# الشرط الجزائي

دراسة تحليلية مقارنة

في قانون المعاملات المدنية الاتحادي

الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ والقانون المدني المصري


إعداد

د. حبيبه سيف سالم الشامسي

أستاذ القانون المدني المساعد

قسم القانون الخاص

مساعد عميد كلية القانون لشؤون الطلبة

جامعة الإمارات العربية المتحدة



٢٠١٤

ومن أوفى بعهده من الله

صدق الله العظيم

## الشرط الجزائي

## دراسة تحليلية مقارنة

**تقديم :**

يعود الفضل لمعرفة الشرط الجزائي كاصطلاح قانوني إلى الفقه الغربي ، نتيجة ازدياد قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية ، حيث أصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزامه في موعده المتفق عليه في العقد مضراً بالطرف الآخر سواء في وقته أو ماله .

وبما أن القضاء لا يُعوض هذا الضرر الناجم عن التأخير في تنفيذ الالتزام في وقته إما تهاوناً أو امتناعاً ، فقد تطلب الأمر لجوء الأفراد والمؤسسات إلى اشتراط ضمانات مالية على الطرف الآخر الذي يُخل بالتزامه ، وعُرف ذلك بالشرط الجزائي[1].

ومن هنا جاءت فكرة التزام المدين بأداء العطل والضرر في حال عدم تنفيذه لالتزامه أو تأخره في تنفيذه ، صحيح أن القضاء يعتبر المرجع الطبيعي لتحديد هذا البدل للضرر، ولكن اتباع سبيل القضاء يحتاج إلى هدر مزيد من الوقت والمال والجهد للحصول على حكم بالتعويض يتناسب والضرر الحاصل، وهذا بدوره سوف يطيل أمد النزاع، مما ينعكس سلباً على الغاية الاقتصادية المرجوة من التعاقد ، وهي الحصول على المنفعة من خلال العقد بأسرع وأسهل وأيسر الطرق .

وتلافياً لذلك قام الأطراف بتضمين العقد شرطا جزائياً أو تعويضا اتفاقياً إما يُدرجفيه ، أو يُنص عليه في اتفاق لاحق.[2]

ولا شك أن الطابع التهديدي هو جوهر هذا الشرط منذ بداية وجوده القانوني ، وليس فقط التعويض عن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ العقد .

---

(1) د. قاسم موسى قاسم : المتأخرات في المصارف الإسلامية حالتي البنكين " الاسلامي الأردني للتمويل والاستثمار والعربي الإسلامي الدولي" رسالة دكتوراه، كلية العلوم المالية والمصرفية – عمان الأردن،٢٠٠٥،ص ( من النت الرسالة غير مرقمة الصفحات).

(2) طارق محمد مطلق: التعويض الاتفاقي في القانون المدني – رسالة مقارنة – رسالة دكتوراه، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٧ص ١.

ولقد غلب فكرة العقاب في الشرط الجزائي كثير من القوانين منها القانون الفرنسي[1] الذي انتصر لفكرة أن " العقد شريعة المتعاقدين " وبالتالي لم يكن في إمكان القاضي إجراء أي تعديل على الشرط الجزائي في العقد لاعتبارات تتعلق بمقتضيات العدالة.

وكما أن فكرة العقاب كانت ملازمة للشرط الجزائي في القانون الفرنسي القديم ، فكذلك الاجتهاد الفرنسي لم يسمح بمنح الدائن مبلغاً يفوق الجزاء المشترط[2] حتى لو كان الضرر الذي لحق به يفوق مقدار التعويض الجزائي ، لكنه كان يسمح بتخفيف هذا الجزاء لصالح المدين إذا كان يفوق بوضوح الضرر الواقع فعلاً ، ولكن سلطة التخفيف تلك لم يكن لها أساس قانوني حيث إن الفقه الفرنسي [3] كان يتجه إلى اعتبار أن القاضي لا يمكنه إجراء أي تعديل على الشرط الجزائي لاعتبارات تتعلق بمقتضيات العدالة .

ولكن المشرع الفرنسي عاد و أصدر قانون عام ١٩٧٥ وأدخل فقرة جديدة على نص المادة ١١٥٢ والتي نصت على أنه " غير أنه يحق للقاضي أن يعدل أو يزيد الغرامة المتفق عليها في العقد إذا كانت فاحشة أو بخسه ، وأن كل اشتراط مخالف يعتبر كأنه غير مكتوب "

وعليه يتضح موقف القانون الفرنسي الجديد الذي أجاز تعديل الشرط الجزائي سواء بالزيادة أو بالنقصان.

كما دخلت هذه الفكرة لبعض القوانين العربية الحديثة كالقانون المصري واللبناني حيث أجاز قانون الموجبات والعقود اللبناني للمتعاقدين أن يحددوا مقدماً في العقد أو في اتفاق لاحق قيمة مقابل الضرر في حالة تخلف المدين عن تنفيذ الالتزام كله أو جزء منه، ولكن لم يجز إنقاص الشرط الجزائي مبدئياً إلا أنه أجاز للقاضي أن ينقص مقابل الضرر أو قيمة التعويض المحددة في الشرط الجزائي إذا كان المدين قد نفذ جزء من التزامه.

---

(1)انظر المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي.

(2) Toellier ,le :Droit civil Fran cais 5e,ed. T. 6. N81,P. 849.

(3)بناء على نص المادة ١١٥٢. التي تنص على أن العقد المتضمن نصاً يقضي بأن من ينكث في تنفيذه يتوجب عليه دفع مبلغ ما، كبدل عطل وضرر ، يعتبر ملزماً لا يجوز تعديله ، وبالتالي لا يمكن منح الفريق الثاني مبلغاً أكثر أو أقل مما هو متفق عليه .إنظر طارق أبو ليلي – المرجع السابق ص ٥.

وهو ما اتفق معه القانون المدني المصري ولكن خالفه في إمكانية تخفيض الشرط الجزائي من قبل القاضي،إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلي درجة كبيرة.[1]

وفي المقابل فإنه توجد بعض القوانين التي منحت القضاء سلطة تعديل الشرط الجزائي بشكل مطلق وفي جميع الحالات ، وهذا ما نجده في كل من القانون المدني الأردني[2] وقانون المعاملات المدنية الإماراتي[3]اللذين منحا القاضي - في جميع الحالات- سلطة تعديل قيمة التعويض المتفق عليه في العقد زيادة أو نقصاً ولم يقيدا هذه السلطة إلا بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ، فالمعول عليه هو مقدار الضرر الحاصل.[4]

غاية ما في الأمر أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي لا يُخول القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسه بل لابد من طلب أحد المتعاقدين هذا من جانب.ومن جانب آخر فإن المساواة بين الشرط الجزائي والضرر تعد أصلاً ثابتاً بمقتضى الاتفاق الذي تم بين الدائن والمدين على مقتضيات هذا الشرط الجزائي، ومن ثم فإن من يدعي أن قيمة الشرط تقل عن قيمة الضرر أو تزيد عنه يقع عليه عبء إثبات هذا النقصان أو تلك الزيادة على سند من القواعد العامة في الإثبات دون حاجة إلى وجود نص قانوني يقضي بذلك ، وهذا ما استقر عليه القضاء الإماراتي.[5]

إذن يمكن القول أن الشرط الجزائي يجب أن يشتمل على معنى العقوبة والتعويض في ذات الوقت، فيكون من الممكن تعديل الشرط الجزائي بالزيادة والنقصان ضمن حالات محددة ، وفي غير ذلك يبقي التعويض كما هو، بهذا نضمن أن يحقق الشرط الجزائي أهدافه المرجوة منه، ولا يخشي من ثم أن يحيد عنها لأن مجرد تقدير التعويض لا يكفي أن يؤدي الشرط الجزائي دوره ولكن يتطلب إلباسه عباءة العقوبة المدنية لتحقيق ذلك الدور.

---

(1)وسار على النهج المصري كل في القانون السوري والعراقي والليبي والسوداني والكويتي. انظر د. إلياس ناصيف: موسوعة العقود المدنية والتجارية – ٤٢ – ط٤ – ٢٠٠٤، ص٢٦٩.

(2) انظر م . ٣٦٤. من القانون المدني الأردني

(3)انظر م ٢/ ٣٩٠. من قانون المعاملات المدنية الاتحادي الإماراتي

(4) طارق محمد مطلق ، مرجع سابق، ص ٢و ٧٥ .

(5) راجع: تمييز دبي الطعن رقم ٦٣ مدني لسنة ٢٠٠٥ ، بتاريخ ٢٦ \٦ \٢٠٠٥ وكذلك الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٢٠٠٨ بتاريخ ١١ \١١\ ٢٠٠٨ ، راجع مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني العدد رقم ١٩ من سبتمبر إلي ديسمبر سنة ٢٠٠٨م ، ص ١٦٣٥، القاعدة رقم ٢٥٨.

## إشكالية البحث :

تتمثل في تباين موقف التشريعات المدنية في هذه الدراسة من الشرط الجزائي وبالتحديد مسألة سلطة القضاء بصدده مما يستوجب التحليل القانوني الدقيق لهذه التشريعات وتقدير موقف القضاء في كل منها وصولاً إلى ما يحقق العدالة العقدية بخصوص نص المادة رقم (٣٩٠) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الخاصة بالشرط الجزائي.

## خطة البحث :

على سند من نص المادة ٣٩٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي فإن الشرط الجزائي إتفاق يقدر فيه الطرفان مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذالم ينفذ المدين إلتزامه أو إذا تأخر في تنفيذه ومن ثم فإن هذا المعنى القانوني في حاجة إلى بيان ما بين النطاقين العقدي والتقصيري.

وأن تحليل المفهوم القانوني للشرط الجزائي يقتضي تحديد خصوصية هذا الشرط في ظل التمييز بينه وبين غيره من الأنظمة القانونية كالعربون والتهديد المالي..... الخ .

ولما كانت آثار هذا الشرط بحسبانه تقدير إتفاقي للتعويض تلقي بظلالها على الطبيعة القانونية له فقد آثرنا أن نتناول إشكاليات هذا الموضوع وفقاً للتقسيم التالي:

### المبحث الأول : مفهوم الشرط الجزائي ونطاقه .

### المبحث الثاني: خصوصية الشرط الجزائي

### المبحث الثالث: آثار الشرط الجزائي وطبيعته القانونية.

## المبحث الأول

## مفهوم الشرط الجزائي ونطاقه

**تقسيم :**

ينبغي في البدء تحديد المقصود بالشرط الجزائي ليستنى لنا بيان نطاقه وخصوصيته وذلك وفقا للتقسيم التالي : -

**المطلب الأول : التعريف بالشرط الجزائي وشروط استحقاقه .**

**المطلب الثاني : نطاق الشرط الجزائي**

# مفهوم الشرط الجزائي

## المبحث الأول

## مفهوم الشرط الجزائي ونطاقه

### المطلب الأول

### التعريف بالشرط الجزائي وشروط استحقاقه

الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عند إخلال المدين بالتزام من التزاماته العقدية ، سواء عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أو عند التأخير فيه.(١)

وسواء كان هذا الاتفاق في صلب العقد الأصلي ، أو في اتفاق لاحق عليه، بشرط أن يكون ذلك قبل وقوع الإخلال بالالتزام. (٢)

إذن فالشرط الجزائي لا ينشأ إلا بإتفاق الطرفين الدائن والمدين، ويتخذ نحو ذلك إحدى السبل، فهو إما إتفاق يحتويه بند في العقد الذي يتضمن الإلتزامات التي يضمن الشرط الجزائي تنفيذها، وإما هو إتفاق لاحق على العقد الأصلي لضمان تنفيذه.

ومن خلال التعريف السابق للشرط الجزائي، يمكن القول أن هناك ثمة شروطاً لإستحقاقه وهي:-

١- يعتبر الشرط الجزائي اتفاقاً سابقاً على وقوع الضرر وكونه اتفاقفيجب أن تتوافر فيه أركان العقد من " الرضا ، المحل ، السبب". فسواء كان الشرط بنداً في العقد أو إتفاقاً لاحقاً فإنه في تكوينه أو نشأته يجب أن تتوافر فيه شروط إنعقاد أي عقد، وشروط صحته، فيلزم توافر التراضي والمحل والسبب، وأن يخلو الرضا من العيوب، وبالتالي في حال عدم توافر كل تلك الأركان والشروط يبطل الشرط بغض النظر عن صحة العقد الذي يتضمن الإلتزامات التي يوقع الجزاء عند عدم تنفيذها.

---

(1)د. عبد الحميد نجاشي الزهيري : شرح قانون المعاملات المدنية الاماراتي ،آثار الحق وانقضاؤه ، دراسة ف الاحكام العامة – وسائل التنفيذ – التصرفات المشروطة بالتعليق والاجل – تعدد محل وطرفي التصرف – انتقال الحق وانقضاؤه ، مكتبة الجامعة ، الشارقه. ص١١٦. طلبة وهبه خطاب : أحكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي . ص٦٨.

(2)إذ لو أبرم هذا الاتفاق – الملحق - بعد وقوع الإخلال بالالتزام من قبل المدين لكان بمثابة الصلح وليس تعويض اتفاقي كون الصلح يتم بعد حدوث الضرر تجنباً للنزاع من الخصمين ومن ثم لا تسري على هذا الصلح أحكام التعويض الاتفاقي.

فالشرط وفقاً لهذا المعنى مستقل عن شروط إنعقاد وصحة العقد الأصلي. وتظهر إستقلالية الشرط الجزائي أكثر وضوحاً إذا كان قد نشأ بموجب إتفاق لاحق على العقد الأصلي[1].

ومن الأهمية بمكان ونحن بصدد ذكر أركان إنعقاد العقد، فإنه فيما يتعلق بالسبب يجب توضيح أنه لما كان الهدف المقصود من الشرط الجزائي هو ضمان تنفيذ الإلتزام الأصلي، فإن ركن السبب في الشرط الجزائي يتمثل في ضمان تنفيذ هذا الإلتزام الأصلي، والمقصود من السبب هو الباعث الذي يسعى إليه المتعاقدان من الإتفاق على الشرط الجزائي، أي الباعث الدافع إلى التعاقد[2].

وعليه يكون عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه الناشئ عن العقد الأصلي هو السبب في إستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ، وكذلك تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه العقدي هو السبب في إستحقاق التعويض عن التأخير، فالشرط الجزائي ليس هو السبب في إستحقاق التعويض.

هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض عندما قضت أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي ليس هو السبب في إستحقاق التعويض، وإنما ينشأ الحق في التعويض عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخير في تنفيذه[3]..

٢- محل الشرط الجزائي غالبا ما يكون دفع مبلغ من النقود، ولكن لا يوجد ما يمنع أن يكون محله شيئاً أو عملاً أو امتناعاً أو تقصير ميعاد في استعمال الحقأو تشديد استعماله أو غير ذلك .[4]

---

(1) ا.د. حسام الدين كامل الأهواني: تأملات في الشرط الجزائي – دراسة مقارنة – مطابع الشرطة، ٢٠١٤ ص٨.

(2) أ.د. حسام الأهواني: المرجع السابق، ص٩ وأيضا د. منصور مصطفى منصور: السبب في الإلتزامات الإرادية، مطبوعات شرطة دبي ١٩٩٩، ص٨٢ – د. السنهوري: الوسيط – مصادر الإلتزام – الجزء الثاني ص٤٥٤ – د. منذر الفضل: الوسيط في شرح القانون المدني – مصادر الإلتزامات وأحكامها – دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، دار الثقافة للنشر، عمان – الأردن، الطبعة الأولى ٢٠١٢ ص١٦٨ و١٦٩.

(3) نقض مدني ١٩٧٩/١/٢٥، مجموعة المكتب الفني لسنة ٣٠ قاعدة رقم ٧٥ ص٣٨٥، راجعه لدى أ.د. حسام الأهواني، المرجع السابق ص٩.

(4)في هذه الحالات لم يحدد الشرط الجزائي بمبلغ من العقود. كاشتراط حلول جميع أقساط المدين إذا تأخر في دفع قسط منها. أو في حال اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر الأرض بعد انتهاء الإيجار خالية من الزراعة . واشترط في العقد أن الزراعة التي تكون قائمة عند انتهاء الإيجار تصبح ملكاً للمؤجر تعويض له عن الإخلال بهذا الاتفاق.

انظر:- نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ٦٤ .

أيضا :- إلياس ناصيف، مرجع سابق ص ٢٧١.

مما سبق نجد أن الشرط الجزائي ذو أهمية مزدوجة، فهو في الفترة التي تسبق الإخلال بالالتزام يعتبر سلاحاً للردع لتفادي هذا الإخلال،وذلك نظراً لكون المبلغ المتفق عليه مسبقاً ينطوي على قدر من المبالغة في تقدير قيمة التعويض ، مما يدفع المدين لتنفيذ التزامه خشية من قيام القاضيبتأييد المبلغ المتفق عليه.

ثم إذا وقعت المخالفة برز الطابع الجزائي للشرط ، كون المبلغ المتفق عليه كقيمة للتعويض يكون نقطة البداية في طلبات الدائن، مدفوعاً بالصفة العقدية له، وهذا ما يُضعف موقف المدين لأنه يُطالب بالمبلغ الوارد في الشرط ،وفي نفس الوقت يقفل باب المنازعة في أهمية الضرر، كما يُعفى الدائن من إثبات الضرر، فهو ضمان لتنفيذ الالتزام في مرحلة، وجزاء لعدم تنفيذه في مرحلة تالية.[1]

## المطلب الثاني

## نطاق الشرط الجزائي

قد يبدو للوهلة الأولى أن نطاق تطبيق الشرط الجزائي لا يتعدى حدود المسئولية العقدية ، بدليل ما جرت عليه صياغة نص الفقرة الأولى من المادة ٣٩٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي تنص على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مراعاة لأحكام القانون". [2]

ولكن الواقع يفرض علينا التسليم بعدم حصر نطاق تطبيق الشرط الجزائي فقط في مجال العقد، لأنه ثبت إمكانية امتداد هذا النطاق ليشمل مجال العمل غير المشروع ( المسؤولية التقصيرية).

وعليه سوف نقسم دراسة هذا الجانب إلى فرعين، الفرع الأول سوف يُخصص لدراسة الشرط الجزائي في نطاق العقد، أما الفرع الثاني فسوف يتم تخصيصه لدراسة الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية.

---

(1)أ.د. حسام الدين الأهواني- النظرية العامة للالتزام –أحكام الالتزام ط ١٩٩٦ص ٧٥.

(2) ويتفق ذلك مع نص ٢٢٣مدني مصري .

## الفرع الأول

## الشرط الجزائي في نطاق العقد

فكما ذكرنا سابقا أن الشرط الجزائي ليس سوى اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يري المتعاقدان أنه لا يجب ترك أمر تقديره للقاضي فيقدراه مسبقاً . وهذا ما نجد له تطبيقاً في مجالات عدة مثل عقود المقاولات والنقل والتوريد، حيث يُلزم المقاول أو الناقل أو المورد بدفع مبلغ من المال عن كل وحدة زمنية ( يوم ، شهر) يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه.[1]

وكذلك يعد الشرط الجزائي أحد الوسائل الأكثراستعمالاً في الاتفاقات الصناعية والتجارية، ، كما نجد أن البيئة الخصبة للشرط الجزائي توجد أيضا في العقود التي تتم بين البائعين والمشترين في حال الامتناع عن الدفع أو التأخير فيه،فعندما يعزز المقرضون عقودهم بالشرط الجزائي لضمان استرداد أموالهم ، وتبرز اهمية اشتراطه أيضاً في العقود التي تبرم بين مدراء المسارح والفنانين الذين يخلون بالتزاماتهم لتقييدهم بمثل هذا الشرط لتجنب أي إخلال أو تأخير،فمن الممكن أن يُدرج في عقد إيجار مسرح كما حدث في دعوى[2]تتلخص وقائعها في أن مستأجر مسرح " الكوميدي فرانسيز" قام بعرض أحد الأفلام على الرغم من وجود شرط صريح في العقد يمنعه من ذلك .فأقامت الشركة المؤجرة الدعوى ضده أمام محكمة باريس لمطالبته بالمبالغ الموضحة بالشرط الجزائي ، فقبلت المحكمة الدعوى في شقها الأول.

---

(1) ولا يوجد ما يمنع قانوناً من ان يرد الشرط الجزائي في عقود أخرى.

* وسوف نعرض للشق الثاني من الدعوى عند بحثنا لنطاق الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية.

فلقد قضت محكمة النقض المصرية " أن إشتراط جزاء عند قيام المتعهد بما التزم به جائز في كل مشارطه سواء أكانت بيعاً أو معاوضة أو إجارة أو اي عقد آخر. والعربون بهذا المعنى ليس خاصاً بعقود البيع وحدها . نقض الطعن ١٨ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١٢/١٧ .

* كما قضى بأن الشرط الجزائي متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الالتزام أيا كان الوصف الصحيح للعقد الذي تضمنه بيعاً كان أو تعهداً من جانب الملتزم بالسعي لدى الغير لإقرار البيع.

نقض الطعن ٨٧ لسنة ٨ ١ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢ .

(2)الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٤ فبراير ١٩٦٩، راجع مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة الخامسة عشر يناير \ مارس ١٩٧١م .

وكما أن امتداد الشرط الجزائي في نطاق العقود ذات العوض ليس محل جدال، فكذلك الحال أيضاً في عقود التبرع، كعقد الهبة والوصية، فنجد أن بإمكان الموصي أو الواهب أن يُثقل كاهل المستفيد من الوصية أو الهبة بالتزامات ، فيدرج في عقد الوصية أو الهبة شرطاً جزائياً يقضي بإلقاء جزاء على المستفيد في حال إخلاله بالالتزام الواجب عليه القيام به بموجب عقد الهبة أو الوصية[1]

## الفرع الثاني

## الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية

يتصور أن يرد الشرط الجزائي في مجال المسئولية عن الفعل الضار بشرط ألا يترتب عليه الإعفاء من المسئولية أو حتى التخفيف منها لمخالفة ذلك للنظام العام، وسواء أكان إعفاء كلياً أو جزئياً من المسئولية التقصيرية ، كأن يتفق صاحب مصنع مع جيرانه على مقدار التعويض الذي يستحقونه في حال أصيبوا مستقبلاً بأضرار من مخلفات وأعمال هذا المصنع. ومن المتصور أن يكون تقدير هذا التعويض يجاوز الضرر الواقع أويساويه.

غير أنه من النادر اللجوء إلى الشرط الجزائي في نظام المسئولية التقصرية كونها تنشأ بين أشخاص قد لا يعرفون بعضهم مسبقاً .[2]

وفي هذا السياق، تنص المادة ٢٩٦ معاملات مدنيةعلى أنه " يقع باطلاً كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤلية المترتبة على الفعل الضار " وهنا يثور تساؤل مفاده : هل يجوز الاتفاق مقدماً وقبل حصول أي ضرر على تعديل أحكام المسئولية التقصيرية التي قد تترتب مستقبلاً بتشديدها بزيادة مبلغ التعويض ( تعويض اتفاقي أو شرط جزائي ) أو تخفيفها من ذات الطريق أو الاعفاء منها ؟

من خلال إستقراء نص المادة ٢٩٦ سالفة الذكر، يتضح أن الاتفاق -على فرض حدوثه – الذي يُخفف التعويض أو يُعفي منه بالكلية يعد اتفاقاً غير مشروع بصرف النظر عن كنه التعويض الذي يُتفق على تخفيفه أو الإعفاء منه .

---

(1)راجع بتفصيل طارق محمد مطلق، مرجع سابق، ص٥١.

(2) وهذا ما ذهب إليه كاربونية في حصر نطاق الشرط الجزائي في المسئولية التعاقدية .

فعبارات المشرع في النص القانوني المذكور قاطعة في أن أحكام المسئولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام ، ورغم أنها لم تتناول سوى الإعفاء من المسئولية بصريح النص إلا أن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن البطلان يشمل أيضاً الاعفاء الجزئي أي التخفيف من المسئولية .

ومثل هذه الاتفاقات على التعويض في صورتي الإعفاء أو التخفيف منه تقع باطلة أياً كانت صورة المسئولية في النطاق التقصيري ، أي سواء نشأت عن الفعل الشخصي أو عن الغير أو عن الأشياء[1]هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن مثل هذه الاتفاق الذي يتم خارج نطاق الإعفاء أو التخفيف أي خارج نطاق الحظر القانوني المطلق ، يندر حدوثه في الواقع العملي لأن الغالب في المسئولية التقصيرية ألا يعرف المضرور المسئول إلا عند وقوع الضرر فكيف يتصور حينئذ والحال كذلك حصول إتفاق مسبق بينهما؟

غير إنه قد توجد في الواقع بعض حالات تنشأ عن أوضاع تجمع أشخاص يحتمل أن يتصف كل منه مستقبلاً بصفتي المسئول والمضرور وعندئذ يبدو التصور المسبق للاتفاق بينهما على التعويض ومقداره مقبولاً [2]. ومن ذلك ما قررته محكمة النقض الفرنسية في شأن دعوى الشركة المؤجرة لمسرح فرانسيز[3]، بالنسبة لمطالبتها في الشق الثاني فيما يتعلق بالتعويض الإضافي ، بالاضافة إلي مطالبتها بالشرط الجزائي. فلقد رفضت محكمة باريس المطالبة بالشق الثاني لأن الشركة لم تقم الدليل على أن المدعى عليه قد قصد الإضرار بها. ولكن وقت طرح النزاع على محكمة النقض قضت بإلغاء حكم محكمة باريس ، وقررت أن الغش يتوافر من جانب المدين منذ اللحظة التي يتعمد فيها عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، حتى لو كان الامتناع غير مدفوع بقصد الإضرار بالمتعاقدالآخر.

أما عن موقف قانون المعاملات المدنية الإمارتي، فإن المذكرة الايضاحية له ذكرت في معرض تعليقها على نص المادة ٣٩٠ منه أن هذه المادة المذكورة " تتناول حكم الاتفاق مقدماً على مقدار التعويض عن الضرر، ولا يدخل فيها حكم التعويض عن الضرر، بعد وقوعه إذ لا يُخشى في حالة تقديره قبل وقوعه من غلط أو شبهة إكراه وهو ما يدعو إلى بيان حكم التقدير

---

(1) وهذا ما تصورته مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بمناسبة التعليق على نص المادة رقم ٢٢٥ مدني مصري وقتما جاء بها أنه:" ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير إتفاقي للتعويض الواجب أداؤه ، بل يعتبر بذاته مصدراً آخراً، قد يكون التعاقد في بعض الصور وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى".

(2)مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ص ٥٧٣.

(3) انظرهذا الحكم سابقاً ص ( ١٥ ) .

مقدماً "[1]وبناءً عليه ليس هناك ثمة سبب يحول قانوناً دون الركون إلى الشرط الجزائي في تقدير التعويض المستحق عند الإخلال بالتزام غير عقدي مادام هذا التقدير يتم مقدماً مما يعصمه من شبهة الغلط أو شبهة الاكراه،ومثال ذلك كما قرر جانب من الفقه وبحق– إذا كان الإخلال بالعقد مكوناً لجريمة كجريمة خيانة الامانه واتفق المتعاقدان سلفاً على التعويض الذي يُستحق في هذه الحاله فإن هذا الاتفاق ينصرف إلى تعويض عن مسئولية تقصيرية ، وكذلك الاتفاق على تعويض يستحقه الدائن في حالة فسخ العقد أو الرجوع في وعد كالوعد بالزواج فإن ذلك يعتبر تعويضاً عنالإخلال بالتزام غير عقدي .[2]

## ( المبحث الثاني)

## خصوصية الشرط الجزائي

بما أن محل الشرط الجزائي يكون في الغالب مبلغاً من النقود ، فقد يحدث هذا الأمر خلطاً بينه وبين الأوضاع القانونية مما يصعب التمييز بينهم .من هذه الأوضاع القانونية العربون ، التهديد المالي ، عقد الصلح ، الالتزام التخييري ، والالتزام البدلي ،وعليه يلزم عقد مقارنة بين الشرط وتلك الأوضاع القانونية لإبراز خصوصية الشرط الجزائيوذاتيته.

### ( المطلب الأول)

### الشرط الجزائي و العربون

يلزم لتمييز الشرط الجزائي عن العربون تعريف الأخير ومن ثم بيان أوجه الشبه والاختلاف بينها

**أولا : تعريف العربون**

العربون هومبلغ من النقود ( أو منقول من نوع آخر) يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد والغرض من العربون إما الدلالة على أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن الصفقة ونقض العهد ، وإما للدلالة على أن العقد قد تم نهائياً وأن القصد من دفع العربون هو ضمان تنفيذه.[3]

---

(1) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥المعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧ص ٣٩٤

(2)راجع د. نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠٠٥م، ص٦٤.

(3 )انظر طارق محمد مطلق : مرجع سابق ، ص ٦٩، وانظر د. إبراهيم الشرقاوي : مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، مكتبة الجامعة ، ط ٢٠٠٨، ص ١٠٠.

ولقد اختار المشرع الإماراتي أن دلالة العربون بحسب الأصل دلالة بت وليست دلالة عدول إلا إذا اتفق الطرفان على أن العربون جزاء العدول عن العقد[1].

**ثانيا :- ( أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والعربون) :**

١- كلاهما يمتاز بطابع التبعية لاتفاق أصلي [٢].

٢- كلاهما يظل في حالة سكون ولا يتم المطالبة به إلا في حال إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه بتنفيذ العقد، وسواء كان عدم التنفيذ راجعاً إلى اختياره أو ناشئاً عن فعله أو فعل أحد الأشخاص ممن يُسأل عن أعمالهم مسؤولية تعاقدية .[٣]

٣- في كليهما ، لا يحق للقاضي الحكم بالشرط الجزائي أو بالعربون إذا كان التنفيذ العيني ممكنا، ما لم يكن فيه إرهاق للمدين ومع مراعاة ألا يلحق ضرر جسيم بالدائن من جراء الحكم بالتعويض.[٤]

٤- كلاهما لا يُستحقان إذا فسخ العقد برضا الطرفين أو إذا استحال تنفيذ العقد لسبب أجنبي كون كل منهما يعتبر تابعاً ويدور مع العقد الأصلي وجوداً و عدماً .[٥]

**ثالثا : ( أوجه الإختلاف بين الشرط الجزائي والعربون) :**

١- الشرط الجزائي يجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر الحاصل[٦]، أما العربون فلا يجوز تخفيضه[٧] سواء كان الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر متناسباً مع العربون أم كان غير متناسب، ويجب دفعه حتى ولو لم يلحق بالمتعاقد أي ضرر .

٢- الشرط الجزائي عبارة عن تعبير عن إرادة المتعاقدين يُصاغ ضمن بنود العقد أو في اتفاق لاحق ، أما العربون فهو عمل مادي يصدر عن إرادة ويتمثل في مبلغ من المال أو أي شيء مثلي يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد.

---

(1) وهذا مغاير للوضع في كل من القانون المصري والأردني انظر نص م (٤٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .
راجع د. إبراهيم الشرقاوي ،المرجع سابق ، ١٥١.
(2)فؤاد صالح درادكه : دراسة مقارنة، مجلة الحقوق ، ع ٤، ٢٠٠٤ ، ص ٤١٨، ٤٨٢.
(3) السنهوري: الوسيط ج١، ص ٤٨٢.
(4) فؤاد صالح درادكة :مرجع سابق ، ص ٤٨٢.
(5) طارق محمد مطلق :مرجع سابق، ص ٧٢.
(6) عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني، ج ٢، ط ٣ ، بغداد ، ٩٧٧،ص ٥٧.
(7) انظر م ٢/١٤٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

٣- الشرط الجزائي بحاجة إلى إعذار لاستحقاقه ، أما العربون فيستحق بدون توجيه إعذار .

٤- لا يمكن تكييف الشرط الجزائي بأنه البدل في التزام بدلي ، كون المدين لا يمكن أن يؤديه بدلاً في تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً عينياً، إذا كان التنفيذ العيني ممكناً وطالب به الدائن. أما العربون فيمكن تكييفه على أنه البدل في التزام بدلي ، ففي عقد البيع يلتزم المشتري التزاماً أصلياً بدفع الثمن مقابل أخذ المبيع ، وله إذا شاء أن يعدل عن هذا الالتزام الأصلي – دفع الثمن في مقابل أخذ المبيع – إلى التزام بدلي محله دفع مبلغ العربون من غير مقابل.(١)

٥- الشرط الجزائي لا يعتبر التزاماتخييرياً، فالمدينلايملك العدول عن التنفيذ العيني إلى الشرط الجزائي، بل يبقىمُلزما بتنفيذ التزامه الأصلي وهو التنفيذ العيني ما دام ممكنا ، أما عربون العدول فيمكن أن يُعطي الحق لكل من المتعاقدين في الاختيار بين تنفيذ العقد أو العدول عنه في مقابل دفع مقداره .

٦- الشرط الجزائي يعتبر تقديراً لتعويض عن ضرر قد يقع في المستقبل وبالتالي لا يُستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن، أما العربون فهو مقابل للعدول عن العقد ، وعليه فالالتزام بدفع العربون يظل قائماً ، ولو لم يترتب على العدول عن العقد أي ضرر.(٢)

## المطلب الثاني

## الشرط الجزائي والتهديد المالي(٣)

يُعد التهديد المالي وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري غير المباشر . وهو في الأصل نتاج الاجتهاد القضائي في فرنسا ، إذ أن القانون الفرنسي الصادر في العام ١٨٠٤ لم يكن ينظم الغرامة التهديدية ، وبعد ذلك تدخل المشرع، وأقر نظاماً قانونياً متكاملاً للغرامة التهديدية .

---

(1)عبد المجيد عبد الحكيم ، المرجع السابق، ص ٥٧.

(2) نبيل إبراهيم سعد: مرجع سابق ، ص ٦٥.

(3) ويسمى أيضاً بنظام الغرامة التهديدية والذي لم يكن معروفاً في الأنظمة القانونية القائمة على النزعة الذاتية التي تأخذ بالمذهب الشخصي في تعريف الالتزام الذي يقوم على العلاقة الشخصية بين طرفيه ( الدائن والمدين) حيث كان الدائن يتمتع في ظل هذه النزعة بضمانة أقوى من الغرامة التهديدية المتمثلة بالسلطة التي كان الالتزام يمنحها له على مدينه، حيث كان يوجد الإكراه البدني لدفعه لتنفيذ التزامه عيناً ، وفي المقابل اشتهر هذا النظام في الأنظمة القانونية التي تقوم على النزعة الموضوعية التي تأخذ بالمذهب المادي في تعريف الالتزام والذي يقوم على محل الالتزام والذي يُعد عنصراً مالياً أي إبراز العلاقة المالية بين الدائن والمدين،ومن ثم تجرد هذه النزعة الالتزام من كل طابع شخصي، ثم تجرد الدائن من السلطة الشخصية التي كان يتمتع بها في ظل النزعة الذاتية التي كانت تعطيه الحق في استرقاق المدين أو قتله من أجل ضمان التنفيذ العيني المباشر لالتزامه حتى لو كان هذا المدين معسراً . راجع د. فواز صالح : النظام القانوني للغرامة التهديدية (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية – المجلد ٢٨- العدد الثاني- ٢٠١٢، ص ١٢.

أما قانون المعاملات المدنية الإماراتي فلا يوجد به نص يقرر مباشرة مثل هذا النظام القانوني ، ولكن هذا لا يعني حظره أو تحريمه ، فيمكنه اللجوء للتهديد المالي[1]في جميع أنواع الالتزامات وعلي الأخص الإلتزام بالقيام ما دام تنفيذ الالتزام لايزال ممكناً.[2]

والأمثلة عليها كثيرة وخاصة في عقود المقاولات، فغالباً ما يشترط رب العمل على المقاول أن ينجز العمل في خلال مدة معينة،وإلا كان ملزماً بدفع مبلغ يُتفق عليه في العقد عن كل يوم أو أسبوع أو أي وحدة زمنية أخرى يتأخر فيها المقاول عن التسليم، وكذلك في عقود المناقصات التي تعلنها المؤسسات الحكومية للقيام بالأشغال العامة، كرصف الشوارع،و إنشاء الجسور والمصانع، حيث تضع تلك الدوائر والمؤسسات الحكومية شرطاً يلتزم بمقتضاه من تعاقد معها بعد رسو المناقصة عليه بدفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه انجاز العمل وتسليمه.

وواضح من خلال تلك الأمثلة أنه لا يمكن اعتبار أن كل غرامة تهديدية قد نُص عليها في العقد شرطاً جزائياً ، فليس من هذه الغرامة تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء، بل المقصود إرهاب المدين أو حثه على التنفيذ العيني.[3]

و إن الجزء الذي قد يُشبه الشرط الجزائي بالتهديد المالي ( الغرامة التهديدية ) هو عندما يتفق المتعاقدان مقدماً على مبلغ كبير قد يزيد كثيراً على الضرر المتوقع في المستقبل ، ويتم تجديده بشكل تصاعدي بحيث يدفع عن كل يوم يتأخر فيه المدين عن تنفيذ التزامه ، هنا يصبح للشرط الجزائي طابعاً تهديدياً أكثر من كونه تعويضاً عن الضرر ، ويزيد هذا الشبه في حال قام القاضي بتخفيض المبلغ المقدر عندمايرى أن تقدير المتعاقد كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة[4].

ويلزم لإبراز نتائج المقارنة بين الشرط الجزائي وبين التهديد المالي تعريف الأخير ومن ثم بيان أوجه التشابه والاختلاف بينهما .

---

(1) انظر في هذا الشأن التنفيذ بطريق التعويض في قانون المعاملات المدنية الإماراتي من خلال نص المادة ٣٨٦.

(2) ولقد كان قريباً منه مسلك المشرع الأردني فأخذ بها بطريقة غير مباشرة ، حيث نصت المادة ٣٦٠ من القانون المدني على أنه " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي يلتزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين"، وهذا يعكس ما نص عليه المشرع المصري فلقد كان صريحاً في الأخذ بنظام الغرامة التهديدية من خلال المادة ٢١٣، كذلك المشرع الفلسطيني من خلال المادة ٢٣٦ والتي جاءت مطابقة للنص المصري.

(3) د. عبد المجيد الحكيم:مرجع سابق ، ص ١٨٩ .وهذا القول بعكس ما ذهبت إليه محكمة تمييز دبي حيث نصت على أن غرامات التأخير التي ترد في العقود هي من قبيل الشرط الجزائي . انظر الطعن (٤١٢) لسنة ١٨ ق – تاريخ الجلسة ١٩٩٨/١١/١٧- مكتب فني ٢٠- ص ١١٧٢ جلسة الثلاثاء الموافق ١٧ نوفمبر ١٩٩٨م.

(4) د. نبيل ابراهيم سعد:مرجع سابق، ص ٦٦

**أولا:**

١- **تعريف التهديد المالي ( الغرامة التهديدية):-**

المقصود به الحكم على المدين بالتنفيذ العيني ، وبغرامة تهديدية باعتبار مبلغ مالي عن كل يوم أو أسبوع أو أي وحدة زمنية أخرى ، إذا تأخر عن تنفيذ التزامه في ميعاد معين يحدده القاضي.(١)

٢- **شروط التهديد المالي :**

حتى يُحكم به يُشترط توافر الشروط التالية:

- أن يكون التنفيذ العيني للالتزام ممكناً ، لأن الغرض منه هو الحصول على التنفيذ ، فإذا أصبح مستحيلاً فلا فائدة من اللجوء إليه.
- أن يقتضي التنفيذ العيني تدخل المدين.
- أن يُطالب الدائن أمام المحكمة المختصة بتوقيع التهديد المالي على المدين.

٣- **خصائص التهديد المالي:**

- يوصف التهديد المالي بأنه تحكمي ، حيث يتم تحديده غالباً بمبلغ كبير لا يتناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن من تأخر المدين. فهو وسيلة تهديد لدفع المدين لتنفيذ التزامه عيناً.
- يعتبر الحكم بالتهديد المالي حكماً وقتياً ، مصيره إلى التصفية وفقاً للموقف النهائي للمدين ، فلو قام الأخير بالتنفيذ حط عنه القاضي بقدر التزامه والزمه بالتعويض عن التأخير لا أكثر ، أما لو أصر على عناده حكم القاضي عليه بالتعويض الواجب عن عدم الوفاء بالتزامه.
- لا تعتبر الغرامة التهديدية المتفق عليها ديناً محققاً في ذمة المدين ، وعليه يجب انتظار التصفية النهائية التي يتوقف عليها مصير الغرامة ، ثم يتم التنفيذبالحكم الصادر بالتعويض عن التأخير أو عدم التنفيذ(٢)

**ثانيا: أوجه الشبه بين التهديد المالي والشرط الجزائي.**

١- أن كلاً منها لا يُثار البحث فيه إلا في حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه، لأن الهدف من كليهما هو ضمان تنفيذ الالتزام .

---

(1)وليس الغرض من هذه الغرامة تعويض الدائن عن تأخر المدين في الوفاء بل المقصود بها إرهاب المدين وحمله على التنفيذ العيني

انظر – طارق حمد مطلق :مرجع سابق ، ص ٦٣.

(2) راجع د. فواز صالح : مرجع سابق، ص ١٨.

٢- للقاضي سلطة تقديرية في كل منهما [١].

٣- قد يكون الطابع الجزائي هو الأبرز في كل من الشرط الجزائي والتهديد المالي.

**ثالثا : - أوجه الاختلاف بين الشرط الجزائي والتهديد المالي .**

١) التهديد المالي يحكم به القاضي ، أما الشرط الجزائي فيتفق عليه المتعاقدان . [٢] ومن ثم فإنه يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وللأحكام العامة للعقد.

٢) التهديد المالي هو طريق غير مباشر للتنفيذ العيني ، أما الشرط الجزائي فيتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني .

٣) يمكن الجمع بين التهديد المالي والتعويض، ولكن لا يجوز الجمع بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني إلا إذا وجد اتفاق، وذلك في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام.

٤) التهديد المالي يُقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يُخل فيها المدين بتنفيذ التزامه، أما الشرط الجزائي فلا يُقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، فإذا كان تعويض عن عدم التنفيذ فإنه يُقدر عادة جُزافا (٣).

٥) التهديد المالي لا يمكنإلزام المدين على دفع مقداره إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً لأنه يكون بلا فائدة ، أما الشرط الجزائي فيمكن مطالبة المدين به إذا كانت الاستحالة بسببه إذا تم إعذار المدين قبل حصولها ، وفي حالة ما إذا كان قد أخذ على عاتقه تبعة الظروف القاهرة.

٦) التهديد المالي تحكمي لا يُقاس بمقدار الضرر،لأن القاضي حين يقرر فرض الغرامة التهديدية على المدين يأخذ في الحسبان ظروف المدين وموارده المالية، وبغض النظر عما إذا كان امتناع المدين عن تنفيذ التزامه قد ألحق ضرراًبالدائن أم لا، في حين أن الشرط الجزائي يُقاس بحسب الأصل بمقدار الضرر.

٧) أجاز المشرع للقاضي تعديل المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي تخفيضاً وزيادة(٤).

٨) في حين نجد أنه غالباً ما يتم تخفيض الغرامة التهديدية في أثناء تصفيتها، وخاصة إذا خضع المدين لها وقام بتنفيذ التزامه.

---

(1) وهذا ما أكدته محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢١ ق عندما قضت بأنه" ومن المقرر أن غرامات التأخير التي ترد في العقود هي من قبيل الشرط الجزائي وهو التزام تابع للالتزام الأصلي ، إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام ، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي، فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه ، فإن استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقاً للقواعد العامة ..... وإن التحقق من توافر الضرر وتقدير التعويض الجابر له هو مما تستقل به محكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها في هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفي لحمله.

(2)عبد المجيد عبد الحكيم : مرجع سابق، ص ٥٨.وانظر طارق حمد مطلق : المرجع السابق ص ٦٥.

(3) د. إلياس ناصيف: مرجع سابق ، ٢٨٣.

(4) راجع نص المادة ٢/٣٩٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

## المطلب الثالث

## الشرط الجزائي والالتزامين التخييري والبدلي

### الشرط الجزائي "والالتزام التخييري"

**أولا: تعريفه**

هو ذلك الالتزام الذي يتعدد فيه المحل وتبرأ ذمة المدين منه إذا أدى واحداً منها .

**ثانيا: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي والالتزام التخييري**

إن الالتزام المتضمن شرطاً جزائياً يكون فيه محلين للالتزام وهو كذلك في الالتزام التخييري ، فيلزم تقديم أحدهما فقط .

**ثالثا : أوجه الاختلاف .**

(١) الشرط الجزائي لا يمكن أن يجتمع مع التنفيذ العيني ، لأن المدين لا يستطيع أن يعرض الشرط الجزائي طالما كان التنفيذ العيني ممكناً وطالب به الدائن أو عرضه المدين، في حين أنه في الالتزام التخييري يمكن للمدين أو الدائن أن يختار أحد المحال ويوفي به ولا يستطيع الأخير أن يرفض الوفاء من خلاله.[1]

(٢) إذا كان المحل الأصلي للالتزام المقترن بشرط جزائي لا يصلح أن يكون محلاً لعدم توافر الشروط الواجبة فيه، فإن هذا الالتزام يسقط ، ويسقط كذلك الشرط الجزائي. أما بالنسبة للالتزام التخييري فإنه إذا كان أحد محليه لا يصلح أن يكون محلاً للالتزام أصبح المحل الآخر هو المستحق.

(٣) إذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام المقترن بالشرط الجزائي مستحيلاً لسبب أجنبي لايد للمدين فيه كالقوة القاهرة، فينقضي هذا الالتزام وكذلك يزول تبعاً لهالشرط الجزائي ، أما الالتزام التخييري فلا يتأثر وجوده إذا هلك أحد المحال المتفق عليها.

---

(1) إلياس ناصيف: مرجع سابق، ص ٢٨٧

**الشرط الجزائي و" الالتزام البدلي"**

**أولا: تعريف الإلتزام البدلي:**

هو ذلك الالتزام الذي يكون محله شيئاً واحداً ولكن ذمة المدين تبرأ منه إذا وفى بشيء آخر غير محل الالتزام الأصلي.

**ثانيا: أوجه الشبه بين الالتزام البدلي والشرط الجزائي:**

إن محل الالتزام الأصلي في كل منها هو الأصل، والذي يتحدد على أساسه طبيعة الالتزام ،وعليه إذا أصبح الوفاء بالمحل الأصلي مستحيلاً لسبب أجنبي لايد للمدين فيه، سقط هذا الالتزام وسقط تبعاً له الالتزام البدلي وكذلك الشرط الجزائي.

**ثالثا : أوجه الاختلاف بين الالتزام البدلي والشرط الجزائي:**

لا يعتبر الشرط الجزائي التزاماًبدلياً ، وذلك لأن المدين ليس باستطاعته إجبار داننه على قبوله بدلاً من التنفيذ العيني للالتزام ما دام هذا التنفيذ ممكناً .

وهذا بخلاف الالتزام البدلي، حيث يجوز للمدين أن يُحل البدل محل الأداء الأصلي، بالرغم من إمكانية الأخير، بل ويجبر الدائن على قبوله.[1]

**المطلب الرابع**

**الشرط الجزائي وعقد الصلح**

**أولاً: تعريف عقد الصلح:**

والصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي.[2]

**ثانياً: أوجه الشبه بين الشرط الجزائي وعقد الصلح :**

(١) كل منها تابع لالتزام أصلي .

---

(1)طارق حمد مطلق : مرجع سابق – ص ٦٩.

(2) راجع نص المادة٧٢٢ معاملات مدنية إماراتي .

وعرفه المشرع المصري بأنه عقد يُحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقعان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من إدعائه م ٥٤٩ من القانون المدني المصري.

(٢) كل منها يُعد اتفاقاً يتم بإرادة المتعاقدين الحره.

(٣) كل منها لا يتم إثارة البحث فيه إلا بعد وقوع الضرر لأحد المتعاقدين.

**ثالثا:- أوجه الاختلاف بين الشرط الجزائي وعقد الصلح :**

بالنسبة للشرط الجزائي فإنه يتم الاتفاق على مقداره مسبقاً أي قبل وقوع الضرر ، أما بالنسبة لعقد الصلح فإن الاتفاق عليه يتم بعد وقوع الضرر.[1]

## المبحث الثالث
## آثار الشرط الجزائي وطبيعته القانونية

**تقديم وتقسيم : -**

ترتبط الطبيعة القانونية للشرط الجزائي بآثاره ، وقد آثرنا أن نعرض لآثار هذا الشرط أولاً حتى يتبين لنا طبيعتة القانونية وذلك في ضوء فكرتين أساسيتين تحددان مضمون هذا الشرط وهي فكرة الإتفاق وفكرة التعويض ، وهما في ذات الوقت فكرتان يصعب قانوناً البحث عن نقاط التلاقي بينهما ، ولإيضاح هذه الإشكالية ، سنقسم الدراسة في هذا البحث إلي مطلبين كما يلي : -

المطلب الأول : آثار الشرط الجزائي

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للشرط الجزائي

### المطلب الأول
### آثار الشرط الجزائي

تُحيط بآثار الشرط الجزائي عدة اعتبارات هامة ما بين الاتفاق والتعويض ، وسوف نبحث كل من الفكرتين على النحو التالي: -

**أولاً: اتفاق**

وبالتالي فهو يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، فالعقد شريعة المتعاقدين، وعليه يجب إعمال هذا الشرط فيستحق الدائن المبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان ، وبغض النظر عما إذا كان

(1)طارق حمد مطلق: مرجع سابق، ص ٦٢.

أصابه ضرر أولا ، وأيا ما كان الضرر . ومن ثم لايكون للقاضي أية سلطة تقديرية في زيادة أو تخفيض قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه من قبل المتعاقدين.[1]

**ثانياً : تعويض**

وهو يقتضي أن تكون له سمات التعويض ، وبالتالي لا يكون مستحقاً إلا إذا وجد الضرربعد تقديره بطبيعة الحال .[2]

ومن ثم نلاحظ في هذا الاعتبار الدور الجلي والواضح للقاضي في تحديد مقدار التعويض المستحق دون أن يتقيد بما ورد في الشرط الجزائي . واقتصرت فائدة هذا الشرط على الإثبات فقط. وبالتالي يصبح واضحاً وفقاً لهذا الاعتبار أن للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو بالنقصان في حالة عدم تناسب مقداره مع الضرر الحاصل ، وبالتالي إذا اتفق المتعاقدان على شرط جزائي عند عدم التنفيذ فيفترض أن الدائن أصابه ضرر من جراء ذلك ، كما ويفترض أيضاً إن هذا الضرر مساو لمقدار التعويض الوارد بهذا الشرط، وهو ما يُعفى الدائن من عبء إثبات حدوث ضرر له من جراء عدم التنفيذ ، وكذلك يعفيه من عبء إثبات مقدار هذا الضرر ، ولكن هذا الافتراض قابللإثباتالعكس، وفي ثم يجوز للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحقه أي ضرر من جراء عدم التنفيذ ، أو أن الضرر الذي أصابه أقل مما هو متفق عليه. وهذا الاعتبار رجحه القضاء المصري في ظل التقنين الملغي وانتهى ( القضاء الأهلي) إلى عدم الحكم بما ورد في الشرط الجزائي إلا إذا كان هناك ضرر وبقدر هذا الضرر . وأن الاتفاق على الشرط الجزائي ينقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين بإثبات انعدام الضرر حتى لا يُحكم بما ورد في الشرط الجزائي.

وأيضاً هذا ما استقر عليه القضاء الإماراتي من خلال الطعنين رقم ٦١٠لسنة ٢٠ ق و ٧ لسنة ٢١ق حيث جاء فيهما " ...وأن تحقق هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين فلا

---

(1)وهذا ما أخذ به القانون الفرنسي حيث نصت المادة ١١٥٢ مدني على أنه "إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذ التزامه يدفع مبلغا معينا من النقود على سبيل التعويض ، فلايجوز أن يُعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغاً أكثر أو أقل" .

(2)لأن التعويض يدور مع الضرر من حيث المبدأ ومن حيث المدى.

وهذا ما قرره القضاء في الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٢٢ القضائية عندما أرست في هذا الحكم مبدأ أن الشرط الجزائي يعد تعويضاً اتفاقياً جزاء الاخلال بالالتزامات التي يُنشئها العقد قبل عاقديه .

يُكلف الدائن بإثباته لأن وجوده يقوم قرينة قاطعة على وقوع الضرر ، ويكون على المدين في هذه الحاله إثبات عدم وقوع الضرر المطالب بالتعويض عنه ، ويجوز للقاضي أن يُخفض مقدار التعويض الاتفاقي إذا تمسك المدين بأن مقدار التعويض مبالغ فيه إلى درجةٍ كبيرة ، ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيما تقدره من اعتبار المتعاقد مقصراً أو غير مقصر في حالة النص في العقد على الشرط الجزائي وفي تقدير التعويض في حالة المبالغة فيه متى كان تقديراً قائماً على ما يسانده .

ومما سبق نعرض لآثار الشرط الجزائي من خلال بيان موقف وسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي .

**موقف المشرع الإماراتي من الشرط الجزائي وسلطة القاضي بصدده**

أجاز قانون المعاملات المدنية الإماراتي ونظيره المصري وغيرهما[1] للمتعاقدين الاتفاق مسبقا على تحديد مبلغ الشرط الجزائي في بداية التعاقد ، أو في اتفاق لاحق ، وهذا دليل على أن المشرع اعتبر أن الشرط الجزائي لا يتعارض وأحكام النظام العام، إلا أن هذه القوانين المشار إليها خالفت هذا المبدأ، فأعطت للقاضي سلطة التعديل فيه إما بالزيادة أو بالنقصان وذلك في حالة عدم تناسب مقداره مع الضرر الواقع ، كما واعتبرت سلطة القاضي تلك من أحكام النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ولكن بان جلياً مما سبق أن أثر الشرط الجزائي يتمثل في استحقاق الدائن لقيمته نظراً للاتفاق عليه بين الدائن والمدين وهو اتفاق واجب الاحترام – سواء منجانب المتعاقدين أو من جانب القاضي - إذا لا يجوز للقاضي - بحسب الأصل - التعديل في الشروط المتفق عليها.[2]

ولكن عندما نصت المادة ٣٩٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه " يجوز للقاضي في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن يعدل في هذا الاتفاق بما يجعل

---

(1) كذلك القانون الأردني والفلسطيني.

(2) وذلك بحسب أن مهمة القاضي تنحصر في تفسير العقد فقط لتطبيق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وذلك انطلاقا من مبدأ الالتزام بالعقد ، فالقاضي يلزم بتطبيق أحكام العقد بما يتضمنه من التزامات أصلية وبما يكون من مستلزماتها ، ومن ثم فليس له أن ينقض العقد أو يعدله إلا باتفاق المتعاقدين أو لأسباب يقررها القانون .
انظر د. أسامة أحمد بدر : تكميل العقد، دراسة تحليلية في القانون المصري والفرنسي، دار الجامعة العربية، ٢٠١٠، ص ٧٩.

التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك" ، فإن النص واضح في أن الاتفاق على الشرط الجزائي لا يُعد أساساً لاستحقاقه ، إلا في حالة عدم إثبات ما ينافي كون قيمة الشرط مساوية للضرر. أما في حال استطاع أحد الأطراف إثبات أن الضرر أقل أو أكثر من قيمة الشرط الجزائي، فيمكن للقاضي تخفيض أو زيادة قيمة الشرط الجزائي. فالضرر - سواء في حال الزيادة أو التخفيض - هو أساس الالتزام بالشرط الجزائي[1].

إذاً فالمشرع الإماراتي ذهب وبشكل مطلق إلى تأييد اعتبار الشرط الجزائي تعويضاً حتى وإن ترك أمر تقديره للمتعاقدين.فإن قدراه بما يتفق مع الأصوال القانونية المرعية كان بها، وإن تم مخالفة ذلكيمكن للقاضي في هذه الحالة أن يُقيم التوازن بين ما ورد في الشرط الجزائي، وبين التعويض الذي يجيز الضرر، ويمكنه في جميع الأحوال أن لا يحكم بالتعويض إذا لم يجد ما يقتضي ذلك.

ولقد بلغ حرص المشرع الإماراتي على تأكيد سلطة القاضي المطلقة في التدخل بناء على طلب الخصوم لتعديل قيمة الشرط الجزائي أن جعل المادة ٢/٣٩٠ السابق ذكرها من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وكل اتفاق يؤدي إلىتقييد سلطة القاضي أو تحجميها بأي شكل من الأشكال يقع باطلاً.

وعليه ، فإذا اتفق المتعاقدان على شرط جزائي يكون من التفاهة بحيثيصبح المقصود به أن يصل المدين إلى اشتراط إعفائه من مسؤوليته التقصيرية ، فإن هذا الشرط يكون باطلاً، ويمكن للقاضي في هذه الحالة أن يحكم بتعويض يزيد بكثير من القيمة المتفق عليها في الشرط الجزائي الوارد في العقد.[2]

## سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

نظرا لان الشرط الجزائي كان وليد اتفاق طرفي العقد عليه ، فيجب تنفيذه، إعمالاً لمبدأ " سلطان الارادة " واحتراماً لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" .

---

(1) أ. د. عبد السميع ابوالخير : أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية الاماراتي الاتحادي ، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، مطبوعات جامعة الامارات ، ٢٠٠٢،العين ، ص ٢٥٥ .

(2) د. نبيل إبراهيم سعد: مرجع سابق، صـ ٧٥

ولم تتخذ تشريعات البلدان المختلفة موقفاً موحداً في هذا الصدد، وإنما نجد أن مدى حق القاضي في تعديل الشرط الجزائي تذبذب بين التقييد والإطلاق، كما وجد موقفاً وسطاً اتخذته عدة تشريعات.

وذلك على النحو التالي:

١- التقييد ( فرنسا):

التزم المشرع الفرنسي حرفية القاعدة السابقة ولم يُجز للقاضي التدخل لتعديل ما ذهبت إليه إرادة المتعاقدين، فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. والحقيقة أن هذه القاعدة كانت قبل عام ١٩٧٥ في فرنسا تتسم بنوع من التقديس بمعنى أن القاضي لا يُسمح له بتعديل ما اتفق عليه أطراف العقد إلا في حالات استثنائيةوفي أضيق الحدود وبنصوص تشريعية. وإذا كان الوضع كذلك في العقد ( م١/١١٣٤ مدني فرنسي) فأيضا لم يكن للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي (م ١١٥٢ فرنسي قبل التعديل). بل إن المادة (١٢٣١ مدني فرنسي) التيتُجيز للقاضي انقاص قيمة الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي قد اعتبرها القضاء غير متعلقة بالنظام العام.[1]

٢- الوسط ( مصر):

انتهج المشرع المصري موقفا وسطاً ، معتبراً أن الأصل هو ضرورة تنفيذ ما جاء بالشرط الذي اتفق عليه، ومن ثم لم يعطي القاضي سلطة تخفيض قيمة الشرط الجزائي، واشترط

---

(1) ولقد جاء في نص المادة ١١٥٢ مدني فرنسي: أنه " إذا ذكر في الاتفاق ..... فلا يجوز أن يُعطي لتعويض الطرف الآخر مبلغاً أو أكثر أو أقل" وعلى ذلك فإنه لا يجوز الاعتراض على قيمة الشرط الجزائي طالما كان باتفاق الطرفين، ولم يجز للقاضي بتعديله ، حتى لو كان المبلغ الوارد بالشرط مبالغاً فيه، وأكثر من ذلك لم يشترط المشرع الفرنسي لاستحقاق التعويض إثبات وقوع ضرر للطرف الآخر، كما لم يسمح للمدين بإثبات عدم وقوع ضرر للدائن، لأن المدين ملزم بتنفيذ ما جاء بالشرط الجزائي أيا كانت الظروف. وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية بأن" مؤدى حكم المادة ٢٢٤ من القانون المدني أنه متى وجد شرط جزائي في العقد فإن تحققه يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين فلا يُكلف الدائن بإثباته، وإنما يقع على المدين عبء إثبات أن الضرر لم يقع ، أو أن التعويض مبالغ فيه إلى درجة كبيرة " نقض ١٣ فبراير ١٩٨٠. الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٤٦ ق. م. ٣١. ص ٥٠٨.

ولقد أدى هذا الوضع التشريعي والقضائي في فرنسا لانتشار الشروط الجزائية الجائرة وخاصة في عقود الإيجار الانتمائي، وعقود البيع بالأجل، ولذلك تدخل المشرع الفرنسي بقانون ٩ يوليو ١٩٧٥ ليضع حداً لهذا التعسف. راجع بتفصيل د. سمير عبد السيد تناغو: نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص٧٣ ومابعدها، وأيضا راجع في موضوع تكميل العقد، أ. د.أسامة أحمد بدر، مرجع سابق ص٧٧.

ضرورة طلب ذلك وإثبات الضرر من جانب الدائن لاستحقاق التعويض.[1]

٣- الإطلاق ( الإمارات):

فيما سبق أوضحنا أن المشرع الإماراتي خرج عن الأصل الذي يقضى بأن الاتفاق على الشرط الجزائي في حال تحققت شروطه يعتبر ملزماً للمتعاقدين وللمحكمة التي تنظر النزاع، ومن ثم فالقاضي ملزم بالحكم على المدين الذي أخل بالتزامه بالمبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي ،وذلك بغض النظر عن مقدار الضرر الذي أصاب الدائن انطلاقاً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.[2]

فإذا كان المشرع المصري قد وقف من الاعتبارين اللذين يحيطان بالشرط الجزائي موقفاً وسطاً ، فإننا نلاحظ أن المشرع الإماراتي انحاز بشكل مطلق إلى الاعتبار الذي يرى أن الشرط الجزائي ما هو إلا تعويض ، وإن ترك أمر تقديره للمتعاقدين، فإن قدراه وفق الأصول المرعية كان بها، وإن هما خالفا تلك الأصول كان للقاضي أن يتدخل دائماًبناءً على طلب الخصوم وفي جميع الأحوال ، ليعمل على إقامة التوازن بين ما ورد في الشرط الجزائي وبين التعويض الواجب الإقرار به لتعويض الضرر الذي وقع للدائن دون إفراط أو تفريط، فالقاضي سلطة مطلقة في زيادة قيمة الشرط الجزائي أو إنقاصه أو حتى إلغاءه إذا لم يجد ضرورة أو مقتضى للحكم به، وكما ذكرنا سابقاً أن القيد الوحيد الذي يحد من سلطة القاضي هو أن يطلب منه أحد أطراف النزاع التدخل لتعديل قيمة الشرط الجزائي.

حيث إن المشرع الإماراتي سمح للقاضي بتعديل الشرط الجزائي في جميع الأحوال ، وأعطاه سلطة مطلقة في هذا الشأن وبلا قيد عليه في مسألة التعديل، فأجاز للقاضي أن يُخفض من

---

(1) وقد قُضي " لا يكفي لاستحقاق التعويض الاتفاقي مجرد توافر ركن الخطأ في جانب المدين بالالتزام، وإنما يُشترط توافر ركن الضرر في جانب الدائن، فإذا اثبت المدين انتفاء الضرر سقط الجزاء المشروط" الطعن ١٠٢ لسنة ٣٤ ق، ١٩٧٦/١١/١٤ المجموعة س ١٨ ص ١٦٦٨.

(2) وفي هذا الشأن يقول د. أسامه بدر" من الثابت قانوناً أنه يكفي لتمام العقد الاتفاق على عناصره الجوهرية، وكثيراً ما يحدث أن يقوم القاضي بتكميل العقد بما تقتضيه مستلزمات كل عقد على حدة وبما يتضمنه من التزامات. والقاعدة في هذا الشأن أن العقد ككل متكامل – أي ما اتفق عليه العاقدان وبما هو من مستلزماته التي أضافها القاضي لتكميل الالتزامات المدونة فيه- يكون ملزماً لعاقديه وهو ما عبر عنه القانون بأن العقد شريعة المتعاقدين. راجع بتفصيل أ. د. أسامة أحمد بدر، مرجع سابق ص ٧٥.

قيمة الشرط الجزائي أو يزيده ، كما له أن يلغيه من الأساس إذا رأى بعدم استحقاقه.[1] وقد ربط المشرع الإماراتي لاستحقاق التعويض وجود ضرر أصاب الدائن فعلاً.[2]

وعليه سوف يتم بحث ذلك على النحو التالي:-

**أولاً : سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي**

حقيقة لم يورد المشرع الإماراتي نصاًصريحاً لحالات تخفيض الشرط الجزائي ، في حين نجد نصوص القانون المدني المصري قد حددت هذه الحالات في المادة (٢/٢٢٤) منه حين نص على أنه "يجوز للقاضي أن يُخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نُفذ في جزء منه " وبالتالي يمكن القول أنه وفقاً للقانون الإماراتي ، أنه طالما لم تُحدد الحالات التي يجوز فيها للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي فإن للمدين وفي جميع الأحوال أن يطلب من المحكمة تخفيض مبلغ الشرط الجزائي ليكون مساوياً للضرر الحاصل فعلاً، طالما وجد أن قيمة الشرط الجزائي مبالغاً فيها، ولا تتناسب البتة مع حجم الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة عدم تنفيذ الالتزام ، واستطاع أن يثبت ذلك .

في هذه الحالة يمكن للقاضي التدخل لتخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يراه مساوياً للضرر الحاصل فعلاً إذا تمسك المدين بأن مقدار التعويض مبالغ فيه إلي درجة كبيرة ، وسنجد أنه لا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيما يتعلق بتقديرما إذا كان المتعاقد مقصراً أو غير مقصر في حالة النص على الشرط الجزائي ، وفي تقدير التعويض في حالة المبالغة فيه متى كان تقديراً قائماً على ما يسانده[3].

---

(1)مع ملاحظة أن معظم القوانين المنظمة للشرط الجزائي خولت القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي من حيث المبدأ . حيث أعطى القانون المدني المصري القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي هبوطاً وصعوداً ضمن شروط معينة راجع د. نبيل إبراهيم سعد : مرجع سابق. ص٧٢.

(2) وفي هذا الشأن قضت المحكمة الاتحادية العليا:" لا يكفي لاستحقاق التعويض الاتفاقي مجرد توافر ركن الخطأ في جانب المدين بالالتزام، وإنما يشترط أيضا توافر ركن الضرر في جانب الدائن ، فإذا أثبت المدين انتفاء الضرر سقط الجزاء المشروط" ٢٧ مارس ٢٠٠١ في الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٢١ ق – مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية س ٢٣- ع ٢ ٥٤٤ رقم ٧٩.

أنظر د. نجوى أبو هيبة ، التعويض الاتفاقي، بحث مأخوذ من الانترنت.

www.Lawjo.Net/vb/showthread.Phphttp:// .

(3) انظر المحكمة الاتحادية العليا ٦ يونيو ٢٠٠٠ في الطعنان رقم ٦١٠ لسنة ٢٠ ق و ٧ لسنة ٢١ ق.

إذاً فالمدين يقع عليه إثبات ما يدعيه ، كما في حال أثبت أنه نفذ التزامه تنفيذاً عينياً جزئياً ، وكانت قيمة الشرط الجزائي المتفق عليها في العقد قد تحددت بناء على عدم التنفيذ الكلي للالتزام ، فهل للقاضي سلطة تخفيض قيمة الشرط الجزائي بنسبة ما وفى به المدين في تلك الحالة ؟

أعتقد أن الشرط الجزائي عندئذ قد ورد على غير محله ، ومن ثم لن يلتفت إليه القاضي .

ويقرر جانب من الفقه بخصوص التخفيض على وجه العموم أنه لا يتم بطريقة حسابية بل يتم تقدير ما عاد على الدائن من منفعة من التنفيذ الجزئي ، لأنه قديرى القاضي أن الجزء الذي تم تنفيذه لا يحقق مصلحة ذات أهمية بالنسبة للدائن ، وأن الأهم هو تنفيذ الجزء المتبقي والذي لم يُنفذ بعد[1].وأحيانا قد لا ينفذ المدين أي جزء من التزامه، ومع ذلك يثبت أن الضرر الذي لحق بالدائن نتيجة ذلك يقل عن قيمة الشرط الجزائي المتفق عليها في العقد ، فأيضاً نرىأنه للقاضي وفقاً للقانون الإماراتي سلطة تخفيض هذه القيمة بما يتناسب مع الضرر بناء على طلب المدين. ما دام أن محل الشرط الجزائي كان جزاء عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

**ثانيا: سلطة القاضي في زيادة قيمة الشرط الجزائي**

ذكرنا سابقاً أن الضرر هو أساس لتخفيض قيمة الشرط أو زيادته ، وعليه فلا تثريب على القاضي عندما يحكم بزيادة قيمة الشرط الجزائي بناء على طلب الدائن ، متى أثبت أن ما لحق به من ضرر يزيد عن القيمة التي تم الاتفاق عليها في الشرط الجزائي.

ومن ثم فلا نرى أن المشرع الإماراتي ينظر إلي تلك القيمة أو المقدار المتفق عليها على أنها تُمثل الحد الأقصى للتعويض ، وإنما من الممكن زيادتها بغض النظر عن سبب زيادة الضرر سواء أكان كان راجعاً لغش أو خطأ المدين ، أو حتى لظروف لا دخل للمدين فيها، حيث إن سلطة القاضي في الزيادة لم تُقيد بأي قيد.[2]

ولكن هذا الاختلاف لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي لا يعني إهدار كل قيمة له وذلك لسببين أولهما : أن القاضي لا يملك مباشرة سلطتة هذه إلا إذا طلب منه ذلك أحد الخصوم .وثانيهما : أن الشرط الجزائي يظل مفيداً للدائن لأنه يعفيه من عبء الإثبات ، الذي يظل على عاتقالمدين الذي عليه إثبات أن التعويض لا مبرر له كون أساسه وهو وجود الضرر غير قائم أساساً ، أوعليه أن يثبت أنالتعويض المتفق عليه مبالغ فيه.

---

(1) وفقا لما ذهب إليه جانب من الفقه.

د. عبد الودود عبد الحي يحي ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، ص ١٩٨٧ ف٣ وما بعدها ص ـ ٥ وما بعدها.

أ.د. حسام الدين الأهواني: مرجع سابق ص ٧ وما بعدها .

د. محمد لبيب شنب: الإثبات وأحكام الالتزام . ١٩٧٤ ف ٢٠١ وما بعدها ص٢٣٥ وما بعدها.

(2) وهذا يعكس الوضع في القانون المصري من خلال نص م (٢٢٥) الذي قيد سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي بما لو أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيماً استتبع ضرراً للدائن يفوق في قدره قيمة الشرط المتفق عليها.

راجع تفصيل موقف القانون المصري طارق محمد مطلق : مرجع سابق ص ٨٠-٨٢.

**ثالثاً : أحكام الشرط الجزائي من النظام العام**

نظراً لأهمية الشرط الجزائي في الحياة العملية والاقتصادية ، فلقد حرص المشرع الإماراتي على اعتبار تلك الأحكام السابق بيانها متعلقة بالنظام العام ، وهذا واضح من خلال نص م ٢/٣٩٠ بحيث يقع اتفاق الأطراف على حرمان القاضي من سلطته المتعلقة في التدخل لتعديل مقدار الشرط الجزائي، أو تقييد هذه السلطة أو تحجيمها بأي من الأشكال باطلاً ولايُعتد به[1] ويمكننا إجمال هذه الأحكام الواضحة من نص م ٢/٣٩٠ بالآتي: -

١- إن المشرع الإماراتي اشترط وقوع الضرر ، واعتبره ركن أساسي لاستحقاق الشرط الجزائي . وعليه إذا أخل المدين بالتزامه بالتنفيذ أو تأخر عنه ولم يلحق الدائن ضرر من جراء ذلك فلا وجه للمطالبة بقيمة الشرط الجزائي ، لتعلق هذا الأمر بالنظام العام .

٢- أعطى المشرع الإماراتي قاضي الموضوع سلطة تعديل الشرط الجزائي بناء على طلب أحد المتعاقدين ليتساوى مع مقدار الضرر الواقع فعلاً، واعتبر ذلك من النظام العام، وعليه يعتبر أي اتفاق يتضمن استبعاد سلطة القاضي سواء بزيادة أو بتخفيض قيمة الشرط الجزائي باطلاً.

## المطلب الثاني
## الطبيعة القانونية للشرط الجزائي

### الشرط الجزائي تقدير إتفاقي للتعويض

أفصحت المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي عن الطبيعة القانونية للشرط الجزائي بأنه تقدير إتفاقي للتعويض حيث جاء بها تعليقاً على نص المادة ٣٩٠ من قانون المعاملات المدنية الاتحادي الإماراتي ما نصه أن هذه المادة تتناول "... حكم الإتفاق مقدماً على مقدار التعويض عن الضرر" [2]

---

(1)انظر عجز المادة المشار إليها.

(2) وبأن هذه المادة " لا يدخل فيها حكم التعويض عن الضرر وبعد وقوعه ، إذ لا يخشى في حالة تقدير الطرفين للضرر بعد وقوعه ما يخشى في حالة تقديره قبل وقوعه من غلط أو شبه إكراه وهو ما يدعو إلي بيان حكم التقدير مقدماً ""

راجع: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٧ م ، إصدارات وزارة العدل ص ٣٩٤.

ويراعى أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري قد قررت هي الأخرى بصريح العبارة هذه الطبيعة القانونية للشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير إتفاقي للتعويض الواجب أداؤه..... الخ ".

راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثاني ص ٥٧٣.

ومن ثم فإن الشرط الجزائي ليس سوى تقدير مسبق من جانب المتعاقدين لمبلغ التعويض المستحق في حالتي عدم التنفيذ أو التأخير فيه، فهو إذن ووفق هذا التصور إتفاق يتعلق بالمسؤولية ، ويفترض من ثم توافر جميع عناصرها[1]، أي يجب أن يستحق التعويض براءة ، فإن لم يكن التعويض مستحقاً فلا يكون هناك محل لحكم الشرط الجزائي.

ولما كانت المقدمات ينبغي أن تعقبها بالضرورة النتائج المترتبة عليها فإن الطبيعة القانونية للشرط الجزائي كما حددها المشرع تترتب عليها نتيجتان تبرران هذه الطبيعة وهما:

أن الالتزام بالأداء المحدد في الشرط الجزائي وإن كان إلتزاما قائماً ومستقلاً بذاته إلا أنه في ذات الوقت إلتزام تابع للالتزام الأصلي.

ومن جانب آخر، يبقى الشرط الجزائي طريقاً إحتياطياً بحسبان أن الأصل هو التنفيذ العيني للالتزام ، ومن ثم – وكما جاء في المذكرة الإيضاحية تعليقا من نص المادة ٣٨٠ معاملات مدنية أنه :" إذا كان تنفيذ الإلتزام يدخل في حدود الإمكان ضمن حق الدائن أن يستأديه ، ومن حق المدين أن يعرض القيام به ، ولا يجوز العدول عن هذا التنفيذ على طريق التعويض إلا بتراضي المتعاقدين "[2]

## الالتزام بالأداء المحدد في الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي

لا ينشئ الشرط الجزائي التزاماً جديداً، بل إن المتعاقدان عندما اتفقا عليه كان ذلك بمناسبة اتفاقهما على التزام آخر، فهو في حقيقته اتفاق على جزاء الإخلال بذلك الإلتزام[3].

---

(1) وكما يقرر جانب من الفقه وبحق بأنه :

" إذا كان الشرط الجزائي إتفاقاً على تقدير التعويض ، فإنه ليس بداهة سبب إستحقاقه ، ولا يستحق ، ومن ثم ، المبلغ المعين فيه إلا إذا توافرت شرائط إستحقاق التعويض ، لأن الشرط الجزائي لا يعدو أن يكون تقديرا له ، أو في عبارة واضحة ، تحديدا لقدره بعدم قيام الحق فيه"

راجع في تفصيلات هذا الرأي :

د. جمال الدين ذكي : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٨م ، بند ٣٨٧، ص ٧٥٨

(2) فالتعويض لا ينزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخييري أو بدلي ..... راجع : المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مرجع سابق ، ص ٣٨٤.

(3)وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي ، إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام ، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد، سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه ، فإن استحق تعويض للدائن، تولى القاضي تقديره وفقاً للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن. ( نقض ١٩٧١/٣/٢٥ في الطعن ٣٤٣ لسنة ٣٦ ق. المجموعة س ٢٢ ص ٤٠١( نقض ١٩٩١/٤/١ الطعن رقم ٢٣٢٨ لسنة ٥٧ق).

ولما كان الغرض الأساسي للشرط الجزائي هو حصول الدائن على تعويض عن عدم التنفيذ ، أو عن مجرد التأخر في تنفيذه ، فلا شك أن المدين وضع في اعتباره المبلغ المتضمن بالشرط الجزائي، فيبادر على تنفيذه ، وبهذا المعنى فلا يُعد الشرط الجزائي التزاماً قائماً بذاته على المدين ، وإنما التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي.[1]

إذن فالمقصود بالصفة التبعية أن الشرط الجزائي يوجد لضمان تنفيذ الإلتزام الأصلي، فإن أخل المدين بتنفيذ الإلتزام الذي تقرر الشرط جزاء لمخالفته وتقررت شروط مسؤوليته عن التعويض، فإن الدائن يستحق مبلغ الشرط الجزائي.

ويترتب على وصف الشرط الجزائي بالتبعية للالتزام الأصلي النتائج الآتية:

١- الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض، لأن المتعاقدين يفضلان تحديد التعويض بأنفسهم دون ترك هذا الأمر للقاضي، وهذا ما نجده كثيراً في عقود المقاولات ، وعقود النقل ، وعقود التوريد، فيتفق الطرفان على أن يدفع المدين مبلغاً من المال إذا أخل بالتزامه ، أو يدفع مبلغ معين عن كل يوم أو شهر يتأخر فيه عن التنفيذ.

٢- وما وجد الشرط الجزائي إلا لضمان تنفيذ الإلتزام الأصلي ، ومن ثم فهو إلتزام ثانوي أو فرعي أو تبعي ، ويُعد الإلتزام الأصلي سبباً لوجوده ويجمعها إطار قانوني واحد هو العقد. ويكمن أساس الصفة التبعية للشرط الجزائي في قاعدة الفرع يتبع الأصل ، وإذا سقط الأصل سقط الفرع [2]بحيث إذا بطل الإلتزام الأصلي سقط ، وبطل تبعاً له وسقط الإلتزام الفرعي أما العكس فهو غير صحيح[3]

٣- الشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي ، رغم أنه ينشئ التزاماً جديداً مستقلاً عن الالتزام الأصلي ، وليست التبعية إلا نتيجة لسبب الشرط الجزائي ومن ثم فهو جزاء للإخلال بالالتزام الأصلي، ومن ثم يكون تابعاً له وجوداً وعدماً، وبالتالي لو كان الالتزام الأصلي باطلاً كان الشرط باطلاً ، كإبرامه من غير ذي أهلية ، أو كان المحل أو السبب فاقداً شرط من شروطهما ، أو إذا لم تتوافر فيه الشكلية التي يتطلبها القانون أو لسقوطه

---

(1) ولا يغير من طبيعته وروده في اتفاق لاحق.

هذا وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا ( جلسة ٦ يناير ١٩٩٨ في الطعن رقم ٨ لسنة ١٩ ق – غير منشور) في هذا الصدد ما يلي" أن الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي إذ هو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام ، فإذا سقط الالتزام ببطلان العقد سقط معه الشرط الجزائي ولا يقيد التعويض المقدر بمقتضاه".

(2) راجع : المادة رقم (٥٤) من قانون المعاملات المدنية الإتحادي الإماراتي

(3) راجع : د. نبيل إبراهيم: مرجع سابق ، ص ٦٨ .

بمرور الزمان، فإن كل ذلك يؤدي إلى بطلان الشرط الجزائي تبعاً لبطلان الالتزام الأصلي [1].

٤- يترتب على سقوط الالتزام الأصلي نتيجة مطالبة الدائن بفسخ العقد أيضا سقوط الشرط الجزائي [2].

٥- جميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصلي ( كالشرط ، الأجل ، التضامن ) تلحق أيضا الشرط الجزائي.

٦- إذا سقط الالتزام الأصلي نتيجة استحالة تنفيذه لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه كالقوة القاهرة، وهلاك المحل أو ضياعه ، فذلك يؤدي بالضرورة إلى سقوط الشرط الجزائي. فوفقاً لقاعدة الفرع يتبع الأصل، يمكن تفسير ذلك بالقول أن الإلتزام الأصلي هو سبب الإلتزام الفرعي، أما الفرعي فهو ليس سبباً للأصلي، فالإلتزام الأصلي هو أساس وسند الإلتزام الفرعي وليس العكس. وبناءً عليه إذا ما فقد الإلتزام الفرعي سنده فإنه ينهار،

---

(1) ولكن العكس غير صحيح ، فلو اتفق مثلا شخص مع آخر على ارتكاب جريمة، وإلا اضطر لدفع مبلغ من المال كشرط جزائي، فإن الالتزام الأصلي وهو دفع ارتكاب الجريمة يبطل لعدم مشروعية محله، ويبطل تبعاً له الشرط الجزائي ، ولكن لو كان العكس ، أي أن الالتزام الأصلي كان صحيحاً والشرط الجزائي باطلا ، فإن بطلان الأخير لايمتد إلي الالتزام الاصلي كأن يشترط الدائن المرتهن في عقد الرهن أنه إذا لم يوف المدين الراهن بالدين عند حلول الأجل فإن له أن يبيع العين المرهونة دون اتباع الإجراءات القانونية، أو أنه يصبح مالكاً لها كشرط جزائي لإخلال المدين بالتزامه ، فيعد هذا الشرط الجزائي باطلاً لمخالفته لنص المادة (١٤٢٠ معاملات مدنية) ولكن بطلان هذا الشرط لا يؤثر على الالتزام الأصلي.

راجع د. نجوى أبو هيبة : التعويض الاتفاقي ( الشرط الجزائي) ، بحث قانوني موثق ، الانترنت:

.www.Lawjo.Net/vb/showthread.Phphttp://

وايضا راجع طارق محمد مطلق : مرجع سابق ص ٢٠

(2) د. جلال محمد إبراهيم : مرجع سابق، هامش ص ١٨٩

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز دبي بأنه" لما كان عقد المقاولة من العقود التي يرد عليها الفسخ باعتباره منشأ لالتزامات متبادلة بين طرفيه ، وكان الاتفاق فيه أو بعده على استحقاق أحد طرفيه غرامة تأخير قبل الطرف الآخر، هو شرط جزائي يجعل الضرر واقعاً في تقدير طرفيه، فلا يكلف الدائن بإثباته وإنما يقع على المدين عبء اثبات عدم وقوعه ، ولكن إذا فسخ عقد المقاولة فإن الشرط الجزائي الذي تضمنه أو الذي اتفق عليه لاحقاً يسقط تبعاً لسقوط الالتزام الأصلي بفسخ العقد، وبالتالي فلا يُعتد بالتعويض المتفق عليه ، فإن استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقا للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن، ولما كان ذلك وكانت المطعون ضدها طلبت من محكمة الموضوع بفسخ عقد المقاولة المبرم بينها وبين الطاعن وبإلزامه برد المبالغ التي تسلمها منها وبغرامة التأخير المتفق عليها، وإذ قضت محكمة الموضوع ضمنياً بفسخ عقد المقاولة المشار إليه فإنه يترتب على ذلك سقوط الشرط الجزائي المتفق عليه باعتباره إلتزاما تابعاً لعقد المقاولة الذي فُسخ ، مما كان لازماً تقدير التعويض عن التأخير وفقاً للقواعد العامة وليس طبقاً للشرط الجزائي ، وإذ خالف القانون بما وجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن " محكمة تمييز دبي ٢٠٠٥/٢/٢٨ الطعن رقم ٤٠٢ تجاري ، غير منشور.

أما الإلتزام الأصلي إذا ما انفصل عن الإلتزام الفرعي فإنه يبقى. ولهذا قلنا أنه إذا بطل الإلتزام الأصلي سقط وبطل الإلتزام الفرعيوقد يكون إجتماع الإلتزام الأصلي والفرعي في إطار واحد وهو العقد مبرراً لذلك، فالشرط الجزائي (الإلتزام التبعي)، يعتبر جزءاً من العقد فلا يمكن أن يبقى الفرع بعد إختفاء الأصل. فالشرط الجزائي وجد كعنصر من العقد ومن ثم يكون من الطبيعي أن يختفي مع مجموع العقد برمته، وإختفاء الشرط الفرعي مع إختفاء الأصل أمرٌ بديهي ولا مجال للفصل بين الشروط التي تكون العقد. وهذا تطبيقاً للقاعدة الفقهية التي تنص على أنه إذا سقط الأصل سقط الفرع[1].

٧- يتعرض الشرط الجزائي للسقوط بالتقادم في الوقت الذي يسقط فيه الالتزام الأصلي بالتقادم[2].

٨- وإذا تم الأصل إمتنع الفرع بمعنى أن تمام التنفيذ العيني للإلتزام الأصلي يعدم فكرة التنفيذ بمقابل أي التعويض أي الشرط الجزائي ( كالتزام تبعي) ما دام أن هذا التنفيذ العيني للإلتزام الأصلي قد تم في موعده دون تأخير ، وتأثر للصفة التبعية للشرط الجزائي فلا يجوز الجمع بين التنفيذ العيني للالتزام الأصلي والشرط الجزائي إلا في حالة التنفيذ المتأخر للإلتزام.

وتحول الصفة التبعية للشرط الجزائي في بعض معانيها دون إستحقاقه كاملاً، وذلك في حالة تنفيذ الإلتزام الأصلي جزئياً وليس كاملاً ، مما يعد موجباً لمسئولية المدين العقدية بعد إثبات أركانها من الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما وعندئذ تُبرر الصفة التبعية للشرط الجزائي سلطة القاضي في تخفيض مقداره، بحيث يتناسب مع ما لم ينفذه المدين من إلتزامه الأصلي مراعياً في ذلك ما عاد على الدائن من مصلحة أو منفعة من التنفيذ الجزئي.

وقضى بأنه " لما كان عقد المقاولة من العقود التي يرد عليها الفسخ باعتباره منشئاً للالتزامات متبادلة بين طرفيه، وكان الاتفاق فيه أو بعده على إستحقاق أحد طرفيه غرامة تأخير قبل

---

(1) راجع بتفصيل أ.د. حسام الأهواني: مرجع سابق ص٣٨-٣٩.

(2)راجع قاسم موسى قاسم: مرجع سابق ، مأخوذ من الانترنت، بدون ترقيم للصفحات.

الطرف الآخر هو شرط جزائي يجعل الضرر واقعاً في تقدير طرفيه ، فلا يكلف الدائن بإثباته وإنما يقع على عاتق المدين عبء إثبات عدم وقوعه ، ولكن إذا فسخ عقد المقاولة فإن الشرط الجزائي الذي تضمنه أو الذي إتفق عليه لاحقاً يسقط تبعاً لسقوط الإلتزام الأصلي بفسخ العقد.

وبالتالي فلا يُعتد بالتعويض المتفق عليه، فإن استحق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقاً للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن.

وإذا قضت محكمة الموضوع بفسخ عقد المقاولة فإنه يترتب على ذلك سقوط الشرط الجزائي المتفق عليه باعتباره إلتزاماً تابعاً لعقد المقاولة الذي فُسخ، ويتعين تقدير التعويض عن التأخير وفقاً للقواعد العامة وليس طبقاً للشرط الجزائي الذي سقط"[1]

## مدى إمكانية إضفاء الصفة الإحتياطية على الشرط الجزائي

من منطلق أن الشرط الجزائي يحمل معنى الجزاء أو العقوبة الخاصة عند عدم تنفيذ الإلتزام الأصلي ومن ثم يمثل هذا الشرط ردعاً للمدين، وضمانةلتنفيذ إلتزامه ، بحيث يحثه هذا الشرط على وجوب تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً بحسبانه الأصل الذي يتعين تنفيذه إبتداء متى كان ذلك ممكناً،يثور التساؤل عن مدى إستقلالية الشرط الجزائي عن الإلتزام الأصلي؟

ذهب البعض[2]إلى القول أن الإلتزام بالشرط الجزائي يعد من قبيل الإلتزام الاحتياطي في منظور الإلتزام الأصلي ، ومن ثم يستقل عن الإلتزام الأصلي رغم إرتباطه به.

وقبل أن نشرع في تحليل هذه الفكرة ، نستبعد بداءة حالة واضحة تماماً في تأكيد إستقلالية هذا الشرط الجزائي وقتما يتقرر كجزاء لفسخ العقد، ومن ثم لا علاقة له عندئذ عن طريق مباشر بمسألة الإلتزام الأصلى ، لأن الشرط الجزائي عندئذ يكمن سبب وجوده وإستحقاقه في تحقق الفسخ، فهو بمثابة أثر للفسخ ونتيجة لوقوعه.

---

(1) راجع : تمييز دبي ، الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٢٠٠٤ تجاري بتاريخ ٢٠٠٥/٣/٢٨م ، مجموعة الأحكام عام ٢٠٠٥م حقوق ، الجزء الأول من يناير إلي يوليو ٢٠٠٥، العدد رقم ١٦، قاعدة ١٠٤ ، ص ٦٥٩.

(2) وفي نفس السياق، أنظر: د. عبد المعنم البدراوي : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام ، فقرة ٦٤، ص ٨٦

ولكن تثور الإشكالية وقتما يكون سبب الفسخ هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي فهل يصار عندئذ إلى التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي لأنه ما وجد هذا الفرض إلا لمواجهة حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه الأصلي ومن ثم ، يُعد عندئذ مستقلاً عن الإلتزام الأصلي ، مما يبرر وصفه بالالتزام الإحتياطي وليس الالتزام التبعي ؟

ويمكننا القول بأن فسخ العقد هو حل للرابطة العقدية بين المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين بتوافر شروطه المتمثلة في إخلال المدين بتنفيذإلتزامه بسبب خطئه مع قدرة طالب الفسخ على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وما يعني بأن الفسخ يحمل معنى الجزاء ، المتمثل من زوال العقد ، إلا أن حالة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه تظل واقعاً يظهره ما أصاب الدائن من ضرر من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه وهو ضرر لا يجبره ما حدث من فسخ واسترداد ، بل قد يكون جابراً له هو سلوك الطريق الاحتياطي للشرط الجزائي بحسبانه ما وجد إلا لمواجهة الأثر السابق ، ومما يبرر إستقلاليته عن العقد الأصلي أو حتى عن الالتزام الأصلي رغم ما يجمعها من صلة .

ولتقريب فكرة الصفة الإحتياطية للشرط الجزائي يمكننا التدبر قانوناً في شرط التحكيم بحسبانه" إتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم " [1].

ويرد شرط التحكيم – كما هو الأمر في الشرط الجزائي- عادة في نفس العقد الأصلي ،وتعلق كل منهما بحالة قد تحدث مستقبلاً فلا ينصب أي منهما على واقعة موجودة وحدثت بالفعل [2].

ولما كان شرط التحكيم يعد إتفاقا يلزم أطرافه ويرتب آثاره ، وبمقتضاه يستغنى الطرفان عن القضاء، فكذلك الشرط الجزائي يؤدي إلى استبعاد القاضي عند تحديد جراء عدم تنفيذ العقد بحيث يتفق الطرفان على الابتعاد عن سلطة القاضي في تقدير التعويض وقد اتفقا على تقديره. ووفق هذا التصور يمكن القول باستقلال الشرط الجزائي كما هو مستقر عليه بخصوص إستقلال شرط التحكيم . حيث أن هذا الأخير يعد تصرفاً قانونياً قائماً بذاته وإن تضمنه العقد الأصلي، أو كما يصفه البعض بأنه " عقد داخل عقد آخر يبرمه نفس أطرافه".[3]

---

(1) راجع : د. فتحي والي : قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، الطبعة الأولى ، سنة ٢٠٠٧م ، بند ٤٠، ٩١.

(2)والذي يميز شرط التحكيم ليس هو وروده في العقد الأصلي ، ولكن هو كون المنازعات التي ينصب عليها إتفاق التحكيم منازعات محتملة فهي لم تنشأ بعد ، فإذا أنصب إتفاق التحكيم على نزاع نشأ بالفعل ، فهو إذن اتفاق أو مشارطة تحكيم وليس شرط تحكيم راجع د. فتحي والي : المرجع السابق ، ص٩٢.

(3) راجع : د. فتحي والي : المرجع السابق ، بند ٤٤ ، ٩٤،٩٥.

وهذا ما استقر عليه حديثاً كل من الفقه والقضاء الفرنسي، اللذين ذهبا إلى القول بإستقلال الشرط الجزائي أسوةً بإستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي تضمن شرط التحكيم. بحيث يكفل هذا الإستقلال إعمال شرط التحكيم الصحيح بالرغم من فسخ العقد. وكما هو معروف فإن شرط التحكيم يتفق فيه الأطراف على تسوية منازعاتهم بعيداً عن الدولة، وذلك عن طريق مَن يختارونه لفض المنازعة، وأحياناً يتفق الأطراف في بعض شروط التحكيم على أن يكون المحكم من غير أعضاء السلطة القضائية.

ومن المستقر عليه إستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي تثور بشأنه المنازعة، سواء ورد شرط التحكيم في العقد ذاته أو في مشارطة مستقلة. وهذا ما نص عليه القانون المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فلقد جاء في المادة (٢٣) منه أنه "يعتبر شرط التحكيم إتفاقاً مستقلاً عن شروطه الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

هذا وإن في إقرار مبدأ إستقلال شرط التحكيم لا بد وأن يساعد على المناداة ببقاء الشرط الجزائي بالغرم من فسخ العقد، لأن كل من شرط التحكيم أو الشرط الجزائي يتحدان في أنهما يتعلقان بتسوية النتائج المترتبة على عدم التنفيذ، ومن ثم يتمتعان بإستقلال عن شروط العقد الأخرى وعليه فلو كان الشرط الجزائي يستهدف تنظيم النتائج التي تترتب على عدم تنفيذ العقد، فإن الشرط يبقى بل يجد مجاله ولا يزول بفسخ العقد الأصلي، لأنه وضع أساساً لمواجهة آثار عدم التنفيذ، ومن ثم فعدم التنفيذ قد يؤدي إلى فسخ العقد، وهذا الفسخ يؤدي إلى إعمال الشرط الجزائي الذي ما وضع إلا لمواجهة آثار عدم التنفيذ بغض النظر عما إذا كان العقد قد أستبقي أم فُسخ. فعدم تنفيذ الإلتزام يعطي للدائن حق التنفيذ بمقابل مع إستبعاد العقد أو فسخ العقد أو اللجوء إلى التنفيذ بمقابل[1].

---

(1) أ.د. حسام الأهواني: مرجع سابق ص٥٧ وما بعدها.

## خاتمة البحث وتوصياته

توصية بتعديل نص المادة (٣٩٠) في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ في شأن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (لما يجعله مساوياً للضرر). بناءً على الحجج الآتية:

١- الفقه الإسلامي في جانبٍ منه لا يأخذ فقط بالشرط الجزائي بل ويحترم أيضاً التقدير الذي اتفقت عليه إرادة طرفي العقد. ومثال على ذلك ما رواه البخاري من أن القاضي شريح حكم بالشرط الجزائي دون أن يتطرق لما إذا كان التقدير الوارد به مبالغاً فيه أم لا.

٢- حيثما تكون المصلحة فإنها تتفق وشرع الله، والمبدأ ((ما جعل الله عليكم في الدين من حرج))[1]. والشريعة تتجاوب مع حاجات الناس المستجدة بما لا يخالف الأحكام الثابتة.

٣- القاعدة في الفقه الإسلامي ولا سيما الفقه الحنبلي هي جواز وضع شروط جديدة لم تكن معهودة في عصر الرسالة تطبيقاً لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"[2]. والشرط الجزائي هو شرط تعاقدي لذا وجب الإلتزام به.

٤- يلاحظ في العصر الحديث تزايد أهمية الوقت عند الناس ولا سيما التجار وعدم تنفيذ المدين لإلتزامه يهدد التاجر بالإفلاس أو يعرضه إلى ضرر كبير ووضع الشرط من شأنه أن يبرز الحرص في تنفيذ إلتزامه.

٥- السماح للقاضي بتعديل قيمة الشرط الجزائي سيوقع الناس في الحرج، ويفقد الشرط وظيفته ولا يخفف منه أن المشرع قد اشترط لتدخل القاضي للتعديل بأن يطلب منه صاحب الشأن ذلك سواء كان الدائن طالباً للزيادة، أو كان المدين طالباً للتخفيض، لأنه في الحالة الأخيرة لن يفوت المدين طلب التخفيض، وسيكون التقدير في نهاية الأمر بين يدي الخبير

---

(1) .سورة الحج ، الآية ٧٨

(2) .سورة المائدة ، الآية ١.

وقناعة المحكمة. وهذا بلا شك سيفقد الشرط الجزائي وظيفته الأساسية في دفع المدين إلى تنفيذ إلتزامه.

٦- إعطاء القاضي سلطة تعديل قيمة الشرط قد يدفع المدين إلى الإعتماد على صعوبة إثبات الدائن لما أصابه من ضرر، ومن ثم يتراخى المدين في تنفيذ إلتزامه، وبالتالي تضيع كل فائدة تعود من الشرط الجزائي على الدائن.

٧- إعطاء القاضي سلطة تعديل قيمة الشرط الجزائي ليتساوى التعويض مع الضرر، يقوم على مبدأ العدل الذي يحكم الشريعة. ويمكن القول في المقابل أن الأخذ بالعدل المطلق سيوقع الناس في الحرج في نطاق المعاملات المالية لأن قياس الإلتزامات المتقابلة بميزان دقيق لا يمكن ذلك في غالب الأحوال.

٨- إحترام إرادة المتعاقدين مشروطة بعدم إنحراف الشرط الجزائي عن وظيفته بأن يكون له طابعاً عقابياً، وحينئذ سوف يختل ميزان العدل، ولا مناص من إعطاء القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في هذه الحالة حتى يتناسب التعويض مع الضرر ويجب أن يثبت المدين وجود المبالغة في الشرط.

٩- إعطاء القاضي سلطة زيادة قيمة الشرط الجزائي حتى يتساوى مع قيمة الضرر دون إشتراط إرتكاب المدين للغش أو الخطأ الجسيم فيه مجافاة لقواعد الشرع التي تقف إلى جانب المدين وتتجه إلى التخفيف من مسؤوليته مثل إعطائه نظرة ميسرة.

١٠- من التناقض إباحة الإتفاق على التخفيف من المسؤولية، وفي نفس الوقت إعطاء القاضي سلطة زيادة التعويض الإتفاقي، أي رفض التخفيف من المسؤولية في حالة وجود شرط جزائي يتضمن تخفيفاً للمسؤولية[1].

---

(1) أ.د. حسام الأهواني: مرجع سابق ص١١٨.

راجع في نفس المعنى: نقد الفقه الأردني لموقف المشرع الأردني بمنح القاضي سلطة جعل التعويض مساوياً للضرر، د. حسام الأهواني، مرجع سابق، ص١١٤ وما بعدها.

# المراجع


١- د. إبراهيم الشرقاوي: مصادر الإلتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مكتبة الجامعة ٢٠٠٨.

٢- د. أسامة أحمد بدر: تكميل العقد – دراسة تحليلية في القانون المصري والفرنسي، دار الجامعة العربية ٢٠١٠.

٣- المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الاتحادي ، الجزء الثاني .

٤- د. الياس ناصيف:موسوعة العقود المدنية والتجارية ،الطبعة الرابعة ، ٢٠٠٤.

٥- د. جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة – جامعة القاهرة ١٩٧٨.

٦- د. حسام الدين كامل الأهواني: النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام ، ١٩٩٦.

٧- د. حسام الدين كامل الأهواني: تأملات في الشرط الجزائي ، دراسة مقارنة ، مطابع شرطة دبي، ٢٠١٤ ، دبي .

٨- د. سمير عبدالسيد تناغو: نظرية الإلتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية.

٩- د. عبدالسميع عبدالوهاب أبوالخير:أحكام الالتزام في قانون المعاملات لمدنية الاماراتي الاتحادي، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، مطبوعات جامعة الامارات ، ٢٠٠٢- العين .

١٠-د. عبدالمنعم البدرواي: النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري – أحكام الإلتزام الجزء الثاني

١١-د. عبدالحميد نجاشي الزهيري: شرح قانون المعاملات المدنية الاماراتي، آثار الحق وانقضاؤه، دراسة في الاحكام العامة – وسائل التنفيذ – التصرفات المشروطة بالتعليق والاجل – تعدد محل وطرفي التصرف – انتقال الحق وانقضاؤه ، مكتبة الجامعة ، الشارقه.

١٢-د. عبدالرزاق السنهوري : الوسيط _ مصادر الالتزام _ الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ١٩٩٠، القاهرة .

١٣-د. عبد المنعم بدراوي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري ، الجزء الثاني .

١٤-د. عبدالمجيد الحكيم: الموجز في شرح القانون المدني- الجزء الثاني الطبعة الثالثة، بغداد ١٩٧٧.

١٥-د. عبدالودود عبدالحي يحيى: الموجز في النظرية العامة للإلتزامات ١٩٨٧.

١٦-د. طارق محمد مطلق: التعويض الإتفاقي في القانون المدني – رسالة دكتوراه، فلسطين ٢٠٠٧.

١٧- طلبة وهبه خطاب : أحكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي .

١٨-د. فتحي والي: التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف – الطبعة الأولي، الاسكندرية ٢٠٠٧.

١٩- د. فؤاد صالح درادكة: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق العدد ٤ سنة ٢٠٠٤.

٢٠-د. فواز صالح: النظام القانوني للغرامة التهديدة – دراسة قانونية مقارنة، مجلة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨ العدد الثاني ص٢٠١٢.

٢١-د. قاسم موسى قاسم: المتأخرات في المصارف الإسلامية – حالتي البنكين الإسلامي الأردني للتمويل والإستثمار العربي الإسلامي الدولي، رسالة دكتوراه، الأردن سنة ٢٠٠٥.

٢٢-د. محمد لبيب شنب: الإثبات وأحكام الإلتزام، ١٩٧٤.

٢٣- منصور مصطفى منصور: السبب في الالتزامات الارادية، مطبوعات شرطة دبي ، ١٩٩٩، دبي .

٢٤- د. منذر الفضل: الوسيط في شرح القانون المدني – مصادر الالتزامات وأحكامها – دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء ، دار الثقافة للنشر ، الطبعة الاولى ،٢٠١٢، عمان الاردن .

٢٥- د. نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للإلتزام – أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

٢٦-د. نجوى أبو هيبة: التعويض الإتفاقي، بحث موثق في الإنترنت.