

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الحاج لخضر- باتنة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية

تخصص عقود و مسؤولية مدنية

إشراف الأستاذة الدكتور

إعداد الطالب

رحاب شادية

قارس بوبكر

لجنة المناقشة

اللقب و الاسم	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
وزارة صالح الواسعة	أستاذة التعليم العالي	جامعة الحاج لخضر- باتنة-	رئيسا
رحاب شادية	أستاذة التعليم العالي	جامعة الحاج لخضر- باتنة-	مشرفا و مقرا
بوضياف عبد الرزاق	أستاذ محاضر أ	جامعة اليامين دباغين سطيف 2	عضوا مناقشا
ميموني فايزة	أستاذة محاضرة أ	جامعة الحاج لخضر- باتنة-	عضوا مناقشا

السنة الدراسية: 2014/2013
نوقشت المذكرة يوم: 2015/01/29

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

أصل البداية فكرة، و أصل الفكرة دوافع، و ما أصعب تجسيد الأفكار على أرض الواقع.
أهدي نتاج هذا الجهد و عصاره هذا العمل إلى اللذين ساعدوني على جعل الفكرة واقعا:
إلى من أهدتني نور الحياة بعد أن حملتني وهنا على وهن و سقتني من دفقات حبها و
رعايتها و تعهدت برعاية خطواتي و رسمت معي أحلام حياتي " والدتي " الحبيبة أطل الله
في عمرها و أدامها لي نبعا صافيا أمحو به كدر الأيام.
إلى الذي استلهمت منه معنى الثبات و زرع في قلبي حب العلم و وضع في جنباتي القوة
و العزيمة " والدي " العزيز ، أدامه الله لي ظلا وارفا ألجأ إليه كلما لفحتني حرارة الزمن.
إلى من شددت بهم أزري..... " إخوتي و أخواتي ".
إلى من وقفت بجانبني في كل الصعاب " زوجتي ".
إلى ولدي و قرّة عيني " إياد عبد الرؤوف ".
إلى كل من ساعدني خلال إنجازي لهذا البحث من قريب أو من بعيد، و لو بالكلمة
الطيبة.

أهدي هذا العمل المتواضع

شكر و تقدير

أتوجه بالحمد و الشكر لله تعالى الذي ألهمني و أعانني على إتمام بحثي هذا، و الذي آمل أن أكون قد حققت الغاية المرجوة منه.

كما أخص بالشكر و التقدير و الامتتان:

الأستاذة الدكتورة **رحاب شادية** التي تفضلت بالإشراف على هذه الرسالة، و التي أسرتني بسعة أفقها و رحابة صدرها و طيب تعاملها و تقديم النصيح و المشورة طوال فترة إعداد هذه الرسالة، فلها مني كل الحب و التقدير .

الأستاذة الدكتورة **زرارة صالح** الواسعة مشكورة على كل المجهودات التي بذلتها طيلة السنة النظرية، و كذا على تفضلها برئاسة لجنة المناقشة الموقرة.

الأستاذ **بوضياف عبد الرزاق** الذي أبى إلا أن يشرفني بعضويته في اللجنة رغم بعد المسافة و كثرة الانشغالات فله مني جزيل الشكر .

أنقدم بالشكر الجزيل للدكتورة **ميموني فايزة** على قبولها المشاركة في لجنة المناقشة رغم كثرة ارتباطاتها.

قارس بوبكر

مقدمة

تعتبر إرادة الإنسان أهم مظهر من مظاهر حرية الشخصية و لذلك نجد أثرها كبيرا و فعلا في إبرام العقود و تحديد آثارها، فلأشخاص الحرية في أن يلتزموا بما يريدون و في الوقت الذي يريدون و بالقدر الذي يشاءون، بشرط عدم المساس بحقوق الآخرين و الإضرار بهم لأن حرية الشخص تنتهي عندما تبدأ حرية الآخرين، كما أن المبدأ في ديننا الحنيف أنه لا ضرر و لا ضرار.

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

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

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

أهمية البحث: إن البحث في موضوع الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله يكتسي أهمية بالغة على المستويين النظري و العملي، الأمر الذي سنورده في النقاط التالية:

- يعتبر الموضوع ذو أهمية كبيرة من الناحيتين الاجتماعية و الاقتصادية بسبب سرعة حركة التعامل نتيجة لشبوع وسائل الاتصال الحديثة لا سيما الانترنت فالتاجر أصبح يعقد عديد الصفقات مع عملائه في مختلف البلدان في دقائق معدودة الأمر الذي ضاعف من قيمة الزمن و جعل الناس يلجئون إلى الشرط الجزائي كونه يشكل ضمانة كبيرة لتنفيذ الالتزامات و الوفاء بالعقود.
- يعتبر الموضوع ذو أهمية كبيرة في المجال القانوني لأنه يتناول أهم مبدئين في القانون المدني و هما مبدأ سلطان الإرادة في شقه الموضوعي المعروف بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين"، و مبدأ العدالة الذي يجعل المساواة التعاقدية أهم محاوره إذ يجب أن تكون آداءات الأطراف متناسبة.
- تظهر أهمية الموضوع كذلك في كونه يشكل خروجاً عن القواعد العامة التي تعهد بتقدير التعويض للسلطة القضائية.
- أسباب اختيار موضوع البحث:** إن خوضنا في هذا الموضوع نابع من عدة دوافع منها ما هو ذاتي و منها ما هو موضوعي، و التي يمكن حصرها في النقاط التالية:
- الميول الشخصي لمواضيع المسؤولية العقدية لا سيما تلك المتعلقة بتقدير التعويض ومنها موضوع الشرط الجزائي.
- الرغبة في القيام بدراسة تحليلية للموضوع لإبراز مدى التعارض أو التكامل بين مبدأ سلطان الإرادة و مبادئ العدالة.
- إن موضوع الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله لم يحظ بالاهتمام اللازم سواء من ناحية البحوث الأكاديمية أو تنظيم المشرع له إذ أن أفراد عدد قليل من المواد القانونية التي تنظمه لا يعكس أهمية هذا النظام القانوني و لا يجيب على كافة الإشكاليات التي يطرحها.
- الدراسات السابقة:** لقد قمنا بالاطلاع على عديد الرسائل و الأطروحات الجامعية بغرض توظيفها ضمن أعمال البحث في أطر متكاملة و معالم منسجمة، و رغم أهمية الموضوع إلا أن الدراسات المتخصصة كانت قليلة جداً كما ذكرنا سابقاً، و التي نذكر منها ما يلي:
- رسالة ماجستير بعنوان: الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة من إعداد الباحث عبد الله نجاري ، معهد العلوم القانونية و الإدارية بن عكنون، 1983.

- رسالة ماجستير بعنوان: التعويض الاتفاقي في القانون المدني_دراسة مقارنة_ من إعداد الطالب طارق محمد مطلق أبو ليلي، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، 2007.

و ما يمكن الإشارة إليه أن هذه البحوث اقتصرت على دراسات عامة غلب عليها طابع المقارنة مع الأنظمة الأخرى.

الهدف من الدراسة: أردت من خلال هذا البحث تحقيق جملة من المقاصد و المرامي، أخصها فيما يلي:

- إثراء المكتبة الوطنية بدراسة أكاديمية متخصصة تتناول جزئية دقيقة من مواضيع القانون المدني لما فيها من خروج عن القواعد العامة.
- إبراز الدور الإيجابي الذي يلعبه الشرط الجزائي في الحياة المعاصرة من خلال توضيح أهم المزايا التي يوفرها للأطراف المتعاقدة.
- محاولة توضيح المفهوم الحقيقي للشرط الجزائي من خلال إبراز طبيعته القانونية و وضع حد فاصل بينه و بين الأنظمة القانونية المشابهة له.
- إبراز مدى أهمية الرقابة القضائية على الشرط الجزائي و مساهمتها في إرساء قواعد العدالة و نصرتها للأطراف الضعيفة في العلاقات التعاقدية.
- إبراز أهم مزايا و عيوب المعالجة التشريعية للشرط الجزائي و تقديم الاقتراحات اللازمة التي ترسخ التكامل بين مبدأ سلطان الإرادة و مبدأ العدالة.

إشكالية الدراسة: احتراماً لإرادة الأطراف فقد أجاز لهم المشرع التحكم في الآثار المترتبة على

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

و من هنا تتجلى لنا إشكالية الدراسة التي نطرحها كما يلي:

"إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري عند تنظيمه للشرط الجزائي في الموازنة بين مبدأ

سلطان الإرادة و مبادئ العدالة؟"

و يتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية:

-ما المقصود بالشرط الجزائي و ما هي طبيعته القانونية؟

-ما الذي يميز الشرط الجزائي عن الأنظمة القانونية المشابهة له؟

-ما هي حدود سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي و ما هي ضوابطها؟

-ما هي مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي و ما مدى فعاليتها؟

مناهج البحث المعتمدة: قصد الإحاطة و الإلمام بأهم أبعاد و مضامين الدراسة، و بغية الإجابة

على التساؤلات المطروحة، فقد اعتمدنا على منهجين مع وجود تكامل و ترابط بينهما بشكل ينسجم

مع محاور البحث، حيث اعتمدنا بشكل أساسي على المنهج التحليلي الذي يظهر من خلال تحليل

المواد و النصوص القانونية و كذا الأحكام القضائية ذات الصلة بالموضوع، كما استعنا بالمنهج

الوصفي في معرفة كافة الجوانب المتعلقة بالشرط الجزائي و رقابة القاضي عليه، في حين اعتمدنا

على تقنية المقارنة بصفة جزئية كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

صعوبات البحث: و نحن بصدد معالجة موضوع البحث واجهتنا عديد الصعوبات نذكر منها على

وجه الخصوص النقص الكبير في القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا الجزائرية، الأمر

الذي دفعنا للاستعانة بما استقر عليه القضاء الأجنبي خاصة محكمة النقض الفرنسية و بدرجة أقل

محكمة النقض المصرية.

خطة الدراسة: للإجابة على إشكالية الدراسة و تساؤلاتها الفرعية ، فقد آثرت تقسيم الدراسة إلى

فصلين، خصصت الأول منهما لمعالجة الشرط الجزائي كتكريس لمبدأ سلطان الإرادة ، بينما جعلت

الفصل الثاني لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي كآلية لحماية مبادئ العدالة، و قد كانت نافلة

البحث إشارة لبعض الاستنتاجات و الاقتراحات.

الفصل الأول

الشرط الجزائي كتكريس

لمبدأ سلطان الإرادة

الفصل الأول

الشرط الجزائي كتكريس

لمبدأ سلطان الإرادة

الأصل أن تقدير التعويض من اختصاص السلطة القضائية باعتبارها تشكل أكبر ضمانات لحماية حقوق الأفراد، نظرا لما تملكه من آليات و امتيازات تجعلها أقدر على تحديد تعويض عادل للضرر، غير أن مبدأ الحرية التعاقدية يعطي لأطراف العقد مكنة تقدير التعويض قبل وقوع الضرر و هو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي أو كما هو شائع " الشرط الجزائي".

و على ضوء ما سبق سأبحث هذا الفصل من خلال ماهية الشرط الجزائي (مبحث أول)، و شروط استحقاقه (مبحث ثاني).

المبحث الأول

ماهية الشرط الجزائي

لقد ذهب الفقه مذاهب شتى في تعريفه للشرط الجزائي و تحديد طبيعته القانونية نتيجة تداخل بعض خصائصه مع أنظمة قانونية مشابهة له، و انسياقا وراء هذه الفكرة فإن دراستنا لماهية الشرط الجزائي تستدعي منا أولا أن نلقي الضوء على مفهومه (مطلب الأول)، ثم نخرج على طبيعته القانونية و خصائصه (مطلب ثاني) ، و أخيرا نختم المبحث بتمييز هذا النظام القانوني عن غيره من الأنظمة المشابهة له (مطلب ثالث) .

المطلب الأول

مفهوم الشرط الجزائي

انطلاقا من أن دراسة أي فكرة تتطلب بداية التعرف على طبيعتها و خصائصها للوقوف على ماهيتها فاننا سنخصص هذا المطلب لاستعراض مفهوم الشرط الجزائي، من خلال الوقوف على تعريفه (فرع أول) ، و بيان أهميته (فرع ثاني) .

الفرع الأول

تعريف الشرط الجزائي

نعالج ضمن هذا الفرع تعريف الشرط الجزائي من الناحية اللغوية (فقرة أولى)، و من الناحية الاصطلاحية (فقرة ثانية).

أولا: **التعريف اللغوي**: ويشمل تعريف الشرط (1)، تعريف الجزاء (2) ثم نعرف الشرط الجزائي (3).

1 -تعريف الشرط

هو اسم يتكون من ثلاثة حروف أصلية هي الشين و الراء و الطاء ، وهي تدل على علم و علامة و ما قارب ذلك من علم، من ذلك الشرط أي العلامة، وأشراط الساعة علاماتها، وسمي الشرط

لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها ، ويقولون: أشرط فلان نفسه للهلكة، إذا جعلها علما للهلاك ويقال: أشرط من إبله وغنمه إذا أعد منها شيئا للبيع¹.

و فرق بعض العلماء بين الشرط محرك الرءاء، وساكنها بقوله " الشرط " إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه كالشريطة جمع شروط، و بالتحريك " العلامة" و جمعه أشرط، و من ذلك أشرط الساعة بمعنى علاماتها².

2 تعريف الجزائي

الجزائي نسبة إلى الجزاء و أصل فعله جزى يجزي جزاء بمعنى عاقب و جازيته بذنبه عاقبته³.

3 - معنى الشرط الجزائي

قد يطرح التساؤل عن سبب تسمية التعويض الاتفاقي بالشرط الجزائي رغم عدم وجود أي عنصر جزائي بالموضوع، و الواقع أنه تعبير لاتيني معناه الشرط المتضمن جهدا مكلفا، غير أن القانون الفرنسي نقله بعبارة clause pénale⁴، فعبارة البند الجزائي عند الرومان مؤلفة من كلمتين تتضمن في آن واحد معنى الاشتراط (Stipulation) و معنى العقاب (poenae)⁵.

و (Stipulation poenae) كان عبارة عن اشتراط غايته تقديم شيء من قبل الواعد و هذا الشيء كان بوجه عام دفع مبلغ من المال في حال عدم تنفيذه لالتزام ناتج عن عقد آخر، فكان

¹ (ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، مصر، دون طبعة، 1979، ص260.

² (ابن منظور، لسان العرب، باب الشين، دار المعارف، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 2235.

³ علي محمد الحسن الصوا، الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية مقارنة ، بحث قدم في مؤتمر " دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار و التنمية"، المنعقد بكلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، بتاريخ 7-9 أيار عام 2002م ، ص 5.

⁴ جبرائيل غزالة، التعويض الاتفاقي و سلطة القاضي في تعديله ، مجلة المحاماة، القاهرة، مصر، العدد الأول، السنة الحادية و الأربعون، 1960، ص 888.

⁵ إلياس ناصف، البند الجزائي في القانون المقارن و في عقد الليزينغ، دون دار نشر، بدون بلد النشر، دون طبعة، 1991 ص 19.

للاشترط الاتفاقي ميزة الالتزام المشروط، و لم يكن الجزاء مستوجبا إلا في حالة عدم تنفيذ الموجب الأصلي¹، أو سوء تنفيذ أو التأخير فيه².

فالشرط الجزائي عند ظهوره في المراحل الأولى من القانون الروماني، كان الهدف منه ضمان تنفيذ بعض الالتزامات التي لم يكن القانون الروماني يعترف لها بالقوة الإلزامية، إذ كان في بدايته يقصر الحماية القانونية على الالتزامات التي محلها مبلغ من النقود³.

و قد كان الرومان في الأصل يعتبرون المدين الذي لا ينفذ التزامه مجرما، و كانت غاية (Stipulation poenae) ليس التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ و لكن قمع الجرم المقترف من قبل المدين بعدم تنفيذ التزامه، و هذا ما عناه لابييه (Labbe) بقوله: " أليس هذه الكلمة أثرا الوضع حضاري بدائي تعتبر كل ظلامة جرما، فيوقد في النفس شعور الثأر و يحملها على فرض العقوبة "4.

ثانيا : التعريف الاصطلاحي

من خلال البحث عن التعريف الدقيق و الصحيح للشرط الجزائي يمكن تقسيمه إلى طائفتين، فالأولى هي التعريفات التشريعية التي أتت بها مواد القانون (1)، و الثانية هي التعريفات الفقهية التي قدمها مختلف شراح و فقهاء القانون المدني (2) .

1 -التعريف التشريعي

يعتبر التعريف من اختصاص الفقه ذلك أن الدراسات النظرية الأكاديمية التي يقوم بها الأساتذة و الفقهاء من خلال تقديمهم و تحليلهم للمواد القانونية و القرارات القضائية و كذا آراء بعضهم البعض

⁽¹⁾ القيم طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، جامعة باريس، 1974، ص 40.

⁽²⁾ أحمد إبراهيم حسن، الأصول الرومانية للشرط الجزائي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، دون طبعة، 2001، ص 16.

⁽³⁾ عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة) مذكرة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر، 1983 ، ص 23.

⁽⁴⁾ محمد مرعي صعب ، البند الجزائي، المؤسسة الحديثة للكتاب، مصر، دون طبعة ، 2006 ، ص 22.- إلياس ناصيف المرجع السابق ، ص 19 .

تمكنهم من الوقوف على الأخطاء التشريعية و القضائية، مما يجعلهم الأقدر على تقديم تعاريف أكثر موضوعية و دقة من تلك التي يقدمها المشرعون و القضاة.

لذلك غالبا ما نجد المشرع يتفادى تقديم تعريف لنظام قانوني معين لأن التعريفات التشريعية في الغالب لا تعطينا إلا القليل حول طبيعة و جوهر النظام الذي تم تعريفه، و قد أحسن المشرع الجزائري إذ لم يقدم تعريفا للشرط الجزائي بل اكتفى بتأكيد مشروعيته في المادة 183 ق.م.ج، و تنظيم أحكامه في المواد 184، 185، 186 و 187 ق.م.ج مسايرا في ذلك معظم التشريعات المقارنة كالتشريع المصري.

ورغم المبررات السابقة و التي تكفي للحيلولة دون تصدي المشرع للتعريف، إلا أننا نجد المشرع الفرنسي قد تعرض للشرط الجزائي بالتعريف في المادتين 1226، 1229 ق.م.ف حيث تنص المادة 1226¹ على أن " الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ"، أما المادة 1229 ق.م.ف² فقد عرفت الشرط الجزائي بأنه: " تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي، و لا يمكنه أن يطالب في نفس الوقت بالأصل و الجزاء ما لم يكن الشرط مقرا لمجرد التأخير " .

و في تفسيره للمادتين المذكورتين أعلاه ميز الفقيه دونيس مازو بين الشرط الجزائي الحقيقي الذي يهدف إلى تقاضي عدم تنفيذ الإلتزام، و بين شرط التعويض الاتفاقي و الذي يهدف إلى التحديد المسبق لمبلغ التعويض في حالة عدم التنفيذ و أيضا في حالة التأخير³، فالأول ذو طبيعة عقابية أما الثاني فيغلب عليه الطابع التعويضي وهي أمور موضوعية متروك تقديرها لقاضي الموضوع. وحسب رأي بعض الفقهاء فإن هذا الازدواج راجع إلى السبب التالي :

¹) l'article 1226c.c.f dispose que : « 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. »

²) l'article 1229 c.c.f dispose que : « La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard. »

³) Pour plus de détails voir : Denis Mazeaud, la notion de clause pénale , préface de chabas, LGDG ,Paris, 1992 , preface .

إن نص المادة 1226 قد أخذ من القانون الروماني الذي كان لا يعطي القوة الإلزامية إلا للاتفاقات التي محلها مبلغ من النقود، فكانت تستمد قوتها الإلزامية عن طريق الشرط الجزائي الذي كان يطلق عليه اصطلاح Stipulation poenae ، إذ بمقتضاه كان الدائن يضمن عدم إخلال المدين بالتزامه، وهكذا كان الشرط الجزائي يلعب دور الضمان الذي تبناه المشرع الفرنسي في المادة 1226¹، أما في ما يخص المادة 1229 مدني فرنسي فقد تأثر واضعوا القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 بأفكار بوتيه (pothier) الذي كان يعتبر الشرط الجزائي مجرد تعويض للدائن بسبب عدم تنفيذ المدين الالتزام الأصلي، فنقل واضعو القانون المدني الفرنسي هذا التعريف في نص المادة 1229².

غير أن التعريفين الواردين في القانون المدني الفرنسي يحملان العديد من النقائص، فالتعريف الأول انتقد باعتباره عام و ناقص إذ اقتصر على حالة عدم التنفيذ كسبب ب وحيد لمشروعية المطالبة بالشرط الجزائي، و الأصح أن هذا الأخير يستحق في حالة أي إخلال بالالتزام سواء كان هذا الإخلال امتناعا كلياً عن التنفيذ امتناعاً جزئياً، تأخراً في التنفيذ أو كان تنفيذاً معيباً³، مع الإشارة أن التنفيذ الجزئي لا يعطي للدائن إلا حق المطالبة بجزء من الشرط الجزائي .

و ما يؤخذ كذلك على هذا التعريف أنه لا يفسر الوظيفة الأساسية للبند الجزائي⁴ ، إذ أنه حصر محل الشرط الجزائي في تقديم شيء للدائن ، في حين أنه أشمل من ذلك إذ قد يرد في شكل مبلغ مالي محدد و هو الأصل كما قد يرد في شكل قيام بعمل أو امتناع عن عمل.

أما التعريف الوارد بنص المادة 1229 فقد انتقد بشدة من قبل فقهاء القانون الفرنسي، لأنه قصر التعويض على حالة وقوع الضرر وهذا يخالف روح المادة 1152 مدني فرنسي و التي كانت تكرس مبدأ ثبات الشرط الجزائي، و تحصنه من كل مراجعة محتملة من طرف القاضي، لأن كلمة التعويض الواردة فيه تعني أنه لا محل لتطبيق الشرط الجزائي في حالة عدم تحمل المدين أية أضرار، و هو ما

⁽¹⁾ المهتار طلال، المرجع السابق، ص 49.

⁽²⁾ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 8.

⁽³⁾ Cass. 3ecivl, 6 novembre 1986, no 85-10.809, Bull. civ. III, no 150.

⁽⁴⁾ محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي و أثره في العقود المعاصرة - دراسة فقهية مقارنة -، أطروحة دكتوراه، كلية التربية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 2004، ص 14.

يصعب التسليم به في القانون الفرنسي الذي يعترف للدائن بجواز المطالبة بالشرط الجزائي في حالة انعدام الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام الأصلي أو تأخير تنفيذه¹.

إلا أن المشرع الفرنسي أصدر قانوناً بتاريخ 09 جويلية 1975 أدخل بموجبه فقرة جديدة على نص المادة 1152 مدني فرنسي نصت على ما يلي²: " غير أنه يحق للقاضي أن يعدل أو يزيد الغرامة المتفق عليها في العقد إذ كانت فاحشة أو بخسة، و أن كل اشتراط مخالف يعتبر كأنه غير مكتوب ". هذا النص الذي أجاز تعديل البند الجزائي، غير مسار التشريع الفرنسي، الذي واكب به الاتجاه الحديث إلى إمكان تعديل البند الجزائي و لعله خطى خطوة جريئة عندما أجاز، ليس فقط تخفيض البند الجزائي، بل أيضا زيادة هذه القيمة³.

كما تم بموجب هذا القانون إدخال تعديل كلي على نص المادة 1231 ق.م.ف⁴ و التي أصبحت تجيز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، بالقدر الذي عاد على الدائن من منفعة، تحت طائلة بطلان كل شرط مخالف.

و باستعماله لعبارة كل إشتراط مخالف يعتبر كأنه غير مكتوب" يكون قد أعطى طابع النظام العام للمادتين المذكورتين بهدف الخروج عن الأحكام التي سار عليها القضاء الفرنسي لمدة طويلة، و تجنب محاولة تملص محرري العقود من هذه القواعد⁵.

2 - التعريف الفقهي

(¹) علي محمد حسين الصوا ، المرجع السابق ، ص 6.

(²) L'article 1152 alinéa 2 c.c.f dispose que « Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

(³) إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 22.

(⁴) L'article 1231c.c.f dispose que « Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

(⁵) Alexandre Demeyer, *étude comparative de la clause pénale en droit civil français et en commun Law*, thèse master, institut de droit comparé, université de Mc Gill ,Montreal, Cannada, 1999, p 13.

و يقصد به مجموع التعريفات التي قدمها فقهاء و شراح القانون المدني للشرط الجزائي، وهي كثيرة و متنوعة تعكس أهمية هذا النظام القانوني، غير أنها تشتمل على تباين كبير في تحديد طبيعة الشرط الجزائي وهي في جملتها تعد تصورا ذاتيا يمثل وجهة نظر الفقيه صاحب التعريف دون أن تعطي تعريفا شاملا لهذا النظام القانوني، الأمر الذي حدا بالفقيه السنهوري إلى عدم تعريف الشرط الجزائي في كتابه الوسيط¹، لذلك سأكتفي بذكر بعض التعاريف فقط مما يغني بعضها عن بعض سواء لتطابقها التام أو الجزئي، و من التعاريف ما يلي:

- تعريف الأستاذ محمد شتا أبو سعد: " هو بند عقدي يدرجه المتعاقدان في عقدهما أو في اتفاق لاحق لضمان احترام العقد و كفالة تنفيذه، بحيث أنه إذا أخل المتعاقد بالتزامه أدى مبلغا معيناً للمتعاقد الآخر فهو في الحقيقة تقدير إتفاقي للتعويض"².

- تعريف الأستاذ جبرائيل غزالة: " التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي هو إتفاق يتعهد فيه المدين بدفع مبلغ من المال في حال عدم قيامه بتنفيذ ما تعهد به أو تأخر في تنفيذه، و يكون هذا التعيين مقطوعا مسبقا للتعويض"³.

في الحقيقة إن الناظر للتعريفات السابقة يتضح له أنها لا تعطينا إلا تركيبا وظيفيا يؤدي بنا دون شك إلى تحديد وظائف التعويض الاتفاقي بدلا من التعبير عن جوهر و طبيعة النظام القانوني⁴. و بناءا على هذا النقد قدم الأستاذ جاد محمد تعريفا يرى أنه أقرب إلى الصواب، إذ عرف الشرط الجزائي بأنه: " اتفاق تبقي يتحدد بمقتضاه التعويض المستحق للدائن إذا أخل المدين بالالتزام و ترتب

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد، الإثبات آثار الالتزام، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2009، ص 851.

⁽²⁾ محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون طبعة، 2001، ص 64.

⁽³⁾ جبرائيل غزالة، المرجع السابق، ص 887.

⁽⁴⁾ حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)، دار الفكر الجامعي، مصر، بدون طبعة، 2013، ص 26.

على الإخلال ضرر لحق الدائن و أعذر المدين بتنفيذ الالتزام¹، فهو عقد تبعي ملزم لجانب واحد يوضع لضمان تنفيذ التزام أصلي ففي حالة عدم التنفيذ غير المشروع من طرف المدين فان للدائن في تسليط عقوبة خاصة².

و مع ذلك فإنني أرى أن التعريف السابق و إن تلافى بعض الشيء الانتقادات الموجهة للتعريف السابقة إلا أنه منتقد من جوانب أخرى، فاشتراطه تحقق الضرر لاستحقاق التعويض أمر مفترض و تقضي به القواعد العامة و لا حاجة لذكره في التعريف، فهو تزيد غير مستساغ و في غير موضعه و نفس الأمر ينطبق على الإعذار.

و ما يعاب على هذا التعريف هو أنه قصر استحقاق الشرط الجزائي على حالة عدم التنفيذ الكلي أو التأخر في التنفيذ، مع أن كلمة الإخلال تشمل أيضا التنفيذ الجزئي و التنفيذ المعيب، فقد يتفق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائي إذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلي تنفيذا سليما، سواء كان ذلك بأن لم ينفذه أصلا أو نفذته تنفيذا معيبا، و في هذه الحالة يستحق الشرط كله إذا كان هناك عيب في التنفيذ نزولا عند اتفاق الطرفين³.

كما أن محل الشرط الجزائي ليس مبلغا من المال في كل الأحوال، بل الأصح أن يرد في شكل قيام بعمل، امتناع عن عمل، إعطاء شيء في نفس طبيعة الالتزام غير المنفذ، و إن كان الغالب أن يرد في شكل مبلغ نقدي.

من خلال كافة التعاريف المذكورة آنفا و كذا الانتقادات الموجهة لها يمكن أن نخرج بالتعريف التالي للشرط الجزائي: " هو اتفاق تبعي قد يرد في ذات العقد أم في عقد لاحق يلتزم بمقتضاه المدين بدفع مبلغ من المال أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، في حالة إخلاله بالالتزام ترتب في ذمته سواء ظهر هذا الإخلال في شكل عدم تنفيذ كلي، عدم تنفيذ جزئي، تأخر في التنفيذ أو تنفيذ معيب".

¹ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 26.

² Denis Mazeaud, op, cit, p 396.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص 861.

- و بهذا نجد أن الشرط الجزائي من خلال التعريف المتوصل إليه يعتبر تجسيدا حقيقيا لمبدأ سلطان الإرادة، و ذلك للاعتبارات التالية:
- إن الأطراف قد اتفقوا على أمر يعتبر كقاعدة عامة من اختصاص القضاء.
 - إن الاتفاق على الشرط الجزائي و إن لم يرد في العقد الأصلي فإنه من الجائز استدراك الأمر و إضافته في عقد لاحق، و هو أمر يترجم احترام إرادة الأطراف.
 - إن الشرط الجزائي لا يستلزم أن يكون مبلغا نقديا، بل إن إرادة الأطراف بإمكانها الاتفاق على أي شيء ليكون محلا للشرط الجزائي كالقيام بعمل و الامتناع عن عمل.
 - يمكن للأطراف الاتفاق على الشرط الجزائي متى أحل المدين بالتزامه و لم يتحقق للدائن الغرض من التعاقد، أيا كانت صورة هذا الإخلال.

الفرع الثاني

أهمية الشرط الجزائي

يكتسي موضوع الشرط الجزائي أهمية بالغة في المعاملات، إذ أن أغلب العقود الحديثة تتضمن شروطا جزائية تكفل تنفيذها، وذلك لما توفره الشروط الجزائية من مزايا للمتعاقدين كتجنيبهم طول الاجراءات (فقرة أولى)، و ضمان تنفيذ الالتزام (فقرة ثانية) .

أولا: تجنيب المتعاقدين الإجراءات الطويلة و المعقدة

إذا كان حق اللجوء إلى القضاء مكفول دستوريا¹ لكل شخص باعتباره يمثل أهم ضمانات لحماية حقوق الإنسان، فإنه عملية طويلة و معقدة جدا، نظرا للمراحل المختلفة التي تمر بها الخصومة القضائية من رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم فيها، و عند صدور هذا الأخير فإنه لا يكون قابلا للتنفيذ بصورة آلية بل ينبغي أن يكون نهائيا سواء بصدوره عن آخر درجة، أو بفوات آجال الطعن، كما أن تنفيذ الأحكام يثير إشكاليات عملية كبيرة تنتهي في غالب الأحيان إلى عدم تنفيذ ذلك الحكم، ناهيك عن المصاريف القضائية الكبيرة و التي غالبا ما لا تكون في متناول الجميع.

¹ (تنص المادة 140 من الدستور الجزائري عل ما يلي: "أساس القضاء مبادئ الشرعية و المساواة. الكل سواسية أمام القضاء، و هو في متناول الجميع، و يجسده احترام القانون".

و بسبب هذه الإجراءات الطويلة المعقدة و المتصلة بالجهاز القضائي يفضل الدائنون خاصة في عالم اليوم القائم على السرعة تجنب المحاكم و إجراءاتها، و اللجوء إلى استعمال الشرط الجزائي كطريقة ودية لحل النزاعات التي تقوم بينهم و بين المدينين¹، فهو يقلل من الخصومات و المنازعات حول التعويض عن الأضرار اللاحقة بسبب الإخلال بالعقد لأن اتفاق المتعاقدين هو الذي يحدد العوض المناسب للضرر المحتمل²، هذا من جهة و من جهة أخرى فإنه يوفر المال و الوقت للذين سينفقان على الإجراءات القضائية عند عدم النص على الشرط الجزائي.

ثانيا: ضمان تنفيذ الالتزام

إن الهدف من الشرط الجزائي ليس فقط جبر الضرر الناتج عن الإخلال بتنفيذ الاتفاق، بل أيضا حث المدين على تنفيذ الاتفاق³.

فأهم مزايا الشرط الجزائي أنه يضمن تجسيد المشروع التعاقدي الاصلي⁴، ذلك أن المبلغ المتفق عليه غالبا ما يكون أكبر من قيمة الالتزام، الأمر الذي يدفع المدين إلى تنفيذ التزامه، على الوجه المطلوب و الحسن، وذلك لأنه يعلم مسبقا أنه معرض لتعويض الدائن عن الضرر الذي يلحق به نتيجة عدم التنفيذ أو في حالة تنفيذه الالتزام تنفيذا معيبا، ففي هذه الحالة و مع وجود التعويض الإتفاقي فإن المدين يكون في فعلا في خانة المخل بالتزامه و الدائن غير ملزم بإثبات هذا الإخلال، و هذا الأمر يسد أبواب الفوضى و التلاعب بحقوق الناس.

فالشرط الجزائي يشكل وسيلة إكراه غير مباشرة على جانب كبير من الشدة، فإذا ما وجد أحد المتعاقدين نفسه حيال أمرين، إما التنفيذ أو تحمل دين أشد ثقلا، فإنه يرى نفسه مضطرا للتنفيذ شاء أم أبى⁵، كما أنه في الكثير من الحالات يكون المدين معسرا، فيوقف كل طريق للتنفيذ و في هذه

⁽¹⁾ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 17.

⁽²⁾ محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص 27.

⁽³⁾ Cass. Com., 29 janvier 1991, no 89-16.446, Bull. civ. IV, no 43 : « la clause pénale n'a pas pour objet exclusif de réparer les conséquences d'un manquement à la convention mais aussi de contraindre le débiteur à l'exécution ».

⁽⁴⁾ Denis Mazeaud , op ,cit ,p 9.

⁽⁵⁾ طلال المهتار، المرجع السابق، ص 51.

الحالة لا يبقى للدائن إلا اللجوء إلى الغرامة التهديدية كوسيلة ضغط لإجبار المدين على تنفيذ التزامه، غير أن هذه الأخيرة غير فعالة بالقدر الكافي، فالطابع القضائي لها يقتضي بالضرورة اللجوء إلى المحاكم و بالتالي ضرورة إتباع الإجراءات القضائية و دفع المصاريف القضائية و لهذا قد يفضل الدائن ضمان تنفيذ مثل هذه الالتزامات بوسيلة قانونية مصدرها الاتفاق و هي الشرط الجزائي¹. فالغاية من الشرط الجزائي هو تأكيد القوة الملزمة للعقد و إعطائها زحما إضافيا، و كذلك لتجنب تحكم القضاء بالتعويض المقدر في العقد².

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للشرط الجزائي و خصائصه

سبق و أن ذكرنا أن الهدف من الشرط الجزائي هو تقدير التعويض بصفة اتفاقية دون اللجوء إلى القضاء، كما أنه يهدف إلى الضغط على المدين لتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، غير أن اختلاف الأنظمة في معالجتها للشرط الجزائي أدى إلى اختلاف في تحديد طبيعته القانونية (فرع أول)، الأمر الذي أكسبه خصائص معينة (فرع ثاني).

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للشرط الجزائي

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي بين فريق يعتبره تعويضا (فقرة أولى)، و آخر يعتبره عقوبة خاصة (فقرة ثانية)، في حين أن فريقا ثالثا يجعله ذو طبيعة مركبة (فقرة ثالثة).

أولا: اعتبار الشرط الجزائي تعويض

يرى أتباع هذه النظرية أن الشرط الجزائي لا يخرج عن كونه تقدير جزافي اتفاقي لمبلغ التعويض قبل إخلال المدين بالتزامه، فهو جزافي لأنه تقدير مسبق ولا يستطيع المتعاقدان التنبؤ مسبقا

¹ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 15.

² حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام ، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2004، ص 103.

بمقدار الضرر المادي الفعلي أو الحقيقي الذي يصيب أحدهما من جراء إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامه¹.

و يترتب على اعتبار الشرط الجزائي تعويض وجوب توافر كافة الشروط اللازمة لاستحقاق التعويض و هي الخطأ، الضرر وعلاقة السببية إضافة إلى الإعذار و هو ما سنتناوله بالتفصيل في المبحث الثاني.

و يرى جانب من الفقه² أن من بين النتائج المترتبة على الصفة التعويضية للشرط الجزائي هو عدم جواز الخروج عن القيود المقررة قانوناً للتعويض، ومعنى ذلك أن التعويض يجب أن يقتصر في تحديد مقداره على ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب و يشمل التعويض عن الضرر الحال الذي وقع فعلاً، و الضرر المستقبلي الذي لم يقع بعد و لكنه محقق الوقوع، كذلك فإن التعويض يقتصر على الأضرار المباشرة المتوقعة وحدها دون الأضرار غير المباشرة، في حالة الالتزامات التعاقدية، أما في حالة الالتزامات غير التعاقدية فإن التعويض يشمل الأضرار غير المتوقعة إذا ما ثار بشأنها شرط جزائي.

غير أنني لا أساير ما ذهب إليه الرأي الفقهي السابق في شقه الأول عندما حصر مدى الشرط الجزائي في ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب، لأن الطبيعة التعويضية للشرط الجزائي لا تنفي عنه الصفة العقابية و إن كانت نسبية بدليل أن المشرع الجزائري في المادة 184 ق.م.ج³ لم يجز تعديله إلا إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، و بمفهوم المخالفة للمادة نجد أن المبالغة لدرجة غير كبيرة لا تخول للقاضي تعديل الشرط الجزائي حتى ولو كان مبلغه يتجاوز ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب، الأمر الذي يؤكد أن الفارق بين الضرر الحقيقي و المبلغ المتفق عليه هو بمثابة عقوبة للمدين عن إخلاله بالالتزام.

(¹) هشام إبراهيم توفيق ، التعويض الاتفاقي الشرط الجزائي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المقارن، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، دون طبعة، 2011، ص 125.

(²) محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق ، ص 88.

(³) تنص المادة 184 ق.م.ج على ما يلي: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. و يكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه."

ثانيا: إعتبار الشرط الجزائي عقوبة خاصة

خلافا للرأي السابق فإن أنصار هذه النظرية يرون في الشرط الجزائي مجرد عقوبة خاصة فرضها الدائن على مدينه، و تتركز هذه النظرية على مبررين الأول تاريخي يرجع إلى القانون الروماني الذي كان يعتبر المدين مجرما فيعطي للدائن حق تسليط العقوبة عليه¹، أما المبرر الثاني فهو فلسفي يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، لأن العقوبة الخاصة في نظرهم تستند إلى الإرادة الحرة للأطراف وعلى هذا الأساس لا يجوز حسب أنصار هذا الرأي للقاضي أن يتدخل بتعديل الشرط الجزائي².

غير أن هذه النظرية و إن كنت مستساغة في ظل القانون المدني الفرنسي القديم الذي كان يتبنى مبدأ ثبات الشط الجزائي، فإنها اليوم لا تلقى نفس القبول بعد أن تخلق المشرع الفرنسي عن هذا المبدأ إلى مبدأ المراجع القضائية للشرط الجزائي التي تغلب الطبيعة التعويضية على الطبيعة العقابية.

ثالثا: إعتبار الشرط الجزائي ذو طبيعة مركبة

بناء على الانتقادات الموجهة للنظريتين السابقتين، فقد ظهر رأي ثالث حاول التوفيق بين الطبيعة التعويضية للشرط الجزائي والطبيعة العقابية³، فاعتبره عقوبة تعويضية (peine réparatrice)، و مؤدى هذه النظرية أن المشرع و إن اعتبر الشرط الجزائي تعويضا، من خلال سماحه للقاضي بتعديله في حالات معينة، إلا أنه لم يرفع عنه صفة العقوبة من خلال تحصين الشرط الجزائي من التعديل القضائي في حالات أخرى.

من خلال ما سبق نصل إلى إن الشرط الجزائي ذو طبيعة قانونية متميزة تجمع بين التعويض و العقوبة فهو تعويض بالدرجة الأولى لأن المشرع ربط استحقاقه بوجوب تحقق الضرر، غير أن ذلك لا ينفي عنه صفة العقوبة، بدليل أن المشرع في نص المادة 184 ق.م.ج لم يجز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي إلا إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا، بمعنى أن التقدير إذا كان أكبر من

¹ (محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 19.

² (عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 82.

³ (محمد ابراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، دون طبعة، دون بلد نشر، دون تاريخ نشر، ص 117.

حجم الضرر الفعلي دون أن يكون مفرطاً فإنه غير قابل للتخفيض، و بالتالي فإن الفارق بين الضرر الفعلي و التقدير الاتفاقي هو بمثابة عقوبة للمدين.

الفرع الثاني

خصائص الشرط الجزائي

إن للشرط الجزائي كنظام قانوني خصائص تحدد ذاتيته فهو التزام تبعي لالتزام أصلي (فقرة أولى)، وأنه تقدير اتفاقي (فقرة ثانية)، كما أنه التزام احتياطي (فقرة ثالثة).

أولاً: خاصية التبعية

لا يعتبر الشرط الجزائي مقصوداً لذاته و لكنه وسيلة لغاية مقصودة وهي حمل المتعاقد على تنفيذ التزامه و عدم الإخلال بالالتزام العقدي، فهو التزام تبعي (obligation accessoire) يتبع الالتزام الأصلي وجوداً و عدماً¹، أما الالتزام الأصلي الذي يتبعه الإلتزام بالشرط الجزائي فهو ما التزم به المدين أصلاً بالعقد أو بغيره من مصادر الالتزام فقد يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل، ثم يتفق مع الدائن على مبلغ معين يقدران به التعويض فيما إذا أخل المدين بالتزامه². فالشرط الجزائي كالتزام تبعي لا يجوز الاتفاق عليه استقلاً و لكنه لا يقوم إلا بجانب التزام أصلي حيث لا ينشئ الشرط الجزائي التزاماً جديداً مستقلاً عن الالتزام الأصلي و إنما هو جزء على الإخلال بهذا الإلتزام الأخير³، فخاصية التبعية هذه تجعل الغرض من وجود الشرط الجزائي تحقيق القصاص التعويضي للضرر الحاصل من جراء عدم تنفيذ العقد الأساسي⁴، فهو بذلك اتفاق لا يولد التزاماً أصلياً بالتعويض و إنما ينشئ التزاماً تبعياً بتقدير التعويض¹.

⁽¹⁾ بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2012، ص 167-168.

⁽²⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة ، 2009، ص 86.

⁽³⁾ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، دون طبعة، 1998، ص 105 - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 49.

⁽⁴⁾ محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 125 - المهتار طلال، المرجع السابق، ص 84.

فعلى العموم فإن الشرط الجزائي لا يتصور وجوده مستقلا عن الالتزام الاصيلي، لأن الهدف منه هو ضمان تنفيذ هذا الالتزام ، و هو ما يشكل سبب ابرام عقد الشرط الجزائي².

ثانيا: خاصية الاتفاقية

إن الهدف الرئيسي من الشرط الجزائي هو الحد من اللجوء إلى القضاء نظرا لما يستغرقه هذا الأمر من جهد و مال، إضافة إلى الصعوبات التي تواجه القاضي في تقدير التعويض لاسيما إذا كان الضرر متغيرا، فالشرط الجزائي في القانون هو اتفاق عقدي فهو مؤسس على إرادة المتعاقدين، ولذلك تسري عليه جميع أحكام العقد العامة في القانون ومنها البطلان وقابلية العقد للإبطال، وبما أن إرادة أطراف العقد هي التي تحدده و ليس القانون أو القضاء، فلا بد أن تكون خالية من العيوب المؤثرة فيها كالغلط و التدليس و الإكراه³.

كما يشترط في طرفي الاتفاق أن يكون كل منهما أهلا لإبرام مثل هذا التصرف، و أرى أن الأهلية المتطلبة لإبرام شرط جزائي تختلف بحسب مركز الشخص فإذا كان مدينا فيشرط أن يكون بالغاً سن الرشد 19 سنة كاملة و أن تكون أهليته خالية من العوارض، أما إذا كان دائنا فيكفي أن يكون مميزا أي أن يزيد سنه عن 13 سنة و أن يقل عن 19 سنة و نفس الحكم ينطبق إذا كان راشدا و لكنه سفيه أو مغفل.

و مما يترتب على اعتبار الشرط الجزائي اتفاقا مسبقا على مقدار التعويض، أن يكون سابقا عن الإخلال بالالتزام و إلا اعتبر صلحا و ليس شرطا جزائيا، كما أنه ينطوي على خروج عن أحكام التقدير القضائي، ولما كان الأصل في تقدير التعويض أن يتولاه القضاء فإن أحكام التعويض الاتفاقي تعتبر

¹ عبد المجيد الحكيم، محمد طه البشير، عبد الباقي البكري، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، دون طبعة، دون دار نشر، دون سنة النشر، ص 62.

² Denis Mazeaud , op ,cit ,p 61.

³ لمزيد من التفصيل أرجع: ناصر أحمد ابراهيم النشوي، التعامل بالشرط الجزائي بين الشريعة و القانون دراسة مقارنة ، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2013، ص 801.

أحكاما استثنائية و لذلك ينبغي تفسير النصوص التي تقضي به بكل دقة و دون توسع، وأن يكون تطبيق الشرط الجزائي مقصورا على الحالة التي قصدتها الطرفان¹.

ثالثا: خاصية الاحتياطية

رأينا سابقا أن الشرط الجزائي غير مقصود لذاته و لكنه وسيلة لغاية مقصودة و هي حمل المتعاقد على تنفيذ التزامه ، فهو وسيلة ضغط غير مباشرة على المدين بالالتزام، فالشرط الجزائي إذن هو التزام احتياطي للالتزام الأصلي بمعنى أنه تنفيذ بمقابل، أي تعويض قدره الطرفان احتياطيا فهو لا يتحقق إلا بعد أن يصبح التنفيذ العيني غير ممكن، و بعد إعدار المدين²، فإدراج الشرط الجزائي في العقد لا يفيد بأن الدائن قد تنازل عن حقه في التمسك بتنفيذ الالتزام الأصلي في حال أخل المدين بتنفيذه³.

فما دام التنفيذ العيني للالتزام الأصلي ممكنا فإن أيا من المتعاقدين لا يستطيع أن يختار بدلا منه التنفيذ بمقابل عن طريق دفع قيمة الشرط الجزائي ، كما أن المدين في نفس الفرض لا يمكنه أن يستبدل بالتنفيذ العيني دفع قيمة هذا التعويض الاتفاقي⁴، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 1228 ق م ف⁵، و التي لا نجد لها مقابلا في القانون الجزائري، غير أننا يمكن أن نستشف ذات المعنى من نص المادة 176 ق.م.ج⁶ و التي جاءت بالقاعدة العامة في المسؤولية العقدية، إذ جعلت استحقاق التعويض متوقفا على استحالة التنفيذ العيني.

¹ عبد المجيد الحكيم ، محمد طه البشير ، عبد الباقي بكري، المرجع السابق، ص 62.

² بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 127.

³ Cass. civ. 1, 23 mars 1995, N° de pourvoi: 93- 12168 : « la stipulation d'une clause pénale en cas d'inexécution du contrat n'emporte pas renonciation du créancier à poursuivre l'exécution de l'obligation principale ».

⁴ عبد القادر الفار، أحكام الالتزام-آثار الحق في القانون المدني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، دون طبعة، 2012، ص 84.

⁵ L'art 1228 c.c.f dispose que «Le créancier au lieu de demander la peine stipulée, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale. »

⁶ تنص المادة 176 ق.م.ج ف 1 على ما يلي: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه.".

ومع ذلك يجوز للدائن مطالبة مدينه بتطبيق الشرط الجزائي إذا وافقه على ذلك، و يجوز للمدين عرض تنفيذ الشرط الجزائي إذا قبل منه الدائن تطبيقه بالرغم من أن تنفيذ الالتزام لا يزال ممكنا ، و يفسر هذا التحول من التنفيذ العيني للالتزام الأصلي إلى تنفيذ الالتزام التبعي بأنه تم بناءا على اتفاق مميز بين الطرفين¹، و تفسير ذلك أن الدائن قد تنازل عن حقه في المطالبة بالالتزام الأصلي إلى المطالبة بالالتزام التبعي، و أن المدين قد رضي بذلك.

المطلب الثالث

تمييز الشرط الجزائي عن الأنظمة القانونية المشابهة له

يثور الالتباس حين تتداخل خصائص الشرط الجزائي مع أنظمة قانونية أخرى تدفع الأطراف إلى إعطاء التصرف القانوني و صفا غير صحيح ، مع ما يترتب على ذلك من نتائج ، الأمر الذي يستدعي وضع حد فاصل بين كل نظام قانوني، كالعربون (فرع أول) ، و الغرامة التهديدية (فرع ثاني) ، و الشرط المعدل للمسؤولية (فرع ثالث) .

الفرع الأول

التمييز بين الشرط الجزائي و العربون

إن التمييز بين الشرط الجزائي و العربون ، يقتضي منا ان نتناول تعريف هذا الاخير (فقرة أولى) ، وأوجه التشابه و الاختلاف بينهما (فقرة ثانية) .

أولا : تعريف العربون

يعرف العربون بأنه مقدمة يقدمها أحد المتعاقدين وقت انعقاد العقد دلالة على تمام العقد أو ثمنا لخيار العدول و يكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول مقدار هذا العربون للطرف الآخر، و إما تأكيد العقد و البت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون و يعتبر كدفعة على حساب الثمن في حالة التنفيذ² .

⁽¹⁾ هشام إبراهيم توفيق ، المرجع السابق، ص 116.

⁽²⁾ جلال عنقا، الفرق بين الشرط الجزائي و العربون، مقال منشور على الموقع التالي : www.jawjor.net تم تصفح الموقع بتاريخ

و قد اختلف الفقه في كيفية دراسة هذه المسألة فهناك من يرى بأنه يجوز للمتعاقدين في القانون و
فقا للقواعد العامة اشتراط خيار العدول في العقد، فيكون العدول حينئذ هو مضمون الشرط وفقا لما
اتفق عليه، إذ أن العقد شريعة المتعاقدين¹، وهناك من يرى بأن الاتفاق على العربون يدخل ضمن
العقود غير مسماة².

ثانيا: أوجه الشبه و الاختلاف

يتشابه الشرط الجزائي مع العربون إذا كان دفع هذا الاخير دلالة على الحق في العدول ، و هو
موقف المشرع الجزائري الذي تبناه بمقتضى نص المادة 72 مكرر ق.م.ج³ ، إذ رتب على دفع
العربون وقت إبرام العقد حقا لكل طرف في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، ما لم يتفق
الأطراف على خلاف ذلك، و يترتب على التمسك بالعدول فقدان قيمة العربون بالنسبة لمن دفعه،
ورده مضاعفا بالنسبة لطرف الذي تلقاه، ففي هذه الحالة يشتهب العربون بالشرط الجزائي، إذ أنه يجيز
لكل من المتعاقدين أن يرجع في العقد بعبء إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون⁴.

و يزداد الشبه بين النظامين كلما كان المبلغ المدفوع تحت صفة عربون مرتفعا، كما يتفق
النظامان في أن كل منهما مصدره العقد أو الاتفاق.

غير أن هذا التشابه لا يحجب الفروقات الواضحة بين كل من العربون و الشرط الجزائي و هي
كما يلي:

- العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد، فمن أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد كان له
ذلك في مقابل دفعه ، أما الشرط الجزائي فتقدير لتعويض عن ضرر قد وقع و يترتب على ذلك

¹ (بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة)، ديوان
المطبوعات الجامعية - الجزائر، الطبعة الثالثة ، 2004، ص 91.

² (خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، ديوان المطبوعات
الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2010 ، ص 50.

³ (أنظر المادة 72 مكرر ق.م.ج .

⁴ (ياسر محمد علي النيداني، العربون (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني) ، دار الجامعة الجديدة للنشر،
مصر، دون طبعة، 2008، ص 82.

- أن الالتزام بدفع العيوب قائم حتى و لو لم يترتب على العيوب عن العقد أي ضرر، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن¹.
- إن الشرط الجزائي قابل للتخفيض أو الزيادة ليتناسب مع حجم الضرر، ولكن العيوب لا يقبل ذلك لأنه لا يرتبط بالضرر، و من ثم لا يجوز للقاضي التدخل بشأن العيوب، لإجراء التناسب بينه و بين الضرر الواقع².
- إن الهدف من الشرط الجزائي هو تنفيذ الالتزام الأصلي بدعمه العلاقة القانونية القائمة بين الدائن و المدين، أما العيوب المقرر للعبول فإنه يمنحها حرية التحلل من التزامهما، و نجد من جهة أخرى أن العيوب قد يتقرر لإثبات العقد حيث يقصد المتعاقدان من إكمال العيوب التأكيد على انعقاد العقد فيصبح بذلك دليلاً على قيامه عكس الشرط الجزائي الذي يقتصر دوره على ضمان تنفيذ الالتزام.
- يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي أن يكون الضرر نتيجة حتمية لخطأ ارتكبه المدين، بمعنى وجوب توفر أركان المسؤولية المدنية، فإذا استطاع المدين نفي علاقة السببية بين فعله و الضرر الذي لحق الدائن، فإن هذا الأخير لا يستحق قيمة التعويض المحدد في العقد، أما العيوب فلا يشترط لاستحقاقه وقوع خطأ ممن صدر منه العبول بل إن ذلك لا يمكن تصويره ممن عدل حيث إنه يستعمل حقه المتفق عليه³، واستعمال الحق لا يمكن أن يشكل خطأ إلا إذا كان هناك تعسف في استعماله و توفرت إحدى صور المادة 124 مكرر⁴.

¹ (عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2008، ص 141. - محمد سعيد الرحو، حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 103.

² (عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص 865.

³ (محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 76 - 77.

⁴ (تنص المادة 124 مكرر ق.م.ج: " يشكل الاستعمال للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية: إذا وقع بقصد الاضرار بالغير، إذ كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

- كنتيجة لاعتبار الشرط الجزائي تعويض، فإنه تجري عليه كافة أحكام التعويض، خاصة ضرورة إعدار الدائن مدینه، أما العربون فلا يعتبر تعويضاً و من ثم لا يشترط الإعدار لاستحقاقه¹.
و أخيراً فإن فیصل التفرقة بین الشرط الجزائي و العربون، هو النية المشتركة للمتعاقدین و التي ینبغي علی القاضي أن یدرسها بإمعان، وذلك وفقاً لقواعد التفسير المعروفة.

الفرع الثاني

التمييز بين الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية

في ضوء تعريف الغرامة التهديدية (فقرة أولى) ، نخلص إلى أوجه الشبه و الاختلاف بينها و بین الشرط الجزائي (فقرة ثانية).

أولاً: تعريف الغرامة التهديدية

تعرف بأنها مبلغ مالي يحكم به القاضي على سبيل التهديد عن كل فترة زمنية كيوم أو أسبوع أو شهر، بقصد إجبار ودفع المدين على تنفيذ حكم القضاء بالتنفيذ العيني² ، كما تعرف بأنها وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري غير المباشر يلجأ إليها الدائن عندما يتمتع المدين عن تنفيذ التزامه القائم على الاعتبار الشخصي تنفيذاً عينياً طوعاً و من ثم يكون التنفيذ العيني الجبري غير ممكن³.

ثانياً: أوجه الشبه و الاختلاف.

تتشترك الغرامة التهديدية مع الشرط الجزائي في عدة نقاط، فكل منهما لا يثور البحث فيه إلا إذا لم ينفذ المدين التزامه، أو تأخر في تنفيذه، و كلاهما وسيلة غير مباشرة لضمان تنفيذ الالتزام، كما أن كلا النظامين يمتاز بالطابع القهري، فالغرامة التهديدية تنسم بالطابع القهري الدائم، و يتخذ الشرط الجزائي بصورة عامة، وذلك عندما يتجاوز المبلغ المحدد به الضرر الفعلي⁴.

⁽¹⁾ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 63.

⁽²⁾ بسام سعيد جبر جبر ، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية و دورهما في منع تراخي تنفيذ العقود دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، سنة 2011، ص 63 .

⁽³⁾ فواز صالح، النظام القانوني للغرامة التهديدية (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 28، العدد الثاني، 2012، ص 12.

⁽⁴⁾ أحمد إبراهيم سيد، المرجع السابق، ص 104-105.

أما ثالث قاسم مشترك بينهما فهو السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي ، فهذا الأخير حر في تحديد قيمة الغرامة التهديدية بالقدر الذي يراه مناسباً لحمل المدين على تنفيذ التزامه ، أما في الشرط الجزائي فالقاضي له سلطة واسعة في تخفيض قيمته بل قد يصل به الأمر إلى درجة إلغاء الشرط الجزائي كاملاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر .

وقد تدق التفرقة بين الغرامة التهديدية و الشرط الجزائي في بعض الأحيان و مثال ذلك، إذا ما حكم القاضي على مقاول إثر تأخره في تسليم العمل بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه، أو إذا اتفق شخص مع مقاول بأن يدفع له مبلغاً كبيراً يقرب من الغرامة التهديدية عن كل يوم يتأخر فيه هذا الأخير عن تسليم العمل في موعد محدد له، و لكن لا يجوز إعطاؤه وصف الغرامة التهديدية، و إن كان يحمل صفة التهديد¹.

و رغم أوجه التشابه التي يشترك فيها كل من الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية ، إلا أن نقاط الاختلاف بينهما واضحة تكفي للقول باستقلالية كل نظام قانوني عن الآخر، و تتمثل هذه الفوارق فيما يلي:

- من حيث المصدر: مصدر الغرامة التهديدية هو القضاء، لأنها تنقرر بموجب حكم قضائي بناء على طلب الدائن، إذا القاعدة أن القاضي لا يحكم بما لم يطلبه منه الخصم، أما الشرط الجزائي فإن مصدره هو اتفاق الأطراف، لذلك يسمى أيضاً بالتعويض الاتفاقي.
- إن الطابع التحكيمي للغرامة التهديدية يقتضي أن قيمتها لا علاقة لها بالضرر، إذ أنها تقاس بطريقة جزافية بعيداً عن الضرر الذي يلحق الدائن من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه²، إذ الغرض من تقريرها هو التغلب على عنت المدين، في حين أن الشرط الجزائي ذو طبيعة تعويضية فمناطه هو الضرر رغم أن التقدير في الغالب الأعم يكون جزافياً لا يتناسب مع القيمة الفعلية للضرر.

¹ (بسام سعيد جبر جبر، المرجع السابق، ص 62 .

² (على أن هناك رأياً يذهب إلى جواز أن تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدية إذا وجدت أن شروطها متوافرة .

- من حيث الغاية: فالهدف من الغرامة التهديدية، هو إجبار و حث المدين على تنفيذ التزامه¹، وكذلك لضمان تنفيذ أحكام القضاء، فهي تتصل بالتنفيذ العيني للالتزام، أما الشرط الجزائي فإنما يعتبر هو الجزاء للإخلال بالتنفيذ العيني للالتزام، فهو يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني.
- من حيث مدى إمكانية التنفيذ: إن الغرامة التهديدية أو التهديد المالي هي حكم وقتي تهديدي لا يستطيع الدائن أن ينفذ به على أموال المدين، إلا بعد تحويله إلى تعويض نهائي بموجب حكم قضائي، أما التعويض الاتفاقي فيقبل التنفيذ فور المخالفة و إن جاز تخفيضه²، غير أن هذا التخفيض مرتبط بضرورة ثبوت المبالغة في التقدير، في حين أن الغرامة التهديدية يجوز تخفيضها عند التصفية بما للقاضي من سلطة تقديرها بتعديلها أو إلغائها³.

و السؤال المطروح هو مدى إمكانية الحكم بغرامة تهديدية مع وجود شرط جزائي؟

شخصيا لا أرى أي مانع في ذلك على أساس أن الهدف من الحكم بالغرامة التهديدية هو ممارسة الضغط على المدين لتنفيذ الالتزام الأصلي، أما وجود شرط جزائي في العقد و إن كان هدفه هو التقدير المسبق للتعويض فإنه أيضا وسيلة ضغط على المدين، فمناط الحكم بالغرامة التهديدية هو بقاء إمكانية التنفيذ العيني قائمة بغض النظر عن وجود الشرط الجزائي من عدمه، أما إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن فالغرامة التهديدية تصبح بدون جدوى.

⁽¹⁾ و يفسر الدكتور السنهاوري ذلك بقوله ".... فليس غايته التعويض عن الضرر، بل الضغط على المدين و تهديده حتى يقوم بتنفيذ التزامه فينظر القاضي إذن لا إلى الضرر، بل إلى موارد المدين المالية و قدرته على المطالبة و المضى في عدم تنفيذ التزامه فيقدر مبلغا...." عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط، ج 2، المرجع السابق، ص 813-814. أنظر عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 141-142.

⁽²⁾ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 111- عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 62.

⁽³⁾ بسام سعيد جبر جبر، المرجع السابق، ص 65.

الفرع الثالث

التمييز بين الشرط الجزائي و الشرط المعدل للمسؤولية

استكمالاً لدراسة التمييز بين الشرط الجزائي عن غيره مما يشتبه به من أنظمة قانونية ، نقف في هذا الفرع عند تعريف الشرط المعدل للمسؤولية (فقرة أولى) ، فإذا فرغنا من ذلك انتقلنا إلى أوجه الشبه و الاختلاف بينه و بين الشرط الجزائي (فقرة ثانية).

أولاً: تعريف الشرط المحدد للمسؤولية

لم يعرف المشرع الجزائري الشرط المحدد للمسؤولية، لكنه أقر بمشروعيته صراحة في نص المادة 178 ق.م.ج¹، و ذلك من خلال التشديد في مسؤولية المدين أو التخفيف منها، أو حتى إعفائه كلياً و تبرير ذلك أن المسؤولية العقدية منشؤها العقد، و أنه لما كان العقد وليد إرادة المتعاقدين فالإرادة الحرة إذا هي أساس المسؤولية العقدية، و إذ كانت الإرادة الحرة هي التي أنشأت قواعد المسؤولية فإن لها أن تعدلها فالأصل إذا هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية و ذلك في حدود القانون و النظام العام و الآداب العامة².

وهذا يحصل عادة في عقود النقل البري أو الجوي بحيث يحدد الناقل مبلغاً معيناً للتعويض عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بالمسافر من جراء حادث يحصل أثناء النقل³.

ثانياً: أوجه الشبه و الاختلاف بين الشرط الجزائي و الشرط المحدد للمسؤولية

يتفق الشرط الجزائي مع الشرط المحدد للمسؤولية في أن كلاهما يعتبر تعديلاً اتفاقياً على ما تقضي به القواعد العامة¹.

⁽¹⁾ تنص المادة 178 ق م ج على ما يلي: " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة. و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أم الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ، و يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

⁽²⁾ عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، الوسيط، ج1، مجلد 2، المرجع السابق، ص 756.

⁽³⁾ محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 322-323.

- كما يتفقان أيضا في أنهما كاتفاقين يعدان باطلين في حالتي الغش و الخطأ الجسيم.²
- كما يتشابهان في أن كلا النظامين يؤديان في أحيان كثيرة إلى نفس النتيجة و هي تخفيف التعويض الذي يلتزم به المدين، أو تحميل المدين أكثر من التعويض الذي يجب أن يتقاضاه الدائن³، و مثال ذلك أن يتفق الأطراف على مبلغ من النقود كجزاء للإخلال بالعقد و يعتبر هذا التقدير هو الحد الأقصى الذي لا يمكن للقاضي تجاوزه، و مثال ذلك أن تشترط مصلحة السكة الحديدية أو مؤسسة البريد أو أي متعهد بالنقل، بأن مسؤولية أي منهما لا تتجاوز مبلغا معيناً عند ضياع رزمة أو صندوق من البضاعة المرسلة كتعويض عن الضياع، فإذا زاد الضرر عن المبلغ المحدد دفعت ما تحدد من الشرط الأعلى للمسؤولية⁴.

لكن و رغم الالتباس الذي قد يحصل في بعض الأحيان بين كل من الشرط الجزائي و الشرط المحدد للمسؤولية إلا ثمة فروقا جوهرية بينهما لاسيما من الناحية العملية نسوقها على النحو التالي:

- من حيث المحل: إن الشرط الجزائي يتناول قيمة التعويض و لا يتناول مسؤولية المدين، أي أن هذا الأخير يظل مسؤولاً مسؤولية كاملة حتى و لو كان التعويض أقل من الضرر الواقع، ففي هذه الحالة فإنه لا يعد مثل هذا الاتفاق تخفيفاً من المسؤولية، و كذلك الحال لو كان التعويض الاتفاقي أكبر من قيمة الضرر فإن مثل هذا الاتفاق لا يعتبر شرطا مشددا للمسؤولية⁵.

⁽¹⁾ سريم نزيهة، الشرط المعدل للمسؤولية في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2012، ص 29.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص 30.

⁽³⁾ أحمد سليم فريز نصر، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المصري ، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح نابلس فلسطين، 2006، ص 39.

⁽⁴⁾ عبد المجيد الحكيم و آخرون ، المرجع السابق، ص 72.

⁽⁵⁾ سريم نزيهة، المرجع السابق، ص 30. - أحمد سليم فريز نصر، المرجع السابق، ص 39.

- من حيث المصلحة المشمولة بالحماية: إن الشرط المحدد للمسؤولية يشترط دائماً لمصلحة المدين، و مهما كانت كميّاته فإنها تكون لمصلحة المدين، أما الشرط الجزائي فهو بخلاف ذلك، يمكن تبعا لقيمة الجزاء أن يفيد أحد الفريقين المتعاقدين¹.
- من حيث الإثبات : في الشرط المحدد للمسؤولية يقع عبئ إثبات الضرر على الدائن وفقا لما تقضي به القواعد العامة، أما الشرط الجزائي فإن فيه خروجاً عن هذه القواعد، إذ أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يجعل الضرر مفترض فلا يكلف الدائن بإثباته، بل على المدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر لإسقاط الشرط الجزائي أو أن يثبت أنه كان مبالغاً فيه لدرجة كبيرة للتقليص من قيمته.
- من حيث سلطة القاضي في تعديل الشرط: لا يجوز للقاضي التعديل في الشرط المعدل للمسؤولية إلا إذا كان مخالفاً للنظام العام، أما الشرط الجزائي فقد أجاز المشرع للقاضي تعديله أو الإعفاء منه، إذا ثبت أنه كان مبالغاً فيه لدرجة كبيرة أو أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، على النحو الذي سنتناوله في المبحث الثاني من الفصل الثاني.

¹ (المهتار طلال، المرجع السابق، ص 77- إلياس ناصف، المرجع السابق، ص 44).

المبحث الثاني

شروط استحقاق الشرط الجزائي

خلصنا فيما سبق إلى أن الشرط الجزائي ذو طبيعة تعويضية بالدرجة الأولى، و لما كان الأمر كذلك فهل ينفرد الشرط الجزائي بأحكام خاصة لاستحقاقه، أم يظل خاضعا للقواعد العامة ؟ و لأن بحثنا لا ينعقد من أحكام المسؤولية العقدية، فإننا نرى للإجابة على الإشكال المطروح أن نتناول هذه الشروط الخطأ العقدي (مطلب أول)، الضرر (مطلب ثاني)، علاقة السببية (مطلب ثالث)، الإعذار (مطلب رابع) للحكم في ضوء ذلك إذا ما كان الشرط الجزائي يستقل بقواعد استثنائية.

المطلب الأول

الخطأ العقدي

إن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية يشكل خطأ عقديا و الذي يعتبر أول ركن من أركان المسؤولية العقدية ، و السؤال المطروح هو هل أن الخطأ العقدي كشرط لاستحقاق الشرط الجزائي هو ذاته الخطأ كركن للمسؤولية العقدية . و للإجابة على ذلك ينبغي علينا معالجة الخطأ من مختلف جوانبه بدءا بمفهومه (الفرع الأول) ، صوره (الفرع الثاني) و كيفية إثباته (الفرع الثالث)

الفرع الأول

مفهوم الخطأ العقدي

لمعالجة مفهوم الخطأ العقدي، ينبغي علينا أن نبحث عن تعريفه (فقرة أولى)، و تحديد عناصره (فقرة ثانية).

أولا:تعريفه: تعددت و تنوعت آراء الفقهاء فيما يتصل بمفهوم الخطأ، ذلك أن معظم التشريعات قد أغفلت أو تغافلت عن وضع تعريف له ¹، تاركة تلك المهمة للشرح و الذين بدورهم قدموا تعريفات مختلفة لم يخل واحد منها من النقد.

¹ على عكس كافة التشريعات نجد المشرع التونسي قد عرف الخطأ في المادة 83 ق.م.ت بأنه " هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه."

و لعل أهم تعريف تناول الخطأ هو تعريف بلانيول إذ عرفه بأنه: "الإخلال بالتزام سابق" ¹، إلا أن هذا التعريف قد قوبل بالعديد من أوجه النقد، فأخذ عليه جانب من الفقه بعدم واقعية تعيين الواجبات التي يعد الإخلال بها خطأ يستوجب المسؤولية ²، كما أن هذا التعريف لم يتضمن عنصر التمييز كشرط لقيام الخطأ.

أما الدكتور أنور سلطان فعرف الخطأ العقدي بأنه "انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته." ³ غير أن هذا التعريف منتقد إذ أنه ورد بصفة الإطلاق فيمكن إسقاطه على الخطأ العقدي و الخطأ التقصيري على حد سواء رغم أنه ورد في إطار تعريف الخطأ العقدي. أما الدكتور عبد الرزاق السنهوري فيرى أن الخطأ العقدي إنما "هو عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد أيا كان السبب في ذلك" ⁴، و غير بعيد عن ذلك تم تعريف الخطأ العقدي بأنه "عدم تنفيذ المدين للالتزام المترتب عن العقد و الذي ينشأ في ذمته باعتباره طرفا من أطراف العقد"، و هو تعريف يشوبه بعض القصور إذ أن المدين لا يسأل فقط في حالة عدم التنفيذ بل يسأل كذلك في حالة التأخير في التنفيذ أو التنفيذ المعيب للعقد.

من خلال تقديم التعاريف السابقة و الانتقادات الموجهة لها يمكن أن نعطي للخطأ العقدي التعريف التالي "هو إخلال المدين عن وعي و إدراك بالتزام ترتب في ذمته بموجب عقد صحيح " و قد تعمدت استعمال كلمة "إخلال" لأنها تشمل عدم التنفيذ الكلي، عدم التنفيذ الجزئي، التأخر في التنفيذ و كذلك التنفيذ المعيب، و بالتالي فإنه متى وجد عقد صحيح فإن تنفيذ ما اشتمل عليه يعتبر التزاما واجب التنفيذ على أطرافه، و نصوص القانون المدني التي تؤيد هذا الطرح كثيرة و متعددة منها نص المادة 106 ق.م.ج. ف 1 التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين"، و كذلك المادة 107 التي

¹) « La faute est un manquement à une obligation préexistante. » cité in Marianne Faure Abbad , le fait générateur de la reponsabilté contractuelle , LGDJ , Paris, France, 2003, p 7.

² هشام ابراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 143.

³ أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الرابعة، 2010، ص 232.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 1، مجلد 2 ، المرجع السابق، ص 736.

تقضي بأنه". يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه و بحسن نية"، إضافة إلى نص المادة 164 والذي ذكر في متته "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا".

و على ذلك إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه العقدي فإن الركن الأول للمسؤولية العقدية يكون قد توافر و يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى إهمال المدين أو فعله العمدي¹، غير أن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو التأخر فيها لا يكفي لإمكان استحقاق التعويض المقدر كشرط جزائي، بل يستلزم إضافة إلى ذلك أن يكون عدم التنفيذ أو التأخر فيه راجعا إلى تقصير المدين أي إلى خطئه، فمتى كانت المسؤولية على أساس الخطأ فلا مناص من ثبوته لاستحقاق الشرط الجزائي، لأن الهدف من هذا الأخير هو تقدير التعويض تقديرا اتفاقيا، و تقدير أي تعويض يستلزم خطأ من جانب المدين².

و هذا يعني أن التعويض الاتفاقي لا يستحق عندما يكون الإخلال بالتزام عقدي ناتجا عن قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ، أو عندما يكون المدين قد منع من القيام بتعهدة بفعل الدائن، و لذلك قضي بعدم استحقاق الشرط الجزائي إذا كان مرض الدائن قد منع المدين من تنفيذ تعهده في المهلة المحددة³.

ثانيا: عناصر الخطأ

يتكون الخطأ من عنصرين متكاملين هما، الركن المادي و هو ما يعبر عنه بالتعدي (1)، و العنصر المعنوي الذي يعرف بالتمييز (2).

⁽¹⁾ خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق، ص145.

⁽²⁾ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص168-169 .

⁽³⁾ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص121.

1- **التعدي:** و هو العنصر المادي في الخطأ، و يراد به تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه، فهو انحراف في السلوك سواء كان متعمدا أو غير متعمد، و الانحراف المتعمد هو ما يقترن بقصد الإضرار بالغير، أما غير المتعمد فهو ما يصدر عن إهمال و تقصير¹. و المعيار المعتمد في تصنيف الفعل على أنه تعد أم لا هو معيار موضوعي و ليس ذاتي، مقتضاه السلوك الذي يصدر من الشخص العادي في الظروف التي تم فيها الفعل، و الشخص العادي هو إنسان متوسط الحرص ليس مبالغا في اليقظة و الحيلة و الحذر و ليس خاملا مهملا متكاسلا غير مبال بعواقب الأمور فهو وسط بين هذا و ذاك²، ففكرة الشخص العادي فكرة مجردة يرجع في تحديدها إلى الرجل العادي من طائفة الناس التي ينتمي إليها المدين، فإذا كان المدين طبيبا مثلا فيقارن مسلكه لمعرفة ما إذا ارتكب خطأ بمسلك الطبيب العادي إذا وجد في مثل ظروفه³.

2- **الإدراك "التمييز":** يجب أن يتوافر في الخطأ إضافة إلى العنصر المادي العنصر المعنوي المتمثل في التمييز أو الإدراك، حيث لا يسأل الشخص عن أفعاله التي ألحقت ضررا بالغير إلا إذا كان مدركا لها، و يكون كذلك إذا بلغ سن التمييز المحددة في المادة 42 ق.م.ج ب 13 سنة كاملة ولم يبلغ سن الرشد التي حددتها المادة 40 ق.م.ج ف 2 ب 19 سنة كامل، أو في حالة ما إذا بلغ الشخص 19 سنة و كان سفيها أو ذا غفلة⁴، و قد أكد المشرع الجزائري على التمييز كركن للمساءلة القانونية بصريح العبارة و ذلك بنص المادة 125 ق.م.ج التي خضعت لتعديل جزئي بموجب القانون 10/05.

¹ رائد كاظم محمد الحداد، **التعويض في المسؤولية التقصيرية**، مجلة الكوفة للعلوم القانونية و السياسية، كلية القانون و العلوم السياسية، جامعة الكوفة، العراق، المجلد الأول، العدد 8، 2010، ص 75.

² إياد محمد جاد الحق، **مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني - دراسة تحليلية-**، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 20، العدد الأول، 2012، ص 205.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 232.

⁴ لمزيد من التفصيل أرجع: محمد أحمد عابدين، **التعويض بين الضرر المادي و الأدبي الموروث**، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر، 1995، ص 29 و ما بعدها.

و ما يؤكد وجوب توفر التمييز في مرتكب الفعل هو حذف الفقرة 2 من المادة 125 الأصلية "قبل التعديل" التي كانت تجيز مساءلة عديم التمييز في حالة عدم وجود مسؤول عنه أو في حالة تعذر الحصول على تعويض منه.

و من العبارات التي عرف بها التمييز التعريف الذي أورده الدكتور مصطفى الزرقاء بأنه: "أن يصبح الشخص ذو تبصر عقلي، يستطيع به أن يميز بين الحسن و القبيح من الأمور و يتبين الخير من الشر و النفع من الضرر، و إن كان هذا التبصر غير دقيق و هذا التمييز غير تام".¹ .
غير أن هذا التعريف رغم واقعيته إلا أنه يصلح في المسؤولية الأخلاقية أكثر من المسؤولية المدنية التي تستلزم علم الشخص بمخالفة تصرفه للقوانين و الأثر المترتب على إخلاله بهذه القوانين و المتمثل في جبر الأضرار التي يلحقها بالغير.

الفرع الثاني

صور الخطأ العقدي

يختلف الخطأ العقدي باختلاف نوع الالتزام المطلوب من المدين تنفيذه، إذ تقسم الالتزامات التعاقدية عموماً إلى نوعين التزام ببذل عناية (فقرة أولى) ، و التزام بتحقيق نتيجة (فقرة ثانية)

أولاً: الخطأ في الالتزام بتحقيق نتيجة

و المقصود به أن المدين لا يعتبر متحلاً من التزاماته التعاقدية ما لم تتحقق النتيجة المتفق عليها في العقد²، فالالتزام بنقل حق عيني أياً كان محل الحق، و الالتزام بعمل معين كتسليم عين أو إقامة مبنى أو نحو ذلك و كذلك الالتزام بالامتناع عن عمل كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة هي نقل الحق أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل فتنفيذها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية³، و بعبارة أخرى فالالتزام بتحقيق نتيجة هو التزام يتطابق فيه محل الالتزام مع الغاية التي يهدف الدائن إلى تحقيقها¹.

⁽¹⁾ أسماء موسى أسعد أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية - دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري و القانون المدني الأردني - ، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين ، 2006، ص91.

⁽²⁾ Marianne Faure Abbad ,op,cit, p 244.

⁽³⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، مجلد 2، المرجع السابق، ص 736.

و عند البحث في نصوص القانون المدني الجزائري نجده قد نظم العديد من العقود المسماة و ذكر خلالها التزامات كل طرف، و التي يمكن تصنيفها على أنها التزامات بتحقيق نتيجة، و منها ما نصت عليه المادة 351 ق.م.ج²، إذ أن المشرع ألزم البائع بتحقيق نتيجة معينة و هي نقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري و ذلك باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتمكينه من حيازته و الانتفاع به، فإذا كان المبيع عقارا وجب على البائع المبادرة بإجراءات الشهر و التسجيل، و إذا كان منقولاً معيناً بالنوع وجب إفرازه لأن الملكية في هذا النوع من المنقولات لا تنتقل إلا بالفرز، و نفس الأحكام تنطبق على المشتري إذ هو الآخر ملزم بتحقيق نتيجة و هي دفع الثمن و تمكين البائع منه.

ثانياً: الخطأ في الالتزام ببذل عناية

هو التزام لا يرمي إلى تحقيق غاية معينة، بل هو التزام ببذل جهد للوصول إلى غرض ما تحقق الغرض أم لم يتحقق، فهو التزام بعمل لا تضمن نتيجته، و المهم فيه أن يبذل المدين لتتفيذه مقداراً معيناً من العناية، و المعيار الذي اعتمدته المشرع الجزائري في المادة 172 ق.م.ج هو معيار الرجل العادي، وهو شخص من أوسط الناس لا هو شديد الحيلة و الحذر و لا هو مهمل شديد الإهمال، و ينبغي أن يقاس بالرجل العادي من طبقته أو جنسه، فالطبيب العادي هو الذي بذل في التزامه العناية التي يبذلها أمثاله من الأطباء العاديين الذين لا يعتبرون من النابغين الممتازين و لا من الخاملين المهملين³.

فالخطأ في هذا النوع من الالتزامات لا يمكن أن يتحقق لمجرد عدم تحقق النتيجة، بل ينبغي أن يكون المدين قد تقاعس في تنفيذ التزامه و لم يبذل العناية المطلوبة منه⁴، أما إذا أثبت المدين أنه لم يقصر في التنفيذ و أنه قد بذل ما بوسعه لتنفيذ الالتزام، فإنه لا يعتبر مخطئاً حتى و لم تتحقق النتيجة، و بالتبعية يسقط حق الدائن في المطالبة بالشرط الجزائي.

⁽¹⁾ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 182.

⁽²⁾ أرجع نص المادة 351 ق.م.ج.

⁽³⁾ علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، الطبعة السابعة، 2007، ص 197.

⁽⁴⁾ Marianne Faure Abbad ,op,cit, p 244.

ثالثا: الخطأ في العقود المقترنة بشرط جزائي

الخطأ كشرط لاستحقاق الشرط الجزائي لا يخرج عن المعنى العام للخطأ الذي عني به الفقهاء كإخلال بالتزام قد يكون عقدي وهو الأكثر وقوعا، إذا كان اعتداء على حق الغير الذي يكمن في عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد أو التأخر فيه، و من ثمة فإن قيام المدين بتنفيذ الالتزام الأصلي يؤدي بالقطع إلى عدم استحقاق الشرط الجزائي، و لا يشترط لذلك الوفاء الفعلي بل يكفي ما يقوم مقامه، و هكذا فإن أي سبب من أسباب انقضاء الالتزام الأصلي يقبلها الدائن، مثل الإبراء و التجديد و الاتفاق بعدم المطالبة أمام القضاء تؤدي بالضرورة إلى إبراء ذمة المدين من دين الشرط الجزائي¹. إن عدم تنفيذ الالتزام في المسؤولية العقدية لا يتحقق حتى يكون العقد مستحيلا استحالة مطلقة، أو أن تجعل الظروف الدائن يفقد الأمل في التنفيذ كما في حالة فقدان الشيء الواجب رده لمدة طويلة، أو ما يعتبر في حكمه عندما يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه عينا إذا كان التنفيذ العيني يقتضي تدخلا شخصيا منه²، أما التأخر في تنفيذ الالتزام فيكون في الحالة التي يكون فيها الالتزام محددا بزمن معين غير أن المدين لا ينفذه في وقته المحدد بل يتراخى في تنفيذه إلى زمن لاحق.

الفرع الثالث

إثبات الخطأ العقدي

لقد سبق أن ذكرنا أن المدين يكون مخطئا متى لم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه في العقد، إعمالا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تكرس مبدأ سلطان الإرادة، و تحديد ما إذا كان المدين قد ارتكب خطأ يتوقف على نوعية الالتزام، فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فإن عدم تحققها يجعل المدين مخطئا تجاه الدائن أما إذا كان الالتزام ببذل عناية فإن المدين لا يعتبر مخطئا إلا إذا ثبت أنه لم يبذل في تنفيذه للالتزام عناية الرجل العادي .

⁽¹⁾ أحمد إبراهيم حسن ، المرجع السابق، ص 93.

⁽²⁾ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 164.

و الأصل أن الدائن مكلف بإثبات الدين و المدين مكلف بإثبات التخلص منه و هو الحكم الذي جاءت به المادة 323ق.م.ج و أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية تحت رقم 63149 بتاريخ 19/11/1990¹.

و لكن مجال تطبيق هذه القاعدة يكون عندما يطالب الدائن مدينه بتنفيذ التزامه عينا، فعليه في هذه الحالة أن يثبت مصدر الالتزام "العقد مثلا"، فإذا ادعى المدين أنه نفذ فعليه أن يثبت ذلك، أما في إثبات الخطأ العقدي فالأمر مختلف لأن الدائن لا يطالب المدين بالتنفيذ العيني للالتزام، بل يطالبه بالتعويض عن عدم تنفيذه، فالدائن هو الذي يتمسك بعدم التنفيذ للمطالبة بالتعويض فيقع عليه لا على المدين عبئ إثبات إخلال المدين بالتزامه².

فإذا أردنا تطبيق أحكام إثبات الخطأ العقدي على الالتزام بنتيجة، كنقل ملكية شيء مثلا، فإن الدائن أي المشتري يقع عليه يقع عبئ إثبات عقد البيع و أن البائع لم ينفذ التزامه فإذا نجح في ذلك ثبت الخطأ العقدي في جانب البائع³، أما في النوع الثاني من الالتزامات و هو الالتزام ببذل عناية كالالتزام الطبيب بعلاج المريض و التزام المحامي بالدفاع عن موكله، فلا يكفي هنا أن يثبت الدائن عدم التنفيذ ليفترض الخطأ في جانب المدين، بل ينبغي أن يثبت خطأ المدين أي أنه لم يبذل الجهد أو العناية المطلوبة⁴.

من خلال دراسة هذا المطلب نجد أن الخطأ العقدي كشرط لاستحقاق الشرط الجزائي، لا يخرج عن كونه ركنا من أركان المسؤولية العقدية، سواء من حيث تعريفه، عناصره، أو حتى طريقة إثباته، فوجود شرط جزائي في العقد لا يعفي الدائن من إثبات خطأ المدين، و بالتالي فإن المشرع حينما جعل الخطأ خاضعا للقواعد العامة فإنه يكون قد انتصر لمبادئ العدالة، التي تأبى أن يكون الخطأ مفترضا

¹ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1990/11/19، ملف رقم 63149، المجلة القضائية 1992، عدد 1، ص 20.

² عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج 1، مجلد 2، المرجع السابق، ص 740.

³ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 177.

⁴ يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص 218.

في المسؤولية عن الفعل الشخصي، لأنه من غير المعقول مطالبة شخص بمبلغ كبير كتعويض دون مطالبة الدائن بإثبات أبسط ركن في المسؤولية و هو الخطأ، حتى و لو كان هذا التعويض اتفاقيا.

المطلب الثاني

الضرر

رجوعا للقواعد العامة ، فان الضرر يعتبر أهم أركان المسؤولية العقدية، و لما كان الشرط الجزائي أثرا من آثار قيام مسؤولية المدين، فإن إشكالا يثور في هذا الصدد مفاده : هل يشترط وقوع الضرر للتمسك بالشرط الجزائي ؟
و قبل الاجابة على هذا التساؤل ننتاول و توطئة للرد على الاشكال مفهوم الضرر (فرع أول)،
أنواعه (فرع ثاني) ، واثباته (فرع ثالث).

الفرع الأول

مفهوم الضرر

لدراسة مفهوم الضرر كعنصر لاستحقاق الشرط الجزائي يجدر بنا أن نتناوله في نقطتين أساسيتين، تعريفه (فقرة أولى) ، و شروط التعويض عنه (فقرة ثانية).

أولا: تعريفه

لقد أعطيت للضرر العديد من التعريفات الفقهية فقد عرفه البعض بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه، أو غير ذلك¹، كما يعرف أيضا بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة سواء كان لذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن².

و الضرر كما ذكرنا سابقا هو أهم عناصر المسؤولية العقدية، فهو الصورة الملموسة التي تتمثل فيها نتائج الخطأ العقدي، وهذا يعني أن الخطأ إذا لم يترتب عليه ضرر فإنه لا مجال لإعمال

⁽¹⁾ علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، دون رقم الطبعة، 2002، ص 243.

⁽²⁾ أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص 240.

المسؤولية العقدية¹، ولذلك فإن المسؤولية تنشأ من وقت تحقق الضرر فعلا أو من الوقت الذي يصير فيه الضرر محقق الوقوع، و يعتبر هذا هو الوقت الذي تبدأ منه مدة تقادم المسؤولية، و لو كان الخطأ الذي بين الضرر سابقا على ذلك لمدة طويلة².

ثانيا: شروط الضرر المستحق للتعويض

لكي يكون الضرر قابلا للتعويض عنه يجب أن يستوفي الشروط التالية:

1- أن يكون محققا: وهو الضرر المؤكد الحدوث سواء كان حالا، أي وقع فعلا أو كان مستقبلا إذا كان وجوده مؤكدا³، فإذا كان الضرر محقق الوقوع فيجب التعويض عنه، و لا يتعين في هذه الحالة انتظار وقوعه لرفع دعوى المسؤولية المدنية إذا كانت عناصر تقدير التعويض متوافرة في الحال، كما لو تعاقد صاحب مصنع على استيراد خامات (مواد خام) سيحتاج إليها بعد نفاذ ما خزنه منها، فإذا لم ينفذ المدين التزامه كان لصاحب المصنع الرجوع عليه بتعويض ما سيبصيه من ضرر مستقبل لأنه محقق الوقوع⁴.

و بخلاف الضرر المحقق الوقوع سواء كان حالا أو مستقبلا، فإن الضرر الاحتمالي غير قابل لأن يكون محلا للتعويض⁵، هذا الأخير يعرف بأنه الضرر الذي لم يتحقق بعد، و الذي لا يعتبر كذلك محققا في وقوعه، وهذا النوع من الضرر لا يجوز التعويض عنه إلا في حالة وقوعه، كأن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة خلا يخشى معه أن تتهدم العين فالخلل ضرر حال، و لكن تهدم العين ضرر محتمل، فيجوز للمؤجر أن يطالب بالتعويض عن الضرر الحال وهو الخلل الذي أصاب العين، أما الضرر المحتمل وهو تهدم العين فلا يجوز التعويض عنه إلا في حالة وقوعه فعلا⁶.

¹ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 156.

² سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مطبعة السلام، القاهرة، مصر، طبعة 1988، ص 136.

³ رائد كاظم محمد الحداد، المرجع السابق، ص 77.

⁴ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ص 241.

⁵ Michèle- Laure Rassat, la responsabilité civile, presse universitaire de France, 197, p 84.

⁶ Marianne Faure Abbad, op,cit, p 203-204.

2- أن يكون الضرر مباشراً: هو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر عن الوفاء به، بأن يرتبط به ارتباط السبب بالمسبب¹، و هو ما يقضي به المشرع الجزائي صراحة في المادة 182 ق.م.ج (... بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به).

وعلى ذلك لا يعتبر الضرر غير المباشر موجبا للتعويض كمن يصاب بسبب فعل ضار بأذى يقعه عن العمل ومن ثم تتراكم ديونه عليه فيحزن لما أصابه حزنا شديدا يؤدي إلى وفاته، فالوفاة هنا تعتبر ضررا غير مباشر للفعل الضار ولا يكون الفاعل مسؤولا عنها و علة ذلك انقطاع رابطة السببية بينه وبين الفعل الضار².

3- أن يكون الضرر شخصيا: و ينصرف القصد فيه إلى أنه إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلا، فيجب عليه أن يثبت ما أصابه شخصيا من ضرر، و إذا كان طلب التعويض بصفة أخرى، فالإثبات يكون للضرر الشخصي لمن تلقى الحق عنه³، و يتحقق هذا الشرط بالنسبة للأضرار المترتبة عن الضرر الأصلي، إذ يعتبر الضرر المترد ضرا شخصيا لمن ارتد إليه، كما لو أصيب شخص في حادث ما أعجزه عن القيام بعمله، و بالتالي يحول دون الإنفاق عمن يعولهم، فلهؤلاء الحق في طلب التعويض عما لحق بكل واحد منهم من ضرر شخصي وهذا التعويض مستقل تماما عما يطالب به الشخص العائل من إصلاح مما أصيب هو به من ضرر، فيكون للضرر المترد كيان مستقل عن الضرر الأصلي، و يترتب على هذا أنه يمكن لمن أصابه ضرر مترد المطالبة بالتعويض عنه، حتى لو اتخذت الضحية موقفا سلبيا من حقها في التعويض عن الضرر الذي أصابها أو تنازلت عنه.

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

⁽¹⁾ نائل مساعدة، الضرر في الفعل الضار وفقا للقانون الأردني، دراسة مقارنة، مجلة المنارة، المجلد 12، العدد3، 2006، ص 402.

⁽²⁾ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 336-337.

⁽³⁾ بلحاج العربي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 166-167.

أ) الإخلال بحق يحميه القانون: و المقصود به هو الحق الذي يكون مصدره القانون، بحيث يعطي صاحبه حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر¹، أي أن يمس هذا الضرر حقا متعلقا بالكيان المادي للإنسان أو بزمته المالية، أو أن يمس في شرفه و سمعته على النحو الذي سنراه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

ب) الإخلال بمصلحة مالية مشروعة: لا اعتبار الضرر مستحقا للتعويض، لا بد في المصلحة أن تكون مالية من جهة و مشروعة من جهة أخرى.

ب-1) أن تكون مصلحة مالية: قد لا يؤدي الضرر إلى إخلال بحق للمضروب، و لكن بمجرد مصلحة مالية، و للفرقة بين الحق و المصلحة المالية نضرب المثال التالي: إذا قتل شخص في حادثة كان لمن يعولهم الرجوع على المسؤول بالتعويض على أساس الإخلال بحق لهم إن كانوا ممن تجب عليه نفقتهم قانونا، أو على أساس الإخلال بمصلحة مالية إن إذا لم يكونوا ممن تجب عليه نفقتهم قانونا، و لكن القتل كان يتولى الإنفاق عليهم تفضلا أو تبرعا، غير أنه يشترط في هذه الحالة أن يثبت المضروب صاحب المصلحة أن القتل كان يعوله على درجة مستمرة و أن فرصة الاستمرار هذه كانت محققة².

ب-2) أن تكون المصلحة مشروعة: يشترط في الضرر الموجب للمسؤولية أن يكون إخلالا بمصلحة مشروعة، إلا أنه لا يلزم أن ترقى المصلحة المشروعة إلى مصاف الحق و إنما يكفي أن تكون مخالفة للقانون أو للنظام العام و الآداب، أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا يعتبر الإخلال بها ضررا يستوجب الحكم بالتعويض³.

الفرع الثاني

أنواع الضرر

يقسم الفقهاء و المشرعون الضرر إلى نوعين ضرر مادي (فقرة أولى)، و آخر أدبي (فقرة ثانية).

¹ نائل مساعدة، المرجع السابق، ص 405.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 329.

³ (العربي بلحاج، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 169.

أولاً: الضرر المادي

وهو ما يصيب الدائن في ذمته المالية بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، كما لو تأخر المدين (البائع) في تسليم البضاعة التي تعاقد الدائن (المشتري) على شرائها منه لاستخدامها في مطعمه مما أدى إلى عدم قدرة الأخير على الوفاء بالتزامه بتزويد إحدى المدارس بالوجبات اليومية و دفع مبلغ الشرط الجزائي نتيجة لذلك، فهذا ضرر مادي يعتبر أنه قد لحق الدائن (المشتري) في ذمته المالية و يسأل عنه المدين¹.

كما عرف أيضا بأنه ما يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو بانتقاص حقوقه المالية أو تفويتا مصلحة مشروعة بسبب خسارة مالية له، أي إخلال بمصلحة للمضروور ذات قيمة مالية²، فهو يشكل عام كل ضرر يمكن تقويمه نقداً³، وهو أكثر شيوعاً في المسؤولية العقدية.

كما يدخل في إطار الضرر المادي كل مساس بصحة الإنسان و سلامة جسمه إذا كان يترتب عليه خسارة مالية كالإصابة التي تعجز الشخص كلياً أو جزئياً، و كل مساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الإنسان كالحرية الشخصية و حرية العمل و حرية الرأي إذا كان يترتب عليه خسارة مالية كحبس شخص دون حق أو منعه من السفر إلى جهة معينة للحيلولة دون قيامه بعمل معين يعود عليه بربح مالي أو يدر عليه خسارة مالية⁴

و لا يثير التعويض عن الضرر المادي أي اختلاف، إذ أنه ضرر قابل للتعويض عنه بشرط توافر الشروط سالفة الذكر.

ثانياً: الضرر الأدبي (المعنوي)

إذا كان الضرر المادي هو ما يصيب الشخص في ماله أو جسمه فيلحق به خسارة مالية، فإن الضرر الأدبي على العكس من ذلك لا يلحق الذمة المالية للشخص بقدر ما يمس شعوره و عواطفه

¹ يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 219.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 247.

³ Michèle- Laure Rassat, op.cit,p 80.

⁴ ناصر متعب بنيه الخرينج، الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي - دراسة مقارنة مع القانون الأردني، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2010، ص 45.

و شرفه، و قد تم تعريفه بأنه " إخلال أو مساس بمصلحة أو حق غير مالي " ¹، و معيار التفرقة بين المصالح المالية و المصالح غير المالية هو المحل المعتدى عليه، و يسري على ذلك معيار التفرقة بين الأضرار المادية و الأضرار الأدبية، من ذلك إصابة الجسم يعد ضررا ماديا كونه اعتداء على حق الإنسان في الحياة و سلامة الجسم، وضررا أدبيا يصيب المعتدى عليه في عاطفته و شعوره و تدخل إلى قلبه الغم و الحزن ².

و لم يتضمن القانون المدني الصادر سنة 1975 نصا صريحا يجيز التعويض عن الأضرار المعنوية، الأمر الذي أحدث اختلافا بين من يرى بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي ، و ذلك بمبرر أنه أراد اعتناق الرأي الغالب في الشريعة الإسلامية الراض للتعويض عن هذا النوع من الضرر، كما اعتبر أنصار هذا الرأي أن المادة 131 ق.م.ج التي تحيل على المادة 182 ق.م.ج، و هي التي ذكرت لنا عناصر تقدير التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب، تقتصر بهذا المعيار على الضرر المادي وحده.

أما الرأي الثاني ³، فيرى أن المشرع لم يرد استبعاد التعويض عن الضرر المعنوي لأنه بذلك يكون متناقضا مع نفسه حين أورد النص عليه في المادة 3 ف 4 ق.إ.ج، التي أجازت للقاضي أن يحكم به في الدعوى المدنية التبعية، كما أورد المشرع حكما مماثلا بنص المادة 8 من قانون العمل الصادر سنة 1978 التي تنص على التعويض عن الأضرار المادية و المعنوية، أما أهم حجة قدمها أنصار هذا الرأي فهي أن الفقه و القضاء في فرنسا استمدا التعويض عن الضرر المعنوي من عموم نص المادة 1382 ق.م.ف، و التي لم تخص التعويض عن الضرر المادي بالذكر، بل جاء عاما يشمل نوعي التعويض و لقد أتى النص الفرنسي للمادة 124 ق.م.ج بنفس صيغة المادة 1382 ق.م.ف، و

¹ العدوي جلال علي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، القاهرة ، بدون رقم الطبعة، 1977، ص 425.

² باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نابلس، فلسطين ، 2009، ص 6-7.

³ (أرجع علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 166 و ما بعدها.

إن كان النص العربي غير مطابق تماما للنص الفرنسي فإنه مع ذلك مفيد في عمومته التعويض عن الضررين.

غير أن المشرع الجزائري و بعد تعديله للقانون المدني بموجب القانون 02/05 فإنه قد أقر صراحة على شمول التعويض للضرر الأدبي و ذلك ما يقطع به صريح نص المادة 182 مكرر ق.م.ج.¹، وهو اتجاه صائب تبناه المشرع الجزائري و ذلك لأنه بتعديله هذا يكون قد ساير معظم التشريعات المقارنة التي تعوض عن الضرر الأدبي، كما أنه توجه ينسجم مع باقي القوانين الداخلية التي تعترف بهذا النوع من الضرر، مثل قانون الاجراءات الجزائية و قانون العمل المذكورين سافا، مع الاشارة إلى أن تقدير التعويض عن الضرر المعنوي مسألة واقع لا يكون القاضي فيها ملزما بذكر عناصر تقدير التعويض، لأنه يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج إلى تعليل².

الفرع الثالث

إثبات الضرر

يشكل الاثبات حجر الزاوية لقيام المسؤولية بشكل عام ، فما هي أحكام الاثبات في المسؤولية العقدية (فقرة اولى) ، و هل هي نفس القواعد التي يخضع لها في الالتزامات المقترنة بشرط جزائي (فقرة ثانية) .

أولاً: إثبات الضرر في المسؤولية العقدية

يعتبر الضرر من الأمور المادية إذ يجوز إثبات وقوعه بكافة الطرق، و يقع عبئ الإثبات على المدعي و هو الدائن الذي يدعي بأنه قد لحقه ضرر من جراء عدم التنفيذ³، و في ذلك امتثال للقاعدة الشرعية " البينة على من ادعى"، فمبدأ قرينة البراءة يقتضي أن كل شخص بريء الذمة

¹ تنص المادة 182 مكرر ق.م.ج على ما يلي: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة."

² قرار رقم 24500 مؤرخ في 10/12/1981، مجلة الإجتهد القضائي، ص 89.

³ أحمد خليل حسن قداد، المرجع السابق، ص 152.

وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه، وإثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تستقل بنقديها محكمة الموضوع و لا رقابة فيها للمحكمة العليا¹.
و يختلف الأمر في الحالة التي يكون فيها محل الالتزام مبلغا من النقود فالقانون يفترض الضرر في حالة التأخير في الوفاء، فيعفى الدائن من إثبات إصابته بضرر² ، وذلك ما تقضي به المادة 186 ق.م.ج إذ تنص على أنه: " إذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير".

ثانيا: إثبات الضرر في الالتزامات المقترنة بشرط جزائي

تنص المادة 184 ق.م.ج: " لا يكون التعويض المحدد في العقد مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر"، و بتفسير النص بمفهوم المخالفة نجد أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة، قد جعل الضرر مفترضا بمجرد امتناع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي، فمتى تضمن الاتفاق شرطا جزائيا، فإن عبئ الإثبات ينتقل من الدائن إلى المدين، إذ أن مجرد امتناع هذا الأخير عن تنفيذ التزامه أو تأخره فيه، يعطي لدائن الحق في قيمة الشرط الجزائي، دون حاجة لإثبات الضرر³.

و يفهم من ذلك أن مطالبة الدائن بقيمة الشرط الجزائي يشكل قرينة على تحقق الضرر و هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس⁴، فالمدين في هذه الحالة ملزم إلى جانب إثبات تنفيذ الالتزام أن

¹ قرار رقم 97860، مؤرخ في 1993/03/31، غير منشور.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، بدون دار نشر، الطبعة الرابعة، 2006-2007، ص 315.

³ طارق محمد أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا،

جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2007، ص 17.

⁴ عبد القادر القار، أحكام الالتزام آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، دون طبعة، 2012، ص 85.

يثبت أيضا عدم تحقق الضرر، لأن عدم التنفيذ في حد ذاته يعتبر فيه إضرار للدائن، فالضرر يكون مفترضا ما لم يثبت المدين عكسه أو المبالغة فيه¹.

من خلال دراسة هذا المطلب نجد أن الضرر كشرط لاستحقاق الشرط الجزائي لا يختلف عن الضرر كركن لقيام المسؤولية العقدية من حيث المفهوم و الأنواع، غير أن الاختلاف يظهر في عبئ الإثبات، إذ أن الضرر في الالتزامات المقترنة بشرط جزائي غير واجب الإثبات على الدائن، بل هو مفترض في المدين الذي يقع عليه عبئ إثبات عدم تحقق الضرر أو المبالغة فيه.

و يعتبر افتراض الضرر و إعفاء الدائن من إثباته تكريسا من المشرع الجزائي لمبدأ سلطان الإرادة من خلال الشرط الجزائي، لأن في ذلك احترام لإرادة الأطراف الباطنة التي انصرفت إلى استحقاق الشرط الجزائي بمجرد إخلال المدين بالتزامه، و تحقيقا لمقصد من مقاصده و هو التقليل من اللجوء إلى القضاء، فإذا ما تبين للمدين أنه قد أساء التقدير أو أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، كان عليه لا على الدائن عبئ نفي تحقق الضرر أو عدم تناسبه مع قيمة التعويض.

المطلب الثالث

علاقة السببية

في كثير من الحالات نجد أن الخطأ و الضرر قد توفرا و مع ذلك لا تقوم المسؤولية العقدية و من ثمة لا يستحق الشرط الجزائي، و مرد ذلك أن المشرع قد وضع شرطا لا يقل أهمية عن الشرطين السابقين و هو رابطة السببية فما هو مفهوم العلاقة السببية (الفرع الأول) ، و كيف يمكن اثباتها أو نفيها (الفرع الثاني).

⁽¹⁾ ابراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري و الفرنسي دراسة مقارنة فقها و قضاء، المكتب الجامعي الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 2003، ص61.

الفرع الأول

مفهوم علاقة السببية

لمعرفة مفهوم علاقة السببية ينبغي علينا أن نتناول تعريفها (فقرة أولى)، ثم نعالج أحكامها في حالة تعدد الأسباب (فقرة ثانية).

أولاً: تعريف علاقة السببية

تقتضي الإشارة إلى أنه لا التشريع و لا القضاء أوردا تعريفا خاصا بالعلاقة السببية رغم الاتفاق على كونها شرط أساسيا لقيام المسؤولية العقدية و بالتبعية استحقاق الشرط الجزائي¹، و بالرغم من ذلك فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية علاقة السببية من مسائل القانون التي تخضع لرقابتها². أما الفقه³ فقد عرف علاقة السببية بأنها الرابطة التي تجعل من الضرر نتيجة طبيعية لإخلال المدين بالتزامه، و يعتبر الضرر كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. و اشتراط العلاقة السببية أمر بديهي و منطقي لأنه لا يعقل افتراض أن كل ضرر يصيب الدائن يكون ناتجا عن إخلال المدين بالتزامه، فلكي يسأل المرء عن نتيجة معينة ألحقت ضررا بالغير يجب أن يكون الضرر متصل سببا بالفعل الذي اقترفه⁴.

و الضرر الواحد قد ينتج عن سبب وحيد و هو الأصل، ففي هذه الحالة لا يثار أي إشكال، فإذا تمكن الدائن من إثبات خطأ المدين و نسبته إليه، و لم يتمكن هذا الأخير من نفيه، فإن الشرط الجزائي يكون مستحقا للدائن.

أما إذا تعددت الأسباب فهنا يصعب على القاضي تحديد رابطة السببية و من ثمة تحديد المسؤوليات، لذلك ظهرت عدة نظريات حاولت الإجابة عن الإشكال المطروح .

¹) Christophe Quézel -Ambrunaz, la causalité dans le droit de la responsabilité civile européenne, acte de séminaire du GERC, 26-27 mars 2010, Genève, p 4. Disponible sur l'adresse suivante: <http://www.gerca.univ-rennes1.fr>, (consulté le 25/02/2014).

²) Christophe Quézel -Ambrunaz, op , cit , p 5.

³) أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - ، دار النوادر، سوريا- لبنان - الكويت، الطبعة الأولى، 1433هـ - 2012م، ص 336.

⁴) (محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 267.

ثانيا: حالة تعدد الأسباب

يظهر تعدد الأسباب التي تربط خطأ المدين بالضرر الذي يلحق الدائن في صورتين، فإما أن تتعدد الأسباب مع الاستغراق (1)، و إما أن تتعدد دون استغراق (2).

1 تعدد الأسباب مع الاستغراق : و تتحقق هذه الفرضية عندما يكون للضرر سببان لكن أحدهما يستغرق الآخر، فيبقى هو السبب الوحيد الذي أحدث الضرر، فتتحقق مسؤولية صاحبه كاملة، و يتحقق ذلك في فرضين:

أ-أن يكون أحد السببين عمدا و الآخر غير عمد: فيستغرق الخطأ العمد الخطأ غير العمد و يصبح هو السبب الوحيد الذي نقف عنده، فإذا تعمد شخص إحداث ضرر بآخر و ساعده على إحداث هذا الضرر خطأ ارتكبه المضرور أو ارتكبه الغير، فالتعمد وحده هو الذي نقف عنده و يعتبر السبب الوحيد في إحداث الضرر، و يكون المدعي عليه مسؤولا وحده مسؤولية كاملة¹.

ب-أن يكون أحد السببين نتيجة للآخر: مثل ذلك أن يحظى الطبيب في نصيحة المريض أو المحامي في توجيه الموكل أو المهندس في المشورة على العمل، فيخطئ المريض أو الموكل أو العميل في إتباع النصيحة أو التوجيه أو المشورة على العميل فيصاب بالضرر، و من ثم وجد سببان و لكن أحدهما ساق إلى الآخر فكان هذا نتيجة له، و يترتب على ذلك أن المشورة الخاطئة تستغرق التنفيذ و تصبح هي وحدها السبب الذي نقف عنده و تتحقق مسؤولية الطبيب أو المحامي أو المهندس وحده مسؤولية كاملة².

2- تعدد الأسباب دون استغراق: و في هذه الحالة ينتج الضرر عن أكثر من سبب دون أن يستغرق أحدهما الأسباب السبب الآخر، و قد ظهرت نظريتان، حاولتا الإجابة على هذا الإشكال و هما:

¹ (عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، مجلد 2، المرجع السابق ، ص 1024.

² (المرجع نفسه، ص 1025.

أ- **نظرية تكافؤ الأسباب:** و قد قال بها الفقيه الألماني فون بيري و أخذ بها بعض الفقهاء، و مؤداها أنه يجب الاعتداد بكل سبب اشترك في إحداث الضرر و لو كان سببا بعيدا، لأن جميع الأسباب التي تدخلت في وقوع الضرر تعتبر أسبابا متكافئة أو متساوية¹.
فالأحداث على العموم تترتب على جملة عوامل، منها ما هو من فعل الإنسان أو من امتناعه، و منها ما هو من فعل ظروف خارجية. و بما أ، كل هذه العوامل تكون ضرورية لإنتاج الضرر، فإن فرزها يكون غير مبرر، و بما أن تخلف عامل من هذه العوامل يحول دون تحقيق الضرر، فتعتبر الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر كلها متكافئة و متعادلة من حيث الدور الذي لعبته في إنتاجه².

ب- **نظرية السبب المنتج :** و صاحب هذه النظرية هو الفقيه الألماني فون كريس، و أخذت بها الأغلبية من علماء الألمان و هي تعارض نظرية تعادل الأسباب و قد نجحت في حمل الفقه و القضاء على اعتناقها و هجر نظرية فون بيري (تكافؤ الأسباب) السابقة،³ و مؤدى هذه النظرية أنه إذا تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر فيجب التفرقة بين الأسباب العرضية و الأسباب المنتجة و يقفون عند الثانية دون الأولى و يعتبرونها وحدها السبب في إحداث الضرر، و السبب يعتبر منتجا إذا كان من طبيعة الأمور أن يؤدي قيامه إلى وقوع الضرر، أو بعبارة أخرى أن السبب المنتج هو ما يؤدي عادة إلى وقوع هذا الضرر⁴.

وإذ قيل أن كل من السبب المنتج و السبب العارض كان له دخل في إحداث الضرر، و لولاه لما وقع الضرر، إلا أن السببية بهذا المعنى هي السببية الطبيعية و نحن إنما نريد السببية القانونية، فنبحث أي الأسباب التي يقف عندها القانون من بين الأسباب الطبيعية المتعددة ليعتبرها و حدها هي

¹ (العربي بلحاج، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق، ص 176.

² (علي فيلاي، المرجع السابق، ص 314.

³ (العربي بلحاج، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق، ص 176.

⁴ (أنور سلطان، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 235.

الأسباب التي أحدثت الضرر¹، و نظرا لمنطقية الحجج التي قدمتها هذه النظرية فإن غالبية الفقه يرى أنها الأجدر بالتطبيق مقارنة مع نظرية تكافؤ الأسباب.

الفرع الثاني

كيفية إثبات و نفي علاقة السببية

إذا كان الخطأ في الشرط الجزائي واجب الإثبات، و الضرر مفترض، فكيف هو الحال بالنسبة لعلاقة السببية، من حيث إثباتها (فقرة أولى)، و نفيها (فقرة ثانية).

أولا: كيفية إثبات علاقة السببية

علاقة السببية كما رأينا هي ثالث ركن من أركان المسؤولية العقدية و من ثم استحقاق الشرط الجزائي، و هي ركن مستقل عن ركن الخطأ، إذ قد توجد و لا يوجد الخطأ كما لو ترتب ضرر عن فعل أحدثه شخص إلا أن فعله لا يعتبر خطأ، و قد يوجد الخطأ و لا توجد علاقة سببية². و كمثال عن وجود علاقة السببية و عدم وجود خطأ المسؤولية على أساس تحمل التبعة فتوفر الضرر يعتبر كافيا حتى و لو لم يكيف الفعل الضار على أنه خطأ مثل التعويض عن الأضرار الجسمانية الناجمة عن حوادث المرور، و كمثال عن وجود خطأ و عدم وجود علاقة السببية توفر سبب أجنبي كالقوة القاهرة.

و لعل عبئ إثبات رابطة السببية بين الخطأ و الضرر تقع على الدائن و تلك هي القاعدة العامة، غير أن واقع الحال ينم عن أن رابطة السببية يسهل في الغالب الأعم إثباتها بشتى القرائن، حتى أنه في بعض الأحيان تكون تلك القرائن واضحة لدرجة أن الأمر لا يحتاج إلى إثبات، و بالتالي ينتقل

¹ (عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مجلد 2، المرجع السابق، ص 1027.

² (محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 93.

عبئ الإثبات إلى المدين¹، على اعتبار أن تمكن الدائن من إثبات الخطأ و الضرر يشكل قرينة على توفر علاقة السببية بينهما فلا يبقى أمام المدين إلا نفي هذه القرينة بإثبات السبب الأجنبي. أما في الالتزامات المقترنة بشرط جزائي، فقد رأينا أن الضرر مفترض لا يكلف الدائن إثباته، الأمر الذي يترتب عليه بالتبعية افتراض علاقة السببية، فمتى أثبت الدائن خطأ المدين فإن كل من الضرر و علاقة السببية يفترضان، فيقع على المدين عبئ نفي تلك العلاقة.

ثانيا: نفي علاقة السببية

نتناول المشرع الجزائري السبب الأجنبي في موضعين الأول ورد في إطار المسؤولية التقصيرية من خلال المادة 127 ق م ج، أما الثاني فقد ورد في إطار المسؤولية العقدية من خلال نص المادة 176 ق م ج، و قد استعمل المشرع بدلا من عبارة " السبب الأجنبي " عبارة " سبب لا يد له فيه " و المعنى واحد، و من خلال المادتين المذكورتين يمكن أن يرد السبب الأجنبي في الصور الثلاثة التالية:

1- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي : يرى فريق من الفقهاء بوجود التمييز بين القوة القاهرة و

الحادث المفاجئ، و إن اختلفوا فيما بينهم على معيار هذا التمييز، فذهب نفر منهم إلى أن القوة

القاهرة تتميز باستحالة دفعها أما الحادث المفاجئ فيتميز باستحالة توقعه، و لا يشترطون تبعا

لذلك وجوب اجتماع هاتين الخاصتين في كل منها على عكس الرأي المستقر الآن.

أما نفر الثاني من الفقه فقد ذهب إلى أنه و إن لزم اجتماع الخاصتين السالف ذكرهما في كل من

القوة القاهرة و الحادث الفجائي، إلا أن القوة القاهرة تكون استحالة دفعها استحالة مطلقة ، في حين

أن استحالة دفع الحادث الفجائي نسبية، و يعاب على هذا الرأي أن الاستحالة في كل من القوة

القاهرة و الحادث الفجائي يجب أن تكون مطلقة².

و الواقع أن التمييز بين كل منهما لا يستند إلى أساس صحيح، لأن التعبيرين مترادفين قصد

المشرع منهما معنى واحدا و هو أن يكون الحادث غير متوقع الحصول و غير ممكن تلاقيه، إذ لم

¹ هشام توفيق ابراهيم، المرجع السابق، ص 176.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 338.

يفرق بينهما لا من حيث شروطهما و لا آثارهما بل تم ذكر المصطلحين معا في المواد (127-138، 177 ق م ج)¹.

و لاعتبار الحدث قوة قاهرة أو حادثا فجائيا يجب أن يتوفر فيه الشروط التالية:

أ- **عدم إمكان التوقع:** و يجب في هذا الخصوص أن تكون الاستحالة مطلقة و ليست نسبية، بحيث يستحيل على أي شخص أن يتوقع الحادث مهما كانت درجته من اليقظة، فإذا أمكن توقعه فلا يكون قوة قاهرة حتى و لو استحاله دفعه²، و معيار عدم التوقع هو معيار موضوعي و ليس ذاتي، بل هو معيار لا يكتفي فيه بالشخص العادي، و يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا نسبيا. و لا يكون الحادث ممكن التوقع لمجرد أنه سبق و قوعه فيما مضى، فقد يقع حادث في الماضي، و يبقى مع ذلك غير متوقع في المستقبل، إذا كان من الندرة بحيث لا يقوم بسبب خاص لتوقع حدوثه³، و العبرة في عدم التوقع تكون وقت إبرام العقد في المسؤولية العقدية، ووقت وقوع الحادث في المسؤولية التقصيرية⁴.

ب- **عدم إمكان الدفع:** يتعين أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع، و أيضا يتعين أن تكون الاستحالة مطلقة، كذلك يجب أن يكون الحادث المفاجئ من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا⁵، و المعيار إنما هو معيار موضوعي غير ذاتي، فالاستحالة لا تكون بالنسبة للمدين وحده بل تكون بالنسبة لأي شخص وجد في ذات الظروف التي وجد فيها المدين.

2- **خطأ المضرور (فعل الدائن):** يعتبر خطأ المضرور سبب يعفي المدين من قيمة الشرط الجزائي لانقضاء علاقة السببية، ذلك أنه من غير المستساغ تعويض شخص عن أضرار تسبب فيها بنفسه، فإذا أثبت المدين أن الدائن قد تسبب بخطئه في حدوث الضرر الذي تسبب في عدم تنفيذ الالتزام، أو

¹ العربي بلحاج، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 200.

² العربي بلحاج، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 202.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج1، مجلد 2، المرجع السابق، ص 996.

⁴ المرجع نفسه، ص 997.

⁵ ابراهيم هشام توفيق، المرجع السابق، ص 181.

في استفحال الضرر بإهماله، فقد ثبت أن للضرر سبب أجنبي أساسه فعل المضرور أو الدائن، و بالتالي يتحلل من الشرط الجزائي المنصوص و المتفق عليه بالعقد¹.

و فعل الدائن يأخذ 3 صور فإما أن لا يكون له أي دخل في حدوث الضرر ففي هذه الحالة فإن المدين يتحمل مسؤولية كاملة و يدفع قيمة الشرط الجزائي و إما أن يكون هو أي فعل الدائن، السبب الوحيد المحدث للضرر، فيعفي المدين إعفاء كاملا من التزامه بالشرط الجزائي²، أما حين يشترك فعل المضرور مع فعل المدعى عليه (المدين) في إحداث الضرر، فيتعين لكي يعتد بهذا الفعل أن يعتبر إنحرافا، أما إذا انتفى عنه و صف الانحراف فلا محل للأخذ به عند تحديد مدى مسؤولية المدعى عليه³.

فمثلا عبور الطريق فعل، فإذا دهست سيارة مسرعة شخص أثناء سيره فلا أثر لهذا السير أي لهذا الفعل على مدى مسؤولية سائق السيارة، و لكن عبور الطريق في حالة سكر يعتبر انحرافا، فإذا دهست سيارة مسرعة شخصا ثملا، اشترك فعل المضرور مع فعل المسؤول في وقوع الضرر⁴، و يشترط في فعل المضرور ما يشترط في السبب الأجنبي، أي أن يكون غير متوقع و غير ممكن الدفع⁵، و لكي يحدث فعل المضرور أثره في نفي علاقة السببية يجب أن نميز بين فرضين، الأول أن يستغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه، أما الفرض الثاني فهو مساهمة كل من فعل المضرور و خطأ المدعى عليه في إحداث الضرر بصفة مستقلة.

أ- استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر: و يظهر الاستغراق في حالتين:

أ-1) إذا فاق أحد الخطأين الآخر كثير في جسامته : و لهذه الحالة صورتان، الأولى أن يكون أحد الخطأين متعمدا، أو أن يرضى المضرور بالضرر، فإذا كان أحد الخطأين متعمدا فإنه يستغرق

¹ (العربي بلحاج، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 205.

² (إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 121.

³ أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 338.

⁴ (أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ص 340.

⁵ (علي فيلاي، المرجع السابق، ص 333 .

الخطأ الآخر و يتحمل صاحب الخطأ العمد المسؤولية كاملة سواء كان هو المصاب أو المدعى عليه¹، و مثال ذلك أن يعتمد سائق سيارة دهس شخص و كان هذا الأخير ثملاً أثناء عبوره الطريق ففي هذه الحالة فإن خطأ السائق يعتبر عمدياً و بالتالي يستغرق خطأ المضرور الذي كان في حالة سكر، فيتحمل السائق قيمة التعويض كاملة.

أما إذا كان الخطأ العمدي صادراً عن المضرور فإن مسؤولية المدعى عليه تنتفي كلياً لانعدام رابطة السببية، و مثال ذلك الشخص الذي يلقي بنفسه أمام سيارة تسير بسرعة فإنه يتحمل مسؤولية كاملة و لا يكون السائق مسؤولاً².

أما الصورة الثانية لاستغراق أحد الخطأين الخطأ الآخر فهي حالة رضا المضرور بالضرر، و يكون الحال كذلك إذا كان المضرور يتوقع الضرر و يعلم به دون أن يريد تحقيقه كحالة الشخص الذي يمارس رياضة المبارزة، فكل متبارز يقدم على هذه الرياضة يكون قد رضي أن يموت أو يجرح و لكنه لا يريد لنفسه هذا الضرر³، فإذا لحق الشخص ضرر من جراء هذا النوع من الرياضة فإن رضاه يستغرق فعل الخصم لأن تصرف هذا الأخير لا يعتبر انحرافاً عن السلوك إلا إذا جاوز الحدود التي رسمها القانون المنظم للعبة⁴.

أ-2) إذا كان أحد الفعلين نتيجة للفعل الآخر: إذا كان أحد الفعلين نتيجة للفعل الآخر فلا يعتد إلا بالفعل الواقع أولاً، و على ذلك إذا كان فعل المضرور نتيجة لفعل المدعى عليه قامت مسؤولية هذا الأخير، أما إذا كان فعل المدعى عليه هو النتيجة لفعل المضرور فإنه لا يسأل عن الضرر لانعدام علاقة السببية⁵.

¹ العربي بلحاج، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 207.

² (العربي بلحاج، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 207.

³ (عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، مجلد2، المرجع السابق، ص 1004.

⁴ (أنور سلطان، المرجع السابق، ص 341.

⁵ (المرجع نفسه، ص 341.

(ب) **الخطأ المشترك**: إذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، بل بقيا متميزين كل منها اشترك في إحداث الضرر بصفة مستقلة، فإنه يكون للضرر سببان خطأ المدعى عليه و خطأ المضرور و هذا ما يسمى الخطأ المشترك.

و الأصل أن كل من الخطأين يعتبر سببا في إحداث الضرر إذ لولاه لما وقع الضرر، و لما كان كل من المدعى عليه و المضرور مسؤولا بقدر ما أحدث من ضرر و كان خطأ كل منهما سببا لوقوع الضرر، فإن المسؤولية تكون بالتساوي بينهما¹. أما إذا كانت نسبة مساهمة أحد الخطأين أكبر بكثير من نسبة مساهمة الخطأ الآخر فإن القاضي يوزع عبئ المسؤولية بحسب جسامه الخطأ و هي مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة العليا.

(3) **خطأ الغير**: بالإضافة إلى القوة القاهرة و فعل الدائن، فإن خطأ الغير يعتبر سببا يعفي المدين من دفع قيمة الشرط الجزائي، و يقصد بالغير الانسان الأجنبي عن العقد أو الالتزام الأصلي².

و يشترط لانتفاء مسؤولية المدعى عليه كليا أن لا يكون قد ارتكب خطأ ثابتا أو مفترضا بل ينبغي أن يسند الضرر إلى الغير وحده، و خطأ الغير قد يأخذ إحدى صورتين:

1- أن يكون هو السبب الوحيد للضرر: ففي هذه الحالة فإن المدعى عليه يعفى كليا من دفع قيمة الشرط الجزائي، بشرط أن يثبت ركني السبب الأجنبي و هما استحالة توقع فعل الغير و استحالة دفعه، لأنه ليس للمرء أن يتوقع أخطاء غيره، و بالتالي تنتفي مسؤوليته عن الأضرار التي لحقت بالدائن³.

يرى الأستاذ العربي بلحاج أن فعل الغير متى كانت له صلة بالضرر الواقع فإنه يهدم مسؤولية المدين، سواء تم تكيف هذا الفعل على أنه خطأ أم غير خطأ⁴، أما الدكتور السنهوري فيرى فعل الغير لا أثر له على مسؤولية المدعى عليه إلا إذا كان يشكل خطأ وفق معيار الرجل المعتاد¹.

¹ (عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، مجلد2، المرجع السابق، ص 1008 - 1009.

² (أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 339.

³ (هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 184.

⁴ (العربي بلحاج، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 212.

غير أنني أحبذ التفرقة بين المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية، فإذا كنا بصدد الأولى فينبغي أن يكيف الفعل على أنه خطأ و ذلك تماشياً مع نص المادة 127 ق م ج التي بعبارة " خطأ الغير " لأنه لا اجتهاد مع صراحة النص، أما إذا كنا بصدد المسؤولية التقصيرية فإنه من الأفضل أن نعتد بأي فعل يصدر عن الغير لنفي مسؤولية المدين لأن نص المادة 176 ق م ج جاء عاماً بذكر عبارة "سبب لا يد له فيه" و السبب الأجنبي كما رأينا له شرطان هما عدم إمكانية التوقع و عدم إمكانية الدفع لذلك فالأرجح هو عدم اشتراط الخطأ بل يكتفي بالفعل الضار.

و يكون خطأ الغير أو فعله الضار بحسب الأحوال، هو السبب الوحيد للضرر بالرغم من ثبوت خطأ المدعى عليه، إذا ما استغرق خطأ هذا الأخير، و يتحقق ذلك (كما في حالة خطأ المضرور) إذا كان خطأ الغير عمدياً أو كان خطأ المدعى عليه هو مجرد نتيجة لخطأ الغير المذكور².

2 الخطأ المشترك: إذا اشترك فعل الغير مع فعل المدين في إحداث الضرر، فإن القواعد التي تطبق هي قواعد الخطأ المشترك التي تناولناها عن بحثنا فعل الدائن كسبب لنفي علاقة السببية، إذ يكون إعفاء المدين من المسؤولية إعفاء جزئياً.

المطلب الرابع

الإعذار

إضافة إلى وجوب اجتماع أركان المسؤولية العقدية فإن القانون ألزم الدائن بضرورة اتخاذ إجراء معين لاستحقاق قيمة التعويض المتفق عليه، هذا الإجراء هو ما يعرف بالإعذار الذي يوجه إلى المدين لمطالبته بالتنفيذ العيني للالتزام، و الإشكال الذي يطرح: هل اتفاق الأطراف على الشرط الجزائي يجعل الإعذار مفترضاً كما هو الحال بالنسبة للضرر أم لا؟

للإجابة على هذا السؤال يتعين علينا أن نتطرق لمفهوم الإعذار (فرع أول)، حالات الإعذار و نتائجه (فرع ثاني).

الفرع الأول

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، مجلد2، المرجع السابق، ص 1017.

² العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 213.

مفهوم الإعذار

سوف نتناول من خلا هذا الفرع تعريف الإعذار (فقوة أولى)، و كفياته (فقرة ثانية).

أولا: تعريف الإعذار

عرف الفقيه السنهوري إعذار المدين بأنه: "وضعه قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه"، لأنه يرى أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي لجعل المدين في هذا الوضع القانوني¹، كما عرفه جانب من الفقه بأنه: "دعوة المدين من قبل دائئه إلى تنفيذ التزامه، ووضعه قانونا في حالة التأخر في التنفيذ تأخرا تترتب عليه مسؤولية عن الأضرار التي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخير"²، ومن التعاريف المقدمة للإعذار هو أنه: "توكيد تأخر المدين في تنفيذ التزامه توكيدا رسميا أو غير رسمي بدعوته إلى التنفيذ بتوجيه إنذار له"³.

يتضح من خلال التعريفات السابقة أنه رغم اختلافها اللفظي إلا أن المغزى منها واحد و هو تنبيه المدين إلى وجوب تنفيذ الالتزام التعاقدي و إلا اللجوء إلى إجراءات التنفيذ الجبري، ذلك أن مجرد حلول الأجل لا يترتب عليه أية آثار قانونية، لاحتمال أن يكون الدائن راضيا أو على الأقل متسامحا، أو أنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه⁴.

و الاعذار في القانون المدني الجزائري شرط لا غنى عنه لاستحقاق التعويض، الأمر الذي تقضي به صراحة المادة 179 ق.م.ج و الذي أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/01/12 تحت رقم 206/796، حيث تم نقض القرار الصادر عن المجلس على اعتبار أن قضائه تجاهلوا الدفع الذي تقدم به الطاعن و الذي مقتضاه أن المعطون ضدها لم تقم بإعذاره مسبقا طبقا للمادة 180 ق م ج، إذ اعتبرت المحكمة العليا قرار المجلس مخالفا للمادتين 179 و 180 م ج الأمر الذي يستدعي نقض القرار و يقوم الإعذار في فلسفته على أساس مقتضى من مقتضيات حسن النية و

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص 830.

² هشام ابراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 194.

³ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 44.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص 831.

أنه يجب منح المدين فرصة أخيرة لتنفيذ التزامه، فالبند المدرج في العقد كشرط جزائي لا يعفي الدائن من اعدار المدين¹.

و خير دليل على وجوب توجيه إعدار للمدين لاستحقاق الشرط الجزائي، هو إحالة المشرع الجزائري في نص المادة 183 على المواد 176 إلى 182 ق.م.ج، و التي تجعل الإعدار شرطا ضروريا لاستحقاق التعويض.

ثانيا: كيفية الإعدار

لقد بين المشرع الجزائري في المادة 180 م ج كيفية الإعدار فذكر عدة وسائل يستطيع الدائن أن يختار إحداها، وهي مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، إذ أنه ذكر الكيفية الأولى و المتمثلة في الإنذار أو ما يقوم مقامه إضافة إلى البريد على الوجه المبين في القانون.

1-الإنذار: هو ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن بوضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه ، و هو المعروف بالتبليغ الرسمي أي التبليغ الذي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي².

و قد بين المشرع الجزائري في المواد من 406 إلى 416 ق إ م إ كيفية التبليغ الرسمي للعقود القضائية و غير القضائية و كذلك السندات التنفيذية، إذ اشترط بيانات محددة يجب أن تكون على متن الوثيقة المراد تبليغها، إضافة إلى وجوب أن يكون التبليغ شخصا سواء بالنسبة للأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية، وهذا كأصل غير أنه إذ استحال ذلك فإن التبليغ يعد صحيحا إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار، بشرط أن يكون الشخص المبلغ راشدا تحت طائلة قابلية التبليغ للإبطال³.

¹) Cass. civ. 1, 17 octobre 2012, N° de pourvoi: 11-16292 : « ... celles-ci [les dispositions contractuelles] n'avaient pas eu l'intention de dispenser tacitement les créanciers de mettre les débiteurs en demeure et en a exactement déduit que les clauses pénales litigieuses ne pouvaient recevoir application ».

² المادة 106 ق م ف : " يقصد بالتبليغ الرسمي الذي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي".

³ راجع المواد من 406 إلى 416 ق.إ.م.إ.

2-الإعذار عن طريق البريد: و ذلك في كل حالة يسمح فيها القانون بذلك.

3-الإعذار المفترض: و هي حالة نصت عليها المادة 180 ق م ج مصدرها الاتفاق إذ يجوز أن يتفق الأطراف على اعتبار المدين معذرا بمجرد حلول أجل تنفيذ الالتزام، فهو بمثابة إعفاء اتفاقي من الإعذار، الأمر الذي يدفعنا للقول بأن الإعذار ليس من النظام العام.

و يستخلص الإعفاء من صراحة النص لا من دلالاته، و لما كان الأمر كذلك فإن المدين يستطيع النزول عن حقه في التمسك بعدم حدوث الإنذار و طالما لم يتمسك به أمام محكمة الموضوع فلا حق له في التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض¹.

و يرى الأستاذ السنهوري أن أي ورقة رسمية تظهر منها بجلاء رغبة الدائن في أن ينفذ المدين التزامه تقوم مقام الإنذار من ذلك التنبيه الرسمي الذي يسبق التنفيذ و كذلك صحيفة الدعوى و لو رفعت أمام محكمة غير مختصة، أما إذا كانت الورقة غير رسمية كالبرقية، فلا تكفي للإعذار في المسائل المدنية إلا إذا كان هناك إتفاق بين الدائن و المدين على أنها تكفي².

الفرع الثاني

حالات الإعفاء من الإعذار و الآثار المترتبة عليه

إذا كان الإعذار شرطا لا مناص منه لاستحقاق التعويض فإن المشرع لم يجعله من النظام العام، حينما أعفى الدائن منه في حالات معينة (فقرة أولى)، كما رتب عليه نتائج قانونية هامة (فقرة ثانية).
أولاً: حالات الإعفاء من الإعذار

ذكرنا سابقا أن توجيه الإعذار للمدين مسألة لا تتعلق بالنظام العام بدليل أن المشرع أجاز في المادة 180 ق م ج للأطراف الاتفاق على أن يعتبر المدين معذرا بمجرد حلول الأجل إضافة إلى هذا الإعفاء الاتفاقي أو كما سميته الإعذار المفترض، فقد نص المشرع الجزائري على حالات معينة في نص المادة 181 ق م ج، يعفى بموجبه الدائن من إعذار مدينه، هذه الحالات هي:

⁽¹⁾ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 205 - 206.

⁽²⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص 833.

1- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجدي بفعل المدين : إن الهدف من الإعذار هو مطالبة المدين بالتنفيذ العيني للالتزام ما دام ذلك ممكناً، أما وقد أصبح هذا الأمر غير ممكن و مستحيل فإن العلة من اشتراط الإعذار قد انتفتت بشرط أن تكون الاستحالة راجعة إلى فعل المدين، أما إذا كان سبب هلاك المحل أجنبياً فإن الالتزام ينقضي و لا يكون المدين ملزماً بالتعويض، و تتحقق هذه الحالة في فروض مختلفة منها أن يكون تنفيذ الالتزام غير مجد إلا في وقت معين و قد انقضى هذا الوقت، كأن يلتزم مقول ببناء مكان في معرض لأحد المعارضين و ينتهي المعرض قبل أن ينفذ المدين التزامه¹.

2- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل غير مشروع: ذلك أن التزام مرتكب الفعل الضار هو التزام قانوني مفترض بعدم الإضرار بالغير، فمتى تحقق هذا الإضرار لم يعد للإعذار جدوى لأن المدين أخل بالتزامه القانوني و لم يعد بالإمكان تدارك هذا الإخلال².

3- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد تنفيذ التزامه : لأن هذا يشكل اعترافاً صريحاً من المدين بعدم تنفيذ الالتزام، فهذا الاعتراف إذا يعادل الإعذار الذي اشترطه المشرع، و لكن يقتضي أن يكون الرفض صريحاً أي أن يعلن المدين عدم إرادته و ليس عدم قدرته على التنفيذ³، ولأن عدم التنفيذ قد يكون أجنبياً كالقوة القاهرة فلا يكون المدين ملزماً بشيء.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص 836.

² و تتحقق هذه الحالة إذا كان محل الالتزام الامتناع عن عمل فإن مجرد إخلال المدين بهذا الالتزام يجعل الإعذار عديم الجدوى، كأن يكون المدين ملزماً بعدم التأجير من الباطن إلا بموافقة المؤجر الأصلي. أنظر: حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 182.

³ (محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 306.

د- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق و هو عالم بذلك: ففي هذه الحالة لا مبرر لحماية المدين الذي حصل على شيء بطريقة غير مشروعة بأن نطلب من الدائن أن يوجه له إعدارا إذ من باب أولى أن يرد الشيء الذي أخذه بسرعة¹.

ثانيا: الآثار المترتبة عن الإعذار

يترتب على الإعذار كشرط الاستحقاق الشرط الجزائي، النتائج التالية:

- 1 - **تأكيد الطبيعة التعويضية للشرط الجزائي:** لقد أضفت أحكام الإعذار طابع التعويض حيث ذهب جانب من الفقه إلى تحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي بأنه تعويض لأن المشرع اشترط فيه الإعذار والقواعد المنظمة لهذا الأخير موجودة في الفصل المخصص للتنفيذ بطريق التعويض².
- 2 - **استحقاق مبلغ الشرط الجزائي:** مفاد هذه النتيجة أن المدين يصبح ملزما بدفع التعويض الاتفاقي عن عدم الوفاء بالالتزام أو عن التأخر فيه، أما الفترة التي تسبق الإعذار فلا يعوض الدائن عنها، لأنه قد تسامح ضمنا في هذا التأخير أو أنه لم يصبه أي ضرر³، و النص صريح في هذا المعنى، فقد قضت المادة 179 ق.م.ج بأنه: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين".
- 3 - **انتقال تبعة الهلاك من طرف إلى آخر:** يترتب على الإعذار انتقال تبعة الهلاك من الطرف الذي من المفترض أن يتحملها إلى الطرف الآخر، فإذا كان الالتزام بالتسليم التزاما تبعا فإن تبعة الهلاك تكون على المدين بالتسليم، غير أنه إذا قام بإعذار دائنه و طالبه بتسليم المحل و امتنع هذا الأخير و هلك المحل بعد الإعذار فإن تبعة الهلاك تنتقل إلى الدائن المعذر، أما في الحالة العكسية أي حالة ما إذا أعذر الدائن مدينه بتسليم المحل و امتنع هذا الأخير عن التسليم فإنه هو الذي يتحمل تبعة الهلاك، إلا إذا أثبت أن الشيء كان سيهلك في يد الدائن لو أنه سلمه إليه⁴.

¹ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

² عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 128.

³ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 201.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 2، المرجع السابق، ص 841.

و لتوضيح ذلك نضرب المثال التالي: إذا هلك العين المودعة لدى المودع لديه دون تقصير منه فإنها تهلك من حيث الأصل على المودع و العلة في ذلك أن يد المودع لديه هي يد أمانة لا يد ضمان، بيد أن قيام المودع (الدائن) بإعذار المدين بضرورة تسليمه العين المودعة يؤدي إلى انتقال تبعة الهلاك إلى هذا الأخير، بحيث يلتزم يتعويض المودع عن هلاك العين حتى إذا كان الهلاك بسبب أجنبي¹.

و في اعتقاد ي فإن اشتراط الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي يعتبر تزييدا غير مستساغ من المشرع، لأنه يتعارض مع الإرادة المفترضة للأطراف، إذ الأجدر أن يعفى منه الدائن لأن المدين بقبوله مبلغ الشرط الجزائي يفترض أنه قد تنازل ضمنيا عن حقه في الإعذار، ذلك أنه من أهداف الشرط الجزائي التي ذكرناها في بداية الدراسة هو تفادي الاجراءات القانونية المعقدة و التقليل من النفقات بالاتفاق المسبق على مبلغ التعويض دون حاجة للجوء إلى القضاء، و لما كان الإعذار طريقا قبل اللجوء إلى القضاء كما أنه يكلف الدائن أموالا إضافية فإن اشتراطه يتعارض مع إحدى مقاصد الشرط الجزائي لذلك فالأحسن هو أن يتم إلغاؤه.

¹ (هشام ابراهيم توفيق، المرجع السابق، ص202.

خلاصة:

لقد نظم المشرع الجزائري موضوع الشرط الجزائي بطريقة احترم فيها إرادة الأطراف في تقدير التعويض بأنفسهم دون اللجوء إلى الطريقة الأصلية و هي التعويض القضائي، و ذلك نظرا للفوائد التي يوفرها الشرط الجزائي و الخصائص التي يمتاز بها.

هذه الخصائص هي التي وضحت لنا الطبيعة القانونية للشرط الجزائي و ميزته عن بعض الأنظمة القانونية التي تتشابه معه كالعربون و الغرامة التهديدية و الشرط المعدل للمسؤولية. و نظرا لكون الشرط الجزائي لا يخرج عن كونه تعويضا فإنه يشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض القضائي من وجوب اجتماع أركان المسؤولية العقدية و هي الخطأ، الضرر و علاقة السببية إضافة إلى شرط الإعذار.

و قد رأينا أن عنصر الخطأ في الالتزامات المقترنة بشرط جزائي لا يخرج من حيث عبئ الإثبات عن القواعد العامة إذ أن البينة على من ادعى، أما عنصر الضرر فإن في إثباته خروجاً كبيراً عن القواعد العامة لأن الدائن معفى من إثباته، فبمجرد إثبات الخطأ تتشكل قرينة قانونية بسيطة مفادها أن الدائن قد تضرر من إخلال المدين بالتزامه، و لا يبقى امام هذا الأخير إلا إثبات العكس حتى يتوقى دفع مبلغ الشرط الجزائي.

الفصل الثاني

سلطة القاضي في تعديل

الشرط الجزائي كآلية

لحماية مبادئ العدالة

إذا كان الشرط الجزائي يشكل بطبيعته خروجاً عن القواعد العامة لأنه يعطي للأطراف حق تقدير التعويض و الذي يعتبر في الأصل من اختصاص القضاء، فإن هناك حالات يظهر فيها الشرط الجزائي في صورة إهدار لحقوق أحد الأطراف، من هنا يبرز دور التدخل القضائي كآلية لحماية هذا الطرف، في ضوء ذلك تثار إشكالية جوهرية مفادها إلى أي مدى يمكن أن يشكل هذا الدور حماية للطرف الضعيف.

و للإجابة على هذا التساؤل سنتطرق إلى دراسة نطاق سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (المبحث الأول)، ثم نتناول مظاهر هذه السلطة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

نطاق سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

إذا كانت الرقابة القضائية على الشرط الجزائي تعتبر استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يجعل مضمون العقد واجب التنفيذ على أطرافه، فإن ذلك يقتضي أن ترد ضمن حدود معينة (مطلب أول)، و وفقاً لضوابط محددة (مطلب ثاني).

المطلب الأول

مضمون سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

إن مبدأ عدم ثبات الشرط الجزائي و قابليته للمراجعة عن طريق التدخل القضائي لا يبيح إهدار مبدأ الحرية التعاقدية، إذ يجب أن ترد الرقابة على عناصر محددة و هي الرقابة على المشروعية (فرع أول)، و على التكييف (فرع ثاني)، و أيضاً على شروط استحقاق الشرط الجزائي (فرع ثالث).

الفرع الأول

الرقابة على مشروعية الشرط الجزائي

إن أول ما يراقبه القاضي هو مشروعية الشرط الجزائي لأن المشروعية تتعلق بالنظام العام، فمتى ظهر للقاضي أن الشرط الجزائي في ذاته غير مشروع أو أن الالتزام الأصلي الذي يكفله غير مشروع بأن يكون مخالفاً لنص قانوني أو شرعي وجب عليه الحكم بطلانه. فالبطالان إذن هو الجزاء القانوني المترتب على عدم المشروعية ، و يشترط في القواعد القانونية التي تمت مخالفتها أن تكون قواعد أمرة كما في الشرط الجزائي الذي يضمن اتفاقاً يتعلق بتركة إنسان على قيد الحياة¹.

و الشرط الجزائي قد يحد منه حد يتعلق بمداه أو بمدى إعماله، فإذا نص القانون على تحديد مقدار التعويض المستحق عند إخلال المتعاقد بالتزامه فإن الشرط الجزائي لا يجوز أن يتجاوز القيد المحدد قانوناً²، و من أمثلة ذلك ما جاءت به نصوص القانون رقم 74-15 المؤرخ في 30-01-

⁽¹⁾ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص163.

⁽²⁾ المرجع نفسه ، ص163.

1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار الجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات، فإذا حدث و أن تعرض شخص لأضرار جسمانية نتيجة حادث مرور فليس له أن يتفق مع مرتكب الفعل على مبلغ التعويض لأن القانون سالف الذكر قد حدد و بدقة طرق تقدير التعويض، فمتى تضمن عقد النقل شرطا جزائيا بهذا الشكل، فإنه يكون غير مشروع لمخالفته النظام العام و يتعين على القاضي الحكم ببطلانه.

و من حالات منع المشرع الجزائي للشرط الجزائي ما جاءت به أحكام المادة 78 من الأمر 75-31 المؤرخ في 29-04-1975 المتعلق بعلاقات العمل في القطاع الخاص و التي نصت على أنه "لا يجوز في أي حال أن ينص في النظام الداخلي على غرامات"، و النظام الداخلي هو "عبارة عن مجموعة قواعد يخضع لها العامل أثناء عمله يضعها رب العمل و يضمنها جزاءات مالية تكفل احترامه".

غير أن المشرع الجزائي بموجب نص المادة 78 من القانون سالف الذكر قد منع رب العمل من استعمال الشرط الجزائي الذي يأخذ شكل غرامة تستقطع من راتب العامل، و الهدف من هذا التحريم هو ضمان الحد الأدنى من الأجر خاصة و أن اقتطاع مبلغ الشرط الجزائي قد يؤثر عليه و يجعله لا يصل إلى الحد الأدنى الذي يضمنه القانون¹.

الفرع الثاني

الرقابة على تكيف الشرط الجزائي

إن الأطراف المتعاقدة عندما تتجه إرادتهم إلى إبرام العقد فإن كل منهم يتوقع من الطرف الآخر الحصول على مزايا و فوائد هذا العقد، و هذا الهدف يظل دائما و أبدا هو المسيطر على ذهن الأطراف المتعاقدة بداية بمرحلة التفكير ثم المفاوضات ثم التكوين وصولا إلى تنفيذ العقد.

⁽¹⁾ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 181.

و أطراف العقد و هم بصدد إبرامه يضعون في حسابهم احتمال أن هناك طرف قد يخل بتنفيذ التزاماته، و المقصود بعدم التنفيذ في هذا المقام المعنى الواسع للكلمة سواء عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التراخي في التنفيذ أو التنفيذ المعيب¹.

و خشية الإخلال بهذا العقد يقوم الأطراف بوضع بند في العقد و يطلقون عليه تسمية الشرط الجزائي، غير أن القاضي بماله من صلاحيات فإنه غير ملزم بالتكييف الذي يعطيه الأطراف بل يجب عليه التأكد من أن البند المعروض أمامه يشكل شرطا جزائيا، ذلك أن الأطراف غالبا ما يتمسكون بالتكييف الذي يتماشى أكثر مع مصالحهم، الأمر الذي يلزم القاضي بالعمل على إعطاء البند الوصف الصحيح تمهيدا لمعرفة النصوص القانونية الواجبة التطبيق لإعطاء الحل القانوني للقضية المعروضة أمامه².

و للقاضي و هو بصدد إيجاد الوصف القانوني الصحيح أن ينظر إلى الظروف الملابسة و أن يبحث في النية المشتركة للأطراف³، ومن أمثلة البنود التعاقدية التي أثارت جدلا في الفقه الفرنسي حول تكييفها نذكر البند المتضمن تعويض العامل عن تسريحه من طرف رب العمل، حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية و قد سايرها جانب كبير من الفقه الفرنسي من بينهم الفقيه martinon أن هذا البند هو شرط جزائي⁴.

¹ ابراهيم سيد أحمد ، المرجع السابق، ص 9.

² محمد مرعي صعب ، المرجع السابق، ص 346.

³ لقد أقام المشرع سلطة القاضي في التفسير على وجوب تحري الإرادة الظاهرة للمتعاقدين الذين اتفقت نيتهما و تطابقت إرادتهما على العقد، فإذا كانت عبارات العقد واضحة صريحة تكشف عن إرادة المتعاقدين و تدل على الغاية التي أنشأ العقد من أجلها فلا سبيل للتفسير و لا يجوز للقاضي أن ينحرف عنها . أما إذا كانت عبارات العقد غامضة فقد أصبحت محلا للتأويل، و عندئذ يجب على القاضي أن يبحث في ألفاظه و جملة عن النية المشتركة للمتعاقدين دون أن يقف عند المعنى الحرفي للألفاظ، و ذلك باتباع وسيلتين جاءت بهما أحكام امادة 111 ق.م.ج الأولى هي طبيعة التعامل و ما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين أما الثانية فيستمدّها من العرف الجاري في المعاملات. لمزيد من التفصيل أرجع: عبد السلام الترماني، سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري و بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية ، مجلة المحاماة تصدرها نقابة المحامين، القاهرة، مصر، العدد الأول، السنة الحادية و الأربعون، 1960، ص 910-911.

⁴ Cass. soc., 22 juin 2011, no 09-68.762 : «Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a fait ressortir, par motifs propres et adoptés, que l'indemnité contractuelle de rupture due par l'employeur en cas de cessation du contrat de travail à son initiative, hors les cas de faute grave ou

إذ أنه و في غير حالتي الخطأ الجسيم و المخالفة الجوهرية لعقد العمل فإن هذا البند يهدف إلى
حث المدين على تنفيذ التزاماته التعاقدية و ليس إلى تسديد ثمن إنهاء العقد¹، غير أن جانبا من الفقه
الفرنسي يرى أن مثل هذا البند لا يعتبر شرطا جزائيا لأن رب العمل استعمل حقا مقرر له بموجب
الاتفاق، فليس هناك إخلال بالتزامه².

و يبدو أن فيصل التفرقة كما ذكرنا سابقا يكون بتفسير البند الوارد في العقد بالاستناد إلى الغرض
منه، فمتى كان هدفه دفع رب العمل لإبقاء العامل في منصبه تحت طائلة دفع مبلغ من المال وكان
هذا المبلغ مرتفعا نوعا ما فإن البند عبارة عن شرط جزائي، لأنه جمع بين الطبيعة التعويضية و
الطبيعة العقابية.

الفرع الثالث

الرقابة على شروط استحقاق الشرط الجزائي

بعد أن يتأكد القاضي من مشروعية الشرط الجزائي بأن لا يكون مخالفا للنظام العام و الآداب
العامة لاسيما القواعد القانونية الآمرة، و بعد أن يعطي للشرط وصفه الصحيح و الدقيق بغرض
تطبيق القواعد الملزمة، فإنه ينتقل إلى مرحلة أخرى لا تقل أهمية عن المراحل السابقة و هي التأكد
من مدى توفر شروط استحقاق الشرط الجزائي المتمثلة في الخطأ و الضرر و علاقة السببية إضافة
إلى شرط الإعذار.

lourde, de violation des obligations contractuelles ou de défaillance substantielle du salarié dans la
réalisation de ses devoirs, auxquelles il ne serait pas remédié dans un délai raisonnable après mise
en demeure, avait pour finalité le maintien de l'emploi des intéressés et non la compensation d'un
sacrifice ou d'une renonciation de ceux-ci, de sorte que l'indemnité litigieuse avait bien le caractère
d'une clause pénale réductible en raison de son caractère manifestement excessif ;».

¹) Martinon , l'union de l'indemnité contractuelle de licenciement et de la clause pénale , jcp s
2010 ,p1113 .

²) رغيّد عبد الحميد فتال، الشرط الجزائي في القانون الفرنسي، مجلة الدراسات القضائية، معهد التدريب و الدراسات
القضائية، الإمارات العربية المتحدة، العدد 11، ديسمبر 2013، ص21.

أولاً: رقابة القاضي على شرط الخطأ

الخطأ العقدي كما عرفناه هو امتناع المدين عن تنفيذ التزام ترتب في ذمته بموجب عقد صحيح، فالقاضي و هو بصدد رقابة عنصر الخطأ يجب عليه التأكد من أمرين الأول هو ثبوت عدم تنفيذ الالتزام و الثاني هو نسبة عدم التنفيذ إلى المدين أي أن هذا الأخير لم يتمكن من نفي مسؤوليته. و بما أن الإثبات هو الوسيلة الوحيدة التي يتم من خلالها نسبة الخطأ إلى المدين حتى يتم إلزامه بالتعويض، فلا بد على القاضي أن يتيقن من كيفية إثبات الخطأ العقدي، فإذا كان التزاما بتحقيق نتيجة فعلى الدائن أن يثبت عدم تنفيذ المدين للالتزامه أو تأخره فيه أو أنه قد نفذه بصورة معيبة¹، أما إذا كان التزام المدين ببذل عناية فالدائن ملزم بإثبات مصدر الالتزام ثم إثبات عدم التنفيذ و أخيرا عليه أن يثبت أن المدين لم يبذل العناية اللازمة لتنفيذ التزامه و المعيار هنا موضوعي لا ذاتي، وهذا النوع من الالتزامات أصعب للإثبات بالنسبة للدائن، و أصعب للاقتناع بالنسبة للقاضي. أما أهم عنصر يراقبه القاضي في الخطأ فهو التأكد من أن الالتزام الذي أخل به المدين هو الذي تتاوله الشرط الجزائي²، و هذا معناه أم العقد قد رتب عدة التزامات في ذمة المدين غير أن الشرط الجزائي المتفق عليه قد وضع لكفالة تنفيذ أحد هذه الالتزامات دون غيره، فإذا أخل المدين بالتزام غير الالتزام المكفول بالضمان فعلى القاضي في هذه الحالة عدم إعمال الشرط.

ثانياً: رقابة القاضي على شرط الضرر

يعتبر الضرر أهم أركان الشرط الجزائي على الإطلاق لا سيما و أن موقف المشرع الجزائري في المادة 184 ق.م.ج جاء واضحا إذ ربط استحقاق التعويض بوجوب ثبوت الضرر ر، غير أن مهمة القاضي في رقابة هذا العنصر تعتبر يسيرة مقارنة بعنصر الخطأ، إذ أن الدائن متى استطاع إثبات الخطأ تشكلت قرينة قانونية لصالحه تجعل الضرر قد وقع فعلا، غير أنها قرينة بسيطة غير قاطعة

⁽¹⁾ حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2011، ص 29.

⁽²⁾ رغيد عبد الحميد فتال، المرجع السابق، ص 29.

بإمكان المدين إثبات عكسها لذا فإن القاضي ملزم بمنح المدين فرصة لإثبات أن الدائن لم يلحقه ضرر من عدم تنفيذه لالتزامه¹.

ثالثاً: رقابة القاضي على علاقة السببية

تدخل رقابة القاضي على هذا العنصر في إطار سلطته التقديرية، و التي تعني أن القاضي يقوم بنشاط ذهني للتيقن من أن الفعل الخاطئ الذي ارتكبه المدين كان و بحسب المجرى العادي للأمر هو المتسبب في الضرر²، فالمعيار هنا موضوعي وهو معيار الرجل العادي. أما إذا كنا بصدد نفي علاقة السببية بين الخطأ و الضرر لحدوث قوة قاهرة فإن رقابة القاضي تنصب على عنصريها الأساسيين و هما عدم إمكانية الدفع و عدم إمكانية التوقع و المعيار دائماً موضوعي غير أنه يظهر في صورته المتشددة إذ لا يكتفى بالشخص العادي بل يجب أن يكون عدم توقع القوة من طرف أشد الناس حرصاً، و أن تكون عدم إمكانية الدفع مطلقة من طرف الجميع دون استثناء³.

رابعاً: رقابة القاضي على شرط الإعذار

إذا كانت رقابة القاضي على العناصر السابقة يسودها بعض اللبس و الصعوبة لكونها تنصب على أمور موضوعية تستدعي الدقة و التبصر، فإن رقابته على عنصر الإعذار تعتبر سهلة و بسيطة، إذ يكفي أن يتلقى من الدائن ما يثبت قيامه بهذا الإجراء، كالمحضر الرسمي الممضى من طرف المحضر القضائي، أو الإشعار بالوصول للرسالة مختوم من طرف مصالح البريد. من خلال دراستنا لهذا المطلب نصل إلى أن المشرع رغم أنه خول القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي إلا أنه لم يترك هذه السلطة مطلقة لأنها تعتبر استثناء عن الأصل و خروج عن القواعد

⁽¹⁾ منير قرمان، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص 107.

⁽²⁾ أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 1988، ص 96.

⁽³⁾ أحمد محمود سعد، المرجع نفسه، ص 111-112. - أنظر أيضاً: نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية (دراسة تحليلية و تطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2008، ص 307.

العامّة التي يحكمها مبدأ الحرية التعاقدية والذي يعتبر اللبنة الأساسية لكافة التصرفات القانونية ذات الطبيعة الاتفاقية.

هذا الأمر الذي دفع الفقه و القضاء إلى وضع مجموعة من القيود و الضوابط تتسجم مع روح القانون المدني، وفق تسلسل زمني منطقي، ينطلق فيه القاضي من رقابة مشروعية الشرط الجزائي كونها تتعلق بالنظام العام و الآداب العامة التي تشكل الركيزة الأساسية للمجتمعات. ثم ينتقل القاضي بعد ذلك إلى رقابة التكيف الذي يعطيه الأطراف للبند العقدي و التأكد من مدى تطابقه مع ما يتطلبه القانون بغرض إعطائه الوصف القانوني الصحيح و الدقيق الأمر الذي يسمح للقاضي بتأدية مهمته الأساسية على أكمل وجه ، و هي التطبيق الصحيح للقانون من خلال إسقاط القواعد القانونية المناسبة على العقد و ما يتضمنه من شروط.

و كمرحلة ثالثة يقوم القاضي برقابة مدى توفر شروط استحقاق الشرط الجزائي كونها الفصيل في أحقية الدائن بالمبلغ المتفق عليه كاملا أم أنه يستحق المراجعة نظرا لعدم تناسبه مع الضرر الفعلي الذي لحق الدائن.

المطلب الثاني

ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

إذا كانت سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تعتبر بمثابة الآلية القانونية التي بموجبها نحد من غلو مبدأ سلطان الإرادة لفائدة قواعد العدالة، فإن هذه السلطة ينبغي أن ندعمها بضمانات تكفل لها تحقيق الغرض الأسمى الذي شرعت من أجله ، هذه الضمانات هي فكرة النظام العام (فرع أول)، قاعدة عدم جواز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني (فرع ثاني)، و أخيرا رقابة المحكمة العليا (فرع ثالث).

الفرع الأول

فكرة النظام العام

قبل البحث عن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي و مدى اعتبارها من النظام العام، ينبغي الحديث و لو بإيجاز عن مفهوم النظام العام كفكرة قانونية (فقرة أولى)، و بعدها نتطرق لمسألة الرقابة القضائية على الشرط الجزائي و مدى اعتبارها من النظام العام (فقرة ثانية).

أولاً: مفهوم النظام العام

إن الهدف الأساسي من وضع القواعد القانونية بصفة عامة هو تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع تنظيمًا يكفل تحقيق العدالة بينهم دون استغلال أحد للآخر، غير أن المصالح التي ينظمها القانون تتفاوت من حيث الأهمية، الأمر الذي دفع المشرع إلى تقسيم القواعد القانونية إلى طائفتين، الأولى هي القواعد المكملة لإرادة الأطراف و التي تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد الذين بإمكانهم الاتفاق على مخالفتها، أما الطائفة الثانية فهي القواعد القانونية الآمرة التي تتعلق بالمصلحة العامة إذ لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

و نظرا لأهمية فكرة النظام العام في قوانين أي دولة فقد كانت من أكثر ما اختلف الفقهاء في تعريفه، كما أن المشرع و إن جعل من النظام العام ضابطا لكثير من التصرفات القانونية، إلا أنه لم يقدم تعريفا له.

و خير ما يقال في النظام العام هو أن قوامه فكرة المصلحة العامة، سواء كانت مصلحة سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية، و أنه لما كانت فكرة النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى، و في ذات الدولة من زمن إلى آخر، فإنها تعتبر فكرة نسبية و متغيرة، فمثلا فكرة تعدد الزوجات مباحة في المجتمعات الإسلامية أم في المجتمعات الغربية فتعتبر مخالفة للنظام العام¹.

¹ أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 110.

ثانيا: الشرط الجزائي و النظام العام

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

1- سلطة القاضي في التدخل ليست من النظام العام

تنص المادة 184 ف1 ق.م.ج على أنه "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان التقدير مفرطا..." ، و يفهم من نص المادة سالفه الذكر أن القاضي و إن كان مخول قانونا بمراجعة قيمة الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، إلا أن سلطته هذه مقيدة بوجوب تقديم طلب المراجعة من المدين، بمعنى أن القاضي لا يملك سلطة المبادرة بتعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه، ذلك أنه إذا كان عبئ إثبات المبالغة أو التنفيذ الجزئي يقع على عاتق المدين فمن باب أولى أن يكون التخفيض بناء على طلب هذا الأخير.

و من جهة أخرى يعتبر تعديل الشرط الجزائي حقا مخولا للمدين وحده، لهذا يجب على هذا الأخير أن يطلبه، لأن القاضي لو خفضه من تلقاء نفسه يكون قد حكم بما لم يطلب منه الخصوم ما يجعل حكمه معرضا للنقض¹.

أما النقطة الثانية التي تجعل سلطة القاضي غير متعلقة بالنظام العام فهي أن هذه السلطة جوازية، بمعنى أن المدين حتى و إن تمكن من إثبات الإفراط في التقدير أو التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، فإن ذلك لا يعني بالضرورة تخفيض قيمة الشرط الجزائي، لأن سلطة القاضي في ذلك جوازية اختيارية، إذ انه غير ملزم بالتخفيض في كل مرة يثبت فيها المدين دواعي هذا التخفيض، و هذا ما نصت عليه صراحة المادة سالفه الذكر حينما ذكرت عبارة "يجوز للقاضي"، فهي مسألة واقع ترجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

و يبدو لي أن المشرع الجزائري لم يوفر الحماية المطلوبة للمدين، إذ كان الأجدر به أن يجعل سلطة القاضي في التدخل من النظام العام، بمنحه صلاحية المبادرة بالتعديل من تلقاء نفسه، و أن

(¹) عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 207.

يجعل تدخله وجوبيا كلما تمكن المدين من إثبات دواعي التخفيض، لأن ذلك هو الوسيلة الأكثر نجاعة وفعالية التي توفر بموجبها حماية للمدين الذي يعتبر الطرف الضعيف في أغلب العلاقات التعاقدية.

2- سلطة القاضي في التدخل من النظام العام

إذا نظرنا لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من جهة القاضي نفسه فإنها لا تعتبر من النظام العام، على أساس أنه لا يملك سلطة المبادرة بالتعديل من تلقاء نفسه، كما أنها تعتبر جوازية، غير أننا إذا نظرنا لهذه السلطة من جهة الأطراف المتعاقدة فإننا نجد أنها من النظام العام، لأنهم لا يستطيعون الاتفاق على استبعادها¹.

بمعنى أن الالتزام الأصلي إذا كان مشمولا بشرط جزائي يكفل تنفيذه، فليس للدائن أن يتفق مع المدين على عدم إخضاع الشرط للرقابة القضائية، كما لا يجوز لهما الاتفاق على استحقاق قيمة الشرط الجزائي حتى و لم يلحق الدائن أي ضرر.

و تبرير ذلك أنه لو تركت سلطة التعديل لمشئئة الأطراف بدون هذه الخصوصية (النظام العام)، لما تردد الطرف القوي في إلزام الطرف الضعيف بما يكفل استبعادها، فمن قبل على نفسه تعويضا اتفاقيا مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة، سيرضى في خضم هذا الخضوع استبعاد سلطة القاضي²، لذلك فإن أي اتفاق يتضمن استبعاد هذه السلطة يعتبر باطلا و عديم الأثر كما تقضي به صراحة المادة 184 و كذا المادة 185 التي استعملت عبارة "...لا يجوز للدائن...".

و من صور النظام العام كذلك أنه لا يجوز الاتفاق على استبعاد مسؤولية المدين إذا ارتكب غشا أو خطأ جسيما، رغم أن القواعد العامة تجيز ذلك³، و تبرير ذلك أن ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم يعني الخروج من المسؤولية العقدية إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، و لأن أحكام هذه الأخيرة تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعادها و إلا كان الشرط باطلا⁴.

⁽¹⁾ راجع نص المادة 184 ف3 ق.م.ج.

⁽²⁾ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 252.

⁽³⁾ راجع نص المادة 178 ق.م.ج.

⁽⁴⁾ إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 55.

الفرع الثاني

عدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي

الشرط الجزائي هو مظهر قانوني من مظاهر ضمان التنفيذ العيني للالتزام، و من ثم فإنه لا يجوز تجاوز غايته و الخروج به عن مهمته، من خلال الجمع بين ه و بين التنفيذ العيني للالتزام الأصلي، و على ذلك سوف ننتاول في هذا الفرع القاعدة العامة (فقرة أولى)، و الاستثناءات التي ترد عليها (فقرة ثانية).

أولاً: القاعدة العامة

لم تتضمن مواد القانون المدني ما يفيد الحكم بهذه القاعدة رغم وجاهتها، غير أن منطق القانون و روح العدالة يقضيان بها، على أساس أن المدين إذا قام بتنفيذ التزامه الأصلي يكون قد حقق للدائن الغرض من التعاقد، أما إذا لم ينفذ الالتزام فإن الدائن سيتحصل على مبلغ الشرط الجزائي جبرا للضرر الذي لحقه من جراء عدم التنفيذ، و بالتالي فإن الجمع بينهما يجعل من الشرط الجزائي عقوبة خاصة فرضها الدائن على المدين.

كما أن ذلك يرتب إثراء بلا سبب لمصلحة الدائن على حساب المدين ، و على عكس المشرع الجزائري فإن نظيره الفرنسي قد نص صراحة على قاعدة عدم الجمع¹.

و يرى جانب من الفقه أن الدائن و إن كان لا يستطيع الجمع بين الأصل و الجزاء، إلا أنه يمكنه أن يختار بينهما، و تبرير ذلك أن الشرط الجزائي ليس طريقا من طرق الوفاء بل هو مؤاخذة أو عقاب للمدين على عدم تنفيذ التزامه أو التأخر فيه ، و غايته هي ضمان تنفيذ الالتزام و تقريره، فلا يمكن أن يترك حق الاختيار للمدين حتى يجعله وسيلة للتملص².

¹) L'article 1229 c c f dispose que : « La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard. »

²) هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 211.

غير أنني لا أساير هذا الطرح على أساس أن الشرط الجزائي يختلف على كل من الالتزام التخييري و كذلك الالتزام البدلي، بل إن الدائن لا يستطيع إلا المطالبة بالتعويض العيني متى كان ذلك ممكنا، غير أنه إذا طالب الدائن بقيمة الشرط الجزائي مع بقاء إمكانية التنفيذ قائمة و وافقه المدين على ذلك فإن هذا الأمر يعتبر جائزا، إذ يفسر على أنه تنازل ضمني من المدين عن حقه. و إذا كان الأصل هو مطالبة الدائن بالتنفيذ العيني للالتزام متى كان ذلك ممكنا فإن هذا الأصل يرد عليه استثناء، حينما يكون الدائن مضطرا للمطالبة بالشرط الجزائي و ذلك في حالتين:

1- إذا كان شخص المدين محل اعتبار و رفض تنفيذ الالتزام :و هذه الحالة تقتضي أن يكون مضمون الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، و المدين وحده من يستطيع القيام بذلك العمل إلا أنه يرفض التنفيذ، ففي هذه الحالة بإمكان الدائن المطالبة بالشرط الجزائي، لأنه لا يمكنه إجبار المدين على تنفيذ التزامه قهرا، لأن ذلك غالبا غير مجد أو غير منتج للدائن علاوة على أنه يشكل مساسا بشخصية المدين و هو أمر غير جائز في التشريعات الحديثة، و التي تحصر حق الدائن في أموال مدينه و تتأى به عن شخصه¹.

2- إذا كان التنفيذ العيني مرهقا للمدين و لا يلحق بالدائن ضررا جسيما :تنص المادة 203 ف2 ق.م.م على أنه "إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما."، مع الإشارة إلى أنه لا يوجد نص مقابل لهذه المادة في القانون المدني الجزائري، و حبذا لو يتبنى المشرع الجزائري مثل هذا النص.

ويستفاد من نص المادة سالفه الذكر أن الدائن و خروجا عن القاعدة العامة يمكنه المطالبة بالشرط الجزائي دون التنفيذ العيني رغم أنه في وسع المدين القيام به، و ذلك يقتضي توفر شرطين:

- أن يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين :والمقصود بذلك العنت الشديد الذي يصيب المدين من جراء التنفيذ العيني، و لا يكفي فيه مجرد العسر و الكلفة و الضيق، بل يجب أن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة فادحة، و يترك التقدير في ذلك للقاضي².

⁽¹⁾ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 212.

⁽²⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، مجلد2، المرجع السابق، ص 762.

- أن لا يلحق الدائن من جراء التعويض العيني إلى الشرط الجزائي ضرر جسيم: لا يكفي أن يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، بل يجب أن لا يصاب الدائن بضرر جسيم، و التوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة، فإذا أمكن تفادي إرهاب المدين و لو بضرر يسير يصيب الدائن جاز أن يحل التعويض النقدي محل التنفيذ العيني، أما إذا كان هذا الأخير يلحق بالدائن ضررا جسيما وجب الرجوع إلى الأصل، و ذلك حتى ينال الدائن حقه كاملا¹.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على القاعدة

إن قاعدة عدم الجمع بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي ليست قاعدة مطلقة، و إنما هي من القواعد التي يمكن أن يرد عليها استثناءات، هذه الاستثناءات تتمثل غالبا في حالتين هما الحالة التي يكون فيها الشرط الجزائي مقررا للتأخير في تنفيذ الالتزام (1)، و الحالة التي يوضع فيها الشرط الجزائي لإكراه المدين على التنفيذ(2).

1 إذا كان الشرط الجزائي قد وضع لمجرد التأخير

في هذه الحالة عندما يكون الشرط الجزائي قد وضع لأجل التأخير في التنفيذ فإن الدائن بإمكانه أن يطالب بالأصل و الجزاء معا، أي بقيمة الشرط الجزائي إضافة إلى المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام، لأن الشرط الجزائي يغدو تعويضا عن عدم تنفيذ الالتزام في الزمان و المكان المتفق عليهما، أي أنه بمثابة تنفيذ معيب لمضمون العقد، لذا يحق للدائن التمسك بمبلغ التعويض دون أن يسقط حقه في المطالبة بالالتزام الأصلي².

و يمكن لهذا الاستثناء أن يظهر في صورتين، فإما أن يكون مصدره القانون أو اتفاق الأطراف.

أ- **الاستثناء القانوني:** ذكرنا سابقا أن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذه النقطة بصفة مباشرة، أما في القوانين المقارنة فنجد أن المشرع الفرنسي قد خول للدائن بموجب المادة 1229 ق.م.ف حق المطالبة بالشرط الجزائي و التنفيذ العيني، متى كان مقررا للتأخر في التنفيذ هو ما استقر عليه قضاء محكمة

⁽¹⁾ المرجع نفسه، ص 762.

⁽²⁾ المهتار طلال، المرجع السابق ، ص 217.

النقض الفرنسية¹، لذا فإن القاضي إذا طرح عليه نزاع يطالب فيه الدائن بتنفيذ الالتزام الأصلي و الشرط الجزائي معاً، و كان هذا الأخير مقررًا للتأخير في التنفيذ وجب عليه الحكم بذلك.

غير أن المواد السابقة هي مجرد مواد مكملّة وضعت لمصلحة الدائن، فإذا وجد اتفاق مخالف فلا مجال لإعمالها، و السؤال الذي يطرح: كيف سيكون موقف القاضي الجزائي لو عرضت عليه قضية من هذا النوع، إذا كانت نصوص القانون المدني خالية من الإشارة لهذه المسألة؟

أرى أن القاضي يتعين عليه بالحكم بالشرط الجزائي و التنفيذ العيني في نفس الوقت حتى في غياب نص يلزمه بذلك، على أساس أن مبرر استحقاق الشرط الجزائي قد تحقق و هو تأخر المدين في التنفيذ، كما أن إمكانية التنفيذ العيني لا تزال قائمة الأمر الذي يجعل المدين ملزم قانوناً بهذا التنفيذ، و لا يعتبر ذلك جمعاً للتعويضات بل إنه احترام لإرادة الطرفين.

أما القول بعكس ذلك أي أن يحكم القاضي بالشرط الجزائي دون التنفيذ العيني، فسيكون فيه إجحاف بحق الدائن لأن قيمة الشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ تكون منخفضة، و لا تغطي الأضرار التي سوف تترتب على عدم التنفيذ الكلي، لا سيما إذا علمنا أن الدائن ليس له أن يطالب برفع قيمة الشرط الجزائي حتى و لو لم يكن هناك تناسب بين الضرر الفعلي و الشرط الجزائي².

ب- الاستثناء الاتفاقي: قد يتفق الأطراف على إمكانية الجمع بين الشرط الجزائي و التنفيذ العيني في الحالة التي لا يسمح فيها القانون بذلك، و هي حالة ما إذا كان التعويض مقررًا لعدم التنفيذ و ليس للتأخير فيه، و قد أحدث الحكم على هذه الحالة انقساماً بين الفقه، إذ يرى الرأي الأول أن مثل هذا الاتفاق صحيح لأن العقد شريعة المتعاقدين، و ليس فيه أي مساس بالنظام العام أو الآداب العامة، بينما ذهب فريق آخر إلى القول بعدم صحته باعتباره خروج عن النظام العام³.

أرى أنه لا يجوز الاتفاق على مثل هذا الشرط لما ينطوي عليه من غبن للمدين، و رغم أن المشرع الجزائي لم ينظم هذه الحالة، إلا أنه يمكننا القياس على نص المادة 184 ق.م.ج، التي جعلت

¹) Cass. Com. 22 février 1978, N° de pourvoi: 76- 13828 : « la stipulation d'une clause pénale à défaut d'exécution d'une convention n'emporte pas de plein droit renonciation du créancier à poursuivre la résolution de cette convention ».

²) حول هذه النقطة أنظر ص 100 و ما بعدها من هذه المذكرة.

³) محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 242-243.

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام إذ ليس للأطراف الاتفاق على مخالفتها، فإذا كانت هذه السلطة التي تعتبر جوازية و تستهدف تخفيض الشرط الجزائي من النظام العام، فمن باب أولى أن الشرط الذي يقضي بالجمع بين الشرط الجزائي و التنفيذ العيني يعتبر مخالفا للنظام العام الأمر الذي يتطلب الحكم بإبطاله.

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

هذه الحالة وردت في المادة 266 قانون الموجبات و العقود اللبناني و التي مؤداها أن الشرط الجزائي إذا كان الغرض منه هو إكراه المدين على تنفيذ التزامه وليس التعويض عن الضرر المحتمل وقوعه، فإن الدائن بإمكانه أن يطالب بالتعويض المتفق عليه إضافة إلى الالتزام الأصلي¹.

و هو ما أكدته محكمة التمييز اللبنانية في قرار لها صادر يوم 29-12-1981 قضى بأنه إذا تعهد شخص بإخلاء العين المؤجرة و بدفع قيمة معينة كتعويض عن الضرر عن كل يوم تأخير عن الإخلاء، يكون الشرط الجزائي قد وضع على سبيل إكراه المدين للوفاء في الموعد المعين، و هو مستقل عن بدل الإيجار الذي يستمر في دفعه للمدة الزائدة عن المدة التعاقدية²، ففي هذه الحالة فإن المدين لا يمكنه استرجاع المبالغ التي دفعها في شكل شرط جزائي، كما أنه يبقى مطالبا بتنفيذ التزامه الأصلي و هو إخلاء العين المؤجرة.

⁽¹⁾ المهتار طلال، المرجع السابق، ص 215.

⁽²⁾ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 140.

الفرع الثالث

رقابة المحكمة العليا

تشكل رقابة المحكمة العليا أهم ضابط لسلطته في تعديل الشرط الجزائي ، الأمر الذي يستدعي منا إبراز دور المحكمة العليا (فقرة أولى) ، و سلطتها إزاء قاضي الموضوع عند تعديله للشرط الجزائي (فقرة ثانية).

أولاً: المحكمة العليا محكمة قانون

تعد المحكمة العليا محكمة قانون و ليست محكمة واقع¹، و الهدف من إنشائها هو مراقبة تطبيق القانون لضمان وحدة تطبيقه تطبيقاً سليماً و هو أمر تقتضيه المصلحة العامة، أما إقحامها في مسائل الواقع فإنه يعني مشاركتها لقضاة الموضوع في تمحيص الأدلة من بيانات و قرائن، لمعرفة مدى صحة فهمهم للوقائع و الاقتناع بها و هذا يؤدي إلى إمكان تقديم أدلة جديدة لها لأول مرة، أو إحالة الدعوى إلى التحقيق، و إذا كان هذا مقبولا من محكمة الاستئناف باعتبارها درجة ثانية للنقاضي يعاد طرح النزاع أمامها للفصل فيه مجدداً ، فإنه غير مقبول من محكمة النقض حيث يقتصر دورها على بحث مسائل القانون².

أما المسائل الواقعية فإنها تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، و معنى ذلك أن المشرع يفوض القاضي سلطة اختيار القاعدة القانونية الملائمة³، من خلال منحه سلطة واسعة في تطبيق أحكام القانون، حيث يعمل القاضي على جعلها تتماشى مع مقتضيات الظروف، فتكون أحكام القانون

⁽¹⁾ تنص المادة 4 من القانون 89-22 المؤرخ في 12-12-1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها: "تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون، و تجازي كل انتهاك له".

⁽²⁾ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 403-404.

⁽³⁾ زرقون نور الدين، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، دفاثر السياسة و القانون، كلية الحقوق ، جامعة ورقلة، العدد الثمن، جانفي 2013، ص 6.

بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطويرا مستمرا، و يواجه بها ما يتغير من ملابسات و ظروف¹.

ثانيا: رقابة المحكمة العليا على الشرط الجزائي

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

1-العناصر القانونية في الرقابة على الشرط الجزائي

لا شك في أن الرقابة على مشروعية الشرط الجزائي تعتبر من مسائل القانون، لأن عدم مشروعية تعني مخالفة النظام العام و الآداب العامة لا سيما القواعد القانونية الآمرة، و بالتالي فإن سلطة قاضي الموضوع إزاء المشروعية تعتبر سلطة مقيدة²، يخضع إزاءها لرقابة المحكمة العليا التي تقوم بتمحيص مدى مطابقة الشرط الجزائي الوارد في العقد للقانون، و من ثمة الحكم بنقض القرار متى ظهر لها عدم التطابق.

كما تعتبر مسألة التكييف الذي يقوم به القاضي للبند الوارد في العقد من مسائل القانون، فعندما يحدد قاضي الموضوع البند الوارد أمامه بأنه شرط جزائي، ثم يحدد نوعه هل هو موضوع لعدم التنفيذ أو لمجرد التأخير فيه، فإنه يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض³.

2- العناصر الواقعية في الرقابة على الشرط الجزائي

أما ما يخرج من مسائل القانون إلى مسائل الواقع، فهو مسألة تقدير الإفراط في التقدير و التنفيذ الجزئي للحكم بتخفيض قيمة الشرط الجزائي⁴، على أساس أن المشرع الجزائري في نص المادة 184

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، مجلد1، المرجع السابق، ص 104-105.

⁽²⁾ تكون سلطة القاضي مقيدة إذا كان الحل القانوني يتمثل في قاعدة قانونية واضحة تحدد بدقة كيفية إنزال الحكم على الواقعة محل النزاع، و لا تترك أمامه أي مجال للتقدير أو التفسير، فإذا خالف هذا الحل أو فسره على غير مقتضاه اعتبر مخالفا للقانون في حكمه، و استحق نقضه من طرف المحكمة العليا، و من أمثلة ذلك حالات البطلان المطلق كانهدام الأهلية، و الحالات التي يحدد فيها القانون آجالا محددة للطعن في الأحكام، فمثل هذه الأحكام واضحة و بالتالي سلطة القاضي فيها مقيدة تماما. راجع: زرقون نور الدين، المرجع السابق، ص 2 و ما بعدها.

⁽³⁾ محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 393.

⁽⁴⁾ راجع المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني، ص 93 و ما بعدها.

ق.م.ج لم يحدد للقاضي معايير دقيقة يتقيد بها عند تقديره لقيمة الشرط الجزائي مقارنة بالضرر الذي لحق الدائن، الأمر الذي يجعل هذا التقدير يخضع لسلطة قاضي الموضوع، دون رقابة عليه من طرف المحكمة العليا.

غير أن القاضي وإن كان لا يخضع في تقديره لرقابة محكمة النقض إلا أنه ملزم بتسبيب قراره، لأن سلطته التقديرية في اختيار الحل القانوني ليست سلطة تحكمية، بل هي سلطة تمارس في إطار القانون، و بالتالي إذا خرج القاضي في ممارسته لهذه السلطة عن هذا الإطار، فإنه يعد مخالفا للقانون، و هنا يتعين على المحكمة العليا أعمال رقابتها، حيث من خلال رقابة التسبيب يمكن لها أن تقف على حدود ممارسة قاضي الموضوع لسلطته التقديرية، فمتى بين القاضي أسباب حكمه و كيفية ممارسته لسلطته التقديرية، و كانت هذه الأسباب سائغة، فإنه يكون قد طبق القانون¹.

¹ (زرفون نور الدين، المرجع السابق، ص 12).

المبحث الثاني

مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

تعتبر الرقابة القضائية على الشرط الجزائي أهم ضمانات لحماية مبادئ العدالة و الإنصاف من النتائج الوخيمة للشرط الجزائي الذي يكرس مبدأ الحرية التعاقدية، و في ضوء هذا المبدأ فإن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تأخذ المظاهر التالية، التخفيض (مطلب أول)، الزيادة (مطلب ثاني)، استبعاد الشرط الجزائي (مطلب ثالث).

المطلب الأول

سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

خرج المشرع عن مبدأ القوة الملزمة للعقد و أجاز للقاضي التدخل لإحداث التوازن بين الضرر و التعويض، من خلال سلطته في تخفيض قيمة الشرط الجزائي في حالتين هما حالة التقدير المفرط للتعويض (فرع الأول)، و حالة التنفيذ الجزئي للالتزام (فرع الثاني).

الفرع الأول

تخفيض الشرط الجزائي بسبب التقدير المفرط

لدراسة هذا الفرع سنتطرق إلى أساس سلطة القاضي في التخفيض بسبب التقدير المفرط (فقرة أولى)، و إلى كيفية تقدير الإفراط (فقرة ثانية)، و أخيرا كيفية تخفيض قيمة الشرط الجزائي (فقرة ثالثة).

أولا: أساس سلطة القاضي في التخفيض بسبب التقدير المفرط

الأصل في الشرط الجزائي أنه يستحق كاملا متى أثبت الدائن إخلال المدين بتنفيذ التزامه إعمالا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، غير أن المشرع الجزائري قد أدخل استثناء على هذا المبدأ بجواز تقليص القاضي للقيمة المتفق عليها كشرط جزائي في حالة ما إذا كان التقدير الاتفاقي لمبلغ التعويض مفرطاً¹، أو كما عبرت عنه بعض التشريعات المقارنة إذا كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة.

¹ أنظر المادة 184 ف2 ق.م.ج.

و لا شك أن سبب التخفيض في هذه الحالة هو سبب داخلي متعلق بالعقد في حد ذاته، و الفرض في هذه الحالة أن المدين لم يحم بتففيذ التزامه نهائيا أو أنه عرض التففيذ في وقت متأخر عن آجال التففيذ التعاقدية أو لأنه نفذ التزامه تففيذا معيبا لا يحقق للدائن الغرض الرئيسي من التعاقد، ففي الحالات السالفة الذكر يكون قد تحقق مبرر استحقاق الشرط الجزائي بالنسبة للدائن.

غير أنه لو حصل على التعويض كاملا رغم الإفراط في التقدير و المبالغة فيه، لكان في ذلك نوع من الظلم بالنسبة للمدين، و من ثم يغدو التخفيض أمرا متسقا و أصول العدالة فكان تدخل القاضي ضروريا لتحقيق شيء من التوازن المعقول بين الأداءات المشترطة كجزاء و بين ما كان ينبغي أن يشترط عند حدوث هذا الإخلال¹.

و من المبررات و الحجج التي قال بها مؤيدوا و أنصار تخفيض قيمة الشرط الجزائي بسبب المبالغة الكبيرة، نذكر مايلي:

- إذا كان المبلغ المتفق عليه مغالى فيه إلى درجة كبيرة و لا يتفق في مقداره مع أقصى ضرر قد ينتج عن الإخلال بالعقد، إذ يتفق الأطراف على أن المدين متى أخل بالتزامه العقدي كان ملزما بدفع مبلغ كبير مقدر بصفة جزافية رغم إمكانية تحديده بدقة تتناسب مع الضرر المحتمل وقوعه، ففي هذه الحالة فإن الشرط يكون ذو طابع تهديدي فنسقط عليه حكم الغرامة التهديدية من حيث إمكانية مراجعته و تخفيضه إلى الحد المناسب².

و من التطبيقات القضائية التي نذكرها في هذا الإطار ما جاء في قرار شهير لمحكمة النقض المصرية التي قضت بأنه: " متى كانت المحكمة قد اعتبرت في حدود سلطاتها الموضوعية و بالأدلة سالفة الذكر التي أوردتها أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تهديدي فإن مقتضى ذلك أن يكون لها أن لا تعمل هذا الشرط، و أن تقدر التعويض طبقا للقواعد العامة³.

¹ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 235.

² بسام سعيد جبر جبر، المرجع السابق، ص 120.

³ نقض مدني مصري، 17 فبراير سنة 1996، مجموعة أحكام النقض، رقم 91، ص 686. ذكره: إبراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص 71.

غير أنني و إن كنت أجاري رأي محكمة النقض المصرية في الشق الأول من القرار حين اعتبرت الشرط الوارد في العقد ذو طابع تهديدي يتعين معه أن يخضع لذات القواعد التي تحكم الغرامة التهديدية و بالتالي استبعاد إعماله، فإنني لا أوافقها الرأي في الشق الثاني الذي يقضي برجوع المحكمة للقواعد العامة في التعويض، على أساس أن الشرط الجزائي و إن كان ذو طبيعة تعويضية بالدرجة الأولى فإن ذلك لا ينفي عنه الطبيعة العقابية عن الإخلال بالتنفيذ، و التي تعد أكبر دافع للمدين لتنفيذ التزامه و في نفس الوقت تشكل أفضل ضمان بالنسبة للدائن لاستيفاء حقه عينا.

و أكبر دليل على ذلك أن المشرع الجزائري في نص المادة 184 ق.م.ج المقابلة لنص المادة 224 ق.م.ج قد منح القاضي سلطة تخفيض قيمة الشرط الجزائي إذا أثبت الدائن أن التقدير كان مفرطاً، بمعنى أنه إذا ثبت أن المبلغ الاتفاقي كان أكبر من حجم الضرر دون إفراط فإن القاضي يبقى عليه كما هو دون إنقاص، الشيء الذي يثبت أن المشرع يؤيد الدور العقابي للشرط الجزائي دون مبالغة.

أما إذا سلمنا برأي محكمة النقض المصرية فمعنى ذلك أن القاضي و هو بصدد مراجعة قيمة الشرط الجزائي، سيعتمد على معايير تقدير التعويض القضائي الواردة في نص المادة 182 ق.م.ج و هي ما فات الدائن من كسب و ما لحقه من خسارة، الأمر الذي يجعل التعويض المحكوم به متساوياً مع الضرر الفعلي الذي لحق الدائن، و بالتالي فإن أي شخص لن يثنيه أي شيء عن إبرام عقود و ترتيب التزامات في ذمته بمبالغ طائلة كشروط جزائية لعلمه المسبق أن الرقابة القضائية لن تكلفه إلا بدفع مبلغ مساو لقيمة الضرر، و هو الشيء الذي يتنافى مع أهم مقصد من مقاصد الشرط الجزائي و هو حث المدين على التنفيذ العيني للالتزام.

- إن الشرط الجزائي لا يعرض إلا لتقدير التعويض المستحق، فهو ليس سبباً في استحقاق التعويض، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدماً وفقاً لما قام أمام الطرفين من اعتبارات و ظروف، فإذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذي وقع لم يكن بالقدر الذي ظنه الطرفان قبل وقوعه، فإن الأمر لا يخلو من غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان، أو ضغط وقع على المدين فقبل شرطاً يعلم مقدماً أنه

مجحف في حقه¹، و في الحالتين يكون من الواجب على القاضي تخفيض الشرط إلى الحد المناسب تحقيقاً للعدالة².

- إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، فيكون المقصود بالشرط الجزائي المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يتعين تخفيضها إلى الحد القانوني³، و الفوائد الربوية المقصودة في هذا المقام هي التي تكون نتيجة التعامل بين الأشخاص و المؤسسات المالية، أما إذا كانت المعاملة بين الأفراد فإن القانون المدني الجزائري يحظر الربا متى تعلق الأمر بعقد قرض، إذ ينبغي أن يكون بدون أجر و هذه القاعدة من النظام العام⁴.

- الوقوف بالشرط الجزائي عند حد الاستعمال المشروع للحق لا التعسف في استعماله، لأن القانون بمنحه للأطراف الحق في الاتفاق المسبق على تقدير التعويض يكون قد خرج عن القواعد العامة التي تمنح السلطة في ذلك للقاضي⁵، لهذا يجب عليهم الوقوف عند حد الاستعمال المشروع دون مغالاة في التقدير أو تعسف⁶، وإلا استرجع القاضي سلطته الأصلية ليخفض من مقدار التعويض و القول بغير ذلك يؤدي إلى سلب جوهر دور السلطة القضائية في تحقيق العدالة⁷.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص875.

² أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 444- أنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 178.

³ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام- في مصادر الالتزام- مع مقارنة بين القوانين العربية -، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2002، ص 235.

⁴ أنظر نص المادة 454 ق.م.ج.

⁵ Alexandre Demeyer, op, cit, p 59.

⁶ و في هذا الصدد يقول الدكتور جميل الشرفاوي: "اقتضت طبيعة الشرط الجزائي باعتباره اتفاقاً على تقدير التعويض أن تكون سلطة القضاء حياله سلطة خاصة تختلف عن سلطته بالنسبة للاتفاقات بصفة عامة حيث تقتصر هذه السلطة على تفسيرها دون الخروج عن شروطها إلا حيث تكون شروط تعسفية، و في أحوال خاصة حددها القانون، أما بالنسبة للشرط الجزائي أي الاتفاق مقدماً على تقدير التعويض، فالقانون إذ يسمح للأفراد أن يقوموا مقام القضاء في هذا التقدي، فإنه يخضع اتفاقاتهم هنا لسلطة واسعة من القضاء تمكنه من الرقابة على مدى التزامهم لقواعد تقدير التعويض بلا مغالاة أو تعسف". محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012، ص 355.

⁷ لمزيد من التفصيل: انظر محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 240 و ما بعدها.

ثانيا: كيفية تقدير الإفراط

كيف يمكن تقدير الإفراط على نحو يجيز فيه للقاضي التدخل و أعمال سلطته في مراجعة الشرط الجزائي؟

للجواب على هذا التساؤل نتطرق لموقف المشرع الجزائري (1)، و إلى موقف الفقه (2).

1-موقف المشرع الجزائري

لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالإفراط رغم أنه اعتبره أمرا يستوجب تدخل القاضي لتخفيض قيمة الشرط الجزائي، و قد عرف الإفراط في التقدير أو المبالغة لدرجة كبيرة بأنه " بلوغ الزيادة حدا لا يتسامح معه الناس عادة."¹

و مثال الشرط الجزائي المبالغ فيه إلى درجة كبيرة في عقد البيع بالتقسيط أن يتفق على أنه إذا لم يدفع المدين أحد الأقساط في ميعاده يلتزم بدفع شرط جزائي يحدد مقداره بالأقساط الباقية، فمما لا شك فيه أن مثل هذا الشرط يعتبر مبالغا فيه و يخالف مقتضيات العدالة².

ويتعين على القاضي أن يتأكد من أن تقدير مبلغ التعويض كان مفرطا قبل الحكم بتخفيضه، لأنه استثناء على الأصل لا ينصرف إلا في حالة المبالغة في التقدير الذي يكون معه فاحشا، و على ذلك إذا كان في التقدير زيادة دون مبالغة فلا يجوز تخفيضه، لأن الأصل أن يحكم القاضي بما اتفق عليه الطرفان، و مادام قد تخلف شرط من شروط الاستثناء وجب الرجوع إلى الأصل³.

و مرد ذلك أن الشرط الجزائي يحمل معه قرينة قانونية و هي أنه مساو لقيمة الضرر أو أنه يفوقه لحد لا يبلغ درجة الإفراط أو المبالغة الشديدة، الأمر الذي يجعل القاضي كمبدأ يبقى على المبلغ دون تعديل.

غير أن قرينة عدالة الشرط الجزائي لا تغدو أن تكون قرينة بسيطة تقبل إثبات عكسها، فعلى من يدعي المبالغة وهو المدين أن يثبتها، ففي هذه الحالة انعقد الاختصاص لقاضي الموضوع بتخفيض مبلغ التعويض المتفق عليه إلى الحد الذي يراه مناسبا.

⁽¹⁾ أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 444.

⁽²⁾ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 189.

⁽³⁾ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 236.

و باستقراء نص المادة 184 ف 2 ق.م.ج نجد المشرع الجزائري لم يحدد أي معايير للقاضي لكي يسترشد بها أثناء نظره دعوى التعديل، و هو عيب وقع فيه المشرع إذ كان الأجدر به تحديد تلك المعايير أو على الأقل تحديد مجال معين يعمل فيه القاضي سلطته التقديرية، لأن ترك الأمر على إطلاقه سوف يقودنا إلى مجموعة من التناقضات تؤثر سلبا على مصداقية جهاز العدالة، الذي يعتبر الضامن الأكبر و الملاذ الأخير بالنسبة للمتعاقدین الضعفاء.

كما أن ذلك سوف يفتح المجال واسعا أمام ارتجالية القضاة الذين يستعملون معايير ذاتية في تقديرهم للإفراط فما يراه أحدهم إفراطا في التقدير يستوجب التخفيض قد يراه غيره متناسبا مع قيمة الضرر فيبقى عليه كما هو، هذا من جهة و من جهة أخرى إذا سلمنا أن القضاة يعتمدون ذات المعايير لتقدير المبالغة، فإن الإشكال يطرح في نسبة التخفيض.

2-موقف الفقه

أمام السكوت التشريعي عن تحديد معايير تقدير التعويض، فقد طرح التساؤل عن الأسس التي يعتمد عليها القاضي في ضبط المبالغة في التقدير و التي يتوقف على ضوئها أعمال القاضي سلطته في تخفيض الشرط الجزائي أو استبعادها، و على ذلك ظهر معياران هما:

أ-المعيار الموضوعي: و معناه أن يقوم القاضي بالمقارنة بين قيمة الضرر اللاحق بالدائن و بين قيمة الشرط الجزائي، و هنا المبالغة تعني عدم التناسب الكبير بصرف النظر عن الموقف الشخصي للطرف الضعيف فلا شأن لغناه أو فقره لتحديد أن التعويض الاتفاقي كان مرتقعا إلى درجة كبيرة بعيدا عن الظروف الشخصي لكل منهما¹.

ب-المعيار الشخصي: و معناه أن القاضي و هو بصدد تقدير المبالغة الكبيرة أو الإفراط أن يراعي الظروف الشخصية للأطراف لا سيما المدين و منها حسن أو سوء نيته، ملائته المالية و غيره من الظروف المحيطة².

¹ (حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص224).

² Voir :Bocara(B),la réforme de la clause pénale:conditions et limites de l'intervention judiciaire, jcp g 1975, p 39.

و يرى الأستاذ عبد الله نجاري و أنا أأيده في ما ذهب إليه أن القاضي لا يأخذ بالمذهب الشخصي إلا في مرحلة تخفيض الشرط الجزائي، أما تقدير المبالغة فلا يكون إلا بناء على المعيار الموضوعي، و علة ذلك أن المبالغة في التقدير تقتضي حتما بوجود فارق كبير بين قيمتين هما الضرر و الشرط الجزائي، ولا يمكن تحديد المبالغة الصارخة إلا بتقدير القيمتين، و متى تبين للقاضي أن الشرط الجزائي مبالغ فيه غير أن المبالغة هذه ليست كبيرة أو غير عادية فبإمكانه رفض تخفيض قيمة التعويض الاتفاقي¹.

ثالثا: كيفية تخفيض قيمة الشرط الجزائي

إذا أثبت الدائن أن تقدير قيمة الشرط الجزائي كان مفرطا، أصبح القاضي أمام حتمية تخفيض قيمته عملا بأحكام المادة 184 ق.م.ج، غير أن ذلك متوقف على أمر جد مهم و هو أن يكون المدين قد تصرف بحسن نية، فالأسباب المفسرة للإخلال بالالتزام يجب أن تكون ذات اعتبار، فإذا كان عدم التنفيذ أو التأخر فيه قد تسبب فيه الطرف الضعيف بسوء نية فإن ذلك لا يعطيه الحق في الاستفادة من سلطة القاضي في التعديل لأن حسن النية قاعدة عامة تهيمن على جميع العقود². كما أن القاضي في تعديله للشرط الجزائي بالتخفيض يجب أن يكون بالحد الذي يتناسب مع قيمة الضرر، و لا يصل إلى الحد الذي يتساوى فيه مع الضرر³.

غير أن المادة 184 سالف الذكر لم تحدد للقاضي كيفية التخفيض و لا نسبته، إذ أنها حددت له فقط معيار التدخل وهو الإفراط في التقدير، الأمر الذي يجعل للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد قيمة التخفيض.

أما الفقه الفرنسي فيرى أن التخفيض يكون لازما إذا كان الشرط الجزائي يقع بين ضعفي و ثلاثة أضعاف الضرر الذي لحق الدائن، إذ تعتبر هذه النسبة معقولة تضمن في نفس الوقت استقرار العقد و إبطال الاتفاقات غير العادلة بطريقة متماثلة في الحالتين¹.

⁽¹⁾ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 190.

⁽²⁾ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 227.

⁽³⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص 876 - جبرائيل غزالة، المرجع السابق، ص 913 - أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 458.

فإذا لم يجد القاضي ما يمنعه للحكم بالتخفيض، فإن أمامه ثلاث نظريات يتعين عليه الأخذ بإحداهن ليزال مهمته في التعديل:

1- **نظرية الملاءمة:** مؤدى هذه النظرية أن القاضي عليه أن يلائم أو يساوي بين التعويض و الضرر الذي لحق الدائن، غير أن ما يؤخذ على هذه النظرية أنها ألغت كل دور للتعويض الاتفاقي، و انتهت إلى حل جعل من سلطة القاضي سلطة إبطال و ليست سلطة تعديل².

2- **نظرية حرية التعديل :** و مؤدى هذه النظرية أن للقاضي الحرية المطلقة في أن يعدل الشرط الجزائي حسب ما يراه، و وفقا لما أمامه من وقائع و ظروف³.

غير أنه يصعب التسليم بهذه النظرية لأنها تحمل إغراء للمحاكم يترتب عليه اختلاف الأحكام و تباين الجزاءات و تفتح الباب أمام التحكيمات القضائية و تحول دون تحديد موقف من التعويضات الاتفاقية مما سيشكل عائقا أمام دراسات الجدوى الاقتصادية و بالتالي يعوق إبرام العقود و تداول الأموال بالإضافة إلى أنها تمحو دور إرادة الطرفين⁴.

3- **نظرية التعديل إلى الحد المناسب :** ترى هذه النظرية أنه يتعين على القاضي أن يقف عند الحد المناسب و هو يقوم بتعديل التعويض الاتفاقي⁵.

و هذه النظرية تعد الأكثر إعمالا برأي الكثير من القانونيين، لأنها الأقرب إلى مبادئ العدالة، و تقوم على احترام إرادة المتعاقدين في تقدير الشرط الجزائي، كما أنها تحافظ على وظيفته و ميزاته المقصودة منه، لأن الارتفاع المعقول في قيمة الشرط الجزائي عن حجم الضرر يشكل دافعا للمدين إلى تنفيذ التزامه و عدم تأخره فيه⁶.

¹) Boccarda ,op cit,p 45.

²) حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 228.

³) أسامة الحموي، المرجع السابق، هامش ص 459.

⁴) حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 429.

⁵) المرجع نفسه، ص 429.

⁶) أسامة الحموي، المرجع السابق، هامش ص 459.

الفرع الثاني

تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي

غالبا ما يقوم المدين بتنفيذ جزء من التزامه دون أن يستكمل هذا التنفيذ، الأمر الذي يشكل سببا لتخفيض الشرط الجزائي من طرف القاضي، في ضوء ذلك سنتطرق لأساس سلطة القاضي في التخفيض (فقرة أولى)، و بعدها كيفية تقدير نسبة التخفيض (فقرة ثانية).

أولا: أساس سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي

نصت الفقرة الثانية من المادة 184 ق.م.ج على هذه الحالة، و يستفاد من هذا النص صراحة إمكانية تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، بمعنى أن هذا الأخير يشكل سببا كافيا لإعادة النظر في قيمة التعويض التي اتفق عليها الأطراف مقدما لأن هذا الأمر لم يكن ملحوظا وقت التعاقد¹، و تزيد قيمة هذا النوع من التعديل حينما نعلم أن المادة 1231 ق.م.ف حتى قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون 1975 كانت تمنح القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي، بالرغم مما كان سائدا آنذاك من تقرير لمبدأ الثبات الذي غل يد القاضي عن تعديل الشرط الجزائي²، و لمعرفة أساس هذه السلطة الممنوحة للقاضي يتعين علينا دراسة مبرراتها (1)، و شروطها (2).

1 مبررات التخفيض بسبب التنفيذ الجزئي

هناك العديد من المسوغات و المبررات التي تدعم تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي، و يمكن أن نلخص أنها فيما يلي:

- احترام إرادة المتعاقدين: الأصل أن يوضع الشرط الجزائي لإلزام المدين بتنفيذ التزامه كاملا، فإذا كان التنفيذ قد تم في جزء منه، و كان ذلك يمكن أن يفي جزئيا بحاجات الدائن، فإنه يصبح من التعسف إلزام المدين بكامل التعويض الاتفاقي، إذ أن ذلك يتنافى و إرادتهما الحقيقية³.

¹ (إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 80. - طارق محمد مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص 77.

² Jacques flour, Jean-luc, Eric savaux : Les obligations -1 l'acte juridique , ed Dalloz, 12 édition, 2006, p 154.

³ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 225.

- النزول على ضرورات العدالة و مقتضى تخفيف مدى الضرر: إن الضرر الذي يصيب الدائن يزداد كلما كان التنفيذ الجزئي قليلا، و يقل الضرر لا محالة إذا كان التنفيذ قد تم في جزء مهم منه، لذلك فإن التنفيذ الجزئي يقتضي التخفيض في الشرط الجزائي على أساس أن الضرر قد خف عن الدائن¹، و كذلك فإن مبادئ العدالة و الإنصاف تستلزم في هذه الحالة ألا يلزم المدين بكل الشرط الجزائي المتفق عليه إذا نفذ الالتزام في جزء منه².

- إن القول بعدم تخفيض في حالة التنفيذ الجزئي سيوقعنا في أتون التناقض، فواقعة التنفيذ الجزئي التي قام بها المدين ستكون سببا في زيادة مسؤوليته بدلا من تخفيضها و بالتالي سيكون في وضع أسوأ مما لو لم ينفذ التزامه البتة³.

- احترام قاعدة عدم جواز الجمع بين الالتزام و التعويض: إذا كانت القاعدة أنه لا يجوز الجمع بين الالتزام الأصل و التعويض فإن هذه القاعدة واجبة الأعمال أيضا في حالة التنفيذ لجزئي أيضا، لا سيما إذا كان هذا التنفيذ مقبولا من طرف الدائن و محققا لمصلحته⁴.

2- شروط التخفيض بسبب التنفيذ الجزئي

إن سلطة القاضي في هذا الإطار خاضعة لعدة ضوابط و مقيدة بتوفر مجموعة من الشروط و هي:

- أن يكون التنفيذ الجزئي ممكنا: ومعنى ذلك أن يكون الالتزام بطبيعته قابلا للتجزئة، فإذا لم يكن كذلك لم يجد القاضي الأساس الذي يقيم عليه سلطته التقديرية في تخفيض الالتزام مادام الالتزام أصلا غير قابل للتنفيذ الجزئي لعدم إمكانية التجزئة⁵، ومثله الالتزام بامتناع عن عمل، فلا يستطيع الملتزم بعدم المنافسة بأية حال تنفيذ التزامه جزئيا وعلى هذا لا يمكن التخفيض حيث تنعدم إمكانية التنفيذ الجزئي للالتزام الأصل.

¹ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 108.

² أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 445.

³ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 243.

⁴ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 225.

⁵ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 244.

- أن يحقق التنفيذ الجزئي مصلحة للمدين: و معنى ذلك أن الدائن يكون قد استفاد من هذا التنفيذ، و أنه قد ساهم في إشباع جزئي للدائن¹، و بعبارة أخرى نقول أن الغرض من وراء تعاقد الدائن مع مدينه قد تحقق نسبيا، وبالتالي فإنه ليس كل تنفيذ جزئي يستلزم تعديل الشرط الجزائي².

فإذا كان الجزء الذي تم تنفيذه من التفاهة بحيث لم يرتب أية فائدة للدائن فإن القاضي لا يقضي له بالتخفيض، ذلك أن مناط التخفيض هو التنفيذ الجزئي للالتزام³، و لذلك فإنه يتعين على القاضي أن يبحث مسألة أولية قبل تخفيض الشرط الجزائي و هي إلى أي مدى أفاد الدائن من التنفيذ الجزئي و مدى الضرر الذي يحل به من جراء عدم قيام المدين بإكمال التنفيذ⁴.

- أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي: إذا لم يقبل الدائن التنفيذ الجزئي فلا مجال لإعمال سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي، و في هذا الصدد يقول الدكتور عبد المحسن الرويشد: "يجب أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي حتى يمكن تخفيض الشرط الجزائي، و لا يمكن للمدين إجبار الدائن على قبض جزء من الالتزام حتى و لو كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة، و القول بغير هذا من الوجوب يعني أن يعمد المدين إلى سداد جزء من التزامه للدائن لكي يتفادى دفع الجزاء بالكامل و سيترتب عليه أن تتوقف العقود قبل اكتمالها و بالتالي لا تتحقق مهمتها التي أنشأت من أجلها بالرغم مما يحمله هذا من أضرار خاصة و عامة، و ينال من إرادة الطرفين التي رمت إلى التنفيذ الكامل و وحدة الالتزام⁵."

و يعتبر اشتراط قبول التنفيذ الجزئي لإمكانية تخفيض الشرط الجزائي تطبيقا للقواعد العامة المتعلقة بالوفاء كسبب لانقضاء الالتزام⁶، أما إذا رضي الدائن بالتنفيذ الجزئي فإنه يكون قد تنازل عن حقه في الرفض، و لذلك فإن القانون يأخذ واقعة رضائه بعين الاعتبار، فيقدر بأن الضرر

¹ محمد طارق مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 68.

² المهتار طلال، المرجع السابق، ص 102.

³ هشام ابراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 227.

⁴ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 228.

⁵ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 245.

⁶ راجع المواد من 258 إلى 284 ق.م.ج لا سيما المادة 277 منه و التي تنص على: "لا يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك."

اللاحق بالدائن قد بات على الأرجح دون المقدار الملحوظ في الشرط الجزائي، فحينذاك و وفقا للنية المشتركة و المقدرة، يمكن النظر بتخفيض الشرط الجزائي بالنسبة للتنفيذ الجزئي¹.

- أن لا يكون هناك اتفاق على التنفيذ الجزئي: إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد كيفية التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، فلا يكون أمام القاضي إلا تنفيذ العقد كما هو، لأن السلطة المخولة للقاضي بالتخفيض تستند إلى تفسير الإرادة الباطنة للطرفين، أما و أن هذه الإرادة قد ظهرت في العقد بصفة صريحة فلا مجال لاجتهاد القاضي، إلا إذا انطوت على مغالاة أو تعسف، ففي هذه الحالة تسري عليها أحكام الفقرة السابقة الخاصة بالإفراط في التقدير، أو تسري عليها الأحكام الخاصة بالشروط التعسفية في عقود الإذعان.

إضافة إلى الشروط السابقة و قياسا على سلطة القاضي في التخفيض في حالة المبالغة الشديدة، فإنه يشترط في المدين الذي نفذ التزامه تنفيذا جزئيا أن يكون حسن النية، أي أنه عند شروعه في تنفيذ التزامه كان يقصد إتمام التنفيذ كاملا غير أنه لم يتمكن من ذلك، أما إذا كان قد باشر التنفيذ على أساس أن ينفذ التزامه جزئيا بغرض التهرب من دفع كامل المبلغ المقرر كشرط جزائي، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي عدم الحكم بالتخفيض.

- أن يتم التنفيذ الجزئي في التزام مستقل : إذا تضمن العقد مجموعة من الالتزامات و وضع لكل التزام شرط جزائي يكفل تنفيذه بصورة مستقلة عن باقي الالتزامات، فإذا ما أقدم المدين على تنفيذ التزام وحيد فإنه لا يعتبر تنفيذا جزئيا، فالتنفيذ الجزئي يرتبط بكل التزام على حدة².

ثانيا: كيفية تقدير نسبة التخفيض

إذا أثبت المدين أنه قد قام بتنفيذ جزء معتبر من التزامه بحسن نية و أن الدائن قد غنم من ذلك التنفيذ، بأن قل حجم الضرر الذي كان متوقعا، فإن القاضي يكون قد تلقى الضوء الأخضر لإعمال سلطته في تخفيض قيمة الشرط الجزائي استنادا إلى نص المادة 184 ف2، غير أن السؤال الذي

(¹) إلياس ناصيف، المرجع السابق، 81.

(²) محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 346.

يطرح هل أن للقاضي سلطة مطلقة في تقدير التعويض؟ أم أنه مقيد في سلطته بحدود و ضوابط معينة؟.

و للإجابة على هذا التساؤل ظهرت نظريتان هما نظرية حرية التخفيض (1)، و نظرية التخفيض إلى الحد المناسب (2).

1-نظرية حرية التخفيض : يرى أنصار هذه النظرية أن القاضي يملك الحرية الكاملة في التخفيض بحسب الظروف التي تبدو أمامه دون ضابط يحدد هذه السلطة، فالقاضي سيد الموقف في ممارسة التخفيض بالقدر الذي يراه¹.

إذ أنه متى تم تنفيذ العقد جزئيا فإنه من حق المحكمة أن تستعمل صلاحيتها المعطاة لها بمقتضى المادة 184 بتخفيض قيمة الشرط الجزائي، أما جهة مقدار هذا التخفيض فإن القانون لا يقيد المحكمة بنسبة مئوية بل يترك ذلك لتقديرها المطلق²، و قد أخذت بهذه النظرية العديد من التشريعات³، و من بينها المشرع الجزائري في المادة 184 ف2 ق.م.ج التي أعطت للقاضي سلطة تخفيض قيمة الشرط الجزائي دون أن تحدد له حدا أو ضابطا معيناً.

و يرى البعض أن هذه النظرية غير جديرة بالتأييد رغم تمسك غالبية التشريعات بها، حيث أنه من الضروري أن تبقى القضايا في معزل عن تحكم القضاء و تذبذب الأحكام، و مما يعكس مساوئ هذه النظرية أن المشرع الفرنسي قد تخطى عنها، فبعد أن كانت المادة 1231 ق.م.ف تنص على حرية التخفيض، بقولها "الجزء يمكن تعديله من قبل القاضي عندما يكون الالتزام الأصلي قد نفذ جزئياً" قام المشرع بتعديلها بموجب القانون رقم 85_1097 المؤرخ في 11 أكتوبر 1985 حيث جعل سلطة القاضي في التخفيض مقيدة بنسبة الفائدة التي عادت على المدين⁴.

⁽¹⁾ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 247.

⁽²⁾ جبرائيل غزالة، المرجع السابق، ص 893.

⁽³⁾ المادة 224 ف 2 من القانون المدني المصري -. المادة 170 ف2 من القانون المدني العراقي -. المادة 266 ف3 من قانون الموجبات و العقود اللبناني.

⁽⁴⁾ محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر و التوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2007، ص 87.

2-نظرية التخفيض إلى الحد المناسب : يرى أنصار هذه النظرية أن يقوم القاضي بمهمته في التخفيض إلى الحد المناسب، فلا يتحمل المدين تنفيذًا جزئيًا من التزامه و دفع ما يقابله من جزاء، و بالمقابل ألا يكون من شأن التخفيض أن يضيع مزايا التعويض الاتفاقي من بين يدي الدائن فتكون العدالة نقطة تتلاقى عندها المصلحتان دون إفراط أو تفريط، و قد اعتمد هذه النظرية كل من القانون المدني الإيطالي و القانون المدني الإسباني¹.

و معنى التخفيض النسبي أن تخفيض مقدار التعويض لا يكون إلى حد يتساوى فيه المبلغ المحكوم به مع الضرر الذي يراد جبره، بل يتم الاعتماد على المبلغ الذي قدره المتعاقدان في الشرط الجزائي، و الأصل في ذلك أن القاضي يقدر الفائدة التي عادت على المدين من جراء التنفيذ الجزئي، و الفائدة التي كانت ستعود عليه لو تم التنفيذ الكلي، ثم يقوم بتخفيض مقدار التعويض المتفق عليه بقدر هذه النسبة².

و بعد فراغ القاضي من مرحلة تقدير نسبة الفائدة التي حققها التنفيذ الجزئي للدائن، و الفائدة التي أهدرها عدم تنفيذ الجزء المتبقي، يقوم القاضي تبعًا لذلك بإلزام المدين بأداء المبلغ المتبقي للدائن، حتى و إن كان الضرر الذي يصبح فيه هذا المبلغ كتعويض عن الضرر الواقع مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة، فيجوز تخفيضه إلى الحد المناسب³.

و يرى البعض أن هذه النظرية هي الجديرة بالاعتناق، إذ أن القاضي يوازن بين مصلحة المدين فلا يتحمل مضاعفة لالتزاماته، و مصلحة الدائن فلا يخسر حقه في ضمان تنفيذ الالتزام أو على الأقل الظفر بتعويض مناسب⁴.

و لابد لنا و نحن في معرض البحث أن نتساءل عما إذا كان بإمكان المدين أن يستعيد التعويض الاتفاقي بعد دفعه بداعي أنه كان مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة؟.

¹ حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 248.

² محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 221.

³ المرجع نفسه، ص 221.

⁴ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 348.

يرى الأستاذ جبرائيل غزالة و أنا أأيده فيما ذهب إليه من أنه ليس للمدين استعادة المبلغ الذي دفعه للدائن رضائياً، كتعويض اتفاقي طالما أن دفعه لهذا المبلغ قد تم برضائه و حريته و تنفيذاً لالتزام أقل ما يمكن أن يقال فيه أنه التزام طبيعي، و أن المدين بقبوله دفع التعويض الاتفاقي يعتبر معترفاً ضمناً بتنازله عن حق طلب التخفيض و مقراً بعدالة التزامه حيال الدائن¹.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في زيادة قيمة الشرط الجزائي

إن الهدف من المراجعة القضائية للشرط الجزائي هو حماية مبادئ العدالة من غلو مبدأ الحرية التعاقدية، فإذا كانت السلطة المخولة للقاضي بتخفيض قيمة الشرط الجزائي قد وضعت لحماية مصالح المدين فإن سلطته في الزيادة مقررة لفائدة الدائن التي تقتضي الرفع في قيمة التعويض المتفق عليه، و قد سلك المشرع الجزائري مسلكاً جعل فيه الأصل هو عدم جواز زيادة الشرط الجزائي (الفرع الأول)، إلا استثناء في حالة الغش أو الخطأ الجسيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأصل عدم جواز زيادة الشرط الجزائي

تنص المادة 185 ق.م.ج على ما يلي: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا

يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

و قد استمد المشرع الجزائري هذه الأحكام من تقنيات البلدان العربية²، مخالفاً بذلك موقف المشرع الأردني و كذلك المشرع الفرنسي بموجب القانون 75-597 المؤرخ في 9 جويلية 1975 الذي أصبح يجيز تخفيض الشرط الجزائي و زيادته على حد سواء، و ذلك بعد الانتقادات الكبيرة التي وجهت له من طرف الفقه و القضاء نتيجة الأضرار الكبيرة التي لحقت بالمدينين (التجار) لا سيما في

¹ جبرائيل غزالة، المرجع السابق، ص 897.

² أنظر المادة 425 ق.م.ج التي تقابل المادة 185 ق.م.ج، كذلك المادة 267 من قانون الموجبات و العقود اللبناني التي تنص على ما يلي: "إن البند الجزائي صحيح و معمول به و إن كان موازياً لبند ناف للتبعية و إنما استثنى حالة الخداع الذي يرتكبه المديون".

العقود النموذجية الحديثة¹، والأكثر من ذلك أن القانون الفرنسي رقم 85-1097 الصادر في 11-10-1985 قد أضاف فقرة ثانية لنص المادة 1152 تسمح للقاضي حتى من تلقاء نفسه أي دون طلب من الخصوم تعديل التعويض المذكور بالشرط الجزائي إذا كان مغالي فيه أو زهيدا جدا². و يرجع الأستاذ عبدالله نجاري موقف المشرع الجزائري الرفض لزيادة الشرط الجزائي إلى كون التعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي جاء لاحقا على إعداد مشروع القانون المدني الجزائري ، غير أنني لا أساير هذا الطرح على أساس أن مصدر القانون المدني الجزائري ليس القانون الفرنسي قبل التعديل لأن هذا الأخير آنذاك كان يتبنى مبدأ ثبات الشرط الجزائي بصفة جامدة، على عكس المشرع الجزائري الذي يبدو أنه استلهم قواعد القانون المدني من التشريع المصري نظرا للتطابق التام بين نص المادة 185 سالف الذكر و المادة 225 ق.م.م.

و يستفاد من نص المادة 185 المذكورة أعلاه أن المشرع قد سلب القاضي صلاحية الزيادة في قيمة الشرط الجزائي، حتى و لو أثبت الدائن أن القيمة المتفق عليها كتعويض منخفضة كثيرا مقارنة بحجم الضرر الذي لحقه من جراء إخلال المدين بالتزامه، فمتى أخل المدين بالتزامه العقدي و تمكن الدائن من إثبات ذلك فليس له إلا المطالبة بالقيمة المتفق عليها في العقد، ففي هذه الحالة يعتبر الشرط الجزائي بمثابة تخفيف من المسؤولية و هو أمر جائز في إطار المسؤولية العقدية³.

فالقاضي المدني في حالة الانخفاض الكبير للشرط الجزائي يجد نفسه مقيدا و مغلول اليدين عن مراجعة قيمته أمام صراحة و صرامة نص المادة، إذ لا يمكن للقاضي الحكم بأكثر من ذلك المبلغ، و إلا كان حكمه مشوبا بعيب مخالفة القانون الأمر الذي يجعله عرضة للنقض من طرف المحكمة العليا.

و قد حاولت العديد من المحاكم الابتدائية في فرنسا و كذا محاكم الاستئناف على مدار مدة طويلة، أن تخرج عن مبدأ ثبات الشرط الجزائي قبل تعديل القانون المدني، غير أن محكمة النقض

¹ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص198.

² Jean Hauser, le juge et la loi, pouvoirs, 2005 /3 n114, p 144. Article disponible en ligne à l'adresse :<http://www.Cairn.Info/revue-pouvoirs-2005-3-page-139.htm>.(consulté le :01/03/2014).

³ أنظر المادة 178 ق.م.ج.

الفرنسية تمسكت بذلك المبدأ و طبقته بمنتهى الشدة من خلال اجتهاد وفير و ثابت، و تبدو هذه الشدة بشكل خاص في القرار الذي ألغى حكما يعتبر أنه بإمكان المحكمة تخفيض البند الجزائي استنادا إلى العدل و الخير و العدالة¹.

و يبدو أن محكمة التمييز الفرنسية تمسكت بالقاعدة المكرسة بنص المادة 1152 على حساب مبادئ قانونية سامية و هي العدالة و الإنصاف و هي القواعد التي من أجلها وجد القانون و القضاء و القضاة²، و قد وجدت مح لمة النقض الفرنسية بعض التأييد من طرف الفقهاء المحافظين الذين تساءلوا عن الجدوى من تنظيم الشرط الجزائي إذا كان قابلا للتعديل من طرف القاضي، لأن ذلك سيفقده أثره في حث المدين على تنفيذ التزامه³.

و أنا أرى أن محكمة النقض الفرنسية كانت على صواب حينما تعاملت مع الأحكام القضائية بتلك الشدة و الصرامة، على أساس أن قواعد العدالة و الإنصاف التي تحجبت بها المحاكم الابتدائية الفرنسية كان ينبغي أن تحظى بالحماية من طرف المشرع، الذي تتمثل وظيفته الأساسية في وضع القوانين التي تحقق العدالة للأفراد، أما القاضي فإن مهمته الرئيسية هي تطبيق القوانين كما هي حتى و لو كانت معيبة أو قاصرة أو حتى تلك التي تحمل في طياتها إجحافا في حق أحد الأطراف لا سيما إذا كان النص صريحا، لأن القاعدة أنه لا اجتهاد مع صراحة النص، كما أن هذا الأخير جاء أمرا إذ لا يجوز الاتفاق على مخالفته و لا يجوز التوسع في تفسيره.

و ما ينطبق على نص المادة 1152 من القانون الفرنسي القديم يسري حكمه على نص المادة 185 ق.م.ج لاشتراكهما في العلة، و يبدو أن المشرع الجزائري بوضعه قاعدة عامة مفادها عدم جواز رفع قيمة شرط الجزائي حتى و لو كان منخفضا إلى درجة كبيرة قد هدف إلى تحقيق غرضين رئيسيين:

¹ (المهتار طلال، المرجع السابق، ص 132).

² (محمد مرعي صعب، المرجع السابق، ص 367).

³ Jean Hauser, op cit, p 145.

- إن المشرع باحترامه إرادة الطرفين في تحقيق جبر الضرر فإن ذلك لا يفسر إلا بفكرة عدالة التعويض، إذ أن الطرفين قد افترضوا مقدما أن الضرر الذي سيترتب عن الإخلال بالتفويض يعادل التعويض الاتفاقي المقدر في العقد¹.
- إن المشرع بموقفه هذا أراد أن يحمي الطرف الضعيف في العقد و هوالمدين².
- غيرأن جانباً من الفقه يرى أن المشرع الجزائري قد خانته التوفيق في المادة 185ق.م.ج. و ذلك للاعتبارات التالية:
- إن الحجة الأولى في حقيقة الأمر تعتبر ذات حدين، تصيب المدين كما تصيب الدائن، فالمدين الذي حدد لنفسه مسبقاً مدى الضرر الذي يمكن أن يحصل له والمبلغ المتوجب عليه دفعه في حال نكوله عن التنفيذ قد التزم بصورة رضائية وحررة بدفع ما تعهد به³.
- إذا سلمنا أن طرفي العقد قد افترضوا مقدما أن الضرر الذي سينتج عن عدم التنفيذ يعادل التعويض الاتفاقي المقدر في العقد ، و لكننا نواجه الفرض الذي يثبت فيه الدائن أن الضرر الحقيقي يجاوز بكثير قيمة الشرط الجزائي، ففي هذه الحالة يفسر رفض طلب الدائن بالتعويض الكامل بأن إرادته قد انصرفت مقدما إلى قبول تعويض محدد، إذ أن مدى الضرر في هذه الحالة يكون قد تجاوز ما ارتضاه الدائن و بالتالي يكون من التجاوز القول بأن إرادته انصرفت إليه⁴.
- إن القول بأن المدين هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية لا يمكن التسليم به دائما، إذ قد يكون هو الطرف الأقوى اقتصاديا و الدائن هو الطرف الضعيف الذي يستحق الحماية، و مثال ذلك أن يكون المدين شركة تجارية قوية ذات رأسمال كبير أو مقاوله بناء كبيرة، فإذا لم تحترم هذه الشركة أو المقاوله التزاماتها و ترتب على ذلك أضرار كبيرة للدائن فما المانع من رفع قيمة الشرط الجزائي⁵.

¹ محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 305-306.

² عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 198.

³ أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني النعدل بمذاهب الفقه و القضاء الحديثة في مصر و الأقطار العربية، دون دار نشر، دون بلد نشر، الطبعة الأولى، 1993، ص 696.

⁴ محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 306.

⁵ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 198.

و بالتالي فإن تحديد قوة أو ضعف أطراف العلاقة التعاقدية لا يستند دائما إلى صفة طرفيها (الدائن و المدين)، بل تتحكم فيه الظروف و المعطيات الاقتصادية المتوفرة وقت التعاقد والتي على ضوئها وضعت البنود التعاقدية غير العادلة التي تمكن القاضي من حماية طرف ما من تعسف الطرف الآخر، و أكبر دليل نستشهد به في هذا المقام هو الحكم الذي جاء به المشرع الجزائري نفسه في نص المادة 112 ق.م.ج، إذ جعل تفسير العبارات الغامضة في العقود لمصلحة المدين كقاعدة عامة، غير أن هذا التفسير لا يجوز أن يكون في أي حال من الأحوال ضارا بمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان، و يفهم من ذلك أن الطرف المذعن أي الضعيف قد يكون هو الدائن، فجعل المشرع مصلحته في تفسير العقد المتضمن عبارات غامضة أولى بالحماية من مصلحة الطرف القوي وهو المدين في هذه الحالة.

ففي مثل هذه الحالات نجد أن المبررات و المسوغات المقدمة لتبرير منح القاضي سلطة تخفيض قيمة الشرط الجزائي استنادا إلى أحكام المادة 184 ق.م.ج، تعتبر مناسبة للحكم بزيادة التعويض المتفق عليه نتيجة عدم التناسب الكبير بين الفائدة التي لم يحصل عليها الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه و بين الشرط الجزائي الذي يدفعه له الدائن.

-إن الشرط الجزائي كما ذكرنا منذ بداية الدراسة، هو ذو طبيعة تعويضية بالدرجة الأولى الأمر الذي يجعل من سلطة القاضي في مراجعته بالزيادة في قيمته، المنفذ الوحيد للحفاظ على هذه الطبيعة التعويضية، أما حكم المادة 185 سالف الذكر فهو يكرس مبدأ ثبات الشرط الجزائي مع ما يحمله هذا المبدأ من سلبيات، بديل أن المشرع الفرنسي الذي كان من القلائل الذين تبنوا هذا المبدأ لفترة زمنية طويلة جدا قد تولى عنه نتيجة سلبياته الكثيرة و نتيجة للمعارضة الشديدة التي لقيها من طرف الفقهاء و القضاء¹.

-إن منح القاضي سلطة تخفيض قيمة الشرط الجزائي إذا كان التفريط مفرطا، و بالمقابل سلبه سلطة الزيادة إذا كان التقدير منخفضا كثيرا يعتبر تناقضا صارخا، ذلك أن المشرع قد وفر الحماية اللازمة للطرف الذي كان سببا في استحقاق الشرط الجزائي أي الطرف الذي تسبب بفعله في تحقق الضرر،

¹) Alexandre Demeyer, op , cit, p 49.

لأنه لولا إخلال المدين بالتزامه لما استحق الشرط الجزائي، في حين أن المشرع لم يوفر ذات الحماية للدائن رغم أن وضعه وضع سلبي لم يساهم في تحقق الضرر بل إنه المتضرر الأول من فعل المدين، فإذا كان من الأجدر توفير حماية لطرف ما فكان على المشرع أن يوفرها للدائن لأنه الأولى بها.

-إن فلسفة القانون المدني تقوم على مبدأ هام و هو تحقيق المساواة الم توازنة بين الأفراد على أساس أن هذا القانون ينظم العلاقات بين أشخاص القانون الخاص الذين يستهدفون تحقيق مصالح شخصية ذاتية، إذ لا توجد مصلحة أولى بالترجيح على حساب مصلحة أخرى على عكس القانون الإداري الذي ينظم علاقة قائمة على مبدأ اللامساواة التعاقدية بين طرف يستهدف تحقيق المصلحة العامة و هو الإدارة، و بين طرف آخر يهدف إلى تحقيق مصالحه الخاصة و هو المتعامل مع الإدارة، لذلك جاءت معظم نصوص القانون الإداري متماشية مع هذه الفلسفة، و هي منح القاضي سلطات يرجح بموجبها المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

الفرع الثاني

الاستثناء جواز الزيادة في قيمة الشرط الجزائي

إذا كانت القاعدة العامة هي عدم جواز رفع قيمة الشرط الجزائي حتى و لو ثبت أن الضرر الذي لحق الدائن كان كبيراً جداً مقارنة به، فإن المشرع لم يترك هذه القاعدة على إطلاقها، بل أدخل عليها استثناء خول بموجبه للقاضي سلطة الزيادة في التعويض المتفق عليه في العقد، و في هذا السياق سنتناول حالات الزيادة في الشرط الجزائي (فقرة أولى)، و كيفية تقدير هذه الزيادة (فقرة ثانية).

أولاً: حالات جواز الزيادة في قيمة الشرط الجزائي

للقاضي سلطة استثنائية في مراجعة قيمة الشرط الجزائي بالزيادة فيها ، و ذلك في حالات محددة على سبيل الحصر و هي ارتكاب المدين غشاً (1) ، أو خطأ جسيماً (2).

1 حالة الغش

لم يرد في القانون المدني الجزائري تعريف للغش رغم ذكره في أكثر من موضع¹، غير أن الفقه لم يجد صعوبة في تعريفه إذ المقصود به هو الخطأ العمدي الذي يتمثل في انصراف الإرادة إلى الفعل أو الترك غير المشروع فضلا عن انصرافها إلى إحداث الضرر، و لا يلزم أن تستوعب إرادة الفاعل مقدار الضرر الذي قصد إليه بل يكفي أن يكون قد قصد إحداث الضرر، فالغش أو الخطأ العمد بالإرادة و القصد الخبيث أو سوء القصد فهو حالة نفسية تدل على سوء النية و السعي وراء الضرر².

أما فيما يتعلق بإثبات الغش فإنه لا يعتبر أمرا مفترضا بل إنه واجب الإثبات على الدائن³، الأمر الذي تقضي به صراحة المادة 185 ق.م.ج " إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا...".، و يعتبر إلقاء عبئ إثبات الغش على الدائن أمرا منطقيا نتيجة الآثار الكبيرة التي تترتب عنه، و هي زيادة قيمة الشرط الجزائي الذي يعتبر في الأصل غير قابل للزيادة.

لذا فمن غير المعقول افتراض الغش في جانب المدين ثم تحميله كل هذه التبعات، كما أن الأصل في المعاملات هو حسن النية و لما كان الغش ينطوي على سوء نية المدين فقد كان واجب الإثبات على الدائن.

و الغش أو الخطأ العمد يتشكل من عنصرين عنصر مادي و هو المسلك السلبي الذي يسلكه المدين بعدم إقدامه على تنفيذ التزامه، و عنصر نفسي و هو نية الإضرار بالغير⁴، و السؤال الذي يطرح هل الدائن ملزم بإثبات العنصرين مجتمعين أم أنه يكفي أن يثبت أحدهما؟.

أرى أن الدائن يكفي أن يثبت العنصر المادي فقط على أساس أن العنصر النفسي أمر ذاتي داخلي يصعب إن لم نقل يستحيل إثباته، فمتى استطاع الدائن أن يثبت أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه

¹ أنظر المادة 182 ق.م.ج، و انظر كذلك المادة 185 ق.م.ج.

² محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 357.

³ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 253.

⁴ محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، 359.

رغم عدم وجود أي مانع مادي يحول دون تنفيذ التزامه تشكلت قرينة مفادها أن المدين سيئ النية، فينتقل عبئ الإثبات إلى هذا الأخير الذي يتوجب عليه إثبات السبب الأجنبي لنفي مسؤوليته.

2 الخطأ الجسيم

هو الخطأ الذي يبتعد فيه صاحبه عن المسلك المتوقع من شخص مسؤول و يوجد في نفس ظروفه الخارجية، فالمعيار المعتمد لتحديد جسامه الخطأ هو المعيار الموضوعي المجرد، أي أنه متى كان انحراف المدين انحرافا كبيرا غير مألوف أو لا يمكن أن يقوم به الرجل العادي في مثل تلك الظروف، اعتبر الخطأ جسيما فمعيار التفرقة بين الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير هو درجة الانحراف¹.
أما بالنسبة لإثبات الخطأ الجسيم فإنه لا يخرج عن القواعد العامة في الإثبات، إذ البيئة على من ادعى فالدائن بقيمة الشرط الجزائي هو الذي يقع عليه عبئ الإثبات وفقا لما تقضي به المادة 185 المذكورة أعلاه، على النحو الذي تقدم بالنسبة للغش.

ثانيا: كيفية تقدير الزيادة

إذا تبين أن التعويض المقدر في الشرط الجزائي هو أقل من الضرر الواقع فلا يجب على القاضي الزيادة في مقداره، بل عليه أن يحكم به كما هو فيكون الشرط الجزائي حينئذ بمثابة تخفيف لمسؤولية المدين، و الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها أمر جائز، إلا إذا نشأ عن غش أو خطأ جسيم².

و معنى ذلك أنه إذا زاد الضرر على التعويض المقدر، و لكن الدائن أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، فإن الشرط الجزائي الذي جاز أن يخفف من مسؤولية المدين في حالة الخطأ العادي لم يعد بإمكانه أن يلعب ذات الدور.

و ينبغي على ذلك أن القاضي يزيد في مقدار التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذي وقع ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر في الشرط الجزائي، لأن الدائن في اتفائه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطئه الجسيم³.

¹ محمد ابراهيم دسوقي ، المرجع السابق، ص 365.

² إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 91.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق ، ص 878.

و إذا كان الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية العقدية جائزا كما قدمنا، فإن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يعتبر أمرا غير جائز لتعلق أحكامها بالنظام العام¹، و على ذلك إذا كان الشرط الجزائي من التفاهة بحيث لا يعتبر تعويضا جديا عن الضرر الذي لحق الدائن، بل و كان الشرط الجزائي وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية فإنه يكون باطلا، ينبغي على القاضي إهماله و تقدير التعويض وفقا لقواعد التعويض القضائي².

و من وجهة نظري الخاصة فإن الاستثناء الذي جاء به القاضي و المتعلق بمسؤولية المدين عن غشه أو خطئه الجسيم، ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة إذ أن فيه خروجا عن قواعد المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية، لأن الدائن لم يكن يتوقع غش المدين أو خطئه الجسيم، الأمر الذي يجعل هذا الأخير مسؤولا عن الضرر المتوقع و غير المتوقع، لذلك يتعين على الدائن في هذه الحالة إثبات كافة أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ و ضرر و علاقة السببية إضافة إلى الإعذار. و بهذا نجد أن المشرع الجزائري بنصه على حالتي الغش و الخطأ الجسيم كسببين لزيادة الشرط الجزائي فإنه لم يأت بحكم جديد، و لا يمكن أن نعتبر ذلك استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز الرفع في قيمة الشرط الجزائي، لأن الحالتين سالفتي الذكرهما هما إلا تطبيق للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.

المطلب الثالث

سلطة القاضي في عدم إعمال الشرط الجزائي

إضافة إلى السلطة التي خولها القانون للقاضي بتخفيض قيمة الشرط الجزائي في حالات معينة، و بالزيادة في قيمته في حالات أخرى، فقد منح المشرع للقاضي سلطة أوسع حينما رخص له باستبعاد الشرط الجزائي بصفة نهائية و عدم الحكم به، و ذلك في حالتي انعدام الضرر (فرع أول)، أو بطلان الشرط الجزائي (فرع ثاني).

⁽¹⁾ أنظر المادة 178 ف3 ق.م.ج.

⁽²⁾ هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص 231.

الفرع الأول

انعدام الضرر كسبب لعدم إعمال الشرط الجزائي

نصت المادة 184 ف1 ق.م.ج على أنه "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

يستفاد من نص المادة أن استحقاق الشرط الجزائي مرتبط ارتباطا وثيقا بتحقيق ضرر يلحق الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه الأصلي، فالضرر هو مناط تقدير الجزاء الواجب أدائه. ويترتب على هذا أن انتفاء الضرر يستتبع سقوط الجزاء المشروط، و يقع عبئ إثبات ذلك على عاتق المدين¹، و حيث ينتفي الأول فلا مجال لإعمال الثاني، و هو ما يؤكد الطبيعة التعويضية للشرط الجزائي في التشريع الجزائري، على عكس بعض التشريعات المقارنة ومنها التشريع الفرنسي قبل تعديل 1975 الذي كان متمسكا بمبدأ ثبات الشرط الجزائي الأمر الذي دفع الفقه الفرنسي آنذاك لتكييفه بأنه عقوبة "peine"، و من ثم يسمح باقتضائه بصرف النظر عما لحق الدائن من ضرر².

و بالموازنة نجد أن القانون الجزائري يتفق في هذه المسألة مع الفقه الإسلامي، و مرد ذلك اتفاق كل منهما في تحديد أركان المسؤولية المدنية، كما أن الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي يدخل في معنى الضمان بشكل عام و أن علة الضمان هي وقوع الضرر، و حيث لا يوجد ضرر فلا ضمان، لأن الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما³، فكل من أتلف مالا لغيره و كان متعديا التزم بضمان ما أهلكه أو أتلفه، فالفعل الضار أيا كان مصدره يستوجب تعويض المضرور و قد طبق الفقه

¹ أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 699.

² مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثالثة، 2000، ص 98.

³ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص 768.

الإسلامي ذلك في نطاق العقود¹، علما أن فكرة الضمان في الفقه الإسلامي تختلف كلياً عن فكرة العقوبة².

و ما تجب الإشارة إليه أنه متى أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، فإن القاضي يكون أما حتمية الحكم بعدم استحقاق الشرط الجزائي و الحكم في هذه الحالة واجب، و ذلك على عكس سلطة القاضي في التخفيض نتيجة المبالغة الكبيرة أو التنفيذ الجزئي، و التي تعتبر جوازية تدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي الذي له الخيار بين تخفيض قيمة الشرط الجزائي إذا اقتنع بذلك، أو الإبقاء على القيمة المتفق عليها دون تغيير.

الفرع الثاني

بطلان الشرط الجزائي كسبب لعدم إعماله

إذا كان مبرر استبعاد القاضي للشرط الجزائي في الحالة الأولى يرجع إلى عدم تحقق الضرر، فإن الفرض في هذه الحالة مختلف لأن الضرر قد يلحق الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه و مع ذلك لا يستحق قيمة الشرط الجزائي بسبب بطلان هذا الأخير، و البطلان إما أن يكون لسبب ذاتي يلحق الشرط نفسه، و إما أن يكون كنتيجة لبطلان الالتزام الأصلي على أساس أنه تابع له، فيتأثر بصحته و بطلانه.

أولاً: بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي

إذا كان الشرط الجزائي ليس مقصوداً لذاته كما بينا سابقاً، و إنما هو مجرد ضمان أو دافع لتنفيذ الالتزام الأصلي، فإن زوال هذا الأخير لأي سبب ي سبب بالضرورة زوال الشرط الجزائي و انعدام موضوعه و سقوط مفعوله القانوني إعمالاً لقاعدة قانونية شهيرة و هي أن " الفرع يتبع الأصل في

⁽¹⁾ فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد (دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، بدون طبعة، 2008، ص 307.

⁽²⁾ يختلف الضمان عن العقوبة في الفقه الإسلامي في طبيعة كل منهما، فالواجب بالضمان شرع رعاية لحقوق الأفراد إذ العدوان الموجب للضمان متجه إلى حقوق العباد، أما العقوبات فإنها شرعت لرد المعتدي على حقوق الله عز و جل، لأن العدوان في الجرائم واقع على حقوق الله عز و جل، فالواجب في الضمان شرع جبراً للضرر الواقع على الفرد، بينما شرعت العقوبة للزجر على الجناية، و كنتيجة لذلك فإنه لا يحق للإمام أو القاضي العفو عن المعتدي في الضمان، في حين يحق له ذلك في جرائم التعزير. راجع أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 273 و ما بعدها.

الحكم"، ومع ذلك نجد بعض التشريعات قد نصت عليها صراحة مثل التشريع الفرنسي في المادة 1227 ق.م.ف، و الذي رتب بطلان الشرط الجزائي كنتيجة لبطلان الالتزام الأصلي و العكس غير صحيح¹.

وهذا يعني أن الشرط الجزائي يبقى في حالة سكون لا تظهر أهميته إلا عند الإخلال بالالتزام الأصلي، بمعنى أنه لا يمكن للدائن أن يطالب به أي الشرط الجزائي مادام التنفيذ العيني للالتزام الأصلي ممكنا²، إضافة إلى أن له الحق في رفض قبول التعويض إن عرضه عليه المدين، ذلك لأن المدين ليس له أن يعرض على الدائن سوى التنفيذ العيني للالتزام الأصلي، ومن أمثلة بطلان الشرط الجزائي بسبب بطلان الالتزام الأصلي نجد بطلان الشرط المبرم بين رجل و زوجته الفئانة على أن لا يطلقها مهما أنت من أفعال عند مباشرتها لأعمالها حتى و إن وصلت إلى حد يكيفها بأنها خيانة للأمانة الزوجية، و إلا دفع لها مبلغا نقديا معيناً على سبيل التعويض و هذا شرط جزائي باطل لكونه تابعا لتعهد أو إتفاق باطل لخروجه على مقتضيات النظام العام و الآداب العامة³.

فمادام الشرط الجزائي تابعا للالتزام الأصلي، فلا محالة إذا من أن يتبع مصيره، وبتعبير آخر، في كل مرة يزول الالتزام الأصلي، فإن الشرط الجزائي يتلاشى أيضا و هذا ما يحصل عادة في حالات الفسخ و البطلان، وهكذا فإن إلغاء العقد المطلوب من قبل الدائن بسبب عدم التنفيذ، يتنافى مع تطبيق الشرط الجزائي لسبب التأخير و الذي يزول بصورة رجعية تبعا للعقد ذاته، و يتوجب في هذه الحالة على القاضي تقدير التعويض وفقا للمبادئ العامة⁴.

ويكون الإلزام الأصلي باطلا إذا اختل أحد أركان العقد كالرضا، المحل، السبب أو الشكلية إذا اشترطها القانون، ويكون قابلا للإبطال في حالة تخلف شرط من شروط الصحة كعيوب الإرادة الغلط، التدليس، الإكراه و الاستغلال أو لنقص الأهلية .

¹) L'article 1227 C.C.F dispose que « La nullité de l'obligation principale entraine celle de la clause pénale. la nullité de celle-ci n'entraine pas celle de l'obligation principale. »

²) أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص 115.

³) عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 134.

⁴) محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 99.

و من نتائج تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي أنه إذا كان هذا الأخير موصوفاً كأن يعلق على شرط أو يضاف إلى أجل فإن ذلك الوصف يسري أيضاً على الشرط الجزائي، فمتى كان يصدد التزام معلق على شرط فاسخ و تحقق الشرط فإن الشرط الجزائي يزول بأثر رجعي شأنه في ذلك شأن الالتزام الأصلي و هو نفس الأثر في حالة حلول الأجل الفاسخ أو المسقط¹.

و بناءً على ما تقدم ذكره فإنه متى رفع المدين دعوى قضائية يطالب فيها ببطلان الالتزام الأصلي كعقد البيع مثلاً، و كان هذا العقد متضمناً لشرط جزائي يكفل تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع، فعلى القاضي في هذه الحالة الحكم ببطلان عقد البيع و بالتبعية جميع البنود التي تضمنها هذا العقد بما فيها الشرط الجزائي، و ليس للدائن و هو المشتري في المثال السابق أن يتمسك بقيمة الشرط الجزائي على أساس أن البائع لم ينفذ التزامه بالتسليم، لأن هذا الالتزام ترتب عن عقد باطل، و العقد الباطل كقاعدة عامة لا يترتب أي أثر، إعمالاً لقاعدة "ما بني على باطل فهو باطل".

غير أننا إذا سلمنا بأن العقد الباطل يستتبع بطلان الشرط الجزائي، فهل يترتب الفسخ نفس الأثر؟ بعبارة أخرى نقول إذا تمسك الدائن بالفسخ فهل له الحق في المطالبة بقيمة الشرط الجزائي؟ و هل للقاضي أن يحكم له بذلك؟

اتجه الفقه في رده على هذا التساؤل إلى أن التعويض في هذه الحالة يخضع في تقديره للقواعد العامة²، غير أن محكمة النقض الفرنسية خالفت مذهب الفقه في هذا الشأن، ففي قرار حديث الصادر بتاريخ 12 جويلية 2012 اعتبرت أن إدراج الشرط الجزائي في العقد لا يفيد بأن الدائن قد تنازل عن حقه في التمسك بفسخ العقد في حال أخل المدين بتنفيذ التزامه³.

⁽¹⁾ إلياس ناصف، المرجع السابق، ص 51-52. - المهتار طلال، المرجع السابق، ص 85.

⁽²⁾ أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 354.

⁽³⁾ Cass. civ. 12 juillet 2012, N° de pourvoi: 11-11944 « alors que, enfin, la clause pénale stipule expressément que l'indemnité compensatoire est due à l'agence immobilière en cas de résolution du contrat de vente, le débiteur étant la partie à laquelle la rupture du contrat est imputable ; que la cour d'appel, qui a prononcé la résolution du contrat de vente après avoir constaté une faute des acquéreurs rendant définitivement impossible l'exécution du contrat de vente, ne pouvait refuser de faire application de la clause pénale définitivement acquise ».

و أنا أأيد مسلك القضاء الفرنسي في هذا الصدد على أساس أن مصلحة الدائن في هذه الحالة أولى بالترجيح الأمر الذي يستدعي منح الدائن حق الخيار بين المطالبة بالتعويض وفقا للقواعد العامة أو أن يطالب بالشرط الجزائي حسب ما تقتضيه مصلحته، دون أن يعتبر ذلك إجحافا في حق المدين لأن هذا الأخير كان بإمكانه توقي هذه التبعات لو نفذ التزامه الأصلي.

و إذا كان بطلان الالتزام الأصلي يرتب بطلان الشرط الجزائي كالتزام تبعية فإن ذلك يشكل قاعدة عامة لا تخلو من الاستثناءات، هذه الاستثناءات نتناولها في النقاط التالية:

-التعهد عن الغير: الأصل في العقود أن آثارها لا تنصرف إلا إلى عاقيدها و خلفهم العام إعمالا لمبدأ "نسبية آثار العقد"، أما الغير فلا يكسبون حقا و لا يتحملون التزاما من جراء عقد لم يكونوا طرفا في سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

غير أن المشرع الجزائري قد أدخل استثناء على مبدأ نسبية آثار العقد و ذلك في نص المادة 114 ق.م.ج¹، و هو ما يعرف بالتعهد عن الغير، صورة هذا الاستثناء تتمثل في التزام شخص بأن يجعل غيره يقوم بإبرام عقد معين²، فإذا رفض الشخص الثالث أن يلتزم بهذا العقد فإن المتعهد يعتبر مقصرا و يلزم بالتعويض تجاه من تعاقد معه، لأن ذلك يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة³، و بالتالي إذا تضمن العقد شرطا جزائيا فإنه يكون صحيحا و نافذا بينهما يتوجب على القاضي الحكم به في حالة إخلال المتعهد بتنفيذ بالتزامه، و ذلك رغم أن العقد الذي تم التعهد لأجله لم ينعقد بعد⁴.

-الاشتراط لمصلحة الغير: إضافة إلى الاستثناء الذي جاءت به المادة 114 ق.م.ج، فقد وضع المشرع استثناء آخر على مبدأ نسبية آثار العقد و ذلك بموجب المادة 116 ق.م.ج⁵، و هو ما يعرف بالاشتراط لمصلحة الغير هذا الأخير يعرف بأنه "العقد الذي يشترط فيه أحد المتعاقدين و يسمى

⁽¹⁾ تنص المادة 114 ق.م.ج على ما يلي "إذا تعهد شخص عن الغير فلا ينقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به".

⁽²⁾ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 90.

⁽³⁾ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 183.

⁽⁴⁾ المهتار طلال، المرجع السابق، ص 90.

⁽⁵⁾ تنص المادة 116 ف 1 ق.م.ج. على ما يلي "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية".

المشترط على طرف آخر يسمى المتعهد، التزاما لمصلحة شخص ثالث ليس طرفا في العقد يسمى المنتفع، بحيث ينشأ لهذا الأخير بمقتضى هذا العقد حقا مباشرا قبل المتعهد¹.

ما يلاحظ في هذا العقد أن المشترط ليس له مصلحة ذات قيمة في تنفيذ الالتزام، الأمر الذي يعطي للمتعهد فرصة النكول عن تنفيذ التزامه دون جزاء، لأنه لا حق للمشترط بإقامة دعوى لإكراهه على التنفيذ، لانعدام المصلحة.

غير أنه إذا كان عقد الاشتراط مكفولا بشرط جزائي يدفع للمشترط في حالة عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه، فإن ذلك يكسبه المصلحة اللازمة لرفع الدعوى، والتي بدونها كان الالتزام باطلا، فالشرط الجزائي وهو التزام تبعي قد جعل من الالتزام الأصلي مشروعا بعد أن كان باطلا².
غير أنني لا أأيد هذا الطرح على أساس أن المشترط وإن لم تكن له مصلحة مادية من تنفيذ العقد، فإن له على الأقل مصلحة أدبية وإلا كان عقد الاشتراط باطلا، لأن المشرع الجزائري في المادة 116 ق.م.ج قد قيد جواز الاشتراط بضرورة توفر مصلحة شخصية مادية أو أدبية، وبالتالي فإن المشترط بدون وجود شرط جزائي في العقد، يمكنه رفع دعوى للمطالبة بالتنفيذ العيني للعقد استنادا إلى المصلحة الأدبية، وإن كانت هذه الأخيرة صعبة الإثبات مقارنة بالمصلحة المادية التي يضيفها الشرط الجزائي.

- **بيع ملك الغير:** يعتبر بيع ملك الغير من الصور الخاصة لعقد البيع تناوله المشرع الجزائري في المواد 397، 398 و 399 ق.م.ج³، والمقصود به أن يبيع شخص لشخص آخر عينا معينة بالذات مملوكة لغيره، وحكم هذا البيع أنه قابل للإبطال لمصلحة المشتري، فإذا تم تضمين عقد البيع شرطا جزائيا في حالة عدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية، وتمسك المشتري بالبطلان فإن الشرط الجزائي يكون صحيحا ومستحقا بالنسبة للمشتري رغم الحكم ببطلان الالتزام الأصلي، مع الإشارة إلى أن حق المشتري في البطلان متوقف على حسن نيته، أي أنه وقت التعاقد كان يجهل أن البائع لا يملك للشيء المبيع، حتى ولو كان هذا الأخير حسن النية.

⁽¹⁾ طارق محمد مطلق أبو ليلي، المرجع السابق، ص 23.

⁽²⁾ جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 142. - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 67.

⁽³⁾ راجع المواد 397، 398 و 399 ق.م.ج.

ثانيا: بطلان الشرط الجزائي لعيب ذاتي فيه

الشرط الجزائي كما ذكر سابقا هو عبارة عن اتفاق أو عقد، يخضع لكافة الشروط التي تخضع لها باقي العقود، و إن تخلف إحداها يؤدي إلى بطلانه، فيجب أن يتمخض عن تراضي بين الطرفين و أن يكون هذا الرضا خاليا من عيوب الإرادة المعروفة، و أن يكون طرفا العقد ذوي أهلية قانونية لإبرام التصرفات القانونية، كما يجب أن تتوافر في المحل و السبب الشروط اللازمة المنصوص عليها في القانون المدني، و بالتالي فإن تخلف أحد هذه الشروط يجعل العقد باطل بطلانا مطلقا أو نسبيا حسب الأحوال، فمبدأ التبعية الذي يتسم به الشرط الجزائي يقتضي بأن لا يكون لبطلانه أدنى أثر على الالتزام الأصلي لأنه يعتبر عنصر متمما له أي أن علاقته به هي علاقة التابع بالمتبوع، فإذا بطل الشرط الجزائي لأي سبب من الأسباب فإن الالتزام الأصلي يبقى قائما، و يقدر التعويض من طرف القاضي وفقا للمبادئ العامة¹.

و مثال ذلك: فيما لو نص الشرط الجزائي على أن يصبح المال المرهون ملكا للدائن بمجرد عدم قيام المدين بوفاء الدين في ميعاده، إذ أن القانون يحرم هنا مثل هذا الشرط، فإن بطلان الشرط الجزائي في هذا المثال لا يؤثر في التزام المدين بالدين الأصلي.

و عليه فمتى كان الشرط الجزائي باطلا وجب على القاضي استبعاده و عدم الحكم به، حتى و لو تمسك الدائن بصحة الالتزام الأصلي، لأن بطلان هذا الأخير يبطل الشرط الجزائي، أما العكس فهو غير صحيح، إذ يشترط في التعويض الاتفاقي أن يكون مستوفيا لكافة الأركان و شروط الصحة المقررة في النظرية العامة للعقد.

و بهذا نصل إلى أن الشرط الجزائي يبطل في حالتين، إما بسبب بطلان الالتزام الأصلي الذي تضمنه، ففي هذه الحالة فإن الدائن لا يستحق أي تعويض من المدين، و إما أن يكون الشرط الجزائي باطلا لسبب ذاتي فيه و يبقى الالتزام الأصلي الذي تضمنه صحيحا، ففي هذه الحالة فإن الدائن يستطيع طلب التعويض من القاضي طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، فيكون التعويض في هذه الحالة تعويضا قضائيا.

⁽¹⁾ محمد مرعي صعب، المرجع السابق ص 139 - 140.

إضافة إلى حالات استبعاد القاضي للشرط الجزائي بسبب انعدام الضرر و كذلك بطلان الشرط الجزائي، هناك حالة أخرى جاءت بها المادة 177 ق.م.ج و هي حالة اشتراك الدائن في تحقق الضرر، حيث أن القاضي له سلطة تقديرية واسعة في عدم الحكم بالشرط الجزائي كلياً، أو الاكتفاء بتعديله و ذلك بحسب درجة تسبب الدائن في الضرر، وقد سبق الكلام عن هذا في الفصل الأول من الدراسة عند تناولنا لمسألة نفي علاقة السببية.

خلاصة

لقد أقر المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة مبدأ خضوع الشرط الجزائي للتعديل القضائي كآلية لحماية مبادئ العدالة من إفراط و غلو مبدأ سلطان الإرادة، و ذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من الغبن الذي قد يتعرض له أثناء التقدير الاتفاقي للتعويض. غير أن هذا التنظيم التشريعي للرقابة القضائية على الشرط الجزائي قد كرس ازدواجية في معايير الحماية المقررة للأطراف، حينما منح المدين حماية أكبر من تلك التي وفرها للدائن. كما أن ذات التنظيم لم يضبط المعايير التي يتم الاستناد إليها عند مباشرة عملية تعديل الشرط الجزائي، الأمر الذي يوسع من السلطة التقديرية للقاضي في هذا الإطار.

الخاتمة

بعد أن من الله سبحانه و تعالى علي بإتمام هذه الرسالة و الموسومة بـ: **الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري**، سأعرض في خاتمة هذه الدراسة أهم النتائج التي توصلت إليها، و بعدها سأعرض التوصيات التي أقترحها في هذا الصدد:

أولاً- النتائج

1. إن المشرع الجزائري عند تنظيمه للشرط الجزائي قد جسد مبدأ سلطان الإرادة تجسيدا حقيقيا، بدليل أنه ترك أمام الأطراف المجال واسعا للاتفاق على الشرط الجزائي في كل التصرفات القانونية دون استثناء، و ذلك على عكس فقهاء الشريعة الإسلامية الذين ميزوا بين الشرط الجزائي في المعاملات فأباحوه، و بين الشرط الجزائي في الديون فحرموه، باعتباره ربا أو أنه طريق مفض إلى الربا.
2. إن الشرط الجزائي ذو طبيعة قانونية متميزة تجمع بين التعويض و العقوبة، فهو تعويض بالدرجة الأولى لأن المشرع ربط استحقاقه بوجوب تحقق الضرر، غير أن ذلك لا ينفي عنه صفة العقوبة، بدليل أن المشرع في نص المادة 184 ق.م.ج لم يجز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي إلا إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا، بمعنى أن التقدير إذا كان أكبر من حجم الضرر الفعلي دون أن يكون مفرطا فإنه غير قابل للتخفيض، و بالتالي فإن الفارق بين الضرر الفعلي و التقدير الاتفاقي هو بمثابة عقوبة للمدين.
3. يشترك الشرط الجزائي في شروط استحقاقه مع التعويض القضائي ، إذ يجب أن يكون هناك خطأ و ضرر و علاقة سببية بينهما إضافة إلى الإعذار، غير أن الاختلاف يكمن في إثبات هذه الشروط، فإذا كان الخطأ واجب الإثبات في الشرط الجزائي تماما مثل التعويض القضائي، فإن الأمر مختلف بالنسبة للضرر إذ يعتبر مفترضا في الأول و واجب الإثبات في الثاني، فمتى أخل المدين بالتزامه تشكلت قرينة قانونية بسيطة مفادها أن الدائن قد تضرر من هذا الإخلال، فيقع على المدين عبئ إثبات انعدام الضرر أو إثبات المبالغة في التقدير.
4. اعتمد المشرع الجزائري ازدواجية في المعايير حينما اعتبر الرقابة القضائية على الشرط الجزائي من النظام العام بالنسبة للأطراف إذ لا يجوز لهم الاتفاق على استبعادها، أما بالنسبة

للقاضي فإنها لا تعتبر من النظام العام لأنه لا يملك سلطة المبادرة بالتعديل من تلقاء نفسه، كما أنه سلطته في تخفيض الشرط الجزائي تعتبر جوازية، إذ يجوز له أن لا يخفض من قيمته حتى و لو أثبت الدائن أن التقدير كان مفرطاً.

5. اعتمد المشرع الجزائري ازدواجية في توفير الحماية للأطراف إذ وفر للمدين حماية كبيرة حينما جعل الشرط الجزائي قابلاً للتخفيض القضائي في حالتين هما التنفيذ الجزئي للالتزام والإفراط في التقدير، بينما لم يوفر للدائن ذات الحماية عندما منع القاضي من الزيادة في قيمة الشرط الجزائي حتى و لو أثبت الدائن أن التقدير كان منخفضاً لدرجة كبيرة مقارنة مع الضرر الذي لحقه، أما عن حالة الغش و الخطأ الجسيم كسبب للزيادة فلا تعتبر حماية للدائن، لأنها أمر تقضي به القواعد العامة لما فيه من خروج عن أحكام المسؤولية العقدية إلى أحكام المسؤولية التقصيرية.

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

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

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

ثانيا-الاقتراحات:

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

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

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

3. نناشد المشرع الجزائري بأن يجعل سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام، و على ذلك نقترح تعديل نص المادة 184 على النحو التالي " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. و يتعين على القاضي أن يقوم بتخفيض مبلغ التعويض من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه. و يكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

4. دعوة المشرع الجزائري إلى منح القاضي سلطة الزيادة في قيمة الشرط الجزائي إذا كان المبلغ المتفق عليه منخفضا إلى درجة كبيرة مقارنة مع الضرر الذي لحق الدائن مع استبعاد الزيادة

نتيجة الغش و الخطأ الجسيم لأنها من القواعد العامة، و على ذلك نقترح تعديل المادة 185 على النحو التالي " يتعين على القاضي الزيادة في قيمة المبلغ المتفق عليه إذا أثبت الدائن أن الضرر الذي لحقه كان مبالغاً فيه لدرجة كبيرة".

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

6. ينبغي على المشرع أن يضع حداً معيناً أو نسبة معينة إذا بلغها الشرط الجزائي اعتبر التقدير مفرطاً و بالتالي انعقد الاختصاص للقاضي بتعديل مبلغ التعويض سواء بالزيادة أو النقصان، و ذلك منعا لأحكام قضائية تتسم بالذاتية.

7. نقترح أن يكون تخفيض أو زيادة الشرط الجزائي إلى الحد المناسب الذي تنتفي معه المبالغة و ليس إلى الحد الذي يجعل التعويض مساوياً لمقدار الضرر، لأننا بذلك نكون قد أهدرنا كل فائدة للشرط الجزائي.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولاً:المصادر

- القرآن الكريم

- القوانين:

1. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للقانون المدني.
2. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية.
3. الأمر 75-31 المؤرخ في 29-04-1975 المتعلق بعلاقات العمل في القطاع الخاص.
4. القانون رقم 74-15 المؤرخ في 30-01-1974، المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار الجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات.
5. القانون المدني الفرنسي.
6. القانون المدني المصري.
7. القانون المدني التونسي.
8. قانون الموجبات و العقود اللبناني.

ثانياً:المراجع

أ- المراجع باللغة العربية

-القواميس

1. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، مصر، دون طبعة، 1979م.

2. ابن منظور، لسان العرب، باب الشين، دار المعارف، مصر، دون طبعة، دون سنة نشر

-المؤلفات

أ -المؤلفات العامة :

1. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 1988.

قائمة المصادر و المراجع

2. أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه و القضاء الحديثة في مصر و الأقطار العربية ، دون دار نشر، دون بلد نشر ، الطبعة الأولى، 1993.
3. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الرابع، 2010.
4. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2012.
5. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، الطبعة الثالثة ، 2004.
6. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام-في مصادر الالتزام- مع مقارنة بين القوانين العربية-، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثالثة، 2002.
7. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2004.
8. حمدي امحمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2007.
9. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام ، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2010.
10. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، دون طبعة، 1998.
11. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، مطبعة السلام، القاهرة، مصر، طبعة 1988.

12. عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2008.
13. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الأول ، المجلد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 2009.
14. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الأول ، المجلد الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 2009.
15. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد ، الإثبات آثار الالتزام الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2009.
16. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام- آثار الحق في القانون المدني -، دار الثقافة للنشر و التوزيع، مصر، دون طبعة، 2012.
17. عبد المجيد الحكيم، محمد طه البشير، عبد الباقي البكري، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، دون طبعة، دون دار نشر، دون سنة النشر، دون بلد النشر.
18. العدوي جلال علي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف، القاهرة ، مصر، دون طبعة، 1977.
19. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، الطبعة السابعة، 2007.
20. علي فيلاي، الالتزامات (العمل المستحق للتعويض) ، موفم للنشر، الجزائر، دون رقم الطبعة، 2002.
21. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، دون طبعة، 2008.
22. محمد ابراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر ، مؤسسة الثقافة الجامعية، دون طبعة، دون بلد نشر، دون تاريخ نشر.

قائمة المصادر و المراجع

23. محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي و الأدبي الموروث ، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر، 1995.
24. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة) ، دار الفجر للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2007.
25. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية) ، دون دار نشر، الطبعة الرابعة ، 2006-2007.
26. محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي و القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، بدون طبعة، 2002.
27. مصطفى عبد الحميد عدوي ، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام ، دون دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثالثة، 2000.
28. منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء ، دار الفكر الجامعي، مصر، دون طبعة 2005.
29. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية (دراسة تحليلية و تطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة ، 2008.
30. ياسر محمد علي النيداني، العربون (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، دون طبعة، 2008.
31. يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.

ب - المؤلفات المتخصصة:

1. إلياس ناصيف، البند الجزائي في القانون المقارن و في عقد الليزينغ ، دون دار نشر، بدون بلد النشر، دون طبعة، 1991 .
2. إبراهيم سيد أحمد، التعويض الاتفاقي فقها و قضاء، دار الكتب القانونية، مصر، دون طبعة ، 2005.

قائمة المصادر و المراجع

3. إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري و الفرنسي، دراسة مقارنة فقها و قضاء، المكتب الجامعي الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 2003.
 4. أحمد إبراهيم حسن، الأصول الرومانية للشرط الجزائي ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، دون طبعة، 2001.
 5. أسامة الحموي، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة- ، دار النوادر، سوريا- لبنان - الكويت، الطبعة الأولى، 1433هـ-2012م.
 6. حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)، دار الفكر الجامعي، مصر، دون طبعة، 2013.
 7. محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون طبعة، 2001.
 8. محمد مرعي صعب، البند الجزائي، المؤسسة الحديثة للكتاب، مصر، دون طبعة، 2006.
 9. ناصر أحمد إبراهيم النشوي، التعامل بالشرط الجزائي بين الشريعة و القانون دراسة مقارنة ، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2013.
 10. هشام إبراهيم توفيق ، التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المقارن، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، دون طبعة، 2011.
- الرسائل الجامعية:
- أ رسائل الدكتوراه:

1. القيم طلال المهتار ، البند الجزائي في القانون المدني ، أطروحة دكتوراه، جامعة باريس، 1974.
2. محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي و أثره في العقود المعاصرة -دراسة فقهية مقارنة - ، أطروحة دكتوراه، كلية التربية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 2004.

3. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012.
- ب رسائل الماجستير :
1. أحمد سليم فريز نصره، ا لشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المصري ، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح نابلس فلسطين، 2006.
2. أسماء موسى أسعد أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية - دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري و القانون المدني الأردني ، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين ، 2006.
3. باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نابلس، فلسطين ، 2009.
4. بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية و دورهما في منع تراخي تنفيذ العقود دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، سنة 2011.
5. حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2011.
6. سريم نزيهة، الشرط المعدل للمسؤولية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2012.
7. طارق محمد أبو ليلي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني - دراسة مقارنة - ، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين 2007.
8. عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة) ، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.

9. ناصر متعب بنيه الخرينج، الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي- دراسة مقارنة مع القانون الأردني ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2010.

-المقالات:

1. جبرائيل غزالة، التعويض الاتفاقي و سلطة القاضي في تعديله ، مجلة المحاماة، القاهرة، مصر، العدد الأول، السنة الحادية و الأربعون، 1960.
 2. إياد محمد جاد الحق، مدى لزوم الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني- دراسة تحليلية-، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد 20، العدد الأول، 2012.
 3. رائد كاظم محمد الحداد، التعويض في المسؤولية التقصيرية ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية و السياسية، كلية القانون و العلوم السياسية، جامعة الكوفة، العراق، المجلد الأول، العدد الثامن، 2010.
 4. زرقون نور الدين، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملزمة لحل النزاع ، دفاتر السياسة و القانون، كلية الحقوق ، جامعة ورقلة، العدد الثامن، جانفي 2013.
 5. عبد السلام الترماني، سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري و بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية، مجلة المحاماة ، القاهرة مصر، العدد الأول، السنة الحادية و الأربعون، 1960.
 6. فواز صالح، النظام القانوني للعقوبات التهديدية (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 28، العدد الثاني، 2012.
 7. نائل مساعدة، الضرر في الفعل الضار وفقا للقانون الأردني (دراسة مقارنة) ، مجلة المنارة، المجلد 12، العدد 3، 2006.
- أعمال المؤتمرات :

قائمة المصادر و المراجع

1. علي محمد الحسن الصوا، الشرط الجزائي في الديون دراسة فقهية مقارنة ، بحث قدم في مؤتمر " دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار و التنمية"، المنعقد بكلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، بتاريخ 7-9 أيار عام 2002م.

-المصادر الالكترونية:

1. جلال عنقا، الفرق بين الشرط الجزائي و العربون ، مقال منشور على الموقع التالي

: www.lawjor.net تم تصفح الموقع بتاريخ :2013/09/15.

-الأحكام و القرارات:

1. قرار رقم 24500 مؤرخ في 10/12/1981، مجلة الاجتهاد القضائي، ص 89.
2. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 19-11-1990، ملف رقم 63149، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 1، ص 20.

ب - المراجع باللغة الفرنسية

I. Ouvrages

1. Michèle- Laure Rassat, **la responsabilité civile**, presse universitaire de France, 1973 .
2. Denis Mazeaud, **la notion de clause pénale** ,préface de chabas, LGDG ,Paris, 1992 .
3. Marianne Faure Abbad , **le fait générateur de la reponsabilté contractuelle** , LGDJ , Paris, Frace,2003.
4. Jacques flour, Jean Luc, Eric savaux, **Les obligations -1 l'acte juridique**, Dalloz, 12 édition, 2006.

II. Thèses

- 1.Alexandre Demeyer, **étude comparative de la clause pénale en droit civil français et en commun Law**, these master, institut de droit comparé, université de Mc Gill ,Montreal, Cannada, 1999.

III. Articles

1. Martinon , **l'union de l'indemnité contractuelle de licenciement et de la clause pénale** , jcp s 2010 ,p1113 .

2. Boccara (B) , **la réforme de la clause pénale:conditions et limites de l'intervention judiciaire**, jcp g , 1975.

IV. Sources électroniques

1. Christophe Quézel -Ambrunaz, **la causalité dans le droit de la responsabilité civile européenne**, acte de séminaire du GERC ,26-27 mars 2010, Genève, p 4. Disponible sur l'adresse suivante: <http://www.grerca.univ-rennes1.fr>.(consulté le 25/02/2014).

2. Jean Hauser, **le juge et la loi**, pouvoirs, 2005 /3 n114, p 144. Article disponible en ligne à l'adresse :[http://www. Cairn.Info/revue-pouvoirs-2005-3-page-139.htm](http://www.Cairn.Info/revue-pouvoirs-2005-3-page-139.htm).(consulté le :01/03/2014).

V. Jurisprudences

1. Cass. Com., 29 janvier 1991, no 89-16.446, Bull. civ. IV, no 43.

2. Cass. civ. 1, 23 mars 1995, N° de pourvoi: 93- 12168 .

3. Cass. civ. 1 12 juillet 2012, N° de pourvoi: 11-11944.

4. Cass. civ. 1, 17 octobre 2012, N° de pourvoi: 11-16292 .

5. Cass. soc., 22 juin 2011, no 09-68.762 .

6. Cass. com. 22 février 1978, N° de pourvoi: 76- 13828.

الفهرس

أ-د	مقدمة
5	الفصل الأول: الشرط الجزائي كتكريس لمبدأ سلطان الإرادة
7	المبحث الأول: ماهية الشرط الجزائي
7	المطلب الأول: مفهوم الشرط الجزائي
7	الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي
7	أولا : التعريف اللغوي.
9	ثانيا : التعريف الاصطلاحي
15	الفرع الثاني: أهمية الشرط الجزائي
15	أولا: تجنب المتعاقدين الإجراءات الطويلة و المعقدة
16	ثانيا: ضمان تنفيذ الالتزام
17	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي و خصائصه
17	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي
18	أولا: الشرط الجزائي تعويض
19	ثانيا: الشرط الجزائي عقوبة
19	ثالثا: الشرط الجزائي ذو طبيعة مركبة
20	الفرع الثاني: خصائصه
20	أولا: خاصية التبعية
21	ثانيا: خاصية الاتفاقية
22	ثالثا: خاصية الاحتياطية
23	المطلب الرابع: تمييز الشرط الجزائي عن الأنظمة القانونية المشابهة له
23	الفرع الأول: التمييز بين الشرط الجزائي و العربون
23	أولا : تعريف العربون

24	ثانيا: أوجه الشبه و الاختلاف.
26	الفرع الثاني: التمييز بين الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية
26	أولا: تعريف الغرامة التهديدية
27	ثانيا: أوجه الشبه و الاختلاف.
29	الفرع الثالث: التمييز بين الشرط الجزائي و الشرط المعدل للمسؤولية
29	أولا: تعريف الشرط المحدد للمسؤولية
30	ثانيا: أوجه الشبه و الاختلاف
32	المبحث الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي
32	المطلب الأول: الخطأ العقدي
32	الفرع الأول: مفهوم الخطأ العقدي
32	أولا: تعريفه
34	ثانيا: عناصر الخطأ
36	الفرع الثاني: صور الخطأ العقدي
36	أولا: الخطأ في الالتزام بتحقيق نتيجة
37	ثانيا: الخطأ في الالتزام ببذل عناية
38	ثالثا: الخطأ في العقود المقترنة بشرط جزائي
38	الفرع الثالث: إثبات الخطأ العقدي
40	المطلب الثاني: الضرر
40	الفرع الأول: مفهوم الضرر
40	أولا: تعريفه
41	ثانيا: شروط الضرر المستحق للتعويض
44	الفرع الثاني: أنواع الضرر
44	أولا: الضرر المادي

45	ثانيا: الضرر الأدبي(المعنوي)
46	الفرع الثالث: إثبات الضرر
46	أولا: إثبات الضرر في المسؤولية العقدية
47	ثانيا: إثبات الضرر في الالتزامات المقترنة بشرط جزائي
48	المطلب الثالث: علاقة السببية
48	الفرع الأول: مفهوم علاقة السببية
49	أولا : تعريف علاقة السببية
49	ثانيا: حالة تعدد الأسباب
52	الفرع الثاني: كيفية إثبات و نفي علاقة السببية
52	أولا: كيفية إثبات علاقة السببية
53	ثانيا: نفي علاقة السببية
59	المطلب الرابع: الإعذار
59	الفرع الأول: مفهوم الإعذار
59	أولا: تعريف الإعذار
60	ثانيا: كيفية الإعذار
62	الفرع الثاني: حالات الإعفاء من الإعذار و الآثار المترتبة عليه
62	أولا: حالات الإعفاء من الإعذار
63	ثانيا: الآثار المترتبة على الإعذار
66	خلاصة الفصل الأول
68	الفصل الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي كآلية لحماية مبادئ العدالة
69	المبحث الأول: نطاق سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي
69	المطلب الأول: مضمون سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي
69	الفرع الأول: الرقابة على مشروعية الشرط الجزائي

70	الفرع الثاني: الرقابة على تكيف الشرط الجزائي
72	الفرع الثالث: الرقابة على شروط استحقاق الشرط الجزائي
72	أولاً: رقابة القاضي على شرط الخطأ
73	ثانياً: رقابة القاضي على شرط الضرر
74	ثالثاً: رقابة القاضي على علاقة السببية
74	رابعاً: رقابة القاضي على شرط الإعذار
75	المطلب الثاني: ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي
75	الفرع الأول: فكرة النظام العام
76	أولاً: مفهوم النظام العام
76	ثانياً: الشرط الجزائي و النظام العام
78	الفرع الثاني: عدم جواز الجمع بين التنفيذ العيني و الشرط الجزائي
79	أولاً : القاعدة العامة
81	ثانياً : الاستثناءات الواردة على القاعدة
83	الفرع الثالث: رقابة المحكمة العليا
83	أولاً: المحكمة العليا محكمة قانون
84	ثانياً: رقابة المحكمة العليا على الشرط الجزائي
86	المبحث الثاني: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي
86	المطلب الأول: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي
86	الفرع الأول: تخفيض الشرط الجزائي بسبب التقدير المفرط
86	أولاً: أساس سلطة القاضي في التخفيض بسبب التقدير المفرط
90	ثانياً: كيفية تقدير الإفراط
92	ثالثاً: كيفية تخفيض قيمة الشرط الجزائي
94	الفرع الثاني: تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي

94	أولاً: أساس سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي
95	ثانياً: كيفية تقدير نسبة التخفيض
100	المطلب الثاني: سلطة القاضي في زيادة قيمة الشرط الجزائي
100	الفرع الأول: الأصل عدم جواز زيادة الشرط الجزائي
105	الفرع الثاني: الاستثناء جواز الزيادة في قيمة الشرط الجزائي
105	أولاً: حالات جواز الزيادة في قيمة الشرط الجزائي
107	ثانياً: كيفية تقدير الزيادة
109	المطلب الثالث: سلطة القاضي في عدم إعمال الشرط الجزائي
109	الفرع الأول: انعدام الضرر كسبب لعدم إعمال الشرط الجزائي
110	الفرع الثاني: بطلان الشرط الجزائي كسبب لعدم إعماله
111	أولاً: بطلان الالتزام الأصلي كسبب لبطلان الشرط الجزائي
115	ثانياً : بطلان الشرط الجزائي لعييب ذاتي
117	خلاصة الفصل الثاني
118	خاتمة
123	قائمة المصادر و المراجع
133	الفهرس
	الملخص

المخلص

ملخص

تتناول هذه الدراسة إشكالية الموازنة بين مبدأ سلطان الإرادة الذي يجسده الشرط الجزائي، و
وبين مبادئ العدالة التي تحميها الرقابة القضائية عليه.
و قد توصلنا إلى أن المشرع الجزائري لم يوفق في تحقيق هذه المعادلة بشكل مطلق، أين
تبين طغيان مبدأ الحرية التعاقدية على الرقابة القضائية التي لا تزال وفق تنظيمها الحالي
قاصرة عن إدراك هذا التوازن.
و خاتمة الدراسة تضمنت بعض التوصيات محاولة من الباحث في إلقاء الضوء على بعض
العناصر التي تعيد التوازن المفقود.

Résumé

Cette étude porte sur la problématique de l'équilibre entre le principe de l'autonomie de la volonté incorporée dans la clause pénale, et les principes de justice qui sont protégés par un contrôle judiciaire.
On a conclu que le législateur algérien a échoué dans la réalisation de cette équation d'une façon absolue, montrant où la tyrannie du principe de la liberté contractuelle sur le contrôle judiciaire qui est toujours organisé selon la mauvaise intensité de réaliser cet équilibre.
La Conclusion de cette étude comporte certaines recommandations du chercheur dans une tentative de faire la lumière sur les éléments qui seraient rétablir l'équilibre perdu.