المجلة الإلكترونية الشاملة متعددة التخصصات
العدد السابع والثلاثون شهر (٦) ٢٠٢١

الشرط الجزائي في عقود المقاولات (دراسة مقارنة)

د. عائشه محمد اسماعيل الامين

قسم القانون ـ كلية إدارة الأعمال ـ جامعة الأمير سطام –المملكة العربية السعودية

قسم القانون – كلية الشريعة والقانون – جامعة دنقلا ـــ السودان

dr.aishaesmel76@gmail.com

الملخص:

هذه الدراسة تناولت الشرط الجزائي من ناحية قانونية، وهدفت هذه الدراسة إلى معرفة مفهوم الشرط الجزائي وشروط استحقاقه، ودوره في عقود المقاولات، وبيان الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وحكمه، وإمكانية تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي وفق أحكام القانون المدني الأردني والقانون المصري، ومعرفة أثار الشرط الجزائي على المتعاقدين في القانون.

وكانت أهم نتائج هذه الدراسة إن الشرط الجزائي قانونياً عبارة عن تقدير للتعويض بصورة اتفاقية بين طرفي العقد، إن زاد الضرر عن قيمة التعويض المتفق عليه وأثبت أن المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيم فإنه في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يزيد في مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع، ويجوز للمحكمة التدخل بناء على طلب أحد الطرفين وأن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك أو كان مبالغاً فيه، وللشرط الجزائي أهمية ومكانة في عقود المعاوضات المالية.

كلمات مفتاحية: الشرط الجزائي، عقد المقاولة، سلطة القاضي، القانون المدني الأردني، القانون المدني المصري.

Abstract

This study dealt with the penalty clause from a legal point of view, and this study aimed to know the concept of the penalty clause and the conditions for its entitlement, and its role in contracting contracts, and to clarify the legal nature of the penalty clause and its ruling, and the possibility of the judge's intervention to amend the penalty clause according to the provisions of the Jordanian Civil Code and Egyptian Law, and to know the effects of the penal clause on contracting parties in law.

The most important results of this study were that the legal penalty clause is an estimate of compensation in the form of an agreement between the two parties to the contract, if the damage exceeds the value of the agreed compensation and it is proven that the debtor committed fraud or a serious mistake, then in this case the judge may increase the amount of compensation until it becomes equivalent to the damage The court may intervene at the request of one of the parties and amend the amount of compensation if it finds a justification for that or it is exaggerated, and the penal clause has importance and place in financial compensation contracts.

Keywords: penal clause, contracting contract, judge's authority, Jordanian civil law, Egyptian civil law.

مقدمة:

الشرط الجزائي من المسائل المستحدثة، والذي أصبح غالبا موجود في كل عقد حيث لا تكاد تخلو منه عقود المعاوضات المالية، وهو في غالب القوانين والأنظمة العربية تعويض اتفاقي جزافي عن الضرر المتوقع مقدر مسبقاً. وقد أخذت القوانين العربية هذا التعبير عن القوانين الغربية، وادخلت عليه بعض التعديلات، وأول قانون عربي أُخذ به هو القانون المصري أخذه عن القانون الفرنسي، وعبّر عنه الدكتور السنهوري بعبارة التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي [1].

وأصبحت الحاجة الي الشرط الجزائي ضرورية ومهمة، حيث إن المشاريع المالية الضخمة تكون الخسائر كبيرة وفادحة عند عدم تنفيذ المشروع أو التأخر في تنفيذه، وأن العقود أصبحت تتم بين متعاملين بعيدين لا يعرفون بعضهم بعض مما يحتاج الى شروط جزائية لطمأنينة الالتزام لكلا الطرفين، كما أن المطل أصبح صفة لكثير من الناس، فالشرط الجزائي يرفع هذا الخوف من المماطلة فهو يقلل الخصومات والمنازعات بين المتعاقدين. فأهم فوائد الشرط الجزائي يعطي الثقة والاطمئنان للمشترط في تنفيذ العقد وعدم الإخلال به.

ويشترط الناس في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه، أو يمتنع عن ذلك كله، وقد سماه الفقه الغربي أو الأجنبي بالشرط الجزائي [2].
والشرط الجزائي يقوم على أساس وجوب التعويض المتفق عليه بين القائم بالعمل ورب العمل، وهو أكثر ما يكون في عقود المقاولات، لذلك جاءت هذه الدراسة، موضحة مفهوم الشرط الجزائي وخصائصه وطبيعته القانونية، كما بينت الدراسة مفهوم عقد المقاولة وخصائصه، وحكم الشرط الجزائي في عقود المقاولات، وسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي.

مشكلة الدراسة:

أن هذه الدراسة تتناول مشكلة مهمة تثور يومياً في الحياة العملية والقانونية، وهي مشكلة الشرط الجزائي أو كما يعرف أيضاً بالتعويض الاتفاقي في معظم عقود المقاولات عند عدم تنفيذ العقد أو التأخر في التنفيذ أو التنفيذ الجزئي أو التنفيذ المعيب، وهنالك العديد من الأسئلة التي ستجيب عليها هذه الدراسة هي:

- ما مدى إلزامية الشرط الجزائي في عقود المقاولات؟
- وهل للمحكمة صلاحية تجاوز ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف في البنود المتعلقة بالشرط الجزائي في حال تبين للمحكمة عدم وجود التناسب بين مقدار الضرر الفعلي، وما حدد اتفاقاً كشرط جزائي؟ وهل يعتبر ذلك مخالفة للقاعدة القانونية (العقد شريعة المتعاقدين) أم لا؟
- وهل تملك المحكمة صلاحية التعديل في شروط العقد تحقيقاً للعدالة وتكافؤ التعاقد ؟،
- وما مدى سريان نظرية الظروف الطارئة او السبب الأجنبي وأثرها على الشرط الجزائي في عقود المقاولات.

(1) السنهوري، عبد الر ا زق، 1968، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، ص852
(2) الزرقاء، مصطفى، المدخل الفقهي العام - أو الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ص 386

أهداف الدراسة:

ـ معرفة مفهوم الشرط الجزائي ودوره في عقود المقاولات.

ـ معرفة سلطة المحكمة في تعديل الشرط الجزائي وتعديل أي بند أو شرط من شروط اتفاقية المقاولة أو عقد المقاولة.

ـ معرفة ما يتعلق بالطبيعة القانونية للشرط الجزائي وحكمه.

ـ بيان أهم القواعد التي من الممكن أن تؤثر في تكوين العقد مثل قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) والحالات التي يحق للمحكمة أن تخالف فيها هذه القاعدة.

أهمية الدراسة:

الشرط الجزائي من المسائل المستحدثة التي لم تعرف في المجتمعات العربية إلا في العصور المتأخرة في عقود المعاوضات المالية، حيث لا تكاد تخلو منه عقود المعاوضات المالية المتراخية التنفيذ التي يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد كعقود المقاولات والتوريد والصيانة. وكذلك إعادة الثقة بالقوة التنفيذية للعقود، فالكثير من التجار يبحثون عن وسائل تضمن لهم التنفيذ لتعاقدهم، وتؤمن لهم الحصول على حقوقهم في حال تخلف المدين أو تأخر عن تنفيذ الالتزام. وأيضا إزياد اللجوء الي عقود المقاولات بحكم طبيعة الحاجة اليها.

منهج البحث:

يعتمد الباحث في البحث أسلوب البحث القانوني المقارن بين عدة قوانين سواء في نطاق القواعد القانونية العامة، أو نطاق القوانين المدنية بصورة عامة، فكان الاعتماد على المنهج الوصفي والتحليلي القائم على الاستقراء، وتحليل المعلومات ومناقشتها.

هيكلة البحث:

المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي.

المبحث الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي.

المبحث الثالث: مفهوم عقد المقاولة وخصائصه وتكييفه القانوني.

المبحث الرابع: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي وحكمه في عقود المقاولات.

المبحث الخامس: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي).

المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي

عُرف الشرط الجزائي بعدة تعريفات منها:

هو التعويض الذي يحدده المتعاقدان مقدّما في العقد جزاء على إخلال أحدهما بما تعاقد عليه أو التزم به أو تعهده في ضمن العقد، ولم يكن عذر في إخلاله، وقد يكون بعد العقد وقبل حدوث الضرر [1].

وعرفه الدكتور الصديق الضرير: بأنه (اتفاق على تقدير التعويض إذا لم يقم الملتزم بالتزامه في التنفيذ أو إذا تأخر في تنفيذ التزامه) [2]..

وعرفه زكي الدين شعبان بأنه: (اتفاق المتعاقدين مقدماً على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر عنه) [3]. وقد خص الشرط الجزائي بالدين رغم أنه يدخل على غيره من العقود.

يقول الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي: أن الشرط الجزائي: هو اتفاق المتعاقدين على الغرامة، أو اشتراط الدائن على المدين دفع غرامة، أو يكون التغريم بإصدار القاضي حكما بتعويض الدائن نقدا، أو عينا إذا تأخر المدين عن سداد الدين. وقرر مجمع الفقه الدولي أن: الشرط الجزائي في القانون هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شُرِط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم يُنَفِّذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخّر في تنفيذه [4].

---

(1) السنهوري، الوسيط،874/2.

(2) الضرير، الصديق ،1999/ بحث الشرط الجزائي/ الدورة الثانية عشرة/ مجمع الفقه الإسلامي/ 1420هـ / ج2/ ص50.

(3) شعبان، زكي الدين، 1968، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ص161.

(4) (دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ - 1 رجب 1421هـ الموافق 23 – 28 أيلول (سبتمبر) 2000م

كما عرفه أحمد حشمت بقوله:(الشرط الجزائي: اتفاق المتعاقدين في ذات العقد، أو في اتفاق لاحق - وبشرط أن يكون ذلك قبل لإخلال بالالتزام - على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، أو تأخيره عنه فيه) [1].

في حين نص المشرع المصري على الشرط الجزائي في المادة (112) من القانون المدني المصري على أنه: (يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق).

ففي القانون المدني الفرنسي، نص المشرع الفرنسي في القسم السادس من الفصل الرابع في الباب الثالث، تحت عنوان " في الالتزامات المقترنة ببنود جزائية، في المادة (1111) منه على أن:(البند الجزائي هو البند الذي يلتزم شخص بموجبه، لأجل ضمان تنفيذ اتفاقية، بأداء شيء في حال عدم التنفيذ)، ونص أيضاً في المادة (1119) من نفس القانون على: (إن البند الجزائي هو تعويض عن العطل والضرر اللاحق بالدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي) [2].

عرف الفقيه الفرنسي TOULLIER الشرط الجزائي بأنه: (ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كعقوبة لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه) [3].

والتعريف الراجح: التزام زائد يتفق بموجبه المتعاقدان على تعيين التعويض الشرعي الذي يستحق عند الاخلال الاختياري المضر بالمشترط.

وسمي هذا الاتفاق بالشرط الجزائي، لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الاصلي الذي يستحق التعويض على اساسه، وتكييفه القانوني كما يقول الدكتور السنهوري: (هو أنه التزام تابع لا التزام أصلي).

وهذا ما يوصف بأنه تعويض اتفاقي، وهو ما يسمى: بالشرط الجزائي، وله تسميات أخرى، كالجزاء الاتفاقي، والجزاء التعاقدي، والتعويضات الجزائية [4].

إن جميع التعريفات السابقة عرضت لمعنى الشرط الجزائي الذي يرد في العقود والتصرفات عموماً، وهي تشير إلى نوعين منه:

النوع الأول: الشرط الجزائي المترتب على عدم تنفيذ الأعمال، أو التأخر فيه، كالاتفاق على دفع مبلغ مالي إذا لم ينفذ المقاول العمل الذي تم التعاقد عليه، أو إذا تأخر في تنفيذه عن الوقت المحدد، أو اشتراط اقتطاع مبلغ معين من أجرة العامل، وراتب الموظف إذا أخل بعمله، أو وظيفته، والثاني: الشرط الجزائي المترتب على تأخير الوفاء بالديون المالية عن آجالها كلياً أو جزئياً، كاشتراط مبلغ مالي مقترن بعقد بيع، الثمن فيه آجل، أو عقد قرض، يدفعه المدين عن كل يوم تأخير، أو عن كل شهر، أو عن كل سنة، أو اشتراط تعجيل باقي الأقساط، إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها، فمحل الالتزام في العقد الأصلي في النوع الأول قيام بعمل أو امتناع عن عمل، ومحله في النوع الثاني أداء مبلغ من المال في وقت محدد .

---

(1) أبو ستيت، أحمد حشمت،1945، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، القاهرة، ص ٤٤٢.

(2) القانون المدني الفرنسي بالعربية، جامعة القديس يوسف في بيروت، الطبعة،108 ،2009.

(3) درادكة، فؤاد، الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) في القانون المدني الأردني، ص64.

(4) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق876/2.

والنوع الثاني: من الشرط الجزائي هو موضوع البحث، ويمكن وضع تعريفاً خاصاً للشرط الجزائي في الديون، ممن التعريفات الوظيفية ال النحو التالي: (هو اتفاق مقترن بعقد، أو لاحق له، يحدد بموجبه العاقدان مسبقاً مبلغاً من المال، أو تعويضاً تأخيرياً لمن اشترط له عند عدم الوفاء بالدين أو التأخر فيه)، وأعني بالدين هنا المبلغ المالي الثابت في ذمة المدين. وقد يكون الشرط الجزائي في اتفاق لاحق للعقد قبل وقوع الضرر الذي يقدر من الشرط الجزائي التعويض عنه. ومن أسماء الشرط الجزائي التعويض الاتفاقي والبند الجزائي ولا أثر لاختلاف التسمية.
تبرز أهمية الشرط الجزائي في كثرة استعماله في عقود المقاولات والتوريد والنقل بشكل خاص، حيث انتشر إدراج الشرط الجزائي في العقود المشار إليها أعلاه، ذلك لأهمية هذه العقود، والتي يعتبر من أهمها عقد المقاولة، حيث تم وضع شرط خاص ضمن عقد فيديك والذي يعتبر من أهم عقود المقاولة، والذي يتم إبرام معظم عقود البناء والإنشاءات بهذا العقد.

ميزة الشرط الجزائي عن بقية الشروط:

يتضح من تعريف الشرط الجزائي، بأن النص على الشرط الجزائي في العقود يؤكد على وجود عدد من المزايا لصالح المتعاقدين، وللغير أيضاً، ولذلك يتميز الشرط الجزائي بعدة مزايا، وأهمها ضمان تنفيذ هذه العقود حسب ما اتفق عليه أطرافها بدون تأخير، وذلك تجنباً لدفع قيمة الشرط الجزائي كتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، وأن ذلك يؤدي إلى حماية مصالح الأفراد أو الجماعات، حيث يمكن اجمال هذه المزايا على النحو التالي:
1/ ضمان تنفيذ الالتزام:
أن وجود هذا الشرط ضمن أحكام العقد يدفع المدين الى تنفيذ الالتزام، لأنه يعلم انه ملزم بدفع عن التزامه الأصلي في حالة عدم تنفيذه أو عدم التأخر في تنفيذه [1]، حيث يضمن هذا الشرط تنفيذ الالتزام ، وهذه الميزة هي أهم مزايا الشرط الجزائي حيث أن ذلك يعتبر إحدى الوسائل لضمان تنفيذ الالتزام بطريقة فعالة ، حيث أن الشرط الجزائي يشكل بذلك قوة فعالة، أو ضاغطة على الملتزم بتنفيذ ما التزم به في العقد، وبالتالي تجنب الضرر للمتعاقد الأخر، حيث أن ذلك يمنع سوء النية لدى المتعاقد الأخر، كما أنه يجعله حريصاً على عدم الإخلال في أي التزام ، كما أنه يجعل الطرف الأخر في العقد قي حالة الاطمئنان والأمان[2].
2/ يجنب المتعاقدان تحكم القضاء:
لجوء المتعاقدين الى تقدير الضمان الذي يجب على المدين دفعه نتيجة إخلاله بالالتزام، يجنب القضاء تقديره وتحديد نوعه، لأن المتعاقدين أقدر على تقدير الضرر الذي حل بأحدهما نتيجة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، ولكن تكون هذه الحالة عند عدم الطعن أمام المحكمة في قيمة التعويض، حيث نص المشرع الأردني في الفقرة الثانية من المادة (214) على انه: (ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك).

---
[1] درادكة، فؤاد، مرجع سابق، ص 91
(2) درادكة، فؤاد، مرجع سابق، ص 91

وعليه فإن وجود الشرط الجزائي في الاتفاق لا يعتبر أمراً ملزماً للأطراف، حتى لو اتفق الأطراف على عدم اللجوء الى المحاكم، لأن في ذلك مخالفة واضحة وصريحة للتطبيقات القانونية الصحيحة، وعليه وبناءً لما تقدم فإن هذه الميزة التي يتميز فيها الشرط الجزائي تكون في حالة واحدة وهي عند عدم اللجوء الى القضاء.

3/ يزيد قوة العقد الملزمة:

إن الشرط الجزائي يسبغ على العقود قوة جديدة على قوتها القانونية العادية، حيث أن ذلك يؤدي إلى عدم إخلال الملتزم بتنفيذ التزامه، وإلا وبعكس ذلك سوف يكون ملزم بدفع التعويض المتفق عليه في العقد، حيث يغلب في الحياة العملية أن يكون مقدار الشرط الجزائي أكبر من مقدار الضرر الحقيقي، الذي يكون لحق بالدائن، وإن هذه الميزة تفرض الاحترام الدقيق للالتزامات الثانوية التي قد يميل المدين الى إهمالها ، حيث يحرص إلى عدم الإهمال في تنفيذ الالتزام لعدم تعرضه لدفع قيمة الشرط الجزائي، وإن مثل هذا الشرط يسهم في انشاء نوع من الالتزام الاقتصادي الخاص.

4/ توفير النفقات وتخفيف الوقت:

إن الاتفاق على قيمة الشرط الجزائي يجنب من اشترط لمصلحته الإجراءات القضائية، والتي تكون دائماً بطيئة، وإنه في حالة عدم تنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه، فإنه يوفر النفقات في حالة عدم الطعن في قيمة التقدير، حيث إن الملتزم يقوم بدفع قيمة الشرط الجزائي في حالة عدم تنفيذه للالتزام أو تأخر في ذلك تجنباً للجوء الطرف الأخر إلى القضاء، وما يترتب على ذلك من دفع الرسوم والنفقات والمصاريف الأخرى التي قد تتطلبها الدعوى [1].

5/ يجنب المنازعات التي تثور حول الضرر:

إن وجود الشرط الجزائي يجنب المنازعات ويزيل كل صعوبة محتملة حول الضرر، سواء ما تعلق منها بوقوعه أو عدمه، أو حتى تقديره، ويغني في الغالب عن رفع الدعاوى، سواء كان الضرر مباشراً او غير مباشر، متوقعاً او غير متوقع، لأن وجود مثل هذا الشرط يعني ضمنياً بأن هنالك إقرار من الملتزم به، وأنه في حالة إخلاله بالالتزام يترتب عليه ضرر للدائن، وهذا ما يرفع عن كاهل الدائن إثبات الضرر، ويجعل نفيه على كاهل المدين خلافا للقواعد العامة.

6/ يقيد المسؤولية:

قد يقوم الشرط الجزائي بدور الشرط المقيد أو المحدد للمسئولية، ويقع هذا عندما يكون مقدار التعويض المحدد مقدماً لعدم التنفيذ اقل بشكل ملحوظ عن مقدار الضرر الفعلي الناشئ من جراء عدم التنفيذ.

7/ يؤكد على التنفيذ السليم والصحيح للعقود والاتفاقيات الضخمة:

إن وجود الشرط الجزائي في الاتفاقيات والعقود الكبيرة والضخمة مثل عقود المقاولات والبناء والإنشاءات، يؤكد على حرص كل من المقاول وصاحب العمل، والمقاولين الفرعيين على أن يقوموا بأعمالهم على أحسن وجه، حيث إن عقود المقاولات تعتبر من أكبر العقود واهم العقود في وقتنا الحاضر، وأن أي تأخير أو أي تقصير في تنفيذ هذه العقود يؤدي الى أضرار كبيرة للمجتمع وللأشخاص جميعا.

---

[1] درادكة، فؤاد، مرجع سابق، ص 91

ومما سبق يتميز الشرط الجزائي بأنه ليس هو السبب في استحقاق التعويض، بينما الشرط غير الجزائي في العقد يكون هو السبب في استحقاق التعويض. والسبب في وجوب المشروط سواء كان تعويضا نقديا أو شيئا آخر.
وعلى هذا فلا يتولد عن الشرط الجزائي التزام أصلي بالتعويض، ولكن يتولد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين.

وأن الشرط الجزائي قد يكون مقترنا بالعقد وقد يكون متفقا عليه بعد العقد وتارة قد يكون قبل العقد ويسمى الشرط الجزائي السابق [1].

وسمي هذا الاتفاق بالشرط الجزائي، لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه، وتكييفه القانوني كما يقول الدكتور السنهوري: (هو انه التزام تابع لا التزام أصلي). وقد يكون الشرط الجزائي في اتفاق لاحق للعقد قبل وقوع الضرر الذي يقدر من الشرط الجزائي التعويض عنه.

خصائص الشرط الجزائي:
أن الغاية الأساسية من الشرط الجزائي، وكما ذكرنا سابقاً هي ضمان تنفيذ الالتزام، وهذا يعني بالضرورة أن هنالك التزام أصلي، وهذا يعني أن الشرط الجزائي لا يستحق إلا في حالتي عدم تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزام الأصلي، أو التأخر في تنفيذ هذا الالتزام، وبالتالي فإن الشرط الجزائي يدور وجوداً وعدماً مع الالتزام الأصلي، فضلاً عن أنه يتم تحديده بالاتفاق بين أطراف العقد، وبالتالي فإن للشرط الجزائي خاصيتين:
أولاً: الشرط الجزائي التزام تابع:
لما كانت الغاية من الشرط الجزائي هي ضمان تنفيذ الالتزام، فإن هذا يقتضي بالضرورة، وجود التزا م أصلي، وهذا ما يجعل من الشرط الجزائي التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي، ولذلك فإن الشرط الجزائي يدور وجوداً وعدماً مع الالتزام الأصلي ، وهذا يعني أنه في حال بطلان الأصل فإن الشرط الجزائي يبطل تلقائياً، والعكس غير صحيح، حيث جاء المشرع الأردني في القواعد العامة لتفسير العقود في القانون المدني بأن المادة(118) من القانون المدني الأردني نصت على أن (التابع تابع ولا يفرد بالحكم) وأيضاً فقد نصت المادة (119) من القانون المدني الأردني بأنه: (إذا سقط الأصل سقط الفرع) وهذا يعني بالضرورة بأنه في حال بطلان الالتزام أو العقد الأصلي فإن الشرط الجزائي يبطل تلقائياً، وفي حال بطلان الشرط الجزائي فإن العقد أو الالتزام يبقى قائماً، وذلك لأن الشرط الجزائي وضع لتنفيذ الالتزام الأصلي، فإذا لم يوجد هذا الالتزام فليس هنالك مبرر للحديث عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وبالتالي ليس هنالك مبرر لإعمال الشرط الجزائي.

[1] السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 2/ 852.

ثانياً: الشرط الجزائي شرط اتفاقي:
إن خاصية الاتفاق على الشرط هو اجازة للمتعاقدين بمقتضى أحكام نصوص القانون المدني الأردني، حيث قضت الفقرة الأولى من المادة (214) من القانون المدني على أنه: (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون)، حيث أجازت هذه المادة للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان في الأصل أن الغاية من الشرط الجزائي هو تخلص المتعاقدين من تحكم القضاء في تحديد قيمة التعويض في حالة الإخلال بالالتزام الأصلي، وذلك في عدم التنفيذ، أو التنفيذ المعيب، أو التأخر في التنفيذ، وتجنب بطء اجراءات التقاضي، وتحكم القضاء.
إن أساس الاتفاق على قيمة الشرط الجزائي هو القاعدة القانونية العامة، والتي نص عليها المشرع في القانون المدني الأردني، وهي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث أن أساس هذه القاعدة هو احترام إرادة المتعاقدين التي أنشأت هذا العقد، إلا أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والمبني عليها الشرط الجزائي لا تؤخذ على إطلاقها، بمعنى أن قيمة الشرط الجزائي ملزمة على الطرف الذي لا يلتزم بشروط العقد وذلك في حالة عدم التنفيذ او التنفيذ المعيب او التأخر في التنفيذ [1].

المبحث الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي:
إن الشرط الجزائي، وكما بينت هذه الدراسة سابقاً هو تعويض اتفاقي يحدد فيه مقدار التعويض عن الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين للالتزام، أو نتيجة لتنفيذه لهذا الالتزام بشكل معيب وما هو بذلك إلا تقدير اتفاقي للتعويض المستحق للدائن عند إخلال المدين بالتنفيذ، حيث يتبين من نص المادة (214) من القانون المدني الأردني بإن الشرط الجزائي ليس هو مصدر أو سبب استحقاق التعويض بحد ذاته، حيث أن الشرط الجزائي لا ينتج عنه التزام أصلي بالتعويض بل أنه التزام تبعي بتقدير التعويض، حيث أن التعويض مصدره العقد وحيث أن الشرط الجزائي يرد في العقد أو باتفاق لاحق مرتبط بالعقد، فإنه يشترط لاستحقاقه ما يشترط لقيام المسؤولية العقدية التي استقر عليها الفقه والتشريع، حيث أن أركان المسؤولية العقدية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وأخيراً يجب أن يتم الإعذار لكي تقوم المسؤولية العقدية، ولذلك فإن الشرط الجزائي ليس السبب في استحقاق التعويض، حيث انه لا يتولد عن الشرط الجزائي التزام اصلي للتعويض ولكن يتولد عنه التزام تبعي لتقدير التعويض باعتبار أن الشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي، سواء أكان مصدر هذا الالتزام العقد أو أي مصدر آخر من مصادر الالتزام كما انه لا بد من الإشارة الى أن خاصية التبعية التي يتميز بها الشرط الجزائي يقضي بأن لا يكون لبطلانه أثر على الالتزام الأصلي، حيث إن الشرط الجزائي يعتبر عنصر من عناصر الالتزام ومتمم له وأن العلاقة بينهما علاقة التابع بالمتبوع وأنه يترتب على ذلك في حالة بطلان التابع لا يبطل المتبوع بمعنى أن الالتزام الأصلي يبقى ويستمر حتى وإن بطل الشرط الجزائي وهنا يصبح من اختصاص المحكمة تقدير التعويض الذي يستحقه أحد الطرفين في حالة تسبب بضرر للأطراف وفق القواعد العامة.

---
[1] السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 852/2

وشروط استحقاق الشرط الجزائي هي:

1/ الخطأ (الاخلال بالالتزام التعاقدي):

ويقع خطأ المدين بالنسبة للالتزام العقدي وذلك لعدم قيامه بتنفيذ الالتزام المترتب عليه تنفيذه أو تأخيره في التنفيذ، ولا يتخلص المدين من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي وفقاً لأحكام المادة (111) من القانون المدني الأردني، حيث أوردت هذه المادة بعض صور السبب الأجنبي الذي يعفي المدين من المسؤولية العقدية وبالتالي يستحق التعويض. وهذه الأسباب المنصوص عليها في المادة (111) المشار اليها أعلاه هي:

أ/ الآفة السماوية:

لقد أخذ المشرع الأردني بالآفة السماوية باعتبارها صورة من صور السبب الأجنبي، حيث إن مصدر ذلك هو الفقه الإسلامي، والآفات السماوية المقصودة في هذا النص والتي تعفي من الالتزام هي الزلازل والفيضانات والبراكين والصواعق والآفة السماوية وصورها المشار اليها أعلاه هي حوادث خارجية، ولا علاقة للإنسان أو لأي شخص في حدوثها، ولا يمكن لأي شخص أن يحدد تاريخ وقوعها، ولا يمكن دفعها.

ب/ الحادث الفجائي أو القوة القاهرة:

أن القانون المدني لم يحدد مفهوم للقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، إلا أن بعض الفقهاء عرفوا القوة القاهرة على أنها كل شيء لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضانات وحرائق، والبعض الآخر من الفقهاء عرف القوة القاهرة بأنها، واقعة من غير الممكن توقعها ولا يمكن دفعها.

ويشترط أن يتوفر هذين الشرطين فيها لكي يتحقق مبدأ أو مفهوم القوة القاهرة، حيث أنه وفي حال تحقق هذين الشرطين، وأن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلاً، تتحقق القوة القاهرة وكل ذلك خاضع لتقدير المحكمة، إلا أن القوة القاهرة او الحادث الفجائي سوف تحول دون استحقاق الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي في حال كان السبب الرئيسي أو الأساسي لعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ أو التنفيذ المعيب قد حصل بسبب القوة القاهرة، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية على أنه (لا يمكن إعفاء المدين مبدئياً من الحكم بالشرط الجزائي إلا إذا ثبت أن عدم التنفيذ كان لسبب أجنبي أو لقوة قاهرة لا يد له فيه).

وجاء في قرار مجمع الفقه الدولي (ألا يُعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شُرِط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسببٍ خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد)[1].

ج/ فعل الغير:

إن فعل الغير الذي يعفي من المسؤولية المقصودة هو الفعل الذي يصدر عن شخص ثالث، أي من غير أطراف العقد[2].

---

[1]) (دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ - 1 رجب 1421هـ الموافق 23 – 28 أيلول (سبتمبر) 2000م

[1] الفاكهاني، حسن،1979، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ص 1347

ولكن لا بد للإشارة الى أنه لا يعتبر من الغير من وقع منه الخطأ وهو باعتبار أنه يعمل لدى إحدى أطراف العقد، ومثال على ذ لك في حال كان هنالك مقاول أو مقا ول من الباطن يعمل تحت السلطة الفعلية لأحد المتعاقدين أو أحد أطراف العقد، وتحت رقابته وتوجيهه، وهذا ما يندرج تحت مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وفقاً لأحكام (الفقرة ب من المادة 188) من القانون المدني الأردني.

2/ الضرر:

أن الضرر هو الركن الأساسي في المسؤولية المدنية بشقيها العقدية أو التقصيرية، حيث إنه ليس هنالك تعويض بدون ضرر يلحق بالدائن، حيث وأن صدر خطأ من المدين ولم ينتج عنه ضرر للدائن فإن المسؤولية لا تنعقد في هذه الحالة، وإن كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية، حيث إن التعويض مرهوناً بضرر يلحق بالدائن نتيجة فعل المدين [1].

عرف الفقه الضرر على أنه الأذى الذي يصيب شخص معين بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذو قيمة مالية أم لا.

القانون المدني الأردني اشترط وقوع الضرر لقيام المسؤولية العقدية في المادتين (211–212)، حيث قضت المادة (211) على أنه: إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه للمدين مراعية الضرر الذي أصاب الدائن، كما وقضت أيضاً المادة (212) على أنه: إذا لم يكن الضمان مقدر في القانون أو في العقد فللمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه.

واستناداً لهذين النصين المشار اليهما أعلاه أن الضرر أساس المسؤولية العقدية وكما أنه أساس المسؤولية التقصيرية وأنه لا تعويض بدون ضرر وبعكس ذلك لأصبح إثراء بلا سبب، وعليه فان الشرط الجزائي لا يستحق إذا لم يترتب ضرر نتيجة الإخلال بالالتزام من جانب الدائن [2].

وهنا لا بد التنويه بأن الضرر الواجب التعويض عن المسؤولية العقدية أن يكون الضرر محققاً أي وقع فعلاً أما إذا كان مستقبلاً فقد يكون محقق الوقوع وقد يكون محتملاً، وعليه فإن الضرر الواجب التعويض عنه هو الضرر المحقق الوقوع ومثال ذلك أنه في حالة تصدع جدار منزل معين من جراء حفريات جارية تحته فإن هذا الضرر محقق الوقوع في المستقبل وهو سبباً يحق لصاحب المنزل أن يطالب الفاعل بالتعويض عنه [3].

وعليه فإن الشرط الجزائي لا يستحق إلا في حالة ان كان الضرر وقع فعلاً أو محقق الوقوع نتيجة الإخلال في الالتزام الأصلي أو التأخير في تنفيذه أو التنفيذ المعيب، وذلك تنفيذاً لخاصية تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي.

---

(2) مرقس، سليمان، 1987، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الجزء الثاني، ص 553

(3) عبد الرحيم، عامر، المسؤولية المدنية، القاهرة، دار المعارف، الطبعة الأولى، ص 292

(4) سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة ومقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، ص 381–386

أما بالنسبة لإثبات الضرر فان عبء إثبات هذا الضرر يقع على عاتق من يدعي وقوع هذا الضرر، وهذا تطبيقاً للقاعدة الفقهية والقانونية التي نص عليها المشرع الأردني في القانون المدني في نص المادة (77) والتي تنص على (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)، وعليه فإن الدائن هو المكلف في إثبات الضرر وله الحق بإثبات ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة الشخصية، كون الضرر الناتج عن المسؤولية هو واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات، وفي جميع الأحوال يتم تقدير وتحديد قيمة التعويض، وفيما أن الضرر وقع فعلاً أو محقق الوقوع أو احتمالي فإن ذلك كله يخضع لتقدير قاضي الموضوع.

3/علاقة السببية:

أن مفهوم العلاقة السببية هو أن يكون الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة لفعل المدين، وهذا تطبيق لنص المادة (111) من القانون المدني الأردني، حيث قضت بأن الدائن يستحق التعويض في حالة كان الضرر نتيجة طبيعية للفعل الخطأ، وفي هذه الحالة على الدائن أن يثبت أن الضرر الذي لحق به هو نتيجة فعل المدين وفي الشرط الجزائي على الدائن أن يثبت بأن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه أو تأخر فيه مما أدى الى لحاق الضرر بالدائن أما المدين ولكي يدفع عن نفسه المسؤولية بدفع التعويض الذي يستحقه الدائن، على أن سبب عدم تنفيذه الالتزام أو التأخر في تنفيذه عائد لسبب أجنبي، وبذلك ينفي علاقة السببية ما بين الفعل الضار الذي لحق بالدائن، وأنه من المفترض أن محكمة الموضوع أن تتثبت من علاقة السببية ما بين الفعل والضرر، أي بمعنى أن تبين أن الضرر الذي لحق بالمدين ناتج عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، وإلا حكمها أصبح قاصراً ومعرض للنقض[1]..

خلاصة القول أن مسألة تقدير علاقة السببية مسألة دقيقة بسبب تعدد الظروف والأحوال في إثباتها وتداخلها حيث يزداد الأمر تعقيداً في أمر تقديرها بدقة وبصورة خاصة عند تعدد الأسباب المفضية الى الضرر، والى تعدد النتائج إلا أن القانون المدني الأردني، وضع قاعدة عامة في المسؤولية عن من يتحمل المسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالدائن بعد أن وضع لها أحكاماً خاصة في المادة(157) من القانون المدني، حيث قضت هذه المادة على أن الإضرار يكون إما بالمباشرة أو بالتسبب ووضع شروطاً في حالة كان الإضرار بالتسبب وهذه الشروط هي أن يكون هنالك تعدياً من الفاعل أو إهمال أو تقصير.

4/الإعذار:

الإعذار أو ما يسمى أيضاً بالإنذار، هو من الشروط اللازمة لاستحقاق التعويض عن المسؤولية العقدية ويكون الإعذار لازماً لاستحقاق الشرط الجزائي باعتبار أن الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي، وتطبيقاً لذلك قضت المادة(271) من القانون المدني الأردني على أنه: (لا يستحق الضمان إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو العقد)،

(1) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص 248–249

إلا أن القانون المدني الأردني استثنى بعض الحالات من توجيه الإعذار، وقام بإعفاء الدائن من توجيه هذا الإعذار، حيث نصت المادة (211) من القانون المدني الأردني على أنه: (لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات التالية:
أ/ إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين.
ب/ إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.
ج/ إذا كان محل الالتزام رد شيء بعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
د/ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه.
أما فيما يتعلق بكيفية إجراء الإعذار وتوجيهه للمدين وحيث أن القانون المدني لم يذكر ولم يبين الكيفية التي يكون فيها توجيه الإعذار فقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ما يلي:
يصح أن يكون الإعذار عن طريق كاتب العدل كما يصح أن يكون بطريقة البريد المسجل أو بأية طريقة أخرى تحقق الغرض المقصود، وقد يتفق أطراف العقد مقدماً على أن يكون الدين فوراً بمجرد حلول أصل الالتزام، دون حاجة الى أي إجراء آخر، وهذا الاتفاق يلزمهما[1].
وعليه فإن الإعذار يكون عن طريق كاتب العدل أو بالبريد المسجل أو بأي طريقة أخرى تحقق الغرض المقصود منه او مجرد حلول الأجل بالاتفاق، كما وأنه يجوز في بعض القوانين المقارنة أن يكون الإعذار عن طريق الرسائل العادية او البرقيات، بشرط أن يقدم الدائن دليل بأن المدين قد تبلغ ذلك.
وبما أن هذا البحث عن الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديل هذا الشرط، ويلاحظ أن من أكثر ومن أهم تطبيقات الشرط الجزائي هو الشرط الجزائي الذي يوضع في عقود المقاولة، ولذلك لابد من تعريف عقد المقاولة ومعرفة خصائصه وتكييفه القانوني.

[1] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص 261

المبحث الثالث: مفهوم عقد المقاولة وخصائصه وتكييفه:

أولاً: تعريف عقد المقاولة:

ويعتبر مصطلح عقد المقاولة من المصطلحات القانونية الحديثة، ولذلك عرفه علماء الشرع المعاصرون في الدورة الرابعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي [1] عند بحثهم لموضوع عقد المقاولة بأنه: (عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الأخر) [2].

وعُرف عقد المقاولة في المادة (781) من القانون المدني، بأنه: (عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر).

ثانياً: خصائص عقد المقاولة:

إن متطلبات الإنسان المتزايدة والتضخم السكاني المستمر أدى الى التوسع الكبير في مجال البناء والعمران، فأقيمت المباني والمنشآت بأشكالها وأحجامها المختلفة من منازل وسدود ومصانع وجسور وأبراج وغيرها ، وقد أرفق ذلك الكثير من التطور الهائل في مجال التكنولوجيا والصناعات المتطورة والضخمة والتي ساعدت بشكل كبير في انجاز هذه المشاريع سواء الصغيرة منها او الكبيرة في سرعة كبيرة ولكن السرعة في انجاز المشاريع والإهمال في أعمال البناء والإشراف كثيراً ما يسفر عن العديد من الحوادث الخطيرة التي تؤدي الى خسائر كبيرة في الأرواح والأموال بسبب تهدم البناء تهدماً كلياً او جزئياً أو ظهور عيوب في البناء والتي من الممكن ان تسبب أضرا راً مع مرور الزمن وتضعف متانة البناء.

إن التهدم الكلي أو الجزئي أو العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته لا تظهر عند تسليم المشروع وهذا في أغلب الأحيان، بل من الممكن أن تتطلب عدة سنوات لكي تبدأ هذه العيوب بالظهور، ولما تقدم ولكثرة الحوادث التي حصلت، أصبح هنالك ما يعرف بمسؤولية المقاول والمهندس لكونهما المسؤولين عن أعمال البناء والتشييد، وهذا الأمر الذي جعل المشرع في الكثير من التشريعات الى تنظيم هذه المسؤولية التي تقع على عاتق كل من المقاول والمهندس.

---

[1] مجمع الفقه الإسلامي تأسس تنفيذاً للقرار الصادر عن مؤتمر القمة الإسلامي الثالث "دورة فلسطين والقدس " المنعقد في المملكة العربية السعودية.

(2) عقد المقاولة والتعمير: حقيقته تكييفه وصوره القرار رقم 836 الدورة الرابعة عشر 3002، المادة 378 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م

إن عقد المقاولة له العديد من الخصائص، والتي من الممكن أن يستخلص بعضها من تعريف المشرع الأردني لعقد المقاولة، أن لعقد المقاولة خصائص وأوصاف يفيد تحديدها والعلم بها في تعيين القواعد الناظمة لهذا العقد، وعليه فإن خصائص عقد المقاولة تتمثل فيما يلي:

1/ عقد المقاولة عقد رضائي:

تعد المقاولة من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها ارتباط الإيجاب والقبول سواء أكان ذلك شفوياً أو خطياً ضمن الصيغ المأخوذ بها قانوناً لانعقاد العقد الرضائي، وليس هنالك شكلية معينة خاصة في هذا النوع من العقود [1]، ولكن غالباً وأكثر ما يستخدم في إبرام عقود المقاولات، هو ما يسمى بعقد فيديك، والذي يعتبر من أهم عقود المقاولات في العالم وهو يعتبر في الوقت الحالي العقد الأساسي لإبرام أي عقد مقاولة لتنفيذ مشروع معين.

2/ عقد المقاولة هو عقد معاوضة:

تعد المقاولة أيضاً من عقود المعاوضات التي يأخذ فيها كل طرف مقابلاً لما يقدمه وعليه فهو يحقق منفعة لجميع أطرافه، فالمقاول يقوم بالعمل وقد يقدم المواد اللازمة لهذا العمل، وصاحب العمل يدفع الأجر للمقاول مقابل هذا العمل. لأن كلا الطرفين يهدفان من تعاقدهما الحصول على منفعة، مقابل ما يقدمه للطرف الآخر، فالمقاول يؤدي العمل المطلوب منه مقابل البدل (الأجر) الذي يحصل عليه من صاحب العمل.

3/ عقد المقاولة عقد ملزم للجانبين:

ترتب المقاولة على عاتق كل من طرفيها التزامات أهمها بالنسبة للمقاول إنجاز العمل المطلوب منه، وبالنسبة لصاحب العمل دفع الأجر المستحق للعمل الذي يقوم به المقاول، ويترتب على هذه الصفة التبادلية للمقاولة نتائج مهمة فيما يتعلق بالفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتبعة الهلاك.

أن عقد المقاولة منذ إبرامه يرتب التزامات على عاتق كل من طرفيه، فالمقاول يلتزم بإنجاز العمل المطلوب منه ثم تسليمه ويقع عليه الضمان، كما يلتزم صاحب العمل بأداء الأجر والذي عبر عنه المشرع الأردني بمصطلح (البدل)، واستلام العمل بعد إنجازه وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية انه (إذا كانت الاتفاقية الجارية بين طرفي الدعوى من العقود الملزمة للجانبين فانه يتعين على كل من الطرفين تنفيذ التزامه تجاه الأخر بما يتفق وحسن النية تطبيقاً لنص المادة (111) من القانون المدني والإجازة للمتعاقد أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ ما أوجبه العقد عليه من التزامات.

---

[1] المومني، أحمد سعيد، 1987، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة مكتبة المنار للنشر والتوزيع الأردن الطبعة الأولى، ص45 -46.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية) حقوق (74/2010 (هيئة خماسية) بتاريخ7/22/ 2010) منشورات مركز عدالة.

وبما أن الطاعن / المدعي لم يقم بتنفيذ التزاماته تجاه المدعى عليه والمتمثلة بعدم الوفاء بالأقساط المستحقة فإن من حق المدعى عليه الامتناع عن تنفيذ التزاماته تجاه المدعي والتي التزم بها بموجب الاتفاقية الخطية بتسليم البناء وتجهيزه خلال المدة المتفق عليها إعمالاً لنص المادة(112) من القانون ذاته والتي تنص على أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الأخر بتنفيذ التزامه مما يترتب عليه أنه لا يحق للمدعي المطالبة بالعطل والضرر الذي لحق به وبدل الشرط الجزائي لما سبق بيانه ولعدم ورود أية بينة تثبت أن خطأً عقدياً صدر من المدعى عليه الأمر الذي تعدو معه دعوى المدعي لا تستند إلى أي أساس من القانون[1].

4/ عقد المقاولة عقد وارد على عمل:

يعد عقد المقاولة من العقود الواردة على عمل، فالأداء الرئيسي من العقد مطلوب من المقاول لأنه هو من عليه القيام بعمل معين ، ورغم أن هذا العمل يتم مقابل أجر معين إلا أن الاعتداد في وصف العقد يكون على أساس الأداء الرئيسي لا المقابل ، أي أن العنصر الجوهري أو الأمر الجوهري في عقد المقاولة هو قيام المقاول في أداء العمل المطلوب منه ، وذلك كون المقاول يقوم بالعمل باستقلال تام ، ولا يخضع لأي نوع من أنواع التبعية على خلاف عقد العمل حيث أن المقاول يقوم بالعمل المكلف به باستقلال عن صاحب العمل فلا يخضع لإدارته أو إشرافه وإنما يقوم به باسمه الخاص ، فالعقد يحدد العمل والنتيجة التي يريدها المتعاقدين ، والمقاول يختار الطريقة والأدوات التي يراها مناسبة في تحقيق النتيجة[2].

5/ عقد المقاولة عقد محدد:

العقد المحدد هو العقد الي يمكن لكل من أطرافه أن يحدد عند التعاقد قيمة المنفعة التي يقدمها الى المتعاقد الأخر، وقيمة المنفعة التي سوف يأخذها منه، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع، كما في عقد الغرر.

6/ عقد المقاولة عقد ممتد:

لأن الالتزام في عقد المقاولة ينفذ بأداء مستمر أو أداء دوري، والعقد الممتد أقسام هي: عقد ذو تنفيذ مستمر، كعقد الإيجار، وعقد العمل لمدة معينة، وعقد ذو تنفيذ دوري كعقد التوريد، وعقد المقاولة يشمل القسمين معاً.

ويقابل العقد الممتد العقد الفوري التنفيذ كعقد البيع الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة وقد يتراخى تنفيذ العقد الى أجل يحدد اختيارياً أو إجبارياً، ويترتب على هذا التقسيم أمران:الأول: لا ينسحب الفسخ في العقد الممتد أثره على الماضي: لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته، فلا يسري حكم الفسخ إلا بالنسبة الى الزمن الآتي بعد الفسخ، والثاني: العقود الممتدة هي المجال الطبيعي.

---

(1) قره، فتيحه،1987، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص19
(2) كشبور، محمد انتهاء العقد مطبعة النجاح الجديدة ص240
(3) قره، فتيحة، مرجع سابق، ص20

ثالثا: التكييف القانوني لعقد المقاولة:

يراد بتكييف العقد إعطاؤه الوصف الذي يلائم ما احتوى عليه العقد من عناصر أساسية[1]، تميزه عن غيره من العقود الأخرى والتي تجعل هذا العقد خاضعاً لأحكام وقواعد خاصة، فقد يثار نزاع بين طرفي العقد يدعي فيه المقاول بأن العلاقة التي تجمع الطرفين هي علاقة يحكمها القانون، أو أن الأساس الذي يتميز فيه عقد المقاولة عن غيره من العقود الأخرى، هو أن المقاولة تتجلى في التعهد بأداء عمل، والأساس هو وجود علاقة التبعية بين المقاول وصاحب العمل.

أن التكييف القانوني من أهم الأعمال التي يقوم بها القاضي، فالقاضي يقوم بتفسير العقد واستنتاج الغرض المقصود منه بالنسبة للمتعاقدين، فإذا تبين للقاضي أن الغرض الرئيسي الذي اتجهت اليه إ رادة المتعاقدين هو قيام أحدهما مستقلاً باسمه الخاص بإنجاز عمل معين لحساب المتعاقد الأخر في مقابل أجر، عندئذ يكيف القاضي العقد بأنه عقد مقاولة، فعقد المقاولة يتميز إذن بخصيصتين أساسيتين هما:

1/ أن القيام بالعمل المتفق عليه يتم بصورة مستقلة دون اشراف صاحب العمل أو ادارته.

2/ أن العمل المتفق عليه يتم مقابل أجر معين.

وهاتان الخاصيتان أساس التفريق بين عقد المقاولة وما يشتبه به من عقود أخرى، كعقد الإيجار والبيع والعمل والوكالة وغيرها[2].

المبحث الرابع: طبيعة الشرط الجزائي وحكمه في عقود المقاولات:

أولاً: طبيعة الشرط الجزائي:

البحث عن طبيعة الشرط الجزائي مهمة، إذ بناءً على هذه الطبيعة، تكتمل صورته، تحديد صورته لتسهم في تحديد أحكامه؛ وقد اختلف القانونيون في تحديد طبيعته، بين قائل: إنه عقوبة، وثاني أنه تهديد، وثالث: إنه تعويض، وثمة من قال إنه عقد تأمين، ومن وصفه بأنه مجرد اتفاق[3]، ويظهر من كلام العلامة السنهوري بأنه يرجح أن الشرط الجزائي ذو طبيعة تعويضية[4].

ويظهر مما سبق أن طبيعة الشرط الجزائي تبدأ اتفاقية تعويضية، وتنتهي بكونها اتفاقية تهديدية، هادفة إلى استخدام التهديد بالاتفاق من أجل التعويض عن ضرر تحقق.

ثانياً: حكم الشرط الجزائي في عقود المقاولات:

يجوز هذا الشرط في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، ويجوز في المقاولة الأخذ بالشرط الجزائي، منعاً من تأخر المقاول من إنجاز عمله في الوقت المحدد في صلب عقد المقاولة إذا نص في عقد المقاولة بين العاقدين على الأخذ بمقتضاه، أو باتفاق لاحق قبل حدوث الضرر، ليس من المعقول ولا من المقبول شرعاً تحقيقاً للعدالة وتوازن المصالح بين عاقدي المقاولة تحديد ضمان العيوب بمدة معينة والبراءة بعدها تحمل المقاول تبعة ضمان العيوب المحتملة أو التي قد تقع في المستقبل لمدة طويلة أو مفتوحة، وإنما لابدَّ من تحديد مدة معينة لتوجيه المسؤولية له، ثم يصبح بريئاً بعدها، وهذا ما عليه عرف المقاولات وواقع تنفيذ الأعمال.

---

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق،865/4

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق،865/4

(3) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق،865/4

وقد حسمت القوانين هذا الحكم وأنهت مشكلة المدة، وقررت كما تقدم في بيان التزامات المقاول بأنه إن كان محل عقد المقاولة إقامة مبانٍ أو منشآت ثابتة أخرى، يصممها المهندس وينفذها المقاول تحت إشرافه، كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث خلال عشر سنوات، تبدأ من وقت تسليم العمل، من تهدم كلي أو جزئي في البناء، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول، حتى ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بالعيب، أي إن المسؤولية تظل قائمة ضمن هذه المدة، ولو حدث تراضٍ على الإعفاء منها أو التخفيف منها، رعاية للمصلحة العامة. ويتبين من هذا أنه يمكن بالاتفاق أو التراضي بقاء المسؤولية عن العيوب لمدة أطول من عشر سنوات من تاريخ تسليم العمل، ويعد هذا التوجه مجالاً لتشديد المسؤولية وإطالة أمدها، ضماناً لمصلحة صاحب العمل ورعاية النفع العام.

وهو مشروع فقط في مجال المقاولات وعقود الاستصناع وإجارة الأعمال ونحوها. وهو مأخوذ من قول القاضي شريح:(من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه) وصدر بذلك قرار هيئة كبار علماء السعودية في سنة 1394 هجرية

المبحث الرابع: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي:

الأصل أن يعتبر التعويض الاتفاقي - متى تحققت شروط استحقاقه - ملزمًا للمتعاقدين والمحكمة، فالقاضي ملزم بأن يحكم على المدين المخل بالتزامه بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان، بغض النظر عن مقدار الضرر الذي أصاب الدائن، ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين، وعلى الرغم من هذا المبدأ إلا أن معظم القوانين المنظمة للتعويض الاتفاقي خولت القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي من حيث المبدأ، وان كانت هذه القوانين تختلف في مدى منح القضاء هذه السلطة، حيث بلغت هذه السلطة مداها الأوسع في القانون المدني الأردني مادة (364) الذي خول القاضي في جميع الأحوال، تعديل التعويض الاتفاقي زيادة أو نقصًا وليس من قيد لهذه السلطة سوى جعل التقدير مساويًا للضرر، فالضابط لهذه السلطة هو مقدار الضرر الواقع فعلا، أما بالنسبة للقانون المدني المصري، إذ خول القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي هبوطًا وصعوداً ضمن شروط معينة. وكذلك قرر مجمع الفقه الدولي أنه يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تُعدِّل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغاً فيه[1].

وعليه سنتحدث عن سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي في أولا، وسلطته في زيادته في ثانياً.

[1] دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ - 1 رجب 1421هـ الموافق 23 – 28 أيلول (سبتمبر) 2000م

أولاً: سلطة القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي:

لم يورد القانون المدني الأردني نصوصًا صريحة على حالات تخفيض التعويض الاتفاقي فهو أغفل ذكرها اطلاقًا، في حين نجد نصوص القانون المدني المصري قد حددت هذه الحالات في المادة (114) منه بقولها: (يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالت ا زم الأصلي قد نفذ في جزء منه)

ويبدو واضحاً من نص المادة السابقة أن الحالات التي يجوز للمدين أن يلجأ فيها إلى المحكمة للمطالبة بتخفيض قيمة التعويض الاتفاقي تتمثل بحالتين هما:

الحالة الأولى: إذا كان تقدير التعويض الاتفاقي مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة، المبدأ أن التعويض الاتفاقي في حالة عدم التنفيذ يحتفظ بقوته الملزمة، ولهذا لا يكفي أن يثبت المدين أن التعويض الاتفاقي يجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالدائن، حتى يستطيع القاضي أن يخفض هذا التعويض، وإلا نكون قد نزعنا كل فائدة للتعويض الاتفاقي، فينبغي أن يمارس القاضي هذه السلطة بحذر وبطريقة استثنائية، حالته إذا كان التعويض الاتفاقي مجحفًا بحق المدين، ويقع على المدين هنا عبء الإثبات، حيث يتعين عليه أن يثبت أن تقدير التعويض كان مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة، فإذا ما أثبت المدين ذلك يقوم القاضي بخفض التعويض إلى الحد المعقول، أي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر، لا إلى الحد المساوي للضرر كما اشترط ذلك القانون المدني الأردني في المادة (214) آخذًا في الاعتبار إرادة المتعاقدين ومصالح الدائن وحسن نية المدين.

وقد قررت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد ما يلي (وجود الشرط الجزائي يفترض معه أن تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن، وعلى القاضي أعمال هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه، وللقاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة فيما يقرره أو ينفيه من مبالغة في التعويض الاتفاقي فيما يراه حدًا مناسبًا لتخفيضه، ولا رقابة عليه في ذلك من جانب محكمة النقض.

الحالة الثانية: التنفيذ الجزئي للالتزام:

نصت الفقرة الثانية من المادة (224) من القانون المدني المصري على هذه الحالة، وقد تم ذكر هذه المادة سابقًا، ويستفاد من هذا النص صراحة امكان تخفيض التعويض الاتفاقي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، بمعنى أن التنفيذ الجزئي يستدعي إعادة النظر في تحديد التعويض لأن هذا الأمر لم يكن ملحوظًا عند إبرام العقد.

والواقع هو أنه إذا كان التعويض الاتفاقي يفرض على المتعاقدين تحديدًا مسبقًا للتعويض، دون أن يترك للقاضي، بناء لالتماس أي من المتعاقدين، أي مجال لتعديل شريعة المتعاقدين، فإنه من الممكن أن تكون توقعات المتعاقدين غير كافية، عند إبرام العقد، وخاصة بالنسبة للتنفيذ الجزئي، فإذا أهمل الدائن الاستفادة من نص المادة (241) من القانون المدني المصري، والتي تسمح له بأن يرفض الايفاء الجزئي للالتزام، وفي هذا يكون الدائن قد عدل عن المطالبة بالتنفيذ الكامل، ولا يحق له عندئذ المطالبة بالتعويض الاتفاقي كاملا، لأنه بذلك يكون قد استفاد بالوقت نفسه من التنفيذ والجزاء معًا، وهذا ما لا يجوز كما سبق ذكره، وهذا ما توقعته المادة (241) من القانون المدني مصري فقررت بأن للقاضي أن يعدل التعويض الاتفاقي عندما يكون التنفيذ جزئيًا بناءً على طلب المدين والذي يقع عليه عبء اثبات التنفيذ الجزئي.

وفي الحقيقة عندما يكون الدائن قد قبل بالتنفيذ الجزئي، فإن القانون يأخذ واقعة رضائه هذه بعين الاعتبار، فيقدر أن أهمية الضرر اللاحق بالدائن قد باتت على الأرجح، دون المقدار المحدد بموجب التعويض الاتفاقي، فحينذاك ووفقًا لنية المتعاقدين المشتركة والمقدرة، يمكن النظر بتخفيض التعويض الاتفاقي بالنسبة للتنفيذ الجزئي للالتزام.

ويتبين من المادة السابقة أن القانون قد منح القاضي صلاحية لتعديل التعويض الاتفاقي، في حال التنفيذ الجزئي للالتزام، مما يعني أن التعديل ليس حتمًا وانما يعود أمر النظر به إلى القاضي في ضوء الظروف والحالات [1].

والحقيقة أنه لا يكفي شرط قابلية الالتزام للتنفيذ الجزئي، بل لا بد من أن يكون الدائن قد استفاد من ذلك التنفيذ، وأنه أدى إلى اشباع جزئي للدائن.

أما بالنسبة للمشرع الأردني فلم يحدد الحالات التي يجوز فيها للقاضي تخفيض قيمة التعويض الاتفاقي، وبالتالي فإن للمدين في جميع الأحوال أن يطلب من المحكمة تخفيض قيمة التعويض الاتفاقي ليكون مساويًا للضرر الواقع فعلا، وهذا واضح من نص المادة (364) من القانون المدني حيث نصت على ذلك بقولها: (يجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساويًا للضرر).

وبناء على نص المادة السابقة يجوز للمدين إن رأى أن التعويض الاتفاقي مبالغ فيه ولا يتناسب مع حجم الضرر الذي لحق بالدائن فعلا بسبب عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، واستطاع أن يثبت ذلك، ففي هذه الحالة للقاضي تخفيض التعويض الاتفاقي إلى الحد الذي يساوي الضرر، وفي هذا تقول محكمة التميز الأردنية أنه: (عندما يكون مقدار التعويض محددًا في العقد مقدمًا، فإن القاعدة أن يحكم به، إلا إذا ادعى المتعهد بأنه فاحش أو يزيد على الضرر الحقيقي اللاحق بالطرف الآخر، فيجوز للمحكمة تخفيضه بما يساوي الضرر تطبيقًا لأحكام المادة (214) من القانون المدني) وللقاضي كذلك أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ جزء من التزامه الأصلي وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها: (يحكم لصاحب البناء على المقاول بالتعويض عن الضرر الذي قدره الخبير من جراء تأخره عن تسليم البناء في الموعد المتفق عليه في الاتفاقية المعقودة بينهما والمتضمنة موعد التسليم والزام المقاول بدفع مبلغ محدد فيها عن كل يوم يتأخر فيه التسليم كشرط جزائي، ولا يؤثر عدم تكرار الشرط الجزائي في الاتفاقية اللاحقة المبرمة بينهما في الموعد المحدد للتسليم).

إن المشرع الأردني وان كان قد منح القاضي سلطة واسعة في تخفيض التعويض الاتفاقي، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة دون قيد أو شرط، وانما لها قواعد مقررة وهي ذات القواعد التي تحكم التعويض القضائي، وبناء على ذلك فإنه يجب أن يقدم طالب تعديل التعويض الاتفاقي دليلا قانونيًا يثبت ما يدعيه، إذ يجب على المدين مثلا أن يقيم الدليل على أن التعويض الاتفاقي يزيد كثيرًا عن الضرر الحاصل، فإن هو عجز عن ذلك، فإن المحكمة لا تحكم بالتعديل، وبالتالي يلزم بالتعويض الاتفاقي المحدد في العقد وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية بقولها: (إن المادة 364 من القانون المدني قد أجازت للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب الفريقين أن تعدل في الاتفاق على الشرط الجزائي بما يجعل التقدير مساويًا للضرر،

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 76

وبناء عليه فإن صلاحية المحكمة في تخفيض التعويض المقدر بالشرط الجزائي بناءً على طلب الملتزم أو زيادة التعويض بناء على طلب الفريق الآخر ليست صلاحية مطلقة وانما لها قواعد مقررة وهي أن يقدم طالب تعديل التعويض دليلا قانونيًا يثبت ما ادعاه فإن تخلف عن ذلك فعليه تبعة تقصيره إذ لا تحكم المحكمة حسب طلب أحد الفريقين المجرد من الدليل وبالتالي إذا لم يقدم طالب تعديل التعويض دليلا قانونيًا يثبت ما أدعاه فيلزم بالتعويض المقرر بالشرط الجزائي المبين في العقد).

ثانياً: سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي:

قد يتم تحديد التعويض الاتفاقي بمبلغ قليل منخفض إلى درجة كبيرة، بحيث لا يتناسب البتة مع الضرر الذي يصيب الدائن، إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه، وهنا يثور سؤال منطقي هو هل أعطى المشرع القاضي صلاحية زيادة التعويض الاتفاقي لمصلحة الدائن إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي تماشيًا مع مبادئ العدالة؟

لقد اختلف موقف القانون المدني المصري عن موقف القانون المدني الأردني، فالنسبة لموقف المشرع المصري قام بتحديد الحالات التي يتدخل فيها القاضي من أجل زيادة مقدار التعويض الاتفاقي، في المقابل نجد أن المشرع الأردني قد أعطى سلطة واسعة في زيادة مقدار التعويض الاتفاقي [1]. لهذا سنبين موقف كل من المشرع المدني المصري والمشرع المدني الأردني من سلطة القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي بالتفصيل.

أولاً: موقف المشرع المصري:

أن المشرع المصري لا يشترط المساواة بين قيمة التعويض والضرر الحاصل وهذا واضح من نص المادة (144) من القانون المدني المصري ولهذا إذا تبين للقاضي أن التعويض المتفق عليه بين الدائن والمدين ليس مبالغًا فيه إلى درجة كبيرة، وانما هو على العكس من ذلك أقل من الضرر الحقيقي بشيء معقول، فإنه لا يقرر زيادة التعويض ليكون مساويًا للضرر، بل يحكم به كما هو، وهذا يعني أن التعويض الاتفاقي هنا بمثابة اتفاق على التخفيف من المسؤولية.

يتضح مما تقدم أن القاضي وفقًا للقانون المدني المصري، لا مجال لزيادة التعويض الاتفاقي فيه إذا طالب بذلك الدائن، إلا في حالتين:

1/ إذا ارتكب المدين نفسه غشًا أو خطأ جسيمًا:

وهذا واضح من صراحة نص المادة (225) قانون مدني مصري السالفة الذكر، والتي تبين منها أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بزيادة مقدار التعويض الاتفاقي إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشًا أو خطأ جسيمًا، فإذا استطاع اثبات ذلك، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي زيادة مقدار التعويض الاتفاقي ليكون متناسبًا مع الضرر، وتبرر محكمة النقض المصرية ذلك بقولها (الغش يبطل التصرفات، هي قاعدة قانونية سليمة، ولو لم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال، وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في المعاقدات والتصرفات والإجراءات عمومًا صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات)[2].

---

[1] سوار، محمد وحيد الدين، 1992، سلطة القاضي في تعديل العقود، محاضرة منشورة.

[2] سوار، محمد وحيد الدين، 1992، سلطة القاضي في تعديل العقود، محاضرة منشورة.

ويلحق بالمدين تابعيه فيكون مسؤولاً عما يصدر عنهم من غش أو خطأ جسيم ويجوز للدائن في هذه الحالة أيضًا أن يطالب بزيادة مقدار التعويض الاتفاقي، ولكن للمدين اعفاء نفسه من هذه الزيادة ذلك بالاتفاق مع الدائن مسبقًا على عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي قد يقع من تابعيه عند تنفيذ التزامه، وحينئذ يصح التعويض وفقًا لنص الفقرة الثانية من المادة (217) ولا يكون للدائن المطالبة بزيادة التعويض [1].

2/ إذا كان التعويض الاتفاقي يتضمن اعفاءً أو تخفيضًا من المسؤولية التقصيرية:

وهذا ما نصت عليه المادة (217) من القانون المدني المصري بقولها (يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع)، ويتبين من ذلك أنه لا يجوز أن يتفق الطرفان على إعفاء المدين من مسؤوليته التقصيرية ويكون هذا الاتفاق باطلا لو تم لتعارضه مع النظام العام. وفي المقابل يعتبر الاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية اتفاقًا صحيحًا إذ ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام، ويترتب على ذلك، أنه إذا كان مقدار التعويض الاتفاقي تافهًا أو أقل من قيمة الضرر الناشئ عن العمل غير المشروع، جاز للدائن أن يطلب من المحكمة زيادة مقدار هذا التعويض ليكون متناسبًا مع الضرر الحاصل، ولا يملك المدين أن يتمسك في هذه الحالة بالتعويض المتفق عليه، ويقوم القاضي بتقدير التعويض المناسب بما له من سلطة في ذلك دون التقيد بالتعويض المتفق عليه.

ثانيًا: موقف المشرع الأردني:

لم يحدد المشرع في القانون المدني الأردني الحالات التي يجوز فيها زيادة مقدار التعويض الاتفاقي من قبل القاضي بناءً على طلب الدائن، إذ منحه سلطة مطلقة في هذا المجال، كما فعل بالنسبة لتخفيض التعويض الاتفاقي، وهذا واضح من نص المادة (214) من القانون المدني الأردني المشار اليها سابقاً. وهذا الأمر يعطي الدائن في كل حالة لا يتناسب فيها التعويض الاتفاقي مع الضرر الواقع فعلا، اللجوء إلى القضاء مطالبًا بزيادة مقدار التعويض الاتفاق، إذا استطاع إثبات ما يدعيه، وهنا يجوز للقاضي زيادة قيمة التعويض الاتفاقي ليتساوى مع الضرر، وله في ذلك سلطة تقديرية فإذا استطاع الدائن مثلا أن يثبت أن الاخلال بالالتزام الأصلي كان بسبب غش المدين أو خطئه الجسيم، فهنا يملك القاضي زيادة التعويض الاتفاقي وهذا ما هو إلا تطبيق) لنص الفقرة الثانية من المادة(258) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه :(وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم)، وكذلك إذا استطاع الدائن أن يثبت أن التعويض الاتفاقي يتضمن معنى الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية عن العمل غير المشروع، فالقاضي يملك سلطة زيادة التعويض الاتفاقي في هذه الحالة أيضًا ، وذلك عملا بأحكام المادة (270) من القانون المدني الأردني.

---

(1) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 878/2.

لقد انتقد العديد من الشراح موقف المشرع الأردني في إطلاق سلطة القاضي لتعديل التعويض الاتفاقي في جميع الأحوال التي لا يتساوى فيها هذا التعويض مع مقدار الضرر الواقع، بناء على طلب أحد الطرفين، على اعتبار أن ذلك يؤدي إلى الغاء كل دور للتعويض الاتفاقي، ولا يحقق الفائدة العملية المرجوة منه، فما هي إذن الحكمة من تشريع التعويض الاتفاقي وذلك في الفقرة الأولى من المادة (364) من القانون المدني الأردني، والتي تعطي للمتعاقدين الاتفاق مسبقًا على تحديد قيمة الضمان في العقد أو في اتفاق لاحق، لعل أن هذا الأمر يعني أن يبقى الباب مفتوحًا أمام الطرفين المتعاقدين من أجل اللجوء إلى القضاء للطعن بالتعويض المتفق عليه.

ومن الثابت عمليًا أن العقود إذا كانت متراخية التنفيذ، فإن الغالب في بعض الأحيان أن تتغير الظروف الاقتصادية، الأمر الذي يؤدي إلى ظهور مصلحة لأحد المتعاقدين للطعن بالتعويض الاتفاقي، مدعيًا أن فيه زيادة عن الضرر الواقع أو أن فيه نقصًا عنه أو لمجرد المماطلة في تنفيذ الالتزام الأصلي، وهذا يؤدي إلى أن الأمر سينتهي حتمًا إلى التقدير القضائي للتعويض، مما يجعل نظام التعويض الاتفاقي عديم الجدوى من الناحية العملية وفي هذا الصدد يقول الدكتور محمد وحيد الدين سوار في نقده لموقف المشرع الأردني ما يلي (ونحن نميل إلى موقف المشرع المصري الذي يقيم للاتفاق دوراً في مجال تعديل التعويض عملا بالقاعدة الكلية (أعمال الكلام أولى من اهماله)، وإلا كان الاتفاق على الشرط الجزائي من قبيل العبث، ويهبط دور القاضي فيه بإقامة المساواة بين التعويض والضرر).

ويؤخذ على المشرع الأردني أيضا أنه اشترط المساواة بين الضمان والضرر، فيما يتعلق بالتعويض الاتفاقي، وكان المفروض على المشرع الأردني أن يأخذ بتعديل التعويض الاتفاقي ليكون متناسبًا مع الضرر.

وما يجب التنبيه عليه أن إطلاق سراح سلطة القاضي لتعديل التعويض الاتفاقي لا تعني إهدار كل قيمة له فهو من ناحية أي القاضي لا يملك مباشرة سلطته هذه إلا إذا طلب منه ذلك أحد الخصوم، ومن ناحية أخرى أن التعويض الاتفاقي يبقى مفيدًا للدائن لأنه يعفيه من عبء الاثبات ويلقي به على المدين الذي يدعي عدم وقوع الضرر أو أن التعويض المتفق عليه مبالغ فيه.

الخاتمة:

تناولت هذه الدراسة أهم الشروط في العقود وهو الشرط الجزائي، حيث بينت الدراسة ماهية الشرط الجزائي، وأهميته، وشروط استحقاقه، ومدى تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وفي حالة الظروف الطارئة والقوة القاهرة، كما بينت الدراسة أهم العقود التي ينطبق عليها الشرط الجزائي وهي عقود المقاولات، حيث تم التعرف على مفهوم عقد المقاولة وخصائصه وتكييفه القانوني، وحكم الشرط الجزائي في عقود المقاولات، وسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في عقود المقاولات. وتوصلت الدراسة الي النتائج الآتية:

1/ أن الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض حيث يفضل المتعاقدان تحديد التعويض بأنفسهم دون أن يترك ذلك للقاضي، ويحدث ذلك كثيراً في الحياة العملية وخاصة في عقود المقاولات وعقود النقل وعقود التوريد، وذلك بأن يتفق الطرفان على أن يدفع المدين مبلغاً من المال إذا أخل بالتزامه، أو يدفع مبلغ معين عن كل يوم أو شهر يتأخر فيه عن التنفيذ.

2/ إن تسمية الشرط الجزائي بالتعويض الاتفاقي أوضح من حيث المدلول.

3/ الشرط الجزائي وإن كان يعني اشتراط التعويض عن الضرر اللاحق في طريقة تنفيذ العقد إلا أن له صوراً مختلفة باختلاف العقود والالتزامات.

4/ أن الشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي، فالشرط الجزائي لا ينشئ التزاماً جديداً مستقلاً عن الالتزام الأصلي، وإنما هو مجرد جزاء للإخلال بهذا الالتزام الأصلي، وبالتالي يكون تابعاً له وجوداً وعدماً، فلو كان الالتزام الأصلي باطلاً كان الشرط باطلاً.

5/ يجوز اشتراط الشرط الجزائي في جميع العقود، ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً.

6/ لا يتطلب استخدام الشرط الجزائي لوجوده شكلاً أو صيغة خاصة، كقاعدة عامة، فإن الأطراف المتعاقدة أحرار فيما يتعلق بشكل ونوع الشرط.

7/ القوانين أعطت القاضي سلطة واسعة في تعديل الشرط الجزائي.

8/ يجوز أن يكون الشرط الجزائي مقترناً بالعقد الأصلي، كما يجوز أن يكون في اتفاق لاحقٍ قبل حدوث الضرر.

9/ من فوائد الشرط الجزائي أنه يعطي الثقة والاطمئنان للمشترط في تنفيذ العقد، وعدم الإخلال به.

التوصيات:

1/ توعية المتعاقدين، وذلك بقصد حثهم وتشجعيهم على الالتزام والوفاء بالعقود والعهود.

2/ تحديد سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي وأن تكون محددة وفقاً لإرادة الطرفين، تطبيقاً للقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، واحتراما لمبدأ حرية أطراف عقد المقاولة.

3/ وضع قواعد وضوابط تنظم الشرط الجزائي حتى لا يكون العبء كله على القضاء.

المصادر والمراجع:

1/ الزرقا، مصطفى، 1998، المدخل الفقهي العام - أو الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الطبعة الأولى، دار البشير، جدة.

2/ أبو ستيت، أحمد حشمت، 1945م، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، القاهرة.

3/ سعد، نبيل إبراهيم: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية.

4/ سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة ومقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى.

5/ السنهوري، عبد الرازق، 1968، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية.

6/ السنهوري، عبد الرازق، 1964، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء7، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة، دار النهضة العربية، القاهرة.

7/ سوار، محمد وحيد الدين،1992، سلطة القاضي في تعديل العقود، محاضرة منشورة.

8/ شعبان، زكي الدين،1968، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة.

9/ الضرير، الصديق،1999، الشرط الجزائي، الدورة الثانية عشرة، مجمع الفقه الإسلامي/ج2/ 1420هـ - 1999م

10/ عامر، عبد الرحيم، المسؤولية المدنية، القاهرة، دار المعارف، الطبعة الأولى.

11/ الفاكهاني، حسن، 1979، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، الدار العربية للموسوعات، القاهرة.

12/ فتيحه، قرة،1987، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف بالإسكندرية.

13/ كشبور، محمد، انتهاء العقد، مطبعة النجاح الجديدة.

14/ مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الجزء الثاني.

15/ المومني، أحمد سعيد، 1987، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، مكتبة المنار للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى.

16/ عقد المقاولة والتعمير: حقيقته تكييفه وصوره القرار رقم 836 الدورة الرابعة عشر 2003م، الدوحة- قطر.

17/ مجمع الفقه الدولي، (دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ - 1 رجب 1421هـ الموافق 23 – 28 أيلول (سبتمبر) 2000م

18/ مجمع الفقه الإسلامي تأسس تنفيذاً للقرار الصادر عن مؤتمر القمة الإسلامي الثالث (دورة فلسطين والقدس) المنعقد في المملكة العربية السعودية في عام 1881م.

الرسائل العلمية:
19/ داردكة، فؤاد، 1994، الشرط الجزائي، التعويض الاتفاقي في القانون الأردني، (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية.

القوانين:
20/ القانون المدني الأردني.
21/ القانون المدني الفرنسي بالعربية، جامعة القديس يوسف في بيروت. الطبعة108،2009
22/ القانون المدني المصري.
23/ قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م
24/ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول.
الأحكام القضائية:
25/ منشورات مركز عدالة.