الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de L'enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة أدرار

Université d' Adrar

و

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مخبر القانون والمجتمع

مخبر القانون والمجتمع

جامعة أدرار- الجزائر

مخبر القانون والمجتمع

LABORATOIRE DE DROIT ET SOCIETE

ينظمان

الملتقى الوطني الأول حول

سلطة القاضي في تعديل العقد

يومي الاثنين والثلاثاء 28 و29 أفريل 2014

السنة الجامعية 2014/2013

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (مقارنة مع التعويض القضائي)

أ.قدة حبيبة– جامعة قاصدي مرباح– ورقلة
أ.مهداوي عبدالقادر– جامعة قاصدي مرباح– ورقلة

مقدمة:

رغم الحرية التي منحها المشرع لأطراف العقد وجعل إتفاقهما لا يخضع الخضوع الكامل للقانون، فمن هنالك تنشأ حرية في جعل العقد يستمد بنوده من إرادة الأطراف ويكون الإتفاق عليه بعد تطابق رغبة المتعاقدين وهذا من أجل منح نوع من المرونة للتعاملات المدنية والتجارية التي تتمتع بطبيعتها بالمرونة والسرعة، لكن قد يؤدي هذا الاستثناء القانوني إلى تعسف احد أطراف العقد وينحرف عن مساره الصحيح ويسمى هنا عقد إذعان أو يتم وضع شرط جزائي قد يسبب ضرر للطرف الثاني، وعليه يتم اللجوء إلى تدخل السلطة القضائية ، فللقاضي سلطة مخولة له قانونا لإعادة العقد وذلك بتعديله أو إلغاءه ، لكن تدخل القاضي ليس مطلقا بل يكون خاضعا لأحكام القانون وإلا خالف ذلك نص المادة أن العقد شريعة المتعاقدين فسلطة القاضي تكون محدودة و تمكنه من إجبار احد الأطراف على تنفيذ العقد أو يفرض تعويضا للطرف المتضرر .

إذن إلى أي مدى تبرز سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ؟

سنجيب عن هذه الإشكالية الرئيسية وفق الخطة التالية:

المبحث الأول : ماهية الشرط الجزائي .

المطلب الأول : التعريف الشرط الجزائي.

المطلب الثاني : خصائص الشرط الجزائي .

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية للشرط الجزائي .

المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي و تبرير الرقابة القضائية.

المطلب الأول : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي .

المطلب الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي وسلطات القاضي في فرض الرقابة

المطلب الثالث : تبرير الرقابة القضائية .

المبحث الأول : ماهية الشرط الجزائي .

نتعرض في هذا المبحث لتعريف الشرط الجزائي وبيان خصائصه وطبيعته القانونية.

المطلب الأول : تعريف الشرط الجزائي

التعريف القانوني : نقصد بالتعريف القانوني ذلك التعريف الذي يعطيه المشرع للنظام القانوني الذي يفرضه على الأفراد فقد عرفه على سبيل المثال المشرع الفرنسي في مادتين ، المادة 1126 والتي تنص : " الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ "، أما المادة 1229: " تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي " غير أن التعريف الأول يعتبر عام وناقص إذ اقتصر على عدم التنفيذ وأما الثاني فقد لقي معارضة شديدة من قبل الفقهاء اللذين يعتبرون الشرط الجزائي تقوية

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الفرنسي بإعطائه هذا التعريف المزدوج قد فتح مجال الخلاف أمام الفقه حول الطبيعة القانونية لهذا الشرط.

وحسنا فعل المشرع الجزائري الذي لم يعرف الشرط الجزائي بل اكتفى بتأكيد مشروعيته في المادة 183 وبيان أحكامه في المواد 184 و 185 ق.م.

التعريف الفقهي: عرفه الأستاذ أنور سلطان بأنه: اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه .

وعرفه الأستاذTOULLIER بأنه: ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه.

الهدف من الشرط الجزائي: هـــو تجنب المتعاقدين من اللجوء إلى القضاء وتفادي النزاع الذي يثور بشأن إثبات الضرر

المطلب الثاني : خصائصه .

أولا: الشرط الجزائي اتفاق.

وهذا ما نصت عليه المادة 183: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق." فلا يمكن تصور شرط جزائي مصدره القانون وتتجلى الإدارة كمصدر للإلتزام في شكلين هما العقد و الإرادة المنفردة.

الشرط الجزائي العقدي: وله صورتين إما:

-1 أن يدرج في العقد الأصلي.

-2 أن يوضع في اتفاق لاحق: فليس من الضروري وجوب وضع الشرط الجزائي ضمن العقد الأصلي إذ انه قد يكون الشرط الجزائي في اتفاق لاحق للعقد و لكن بشرط ان يكون هذا الاتفاق اللاحق قبل وقوع الضرر الذي يقدر الشرط الجزائي التعويض عنه

الشرط الجزائي الصادر بإرادة منفردة: ويمكن تصور قيامه في حالتين:

-1الشرط الجزائي المدرج في الإيجاب:

قد يصدر الموجب إيجابا وضمنه شرطا جزائيا لعدوله ويجب هنا التفرقة بين حالتين:

-إذا كان الإيجاب لا يتضمن أجلا للقبول فيمكن للموجب العدول في أي وقت.

-إذا تضمن الإيجاب أجلا لصدور القبول فلا يمكن للموجب العدول عم إيجابه قبل الأجل.

-2الشرط الجزائي المدرج في إيجاب موجه للجمهور.

ثانيا: الشرط الجزائي تقدير جزائي للتعويض:

لقد مر بنا الشرط الجزائي اتفاق مسبق على تقدير التعويض حيث أن الأطراف بإرادتهم يحددون بصفة مسبقة المبلغ الذي يدفعه المدين في حالة إخلاله بإلتزامه أو عند تأخره في تنفيذه، فهو إذن تقدير جزافي للتعويض كما يرى ذلك الأستاذ جاكوميته في قوله: " إن الشرط الجزائي باعتباره تسوية اتفاقية يحدد بصفة مسبقة وجزافية قيمة التعويض "، ويترتب على كون الشرط الجزائي تقديرا جزافيا للتعويض أنه يمكن للقاضي أن يعدل في هذا التقدير زيادة أو نقصانا وذلك لكي يتناسب الحجم الحقيقي للتعويض

ثالثا: الشرط الجزائي طريق إحتياطي:

إن المبدأ العام الذي يقتضي بأن الأصل في التنفيذ أن يكون عينيا ولا يحكم بالتعويض إلا في حالة استحالة التنفيذ أو التأخر وهو الذي يطبق على الشرط الجزائي وذلك باعتباره تعويضا ومن هنا تبرز الصفة الاحتياطية للشرط الجزائي فباعتباره تعويض لا يجوز المطالبة به أو إعماله إلا إذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن ويبرز الطابع الاحتياطي بصورة أكثر وضوحا في حالة ما إذا كان التنفيذ العيني ممكنا إذ لا يمكن للدائن عندئذ أن يجمع بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي إلا إذا مقرر للتأخير في التنفيذ فالأصل العام هو المطالبة بالتنفيذ العيني أولا فإذا كان غير ممكن (الاستحالة) جاز المطالبة بالشرط الجزائي غير أن المشرع الألماني خرج عن هذه القاعدة وأجاز المطالبة بالشرط الجزائي حتى ولو كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن يجب عليه أن يتنازل عن التنفيذ العيني (م 340 ق م أ.

ومن المتفق عليه أن الشرط الجزائي المقرر لعدم التنفيذ لا يحول دون مطالبة الدائن بالتنفيذ العيني للالتزام الأصلي فله أن يختار بين هذا وذاك.

ويرى بعض الفقهاء أنه مستمد من القواعد العامة حيث يمكن للدائن أن يطالبه بدلا من التعويض بتنفيذ الالتزام عينا. في حين يرى البعض الآخر أن هذا الحق ينتج عن الطبيعة القانونية للشرط الجزائي، حيث لو لم يتقرر هذا الحق للدائن واستحق الشرط الجزائي عقد عدم التنفيذ لكنا بصدد تجديد الالتزام الأصلي عينا والشرط الجزائي، يتبين لنا بكل وضوح أن هناك التزامين أحدهما أصلي يرد عليه التنفيذ العيني والآخر تبعي يكتفي به الدائن إذا لم ينفذ الالتزام الأصلي. [1]

رابعا: الشرط الجزائي التزام تابع:

الشرط الجزائي اتفاق غايته تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره

في ذلك إذن فالشرط الجزائي التزام تابع للإلتزام الأصلي لا يكون له وجود بدونه ولا بقاء بعده وعلى هذا الأساس يبطل الشرط الجزائي إذا كان الإلتزام الأصلي باطلا وإن كان بطلان الشرط الجزائي لا يؤدي إلى بطلان الإلتزام الأصلي.

فالملتزم بالعقد أو الملتزم بمصدر من المصادر الأخرى من مصادر الالتزام ، كان يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل فإذا اتفق الطرف الآخر على مبلغ معين بقدر أن به التعويض فيما إذا أخل من عليه الالتزام بإلتزامه يترتب عليه:

-1أن العبرة بالالتزام لا بالشرط الجزائي.

-2أن بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي دون العكس.

فصاحب الشرط يطالب المشروط عليه بالتنفيذ لما إلتزم به أولا و لا يجوز له أن يطالب بالشرط الجزائي أولا، لأن الشرط الجزائي تعويض، وكذا المشروط عليه ليس له إلا العمل على تنفيذ ما ألتزم به، ولا يجوز أن يعدل من تنفيذ التزامه – إذا كان ممكن –إلى الشرط الجزائي، لأن الشرط الجزائي ليس بديلا للالتزام الأولي، بل هو تعويض فيما إذا صار الالتزام الأصلي مستحيلا بخطأ المشروط عليه وحصل ضرر من جراء الخطأ تكفل الشرط الجزائي بتقديره، وإذا بطل الشرط الجزائي فلا مبرر لبطلان العقد كما إذا اشترط المرتهن أنه عند عدم سداد الدين يكون الرهن ملكا له ، فيبطل الشرط دون الرهن.

إذن فما يميز الشرط الجزائي بأنه ليس هو السبب في استحقاق التعويض، فلا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض ولكن يتولد عبه التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي.

يهدف الدائن من وراء تقرير الشرط الجزائي في اتفاقه مع المدين إلى الاطمئنان على الحصول على حقه اما بالتنفيذ العيني للإلتزام أو بمقابل أي عن طريق الشرط الجزائي.

وذهب فريق من الفقه إلى اعتبار الشرط الجزائي تعويضاَ،هذا ما أدى بفريق آخر إلى اعتباره عقوبة وهي التي كان يتميز بها في العصور القديمة وانتشر بعد ذلك في القانون المدني الفرنسي سنة 1804.

حيث نص المشرع في المادة 1152 على مبدأ ثبات الشرط الجزائي وقد عدل المشرع الفرنسي أحكام الشرط الجزائي بموجب قانون 9 يوليو 1975 ولكن هذا لم يخفي على الوظيفة العقابية في النظر بعين القضاء وهذا أثار جدالاً فقهي حول وظيفتي التعويض والعقوبة لتحديد وظيفة الشرط الجزائي وبالرغم من الحجج والأسانيد التي قدمها كل فريق لم يستطيع أي منهما تغليب وجهة نظره مما أدى بفريق (3)إلى القول بأن الشرط الجزائي ذو طبيعة مركبة.

أولا: الشرط الجزائي تعويض:

يرى جانب من الفقه أن الشرط الجزائي له طابع تعويضي ولا يمكن أن يكون عقوبة،إلا أنهم اختلفوا حول

طبيعة التعويض فنمهم من اعتبره جزافي ومنهم من يرى أنه تقدير مسبق للتعويض.

ثانيا: الشرط الجزائي عقوبة:

يرى جانب من الفقه أن اعتبار الشرط الجزائي عقوبة يفرضها الدائن على مدينه ففي هذا الصدد يقول الأستاذ لـومبيار "الشرط الجزائي كعقوبة لجريمة مدنية يحقق للمتعاقدين الضمان والأمن."

الأستاذ مـيتو :" الشرط الجزائي جزء يذكر بالعقوبة " ويؤكد الأستاذ ديـموج " أن الوظيفة العقابية للشرط الجزائي هي التي تعطيه أهميته وأصالته وتميزه عن نظرية التعويض.

أما بـلانـيول :هو الذي حدد الوظيفة العقابية للشرط الجزائي تتوقف على المبلغ المتفق عليه عما اذا كان مرتفعاً أو تافهاً والوظيفة العقابية يقصد بها الضغط والتهديد الذي يحدث المبلغ المرتفع في روح المدين ويدعه إلى تنفيذ التزامه عينياً.

ثالثا: الشرط الجزائي ذو طبيعة مركبة :

يرى جانب من الفقهاء ان الشرط الجزائي ذو طبيعة مزدوجة أي تعويضاَ وعقوبة التي تبناه الفقيه الألماني (كوزاش.(

غير أن الأستاذ (بيرانو فاشيو) يرى بأن الشرط الجزائي يكون إما تعويضا وإما عقوبة ولا يمكن الجمع بينهما .

موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات:

يتضح من خلال النصوص الخاصة بالشرط الجزائي أن المشرع الجزائري قد أضفى طابع التعويض متجاهلاً الفكرة العقابية بدليل أنه اشترط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي،وهذا ما نصت عليه المادة 184 من القانون المدني الجزائري (لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقاً إلا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر). وطبق أيضاَ أحكام التعويض بمقابل الشرط الجزائي المواد 181-183-176.

موقف القانون المصري:

يستخلص من المواد 223-224-225 القانون المدني المصري الذي اعتبر الشرط الجزائي تعويضاَ واشترط وقوع الضرر لإستحقاقه وطبق أحكام التعويض بمقابل .

وقد عرفه قاموس القانون الخاص على أنه :" إن عدم تنفيذ أو التأخر في تنفيذ الالتزامات والحاصل من أحد المتعتقدين ويحدث من جراءه ضرر أو تفويت فرصة لربح يجبر عن طريق التعويض و الذي يرجع للقاضي تحديده، فإدا قامت الاطراف المتعاقدة بتحديد تعويض فيطلق عليه حينئد الشرط الجزائي وبالرغم من اصطلاح الجزاء pénale فهو يعتبر عقوبة مدنية وليست جزائية.

المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي و تبرير الرقابة القضائية

سنتعرض في هذا المبحث لموقف التشريعات المقارنة من تعديل القاضي للشرط الجزائي و مبررات الرقابة القضائية.

المطلب الأول : سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي .

نتطرق إلى هذا في القوانين العربية وفي القانون الفرنسي ثم نرى متى يجوز التخفيض من الشرط الجزائي ثم الزيادة فيه.

1. هل يجوز تعديل الشرط الجزائي في القانون الفرنسي؟

صدر القانون المدني الفرنسي سنة 1804 متأثراً بمبادئ الثروة الفرنسية التي تقوم على مبدأ المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة. وقد نص على الشرط الجزائي في عام 1152 من ق.م. الفرنسي بقولها:" إذا اشتمل العقد على الشرط يقضي بإلتزام المدين الذي لم ينفذ التزامه بدفع مبلغ بصفة تعويض فلا يمنح للطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل.

أي أن القانون الفرنسي منع الزيادة أو التخفيض في الشرط الجزائي مهما زادت أو قلت قيمة الضرر. [2]

وقد أصدر المشرع الفرنسي قانوناً بتاريخ 1975/07/09 بمقتضاه أضاف فقرة ثانية للمادة 1552 تقتضي بأنه ومع ذلك فيجوز للقاضي أن يخفض أو يزيد المبلغ المتفق عليه بالشرط، إذ رأى أن هذا المبلغ يزيد زيادة فاحشة عن قيمة الضرر أو رأى أنه تافه بالنسبة إلى قيمة الضرر" وهكذا خالف المشرع الفرنسي كل من القانون الألماني والسويسري والإيطالي إلا انه ومع هذا التغيير اتفق الفقه والقضاء على أن يجوز للقاضي التخفيض أو الزيادة من تلقاء نفسه بل ينبغي للمدين أن يطلب التخفيض والدائن أن يطلب الزيادة، ولهذا اضاف المشرع الفرنسي قانوناً آخر في

1985/10/11 منح للقاضي سلطة التخفيض أو الزيادة من تلقاء نفسه دون طلب المتعاقدين، لذا فقد رأى الفقه أن الشرط الجزائي لم يصبح له قيمة.

2-مدى تعديل الشرط الجزائي في القوانين العربية:

نصت م 184 ف 2 من ق م جزائري و م 224 م مصري و م 225 م سوري و م 227 م ليبي على مايلي:

"يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا..." وهكذا أجاز القانون للقاضي تخفيض مبلغ التعويض المقدر بالشرط ولكن بشرط أن يطالب المدين التخفيض وأن يثبت أن المبلغ –مبلغ التعويض مفرط بالنسبة للضرر الذي أصاب الدائن من عدم التنفيذ، ثم نصت م 185 مدني جزائري المقابلة للمادة 225 مصري والمادة 226 سوري والمادة 228 ليبي على ما يلي:

"إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا أن المدين قد ارتكب غشا أو خطئا جسيما"

وبهذا أجاز القانون للقاضي الزيادة في مبلغ التعويض المحدد في الشرط الجزائي بشرط أن يطالب الدائن الزيادة وأن يثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما في عدم تنفيذ التزامه".

والآن سوف نتطرق بشيء من التفصيل ونرى الحالات التي يجوز فيها تخفيض الشرط الجزائي والحالات التي يجوز فيها زيادته.4

أ- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي :

و ذلك في الحالات التالية:

•حالة المبالغة في تقدير الشرط الجزائي إلى درجةٍ كبيرةٍ في خفض الشرط الجزائي إلى الحد المعقول .

•حالة التنفيذ الجزئي للالتزام يتدخل القاضي لإعادة تقدير الشرط الجزائي بما يتلاءم مع ما نفذ من الالتزام فعلاً .

لقد حدد المشرع في الفقرة الثانية من المادة 184 السابق الذكر الإشارة إليها ، حالتين يمكن للقاضي فيها ان يخفض الشرط الجزائي : وأولهما المبالغة الكبيرة في تقدير الجزاء وثانيهما تنفيذ المدين بجزء من التزامه الأصلي ، وهنا نلاحظ ان المشرع الجزائري قد حذا في ذلك حذو القانون المدني المصري و التقنينات العربية الأخرى .

و منه نتناول الحالتين على التوالي :

تخفيض الشرط الجزائي بسبب المبالغة الكبيرة في تقديره الأصل: ان الشرط الجزائي اتفاق ، و القانون يحترم ارادة المتعاقدين فيما اتفقا عليه من تحديد لمقدار التعويض الذي يستحقه الدائن اذا اخل مدينه بالتزامه . ولايمكن للقاضي ان يتدخل لتعديل الجزاء المتفق عليه إلا اذا كان مبالغا فيه او مفرطا كما يسميه القانون الجزائري . وما يلاحظ على النص الجزائري بصدد هذه الحالة انه اكتفي بتحديد حالات تدخل القاضي دون ان يرشده بكيفية تقدير المبالغة و طريقة تخفيضها .

المقصود بالمبالغة : نظرا لعدم وضع المشرع ضابطا ونسبة يمكن على ضوئها تحديد المقدار المبالغ ،فقد أدى دلك إلى اختلاف الفقه في تحديد المبالغة و بصفة عامة يمكن تعريفها بعدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه و الضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ بحيث يترتب على دلك نوع من المضاربة.

حالة التنفيذ الجزئي للالتزام : اذا نفذ المدين الالتزام الاصلي في جزء منه وكان تقدير التعويض على عدم التنفيذ اصلا، فالقاضي يخفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، اما اذا كان الشرط الجزائي في صورة عدم التنفيذ الكامل، فحينئذ ينفذ الشرط الجزائي باكمله وان اقدم المشترط عليه على تنفيذ بعض

التزاماته.

ب–سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

و ذلك في الحالات التي تكون فيها زيادة الضرر راجعة إلى:

•غش المدين

•خطئه الجسيم

و لقد نص المشرع الجزائري على الحالات التي يمكن فيها أن يزداد في الشرط الجزائي في نصوص القانون المدني ومنها نص المادة 185 بأنه لايمكن للدائن طلب زيادة الشرط الجزائي إلا في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم.

وذلك أيضا ما ذهب اليه المشرع الفرنسي في نص المادة 1152بأنه يمكن للقاضي أن يرفع من قيمة الشرط الجزائي ودلك راجع إما إلى لخطأ جسيم في العقد وقع من أحد المتعاقدين أو بسبب غش المدين .

بحيث أنه إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المقدر و أثبت الدائن ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما فيجوز للقاضي ان يزيد في تقدير التعويض حتي يصبح معادلا للضرر الذي وقع لان الدائن الذي اتفق مع المدين علي تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين او خطأه الجسيم و انه كذلك يقع باطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل الغير مشروع وبيان ذلك انه لا يجوز ان يتفق الطرفان على إعفاء المدين من مسؤوليته التقصيرية ففي هذه الحالة يجوز للقاضي ان يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذي ورد في الشرط الجزائي لأجل تطبيق القواعد العامة في التقدير القضائي للتعويض.

فلذلك لابد من الفصل بين كون الشرط هو تقدير الضرر المتوقع من قبل المتعاقدين قبل وقوعه حسما للاختلاف و بعد ذلك فللقاضي ان يزيد فيه أو ينقصه إذا ثبت كونه مبالغا فيه او تافها .

أما إذا كان الشرط الجزائي غير مرتبط بالضرر أصلا بل كان مطلقا (سواء وجد الضرر ام لم يوجد) فحيئذ يكون الشرط نافذا إلا في حالة ما إذا فهمنا من الشرط سفاهة المشترط عليه أو المشترط ، فيبطل العقد من أساسه ويبطل الشرط تبعا له .

فيتفق المشرع الجزائري في مجال العقود مع جل التشريعات في تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه حيث كلها تسمح للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي المغالى في تقديره، أما فيما يخص زيادة الشرط الجزائي يختلف عن بعض القوانين بحيث لم يجز المشرع الجزائري رفع قيمة الشرط الجزائي كقاعة عامة إلا في الحالات الاستثنائية التي بيناها سابقا . وبصفة عامة يعتبر الشرط الجزائي شرطا عقديا ومن ثم يملك القاضي سلطة التفسير التي له على كل شرط في مجال المسؤولية العقدية و على هذا الأساس يجوز له تقدير خطأ المدين و كذالك خطأ الدائن للتخفيف من مسؤولية المدين أو إعفائه منها ، كما له ملاحظة ان اعذرا المدين لم يتم .

وأخيرا فان القاضي قد لا يتقيد بالوصف الذي يعطيه الطرفان للشرط الجزائي بل عليه ان يستخلصه من الاتفاق و الظروف الملابسة به و النية المشتركة للطرفين ، فمن المتصور أن يصف الطرفان شرطا بأنه تعويض اتفاقي في حين أن حقيقته شرط لتحديد المسؤولية .

3- بطلان الشرط الجزائي :

إذا كان الشرط الجزائي مبالغا فيه وكان المتعاملان على علم بهذه المبالغة وقد قصدا اليها، كان الشرط الجزائي هنا شرطا تهديديا (وليس واقعيا) لحمل المدين على عدم الاخلال بالتزامه.

وقد ذكر السنهوري: ان مؤدى ذلك ان يكون الشرط الجزائي المبالغ فيه ينطوي في الواقع من الامر على عقوبة فرضها الدائن على المدين، فيكون باطلا، وحينئذ يعمد القاضي الى تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة في تقديره.

ثم ذكر السنهوري تبريرا آخر للبطلان، حاصله: إن الشرط الجزائي هو تقدير التعويض المستحق من الطرفين وفقا للاعتبارات والظروف، فإذا اتضح بعد ذلك ان الضرر الذي وقع لم يكن بالمقدار الذي ظنه الطرفان قبل وقوعه وان تقديره كان مبالغا فيه كثيرا، فحينئذ لا يخلو الامر: من غلط وقع فيه الطرفان، او ضغط وقع على احدهما فقبل شرطا يعلم انه مجحف به، وفي كلتا الحالتين يكون الواجب تخفيض الشرط الجزائي الى الحد الذي يناسب الضرر. [3]

المطلب الثاني شروط إستحقاق الشرط الجزائي وسلطات القاضي في فرض الرقابة:

أولا: شروط استحقاق الشرط الجزائي:

ان شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض، وهذا معنى إحالة المادة 183 على المواد 176إلى181 وهذه الشروط هي:

- 1 وجود خطا من احد المتعاقدين الذي اشترط عليه الشرط الجزائي.
- 2 وجود ضرر أصاب المشروط له.
- 3 وجود علاقة بين الخطأ والضرر.
- 4اعذار من يكون لصالحه الشرط الجزائي للآخر في الأحوال التي يجب فيها الاعذار، اما إذا لم تكن ضرورة للاعذار فلا يشترط الاعذار.

1- الخطأ

ويعني وجود خطأ من أحد المتعاقدين الذي اشترط عليه الشرط الجزائي، فلا يستحق الشرط الجزائي إذن إلا إذا كان هناك خطأ من المدين والغالب أن يكون هذا الخطأ عقديا فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين، فلا مسؤولية في جانبه، ولا يكون التعويض مستحقا ومن ثم لا محل لإعمال الشرط الجزائي، فما هو إلا تقدير لتعويض قد استحق ولم يستحق التعويض.

و يتمثل الخطأ في مجال الشرط الجزائي في عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره في ذلك ويشترط أن يكون هذا ألخطأ منسوبا إلى المدين نفسه .

و يعتبر الخطأ ركنا جوهريا لاستحقاق الشرط الجزائي لذلك يتحتم علينا البحث عن مضمونه وإثباته.

مضمون الخطأ:

ان الرأي الغالب في الفقه يقيم الخطأ على أساس موضوعي بحت هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد اذ مجرد عدم التنفيذ يجعله مخطئا إلا إذا كان الأمر يخرج عن إرادته.

ولقد قسم الفقهاء بصدد الخطأ العقدي إلى نوعين فهي التزامات بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية:

النوع الأول هو الالتزام الذي لا يتم تنفيذه إلا بالوصول إلى النتيجة المرجوة و إلا بقي الالتزام غير منفذ، و الشرط الجزائي الذي يضمن مثل هذه الالتزامات يستحق ما دام أن النتيجة لم تتحقق .

أما النوع الثاني أي الالتزام ببذل عناية فهو الالتزام الذي يجب تنفيذه ببذل عناية معينة قد يحددها القانون أو الاتفاق

و الشرط الجزائي المقرر لمثل هذه الالتزامات يستحق طالما لم يبذل المدين العناية المطلوبة منه، وهكذا يكون الخطأ مبنيا على أساس موضوعي قوامه الاعتداد بواقعة مادية بحتة هي عدم تنفيذ الالتزام، ويجب أن يتوافر في عدم التنفيذ خاصيتان هما:

- يجب أن يكون عدم التنفيذ نهائيا.
- يجب أن يكون عدم التنفيذ كليا .

اثبات الخطأ :

تعتبر مسألة إثبات واقعة التنفيذ مسألة حساسة ودقيقة لأنها تتعلق بتحديد من يقع عليه عبء الإثبات. وخلا فا للقاعدة القائلة بان البينة على من ادعى ففي حالة وجود الشرط الجزائي فلا وجه لتحميل الدائن إثبات خطا المدين في عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ العقد بل هي قرينة تقوم على أساس أن المدين لم ينفذ التزامه و السبب المنطقي لعدم التنفيذ يكمن في خطا من جانب المدين. فالقرينة قوم على ضرورة عملية ولا يمكن لنظرية الشرط الجزائي أن تستغني عن هذه القرينة لأنها مرتبطة بفكرة تنفيذ الالتزام الأصلي.

2- الضرر

أي وجود ضرر أصاب المشروط له ومع ذلك فإن هذا الحكم غير مستقر في القضاء الفرنسي فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن الشرط الجزائي يستحق حتى ولو لم يثبت الدائن أن هناك ضررا أصابه، فإن إتفاق الطرفين على شرط جزائي وتقديرهما مقدما للتعويض المستحق ، معناه أنهما مسلمان بأن إخلال المدين بإلتزامه يحدث ضررا اتفقا على المقدار اللازم لتعويضه وقد قامت معظم التشريعات بنقل بدء الإثبات من الدائن إلى المدين في التعويض الإتفاقي أي أن على المدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر وهذا يتفق

مع أهم خصائص الشرط الجزائي أي أنه إتفاق بين الطرفين مما يستلزم أنهما مسلمات على أن إرتكاب الخطأ يؤدي إلى وقوع الضرر .[4]

إذا فلا يمكن للدائن ان يطالب به اذا لم يلحقه أي ضرر، وحكمة ذلك أن الضرر شرط لاستحقاق التعويض، والشرط الجزائي ما هو إلا طريقة من طرق التعويض.

وفي هذا الصدد يختلف القانون المدني الجزائري عن نظيره الفرنسي الذي لا يشترط وقوع الضرر للدائن لاستحقاق الشرط الجزائي، فقبل قانون 09 يوليو 1975 المتعلق بتعديل لأحكام الشرط الجزائي كان القضاء الفرنسي لا يشترط وقوع الضرر للحكم بالشرط الجزائي، وكان يستند في ذلك إلى نص المادة 1152 التي أرست مبدأ ثبات الشرط الجزائي، ولكن بعد 1975 أضاف المشرع الفرنسي فقرة ثانية للمادة 1152 وبمقتضاها أصبح القاضي يمارس رقابة قضائية على شرط جزائي وهنا لم ينص المشرع الفرنسي في هذه الفقرة الجديدة على ركن الضرر فاختلف القضاء حول اشتراطه لاستحقاق الشرط الجزائي أما بالنسبة إلى عبء اثبات الضرر فمن البديهي ما قامت به معظم التشريعات العالمية بنقل هذا العبء من الدائن إلى المدين اذ أن الاتفاق يصبح أساسا بدون سبب إذا تبين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر وبما أن المدين هو الذي يدعي عدم حدوث ضرر للدائن فعليه أن يثبت ذلك.

وهكذا نرى ان مسلك المشرع الجزائري – في ربطه الشرط الجزائي بوقوع الضرر – يتماشى مع أساس المسؤولية العقدية ، وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام التي لا يجوز مخالفتها . وبصفة عامة يعتبر الشرط الجزائي شرطا عقديا ومن ثم يملك القاضي سلطة التفسير التي له على كل شرط في مجال المسؤولية العقدية و على هذا الأساس يجوز له تقدير خطأ المدين و كذالك خطأ الدائن للتخفيف من مسؤولية المدين أو إعفائه منها ، كما له ملاحظة ان اعذرا المدين لم يتم . وأخيرا فان القاضي قد لا يتقيد بالوصف الذي يعطيه الطرفان للشرط الجزائي بل عليه ان يستخلصه من الاتفاق و الظروف الملابسة به و النية المشتركة للطرفين.

أخيرا يجب أن يكون هذا الضرر محققا ومباشرا ومتوقعا وذلك طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية.

3- وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة السببية بين الخطأ و الضرر ، أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي، أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرا و لكنه غير متوقع فعند ذلك لا تتحقق ولا يستحق التعويض فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائي .

4- الإعذار

الإعذار شرط لإستحقاق الشرط الجزائي في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين. أما في الأحوال التي

لا يجب فيها الإعذار فإنه لا يشترط، فإذا لم يقم الدائن بإعذار المدين في الأحوال التي يجب فيها الإعذار لم يستحق التعويض

ومجرد وجود هذا الإتفاق لا يعفي من الإعذار، ولا يعتبر وجود هذا الشرط اتفاقا صريحا أو ضمنيا على إعفاء الدائن من إعذار المدين.

هذه الحالات ترجع إما إلى الاتفاق وإما إلى حكم القانون وإما إلى طبيعة الأشياء:

•فقد يتفق الطرفان مقدما على أن المدين يكون معذرا لمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء، ويكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا .

ومثل الاتفاق الضمني أن يوجب رب العمل على المقاول إتمام البناء في تاريخ معين ويجب أن يكون الاتفاق الضمني غير محل لشك،فوضع الشرط الجزائي في العقد لا يفهم منه الإعفاء من الاعذار.

وقد يوجد اتفاق على عدم الحاجة إلى الاعذار ولكن الدائن ينسخ هذا الاتفاق بتصرفه، كما اذا اشترطت شركة التامين على المؤمن عليه عدم الحاجة إلى الاعذار في اقتضاء أقسام التامين ثم تتعود بعد ذلك ان تعذره كلما تأخر. 5

•هذا وقد يقضي القانون بعدم الحاجة إلى الاعذار مثلما نصت عليه المادة 220 القانون المدني المصري.

فعلى سبيل المثال الحالة التي يكون فيها محل الالتزام رد شيء يعلم المدين انه مسروق، او رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك ففي هده الحالة يكون المدين سيء النية ويكون واجبا عليه إن يرد الشيء إلى الدائن وليس في حاجة إلى إعذاره، و من ثم يجب على المدبن أن يبادر فورا إلى رد الشيء للدائن.

•أما ما يرجع إلى طبيعة الأشياء فتتمثل فيما يأتي :

إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، و هذا ما تقتضي به طبيعة الأشياء ، لأن الإعذار هو دعوة المدين إلى تنفيذ إلتزامه و قد أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله فاستحق عليه التعويض دون حاجة إلى الإعذار مثال ذلك :

أن يلتزم مقاول ببناء مكان في معرض لأحد العارضين ، و ينتهي المعرض قبل أن ينفذ المقاول إلتزامه ، وفي العقود المستمرة لا ضرورة للإعذار إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه الزمني ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن

•إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ، فبعد هذا التصريح الثابت بالكتابة لا جدوى في إعذاره ، فهو قد رد سلفا أنه لا يريد القيام بالتزامه.

هذه الشروط بصفة عامة اللازم توفرها لاستحقاق الشرط الجزائي باعتباره تعويضا كما أسلفنا، أما الآن نطرح الإشكالية التالية: هل توفر هذه الشوط تؤدي إلى التعويض تلقائيا أم أن للقاضي سلطات تتجلى في فرض رقابة عليه ؟ .

ثانيا: سلطات القاضي في فرض الرقابة

هجر المشرع الجزائري الاتجاه القديم و اخضع الشرط الجزائي باعتباره تعويضا للرقابة القضائية مسايرا في ذلك القوانين العربية فضلا عن القوانين الأجنبية السابق دراستها ، وان كان تنظيم المشرع الجزائري للرقابة القضائية على الشرط الجزائي يختلف نوعا ما عن تنظيم تلك القوانين لهذه الرقابة.

1-الرقابة على شرعية الشرط الجزائي ظل القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 مطبقا في الجزائر كقانون وضعي إلى صدر التقنين المدني الجزائري في سنة 1975 ، وقبل صدور هذا الأخير كان القاضي يمارس سلطته في مجال الشرط الجزائي – في ظل مبدأ ثبات هذا الشرط – على النحو الذي كانت عليه سلطة القاضي الفرنسي قبل قانون 9 يوليو 1975 .

وفي التقنين المدني منع المشرع في بعض الحالات الاستثنائية استعمال الشرط الجزائي و مثال ذلك قانون العمل والقانون البحري .

في قانون العمل : نصت المادة 78 من قانون العمل على انه لا يجوز في حال ان ينص في النظام الداخلي على غرامات .

لقد ألزم المشرع الجزائري كل وحدة تستخدم 20 عاملا على الأقل ان تعد نظاما لها .

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

ومن صور هذه الجزاءات الشرط الجزائي الذي يدفعه العامل عند إخلاله بهذا النظام غير ان المشرع الجزائري منع رب العمل من استعمال الشرط الجزائي الذي يأخذ شكل غرامة تستقطع من راتب العامل . و الهدف من هذا التحريم يرجع إلى ضمان الحد الأدنى لراتب العامل وخاصة ان استقطاع مبلغ الشرط الجزائي قد يؤثر عليه ويجعله لا يصل إلى الحد الأدنى الذي يضمنه القانون.

في القانون البحري : نصت المادة 811 القانون البحري على انه يعد باطلا وعديم المفعول كل شرط يكون هدفه او اثره المباشر او غير المباشر ما يلي :

أ) إبعاد او تحديد مسؤولية الناقل الناجمة عن الماد 770 و 773 و 802 و 804 من هذا الكتاب ، وقد حددت المادة 805 بحري جزائري.

ب) تحديد المسؤولية بمبلغ يقل عن المبلغ الذي حدد في المادة 805 اعلاه ما عدا في حالة ما جاء في المادة808ق.ب.

ج) منع الناقل الاستفادة من التامين على البضائع .

يتبين من هذه المادة انه لا يجوز التحديد المسبق – بمبلغ مالي – لمسؤولية الناقل البحري الناجمة عن افعاله المحددة في المواد السالفة الذكر ، ويترتب على ذلك بطلان كل شرط جزائي يستعمل في هذا المجال ، كما

يبطل الشرط الجزائي الذي يقل مقداره عن المبلغ المحدد في المادة 805 ، وما تجدر الاشارة اليه ان المشرع – في هذه المادة – لم يحدد الحد الادنى للمبلغ الذي لا يجوز للأطراف الاتفاق على اقل منه بل أحال إلى اتفاقية بروكسل المبرمة في 1957/10/10 ، المتعلقة بتحديد مسؤولية ملاك السفن و التي اقرتها الجزائر. [6]

المطلب الثالث :الرقابة القضائية على الشرط الجزائي:

طبقا للمادة 184 مدني يسمح المشرع للقاضي ان يعدل من قيمة التعويض الذي اتفق عليه الطرفان .

أولا: تبرير الرقابة القضائية :

لا تحتاج الرقابة القضائية لشرعية الشرط الجزائي وشروط تطبيقه وتكييفه لأي تبرير إذ هي رقابة عادية يمارسها القاضي على كافة الشروط العقدية . أما الرقابة القضائية علي قيمة الشرط الجزائري فهي بحاجة إلى تبرير لكونها تمس بالحرية التعاقدية للطرفين وما يترتب على هذه الأخيرة من تقدير للتعويض . ويمكن تبرير هذه الرقابة بما يلي :

الرقابة من حيث أساس الشرط الجزائي :_يتمثل الشرط الجزائي في إرادة الطرفين ، وفي ظل الوضع السابق على العمل بالتقنين المدني كان القاضي مغلول اليدين لا يستطيع – بدعوى تحقيق العدالة – ان يعدل مبلغ الشرط الجزائي ولا يوجد لذلك أي سبب خاص دفع المشرع لتبني ذلك الاتجاه و إنما لكون القانون الفرنسي بقي مطبقا في الجزائر كقانون وضعي بالرغم من عدم تلاؤمه مع الواقع الجزائري سياسيا و اقتصاديا . وعلى هذا الأساس كانت الحرية التعاقدية مطلقة في مجال الشرط الجزائي حيث يمكن للطرفين تقدير التعويض وفقا لرغباتهم ودون أي قيد.

أما عن وضع التقنين المدني الجديد حاول المشرع ان يجعل القانون مرآة لاتجاهه السياسي و الاقتصادي حيث ادخل فيه التيار الاشتراكي ومن هذا المنطلق حد من مغالاة مبدأ سلطان الإدارة ، وبصفة عامة وقف المشرع من المذاهب الاجتماعية موقفا وسطا فأقر الحرية التعاقدية ولكن جعل العدل رقيبا عليها و لهذا منح القاضي سلطة الرقابة ليصلح بالعدل ما تفسده الحرية في العقد وعلى هذا الأساس يبقى الشرط الجزائي محتفظا بطابعه الاتفاقي ما لم يؤد هذا التوازن ، وفي هذا الصدد نشير إلى قول الأستاذ –عبد السلام الترمانيني– فالعقد السليم ليس هو الذي يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين على إنشاء التزام فحسب وإنما هو الذي تتساوى فيه منافع الطرفين ، ذلك ان العقد أضحى وظيفة اجتماعية لا يقتصر أثره على المتعاقدين بل يرتد أثره على المجموع ، فكان من حق الدولة ان تراقبه .

ثانيا:مناط الشرط الجزائي الضرر :

رأينا سابقا ان المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى يشترط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، فيترتب على هذا نتيجة منطقية وهي ألا يكون الشرط الجزائي مبالغا فيه بالنسبة للضرر الذي يقع و

إلا كان الدائن مثريا ولهذا لا بد من تخفيض الشرط الجزائي المغالي فيه من طرف القاضي تحقيقا للعدالة بين أطراف الالتزام

•نطاق الرقابة القضائية

تنص الفقرة الثانية من المادة 184 مدني على انه يجوز للقاضي ان يخفض المبلغ المتفق عليه اذا كان مبالغا فيه أو كان الالتزام قد نفذ في جزء منه .

كما تنص المادة 185 مدني على انه اذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن ان يطالب باكثر من هذه القيمة إلا اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما . يتبين من هذين النصين ان القاضي يتمتع بسلطة التعديل التي يستعملها للحد من مغالاة الحرية التعاقدية ، غير ان هذه السلطة ليست مطلقة اذ لا يمكن للقاضي ان يتدخل إلا في مجال محدد ومتى توافرت شروط استخلاصها من روح الفقرة الثانية للمادة 184 هذا من جهة ، ومن جهة أخرى منح المشرع الجزائري القاضي السلطة التقديرية للتدخل في تعديل الشرط الجزائي .

يستخلص من نص المادة 184و185 من القانون المدني سالفي الذكر ان المشرع قد أجاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي كقاعدة عامة وزيادته على سبيل الاستثناء .[7]

ثالثا: الرقابة القضائية على شروط تطبيق الشرط الجزائي في العقود الدولية

لا يقتصر استعمال الشرط الجزائي على المستوى الداخلي أي في العقود الوطنية بل استعملت هده الوسيلة القانونية حتى في العقود الدولية ودلك قصد ضمان سرعة تنفيذها و لقد نظمت بعض الاتفاقيات الدولية أحكام الشرط الجزائي مثل اتفاقية البينلوكس و لائحة المجلس الأوروبي الموقع عليها في 26 نوفمبر 1973.

و في الجزائر التي تبرم عدة عقود دولية مع مختلف الشركات التجارية الأجنبية لنقل التكنولوجية و دلك عن طريق استيراد الأجهزة التي لا تملكها ، و هده العقود الدولية يتم انعقادها وفقا لقانون الصفقات العمومية إذ تنص المادة 68 منه: (تطبق أحكام هدا القانون على صفقات التوريد المبرمة مع المؤسسات الأجنبية).

و قد حددت المادة 9 من نفس القانون البيانات التي يجب أن تتضمنها الصفقة العمومية و من بين هده البيانات معدل عقوبة التأخير، و هكذا نجد كل العقود الدولية المبرمة من طرف الجزائر تتضمن شرطا يسمى غرامات التأخير Pénalité de retard و هدا الشرط الذي يحرر على الشكل الأتي في حالة تأخر المورد في تنفيذ التزامه يدفع غرامة تأخير نسبتها كدا من قيمة الصفقة و في جميع الأحوال لا يمكن ان تتجاوز هده النسبة مبلغ كدا من القيمة الإجمالية للصفقة .و نلاحظ ان شرط غرامات التأخير ما هو إلا شرط جزائي مقرر لضمان عدم التأخير و قد يتأخر المورد الأجنبي في تنفيد التزامه مما يؤدي إلى استحقاق التعويض الاتفاقي المتفق عليه و بما أننا على مستوى دولي و أحد الطرفين أجنبي فانه يجب الرجوع إلى القانون الدولي الخاص لمعرفة القانون الذي يحكم الشرط الجزائي باعتباره اتفاقا و كيفية تطبيقه من طرف القاضي .

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

ان وجود الشرط الجزائي في العقد يفترض معه أن تقدير التعويض فيه يتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن و على القاضي أن يعمل هدا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر فعندئذ لا يكون التعويض مستحقا أصلا أو إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة و في هده الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه .و ان الشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي اد هو اتفاق على جزاء الإخلال بهدا الالتزام فادا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه فان استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر و تحققه و مقداره على عاتق الدائن و هذه القاعدة وان كانت تجد تطبيقها في القانون الداخلي فإنها تطبق أيضا في المجال الدولي فيما اذا وقع نزاع حول هذا التقدير .[8]

خاتمة

نستخلص مما سبق ذكره في هذا المقال أن الشرط الجزائي في العقود هو تقنية من التقنيات التي تدرج لتقدير مقدار التعويض المستحق في حالة إخلال احد الطرفين بالتزامه التعاقدي . ولقد قام المشرع الجزائري بتكريس هذا المبدأ احتراما وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة ومحافظة على الحقوق و السير العادي لمجرى الالتزام التعاقدي إلا أنه لم يتركه على إطلاقه بل فرض عليه الرقابة وذلك تجنبا لتعسف الطرف القوي وبذلك فهذا الشرط قد يدخل عليه القاضي إما زيادة أو نقصانا بغية الوصول للتقدير المناسب لهذا الضرر و أن للقاضي سلطة في تعديل الشرط الجزائي في حالات نص عليها القانون على أن يتدخل عندها القاضي ، و جعلت الرقابة القضائية مراقبا لمهام للقاضي وإنما ترك للقاضي مجال التقدير على ضوء ظروف المتعاقدين وطبيعة الأشياء ، أما الاجتهاد القضائي فأخذ بنظرية المناسبة التي تعطي القاضي حق التعديل دون أن يصل إلى المساواة الحقيقية بين الضرر الحاصل وقيمة الشرط الجزائي .

الهوامش

1/ د محمد صبري شرح القانون المدني الجزائري ج 2 ط 1991_1992 ديوان المطبوعات الجامعية .

2/ د محمد صبري شرح القانون المدني الجزائري ج 2 ط 1991_1992 ديوان المطبوعات الجامعية .

3/ عبد الرزاق الصنهوري الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام ج2 دار احياء التراث لبنان دون سنة .
4/ بلعيور عبد الكريم نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري و المقارن 1989 ديوان المطبوعات الجامعية .
5/ د محمد صبري شرح القانون المدني الجزائري ج 2 ط 1991_1992 ديوان المطبوعات الجامعية .
6 / عبد الرزاق الصنهوري الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام ج2 دار احياء التراث لبنان دون سنة .
7 / محمود جلال حمزة العمل غير المشروع بإعتبار مصدار للإلتزام القواعد العامة و القواعد الخاصة دارسة مقارنة بين القانون المدني السوري و الجزائري و الفرنسي 1985 المؤسسة الوطنية للكتاب .
8/ محمود جلال حمزة العمل غير المشروع بإعتبار مصدار للإلتزام القواعد العامة و القواعد الخاصة دارسة مقارنة بين القانون المدني السوري و الجزائري و الفرنسي 1985 المؤسسة الوطنية للكتاب .