

استحقاق الشرط الجزائي (دراسة مقارنة)

Eligibility of Penalty Clause (Comparative Study)

إعداد: الباحث/ محمد المنتصر محمد سري الدين محمد صالح

المراقب المالي (مستشار قانوني)، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية

Email: m.sariyeldine@gmail.com

ملخص البحث:

تعتمد فكرة الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي على وجوب التعويض المتفق عليه بين أطراف العلاقة التعاقدية، ونجد أن تطبيق الشرط الجزائي يستوجب الإخلال في تنفيذ الالتزامات أو التقصير في الوفاء بها مما ينتج عنه الضرر، ويخضع الشرط الجزائي لشروط التعويض.

أختلف الفقه والقضاء في تعريف الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي مما جعل البعض يخلط بينه وبين الغرامة التهديدية أو التهديد المالي، هناك أوجه شبه بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية، ولكن أوجه الاختلاف عملت على إزالة هذا الخلط الحادث بينهما.

قامت التشريعات المدنية العربية مؤخراً بالنص على الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي.

يجب استيفاء شروط الاستحقاق المتعلقة بشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي لتعويض الضرر.

هناك تدرج بين كل من القضاء الفرنسي والذي لا يُجيز تخفيض الشرط الجزائي ولا يشترط وقوع الضرر، وبينما نجد أن القضاء المختلط لا يجيز تخفيض قيمة الشرط الجزائي، ولكن نجده يشترط حدوث الضرر، في حين نجد أن القضاء في الدول العربية يمنح القاضي سلطة تقديرية في تعديل مقدار التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي وفي ذات الوقت يشترط وقوع ضرر. اعتمدت بعض محاكم الدول العربية قاعدة "التعويض ليس عقاباً" وعليه يجب ألا يخرج التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي عن القواعد العامة للتعويض والتي تهدف إزالة الضرر الحادث.

تعويض الضرر عن طريق الشرط الجزائي يُعد آلية جديدة لم يقف عليها الفقه الإسلامي وغير معروفة لديه.

الكلمات المفتاحية: الشرط الجزائي، التعويض الاتفاقي، الغرامة التهديدية، التهديد المالي، الخطأ، الضرر.

Eligibility of Penalty Clause (Comparative Study)

Abstract:

The idea of the penal clause or the agreed compensation depends on the necessity of the compensation agreed between the parties to the contractual relationship, also we find that the application of the penalty clause requires a breach of the implementation of obligations or failed to fulfill them, which results damages, moreover the penalty clause is subject to the conditions of compensation.

Both jurisprudence and the judiciary differed in the definition of the penalty clause or agreed compensation which made some confuse it with a threatening fine or monetary threat, there are similarities between the penalty clause and the threatening fine, but we find that the differences worked to remove this to confuse both.

Recently, Arab civil legislation acts on the penalty clause and the agreement compensation.

Conditions of entitlement related to penalty clause or agreed compensation must be met to compensate the damage.

There is a gradation between each of the French judiciary, which does not allow the reduction of the penalty clause and does not require the occurrence of damage, while mixed judiciary does not allow the value of the penalty clause to be reduced, but we find that it requires the occurrence of damage, whereas the Arab countries judiciary gives the judge discretionary power to modify of The value of the agreed compensation or the penalty clause, At the same time the condition of the occurrence of damage are required.

Some Arab countries' courts have adopted the rule "compensation is not a punishment," accordingly they agreed that the compensation or the penal clause should not deviate from the general rules of compensation that aim to eliminate the damage incurred.

Compensation of damages through the penalty clause it considers as a new mechanism that Islamic jurisprudence is un-known to it.

Keywords: Penalty clause, Agreed compensation, Threatening fine, Monetary threat, Error, Damage

المقدمة:

عرف العلم مؤخراً انفتاحاً وتطوراً في شتى المجالات الحياة، فنجد أن هناك التطور الهائل الحادث في مجال الاتصالات أدى إلى زيادة اختلاط الناس بعضهم ببعض، مما نتج عنه انشاء كثير من العقود التعاملات في مختلف المجالات، مما أدى إلى الحاجة لإضافة ضمانات تنفيذ تلك الالتزامات الناشئة عن تلك العقود والسعي لمعرفة موقف أطراف العلاقة التعاقدية شرعاً وقانوناً. (القبلان، دبت، ص 553)

أصبحت العقود في عالمنا الحالي تتم بين متعاملين قد تفصل بينهم مسافات كبيرة وقد لا يعرف بعضهم البعض مما يتطلب فرض الشروط الجزائية لرفع درجة الاطمئنان لدى أطراف العلاقة التعاقدية وزيادة الثقة في تنفيذ الالتزامات المتبادلة بينهما، إضافة إلى أن سمة المظل أصبح يتصف كثير من الناس، فنجد أن الشرط الجزائي يساعد في رفع هذا الخوف من ملاحظة أحد أطراف العلاقة التعاقدية ويقلل الخصومات والمنازعات بين المتعاقدين (الغطاء، دبت، ص ص 3-4) إن التعويض هو غاية فكرة الشرط الجزائي، لذا تأتي فكرة الشرط الجزائي في سياق بحث طرق تنفيذ الالتزامات، والمتمثلة في إحدى طريقتين:

1. فالملتزم إما أن ينفذ التزامه بأن يقوم بالعمل الذي التزم به
2. أو أن يكون تنفيذه لالتزامه عن طريق التعويض في حال توفر شروط الاستحقاق. (بحر، 2009، ص 132)

إشكالية البحث:

- تتمثل إشكالية هذا البحث في الوقوف على تحديد متي يكون الشرط الجزائي ملزماً وواجب التنفيذ وذلك وفق ما سيتم بيانه في هذا البحث.

أسئلة البحث:

- هل هناك علاقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية؟
- هل الشرط الجزائي مشروعاً وفق احكام الشريعة الإسلامية؟

أهمية البحث:

- يُعد الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي من الموضوعات المعاصرة نظراً لأنه وليد القوانين والوضعية الحديثة.
- كما إن هناك أوجه شبه بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية

أهداف البحث:

- يهدف البحث للدراسة الشرط الجزائي وأوجه الشبه والاختلاف بينه وبين الغرامة التهديدية، كما يقف على رأي الشريعة الإسلامية في الشرط الجزائي.

منهج البحث:

- يتبع هذا البحث المنهج الاستقرائي والاستنباطي والمقارن بين القوانين التي تحكم الشرط الجزائي في الدول العربية.

المبحث الأول: الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي

نجد أن كتب الفقه القديمة لم تعرف عبارة الشرط الجزائي، بينما كانت معروفة لدى القوانين الغربية فنجدها في القانون الفرنسي La Clause Penale ، وأشار إليها القانون الإنجليزي Penalty and Liquidated Damages وغيرها من القوانين الغربية .

ظهر تعبير الشرط الجزائي وطبق في قوانين وأنظمة الدول العربية اخذاً عن القوانين الغربية، وتم اجراء بعض التعديلات عليه، ونجد أن القانون المصري هو أول قانون عربي أخذ بالشرط الجزائي، حيث أخذه عن القانون الفرنسي وعبر عنه الدكتور السنهوري بالعبرة التالية: التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي ثم طبقته أكثر قوانين الدول العربية. (الضرير، 1420، ص5)

المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي

يُعرف الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي: هو تقدير سابق للضرر وملزم للتعويض يستحق الأداء عند وقوع ذلك الضرر ولو زاد عن قدر الضرر. (البيني، 1426، ص 62)

كما عرف بأنه هو تقدير المتعاقدين مقدماً للتعويض -فهو تعويض اتفاقي- ويُعدّ تقديراً جزافياً مقدماً للتعويض ويُمكن أن يكون إما مبلغاً من المال أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. (السنهوري، 2004، ص 890-894)

سبب استحقاق التعويض: ليس هو الشرط الجزائي وإنما عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته أو التأخر في تنفيذها.

تبعية الشرط الجزائي: يُعد الشرط الجزائي التزاماً تبعياً للالتزام الأصلي فهو ليس المستهدف في حد ذاته، ولكنه يُعد وسيلة لتحقيق الهدف وهي جعل المتعاقد يحصر على تنفيذ التزاماته، فالشرط الجزائي يهدف إلى تحديد قيمة التعويض الذي سيكون مستحقاً في حال إخلال أحد المتعاقدين (المدين) بالوفاء بالتزاماته، عليه نجد أن الشرط الجزائي لا يمكن أن يكون مستقلاً عن الالتزام الأصلي، مما يترتب عليه أن بطلان ذلك الالتزام الأصلي يُبطل ذلك الالتزام التابع له وهو (الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي) إعمالاً لفكرة أن التابع يتبع الأصل، ولكن بطلان الشرط الجزائي لا يترتب عليه بطلاناً في الالتزام الأصلي.

أثر الشرط الجزائي: يُطبق الشرط الجزائي على المدين إذا ثبت بعد إخلاله بالتنفيذ أن مقدار الضرر الحادث للدائن والذي حكم به القاضي مساوياً لمبلغ الشرط الجزائي دون زيادة أو نقصان، أما إذا كان مقدار الشرط الجزائي يزيد على مقدار الضرر الذي لحق بالدائن زيادة فادحة نجد أنه للقاضي سلطة تخفيفه إلى الحد الذي يساوي الضرر، وإذا ثبت أن مقدار الشرط الجزائي يقل عن مقدار الضرر المُحقق فلا يجوز للقاضي أن يتخذ قراراً بزيادة مقدار الشرط الجزائي وذلك لأنه قد تم تحديد المسؤولية مسبقاً. (السنهوري، 2004، ص 890-896)

المطلب الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي

الشرط الجزائي باعتباره تعويضاً اتفاقياً فهو التزام تابع وليس التزاماً أصلياً في العقد فيسقط الالتزام التابع بسقوط الالتزام الأصلي، عليه نجد أن شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفسها شروط استحقاق التعويض ولا بد من توافرها كما يلي:

1. الخطأ: لا بد من وجود خطأ، وإلا فلا يكون التعويض مُستحقاً.
2. الضرر: يجب أن يلحق الدائن ضرراً ماديّاً كان أو معنوي، فإن لم يصب بضرر فلا يستحق التعويض وفق ما نصت عليه المادة 224 من القانون المدني المصري .

3. علاقة السببية بين الخطأ والضرر: أن يكون ذلك الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة الخطأ الذي ارتكبه المدين، فإن كان الضرر ناتجاً عن سبب أجنبي عن المدين فلا يستحق الدائن التعويض لانتفاء شرط علاقة السببية.

4. إعدار المدين: فإن وجود الشرط الجزائي لا يعفي من الإعدار، الأحوال التي لا ضرورة فيها للإعدار فلا يشترط الالتزام بامتناع عن عمل. (السنهوري، 2004، ص 890 – 893)

حكم القضاء السعودي في القضية رقم 3/2457/ق لعام 1429 هـ “أنه يشترط للحكم بالشرط الجزائي توافر أركان التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، كما يشترط أن يكون الضرر فعلياً بأن يلحق المضرور خسارة حقيقية أو يفوته كسبٌ مؤكدٌ أو محقق الوقوع”.

الخطأ العقدي: هو ذلك الإخلال بالتزامات التعاقدية، ويتمثل في عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، والتنفيذ الجزئي للالتزامات المتعاقد عليها، والتنفيذ المعيب، والتأخر في التنفيذ، والذي لا يأتيه الرجل المعتاد عندما يكون في ظروف مماثلة لظروف المدين.

يتوافر الخطأ العقدي إذا لم يرق المدين بتنفيذ الواجبات أو الالتزامات التي نص عليها العقد، أو قام بتنفيذها تنفيذاً جزئياً، أو نفذها تنفيذاً سيئاً، وسواء أكان عدم التنفيذ متعمداً من قبل المدين أم ناجماً عن إهمالٍ من جانبه. (الشرقاوي، د.ت، ص 186)

تعريف الضرر: يعرف الضرر بأنه ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له. ويُعد الضرر أحد أركان المسؤولية التقصيرية ويرتبط وجوداً وعدمياً بها. (الشرقاوي، د.ت، ص 209)

المبحث الثاني: الغرامة التهديدية أو التهديد المالي

ما زال هناك لبس لدى الكثير بين كل من الغرامة التهديدية والشرط الجزائي مما قد يؤدي إلى الخلط.

المطلب الأول: تعريف الغرامة التهديدية أو التهديد المالي

نصت المادة 213 من القانون المدني المصري على التالي:

" 1- إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك.

2- إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة”.

كما نصت المادة 214 مدني المصري على " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن و العنت الذي بدا من المدين “، و نجد أن القوانين المدنية العربية الأخرى سارت على نفس السياق فنجد: السوري م 214 – 215 (مطابق)، الليبي م 216-217 (مطابق)، العراقي م 253- 254 (موافق)، اللبناني م 251 (موافق) . (السنهوري، 2004، ص 870)

تُعرف الغرامة التهديدية أو التهديد المالي بأنها هي ذلك المبلغ المالي الذي يقضي به القاضي بغرض إلزام المدين بأدائه عن كل فترة زمنية يمتنع فيها عن تنفيذ الالتزام الواقعة على عاتقه عيناً من طالبه الدائن على النحو المتفق عليه. (قاسم، 2016، ص 342)

تعرف أيضاً بأنها: " وسيلة لإكراه المدين وحمله على تنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقه عينا من طالبها الدائن، وصورتها أن يلزم القضاء المدين بتنفيذ الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل أيا كان مصدره، ويمهله لذلك مدة زمنية فإذا تأخر عن الوفاء تم إلزامه بدفع غرامة عن كل يوم، أو أسبوع، أو أشهر أو وحدة زمنية بعينها، وذلك متى كان التنفيذ العيني ما زال ممكناً ويقتضي لذلك تدخل المدين شخصي» (السنهوري، 2004، ص 870)

كما تُعرف الغرامة التهديدية أيضاً بأنها ذلك المبلغ من المال الذي يحكم به القاضي على المدين ويلزمه بدفعه عن كل يوم، أو أسبوع، أو أشهر، أو أي وحدة زمنية أخرى يتمتع فيها المدين عن التنفيذ العيني الذي حكم به مقترنا بتلك الغرامة (زهيرة، د.ت، ص3)

المطلب الثاني: أوجه الاختلاف والشبه بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية

يتبين لنا من تعريف الشرط الجزائي والغرامة التهديدية أن هناك أوجه اختلاف بين كل منهم كما نجد أيضاً أن هناك أوجه شبه نشير إليها فيما يلي:

أولاً: الفرق بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية:

- من حيث المصدر: نجد أن الشرط الجزائي مصدره العقد فهو اتفاق بين طرفي العلاقة التعاقدية، بينما الغرامة فهي مصدرها حكم القاضي.
- من حيث التقدير: نجد أن الشرط الجزائي يقدر وفق الضرر الحادث، بينما تقدر الغرامة التهديدية غالباً عن كل وحدة زمنية يوم أو أسبوع أو شهر أو كل مرة يُخل فيها المدين بالتزاماته، بالإضافة إلى أن معيار آخر للغرامة هو المركز المالي للمدين وما يبيده من تعنت.
- من حيث إمكانية التنفيذ: الشرط الجزائي هو اتفاق نهائي يمكن تنفيذه فور تحقق شروطه، أما الغرامة فالحكم بها مؤقتاً فهي وسيلة مؤقتة لكسر عناد المدين وإلزامه بالتنفيذ وللقاضي أن يعيد النظر فيها مرة أخرى.
- من حيث الغاية: نجد أن الغرامة التهديدية تُعد وسيلة إجبار غير مباشرة للتنفيذ العيني، بينما نجد أن الشرط الجزائي يتعلق بالتعويض فالغاية منه جبر الضرر ولا علاقة له بالتنفيذ العيني. (جبر، 2011، ص 63-67)

ثانياً: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية:

- يهدف كلاهما لضمان تنفيذ الالتزام
- يمتاز كلاهما بالطابع القهري
- يهدف كلاهما إلى تعويض الضرر الذي يلحق بالمتضرر.
- يُعد كل من الشرط الجزائي والغرامة التهديدية أداة للحفاظ على الأموال من المماطلة والتقصير.. الخ.
- يتمتع القاضي بالسلطة التقديرية وهو يصدر الحكم. (جبر، 2011، ص 61)

المبحث الثالث: القواعد القانونية وحكم الشرط الجزائي

فيما يلي نستعرض بعض قوانين الدول العربية التي نصت على الشرط الجزائي وحكمه.

المطلب الأول: بعض قوانين الدول العربية التي تحدثت عن الشرط الجزائي

تحدثت العديد من قوانين الدول العربية عن الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي نستعرض فيما يلي بعض تلك القوانين:

القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1984:

عرف القانون المدني المصري الشرط الجزائي حيث نصت (م - 223) من القانون المدني على "يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من 215 إلى 220" حيث نصت (م - 215) على استحالة التنفيذ الالتزام، كما نصت (م - 216) على "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث ضرر أو زاد فيه".

كما نصت (م - 224) مدني على التالي:

"1- لا يكون التعويض مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

2- ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

3- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين.

قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م السوداني:

لم يميز قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م السوداني بين التعويض الاتفاقي والشرط الجزائي وترك الأمر سلطه تقديره للمحكمة، ويجب ألا تحكم المحكمة بالتعويض الاتفاقي (شرط جزائي) إلا بعد اثبات الطرف الآخر للضرر الذي وقع عليه (وذلك لأن التعويض ليس عقاباً).

حيث ورد تحت عنوان تقدير التعويض (م - 152) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م "تقدر المحكمة التعويض بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب مراعية في ذلك الظروف الملابسة وبشرط أن يكون ما أصاب المضرور نتيجة طبيعية للفعل الضار فإذا لم يتيسر لها أن تعين مقدار التعويض تعييناً نهائياً فلها أن تحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

القانون المدني الكويتي رقم 1980/67:

الذي أورد في نص (م - 302) على أن "إذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود يجوز للمتعاقد أن يقدراً مقدماً التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق"

كما نصت (م - 303) على أن "لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، ويجوز للمحكمة أن تخفض التعويض عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك"

القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951:

حيث نصت (م - 170) على التالي:

1. يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة أحكام 168 و 256 و 257 و 258.

2. لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة.

3. أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

المطلب الثاني: حكم الشرط الجزائي

سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي :

نصت المواد 224 و225 من القانون المدني المصري على حالات تطبيق الشرط الجزائي وسلطة القضاء إزاء ذلك:

- الإلغاء: يتم إلغاء الشرط الجزائي في حالة عدم توافر أركان المسؤولية المدنية والمتمثلة في الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية، وذلك لأن شرط الجزائي يُعد تعويضاً عن الضرر، وبالتالي فإن شروط استحقاق ذلك التعويض يجب توافرها وتكون مطلوبة بشكل عام.
- وفق نص المادة 224 من القانون المدني المصري، يتمتع القاضي بصلاحيّة تخفيض الشرط الجزائي في حال أثبت المدين أن تقدير التعويض قد تم تضخيمه وكان مُبالغاً في تقديره، أو قام المدين بإثبات أنه قام بالوفاء الجزئي لالتزاماته الواردة في العقد.
- إن تطبيق الزيادة في قيمة الشرط الجزائي يستوجب أن يُثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً نتج عنه ضرراً تتجاوز في قيمته مبلغ التعويض المتفق عليه مسبقاً، وفق ما نصت عليه المادة 225 من القانون المدني المصري. (سنةوري، 2004، ص 896-900)

جمهورية السودان:

أقر القضاء السوداني مبدأ أن التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) يُعد ملزماً لأطراف العلاقة التعاقدية ويجب على المحكمة أن تلتزم به باعتبار أن إرادة الطرفين هي من أنشأت هذا الالتزام، حيث أقرت المحكمة العليا هذا المبدأ في قضية فتحي محمد (ضد) محمد أمين أبوبكر (مجلة الاحكام القضائية – جمهورية السودان 1973 ص 83).

كما نجد أن القضاء السوداني قد اعتمد قاعدة "التعويض ليس عقاباً"، حيث لا يجب أن يخرج التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي عن القواعد العامة للتعويض والتي تهدف إلى أن غاية التعويض ليس معاقبة الطرف المخل بالتزامه وإنما إزالة الضرر الحادث.

جاء في سابقة مصطفى حسن الكردفاني (ضد) صلاح الدين أحمد محمد ادريس "أوضح للمحكمة أن التعويض المتفق عليه لا يتناسب والضرر الذي أصاب المضرور أو كان عقاباً للطرف المخل للمحكمة أن تستبعد ذلك التعويض الاتفاقي وتقدر التعويض وفقاً للقواعد العامة للتعويض" (بشير، 2004، ص 186-193)

المملكة العربية السعودية:

أصدر مجمع الفقه الإسلامي قرار في دورته الثانية عشر بالرياض في المملكة العربية السعودية من 25 جمادى الآخرة 1421 هـ إلى غرة رجب 1421 هـ (23 – 28 سبتمبر 2000 م) نص على التالي "يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغاً فيه " انتهى من "مجلة مجمع الفقه" عدد 12 مجلد 2 ص 303 "ومنه يُعلم أن الغرامة إنما تكون على الضرر الفعلي، وأن شركة المقاوله إذا أثبتت عدم لحوق الضرر بك، أو أثبتت أن تأخيرها كان بأمر خارج عنها، أنه لا يلزمها التعويض."

جاء في قرار هيئة كبار العلماء في هذا الخصوص: " وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة، ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر ". (فقه النوازل- 3/75)

نشير إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 65 (7/3)، الذي ورد فيه: " يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة"، وهذا يطابق ما استقر عليه رأي اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، من أن الشرط الجزائي صحيح يجب الالتزام به، ما دام في حدود قيمة الضرر اللاحق بصاحب العمل، وما زاد عن ذلك يرجع فيه إلى تقدير أهل الخبرة والنظر حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة؛ عملاً بقوله تعالى: {وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ} [النساء: 58]، وبقوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار " سنن ابن ماجه

القانون الفرنسي:

أخذ المشرع الفرنسي بمبدأ ثبات الشرط الجزائي في القانون المدني (قانون نابليون)، حيث نصت المادة 1152 على أنه " عندما يتضمن الاتفاق على أن من يقصر في تنفيذه يلزم بدفع مبلغ على سبيل التعويض ولا يمكن الحكم للمتعاقد الآخر بمبلغ يزيد أو ينقص على هذا المبلغ "، ومن هذا المنطلق نجد أنه ليس للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي المتفق عليه زيادة أو نقصاناً. (قاسم، 2016، ص345)

بينما نجد أنه يجوز تخفيض الشرط الجزائي المُبالغ فيه في القانون المدني الألماني المواد 340 و343، وقانون الالتزامات السويسري في المواد 161 و163، وقانون التزامات الإيطالي الجديد في المادة 1384، ولوحظ وجود تدرج بين كل من القضاء الفرنسي والذي لا يُجيز تخفيض الشرط الجزائي ولا يشترط وقوع الضرر، بينما نجد أن القضاء المختلط لا يجيز تخفيض قيمة الشرط الجزائي ولكن نجده يشترط حدوث الضرر، في حين نجد أن القضاء في الدول العربية يجيز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي وفي ذات الوقت يشترط وقوع ضرر. (السنهوري، 2004، ص 898)

المبحث الرابع: الشرط الجزائي في الشريعة الإسلامية

لم يرد في الشرط الجزائي حكم شرعي وإنما هو نتاج القوانين الوضعية.

المطلب الأول: تعريف الشرط الجزائي وخصائصه وأقسام شروط العقد في الشريعة الإسلامية

تعريف الشرط الجزائي:

هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير قيمة التعويض الذي يستحقه من شرط لصالحه وذلك عن الضرر الذي قد يلحقه في حال لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر عن الوفاء بالتنفيذ. (حميدي، 2017، ص 77)

ويعرف الشرط الجزائي عند من قال به: بأنه التزام إضافي، يتفق بموجبه الطرف العلاقة التعاقدية على تعيين التعويض الشرعي الذي يستحق في حال الإخلال الطوعي والاختياري المضر بالمشترط لصالحه. ونجد أن أساس التعويض في الفقه الإسلامي هو جبر الضرر الحادث وبما يساويه. (اليميني، 1426، ص 340 - 344)

خصائص الشرط الجزائي:

أهم خصائصه ومميزات الشرط الجزائي نوردها في النقاط التالية:

1. يُعد شرطاً لأنه التزام من أحد أطراف العلاقة التعاقدية على الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف موضوع العقد، وغير موجود وقت التعاقد.
2. هو شرط في العقد أو بعده، ولكن قبل حدوث الإخلال بالالتزام، يعمل عند حدوث الإخلال بشروط والتزامات العقد.
3. هو جزائي فهو ينص على مقدار الجزاء المالي الذي يتحمله المتعاقد المخل بالتزاماته، ولكنه لا يتضمن معنى العقوبة.
4. يُعد الشرط الجزائي تقديراً جزافياً لأن مقدار التعويض يقدر قبل وقوع الضرر.
5. الشرط الجزائي يُعد التزاماً تبعياً فهو شرط لضمان تنفيذ الالتزام الأصلي، وله أثر محفز على الوفاء بالالتزامات الواردة في العقد تفادياً للإخلال الموجب لتطبيق الشرط الجزائي. (حميدي، 2017، ص 12)

أقسام شروط العقد في الشريعة الإسلامية:

قسّم جمهور الفقهاء الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام:

1. شروط تصح هي والعقد: مثل وجود شرط من مصلحة العقد، فالعقود التي لا يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً يكون الشرط الجزائي فيها صحيحاً، إذ يُعد حافزاً لإكمال التزامات الواردة بالعقد في وقتها المحدد.
2. شروط تبطل هي والعقد: منها شرط يؤدي إلى الوقوع في الربا، والشرط الجزائي في عقود الدين يؤدي إلى الربا فيكون بذلك باطلاً مبطلاً للعقد.
3. شروط تسقط ويصح العقد: اشتراط الالتزام بالتصدق في عقود الدين يلحق بحكم الشرط الجزائي في هذه العقود. (حميدي، 2017، ص 77)

المطلب الثاني: أدلة المجيزين والمانعين للشرط الجزائي

أولاً: أبرز أدلة المجيزين للشرط الجزائي:

1. الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " عليه فإن القاعدة المستنبطة من الحديث أن (الضرر يُزال) ومن هنا يكون التعويض في الشرط الجزائي عن الأضرار المحتملة، ويمكن للقاضي تعديل قيمة الشرط الجزائي أو إسقاطه في حال عدم تحقق الضرر.
2. الأصل في الشروط عند الجمهور الإباحة لا الحظر إلا ما دل الدليل على حرمة، فلا يتم التسليم بعدم وجود دليل على حرمة الشرط الجزائي لان الاتفاق على تقدير الضرر قبل وقوعه غير جائز للجهالة والغرر ولما فيه أكل أموال الناس بالباطل، ولكن يرد على ذلك بأن تقدير الضرر مبدئي ويمكن تعديله ليكون مساوياً لقيمة الضرر وبذ تنتفي الجهالة والغرر.
3. الشرط الجزائي في غير الديون مصلحة غير متوهمة ولا تلغي العقد وانما تحت على الوفاء بالشروط حيث جاء في الحديث " المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"، وقال شريح القاضي "من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه".
4. البعض يرى أنه لا يُسلم بوجود حاجة ماسة للشرط الجزائي استناداً لقاعدة "الحاجة تنزل منزلة الضرورة " حيث إن التعويض بعد وقوع الضرر يغني عن تقدير الضرر مسبقاً،

ولكن يرد على ذلك بأن الحاجة موجودة وممثلة في تحفيز المشتراط على نفسه من أجل القيام بالتزاماته في موعدها ومما يجنب أطراف العلاقة التعاقدية الخسارة المتوقعة جراء عدم تنفيذ الالتزام في وقته بدون سبب يمنع الوفاء بذلك الالتزام. (حميدي، 2017، ص ص 66 – 68)

ثانياً: أبرز أدلة المانع للشرط الجزائي:

1. إن الشرط الجزائي يعرف بأنه اتفاق على أنه ذلك التقدير الجزائي للتعويض عن الضرر قبل حدوثه، لذا يرى من يأخذ برأي منع الشرط الجزائي لعدم جوازه والعلة من ذلك أنه يؤدي إلى الجهالة والغرر والرهان المحرم والمقامرة وأكل أموال الناس بالباطل.
2. مادام مقدار التعويض موكلاً للقضاء مطلقاً فلا يجوز تقديره مقدماً بالشرط الجزائي، ويرد على ذلك بأنه لا يرفع الشرط الجزائي للقاضي إلا في حال النزاع على مقدار التعويض أو حدوث الضرر من عدمه، أما في حال عدم التنزع فيُكتفى بالشرط الجزائي للوفاء بالالتزامات وتفادي التأخير المؤدي إلى الضرر.
3. قاعدة " سد الذرائع " إن الشرط الجزائي يؤدي إلى التنزع واكل أموال الناس بالباطل، ويرد على ذلك بأن الشرط الجزائي في غير الديون يُعد سد لذريعة وقوع الضرر الناتج عن عدم الوفاء بالالتزامات مما يؤدي إلى التنزع. (حميدي، 2017، ص ص 68 – 69)

الخاتمة

النتائج:

مما تقدم نستنتج التالي:

1. لتطبيق الشرط الجزائي لابد من توافر شروط استحقاقه وهي أربعة:
 - أ. (الخطأ) أو إخلال الملتزم بالتزامه.
 - ب. وقوع الضرر.
 - ت. العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.
 - ث. إنذار المدين أو إعداره
2. إذا كان الضرر الحادث بسبب المشتراط أو بسبب أجنبي فلا يطبق الشرط الجزائي لاختلال شروط استحقاقه، وذلك عند من قال بصحة الشرط الجزائي.
3. الضرر قد يكون مادياً أو معنوياً، أخذت المحاكم السعودية بجواز التعويض عن الضرر المعنوي.
4. تطبيق الشرط الجزائي على عقود المقاول (الاستصناع) فقط ولا يجوز تطبيقه على عقود الأموال (القرض) وفق ما نصت عليه بعض قوانين الدول العربية.
5. الشرط الجزائي ليس عقاباً، بل تعويض عن الضرر.
6. أخذ القضاء في الدول العربية بمنح القاضي سلطة تقدير في تعديل مقدار التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي وذلك بتخفيض قيمته إذا كان مُبالغاً في تقديره أو إذا أثبت المدين وفائه بجزءٍ من الأعمال المكلف بها، وذلك على خلاف ما أخذ به المشرع الفرنسي حيث اخذ بمبدأ " ثبات الشرط الجزائي ".

7. لم يتحدث الفقه الإسلامي عن الشرط الجزائي ولا توجد معاملة مماثلة له فهو مستحدث، فالتعويض عن الضرر بالشرط الجزائي يعتبر إليه حديثة لتعويض الضرر لم يطبقها الفقه الإسلامي من قبل، ونجد أنها انتقلت إلى الدول العربية والإسلامية من قوانين وحضارات الأمم الأخرى.

التوصيات:

1. الاستفادة من الجوانب الإيجابية للشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي في العقود.
2. الابتعاد عن الشرط الجزائي في عقود الدين لأنه يؤدي إلى الربا.
3. نظراً لوجود اختلاف بين الفقهاء والقانونيين في حكم وتطبيق الشرط الجزائي انطلاقاً من طبيعته وكيفيته تُدعم ضرورة إعادة دراسته.

قائمة المراجع

المراجع القانونية:

1. بشير، أبو ذر الغفاري. (2004) - العقد والإرادة المنفردة في القانون السوداني - الطبعة الرابعة - (د.ن.).
2. السنهوري، عبد الرزاق أحمد. (2004م). الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
3. الضرير، الصديق. (1999م). الشرط الجزائي-الدورة الثانية عشرة، مجمع الفقه الإسلامي، ج 2.
4. قاسم، محمد حسن. (2016). العقد - المجلد الثاني - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان.

الرسائل العلمية:

5. بحر، جواد محمود أحمد. (2009). نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون - رسالة ماجستير في القضاء الشرعي - جامعة الخليل.
6. جبر، بسام سعيد جبر. (2011). ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود " دراسة مقارنة " - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط.
7. حميدي، محمد طه. (2017). الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي - رسالة ماجستير - قسم الشريعة - معهد العلوم الإسلامية - جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي - الجزائر.
8. زهيرة، ذبيح. (د.ت). الغرامة التهديدية في القانون الجزائري - كلية الحقوق - جامعة المدي.
9. اليمني، محمد بن عبد العزيز بن سعد. (1426هـ). الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة - دراسة فقهية مقارنة - رسالة دكتوراة - جامعة الملك سعود - المملكة العربية السعودية.

المجلات المتخصصة والمواقع الإلكترونية:

10. الشرقاوي، عبد الفتاح محمد أبو اليزيد. (د.ت). التعويض عن الربح الفائت في النظام الإداري السعودي وتطبيقاته القضائية - العدد 31 - الجزء الأول - جامعة القصيم.
11. الضرير، الصديق. (1999م). الشرط الجزائي-الدورة الثانية عشرة- مجمع الفقه الإسلامي، ج 2.
12. العتيبي، صالح ناصر. (2016). مدى سقوط الشرط الجزائي بفسخ العقد في ضوء أحكام محكمة التمييز - مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - العدد 4 - التسلسلي (16) - الكويت.

13. الغطاء، عباس كاشف. (د.ت). - الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) ، (د.ن)،

<http://www.kashifalgetaa.com/files/files/1alrd4we.pdf>

14. القبلان، مهدي علي عبد الله. (د.ت). موقف الشريعة الإسلامية من الشرط الجزائي ف العقود المبررة بقانون المدني

العراقي - مجلة الجامعة العراقية ع 51 / ج3 - كلية التربية السياسية - جامعة تلعفر - العراق.

القوانين

15. القانون المدني الألماني نسخة الصادرة في الصادرة في 2 يناير 2002 والمعدلة آخر تعديل بموجب المادة 4

الفقرة. 5 من قانون 1 أكتوبر 2013 (الجريدة الرسمية للقانون الفيدرالي، ص. 3719)

16. القانون المدني السوري رقم 84/ للعام 1949

17. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

18. القانون المدني الكويتي رقم 1980/67

19. القانون المدني الليبي 1954

20. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1984

21. قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م

22. قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932

المجلات الاحكام القضائية:

23. مجلة الاحكام القضائية - المملكة العربية السعودية- المجلد - المملكة العربية السعودية - 1434 هـ

24. مجلة الاحكام القضائية - جمهورية السودان 1973

جميع الحقوق محفوظة © 2022، الباحث/ محمد المنتصر محمد سري الدين محمد صالح، المجلة الأكاديمية للأبحاث والنشر

العلمي (CC BY NC)

Doi: [10.52132/Ajrsp/v4.42.7](https://doi.org/10.52132/Ajrsp/v4.42.7)