بسم الله الرحمن الرحيم

الشرط الجزائى
فى التقنين المدنى المصرى
والقانون الفرنسى الحديث

دكتور/ نبيل ابراهيم سعد
استاذ القانون المدنى المساعد بكلية الحقوق
جامعة الإسكندرية

تقديم وتمهيد :

إذا كان الأصل هو تقدير القاضى للتعويض إلا أنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق . هذا المبدأ لا خلاف عليه فى كل من القانون المدنى المصرى والقانون المدنى الفرنسى . لكن الخلاف حول ما إذا كان القاضى يستطيع أن يعدل من الشرط الجزائى ؟ وفى أى حدود ؟

قد انتهج المشرع المصرى فى التقنين المدنى سياسة عامة مرنة ضمنها المادة ١/١٤٧ مدنى بنصها على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين ،-أو للأسباب التى يقررها القانون " . وعلى ضوء ذلك قد أعطى التقنين المدنى للقاضى سلطة تعديل العقد فى حالات خاصة . من ذلك نظرية الظروف الطارئة ·(م ٢/١٤٧ مدنى) وتعديل الشروط التعسفية فى

عقود الاذعان (م ١٤٩ مدنى) ، وتعديل الشرط الجزائى فى بعض الحالات (م ٢/٢٢٤ ، ٢٢٥ مدنى) ، وتعديل أجر الوكيل (م ٢/٧٠٩ مدنى) ، وغير ذلك من حالات متفرقة فى ثنايا التقنين المدنى المصرى .

وعلى العكس من ذلك تماما قد انتهج المشرع الفرنسى سياسة عامة جامدة وفاء منه للتقاليد الموروثة بصدد مبدأ سلطان الإرادة (م ١١٣٤ مدنى فرنسى) وعلى ذلك فلم يسمح المشرع الفرنسى للقاضى إلى الآن بتعديل العقد طبقا لنظرية الظروف الطارئة بالرغم من إجماع الفقه على جواز ذلك . كما لم ينص على نظرية عامة فى الإستغلال . وكذلك قد ظل وفيا أيضا لمبدأسلطان الإرادة بصدد تعديل الشروط التعسفية فى عقود الاذعان ولم يسمح بذلك إلا فى حالات خاصة وبنصوص خاصة . وإلى عهد قريب (عام ١٩٧٥) لم يكن يسمح للقاضى بتعديل الشرط الجزائى . بل أن المادة ١٢٣١ مدنى فرنسى والتى تجيز للقاضى إنقاص الشرط الجزائى فى حالة التنفيذ الجزئى قد اعتبرها القضاء أنها غير متعلقة بالنظام العام .

وقد إستمر الحال على هذا المنوال إلى أن صدر قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ ليسمح للقاضى فى حالات خاصة وبشروط معينة تعديل الشرط الجزائى . وقد جاء تدخل المشرع على إثر محاولات عديدة من

جانب الفقه والقضاء لوضع حد للعسف الشديد الذى إنتشر فى كثير من العقود . كما أن ذلك التدخل كان إستجابة للرغبة فى تنسيق أحكام التقنين المدنى الفرنسى مع أحكام التقنينات المدنية للدول الأوروبية المجاورة . هذا ما يجرنا إلى الحديث عن أحكام هذا التعديل

خطة الدراسة :

إن دراسة أحكام الشرط الجزائى فى كل من التقنين المدنى المصرى والقانون الفرنسى الحديث تقتضى منا أن نعرض أولا : للتعريف بالشرط الجزائى ، وثانيا : التكييف القانونى ، وثالثا : الآثار - وسلطة القاضى ازاءه - ولنر ذلك الشئ من التفصيل .

المطلب الأول
التعريف بالشرط الجزائى

وفى هذا الصدد نعرض لماهية الشرط الجزائى والغرض منه ، ثم نقوم بعد ذلك بالتمييز بينه وبين ما يشتبه به من أنظمة .

أولا : ماهية الشرط الجزائى والغرض منه

١ - تعريف الشرط الجزائى :

إذا كان الأصل ، أن القاضى هو الذى يقوم بتقدير التعويض على النحو السابق بيانه ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من اتفاق الطرفين مقدما على مقدار التعويض المستحق للدائن فى حالة عدم تنفيذ المدين لإ لتزامه أو التأخر فيه .

فالشرط الجزائى اتفاق يقدر فيه الطرفان مقدما مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين إلتزامه أو إذا تأخر فى تنفيذه (١) . وسمى بالشرط الجزائى لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلى الذى يستحق التعويض على أساسه . لكن قد لا

(١) A. Weill, F. Terré, Droit civil, les obligations., 4 e éd. Dalloz. 1986.
Ph. Malaurie, L. Aynes, Droit civil, les obligations, éd cujas 1985.
J. Carbonnier, Droit civil, les obligations t.4, P.U.F, 1979.

يدرج الشرط الجزائى فى صلب العقد الأصلى بل يتضمنه اتفاق لاحق (م ٢٢٣ مدنى) . فى هذه الحالة ينبغى أن يكون هذا الإتفاق سابقا على واقعة اخلال المدين بإلتزامه ، أى سابقا على عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو التأخر فيه ، لأنه إذا كان لاحقا لها فإنه يعتبر صلحا لا شرطا جزائيا ، وتسرى عليه القواعد التى تضمنتها المواد ٥٤٩ - ٥٥٧ مدنى فى الفصل الخاص بعقد الصلح (١) . كما أنه ليس هناك ما يمنع من الإلتجاء إلى الشرط الجزائى فى تقدير التعويض المستحق عن الإخلال بإلتزام غير عقدى ، فمثلا إذا كان الإخلال بالعقد مكونا لجريمة كجريمة خيانة الأمانة ، واتفق المتعاقدان سلفا على التعويض الذى يستحق فى هذه الحالة فإن هذا الإتفاق ينصرف إلى تعويض عن مسئولية تقصيرية ، وكذلك الإتفاق على تعويض يستحقه الدائن فى حالة فسخ العقد ، أو الرجوع فى وعد كالوعد بالزواج فإن ذلك يعتبر تعويضا عن الإخلال بإلتزام غير عقدى (٢) .

وكما هو الواضح فإن الشرط الجزائى قد يكون شرطا جزائيا عن عدم التنفيذ وذلك إذا اتفق الطرفان مقدما على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، وقد يكون شرطا

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٢ ، ص ٥٧٥ ، وتشير المذكورة الإيضاحية أيضا إلى التفرقة بين الشرط الجزائى والتحديد .
(٢) أنظر فى ذلك وفى أمثلة أخرى السنهورى . الوسيط ، جـ ٢ فقرة ٤٧٧ ص ٨٥١ هامش ٢ ، وانظر أيضا : أنور سلطان . الموجز فى النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الثانى ، أحكام الإلتزام ، منشأة المعارف ١٩٦٤ - ١٩٦٥

جزائيا عن التأخير ، وذلك إذا اتفق الطرفان على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا تأخر المدين فى التنفيذ . ومن أمثلة الأول ، ما تحدده السكة الحديد وشركات النقل من مبلغ معين تدفعه المصلحة أو الشركة إذا ما فقد طرد أو تلف (١) ، ومن أمثلة الثانى ، ما ينص عليه فى عقود المقاولات من الزام المقاول بدفع مبلغ معين عن كل فترة زمنية معينة يتأخر فيها عن اتمام العمل الذى تعهد به . ومثل هذا فى عقد التوريد . ومن هذا القبيل فى الإلتزام بدفع مبلغ من النقود ، الإتفاق على فائدة يلزم بها المدين إذا تأخر فى الوفاء ، هذه الفوائد الإتفاقية تخضع لأحكام خاصة . ولا تقتصر أمثلة الشرط الجزائى على بعض العقود دون بعض بل كثيرا ما نجده فى العقود الجارية كالبيع والإيجار (٢) .

وإذا كان الغالب أن يكون الشرط الجزائى مبلغا من النقود إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون شيئا أو عملا أو امتناعا أو تقصير ميعاد فى استعمال الحق أو تشديد فى شروط استعماله أو غير ذلك . مثل ذلك اشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين فى دفع

(١) يجب التمييز فى هذا الصدد بين الشرط الجزائى كتقدير جزافى للتعويض ليس للقاضى سلطة حياله إلا فى الأحوال والشروط المنصوص عليها كما سنرى ، وبين الشرط الذى يضع حد أقصى للمسئولية وهو فى الغالب فى عقود النقل وينحصر أثره فى عدم جواز الحكم بأزيد من المبلغ المحدد ولو زاد الضرر عنه . أما إذا قل الضرر تولى القاضى تقدير التعويض على أساس مقدار الضرر الفعلى . انظر السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، فقرة ٤٩١ ص ٨٠٧ .

(٢) اسماعيل غانم ، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الثانى ، أحكام الإلتزام ، فقرة ٤٨ ، ص ١١٨ .

قسط منها ، أو إذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر الأرض بعد انتهاء الإيجار خالية من الزراعة وشرط فى العقد أن الزراعة التى تكون قائمة عند انتهاء الإيجار تصبح ملكا للموجر تعويضا له عن الإخلال بهذا الإتفاق . وفى هذه الحالات لم يكن الشرط الجزائى مقدرا بمبلغ معين من النقود ، وإنما كان التعويض محددا بغير النقود .

٢ - الغرض من الشرط الجزائى :

الأصل فى الشرط الجزائى هو أن يكون تقديرا مقدما للتعويض يقوم به الطرفان بقصد تجنب تحكم القضاء وتدخل أهل الخبرة فى تقدير التعويض الذى يستحقه الدائن إذا أخل المدين بإلتزامه ، ومع ذلك هذا الغرض الذى يسعى إليه المتعاقدان لن يكون أمرا مؤكدا حيث أنه سيكون دائما لأحد الطرفين مصلحة فى المنازعة فى مقدار التعويض المتفق عليه .

وبالرغم من ذلك فإنه قد يستعمله المتعاقدان فى أغراض أخرى . فقد يقصد به التعديل من أحكام المسئولية بالإعفاء أو التخفيف منها إذا كان المبلغ المتفق عليه يقل كثيرا عن الضرر المتوقع حصوله أو بالتشديد فيها إذا كان هذا المبلغ مبالغا فيه . وفى هذه الحالة الأخيرة يكون غالبا للشرط الجزائى طابعا تهديديا .

وقد يكون الغرض من الشرط الجزائى تأكيد التزام المتعهد عن الغير ، بتحديد مبلغ التعويض الذى يكون مسئولا عنه إذا لم يقم بحمل الغير على التعهد . كعاقد يوضع الشرط الجزائى فى الإشتراط لمصلحة الغير لتقدير التعويض المستحق للمشترط فى حالة إخلال المتعهد بإلتزامه نحو المنتفع ، فيمثل الشرط الجزائى فى هذه الحالة المصلحة المادية للمشترط فى اشتراطه لمصلحة الغير (١) .

ثانيا : التمييز بين الشرط الجزائى وغيره من الأنظمة :

وحيث أن الشرط الجزائى يتضمن تقدير اتفاقيا للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه . فإنه قد يشتبه بأنظمة قانونية أخرى كالعربون أو التهديد المالى ، لذلك يجب التمييز بينه وبين هذه الأ نظمة .

١ - تمييز الشرط الجزائى عن العربون :

وجه الإلتباس بين العربون والشرط الجزائى يتأتى فى حالة ما إذا كانت دلالة العربون هى جواز العدول عن العقد بعد ابرامه ، حيث أنه قد يحمل العربون على أنه شرط جزائى لتقدير التعويض فى حالة

(١) انظر السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، فقرة ٤٧٧ هامش١ ص ٨٥٢ ، ٨٥٣

العدول عن العقد . لكن هناك فروق أساسية بينهما ترجع إلى اختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما .

فمن حيث الطبيعة القانونية نجد أن الشرط الجزائى تقدير اتفاقى للتعويض فى حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه . بينما نجد أن العربون مقابل لحق العدول عن العقد . هذا الإختلاف فى الطبيعة يكشف عن اختلاف كل منهما عن الآ خر من ناحيتين :

١ - من حيث مناط استحقاق كل منهما . فحيث أن العربون هو مقابل الحق فى العدول ، فإنه مناط استحقاقه هو مجرد العدول دون النظر فيما إذا ترتب على هذا العدول ضرر أم لا ، وعلى ذلك إذا عدل عن دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد مثله ولو لم يترتب على هذا العدول أى ضرر . بينما مناط استحقاق الشرط الجزائى هو وقوع الضرر للدائن من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه ، فإنه لم يكن هناك ضرر فلا يستحق الدائن شيئا .

٢ - من حيث سلطة القاضى ازاء كل منهما . وهذا الوجه من أوجه الإختلاف مرتبط ارتباطا وثيقا بالوجه السابق . فحيث أن مناط استحقاق العربون هو مجرد العدول دون النظر لما يترتب عليه ضرر من عدمه ، لذلك ليس للقاضى أى سلطة حيال استحقاق العربون أو مقداره . بينما نجد أن مناط استحقاق الشرط الجزائى هو وقوع ضرر للدائن ، ولذلك نجد أن للقاضى سلطة فى التحقق من توافر شروط استحقاق

التعويض الإتفاقى من عدمه ، ثم له رقابة على مدى تناسب الشرط الجزائى مع الضرر الذى أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه ،على النحو الذى سوف نراه .

ويترتب على الشرط الجزائى هو تقدير اتفاقى للتعويض أنه لا يعتبر التزاما تخييريا ولا التزاما بدليا ، فلا يستطيع الدائن أن يختار بين الإلتزام الأصلى والشرط الجزائى فيطلب تنفيذ أيهما بل هو لا يستطيع أن يطلب ألا تنفيذ الإلتزام الأصلى ما دام هذا ممكنا ، كما أن المدين لا يملك أيضا هذا الخيار . ومن ناحية أخرى لا يملك المدين أن يعدل عن تنفيذ الإلتزام الأصلى إذا كان ممكنا إلى تنفيذ الشرط الجزائى كبديل عن الإلتزام الأصلى . على العكس من ذلك يمكن تكييف العربون بأنه البدل فى التزام بدلى . ففى العقد المشترط فيه عربون يقع على عاتق كل من المتعاقدين التزام أصلى محله شئ واحد ، لكن يكون لأى منهما ان شاء أن يعدل عن هذا المحل الأصلى إلى محل بدلى وهو دفع مبلغ العربون فى غير مقابل .

وينبغى الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها ، أو تقدير تعويض اتفاقى يجوز انتقاصه ، لا سيما إذ كان الجزاء المشروط فادحا (١)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٦٤

٢ - **تمييز الشرط الجزائى عن التهديد المالى :**

أن المنطقة التى قد يتشابه فيها الشرط الجزائى بالتهديد المالى ، هى عندما يتفق المتعاقدان مقدما على مبلغ كبير يزيد كثيرا على الضرر الذى يتوقعانه ، ويتم تحديد هذا المبلغ بشكل تصاعدى بحيث يدفع عن كل يوم يتأخر فيه المدين عن تنفيذ التزامه . فى هذه الحالة يكون للشرط الجزائى طابع تهديدى أكثر من كونه تعويضا عن الضرر . ومما يزيد هذا التشابه أنه فى هذه الحالة يخفض القاضى هذا المبلغ المقدر وذلك عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة كما سنرى .

فى هذه الحالة ، لم يبق من مميز بين الشرط الجزائى والغرامة التهديدية إلا المصدر ووقت التقدير . فالغرامة التهديدية مصدرها حكم القاضى ، ووقت تقديرها يكون امتناع المدين عن القيام بتنفيذ التزامه بنفسه واصراره على عدم التنفيذ . بينما الشرط الجزائى مصدره الإتفاق المسبق بين الطرفين ويكون هذا الإتفاق قبل وقوع المخالفة ، أى قبل عدم التنفيذ أو التأخر فيه .

فى غير ذلك من الحالات فإن طبيعة الغرامة التهديدية وخصائصها كفيلة بتمييزها عن الشرط الجزائى فعلاوة على أن الغرامة التهديدية يحكم بها القاضى أما الشرط الجزائى فيتفق عليه

الطرفان . فإن الغرامة التهديدية تحكميه لا تقاس بمقياس الضرر . فلا مقياس لها إلا المقدار الذى يرى القاضى أنه منتج فى تحقيق الغاية منها وهى حمل المدين على التنفيذ العينى . فلا يشترط فيها أن تكون مقاربة للضرر ، بل لا يشترط وجود الضرر أصلا . ويجوز للقاضى أن يزيد فيها كلما رأى داعيا للزيادة . أما الشرط الجزائى فالأصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر.كذلك نجد أن الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العينى ، أما الشرط الجزائى فهو تنفيذ بمقابل . كما أن الغرامة التهديدية حكم وقتى تهديدى ، وغالبا ما تخفض الغرامة التهديدية فى هذه الحالة . أما الشرط الجزائى فهو اتفاق نهائى قابل للتنفيذ على حاله . وإذا جاز تخفيضه للمبالغة فى التقدير ، فالأصل فيه عدم التخفيض . هذه الطبيعة لكل منهما انعكست على كيفية تقديرهما فنجد أن الغرامة التهديدية تقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بإلتزامه . أما الشرط الجزائى فيقدر غالبا بمبلغ جزافى وخاصة إذا كان تعويضا عن عدم التنفيذ . أما إذا كان تعويضا عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه فإنه يقدر على النحو الذى يقدر به الغرامة التهديدية كما سبق أن رأينا .

المطلب الثانـى
التكييـف القانونـى للشـرط الجزائـى

فى هذا الصدد نتعرض للتكييف القانونى للشرط الجزائى ، ثم بعد ذلك نبحث النتائج القانونية التى تترتب على هذا التكييف .

أولا : الشـرط الجزائـى : تقديـر اتفاقـى للتعويـض

وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية عن هذا التكييف بقولها أنه " ليس الشرط الجزائى فى جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقى للتعويض الواجب أداؤه فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجوب هذا التعويض ، بل لوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد فى بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع فى صور أخرى . فلابد لإستحقاق الجزاء المشروط اذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، وهى الخطأ والضرر والأعذار " (١) .

وكما هو واضح فإن الشرط الجزائى ليس هو السبب فى استحقاق التعويض ، وإنما نشأ التعويض من مصدر آخر ، يكون فى الغالب عقدا ، ويكون سبب استحقاق التعويض هو عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو تأخره فى هذا التنفيذ . والشرط الجزائى ليس إلا تقدير مسبقا من جانب المتعاقدين لمبلغ التعويض المستحق فى الحالتين ، عدم التنفيذ أو التأخير فيه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٢ ، ص ٥٧٣ .

ثانيـا : النتائـج المترتبـة على هذا التكييـف

وهذه النتائـج تترتـب على تكييف الشرط الجزائى بأنـه تقديـر اتفاقـى للتعويـض وذلك بحسب تصويـر المشرع فـى النصـوص المنظمة لـه . وهذه النتائـج تبـرز طبيعـة الشـرط الجزائى ودوره وشـروط استحقاقـه على النحو التالـى :

١ - الإلتـزام بـالأداء المحدد فـى الشـرط الجزائى التـزام تابـع للإلتـزام الأصلـى :

فالشـرط الجزائى لا يوجد مستقلا بنفسـه بل يوجد دائما تابعـا لإلتـزام أصلى ، أيا كان مصدر هذا الإلتـزام ، وأيا كان محله (١) . فالشـرط الجزائى لا ينشئ التزامـا جديدا مستقلا عـن الإلتـزام الأصلـى إنها هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الإلتـزام (٢) ويترتـب على صفة التبعيـة هذه عدة نتائـج :

أ - أن الإلتـزام بالشـرط الجزائى يتبـع الإلتـزام الأصلـى فـى صحتـه ووجـوده وانقضائـه . وعلى ذلك فـإذا بطل الإلتـزام الأصلـى بطل الشـرط الجزائى ، ولكن العكس غير صحيح فبطـلان الشـرط الجزائى لا

(١) قارن أنور سلطان ، المرجع السـابـق ، فقـرة ١٩٧ ص ١٦٩ ، عبد المنعـم البـدراوى ، النظريـة العامة للإلتزامـات ، فـى القانـون المدنى المصرى ، الجزء الثانـى ،أحكام الإلتـزام مكتبـة سيد عبد الله وهبه ، ١٩٧٣ فقـرة ٣ ، ص ١١ .

(٢) اسماعيل غانم ، المرجع السـابـق ، فقـرة ٤٩ ص ١٦٩ .

يستتبع بطلان الإلتزام الأصلى (انظر المادة ١٢٢٧ مدنى فرنسى) كما أنه إذا انقضى الإلتزام الأصلى بأى سبب من أسباب الإنقضاء ينقض الشرط الجزائى معه بالتبعية . فإذا تم الوفاء بالإلتزام الأصلى ، أو إذا إنقضى الإلتزام الأصلى لإستحالة تنفيذه بقوة قاهرة ، إنقضى معه بالتبعية الإلتزام بالشرط الجزائى .

ب- انحلال العقد المتضمن شرطا جزائيا بالفسخ يؤدى إلى زوال الإلتزام الأصلى ويزول معه بالتعبية الإلتزام بالشرط الجزائى ، حتى ولو لم يكن الشرط الجزائى قد أدرج فى العقد الأصلى بل تضمنه اتفاق لاحق . والصورة العملية لهذه الحالة ، أن المدين يخل بإلتزامه ولم يطالب الدائن بالتنفيذ بمقابل ، أى بقيمة الشرط الجزائى ، وإنما فضل المطالبة بالفسخ (١) ولذلك إذا طالب الدائن بالتعويض ، فى هذه الحالة ، وجب الرجوع إلى تقدير القاضى لا إلى الشرط الجزائى ، ما لم يكن الشرط الجزائى قد حدد مبلغ التعويض المستحق لحالة الفسخ بالذات ، فى هذه الحالة يتعين الحكم به .

جـ - أن جميع الأوصاف التى تلحق الإلتزام الأصلى تلحق بالتبعية الإلتزام بالشرط الجزائى ، ويصير هذا الإلتزام موصوفا بوصف الإلتزام الأصلى ، بأن يصبح مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط شأنه فى ذلك شأن الإلتزام الأصلى .

---

(١) A. Weill, F. Terré, op.cit, no. 459. p. 475.

وهذا التكييف يترتب عليه عدة نتائج هامة . هذه النتائج تكشف عن طبيعة الشرط الجزائى والغاية منه ومتى يصبح مستحقا . وهذا هو موضوع الفقرة التالية .

٢ - الإلتزام بالشرط الجزائى يعد طريقا احتياطيا :

وهذا راجع إلى أن الشرط الجزائى ليس إلا تقديرا اتفاقيا للتعويض المستحق فى حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه ، بالتالى تنطبق عليه القاعدة العامة فى التنفيذ بمقابل من حيث كونه طريقا احتياطيا . ويبقى التنفيذ العينى هو الأصل . وبناء على ذلك ، إذا عرض المدين التنفيذ العينى فلا يجوز للدائن أن يطالب بالتعويض المقدر ، الشرط الجزائى ، عن عدم التنفيذ . كما أن الدائن لا يكون ملزما بقبول التعويض إلا فى الأحوال التى يتخلف فيها شرط من شروط التنفيذ العينى للإلتزام الأصلى .

ومعا تجدر الإشارة إليه أيضا أن الإتفاق على شرط جزائى عن عدم التنفيذ لا يحول دون إلتجاء الدائن إلى الوسائل القانونية المقررة لإدراك التنفيذ العينى مباشرة ، كالتنفيذ على نفقة المدين ، أو إلى الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العينى كالغرامة التهديدية ، وذلك إذا ما توافرت الشروط اللازمة فى مثل هذه الحالات (١).

---

(١) A. Weill, F. Terré, op.cit, no. 459, p. 479.
وانظر فى نفس المعنى : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩٠ ص ١٢٠ ، ١٢١ .

كما أنه لا يترتب على وجود الشرط الجزائى أن يصبح التزام المدين تخييريا أو بدليا . فهو ليس التزاما تخييريا ، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الإلتزام الأصلى والشرط الجزائى فيطلب تنفيذ أيهما ، بل هو لا يستطيع أن يطلب الا تنفيذ الإلتزام الأصلى ما دام هذا ممكنا . ولأن المدين هو أيضا لا يملك هذا الخيار ، بل هو لا يستطيع إلا أن يعرض تنفيذ الإلتزام الأصلى ما أمكنه ذلك . وهو ليس التزاما بدليا ، لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الإلتزام الأصلى إذا كان ممكنا إلى تنفيذ الشرط الجزائى كبديل عن الإلتزام الإصلى (١) .

٣ - شروط استحقاق الشرط الجزائى هى نفس شروط استحقاق التعويض :

إذا كان الشرط الجزائى تقديرا اتفاقيا للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه ، فإنه ينبغى لإستحقاقه توافر شروط استحقاق التعويض . وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢٢٣ ، فأحالت إلى المواد ٢١٥ - ٢٢٠ وهى النصوص التى تحدد هذه الشروط . ويترتب على ذلك أن شروط استحقاق الشرط الجزائى هو وجود خطأ من المدين ، وضرر يصيب الدائن ، وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر ، علاوة على اعذار المدين فى حالة ما إذا كان الشرط الجزائى مقررا لمواجهة

(١) انظر السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ فقرة ٤٨٧ ص ٨٦١ .

تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، ما لم يكن هناك حالة من حالات اعفاء الدائن من هذا الاعذار .

وعلى ذلك إذا أصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه ، فإنه لا تجوز مطالبته بالشرط الجزائى (١) . كما أن انتفاء الضرر أو انتفاء السببية بين الخطأ والضرر ، يستتبع سقوط الشرط الجزائى . فالإتفاق على شرط جزائى ليس من شأنه أن يعدل من شروط استحقاق التعويض .

وبالرغم من ذلك فإن الإتفاق على شرط جزائى لا يخلو من فائدة فى مجال الإثبات بالنسبة لركنى الضرر والسببية - فمن المعلوم أن القاعدة العامة فى مجال الإثبات أنه على الدائن عبء اثبات الضرر الذى أصابه من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه . لكن إذا اتفق مقدما على تقدير التعويض فيكفى أن يتبين خطأ المدين فيفترض أن الدائن قد أصابه ضرر بسببه ، وينتقل عبء الإثبات إلى المدين إذ يتعين عليه للتخلص من الشرط الجزائى أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر أو يثبت انتفاء رابطة السببية بينه وبين الخطأ . وهذا ما نصت عليه المادة ١/٢٢٤ " لا يكون التعويض الإتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر " .

(١) إلا إذا اتفق على أن يكون الشرط الجزائى مستحقا ولو استحال التنفيذ لقوة قاهرة ، إذ يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (م ٢١٧ مدنى مصرى) .

وفى فرنسا قد عدلت المادة ١١٥٢ مدنى فرنسى وذلك بإضافة فقرة جديدة لها بمقتضى قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ تسمح للقاضى ولو من تلقاء نفسه (وذلك بعد تعديلها بقانون ١١ أكتوبر ١٩٨٥) بتخفيض أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو كان زهيدا وكل اتفاق مخالف يعتبر كأن لم يكن " (١) .

ومع ذلك ما زال الفقه يذهب إلى أن الدائن غير ملزم بإثبات أن عدم التنفيذ قد سبب له ضررا ، حيث أن هذا الضرر قد تم افتراضه وتقديره سلفا فى العقد (٢) ، بل أن الدائن يستحق التعويض الإتفاقى لمجرد عدم تنفيذ المدين لإلتزامه ولو لم يلحقه أى ضرر (٣) .

---

(١) A. Weill, F. Terré, op.cit, no. 459 p. 497.
(٢) A. Weill, F. Terré, op.cit, no. 462, p. 483.
(٣) Ph. Malaurie, L. Aynès. op.cit, no. 514 p. 365.

المطلب الثالث
آثار الشرط الجزائى

لا يستحق التعويض الإتفاقى إلا إذا توافرت شروط استحقاق التعويض السابق بيانها . وعلى ذلك إذا ثبت طبقا للقواعد العامة ، أن هناك عدم تنفيذ للإلتزام أو تأخر من جانب المدين فإنه يفترض أنه قد أصاب الدائن ضررا من جراء ذلك واستحق مبلغ التعويض المتفق عليه ، ما لم يثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر . ومن أجل ذلك لا يجتمع الشرط الجزائى من عدم التنفيذ مع التنفيذ العينى ، ولكن يمكن أن يجتمع مع التنفيذ العينى الشرط الجزائى عن التأخير فى التنفيذ .

وعلى ذلك يجب أن نعرض لآثار الشرط الجزائى بين الإتفاق والتعويض ، ثم لسلطة القاضى ازاء الشرط الجزائى ، وأخيرا لتعلق هذه الأحكام بالنظام العام

أولا : آثار الشرط الجزائى بين الإتفاق والتعويض

الشرط الجزائى بإعتباره اتفاقا على تقدير التعويض يعبر عن فكرتين متعارضتين ، الإتفاق والتعويض فحيث أن الشرط الجزائى

اتفاق ، فإنه ينبغى احترام ما انصرفت إليه ارادة المتعاقدين ، فالعقد شريعة المتعاقدين ، وحيث أن الشرط الجزائى ليس إلا تعويضا قدره المتعاقدان مقدما عن الضرر الذى ترتبا حدوثه ان لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر فى التنفيذ ، فإنه ينبغى أن يكون التعويض الإتفاقى بقدر الضرر الذى يصيب الدائن فعلا .

ولذلك فإن تنظيم الشرط الجزائى كان انعكاسا لهاتين الفكرتين وإن كان المشرع لم يأخذ بأى منهما على إطلاقها ، وإنما حاول التوفيق بينهما على النحو الآتى :

١ - فمن ناحية " لا يكون التعويض الإتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر " (م ٢٢٤/١ مدنى) .وهذه القاعدة تعبر تعبيرا واضحا عن فكرة التعويض التى تكمن وراء الشرط الجزائى . ومع ذلك فإن هذه الفكرة لم تستبعد كلية الطبيعية الإتفاقية للشرط الجزائى . فقد أعفى الدائن من عبء اثبات الضرر احتراما لإرادة المتعاقدين بإفتراض أن الضرر الذى توقعا حدوثه قد حدث فعلا . لكن احترام هذه الإرادة يجب ألا يؤدى إلى انكار الواقع . ولذلك كان افتراض وقوع الضرر افتراضا قابلا لإثبات العكس . فإذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر لم يكن هناك محل لمطالبته بالجزاء المشروط (١) كما سبق أن بينا .

(١) اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ٥٠ ص ١٢٣

٢ - ومن ناحية أخرى ، الأصل أن يحكم القاضى بالتعويض الإتفاقى دون تعديل إذا ثبت أن الدائن قد لحقه ضرر بالفعل وبصرف النظر عن قيمة الضرر الواقع - وهذه القاعدة تعكس الطابع الإتفاقى للشرط الجزائى - ذلك أن المتعاقدين ، بإتفاقهما مقدما على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن عن عدم التنفيذ أو التأخر فى التنفيذ ، قد أرادا أن يتجنبا ما يثيره تقدير الضرر الواقع من صعوبات وأن يحسما مقدما ما قد يثور من منازعات فى هذا الصدد (١) .

ومع ذلك فإنه استثناء من هذا الأصل العام ، مراعاة لإعتبارات معينة ، نص المشرع على أنه يجوز للقاضى ، فى حالات معينة ، أن يخفض هذا التعويض أو يزيد من مقداره . على النحو الذى سوف نراه فى الفقرة التالية .

ثانيا : سلطة القاضى ازاء الشرط الجزائى

أن سلطة القاضى فى تعديل الشرط الجزائى تعتبر استثناء من المبدأ العام وهو القوة الملزمة للعقد ، كما أن المشرع قد حدد الحالات التى يسمح فيها للقاضى بهذا التعديل . وكذلك يجب أن

(١) انظر المادة ١/١١٥٢ فرنسى وتفسير الفقه والقضاء الفرنسى لها . وانظر A. Weill, F. Terré, op.cit, no. 462, p. 483.

وانظر اسماعيل غانم ، المرجع السابق ،فقرة ٥٥ ص ١٢٣

نعرض لسلطة القاضى والقوة الملزمة للعقد ، ثم بعد ذلك ندرس حالات تعديل القاضى للشرط الجزائى .

١ - سلطة القاضى والقوة الملزمة للعقد :

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون . هذه القاعدة كانت وما زالت فى فرنسا تتسم بنوع من التقديس بحيث لا يسمح للقاضى أن يعدل اتفاق الأطراف إلا فى أضيق الحدود وبنصوص تشريعية . ولذلك نجد فى فرنسا ، إلى وقتنا هذا لم يأخذ المشرع الفرنسى بنظرية الظروف الطارئة ولا بتعديل الشروط التعسفية فى عقود الاذعان أو اعفاء الطرف المذعن منها إلا فى حالات استثنائية وبنصوص خاصة ، وقد كان إلى عهد قريب عام ١٩٧٥ لا يجوز للقضاء الفرنسى بتعديل الشرط الجزائى . وكان الفقه يتكلم عن قدسية الشرط الجزائى أو عدم قابليته للمساس L'intangibilité- فكما أن القاضى لا يملك تعديل العقد (م ١/١١٣٤ مدنى فرنسى) فإنه بالمثل لا يملك ذلك بالنسبة للشرط الجزائى (م ١١٥٢ فرنسى قبل التعديل) . بل أن المادة ٢٣١ مدنى فرنسى والتى تجيز للقاضى انقاص الشرط الجزائى فى حالة التنفيذ الجزئى قد اعتبرها القضاء أنها غير متعلقة بالنظام العام

وقد نتج عن ذلك انتشار الشروط الجزائية الجائزة فى الحياة العملية ، بصفة خاصة فى عقود الإيجار الإئتمانى Le Crédit Bail وعقود البيع بالأجل La Vente à Crédit ، حيث كان ينص فى العقد الأول على شرط جزائى مبالغا فيه بدرجة كبيرة ، وذلك بإستحقاق مبلغ يساوى الأجرة المستحقة عن المدة المتبقية فى العقد كشرط جزائى عن عدم التنفيذ وفسخ العقد ورد الشئ . أما بالنسبة للعقد الثانى فقد كان ينص على أن يحتفظ البائع بالأقساط التى دفعها المشترى كشرط جزائى وذلك فى حالة عدم دفع أحد الأقساط المتفق عليه وفسخ العقد بقوة القانون ورد المشترى للشئ المبيع . وكما هو واضح فإن الشرط الجزائى يكون جائزا بالنسبة للمدين فى عقد الإيجار الإئتمانى إذا كانت المخالفة قد وقعت فى بداية العقد ، وبالعكس فى عقد البيع بالأجل ، إذا كان اخلال المدين قد حدث قرب نهاية العقد كما يمكن أن نجد شروطا جزائية جائرة فى عقود أخرى كثيرة (١) .

ولذلك فقد كان هناك محاولات عديدة من جانب الفقه والقضاء الفرنسى لمحاربة هذا العسف الشديد ، ولكن لم يكتب لها النجاح .

(١) انظر فى تفصيل ذلك
Ph. Malaurie, La révision Judiciaire de la clause Pénale, (Loi no 15. 597 du 9 Juillet 1975 Defrénois, 15 Avril 1976, 31075. p. 533 ets.

كما لاحظ الفقه أن فرنسا كانت الدولة الوحيدة تقريبا فى أوربا التى لم تأخذ بنظام مراجعة الشرط الجزائى (١) .

ولذلك قد تدخل المشرع الفرنسى بقانون ٩ يوليو ١٩٧٥ ليضع حدا لهذا العسف وذلك بإضافته فقرة جديدة إلى المادة ١١٥٢ لتصبح على النحو التالى :

" ١ - إذا تضمن الإتفاق أن من لم يقم بتنفيذه يدفع مبلغا معينا على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى الطرف الآخر مبلغا أكثر أو أقل " .

(١) ففى انجلترا نجد أنه لا يجوز أن يتجاوز الشرط الجزائى الضرر الذى أصاب الدائن ، ويقع باطلا الشرط الجزائى الذى يزيد عن الضرر الثابت ، بينما يقع صحيحا الشرط الذى يحدد مبلغ أقل من هذا الضرر . التقنين المدنى الألمانى (.343 B.C.B) وليس التقنين التجارى (.348 E.G.B) ينص على أنه عندما يكون الشرط الجزائى المستحق مبالغا فيه بدرجة ظالمة فإنه يمكن ، بناء على طلب المدين تخفيضه قضائيا إلى مبلغ معقول - وينبغى أن يؤخذ فى الإعتبار كل المصالح المشروعة للدائن وليس المصالح المادية فقط . وإذا ما تم دفع الجزاء فإنه يكون من غير الممكن تخفيضه .التقنين المدنى السويسرى ينص على أنه " يجب على القاضى تخفيض الشرط الجزائى الذى يكون مبالغا فيه " وقد تم تعزيز هذا النص بقاعدة تحظر فى حالة فسخ البيع بالأجل احتفاظ البائع بملكية ما استلمه من أقساط " كما أن التقنين المدنى الإيطالى ينص فى المادة ١٣٨٤ على أنه " عندما يتم تنفيذ الإلتزام الأصلى جزئيا أو عندما يكون الشرط الجزائى مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، فإنه يجوز للقاضى ، مراعيا للعدالة ، أن يخفض هذا الشرط مع الأخذ فى الإعتبار ما يكون على الدائن من فائدة .

انظر فى تفصيل أكثر

- J. Thilmany, fonctions et révisiblite des clauses pénales en droit compare, Rev. inter dr. comp. 1980, 17.

" ٢ - ومع ذلك ، يجوز للقاضى ولو من تلقاء نفسه (بعد تعديل قانون ١١ أكتوبر ١٩٨٥) ، أن ينقص أو يزيد من الجزاء المتفق عليه ، إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو زهيدا " .

" ٣ - كل اتفاق يخالف ذلك يعتبر كأن لم يكن " .

كما أن المادة الثانية من هذا القانون قد عدلت نص المادة ١٢٣١ مدنى فرنسى تعديلا جوهريا ، وأصبحت الآن تجرى على النحو التالى :

" ١ - عندما يتم تنفيذ الإلتزام فى جزء منه ، يجوز للقاضى أن ينقص الجزاء المتفق عليه بالتناسب مع ما عاد من فائدة على الدائن من التنفيذ الجزئى وذلك دون مساب بتطبيق نص المادة ١١٥٢ " .

" ٢ - كل اتفاق على خلا ف ذلك يعتبر كأن لم يكن " .

وبذلك قد غلب المشرع اعتبارات العدالة على مبدأ القوة الملزمة للعقد وأعطى للقاضى دورا ايجابيا فى تعديل الشرط الجزائى .

وقد حاولت محكمة النقض الفرنسية أن ترسى بعض المبادئ بصدد تطبيق هذا التعديل الجديد . فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه لا يجوز للقاضى الا تعديل الجزاء دون أن يملك

الغاءه (١) أو انقاصه عن الضرر الذى أثبته الدائن (٢) . كما أنها ذهبت إلى أنه يجب على القاضى أن يسبب قراره بتعديل الشرط الجزائى (٣) على عكس ذلك ذهبت المحكمة ، خلال فترة معينة إلى أن القاضى غير ملزم بتبرير قراره فى حالة رفضه التعديل . وقد أسست المحكمة قضاءها فى ذلك على أن عدم المساس بالشرط الجزائى هو الأصل (م ١/١١٥٢) وأن تعديل القاضى لهذا الشرط هو الإستثناء (م ٢/١١٥٢) (٤) وقد تطور قضاء المحكمة فى اتجاه التخفيف من ذلك ولم تعد تتطلب من القاضى إلا أن يعطى تبريرا مختصرا لقراراه برفض تعديل الشرط الجزائى (٥) . علاوة على ذلك كانت المحكمة تحظر على المحاكم الدنيا تعديل الشرط الجزائى من تلقاء نفسها ، إلى أن تدخل المشرع بقانون ١١ أكتوبر ١٩٨٥ ليخالف فى ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ويجيز للمحاكم أن تتصدى لمراجعة الشرط من تلقاء نفسها .

وفى فرنسا تساءل الفقه عما إذا كان يمكن أن تمتد سلطة القاضى فى التعديل إلى الشروط الأخرى التى هى من نفس النوع ، مثل الشروط المحددة للمسئولية ، وشروط العدول ، وشروط الفسخ

---

(١) Com. 9 juin 1980 B.IV, no 245; 3 fév. 1982, B. IV, no. 44.

(٢) Com. 3. fév. 1982, précité.

(٣) Com. 25 Mai 1981, B.N, no. 246, civ. 1, 23 fév. B.I. no. 85.

(٤) Civ. 3, 26 août 1978, B. III, no. 160, D: 78-349, 17 Juill 1978, B. III, no. 292.

(٥) Civ. 9 fev. 1983, Epx. Ancelin B.I.no. 55.

(١) كما يرى الفقه أن سلطة القاضى فى تعديل الشرط الجزائى ينبغى ألا يؤدى إلى نزع الطابع التهديدى لهذا الشرط . فطالما أن الأمر يتعلق بتقدير اتفاقى للتعويض ، فإن سلطة القاضى فى تعديل الشرط الجزائى ليس لها إلا طابع محدود لأنها تتضمن اعتداء على جوهر العقد ، على قوته الملزمة (٢) .

وفى فرنسا إلى جانب هذا النظام العام للشرط الجزائى توجد تنظيمات خاصة .ففى عقد العمل الشرط الجزائى ممنوع فى نواحى معينة (C. trav. drt.L. 122 - 29) وفى عقود البيع المبرمة بين المهنيين والمستهلكين يجب ألا يكون الشرط الجزائى أقل من الضرر الذى أثبته المستهلك (D. 24 Mars 1978 art 2) وهذا نظام الحد الأدنى (Le Système du Plancher) جانب ذلك هناك نظام الحد الأقصى (Le Système du Plafond) ففى عقود الإئتمان المنقول والعقارى ينبغى ألا يزيد الشرط الجزائى عن نسبة معينة (L. 10 Janvier 1978 art 21. L.13 Juillet 1979, art. 12, 13, 14, et 27). (١).

٢ - حالات تعديل القاضى للشرط الجزائى :

هناك ثلاث حالات يجوز أن يتدخل القاضى فيها ليعدل الشرط الجزائى . حالتان يجوز للقاضى فيهما أن يخفض الشرط الجزائى ،

---

(١) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit. no. 515 p. 359.
(٢) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit. no. 515 p. 359.
(٣) انظر فى ذلك : Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit. no. 516 p. 349.

وحالة واحدة يجوز له فيها أن يزيد الشرط الجزائى . لكن ما هى الشروط أو الظروف الواجب توافرها حتى يستطيع القاضى أن يمارس هذه السلطة ؟ هذا ما سنراه فى الفقرات التالية .

أ - حالات تخفيض الشرط الجزائى :

هناك حالتان لتخفيض الشرط الجزائى ، وهما كالآتى :

(١) الحالة الأولى : إذا كان تقدير الشرط الجزائى مبالغا فيه إلى درجة كبيرة :

المبدأ أن الشرط الجزائى فى حالة عدم التنفيذ يحتفظ بقوته الملزمة . ولذلك لا يكفى أن يثبت المدين أن الشرط الجزائى يجاوز مقدار الضرر الذى لحق بالدائن ، حتى يستطيع القاضى أن يخفض هذا الشرط ، وإلا نكون قد نزعنا كل فائدة للشرط الجزائى . فينبغى أن يمارس القاضى هذه السلطة بحذر وبطريقة استثنائية ، حالة ما إذا كان الشرط الجزائى مجحفا بالمدين (م ٢/٢٢٤ مدنى مصرى و ٢/١١٥٢ مدنى فرنسى) وعبء الإثبات يقع على المدين ، حيث يتعين عليه أن يثبت أن تقدير التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة . فإذا ما أثبت المدين ذلك يقوم القاضى بخفض التعويض إلى الحد المعقول ، أى إلى الحد الذى يتناسب مع الضرر ، لا إلى الحد المساوى للضرر ، آخذا فى الإعتبار إرادة المتعاقدين ومصالح الدائن وحسن نية المدين .

وللقاضى فى هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة فيما يقرره أو ينفيه من مبالغة فى التعويض المشروط أو فيما يراه حدا مناسبا لتخفيضه . ولا رقابة عليه فى ذلك من جانب محكمة النقض .

(٢) الحالة الثانية :تنفيذ الإلتزام فى جزء منه (م ٢/٢٢٤ مدنى مصرى ، م ١/١٢٣١ مدنى فرنسى)

فى هذه الحالة يفرض القانون تخفيض التعويض المتفق عليه بالتناسب مع التنفيذ الذى تم وما عاد على الدائن من فائدة من هذا التنفيذ . العلة فى جواز التخفيض أن الشرط الجزائى إنما وضع لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلا أو لحالة تأخره فى الوفاء بالإلتزام كله ، فإذا خفض القاضى الشرط الجزائى بنسبة ما نفذ المدين من التزامه فإنه يكون قد احترم ارادة المتعاقدين . ويقع عبء اثبات التنفيذ الجزئى على المدين .

لكن يجب أن نلاحظ أنه لا يكفى أن يكون هناك تنفيذ جزئى من جانب المدين حتى يتم تخفيض الشرط الجزائى وإنما يلزم علاوة على ذلك أن يكون هناك اشباع جزئى للدائن . فإذا كان الجزء الذى تم تنفيذه تافها أو لم يكن فى التنفيذ الجزئى فائدة للدائن ، فلا يحكم القاضى بالتخفيض .

وعلى ذلك فإذا كان التنفيذ لا يقبل التجزئة ، بحيث يستطيع الدائن أن يستفيد منه إلا إذا تم بالكامل ، كما هو الحال بالنسبة للإلتزام غير القابل للتجزئة ، سواء كان مصدر عدم القابلية طبيعة محل الإلتزام أو نص القانون أو الإتفاق ، فإنه فى هذه الحالة لا يخفض الشرط الجزائى بشرط ألا يكون عدم التجزئة مصطنعا .

- مدى امكانية الجمع والتوفيق بين الحالتين السابقتين :

الفرض العملى لذلك هو أن يكون الشرط الجزائى مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ويتم فى نفس الوقت تنفيذ الإلتزام الأصلى تنفيذا جزئيا . وهذا الأمر شائع فى عقود الإيجار الإئتمانى وعقود البيع بالأجل (١) .

فى هذه الحالة ينبغى أن يعمل القاضى أولا على رد الشرط الجزائى إلى الحد المعقول مما يجعله يتناسب مع الضرر الذى حاق بالدائن ، ثم يقوم بعد ذلك بتخفيض التعويض بنسبة ما نفذ المدين من التزامه ، وفى حدود ما عاد على الدائن من فائدة . فمثلا لو كان الشرط الجزائى ١٥٠٠٠ جنيه فى حالة عدم التنفيذ الكلى للإلتزام ، بينما كان الضرر الفعلى الذى سينشأ عن عدم التنفيذ

(١) انظر فى ذلك
J.L. Aubert, Rep. Defrenois, 1975, chron. Juris civ. art. 30995, no 38 Spéc. pp 1277-1278

للإلتـــزام الأصلـــى لا يتجـاوز مبلـغ ٧٥٠٠ جنيـه ، وقـام المدين بتنفيـــذ جزئى لإلتزامـــه بمـا يعادل ٥٠٠٠ جنيـه . فـى هذه الحالـة يقـوم القاضـى بـرد الإلتـــزام إلى الحد المعقول لا إلـى الحد المسـاوى للضـرر وليكـن ذلك ١٠٠٠٠ جنيـه . ثـم بعـد ذلك يأخذ فـى اعتبـاره ما تـم تنفيـــذه من الإلتـــزام الأصلـــى وما عاد على الدائن من فائـدة من هذا التنفيـــذ . وما هو يسـاوى ٥٠٠٠ جنيـه ، ثم يقـوم بنسبتـــــه إلى ما كان سيحصـل عليـه لو نفـذ الإلتـــزام كـاملا ٧٥٠٠ جنيـه ، فيكـون ما تـم تنفيـــذه يعادل $\frac{٢}{٣}$ الضـرر الإجمالـى . فـى النهايـة ليحـدد القاضـى مقدار التعويـض المستحق بعـد التخفيـض للمبالغـة وللتنفيـــذ الجزئـى فإنـه سوف يعادل ثلث مبلـغ التعويـض المستحق والمتناسـب مع الضـرر أى ثلث مبلـغ العشـرة آلاف جنيـه .

- تعلـق هذه الأ حكـام بالنظـام العـام :

هذه الأحكـام السـابـق بيانهـا تتعلـق بالنظـام العـام ، بمعنـى أنه يقـع باطلا كـل اتفـاق يخالف هذه الأحكـام . وهذا ما نصت عليـه المـادة ٣/٢٢٤ مدنى مصرى وكذلك المـادة ٣/١١٥٢ مدنى فرنســى وكذلك المـادة ٢/١٢٣١ مدنى فرنســى وذلك بعد تعديل ١٩٧٥ .

ب- حالة زيادة الشـرط الجزائى :

وهذه الحالـة تعالـج الغرض الذى يجاوز فيـه الضـرر قيمـة التعويـض الإتفاقـــى والسـؤال الذى يطرح نفســه هل يجوز للدائن أن يطالب بأكثـــر

من هذه القيمة ؟؟ وإذا كان ذلك جائزا فما هو الشروط اللازم توافرها لذلك ؟؟ .

قد أجابت على هذه التساؤلات المادة ٢٢٥ مدنى مصرى وذلك بنصها على أنه " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأجسيما " .

فى فرنسا قبل التعديل الأخير فى عام ١٩٧٥ كان القضاء الفرنسى يعتبر أن الشرط الجزائى الزهيد أو الذى يقل بدرجة كبيرة عن الضرر الذى لحق بالدائن من قبيل الإعفاء من المسئولية . وبالتالى قد قرر القضاء عدم تطبيق هذا الشرط فى حالة غش المدين ويأخذ حكم الغش الخطأ الجسيم من جانب المدين (١) . وقد أضافت المادة الأولى من قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ فقرة ثانية إلى نص المادة ١١٥٢ مدنى فرنسى والتى تنص على أنه " مع ذلك يجوز للقاضى ، ولو من تلقاء نفسه (بعد تعديل قانون ١١ أكتوبر ١٩٨٥) ، أن ينقص أو يزيد من الجزاء المتفق عليه ، إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو كان زهيدا " .

---

(١) أنظر فى ذلك :

Civ. 1 , 4 Fevrier, 1969, D. 1969, 601,
not J. Mazeaud, 21 Octobre 1975 Inf. rap 6.

وعلى ذلك فإن القضاء فى فرنسا يستطيع أن يحكم بتعويض أكبر من الشرط الجزائى الزهيد بالنسبة للضرر الذى أصاب الدائن ولم يعد متطلبا الآن اثبات الدائن لغش المدين أو لخطأه الجسيم (١) .

أما فى مصر فإنه طبقا لنص المادة ٢٢٥ مدنى الأمر يجرى على خلاف ذلك . فإذا كان التعويض الإتفاقى أقل من الضرر الواقع ، فالأصل أن القاضى لا يزيده ليكون مساويا للضرر ، بل يحكم به كما هو . ويكون الشرط الجزائى فى هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسئولية المدين والإتفاق على التخفيف من المسئولية أو الإعفاء منها جائز فى نطاق المسئولية العقدية الا ما ينشأ عن غش المدين أو عن خطئه الجسيم (م ٢١٧ مدنى مصرى) (٢) .

وعلى ذلك إذا زاد الضرر عن التعويض المتفق عليه وأثبت الدائن أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما فإنه فى هذه الحالة للقاضى أن يزيد من مقدار التعويض حتى يصبح معادلا للضرر الذى وقع . لكن إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم لم يصدر من المدين شخصيا بل وقع من أحد الأشخاص الذين يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه فإنه لا يجوز للقاضى زيادة التعويض حتى ولو جاوز

(١) انظر فى ذلك : Ph. Malaurie, L. Aynès op.cit, no. 515 p. 357, 358.

(٢) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ فقرة ٤٩٨ ، ص ٨٧٧

الضرر المبلغ المتفق عليه ، لأن الإتفاق على تخفيف المسئوليه عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من تابعى المدين جائز طبقا لنص المادة ٢/٢١٧ مدنى مصرى .

وهذه الأحكام تتعلق ، فى كل من مصر وفرنسا ، بالنظام العام ، فلا يجوز الإتفاق على ما يخالفها ، وكل اتفاق من هذا القبيل يقع باطلا (م ٣/١١٥٢ مدنى فرنسى) (و م ٣/٢١٧ مدنى مصرى)

وعلى ذلك إذا اتفق الطرفان على شرط جزائى يكون من التفاهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين إلى اشتراط اعفائه من مسئوليته التقصيرية ، ففى هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلا ، وللقاضى أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذى ورد فى الشرط الجزائى متوخيا فى ذلك تطبيق القواعد العامة فى التقدير القضائى للتعويض (١) .

(١) السنهورى . الوسيط . جـ ٢ فقرة ٤٩٩ ص ٨٧٩ مع ملاحظة أن شرط الإعفاء أو التخفيف من المسئولية التقصيرية يبطل فى جميع الأحوال حتى فى حالة الخطأ اليسير

الخاتمـة :

من العرض السابـق يتضـح لنـا أن المشرع المصرى كان سباقـا فـى الأخـذ بالنظريـات الحديثـة فـى التقنينـات المدنيـة الأخـرى غيـر التقنيـن المدنى الفرنسـى . هذه النظريات كانت تمثل ما ينبغـى أن يكون عليه القانون الوضعى الفرنسـى ، ولذلك لم يقرها المشرع الفرنسـى إلا فـى مراحل متأخـرة .

وقد أكدت التطورات الإقتصاديـة والإجتماعيـة الحديثـة صحة وسلامـة منطلقات ومرتكزات هذه النظريات .ولذلك كان الفقـه الفرنسـى يجمع تقريبـا على ضرورة الأخـذ بهـا ، بل كانت هناك محاولات قضائيـة للأ خـذ بهـذه النظريات وإن كان لم يكتب لها النجـاح .

وبالرغـم من التقـاء القانـون المدنى الفرنسـى مع القانـون المدنى المصرى بعد قرابـة ثلاثـة عقود على إعطاء القاضـى سلطة فى تعديل الشـرط الجزائى إلا أن تشبـع القانـون الفرنسـى بالنزعـة الفرديـة وفلسفـة مبدأ سلطان الإرادة كان له إنعكاسـا واضحا فـى تفسيـرات محكمة النقض الفرنسيـة المضيقـة للقانـون الجديد (١) بينمـا كان

(١) إنظر بالنسبـة للوعد بالبيـع الملزم بجانب واحد .
- Paris, 19 mars 1981, D. 81, IR. 443, note chr. Larroumet, 1 CF. aussi Civ. 2, 26 avr. 1978, B. III. no 160; D. 78. 349; Civ. 3,5 déc 1984, B. III, no 208.
وانظر أيضا فـى تنفيـذ الشـرط الجزائى ولو كان عدم التنفيـذ غير راجع للمدين Com., 12 Mai 1978, B. IV, no 141.

لتحـرر القانـون المدنى المصرى من هذه النزعـة وتلك الفلسفـة أثر واضح فـى تفسيـر القضـاء المصرى للنصـوص التـى تهدف بصفـة عامة إلى إعادة التـوازن فـى العلاقات العقديـة وتحقق لها الإستقـرار .