وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جـــامـــعـــة يـــحـــي فـــارس- بـــالـــمـــديـــة-
كـلـــيـة الـحـقـوق و الـعـلـوم الـسـيـاسـيـة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأعمال

الشرط الجزائي في العقود التجارية

من إعداد الطالبة:

حمية بشرى

حجيج سليمة

تحت إشراف الأستاذ:

بن صاري رضوان

أعضاء لجنة المناقشة:

د/ عزوز عبد الحميد..... رئيسا

د/ بن صاري رضوان .....مشرفا ومقررا

د/ مهري محمد أمين.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

شكر وعرفان

قال تعالى: " **وإذ تأذن ربكم لئن شكرتم لأزيدنكم ولئن كفرتم إن عذابي لشديد** ". **إبراهيم.7.**

الشكر لله أولا على توفيقه وإنعامه، فالحمد لله كثيرا مباركا فيه وبعد:

فإننا نتقدم بالشكر إلى الأستاذ المشرف " **رضوان بن صاري** "، نظير كل ما أسداه لنا من توجيهات وتصويبات في إنجاز هذا العمل.

كما لا يفوتنا أن نشكر جامعة المدية (كلية الحقوق والعلوم السياسية)، وكل الأساتذة اللذين لم يبخلوا علينا بشيء طيلة المشوار الجامعي.

وإلى كل من مدَّ لنا يد العون في إتمام هذا البحث بارك الله لهم جميعا وجعلها في موازين حسناتهم.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

الإهداء

الحمد الله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفى أما بعد:

الحمد لله الذي وفقني لتثمين هذه الخطوة في مسيرتي الدراسية بمذكرتي هذه ثمرة الجهد والنجاح، بفضله تعالى مهداة إلى:

إلى من جرع الكأس فارغا ليسقيني، إلى من علمني العطاء بدون انتظار، إلى من أحمل اسمه بكل افتخار " **والدي العزيز محمد** "حفظه الله.

إلى من كان دعائها سر نجاحي، ومن كان حنانها بلسم جراحي، ومن سهرت معي الليالي " **والدتي الحبيبة العالية** " حفظها الله.

إلى رياحين حياتي وسندي في الحياة أختي " **ريم** " وأخوي "**عماد، عبد الوهاب** " حفظهم الله ووفقهم، ولكل العائلة الكريمة عامة وإلى " **جدتي** " شفاها الله وكبير العائلة " **جدي الغالي** "حفظهما الله، وخالاتي " **ربيعة وزوجها بوحجر، فوزية، بختة، فاطمة** " خاصة.

وإلى زميلتي التي تقاسمت معي جهد إعداد هذه المذكرة " **بشرى** "، وإلى رفيقات المشوار اللاتي قاسمنني لحظاته رعاهم الله ووفقهم: **إلهام، سمية، نهال، خديجة، صفية، رحمة.**

إلى كل هؤلاء أهديهم هذا العمل المتواضع، سائلة الله العلا والتقدير أن ينفعنا به ويمدنا بتوفيقه.

" **حجيج سليمة** "

الإهداء

الحمد لله الذي أعاننا ووفقنا في هذا، الحمد لله أولا وآخرا، الحمد لله ظاهرا وباطنا الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، أما بعد:

أهدي هذا العمل إلى من كلله الله بالهيبة والوقار إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم، إلى من أحمل اسمه بكل افتخار" **والدي العزيز رشيد** " حفظه الله.

إلى معنى الحب والتفاني ومن كان دعائها سر نجاحي، إلى من أمدتني بالطموح وسهرت الليالي لأصل إلى ما وصلت إليه " **والدتي الحبيبة باية** " حفظها الله.

وإلى رياحين حياتي إخوتي وأخواتي ورفقاء دربي الغاليين الذين دعموني وساندوني طيلة حياتي: " **أمال، علي، حدة، عبد الرحيم، محمد إسلام**" إلى زوجي "**مصعب**" ، وإلى " **أزواج أختاي** " و" **زوجات أخوي**" حفظهم الله ورعاهم.

إلى القلوب الطاهرة والنفوس البريئة: "**رشيد، منار، إسراء، آدم** ". وإلى روح عمي الطاهرة "**عبد القادر**" رحمه الله.

إلى زميلتي التي تقاسمت معي عناء إعداد هذه المذكرة "**سليمة**"، وإلى رفيقات المشوار التي قاسمنني لحظاته وفقهم الله:" **خديجة، صفية، يسرى، سمية، إلهام، رحمة، نهال.**

وفي الأخير أرجو من الله عز وجل أن يجعل عملي هذا نفعا يستفيد منه جميع الطلبة المقبلين على التخرج.

" **حمية بشرى** "

قائمة المختصرات

- ق.م: القانون المدني
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري
- ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي
- د.ط: دون طبعة
- ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
- ص: الصفحة

مـــــــقـــــــدمـــــــة

مــقــدمــة

إن الحياة التجارية المعاصرة ولما لها من أهمية تقتضي السرعة والائتمان والتبسيط، وذلك فإن أغلب المعاملات التي يبرمها التجار تأتي في شكل عقود، إذ يعتبر العقد من أهم المصادر الإدارية للالتزام في العلاقة بين الأشخاص.

ونظرا للأهمية التي يتمتع بها العقد في جميع المجالات الاقتصادية، فقد قام الفقه والقضاء ومعظم التشريعات بإضفاء أوصاف على العقود، فيطلق على بعض العقود صفة العقود التجارية حتى يتم تمييزها عن العقود الأخرى، كالعقود المدنية والعقود الإدارية.

فإن إضفاء الصفة التجارية على بعض العقود أثارت جدلا في الفقه إذ تمت مقارنتها بالعقود المدنية، على عكس العقود الإدارية التي لا تثير أي اشكال لأنها تطلق على العقود التي تكون الإدارة طرفا فيها باعتبارها سلطة عامة، ونظرا لما تتميز به الحياة التجارية من سرعة وائتمان وتبسيط في الإجراءات، فإنها اقتضت وضع قواعد خاصة بالعقود خاصة التي تستخدم في المجال التجاري حتى وإن كانت هذه العقود تحمل نفس تسمية العقود المستخدمة في المجالات غير التجارية.

غير أن العقود التجارية تتطور وتتنوع باستمرار حتى تلبي تطورات الحياة التجارية خصوصا والنشاط الاقتصادي عموما، ولذلك فقد ظهرت منها صورا جديدة كعقد التأجير التمويلي (leasing) وعقود الترخيص التجاري (franchise).

وبمجرد قيام العقد يترتب على عاتق أطرافه الالتزام بتنفيذ العقد تنفيذا عينيا، وذلك بقيام كل طرف بتنفيذ التزاماته، غير أنه في حالة عدم التنفيذ العيني أو التأخير في التنفيذ يتم اللجوء للتنفيذ بطريق التعويض، أين يكون تقدير التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام من سلطة القاضي، وذلك على أساس ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، كما يمكن تقدير التعويض بموجب اتفاق بين أطراف العلاقة القانونية وهذا الاتفاق هو ما يصطلح عليه بالشرط الجزائي الذي يعتبر اتفاق مسبق على مقدار التعويض الذي يستحقه أحد طرفي العقد إذا لم يقم الطرف الأخر بتنفيذ التزامه أو التأخير فيه.

كما تجدر الإشارة إلى أن الشرط الجزائي نظام قديم عرفه الرومان منذ القدم، وغلب عليه عندهم طابع الجزاء، وسبب الفائدة الكبيرة التي يحققها من خلال العلاقة التعاقدية، واندفاع المتعاملين الاقتصاديين إلى اللجوء إليه كوسيلة أبانت عن فاعلية كبيرة في حث المتعاقد على الالتزام بنص

العقد، فلم يغفل المشرع الجزائري عن تناول أحكامه في نصوص القانون المدني دون أن ينص عليه في مواد القانون التجاري، وجعل القانون المدني هو شريعة المتعاقدين فيما يخص التعويض.

وبالعودة لنصوص القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد تناول أحكام التعويض من خلال نص المواد (**124** إلى **133**) ثم من المادة (**182** إلى **187**) إلا أنه لم يعطي تعريفا خاصا به، ويبقى التعريف المتفق عليه على أنه تعويض الضرر الناتج عن إخلال أحد أطراف العلاقة التعاقدية بالتزامه، ونظرا لكونه لا يتطلب صيغة معينة أو خاصة، فللمتعاقدين مطلق الحرية في تحديد صيغته ومقداره أو نوعه ولكن هذه الحرية مقيدة في إطار عدم المساس بالنظام العام والأداب العامة.

إن الدافع لدراسة موضوع الشرط الجزائي في العقود التجارية، تكمن في القيمة العلمية التي يحققها بمنح المتعاقدين ثقة تامة بإتمام العقد بصورة عقدية خالية من النزاعات هذا من جهة، والرغبة في تسليط الضوء على هذا الشرط الجزائي الذي أهمل نتيجة المفهوم السلبي له من جهة أخرى، فهذا سبب كافي للتطرق إلى إعطاء مفهوم إيجابي وصحيح للشرط الجزائي والتأكيد على أهميته.

وتبعا لهذه الدوافع والأسباب قمنا بصياغة مختصرة تحتوي مشكلة بحثية، بدأً بالتساؤل حول النظام القانوني للشرط الجزائي في القانون الجزائري؟

انتهاءً بالإشكاليات الاتية:

- ما هو دور الشرط الجزائي في العقود التجارية؟
- ما هي تطبيقاته؟
- ما هي سلطة القاضي وحدودها في تعديله؟

ثم إن موضوع دراستنا ليس مجرد استقطاب معلومات فقط بل كان مدفوعا بأهداف لتبيان أحكام الشرط الجزائي ومعرفة كيفية تنظيم المشرع الجزائري له وبيان مدى مشروعيته في العقود المختلفة.

ومن أجل الإلمام بالموضوع اعتمدنا في بحثنا المنهج الاستقرائي وذلك في تحديد المفاهيم واتباع أراء الفقهاء، كما اعتمدنا المنهج التحليلي من خلال تحليل بعض النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع، واتبعنا أيضا المنهج المقارن لكي يتسنى لنا معرفة موقف المشرع الجزائري في تنظيمه لأحكام الشرط الجزائي.

وفي مراحل إنجازنا للبحث واجهتنا جملة من الصعوبات التي تكمن في:

- أن الشرط الجزائي موضوع مصغر، مقيد باتفاق الأطراف ولا يمكن التوسع فيه إلا بحدود هذا الاتفاق.
- قلة إيجاد المراجع التي تدرس خاصية الشرط الجزائي في العقود التجارية.
- صعوبات من الناحية الاجتماعية والصحية التي مست البلاد والتي تمثلت في فيروس كورونا المستجد (corona-covid 19) مما أدى إلى صعوبة التنقل واللجوء إلى المكتبات.
- الرجوع إلى القانون المدني الجزائري.
- وتبقى الدراسات السابقة لموضوع بحثنا قليلة جدا لعدم تطرقها لدراسة نموذج تطبيقي للشرط الجزائي في العقود التجارية واكتفينا بدراسته من ناحية نصوص القانون المدني، وكان إلزاما على الدراسات السابقة أن تقوم بتناول هذا البند في عقد تجاري محض دون الاكتفاء بالقانون المدني فقط.

بناءً على ما تقدم ومن أجل إعطاء رؤية واضحة لمختلف الجوانب التي تحيط بالموضوع، فقد اعتمدنا على خطة ثنائية وذلك بتقسيمنا موضوع المذكرة إلى فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة الأحكام العامة للشرط الجزائي الذي تمحور في مبحثين خصصنا المبحث الأول لدراسة مفهوم الشرط الجزائي، أما المبحث الثاني فخصصناه لأنواع الشرط الجزائي وتمييزه عما يشابهه من الأنظمة الأخرى.

أما الفصل الثاني خصصناه لدراسة الأثار المترتبة على إعمال الشرط الجزائي وهذا من خلال مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى مجالات إعمال الشرط الجزائي، أما المبحث الثاني فتطرقنا فيه إلى الرقابة القضائية على الشرط الجزائي.

الـــفصـــل الأول:
الأحـــكـــام الـــعـــامـــة
لـلـــــشـــرط الـــجـــزائـــي

الفصل الأول: الأحكام العامة للشرط الجزائي

تناول المشرع الجزائري أحكام الشرط الجزائي في المادة **183** من القانون المدني، وعليه في هذا الفصل سوف نتناول مبحثين أولهما مفهوم الشرط الجزائي والثاني أنواع الشرط الجزائي وتمييزه عما يشابهه من الأنظمة الأخرى.

المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي

إن مفهوم الشرط الجزائي مر بالعديد من التطورات واختلاف النظريات خاصة وأنه من الأنظمة القانونية المتأصلة في القدم، وقبل أن نبين أنواع وخصائص الشرط الجزائي وطبيعته القانونية لابد من إعطاء فكرة واضحة عن هذا النظام، حيث يختلف ويتنوع التعويض من حيث تقديره إلى تعويض قضائي وتعويض قانوني وتعويض اتفاقي، هذا الأخير يكون في الحالة التي لا يرى فيها الطرفان ترك تقدير التعويض للقاضي فيضمنان العقد المنشئ للالتزام بندا يحددان بمقتضاه التعويض الذي يستحقه الدائن عند اخلال مدينه بالتزامه أو تأخره في ذلك وهذا ما يعرف بالشرط الجزائي وللوقوف على مفهومه أكثر نتناول مختلف التعاريف المدرجة بشأنه في (المطلب الأول)، وكذا خصائصه في (المطلب الثاني)، ثم نتطرق إلى طبيعته القانونية في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي

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

الفرع الأول: التعريف اللغوي

الشرط الجزائي كلمة مركبة من لفظين، الشرط والجزاء، أين سنقوم بتعريف كل كلمة على حدة.

أولا: الشرط في اللغة

الشرط لغة هو إلزام الشيء والتزامه في البيع نحوه، وجمع الشرط هو شروط وإن للشرط معاني في اللغة [1]، أبرزها ما يلي :

[1] طارق بهاء الدين العياشي، سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2016، ص: 38.

أ) الشرط بفتح الشين وسكون الراء مصدر للفعل شرط ومعناه إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه كالشريطة[1]، والجمع شروط وشرائط إذ قيل: (الشرط يملك صاحبه في إلزامه المشروط إذا كان له أو عليه)، ويقال: (شرط عليه البيع ونحوه شرط ألزمه شيئا منه).[2]

ب) واشترط بفتح الراء- العلامة والجمع أشراطا، ومنه **قوله تعالى: " فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً ۖ فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا ۚ فَأَنَّىٰ لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ "**[3]، أي علامتها.

وقد جعل **" ابن فارس "** هذا المعنى أصلا لمادة (الشرط) فقال: الشين والراء والطاء يدل على علم وعلامة ما قارب ذلك من علم، وقال **" الأصمعي ":** منه على اشتراط الذي يشترطه الناس بعضهم على بعض، أي علامات يجعلونها بينهم.[4]

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

ثانيا: الجزاء في اللغة

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

أ) الثواب والمكافأة على الشيء، ومقابلة العمل بما يماثله، ومنه **قوله تعالى: " جَنَّاتُ عَدْنٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ۚ وَذَٰلِكَ جَزَاءُ مَن تَزَكَّىٰ ".**[5]

ب) ويأتي الجزاء بمعنى العقاب، ومنه **قوله تعالى: " قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ إِن كُنتُمْ كَاذِبِينَ، قَالُوا جَزَاؤُهُ مَن وُجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ ۚ كَذَٰلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ ".**[6]

---

[1] ناصر أحمد إبراهيم النشوي، التعامل بالشرط الجزائي بين الشريعة والقانون " دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص: 14.

[2] عيسى أوشيحة، الشرط الجزائي دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين الوضعية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014/2013، ص: 04.

[3] سورة محمد، الأية 18.

[4] محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وآثاره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارن، رسالة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، كلية التربية، جامعة المالك سعود، المملكة العربية السعودية، 2014، ص: 35-36.

[5] سورة طه، الأية 76.

[6] سورة يوسف، الأياتان 74-75.

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

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

لقد أطلق على مصطلح الشرط الجزائي عدة تسميات منها البند الجزائي، التعويض الاتفاقي، الجزاء الاتفاقي، الجزاء التعاقدي، والتعويضات الجزائية، لكن عبارة الشرط الجزائي حظيت بتفصيل الفقه والقضاء لأنها تشير بصفة عامة إلى كل شرط مضاف إلى العقد، ومثال ذلك أن يشترط أحد أطراف العقد على أن يكون الدفع بعد التسليم، وعليه لكلمة الشرط الجزائي، معنى واسع ولكن ليس في هذا تعليق لوجود الالتزام أو زواله على أمر مستقبل محقق الوقوع وإنما هو بند في العقد وليس وصفا في الالتزام [1]، كما وردت تعاريف متعددة لهذا المصطلح منها تعاريف فقهية التي وضعها القانون وتعاريف تشريعية تضمنتها النصوص القانونية.

أولا: التعريف الفقهي

يعرف بأنه: " عبارة عن تعويض متفق عليه أطراف العلاقة التعاقدية ويكون ذلك في العقد ذاته كشرط من شروط العقد أو عقد لاحق له، حيث يلتزم بمقتضاه المدين أن يدفع المبلغ المتفق عليه مسبقا للدائن في حالة عدم تنفيذه أو تأخره في التنفيذ أي أن التعويض قد تم تقديره بالاتفاق دون اللجوء إلى القضاء ".[2]

عرفه الأستاذ **" TOULLIER "** بأنه: ((ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخيره في تنفيذه)).[3]

كما عرفه الأستاذ **" منير قزمان"** بأنه: ((اتفاق المتعاقدين مقدما على مقدار التعويض الواجب أداؤه إذا أخل المدين بالتزامه بعدم تنفيذه وبالتأخير في تنفيذه ويشترط لاعتبار هذا الاتفاق شرطا جزائيا أن يتم قبل الاخلال بالالتزام أما لو تم بعد ذلك فإنه يعتبر اتفاقا على تعويض مستحق بالفعل)).[4]

وعرفه الدكتور **" عبد الرزاق أحمد السنهوري "** بأنه: ((التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدما بدلا من تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه وهذا

---

[1] طارق بهاء الدين العياشي، المرجع السابق، ص: 38-39.

[2] عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص: 16.

[3] درادكة، فؤاد، الشرط الجزائي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1994، ص: 42.

[4] منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، د.ط، دار الفكر الجامعي، 2002، ص: 105.

التعويض من عدم التنفيذ، أو قد يتفقان على مقدار التعويض المستحق في حالة تأخر المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض على التأخير في التنفيذ)).[1]

الشرط الجزائي اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه.[2]

وعرفه أيضا الدكتور **" سليمان مرقس "** على أنه: ((اتفاق بمقتضاه يلتزم الشخص بالقيام بأمر معين - يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود - في حالة إخلاله بالالتزام الأصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي، جزاء له على هذا الاخلال أو التأخير وتعويضا للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك)).[3]

ويعرفه **" الحجازي "** في كتابه موجز النظرية العامة للالتزام على أنه: ((اتفاق المتعاقدين مقدما على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذه)).[4]

فمن خلال عرض جميع هذه التعريفات نجد أنها تدور حول فكرة واحدة وهي أن الشرط الجزائي اتفاق بين المتعاقدين على إدراج شرط في العقد يحددان فيه التعويض الذي يلتزم به المدين إذا أخل بالتزامه، وقد يكون التعويض متفقا عليه جزاء لعدم التنفيذ كليا أو جزئيا أو التأخير في التنفيذ وقد لا يرد الاتفاق على التعويض بالتعويض الاتفاقي بمقابل التعويض الذي يقدره المشرع.[5]

ثانيا: التعريف الشرعي

أما الفقه الإسلامي فيعرفه على أنه: ((التزام زائد يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يستحق عند الاخلال الاختياري المضر بالمشترط)).[6]

شرح التعريف:

التزام: وهذه طبيعته كشرط ملزم.

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

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات، أثار الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص: 851.

[2] عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، أطروحة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983، ص: 09.

[3] طارق محمد مطلق أبو ليلى، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منصورة، 2001، ص: 08-09.

[4] صارة بن زايط، تعديل العقد أثناء تنفيذه في القانون المدني، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر، تخصص: قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور يحي فارس بالمدية، 2014/2013، ص: 44.

[5] أمجد ارحومة محمد الخويلدي، الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين " دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية"، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، 2016، ص: 60.

[6] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 07.

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

المضر: أي أنه يستوجب وقوع فعلي للضرر الذي يستحق الشرط الجزائي بسببه.[1]

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

ثالثا: التعريف القانوني

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

عرف المشرع الفرنسي الشرط الجزائي من خلال مادتين وهما: نص المادة **1126 ق.م** بنصها على أنه: **" الشرط الذي يفرض على أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ ".**[2]

أما نص المادة **1229 ق.م** فقد جاء على أنه: **" تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي ".**[3]

وعرفه المشرع المصري في نص المادة **223 ق.م** على أنه: **" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد 215 إلى 220 ".**[4]

وعرفه المشرع الليبي في نص المادة **226 ق.م** على أنه: **" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق ".**[5]

---

[1] محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، المرجع السابق، ص: 65-66.

[2] Article 1226 : la cause pénale est cella par la quelle une personne pour s'assurer l'exécution d'une convention s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.

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

[4] قانون رقم 131 لسنة 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري، منشور على موقع www.lcrdye.org.com.

[5] أمجد ارحومة محمد الخويلدي، المرجع السابق، ص: 59.

وعرفه المشرع الجزائري في نص المادة **183 ق.م** على أنه: **" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعي في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 ".**[1]

يتضح من خلال هذه النصوص القانونية أن التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري هو نفسه التعريف الذي جاء به القانون المدني المصري بحيث أنهما يتفقان على أن الشرط الجزائي عبارة عن اتفاق مسبق على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، أين يمكن أن يرد في العقد الأصلي أو في عقد لاحق شريطة أن يتم تقديره قبل وقوع الضرر لأنه إذا تم بعد حدوث الضرر فإنه يعتبر بمثابة صلح بين المتعاقدين، وهذا على عكس المشرع الفرنسي الذي اقتصر تعريفه على اعتبار الشرط الجزائي مجرد تعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن من جراء عدم تنفيذ العقد الأصلي.[2]

المطلب الثاني: خصائص الشرط الجزائي

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

الفرع الأول: الشرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض

في الأصل أن الغاية من الشرط الجزائي هو تخلص المتعاقدين من تحكم القضاء في تحديد قيمة التعويض في حالة الاخلال بالالتزام الأصلي، وذلك في عدم التنفيذ، أو التنفيذ المعيب، أو التأخر في التنفيذ، وتجنب بطء إجراءات التقاضي، وتحكم القضاء.[3]

أشارت إلى ذلك المادة 183 **من القانون المدني** على أنه: **" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق..."**[4]، فقد ترك المشرع حرية الاتفاق للطرفين في إعمال الشرط الجزائي وحرية تقدير التعويض الذي يريانه ولا يتصور أن يكون للشرط الجزائي مصدرا آخر غير الاتفاق كالقانون مثلا، فالجزاءات القانونية لا علاقة لها بهذا النظام القانوني وإن كانت ترمي إلى نفس أهداف الشرط الجزائي.

---

[1] أمر رقم 75-78 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
[2] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 08.
[3] طارق بهاء الدين العياشي، المرجع السابق، ص: 56.
[4] المادة 183، الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

وقد يدرج هذا الاتفاق في بند من بنود العقد المتضمن الالتزام الأصلي دون حاجة إلى اشتراط شكل معين لأن القانون لم يقيد الأطراف، وكل عبارة تدل على اتجاه نية الأطراف إلى إدراج الشرط الجزائي في العقد فهي مقبولة.[1]

ومنه فإن الشرط الجزائي عبارة عن اتفاق بين المتعاقدين، وعليه يجب أن يشتمل على الأركان العامة للتعاقد الواجب توفرها في أي عقد حتى يكون لقيام الشرط الجزائي صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية أن ينشأ بمقتضى اتفاق صحيح خالي من عيوب الإرادة[2]، المؤدية إلى بطلان العقد.[3]

ولكي تتحقق الطبيعة القانونية للشرط الجزائي كتقدير اتفاقي للتعويض، يجب أن يكون سابقا على الإخلال بالالتزام فالاتفاق اللاحق على تحقق الضرر يعتبر إما صلحا وإما تجديدا للدين يخلو من صفة التعويض التي يتميز بها الشرط الجزائي، هذه الصفة التي كرسها المشرع الجزائري صراحة متجاهلا الفكرة العقابية أو الجزائية وذلك باشتراطه وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي وهذا ما قضت به المادة **1/184 ق. م**[4] وكذا المادة **183** بإحالتها إلى تطبيق المواد **176** إلى **181** المتعلقة بالتعويض بمقابل لتطبيقها على الشرط الجزائي.

الفرع الثاني: الشرط الجزائي التزام احتياطي

يقصد بذلك أنه تنفيذ بطريق التعويض، بمعنى أنه اتفق عليه الطرفان احتياطيا فلا يكون للدائن الحق في التعويض إلا في حالة كان التنفيذ العيني غير ممكن أي مستحيلا وبعد إعذار المدين باعتباره شرطا أساسيا لاستحقاق التعويض ما لم يوجد ما يخالف ذلك.[5]

ولهذا لا يكون للدائن المطالبة بالالتزام الأصلي ما دام التنفيذ العيني ممكنا، وعليه فإن الشرط الجزائي ليس التزاما بدليا ذلك أنه في حالة كان الالتزام الأصلي ممكنا فإنه لا يجوز للمدين العدول عنه بتنفيذ الشرط الجزائي كبديل عنه، كما أنه ليس التزاما تخييريا لأن الدائن لا يكون له حق الاختيار بين الالتزام الأصلي والاحتياطي، لذلك فإنه لا يجتمع الشرط الجزائي مع التعويض لأنه مثل

---

[1] أسماء رخمة، الشرط الجزائي في العقود التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر شعبة الحقوق، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015/2014، ص: 09.

[2] عيوب الإرادة هي: الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال والغبن.

[3] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 14.

[4] انظر: تنص المادة 184 الفقرة الأولى على ما يلي: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

[5] صبرينة زياد، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائي، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق-تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2020/2019، ص: 11.

التعويض كما أنه لا يجتمع مع التنفيذ العيني إلا في حالة ما كان مشروطا كتعويض عن التأخير في التنفيذ.[1]

يتبين مما سبق أن الطابع الاحتياطي للشرط الجزائي مسألة عدم الجمع بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي، بحيث تهدف هذه القاعدة ألا يكون الشرط الجزائي وسيلة استغلال من أحد المتعاقدين لذا قررها ق.م. فرنسي في المادة **1229** منه ومنع الجمع بين الالتزام الأصلي والتعويض في الفقرة الثانية[2]، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة **176 ق.م.ج** بعد أن أحالت إليها المادة **183** من نفس القانون بنصها على أنه: **" إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ...".**[3]

يتضح من خلال نص المادة المذكورة أعلاه أن أمام الدائن خيار واحد وهو المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام ما دام هذا ممكنا أو التعويض المتفق عليه بصدد الشرط الجزائي، فالتعويض الاتفاقي ليس تخييرا ذلك لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكنا إلى تنفيذ التعويض الاتفاقي إذا توفرت شروطه كبديل عن الالتزام الأصلي، ومنه لا يجوز للدائن اختيار الشرط الجزائي والمطالبة به إلا في حالة امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام الأصلي أو أصبح التنفيذ العيني فيه إرهاق للمدين أو في حالة استحالة التنفيذ العيني أو تعذره في الزمن المتفق عليه.[4]

الفرع الثالث: الشرط الجزائي التزام تبعي

يتميز الشرط الجزائي بأنه التزام تبعي للالتزام الأصلي وجودا وعدما، فهو يهدف إلى تقدير التعويض المستحق في حالة الاخلال بالالتزام المتفق عليه أو التأخر في تنفيذه على هذا الأساس فهو ليس مستقلا عن الالتزام الأصلي، وباعتبار أن الشرط الجزائي جزء لا يتجزأ من العقد الأصلي فإنه يبطل العقد الأصلي وذلك يؤدي إلى بطلان الشرط الاتفاقي بصفة تبعية، وهو يرتب نفس الأثر في حالة فسخ العقد وانقضاء التزام المدين.[5]

بمعنى أنه لا يمكن أن يقوم وحده وإنما يكون دائما مستندا إلى التزام أصلي والالتزام الأصلي هو ذلك الالتزام الذي يتعهد المدين بتنفيذه لمصلحة الدائن وهذا الالتزام يقتضي تنفيذه عينا، إذ ليس للدائن أن يطالب بالتعويض إذا كان بدور المدين تنفيذ الالتزام عينا بل له أن لا يقبل به ما دام التنفيذ

---

[1] محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، د.ط، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2004، ص: 82.

[2] انظر: تنص المادة 2/1229 ق.م. ف على أنه: " لا يمكن المطالبة بالأصل والجزاء في نفس الوقت، إلا إذا كان نقرر للتأخير".

[3] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[4] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 17.

[5] العربي بلحاج، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، طبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص: 126-127.

العيني ممكنا، ذلك أن الشرط الجزائي التزام ثانوي وتابع للالتزام الأصلي وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها 63، جلسة 1971/03/25 على أنه: " الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي، إذ هو اتفاق جزاء الاخلال بهذا الالتزام، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي ومنه فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه، فإن استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن ".[1]

ويترتب لنا على صفة التبعية مجموعة من الأثار تتمثل في:

1- بطلان الالتزام الأصلي يؤدي بالضرورة إلى بطلان الشرط الجزائي بصفة تبعية له، فكلما كان محل الالتزام الأصلي باطلا لأي سبب من الأسباب كأن يكون المحل غير مشروع فإنه يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي بصفة تبعية له، وهذا ما أكدته المادة **1227**من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأن: **" بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي "** [2]، مثلا أن يتعهد شخص بتوريد أسرة لمحل دعارة والالتزام بدفع مبلغ معين على سبيل التعويض، فهنا يبطل التعويض بالشرط الجزائي لبطلان الالتزام الأصلي باعتباره مخالفا للأداب العامة[3]، ومثاله أيضا اتفاق شخصين على أن يرتكب أحدهما جريمة وعند ارتكابها يأخذ مبلغا من المال كمقابل لذلك، كذلك لو كان الالتزام الأصلي قابلا للإبطال وتمسك به من له العقد في ذلك فإن ذلك سيؤدي حتما إلى سقوط الشرط الجزائي تلقائيا بمجرد سقوط الالتزام الأصلي، كأن يكون أحد المتعاقدين ناقص الأهلية أو به عيب من عيوب الإرادة، والعكس من ذلك فبصحة الالتزام الأصلي كان الشرط الجزائي هو كذلك صحيحا.[4]

2- عند استحالة تنفيذ الالتزام الأصلي بسبب القوة القاهرة فإن ذلك يؤدي إلى سقوط الشرط الجزائي معه.

---

[1] شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والعقدية في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص: 284.

[2] محمد شتا أبو السعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص: 99.

[3] منير قزمان، المرجع السابق، ص: 106.

[4] محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ج2، المرجع السابق، ص: 80.

3- عند فسخ العقد المنشأ للالتزام الأصلي فإن سقوطه يسقط الشرط الجزائي ويفسخ هو كذلك، فلو أخل المدين بالتزامه واختار الدائن فسخ العقد دون أن يطالب أو يتمسك بالعقد وبقيمة الشرط الجزائي ففي هذه الحالة لا يمكن المطالبة بالشرط الجزائي والالتزام الأصلي تم فسخه، إلا إذا كان الهدف من الاتفاق على الشرط الجزائي هو جبر الضرر الذي يصيب الدائن في حالة الفسخ.

4- كذلك في حالة ما لحق الالتزام الأصلي إحدى الأوصاف كأن يكون معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل أو غيرها من الأوصاف، فإنها تلحق الشرط الجزائي كذلك بصفة تبعية للالتزام الأصلي.[1]

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي

لقد اختلف الفقهاء في تكييف الشرط الجزائي وتحديد طبيعته القانونية، فهناك من اعتبره ذو طابع تعويضي في (الفرع الأول)، وهناك من اعتبره ذو طابع عقابي في (الفرع الثاني)، والبعض الأخر اعتبره ذو طبيعة مركبة في (الفرع الثالث)، مبررا في ذلك كل منهم رأيه بحجج تؤيد موقفه، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

الفرع الأول: الشرط الجزائي ذو طابع تعويضي

يرى جانب من الفقه أن الشرط الجزائي ذو طابع تعويضي تعاقدي ذلك بأنه تعويض متفق عليه مسبقا في العقد ذاته أو عقد لاحق له على أن يتم التعويض في حالة كان هناك إخلال بالالتزام.[2]

كما أن الشرط الجزائي لا يعد السبب في استحقاق التعويض بمعنى أنه لا يعتبر مصدرا للتعويض حيث لا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض، وإنما هو مجرد التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين. وتظهر الوظيفة التعويضية للشرط الجزائي بصفة خاصة عندما يكون التعويض المتفق متساويا مع حجم الضرر المحقق والمتوقع حدوثه من قبل، وبهذه الصفة التعويضية للشرط الجزائي فإنها تظهر فائدته وأهميته في استبعاد القاضي في تقدير التعويض وكذلك إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر الذي أصابه.[3]

وبما أن الشرط الجزائي هو عبارة عن مبلغ تعويضي محدد مسبقا قبل وقوع الضرر المتوقع فإنه يتم تحديده جزافيا من قبل المتعاقدان، كما أن الشروط التي يجب توفرها في التعويض الاتفاقي

---

[1] محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص: 81.

[2] إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، ص: 73.

[3] محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص: 87.

هي ذات الشروط المستحقة في التعويض وهي الخطأ، الضرر، العلاقة السببية والإعذار [1]، لأنه في النظرية العامة للتعويض يقتضي إثبات الخطأ والعلاقة السببية، وبما أن الخطأ لا يثير إشكالا وذلك لأنه يقوم بعد اعذار المدين لكن الضرر يثير صعوبة من حيث الاثبات لذلك يرى أنصار هذا الرأي أن الدائن يعفى من إثبات الضرر لأنه يستحق التعويض حتى ولو لم يسبقه ضرر.[2]

الفرع الثاني: الشرط الجزائي ذو طابع عقابي

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن طبيعة الشرط الجزائي هي طبيعة عقابية ويظهر ذلك من خلال تسميته بالشرط الجزائي، كونه جزاء يتعرض له المدين وذلك لعدم تنفيذه لالتزامه وإخلاله به.[3]

ويرى الأستاذ **" LOBIARE "** والأستاذ **" MITOU et MOGUE "** أن الوضعية العقابية للتعويض الاتفاقي هي التي تعطيه الأهمية العملية وتميزه عن نظرية التعويض، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ **" LOBIARE "** : ((أن التعويض الاتفاقي كعقوبة لجريمة مدنية يحقق للمتعاقدين الضمان والأمن))، ويقول الأستاذ **" MITOU "** أيضا أن: ((التعويض الاتفاقي كعقوبة))، إلا أن هذين الفقيهين لم يحددا الوظيفة العقابية للتعويض الاتفاقي التي يقصد بها الضغط والتهديد الذي يحدثه المبلغ المرتفع في روح المدين، وتدفعه إلى تنفيذ التزامه عينا ويرجع الفضل في تحديد هذه الوظيفة العقابية إلى الفقيه **" BLANIOUL "** الذي يتوقف في رأيه إلى المبلغ المتفق عليه سواء كان هذا المبلغ مرتفعا أو تافها.[4]

ومثال ذلك أنه كثيرا ما تتضمن لائحة المصانع شروط جزائية تقضي بخصم مبالغ معينة من أجرة العامل جزاء الإخلال بالتزامه.[5]

وترجع الطبيعة الجزائية والعقابية للشرط الجزائي إلى الرومان فقد كانوا يعتبرون أن المتعهد لا ينفذ الالتزامات الواقعة على عاتقه تعتبر جرما، ولم تكن غايتهم تقتصر على الضرر فقط الناتج عن عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه أو إخلاله به، وإنما يعتبر أيضا قمع للجرم الذي ارتكبه المدين بعدم تنفيذه ما يقع على عاتقه من التزامات.[6]

---

[1] صبرينة زياد، المرجع السابق، ص: 17.

[2] العيد بورنان، دور القاضي في التعويض الاتفاقي، بحث من أجل نيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014، ص: 30.

[3] محمد علي منصور، النظرية العامة للالتزام- أحكام الالتزام، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص: 68.

[4] عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص: 80-81.

[5] المرجع نفسه، ص: 69.

[6] محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص: 91.

وقد جاء القانون الروماني بالشرط الجزائي ليس فقط من أجل تقدير التعويض المتفق عليه في حالة إخلال أحد الطرفين بالتزامه وإنما أيضا السماح باسترداد تلك التعويضات لذلك كان الشرط الجزائي عقوبة خاصة لا علاقة لها بنظام التعويض.

ويمكن القول بأن الشرط الجزائي سمي هكذا لأنه غالبا ما يكون مبلغ التعويض المتفق عليه أكبر من حجم الضرر الحاصل نتيجة الإخلال بالالتزام، وهو يعتبر كجزاء أو غرامة تدفع المدين إلى تنفيذ التزامه حسب ما هو وارد في العقد دون الاخلال به.[1]

إلا أن هذه الطبيعة لم تعد موجودة في القانون الحديث وليس لها إلا وجود استثنائي محدد حيث يقوم الشرط الجزائي بضمان تنفيذ الالتزام الأصلي.

الفرع الثالث: الشرط الجزائي ذو طبيعة مركبة

في حين يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشرط الجزائي ذو طبيعة مزدوجة وذلك بجمعه بين الموقفين السابقين، فحسب هذا الرأي يعتبر الشرط الجزائي في نفس الوقت تعويض وعقوبة، وقد تبنى هذه النظرية الفقهية الألماني **" KOUZASHE " الذي** اعتبر الشرط الجزائي عقوبة تعويضية.

كما قال بها أيضا الفقيه **" AGITIE"** حيث جاء في رسالته ما يلي:**" أن استبعاد الطابع التعويضي للشرط الجزائي أو استبعاد طابعه العقابي هو موقف متطرف، بل أن جمع الموقفين الذين يكونان الموضوع ونقيضه قد يعطي الحل الصحيح من الناحية النظرية ".**[2]

أما موقف المشرع الجزائري اتجه إلى أن الطبيعة القانونية للشرط الجزائي هو ذو طبيعة تعويضية، ويتضح ذلك من خلال اشتراطه تحقق الضرر بهدف استحقاق الشرط الجزائي المتفق عليه مستقبلا [3]، ويظهر ذلك في نص المادة **1/184 ق.م.ج** على أنه: **" لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر... "**[4] هذا من جهة، ومن جهة أخرى قرر تطبيق أحكام التنفيذ بالتعويض على الشرط الجزائي.[5]

[1] صبرينة زياد، المرجع السابق، ص: 18.
[2] العيد بورنان، المرجع السابق، ص: 31.
[3] عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص: 90-91.
[4] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.
[5] عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 91-92.

يظهر لنا أن طبيعة الشرط الجزائي تبدأ اتفاقية تعويضية وتنتهي بكونها اتفاقية تهديدية هادفة إلى استخدام التهديد بالاتفاق من أجل التعويض عن ضرر تحقق فهي تبدأ ثنائية الطبيعة لتنتهي ثلاثية الطبيعة تعويضية، تهديدية جزافية.[1]

ومن خلال التعريفات القانونية للشرط الجزائي المختلف يمكن أن نستخلص النقاط التالية التي تبين الطبيعة القانونية المختلطة للشرط الجزائي مع العلم أن القوانين المختلفة سواء كانت العربية أو الغربية اختلفت طبيعته والتي كالتالي:

- أنه تعويض اتفاقي احتمالي جزافي له بعض أثار العقوبة يجوز أن يزيد عن قدر الضرر المتوقع زيادة فاحشة وبه أخذ القانون المصري المادة **224**، والمشرع الجزائري في المادة **183** وتبعته أكثر القوانين العربية.
- أنه تعويض اتفاقي احتمالي عن الضرر المتوقع ومساوي له وأخذ به القانون الأردني والإماراتي وقانون المعاملات المدنية لسلطنة عمان.
- أنه مجرد اتفاق على التعويض لا علاقة له بالضرر وأخذ به القانون الفرنسي والمغربي والذي يجيز للقاضي تخفيض وزيادة قيمة الشرط الجزائي والقانون اللبناني.[2]

[1] علال قاشي، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة-، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة لونسي علي، البليدة 2، 2020/01/08، ص: 2256.
[2] محمد العزيز بن سعد اليمني، المرجع السابق، ص: 24-25.

المبحث الثاني: أنواع الشرط الجزائي وتمييزه عما يشابهه من الأنظمة الأخرى

في هذا المبحث سنتناول مطلبين، وهما أنواع الشرط الجزائي في (المطلب الأول)، ثم تمييز الشرط الجزائي عما يشابهه من الأنظمة الأخرى في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أنواع الشرط الجزائي.

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

الفرع الأول: الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ

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

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

---

[1] انظر: المادة 176 ق.م.ج: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

[2] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 09.

الفرع الثاني: الشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ

يهدف الشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ إلى تعويض الضرر الناتج عن تأخر المدين في تنفيذ الالتزام الأصلي، ويقدر هذا التعويض في شكل نسبة مئوية يتقاضاها الدائن عن كل يوم أو أسبوع أو شهر تأخير، ونجد هذا النوع من التعويض كثيرا في مجال القانون الإداري وعلى الخصوص العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع المتعاقد معها في إطار الصفقات العمومية.[1]

يمكن مثلا للأطراف المتعاقدة أن يحددوا مبلغا عن كل يوم تأخير كتسليم شقة مشفرة، باعتبار أن تساوي الشقة مقيم في فندق مضطر لدفع إيجار غرفته طالما أنه لم يستلم الشقة، ومنه فإن اتفقا عليه بموجب الشرط الجزائي.

وفي حالة ما إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه فإنه لا يمكن المطالبة بقيمة الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ الكلي للالتزام لأنه يصبح بدون محل، فمثلا فلو عهد شخص إلى مقاول ببناء مجموعة من محلات تجارية واتفقا على شرط جزائي للتأخر في تسليم المحلات، فلا يمكن لصاحب المحلات التجارية أن يطالب بالشرط الجزائي لتهدم المحلات لأن سوء البناء يمكن اعتباره كعدم تنفيذ الالتزام وليس تأخير في التنفيذ، والعكس صحيح إذا تقرر شرط جزائي لعدم التنفيذ فلا يجوز المطالبة بهذا الشرط لتعويض الضرر الناتج عن التأخير في تنفيذ هذا الالتزام، ومثال ذلك أن يتفق الطرفان على شرط جزائي لضمان سلامة سلعة معينة فلا يمكن المطالبة به إذا وصلت السلعة متأخرة.[2]

الفرع الثالث: أثار التمييز بين نوعي الشرط الجزائي

يعود تحديد نوع الشرط الجزائي إلى اتفاق الأطراف، وفي حالة عدم تحديد نوعه فإن القضاء الفرنسي يذهب إلى أن مسألة تحديد نوع الشرط الجزائي ما إذا كان مقرر لعدم التنفيذ أو للتأخير في التنفيذ هي مسألة واقع ولقضاء الموضوع البحث عن النية المشتركة للطرفين، ولقد اقترح الفقه معيارا للتمييز بينهما على قيمة الشرط الجزائي فهو مادي، مقتضاه أنه إذا كان مبلغ الشرط الجزائي يقارب قيمة الالتزام الأصلي فهو تعويض عن عدم التنفيذ لأنه يهدف إلى حلوله محل التنفيذ العيني للالتزام الأصلي، أما إذا كان مبلغ الشرط الجزائي يقل عن مبلغ الالتزام الأصلي بدرجة كبيرة فيمكن اعتباره مقرر للتأخير في التنفيذ، وما يميزه أنه يقدر بنسبة مئوية معينة مقترنة بفترة زمنية معينة يحددها الطرفان، ويمكن أن يجمع بين النوعين في ذات الشرط.[3]

المطلب الثاني: تمييز الشرط الجزائي عما يشابهه من الأنظمة الأخرى

---

[1] المرجع نفسه، ص: 10.
[2] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 11.
[3] المرجع نفسه، ص: 10-11.

إن من أهم المسائل التي تواجه القاضي في حله للنزاعات مسألة التكييف خاصة وأنه ملزم بإعطاء الوصف القانوني الصحيح دون التقيد بما ذهب إليه الأطراف من تسمية، ويلاحظ بأن هناك العديد من الأنظمة القانونية التي يمكن أن تختلط مع الشرط الجزائي مما يمكن أن يؤدي إلى وقوع اشكال، لذا يتوجب علينا التمييز بينهما وبين هذا الأخير، وهي تمييز الشرط الجزائي عن العربون في (الفرع الأول)، تمييز الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية في (الفرع الثاني)، ثم تمييز الشرط الجزائي عن الصلح في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تمييز الشرط الجزائي عن العربون

يتميز الشرط الجزائي عن العربون، في أنه علينا بيان تعريفه وبيان أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

أولا: تعريف العربون

عرف بأنه، أن يدفع المشتري إلى البائع جزءا من الثمن قبل العقد أو في إثنائه على أنه إن تم البيع فهو من الثمن وإلا فهو للبائع لا يرجعه المشتري[1]، وفقا للتعريف الفقهي هو عبارة عن مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين أثناء التعاقد، فهو جزء من الثمن المعجل، أو يقدم كضمان، أو من أجل الإثبات، أو كمقابل للعدول عن العقد سواء كان العدول فردي أو متبادل [2]، أما المشرع الجزائري فهو لم يعرف العربون.[3]

ثانيا: أوجه التشابه

يجوز لأحد المتعاقدين أن يدفع مالا للمتعاقد الأخر لضمان تنفيذ الالتزام في كل من الشرط الجزائي والتعويض الاتفاقي.[4]

يتشابه كل من العربون والشرط الجزائي [5]، أن كلا منهما لا يثور الحث فيه إلا عند تنفيذ الالتزام التعاقدي من قبل أحد الأطراف.

ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالشرط الجزائي أو العربون إذا كان التنفيذ العيني ممكنا، إلا إذا كان ذلك مرهقا للمدين شريطة ألا يلحق به ضرر جسيم جراء الحكم بالتعويض.

كلاهما لا يستحقان إذا ما جرى فسخ العقد برضا الطرفين المتعاقدين أو استحال تنفيذ العقد لسبب أجنبي، كذلك كلا منهما يمتاز بطابع التبعية للعقد الأصلي، أو للاتفاق الأصلي.[6]

---

[1] أمجد ارحومة محمد الخويلدي، المرجع السابق، ص: 104.
[2] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، د.ط، موقع النشر، الجزائر، 2010، ص: 142.
[3] المرجع نفسه، ص: 141.
[4] أمجد ارحومة محمد الخويلدي، المرجع السابق، ص: 109.
[5] صبرينة زياد، المرجع السابق، ص: 13.
[6] طارق بهاء الدين العياشي، المرجع السابق، ص: 52-53.

إن كل من العربون والشرط الجزائي يقصد منه سلامة العقود من التلاعب بها، وحث المتعاقد على التنفيذ، وذلك بتخويفه من مغبة عدم التنفيذ، لأن هذا يعرضه لخسارة العربون، أو دفع الشرط الجزائي.[1]

إن كل من الشرط الجزائي والعربون تقديرا للتعويض في حالة العدول عن تنفيذ التزامه.[2]

ثالثا: أوجه الاختلاف

يختلف العربون عن الشرط الجزائي من حيث أن العربون كمقابل لحق العدول عن إبرام العقد كأن يتراجع المشتري عن إبرام عقد البيع، ففي هذه الحالة يفقد المشتري العربون الذي دفعه للبائع، أما إذا عدل البائع فإنه يدفع العربون ومثله للمشتري، وفقا لما نصت عليه المادة **72 مكرر** من القانون المدني الجزائري.[3]

كما يختلفان أيضا من حيث أنه لا يجوز تخفيض العربون، إذا لم يكن متناسبا مع الضرر الذي لحقه المتعاقد الأخر نتيجة العدول سواء كانت قيمة العربون أكبر من الضرر المحقق أو أقل منه، كما يمكن ألا يكون هناك ضرر نهائيا، بينما الشرط الجزائي فإنه يشترط تحقق الضرر بالنسبة لأحد المتعاقدين حتى يمكن إعمال التعويض المتفق عليه وبالتالي يمكن تخفيض التعويض حتى يتناسب مع الضرر المحقق إذا كان التعويض أكبر من الضرر [4]، وفقا لنص المادة **184 ق.م. ج.**[5]

ويختلف كذلك كل منهما عن الأخر من حيث أنه لا يمكن تنفيذ الالتزام الأصلي في العربون حتى ولو كان ممكنا ويدفع العربون بدلا منه بينما في الشرط الجزائي فهو لا يعتبر التزاما بدليا ولا تخييريا.[6]

فلا يكون للدائن أو المدين الاختيار والمطالبة إما بتنفيذ الالتزام الأصلي أو الشرط الجزائي، بل يكون له فقط أن يطلب تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام ممكنا [7]، كما أن استحقاق الشرط الجزائي أو

---

[1] محمد عبد العزيز بن سعد اليمني، المرجع السابق، ص: 149.

[2] أمجد ارحومة محمد الخويلدي، المرجع السابق، ص: 109.

[3] أنظر: المادة 72 مكرر: " يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعادين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك

- فإذا عدل من دفع العربون فقده. – وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو يرتب على العدول أي ضرر.

[4] صبرينة زياد، المرجع السابق، ص: 14.

[5] انظر: المادة 184، الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[6] محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص: 77.

[7] نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام، د.ط، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص: 79.

التعويض الاتفاقي يكون بعد دخول العقد مرحلة التنفيذ وليس قبل ذلك، بينما إذا نظرنا إلى العربون من حيث كونه دليلا على جواز العدول عن العقد فإن استحقاقه يكون قبل التنفيذ وليس بعد ذلك.[1]

العربون يتفق عليه وقت العقد ولا يتصور بعده، أما الشرط الجزائي فيجوز بعد العقد في اتفاق لاحق قبل وقوع الضرر.[2]

من حيث سلطة القاضي فالعربون لا يجوز للقاضي تعديله، أما الشرط الجزائي فإنه يجوز للقاضي تعديله بالزيادة والنقصان ليتناسب مع الضرر الحاصل فعلا.[3]

الشرط الجزائي لا يؤدي إلى فسخ العقد، بل يبقى المتعاقد الذي أخل بتنفيذ التزامه ملزما بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكنا، أما العربون فيؤدي إلى فسخ العقد والرجوع فيه.[4]

الفرع الثاني: تمييز الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية

مما تقدم يتضح بأن الغرامة التهديدية أو التهديد المالي يشبه الشرط الجزائي في بعض الأمور ويختلف في أمور أخرى، لذا سيتم التطرق إلى تعريف الغرامة التهديدية وتحديد أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بينهما كما يلي:

أولا: تعريف الغرامة التهديدية

مقتضى هذه الوسيلة أن يصدر القاضي حكما يوجب على المدين تنفيذ التزامه عينا خلال مدة معينة، فإن تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة هذا التأخير، وتكون في صورة مبلغ معين من كل يوم أو أسبوع أو شهر (وحدة زمنية معينة) وذلك حتى يمتنع نهائيا من الإخلال [5]، ما يميزها أنها غير محددة المقدار، بحيث تخضع للتقدير التحكيمي للقاضي الذي يحكم بها.[6]

من هنا يفهم أن الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على الملتزم والتغلب على عناده، ليحمل على تنفيذ التزامه، فهي وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري، ولهذا تتفق مع الإكراه البدني على تنفيذ الالتزام ولذلك فهذا التهديد المالي قد ينجح وقد لا ينجح تبعا لما انتهى إليه المدين من تنفيذ التزامه أو الإصرار على عدم التنفيذ، والسند القانوني لهذا التهديد المالي لا يوجد في التقنين المدني الفرنسي ولا يوجد في التقنين المدني المصري السابق، بل استند القضاء الفرنسي بطريق غير مباشر إلى المادة **1036** من تقنين المرافعات الفرنسي، وقد جاء فيها: **" فالحكم الصادر بالغرامة التهديدية هو أمر**

---

[1] هشام إبراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي، الشرط الجزائي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، طبعة 2011، المركز القومي للإصدارات القانونية 54 ش. علي عبد اللطيف- الشيخ ريحان – عابدين، ص: 64.

[2] محمد عبد العزيز بن سعد اليمني، المرجع السابق، ص: 151.

[3] طارق مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص: 73.

[4] أمجد ارحومة محمد الخويلدي، المرجع السابق، ص: 108.

[5] هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص: 91-92.

[6] عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص: 21.

يصدر من المحكمة بما لها من سلطة الأمر لا بما لها من ولاية الحكم للمدين المتعنت الممتنع عن تنفيذ التزامه بتنفيذ هذا الالتزام، فإن لم يفعل فجزاؤه على العصيان غرامة تهديدية ".

وهذ النص الذي استند إليه القضاء الفرنسي قصد به بسط سلطة القاضي في إدارة الجلسة، وهو قضاء اجتهادي لا سند له في النصوص التشريعية، فنظرية التهديد المالي نظرية خلقها القضاء لا المشرع.

ولكن القانون المصري الجديد أوجد السند التشريعي لنظرية التهديد المالي، فقد ذكر في المادة **213**: **" 1- إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ، ويدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك.**

2- وإذا رأى القاضي إن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة ".

ونصت المادة **214** على أنه: **" إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين، مراعيا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين ".**

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد نص على هذه الغرامة التهديدية في المادة **174** على أنها: **" إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ، وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك.**

وإذا رأى القاضي مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة ". يتضح أن المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح الغرامة الاجبارية بدلا من الغرامة التهديدية.[1]

ثانيا: أوجه التشابه

تتشابه الغرامة التهديدية مع الشرط الجزائي، أن كل منهما لا يثار الحث فيه إلا في حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه، فكلاهما يهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزام.[2]

وكل منهما يمتاز بطابع جزائي فهو يعتبر كذلك وبشكل دائم في الغرامة التهديدية، في حين يتسم به الشرط الجزائي عندما يتجاوز المبلغ المحدد به، الضرر الفعلي.[3]

---

[1] Http:// www.bibiotdroit.com، تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2021/06/10، على الساعة 18:01.
[2] طارق محمد مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص: 65.
[3] طارق بهاء الدين العياشي، المرجع السابق، ص: 51.

كما يتشابهان أيضا من حيث أنه يجوز للقاضي التدخل من خلال تخفيض الغرامة التهديدية إذا تم تحويلها إلى تعويض نهائي، وهو نفس الأمر بالنسبة للشرط الجزائي حيث يقوم القاضي بتخفيضه إذا رأى أن تقديره من قبل الطرفين كان مفرطا ويتجاوز حجم الضرر.[1]

ثالثا: أوجه الاختلاف

يختلف الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية في أن هذه الأخيرة مصدرها حكم القاضي، ويتم الحكم بها عند امتناع المدين عن تنفيذ التزامه [2]، أما الشرط الجزائي فهو تعويض يقدره الطرفان مقدما عن الضرر محتمل الوقوع ويضمنه في العقد أو في اتفاق لاحق.[3]

كذلك نجد أن الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني بينما الشرط الجزائي فهو تنفيذ بمقابل، والغرامة التهديدية حكم مؤقت يستعمل لتهديد المدين والحكم بها لا يقبل التنفيذ إلا إذا حولت إلى تعويض نهائي وفي هذه الحالة فإنه يتم تخفيض الغرامة التهديدية.[4]

الغرامة التهديدية تقدر عن كل وحدة من الزمن يوم أو أسبوع أو شهر أو كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه، أما الشرط الجزائي فلا يقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضا عن تأخير المدين في تنفيذ التزامه، فإذا كان تعويضا عن عدم التنفيذ فإنه يقدر عادة مبلغا مقطوعا.[5]

يمكن الجمع بين الغرامة التهديدية والتعويض، في حين لا يمكن الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني، إلا إذا كان متفقا عليه لحالة التأخر في تنفيذ الالتزام.[6]

الفرع الثالث: تمييز الشرط الجزائي عن الصلح

لتمييز الشرط الجزائي عن الصلح يتعين علينا تعريف الصلح ثم بيان أوجه التشابه وأوجه الاختلاف.

أولا: تعريف الصلح

الصلح في اللغة هو إنهاء الخصومة فنقول صالحه وصلاحا إذا صالحه وصافاه، ونقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق وصلح الشيء إذا زال عنه الفساد.[7]

---

[1] صبرينة زياد، الرجع السابق، ص: 15.
[2] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص: 80.
[3] هشام إبراهيم توفيق، المرجع السابق، ص: 109.
[4] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص: 80.
[5] أمجد ارحومة محمد الخويلدي، المرجع السابق، ص: 114.
[6] طارق محمد مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص: 66.
[7] Http:// www.qawaneen.blogspot.com، تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2021/06/06،على الساعة 19:41.

لقد عرف المشرع الجزائري الصلح في نص المادة **459 ق.م.ج** حيث جاء في المادة: **" الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه ".**[1]

وبالرغم من تعدد تعريفات الصلح من قبل الفقهاء إلا أنها جميعا تتفق بأن الصلح هو طريقة ودية لإنهاء النزاع والاختلاف يكون فقط من ناحية اعتباره عقد أو جزاء وإن كان النص القانوني يعرفه كعقد، فإنه بالنظر إليه كإجراء أو كما يسمى بالصلح القضائي فقد عرف كالاتي: **" هو الإجراءات التي تفرضها بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم بالحضور أمام القاضي ومحاولة تقريب وجهات نظرهم بعد إقامة الدعوى وخصوصا مسائل الطلاق والفراق ".**[2]

ثانيا: أوجه التشابه

يتشابه كل من الصلح والشرط الجزائي في أن كلاهما عبارة عن اتفاق يتم بإرادة الطرفين، وبالتالي فإنهما يشترطان توفر الأركان العامة للتعاقد التي تتمثل في كل من الرضا والمحل والسبب والأهلية.[3]

بالإضافة كذلك إلى أن كلاهما يعتبر التزام تابع للالتزام الأصلي، سواء كان مصدر الالتزام عقد أو عمل غير مشروع، كما أنهما يشتركان أيضا من ناحية إثارتهما إذ كل منهما لا يثار الحث فيه إلا بعد وقوع الضرر لأحد الأطراف بسبب عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ من الطرف الأخر.[4]

ثالثا: أوجه الاختلاف

يختلف الشرط الجزائي عن الصلح من حيث أن الصلح يتم الاتفاق عليه بعد وقوع الضرر، أي أنه لكي يتم الاتفاق على الصلح يفترض وجود نزاع قائم بين الطرفين، وذلك بوجود دعوى معروضة أمام القضاء، والنزاع قائم قد يتعلق بالمطالبة بتعويض ناشئ عن مسؤولية عقدية كما يجوز الصلح في نزاع متعلق بالمسؤولية التقصيرية، وهذا عكس الشرط الجزائي الذي يتم الاتفاق على مقداره مسبقا قبل وقوع الضرر.[5]

كنتيجة لهذا التمييز يمكن القول إن الشرط الجزائي نظام قانوني قائم بنفسه أي هو نظام مستقل بأحكام خاصة والتي قننتها معظم التشريعات التي تأخذ به في منظوماتها القانونية، ومن ضمن هذه

[1] الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.
[2] صبرينة زياد، المرجع السابق، ص: 12.
[3] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 38.
[4] طارق محمد مطلق أبو ليلى، المرجع السابق، ص: 62.
[5] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 38-39.

التشريعات نجد التشريع الجزائري الذي قنن أحكام الشرط الجزائي في القانون المدني في الفصل الثاني تحت عنوان التنفيذ بطريق التعويض من الباب الثاني تحت عنوان الالتزامات والعقود.

خـــلاصـــة الـــفـــصـــل الأول:

لقد تطرقنا في الفصل الأول إلى مجموعة من النقاط تحيط بموضوعنا المعنون بالشرط الجزائي في العقود التجارية، بداية بمختلف التعريفات الفقهية والقانونية للشرط الجزائي التي اتفقت مجملها على تعريفه بأنه عبارة عن تعويض اتفاقي بين الأطراف المتعاقدة، وبعد عرضنا لتعريفه نتوصل إل أنه يمتاز بعدة خصائص جاء بها لضمان تنفيذ الالتزام التعاقدي فيعتبر بهذه الصفة التزام تابع للالتزام الأصلي.

وبخصوص الطبيعة القانونية للشرط الجزائي فقد اعتبره المشرع الجزائري تعويضا وذلك من خلال اشتراطه تحقق الضرر بهدف استحقاق الشرط الجزائي المتفق عليه مسبقا، وأيضا من خلال إخضاعه لذات الأحكام والقواعد التي تحكم التعويض بمقابل.

وللشرط الجزائي نوعين بحيث يحكم القاضي بالتعويض على المدين في حالة استحالة التنفيذ العيني يكون إما لعدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، ونظرا لتعدد المفاهيم التي قد تؤدي لاختلاط بعضها بالشرط الجزائي نجد أن لهذا الأخير ما يميزه عنها من الأحكام التي يخضع لها وبالتالي عدم وجود ما يؤدي إلى الخلط بينه وبين تلك المصطلحات المشابهة له.

الـــفـــصـــل الـــثـــانـــي:
الأثـــار الـــمـــتـــرتـــبـــة
عـــلـــى إعـــمـــال الـــشـــرط
الـــجـــزائـــي

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على إعمال الشرط الجزائي

إن نطاق تطبيق الشرط الجزائي لا يتعدى نطاق المسؤولية التعاقدية، وللبحث عن هذا النطاق لابد من طرح السؤال الآتي:

هل يمكن استعمال الشرط الجزائي في كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية؟

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

ومنه قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا مجالات إعمال الشرط الجزائي وشروط استحقاقه في (المبحث الأول)، والرقابة القضائية على الشرط الجزائي في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مجالات إعمال الشرط الجزائي وشروط استحقاقه

يعد الشرط الجزائي تعويضا اتفاقيا يقع على عاتق المدين الذي أخل بالتزاماته التي تعهد بها، وينتج عن هذا الإخلال ضرر يصيب الدائن، إذ يعطيه الحق في التعويض لجبر ضرره.

لاستحقاق الشرط الجزائي يستوجب عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام الأصلي في الوقت المحدد لذلك.

ومما سبق قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، تناولنا مجالات إعمال الشرط الجزائي في (المطلب الأول)، وشروط استحقاق الشرط الجزائي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مجالات إعمال الشرط الجزائي

مجال إعمال الشرط الجزائي هو ذلك الإطار الذي يدخل في تطبيقه وللوصول إلى ذلك ومعرفته سنرى مدى إعمال هذا الأخير في إطار المسؤولية التقصيرية كذلك، لذا سنعرض مجال إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية في (الفرع الأول) ثم مجال إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية

نظرا لما للشرط الجزائي من أهمية تعود على المتعاقدين فإنه يلاحظ أن البنود الجزائية قد أصبحت مدرجة في مختلف أنواع العقود، فالعمل بالشرط الجزائي في نطاق المسؤولية العقدية يعتبر المجال الطبيعي- حسب غالبية الفقهاء- وهو ما أقر عليه المشرع الجزائري في نص المادة **183 ق.م. ج**[1]، ويتميز الشرط الجزائي بوجوده في مختلف الالتزامات التعاقدية مهما كانت طبيعتها بعوض أو تبرعية، وعلى هذا الأساس قسمنا هذا الفرع إلى:

أولا: الشرط الجزائي في عقود المعاوضة.

ثانيا: الشرط الجزائي في العقود التبرعية.

ثالثا: تطبيقات الشرط الجزائي في بعض العقود

[1] أنظر المادة 183 من القانون المدني الجزائري.

أولا: الشرط الجزائي في عقود المعاوضة

عقود المعاوضة هي تلك العقود التي يكون فيها لكل من الأطراف المتعاقدة مقابلا لما أعطى من وجود الشرط الجزائي [1]، حيث سبق الإشارة إلى أن للشرط الجزائي أهمية بالغة لاسيما من حيث اختصاره للوقت والمصاريف وتفاديه لطول الإجراءات لهذا يعرف انتشارا في مختلف أنواع العقود وللوقوف على مجال إعماله لابد من التمييز بحسب كل صورة من صور الالتزام وتبين مدى إمكانية استعماله فيها.

1- الالتزام بالإعطاء:

هو ذلك الالتزام الذي يتمثل في نقل ملكية أو أي حق عيني آخر بحيث أنه يمكن أن يكون محل الالتزام بإفراز الشيء، وفي حالة ما امتنع المدين عن تنفيذ التزامه فإن في هذه الحالة يجوز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ويكون ذلك بعد أمر من القاضي كما يمكنه المطالبة بقيمة الشيء دون أن يمس ذلك بحقه في المطالبة بالتعويض، وعلى هذا الأساس فإنه يتضح بأنه يمكن للطرفين الاتفاق مسبقا على التعويض في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزامه. [2]

2- الالتزام بعمل:

عرفه الفقه بأنه: **" كل نشاط يتعين على المدين أن يقوم به ولا يكون من شأنه نقل الملكية أو حق عيني آخر ".[3]**

وينقسم الالتزام بعمل إلى نوعين: الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة.

أ. **الالتزام ببذل عناية:** العناية هي تلك التي يبذلها المدين من أجل تنفيذ التزامه، ولقد حدد القانون المعيار المعتمد عليه في هذه الأخيرة والمتمثل في تلك العناية التي يبذلها الرجل العادي في تنفيذ الالتزام، وعليه لم يقم المدين ببذل الجهد الكافي الذي عليه فإنه لا يكون قد نفذ التزامه وبالتالي يكون على الدائن اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية والمطالبة بالتعويض، غير أنه يمكن للطرفين الاتفاق مسبقا على الحصول على تعويض في حالة

[1] صبرينة زياد، المرجع السابق، ص: 29.
[2] عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص: 98.
[3] المرجع نفسه، ص: 99.

إخلال المدين بما يقع عليه من التزامات وفي هذه الحالة يظهر دور الشرط الجزائي باعتباره وسيلة فعالة لضمان تنفيذ الالتزام. [1]

ب. **الالتزام بتحقيق نتيجة:** في الالتزام بتحقيق نتيجة قد يكون التنفيذ العيني ممكنا دون تدخل المدين شخصيا أين يمكن اللجوء إلى التنفيذ الجبري وهنا تظهر فعالية الشرط الجزائي كما تظهر في الحالة التي يتطلب فيها الالتزام تدخل المدين شخصيا، أين يعمل بالغرامة التهديدية للتغلب على تعنت المدين وهذا الطريق لا يؤدي بصورة مطلقة إلى تحقيق الفائدة المرجوة وهي التنفيذ العيني بحيث لو أصر المدين على عدم التنفيذ لم يعد لهذه الوسيلة مجال للبقاء وليس أمام الدائن إلا أن يلجأ القاضي طالبا تصفيتها في صورة تعويض نهائي وبدل ذلك يختار الأطراف اللجوء إلى الشرط الجزائي. [2]

3- الالتزام بالامتناع عن عمل:

يعتبر الالتزام بالامتناع عن عمل من إحدى صور الالتزام ويقصد به هو أن يتخذ المدين وضعا سلبيا، حيث يكون محل التزامه بالامتناع عن القيام بعمل معين.[3]

ويعتبر المدين في هذه الحالة قد وفى بالتزامه مادام ممتنعا عن القيام بذلك العمل، أما في حالة قيامه بذلك العمل الواجب عليه الامتناع عنه فإنه عندئذ يكون قد أخل بالتزامه.[4]

وما يميز الإخلال بالالتزام المتمثل في الامتناع عن عمل هو أنه قد ينتج عن مخالفته آثار مادية يمكن إزالتها [5]، ويعد بيان الصور التي يمكن أن يتضمنها الالتزام فإنه يتضح بأنه يمكن الاتفاق على الشرط الجزائي في مختلف صور الالتزام سواء كان التزاما بإعطاء أو التزاما بالقيام بعمل، أو التزاما بالامتناع عن عمل.[6]

ثانيا: الشرط الجزائي في العقود التبرعية

الشرط الجزائي لا يقتصر وجوده فقط في عقود المعاوضة فهو يمتد أيضا ليشمل العقود التبرعية، ويقصد بهذه الأخيرة تلك العقود التي لا يأخذ فيها المتعاقد مقابلا لما يعطيه ولا يعطي فيه

[1] عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص: 99-100.
[2] سعيدة باشا، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر، قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017-2018، ص: 23.
[3] https://www.staritimes.com، تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2021/05/08 على الساعة 12:18.
[4] عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص: 101.
[5] صبرينة زياد، المرجع السابق، ص: 31.
[6] عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص: 102.

الطرف الأخر المتعاقد مقابلا لما يأخذه فهو عقد يتم في غياب تقابل عوضي، والعقود التبرعية كثيرة كالهبة، والوصية، والعارية... [1].

حيث يمكن للموصي أو الواهب أن يضيف شرطا جزائيا يتضمن عدم قيام الموصي له والواهب الطعن بالعمل المجاني أمام القضاء وفي هذه الحالة يمنع الطعن بهذا العقد لتضمنه على شرط جزائي.

وإدراج الشرط الجزائي في مختلف العقود التبرعية مهما كانت طبيعتها فإنه يجب أن تكون وفقا للقواعد القانونية التي لا تحكم صحة العقود حيث أنه إذا انتفت نية التعاقد انتفى العقد حتى وإن كان الأمر متعلقا بعقد مجاني وفي هذه الحالة فإنه لن يرتب عنه أي أثار قانونية وإنما فقط مجرد وعود هزلية لذلك فإنه يجب الاتفاق على إنشاء أثر قانوني أو إحداث هذا الأثر.[2]

ثالثا: تطبيقات الشرط الجزائي في بعض العقود

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

أ- الشرط الجزائي في عقد الصلح:

إذا تعلق الصلح بنزاع مطروح على القضاء يكون الصلح قضائيا طالما لم يكن قد صدر بشأنه حكم في النزاع وإلا اعتبر النزاع قد حسم بالحكم وليس بالصلح، أما إذا تعلق الأمر بصلح لتفادي نزاع محتمل فإنه يكون صلحا غير قضائيا [3]، وهذا ما اتضح من تعريف الصلح في نص المادة **459 ق.م.ج**.[4]

يمكن أن يتضمن عقد الصلح شرطا جزائيا كتعويض يدفعه المدين الذي تأخر عن تنفيذ بنود الصلح أو كجزاء على الطعن فيه، فإذا تم الاتفاق على شرط جزائي لمواجهة التأخر في تنفيذ الصلح وتأخر أحد المتصالحين فعلا، فإنه يحق للطرف الأخر أن يطالبه بالتنفيذ وذلك باللجوء إلى القضاء للمطالبة بقيمة التعويض المتفق عليه نتيجة ما أصابه من ضرر بسبب ذلك التأخر في التنفيذ، أما إذا

[1] https://www.sraritimes.com، تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2021/05/08 على الساعة 10:14.
[2] محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص: 126-127.
[3] المرجع نفسه، ص: 128-129.
[4] انظر: المادة 459 ق.م.ج: " عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك أن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه "..

كان الشرط الجزائي قد تم الاتفاق عليه ليكون جزاء على قيام أحد المتصالحين بالطعن في الصلح، يتعين الانتظار حتى يفصل القاضي في الطعن فإذا قبل الطعن وأسقط الصلح، سقط الشرط الجزائي معه، أما إذا رفض الطعن فإن الصلح يبقى قائما ويكون على الطرف الأخر أن يرجع بالشرط الجزائي على من لم ينجح من المتصالحين في طعنه. [1]

ب- الشرط الجزائي في عقد العمل

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

قد نص المشرع الجزائري في المادتين **136** و**137** من قانون العمل على أنه: **" يكون باطلا وعديم الأثر كل بند عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون "** و **" يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقيات الجماعية ".** [2]

يتضح من خلال المادتين عدم إمكان إعمال الشرط الجزائي في بعض الحالات التي يتولاها قانون العمل، ومن ذلك عدم إمكان إعماله في حالة التسريح للأسباب الاقتصادية فالمادة **69** من نفس القانون تقضي على أن القرار يتخذ بصدد تفاوض جماعي.[3]

ج- الشرط الجزائي في عقد الإيجار

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

تعتبر عقود الإيجار ميدانيا خصبا لإعمال الشرط الجزائي لما فيه من تحديد الالتزامات الناشئة بين أطرافها وبالرجوع إلى النصوص القانونية التي تحكم هذه الالتزامات نجد أنها تمنح سلطة الحكم

[1] محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص: 120-121.
[2] قانون رقم 90-11، مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج، العدد 17، الصادرة في 01 شوال 1410 معدل ومتمم.
[3] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 45.

بالتعويض في حالة الإخلال بها، نذكر منها على سبيل المثال نص المادة **477 ق.م.ج** التي تنص على أنه: **" إذا سلمت العين المؤجرة في حال لا تكون فيها صالحة للاستعمال الذي أجرت من أجله أو طرأ على هذا الاستعمال نقص معتبر جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض عن الضرر في الحالتين "**، وتنص **الفقرة الثانية** من المادة**489** من نفس القانون على أنه: **" إذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب "**، وتنص المادة **429 ق.م.ج** على أنه: **" لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة أي تغيير بدون إذن مكتوب من المؤجر، إذا أحدث المستأجر تغييرا في العين المؤجرة يلزم بإرجاعها إلى الحالة التي كانت عليها ويعوض الضرر عند الاقتضاء..."**[1].

بالتمعن في قراءة هذه النصوص نجد أن المشرع منح للطرف الذي تضرر من جزاء إخلال أحد بنود عقد الإيجار حق المطالبة بالتعويض أمام القاضي، وبالتالي يمكن أن يتفق الطرفان على شرط جزائي يقضي بأن يدفع المستأجر أو المؤجر مبلغا معينا على سبيل التعويض إن أخل بالتزامه.[2]

د- الشرط الجزائي في العقود الإدارية

يهدف استخدام الشروط الجزائية في العقود الإدارية لضمان تنفيذ هذه العقود في المواعيد المحددة لها، والعقد الإداري هو عقد يبرمه شخص معنوي عام مع الخواص بهدف تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر نية الإدارة في استعمال أساليب وأحكام القانون العام، ومن ذلك تضمين العقد شروط حق الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.[3]

من العقود الإدارية التي ينتشر استخدام الشرط الجزائي فيها، عقد الأشغال العامة الذي هو اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، بهدف إلى تحقيق منفعة عامة لقاء مقابل يتم الاتفاق عليه حسب الشروط المنصوص عليها في العقد، ففي هذا العقد تشترط الإدارة على المقاول الذي يتعاهد معها على أن يدفع مبلغا جزاء عن كل فترة زمنية يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه، ومثل هذا الشرط يوجد في أغلب الأحيان في المناقصات التي تعلن عنها المصالح الإدارية العامة.[4]

---

[1] الأمر 75-58، المرجع السابق.
[2] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 47.
[3] محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص: 121-122.
[4] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 48.

وكذلك تدرج الإدارة الشرط الجزائي في عقد امتياز المرافق العامة، الذي هو عقد إداري يتولى الملتزم فيه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد العامة التي تضبط سير المرافق العامة، فضلا عن الشروط التي تدرجها الإدارة في عقد الامتياز، فإن تضمن العقد شرطا يلزم المتعاقد مع الإدارة بمباشرة العمل بنفسه وعدم تخويله لشخص آخر تحت طائلة جزاء مادي وجب احترامه..[1].

الفرع الثاني: إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية

إن وجود الشرط الجزائي ليس مقتصرا فقط في مجال المسؤولية العقدية وإنما يمتد إلى أبعد من ذلك حيث يمكن تصور وجوده أيضا في مجال المسؤولية التقصيرية وبالتالي فإنه يستوي وجوده في العقد أو في الفعل الضار، ولتوضيح ذلك أكثر نقسم هذا الفرع إلى:

أولا: إمكانية إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية

ثانيا: تطبيقات الشرط الجزائي في المجال التقصيري

أولا: إمكانية إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية

احتج الفريق الناكر لإمكانية إعمال الشرط الجزائي في غير المجال التعاقدي بكون قواعد المسؤولية التقصيرية هي قواعد آمرة وتتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز للأفراد الاتفاق عل عكس قواعدها أو على الإعفاء منها أو على مجرد تقييدها ويجب أن يترك أمر تقدير التعويض المترتب على أي عمل ضار للسلطة التقديرية للقاضي، لكن يرد على هذا المبرر أنه لا يلزم من عدم جواز الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو تقييدها عدم جواز الشرط الجزائي في مجالها، لأن طبيعة الشرط الجزائي تجعله بعيدا عن الاختلاط بفكرة الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو تقييدها، فالشرط الجزائي تحديد مسبق لمقدار التعويض المستحق في حالة تحقق موجباته وهو في صورته العامة لا يحتوي أي إعفاء من المسؤولية وهو في إمكان اللجوء إليه مقيد قانونا بعدم انتهاك أو مخالفة القواعد الآمرة، لذلك فإن الشرط الجزائي يفقد طبيعته تلك إذا تحول إلى أداة لضمان تنفيذ الالتزام الأصلي باعتباره اتفاق مشروع من اتفاقات المسؤولية وليس اتفاقا مهدرا لقواعد المسؤولية، أما إذا حافظ على طبيعته كتقدير اتفاقي مسبق في حالة حدوث خطأ في المجال التقصيري وحدد تعويضا متناسبا

[1] محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص: 122-123.

والضرر فإنه لا يوجد مانع قانوني لإعماله ويظل قائما ونفس الشيء إذا كان الاتفاق منصرفا إلى تشديد مسؤولية المدين لجبر الضرر الناجم عن فعل غير مشروع.[1]

وعليه فإن الشرط الجزائي في نطاق الفعل غير المشروع يظل شرطا صحيحا وجائزا في هذا المجال وذلك بحفاظه على طبيعته والمتمثلة في أنه يظل بعيدا كل البعد عن الاختلاط بفكرة الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو تقييدها، ذلك أن الشرط الجزائي تقدير اتفاقي مسبق على التعويض أي تقدير مسبق للتعويض في حالة تحقق موجبات هذا التعويض، والمشرع الجزائري في نص المادة **178 ق.م.ج** التي تنص على: **" يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي[2]".**[3]

ثانيا: تطبيقات الشرط الجزائي في المجال التقصيري

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

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

2- اتفاق صاحب مصنع مع جيرانه على مبلغ كتعويض مقدما عن الضرر الذي يصيبهم مستقبلا من الدخان المتصاعد من داخل المصنع أو أصوات آلاته وضجتها.[4]

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

---

[1] http://www.staritimes.com، تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2021/05/24 على الساعة 12:09.
[2] هناك خطأ في المادة، فالقصد هو العمل غير المشروع وليس العمل الإجرامي.
[3] محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص: 129.
[4] محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص: 78.

على :**" أن فسخ عقد الاعتماد الايجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء من قبل طرف من الأطراف تمنح الطرف الآخر حق التعويض الذي يمكن تحديد مبلغه ضمن العقد في إطار بند خاص أو حالة انعدام ذلك، عن طريق الجهة القضائية المختصة".**[1]

المطلب الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي

قبل الخوض في شروط استحقاق الشرط الجزائي يستوجب الإشارة إلى أن هذا الأخير ليس هو السبب في استحقاق التعويض الاتفاقي، وإنما ينشأ التعويض من مصدر آخر، هو إما العقد في ترتب المسؤولية العقدية وإما من العمل غير المشروع في ترتب المسؤولية التقصيرية.[2]

إن شروط استحقاق الشرط الجزائي بوصفه تعويض حدده المتعاقدان مسبقا، هي شروط قيام المسؤولية المدنية بصفة عامة [3]، وبالتالي لا يكفي لاستحقاق قيمة التعويض الاتفاقي عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو تأخره في التنفيذ، بل لابد وفق ذلك من توفر الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية، بحيث أنه إذا انتفى شرط منها سقط حق الدائن في استحقاق التعويض، وتتمثل هذه الشروط في وجود خطأ من المدين وضرر يصيب الدائن (الفرع الأول)، وتوفر علاقة سببية بين الخطأ والضرر (الفرع الثاني)، ويضاف إلى هذه الشروط وجوب إعذار المدين (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الخطأ والضرر في الشرط الجزائي

أولا: الخطأ:

الخطأ فقها هو الإخلال بواجب قانوني، ويختلف هذا الواجب القانوني حسب صورة المسؤولية المدنية فهو في المسؤولية العقدية التزام رتبه العقد، أما في المسؤولية التقصيرية فهو واجب عام يترتب على إخلاله قيام المسؤولية.[4]

للخطأ عنصرين:

العنصر المادي: وهو التعدي ويراد به تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه، فهو انحراف في السلوك سواء كان متعمدا أو غير متعمد والانحراف المتعمد هو ما يقترن

[1] أسماء رخمة، الشرط الجزائي في العقود التجارية، (مذكرة لنيل شهادة الماستر، شعبة الحقوق-تخصص: قانون أعمال)، كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015/2014، ص:21.
[2] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 50.
[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص: 80.
[4] سعيدة باشا، المرجع السابق، ص: 32.

بقصد الإضرار بالغير، أما غير المتعمد فهو ما يصدر عن إهمال وتقصير والمعيار في تحديده هو معيار الرجل العادي وهو معيار موضوعي [1]وليس ذاتي مقتضاه السلوك الذي يصدر من الشخص العادي في الظروف التي تم فيها الفعل، والشخص العادي هو إنسان متوسط الحرص ليس مبالغا في اليقظة والحيطة والحرص وليس خاملا مهملا فهو وسط بين ذلك وذاك.[2]

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

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

وفي مجال الشرط الجزائي لا يعتبر عدم التنفيذ أو التأخر فيه هو عين الخطأ دائما ومثاله الالتزام العقدي المبرم معلق على شرط، ويتسبب الدائن بطريق الغش في تحقيق الشرط، فالمدين المتأخر في التنفيذ لم يرق تأخره هنا إلى درجة الخطأ لهذا لا يتصور صدق القول إن مجرد عدم التنفيذ يعتبر خطأ محققا للركن الأول من أركان استحقاق التعويض عليه.

يشترط أن يكون عقد التنفيذ نهائيا من أجل استحقاق الدائن مبلغ التعويض الاتفاقي فلو كان مؤقت يوقف فقط تنفيذ العقد، كما يجب أن يكون عدم التنفيذ كليا فإذا كان جزئيا يجب الحكم في حدود مسؤولية المدين.[5]

بعد التعرف على أركان الخطأ ومضمونه، يجب توضيح مسألة عبء الإثبات، حيث مادام الخطأ العقدي يتعلق بالمسؤولية العقدية للمدين فإن الإثبات يدور حول الواقعة التي أدت إلى استحالة تنفيذ المدين التزامه عينا، على هذا الأساس ففي حالة طلب الدائن بالتعويض عن عدم تنفيذ المدين

[1]سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، الجزء الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخمسة، دار الكتاب الحديث، 1988، ص: 188.
[2] سعيدة باشا، المرجع السابق، ص: 33.
[3]محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص: 174.
[4]قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يوليو سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، ج.ر.ج.ج، العدد 44.
[5]انظر: نصت المادة 02/184 ق.م.ج على جواز تخفيض الشرط الجزائي في تنفيذ جزء من الالتزام.

للالتزام فهنا طبقا للقاعدة البينة على من ادعى، فعلى الدائن عبء الإثبات عدم التنفيذ، أي بمعنى أن الدائن عليه أن يثبت أن المدين [1] لم يحقق نتيجة [2]، أو لم يقم ببذل جهد أو العناية المطلوبة.[3]

ثانيا: الضرر

يعتبر الضرر ركن أساسي لقيام المسؤولية، وهو أذى يلحق بالمتضرر نتيجة خطأ ينسب للمدين بوجه عام، سواء كان ماديا أو معنويا، ولما كانت القاعدة السائدة أنه لا تعويض بدون ضرر، وهو شرط أساسي لاستحقاق الشرط الجزائي، فقد أفردت له القوانين المعاصر نصوصا خاصة تستلزم توافره[4]، حيث نصت المادة **184 ق.م.ج** على أنه: **" لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ".**

والأصل في الشرط الجزائي أن يطبق بصدد المسؤولية العقدية، طبقا لنص المادة **183 من القانون المدني الجزائري**، بأن يتفق المتعاقدان على التعويض مسبقا في العقد، أما بخصوص المسؤولية التقصيرية، فلا يمكن تصور الاتفاق على التعويض إلى بعد وقوع الفعل الضار، باعتبار أن المسؤول المتسبب في الضرر لا يعرف المضرور إلا بعد وقوع الضرر، بالإضافة إلى كون مصدر هذه المسؤولية القانون وبالتالي لا يجوز مخالفة أحكامه لأنها من النظام العام.[5]

ومع ذلك فإن الفقه أورد أمثلة يمكن معها تصور الاتفاق على التعويض قبل تحقق الفعل الضار، ومثال ذلك، إذا تم الاتفاق على تعويض يقدمه الخاطب لخطيبته في حالة عدوله عن الخطبة، أو كاتفاق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار من المال مقدما كتعويض عن الضرر الذي يصيبهم مستقبلا.[6]

والقاعدة أن عبء إثبات الضرر يقع على عاتق الدائن، ولا يمكن مخالفتها بنقل عبء الإثبات إلى المدين إلا بنص قانوني، وهو ما نصت عليه المادة **184 من القانون المدني الجزائري**، كأن

---

[1]العيد بوزنان، دور القاضي في التعويض الاتفاقي، (بحث من أجل نيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2015/2014، ص: 38.

[2]راجع: الالتزام بتحقيق نتيجة: بمعني أن المدين لا يعتبر متحللا من التزاماته التعاقدية ما لم تتحقق النتيجة المتفق عليها في العقد، فالالتزام بنقل حق عيني أيا كان محل الحق يقصد به تحقيق غاية معينة هي نقل حق عيني أو القيام بعمل أو بالامتناع عن العمل.

[3]راجع: الالتزام ببذل عناية: وهو التزام لا يرمي إلى تحقيق غاية معينة، بل هو التزام ببذل جهد للوصول إلى غرض ما، فهو التزام بعمل لا تضمن نتيجته والمعيار المعتمد هنا من أجل تقدير الخطأ الذي يستحق التعويض هو معيار الرجل العادي في بذل عناية فيستحق فيه الشرط الجزائي طالما لم يبذل المدين العناية المطلوبة منه.

[4]محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص: 185.

[5]قويدر نور الإسلام فرقاني، (استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07، العدد 02، المركز الجامعي تيبازة، الجزائر،2020، ص: 1660.

[6]عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 851.

يثبت المدين أن تأخره في الوفاء بالالتزام الذي أدى إلى الفسخ، قد أعقبه قيام المالك بتأخير العين بشروط أفضل من شروط العقد المفسوخ، وقد قضت المحاكم الفرنسية أن القاضي يمكنه أن يعفي المدين من التعويض المقدر في الشرط الجزائي إذا رأى أن الدائن لم يصبه أي ضرر. [1]

الفرع الثاني: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لاستحقاق التعويض لابد من قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل بحيث يعتبر هذا الضرر حاصل بصورة مباشرة من الخطأ، أي بمعنى أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، وبالتالي لا يكفي لاستحقاق التعويض المتفق عليه، توافر الخطأ والضرر، بل يجب أن تقوم رابطة أو علاقة سببية بينهما، فلا تعويض إذا انتفت العلاقة شأن انتفاء أي عنصر من عناصر استحقاق التعويض المتفق عليه.[2]

فإن لهذا الأخير أن يرفع المسؤولية عن نفسه وذلك بإثبات السبب الأجنبي سواء كان قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل الدائن نفسه وهذا ما نصت عليه المادة **183.**[3]

الفرع الثالث: الإعذار

الإعذار هو تسجيل تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وطالما أن الدائن لم يطالب المدين بتنفيذ التزامه لا يعتبر هذا الأخير متأخرا من الناحية القانونية وإن كان متأخرا من الناحية الفعلية [4]، ومن هذا تبرز الأهمية العلمية لشرط الإعذار والتي تبرر ضرورة توجيهه للمدين وهو ما نشير إليه (أولا) ونبرز طرق توجهيه (ثانيا).

أولا: وجوب توجيه الإعذار

الإعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين أما في الأحوال التي لا ضرورة فيها للإعذار فإنه لا يشترط، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي لجعل المدين في حالة المتأخر عن التنفيذ فقد يخل أجل الالتزام ومع ذلك يتسامح الدائن بعدم المطالبة مباشرة بتنفيذ الالتزام مما يفسر على أنه رضا ضمنيا منه بمد الأجل كونه يستطيع الانتظار دون

---

[1] قويدر نور الإسلام فرقاني، المقال السابق، ص: 1660-1661.
[2] محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص: 198.
[3] راجع: المادة 178 ق.م.ج، التي تنص على: " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ من غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ".
[4] عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص: 126.

ضرر يصيبه من ذلك، وأساس اشتراط الإعذار هو نص المادة **183** التي أحالت على المادة **179** التي تنص على أنه: **" لاستحقاق التعويض إلا بإعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك ".**

كما يجوز للأطراف الاتفاق مقدما على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى الإعذار، سواء كان هذا الاتفاق ضمنيا كاشتراط وجوب التسليم فورا في عقد التوريد أو صريحا إلا أنه لا ينبغي أن يفهم من وضع الشرط الجزائي اتجاه إرادة الأطراف إلى الإعفاء من شرط الإعذار.[1]

إضافة إلى الإعفاء الاتفاقي من شرط الاعذار هناك إعفاء قانوني أوردته المادة **181 ق.م.ج** في حالات وجد فيها المشرع انعدام الحكمة المرجوة من الإعذار المسبق فأعفى من القيام به وهي:

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

ب. حالة كون محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر.

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

د. حالة كون محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك، فهنا يكون سيء النية ويجب عليه رد الشيء إلى الدائن دون حاجة إلى الإعذار لأن القول باشتراط الإعذار يعني إفادة المدين من خطئه وتحميل المدين عبء خطأ لم يقترفه.[2]

ثانيا: طرق الإعذار

[1] أسماء رخمة، المرجع السابق، ص: 27.
[2] المرجع نفسه، ص27.

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

والإنذار يتم بعقد غير قضائي، أي بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين فيها الدائن بوضوح أن يطلب من المدين تنفيذ التزامه، ويتم التبليغ بنفس الكيفيات المنصوص عليها في المادة **23 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، إذ تسلم صورة من الإنذار إلى المدين نفسه في موطنه فإن لم يوجد فتسلم إلى أحد أقاربه أو تابعيه أو البوابين أو أي شخص آخر يقيم بالمنزل نفسه.

وأشارت المادة **180 ق.م.ج** كذلك إلى جواز توجيه الإعذار عن طريق البريد وذلك بإرساله إلى المدين ضمن ظرف موصى عليه مع علم الوصول حسب ما تنص عليه المادة **24 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، قد يتم بما يقوم مقام الإنذار الذي يقصد به ورقة رسمية يظهر من خلالها الدائن رغبته في وفاء المدين بالتزامه ومن ذلك عريضة افتتاح الدعوى[1] ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة، ولا يقوم مقام الإنذار إقرار المدين في دعوى أخرى أن الدائن قد أنذره، كإقرار المشتري بأن البائع أنذره ما دام ذلك في وقت لم يكن النزاع على العقد محل المخاصمة مطروحا آنذاك، بل على الدائن تقديم أصل الإنذار حتى يتبين للمحكمة استيفائه للشروط الواجبة.[2]

والقول باعتبار رفع دعوى المطالبة بالشرط الجزائي تقوم مقام الإنذار يعني أن الإنذار ليس قيدا على رفع الدعوى وبذلك لا يرتب عن عدم استيفائه دفع شكلي أو دفع بعدم القبول.

ومن قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن القرار رقم **141951 المؤرخ في 1997/03/12** والذي جاء فيه[3] **"** حيث وبشأن طلب تسديد ثمن إيجار الشاحنة الثانية فإن هؤلاء القضاة احترموا مقتضيات المادتين **179** و**180 من القانون المدني الجزائري** والتي تجعل بصفة آمرة استحقاق التعويض لصالح الدائن إلا بعد إعذار المدين هذا فضلا عن كون أن العقد المبرم بين الطرفين لا ينص على إعفاء الدائن من القيام بهذا الإجراء بل لا ينظر أصلا لهذه النقطة **".**

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الشرط الجزائي

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص:832.
[2] أسماء رخمة، المرجع السابق، ص: 28.
[3] **انظر:** قرار المحكمة العليا رقم 141951 المؤرخ في 1997/03/12.

بصدور التقنين المدني الجزائري لسنة **1975** وصدور **الأمر 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007 المعدل والمتمم له**، تراجع المشرع الجزائري عن أهم مبدأ من المبادئ التي كان يعمل بها في مجال الشرط الجزائي في إطار القانون الفرنسي لسنة **1804** الذي كان مطبقا قبل سنة **1975**، وهذا المبدأ هو **" مبدأ ثبات الشرط الجزائي "**، وبتحول المشرع الجزائري هذا أصبح الشرط الجزائي يعتبر تعويضا يخضع للرقابة القضائية، فأول ما ينظر فيه القاضي هو شرعية الشرط الجزائي ثم ينتقل لبحث شروطه ليصل في الأخير إلى تقدير توافق التعويض.

فقسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، تناولنا سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في (المطلب الأول)، وضمانات القاضي في تعديل الشرط الجزائي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

الأصل أنه بمجرد توافر شروط استحقاق الشرط الجزائي، فإنه لابد على القاضي أن يعين موضوع الحكم به دون زيادة أو نقصان وذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، الاستثناء على هذا يكون للقاضي صلاحية التدخل في تعديل مقدار الشرط الجزائي، وذلك وفقا **" لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين "**[1]، لضمان عدم التعسف في استعمال هذا الحق.

وعلى هذا قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، تناولنا الأساس القانوني لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في (الفرع الأول)، ثم سلطة القاضي قي تعديل الشرط الجزائي جوازيا في (الفرع الثاني)، وسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وجوبيا في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

إذا كان الشرط الجزائي مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة، فإن سلطة القاضي في تخفيضه أو زيادته نجده يبررها في تحقيق مبدأ العدالة (الذي يحتل مكانة مرموقة في القوانين الخاصة، باعتماده مرجعا للقاضي يستخرج منه الحكم فيما يعرض عليه من قضايا في حالة عدم وجود نص تشريعي أو عرف أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية الذي يهدف إلى تحقيق التوازن والتناسب بين الالتزامات الناشئة عن العقد)، والذي أتت نظرية الظروف الطارئة لتحقيقه (التي تفترض أن يكون

[1] انظر: المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل والذي تناولها المشرع الجزائري في نص المادة **107 ق.م.ج** [1])، بمعنى أن القاضي يأخذ بنظرية الظروف الطارئة.[2]

من خلال قراءة المادة **184 ق.م.ج** يستخلص أن لرقابة القاضي على الشرط الجزائي خاصيتين إثنين هما: جوازية بالنسبة للقاضي، وإلزامية بالنسبة للأطراف، وهذا ما سنتطرق له في الفرعين الآتيين.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي جوازيا

يكون للقاضي صلاحية التدخل من أجل التخفيض في الشرط الجزائي ذلك وفقا للحالات المحددة قانونا على أساس أنها تعتبر من النظام العام ولا يجوز مخالفتها [3]، ولقد حدد المشرع الجزائري في **الفقرة الثانية من المادة 184 ق.م.ج** السالفة الذكر حالتين يمكن فيهما للقاضي أن يخفف الشرط الجزائي أولهما المبالغة الكبيرة في تقدير التعويض، وثانيهما تنفيذ المدين لجزء من التزامه الأصلي.

أولا: الحالة التي يكون فيها التقدير مبالغا فيه

هي التي يجعل فيها الدائن الشرط الجزائي شرطا تهديديا لحمل المدين على الوفاء بالتزامه، فيكون بمثابة عقوبة فوضها الدائن على المدين، والغرض في هذه الحالة أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه أصلا، أو عرضه في وقت متأخر عن الوقت المتفق عليه على نحو يستحق معه الدائن التعويض الذي حدداه بالاتفاق، لكنه لو حصل على التعويض كاملا رغم المبالغة فيه، لكان ذلك ظلم بالنسبة للمدين.[4]

فإذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذي وقع لم يكن بالقدر الذي توقعه الطرفان، وأن تقديرهما كان مبالغا فيه، فالأمر يتعلق حينئذ إما بغلط في التقدير وقع فيه الطرفان أو إكراه وقع على المدين، فقبل

[1] راجع: المادة 107 ق.م.ج التي تنص على: " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، أن يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

[2] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 71.

[3] صبرينة زياد، المرجع السابق، ص: 35.

[4] قويدر نور الإسلام فرقاني، المقال لسابق، ص: 1663-1664.

شرطا يعلم مقدما أنه مجحف، إما تحت تأثير ضغط الدائن، وإما عن اندفاع وتسرع، ففي جميع الأحوال وجب تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب والضرر.[1]

ثانيا: تنفيذ المدين لجزء من التزامه الأصلي

نصت المادة **184 في فقرتها الثانية من ق.م.ج** أنه يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه، وعلى ضوء هذه المادة يفهم منها أنه إذا كان المدين قد أثبت واقعة التنفيذ الجزئي يمكنه طلب تخفيض الشرط الجزائي، لكن المشكل ليس في إثبات واقعة التنفيذ الجزئي ولكن يمكن في طبيعة الالتزام الأصلي، هل هو قابل للانقسام أم لا؟ وبالتالي قد يكون الالتزام الأصلي غير قابل للانقسام ولا يمكن تطبيق **الفقرة الثانية من المادة 184 ق.م.ج،** ومثال ذلك أن يكون الالتزام الامتناع عن عمل لا يقبل التقسيم كامتناع المدين عن التمثيل في مسرح معين وبالتالي لا يكون الالتزام الأصلي قابلا للتنفيذ الجزئي، إلا إذا كان قابلا للانقسام وهذا ما يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي.[2]

ويتم التخفيض على أساس المبلغ المقدر في الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ الالتزام بمعنى أن القاضي ينقص المبلغ المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب والجزء الباقي دون تنفيذ الالتزام الأصلي، ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين، وفي هذه الحالة لا يخضع حكمه لرقابة المحكمة العليا باعتباره من مسائل الواقع.[3]

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي إلزاميا

جاء في نص المادة **185 من ق.م.ج** على ما يلي: **" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد جاء في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ".**

---

[1] المقال نفسه، ص: 1664.
[2] العيد بوزنان، المقال السابق، ص: 91.
[3] بوبكر قارس، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، (مذكرة ماجستير في العلوم القانونية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر بباتنة، 2014/2013، ص: 84-85.

يستخلص من هذا النص أن المشرع الجزائري جعل عدم جواز زيادة الشرط الجزائي هو القاعدة[1]، حيث أنه لا يمكن للدائن طلب زيادة في الشرط الجزائي إلا في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم (أولا)، أو تضمن الاتفاق إعفاءا أو تخفيضا للمسؤولية التقصيرية (ثانيا).

أولا: زيادة الشرط الجزائي لوجود غش أو خطأ جسيم من طرف المدين

" يقصد بذلك انه إذا زادا الضرر عن التعويض المقدر في العقد 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 لا يستطيع أن يخفف في مسؤوليته في حالتي الغش الجسيم "، وهو ما نصت عليه المادة **185 ق.م.ج.**[2]

وبالرجوع إلى القواعد العامة بوجود الشرط الجزائي فإنه يكون للقاضي التدخل والزيادة في قيمته حتى يساوي مع الضرر الذي لحق الدائن ذلك أنه يعد تخفيف لمسؤولية المدين وهو جائز في نطاق المسؤولية العقدية، تكريسا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.[3]

وبالرجوع إلى نص المادة **178 ق.م.ج**، يتضح بأنها تنص على إلزامية تطبيق العقد بحسب ما تم الاتفاق عليه وبحسن نية، وعلى هذا الأساس إذا ما تبين أن تنفيذ العقد اقترن بسوء نية من طرف المدين فإنه يكون للقاضي في هذه الحالة الزيادة في قيمة الشرط الجزائي.[4]

ثانيا: إذا كان القصد من الشرط الإعفاء أو التخفيض في المسؤولية التقصيرية

إذا كان الأصل أن الدائن لا يكلف بإثبات الشرط الجزائي حتى يحصل على قيمته إلا أنه في هذه الحالة عليه أن يثبت الضرر ومقداره حتى يستحق التعويض الاتفاقي.

إن تجاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي يشير إلى أن هناك ضرر غير متوقع وقت تحديد هذا الأخير وهذا يفترض أنه نتج بفعل المدين لسوء النية في تنفيذ التزامه وبالتالي يسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع. فتنفيذ الالتزام بسوء نية يعد خطأ تقصيريا، وبالتالي إذا عمل القاضي بالشرط

[1] سعيدة باشا، المرجع السابق، ص: 55.
[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 878.
[3] قويدر نور الإسلام فرقاني، المقال السابق، ص: 1005.
[4] صبرينة زياد، المرجع السابق، ص: 43.

الجزائي المتفق عليه في العقد، فمعناه أعفى المدين من المسؤولية التقصيرية وهذا لا يجوز لمخالفته للنظام العام [1]، وهذا طبقا **للفقرة الأخيرة من المادة 178 من ق.م.ج** التي تنص على ما يلي: **"... ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي[2]".**

المطلب الثاني: ضمانات القاضي في تعديل الشرط الجزائي

إن أهمية الشرط الجزائي في الحياة العملية، جعل أغلب التشريعات التي تأخذ به إلى تنظيم أحكامه وفق مبدأ النظام العام، بمعنى أورد قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وفي هذا الصدد سنقوم بعرض مبدأ النظام العام في (الفرع الأول)، ثم الشرط الجزائي ومبدأ النظام العام في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ النظام العام

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

إن فكرة النظام العام أثارت جدلا في الفقه والقانون، والحقيقة أن صعوبة وضع تعريف محدد جامع ومانع للنظام العام تكمن في مرونة هذا المصطلح، بحيث أنه يتغير وفقا للمكان والزمان هذه تختلف من مجتمع لأخر وفي المجتمع الواحد تختلف من زمن لأخر، فما يعتبر من النظام العام في مجتمع لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر، وما يعتبر من النظام العام في مجتمع معين وفي زمن معين قد لا يصبح كذلك في زمن لاحق، وبفعل تغير أسس المجتمع تتغير المبادئ والعقائد والمذاهب الفكرية والاجتماعية والسياسية السائدة فيه [3]، ومع ذلك يمكن القول أن النظام العام هو مجموعة المصالح الجوهرية للمجتمع أو مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة سواء كانت سياسية أو اجتماعية

[1] حورية سي يوسف زاهية، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، المجلة النقدية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 02، 2055، ص: 18.
[2] هناك خطأ ورد في المادة، فالقصد هو العمل غير المشروع وليس العمل الإجرامي، كما ذكر سابقا.
[3] محمد سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة السادسة عشر، دار هومة، 2008، ص: 117-118.

أو اقتصادية أو خلقية، ونجد تطبيق فكرة النظام العام في مجال كل من القانون العام والقانون الخاص.[1]

الفرع الثاني: الشرط الجزائي ومبدأ النظام العام

تعتبر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام، فلا يجوز استبعادها، فلو تركت سلطة التعديل بدون هذه الخاصية لما تردد الطرف القوي في إلزام الطرف الضعيف باستبعادها، فمن رضى على نفسه شرطا جزائيا مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة سيرضى كذلك استبعاد سلطة القاضي.[2]

مما سبق فإن أي اتفاق استبعاد سلطة القاضي يقع باطلا، وها ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة **3/184 ق.م.ج.**

بالرغم من اعتراف المشرع الجزائري للقاضي بسلطة التدخل، فليس لهذا الأخير أن يمارس هذه السلطة من تلقاء نفسه، بل على المدين أن يطلب منه ذلك، وهذا هو المقصود من **الفقرة الثانية من المادة 184 ق.م.ج** التي تنص على أنه: **" يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه "** [3]،يفهم من هذا النص أن القاضي إذا زاول مهمته في تخفيض الشرط الجزائي دون طلب يكون قد حكم بما لم يطلبه الخصوم، وهذا ما يجعل حكمه قابلا للنقض.

وبالرجوع إلى نص المادة **184 ق.م.ج** نجد أن هناك أحكام جعلها المشرع متعلقة بالنظام العام واعتبر الخروج عليها باطلا وهذه الأحكام هي:

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

ثانيا: اعتبر المشرع الشرط الجزائي المبالغ في تقديره باطلا إذا كانت قيمته تزيد عن قيمة الضرر بشكل مبالغ فيه إلى درجة كبيرة، وكذلك الأمر في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي.

---

[1] المرجع نفسه، ص: 119.
[2] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 83.
[3] أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

ثالثا: لقد جعل المشرع الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية باطلا لتعارض ذلك مع النظام العام، وهذا ما أكدته المادة **178 ق.م.ج** السالفة الذكر.[1]

[1] عيسى أوشيحة، المرجع السابق، ص: 84.

خلاصة الفصل الثاني:

في هذا الفصل المتمثل في الأثار المترتبة على إعمال الشرط الجزائي الذي يقصد به الإطار الذي يجد تطبيقاته فيه معظم العقود التي يبرمها الأطراف تأخذ خصائص البيئة التجارية التي أدرجت فيها وكذلك نوع العقد الذي يتعلق به الشرط الجزائي، كما اتسعت دائرة استعماله والأخذ به ليشمل أيضا المجال التقصيري رغم تعلق هذا الأخير بالنظام العام، وإقرار أغلب الفقه بعدم جواز إعمال الشرط الجزائي في إطار العمل غير المشروع، كما أجاز المشرع الجزائري الاتفاق على إعمال الشرط الجزائي في المجال غير التعاقدي بشرط أن لا يكون في ذلك مساس بالنظام العام، وكما أسندت للقاضي مهمة حماية الطرف الضعيف من الشرط الجزائي ويشهد على ذلك المنازعات التي عرضت على القضاء بصفة عامة، حيث يطلب المدينون من القاضي التدخل لمراجعة الشرط الجزائي.

خـــاتـــمـــة

خـــاتـــمـــة

من خلال دراستنا لفحوى هذا الموضوع المتمثل في الشرط الجزائي في العقود التجارية نستخلص الأهمية التي أولاها المشرع الجزائري للشرط الجزائي، بحيث يعتبر هذا الأخير من المسائل المستحدثة في المعاملات المالية، باعتباره بند في العقد مما يؤدي بالمدين إلى تنفيذ التزاماته خوفا منه أن يدفع أكثر من التزامه الأصلي في حالة عدم تنفيذه أو تأخره في التنفيذ، وحتى لا يكون هناك تعسف في استعمال هذا الحق بتقدير التعويض مسبقا فقد منح للقاضي سلطة تعديله لكي يتناسب مع الضرر الواقع، فمن خلال هذه الدراسة وإجابة على الإشكاليات يمكن أن نستنتج بعض النتائج كالاتي:

- أن الشرط الجزائي منذ نشأته حمل في طياته أحد المفهومين، فهو إما أن يكون عقوبة يهدف إلى معاقبة الطرف الذي لم يقم بالتزامه، وهذا ما كان سائدا في القانون الروماني الذي يعتبر المدين المخل بالتزامه مجرما يجب معاقبته، وإما أن يكون تعويضا اتفاقيا يهدف إلى تعويض الدائن عما أصابه من ضرر وهذا ما هو سائد في الوقت الحاضر، والذي أخذت به معظم القوانين ومن بين هذه القوانين نجد القانون المدني الجزائري الذي نص على أحكام الشرط الجزائي ضمن أحكام التنفيذ بطريقة التعويض من خلال المواد (124 و 133) و(182 و 187)، والذي يعتبر نظام مستقل بذاته رغم تشابهه ببعض الأنظمة القانونية.
- الشرط الجزائي نظام عقدي ينبثق من العقد الأصلي، أو يتحدد في اتفاق لاحق له، فهو نظام تابع للعقد الأصلي فيقوم بقيامه، ويزول بزواله.
- إن الشرط الجزائي باعتباره تعويض وجب لاستحقاقه توفر مجموعة من الشروط والتي تمثلت في أركان المسؤولية المدنية بصفة عامة، فيشترط أولا توفر الخطأ فلا يجوز استحقاق الشرط الجزائي متى أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بسبب أجنبي، ويشترط أيضا توفر الضرر أساس تقدير التعويض الواجب أداؤه، ولابد من علاقة بين هذين الأخرين، ويشترط أخيرا إعذار المدين قي الحالات التي يجب فيها.
- إن دور الشرط الجزائي في العقود التجارية أنه يضمن السلامة التعاقدية حيث أن تعقد الحياة وتطورها لسبب النمو الاقتصادي والاجتماعي واتساع مظاهر الاستهلاك وما نتج عن كل ذلك من كثرة النزاعات وتداخلها في السوق الناتجة عن الاخلال بالالتزامات التعاقدية التي ترتب فقدان الثقة وتزعزع الاطمئنان اتجاه ما يبرم من عقود، دفع بالمتعاملين إلى اللجوء إلى الشرط الجزائي كوسيلة كبيرة في جعل المتعاقدين على الوفاء بالتزاماتهم، فالعقد كما قلنا هو

الأداة السامية التي تعتمد عليها المعاملات والمبادلات التجارية، وهذه الأخيرة لا يمكن أن يتم إلا في ظل الاطمئنان والاستقرار والثقة في السوق، وفي الفعاليات التي تتحكم فيه، فاطمئنان المتعاملين الاقتصاديين إلى المستقبل عامل لابد منه لتحفيزهم على العمل وعلى التجارة والتبادل والبيع، والاستثمار، وهذا الاطمئنان لا يمكن أن يتحقق إلا بوجود شرط جزائي يضمن الثقة بين المتعاملين.

- تعدد مجالات تطبيقاته في العقود التجارية وذلك نظرا لأهميته التي تجسدت في تحقيق المصلحة العامة وتجنب النزاعات العقدية وجبر الضرر...
- ونشير أيضا أن المشرع الجزائري جعل أحكام الشرط الجزائي من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وكذلك أعطى للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي إما بالتخفيض في حالة إذا كان تقدير التعويض مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، وإما في حالة ما إذا قام المدين بتنفيذ جزء من الالتزام الأصلي، وكذلك بالزيادة في حالة تجاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، وفي حالة ما إذا كان مقدار التعويض تافه.

في نهاية هذه الدراسة توصلنا إلى مجموعة من الاقتراحات التي يمكن اقتراحها على المشرع الجزائري وهي:

- إعادة النظر في نصوص سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي لأن الأصل هو اتفاق المتعاقدين والاستثناء هو التعديل.
- تسليط الضوء على موضوع الشرط الجزائي عن طريق برامج قانونية لتوعية المتعامل حول أهميته كتسليط الرقابة على المعاملات التجارية وإن كانت بنسبة ضئيلة نظرا للقصور الذي يشوب مراجع الشرط الجزائي في العقود التجارية.
- هناك خطأ وارد في نص المادة 178 في الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري من المشرع التي نصت على: " ... يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة على العمل الإجرامي ". فالمقصود هنا العمل غير المشروع بدلا عن العمل الإجرامي.

قـــائـــمـــة الـــمـــراجـــع

قـــائـــمـــة الـــمـــراجـــع

أولا: القرآن الكريم.

1- سورة محمد، الأية 18.

2- سورة طه، الأية 76.

3- سورة يوسف، الأياتان 74-75.

ثانيا: الكتب:

أ- الكتب المتخصصة:

1- أبو السعد محمد شتا، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

2- توفيق هشام إبراهيم، التعويض الاتفاقي، الشرط الجزائي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، طبعة 2011، المركز القومي للإصدارات القانونية 54 ش. علي عبد اللطيف- الشيخ ريحان- عابدين.

3- سيد أحمد إبراهيم، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003.

4- النشوي ناصر أحمد إبراهيم، التعامل بالشرط الجزائي بين الشريعة والقانون " دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية.

ب- الكتب العامة:

1- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016.

2- جعفور محمد سعيد، مدخل للعلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة السادسة عشر، دار هومة، 2008.

3- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

4- سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام – دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، 2009.

5- السعدي محمد صبري، أحكام الالتزام: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2004 .
6- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2010.
7- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات، أثار الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
8- الطباخ شريف، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والعقدية في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
9- فيلالي علي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، دون طبعة، موقع النشر، الجزائر، 2010.
10- قزمان منير، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، 2002.
11- مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، الجزء الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، دار الكتاب الحديث، 1988.
12- منصور محمد علي، النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام -، دون طبعة، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2000.

ثالثا: المقالات

أ- الأطروحات:

1- أبو ليلى طارق محمد مطلق، التعويض الاتفاقي في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منصورة، 2001.
2- بن السعد اليمني محمد بن عبد العزيز، الشرط الجزائي وأثاره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارن، رسالة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، كلية التربية، جامعة المالك سعود، المملكة العربية السعودية، 2014.

ب- الرسائل:

1- نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، أطروحة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.

2- فؤاد، درادكة، الشرط الجزائي، التعويض الاتفاقي في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1994.
3- قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر بباتنة، 2014/2013.
4- الخويلدي أمجد ارحومة محمد، الشرط الجزائي وأثره على المتعاقدين " دراسة مقارنة بين القانون المدني الليبي والشريعة الإسلامية "، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية والقانون، كلية الدراسات العليا، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، 2016.
5- العياشي طارق بهاء الدبن، سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي بعقود المقاولات، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2016.

ت- المذكرات:

1- أوشيحة عيسى، الشرط الجزائي دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين الوضعية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014/2013.
2- رخمة أسماء، الشرط الجزائي في العقود التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر شعبة الحقوق، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015/2014.
3- باشا سعيدة، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر، قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018/2017.
4- زياد صبرينة، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2020/2019.

رابعا: النصوص القانونية

أ- النصوص القانونية الوطنية

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

2- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج، عدد 17، صادر في 25 أفريل 1990، معدل ومتمم.
3- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يوليو سنة 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني، ج.ر.ج.ج، العدد 44.

ب- النصوص القانونية الدولية

1- قانون رقم 131 لسنة 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري، منشور على موقع: www.lcrdye.org.com.

خامسا: الاجتهادات القضائية:

1- المحكمة العليا، قرار رقم 141951 المؤرخ في 1997/03/12.

سادسا: المجلات

1- زاهية حورية سي يوسف، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، المجلة النقدية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 02، 2005.
2- فرقاني قويدر نور الإسلام، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07، العدد 02، المركز الجامعي تيبازة، الجزائر، 2020.
3- قاشي علال، الشرط الجزائي في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة-، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة لونسي علي، البليدة 2، 2020.

سابعا: المواقع الإلكترونية

1- www.lcrdye.org.com
2- www.bibiotdroit.com
3- www.qawaneen.blogspot.com
4- www.staritimies.com

الـــفـــهـــرس

الـــفـــهـــرس

شكر وعرفان.....1
الإهداء.....3
الإهداء.....4
مـــقـــدمـــة 6
الفصل الأول: الأحكام العامة للشرط الجزائي 10
المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي.....10
المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي 10
الفرع الأول: التعريف اللغوي 10
أولا: الشرط في اللغة 10
ثانيا: الجزاء في اللغة 11
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي.....12
أولا: التعريف الفقهي 12
ثانيا: التعريف الشرعي.....13
ثالثا: التعريف القانوني 14
المطلب الثاني: خصائص الشرط الجزائي 15
الفرع الأول: الشرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض 15
الفرع الثاني: الشرط الجزائي التزام احتياطي.....16
الفرع الثالث: الشرط الجزائي التزام تبعي.....17
المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي 19
الفرع الأول: الشرط الجزائي ذو طابع تعويضي 19
الفرع الثاني: الشرط الجزائي ذو طابع عقابي 20
الفرع الثالث: الشرط الجزائي ذو طبيعة مركبة.....21
المبحث الثاني: أنواع الشرط الجزائي وتمييزه عما يشابهه من الأنظمة الأخرى 23
المطلب الأول: أنواع الشرط الجزائي. 23
الفرع الأول: الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ 23
الفرع الثاني: الشرط الجزائي المقرر للتأخير في التنفيذ 24
الفرع الثالث: أثار التمييز بين نوعي الشرط الجزائي 24
المطلب الثاني: تمييز الشرط الجزائي عما يشابهه من الأنظمة الأخرى 24

الفرع الأول: تمييز الشرط الجزائي عن العربون 25
أولا: تعريف العربون 25
ثانيا: أوجه التشابه 25
ثالثا: أوجه الاختلاف.....26
الفرع الثاني: تمييز الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية 27
أولا: تعريف الغرامة التهديدية 27
ثانيا: أوجه التشابه 28
ثالثا: أوجه الاختلاف.....29
الفرع الثالث: تمييز الشرط الجزائي عن الصلح 29
أولا: تعريف الصلح 29
ثانيا: أوجه التشابه 30
ثالثا: أوجه الاختلاف.....30
خـــلاصـــة الـــفـــصـــل الأول: 32
الفصل الثاني: الآثار المترتبة على إعمال الشرط الجزائي.....34
المبحث الأول: مجالات إعمال الشرط الجزائي وشروط استحقاقه.....35
المطلب الأول: مجالات إعمال الشرط الجزائي 35
الفرع الأول: إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية العقدية.....35
أولا: الشرط الجزائي في عقود المعاوضة.....36
ثانيا: الشرط الجزائي في العقود التبرعية 37
ثالثا: تطبيقات الشرط الجزائي في بعض العقود.....38
الفرع الثاني: إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية 41
أولا: إمكانية إعمال الشرط الجزائي في المسؤولية التقصيرية 41
ثانيا: تطبيقات الشرط الجزائي في المجال التقصيري.....42
المطلب الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي 43
الفرع الأول: الخطأ والضرر في الشرط الجزائي.....43
أولا: الخطأ: 43
ثانيا: الضرر.....45
الفرع الثاني: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.....46
الفرع الثالث: الإعذار.....46
أولا: وجوب توجيه الإعذار.....46

ثانيا: طرق الإعذار.....47
المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الشرط الجزائي.....48
المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.....49
الفرع الأول: الأساس القانوني لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.....49
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي جوازيا.....50
أولا: الحالة التي يكون فيها التقدير مبالغا فيه.....50
ثانيا: تنفيذ المدين لجزء من التزامه الأصلي.....51
الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي إلزاميا.....51
أولا: زيادة الشرط الجزائي لوجود غش أو خطأ جسيم من طرف المدين.....52
ثانيا: إذا كان القصد من الشرط الإعفاء أو التخفيض في المسؤولية التقصيرية.....52
المطلب الثاني: ضمانات القاضي في تعديل الشرط الجزائي.....53
الفرع الأول: مبدأ النظام العام.....53
الفرع الثاني: الشرط الجزائي ومبدأ النظام العام.....54
خلاصة الفصل الثاني:.....56
خـــاتـــمـــة.....58
قـــائـــمـــة الـــمـــراجـــع.....61
الـــفـــهـــرس.....66
الـــمـــلـــخـــص:.....70

الـــمـــلـــخـــص

الــمــلــخــص:

إن موضوع الشرط الجزائي كان موجودا منذ العصور القديمة، عرفه الرومان، وضبط أحكامه الفقه الإسلامي، حيث تم إدراج البند الجزائي كضمان لإتمام المعاملة في ضوء الثقة بسبب كثرة العقود وتنوعها واختلافها الذي أدت إلى احتكاك المتعامل التجاري مع غيره من المتعاملين مما أدى إلى تزعزع الثقة بينهم، ومن هذا المنطق تبدوا الأهمية العملية والعلمية لاشتراط الشرط الجزائي في العقود التجارية، كما أن مجالات إعمال الشرط الجزائي لم تبق محصورة في المسؤولية العقدية بل توسعت لتشمل المسؤولية التقصيرية كذلك.

ويعد موضوع سلطة القاضي في تعديل الشرط العقد خروجا عن أهم مبدأ من المبادئ القانونية التي تحمي العقد، وهو مبدأ القاضي بأن: " العقد شريعة المتعاقدين "، فلا يملك أيا كان المساس بقوته الملزمة، إذ لا يجوز لأي من المتعاقدين تعديله على انفراد، كما لا يجوز حتى للقاضي الذي يجب عليه احترام ما اتفقت عليه إرادة المتعاقدين، وتطبيق بنود العقد كقانون.

غير أنه قد يقترن العقد ابتداء عند إبرامه أو حال تنفيذه بظروف تجعل الالتزامات المترتبة عنه تتسم بالاختلال، وفي هذه الحالة يجيز القانون للقاضي التدخل قصد إعادة التوازن العقدي وتجنيب أطرافه الأضرار التي كانت ستلحقهم.

Résumé :

Le sujet de la clause pénale existe depuis l'Antiquité, les Romains le savaient, et ses dispositions étaient contrôlées par la jurisprudence islamique, car la clause pénale était incluse comme garantie pour mener à bien la transaction à la lumière de la confiance en raison du grand nombre, diversité et différences de contrats qui ont conduit à des frictions du concessionnaire commercial avec d'autres concessionnaires, qui ont conduit à la déstabilisation de la confiance entre eux. De cette logique, apparaît l'importance pratique et scientifique de la clause pénale dans les contrats commerciaux, et les domaines de l'application de la clause pénale n'était pas limitée à la

responsabilité contractuelle, mais élargie pour inclure également la responsabilité délictuelle. L'objet du pouvoir du juge de modifier la condition du contrat est une dérogation au principe juridique le plus important qui protège le contrat, qui est le principe du juge selon lequel : « Le contrat est la loi des parties contractantes. » Ce n'est pas admissible.

Aux parties contractantes de le modifier individuellement, et il n'est même pas permis à un juge qui doit respecter ce dont les parties contractantes sont convenues, et appliquer les termes du contrat comme une loi.

Toutefois, le contrat peut être associé dès l'origine lors de sa conclusion ou lors de son exécution, des conditions qui font que les obligations qui en découlent sont caractérisées par un déséquilibre, et dans ce cas la loi permet au juge d'intervenir pour rétablir l'intégrité contractuelle, équilibre et épargner aux parties les dommages qui les auraient encourus.