذا النص يتبين لنا أن القانون الجزائري قد أبرز أهمية الضرر كركن يقوم عليه استحقاق الشرط الجزائي و من هنا يمكننا القول بأن الضرر شرط لإستحقاق التعويض و الشرط الجزائي ما هو إلا طريق من طرق التعويض. و هنا نلاحظ أن القانون المدني الجزائري يختلف مع القانون المدني الفرنسي لأن هذا الأخير لا يشترط وقع الضرر للدائن لاستحقاق الشرط الجزائي.

كان القانون الفرنسي لا يشترط وقوع الضرر للحكم بالشرط الجزائي و هذا قبل قانون 09 يوليو 1975 المتعلق بتعديل أحكام الشرط الجزائي و كان يستند في ذلك إلى نص المادة 1152 التي كرست مبدأ ثبات الشرط الجزائي. و بعد 1975 أضفى المشرع الفرنسي في فقرة ثانية للمادة 1152 مبدأ الرقابة القضائية على الشرط الجزائي و لم يذكر ركن الضرر مما أدى إلى ظهور إختلاف في الآراء القضائية حول اعتباره ركنا لاستحقاق الشرط الجزائي[2].

و في هذا الصدد ذهب رأي الحكم بالشرط الجزائي حتى ولو لم يقع الضرر و هذا ما أكدته محكمة النقض بتاريخ 10 جانفي 1975.

ثم تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن رأيها و اشترطت وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي و هذا ما قدرته في حكمها الصادر في 24 جويلية 1978، مما سبق يتبن لنا ضرورة وقوع الضرر حتى يتم الحكم بالشرط الجزائي، و القاضي لا يمكنه تقرير التعديل حتى يحكم بمبلغ لا يقل عن مقدار الضرر.

أما بخصوص القانون اللبناني فنجده لم يورد نص صريح على ضرورة وقوع الضرر لكن جانبا من الفقه تمسك بضرورة وقوع الضرر و يبرر رأيه بأن وظيفة الشرط الجزائي تقتصر

[1] تقابل الفقرة الأولى من المادة 184 مدني جزائري المادة224 مدني مصري والمادة226 مدني سوري،نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش،ص121.

[2] بشرى الجندي،المرجع السابق،ص28،نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش،ص121.

على نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين حتى لا يكلف الدائن بإثبات الضرر، بل على المدين أن يثبت عدم وقوعه ليتخلص من دفع الشرط الجزائي. أما في مصر فقد نص المشرع على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي إذ قضت المادة 1/224 مدني بأنه لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

ثانيا/ إثبات الضرر:

لقد اشترط القانون الجزائري توافر الضرر و الخطأ في الحالتين فهو لم يفرق بين التعويض الاتفاقي و التعويض القضائي، غير أنه فرق فيما يخص عبء الإثبات ففي التعويض القضائي يتعين على الدائن إثبات الضرر الذي لحقه و ذلك طبقا لقاعدة الإثبات البينة على من ادعى، أما في ما يخص التعويض الاتفاقي فنجد أن المشرع قد نقل بنص صريح [1]عبء الإثبات من الدائن إلى المدين الذي عليه أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر و إن نجح في ذلك فإنه يتخلص من مسؤوليته.

إن هذا الاتفاق يصبح بدون أساس إذا لم يلحق الدائن أي ضرر و بما أن المدين هو الذي يدعي عدم حدوث الضرر للدائن فعليه إثبات ذلك فإن إستطاع فإنه بذلك يهدم الأساس الذي يقوم عليه استحقاق الشرط الجزائي، و من ثم نخلص إلى القول بأنه لابد من توافر هذا الضرر بأن يكون محققا و مباشرا و متوقعا وذلك طبقا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية

و لابد أن يكون هذا الضرر ناشئا عن الخطأ مباشرة و من ثم تترتب علاقة سببية بين الخطأ و الضرر حتى يمكن تقرير المسؤولية أما إذا كان الضرر قد نشأ على سبب أجنبي أو خطأ من الدائن فهنا تنتفي العلاقة السببية و لا يكون المدين مسؤولا[2].

من كل ما سبق نستخلص أنه يمكن استعمال الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية أو التقصيرية لأنه لاستحقاقه في المجالين لابد من توافر الشروط وهي: الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما.

لكن لابد أن نشير إلى أن دور هذه العناصر يختلف من مسؤولية إلى أخرى، فمثلا إذا كان الخطأ هو جوهر المسؤولية التقصيرية ففي المسؤولية العقدية التي تقوم على أساس موضوعي يكون دور الخطأ فيها ثانويا، فمتى توافرت شروط استحقاق الشروط الجزائي وجب

[1] قارب المادة224 مدني مصري.

[2] راجع في ذلك حالات انتفاء الخطأ في المطلب الأول من المبحث الثاني،نجاري عبد الله،المرجع السابق هامش،ص125.

على القاضي أن يحكم به و في هذا الصدد أخضع المشرع الجزائري الشرط الجزائي لرقابة القاضي و نظم ذلك بما يبعد هذا الاتفاق عن الشوائب من الغير و استغلال أحد الطرفين للآخر.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي و الرقابة القضائية عليه

المبحث الأول: الطبيعة في القانونية للشرط الجزائي

لما كان الغرض الأساسي للشرط الجزائي هو ضمان حصول الدائن على تعويض عن عدم تنفيذ الالتزام، أو عن مجرد التأخير تنفيذ، فإن المدين يضع في اعتباره هذا المبلغ المتضمن بالشرط الجزائي، فيبادر إلى تنفيذ الالتزام و بهذا المفهوم لا يعد هذا الشرط الجزائي إلزاما قائما بذاته على المدين، و إنما يعد في حقيقته إلتزاما تابعا للالتزام الأصلي.

المطلب الأول: الشرط الجزائي تعويض

قبل التطرق للطبيعة القانونية للشرط الجزائي كونه تعويض وجب الرجوع إلى القواعد العامة وهذا بإيجاز لدراسة التعويض وأنواعه وكيفية تقديره.

الفرع الأول: تعريف التعويض وأنواعه

أولا: تعريفـــــه

يكون التعويض مستحقا إذا ما ثبتت مسؤولية المدعى عليه من ضرر ، فانه يتعين على القاضي أن يلزم المسؤول بما يعوض المضرور ويجبر الضرر الذي أصابه وهذا هو المعنى الذي قصدته المادة124 من القانون المدني من ان كل خطأ يسبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، فبالرجوع إلى نص المادتين 131،132[1] من القانون المدني الجزائري اللتان أشارتا إلى طريقة التعويض الذي يكون إما عينيا أو يكون نقديا.

ثانيا:أنواعـــــه

الأول وهو التعويض العيني[2] حيث يعتبر إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار، فهو يزيل الضرر الناشئ عنه. كأن يقضي القاضي مثلا، بهدم الحائط الذي بناه المسؤول فسبب ضررا للجار أو يحكم بإغلاق المحل التجاري المنافس منافسة غير مشروعة. وكذلك يجوز للمسؤول ان يعرض التعويض العيني فيقضي به عليه، غير انه في

[1] راجع المواد 131،132 من القانون المدني الجزائري.

[2] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني،الطبعة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،ص268.

أكثر الأحوال ولاسيما في أحوال الضرر الأدبي يتعذر التعويض العيني فيتعين الالتجاء إلى التعويض النقدي الذي هو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية ويتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره الأطراف لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور. فكل ضرر يمكن تقويمه نقدا و يقدر التعويض على أساس الضرر الذي لحق المضرور الضرر هو بحسب المادة 182 مدني جزائري ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب.

فالأصل في القانون المدني الجزائري أن يكون التعويض نقديا[1] والاستثناء ان يكون عينيا ويتبين من نص المادة132 بأن الحكم بالتعويض العيني جوازي للقاضي ، يأخذ به القاضي حسبما يراه من ظروف وبناءا على طلب المضرور، متى كان تنفيذه ممكنا وليس فيه ارهاق كبير للمسؤول ويخضع ذلك في سلطة قاضي الموضوع ولا يتقيد فيه بطلبات الخصوم.

وبما أن الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض حيث يفضل المتعاقدان تحديد التعويض بأنفسهم دون أن يترك ذلك للقاضي و يحدث ذلك كثيرا في الحياة العملية و خاصة في عقود المقاولات و عقود النقل و عقود التوريد، و ذلك بأن يتفق الطرفان على أن يدفع المدين مبلغا من المال إذا أخل بالتزامه أو يدفع مبلغ معين عن كل يوم أو شهر يتأخر فيه التنفيذ.

و يرى جانب من الفقه أن للشرط الجزائي طابع التعويض و لا يمكن أن يكون عقوبة و بالرغم من إجماع أنصار هذا الرأي على فكرة التعويض إلا أنهم قد اختلفوا حول طبيعة هذا التعويض، فمنهم من رأى أنه تقدير جزائي جزافي و منهم من يرى أنه تقدير مسبق للتعويض و لكل وجهة نظر آثارها القانونية[2].

1 بلحاج العربي،المرجع السابق،ص271 .
2 نجاري عبد الله،المرجع السابق، ص76.

الفرع الثاني: الشرط الجزائي تقدير جزافي valuation For Faitaire

يرى أنصار هذه النظرية أن الشرط الجزائي تعويض يستحقه الدائن عن عدم تنفيذ المدين التزامه أو إذا تأخر في ذلك، و هذه النظرية تعتبر الشرط الجزائي مبلغا جزافيا و ذلك وفقا للمادة 1152مدني فرنسي و منه لا يجوز المساس بهذا المبلغ لا بالزيادة ولا بالنقصان إلا إستثناءا و تستند هذه النظرية إلى مبرران هما:

أولا: المبرر القانوني

إذا لم يستطع المدين تنفيذ إلتزامه عينا وجب عليه تنفيذه بمقابل و في هذه الحالة على الدائن أن يثبت الأساسين الذين تقوم عليهما نظرية التعويض و هما خطأ المدين و الضرر الذي لحق الدائن فضلا عن رابطة السببية بينهما.

و إذا كان ركن الخطأ لا يثير أي إشكال من حيث الإثبات إذ يفترض الخطأ بمجرد إعذار المدين فإن ركن الضرر هو الذي يثير صعوبة من حيث الإثبات و إذا كان باستطاعة الدائن إثبات الضرر الذي لحقه فإنه يصعب عليه إثبات الربح الذي فاته و هنا يتدخل القاضي لتقدير هذا العنصر بصفة تحكيمية. و لهذا يرى أنصار هذه النظرية أن الشرط الجزائي كمبلغ جزافي يعفي الدائن من إثبات الضرر بل يستحق مبلغ التعويض هذا حتى و لو لم يلحقه أي ضرر و تؤكد المادة 1152 مدني فرنسي على قوة الطابع الجزائي و ذلك بقولها: "إذا تضمن الإتفاق أن من يخل بالتزامه يدفع مبلغا على سبيل التعويض لا يمكن للطرف الآخر أن يطلب مبلغا أقل أو أكثر[1]".

ثانيا: المبرر الفلسفي

يقضي هذا المبرر بأن الشرط الجزائي مبني على إرادة الطرفين التي هي أساس العقد، إذ في حالة تأخر المدين عن التنفيذ أو عدم تنفيذ أصلا للالتزام عليه أن يدفع المبلغ المتفق عليه و الذي تم تحديده بكل حرية، و لهذا السبب يرى أنصار هذه النظرية أنه لا يجوز زيادة المبلغ أو تخفيضه و في هذا الصدد يقول الأستاذ **مولار[2]**: "إن الشرط الجزائي باعتباره تعويضا

[1] نجاري عبد الله ، المرجع السابق،ص79.
[2] أشار فلاشا بولوس المرجع السابق ص173، نجاري عبد الله، المرجع السابق،هامش ص78.

جزافيا لا يخالف قواعد العدالة بل على العكس فهو اتفاق في مصلحة الطرفين لأن المدين من جهة يعلم مسبقا النتائج المترتبة عند إخلاله بالتزامه التعاقدي و من جهة أخرى يتخلص الدائن من مشكل إثبات الضرر".

ثم يختتم قوله بأن الشرط الجزائي كتعويض جزافي هو الطبيعة القانونية التي تتماشى مع متطلبات القانون و العدالة[1].

لقد سادت هذه النظرية في القانون الفرنسي لسنة 1804 الذي كان مشبعا بالروح الفردية مما جعله يقدس مبدأ سلطان الإرادة و نتيجة لذلك نص على مبدأ ثبات الشرط الجزائي في المادة 1152 منه .

غير أن تطبيق هذه المادة قد أدى إلى نتائج خطيرة حيث أصبح الشرط الجزائي سلاحا في يد الدائنيين الأقوياء الذين أصبحوا يستعملونه بصفة تحكيمية و تعسفية مما أدى إلا الإخلال بالمراكز القانونية لذلك.

نجد أن المشرع الفرنسي تدخل للحد من هذا الطابع الجزافي مما أدى إلى تقليص أهمية هذه النظرية و على هذا يعتبر بعض الفقهاء الشرط الجزائي مجرد تقدير مسبق للتعويض.

الفرع الثالث: الشرط الجزائي تقدير مسبق للتعويض Evaluation Anticipée

الشرط الجزائي هو تقدير جزائي للتعويض و هذا أهم ما يميز الشرط الجزائي و بالتالي بسببه هو عدم التنفيذ أو التأخير فيه، و لهذا يشترط لإستحقاق الشرط الجزائي كل ما يشترط لإستحقاق التعويض من عناصر التعويض (الخطأ، الضرر، علاقة نسبية و الإعذار الموجه من الدائن للمدين).

يرى أصحاب هذه النظرية[2] أن الشرط الجزائي ما هو إلا تقدير مسبق للتعويض الذي يستحقه الدائن و يترتب على ذلك أنه يجوز للقاضي أن يتدخل بكل حرية لتعديل المبلغ المتفق عليه بزيادته أو تخفيضه ليتناسب مع الضرر الذي يقع و قد أخذ به فقهاء القانون

[1] عبد الله نجاري،المرجع السابق ص78.
[2] راجع جاكو ميته، المرجع السابق،ص70، نجاري عبد الله ،المرجع السابق،هامش ص78.

المدني الفرنسي القديم[1]،غير أن هذه النظرية تعرضت إلى انتقادات مريرة خاصة من طرف الفقهاء المتشبعين بالروح الفردية و يمكن أن نجمل هذه الإنتقادات فيما ما يلي:

يرى الأستاذ **فلاشا بولوس** أن ما دام الكلمة المعطاة لم تحترم من طرف الدائنين و هذا ما أدى إلى بطلان العقد الذي هو أساس العلاقات الإقتصادية و الفردية، فعلى الفقه القانوني أن يقف إزاء مسألة تدخل القاضي في تعديل العقد و المساس بالشرط الجزائي موقفا سلبيا.

إن السماح للقاضي بالتدخل في العقد و تعديله للمبلغ المتفق عليه سوء بزيادته أو تخفيضه تؤدي إلى القضاء على أهمية الشرط الجزائي إذ تتعارض مع الهدف منه و يكون تفاديا من اللجوء للقضاء و تفاديا للنزاع الذي يثور بشأن إثبات الضرر.

لم تلقى هذه النظرية أي صدى في التقنين الفرنسي الذي يتبنى في مادته 1152 مبدأ ثبات الشرط الجزائي و هو المبدأ الذي يظل معمولا به في الجزائر قبل 1975.

المطلب الثاني: الشرط الجزائي عقوبة

يرى أصحاب هذه النظرية أن الشرط الجزائي طبيعة العقوبة الخاصة حيث يلتقي في غايته مع الجزاء العام، فإذا كان الجزاء العام يقي من خرق النظام الإجتماعي العام فالشرط الجزائي يقي من خرق النظام التعاقدي، حيث يعلم المدين ما يتعرض له إذا أقدم على خرف العقد المبرم بعدم تنفيذه أو التأخير فيه، و من هنا فإن التأثير النفسي للعقوبة الخاصة بالشرط الجزائي تدفع المدين إلى تنفيذ الإلتزام الأصلي. فالجزاء الخاص في نظر أصحاب هذا الإتجاه مبني على حرية إرادة المتعاقدين و أنه لا شيء أكثر عدالة من هذه الحرية في فرض العقوبة مقدما، و أن الجزاء للعقوبة الخاصة هو وحده الذي يضمن إحترام التعهدات المتعاقد عليها، و يرى هذا الإتجاه أن الشرط الجزائي عقوبة يفرضها الدائن على مدينه.

[1] راجع تطور الشرط الجزائي في القانون الفرنسي ص31-32، نجاري عبد الله،المرجع السابق، هامش ص80.

و في هذا الصدد يقول الأستاذ **لومبيار** كعقوبة لجريمة مدينه تحقق للمتعاقدين الضمان و الأمن[1]".

و نجد كذلك في هذا المجال الأستاذ **ميتو** يقول: " الشرط الجزائي جزاء يذكر بالعقوبة[2] " ويؤكد ذلك الأستاذ **ديموج** نفس المعنى فيقول أن الوظيفة العقابية للشرط الجزائي هي التي تعطيه أهميته و أصالته و تمييزه عن نظرية التعويض.

لم يحدد الفقهاء مفهوم الوظيفة العقابية و يرجع الفضل إلى الأستاذ **بلانيول** الذي حدد مفهوم الوظيفة العقابية للشرط الجزائي تتوقف على المبلغ المتفق عليه عما إذا كان مرتفعا أو منخفضا.

يكون الجزاء مغاليا فيه إذا جاوز بكثير مقدار الضرر و في هذه الحالة يتبين أن الدائن كان في مركز قوة ذلك جعله يفرض عقوبة على المدين و من هذا يتبين لنا أن الوظيفة العقابية يقصد بها الضغط و التهديد الذي يحدثه المبلغ المرتفع في روح المدين و يدفعه إلى تنفيذ إلتزامه عينا.

مما سبق نجد فريقا من الفقهاء ذهب إلى تأسيس هذه العقوبة على الإرادة و أعتبر الشرط الجزائي عقوبة خاصة و منه نجد رأي الأستاذ **أجني** الذي يرى أن الشرط الجزائي عقوبة تعويضية خاصة.

و يضيف الأستاذ **سكريتان** أن الشرط الجزائي عقوبة لكنها عقوبة خاصة إتفاقية.

و يعتمد أصحاب هذه النظرية على المبرران هما:

الفرع الأول: المبرر الفلسفي

مقتضى هذا المبرر تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في المجال التعاقدي، و لهذا يستبعد أنصار هذه النظرية كل شرط جزائي لا ينبثق عن الإرادة التعاقدية إذ في نظرهم أن العقوبة الخاصة

---

[1] يعبر لومبيار،المرجع السابق،الجزء السابع،المادة1226 ،فقرة أولى بما يلي:
" ….comme sanction pénale d'une infraction civil ,elle procure au contractant une garantie plus précise et une sécurité plus Complète "
نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص81.

[2] راجع ميتو:
La responsabilite civile,1ere ed,page468.
نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص81.

مؤسسة على الإرادة الحرة للمتعاقدين و على هذا الأساس لا يجوز للقاضي أن يتدخل في العقد لتعديل الشرط الجزائي.

لقد تعرض هذا الرأي إلى انتقادات مريرة لأنه لا يمكن اعتبار الشرط الجزائي عقوبة خاصة لأنه لا تتوفر فيه خصائص العقوبة الخاصة.

قبل أن نتعرض لهذه الانتقادات يجدر بنا أن نبين ما هي خصائص العقوبة الخاصة.

أولا: خصائص العقوبة الخاصة: تتميز العقوبة الخاصة بثلاثة خصائص هي:

الخاصية الأولى: قوام العقوبة الخاصة الخطأ.

الخطأ العنصر المميز للعقوبة الخاصة، بحيث يرتبط مقدار التعويض بجسامة الخطأ، و يترتب على ذلك أنه إذا انتفى الخطأ انتفت معه مسؤولية المدين.

الخاصية الثانية: هدف العقوبة الخاصة عقاب المدين تهدف العقوبة الخاصة إلى مكافأة المدين و عقابه و ذلك بإحداث جرح جديد في ذمته كما يقول الأستاذ **فيليب درباي**[1].

الخاصية الثالثة: مبلغ العقوبة الخاصة يجاوز مقدار التعويض.

يقول الأستاذ **أجني** في هذا الصدد: "لا يكون هناك تعويض بل عقوبة خاصة إذا كان المبلغ الذي يدفعه المسؤول للمضرور يجاوز مقدار الضرر الذي وقع فعلاً". و هذه الخاصية الثالثة هي التي ركز عليها الرأي الذي يعتبر الشرط الجزائي عقوبة خاصة، و على ضوء هذه الخصائص تم انتقاء الرأي القائل أن الشرط الجزائي عقوبة خاصة.

1/ الإنتقادات الموجهة لنظرية العقوبة الخاصة:

أ- المبلغ المرتفع للشرط الجزائي ليس هو الذي يولد الأثر التهديدي بل هذا الضغط يتولد عن المدين بمجرد علمه بأنه إلى جانب الإلتزام الأصلي يوجد جزاء دفعه متى أخل بالالتزام الأصلي، و هذا على عكس العقوبة الخاصة التي يشترط أن يكون مبلغها دائما مرتفعا بالنسبة للضرر[2].

---

[1] يعبر فيليب درباي،المرجع السابق،ص20 بما يلي:

" le but de la peine privée est de faire une nouvelle blessure "

نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص83.

2 محمد إبراهيم الدسوقي،تقدير التعويض بين الخطأ والضرر،الطبعة الأولى ،ص145وما يليها.

ب– إذا كان كل من الشرط الجزائي و العقوبة الخاصة يتطلب وقوع الخطأ لإستحقاقهما فأن وظيفة الخطأ في كل منهما مختلفة إذ يأخذ الخطأ في الإعتبار في مجال العقوبة الخاصة و على ضوئه يقدر مبلغ العقوبة بينما لا يرتبط الشرط الجزائي بالخطأ و وظيفة هذا الأخير في هذا المجال تقتصر على تحديد مسؤولية المدين و تحصيله إياها و على هذا الأساس يقوم الشرط الجزائي على معيار موضوعي في حين تقوم العقوبة الخاصة على معيار ذاتي[1].

ج– إذا كان هدف العقوبة الخاصة هو عقاب المدين فإن الشرط الجزائي يرمي إلى إصلاح الضرر المترتب عن عدم التنفيذ أو التأخير في ذلك.

رغم الانتقادات الشديدة التي تعرض لها هذا الرأي إلا أننا نجد رأي آخر حاول صياغة هذه النظرية في قالب جديد لتتماشى مع روح و نصوص القوانين الوضعية الحديثة، فأعتبر الشرط الجزائي وسيلة ضغط لحمل المدين على تنفيذ إلتزامه، و هو وسيلة يضغط بها الدائن على مدينه ليجبره على تنفيذ إلتزامه، و يرى الفقه أنه بالرغم من إعتراف المشرع بسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي مازال هذا الأخير يلعب دوره التهديدي.

ليس كل شرط جزائي له طابع تهديدي يعتبر كذلك إلا بتوافر شرطين:

- أن يكون المبلغ المتفق عليه مبالغا فيه، أي أن يكون الشرط الجزائي ذو طابع مغالى فيه.
- عدم وجود رقابة قضائية فعالة.

2/ طابع المغالاة في الشرط الجزائي:

باعتبار الشرط الجزائي اتفاق على تقدير التعويض و أحيانا يكون هذا التقدير مبالغا فيه و مصدر هذه المغالاة قد تكون إرادة الطرفين و قد تكون مصدرها ظروف مستقلة عن هذه الإرادة[2].

[1] راجع إبراهيم الدسوقي،المرجع السابق،ص145 وما يليها ،نجاري عبد الله،المرجع السابق،ص147.
2 محمد إبراهيم الدسوقي،المرجع السابق،ص147.

يقوم المتعاقدين أثناء إبرام العقد بوضع شرط جزائي لضمان تنفيذه و إذا كان المبلغ المتفق عليه مرتفعا بالنسبة للضرر المحتمل وقوعه للدائن، نكون بصدد شرط جزائي ذو طابع عقابي و مثل هذه الشروط المغالية تكون أحيانا نتيجة مفاوضات بين الطرفين و تكون أحيانا أخرى نتيجة الهيمنة الإقتصادية و الإجتماعية لأحد الطرفين. أما إذا كان الطرفان المتعاقدان على قدم المساواة أثناء إبرام العقد فقد يتعهد المدين بتنفيذ الالتزام رغم وجود شرط جزائي مبالغ فيه و قد يقبل المدين ذلك بمقابل امتيازات يتحصل عليها لصالحه.

مثال ذلك: عقد القرض قد يقبل المدين شرطا جزائيا مرتفعا لضمان ردّ مبلغ القرض في الآجال المحدد لذلك و مقابل ذلك يخفض الدائن نسبة الفائدة التي يدفعها المدين مقابل انتفاعه بالقرض، و هذا الشرط الجزائي المبالغ فيه يطمئن الدائن إلى ردّ القرض في التاريخ المتفق عليه. و الوضع الغالب هنا كون الدائن يكون في مركز قوة في علاقته مع المدين فيستطيع فرض شرط جزائي مغالى فيه و هذا ما نجده في عقود الإذعان حيث يدرج فيها الطرف القوي شرطا جزائيا مرتفعا و يقبله المدين دون أي نقاش و مثال ذلك نجده في عقود الليزنغ[1] Leasing و الإيجار بالبيع في فرنسا فليس من الغريب أن نجد عدم وجود رقابة قضائية فعالة، كان القاضي الفرنسي قبل 1975 مجردا من سلطة تعديل الشرط الجزائي. و بمقتضى قانون 09 جويلية 1975 أصبح بإمكانه أن يراقب مبلغ التعويض الاتفاقي ونفس الشيء بالنسبة للقاضي الجزائري و ذلك تطبقا للفقرة الثانية من المادة 184 مدني جزائري.

تتميز الرقابة القضائية بخاصية جوهرية هي أن هذه السلطة جوازية للقاضي و النص صريح في ذلك إذ يقول "يجوز" و من هذا فإن هذه الرقابة لا تقضي على الوظيفة التهديدية للشرط الجزائي حيث أن للقاضي معظم الحرية في التدخل لتعديل الشرط الجزائي يستخلص من هذا

1 المقصود بالليزنغ ما يلي: إذا رغب صاحب مشروع في زيادة تجهيزاته فانه يقصد إحدى الشركات المالية المتخصصة ويجري معها عقدا بمقتضاه تشتري له العتاد الذي اختاره صاحب المشروع وفقا للشروط التقنية الموضوعية والثمن المتفق عليه،ويسلم هذا العتاد مباشرة للمنتفع حيث يعتبر مستأجرا له من شركة الليزنغ،ويعرفه طلال المختار بأنه طريقة لتمويل بتجهيز تسمح بالمشاريع الصناعية والتجارية بان تكمل تجهيزاتها دون تجميد رأس مالها،نجاري عبد الله المرجع السابق،هامش ص86.

أن الوظيفة الإكراهية للشرط الجزائي مقبولة من الناحية التشريعية لذا فهو يعتبر وسيلة ضغط على المدين[1].

الفرع الثاني: المبرر التاريخي

فكرة العقوبة لها جذور تمتد إلى العهد الروماني، و في هذا الصدد يرى الأستاذ **أجني** أن العقوبة الخاصة في القانون المعاصر تتحدد بنفس الذاتية التي كان يتميز بها القانون الروماني إذ حسب نظره ما هي إلا شكل متطور من العقوبة الخاصة القديمة مازالت تتميز بأهم عنصر بالرغم من تطور القانون و يتمثل هذا العنصر في عدم ارتباطها بمقدار الضرر ما ترتبط بجسامة الخطأ.

لكن لم تتمكن كل من نظرية التعويض و العقوبة فرض نفسها، مما أدى ببعض الفقه إلى المزج بينهما و اعتبار الشرط الجزائي مركب طبيعة.

المطلب الثالث: الطبيعة المركبة للشرط الجزائي

يرى أصحاب هذا الرأي أن الشرط الجزائي ذو طبيعة مزدوجة إذ يعتبر تعويضا و عقوبة في نفس الوقت و قد تبنى هذه النظرية الفقهية الألماني **كوزاش**[2] الذي اعتبر الشرط الجزائي عقوبة تعويضية كما أخذ بها الفقيه أجني حيث جاء في رسالته ما يلي: " إن استبعاد الطابع التعويضي للشرط الجزائي أو إستبعاد طابعه العقابي هو موقف متطرف بل أن جمع الموقفين اللذان يكونان الموضوع و نقيضه قد يعطي الحل الصحيح من الناحية النظرية ". غير أن هذا الرأي تعرض إلى انتقادات من طرف الفقه و خاصة الأستاذ **بيرانو فاشيو**[3] الذي يرى بأن الشرط الجزائي يكون إما تعويضا و إما عقوبة و لا يمكن بأي حال من الأحوال الجمع بين التعويض و العقوبة.

---

1 نجاري عبد الله،المرجع السابق،ص88.

2 أشار إليه:

Peirano faxio : la clause pénale droit français et droit de l'Amérique latin , revue internationale du droit comparé 1949,page 315.

نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص90.

3 راجع بيرانو فاشيو،المرجع السابق،ص322،نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص90.

يرى **بيرانو** أنه لا يمكن اعتبار الشرط الجزائي في نفس الوقت تعويضا و عقوبة، إذ أن التعويض ما هو إلا إصلاح الضرر الذي حصل فهو بذلك مقابل لقيمة الضرر، لذا فجوهر التعويض يكمن في فكرة المعادلة بين الضرر الذي حصل والمبلغ الذي يدفع على سبيل التعويض، بينما جوهر العقوبة يكمن في فكرة فرض العبء الذي يحدث ضررا لمن وقع عليه ، فالمفهومان مختلفان و لا يمكن الجمع بين النتائج المترتبة على كل منهما.

و في هذا الصدد يختم الأستاذ **بيرانو** رأيه أنه في ضوء هذين المفهومين يتحدد مصير الشرط الجزائي كنظام مستقل فهو إما عقوبة خاصة يؤدي نفس الوظيفة التي كانت منوطة له في القانون الروماني و في هذه الحالة فإن تنظيمه بنصوص خاصة في القانون المدني له ما يبرره و أما أن يعتبر تقديرا مسبقا للتعويض و في هذه الحالة لابد أن تشطب من القانون المدني الأحكام الخاصة بالشرط الجزائي إكتفاءا بالقواعد العامة التي تحكم التعويض، غير أن هناك رأي يذهب إلى عكس ذلك حيث يرى أنه من غير الصحيح القول أن إمكانية تعديل الشرط الجزائي تفقده أهميته العملية و أن طابعه التعويضي لا يستلزم شطب الأحكام المنظمة له من القانون المدني.

الفرع الأول: موقف القانون المصري من هذه النظريات

حسب المواد 223، 224، 225 مدني مصري فإن المشرع المصري يعتبر الشرط الجزائي تعويضا حيث اشترط لإستحقاقه[1] وقوع الضرر كما نجده نص على تطبيق أحكام التعويض بمقابل على شرط الجزائي. و قد جاء في مضمون الأعمال التقصيرية للقانون المدني أنه ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا تقدير إتفاقي للتعويض الواجب أداؤه فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجوب هذا التعريض بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور، و قد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط، إذن من إجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض و هي الخطأ و الضرر و الإعذار.

[1] تنص الفقرة الأولى من المادة 224 على ما يلي: " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"
واتجاه موقف المشرع المصري هذا ما هو إلا تجسيدا لموقف القضاء المصري القديم الذي كان يشترط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص 92.

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من هذه النظريات

مما سبق تبين لنا أن المشرع الجزائري أضفى الطابع التعويضي متجاهلا تماما فكرة العقابية بدليل أنه إشترط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي[1].

و هذا ما قضت به المادة 1/184 مدني جزائري إذ جاء فيها:" لا يكون التعويض المحدد للاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

هذا من جهة و من جهة أخرى قرر تطبيق أحكام التعويض بمقابل على الشرط الجزائي[2].

بعدما تطرقنا لكل نظرية على حدا عقوبة، تعويض و الموقف المتوسط، يعتقد الأستاذ نجاري أن الشرط الجزائي ما هو إلا تعويض و لا يمكن أن يكون وسيلة ضغط على المدين للسبب التالي:

إن هذه النظرية ترتكز على فكرتين هما، المغالاة في تقدير التعويض و السلطة التقديرية للقاضي في التدخل لتعديل الشرط الجزائي.

فبالنسبة للفكرة الأولى يرى أنها تتجلى بصورة نهائية إلا في مرحلة لاحقة للاتفاق على الشرط الجزائي و هي مرحلة التنفيذ حيث عندما تتحقق واقعة عدم التنفيذ هنا يمكن المقارنة بين المبلغ المتفق عليه و الضرر الذي حصل فعلا لتقدير مدى المغالاة في الشرط الجزائي.

و هنا نتساءل كيف يمكن القول أنه وسيلة للضغط على المدين؟

أما بالنسبة للفكرة الثانية المتعلقة بالسلطة التقديرية للقاضي فلا نعتقد أن هذا الأخير يرفض التدخل متى طلب منه ذلك خاصة إذا أدخلنا في إعتبار الجانب النفساني للقاضي الذي يعلم أن هذا الاتفاق موجه ضده باعتبار أنه يجرده من بعض سلطاته الأصلية المتمثلة في تقدير التعويض[3].

---

1 نجاري عبد الله،المرجع السابق ص91.

2 راجع المادة 183 من القانون المدني الجزائري التي تحيل إلى تطبيق المواد 176 إلى 181 المتعلقة بالتنفيذ بمقابل، نجاري عبد الله،المرجع السابق، هامش ص93.

3 راجع:

Dexotte : enquête su les clauses de différent, cahier du droit de l'entreprise,1976,page 23.

نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص93.

و بهذا نكون قد أتينا إلى نهاية المبحث الخاص بالطبيعة القانونية للشرط الجزائي و ننتقل الآن إلى دراسة الرقابة القضائية للشرط الجزائي.

المبحث الثاني:الرقابة القضائية على الشرط الجزائي

من خلال هذا المبحث سوف نتناول ثلاث مطالب الأول حول الرقابة القضائية على الشرط الجزائي في القانون الفرنسي والمطلب الثاني نتطرق فيه إلى الرقابة القضائية في القانون الجزائري لنخلص لمطلب ثالث نعرض فيه الرقابة على الشرط الجزائي في العقود على الصعيد التجاري الدولي.

المطلب الأول:الرقابة القضائية على الشرط الجزائي في القانون الفرنسي

إن التقنين المدني الفرنسي قد تضمن مبدأ عاما لا يمكن الخروج عنه، ومقتضى هذا المبدأ انه يجب دفع الشرط الجزائي كما هو متفق عليه،وهذا ما نصت عليه المادة 1152 مدني فرنسي بقولها:"عندما يتضمن الاتفاق أن من يقصر في تنفيذ التزامه، يلزم بدفع مبلغ على سبيل التعويض ولا يسمح للطرف الآخر طلب زيادة أو نقص[1]".

وبهذا يكون وحتى سنة 1975 لم يكن بوسع القاضي الفرنسي حماية المدين حسن النية من دفع شرط جزائي مبالغ فيه.لذلك حاول بعض قضاة الموضوع محاربة صلابة هذا المبدأ بوسائل قانونية مختلفة فقد حاولوا كما قال الأستاذ **بـــاي** خلق ثغرة في هذه القلعة القانونية[2]، غير أن محكمة النقض الفرنسية تصدت لكل هذه المحاولات مؤكدة على ضرورة احترام المبدأ المنصوص عليه في المادة السابقة.

غير أنه في 09جويلية1975 وبناءا على اقتراح من الأستاذ **فوايـــــه** عدل المشرع الفرنسي أحكام الشرط الجزائي،حيث أضاف فقرة ثانية للمادة 1152 مدني فرنسي.

---

[1] نصت المادة 1152 مدني فرنسي على ما يلي:

" lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécution payera une certaine somme à titre de dommage intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre "

نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص 133.

[2] يعبر مختار بـــاي عن رأيه بقوله:

" créer une brèche dans cette forteresse juridique "

وبهذا سوف نتطرق قبل دراسة الأحكام الجديدة للشرط الجزائي في القانون الفرنسي التي من خلالها وضع المشرع حدا للاستعمال التعسفي للشرط الجزائي، يجدر بنا وهذا بشكل من الإيجاز في فروع بالرجوع إلى ما سبق لدراسة الوضع السابق في قانون 1975 وذلك لإبراز الجهود التي بذلها الفقه والقضاء لمساعدة المدين حسن النية.

الفرع الأول:الرقابة القضائية للشرط الجزائي في النظام السابق1975

بالرجوع إلى التقنين المدني الفرنسي وبالضبط في المادتين 1152 و1231 منه نجد أن المشرع نظم آثار الشرط الجزائي،وبهذا يتبادر لدينا التساؤل التالي، ما هي سلطة القاضي في مراقبة الشرط الجزائي؟

وللإجابة على هذا التساؤل يجدر بنا الرجوع إلى تحليل المادتين السابقتين.

أولا: سلطة القاضي في ضوء المادة 1152

سبق وان ذكرنا أن هذه المادة قد نصت على مبدأ ثبات الشرط الجزائي وعدم تعديله، ولقد لخصت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها مفهوم هذا المبدأ حيث جاء فيه أنه" طبقا للمادة 1152 مدني حيث يتبين منها أن الاتفاق المبرم بشكل صحيح والمتضمن أن من يخل تنفيذه، يدفع مبلغا على سبيل التعويض ويكون هذا الاتفاق بمثابة قانون لمن ابرمه، ولا يمكن للطرف الأخر أن يطلب زيادة أو نقصا[1]".

من خلال هذه المادة يتبين أن دور القاضي منعدم وبالتالي لا يمكنه بأي حال من الأحوال تعديل المبلغ المتفق عليه.

لكن أمام الاستعمال التعسفي والمتزايد للشرط الجزائي من بعض الدائنين حاولت بعض المحاكم التخفيف من شدة هذا المبدأ وتعديل قيمته.وذلك من خلال جملة من الوسائل القانونية ،رغم أن هذه الوسائل لقت مجموعة من الانتقادات أدت في الأخير إلى فشل هذه المحاولات، وبهذا يستخلص أن سلطة القاضي في ظل المادة 1152 كانت معدومة.

[1]حكم الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 1967/11/02 المنشور في دالوز سيراي 1968،ص30.

ثانيا:سلطة القاضي في ضوء المادة 1231

بالرجوع إلى التقنين المدني الفرنسي نجد أن المشرع في المادة 1231 نص على انه"يمكن أن يعدل الجزاء من طرف القاضي إذا كان الالتزام قد نفذ جزءا منه[1]".

يتبين من هذه المادة انه يمكن للقاضي ممارسة رقابة قضائية على الشرط الجزائي حيث خول له المشرع أن يخفض المتفق عليه إذا كان الالتزام قد نفذ جزءا منه.

غير أن هذه الرقابة محدودة من جهة باعتبارها قاصرة على حالة واحدة،ومن جهة أخرى فهي غير مجدية أو فعالة فنص المادة1231 نص مكمل لإرادة الأطراف الذين بإمكانهم لاستبعاد تطبيقه.وهذا ما قرره القضاء،حيث حاول توسيع هذه السلطة من خلال فكرة الغش أو الخطأ الجسيم،حيث قرر انه إذا تم الاتفاق على شرط جزائي،ثم ارتكب المدين غشا أو خطا جسيما أدى إلى وقوع ضرر يفوق التعويض المتفق عليه،جاز للقاضي أن يراجع هذا التعويض ويرفع من مقداره[2].

وخلاصة القول، لقد صمد مبدأ ثبات الشرط الجزائي أمام كل المحاولات الفقهية والقضائية، فقد فرض رقابة قضائية على الشرط الجزائي، فكان مبدأ سلطان الإرادة هو الأقوى، واستطاع أن يكون حاجزا يحول دون تحقيق العدالة.

وبقي الصراع قائما بين الاتجاه الفقهي والقضائي من جهة ومحكمة النقض من جهة أخرى إلى أن استجاب المشرع لطلب الفقه والقضاء وهذا ما سنعرضه في فرع ثان.

الفرع الثاني:الرقابة القضائية للشرط الجزائي في ظل القانون الجديد:

بما أن نص المادة 1134 مدني فرنسي تعرض لانتقادات عنيفة في مجال الشرط الجزائي وذلك من طرف جمعية المستهلكين[3] التي انتقدت بشدة نظام التعاقد في هذا الإطار الذي سمح للطرف الأقوى أن يستأثر بسلطة الإكراه المتمثلة في عقود خاصة قاسية ومستبعدا تدخل السلطة القضائية التي تراقب السير الحسن لتنفيذ الاتفاق.

---

[1] أنظر نقض مدني 1968 منشور بالأسبوع القانوني،1968 /15434/11 ، نجاري عبد الله المرجع السابق،هامش ص137.

[2] راجع محكمة باريس 1969/2/1،داللوز 1969 و الأسبوع القانوني16030/11/1969.

[3] أشار إليها مختار بـــاي في المقالة المشار إليها سابقا، ص168، نجاري عبد الله،المرجع السابق، هامش،ص138.

ولهذا نادى الفقه بضرورة تدخل المشرع لمراقبة أحكام الشرط الجزائي[1] و حتى محكمة النقض عدلت عن رأيها إذ اعترفت في تقريرها السنوي للسنة القضائية 1973 أن الشرط الجزائي الذي تفرضه المؤسسات المالية المتخصصة في عملية الليزنغ والإيجار قاس ومبالغ فيه.

وأخيرا وبعد هذه المجهودات تدخل المشرع الفرنسي لتعديل أحكام الشرط الجزائي بمقتضى القانون رقم 1975/597 الصادر بتاريخ 1975/7/9، حيث أضاف فقرة ثانية للمادة 1152 كما أعاد صياغة المادة 1231، غير أن تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي في ظل أحكام القانون الجديد يطرح مسالة تحديد نطاق سلطة القاضي والتي نبحثها في ضوء كل من المادتين 1152و 1231 مدني فرنسي وهذا على التوالي.

أولا: سلطة القاضي في ضوء المادة 1152 من التقنين المدني

لقد احتفظ المشرع في الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر بالمبدأ العام وهو ثبات الشرط الجزائي ثم أضاف فقرة ثانية تعتبر إنشاء يتمثل في الاعتراف للقاضي بسلطة تخفيض الشرط الجزائي أو زيادته، وهذا ما أكده الأستاذ **فوايـــه** بقوله أن الشرط الجزائي ما هو إلا شرط عقدي أساسه إرادة الطرفين والتي على القاضي احترامها[2].

ما تجدر الإشارة له أن المشرع اكتفى بتحديد شروط لتدخل القاضي دون أن يبين الطرق التي يتم على أساسها تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة.

وقد تكفل الفقه باقتراح طرق مختلفة في هذا الصدد وسوف نأتي لتناول ذلك على التوالي:

1. شروط تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي:

بالرجوع إلى نص الفقرة الثانية من المادة 1152 مدني فرنسي يستخلص انه لا يمكن للقاضي أن يتدخل بكل حرية لتعديل الجزاء المتفق عليه. بل أن تدخله هذا يتوقف على توفر شرط أساسي يتمثل في أن يكون الشرط الجزائي مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو تافها.

---

[1] راجع :

Alfandri : le contrôle de la clause pénal par le juge, j.c.p 1971 doctrine N°2395.
نجاري عبد الله،المرجع السابق،تهميش،ص139.

[2] راجع فواييه، المرجع السابق،ص1613، نجاري عبد الله،المرجع السابق، تهميش،ص143.

ولم يحدد المشرع مفهوم المبالغة أو التفاهة، فحاول بعض الفقهاء تبيان ذلك.فيرى فريق أن مفهوم المبالغة يشمل في عدم التناسب الكبير بين الضرر الذي وقع وقيمة الشرط الجزائي،حيث يتحول إلى غرامة.

كما يرى الأستاذ **بوكـــاره** أن المبالغة المقصودة في هذا النص هي الزيادة التي تخرق قواعد العدالة[1]، كما أضاف إعطاء مفهوم للتفاهة بقوله انه يجب الاستعانة بالحلول الفقهية والقضائية المتعلقة بعنصر الثمن في عقد البيع، ففي نظر الفقه لا يكون هناك عقد بيع إذ لم يكن الثمن حقيقيا أو جديا أو كان تافها لدرجة يمكن اعتباره غير موجود[2]، ونميز بين الثمن التافه والثمن البخس فالأول لا يتناسب مطلقا مع قيمة الشيء محل العقد أما الثاني فهو يقل بكثير عن قيمة الشيء محل العقد.

ومن هذا يرى بعض الفقهاء انه لا يمكن العمل بالفقرة الثانية من المادة السابق الإشارة إليها، إلا إذا كان المدين حسن النية حيث يرجع عدم تنفيذه للالتزام إلى ظروف اقتصادية أو تدهور وضعية مالية.

وبالتالي متى يتوفر هذا الشرط كان على القاضي أن يتدخل،فعلى أي أساس يعدل الشرط الجزائي؟

كمحاولة للإجابة على هذا التساؤل سنعرض طرق تعديل الشرط الجزائي وذلك في حالتين حالة التخفيض وحالة الزيادة.

2. طرق تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة:

بعدما تطرقنا إلى شروط تدخل القاضي حيث عند توفرها يتدخل لتعديل الشرط الجزائي وبالرجوع إلى نص المادة 1152 مدني فرنسي والتي يتبين لنا من خلالها انه لا يمكن

---

[1] راجع بوكاره، المرجع السابق، فقرة2742، نجاري عبد الله المرجع السابق، هامش ص144.

[2] ويعبر بوكاره في ذلك بقوله:

" La pénalité dérisoire n’est pas indemnité inférieure à la mesure mais une indemnité insignifiante "

نجاري عبد الله، المرجع السابق،هامش ص144.

للقاضي أن يخفض من قيمة الشرط الجزائي أو يرفع منه، سنحاول دراسة حالتين كل على حدا.

1.2 الحالة الأولى: تخفيض الشرط الجزائي

في هذه الحالة يرى الأستاذ **بوكـــــاره** أن هناك ثلاث طرق يمكن أن استعمالها للتخفيض من قيمة الشرط الجزائي المغالى فيه[1] وهي:

الطريقة الأولى: تتمثل في تخفيض الشرط الجزائي أي حدود الضرر الفعلي ...ولقد انتقد الفقه هذه الطريقة لأنها تقضي على وظيفة وأهمية الشرط الجزائي من ناحية،ومن ناحية أخرى أن المشرع لم يقصدها إذ لو أراد ذلك لكانت صياغة الفقرة الثانية على الشكل التالي

" غير انه يجوز ذلك إذا كان الشرط الجزاء المتفق عليه مبالغا فيه أو تافها ".

الطريقة الثانية: وتتمثل في تخفيض الجزاء الصارخ أو المبالغ فيه و لا يمكن للقاضي عند تخفيض الشرط الجزائي أن ينزل عن نسبة معينة وعلى ذلك فان المادة 1152 مازالت محتفظة بمبدأ ثبات الشرط الجزائي وهو الأصل[2].

الطريقة الثالثة: تتمثل في إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تقدير الضرر وتخفيضه وتخفيض الشرط الجزائي تبعا لذلك.

لقد فضل الأستاذ **بوكـــــاره** الطريقة الثانية ومبرر ذلك أنها تتماشى مع الهدف الذي قصده المشرع من هذا التعديل، فالمقصود بتخفيض المبالغة هو تصحيحها وتخفيضها دون إلغاءها وعلى القاضي تخفيض الجزاء المغالى فيه أن يراعي لفقرة أولى من المادة 1152 مدني فرنسي.

موقف المشرع الفرنسي من الطرق الثلاثة:استبعد القضاء الفرنسي الشرط الطريقة الأولى والثانية و أخذ بالثالثة حيث يرى أن للقاضي سلطة تقديرية في تخفيض الشرط الجزائي ولكن يشترط ألا يقل الشرط الجزائي المحكوم به عن مقدار الضرر الذي وقع.

---

[1] راجع بوكاره ،المرجع السابق فقرة 2742، نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص145.

[2] نجاري عبد الله، المرجع السابق،ص143.

هذا ما يستخلص من اتجاه محكمة النقض التي قضت في حكم لها بان" قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة مطلقة لتقدير الضرر الذي أصاب الدائن وتقدير مبلغ التعويض محل الشرط الجزائي المبالغ فيه ولكن دون الحكم بمبلغ يقل عن مقدار الضرر"[1].

وفي حكم أخر أكدت هذا الاتجاه بقولها:" أن النص الجديد للمادة1152 من التقنين المدني لا يلزم القضاة بتقدير التعويض محل الشرط الجزائي على أساس مقدار الضرر الفعلي الذي وقع ".[2]

2.2 الحالة الثانية: زيادة الشرط الجزائي

إلى جانب حالة تخفيض الشرط الجزائي أجاز المشرع الفرنسي للقاضي زيادة فيه متى كان تافها، وهنا أيضا لم يعط القانون أي توجيه لكيفية الزيادة وقد اقترح الفقه نفس الطرق التي قدمها في حالة تخفيض الشرط الجزائي،غير أن القضاء الفرنسي قد تبنى الطريقة الثالثة والمتمثلة في إعطاء السلطة التقديرية للقاضي في زيادة مقدار الشرط الجزائي والى جانب حالة التفاهة ذهب القضاء مدعما من طرف الفقه إلى تطبيق المادة1150 مدني فرنسي الخاصة بالخطأ الجسيم والغش وقضى بزيادة الشرط الجزائي متى ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما[3].

وما نستخلصه من دراستنا لسلطة القاضي على ضوء المادة 1152 مدني فرنسي أن القاضي الفرنسي قد تبنى طريقة واحدة وهي السلطة التقديرية و ذلك للزيادة في الشرط الجزائي أو تخفيضه.

ثانيا: : سلطة القاضي في ضوء المادة 1231 من التقنين المدني

يتبين من المادة 1231 أن المشرع قد أعطى للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام.

---

[1] نجاري عبد الله،المرجع السابق،ص134.

[2] إبراهيم سيد أحمد،الشرط الجزائي في العقود المدنية،دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي،طبعة أولى،2003،المكتب الجامعي الحديث،ص13 وما يليها.

[3] محكمة باريس بتاريخ 1975/11/22 ، داللوز 1976 ص151، عبد نجاري عبد الله، المرجع السابق،هامش ص 148.

و إذا كانت المادة 1231 في صياغتها الأولى قد اعترفت للقاضي بسلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي فعلى القاضي ان يعتد بذلك الاتفاق ولا يجوز له المساس به.

أما بعد التعديل فقد أصبح بإمكان القاضي تخفيض الجزاء في حالة التنفيذ الجزئي واتفقوا على طريقة تخفيض الجزاء المستحق.

غير أن القاضي مقيد في تخفيض الجزاء متفق عليه إذا حدد له القانون طريقة يجب عليه إتباعها، كما منعه في بعض الحالات من نقض الاتفاق.

أ) طريقة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي:

طبقا لنص المادة 1231 مدني فرنسي يجب على القاضي تخفيض الشرط الجزائي حسب الفائدة التي عادت على الدائن من جزاء التنفيذ الجزئي، وبذلك قيد القانون الجديد تدخل القاضي وحصره في حالة التنفيذ الجزئي، ولكن ليس كل بدء في تنفيذ الالتزام هو تنفيذ جزئي بل لا بد من استفادة الدائن من هذا التنفيذ حتى يمكن اعتبار ذلك تنفيذا جزئيا، إذ في بعض الحالات لا يترتب على التنفيذ بأنه فائدة أو مصلحة للدائن ،ومثال ذلك أن يتفق شخص مع أخر ليرسم لوحة و أن يتفقا على شرط جزائي في حالة إخلال الرسام بالتزامه،فلو بدأ الرسام عمله دون أن يكمله فلا يعتبر هذا العمل بمثابة تنفيذ جزئي.

ب) حالات تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي:

هناك أربع حالات يمكن للقاضي أن يتدخل فيها لتخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام هي[1]:

- إذا اشترط الطرفان انه في حالة عدم التنفيذ الجزئي انه لا يمكن تخفيض الجزاء المتفق عليه، فلا يعتد بهذا الشرط، وللقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي مع مراعاة قيمة التنفيذ الجزئي.

[1] نجاري عبد الله، المرجع السابق،ص 150 وما يليها.

- إذا سكت الطرفان عن مصير عدم التنفيذ الجزئي،فيمكن للقاضي أن يتدخل ليخفض الجزاء بالنظر إلى عدم التنفيذ الكلي.
- إذا انتبه الطرفان لحالة عدم التنفيذ الجزئي من طرف المدين، يمكن للقاضي أن يخفض هذا الشرط الجزائي متى كانت هناك مبالغة في تقديره بالنسبة للضرر المترتب عن عدم التنفيذ الجزئي وهذا بفضل إحالة المادة 1231 على المادة1152.
- إذا حدد الطرفان لحالة عدم التنفيذ الجزئي واتفقا على مبلغ يستحقه الدائن عن عدم التنفيذ الجزئي وقررا أن هذا المبلغ يمكن تغييره حسب درجة عدم التنفيذ،وهذا الافتراض الأخير كثير الاستعمال في عقود الإيجار بالبيع.
- ففي هذه الأحوال على القاضي أن يتدخل لتعديل الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي وتجدر بنا الإشارة إلى ما قاله الأستاذ **جيبر** في هذا الصدد إذ قرر" أن الجزاء المتفق عليه في حالة عدم التنفيذ هو القاعدة التي ينطلق منها القاضي لتخفيض الشرط الجزائي وعليه أن يعتد في ذلك بنية الطرفين لاستخلاص مدى استبقاء الدائن من هذا التنفيذ الجزئي[1] " .

وحاصل القول، يتبين لنا أن القانون الجديد لـ 1975/07/09 حاول أن يوفر حماية للمدين عن طريق منح القاضي سلطة مراقبة الشرط الجزائي المتفق عليه وفي نفس الوقت دون ان يقضي على القيمة العملية للشرط الجزائي ،لهذا جعل هذه السلطة التقديرية بالنسبة للقاضي الذي يتمتع بحرية التدخل لتعديل الجزاء المتفق عليه ولا رقابة عليه من طرف محكمة النقض[2].

إذا كان مصدر الرقابة القضائية على الشرط الجزائي في القانون الفرنسي هو القانون نفسه،فهناك قوانين أجنبية أخرى يكون مصدر الرقابة فيها على الشرط الجزائي القضاء.

---

[1] راجع جيبر، المرجع السابق ،ص1813، نجاري عبد الله المرجع السابق، هامش، ص151.

[2] الأعمال التحضيرية لمشروع قانون 1975/07/09 ،ص1805 وما يليها، حيث جاء فيه:

" il ne s'agit pas de faire échec à l'article 1134, l'intervention rst facultative et le juge n'est pas obliger de réduire la peine "

نجاري عبد الله،المرجع السابق،هامش ص152.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على الشرط الجزائي في القانون الجزائري

بعدما تطرقنا في المطلب الأول إلى معرفة سلطة القاضي في فرض الرقابة على الشرط الجزائي في القانون الفرنسي الذي يعتبر هو المصدر الذي استمد منه التقنين الجزائري جل القوانين وهذا راجع لأسباب تاريخية وسنعرض كيف عالج المشرع الرقابة القضائية على هذا الشرط وهذا في مطلب ثان، بالرجوع إلى التقنين المدني نجد أن المشرع الجزائري هجر الاتجاه القديم ويخضع الشرط الجزائي باعتباره تعويضا للرقابة القضائية مسايرا في ذلك القوانين العربية[1]، و أن كان تنظيم المشرع الجزائري للرقابة القضائية على الشرط الجزائي يختلف نوعا ما عن التنظيم الفرنسي.

وبناءا على سنقسم دراستنا لهذه الرقابة إلى فروع ثلاث:

لا تقتصر الرقابة القضائية على الشرط الجزائي، بل تشمل أيضا شرعيته وشروط تطبيقه وبهذا نميز بين ثلاث أنواع من الرقابة التي يمارسها القاضي الجزائري على الشرط الجزائي وهذا تبعا.

الفرع الأول:أنواع الرقابة وتبريرها

أولا: الرقابة على شرعية الشرط الجزائي

لقد منح المشرع في بعض الحالات الاستثنائية الشرط الجزائي ومثال ذلك قانون العمل والقانون البحري.

1) في قانون العمل

نصت المادة 78 العمل من قانون العمل على أنه" لا يجوز في أي حال من الأحوال ان ينص في النظام الداخلي على غرامات[2] " .

لقد ألزم المشرع الجزائري كل وحدة تستخدم 20عاملا على الأقل أن تعد نظاما داخليا لها[3].

[1] إبراهيم سيد أحمد، مرجع سابق، ص31.

[2] الأمر 31/75 الصادر بتاريخ 29 أبريل 1975،المتعلق بعلاقات العمل في القطاع الخاص المنشور بالجريدة الرسمية 1975،عدد 39، نجاري عبد الله، المرجع السابق، تهميش،ص180.

[3] راجع المادة 76 من قانون العمل الجزائري.

ويعتبر النظام الداخلي من جملة الالتزامات التي يتعين على العامل احترامها ولهذا يجوز لرب العمل،أن يضمن هذا النظام الداخلي بجزاءات مالية لكفالة احترامه.

غير أن المشرع قد منع رب العمل من استعمال الشرط الجزائي الذي يأخذ غرامة من راتب العامل والهدف من هذا التحريم يرجع إلى ضمان الحد الأدنى لراتب العامل وخاصة وان استقطاع مبلغ الشرط الجزائي قد يؤثر عليه ويجعله لا يصل إلى الحد الأدنى الذي يضمه القانون.

2) في القانون البحري

نصت المادة 811 من القانون البحري [1]على أنه " يعد باطلا وعديم المفعول كل شرط يكون هدفه أو أثره المباشر أو غير المباشر ما يلي:

1. إبعاد أو تحديد مسؤولية الناقل الناجمة عن المواد 802،780،773،770و 804 من هذا الكتاب.
2. تحديد المسؤولية بمبلغ يقل عن المبلغ الذي حدد في المادة 805 وأعلاه ما عدا في حالة ما جاء في المادة808.
3. منع الناقل من الاستفادة من التامين على البضائع "

يتبين من هذه المادة انه يجوز التحديد المسبق– بمبلغ مالي – لمسؤولية الناقل البحري الناجمة عن أفعاله المحددة في المواد السالفة الذكر، ويترتب على ذلك بطلان كل شرط جزائي يستعمل في هذا المجال، كما يبطل الشرط الجزائي الذي يقل مقداره عن المبلغ المحدد في المادة805،وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع في هذه المادة لم يحدد الحد الأدنى للمبلغ الذي لا يجوز للأطراف الاتفاق على أقل منه بل أحال إلى اتفاقية بروكسل المبرمة في 1957/10/10 المتعلقة بتحديد مسؤولية هلاك السفن والتي أقرتها الجزائر، و لقد حددت المادة الثالثة من هذه الاتفاقية المبلغ[2] المنصوص عليه في المادة 805 بحري جزائري.

[1] الأمر رقم 80/76 الصادر بتاريخ 1976/10/23،المنشور بالجريدة الرسمية 1977،عدد29.

[2] راجع الاتفاقية بكاملها وخاصة المادة الثالثة منها في مؤلف:

" Jean pierre quendec , les conventions internationales ,page 691 et suite . -

ثانيا: الرقابة القضائية على شروط تطبيق الشرط الجزائي وتكييفه

قد أشرنا فيما سبق أن المشرع الفرنسي وجانب من القضاء قد حرص على مبدأ سلطان الإرادة وهذا ما أدى به إلى تقرير فاعلية الشرط الجزائي، حتى و لو ثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ومما لا شك فيه أن مسلك المشرع الفرنسي يتعارض مع فكرة المسؤولية العقدية ويهدم الأساس الذي يقوم عليه استحقاق التعويض فيها.

أما في الجزائر فان ارتباط التعويض بالضرر في الشرط الجزائي يكمن في أن المشرع الجزائري لم يتحمس لمبدأ سلطان الإرادة هذا من جهة ومن جهة أخرى أضفى على الشرط الجزائي طابع التعويض[1] وهذا ما يفسر حالة المادة183 مدني جزائري إلى أحكام التعويض بمقابل متى كان التعويض مصدره الاتفاق.

و أخيرا فان القاضي لا يتقيد بالوصف الذي يعطيه الطرفان للشرط الجزائي بل عليه أن يستخلصه من الاتفاق والظروف الملابسة به والنية المشتركة للطرفين،فمن المتصور أن يصف الطرفان شرطا به تعويض اتفاقي في حين أن حقيقته شرط لتحديد المسؤولية.

ثالثا:الرقابة القضائية على قيمة الشرط الجزائي

طبقا للمادة 184 مدني جزائري يسمح المشرع للقاضي أن يعدل من قيمة التعويض الذي اتفق عليه الطرفان[2]، وليس الرقابة على شرعيته إذ هي رقابة عادية يمارسها القاضي على كافة الشروط العقدية، فالأولى بحاجة إلى تبرير لكونها تمس بالحرية التعاقدية للطرفين وما يترتب على هذه الأخيرة من تقدير للتعويض ويمكن تبريرها من خلال:

1) أساس الشرط الجزائي

كان القاضي في الوضع السابق مغلول اليدين ولا يستطيع بدعوى تطبيق العدالة أن يعدل مبلغ الشرط الجزائي ولا يوجد لذلك أي سبب خاص دفع المشرع لتبني ذلك الاتجاه و إنما لكون القانون الفرنسي بقي مطبقا في الجزائر كقانون وضعي بالرغم من عدم تلاؤمه مع

- نجاري عبد الله ، المرجع السابق، تهميش، ص182.

[1] الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وموقف القانون الجزائري من ذلك،ص91، نجاري عبد الله، المرجع السابق، هامش ص183.

[2] تعتبر المادة 184 مدني جزائري قاعدة آمرة لا يجوز مخالفتها، نجاري عبد الله ،المرجع السابق، هامش ص183.

الواقع الجزائري سياسيا واقتصاديا، أما عن وضع التقنين المدني الجديد حاول المشرع ان يجعل القانون مرآة لاتجاهه السياسي والاقتصادي حيث أدخل التيارات الاشتراكية[1] ومن هذا المنطلق حد من مغالاة مبدأ سلطان الإرادة، و بهذا يكون المشرع قد وقف موقفا وسطا فاقر سلطة القاضي الرقابية ليصلح بالعدل ما تفسره الحرية.

2) مناط الشرط الجزائي

لقد سلك المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية ضرورة استحقاق الشرط الجزائي، فيترتب على هذا نتيجة منطقية مفادها هي ألا يكون الشرط مبالغا فيه بالنسبة للضرر الذي يقع و إلا كان الدائن مثريا ولهذا لا بد من تخفيض الشرط الجزائي المغالى فيه من طرف القاضي تحقيقا للعدالة بين أطراف الالتزام.

أما من الناحية الاقتصادية وباعتبار الشرط الجزائي وسيلة لضمان تنفيذ الالتزام الأصلي يؤدي إلى استقرار المعاملات بين الأطراف ولكن المشكل الذي يثور انه نادرا ما يكون أطراف العلاقة متساويين من حيث القوة الاقتصادية، وعلى هذا الأساس يستحق الطرف الضعيف مساعدة من القاضي[2].

الفرع الثاني:نطاق الرقابة القضائية وخصائصها

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 184[3] مدني على انه: " يجوز للقاضي أن يخفض المبلغ المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو كان الالتزام قد نفذ في جزء منه ".

كما تنص المادة 185 مدني على انه: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ".

يتبين من هذين النصين أن القاضي يتمتع بسلطة التعديل التي يستعملها للحد من مغالاة الحرية التعاقدية، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة إذ لا يمكن للقاضي أن يتدخل إلا في

[1] حبيب إبراهيم خليل،المدخل للعلوم القانونية،طبعة1980،ص42-45.
[2] راجع من الناحية الاقتصادية، نجاري عبد الله،المرجع السابق، هامش ص 186.
[3] المادة 184 من القانون المدني الجزائري.

مجال محدود ومتى توافرت شروط يمكن استخلاصها من روح الفقرة 184 من هذه الجهة ومن جهة أخرى منح المشرع الجزائري القاضي السلطة التقديرية للتدخل في تعديل الشرط الجزائي.

أولا: نطاق الرقابة القضائية

1- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

لقد حدد المشرع في الفقرة الثانية من المادة 184 التي سبق و أن أشرنا إليها في حالتين يمكن للقاضي فيهما أن يخفض الشرط الجزائي، أولهما المبالغة الكبيرة في تقدير الجزاء وثانيهما تنفيذ المدين لجزء من التزامه الأصلي، وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع المصري[1] والتقنينات العربية الأخرى.

وعلى هذا الأساس لا يشترط أن يصل التخفيض إلى حدود الضرر الفعلي وهذا ما لا يتفق مع حكم الفقرة الثانية من المادة 184 الذي أراد أن يوفق بين اتجاه إرادة المتعاقدين إلى تقرير تعويض يستحقه الدائن بين الوضع الواقعي المترتب على تنفيذ المدين لجزء من التزامه الأصلي وهذا التوفيق يتطلب تخفيض التعويض الاتفاقي بنسبة ما نفذه المدين من التزامه.

بعدما بينا سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي ننتقل إلى بيان سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي.

2- سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:

إذا كان القانون الجزائري كقاعد عامة قد خول للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي دون أي قيد وذلك في حالتي التقدير المبالغ أو التنفيذ الجزئي للالتزام،لان الأمر ليس كذلك في الزيادة إذا منع المشرع زيادة الشرط ولم يجزها إلا على سبيل الاستثناء وفي حالة واحدة.

[1] نص الفقرة الثانية من المادة224 من القانون المدني الفرنسي على أنه" يجوز للقاضي أن يخفض التعويض الاتفاقي إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وان الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه " ، نجاري عبد الله ،المرجع السابق،هامش ص 187.

1.2 المبدأ العام: عدم جواز زيادة الشرط الجزائي

تنص المادة 185 مدني جزائري على ما يلي: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطلب أكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ".

ونستخلص من هذه المادة والفقرة الثانية من المادة184 التي سبق وان اشرنا إليه أن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تقتصر على تخفيضه دون زيادة،ولقد استمد المشرع الجزائري هذه الأحكام من التقنينات العربية[1] ولم يساير المشرع الفرنسي والحقيقة أن موقفه الرافض لزيادة الشرط الجزائي يعتبر ثغرة قانونية من شانها أن تؤدي إلى نتائج سيئة سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي.

ثانيا:خصائص الرقابة القضائية

بالرجوع إلى نص المادة184 وبالضبط في فقرتها الثالثة مدني نجدها تنص على مايلي:

" يكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه ".

يستخلص من هذه الفقرة والفقرة الأولى للمادة 184 السالفة الذكر أن الرقابة القضائية تتميز بخاصيتين رئيسيتين وهما:

- أنها جوازية بالنسبة للقاضي
- أنها إلزامية بالنسبة للأطراف

1- الطابع الجوازي لسلطة تدخل القاضي:

بالرغم من اعتراف المشرع الجزائري للقاضي بسلطة التدخل، فليس لهذا الأخير أن يمارس هذه السلطة من تلقاء نفسه،بل على المدين أن يطلب منه ذلك،وهذا هو المعنى المقصود من الفقرة الثانية من المادة184 والتي تنص على" و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه ".

[1] راجع المادة 185 من القانون المدني الجزائري و التي تقابلها المادة 267 من قانون الموجبات اللبناني التي تنص " أن البند الجزائي صحيح ومعمول به وان كان موازيا في الواقع لبند ثان للتبعية و إنما استثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المدينون".

نستنتج من هذه الفقرة انه إن كان عبء الإثبات المبالغة أو التنفيذ الجزئي للالتزام واقعا على عاتق المدين فمن باب أولى أن يكون التخفيض بناءا على طلب هذا الأخير هذا من جهة ومن جهة أخرى يعتبر تعديل الشرط الجزائي حقا مخولا للمدين وحده،ولهذا يجب على هذا الأخير أن يطلبه، فلو خفض القاضي مبلغ الشرط الجزائي دون طلب المدين يكون قد حكم بما لا يطلبه الخصوم وهذا ما جعل حكمه قابلا للنقض.

وما يعتقد أنه كان يجدر بالمشرع الجزائري أن يجعل هذه السلطة إلزامية أي على القاضي أن يمارسها كلما طلب المدين منه لان الهدف من تقرير هذه السلطة للقاضي هو حماية المدين الضعيف ومحاربة الاستعمال التعسفي للشرط الجزائي من طرف الدائن،فما جدوى هذه السلطة إذ تبين للقاضي أن الشرط الجزائي مبالغ فيه ويرفض تعديله؟ ولهذا فالحماية الفعلية لا تتحقق إلا إذا ألزم القاضي بأن يمارسها[1].

3- **الطابع الإلزامي لهذه السلطة بالنسبة للأطراف**[2]:

يفهم من الفقرة الثالثة من المادة 184 السابق الإشارة إليها انه لا يمكن للأطراف استبعاد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، كما انه لا يجوز لهم الاتفاق عل استحقاق الشرط الجزائي ولو لم يلحق الدائن أي ضرر، لأن هذه القواعد المنظمة للرقابة القضائية تتعلق بالنظام العام.

ولكن قد يثور الإشكال فيما يتعلق بحالة التنفيذ الجزئي، فما هو الحكم لو اتفق الأطراف مسبقا على مصير الشرط الجزائي ولكن يبقى صحيحا طالما انه يوجه حالة عدم التنفيذ الجزئي ومع ذلك يبقى خاضعا للرقابة القضائية إذ لو أصبح الشرط الجزائي مبالغا فيه بالنسبة لجزء من الالتزام الذي لم ينفذ فيمكن للقاضي أن يخفضه،وذلك طبقا للحالة الأولى المبالغة في الشرط الجزائي.

[1] هذا ما أخذ به المشرع السويسري في المادة 163 من قانون الالتزامات السويسري حيث نصت على أنه " يجب على القاضي أن يخفض الشروط الجزائية المبالغة" ، نجاري عبد الله، المرجع السابق، هامش ص208.

[2] راجع الطابع الإلزامي لهذه السلطة، نجاري عبد الله، المرجع السابق ، تهميش ،ص 208.

وخلاصة القول أن القانون الجزائري قد يمتاز بأنه جمع أفضل ما تحتويه الشرائع الحديثة من المبادئ القانونية في مجال الشرط الجزائي وقد ساير التشريعات العربية في العديد من المسائل ومع ذلك فقد خالفها في مسائل أخرى والتي فضل فيها أن يحذو حذو أشقائه العرب في حالة رفضه زيادة الشرط الجزائي[1]

المطلب الثالث:الرقابة القضائية على شروط تطبيق الشرط الجزائي في العقود الدولية

لا يقتصر استعمال الشرط الجزائي على المستوى الداخلي أي في العقود الوطنية بل استعملت هذه الوسيلة القانونية حتى في العقود الدولية وذلك قصد ضمان سرعة تنفيذها.

ولقد نظمت بعض الاتفاقيات الدولية أحكام الشرط الجزائي مثل اتفاقية **البينولكس** لائحة المجلس الأوروبي الموقع عليها في 26 نوفمبر 1973 .

أما في الجزائر فقد أبرمت عدة عقود دولية مع مختلف الشركات التجارية الأجنبية لنقل التكنولوجية وذلك عن طريق استيراد الأجهزة التي لا تملكها، وهذه العقود الدولية يتم انعقادها وفقا لقانون الصفقات العمومية إذ تنص المادة 68 منه:" تطبق أحكام هذا القانون على صفقات التوريد المبرمة مع المؤسسات الأجنبية".

وقد حددت المادة 9 من نفس القانون البيانات التي يجب أن تتضمنها الصفقة العمومية، ومن بين هذه البيانات معدل عقوبة التأخير وهكذا نجد كل العقود الدولية المبرمة من طرف الجزائر تتضمن شرطا يسمى غرامات التأخير وهذا الشرط الذي يحرر عل الشكل الآتي في حالة تأخر المورد في تنفيذ التزامه بدفع غرامة تأخير نسبتها كذا من قيمة الصفقة وفي جميع الأحوال لا يمكن أن تتجاوز هذه النسبة مبلغ كذا من القيمة الإجمالية للصفقة.ونلاحظ أن شرط غرامات التأخير ما هو إلا شرط جزائي مقرر لضمان عدم التأخير وقد يتأخر المورد الأجنبي في تنفيذ التزامه مما يؤدي إلى استحقاق التعويض الاتفاقي المتفق عليه وبما أننا على مستوى دولي و أحد الطرفين أجنبي فانه يجب الرجوع إلى القانون الدولي الخاص لمعرفة القانون الذي يحكم الشرط الجزائي باعتباره اتفاقا وكيفية تطبيقه من قبل القاضي.

[1] يرفض كل من القانون المصري والسويسري واللبناني زيادة الشرط الجزائي إلا في حالة غش المدين أو خطأه الجسيم.

فالشرط الجزائي يخضع للقانون الذي يختاره الأطراف كقائدة عامة وفي هذا الصدد نلاحظ أن الجزائر في اتفاقاتها مع الشركات الأجنبية غالبا ما تشترط تطبيق القانون الجزائري لحل النزاع الذي يثور بينهما ومع ذلك في بعض العقود وخاصة ذات القيمة الكبيرة نجد أنها تخضع لقوانين أجنبية أخرى غير القانون الجزائري وفي اعتقادنا هذا يرجع إلى القوة الاقتصادية للمتعاقد معها ولكن من الناحية القانونية هذا غير مقبول مادام المشرع الجزائري لم يخضع قيد الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاقهما، وعلى هذا الأساس فالشرط الجزائي المدرج في العقود الدولية المبرمة من طرف الجزائر قد يخضع للقانون الجزائري أو لقانون أجنبي يختاره المتعاقدان[1].

إن وجود الشرط الجزائي في العقد يفترض معه أن تقدير التعويض فيه يتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن وعلى القاضي أن يعمل هذا الشرط إلا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر فعندئذ لا يكون التعويض مستحقا أصلا أو إذا اثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه.

و إن الشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه فاستحقاق التعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن وهذه القاعدة وان كانت تجد تطبيقها في القانون الداخلي فإنها تطبق أيضا في المجال الدولي فيما إذا وقع نزاع حول هذا التقدير.

[1] راجع الموقع www.islamfikeh.com

الخاتمة

الخاتمـــــة:

إن استقراء موضوعنا هذا الذي يمكن أن نستخلص منه أن الشرط الجزائي في العقود هو تقنية من التقنيات التي تدرج لتقدير مقدار التعويض المستحق في حالة إخلال أحد الطرفين بالتزامه التعاقدي.

ولقد قام المشرع كما رأينا بتكريس هذا المبدأ احتراما وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة ومحافظة على الحقوق والسير العادي لمجرى الالتزام التعاقدي إلا انه لم يترك على إطلاقه بل فرض عليه الرقابة وذلك تجنبا للتعسف الطرف القوي وبذلك فهذا الشرط قد يدخل عليه القاضي إما زيادة أو نقصا بغية الوصول للتقدير المناسب لهذا الضرر ولهذا خففت التشريعات من شدة وقوة مبدأ ثبات الشرط الجزائي و أسندت للقاضي مهمة حماية الطرف الضعيف من الشرط الجزائي المبالغ فيه ويترتب على هذا أن الرقابة القضائية هي وسيلة احتياطية، فإذا كان الشرط الجزائي معتدلا أو معبرا عن التعويض للضرر الذي وقع فلا محل لاستعمال لهذه الرقابة.

وعليه كان واجبا علينا وهذا في نقاط أن نقدم ما توصلنا إليه في دراستنا لهذا الموضوع من نتائج والتي يمكن أن نقدم على ضوئها اقتراحات أو توصيات خلصنا إليها.

تم بحمد الله وفضله ومنته هذا البحث وخلاصته وأهم نتائجه نوجزها في النقاط التالية:

1 -الشرط الجزائي معاملة مستحدثة في البلاد الإسلامية انتقلت إليها من القانون الغربي.

2 -وهو في غالب القوانين والأنظمة العربية تعويض اتفاقي جزافي عن الضرر المتوقع مقدر مسبقاً، ويجوز أن يزيد عن مقدار الضرر زيادة غير فاحشة.

1- من أسماء الشرط الجزائي التعويض الاتفاقي، والبند الجزائي ولا أثر لاختلاف التسمية.

2- يعد التعويض جزاءا يترتب على إخلال احد الطرفين بالتزامه الناشئ عن عقد من العقود التجارية وهذا كشرط جزائي أي يرتب الإخلال بالمسؤولية التعاقدية للطرف المخل ويستوجب التعويض متى توفرت شروط هذه المسؤولية.

3- لا يتم التعويض إلا عن الضرر المتوقع من طرف الجانب المخل أو الضرر الذي كان عليه أن يتوقعه وذلك وقت إبرام العقد ويتبين من ذلك أن تحديد الضرر المتوقع وغير المتوقع يكون بالقياس إلى الطرف المخل.

6 -التعريف المختار للشرط الجزائي الصحيح عند من قال به هو:
من أهم فوائد الشرط الجزائي أنه يعطي الثقة والاطمئنان للمشترط في تنفيذ العقد، وعدم الإخلال به.

7 -الشرط الجزائي شرط تقييدي مقترن بالعقد فهو من أنواع الشروط الجعلية التي يضعها الناس في عقودهم.

8- معنى الشرط الجزائي في واقعه مناسب لمعناه المركب من الشرط والجزاء.

9- يشمل التعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب.

10- التزام زائد، يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يستحق عند الإخلال الاختياري المضر بالمشترط.

11 - عدم صحة الحكم على الشرط الجزائي استناداً إلى مجرد الأصل في الشروط المقترنة بالعقد بل لابد من فهم طبيعته وكيفيته قبل الحكم عليه.

12 - لا يصح تكييف الشرط الجزائي على أنه ضمان، أو كفالة، أو رهن، أو عربون، أو عقوبة رغم أوجه الشبه بينه وبين هذه الأمور للفروق الكبيرة التي تمنع تكييفه بأي منها.

13 - الضرر الذي يعوض عنه هو المادي(الحسي) .أما المعنوي والأدبي ومجرد المطل والإخلال بالعقد فلا يعوض عنها مالياً.

14 - أن تقدير التعويض يكون قبل وقوع الضرر لا بعده.

15 - لا يجوز تقدير التعويض في التشريعات العربية قبل وقوع الضرر، لأن الضرر في هذه الحالة معدوم ومجهول، ولأن في هذا تقديم للمسبب على السبب.
والبراهين التي ذكرت أثناء مناقشة المسألة.

16 - أن التشريعات العربية عالجت التعويض عن الضرر بالعدل والإنصاف وذلك بترك تقدير التعويض إلى حين وقوع الضرر.

17 - شروط استحقاق الشرط الجزائي عند من قال بصحته أربعة هي:

أ -إخلال الملتزم بالتزامه أو(الخطأ)

ب -الضرر.

ج -الإفضاء أو (العلاقة السببية)

د -الإعذار أو الإنذار.

18 - إذا وقع الضرر بسبب المشترط، أو أجنبي فلا يستحق الشرط الجزائي عند من قال بصحته لاختلال شروط استحقاقه.

19 - الأعذار الطارئة على العقود التي تمنع استمرار العقد، أو تؤخره تعفي من استحقاق الشرط الجزائي عند من قال بصحته ، لأنها خارجة عن إرادة المتعاقد.

20 - الشرط الجزائي في غالب أحواله يلحق العقود المتراخية التي يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد، لأن فائدته تظهر فيها.

21 - الشرط الجزائي محله الطبيعي كغيره من الشروط الاقتران بالعقد. ويلحق المقترن المتقدم على الراجح .أما المتأخر فإن كان في زمن الخيارين فهو كالمقارن إما إن كان بعد انقضاء الخيار فهو التزام وعقد جديد ففساده لا يؤثر على العقد.

22 - من عقود الديون المعاصرة البيع بالتقسيط، والقرض البنكي، وبطاقة الائتمان، والاعتماد المستندي، وبيع المرابحة ودخول الشرط الجزائي على هذه العقود وأمثالها يفسدها.

23 - أما العقود التي ليس الالتزام الأصلي فيها ديناً كالإجارة و الاستصناع في جانب الصانع، والمقاولات في جانب المقاول، والتوريد في جانب المورد، والصيانة في جانب الصائن فأثر دخول الشرط الجزائي عليها لا يتعداه إلى هذه العقود فهو يلغو وتصح هذه العقود.

24 - الغرامات المالية في العقود الإدارية ليست شروطاً جزائية.

25 - أن التشريعات العربية وضعت الوسائل التوثيقية الكفيلة بتنفيذ العقد في وقته كالضمان والكفالة والرهن، وكذا وضعت الوسائل الزاجرة عن المماطلة والتلاعب كقضاء الحاكم دين المدين المماطل من ماله جبراً، وبيع الحاكم على المدين المماطل ماله لقضاء دينه.

ومن خلال هذه النتائج يمكن أن نفترح التوصيات التالية:

1. على المشرع الابتعاد عن الثغرات التي تؤدي إلى إضعاف التعويض الاتفاقي، مثل الاكتفاء بإدعاء المدين لنقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن، أو تطبيق التعويض الاتفاقي كما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين وبغض النظر عن مبلغ التعويض مقارنة مع الضرر الحاصل.

2.جعل سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وجوبية وهذا لكي تكون أكثر فعالية.

3 .على المشرع تقييد سلطة القاضي بتعديل التعويض الاتفاقي سواء بالزيادة أو النقصان،لأن إطلاق سلطة القاضي أو تقييدها بطلب أحد طرفي العقد يؤدي إلى إضعاف دور التعويض الاتفاقي في العقود، خاصة أنه يوجد دائمًا لأحد طرفي العقد مصلحة في طلب تعديل مبلغ التعويض الاتفاقي.

4.كان على المشرع أن يخصص مواد تتعلق بالشرط الجزائي في العقود التجارية من خلال القانون التجاري.

5.على المشرع أن يستبدل ما يفيد تعديل التعويض الاتفاقي إلى الحد الذي يتساوى مع الضرر، إلى ما يفيد تعديله إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر.

6. أن يحدد المشرع للقاضي طريقة تخفيض الشرط الجزائي ما دام أضفى على الشرط الجزائي صبغة التعويض، فيجدر به تماشيا مع هذا المنطق أن يقرر أن التخفيض أو الزيادة في الشرط الجزائي يكون في حدود الضرر الفعلي.

المراجع

المراجـــــــع

النصوص القانونية :

- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية،العدد44.
- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 80/76 بتاريخ 23 أكتوبر 1976 المنشور بالجريدة الرسمية 1977،العدد 29.

الكتب العامة:

- أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني،مصادر الالتزام، الطبعة الثانية.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة1999،الجزائر.
- حسن الذنون نظرية الالتزام مصادر وأحكام الالتزام،الطبعة1976.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الثاني، آثار الالتزام ، الطبعة 1952.
- عبد المجيد الحكيم، شرح القانون المدني الجزء الثاني،أحكام الالتزام، طبعة1977.
- عبد المنعم البدراوي،النظرية العامة للالتزام،الجزء الثاني،أحكام الالتزام، طبعة1968.

الكتب الخاصة:

- إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، طبعة2003.
- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، الجزائر، طبعة2009.
- سمير جميل حسين الفتلاوي،العقود التجارية الجزائرية،الجزائر، طبعة1994.
- محمود مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة أولى، الجزائر 2006.
- محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية،الطبعة الثانية،القاهرة 2002.
- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطاء والضرر،الطبعة الأولى.

رسائل ماجستير:

- بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورهما في منع التراخي في تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط،2011.
- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي و أثره في العقود المعاصرة، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود،1425 /1426هـ.
- نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية،جامعة الجزائر، 1983.

الفهرس

الفهـــــرس

مقدمـــة.....01
الفصل الأول: أحكام الشرط الجزائي.....06
المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي.....06
المطلب الأول: نقاش حول تعاريف الشرط الجزائي.....06
الفرع الأول:التعريف القانوني.....06
الفرع الثاني:التعريف الفقهي.....08
المطلب الثاني: أنواع الشرط الجزائي وتمييزه عما يشابهه.....09
الفرع الأول:أنواع الشرط الجزائي.....09
الفرع الثاني: تمييزه عما يشابهه.....11
المطلب الثالث: خصائص الشرط الجزائي.....20
الفرع الأول:الشرط الجزائي اتفاق.....20
الفرع الثاني:الشرط الجزائي تقدير جزافي.....22
الفرع الثالث:الشرط الجزائي طريق احتياطي.....24
الفرع الرابع:الشرط الجزائي التزام تابع.....27
المبحث الثاني: نطاق تطبيق الشرط الجزائي في العقود التجارية وشروط استحقاقه.....30
المطلب الأول: أهم أنواع العقود لتجارية.....30
الفرع الأول:عقد البيع.....33
الفرع الثاني:عقد النقل.....34
المطلب الثاني: مجال تطبيق الشرط الجزائي.....35
الفرع الأول:الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية.....36
الفرع الثاني:الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية.....43

المطلب الثالث:شروط استحقاق الشرط الجزائي.....46
الفرع الأول:الخطأ.....47
الفرع الثاني:الضرر.....48
الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وسلطة القاضي في فرض الرقابة عليه..54
المبحث الأول:الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.....54
المطلب الأول: الشرط الجزائي تعويض.....54
الفرع الأول: تعريف التعويض و أنواعه.....54
الفرع الثاني: الشرط الجزائي تقدير جزافي.....56
الفرع الثالث:الشرط الجزائي تقدير مسبق للتعويض.....57
المطلب الثاني:الشرط الجزائي عقوبة.....58
الفرع الأول:المبرر الفلسفي.....59
الفرع الثاني:المبرر التاريخي.....63
المطلب الثالث:الشرط الجزائي ذو طبيعة مركبة.....63
الفرع الأول:موقف القانون المصري من هذه النظريات.....64
الفرع الثاني:موقف القانون الجزائري من هذه النظريات.....64
المبحث الثاني:الرقابة القضائية على الشرط الجزائي.....66
المطلب الأول:الرقابة القضائية في القانون الفرنسي.....66
الفرع الأول:الرقابة القضائية للشرط الجزائي في ظل النظام السابق.....67
الفرع الثاني: الرقابة القضائية للشرط الجزائي في ظل القانون الجديد.....68
المطلب الثاني:الرقابة القضائية في القانون الجزائري.....73
الفرع الأول:أنواع الرقابة وتبريرها.....74
الفرع الثاني:نطاق الرقابة القضائية وخصائصها.....77
المطلب الثالث:الرقابة القضائية وشروط تطبيقها في مجال العقود الدولية.....80

الخاتمة.....84
المراجع.....89
الفهرس.....92