

الرقابة القضائية على الشرط الجزائي

بورنان العيد جامعة الجلفة

ملخص

إن موضوع الشرط الجزائي كان موجودا منذ العصور القديمة ، فأغلبية القوانين اتفقت أنه ذا طابع عقابي لمن يخل بالتزاماته في العقود أو يتأخر في تنفيذها ، وهذا ما ذهب إليه مجموعة من القوانين كالقانون البابلي والقانون الإغريقي واليوناني ثم جاء القانون الكنسي فأعطى ميزة أخرى للشرط الجزائي حيث صنفه تعويضا للضرر على عكس القوانين سالفة الذكر ، أما القانون الفرنسي القديم فاتسم ببعض التقلبات بداية من الطابع العقابي في حالة لإخلال المدين بالتزاماته ثم تطور وأقر مبدأ ثبات الشرط الجزائي وعدم جواز القاضي في التدخل بالزيادة أو النقصان أو ربطه بالضرر إعمالا بمبدأ سلطان الإرادة وإن العقد شريعة المتعاقدين ، لكن هذا الأمر لم يبقى طويلا حيث عدل هذا القانون وأجاز للقاضي بتعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو النقصان دون النص على اشتراط وقوع الضرر لاستحقاقه.

أما المشرع الجزائري فتميز بالطابع التعويضي للشرط الجزائي ويستبعد الطابع العقابي ، ويظهر هذا جليا في المواد 184-185 من القانون المدني الجزائري حيث أن القاضي له سلطة تعديل مقدار الشرط الجزائي بالتخفيض في حالة إن قام المدين بتنفيذ جزء من الالتزام الأصلي ، وكذلك بالزيادة كاستثناء في حالة إن جاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي وأثبت الدائن أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، والهدف من تدخل القاضي حسب كل حالة هو لتحقيق العدالة و التوازن بين التعويض و الضرر اللاحق هذا من جهة ومن جهة أخرى أن معظم التشريعات قد فرضت الرقابة القضائية على الشرط الجزائي وهذا لا يعني أن هذا الأخير قد فقد أهميته العملية و طابعه التعاقدي كما يعتقد البعض ، بل مازال محتفظا بماتين الخاصيتين ، وأن الرقابة القضائية تجد تبررها في كون الشرط الجزائي تطبيق من تطبيقات سلطان الإرادة أصبح يستعمل كوسيلة استغلال وهذا ما أدى في كثير من الأحيان الإضرار بالمدين حسن النية ، ويشهد على ذلك المنازعات التي عرضت على القضاء بصفة عامة ، يطلب فيها المدينون تدخل القاضي لمراجعة الشرط الجزائي ، لهذا خفضت هذه التشريعات من شدة وقسوة مبدأ ثبات الشرط الجزائي ، وأسندت للقاضي مهمة حماية الطرف الضعيف من الشرط الجزائي المبالغ فيه ويترتب على هذه الرقابة القضائية أنها وسيلة احتياطية ، فإذا كان الشرط الجزائي معتدلا ومعتبرا على التعويض للضرر الذي وقع فلا محل لاستعمال هذه الرقابة..

Résumé du control judiciaire sur la clause pénale

Le sujet de la clause pénale avait existé depuis les temps anciens que majorrité des lois convenu que punitive pour ceux que violation de ses obligation dans les contrats ou retarde dans sa mise en œuvre .

Le législateur algérien distinguer la nature compensatoire conformément l'article 184-185 droit civil étant donne que le juge a le pouvoir de modifier la clause pénale réduction de l'etat de mise en œuvre de la part du débiteur de l'engagement initia , ainsi que d'augmenter une exception , dans le cas ou la clause pénale dépasse pouvez créancier que le débiteur fraude ou erreur grossière commise le but de l'intervention du juge selon le cas est de parvenir à un équilibre entre la justice et l'indemnisation et les dommages d'une part , et d'autre part la plupart des lois a impose la censure sur la clause pénale , cela ni signifie pas que la clause pénale a perdu sa signification et son caractère pratique contractuelle , mais conserve encore ces caractéristiques , comme la justification surveillance de la trouvaille dans cette clause appliquée à partir de la puissance des applications de volonté résultant de certaines utilisations , il goodwill débiteur mentant au débiteur d'aller au juge et la revendication d'intervenir pour la façon être une sauvegarde pour le reste de la décennie.

مقدمة:

إن العلاقات المتنوعة التي يدخل فيها الإنسان تنشأ عنها شكلين من الالتزامات، التزامات أدبية أو طبيعية تكون غير ملزمة في نظر القانون ، والتزامات قانونية ملزمة تنشأ صفة المديونية بحيث يكون أحد المتعاقدين دائنا والآخر مدينا ويلزم المدين أداء بدل العطل والضرر في حالة عدم تنفيذ التزامه أو تأخر فيه .

والمرجع الطبيعي لتحديد بدل العطل والضرر في حالة عدم التنفيذ كقاعدة عامة هو القضاء ، لكن سلوك طريق القضاء يحتاج الكثير من الوقت والجهد والمال ، لأن عملية تقدير التعويض ليس بالأمر السهل فهي تستلزم بالتأكيد خبرة قد لا يتوافران في القاضي الأمر الذي يستوجب خبير لتقدير بدل العطل والضرر ، وهذا من شأنه أن يطيل أمر النزاع ويتعارض مع الغاية الاقتصادية من التعاقد وهي الحصول على المنفعة المتوخاة من وراء العقد بأسرع وقت و أيسر السبل ، فالأطراف المتعاقدة انطلاقا من الحرية الممنوحة تحديد بدل العطل والضرر وديا ، وذلك بتضمين العقد تعويضا إتفاقيا أو شرطا جزائيا يدرج في صلب العقد أو اتفاق لاحق له .

وعلى هذا الأساس رأيت أن تكون الإشكالية كالتالي :

فيما تكمن سلطة القاضي في الشرط الجزائي؟ وما مدى تأثيرها على العقد؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على الخطة التالية :

المبحث الأول : الأحكام العامة للشرط الجزائي

المطلب الأول : ماهية الشرط الجزائي

المطلب الثاني : شروط استحقاق الشرط الجزائي

المبحث الثاني : دور القاضي في تقدير الشرط الجزائي

المطلب الأول : سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

المطلب الثاني : سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

الخاتمة .

المبحث الأول : الأحكام العامة للشرط الجزائي

في هذا المبحث سوف نتناول مطلبين أولهما ماهية الشرط الجزائي والثاني شروط استحقاق هذا الشرط الجزائي

المطلب الأول: ماهية الشرط الجزائي

اختلفت تعريفات الشرط الجزائي في القوانين وعند المجتهدين فتعريفه كمادة من المواد يختلف عن تعريف شرح القانون والمجتهدين ، وهذه بعض التعريفات :

- نصت المادة **1226** مدني فرنسي على أن الشرط الجزائي هو ذاك الذي بموجبه يحدد الفريقان المتعاقدان بذاتهما بصورة حازمة مقدار الأضرار الموجبة الأداء في حال عدم التنفيذ¹

- نصت المادة **1229** مدني فرنسي على تعريف أو الشرط الجزائي بأنه تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي² ، و قد انتقد التعريف الأول بأنه عام وناقص ، إذ اقتصر على حالة عدم التنفيذ³ ، أما بالنسبة للتعريف الثاني فكان أكثر هجوما من قبل مجتهدي القانون لأنه قصر التعويض على وقوع الضرر ، وهذا يخالف المادة **1152** مدني فرنسي و التي بمقتضاها يمكن للمشتترط الحصول على التعويض المشتترط في حالة الإخلال حتى ولو يحصل ضرر ، وهذا ما يظهر الخلاف والتردد الذي وقع فيه القانون الفرنسي و شراحه حول طبيعة الشرط الجزائي⁴ و لم تقع القوانين العربية بالجملة و على رأسها القانون المصري فيما وقع فيها القانون فأحجمت عن تعريف الشرط الجزائي في المواد المنظمة لأحكامه لفتح المجال أمام الاجتهاد في أحكام الشرط الجزائي⁵ .
أما فيما يتعلق بالمشروع الجزائري فهو لم يعرف الشرط الجزائي، بل اكتفى بتأكيد شرعيته في المادة **183 ق.م.ج** و بيان أحكامه في المواد **184 و 185 ق.م.ج**⁶ .

إن مصطلح التعويض الإتفاقي كغيره من المصطلحات القانونية ، فقد نجد له تعريفات متعددة وبالرجوع للشرط الجزائي محل الدراسة عرفه مجموعة من الفقهاء كما يلي :

أ- عرف بأنه ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه و لتأخره في تنفيذه⁷ .

ب- عرف بأنه اتفاق تبعي للاتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه في حالة عدم التنفيذ⁸ .
ويلاحظ اتفاق التعريفين في تأكيد عدم اختصاص التعويض الإتفاقي بالتعويض على الضرر و هذا يتفق مع الاتجاه الفرنسي ، في عدم ربط التعويض الإتفاقي بالضرر، إضافة إلى الطابع العقابي الذي أبرزه التعريف الأول للتعويض الإتفاقي بقوله (كجزاء) ، كما أن التعريف الثاني اقتصر على حالة عدم التنفيذ فقط .

ج- فقد عرفه الأستاذ " زهدي يكن " بقوله هو التعويض الذي يشترط فيه العاقدان في العقد و يقدرانه بنفسيهما عند عدم القيام بتنفيذ الموجب ، أو عند حصول التأخير في الوفاء⁹ .

د- وقد عرفه الأستاذ " سليمان مرقس " على أنه اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بأمر معين يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود ، في حالة إخلاله بالالتزام أصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي ، جزاء له على الإخلال أو التأخير و تعويضا للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك.¹⁰

هـ- وقد عرفه الأستاذ " عبد الرزاق السنهوري " بأنه: التعويض الذي يقوم بتقديمه المتعاقدان مقدما بدلا من تركه للقاضي ، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه وهذا هو التعويض من عدم التنفيذ . أو قد يتفقان على مقدار التعويض المستحق في حالة تأخر المدين بتنفيذ التزامه ، وهذا هو التعويض عن التأخير في التنفيذ¹¹ .

و- وقد عرفه الأستاذ "أنور سلطان" بقوله: التعويض الإتفاقي اتفاق يقدران فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه¹² .

من خلال تعريف التعويض الإتفاقي، يمكن أن نستنتج الأمور التالية:

- يعتبر الشرط الجزائي اتفاق سابق على وقوع الضرر ، طالما أن الشرط الجزائي يعتبر اتفاقا فيجب أن تتوفر فيه الأركان العامة الواجب توافرها في أي اتفاق أو عقد ، وهي الرضا ، المحل ، السبب ، وهذا الإتفاق يرد غالبا ضمن شروط العقد الأصلي ، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد .

محل الشرط الجزائي غالبا ما يكون دفع مبلغ من النقود ، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون محله شيئا آخر غير النقود ، كأن يكون محله القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل

وقد يكون محله اشتراط إستحقاق جميع أقساط الدين عند التأخر عن دفع أحدها في تاريخ استحقاقها المتفق عليه ، أو الاستحقاق المؤجر للمنشآت التي أقامها المستأجر في المأجور بسبب تأخره عن التسليم عن انتهاء عقد الإيجار¹³ .

- إن كل من التعريفات السابقة يركز على الهدف و الغاية من الشرط الجزائي وأن كل منهما يمثل مدرسة قانونية بالنسبة للأستاذ " سليمان مرقس " فقد اعتبر التعويض الإتفاقي شرطا جزائيا الغاية والهدف منه هو معاقبة المدين على إخلاله بالالتزام الملحق على عاتقه بموجب العقد ، وفي ذات الوقت تعويض الدائن عن الإخلال ، في حين اعتبر الأستاذ " عبد الرزاق السنهوري " التعويض الإتفاقي بين الدائن و المدين على التعويض المستحق في حال إخلال المدين بالتزامه التعاقدية.

- أسماء التعويض الإتفاقي:

تعددت أسماء الشرط الجزائي في القانون نتيجة لاختلاف طبيعته ومن ذلك مايلي:

1- هناك من رجح أنه مجرد اتفاق ملزم أطلق عليه اسم البند الجزائي، أو التعيين بالاتفاق أو(التعيين

الإتفاقي)،وعبارة البند الجزائي هي المستعملة في القانون الفرنسي وأعطى القانون اللبناني¹⁴.

- 2- ومنهم من رجح أنه تعويض عن الضرر أطلق عليه (التعويض الإتفاقي) وهو ما نص عليه القانون المصري في المادة 224¹⁵، وسار عليها أكثر شراح القانون المصري ومن تبعهم¹⁶
- 3- ومن رجح أنه جزاء وعقوبة فضل عبارة (الجزاء الإتفاقي، أو الجزاء التعاقدي)¹⁷، لكن يظل اسم الشرط الجزائي هو الأشهر ورجحه القضاء القانوني وجرى به العرف.¹⁸
- وهو الاسم التاريخي لهذه المعاملة، حيث كان القانون الروماني يطلق عليها هذا الاسم¹⁹ وعلى العموم فلا أثر في القانون للاختلاف في التسمية على استحقاق الشرط الجزائي، فيصح بأي عبارة أو لفظ²⁰.

- أنواع الشرط الجزائي :

تعددت أنواع الشرط الجزائي وذلك باعتبارات مختلفة :

- الشرط الجزائي باعتبار موضعه في العقد:

أ- النوع الأول: يكون في هذا النوع الشرط الجزائي مقترن بالعقد ويدرج كبند من بنوده وهذا النوع هو الأكثر و الغالب انتشارا.

ب- النوع الثاني: أن يكون الشرط الجزائي بعد العقد أن يكون لاحقا للتعاقد وهذا لا بد أن يكون قبل وقوع الضرر .

ج- النوع الثالث: أن يكون الشرط الجزائي قبل إبرام العقد، وهنا يسمى الشرط الجزائي السابق²¹.

2- الشرط الجزائي باعتباره موضوع العقد وهو في نوعين:

أ - الشرط الجزائي المقرر للإخلال بالعقود التي محلها عمل وله صور كثيرة من بينها:

* الشرط الجزائي المقترن بعقد مقاوله يشمل في دفع مبلغ من النقود عن كل يوم تأخير للمقاول عن تسليم المباني كلها أو بعضها في الوقت المحدد.

* الشرط الجزائي المقترن بعقد التسديد الذي يكون فيه خصم مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه المورد عن تسليم البضائع في وقتها المحدد إذا لم تكن موافقة للشروط المتفق عليها²²

* الشرط الجزائي المقترن بتأخر المستأجر في تسليم العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإيجار

ب- الشرط الجزائي المقرر لتأخر الوفاء بالالتزامات التي يكون محلها مبلغا من النقود وله صور من بينها:

- الشرط الجزائي المقترن بعقد بيع أجل أو عقد قرض و الذي يتضمن دفع مبلغ معين عن كل يوم أو شهر أو سنة تأخير حسب ما اتفق عليه.²³

يستخلص من المادة 176 ق.م.ج أن التعويض الذي يحكم به القاضي من جراء استحالة التنفيذ العيني من طرف المدين، إما لعدم التنفيذ أو للتأخر في التنفيذ ومنه يمكن أن يأخذ التعويض الإتفاقي صورتين²⁴:

- الشرط الجزائي لعدم التنفيذ: في هذه الصورة يكون الشرط الجزائي تعويضا للضرر المترتب على عدم التنفيذ للالتزام الأصلي، وبالتالي يحل محل التنفيذ و قد يكون عدم التنفيذ جزئيا أو كليا وكلا الحالتين يتحول عدم التنفيذ إلى تعويض.

- الشرط الجزائي المقرر للتأخير: يهدف الشرط الجزائي المقرر للتأخير إلى تعويض الدائن بسبب تأخير المدين في التنفيذ ، وقد يكون هذا النوع في أغلبه يتكون من العقود

الإدارية من خلال تقديم التعويض في شكل نسب مئوية تتقاضاها الإدارة عن كل يوم تأخير أو أسبوع أو شهر.²⁵

الفرع الأول: أهمية الشرط الجزائي :

لقد انتشر الشرط الجزائي على الصعيد التعاقدي ، لما له من أثر في الحياة العملية فنجد أن معظم العقود تتضمن اتفاقا مسبقا لمقدار التعويض المستحق ، في حالة إخلال المدين بتنفيذه أو تأخر في التنفيذ ، ونظرا لما يحققه من مزايا ومصالح كثيرة خاصة وعامة لذا اجتهد شراح القانون و الفقهاء إلى تنظيم أحكامه وتفسيره ، و على ضوء ذلك تكمن أهمية الشرط الجزائي فيما يلي:

1- توفير الوقت و النفقات:

إن وجود الشرط الجزائي يوفر المال و الوقت الذين سينفقان على الإجراءات القضائية المعقدة و البطيئة ، خصوصا في أعاب المحامين و الرسوم و المصاريف وبالتالي فإن العقد المتضمن شرطا جزائيا يغني عن كل تلك المصاعب و التكاليف و يسهل للدائن من الحصول على مبلغ التعويض دون أي عناء.²⁶

2- تجنب المشاكل المتعلقة لتقدير التعويض:

إن الشرط الجزائي من تطبيقاته أنه يجنبنا المتاعب و المشاكل المتعلقة بتقدير التعويض من طرف القاضي ، من خلال احتمالية عدم التقدير الحسن له ، وهذا ما يترتب مشاكل قانونية مثل الطعن في حكم القاضي ، تكلف عملية التقدير هذا الدائن بعض المصاريف حين يستعين القاضي بأهل الخبرة و الاختصاص لتحديد الضرر.²⁷

3 - تحديد المسؤولية:

إن من مزايا الشرط الجزائي هو أنه يحدد كمسؤولية سواء كان مقدار التعويض المتفق عليه أقل من الضرر الناتج من عدم تنفيذ الالتزام وبالتالي يخفف من المسؤولية، أو قد يكون الهدف منه تشديد المسؤولية في حالة زيادة في مقدار التعويض المتفق عليه من الضرر الموجود بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو في تأخيره.²⁸

4- إعفاء الدائن من إثبات الضرر:

تبعاً للقواعد العامة في التعويض على الدائن إثبات الضرر الناتج لكي يتم استحقاقه، إلا أننا نجد أن في الشرط الجزائي يعمل على إعفاء الدائن من إثبات الضرر²⁹ ، وبالتالي يتم استحقاقه بمجرد الإخلال بالعقد.

5- يعمل الشرط الجزائي على زيادة قوة العقد الملزمة:

الأصل أن طرفا العقد عند تنفيذهما للعقد أن يكون حسب الأصول حسن النية ، إلا أنه قد لا يحقق قبل هذا التنفيذ خاصة من جانب المدين ، وعليه فإن وجود التعويض الإتفاقي في العقد يعطيه قوة قانونية إلزامية إضافة إلى قوته الإلزامية الأصلية ، ويعود ذلك أن كلا من المتعاقدين يعلمان مسبقا لأن أي إخلال أو تأخر في تنفيذ العقد من قبل أحدهما فإن الشرط الجزائي في انتظاره و الذي تكون في الغالب أكبر من مقدار الضرر الحاصل فعلا، وخوف المدين من عدم تخفيض قيمة الشرط الجزائي من القاضي الأمر الذي يجعله ينفذ التزامه بدقة³⁰.

6 - المحافظة على حق الطرف الذي اشترط لمصلحته:

يعطي الشرط الجزائي للدائن حق التقاضي و اللجوء إلى القضاء، و الحصول على قيمته وهو بالتالي يحافظ على مصلحة هذا الشخص خصوصا في التعاقد مع الغير ، فالشخص إذا تعهد بإجراء عمل معين عن الغير لا يلزم نفسه به شخصا ، وهنا لا يوجد أي رابطة إلزامية تلزمه ، وإنما يقع الأمر على خلاف ذلك تماما في حالة التعويض الإتفاقي، فالمتعهد يكون ملزما بتنفيذ ما التزم به إذا كان هذا الغير الذي جرى التعهد باسمه لم يقم بالعمل المفترض أن يقوم به³¹.

الفرع الثاني: تميز الشرط الجزائي عن الأوضاع القانونية المشابهة له:**1- الشرط الجزائي والغرامة التهديدية:**

يمكن اختصار أوجه الاختلاف كالآتي:³²

أ - إن الغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يحكم به القاضي يلزم به المدين عن كل تأخير أما الشرط الجزائي فيحدده المتعاقدان باتفاق مسبق.

ب - إن تقدير الغرامة التهديدية يكون تحكيميا، ولا يتم قياسها بحجم الضرر، أما الشرط الجزائي فيقاس بمقدار الضرر.

ج - الغرامة التهديدية ليست إلا وسيلة لدفع المدين على التنفيذ العيني، أما الشرط الجزائي يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني.

د- تعتبر الغرامة التهديدية أمر وقفي وهي كذلك عقوبة باعتبارها حكم تهديدي لا يجوز تنفيذها إلا بعد تحويلها إلى حكم نهائي بالتعويض، بينما التعويض الإتفاقي هو اتفاق قابل للتنفيذ إلا أنهما قد يجتمعان في بعض النقاط أهمها³³:

1- عندما يقدر مبلغ التعويض الإتفاقي بمبلغ أكبر من حجم الضرر المتوقع حدوثه، وإن يتفق على دفع هذا المبلغ عن كل فترة أو وحدة زمنية يتأخر فيها المدين على تنفيذ التزامه كالشرط الذي يصفه رب العمل للمقاول.

2 - حث المدين على أداء التزامه.

3- الشرط الجزائي و الشرط المعين بالمسؤولية:

يجب التمييز بين الشرط الجزائي الذي يقدر فيه التعويض تقديرا جزافيا بحيث لا يجوز للقاضي التعديل فيه إلا في الأحوال المبينة في القانون ، وبين الشرط الذي يضع حدا للمسؤولية وقد يتفق الطرفان على حد أقصى لمدار مسؤولية المدين لا يجوز تجاوزه باشتراط هيئة السكة الحديدية وهيئة البريد على أن لا يتجاوز مسؤوليتها بسبب فقدان أو ضياع طرد أو رسالة عن مبلغ معين.

وينحصر أثر هذا الشرط المحدد للمسؤولية في عدم جواز الحكم بأزيد من المبلغ المحدد ولو زاد الضرر عنه ، أما إذا قل الضرر عن هذا المبلغ تولى القاضي تقدير التعويض على أساس مقدار الضرر الفعلي.

4 - تمييز الشرط الجزائي بشرط الفائدة:

أ - إن شرط الفائدة أو كما يسميها بعض الفقهاء بالفائدة التعويضية أو فوائد الاستثمار وهي عبارة عن فائدة يتقاضاها الدائن مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود وتحدد هذه الفائدة

في شكل نسبة مئوية يدفعها المدين إضافة على رأس المال ، ففي القانون الجزائري منع شرط الفائدة في عقد القرض طبقا للمادة ³⁴ 454 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك" بينما يجوز

إدراج الشرط الجزائي في عقد القرض عندما يكون هذا التعويض الإتفاقي مقررًا للتأخير في الوفاء بالالتزام، ولهذا نجد أن المادة 454 ق.م.ج اقتصر على الفوائد التعويضية دون الفوائد التأخيرية .

ب- الفائدة التعويضية ليس لها علاقة بالضرر لأن الفائدة التعويضية متعلقة بانتفاع المدين بمبلغ من النقود ، بينما التعويض الإتفاقي هو تعويض الدائن عن الضرر الذي لحقه من جراء التأخير في التنفيذ.

وعن ضوء هذا الاختلاف نجد أن معظم فقهاء الشريعة الإسلامية أنه إذا اتفق الدائن مع المدين على دفع مبلغ من المال في حال تأخر هذا الأخير في الوفاء بالدين ، يكون هذا الاتفاق باطلا ويعد ربا ³⁵ و الربا حرام لقوله تعالى بعد بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ: "الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا".

وتدخل هذه في الربا الذي حرّمها الله تعالى الفائدة التي تقاضاها الدائن في مقابل التأخير في دفع ثمن البيع الذي لم يدفعه المشتري وعليه فإن القانون الجزائري لم يعرف التعويض الإتفاقي ولم يحدد أنواعه فقد أجاز الشرط الجزائي المقرر للتأخير واعتبره شرطا صحيحا لأثره لأنه تعويض الالتزام .

وبهذا يكون القانون الجزائري قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية التي حققت الشرط الجزائي باعتباره فائدة ربوية يتقاضاها الدائن ³⁶ .

المطلب الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي

لكي يتم الحكم بالشرط الجزائي الإلتفاقي لابد من توافر شروط وفي أركان معينة ، وهي الخطأ و الضرر والعلاقة السببية ، وهي نفس الأركان الواجب توافرها في المسؤولية العقدية ، وقد اشترط القانون إضافة إلى هذه الأركان العامة ركن رابع ألا وهو الإعذار.

الفرع الأول: الأركان العامة للحكم بالتعويض:

أولا: الخطأ

لكي يكون الشرط الجزائي مستحقا يجب أن يكون كما في حالة التعويض وهذا ما يحيلنا إلى نص المادة 183 من القانون المدني الجزائري³⁷ ويمثل هذا الخطأ في التعويض الإلتفاقي وهو إخلال المدين في عدم التنفيذ لالتزامه أو إذا تأخر في تنفيذها ويشترط أن يكون هذا الخطأ منسوباً للمدين.³⁸

و الخطأ قد يكون مفترضا من جانب المدين في المسؤولية العقدية إذا لم يتم بتنفيذ التزامه كليا أو الجزء منه أو تنفيذه معيبا أو تأخيره في التنفيذ ، ولا يستطيع المدين نفي هذا الخطأ إلا إذا أثبت وجود السبب الأجنبي . ولمعرفة مدى توافر الخطأ العقدي من عدمه يجب التفرقة بين الالتزامات بتحقيق نتيجة و الالتزامات ببذل عناية³⁹ ، ففي النوع الأول يعتبر المدين مقصرا في تنفيذ التزامه إذا لم يحقق الغاية أو النتيجة المرجوة منه قانونا أو اتفاقا ، فإذا كان المدين ملتزما بنقل الملكية أو بتوريد

كمية معينة من سلعة معينة ، أو كان ملزما بالامتناع عن عمل معين ، كان المدين مخلا بالتزامه ومرتكبا لخطأ عقدي إذا لم يحقق النتيجة المرجوة أي بنقل الملكية أو تسليم السلعة أو قام بالعمل الذي التزم بالامتناع عنه⁴⁰ ، أما الالتزام ببذل عناية فإنما يكون للمدين أن يبذل جهد معين لكي تتحقق النتيجة المرجوة ، فيكون هنا محل الالتزام هو بذل هذه العناية وليس تحقيق نتيجة وإذا قصر المدين في بذل الجهد فإنه قد ارتكب خطأ عقدي الموجب للمسؤولية ومثال على ذلك التزام الطبيب بالمعالجة ، فهو لا يضمن تحقيق الشفاء وإنما يبذل جهدا وعناية حتى يتحقق الشفاء ، وكذلك أيضا بالنسبة للمحامي فإن التزامه بالدفاع عن موكله يقتضي منه أن يبذل جهد وعناية⁴¹ .

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

وقد انتقد فكرة تحميل الدائن عبء الإثبات الأستاذ "FLASHA BOULOUSE" وصعوبة هذا العبء ، وحثته على ذلك أنه من الناحية العملية لا يكلف الدائن بإثبات خطأ المدين بل يكفي أن يثبت واقعة عدم التنفيذ أو التأخير

فيه، وهنا تقوم قرينة على أن المدين قد أخطأ وعلى هذا الأخير إذا أراد أن يتخلص من هذه المسؤولية، أن يثبت السبب الأجنبي لقطع العلاقة السببية بين خطئه و الضرر الذي أصابه، وفي ظل هذا فإن تقرير مسؤولية عن عدم التنفيذ أو التأخير يتوقف على سبب الاستحالة، فإذا أثبت هذه الاستحالة في التنفيذ أو التأخير بسبب أجنبي يكون غير مسؤول⁴² إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بتحميل المدين تبعية استحالة التنفيذ الناشئة عن سبب أجنبي فهنا تبقى مسؤوليته قائمة ويلزم بالتعويض، كذلك أيضا فالسبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير.

*فالقوة القاهرة حتى تكون سببا أجنبيا يجب أن تتوفر فيها أربعة شروط وهي:

أ - أن يكون الحادث غير متوقع الحصول وقت إبرام العقد

ب - أن يكون الحادث غير ممكن الدفع

ج - يجب أن يؤدي الحادث إلى استحالة تنفيذ الالتزام.

د - يجب أن لا يكون هناك خطأ من جانب المدين.

*أما فيما يتعلق بخطأ الدائن يكون هذا الأخير سببا في عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه وبالتالي يرى الفقه أن هذا يجرمه من استحقاق التعويض الإتفاقي، حيث يرون أن نظرية التعويض الإتفاقي تتماشى مع نظرية المسؤولية العقدية. وتدعيما لهذا الموقف ذهبت بعض التشريعات و القوانين من بينها القانون الجزائري الذي نص في مادته 177 على أنه: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه"⁴³.

*فعل الغير من بين صور الفعل الأجنبي التي تعفي المدين من مسؤوليته يشترط أن يكون فعل الغير هو السبب الوحيد في حدوث الضرر.

ثانيا: الضرر:

يعتبر الضرر الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية، و الذي بموجبه يستحق التعويض بشكل عام فالدائن حتى يستحق الشرط الجزائي يجب أن يلحق به ضرر من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فإذا أخل المدين التزامه ولم يصب الدائن ضرر لا يسأل المدين عن التعويض.⁴⁴

كما نجد أن معظم التشريعات العربية وعلى رأسهم القانون الجزائري نص صراحة وجوب الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي حيث تنص المادة 184:

على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يحققه أي ضرر" ومنه يرى أن المشرع الجزائري قد ابرز أهمية الضرر كركن يقوم عليه استحقاق الشرط الجزائي.

- إن إثبات ركن الضرر كقاعدة عامة يقع على عاتق من يدعيه تطبيقاً للقاعدة القانونية المشهورة القائلة "البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر" ، فالدائن إذاً هو المكلف بإثبات الضرر وله أن يسلك جميع طرق الإثبات على اعتبار أن الضرر واقعة مادية .

هذا الأمر يكون في نطاق المسؤولية المدنية بشكل عام ، فهل يبقى كذلك في حالة الشرط الجزائي ؟. فالمرجع الجزائري لم يفرق بين الشرط الجزائي و التعويض القضائي حيث اشترط فيهما توافر الخطأ و الضرر لاستحقاقهما غير أنه فرق فيما يتعلق بعبء الإثبات ، ففي الشرط الجزائي يتعين على الدائن إثبات الضرر الذي لحقه طبقاً لقاعدة: "البينة على من ادعى" ، أما في الشرط الجزائي فقد حول عبء الإثبات من الدائن إلى المدين ، وذلك بنص صريح في المادة 184 مدي جزائي، ففي حالة إثبات المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر تخلص من مسؤوليته وبالتالي لا يلزم بالتعويض.⁴⁵

ثالثاً: العلاقة السببية:

الأصل أنه يجب على الدائن الذي يطالب بقيمة الشرط الجزائي عن الضرر الذي أصابه أن يثبت أن هذا الضرر كان نتيجة حتمية ومعقولة لعدم تنفيذ المدين لالتزامه ، لأنه لا يعقل افتراض أن كل ضرر يصيب الدائن يكون ناتجاً عن عدم تنفيذ الالتزام إذا لم يكن في استطاعته المدين توقيه ببذل جهد معقول ، وحتى لو أثبت الدائن أن الضرر كان نتيجة معقولة لعدم

تنفيذ المدين لالتزامه ، 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 183⁴⁶ .

الفرع الثاني: الإعذار

إن القاعدة في معظم التشريعات العربية بما فيها القانون الجزائري أن مجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام لا يكفي لاعتبار المدين مقصراً في تنفيذ التزامه وإنما يجب تنبيهه عن طريق الإعذار.

ف نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط الإعذار سواء كان في مجال التنفيذ أو في مجال التعويض الإتفاقي التي تنص عليه المادة 183⁴⁷ ، وعلى العموم لمعرفة شرط الإعذار يجب التطرق على تعريف الإعذار ، ثم إلى حالات لا ضرورة لها لإعذار المدين ، وصولاً إلى وسائل هذا الإعذار ونتائجه .

1- المقصود بالإعذار:

لقد اختلفت التعريفات للإعذار فمنهم من قال أنه: "وضع المدين قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه"⁴⁸ ومنهم من عرفه على أنه: "توكيد تأخر المدين في تنفيذ التزامه توكيداً رسمياً أو غير رسمياً بدعوته إلى التنفيذ بتوجيه إنذار إليه".⁴⁹ وإذا كان اشتراط الإعذار لاستحقاق التعويض عن التأخير لم يثر أي خلاف فقد اختلف الفقه⁵⁰ حول اشتراطه للتعويض عن عدم التنفيذ.

2- وسائل الإعذار:

نصت المادة 180 مديني جزائري على كيفية الإعذار ووسائله ، حيث يكون إعذار المدين بإعذاره أو من يقوم مقام الإنذار كذلك عن طريق البريد على الوجه المبين في القانون وقد يكون هذا الإعذار متفقا عليه ومضمنا في الاتفاق بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى أي إجراء ، كما أن الإعذار لا يعتبر مبدأ مطلقا بل نص القانون على عدم ضرورة الإعذار في أحوال معينة تناولها المشرع في المادة 181 مديني جزائري وهي كالآتي:⁵¹

أ - لا ضرورة لإعذار المدين في حالة إذا ما أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجدي بفعله وبالتالي يكون الأمر متعلق بعدم التنفيذ و التعويض .

ب - إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل مضر .

ج - إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .

د - إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه .

3 - نتائج الإعذار:

يترتب على شرط الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي نتائج هامة تتمثل فيما يلي:

أ - مسائلة المدين عما يترتب على تأخرهن في تنفيذ التزامه وابتداء من تاريخ الإعذار .

ب - نقل تبعة الهلاك على عاتق المدين ولو كان قبل الإعذار على عاتق الدائن ، ففي الوديعة مثلا إذا هلك الشيء المودع تحت يد المودع لديه بفعل قوة قاهرة ، فإنه يهلك على الدائن (المودع) ، فإذا كان قد سبق وأعذر المدين (المودع) لديه) مطالبا إياه بتسليم الشيء الذي هلك تحت يده انتقلت تبعة الهلاك إلى عاتق المدين.⁵²

كذلك نجد أن القانون الجزائري تطرق على انتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين عن طريق الإعذار ، حيث تنص المادة 168 مديني جزائري تنص على: "إذا كان المدين الملزم بالقيام بعمل يقتضي تسليم شيء ولم يسلمه بعد الإعذار فإن الأخطار تكون على حسابه " ومنه يترتب على ذلك أنه لو تم إعذار المدين لتنفيذ التزامه ولم يقم بذلك وهلك محل العقد يتحمل المدين تبعه ذلك⁵³ .

المبحث الثاني : دور القاضي في تقدير الشرط الجزائي

نتناول هذا المبحث في مطلبين :

المطلب الأول : سلطة القاضي في تخفيض التعويض الإتفاقي

إن التعويض الاتفاقي متى توفرت شروط استحقاقه يكون ملزما للمتعاقدين و المحكمة ، القاضي ملزم بأن يحكم على المدين المخل بالتزامه بالمبلغ المتفق دون زيادة أو نقصان ، بغض النظر عن مقدار الضرر الذي أصاب الدائن ذلك لأنه العقد شريعة المتعاقدين وعلى الرغم من هذا المبدأ إلا أنه معظم القوانين المنظمة للشرط الجزائي حولت للقاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي ، من حيث المبدأ وإن كانت هذه القوانين تختلف في مدى منح القضاء هذه السلطة ، وعلى ضوء هذا فإن المشرع الجزائري في المادة 184/2 حدد حالتين يمكن للقاضي فيهما أن يخفض الشرط الجزائي ، أولهما المبالغة الكبيرة في تقدير الجزاء وثانيهما تنفيذ المدين لجزء من التزامه الأصلي ، وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري حذا حذو القانون المصري و التقنينات العربية⁵⁴ وستتناول هاتين الحالتين على التوالي:

الحالة الأولى: المبالغة الكبيرة في تقدير الجزاء

إذا كان تقدير التعويض الاتفاقي مبالغ منه إلى درجة كبيرة ، المبدأ أن الشرط الجزائي هو اتفاق يحترم إرادة المتعاقدين في حالة ما اتفقا على تحديد مقدار التعويض الذي استحققه الدائن إذا أخل المدين بالتزام ، فهنا لا يمكن للقاضي أن يتدخل لتعديل الجزاء المتفق عليه إلا إذا كان مبالغا فيه أو مفرطا.

وما يلاحظ على القانون الجزائري أنه وضح حالات تدخل القاضي في هذا التعديل دون توضيح كيفية تقدير المبالغة وطريقة تخفيضها ، وعليه يجب البحث في هاتين المسألتين وإعطاء حلول لهذه المشاكل⁵⁵.

قبل التطرق إلى كيفية تقدير المبالغة و طريقة تخفيضها يجب معرفة المقصود بالمبالغة.

أ - مفهوم المبالغة: لقد اختلف الفقه في إعطاء مفهوم للمبالغة إلا أنه يمكن تعريفها بصيغة عامة ، أنها عدم التناسب الكبير بين المبلغ المتفق عليه و الضرر الذي وقع بسبب عدم التنفيذ بحيث يترتب على ذلك نوع في المضاربة.

ب - تقدير المبالغة :

إذا وجد القاضي أن الشرط الجزائي مبالغ فيه ، فإنه يستوجب عليه تخفيضه ويقدر هذه المبالغة ولكن المشكل في أن المشرع الجزائري في المادة 184/2 لم يوضح أو يحدد العناصر المحددة للتمييز بين الشرط الجزائي المبالغ فيه و الشرط الجزائي المعقول ، وهل يقدر هذا القاضي باستناده إلى المعيار الشخصي أم المعيار الموضوعي؟ ومتى يتم هذا التقدير هل وقت إبرام العقد أم وقت تنفيذه؟⁵⁶

و على ضوء هذا يمكن للقاضي أن يختار أحد المعيارين :

*المعيار الموضوعي : وهو يتمثل في مقارنة مبلغ الشرط الجزائي بالضرر الذي وقع وهنا تعني المبالغة عدم التناسب الكبير.

*المعيار الشخصي : وهو يتمثل في تقدير المسؤولية التعاقدية لكل من الطرفين مثل الظروف الشخصية للمدين حسب نيته أو سوءها وكذلك حالته المالية.

أما بالنسبة للسؤال الثاني وقت تقدير المبالغة فهناك جانب من الفقه و القضاء⁵⁷ ، يرى أن تقدير المبالغة يكون وقت إبرام العقد ، و لكن انتقد هذا الرأي وحجته على أن هذا التقدير الذي يكون يوم إبرام العقد لا يتماشى مع طبيعة التعويض الاتفاقي ووظيفته لذا يجب أن يكون التقدير يوم استحقاق الشرط الجزائي، أي عند وقوع الضرر بسبب عدم التنفيذ وهنا يتماشى مع الطبيعة القانونية للشرط الجزائي .

أما بالنسبة لطريقة تخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فعندما يرى القاضي أن الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة يبدأ بتحديد المبلغ الذي يتحمله المدين المخل بالتزامه بصفة نهائية ، ولعدم تحديد المشرع الجزائي الطريقة الواجبة للإتباع في تخفيض الشرط الجزائي ، فهنا يرى الأستاذ عبد الله نجاري في الفقرة الثانية من المادة 184 مدني أنها تقوم على أساس موضوعي يتمثل في عدم التناسب بين قيمة الضرر الذي وقع و التعويض الاتفاقي و لهذا فللقاضي أن يخفض هذا التعويض إلى الحد المعقول دون جعله مساويا للضرر الفعلي وعليه يبقى الشرط الجزائي مرتفعا قليلا ومحافظا بطابعه الاتفاقي ، ويكون دور القاضي على تخفيضه بالقدر الذي يزيل عنه المبالغة الكبيرة⁵⁸ وفي نفس الصياغ قررت محكمة النقض المصرية مايلي:

- أن وجود الشرط الجزائي يفترض معه أن تقدير التعويض فيه متناسبا مع الضرر الذي لحق الدائن ، وعلى القاضي أعمال هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه⁵⁹ . وللقاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة فيما يقرر أو ينفيه من مبالغة في الشرط الجزائي فيما يراه حدا مناسبا بتخفيضه ، ولا رقابة عليه في ذلك من جانب محكمة النقض.

الحالة الثانية : التنفيذ الجزئي للالتزام

نصت المادة 184 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري أنه يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، وعلى ضوء هذه المادة يفهم منها أنه إذا كان المدين قد اثبت واقعة التنفيذ الجزئي يمكنه طلب تخفيض الشرط الجزائي، لكن المشكل ليس في إثبات واقعة التنفيذ الجزئي ولكن يكمن في طبيعة الالتزام الأصلي ، هل هو قابل للانقسام أم لا؟ وبالتالي قد يكون الالتزام الأصلي غير قابل للانقسام ولا يمكن تطبيق الفقرة الثانية من المادي 184 مدني جزائي ومثال ذلك كأن يكون الالتزام بالامتناع 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 للقاضي⁶⁰ .

للتوضيح أكثر لابد من التطرق إلى معنى التنفيذ الجزئي وطريقة التخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي .

1- معنى التنفيذ الجزئي:

يقول الأستاذ عبد الله نجاري أن الفقرة الثانية من المادة 184 مدني جزائري تتسم بالعمومية أي أن كل تنفيذ جزئي يؤدي إلى تخفيض الشرط الجزائي و يمكن أن يقصد بالتنفيذ الجزئي هو كل بدء في التنفيذ هو بالضرورة تنفيذ جزئي بالالتزام إذ يشترط أن يحقق هذا التنفيذ الجزئي فائدة للدائن وهذا ما أغفله المشرع الجزائري⁶¹.

2 - طريقة تخفيض الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي

يعاب على النص الجزائري أنه لم يرشد القاضي بأية قواعد يستعين لها لإجراء التخفيض⁶² ، وهذا عكس بعض القوانين الأجنبية التي أرشدت القاضي في هذا المجال مثل القانون الفرنسي⁶³ و القانون الألماني⁶⁴ . ويعتقد الأستاذ عبد الله نجاري من خلال سكوت المشرع في هذا الأمر ، على القاضي عند تقديره للتنفيذ الجزئي أن يأخذ بعين الاعتبار عدة عناصر منها الضرر الذي أصاب الدائن و الفائدة التي حصل عليها من هذا التنفيذ الجزئي ، ثم حسن نية المدين أو سوءها⁶⁵ ، ومن جهة أخرى فقد حذا المشرع المصري نفس الحذو الذي ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة (224و2) أقر صراحة على إمكانية تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام ، بمعنى أن التنفيذ الجزئي يستدعي النظر في تحديد التعويض لأن هذا الأمر لم يكن ملحوظا عند إبرام العقد ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في هذا الصدد :

"إذا كان الثابت من الأوراق أن الطرفين قد اتفقا في شروط المزايدة على أن لوزارة التأمين-الطاعنة-أن تصدر التأمين المؤقت المدفوع من المطعون عليه الأول إذا لم يكمله عند قبول أعضائه أو اعتماد رسو المزداد عليه وإعادة البيع على ذمته حينئذ ، أو إذا تأخر عن سحب المقادير المباعة أو بصنعها في الموعد المحدد فضلا عن التزامه بأجرة التخزين و المصاريف الإدارية و الفوائد بواقع 7% سنويا ، وكان هذا الذي حدداه جزاء لإخلال المطعون إليه بالتزاماته إنما هو شرط جزائي يتضمن تقديرا اتفاقيا للتعويض فمن ثم يجوز للقاضي عملا بالمادة 224 من القانون المدني أن يخفضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي نفذ في جزء منه"⁶⁶ ، والذي يتبين من المادة السابعة أن القانون قد منح القاضي صلاحية لتعديل التعويض الاتفاقي ، في حال التنفيذ الجزئي للالتزام مما يعني أن التعديل ليس حتما وإنما يعود أمر النظر به إلى القاضي في ضوء الظروف والحالات⁶⁷ . و الحقيقة أنه لا يكفي شرط قابلية الالتزام للتنفيذ الجزئي ، بل لابد من أن يكون الدائن قد استفاد منذ ذلك التنفيذ ، وأنه أدى إلى إشباع جزئي للدائن.⁶⁸

المطلب الثاني : سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

إن المشرع الجزائري قد منع زيادة الشرط الجزائي ولم يجزها إلا على سبيل الاستثناء ، ولهذا سنتناول المبدأ العام ثم الاستثناء.

1- المبدأ العام: عدم جواز زيادة الشرط الجزائي

يتبين من المشرع الجزائري في نص مادته 185 مدني أنه إذا جاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطلب أكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ومن هذا المنطلق نجد أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة تخفيض دون زيادة في الفقرة 2 من المادة 184 سالف الذكر فقد استمد هذه الأحكام من التقنيات العربية⁶⁹ ولم يساير المشرع الفرنسي الذي تبني إجازة تخفيض وزيادة الشرط الجزائي منذ 09 يوليو 1975 وعدم مسايرة المشرع الجزائري للقانون الفرنسي من خلال رفض الزيادة على الشرط الجزائي في اعتقاده أنه يجلب ثغرة قانونية من شأنها أن تؤدي إلى نتائج سيئة سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الخارجي ، فعلى المستوى الداخلي فإن المشرع الجزائري أراد أن يحمي المدين الذي هو الطرف الضعيف في العقد ولكن ليس بالضرورة أن يكون المدين هو الطرف الضعيف ، الذي يستحق الحماية بل قد يكون الدائن هو الطرف الضعيف. وهكذا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ميز بين أطراف العقد من حيث تقرير الحماية القانونية بحيث قررها للمدين وحده و الذي قد لا يستحقها في بعض الأحيان.

أما على المستوى الدولي ، فقد نظمت بعض الاتفاقات الدولية أحكام الشرط الجزائي مثل اتفاقية البينيلوكس ولائحة المجلس الأوربي الموقعة عليها في 11/26/1973، ومع سعي الجزائر على تنمية البلاد وإخراجها من التخلف واقتضت أن تبرم عدة عقود دولية لنقل التكنولوجيا ومسايرة العصرنة وذلك وفق قانون الصفقات العمومية إذ تنص المادة 68 منه على مايلي: "تطبق أحكام هذا القانون على صفقات التوريد المبرمة مع المؤسسات الأجنبية". ومنه نجد أن كل العقود الدولية المبرمة من طرف الجزائر تتضمن شرطا سمي غرامات التأخير (penalite de retard) وهذا الشرط الذي يحرم على الشكل الآتي: "في حالة تأخر المورد في تنفيذ التزامه يدفع غرامة تأخير نسبتها كذا من قيمة الصفقة .

وفي جميع الأحوال لا يمكن أن تتجاوز هذه النسبة مبلغ كذا من القيمة الإجمالية للصفقة" ولكن المشكل ليس هنا فالإشكالية تكمن في إثارة مشكلة تنازع القوانين فمثلا لو استبعد القاضي الفرنسي القانون الجزائري وحكم بالزيادة طبقا لقانونه تبقى مشكلة قائمة تتعلق بتنفيذ هذا الحكم حيث يمكن أن يرفض القضاء الجزائري إعطاء الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية.⁷⁰

2- الاستثناء من قاعدة عدم جواز زيادة الشرط الجزائي :

لقد نص المشرع الجزائري استثناء على قاعدة عدم جواز الشرط الجزائي حيث سمح بزيادته في حالة واحدة وهي ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً ، وهذا ما سيخلص من المادة 185 من القانون المدني الجزائري ، ويكون هذا إلا إذا تحقق شرطان:

أ - ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما :

طبقا للمادة 107 من القانون المدني الجزائري التي تقضي أنه يجب تنفيذ العقد كما اتفق عليه و بحسب نيته حيث يجب على المتعاقدان احترام هذا المبدأ ، أما إذا كان المدين سيء النية فلا يمكن لهذا الأخير أن يستفيد من أحكام الشرط الجزائي لأن هذا المبدأ هو مبدأ أخلاقي بالدرجة الأولى ، وعلى ضوء هذا فإن القاضي عليه البحث في النية الحقيقية للمدين من خلال العقد الظروف الملابسة به لمعرفة ما إذا كان خطأ المدين لم يقصد عدم تغيير التزامه ، بل يرجع ذلك على ظروف مستغلة عن نيته فله أن يحرم الدائن من طلبه في زيادة الشرط الجزائي ، إما هذا تبين أن المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه حتى ولم يقصد الإضرار بدائنه أو كان نتيجة خطأه الجسيم فللقاضي أن يتقيد بالشرط الجزائي فله أن يحكم به كله ثم يحكم بتعويض إضافي لتكملة الضرر كاملا.⁷¹

ب - تجاوز قيمة الشرط الجزائي :

إذا كان الأصل استحقاق الشرط الجزائي لا يكلف الدائن بإثبات الضرر ، ففي هذه الحالة يتعين على الدائن أن يثبت وقوع الضرر و مقداره ، حتى يستطيع القاضي أن يتبين له الضرر الكبير وتجاوزه لمقدار الشرط الجزائي وذلك للحكم بتعويض إضافي إلى جانب الشرط الجزائي ، حيث نجد أن مسؤولية المدين سبب خطأه الجسيم وسوء نيته مبني على فكرة الخطأ التقصيري وعليه يتعين على الدائن أن يثبت أركانها الثلاثة و الحجة على ذلك أن الضرر الذي يطالب الدائن بالتعويض عنه هو ضرر غير متوقع لأنه ترتب على سلوك من المدين وكان غير متوقع وقت التعاقد ويصبح التعويض هنا يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع⁷²

- الحالات التي منعها المشرع الجزائري في استعمال الشرط الجزائي :

لقد منع المشرع في بعض الحالات الاستثنائية استعمال الشرط الجزائي ومثال ذلك قانون العمل و القانون البحري.

1 - في قانون العمل:

نصت المادة 78 من قانون العمل على أنه "لا يجوز في أي حال أن ينص في النظام الداخلي على غرامات".⁷³ لقد ألزم المشرع الجزائري كل وحدة تستخدم 20 عامل على الأقل أن تعد نظاما داخليا لها⁷⁴ ويعتبر النظام الداخلي من جملة الالتزامات التي يتعين على العامل احترامها ، ولهذا يجوز لرب العمل أن يضمن هذا النظام الداخلي بجزاءات مالية لكفالة احترامه.

إن المشرع الجزائري قد 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 إن استقطاع مبلغ الشرط الجزائي قد يؤثر عليه و يجعله لا يصل إلى الحد الأدنى الذي يضمنه القانون.

2 - في القانون البحري:

نصت المادة 811 من القانون البحري على انه "يعد باطلا وعديم المفعول كل شرط يكون هدفه وأثره المباشر أو غير المباشر مايلي:"

أ - إبعاد أو تحديد مسؤولية الناقل الناجمة عن المواد 770-773-780-802-804 من هذا الكتاب .⁷⁵

ب - تحديد المسؤولية بمبلغ يقل عن المبلغ الذي حدد في المادة 805 أعلاه ما عدا في حالة ما جاء في المادة 808.

ج - منع الناقل الاستفادة من التأمين على البضائع.

خاتمة:

وفي الأخير ختاماً نجد أن الشرط الجزائي هو وسيلة ناجعة يلجأ إليها المتعاقدين في الكثير من الأحيان ، لما يمليه هذا الشرط الجزائي من أهمية في المجالات التعاقدية ، وأهميته تتجلى بأنه يسمح للمتعاقدین تحديد التعويض المستحق عن الإخلال بالالتزام التعاقدی قبل حصوله ، فهو يسمح للدائن بمعرفة ما سوف يحصل عليه جزاء إخلال المدين في تنفيذ التزامه ، وبذات الوقت يسمح للمدين بمعرفة مقدار التعويض الذي سوف يدفعه في حالة إخلاله بالالتزام الملحق على عاتقه.

أضف إلى ذلك أن الشرط الجزائي يؤدي إلى التقليل من المنازعات التي تثور بشأن ركن الضرر من حيث وقوعه أو عدم وقوعه مباشراً أو غير مباشر ، متوقع أو غير متوقع. فهو يحول بهذا دون تدخل القضاء .

كذلك يؤدي الشرط الجزائي إلى توفر الوقت و النفقات بالإضافة إلى أن الشرط الجزائي يعود بفائدة كبيرة على الدائن تتمثل بنقل عبء إثبات ركن الضرر ، ذلك بأنه بالشرط الجزائي يصبح الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين بمجرد الإخلال بالالتزام ، وبالنتيجة يعد هذا الأخير خروجاً على القاعدة العامة التي تقضي أن عبء إثبات الضرر تقع دائماً على عاتق المدين هذا من جهة ومن جهة أخرى أن معظم التشريعات قد فرضت الرقابة القضائية على الشرط الجزائي وهذا لا يعني أن هذا الأخير قد فقد أهميته العملية و طابعه التعاقدی كما يعتقد البعض ، بل مازال محتفظاً بماتين الخاصيتين ، وأن الرقابة القضائية تجد تبريرها في كون الشرط الجزائي تطبيقاً من تطبيقات سلطان الإرادة أصبح يستعمل كوسيلة استغلال وهذا ما أدى في كثير من الأحيان لإضرار بالمدين حسن النية ، ويشهد على ذلك المنازعات التي عرضت على القضاء بصفة عامة ، يطلب فيها المدينون تدخل القاضي لمراجعة الشرط الجزائي، لهذا خفضت هذه التشريعات من شدة وقسوة مبدأ ثبات التعويض الاتفاقي ، وأسندت للقاضي مهمة حماية الطرف الضعيف من الشرط الجزائي المبالغ فيه ويترتب على هذه الرقابة القضائية أنها وسيلة احتياطية ، فإذا كان الشرط الجزائي معتدلاً ومعبراً على التعويض للضرر الذي وقع فلا محل لاستعمال هذه الرقابة..

قائمة المراجع

- أبو ستيت أحمد حشمت ، نظرية الالتزام في القانون المدني ، مطبعة مصر القاهرة ط2
- 3- أمين دواس ، أحكام الالتزام ، دراسة مقارنة ، دار الشروق ، الأردن-2005
- 4- أبو السعود رمضان ، مصادر الالتزام ، طبعة3 ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، 2003
- 5- إغانم سماعيل ، أحكام الالتزام ، طبعة 1967
- 6- جورج خليل ، آثار الموجبات وسقوطها ، دار طريق الشام ، بيروت ، لبنان ، ط2
- 7- - جورج خربون ، المدخل إلى علم القانون ، الطبعة الأولى ، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ، عمان2001-2003.
- 8- طلبة أنور ، الوسيط في القانون المدني ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر 1987
- 9 - مرقس سليمان ، الوافي في شرح القانون المدني ، دار الكتب القانونية ، المجلة الكبرى مصر ، ط2 ، 1992
- 10- ناصيف الياس ، البند الجزائي في القانون المقارن ، وفي عقد الليزنج ، سنة 1991
- 11- عبد الودود يحي ، أحكام الالتزام
- 12- غازي أبو عرابي ، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.
- 17- فوج حسن ، النظرية العامة للالتزام ، 1985
- 13- قزمان منير ، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر/ط1، 2002
- 14- سيد احمد إبراهيم سيد احمد ، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، مصر ، طبعة 2003
- 15- سلطان أنور مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، الجامعة الأردنية عمان،الأردن ، ط1 ، 1987هـ
- 16- سعد نبيل إبراهيم ، النظرية العامة للالتزام.
- 17- سلطان أنور ، النظرية العامة للالتزام ، دار المعارف ، مصر
- 18 سليمان علي علي ، التعويض الاتفاقي في القانون المدني الفرنسي و القوانين العربية نظرات مختلفة ، طبعة ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.
- 19- شعبان زكي الدين ، الشرط الجزائي في الشريعة و القانون ، مقال في مجلة الحقوق العدد يونو1977، ص136
- 20- وحيد الدين سوار محمد ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، المطبعة الجديدة. دمشق سوريا، 1978.
- 21- الأهواني حسام الدين ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني.
- 22- البدرأوي عبد المنعم ، النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت ، لبنان ، ط 1968.

- 23- الحموي سامية ، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)
- 24- الحموي سامية ، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله ، مطبعة الزرعي دمشق سوريا ، ط1، 1418هـ.
- 25- الحكيم عبد المجيد ، الموجز في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، العراق ، ط3 ، 1397هـ
- 26- الحلواني ماجد ، نظرية الالتزام ، الجزء الأول ، نظرية العقد ، طبعة 1961
- 27- الدسوقي محمد إبراهيم ، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر.
- 28- الذنون حسن علي ، النظرية العامة للالتزامات ، الجامعة المستنصرية بغداد العراق 1986.
- 29- المرسي محمد كامل ، شرح القانون ، المدني ، الالتزامات الجزء الأول ، طبعة 1955
- 30- الفضل منذر الفضل ، مدخل إلى علم القانون ، مكتبة دار الثقافة و النشر و التوزيع عمان الأردن، 1968 .
- 31- العدوي جلال علي ، أحكام الالتزام ، لدار الجامعية
- 32- السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، 1964.
- 33- السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج3 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2.
- 34- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام ، ج1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة د.ت
- 35- السنهوري عبد الرزاق ، نظرية العقد ، دارا الفكر ، بيروت ، لبنان.
- 36- الشرقاوي جميل ، النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر 1991.

الهوامش:

- 1 طلال المهتار، البند الجزائي في القانون المدني، ص 49، طبعة 1974.
- 2 أنظر نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، بحث ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 07، ط 1983
- 3 أنظر طلال المهتار / المرجع السابق، ص 07
- 4 أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ف 6 ي شرح القانون الجديد، 2/856، بيروت، لبنان، ط 1964.
- وفي نفس المعنى: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 509، ط 1995، الكويت
- د. سليمان مرقس، الوافي في شرحه القانون المدني 4/181، بيروت، لبنان، ط 1992، 2
- 5 أنظر: عبد المحسن الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، ص 48، جامعة القاهرة، 1983
- 6 أنظر: القانون المدني الجزائري (الأمر رقم 75-58) المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بـ:
- القانون 5-10 المؤرخ في 210 يوليو 2005
- القانون 7/5 المؤرخ في 13 مايو 2007 الجريدة الرسمية رقم 31
- 7 عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 09
- 8 عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 10
- 9 زهدي يكن، شرح قانون الموجبات و العقود ومقارنته بالقوانين الحديثة و الشريعة الإسلامية، ج 5، ط 1، منشورات المكتبة العصرية صيدا، بيروت، ص 135
- 10 مرقس سليمان، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان، القاهرة، ص 675، ط 1961
- 11 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 2، ص 851
- 12 أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 172، ط 1997
- 13 الياس نا صيف، الإيجار التمويلي، ص 19، ط 1991
- 14 أنظر: سليمان مرقس، المرجع السابق 4/181
- 15 أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق 2/857
- وفي نفس المعنى:
- أنظر: سليمان مرقس، المرجع السابق 4/177
- أنظر: منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء، ص 105، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (مصر) - ط 1-2002
- أنظر: محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، ص 303
- أنظر: توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام 2/39، مصر، ط 1985
- أنظر: بدر يعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ص 352
- أنظر: عبد الودود يحي، أحكام الالتزام، ص 25.

- أنظر: أنور سلطان، المرجع السابق 75/2
- أنظر: مصطفى الجارحي، مصادر الالتزام، ص 68
- 16 أنظر: عبد المجيد الحكيم، الموجز في شريعة القانون المدني — أحكام الالتزام، ص 40/2 وما بعدها
- 17 أنظر: عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 19
- 18 أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 19/18
- 19 أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 851/2
- وفي نفس المعنى: توفيق فرج، المرجع السابق، ص 39/2
- 20 إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 406-407
- وفي نفس المعنى: إلياس ناصيف/موسوعة العقود المدنية و التجارية، ص 270
- ³ أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 803/2
- وفي نفس السياق: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 182/2
- زهدي يكن: شرح قانون الموجبات و العقود، ص 146/5
- منير قزمان: المرجع السابق، ص 105
- ²² أنظر: عبد المحسن سعد الرويشد، المرجع السابق، ص 30
- ²³ أنظر: عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 97 و ما بعدها
- ²⁴ راجع القانون المدني الجزائري ، المادة 176
- ²⁵ أنظر: عبد الله نجاري ، المرجع السابق، ص 10-11
- ²⁶ أسامة الحموي، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)، ط 1، مطبعة الزرعى، دمشق، ص 56
- ²⁷ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 15
- 28 أنور سلطان، المرجع السابق، ص 62
- 29 أنظر: القانون المدني الجزائري ، المادة 184/ف 1
- 30 دواس أمين، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، دار الشروق ، الأردن ، ص 74، 2005
- 31 يكن زهدي، المرجع السابق، ص 18
- 32 عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 61
- ³³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 78
- ³⁴ أنظر: المادة 454 من القانون المدني الجزائري
- ³⁵ راجع زكي الدين شعبان: الشرط الجزائي في الشريعة و القانون، مقال في مجلة الحقوق ، عدد يونيو 1977، ص 136 وما بعدها
- ³⁶ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص 69
- ³⁷ أنظر المادة 183 من القانون المدني الجزائري

- ³⁸ إبراهيم السيد أحمد ، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري و الفرنسي، ص54، الإسكندرية ، ط1، 2003.
- ³⁹ سوار محمد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، ج1، المطبعة الجديدة، سوريا، دمشق، 1978، ص373.
- وفي المعنى: جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دارا لنهضة العربية، القاهرة ، ص433.
- ⁴⁰ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام ، ط3، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2003، ص235.
- ⁴¹ أبو ملوح موسى سليمان، شرح مشروع القانون المدني الفلسطيني، مصادر الإلتزام ، ط، 2002، ص248.
- ⁴² عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص116.
- ⁴³ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص120.
- ⁴⁴ دواس أمين، المرجع السابق، ص211.
- ⁴⁵ أنظر المادة 184 من القانون المدني الجزائري
- ⁴⁶ راجع المادة 178 مدني جزائري التي تنص على: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، 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".
- ⁴⁷ أنظر المادة 179 من القانون المدني الجزائري بالتالي تقابلها المادة 218 مدني مصري
- ⁴⁸ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج1، ص86.
- ⁴⁹ طارق محمد مطلق، المرجع السابق، ص44.
- ⁵⁰ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص242، وكذلك أيضا وفي نفس الرأي: Demogue: traite des obligation en General.Tome6.Ed 1933
- ⁵¹ عبد الله نجاري، المرجع السابق، ص127.
- ⁵² رمضان أبو السعود، المرجع السابق ، ص640.
- ⁵³ أنظر: Benlat reche: La mise En Demeurre m:emoire D.E.S.1975.P60
- ⁵⁴ يقارب ذلك المادة 224 ف2 من القانون المدني المصري و المادة 226 مدني سوري و 267 قانون الموجبات و العقود اللبناني.
- ⁵⁵ عبد الله نجاري/المرجع السابق، ص188.
- ⁵⁶ أنظر المادة 184 ف2 من القانون المدني الجزائري
- ⁵⁷ عبد الله نجاري ، المرجع السابق ، ص 191 مأخوذة من:
- نقض مدني بتاريخ 14/11/1949 المنشور في الأسبوع القانوني 1949، ج2 رقم 5255
- ⁵⁸ عبد الله نجاري ، المرجع السابق ، ص1991
- ⁵⁹ طارق محمد مطلق أبو ليلي ، المرجع السابق ، ص 76 ، مأخوذ من:
- طعن رقم 563 جلسة 1968/12/5 المنشور لدى النواب

⁶⁰ Sanz:la consecration du pouvoir judiciaire par la loi du 9juille 1975 et ses incidences sur la theorie general de la clause penale revue trimestrille du droit civil 1977.n2p20

⁶¹ عبد الله نجاري، المرجع السابق ، ص194

⁶² نفس الانتقاد يوجه إلى المشرع المصري المادة 2/224 مدني مصري

⁶³ راجع المادة 1231 مدني فرنسي

⁶⁴ تنص المادة 343 من القانون المدني الألماني على مايلي: "إذا كان الجزاء المستحق غي متناسب مع الضرر إلى درجة كبيرة يمكن بناء على طلب المدين تخفيضه إلى مبلغ معقول ،ولتقديرها هو معقول يجب الإعداد بكل مصلحة مشروعة للدائن و ليس فقط مصلحته المالية"

⁶⁵ أنظر:عبد الله نجاري، المرجع السابق ، ص195.

⁶⁶ طارق محمد مطلق أبو ليلي ، المرجع السابق ، ص 78 مأخوذ من :

طعن رقم 71 سنة 1970 ،جلسة 04/30 ،المنشور لدى طلبة أنور،المسؤولية المدنية.ص423،القاهرة،1987

⁶⁷ نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام،أحكام الالتزام ، ص76

وفي نفس المعنى:أبو سعود رمضان ، المرجع السابق ، ص120

⁶⁸ أبو عرابي غازي ، ،سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ، ص51

⁶⁹ أنظر عبد الله نجاري ، المرجع السابق ، ص198

⁷⁰ عبد الله نجاري، المرجع السابق ، ص203

⁷¹ عبد الله نجاري ، الرجع السابق ، ص205

⁷² عبد الله نجاري ، المرجع السابق ، ص206

⁷³ الأمر الصادر رقم 31/75 بتاريخ 29 افريل 1975،المتعلقة بعلاقات العمل في القطاع الخاص المنشور بالجريدة الرسمية 1975،عدد39.

⁷⁴ راجع المادة 76 من قانون العمل الجزائري

⁷⁵ الأمر الصادر رقم 80/76 بتاريخ 23/10/1976، المنشور بالجريدة الرسمية 1977 العدد29.