الشرط الجزائي بين سلطان الإرادة وسلطة القاضي

The penalty clause between the authority of the will and the authority of the judge

تغريبت رزيقة

جامعة عبد الرحمان ميرة.بجاية (الجزائر)، razika.tagherbit@univ-bejaia.dz

تاريخ الاستلام: 2022/02/12 **تاريخ القبول: 2022/04/19** **تاريخ النشر: 2022/04/27**

ملخص:

يلتزم القاضي بالحكم في القضية التي يفصل فيها بالتعويض المحدد في الشرط الجزائي، الذي يتضمنه العقد المبرم بين طرفيه أو في بند لاحق للعقد، احتراما لمبدأ سلطان إرادة المتعاقدين وعملا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، من أجل ضمان عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

خروجا عن المبدأ العام خول القانون القاضي سلطة التدخل لتخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغ فيه، يكون في حالتي التنفيذ الجزئي للعقد أو المبالغة في تقدير الشرط الجزائي، كما خول له سلطة الحكم بزيادة مقدار هذا الأخير إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق، بسبب غش أو خطأ جسيم ارتكبهما المدين.

كلمات مفتاحية: الشرط الجزائي، زيادة مقدار التعويض، تخفيض مقدار التعويض.

Abstract:

The juge is required to rule in the eventtha the rules on the compensation provided for in the penalty clause, which is inserted in the contract concluded between its two parties or in a clause subsequent to the contract, in compliance with the principle of authority, of the will of contracting parties and in accordance with the principle of the contract, the law of the contracting parties, in order to en sureits non-execution, delay or delay.

Starting from the general principle, the law empowers the juge to intervene in particular cases, in order to reduce the penalty clause if it is sexaggerated, in cases of partial performance of the contract or overstatement of the penalty clause, and it also empower shim ti decide by increasing the amount of the latter if the damage exceeds the value of the compensation provided for in contract, due to fraud of serious fault committed by the debtor.

Keywords: penalty clause, increase the amount of compensation, reduce the amount of compensation.

1- مقدمة

يترتب على عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية عينا أو تأخره في التنفيذ، مسؤولية مدنية يتمثل أثرها في الحكم عليه من طرف القاضي بالتعويض المتمثل في تعويض الدائن المتضرر مبلغ مالي، لجبر الضرر الذي لحقه من عدم التنفيذ. وهي بذلك وسيلة احتياطية وعلاجية لما ينتج من خلافات لسبب عدم التنفيذ العيني للالتزام.

تقضي القاعدة العامة أو الأصل العام في إطار المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية أن التعويض يحدد مقداره القاضي ويحكم به[1]، عند الفصل في الدعوى التي يقيمها الدائن على مدينه في الحالات التي لا محل للحكم عليه بالتنفيذ العيني أو في حالة إصابته بضرر من جراء تأخر المدين في التنفيذ[2]، يسمى في هذه الحالة بالتعويض القضائي، وقد يتولى القانون تحديد مبلغه بنصوص لا يمكن مخالفتها بتعديل مقدار التعويض لا بتخفيضه ولا بزيادته.

خروجا عن الأصل العام وعملا بمبدأ حرية إرادة المتعاقدين، أجاز القانون للمتعاقدين تحديد مقدار التعويض[3] الذي ينجرّ من عدم تنفيذ أحدهما لالتزاماته التعاقدية أثناء التعاقد، ليكون بندا من بنود العقد ملزما لكلا الطرفين، مثله مثل البنود الأخرى التي يتضمنها، أو يتفقان عليه لاحقا ليكون بندا مكملا وملحقا للعقد [4]، وهذا ما يسمى بالتعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي[5].

---

[1]- المادة 176 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان ا لموافق ل في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

[2]- دربال عبد الرزاق، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام(مصادر الإلتزام)**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص 70.

[3]- المادة 183 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان ا لموافق ل في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سبق ذكره ، والتي تحيل بدورها إلى المادتين 176 و 181 من المرجع نفسه.

[4]- تنص المادة 183 من الأمر رقم 75-78 مؤرخ في 20 رمضان ا لموافق ل في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، نفس المرجع ، على ما يلي: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق...".

[5]- شاع استعمال الشرط الجزائري في الآونة الأخيرة في مختلف العقود كعقد المقاولة وعقد الإيجار...، إلاّ أنه نظام قديم وضعه الرومان كجزاء أو عقوبة خاصة تلحق بمن يخل التزاماته أطلق عليه تسمية « stipulation poenae ». فمصطلح « stipulation » يعني الإشتراط، أما مصطلح « poenae » يعني العقاب.

نقلا عن: طيب فايزة، **سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابن باديس بمستغانم، 2018-2019، ص 15.

للتفصيل أنظر: قارس بوبكر، **الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري**، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، 2015-2016، ص08.

وخروجا أيضا عن قاعدة مبدأ القوة الملزمة للعقد أجاز المشرع المدني للقاضي الذي يفصل في القضية، التدخل لتعديل مقدار التعويض المتفق عليه لإحداث التوازن بين الضرر الذي ألحقة أحد الطرفين وجبر الضرر أو الخسارة التي أصابت المتضرر. لذلك نتساءل عن حدود سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي المحدد في العقد المبرم بين بين طرفيه؟ للإجابة عن هذه الاشكالية ارتأينا وجوب البحث في المسألتين التاليتين:

- شروط استحقاق الشرط الجزائي كاملا حسب ما هو متفق عليه في العقد.
- نطاق تدخل القاضي في تعديل مقدار التعويض المستحق من عدم التنفيذ أو التنفيذ الجزئي.

2. الشرط الجزائي وفقا لإرادة المتعاقدين:

احتراما لمبدأ سلطان الإرادة أجاز المشرع المدني الجزائري مثله مثل تشريعات الدول الأخرى التحكم في الآثار المترتبة عن المسؤولية العقدية بالنسبة لطرفي العقد، والتي من بينها قيمة التعويض المستحق في حالة عدم تنفيذ أحد طرفيه لالتزاماته التعاقدية، الذي يسمى ب "الشرط الجزائي" وفقا لسلطان الإرادة وعملا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

بناء على ذلك فإنه لا يترك الطرفان المتعاقدان مجالا للقاضي لتقدير قيمة التعويض المستحق، لأنه تمّ ذلك بالإتفاق عليه بينهما بإرادتهما المنفردة، فلا يترك له مجال لتعديله لا بالزيادة ولا بالنقصان، بغض النظر عن مقدار الضرر الذي أصاب الدائن، فيكون العقد المنشئ للالتزام متضمنا لبند يحدد مقدار التعويض المستحق كل حسب ما تمّ الإتفاق عليه، بهدف تجنب ما قد يثار من اختلاف بينهما بشأن مسألة تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه. يكون ذلك عند توفر الشروط القانونية لاستحقاقه والمتمثلة في توفر أركان مسؤولية المدين و شرط الإعذار، وهذا ما سنبينه أدناه.

1.2 توفر أركان المسؤولية:

لقيام مسؤولية المدين يجب توفر الأركان المتعارف عليها والمنصوص عليها في أم القوانين وذلك في لمادة 124 من القانون المدني والمتمثلة في: الإخلال بالإلتزام العقدي، وجود الضرر، وقيام علاقة سببية بين إخلال المدين لالتزامه والضرر الذي لحق بالدائن.

أ- الإخلال بالإلتزام العقدي: يعتبر الشرط الجزائي التزام تابع للإلتزام الأصلي[1]، لا يستقل بذاته، فليس هو السبب في استحقاق التعويض، ولا يتولد عليه التزام أصلي بالتعويض بل هو التزام تبعي يقرر بموجبه التعويض عند الإخلال بالالتزام الأصلي المحدد في العقد المبرم بينهما[1].

[1] - Flour Jaque, AUBERT Jean-Luc , FLOUR Yvonne, SAVEAU Eric, **Droit civil, Les obligations, Le rapport d'obligation,** 9éme édition, Dalloz, Paris.2000، P.152.

يقوم الخطأ العمدي عند الإخلال بالتزام سابق أو عند انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مسائلته[2]، إلا أن هذه المسائلة لا تكون إلا عند إخلال المدين لالتزامه الأصلي الذي وقع صحيحا بقصد، ما يعني إلى جانب توفر عنصر المادي المتمثل في التعدي توفر عنصرين معنويين هما الوعي والإدراك سواء كان خطأ بتحقيق نتيجة أو خطأ ببذل عناية[3].

بمعنى آخر يتحقق عنصر الخطأ العقدي عند إخلال أحد الطرفين بالتزاماته العقدية متعمدا ذلك الإخلال، أو إهمالا منه، ما يعني أن الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي لا يستحق حين عدم تنفيد الإلتزام الأصلي لظروف خارجة عن إرادة المدين كالقوة القاهرة أو أي حدث مفاجئ مثلا .

كون الخطأ العقدي شرط لاستحقاق الشرط الجزائي لا يخرج عن كونه ركنا من أركان المسؤولية العقدية نظرا لتخلف المخالفة العقدية [4]، فوجود الشرط الجزائي لا يعفي الدائن من إثبات خطأ المدين عملا بالقاعدة العامة العامة التي تقضي بأن الإثبات يقع على من ادعى، فلا يعقل مثلا مطالبة الدائن للشرط الجزائي المقدر بمبلغ كبير دون اثباته لخطأ المدين به حتى وإن تضمن العقد الأصلي تعويضا إتفاقيا.

ب- الضرر:

يقصد بالضرر كل ما ترتب من جراء الإخلال بتنفيذ الإلتزام الأصلي عقديا كان أو قانونيا، وبمعنى آخر الضرر هو الأذى الذي يصيب أو يلحق أحد طرفي العقد من جراء عدم تنفيد الطرف الآخر لالتزاماته التعاقدية،

---

[1]- للتفصيل أنظر: عامر محمود الكسواني، **أحكام الإلتزام، أثار العقد في القانون المدني**، ط02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 140 وما يليها.

FLOUR jaque, AUBERT Jean-Luc , FLOUR Yvonne, SAVEAU Eric, **Droit civil, Les obligations, Le rapport d'obligation,** Op.cit, P.153 et st.

[2]- أنور سلطان، **مصادر الإلتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 04، عمان 2010، ص 232.

[3]- سليمان مقرس، **الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات (الفعل الضرر والمسؤولية المدنية)**، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1988، ص 188.

[4]- للتفصيل انظر:

- FLOUR Jaque, AUBERT Jean-Luc , FLOUR Yvonne, SAVEAU Eric, **Droit civil, Les obligations, Le rapport d'obligation,** Op.cit, p.153 et st.

- LAPOYADE DESCHAMPS Christian**, Droit des obligations**, Ellipses, Paris, 1998, P.p.150-160.

والذي يترتب جراء هذا الأخير المساس بأحد مصالحه سواء كانت مادية أو معنوية[1]. وبصفة عامة يعني الضرر كل الأذى الذي يتسبب فيه المساس بالمصلحة المشروعة للشخص بصفة عامة،كسلامة جسمه أو عاطفته أو حريته أو شرفه ...[2].

نظرا لأهمية عنصر الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي المحدد في العقد وضع المشرع الجزائري نصا خاصا به، يتمثل في نص الفقرة الأولى من المادة 184 من القانون المدني الذي جاء كما يلي: " لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضررا"، ما يعني أن الضرر يعتبر ودون شك فيه أحد أركان قيام المسؤولية المدنية المتعارف عليها، وشروط أساسي وجوهري لاستحقاق التعويض المنصوص عليه في أحد بنود العقد ضمن ما يسمى بالشرط الجزائي.

بمفهوم المخالفة لنص المادة السالفة الذكر فإن عدم إلحاق الدائن لأي ضرر لا يستوجب دفع المدين التعويض المحدد في الشرط الجزائي حتى وإن التمسه الدائن في أحد طلباته عند رفع الدعوى أمام القاضي، إذا نجح المدين في إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ما نتيجة الإخلال بالإلتزام، ما يعني إعفاءه من اشرط الجزائي وخالف ذلك يكون التعويض بغير سبب لعدم وجود الضرر .

فلقيام عنصر الضرر لاستحقاق التعويض المنصوص عليه في العقد (الشرط الجزائي) يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

- أن يكون محققا وهو الضرر المؤكد الحدوث حالا أو في المستقبل.

- أن يكون مباشرا وهو الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخر في تنفيذه.

- أن يمس الضرر حقا ثابتا أو مصلحة مالية مشروعة .

- يستوي كون الضرر لحق حقا ماديا أو معنويا، كتسبب عدم الوفاء المساس بسمعة التاجر مثلا.

ج- قيام علاقة سببية بين إخلال المدين لالتزامه والضرر الذي لحق بالدائن:

يقصد بوجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر وجود رابطة معينة تجعل من الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة طبيعية لإخلال المدين لالتزاماته التعاقدية[3]، فلا يكفي توفر ركني الخطأ والضرر لقيام المسؤولية واستحقاق الشرط

[1]- للتفصيل أنظر: دربال عبد الرزاق، **الوجيز في النظرية العامة في الإلتزام**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص 73.

[2]- علي فيلالي، **الإلتزامات (العمل المستحق للتعويض)**، موفم للنشر، الجزائر، 2002، ص 142.

[3]- أسامة الحموي، **الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي**، دار النوادر، دمشق، 2012، ص 337.

الجزائي، بل لا بد من أن يرجع الضرر الذي أصاب الدائن إلى الخطأ العقدي الذي ارتكبه المدين، من جراء عدم تنفيذه لأحد التزاماته العقدية، فيكون بذلك الضرر الذي لحقه نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين لالتزاماته المنصوص عليها في العقد المبرم بينهما[1].

يمكن قطع العلاقة السببية والجزم على عدم وجودها بالتالي إعفاء المدين من المسؤولية، في حالة ما إذا تمكن هذا الأخير من إثبات أن السبب الذي أحدث الضرر للدائن لا يدل فيه شيئ حسب نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري. والسبب الأجنبي هنا يقصد به كل أمر غير منسوب إلى المدين، أدى بذلك إلى استحالة تنفيذ الإلتزام وإلى إلحاق الضرر بالدائن، وهو إما أن يكون حدثا لا ينسب إلى أي شخص[2] و هو ما يعرف بالقوة القاهرة، وإما أن يكون صادرا من الدائن ذاته أومن فعل الغير[3].

2.2 الإعذار:

لا يكفي قيام مسؤولية المدين لاستحقاق الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد أو لاحقا بعد ابرام هذا الأخير عن طريق توفر عناصرها المذكورة أعلاه(إخلال الدائن بأحد التزاماته العقدية، وإلحاق الضرر بالمدين، ووجوب وجود علاقة سببية بين الإخلال بالإلتزام والضرر المتسبَّب)، بل يشترط إلى جانب ذلك شرط آخر لا يقل أهمية عن سابقه، يتمثل في وجوب قيام الدائن المتضرر أو الذي يدعي الضرر بإعذار المدين مسبب الضرر في كل الحالات التي يشترط فيه القانون ذلك، وهو ما أقرت به المشرع المدني، يظهر ذلك من المادة 179 من القانون المدني بصريح العبارة التي التي جاء نصها كما يلي: "لا يستحق التعويض إلاّ بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك".

فيعتبر إعذار كل تنبيه أو إخطار أو إنذار أو ما يقوم هذا الأخير[4] يوجه للمدين من طرف الدائن، يسجل فيه تأخره في تنفيذ التزاماته العقدية. عرف الفقيه هشام ابراهيم توفيق "الإعذار" بأنه "دعوة من المدين قبل دائنه إلى تنفيذ التزامه ووضعه قانونا في حالة التأخر في التنفيذ، يترتب على ذلك مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب الدائن بسبب هذا التأخر".

---

[1]- للتفصيل أنظر:

CABRILLAC Remy, **Droit des obligations,** 9éme édition, Dalloz, Paris, 2010, P. 253.

[2]- أحالت كذلك المادة 183 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان ا لموافق ل في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سبق ذكره، إلى المادة 176 منه.

[3]- لاتلل عتم فرقاني، قويدر نور الإسلام، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، **مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية**، جامعة باتنة، المجلد 07، العدد 02، لسنة 2020. ص1661.

[4]- المادة 180 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان ا لموافق ل في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدنـــي، معدل ومتمم، مرجع سبق ذكره.

فطالما لم يقوم الدائن المتضرر أو الذي يدعي بالضرر بإعذار المدين مسبب الضرر والمطالبة بتنفيذ التزامه لا يُستحق الشرط الجزائي الذي اتفقا عليه في العقد، هذا ما يفهم من نص المادة المذكورة أعلاه التي جاءت فيها العبارة التالية: " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين" ما يعني أن الإعذار شرط واقف لاستحقاق الشرط الجزائي، وعدم تحققه يسقطه تماما وإن تخلّفه ينجر منه إعفاء المدين مسبب الضرر من تقديمه التعويض للدائن المتضرر.

3. حدود سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي:

يحكم بالشرط الجزائي كونه بند يدرج في العقود لكفالة احترامها وضمان تنفيذها قاعدة متى توفرت شروط استحقاقه يكون ملزما لطرفي العقد و الغير، ويكون بذلك القاضي ملزما بالحكم على المدين المخل بالتزاماته العقدية بتعويض مقداره المبلغ المتفق عليه في العقد، دون زيادة أو نقصان احتراما لمبدأ سلطان الإرادة.

إن العمل بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يعني الخروج عن قواعد العدالة و الإنصاف التي تقضي منح القضاء سلطة للتدخل لإعادة تنظيم العلاقات والروابط عن طريق تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو الزيادة، بهدف إحداث توازن بين التعويض المتفق عليه والضرر الذي لحق بالمدين، في الحالات التي يظهر فيها الشرط الجزائي إهدار لحقوق أحد الأطراف.

1.3 سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

سمح المشرع المدني للقاضي الذي يفصل في الدعوى تعديل الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد والذي اتفق عليه طرفيه، بالتخفيض من مقداره في حالة إهدار الشرط الجزائي بحقوق المدين، فيتدخل القاضي لتخفيضه إلى المقدار الذي يرى بأنه يتناسب مع الضرر الذي لحق بالدائن، حماية له للمدين الملتزم بالتعويض. يكون ذلك في حالتين محددتين في القانون المدني هما :

- حالة تنفيذ المدين لجزء من التزاماته التعاقدية.
- حالة المبالغة في تقدير التعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي[1].

وفي كل الأحوال يعتبر أي اتفاق يتضمن استبعاد سلطة المحكمة في تخفيض الشرط الجزائي باطلا[2]، فحكم الفقرة الثالثة من المادة 184 من القانون المدني التي تقضي بأنه يعتبر باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه، يعتبر من النظام العام فلا يجوز الإتفاق على مخالفته[1]

[1]- المادة 2/184 من المادة 184 من من الأمر رقم 75- 58، مؤرخ في 20 رمضان ا لموافق ل في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، نفس المرجع.

[2]- المادة 3/184 مؤرخ في 20 رمضان ا لموافق ل في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، نفس المرجع.

أ- تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي:

قد يقوم المدين بتنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية دون أن يستكمل تنفيذ ما تبقى منها، ما يسمح للقاضي من تخفيض مقدار المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي بنسبة ما نفّذه المدين مما وقع عليه من التزامات، ما دام التعويض المنصوص عليه في العقد المبرم حدد لمجابهة حالة عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، وفي هذه الحالة يكون القاضي قد احترم سلطان إرادة الطرفين المتعاقدين ومقتضيات العدالة التي تقضي الإنصاف بين مركزي الدائن والمدين.

يعتبر تدخل القاضي إذن لتخفيض مقدار الشرط لجزائي وسيلة أو آلية قضائية الهدف منها هو حماية حقوق المدين، لذلك يقع على هذا الأخير عبء إثبات حصول التنفيذ الجزئي لالتزاماته العقدية لأن البيّنة على من يدعي، ويكون بذلك للقاضي السلطة التقديرية وحسب اقتناعه الشخصي في تحديد مقدار التخفيض، لسبب التنفيذ الجزئي لالتزامات المدين.

منحت المشرع الجزائري في المادة 184 من القانون المدني القاضي سلطة تخفيض مقدار التعويض لسبب التنفيذ الجزئي للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، دون أن تضع له معايير لحساب مقدار التعويض، فأحيانا قد يكون تنفيذ جزئي للإلتزام إلاّ أنه يبقى تافها إن لم يحقق هذا التنفيذ الهدف المرجو من إبرام العقد، أو أن يكون التنفيذ الجزئي للإلتزام معيبا.

تطرح هذه المسألة القانونية إشكال آخر يتمثل في عدم قابلية بعض الالتزامات التعاقدية للتقسيم، كونها مترابطة في ما بينها لا يمكن الفصل بينها، أو متكاملة كون عدم تنفيذ البعض منها ينجر منه استحالة تنفيذ الالتزامات التالية لها، ما يجعل القاضي في حالة مصعبة وحرجة لتقدير مقدار التخفيض المناسب وإحداث توازن بين مركزي طرفي العقد الدائن المتضرر والمدين مسبب الضرر لتنفيذه الجزئي لأحكام العقد المبرم بينهما.

ب- تخفيض الشرط الجزائي بسبب المبالغة في تقديره:

أجاز القانون إلى جانب الحالة السابقة إمكانية تدخل القاضي لتقليص وتخفيض القيمة المتفق عليها في العقد كشرط جزائي، في حالة ما إذا ظهر أن التقدير ا لإتفاقي لمبلغ التعويض مفرطا [2]ما يعني أنه مبالغ فيه لدرجة كبيرة [3]،

---

[1]- مقدم سعيد، **نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية**، المؤسسة الوطنية للكتـــاب، 1992، ص 192.

[2]- المادة 2/184 من المادة 184 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان ا لموافق ل في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سبق ذكر.

[3]- يقصد بالإفراط أو المبالغة في تقدير الشرط الجزائي عدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه في العقد والضرر الذي وقع للدائن لسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته.

مع العلم أن عبء إثبات الإفراط في المبلغ المحدد في العقد بمقارنته مع الضرر الذي سببه، يقع على المدين مسبب الضرر لعدم التنفيذ الجزئي لالتزاماته العقدية. بمفهوم المخالفة فإنه إذا لم يقم المدين بإثبات أن المبلغ الإتفاقي الذي يظهر في العقد أكبر من الضرر الذي ألحقه للدائن بشكل مفرط أو مبالغ فيه، فإن القاضي يبقى عليه دون إنقاص فيحكم في ذلك بالمبلغ المحدد في العقد كشرط جزائي.

يلتزم القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية في تخفيض السرط الجزائي أن يمارسها بحذر لأنها حالة استثنائية لا تكون إلا في حالة كون الشرط الجزائي مبالغ فيه الى درجة كبيرة، ومعيار المبالغة في تقدير التعويض على البعض من الفقه يقوم أساسا على فكرة مادية أساسها جسامة الفرق المفرط بين المبلغ المشترط دفعه من المدين وقيمة الضرر الذي لحق بالدائن، مع استبعاد العوامل الشخصية والظروف الخاصة للطرفين المتنازعين[1].

يثور في مسألة تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي بسبب المبالغة في تقديره، نفس إشكال تدخله لتخفيض مقدار التعويض لسبب التنفيذ الجزئي فلم يحدد المشرع كذلك العناصر الواجب اتخاذها بعين الإعتبار للحكم بأن الشرط الجزائي مبالغ فيه من عدمه، أو أن التعويض مبالغ فيه أو معقول. كما أنه لم يمنح القاضي معايير لتحديد التقدير الذي سيحكم به، هل هو وقت إبرام العقد أو وقت تنفيذ أحكامه مع العلم بأن التنفيذ يخضع لمتغيرات سواء من حيث تواريخ التنفيد أو قيمة هذه الالتزامات، أو لمتغيرات أخرى اقتصادية أو اجتماعية.

2.3 حدود سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:

إذا كانت السلطة المخولة للقاضي في تخفيض قيمة الشرط الجزائي مقررة لحماية مصالح المدين، فإن سلطته في زيادته مقررة لحماية مصالح الدائن، وإن كان الأصل والمبدأ العام هو عدم جواز زيادة التعويض الإتفاقي إلاّ استثناء، وهذا حسب مضمون المادة 185 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب أكثر من هذه القيمة، إلاّ إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما." وعليه حسب هذه المادة فإن زيادة الشرط الجزائي تكون في الحالتين التاليتين:

- ارتكاب المدين غشا،
- ارتكاب المدين لخطأ جسيم.

أ- ارتكاب المدين غشا:يحكم تنفيذ العقود عدة أحكام من بينها تنفيذ الطرفان التزاماتهما بحسن نية، إلا أنه إذا أثبت الدائن أن المدين لم ينفذ التزاماته رغم قدرته على ذلك بسوء نية، ولاعتبار الغش دائما يكون قائم على

[1]- محمد شتا أبو سعد، **التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص 239.

هذه الأخيرة فإنه يمكن للقاضي أن يحكم بتعويض إضافي لصالح الدائن المتضر، ليكون بذلك متناسبا مع مقدار الضرر الذي لحقه [1].

يتشكل الغش الذي يرتكبه المدين في هذه الحالة من عنصرين، عنصر مادي يتمثل في المسلك السلبي الذي يسلكه المدين بعد إقدامه على تنفيذ الإلتزام، وعنصر نفسي هو اتجاه نية المدين للإضرار بالغير الذي هو الدائن في هذه الحالة، لذلك يقع على هذا الأخير إثبات غش المدين[2] فإثبات العنصر المادي في الغش يكفي لامتداد سلطة القاضي الذي يفصل في القضية إلى زيادة للشرط الجزائي للارتكاب المدين للغش، لأن إثبات العنصر المعنوي للغش يصعب إن لم نقل يستحيل اثباته أحيانا[3] .

ب- ارتكاب المدين خطأ جسيما:

يقصد بخطأ المدين في هذه الحالة الخطأ الذي يبتعد فيه صاحبه عن المسلك المتوقع من شخص مسؤول و يوجد في نفس ظروفه الخارجية ، فمتى كان انحراف المدين انحرافا كبيرا وغير مألوف لا يمكن أن ينحرف به الرجل العادي اعتبر الخطأ جسيما والعكس صحيح لأن معيار التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط هو درجة الإنحراف[4].

بمفهوم المخالفة لما سبق توضيحه لا يجوز مطالبة الدائن بزيادة الشرط الجزائي حتى ولو كان الضرر الذي أصاب الدائن أكثر من التعويض المتفق عليه إذا كان خطأ المدين عير جسيم أو خطأ عادي[5] بمقدار الرجل العادي لا طالما أن خطأ المدين لم يصل إلى درجة جسامة أو الخطأ الجسيم. ويقع عبء الإثبات دائما على من ادعى ما يعني أن الدائن هو الذي يثبث انحراف المدين وارتكابه خطأ جسيم وهو ما تقضي به المادة 185 من القانون المدني الجزائري.

4. خاتمة:

يمثل الشرط الجزائي قيمة التعويض المستحق في حالة تخلّف أحد أطراف العقد على تتنفيذ التزاماته، سواء كان عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي لأحكام العقد وحتى حالة التأخر في التنفيذ. يحدد مقداره إما عند إبرام العقد فيكون

[1] - MAZEAUD Denis, **La notion de clause pénale,** LGDG, Paris, 1992, P. 448.

[2] - استعمل المشرع المدني في المادة 185 من مؤرخ في 20 رمضان ا لموافق ل في 26 ديسمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سبق ذكره، العبارة التالية: "... إلاّ إذا أثبت ..." ، ما يعني أن قرينة إثبات الغش الذي يرتكبه المدين تقع على الدائن دون غيره، وأساسا على ذلك يتمكن القاضي الحكم لصالح الدائن بزيادة الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد.

[3] - قارس بوبكر، مرجع سبق ذكره، ص 106.

[4] - نفس المرجع ، ص 107 وما يليها.

[5] - MAZEAUD Denis, **La notion de clause pénale,** Op cit, P.488.

منصوص عليه في أحد بنوده، أو بعد الإبرام حيث يتفقا عليه لاحقا ليكون بند ملحق بالعقد، وفي كلا الحالتين يجب احترامه وضمان عدم تنفيذه.

يلتزم القاضي بالحكم بالتعويض المحدد في العقد أو في ملحقه، احتراما لمبدأ سلطان العقد المبينين أعلاه، إلاّ أن القانون المدني استثناءا خول له سلطة التدخل في حالات محددة، من أجل تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مقداره مبالغ في تقديره، كما خول له سلطة زيادة مقداره إذا تجاوز الضرر الذي لحق المدين قيمة التعويض الذي سببه الدائن والمحدد في الإتفاق أو العقد.

إن تخويل القاضي الذي يفصل في الخصومة القائمة بين الدائن والمدين سلطة زيادة أو تخفيض الشرط الجزائي وفقا لأحكام عامة نصت عليها المواد 182، 184 و 185 من القانون المدني، دون تحديد المعايير التي يستعين بها لتحديد مقدار الزيادة أو النقصان، يجعله مبهما وعاجزا أمام كل مسألة يفصل فيها، خاصة تلك المتعلقة بميادين تخرج عن تخصصه، حيث لا تكون له أدنى فكرة أو خبرة فيها،كالعقود المتعلقة بنقل التكنولوجيا أو عقود البناء...، لذلك ننادي بإدراج مادة قانونية تمكن القاضي بالإستعانة بخبراء مختصين كل في مجاله، معتمدين من الجهاز القضائي، لزيادة أو إنقاص الشرط الجزائي المتفق عليه، كل حسب المجال المختص فيه لتقدير عقلاني لمقدار التعويض المستحق بالتالي التحقيق الحقيقي لمبدأ العدالة والإنصاف.

5. قائمة المراجع:

- أسامة الحموي، **الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي**، دار النوادر، دمشق، 2012.

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

- أنور سلطان، **مصادر الإلتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 04، عمان 2010.

- دربال عبد الرزاق، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004.

- سليمان مقرس، **الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات (الفعل الضرر والمسؤولية المدنية)**، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1988.

- طيب فايزة، **سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابن باديس بمستغانم، 2018-2019.

- عامر محمود الكسواني، **أحكام الإلتزام، أثار العقد في القانون المدني**، ط02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

- علي فيلالي، **الإلتزامات (العمل المستحق للتعويض)**، موفم للنشر، الجزائر، 2002.

- قارس بوبكر، **الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري**، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، 2015-2016.

- مقدم سعيد، **نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1992.

- محمد شتا أبو سعد، **التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001.

- لاتلل عتم فرقاني، قويدر نور الإسلام، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، **مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية**، جامعة باتنة، المجلد 07، العدد 02، لسنة 2020.

- CABRILLAC Remy, **Droit des obligations,** 9éme édition, Dalloz, Paris, 2010.

- FLOUR jaque, AUBERT Jean-Luc , FLOUR Yvonne, SAVEAU Eric, **Droit civil, Les obligations, Le rapport d'obligation,** 9éme édition, Dalloz, Paris.2000.

- LAPOYADE DESCHAMPS Christian**, Droit des obligations**, Ellipses, Paris, 1998**.**

- MAZEAUD Denis, **La notion de clause pénale,** LGDG, Paris, 1992.