مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية
ISSN: 2352-975X ELBAHITH for Academic Studies EISSN: 2588-2368
المجلد: 07 / العدد: 02 / السنة: 2020 / ص ص: 1655 ـ 1669

استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله

Agreed Assessment of Compensation in Civil Liability

تاريخ الإرسال: 2020/04/02 تاريخ القبول: 2020/05/29

فرقاني قويدر نور الاسلام (*)
المركز الجامعي تيبازة - الجزائر
fergani261@gmail.com

ملخص:

الشرط الجزائي نظام قديم، عرفه الرومان، وضبط أحكامه مبادئ الفقه الاسلامي، وقد شاع استعماله في الحياة المعاصرة، في عقود الغرر والمقاولات وعقود العمل والايجار وكافة العقود الائتمانية، فيلجأ إليه المشتري حتى يضمن قيام البائع بتسليم الشيء المبيع، ويلجأ إليه البائع لضمان سداد الثمن دون تأخير، فهو بند عقدي يدرجه المتعاقدين في عقدهما أو اتفاق لاحق، لضمان احترام العقد وكفالة تنفيذه ويهدف بصفة أصلية إلى تقدير التعويض المستحق لأحد طرفي العقد عن الاضرار التي نتتج عن عدم تنفيذ الإلتزام الاصلي، أو التأخر في تنفيذه .

وتم التطرق في المحور الاول إلى مختلف التعريفات الفقهية والقانونية للشرط الجزائي وكذا بيان شروط استحقاقه، أما في المحور الثاني، فقد خصص لسلطة القاضي في مواجهة الشرط الجزائي وذلك ببيان حدود سلطة القاضي في تخفيض مقدار التعويض المحدد في البند الجزائي، وحالات الحكم بالزيادة.

وقد أفضى البحث إلى جملة من النتائج أهمها: أن الشرط الجزائي قد يقوم بدور الشرط المقيد أو المحدد للمسؤولية، عندما يكون مقدار التعويض الإتفاقي المحدد مسبقا اقل من مقدار الضرر الفعلي الناجم عن عدم التنفيذ، كما أنه قد يقوم بدور التقدير الجزافي، ويكون هذا في الحالة التي يكون فيها مقدار التعويض المتفق عليه قد قيس بقدر الامكان على قدر الضرر المتوقع حدوثه، كما يمكن أن يقوم بدور التهديد المالي، فهو يقوم بنفس الدور الذي تقوم به الغرامة التهديدية، بالاضافة إلى كونه يقوم بدور التعويض، كما أن سلطة القاضي في تخفيض مقدار التعويض المحدد بالشرط الجزائي أوسع من سلطته في الزيادة

الكلمات المفتاحية: الشرط الجزائي، التعويض، سلطة القاضي .

(*)-المؤلف المُراسل.

Abstract:

The penalty clause is an old system, known by the Romans, its provisions were fixed by the principles of Islamic doctrine, it is commonly used in contemporary life, in random contracts, contracts of work, rent, and all credit contracts, which the buyer uses to ensure that the seller delivers the item sold, and the seller resorts to it to guarantee payment of the price without delay. It is a contractual clause that contractors include in their contract or subsequent agreement, to ensure respect for the contract and its implementation, and is originally intended to assess compensation due to a party to the contract for damages resulting from failure to perform the original obligation or delay in its implementation.

In the first chapter, the various legal and legal definitions were addressed, and the second chapter launched the authority of the judge to deal with the penal requirement was assigned to the judge by indicating the limits of the judge's authority to reduce the amount of compensation specified in the penal provision and the cases of increased judgment.

The research led to a number of important consequences: A penal clause may act as a Restrictive condition or limitation of liability, when the amount of pre-determined conventional compensation is less than the amount of actual damage caused by non-execution and may also act as a penalty award. This would be in the case where the amount of compensation agreed upon was measured as much as possible as the damage expected to occur, and could act as a financial threat, as it plays the same role as the threatening fine, in addition to being a compensatory one. The judge's authority to reduce the amount of compensation specified by the penal requirement is broader than his authority to increase.

Keywords: *Penalty Clause; Compensation; Judge's Authority.*

مقدمة:

إذا ترتب عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه ضررا للطرف الآخر التزم من كان سببا في ذلك بتعويضه بدل التنفيذ العيني للإلتزام وهذا ما يصطلح عليه بالتنفيذ بطريق التعويض طبقا لنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري، وفي هذا الإطار نجد أن هناك ثلاثة طرق لتقدير التعويض، تعويض قانوني، وتعويض قضائي، وتعويض إتفاقي .

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

وإذا كانت الطريقة الأولى قانونية والثانية قضائية، فإن الطريقة الثالثة مستوحاة من إرادة الأطراف، تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وذلك بادراج بند في العقد يتم فيه تحديد التعويض مسبقا في حالة إخلال المدين بإلتزامه .

ومن المسلم به أن قوة العقد تلزم أطرافه الذين ارتضوا به، فلا يجوز لأحد المتعاقدين أو القاضي نقض العقد او تعديله الا باتفاق الطرفين، وهو ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري، ونتيجة لذلك فبامكان الاطراف تشديد أحكام المسؤولية وذلك بالاتفاق على تحمل المدين نتيجة الحادث المفاجىء أو القوة القاهرة، كما يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية كلية او التخفيف منها، ويكون ذلك بتحديد شرط جزائي يكون بمثابة مبلغ التعويض مهما كان الضرر وهذا ما نصت عليه المادة 178 من القانون المدني الجزائري، واذا كان هذا التشديد أو الاعفاء والتخفيف جائز في اطار المسؤولية العقدية الا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، فان الامر يختلف بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، يعد مخالف للنظا العام الاتفاق على الاعفاء أو التخفيف عكس التشديد فانه جائز .

وقد ظهر الشرط الجزائي أو ما يسمى بالتعويض الإتفاقي أو الرضائي في عهده القديم في القانون الروماني، كجزاء أو عقوبة خاصة تلحق بمن يخل بإلتزامه، ويتم الاتفاق عليها بين أطراف العقد مسبقاً، وتجلّى هذا المعنى نتيجة للشكلية التي كانت تسوده، غير أن تطور الأفكار القانونية أوضح تعارض الصفة الجزائية لهذا الشرط مع الأخلاق والعدالة، إضافة إلى تضمنه شبهة الربا المحرم، الأمر الذي انتهى باقتصار دور الشرط الجزائي على وظيفته التعويضية.

وبناء على ما تقدم ذكره، أطرح الاشكالية التالية: ماهي شروط استحقاق الشرط الجزائي، وماهي حدود سلطة القاضي في تعديله ؟

للاجابة على الاشكالية، قمت بتقسيم البحث إلى محورين، تناولت في المحور الاول مفهوم الشرط الجزائي، وتم التطرق إلى تعريف الشرط الجزائي، ثم بيان شروط استحقاقه .

أما المحور الثاني فقد خصص لحدود سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، بحيث تم التطرق لحالة تخفيض مبلغ التعويض المتفق عليه، ثم لحالة الحكم بالزيادة.

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

وقد اتبعت المنج التحليلي أساسا من خلال تحليل النصوص الواردة في القانون المدني الجزائري، بالاضافة إلى المنج التاريخي من خلال عرض الجانب التاريخي لظهور الشرط الجزائي، والمنهج المقارن من خلال مقارنة ما ورد في التشريع الجزائري ببعض التشريعات الاخرى .

المحور الاول: مفهوم الشرط الجزائي

سمي التعويض الإتفاقي بالشرط الجزائي[1] نقلا عن القانون المدني الفرنسي الذي سماه بـ "la clause pénale" متأثرا بالقانون الروماني الذي اطلق عليه "stipulatio poenae"[2]، فقد يتبين للمتعاقدين من ظروف وملابسات العقد، ومدى إلتزاماتها المتقابلة أن التعويض الذي يقدر وفقا للقواعد العامة بمعرفة القاضي عن الإخلال بأحد الإلتزامات التي يرتبها العقد لا يكون عادلا بالنسبة لأحدهما أو كليهما، فيتفقان على تحديد قيمة التعويض مقدما بما يتفق وما يريانه عادلا من وجهة نظرهما المشتركة، وقد يتعدد الشرط الجزائي في العقد الواحد، فيمكن تصور اشتراط شرط جزائي عن عدم التنفيذ، وآخر عن التأخر في التنفيذ[3] .

واذا كان الاصل أن يدرج الشرط الجزائي في العقد الاصلي، لكن هذا لا يمنع من إدراجه في إتفاق لاحق، وينبغي أن يراعى، إذا تم النص على الشرط الجزائي في العقد الإبتدائي وتم اغفال النص عليه في العقد النهائي، فإن هذا الأخير هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين، فهذا يدل على انهما قد تخليا عنه وعدم تمسكهما به[4].

ولبيان مفهوم الشرط الجزائي، اتطرق لتعريفه (أولا)، ثم لشروط استحقاقه (ثانيا) كما يلي:

أولا: تعريف الشرط الجزائي

حظي الشرط الجزائي بعدة تعريفات[5] تتفق في مجملها في النهاية بأنه: " بند يلحق بالعقد يحدد فيه المتعاقدان مقدار التعويض اذا اخل احدهما بالإلتزام، اما بالامتناع أو التأخير في التنفيذ، أو لتعويض الضرر الناشيء عن التنفيذ المعيب"[6].

أما بالنسبة للتعريف القانوني، فقد عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 183 من القانون المدني التي جاء فيها " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ..."، المطابقة لنص المادة 223 من القانون المدني المصري، المادة 224 مدني سوري، المادة 226 مدني ليبي[7].

وبعد عرضنا للتعريفات الفقهية والقانونية للشرط الجزائي، نبحث شروط استحقاقه على النحو التالي:

ثانيا: شروط استحقاق الشرط الجزائي

بما أن الشرط الجزائي هو بند في عقد يقدر فيه المتعاقدين مقدار التعويض، عندما يكون هناك إخلال بالإلتزام الاصلي الوارد في العقد وهو الامر الغالب، أو إخلال بإلتزام غير عقدي ناشىء عن عمل غير مشروع في بعض الحالات .

إن شروط استحقاق الشرط الجزائي باعتباره تعويضا حدده المتعاقدان سلفا هي شروط قيام المسؤولية المدنية بصفة عامة، وتتمثل هذه الشروط في وجود خطأ من المدين، ضرر يصيب الدائن، وعلاقة سببية تربط الخطأ بالضرر، فضلا عن شرط الاعذار .

ولا شك أن هذه الشروط ضرورية وتستلزمها فكرة الشرط الجزائي ذاته كبند عقدي غايته ضمان تنفيذ الإلتزام الاصلي حسبما تم الاتفاق عليه وبصرف النظر عن مصدر ذلك الإلتزام. كما أن الفقه متفق على هذه الشروط، لأن الشرط الجزائي ليس مجرد بديل يقوم مقام التعويض، وانما هو تعويض اتفاقي[8] .

ونبحث شروط استحقاق الشرط الجزائي على النحو التالي:

1- شرط الخطأ: اختلف الفقه حول تحديد مفهوم فكرة الخطأ، إلا أن الرأي الرجح أن الخطأ هو انحراف عن سلوك الرجل المعتاد مع ادراك الشخص بذلك[9].

ويقع على الدائن كقاعدة عامة عبء اثبات خطأ المدين، سواء كان الإلتزام عقديا أو غير عقدي طالما كان الإلتزام في مجال المسؤولية الخطئية، ولكن يوجد عنصر تخفيف في مجال الإلتزامات العقدية، إذا كان إلتزام المدين إلتزام بتحقيق نتيجة، يكتفي الدائن اثبات عدم تحققها، فعدم التحقق يفترض معه خطأ المدين الذي ان أراد نفي مسؤوليته اثبات السبب الاجنبي، وذلك حسب القواعد العامة .

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

أما اذا كان إلتزام المدين إلتزام ببذل عناية، فعلى الدائن اثبات خطأ المدين الذي ترتب عليه عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر في تنفيذه، أي إثبات إهمال المدين، وباعتبار أن الإهمال واقعة مادية فإنه يتم إثباتها بكافة طرق الاثبات .

وينتقل عبء الإثبات إلى المدين، بأن يثبت أنه قد بذل العناية اللازمة، وهي عناية الرجل المعتاد في نفس الظروف، لكن اذا كان تنفيذ الإلتزام اصبح مستحيلا استحالة لا يكون التنفيذ معها مرضيا للدائن، وكانت هذه الاستحالة راجعة لسبب اجنبي لا يد له فيه، ففي هذه الحالة لا يجوز المطالبة بالشرط الجزائي باستثناء حالة ما اذا كان المتعاقدان قد اتفقا على أن يستحق التعويض الإتفاقي رغم استحالة التنفيذ وهو تشديد للمسؤولية طبقا لنص الفقرة الاولى من المادة 178 من القانون المدني.

ونشير في الأخير إلى أنه إذا انتفى الخطأ في جانب المدين، انتفت مسئوليته، ولا يكون التعويض الإتفاقي مستحقا.

2- شرط 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 افردت له القوانين المعاصرة نصوصا خاصة تستلزم توافره[10]، حيث نصت المادة 184 من القانون المدني الجزائري على انه: " 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، بأن يتفق المتعاقدان على التعويض مسبقا في العقد، أما بخصوص المسؤولية التقصيرية، فلا يمكن تصور الاتفاق على التعويض إلا بعد وقوع الفعل الضار، باعتبار أن المسؤول المتسبب في الضرر لا يعرف المضرور إلا بعد وقوع الضرر، بالاضافة إلى كون مصدر هذه المسؤولية القانون وبالتالي لا يجوز مخالفة أحكامه لأنها من النظام العام .

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

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

عدوله عن الخطبة، أو كاتفاق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار من المال مقدما كتعويض عن الضرر الذي يصيبهم مستقبلا[11] .

والقاعدة أن عبىء 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، كأن يثبت المدين أن تأخره في الوفاء بالإلتزام الذي أدى إلى الفسخ، قد اعقبه قيام المالك بتأجير العين بشروط افضل من شروط العقد المفسوخ .

وقد قضت المحاكم الفرنسية أن القاضي يمكنه أن يعفي المدين من التعويض المقدر في الشرط الجزائي اذا رأى ان الدائن لم يصبه اي ضرر[12] .

وبعد تمكن الدائن من إثبات خطأ المدين، يجب عليه اثبات أن الضرر الذي اصابه كان بفعل خطأ المدين، أي اثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وهو ما سأبحثه فيما يلي:

3- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر: لا يكفي لاستحقاق التعويض المتفق عليه، توافر ركني الخطأ والضرر، بل لا بد من توافر ركن ثالث وهو ركن العلاقة السببية بينهما، لأن انتفاء هذه الاخيرة شأن انتفاء أي عنصر من عناصر استحقاق التعويض بوجه عام .

ويستطيع المدين أن ينفي مسؤوليته باثبات السبب الاجنبي، وبالتالي قطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ومن ثمة لا يكون هناك إعمال للشرط الجزائي، وهو ما تضمنه نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري .

والسبب الأجنبي الذي يقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر، هو كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى استحالة تنفيذ الإلتزام، أو إلى إلحاق الضرر بالدائن، وهو إما أن يكون حدثا لا ينسب لأي شخص وهو ما يعرف بالقوة القاهرة، وإما أن يكون صادرا من الدائن ذاته، أو فعل الغير.

فاذا افلح الدائن في اثبات مسؤولية المدين، فان هذا لا يكفي لاستحقاق التعويض المحدد بالشرط الجزائي، بل يجب عليه القيام باعذاره كقاعدة عامة، وهو سأبحثة فيما يلي:

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

4- شرط الإعذار: لإستحقاق التعويض المتفق عليه في البند الجزائي ان يقوم الدائن باعذار المدين في الحالات التي يجب فيها ذلك، وهو ما جاء في نص المادة 179 من القانون المدني التي تنص على انه " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك"[13] .

وهذا ما كرسه اجتهاد المحكمة العليا في القضية رقم 206796 بتاريخ 2000/01/12، بحيث جاء في منطوق القرار: " من الثابت قانونا أن طلب التعويض لا يستحق الا بعد اعذار المدين ...كما تشترطه المادة 180من القانون المدني وبتجاهل قضاة الموضوع هذا الدفع وعدم مناقشته فانهم اخطؤوا مما ينبغي التصريح بنقض القرار المطعون فيه"[14].

لكن المدين يمكنه النزول عن حقه في التمسك بعدم قيام الدائن باعذاره، وطالما لم يتمسك به قبل البدء في الموضوع، فيسقط حقه تلقائيا، ولا يجوز له التمسك به أمام جهة الاستئناف لأول مرة .

المحور الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، فإن مقدار التعويض المتفق عليه مسبقا بين الطرفين متى تحققت شروطه كان ملزما للمتعاقدين والقاضي، وعلى هذا الاخير أن يحكم على المدين الملتزم بالتعويض بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان بغض النظر عن مقدار الضرر الذي اصاب الدائن، ذلك أن المتعاقدين أرادا باتفاقهما تجنب ما قد يثار من منازعات حول عملية تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التاخر فيه[15].

غير أنه أجاز المشرع في حالات معينة للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة، وهذه السلطة الممنوحة للقاضي من النظام العام، فكل اتفاق بهذا الشأن يقع باطلا، حيث تنص المادة 184 من القانون المدني على أنه " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا، أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

وعليه سأبحث سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي (أولا)، ثم لسلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي (ثانيا).

أولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

تبنى القانون المدني الفرنسي قبل تعديله سنة 1975 أن للشرط الجزائي أثر مطلق من خلال نص المادة 1152، فهو غير قابل لا للزادة أو التخفيض مهما زادت قيمة الضرر أو قلت عن القيمة المحددة [16]، لكن بعد التعديل منح للقاضي سلطة التخفيض أو الزيادة من تلقاء نفسه، عندئذ صرح الفقه ان الشرط الجزائي أصبح دون قيمة تذكر[17].

وفي سنة 2016 تم تعديل قانون العقود والاحكام العامة للإلتزامات والاثبات صدر المرسوم 2016-131 بتاريخ 2016/02/20، والذي تضمن التعديل الاكبر والأوسع نطاقا للجزء الأساسي من القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون لسنة 1804) واصبح هذا التعديل نافذا اعتبار من تاريخ 2016/10/01[18].

من خلال هذا التعديل نجد انه ابقى على نفس النص الوارد في المادة 1152 وتم ادراجه في نص المادة 1231-5 تحت المبحث الفرعي الخامس بعنوان تعويض الضرر المترتب على عدم تنفيذ العقد .

أما المشرع الجزائري فقد تبنى الاتجاه العادل، وذلك في حالتين يجوز فيهما للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني التي تنص على انه " يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه "، بالاضافة إلى الحالة التي وردت في نص المادة 187 من القانون المدني، والتي تكون في حالة تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه في اطالة امد النزاع، وعليه أتطرق لهذه الحالات على النحو التالي:

1- الحالة الاولى: الحالة التي يكون فيها التقدير مبالغ فيه: وهي التي يجعل فيها الدائن الشرط الجزائي شرطا تهديديا لحمل المدين على الوفاء بإلتزامه، فيكون بمثابة عقوبة فرضها الدائن على المدين، والفرض في هذه الحالة أن المدين لم يقم بتنفيذ إلتزامه اصلا، أو عرضه في وقت متاخر عن الوقت المتفق عليه على نحو يستحق

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

معه الدائن التعويض الذي حدداه بالاتفاق، لكنه لو حصل على التعويض كاملا رغم المبالغة فيه، لكان ذلك ظلم بالنسبة للمدين[19].

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 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[20].

والاصل ان وجود الشرط الجزائي قرينة على أن التعويض المتفق عليه متناسب مع الضرر، فإذا ادعى المدين أنه مفرط كان عليه عبء اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات لأنها واقعة مادية[21]، كما أن التخفيض يكون إلى حد يتناسب مع الضرر، ولا يتحتم أن يكون مساويا له، ذلك أن تقدير التعويض الذي يجبر الضرر مسألة تقديرية بحتة سواء تعلقت بإرادة الأطراف، أو بعمل القاضي، وهي ليست مسألة حسابية بسيطة يمكن أن يصل فيها العديد من الناس إلى نتيجة واحدة تفيد مساواتها للضرر الواقع فعلا وانما متناسبا مع الضرر[22]، أي أن القاضي يقوم بالتخفيض إلى الحد المعقول وليس إلى المساوي للضرر.

2- الحالة الثانية: حالة قيام المدين بتنفيذ جزء من إلتزامه الأصلي: من العدل أن لا يلتزم المدين بكل المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي، مادام تم تنفيذ الإلتزام جزئيا، ويكون القاضي قد احترم إرادة المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من إلتزامه، ويؤسس الفقه ذلك على فكرة احترام ارادة المتعاقدين[23].

ويتم التخفيض على أساس المبلغ المقدر في الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ من الإلتزام بمعنى أن القاضي ينقص المبلغ المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب والجزء الباقي دون تنفيذ من الإلتزام الأصلي. ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين، وفي هذه الحالة لا يخضع حكمه لرقابة المحكمة المعليا باعتبارها من مسائل الواقع[24].

ويعاب على المشرع الجزائري أنه لم يضع معيارا لتخفيض مبلغ الشرط الجزائي حال التنفيذ الجزئي للإلتزام[25]، على العكس من ذلك ما جاء في نص المادة 1231-5 من القانون المدني الفرنسي، فيكون التخفيض ليس بنسبة ما نفذ م الإلتزام، ولكن

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

بنسبة المصلحة التي حققها التنفيذ الجزئي للدائن، وهو ما يجسد العدالة، وأقرب إلى الحقيقة في تفسير نية المتعاقدين[26].

3- الحالة الثالثة: حالة تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع: طبقا لنص المادة 187 من القانون المدني الجزائري التي تنص على مايلي " إذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع دون مبرر".

وتقوم هذه الحالة على مبدأ التعسف في استعمال الحق، ذلك أن الدائن متى تسبب بسوء نية في إطالة أمد النزاع، فهو يتعسف في استعمال الإجراءات المقررة له قانونا، فبدل أن يقصد أقصر الطرق للوصول إلى حقه، يعمد إلى إطالة أمد النزاع حتى يستغرق الشرط الجزائي، بأن يجعل الضرر متناسبا معه، كأن يلجأ الدائن إلى انكار إمضائه على مخالصة صادرة عنه عن جزء من الدين، مما يتعين اتباع اجراء التحقيق في التوقيع، لا شك أن هذا الامر يترتب عنه اطالة أمد النزاع.

ومتى تبين ذلك للقاضي قام بتخفيض التعويض الإتفاقي إلى حد معقول عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر، ونكون هنا أمام حالة خطأ مشترك بين المدين والدائن، فالمدين تأخر في الوفاء بإلتزامه، والدائن أطال هذا التأخر بإطالة أمد النزاع ويمكن للقاضي أن لا يحكم بالشرط الجزائي أصلا متى وصل خطأ الدائن جراء سوء نيته إلى حد استغراق خطأ المدين.

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

الأصل أن القاضي لا يزيد في قيمة الشرط الجزائي ليكون مساويا للضرر، بل يحكم به على حاله[27]، ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة تخفيف لمسؤولية المدين، كأن يكون المبلغ المتفق عليه تافها، وهذا جائز في نطاق المسؤولية العقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم كما لو تعمد عدم تنفيذ إلتزامه، فان الاتفاق في هذه الحالة يكون باطلا(المادة 2/178 من القانون المدني الجزائري).

ويقع اثبات غش المدين أو خطئه الجسيم على الدائن، فاذا أفلح في ذلك، حكم القاضي بالزيادة في التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذي وقع وفقا للقواعد العامة

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر باتفاق الطرفين، لأن الدائن في اتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطئه الجسيم.

خاتمة:

كرس المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات المقارنة وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة جواز الاتفاق على تقدير مبلغ التعويض مقدما الذي يستحقه الدائن اذا أخل المدين مستقبلا بإلتزامه، سواء كان هذا الإخلال عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، ويكون ذلك سواء في العقد أو في اتفاق لاحق، أما اذا تم الاتفاق بعد وقوع الضرر فاننا لا نكون بصدد شرط جزائي وانما عقد صلح، إلا أن المشرع الجزائري لم يتركه على إطلاقه بل فرض عليه الرقابة وذلك تجنبا لتعسف الطرف القوي وبذلك قد يدخل عليه القاضي إما زيادة أو نقصانا بغية الوصول للتقدير المناسب لهذا الضرر.

وقد توصلت في الاخير إلى جملة من **النتائج:**

1- إن الشرط الجزائي قد يقوم بدور الشرط المقيد أو المحدد للمسؤولية، عندما يكون مقدار التعويض الإتفاقي المحدد مسبقا اقل من مقدار الضرر الفعلي الناجم عن عدم التنفيذ .

2- أن الشرط الجزائي قد يقوم بدور التقدير الجزافي، ويكون هذا في الحالة التي يكون فيها مقدار التعويض المتفق عليه قد قيس بقدر الامكان على قدر الضرر المتوقع حدوثه .

3- إن الشرط الجزائي قد يقوم بدور التهديد المالي، فهو يقوم بنفس الدور الذي تقوم به الغرامة التهديدية، ويكون هذا عندما يكون مقدار التعويض المتفق عليه اكبر من قدر الضرر المتوقع حدوثه .

4- إن الشرط الجزائي يقوم بدور التعويض، والتعويض هو وسيلة احتياطية لا يلجأ إليه الا عند عدم التنفيذ عينا، أي عند استحالة الوفاء بالإلتزام الاصلي لسبب يرجع إلى خطا المدين .

5- أنه يجنب المتعاقدين الإجراءات القضائية الطويلة والمعقدة فضلا عن المصاريف.

6- إن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تبدو أنها اوسع في التخفيض منها في الزيادة .

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

7- أن القاضي لا يمكنه تعديل مبلغ التعويض المتفق عليه في العقد من تلقاء نفسه.

كما قمت باقتراح بعض **التوصيات:**

1- تعديل نص المادة 184 من القانون المدني الجزائري، كونها تحرم الدائن من المبلغ المحدد بالشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، لا شك أن الدائن حتى ولو لم يلحقه ضرر مادي فعليا، قد لحقه ضرر معنوي.

2- تعديل نص المادة 185 من القانون المدني الجزائري، لأنها لا تساوي بين الدائن والمدين، فاذا لم يرتكب المدين غشا او خطئا جسيما، أو عجز الدائن عن اثبات ذلك، فلن يحصل الدائن على اية زيادة في المبلغ المحدد في الشرط الجزائي، مهما كان الضرر الذي اصابه من عدم تنفيذ المدين لإلتزامه .

3- منح القاضي سلطة التدخل ولو من تلقاء نفسه دون التوقف عن اشتراط طلب الدائن الزيادة، أو طلب المدين التخفيض، من أجل اعادة التوازن العقدي تماشيا مع التشريعات الحديثة .

الهوامش والمراجع:

(1)- وسمي بالشرط الجزائي لأنه عادة ما يرد كشرط من شروط العقد الأصلي، ويرتبه المتعاقدان كجزاء في حالة إخلال المدين بالتزامه سواء بعدم تنفيذه أو بالتأخر في تنفيذه، بل لا شئ يمنع من أن يكون اتفاقاً على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقد كالعمل غير المشروع . انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1998، جزء 2، ص 851.

(2)- انظر: علي علي سليمان، نظرات قاونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 179.

(3)- ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية وفقا للقنونين المصري والكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 15.

(4)- طيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، اطروحة دكتوراه في الحقوق - تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عبدالحميد ابن باديس بمستغانم، 2018-2019، ص 268.

(5)- للمزيد من التعريفات التي قيلت بشأن الشرط الجزائي راجع: أنساعد احسان، التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، رسالة ماجستير في الحقوق - تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة البليدة 2، 2015/2014، ص24 وما يليها .

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

(6)- غسق خليل ابراهيم، المسؤولية المدنية الناشئة بعقد المعلوماتية الاطاري، المركز العربي للنشر والتوزيع القاهرة، 2019، ص 222. انظر ايضا:

«la clause pénale par laquelle les parties fixent ellesmêmes et de manière forfaitaires le montant d'indemnité qui sera due en cas d'inexécution. Le débiteur devra donc payer la somme fixée par le contrat même si elle est supérieure ou inférieure au préjudice réel » Omar AZZIMAN « le droit civil», Editions Le Fennic ,maroc ,1995 ,p 291.

(7)- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات- أحكام الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 80.

(8)- عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات اللبناني والقانون المدني المصري، دار الطباعة والنشر، بيروت، 1968، ص 98.

(9)- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام - الواقعة القانونية، دار الهدى، الجزائر، ط 2، 2004، ص ص 27، 28.

(10)- المادة 224 مدني مصري، المادة 2/170 مدني عراقي، القانون الالماني المادتين 340، 343، وغيرها من القوانين. انظر: محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 185.

(11)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 851.

(12)- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 183.

(13)- نصت عليها مختلف القوانين المقارنة، فقد أشارت اليه المادة 218 مدني مصري، المادة 267 مدني كويتي، المادة 269 مدني تونسي، المادة 256 مدني عراقي، 253 مدني لبناني وغيرها- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 52.

(14)- المجلة القضائية لسنة 2001، العدد 01، ص 110، الى 113.

(15)- محمد عزمي البكري، القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام - أثار الالتزام، دار محمود، القاهرة، 1997، المجلد3، ص 506.

(16)- La peine fixée par convention est la limite de l'indemnisation dans le droit français et dans les droits qui en dérivent.

L'article 1229 du Code civil français définit la clause pénale comme « la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale » ; et l'article 1152 précise que, « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de domages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre ».

Segrè Tullio. Clause pénale et dommages ultérieurs en droit comparé. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 22 N°2,Avril-juin 1970. P300.
https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1970_num_22_2_15702.

(17)- voir. B. BOUBLI, «La mort de la clause pénale ou le déclin du principe de l'autonomie de la volonté», Journ. not., 1976, p. 948 et s.

(18)- محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 07.

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X

(19)- محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2001، ص 234.

(20)- عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 92.

(21)- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، مصر، 1978، ص 212.

(22)- اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الاثبات وأحكام الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، مصر، 1967، ج2، ، بند50، ص 125.

(23)- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 220.

(24)- قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السايسية - جامعة الحاج لخضر بباتنة، 2014/2013، ص 84-85.

(25)- بورنان العيد، الرقابة القضائية على الشرط الجزائي، مقال بمجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور - الجلفة، العدد 05، ص 92.

(26)- محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 223.

(27)- عبدالرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 877.

EISSN: 2588-2368 ——— ISSN: 2352-975X