أحكام الشرط الجزائي

" دراسة تحليلية لنصوص القانون وأحكام المحاكم في فلسطين "

المقدمة :

الأصل أن يتم تقدير التعويض من قبل المحاكم، إلا أنه يمكن للعاقدين أن يتفقا على تقدير التعويض سلفاً، ويتحقق ذلك إذا اتفقا على أن يلتزم المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه أو يتأخر في تنفيذه بدفع تعويض محدد للعاقد الآخر[1]، سمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي لأنه يوضع باعتباره شرطاً من شروط العقد[2]، ولكن لا يدرج الشرط الجزائي في العقد وإنما يتفق عليه في اتفاق لاحق، وفي هذه الحالة يجب أن يكون قد تم ذلك قبل إخلال أحد العاقدين بالتزامه، أما إذا تم الاتفاق بعد ذلك فيعتبر صلحاً ولا يعتبر شرطاً جزائياً[3].

---

[1] السنهوري (د. عبد الرازق) الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة طبع فقرة ٤٧٧ ص ٨٥١ وما بعدها. مرقس (د. سليمان) الوافي في شرح القانون المدني المجلد الرابع، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، القاهرة ١٩٩٢ فقرة ٩٤ ص ١٧٧ – سلطان (د. أنور) الموجز في النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني أحكام الالتزام، منشأة المعارف ١٩٦٤-١٩٦٥ فقرة ١٩٣ – الفضل (د.منذر) النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ١٩٩٢ ص٧٢.

[2] الشرقاوي (د.جميل) النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام،دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢ فقرة ٢٠ص٦١.

[3] سعد (د.نبيل إبراهيم) النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٢، ص٦٦ – يحي (د.عبدالودود) الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨ فقرة ٢٧ص٤٩.

واختلف الفقهاء بخصوص الاتفاق على الشرط الجزائي في حالة الإخلال بالتزام غير عقدي[٤]، فذهب جانب إلى أن الشرط الجزائي لا يكون إلا في حالة الإخلال بالتزام عقدي على أساس أن النصوص القانونية تجعل الشرط الجزائي في حالة الإخلال بالتزام عقدي، وذهب جانب آخر[٥] إلى أنه لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على الشرط الجزائي في حالة الإخلال بالتزام غير عقدي، فإذا اتفق العاقدان سلفاً على مقدار التعويض في حالة ما إذا أخل العاقد بالتزامه برد الأمانة، فإن هذا التعويض يكون تعويضاً على مسئولة تقصيرية " فعل ضار "، وإذا اتفق على مقدار التعويض في حالة الرجوع عن وعد بالزواج، فإن التعويض المتفق عليه يعتبر تعويضاً عن إخلال بالتزام غير عقدي.

ويجب الوفاء بالشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ وذلك إذا اتفق الطرفان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، كأن يتفق العاقدان على أن يدفع أحدهما مبلغاً محدداً للعاقد الآخر إذا لم ينفذ التزامه العقدي وفعلا لم يقم بذلك فيجب عليه الوفاء بالشرط الجزائي المتفق عليه. ويجب الوفاء بالشرط الجزائي في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام من قبل المدين، وكثيراً ما يتم الاتفاق في عقد المقاولة على أن يلتزم المقاول بدفع مبلغ محدد عن كل فترة زمنية يتأخر فيها عن تسليم العمل الذي تعهد بإنجازه، أو ما يتم في عقد التوريد من اتفاق يلزم المورد دفع مبلغ محدد في حالة تأخره في توريد ما التزم بتوريده، أو ما يتم في حالة البيع المنجم من اتفاق على فسخ عقد البيع إذا تأخر المدين في دفع قسط من الأقساط، وفقدانه كل الأقساط التي دفعها.

---

[٤] الحكيم (د.عبد المجيد). الوجيز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الثانية بغداد ١٩٧٧ ص٣٩ – الشرقاوي، المرجع السابق فقرة٢٠.

[٥] السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٧٧ ص٨٥١. العدوي (د.جلال) أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية دون سنة طبع فقرة ١٦٦ ص١٤١.

ولا يقتصر دور الشرط الجزائي على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عن إخلال المدين بالتزامه، بل الهدف منه أيضاً تحذير المدين من إخلاله بالتزامه، وتهديده بالجزاء المشترط لحمله على تنفيذ التزامه في موعده، وهذا يعني أن الشرط الجزائي لا يقدر قياساً على ضرر معين، بل يقدر تقديرا جزافياً من قبل الطرفين، إذ يكون عادة أكبر من الضرر المحتمل[٦].

ولن يكن موضوع هذا البحث شاملاً كل ما يتعلق بالشرط الجزائي، بل نحدد موضوعه في أحكام الشرط الجزائي، ويرجع ذلك للخلاف الذي ثار بشأنها، ويظهر ذلك من اختلاف القوانين في تنظيمها، وتضارب الآراء الفقهية والأحكام القضائية بخصوصها.

والقواعد القانونية المطبقة في فلسطين المتعلقة بتنظيم الشرط الجزائي ستكون هي القواعد الأساس التي سيتناولها البحث بالشرح والتحليل والتأصيل.

ويعود اختيارنا للقواعد القانونية المطبقة في فلسطين إلى أن القانون المطبق في فلسطين لم يحظ بالشرح والتحليل، وبالتالي فإن أي بحث يتناول جانباً من جوانبه فيه جدة، ولا يخلو من فائدة إذ من شأنه أن يلقى الضوء على هذا الجانب، ويؤدي إلى إنارة السبيل أمام الباحثين وتشجيعهم على القيام ببحوث قانونية مست الحاجة إليها من أجل إيجاد فقه قانوني في فلسطين يساهم مع الفقه العربي في المشاركة الفعالة في الفقه القانوني المعاصر، ويلبي الحاجات المحلية، ويساعد على التطور لا سيما أن فلسطين تعيش مرحلة تحولات كبيرة في جوانب عديدة، تجعل من الضرورة الملحة مراجعة القوانين السارية، والعمل على تنقيح بعضها وإلغاء بعضها الآخر ووضع تشريعات جديدة مستمدة من واقع شعبنا مستهدفة تحقيق العدل لتحكم ما جد وما قد يجد، وبالتالي فإن أي بحث يتناول جانبا من جوانب

[٦] الشرقاوي، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص٦١-٦٢.

القانون المطبق في فلسطين من شأنه أن ينير السبيل أمام المشرع الفلسطيني أثناء تصديه للمهمة الكبيرة المحددة في ضرورة القيام بمجهودات تشريعية هائلة لتوحيد القوانين وتحديثها في فلسطين.

ولن تغفلنا دراسة أحكام الشرط الجزائي في القواعد القانونية في القانون المطبق في فلسطين عن الإشارة إلى ما ذهبت إليه قوانين أخرى في تنظيمها لأحكام الشرط الجزائي وخصوصاً القانون الفرنسي، والقانون المصري والقانون الأردني، وخصوصاً أنها لم تتفق على أحكام الشرط الجزائي.

وسنتناول موضوع أحكام الشرط الجزائي في المبحثين التاليين.

المبحث الأول : أحكام الشرط الجزائي في القانون المطبق في فلسطين.

المبحث الثاني : رأينا في أحكام الشرط الجزائي.

المبحث الأول : أحكام الشرط الجزائي في القانون المطبق في فلسطين

كانت فلسطين جزءاً من الدولة العثمانية إلى سنة ١٩١٧ حيث احتلت من قبل القوات الإنجليزية وفصلت عن الدولة العثمانية وخضعت للاحتلال الإنجليزي، ثم عينت إنجلترا من قبل عصبة الأمم دولة انتداب على فلسطين.

ترتب على ما سبق وجود قوانين عثمانية سرت في فلسطين، وما زال بعضها سارياً إلى الآن. ووجود قوانين سنتها إدارة الانتداب الإنجليزي ما زالت سارية وتعتبر العمود الفقري للنظام القانوني المطبق في قطاع غزة إلى الآن.

وعرف العثمانيون الشرط الجزائي ونظموا أحكامه وسرى هذا التنظيم في فلسطين، ثم وضعت المحاكم في فلسطين في عهد الانتداب الإنجليزي تنظيماً لأحكام الشرط الجزائي يخالف التنظيم الذي وضعه المشرع العثماني، وهذا يتطلب منا أن نبين تنظيم أحكام الشرط الجزائي في القانون العثماني الذي كان ساريا في فلسطين، ثم

نبين تنظيم أحكام الشرط الجزائي من قبل المحاكم في فلسطين خلال فترة الانتداب الإنجليزي، وهذا يتطلب الشرح في مطلبين هما :

المطلب الأول : أحكام الشرط الجزائي في القانون العثماني الذي كان سارياً في فلسطين.

المطلب الثاني : أحكام الشرط الجزائي التي أوجدتها المحاكم في فلسطين منذ سنة ١٩٣٧.

المطلب الأول : أحكام الشرط الجزائي في القانون العثماني الذي كان سارياً في فلسطين.

نظم المشرع العثماني أحكام الشرط الجزائي في المادة ١١١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية حيث ورد في نصها ما يلي (إذا كان قد تبين وشرط ضمن صك المقاولة أن كلا من الطرفين إذ لم يجر ما تعهد به يدفع للطرف الآخر مبلغاً معيناً على سبيل التضمين، فلا يجوز أن يدفع أكثر أو أقل من ذلك المبلغ)[٧].

تغليب الاتفاق على التعويض.

يظهر من نص المادة ١١١ أن الشرط الجزائي اتفاق يتم بين العاقدين ويخضع لمبدأ سلطان الإرادة، وتسري عليه أحكام العقود من حيث الأركان والشروط والآثار خصوصا القوة الملزمة للعقد، إذ لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يحددها القانون. وعلى المحاكم أن تراعي قانون العقد الذي يلزمها باحترام ما تم الاتفاق عليه، فالمحاكم لا تملك تعديل العقود. وهذا يعني أنها لا تملك تعديل الشرط الجزائي، إذ أن قانون العقد يجعل الشرط الجزائي غير قابل للمساس به.

[٧] نشر قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني في الجزء الأول من مجموعة القوانين العثمانية التي قام بترجمتها عن الأصل التركي نقولا النقاش، وأعيد نشر المواد المعمول بها في مجموعة القوانين الفلسطينية، الجزء الخامس، أكتوبر ١٩٧٤، ص١٤٦.

والشرط الجزائي لا يطبق إلا إذا تحققت الشروط اللازمة لذلك إذ يجب أن يخل المدين بالتزامه، وأن يقوم الدائن بإخطاره بحسب الأصول لتنفيذ ما تعهد به، ويكون ذلك بورقة بر تستو أي ورقة تنبيه بمعرفة موقعها الرسمي (م ١٠٦ أصول محاكمات حقوقية عثماني)، إلا إذا اتفق في العقد أنه عند انقضاء المدة المحددة فيه لتنفيذ الالتزام لا حاجة لإخطار، إذ يكون انقضاء المدة بمثابة إخطار (مادة ١٠٧ أصول محاكمات حقوقية عثماني).

ولكن هل يشترط لتنفيذ الشرط الجزائي وقوع ضرر يلحق بالدائن بسبب إخلال المدين بالتزامه ؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي تفسير نص المادة ١١١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني وتفسيره يتطلب الوقوف على تفسير المادة ١١٥٢ مدني فرنسي، لأن المشرع العثماني تأثر بهذه المادة حين تنظيمه لأحكام الشرط الجزائي بنص المادة ١١١.

وضع المشرع المدني الفرنسي تنظيماً لأحكام الشرط الجزائي في نص المادة ١١٥٢ حيث ورد فيها ما يلي :

(Lorsque La convention Porte que celui que manquera de l'executer paiera une certaine somme a titre de dommage – interets, il ne peut etre alloue a l'autre une somme plus forte ni moindre)

ويعني هذا النص أنه إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغاً أكثر أو أقل.

وهذا ما نص عليه المشرع المصري في القانون المدني القديم في المادة ١٨١/١٢٣ حيث ورد فيها ما يلي (إذا كان مقدار التعويض في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا أكثر).

ولم يتفق الفقهاء في فرنسا بخصوص اشتراط إثبات الدائن أن ضرراً قد وقع عليه بسبب إخلال المدين بالتزامه لتطبيق الشرط الجزائي، فذهب جانب[٨] إلى عدم اشتراط قيام الدائن بإثبات أن ضرراً قد لحق به بسبب إخلال المدين بالتزامه بتطبيق الشرط الجزائي إذ أنه يستحق حتى لو لم يثبت الدائن أن ضرراً قد لحق به نتيجة إخلال المدين بالتزامه، حيث قال أنصار هذا الرأي أن نص المادة ١١٥٢ يجعل الشرط الجزائي عقداً احتمالياً لا ينظر فيه إلى مقدار الضرر الذي يلحق بالدائن بسبب إخلال المدين بالتزامه. ولا بد من اعتبار العقد الاحتمالي شريعة العاقدين، فضلا عن ذلك فإنهم يرون أن الاتفاق على الشرط الجزائي وتقدير التعويض سلفاً يفيد أن العاقدين قد سلما بوقوع الضرر إذا لم ينفذ العاقد التزامه ورغبا في منع المحاكم من تقديره، وإنهاء أي جدل يثور بشأن وقوعه ومقداره، وعلى المحاكم أن تحترم ما اتفقت عليه إرادة العاقدين.

وذهب جانب آخر[٩] إلى اشتراط وقوع الضرر، وأن على الدائن أن يثبت ذلك، لأن الشرط الجزائي عبارة عن مقابل التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه، فإذا لم يثبت وقوع الضرر، فيكون الشرط الجزائي التزاماً لا سبب له.

وقد أخذت المحاكم الفرنسية بالرأي الأول الذي يرى أن نص المادة ١١٥٢ يغلب قاعدة العقد شريعة العاقدين في الشرط الجزائي، حيث حكمت بتطبيق الشرط الجزائي إذا أخل المتعاقد بالتزامه حتى ولو لم يثبت حدوث ضرر وقع على العاقد الآخر.

---

[٨] Ph Malaurie, L. Aynes, Droit, Les obligations, ed. Cujas, 1985 No. 514, p 365 راجع، بلانيول وريبير وردوان الجزء السابع، فقرة ٨٦٨، أشار إليهم السنهوري، المرجع السابق هامش ١ص٨٥٧.

[٩] مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٠٠ ص١٨٦.

وقد اختلف الفقهاء[١٠] في مصر وتضاربت أحكام المحاكم في البداية بخصوص اشتراط أن يثبت أن ضرراً قد وقع على الدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزامه، وذهب جانب إلى عدم اشتراط إثبات أن ضررا قد وقع على الدائن نتيجة لعدم تنفيذ المدين التزامه مستنداً إلى القوة الملزمة للعقد واعتبار العقد شريعة العاقدين، وإلى نص المادة ١٨١/١٢٣ من القانون المدني المصري القديم التي تطابق نص المادة ١١٥٢ مدني فرنسي.

وأيدت هذا الجانب كل من محكمتي الاستئناف الأهلية والمختلطة، وبسبب صدور أحكام أخرى تشترط حدوث الضرر لتطبيق الشرط الجزائي، عرض الأمر على الدوائر المجتمعة في محكمة الاستئناف المختلطة حيث قررت الدوائر المجتمعة في محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ من شباط ١٩٢٢، والدوائر المجتمعة في محكمة الاستئناف الأهلية في ٢ من كانون ثاني ١٩٢٦ اشتراط حدوث ضرر يقع على الدائن بسبب إخلال المدين بالتزامه لتطبيق الشرط الجزائي[١١].

وقد استقر رأي الفقه والقضاء[١٢] في مصر بعد ذلك على اشتراط وقوع ضرر يلحق بالدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه لتطبيق الشرط الجزائي.

ولكن ثار خلاف بخصوص من يتحمل عبء إثبات وقوع الضرر، حيث ذهبت المحاكم[١٣] في أحكام لها إلى تحميل الدائن عبء الإثبات استناداً إلى القواعد العامة التي تقرر إن البينة على المدعي، وإن الدائن هو الذي يدعي بوقوع الضرر عليه نتيجة لإخلال المدين بالتزامه فعليه أن يثبت ما وقع عليه من ضرر نتيجة لذلك،

---

[١٠] راجع عرض آراء الفقهاء في مصر، مرقس المرجع السابق فقرة ١٠٠ ص١٨٦-١٨٧.

[١١] راجع السنهوري، المرجع السابق هامش٢ ص٨٥٧.

[١٢] مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٠٠ ص١٨٧.

[١٣] راجع الأحكام القضائية أشار إليها السنهوري، المرجع السابق هامش ٢ ص٨٥٧-٨٥٨.

في حين ذهبت المحاكم[١٤] في أحكام أخرى إلى عدم مطالبة الدائن بإثبات الضرر وأسست ذلك على أن اتفاق العاقدين على الشرط الجزائي يعني أنهما قصدا جعل عدم تنفيذ أحدهما التزامه أو تأخره في التنفيذ قرينة على وقوع الضرر.

ونميل إلى ترجيح إعفاء الدائن من إثبات أن ضرراً قد لحق به نتيجة إخلال المدين بالتزامه، ونرى أن الشرط الجزائي المنصوص عليه في المادة ١١١ يجب أن يطبق، حتى ولو لم يثبت الدائن أن ضرراً لحق به وهذا يتفق مع احترام القوة الملزمة للعقد واحترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ويبرر ذلك على تفسير اتفاق العاقدين على الشرط الجزائي أنه يعني أنهما يقران إن إخلال أحدهما بالتزامه يسبب ضرراً للآخر اتفقا سلفاً على المقدار اللازم لتعويضه لا أكثر ولا أقل.

واشتراط إثبات الضرر من قبل الدائن الذي نتج عن إخلال المدين بالتزامه لا يتفق مع نص المادة ١١١ الذي يحدد التعويض بالمقدار المتفق عليه لا أكثر ولا أقل، لأنه قد لا يثبت ضرراً يتناسب مع الشرط الجزائي، إذ يثبت أن الضرر يقل كثيراً أو يزيد كثيراً عن الشرط الجزائي، وفي هذه الحالة يجب أن يكون التعويض متناسباً مع الضرر الذي أثبته، وفي ذلك مخالفة لنص المادة ١١١ التي تحدد التعويض بالمقدار المتفق عليه لا أكثر ولا أقل، ويؤدي أيضاً إلى عدم جدوى الشرط الجزائي لعدم فائدته في هذه الحالة، ويخالف ما اتفق عليه العاقدان من تحديد مقدار التعويض سلفاً، ويؤدي إلى مخالفة القوة الملزمة للعقد.

وبناء على ما سبق نرى أن نص المادة ١١١ يجعل الشرط الجزائي نهائياً غير قابل للمراجعة من المحاكم، حيث تنعدم سلطتها في التدخل لتعديل الشرط الجزائي،

[١٤] راجع الأحكام القضائية أشار إليها مرقس المرجع السابق هامش ١٦٣ ص١٨٧.

إذ عليها أن تحترم ما اتفق عليه العاقدان، وتحترم مبدأ العقد شريعة العاقدين وتحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه لا أكثر ولا أقل[١٥].

وقد قامت المحاكم في فلسطين بتطبيق نص المادة ١١١ على أساس احترام إرادة العاقدين في تحديد مقدار الشرط الجزائي لا أكثر ولا أقل.

وقد شاع اللجوء إلى نص المادة ١١١ من قبل العاقدين في فلسطين حيث أدخل كل طرف من أطراف العقد التعويض الذي يرغب في إدخاله فيه، ويمكن الحكم بهذا المبلغ لا أكثر ولا أقل، وهذا يمكن العاقد من أن يحمي نفسه بإدخال شرط جزائي في العقد، وقد كان هذا الشرط كافياً للأشخاص الذي يلحقهم الضرر نتيجة عدم تنفيذ العقد أو التأخير في تنفيذه، لأن المحاكم في فلسطين تحكم بتنفيذه[١٦].

يظهر مما سبق أن المادة ١١١ نظمت أحكام الشرط الجزائي تنظيماً مطابقاً لأحكام الشرط الجزائي التي وضعتها المادة ١١٥٢ مدني فرنسي، يفيد بأن على المحاكم أن تحترم اتفاق العاقدين، وأن لا تتدخل في الشرط الجزائي، وأن تحكم بالشرط الجزائي المتفق عليه فيما بين العاقدين لا أكثر ولا أقل، وبالتالي فإن الشرط الجزائي المتفق عليه غير قابل للمراجعة.

المطلب الثاني أحكام الشرط الجزائي التي أوجدتها المحاكم في فلسطين منذ سنة ١٩٣٧.

تغليب التعويض على الاتفاق :

لقد استمرت المحاكم في تطبيق نص المادة ١١١ استناداً إلى نص المادة ٤٦ من مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢ [١٧] التي نصت على بقاء سريان التشريعات العثمانية في فلسطين ما لم تلغ من إدارة الانتداب الإنجليزي، وبقيت المحاكم في

---

[١٥] Aron Polonsky, specific performance, published by S. Buri. Tel-Aviv 1938, p. 73.

[١٦] Aron Polonsky, op, cit p. 73.

[١٧] نشر في المجلد الرابع من مجموعة قوانين فلسطين (درايتون).

فلسطين تطبق الشرط الجزائي المتفق عليه لا أكثر ولا أقل تنفيذاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

وقد اصبح هذا الأمر موضع مراجعة وبحث في القضية المشهورة في فلسطين، قضية الشيخ سليمان التاجي الفاروقي ضد ميشيل حبيب وآخرين استئناف عليا حقوق رقم ٣٧/١٩١ [١٨]، حيث صدر حكم من محكمة الاستئناف العليا يستند إلى المبادئ المتبعة في إنجلترا في تفسير الشرط الجزائي، التي أوجدت التفرقة بين كونه غرامة أو عقوبة أم تعويضاً فإذا فسر على أنه غرامة تخول المحاكم حق تخفيضه، أو أن تقدر الأضرار الحقيقية التي لحقت بالدائن، وهذا التفسير مستمد من القاعدة الراسخة في القانون الإنجليزي وهي (أن النصفة العادلة تعفى من الجزاء أو الغرامة).

(Equity relieves from penalties and from forfeitures).

والمبادئ الإنجليزية في تفسير الشرط الجزائي والتي تبين متى يعتبر جزاء أو غرامة ومتى يعتبر تعويضاً، وردت في مجموعة من السوابق القضائية في مجموعات الأحكام الإنجليزية المختلفة.

والسابقة القضائية الهامة في موضوع تفسير الشرط الجزائي تتمثل في الحكم الصادر في قضية دنلوب ضد نيوجراج وشركاه سنة ١٩١٥، حيث قرر اللورد (Dunedin) في هذه القضية ما يلي :

("In view of that fact, and of the number of the authorities available. I do not think it avisable to attempt any detailed review of the various cases, but I shall content my self with stating succinctly the various propositions which I think are deducible from the decisions which rank as authoritative:

1- Though the parties to a contract who use the words penalty or liquidated damages many prima facie be supposed to mean what they say, yet the expression used is not conclusive. The court must

[١٨] Reported in Current Law Reports, Volume 2. At page 169.

find out whether the payment stipulated is in truth a penalty of liquidated damages. This doctrine may be said to be found passim in nearly every case.

2- The essence of a penalty is a payment of money stiplated as in terrorem of the offending party; the essence of liquidated damages is a genuime convenanted pre-estimate of damage: (Clyde-bank Engineering Company v. Castaneda, ubi sup.).

3- The question whether a sum stipulated is penalty or liquidated damages is a question of construction to be decided upon the terms and inherent circumstances of each particular contract, judged of as at the time of the making of the contract, not as at the time of the breach:)Public Works Commissioners v. Hill (ubi sup.) and Webster v. Bosanquet (ubi sup.).

4- To assist this task of construction various tests have been suggested, which, if applicable to the case under consideration, may prove helpful or even conclusive. Such are:

a) It will be held to be penalty if the sum stipulated for is extravagant an unconscionable in amount in comparsion with the greatest loss which could conceivably be proved to have followed from the breach – illustration given by Lord Halsbury in the Clydebank case.

b) It will be held to be penalty if the breach consists only in not paying a sum of money, an the sum stipulated is a sum grater than the sum which ought to have been paid: (Kemble v. Farren, 6 Bing. 141). This, though one of the most ancient instances, is truly a corrolary to the lawst test. Whether it had its historical origin in the doctrine of the common law that, when A promised to pay B a sum of money on a certain day and did not do so, B could only recover the sum which, in certain cases, interest, but could never recover further damages for non-timeous payment, or whether it was a survival of the time when equity reformed unconscionable bergains merely because they were unconscionable a subject which much exercised Jessel, M.R. in Walls v. Smith 47 L. T. Rep. 389; 21 Ch. Div. 243) is probably more interesting than material.

c) There is a presumption (but no more) that it is penalty when "a single lump sum is made payabe by way of compensation on the occurrence of one or more or all of several events, some of which may occasion serious and other trilling damage" – Lord Watson in Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Company (11 App. Cas. 232).

On the other hand:

d) It is no obstacle to the sum stipulated being a genuine pre-estimate of damage that the consequences of the breach are such as to make precise pre-estimation almost an impossiblity. On the countrary, that is just the situation when is it probalbe that pre-estimated damages was the true bargain between the parties. – Clydebank case, Lord Halsburyl Webster v. Bosnaquet, Lord Mersey.[19]"

(إنه بعد الإطلاع على وقائع هذه الدعوى وعلى السوابق القضائية المتاحة، فـــلا أرى إجراء مراجعة تفصيلية لأية قضية من القضايا المتعددة، ولكنني سأكتفي بـــأن أذكر باختصار اتجاهات القرارات النهائية في تلك القضايا.

١- قد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أن أطراف العقد وهـــم يســـتعملون عبـــارات تعويض الضرر أو الغرامة بأنهم يعنون ما يقولون، إلا أن هذه العبارات لـــم تقصد على إطلاقها، إذ يجب على المحاكم أن تستنتج مـــا إذا كـــان المبلـــغ المذكور في العقد يعتبر في حقيقته غرامة أم تعويضاً تقديرياً ويجب أن يكـــون ذلك أساساً للحكم في كل قضية.

٢- إن مضمون الغرامة هو دفع مبلغ من المال لتهديد الطرف الذي أخل بالتزامه، أما مضمون التعويض فإنه يعتبر شرطاً صريحا لتقدير مسبق للضرر.

٣- إن مسألة تحديد ما إذا كان المبلغ المتفق عليه في العقد غرامـــة أم تعويضـــاً مقدراً أو مقطوعاً هي مسألة تفسير تقرر وفقاً للشروط والظـــروف الخاصـــة المحيطة بكل عقد على حدة وقت إبرام العقد لا وقت الإخلال به.

[19] Publish in, Aron Polonsky, op, cit. pp. 75, 76, 77.

٤- تسهيلا للتفسير وضعت معايير عديدة، وأن كانت تطبق على الواقعة موضوع الدعوى، إلا أنها توفر عوناً وتحقق نتائج في دعاوى أخرى، وهذه المعـــايير هي :

أ- تحكم المحاكم بان المبلغ غرامة إذا كان مبالغاً فيه وغير معقول في مقـــداره بالمقارنة بأكبر خسارة ممكن أن تتحقق في حدود المعقول من جراء الإخـــلال بالتعهد (شرح هلزبوري في قضية كلايد بانك).

ب- يعتبر المبلغ غرامة إذا كان الإخلال بالعقد ينحصر فقط في عدم دفع مبلـــغ من النقود وإن المبلغ المذكور في العقد يعتبر أكبر من المبلغ الذي كان يقتضي دفعه (قضية كندل ضد فارن)، وبالرغم من أن هذا يعتبر واحدا مـــن أقـــدم الأمثلة، إلا أنه يعتبر بحق نتيجة لهذا المعيار. (فعندما يعد (أ) بأن يدفع لـــــ (ب) مبلغا من النقود في يوم معين ولم يفعل ذلك فإن لـــ ب فقـــط أن يســـترد المبلغ مع الفوائد في قضايا معينة، ولكنه لا يستطيع إطلاقا أن يحصل علـــى عطل وضرر إضافة إلى ذلك بسبب عدم دفع المبلغ فـــي الميعـــاد المحـــدد) بصرف النظر عما إذا كان لهذا المعيار أصل فـــي مبـــادئ القـــانون العـــام الإنجليزي أو أنه من بقايا ذلك الوقت الذي كانت تستخدم فيه النصفة العادلـــة لإصلاح البيوع أو الصفقات غير المعقولة لمجرد أنها غير معقولة.

ج- وهناك رأي (لا يزيد على كونه رأيا) بأن المبلغ يعتبر جزاء إذا كان مبلغـــا إجماليا واحدا فقط يكون واجب الدفع عند وقوع واحد أو أكثر من عدة حوادث أو وقائع منها ما قد يحدث أضرارا طفيفة.

د- لا يغير من اعتبار المبلغ الذي أدخل في العقد تقدير مسبق للضرر، إن النتائج التي تترتب على الإخلال بالعقد غالباً ما تجعل التقدير المسبق مستحيلاً[٢٠].

ومن المفيد ذكر ملابسات قضية الشيخ سليمان التاجي الفاروقي ضد ميشيل حبيب راجي حبيب وآخرين استئناف عليا حقوق رقم ٣٧/١٩١، حيث تم استئناف الحكم في القضية الصادر من المحكمة المركزية بيافا إلى محكمة الاستئناف العليا ثم استؤنف الحكم الصادر من المحكمة المركزية بيافا إلى محكمة الاستئناف العليا ثم استؤنف الحكم الصادر من محكمة الاستئناف العليا إلى مجلس الملك الخاص استناداً إلى نص المادة ٤٤ من مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢ الذي ورد فيه يجوز استئناف قرارات المحكمة العليا في القضايا الحقوقية إذا تجاوز المبلغ المختلف عليه أو قيمته ٥٠٠ جنية فلسطيني إلى جلالة الملك في مجلسه الخاص، ويجب تقديم الاستئناف في المدة والصورة المنصوص عليها في أي نظام أو أصول صادرة من لدن جلالة الملك في مجلسه الخاص).

وأعاد مجلس الملك الخاص القضية إلى المحكمة المركزية بيافا مع تعليمات تقضي بأن على المحكمة المركزية أن تأخذ في اعتبارها نص المادة ٤٦ من مرسوم دستور فلسطين مع التنويه بأن صلاحيات محاكم فلسطين قد زودت بالتفرقة المعروفة في إنجلترا بين الغرامة والتعويض.

ولقد كانت المادتان ١١١ و ١١٢ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني هما أساس للدعوى سالفة الذكر لتقرير ما إذا كان مبلغ الألفي جنيه فلسطيني المذكور في العقد غرامة أم تعويضاً، وعندما نظرت محكمة الاستئناف العليا في القضية مرة أخرى صدر حكم عنها يتبنى قواعد التفسير الإنجليزية للشرط الجزائي

[٢٠] راجع ترجمة قضية دنلوب ضد نيو جراج وشركاه سنة ١٩١٥، سامي سابا، التنفيذ العيني غزة سنة ١٩٨٧ ص٥٠-٥١.

التي وردت في تسبيب الحكم الصادر في قضية دنلوب ضد نيوجراج وشركاه التي سبق الإشارة إليها حيث ضمت برمتها إلى الحكم الصادر في استئناف حقوق رقم ٣٧/١٩١.[٢١]

وقد ورد في تسبيب الحكم الذي أصدره القاضي مانينج Manning ما يلي :

("Mr. Eliash urged that this specific reference was made by their Lordships because they had been inaccurately informed of the principles of the Ottoman Law on the subject of damages. I do not agree which this and do not propose to consider it in any way. I take it that their Lordships have held the distinction between a penaltyh and liquidated damages forms, and has formed since the date of the Order-In-Council, part of the law of Palestine. This being so. I see no difficulty in finding the principle into the general scheme of the law. The common law of England strictly enforced penalties – equity came and intervened to give relief against them. The Ottoman Law in Article III of the Code of Civil Procedure laid down a strict rule that when the parties have agreed on a definite sum as damages for the breach of any stipulation in a contract, then no more and no less than that sum may be awarded. Just as equity came in England to give relief in a proper case, so has Article 46 of the Order-In-Council come to Palestine. A new article has been, as it were, introduced into the local law as to damages – which, if it took statutory form, whould appropriately be numbered as IIIA, taking its place between Articles III and II2. The new article would modify article III to the extent that in every case where a specific sum had been agreed on 25 damages. It would be open the the courts in Palestine the construe the agreement in order to ascertain whether that specified sum was a penalty or liquidated damages, and if it should be found to be a penalty, to give relief againest it by assessing as precisely as possible the damage caused by the breach.

"Neither advocate has made any proint as regards the proviso to Article 46 – it has not been suggested that there is anything in the circumstances of Palestine or its inhabitants to prevent this particular

[٢١] Aron Polonsky. Op, cit, p. 75.

principle of equity from taking effect or to subject it to any qualification. Mr. Eliash, for the respondents, did say that it would be unfair that we should have this principle of equity when there is no remedy of specific performance in Palestine. I have already in a previous decision of maine in another case indicated my opinion that the English equitable remedy of specific performance forms part of the law of Palestine, and therefore Mr. Eliahs cannot except from me much sympathy for this line of argument.

One of the leading cases on the subject of penalty and liquidated damages is Dunlop Pneumatic Tyre Company Ltd. V. New Garage and Motor Company Ltd., 1915 A. C. 79. Lord Dunedin having said that the question is one of construction to be decided by the court upon the terms and inherent circumstances of each particular contract, judged of as at the time of the making of the contract, not as at the time of the breach' went on to formulate certain suggested tests which "may prove helpful of even conclusive".

He said:-

" It will be held to be a penalty if the breach consists only is not paying a sum of money, and the sum stipulated is a sum greater than the sum which ought to have been paid ..."

"There is a presumption (but no more) that it is penalty when a single lump sum is made payable by way of compensation on the occurrence of one or more of all of several events, some of which may occasion serious and others but trilling damage (Lord Watson in Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co., IIA. C. 332".[22]

(لقد قرر السيد الياس (وكيل المستأنف ضدهم) أن الإشارة المحدودة التي أبداها القضاة في الدعوى موضوع الاستئناف كانت بسبب ما وصلهم من معلومات غير صحيحة عن قواعد القانون العثماني المتعلقة بالضرر، إنني لا أوافق على ذلك ولا أرى لذلك اعتباراً من أي وجه من الوجوه، إنني أعتبر ذلك من القضاة تقريراً لقاعدة التفرقة بين الغرامة والتعويض التي أصبحت منذ صدور مرسوم دستور

[22] Reported in Current Law Reports, volume 9 at page 169-170.

فلسطين تشكل جزءاً من القانون الفلسطيني، ومتى كان ذلك فإنني لا أرى صعوبة في أن ينتظم هذا المبدأ في النظام القانوني العام.

فالقانون الإنجليزي العام ينفذ الشرط الجزائي تنفيذاً حرفياً وقد جاءت قواعد العدالة للتدخل لإعطاء النصفة قبل هذا الشرط، وقد وضع القانون العثماني في المادة ١١١ من أصول المحاكمات الحقوقية قاعدة قانونية ثابتة وهي أنه إذا ما وافق طرفا العقد على مبلغ محدد من النقود باعتباره تعويضاً للضرر الناتج عن الإخلال بأي شرط من شروط العقد فعندها يحكم بالمبلغ لا أكثر ولا أقل.

وكما جاءت قواعد العدالة في إنجلترا لإعطاء النصفة في الحالات المناسبة فذلك ما فعلته المادة ٤٦ من مرسوم دستور فلسطين فكأن مادة جديدة تتعلق بالضرر قد أدخلت على القانون المحلي وإن هذه المادة لو أخذت الشكل التشريعي لرقمت بالمادة ١١١/أ لتأخذ مكانها بين المادة ١١١ والمادة ١١٢ محدثه تعديلاً على المادة ١١١ مؤداه أنه في كل حالة يتم الاتفاق فيها على مبلغ محدد باعتباره تعويضاً للضرر فإن للمحاكم في فلسطين أن تقوم بتفسير هذا الاتفاق لتقرر ما إذا كان هذا المبلغ المحدد هو جزاء أو تعويضا للضرر، فإذا ما استبان لها أنه جزاء أو غرامة لها أن تمنح النصفة قبله، وذلك بأن تقدر بما أمكنها من دقة الإضرار الناجمة عن الإخلال بالعقد.

ولم يبد أي محام من المحامين ملاحظة تذكر على الفقرة الشرطية للمادة ٤٦ من مرسوم دستور فلسطين، ولم يقرر أحد منهم أن ظروف فلسطين أو سكانها ما يمنع من تطبيق هذه القاعدة الخاصة من قواعد العدالة أو إخضاعها لأي تعديل.

وقد قرر السيد إلياس (وكيل المستأنف ضدهم) أنه يعتبر من قبيل الإجحاف أن نأخذ بهذه القاعدة من قواعد العدالة ما دامت نصفة التنفيذ العيني غير موجودة في فلسطين، غير أنه سبق لي أن عبرت عن رأيي في قضية سابقة بأن نظرية التنفيذ

العيني الإنجليزية تكون جزءاً من القانون الفلسطيني، ولهذا فإن السيد الياس لم يستطع للأسف أن يقبل هذا الجانب من الجدل.

وتعتبر قضية دنلوب ضد نوجراج وشركاه الإنجليزية من السوابق الرائدة في موضوع التفرقة بين الجزاء والتعويض فقد جاء تسبيبها على لسان اللورد Dunedin أن المسألة هي مسألة تفسير يقرر من قبل المحكمة وفقاً لبنود العقد والظروف المحيطة بكل عقد على حدة في الوقت الذي يبرم فيه لا وقت الإخلال بشروطه، ثم استطرد ليضع عدداً من المعايير التي يمكن أن توفر عوناً أو تحقق نتائج فقال.

"إن المبلغ يعتبر غرامة إذا كان الإخلال يتكون فقط من التخلف عن دفع مبلغ من المال، وإن المبلغ المذكور في العقد أكبر بكثير من المبلغ الذي كان يتوجب دفعه".

وهناك رأي بأن المبلغ يعتبر غرامة إذا كان واجب الدفع باعتباره تعويضاً لدى وقوع واحد أو أكثر من عدة حوادث منها ما قد يحدث ضررا ولا تحدث الأخرى سوى أضرار طفيفة. (راجع لورد وانسن في قضية Lord Elphinstone v.Monkland Iron)[٢٣]

وهذا الحكم يبين أن المحاكم في فلسطين تبنت المبادئ الإنجليزية في تفسير الشرط الجزائي وأدخلت في فلسطين نظرية التفرقة بين الغرامة أو الجزاء ويبين تعويض الضرر، وتمكين المحاكم حق منح النصفة العادلة في حالة الغرامة أو الجزاء.

وقد تأيد قرار محكمة الاستئناف العليا في الاستئناف الحقوقي رقم ٣٧/١٩١ سابق الذكر بالقرار الصادر عن مجلس الملك الخاص رقم ٣٧/٣٠ وبذلك أصبح نهائياً بما احتواه من مبادئ وقواعد متعلقة بتفسير الشرط الجزائي والتفرقة بين الغرامة

[٢٣] راجع ترجمة القرار ٣٧/١٩١، سامي سابا ص٥١-٥٢.

أو الجزاء وبين التعويض وإعطاء النصفة العادلة للحيلولة دون دفع المبلغ المذكور في العقد بكامله إذا اعتبر عقوبة أو جزاء[٢٤].

وبعد ذلك صدرت أحكام عن محكمة الاستئناف العليا في فلسطين تتبنى إدخال نظرية التفرقة بين الغرامة والتعويض الإنجليزية في فلسطين، والتي تخول المحاكم منح النصفة العادلة في حالة ما إذا اعتبرت الشرط الجزائي جزاء أو غرامة.

ففي القضية المتكونة بين زهرة يحيى عقل ضد خليل إبراهيم أبو عليان رقم ٣٨/٢٠[٢٥].

استئناف عليا طرح فيها موضوع الغرامة والتعويض، وقد صدر قرار المحكمة العليا بالأغلبية يؤيد إدخال النظرية الإنجليزية في النصفة العادلة ضد الجزاءات والغرامات ونظرية التفرقة بين الجزاء والتعويض.

وفي القضية المتكونة بين افيارا تنر ضد اليعزر جولد هامر رقم ٣٨/١٣٥[٢٦] استئناف عليا صدر حكم ورد فيه بأن على محاكم فلسطين أن تتبع القانون الإنجليزي فيما يتعلق بتفسير الشروط الجزائية في العقود، ومراعاة سرد المبادئ التي وضعت في قضية دنلوب ضد نيوجراج الإنجليزية، وبناء على ذلك حكمت المحكمة العليا بأن مبلغ الـ ٨٥٠ جنيهاً فلسطينيا المنصوص عليه في العقد باعتباره واجب الأداء إصلاحاً للضرر بسبب الإخلال بالعقد أو أي جزء منه يعتبر غرامة وليس إصلاحاً للضرر أو تعويضاً ولذلك فسخت الحكم الصادر من المحكمة المركزية وأعادت الدعوى إليها لتقدير الضرر الحقيقي الذي أصاب المستأنف ضده.

---

[٢٤] Aron Polonsky. Op, pp. 76, 77.

[٢٥] Published in the Annotated Supreme Court Judgment, June 1938.

[٢٦] Reported in Current Law Reports, Volume 4, at page 215.

وحكم استناداً إلى نفس الأسباب في الاستئناف الحقوقي رقم ٣٨/١٢٦[٢٧] في القضية المتكونة بين سعدية الباز ضد سالم مصطفى الزيدان وآخرين على أساس التفرقة بين الغرامة والتعويض.

يظهر مما سبق أن المادة ١١١ أصبحت غير واجبة الاتباع، وإنه يجب الأخذ بالتفرقة الإنجليزية بين الجزاء والتعويض في فلسطين ويجب على المحاكم في فلسطين أن تتدخل لمنح النصفة العادلة في حالة ما إذا اعتبر الشرط الجزائي جزاء، وقد التزمت المحاكم في فلسطين بذلك فيما بعد في الاستئنافات ٤٤/٩٧، ٤٤/١٩٢، ٢٨٨/ ٤٤ وفي استئنافات أخرى[٢٨].

يظهر مما سبق أن السوابق القضائية التي صدرت عن المحاكم في فلسطين منذ عام ١٩٣٧ قد أدخلت تغييراً جذرياً على أحكام الشرط الجزائي في فلسطين، حيث غلبت أحكام التعويض على حكم العقد، فأجازت للمحاكم عدم الحكم بالشرط الجزائي إذا لم يصب الدائن ضرر من عدم تنفيذ المدين الالتزام أو من التأخير في تنفيذه، كما أجازت تخفيض الشرط الجزائي إذا كانت قيمة الضرر الذي وقع أقل من قيمته المتفق عليها، ولها أيضاً أن تقدر الأضرار الحقيقية التي لحقت بالدائن.

ويظهر أيضا أن السوابق القضائية التي صدرت عن المحاكم في فلسطين لا تطبق الشرط الجزائي إذا رأت فيه غرامة أو جزاء، وبالتالي لا تسلم بتطبيق الشرط الجزائي إذا انطوى على فكرة الجزاء، فضلا عن ذلك فان السوابق القضائية لم تتناول مسألة ما إذا كان الشرط الذي يحدد مبلغ التعويض أقل من الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، إذ يعتبر الشرط صحيحا.

---

[٢٧] Reported in Current Law Reports, Volume 4, at page 220.

[٢٨] سامي سابا، ص٥٣.

يظهر مما سبق أن السوابق القضائية الصادرة عن المحاكم في فلسطين في عهد الانتداب الإنجليزي تأخذ بنظام مراجعة الشرط الجزائي إذا كانت قيمته أكبر من الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزاماته، ولا تأخذ بالشرط الجزائي الذي يزيد على قيمة الضرر الحقيقية التي لحقت بالدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزاماته، وجردت الشرط الجزائي من طبيعته التهديدية.

وكثير من القوانين أخذت بنظام مراجعة الشرط الجزائي، خارجة بذلك على مبدأ القوة الملزمة للعقد واحترام إرادة العاقدين، ومن هذه القوانين القانون الفرنسي، فقد سبق أن بينا أن نص المادة ١١٥٢ مدني فرنسي غلب حكم الإرادة وقصد العاقدين فيما يتعلق بآثار الشرط الجزائي فأخذ بالقاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة العاقدين، وجعل الشرط الجزائي ملزماً للعاقدين والقاضي، أي ألزم القاضي أن يحكم على المدين بالتعويض بالمبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي لا أكثر ولا أقل بقطع النظر عن مقدار الضرر الذي لحق بالدائن.

ونظراً لما أوجده نص المادة ١١٥٢ مدني فرنسي من عسف وجور بالمدين نتيجة لاتفاقه مع الدائن على شرط جزائي مبالغ فيه بسبب ظروف معينة أجبرته على ذلك، قام المشرع الفرنسي بإضافة فقرة ثانية للمادة ١١٥٢ جعلت الشرط الجزائي قابلاً للمراجعة من قبل المحاكم، وقد أضيفت الفقرة الثانية بالقانون رقم ٧٥-٥٩٧ الصادر بتاريخ ٩ تموز ١٩٧٥ تخول القاضي تعديل قيمة الشرط الجزائي بالنقص أو بالزيادة إذا رأى أن قيمته مبالغ فيها أو أنها تافهة[٢٩] ونصها :

(Neanmoins, le juge peut moderer ou augmenter La peine qui avait ete convenue, si elle est manifestement excessive ou derisoire: toute stipulation contraire sere reputee non – ecrite).

[٢٩] أشار للتعديل، سعد، المرجع السابق ص٧٤.

وهذه الفقرة تسمح للقاضي ولو من تلقاء نفسه (وذلك بعد تعديلها بقانون ١١ تشرين أول ١٩٨٥)[٣٠] بتخفيض أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو زهيدا وكل اتفاق مخالف يعتبر كأن لم يكن.

وأخذ المشرع الفرنسي بمراجعة الشرط الجزائي لم يؤثر على موقف الفقه الفرنسي الذي ما زال يذهب إلى أن الدائن غير ملزم بإثبات أن عدم التنفيذ قد سبب له ضررا إذا أن الضرر قد تم افتراضه وتقديره سلفا في العقد[٣١]، بل يستحق الدائن الشرط الجزائي إذا لم ينفذ المدين التزامه ولو لم يلحقه أي ضرر[٣٢].

وقد أخذت المحاكم في فرنسا بمراجعة الشرط الجزائي حيث طبقت التعديل الذي نص عليه المشرع الفرنسي عام ١٩٧٥، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه يجوز للقاضي تعديل الشرط الجزائي ولا يجوز له إلغاؤه أو إنقاصه عن الضرر الذي أثبته الدائن[٣٣] وذهبت إلى أنه يجب على القاضي أن يسبب قراره بتعديل الشرط الجزائي، حيث سببت قرارها بأن عدم المساس بالشرط الجزائي هو الأصل (م١/١١٥٢) وأن تعديل الشرط الجزائي هو الاستثناء[٣٤] (م ٢/١١٥٢)، وقد طورت المحكمة موقفها إذ طلبت من القاضي أن يعطي مختصراً لقراره برفض تعديل الشرط الجزائي[٣٥].

وقد كانت محكمة النقض تحظر على المحاكم الأدنى درجة تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسها إذ لا بد أن يطلب منها ذلك من قبل أحد العاقدين، إلا أن المشرع

---

[٣٠] أشار للتعديل، سعد، المرجع السابق ص٧٤.

[٣١] Ph. Malaurie, L. Aynes, op. Cit. No 515 p. 359. Weill, F. Terre Civil. Les obligations, 4 ed Dalloz, 1986, No. 462, p. 483.

[٣٢] Ph. Malaurie. L. Aynes op. Cit. No. 514 P. 363

[٣٣] Com, juin 1980 B. Iv, No. 245, com, 3fr. 1982, B. Iv. No.44.

[٣٤] Civ. 3, 26 aout 1978 111 No. 160. Civ, 17 Juill 1978. 111 No, 292.

[٣٥] Civ. 9 fev. 1982, B. 1. No. 55.

الفرنسي تدخل بقانون ١١ تشرين أول ١٩٨٥ ليجيز للمحاكم مراجعة الشرط الجزائي من تلقاء نفسها.

وبجانب التنظيم العام للشرط الجزائي توجد في فرنسا تنظيمات خاصة، ففي عقد العمل يمنع الشرط الجزائي في نواحي معينة[٣٦]، وفي عقود البيع المبرمة بين المهنيين والمستهلكين يجب ألا يكون الضرر أقل من الضرر الذي أثبته المستهلك،[٣٧] وفي عقود الائتمان المنقول والعقاري يجب ألا يزيد الشرط على نسبة معينة[٣٨].

يظهر مما سبق أن المشرع الفرنسي قد غلب اعتبارات العدالة على مبدأ احترام قانون العقد.

وأخذ القانون المصري الجديد بمراجعة الشرط الجزائي، حيث نص المشرع المصري في المادة ٢٢٤ من القانون المدني على أنه (لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف الفقرتين السابقتين).

فهذا النص يشترط وقوع ضرر يلحق بالدائن حتى يثبت له الحق في المطالبة بالشرط الجزائي وهذا يتفق مع مبدأ أساس في التعويض، وهو إن التعويض وجد لجبر الضرر، وإذا لم يثبت الضرر لا يسمى ما يحصل عليه الدائن تعويضا[٣٩].

---

[٣٦] C. trav, art. L. 122-29.

[٣٧] D. 24 Mars, 1978, ort, 2.

[٣٨] L. 10 Janvir 1978 art, 21 L. 13, Juillet 1979, art 12, 13, 14 et 27.

[٣٩] الشرقاوي، المرجع السابق، فقرة ٢٢ ص٦٥.

ويكون على المدين إن ادعى عدم حدوث ضرر نتيجة لإخلاله بالتزاماته أن يثبت ذلك، وهذا يعني أن المادة ٢٢٤ تعفي الدائن من إثبات الضرر الذي لحق به نتيجة لإخلال المدين بالتزاماته[٤٠].

وإذا وجد ضرر لحق بالدائن ونتج عن إخلال المدين بالتزاماته، يجوز للدائن أن يطالب بتنفيذ ما ورد في الشرط الجزائي الذي اتفق مع المدين عليه مقابل الضرر. ولكن يجب أن يكون ما تم الاتفاق عليه في الشرط الجزائي متناسبا مع الضرر، لا يزيد عليه بصورة غير مقبولة، ولا يستحق كله في حالة تنفيذ المدين التزامه تنفيذا جزئيا، لذلك أباحت المادة ٢٢٤ للقاضي أن يتدخل ويخفض ما اتفق عليه في الشرط الجزائي من تعويض إذا أثبت المدين عدم تناسبه مع الضرر الذي لحق الدائن نتيجة لإخلاله بالتنفيذ، لما وجد من مغالاة في التقدير، أو بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الذي اشترط الشرط الجزائي جزاء عن الإخلال به. وتخويل المحاكم تعديل الشرط الجزائي لجعله متناسبا مع الضرر يبين الطبيعة التهديدية للشرط الجزائي[٤١]، والقول بجعل التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي متناسبا مع الضرر، لا مساويا له، يعني إمكان زيادته عن الضرر، فينطوي على عنصر، الغرامة مع عنصر التعويض[٤٢].

وقد بينت المادة ٢٢٥ مدني مصري حكم ما إذا كان الضرر الذي لحق بالدائن أكبر من التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي حيث نصت على ما يلي (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد أرتكب غشا أو خطأ جسيما).

---

[٤٠] أنور سلطان : المرجع السابق، فقرة ١٩٦.

[٤١] الشرقاوي : المرجع السابق، فقرة ٢٢ ص٦٦.

[٤٢] أبو السعود (د.رمضان)، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، بيروت ١٩٩٤ ص١٢٢.

يظهر من النص أنه إذا كان التعويض الاتفاقي _الشرط الجزائي_ أقل من الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزاماته، فالأصل أن القاضي لا يزيده حتى يجبر كل الضرر، بل يحكم به كما هو، إذ يعتبر الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسئولية المدين، وتجيز نص المادة ٢١٧ من القانون المدني المصري تخفيف أو الإعفاء من المسئولية العقدية إلا ما ينشأ عن غش المدين أو عن خطئه الجسيم[٤٣].

فإذا أثبت الدائن غش المدين أو خطأه الجسيم، كان له حق طلب زيادة التعويض ليكون معادلا للضرر الذي وقع.

وهذا الحكم يختلف على ما هو الأمر في فرنسا بعد تعديل المادة ١١٥٢ بإضافة فقرة ثانية لها عام ١٩٧٥، إذ ورد في هذه الفقرة أنه (يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه (بعد تعديل ١١ أكتوبر ١٩٨٥) أن ينقص أو يزيد من الجزاء المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو زهيدا).

وبمقتضى هذا النص تستطيع المحاكم في فرنسا الحكم بتعويض أكبر من الشرط الجزائي الزهيد بالنسبة للضرر الذي وقع على الدائن، ولا يشترط لذلك أن يقوم الدائن بإثبات غش المدين أو إثبات خطئه الجسيم[٤٤].

ويرى الفقه الفرنسي أن سلطة المحاكم في تعديل الشرط الجزائي يجب ألا تؤدي إلى إزالة طابعه التهديدي، فطالما أن الأمر يتعلق بتقدير اتفاقي للتعويض فإن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ليس لها إلا طابع محدد لأنها تتضمن اعتداء على جوهر العقد وعلى قوته الملزمة.

---

[٤٣] السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٩٨ ص٨٧.

[٤٤] Ph. Malaurie, L. Aynes,op. Cit. No. 515 p. 357. 358.

والقانون المدني الأردني أخذ بمراجعة الشرط الجزائي، مع العلم أن الضفة الغربية يطبق فيها النظام القانوني الأردني، وقد نظم المشرع المدني الأردني[٤٥] أحكام الشرط الجزائي في المادة ٣٦٤ حيث ورد فيها ما يلي (١- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون. ٢- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويا للضرر، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك).

يظهر من هذا النص أنه أعطى المحاكم سلطة تقديرية واسعة، ولم يعر اتفاق العاقدين على الشرط الجزائي أي اهتمام حيث يحق لها في جميع الأحوال بناء على طلب أحدهما أن تقوم بتعديل الشرط الجزائي، لذلك لا يشترط لتعديل المحاكم الشرط الجزائي أن يكون الشرط مبالغا فيه لدرجة كبيرة، أو أن يكون قد نفذ الالتزام الأصلي تنفيذا جزئيا كما يشترط القانون المدني المصري، ولم يذهب إلى الأخذ بما ورد في تعديل المادة ١١٥٢ مدني فرنسي التي أجازت للمحاكم ولو من تلقاء نفسها (بعد تعديل ١١ تشرين أول ١٩٨٥) أن تنقص أو تزيد من الشرط الجزائي المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو زهيدا. إذ أن نص المادة ٢/٣٦٤ يجيز للمحاكم أن تتدخل في جميع الأحوال ولكن بناء على طلب أحد العاقدين وتعدل الشرط الجزائي.

وإذا طلب أحد العاقدين من المحاكم تعديل الشرط الجزائي، فأوجب نص المادة ٢/٣٦٤ على المحاكم أن تعدل الشرط الجزائي بحيث تجعله مساويا للضرر سواء كان الشرط الجزائي يقل عن الضرر الثابت نتيجة الإخلال بالالتزام أو يزيد، أو في حالة التنفيذ الجزئي.

---

[٤٥] Ph. Malaurie, L. Aynes, op. Cit. No. 515 p. 359.

ولقد ذهب رأي[٤٦] إلى أن القانون المدني الأردني يلتقي مع القانون الفرنسي بعد تعديل المادة ١١٥٢ بالقانون رقم ٥٩٧ تاريخ ٩ تموز ١٩٧٥، حيث سمح للمحاكم بناء على طلب أحد العاقدين أن تخفض التعويض المتفق عليه، أو أن تزيده إذا كان مبالغا فيه لدرجة كبيرة أو كان تافها.

ولا نسلم بذلك حيث نجد اختلافا جوهريا بين القانونين، فالقانون المدني الأردني يعطي المحاكم سلطة تعديل الشرط الجزائي في جميع الأحوال - في حين نص المادة ٢/١١٥٢ يقيد سلطة المحاكم في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة بأن يكون الشرط مبالغا فيه أو تافها، فإذا لم يكن كذلك لا تستطيع المحاكم أن تتدخل في الشرط الجزائي بزيادته أو إنقاصه، أما القانون المدني الأردني فيسمح لها بذلك حيث يحق لها أن تعدله بحيث يتساوى مع الضرر، إذ خول المحاكم التدخل في جميع الأحوال بتعديل الشرط الجزائي بحيث يتساوى مع الضرر وأقام هذا على قاعدة آمره، وهذا من شأنه أن ينزع الطابع التهديدي للشرط الجزائي، ويجرد اتفاق الطرفين على الشرط الجزائي من أية قيمة أو فائدة، وهذا يختلف عن نص المادة ٢/١١٥٢ مدني فرنسي التي تجعل تدخل المحاكم في فرنسا لا يؤدي إلى نزع الطابع التهديدي للشرط الجزائي فطالما أن الأمر يتعلق بتقدير اتفاقي للتعويض، فإن سلطة المحاكم في تعديل الشرط الجزائي لها طابع محدد لأنها تتضمن اعتداء على جوهر العقد وعلى قوته الملزمة وبالتالي لا يكون التعديل بالمساواة بين التعويض والضرر. ويظهر ذلك أيضا من نص المادة الثانية من قانون ١٩٧٥ التي عدلت نص المادة ١٢٣١ مدني فرنسي، حيث نصت على (١- عندما يتم تنفيذ الالتزام في جزء منه يجوز للقاضي أن ينقص الجزاء

[٤٦] سوار (د. محمد، وحيد الدين) الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،١٩٩٦ ص٢٢١-٢٢٢.

المتفق عليه بالتناسب مع ما عاد من فائدة على الدائن من التنفيذ الجزئي وذلك دون المساس بتطبيق نص المادة ١١٥٢. ٢- كل اتفاق على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن) يظهر أن هذا النص يجعل تعديل الشرط الجزائي بالتناسب مع الضرر وليس بالمساواة مع الضرر.

وقد كان تدخل المحاكم الفرنسية في الشرط الجزائي لا يتم إلا بناء على طلب أحد العاقدين، وهذا ما أخذ به نص المادة ٢/٣٤٦ إذ يشترط لتدخل المحاكم في تعديل الشرط الجزائي أن يتم ذلك بناء على طلب أحد العاقدين.

وقد تغير الحال في فرنسا بعد صدور قانون ١١ تشرين أول ١٩٨٥ حيث خول المحاكم أن تتدخل لتعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسها دون طلب من أحد العاقدين.

وقد ذهب[٤٧] رأي إلى القول بأن نص المادة ٢/٣٦٤ مدني أردني يخول المحاكم تعديل الشرط الجزائي ليصبح متناسبا مع الضرر، وهذا يتفق مع الطبيعة التهديدية للشرط الجزائي.

ولا نرى ذلك إذ أن نص المادة ٢/٣٦٤ مدني أردني واضح ولا يسمح بوجود طابع تهديدي للشرط الجزائي، لأنه أوجب على المحاكم أن تعدل الشرط الجزائي يصبح متساويا مع الضرر[٤٨]، ولم يبح النص للمحاكم أن تعدل الشرط الجزائي بحيث ليصبح متناسبا مع الضرر، فالنص واضح لا لبس ولا غموض فيه إذ حدد سلطة المحاكم في تعديل الشرط الجزائي بأن تجعله مساويا للضرر لا متناسبا معه،

[٤٧] الجبوري (د. ياسين محمد) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، في آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزام - الطبعة الأولى، اربد ١٩٩٧ فقرة ٢٥٢ ص ١٧٦.

[٤٨] راجع المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني الجزء الأول ص٤٠٣، الفار (د.عبد القادر) أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٦ ص٧٥ - سوار، المرجع السابق ص ٢٢١-٢٢٢.

وبالتالي فإن الرأي المذكور يخالف نص المادة ٢/٣٦٤ وهذا النص نص أمر لا يجوز مخالفته.

ويختلف القانون المدني الأردني، مع القانون المدني المصري، في أن القانون المدني المصري يبيح للمحاكم أن تعدل الشرط الجزائي بحيث يصبح متعادلا مع الضرر وليس مساويا له وبالتالي فإن القانون المدني المصري سمح ببقاء الطبيعة التهديدية للشرط الجزائي.

ومن جانب آخر يختلف القانونان، في أن الأول يسمح للمحاكم بزيادة التعويض أو بنقصه إذا كان الشرط الجزائي يقل أو يزيد على الضرر بما يجعله مساويا للضرر، في حين أن القانون المدني المصري لا يسمح زيادة التعويض إذ كان الشرط الجزائي يقل عن التعويض إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما[٤٩].

المبحث الثاني : رأينا في أحكام الشرط الجزائي في القانون المطبق في فلسطين

أن تحديد رأينا في أحكام الشرط الجزائي في القانون المطبق في فلسطين يقتضي أن نذكر أن الضفة الغربية تخضع لنظام قانوني جوهره القانون الأردني في حين يخضع قطاع غزة لنظام قانوني آخر جوهره القانون الذي وضعته الإدارة الإنجليزية أثناء انتدابها على فلسطين، ولا يمنع ذلك من وجود قوانين أخرى ما زالت سارية وضعها العثمانيون أو وضعتها الإدارة العربية المصرية في قطاع غزة خلال الفترة من ٤٨-٦٧م.

وبالتالي فإن أحكام الشرط الجزائي التي وضعها العثمانيون في المادة ١١١ ثم أحكام الشرط الجزائي التي أوجدتها السابقة القضائية رقم ٣٧/١٩١، وأحكام الشرط الجزائي التي وضعها المشرع الأردني في المادة ٣٦٤ من القانون المدني ستكون

[٤٩] راجع المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول ص٤٠٣.

موضع تقييم، وبعد ذلك نحدد الموجهات العامة التي يجب أخذها في الاعتبار حين صياغة أحكام الشرط الجزائي من قبل المشرع الفلسطيني وقت ما يقرر توحيد القوانين المطبقة في الضفة الغربية وقطاع غزة، لذلك فإن دراسة هذا المبحث ستكون في مطلبين، نتناول في المطلب الأول تقييم أحكام الشرط الجزائي السارية وفي المطلب الثاني نحدد الموجهات العامة لوضع أحكام موحدة للشرط الجزائي.

المطلب الأول : تقييمنا لأحكام الشرط الجزائي

إن تقييمنا لأحكام الشرط الجزائي، يقتضي أن نبين رأينا بخصوص ما ورد في نص المادة ١١١، وما ورد في السابقة القضائية رقم ٣٧/١٩١ وما ورد في المادة ٣٦٤ من القانون المدني الأردني.

أولا : تقييم أحكام الشرط الجزائي المنصوص عليها في المادة ١١١ من قانون أصول المحاكمات العثماني.

انعدام سلطة المحاكم في التدخل في الشرط الجزائي.

لقد سبق أن بينا أن المادة ١١١ توجب احترام قانون العقد حيث أنها تنص على التقيد بتطبيق ما ورد في الشرط الجزائي لا أكثر ولا أقل، وبالتالي تمنع المحاكم من مراجعة الشرط الجزائي، إذ توجب على المحاكم تطبيقه ولا تستطيع إنقاصه أو زيادته أو تجعله متناسبا أو متساويا مع الضرر أي تتقيد بما ذهبت إليه إرادة العاقدين.

وتظهر هذه المادة بوضوح الطبيعة التهديديه للشرط الجزائي، حيث أن ما اتفق عليه العاقدان يطبق لا أكثر ولا أقل احتراما لقاعدة العقد شريعة العاقدين وتنعدم سلطة المحاكم في التدخل في الشرط الجزائي، وبالتالي فإن هذه المادة تجعل الشرط الجزائي يحقق الغرض الذي قصده العاقدان، وهو حماية أحدهما من عدم تنفيذ الآخر لالتزامه أو تأخره في ذلك، إذ يستوجب عليه في هذه الحالة دفع قيمة

الشرط الجزائي لا أكثر ولا أقل، لذلك يدرج العاقدان شرطا جزائيا تنفذه المحـــاكم في حالة تحقق الشروط اللازمة لذلك.

وأدى انعدام سلطة المحاكم في التدخل في الشرط الجزائي وتـــرك تحديـــده لإدارة العاقدين إلى انتشار الشروط الجزائية الجائرة في العقود ففي عقد الإيجار الائتماني قد يوضع شرط في العقد مبالغ فيه بدرجة كبيرة، يتمثل في استحقاق مبلغ يســـاوي الأجرة المستحقة عن المدة المتبقية من مدة عقد الإيجار باعتبار ذلك شرطا جزائيـــا يدفع للمؤجر من قبل المستأجر في حالة عدم تنفيذ المستأجر عقد الإيجار أو فسخه. وفي عقود البيع المنجم قد ينص على احتفاظ البائع بالأقساط التي دفعها المشـــتري باعتبارها شرطا جزائيا في حالة عدم دفع المشتري أحد الأقساط المتفـــق عليـــها وفسخ العقد بقوة القانون ورد المشتري الشيء المبيع.

ويظهر جور وعسف الشرط الجزائي في عقود الإيجار الائتمانية إذا قام المســـتأجر بالمخالفة في بداية مدة عقد الإيجار، ويظهر العسف والجور في عقد البيع المنجـــم إذا قام المشتري بالمخالفة قرب نهاية العقد.

ولا يشترط نص المادة ١١١ أن يثبت الدائن أن ضررا قد وقع عليه بســـبب عـــدم تنفيذ المدين التزامه أو التأخير في تنفيذه إذ أن اتفاق العاقدين سلفا علـــى الشـــرط الجزائي يعني تقديرهما مقدما التعويض وتسليمهما أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه يسبب ضررا متفق سلفا على المقدار اللازم لتعويضه حيـــث لا يحكم بأكثر أو أقل من المبلغ المتفق عليه.

فضلا عما سبق فإن حرمان المحاكم من التدخل في الشرط الجزائي قد يؤدي إلـــى مخالفة العدالة، ولا سيما إذا لحق الدائن ضرر من إخلال المدين بالتزامه يقل كثيرا عن الشرط الجزائي المتفق عليه أو كان الشرط الجزائي يقل كثيرا عـــن الضـــرر الذي لحق بالدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه.

ثانيا : تقييم أحكام الشرط الجزائي التي وردت في السوابق القضائية للمحاكم سلطة واسعة في التدخل في الشرط الجزائي.

السوابق القضائية مصدر رسمي للقاعدة القانونية في فلسطين ورد ذلك في نص المادة ٤٦ من مرسوم دستور ١٩٢٢ التي لم تلغ في قطاع غزة.

وقد سبق أن بينا الموجهات العامة للمحاكم في بريطانيا لتحديد ما إذا كان الشرط الجزائي تعويضا أم غرامه، وأخذ المحكمة العليا في فلسطين بهذه الموجهات في الاستئناف رقم ٣٧/١٩١.

ويظهر من أحكام محكمة الاستئناف العليا في فلسطين، أن الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد غير محصن من تدخل المحاكم، إذ يجوز للمحاكم استنادا إلى ما هو متبع في إنجلترا أن تتدخل في الشرط الجزائي، وتحدد متى يكون تعويضا ومتى يكون غرامة، ولا تحكم به إذا فسرته على اعتبار أنه غرامة.

وظهر أن المحاكم لم تعد تحترم القوة الملزمة للعقد ولا اتفاق العاقدين ولا قاعدة العقد شريعة العاقدين، إذا تعلق الأمر بالاتفاق على شرط جزائي، إذ يجوز للمحاكم أن تتدخل في الشرط الجزائي مستندة إلى قواعد العدالة التي اعتبرت جزءا من القانون المطبق في فلسطين بمقتضى نص المادة ٤٦ من مرسوم دستور فلسطين لسنة ١٩٢٢، إذ تستطيع المحاكم إذا هداها التفسير إلى أن الشرط الجزائي المتفق عليه غرامة، أن لا تحكم بالشرط الجزائي أو تخفضه أو تقدره تقديرا حقيقيا بحيث يتساوى مع الضرر.

وقد أدى تدخل المحاكم في الشرط الجزائي، إلى فقد الشرط الجزائي لطبيعته التهديدية، وأدى إلى زوال الفائدة المرجوة من الاتفاق عليه، ما دام الأمر سيؤول في النهاية للمحاكم وهي التي تحدد كون الشرط الجزائي مستحقا أو غير مستحق، وكونه مستحقا كما اتفق عليه أو لا بد من تخفيضه إلى أن يتساوى مع الضرر.

فضلا عن ذلك لم تذهب المحاكم في أحكامها إلى التدخل لرفع قيمة الشرط الجزائي إذا ثبت أن الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة لإخلال المدين بالتزامه يزيد كثيرا على الضرر، استنادا إلى أن القانون الإنجليزي لا يسمح بأن يزيد التعويض الاتفاقي على الضرر، ويسمح بأن يكون الشرط الجزائي أقل من الضرر[٥٠] وترتب على ذلك خلو كثير من العقود من الشرط الجزائي[٥١]. وعدم وجود قضايا متعلقة بالمطالبة به أمام المحاكم في قطاع غزة[٥٢].

ثالثا : تقييم نص المادة ٣٦٤ مدني أردني.

النظام القانوني الأردني هو النظام القانوني السائد في الضفة الغربية، ونظم المشرع المدني الأردني أحكام الشرط الجزائي في نص المادة ٣٦٤ الذي يظهر أن المشرع الأردني أعطى المحاكم سلطة التدخل في الشرط الجزائي حيث يمكنها من تخفيض الشرط الجزائي أو رفع قيمته حيث يتساوى مع الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة إخلال المدين بالتزاماته.

وبالتالي فإن نص المادة ٣٦٤، أزال الطبيعة التهديدية للشرط الجزائي، ولا نستطيع التسليم برأي فقهي[٥٣] ذهب في تفسيره لنص المادة ٣٦٤ مدني أردني إلى أنها تبقى على الطبيعة التهديدية للشرط الجزائي حيث قال (من تحليل ذلك النص المتقدم

---

[٥٠] سعد، المرجع السابق هامش ٢١ ص٧٧.

[٥١] مقابلة أجريتها مع عدد من المحامين أفادوا بأنهم لم يضعوا الشرط الجزائي في العقود التي يحرروها، المحامي إبراهيم السقا، المحامي/ درويش الوحيدي.

[٥٢] لم أعثر على حكم واحد يتعلق بالشرط الجزائي في الأحكام التي صدرت عن المحاكم في قطاع غزة، بحيث راجعت مجموعة وليد الحايك التي تحتوي على الأحكام القضائية منذ عام ١٩٥٠، ولم أعثر على حكم واحد خاص بالشرط الجزائي، وأجريت مقابلة مع الأستاذ / خليل الشياح قاضي المحكمة العليا أفاد أنه لم يعرض عليه أثناء عمله في القضاء منذ العقد السادس من هذا القرن نزاع يتعلق بالشرط الجزائي.

[٥٣] الجبوري، المرجع السابق فقرة ٢٥٢ ص١٧٦.

يمكننا القول بأنه يشترط لقيام حق الدائن بالتعويض الاتفاقي (الشـــرط الجزائـــي) والمطالبة به هو وقوع الضرر فعلا فبدون وقوعه لا يستحق الدائن مبلغ التعويـض هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن يكون التعويض متناسبا مع الضرر الواقـــع ولا يزيد عليه بصورة غير مقبولة وغير معقولة لذلك أباح القانون للقضاء أن يخفـض من الشرط الجزائي.

إن إباحة تعديل الشرط الجزائي ليصبح متناسبا مع الضرر، حكم يتفق مع طبيعـــة الشرط الجزائي التهديدية.

وإن كل ما على القاضي فعله هو ملاحظة التناسب أو التعادل بين قيمـــة الضـــرر وقيمة الشرط الجزائي، وليس بالضرورة التساوي، حيث أنه بإمكانه الحكم بمقتضى الشرط الجزائي حتى وإن جاوز في قيمته قيمة الضرر).

ولا أعتقد أن صاحب هذا الرأي قد وفق في تحليله لنص المادة ٣٦٤ مدني أردنـــي حيث أن هذا النص أمر وصريح حيث يجيز للمحاكم تعديل الشرط الجزائـــي بمـــا يجعل التقدير مساويا للضرر، ويجعل كل اتفاق يخالف ذلك باطلا.

ودعوة القاضي إلى ملاحظة التناسب أو التعادل بين قيمة الضرر وقيمـــة الشـــرط الجزائي وليس بالضرورة التساوي، وتخويل القاضي الحكـــم بمقتضـــى الشـــرط الجزائي حتى وإن جاوز في قيمته قيمة الضرر فيه دعوة القاضي للخـــروج عـــن نص آمر، على القاضي أن يلتزم بتطبيقه، وبالتالي فإن المادة ٣٦٢ صريحة فـــي رسم حدود تدخل المحاكم حيث تعدل الشرط الجزائي بما يتساوى مع الضرر وليس بما يتناسب أو يتعادل مع الضرر، وأرى أن هذا الرأي قد تأثر بنصوص القـــانون المدني المصري الحالي.

وبالتالي فإن نص المادة ٣٦٤ مدني أردني أفقد الشرط الجزائي قيمته ولم يعد لـــه فائدة، فما فائدة الاتفاق على الشرط الجزائي والنص على تمكيـــن المحـــاكم مـــن مراجعته وتعديله بالزيادة أو التخفيض بحيث يتساوى مع الضرر ؟ لذلك ليس مـــن

المفيد للعاقدين الاتفاق سلفا على الشرط الجزائي ما دام الأمر في النهاية سيؤول إلى المحاكم وهي التي تحدد التعويض بصورة متساوية مع الضرر، لذلك لا داعي للاتفاق على الشرط الجزائي سلفا، ويمكن للدائن أن يلجأ للمحاكم في حالة إخلال المدين بالتزامه ويحصل على تعويض مساو للضرر، وبالتالي فإن المشرع المدني الأردني لم يوفق في النص على فكرة المساواة بين التعويض والضرر، لأنه أفقد الشرط الجزائي أهميته، ونسند هذا القول بما ذهب إليه الأستاذ الدكتور / محمد وحيد الدين سوار حيث قال (ثانيا : إن إقامة المساواة بين الضمان والضرر المنتقدة تجعل هذا الشرط عديم الجدوى، إذ ثمة سؤال يثار، إن لم نقل أسئلة : ما هي الحكمة من تشريع الشرط الجزائي أصلا في الفقرة الأولى من المادة ٣٦٤ الذي يسمح بالاتفاق مقدما على قيمة التعويض، ما دام أن الأمر سيؤول حتما إلى تقدير القاضي للتعويض ؟ وما دام أن الباب مفتوح أمام الطرفين للطعن بالتعويض المتفق عليه بالإدعاء _ إن لم نقل بالزعم – بأن فيه زيادة، أو فيه نقص عن مقدار الضرر الواقع، ثم إن الدائن الذي صاغ التعويض الاتفاقي مقدما ناظرا إلى أبعد من أنفه أليس قيما بأن يجني ثمار بعد نظره ؟.. هذا وليس لمعترض أن يقول أن الفقه الذي نقل عنه حكم هذه المادة يتطلب أن يكون التعويض مساويا للضرر الواقع، ذلك لأن الحكم المبحوث فيه لم يرد في قرآن ولا سنة، وهو لا يخرج عن كونه اجتهادا محضا، ومن ثم لا تثريب علينا إذا لم نأخذ به على إطلاقه[٥٤]).

وأحكام الشرط الجزائي في المادة ٣٦٤ تختلف عن أحكام الشرط الجزائي المطبقة في قطاع غزة، إذ أنها تجيز للمحاكم أن ترفع قيمة الشرط الجزائي إذا كان أقل من الضرر الذي لحق بالدائن بحيث يتساوى معه، في حين لا تقوم المحاكم بذلك في قطاع غزة.

[٥٤] سوار، المرجع السابق ص٢٢٢، ٢٢٣.

المطلب الثاني : المواجهات العامة لوضع أحكام تنظم الشرط الجزائي :

سبق أن بينا أن الأخذ بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وتطبيق الشرط الجزائي المتفق عليه لا أكثر ولا أقل قد يؤدي إلى عسف وجور يلحق بأحد المتعاقدين، وبينا أن إطلاق يد المحاكم في مراجعة الشرط الجزائي وجعله مساويا للضرر يؤدي إلى تجريد الشرط الجزائي من أية قيمة، وبينا أن القانون المطبق في فلسطين كان لا يسمح للمحاكم بمراجعة الشرط الجزائي وعليها أن تحكم به لا أكثر ولا أقل، وبعد ذلك تطور القانون حيث أوجدت المحاكم السابقة القضائية رقم ٣٧/١٩١ التي مكنتها من مراجعة الشرط الجزائي حيث يحق لها أن تخفض الشرط الجزائي بحيث يتساوى مع الضرر، وكذلك فعل المشرع المدني الأردني في المادة ٢/٣٦٤ حيث أجاز للمحاكم أن تخفض الشرط الجزائي أو تزيده بحيث تجعله متساويا مع الضرر.

وهذا يظهر أن أحكام الشرط الجزائي في القانون المطبق في فلسطين تحتاج إلى تغيير، وفي هذا الوقت الذي تبذل فيه المجهودات لتوحيد القوانين وتطويرها، نوى ضرورة مراجعة أحكام الشرط الجزائي ووضع أحكام جديدة تحل محل الأحكام الموجودة.

وفي اعتقادنا أن وضع أي أحكام جديدة للشرط الجزائي يجب أن تتلافى أوجه القصور في أحكام الشرط الجزائي المطبقة، وأعتقد أن ذلك لا يتحقق إلا إذا وضعت أحكام جديدة للشرط الجزائي وفق الموجهات التالية :

١- يجب أن تظهر الطبيعة الاتفاقية للشرط الجزائي، حيث تشتمل الأحكام المنوي وضعها على افتراض وقوع الضرر في حالة عدم تنفيذ أحد العاقدين التزاماته أو التأخير في تنفيذها لتأكيد احترام إرادة العاقدين بافتراض أن الضرر الذي توقعا وقوعه قد وقع فعلا، ويجب أن يكون هذا الافتراض قابلا لإثبات العكس.

٢- يجب أن تظهر طبيعة التعويض في الشرط الجزائي، بحيث يكون تعويضا عن ضرر افترض أنه وقع بمجرد عدم تنفيذ المدين التزامه. أو تأخره في تنفيذه، ولكن إذا أثبت المدين عكس هذا الافتراض بأن الدائن لم يلحقه الضرر بسبب ذلك فلا يحق للدائن أن يطالب المدين بالوفاء بالشرط الجزائي، وهذا يظهر أن الشرط الجزائي تعويض اتفاقي لجبر الضرر الذي افترض وقوعه، ولم يفلح المدين أن يثبت عكس ذلك.

٣- يجب أن تظهر الطبيعة التهديدية للشرط الجزائي، بحيث يحتوى على فكرة الجزاء المقررة باتفاق الطرفين، حيث أن الأخذ بفكرة الجزاء بجانب فكرة التعويض تسمح بأن تكون قيمة الشرط الجزائي أكبر من قيمة الضرر، وتسمح بتطبيقه دون حاجة إلى تكليف الدائن بإثبات الضرر، طالما لم ينف المدين وقوعه، وهذا يؤدي إلى تقريب فكرة الشرط الجزائي من احترام قانون العقد، واحترام قاعدة العقد شريعة العاقدين.

٤- لا بد من وضع قواعد العدالة في الاعتبار، حيث تؤدي إلى الحد من مبدأ العقد شريعة العاقدين، إذ تستوجب إعطاء دور للمحاكم في تعديل الشرط الجزائي بحيث تجعله متناسبا مع الضرر.