

الشرط الجزائي بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية
- دراسة مقارنة -

Penalty clause between law and Shariah
-Comparative study-

| | | |
|-------------------------|--------------------------|---------------------------|
| تاريخ النشر: 2020/01/08 | تاريخ القبول: 2019/06/15 | تاريخ الارسال: 2019/04/20 |
|-------------------------|--------------------------|---------------------------|

د. قاشي علال

جامعة لونيبي علي - البلدية 2

batoulgach@gmail.com

ملخص :

يترتب عن المسؤولية العقدية أو التقصيرية تعويض يدفعه المدين إلى الدائن والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينيا، وعند تعذر القيام بذلك من طرف المدين ينفذ عن طريق التعويض (التنفيذ بمقابل)، و التعويض قد يكون قضائيا أو قانونيا أو اتفاقيا. التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) يحدد فيه الطرفان مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عندما لا ينفذ المدين التزامه أو عندما يتأخر في ذلك ، وقد يدرج هذا التعويض في العقد ذاته ، أو في عقد لاحق ويكون هذا التعويض سابق عن الضرر. و الشرط الجزائي هو التزام يتبع الالتزام الأصلي، وهو التزام احتياطي، وللقاضي سلطته تقديرية في تخفيض هذا الشرط أو في زيادته. الكلمات المفتاحية: الشرط الجزائي، الاعتذار الخطأ، الضرر، العلاقة السببية، الديون، التعويض، الدائن، المدين، التنفيذ العيني، التخفيض، الزيادة.

Abstract :

The contractual or tortious responsibility entails compensation paid by the debtor to the creditor and the origin in the implementation of the obligation is to be in kind. When this cannot be done by the debtor, it has to be implemented through compensation (implementation in return). The compensation may be judicial, legal or contractual.

In the compensatory agreement (penalty clause), the two parties determine the amount of compensation due by the creditor when the debtor does not perform his obligation or when he is late to pay. Such compensation may be included in the contract itself or in a subsequent contract and shall be prior to the damage.

The penalty clause is an obligation arising from the initial commitment, it is also an obligation of reserve and the Judge has a discretionary authority in reducing or increasing this clause.

Keywords: Penalty clause, excuse- fault, damage, causality, debts, compensation, creditor, debtor, Implementation in kind, specific performance, reducing, increasing

مقدمة :

إذا كانت التصرفات القانونية أساسها مبدأ سلطان الإرادة مع مراعاة الاستثناءات الواردة على ذلك والتي تسمح بتعديل العقد من طرف القاضي وإذا كان كل تصرف يرتب التزامات يتوجب القيام بها، إذ أن آثار الالتزام هي نتائج قانونية وهي تنفيذ هذا الالتزام متى نشأ صحيحاً من حيث مصدره.

و الأصل أن ينفذ المدين التزامه اختيارياً وإلا أجبر على ذلك (التنفيذ الجبري)، و في الحالتين إما أن ينفذ الالتزام بعينه (التنفيذ العيني) و إما أن ينفذ الالتزام بمقابل أو عن طريق التعويض، ولا يحصل هذا الأخير إلا إذا استحال التنفيذ العيني.

ويكون التعويض في هذه الحالة عن عدم تنفيذ الالتزام أصلاً فيلجأ الدائن إلى المطالبة بتعويض عن ذلك ويحل هذا التعويض محل التنفيذ العيني للالتزام ويعتبر تنفيذاً للالتزام بمقابل، أو يكون التعويض عن التأخر في التنفيذ و التأخير قد يحصل نتيجة التنفيذ الجزائي أو التنفيذ الكلي المعيب، أو التنفيذ الكلي بعد المدة المحددة.

إن التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه (الشرط الجزائي) هو أحد أنواع التعويض التي يستقل بها أطراف العقد وقبل حصول الضرر بحيث يتم الاتفاق مقدماً على التعويض الذي يأخذه الدائن عند إخلال المدين بتنفيذ التزامه.

وقد سلك القانون والشريعة الإسلامية منهجا موضوعيا تجاه تضمين الضرر الذي يصيب الدائن حيث اعتبرا بأن المدين مسؤولا عن فعله الضار لكون أن أموال الناس معصومة ، وأن الخطأ في هذه الحالة لا ينافي عصمة المحل.

ونشير إلى أن نظرية التعويض الاتفاقي قد نشأت في ظل القانون الوضعي وأن التعامل بها أوسع في نطاق العقود ، حيث لا يخلو أي تصرف قانوني أو واقعة مادية من اتفاق مسبق على قيمة التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه.

لقد نص المشرع الجزائري على الشرط الجزائي ضمن القانون المدني في المواد من 183 إلى 185 وكذلك التشريعات المقارنة، و تناول فقهاء الشريعة الإسلامية هذا الشرط بالدراسة و التحليل ولم يكن معروفا بهذا الاسم وإنما ورد ذكره في صورة مسائل فقهية.

ولذا عالجت هذا الموضوع الذي أثار جدلا فقهيًا في الدول المختلفة وتباينا تشريعيًا وترددا قضائيا وتساؤلا شرعيا حول أحلال أم حرام؟ ألا وهو التعويض الاتفاقي الترتب عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه من طرف المدين .

و الإشكالية المطروحة هي: ما المقصود بالشرط الجزائي و ما هي أحكامه في كل من القانون و التشريع ؟

الإجابة تكون وفق منهج تحليلي و مقارن بالأسس في القانون الجزائري وبعض القوانين الأخرى مقارنة بما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية.

وتم دراسة هذا الموضوع في فكرتين أولهما الإطار لمفاهيمي للشرط الجزائي من حي تعريفه و خصائصه و تمييزه عما يشابهه و شروط استحقاقه ، وثانيهما أحكام الشرط الجزائي و سلطة في القاضي في ذلك و حكمه في الديون و غير الديون و وظائفه و مزاياه وهذين الفكرتين تم تناولهما في القانون والشريعة الإسلامية.

المبحث الأول : مفهوم الشرط الجزائي

لقد نصت المادة 183 مدني جزائري و المادة 223 مدني مصري و المادة 302 مدني كويتي و المادة 264 من قانون الالتزامات المغربي و المادة 266 من قانون الموجبات اللبناني على الشرط الجزائي، وكذلك يعد هذا إقرار من المشرع بإعطاء السلطة الواسعة لأطراف العقد تحديد قيمة التعويض مقدما قبل وقوع الضرر بالنص عليه في العقد الأصلي أو في عقد لاحق.

المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي في القانون و الشريعة

إن دراسة الشرط الجزائي تستوجب التطرق إلى تعريف الشرط الجزائي في القانون الوضعي و الشريعة.

الفرع الأول: تعريف الشرط الجزائي في القانون و طبيعته

يطلق الشرط في القانون على جميع الأحكام و الأمور الضرورية التي اتفق عليها المتعاقدان بعقد من العقود المراد إبرامها، كأن يتفقا على أن يكون تسليم السلعة المباعة في مكان غير مكان الانعقاد أي هناك اختلاف ما بين مكان إبرام العقد، و مكان تسليم الشيء المتعاقد عليه وذلك لضرورة ما لا يعلمها إلا المتعاقدان وغيرها من الشروط حيث يحق كمبدأ عام للمتعاقدين أن يشترطا ما بدا لهما من الشروط لكن دون الإخلال بالنظام العام و الآداب العامة.

اختلفت تعريفات الشرط الجزائي في التشريعات و لدى الفقهاء لكن نختصرها في ما

يلي:

الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي أو ما يطلق عليه التعويض الاتفاقي¹ أو الشرط الجزائي كما عبر عنه المشرع الجزائري من خلال المواد 183 إلى 185 من القانون المدني الجزائري، على أن الشرط الجزائي عبارة عن تعويض يتفق على تحديده أطراف العقد، إما في العقد ذاته أو في وثيقة لاحقة يتولى المدين أداؤها إلى الدائن إما في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو في حالة التأخر في ذلك ، فالتعويض هنا مقدار اتفاقا لا قضاء².
والشرط الجزائي هو: "مبلغ من النقود يدفعه المدين إلى الدائن تعويض للدائن عن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه عينيا."

أي أن يتفق المدين و الدائن على مبلغ من النقود يقدمه المدين للدائن في حالة عجز أو تأخر المدين عن تنفيذ التزامه و هذا المبلغ يكون تعويضا عن هذا الإخلال عن تنفيذ الالتزام من طرف المدين.

نصت المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي على أن الشرط الجزائي هو: "ذلك بموجبه يحدد الفريقان المتعاقدين بذاتهما و بصورة جازمة مقدار التعويض المتوجبة الأداء في حالة عدم التنفيذ."

ونصت المادة 1229 من نفس القانون السابق على أن الشرط الجزائي : "تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي"³. هناك من عرفه بأنه "اتفاق تبعي للاتفاق الأصلي، بمقتضاه يتفق الأطراف على مبلغ من النقود يدفعه المدين في حالة عدم التنفيذ"⁴.

وعرف على أنه: "اتفاق الطرفين مسبقا في العقد أو في عقد لاحق يكمله على مقدار التعويض عن الضرر الواقع عن الإخلال بتنفيذ الالتزام على أن يتم هذا الاتفاق قبل وقوع الإخلال بالتنفيذ."⁵

الشرط الجزائي في القانون قد يرد في بعض المراجع أو حتى التقنيات تحت أسماء مغايرة لاسم الشرط الجزائي، تعدد أسماء الشرط الجزائي في القانون راجع إلى طبيعته حيث أنه هناك من تعرض للشرط الجزائي تحت اسم البند الجزائي أو التعيين الاتفاقي أو تحت عبارة البند الجزائي مثلما في القانون الفرنسي و القانون اللبناني أو التعويض الاتفاقي، وهو ما نص عليه القانون المصري في المادة 223 أو الجزاء ألتفاقي أو الجزاء التعاقدي أو الجزاء الاصائي و الذين هم في الأساس يرجحون على أن الشرط الجزائي هو العلم المتداول في أغلب التشريعات الوضعية الأخرى القديمة أو المعاصرة، وهو الأشهر مداولة من حيث القضاء القانوني و جرى العرف به⁶.

من الواجب أن نحدد طبيعة الشرط الجزائي حيث أنه من خلال هذه الطبيعة يمكن ان نصل أو نستخلص أو نكيف الحالات أو المعاملات التي تدخل في إطار الشرط الجزائي. اختلف القانونيين في تحديد الطبيعة القانونية للشرط الجزائي فهناك من يعتبره عقوبة فاصلة و هناك من يعتبره تهديدا ، وهناك من يقول على أنه تعويض و ثم من يقول على أنه عقد تأمين في حالة العجز عن التنفيذ و من وصفه على أنه مجرد اتفاق إلى أن

الرأي الراجح أتن طبيعة الشرط الجزائي تتأرجح ما بين من يقول بأن طبيعته تكمن ما بين العقوبة و التعويض إلى أن الرأي الراجح يعتبر الشرط الجزائي ذو طبيعة تعويضية .
و الذي يظهر لنا أن طبيعة الشرط الجزائي تبدأ اتفاقية تعويضية وتنتهي بكونها اتفاقية تهديديه هادفة إلى استخدام التهديد بالاتفاق من اجل التعويض عن ضرر تحقق فهي تبدأ ثنائية الطبيعة لتنتهي ثلاثية الطبيعة تعويضية، تهديديه جزائية.

ومن خلال التعريفات القانونية للشرط الجزائي المختلف يمكن أن نستخلص النقاط التالية التي تبين الطبيعة القانونية المختلطة للشرط الجزائي مع العلم أن القوانين المختلفة سواء كانت العربية أو الغربية اختلفت طبيعته والتي كالتالي:
_ أنه تعوض اتفاقي احتمالي جزافي له بعض آثار العقوبة يجوز أن يزيد عن قدر الضرر المتوقع زيادة غير فاحشة وبه أخذ القانون المصري المادة 224، و المشرع الجزائري في المادة 183 وتبعه أكثر القوانين العربية.

_ أنه تعويض اتفاقي احتمالي عن الضرر المتوقع ومساوي له و به أخذ القانون الأردني و الإماراتي وقانون المعاملات المدنية لسلطنة عمان.

_ أنه مجرد اتفاق على التعويض لا علاقة له بالضرر وبه أخذ القانون الفرنسي و المغربي الذي يجيز للقاضي تخفيض وزيادة قيمة الشرط الجزائي و القانون اللبناني⁷.

الفرع الثاني: تعريف الشرط الجزائي في الشريعة

سنعرف الشرط الجزائي في اللغة و الاصطلاح

يطلق الشرط في اللغة على معاني كثيرة أبرزها:⁸

_ الشرط بسكون الراء: إلزام الشيء و التزامه في البيع ونحوه كالشريطة و الجمع شروط و شرائط لذا قيل : (الشرط أملك عليك أم لك) أي أن الشرط يملك صاحبه في إلزامه المشروط إن كان له أو عليه ، ويقال : شرط عليه في البيع ونحوه شرطا ألزمه شيئاً فيه.

_ و الشرط بفتح الراء: العلامة و الجمع أشرط، ومنه قوله تعالى: " فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها"⁹

_ و الشرط بالفتح أول الشيء و الذي قبله متقاربان لأن علامة الشيء أوله.

الشرط جمع شريط وهو الحبل أو الخيط يربط به ويشد ويوثق و المعنى الأول الذي جاء البداية هو المعنى الأكثر قرباً لمناسبة لدلالة المعنى و أظهرها على ما يلتزم الناس به في عقودهم من شروط زائدة على أصل العقد¹⁰.

الشرط في اصطلاح الفقهاء هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجودا شرعيا بأن يوجد الشرط ويكون خارجا عن حقيقة المشروط ويلتزم من عدمه عدم المشروط وذلك كالشاهدين في عقد الزواج فهما شرط له يلزم من عدمها صحة عقد الزواج ولا يلزم من وجودها وجود العقد ولا عدمه.

و عرف بأنه: (اسم لما يتعلق به الوجود دون الوجوب) أي: أن الشرط يتوقف عليه وجود الشيء بأن يوجد عند وجوده، ولا بوجوده كالدخول في قول الرجل لامرأته لو دخلت الدار فأنت طالق.

فإن الطلاق يتوقف على وجود الدخول و يصير الطلاق عند وجود الدخول، مضاف إلى الدخول موجودا عنده ولا واجبا به بل وقوع بقوله: أنت طالق عند الدخول.¹¹ و عرف بأنه: (ما عدمه ملزم لعدم الحكم و ذلك لحكمه في عدمه ثنائي الحكم أو السبب) وذلك كالقدرة على التسليم فإن عدمها ينافي حكمه حكم البيع، وهي إباحة الانتفاع أو كالطهارة للصلاة فإن عدمها ينافي حكمة الصلاة بسبب وجوب الصلاة و هي تعظيم الباري عز وجل.¹²

الجزاء في اللغة أو الجزائي نسبة إلى الجزاء و أصل فعله جزى جزاء بمعنى عاقب و جازيته بذنبه: أي عاقبته، قال تعالى: "قالوا فما جزاؤه إن كنتم كاذبين، قالوا جزاؤه من وجد في رحله فهو جزاؤه كذلك نجزي الظالمين"¹³ أي فما عقوبته؟
الجزاء: القضاء: ومنه قولهم: جزيت فلانا حقه أي قضيته و أمرت فلانا يتجازى ديني أي يتقاضاه.¹⁴

ومنه قوله تعالى: "واتقوا يوما لا تجزي نفس عن نفس شيئا"¹⁵.
و الجزاء يأتي بمعنى الكفاية و قوله تعالى: " و اخشوا يوما لا يجزي والد عن ولده ولا مولود هو جاز عن والده شيئا." ¹⁶

و الجزاء: العرض و البديل قوله تعالى: " فجزاء مثل ما قتل من النعم"¹⁷، و جزيت الدين: قضيته، لأن قضاء الدين جزاء على فعل صاحبه وعلى هذا قوله صلى الله عليه وسلم: " يجزئ عنك طوافك بالصفاء و المروة عن حجك و عمرتك"¹⁸.
هو كل ما يناله الإنسان المكلف المسؤول من الله عز وجل من مكافأة مقابل عمله الاختياري الحسن شرعا في الدنيا و الآخرة.

وعليه يكون معنى الجزاء الاصطلاحي مناسباً لمعناه اللغوي إذ هو الثواب على العمل الحسن والعقاب على العمل السيئ¹⁹.

ومنه فإن الشرط الجزائي لا يخرج عن المعنى اللغوي و الاصطلاحي للجزاء إذ هو تعويض و ضمان مشروط في العقد يستحق عند الإخلال به فهو جزاء على الإخلال مما تم الاتفاق عليه في العقود.²⁰

و هناك تعريف آخر يعتبر أشمل على أن تعريف الشرط الجزائي هو: "اتفاق إضافي يتبع العقد الأصلي، يلتزم بموجبه كل من طرفيه بالتعويض المقدر عما أخل به نحو صاحبه دون ظرف قاهر."

و غيرها من التعريفات التي تعتبر اجتهادات فقهاء الاسلامين لكل منهم مذهبه و اتجاهه و يبقى في ذلك أن يتصف الشرط الجزائي بأنه تعويض إتفاقي نتيجة عدم تنفيذ اللاتزام من طرف المدين وهذا الرأي الراجح و المتعارف في أغلب الشرائع القانونية سواء العربية أو الغربية.

الفرع الثالث: خصائص الشرط الجزائي

من تعريفنا للشرط الجزائي نتوصل إلى أنه يمتاز بعدة خصائص و من أهم خصائص الشرط الجزائي ما يلي :

الشرط الجزائي التزام تبعي

الشرط الجزائي وسيلة غايتها حمل المتعاقد على تنفيذ التزامه و عدم الإخلال بالالتزام العقدي فهو شرط لا يمكن أن يقوم مستقلاً بذاته بل يكون تابعا بالالتزام الأصلي وجوداً أو عدماً.²¹

فبطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطلان الشرط الجزائي بالتبعية ، لكن العكس غير صحيح، إذا كان الالتزام الأصلي صحيح و الشرط الجزائي باطلاً، فبطلان هذا الأخير لا يمتد إلى الالتزام الأصلي، وإذا سقط الالتزام الأصلي نتيجة استحالة تنفيذه بقوة قاهرة سقط معه الالتزام بالشرط الجزائي، كذلك يترتب على تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي انه لو فسخ العقد الذي أنشأ الالتزام الأصلي، فإن هذا الأخير يسقط و يؤدي سقوطه إلى زوال الشرط الجزائي، و أيضاً إذا كان الالتزام الأصلي موصوفاً، كما إذا كان معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل أو غير ذلك من الأوصاف فإن هذه الأوصاف تلحق الشرط الجزائي بالتبعية²².

الشرط الجزائي تعويض جزائي لهذا التعويض

الشرط الجزائي تنفيذ بمقابل، فهو تعويض قدره الطرفان احتياطيا ، فهو لا يستحق إلا بعد أن يصبح التنفيذ العيني غير ممكنا، و يترتب عن هذا أن الشرط الجزائي لا ينشأ التزاما جديدا بين الطرفين، و إنما هو مجرد اتفاق تعويض يثبت في ذمة المدين عند عدم تنفيذه للالتزام والإخلال به²³

هذه الصفة ناشئة من كون هذا التعويض ألتفاقي (الشرط الجزائي) قدر مقدما وقوع الإخلال بالتنفيذ أو الامتناع عنه و لا يستطيع التنبؤ مقدما بمقدار الضرر الذي يصيب أحدهما من جراء إخلال الطرف الأول بتنفيذ التزامه و من هنا جاز للقاضي التدخل في تعديل الشرط الجزائي²⁴

المطلب الثاني: تميز الشرط الجزائي عما يشابهه و شروط استحقاقه

يتشابه الشرط الجزائي مع بعض المفاهيم التي تقترب منه و من ثمة لابد من إبراز هذه التفرقة من أجل إزالة اللبس عن ذلك.
كما أن الشرط الجزائي يتطلب توافر شروط لاستحقاقه و هي تقريبا نفسها شروط المسؤولية العقدية.

الفرع الأول: تمييز الشرط الجزائي عن غيره من المفاهيم

إن الشرط الجزائي هو تقرير بين الطرفين لتعويض الذي يستحقه الدائن في حالة ما إذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه او تأخر في التنفيذ، وقد يدرج في العقد الأصلي نفسه أو في عقد لاحق ، وهذا التعويض يقدر قبل وقوع الأضرار ، أما لو تم تقديره بعد حصول الضرر فهو عبارة عن صلح وليس شرط جزاء ي و يرد هذا الأخير في العقود أو في المسؤولية التقصيرية، و لكن في بعض الحالات يتشابه في بعض الأنظمة القانونية مما يتطلب تمييز ذلك عن غيره.

أولا: الشرط الجزائي والعربون

العربون كثير العمل به في الحياة العملية و لقد نضمه المشرع الجزائري في 2005 حيث أن العربون يحمل داليتين إما تأكيد انعقاد العقد من خلال المبلغ الذي يدفعه المشتري للبائع مثلا وفي هذه الحالة يعتبر جزء من الثمن ، وهنا لا يتشابه أصلا مع الشرط الجزائي و إما يقصد بالعربون جزاء العدول عن العقد و يتم فقد هذا المبلغ و هذا بحسب من عدل عن التصرف و قد نص عليه المشرع في المادة 72 مكرر وفي هذه الحالة يتشابه

العربون مع الشرط الجزائي و يحمل على أنه شرط جزائي لتقدير التعويض عن العدول عن العقد ولكن يختلفان فيما لي :

_ العربون هو جزاء للعدول و يستحق ولو لم يترتب عن العدول ضرر بالمتعاقد الآخر، أو ضرر أقل أو أكبر من العربون أم الشرط الجزائي يستحق عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه و لابد من توافر شروطه و هي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية

_ العربون لا يجوز تخفيضه على عكس الشرط الجزائي

_ التعاقد بالعربون يستطيع فيه المتعاقد أن يتحلل من العقد نهائيا من خلال دفع ثمن العدول ، أما في الشرط الجزائي المدين دفع ذلك فقط بل يتوجب عليه تنفيذ الالتزام عينا ، ولا يعفيه الشرط الجزائي من ذلك عندما يكون تنفيذ الالتزام الأصلي ممكنا، و أما الشرط الجزائي الذي هو تقدير لتعويض عند استحالة التنفيذ العيني و التحول إلى التنفيذ بمقابل²⁵.

ثانيا: الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية(التهديد المالي)هي وسيلة غير مباشرة من وسائل ضمان التنفيذ العيني و هي عبارة عن مبلغ من المال يحكم القاضي بإلزام المدين بأدائه عن كل فترة زمنية (يوم ، أسبوع ، شهر) يمتنع فيها المدين عن تنفيذ التزامه عينا بعد صدور الحكم بإلزامه بهذا التنفيذ و إلى حين قيامه بالتنفيذ.

إن الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على شخص المدين من أجل حمله على تنفيذ التزامه عينا خلال مدة معينة وإذا تأخر في التنفيذ كان ملزم بدفع غرامة ، وبذلك فهي تهديدية و أنها مؤقتة²⁶

الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي

لا يكون التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) مستحقا إلا اذا توافرت شروط استحقاق التعويض المتمثلة في الخطأ، الضرر، علاقة السببية بينهما والأعدار.

الخطأ:

يقصد بالخطأ عدم قيام المتعاقد بما التزم به في العقد أو التأخير فيه ، فالشرط الجزائي لا يستحق إلا إذا كان هناك خطأ من المدين لأن التعويض لا يستحق على المدين إذا لم يكن هناك خطأ من جانبه و إذا لم يستحق التعويض فلا محل لإعمال الشرط

الجزائي لأنه تعويض لتقدير قد أستحق²⁷ وعلى الدائن إثبات هذا الخطأ طبقا للقواعد العامة²⁸.

الضرر

الضرر هو عبارة عن كل خسارة في المال تنشئ عن نقص فيه و في منفعه أو زوالها مع أصلها جملة أو زوال بعض أوصافه مما يؤثر فيه²⁹.

فالضرر غير مسلم به في القانون الفرنسي، و جرى القضاء على أن الشرط الجزائي يستحق حتى ولو لم يثبت الدائن أو ضرر أصابه، فاتفق الطرفان على شرط جزائي وتقديره مقدما لمبلغ التعويض معناه أنهما مسلمان بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضرر اتفقا على المقدار اللازم لتعويضه³⁰.

و هو خلافا ما جاءت به الشريعة الإسلامية أين الضرر يعتبر الشرط أساس لاستحقاق العوض الثابت بالشرط الجزائي فإذا انتفى الضرر لم يستحق العوض³¹ و أخذ التقنين الجزائري نفس الموقف حيث أجاز للمدين في هذا الشأن إمكانية دحض قرينة الضرر³²، و هو ما حصرت المادة 184 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري بقولها (لا يكون التعويض المحدد بالاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلاحقه أي ضرر)³³.

علاقة السببية بين الخطأ و الضرر

بالإضافة إلى الخطأ و الضرر يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي توافر علاقة السببية بينهما، فإذا انتفت هذه العلاقة بإثبات المدين للسبب الأجنبي أو و انتفت بأن الضرر كان غير مباشر أو كان غير متوقع في المسؤولية العقدية فلا تتحقق المسؤولية ومن ثم لا يستحق التعويض و لا محل لإعمال الشرط الجزائي³⁴.

الإعذار

هو التنبيه على المدين بوجوب أداء ما عليه من التزام قبل توقيع الشرط الجزائي عليه ومطالبته بالتعويض وهو شرط لاستحقاق الشرط الجزائي وذلك بان يقوم الدائن بإعذار المدين في جميع الأحوال التي يكون فيها الاعتذار واجبا في القانون³⁵ وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 181 من القانون المدني، وإلا يستحق الشرط الجزائي دون اعذار³⁶.

المبحث الثاني: أحكام الشرط الجزائي

أن دراسة الشرط الجزائي يستوجب منا التطرق إلى أحكام الشرط الجزائي في القانون وحكم الشرط الجزائي في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: أحكام الشرط الجزائي في القانون

الأصل هو انه متى توافرت الشروط أعمال الشرط الجزائي يتعين على القاضي الحكم بالتعويض المتفق عليه دون زيادة أو نقصان وسلطة القاضي مطلقة بهذا الشأن، فالشرط الجزائي تعويض بقدره المتعاقدان مقدما عن الضرر المتوقع حدوثه في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه والأصل هو احترام بما اتفق عليه المتعاقدان وكاستثناء من الفاصل العام منح المشرع للقاضي السلطة في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيف أو الزيادة.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي ليصبح متناسبا مع الضرر الذي لحق الدائن من الإخلال بالتنفيذ وقد نصت المادة 184 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على انه "و يجوز للقاضي إن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين كان مفرطا، وان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه " .وطبقا لنص المادة يكون التخفيض في حالتين:

الحالة الأولى: إذا اثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة وهذا ما يخالف القانون الفرنسي فقد رأينا انه نص على عدم جواز الحكم بأكثر من الشرط الجزائي أو بأقل منه (المادة 1152 قانون مدني فرنسي)

والعلة في تخفيض الشرط الجزائي في القانون الجزائري و المصري وغيرهما من القوانين العربية، انه في هذه الحالة يكون بمثابة غرامة تهديديه فيأخذ حكمها، وللقاضي أن يعيد النظر فيه³⁷.

ويقدر التعويض طبقا للقواعد العامة ، ويلاحظ أن القاضي لا يخفض الشرط الجزائي ليجعله مساويا للضرر بل يزيل ما فيه من مبالغة وان كان الالتزام الأصلي مبلغا من النقود فيكون المقصود من الشرط الجزائي المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يجب تخفيضها إلى الحد القانوني (ويأخذ القضاء الفرنسي بهذا الحكم³⁸).

ولا يمكن تفسير المبالغة فيه إلا على أساس غلط في هذا الشرط الجائز وفي أي من الفرضين يتعين إنقاص التعويض إلى الحد الذي يتناسب و الضرر الواقع، وهذا يتضح أن المشرع يهدف إلى حماية المدين كطرف ضعيف من ناحيتين، الأولى انه يمكن استبعاد

الشرط الجزائي كلياً إذا اثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، والثانية انه يجوز تخفيض هذا الشرط إذا اثبت عدم تناسبه مع الضرر الذي لحق الدائن من الإخلال بالتنفيذ بأنه انطوى على مبالغة كبيرة في التقدير و يقوم القاضي بالتخفيض على النحو الذي يتناسب مع الضرر دون أن يكون مساوياً له، ومعنى ذلك ان التعويض يمكن أن يزيد عن الضرر بالمقدر المعقول ، ولا يجوز تخفيضه إذا كانت الزيادة فيه لا تنطوي على مبالغة كبيرة³⁹ .

الحالة الثانية: إذا اثبت المدين انه أوفى بجزء من التزامه الأصلي ، وذلك أن الشرط الجزائي وضع أصلاً في حالة عدم التنفيذ الكامل فإذا كان المدين قد نفذ جزء من التزامه، فان العدالة تقضي بعدم إلزامه بكل الشرط الجزائي وليس في هذا مساس بما اتفق عليه المتعاقدان⁴⁰.

وبذلك يخفض المبلغ المتفق عليه بنسبة ما نفذ من الالتزام أي أن القاضي ينقص مقدار التعويض إلى الحد الذي يتناسب والجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام، ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على عاتق المدين .

و نفس الحكم في حالة الشرط الجزائي عن التأخير في التنفيذ حيث يجوز تخفيضه بنسبة ما نفذ من الالتزام في الميعاد إلى القدر الذي يتناسب مع الجزء الذي تأخر تنفيذه و التخفيض لا يقصد به المساواة بين المبلغ المحكوم به و بين الضرر الذي أصاب الدائن بالفعل ، بل يخفض القاضي المبلغ المقدر في الشرط الجزائي بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن، من الجزء الذي تم تنفيذه من الالتزام او بنسبة ما نفذ منه في الميعاد وذلك بالمقارنة بما كان سيحصل لو نفذ كاملاً في الميعاد⁴¹.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

تنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري على انه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً).

وواضح من نص المادة 185 أن الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بقيمة الشرط الجزائي الذي يعتبر في هذه الحالة بمثابة تخفيف من المسؤولية ولذا فإن القاضي لا يحكم إلا بقيمة الشرط الجزائي حتى ولو كانت تقل عن الضرر الذي أصاب الدائن⁴².

غير انه إذا اثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما فانه لا يعتد بالاتفاق المتعلق بالشرط الجزائي و يجب على القاضي زيادة مقدار التعويض حتى يجعله مساويا للضرر الواقع.

ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه و يترتب عن ذلك انه يجب إعمال الشرط الجزائي كما هو ولا يجوز زيادته بالرغم أن الضرر يزيد عن التعويض المقدرفيه⁴³ إذا كان الشرط الجزائي من التفاهة بحيث يقصد من الإعفاء من المسؤولية فعلينا في هذه الحالة ان نفرق بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية، ففي القانون الجزائري رأينا انه يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية المادة 178 إلا في حالت الغش و الخطأ الجسيم، أما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية في القانون الجزائري فهو باطل إذ تنص المادة 178 ف3 على أنه (يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي)⁴⁴

فإذا تم الاتفاق على شرط جزائي تافه في المسؤولية التقصيرية فيكون باطلا إذا انه يكون تحايلا للإعفاء من هذه المسؤولية، وللقاضي أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الوارد في الشرط الجزائي مراعيًا في ذلك تطبيق القواعد العامة في التقدير القضائي للتعويض⁴⁵.

المطلب الثاني: أحكام الشرط الجزائي في الشريعة

سبق القول أن الشرط الجزائي يأتي على صور متعددة و في مواضيع مختلفة، فقد يكون الشرط الجزائي في دين من الديون وقد يكون في عمل من الأعمال و لا بد من التطرق إلى ذلك.

الفرع الأول: حكم الشرط الجزائي في الديون

الناظر فيما قاله الفقهاء المعاصرون يجد أنهم قد اتفقوا جميعا على أن التعامل بالشرط الجزائي في الديون بقصد التعويض عن التأخير الذي يسبب ضررا للدائن أمرا محرما شرعا⁴⁶.

مثال ذلك أن يقترض شخص من آخر عشرة آلاف ويتفق مع الدائن على السداد في ميعاد محدد، و يحزر بذلك شرطا جزائيا في العقد يلتزم به عند التأخر عن هذا الميعاد،

فهذه الصورة محرمة شرعا لأنها ربا و الربا منهي عنه بمقتضى قول الله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا".

الشرط الجزائي هنا زيادة على أصل الدين مقابل التأخير فهي محرمة وباطلة بالإجماع العلماء سواء مشروطة في العقد كالشرط الجزائي، أو لم تشتط إلا عند حلول الأجل، وإنما كان هذا الشرط الجزائي محرما لأنه ربا.

وكان سندهم في هذا الإجماع: قول الله تعالى "الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا"⁴⁷.

وقد علق الإمام القرطبي في تفسيره على هذه الآية فقال ما نصه قوله تعالى: "إنما البيع مثل الربا" أي إنما الزيادة عند حلول الأجل أخرا كمثل أصل الثمن في أول العقد وذلك أن العرب كانت لا تعرف إلا ذلك فكانت إذا حل دينها قالت للغريم (أما أن تقضي وإما أن تربي) أي تزيد في الدين فحرم الله سبحانه ذلك ورد عليهم بقوله الحق " وأحل الله البيع وحرم الربا وأوضح أن الأجل إذا حل ولم يكن عنده ما يؤدي فنظرة إلى المسيرة ، وهذا الربا هو الذي نسخه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله يوم عرفة لما قال (إلا إن كل ربا موضوع و إن أول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب فهو موضوع كله)، فبدأ صلى الله عليه وسلم بعمه وأخص الناس به، وهذا من سنن عدل الإمام أن يفيض العدل على نفسه وخاصته فيستفيض حين إذ في الناس)

هذا وقد نص على تحريم الشرط الجزائي في الديون وعدم صحته و بطلانه المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشر سنة 1409 هـ في القرار الثامن و مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة الفقه الإسلامي في قراره 51 (6/2) في الدورة السادسة سنة 1410 هـ، وقراره رقم 85 (2/9) في الدورة السادسة سنة 1410 هـ، وقراره رقم 85 (2/9) في الدورة التاسعة 1415 هـ وقراره 109 (12/3) الدورة الثانية عشر 1421 هـ⁴⁸.

وتأسيسا على ذلك، فإن الفوائد المستحقة من القروض البنكية و التي يفرضها البنك على المتعاملين معه أمر محرّم شرعا، سواء سمية بهذا الاسم أو سمية باسم آخر. وتأسيسا على ذلك سيكون القرض المشارط فيه زيادة يكون قرضا باطلا و يبطل أي حكم ترتب عليه.

الفرع الثاني: حكم الشرط الجزائي في غير الديون

بيننا حكم الشرط الجزائي في الديون، وذكرنا طائفة من الصور المتعلقة بذلك، والآن نبين الحكم الشرعي للشرط الجزائي في غير الديون الناظر في كتب الفقهاء المعاصرين الذين تحدثوا عن هذه القضية أن لهم اتجاهات ثلاثة :

الاتجاه الأول: ويرى أصحابه أن الشرط الجزائي في غير الديون أمر غير جائز شرعا شأنه في ذلك شأن الديون وهذا ما اتجه إليه السنهوري، علي الخفيف، شفيق شحاتة وغيرهم.

ولقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على إثبات ذلك بالأدلة التالية⁴⁹:

أولاً: سد الذريعة فالشرط الجزائي إذ كان يؤدي في كثير من الأحيان إلى التنازع و أكل الأموال بالباطل والغرر و القمار فسدا لذريعة المحرم يمنع الشرط الجزائي، و سد الذرائع دليل من أدلة الشريعة في إثبات الأحكام عند طائفة كبيرة من العلماء.

وقد نوقش هذا الاستدلال من طرف المجيزين للشرط الجزائي فقالوا: إن هذا الدليل لا يصح الاستدلال به لأنه دليل مبني على سد الذرائع و الأخذ بسد الذرائع أمر مختلف بين العلماء، فمنهم من أخذ به في إثبات الأحكام و منهم من ترك الأخذ به في إثبات الأحكام ، ودليل هذا شأنه لا يصح الاستدلال به لأنه أمر مختلف فيه بين العلماء، و القاعدة في هذا المقام أنه لا يجوز إثبات المختلف فيه بالمختلف فيه.

ثانياً: الشرط الجزائي هو اتفاق على تقدير جزائي للتعويض عن الضرر قبل وقوعه و هذا لا يجوز لأنه يؤدي إلى محاذير شرعية، و من أهم هذه المحاذير ما يلي:

_ الشرط الجزائي يؤدي إلى التنازع و الاختلاف مادام أنه يجوز تعديله في حالة المغالاة فيه.

_ الشرط الجزائي يؤدي إلى الرهان المحرم و المقامرة.

_ الشرط الجزائي يؤدي إلى الجهالة و الغرر.

_ الشرط الجزائي يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل و بيان ذلك أن الشرط الجزائي قد يكون أكثر من الضرر الواقع و أكثر القوانين و الأنظمة تجيز هذه الزيادة.

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل المجيزين للشرط الجزائي فقالوا إن ما ذكرتموه من أن الشرط الجزائي يؤدي إلى الغرر و الجهالة و النزاع أمر غير مسلم به لأن هذه الأمور

إن وقعت فإنها ترفع إلى القضاء، و القاضي يزيل المخالفات الشرعية فمن ثم كان هذا الدليل غير صالح لإثبات المدعي⁵⁰.

وقد رد أصحاب هذا الاتجاه على هذه المناقشة.

إذا كان الأمر يترك في نهاية الأمر للقضاء فلما لا يترك من أول الأمر بدلا من التقدير الذي يؤدي إلى مزيد من الشحناء و البغضاء، ثم إن الشرط الجزائي في واقع الأمر أصبح يستحق بمجرد الإخلال وأصبح ذلك عرفا جرى بين الناس و أكده الحكم بجواز الشرط الجزائي، وأنه لا يعدل إلى في حالة المغالاة فيه مما يجعل الزيادة غير المبالغ فيها عن الضرر حقا مستحق كثمن المبيع و هنا مكمل الخطر إذ أن فيه تأكيد لأكل أموال الناس بالباطل فلا تصلح هذه الإجابة، بل واقع الحال يدل على أن الحكم بجوازه يؤدي إلى استباحة أكل أموال الناس بالباطل وإلا فعلى أي وجده تخرج الزيادة عن مقدار الضرر.

ثالثا: إن الشريعة كفيلة بتعويض المتضرر بعد وقوع الضرر تحريا للعدل والحق والإنصاف و المساواة بين التعويض و الضرر و مراعاة الجانبين.

رابعا: إن الشرط الجزائي يستحق عن الأضرار الأدبية و المعنوية، و تفويت الفرصة المتوهمة و الكسب المضمون عند مجرد الإخلال بالالتزام وهذه ترجح أنه لا يجوز التعويض المالي عنها و بالتالي لا يجوز الشرط الجزائي لأن ما يستحق لأجله فهو باطل.

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل المجيزين للشرط الجزائي فقالوا: إن هذا الدليل يصح الاستدلال به لأنه دليل مبني على أمر مختلف فيه والأمر المختلف فيه لا يصلح أن يكون مثبت لأمر آخر مختلف فيه.

خامسا: إن تقدير التعويض عن الضرر موكول إلى القضاء في جميع الأحوال فلا يجوز تقديره مقدما بالشرط الجزائي⁵¹.

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل المجيزين فقالوا: إن هذا الدليل غير مسلم به، و بيان ذلك أن لتعويض صوراً متعددة منها، ما يقرره القضاء ومنها ما يقرره المتعاقدان من خلال الاتفاق المبرم بينهما فقصر التعويض على القضاء فقط حجة قاصرة لا يصح الاستدلال بها.

ولقد رد أصحاب هذا الاتجاه على هذه المناقشة فقالوا:

مادامت دعوى الضرر صعبة المنال و عسيرة الإثبات فيجب ترك التعويض عن الضرر وقت وقوعه وأن لا يقدر قبل.

سادسا: إن الشرط الجزائي يأخذ صورة من الصور الأربعة ما يلي:
- أن يساوي التعويض الضرر، وهذه الحالة الوحيدة الموافقة للعدل.
- يزيد التعويض عن الضرر ويدفع التعويض ، فهذا أكل أموال الناس بالباطل وهو أمر منهي عنه شرعا بقول الله سبحانه وتعالى " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل "
- أن ينقص التعويض عن الضرر ولا يطلب المتضرر نزولا عند الشرط الجزائي، وهذا أيضا فيه أكل أموال الناس بالباطل.
أن يتنازعا فيه ويرفعاه الى القضاء فهنا زاد الشرط الجزائي من التنازع بل أودى إليه .

هذا هو مجمل ما استدل به أصحاب هذا الاتجاه على إثبات ما رأوه دليلا لموقفهم.
الاتجاه الثاني: وهو لجمهور علماء المعاصرين، ويرون أن تعامل بالشرط الجزائي في غير الديون أمر جائز شرعا، وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بالأدلة و الحجج المعارضة لأصحاب الاتجاه الأول.

قال بهذا الاتجاه مجمع الفقه العالمي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي، وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ودار الإفتاء بجمهورية مصر العربية، وغير ذلك من الهيئات والمنظمات الإسلامية.⁵²

الاتجاه الثالث ويرى أصحابه أن الشرط الجزائي في غير الديون أمر جائز في حالة عدم تنفيذ المدين بالتزامه أما إذا تأخر المدين في الوفاء بما التزم به فإنه لا يجوز الأخذ بالشرط الجزائي في هذه الحالة وهذا ما اتجه إليه بعض الباحثين و في مقدمتهم حسن الجواهري ورفيق يونس المصري ، وكان سندهم في ذلك : أن المبيع المستحق التسليم في أجل محدد لابد من الوفاء به والشرط الجزائي فيه شبهة وربما النسبئة .

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل المجيزين للتعامل بالشرط الجزائي فقالوا: أن كون المبيع المستحق التسليم في أجل محدد ضرب من الالتزام فلا خوف فيه، وأم كون هذا الالتزام مساويا للدين مسلم لأن الالتزام أعم من الدين فكل دين التزام وليس كل التزام دين و الالتزام في عقد المقاومة ليس دينا وإنما هو التزام بأداء عمل⁵³.

المطلب الثالث: وظيفة الشرط الجزائي ومزاياه

يتميز الشرط الجزائي بعدة وظائف هامة نظرا لقيامه على التعويض الإتفاقي الذي يقدر به للطرفان مقدما للتعويض الذي يستحق لأحدهما وزيادتا على ذلك بما له من مميزات يمتاز بها في قيامه.

الفرع الأول: وظيفة الشرط الجزائي

يمكن أن يستخدم الشرط الجزائي لتحقيق عدة أغراض أهمها:

_ تقدير التعويض المستحق عند الإخلال بالالتزام: مما يجنب الأطراف مشقة للدخول في المنازعات وتفادي تحكم القضاء و تدخل أهل الخبرة و يؤدي ذلك إلى توفير للمناقشات و الجدل حول مقدار التعويض بحيث يعلم للمدين مسبقا مدة مايلتزم به عند عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه.

_ التعديل في أحكام المسؤولية المدنية بالتخفيف أو بالتشديد على حسب الأحوال: فإذا كان مبلغ التعويض المتفق عليه أقل بكثير من الضرر المتوقع حصوله من جراء عدم التنفيذ، كان الشرط الجزائي مقيدا أو محددا لمسؤولية المدين أما إذا كان هذا المبلغ مبالغا فيه فإننا نكون بصدد تشديد لمسؤولية المدين ويقوم الشرط الجزائي في هذه الحالة بدور التنفيذ المالي، حيث يهدف إلى تحذير الملتزم من الإخلال بالتزامه وتهديده بالجزاء الشديد للشرف لحمله على الوفاء على الوفاء في الموعد المتفق عليه.

ويحدث ذلك غالبا في عقد المقاولة حيث يلتزم المقاوم بمبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه عن إنجاز العمل المتفق عليه في الموعد المحدد، فالشرط الجزائي هنا يأخذ حكم الغرامة التهديدية القضائية كما رأينا من قبل.

_ يلجأ الأطراف في بعض الحالات إلى الشرط الجزائي كوسيلة للتحايل على بعض القانون: مثل ذلك الرغبة في الحصول على فوائد تتجاوز الفوائد القانونية و إخفاء ذلك تحت ستار الجزائي هنا لا شك يدخل في سلطة القاضي تعديل حكم الشرط على نحو يتفق وصحيح القانون.⁵⁴

_ قطع طرق النزاع المحتمل حول مقدار التعويض: وهذا أمر متفق عليه ويتسق مع نصوص القانون ومع طبيعة الشرط الجزائي فهو تقدير اتفاقي على التعويض و القلق ليس صالحان ويعبر عن هذه الوظيفة بعض الفقهاء بقولهم: أنه قد لا يرى الطرفان ترك الأمر في تقدير التعويض للقاضي في ضمان العقد المنشئ لالتزام بندا يحددان في جزاء الإخلال به فيتفقان مقدما على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ

التزامه فيكون ذلك شرطا جزائيا متضمنا اتفاقيا عن عدم التنفيذ أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في التنفيذ فيكون ذلك شرطا جزائيا عن التأخير.

_ الضغط على المدين لتنفيذ التزاماته: لا يبرم المتعاقدان العقد من حيث الأصل إلى لكي يلتزم بنصوصه و يقوموا بتنفيذه ولكن مرور الوقت قد يغير المرافق لذا جاء الشرط الجزائي لقيود الحرية المطلقة للمدين في التنفيذ و عدم التنفيذ و من ثم الضغط على المدين و لو بصورة غير مباشرة ذلك أن إذا كان للإجراء الشخصي المباشر على التنفيذ أمرا ممنوعا، فإن الوسيلة الوحيدة لضمان التنفيذ هي الضغط على المدين بصورة غير مباشرة من خلال الشرط الجزائي لكي يفي بالتزامه، لذا يقلل من عاداته أن وسيلة الأجراء الغير مباشر الأكثر استعمالا من قبل المتعاقدين هي تضمين العقد شرطا جزائيا أي بندا يحدد الطرفان بموجبه بذاتهما وعلى نحو جازم مقدار التعويض الذي يتعين على المتعاقد أداء عند القيام بالتنفيذ و إنما بطابع الجزاء ولكن ذلك لا يكون بداها إلى بعد صدور حكم قضائي.

_ تحديد التعويض الإتفاقي بطريقة شبه عادلة لأنها تصبح أقرب ما تكون للحقيقة: إن المتعاقدين هما أقدر الناس على معرفة وضعهما عند التعاقد و بعده و هما اللذان يقدران مقدار التعويض للعامل الذي يكفي لجبر الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التأخير و هذا ما يفسر كثرة اللجوء لعدالة التقدير تحول دون إعادة النظر في الكثير من الأحيان في مقدار التعويض المتفق عليه.

_ جعل رقابة القاضي على تقدير التعويض رقابة هادئة و محدودة: ولا شك أن البند الجزائي عند من يؤدونه دون تحكم القاضي في تقدير مقدار التعويض ويجعل رقابة في هذا الصدد رقابة هادئة و محدودة إلى حد ما ولكن ذلك لا ينفي طلاقة رقابة القاضي على مدى شرعية البند الجزائي فيبطله إن كرس الغش أو خالف قواعد النظام العام⁵⁵

الفرع الثاني: مزايا الشرط الجزائي

إن النص على الشرط الجزائي في الالتزامات التي تنشئ عن التصرفات القانونية في إطار العقود أو في اتفاقات لاحقة لها يرتب عدد من المزايا للمتعاقدين، حيث يشكل قوة ضاغطة على الملتزم لتنفيذ التزامه ليحصل كل ذي حق على حقه، ويمكن إجمال هذه المزايا كما يلي:⁵⁶

_ إن الشرط الجزائي يضمن تنفيذ الالتزام وهي الميزة الأساسية التي يتميز بها الشرط الجزائي، إذ أن الملتزم في العادة يلجأ إلى تنفيذ التزامه من غير إخلال ، كيف لا؟ وهو يعلم أنه ملزم بدفع ما يزيد عن التزامه الأصلي في حالة عدم تنفيذه للالتزام أو تأخره فيه. كما يقول أحد الفقهاء الفرنسيين (maruani) " الشرط الجزائي هو إحدى الوسائل العديدة التي منحتها لها الحياة القانونية بالالتزام وبالتالي ضمان التعيين بطريقة أكثر فعالية ممن مجرد التهديد بالغرامة المالية"

_ له وظيفة مزدوجة فالمشرع الأردني ينص في المادة (1/364) من والقانون المدني بأنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة الضمان بالنص عليه وفي العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون وهو يقابل نص المادة (223 مدني مصري) وبهذا يسمح المشرعان الأردني و المصري للأطراف المتعاقدة بتقدير قيمة التعويض عن طريق التعديل الإتفاقي لما يتفق و العدالة كمن وجهة نظرهم المشتركة، وبذلك اعترف الفقه القانوني بوظيفة مزدوجة للشرط الجزائي تتمثل في التقدير الجزائي للتعويض و تأمين تنفيذ الالتزام.

_ نظرا للدور التهديدي للشرط الجزائي في إجبار المدين على التنفيذ العيني وبالرغم مما اعترف به للقاضي من سلطة في مراجعة مقدار التعويض عندما يقدر مغالاة الأطراف المتعاقدة في تقديره ، إلى أنه مازال من المؤكد أن القيمة التهديدية للشرط الجزائي أمر لا يمكن التغاضي عنه إنما يكمن في وظيفته التعويضية كما يكمن في الوظيفة الوقائية التي يؤديها، ذلك أن وجود الشرط الجزائي يشكل أداة ضغط على إرادة المدين تحمله على التنفيذ العيني⁵⁷.

_ إن الشرط الجزائي يبرئ للدائن إحدى إمكانيتين تبعا لما يكشف عنه وقف المدين، إما تقدير التعويض في حالة عدم التنفيذ، في حالة التأخر في التنفيذ، وفي الحالة الأولى فإن دور التعويض الذي تم الاتفاق عليه بهدف أساسا إلى حث المدين على الامتثال للالتزام ودفعه إلى التنفيذ العيني ولذلك يصبح من طبيعة الأشياء القول : بأنه لا يجوز الجمع بين التنفيذ العيني للالتزام الأصلي و الشرط الجزائي إذا كان مشروطا بسبب عدم التنفيذ، لأن التعويض المتفق عليه يصبح معادلا للتنفيذ العيني.

وعلى العكس في الحالة الثانية فإذا اتفق الطرفان على الشرط الجزائي في حالة التأخر في التنفيذ فإنه يمكن أن يضاف هنا الى التنفيذ العيني للالتزام الأصلي، و من هنا

تبدو أهمية الشرط الجزائي في تذكير المدين بأن تأخره يكون بجزاء ومن ثم إذا أصر المدين في هذه الحالة على عدم الوفاء، أو إذا أصبح الوفاء مستحيلا بتقصيره، فيجوز للدائن أن يطالب بالتعويض عن عدم الوفاء بالإضافة إلى الشرط الجزائي عن التأخير في التنفيذ، وبذلك ندمج قيمته في التعويض الذي تقدره المحكمة عند عدم التنفيذ⁵⁸

كما أن الشرط الجزائي عن التأخير لا يشمل التعويض عن عدم الوفاء ولا يمنع من المطالبة به مع المطالبة بالتنفيذ العيني، وفي هذه الحالة لا يتشابه الشرط الجزائي مع الغرامة التهديدية القضائية من حيث الشكل فقط بمقدار فترة تأخير يوم أو أسبوع أو أي فترة زمنية أخرى، بل أيضا من حيث جواز الشرط الجزائي بعد تصفيته إلى التنفيذ العيني أو إلى القيمة التعويض.

_ إن وجود الشرط الجزائي يؤثر على القوة الملزمة للعقد فوق قوتها القانونية العادية أن يعرف كل متعاقد مقدما أنه إذا أخل بتنفيذ التزامه فإنه سيكون ملزما بدفع التعويض المقدر بموجب هذا الشرط ، وغالبا ما يكون مقدار الشرط الجزائي أكبر من مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن وهذه الميزة للشرط الجزائي تفرض الاحترام الدقيق للالتزامات التي قد يميل المدين إلى إهمالها، هذه هي أهم المزايا الشرط الجزائي والتي من شأنها أن تمنع تراخي تنفيذ العقود، وذلك من خلال إجبار المدين على تنفيذ الغرامة⁵⁹.

_ إن وجود الشرط الجزائي في العقد يجنب من اشترط لمصلحته الإجراءات القضائية التي غالبا ما تكون معقدة و بطيئة ومن ثم فإن وجود مثل هذا الشرط يوفر الوقت ويخفض النفقات.⁶⁰

الخاتمة :

لقد تضمنت التشريعات الوضعية ومنها الجزائري و المصري و الفرنسي النص على الشرط الجزائي وتركت للأطراف تحديد مقدار التعويض مسبقا قبل وقوع الضرر، و اتفاق الأطراف عليه هو اتفاق تابع للعقد الأصلي و أن نطاق هذا الشرط يتمثل في الحالة التي يكون فيها محل الالتزام مبلغا من النقود أو أي التزام آخر، وهذا بخلاف المشرع الكويتي

الذي جعل نطاق هذا الشرط في الحالة التي يكون فيها محل الالتزام مبلغا نقديا والسبب في ذلك أن السماح به في هذه الحالة هو السماح بالاتفاق على فائدة لان الاتفاق علي في هذه الحالة يقصد به الوصول إلى أمر يحرمه القانون و الشريعة الإسلامية و هو الفائدة بين الأفراد.

و عليه فإن توسيع نطاق الشرط الجزائري و شموله للالتزام بدفع مبلغ نقدي هو فتح المجال أمام الفوائد وهذا يخالف الشريعة الإسلامية ، ولذلك نجد المادة 302 مدني كويتي تضيق من نطاق الشرط الجزائري و تجعله في الالتزام الذي لا يكون محله مبلغا نقديا ويكون هذا القانون قد خالف المشرع الجزائري و المصري و بعض التشريعات الأخرى .
أما نتائج البحث فهي:

_ إن الشرط الجزائي هو التزام احتياطي يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الذي يستحق عند الإخلال بتنفيذ الالتزام.

_ الشرط الجزائي معاملة مستحدثة في الدول الإسلامية أخذتها من القوانين الغربية
_ الشرط الجزائي في القوانين و الأنظمة العربية تعويض إتفاقي جزائي عن الضرر المتوقع مقدرا مسبقا و يجوز أن يزيد عن مقدار الضرر زيادة غير فاحشة.

_ إن الشرط الجزائي لا يعتبر كفالة أو رهن أو عربون أو غرامة تهديدية رغم التشابه الموجود بينهما وهناك فروق بينهما تمنع تكييفه بأي منها .

_ أساس التعويض في الفقه الإسلامي أنه يغطي الضرر الواقع فعلا و يساويه ، و التعويض يكون بعد وقوع الضرر .

_ لا يستحق التعويض الاتفاقي إلا إذا توافر الخطأ و الضرر و العلاقة السببية وكذلك الأعدار (التنبية).

_ الشرط الجزائي في الديون فاسد مفسد للعقد بالاجتماع لأنه ربا، أما في غير الديون فهو فاسد غير مفسد للعقد لعدم جواز تقدير التعويض قبل حصول الضرر.

_ إن من أهم فوائد هذا الشرط هو حصول الثقة و الاطمئنان عند تنفيذ العقد و عدم الإخلال به.

_ إن مزايا الشرط الجزائي لا يعني إباحته إذا اشتمل على أمور و معاني محرمة .

_ الشرط الجزائي وسيلة ردعية لمن يريد أن لا ينفذ التزامه أو يتأخر في تنفيذ ذلك مما يلحق ضرراً بالغير، أما عندما يستخدم الشرط الجزائي كأسلوب للربا أو الإثراء بلا سبب فلا مبرر منه.

_ إن سلطة القاضي في تعديل هذا الشرط مرتبطة بالتعويض المرتفع أو المنخفض إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه، أو حصول غش من المدين أو خطأ فاحش أدى إلى حصول ضرر أكبر بكثير من قيمة الضرر المتوقع و أكبر من الشرط من الجزائي.

_ إن تقدير التعويض الاتفاقي من حيث قيمته القصوى أو الدنيا ومدى ما تم تنفيذه من الالتزام الأصلي يترك تقديره للخبراء وهو ما ذهب إليه علماء المملكة العربية السعودية حيث قالت ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة. وفي هذا الصدد يمكن أن نقترح ما يلي:

_ يا حبذا لو يجعل المشرع سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام و تصبح صياغة المادة 184 في فقرتها الثانية كما يلي: <<ويتعين على القاضي أن يقوم بتخفيض مبلغ التعويض من تلقاء نفسه أو بنماء على طلب الخصوم إذا أثبت أن المدين أن التقدير كان مفرطاً أو إذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه >>.

_ ضرورة سد الطريق أمام كل من يريد الوصول إلى فوائد ربوية من خلال هذا الشرط الجزائي تحت مظلة القانون .

_ ضرورة تطبيق أحكام التعازير في الشريعة الإسلامية على كل مقصر في تنفيذ التزامه .

_ ضرورة تطبيق مبدأ العدل و الإنصاف في حالة ما إذا كان الشرط الجزائي بعيداً عن القواعد الشرعية وهنا لا بد من التعويض على ما فات من الكسب و ما لحق من ضرر بالدائن.

الهوامش :

- 1 دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دارالعلوم للنشر، 2004، ص16.
- 2 دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص16.
- 3 محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائري وأثره في العقود المعاصرة. رسالة دكتوراه، قسم الثقافة الإسلامية، جامعة الملك سعود، 1425_1426هـ، ص13-14.
- 4 حسام الدين كامل الأهواني، تأملات في الشرط الجزائري، دراسة مقارنة، دون دار النشر، 2014، ص13.
- 5 المهتمارطلال، البند الجزائري في القانون المدني، رسالة دكتوراه من السوربون، 1974، ص60.
- 6 محمد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائري وأثره في العقود المعاصرة، ص17-18.
- 7 محمد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص24-25.
- 8 حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص12-13.
- 9 سورة محمد، الآية19.
- 10 محمد العزيز بن سعد اليميني، مرجع سابق، ص38.
- 11 علي محمد الحسين الصوا، الشرط الجزائري في الديون، دراسة فقهية قانونية، دون سنة، ص04.
- 12 محمد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص40-43.
- 13 سورة يوسف، الآية74 و75.
- 14 محمد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص46.
- 15 سورة البقرة، الآية47.
- 16 سورة لقمان، الآية32.
- 17 سورة المائدة، الآية97.
- 18 علي محمد الحسين الصوا، المرجع السابق، ص05.
- 19 محمد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص48.
- 20 محمد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص48.
- 21 بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار الهومة، الجزائر، 2015، ص224.
- 22 محدد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الهدى للنشر، الجزائر، 2010، ص83-84.
- 23 بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ص226.
- 24 د حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، داروائل للنشر، الأردن، 2004، ص103.
- 25 طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، دون سنة، ص68،
- 26 شفيق الجراح، سلسلة من الموضوعات الحقوقية الاجتماعية علما و عملا يتضمن 9 مواضع، الطبعة الأولى، دار الكاتب دمشق، سوريا، 2001، ص181.
- 27 ناصر أحمد إبراهيم النشوي، التعامل بالشرط الجزائري بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى / مكتبة الوفاء القانونية، 2013، ص728.
- 28 محدد صبري السعدي، المرجع السابق، ص86.
- 29 ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص728.
- 30 محدد صبري السعدي، المرجع السابق، ص86.
- 31 ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص730.

- 32 بالحاج العربي، المرجع السابق، ص209.
- 33 القانون 01-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للقانون المدني.
- 34 محدد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 87.
- 35 ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص706.
- 36 محدد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 87.
- 37 محدد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 88-89.
- 38 محدد صبري السعدي، المرجع السابق، ص98.
- 39 نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص88-89.
- 40 د حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص109.
- 41 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 87.
- 42 محدد صبري السعدي، المرجع السابق، ص90.
- 43 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص110.
- 44 دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص122.
- 45 محدد صبري السعدي، المرجع السابق، ص91.
- 46 ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص678.
- 47 سورة البقرة، الآية 274.
- 48 ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص680-681.
- 49 ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع السابق، ص701.
- 50 محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص218-219.
- 51 محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص221-222.
- 52 محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص226-225.
- 53 محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، ص227-228.
- 54 نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص78.
- 55 محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص70-73.
- 56 بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي و الغرامة التهديدية و دورها في منع تراخي تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق الأوسط، 2010/2011، ص96.
- 57 بسام سعيد جبر جبر، المرجع السابق، ص97.
- 58 جواد محمود أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر بغزة، 2008/2009، ص112.
- 59 جواد محمود أحمد بحر، المرجع السابق، ص113.
- 60 جواد محمود أحمد بحر، المرجع السابق، ص114.